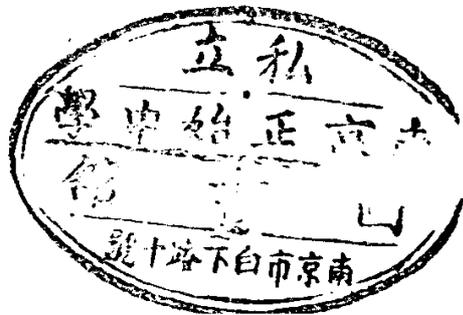


法學叢書
民法親屬論

陶彙曾著

一中華民國廿二年七月拾貳日收到



民法親屬論目錄

緒論

第一章 親屬共同生活

第二章 親屬法

第一節 親屬法之性質

第二節 親屬法之形式

本論

第一章 通則

第一節 親屬之種類

目錄

一

一

三

三

四

七

七

七

一

| | |
|---------------------|-----|
| 第二節 親系及親等 | 一一二 |
| 第一款 親系 | 一一二 |
| 第二款 親等 | 一一三 |
| 第三節 親屬關係之發生消滅原因 | 一一七 |
| 第一章 婚姻 | 一九 |
| 第一節 婚姻制度之沿革 | 一九 |
| 第二節 我國歷來之婚制 | 二一 |
| 第三節 婚姻制度之將來 | 二五 |
| 第四節 婚姻在親屬關係中之地位及其意義 | 二六 |
| 第五節 婚姻之豫約(簡稱婚約) | 三一 |
| 第六節 婚姻之成立(結婚) | 四四 |
| 第一款 結婚之要件 | 四五 |

| | | |
|-----|--------------|----|
| 第一項 | 實質上之要件 | 四五 |
| 第二項 | 形式上之要件 | 五二 |
| 第二款 | 結婚之限制 | 五四 |
| 第三款 | 婚姻之無效及撤銷 | 六〇 |
| 第一項 | 婚姻之無效 | 六〇 |
| 第二項 | 婚姻之撤銷 | 六二 |
| 第三項 | 婚姻無效或撤銷之損害賠償 | 六九 |
| 第七節 | 變例之婚姻 | 七〇 |
| 第八節 | 婚姻之效果 | 七一 |
| 第一款 | 婚姻之普通效力 | 七三 |
| 第二款 | 夫妻財產制 | 七九 |
| 第一項 | 總說 | 七九 |

| | |
|----------------|-----|
| 第二項 法定財產制 | 八二 |
| 第三項 約定財產制 | 九四 |
| 第九節 離婚 | 一一三 |
| 第一款 總說 | 一一三 |
| 第一項 離婚法制之區別 | 一一四 |
| 第二項 我國離婚之舊制 | 一二一 |
| 第二款 我國離婚之現制 | 一二四 |
| 第一項 兩願離婚 | 一二四 |
| 第二項 判決離婚 | 一二七 |
| 第三款 離婚之效力 | 一三五 |
| 第一項 離婚及於身分上之效力 | 一三五 |
| 第二項 離婚及於子女之效力 | 一三六 |

| | |
|------------------------|-----|
| 第三項 離婚及於財產上之效力····· | 一三七 |
| 第三章 父母子女 ····· | 一三八 |
| 第一節 生理上之親子與法律上之親子····· | 一三九 |
| 第二節 吾國歷來之親子關係····· | 一三九 |
| 第三節 民法上之親子關係····· | 一四六 |
| 第一款 婚生子女····· | 一四六 |
| 第一項 婚生之推定····· | 一四七 |
| 第二項 婚生之否認····· | 一五一 |
| 第二款 非婚生子女····· | 一五四 |
| 第一項 非婚生子女之認領····· | 一五四 |
| 第二項 非婚生子女之準正····· | 一六五 |
| 第三款 養子女····· | 一七〇 |

| | |
|-----------------|-----|
| 第一項 收養關係之成立 | 一七五 |
| 第二項 收養之無效及撤銷 | 一八二 |
| 第三項 收養關係之終止 | 一八三 |
| 第四款 子女之姓及住所 | 一八九 |
| 第一項 子女之姓 | 一八九 |
| 第二項 子女之住所 | 一八九 |
| 第五款 父母對於子女之權利義務 | 一九〇 |
| 第一項 權利義務之種類 | 一九一 |
| 第二項 權利義務之行使負擔 | 一九四 |
| 第三項 權利之停止 | 一九四 |
| 第四章 監護 | 一九六 |
| 第一節 監護之起源及其性質 | 一九六 |

| | |
|---------------------|-----|
| 第二節 監護之開始····· | 一九八 |
| 第三節 監護之機關····· | 二〇〇 |
| 第一款 監護人與被監護人····· | 二〇一 |
| 第二款 監護人之種類····· | 二〇二 |
| 第三款 監護之缺格····· | 二〇六 |
| 第四款 監護人之辭職及撤退····· | 二〇七 |
| 第五款 監護人之事務····· | 二〇九 |
| 第六款 監護人受讓財產之禁止····· | 二一四 |
| 第七款 監護人之報酬····· | 二一五 |
| 第四節 監護之終止····· | 二一五 |
| 第一款 監護終止之原因····· | 二一六 |
| 第二款 因監護終止而生之義務····· | 二一七 |

| | | |
|---------------|----------|-----|
| 第一項 | 清算之義務 | 二二七 |
| 第二項 | 賠償之義務 | 二二八 |
| 第五章 扶養 | | |
| 第二節 | 扶養之性質 | 二一九 |
| 第一款 | 扶養之範圍 | 二二〇 |
| 第二款 | 扶養之要件 | 二二一 |
| 第二節 | 扶養之順序 | 二二二 |
| 第一款 | 扶養義務者之順序 | 二二二 |
| 第二款 | 扶養權利者之順序 | 二二五 |
| 第三節 | 扶養之程度及方法 | 二二六 |
| 第一款 | 扶養之程度 | 二二六 |
| 第二款 | 扶養之方法 | 二二七 |

| | |
|-----------------------|-----|
| 第三款 扶養程度及方法之變更····· | 二二八 |
| 第六章 家 ····· | 二二九 |
| 第一節 家之性質····· | 二二九 |
| 第二節 家之組織····· | 二三三 |
| 第一款 家長····· | 二三三 |
| 第二款 家屬····· | 二三五 |
| 第三節 家務之處理····· | 二三七 |
| 第四節 家屬之分離····· | 二三八 |
| 第七章 親屬會議 ····· | 二四〇 |
| 第一節 親屬會議之性質····· | 二四〇 |
| 第二節 親屬會議之組織····· | 二四二 |
| 第一款 親屬會員之人數····· | 二四二 |

| | | |
|-----|------------------|-----|
| 第二款 | 親屬會議會員之種類····· | 二四三 |
| 第三款 | 親屬會議會員資格之限制····· | 二四五 |
| 第四款 | 親屬會議會員之辭職····· | 二四五 |
| 第三節 | 親屬會議之召集····· | 二四六 |
| 第四節 | 親屬會議之議事····· | 二四六 |

584.4
399-2
2

民法親屬論

緒論

第一章 親屬共同生活

家族制度
之發達

依於血統及兩性關係而結合之親屬團體，其所包容之人口及其所擔負之事業，皆隨社會之變遷而變遷：由廣而狹，由繁而簡。昔在商周之際，社會生活方由畜牧而農。其時社會組織以氏族為最大。〔註一〕西周至春秋時代以降，氏族組織因耕地私有制度之發達而分解。家族制度於以發達而繁榮。〔註二〕在兩漢時期，一家之範圍通常為父子夫婦同產，所謂五口之家八口之家者為家族之常例。東漢以後，則有累世同居之風。〔註三〕家族團體又復包容奴隸部曲，彼豪貴之家每自稱百口。〔註四〕宋代

緒論 第一章 親屬共同生活

一



家長本位
家族制度
之動搖

以降，奴制漸衰，而耕地買賣漸次盛行。大族世家每易中落。家族之人口平均減少。【註五】馴至清末，商工業都市因資本制度侵入而勃興。個人主義隨而興起。歷年來對家長本位之家族制度，漸多反抗；而夫婦制之家族，流行於市民之間。至於農家，自戰國以來，蓋常以五口八口爲率。其家長任耕種勞動之指揮，有支配一家之權力。二千餘年變遷殊少。直至今日，此家長制之農家亦隨農業之崩壞而搖動矣。【註六】

【註一】商之氏族有世代之畫分而無家族之存在。下一世代對上一世代之男子均稱爲父，而呼其女子爲母。父甲父乙父丙，待遇毫無不同。身分之繼承兄弟相及，父子相傳之制尙未興起。【王國維觀堂集林殷周制度論】

【註二】周初家族制度亦不十分發達。周公以前，身分之繼承仍取兄終弟及之制。隨封建財產之發達而家族制度發達。氏族組織遂分解矣。

【註三】西漢家族以父子夫婦同產爲範圍。其時三族之誅止及於此。看程樹德九朝律考漢律考。累世

同居之風起於漢末，見摺翼陔餘叢考累世同居條。

【註四】王敦反，王導謂周顛曰：「以百口累卿。」見晉書卷六十九。

【註五】唐末以後，土地買賣盛行。看拙著婚姻與家族八六頁以下。（商務萬有文庫版）世家大族自

五代以後非復唐代以前之舊，看顧亭林日知錄流品條。

【註六】孟子稱八口之家或數口之家。漢書食貨志載李悝「今一夫挾五口，治田百畝」之言。皆指農

家也。農家現狀亦以五口為最多，看拙著婚姻與家族一〇四頁。

第二章 親屬法

第一節 親屬法之性質

親屬法為
規定親屬
之身分關
係及本於

定親屬之身分關係及本於此諸關係之權利義務之法，為親屬法。在今日，親屬共同生活不過社會生活之一支，與古代社會以氏族為最大組織者，迥不相同。故親屬共

此諸關係之權義之法律
同生活之法規，亦不過為民法之一部。顧親屬法與民法其他部分有所不同，蓋強行之規定較多也。

第二節 親屬法之形式

制定法 一 制定法

我國親屬法之沿革

在清代以前，親屬關係之規定，詳於律例之戶婚，並散見於他門。清末設法律館刪定律例，成所謂現行刑律。民律草案既成，親屬為其第四編，迄未施行。民國五年，又有親屬法草案出。民國十二年之民律草案亦包含親屬篇，皆未施行。民國以降，親屬關係之訴訟，皆適用現行刑律關係條文。民國二十年五月五日，立法院所草之親屬篇施行，親屬法始有新法典可以援用焉。

判例法 二 判例法

以制定法適用於具體之案件而下判決，固為法院之職能。然而法官除以論理的方法

判決與法
條之論理
的解釋不
必盡同

適用法條而外，尚有社會學的方法判斷其所下判決之是否平允。法官決非一抽繹法條以加於案件之機械，其心中亦充滿社會所予之倫理準則，使彼於所臨之案件，其判斷與法條之論理的適用，不必盡同。若倫理的判斷與法條之適用有所歧異，則法官所可爲者，或解釋法條以合事實，又或於認定事實之時，求牽合法條以達其所認爲公平之判決。因此法院所下之判決，與法條之論理的解釋，不必盡同者也。〔註

判例法之
權威

一〕在昔法院適用現行律民事有效部分時代，對於親屬關係之案件，顯以社會學的方法解釋法律之規定。法院判決所包容之法則顯與法律所明定者不同。〔註二〕民法親屬篇今雖已頒布實施，判例法之權威仍不必因而失墜。蓋法典所定者爲抽象之法則，而判決所定者爲具體之斷定，兩者勢難無所歧異也。倘與抽象法條不同之判決，爲法院所相沿而成判例，斯其實際之效力與法律等。判例法之爲法源，未可否認者也。

〔註一〕 參看B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*,

習慣法

三 習慣法

【註二】 例如大理院統字五七六號解釋即明申此意。

習慣法成立之三條件

民法第一條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣』。習慣如何而後有法之效力？學者立論不同。最高法院以為習慣法之成立，以多年慣行之事實，及普通一般人之確信心為條件。【註一】此二條件之外，不違反公共秩序善良風俗亦當然為一條件。

。【註二】

【註一】 十七年上字六一三號判決。

【註二】 大理院四年上字二五四號判決參考。

法理

四 法理

法理之意義

民法第一條規定：『民事，法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理』。法理亦稱條理，即法官所認定為公平者也。【註一】

【註一】 瑞士民法第一條規定為『法官自居於立法者地位所當下之判斷』。此語至為明顯。民法所謂法理，應如是解釋也。

本論

第一章 通則

第一節 親屬之種類

自然之親屬與法律上之親屬

一 自然之親屬與法律上之親屬

何謂親屬？若以爲凡有血統及婚姻之連環者均爲親屬，則親屬實可計算至無限之多。然而社會不容許如此之計算。生物學上之親屬與法律上之親屬，其分類與範圍，在任何國家均有差異。生物學上之親屬，法律上不認爲親屬者有之。反之，生物學上無血統之關係，而法律認爲親屬者亦有之也。抑親屬關係之所以規定於法律，乃以其生有法律上效果之故。各國法制，於此莫不限制親屬於一定之範圍，卽以此也

法律上之親屬有一定之範圍

宗法及於親屬制度之影響

二 宗法及於親屬制度之影響

過去中國法律上之親屬，與生物學上親屬不獨異其範圍，抑且有特殊之分類，今日民間仍多循此例，吾人於說明親屬法時，不可不一言及之也。

在昔西周時代，周族之最大社會組織為氏族。其氏族與他族聯合征服黃河流域以後，分有原來之土地與人民，以成封建之局。由是而氏族之內，漸有家族制度之萌芽。長子繼承相隨發達，一變前此由商至周初兄終弟及之制。漢儒依此發為宗法之總密理論，其言曰：

別子為祖。繼別為宗。繼禰者為小宗。有百世不遷之宗，有五世則遷之宗。百世不遷者，別子之後也。宗其繼別子之所自出者，百世不遷者也。宗其繼高祖者，五世則遷者也。（禮大）

父系 宗法組織為父系父治父權之氏族。何謂父系 (Patrilineal)？其親屬之計算專溯諸男

父治 系，而女系親不復爲族人是也。何謂父治 (Patriarohate)？子隸於父之權力，家或

父權 族之長以父爲之是也。何謂父權 (Father-right)？父之財產及身分，以子繼承是也

。別子者，諸侯之支子，別於嫡子者也。別子分受莊園爲大夫，世世傳於嫡長子孫。是爲大宗。別子之支子分受耕地爲士，世世傳於其嫡長子孫。是爲小宗。大宗率小宗，小宗率羣弟，以成爲鞏固之氏族組織。

歷代法律
之親屬分
類

周制雖未必如此之整齊綿密，然父系父治父權之制確流行於中原。氏族社會既去，奴隸社會代興。家族制度仍以此爲抽象之法則，重夫輕婦，內男外女之風相沿而不變。故歷代之法律，於血統連絡之親屬，分宗族及外姻爲二類。宗族者男系親，外姻者女系親也。其依婚姻而連絡者，夫族與妻黨又自不同一類。清律喪服圖中，本宗九族五服正服圖卽宗族之服制。外親服圖則限於女系親。妻親服圖則指示妻黨之喪服。民律草案依此分親屬爲四類；一爲宗親，二爲外親，三爲妻親，四爲夫妻。

民律草案
之親屬分
類

【註】

【註】第一次民律草案一三一七條第三次親屬法草案第一條。

民法之親
屬分類

三 民法之親屬分類

現行民法之親屬則一變前此宗法影響下之分類。其所定之親屬有三：

- 一 配偶。
- 二 血親。
- 三 姻親。

民法計算
親屬之標
準

從前之宗族及外姻皆爲血親。從前之夫族及妻親皆爲姻親。而姻親又不止於夫族及妻親，卽從前列入宗族之宗族之妻，以及從前列入夫族妻親之夫族妻親之妻，皆爲姻親。蓋民法破除宗族外姻妻親之男子本位制而純取血統及婚姻之連繫爲計算親屬之標準。凡依血統而連絡者，皆爲血親。凡依婚姻而連絡者，皆姻親也。依血統而連絡者，有二：其一爲己身所從出或己身所出之血親；其二爲與己身出於同源之血親。（民九六）依婚姻而連絡之親屬有三：其一爲血親之配偶，其二爲配偶之血親，

其三爲配偶之血親之配偶（民九六
九條）茲再將民法上親屬之種類分列於左而例以明之：

一 配偶。

二 血親。

直系血親
之例

(A) 直系血親

(1) 己身所從出之血親 例如父母，祖父母，外祖父母。

(2) 己身所出之血親 例如子女，孫外孫。

旁系血親
之例

(B) 旁系血親即與己身出於同源之血親 例如兄弟姊妹與己身出於同源之父母；又如伯叔姑舅姨與己身出於同源之祖父母外祖父母。

三 姻親。

姻親之例

(A) 血親之配偶 例如兄弟妻，姑姊妹夫，舅甥妻。

(B) 配偶之血親 例如夫族即夫之父母兄弟姊妹等；又如妻親，即妻之父母兄弟等。

(C)配偶之血親之配偶 例如妯娌。

第二節 親系及親等

親系

第一款 親系

男系親與
女系親

一 男系親女系親

依血統而連絡之血親，其間血統之連繫為親系。親系可分為男系與女系。其依男子而連繫者為男系親。依女子而連繫者為女系親。民法於此兩者殆同視，與舊律加以差別者不同，已如前述。

直系親與
旁系親

二 直系親旁系親

直系者，上溯己之所從出，下溯己之所出之親系也。旁系者，由己所從出之直系親分衍之親系也。

己所從出或從己所出之血親爲直系血親。(民九六七條一項)與己身出於同源之血親爲旁系血

親。(同二項)

尊親屬與卑親屬

三 尊親屬卑親屬

尊親屬者，與父母同輩及父母之輩以上之親屬也。卑親屬者，與子女同輩及子女之輩以下之親屬也。

第二款 親等

親等

一 親等

測定親屬親疏遠近之尺度曰親等。以兩親屬間所隔離之世數多少計算親等之制度曰世數親等制。世數親等制有二種方法。

羅馬法計算親等之方法

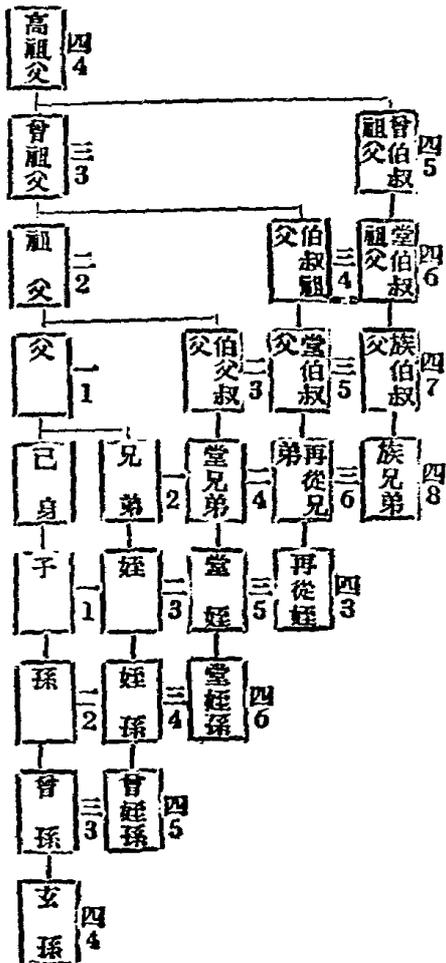
(一)羅馬法主義 羅馬法計算親等之方法：直系血親以一世爲一等。旁系血親從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至所指之親屬，以其總數爲親等

之數。

寺院法計
算親等之
方法

(二)寺院法主義 日耳曼法計算親等之方法為寺院法所採用，其法：直系血親以一世為一等。旁系血親從己身數至同源之直系血親，再從同源之直系血親數至所指之親屬世數相同即用一方之世數，世數不同即從其多者，以為親等之數。

茲將兩計算法例示如左：(以男系親為例)



【註】中國數字為寺院法計算法，羅馬數字為羅馬法計算法。

二 舊律之親等計算法

我國舊來無明顯之親等計算法。親屬之親疏以喪服指示之。喪服有五等：三年之服期，大功（九月），小功（五月），緦麻（三月）。親屬所當服之喪服多因名分而加重減輕，致獨舉喪服，尙難知其世數隔離之遠近也。雖然，我國對於親屬決非無世數計算之法。禮：『四世而緦，服之窮也』。由此而推，三世爲小功，二世爲大功，一世爲期。其間非無一定之配合，惟因宗法尊尊之義及男女之別之故，或加重或減輕，以致難於尋繹而已。〔註〕

〔註〕拙著親屬法大綱九〇頁至九三頁云：喪服小記：「上殺下殺旁殺而親學矣」。所謂旁殺者，以己身或直系親爲起點，溯昭穆之相同者，由親及疏，遞降一等之謂也。試以宗親言之，「四世而緦」，凡緦皆四世也。族兄弟服緦，故爲四世，溯其昭穆之相同者而反推之，則再從兄弟爲三世，堂兄弟爲二世，兄弟爲一世。子，一世也；溯其昭穆之相同者而遞殺之。則姪爲二世，堂姪爲三世，再從姪爲四世。再從姪同緦麻親也。

依此法所得之計算，與寺院法計算法同。

民法計算
親等之方
法
血親親等
之計算法

三 民法之親等計算法

(一) 血親親等之計算法

民法取羅馬法計算法以計算親等。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於與之計算親等之血親，以其總世數爲親等之數。(民九六八條)

姻親親等
之計算法

(二) 姻親親等之計算法

姻親者，依於婚姻而連絡之親屬。其親系與親等又如何計算？彼與我無直接之親系，則亦無直接計算世數多少之法。故姻親之親疏計算，皆決於其配偶與我之親疏，或決於其與我配偶之親疏。試分別言之：

(A) 血親之配偶，從其配偶之親系親等。(民九七〇條一款) 例如兄弟之妻與我爲姻親。

其親系親等從兄弟之親系親等，即旁系二親等也。又如堂舅母與我爲姻親，其

姻親之親
系親等計
算之例

親系親等以堂舅爲衡，即旁系五親等也。

(B) 配偶之血親，從其與配偶之親系親等。(同條二款) 例如妻姪，從其與妻之親系親等，即旁系三親等也。又如夫之曾祖父母，從其與夫之親系親等，即直系三親等也。

(O) 配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系親等。(同條三款) 例如夫之兄弟妻(妯娌)，從其與夫之親系親等，其與夫之親系親等又以夫之兄弟與夫之親系親等爲衡，即旁系二親等也。又如內姪女之夫，從其與妻之親系親等，而其與妻之親系親等又以內姪與妻之親系親等爲衡，即旁系三親等也。

第三節 親屬關係之發生消滅原因

一 親屬關係發生之原因

親屬關係因左列原因而發生：

親屬關係發生之原因

本論 第一章、通則

(A)自然之事實

- 一 出生 血親關係因此種事實而發生。
- 二 婚姻 姻親關係因此種事實而發生。

(B)法律之擬制

- 三 收養 養親子關係因收養行為而發生。(民一〇七二條)

親屬關係
消滅之原因

- 二 親屬關係消滅之原因

親屬關係因左列原因而消滅：

死亡

(A)死亡 血親姻親關係均因死亡而消滅。但止限於死者，其死者以外之親屬，不因而消滅親屬關係也。例如夫雖死，而妻與夫族之姻親關係不因而消滅。父母雖死，兄弟之血親關係不因而消滅也。

廢婚

(B)離婚 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。(民九七一條)
() 夫死，妻與夫族之姻親關係不因而消滅；前項既言之；但夫死而妻再婚者，則

妻與前夫之族之姻親關係消滅，而妻與後夫之族之姻親關係發生。又妻死，夫與妻黨之姻親關係不因而消滅，但夫若再婚，則其間姻親關係因而消滅。民法僅就贅婿而為規定耳。

離異

(C) 離異 此即養子與養親解除其收養關係之謂也；不能以之與離婚之義相混同。此種離異，在我民法則稱之曰養親子關係之終止（民一〇八條）。

第二章 婚姻

第一節 婚姻制度之沿革

亂婚時代

當遠古社會文化未開或尚極幼稚之時，原無所謂婚姻制度存乎其間。其男女兩性之關係，皆非如今日之男子與其所好之女子相結合，女子亦非與其所好之男子相結合。此種非以一定之男女相結合之兩性關係，學者稱曰共同婚或亂婚之時代。自此時

代掠奪婚時

代經過以後，始進而有男女相互間一定之結合，而開掠奪婚姻之序幕。蓋以此時各部族尚無正規之交通，彼此皆呈敵對之狀態，若欲以穩和之手段，取得一女子，而保持其永久之結合，勢有不能。故除以掠奪或誘拐之方法令其服從外，實無他道。兩性關係進化至此，已由原始時代之血族婚，而進於異族間之共同婚或團體婚矣。

代買賣婚時

逮後社會漸形進步，異族間大開交通往來之途徑，凡昔之須用暴力以達其欲求者，至是得以穩和之方法而實現矣；惟以當時人智尚未十分發達，故有買賣女子之風習，直視女子爲一物品，可以之與牛馬或其他物件相交換。或出代價而收買之，此即所謂買賣婚者是也。較此買賣婚更進一步時，即達於贈與婚之階段。所謂贈與婚者，即由女子之家長以女子爲贈物而贈與於配偶者之謂也，其較爲進步者，亦不過於名義上變買賣爲贈與而已，而其視女子爲物件則一也。較此贈與婚更爲進步者，則爲共諾婚（亦可謂自由婚）此即現代文明諸國所行之婚姻是也。要之自有婚姻制度以來，歷經上述掠奪、買賣、贈與、共諾四期之變遷，原爲今日一般研究婚姻沿革者

代共諾婚時

來，歷經上述掠奪、買賣、贈與、共諾四期之變遷，原爲今日一般研究婚姻沿革者

所公認。欲求其詳，當於人類婚姻史中探討之，茲不過於沿革上示以大綱而已。

共諸婚時
代以前妻
之地位

婚姻循此進化之軌跡而發展，已如上述；因之女子在配偶者之地位上，則不免因時代而不同。其在掠奪婚及買賣婚時代，原不認妻之人格，故其爲夫之所有物，直與牛馬犬羊或其他器具相同，殺之賣之，皆可任夫隨意處分之。逮後妻之人格，漸爲法律所承認，不僅不得以之爲買賣之標的，且因離婚法之制定，並不能任意離棄之；此外，更有所謂夫婦財產制之規定，妻尙得所有其特別之財產。故至今日共諸婚之時代，妻之人格。可謂與夫並無何等之差異，因之在法律上所謂男女平等，自由結婚，自由離婚等原則之規定，除少數國家因在夫妻關係上以法律限制妻之行爲能力外（如日本是），幾無不具此最高之形式。至若實際上男女是否真有機會均等之絕對自由，夫妻是否真能實現法律上所定之對等地位，又當別論矣。

共諸婚時
代妻之地
位

第二節 我國歷來之婚制

我國婚制之沿革

我國婚姻之沿革，大概亦與上述之變遷相同。商君書開塞篇云：『天地開而民生之，當此之時，民知其母而不知其父』。又呂氏春秋恃君篇亦云：『其民聚生羣處，知母不知父，無親戚兄弟夫婦男女之別。』且徵之上古史事，由所謂姜嫄履大人之跡而生稷，簡狄吞玄鳥卵而生契等記載觀之，可知我國婚姻之起源，實亦有羣婚之經歷。至於婚制之創立，有謂始自伏羲者，亦有謂始自顓頊或黃帝者，如劉師培有云『上古婚禮未備，以女子爲一國所共有，故民知父不知母……其始也盛行一妻多夫之制。及男權日昌，使女子終身事一夫。故一妻多夫之制革，而一夫多妻之制仍屬盛行。伏羲之時，乃創爲儷皮之禮，定夫婦之道。』惟就史乘觀之，吾國至周以後，一夫一妻制與妾制之存在，則毫無疑義之可言。白虎通云：『妻者齊也，與夫齊體，自天子至庶人，其義一也。』此卽以一夫一妻制爲婚姻之原則。至於妾制，則因宗法而生。依曲禮、昏義、公羊傳、白虎通之所述，妾制之數目，則因貴賤之階級，而有下列之等差：天子有六宮、三夫人、九嬪、二十七世婦、八十一御妻；

我國亦有羣婚之經歷

婚制始創於伏羲說
一夫一妻制

妾制之發生

妾媵之廢止

我國婚制
經歷之階
段
經歷掠奪
婚之例證

諸侯則有九女；大夫則有一妻二妾；士則一妻一妾；庶人僅一妻。言禮者持說如此；後世竟有列爲律令者矣，如明律名例律問列條例五刑條之規定：『各處親王妾媵，許奏選一次，多者止於十人。世子及郡王額妾四人。長子及各將軍額妾三人。各中尉額妾二人。世子郡王選婚後，嫡配無出，許選妾二人；以後不拘嫡庶，如有生子，卽止二妾；至三十歲無出，方許娶足四妾。長子及將軍中尉選婚後，三十歲，嫡配無出，許選一人；以後不拘嫡庶，如生有子，卽止於一妾；至三十五歲無出，長子將軍許娶足三妾；中尉娶足二妾。庶人四十歲以上無子，許選一妾。』以前民律草案，雖無類此之規定；然於實例上亦曾承認妾制之存在。至現行民法，始告絕跡；其以財力而爲事實上之蓄妾者，自無例外之解釋爲其法律根據矣。

又就我國掠奪婚之往跡言之：昔之親迎必以昏書，則以古時刼略婦女，須乘其歸家之不備，故必於昏時行之。後世沿用其法，遂以『昏』禮爲名。此卽可爲掠奪婚之明證。又就買賣婚之往跡言之：所謂儷皮之禮者，卽可謂爲買賣婦女之俗尙。後世

買賣
婚之例證

歷代
婚之例證

納徵之
義

婚姻所行之六禮，就中如納采納吉皆奠雁，而納徵則用玄纁束帛者。即係沿襲買賣婦女之遺俗。此又可爲買賣婚之明證。更就贈與婚之史事言之：吾國宗法既以父權爲重，故子女皆完全居其支配之下，父於其女，固可以爲買賣之貨財，亦可以爲贈與之標的。孔子以其女及兄女，妻公冶長及南容之事例，皆可爲贈與婚之明證。惟其婚禮之形式仍須納徵者，蓋以「聘則爲妻」故也。由此言之，即令爲實質上之買賣婚，仍須取納徵之形式，而後爲妻，否則無別於買妾矣。即令爲實質上之共諾婚，亦須取納徵之形式而後爲妻，否則無別於奔妾矣。所謂納徵者，即所以證婚約之成立也。故後世婦女取得妻之身分，則必取其納徵等六禮之形式，以證其婚姻之成立。而後世納徵之玄纁束帛，不能視爲買賣婚時代之身價，已極顯然。時至今日，當事人之意思，已爲定婚成立之要件，是婚姻由其結合之方法言之，已進於共諾婚之階段，可無疑義矣。

第三節 婚姻制度之將來

婚姻制度
之將來

上述共諧婚之成立要件，既在注意當事人雙方之意思，是亦可謂爲自由之婚姻；惟關於婚姻之效力與夫撤銷等項，均由法律規定，不許以夫妻自由意思爲變更。是當事人仍須受法律上之限制，終非完全之自由，於是近有法律論者對於將來之婚姻制度乃主張擴大結婚離婚之要件，簡易其手續。而其最爲徹底者，即所謂『自由結合論』之主張。質言之，即在否認婚姻爲法律上之制度，須純以自由戀愛爲男女之結合，因之關於婚姻之事項，可僅由當事人自由契約而定立，不用國家法律之干涉。

要之此後婚姻關係，是否真能達於此種完全自由之階段，固難逆料。惟就目前論之，例如蘇俄之親屬法，誠有對於婚姻漸求脫離法律拘束之傾向，曾於一九一八年九月十六日公布之親屬法典中，尙以純粹法律的態度，排除婚姻上之宗教色彩；然就一九二六年十一月十九日公布之親屬法典觀之，其婚姻上之法律色彩，則已顯然稀

薄矣。但就未能完全廢止婚姻在法律上之要件及婚姻登記之點而言，實亦未能謂其已臻自由結合制度之極端。〔註〕

〔註〕在一九一八年之蘇俄親屬法典中，婚姻登記，尙爲婚姻之要件；而在一九二六年之該項法典中，婚姻登記，不過爲婚姻之證明方法。此爲該兩法典之重大差異點。

要之就我國現在及最近將來婚姻上之根本問題而言，仍在藉法律之助力，俾一夫一妻制及其諸婚之真精神（亦即含有自由婚之真諦），得以充分發揮耳。

第四節 婚姻在親屬關係中之地位及其意義

婚姻爲親屬關係之源泉，且爲社會組織之成因，此爲古今東西所同然。蓋以夫妻之身分，親子之關係，皆由婚姻而發生；且由夫婦親子而成家，由家而成國。是婚姻小則爲親屬關係之發端，大則實爲國家與社會之始基，其地位之重要，已可想見。婚姻既對於親屬及國家有此重要之意義，故現代各國關於民法中親屬編之規定，大

婚姻所占
地位之重
要

我國現在
及最近將
來婚姻上
之根本問
題

都以婚姻置諸親屬法之首（除親屬法中首列通則之規定外）。我國亦然。蘇俄且於民法之外，而以親屬法成爲獨立之法典矣。

婚姻本身
所具之意義

婚姻對於親屬關係既有此重要之意義與重要之地位。然則婚姻本身究具若何意義？亦須首先說明之。惟說明婚姻之意義，因有時代之變遷，不免古今異致；且因各國民情習尚之不同，亦不免觀念互異；要之就現代一般共通之意義論之，則婚姻者，即因男女雙方間之合意，以終身共同生活爲目的，使生身分關係，而爲法律所公認之要式行爲也。茲就此意義。分晰論之如左。

婚姻係男
女間之關係

第一 婚姻係男女間之關係 此所謂男女間之關係者，當指一男一女間之關係而言。蓋以一夫一妻制，原爲今日文明各國之通例。我國民法，亦所同然。以故並偶匹敵，不僅爲民事上離婚之原因，抑且構成刑事上重婚之罪名。雖於實際上間以宗法關係之名義（如以兼祧而娶兩妻），或以特殊之地位（如有財有勢者廣置妻妾）而有多妻之惡習，然自民法施行後，妾之名稱既不存在，亦僅能視爲私通關係，當無婚

姻根據之可言。更就各國社會之實情觀之，男有外家而女有外遇者，雖所在皆是，然亦不能以此爲一夫一妻制度之詬病，究爲其他社會原因而使然也。

婚姻係成於男女雙方之合意

第二 婚姻係成於男女雙方間之合意 近世各國既已羣趨於共諾婚之階段，則婚姻之成立，自須有男女雙方之合意，可不待言。惟此種合意，究應屬於契約乎？抑不屬於契約乎？此於學者間發生極大之爭論。〔註一〕且就各國立法例觀之，德國民法既於總則編中載有契約之通則，另於債權法中規定關於債權契約之事項，是可認其於債權契約外，尚有關於婚姻之身分契約。至若英法奧瑞及我國之民法，則僅於債編中載有契約之規定，而於總則編中無之，是又可解爲契約僅限於債權關係，而不承認婚姻爲契約也明矣。雖然，如以狹義解釋契約僅爲發生債權或物權關係之合意，固可不認婚姻爲契約；若以廣義解釋契約時，則一切能發生私法上效力之合意者，皆可謂爲契約。婚姻行爲既在私法上顯爲發生夫婦身分關係之合意，是婚姻亦可謂爲契約也。〔註二〕

婚姻亦可謂之契約

【註一】德國學者 Engelmán 及日本學者奧田、仁井田、岡村等博士，係主張此種合意爲親屬法上之契約者，而德國學者 Meo 及日本學者牧野、穗積等博士則反是。

【註二】參照余聚昌氏民法要論親屬編第二一頁。

婚姻係男女雙方終身之結合

第三 婚姻係男女雙方終身之結合 夫妻之結合，應以白首爲期；若其結合時附以條件或期限者，自不得以婚姻視之。惟既云期以終身，自必以生存爲限，如因一方死亡，而致另行嫁娶者，固不能謂爲違反終身結合之目的也。且所謂終身結合者，只須以當事人於結婚時有偕老之意爲己足；至結婚後因故而須出於離婚者，又當別論矣。

婚姻係以夫妻共同生活爲目的

第四 婚姻係以夫妻共同生活爲目的 婚姻原以維持夫妻間共同生活爲其最大之使命，不能徒以生理的結合爲婚姻之目的。故以無子爲離婚原因之規定，禁止年老者結婚之規定，及以不能生殖爲婚姻無效或撤銷之原因及離婚之原因等制度，不獨爲現代法律所不取，且爲昔時所排斥。【註】

【註】例如寺院法亦不設禁婚年齡之限制；反之，舊俄法律雖禁止八十歲以上年老人之婚姻；然亦規定婚姻不徒以生子爲目的，故夫別有子或有得子之方法者，不許因妻之無子而離婚。

婚姻使生
身分之關
係

第五 婚姻使生身分之關係 男女因婚姻而生夫婦之身分關係；並由此夫婦關係而生其他權利義務之關係。申言之，即男因結婚而對女子取得夫之身分，女因結婚而對男子取得妻之身分。至若夫妻間之權利義務關係，雖亦有與身分無直接關係者；然究因附屬於身分關係而發生也。

婚姻係法
律所公認
之結合

第六 婚姻係法律所公認之結合 男女兩性之結合，不能悉以婚姻視之；僅能於其結合中，履行法律上一定之要件者，始可謂爲婚姻。故爲法律所否認之兩性結合，不過一野合耳，非婚姻也。

婚姻係一
要式的法
律行爲

第七 婚姻係一要式的法律行爲 婚姻固爲法律行爲之一，却與普通法律行爲不同。故婚姻之成立，既須具備法定之方式，而其成立之條件，又須依據法律之規定，無論在形式上或內容上，皆不許當事人任意變更之。若違反之，法律即可根本認爲

婚姻係包括定婚及結婚成立後之關係而言

無效，或認為有瑕疵而得撤銷也。

茲應注意者，即婚姻一語，原得以兩種意義解釋之：一可指婚姻成立後夫妻之身分關係而言；一可指創設夫妻身分關係之行為而言。以上分述婚姻之意義（除第七項外），皆係就前一意義而言；下述之定婚及結婚，則係就後一意義而言也。

第五節 婚姻之豫約（簡稱婚約）

婚約之意義

我國舊律及習俗對於婚約之重視

婚約者，即男女雙方以將來結婚之旨意，預先約定，而使彼此受其拘束之謂也。此種預約，在十八世紀時，因受自由思想勃興之影響，歐洲各國曾有以其妨礙婚姻之自由，而認為無效，遂不設婚約之規定者。然時至近世，歐洲諸國之法制，乃沿古代羅馬之觀念，「註一」多認婚約為有效，例如德意志意大利瑞典瑞士等國民法，無不設有婚約之規定。且就我國舊律及習俗言之，對於婚約制度，尤極重視，「註二」即所謂定婚是也。故在男女結婚前，皆以訂婚為必經之程序，在男家方面則謂之聘

定，在女家方面則謂之許嫁，而以具備婚帖或受聘財爲形式上之要件。惟訂此婚約者，純由男女雙方之祖父母或父母所代行，並非出於當事人自由之意思，殊與今日男女自訂之婚約，顯示區別。茲就我國民法關於婚約之規定，分述如左。

【註一】羅馬男女七歲以上，許其得爲婚約；惟須得父之同意，尤其對於女子，若許嫁之夫爲父所選擇者，除有惡疾外，概不許申述異議。但婚約不許強制履行，且不履行之時，亦不能要求損害賠償。

我國舊日之婚約有強制爲婚之效力

【註二】我國舊律載有「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，寫立婚書，依禮聘嫁。若許嫁女已報婚書及有私約而輒悔者，處罰，其女仍歸本夫；雖無婚書，但曾受聘財者亦是。男家悔者，罪亦如之。」由此規定觀之，可知在舊日係以定婚爲婚姻成立之一要件，而其效力，即在男女雙方互負爲婚之義務，並同時有請求相對人履行爲婚義務之權利。故已許嫁之女再許他人，或已定婚者而再聘他人時，其後許後聘之約爲無效。

婚約之要件 第一 婚約之要件

民國舊民律草案，本無婚約之規定；迨後新民草及現行民法始斟酌舊日之習慣，並參照多數之立法例，皆認婚約為有效。茲就現行民法關於訂定婚約之要件言之，則有下列數點。

婚約以男女當事人自行訂定為原則

(一) 婚約係以男女當事人自行訂定為原則 此為民法第九七二條所明定。蓋訂結婚約既為單純契約關係，自應以男女本人雙方合意自由締結為原則。惟考我國舊制，婚約素以男女之祖父母或父母之命為重，據舊律婚姻條例所載，嫁娶皆由祖父母父母主婚，祖父母父母俱無者，從餘親主婚。依此規定，實有包辦子女婚姻之嫌。若依近代法律思想而言，婚姻原為人身上之行爲，自無由他人越俎代庖之餘地。故我民法一反舊律婚帖或聘財之要式行爲及父母代為訂婚之大權，特於婚姻法規中首揭婚約應由男女當事人自行訂定之旨意，藉以確立訂婚自由之原則。且此種規定，確有強制之性質，苟婚約非由男女當事人自行訂定者，依據民法上之

舊律規定
嫁娶由祖
父母主婚
之不容
當事人

原理，應以之爲無效（參照民法第七一條）。〔註〕

〔註〕 最高法院二十一年一月二十日上字第一二號解除婚約判決中載有：父母爲未成年子女所定之婚

父母代子
女所訂之
婚約，子
女成年後
得訴請解
約

約，苟其子女成年後有一方不同意時，許其訴請解約。又二十一年三月二日上字第三九五號婚姻訴訟判決中亦載有：父母代子女所訂之婚約，子女成年後，如已喪示同意，即應對於子女本人，發生拘束效力。

男女訂定
婚約之法
定年齡

(二) 男女訂定婚約時須達於法定之年齡 此爲民法第九七三條所明定，而對男女自由訂婚加以年齡上之限制。蓋以男女訂婚年齡，苟無相當之限制，則乳臭髻齡，智慮未周，輕於允諾，後悔堪慮。故我民法規定男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。其所以限定男十七歲女十五歲爲訂婚最低年齡者，由於民法係以男十八歲女十六歲爲結婚最低年齡（參照民法第九八〇條），兩相銜接，則訂婚未久，即可結婚，庶少時移境遷，致釀悔婚之弊。以之與羅馬法規定男女均以七歲以上爲婚約之年齡相比較，實堪謂爲切合事理也。

未成年
人訂定
婚約
應得
法定
代理
人之
同意

(三) 未成年人訂定婚約時應得法定代理人之同意。此為民法第九七四條所明定。蓋以婚姻之事，關係於個人幸福及社會公益者甚大，故於限制訂婚年齡之外，尚為此同意年齡之規定。如男女尚未成年，一任其自由意思而為之，難免不因血氣未定，而致始合終離，害及社會。故我民法有此限制之規定，殆亦於確立訂婚自由之中，仍寓尊重父母或監護人之意，藉以輔助其決意而鄭重其行為。至若未成人未得法定代理人之同意而竟自行訂婚時，其法律上之效果如何？則可依據一般通則而定之（參預民法第七九條至第八二條）。質言之，即其約束非得法定代理人之承認，不生婚約之效力也。其已達成年而締結婚約者，無須取得法定代理人之同意。自不待言。

【註】參照二十一年一月二日上字第一六號婚姻訴訟判決要旨。

第二 婚約之形式及其程序

婚約不必
我國舊律係以定婚為要式行為，故非立婚書或收受聘財，其定婚為無效。而現行民

具何形式

法則以訂婚爲諾成行爲。申言之，卽婚約僅須當事人合意卽可成立，固無須有聘財，亦無須有婚書也。又舊律係以定婚爲婚姻之要件，故未經定婚程序者，其婚姻爲無效。而現行民法則認婚約僅爲男女結婚所常經之程序；並非必經之程序，換言之，卽不經此程序，亦無礙於婚姻之成立也。

婚約非特
必經之
程序

第三 婚約之履行

婚約不得
請求執行

婚約固有拘束訂婚人將來成立婚姻之效力；惟此種拘束力，亦有強弱之差別。我國舊律關於婚約之效力，極爲強大，凡女子已與人定婚而再許他人者。無論已否成婚及後定娶者是否知情，其女應歸前夫。惟此種拘束，徵之實際，窒礙殊大，故現行民法載有：婚約不得請求強制執行之規定（第九七（五條））。其不認婚約有強大拘束力，已極顯然。蓋婚約不過爲人事契約之一種，其效力自較其他契約爲薄弱，縱令當事人一方違約，亦祇能爲損害賠償之請求，難依一般之通則，聲請法院強制執行也。

第四 婚約之解除

婚約之解除

當事人訂定婚約後，自應互受爲婚之拘束，若因細微齟齬，任意翻悔，固屬不合；然以情節重大，難期終身之故，亦不能強令隱忍，致陷結婚後夫妻反目之痛苦，故應有事前之救濟，而爲婚約之解除。茲就民法關於婚約解除之原因及方法並因解除而生之損害賠償等規定，逐一說明如后。

婚約解除之原因

(一)婚約解除之原因 婚約既爲有效之契約，其不許當事人一方任意解除，原屬當然。然有解除之法定條件時，自亦爲法律所允許。惟此解除之條件，若涉寬泛，固易輕生翻悔之流弊，若太狹隘，亦足束縛婚姻之自由，故必詳審國情民俗，方能爲適當之規定，以前新民法草案關於婚約之解除原因，僅規定正當理由而爲概括的限制，並未列舉條款，以便法官有酌量之自由。現行民法則採列舉主義，故於第九七六條第一項規定：婚約當事人之一方有左列情形之一者，他方得解除婚約。茲爲逐一說明之。

婚約訂定

(1)婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者 當事人之一方若於訂婚後發生此種

後再與他人訂定婚約或結婚之原因

情事時，已顯然無與原訂婚人成立婚姻之誠意；且無再與原訂婚人結婚之可能，自能以之為解除婚約之原因。徵諸舊律所載：『訂婚後若再許他人，未成婚者，處七等罰，已成婚者，處八等罰，女歸前夫；前夫不願者，倍追財禮給還，其女仍從後夫。男家悔而再聘者，罪亦如之，仍令娶前女。』其所謂『不願』者，即認當事人一方違約後，已足為他方請求解除婚約之原因。現行民法亦即仿此而為規定也。

故違結定期約為解除婚約之原因

(2) 故違結定期約者 依舊律所載，結定期約已逾五年無過不娶者，許女家解除婚約。現行民法則改為雙方均得以此為解除婚約之原因。申言之，即無論何方有故違期約之情形，皆足為他方請求解除婚約之理由。其所謂結定期約者，自係指當事人所預定之成婚時期而言。又所謂故意者，係指毫無正當理由，意存毀婚而言。至於經過預定時期之久暫，民法既未設定年限，自可不問也。

生死不明

(3) 生死不明已滿一年者 此所謂生死不明者，頗與民法第八條所謂失蹤者相類

已滿一年
為解除婚
約之原因

重大不治
之病及花
柳病或其
他惡疾殘
廢均為解
除婚約之
原因

似。惟失蹤人除有特別情形外，非生死不明已滿十年者，不得為死亡之宣告。而此則祇須已滿一年，即得解除婚約。蓋此解約之期限，不僅不能與失蹤宣告之悠久期限相比擬；且與規定請求離婚須滿三年之期限，亦須分別視之也（參照

民法第一〇五
二條第九款）。

(4) 有重大不治之病者

(5) 有花柳病或其他惡疾者

(6) 婚約訂定後成為殘廢者

以上三款所列身體上之變態，皆與訂婚人於結婚後有重大之關係，故民法列為解除婚約之原因。惟與以前現行律及判例則有不同之點：即在現行律及判例上，係認定訂婚之初，若有殘疾，均須兩家明白通知，各從所願，儻已明白通知，則事後不得翻悔；儻未明白通知，則屬妄冒，惟屬妄冒者，始可解除婚約（參照以前現行律男女婚姻律妄冒段）。反之，現行民法則從個人幸福及社會公益着眼，認為重大不

治之病及花柳病或其他惡疾，縱於訂婚前即已存在，且為對方當事人所明知者，亦得解除婚約。至於訂婚後成為殘廢者，其得解除婚姻，更不待言。

婚約訂定後與人通姦為解除婚約之原因

(7) 婚約訂定後與人通姦者，此所謂與人通姦者，當指男女兩方面而言。因其違反貞操之義務，足以影響結婚後之和諧，故亦定為解除婚約之原因。惟此之所謂與人通姦者，以與異性有性的交接行為為已足；其是否成為姦非罪，則非所問。但此通姦，須在訂婚後為之，始可成為解約之條件；如在訂婚前為之者，自不互負貞操之義務。

婚約訂定後受徒刑之宣告者為解除婚約之原因

(8) 婚約訂定後受徒刑之宣告者，婚約當事人之一方因作奸犯科，已受徒刑之宣告時，不僅有玷聲譽，抑且礙於結婚，故民法定為解除婚約之原因。至若訂婚以前受徒刑之宣告，自不得據為解約之理由，蓋在訂婚之初，已知而不計較故也。

有其他重

(9) 有其他重要事由者，現行民法關於解除婚約之原因，雖探列舉主義，然亦不

要事由者
為解除婚
約之原因

能謂其毫無遺漏之處，上揭八款之事由，亦不過為一種例示規定而已，故除此以外，如尚有其他重大事由足為解除婚約之原因者，自得解除之。例如以老冒幼，以幼冒老，或因受對方侮辱以及其他因故而致情義絕滅之類，皆可以重大事由視之也。

雙方協意
亦可解除
婚約

至若關於婚約當事人以協意解除婚約者，亦為事實上所常有，民法雖無此種明文，然就解釋言之，當為法律所允許。蓋離婚既得以協意行之，解除婚約自亦得以協意行之也。

婚約解除
之方法

(二)婚約解除之方法 婚約當事人之一方如有上述解約之原因時，他方自得向其解除。此種解約行為，自為法律行為之一，在原則上，應由一方向他方以意思表示為之（參照民法第二五八條第一項）。但在事實上如不能向他方為意思表示時（例如上述解約原因中之生死不明之類），若仍令其以意思表示為之，實不可能，故民法特於第九七六條第二項規定此時無須為解除婚約之意思表示，即自得為解除時起，不受婚約

之拘束。其所謂得為解除時者，例如上述生死不明已滿一年之時，即係得為解除之時期是也。

婚約解除
之損害賠償

請求損害
賠償之前
提

無故違反
婚約者對
他方財產
上之損害

(三) 婚約解除之損害賠償 婚約當事人之一方，如有上述法定解約原因之一，他方除得解除婚約外，且常有因此婚約之解除而受損害者，故除依據一般解除契約之通則，由雙方當事人互負回復原狀之義務外（參照民法第 二五九條），並得請求賠償其因解約所受之損害。惟其請求損害賠償之前提，須以解約原因之發生非由自己之過失，係由其對方之過失者為限。儼若解約原因之發生係由自己之過失，非由其對方之過失；或雙方均有過失時，其不能請求損害賠償，自不待言（民法第九一七條）（參照德民第 一二九九條）。上述情形，係就婚約當事人一方已有解除婚約之法定原因，他方並無過失而受解除婚約影響時所要求之損害賠償而言。此外，婚約當事人之一方並無法定解約之理由而違反婚約時，他方因此所受之損害，自亦應由無故違約者負賠償之責任（第九一八條）。此種損害，自以財產上所受之影響為最大，例如為預期婚姻成立所支

賠償

出之費用，以及為預期婚姻成立而致影響於其財產或職業之處置，在在皆可蒙受財產上之損害。儻其對方一旦無故違反婚約，請求強制履行，既為法律所不許，即不得不責令無故違約者對其負賠償之責任，以資保護。此處所謂無故違約者，當指毫無法定理由之違約而言，例如男方藉口女方不善交際，或容貌粗陋，而拒絕履行婚約，或延宕其履行者是也。

無故違反婚約者對精神之損害賠償

因無故違反婚約所受之影響，原不僅限於財產，亦有於精神上常因此而受重大之損害者（例如一方因他方違約而受名譽上之損害者是），故我民法復於第九七九條規定無故被人解約時，雖無財產上之損害，無過失之受害人亦得請求賠償相當之金額。此種規定，與瑞士民法及德國民法，殆屬一致（參照瑞士第九三條，德民第一三〇〇條）。其所以於財產上之損害賠償外，復認精神上之損害賠償者，良以民法既不認婚姻預約有強大之效力，即不能不嚴定損害賠償以為無故悔婚之取締也。

精神上之損害賠償

惟此精神上之損害賠償，原係以相當之金額，藉作補償受害人本身精神上之損失

不得讓與
或繼承

而設，故其請求權，以不得讓與或繼承為原則（第九七九條第二項）。然依本項但書之規定，此種請求權，如已依契約承諾或已起訴者，亦得讓與或繼承之，蓋以此種精神上之損害賠償請求權，已依契約承諾或已起訴之經過，而已變為財產上之權利故也（參照民第）。

【註】依瑞士民法第九三條第二項之規定，此種請求權，絕對禁止讓與。

定婚贈物
之返還問
題

於此尚有一事應加說明者：即當訂定婚約時，雙方當事人常於實際上以交付之物及其他互相贈與之物（如戒指及聘財之類）為婚約憑證者；迨後解除婚約時，自須有以處置之。其在德國民法之規定，得依不當利得之原則，請求對方返還（德民一三〇一條）。我國民法關於此點，未設明文，惟於解釋上，除有其他撤銷贈與之情形外，亦可準用民法第一七九條後段之規定，請求返還也。

第六節 婚姻之成立（結婚）

結婚之要件

第一款 結婚之要件

實質上之要件

第一項 實質上之要件

婚姻之成立，關係於個人終身幸福及社會公共秩序，至為重大，儻不慎之於始，必生無窮之後患，故法律就其成立之要件，大都規定綦詳。資為防範。婚姻當事人如有違反法定要件，任意取舍者，即成為無效或撤銷之原因，決無成立之餘地。其成立之要件，可分二種，一即形式上之要件，二即實質上之要件。茲先就我國民法關於實質上之要件，分晰說明如左。

第一 結婚須達到適於婚姻之最低年齡

結婚須達到
於適婚之
最低年齡
規定婚齡
之意義

(一)規定婚齡之意義 法律規定婚齡之最大意義，大半出於禁止早婚之目的。蓋青年男女，精神肉體之發達，俱未完全，且智識不周，血氣未定，苟令其任意配合，不僅有損個人之健康，抑且足致種族於衰弱，流弊所及，不堪枚舉。故各國律

例，大都規定適於結婚之最低年齡，以資限制；矧我國早婚之陋習，尤為世人所共知，以此封建社會中宗法制度之遺俗，而欲行諸今日之社會，自為時勢所不許，此我國民法所以鑒於昔之民情習尚而有婚齡之規定也。

關於婚齡之法例

(一)關於婚齡之立法例 各國關於婚齡之規定，多不一致。蓋以各國風土氣候之不

德國之例

法意等國

之例

英國四班

牙之例

蘇俄之例

奧大利之

印度之例

我國周代之婚齡

同，男女發育程度之差異，自難期其採取同一之標準，故於婚齡之規定，大都高低不一：有定為男滿二十一歲，女滿十六歲者，如德國是；有定為男滿十八歲，女滿十五歲者，如法意比荷葡匈等國是；有定為男滿十四歲，女滿十二歲者，如英吉利西班牙希臘等國是；有定為男女均滿十八歲者，如蘇俄是；有定為男女均滿十四歲者，如奧大利是。此外，如地居熱帶之印度，以其男女發育甚早，故向行早婚之俗，男女十歲左右，多已結婚，其為病國弱種之因，已為彼國所詬病，故近亦頒行兒童禁婚法，而以男滿十八歲，女滿十四歲為適於婚姻之年齡，以矯正早婚之陋俗。又依我國舊俗觀之，禮記有云：男子三十而有室，女子十有五歲

我國最近
早婚之習
俗

民法之婚
齡

而笄，二十而嫁；周禮亦云媒氏掌萬民之權，令男子三十而娶，女子二十而嫁，是我國古昔係以男子三十女子二十為適婚年齡。降及後世，則漸以男子十六女子十四為婚齡，寢成早婚之習尚。故我現行民法斟酌固有之國情民尚，參照多數之立法例，而有：『男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚』之規定。是由反面言之，即認男滿十八女滿十六為其適婚之年齡。蓋以定之過低，固有早婚之弊；而定之過高，亦足助長私通及其他淫猥之風，徵之各國立法之趨勢，多有規定婚姻年齡較低於普通成年年齡之傾向，及以男子婚齡須較女子婚齡稍高者，大都職此生理上之故耳。

婚齡男子
比女子較
高之理由

結婚須為
一夫一妻
之結合

第二 結婚須為一夫一妻之結合

婚姻須以一男一女相結合，原為天經地義之常道。白虎通曰，妻者齊也，與夫齊體，自天子以至於庶人，其義一也。此蓋取法於天地陰陽之理，無可背馳，故有配偶者不得再與他人結婚（第九八條^{五條}），已為今日文明各國之通義。儻有妻而重娶，或有夫

而重嫁者，不僅爲民法上婚姻解銷之原因，抑且構成刑法上重婚之罪名，故結婚之前提，當以非重婚爲要件。惟婚姻已因無效、撤銷、離婚、或一方死亡而解銷後再與他人結婚者，卽爲再婚，自不得混爲重婚也。

第三 結婚須以非一定之親屬爲對象

結婚須以非一定之親屬爲對象
限制與一定之親屬
由結婚之理由

親屬結婚之限制，原爲古今中外所同然，不過於其限制之範圍，有廣狹之差耳。就其限制之理由言之，雖有種種之根據，然其最主要者，則不外基於生理上或醫學上之見地以及維持人倫之理論，以爲禁止一定親屬結婚之主張。左傳有云：『男女同姓，其生不繁』，此卽本於生理上或醫學上之觀念而言也。又孔子家語有云：『同姓爲宗，有合族之義，雖百世而婚姻不得，周道然也』；又御覽引禮外傳有云：『夏殷五世之後則通婚姻，周公制禮，百世不通，所以別禽獸也』，此卽本於倫理上之觀念而言也。茲就各國限制之範圍及我國舊律之規定，略述大概，再進而論及現行民法之規定焉。

各國限制
親屬結婚
之範圍

近親結婚之可否，雖學說不一；然近世各國，大都依據上述之理由，加以禁止；不過各有範圍之不同。就各國立法例言之，直系血親間，皆絕對禁止結婚（參照德民第一三二〇條，瑞民一〇〇條第一項，法民第一六一條，蘇俄婚姻及監護法第六條，日民第七六九條）；而於傍系血親，則有限於三親等內不得結婚者（參照德民第一三一〇條第一項，瑞民第一〇〇條第一項，法民第一六一條，蘇俄婚姻及監護法第六條，日民第七六九條）；至於姻親，則有限於直系不得結婚（參照瑞民第一〇〇條第二項，法民第一六一條，日民第七七〇條），而對旁系不加禁止者。但對旁系血親亦漸有擴充禁婚之範圍，而禁從兄弟姊妹間之結婚者（參照奧民第六五條）。要之無非基於生理及倫理之論據而然也。

我國舊例
禁止同姓
結婚

至若我國舊例，不僅對於同宗結婚。懸為禁例，即對同姓結婚，亦所不許。迨後舊民律草案，則改為僅限於同宗不得結婚，即不論支派之遠近，皆須禁止；且以我國習慣及法律向重男系之故，其所謂同宗，自僅限於男系，而以女系除外，因之姑舅兩姨之子女，彼此通婚，向非所禁；然就血統而言，不能謂親伯叔之子女為血親，而謂親姑親舅及親姨之子女非同等血親也。其立法之失當，已極顯然。故新民草乃

民律草案
規定同宗
不婚

民法限制
親屬結婚
之範圍

力矯此失，其關於男系血親，則規定在四親等內者，不得結婚；而在五世以外者，不加禁止。其關於女系血親，則禁止姑表及兩姨方面之兄弟姊妹間通婚，藉挽弊習。此亦可謂較為進步之立法也。

現行民法則斟酌損益於中外法制之間，規定下列之親屬，不得結婚（第九八三條第一項）：

- 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。

依此規定觀之，直系血親及直系姻親之不得結婚，原為古今中外之通例。其餘對於我國向不禁止者，仍不禁止，如上列第三款但書所規定之表兄弟姊妹是也；惟就此點言之，對於民法採用血親主義之本旨，不無衝突，蓋以表兄弟姊妹不能謂其非屬血親故也。又其對於我國向來禁止過廣者，則縮小其範圍，如上列第二款之旁系血

表兄弟姊
妹結婚與
血親主義
衝突

關於姻親
結婚之限
制消滅後
亦適用之

養親子關
係消滅後
可否結婚
之問題

親及旁系姻親輩分不相同者是。其在以前原無遠近之分，皆在禁止之列；茲則加以但書之規定，而認旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，仍可結婚。此亦解放之意耳。至若輩分相同之旁系血親所以擴充至於八親等者，係由我國禮制及習慣，向有五世以內不許結婚之例，如依羅馬法計算，八親等適與舊制五世相當，故取之也。惟於輩分相同之旁系姻親，未設若何之限制，推而論之，是胞兄弟之妻離婚後或於兄弟死亡後，亦可相為婚姻矣，此所以重視倫理觀念者頻加非難也。其次，關於姻親結婚之限制，不僅於姻親關係存在時為然，即於其關係消滅後亦應如斯（民第九八三條第二項）。且徵諸前之現行律娶親屬妻妾律文，亦載有親屬妻妾曾被出或已改嫁，而娶為妻妾者，各處罰。足知此種限制，非獨今日為然也。

至若關於養親子之關係消滅後，是否得為婚姻？我國民法無此明文，是則適用法律時，勢將無由準據矣。又關於血親之配偶之血親而有切近之尊卑輩分可稽者，似應禁其結婚，而民法亦無規定。若就許可方面論之，是與子孫婦之姊妹亦可結婚矣，

果爾，豈非朝爲姊妹，夕成姑媳祖孫乎。此亦爲重視倫理者所加非難之點也。

結婚須本於當事人之合意

第四 結婚須本於當事人之合意

婚姻須由雙方當事人之合意始能成立，原爲自由結婚之原則，前已言之矣。惟男女婚嫁，關係當事人之利害及社會公共之秩序，至爲重大，其已成年者，完全可本其自由意志而定之，自無論矣；否則，當事人如尙未成年，則血氣未定，難免不爲感情所馳使，故我民法於第九八一條規定：『**未成年人結婚，應得法定代理人同意之理由。**』始能有效也。以此同意權畀諸法定代理人者，無非出於保護青年男女將來之幸福，促其慎重之意耳。儻其法定代理人無故拒絕同意時，應以何法救濟？我國民法，無此明文。惟就實際言之，由結婚同意年齡達於普通成年之時，轉瞬卽至，稍延時日，即可自由爲之。否則，如有急於結婚之必要者，亦可請求親屬會議決定之。

未成年人結婚應得法定代理人同意之理由

形式上之要件

第二項 形式上之要件

我國昔時對於婚姻成立之形式要件，極爲重視，其儀文禮節，素稱繁縟。如周之六

禮，早為古代所通行（詳見禮記昏義）；降及後世，儀文漸趨簡易，至朱子家禮，則僅存其三，即無問名、納吉、請期，祇有納采、納徵、親迎而已。近世習俗雖遵守三禮，而法律所要求之形式要件，則祇有二種，即『定婚』與『成婚』是也。而現行民法不以婚約婚姻成立之必要條件，已如前述。是則所謂婚姻形式要件者，惟此成婚一種，即所謂『結婚』是也。

結婚之形式要件

現行民法規定結婚之形式要件，祇有二種，一即『應有公開之儀式』，二即『應有二人以上之證人』是也。此雖非採嚴格的儀式主義；然以此簡單之儀節，亦足以明示結婚已備一定之形式，能期社會之周知矣。其不同於各國以呈報戶籍吏為婚姻成立之形式要件者（參照德民第一三二六條至一三三二條，法民第一六五條至一七一條，日民第七七五條至七七七條），實由社會習尚而使然也。
。【註】

事實主義與形式主義

【註】各國關於結婚之形式要件，有採事實主義者，有採形式主義者。前者有絕對的與相對的之別；後者則有宗教婚與法律婚之殊。就我民法之規定觀之，自應解為相對的事實主義。就世

界結婚形式之發展言之，宗教婚之漸應改爲法律婚，原爲文明進步之必然的要求；至若相對的事實婚之能否即進於絕對的事實婚？亦難逆料。試就社會主義之蘇俄論之，其結婚之程式，仍未稍趨簡易（參照蘇俄婚姻法第五二條至六三條）。該法之理由書有曰：「婚姻法之規定，乍觀之，或有人批評此種官僚式之婚姻，於社會主義乎何有！惟吾人可借考英基之言以明之；『社會主義之社會，夫婦之法律羈維，實爲無用；然此特社會主義社會樹立以後之事耳，吾人今方在過渡時期中，與其向將來而騰躍，尙不若踏實而前進也。』」

結婚之限制

第一款 結婚之限制

結婚之限制者，即因有特別情形，法律不許其爲婚姻之謂也。此與上述婚姻成立之要件不同，故須另款說明之。申言之，即前款所述者爲結婚所必備之積極的條件，而此則爲禁止結婚之消極的事由也。茲先就我國舊律所須禁止之種種情形，再論現行民法所定禁止之事項。

舊律關於
結婚之限
制

我國舊律規定禁止結婚之情形，較爲繁多，有因特別身分或地位之關係，而受結婚之限制者，例如僧道，命婦及犯罪逃亡之婦女，官員與部民婦女或妓女，以及相姦之男女等是也；有因在特殊情形之中，非至該項情形終止，不得結婚者，例如居父母及夫之喪期中及在父母犯死罪被囚禁之時期中是也。〔註〕此等限制，或係出於身分之歧視，或係出於宗法之觀念，自多難行於今日之社會，故現行民法關於婚姻之限制，不能有此繁重之規定。

〔註〕參照舊律婚姻門關於僧道娶妻、居喪嫁娶、逃走婦女、娶部民婦女、娶娼妓爲妻、犯姦、父母囚禁嫁娶各律。

民法關於
結婚之限
制

現行民法關於限制結婚之規定，除因姦情須受結婚之限制係與舊律出於同一意義外，其餘則祇有下列數種之限制：

監護人與
受監護人
在監護關
係存續中

（一）監護人與受監護人於監護關係存續中不得結婚 此爲民法第九八四條所明定。蓋監護制度之設立，原以受監護人係未成年人或禁治產人，不得不令監護人保護其

不得結婚
監護關係
存續中可
否訂婚之
問題

利益。如在監護關係存續中，可令監護人與受監護人結婚，則受監護人難免不為監護人之意思所左右，故須以法律限制之。至若監護關係消滅後，受監護人即與常人無異，原監護人能與之結婚，自不待言。惟可否於監護關係存續中先為訂婚，而於監護關係消滅後再為結婚？民法無此明文之規定，因之論者即不免各持其贊否之主張。要之持否認論者之最大理由，無非以定婚既須受將來為婚之拘束，仍於受監護人為不利。須知婚約之不能請求強制履行，已為法律所明定，即令前已訂婚，而將來是否結婚，自能以監護關係消滅後之自由意思決定之。其與姻親結婚之限制於姻親關係消滅後仍應適用者，當別論也。

上述之限制，亦不過為原則之規定；如經受監護人父母之同意者，則為例外，即在監護關係存續中，亦可結婚也（民第九八四條但書）。

重婚之禁止
重婚之禁止 已有配偶者不得重婚之規定（民第九八五條），原為現代各國重視一夫一妻制之共通法例，前已言之矣。惟重婚云者，須於前婚依法成立後又與他人結婚，
重婚之意義

方能構成；如前婚已因無效（參照民第九八八條）而根本不能成立者，其與他人另行結婚，自能以重婚論之。但前婚雖有撤銷，原因而已依法成立者，在其尙未撤銷以前，逕與他人結婚，仍得謂爲重婚也。

相姦者結婚之限制

(三)對於相姦者結婚之限制 對於相姦者禁其結婚之規定，原爲防止淫亂而設。徵之我國舊律，和姦者，男女同罪，姦婦聽夫嫁賣，其夫願留者聽；其嫁賣於姦夫者，姦夫本夫，各杖八十，婦人離異歸宗，此種重於責婦輕於責男之軒輊，實與今日男女平等之原則相違背。又徵之歐洲古代寺院法，其對於通姦者之制裁，甚至禁其終身間不得與任何人結婚者；迨後稍加變更，僅禁其不得與相姦者結婚。惟此種禁例，亦有認爲不僅理論上有違婚姻自由之本旨，抑且事實上適足獎勵非正式婚姻之增加，因之現代除少數國家外，概無此種規定；有之，則惟日德丹麥及我國耳。

限制相姦者結婚之反對論

限制之範圍

我國民法關於相姦者禁其結婚之規定，亦非採取嚴格主義，故於第九八六條僅規定：因姦經判決離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。可知因姦而致協議離婚，

或雖通姦而未受罪刑之宣告者，自皆不在此限，仍可與相姦者結婚也。反之，若已因姦而經裁判之離婚，則法律事實既已昭著，在法律威信上為維持善良風俗計，自須禁止其結婚。又若因姦已受刑之宣告者，其於處刑當時，縱未判決離婚，然在將來如因他故離婚，或因一方死亡致婚姻關係消滅時，未始無結婚之可能，故為維持風化計，自應徹底一併禁止也。相姦者如違反此種禁止之規定而結婚時，得由前配偶者請求法院撤銷之，不過請求撤銷之權，既惟前配偶有之，則發生後者之情形時，殊無由請求耳（參照民第九九三條）。

女子再婚
期間之限制

(四)對於女子再婚期間之限制 關於再婚期間之限制，現代各國大都非基於貞操上之倫理觀念；乃係僅為女子之生理關係而設，蓋自婚姻關係消滅後，若遽即允許女子再婚，則日後所生之子女，究為誰出，難免不生疑義，故為防止血統混淆起見，民法特設：女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚（民第九八七條）之規定。至若男子方面既無此虞，有無限制之必要。惟關於限制再婚期間之長短，各國立法

限制六個
月之理由

例，頗不一致，有定爲十個月者，如德法等國是（德民第一三二條，法民第二二八條）；有定爲六個月者，如日本是（日民第七六條第一項），我國民法從之，蓋在生理學上，懷孕已達六個月者，即不難診察而知，當無復混淆血統之虞矣。

六個月內
已分娩者
得再婚

惟於六個月內，因前婚所懷之孕而已分娩者，即在此六個月之內，隨時皆可與人再婚（民第九八條但書）。蓋已無血統難辯之虞矣。惟除已在六個月內分娩者即可再婚外，亦

民法但書
之疏漏

能確定雖在再婚限制期間內，而有其他不致混亂血統之事由者，例如前夫生死不明已逾三年，或因犯罪被處六個月以上之刑，以及不能人道等情而致判決離婚時。均可認爲前婚中不能懷孕之事實，似應對之特設同一之例外，不受再婚期間之限制，方足以期周密；民法既於九八七條但書中僅有六個月內已分娩者不受限制之規定，是於立法上不無疏漏之嫌也。【註】

【註】參閱郁疑著親屬法要論四六頁。

婚姻之無效及撤銷

第三款 婚姻之無效及撤銷

婚姻原爲法律行爲之一，是民法總則編中關於一般法律行爲無效及撤銷之規定，皆可適用之，無再說明之必要。惟婚姻行爲之成否，至關重要，不僅影響於個人之幸福，抑且有關於社會之秩序，故親屬法中關於婚姻之無效及撤銷，除適用一般之規定外，尙有其特別之規定，茲爲分述於左。

婚姻之無效

第一項 婚姻之無效

婚姻無效之意義

婚姻之無效者，即因結婚行爲具有法定無效之原因，以致根本不能生效之謂也。其無效之原因，各國民法所規定者，頗有範圍廣狹之不同；第就我國民法言之，則祇有下列二種。

第一 不具備法定方式者

不具備法定方式者爲婚姻無效之原因

結婚須具備法定之方式，如前所述，即應有公開之儀式及二人以上之證人（民第九八二條）

違反一定
親屬不得
結婚之限
制者為婚
姻無效之
原因

。否則，應認為無效（民第九八八條第一款）。蓋依民法第七三條之一般規定，法律行為不依法定方式者無效；婚姻儀式既為要式的法律行為之一，如不具備第九八二條所定之方式，即已構成無效之原因，其屬無效，是為當然。故於事實上雖已同居，苟未具此方式者，即不得為正式婚姻而生法律上之效力也。

第二 違反一定親屬不得結婚之限制者

結婚須非以一定之親屬為對象，前亦言之矣。故違反第九八三條所定親屬結婚之限制者，即應認為無效（民第九八八條第二款）。蓋依民法第七一條之規定，法律行為違反強制或禁止之規定者無效；一定親屬結婚之限制既為一種強制的禁止規定，如有違反者，即已構成無效之原因，其屬無效，亦為當然。

如有上述原因之一而結婚時，法律上即應認其根本不能成立，「**註**」因之該男女當事人間即不發生夫妻之身分關係，既無夫妻身分關係，則所有由身分關係所發生之權利義務，如夫妻財產契約，扶養義務。繼承權利等，俱亦不能主張矣。且由此所生

之子女，亦不能取得婚生子女之身分，僅能以非婚生子女視之也（參照民第一〇六六條）。

當然無效
與宣告無效

〔註〕我國民法上所謂無效者，即指法律上認為當然無效而言；並非如他國採取宣告無效制度，須經法院宣告始認為無效也。

婚姻之撤銷

第二項 婚姻之撤銷

婚姻之撤銷者，即婚姻具有可得撤銷之法定原因，而由撤銷者聲請撤銷之謂也。其撤銷之原因及效力，親屬法中皆有特別之規定，除能適用一般撤銷之規定外，概須依此特別之規定。茲為分述如左。

撤銷之原因

第一 撤銷之原因

婚姻撤銷之原因，依我民法之規定，可分為下列數項言之。

未得適婚
之最低年
齡為婚姻
撤銷之原
因

（一）違反結婚最低年齡之規定者 依我民法第九八〇條之規定，男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚，已如前述矣。如違反此規定，即構成婚姻撤銷之原因，故婚姻當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之（民第九八〇條前段）。

不得請求
撤銷之例
外

但此違反結婚年齡之當事人，其婚姻已繼續達於結婚年齡，或雖未達於結婚年齡，而女子已經懷胎者，則不得請求撤銷（民第九八條但書）。蓋不如此，即不足以保持婚姻之安全也。

婚姻撤銷
與普通法律
行為爲撤銷
方法之不同

由此觀之，可知婚姻撤銷之方法，與普通法律行為撤銷之方法不同，即普通法律行為之撤銷，僅以意思表示爲已足；而婚姻之撤銷，則須請求法院爲之。誠以普通法律行為，大都僅及於財產上之問題，不若婚姻兼及於身分上之關係，故婚姻之撤銷，必須出以嚴正之方式，不應許其率爾爲之也。

未成年
人不得同意
而結婚者
爲婚姻撤
銷之原因

（二）未成年人未得法定代理人同意而結婚者，未成人之結婚，應得法定代理人之同意，此爲民法第九八一條所明定，前亦言之矣。如違反此規定，即構成撤銷之原因，故其法定代理人得向法院請求撤銷之（民第九九條前段）。蓋既予以同意權，亦應予以撤銷請求權也。

不得請求

惟依民法第九九〇條但書之規定，則有三種例外，一即法定代理人自知其結婚事

撤銷之三種例外

實之日起，已逾六個月者；二即不論法定代理人是否知其結婚之事實，而其結婚已逾一年者；三即結婚後不論是否已逾六個月或已逾一年，而女子已經懷胎者，皆不得請求撤銷。此亦無非出於維護婚姻關係之安全，藉以保障社會之秩序耳。

監護人與受監護人在監護關係存續中結婚者為婚姻撤銷之原因

(二)違反監護人與受監護人不得結婚之規定者 監護人與受監護人在監護關係存續中，原則上禁止其結婚，此為民法第九八四條所明定，前亦言之矣。如違反此

不得請求撤銷之例外

規定，即構成婚姻撤銷之原因，故受監護人或其最近親屬得向法院請求撤銷之（民第九九一條前段）。其撤銷請求權之所以除受監護人外尚令其最近親屬得能行使者，以其最近親屬常與受監護人之利害關係較為密切故也。但其結婚已逾一年者，不得請求撤銷（民第九九一條但書）。

重婚為婚姻撤銷之原因

(四)違反禁止重婚之規定者 已有配偶者不得重婚，此為民法第九八五條所明定，前亦言之矣；如違反此規定，即構成婚姻撤銷之原因，故利害關係人得向法院請求撤銷之（民第九九二條前段）。但在前之婚姻關係已經消滅後，而再與人結婚者，既不得

不得請求
撤銷之例
外

取締重婚
之各國立
法例

相姦者結
婚為婚姻
撤銷之原
因

不得請求
撤銷之例
外

違反再婚
期限為婚
姻撤銷之
原因

以重婚視之，自不得請求撤銷也（該條但書）。惟各國對於重婚之取締，頗不一致，有認為無效之原因者，如德瑞民法是（德民第一三二六條，瑞民第一二〇條）；亦有僅認為得能撤銷之原因者，如日本及我國是（日民第七八〇條第二項）。要之為貫徹一夫一妻制之立法精神計，實不若根本認其為無效，較為允當也。

（五）違反禁止相姦者結婚之規定者 因姦曾經判決離婚或受刑之宣告者，不得結婚，此為第九八六條所明定，前亦言之矣。如違反此規定，即構成婚姻撤銷之原因，故前配偶得向法院請求撤銷之，其所以惟予前配偶撤銷請求權者，蓋以其利害關係最為切近故也。但其結婚已逾一年者，不得請求撤銷（民第九九三條）。

（六）違反限制再婚期間之規定者 女子自前之婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚，此為民法第九八七條所明定，前亦言之矣，如違反此規定，即構成婚姻，撤銷之原因，故前夫或其直系血親得向法院請求撤銷之（民第九九四條前段）。但自前婚姻關係消滅後已滿六個月，或雖未滿六個月，而女子於再婚後已經懷胎者，其

非前夫之子女，已極顯然。既無混淆血統之虞，自不得請求撤銷也（該條但書）。

不得請求撤銷之例
外婚當事人
能人道者
之原因
不得請求撤銷之例
外婚當事人
能人道者
之原因
不得請求撤銷之例

（七）婚姻當事人之一方不能人道者，婚姻當事人之一方於結婚時如有不能人道而且不能醫治之情形（例如天閹及石女之類），即難達到夫妻共同生活之目的，若強令他方與之為婚，自為人情所不許，故我民法特定為婚姻撤銷之原因，他方得向法院請求撤銷之（民第九九五條）。但此不能人道之情形，若於結婚後已為他方所知悉，且經一定之期間而不行使其撤銷請求權者，即不得請求撤銷，故我民法特設三年之除權期限，以限制之（民第九九五條但書）。

結婚時當事人精神錯亂者為其原因
結婚時當事人精神錯亂者為其原因
結婚時當事人精神錯亂者為其原因
結婚時當事人精神錯亂者為其原因

（八）結婚時當事人之一方有精神錯亂之情形者，結婚須由於當事人之合意，已如上述，是則結婚之時，當事人之一方若在無意識或精神錯亂中為之者，即已陷於意思無能力之狀態，依一般原則論之，自應認為無效之行為（參照民第七五條）；惟在親屬法中，則以婚姻行為，關係較為重大，實不宜遽然以之為無效之原因，祇能以之為撤銷之理由，得由該當事人於常態恢復後六個月內向法院請求撤銷之（民第九九六條）。

。儻逾此期限而不行使其撤銷請求權，其婚姻仍爲有效，自不得據爲請求撤銷之理由。

被詐欺或脅迫而結婚者爲婚姻撤銷之原因

請求撤銷之行使期限

(九)因被詐欺或被脅迫而結婚者 所謂被詐欺而結婚者，即係以詐術使相對人陷於錯誤，而與之結婚也；所謂被脅迫而結婚也，即係以加害身體、生命、自由、名譽、財產之事威嚇相對人，而與之結婚也。此種行爲，自能構成撤銷之原因(參照民第九三條)，得由被詐欺或被脅迫者於發見詐欺後或於脅迫終止後六個月內，請求法院撤銷之(民第九七條)。其所以定此短期而促其行使撤銷請求權者，亦無非爲便於速定身分上之關係故也。

撤銷之效力

第二 撤銷之效力

婚姻撤銷之效力云者，即婚姻經撤銷後，於法律上發生一定效果之謂也。惟婚姻撤銷之效力，與一般法律行爲撤銷之效力，頗不相同：即一般法律行爲經撤銷後，視爲自始無效(參照民第一一四條第一項)；換言之，即認其有溯及既往之效力；至於婚姻撤銷則不

之效力之比較
 婚姻撤銷
 效力不溯
 及既往之
 理由

不溯及既
 往之意義

然，其效力不能溯及既往（民第九
九八條），惟及於將來。誠以普通法律行為多屬於財產上之關係，其撤銷之效力，自以溯及既往為適當；不若婚姻一經成立，即可發生種種身分上之關係，儻令既成之婚姻，以其有瑕疵而歸撤銷之故，而將婚姻中所發生之關係，一併根本認為無效，不僅當事人間諸多困難，且致所生之子女，亦將喪失婚生子女之身分，故我民法特仿他國之先例（參照瑞民第一三二條
，日民第七八七條），有此不溯既往之規定也。其所謂不溯既往者，即僅自判令婚姻撤銷之日起，始發生撤銷之效力，認其與未為婚姻以前之原狀無異，例如男女當事人間之夫妻關係，家屬關係，姻親關係，及相互繼承關係等，均自此以後始歸消滅，至於在判令撤銷前因婚姻所生之效果，則依舊維持其效力，例如婚生之子女，雖婚姻撤銷後，仍保持其婚生子女之身分；及因婚姻所生之財產上之關係（如夫妻財產契約，法定財產制度），截至撤銷之時為止，法律上仍認為有效是也。【註】

【註】他國法律，亦有規定婚姻撤銷之效力，令其全部或一部溯及既往者，前者如英國及德國是；後

者如瑞士及法國是。

第三項 婚姻無效或撤銷之損害賠償

婚姻無效及撤銷之損害賠償

婚姻當事人之一方因婚姻無效或被撤銷而受有損害者，得向他方請求賠償；惟此種請求，須以婚姻無效或撤銷之原因係出於他方之過失者為限；他方如無過失，自不

得向其請求賠償也（民第九九九條第一項）。

關於財產上之損害賠償關於精神上之損害賠償

上述之損害，固以及於財產者為常例；然亦有非屬於財產上之損害者（如受精神上之損害），受害人亦得請求賠償相當之金額，以資撫慰；但此種請求，亦以受害人

無過失者為限（民第九九九條第二項）。

損害賠償請求權不繼承或繼承

此種請求權，以不得讓與或繼承為原則；但已依契約或已起訴者，則不在此限（民第九九九條第三項）。

關於此處所謂損害賠償之理由，係與婚約解除之損害賠償出於同一旨趣，既已說明於婚約節中，茲故略而不贅。

變例之婚
姻

第七節 變例之婚姻

我國舊律
及習俗上
之變例婚
姻
納妾

以上所述婚姻之種種要件，皆就通常之婚姻而言。茲所謂變例之婚姻者，即指別於通常之婚姻而言。其在種種要件上，固不能違反婚姻上一般之通則，然其由婚姻所發生之效果，則不無若干不同之點。此種變例之婚姻，就我國舊律及習俗觀之，則有下列數種：（一）即納妾。昔日之妾制，在婚姻關係中為極主要之變例，其不合於今日，類能言之，故在現行民法未施行以前，尚存若干之根據；現雖於實際上不能否認其存在，然亦不過等於通姦而已，其無法律上之根據與例外之解釋，無待言也。（二）即養媳，又稱曰童養媳。其與通常婚姻不同者，即在通常婚姻關係中，女因婚姻始入於夫家；而此則在媳幼未能與夫成婚時，即就養於夫家，而與夫家發生親屬及家屬之關係，自與尋常定婚後之關係，顯有區別。此種變例之婚姻，為我國中下層社會中所常有，其所生之弊害，當為今日法律所排斥。我國民法就此既無若何

養媳

過門守節

之規定，自係出於否認之態度。(三)即過門守節，又稱曰女身守志。此即定婚之女尚未成婚，而因定婚之男亡故，仍入夫家爲其守志之謂也。其與普通婚姻不同者，即通常婚姻須因成婚始入男家；而此則因過門即取得其未婚夫之嫡妻身分，與其夫家發生親屬及家屬之關係。似此迷於節烈之觀念，釀成極無人道之陋俗，尤爲今日

贅婚

法律所不許，民法無此規定。自爲當然。(四)即贅婚，又稱曰招贅。其與通常婚姻不同者，即在通常婚姻關係中，原係女入於男家；此則男因婚姻而入於女家，成爲妻家之家屬。此種變例之婚姻，揆之事實及法理，尙無不合，故我民法承認之(法文稱爲贅夫，參照民第一〇〇〇條)。是則上述各種變例之婚姻，現行民法設有規定者，惟此一種而已。

民法承認
贅婚

婚姻之效
果

第八節 婚姻之效果

婚姻成立後(即結婚後)，男即取得夫之身分，女即取得妻之身分，由此身分上之關係，而發生種種之效果。就其效果之性質言之，可大別爲二種：(一)即因婚姻所生

身分上之
效果與財

產上之效果；(二)即由婚姻所生之財產上之效果。要之皆由結婚後之夫妻關係

而發生也。

夫妻關係之變遷

惟就夫妻關係之變遷言之，妻之地位，至近世而始有向上之趨勢，所謂婦女問題，已漸為各方所重視，而女權運動，遂亦日漸擴張矣，其在政治上，則有婦女參政權之運動；在經濟上，則有婦女職業問題及婦女勞動問題，迫於解決之要求；在教育上，則要求高等教育須予男女以均等之機會；因之在法律上所有男女間或夫妻間所

男女平等之立法例

設之差別待遇，無不盡求改革，以期適合男女平衡以及夫妻對等之原則。迨至一九一八年德之新憲法中，且明定『婚姻須以男女有同等權利為基本』矣(該法第一一九條)；此外，如瑞士民法起草者之宣言，亦謂妻在未婚以前既能行使其私權；反因婚姻而置於監護之下，此理誠不可喻，須知婚姻固未嘗奪其智力與經驗也。又如一九一八年蘇俄婚姻法典之理由書有曰，婚姻法典中，須完全樹立男女間之平等；在此社會主義之過渡期間，於可能範圍內，予婦女以自由，以為婦女之解放。以故歐西諸國關

夫妻同體
主義與夫
妻別體主
義

於夫妻關係之主法主義，昔日皆採『夫妻同體主義』者，今則多採『夫妻別體主義』矣，我國親屬法關於此點之立法精神，亦所同然。〔註〕

〔註〕所謂『夫妻同體主義』者，即妻因婚姻而與夫爲一體，失其法律上之獨立地位，完全受夫之保護，換言之，即不認夫妻有對立之人格，而以妻之人格併於夫之人格中，惟服從夫權耳。所謂『夫妻別體主義』者，即法律上夫妻各保有其獨立之人格，其相互間各有其權利義務也。

婚姻之普通效力

第一款 婚姻之普通效力

如前所述：婚姻之效力，係分爲因婚姻所生身分上之效力與因婚姻所生財產上之效力之二種。舉凡夫妻關係，家屬關係，相互繼承關係，以及夫妻間權利義務之關係，皆係由婚姻而生之身分上之效力。此等效力，亦有散見其他各條之規定者。故於此處僅就其普通之效力說明之。所謂普通之效力者，係指因婚姻所生身分效力之主要部分而言，即夫妻相互間所生之主要的權利義務是也。至因婚姻所生財產上之特

殊效力，則俟於次款『夫妻財產制』中述之。

因婚姻而
生親屬及
家屬之關
係

第一 因婚姻而生親屬及家屬之關係

先就結婚後所生之親屬關係言之，自此以後，妻即對於夫之血親及其血親之配偶，均生姻親之關係；同時夫對於妻之血親及其血親之配偶，亦均發生姻親之關係，此爲民法第九六九條所明定，前已言之矣。至若妻對於夫前妻所生之子女或夫所認領之子女，以及夫對於妻前夫所生之子女，究應發生若何親屬關係？我國民法既未特設規定，自難遽爾斷論也。〔註〕

〔註〕日本民法則定爲發生準血親之關係（日民第七二八條）。我國習俗上則稱曰繼父母及繼子女。

妻爲夫家
之家屬

次就結婚後所生之家屬關係言之，自此妻即入於夫家，爲夫家之家屬，服從夫家之家長權，其對於母家僅存有親屬關係而已。故妻於此時應在本姓上冠以夫姓也。惟贅夫因婚姻而入妻家爲妻家之家屬，服從妻家之家長權者，則須於贅夫本姓上冠以妻姓。此爲我國民法第一〇〇〇條前段所明定。但此種規定，亦不過示以原則而已。

贅夫爲妻
家之家屬

妻及贅夫
之冠姓問
題

；如夫妻另有訂定者，亦可從其訂定（民第一〇〇）。

（〇條但書）

。〔註〕

〔註〕我國舊例上，向爲妻於本姓上冠以夫姓或直從夫姓，亦有贅夫於其本姓上冠以妻姓或直從妻姓。現行民法所以設有贅夫於本姓上冠以妻姓以及妻於本姓上冠以夫姓之規定者，亦不過於沿襲舊俗之中；寓有表示男女平等之意。要之既有例外之規定，則妻固不必冠以夫姓，而贅夫亦不必冠以妻姓也；換言之，即各用本姓，均無不可。推而論之，即如蘇俄婚姻法夫妻得用協定之公姓亦可也。

因婚姻而
生夫妻相
互間權利
之關係

第二 因婚姻而生夫妻相互間權利義務之關係

男女結婚後所生夫妻間權利義務之關係，其最重要者，則有左列諸點：

同居義務

（一）同居義務 夫妻互負同居之義務（民第一〇〇）（一條前段），原爲婚姻性質上當然發生之效果

違反同居
義務之救
濟問題

。換言之，即同居爲婚姻共同生活上之要素，無論何方皆須負此義務；儻有一方毫無正當理由，而違反此種義務時，其救濟之方法若何？民法則未設此明文；惟就解釋上言之，多數學者認爲既難藉公力以強制其同居，則祇有先試以和解之方

法，勸其同居；或拒絕扶養，促其悔悟，如仍無效，終惟有出於請求離婚之一途耳。蓋拒絕同居，即已陷於夫妻反目之境地，自非法律權威所能使之和諧也。

不受同居
義務拘束
之例外

但夫妻之一方如因正當理由，一時難負同居之義務時，亦可不受同居之拘束（民一〇〇一）。例如因求學或經商等事由，遠適他方，不能同居者，自不能視為違反

同居之義務也。

妻以夫之
住所為住
所

夫妻雖有同居之義務；然住所之選擇權，則專屬於夫，故妻應以夫之住所為住所（民第一〇〇）。

蓋就通常婚姻而言，妻既因婚姻而入於夫家，自亦應以夫之住所為住所；且就實際而言，夫以經濟狀況及其職業之便利，而定其住所時，妻亦應從其夫之住所，與之同居。惟此住所選定權專屬於夫之規定，亦不過示以原則耳；若毫無例外，則於妻方頗為不利。故如妻有不能同居之正當理由（例如夫無一定住所，生活流浪之類），亦應另設住所，夫不能藉口妻有同居之義務，強妻隨同流浪也。〔註〕

夫無一定
住所時之
住所問題

【註】參照前大理院七年上字第八六三號判例。

贅夫以妻
之住所爲
住所

就通常婚姻而言，妻固以夫之住所爲住所；然就變例之婚姻而言，贅夫則應以妻之住所爲住所，是妻於此際亦有選定住所之權也（民第一〇〇）。

互相扶助
互守節操
之義務

（二）關於互相扶助及互守節操之義務 此等義務，雖於婚姻之普通效力節中未設專條，然於離婚節中既規定夫妻之一方如不履行扶養義務，而以惡意遺棄他方者，得爲審判上離婚之原因（參照民第一〇）

於離婚節中既規定夫妻之一方若有重婚或與人通姦之情形時，皆足爲他方請求離婚之原因（參照民第一〇五二）

，自係認定夫妻間有互守節操之義務，均無待言也。蓋婚姻既以男女共營共同生活爲目的，則夫妻互有扶助之義務。原爲婚姻性質上當然發生之效果；且夫婦結合之基礎既建立於人爲的情義之上，其應推誠相與，互負貞操之義務，尤爲當然。

互爲日常
家務代理

（三）關於日常家務有互相代理之權利 夫妻共同生活中，當以日常家務爲最密切，

人之權利

若以此等家事必須夫妻各自躬親爲之，否則非有特別之授權不可，果爾則不僅於維持共同生活之必要上，足令夫妻互感不便，且令凡與夫或妻爲法律行爲之第三人，亦受若干之困難，故我民法設有夫妻關於日常家務得互爲代理人之規定也（民第一〇〇）。三條第一項。依此規定觀之，其相互代理之事項，自以日常家務爲限；此外之法律行爲，仍各有其單獨動作之自由，不能認爲夫對於妻或妻對於夫當然具有代理權也。

濫用代理權之限制及效力

惟此夫妻相互間之代理權，如爲一方所濫用而有害及他方財產之虞時，他方即可不必經過法院，直以矯正或撤銷之方法而限制之；但其限制之效力僅及於夫妻之間，不得以之對抗善意之第三人（民第一〇〇）。三條第二項。儻第三人確係知情者，仍得與之對抗也。

夫妻間所結契約之撤銷權問題

此外，關於夫妻間所結之契約得有撤銷權之規定，亦爲一般立法之通例；我國民法無此明文，是夫妻間所結之契約，將無特別之限制，而與普通人所結之契約無

各國限制
夫妻間訂
立契約之
羅馬法之
例

法民之例

德民之例

日民之例

蘇俄之例
我國新舊
民草之例

夫妻財產
制

異矣，殊不知婚姻存續中，男女雙方間，往往易為一方之強力所壓迫，或受一時愛感之迷惑，以致違反本意，而訂不利之契約，故各國法制多設特別之限制，藉以保護夫妻雙方意思之自由，例如羅馬法則規定夫妻間之贈與，以無效為原則；法國民法則有夫妻間之贈與得能撤銷，以及夫妻間除得為特種買賣外概行禁止等規定（法民第一〇九六條第一五九五條）；瑞士民法則有夫妻間雖有訂約之自由，然須得官廳承認之規定（瑞民第一七七條）；德國民法則定為夫妻間之贈與，概行禁止（德民第一五八四條）；日本民法則定為夫妻間雖能自由訂定契約，但隨時得由夫妻之一方意思撤銷之（日民第七）；蘇俄婚姻法亦然（該法第一三三條）；我國新舊民草亦皆從之（舊民草第一三五四條新舊民草第三三條）；獨現行民法則付缺如也。

第二款 夫妻財產制

第一項 總說

本論 第二章 婚姻

夫妻財產
制之意義

夫妻財產制云者。卽就婚姻存續中關於夫妻間財產上之關係，爲發生一定之效果所設立之制度也。申言之，舉凡關於夫妻各自固有之財產，因婚姻關係發生後，其所有權究應發生若何之變動？其在婚姻中取得之財產，究應歸諸何人？就其管理使用或收益，究應如何規定？且夫妻所負之債務，究應如何清償？及其共同生活之費用，究應如何負擔？皆不能不有詳細之規定，以爲適用之標準。蓋以婚姻之效力，除上述普通效力外，事關重大而且繁複者，當以此財產上之關係爲尤甚，設無法律爲其規定，則不僅夫妻間諸多不便，且與第三者之交易關係，亦大感困難，此現時各國民法所以對於夫妻財產制，大都另設專節而有極詳盡之規定也。〔註〕

〔註〕 最詳盡者爲德國民法，計自第一三六三條至第一五六三條，共二百零一條；其次爲法國民法，

計自第一三九九條至第一五八一條，共一百八十三條；再次爲瑞士民法，計自第一七八條至第二五一條，共七十四條；而日本則僅有十五條，卽有第七九三條至第八〇七條是也。

我國向無

惟就我國向例言之：則以久處於家制盛行之下，子女皆須聽命於家長，凡事皆莫敢

夫妻財產制

自專，而於財產爲尤然，〔註〕以故聘嫁之事，皆由家長主持，而婚姻費用，自亦皆由家長負擔，即令間有以自力舉行婚娶者，亦多以男子經濟能力爲主，女子大都依夫爲生，除保有其妝奩外，殆無若何夫妻財產關係之可言；且就實際觀之，夫妻就其財產關係於婚姻前或婚姻中訂定契約者，尤所罕見，因之歷來律例，皆無夫妻財產制之規定；新舊民法草案雖能破除舊例，涉及於此，然皆簡單從事，不過姑備一格而已（舊草案僅有兩條，即第一三五七條與第一三五八條；新草案則增爲三條，即第一一三四條至第一一四六條）。惟就現代法律思想之發達，及各國立法之通例觀之，既皆承認男女具有平等之地位；而對於財產繼承權，亦令女子得能同等享受，因之關於夫妻之財產關係，自亦應有適當之規定，方足合於應用上之要求，故我民法特仿瑞士民法之規定，關於夫妻財產制，開設專節，規定恭詳；其對於吾國社會固有之習俗，能否推行盡善，固有研究之餘地；要之就立法之趨向而言，不可謂非一大進步也。

民法對於夫妻財產制之重視

〔註〕禮記內則有曰：子婦無私貨，無私畜，無私器，不敢私假，不敢私與。故清律規定：同居卑幼

，不由尊長，私擅用本家財物者，處罰。又文中子有曰：婚姻論財，夷靡之道。可知當時對於夫妻財產關係之觀念矣。

法定財產
制與約定
財產制

各國民法關於夫妻財產制之規定，各以其國情民尚之不同，其立法例自不能一致，然大別爲『法定財產制』與『約定財產制』二種，則爲各國所同然，我國亦如是。所謂法定財產制者，係由法律明定婚姻中之財產關係，以便當事人之遵行，當事人如無特約時，自須以此爲標準而適用之，當事人既有取捨之自由，其非強制規定也明矣，所謂約定財產制者，係由當事人以契約訂定婚姻中之財產關係，而可不適用法定財產制之標準，至於究應以何者定爲法定財產制？何者定爲約定財產制？各國規定，頗不一致，我國民法則仿瑞制，卽以『聯合財產制』，爲法定制，而以『共同財產制』、『統一財產制』、『分別財產制』三者爲約定制也。茲爲分述於左。

法定財產
制

第二項 法定財產制

法定財產

第一 法定財產制之性質

制之性質

設法定財產制之窮

以共同財產制之國
以分別財產制之國
以聯合財產制之國
以共同財產制之國
以分別財產制之國
以聯合財產制之國
民法以共同財產制之理由

法定財產制，原為夫妻無財產契約時解決其相互間之財產關係而設者也（民法一〇五條）

蓋以夫妻間之財產關係，雖許其約定，而事實上，一般人民之狃於常習而不為財產契約者，恐非少數（就日本民法施行以後，登記之夫妻財產契約，為數至微觀之，

【註】即可推知；我國習向，尤為同然）。故我民法仿普通立法例，設法定財產制以

濟其窮。惟各國所採為法定財產制者，究係何種財產制，殊非一致。有以共同財產

制為法定制者，如那威，芬蘭，荷蘭，葡萄牙，法國，比利時，蘇俄，西班牙等是

。有以分別財產制為法定制者，如奧大利，捷克，匈牙利，羅馬利亞，意大利，希

臘，英國，土耳其，及美國之數州等是，有以聯合財產制為法定制者，如德國，瑞

士，日本，及美國之數州等是。諸制瑕瑜互見，其採用之者，要皆認其合於己之國

情，能期利多弊少也。我民法則認為聯合財產制，足使夫妻雙方之財產，互相聯合

而為一個經濟的結合體，雖其管理使用收益之權，舉以屬之於夫，而妻則仍保留其

原有財產之所有權，既便於維持共同生活，復足以保護妻之利益，折衷得當，甚合

於我國情形，故採之爲法定財產制。

〔註〕 據日本司法省調查，自明治三十一年至大正七年，共計登記夫妻財產契約一八七件。——見穗位

重遠著親族法，載在現代法學全集第二二卷。

法定財產
制之要點

第二 法定財產制之要點

我民法所採爲法定財產制之聯合財產制，內容大半因襲瑞制，無多更易，茲舉其要點如左。

聯合財產
之範圍

法定特有
財產

(一) 妻之法定特有財產，不屬於聯合財產之範圍。依民法第一〇一六條之規定，結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產，爲其聯合財產。但妻之法定特有財產，不在其內。所謂法定特有財產者，即指下列四項財產而言：

(1) 專供夫或妻個人使用之物，如各人服用之衣履飾物是。(2) 夫或妻職業上必需之物，如各人充任律師或教員所用之法律書籍或教科書參考書是。(3) 夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明爲其所特有者。(4) 妻因勞力所得之報酬，如妻

約定特有財產及其不為聯合財產之理由

因作工所得之工資是（民法一〇一三條）。

特有財產除法定者外，尚有約定特有財產，即夫妻得以契約，訂定以一定之財產為特有財產也（民法一〇一四條）。民法所以僅認妻之法定特有財產為聯合財產之例外，而不及於約定特有財產者，蓋以特有財產之除外，原在保護妻之利益；若於此此外尚許妻得以契約訂定特有財產，未免保護太過，於夫恐有不利也。或謂此種約定財產，尚須經夫之同意，妻不能獨斷而行，殊無保護太過之慮。為此說者，殆未思及愛情之魔力耳。

妻保留其原有財產之所有權

（二）聯合財產中妻之原有財產，保有其所有權 此點乃聯合財產制之一特色。蓋妻之原有財產，雖附屬於夫之財產，而妻仍保有其原有財產之所有權（民法一〇一七條一項），與共同財產制之以夫妻雙方之財產及所得，合併而為夫妻所共有者異也（參照民法一〇一三條一項）。所謂妻之原有財產，即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（民法一〇一七條一項）。至於夫之所有，民法則概括的規定為聯

妻之原有財產之範圍
夫之原有財產

財產之範圍
妻之原有財產
息屬於夫

妻之原有財產
由夫管理

聯合財產之管理權
問題
聯合財產
之管理費
由夫負擔

夫對於妻
之財產管
理失當或
因故障不

合財產中夫之原有財產，及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有（民法二〇一）

。此即聯合財產中，凡不屬於妻之所有者，均可概括為夫之所有之謂也。然妻雖保有其原有財產之所有權，而由該財產所生之孳息，其所有權則歸屬於夫（同條三項）

。此蓋由於家庭生活費用，原則上歸夫負擔，必如此方足以資調劑耳。

（二）妻之原有財產由夫管理 夫妻雙方之財產，既已組成聯合財產，然則應由何人管理之乎？民法規定由夫管理（民法一〇一）八條前段。此項立法之旨趣，蓋猶隱認妻之知識經驗，不及於夫，且含有尊重夫權之意，未免忽視妻之行爲能力，殊背於男女

平等之義。自理理論言之，聯合財產似應由夫妻輪流管理，或共同管理也。至於管理之費用，因夫既如後所述，對於妻之原有財產，有使用收益之權，自應由夫負擔（民法一〇一）八條後段。

但夫如因法律上事實上之原因，不能管理財產，或管理失當，以致危害妻之財產時，究應如何救濟？日本民法規定前者由妻管理（日民八〇）一條二項；後者妻得向法院請

能管理時
之救濟問
題

求自行管理（日民七
九六條）；並規定夫管理妻之財產，有與自己財產為同一注意之義務

（日民八
〇五條），以促夫為善良之管理，及規定法院得因妻之請求令夫提供相當之擔保

，使妻之利益得預獲保全（日民八
〇三條）。我民法對於前者未設規定，對於後者，則大

體做照瑞士民法（二〇
五條），規定夫有因妻之請求隨時報告其原有財產狀況之義務（

一〇二
二條），俾妻隨時得以阻止管理失當之機會

（四）夫對於妻之原有財產有使用收益之權 妻之原有財產，本屬於妻之權利，而法

夫對於妻
之原有財
產有使用
收益之權

律則規定夫有使用收益之權者（民法一〇
一九條），蓋以夫妻既係共同生活之團體，其由

共同生活而生之費用，雖如後所述，令夫獨自負擔，然亦不能不令其就妻之財產

，取得利益以資衡平也。惟夫之使用收益也，須以善良管理人之注意為之，如使

妻之財產發生損害，斯足構成侵權行為，即應負賠償之責任矣（參照民法
四三二條）。

（五）家庭生活費用由夫負擔 所謂家庭生活費用者，即由夫妻共同生活所生之一切

家庭生活
費用由夫
負擔

費用也。如夫妻之生活費，子女之養育費教育費，夫妻及子女之醫藥費等是。此

夫無支付
能力時由
妻負擔

等費用，就夫妻營共同生活之點言之，固應夫妻共同負擔，然日常瑣屑，一一計算，不但實際不便，且於夫妻之情誼有礙。況在聯合財產制，既予夫以管理妻之財產並使用收益之權，斯應由夫獨自擔任之也。必也夫無支付能力時，始由妻就其財產之全部負擔之（民法一〇二六條）。蓋夫既已無支付之能力，而妻如仍不就其財產以爲補充，則家庭生活無由維持，家庭組織行將解體，揆諸人情，實不應爾。民法之爲此規定者，即本斯旨。

夫對於妻
之原有財
產爲處分
時應得妻
同意

（六）夫對妻之原有財產，非管理上所必要時不得自由處分。妻之原有財產，雖由夫管理及使用收益，然不能因此而謂夫當然有處分權，其處分時，須得妻之同意始能爲之，否則其處分爲無效（民法一〇二〇條一項前段）。蓋夫若未經妻之同意而得自由處分其財產，斯等於舉妻之原有財產以與之，殊不合於妻仍保有其原有財產之所有權之旨也。惟同意之欠缺，在夫之處分行爲。固屬無效，然不得以之對抗第三人。但第三人如已知其欠缺，或可得而知其欠缺，或依情形可認爲該財產屬於妻，而

同意欠缺
與善意第
三人

猶與之交易，其為惡意，已屬顯然，自無加以保護之必要，故仍得以對抗之（同條）。

管理上所
必要之自
由處分有
效

上述夫不能自由處分妻之原有財產，係就原則而言。但其處分行為，如為管理上所必要者，則在例外（同條一
項後段）。蓋其處分仍為管理權之行使，若不與以自由，殊不足以期日常生活之便利也。

妻於代理
日常家務
權限內得
處分聯合
財產

（七）妻於代理日常家務之權限內，得處分聯合財產。依民法第一〇〇三條之規定，夫妻於日常家務，互為代理人。所謂日常家務者，即關於一家生活之行為也，如備辦飲食器具衣服等生活上必要之事物是。日常家務，事既零細，若一一徵求夫意。反多不便，故妻在其代理權限內，對於聯合財產，得處分之（民法一〇〇
二條）。

夫妻分別
負清償債
務之責任

（八）夫妻分別負清償債務之責任。夫妻之財產，既屬聯合而非共同，則債務自有應由夫清償者，有應由妻清償者。

由夫清償

（A）應由夫清償者，為下列之債務：（1）夫於結婚前所負之債務。此項債務與妻

之債務

無涉，自應由夫負責清償。(2)夫於婚姻關係存續中所負之債務。聯合財產之管理及使用收益，既均係由夫爲之，則此項債務，自應由夫負責。(3)妻因代理日常家務而生之債務，妻在代理權限內所爲之行爲。乃係爲夫爲之，其因此而生之債務，自應由夫負責(民法一〇二三條)。

(B)應由妻清償者，又因債務之性質不同，而異其清償之方法如左：

(1)下列債務，由妻就其財產之全部負責清償之責：(1)妻於結婚前所負之債務。此項債務，與夫無涉，自應由妻就其財產全部自行清償。(2)妻因職務或業務所生之債務。依民法一〇一三條之規定，妻因勞力所得之報酬，爲其特有財產，則因此而生之債務，自應由妻就其財產全部自行清償。(3)妻因繼承財產所負之債務。妻對其原有財產，既仍保有其所有權，則因取得此種原有財產而負之債務，自應由妻就其財產全部自行清償。(4)妻因侵權行爲所生之債務。此項債務，即係妻因個人之行爲而構成損害賠償者，自應由妻就

由妻清償
之債務分
兩種辦法

就其財產
全部負責
清償之債
務

就其特有
財產負責
清償之債
務

夫妻相互
間之補償
請求權

補償請求
權行使時
期之限制

其財產全部自行清償（民法一〇二四條）。

（2）下列債務，由妻僅就其特有財產負責清償之責：（1）妻就其特有財產設定之債務。妻之特有財產，原未組入聯合財產，則就其特有財產設定之債務，自應就其特有財產而為清償。（2）妻逾越日常家務代理權限之行為所生之債務。所謂逾越代理權限，即等於無權代理，則因此而生之債務，自應就其特有財產而為清償（民法一〇二五條）。

夫妻對於債務，應分別負責清償，既如上述。然有無相通，即在普通交遊之間，亦常有之，況屬夫婦；更所不免。故妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償，夫之債務，而以妻之原有財產清償，自均無不可。惟夫妻之一方，均對於他方有其補償請求權耳。但夫妻雙方之財產，既已組成聯合財產，如行使補償請求權之時期，漫無限制，則聯合財產，將因隨時請求補償而有分裂之象，殊於夫妻之共同生活亦覺不利。故在聯合財產關係消滅前，不得

請求補償（民法一〇二條一項）。

至如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，雖在婚姻關係存續中，亦得為補償之請求（同條二項），蓋妻之特有財產，係在聯合財產範圍之外，彼此如有移用，自得隨時請求補償也。

聯合財產與特有財產互相清償請求權

聯合財產因夫妻一方之死亡而消滅

妻死亡時其原有財產之歸屬

夫死亡時妻取回其原有財產

（九）聯合財產因夫妻一方之死亡而消滅。妻之原有財產，雖為聯合財產之一部，然仍保其所有權。且妻之原有財產與夫之財產，所以組為聯合財產者，蓋為夫妻間之共同生活而使然。故夫妻之一方如有死亡，則聯合財產，應行解散。妻死亡時，以妻之原有財產，歸屬於妻之繼承人。屆時此項原有財產，如有短少，則夫應為補償。但其短少，若非因可歸責於夫之事由而生，則夫不負補償之義務（民法一〇二條）。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（民法一〇二條）。但其短少，若非因可歸責於夫之事由而生，則夫之繼承人不負補償之

聯合財產
分割時
取回其原
有財產

義務，同時，若非無限繼承，則繼承人僅就遺產負補償之責。

(十)聯合財產分割時，妻取回其原有財產。聯合財產有因夫或妻之死亡及夫妻間之離婚而分割者，亦有因其他事由，如改用分別財產制等而分割者。前者已有民法一〇二八條，一〇二九條，及一〇五八條爲之規定，自應分別依照各該規定以處理妻之原有財產。然則因其他事由而分割時，究何以處理妻之原有財產乎？妻對於原有財產，既如前述，仍保其所有權，則凡在聯合財產分割時，妻均應取回其原有財產矣。如有短少，由夫或其繼承人負補償之責，但其短少，若係因可歸責於妻之事由而生，則夫或其繼承人不負責任（民法一〇三〇條）。

民法一〇三〇條之
缺點

查民法一〇三〇條，顯有一缺點，即該條但書既以因可歸責於妻之事由所生之短少爲例外，則因自然原因所生之短少，原非可歸責於夫者，亦將應由夫或其繼承人負責矣。此不但與第一〇二八條之但書，規定不統一，且非公允之道也。

民法在法

其次，民法一〇〇〇條既規定贅夫於其本姓上冠以妻姓，一〇〇二條又規定贅夫

定財產制
中未就贅
婚加以規
定之疏忽

以妻之住所爲住所，是則贅婚夫妻在法定財產制下，似應規定以妻之財產爲主體，而以夫之原有財產附屬於妻之財產，方稱完備。然民法在法定財產制一款中，並未就此加以規定，不能謂非立法上之疎忽。

法定財產
制之適用

複次，關於法定財產制之適用，尙有一言之必要。即法定財產制，既爲解決未訂財產契約之夫妻財產關係而設，是則已訂財產契約之夫妻，如於婚姻關係存續中，而以契約廢止其財產契約者（見民法一〇一二條），亦應以法定財產制適用於其夫妻財產關係也。

約定財產
制

第三項 約定財產制

第一 約定財產制之要點

約定財產
制之意義

約定財產制者，夫妻以契約，訂定其在婚姻中相互間之財產關係之制度也。夫妻財產關係，是否許由婚姻當事人自由訂定，各國法律不盡相同。有不許婚姻當事人於法定制外締結夫妻財產契約者，如蘇俄及墨西哥是。蘇俄以共同財產制爲法定財產

約定財產
制之要點

締結契約
之時期

限於結婚
前訂立財
產契約之
立法例

不限時期
之立法例
民法不限

制，墨西哥以分別財產制爲法定財產制，均不許夫妻於各該法定制外，自訂財產契約。有許婚姻當事人於法定制外締結夫妻財產契約者。如法國，比國，德國，奧國，波蘭，捷克，荷蘭，意大利，瑞士，土耳其，羅馬尼亞，葡萄牙，西班牙，日本等是。我民法係從後一立法例，認夫妻有於法定財產制外締結夫妻財產契約之自由，茲就約定財產制之要點，分述於左。

(一) 締結契約之時期 關於夫妻財產契約訂立之時期，各國立法例有限於結婚前爲之者，其理由蓋謂婚姻當事人若於結婚之後，始訂立夫妻財產契約，則難免不迫於威壓或溺於愛情，以致不能基於相互利益而以完全之自由意思訂立契約也。如法國，意大利，葡萄牙，荷蘭，日本等國，即係採此限制主義（參照法民一三九五條以下，葡民一〇九六條，荷民一九四條，日民七九三條）。但事實上，感有訂定財產契約之必要者，實爲婚後之夫妻，而結婚前，尙無財產上之觀念，其對於契約究以如何爲宜之處，似尙漠然也。故德國及瑞士，無論婚前婚後。均許訂立夫妻財產契約（參照德民一四三二條，瑞民一七九條）。我

時期

民法亦如之（民法一〇四條）。

契約之限制

(二) 契約之限制 各國立法例，雖許夫妻有訂立財產契約之自由，然亦有加以限制者，亦有不加限制者。後者稱曰自由的約定制；前者稱曰限制的約定制，茲為分述如左。

自由的約定制及其立法例

(A) 自由的約定制 採此制者，如德國，法國，比國，荷蘭，那威，波蘭，捷克，西班牙，葡萄牙，及南美諸國是，以上各國，多以法律列舉數種夫妻財產制，以供當事人選為訂約之標準，若當事人不願就此選擇而自行訂定他種財產制者，亦為法律所不禁。日本民法且未列舉任何財產制以為選擇之標準，僅規定凡不違反公共秩序及善良風俗之夫妻財產契約，均為有效，其採自由的約定制，更較放任。

限制的約定制及其立法例

(B) 限制的約定制 採此制者，如瑞士是。此制以法律列舉數種夫妻財產制為標準，當事人惟能就此數種財產制中，選擇其一以締結夫妻財產契約，不得另行

契約之同意權

訂定他種財產制。我民法採之（一〇〇）。

未成年人之解任

（三）契約之法定代理人同意權 關於夫妻財產契約之訂立變更或廢止，民法雖許當事人自由爲之，然當事人如爲未成年人或爲禁治產人時，則行爲能力，尙不健全，自應得其法定代理人之同意（民法一〇六條），或謂茲所謂未成年人應得其法定代理人之同意者，似對於未成年人在結婚前所爲之行爲而言；若未成年人已經結婚，則依法應有行爲能力矣（民法一三三條三項），當不須法定代理人之同意也。惟以財產制與夫妻共同生活之關係至爲重大，應加慎重之故，殊難適用普通行爲能力之規定，此處所謂未成年人，自係包括結婚前結婚後者而言，此觀於未成年人兩願離婚者，應得法定代理人同意之規定（民法一〇九條）亦可知也。

契約之方式

（四）契約之方式 夫妻財產契約 關係於夫妻間財產上之權利義務者至大，故夫妻財產契約之訂立變更或廢止，均應以書面爲之（民法一〇七條）。

契約之登記

（五）契約之登記 夫妻財產契約，雖爲婚姻關係存續中夫妻間財產關係之準據，然

四

與第三人（如夫或妻所與交易之人及夫或妻之繼承人），亦有重大之利害關係。其契約之內容，必須公示於衆，方能發生對抗第三人之效力。公示之方法，各國有規定締結夫妻財產契約時，須以公證證書爲之者，有規定須有一定之證人者，有規定須經登記者。我民法則規定夫妻財產契約之訂立變更或廢止，非經登記，不得以之對抗第三人（一〇〇八條一項二項）。若未爲登記，則此契約之效力惟及於訂約當事人之間，而第三人因自己之便利，即能主張該契約究有訂立變更或廢止之過程否也。至於如何登記之處，則另以法律定之（三項）。

契約之變動
不許變更
之立法例

（六）契約之變動 夫妻財產契約締結之後，是否尙可自由變動，各國法律亦不一致。有一經締結，即不許在婚姻關係存續中變更者，如法國，比國，荷蘭，意大利，西班牙，葡萄牙，日本及南美諸國是。其理由有二：（1）婚姻當事人於婚後易受威力所迫或愛情所迷，不能熟計利害而爲完全出於自由意思之變更。（2）夫妻財產契約公示後，得以之對抗第三人，若許自由變更，必使第三人蒙其害，有得

許以契約
變更之立
法例
民法准許
變更

以契約變更者，如德國，奧大利，瑞士等是。蓋以婚姻生活，為期匪短，夫妻間之財產關係，決難長此固定，若一經締結之夫妻財產契約，即不許其再行變更，其不便於夫妻間者實大。故我民法效法後者，規定夫妻於婚姻關係存續中，得以契約廢止其財產契約，或改用他種財產制（二〇一）。但未附以一定之條件，似未免放任過甚耳。

上所論者為夫妻財產契約之要點，以下當就民法中所列舉之三種約定財產制，分別述之。

共同財產
制

第二 共同財產制

共同財產
制之意義

共同財產制者，夫妻各自之財產，併成一個經濟體而為夫妻所公有之制度也。此制又可分为三種如左。

所得共同
制及其立
法例

(A) 所得共同制 此制係就夫妻在婚姻關係存續中之所得而共有之，凡雙方現有之動產及不動產，與將來無償取得之一切財產，概不在共有之內。採此制為法定制

動產所得
共同制及
其立法例

一般共同
制及其立
法例

民法採用
一般共同
制之要點
共同財產
之範圍

者，爲蘇俄、西班牙及南美諸國。採此制爲約定制者，爲德國，法國，瑞士等國。
(B) 動產所得共同制 此制係就夫妻各自之動產，及婚姻關係存續中之所得而共有之，不動產則不在內。採此制爲法定制者，爲法國，那威，瑞典，比國，丹麥等國。採此制爲約定制者，爲德國，瑞士，土耳其等國。

(C) 一般共同制 此制係舉夫妻財產之全部而共有之。採此制爲法定制者，爲芬蘭，那威，荷蘭，葡萄牙等國。採此制爲約定制者，爲德國，瑞士，法國，比國，土耳其等國。

我民法所採者即爲一般共同制（民法一〇三條）。然亦許夫妻得以契約訂立所得共同制

（民法一〇四條）。茲就民法所定共同財產制之要點，分述於下。

(一) 夫妻之財產及所得，除特有財產外均屬於共同財產之範圍 民法一〇三一條，規定夫妻之財產及所得，除特有財產外，合併爲共同財產，屬於夫妻共同共有。依此規定，則訂約當事人現有之動產與不動產，及將來在婚姻關係存續中

夫妻之一方不得就共同財產處分其應有部分

之有償取得與無償取得，除特有財產外，均應組入共同財產，不若他國法律，對於不動產設有特別條件（如芬蘭）也。又此處所謂之特有財產，係兼指法定特有財產及約定特有財產而言，亦與聯合財產之僅許法定特有財產除外者不同也。共同財產既屬夫妻共同共有之物，自應適用各共同共有人之權利，及於共同共有物全部之原則，（參照民法八二七條），故民法為免濫用權利起見，於一〇三一條第二項，復規定夫妻之一方，不得就共同財產處分其應有之部分，以喚起訂約當事人之注意。

共同財產由夫管理之管理問題之我見

（二）共同財產由夫管理 共同財產雖屬於夫妻共同共有，而民法則以管理權畀之於夫（一〇三二條前段），此雖為多數立法例所同然，究不合於共有物由共有人共同管理之原則（參照民法八二〇條）。似此隱然否認妻之行為能力，不免涉於尊重夫權之嫌。有違男女平等之義，應仍以夫妻共同管理較為允當也。

管理費用

然共同財產之管理權雖屬於夫，而其管理費用，則由共同財產負擔（民法一〇三二條後段）

由夫負擔

，與前述聯合財產之管理費用由夫負擔者異。

夫妻之一方不得逕自處分共同財產

(三) 夫妻之一方，非於管理上所必要時不得逕自處分共同財產 關於共同財產之

處分，立法例中有原則上屬之於夫，而限制無償之處分，須得妻之同意者，如

德法二國民法是（參照德民一四四六條，法民一四二二條）。有限制夫或妻之處分權，惟屬於純粹管

理事項；此外則須由雙方共同處分，或一方得他方之同意始能爲之者，如瑞士

民法是。我民法係倣瑞士立法例，規定夫妻之一方，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，則不在此限（民法一〇三條一項）。蓋期便

於管理權之行使也。

一方逕自處分之例外

處分同意之欠缺，不得以之對抗第三人

若非管理上之所必要，而夫妻之一方，竟不得他方之同意，逕自處分共同財產時，其處分行爲在夫妻間固屬無效，却不得以之對抗第三人。至若第三人已知或可得而知其同意之欠缺，或依情形可認該財產顯屬於共同財產而猶不注意其同意者，其爲惡意，已屬顯然，仍得對抗之也（同條二項）。

家庭生活費用由共同財產負擔

共同財產不足負擔時妻應負責

共同財產不足負擔時我見

(四)家庭生活費用，由共同財產負擔。共同財產制與聯合財產制之性質不同，故聯合財產制下之家庭生活費用，原則上責之於夫，而共同財產制下之家庭生活費用，原則上則由共同財產負擔。若共同財產不足負擔時，妻個人亦應負責（民法一〇三七條）。民法之所以有此規定者，蓋以家庭生活費用，乃夫妻經營共同生活所必不可缺少之條件，若妻於共同財產不足負擔時，猶不負責，則其共同生活之團結，必至不可維持而呈渙散之象，揆之人情，殊不宜爾。此其責之於妻者良是。但共同財產制下之家庭生活費用，既非如聯合財產制下之家庭生活費用由夫負擔，而係由共同財產負擔，則共同財產不足負擔時，必也夫妻同負其責，始得謂平。今民法獨責妻個人負擔，殊欠允當。然亦有謂「妻因勞力所得之報酬為特有財產（民法一〇三條）」，而夫則不然，民法之如此規定，正所以資調劑而示其平」。不知共同財產制下，其不組入共同財產者。不僅法定特有財產；夫妻尙得以契約訂定特有財產，不組入共同財產之內，是非獨妻之一方，能享有特

有財產也。

夫妻對於
債務分別
負責清償之
責

(五)夫妻對於債務分別負責清償之責 在共同財產制下所生之債務。亦如在聯合財產制下，有應由夫負責清償者，有應由妻負責清償者。其異於聯合財產制之點，即聯合財產制下，夫妻對於其所應各自負責之債務，係各以其財產清償，而此則由個人並就共同財產以為清償（民法一〇三四條一項，一〇三五條一項）。茲就夫妻所應各自負責清償之債務，分述於左。

由夫個人
並就共同
財產負責
清償之債
務

(a)應由夫個人並就共同財產負責清償之責者，為下列之債務：(1)夫於結婚前所負之債務。此項債務，既在夫妻開始共同生活之先，自與妻無干，故應由夫負責。(2)夫於婚姻關係存續中所負之債務。此項債務，雖發生於婚姻關係存續之中，但共同財產，原則上既由夫管理及使用收益，註故應由夫負責。(3)妻因代理日常家務而生之債務。此項債務，既係妻在其代理權之範圍內而生，則等於夫自行負責，故應由夫負責。(4)妻於婚姻關係存續中，

以共同財產爲負擔之債務。此項債務，因共同財產之管理及使用收益，均屬於夫，故應由夫負責（民法一〇三四條）。

〔註〕 民法在共同財產制一款中，雖未明定共同財產之使用收益權屬於夫，而解釋上當然如此。

(b) 應由妻負責清償者，又分爲由妻個人並就共同財產負責清償之債務，與由妻僅就其特有財產負責清償之債務。

由妻個人
並就共同
財產負責
清償之債
務

I 應由妻個人並就共同財產負責清償之責者，爲下列之債務：(1) 妻於結婚前所負之債務。此項債務，既在夫妻開始共同生活之先，自與夫無干，故應由妻負責。(2) 妻因職務或營業所生之債務。此項債務，因妻由勞力所得之報酬，爲其特有財產，故應由妻負責。(3) 妻因繼承財產所負之債務。此項債務，係爲妻之利益而生。故應由妻負責。(4) 妻因侵權行爲所生之債務。此項債務，係由妻之個人行爲所致，故應由妻負責（民法一〇三五條）。

由妻僅就

II 應由妻僅就其特有財產負責清償之責者，爲下列之債務：(1) 妻就其特有

特有財產
負清償
之債務

財產所負擔之債務，此項債務，因妻之特有財產，並未組入共同財產，故應由妻就其特有財產清償之。(2)妻逾越日常家務代理權限之行爲所生之債務。此項債務，雖因代理日常家務而生，然既已逾越權限，則與無代理權無異，故應由妻就其特有財產清償之(民法一〇三條)。

夫妻間之
補償請求
權不發生
者

(六)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。蓋共同財產之下，夫妻之財產及所得，既已組爲夫妻共同共有之經濟體，混合不分，則共同財產所負之債務。自應以共同財產清償，夫妻間殊無發生補償請求權之理由也(民法一〇三條)。

夫妻間之
補償請求
權得發生
者

然夫妻之特有財產，並未組入共同財產之內，自係各有其所有權。故共同財產之債務，而以特有財產清償，或特有財產所負之債務，而以共同財產清償者，夫妻間仍有補償請求權，且雖在婚姻關係存續中，亦得請求之(同條)。

共同財產

(七)共同財產因夫妻之一方死亡或共同財產關係消滅時而分割。茲就夫妻一方死

之分割

亡時之分割，與共同財產關係消滅時之分割，分述於左。

夫妻一方
死亡時之
分割

平等分割
與例外

(a) 夫妻一方死亡時之分割：依一般之法則，共同共有物之分割，應按各共同共有人之應有部分爲之，而民法則以夫妻之共同生活，原係情義的結合，故對於共同財產，原則上採平等分割主義。規定夫妻之一方死亡時，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。但生存之他方，若依法不得爲繼承人時（參照民法一四五條），則情義已乖，自無予以半數之理由，故其對於共同財產得請求之數額，不得超過離婚時所應得之數額，即僅得取回其固有財產也。（民法一〇三九條一項及三項）。

約定分割
之允許

惟民法所採之平等分割主義。並非強行的規定，仍許夫妻以契約訂定分割方法。凡另有約定者，則其分割之數額，從其約定（同條二項）。

共同財產
關係消滅
時之分割

(b) 共同財產關係消滅時之分割 共同財產關係消滅之原因，法律雖無明文規定，然可以推知者，共有三點：(一) 因法定原因而消滅，如民法一〇〇九條

法定分割
與約定分割

至一〇一一條所規定之情形是。(二)因廢止共同財產契約或改用他種約定財產制而消滅。(三)因離婚而消滅。當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(民法一〇四條)。

民法兼採
之所得共
同制

以上所述，為一般共同財產制之要點，然我民法除採一般共同制外，亦兼採所得共同制，前已言之矣。茲特再就所得共同制一述之。

所得之範
圍

依民法一〇四一條之規定，夫妻得以契約訂定，僅以所得為限，組為共同財產。此處所謂所得者，乃指婚姻關係存續中，夫妻因勞力所得之財產，及原有財產之孳息而言，與上述一般共同制之所謂所得，包含無償取得者異。所得共同財產，適用上述關於一般共同財產制之規定。至於結婚時及婚姻關係存續中，屬於夫妻之原有財產，則適用關於法定財產制之規定。

所得共同
制適用之
法條

第三 統一財產制

統一財產
制之意義

統一財產制者，夫妻以契約訂定，將妻之財產除特有財產外，估定價額，移轉其所

民法採統一財產制之當否問題

有權於夫者也。在此制度下，妻之財產，完全併入於夫之財產，妻僅取得對夫請求返還該估定價額之債權而已（民法一〇四二條）。此制偏重夫權，事屬顯然，殊違男女平等之義。當此夫為婦綱之觀念，尚支配一部分人心之際，尤不宜採用此制，以為背反時代潮流者之所利用。

統一財產制準用關於法定財產制之規定

民法雖以統一財產制為約定財產制之一種，而其內容則類似於聯合財產制，故除對於所有權有專條規定外，餘均準用關於法定財產制（即聯合財產制）之規定。然妻之財產，既已估價移其所有權於夫。則妻所負之債務，除因一〇二五條所規定之情形而生者，應就其特有財產負清償之責外，如係因一〇二四條所規定之情形而生者，自應由夫負擔。民法於此不特設規定，實為立法上之疎忽。

妻之債務問題

第四 分別財產制

分別財產制之意義及要點
夫妻各保

分別財產制者，夫妻之財產各自獨立者也。其要點如左。

（一）夫妻各保有其財產之所有權管理權及用益權 採分別財產制為法定制之英國，

有其財產
之所有權
管理權用
益權

奧國，義大利，羅馬利亞，捷克斯拉夫等國，及以之為約定制之德國，法國，瑞士等國，均係如此規定，我民法亦從之（一〇四）（四條）。但妻願以其管理權付之於夫者，法亦不禁，惟為避免流弊起見，規定妻得隨時取回該項管理權，並不得拋棄取回權（民法一〇四五條一）（項前段及同條二項）。蓋以該項管理權，原係妻所委任者，非夫之法律上應享之權利，故得隨時取回之，且若任其拋棄取回權，不加限制，則失其為分別財產制之精神也。

家庭生活
費用之負擔

（二）家庭生活費用，夫得請求妻為相當之負擔。在分別財產制下，夫妻雖各保有其財產之管理權及用益權，而家庭生活，則係共同經營。然則此項生活費用，究應如何負擔乎？各國法律，大抵原則上由夫妻平均負擔。我民法則倣效瑞士制度，規定夫得請求妻對於生活費用為相當之負擔（民法一〇四八條），即妻之負擔數額，以達於相當之限度為足，不必平均也。於此有應說明者，即夫之此種請求權，並不因夫之有無支付能力而受影響，夫縱有支付能力，亦得向妻為相當負擔之請求也。

夫妻分別
負債清償
之責

由夫負
清償之
債務

由妻負
清償之
債務

分別財產
制發生之
特別原因

夫既得請求妻對於生活費用爲相當之負擔，故若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，以免另行向妻請求其負擔焉（民法一〇四）。

(三) 夫妻分別負債清償之責 在分別財產制之下，夫妻之財產，既係各自獨立，則夫妻之債務，自應各別清償。茲分述於左。

(A) 由夫負清償之責者，爲下列之債務：(1) 夫於結婚前所負之債務。(2) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。(3) 妻因代理日常家務而生之債務（民法一〇四）

(B) 由妻負清償之責者，爲下列之債務：(1) 妻於結婚前所負之債務。(2) 妻於婚姻關係存續中所負之債務。(3) 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（民法一〇五）。

以上所述，爲分別財產制之內容，至於分別財產制之發生，則除因婚姻當事人之以契約訂定者外，尚有因特別原因而發生者，茲述之於左。

因夫妻一方受破產之宣告而發生

(a)發生於夫妻之一方受破產宣告者，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（民法一〇九條）。蓋夫妻之一方，既受破產之宣告，則其原來之夫妻財產制，已不可維持也。

因法院之宣告而發生

(b)發生於法院之宣告者，法院之爲此種宣告，一係因夫妻一方之請求，一係因債權人之聲請。

夫妻一方請求之宣告

I 有下列各款情形之一時，法院因夫妻一方之請求，應宣告改用分別財產制：(1)夫妻之一方，依法應給付家庭生活費用而不給付時。(2)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。(3)夫妻之一方，爲財產上之處分，依法應得他方之同意，而他方無正當之理由，拒絕同意時。以上各種情形，皆已顯露原來之夫妻財產制，實有不能維持之破綻，故法院因夫妻一方之請求，應予宣告改用分別財產制也（民法一〇一〇條）。

債權人請
求之宣告

II 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。蓋不如此，不足以保護債權人之利益也

(民法一〇
一一條)。

關於分別
財產制之
規定適用
於特有財
產

最後，尚須一言者，即關於分別財產制之規定，對特有財產亦適用之。蓋無論特有財產之為法定，抑為約定者，夫妻既各就其財產有獨立之所有權，自應適用關於分別財產制之規定也(民法一〇
一五條)。

離婚

第九節 離婚

第一款 總說

離婚之意
義

婚姻為男女間經營共同生活之結合，必須夫妻之間，推誠相與，互親互愛，能維感情於無替，始可偕老以終身。若其情感日乖，則共同生活，實際已難維持，斯惟有

本論 第二章 婚姻

一三三

出於解消婚姻之一途而已。離婚者，即夫妻生存中消滅其婚姻關係之法也。

第一項 離婚法制之區別

A 禁止離婚主義

離婚法制之區別
禁止離婚主義

禁止離婚之宗教信仰的根據

禁止離婚主義之勢力

教皇特許之離婚

禁止離婚主義，起源於基督教之教義，迄於十九世紀，歐洲各國尚多行之。蓋基督教本其『萬物神造』之說，以為開闢之初，神造男女，是故人離父母而合於妻，凡此二人，應為一體……神作之合者，人不得而離之……凡出其妻而別聚者，於其妻為姦淫，彼妻出婦者。亦為姦淫』（馬太傳第一九章）。隨羅馬教會之得勢，而基督教之禁止離婚主義，遂漸為各國法律所採用，及至第十世紀，該主義殆普遍於全歐矣。然基督教雖嚴禁離婚，究不能強感情破裂之夫妻以和合，而家庭之間，衝突時起，名為夫妻，實同仇讐者，不知凡幾。事之反乎人情者，莫此為甚。於是欲達離婚之目的者，設種種方法以避離婚之名，行離婚之實，而『教皇特許之離婚』，遂以出現。所謂『教皇特許之離婚』，即有財有勢者流，運動教皇，宣告其婚姻無效之謂

別居制度
之產生及
其意義

也。宣告婚姻無效之理由，即謂該婚姻原基於某種錯誤而結合，自屬無效之婚姻。獲得此種宣告者，其婚姻視為自始即未成立，可另與他人結婚。惟此種婚姻無效之宣告，限於有力運動者始能為之，觀於英皇亨利八世之離婚事件，即可知其梗概。

〔註一〕。其一般呻吟於禁止離婚制度之弊害下者，固無由邀此特典也。教會遂更立別居制度，以為禁止離婚之救濟。所謂別居制度者，即許夫妻各別居住而不許其斷絕婚姻關係之謂也，〔註二〕此種「無妻之夫，無夫之妻」之制度，其為弊害，不言自喻。現在歐洲各國法律，公然禁止離婚者雖不多見，而使別居制度與後述之限制離婚主義並存者，則尚不少，如英德法瑞（瑞士）等國，即是其例。

禁止離婚
之又一理
論的根據

主張禁止離婚者，除基於上述之宗教觀念外，亦有以社會秩序與子女利益為根據者。其根據於社會秩序論者，以為婚姻乃社會組織之基礎，允許離婚，則夫妻離合無常，公共之道德墮落，社會之現象不安，不但直接破壞婚姻，抑且間接擾亂社會秩序。持此論者，蓋未見夫妻一旦情感不屬，怨尤日深，良懦者則抑鬱無聊，寢至傷

身，強悍者則變起房幃，陷於刑辟。若此者，豈非合之則兩害，離之則兩利乎？豈非離之反足以維持社會秩序乎？以子女利益為根據者，以為夫妻有撫育子女之義務，離婚則夫妻之一造，解除此項義務，弱子幼女，或入他人之手，或受繼父母之虐待，實陷子女於不幸之境遇。持此論者，不思於社會制度上謀子女撫育問題之解決，而乃欲強令夫妻為子女隱忍以犧牲其一生，蓋亦陋矣。

離婚為避
免因禁止
離婚而生
之弊害之
方法

日本法學博士牧野菊之助謂「離婚者，避免更大弊害即因禁止離婚而生之弊害之單純方法也」。斯言良是（見氏著日本親屬法論，二五〇頁）。

英皇亨利
八世離婚
之史實

〔註一〕英皇亨利八世，為擁護舊教，反對氣韻方張之新教有力之人，曾受教皇頒給「信仰之擁護者」之褒詞。彼曾為離異其皇后加特林，向教皇請求特許離婚。其所持之理由如下；加特林原係父皇亨利七世為其兄阿沙王子娶於西班牙者。但結婚未久，阿沙王子即逝世，當時亨利七世為結好於歐洲最強國家之西班牙計，遂復以加特林妻於阿沙之弟（即亨利八世），而亨利八世與加特林之婚姻，實違「禁止叔嫂結婚」之教規。亨利八世之請求，就其與教皇之關係言

，遂准原應不成問題。然加特林之姪西班牙王卡羅斯一世，當時威靈全歐，終迫令教皇拒絕亨利八世之請求焉。於是亨利八世憤而將英吉利教會，脫離羅馬教會而獨立，以其心腹克蘭瑪僧正爲大僧正，由其許可離婚。然英國教會所允許離婚者，亦惟限於亨利八世而已，對一般欲離婚者，仍壓迫如故也。

別居與離婚之區別

【註二】 別居與離婚之區別點如下；

(一) 別居中妻所生之子女，原則上仍爲婚姻中所生之子女；離婚則除懷胎在離婚之前者外，均與前夫無關係。

(二) 別居後，妻仍負貞操之義務，如有通姦之所爲，卽構成離婚之原因，且構成刑事上之有夫姦罪；離婚則否。

(三) 別居後，夫妻間仍有相互扶養之義務；離婚後則此種義務完全消滅。

(四) 別居後，夫妻仍有相互繼承財產之權，離婚後則彼此均無此權利矣。

要之別居之制，一方面爲矯正因禁止離婚而生之弊害，一方面又爲延續教會禁止離婚之教規

。在別居制下之夫妻，雖獲解除同居之義務，而婚姻之其他一切效果，則仍繼續，殊不足以救濟惡姻緣，其弊殆與公然禁止離婚相等。

限制離婚主義

B 限制離婚主義

禁止離婚主義之違反人情，弊害叢生，已如上述。迨後文藝復興，法律思想逐漸脫離教義之束縛，而禁止離婚主義，遂亦漸進於弛緩之途。至前世紀乃有限制離婚主義，出現於立法例之中。所謂限制離婚主義者，即以法律限制離婚之原因，必須有法律所規定之原因存在時，始得向法院請求離婚，或雖無法定原因之存在，基於夫妻雙方之合意，亦得離婚者也。前者謂之判決離婚，後者謂之兩願離婚。

判決離婚與兩願離婚立法例

現今各國法律有既認判決離婚，復認兩願離婚者，如比國，羅馬利亞，丹麥，那威，日本等是。有僅認判決離婚，不認兩願離婚者，如英國，法國，德國，瑞士，美國〔註三〕等是。

英國離婚

〔註一〕英國法律，對於離婚，限制極嚴，後因反對論者，日益得勢，政府遂於一九〇五年，設立委

制度

員會，從事於修改離婚法之調查討論工作。改正案雖已報告，然迄未完全實現。主張緩和離婚之限制者中，女權論者頗占勢力。彼等認爲離婚請求權，乃女子對抗男子專橫之手段。其次則「廉價離婚」，即所謂「貧民離婚權」之問題，亦爲反對限制離婚之大勢力，蓋離婚之訴，在英國需要巨額費用，一方面對於律師之報酬，既屬爲數甚多，他方面又因受理離婚之法院，惟倫敦有之，地方人民非支出大量之旅費不可。故離婚有「奢侈事」之稱，若無數千元之財力者，殊難爲之，現在雖各地方之法院，亦受理離婚訴訟，究尙不足以滿足「廉價離婚」之要求。

法國離婚
制度之沿革

【註二】

法國於一七八九年革命爆發後，反對禁止離婚制度，認爲婚姻並非教會所云之「神作之合」，宗教上之聖典，實係當事人相對之契約。故一七九二年八月，立法會議通過之宣言中云：「婚姻者，得以離婚而解除之契約也。九月二十日頒布之法律，遂承認三種之離婚：（一）由夫妻兩造合意之離婚。（二）由夫妻之一造提出法定原因之離婚。（三）由夫妻之一造主張性格不合之離婚。惟當時離婚程序，尙極繁瑣，至一七九四年四月二十三日，法律遂更定簡易之程

法國離婚
之現制

序，凡以公文或公正證書證明夫妻已經別居在六個月以上者，得由一造請求離婚，無須法定原因之存在。蓋已確立自由離婚主義矣。及至一七九五年八月二日，乃以法律停止該法之施行，恢復一七九二年之舊制。拿破崙出，傾向於君主政治，而離婚制度亦於一八〇四年改從限制離婚主義。拿破崙既敗，王室復興，遂於一八一六年復活禁止離婚制度。至一八八四年始再改爲限制離婚主義，即現在之離婚制度也。

美國之離
婚旅行

【註三】美國各州對於離婚之限制，寬嚴不同，夫妻欲離婚者，每至程序簡易之州請離，人呼之爲「離婚旅行」。

C 自由離婚主義

自理離婚
主義
自由離婚
主義之意
義

自由離婚主義者，即許以當事人一方之意思解除婚姻關係者也。行此制度者，謂戀愛爲結婚之基礎，既以戀愛而結婚，則以失戀而離婚，自屬當然，固無須再有其他任何原因之存在。故夫妻之一造，苟不願再與他造繼續其婚姻關係而提出離婚，即可離異。此種制度，除法國曾於大革命中一度施行外，現惟蘇俄行之【註】。

蘇俄之離婚制度

〔註〕革命前之俄國爲希臘教國，其離婚法中，完全採取希臘教之嚴格限制主義。革命成功後，蘇俄政府於一九一八年制定之親屬法，雖傾向於自由離婚主義，然猶不過對於離婚之原因，採概括主義而欲離婚者，除兩願外，固不能不待法院之判決也。至一九二六年之親屬法出，始完全承認自由離婚制度焉。

我國離婚之舊制

第二項 我國離婚之舊制

古代離婚惟有七出

我國夙尚宗法，尊男卑女，離婚制度，純以男子利益爲中心。男子出妻，爲禮法所認許，女子求去，爲社會所不容。故古代離婚，惟有七出，七出之條，見於大戴禮記。其本命云：『婦人七出：不順父母，爲其逆德也。無子，爲其絕世也。淫，爲其亂族也。妬，爲其亂家也。有惡疾，爲其不可與共粢盛也。口多言，爲其離親也。竊盜，爲其友義也。』其後唐律據以列爲條文，清律從之，現行律未改，至民律草案始廢。

續犯七出

然妻雖犯七出之條，如有三不去之理，則仍不能出。所謂三不去者，即（一）曾爲夫

之條亦有
三不去之
理

之父母服三年之喪者，(二)先貧賤而後富貴者，(三)離婚後妻無所歸者。唐律載：「雖犯七出，有三不去而出之者杖一百，追還合」。清律及現行律，亦不許出。但犯惡疾及姦者，唐律規定雖有三不去，仍在出之列。現行律則惟規定犯姦仍在出之列。

義絕始自
唐律

七出之外，尚有義絕，始自唐律。義絕者，夫得據以出妻，固無論矣，夫妻有犯，法律亦不容其再合也。唐律戶婚義絕之條載：「諸犯義絕者離之，違者徒一年」。疏議云：「夫婦義合，義絕則離，違而不離，合得一年徒罪。」清律亦有若犯義絕，應離而不離者處罰之規定。輯註云：「……義絕必離，姑息不可也……應離而不離，則害於義……」。現行律之規定亦同。

夫不願離
妻不得求
去

然則妻如不滿於夫而求去，將何以處之乎？唐律義絕離之條載：妻妾擅去者徒二年，因而改嫁者加一等。疏議云：「婦人從夫，無自專之道，雖見兄弟，送迎尙不踰閭。若有心乖唱和，意在分離，背夫擅行，有懷他志，妻妾合徒二年，因擅去而即

夫可出妻
妻不得自
絕於夫

改嫁者，徒三年。清律載：『若夫無願離之情，妻輒背夫在逃者，杖一百，從夫嫁賣。其妻因逃而自改嫁者，絞監候。其因夫棄妻逃亡，三年之內，不告官司而逃去者，杖八十，擅改嫁者，杖一百。』註云：『婦人義當從夫，夫可出妻，妻不得自絕於夫。』現行律同。

許妻請離
之例外

由上所述，我國舊日惟夫有離婚之權，妻則無論如何，不能自絕於夫也。其例外許妻請離者，惟在下列二種情形下而已。（一）夫毆妻至折傷以上，先行審問，夫婦如願離異者，斷罪離異；不願離異者，論罪收贖。（二）夫逃亡三年不還者，並聽經告官給執照，別行改嫁。在第一項之情形，妻雖得請求離婚，而其能否達到目的，固猶繫於夫之同意與否也。我國數千年來，範於禮教，尊重夫權，遂演成離婚法上夫方專權離婚之現象。雖律有『和離』之條，〔註〕類似今日之兩願離婚制度，而妻亦不過處於被動的地位，在婦人從夫之觀念支配下，自鮮有由妻發意者也。

〔註〕唐律義絕離婚之條載：『若夫妻不相和諧而和離者不坐。』清律亦云：『若夫妻不相和諧而兩

「願離者不坐」。現行律同。

民國建元之後，現行律關於離婚制度，仍沿清律，亦即數千年來一貫之制度。其後民律草案，對於離婚，雖倣日本民法而兼採判決離婚與兩願離婚之制度，然迄未施行。且其內容仍有違反男女平等原則之處，殊堪訾議。至現行民法親屬篇出，我國之離婚制度，乃為之一新。

我國離婚之現制

第二款 我國離婚之現制

我民法所採之離婚制度，分為兩願離婚與判決離婚，分述於下。

兩願離婚

第一項 兩願離婚

第一 總說

兩願離婚之意義

兩願離婚，一名協議離婚，即以夫妻雙方之合意，解消婚姻關係之謂也。夫妻為此離婚之合意時，不問其有無離婚之原因及原因之如何，亦不問其願離之意，發自夫

兩願離婚
之要件

對於兩願
離婚限制
最嚴之
立法例

妻之何方，祇須當事人間有此合意。即為已足。蓋夫妻之間。每有情感相乖，雖尙未構成離婚之法定原因，而實際上，共同生活却已難於維持者，亦有雖已構成法定離婚原因，而不願公開其隱秘於世者，應許其兩願離婚，以為救濟也（民法一〇四九條前段）。

第二 兩願離婚之要件

各國法律之採取兩願離婚制者，限制之寬嚴，各有不同。限制嚴厲，程序複雜者，以比利時及羅馬利亞為最。此二國規定夫在二十五歲以下，妻在二十一歲以下者，不得兩願離婚。結婚未滿二年及結婚二十年後或妻滿四十五歲者，不得兩願離婚。凡欲兩願離婚者，須作成兩造財產目錄，清理兩造權利義務，向區法院呈送種種契約書，並須親到法庭，且須有公證人二人在場。經法院當庭勸諭後，始給與合意離婚之證明書。嗣後一年中，須每三個月從新為離婚之意思表示。經過一年後，須在十五日內偕同五十歲以上之友人二人親到法庭，法院始可受理其離婚之請求。經法院許可離婚後，更須於二十日內到身分登記吏之前，受離婚之宣告（比民二三三條以下，羅民一五四條以下）。

下)。我民法則祇稍加限制，規定兩願離婚者，須備左列之要件。

(一)須出於當事人之合意 兩願離婚，既係夫妻雙方之合意，則夫妻以外之第三人，當然不能越俎代庖。

未成人
須得法定
代理人之
同意

(二)未成人須得法定代理人之同意 兩願離婚雖以夫妻雙方之合意為已足，但青年氣盛，易為一時之感情所衝動，一言不合，各走極端，每致輕於離異，自貽後悔。故當事人若為未成人，即應得法定代理人之同意（民法一〇四）九條後段。蓋就一般之法律行為言，男女一經結婚，即有行為能力，無須得法定代理人之同意，而離婚之舉，應昭慎重，殊不能適用一般行為能力之規定也。

須備法定
之形式

(三)須備法定之形式 關於兩願離婚，日本採呈報主義（日民八）一〇條，蘇俄則不規定何種方式。我民法對於結婚，既未採登記形式，則對於離婚，自亦無須登記。惟離婚不僅有關於夫妻本身，於其親屬及社會亦不能無多少之影響，自應規定相當之形式，故民法規定兩願離婚，應以書面為之，並應有二人以上之證人簽名（民法一〇）五〇條。

判決離婚

第二項 判決離婚

第一 總說

判決離婚之意義

判決離婚，一名呈訴離婚，即夫妻之一方，於他方有法定原因之一時，得據以呈訴於法院，由法院以判決取消其婚姻之謂也（一〇五）二條。蓋夫妻之一方，若有使他方不能與之繼續共同生活之情事，而又不于他方以離婚之同意，則他方惟有請求法院，判令離異而已。

離婚之原因

第二 離婚之原因

有責主義與目的主義
概括主義與列舉主義

各國法律，對於判決離婚之原因，有採有責主義者，有採目的主義者。所謂有責主義，即以夫妻一方違背婚姻義務之惡行，應負離婚之責任為原因也。所謂目的主義者，即不問當事人一造有無責任，惟以不能達到婚姻目的之事實為原因也。前者如以重婚，通姦，虐待，遺棄等項，為離婚之原因是。（日民八）一三條後者如以惡疾，精神

病等項，爲離婚之原因是（德民一五六九條，瑞民一四一條）。民法係將目的主義與有責主義，兼而採之。

又關於原因之規定，有採概括主義者，如蘇俄一九一八年之離婚法是。現在各國大都採列舉主義我民法亦然。茲分述於左。

重婚爲離婚之原因

（一）配偶者爲重婚時 婚姻原爲一男一女之結合，故配偶者不得爲重婚。已如前述矣。重婚不僅破壞一夫一妻之制度，亦且違反夫妻互負貞操之義務，雖重婚依法在得撤銷之列，但既已與他人重婚，則其夫妻之感情已傷，難期共同生活之圓滿繼續，自應許其請求離婚也。（民法一〇五條二款）。

與人姦通爲離婚之原因

（二）配偶者與人姦通時 夫妻應互負貞操之義務，苟配偶者與人通姦，則破壞夫妻間之情感，障礙共同生活之繼續，故許其請求離婚。立法例有規定夫與人姦通，須被處姦淫罪時，妻始得據以提起離婚之訴者，如日本是（日民八一三條三款）。我民法基於男女平等之原則，不設此差別（同條二款）。

一夫使他人
方受不堪
同居之虐
待爲離婚
之原因

妻對夫直
系尊親屬
虐待或受
其虐待致
不堪共同
生活爲離
婚之原因

(三)夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者 夫妻之間，必也相親相愛，始能圓滿繼續共同生活。若一方對於他方，施以虐待而至使他方不堪同居，則情義已絕，難於強合矣，自應許他方請求離婚。所謂虐待者，即予以殘酷之待遇也，凡足使對方感受痛苦之積極的行爲及消極的行爲均屬之。毆打固謂之虐待，冒罵亦謂之虐待。他如強令對方爲不堪之負重；不與對方以衣食；強爲過度之房事或無故拒絕房事；夫令妻賣淫等，皆謂之虐待。惟其程度，是否已達於對方不堪同居之程度，則由法院視其夫妻之身分地位及其他情形而認定之（同條三款）。

(四)妻對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 民法我國家屬制度，相沿至今，非若歐美，子女一旦結婚，即行自組家庭。故民法仍依習慣採家屬主義。妻既與夫之父母，同居一室，則敬禮翁姑，亦即與夫增進感情之一道，反之，翁姑亦當以愛子之情慈愛其媳。若妻對於夫之直系尊親屬，橫加虐待，或受其虐待，均非人情之所許，故均爲離婚之原因，惟須達於

不堪爲共同生活之程度時，始能成立耳（同條四款）。

應規定贅

婚之虐待
問題

民法既承認贅婚，則贅夫對於妻之直系尊親屬如有虐待，或受妻之直系尊親屬之虐待，以致不堪爲共同生活時，自亦應許提起離婚之訴，而民法不爲規定，不能謂非疎忽也。

惡意遺棄
在繼續狀
態中爲離
婚之原因

惡意遺棄
之意義

（五）夫妻之一方，以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者。惡意遺棄者，夫妻之一方，違反同居義務及扶養義務之謂也。如夫無正當理由而拒絕妻同居，或妻無正當理由而不歸夫之住所。皆謂之惡意遺棄。又如一方在外從事於職業或營業，積有餘資，而坐視他方在家凍餒，不予接濟，亦謂之惡意離棄。若此等情事而在繼續狀態中，則名爲夫妻，實同路人。情義何在？故爲離婚之原因。但雖有惡意遺棄之事，若非繼續狀態（如前經一度遺棄，現已回復原狀），即不在請求離婚之限（同條五款）。

一方意圖

（六）夫妻之一方，意圖殺害他方者。夫妻同居一室，朝夕相隨，若一方意圖殺害他

殺害他方
為離婚之
原因
有不治之
惡疾為離
婚之原因

方，則險象環生，防不勝防，難於共處矣。自應構成離婚之原因（同條六款）。

（七）有不治之惡疾者 夫妻之一方，如染有花柳病及其他惡疾，不僅妨害婚姻之目的，抑且危及他方及其子女之健康。此等惡疾若達於不治之程度，則為他方之幸福計，應許其請求離婚。若其所染之惡疾，尚可治療，即可構成離婚之原因（同條七款）。

有重大不
治之精神
病為離婚
之原因

（八）有重大不治之精神病者 現代婚姻之主要目的，實為夫婦之精神的共同生活，精神病足以阻止精神的交通，故為離婚之原因，若夫妻之一方，對於他方已染精神病者，終生扶持，無怨無尤，固為道德之所贊許，法律却不能強人為之。因之精神病如果達於重大不治之程度，自應許他方據以請求離婚。然亦必達於重大不治之程度，而後可許離婚，何也？人之精神，常有一時的或部分的失其常態者，配偶者正宜本其扶養義務之責，為之治療，若非重大不治之精神病，而亦許其離婚，則不近人情矣（同條八款）。

生死不明
已逾三年
為離婚之
原因

(九)生死不明已逾三年者 配偶者三年之久，消息杳然，其違背夫妻同居與扶養之義務甚矣，故為離婚之原因。雖民法總則會規定失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之請求，為死亡之宣告（民法第四條）。死亡宣告後，自可再婚，似無另行規定之必要。惟總則定期過長，使他方失再婚之機會，故親屬編特參照舊律夫逃亡三年不還者，聽經告官給執照別行改嫁之義，而為此規定（同條九款）。

被處徒刑
三年以上
或因不名
譽罪被處
徒刑為離
婚之原因

(十)被處三年以上之徒刑，或犯不名譽之罪被處徒刑者 有此情形，不僅受刑者名譽掃地，且使配偶者連帶蒙垢，為世非笑，故應為離婚之原因（同條十款）。以上十端，為判決離婚之原因，此外則不得據以請求離婚矣。

離婚之訴

第三 離婚之訴

離婚訴權

既具法定離婚之原因，則離婚之訴，即可發生。然則離婚訴權屬於何人，何時發生，何時消滅乎？茲述之於左。

離婚訴權

(一)離婚訴權屬於夫妻本人 離婚者，夫妻生存中解消其婚姻關係者也，其因此而

屬於夫妻
本人

生之利害，惟夫妻本人受之。且夫妻為愛情之結合，一方縱已構成離婚之原因，而他方追念前情，或冀其後悔，隱忍不發者，亦常有之。故離婚訴權，專屬於夫妻本人。他如夫妻之父母，債權人及其他利害關係人，均無此權。惟夫妻若為禁治產人時，則其監護人得取得親屬會議之同意，提起訴訟，如監護人即為禁治產人之配偶，得由親屬會議另選訴訟代理人，代為訴訟（民訴五三七條）。

離婚訴權
之發生

(二)離婚訴權係發生於結婚以後 離婚訴權雖因法定之離婚原因而生，然其原因若起於結婚以前者，則離婚訴權不能發生。如與人通姦，雖為離婚之原因，但其通姦行為，若在結婚以前，則男女並不互負貞操之義務，自不能於結婚後，追溯以前之行為也。又如被處徒刑雖為離婚之原因，但其判決確定，若在結婚以前，則事實昭彰，他方明知之而與之結婚，自不能於結婚以後再據以為請求離婚之理由也。

離婚訴權

(三)離婚訴權消滅之原因 凡有左列原因之存在者，不得請求離婚。一稱此等原因

消滅之原因

爲離婚不受理之原因。

同意

(A)同意：對於前述法定離婚原因第一款第二款之情事，有請求權之一方，若於

同意之意

事前同意他方之行爲者，不得請求離婚（民法一〇五三條）。所謂同意者，謂積極的助

成其行爲，或消極的不制止其行爲也。前者如一方幫助他方犯姦淫罪是，後者

如一方明知他方將爲重婚而縱容不加制止是。

宥恕

(B)宥恕：對於前述法定離婚原因第一款第二款之情事，若事後宥恕者，不得請

宥恕之意

求離婚（同條）。所謂宥恕，係指一方已爲不究他方非行之意思表示而言，非僅

一時顧忌隱忍不發也。例如一方已知他方與人姦通之情事，而情感仍相融洽，

視若無事者，則其有拋棄訴權之意思也明矣，故不得再據以請求離婚。

期間經過

(C)期間經過：離婚訴權，若使其長久存在，亦殊不宜，故民法規定相當之期間

，逾此則其訴權消滅。(I)對於一〇五二條第一款第二款之情事，有請求權之

一方，自知悉後已逾六個月，或自其情事發生後已逾二年者，不得請求離婚（

民法一〇五三條(2)對於一〇五二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。

離婚之效力

第三款 離婚之效力

離婚為夫妻生存中解消婚姻關係之方法，故因婚姻而生之關係，均因離婚而終結。茲將離婚之效力，分述於左。

第一項 離婚及於身分上之效力

離婚及於身分上之效力
消滅夫妻關係

第一 消滅夫妻關係

離婚之目的，既在解消婚姻關係，則因婚姻關係之斷絕，而夫妻間往日所應享之權利，與應負之義務，均歸消滅，各回復婚姻以前之狀態矣。

第二 消滅家屬及姻親關係

消滅家屬及姻親關係

夫妻關係消滅之結果，家屬及姻親關係，自亦隨之而消滅。妻因離婚而去夫家，贅

夫因離婚而去妻家，不復再為夫或妻之家屬之一員。並依民法九七一條之規定，而消滅姻親關係。惟姻親關係消滅後，關於姻親結婚之限制，則仍有效（民法九八三條二項）。

第二項 離婚及於子女之效力

離婚及於子女之效力

親子關係本自然之血統關係，非可人為的使之斷絕者，故夫妻關係與家屬關係及姻戚關係，雖因離婚而消滅，而親子關係則不能隨離婚以消滅也。夫妻離婚後，其子女對於生父生母，仍屬血親。

關於子女之監護

於此有一問題，即關於子女之監護也。監護子女，原屬於父母子女間權利之範圍，然則離婚之後，夫妻既已訣別，關於子女之監護，究應何方任之乎？有時為懷抱兒計，則宜妻任之，有時為子女教育計，則宜父任之，有時妻有經濟能力而夫無之，則宜妻任之，有時夫有經濟能力而妻不能為懷抱兒以妨其生計，則雖懷抱兒亦宜夫任之，此應以何方監護為適當而定，不應忽視子女之養教問題也。故不問其為兩願離婚，抑為判決離婚，均許夫妻以契約定之，其無契約者，原則上由夫擔任（民法一〇五一）

夫妻約定

無契約者
由夫監護
法院指定
監護人及
離婚上之
財產效力
夫妻各取
同固有財
產

條，一〇五）。但在判決離婚、法院得斟酌情形，爲其子女之利益計，另定妻或夫以五條前段）
外之監護人（民法一〇五）
五條後段）。

第三項 離婚及於財產上之效力

第一 夫妻各取固有財產

夫妻財產制，原爲維持夫妻之共同生活者也，夫妻既已離婚，則共同生活自屬無由繼續，因之夫妻財產關係，亦歸消滅。無論其原用何種夫妻財產制，均已失其效力，故應許各取回其固有財產，以維雙方之利益而免糾葛。但各種財產制，除分別財產制外，其財產之管理及使用收益權，均屬於夫，故妻之財產，如有短少，應由夫負補償之責。惟其短少，若非由可歸責於夫之事由而生，則夫不負責（民法一〇五）。

損害賠償

第二 一方得向有過失之他方請求損害賠償

在兩願離婚，當事人雙方既係出於自願，當然不至發生損害賠償之問題。然在判決離婚，則夫妻之一方，如因此而受有損害，得向有過失之他方請求賠償也（民法一〇五六條一）。

上之損害
賠償

項。此項請求權，須他方有過失，始可發生。

關於精神
上之賠償

受害人自己若無過失，則雖非財產上之損害，亦得請求相當之賠償，藉資慰藉（同條）。

（二）此項損害賠償之請求權，原為慰藉受害人精神上之損害而設，故僅限於受害人得主張之，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者。不在此限（同條三項）。

贈養費之
給與

第三 贈養費之給與

夫妻無過失之一方，因判決離婚而致生活陷於困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贈養費（民法一〇五七條）。蓋夫妻同居共處，為時非暫，今雖一旦離異，而追念前情，殊不應坐視無過失之對方，陷於生活困難而不一救濟之，且一人之生活困難，對於社會亦有影響，法律亦不能不責成他方救濟之也。至於兩願離婚，夫妻雙方對此問題，自有商定，故不為規定。

第三章 父母子女

生理上之親子與法律上之親子

第一節 生理上之親子與法律上之親子

婚姻爲親屬關係發生之泉源，『有夫婦然後有父子』，是夫婦父母子女，實爲親屬團體之中心。故親屬法於婚姻之後，繼以父母子女之規定焉。

然則父母子女之關係，果僅本於生理上之血統關係乎？由生物學之觀點言之，固如是也，若依法律之觀點言之，則不盡然。蓋法律定父母子女關係之存否，決不僅以生理上是否父母子女爲斷。生理上縱爲父母子女，法律上以認此父母子女爲不當因而不認其爲父母子女者有之；生理上雖非父母子女，法律上以擬制而認爲父母子女者亦有之。質言之，卽生物學上之父母子女，一以血統關係爲衡，法律上之父母子女，則以法律關係定之也。茲所論者，乃法律上之父母子女。

吾國歷來之親子關係

第二節 吾國歷來之親子關係

我國在昔宗法社會，嫡庶之界極嚴，同爲親生子，因其生母之地位不同，而致所受之待遇，大相懸殊。舊律因之，著爲條例。舊律對於親生子，分爲嫡子，庶子，姦生子；而對於擬制之親子，則分爲嗣子，養子。

嫡子之意

何謂嫡子？指正妻所生之子而言也。增韻釋嫡云：『正室曰嫡，正室所生之子曰嫡

義庶子之意

子。一曰嫡，敵也，言無與敵也。何謂庶子？指妾所生之子而言也。庶子之稱，原含有輕視之意。劉熙釋名釋親屬云：『庶，撫也，撫拾之也，謂拾撫微陋待遇之也。』

嫡子與庶子所受待遇之差異

然則嫡子與庶子，所受待遇之差異如何？考宗法原以親親相號召，用爲古代貴族團結其一族以治理平民之工具。『親親故尊祖』，尊祖卽『莫重於祭』。宗法旣以木之正出爲本。傍出爲枝，子之正出爲嫡，傍出爲庶，則惟嫡子爲父祖之繼體，嫡子始得祭父祖焉。喪服小記云：『庶子不祭，明其宗也』。故宗祧繼承，爲嫡子之特權，必也無嫡子時，庶子始能有之。唐律規定嫡長子已死，則立嫡孫承宗，若嫡孫

嫡子之特權

嫡子出生之儀式

亦死，則以次立嫡長子同母弟，無同母弟，則立庶子。清律因之，現行律未改（立嫡子違法條），民律草案仍沿其舊。（第一次一三八九條，第二次七六條，第三次一四五條）第三次草案且規定立庶子爲嫡子時，自呈報戶籍吏登記時生效，以示慎重（一四六條）。

嫡子與庶子之間，不但權利懸殊，其出生之儀式，亦各有別。禮內則云：「妻將生子，及月辰，居側室。夫使人日再問之，作而自問之……」。子生後，「三月之末，擇日剪髮爲髻，男角女羈，否則男左女右。是日也，妻以子見於父。貴人則爲衣服，由命士以下皆漱澣。男女夙興，沐浴衣服，具視朝食。夫入門，升自阼階，立於阼，西鄉。妻抱子出房，當楣立，東面。姆先相曰，某敢用時日，祇見孺子。夫對曰：欽有帥。父執子之右手，咳而名之。妻對曰：記有成，遂左還授師……妻遂適寢」（內則）。妻將生子，及月辰，夫使人日一問之。子生，三月之末，漱澣夙齊，見於內寢，禮之如始入室」（內則）。

庶子出生之儀式

姦生子之

庶子因其出生之母爲妾，不能與嫡子享受同等之待遇，已如上述。至若姦生子，則

法律地位

其所處之法律地位，更低於庶子矣。蓋妾之地位雖卑，尚爲禮制所認許，故庶子猶有例外繼承宗祧之機會，且與嫡子有平等之財產繼承權（清律，現行律，均如此規定）。姦生子則以擯斥於禮制之故，絕對無宗祧繼承權，且於父之遺產，僅得依子量與半分（現行律戶役卑幼私擅用財條例二；民事草案第一次一四七四條，第二次繼承編七五條）。

嗣子與養子

嗣子之意義

立嗣制度之起源

立嗣之概略
所後者爲
大宗

嗣子與養子，在舊律同爲擬制之子，而意義則各不同。嗣子者，過繼於同宗之無後者以承其嗣續之子也。立嗣制度，起於宗法時代。蓋大宗所以收族，若大宗無子，則宗將以絕，而小宗無所統，族類亂矣，故必有以存續之。存續之法，厥爲立嗣。立嗣之事，概略如下：（一）所後者爲大宗。儀禮喪服傳曰：『爲人後者孰後？後大宗也。曷爲後大宗？大宗者尊之統也。禽獸知母而不知父，野人曰，父母何算焉。都邑之士則知尊禰矣，大夫及學士則知尊祖矣。諸侯及其大祖，天子及其始祖之所自出。尊者尊統上，卑者卑統下。大宗者尊之統也。大宗者收族者也，不可以絕，故族人以支子後大宗也』。至若小宗，乃五世則遷之宗，不得爲尊統領族人，

爲後者爲宗人

爲後者爲支子

爲後者與所後者輩分相當

殤不立後

後世立嗣之制不合古法者三

故不立嗣而使其從祖耐食焉。從祖耐食，則『雖未嘗繼嗣，而其祭祀固未嘗絕也』。

(二)爲後者爲宗人。異姓不可爲後，『神不散非族』故也。儀禮喪服傳曰：『何如

而可爲之後？同宗則可爲之後』。(三)爲後者爲支子。儀禮喪服傳曰：『何如而可

以爲人後？支子可也』。又曰：『嫡子不得後大宗』。蓋立嗣制度，原所以承祭祀，

嫡子自有承重祭祀之義務，故不得爲嗣子。(四)爲後者與所後者昭穆相當。禮月令

曰：『無子者，聽養同宗於昭穆相當者』。蓋宗族尊卑有序，不可凌亂，若輩分不

相當，亦得爲嗣，則親等變亂，名分乖違，一切親族關係，悉混淆不知所極矣。

(五)殤不立後。年十九以下而死爲殤。『殤無爲人父之道』，故禮曾子問曰：『宗

子爲殤而死，庶子不爲後也』。然若爲國戰死，則雖殤亦可立後。孔子曰：『能執

干戈以衛社稷，雖欲無殤，不亦可乎？』(見檀弓)。

以上所述，乃古禮也。後世立嗣之制，雖仍爲宗法無子立後之遺跡。但揆之古法，

已不盡合：(一)族無大宗小宗之別，凡無子者皆可立嗣。(二)異姓爲後，雖懸厲禁

，然立嗣已不限於同宗。(三)獨子後人，雖爲法所不許，然已無嫡子不得爲後之限制。要之其爲承祭祀綿血食之趣旨，固與古無殊也。

根本愚旨
仍與古無
殊
養子身分
之取得
養子與嗣
子不同之
點七

養子即養子，其身分係因收養或乞養而取得者也。其與嗣子不同之點如下：(一)嗣子限於同姓，養子有同姓者，亦有異姓者，且有姓名不可考者。(二)嗣子以繼承宗祧爲目的，養子則以情愛爲條件，目的不在繼承宗祧，且不許異姓或姓名不可考之養子，繼承宗祧，「註一」防亂族也。(三)立嗣既爲繼承宗祧，故非無子者不得爲嗣父，養親則雖有親生子或立有嗣子，仍得收養養子。「註二」(四)嗣子限於男子爲之，養子則女子亦得爲之。「註三」(五)嗣子當然繼承財產，養子則不能爲遺產繼承人。「註四」(六)收養養子，有時卽爲恤孤，若此者古代且有獎勵，「註五」尤與立嗣之意義不同。(七)立嗣行爲，或由所後之父生前爲之，或係所後之父死後由所後之母爲之，或係所後父母均死後由所後父之直系尊親屬或親屬會議爲之、換言之，立嗣不以所後父母之生前行爲爲限。收養或乞養行爲，則須係收養者或乞養者之生前

行爲也。

【註一】現行律戶役門立嫡子遠法條內載：義男女婿爲所後之親喜悅者，聽其相爲依倚，不許嫡子並本生父母用計逼逐，仍酌分給財產。又，凡乞養異姓義子有情願歸宗者，不許將分得財產撥回本宗。其收養三歲以下遺棄小兒，仍依律即從其姓，但不得以無子遂立爲嗣。仍酌分給財產，不必勒令歸宗。又，大理院判例，五年上字第七七八號內載：異姓養子不能繼承宗祧等語。

【註二】大理院判例，四年上字第一九七一號內載：凡收養義子與立繼不同，其有無親生子或立有繼子，在所不問。

【註三】舊律縱容妻妾犯姦條載有「若抑勒乞養女與人通姦」之語。大理院判例，七年上字一九五號，亦有同樣之記載，故知女子得爲養子。

【註四】大理院判例，七年上字第三五號內載：養子不能爲遺產繼承人，只可聽養家的量給予財產，不得要求均分。至酌給之程度，則視其對於養家盡力之如何以爲斷。

【註五】管子入國篇曰：所謂恤孤者，凡國都皆有掌孤士，人死子孤，幼無父母所養，不能自生者，屬之於鄉黨。故人養一孤者，一子無征，養二孤者，二子無征，養三孤者，盡家無征。……

民法上之
親子關係

第三節 民法上之親子關係

舊律以宗祧繼承爲重，故一方嚴嫡庶之界，一方設立嗣制度以爲無後者延其嗣續。現行民法既不承認妾制，且已廢止宗祧繼承，則庶子與嗣子之名稱，自無存在之餘地，故於親子關係，惟區別爲婚生子女與非婚生子女，及養子女而規定之。且其規定，係概括男女而言，亦與舊律軒男而輕女者異。

民法上之
親子關係
與舊律之
親子關係
不同之點

婚生子女

第一款 婚生子女

婚生與嫡
出名稱之
差別

民法之所謂婚生，與舊律之所嫡出，似同而實異。蓋嫡出爲與庶出對立之名稱，係別妻生子於妾生子者，自屬一妻多妾制下所特有，且與宗祧有緊密之關係。今妾制

既爲法律所否認，自無所謂庶出，既無庶出，則嫡出之名稱亦失其意義矣。故民法於表示尊重正式婚姻之趣旨下，稱由婚姻關係受胎而生之子女，爲婚生子女（民法一〇六一條）。

婚生之推定

第一項 婚生之推定

婚生之條件

所謂婚生。第一必須父母係夫妻，第二必須子係妻所生，自不待言。但僅此尙不足以言婚生條件之具備，必也妻所生之子女而實爲夫之血脉者，始得謂之婚生子女。然則如何而後可信爲夫之血脉乎？此乃目前尙難直接證明之事也。舊法有依『合血』而決定是否夫之血脉者，今日醫學上不承認其正確。故民法特設下列推定之條件。

受胎係在婚姻關係存續中

第一 受胎係在婚姻關係存續中

此種推定，乃法律依已知之事實而推究未知事實之結論。所謂已知之事實，即妻爲出生子女之母親也。所謂未知之事實，即夫爲出生子女之父親也。因妻爲母而推知

「婚姻示父」

夫爲父，因「婚姻中之妻爲母」之已知事實，遂下「其夫爲父」之推定。此即依羅馬法「婚姻示父」(Pater is est quem nuptiae demonstrant)之原則而規定者也。

(民法一〇六)立法例中，採用此原則者，有法國，德國，瑞士，日本等。(民法三一二條，德民一五九一條，瑞民二五二條，日民八二〇條)

但受胎雖在婚姻關係存續中，若受胎期間內，夫並未與妻同居，則其子女之所從來，實屬疑問。蓋受胎係雙方行爲，非一人所能成立也。故受胎在婚姻關係存續中，固爲推定婚生之條件，而受胎期內夫妻同居，又爲此條件成立之要素。(民法一〇六條三項前段)

推定婚生之條件成立之要素

受胎期間之推定

第二 受胎期間之推定

妻之受胎，係在婚姻關係存續中，推定其所生子女爲婚生子女，已如前述。然受胎時期之確知方法，至今尚未發見，證明受胎，極爲困難。故各國法律，多設受胎期間之規定。蓋以受胎之準確時日雖不可測知，而受胎之期間則可推定也。所謂受胎

規定受胎
期間之三
種立法例

民法之受
胎期間

期間，即以胎兒在母腹中最長之日數，與最短之日數相較而得之差數，而設定之者也。據醫學家云：胎兒在母腹中，最短期有經過一百八十日即生者，最長日有經過三百日始生者，其最短期與最長期相差之百餘日，即為受胎期間。惟受胎期間之規定，各國立法例互有不同。法國民法從出生日回溯自第一百八十日起至三百日止，以其間之一百二十一日為受胎期間。（法民三一二條及三一三條）德國民法從出生日回溯自第一百八十一日起至三百二日止，以其間之一百二十二日為受胎期間。（德民一五九二條）日本民法則規定從婚姻成立日起，於二百日後，婚姻解消或撤銷日起，於三百日內所生之子女，惟定為婚姻中懷胎之子女。（日民八二〇條二項）我民法採取德制，從子女出生日回溯自第一百八十一日起至第三百二日止，以其間之一百二十一日為受胎期間。此受胎期間內，有一日在婚姻有效中，而又有夫妻同居之事實者，即推定其為婚生子女。（民法一〇六二條一項）

上述受胎期間之推定，不過依普通情形而言。實則胎兒發育之程度，不無例外，有

法律上之
推定與其
反證

不及一百八十一日而即生者，有超過三百二日而始生者，事雖少見，間亦有之。如能為事實之證明，則法律上之推定，自因事實之反證而失效，故能證明受胎回溯在第三百二日以前者，民法許其以該期間為受胎期間。（一〇六二條二項）所謂證明，如經醫生檢查，認定胎兒發育之程度，在母腹中實已逾三百二日之類是。惟民法僅就三百二日以前者為規定，而於未滿一百八十一日者，則未之及，未免疎忽。

違反再婚
期間女子
所生子女
之推定問
題

於此有一問題，即女子往往有違反再婚限制，不滿六個月而再婚者。若此再婚之女子，於前婚消滅後三百二日內，後婚成立後一百八十一日以外分娩時，其所生之子女，果推定為前夫之子女乎，抑推定為後夫之子女乎？此際得推定為後夫之子女，亦得推定為前夫之子女。德國民法明定在前婚消滅後二百七十日內所生者，為前夫之子女，二百七十日後所生者，為後夫之子女（德民一六條）。日本民法則規定由法院審察事實以為判斷（日民八條二條）。德民所規定者，對於事實難期盡合，自以日民之規定，較為適當。我民法關於此點，雖無明文規定，而解釋上自係由法院自由裁量也。

認婚生之否

第二項 婚生之否認

前述婚姻關係存續中妻所受胎之子女為婚生子女者，乃法律依普通情形而設之推定，若有可資反證之事實，則法律自難強人以認他人之子女為己之子女，故與夫以否認其為婚生之權利。此種權利，名曰否認權。因否認須於法院請求之，故又名曰否認訴訟權。（一〇六三條）
（二項前段）

否認之原因

第一 否認之原因

否認之原因，德民及日民，均採概括主義，凡提出足以推翻法律上之推定之事實者，均得行使其否認權。（德民一五九三條）
（日民八三三條）我民法採列舉主義，並僅規定夫能證明於受胎期內，未與妻同居者，得提起否認之訴。所謂未同居，法國學者分之為有形的與無形的。有形的未同居，指法定受胎期內，因有形之障礙而不能與妻同居者而言，例如夫妻在受胎期內，兩地睽違，或因事變而夫妻未為有形上之同居是。但依此原

有形均未同居與無形的未同居

因否認婚生者，必須受胎期內，全未同居，若此期內有一日之同居，即不得推翻普通之推定。蓋此期中，任何時日，皆可受胎也。無形的未同居，指夫妻因障礙而未接近之事實而言，例如夫妻在受胎期內不和，或夫因病不能人道是。我民法所謂夫於受胎期內，未與妻同居者，當係包括有形的未同居與無形的未同居者也。

否認權之所屬

第二 否認權之所屬

法律所推定之婚生，是否合於事實，惟夫妻二人知之。但妻若主張所生之子女非夫之子女，則直暴露其為姦通之事實耳，不近人情，莫此為甚，故此權惟夫有之。但夫於法定起訴期間內死亡者，繼承權被侵害之人，得提起否認之訴。又，夫於提起

否認之訴

否認子女之訴後死亡者，繼承權被侵害人亦得承受其訴訟。（民訴五四九條）此等訴訟之管

轄，專屬子女之普通審判籍所在地之第一審法院。或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院（民訴五四八條）。

否認權之相對人

第三 否認權之相對人

否認婚生之訴，爲推翻子女爲己所出之推定，而受此推翻之影響者，卽子女也。故子女爲否認權之相對人，民事訴訟法第五五一條，規定否認子女之訴，子女於判決確定前死亡者，本案訴訟，視爲終結，蓋以否認權之客體欠缺也。

否認權之消滅

第四 否認權之消滅

否認權行使時效之立法例

否認權因期間之經過而消滅，各國法律大抵皆然。蓋以夫之婚生否認權，若使永久存在，不獨子女之地位，常不確定，且證據漸歸消滅，判定尤難也。法國區分否認權之行使期間爲數種：(1)夫在出生地者，於出生後一個月，(2)不在出生地者，於歸來後二個月，(3)妻對於夫將出生隱蔽者，於明知後二個月，若逾此短期而不行使，則否認權卽歸消滅。(法民三一六條)德國及日本，均規定自知悉子女出生之日起，一年內爲行使否認權之期間。(德民一五九四條)我民法以否認權經過一二月卽行消滅，未免過短，且分別種類，亦太煩瑣，故倣德日例以爲規定。(民法一〇六三條二項後段)若夫於法定起訴期間內死亡，其繼承權被侵害之人，應於夫死亡之日起，六個月內提起

民法上否認權行使之時效

否認之訴（民訴五四）
九條二項）。

否認之效
第五 否認之效果

否認之訴，經駁斥之判決確定後，無論何人不得否認親子關係之存在。反之，判決宣告親子關係不存在後，無論何人不得主張親子關係之存在也。

非婚生子女
第二款 非婚生子女

第一項 非婚生子女之認領

非婚生子女
女之認領
非婚生子女
女之意義

非婚生子女者，非正式婚姻之男女所生之子女也，即舊律之所謂姦生子。立法例對於非婚生子女與其實事上父母之關係，主張不一。有謂非婚生子女，當然有法律上之父母者；有謂法律上雖當然有母，然非當然有父者；又有謂並非法律上有當然之父母，而係父母得認領之，因認領而始定其父子或母子之關係者。蓋無論何人，皆非無父母而生，非婚生子女之有父母，乃無可置疑之事。惟非婚生子女之父為誰，

知之甚難，故非婚生子女與其父之間之親子關係，因認領而始發生，實為理所當然也。故我民法特設認領之制，以資證明，茲述之於左。

認領之種類 第一 認領之種類

非婚生子女之認領，有二種之區別，即任意認領與強制認領，是也。

任意認領 (一) 任意認領 任意認領者，基於本人之自動而認非婚生子女為己所出之謂也。茲

就民法關於任意認領之規定，分述於後。

認領者

(1) 認領者 各國法律，有僅規定父之認領。而無須母之認領者，如德國是（德一七二八條，一）。有規定父母均須認領者，如法國，日本是（法三三六條，日八二七條，德七二〇條二項）。

前者以為非婚生子女對於其母，因分娩之顯然事實，即可確定其母子之關係，無待母認領之必要。後者以為事實上，亦有不知非婚生子女之母為誰之時，如

棄兒是。我民法則從德制（法一〇六條二項）。

認領行為他人不得

非婚生子女究為己出與否，惟父本人始有充分之知識，故認領之行爲，他人不

代爲之

得代父爲之。此觀於民事訴訟法五五二條之規定而可知者也。

被認領者

(2) 被認領者 多數法例，僅對於出生後之子女，得認領之，胎兒不能爲認領之對象。但依日本民法八三一條之規定，則許認領及於胎兒，惟須得其母之承諾耳。其意蓋以爲情勢急迫，如父病垂危，殊難待胎兒之出生而認領，若不予以變通，則不但其子將來陷於無父之不幸，卽死者亦抱無兒之恨以終也。我民法對於認領胎兒一事，未設規定，然戶籍法六三條，則明載認領未出生之子女等語，是我國亦許認領胎兒也。

胎兒亦爲認領之對象

已經死亡之子女可否認領之問題

又，關於已經死亡之子女可否認領之問題，法國學者議論紛紜。有謂「認領之目的，在於爲子女之利益而確定其身分，子女既死亡，則認領之目的已失，徒爲射利子女之繼承而出此耳。故法律不可明許其認領。」有謂「認領死亡之子女，當係由於不得已之情形而遲延其認領，未可遽斷其爲射利之目的，若認領者果爲其子女之父或母，則其認領卽爲權利之執行，自不得以不正之射利視之

。故應許其認領。日民折衷兩者而定爲非婚生子女死亡後，如有直系卑屬時，得認領之。（日民八三一條二項）然認領死亡之子女，終屬無謂之舉，我民法不爲規定，宜也。

認領之方式

（3）認領之方式 認領之目的，既爲確定子女之身分，自應出以要式行爲，方昭慎重。故法民德民，均規定須具備公證證書，（法民三三四條，德民一七一八條，一七二〇條二項）日民及民草，規定須呈報於戶籍吏。（日民八二九條，民草一四〇四條二項）現行戶籍法六二條，亦有關於非婚生子女認領登記聲請之規定，是登記爲認領之要式也。日民除呈報戶籍吏外，尚有遺囑之方式，蓋爲認領者臨死不及呈報時而設，似亦可採。

現經生父撫育者，則事須認領

非婚生子女之認領，須以要式行爲出之，已如上述。但現經生父撫育者，則事實已足證明其認領，自應視爲認領而無須經過認領之程序也。（民法一〇六五條一項後段）。

認領之撤銷

（4）認領之撤銷 普通法律行爲，當事人可以任意撤銷。然生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領。蓋非婚生子女一經生父認領，卽與之發生親子關係，而

認領撤銷

之禁止

此種親子關係，乃本於自然事實而生者，故應不許生父於認領後，復將認領撤銷，以妨害非婚生子女之身分也（民法一〇七〇條）。但因詐欺或脅迫而為之認領，認領者得撤銷之，惟須提起認領撤銷之訴耳。此種訴訟之管轄，專屬子女之普通

許可認領
撤銷之例
外

審判籍所在地之第一審法院，或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院（民八五四條）。

認領之否

（五）認領之否認 非婚生子女之認領，係生父之單獨行為，僅由生父一方之意思表示，即生效力。但認領者，若非非婚生子女之真父，而係冒認他人之子女為己之子女，則不但有損於非婚生子女及其生母之名譽，抑且難免詐索之弊，故民法許非婚生子女或其生母，對於生父之認領，得否認之（一〇六條六條）。

強制認領

（二）強制認領 強制認領者，即生父本人不自動的認領時，由非婚生子女之生母或其他法定代理人，向其請求認領，或訴請法院強其認領之謂也。強制認領，亦稱尋認父系。關於此點，有主張許之者，有主張不許之者。其主張不許之者曰：

強制認領
之贊否

認領必出於父之任意而後可，若許強其認領，則無恥女子，與人姦通而育子後，將虛構事實，藉爲圖利之具，使品行端正之人，無端被污；甚或不肖之徒，唆使非婚生子女，攀認富有者以遂其詐騙之術，敗壞風紀，弊不堪言。其主張許之者曰：『漁色之徒，引誘良善婦女，及其有孕，棄之不顧者，屢見不鮮。於是女子方面，或因兒累，生計窮迫，或出殘忍之行，墮胎溺兒，若不許尋認父系，斯無異置無辜之非婚生子女及其生母於絕地也』。現在各國法律多傾向後者之主張，即從前禁止尋認父系者，亦多改正。如法國原祇許尋認母系，不許尋認父系，然一九一二年一月十六日之法律，則改正從前之規定而許尋認父系矣。摩洛哥，比利時，葡萄牙，希臘等國亦然（摩洛哥於一九〇七年，比利時於一九〇八年，葡萄牙於一九一〇年，相繼改許尋認父系，希臘一九二七年十一月十三日之新民法，亦許尋認父系。）至如瑞士，奧大利，日本等國之民法，初未禁止尋認父系也。我國舊律犯姦條例載明『姦生子女責付姦夫收養』，則與德國民法規定非婚

民法承認
強制認領

生子女得向生父請求扶養者相類似（德民一七〇八，一七一一等條）。民律草案一三兩次均主張強制認領（第一次草案一四〇八條，第三次草案一六一條），現行民法亦然（民法一〇六七條）。茲就民法之規定，述其要點於左。

認領請求
權之所屬

（一）認領請求權之所屬 各國法律，對於得請求認領者之規定，範圍不一，要皆廣泛。瑞士民法，規定非婚生子女之母或監護人，及滿十四歲之非婚生子女，得提起確定父系之訴（瑞民三〇七條）。希臘新民法亦然（一〇條）。範圍尤廣者，厥為日本民法，非婚生子女及其直系卑屬，或此等人之法定代理人，均得請求認領（日民八三五條）。民草一三兩次，均從日例（第一次草案一四〇八條，第三次草案一六一條）。現行民法，惟規定非婚生子女之生母及其法定代理人，得請求生父認領（民法一〇六七條一項），而非婚生子女本人則無此權。日民及民草，範圍固未免過寬，而現行民法，範圍又未免過狹，不知立法者，亦會思及強制認領制度之主要目的，在計子女之利益否也。以利害切身之非婚生子女本身，反無請求權，真難索解。

民法對於
認領者之範圍
規定太狹
之不當

請求認領
之條件

概括主義
與列舉主
義

列舉主義
之弊

(2) 請求認領之條件 依民法一〇六七條之規定，有下列情形之一者，得請求認領。(a) 受胎期間內，生父與生母有同居之事實者。(b) 由生父所作之文書，可證明其為生父者。(c) 生母為生父強姦或略誘成姦者。(d) 生母因生父濫用權勢成姦者。各國法律，對於請求認領之條件，有為概括的規定者，如日本及民草是(日民八三五條，民草第一次一四〇八條，第三次一六一條)。所謂概括的規定，即不規定何種情形，而許有請求權者，得據事實訴由法院自由判斷之也。有為列舉的規定者，如巴西是(巴民三六三條)。凡情形不在列舉之內者，無論何種事實，皆不得據以請求。我民法所採者，即列舉主義也。列舉主義，易於疎漏，殊有礙於非婚生子女之利益。如上述之(c)款，既明定生母為生父強姦或略誘成姦者，為請求認領之條件，是和姦及和誘成姦者，除有(a)款或(b)款之情形外，其他任何事實，均不能據以請求認領矣。然和姦及和誘成姦之中，不會同居者。正居多數，豈非多數之非婚生子女，被剝奪父系尋認權乎？

請求認領
之限制

有上述法定條件之一時，雖得請求認領，然必須生母於受胎期內，未曾與他人通姦或為放蕩之生活而後可。若有此等行為，則不得請求認領（民法一〇六八條）。蓋

限制之不
當

以有此情形，不但生母有相當之過失，且不能確定子女出自何人也。然生母與生父，既非婚姻關係，何能責以貞操之義務？至如不能確定子女出自何人，亦可做照蘇俄民法，由法院判決，認其中一人為子女之父（蘇俄婚姻親屬及監護法三二條）。總之強制認領之制，既為子女利益而設，自應處處顧及子女之利益，不應以父母之惡行，而使無辜之子女受累也。

請求權之
消滅

（3）請求權因期間經過而消滅 各國法律對於認領請求權之行使期間有定為一年者（瑞民法三〇八條），有定為三年者（希臘民法一四條），有不加限制者（如日本）。我民法則規定自子女出生後，五年間不行使，即歸消滅（民法一〇六七條二項）。

認領之效
力 第二 認領之效力

溯及出生 認領為親子關係之表明，其行為雖不盡在子女出生之初，而認領之效力，則溯及於

時

出生時。蓋親子關係爲自然之事，決不因出生以來之隔離而或淪也。所謂溯及出生時者，即視爲親子關係自出生時即已發生之謂也。換言之，凡因親子關係所生之一切權利義務，溯及子女出生時而生效，不以認領後爲限。被認領者若爲胎兒，其出生時如保有生命，即自出生之日發生認領之效力，自不待言（民法一〇六條前段）。

第三人已
得之權不
因溯及出
生時而受
影響

認爲須設
但書之意
見

非婚生子女認領之效力，原則上雖溯及於出生時，但第三人已得之權，不因此而受影響。蓋認領行爲，不惟於認領者與被認領者之間有效力，且亦及於第三人，自應爲保護第三人權利享有之確實，設例外之規定，否則殊有害及第三人已得權利之虞也（民法一〇六條但書）。關於此項但書，有謂必須設之者，有謂無設之必要者。前者之例示曰：『例如認領以前，爲認領者，因年老而爲子析爨，將其所有財產，已分配於其婚生子甲乙二人，財產既爲甲乙二人所得，若此際而溯及認領之效力於出生，使非婚生子亦可與於分財之數，勢必取甲乙二人已得之財產而再分之。於是甲乙二人之權利，因此不能確定享有，其結果將使社會之安甯幸福，有不能維持者，此所以

認爲不須
設但書之
意見

有但書之規定也」。又曰：「例如認領前已取得爲家長權利之人，其年齡較之嗣後被認領之人爲少，若此際而溯及認領之效力於出生，則其家長地位因之動搖矣，故須設但書以顧全第三人之利益」。後者謂「此項但書，係抄襲民草（民草一四）○六條，民草則倣自日本（日民八）○三二條」。然民草與日民，均因特殊情形而有規定之必要，民法則否。在民草，因規定父生前所贈與於子女之財產，當繼承開始時，不必歸還（民草一四）○七八條），若不設此但書以爲限制，則恐姦生子女主張溯及既往，欲行均分，致起糾紛（參照民草一四）○六條理由書）。在日民，對於父生前所贈與於子女之財產，採歸還主義（日民一〇）○七條），在保護子女之財產既得權上，本無設但書規定之必要。然爲維持家督繼承之秩序，則必須設此但書以保護子之身分既得權。否則若次男因父之隱居而爲戶主後，將因長男認領之效力溯及，奪其已取得之戶主權。又若女子因父之隱居而爲戶主後，將因男子認領之效力溯及而喪失其地位。至於民法，關於子女之贈與，既採歸還主義（民法一）○七三條），則此但書，殊難貫徹其保護第三人權利享有之確實。且民法不但無家

督繼承之規定，即類似家督繼承之宗祜繼承，亦已廢止（參照中政會繼承法先決各點審查意見書第一點），此項但書，尤屬無的放矢。自以後說爲是。〔註〕

〔註〕依民法一一二四條之規定，家長係由親屬團體推定，無推定時，以家中之最尊輩者爲之，尊輩同者，以年長者爲之。非婚生子女之認領，既爲父生前之法律行爲，則家中與非婚生子女之輩分相同者，未能於認領之先，以尊輩或年長之資格，取得家長權也明矣。是前說之第二例示，根本不能成立也。

非婚生子女之準正

第二項 非婚生子女之準正

準正之意義

風紀論與血統論之主張

準正者，使非婚生子女取得與婚生子女同等之地位者也。關於非婚生子女之地位，風紀論者主張降低，血統論者主張平等。風紀論者所持之理由，謂男女苟合，傷害風化，若法律於其所生之子女，不予以卑下之待遇，換言之，若使其所生之子女，與婚生子女享受同一之待遇，殊非尊重正式婚姻，防止淫亂之道，故非由婚姻所生之子女，應不許與由婚姻所生者之地位同等。血統論者則反是，謂子女於其生父母

，既同爲天然之血統關係，自應不問其是否因婚姻關係而出生，其權利皆同等。

基於血統
論之立法
例

基於血統論之立法，除蘇俄外，尙未之見。蘇俄認爲親子關係之基礎，應存於真實之血統，擬制之親子，非真實之狀態，自應予以排斥，而同屬親生之子女，竟立婚生非婚生之區別以爲軒輊。亦違反於誠實。故其法律根本廢除婚生子女與非婚生子女之區別，規定親子間之權利，僅基於血統而發生，凡屬親生子女，不問其是否因婚姻關係而出生，均處於同等之地位（蘇俄婚姻親屬及監護法二五條）。

卑視非婚
生子女之
弊

基於風紀論之法律，果已如其所預期而獲得防止淫亂之成效乎？此已爲卑視非婚生子女之各國，由其非婚生子女之出生數字日見加多之事實，予以有力之否認矣。然則卑視非婚生子女之弊又何如？非婚生子女既爲法律所卑視，於是非因婚姻而致孕之女子，或墮胎於產前，或斃兒於產後，事勢所迫，習爲殘忍。其育成之子女，亦因法律卑視而爲人鄙棄，少有發展之機會，處境困厄者十居六七。

準正制度

近代立法，漸知絕對卑視主義之有弊而無利也，遂多有設立準正制度者。準正制度

之立場，就其保護非婚生子女之點言之，可謂基於人道論之立場，蓋其意以爲父母之苟合

行爲雖可惡，而所生之子女究屬無辜，故應予以取得婚生子女身分之機會也。如採準正制度之德國，且於一九一九年之憲法中規定曰：『爲非婚生子女身體上知識上及社會上之發達計，應以待婚生子女者待非婚生子女』。準正制度雖未若基於血統論之法律，使一切非婚生子女皆獲得解放，然比之絕對卑視主義，已進步矣。

採取準正
制度之立
法例

法例

德例

現在採取準正制度之立法例，有德國，瑞士，法國，日本，英國等，惟準正之條件不一耳。法國民法，除姦生及亂倫之子女外，非婚生子女因其父母成婚而取得婚生子女之身分，但須在婚姻前或婚姻之際認領（法民三三一條）。德國民法認兩種方法，皆有準正之效果。（1）因父母成婚而準正，在此情形下，非婚生子女取得婚生子女之身分，與婚姻中出生者毫無差別。（2）因婚生宣告而準正，即由父請求法院宣告其非婚生子女爲婚生子女，在此情形下，非婚生子女取得婚生子女之身分，然與父之妻不生親子關係，與父之血族亦不生親屬關係（德民一七一九至一七四〇條）。瑞士民法亦有兩種準

瑞士例

日例

正之方法。(1)與德民同。(2)父母已定婚，因一造死亡或無能力而不能成婚者，得請求法院爲準正之宣告(瑞民二五八條，二六〇條)。日本民法之準正條件，須認領與結婚二

者兼備，即經父母認領之私生子爲庶子，庶子因父母成婚而取得嫡子之身分。婚姻

中父母認領之私生子，由認領時起，取得嫡子之身分(日民八三六條)。英國從來主張風紀

英國之改
取準正制
度

論，歧視非婚生子女者甚嚴，亦於一九二六年十二月十五日，改革舊制，頒布準正法矣。

我國素重禮教，對於非婚生子女，向極卑視，舊律不但姦生子無宗祧繼承權，即遺產亦僅得依子量與半分(現行律戶役門卑幼私擅用財條例)。至民國八年，大理院解釋，始承認姦生子

民法之準
正條件

因父母正式婚姻，取得嫡子之身分(八年統字一〇二九號)。民律草案，做照日例(民草第一次，第二次九七條，第三次一六二條)。現行民法爲使非婚生子女易於取得婚生身分起見，對於準正條件

，從寬規定，可謂準正制度中最進步之立法矣。茲將民法規定之準正條件，述之於下。

因父母之
結婚而準
正
起源

第一 因父母之結婚而準正

此種情形之準正，創始於羅馬。君士但丁帝之法律，父對於結婚前所生之子女，日後與其母結婚，取得家父權。此制行至紀元四六七年而廢止。至五二九年，優斯體尼帝復行其制。多數法律之設此制，已如前述，意在保護非婚生子女之利益，然同時，亦即以導人於改過之途也。蓋男女相悅，根於人性，情欲之動，有時或不及防，迨至生子，竟爾悔悟，於是循婚姻之正道，補野合之前愆。法律自應因勢利導，惠其子女，並示人以婚姻之可重焉。民法亦本斯旨，規定非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女（民法一〇六四條）。苟其父母為有效之婚姻（參照民法九八八條），則將來縱因故離婚，而此準正之效力，依然存在。若為無效之婚姻，則不生準正之效力。

因父之認
領而準正

第二 因父之認領而準正

非婚生子女於其生父，雖事實上相互間有血統之關係，但未經生父認領以前，而法律上並不認其有親子關係者也。既認領矣，而多數立法例，仍不使其儕於婚生子女

之列，已如上述。我民法爲矜憐非婚生子女，特使其易於取得婚生身分，一經生父認領，即視爲父之婚生子女（民法一項〇六）。但非婚生子女於其生母，則因分娩之事實顯然而無須認領，自其出生時，即視爲母之婚生子女（同條二項）。

養子女

第三款 養子女

養子女制度存在之理由

養子女爲法律擬制之親子，即收養他人之子女以爲子女者也。其收養者爲養父或養母，被收養者爲養子或養女（民法一〇七二條）。養子女制度存在之理由，不外如下數項。

- 第一 延續家系，免致祖先絕祀。
- 第二 繼承家長，免致一家斷絕。
- 第三 財產付託有人，免致散佚。
- 第四 補無子之憾，藉慰老境。
- 第五 孤貧幼兒，有所依靠。

反對養子
制度之理由

第六 更有利養子助理家務，較雇傭關切者。〔註二〕

顧今日學者問，非議此制度者，頗不乏人，所持理由，亦有數端。

第一 有紊亂天倫之弊。以其捨自己之父母而謂他人父謂他人母也。

第二 有妨害婚姻之虞。以人無絕後之憂，將競行獨身主義也。

第三 妨害親生子女之利益。以其對於養親之財產，有繼承權也。

養子制度
之本質

養子制度
至今尚能
保有地位
之由來

況就養子制度之本質言之，其發生之目的，原為延續祖先之祭祀，維持家系於不絕，實係家族制度下之產物。中世而後，家族制度，漸趨崩壞，個人主義，代之而興，當此時也，養子制度已失其存在之根本意義，似宜無有行之者矣。然在社會進化尚未達於最高階段以前，財產屬於私有，公養公育之制未備，一方既有席豐履厚之豪華子弟，他方即有貧苦無依之孤零兒女，一方既以兒女成行，引為樂事，他方自以膝下無子，抱恨靡窮，於是自私自益言之，收養子女，差慰老境之寂寞，自公益言之，收養子女，又兼救濟孤兒之意義，此所以養子制度，至今猶能在多數立法例中

，保有其地位也。故向無此制之英國。近亦有養子法之頒布，〔註二〕曾經一度廢止此制之蘇俄，近亦以其作用尚未完全消失而復活之。〔註三〕

〔註二〕 中國農村中之富農，常有因兒小女幼，乏人操作，遂收養男子，約定親生子成婚後，給以若干財產，任其獨立門戶，即長江上游所謂之「操作兒子」。

英國之養子法

〔註三〕 英國之養子法，係一九二六年八月四日頒布，自一九二七年一月一日起施行，其要點大體如左。

（1）養子女由收養者聲請法院決定之，法院在未確認關係人已爲充分之同意時，不與以「養子決定」。對於養子決定，得附條件。

（2）被收養者，以未滿二十一歲之未婚男女爲限。

（3）未滿二十五歲者，不得收養子女（從來西洋各國之法律，多規定收養者須滿五十歲或四十歲）。

（4）收養者之年齡，須長於被收養者二十一歲，但收養者與被收養者若爲法律禁止結婚之親

屬，得由法院因情形許其縮短相差之年齡。

(5) 獨身之男子，不得收養女子爲養女。

(6) 不適於爲養子之未成人之利益時，不許收養。

(7) 不許因收養關係而收受報酬。

(8) 收養關係於被收養者方面之利益，無充分可信時，法院得命其以兩年期間，試行收養。

(9) 設「養子登記簿」。

(10) 收養關係之手續，得在簡易手續法院爲之。

蘇俄之養
子制度

【註三】

一九一八年九月十六日之蘇俄親屬法第一八三條規定：「本法施行後，禁止以自己之子女或他人之子女爲養子女。在本條所定日期以後，無論何種收養關係，對於養親或養子，不生任何權利義務」。條文中所云「以自己之子女爲養子女」者，蓋指以自己之非婚生子女爲養子女，使其準正於婚生子女者而言，親屬法既廢止婚生子女與非婚生子女之差別，故無是項養子之必要。至於「以他人之子女爲養子女」，係與新法之根本主義衝突，據其法典之理由書云：

「在親子法範圍內，吾人第一法典，排斥一切擬制，真使真實之狀態，即實際之親子關係，出現於表面，此乃不但以言語，且以事實，導人民習爲誠實，而使其脫離各種迷信者也」。既排斥一切擬制，惟承認真實之親子關係，則收養關係，自須禁止。然尙在社會主義建設期內之蘇俄，遺產繼承，既未完全廢除，公養公育，猶得普遍設備，則養子制度，對於社會自仍有其作用，故一九二六年十一月十九日之新親屬法，復活養子制度。其要點如左。

- (1) 收養關係，非當事人間之自由契約，由政府機關決定其可否。
- (2) 被收養者限於未成年人，惟於謀被收養者之利益時，始許成立收養關係。
- (3) 已滿十歲者，不得其同意，不許以之爲養子女。
- (4) 收養固須被收養者之生父母同意，但未經同意之收養關係，如適於未成年人之利益時，該未成年人已滿十歲者，不得其同意，不許撤銷收養關係。

觀於英俄二國養子制度之要點，可知養子制度在今日所具之社會政策的意義矣。我國舊律，定擬制之子爲二種，即嗣子與養子，其區別已如上述。民法廢止宗祧繼承

民法養子
制度之缺
點

，嗣子名稱，自失其存在之根據，故惟設養子女之規定。關於養子制度之內容，雖比之舊律，已大進步，然猶狃於遺習，重其繼承作用而忽視其社會政策的意義，故被收養者不限於未成年人，不為收養關係應基於被收養者利益之規定，實大缺點也。茲就民法規定之內容，分述於下。

收養關係
之成立

第一項 收養關係之成立

成立之要
件

第一 收養關係成立之要件

收養行為，雖為法律行為之一，然因其關係身分之變更，對於家庭之秩序，影響甚大，故法律特別規定其成立之要件，非如普通法律行為，僅由當事人間之合意而即成立者也。茲將其要件，區分為實質上之要件與形式上之要件而述之。

實質上之
要件

A 實質上之要件

年齡相差
之最低限
度

(一) 年齡相差 收養關係一經成立，則收養者為父母，被收養者為子女，若雙方年齡相等，甚至被收養者之年齡，反長於收養者，則形同兒戲，尚何親子之可

言乎？故收養者之年齡，必須長於被收養者，方昭鄭重。惟究應長至若干歲，各國法律，規定不一。德國，瑞士等民法，均定為養親須較養子長十八歲（德民一七四條，瑞民二六四條），日本民法，僅謂不得以年長者為養子，未規定養親與養子間年齡相差之最低限度（日民八三八條）。我民法規定收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上（民法一〇七三條）。

收養者之
最低年齡

應成年不
未收養子

養子宜限
於未成年
人

各國法律，多規定收養者之最低年齡，如德法定為收養者須達於五十歲以上（德民一七四條，法民三四三條），瑞士定為四十歲以上（瑞民二六四條），日本定為須成年人（日民八三八條），英國定為須滿二十五歲，我民法雖未明設年齡限制，但既規定養親應長於養子二十歲以上，則未成年人自不得為收養者矣。

又，立法例中尚有限制養子之年齡者，如前述英國及蘇俄民法，均限於未成人，法國則限於成年人。就養子制度之社會政策的作用言，自以限於未成人為適當，各國法律，將來必多如斯改正，可斷言也。

輩分相當

(二)輩分相當 舊律立嗣，只須嗣子輩分相當，不問年齡長幼，故長姪可出嗣幼叔，而幼叔決不能出嗣長姪也。民法對於此點，未設規定，然司法院二十一年院字七六一號解釋云：『旁系血親在八親等以內，旁系姻親在五親等以內，輩分不相當者，自不得爲養子女』。旁系親尙且如此，則直系親不能凌亂輩分，無待言矣。

親生子可否爲養子之問題

親生子是否可爲養子？此在卑視非婚生子女或非婚生子女準正條件甚嚴之國家，實堪研究之問題。蓋非婚生子女既格於法律，不能或不易儕於婚生子女，則不妨以之爲養子而使其取得婚生子女之地位焉。故歐洲及日本，均有以親生子女（非婚生子女）爲養子者。我民法對於非婚生子準正之條件，規定既從寬大，非婚生子女即易於取得婚生子女之地位，自無庸以親生子爲養子也。

收養者應與配偶者共同爲之

(三)收養應與配偶者共同爲之 被收養者通常須入於收養者之家，而爲收養者子女之一員，收養者若無配偶，固可依一己之意思爲之，若有配偶，自應與配偶

者共同爲之。蓋以養子與養親，乃與血統發生同一之關係者，若許夫妻各別收養子女，則被收養者於配偶之一方爲子女，而於他方又非子女，殊違養子制度之精神，且足引起家庭之紛擾（民法一〇七四條）。

夫妻一方收養他方子女之同意

立法例中，尙有規定夫妻之一方，收養他方之子女爲子女時，以他方之同意爲已足，不須共同爲之者（日民八四二條二項）。因此時之養子，原卽配偶者他方之親生子女，親子關係，早已存在，自無須夫妻共同收養也。此項規定，似有必要，民法無之。

被收養者應得其配偶者之同意

（四）被收養者應得其配偶者之同意 妻既以夫之住所爲住所，則收養關係一經成立，妻卽須隨夫而入於收養者之家，與收養者經營共同生活也，如夫爲養子，事先不得妻之同意，則妻心所不甘，殊難期家庭之和協。反之，妻爲養女，縱有不偕配偶者入於養家，而親子往來，自屬不免，若事先不得夫之同意，亦足造成夫妻之不睦。故各國法律，多規定有配偶者被收養時，應得其配偶之同意

一人不得
同時爲二
人之養子
女

(德民一七四六條一項)。瑞民二六六條一項。民法從之(一〇七)。六條。夫法律於此僅規定應得配偶者之同意，而不規定應與配偶者共同爲之者，蓋以共同爲之，即係夫爲養子妻爲養女矣，斯夫妻而又兄妹或姊弟，殊爲習慣所不許也。

(五)一人不得同時爲二人之養子女。養子女雖爲擬制之子女，而其與養父母之關係，則與婚生子女無異。就親子關係言之，血統關係之子女，既無一人而有兩個生父或生母者，則養子女自不得同時有兩個養父母，故多數立法例，規定若彼此非配偶，不得共同以一人爲養子(瑞民二六六條二項，德民一七四九條一項)。我國舊律立嗣，限於同姓，倘係獨子，則兼祧以濟其窮。民法既無宗祧繼承，而收養子女，又不問同姓異姓，故從多數立法例，明定除兩配偶共同收養子女外，一人不得同時爲二人之養子女(民法一〇七五條)。此不但可免發生養子應入何家之爭議，且防止不肖之徒作僞也。

形式上之

B

形式上之要件

本論 第三章 父母子女

一七九

要件

收養子女
應以書面
爲之

收養行爲，關係於養親子之身分，其方式自須鄭重。立法例中，有須呈報於戶籍吏，始生效力者，如日本是（日民八四七條）。有須由養親住在地主官廳核准者，如瑞士是（瑞民二六七條）。有須由高等法院核准者，如英國，德國，法國是（民一七四一、法一七五〇條二項；德民三五三條）。有須由監護保佐局決定者，如蘇俄是（蘇俄婚姻親屬及監護法五九條）。我國習慣，立嗣則立繼書，乞養則立乞養字據，少有報官立案者。民法本此，規定收養子女，應以書面爲之。但自幼撫養爲子女者，其收養關係，已足證明，無另立書面之必要（民法一九〇七條）。戶籍法第六七條，雖規定養父或養母，自收養之日起，須於一個月內聲請登記，然非收養行爲之要件也。

遺囑養子

以上係就生前收養者而言，此外，尚有以死後處分收養者，即民法繼承編所規定之遺囑指定繼承人（民法一四三條），日本謂之遺囑養子者是（日民八四八條）。蓋膝下無兒者，既欲收養子女以彌其缺憾，但同時又慮日後自己生子，不能完全享有家財，徘徊中途，猶疑莫決。忽而身染重病，無復生望，若遵循普通程序以爲收養，殊屬迫不及待

遺囑爲收養之形式要件

，惟有以遺囑爲之耳。故民法審情度理，特許無直系血親卑親屬者，得以遺囑指定繼承人。並規定此種繼承人與被繼承人之關係 與婚生子女同（民法一〇七一條）。於此情形下，遺囑爲收養之形式要件，自不待言。

收養之效力

第二 收養之效力

被收養者取得與婚生子女同等之身分

（一）被收養者取得與婚生子女同等之身分 養子女與養父母，既因擬制而爲親子關係，則其身分自應與婚生子女同，凡婚生子女所應享之權利，養子女亦享之，婚生子女所應負之義務，養子女亦負之。養親之親屬，即養子之親屬，如養親之父母，即爲養子之祖父母，養親之子女，即爲養子之兄弟姊妹等是。反之，養子之子女，即爲養親之孫（至於養子在收養關係成立前所生之子女，未隨養子入居養家者，自當別論）。惟關於財產繼承，若養親有直系血親卑親屬爲繼承人時，則養子女之繼承分，僅爲婚生子女二分之一（民法一〇七七條，參照民法一一四二條）。

收養關係

養子女一方因收養關係之成立，而與養父母發生親子關係，他方即與其本生父母

成立後養子女脫離與本生父母之關係

養子女從收養者之姓氏立法例

脫離關係，此觀於民法一〇八三條所謂收養關係終止後，養子女回復其本生父母之關係者，可推而知也。但關係於血親間禁止結婚等規定，當然仍應遵守。

(二) 養子女從收養者之姓 養子女之身分，既與婚生子女同，則其姓氏，自應變更。然則應如何變更之乎？各國法律，規定不一。如法國規定養子女於本姓之上，冠以養親之姓（法民三四七條）。德國則規定養子女從養親之姓，在收養契約無反對規定時，得以其舊姓與新姓相給合（德民一七五八條）。我國舊律，收養子女，其姓氏無可考者，從收養者之姓，可考者，仍得用其原姓（立嫡子違法條例）。民法規定養子女從收養者之姓（法民一〇七八條）。惟所謂從收養者之姓，亦因情形而定。若收養者為無配偶之人，而係單獨為之者，則從收養者之姓；其係夫妻共同為之者，自應依照子女從父姓之原則，而從養父之姓。養父若係養母之贅夫，則從養母之姓。養父母若對於養子女之姓另有約定者，從其約定（參照本節第四款一項）。

第二項 收養之無效及撤銷

收養之無效撤銷

收養行爲如違反法定條件時，其爲無效或可以撤銷，自不待言。日民對此，特設八五一條至八五九條，以爲詳細之規定，我民法親屬編無之。但解釋上，自應適用民法總則關於一般法律行爲無效及撤銷之規定，即違反形式要件者應認爲無效，而違反實質要件者，則可以撤銷也。

收養關係
之終止

第三項 收養關係之終止

基於血統之親子關係，乃天然之事實，自無由以人爲方法解除之，而基於擬制之親子關係，既係人爲之結合，自亦可以人爲方法而使之斷絕，此法律所以許收養關係得終止也。蓋養親子間，情感如已不協，即難強爲維繫，不如許其離異，以免家庭之內，詬誶時起，有礙於社會秩序之爲愈。

終止之種
類

第一 終止之種類

收養關係之終止，可分爲同意終止與判決終止二種，述之於左。

同意終止

A 同意終止

同意終止
之意義

同意終止者，因當事人之合意而終止收養關係之謂也。養親子間爲此合意時，有無原因及其原因之如何，均所不問，亦不問終止之發意，出於何方，祇須當事人間有此終止之合意，即爲已足（民法一〇八〇條）。

未成年之
養子女爲
同意終止
之意思表
示問題

但養子女若係未成年人，其意思表示，若依普通法律行爲之原則，即須由其法定代理人爲之代理，或得其法定代理人之允許而爲之（民法七六條及七七條）。無如養子女之法定代理人，即爲其對方之養父母，關於終止收養關係之行爲，當然不適用普通法律行爲之原則。日民於此，規定由養子之本生父母與養親之協議爲之，亦屬救濟之一方法，（日民八六條二項）我民法雖無此規定，而習慣上大率由本生父母與養父母協議爲之。

同意終止
應以書面
爲之

收養關係爲親屬法上之特別法律行爲，其成立也既須出以鄭重之方式，其終止也自亦須出以鄭重之方式，故民法規定應以書面爲之（民法一〇八〇條）。

判決終止

B 判決終止

判決終止
之意義

判決終止者，養親子一方有法定原因時，由他方訴請法院判決終止其收養關係之謂也。當養親子間情感破裂，不能繼續其收養關係時，若雙方均願終止收養關係，固不必對簿公庭，然若一方願意終止，而他方反之，則惟有請求法院判令離異耳。茲依民法所規定者述之。

判決終止
之原因

(一) 判決終止之原因 民法對於判決終止之原因，列舉六款如下。

一方受他
方之虐待
或重大侮

(1) 一方受他方之虐待或重大侮辱時 有此行為，則養親子間之感情，已難保持，故應許其請求終止。虐待與侮辱，雖均為構成判決終止之原因，然一則不問情節之輕重，祇須有虐待之事實，其原因即成立；一則必須侮辱之情形重大，方能據以請求。所謂虐待者，即對身體施暴行也；所謂侮辱者，即毀損名譽也（一〇八一）。

一方受他
方惡意遺
棄時

(2) 一方受他方惡意遺棄時 所謂惡意遺棄，即故意違反扶養義務也。親子互相扶養，理所當然，而乃棄之不顧，情感何存？自應許其請求終止收養關係

(一〇八一) 條二款。

養子女被處二年以上之徒刑時

(3) 養子女被處二年以上之徒刑時，收養子女，原為光大門楣，今乃作奸犯科，致罹刑網，實屬有玷家聲，故許其請求終止收養關係(一〇八一) 條三款。但被收養者為人子女，原欲受養親培植，今若收養者，亦陷身囹圄而為刑餘之人，能不使被收養者連帶寡顏乎？故日本民法規定一方被處徒刑一年以上時，他方得請求判決終止(日民八六) 六條四款。我民法惟以養子女犯罪為判決終止之原因，而不及於養父母之犯罪，殊失其平。

養子女有浪費財產之情事時

(4) 養子女有浪費財產之情事時，收養子女，或為生前養老，或為死後付託財產，今養子女浪費財產，殊有傾家之虞，自應許養親請求終止收養關係(一〇八一) 條四款。

養子女生死不明已逾三年時

(5) 養子女生死不明已逾三年時，此時雖有養子女，實等於無，殊違收養之目的，自應許養親請求終止收養關係(一〇八一) 條五款。

有其他重大事由時

(6) 有其他重大事由時 養子女與養父母，既屬擬制之親子，自難如血統的親子之能隨時互諒，每致隔膜易生而難釋，故其請求終止收養關係之原因，應從寬規定，俾其隨時可以請求終止。此民法所以採例示規定，而於列舉前述五種原因外，復許有其他重大事由者，亦可請求終止也。至於如何而後謂為重大事由，則由法院酌量情形判斷之（一〇八一）。

請求終止之訴

以上為判決終止之原因，一方如有其一，他方即得據以訴請法院宣告終止其收養關係（民法一〇八一）。此種訴訟，養子女縱係不能獨立以法律行為為義務者，亦有訴訟能力；惟受訴法院之審判長，得選任律師為其訴訟代理人，或命其自行選任（人訴五五）（五條一項）。關於訴訟之管轄，專屬養父母之普通審判籍所在地之第一審法院，或其死亡時普通審判籍所在地之第一審法院（人訴五）（五三條）。

慰藉金之請求

(二) 慰藉金之請求 養父母與養子女營共同生活者，已非一朝一夕，以平日互相依靠之人，一旦終止關係，難免有因而生活陷於困難者，不能不有以救濟之。

故民法規定收養關係終止時，無過失之一方，因而生活陷於困難者，得請求他方給與相當之金額，以資撫慰（民法一〇八二條）。至於生活是否陷於困難，給與金之數額如何，則由法院審查事實及斟酌請求者之必要生活與被請求者之財產狀況而定之也。

力終止之效
第二 終止之效力

終止爲使養親子解除其收養關係之方法，故其效力，即使因收養關係而生之一切關係，均向將來而消滅。由是養子女與養父母及其血親，斷絕親屬關係，一切基於親子關係之權利義務，均歸消滅；同時，養子女離去養家而回復其本姓，並回復其與本生父母之關係。但在收養關係尙未終止以前，第三人所已取得之權利，則不因此而受影響。例如收養關係終止前，養子女之本生父母已經死亡，其遺產早經他人繼承，則養子女不得藉口於回復與本生父母之關係，主張其應繼承分也（民法一〇八三條）。

終止之效力
不影響
於第三人
已得之權利

子女之姓
及住所

第四款 子女之姓及住所

子女之姓

第一項 子女之姓

我國古時宗法，專溯父系，故人皆姓父之姓，而不姓母之姓。由父之父而遞推之，百世皆吾祖也；由母之母而遞推之，三世之外，有不知誰何者矣。父系親屬制度既立，歷數千年而不敝，人從父姓，迄今猶然。民法親屬編，既採男女平等主義，似宜倣照蘇俄，規定父母使用共同之姓時，則以此姓定為子女之姓。若父母不稱共同之姓，則其子女之姓，以父母之協議定之。父母不協議時，其子女之姓由國家機關核定之。父不分明時，則稱母之姓（蘇俄婚姻親屬及監護法三四條）。但此種辦法，不但程序紛繁，實行困難，且致血親各異其姓，違背習慣殊甚。故民法仍沿舊習，以子女從父姓為原則。父若係贅夫，則從母姓，但另有約定者，從其約定（民法一〇五九條）。

子女之住
所

第二項 子女之住所

本論 第三章 父母子女

子女如已成年，卽有行爲能力，自行設定住所，固無問題。至於未成年之子女，尙須父母保護教養，若亦任其自行設定住所，殊於父母之扶持管教，諸多不便。故民法規定未成年之子女，以其父之住所爲住所。贅夫之子女，以其母之住所爲住所。

（民法一〇六〇條）

父母對於子女之權利義務

第五款 父母對於子女之權利義務

各國法律，皆有親權之設，蓋以父母對於子女既負保護教養之責，斯不能不畀以盡此責任之道，故於保護子女利益之範圍內，爲親權之規定。此自一方面視之，固可稱爲權利，而自他方面視之，又可稱爲義務，並非如債法上之權利，僅爲單純之權利，更非如昔日之歐洲家長權，爲無限之權力，亦非如中國舊時所謂『父要子亡，不敢不亡』之威權也。我民法以親權之名，未能概括親子關係中所生之效力，故不採用，而於第四編第三章之後，規定父母對於子女之權利義務焉。茲述之於下。

權利義務
之種類

第一項 權利義務之種類

對子女之
保護教養
之種類

第一 對子女之保護教養

保護者，謂排除危害而護持其身體之安全也，教養者，謂誘掖子女以增進其智識與技能也。未成年之子女，尙未達於成立，必須畀父母以保護教養之權利，責父母以保護教養之義務，而後子女之利益可保。故民法規定父母對於未成年之子女，有保護教養之權利義務（民法一〇八四條）。蓋若不以此爲權利，則不能排除他人之干涉，難定保護教養之適當方法，馴至不能保護其子女之利益，若不以此爲義務，則恐爲父母者，放任子女，使其染受惡習，不僅戕身，抑且貽害社會也。

對子女之
懲戒

第二 對子女之懲戒

父母對於子女，既負保護教養之責，若子女不受教誨，則應有以制裁之，而懲戒遂成爲必要。懲戒者，即父母爲糾正子女之非行，予以身體上精神上之相當苦痛，以期其改過遷善者也。各國法律，對於懲戒之規定，不無相同。法民不許父母擅自懲

法例

戒子女，須呈由法院允許後，送入懲戒所懲戒之（法民第三七五條至三八三條）。瑞民許父母於子女之教育上，得逕用必要之懲戒手段，無須送入懲戒所（瑞民二七八條）。德民日民，則採折衷主義，既許父母直接懲戒子女，又可呈請法院予以援助（德民一六三一條二項，日民八八二條）。我民法倣瑞士立法例，規定父母得於必要範圍內，懲戒其子女（民法一〇八五條）。

爲子女之
法定代理
人

第三 爲子女之法定代理人

未滿七歲之未成年人，無行爲能力者也，滿七歲以上之未成年人，爲限制行爲能力者也（民法第一三條）。無行爲能力人，應由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示；限制行爲能力人，其爲意思表示及受意思表示時，應得法定代理人之允許（民法七六七條）。然則法定代理人當以何人爲之乎？各國法律，率皆以未成年人之父母爲其法定代理人。我民法亦然（一〇八六條）。蓋以人之恆情，莫不愛護其子女，父母之爲子女利益謀者，自較他人更周至也。惟法律行爲，有關於財產者與關於身分者之別，日本民法僅賦權父母代理財產上之法律行爲（日民八八四條），我民法不設此限制。

管理子女
之特有財
產

第四 管理子女之特有財產

我國古時，『家事統於尊』，一家之財產，悉歸家長所掌握，不許家屬私有財產。

如禮內則云：『子婦無私貨，無私蓄，無私器，不敢私假，不敢私與』，是其明徵

子女特有
財產之範圍

。民法以潮流所趨，今非昔比，爰倣他國之立法例，規定未成年子女，因繼承贈與

或其他無償取得之財產，爲其特有財產（民法一〇八七條）。然則因勞力或其他有償取得之

財產，將何屬乎？立法例有明定歸諸父母者（瑞民二九五條）。我民法雖無明文規定，但既

稱前者爲特有財產，則後者自應解釋爲歸諸父母者也。

但子女未成年時，經驗缺乏，慮事不周，尙無管理財產之能力，其特有財產，必須

有人代爲管理，父母既負保護教養子女之責任，卽有管理子女特有財產之權利義務

，故民法規定子女之特有財產，由父管理，如父因故障不能管理時，由母管理（民法一〇八八條一項）。

特有財產

關於子女特有財產之使用收益，民法亦隨管理而授權父母爲之。但父母若欲處分子

女之特有財產，須在爲子女利益之範圍內，始得爲之耳。(同條二項)

之使用收益及處分權利義務之行使負擔

第二項 權利義務之行使負擔

立法例

關於父母對未成年子女應如何行使權利及負擔義務之處，各國法律，規定不一。法
民日民，以由父行使負擔爲原則，父死亡或因故障不能爲之時，始由母爲之。(民法三七三條，日民八七七條)。德國民法，先父後母，並列舉一定之範圍，區別何者由父爲之，何者由
母爲之。(德民一六二七條至一六八三條規定父之權利義務，一六八四條至一六八九條規定母之權利義務)。瑞士及蘇俄民法，由父母共同爲
之，父母之意思不一致時，在瑞士則從父之意思，在蘇俄則由監護局邀同父母解決
之。(瑞民二七四條，蘇俄婚姻親屬及監護法三八條三九條)。我民法倣照瑞制，規定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。(民法一〇八九條)。

權利之停止

第三項 權利之停止

父母均被
停止權利
行使問題

已如上述，法律所以賦與父母以對子女之權利者，蓋爲謀子女之利益而然。然不無秉性暴戾，抱『天下無不是的父母』之傳統觀念，濫用權利，以致損害子女之利益者。法律若無制裁之道，則子女之健康，安全，德義及財產，均將發生危險，殊背法律賦權父母之本旨，故民法於此，許其最近親屬或親屬會議得糾正之。如糾正無效，並得請求法院宣告停止其權利之全部或一部（民法一〇九條）。至於全部停止或一部停止之標準，民法不爲規定，一任法院斟酌情形定之（日民八九六條規定親權全部喪失，八九七條規定一部喪失）。權利之停止，如僅屬於父母之一方時，他方自仍得行使之，於此情形下，固無若何問題之發生。但若父母雙方均被停止，或僅一方能行使而亦被停止時，則其權利應歸何人行使之乎？立法例中，有由法院送其子女於相當之家族，或養育院或懲戒所者，如德國是（德民一六六條）。有由法院轉送於監護局，並仍得令其父母負擔養育費者，如蘇俄是（蘇俄婚姻親屬及監護法四六條）。民法既無此項規定，則當此之時，即應視爲監護開始之原因，爲之設監護人焉（參照民法一〇九一條及一〇九四條）。

第四章 監護

第一節 監護之起源及其性質

監護之起源及其性質

起源

監護制度，起源於羅馬，其發生之初，原以代理幼年人行使家長職權爲目的，迨至後世，始一變更而爲保護一般無行爲能力人之制度。我國向無監護之名稱，然而孤兒幼女，賴父母之親友以存活者，並非罕見。不過事屬義舉，非法律上之責任，權利義務，均無一定之標準。故民法因襲舊俗，酌察現狀，參考外制而設監護制度焉。茲依民法之規定，述其性質於下。

性質

監護爲保護無能力人之方法

(一) 監護爲保護無行爲能力人之一方法，凡受監護人之身體財產，皆由監護人負監督保護之責，因而受監護人之一切私法上之行爲，亦皆由監護人代理之。考人無行爲能力之原因有二，即一曰未成年，二曰心神喪失或精神耗弱是也。設未成年人而

有父母也，自有父母爲其保護者，然若父母見背，或雖在世而因故不能行使負擔其對子女之權利義務時，則將失其保護矣，爲未成年人之利益計，殊有設立監護制度之必要。因此種情形而生之監護，可謂父母對子女之權利義務之延長。至如因心神喪失或精神耗弱而致不能處理事務者，是爲禁治產人，其需人爲之治療身體，管理財產，殊爲迫切，尤有設立監護制度之必要。

監護職務
須有能力
者任之

監護法之
地位

(一) 監護既爲保護無行爲能力人而設，則監護人之職務，自須有能力者始能勝任，蓋不能保護自己之身體財產者，斯不能保護他人之身體財產，乃顯而易見之理也。

(二) 監護人與受監護人之關係，雖爲一種身分關係，然監護人並非卽爲受監護人之親屬，故其身分關係，不得謂之親屬的身分關係，因之有謂監護法不應包含於親屬法之中者。但民法以未成年人之監護，既有父母對子女之權利義務延長之性質，而禁治產人之監護人，原則上又以父母夫妻爲之，且與親屬關係連絡之事項亦多，故納諸親屬法中。

監護之開始

第二節 監護之開始

監護之開始者，監護任務之發生時期之謂也。監護之任務，乃私法上關於未成年人及禁治產人之身體或財產之保護，故監護基於下述原因而開始。

開始之原因

未成年人無父母或不能行使負擔其權利義務時

第一 未成年人無父母或有父母而均不能行使負擔其權利義務時

愛護子女之情，人所同具，未成年人之父母，若皆健在，自必共負保護之責，其無設置監護人之必要，固無待言，縱令父母之一方死亡，而生存之他方，仍當獨任其責，亦不構成監護開始之原因。至如父母俱亡，則失所怙恃矣，此時即應設置監護人爲之保護焉（民法一〇九）。

然亦有父母雖存，或飄流遠方，行踪不明者，或心神喪失，不能治事者，或經法院宣告，停止權利者，此等情形，亦爲監護開始之原因（民法一〇九）。

未成年人

但監護人之設置，原爲保護未成年人之利益而然，如未成年人業已結婚，則有行爲

已結婚者
不設監護
人

能力矣，可以自為意思表示或自受意思表示，雖有上述原因，亦無設置監護人之必要（民法一〇九）。

第二 未成年人經父母委託他人行使監護職務時

未成年人
經父母委託
他人行使
監護職務
時

父母固為未成年子女之當然監護人，然若就特定事項，於一定期限內，委託他人行使監護之職務，則監護亦因之開始。例如父母身居甲地，未成年子女留學乙地，此時父母自為監護，殊有鞭長莫及之感，不如委託子女所在地之親友，代行監護之職務，較為便利（民法一〇九）。

受禁治產
宣告時

第三 受禁治產宣告時

大凡受禁治產之宣告者，必其心神喪失，或精神耗弱，不能處理自己事務之時，故為監護開始之原因，俾監護人為之保護其身體，管理其財產（民法一一〇）。

未成年人
宣告禁治
產時之監
護問題

監護開始之原因，既如上述，然則未成年人當宣告禁治產時，是否因其已開始未成年人之監護，即無須再開始禁治產人之監護乎？關於此點，大都以為未成年之監護

與禁治產人之監護，原因既各不同，則其監護之方法，自亦有別，倘未成年人而被宣告禁治產，仍應爲之設監護人。且未成年人之監護因達於成年而終止，禁治產人之監護則須禁治產之原因消滅而始終止，倘未成年人而爲禁治產人，則其因未成年而設之監護雖告終止，而禁治產之原因如未消滅，監護自仍有必要，故未成年人若陷於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己事務之狀態時，仍應開始其禁治產之監護。

監護之機關

第三節 監護之機關

監護機關者，卽完成監護事務所必要之組織也。多數立法例，區分此項機關爲三種，一曰監護人，二曰監督監護人，三曰親屬會議。監護人爲執行監護事務之機關，監督監護人爲監察監護人之機關，親屬會議爲決議監護事務及指揮並任免監護人之機關。亦有不特設監督監護人，而以監督職務，委諸法院（羅馬尼亞民法三六八條）。或地方官

廳（蘇俄婚姻親屬及監護法七三條）者。我民法不設監督監護人，而以其權歸之親屬會議。然親屬會議，非僅關於監護之機關，其詳另有專章規定（民法親屬編第七章），故茲惟就監護人一述之。

監護人與
被監護人

第一款 監護人與被監護人

執行監護事務者，謂之監護人，被監護之未成年人，或禁治產人，謂之受監護人。關於監護人之人數，有兩種立法例。一為許設二人以上者，其理由謂受監護人之財產廣大或散在各地時，必須二人以上之監護人，始克完成其管理之責任。一為僅限於一人者，其理由謂監護人若祇一名，事權既專，責任心亦切，如有數人。勢必意見紛歧，難收統一執行之效，或則互相諉卸，敷衍塞責，均於受監護人之利益有礙。民法於此，既無明文規定，蓋任人酌量實際情形以定之也。至如一人而為數人之監護人，當然無妨，且對於無父母（或父母不能行使負擔子女之權利義務）之未成年兄弟姊妹數人為之，尤為便利。

監護人之
種類

第二款 監護人之種類

各種監護
人執行職
務之順序

監護人可分為四種，(一)指定監護人，(二)法定監護人，(三)選定監護人，(四)委託監護人。各種監護人，依如下之順序而執行監護之任務。

(A)關於未成人之監護人，第一順序為指定監護人，第二順序為法定監護人，第三順序為選定監護人。

(B)關於禁治產人之監護人，第一順序為法定監護人，第二順序為指定監護人，第三順序為選定監護人。

茲就各種監護人說明於左。

指定監護
人
第一 指定監護人

意義

指定監護人者，由後死之父或母，以遺囑指定之監護人也（民法一〇九三條及一一一一條第五款）。監護人必須對於受監護人態度誠實，且善管理財產者，始適於受監護人之利益。而

監護人指
定之形式
要件

指定監護
人之範圍

宜於物色此種適當之人者，又莫如受監護人之父母，故法律賦與父母以指定監護人之權利。惟後死之父或母，須係未經法院宣告停止其對子女之權利者，始能行使其指定權，否則其指定為無效。此應注意者一。其次，監護人之指定，須以遺囑為之，而遺囑係死後行為，故其指定必俟為遺囑人死亡後，始生效力。

至於指定之範圍，並無何等限制，即不問被指定者與受監護人之親疏若何，性別若何也。

此外，尚有注意之必要者，即關於未成年人之監護，其順序係以指定監護人在法定監護人之前；而關於禁治產人之監護，其順序則以指定監護人在法定監護人之後也。

法定監護
人

第二 法定監護人

意義

法定監護人者，法律上當然為監護人之謂也。茲分為未成年人之法定監護人，與禁治產人之法定監護人而述之。

未成人
之法定監
護人
定其法定
監護人之
順序

與未成人
同居之
祖父母

家長

不與未成
年人同居
之祖父母

(A) 未成人之法定監護人 其適用之情形有二。(1) 父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務時；(2) 父母死亡而無遺囑指定監護人時。有此情形之一，即依下列順序定其監護人（民法一〇九條）。

(一) 與未成人同居之祖父母 我國習慣，凡父母死亡而祖父母尚在，且屬同居者，其未成年之子女，未有不由祖父母撫養成成人者，故民法以與未成人同居之祖父母為第一順序（民法一〇九條一、四款）。

(二) 家長 家長與未成人同居一室，其對於未成人，雖不及祖父母之親切，然以之充任監護，當較他人為適宜，故民法以之為第二順序（民法一〇九條二款）。

(三) 不與未成人同居之祖父母 祖父母既非與未成人同居，以之任監護之責，雖不甚宜，然若無家長可託，自仍以不與未成人同居之祖父母，較為適當，故民法以之為第三順序（民法一〇九條三款）。

伯父或叔父

禁治產人之法定監護人

法定監護人之順序
配偶

父母

與禁治產人同居之祖父母

家長

選定監護人

意義

(四)伯父或叔父 伯父與叔父對於未成年人，所謂「姪子猶子也」，情誼尙屬

親切，故民法以之為法定監護人而列於第四順序(民法一〇一、四條四款)。

(B)禁治產人之法定監護人 禁治產人受監護之原因，與未成年人不同，故其法定監護人之順序亦異。

(一)配偶 配偶關係最為密切，扶持疾病，亦最便利，故民法以之為第一順序(民法一一一、一條二款)。

(二)父母 父母對於子女，雖情切愛護，而扶持疾病，自不若配偶之便利，故民法以之為第二順序(民法一一一、一條二款)。

(三)與禁治產人同居之祖父母
(四)家長

第三 選定監護人

選定監護人者，由親屬會議或法院選任之監護人也。未成年人無指定監護人及法

監護人選
定之範圍

定監護人時，由親屬會議選定之。禁治產人無法定監護人及指定監護人時，由法院徵求親屬會議之意見選定之（民法一〇一四條五款及一一一一條二項）。至親屬會議及法院選任之範圍，不受何等限制，凡行為能力完全之人，皆可當選，並不問其與受監護人有無親屬關係，性別若何也。惟法院選定監護人時，事先須徵求親屬會議之意見，以備參考，至於採納與否，一任法院之自由。

委託監護
人

第四 委託監護人

意義

委託監護人者，父母對其未成年之子女，因特定事項，於一定期限內，委託他人行使監護職務之謂也。此為我民法適應國情而設之創例（民法一〇九二條）。

監護之缺
格

第三款 監護之缺格

意義

監護之缺格者，缺乏為監護人之資格之謂也。各國法律，對於監護之消極資格，列舉甚多（德民一七八一條，瑞民三八四條，日民九〇八條），我民法以其過於繁瑣，非實際上所必要，故不做

其例，而惟規定未成年及禁治產人，不得爲監護人（民法一〇九六條）。蓋監護人原爲保護無能力者而設，責任重大，自非有能力者不能勝任，未成年及禁治產人，既係無行爲能力者，故不得爲監護人也。

第四款 監護人之辭職及撤退

監護人之
辭職及撤
退

辭職

第一 監護人之辭職

辭職之正
當理由

監護人爲保護無能力者而設，其職責重大，不但法定監護人，係一種強制的負擔，即選定監護人亦然，無正當理由時，均不能自由辭職（民法一〇九五條）。所謂正當理由，如（一）年老不能治事，（二）身染重大痼疾，不堪繁劇，（三）一身已兼多起監護職務，（四）將有遠行或已在遠方，事實上不能照料等等是也。至於監護人辭職之限制，所以僅及於法定監護人與選定監護人，而不及於指定監護人與委託監護人者，蓋以指定監護人縱已辭職，尙有法定監護人爲之補充，委託監護人若不就任或中途請辭

，父母尚可另託他人也。

撤退 第二 監護人之撤退

撤退之原因

親屬會議有監護之監督權，已如上述。倘監護人不克盡厥職務，自應賦權親屬會議予以撤退，藉資救濟。凡監護人有左列情形之一時，親屬會議得撤退之（民法一〇六條）。

違反法定義務時

（一）違反法定義務時 監護人之法定義務，乃保護與增進受監護人之利益所必需者，若違反此種義務，則監護之目的無由而達，故為撤退監護人之原因（民法一條一〇六款）。

無支付能力時

（二）無支付能力時，監護人如無支付能力，則受監護人之利益失其保障，故為撤退監護人之原因（民法一〇六款）。

違反親屬會議之指示時

（三）由親屬會議選定之監護人違反親屬會議之指示時，監護人既由親屬會議所選任，自應依照其指示進行，以增進受監護人之利益，倘違反其指示，即有背於選定

監護人之
事務

監護人之本旨故為撤退監護人之原因（民法二一〇六條三款）。

第五款 監護人之事務

關於未成年人之監護，固可謂為父母對子女之權利義務之延長。但亦不能遽以監護之事務，與組成父母職責之權利義務，視為同一。蓋父母之職責，係建立於親子間之天倫至情上，而監護則不能僅倚人類之常情，必須法律就種種方面予以相當之限制。茲列舉數點於下，以明兩者之差異。

監護事務
與父母對
子女權利
義務之差
異

- (1) 監護人服從親屬會議之監督。
- (2) 監護人負調查財產開具清冊之義務。
- (3) 監護人管理財產應與處理自己事務為同一之注意。
- (4) 監護人處分不動產時，須得親屬會議之允許。
- (5) 監護人負報告財產狀況於親屬會議之義務。

(6) 監護人受報酬則可，然非為受監護人之利益時，則無財產之收益權。

(7) 監護人於監護關係終止時，有為財產清算之義務。

監護事務
與父母職
責之相同
點

監護人事
務之種類

如上所述，監護事務與父母之職責，固有若干之差異，然在保護無能力者，為無能力者管理財產，代表法律行為之點上，兩者又無二致也。茲將監護人之事務，分為三種敘述於下。(一)對於受監護人身上之事務，(二)對於受監護人財產上之事務，(三)代理受監護人法律行為之事務。

第一 對於受監護人身上之事務

對於監護
人身上
之事務
之
未
成
年
人
之
監
護
人

(A) 未成人之監護人

監護既為父母對子女權利義務之延長，則父母所應行使負擔之權利義務，如保護教養懲戒等，監護人亦當然有之。故監護人於保護增進受監護人利益之範圍內，亦得行使負擔父母對於子女之權利義務，俾其身體發育滋長，以至成立，但由父母就特定事項，暫時委託者，則以所委託之職務為限（民法一〇九七條）。

禁治產人之監護人

(B) 禁治產人之監護人

禁治產人之監護人，應負受監護人身體保護之責，自屬當然之事。故監護人必須致力於受監護人之身體療養，按其財產狀況，而為適當之療養方法，以期受監護人脫離沉痾，回復原狀（民法二二一）。

監護人處
理受監護
人身體之
限制

禁治產人既在心神喪失或精神耗弱之狀態中，則療養看護。當因情形而定，或送入精神病院，或監禁於私宅。但此等方法之採用，若任監護人專行獨斷，誠恐因其一己之主觀，或耗費過度之金錢，或過於束縛受監護人身體之自由，轉於受監護人之利益有礙，故民法規定取得親屬會議之同意後，始得為之（民法二二二）
。惟此種限制，乃係對於配偶家長伯父叔父等為監護人時，以及對於指定監護人選定監護人而設，至如父母或與禁治產人同居之祖父母為監護人時，則情誼密切，流弊較少，自應不在限制之內（同條）。

對於受監
第二 對於受監護人財產上之事務

本論 第四章 監護

護人財產
上之事務
開具財產
清冊

(一)開具財產清冊 監護人對於財產管理之方法，須視受監護人之財產狀況而定，且在監護關係終止時，須為財產之清算及移交，故應於監護開始時，對於受監護人之財產，會同親屬會議所指定之人，開具財產清冊，一以確定適當之管理方法，一以免移交時之爭議（民法一〇九九條）。開具清冊之期限，他國立法例有設規定者；民法則以此係事實問題，無庸規定。

管理財產

(二)管理財產 監護人負保護受監護人之責，自應管理其財產，而管理之費用，則由受監護人之財產負擔之。為保障受監護人之利益計，監護人管理財產時，應與處理自己事務為同一之注意（民法一一〇〇條）。所謂注意者，如保存財產，不使損壞失散，利用財產，俾資增殖，節省開支，力求盈餘等是。

財產使用
處分之限
制

監護人既管理受監護人之財產，是否亦如父母對於子女之特有財產，有使用收益及處分之權？若係為受監護人之利益，自得使用或處分，否則無此權利，與父母之使用收益不受限制者異也。如監護人所處分之財產係不動產，則除以受監護人

之利益爲前提外，並應得親屬會議之允許，此又與父母在爲子女利益之範圍內，得逕自處分者不同。蓋監護人中之指定監護人與選定監護人，未必卽爲受監護人之近親，情誼旣疏，流弊難免，若不加以限制，殊不足以防職權之濫用，而保障受監護人之財產也（民法一〇一條）。

報告財產
狀況

（三）報告財產狀況 受監護人之財產，旣由監護人管理，則其財產狀況如何，每年至少應向親屬會議詳細報告一次（民法一〇三條）。蓋親屬會議爲監護職務之監督機關，須據財產狀況之報告，以考察監護人是否克盡其職也。

祖父母父
母爲監護
人時不適
用之各點

上述各點，爲監護人所應盡之義務，不如是，卽不足以預防流弊，保障受監護人之利益。然未成年人之監護人，若係同居之祖父母充任時，誼屬祖孫，無庸防範，故不須開具財產清冊，報告財產狀況，及受財產使用處分之限制（民法一〇五條）。至於禁治產人之監護，若係父母與同居之祖父母爲監護人時，亦如之（民法一一一、一二三條）。

代受監護

第三 代受監護人爲法律行爲之事務

人為法律
行為之事
務

代為法律
行為之範
圍

受監護人或無行為能力，不能自為法律行為，而須法定代理人代其為之；或僅係限制行為能力，不能獨立為有效之法律行為，而須得法定代理人之允許。故法律以監護人為受監護人之法定代理人，俾其代理受監護人之法律行為（民法一〇九八條）。但監護人之代理，以關於財產者為限；至關於受監護人身份上之行為，則非有法律特別之規定（如民法九七四條對未成年人訂定婚約之同意行為，九八一條對未成年人結婚之同意行為等），監護人不能代為之。

第六款 監護人受讓財產之禁止

監護人受
讓財產之
禁止

受監護人之財產，完全操於監護人之手，若不禁其受讓受監護人之財產，則彼大可利用其地位，舞弊巧取，殊有害於受監護人之利益。故民法明定監護人不得受讓受監護人之財產（民法一一〇二條）。但未成年人之監護人，為同居之祖父母充任時，禁治產人之監護人，為父母或同居之祖父母充任時，則不在禁止受讓之列（民法一一〇五條二項）。

監護人之
報酬

第七款 監護人之報酬

給報酬與
否之立法
例

監護人應否給與報酬，各國法例不一。有絕對禁止給與報酬者，如法德是。有以給與為原則者，如荷葡牙是。有由親屬會議酌給報酬者，如日本是。我民法採取日例，規定監護人請求報酬時，由親屬會議按監護人之勞力，及受監護人之財產收益狀況，酌定數額給與之（民法一一〇四條）。蓋以監護職務，事繁責重，監護人犧牲精力不少，若不予以報酬，殊不足以彌補其損失，而期其盡職也。但監護人若為與未成年人或禁治產人同居之祖父母，或為禁治產人之父母，情誼既切，自不期望報酬，且不應給與報酬（民法一一〇五條，一一一三條）。

監護之終
止

第四節 監護之終止

監護終止
之原因

第一款 監護終止之原因

監護之終止，有絕對的與相對的之別。茲分述之。

絕對的終止
與相對的終止
之原因

(A) 絕對的終止之原因 絕對的終止者，即監護職務歸於消滅之謂也，其致此之原因如左。

- (一) 受監護之未成年人達於成年時。
 - (二) 受監護之禁治產人撤銷禁治產宣告時。
 - (三) 受監護人死亡時。
 - (四) 未成年人之父母不能行使負擔其權利義務之原因歸於消滅時。
 - (五) 委託監護人經受監護人之父母解除其委託而自負責任時。
 - (六) 受監護人被他人收養為子女時。
- (B) 相對的終止之原因 相對的終止者，即監護職務並未消滅，惟監護人因更迭而

止之原因 終止其職務之謂也。其致此之原因如左。

- (一) 監護人死亡時。
- (二) 監護人辭職時。
- (三) 監護人受禁治產之宣告時。
- (四) 監護人經親屬會議撤退時。
- (五) 委託監護人經受監護人之父母，解除其委託而另選他人時。

因監護終止而生之義務

第二款 因監護終止而生之義務

監護終止時，監護人所應負之義務有二，(一)為清算之義務，(二)為賠償之義務。

清算財產之義務

第一項 清算之義務

監護人之管理受監護人之財產，緣於監護關係，倘監護一旦終止，則監護人即應為財產之清算，以便移交而清手續。縱監護人死亡，亦應由其繼承人為之。惟此種清

式 算，關係於受監護人之利害甚大，故應會同親屬會議所指定之人爲之，以期計算之

正確（民法一一〇七條一項
前段及一一〇八條）。

財產之移交 但監護關係之終止，既有絕對的與相對的之別，而其造成終止之原因，又各不一，

是則清算後移交何人，自亦因情形而不同。如係相對的終止，自尙有新監護人以繼
監護之任，即應移交於新監護人。如係絕對的終止，則在受監護人已成年時或撤銷
禁治產宣告時，交還於受監護人，在受監護人死亡時，則交還於其繼承人（民法一
〇七條一
項後）。

監護人責任之免除 監護人雖已爲財產之清算，而其正確與否，尙有待於親屬會議之審核，在親屬會議

對於清算之結果，未爲承認前，監護人不得免其責任也（民法一一〇
七條二項）。

賠償之義務 第二項 賠償之義務

賠償請求 監護人管理及使用處分受監護人之財產，有一定之範圍，倘蔑視受監護人之利益，
逾越範圍，致受監護人之財產發生損害時，即應負賠償之責。惟此項賠償之請求權

摺之消滅
時效

若令長久存在，對於監護人未免太苛，故限自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時起，二年內行使之，逾期不行使，即歸消滅。（民法一一〇九條）

第五章 扶養

扶養之性質

第一節 扶養之性質

扶養者，特定人對於無力謀生活或應受教育之特定人，負必需供給義務之謂也。在昔宗法社會，宗子有世襲之爵祿，出其資力，贍養族人，事雖可稱扶養，然惟宗子始有此力，非一般人之所能為，與今日之所謂扶養，乃係常人對其特定關係之人所應盡之責任者有異。宗法既壞，宗子收族之風，自亦隨之而熄，於是族有義田公產，以為族人喪紀飲食課讀之助，斯亦可稱扶養，然事屬慈善，乃道德上之義舉，非法律上之義務。至於法律所定之扶養，乃係（一）須有一定之範圍；（二）為扶養義務

者及扶養權利者均須具備一定之要件者也，茲分述於下。

扶養之範圍

第一款 扶養之範圍

扶養須有一定之範圍，過寬則養成依賴之風，將使人存仰給於他人之心，過狹則助長澆薄之習，馴至坐視親屬窮困而不救，故左列之親屬間，須互負扶養之義務，亦惟左列之親屬間，始互負扶養之義務也。

直系血親
相互間

(一)直系血親相互間 所謂直系血親，如父母之於子女，子女之於父母，祖父母之於孫子女，孫子女之於祖父母是。不問親等之如何，凡身所及見者，皆互負扶養之義務（民法二一一）。

直系姻親
相互間

(二)夫妻之一方，與他方之父母同居者，其相互間 此為直系姻親間之扶養，多數法例，皆不承認；民法則以既屬同居，斷難坐視其凍餒，故明定其互負扶養之義務（民法二一一）。

（民法二一一）
（四條二款）。

兄弟姊妹
相互間

(三) 兄弟姊妹相互間 兄弟姊妹，誼屬同胞，休戚相關，當為密切，故民法明定其互負扶養之義務（民法一一一四條三款）。

家長與家
屬相互間

(四) 家長與家屬相互間 民法既採家制，則家長與家屬間，自亦互負扶養之義務（民法一一一四條四款）。

民法不明
定夫妻間
扶養義務
之理由要
件
扶養義務
者之要件

此外，夫妻間應互負扶養義務，各國法律，皆有規定；而民法獨付闕如者，當係以夫妻財產制中，對於家庭生活費用之責任，已有規定之故也（民法一〇二六條，一〇三七條，一〇四八條）。

第二款 扶養之要件

(A) 扶養義務者之要件

扶養原為拯救窮困，必須負此義務者力所能勝，乃克實現。倘負扶養義務者，因負擔扶養義務而不能維持自己之生活，則事太勉強，人所難堪，故法律免除其扶養之義務（民法一一八條）。

扶養權利者之要件

(B) 扶養權利者之要件
一定之親屬間，既互負扶養之義務，則一定之親屬間，即互受扶養之權利。但必須處於不能維持生活而無謀生能力之境地時，始能受人扶養。蓋個人生活，貴在獨立，苟能維持生活，自無須受人扶養；縱一時不能維持生活，而謀生之能力尚存，亦無受人扶養之必要也。然此乃就直系血親尊親屬以外之親屬而言；若受扶養權利者，為直系血親尊親屬，則不問其有無謀生能力，苟不能維持生活，即可享受其直系血親卑親屬之扶養（民法一一七條）。

扶養之順序

第二節 扶養之順序

扶養義務者之順序

第一款 扶養義務者之順序

對於一個應受扶養義務者，而祇有一個負扶養義務之人，其履行義務，固無問題。

倘負扶養義務者有二人以上時，則應由何人先履行義務之問題發生矣，故法律有規定其順序之必要。茲將民法所規定之順序。述之於左（民法一一一）。

直系血親
卑親屬

（一）直系血親卑親屬 例如子女奉養父母，孫子女奉養祖父母，分所當然，責無旁貸，故以之列於第一位。

直系血親
尊親屬

（二）直系血親尊親屬 例如父母扶養子女，祖父母扶養孫子女，亦屬義無可辭，故以之列於第二位。

家長

（三）家長 既為一家之長，斷無坐視家屬凍餒之理，其扶養義務，自較他人為先，故以之列於第三位。

兄弟姊妹

（四）兄弟姊妹 因誼屬同胞，其情甚親，扶養之責，雖次於家長，而較之他人為重，故以之列於第四位。

家屬

（五）家屬 家長主持家務，領導一家，家屬對其窮困，不應坐視，故以之列於第五位。

子婦女婿

(六)子婦女婿

夫妻之父母

(七)夫妻之父母 以上二者，誼屬直系姻親，關係雖較血親為疎，然恩義究屬不薄

，故以之殿於血親之後，而列於第六位第七位。

以上所述之順序中，尙有應加規定之問題二，茲述之於後。

扶養義務者其人同一順序時由親等近者先履行義務

(一)扶養義務者數人同一順序時，應以親等近者爲先 例如某人有子有孫，其子女

固爲其直系卑親屬，孫子女亦爲其直系卑親屬，此時即應歸其子女先盡扶養之責

。又如某人有父母祖父母，其父母固爲其直系尊親屬，祖父母亦爲其直系尊親屬

，此時即應歸其父母先盡扶養之責(民法一一一五條二項)。

扶養義務者數人同一親等時各依其經濟能力分擔義務

(二)扶養義務者數人同一親等時，各依其經濟能力分擔義務 例如某人年需扶養費

千元，有子二人，而經濟能力並不相等，長子年有二千元之資力，次子則年有二

千元之資力，此時即應由長子擔任四百元，次子擔任六百元(民法一一一五條三項)。

第一款 扶養權利者之順序

當受扶養權利者有數人時，若負扶養義務者之經濟能力，足爲其全體之負擔，固無問題，倘其經濟能力不足扶養其全體，則應依左列順序，以定受扶養者之先後（民法一六條）。

- (一) 直系血親尊親屬。
- (二) 直系血親卑親屬。
- (三) 家屬。
- (四) 兄弟姊妹。
- (五) 家長。
- (六) 夫妻之父母。
- (七) 子婦女婿。

權利者數
人同一順
序時由親
等近者先
受扶養
權利者數
人同一親
等時按各
人之需要
狀況酌為
扶養

以上所列之順序，其理由可對照扶養義務者順序之說明而知之。此外，尚有二問題：
：（一）若受扶養權利者數人，同係直系尊親屬或直系卑親屬時，則以親等近者為先（民法二一一）。（二）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（六條二項）為扶養（民法二一一）。（六條三項）上述二項之解釋，亦可依前述扶養義務順序中二問題之說明而推知，茲勿贅述。

扶養之程
度及方法

第三節 扶養之程度及方法

扶養之程
度

第一款 扶養之程度

扶養程度
之依據

扶養一事，在受之者，必抱充分之希望，在與之者，或懷求輕之意念，此乃人情之常，而為法律所不能不有以解決之矛盾也。故法律於規定扶養之程度時，以左列二點為基礎（民法一一九條）。

視權利者
之需要如
何而定

第一 視權利者之需要如何而定 關於此點，首先應依權利者之年齡及其身體之強弱，與夫社交上之地位，以定其需要。蓋老人與幼童，紳士與車夫，病人與健康者，其需要之不相同，乃極淺近之事理，因而對於各人之扶養程度，自有差別也。其次，權利者或則必須完全仰給於他人，始能生活，或則祇須獲得部分之補助，即可度日，兩者之需要既異，而扶養之程度，即難一律，此亦不可不考察之也。

視義務者
之資力及
身分如何
而定

第二 視義務者之資力及身分如何而定 權利者之需要既定，而義務者之資力是否能勝其任，又為必須考慮之事也。假令權利者每月需要百元，而義務者力僅能給半數，則月支五十元，即為已足。反之，義務者之資力雖厚，而權利者之需要不高，亦惟按權利者之實際需要而供給，例如義務者雖有月給百元之資力，而權利者月僅需要五十元，則月支五十元，即為已足。

扶養之方
法

第二款 扶養之方法

立法例

扶養之程度既定，則須再定扶養之方法，俾義務者依以履行其義務。惟扶養之方法，因社會之經濟狀況而致立法例各有不同。德國民法，扶養費須以年金供給之，若有特別理由，義務者得請求以其他方法為之（德民一六）。日本民法，扶養義務人，或迎養權利者於其家，或不迎養而給與生活資料，二者之中，擇一為之（日民九六〇條至九六二條）。然法律若設機械的規定，每有不合於實情，致使當事人感受不便者，故民法任當事人以協議自由定其方法。倘各執意見，協議不成，則由親屬會議定之（民法二〇）。

第三款 扶養程度及方法之變更

扶養程度
及方法之
變更

扶養程度，既依上述之標準而定，扶養方法，亦係適應當時之情形而立，倘一旦情事變遷，則原定之程度，原立之方法，亦得隨之而變。例如權利者之困難情形，或因受他人贈與而減輕，或因身染痼疾而加重，則其需要扶養之程度，自亦隨之而增

扶養程度
之變更

扶養方法
之變更

減；又如義務者之資力，或因營業失敗而降低，或因獲利日豐而提高，則其擔任扶養之程度，自亦隨之而增減（資力降低，則從前依照權利者之需要程度充分供給者，現應減少，資力提高，則從前未按需要程度完全供給者，現應加多），此扶養程度之變更也。至於扶養方法之變更，例如權利者初本與義務者同居，繼嫌人衆喧擾，改行分居。又如權利者初本月領扶養費，自爲生活，繼因獨居寂寞，諸感不便，改與義務者同居，是也。惟變更扶養程度或方法，並非當事人一方所能自由，須請求他方取得其同意而行之（民法一一二條）。

第六章 家

家之性質 第一節 家之性質

家長摺本 家者何？即以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體也（民法一〇二二條）。

位之家制
與共同生
活本位之
家制

就家制言之，有以家長權爲本位之家制，有以共同生活爲本位之家制。家長權本位之家制係以家長權爲中心，家之成員分爲二種，其一爲代表並統率一家之家長，其二爲隸於家長權下之家屬。家以家長權所轄者爲其分子，以家長權所及者爲其範圍，羅馬古代之家，爲此制之極則。日本民法之家，雖與羅馬法不同，亦係以家長權爲本位之家制。

家長權本
位之立法
例

羅馬之家
制

依羅馬法，父有家長權，家長於其家屬，有生殺權及無限之懲戒權。家長得授其子以室，得嫁其女於人，得離異其子女之配偶，得出養其子女於他家，得出賣其子女於異族。家長之妻，地位與子女相同。家屬之子女，不隸於其父而轄於家長。故羅馬之家，乃家長之妻與其子孫及奴隸之一團而同隸於家長之下者也。

日本之家
制

依日本民法，隸於同一戶籍者爲一家，而戶籍之編製，純以戶主爲本。所謂家屬，乃戶主之親屬而在戶主之家者也。戶主變更，則舊戶主及其家屬亦變爲新戶主之家屬。戶主之世系絕，則其家爲絕家。戶主得任意定其戶籍，亦得任意變更之，有時

共同生活
本位之立
法例一瑞
士之家制

且得任意廢止其家焉。故日本民法之家，不外隸於同一戶主之團體；至於是否隸於同一戶主，則以戶籍簿形式上之記載爲衡（日民七三二條，七六二至七六四條，戶籍法九條）。

採共同生活本位之家制者，爲瑞士民法。凡同居一家之人，或依法律，或依契約，或依習慣而有家長者，其家長卽有治家之權力。權力之所及者有二，（一）爲血族或法定親屬，（二）爲依契約關係而入於家者，如雇工及學徒或地位相似之人。家之規律，應充分考慮全體家屬之利益，尤應保持全體家屬教育上職業上宗教信仰上必要之自由。家長於其家屬所資助之財產，應與對於自己財產爲同一之注意而護持之，保全之。家屬之未成年人及心神耗弱人，如有損害行爲，家長設非證明其在監督上曾用通常所必要之處置，卽應負責。家長應注意使家屬之心神耗弱人，不受危險及損害，並注意使其餘家屬，不致因前項情形而受危險及損害。於必要時，應通知法院使爲適當之處置（瑞民三三一條至三三三條）。故瑞士民法之家，乃以共同生活之人爲基礎，適應扶養與監護之必要而設定者也。

我民法上之家制

在社會自覺之今日，所謂家者，應合於共同生活之必要，應以各個人人格之互相尊重為內容。我國從前，雖非完全家長權本位之家制，然亦非共同生活本位之家制，故民法大加革新，效法瑞例而定為共同生活本位之家制焉。茲依民法之規定，分析對於家之性質之分

家在原則上以親屬團體為限

(一)家在原則上以親屬團體為限 所謂親屬團體者，即依血親或姻親關係而結合之一團也。所謂原則上限于親屬者，即於例外亦許非親屬附屬於團體之中而為團體之成員也。其詳容於家屬款中論之。

家為以永久共同生活為目的而同居之團體

(二)家為以永久共同生活為目的而同居之團體 所謂永久者，即長期間之意識，非謂務必期以終身也。所謂以共同生活為目的而同居者，即同居共財之義（但亦無妨於家屬各有其私財），若同居而分爨，斯不得謂為一家矣。

家為有尊卑長幼秩序之團體

(三)家為有尊卑長幼秩序之團體 家須有尊卑長幼之秩序，而由家長統率下之一家屬；若係夥同居住，則縱令同爨，亦不得謂為一家也。

家非權利
義務之主
體

(四)家非權利義務之主體 組成家族之各人，在親屬法上雖不能脫離家族關係，然各獨立有其權利，負其義務。在公法上及私法上，均未見有承認家之權利能力或行為能力之痕跡，故家非法人，不能為權利義務之本體。

家之組織

第二節 家之組織

家長

第一款 家長

家長資格
之取得

家長統轄家政，居一家之首，故家皆置家長（民法一二三三條一項）。家長之資格，依如下之條件而取得。

由親屬團
體推定之
家長

(一)由親屬團體推定 家之為家，乃多數親屬以永久共同生活為目的而組成之集團。換言之，即家之為家，純為維持永久共同生活之目的而存在。如無此目的，則無組織此種同居集團之必要。故關於管理家務之家長，究以何人為宜，則純視組成此

家之各員自由意思以定之。民法爲期適合於家族集團之實際組織起見，規定家長由親屬團體推定之。至於被推定者之性別如何？尊卑如何？長幼如何？均非所問也（

民法一—二四）
條一項前段）。

法定之家
長

（一）無推定時，以家中之最尊輩者爲之，尊輩同者以年長者爲之。尊輩對卑輩言，父輩曰尊，而祖輩同，子輩曰卑，而孫輩同。若祇有父母而無祖父母，則家長當然由父母爲之，若尚有祖父母，則應以祖父母爲之。同一最尊卑而有數人時，例如祖父母俱在時，若祖父之年齡長於祖母，則以祖父爲之，反之，祖母若長於祖父，則以祖母爲之。又如兄弟同居，而上無父母祖父母等尊輩，則應以兄爲家長也（民法第一一二條一項後段）。

家長之代
理

最尊或最長者，雖依法應爲家長，然亦有因年暮力衰，不能管理家務；或雖年富力強，而因家務瑣屑，不願管理者，此時得由其指定家屬一人代理之。既云代理，則其家長之身分仍存，不過由其家屬代爲執行事務耳（民法一—二四條二項）。

最尊輩未

（民法一—二四條二項）

。至於最尊輩如尙

成年時之
家長問題

未成年，則依法尚無行為能力，自應以次尊輩之年長者為家長也。例如家中有未成年之叔，其輩最尊，有已成年之姪，其輩次尊，此時之家長，即應以姪輩中年長者任之。

家屬

第一款 家屬

家屬者，受家長之統轄，而為一家之組成分子也。同家之中，除家長外，均為家屬（民法一一二）
（三條二項）。

基本的家
屬

（一）基本的家屬者，即家長之配偶及血親與血親之配偶而同居一家者也。

附屬的家
屬

（二）附屬的家屬者，即與家長雖非親屬，而以永久共同生活為目的，同居一家者也。此等人依法應視為親屬，故稱之曰附屬家屬（民法一一二）
（三條三項）。

家長之妾
及家屬之
妾

（一）家長之妾及家屬之妾 妾與家長或家屬，既非配偶，自不得謂為親屬。惟納妾雖為法律所不認，亦有於實際上因妻之允許而同居一家者，故亦視為家屬。

後妻之前
夫所生之
子女

(2) 後妻之前夫所生之子女 此等子女，雖與家長不發生親屬關係，然如隨改嫁之母，以永久共同生活為目的而與母之後夫同居者，亦視為家屬。

養媳

(3) 養媳 養媳制度，法所不認，然習慣上仍有童養他人之女以為媳者，其被童養之人，雖與養家之家長，不發生親屬關係，但既係以永久共同生活為目的，故亦視為家屬。

徒弟及雇
用人應否
認為家族

此外，徒弟及僱用人，在瑞士民法，亦視為家屬（瑞民法三三一條）。然徒弟及僱用人，純屬僱傭關係，應否認為家屬，亦可視其是否以永久共同生活為目的而同居一家以為斷。

家屬身分

家屬之身分，由左列原因而取得之。

取得之原
因
出生

(一) 出生 子女出生而與父同居者，為父之家屬，父為贅婿者，為母之家屬，父不明時（如未經父認領之非婚生子女）亦為母之家屬。

婚姻

(二) 婚姻 妻因婚姻而入於夫家，為夫之家屬，贅婿因婚姻而入於妻家，為妻之

收養

家屬。但因婚姻解消而各回本家時，又爲本家之家屬矣。

(三)收養 養子自收養關係成立之日起而入於養家，爲養家之家屬。但因收養關係終止而回其本家時，又爲本家之家屬矣。

養媳自童養之日起而入於童養者之家，爲養家之家屬，但因童養關係解消而回其本家時，又爲本家之家屬矣。

還俗

(四)還俗 僧道尼姑因還俗而回本家時，爲本家之家屬。

入籍

(五)入籍 異居之人，欲與家長爲永久共同生活，經家長之允許而入籍者，取得家屬之身分。

家務之處
理

第三節 家務之處理

家長爲一家之主宰，家務自應由其管理。惟家事瑣絮，若家長事必躬親，亦殊不便，故家長不妨以家務之一部，委託家屬處理。例如家長不精於出納，即以會計之任

之一部於
家屬

注意家屬
全體之利
益

，委於家屬之一員者是。惟既屬委託處理，則其責任仍由家長負之也（民法一二五條）。

組織家庭，原期一家全體利益之增進，倘家長任意處理家務，不顧家屬之利益，則失組織家庭之本旨。故民法規定家長管理家務，應注意於家屬全體之利益（民法一二六條）。

家屬之分
離

第四節 家屬之分離

古之累世
同居

我國古有累世同居之俗，社會競尚『義門』。『世所傳義門，以唐張公藝九世同居爲最。然不自張氏始也。後漢書，樊重三世共財。繆彤兄弟四人皆同財業，及各妾妻，諸婦遂求分異，彤乃閉戶自撾，諸弟及婦聞之，悉謝罪。蔡邕與叔父從弟同居，三世不分財，鄉黨高其義。又，陶淵明誠子書云『穎川韓元長，漢末名士，八十而終，兄弟同居至於沒齒；濟北汜幼春七世同財，家人無怨色』。是此風益起於漢末』

（見陔餘叢考）。

累世同居之風既起，國家復從而獎勵之。漢唐以降，往往於累世同居者，旌其門，復其役。張公藝一家而旌於三朝（北齊隋唐），鄭濂一家而見於三史（宋元明）。其載於各史孝義孝友傳者，『南史十三人，北史十二人，唐書三十八人，五代二人，宋史五十人，元史五人，明史二十六人』（陔餘叢考）。

唐律更著爲別籍異財之禁，強兄弟以同居，後代因之，現行律未改。據現行律別籍財條律載：『凡祖父母父母在，子孫別立戶籍，分異財產者處罰。若居父母喪而兄弟別立戶籍，分異財產者處罰』。惟父母在世，許令分析者不究耳。

家族制度
之基礎

家族制度，本爲農業社會之產物。農業生活基於土地，既無遷徙靡定之勞，又不必有隻身遠客之舉，家人團聚，於事甚便。及至產業發達，人口日向都市集中，父子兄弟，各就其業。或則千里遠隔，睽違屢年，或雖同居一地，亦因就業關係而無由同居，宜乎家族主義在歐美之爲個人主義所替代也。我國自資本主義侵入後，農村日益瓦解，都市日益發展，此爲不可掩之現象，欲維家制，本已甚難。若復沿襲舊

家族分離
之原因

俗，強人以爲張公之百忍，繆彤之自搥，微論驅使家庭間之弱者飲泣含痛爲不盡人情，且非經濟事實之所許可也。故民法於採用家屬主義之中，仍與家屬以獨立發展之機會，許家屬已成年者或未成年而已結婚者，得請求由家分離（民法一一二七條）。且家口衆多，食指浩繁，家長之負擔，力有所不逮。若強令家長支持，不僅痛苦亦深，更非所以獎進個人獨立營生之道。故民法復許家長對於已成年者或雖未成年而已結婚之家屬，在有正當理由之範圍內，得令其由家分離（民法一〇二八條）。

第七章 親屬會議

親屬會議
之性質

第一節 親屬會議之性質

古羅馬之
親屬會議

羅馬古有親屬會議之習慣，家長行使權力時，如有重大關係，應得其允許，蓋所以防家長權之濫用也，然非法律上之制度。迨至歐洲諸國繼受羅馬法時，更以親屬會

我國古代
親屬會議
之習俗

議列入民法，其作用益大焉。

我國古代，宗人以飮禮相聚會而「講事成章」，是亦類於親屬會議；然此種集會，乃王公諸侯集貴族以議國家政務之合議機關也。此外社會習慣，每遇家庭糾紛，亦多邀集親長，以謀解決；惟其為習慣也，故無法律上之根據，俾便遵循。故民法特沿舊俗，參以他國法例，設專章以為親屬會議之規定。

親屬會議
為處理監
護及繼承
之非常設
之合議機
關

然則親屬會議之性質如何？由民法之規定觀之，親屬會議者，主要為處理監護及繼承事項而非非常設之合議機關也。依民法一〇九九條，一一〇一條，一一〇三條，一一〇四條，一一〇六條，一一〇七條，一一一一條，一一一二條之規定，親屬會議有指揮監督監護之權。依民法一一四九條，一一七四條二項，一一七七條，一一七八條，一一七九條二項，一一八〇條，一一八三條，一一九七條，一二一一條至一二一三條，一二一八條之規定，親屬會議又有干與繼承之權。此外，親屬會議尚得糾正父母權利之濫用（民法一〇九條），定扶養之方法（民法一一二〇條）。

親屬會議係因特定之事務而隨時召集者，迨其會議之事務完畢，自歸解散，無恆久之性質，故非常設之機關。其因無能力人而設立者，存在期間雖較久，然無能力人一經成爲能力人時，卽行終止，仍非常設之機關也。

親屬會議非法人，故非權利義務之主體，法律規定親屬會議之行爲，不外向親屬會議之會員賦以權利義務，而由其全體共同行之。故親屬會議之行爲，常爲親屬會議會員之決議，非任何人之單獨意思所能專斷，此其所以爲合議機關也。

親屬會議
之組織

第二節 親屬會議之組織

親屬會員
之人數

第一款 親屬會員之人數

會員人數
之立法例

各國法律，對於親屬會議之人數，有設限制者，有不設限制者。其設限制之中，有規定會員三人以上者，如日本民法是（日民九四五條）。有規定除會長外，會員至少二人至

民法之會員人數

多六人者，如德國民法是（德民一八六〇條）。有限於一定之人數者，如法國民法則以治安審判官與被監護人之親屬六人共同組織之（法民四〇七條）。我民法採取法制，限定會員為五人（一一三〇條）。

親屬會議會員之種類

第二款 親屬會議會員之種類

親屬會議會員有法定會員與指定會員之別，述之於左。

法定會員

第一 法定會員

親屬會議，原為維護未成年人禁治產人或被繼承人之利益而設，其會員之人選，若與被維護者之關係淺薄，殊難期其謀慮深切，故親屬會議之會員，應就未成年人禁治產人或被繼承人之左列親屬順次定之（法民一一三一條一項）。

直系血親尊親屬

（一）直系血親尊親屬 如未成年人禁治產人或被繼承人之父母祖父母及外祖父母是其關切未成年人禁治產人或被繼承人之利益，自較任何人為深，故以之置於第

一 順序（同條）
（一款）。

三親等內
旁系血親
尊親屬

（二）三親等內旁系血親尊親屬 如未成年人禁治產人或被繼承人之伯叔姑舅姨是。

其與未成年人禁治產人或被繼承人之關係，已不若直系血親尊親屬之密切，故以

之置於第二順序（同條）
（二款）。

四親等內
之同輩血
親

（三）四親等內之同輩血親 如未成年人禁治產人或被繼承人之兄弟姊妹堂兄弟姊妹

表兄弟姊妹是。其與未成年人禁治產人或被繼承人之關係，又不若第二順序親屬

之密切，且因輩分居後，故以之置於第三順序（同條）
（三款）。

同一順序
中不僅五
人時之解
決方法

此外，右列順序中尚有必須解決之問題。即，同一順序之中，有不僅五人時，當何以處之乎？此時則以親等近者為先，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（同條）
（二項）。

指定會員

第二 指定會員

親屬會議之會員，以上列親屬充任者為常，但若無上列之親屬，或有之而不足法定

人數時，得由法院因有召集權人之聲請，於其他親屬中指定之（民法一一三二條）。

親屬會議
會員資格
之限制

第三款 親屬會議會員資格之限制

親屬會議既為維護未成年人禁治產人或被繼承人之利益而設，則其會員之資格，有不得無限制者。第一，監護人不得為會員，因親屬會議為監督監護人之機關，其決議常與監護人有利害關係也。第二，未成年人及禁治產人不得為會員，因其無行為能力或限制行為能力，不能自為意思表示或獨立為意思表示故也（民法一一三三條）。

親屬會議
會員之辭職

第四款 親屬會議會員之辭職

親屬會議會員亦如監護人之職務，皆具有強制的性質，無論其為法定會員，抑指定會員，若無正當理由，均不得辭其職務也（民法一一三四條）。茲所謂正當理由者，如遠居他方，無列席會議之可能，或身患疾病，精力確難列席，或職務繁劇，確無時間列

席之類是也。

親屬會議
之召集

第三節 親屬會議之召集

親屬會議，因必須集會之事項發生而召集者也。其召集之原因雖不一，要以法律規定者爲限，否則其決議不生法律上之效力也（民法一二二、九條前段）。

召集權之
所屬

召集之權，屬於下列之三種人。（一）當事人，即受監護人或被繼承人。（二）法定代理人。（三）其他利害關係人，例如受監護人之配偶是也（同條後段）。

親屬會議
之議事

第四節 親屬會議之議事

親屬會議會員接到召集之通知後，即應集合於一定之場所開會，審議與討論關於需要決議之事項，以形成親屬會議之意思。故親屬會議，因會員之集合而成立，而開始會議。會議終結，始以其決議，向外發表其意思。其會議之決議，一依一般原則

，取決於多數，即非有三人以上之出席，不得開會，非有出席會員過半數之同意不得為決議。蓋不如此，不足以昭慎重也（民法一一三五條）。

加入決議之限制

會員出席會議時，當然得各抒所見，表示贊否，惟所議之事，如與出席人有利害關係，其人則不得加入決議（民法一一三六條）。

不服決議之訴

親屬會議之決議，論理應無偏私之虞；然亦未必無可訾議，盡合事理。如有不當，則當事人，法定代理人，其他利害關係人，得於三個月內，向法院聲訴不服，以資救濟（民法一一三七條）。

民法親屬

二四八

民法親屬論完

中華民國二十二年四月(叢書本)出版

民法親屬論

全精一册裝書

定價大洋二元

外埠寄費加

有著作權

著者 陶彙曾

出版者 上海法學編譯社

印刷者 上海會文堂新記書局

總發行者 上海會文堂新記書局

總發行所 上海會文堂新記書局

分發行所 上海會文堂新記書局

北平 漢口 廣州 沙州 長沙
河南 馬首 琉璃 北門 永通 永福 萬福 街

(7)

