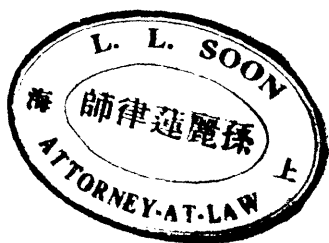


民法親屬集解

朱采真編 朱鴻達校

世界書局印行



1510470

上海图书馆藏书



A541 212 0022 9246B

例言



本書於說明法律條文時。引據歷次親屬法草案理由。前大理院判例。最高法院判例。司法部解釋例。以及當代法家之理論。以供參考。且對於判例等之援引。不其適用性。但求補助法條之說明。而顯其比較與切磋之功用。使讀者曉然於法律真意之所在。而得善爲運用。

一 編者對於本書。圖盡學理解釋之能事。常常就條文引起問題。而爲多方面之說明。且於可得討論之點。亦時時發表意見。

一 本書雖稱集解。然編者自有其學理上之見地。且所搜集之材料。亦經細心整理。貫串成文。並一一註明其出處。以便讀者研究。

一 編者最注意於婚姻一章。說明亦最詳細。

一 本書所引用前法律館親屬法草案（第一次草案）之說明。係根據法律草案彙編。其條文自爲起落。不與前三編草案相銜接。此點與其他刊行本有異。至其訛字。已從他本校正。

民法親屬編集解目錄

第四編 親屬

第一章 通則

第二章 婚姻

第一節 婚約

第二節 結婚

第三節 婚姻之普通效力

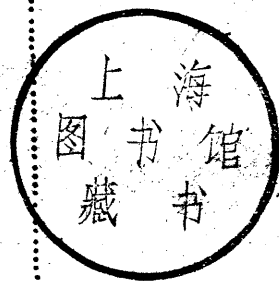
第四節 夫妻財產制

第五節 離婚

第三章 父母子女

第四章 監護

第一節 未成年人之監護



五——一六

一——一〇八

七

二

四八

五六

八九

一——二九

一——一八

四

第二節 禁治產人之監護	一五
第五章 扶養	一一
第六章 家	一五
第七章 親屬會議	一八
附錄一 民法親屬編施行法	一三
附錄二 親屬法先決各點審查意見書	一五

民法親屬編集解

本法於十九年十二月二十六日
公布二十年五月五日施行

第四編 親屬

(一)親屬編之意義 親屬編爲民法之一部。我國民法編制上首列總則。次債編。其次物權編。再次爲親屬編。再次則爲繼承編。民法爲人民日常生活之準繩。而親屬編所規定者則爲婚姻夫婦父母子女家屬之所關。其密接於人民日常生活。尤不待言。我人生活上不難少生債權債務之關係。惟自幼迄長豈能自外於家人親屬之間。我國現時正在農業社會進化而爲工業社會之過程中。舊社會存立之基礎。全以家族爲單位。而家族之組織。則全以親屬爲維繫。親屬間法律關係之如何論定。其影響實及於社會全體。親屬編雖爲私法之一部。但所規定者頗多強制條文而須受國家之干涉。是亦因親屬關係常常涉及公益問題也。至若親屬編上所規定之事項。不外親屬之身分關係以及因身分所發生之權利義務關係。前者如配偶間或父母子女間屬於身分之權義關係。後者如基於親屬身分而發生之財產關係。是故簡言之。親屬編實爲身分法。申言之。則親屬編者規定親屬之身分及因身分所生權義關係之私法也。

(二)親屬編之立法主義 現時我國立法法的精義。一是不能離開整個三民主義。二是不能離開由三民主

義所產生的國家組織。(註一)且民法債編與物權編之制定。既屬保持固有的良好習慣而合乎王道精神。則親屬編自亦於此立法主義之下一面求其切合社會上現實之要求。一面復不為傳統因襲之觀念所束縛。我人觀於左列理由。當更可瞭然於親屬編立法主義之所在矣。

『案親屬法之所規定者。為親屬關係之所由成立及因此項親屬關係而生之各種權利義務。原則上概屬強制規定。不許人民以意為從違。其直接關係於個人終生之休戚。間接關係於國家社會之隆替者。至為鉅大。迥非他種民事法規所得而比倫。以故此項法典之編訂。自不容漠視國情民俗而惟勦襲之是務。尤不容囿於舊習。拘於成例。而忘以立法手段促進社會改善之任務。吾黨以推翻舊有不良制度。實現三民主義化之社會為己任。際茲全國統一。訓政開始時期。此類重要民事法規。允宜早日頒行。以新人民之耳目。而利便黨綱之實行。』(註二)

(三)親屬編之編制 關於親屬之編制。因有立法上主義——家族主義與個人主義——之差別。編制形式遂可分為羅馬式與德意志式兩種。羅馬式係採取家屬制。並以人之身分關係為私權所從出。故置親屬編於民法各編之首。(註三)法國民法從羅馬式。其他若西班牙。意大利。荷蘭。比利時。奧地利。葡萄牙。以及日本舊民法皆根據此種編別式。至若德意志式。則係採取個人制。其親屬編位於民法第四編而規定純粹之親屬關係。(註四)我國民法親屬編雖仍復保存家族制度之精神。不採個人主義。但編制方法則仍從德意志式。

(日本新民法亦然)且親屬編訂時因國內大部份農村尙留滯於中世紀的農業組合中因而認爲尙有保存家族制度之必要。惟所保存者並非「父爲子綱。夫爲妻綱」之舊學說。實爲順應於時代的實際所要求。其要點有如左列。(註五)

(1)親屬分類之改進 我國舊律對於親屬分類。除配偶外。分親屬爲宗親。外親。與妻親三類。這種分類法。以男系爲主。純粹爲宗法制度的產物。新民法中便盡行改革。以血統及婚姻爲主。而分爲配偶。血親。和姻親三類。在遺產繼承上。亦不以宗祧繼承爲前提。

(2)男女平等之確立 一。否認妻爲限制行爲能力者。二。離婚條件。不寬於男而嚴於女。三。父母得共同行使其親權。四。否認單獨的夫權之存在。五。無論已否出嫁之女子。對於父母之遺產。都有繼承權。此外各種親屬。尙與被繼承人親等之遠近相等。也不以性別而有所軒輊。

(3)親屬獨立之獎勵 最顯著的。便是消極方面的扶養之規定。其範圍爲。一直系血親之相互間。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。但是如果負扶養之義務者。因負擔扶養而至不能維持其生活的時候。這扶養的義務。便可以免除之。這在獎勵親屬互助之中。實寓有個人經濟獨立的意思。

(4)家的制度之規定 家的制度。是中國數千年來社會組織的基礎。惟在過去。富有宗法氣味的習慣之

下。每注重家長之義務而漠視其權利。而且只有男子有爲家長之資格。而女子無之。新民法則於維持家制之中。置重家長之義務。并不論性別。在其管理家務的時候。應注意於家屬全體的利益。

(四)親屬編之運用 新立法有一共通特色。即法條簡約。不尙繁文。期待法院之解釋補充。以求兼採大陸英美兩派之長。親屬編自民法第九百六十七條至第一千一百三十七條。分爲通則。婚姻。父母子女。監護。扶養。及親屬會議七章。共計一百七十一條。就中關於夫妻財產制規定較詳。惟大體則富於柔性。留有解釋之餘地。觀於左列主張。足見親屬編運用時之精神所在也。

『尤有言者。歐美法制。向分大陸英美兩派。大陸諸國承羅馬之緒餘。有成文之法典。凡庶政張弛。人事洪纖。皆條分縷晰。網羅靡遺。昭布簡冊。釐然可考。雖整齊劃一。足壯觀瞻。而社會演進。變動不居。固定法條。難與相副。削足適履。夫既不可。刻舟求劍。又豈有當。英美兩邦。則黜文崇習。政俗相沿。羣焉率由。潛移默化。與世遞嬗。雖散見旁出。頗涉蕪雜。而法院援引。著爲判例。解釋補充。常切實用。兩派垂制。瑕瑜互見。未易軒輊。然歐陸法家。近愬世變。多主兼採英制。廣予法院自由裁量之權。以適時用。』(註六)

註一 見國民政府立法院開會辭。

註二 見前法制局親屬法草案說明書。

註三 羅馬式編制方法係分民法爲三編。(一)人事編。(關於親屬事項之規定)。(二)財產編。(三)訴

誣編。

註四 德意志式編制方法更分兩式。(一)沙遜式。第一編總則。第二編物權。第三編債權。第四編親屬。第五編繼承。(二)巴因式。物權編與債權編互易其位置。

註五 見中華法學雜誌第二卷第二號胡漢民著民法親屬繼承兩編中家族制度規定之意義。

註六 見前法制局親屬法草案說明書。

第一章 通則

本章通則所規定者係關於血親與姻親之意義及其親等親系之計算方法。蓋本法規定親屬關係。係有下列三要點。(一)改革宗法制度。分親屬爲(1)配偶。(2)血親。(3)姻親三類。(二)親屬不規定範圍而規定親屬之定義及親等之計算方法。(三)法文並未明示親屬分爲配偶。血親。與姻親三種。然此種分類係爲法律上的當然解釋。(註一)至若改革宗法制度。原爲適應時代之必然趨勢。左列理由。足供參證。

『舊有歷次親屬法草案。均拘泥於吾國歷來的男系宗法主義之下。依據舊律之喪服圖。將親屬分爲宗親。夫妻。外親。及妻親四類。國民政府新頒之刑法。成立過於匆促。亦遂仍而未改。宗親者同一祖先所出之男系血統親屬也。如父子祖孫兄弟姊妹之類是。其由女系血統而連續之親屬。則曰外親。如外祖父母。姑之子。

孫及女之子孫之類是。在此種法制之下。父之父母及母之父母。與己之血統關係雖屬相同。而法律上則顯分畛域。以父之父母爲宗親。以母之父母爲外親。推而至於伯叔之子孫及姑之子孫。兄弟之子孫及姊妹之子孫。子之子孫及女之子孫。與己之血統關係亦無稍異。而法律上則以伯叔兄弟及子之子孫爲宗親。以姊妹及女之子孫爲外親。凡斯種種。均爲吾國男系的宗法主義之結果。亦即違反男女平等原則之一個重要事實。緣外親宗親範圍既有廣狹。（宗親之範圍在舊律及新刑法中俱較大於外親。即宗親以四親等爲範圍。外親則以三親等爲範圍）權利義務尤有差別也。至夫妻互爲配偶。原亦無可軒輊。乃從前親屬法草案規定妻於夫之宗親外親。其親屬關係均與夫同。而夫於妻之本生親屬。僅生妻親關係。其範圍但以二親等爲限。其不平等尤爲顯著。本案爲尊重本黨男女平等之原則起見。不採歷來親屬分類之方法。而以血統及婚姻兩項事實爲標準。分親屬爲血親。配偶。姻親三類。凡有血統關係之親屬。統稱血親。無復宗親外親之區別。而血親之配偶。以及配偶之血親。及其血親之配偶均爲姻親。無復宗親妻親之區別。此種立法。初非創舉。德日諸國民法。亦屬如是。』（註二）

本章並無關於親屬範圍之規定。卽在第九六七條。亦僅規定直系血親與旁系血親之意義。此固本法特點所在。蓋人類親屬雖得分爲血親與姻親。然其範圍實難確定。且亦並無以概括條文確定其範圍之必要。（註三）雖親屬相互間有時發生特種法律關係。有待於法定之親屬範圍。以資援用。例如民事上之親屬禁婚。刑

事上之親屬免刑。然亦儘可於各條分別規定其親等。現行法中若刑法所定親屬分類。尙爲男系宗法主義所束縛。其與民法上之基本原則迥不相同。刑訴法因襲刑法。將來均有修正之必要。至若民法及民訴法上分條規定親屬間發生特種法律關係時所應適用之親等範圍。則有如左列。

(一) 民法上之規定

① 關於親屬禁婚者 下列親等內之旁系血親或姻親不得結婚。(甲) 八親等內輩分不相同之旁系血親。(乙) 五親等內輩分不相同之旁系姻親。(丙) 八親等內輩分相同之旁系血親。(表兄弟姊妹除外) 至於直系血親或姻親。則不分範圍。一律禁婚。(民九八三)

② 關於法定監護人順序者 本法所規定監護人之順序。不設親等區別。惟同居之祖父母位於第一順序。不同居之祖父母位於第三順序。伯父或叔父位於第四順序。(民一〇九四) 以上係指未成人之監護人而言。至若禁治產人監護人之順序。則直系血親中一親等位於第二順序。二親等位於第三順序。(民一一一一)

③ 關於親屬間扶養義務者 不規定親等而有下列明示親屬名稱之規定。(甲) 直系血親相互間。(乙) 夫妻之一方與他方之父母同居者。其相互間。(丙) 兄弟姊妹相互間。(丁) 家長家屬相互間。此外若負扶養義務者或受扶養權利者有數人時。其履行義務或享受權利之順序。亦係分別定其親屬之範圍。(民一一

一四條至一一一六條)

(4)關於親屬會議之組織者 親屬會議之會員。應就未成年。禁治產人。或被繼承人之左列親屬與順序定之。(甲)直系血親尊親屬。(乙)三親等內旁系血親尊親屬。(丙)四親等內之同輩血親。(民一一三一條)

(5)關於遺產繼承人之順序者 法定遺產繼承人係限於直系卑親屬。二親等內之直系尊親屬與旁系同輩親屬。其順序如(甲)直系血親卑親屬。(乙)父母。(丙)兄弟姊妹。(丁)祖父母。(民一一三八)

(6)關於禁治產之聲請者 配偶或最近親屬有聲請禁治產之權。(民一四)

(二)民訴法上之規定

(1)關於法院職員之迴避者 推事為該訴訟事件當事人之配偶。七親等內之血親或五親等內之姻親者。應自行迴避。不得執行職務。(民訴三一)

(2)關於證人拒絕證言者 證人為當事人之配偶。七親等內之血親。或五親等內之姻親者。得拒絕證言。(民訴二九五)

註一 親屬編雖無明文規定親屬分為配偶。血親。與姻親三種。然政治會議所通過親屬法先決各點。其第一點即係決定親屬分為上述三類。

註二 見前法制局親屬法草案說明書。

註三 參看親屬法先決各點審查意見書第三點說明。

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。

理由

本條係規定直系血親與旁系血親之意義。親屬既有配偶血親與姻親之分類。而血親則更有直系血親與旁系血親之區別。蓋凡親屬之成立。其原因不外於血統與婚姻之二者。血親者基於血統而生。而配偶與姻親則基於婚姻而成立。所謂親系者係爲連繫親屬之間之系統。是項系統又可分爲直系與旁系。直系血親即由同一祖先而直下之關係。旁系血親即由同一祖先分歧而下之關係。是故父母、祖父、曾祖父、高祖父母皆由己身直上之直系血親。子孫曾玄皆由己身直下之直系血親。惟當注意者。本條所謂血親與舊律宗親之意義不復相同。宗親關係雖亦本於血統而生。但僅限於男系血統。而血親則不然。新民法打破男系宗法主義。親之範圍實已包括由於男系與女系血統所生之一切親屬在內。如就直系血親而言。凡屬從己身所出者。男系血統下之子孫曾玄固爲直系血親。卑親屬即女系血統下之子孫曾玄（已嫁女所出）亦爲直系血親。卑親屬再就旁系血親而言。男系血統之兄弟姊妹固爲二親等內旁系血親。即女系血統之表兄弟姊妹亦爲旁

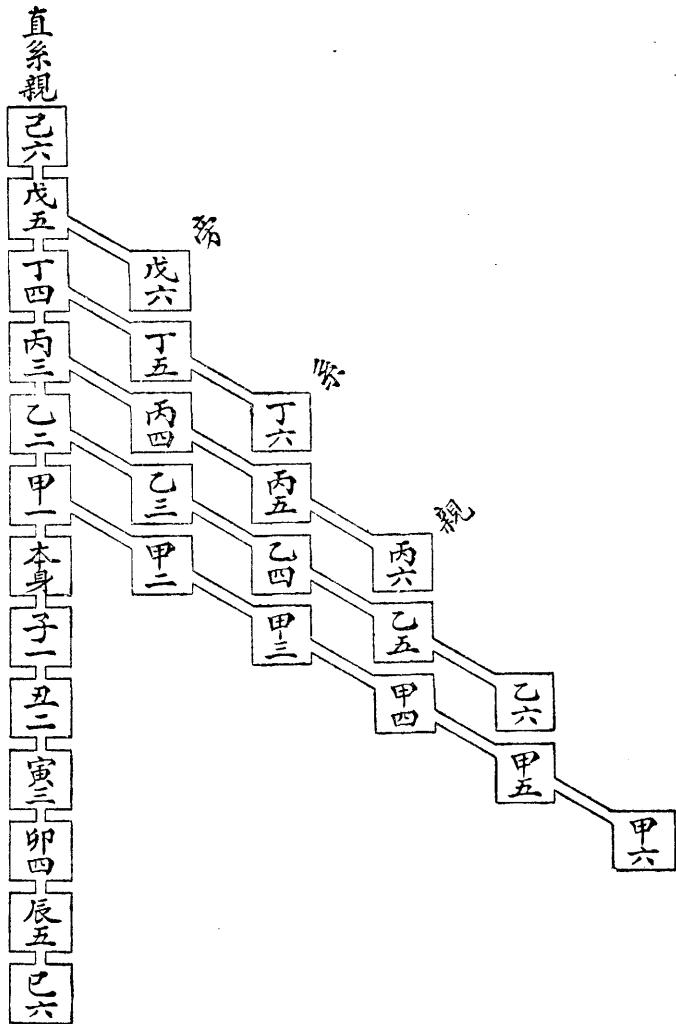
系血親。總之。舊律宗親要必限於同姓。而今之所謂血親。則祇問其血統之由來是否同出於一源。而不拘同姓或異姓間矣。

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。

理由

本條規定血親親等之計算。親等者表示親屬關係之遠近。而在親屬相互間發生特殊法律關係時所據爲適用上之標準也。我國服制圖雖亦表示親屬關係之遠近。然服制圖根據儀禮喪服制。其淵源出於禮。非法律上之所謂親等。日本舊時之大寶令（註一）雖載有親族表。但無一定之計算標準。所謂親等之計算方法實由歐洲法律繼受而來。然在歐洲亦有羅馬計算法與寺院計算法兩種差異之方法。（註二）本條所定血親親等之計算。採自羅馬計算法。（附圖如左式）而羅馬計算法者對於直系親屬係從己身上下數。以一世爲一親等。所以世代之數與親等之數適合。如親子間爲一世。即算一親等。祖父母與孫爲二世。即算二親等。高曾祖父母與曾元孫亦照此推算。計算旁系親屬則由同出之始祖。下降至旁系各方。合算其世數。定其親等。易言之。即係先由旁系親屬之一方。溯至同源始祖。再由同源始祖更下數至他方。合算其世數。以定親等。例如兄弟

羅馬法計算親等圖（採自前法律館親屬法草案）



解釋 圖中數目即親等之數。如父母爲甲一。子女爲子一。胞兄弟姊妹爲甲二。堂兄弟姊妹爲乙四。其餘類推。

姊妹間之親等。先從一方溯至同源父母。作爲一等。再從父母下至他方。又加一等。故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。伯叔和姪之親等。先由姪溯至其父母。爲一親等。再由其父母溯至同源之祖父母。又加一等。由祖父母更下至伯叔。再加一等。故伯叔和姪爲三親等之旁系親。從兄弟姊妹算四親等之旁系親。餘可類推。現今世界各國多用羅馬計算法。本法亦然。蓋羅馬法之計算。係因血統之遠近。定其親等之多寡。較諸寺院法計算法爲合於情理。茲將羅馬法計算親等圖附列於右。以供參考。

註一 日本大寶令係根據我國唐律編訂。其親屬範圍之計算。自一等親起至五等親止。但計算方法則漫無標準。一等親爲父母。養父母。夫。子。養子。二等親爲祖父母。嫡母。繼母。妻妾。三等親爲曾祖父母。從祖伯叔。四等親爲高祖父母。五等親爲妻妾之父母。

註二 參看親屬法先決各點審查意見書第三點說明。

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。

理由

姻親係爲血親之配偶。配偶之血親。及配偶之血親之配偶。茲分別說明於左。

(一) 血親之配偶 姻親關係本於婚姻關係而發生。但因婚姻所生之親屬如有血統關係者。則亦屬於血親範圍。所謂血親之配偶。例如兄弟姊妹之配偶。伯叔姑母之配偶皆是。且若母之兄弟姊妹。向之所謂外親者。現已成爲血親。其配偶卽爲姻親。又如母舅之子女或孫子女。姨母之子女或孫子女。雖親等漸遠。均爲血親。其配偶亦均爲姻親。

(二) 配偶之血親 配偶之血親。從舊制言。則自夫之一面觀之。皆妻親也。自妻之一面觀之。皆宗親也。新民法則不然。據本款解釋。則配偶之血親均爲姻親。夫與妻之祖父母。父母。兄弟姊妹。爲姻親。妻與夫之祖父母。父母。兄弟姊妹。亦爲姻親。夫之親與妻之親。在法律上同等待遇。而男女平等之原則。始能確立。

(三) 配偶之血親之配偶 所謂配偶之血親之配偶。在夫之一方。例如妻之兄弟姊妹之配偶。妻兄弟之子女。或妻姊妹之子女之配偶。皆爲姻親。在妻之一方。例如夫之伯叔姑母之配偶。夫之伯叔姑母之子女之配偶。皆爲姻親。其餘均可類推。

法律上所謂親屬與習慣上所謂親屬。其觀念未必盡同。例如夫對於妻之父母及妻對於夫之父母。均爲直系姻親。且爲一親等。但雙方父母相互間。在習慣上稱爲親家。視爲關係甚密之親屬者。然固不能包括於本條所定姻親範圍之內。

第九百七十條 姻親之親系及親等之計算如左。

- 一 血親之配偶。從其配偶之親系及親等。
- 二 配偶之血親。從其與配偶之親系及親等。
- 三 配偶之血親之配偶。從其與配偶之親系及親等。

理由

姻親親系親等之計算。於本條明定其標準。且因姻親分爲三類。故亦從其類別而互異其計算。茲分述於左。

(一) 血親之配偶。從其配偶之親系及親等。血親之配偶者。例如兄弟之妻與姊妹之夫。從其配偶之親系及親等者。例如兄弟姊妹與己身爲旁系親。爲二親等。則兄弟之妻與姊妹之夫。從其配偶之親系及親等。與己身亦爲二親等之旁系姻親。

(二) 配偶之血親。從其與配偶之親系及親等。配偶之血親者。例如妻之兄弟姊妹。從其與配偶之親系及親等者。例如妻之兄弟姊妹與妻爲旁系親。爲二親等。則其與己身之姻親關係亦爲二親等之旁系親。若就直系而言。則如妻之父母與妻之親屬爲一親等直系血親。其與夫則爲一親等直系姻親。反之。妻與夫之直系血親關係亦然。

(三) 配偶之血親之配偶。從其與配偶之親系及親等。配偶之血親之配偶者。例如妻之兄弟之妻與妻之姊妹之夫。從其與配偶之親系及親等者。則妻之兄弟之妻與妻之姊妹之夫。對於妻所生之親系親等關係。其

與己身亦屬相同。蓋皆爲二親等之旁系姻親也。

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。

理由

本條規定姻親關係消滅之原因。姻親關係由於婚姻而發生。並非出於血統之天然事實。是故血親關係不可消滅。而姻親關係得依法定原因之發生而消滅也。消滅姻親關係之法定原因有三。

(一)因離婚而消滅。姻親關係既因婚姻而成立。離婚則婚姻關係既已消滅。更何有於姻親。且離婚每出於義絕狀態。所謂親親之誼本已破裂無遺。法律上定爲姻親關係消滅原因之一種。自屬允當。

(二)因夫死妻再婚而消滅。本條規定夫死妻再婚或妻死贅夫再婚一概成立消滅原因。至若妻死夫再娶或贅夫死妻再嫁。則姻親關係仍復存在。法條之規定如此。其立法意旨何在固無從揣測。然以姻親關係既屬發生於婚姻。而夫死妻再嫁或妻死贅夫再婚與妻死夫再娶或贅夫死妻再嫁相比較。又無何種之區別。其影響於前婚姻之存在者亦無二致。乃一則消滅姻親關係。一則不消滅姻親關係。實無正確之立場。足以闡明其立法上之見解。且男女平等之原則既已牢不可破。法律上又何可歧視妻與贅夫之地位。若謂一爲人妻。一爲贅夫。便生法律上之特殊關係。則亦無從說明其應受特殊待遇之理由。若謂爲人妻者入於夫之家。爲贅夫者入於妻之家。卽此一端應受法律上之歧視。則其理論亦至爲淺薄。蓋入居夫家或妻家。殆屬事實上之便宜。

絕非身分上有所軒輊也。果如本條所規定。則贅夫死後。其妻再婚而入於後夫之家。其與贅夫方面之姻親關係仍須保存。反之。贅夫之妻死後。贅夫仍在其家再婚。而其姻親關係則應消滅。揆之事理。寧得謂平。

(三)因妻死贅夫再婚而消滅 詳見前款。茲不贅。

當姻親關係消滅以後。法律上亦有特殊規定。視為存在者。例如。

- (1)關於姻親禁婚之規定。於姻親關係消滅後。仍復適用。(民九八三)
- (2)關於拒絕證言之規定。於姻親關係消滅後。仍復適用。(民訴二九五)

第二章 婚姻

婚姻者合二姓之好。（註一）而為男女兩性經營共同生活之法律的必要行為。惟婚姻制度之發達。本已經過悠久之歷史。蓋婚姻之類有五。曰掠奪婚。曰買賣婚。曰聘娶婚。曰允諾婚。曰自由婚。我國婚姻制度發達最早。但處此重男輕女之男系宗法社會。故數千年來尙留滯於買賣婚與聘娶婚之過程中。新民法頒布以來。自由婚制度始確立其法律上之基礎。（註二）

我國往昔。燧人氏作而夫婦有定名。太昊氏作而嫁娶有定制。始以儷皮成禮焉。浸淫及於三代。文化日進。聖作明述。至周公而婚禮以備。（註三）蓋周定六禮。（註四）而婚姻制度燦然大備。迨至後世。方式漸簡。朱子家禮。僅存三禮。（註五）明清以降。民間婚姻儀式。不出朱氏家禮所載。惟所謂六禮三禮。皆為婚姻之形式上事件。且據舊律所載。其關於定婚者。所應具之要件。或為婚書。或為聘財。（註六）其關於成婚者。須有祖父母或父母主婚。（註七）關於此類要件。新民法業已一概破除。訂定婚約。既非要式行為。而結婚則僅應具有公開之儀式及二人以上之證人。

我國舊制。關於男女訂婚。以收受聘財為訂立婚約所應踐行之方式。實屬買賣婚之遺制。蓋聘娶婚本由買賣婚蛻化而來。舊律定為聘娶。而民間則買賣之風盛行。前大理院雖屢次著為判例。說明出具財禮。不得謂為

價買。(註八)然實質上聘娶究何殊於買賣。惡法不去。婚姻制度無從改良。而男女平等之原則亦無從實現。今新民法毅然掃除舊習慣與傳統之法律。女子之人格得不因婚姻而破毀。其立法上之特色實有不可掩沒者在。

數千年來。社會組織無進步。人民思想無進步。婚姻當事人不能基於自由意旨以求終身之幸福。此種惡劣現象到今始有革進之機會。憶自民國成立後。法律猶沿用成例。雖前大理院亦曾偶有新見解。認為婚姻本重當事人之意思。(註九)然積重難返。其效力亦至微薄。迨國民政府掃蕩軍閥。本於婚姻自由之原則。最高法院屢以判決明示此旨。(註十)人民始曉然舊式婚姻有背於潮流。至若民法親屬編施行以後。則法典昭然。當更可示吾民以軌範矣。

註一 禮記婚義。婚禮者將合二姓之好。上以事宗廟而下以繼後世也。故君子重之。

註二 本法以自由婚為原則。然關於訂婚與結婚之年齡。解除婚約及離婚。則須受法律之限制。蓋係一種相對自由婚制度也。

註三 見前法律館親屬法草案第三章婚姻總說明。

註四 六禮者。納采。問名。納吉。納徵。請期。親迎。

註五 朱子家禮註。按古有六禮。家禮止存其三。蓋納采問名者即今之采擇之禮。以求生庚。故不云問名。

而云納采也。納吉納徵者即今之卜吉而下禮幣。故不言納吉。而言納幣也。請期親迎者謂選擇成婚之期。請於女氏。而女氏許諾即行親迎之禮也。今請期一節俱附行於納幣之時。最爲簡便。甚合時宜矣。

註六 參看左列前大理院判例。

現行律載定婚之形式要件有二。(一)有婚書。即謂有媒妁通報寫立者。無論報官有案或僅係私約皆可。(二)聘財。此二要件苟具備其一。即發生定婚之效力。(二年上字二一五號)

婚書於法律上雖無一定之方式。然必就書據自身可認爲有婚約關係者。(如習慣上通行之方式。以男女兩造年庚並列一束。或於柬內直接或間接表示允婚之意旨者是)始爲適法。若僅以片紙開列一造年庚。而於其開列之原因如何。並不能確切之證明者。自難認爲合法之婚書。即不能持此以主張定婚契約之成立。(四年上字三七九號)

男女定婚之初。必須寫立婚書。或曾受聘財者。其婚約方能合法成立。否則。各地方雖有特別習慣。而苟與此項成文法規顯相牴觸。即不能認爲有效。(四年上字四三二號)

婚姻之成立不成立。應以是否具備定婚要件爲衡。故使未合法定婚。縱事實上已經成婚。而由主婚權人提起確認婚姻不成立之訴。仍非法所不許。(七年上字一〇一八號)

男女定婚係要式行爲。若僅互給小孩見面禮。并非以定婚之意思依禮納送聘財者。自難遽認爲婚約之

成立。(六年上字一三七號)

婚書與聘財固爲法定之婚姻成立要件。惟法律上僅要求其一。無須兼備。(八年上字二二七號)

註七 參看左列前大理院判例。

現行律載。嫁娶應由祖父母。父母主婚。祖父母。父母俱無者。從餘親主婚。是婚姻不備此條件者。當然在可
以撤銷之列。(二年私上二號)

現行律載。嫁娶皆由祖父母。父母主婚。俱無者。從餘親主婚等語。是無祖父母與父之女。當然由母爲之主
婚。(五年私上二八號)

現行律男女嫁娶固應由祖父母。父母主婚。惟雖有祖父母。父母。而由餘親主婚之時。其祖父母。父母確經
同意或事後追認。卽與自行主婚無異。自不能概謂爲無效。至民國三年本院民事上字第五一二號判決內
稱。主婚人不由女之父母而由其叔。已非合法。就令上告人(女之父)對於此項婚約事前情願。事後追認。
然既未訂立婚書。又未受過聘財。依上開法例。亦難認爲定婚有效等語。係釋明未經訂立婚書及受過聘財
之婚約。既欠缺法定要件。則雖經同意追認。亦不能有效。非謂餘親主立之婚約。決不能因同意追認而生效
力。(七年上字八八八號)

現行律載。祖父母。父母俱無者。從餘親主婚等語。其於餘親主婚之順序。雖未明定。然依據條理。其與定婚

男女同居而服制最近者。較別居之遠族自應儘先有主婚之權。（八年上字三二一號）

男女嫁娶僅由母主婚而未得父同意者。其父自得撤銷。（八年上字一三八八號）

現行律載。嫁娶應由祖父母。父母主婚。而祖父母。父母俱存時。主婚之權應由父母行使。本院已有判例。故祖父母爲之主婚。而父母事前不知者。自得撤銷其婚約。（九年上字七七六號）

註八 參看左列前大理院判例。

現行律例。男女定婚。收受聘財。原係定立婚約所應踐行之方式。與用財買賣人口不能同論。此項規定。不因法令禁止買賣人口而失效力。（八年上字一〇九八號）

買賣人口雖爲現行法令所不許。但當事人一造出具財禮。憑媒聘娶。仍屬適法行爲。自不得謂爲價買。（九年私上一四號）

註九 參看左列前大理院裁定與判例。

父母雖有主婚之權。至於已成之婚約。經當事人雙方合意解除。或一方於法律上有可以解除之事由者。斷無反乎婚姻當事人之意思。可以強其不准解除。（五年抗字六九號）

婚姻之當事人本爲男女兩造。若有主婚權人之許婚。已在男女本人成年之後。得其同意者。此後該婚約自不爲反於本人之意思。由主婚權人任意解除。（七年上字九七二號）

按現行法例。定婚須得當事人同意。若定婚當時未得女之同意者。其女自得訴請解約。（九年以上字一〇六七號）

婚姻本重當事人之意思。女年已十五。應可發表自由意思。原審亦應傳訊。（十年上字二八一號）

婚姻之實質要件。在成年之男女應取得其同意。苟非婚姻當事人所願意。而一造僅憑主婚者之意思締結婚約。殊不能強該婚姻當事人以履行。（十年上字一〇五〇號）

父母爲未成年子女所訂婚約。子女成年後如不同意。則爲貫徹婚姻尊重當事人意思之主旨。對於不同意之子女。不能強其履行。（十一年上字一〇〇九號）

註十 參看左列最高法院判例。

劉范氏爲細女與鍾元訂立婚姻預約時。細女尙未成年。爲不爭之事實。劉細女既於成年後亦請撤銷婚約。依婚姻自由之原則。則該約能否命上告人劉細女履行。自應以細女已否追認爲斷。（十七年上字七五三號）

招贅本係一種婚姻關係。原可依其自由意思定之。（十七年上字九二六號）

父母爲其未成年子女所訂立之婚約。爲尊重婚姻當事人本人意思起見。苟非其子女於成年後追認。該婚約對於該子女尙不能發生效力。（十八年上字二二七號）

父母本於主婚權之作用。爲其幼小子女訂立婚姻預約。雖爲吾國舊律所容許。然與婚姻自由之原則顯相違反。在現行婚姻之自由制度下。根本上不能容其存在。故子女之一造如於成年後不願履行該婚約。自可訴請解除。(十七年上字九六七號)

第一節 婚約

第九百七十二條 婚約應由男女當事人自行訂定。

理由

本條明定婚約應由男女當事人自行訂定。蓋一則認爲婚約係屬單純契約關係。一則確立法律上自由婚之原則。婚約與婚姻之性質不同。前者係屬一種預約。本無疑義。後者爲契約抑爲法律行爲。學者間頗有爭論。主張婚姻爲契約者。以爲婚姻屬於男女間雙方意思合致之行爲。自應視爲契約。(註一)主張婚姻非契約者。則有下列理論。(1)夫妻身分不應爲契約之標的。(2)基於婚姻所生之權義。係爲法律所規定。非由當事人意思訂定。(3)契約因當事人間欲達某種目的。始生權義關係。迨目的到達。則權義關係消滅。而契約亦即終了。但婚姻則有特殊之性質。其目的在於夫婦身分關係。目的既達而身分繼續。婚姻即永遠存在。(4)通常契約均得以其事項爲預約之目的。而婚姻之預約則於法律上無根據。按婚姻預約制度在外國係淵源於羅馬法。(註

(二) 我國今亦於本法確認此種制度。婚姻之預約在法律上既有根據。是則婚姻契約說更得一強有力之論據矣。

按諸通常契約原則。是因當事人互相表示意思一致而成立。蓋當事人一方要約。一方承諾。意思表示合致。契約即已成立。婚約既係婚姻預約。自亦適用關於契約一般之規定。惟本法有特別規定時則不在此限耳。

註一 婚姻或婚姻之預約為契約。在新民法上。其性質甚為明瞭。但舊制僅憑父母之命。婚姻當事人不能參加其自由意思。固不得謂為契約也。

註二 羅馬共和時代。已有婚姻預約制度。七歲以上男女於婚約成立後。即負在適當時期內結婚之義務。違約時。除有特別原因外。有過失之一方。應將婚約成立時之贈與物返還於他方。

第九百七十三條 男未滿十七歲。女未滿十五歲者。不得訂定婚約。

理由

本條規定訂婚年齡之限制。蓋滿七歲以上之未成年人。其行為能力本受限制。(民一三)訂婚行為有關其一生之幸福。對於智識不健全之男女。未便過於放任。故本條定為男未滿十七歲。女未滿十五歲者。不得訂定婚約。且關於前條與本條之規定。前法制局親屬法草案說明書內係有左列之理由。

『本案以訂結婚約為單純契約關係。以男女本人雙方合意。自由締結為原則。舊律婚書或聘財之要式

行爲。及父母代爲定婚之大權。均爲本案所不採。但男女訂婚年齡若無限制。則髮齡黃髮。智慮未周。輕於許諾。貽患堪虞。故本案對於訂婚之自由。加以年齡限制。至婚約目的在結婚之實現。故訂婚年齡與結婚年齡之最低限制。應歸一致。庶便男女訂婚後。即可隨時結婚。』

前法制局親屬法草案。雖認爲訂婚年齡與結婚年齡應歸一律。現本條則已改爲男滿十七歲。女滿十五歲。方得訂婚。按訂婚年齡與結婚年齡是否應歸一致。尙非重要問題。惟訂婚年齡顯分男女界限。則不能謂爲至當。親屬法先決各點。審查意見書內稱。『然男女身體之發達。有遲早之別。乃出於生理之自然。無取乎以人力強劑之平。茲折衷各國制度。規定男十八歲。女十六歲爲成婚年齡。於我國國情亦尙適宜。』基於生理上見解。以區別男女結婚年齡之高下。固有相當之理由。然此種理由。祇能適用於結婚年齡。而不應適用於訂婚年齡。蓋男女訂立婚約時。重在雙方智識上。足以認識婚姻之意義。初不關其身體上發育之程度如何。若謂女子之智識能力亦較男子早爲發達。滿十五歲之女子。即與滿十七歲之男子。同具關於婚姻事件之智能。則未免缺乏科學上之根據也。

第九百七十四條 未成年人訂定婚約。應得法定代理人之同意。

理由

依據前條規定。男滿十七歲。女滿十五歲。雖得訂定婚約。然若未達二十歲而爲成年人時。尙應取得法定代

理人之同意。方能有效。蓋滿七歲以上之未成年人。本爲限制行爲能力人。據民法總則規定。其爲意思表示及受意思表示。應得法定代理人之允許。（民七七）且其所訂立之契約。未得法定代理人允許時。須經法定代理人之承認。始生效力。（民七九）訂立婚約。係屬契約行爲。即無本條規定。亦應適用民法第七九條規定。經由法定代理人允許或承認也。前法制局親屬編草案中關於法定代理人同意一點。係有左列說明。

『未成年人之辨別力。尙不完全。其所爲法律行爲。按諸民法通則。應加限制。以資保護。訂結婚約亦法律行爲之一。而衡其情形。尤爲重大。自須審慎。故本案對於未成年男女所訂之婚約。須經其父母或監護人之同意。俾能考慮周密。免貽後悔。』

第九百七十五條 婚約不得請求強迫履行。

理由

本條規定當事人對於婚約。不得請求強迫履行。婚約雖屬一種雙務契約。然其標的與其他債權契約或物權契約不同。蓋婚約之標的係爲一種結婚義務。此種義務若得強迫履行。勢必妨害人身自由。而人身自由固不若財產權可以強制執行。是故瑞士與德意志關於婚姻預約。均規定不得提起結婚之訴。（註一）即我國前大理院判例亦稱結婚義務原有不可代替執行之性質。一般法理概認爲不能強制執行。（註二）

註一 德民法第一二九七條規定婚姻預約。不得提起結婚之訴。瑞民法第九一條亦同。

註二 又按結婚義務原有不可代替執行之性質。一般法理概認爲不能強制履行。蓋以交付人身。直接強制。非釀成變故。卽促其逃亡。事實上仍不能達到判決之目的。故訂婚之女。如果執意不從。其最後之結果。仍不出於損害賠償之一途。況法律上。夫對於妻。並不能加以強暴或監禁之行爲。則一時強使結婚。而於既婚之後。其女如有逃亡。該女家除有串謀情事外。對於男家並無責任可言。是在男家反或因強制結婚而更受損失。故審判衙門遇有此項悔婚另嫁之件。應以和平方法盡力勸諭當事人。與其不能達強制執行之目的。孰若聽其解除。而就其因他造悔約所生之損害。依法要求賠償轉爲得計。（九年上半年六一五號）

第九百七十六條 婚約當事人之一方。有左列情形之一者。他方得解除婚約。

- 一 婚約訂定後。再與他人訂定婚約或結婚者。
- 二 故違結婚期約者。
- 三 生死不明已滿一年者。
- 四 有重大不治之病者。
- 五 有花柳病或其他惡疾者。
- 六 婚約訂定後成爲殘廢者。
- 七 婚約訂定後與人通姦者。

八 婚約訂定後受徒刑之宣告者。

已經有妻則係在叔原成

九 有其他重大事由者。

依前項規定解除婚約者。如事實上不能向他方為解除之意思表示時。無須為意思表示。自得為解除時起。不受婚約之拘束。

理由

列年規定
概指規定

『婚約既經成立。男女雙方自應恪守。若小有齟齬。任意翻悔。固屬不合。然解除條件限制太嚴。亦多流弊。蓋婚姻為男女終身大事。若情感決裂。難期白首。與其強令隱忍而致結婚後夫妻反目。實不如事前救濟使其易於斷絕之為愈也。』（註一）按婚約既屬婚姻預約。則關於一般契約得解除或可撤銷之原因。本當適用。惟本條則為特殊規定。列記可得解約之事項。其限制稍寬於離婚條件。且對於婚約。即使不具有解除原因。然其不履行之結果亦不過成立損害賠償責任。不得強迫履行。是故法定解約條件實無從嚴之必要。茲據本條各款分述如左。

（一）婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者。婚約既經訂定。即已發生契約上之拘束力。如當事人之一方再與他人訂定婚約。則其毀棄前婚約之行爲。在其他一方即可據為解約之原因。其與他人結婚者亦然。蓋基於婚約所生之效力。即屬男女兩方互負婚姻之義務。亦即同時有請求他方履行此種義務之權利。雙務

契約之性質如此。若再與他人訂婚或結婚。顯係一方不願履行義務。而他方自得發生解約之請求權。同時亦得請求損害賠償。惟關於本款解釋上尙須注意者。所謂當事人之一方再與他人訂定婚約者。必須限於男女兩造本身之行爲。若任何一方當事人之父母代爲另訂婚約。（此種婚約本屬無效）則不在此限。

（二）故違結婚期約者。訂定婚約以後。應於何時結婚。果不背結婚年齡之規定。則悉聽當事人之自由。法律不加限制。惟當事人間既已約定結婚時期。而一方非因不得已事由而故違此種期約者。則他方即得據以解約。但若訂婚後當事人並不約定結婚時期。則雖遲未履行義務。亦無涉於本款規定。舊律關於期約已至五年無過不娶。亦許女家解除婚約。（註二）惟期約已至尙須五年無過不娶。方許女子改嫁。其嚴酷實背人情。本款規定。係屬男女兩方平等待遇。故違反結婚期約之事實一經發生。即得解除婚約。

（三）生死不明已滿一年者。本款所謂生死不明。必須限於杳無音信且確有死亡傳疑之狀況。否則。偶遇交通阻隔。一年間不聞音耗。即便解除婚約。亦非衡平之道。此則應就具體事實加以判斷。本款特概括定其解約之原因耳。

（四）有重大不治之病者。本款所規定者係指殘廢與花柳病及其他惡疾以外之病而言。所謂重大不治。須依現在醫術。其程度達於不易療治之時。（註三）且此種痼疾自必屬於慢性病症。否則。若急性重大不治之病。則死亡在即。亦不待他方解除婚約矣。

(五)有花柳病及其他惡疾者。患有花柳病。固應成立解除婚約之原因。至於其他惡疾。則係統指一切不名譽或爲人情所嫌惡者而言。且不必限於是否可以治療。苟爲患有一種惡疾。其對方即得解除婚約。

(六)婚約訂定後成爲殘廢者。殘廢者即係人身四肢。五官。或陰陽之機能。有一失其作用。(註四)本條所謂殘廢。限於發生於婚約訂定以後。至於訂婚前已成殘廢者。則不成問題。按舊律關於殘廢一層。凡男女定婚之初。若有殘疾者。務要兩家明白通知。(註五)然新民法則不設此種通知規定。蓋自由婚姻。係男女兩造自行訂定婚約。若有殘廢情事。覲面便知。不若舊式婚姻中。兩方當事人互不相識。而有待於明白通知也。但自由婚。雖屬當事人自行訂婚。亦有彼此僅憑通信與照片而締約者。則雙方是否應負通知義務。法律上無可根據。然即因此發生解約問題時。本款不能援用。要當審察何方有過失。即由何方負責耳。

(七)婚約訂定後與人通姦者。婚約訂定以後。任何一方若有與人通姦情事。則他方即得據以解約。本款所謂通姦。祇須一方證明他方確有通姦之事實。不問是否因姦受罰。例如甲男與乙女訂立婚約以後。與無夫之丙女通姦。雖不致觸犯刑法。然即此通姦行爲業已成立解除婚約之原因。查舊律男女犯姦或犯盜者。得爲撤銷婚約之原因。(註六)蓋以此等敗壞風化。損失人格之行爲。即封建社會中亦認爲妨害婚姻之成立。而男女兩方應受同等待遇也。本款以通姦爲解約原因之一。至若犯盜或其他犯罪行爲。則可適用第八款。即使未受刑之宣告。亦有第九款可以援引也。

(八) 婚約訂定後受徒刑之宣告者。婚約訂定後受徒刑之宣告。不問其所犯何罪。一概成立解除婚約之原因。且本款係以刑之宣告爲標準。執行與否。則非所問。倘在徒刑宣告以後。或因大赦。特赦或因緩刑而不執行。然他方仍得據以解約也。但婚約訂定前曾受徒刑之宣告者。則不適用本款。

(九) 有其他重大事由者。所謂其他重大事由者。則於右列八款情形以外。當事人間有足使其婚約不能維持之事由發生或發覺。例如當事人之一方對於他方有強暴脅迫行爲。有詐欺妄冒行爲（註七）等類。蓋婚約預約本可根據總則所定一般法律行爲可撤銷或無效之原因解除之。其有適合於本條各款之特殊情形者。則依照本條辦理。且以上各款均係列記規定。而本款則又爲概括之規定焉。

依照本條規定解除婚約時。法律爲保護無過失當事人之利益起見。遇有事實上不能向他方爲解除之意思表示之情形。則許其無須爲意思表示。自得爲解除時起。卽不受婚約之拘束。例如當事人之一方生死不明已逾一年。其時他方雖欲解約而無從爲意思表示。卽得不爲意思表示。解脫是項婚約之拘束。

註一。見前法制局親屬法草案說明書。

註二。現行律載期約已至五年無過不娶等語。尋繹律意。期約二字係指所定成婚之日期而言。參觀男女婚姻律載。其應爲婚者雖已納聘財。期約未至而男家強娶。及期約已至而女家故違期者等語。其意自明。故律載五年無過不娶。聽告官改嫁者。必其定有成婚日期者。始能適用。不能遽以定婚之日起算。（四年上

字八一〇號前大理院判例)

註三 現行律男女婚姻條所謂疾病云者。當然別乎殘廢言之。凡依現在醫術。其程度達於不易療治而於生活上有礙。或爲恆情所厭惡之疾病。皆應包括在內。(四年上字一二二三號前大理院判例)

註四 現行律男女婚姻條所謂殘廢云者。指凡人身五官四肢陰陽之機能。有一失其作用者而言。(七
年上字九一〇號前大理院判例)

註五 參看左列前大理院判例。

現行律載凡男女定婚之初。若有殘疾。老幼。庶出。過房。乞養者。務要兩家明白通知。各從所願。爲立婚書。依禮聘嫁。若許嫁女已報婚書及有私約而輒悔者。處罰。雖無婚書。但曾受聘財者。亦是等語。是定婚之有效與否。在現行法上。若果男女自初卽有殘疾。老幼。庶出。過房。乞養情事。其前提要件第一須兩家明白通知。第二須寫立婚書。或經收受聘財。爲情願之意思表示。若僅空言許婚。則其婚約自非有效成立。(四年上字二三五號)

現行律內載其男女定婚之初。若有殘疾者。務要兩家明白通知。各從所願等語。認爲男女有殘疾。在定婚之後者。無變更婚約之效力。惟茲經詳釋律意。男女一造之殘疾。在定婚之初。既明認爲重要。必須通知相對人。爲所甘願。始可有效訂立婚約。則殘疾之生於定婚後者。亦須通知相對人。爲所甘願。始可使婚約繼續有

效。蓋爲婚約重要內容之當事人。其身體上嗣後既有重大變動。卽與訂約時當事人之意思不能符合。故亦更須明白通知。若爲相對人所不願。亦許解除婚約。不得以無故輒悔之例相繩。（四年上字二三五七號）

註六 參看左列前大理院判例。

現行律載未成婚男女有犯姦盜者不用此律等語。註稱男子有犯。聽女別嫁。女子有犯。聽男別娶。至所稱盜之意義。當然包括竊盜而言。（六年上字七三五號）

男女有犯姦盜者。依律固得爲撤銷婚約之原因。第其所謂男女乃專指定婚男女而言。故其犯姦或盜者。若僅屬於定婚男女一方之父母。並非與定婚男女有何關係。則在他方自不能以此主張撤銷婚約。（六年上字一〇八一號）

註七 參看左列前大理院判例。

定婚之初。果有妄冒情事。卽已成婚者。依律尙許離異。若僅有婚約。自無不許其撤銷之理。（四年上字一〇〇七號）

男家家屬爲不正營業。除可認爲妄冒外。不得據爲撤銷婚約之原因。（七年上字一三六五號）

詐稱地位與人定婚者。如果相對人確因深信其有此地位。始允與定婚。非此卽不允許者。則其詐稱地位之事實。卽於婚約效力不爲無關。（七年上字一三六五號）

冒為他人之子而定婚者。得為彼造請求撤銷之理由。(五年上字八七〇號)

因詐欺或強迫而為婚姻者。其被詐欺或強迫之當事人所為之婚姻意思表示。本具有撤銷原因。在現行律例。除妄冒強取等情形外。雖無准許撤銷之明文。而依一般法律行為之原則。要無不許當事人請求撤銷之理。(八年上字三五九號)

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。清律婚約 老幼之疾病庶出之身務先

犯姦死盜

理由

明白通知 為婚不得以之病於五理上之有行解除

婚約當事人之一方若有前條規定情形之一。其無過失之他方固得解除婚約。且因婚姻預約之訂立及解除所受一切損害。亦得向有過失之一方請求賠償。大凡婚約之消滅約有下列四種情形。(一)當事人一方死亡。(二)兩願解除。(三)基於前條所規定者解除婚約。(四)無故違反婚約。在(一)(二)兩種情形。本不發生損害賠償問題。第四種情形。當待下條說明。至於本條即係規定第三種情形。由有過失之一方負擔損害賠償之責任也。外國標和原標之義務之解除婚約

第九百七十八條 婚約當事人之一方。無第九百七十六條之理由而違反婚約者。

對於他方因此所受之損害。應負賠償之責。

理由

婚約既經合法成立。雙方應負履行之義務。若無故悔約。雖不能請求強迫履行。自應構成損害賠償之責任。此固立法上之通例也。即舊法施行時代。亦認婚約爲不可強制執行。而不履行者應負損害賠償之責任。（註一）本條與前條不同之點有二。（一）前條所定有賠償請求權者屬於解除婚約之一方。而他方則具有第九七六條各款情形之一。（二）本條規定負擔賠償責任者爲違反婚約之一方。而他方則未具有第九七六條各款情形之一。

註一 參看左列前大理院判例。

訂婚契約合法成立後。若當事人一造無故翻悔。致不能履行者。對於其相對人自應負賠償之責。（五年上字三八〇號）

現行律凡女家悔婚者。如前夫不願再娶。應令女家賠還財禮。至於因悔婚發生其他之損失。雖無明文規定。自應適用通常損害賠償之原則辦理。（四年上字一七七〇號）

解除婚約因一造之事由而生者。他一造因訂約所受之損害。應由該一造擔負賠償之責。（七年上字六二三號）

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或繼承。但已依契約承諾或已起訴者。不在此限。

理由

本條規定婚姻當事人之一方無第九七六條理由而違反婚約時所負之損害賠償責任。即使他方所受者並非財產上損害。亦得易爲金錢賠償。此即歷來判例所稱慰藉費之類。亦即廣義的損害賠償。(註一)至若本條所載『但以受害人無過失者爲限』一語。蓋因受害人雖未犯有第九七六條所列記各款情事。但亦另有其他過失。則對方除擔任其財產上損害之賠償外。不負其他責任也。且本條所規定之請求權係有專屬性質。以不得讓與或繼承爲原則。其與民法第一九五條因不法侵害他人之身體健康名譽或自由所生之非財產上之損害賠償請求權。同其法律上之觀念也。(註二)但已依契約承諾或已起訴者。則因其請求權之內容業已確定。即得不受限制。

註一 慰藉費固爲廣義賠償之性質。究與賠償物質有形之損害不同。賠償物質有形之損害。如醫藥。殯葬。扶養等費皆是。而慰藉費則係以精神上所受無形之痛苦爲準據。若僅就被害人或其家屬精神上所受無形之痛苦。判給慰藉費。自應審核各種情形。例如被告人之地位。家況。及與該家屬之關係。並加害人或其承繼人之地位資力。均應加以斟酌。(八年私上七七號前大理院判例)

註二 民法第一九五條。不法侵害他人之身體。健康。名譽。或自由者。被害人雖非財產上之損害。亦得請求相當賠償之金額。其名譽被侵害者。並得請求爲回復名譽之適當處分。前項請求權。不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權。已依契約承諾或已起訴者。不在此限。

第二節 結婚

第九百八十條 男未滿十八歲。女未滿十六歲者。不得結婚。

理由

本法第九七三條規定訂婚年齡。本條復爲結婚年齡之規定。訂婚年齡係較結婚年齡爲低。按結婚年齡之限制。爲各國立法上之通例。惟規定則頗不一致。男子最高有至二十一歲者。最低有十三歲者。女子最高有至十八歲者。最低有十二歲者。例如德國。男滿二十一歲。女滿十六歲。瑞典則男二十一歲。女十八歲。挪威男二十歲。女十八歲。法意等國男十八歲。女十五歲。日本男十七歲。女十五歲。英國與西班牙男十四歲。女十二歲。結婚年齡雖各國所定者參差不齊。而大抵則男子結婚年齡較高於女子。惟奧國法上男女一律十四歲。蘇俄則一律十八歲耳。結婚最低年齡之規定。其重要理由在於禁止早婚而保全民族之健康。左列說明。足資參證。

『男女婚媾關係於當事人之利害者甚切。決非他人所能越俎代謀。故本案廢棄舊律主婚之制。結婚由

男女本人自行決定。以實現結婚自由之原則。但早婚之弊。危及種族。各文明國立法例。均定有最低限度之結婚年齡。以維社會利益。本案做之。并審酌國情。定男十八歲。女十六歲為法定最低結婚年齡。男女既達此項年齡。法律上苟直許其結婚。則血氣方盛。驅於感情。易涉輕率。始謀不臧。後患無窮。故為保護青年男女之將來幸福。促其慎重起見。於其在一定年齡之下。應使其利害關係最切近之人。參加考慮。方為妥善。」（

註一）

註一 見前法制局親屬法草案說明書。

第九百八十一條 未成年人結婚應得法定代理人之同意。

理由

依照前條規定。男滿十八歲。女滿十六歲。雖已到達結婚年齡。但若未滿二十歲。仍受法律限制。此蓋自由婚制之例外規定也。大凡主張允諾婚者。以為「婚姻為男女終身大事。若任其自由結合。往往血氣未定。不知計及將來。卒貽後悔。法律故予其父母以允許權。」（註一）本法既採取自由婚制。乃復於本條有此例外允諾婚之規定。蓋因結婚年齡既較低於成年年齡。又恐未成年人輕率結婚。故為其將來幸福計。特使法定代理人參加考慮。（參看前條理由）至若法定代理人或為未成人之父母。或為監護人。參看本編第四章第一節未成人之監護所定各條。自可明瞭。

註一 見前法律館親屬法草案第二十二條說明。

第九百八十二條 結婚應有公開之儀式及二人以上之證人。

理由 結婚未有公開者謂之內緣夫婦

關於本條之規定。係有左列理由。或法承認內緣不該好婦止求事實婚不講儀式

宗教儀禮 婦女民事 宗教

「舊律關於結婚之形式雖無明文規定。而習慣上之禮節。則極隆重。文明各國立法例。亦以結婚須經過宗教儀式。或行政程序。雖繁簡隆殺。紛然不一。而以結婚為一種要式行為。關係於當事人身份之變更。應具備一定之形式。期社會之周知。則無二致。法良意美。足資循率。惟本案不採嚴格的儀式主張。但為區別正式配偶與無婚姻關係之結合。而設最低限度之形式。即僅須有公開之形式及二名以上之證人而已。」（註一）

（一）曰必有以婚姻登記、寫真婚考，結婚係要式行為。須具備本條所定之方式。所謂公開之儀式。或為舉行婚禮於公開場所。或為結婚時有共聞共見之形式。至於二人以上之證人。一語。雖文義甚明。惟證人之資格如何。則亦有待於研究。證人固屬人。盡可為。並無積極資格之限制。但消極資格上確有問題存在。換言之。即未成年人或禁治產人能否為結婚之證人也。按為證人亦屬一種法律行為。無行為能力者。應依民法總則規定。受有限制。故未成年及禁治產者不得為證人。

註一 見前法制局親屬法草案說明書。

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。

理由

兼祧後取女三書為老

本條係關於親屬禁婚之規定。我國舊制。親屬間禁婚嚴於宗親。而寬於外親與姻親。宗親相互間。既係同宗共姓。則不問支派遠近。一律禁婚。即對於同宗親之妻亦然。（註一）至若外親與妻親其輩分同者相為婚姻。則向為舊律所不禁。今本法對於親屬分類。既已一變宗法社會之遺制。其所定親屬禁婚之範圍。自較舊制大有更動。觀於左列理由。自可明其梗概。

『結婚問題中最複雜之點。為親屬禁婚。血親通婚。遺害子嗣。人類經驗。覺察最早。各民族各國家之習慣及法律。雖限制之範圍廣狹攸殊。然莫不兢兢致謹。懸為厲禁。近世生理學醫學發達。亦以血親通婚。易遺傳

劣點於子嗣。但血統關係若較疏遠。則其影響亦即至微。甚或毫無惡影響之可言。我國向禁同姓結婚。嗣改爲同宗不得爲婚。即不論支派之遠近。籍貫之同異。互爲婚姻。皆干禁例。範圍過廣。徒增紛擾。無裨實際。且所謂同宗。只限於男系。而女系不在其內。故姑舅兩姨之子女。彼此通婚。習慣法律俱所不禁。然就血統之遠近而言。親姑親舅及親姨之子女。與親伯叔之子女。均屬同等之血親。特以中國習慣及法律。向來重視男統。輕視女系。遂致對一方極端限制。而他方則極端放任。不惟立法輕重失宜。抑且顯違科學上劣點遺傳之公例。

(下略)

『姻親間禁婚。完全根據習慣。揆諸科學原理。絕無禁止必要。我國舊律。妻對夫之宗親。視同己之宗親。故妻與夫之宗親。無論輩分尊卑。絕對不得爲婚。但夫與妻之姊妹。則向例不禁通婚。即夫娶妻之姑母或姪女者。習俗雖不謂然。而法律並不禁止。此種男女不平等之舊制。衡諸學理。亟應剷除。本案關於姻親禁婚。不取嚴格。僅規定姻親輩分不相同者。不得結婚。而夫妻間所受之待遇。均屬同等。不存歧視。以重女權。』(註二)

關於本條解釋。上現有一困難問題。即養父母與養子女間。妻前夫之子女。以及同母異父之兄弟姊妹。是否在禁婚之列也。論者頗有主張不在本條第一項範圍之內。而又無其他規定。遂認爲係屬立法上之缺陷者。惟鄙意則以爲不然。茲分別解釋如左。

(一)關於養父母與養子女者。按親屬法先決要點說明書第五點內稱。『此外基於其他原因而應禁止

通婚者尙不止一端。其中有雖非親屬而略相彷彿者。則（一）爲養親與其所養子女之關係。（二）爲監護人與被監護人之關係。似應略仿外國立法例。規定在關係存在期間或監護人責任終了前不得結婚。』足見養親與其所養子女間不得結婚。在立法時本已見到。不過監護人與受監護人於監護關係存續中不得結婚。已有專條規定。而養親與養子女間則無明文耳。但據本法第一零七七條稱。『養子女與養父母之關係。除法律另有規定外。與婚生子女同。』所以本條第一項當可適用於養父母與養子女。蓋此固屬法律上擬制的親屬也。（二）關於妻前夫之子女以及同母異父之兄弟姊妹者。茲當先行分別說明其親屬關係。

（一）妻前夫之子女。夫與其妻前夫之子女係屬姻親關係。且爲一親等直系姻親。蓋妻與其前夫之子女直系血親也。（即第九六七條所稱從己身所出之血親）女子雖再嫁。其與前夫所生子女之血親關係依然存在。又據第九六九條規定。配偶之血親爲姻親。則夫與其妻之直系血親。（前夫之子女）當然發生姻親關係。又據第九七零條規定。姻親之親系及親等之計算方法。凡屬配偶之血親。係從其與配偶之親系及親等。則妻與其前夫之子女既屬一親等直系血親。同時其子女與其後夫即成立一親等直系姻親關係。故應包括於本條第一項範圍以內。

（二）同母異父之兄弟姊妹。同母異父之兄弟姊妹間旁系血親也。且爲二親等。蓋同母所出之兄弟姊妹與其生母既屬同爲直系血親。則其相互間亦自成旁系血親關係。反之。同父異母之兄弟姊妹既爲旁系

血親並無疑義。則同母異父者又何獨不然。要知新立法既已排除宗法思想。絕非偏重男系血統。於是我人解釋親屬關係。自亦不可囿於舊法上之見解。而抹煞女系血統也。同母異父之兄弟姊妹既屬二親等旁系血親。當然包括於本條第二項範圍以內。

註一 參看左列前大理院判例。

現行律載。凡娶同宗無服之親或無服親之妻者。各處罰等語。律意所在。蓋無非重倫序而防血系之紊亂。故同宗無服之解釋。不拘於支派之遠近。籍貫之異同。但使有譜系可考其尊卑長幼之名分者。於法即不能不謂爲同宗。而禁其相互間婚姻之成立。（民國三年上字第五九六號）

現行律內凡娶同宗無服之親及無服親之妻者。各處罰。若娶總麻親之妻及舅甥妻。各徒一年。小功以上。各以姦論。其曾被出及已改嫁而娶爲妻妾者。各處罰等語。是同宗親之妻。依法均不許娶。至曾被出及有無改嫁情事。原非所問。明文規定。意極顯然。（四年上字二四〇一號）

娶同祖兄弟之妻者。其婚姻依律自應撤銷。（七年上字三八七號）

現行律載。凡娶同宗無服之親及無服親之妻者。各處罰。是但使其人已爲同宗親之妻。即無論其親或爲小功。或屬總麻。又或推而至於無服。依法均不許娶。（四年上字一一七四號）

註二 見前法制局親屬法草案說明書。

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。

理由

受監護人或爲未成年。人或爲禁治產人。其智能薄弱。或心神喪失。監護人原爲保護其利益而設。若許其在監護關係存續中得以結婚。則爲監護人者大可利用其地位與機會。而有不利於受監護人之企圖。本條因規定未經受監護人父母之同意者。於監護關係存續中監護人與受監護人不得結婚。惟本條所稱監護人係指有前條親屬關係以外之監護人而言。否則。雖經父母同意。亦不許結婚也。本條所規定之父母同意權。全爲保護受監護人利益而防止監護人之不正行爲起見。其與通常允諾婚之性質固自不同。

第九百八十五條 有配偶者不得重婚。

理由

本條係屬關於確定一夫一妻制度的規定。蓋婚姻制度存在一日。而一夫一妻卽爲最良之制度。婚姻之性質本係適合於一夫一妻。且一夫一妻亦爲文明社會所公認。多夫或多妻之風。原屬野蠻社會所遺留。並由於人類獸慾所釀成。而大悖於純粹之理智與高尚之情感。美國愛爾烏特 Charles A. Ellwood 在其所著社會學及現代社會問題 Sociology and Modern Social Problems 一書中論及多妻主義之起原。謂有左列之原因。

(一) 由於男子之獸慾。

(二) 由於妻子掠奪。

(三) 由於婦女之勞動價值增高。

(四) 由於兒童之價值增高。

(五) 由於宗教之發達。

所謂婦女之勞動價值增高。蓋在野蠻民族中奴隸制度發達後。婦女亦因其工作地位而增高價值。至於宗教發達所以有關於多妻制度者。則因耶穌。天主等教以外。頗有施行多妻制度者。愛爾烏特批評多妻主義之理論。有如左列要點。

(一) 多妻主義係野蠻制度。

(二) 多妻主義使婦人人格墮落而陷於卑鄙。

(三) 多妻主義係蔑視婦人的感情——因為婦人本與男子相同彼此有妬忌心。

(四) 多妻主義使兒童失其正當之養育。

多妻主義之來源如此。弊害如此。乃我國社會盛行妾之制度。避重婚之名而實行多妻。對於刑法第二五四條不受制裁。對於本條不受拘束。而法律又無禁止之明文。誠一國社會制度上之污點也。

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

理由

本條規定係屬禁止相姦者結婚。所謂相姦者結婚在外國法上多不禁。惟日本民法第七六八條規定因姦通而被離婚或受刑之宣告者。其相姦者不得爲婚姻。蓋日本社會向受我國禮教之影響。而東方人關於男女兩性間事件又常常別具風化上的見解。若我國禁止相姦者結婚。本自有其立法上之歷史以及傳統之理由。所謂傳統之理由者有如左列。

『蓋姦婦因與人通姦致被離異改嫁。原所不禁。若仍許其與姦夫結婚。是潰廉恥之防而長邪淫之風也。唐律諸和娶人妻及嫁之者。各徒二年。明律和姦男女同罪。姦婦從夫價。若價買與姦夫者。姦夫本夫各杖八十。仍離異。現行律同。』(註一)

我人對於本條規定。實有可以非難之處。蓋立法意旨須統一。而全部法律條文應相和協而不應相矛盾。我國刑法不罰無夫姦。法律上重視風化之態度本已不似舊律之謹嚴。賴以維護廉恥而防止淫邪者亦已在彼不在此。乃復於婚姻解放潮流中。欲以禁止相姦者結婚之法條。遏制民間蕩佚之風。其何能濟。編者曾於所著『民法親屬編上幾個小弱點』一文中論及斯旨。茲錄如左。(註二)

『民法第九八六條的限制。無非是爲了維持風化。維持善良風俗。其實這有什麼效果呢。如果通姦者戀

姦情熱。結婚可以撤銷。而撤銷以後還不可再結婚。或者就不履行結婚的儀式。但法律上並不禁止他們同居。並不禁止他們繼續相姦。（離婚後再相姦便是無夫姦）那末。豈不更有礙於善良風俗。更有礙於家庭組織的健全麼。因姦經判決離婚或受刑之宣告。那就對於妨害風化的行爲本已制裁過了。此外便非法律所能爲力。況且。爲了維持善良風俗。禁止相姦者結婚。那末。對於這種婚姻的撤銷權。也該由代表公益的檢察官行使。這是並非侵害前配偶的私人法益。何以第九九三條規定前配偶得行使撤銷權呢？

民法親屬編公布以前。關於相姦者結婚一問題。司法院曾有解釋。認爲離異以後。則結婚離婚絕對自由。自無不得與相姦者結婚之限制。今因本條之規定。司法院之解釋固已失其效力。然其見解之正當。尙有其學理上之價值。（註三）

關於本條解釋上尙有一要點。即凡因姦而兩願離婚者。其相姦者仍得結婚。不受法律之限制。蓋本條法文明白指稱『因姦經判決離婚』。故未經判決而協議離婚時。則不得適用本條。大凡因姦而兩願離婚。不經裁判程序。無非保全顏面。即諺所謂家醜不可外揚也。處此情形之下。非法律所得而干涉。蓋禁止相姦者結婚。必須相姦事實已有證明。或經裁判。或受刑之宣告。否則各爲維持體面起見。不肯承認通姦。法律上亦唯有放任而已。

註一 見前法律館親屬法草案第二十一條說明。

註二 見浙江杭鄞金永律師公會報告錄第一三二期論文欄。

註三 來函所引現行律例嫁與姦夫者。婦人仍離異等語。顯與第二次代表大會婦女運動決議案相抵觸。依照男女平等原則。凡夫妻一造與人通姦。均得爲請求離異之原因。至離異以後。則結婚離婚絕對自由。自無不得與相姦者結婚之限制。(十八年院字一〇四號解釋)

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。

理由

本條係爲防止血統之混亂而設。蓋女子自婚姻關係消滅以後。卽得與他人結婚。則其懷胎所生之子女。屬於前婚抑屬於後婚。難免發生問題。故須經過六個月以後。法律方許其再行結婚。但若六個月內因前婚所孕之胎兒已產生者。則受限制之原因既歸消滅。自得再與他人結婚。不受本條之禁阻矣。關於女子於婚姻關係消滅後再婚之限制。在法德瑞等國立法上係以三百日爲期。惟日本民法則規定爲六個月。此因爲期過久。誠恐妨害女子再婚之機會而有背於人情。且就醫學上言。受胎後經過一百八十日。胎兒已有生活力。故自婚姻關係消滅後。六個月內。其懷胎事實已可及時診斷而知。並無屆滿三百日之必要。本條從日本立法例。定爲六個月之限制。不失爲進步之法律。要知此種限制專對女子而設。男子於婚姻關係消滅後。卽日可以再婚。而女

子則不然。雖以男女生理上之異同因而發生法律上待遇之差別。不得謂為男女不平等。然亦不能不顧及女子之利益。在可能的範圍以內縮短其限制之期間也。

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。

理由

結婚之無效或撤銷。本編皆一一設為專條。結婚無效之原因有二。即係本條所規定者(一)無公開之儀式

或無二人以上之證人。(二)違反親屬禁婚之規定。至若結婚撤銷之原因。則據本編所規定者共有下列九種。

(一)違反結婚年齡之規定者。(二)未成年人結婚未得法定代理人同意者。(三)違反監護人與受監護人結

婚限制之規定者。(四)違反重婚禁止之規定者。(五)違反相姦者不得結婚之規定者。(六)違反女子再婚期

限之規定者。(七)當事人之一方於結婚時不能人道者。(八)當事人之一方於結婚時係在無意識或精神錯

亂中者。(九)因被詐欺或被脅迫而結婚者。蓋結婚無效與結婚撤銷其原因不同。效力不同。而其所經法律上

之程序亦不同也。其原因之差別已如上述。至於其他相異之點。說明於左。

(一)無效之婚姻自始不成立。關於法律行為之無效。據總則編規定。有因承認仍得發生效力者。例如限

制行爲能力人於限制原因消滅後承認其所訂立之契約。(民八一)但結婚之無效則不然。蓋結婚無效係因不具備方式或違反親屬禁婚之規定。其間固無追認之餘地。其無效係自始即不成立婚姻關係。此後亦無可補正。故結婚男女之身分與未成婚時同。並不發生夫婦間之權利義務。即其所生子女亦屬非婚生子女。至若結婚之撤銷。則其效力絕不相同。蓋撤銷必有待於請求。有撤銷權人不能自行撤銷。須向法院請求。且撤銷所生之效力不溯及既往。(民九九八)

(二)無效之婚姻不須宣告。結婚之撤銷須由有撤銷權人向法院請求。但無效係屬法律上之當然結果。不待裁判上之宣告。惟外國立法例上對於無效之婚姻。有取宣告制度者。例如德瑞等國民法。但若法日等國。則隨時可以主張。日本法上對於業已登記之無效婚姻。遇有宣告無效之必要時。亦得提起婚姻無效之訴。我國民法人事訴訟程序中雖亦屢稱婚姻無效之訴。然彼之所稱婚姻無效之訴者。係指對於無效原因存在與否之訴訟而言。非謂無效之結婚必經裁判上宣告也。

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。

理由

本條規定結婚違反最低年齡之限制者。其撤銷權所屬之人及撤銷權行使之時期與其方法。有撤銷權者

係屬下列之人。(一)當事人包括男女兩方。即結婚之男子與女子均得提起。(二)法定代理人。因未達結婚年齡之男女。其意思能力未完全。法律特予法定代理人以撤銷權者。自爲保護婚姻當事人之利益起見。至於撤銷權行使之時期。則須限於當事人未達結婚年齡或已懷胎之前。蓋當事人既達結婚年齡。則其智識程度足以判別切身之利害問題。當可追認其過去之行爲。況本條所規定撤銷之原因。係屬一時之瑕疵。其與重婚等行爲屬於永久之瑕疵者不同。所以結婚年齡一經屆至。其撤銷權即歸消滅。且結婚年齡之限制理由。有謂係屬出於生殖力之關係者。故本條又定爲已懷胎者。不得請求撤銷。關於撤銷權行使之方法。本條及以下各條所規定者。均係向法院請求。其與通常法律行爲之撤銷顯然有異。蓋一則得以意思表示爲之一。則須向法院請求裁判宣告也。

我人對於本條規定。尙有認爲不能滿意者。茲分述如左。

(一)當事人有撤銷權。結婚違反最低年齡之規定。法定代理人得行使撤銷權。固爲一般立法例所從同。至若當事人亦有撤銷權。則據本條所規定者。實嫌過於籠統。所謂當事人當然包括下列四種在內。(1)未達結婚年齡之男當事人。(2)未達結婚年齡之女當事人。(3)已達結婚年齡之男當事人。(4)已達結婚年齡之女當事人。且因雙方年齡之不齊。尙可發生下列三種情形。(甲)當事人雙方均未達結婚年齡時。(乙)女當事人未達結婚年齡而男當事人則已屆至。(丙)男當事人未達結婚年齡而女當事人則已屆至。據本條僅規定籠統

之當事人一語。自應解釋爲於(甲)(乙)(丙)三種情形中任何一種情形中之任何一方當事人均有撤銷權。於是在(甲)種情形之下固無問題。而(丙)種情形尙屬少見。但(乙)種情形之流弊實有不可勝言者。要知男女之結婚年齡。男滿十八歲。女爲十六歲。其間本已相差兩年。而習慣上結婚時男女年齡相差數歲者比比皆是。設有滿二十歲之成年男子娶一十四歲之女子。結婚一年後由男當事人行使其撤銷權。請求法院撤銷。(按婚姻當事人之一方違反第九八零條之規定。卽已成立撤銷原因。並非限於雙方均係未達結婚年齡)試問法律上有何救濟方法。

對於余之主張。有持反對論調者。則引據本條但書以相詰難。其言曰。『本條但書規定當事人已達第九百八十條所定年齡者。不得請求撤銷。是則滿二十歲之男當事人已不得行使其撤銷權矣。』然而不然。蓋本條但書所規定者係指當事人雙方均達結婚年齡者而言。意謂瑕疵業已消滅。不得對於過去之原因行使撤銷權也。假使但書所稱當事人僅係規定一方當事人已達結婚年齡者。不得行使撤銷權。則其法律文字何得含糊至此。總之當事人有撤銷權。我人固不必厚非。但條文上應明示限於未達結婚年齡之一方得行使之耳。

(二)已懷胎者不得請求撤銷。此種規定不出下列兩種理由。(1)結婚後卽能懷胎。足見其生殖力完全。已無撤銷必要。(2)保護胎兒之利益。在第一種理由。我人認爲結婚年齡之限制。並非基於生殖力關係。自不能因其生殖力之完全而予以特許。在第二種理由。則應知結婚年齡之限制。本爲禁阻早婚。而民間盛行早婚則無

非志在生育。今乃一面防遏早婚。一面獎勵生育。立法意旨。奈何衝突至此。胎兒固應保護。而結婚年齡之限制。亦應貫徹實行。是當權衡輕重。毅然定其取舍。不當顧彼失此。反使法條不能盡其運用上之功能也。

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。

理由

本條規定未成年人結婚未得法定代理人同意者。法定代理人得向法院請求撤銷。但若具有下列三種情形之一。則不得請求撤銷。(1)法定代理人知悉其事實之日起已逾六個月。(2)結婚後已逾一年。(3)已懷胎者。關於第一種情形。解釋上尙有一要點。即所謂知悉其事實之日起已逾六個月者。須就當事人之兩方分別言之也。男當事人之法定代理人知悉其事實已逾六個月者。固不得請求撤銷。但同時女當事人之法定代理人並未知悉其事實。或雖知悉而未逾六個月者。則仍得行使其撤銷權。至若本條規定撤銷權由法定代理人行使者。則因不得同意而結婚。即屬侵害法定代理人之權利。故爲貫徹同意權之實行。特許其有撤銷權。

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。

理由

本條規定於監護人關係存續中監護人與受監護人結婚而未經受監護人之父母同意者受監護人或其最近親屬得向法院請求撤銷。但結婚已逾一年者則此種請求權不得行使。至於行使撤銷權之人則受監護人本人及其父母同屬有權行使。若無父母時其他親屬亦得請求法院撤銷。本條所謂最近親屬則有父母時固不待言。如父母不在則比較上親系親等為近者有撤銷權。且親屬係包括血親與姻親在內。若無血親則最近之姻親亦得行使撤銷權。

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。

理由

本條規定有配偶者重為婚姻。利害關係人得請求法院撤銷。但須限於前婚姻關係未曾消滅之時。重婚行為僅能成立撤銷之原因而非當然無效。雖為一般立法例所從同。然在理論上不能認為完滿。編者曾於拙著『民法親屬編上幾個小弱點』一文中討論及此。其旨如左（註一）

『重婚不是無效的原因。僅為撤銷的原因。這就未免妨害一夫一妻制度的嚴格性了。因為可得撤銷的結婚並非自始無效。那末。在撤銷以前豈非法律默許多夫制度或多妻制度的存在麼。在刑法上。重婚是要

處以五年以下有期徒刑的。(二五四條)不算輕微的犯罪。民法上卻輕描淡寫。僅僅認作得為撤銷結婚的原因。』

本條俱書規定前婚姻關係消滅後不得請求撤銷。然若重婚當事人一方有死亡時。則利害關係人能否請求撤銷。是又成爲解釋上之問題矣。例如甲男娶有乙女。復與丙女重婚。甲男旋即死亡。在此情形之下。重婚既非當然無效而有待於撤銷。則乙女於甲男死亡之後尚能提起撤銷重婚之訴否。如曰不得提起。則乙女與丙女皆爲甲男之配偶。則於甲男之遺產繼承上豈非大生問題。日本民法關於此點。係有明文規定檢察官不得請求撤銷。但其他親屬則不受限制。今本法既明定前婚姻關係消滅後不得撤銷。而不及後婚姻任何一方之死亡者。其利害關係人自無不可行使其撤銷權也。

凡以重婚爲理由請求撤銷婚姻之訴被駁回者。當事人之前配偶若未參加訴訟。則對於該判決不受拘束。(註二)例如甲男娶有乙女。重婚丙女。經丙女以重婚爲理由提起撤銷婚姻之訴。此訴若被駁回。而乙女在當時並未參加訴訟。則非該判決之效力所及。仍得向法院請求撤銷。

註一 見浙江杭鄞金永律師公會報告錄第一三二期論文欄。

註二 民訴法第五四七條第二項。以重婚爲理由請求撤銷婚姻之訴被駁回者。其判決對於當事人之前配偶。以已參加訴訟爲限。始有效力。

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。

理由

本條規定違反相姦者結婚之禁止者。其前配偶得向法院請求撤銷。但撤銷權行使之期間。限於結婚後一年之內。逾期則不得撤銷。關於相姦者結婚之撤銷。日本法上規定檢察官亦得向法院請求。蓋因是項結婚之撤銷爲本於公益之觀念。不獨保護私人之法益也。余則以爲相姦者結婚。實無禁止之必要。苟欲禁止。則既以公益爲立場。檢察官應得行使撤銷權。（參看第九八六條理由）

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。

理由

本條規定女子自婚姻關係消滅後未逾六個月即再行結婚。前夫或其直系血親得向法院請求撤銷。但若再婚後業已懷胎。或自其前婚姻關係消滅後已滿六個月時。則其撤銷權不得行使。是種撤銷權所以歸屬於前夫或其直系血親者。則因第九八七條係爲防止血統之混亂而設。如前夫或其直系血親認爲於血統無關

時固不煩旁人代請撤銷也。

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。

理由

當事人之一方於結婚時不能人道又不能治。則有違婚姻之目的而缺乏男女共同生活之要件。爲他方幸禱計。自應許其得向法院請求撤銷。惟自知悉其不能治之時起已逾三年者。則不得請求撤銷。蓋相隔三年之久。他方不爲怨懟之詞而訴諸法律。是其精神上之共同生活容有足以填補其肉體上之欠缺者在。況婚姻關係既已維持多時。法律亦未便輕易許其斷絕。歐洲寺院法係以無生殖力之婚姻爲無效。且不分結婚之前後。德民法則規定結婚時配偶間隱秘其無生殖力者其婚姻無效。今本條不以爲無效而規定他方得向法院請求撤銷。是固仿自瑞士民法也。再本條所規定當事人之一方於結婚時不能人道者。係謂不能人道之原因存在於結婚之當時。至若日後因疾病或其他事由以致不能人道而不治者。則當根據本法第一〇五二條第七款提起離婚之訴。

第九百九十六條 當事人之一方於結婚時係在無意識或精神錯亂中者得於常態回復後六個月內向法院請求撤銷之。

理由

當事人之一方於結婚時係在無意識或精神錯亂中者。本已缺乏結婚之意思。自應成立撤銷之原因。惟所謂無意識或精神錯亂者。尙有病理的與人爲的兩種區別。人爲的無意識或精神錯亂。例如甲男以催眠術使乙女與其結婚。除甲男另負刑事責任外。而乙女對於此種婚姻即得於常態回復後六個月內請求撤銷。至本條設爲六個月之限制者。則因常態既經回復。六個月內不請求撤銷。是其顯有追認之意思。遂亦喪失其撤銷權。

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。

理由

本條規定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請求撤銷。關於本條規定之理由。左列主張。足資參考。（註一）

「關於婚姻之詐欺。各國立法不同。法國則不以詐欺爲撤銷婚姻之原因。其意以爲男女結婚之始。往往美則格外褒揚。醜則故意藏匿。若以此而撤銷。則婚姻之可撤銷者多矣。德國則認詐欺爲可以撤銷婚姻之原因。其意以爲人被詐欺時。則無自由決定婚姻之意思也。中國唐律諸爲婚而女家妄冒者加一等。未成者

依本約已成者離之。明及現行律。雖罪名改輕而意義俱同。律註於女家妄冒。謂女有殘疾。卻令姊妹妄冒相見。後卻以殘疾女成婚之類。於男家妄冒。謂如與親男定婚。卻與義男成婚。又如男有殘疾。卻令兄弟妄冒相見。後卻以殘疾男成婚之類。夫詐欺雖不盡由妄冒。而妄冒亦即詐欺之一端。中國既向有治罪明文。故本律亦採用德制。認詐欺得爲撤銷之條件。但詐欺須出於當事人。或女詐欺男家。抑男家詐欺女家。俱可爲撤銷之呈請。若詐欺出於第三人。如媒妁從中串合。雖多不實不盡之辭。不在撤銷之例。以其非當事人故也。至詐欺僅關乎財產。雖由男女兩造。亦不得撤銷婚姻。例如某女與某男論婚。女家云有嫁奩若干。男家羨其資財。遂與定約。迨過門而所言不售。在男家雖不得謂非被詐。然不得以爲撤銷之原因。蓋財產之多寡與婚姻之要件無關。法律尊重乎倫常。夫婦之結合固非較論貨財也。關於由脅迫而爲婚者。英法德日諸國均認爲撤銷婚姻之原因。本律取之。例如某男以勢力劫女。女家悚其兇威。遂行允諾婚。其結婚實由於脅迫。並非情願。故當事人得撤銷之。』

據總則規定。表意人因被詐欺或被脅迫而爲意思表示者。得撤銷其意思表示。至若結婚而被詐欺或被脅迫者。本條復特爲規定。不須適用民法總則。(註二)蓋結婚本爲特殊之法律行爲也。通常表意人因被詐欺或被脅迫而爲意思表示時。若其詐欺係由第三人所爲。則以相對人明知其事實或可得而知者爲限。表意人始得撤銷。關於結婚則不然。此因自由婚既係當事人自行訂定婚約。基於互相了知而結合。媒妁之言不足重。

自無第三人可以行詐之餘地。即使有之。亦必出於當事人之同意或容許。仍以當事人詐欺論也。至若當事人被脅迫者。則或受他方當事人之脅迫。或受自己父母或其他第三人之脅迫。一概包括在內。但尙有一特殊情形。卽結婚同意被脅迫時能否撤銷。例如未成年入結婚應得法定代理人同意。而其法定代理人被脅迫而爲同意之表示。事後亦能撤銷否。日本民法第七八三條規定同意出於詐欺或脅迫者亦得請求撤銷。惟本法則無明文。關於此點。遂發生左列兩則解釋上之問題。

(一)主張適用總則規定者 此係主張結婚同意係屬法定代理人之意思表示。並非婚姻行爲。不須適用特別規定。當依據總則第九二條辦理。然持異議者則謂結婚同意既屬親屬編上之特殊規定。非通常意思表示可比。不應適用總則。且據第九三條規定。第九二條之撤銷權得在發見詐欺或脅迫終止後一年以內行使。但本條所規定之撤銷權行使期間僅有六個月。今若關於當事人被脅迫者適用本條。而關於法定代理人同意被脅迫則適用總則。未免輕重失當。

(二)主張本條規定包括同意被脅迫者 此係主張本條規定既未明示當事人被脅迫或當事人得行使撤銷權。故法定代理人同意被脅迫者。亦得適用本條。然是說亦屬牽強。蓋法文既稱『因被詐欺或被脅迫而結婚者』。當然係指結婚之當事人受脅迫者而言。本無涉於法定代理人之同意。

法定代理人被脅迫而爲同意之表示。其得撤銷與否。法律上既無明文可以根據。自以解作不得撤銷爲當。

惟本條並未規定撤銷權行使之人專屬於當事人。則當事人以外之人當得向法院請求撤銷耳。

註一 見前法律館親屬法草案第二九條說明。

註二 民法第九二條。『因被詐欺或被脅迫而為意思表示者。表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者。以相對人明知其事實或可得而知者為限。始得撤銷之。被詐欺而為之意思表示。其撤銷不得對抗善意第三人。』

第九百九十八條 結婚撤銷之效力不溯及既往。

理由

通常法律行為之撤銷。恆以自始無效為原則。而結婚撤銷則有本條之特別規定。其撤銷之效力不溯及既往。關於本條規定。前法律館親屬法草案載有左列理由。可資參考。

『謹按本條係規定婚姻撤銷之效力。查普通法律行為之撤銷。其被撤銷之行為從始即作為無效。然婚姻者關係人畢生之身分。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。忽變而為私生子者。甚非保護私人利益之道也。故普通法律行為撤銷之效力。雖溯諸既往。而婚姻撤銷之效力。祇及於將來。按德國民法。婚姻撤銷從始即作為無效。日本不然。』(下略)』

各國立法例上。關於婚姻撤銷之效力。有以溯及既往為原則者。例如德民法一三四三條。有以不溯及既往

爲原則。但就財產上特別事項爲例外規定者。例如日本民法七八七條。有以當事人之善意或惡意爲標準而分別其溯及或不溯及者。例如法民法二零一條。今本條規定則有類於日本立法例。（參看下列條）而其所以定爲不溯及既往之重要理由。固不外於保護子女之利益。然此種理由在新立法上實已喪失其重要性矣。蓋本法既廢除宗祧繼承。子女僅有婚生子女與非婚生子女之分別。關於子女之法律關係已不若舊律之複雜。況非婚生子女一經生父認領。即視爲婚生子女。一經生父撫育。即視爲認領。所以婚姻撤銷後。其效力即使溯及既往。對於子女之身分與權利並無不可補救之處。蓋非婚生子女取得婚生子女之地位。其法律上之程序極爲簡易也。惟婚姻撤銷之效力雖不能溯及既往。但當事人之一方因被撤銷而受有損害時。亦得請求賠償。茲特舉例說明之。甲男赤貧。乙女則富有資財。甲男因在乙女無意識或精神錯亂中而與之結婚。關於夫妻財產。則不用契約訂定而適用法定財產制。於是甲男在婚姻關係存續中。家庭生活費用既由乙女就其財產之全部負擔之。（二零二六條）由妻之原有財產所生之孳息。其所有權又歸屬於夫。（二零一七條三項）是則甲男所享有之利益。即乙女之損失。而乙女固得依法請求損害賠償。請求孳息之返還也。似甲男不正之行為。若法律上別無救濟方法。殊非懲惡安良之道。故第九九九條又爲損害賠償請求權之規定。殆亦本條之例外規定也。

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爲限。

前項請求權。不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者。不在此限。

理由

本條規定當事人因結婚無效或被撤銷而受有損害者之賠償請求權。及其請求權行使之限制。茲分別說明於左。

(一)賠償請求權 賠償請求權又有下列兩種之分別。(1)財產上損害之賠償請求權。(2)非財產上損害之賠償請求權。但以對方有過失或受害人無過失者爲限。所謂財產上之損害者。例如女方在無意識或精神錯亂中與男方結婚。其財產上之孳息所有權歸屬於男方。則在撤銷婚姻關係後。女方得就此種損失請求賠償。(參看前條理由)且因結婚所消費之一切資財。亦得爲損害賠償之標的也。此種賠償請求權之成立。縱非婚姻之撤銷效力溯及於既往。然亦不外基於侵權行爲與不當得利等原則而來。且賠償請求權並不限於財產上之損失。即名譽、貞操。或自由之損失。亦爲請求權之標的。至若請求權之行使。尙須限於對方有過失或受害人無過失者。則當爲財產上損害之賠償請求時。受損害之當事人不論其有無過失。而在他方則必須有過

失當爲財產外損害之賠償請求時。則不但限於他方有過失。而受害人自身並須無過失。否則不得請求損害賠償。

(二)賠償請求權行使之限制 賠償請求權。無論基於財產上之損害或非財產上之損害。均不得讓與繼承。但已依契約承諾或已起訴者。則不在此限。

第三節 婚姻之普通效力

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。

理由

自本條至第一零零三條均係規定婚姻之普通效力。所謂婚姻之效力本不外於婚姻成立後所生之夫妻權義關係。其重要者如因婚姻所生之親屬關係。因婚姻所生之扶養關係。以及因婚姻所生之財產關係。是皆分別規定於本編各章各節。至若本節所規定者則屬夫妻間通常之權義關係。本條規定夫妻之姓氏。而以妻姓冠夫姓。贅夫姓冠妻姓爲原則。關於夫妻及子女間之姓氏問題。立法時曾假定六項辦法而研究其短長。(註一)(1)夫姓均以協定之姓(夫姓妻姓或第三姓)爲姓。子女亦從之。(2)夫妻各用本姓。子女併用父母之

姓。(3)夫妻各用本姓。子從父姓。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。因第六項辦法。妻得保存本姓而夫亦不致易姓。在實際上亦較爲易行。故被採取。此種辦法是否允當。據王用賓氏在其所著『妻冠夫姓問題』一文中曾有左列之批評。(註二)

『往者嚴同姓爲婚之禁。故書妻重姓不重名。冠以夫姓。則非異姓爲婚者。無可掩藏矣。今此禁律。清末已刪。而審查書關於第六點親屬結婚之限制。僅主張限制直系血親直系姻親。及六親等內之旁系血親。五親等內輩分不同之旁系姻親而已。非特舊律之同姓不婚不採。即第一二三各次親屬法草案之同宗不婚亦不採。則此後妻更無冠以夫姓之必要矣。如謂女重所適。冠姓示別。則冠姓不若冠名。名有專屬。視夫名而關係親疎。稱呼尊卑立辨。所謂主名而治也。姓則共用。如云李太夫人張氏李夫人張氏者。非其人爲凡李姓者之母之妻。而稱謂簡略。有此嫌疑。故名治與姓別。在昔并重。妻姓冠夫。姓名并具。而非僅冠夫姓也。徒以由來姓別過嚴之故。書法題例。往往重姓略名。妻不舉名。甚至夫亦不舉名。書婦人者直合書二姓而已。二姓之男女極衆。奚從以別甲乙正名分哉。故欲矯弊匡俗。定爲法條。則莫若易妻冠夫姓贅夫姓之原則。爲妻姓名上冠夫姓名。上冠妻姓名。如是則書婦人者直曰李某某妻張某。直截了當。無隱無疑。尙不失爲親屬法上一新穎條文中也。否則僅截取法人之妻加夫姓。牽強附會於近人李張氏李張女士之俗稱。謂實際上似較爲易行。則非特顯背於從來婦人之書法題例。爲識者不取。且亦有滯礙難行者在焉。古者以郡國爲氏。

以官職爲氏。以名爲氏字爲氏諡爲氏者不少。故有複姓。北魏以來。代北複姓。流入中原。有連四字三字者。以連二字爲最多。妻冠夫姓。則兩姓連結。有複姓與虜姓之嫌疑矣。且複姓有唐孫氏。臧孫氏。賈孫氏。章仇氏。白鹿氏。白石氏。樂尹氏。見於複姓錄者。不可勝數。而兩字適皆獨立成姓。遇此兩姓結婚。何由辨其爲複姓抑爲妻冠夫姓耶。代北複姓。亦有李蘭氏。駱雷氏。莫盧氏。費連氏。莫侯氏。賀賴氏。賀葛氏。賀魯氏。賀婁氏。賀蘭氏。遇此兩姓結婚。妻冠夫姓。何由辨其非代北之虜姓耶。此不可通者一也。從來夫妻異姓。如俗稱李張氏。李張女士者。義固難解。文猶可讀也。今後同姓得爲婚姻。將因妻冠夫姓。而稱李李氏。或張張女士者。必不少。是誠何辭哉。如省去一字。以便稱謂。則是不冠夫姓。或夫妻公姓。又顯違妻冠夫姓之法文矣。此不可通者二也。竊謂夫妻姓氏問題。從來書法題例。已有成軌。通俗之婦人稱謂。縱有未合。無傷大體。苟無若何改革主義可言。聽諸禮俗之自然變化。不規定於親屬編可也。若如審查書之意見。規定妻冠夫姓。則非古非今。徒滋物議耳。爲政貴乎正名。立法尤然。名不正則言不順。可不慎諸。』

上所主張妻姓名上冠夫姓名。贅夫姓名上冠妻姓名。立論雖有根據。且亦不失爲新穎。但實行究感困難。惟本條既非強制性質。但書本許當事人另行訂定。則亦何必多此條文。故王用賓氏所稱「聽諸禮俗之自然變化。不規定於親屬編可也。」實爲正確之見解。

註一 參看親屬法先決各點審查意見書第二點說明。

註二 見三五法學社法學季刊第一卷第一號。

第一千零一條 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。

理由

婚姻之目的既在創設共同生活。而同居即所以達此共同生活之目的。是故夫妻間所負同居之義務固為一般立法例所從同。惟尊重男女平等之精神者。須使夫妻互負此同居之義務。而不偏重夫之權利。我國舊律則不然。但為人妻者應負與夫同居之義務。（註一）蓋同此義務而有男女輕重之分也。本條以夫妻互負同居義務為原則。但有不能同居之正當理由者。例如出外讀書。經商等事。則不在此限。惟解釋本條同居之義務。我人首應注意夫妻互負之一點。蓋所謂夫妻互負同居之義務者。其與舊制為人妻者所負與夫同居之義務。不能相提並論。舊制關於夫妻同居之事。應由夫作主。（參看註一）然就本條夫妻平等之原則言之。則妻於必要時固亦得主持同居之事。而使其夫同居。例如夫娶妾。其妻不願與妾同居於夫之住屋。目得另設居所。而使其夫與之同居。蓋本法雖規定妻以夫之住所為住所。然固無明文禁止為人妻者不得設定居所也。夫妻實有背於夫妻同居之義務。妻即得以履行同居義務之方法干涉之。蓋同居為實行共同生活之要件。而夫妻之共同生活實以性生活為要素。觀於第九九五條結婚時當事人之一方不能人道者即得撤銷之規定從可知矣。

娶妾爲我國最惡劣之多妻制。前法制局親屬法草案中曾有左列之說明。

「納妾之制。不獨違反社會正誼。抑實危害家庭和平。衡以現代思潮及本黨黨義。應予廢除。蓋無疑義。故本案不設容認妾制之明文。以免一般社會妄疑此制之可以久存或暫存。惟以明文禁止納妾。似亦宜俟諸單行法令。而不能僅僅假手於親屬法。緣廢妾之律。爲貫達其目的起見。勢不能不設置種種關於納妾之刑事制裁及行政處分故也。至於既存之妾及其子女。於廢妾之單行法令未頒行以前。究居如何地位。則擬由法院斟酌社會情形。爲之解釋。以補律文暫時之闕。」

上列主張。我人認爲允當。於廢妾之單行法令未頒布以前。卽當以解釋法條之方法。剷除此種惡劣制度。除認許爲人妻者得以同居義務爲立場。干涉其夫納妾外。尙當解釋爲納妾係觸犯第一零五二條第二款規定。（參看該本條理由）成立離婚之原因。傳統思想之解釋能掃除一空。而後男女平等之精神始顯。

夫妻互負同居之義務。其意義既如上述。然亦夫妻之一方不履行其義務者。則其救濟之方法若何。是亦解釋上之重要問題也。蓋夫妻同居之義務。雖經裁判確定。然其不便強制執行則一。如婚約之不能強迫履行。同居義務之履行。不僅形式上之雙棲美滿。而尤有待實際上之綢繆繆繆。故其不便於強制執行者有二。（一）其性質不適於執行。（二）並無執行之方法。但法律貴在實行。對於不履行同居義務者。雖不能以公力強要。亦當別求救濟之道。所謂救濟者當不出下列兩途。（一）適用債之發生之原則而引起損害賠償之請求權。（二）認

爲惡意之遺棄。適用本法第一零五二條第五款規定而成立離婚之原因。

註一 參看左列前大理院判例。

爲人妻者有與其夫同居之義務。至同居之處所。依現行律別籍異財門載。祖父母父母在者。子孫不許分財異居。其父母許令分析者聽等語。祖父母父母在者。當然應遵從其祖父母父母之意思定之。故其夫亦不能自決定之自由。卽或於定婚之初。與女家約定同居地點。亦惟於得有祖父母父母之同意。或祖父母父母不在時。其夫始有守約之義務。（六年上字二五九號）

爲人妻者負與夫同居之義務。固不得不以夫之住所爲住所。但其夫並無住所者。則妻自得獨立設定住所。自無許其夫藉口同居義務。強其妻隨同遊浪之理。（七年上字八六三號）

關於夫妻同居之事。須由夫作主。爲人妻者自不應強令其夫與翁另門各度。（七年上字三〇三號）

妻負有與夫同居之義務。而夫亦須使妻同居。在婚姻關係存續之中。除有法律上理由不能同居外。自不容一造擅行拒絕同居。（七年上字一〇〇九號）

夫妻有同居之義務。非有不堪同居之事實及相對人已經同意者。不得別居。（九年上字二〇一號）

夫婦一造不能推定其對造將來或有虐待情形。而預先拒絕同居。（九年私上五九號）

妻對於夫應負同居之義務。卽使其夫病瘋重聽。亦不能據爲拒絕同居之理由。（八年上字一三五四號）

第一千零二條 妻以夫之住所爲住所。贅夫以妻之住所爲住所。

理由

關於本條之規定。或謂出於夫妻同居義務之結果。或謂基於其他法律關係上之便利而設。所謂出於夫妻同居義務之結果者。蓋夫妻既須經營共同生活。斷無各異其住所之理。故妻應以夫之住所爲住所。而贅夫應以妻之住所爲住所。若是則男女平等之旨既符。而同居之目的可達。所謂基於其他法律關係上之便利者。則因我國民法對於住所既採單數制。一人同時不得有兩住所。夫妻間既已成立一種共同生活。若各別其住所。勢必法律關係因之複雜。而司法裁判上亦多困難。余以後說爲是。蓋夫妻有共同之住所。實無涉於同居之義務。蓋爲人妻者即以夫之住所爲住所。仍得不履行其同居之義務。反之。贅夫亦然。要知住所非住屋也。同居必須居住於同一住屋。而妻以夫之住所爲住所並非即係同住一屋之意。民法第二十條所稱『以久住之意思住於一定之地域者。即爲設定其住所於該地。』故住所者含有生活本據地之意義。法律即因人與住所之關係以定其法律關係。例如民事訴訟由被告普通審判籍所在地之法院管轄。而普通審判籍則依住所定之。是即妻以夫之住所爲住所者。其普通審判籍須從夫也。今有某甲以久住之意思住於上海公共租界。而公共租界即爲甲之住所所在。甲如在民事訴訟上爲被告者。上海特區法院卽爲其管轄法院。且甲之住所固設定於公共租界。同時不得更於閘北另有住所。然其於公共租界內或於靜安寺路或於白克路賃屋居住。或於兩處

各賃一屋居住。均非法律所得而限制之。其在甲妻方面。固以甲之住所爲住所。然若甲妻苟非以久住之意思。另在公共租界區域外設定住所者。雖不履行同居之義務。（例如別賃一屋居住）但固不得謂爲違反本條規定也。是故本條係屬基於其他法律關係之便利而設。非僅爲貫徹前條之實行遂限制妻之住所也。總之。我人對於住所與住屋應有分析之觀念。我人於某地賃有住屋。並非即於某地設有住所。換言之。以久住之意思。住於一定之地域者。固得於該地域內租賃或建築數住屋也。夫妻互負同居之義務者。指夫妻應居住於同一家屋而言。而妻以夫之住所爲住所者。則指夫妻應有同一之生活本據地而言。此兩者於法律上各有其深意存焉。

第一千零三條 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。

理由

本條規定基於夫妻平等之原則。夫既不能限制妻之能力。妻亦不必曲從夫之指揮。其於日常家務互爲代理人。即互有代理權。且是項代理權由於法律之規定而來。不待任何一方之委任。至於日常家務之意義。則凡有關夫妻共同生活之事務皆包括在內。並非專限於油鹽柴米之瑣細事項。就日常家務之範圍。若有爭執發生。則須視其具體之事實而定。並因家庭狀況不同。貧富懸殊。而尋常家事之範圍亦遂不能一概論定。本條第

二項規定此種代理權濫用之限制亦係適合平等之精神。夫妻之任何一方均不得濫用。各得加以限制。惟但書規定所加限制不得對抗第三人耳。✓

第四節 夫妻財產制

夫妻財產制者。夫妻之財產因婚姻所發生各種權義關係之制度也。至於夫妻間關於財產之普通關係——不因婚姻之效力所發生。僅由雙方訂立普通契約所發生之權義關係——則不包括於夫妻財產制範圍之內。例如夫就妻之特有財產另訂借貸契約所發生之債之關係。此外若父母與子女間之財產關係。則亦無涉於夫妻財產制。本法分夫妻財產制為法定財產制與約定財產制兩種。約定財產制更分為共同財產制。統一財產制。及分別財產制三種。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。為其夫妻財產制。至若未以契約訂立夫妻財產制者。則除本法另有訂定外。係以法定財產制為其夫妻財產制。(註一)且所謂法定財產制者。更可細別為通常法定制與非常法定制兩種。通常法定制即係第一零一六至一零三零條之聯合財產制。非常法定制即係在適用通常法定制或分別財產制以外之約定制時。遇有特別情形發生因而改用之財產制。例如夫妻之一方受破產宣告時。其夫妻財產制當然成為分別財產制。

本法採取瑞士法之聯合財產制為通常法定制。蓋因便於維持共同生活。又足保護雙方權利。折衷得當。適

合於我國國情。王寵惠氏於其所著婚姻財產制一文中。亦主張採取聯合財產制爲法定制。其結論如左（註）

二 法定財產制 分別財產制 共同財產制 共同財產制

『其原則既如上所述。一方面維持經濟上之合作。而另一方面維持經濟上之獨立。並有種種訂定。預防夫管理之不當。就此諸點觀之。實爲各制中較爲適當之制度。瑞士民法理由書內。謂其所定聯合財產制上述之三大原則。實參酌分別財產制與共同財產制而爲規定。良有以也。吾國向無所謂夫妻財產制度。若必採用一制度以爲法定制。從維持夫妻間經濟合作及保障妻之經濟獨立起見。似無有逾於此制者矣。惟主張採用瑞士制者。係就大體言之。若論其條文細目。則尚有應予變通之點。例如瑞士民法第二〇一條第三項規定。妻之現銀與其他代替物。及未經劃歸於妻之無記名債券。皆屬於夫。夫對於其價值。成爲妻之債務人云云。而德國民法對於此層。則以爲家用之目的起見。方屬於夫爲條件。此瑞士條文似應斟酌者一也。又瑞士民法第二〇二條第一項規定。在純粹管理權範圍外。夫對於未移轉歸其所有之妻方帶入財產。未經妻之同意。不得處分之。其第二項云。爲第三人利益起見。推定妻業經予以同意。但該第三人確知或應知未得同意者。或被處分之財產。無論何人皆可認其爲屬於妻者。不在此限云云。是夫在純粹管理範圍內。有單獨處分權。而何者爲純粹管理。何者非純粹管理。適用上不無疑問。此瑞士條文似應斟酌者二也。又瑞士民法第二〇三條規定。在有代表雙方資格之範圍內。妻得處分婚姻財產云云。所謂婚姻財產者。係指雙方帶

入之財產而言。假如夫不應有上述之處分權。則此條所定之妻之處分權。亦應隨之而改訂。此瑞士條文似應斟酌者三也。又瑞士民法第二〇四條第一項規定。妻未得夫之同意。不得放棄繼承權云云。而德國民法典第一四〇六條。則妻承諾或放棄繼承權。毋須得夫之同意。此瑞士條文似應斟酌者四也。此第就其最顯著者言之。其他或尙有應予斟酌之點。採用時自宜詳細研究也。』

註一 參看親屬法先決各點審查意見書第六點說明。

註二 見中華法學雜誌第一卷第一號。

第一款 通則

第一千零四條 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。

理由

關於本條規定。可分左列三點說明之。

(一) 夫妻財產制契約之訂立自由。是項契約之訂立。法律上許當事人以自由。本條定爲婚前或婚後均得爲之。蓋使當事人獲有充分之機會。以自定其財產關係也。各國立法例上關於夫妻財產制契約之自由範

圍規定殊不一致。然婚前自由之範圍自屬廣於婚後。且本法關於夫妻財產制之契約自由。尤有廣大之規定。例如(1)結婚前或結婚後均得訂約。(本條)(2)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。(一零一二條)(3)夫妻得以契約訂定。以一定之財產為特有財產。(一零一四)

(二)夫妻財產制契約之性質 夫妻財產制契約是否獨立契約。此為我人研究是項契約時所應注意之一點。蓋是項契約雖為財產契約而有獨立之性質。然實係附隨於婚姻之特別契約。婚姻無效。是項契約亦即無效。婚姻撤銷。是項契約亦即因而失其拘束力。除此特性外。其異於他種契約者。尚有下列各點。(1)夫妻財產制契約之訂立。變更。或廢止。當事人如為未成年人或為禁治產人時。應得其法定代理人之同意。(一零零六條)(2)夫妻財產制契約之訂立。變更。或廢止。應以書面為之。(一零零七條)(3)夫妻財產制契約之訂定。變更。或廢止。非經登記。不得對抗第三人。(一零零八條)

(三)約定財產制之選擇 夫妻雖得於結婚前或結婚後以契約選擇一種約定財產制為其夫妻財產制。然其選擇之自由。係限於就(1)共同財產制。(2)統一財產制。(3)分別產財制。三種約定財產制中選擇其一種。而不能變更其內容。所謂自由者。係屬對於整個制度之選擇自由也。

第一千零五條 夫妻未以契約訂立夫妻財產制者。除本法另有規定外。以法定財產制為其夫妻財產制。

理由

夫妻財產制本由當事人基於自由意旨。就本法所規定之三種約定財產制。以契約選擇其一。然若當事人間不為選定。則除本法另有規定外。應以法定財產制為其夫妻財產制。蓋所以求其財產上法律關係之確定也。惟本條所謂除『本法另有規定外』則如。

(1) 夫妻之一方受破產宣告時。其夫妻財產制成為分別財產制。(一零零九條)

(2) 有一零一零條各款情形之一。法院因夫妻一方之請求而宣告改用分別財產制。

(3) 債權人對於夫妻一方之財產。已為扣押而未得受清償時。法院因其聲請而改用分別財產制。(一零

一一條)

第一千零六條 夫妻財產制契約之訂立。變更。或廢止。當事人如為未成年人或為

禁治產人時。應得其法定代理人之同意。

理由

關於本條之規定。當分為未成年人與禁治產人說明之。

(一) 當事人為未成人者 七歲以上之未成人係屬限制行為能力人。其為契約行為。本應取得法定代理人之允許。(民七九) 乃總則既有專條。本編何以又特為之規定。此則我人當注意本法第十三條。蓋該

本條第三項規定。『未成年人已結婚者。有行為能力。』今據本條特別規定。已結婚之未成年人。雖有行為能力。然關於夫妻財產制之契約行為。仍須得其法定代理人之同意。

(二)當事人爲禁治產人者。關於此點。頗有疑義。蓋禁治產人之法定代理人爲其監護人。其監護人有時即其配偶。(在婚姻關係存續中。禁治產人之監護人之設定。本以配偶爲第一順序)所謂應得其法定代理人之同意者。如係配偶爲監護人時。則本條將何所適用耶。

第一千零七條 夫妻財產制契約之訂立。變更。或廢止。應以書面爲之。

理由

本條規定夫妻財產制契約之訂立。變更。或廢止。係要式行為。惟適用本條時。應注意本法總則第三條。(註一)蓋第三條所稱『依法律之規定。有使用文字之必要者。』即指此類應用文書之要式行為而言。

註一、民法第三條。依法律之規定。有使用文字之必要者。得不由本人自寫。但必須親自簽名。如有印章代簽名者。其蓋章與簽名生同等之效力。如有指印。十字。或其他符號代簽名者。在文件上經二人簽名證明。亦與簽名生同等之效力。

第一千零八條 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。

理由

本條與前條之規定均係對於夫妻財產制契約之訂立變更或廢止加以相當之限制。大凡夫妻財產制契約之訂立或變更須受法律之限制者。例如瑞士土耳其等國立法例。瑞士民法第一八一條第二項規定。變更是項契約。須經監護官署之許可。第一七九條第三項規定。婚姻存續期間所訂立之夫妻財產契約。不得侵害第三人權利。今本法除定爲要式契約及應登記外。固無其他限制也。且所謂登記者。係對抗第三人之要件。至若夫妻相互間。雖不登記。亦得發生效力。

第一千零九條 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。

理由

本條所規定之分別財產制。即所謂非常法定制也。蓋分別財產制本爲約定財產制之一種。但若遇有特別情形發生時。則成爲法定財產制。當夫妻之一方受破產宣告時。其他方既非債務人。其財產自應除外。蓋債權債務係特定人間之法律關係。而夫妻則各有其人格。各爲其財產之權利主體。苟非由於共同債務而雙方宣告破產。則其財產理當分別辦理也。是故夫妻財產無論其爲法定財產制或爲約定財產制中之共同財產制。或統一財產制。遇有一方受破產宣告時。則據本條規定。當然成爲分別財產制。

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 夫妻之一方為財產上之處分。依法應得他方之同意。而他方無正當理由拒絕同意時。

理由

本條所規定之分別財產制。一如前條。亦即所謂非常法定制。惟遇有前條原因發生時。其夫妻財產制當然成為分別財產制。而本條之分別財產制。則有待於法院之宣告。本條第一款所稱夫妻之一方依法應給付家庭生活費用者。如同本法第一零二六條及一零三七條之規定。第三款所稱夫妻之一方為財產上之處分。依法應得他方之同意者。則如本法第一零二零條及一零三三條之規定。

第一千零一十一條 債權人對於夫妻一方之財產已為扣押。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。

理由

本條所規定之非常法定制亦係須由法院之宣告。并須債權人聲請。其原因即係債權人對於夫妻一方之財產已為扣押而未得受清償時。所謂扣押原有刑事上與民事上扣押之別。本條係指後者而言。民事上之扣押者。債權人就執行名義範圍內對於執行標的物所聲請之形式行為也。扣押之方法或由執行處占有該標的物。或使債務人或第三人保管之。扣押為強制執行程序。但尙未至拍賣階段。故扣押並非即已清償。當債權人對於夫妻一方之財產已為扣押。債務人若再不清償。則必須進行拍賣程序。其時實有改用分別財產制之必要。蓋非僅保護夫妻間非債務者之一方。亦為債權人之便利計也。

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。

理由

本條規定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。此係准許結婚後夫妻有變更其財產制契約之自由。關於是點。各國立法例約有下列三種分別。(1)婚姻關係存續中不得變更者。例如法比。荷蘭。波蘭。芬蘭。意大利。羅馬尼亞。西班牙。葡萄牙。以及日本等國。(2)婚姻關係存續中得變更者。例如德。奧。捷克。以及巴拿馬等國。(3)婚姻關係存續中雖得變更。但受特定條件之限制者。例如瑞士。土耳其等國。(參看第一零零八條理由)本條規定係較瑞士等國立法例為寬大。其變更或廢止純出當事人之自由。惟

須依於一定方式及登記後始得對抗第三人耳。

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。

理由

夫妻財產制或爲法定財產制或爲約定財產制。然其任何一方之特有財產。則不受此種拘束。本法於法定財產制及約定財產制中之共同財產制與統一財產制各條。均分別規定特有財產除外。如一零一六。一零三一。一零四二等條。所謂特有財產。據本條所明示者。則其範圍如左。

(一) 專供夫或妻個人所用之物。例如夫或妻之冠服等類。專供其個人所使用而非雙方所共同需要。故法律定爲特有財產。而許其私人各別享有。

(二) 夫或妻職業上必需之物。例如夫爲攝影師。則一切攝影器具均爲其職業上所必需之物。妻爲音樂教師。則鋼琴一類之樂器爲其職業上必需之物。凡此均屬夫妻各方之特有財產。

(三)夫或妻所受之贈物經贈與人聲明爲其特有財產者。贈與者因當事人一方以自己之財產爲無償給與於他方之意思表示。經他方允受而生效力之法律行爲也。贈與既屬一種契約。若經贈與人聲明爲其特有財產。則自應受此聲明之拘束。

(四)妻因勞力所得之報酬。因勞力所得之報酬。限於妻之一方始爲特有財產。

第一千零一十四條 夫妻得以契約訂定以一定之財產爲特有財產。

理由

關於特有財產。除前條明示範圍以外。夫妻尙得以契約就一定財產定爲特有財產。所謂一定財產。則除前條所列記者外均屬之。例如夫因勞力所得之報酬。依據前條第四款規定。本非特有財產。然夫妻得以契約定爲特有財產。此種契約所定之特有財產。雖不得適用於法定財產制。(參看第一零一六條理由)然在約定財產制中固得發生效力也。

第一千零一十五條 前一條所定之特有財產。適用關於分別財產制之規定。

理由

特有財產係適用關於分別財產制之規定。即夫妻各別保有其財產之所有權。管理權。及使用收益權也。蓋適用分別財產制之規定。則雙方之特有財產各自獨立。惟對於家庭生活費用。妻之一方亦不能免除財產上

之負擔耳。

第二款 法定財產制

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取得之財產。爲其聯合財產。但依第一千零一十三條規定妻之特有財產不在其內。

理由

自本條至一零三零條均係關於法定財產制之規定。本條則明示聯合財產之界限。蓋本法所採取之法定財產制即係聯合財產制。瑞士與德國均以此爲法定財產制。瑞民法且稱爲聯合財產。本條從瑞士立法例定名爲聯合財產。惟關於特有財產。則祇承認妻之部分除外。而夫之特有財產須歸入聯合財產中。蓋聯合財產由夫管理。其特有財產固無除外之必要也。且特有財產尙可分爲法定特有財產與約定特有財產兩種。前者係第一千零一三條所定者。後者則係第一千零一四條所定者。本條所稱妻之特有財產係屬於法定特有財產。**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

理由

關於本條與前條之解釋。我人首當注意前條所稱妻之特有財產。與本條所稱妻之原有財產之區別。蓋此二者不容相混也。妻之特有財產係指一零一三條所規定者而言。妻之原有財產則係特有財產以外聯合財產中妻之所有部分也。本條明定其範圍。(一)聯合財產中妻於結婚時所有之財產。(二)聯合財產中妻於婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產。所謂無償取得之財產。則如因贈與而取得之財產。然若贈與人聲明為其特有財產者。則又當根據第一零一三條第三款。非本條所稱之原有財產矣。大凡聯合財產係由下列兩種成分組合。(一)妻之原有財產。由妻保有其所有權。(二)夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分。(為夫所有)且由妻之原有財產所生之孳息。其所有權亦歸屬於夫。

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

理由

本條規定聯合財產由夫管理。蓋聯合財產制之特色。即在夫對於妻之原有財產——聯合財產成分之一——有管理權。有用益權。且在必要時有處分權也。聯合財產既係由夫管理。則其管理費用自應由夫負擔。且因其負擔管理費用及家庭生活費用。故前條第三項定為由妻之原有財產所生之孳息。歸夫所有。

第一千零二十九條 夫對於妻之原有財產。有使用收益之權。

理由

聯合財產中妻之原有財產之所有權雖仍屬於妻。然其夫則有使用收益之權。蓋夫對於全部聯合財產固有管理之權。且爲維持共同生活計。更進而就妻之原有財產行使用益權也。

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。或依情形可認爲該財產屬於妻者。不在此限。

理由

夫對於妻之原有財產。雖有用益權。但若爲處分時。則除管理上必要情形外。應得妻之同意。若妻之一方並無正當理由而拒絕同意。則其他一方得根據第一零一條之規定。請求法院宣告改用分別財產制。至若夫之處分行爲欠缺同意時。雖屬違反本條第一項。然亦不得對抗第三人。但如第三人本已知情。或可得知其欠缺。或依情形可認爲該財產屬於妻者。則既非善意第三人。自無不可對抗之理。所謂依情形可認爲該財產屬於妻者。例如其夫處分其妻之不動產。而該不動產契據上係屬其妻名號等類。

第一千零二十一條 妻對於聯合財產。於第一千零三條所定代理權限內得處分之。

理由

據一零零三條規定。夫妻於日常家務互為代理人。是則妻於代理範圍以內。自得處分聯合財產。蓋聯合財產之處分。係屬行使是種法定代理權之結果。自無取得他方同意之限制。惟第一零零三條所規定之代理權不得濫用。則關於聯合財產之處分。自有一定之範圍。如越出代理權限以外。當負損害賠償責任。

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。

理由

夫對於聯合財產。既有管理權與用益權。同時對於聯合財產中妻之原有財產。自亦負有各種義務。本條即係規定其義務之一種。關於妻之原有財產。妻有請求其夫隨時報告其狀況之權。反之。夫之一方即因請求而負有報告之義務。

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。

一 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

三 妻因第一千零三條所定代理行為而生之債務。

理由

本條及以下兩條均係規定夫妻間之負債關係。本條所定者即係明示應由夫負責清償之各種債務。茲當分別釋明如左。

(一) 夫於結婚前所負之債務。夫於結婚以前所負之債務本與其妻無涉。自應由夫自任其清償之責。即妻就其結婚前所負之債務亦然。(參看下條第一款)

(二) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。本款所稱係指夫於婚姻關係中所負之一切債務。即除下列兩條所載之債務外。不問夫之所負者為個人債務或為涉及共同生活之債務。一律由夫負責清償。

(三) 妻因第一千零三條所定代理行為而生之債務。聯合財產既由夫管理並使用與收益。則關於共同生活所有之支出。自應由夫負擔。是故妻因日常家務所為代理行為而生之債務。其夫須負責清償之責也。

第一千零二十四條 左列債務。由妻就其財產之全部負責清償之責。

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。

理由

本條所定之債務係由妻就其財產之全部負擔清償之責。而與其夫之財產無涉。所謂其財產之全部者。則凡妻之特有財產與原有財產一概包括在內。

(一)妻於結婚前所負之債務 參看前條第一款說明。

(二)妻因職務或業務所生之債務 職務與業務之區別。前者如職業上之服務。後者如其所經營工商事業上之事務。妻因職務或業務所生之債務。並非夫妻間之共同關係。應由妻就其全部財產負擔清償之責。

(三)妻因繼承財產所負之債務 繼承者係承受被繼承人所有之權利義務。故妻因繼承財產所負之債務。應負全責。惟關於限定之繼承。其所負債務之責任限於繼承財產部分者。則繼承編上另有規定。不必由妻就其財產全部負擔清償之責。

(四)妻因侵權行為所生之債務 侵權行為者因故意或過失不法侵害他人權利之行為也。侵權行為之加害人應負損害賠償責任。(民一八四)妻為加害人時。則自應負其損害賠償責任。且須就其全部財產負責。

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 妻逾越第一千零三條代理權限之行為所生之債務。

理由

本條與前條相異之點有二。(一)債務發生之情形不同。(二)所負之清償責任不同。蓋前條係規定由妻就其財產之全部負清償之責。而本條則規定由妻僅就其特有財產負清償之責。至本條所定之債務。則有左列二種。

(一)妻就其特有財產設定之債務。例如妻以其勞力所得報酬之一部贈與於人。因而所生之債務。須就妻之特有財產清償。不能侵及原有財產之範圍。

(二)妻逾越第一千零三條代理權限之行為所生之債務。此即妻於日常家務為代理人時。因越權所生之債務。亦係僅就其特有財產部分負清償之責。然此應指夫妻相互間債之關係而言。至若對於第三人則固又當別論耳。

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。

理由

關於法定財產制原則上本應由夫支付生活費用。但若夫無支付能力時。則妻之一方應就其財產之全部負擔之。關於本條解釋上之疑點甚多。例如（一）夫無支付能力時。如係完全喪失其所有財產。則其時聯合財產中僅存妻之原有財產。所謂法定財產制是否仍舊可以存在。（二）夫無支付能力。但對於聯合財產尙有管理權。用益權。以及必要之處分權。是否公平之道。（三）假使夫因浪費而致失其支付能力。法律上對於此種不正行為。事前並無救濟方法。（我國不行準禁治產制）事後乃使其妻負擔家庭生活費用之責任。是否助長浪費之風。而養成男子之依賴性。要之。夫妻相互間本屬同舟共濟。夫無支付能力。由妻之財產負擔家庭生活費用。本極正常。獨惜民法總則不規定準禁治產。對於男子之浪費者無從制止。將來正恐依賴妻財而度其浮浪生活之男子不絕於社會也。

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。亦得為補償之請求。

理由

本條第一項與第二項同爲補償請求權之規定。然第一項之補償請求權不得行使於聯合財產關係消滅以前。而第二項之補償請求權則不然。此因妻之原有財產與夫之財產同爲聯合財產之成分。故其補償請求權須保留至聯合財產關係消滅以後方得行使。至若妻之特有財產本與聯合財產劃分界限。苟有第二項所規定之情形發生。其補償請求權即在婚姻存續中亦無時不可行使也。

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。

理由

妻死亡時。聯合財產之關係自歸消滅。其時妻之原有財產則歸屬於妻之繼承人。若有短少。且係由於可歸責於夫之事由者。其夫應負補償之責。至於妻之特有財產。則因其死亡而歸屬於其繼承人。自有繼承編上之規定足資依據。不須本編另設明文也。所謂妻之繼承人。自係適用本法第一一三八條規定。除配偶外。依下列順序定之。(1)直系血親卑親屬。(2)父母。(3)兄弟姊妹。(4)祖父母。

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。

理由

夫死亡時聯合財產之關係亦已消滅。妻當取回其原有財產。若有短少。並得向夫之繼承人請求補償。本條之補償請求權與前條所規定者稍有差別。蓋前條限於因可歸責於夫之事由所致之短少。始由夫補償。本條則不問其補償之原因何在。均得由妻向夫之繼承人行使其補償請求權。但須注意者。所謂繼承人。配偶亦居其一。假使除配偶外別無其他繼承人。則或係夫為妻之繼承人。或係妻為夫之繼承人。而是項補償義務或請求權。概因債之主體混同而消滅矣。

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。

理由

前兩條所規定者係屬夫或妻一方之死亡。因而聯合財產關係歸於消滅。本條則係規定聯合財產之分割。其分割之原因或由離婚。或由基於第一零九條至第一零一一條而來。除另有規定外。應由其妻取回原有財產。至若原有財產有短少時。則須由其夫或其繼承人負擔。但其短少原因限於並非其妻之過失或故意之行爲。

第三款 約定財產制

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

妻共同共有。

共有財產。夫妻之一方不得處分其應有部分。

理由

自本條至第一零四一條均屬關於共同財產制之規定。蓋本法所規定之約定財產制有三。共同財產制居其一。惟是項財產制因其共同財產範圍之大小尙可細別爲左列三種。

(一)一般共同制 此種制度下之共同財產包括夫妻現有及將來取得之一切動產與不動產。即勞力之報酬亦在其中。然若妻之勞力報酬。立法例上亦有定爲例外者。採此爲法定財產制者。有芬蘭。荷蘭。那威等國。採爲約定制者則如德。瑞。比等國。

(二)動產及所得共同制 此係不包括夫妻現有之不動產。法國採爲法定財產制。其所稱共同財產係指下列三種而言。(1)雙方現有及將來取得之一切動產。(2)雙方各別財產之收入。(3)婚姻存續期間內取得之不動產。而其取得之代價係由共同財產負擔者。

(三)所得共同制 此制係婚姻關係存續期間內夫妻所得者屬諸共同財產。至若雙方現有之動產與不動產以及將來無償取得之一切財產則不在內。蘇俄及西班牙等國採爲法定財產制。

本條定爲夫妻之財產及所得。除特有財產外。合併爲共同財產。是固屬於一般共同制也。惟本條所稱特有財產係屬包括法定特有財產與約定特有財產兩者在內。故共同財產之範圍。當事人之意旨實得左右之。本條並規定共同財產屬於夫妻共同共有。蓋共同共有與普通共有之法律關係有別。各共同共有人之權利及於共同共有物之全部。(民八二七)是故本條第二項定爲夫妻之一方不得處分其應有部分也。

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。

理由

共同共有人之權利義務。係依其共同關係所由規定之法律或契約定之。(民八二八)是故關於共同財產之管理。夫妻共同共有之財產與繼承人共同共有之遺產即有不同。蓋法律異其規定也。共同共有之遺產得由繼承人中互推一人管理之。(民一一五二)而夫妻共同共有之財產。則本條定爲由夫管理。且在法定財產制之下。夫管理聯合財產。須負擔管理費用。但共同財產之管理。其管理費用係由共同財產負擔之。

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。

理由

夫妻之任何一方。非得他方之同意。不得處分其共同財產。惟為管理上之必要處分。則不在此限耳。夫妻之一方不得自由處分共同財產。猶如法定財產制之下。夫對於妻之特有財產。應依於妻之同意而處分。是故關於本條之解釋。可以參照第一零二零條。

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 妻因第一千零三條所定代理行為而生之債務。
- 四 除前款規定外。妻於婚姻關係存續中。以共同財產為負擔之債務。

理由

本條所列記之債務。係由夫個人負其清償之責。債權人並得就共同財產請求強制執行。且一二兩款為夫個人所負之債務。三四兩款即係由妻之一方所負擔之債務。關於本條解釋。可參看第一零二三條理由。蓋一

一、三、等款債務。在法定財產制之下。完全由夫負擔者。而在共同財產制。則並就共同財產負清償之責也。

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。

理由

本條所列記之債務係由妻個人負其清償之責。債權人並得就共同財產請求強制執行。此類債務。在法定財產制之下。由妻就其財產全部負其清償之責。但在共同財產制。並就共同財產負清償之責。（參看第一零

二四條理由）

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 妻就其特有財產設定之債務。
- 二 妻逾越第一千零三條代理權限之行為所生之債務。

理由

參看第一零二五條理由。

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。

理由

施行共同財產制者。其家庭生活費用固由共同財產負擔之。然當共同財產不足負擔時。則妻個人亦應負責。蓋妻既有獨立之經濟能力。本於同舟共濟之誼。其對於家庭生活費用。有必要時自亦負擔責任也。

第一千零三十八條 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。

理由

共同財產係屬夫妻兩人共同共有。所謂共同共有者。各共同共有人之權利及於共同共有物之全部。（民八二七條）而其義務亦應及於標的物之全部。是故共同財產所負之債務。而以共同財產清償者。自屬當然之結果。而不生補償問題。夫妻間本無行使補償請求權之餘地也。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。即係顯違第一零三四條至一零三六條之規定。自應發生補償請求

權。雖於婚姻關係存續中亦得請求。

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。

理由

關於本條之說明。茲當分述於左。

(一) 夫妻之一方死亡時。當共同財產關係消滅時。本以夫妻各得共同財產之半數為原則。(參看第一零四零條) 夫妻之一方死亡。亦屬共同財產關係消滅原因之一種。故除半數歸屬於死亡者之繼承人以外。其生存之他方亦可取得半數。

(二) 分割數額之約定。共同財產之分割。如當事人間另有約定者。為尊重當事人之自由意志。則亦從其約定。

(三) 生存之他方依法不得為繼承人時。關於本條第三項之解釋。須先說明左列兩點。

(1) 何謂依法不得爲繼承人 依法不得爲繼承人者即係依據本法繼承編第一一四五條規定喪失其繼承權也。(註一)

(2) 離婚時所應得者爲何種數額 據本編第一零五八條規定『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』

是故解釋本條第三項即凡遇有生存之他方具有第一一四五條各款情事之一而喪失其繼承權時則其對於共同財產僅有取回其固有財產之請求權蓋因其惡意之行爲不但失其繼承人之資格即享有共同財產之半數之利益亦遂喪失也然關於此點尙有疑問假使生存之他方其固有財產本在共同財產半數以上又當如何辦理余則以爲第三項之規定專屬限制生存一方之請求權若其固有財產本已超過共同財產半數以上則死亡一方之繼承人仍得根據本條第一項規定請求共同財產半數之承受也

註一 參看左列條文。

第一千一百四十五條 有左列各款情事之一者喪失其繼承權。

- 一 故意致被繼承人或應繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者。
- 二 以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於繼承之遺囑或使其撤銷或變更之者。
- 三 以詐欺或脅迫妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑或妨害其撤銷或變更之者。

四 偽造變造隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。

五 對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事經被繼承人表示其不得繼承者。

前項第二款至第四款之規定。如經被繼承人有恕者其繼承權不喪失。

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。

理由

共同財產制之特色即在以夫妻兩方之財產。除特有財產外。組成共同財產而為公有。且當共同財產關係消滅時。夫妻各得共同財產之半數。本條係屬關於共同財產消滅時如何分割之規定。以夫妻各得共同財產之半數為原則。而以法律另有規定或契約另有訂定為例外。所謂法律另有規定者。則如前條第三項之規定。

第一千零四十一條 夫妻得以契約訂定僅以所得為限為共同財產。

婚姻關係存續中。夫妻因勞力所得之財產。及原有財產之孳息為前項之所得。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。

理由

共同財產制係有一般共同制、動產及所得共同制、與所得共同制之區別。已見第一零三一條理由。本條則規定夫妻得以契約採用所得共同制。且本條又於第二項明定婚姻關係存續中，夫妻因勞力所得之財產，及原有財產之孳息，為第一項所稱之所得。此種共同財產仍復適用以上各條關於共同財產制之規定。然若所得以外屬於夫妻之原有財產，則須適用關於法定財產制之規定。蓋本條第三項係有強制性質。夫妻既以契約訂定僅以所得為共同財產，則不得另以契約訂定結婚時及婚姻關係存續中夫妻之原有財產為其他法定財產制也。

第二目 統一財產制

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。

理由

本條規定統一財產制之特質。蓋統一財產制所以異於其他財產制者，即在(1)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。(2)妻取得該估定價額之返還請求權。本法係以此制為約

定財產制。各國立法例亦無以此爲法定制者。瑞士法上。統一財產制亦係約定財產制之一種。

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。

理由

本條係從瑞士立法例。統一財產。除前條規定外。準用關於法定財產制之規定。茲將關於法定財產制之規定得適用於統一財產制者說明如左。

(一)關於管理用益與處分者 (1)夫有管理權。(2)夫有用益權。(3)夫有處分權。(4)妻於第一千零三條所定代理權限內有處分權。(第一零一八條至第一零二二條)

(二)關於夫妻所負債務者 自第一零二三條至第一零二五條。均得準用之。

(三)關於家庭生活費用者 夫無支付能力時。妻應就其財產負擔。(一零二六)

(四)關於補償請求者 準用第一零二七條至一零二九條規定。

第三目 分別財產制

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。

理由

分別財產制富有經濟上獨立之精神。而其法律關係亦單純而不複雜。且妻對於家庭生活費用亦負有相當之責任。不背共同生活之旨趣。實爲一種最優良之夫妻財產制。採此爲法定制者如奧大利。捷克。羅馬尼亞。意大利。希臘。土耳其。英美（數州）等國。採爲約定制者有法。德。瑞典。瑞士等國。我國不以此爲法定制。良多遺憾。蓋此制之特色在於夫妻間及對於第三人之財產關係。不因結婚而有所變更。於是一面足使男女於經濟上自立而不相依賴。一面對外亦不致多起糾紛。論者有謂分別財產制偏於個人主義。有傷夫妻之情誼。實則不然。夫妻係以戀愛爲基礎。非仗金錢爲轉移。果爲純正之婚姻。則其夫妻間之感情。決不因採用何種財產制而有所影響也。

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。

理由

採用分別財產制。本屬夫妻各別保有其財產之管理權。但妻自得以其財產之管理權付與於夫。且其財產管理權付與於夫者。法律上推定其夫有以該財產之收益供作家庭生活費用之權。是項管理權既係由妻付

與。自屬一種委託性質。其妻自得隨時取回。並因維持分別財產制之精神。其妻不得拋棄取回權。

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 妻因第一千零三條所定代理行為而生之債務。

理由

參看第一千零二三條理由。

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。

理由

本條規定由妻負責清償之債務。一二兩款固無疑義。至若夫妻因家庭生活費用所負之債務。本應由夫支付。如夫無支付能力。則亦由妻負擔。

第一千零四十八條 夫得請求妻對於家庭生活費用爲相當之負擔。

理由

無論採用何種夫妻財產制。關於家庭生活費用。妻之一方並非完全不負責任。蓋女子既有經濟能力。不須依賴男子。對於維持共同生活之支出。自不能由夫獨任其責也。

第五節 離婚

關於離婚制度。據前法律館親屬法草案第三章說明所稱各國法制。有如左列。

(一) 自由離婚 即許以當事人之意思自由離婚之謂也。此制度分爲二。一以配偶者一造之意思即可離婚。此種制度。羅馬時及猶太教中許之。近世文明諸國均不認取。二須配偶者兩造同意始爲離婚之謂也。此制度日本及奧比等國認之。

(二) 呈訴離婚 即須呈請審判廳待其宣告始得離婚之謂也。此制度又可分爲二。一既認呈訴離婚並認夫婦兩願離婚者。如日本。丁抹。那威等國是。二於呈訴離婚外不認兩願離婚者。如英。法。俄。德。瑞典。荷蘭等國是。但英。法。德。荷。蘭。兼認別居制度。俄國。瑞典。不兼認別居制度。

(三) 禁止離婚 兩願離婚固所不許。即呈訴離婚亦必不認。此制度西歷千八百八十四年以前之法國。及

葡萄牙。意大利國之屬於加特力教者行之。

統觀東西諸國法制。或兼認離婚與別居者有之。或不認離婚只認別居者有之。要之。不認離婚制度者。均認別居制度者也。所謂別居制度者。夫婦之關係並不解消。但除去法律上同居之義務而已。

各國立法例略如上所述。今我國則係仿自日本等國。既認呈訴離婚。並認夫婦兩願離婚。第一零四九條所規定者。兩願離婚也。即係屬於自由離婚之一種。第一零五二條所規定者。請求離婚也。即係上述之呈訴離婚。所謂離婚者。本係人爲的解銷婚姻之關係。但與婚姻之撤銷不同。其區別有如左列。

(1) 婚姻撤銷之原因存在於結婚之時。而離婚之原因則發生於結婚以後。

(2) 離婚限於夫妻之兩方爲之。而婚姻之撤銷則婚姻當事人以外者亦得爲之。

(3) 夫妻之一方死亡時。他方即不得爲離婚之請求。而婚姻之撤銷則不然。一方雖已死亡。他方仍得請求撤銷。

據本法規定離婚與婚姻之撤銷亦有相同之點。蓋其效力均不得溯及既往也。本法關於離婚之規定。尙有一要點。即祇認離婚制度而不認別居制度是也。離婚與別居係有下列各種異點。(1) 離婚則消滅婚姻關係。別居則仍存在。(2) 離婚後消滅一切夫妻間之權利義務。別居則不然。惟不受同居義務之拘束耳。贊成別居制者。有以女子貞操爲立場。其理論固不免陳腐。然亦有主張別居尙得回復夫婦之感情。可以減少離婚事件。其言

不無可採。惟法律的婚姻制度。其經營共同生活。實以同居爲要件。如別居出於當事人雙方之合意。固無問題。而裁判別居。則實有背於夫妻共同生活之真締。至於賴以減少離婚事件。則此種救濟方法之效力。亦至爲微薄也。

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。

理由

兩願離婚者。又稱合意離婚或協議離婚。蓋卽出於夫妻雙方意思合致之自由離婚也。兩願離婚係以夫妻雙方之合意行之。法律不問其離婚之原因何在。亦不須經過法院之裁判程序。兩願離婚。我國舊律亦所承認。(註一)此種離婚制度。其利益有如下列兩點。(1)夫妻既已雙方不願繼續維持其婚姻關係。不離婚實足妨礙家庭之安全。子女之教養。(2)足以保全一家之令譽。而減少子女不良之印象。惟兩願離婚係以夫妻意思合致爲要件。非獨第三人不能參加任何意思。卽夫妻之一方缺乏離婚意思者。其離婚亦無效。且本法因恐未成人思慮未周。感情易於衝動。不免偶因細故。而協議離婚。所以本條但書特爲限制之規定。未成人之兩願離婚。須得法定代理人之同意。

註一 前清律例。夫妻不相和諧。兩願離異者不坐。參看左列前大理院判例。

協議離婚爲現行律所准許。(民國五年上字第一四七號)

協議離婚因有明文規定。必出於爲夫妻者之兩相情願而後可。自不得牽引主婚之條例以爲口實。(民國六年上字第七三五號)

餘親及族人就男女之協議離婚不容妄有爭執。(民國六年上字第二二六一號)

第一千零五十條 兩願離婚應以書面爲之。並應有二人以上證人之簽名。

理由

兩願離婚係要式行爲。須循行一定之方式。本條規定爲應以書面爲之。並應有二人以上證人之簽名。蓋因促當事人之慎重。並使離婚關係確定於合法的手續之下。是故特設本條之限制也。

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。

理由

未成年入本由父母監護。惟兩願離婚後。父母間之婚姻關係既已不復存在。而同居義務亦已解除。是則關於未成年子女之監護應由何人擔任。法律上自有以明文規定之必要。本條定爲兩願離婚後之子女監護。由夫任之。但當事人另有約定者。則亦從其約定。我國舊制亦然。(註一)蓋子女從父姓。且以父之住所爲住所。

離婚後由父監護。立法上較能貫徹其意旨。惟當事人既有特約。自當尊重其自由。

註一 參看左列前大理院判例。

夫婦協議離婚。原爲現行律例所認許。故於夫婦兩願離異時。關於離婚後子女之監護方法有所協定者。自應認爲有契約之效力。（六年上字一一九四號）

夫婦離婚時。得以協議定子女之監護方法。如並未議及。則應歸其父任監護之責。而其去家之母。卽無庸兼顧。不過其親生母子之關係仍然存在。並不因而消滅。至於妾生子女。當妾被廢去其父家時。除其父仍委令監護者外。當然應由其父監護。則更無庸論及。（三年上字二六九號）

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。

理由

本條規定請求離婚之原因。請求離婚又稱強制離婚。或裁判離婚。或呈訴離婚。蓋夫妻之一方。因他方具有法定離婚原因。要求離婚。他方不表同意。遂請求法院為宣告離婚之裁判。其離婚原因。各國立法例大都列記現定。本條亦然。我國舊制。離婚原因之成立。男女間之待遇極不平等。有所謂七出之條者。完全為壓迫女子之法律。（註一）而其他離婚之原因亦多重男輕女。例如妻有毆夫行為。即成立離婚原因。但夫毆妻必須已至折傷以上程度。方准離異。（註二）今本條則已掃除舊弊。根據男女平等之原則。對於夫妻之任何一方。並無歧視之處。所定離婚原因。就夫妻間為平等之適用。而以夫或妻對於他方之過失行為及使婚姻目的不能實現。或難於貫達之事實。為構成離婚之原因。茲當分述於左。

(一)重婚者 本法既採一夫一妻制度。而重婚又屬犯罪行為。故本條第一款即定為離婚之原因。重婚得為離異之原因。即在前大理院判例亦據條理而予以承認。(註三)獨惜本法尚不能完全擺脫立法上之因襲。對於重婚者之過惡行為猶嫌寬縱。編者曾於所著『民法親屬編上幾個小弱點』一文中述其主張如左。(註四)

『至於把第一千零五十二條和第一千零五十三條參看起來。關於重婚這一種離婚原因請求權是有時效。并且這種消滅時效也定得太促了。從重婚情事發生後已逾二年就不得請求離婚。但刑法上關於重婚罪的起訴權卻還有十年時效。譬如說甲男重婚內女他的妻乙在兩年後才曉得這件事。離婚是不得請求。卻儘得在刑事方面告訴。那末。在甲被處徒刑以後。乙難道還有和他做夫妻的必要麼。法律上還要強制她偕老百年麼。家庭幸福還可以維持麼。這種條文原是立法上的因襲。從學理上研究起來。實在是站不住的呀。』

(二)與人通姦者 本款所謂與人通姦係包括夫妻兩方在內。即夫妻之任何一方有與人通姦之行為均成立離婚原因。前法制局親屬法草案內說明犯姦為離婚原因之意旨有云。『吾國舊律列犯姦為「七出」條件之一。然男子犯姦。其妻初不得據為離婚之理由。舊親屬法草案妻與人通姦者。夫得呈訴離婚。而夫與人通姦。則非被處刑後。妻無呈訴之權。凡斯規定。顯違男女平等之義。不容因襲。蓋夫妻齊體。應互負貞操之義務。在倫理上既屬無可否認。即列國立法實例。近亦羣趨此鵠。吾黨尊重女權。何可後人。故本案但以犯姦為呈訴

離婚之原因。對於夫妻。不設差別。』所以解釋本款時。我人應注意男女平等之一點。切不可囿於舊日之判例。(註五) 而以男子犯姦。其妻不得請求離異也。且本款所謂通姦。應從廣義解釋。其要點如左。

(1) 爲單純之通姦。夫與其他女子通姦。或妻與其他男子通姦。無論其爲有夫姦。無夫姦。親屬相姦。觸犯刑法或不觸犯刑法。一概包括在內。

(2) 通姦係指非夫妻間之性交而言。依此定義。則男子娶妾爲通姦。嫖妓亦爲通姦。均得成立離婚之原因。蓋解釋本款。我人當否認種種惡習慣。同時並應注意男女平等之原則。若謂男子娶妾或嫖妓不爲通姦。則女子有同一行爲時。亦不得謂爲通姦。此則應加注意者也。是故對於通姦一語。應取嚴正之解釋。不能容許惡習慣之存在。而就男子方面有所姑息也。解釋法律。能貫徹斯旨。則可肅清舊家庭之罪惡。爲兒童造福。爲民族增強矣。

(三) 夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者。夫妻應負同居之義務。然若一方受他方不堪同居之虐待。則其共同生活本已無可維持。况婚姻關係固受法律之維護。而人權亦受法律之保障。不能聽憑夫妻之一方。屈受他方之凌虐也。前法制局親屬法草案關於此點。曾有下列說明。『毆打固屬虐待。其他如抑勒通姦。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。(註六) 惟須至不堪同居之程度。始構成離婚原因。至其程度之認定。則權在法院。無待贅論。』且我人解釋本款。尙應注意所謂虐待者。不僅限於肉體上之

毆辱。即精神上所受之痛苦已至不堪同居之程度時。亦當認爲本款所稱之虐待。惟所謂精神上所受痛苦已至不堪同居之程度者。應有相當之表示耳。最高法院十七年上字七零八號判決內有左列諸語。堪以說明夫妻之一方所受精神痛苦足爲離婚原因之理由。

「被上告人提起離異之訴。其指摘上告人虐待及侮辱各節。雖據原審審理結果。殊無確鑿證明。然查兩造早經發生齟齬。被上告人亦已久返母家。爲上告人所承認。且被上告人所稱曾吞金求死。有浙江病院診斷書證明。即上告人亦認其在母家吞金情事。雖被上告人吞金原因不能謂爲出於虐待所致。然其必欲離異。故以求死表示其決心。自屬顯然無疑。况本案起訴以後。疊經原審及第一審試行和解。惟被上告人誓死不願繼續婚姻關係。上告人仍必強以復合。非特無以維持家室之和平。抑亦徒增雙方之痛苦。原審准予離異。尙無不合。」

(四)妻對於夫之直系尊親屬爲虐待或受夫之直系尊親屬虐待者 我國向行大家庭制度。今本法復有家制之規定。將來親屬聚居。自爲不可避免之事實。在此一家之內。若妻對於夫之直系尊親屬爲虐待或受夫之直系尊親屬虐待者。成立離婚之原因。我國固有特殊之情形。且亦立法上之特例也。惟本法既以男女平等爲準則。則本款規定似亦不無遺漏之處。蓋贅夫對於妻之直系尊親屬爲虐待或受妻之直系尊親屬虐待者。則將如何。法律原爲抽象之規定。不應預料贅夫與妻之親屬間糾紛事件之不多見。遂省略明文。

(五) 夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者。遺棄者夫妻之一方拒絕法定義務之履行也。大凡拒絕同居義務或拒絕扶養義務均屬遺棄之行為。惟遺棄應以惡意及在繼續狀態中爲要件。關於遺棄之行為是否惡意其認定之標準有二。(1) 主觀說。係以有無遺棄之意思爲標準。(2) 客觀說。係以反於他方之意思爲標準。且故意與惡意不同。前者係屬預見行為結果之行為。後者係屬要求行為結果發生之行為。所以故意遺棄並非即屬惡意遺棄。例如犯罪人離其家庭而逃亡。自己預見同居義務之不能履行。但逃亡僅爲避罪。並非意圖拒絕同居。故其遺棄行為雖有故意而無惡意。不能適用本款遺棄之規定也。至若妻背夫在逃。且有一去不返之意思。即係要求行為結果之發生。始屬本款所稱之遺棄。(註七)

(六) 夫妻之一方意圖殺害他方者。夫妻之一方而有意圖殺害他方之行為。其恩斷義絕已屬顯然。則雖未成事實。亦不應任其仍爲夫婦。故本款定爲離婚原因之一。按夫妻之一方意圖殺害他方即成立離婚原因者。係淵源於德民法。該民法第一五六六條規定配偶之一方謀害他方時。即得提起離婚之訴。而我國唐律則稱爲義絕。(註八) 准予離異。

(七) 有不治之惡疾者。夫妻之一方若染有花柳病或其他惡疾。且已陷於不治之程度。則不僅妨害婚姻之目的。且將危及他方及其子女之康健。爲家庭幸福與民族健全起見。自應定爲離婚原因之一。

(八) 有重大不治之精神病者。關於此點。前法制局親屬法草案曾有下列之說明。『精神病可以使婚姻

關係不能繼續。并足以遺傳子嗣。爲種族。爲個人。均應使精神病人斷絕性交之機會。但精神病在現時科學上。并無確定之標準。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。故應以重大不治。爲此項離婚原因之限度。』

(九)生死不明已逾三年者。本款所謂生死不明。自屬含有音信不通之意義。夫妻之一方若生死不明已逾三年。則不僅已乖同居之誼。而音塵斷絕。生則視同陌路。情好早離。死則孤鸞寡鵠。亦無獨守之必要。是故無論死生。於法皆准離異。生死不明。總則上本有宣告死亡之規定。然其期限過長。不適用於消滅婚姻關係之適用。故本條另定三年之限。以便易於再婚。

(十)被處三年以上之徒刑或因不名譽之罪被處徒刑者。凡因不名譽之罪被處徒刑者。不問其刑期之短長。皆得爲離婚之原因。所謂不名譽之罪。例如盜賊詐財。然犯罪多爲不名譽之事。而非不名譽者則如內亂。妨害選舉。或義憤殺人等罪耳。本款就被處徒刑之情形分爲兩種。其關於被處三年以上之徒刑者。據前法制局親屬法草案中係有下列之說明。『陷罹刑網。聲名玷污。既難匹偶。而囚繫囹圄。期限過久。在男子有室家無主之憂。在女子有生計艱匱之虞。強令坐待。情非所堪。法許離異。實所以懲惡行而保良善也。若夫妻情感素篤。甘守寂寞。不爲呈訴。自聽其便。』

註一 參看左列前大理院判例。

現行律載。凡妻於七出無應出之條及於夫無義絕之狀而擅出之者。處罰。雖犯七出（即無子。淫佚。不事舅姑。多言。盜竊。妒嫉。惡疾）有三不去（與更三年喪。前窮賤後富貴。有所娶無所歸）而出之者。減二等。追還完娶等語。是出妻於律有一定之條件。與條件不相合者。即不容擅出。（四年上字一七九三號）

註二 參看左列前大理院判例。

夫毆妻已至折傷以上之程度。其妻請求離異。應即準其離異。無再須得夫之同意之理。（六年上字六三四號）

現行律妻妾毆夫條載。凡妻毆夫者處十等罰。夫願離者聽等語。是妻苟有毆夫情事。夫即得據以請求離異。並無須至折傷之程度。（九年上字五三七號）

註三 參看左列前大理院判例。

現行律載。有妻更娶。後娶之妻離異歸宗。至於先娶之妻能否以其夫有重婚事實。主張離異。在現行法上並無明文規定。惟依一般條理。夫婦之一造。苟有重婚情事。為保護他一造之利益。應許其提起離異之訴。以資救濟。（九年上字一一二四號）

註四 見浙江杭鄞金永律師公會報告錄第一三二期論文欄。

註五 參看左列前大理院判例。

男子犯姦盜。依律雖爲解除婚約之原因。惟律文旣明載未成婚字樣。則已成婚者自不能據此請求離異。
(八年上字七五三號)

註六 參看左列前大理院判例及最高法院判例。

本夫抑勒其妻。價賣爲娼者。較之抑勒通姦。與雇爲妻妾及賣休之情形。尤不可恕。依當然之條理。類推之解釋。自在應離之列。卽圖賣未成。確有證據者。亦爲義絕。自可據以離異。(三年上字四三三號)

夫婦之一造因受他造重大侮辱而提起離婚之訴者。一經查明實有重大侮辱之情形。自應准其離異。(五年上字一〇七三號)

本院判例所謂夫虐待其妻。致令受稍重之傷害者。實以傷害之程度較重。足爲虐待情形最確切之證明之故。如其毆打行爲實係出於慣行。則所受傷害不必已達到較重之程度。旣足證明實有不堪同居之虐待情形。卽無不能判離之理。(五年上字一〇七三號)

凡妻受夫重大侮辱。實際有不堪續爲夫婦之關係者。亦應准其離婚。以維持家庭之平和。而尊重個人之人格。至所謂重大侮辱。當然不包括輕微口角及無關重要之詈責而言。惟如果其言語行動足以使其妻喪失社會上之人格。其所受侮辱之程度至不能忍受者。自當以重大侮辱論。如對人誣稱其妻與人私通。而其妻本爲良家婦女者。卽其適例。(五年上字七一七號)

夫之於妻如有誣姦告官之事實。則行同義絕。並非輕微口角及無關重要之詈責可比。應認為有重大侮辱。准其妻請求離異。（六年上字一〇一二號）

夫婦之一造如果受他造不堪同居之虐待。雖應准許離異。惟因一時氣忿。偶將他造致傷而事屬輕微者。自不能遽指為不堪同居之虐待。（七年上字二六四號）

夫妻一造受他造不堪同居之虐待者。為保護受虐待一造之利益。固應准其請求離婚。然於虐待之一造。要不得准其自行請離。（九年上字八〇九號）

夫毆其妻或妻毆其夫。均以受較重之傷或為慣行毆打。應認為虐待者。始許被毆之一造主張離異。從前律例有違男女平等原則各規定。不能再行援用。（十九年上字第二三〇七號最高法院判例）

夫婦之一造因受他造重大侮辱而提起離婚之訴者。苟經查明屬實。自應准其離異。至所謂重大侮辱。指一造之言語行動足使他造喪失社會上之人格。其所受侮辱之程度至不能忍受者而言。此屬當然之理。（十七年上字五七〇號最高法院判例）

註七 參看左列前大理院判例

背夫而逃。在現行法雖為離異原因之一。然律文所謂在逃云者。必其出於一去不返之意思。非謂其妻偶有所適。未經預先告知其夫。即謂為背夫在逃。（五年上字五九八號）

現行律載。若妻背夫在逃者（中略）聽其離異等語。背夫云者。係指立意背棄其夫而言。如在逃係因別事。即非立意背棄其夫。尚不得爲離異之原因。（十一年上字八一〇號）

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。

理由

本條及下條均係規定離婚請求權之限制及其行使之期間。蓋前條第一款與第二款所揭之情形。一爲重婚。一爲與人通姦。若有請求權之一方於事前同意。或事後宥恕。則不得行使其離婚之請求權。所謂事前同意。並已包括刑法上之教唆。共犯。或從犯之行爲在內。以及縱無刑法上之罪責。而有寬縱不加制止之故意。亦得謂爲同意。至若明知其事。而勸阻無效。或無力制止者。性情懦弱。而不敢明示反對者。則均非本條之所謂同意。事前同意可以阻卻離婚請求權之發生。而事後宥恕。則足使請求權之行使發生障礙也。至知悉後已逾六個月。或自其情事發生後已逾二年者。不得請求離婚。係屬關於請求權消滅期間之規定。各國立法例就離婚請求權之消滅。有照普通時效者。有爲特別規定者。本條即係特別之規定。惟六個月與二年之限制。未免過於短促耳。

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。

理由

第一零五二條第六款及第十款之情事。一爲夫妻之一方意圖殺害他方。一爲被處三年以上之徒刑或因不名譽之罪被處徒刑。此種離婚原因。若自知悉後已逾一年或自其情事發生後已逾五年。則爲維持既經確定之婚姻關係計。不許其行使請求權。蓋一方雖欲殺害他方。但經過一年或五年以後能相安無事。則夫婦感情已有和諧之望。至若一方被處徒刑。果逾相當之年限而夫妻情誼無變更者。其離婚請求權亦宜歸於消滅。

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。

理由

本條規定判決離婚者。其子女之監護方法。所謂適用第一千零五十一條之規定者。即係關於子女之監護。由夫任之。但另有約定者。從其約定。惟判決離婚時。法院尙得爲其子女之利益。酌定監護人。舊制呈訴離婚。子女應歸其父監護。但有特別情形。審判衙門亦得指定監護人。（註一）今本條既認許監護子女得由協議定之。尙予法院以選定監護人之權者。則亦無非力求保護子女利益之周詳耳。大概就下列情形之一。即得爲之。

酌定監護人。(1)當事人約定由母監護。而法院認為應由其父監護者。(2)約定由父監護。而法院認為應由其母監護者。(3)當事人無約定。而法院認為不應由其父監護者。且本條係屬規定判決離婚後之子女監護。至若訴訟拘束中。子女無適當之監護時。則法院得依聲請。命扶養或監護子女。或為其他假處分。(註二)

註一 參看左列前大理院判例。

夫妻呈訴離婚後。其子女雖應歸其父監護。但如有特別情形。(如子女年幼。不能離母。或父有遺棄情事等)不宜由父監護者。審判衙門亦得斟酌其子女之利益。指定監護之人。(八年上字九五七號)

註二 民事訴訟法五四四條。法院得依聲請。於婚姻事件訴訟拘束中。命扶養或監護子女。或為其他假處分。

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。

理由

本條規定夫妻之一方因判決離婚而受損害時之賠償請求權。其要件有二。(1)受有損害。(2)他方有過失。若非財產上之損失。亦得請求金錢賠償。但須限於受害人無過失。且本條係就男女兩方為平等之規定。而為賠償損害之性質。不若前大理院判例視為一種慰撫之義務。而缺少損害要件之觀念也。(註一)

註一 參看左列前大理院判例及最高法院判例。

離婚原因如果由夫構成。則夫應暫給其妻以相當之賠償或慰撫費。至其給與額數。則應斟酌其妻之身分。年齡。及自營生計之能力與生活程度。並其夫之財力如何而定。(八年上字一〇九九號)

夫婦於訴請離婚以後。其財產上之關係。現行律並無規定明文。惟據通常條理。若離婚之原因由夫構成。則夫應給妻以生計程度相當之賠償。但縱令離婚之原因由妻造成。夫對於妻亦祇得請求離婚而止。妻之財產仍應歸妻。(四年上字一四〇七號)

民事條理。請求離異之一造。如離異原因不能歸責於他一造者。對於他一造應負撫慰之義務。(十七年上字第七〇八號最高法院判例) (編者按是項判例亦係缺乏損害要件之觀念。故認為撫慰義務而不以之為賠償義務也)

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。

理由

本條規定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。關於本條之解釋。我人所應注意者有三。(1)所謂贍養費。並非損害賠償性質。故不以受有損害爲要件。而以生活困難爲要件。(2)負擔贍養費之義務者。不問其有無過失。(3)雙方均陷於生活困難者。本條自無適用之餘地。既已離婚。猶須顧念他方生活之困難。似此規定。誠吾國法律上王道精神之表現處也。且猶有一點須注意者。夫妻之一方基於法定原因而請求離婚。大多由於他方之過失行爲。然據第一零五二條各款規定。亦有不盡然者。例如妻受夫之直系尊親屬虐待者。有重大不治之精神病者。或生死不明已逾三年者。雖離婚之原因業已成立。而並非必係出於他方之過失。蓋關於離婚原因之立法例有二。一係成立離婚原因。須限於夫妻之一方對於他方有重大之過失。如法國民法。一係不以其他一方有過失之行爲爲限。如德國民法。我國民法係從後者。

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。

理由

夫妻離婚時各自取回其固有財產。誠屬公平之立法。至若基於歸責於夫之事由而有短少時。則由夫負擔。

是亦損害賠償之道。舊制。夫妻離婚時。妻之妝奩。應聽其妻攜去。所有聘財。即係離婚原因。應歸於妻。亦不能索還。（註一）足見離婚時。關於他方之固有財產。各不容相侵犯也。

註一 參看左列前大理院判例。

離婚之婦。無論由何原因。其妝奩應聽攜去。（六年上字第一一八七號判例）

定婚之方式有二。（一）婚書。（二）曾受聘財。此項要件。必具備其一。始發生定婚之效力。故聘財在現行法。不過定婚之一要件。婚姻一經成立。則聘財之效用即完。除有法定追還財禮之明文。或事出詐欺者外。自無因離婚之故。概予追還之理。（五年上字第五六號判例）

第三章 父母子女

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。

理由

舊律及習慣對於父母與子女之關係。概以父之權利爲基本。蓋在宗法的傳統社會上。此係當然之結果。現今既由家族主義漸次趨向於個人主義。則偏重父權之制度自難存在。本條規定子女從父姓。贅夫之子女從母姓。無非略示男女平等之旨。實則關於夫妻及子女間之姓氏問題。立法上本無最適當之解決方法。（參看親屬法先決各點審查意見書第二點）正不妨聽任民間自由取捨。而在法律上實無干涉之必要也。

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。

理由

本條規定未成年之子女。以其父之住所爲住所。贅夫之子女。以其母之住所爲住所。第二項所謂贅夫之子女。並未冠以未成年字樣。但係根據第一項規定。自指贅夫之未成年子女而言。惟本條之規定關於民法全部

之適用上不無疑義。蓋據民總第二一條規定。『無行為能力人及限制行為能力人以其法定代理人之住所為住所。』父母既為未成年子女之法定代理人。則儘可依照第二一條辦理。何必另設本條。况解釋上尙有左列之疑義。

(一) 父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務時。處此情形。關於子女之住所應適用本條抑適用第二一條。實為難解之問題。

(二) 離婚時約定子女由妻監護或由贅夫監護。處此情形。關於子女之住所應適用本條抑適用第二一條。又為難解之問題。

以上疑點。雖則將來司法院不妨本於解釋上之權威。自由認定。然以學理衡之。究屬立法上之疑問也。

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。

理由

本條規定婚生子女之定義。所謂由婚姻關係受胎而生之子女。即係適法結婚而由此婚姻關係受胎所生之子女。惟可得撤銷之婚姻。在撤銷以前所生子女亦適合於本條之規定。婚生子女以外。則概為非婚生子女。例如庶出子女。姦生子女。亂倫子女。私生子女。以及賤生子女等是。

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。

理由

本條規定受胎時期。關於本條之旨趣。前法律館親屬法草案第六十六條之說明頗爲詳盡。茲引據於左。以供參考。

「謹按本條係規定受胎時期。受胎之證明極爲困難。故各國法律多設爲受胎時期之規定。以受胎不可測而知。而受胎之時期則可推而定。所謂受胎時期者。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時期也。據醫學家言。胎兒之在母腹中最短期有經過百八十日而卽生者。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時期。蓋欲知何時受胎。從胎兒出生之日逆數至百八十日起。以至三百餘日爲止。總不外此百餘日受胎也。然欲定一定時期。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（卽七個月後第一日起）婚姻解消之日起。於十個月內所生子爲嫡子。每一月以三十日計算之。法國於拿破崙編纂民法時。卽請甫羅克祿伊氏定受胎時期。氏本於生理學之實驗。而定妊娠之最短期爲百八十六日。其最長期爲二百八十六日。後編纂民法者改短期爲百八十日。改最長期爲三百日。蓋欲使人易於取得嫡子之身分也。故法國民法從出生日逆數至一百八十日起

至三百日止。以其間之百二十一日間爲受胎期間。（法國民法三百十二條、三百十三條）德國民法從出生前百八十一日至三百二日止。即以其間之百二十二日間爲受胎期間。（德民法千五百九十二條）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。是日本民法以一百一日爲受胎期間。各國之規定既如此參差不齊。本律則採取德制定受胎時期爲百二十二日。以最長之時期爲準。實於事實爲宜。而其計算之法。從子出生日逆數至百八十一日起至三百零二日止。即以其間之百二十二日爲受胎時期。此時期內有一日在婚姻有效中而又經其夫與之同居者。即推定其爲夫之嫡子。然法律爲此推定。不過舉最普通之例爲標準。若事實有與此異者。又不可無特別規定也。』

本條第一項之規定係屬法律上之推定。然事實上亦有不然者。故第二項復爲特別之規定。蓋受胎回溯於第一項所定三百零二日以前。且有證明之方法。則應以其期間爲受胎期間。而不適用第一項之規定。所謂證明者。例如逾三百二日所生之子女。若經醫生診斷胎兒發育之程度。在母腹中確逾三百二日者。則自應認爲確鑿之事實。

第一千零六十三條 妻之受胎。係在婚姻關係存續中者。推定其所生子女爲婚生子女。

前項推定。如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者。得提起否認之訴。但應於知

悉子女出生之日起。一年內爲之。

理由

關於本條規定。當分爲左列三點各別說明之。

(一) 婚生子女之推定。婚生子女者係由婚姻關係所生之子女。然如何認爲其夫妻真正之血統。雖屬事實問題。而法律上亦未始無解決之道。是故第一零六一條明定婚生子女之意義。第一零六二條明定受胎期間之範圍。而本條第一項則定爲妻之受胎係在婚姻關係存續中者。推定其所生子女爲婚生子女。蓋依據本項規定。夫妻雖已離婚。但其妻之受胎期間係在未離婚以前。無論其期日之多寡。即係僅有一日在有效婚姻中。法律上亦推定其所生子女爲婚生子女。

(二) 否認之訴。法律上之推定。其效力並非不可動搖。如民事訴訟法上規定。法律上推定之事實。無反證者。則不須舉證。(民訴第二六九條) 但若他方提出反證。而受推定之利益者自負舉證之責任。是故本條第二項規定其夫對於前項推定。若能證明在受胎期間內未與其妻同居者。則得提起否認之訴。但若受胎期間內夫妻縱係同居。而或因衰老疾病之故不能人道。且能提出反證證明。則雖不能適用本條第二項規定。未始不可根據民訴法第二六九條使其妻負舉證之責也。

(三) 否認權之行使期間。否認之訴應於知悉子女出生之日起。一年內爲之。法律所以限制否認權之行

使期間者。蓋因是否婚生子女之關係急待確定。如其夫既已知悉可以否認之事實。即應提起否認之訴。否則期間過久。證據易於湮滅。而裁判上將受困難矣。法國法上定有數種期間。凡夫在出生地者。於出生後一個月內。不在出生地者。其歸來後一個月內。將出生隱蔽者。從知悉後二個月內。惟否認權之行使僅有一二月之期間。未免過促。今本條第二項但書定為一年。則係從寬限制。

第一千零六十四條 非婚生子女其生父與生母結婚者。視為婚生子女。

理由

非婚生子女。一經其生父與生母結婚。即在法律上視為婚生子女。惟本條所稱非婚生子女並不包括亂倫子女在內。蓋非婚生子女視為婚生子女係以其生父與生母結婚為要件。而亂倫子女之生父與生母。則據本法第九八三條規定。固不得結婚也。即使結婚。其婚姻亦屬無效。但非婚生子女視為婚生子女。其效力應發生於何時。溯及於出生之日抑係發生於結婚之日。本條雖無明文規定。余則主張可以溯及。據第一零六九條規定。非婚生子女認領之效力尚能溯及於出生之時。而生父與生母結婚。則其影響於非婚生子女之效力自更優勝。本條既無明文限制。自應解釋為溯及於出生之日。且本條所稱『視為』與前條所稱『推定』相較。則此兩用語之效力亦有差別。蓋法律上之推定。許以反證推翻（參看前條理由）而法律上之視為則已屬不可動搖之擬制矣。

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。

理由

本條關於非婚生子女之規定。可分左列三點說明之。

(一) 生父之認領 非婚生子女之認領。在家族主義之下。誠屬民法上一重要問題。即彼個人主義之立法。上亦固甚爲重視。蓋非婚生子女之出生。全係其生父之過惡。而子女何辜。乃喪失其社會上之地位。故法律上自應許其認領。以資保護。現歐美大多數國家以及日本等國均已採取認領制度。惟待遇之寬嚴不同。而嚴格禁止認領者。僅波蘭(一九二五年法律)塞爾維亞。與羅馬尼亞諸國耳。我國舊制。私生子之地位極爲卑下。非但不能與嫡子或嗣子比肩。即與庶子(其與私生子本係同爲非婚生子女)亦異其法律上之待遇。且舊時律例亦無所謂認領。惟前大理院判例尋釋律意。據條理以定私生子之認知而已。(註一)今本法於此數條規定非婚生子女之認領。法文簡單而持平。當能適合社會之環境也。

(二) 生父之撫育 非婚生子女經生父之撫育者。視爲認領。蓋非婚生子女經認領後所發生之效力。不外於撫養與教育。財產繼承權。以及關於身分上之一切權利義務。若既經生父撫育。則其實際上之父子關係本

已勝於認領。故本條特爲規定如右。

(三)非婚生子女與其生母之關係 非婚生子女與其生母關係。實與婚生子女同其待遇。法律上視爲婚生子女。無待認領也。此係導源於德國立法例。

註一 參看左列前大理院判例。

現行律載。姦生之子。依子量與半分。如別無子。立應繼之人爲嗣。與姦生子均分。無應繼之人。方許承繼全分。又祖父母父母在者。子孫不許分財異居各等語。是姦生子之認知。法律無明文規定。然既許姦生子得承繼財產。則條理上。自應認知制度。以確定其關係。惟姦生子一經本人認知。卽與本人發生父子關係。既有父子關係。則依照前示祖父母父母在子孫不許分財異居之例。文雖姦生子亦應與認知之父同居。與嫡庶子男無異。自不待言。(五年上字一八九號)

現行律上。惟妻妾所生之子。乃得爲親生子。若無親生子而僅有姦生之子。則依律尙須立應繼之人爲嗣。是可見姦生子並不得以親生子論。尋釋律意。自極顯然。(五年上字九二五號)

母爲人妾者。其子固爲庶子。卽母非人妾而在其人生前曾經認知。亦發生父子之關係。故父子關係之是否存在。自以有無認知爲準。(三年上字七二九號)

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。

理由

認領制度本爲保護非婚生子女之利益而設。故在生父方面係屬義務而非權利。苟其生父不德。若經認領。反有礙於其子女之利益者。則非婚生子女或其生母對於生父之認領得否認之。且此種否認係屬非婚生子女或其生母之權利。不受何等拘束。關於本條解釋。我人有須注意者。卽係非婚生子女或其生母對於生父之認領。得行使否認權。故非生父而冒認者。固得加以拒絕。而本法之主旨則在對於真正之生父。因其不德行爲或其他原因。行使其否認權也。

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。

理由

關於非婚生子女之認領。原有自由認領與法定認領之區別。自由認領者。由於父或母一方之宣告。或由父母雙方共同宣告。法定認領者。則基於法定情形。得請求法院以裁判宣告之。本條係屬關於法定認領之規定。惟本法就自由認領既無詳細之規定。又無何等方式之明示。（例如須向主管官署。用公證書。遺囑。或出生證書爲之等類）將來若有具體事實發生。自當有待於統一法令解釋機關之解釋。至若本條所規定各款。茲當略加釋明如左。

（一）受胎期間生父與生母有同居之事實者。受胎期間係在婚姻關係存續中者。本應推定其所生子女爲婚生子女。至若雖無婚姻關係。然有同居之事實。則亦足爲請求認領之原因。而由生母或其他法定代理人行使其請求權。

（二）由生父所作之文書可證明其爲生父者。此種證明文書係屬強有力之證據。自能據以請求認領。

（三）生母爲生父強姦或略誘成姦者。關於生母爲生父強姦。或略誘成姦。或濫用權勢成姦者。得爲父子尋認之原因。縱受拿破侖法典影響之拉丁系民法禁止父子關係之尋認者。亦均准許。蓋出於此類原因之非婚生子女。果不爲法律所保護。則真無人道之可言矣。

（四）生母爲生父濫用權勢成姦者。見前款說明。

因本法所規定認領條文之簡略。茲當再就左列各點論究之。

(一)已成年之非婚生子女得請求認領否 本條規定得請求生父認領之人有二(1)生母(2)其他法定代理人。至非婚生子女本人則並不包括在內。與瑞希等國立法例顯然有異。(註一)若是則當生母死亡。子女已成年而不設其他法定代理人時。請求權已無人行使。豈非已成年人之非婚生子女於法係不得請求認領。但法律既無明文禁止。於是又將發生左列兩疑問。

(1)非婚生子女已成年。其生母得請求認領否。

(2)非婚生子女已成年。但因宣告禁治產而設定監護人。其監護人得請求認領否。

(二)於非婚生子女出生以前得認領否 關於胎兒個人利益之保護。雖得視為既已出生。然以將來非死產者為限。(民七)今若於非婚生子女出生以前。是否死產尙未可知之日。預為認領。預為保護。理論上殊欠完滿。況本法又無明文規定。自當解為不得認領。惟外國立法例亦有准許認領者。(註二)

(三)於非婚生子女死亡以後得認領否 非婚生子女既已死亡。則權利主體業已消滅。況本法又無特別規定。其不得認領固一如未出生之非婚生子女。惟外國立法例亦有對於已死亡之非婚生子女而生有子女時則許其認領者。(註三)且就我國法律而觀。因民事訴訟法第五四八條之規定。不無發生解釋上困難之處。該本條規定為『子女之認領。或否認。或認領無效或撤銷。或就母再婚後所生子女確定其父之訴。專屬子女之普通審判籍所在地或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院管轄。』關於子女之認領。既有死亡

時普通審判籍所在地等語。而其後各條又無認領之子女死亡本案訴訟即視為終結之明文。足見民法上尙有關於非婚生子女死亡後認領事件之規定也。（註四）

註一 瑞士家族法第三零七條及希臘民法第十條均規定非婚生子女之生母得自由請求其生父認領。且非婚生子女之監護人或滿十四歲之非婚生子女亦得請求之。

註二 日本民法第八三二條。父得認知胎兒。但須經生母同意。其他若意大利、瑞士及巴西等國法律亦許認領胎兒。

註三 日本民法第八三一條。父或母對於已死亡之私生子。以有子嗣者爲限。得認知之。巴西民法亦有相同之規定。

註四 據民事訴訟法第五一及五五二條規定。凡否認子女之訴。子女於判決確定前死亡者。認領子女或認領無效或撤銷之訴。爲認領或應爲認領之人於判決確定前死亡者。則本案訴訟視爲終結。但對於被認領之子女死亡者。並無終結本案訴訟之規定。

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。

理由

本條係對前條爲例外之規定。蓋前條所規定之請求權。因其生母有本條所明示之情形而喪失也。然關於此種例外規定。在外國法上亦有不承認者。例如寺院法。普魯士法。及奧地利法。均以男子與女子有性交關係者。對於所生子女應負共同責任。

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。

理由

認領雖屬一種意思表示。然其效力足以溯及既往。但不得侵及第三人已得之權利耳。按前法律館親屬法草案第九十條之說明。即係關於是項規定者。茲特引述於左。俾供參考。

『謹按本條係規定認領之效力。溯及既往。蓋私生子必經其父之認領而身分始定。然認領非必即在出生時爲之。或有相隔稍久。始行呈報者。而此出生以後。未經認領前。苟效力不爲溯及。則父子間之權利義務。不免虛懸而無着。故認領而生親子之關係。溯諸其子之出生時發生效力。惟效力溯及其子之出生。或且侵及第三人之權利。如其父先有甲乙兩嫡子。於此私生子出生以後。未經認領以前。已將財產若干。分配於甲乙。迨經其父認領。揆諸溯及之效力。則此私生子亦似宜與於分財之數。然如此辦法。則甲乙兩子於已得之權利不能確定。法律有鑒於此。因規定第三人已得之權利。雖因認領之效力溯及既往。不得損害之。但此書

所由設也。』

第一千零七十條 生父認領非婚生子女後不得撤銷其認領。

理由

非婚生子女之認領。雖屬其父之意思表示。然表意人對於此種意思表示不得撤銷。本條所以特為規定者。蓋一經認領。其子女之地位業已確定。法律應予保護。不容已認領之父任意撤銷。

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。

理由

按本法第一千一百四十三條規定。『無直系血親卑親屬者。得以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人。但以不違反關於特留分之規定者為限。』所謂指定繼承人者。有類於舊制之嗣子而實有根本不同之處。蓋舊制立嗣之目的在於承宗。而遺產繼承則另為一事。但實際上則宗祧繼承人即屬遺產繼承人。本法既廢宗祧制度。本已不須立嗣。惟當缺乏直系卑親屬時。則對於遺產之一部或全部。准由被繼承人以遺囑指定繼承人。本條係屬規定被繼承人與指定繼承人之關係。除法律另有規定外。則與婚生子女同。蓋指定繼承人與被繼承人雖無血統關係。然固為法律上擬制之子女也。據本編施行法第九條規定。凡屬本編施行前所立之

嗣子女與其所後父母之關係亦與婚生子女同。

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。

理由

關於本條規定有左列說明可供參考。

「舊律所承認擬制之子有兩種。一曰嗣子。一曰義子。或稱養子。嗣子限於同姓。以繼承宗祧爲主。故嚴異姓亂宗之防。養子但爲所後之親喜悅者。不問同姓與否。皆可相爲依倚。以娛慰老景爲歸。故廣開擇立之途。然親姊妹之子。與親兄弟之子。姓氏雖異。血統則同。苟立爲嗣。並不亂宗。近世滿人多冠漢姓。姓氏雖同。血統則異。倘立爲嗣。抑豈有合。故舊律立嗣。必限同姓。不第爲宗法之遺制。應加廢除。即揆之實際。亦難適用。且嗣子非己之所自出。與養子之收自他人者。其性質實屬相同。強加區別。殊覺無謂。故本案於凡生前收養他人之子以爲己子者。其被養之人。不問男女。及是否同姓。概稱爲養子。并可取得嫡子身分。以昭劃一。而免爭執。」（註一）

本法既廢宗祧繼承。而養子又非嗣子可比。故雖有婚生子女。仍得收養他人子女。此則頗與舊制相同。惟養子不得冒爲婚生子女耳。（註二）

註一 見前法制局親屬法草案說明書。

註二 參看前大理院判例及最高法院判例。

已有親生子之人。雖不准立他人爲嗣子。而收養他人爲養子。（一稱義子）則固爲法所不禁。（四年上字一九七一號）

抱養他人之子以爲子者。往往冒爲親生。如確能證明爲抱養異姓之子。自不能以其養父之承認爲親生子。卽認爲屬實。（十八年上字三九四號最高法院判例）

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。

理由

本條規定收養子女時之一種限制。蓋收養者與被收養者之年齡。應有相當之差別。本條定爲前者應長於被收養者二十歲以上。

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。

理由

依據本條規定。則凡有配偶時。其配偶之一方不得單獨收養他人之子女爲子女。關於此點。與舊制亦復相同。（註一）蓋養子女與養父母之關係。除法律另有規定外。本無異於婚生子女。似此發生直系親屬之行爲。

其配偶之一方自不得任意爲之也。

註一 參看左列前大理院判例。

婦人所私抱之子。在男子並無收養之意思者。不能爲義子。即在律例上。自無當然給與財產之理由。(五年上字三八五號)

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。

理由

本條明示一人不得同時爲二人之養子女。然此所謂二人者係指前條所稱配偶以外之人而言。本條規定與舊制有別。舊日一人得兼爲數房養子。(註一)本條所以設此限制者。良以養子既係擬制之婚生子女。不應同時發生數重親屬關係也。

註一 參看左列前大理院判例。

一人是否得爲數房義子。現行法令雖無明文。然義子之於義父。純以情義結合。並無宗祧關係。以一人而兼爲數房義子。應在不禁之列。至法律關於兼祧。特設種種限制。原所以保護宗祧及族人承繼之利益。義子既無宗祧承繼權之關係。則該項限制當然無準用之餘地。(八年上字五〇七號)

第一千零七十六條 有配偶者被收養時。應得其配偶之同意。

理由

第一零七四條所稱之配偶。係指收養者即養父母一方而言。本條所稱之配偶。則指被收養者即養子女一方而言。蓋有配偶者被人收養爲養子女之時。如其夫被收養。則應得其妻之同意。反之。其妻被收養。則應得其夫之同意（參看第一零七四條理由）

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。

理由

養子女與養父母之關係係與婚生子女相同。惟法律上另有規定者則不在此限。所謂法律上另有規定者。例如第一一四二條規定養子女之應繼分爲婚生子女之二分之一。又如養父母與養子女之關係得因同意終止或宣告終止。但父母與婚生子女之血統關係則固無從終止也。

第一千零七十八條 養子女從收養者之姓。

理由

據第一零五九條規定。子女從父姓。今養父母與養子女之關係既係同於婚生子女。則養子女何以不從父姓。而又有本條之特別規定。此固自有其法律上之理由也。蓋婚生子女須由妻於婚姻關係存續中受胎而生。有母必有父。故得規定爲從父之姓。今養子女則不然。無配偶之男女均得收養他人之子女爲子女。若收養者

爲男子。則爲其養父。尙無問題發生。至若收養者爲女子而爲其養母。果無本條之特別規定。則養子女之姓將何所適從。本條定爲養子女從收養者之姓者。蓋爲養母示其例外也。但有時夫妻兩人共同收養他人子女。則該養子女其從父姓抑從母姓。不無問題之存在。然此種情形之下。夫妻之間固不難彼此妥洽。而商定孰爲收養之人。使養子女從其姓氏也。養子女須易姓。此屬收養關係存續中必然之結果。迨至是項關係終止而養子女歸宗。則又自當回復其原來之姓。

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。

理由

本條規定收養子女。係要式行爲。應以書面爲之。大凡收養關係之發生。其當事人之一方爲養子女。其他一方則爲養父母。雙方須以要式契約爲之。非養父母之一方得以單獨行爲使生法律上之效果也。但若自幼撫養爲子女。或得其父母之同意。或無父母或不知其父母何在者。而被收養者又屬孩穉無知。則得不適用本條之規定。蓋依本法所規定者觀之。收養子女實爲一種契約行爲。但因其發生親子間之身分關係。其具有特殊之性質。一如婚姻。惟本條但書規定更有特殊情形耳。且但書所稱「自幼撫養」一語。其幼字之解釋亦無一定之範圍。將來適用時殆不免發生解釋上之困難也。

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。

理由

本條係屬關於養父母與養子女關係之終止之規定。終止養父母與養子女之關係。在日本法上稱爲離緣。而爲解除養子緣組之效力之行爲。且所謂終止者。又有同意終止與宣告終止之區別。本條規定則係屬於前者。外國立法例上對於養子關係之解除。有准許者。亦有不准許者。前者如法意及法國法系下諸國。後者則如德國及其法系下諸國。得依當事人一方之請求解除之。本法係與日本法相同。除同意終止外。尙許基於法定之原因而請求法院裁判。且同意終止。亦屬要式行爲。應以書面爲之。本法就養父母與養子女關係所爲之規定。是使雙方當事人立於法律上平等之地位。不若我國舊制。悉依養親之喜怒爲之也。（註一）

註一 參看左列前大理院判例。

現行律。凡以異姓養子爲嗣。在所明禁。至養親遂令養子歸宗。雖無明文規定。而考之律文。對於嗣子。則有繼子不得於所後之親者。聽其告官別立之條。對於義男。則有爲所後之親喜悅者。聽其相爲依倚。不許繼子並本生父母用計逼逐之條。是義子如果不得於所養之親者。應准養親逐去。夫以繼子被廢之時。依律尙無應分財產若干之規定。則養子被逐。亦應聽養親之意思酌給財產。不得指定應給之額。強其給與。（四年上

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。

理由

本條規定法院得因養父母與養子女一方之請求。宣告終止其收養關係。但須養父母與養子女之一方具有本條所列記各款情形之一。本條所列情形共有六款。自第一款至第五款係屬列舉規定。而第六款則爲概括規定。且第一款與第二款係就養父母與養子女兩方爲平等之規定。但第三款至第五款則係偏重養父母之一方。蓋爲虐待或重大侮辱。或惡意遺棄他方。無論出之於養父母或養子女之一方。其他方均得請求法院裁判。宣告終止其收養關係。至若第三款至第五款所稱被處二年以上之徒刑。有浪費財產之情事。生死不明

已逾三年等情形。均係限於養子女之一方。而不適用於養父母之一方。換言之。即養父母如有上列情事。養子女不得請求法院宣告終止其收養關係也。

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。

理由

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。則得對於他方請求給與相當之金額。是項請求權並非基於侵權行為而發生。蓋所謂相當金額之給與原屬慰撫金之性質耳。本條所定請求權之成立要件有二。(一)收養關係經判決終止。(二)無過失之一方因而陷於生活困難。同意終止者。不適用本條。

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。

理由

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。此即舊制之所謂歸宗。惟養子女之歸宗。對於第三人所已得之權利。並不因此而受影響。此與非婚生子女認領後。其效力雖溯及於出生之時。而第三人已得權利不受影響之規定。同為保護第三人之既得權。(參看第一零六九條理由)

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。

理由

本條係屬關於親權之概括規定。自本條至第一零九零條所規定者無非涉及父母子女間之權義關係。而本條則示其總旨。前法律館親屬法草案第五六條規定。『行親權之父母須護養並教育其子。』其說明有足供參考者。茲特引述於左。

『(上略) 親權大別分爲二種。一爲對於其子身體上之權利。一爲財產上之權利。本條蓋對於其子身體上權利而總括規定之。考各國民法關於親權之效力。大都祇規定指定居所。懲戒。管理財產。及收益等權利。其先冠以總括一條者。自德國新民法始。故本法仿之。凡關於護養及教育均包在內。護養指一切保護與養育而言。保護其子之利益固爲保護。卽免除其子之不利。亦爲保護。如慮其子流於不肖。禁止與損友往來。或拆閱其與人往還書信。皆屬保護分內事。故居住自由。交通自由。將來憲法上雖或規定。然對於服從親權。則不適用。教育非徒令其子入學堂已也。卽使之學習工商業亦是。近今世界各國。凡人均以卓然自立。不依賴他人爲尙。然非有相當智識與專務職業。雖欲自立。勢必有所不能。故各國法律於保護外。多課其父母以教育之責。至於教育之程度種類。則視其父母之財力與其子之資稟而定。預計其子將來應執何項職業。因定其子應受何種教育。初不論其爲高等中等也。是故教育其子。爲親權者之權利。亦爲親權者之義務。惟

爲其權利。故對於不願受教育之子。可施懲戒。惟爲其義務。故應以財力教育其子。』

本條規定較之該草案第五六條。則範圍頗狹。蓋父母僅對未成年子女有保護及教養之權利義務。且本條權利義務並稱。法條主旨並不偏重於親權。是固適合於時代之立法也。

第一千零八十五條 父母得於必要範圍內懲戒其子女。

理由

本條係規定父母之懲戒權。按前法律館親屬法草案第五八條就懲戒權有左列之詳細說明。

「謹按本條係規定親權效力中之懲戒權。懲戒權者行親權之父母對於子之身體得加以懲戒之謂也。關於此事。各國立法例互有不同。法國民法行親權人無擅自懲戒其子之權利。須呈請審判衙門。經其允許後。始得送入懲戒所。（法國民法三百七十五條至三百八十三條）英國法則規定行親權人有親自懲戒其子之權。無送入懲戒所之權。德國法則取折衷主義。既認行親權人有懲戒其子之權。又可呈請審判衙門爲相當之援助。日本民法亦大略相同。統觀各國法律。既認懲戒權者。以父母既有護養與教育其子之責。若使子不率教。馴至感化之力俱窮。自非懲戒不足神其用。此亦不得已之一端也。本法係採德國主義。唯其懲戒權之要件有二。一須行親權之父母。親父親母無論矣。即嗣父母對於嗣子。嫡母對於庶子。繼母對於夫前妻之子。亦有懲戒權。以其律得行親權也。（外國立法例。父再娶者對於前妻之子。不得有懲戒權。蓋防其聽

後妻之言而虐其子也。吾國實際上雖曾有此。然若規定此事。則與道德上之觀念恐有不合。故不採用。但繼母與嫡母欲行其懲戒權。必得監督人同意。正自有別。若悔繼後之嗣父與再嫁後之母。則無懲戒權。以其律不得行親權也。二須於必要之範圍內。始得懲戒其子。所謂必要之範圍者。如子有違犯。始則訓誨之。不率則戒諭之。又不率然後鞭撻之。禮所謂子婦未孝未敬。勿庸疾怨。姑教之。若不可教。而後怒之是也。至出於一怒而加鞭撻。亦必揣量其子之所能受。要於懲創後來而止。若恣一時之性。橫加敲朴。或至危及生命。亦軼乎本律範圍之外。現行律曰。依法決罰。家語曰。小捶則待過。大杖則逃走。對觀之而其義自明也。』

本條所以異於該草案第五八條規定者。則本條係從英國法。專由父母行其懲戒權而不得送入懲戒所。且因社會之變遷。法律思潮之進步。本法雖尙保存家族主義。然基本觀念迥異舊時。是故關於懲戒權行使之限度。以及所謂必要範圍者。應有如何限度。解釋時均須不背時代精神。非可僅憑倫理思想論斷之也。又本條之所謂父母。其意義若何。亦與舊制有別。舊制或稱三父八母。或稱五父十三母。（註一）今則不必更有此類區別。惟當就條文根究其有無法律上父母子女之關係耳。本法若有明文認為有父母子女之關係者。則其父母方屬本條所稱之父母。對於其子女始有懲戒權。否則不得適用本條。父母對於婚生子女。或視為婚生子女之子女。（認領後之非婚生子女）或同於婚生子女之子女。（養子女與指定繼承人）固得行其懲戒。此外則雖生父對於未經認領之非婚生子女。後母對於前妻所生之子女。（註二）亦不得懲戒。論者或有非難吾言

者。然吾意則認爲依法應如此解釋。而非此亦不足劃分法律上與事實上之父母子女之關係也。且本法既廢宗祧繼承。但亦不禁自由設立嗣子。例如第一一四三條之指定繼承人。惟指定繼承人既以遺囑指定。其婚生子女關係之發生已在被繼承人死亡以後。本當不發生懲戒問題。但其與被繼承人配偶之關係尙須論及耳。

註一 元典章有三父八母之說。前清徐乾學讀禮通考駁之而訂爲五父十三母之圖。五父爲（一）父。（二）所後父。（三）本生父。（四）同居繼父。（五）不同居繼父。

註二 後母對於前妻所生之子女。依據本法。既無血統關係。不爲血親。以配偶之血親論。祇生姻親關係。故後母對於前妻所生子女。不能認爲有法律上之父母子女關係。

第一千零八十六條 父母爲其未成年子女之法定代理人。

理由

父母爲其未成年子女之法定代理人。此爲各國立法例所從同。本法亦然。蓋父母子女之關係至爲密切。而父母又負有保護及教育其未成年子女之權利義務。故使其爲法定代理人。至爲適當也。

第一千零八十七條 未成年子女。因繼承。贈與。或其他無償取得之財產。爲其特有財產。

理由

本條明定未成年人子女特有財產之範圍。計有下列三種。(一)因繼承而取得之財產。(二)因贈與而取得之財產。(三)其他無償取得之財產。例如因先占而取得等類。

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之。

理由

本條規定親權效力中之財產管理權。本條所稱子女。雖未冠以未成年字樣。然應解作未成年之子女。蓋所謂特有財產。緊接前條而來。自屬未成年子女之特有財產也。本條第一項規定係以由父管理爲原則。而父不能管理時。則由母管理。不能管理者。例如其父遠出或患病而不能處理事務等類。父母管理其子女財產之結果。並得對於該特有財產有使用收益之權。惟處分權則受有限制。蓋父母管理其子女之特種財產。原屬一種親權之行使。與普通之管理財產行爲異其性質也。然關於本條之適用上。尙有一疑難問題。須待解決。大凡父母對於未成年之子女。一面爲其法定代理人。一面管理其特有財產。在法律上與事實上概無窒礙。但如本法第一三條第三項規定。『未成年人已結婚者有行爲能力』。則父母對於已結婚而未成年子女之特有財產。是否仍有管理之權。若謂不得管理。則於法並無根據。若謂仍得管理。則試問其子女既有行爲能力。自能處分其財產。父母之管理權將如何爲有效之行使。

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。

理由

對於未成年子女之權利義務。係以父母共同行使或負擔為原則。至本條所謂法律另有規定者。則如前條所稱『子女之特有財產。由父管理。父不能管理時。由母管理』之規定也。且父母共同行使或負擔之權利義務。若就其權利之行使而意見不一致時。則由父行使之。蓋法律上畢竟偏重男子之權利也。據本條此種規定。諒亦無辦法之辦法。因男女平等之旨無從絕對貫徹。有時事實上不能不有所偏向。惟我人尙欲認為有欠缺者。則如父母對於義務之負擔意思不一致時。是否應由其父獨自負擔。今乃一面偏重父之權利。一面並不偏重其負擔。足見父在家庭中尙處於優勢之地位。按親權亦有稱為父權者。羅馬法上親權之行使專屬於父行使。拿破侖法典從之。近世法律思想進步。學說多謂父母同為子女之天然保護人。即應同有親權。故歐洲各國民法加以採取。惟舊思想究難盡滌。編訂法律時。輒受父之地位優於母之地位之暗示也。

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。

理由

本條係屬限制父母對於子女濫用其權利。雖父母無不愛其子女。然亦難免不德之徒以不正方法對於子女濫用其權利。法律爲保護子女利益起見。特爲本條之規定。糾正父母濫用權利之機關係其最近尊親屬或親屬會議。若糾正無效。則得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。

第四章 監護

關於監護制度。我國歷次草案多有說明。茲特引述於左。藉供參考。

『謹按各國監護之法。仿自羅馬。羅馬初制。凡家長死。其在家長權下之子各獨立而爲家長。惟女子及十四歲以下男子須服從監護權。其後增定十五歲以上。二十五歲以下之男子須服從財產管理權。大抵家長死。子女未成年。得以遺囑指定監護人。是爲遺囑監護人。遺囑未指定者。以血族關係最近者爲監護人。是爲法定監護人。遺囑監護人法定監護人俱無時。則由裁判所選定之。是爲選定監護人。監護人之職務大別爲二。一曰財產之管理。一曰能力之補助。』

『日本舊慣上。監護之制甚不完備。其民法中監護一章。乃參酌歐洲諸國之法典而成。分爲四節。曰監護之開始。曰監護之機關。曰監護之事務。曰監護之終了。而以保佐附之。且未成年者之監護與成年者之監護亦不分析。今擬採德國民法。於監護章分爲三節。曰未成年人之監護。曰成年人之監護。曰保佐。未成年人之監護。指上無行親權之人。或行親權者失其親權或管理權者而言。成年者之監護。指受禁治產之宣告者而言。保佐指受準禁治產之宣告者而言。監護者包括財產之管理及能力之補助。保佐則只關乎財產而不及於身體。』(註一)

『歐美社會對於能力不完全之人。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。民國以來。法院判例曾折衷中西法律。而承認監護制度。惜其散見旁出。無系統之可尋。歷次親屬法草案。關於此點。採納西制。又嫌太過。本案根據吾國習慣。參考西制。并斟酌社會現狀。而設立監護制度。』

『各國法律均假定父母與子女彼此間之利害休戚。最爲關切。故父母對子女。無論其成年與否。於其行爲能力不完全時。均有保護之權義。自無設監護人之必要。惟父母不能行使此項權義或亡故時。即須置監護人以承其乏。俾盡保護之責任。故監護人之地位。即父母之地位。其少異之點。僅在其保護範圍之廣狹。即監護人之任務。限於保護被監護人之身體財產。而無向被監護人要求任何利益之權利。亦無以自己財產養育被監護人之義務。因之。關於監護人之資格。不必嚴格。凡行爲能力完全之人。皆可充當。各國監護制度。於監護人外。多另設監督監護人一職。以監護人爲執行事務而設。苟別無監督監護人從旁監察。則被監護人之身體財產。恐難安全。本案亦認對監護人有監察之必要。惟不設監督監護人。以其權歸之親屬會議。易個人的監察。爲團體的監察。期減流弊。』(註二)

監護者爲保護無父母或父母均不能行使親權時之未成年子女及禁治產人之財產身體。因而設立之私

法上制度也。我國舊法並無關於監護制度之規定。而習慣上有所謂託孤者則頗近於未成年子女之監護。至若禁治產人之監護。則社會上殊少實例。民國以來。前大理院嘗基據條理。著爲判例。認許監護人之設立。（註三）然監護制度在我國迄今尙未發達也。本章分爲未成年人之監護及禁治產人之監護兩節。因本法廢止準禁治產制度故無保佐人之規定。

註一 見前法律館親屬法草案第五章總說明。

註二 見前法制局親屬法草案關於監護制度之說明。

註三 參看左列前大理院判例。

託孤不必限於同宗。由最後行親權者之意思而定。其效力恆強於族人之推選行爲。（民國二年上字六四號）

凡對於父母俱亡之未成年人。除已經其父母生前指定監護人或現有同居之近親尊長外。自應由親族會議爲之選任監護人。而在兩造涉訟之中。爭及監護者。審判衙門爲事實上之便利計。並應傳集該親族。詢取意見。爲之選定監護人。（五年上字六二二號）

現行民事法規於禁治產制度雖無明文規定。然實際上因心神喪失等情形。可認爲民事無能力人者。應由其同居近親任監護人之責。而代之爲法律行爲。其所謂同居近親。自應先父或母。依次始及於妻。尤爲一

定順序。故無能力人於有必要情形處分其財產時。有母在者即由母代理。而不能由妻越權爲之。若違此而與他人訂立負擔義務之契約。並不得其母之同意或追認。則應認爲無效。（十年上字一六一一號）

第一節 未成年人之監護

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。

理由

本條規定監護成立之原因。蓋未成年人若有父母爲法定代理人。對於子女行使負擔其權利義務。則自無設置監護人之必要。至若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。即須依照本條辦理。所謂父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務者。例如父母被宣告禁治產。或依第一零九零條宣告停止其權利之全部。處此情形。即應爲其子女置監護人。（註一）惟未成年人已結婚者。已有行爲能力。不須更置監護人。故本條又有但書規定。關於監護人之設置。各國立法例上尙有單數與複數之區別。昔羅馬法定監護人爲二人。民法法亦有監護人與準監護人兩種。瑞民法定爲基於特別情形。得設監護人數人。共同行使職務或分擔行之。德民法亦然。所謂分擔行其職務者。則如一人維護被監護人之身體。而

其他一人則管理其財產。今本法既無明文限制祇設一人為監護人。其為單數抑為複數。則有待於將來之強解釋。又如無父母之未成年子女有數人時。是否共置一監護人。抑須各別分置。亦屬解釋上之問題。查德民法第一七五條規定被監護人團體得選任監護人一人。但各別分置監護人亦為法所不禁。今本法既無特別規定。自屬聽諸當事人之自由。監護人之為單數或複數似非法律所干涉也。

註一 參看左列前大理院判例。

監護人之設定。本不必限於未成年人父母俱亡之後。故為人母者。如果有品行不檢並管理其子之財產。顯有失當時。審判衙門當然得依利害關係人之請求。為之設定監護人。俾其就未成年人之身體財產任保護之責。（五年上字一一八六號）

未成年子之父若母。因品行不檢或管理失當。危及其子之財產者。其祖父母無論同居與否。自可向審判衙門請求宣告喪失其管理權而另設監護人。（三年上字六一六號）

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。

理由

本條規定特定監護。此種監護成立之原因。並非未成年之子女無父母。亦非其父母不能行使親權。不過其

父母將其監護職務之一部分委託他人行使而已。故據本條所設定之監護，必須具備下列兩種要件：（一）因特定事項。（二）有一定期限。例如父母在上海，其未成年子女讀書於北平，乃委任其親友於其求學期間內監護其日常生活。

第一千零九十三條 後死之父或母得以遺囑指定監護人。

理由

監護人有遺囑監護人。法定監護人及選定監護人之分別。本條係屬關於遺囑監護人之規定。蓋父母對於子女之利益。最有深切之關注。自能以遺囑選任可靠之人。至若定為後死之父或母以遺囑指定者。則父先死。尚有母在。母先死。尚有父在。固不患無監護之人。無須以遺囑指定也。

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 與未成年人同居之祖父母。
- 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

理由

本條規定法定監護人之順序。按遺囑監護人規定在前而法定監護人在後者。初非出諸偶然。實亦有其立法上之淵源。蓋羅馬十二銅表。其第五表第三款規定遺囑監護人。第五款規定法定監護人。其後各國根據之多以遺囑監護人居先。惟前法律館親屬法草案第九八條列法定監護人於前。並有下列之主張。『（上略）其先後次序則各國不同。德國及日本民法皆以遺囑監護人爲先。法定監護人次之。選定監護人又次之。惟按之吾國習慣。似多未合。例如父母亡而祖父母尙在。或父母亡而爲家長之伯叔兄尙在。則因吾國習慣。其未成年之子弟未有不由祖父母或家長監護者。如必以遺囑爲先。設使遺囑所指定之人或較祖父母家長爲疏。則以疏間親。甚非情理之正。』（下略）』其言雖亦不無相當之理由。然其立論係以禮制及大家庭制度爲前提。殊少法律上之基礎。蓋禮法殊途。而大家庭則在現社會上已有沒落之趨勢。况監護係親權之延長。應尊重未成年子女父母之意見。遺囑監護人先於法定監護人。自有其法律上之立場也。

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。

理由

依前條規定爲監護人者。即屬依照前條順序所設定之監護人。非有正當理由。不得辭其職務。蓋法定監護

人之設置。係在父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利或父母死亡而無遺囑指定監護人之時。若使依順序應負監護職責之人自由辭去職務。則未成年子女之法益孰爲維護。故本條規定非有正當理由。不得辭其職務。於是法定監護人之義務屬於法律上之強制負擔。而後監護制度始得完成其效用。但有正當理由時。亦得受特許而免除其義務。所謂正當理由。或於監護職務開始之前即已存在。或於擔負是項職務之期間內發生。均得據以辭職也。

第一千零九十六條 未成年人及禁治產人不得爲監護人。

理由

本條規定未成年人及禁治產人不得爲監護人。以其自身亦屬無行爲能力人也。蓋本法以監護人之職務僅在保護受監護人之身體財產。既無享受任何利益之權利。亦無以自己財產養育受監護人之義務。故關於監護人之資格。並無嚴密限制必要。凡屬有完全行爲能力之人。即被宣告褫奪公權或破產者。亦得爲之。惟破產人自身既無財產上信用。而尙得使之管理受監護人財產者。則因破產並非全由本人之不道德所致。亦有平時守信突受經濟界之變動而失敗者。况監護人本有親屬會議爲其監督機關。法律上本多防制之方法也。

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

職務爲限

理由

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。惟本法另有規定者則不在此限。所謂另有規定者。例如自第一零九九至第一一零三條均係規定監護人行使財產管理權之限制。而父母對於子女之監護。則固不受此類限制也。又本條但書所規定者係指第一零九二條之特定監護而言。其監護人所得行使之職務係限於特定事項也。

第一千零九十八條 監護人爲受監護人之法定代理人

理由

監護人之職務本有下列三種區別。(一)對於受監護人身體上之職務。(二)對於受監護人財產上之管理職務。(三)代表受監護人法律行爲之職務。本條即係規定其代表爲法律行爲之職務。惟監護人與父母同爲未成年人之法定代理人。同爲代表其法律行爲。然監護人之職務尙須受有限制。凡關於不動產上之處分。監護人雖得代表受監護人爲法律行爲。但應取得親屬會議之允許。(一一零一條)

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。

理由

本條至一一零三條均係規定管理受監護人財產時。監護人所應負之義務。本條定為監護開始時。開具財產清冊者。有如下列理由。『其目的有二。一則監護人欲證明其擔任管理之額。以便監護事畢時計算正確之交替。一則監護人欲查明被監護人財產之多寡。以便預定應受教養之程度。……』(註一)惟本法不明定開具財產清冊之期限。與日本法有異。(註二)蓋因財產有多寡。造具清冊之時日殊無一定之標準也。且據日本法上規定。當財產清冊開具以前。監護人對於受監護人之財產尙無動支全權。今本法既無明文。自不受此種限制。

註一 見前法律館親屬法草案第一零六條說明。

註二 日本民法第九一七條定於監護開始一個月內開具財產清冊。但若財產過多。不能及時開具。親屬會得延長之。

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。應與處理自己事務為同一之注意。

理由

監護人管理受監護人之財產。其所得行使之權利固與父母管理其未成年子女之財產者不同。蓋監護人

僅有單純管理權也。管理費用固不須監護人自己負擔。但應與處理自己事務爲同一之注意。

第一千一百零一條 監護人對於受監護人之財產。非爲受監護人之利益不得使用或處分。爲不動產之處分時。並應得親屬會議之允許。

理由

父母管理其未成年子女之特有財產。得爲自己利益而有使用之權。監護人則不然。監護人管理受監護人之財產。則非爲受監護人之利益起見。不得使用或處分。且其處分不動產時。尙應獲得親屬會議之允許。

第一千一百零二條 監護人不得受讓受監護人之財產。

理由

監護人不得受讓受監護人之財產者。恐監護人利用其地位而有反於受監護人利益之行為也。至本條所謂受讓。則係包括買賣。贈與。及互易等行爲在內。即使受監護人之財產被拍賣時。監護人亦不得買受。

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。

理由

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者。自屬親屬會議監督上所須循

行之程序。是有下列兩種理由。(一)監護人管理財產。有無私曲行爲。親屬會議得發見之。(二)每年報告一次。則每年經過親屬會議之檢查。監護人自身之責任亦可減輕。

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。

理由

監護人對於受監護人之財產。雖不似父母之管理子女特有財產者有收用收益之權利。但據本條規定。尚得享有報酬請求權。至其報酬數額之多寡。則監護人不得任意請求。應由親屬會議按其勞力及受監護人財產收益之狀況酌定之。各國民法關於監護人之報酬。有以不給與爲原則者。例如法意。有以給與爲原則者。例如西瑞。亦有原則上不給與。但得由裁判所酌定者。例如荷蘭。由親屬會酌定者。例如日本。本條則規定監護人有請求權。而其數額係由親屬會議酌定。

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。於與未成人同居之祖父母爲監護人時不適用之。

理由

同居之祖父母爲監護人時。因其係屬受監護人之直系血親尊親屬。與其他監護人之關係不同。故本條特

爲例外規定。其管理財產不受上開各條之限制。但亦不得請求報酬。

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。

理由

本條規定親屬會議有撤退監護人之權。凡監護人有本條各款情形之一。則親屬會議得撤退之。且第二款。兩款爲一般撤退之原因。而第三款則爲特殊撤退之原因。蓋係專適用於親屬會議選定之監護人也。

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。

理由

本條所謂監護關係終止。其原因有如左列。

(一) 監護終止 此係發生絕對的終止原因。換言之。即監護主體之不存在也。其原因如下。(1) 受監護人達於成年時。(2) 受監護人死亡時。(3) 受監護人受死亡之宣告時。

(二) 監護人之職務終止 此係相對的監護終止。蓋監護主體尚存在。須置新監護人也。其原因如下。(1) 監護人死亡時。(2) 監護人被宣告禁治產時。(3) 監護人有正當理由辭職時。(4) 監護人被親屬會議撤退時。

當監護關係終止時。監護人應負清算財產之義務。並須會同親屬會議所指定之人共為清算。且在親屬會議對於清算結果未為承認以前。監護人尚不得免除其責任。

第一千一百零八條 監護人死亡時。前條清算由其繼承人為之。

理由

監護人於監護關係終止時。應負清算財產之責任。如監護人業已死亡。則由其繼承人清算。但若監護人被宣告禁治產或死亡而無繼承人時。則如何。是又成為解釋上之問題矣。

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。

理由

本條規定監護人對於受監護人財產所致之損害。其賠償請求權之消滅時效。此種消滅時效不適用本法

總則規定。蓋與通常侵權行爲發生之情形不同也。且爲保護受監護人之利益計。係自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時起算。

第二節 禁治產人之監護

第一千一百一十條 禁治產人應置監護人。

理由

禁治產人之監護。外國法上有稱爲成年人之監護者。但我國法上成年人之監護本祇限於宣告禁治產之時。故不如逕稱禁治產人之監護。蓋宣告禁治產之原因。係屬被宣告人心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務。(第一四條)所以禁治產人身體既有待於療養。財產又不能自行管理。自有設置監護人之必要。關於成年人之監護原因。各國立法大多相同。惟瑞士則有特異之規定。瑞民法上成年人監護關係之成立。係有下列四種情形。(一)精神病及精神耗弱。(二)放蕩酒癖。行止不檢。(三)被處一年以上之徒刑。(四)老衰不具而自行呈請。是其成年人之監護原因。除禁治產與準禁治產外。尙包括刑法上監護及自請監護在內。

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。

不能依前項規定定其監護人時。由法院徵求親屬會議之意見選定之。

理由

禁治產人之監護人係依於左列順序而定。

(一) 配偶。夫妻為經營共同生活之人。其關係之密切可知。且禁治產人既患精神上之疾病。固有待於細心之維護。夫妻間自較他人為體貼。故本條列為順序之首。

(二) 父母。禁治產人如係未婚之未成年人。則本在父母監護之下。若既成年或既婚。則父母為監護人者。其順序次於配偶。關於是點。因本法不稱成年人之監護。而所謂禁治產人者。實包含未成年之禁治產人與已成年之禁治產人。於是發生左列問題。

(1) 未成年禁治產人之監護是否適用本條。

(2) 已結婚之未成年人被宣告禁治產時是否由其配偶監護。

余之見解。則以本條既專屬關於禁治產人監護之規定。自應具有適用上之優先效力。為父母者不得以對於未成年子女之親權對抗本條所定之順序。否則本條應以父母列於順序之首。而後解釋上始不發生困難。

(三)與禁治產人同居之祖父母 若無配偶無父母。可為禁治產人之監護時。則由與禁治產人同居之祖父母為其監護人。

(四)家長 本法規定家制。家設家長。家長亦得為禁治產人之監護人。但其順序位於第四。

(五)後死之父或母以遺囑指定之人 在未成年人之監護。父母所指定之監護人順序先於法定監護人者。蓋以未成年人之監護係屬親權之延長也。而禁治產人之監護則不然。故本條以指定監護人位於第五順序。據本法第一零八四及一零八六等條規定。父母僅係對於未成年之子女有保護及教養之權利義務。並為其法定代理人。足見我國民法上親權之行使。係有年齡之限制。而禁治產人之監護並非親權之延長。甚為明顯。但後死之父或母為其子女利益計。雖得指定監護人。然其順序則不能先於同居祖父母及家長。

關於禁治產人之監護。尚有所謂選定監護人者。則在不能依照本條順序定其監護人時。由法院徵求親屬會議之意見而選任之。

第一千一百一十二條 監護人為受監護人之利益。應按受監護人之財產狀況。護養療治其身體。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。

理由

禁治產人之監護人。其職務不僅管理受監護人之財產。尙須護養療治其身體。惟監護人實施是項職務時。須具備下列兩種要件。(一)爲受監護人之利益。(二)按受監護人之財產狀況。且監護人若將受監護人送入精神病醫院或監禁於私宅者。尙應取得親屬會議之同意。但如父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人時。則不在此限耳。

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。於父母爲監護人時。亦不適用之。

理由

未成年人之監護與禁治產人之監護。雖性質有異。一爲親權之延長。而一爲保護機關。然其職務則大都相同。關於管理財產所受之限制。被親屬會議撤退之原因。以及監護關係終止時之清算責任。均準用關於未成年人監護之規定。但父母爲監護人時。不受財產管理上各條之限制規定。

第五章 扶養

扶養本屬一種道德上之義務。法律上所以設爲強制規定者。則以道德無制裁力。而不得不以法律先其所急也。觀於左列說明。當可明瞭立法上之旨趣矣。

『謹按扶養之義務者。法律所特定對於不能存活與無力求教育之人。而與以生活之資。教育之費也。其受人之扶養者爲扶養權利。其與人以扶養者爲扶養義務。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。非特小學校義務教育而已。推而上之。苟爲相當之教育。亦包在內。』

『人生原貴自立。不可依傍他人。然鰥寡孤獨。衰病乘除。以及意外之變故。亦人生處境不能免之事。夫爲身死而不受。此惟志行高潔者能之。非可概望於常人。對於天下無告之窮民。皆抱施濟之念者。惟博愛仁人。有此志願。亦非可望於常人。故全然不受他人之施濟。與欲舉天下之人而施濟之者。此係道德上之事。法律所不問也。法律所定者。在此處於應受救助之勢。在彼係屬應爲救助之人。而其有資力人居於可爲救助之地。法律始命以相當之義務。』

『法律以命令不害他人爲原則。而無命令利益他人之理。若扶養義務近於以利益他人爲命令。實屬例外。惟其爲例外。故範圍不宜過於擴張。考英法德各國制度。以配偶者。直系血族。及一等親之直系姻族爲止。』

意大利民法始擴充至於兄弟姊妹間。中國與日本均行家族主義。故家長對於家屬亦負扶養義務。其範圍實較西洋爲寬。西洋扶養之義務多於民法婚姻章規定之。本律則別爲一章。以親屬家族均有扶養之義務故也。』(註一)

『舊律於親屬間扶養之義務及範圍均無明文規定。但在收養孤老條例載有凡鰥寡孤獨及篤廢之人貧窮無親屬依倚不能自存者由所在官司收養。在舊社會狀況之下聚族而居休戚與共親屬彼此扶養自係當然無待法律規定。觀舊律文義其言無親屬者反面即係有親屬時其親屬須負扶養之義務。即社會習慣亦以親屬互相扶養爲應爾。民國以來法院判例將習慣上扶養義務之範圍縮小而以同居親族爲限。各國立法例關於扶養義務多限於配偶及直系血親。其擴充至於兄弟姊妹及直系姻親者則爲例外。夫此等義務爲法定義務有強行之力與博施廣濟救困扶危屬於道德上之義務者不同。法律只能強人所可能不強其所難能。故親屬扶養義務之範圍應從嚴規定以昭平允。本案獎進個人生活之獨立限制親屬依賴之舊習對於親屬扶養之義務一以彼此休戚相關及生活共同之程度最親切者爲準。故其範圍但限於直系親屬配偶及親兄弟姊妹。以貫徹本案立法之精神。』(註二)

本章規定親屬間相互扶養之範圍。其及於直系血親及兄弟姊妹固不待論。且因表現男女平等之精神。凡夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間亦負扶養之義務。翁姑與子婦間以及岳父母與女婿間其地位

無所輕重。本法又有家制一章之規定。故家長家屬相互間亦負扶養義務。我國舊社會上。親屬間扶養之義務。雖無法律明文責以負擔。然道德與習慣亦自有其相當之準。則前大理院屢著判例。認爲父子祖孫兄弟夫婦之間當然負養贍義務。且推論及於同居同族之人。（註三）今本法則於第一一四條明定範圍。此後人民自有所遵循矣。

註一 見前法律館親屬法草案第七章總說明。

註二 見前法制局親屬法草案說明書。

註三 參看左列前大理院判例。

同族之人如係老幼孤寡無可依恃者。則其有資力之同居親族。亦當然負養贍之義務。（三年上字八七四號）

養贍義務之當事人及踐行此義務之位次如何。現行法令雖無明文。而父子祖孫兄弟夫婦之間。則當然互有此義務。故其一造若實係無力資生。則對於他造即得請求養贍。（五年上字一一〇七號）

父子祖孫兄弟夫婦之間。互有扶養之義務。此在本院曾經著有先例。妻於夫之宗親。其親族關係原與夫相同。胞兄弟與胞兄弟之妻均爲旁系一等親。依前例類推解釋。凡胞兄弟之妻如果係無力資生。自亦應負扶養之義務。（十一年上字一〇〇六號）

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。

理由

本條規定親屬互負扶養之義務而不及配偶相互間者。則因夫妻本係經營共同生活。既負同居義務。又於日常家務互為代理人。其彼此互負扶養之義務固不待本條之規定矣。本條第一款與第三款所規定之親屬。不以同居為限制。即不同居。亦應互負扶養義務也。至若夫妻之一方與他方之父母相互間。則必限於同居。而家長與家屬間本為同居之親屬團體。則固不成問題。（參看本章總說明）

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。

- 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。

理由

應互負扶養義務之親屬。前條已明定其範圍。但若負擔義務者共有數人時。則應由何人先盡義務。法律上亦應明定其順序。據本條規定。直系血親卑親屬首應盡其扶養尊屬之義務。而直系血親尊親屬對於卑屬則次之。家長位於第三順序。蓋因本法關於家長之規定。本側重其義務也。兄弟姊妹爲最親之旁系血親。故位於第四順序。家屬係爲同居之親屬團體。則位於第五順序。子婦女壻及夫妻之父母。則親親之誼漸疏。則居於第六第七順序。至若同爲直系血親卑親屬或直系血親尊親屬者。則以親等近者爲先。例如對於祖父之扶養。子與孫同爲直系血親卑親屬。然子爲一親等而孫爲二親等。則應由子先盡扶養義務。又若負扶養義務者共有

數人而其親等則相同。即應按其經濟能力分擔義務。例如兄弟數人扶養其父。須分擔義務也。然本條末項所謂分擔義務。係指同親等之數人各有相當資力或其資力不平均者而言。事實上亦有同親等之直系血親卑親屬在二人以上。仍須其中一人獨負義務者。例如甲乙丙丁四弟兄。獨甲有資力。而乙丙丁三人則均一貧如洗。於是對於其父母之扶養義務。自應由甲一人負荷之。

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 子婦女孀
- 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。

理由

前條係關於負扶養義務者有數人時之規定。本條則屬關於受扶養權利者有數人時之規定。大凡受扶養權利者共有數人。而負扶養義務者之經濟能力足以扶養其全體。自無問題之發生。反之。負扶養義務人之資力不足負擔。則應依於本條所定順序定其受扶養之人。直系血親尊親屬居於首列。殿之以子婦女婿。本條所定順序之理由。就前條對照觀之而自見。蓋直系血親尊親屬爲最親。且首應享受扶養之權利。至同係直系尊親屬或直系卑親屬。則以親等近者爲先。亦與前條所規定者相同。惟受扶養權利有數人而親等同一者。則應按其需要之狀況酌爲扶養。所謂酌爲扶養者。例如甲有弟乙丙二人。乙爲精神病者。而丙則爲未成年人。甲對於乙須維持其生活或治療其疾病。對於丙則除養贍外。尙須佐以教育或授以謀生之技能。乙丙二人之需要不同。而甲之扶養義務亦須各別加以酌定。

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。

理由

本條規定享受扶養權利之要件。蓋受扶養之權利人。須以不能維持生活而無謀生能力者爲限。否則自己

尙有資財。可以維持生活。或雖不能維持生活而有謀生能力。則均不應享有此種權利。法律原爲無力謀生者圖其救濟。不能助長權利者怠惰之性。所以本條特設限制之規定。惟卑屬對於直系血親尊親屬。則反哺之情。出於天性。苟其不能維持生活。即應扶養。固不受無謀生能力一要件之拘束也。

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。

理由

負扶養義務之人。若其經濟能力不足扶養他人。一經履行義務。即不能維持自己之生活。則亦免除其義務。蓋法律不能強人以所難。是故負扶養義務者應以有相當之資力爲前提。若本身先有不能自存之勢。雖親如夫婦。亦無從盡其扶養之責任也。（註一）

註一 參看左列大理院判例及最高法院判例。

養贍義務人如果養贍他人。則自己生活至有不能維持之情形者。亦得免除其義務。否則仍不得辭其責。（四年上字一九四〇號）

夫妻間之扶養係一種相互關係。故妻需要扶養。夫有扶養能力時。夫固負扶養義務。若夫需要扶養。而妻有扶養能力時。則妻亦負扶養義務。倘夫妻均需要扶養。又均缺乏扶養能力。即不能以一方不給扶養。他方遂持爲遺棄之論據。（十七年上字九一四號最高法院判例）

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。

理由

關於本條之規定。其理由有如下列。『夫生活之需要因人而異。或以自己之勞資。足籌生活費之半額。其他須仰給於人者。或有全不能自籌者。又其人之爲男爲女。爲老爲幼。或疾病。或康健。所處之分位不同。則扶養自難一致。且受扶養者固宜視其所需要。而負此扶養義務者亦須兼顧其資財。例如受扶養權利者每月需五十元。而負此義務者每月祇能出二十五元。則每月與以二十五元爲已足。又如受扶養者每月祇需五元。而負此義務者卽月出百元不爲難。然亦祇須給以五元而已。故扶養之程度須統顧兼籌而定。』（註一）前大理院判例亦謂養贍之程度。應以養贍義務人之身分。財力。及養贍權利人日常所需要以定標準。（三年上字五號）至若就扶養之程度而雙方發生爭執者。則又有待法院之裁定矣。

註一 見前法律館親屬法草案第一四一條說明。

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。

理由

扶養之方法。據本條所規定者共有二種。(一)當事人協議定之。(二)不能協議時。由親屬會議定之。至若親屬會議亦不能解決。其有待於裁判酌定者。自不待言。惟法律上則無以明文規定之必要耳。關於扶養方法。前大理院判例頗多。足供參考。(註一)惟是類判例均係根據舊草案。重在審判衙門應如何斟酌盡善。今本條規定雖以當事人協議為原則。親屬會議酌定為例外。但有必要時尚須求救濟於法院也。

註一 參看左列前大理院判例。

養贍方法自由當事人隨時協定。(三年上字三四八號)

扶養之方法以由兩造協定為原則。惟有正當事由時。審判衙門得因扶養權利人之聲請而判定之。(四年上字二九六號)

養贍之方法及程度。如有爭執。得請由審判衙門酌宜斷定。既不必拘於劃分贍產。且須應其身分計算權利人生存中生活之所必需。自不許以養贍為由。任情浪費。(六年上字一五八號)

養贍方法。依通常情形論。固應由養贍義務人按時給付一定數額之金錢為原則。惟因訟成費。於日後養贍授受。窒礙孔多時。則在審判衙門自可據當事人之請求。判令酌撥財產。以其收益抵充養贍。俾免紛爭。(四年上字二〇二五號)

關於養贍辦法。當事人間如無協定。審判衙門自應斟酌至當。或為設定養贍財產。或圖其他久安之道。(

四年上字二三三一號)

養贍方法不外提出財產。令其收益以充養贍。及按期給付養贍費用之二者。(七年上字一〇五八號)

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。

理由

扶養之程度及方法。當事人得因情事之變更。請求變更。所謂情事之變更。例如扶養義務人之經濟能力有增減或社會上生活程度有高下時。若有此種情形。即就確定判決。尙有請求變更之餘地。(註一)但爲受扶養權利人之利益計。若其初已就養贍費用特別提留財產者。而其所提留之數額又爲義務人當時之經濟能力所能勝任。則除有合意外。自不能因義務人日後之財產狀況有所變更而任意削減。前大理院曾著爲判例。(註二)於解釋本條時。可供參考。

註一 參看左列最高法院判例。

養贍費之數額應依養贍義務人之財力及養贍權利人需要程度定之。故養贍費雖於確定判決定有數額。而於該判決之事實審最後言詞辯論終結後。若因社會經濟狀況之變更。致一般人日常生活所必要之費用增加者。養贍權利人自得請求增加。(十八年上字九八號)

註二 參看左列前大理院判例。

養贍程度雖應以養贍權利人生活上之需要及養贍義務人財產上之狀況爲準。但其初若已就養贍費用特別提留財產。而所提留之數額。又係養贍義務人當時力所能任者。則除有合意外。自不能因養贍義務人嗣後之財產狀況有所變異。可以隨意削減。（八年前上字二二〇號）

第六章 家

本法因我國家庭制度有社會上數千年之基礎。不欲驟然推翻。並設專章規定之。（註一）且我國與日本雖同具東方民族之特性。惟關於家庭制度尚有互異之點。觀於左列理由可知。

『……但中國現行之家屬制度與日本現行之家屬主義又各有不同。何則？日本向來有家法。無宗法。其宗即寓於家。寓宗於家者。凡繼家之人即爲繼宗之人。所謂家督相續者。惟嫡子可繼之。且異姓之人入於其家者。即棄其固有之姓。而稱其家之姓。日本嫡長之系統是因家而傳。合宗於家也。中國宗法自宗法。家法自家法。嫡子未必盡爲家長。爲家長者亦不拘於長子。是中國嫡長之系統不由家而傳。由宗而傳也。同一家屬制度。其實際又大有不同。故日本繼父母之家者。長子在。惟長子得繼之。中國繼父母之家者。雖長子在。次子亦得與長子分繼之。此中國宗自宗。家自家。承宗者須嫡長繼家者。不以嫡長爲限。承祧與繼家。別爲兩事。是與日本以家爲宗相異之結果也。』（註二）

我國舊日家庭制度與日本不同。既如上述。而本章雖屬保存家制。然因適應時代之潮流。其對於舊制度又有根本改良之處。關於家長者。既側重其義務。關於家屬者。則已成年或未成年而已結婚之人。得由家分離或由家長命其分離。不復嚴格維持大家庭制。而個人獨立之精神。不致因家族主義受其影響。凡此皆屬本章所

定家制之優點。至若家長不論性別均得爲之。則又男女平等之結果也。

註一 參看親屬法先決各點審查意見書。

註二 見前法律館親屬法草案總則說明。

第一千一百二十二條 稱家者謂以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體。

理由

本條規定家之意義。我國舊律稱家。係以同一戶籍者爲斷。所謂一家爲戶。以籍爲定。然稱家而涉及戶籍。殊鮮親屬法上意味。故本條特明示其定義。茲當分析說明於左。

(一)親屬團體 稱家者須有一種親屬團體生活之存在。故一人而獨居一住屋。縱在戶籍上成立一家。然非親屬法上之所謂家也。

(二)同居之親屬團體 雖有親屬多人。然不同居則不能稱爲一家。是故家爲親屬之集團。但須以同居爲要件。

(三)以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體 同居之親屬團體須以永久共同生活爲目的。否則親屬集合而爲臨時之共同生活。則與本條所稱家之意義不合。

第一千一百二十三條 家置家長。

同家之人。除家長外。均爲家屬。

雖非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家者。視爲家屬。

理由

吾國家制既不似日本合宗於家。故其組織係以實際生活爲立場。而不以嫡長系統爲立場。所以實際組織者。則一家係由家長與家屬組織而成。凡屬於同家之人家長以外。均爲家屬。法律上關於家之規定無非定其家長與家屬之關係而已。

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。

理由

本條規定家長之產生方法。爲家長者並無資格之限制。而由親屬團體推定之。蓋本法既側重家長之義務。則當審視其能力而不必拘泥於輩分。但當無推定時。則應論輩分而以最尊輩爲之。所謂最尊輩者。例如祖母在者。以祖父母爲家長。曾祖父母在者。則應以曾祖父母爲家長也。至若尊輩相同。則以年長爲之。最尊或最長不能或不願管理家務時。並得由其指定家屬一人代理。

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。

理由

本條規定家長之職務蓋家長之唯一職務在於管理家務。此固我國家制之特色。而亦家族制度之演化也。昔家族制度盛行時代。家爲社會組織之單位。家長則統轄一家。而直接受治於國家。所以舊律嘗有罪坐家長之規定。爲家長者。對內則家政統於一尊。對外則代表其一家擔負公法上之責任。其權力之擴大可知。但處今個人主義與社會主義發達之時代。家屬與家長僅能發生家庭內之關係。而家長亦無代其家屬對國家負擔責任之理。是故其職務亦祇能限於主持家政而已。

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。

理由

本條係屬規定家長管理家務時所應盡之義務。蓋其管理家務。應以家屬全體之利益爲立場。既不能注重其本身之權利。亦不當就某一家屬有所偏愛也。且其職務上所注意者。既能及於家屬之整個利益。而不背家屬平等之旨。是則家庭民主化矣。

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。

理由

本條規定家屬已成年或雖未成年而已結婚者得請求由家分離。此與舊律祖父母父母在者子孫須得其許可或由審判衙門判決許可方准別籍異財之限制略相彷彿。（註一）惟本條之所謂由家分離並不包括分財在內而許可其分離者應係屬於家長之權。

註一 參看左列前大理院判例。

現行律戶役門內載。祖父母父母在者。子孫不許分財異居。其父母許令分析者聽等語。是子孫之分財異居。非經父母許可。即爲違法。然人情常有所偏。父母每多愛憎。若孤子之於繼母。庶子之於嫡母。或孀媳之於舅姑。其情同陌路而勢難復合。猶故意不許令分析者。則審判衙門斟酌兩造之情形。自可依請求用判決以代母若姑之許可而聽其分析。（三年上字第六一六號）

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。

理由

前條規定已成年或未成年而已結婚之家屬得請求由家分離。本條則規定家長得令其由家分離。惟須限於有正當理由。所謂正當理由。例如該家屬已有謀生能力等類。蓋所以鼓勵個人自立之精神也。

第七章 親屬會議

親屬會議者爲保護受監護人及繼承人之利益。依據本法所召集之合議機關也。歐洲親屬會議制度濫觴於羅馬。但羅馬舊制。親屬會議職在干涉家長之濫用其權利。後世沿用此制者其範圍亦狹小。例如法民法用以保護未成年人之利益。規定於監護章中。日本民法及我國歷次草案則推廣其範圍。凡關於立嗣及監護等事。均准許親屬會議之參與。至我國舊律雖無明文規定。然習慣上關於家庭事件由親屬會同處理者固亦數見不鮮。前大理院且屢著判例。承認親屬會議制度之存在。（註一）今本法特設專章。其理由有如左列。

『……我國舊律。向無此制。但習慣上家庭糾紛。常邀集同族及親戚中之尊長。會議處理。民國以來。法院判例亦承認親屬會議制度。蓋在國家司法機關。對於親屬法上之衆多事項。尙難一一干預以前。親屬會議制之容認。實有許多便利。本案參考外國法制。斟酌吾國歷來習慣。及司法行政之現狀。亦認親屬會議應當設立……』（註二）

又如左列說明。亦認親屬會議有在法律上規定之必要。

「謹按親屬會者。就監護及其他法律所規定應行會議之事件。因本人並親屬及其他利害關係人之呈請而成立之議決機關也。吾國習慣。家庭之內遇有重要事件。則邀同族中及親戚會議處理。但此不過習慣

上之事實。並非法律上之制裁。然既有此習慣。則關於親屬會如何招集。如何組織。如何決議。苟無法律規定。一任諸習俗之自然。恐流弊必在所不免。故歐洲諸國現行之法律。若德。法。意大利。葡萄牙。西班牙。比利時。皆設親屬會之規定。即日本民法亦如之。但各國民法。凡親屬會之組織。召集。決議等事。均認審判官之干涉為多。惟揆諸中國情形。則殊多未便。故除選定及招集事項外。其於決議一層。不認審判官之干涉。』(註三)

本法不認宗祧繼承。無所謂立嗣。惟關係監護及遺產繼承之特殊情形之下。規定親屬會議之參與。其他若親屬會議之召集。組織。會員之順序及指定。以及出席與決議。則本章皆有明文規定。

註一 參看左列前大理院判例。

親族會議之制。本為現行法律所認。惟應經親族會議事項。法律上惟關於承繼有此規定。在此等事項。親族當然有公同議決之權。此外自不得藉口為法外之干預。(四年上字七一五號)

親族會議之組織。現行法令雖無明文。然按之條理。自必由各房族人多數或由各房舉出總代表與會。而取決於與會者過半數之同意。方為合法。(五年上字七二九號)

註二 見前法制局親屬法草案說明書。

註三 見前法律館親屬法草案第六章總說明。

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。

理由

本條規定親屬會議之召集方法。所謂依本法之規定者。則如第一零九零條親屬會議糾正父母濫用對於子女之權利之規定。第一零九四條及第一一一一條選定監護人之規定。第一零九九條。一一零一條。及一一零三條監督監護人管理財產之規定。第一一零四條酌定監護人報酬之規定。第一一零六條撤退監護人之規定。第一一零七條指定清算受監護人財產之人及承認其清算之規定。第一一二條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之規定。第一一二零條議決扶養方法之規定。第一一七七條及第一一七八條選定遺產管理人之規定。第一一七九條關於遺產管理人變賣遺產之同意之規定。第一一八零條對於遺產管理人請求其報告或說明遺產之狀況之規定。第一一八三條酌定遺產管理人之報酬之規定。第一一九七條認定口授遺囑之真偽之規定。第一二一一條選定遺囑執行人之規定。第一二一二條及第一二一三條關於遺囑之提示或開示之規定。第一二一八條改選遺囑執行人之規定。

第一千一百三十條 親屬會議以會員五人組織之。

理由

親屬會議既屬合議機關。則其會員自在二人以上。惟人數過少。恐有專斷之流弊。過多則有妨會議之進行。

故本條定為適中之數。以會員五人組織親屬會議。

第一千一百三十一條 親屬會議會員應就未成年人。禁治產人。或被繼承人之左列親屬與順序定之。

一 直系血親尊親屬。

二 三親等內旁系血親尊親屬。

三 四親等內之同輩血親。

前項同一順序之人。以親等近者為先。親等同者。以父系之親屬為先。同系而親等同者。以年長者為先。

理由

本條規定親屬會議會員產生之順序。按德民法不限會員之資格。法民法則定為三人為男系親屬。三人為女系親屬。本條則限於未成年人。禁治產人。或被繼承人之血親。不分男系與女系。且明示其親系。親等。及順序焉。同一順序者。則論親等之遠近。同一親等者。始論男系與女系。同系而又同親等者。則比較其年齡。而以年長者為先。

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。

理由

親屬會議之會員應就前條順序定之。但若並無前條規定之親屬或親屬不足法定人數時。則法院得因有召集權人之聲請於其他親屬中指定之。蓋前條爲原則上之規定。而本條係屬例外規定也。

第一千一百三十三條 監護人。未成年人及禁治產人不得爲親屬會議會員。

理由

本條規定親屬會議會員之消極資格。蓋監護人在職務上應受親屬會議之監督。自不應更爲親屬會議之組織分子。至若未成年人及禁治產人則既乏行爲能力或屬心神有病。其不能勝任。自不待言。

第一千一百三十四條 依法應爲親屬會議會員之人。非有正當理由。不得辭其職務。

理由

親屬會議既爲保護受監護人及繼承人之利益而設。應爲親屬會議會員者。亦自負有一種強制義務。不得任意辭職。所謂正當理由者。例如患病。遠出。以及職務繁劇等類。關於親屬會議會員能否辭職一層。立法例上係有兩種區別。(一)德國法。被選爲親屬會議會員者。並無必須承諾之義務。法律既不加強制。則其辭職與否。

自無明文限制。(二)被選爲親屬會議會員。卽成立一種義務。不以其承諾爲要件。但若辭其職務。則須有正當之理由。惟本條雖規定辭職應有正當理由。但未規定應向何人辭職。其由法院指定之會員。固屬得向法院辭職。然依於第一一三一條之順序而定者則若何。此則當待他日之強制解釋決之。

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。不得爲決議。

理由

本條前半段規定親屬會議開會之法定人數。後半段規定決議之法定數。蓋親屬會議之開會。若須會員全數到場。則爲事實上之所難。若不爲最少人數之限制。則亦有流弊。故本條定爲三人以上之出席。至決議時須有出席會員過半數之同意者。則如三人出席而有二人之同意。或四人出席而有三人之同意。然亦有時不能取得過半數之同意。或可否之數相等。或是非之見各執。則是親屬會議無從爲決議。勢必有待於法院之裁判解決。關於本條規定。尙有一問題。卽當親屬會議開會時。當事人。法定代理人。及其他利害關係人得到場陳述意見否。據日本法係有明文規定。准許本人。保佐人。或監護人到場陳述意見。今本法雖無明文。然若當事人等或用書面陳述其意見。或由親屬會議許其到場陳述。或加以詢問。亦非法律所應禁止。且無限制之必要也。

第一千一百三十六條 親屬會議會員於所議事件有個人利害關係者不得加入決議。

理由

本條規定親屬會議會員之迴避。然所謂迴避者。係指不得加入決議而言。而出席權則並未喪失。但此亦有問題發生。例如四人出席。其一人因於所議事件有個人利害關係而不得加入決議。則其他三人中有二人同意時。是否合於第一一三五條後半段所稱之過半數。該條既稱出席會員。則有個人利害關係者既已出席。自應算入。其過半數之同意應為三人之同意。若不算入時。則有二人同意。即得為決議。余之見解。則以第一一三五條既稱出席會員過半數。非曰表決時會員過半數。則其過半數之認定。應就出席會員全數計算之。又本條所謂個人利害關係者。係指其個人之直接利害關係。否則。若間接利害關係。則親屬會議之會員同為血親。安能絕對無利害關係之存在也。

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。

理由

有召集權之人即係第一一二九條規定所規定之當事人。法定代理人。或其他利害關係人。對於親屬會議

之決議。如有不服。則可向法院聲訴。請求救濟。但須於決議後三個月內爲之。惟本條所定三個月期間之限制。係指適法之決議而言。若親屬會議之決議不適法。或係違反第一一三五條。或係違反第一一三六條。則其決議爲無效。有召集權之人本不受其拘束也。

附錄一 民法親屬編施行法

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。

附錄二 親屬法先決各點審查意見書

第一點 親屬分類

親屬應分爲配偶。血親。姻親三類。

(說明)我國舊律分宗親。外親。妻親三類。係淵源於宗法制度。揆諸現在情形。有根本改革之必要。查親屬之發生。或基於血統。或基於婚姻。故親屬之分類。應定爲配偶。血親。姻親三類。而於血親。姻親更分直系旁系。如此分類。不特出於自然。且與世界法制相合。

第二點 夫妻及子女間之姓氏

一 以妻冠夫姓。夫入贅妻家時冠妻姓爲原則。但得設例外之規定。

二 子女從父姓。

三 贅婿之子女從母姓。但得設例外之規定。

(說明)本問題可假定爲下列六項辦法。而研究其短長。

(一)夫妻均以協定之姓。(夫姓妻姓或第三姓)爲姓。子女亦從之。

(一) 夫妻各用本姓。子女併用父母之姓。

(二) 夫妻各用本姓。子從父姓。女從母姓。

(三) 妻從夫姓。子女從父姓。

(四) 夫從妻姓。子女從母姓。

(五) 妻冠夫姓。子女從父姓。

(六) 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

似較爲易行。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。故擬一併定爲原則。至應否另設例外。（例如夫妻另有協定）可由負責起草條文者從長討論。總之本問題欲求男女完全平等。殊無圓滿辦法。已如上述。而男女平等似應注重實際。如經濟平等。政權平等。及私權平等。不必徒驚虛名。若關於姓氏。必使銖兩悉稱。殊屬難能。惟當於可能範圍內。企合於平等之旨而已。

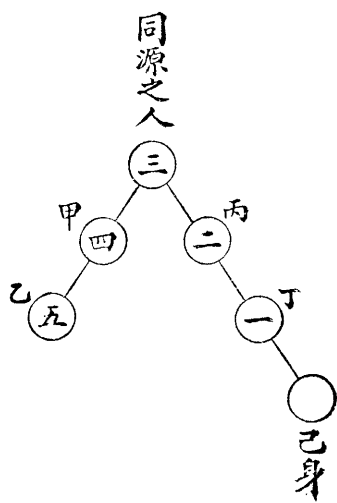
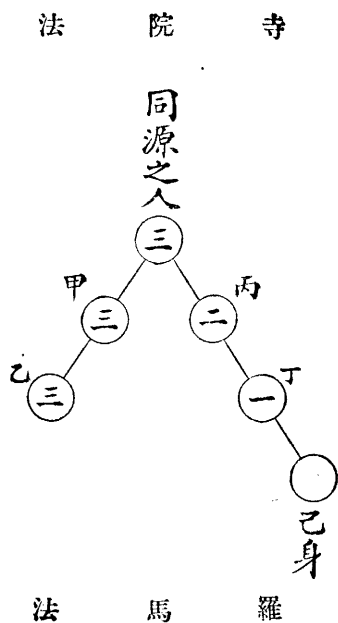
第三點 親屬之範圍

親屬不規定範圍。而規定親屬之定義及親等之計算方法。

（說明）人類發生親屬之關係。有血親姻親之別。而血親姻親之範圍原難確定。以血親言。由父母而祖。推而上之。由子女而孫。推而下之。既有血統相聯絡。雖輩數遼遠。謂之非親屬不可得也。直系如此。旁系亦然。以姻親言。其無確定之範圍。猶如血親。則法律所以定親屬範圍者。乃因親屬相互間有時發生一種法律關係。在事實上不可漫無限制。故規定之以資適用耳。然而各種法律關係。其情形各有不同。即規定之範圍亦應隨之而異。則雖強爲概括之規定。而遇有特種法律關係。例如民事上之親屬禁止結婚。親屬間之扶養義務。及繼承權利。刑事上

之親屬加重及親屬免刑等類。仍以分別規定其範圍爲合於實用。故親屬之範圍。無庸爲概括之規定。惟親屬之分類。既改用血親姻親之名稱。則其定義如何。自非以明文定之不易明瞭。且血親姻親。關於特種法律關係。既須分別。以其親疏爲據。則關於親疏。自須以親等計之。故應規定親屬之定義及親等之計算方法。

又按計算親等之方法。分羅馬法與寺院法兩種。羅馬法之計算方法。直系親從己身上下數。以一輩爲一親等。旁系親從己身上數至同源之人。由同源之人下數至所指之親屬。以其總輩數爲親等之數。寺院法之計算方法。直系親與羅馬法同。旁系親則否。蓋從己身數至同源之人。再從所指之親屬數至同源之人。其輩數相同者。以一方之輩數定之。輩數不相同者。從其多者定之。此與羅馬法相異之點也。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。不盡依親疏之比例。如兩系輩數不同。從其多者定親等之多寡。則輩數較少之系。往往不分尊卑。同一親等。於理不合。試爲圖以明之。



依上圖。己身與甲或乙之親等。如以寺院法計算。均以輩數較多之一系定之。卽從己身至同源之上爲三親等。因之己身與甲及乙同爲三親等。如以羅馬法計算。則己身與同源之人爲三親等。與甲爲四親等。與乙爲五親等。兩相比較。自以依羅馬法之計算爲合理。

我國從前所以採用寺院法者。以其與昔日之宗親服制圖相對勘。凡五等服以內之宗親。可以寺院法四親等包舉之而無遺。故自前清民律草案以迄最近各

種草案均以寺院法計算親等。今親屬之分類。既從根本上改革。分爲血親與姻親兩大別。已與所謂服制圖者不生關係。自應擇善而從。改用羅馬法。

第四點 成婚年齡

成婚年齡。男十八歲。女十六歲。

(說明)各國所定成婚年齡。以氣候風俗之異。頗不一致。故男子最高有至二十一歲者。最低有十四歲者。女子最高有至十八歲者。最低有十二歲者。而男子成婚年齡略高於女子。則爲大多數國之通例。惟奧國定爲男女一律十四歲。最近蘇俄民法亦有男女一律十八歲。始許爲婚姻註冊之規定。似符平等之義。然男女身體之發達。有遲早之別。乃出於生理之自然。無取乎以人力強劑之平。茲折衷各國制度。規定男十八歲。女十六歲爲成婚年齡。於我國國情亦尙適宜。惟此所規定者。爲男女成婚年齡之最低限度。卽不達此最低限度者。應絕對禁止其成婚。至於男女婚姻自主之年齡。不在本問題範圍內。故從略。

第五點 親屬結婚之限制

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。但旁系血親在七親等以外。旁系姻親在五親等以外者。不在此限。

三 旁系血親之輩分相同而在六親等以內者。但表兄弟姊妹不在此限。

(說明)直系血親之禁止結婚。中外一律。即直系姻親雖有例外(蘇俄及美國數州)而以禁止者爲多。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。今斟酌損益於中外法制之間。對於我國向不禁止者。仍不禁止。例如原則第三款但書表兄弟姊妹是也。對禁止過廣者縮小其範圍。例如原則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。茲擬加以但書之限制。蓋取解放之意也。至關於血親結婚之限制。於非婚生之子女及其子孫亦適用之。又關於姻親結婚之限制。於姻親關係消滅後。亦適用之。均爲多數國立法例之所同。此外基於其他原因而應禁止通婚者。尙不止一端。其中有雖非親屬而略相彷彿者。則(一)爲養親與其所養子女之關

係。(二)爲監護人與被監護人之關係。似應略仿外國立法例。規定在關係存在期間或監護人責任終了前。不得結婚。凡此諸端。皆屬於詳細條文。故不列入原則。

第六點 夫妻財產制

- 一 夫妻財產制應定爲法定制及約定制兩種。
- 二 法定制定爲聯合財產制。
- 三 約定制除左列三種外。得規定他種制度。
 - 一 共同財產制。
 - 二 統一財產制。
 - 三 分別財產制。
- 四 夫妻得以契約於約定制中選擇其一。爲其夫妻財產制。
- 五 夫妻未以契約訂立夫妻財產制者。當然適用聯合財產制。
- 六 適用約定制（除分別財產制外）或法定制後。遇有特定情形。當然依法院之宣告。改用分別財產制。

七 適用約定制後在婚姻存續期內。夫妻得以契約改用他種約定制。但須加以適當之條件。

(說明)各國民法。關於夫妻財產制度。規定綦詳。標準殊不一致。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。自當順應潮流。確定數種制度。許其約定擇用其一。其無約定者。則適用法定制。按各國民法。關於夫妻財產制之規定。皆因其本國情形而異。種類不一。利弊互見。且有條文複雜。適用困難者。茲就所有權。管理權。處分權。用益權。及負責關係各觀念。將夫妻財產制大別為左列五種。

- 一 統一財產制。
- 二 共同財產制。
- 三 聯合財產制。
- 四 匱產制。
- 五 分別財產制。

右各制之內容。可就其特質畧述於左。

一 統一財產制 雙方財產均集中於夫之一方。妻所帶入財產之所有權均移轉於夫。而妻祇有請求返還權。（各國現行法制。惟瑞士民法第一九九條以此爲約定制）

二 共同財產制 此制之特質爲設定一種夫妻之共有財產。於共有財產外。各許獨有財產。夫對於共有財產有管理權及處分權。（關於處分權有數例外）於共同財產關係終了時。雙方或其繼承人得將共有財產分析。至共有財產之範圍大小不同。故此制可細別爲左列三種。

甲 一般共同財產制。（以此爲法定制者。爲那威。芬蘭。荷蘭。葡萄牙等）

乙 動產及所得共同制。（以此爲法定制者。如法國。比國等）

丙 所得共同制。（以此爲法定制者。如蘇俄。西班牙。南美洲數國。及美國數州等）

三 聯合財產制 妻之財產除保留者外。集中於夫之一方。而無夫妻共有之財產。蓋各別保存其原有之財產。特均歸夫一方管理耳。夫對於妻所帶入之財產有用益權。及在特定範圍內有處分權。此其特質也。（以此

爲法定制者。如德國、瑞士（兼以所得共同制包涵於中。詳見瑞士民法第一九四條）日本及美國數州等）

四 奩產制 妻之財產爲擔任家用起見。特指定一部分爲奩產。由夫管理。與妻之餘產雖截然分離。然其所有權仍屬於妻。（但有例外）夫對於奩產之全部或一部分不得移轉及抵押。（據調查所得。尙無以此爲法定制者）

五 分別財產制 夫妻對於本人之財產。各別享有所有權。管理權。及用益權。而家用在原則上由夫妻平均擔負之。（以此爲法定制者。如奧國及捷克、匈牙利（兼以所得共同制包涵於中）羅馬尼亞、意大利、希臘、土耳其、英國及美國數州等）

以上各夫妻財產制。僅係就其大端而言。實則各國採用某種制度時。往往參以別種制度。即如瑞士民法所規定之『聯合財產制』實包涵所得共同制於中。綜其要點如左。

（一）結婚時及婚姻存續期內。雙方所有財產均爲『婚產』。妻保留者不在

此限。

(二) 關於婚產在結婚時屬於妻者。及婚姻存續期內妻所繼承或受贈之財產。皆爲妻之帶入產。妻仍保存其所有權。

夫對於自己帶入產。及婚產中不屬於妻之部分。均爲所有人。

(三) 妻之收益所得及其帶入產之天然果實。於分離時均屬於夫。但關於妻保留產者不在此限。

(四) 婚產由夫管理。其管理費由夫負擔。
妻於可代表雙方範圍內。有管理權。

(五) 夫對於妻之帶入產有用益權。並負用益權人之責任。

(六) 夫除管理外。非得妻之同意。不得處分妻之帶入產。但已歸夫所有者。不在此限。

(七) 妻對於婚產。在可代表雙方範圍內。得處分之。

觀於上列七點。則瑞士之聯合財產制。既便於維持共同生活。復足以保護雙方權利。折衷得當。於我國情形亦稱適合。故擬採之。定爲通常法定制。遇有特定情

形。例如一方破產時。當然改行分別財產制。（參看瑞士民法第一八二條）又夫妻中一人因債務被強制執行而不能清償時。法院得因他一人之聲請。宣告改行分別財產制。（參看同法第一八三條）故以分別財產制爲非常法定制。亦採用瑞士等國之成規也。

- 一 共同財產制。
- 二 統一財產制。
- 三 分別財產制。

約定財產制所以限於法定種類者。蓋恐配偶間任其自由訂約。漫無標準。則人各異其制。而第三人與之交易。殊感困難。在社會上亦覺不便也。

關於夫妻財產制。於約定後在婚姻存續期內。是否許其以契約改用他種制度。亦一重要之牽連問題。似應加以規定。考諸各國。有禁止者。（例如比國。西班牙。巴西。及南美洲數國。法國。意大利。日本。荷蘭等）有允許者。（例如德國。奧國。捷克。瑞典。丹麥等）有折衷其間爲有條件之允許者。（例如瑞士。土耳其。那威。英

國)今擬採用折衷辦法。許雙方另訂契約。而加以相當條件。例如(一)須經法院之許可。(二)不得害及第三人之權利。均可稍資限制。至條件之多寡及其內容如何。應於起草條文時酌爲規定。庶免發生流弊。

第七點 妾之問題

妾之問題無庸規定。

(說明)妾之制度亟應廢止。雖事實上尙有存在者。而法律上不容承認其存在。其地位如何。無庸以法典及單行法特爲規定。至其子女之地位。例如遺產繼承問題。及親屬結婚限制問題等。凡妾婚生子女均與婚生子女同。已於各該問題分別規定。固無須另行解決也。

第八點 家制應否規定

家制應設專章規定之。

(說明)個人主義與家屬主義之在今日。孰得孰失。固尙有研究之餘地。而我國家庭制度爲數千年來社會組織之基礎。一旦欲根本推翻之。恐窒礙難行。或影響社會太甚。在事實上。似以保留此種組織爲宜。在法律上。自應承認家制之存

在並應設專章詳定之。

第九點 家制本位問題

一 家制之規定。應以共同生活爲本位。置重於家長之義務。

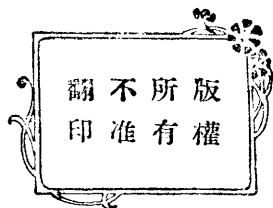
二 家長不論性別。

(說明)承認家制存在之目的。原爲維持全家共同生活起見。故應以家人之共同生活爲本位。而不應以家長權爲本位。瑞士與巴爾幹諸國所規定之家制。足供參考。我國習慣注重家長之權利。而漠視其義務。又惟男子有爲家長之資格。而女子則無之。殊與現在情形不合。故於維持家制之中。置重於家長之義務。並明定家長不論性別。庶幾社會心理及世界趨勢。兩能兼顧。

中華民國二十年七月出版 民法親屬集解（全一冊）

【每冊定價銀一元二角】

（外埠酌加郵費匯費）



編著者 朱采真

校訂者 朱鴻達

發行者 世界書局

印刷所 上海大連路 世界書局

總發行所 上海四馬路中市 世界書局

分發行所

瀋陽 北平 天津 太原 濟南 漢口
 長沙 衡州 重慶 南昌 蕪湖 徐州
 南京 無錫 杭州 溫州 蘭谿
 福州 廈門 廣州 汕頭 梧州

世界書局

民法總則集解

鄭爰誠編 一册七角

世界書局

出版

用最淺明的文字逐
條說明法律的條文的
意義和其理由及
何應用一般人都
能達到了解的程度

民法物權集解

朱鴻達編 一册六角

民法債編集解

朱鴻達編 一册一元五角

民法繼承集解

鄭爰誠編 一册六角

版出新最 局書界世

義釋權物法民

點特大五

- 1 解釋法文前後貫串
- 2 闡明立法理由別具暢解
- 3 不沿襲草案理由
- 4 判例解釋均酌量擇要採入
- 5 用學理的見解釋條文精義

鄭 爰 誦 編

定價一元二角五分

民法債編原論

屠景山著 上冊七角五分

本書係根據國民政府頒行之民法債編，參以東西各國法家之學說及立法例而，爲詳細的撰述。對於債編之原理原則，抉發無遺。全書分上下兩冊，上冊爲總論下編爲各論，足供各大學法科教本之用。

民法債編概要

姚驥編 二冊八角

本書用最經濟的方法，將民法債編全文，提要鉤元，用問答體裁編輯而成。內容淺顯明白，文字注重興味，節省閱讀時間，爲準備法官考試的制器。

民法債編集解

朱鴻達編 一冊一元五角

本書係根據國民政府公佈的民法債編，逐條加注理由，以闡明立法之意義。並選錄大理院解釋判決例，以資應用。全書註釋清楚，編制完備，用語措辭又能明顯淺易。研究法科及司法人員，尤宜人手一編，受用不及。

世界書局
最新出版

親屬法原論

屠景山著 一冊一元半

本書以最新親屬法爲根據；參酌舊草案，現行律，大理院判決，各國立法例，各國關於親屬法上之最新學說，而爲比較的撰述。全書注重在理論及批評方面。內容大概爲討論結婚離婚自由，家制之廢除，男女平等主義，廢妾問題，監護之公法化，血流的親子主義等等問題。共十二章，各章又分若干節，章目清楚，理論精確。書末有附錄數種，均爲討論親屬法各種問題的作品

親屬法ABC

汪波著 一冊五角

本書根據國民政府最近所頒佈的民法親屬篇編成；且有時徵引各國法例，作比較的說明。內容力求綱要簡明，行文淺明暢達，爲研究法律者所必讀的要籍，爲法政學校親屬法課程中的好教本。

世界書局出版

世界書局出版

民事訴訟法集解

朱鴻達編

根據國民政府公佈的現行民事訴訟法和刑事訴訟法逐條加註理由，條理清楚，理論確切。並附前大理院判決例解釋例，以資參考。現已有各大學法科採爲課本，蓋本書極合於學校課本之用，又可供給律師界及一般民衆關於民事刑事訴訟時的參考的應用

刑事訴訟法集解

朱鴻達編
硬面洋裝一冊二元

世界書局出版

▲票據法集解

朱鴻達編 一冊七角

近世經濟狀況，日趨發達，僅恃現金週轉，有時已不足應付；信用制度，實為時代所需要，而票據遂為金融方面之重要工具。我國素無票據法，而商業上關於票據法之習慣，又復參差不齊，且不合世界流行票據之共通原理。草訂票據法案雖有數次之多，迄今立法院始通過而為全國行使票據者之準則。惟新法頒行，適用時不無疑難之處，因特在逐條之下，詳加解釋，闡明其立法理由，俾讀者有所遵循，對於學理方面，亦多所發揮，極合法界研究之用。

▲票據法概要

朱鴻達編平裝一冊四角

本書根據最新票據法編輯。共分四章：第一章總則；第二章匯票；第三章本票；第四章支票。每章各分問題若干則，全書共有問題約九十條，當供投考時之準備。條理清楚，討論扼要，極合研究自修之用。

▲票據法概論

謝菊曾著一冊二元二角

本書內容對於匯票的性質，國內匯票國外匯票的分別，本票支票的性質功用，及各種手續等關於票據法的問題，討論甚詳，分綱例目，又非常清楚，目的在供給研究票據問題及商界參考之用。

朱采
眞著

土地法釋義

朱鴻
達校

世界書局出版

我國的土地法，是將土地登記法，土地使用法，土地稅法，和土地徵收法羅列而成一部法典，這確是一種良好的編制方法。這些關於土地的法律，在別國大都是陸續編定，就是土地稅法中土地原價稅和土地加價稅也是先後分別用法律規定。民國以來只有關於土地的徵收法律，現在把牠編成整個的有系統的法典；雖則各編的施行日期和區域仍舊要分別命令設定。因爲本法包括實體法和程序法，並且有些條文是關於地政機關內部的辦事程序，有些條文是關於表冊上的記載方法，解釋何等困難，但本書却力求簡易化了。本書緒論篇特別注意與民法及民生主義相互關係之說明。本書關於各條條文的解釋以純法理爲根據，所以一切社會的經濟的見解，最後便都還元到法律的立場上去。

一册 一元一角五分

法學新著

用淺近的語體文

伸述法學上所包含的原理原則

將法學中的深奧意義

化爲平易 使人人可懂

各書編制得當行文流暢

學校採作教本最宜

行政法各論

朱采真著 一冊 一元五角

民法總則新論

朱采真著 一冊 一元五角

民法債編原論

屠景山著 上冊 七角五分

民法物權原論

屠景山著 一冊 一元二角半

親屬法原論

屠景山著 一冊 一元五角

刑法新論

朱鴻達著 一冊 一元五角

刑事訴訟法新論

朱采真著 一冊 一元二角半

法學通論

朱采真著 一冊 一元二角半

憲法新論

朱采真著 一冊 一元五角

英國憲政論

屠景山著 一冊 一元二角半

行政法總論

朱采真著 一冊 一元五角

世界書局出版

現行法義釋

用最淺顯的文字，說明法律條文的意義，和其理由，如應用。

工商會法 釋義 王均編 一冊 三角
 商標法 釋義 朱鴻編 一冊 三角
 著作權法 釋義 林環生編 一冊 三角
 海商法 釋義 朱鴻編 一冊 七角
 保險法 釋義 鄭爰編 一冊 四角
 交易所法 釋義 鄭爰編 一冊 四角

工廠法 釋義 朱采真編 一冊 六角
 工會法 釋義 朱采真著 一冊 五角
 土地法 釋義 朱采真編 一冊 一元一角半
 陸海空軍刑法 釋義 鄭爰編 一冊 四角
 陸海空軍法 釋義 王均編 一冊 三角
 陸海空軍法 釋義 姚驥編 一冊 三角

地方自治法 釋義 王均編 一冊 六角
 鄉鎮坊自治職員選舉法 釋義 姚驥編 一冊 三角
 市組織法 釋義 姚驥編 一冊 五角
 民法物權 釋義 鄭爰編 一冊 一元二角半
 女子繼承權 釋義 鄭爰編 一冊 三角
 公司法 釋義 鄭爰編 一冊 八角

地方自治法 釋義 王均編 一冊 六角
 鄉鎮坊自治職員選舉法 釋義 姚驥編 一冊 三角
 市組織法 釋義 姚驥編 一冊 五角
 民法物權 釋義 鄭爰編 一冊 一元二角半
 女子繼承權 釋義 鄭爰編 一冊 三角
 公司法 釋義 鄭爰編 一冊 八角

世界書局

上海图书馆藏书



A541 212 0022 9246B

