

書叢法政

親屬法大綱

陶彙會編



商務印書館發行

政 法 叢 書

陶 彙 會 編

親

屬

法

大

綱

商 務 印 書 館 發 行

上  
海  
法  
政

上海图书馆藏书



A541 212 0001 7569B

# 親屬法大綱

## 自序

一 言中國親屬法者，莫不知中國之婚制及家制自有史以來歷數千年，變遷殊少，至婚制及家制變遷殊少之故，或曰：君權與宗法相維繫使然也。（註一）是誠能闡發中國歷史之一面，而於親屬制度則猶有未盡者焉。

二 間嘗謂說明中國親屬制度，應以宗法爲綱領，數年來屢試爲之，覺婚制與家制，舍宗法外，實無以作系統之說明。是編之成，卽數年來尋求所得者也。

三 然而宗法惟能作「說明」親屬法之綱領已耳。至宗法之制度，促成之者何因？維持之者何力？尙不能一言及之焉。宗法亦惟能說明歷代律例乃至據以

（註一）嚴覆譯社會通詮夏會佑序。

起草之民律草案親屬篇已耳。歷代律例乃至民律草案親屬篇，其間雖相距數千年而仍得以宗法說明之，此言中國親屬法者所以能下「變遷殊少」之論定也。然而律例及草案所載者，果爲社會實際親屬生活之規範歟？則本編殊愧未能答。

四 社會實際親屬生活之規範果與律例與草案所載者相符，則律例與草案所根據之系統，必有左列二條件，二者失一，則律例與草案縱可因其方執行於法院而以 *law in action* (註一) 呼之，決不可謂其皆存在於民間而以 *living law* (註二) 呼之。條件維何？

- (1) 中國民族之社會組織均曾經宗法社會之時期。
- (2) 今日之社會組織均由宗法蛻化而來，變遷殊少。

(註一) Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action," (1910) 44 Am. L. Rev.

12.

(註二) Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1913) 參看法學協會雜誌



乃一考諸史實及斷鱗片爪之習慣調查，即知此二事者，始終固未嘗全備。蓋中國民族之構成，殊爲複雜，故中國民族之文化亦殊非單一之文化，其社會組織未可一概以「宗法」律之也。

五 宗法，周制耳。有周稱王以前及有周諸族而外，殊難觀宗法之特徵。謂宗法制度至周大備，（註一）謂宗法社會沿自古昔，（註二）而不加時代與民族之區別者，皆誤也。在周室稱王以後，宋猶內娶，楚猶立少子，士大夫如公儀仲子猶舍孫而立子，伊洛之戎，猶居近郊，商鞅相秦，始別男女。孰謂宗法爲中國古代民族通行之制乎？喪服以表示親疏也，而及於外親。婚嫁以族爲分界也，而譏娶母黨。五胡猾夏之後，唐始加舅服爲小功。元室北遷之餘，明乃改母服爲斬衰。在律例則外祖且得主婚，在習慣則胞弟且須娶嫂。此非民族混和及文化混和之影響與徵象歟？抑「父母何算」之平民，在禮制盛行之時，已爲禮制所不及矣。

（註一）劉師培中國歷史教科書。

（註二）社會通詮夏曾佑序。

六 然歷代帝王仍折衷於禮而立法，以宗法理論爲綱領，定婚制與家制，命其官吏曰：民有爭焉，應準是以裁之，始合於萬世不刊之禮制！此真 *English* 所謂 *bureaucratic law* 而已。

七 此 *bureaucratic law* 實以宗法爲綱領，除迫於非宗法之習慣之要求而設變例以外，其系統乃顛撲不可破。故由此系統所流布之法規，自不能一一衡量，定其善惡，決其去取。必有所改革於今時，亦惟有就全系統衡量之時。至今日，已有就全系統衡量之必要。是編之作，乃所以闡明全系統以備衡量者也。

十六年一月一日於上海

# 親屬法大綱目次

## 緒論

第一章 親屬共同生活.....一

第二章 親屬法.....二一

第一節 親屬法之範圍.....二

第二節 親屬法之性質.....四

第三節 親屬法之形式.....六

第四節 親屬法之執行.....一〇

第三章 親屬法之本位.....一三

第一節 義務本位與權利本位.....一三

第二節 家族本位與個人本位.....一八

## 前論

第一章 宗法.....二三

第一節 緒言	二二三
第二節 宗法之理論	二二八
第二章 現行之族制	四四五
第一節 引言	四四五
第二節 族之組織	四四七
第三節 族之職能	四四八
第四節 族之機關	四四九
第五節 族之稱號	四五〇
第六節 族之紀錄	五〇〇
第三章 服制	五五一
第一節 引言	五五二
第二節 喪服之本則	五五三
第三節 喪服之變則	五五九
第四節 喪服之變遷	五六八

第四章 舊律之服圖……………七二

第一節 舊律之服圖……………七二

第二節 服制在今日之意義……………七八

本論

第一章 親屬……………七九

第一節 親屬之範圍……………七九

第二節 親屬關係……………八二

第三節 親屬之種類……………一〇一

第二章 家……………一二一

第一節 總論……………一二二

第二節 家之身分關係……………一三九

第三節 家之財產關係……………一五一

第四節 扶養義務……………一六三

第三章 婚姻……………一七六

第一節	婚姻制度	一七六
第二節	婚姻之意義	一九六
第三節	婚姻之種類	二〇三
第四節	婚姻之成立	二〇七
第五節	婚姻之效力	二八九
第六節	婚姻之解消	三三〇
第七節	變例之婚姻	三七三
第八節	妾	三七九
第四章	親子	三八二
第一節	親子關係	三八二
第二節	親權	四〇九
第五章	監護	四一五
第一節	監護制度	四二五
第二節	監護之開始	四三一



第三節	監護之機關	四三二
第四節	監護之事務	四四一
第五節	監護之終止	四四四
第六節	保佐人	四四六
<b>第六章 親屬會</b>		
第一節	親屬會之地位	四四八
第二節	親屬會之組織	四五一
第三節	親屬會之招集及議事	四五三

# 親屬法大綱

## 緒論

### 第一章 親屬共同生活

籍爾克(Otto Gierke)有言：「人之所以爲人，在人與人之結合」(Was der menschlich, verdankt er der Vereinigung von mensch und mensch.) 我人類性能結合，故號爲「萬物之靈」。結合之最密切最自然者，厥爲以夫婦親子爲中心之親屬團體，其在古昔，親屬團體之範圍頗廣，宗法社會蔚爲構成軍國之基，甚或在觀念上徑認國家爲親屬團體焉。卽在國家成立以後，所謂宗，所謂家，在握有大權

之宗子家長之下，仍不失爲政治團體及事業團體也。洎社會愈進，交通便利，商工鼎盛，都市生活日臻繁榮，國家之權力，因以日益伸張，個人之價值，因以日加尊重，於是國家卽以個人爲其直接構成分子，而親屬團體遂漸減其範圍，疇昔爲政治組織經濟組織之中心者，今則隨個人主義之勃興而日就衰頹矣。

個人主義興，則家族制度微，已如上述，然而時至今日，個人的自覺益加澈底，吾人因而有社會的自覺焉，蓋個人完成與共同生活之完成，本屬相須相待者也。若然，則親屬團體卽所謂「家」者，當有其縮小之範圍，與更新之意義，所謂家者，乃社會的組織，所謂家者，應以各個人人格之互相尊重爲內容；然後足以發揮完成「人之所以爲人」耳。

## 第二章 親屬法

### 第一節 親屬法之範圍

親屬共同生活之規範，爲社會共同生活之規範之一部。社會共同生活之原則的法規，乃民法也，故親屬生活規範之法律，爲民法之一部，顧親屬法所規定之權利義務，皆本於夫婦親子家長家屬諸特別身分，與普通之人格權財產權異致。故親屬法者，民法之一部，規定親屬家屬之身分關係及本於此諸關係之權利義務者也。

(一) 親屬關係與家屬關係 親屬法爲親屬生活之規範，故親屬關係爲其當然之內容，而家屬關係則否。然我國社會組織尙以家爲單位，親屬的共同生活團體之中夫婦親子而外，又有家長與家屬之特殊身分存焉，此家屬關係所以構成親屬法之一部也。

(二) 純正親屬法與親屬財產法 親屬法爲規定親屬家屬關係及本此而生之權利義務之法規，已如前述，然其內容頗含有財產上之權利義務，如家產，如夫婦財產制是，學者或分親屬法爲純正親屬法與親屬財產法，而主張親屬法中應置後者於不論。然其爲說，偏於理論，實際上頗多不便。

(三) 監護 關於監護之規定，嚴格言之，本不屬親屬法之範圍，然自來學者均以「監護爲親權之延長」立法上加入親屬法，久視爲當然之舉。本講義因亦及之。

## 第二節 親屬法之性質

學者言法律，常分爲公法與私法，強行法與任意法，普通法與特別法。試就此諸分類言之：

(一) 親屬法者私法也。論公法私法之區別，學說之重要者有三，卽目的說、關係說及主體說是也。吾人從第三說，且更由實質觀察之，以爲公法者國家生活之法律，私法者社會生活之法律。親屬生活爲社會生活之一端，故親屬法爲私法。惟其中頗有涉及國家機關之公法規定耳。

(二) 親屬法者，大體言之，強行法也。何謂強行法？法律所規定之法律關係，不許當事人以意思變更其內容者也，親屬法之規定，大部分有關於公共秩序

善良風俗，故有強行法之性質。

(三) 親屬法者，普通法也。普通法與特別法之區別，意義有三：

(甲) 依法律所適用之人而區別之：適用於一般人者為普通法，僅適用於某階級者為特別法。親屬法乃適用於一般人之民法之一部，故為普通法，惟依法律適用條例及中外條約而有例外。

(乙) 依法律所適用之地而區別之：適用於中華民國全領土者為普通法，適用於特殊區域者為特別法。親屬法乃適用於中華民國全領土之民法之一部，故為普通法，惟以現狀言之：左列兩端，實為例外。

(a) 番地不適用普通之親屬法。蓋「番地民情風俗，迥異內地，」自不能一律繩以內地施行之法律，且「前清現行刑律向不適用於番地，」暫行新刑律亦然（註一）。以現行刑律為根據之親屬法更無論矣。

(b) 蒙古不適用普通之親屬法。蒙古向以前清之理藩院則例為準

（註一）大理院解釋一〇一號。



據，其中關於民事部分迄今仍有效力（註二），故不適用普通之親屬法。

（丙）依法律所適用之事而區別之：關於一般事項之法律爲普通法，關於特別事項之法律爲特別法。親屬生活乃人生當然之現象，故親屬法爲普通法。

### 第三節 親屬法之形式

#### 一 制定法

我國親屬法之規定，詳於律例之戶婚，並散見於他條。前清末年設修訂法律館刪改律例，成所謂現行刑律，後復延聘日人起草民律，其中親屬一篇，雖仍成於國人之手，亦苦其無當於俗，用是迄未施行。以故現行刑律關於民事各條，「除制裁部分及與國體有牴觸者外，當然繼續有效。」所謂現行律關於民事有效部分是也。其中律例，關於親屬生活者尤多焉。

## 二 判例法

法院判決，係就具體事件而爲具體判斷，所解決者爲該具體事件而不得適用於其他。顧法院於實質相同之案件常爲實質相同之判決，相沿既久，遂成判例。法院對於本院之判例，常尊重之，下級法院對於上級法院之判例常遵守之。人民於實質相同之案件亦以同一之判決相期。同一判例反復援用，遂與法規有同一之效力，所謂判例法是也。

法院之職，在依法以爲裁判，法院固不得而立法也。然立法者立法之時對於社會生活之規範，既不能網羅現在，亦無由預測將來。故法規無明文者無論已，卽法規有明文，其所定者亦不過「外圍」而「內容」之確定，仍有賴於裁判（註一）。有時法院，迫於必要，且不得不下異於法規之判決焉。大理院解釋統字五七六號有云：

以上三端，（居喪嫁娶，七出及義絕）皆舊律爲禮教設防閑。遇有此類案件，

（註一）日本判例民法第一卷序（有斐閣出版）。

仍宜權衡情法以劑其平。現在民律尙未頒行，該律民事部分雖屬有效，而適用之時，仍宜斟酌社會情形以爲解釋，不得拘牽文義，致蹈變本加厲之嫌。

以故法院之於現行律，形式上雖仍爲適用法條，實質上則與創造新法無以異。故吾人不知判例卽無由知現行法制焉。

### 三 習慣法

法律本無形象，以立法行爲爲之形象者，蓋後世之事，古無有也，卽在後世，國家致力於制定法規，亦不能網羅社會生活繁雜之現象而無遺。加之時世推移，新法律關係，簇然發生。法規有所不及，則習慣尙矣。至習慣如何而後有法律之效力，學者立論，各有不同。我國大理院則認定左列四端，爲習慣法成立之要件：（註一）

- （一）法律無明文規定；
- （二）於一定期間內，就同一事項，反復爲同一行爲；
- （三）該地方之人均共信爲有拘束其行爲之效力；

（註一）大理院四年上二五四號。

(四) 不違背公共秩序善良風俗。

習慣具右列條件，即成爲習慣法，其效力與制定法同。惟須注意者，有左列三點；

(1) 習慣法有補充的效力。——所謂「法律無明文者從習慣法」我國法院，著爲法例。故「苟有明文足資依據，則習慣即不得援用。」(註一)

(2) 習慣法無強行的效力。——親屬法大體爲強行法，前既言之。然關於親屬生活之習慣法，是否爲當事人所不能變更？我國法令，未著明文。惟大理院四年前上字一二七六號判決則明白爲消極的宣示焉。

(3) 習慣法有改廢法規之效力。——習慣法對於法規，一方僅有補充的效力，一方又有改廢的效力焉。蓋法規制定以後，所適應之社會情事既已變遷，則該法爲惡法，不得不有以變更廢止之，至變更廢止之者爲制定法抑爲習慣法，無以異也。

(註一) 大理院四年上一二二二號。

#### 四 條理

「法律無明文者適用習慣法，無習慣法者適用條理之公例，」大理院判例解釋，屢經宣示，故條理亦為親屬法淵源之一。其「本於條理之力而為法者，理法也。」（註一）

#### 第四節 親屬法之執行

親屬生活規範之執行，宗教，輿論，國權，三者皆足以任之。以國權執行親屬法，應委諸何種機關，出以何種程序，此本章所欲述也。

##### 一 親屬法之助法

（一）戶籍法 親屬法之助法，最重要者為戶籍法。戶籍法者，戶籍吏於其管轄地域內，就住民之有原籍者所編製之籍貫也，凡家長家屬之姓名，原籍地，家

（註一）美濃部達吉日本憲法第一冊，論法律之淵源，以為條理非法律，本於條理之力而為法者，

始為法律，是為理法。

屬關係親屬關係及其他事項，均編爲簿冊，以爲證明。此其爲制，與我國舊律所謂「人戶以籍爲定」及現行戶口編查規則所謂「以現住戶口爲準」者皆不同。蓋前者所以督賦役，後者所以察奸宄，而戶籍法則以證明一家之法律關係爲目的故也。我國戶籍法尙未制定，親屬法之執行，不現實多焉。

(二) 人事訴訟程序 民事訴訟條例特設人事訴訟程序之規定，以適應親子事件婚姻事件之特殊情形，而補普通民事訴訟程序所不逮。然親屬法之執行，義理人情，應當兼顧。現行之人事訴訟程序，尙未足爲良法也。

## 二 親屬法執行之機關

依周禮，普通之獄與訟，皆歸司寇之屬，而親子夫婦之事，則大抵以司徒之屬掌之，大司徒之職：

以鄉三物教萬民而賓興之：……二曰六行：孝、友、睦、婣、任、恤……凡萬民之

不服教而有獄訟者，與有地治者聽而斷之。其附於刑者歸於士。

媒氏之職，尤專在於婚姻：



媒氏掌萬民之判。凡男女自成名以上，皆書年月日名焉。令男三十而娶，女二十而嫁。凡娶判妻入子者皆書之。中春之月，令會男女，於是時也，奔者不禁；若無故而不用令者罰之。司男女之無夫家者而會之。凡嫁子娶妻，入幣純帛無過五兩。禁遷葬者與嫁殤者。凡男女之陰訟，聽之於勝國之社，其附於刑者歸之於士。

此其爲制，當時果否施行，雖不能無疑，然而家事應治以專曹，固爲學者理想之所及也。後世親屬生活有關之訟獄，一歸諸民刑兼理之官，與其他民刑事件，以同一程序聽斷焉。然親屬團體，乃感情之結合。愛存則合，義絕則弛，家各有其殊情，人各有其特性。而現行之法律與法院，惟持一是一非之判斷以臨之，其無以伸情達變，自不待言。近來各國，有設「家事法院」以救其弊者，美國其最著者也。註一

美國家事法院之組織與程序，雖各州均有不同，而其特色，則不外左列二點：

(A) 能精密調查案情，故得爲具體公平之審理；

(註一) 日本法學協會雜誌第三十九卷十號十二號池田寅次郎美國家庭裁判所。

(B)能發揮調停作用，以期當事人之完全調協。

凡此二端，固非普通之形式的法庭所能與也。日本政府近來設置之法制審議會亦議決仿行焉。

### 第三章 親屬法之本位

#### 第一節 義務本位與權利本位

##### 一 法律之本位

法律之本位云者，法律之中心而用爲立足點之觀念之謂也。法律苟爲純粹之自然的法則，自無所謂中心觀念存乎其間，法律苟爲純粹之人爲的規範，則其中心觀念可以永久不變，亦可以任意變更。然法律乃本於自然之人爲的規範，故有其中心觀念，而其中中心觀念又隨社會之進化而變遷焉。(註一)

(註一)穗積重遠法理大綱一八〇至一八四頁。

## 二 由義務本位向權利本位

今日之法律有中心觀念一，曰權利，權利爲何學說頗不一致，而其爲今日法律之本位，蓋無容疑。雖然，我國舊有法律而無權利之觀念，卽在太西古代亦然。日本牧野英一氏有言：

依歷史的觀察及比較的觀察，理解法律之民族不必盡有權利之觀念。卽就羅馬法觀之，羅馬法中祇有 *Actio* 之觀念，而無與今日權利相當之觀念。至 *Ius* 一語，釋爲權利，亦屬後世之事，當時固無此解釋也。（註一）

自個人主義興，而權利之觀念起，狄驥（*Leon Duguit*）論私法之變遷有云：

與此形而上的權利觀念相聯者，爲社會及法律之個人的觀念，以法律爲個人及視若個人之國家之行爲規則焉。

個人主義有長久之歷史，個人主義爲長久進化之產物。個人主義源於Stoic 哲學，在羅馬時代，已表見於法律之中。至十六世紀及十八世紀，乃達其完全且最

（註一）現代之文化與法律，法律現象單位之權利一篇參看。

後之形式。簡賅述之，其言曰：

人本性自由，本爲獨立，本屬孤存，本爲其所不得轉移，不可喪失之權利之主體。此項權利，卽自然權，人苟不失其爲人，卽附麗而不可須臾離焉。社會之成，乃由於個人自願之集合，以保障其生存與自然權爲目的者也。集合之結果，個人之權利，不無限制，是固無疑，惟其限制僅以能確保各個人權利之自由行使爲度耳。組織的集合之國家，僅有惟一之目的，卽保護並法定各個人之不可分的權利是已。法律或法規亦基於個人權利上焉。（註一）

### 三 我國法律之本位

行爲之準則，是稱規範，或曰「應爲」，或曰「勿爲」，皆義務的規定也。道德爲規範之一種，而道德上有義務而無權利。法律亦爲規範之一種，本不以權利觀念爲中心。我國古來，收行爲規範於禮，禮之職在定「分」，所謂「貴賤有等，長幼

（註一） Progress of Continental Law in the 19th Century (Continental Legal

History Series, Boston, Little Brown & Co.) pp. 71—72.

有差，貧富輕重皆有稱者也」(註二)。人各守其分而立身行事焉，此其有義務而無權利，不待多言。至於法，在我國不過爲禮制之他端，「禮者禁於將然之前，而法者禁於已然之後」(註二)。法之所禁，違禮之尤者而已。故法之所定，皆以禮爲衡，而爲義務本位。

儒者以爲「法者治之具而非制治清濁之原」(註三)，故重禮而薄刑名。法律之學遂不能成一系統，學者謂我國有現實法，無想法者(註四)。以此。權利者理想法之產物，一形而上的觀念也。我國理想法既付缺如，自無容權利觀念發生發達之餘地。

如後所述，我國法律爲家族本位而非個人本位。父父子子夫夫婦婦，各從其

(註一)荀子禮論。

(註二)大戴禮記。

(註三)司馬遷史記之語。

(註四)穗積陳重法律進化論第一冊二二一至二二三頁。

在家族中之地位而定其所應爲與其所不應爲。顧權利觀念乃個人主義之產物，父子夫婦各有平等獨立之人格，能以自己之意思定自己之地位焉。家族本位之法律如我國，自屬義務本位，不待多言。

我國法律素爲義務本位而無權利觀念存於其間，已如上述。故日本岡村司氏有言：

權利之觀念與人類俱存，此西人之論者。我輩攻西學，浸淫其思想既久，蓋亦以爲權利自原始時代即已存在。殊不知吾國權利觀念之發生，實西洋文物輸入以後之事，前乎此者，並與此類似之觀念亦無之。其在中國，今日尙有不知權利爲何物者。然我國與中國，數千年來，治國之機關備存，禮樂刑政粲然，有父子，有夫婦，凡百之事靡不俱備，若權利之於人類，如食色然，則吾國與中國數千年來無此觀念，豈非大可怪之事乎？（註一）

#### 四 由權利本位向社會本位

（註一）法學協會雜誌第四卷十二號岡村司權利否定論。

依上述，我國之法律，爲義務本位之法律，自海禁開闢，新法輸入，已漸進於權利本位。民律草案親屬篇即取權利本位焉。然而時至今日，權利本位之思想，已起反動，頗有再趨義務本位之傾向。蓋法律所以擁護權利，履行義務，是固無疑。然法律究不以擁護權利履行義務爲其最後之目的。法律之目的，在保護並促進社會生活之利益。故法律之進化，不以權利本位爲終點，而義務本位之法律亦不足爲理想的法律。理想的法律，應爲社會本位之法律焉。善哉穗積重遠（註一）之言曰：

個人不自覺時代，法律爲義務本位。洎乎個人自覺時代，法律進於權利本位。苟入社會自覺之時代，則法律自當爲社會本位。今日此第三期蓋開始矣。故今日之法律解釋，應爲社會本位。今日之法律適用，亦應爲社會本位……

## 第二節 家族本位與個人本位

### 一 由身分向契約

（註一）法理學大綱末頁。

學者或謂太古之世，人居自然狀態（A state of nature）之中，生而獨立，生而自由，社會之成，以平等獨立之個人互締之社會契約為基礎，家族之成立，亦以契約為衡。盧梭民約論有言：

社會中最古而最自然者為家，然此社會中，子與父相結，亦惟其需父以自存而已。所需既已，則自然之結合解除。子既脫其向父之服從，父亦免於向子之顧復，而同等獨立焉。若仍相結，則非出自然而出於志願，是家亦依契約以維持於不散也。（註一）

然自然狀態，無史實為之證明。史實所證明者，有如梅因古法（Sir Henry Sumner Maine's Ancient Law）之所述：

太古社會，非若現代所擬議，以為「個人」之集也。自事實言，並自構成太古社會之人所見解者而言，社會實「家」之集。此古今之所異致，試以最有力之辭明之，曰：古代社會之單位為「家」；而現代社會之單位為「個人」。吾人應

（註一）Social Contract Chap, 2.



準此以求古代之法律焉。

梅因氏著其結論曰：

進步之社會所祈趨，由身分向契約也。(From Status to Contract)

衛幾若 (Georgio Del Vecchio) 論法律之歷史的進化，亦承斯論：

法律進化之特質，示吾人以由必然聚集向任意結合之變遷焉，即依梅因之公例（所謂梅因律）由身分向契約之變遷是。古者，個人係屬於所隸之集團而不可分離。所居地位，惟決於誕生之一事而不得以自己之意思變更之。……即吾所謂必然聚集，而亦梅因所謂身分制也。

歷史進化之程途，使他制代身分而起。個人得其真正之人格焉，即以自己意志之行爲決定自己之地位及法律關係之能力是也。彼既不復完全融化於集團之中，乃可以個人而負責任，以個人而有財產。契約之制，在此種現象中，至爲顯著，蓋「個人意志之自主」實現於契約也。（註一）

（註一）法學協會雜誌第四十卷十號高柳賢三譯文。

## 二 由契約向關係

在契約制之時期，「個人意志之自主」實爲顯著之現象。法律關係因當事人之意思而發生，以當事人之意思而消滅，依當事人之意思而決定其內容。顧在社會自覺之今日，個人間所創定之法律關係，不僅須無違於公序良俗，且更須合於社會生活之原則，始得爲有效。今日以後之法律關係，不復絕對以個人意思爲衡。蓋今日以後之觀念，以法律關係爲「依當事人意思而生之生活關係」而非單純之「意思行爲」故也。吾人稱此變遷爲「由契約向關係」焉。（註一）

## 三 我國之家制與宗法

我國古來，法律之單位爲「家」。直至今日，家之賦役上刑事上之責任雖已消滅，而私法上仍居重要之地位，親屬法尤顯然以家爲中心觀念焉。家爲親屬共同生活小團體，固非我國特有之制。然我國之家，其組織之成立，其系統之傳承，其權力之攸歸，其財產之所寄，皆不單純以共同生活當然之原則爲衡，而決於宗法之遺規焉。簡括言之，我國親屬生活，乃以宗法遺規之下所成立之家爲中心者也。

(註一)契約制與關係制之論點，參看 Roscoe Pound, Spirit of the Common Law,

1921, pp. 28—31.

## 前論

### 第一章 宗法

#### 第一節 緒言

##### 一 母權說與父權說

親屬制度之起源，有主張「母權說」者。以爲原始民族本無婚制，惟有亂交 (Promiscuity)，知母而不知父，故親屬團體不得不以母系 (Matrical descent) 爲中心。是爲母系親屬制度。於此時也，親屬團體之首領爲母，母有統轄團體之權力。是爲母治 (Matriarchate)。

反對論者以爲人類生而有嫉妬性，故亂交之狀態，不能存在。親屬團體寧以

父系爲最古（註一）。母系親屬團體雖間有之，然親屬本於母系，不必即統治於母，母系親屬團體之首領，常爲母之兄弟焉。（註二）

我國初民，是否從始即取父系親屬制度，抑父系親屬制度之宗法乃由母系親屬制度轉化而來？自來學者多附會母權說。劉師培中國歷史教科書云：

若中國之姓，則古籍咸稱百姓。蓋漢族東遷，其得姓者僅百家。然姓字從女從生。古代行一妻多夫之制，故古人從母得姓。而姓又從土地得名。古人不知有父，故世系相傳，以女不以男。及女統易爲男統，則中國人民，從母姓而兼從父姓，故一人或二姓相兼，而父子兄弟得姓各殊。蓋唐虞之時，人民猶多從母得姓也。……自禹錫士姓，其所謂姓者，始不從母而從父。

梁啓超先秦政治思想史亦從「姓」字着想，以爲：

其實「姓」字從女生，說文云：「人所生也。」初民社會，先有母系而後有

（註一） Sturcke, Primitive Family.

（註二） Hobhouse, *Morals in Evolution*.

父系。遂古部落皆從母以奠厥居，因各以所屬母爲徽別。故著姓如姚、姒、姬、姜、嬴、嬭、姑、姪，字皆從女。

然而從母得姓，不必爲母系親屬制度之徵（註二），反足使吾人知古者親屬溯諸父系，而一夫多妻之制。劉氏舉古人從母得姓之證云：

神農黃帝同爲少典之後，而一則姓姜，一則姓姬，則以母姓不同之故，其證一。國語言黃帝之子念五人，同姓僅二人，蓋黃帝后妃甚多，生子各隨母姓，其證二。大戴禮言陸終六子，安爲曹姓，季連爲芋氏，則同父異母，得姓卽殊，其證三。史記記伯益之祖，舉女修不舉少昊，其證四。胥臣言青陽方雷氏之甥，夷鼓同魚氏之甥，蓋青陽從方雷之姓，夷鼓從同魚之姓也。其證五。

此五證者，皆所以明我國古行一夫多妻之制，「同父異母，得姓卽殊，」本本水源，仍溯父祖。而劉氏反據此以爲古代行一妻多夫之制何也？

## 二 文化之混和與宗法之傳布

（註一）參看 Lowie, *Primitive Society*, pp. 64, 65.

劉梁之說，有不能與我國古代社會之實況相合者。我國古代社會之實況，雖不易言，然多數民族分布於各地，或相交接，或互遷徙，則由歷史之傳說可以推知。在此種情勢之下，乃舉親屬制度之一種，曰此初民共通一致之制度也，實屬不能以吾人所知，母系親屬制度雖無確切之證明，而同為父系親屬制度之各族，亦有不從宗法之組織者。朝鮮之文化，傳自中國，朝鮮之親屬制度雖為父系，而親屬世數計算法則純係個人本位（註一），則中國古有非宗法之父系親屬制度之民族可知。（依傳說即殷是也。）此其一。依禮大傳，周以前「庶姓別於上，戚單於下」——不同高祖之宗親——可以通婚，易詞言之，周以前之民族（殷）不行族外婚制，此其二。依禮檀弓，周以前嫡長子死，不立長孫而立次子（註二）與宗法嫡子

（註一）日本廣池千九郎東洋法制史論朝鮮世數計算法甚詳，朝鮮世數計算法與羅馬法計算法同，羅馬法計算法乃個人本位而非宗法本位，參看 Huebner, History of Germanic

Private Law, p. 719.

（註二）見次節之四，公儀仲子舍孫立子，子服伯子曰：「仲子亦猶行古之道也。」

死立嫡孫不同，此其三。依左傳，「楚國之舉，恆在少者。」楚行少子繼承（Junior-right）與宗法以長子繼體傳重者異致，此其四。卽此四端，已足證宗法不過多數民族之一（周）之習俗，而非中國古代遍行之制度。

宗法非中國古代遍行之制度，固已。自周以一己所有之習俗，應用於政治，姬姓諸國，皆依斯制以鞏固其羣，父系父權父治之宗法，遂傳播於各地。儒者言禮，又以宗法爲中心，後世帝王立法皆折衷焉。於是宗法，歷數千年，型成我國親屬法制之基礎。

惟當注意者，我國社會，與宗法不同之習慣仍多，固不待言。卽儒者宗法理論之中，亦頗有非宗法之成分，間雜而莫辨。蓋宗法理論大抵以古代社會組織爲背景，而古代社會組織，因多數民族文化之混和，（註一）非宗法之成分，或注入宗法制度之內。以例言之，羅馬古行男系親屬制度，故不認女系親爲親屬，所謂「婦女

（註一）關於文化之混和，參考 W. H. R. Rivers, *Psychology and Ethnology*, 1926,

pp. 120—140, "The Ethnological Analysis of Culture".



爲親屬之終點」是也，其在中國，宗法之系統雖嚴，而女系親仍不失爲親屬，且在相當範圍之內禁止通婚且有權力關係焉（註一）。此又不得大加注意者也。

## 第二節 宗法之理論

### 一 宗之組織

血之受諸父者與母同而授諸子者與女同。故定誰爲親屬，應溯諸男女兩系。然而男女兩溯，則不成其爲宗（註二）是無他系統分岐，則組織散漫耳。崔東璧遺書五服異同考有云：

孟子曰：「天之生物也，使之一本。」人姓父之姓而不姓母之姓。由父之父

（註一）古文家與今文家關於九族之解釋，極爲不同，古文家以爲九族指同宗有服者而言，純本於宗法而立論；今文家以爲九族乃父族母族妻族相合而言，則以非宗法之成分爲背影者也。關於今古文解釋之不同，參考俞樾九族考。

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。

竊謂專溯母系，宗亦可立，故氏族有父系與母系二種。我國宗法，特取父系，故崔氏云爾。宗法爲父系，則其成立之先，必有確定之婚制（註一）。蓋夫婦之關係定，則父祖之支派明。於是二種觀念生焉：一曰尊祖，二曰敬宗。禮大傳：「尊祖故敬宗。」喪服小記：「敬宗故收族。」而宗之組織成立矣。

(A) 組織之方法

(一) 別子與其子孫

封建之世，諸侯之子，嫡長嗣爲諸侯，支庶之後，族類繁多，以大宗小宗之法鞏固其羣，而保持政治上社會上之地位。禮大傳：

別子爲祖。繼別爲宗。繼禰者爲小宗。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。

（註一）嚴復譯甄克思社會通詮十七頁。

(甲) 大宗 大宗者繼別者也。何謂別子？別子者公子也。(註一) 然有二說：其一以爲諸侯之庶子爲別子。然記云：「庶子不祭祖，明其宗也。」庶子不得爲別子。其二以爲別子有三：一爲本國公子，二爲異姓公子來自他國者，三爲庶民起爲卿大夫者。後二者原非別子之本義，不過其族人亦可依宗法組織之耳。

何謂繼別？別子之子孫也。別子爲一宗之始，其嫡長繼之，上以祀別子，下以合族人，凡支子庶子及其子孫皆宗之，是爲大宗。大宗雖百世得祭其始祖(卽別子)，始祖之廟主，雖百世不遷焉。

(乙) 小宗 小宗者繼禰者也。何謂禰？禰者諸弟，大宗宗子之諸弟也。何謂繼禰？諸弟之子也。小宗有四，試以下表言之。設別子傳至五世，天爲大宗，凡小宗皆宗之，子爲一世，大宗宗子之弟，繼之者爲其玄孫甲，其與甲同出於高祖子者戊，與甲爲宗，是爲高祖宗。與甲同出於曾祖丑者丁，與甲爲曾祖宗。與甲同出於祖寅者丙，與甲爲祖宗。與甲同出於父卯者乙，與甲爲父宗。子之廟主，五世則遷，故甲之子

不復祭焉，以是甲之子與戊及戊之子，不復相宗。小宗四，大宗一，凡五宗。

(二) 公子與其諸弟

爲別子之公子，其子孫之組織，前既言之。然一君之公子不止一人，則其間之關係何似禮大傳？

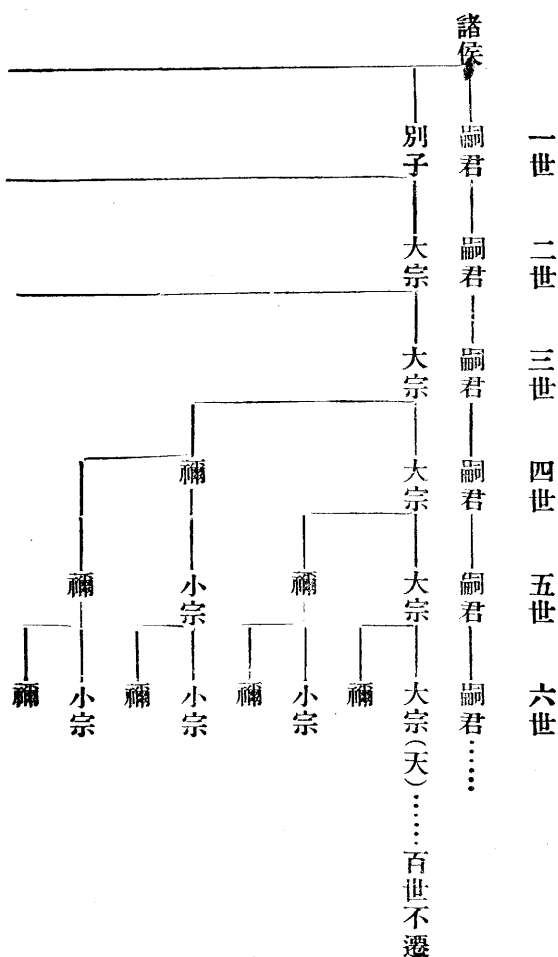
有小宗而無大宗者，有大宗而無小宗者，有無宗亦莫之宗者，公子是也。公

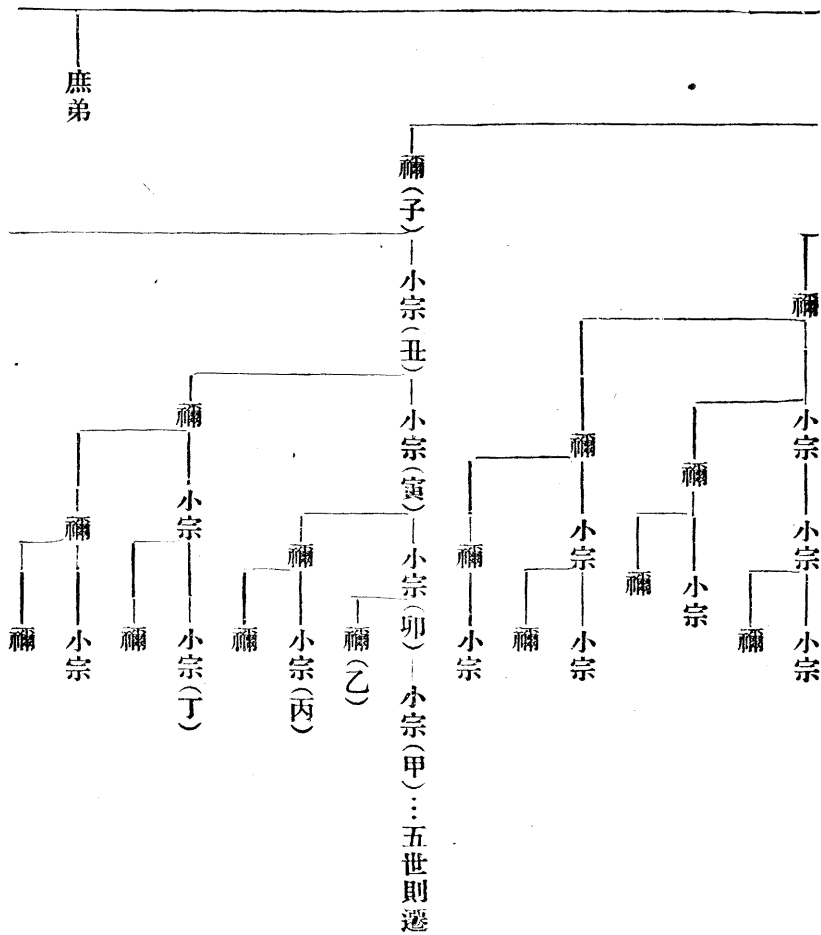
子有宗道：公子之公，爲其士大夫之庶者，宗其士大夫之適者，公子之宗道也。

公子之宗道，學者解釋各有不同。(甲)或謂一君之子，止有一宗。若公子之中有嫡有庶，則嫡爲大宗，庶爲小宗，此有大宗亦有小宗者也。設皆庶而無嫡，則爲有小宗而無大宗。皆嫡而無庶，則爲有大宗而無小宗。若止一人則爲無宗而亦莫之宗。然而皆嫡之時，則降其衆嫡，使宗其長嫡一人。皆庶之時，則升一長庶，使衆庶宗之。故一君之子雖多，仍爲一大宗。主此說者呂與叔毛奇齡。(乙)或謂公子中止立一大宗，則其後世，親屬既竭，又孰肯宗之，以祭其所非同出之祖。故凡公子之爲大夫者皆爲大宗。凡爲士庶人者皆爲小宗。主此說者萬斯大。(丙)或謂諸公

子中，凡爲別子者皆爲大宗。主此說者鄭注孔疏，呂伯恭，陳器之陳用之也。吾人自  
立宗之主旨觀之，從甲說焉。

(B) 宗法圖





——庶弟  
——禰——小宗——小宗——小宗(戊)

### 三 宗之職能

宗之職能有二，宗教的職能，社會的職能及政治的職能是也。

(甲) 宗教的職能——主祭

宗起於尊祖。尊祖故祭於諸禮爲最重。祭統所謂「治人之道，莫急於禮，禮有五經，莫重於祭。」是也。宗子爲父祖之繼體，故惟宗子得主父祖之祭，喪服小記云：「庶子不祭，明其宗也。」而王制亦云：「支子不祭。」

(乙) 社會的職能——收族

禮儀喪服傳：「大宗者，收族者也。」收族之事有六：

(一) 祭祀 尙書大傳：「宗將有事，族人皆侍，終日。」有事云者祭祀而已。

大宗祭其始祖，則宗人皆侍焉。小宗祭其禰祖曾高，則凡與之同出於禰祖曾高者亦侍焉。

(二) 燕飫 周禮大宗伯：「以飲食之禮親宗族兄弟，」飲食之禮有二：一

曰族燕，二曰族飫。蓋平居無事則燕以申好，有事則飫以論事也。

(三) 扶養 同小宗大功以上親屬異居同財。儀禮喪服傳。

昆弟之義無分，然而有分者，辟子之私也。子不能私其父，則不成爲子。故有東宮，有西宮，有南宮，有北宮，異居而同財，有餘則歸之宗，不足則資之宗。

宗者，伯叔父典宗事者也，故同財者爲小宗，且爲大功以上之宗人（註二）。

至於大宗，有無亦相通焉，白虎通所謂「大宗能率小宗，小宗能率羣弟，通其有無」者是也。宗子有圭田采地，則以贍族人，族人亦獻其「衣服喪衾車馬」於宗子焉（內則）。

(四) 教導 宗子教導族人之責，其詳不可得而聞。惟昏義有云：

是以古者，婦人先嫁三月，祖廟未毀，教於公宮，祖廟既毀，教於宗室，教以婦德，婦言，婦容，婦功，教成，祭之，牲用魚，芼之以蘋藻，所以成婦順也。

（註一）從鄭註而爲解釋。程瑤田宗法小記則以宗爲小宗宗子，若然者，則儀禮此語可作爲小宗

同財之證。



宗室，宗子之家也，此宗子教導族人之遺迹也。

(五) 主持 宗子主持一族之事務，並得主持一族之婚姻，是爲宗法社會所恆有。士昏記云：

宗子無父，母命之。親皆沒，已命之。支子則稱其宗，弟則稱其兄。

無父母之時，宗子自主其婚禮，而支子則以宗子之名義行之。兄，亦宗子也。

(六) 裁判 宗子裁判族人爭議之職能，不可得而詳。惟左傳昭公二十九年有云：

梗陽人有獄，魏戊不能斷，以獄上其大宗也。

周禮地官司徒鄭注：「爭罪曰獄，爭財曰訟。」獄且能斷，訟無論已。

(丙) 政治的職能

古代民族，以血統爲結合之基礎，梅因古法詳言之矣。我國周代以前，血統亦爲政治之連鎖焉。試分論之：

(一) 天子諸侯有無宗道？學者於此，爲說不同。(甲) 或以爲天子諸侯無

宗道。記云：「族人不得以其戚戚君。」穀梁亦謂「諸侯之尊，弟兄不敢以屬通。」故天子諸侯與其族屬相絕。主此說者爲程瑤田（註二）。（乙）或以爲天子諸侯有宗道。荀子以爲「天子，天下之宗室也。」毛氏於板之詩亦以爲「王者，天下之大宗。」滕之百官稱魯爲「宗國」焉。主此說者毛奇齡也（註二）。吾人從乙說焉。

（二）大夫宗道，何關政治？武王數紂，曰「官人以世。」春秋之法，深譏世卿。然則春秋及其前代果仕無世官乎（註三）？魯之三桓，事主於季友，鄭之七穆，政出於子皮（註四）。季友子皮皆宗子也。宗子於其族，猶之「家有嚴君」焉。以是爲政，可謂「正家而天下定」（註五）者已。詩云：「豈伊異人，兄弟甥舅。」與王室同姓

（註一）宗法小記。

（註二）大小宗通釋。

（註三）萬斯大宗法論。

（註四）毛奇齡大小宗通釋。

（註五）易家人卦。

之諸侯，率其大宗以宗天子，而爲兄弟國。其異姓諸侯，則互通婚姻而爲舅甥國焉。至一國之內，則大宗各率其小宗以宗諸侯。小宗率其羣弟以宗大宗。「循條附枝，皦然不紊。」梁任公稱我國古代政治爲「家族本位之政治」，良以此也。（註一）

#### 四 宗之稱號

有姓有氏，姓與氏之別，可分端言之：

（一）姓受之天子，氏命自國君。姓爲國君之事，氏爲卿大夫之事，同姓者一國或數國，而氏惟限於其宗。故毛奇齡云：「分姓爲氏，氏爲大宗。」其小宗之以功德自見者，亦得受氏。

（二）氏更有不同於姓者：二：一曰可變，凡同出於一祖者，雖百世而其姓不變。氏則不然。二曰異稱，男子稱氏，女子稱姓。

#### 五 宗之存續

宗法時代，宗之系統不容紊亂。故有明示系統之法：二：一曰祭燕之位次，文王

（註一）先秦政治思想史六七頁。

世子所謂「族食世降一等」是也；二曰喪服之等差，後當詳述。有維持系統之法：二曰有子立嫡，二曰無子立後。

(一) 有子立嫡 爲維持宗之系統計，凡宗子必期於有後。婚禮之事，繼世爲先。易所謂：「重人倫，廣繼嗣。」禮所謂「事宗廟，繼後世。」是也。故求偶有妻有妾，而生子有嫡有庶。嫡庶之中，誰爲祖主？於是立嫡之法起。其要略如左：

(甲) 有子皆嫡——「立嫡以長不以賢。」（公羊傳）

(乙) 有嫡有庶——「立子以貴不以長。」（同上）

(丙) 有子皆庶——則有二說：

(一) 主卜之說 檀弓：石駘仲卒，無適子，有庶子六人，卜所以爲後者，

曰沐浴佩玉則兆。石祁子不沐浴佩玉，石祁子兆。是主卜也。

(二) 立長之說 左傳襄公三十一年：穆叔曰：「太子死，有母弟則立

之；無則立長；年鈞則賢，義鈞則卜；古之道也。」是立長也。後世律令皆從此說。

(丁) 有嫡已死——亦有二說：

(一) 立弟之說 檀弓：公儀仲子舍其孫立子，子服伯子曰：「仲子亦

猶行古之道也。」鄭注以爲殷禮。所謂「質家親親先立弟」是也。宋制從之。

(二) 立孫之說 檀弓：仲子舍孫立子，子游問諸孔子。孔子曰：「否，立

孫。」鄭注以爲周禮。所謂「文家尊尊先立孫」是也。若嫡孫亦死，則又有二說焉。

(子) 立曾玄之說 以爲嫡孫死，應以次立曾玄，蓋禮立嫡以長，不

應「舍正統而厚旁支」也。(註二) 元制從之。

(丑) 立嫡子母弟之說 依此說：嫡孫死，以次立嫡子同母弟；無母

弟，立庶子；無庶子，立嫡孫同母弟；無母弟，立庶孫；曾玄以下準此。唐律陰襲行之，清律不改。

(二) 無子立後 大宗所以收族。若大宗宗子無子，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，厥爲立後。立後之事，概略如左：

(甲) 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。諸侯及其太祖。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。

蓋大宗存則親疏別，昭穆序，而祖有所祀，族有所收，不可以絕，故以擬制 (Fictitious) 之法，立族人之支子以嗣之。至以小宗無後則當絕 (何休之說) 而使之從祖祔祀，從祖祔食，則「雖未嘗繼嗣，而其祭祀固未嘗絕也。」(註二) 後世族無大宗，則人皆可以立後矣。

(乙) 爲後者爲宗人。異姓不可爲後，「神不歆非族」故也。儀禮喪服傳曰：何如而可爲之後？同宗則可爲之後。

今日立後，雖不限於同小宗或同大宗，然而異姓爲後，仍爲厲禁。

(註一) 徐乾學讀禮通考。

(丙) 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：適子不得後大宗。

蓋小宗嫡子，自有所後，所以傳小宗之系統，收小宗之族人，不可輕爲人後也。今日嫡子雖可以出後他人，然而獨子後人，仍爲法例所禁止。

(丁) 殤不立後。年十九以下而死，則爲殤。「殤無爲人父之道。」故禮曾子問：「宗子爲殤而死，庶子不爲後也。」然而爲國戰死者可無殤。檀弓，孔子云：「能執干戈以衛社稷，雖欲無殤，不亦可乎？」現行法例，出兵陣亡者雖殤亦可立後，蓋本於此。

(戊) 婦人不立後。宗法主於男系，故婦人死無子，不爲立後。喪服小記有下列二章：

祖父卒而后爲祖母後者三年。

爲慈母後者，爲庶母可也，爲祖庶母可也。

皆指承重而言，非後大宗之義也。

## 六 宗之禁律

同宗爲婚，爲我國周代以來之大禁。族外婚制，理由有三：（註一）

（一）倫理的理由 同宗男女，「繫之以姓而弗別，綴之以食而不殊，」百世而婚姻不通，所以防嫌也。

（二）生理的理由 叔詹謂：「男女同姓，其生不蕃。」而子產之告叔向云：「內官不及同姓，美先盡矣，則相生疾。」司空季子之告公子曰：「異德合姓。」鄭史伯之對桓公曰：「先王聘女於異姓，務和同也。聲一無聽，物一無文。」是知禮不取同姓者，亦以戒獨也。（註二）

（三）政治的理由 同姓不婚，始於周代異姓諸侯之間。因是「織成一親戚之網，」詩云：「豈伊異人，兄弟甥舅。」各族之關係既密，國家之基礎自固，此族

（註一）族外婚制 (Exogamy) 之起源，學者持說極爲紛歧。本節從 Kohler, Philosophy of Law 分爲三理由，將我國古來學者對於該制之解釋分列之。

（註二）日知錄集釋卷六。



外婚制之政治的理由也。(註一)

### 七 宗之紀錄

宗之系統，應有紀錄以明之，所謂譜是也。周之宗法，至爲綿密，故學者多謂其時有譜。桓譚新論云：「太史公三代世表，旁行斜上，並效周譜。」其一證也。

### 八 宗法與庶人

如右所述，宗法爲卿大夫之事，蓋「別子者，本國公子，他國公子，庶人崛起，皆卿大夫也。卿大夫則有圭田以奉祭，有采地以贍族。蓋其祿受之於君，傳之於祖，故大宗百世不遷。」(註二) 宗法爲卿大夫之事，故學者謂庶人無宗，庶人惟有五家爲比，五比爲閭，四閭爲族，五族爲黨，五黨爲州，五州爲鄉之制，以相保相受，相葬相救，相賙相賓。(註三) 而非宗法之所及。

(註一) 先秦政治思想史六三頁。

(註二) 秦蕙田五禮通考。

(註三) 周禮地官司徒。

然庶人聚族而居，支分派衍，亦可略依宗法。故左傳所記，有「懷姓九宗」，又記：「楚人執戎蠻子，致呂立宗，以誘其遺民。」此皆戎狄之人，自無與於宗法，而其族屬，亦自稱宗。而庶人受田，龔自珍以爲組成所謂農宗。（註一）我則謂農宗，不外現實同居親屬團體之家而已。

## 第二章 現行之族制

### 一 引言

世祿不行，宗法已廢。雖實際上親屬共同生活之團體，如家如族，尙爲社會組織之中樞，而理論上尊祖敬宗收族之制度，大宗小宗，已成綿邈幽遠之陳蹟。然而歷代學者，仍多爲恢復宗法之論，宋張橫渠以爲：

宗法不立，旣死族散，其家不傳。宗法若立，人人各知來處，國家大有裨益。今驟得富貴者，止能爲三四十年之計，造宅一區，及其旣死，則衆子分裂，未幾蕩盡，

（註一）劉師培中國歷史教科書第二冊第十課。

則家不存。如此則家且不能保。安能保國家？

清馮桂芬以爲：

牧令所不能治者，宗子能治之，牧令遠而宗子近也。父兄所不能教者，宗子能教之，父兄多從寬而宗子可從嚴也。宗法，實能彌乎牧令父兄之隙者也。宗法行而盜賊可不作。宗法行而邪教可不作。宗法行而爭訟鬪械之事可不作。宗法行而保甲社會團練一切之事可行。天下之大患，均可以宗法弭之。

雖然，宗法爲封建時代之制度，非後世所能行。蓋：

古者有井田，有世祿，井田法行則人無兼並，世祿不絕，則宗無削奪。有世祿者皆卿大夫也。禮：別子爲祖。別子者，本國公子，他國公子，庶人崛起，皆卿大夫也。卿大夫，則有圭田以奉祭，有采地以贍族。蓋其祿受之於君，傳之於祖，故大宗百世不遷。……

若後世……一族之人，或父貴而子賤，或祖賤而孫貴，或嫡賤而庶貴。貴者可以爲別子，賤者同於庶人，皆以人才質而定，非若古繼別之大宗，一尊而不可

易也。至於兼並勢成，人皆自食其力，勤儉者致富，惰侈者困乏。卽一家之中，有父富而子貧，兄貧而弟富，嫡貧而庶富，又以人之勤惰奢儉而分，非若繼別之大宗，有世祿之可守。如是而責大宗之收族，其勢必不能。（註一）

宗不能舉其收族之職能，則「四時之序，成功者去」耳。豈可復乎？

## 二 族之組織

宗法隨封建制度去矣，然而聚族而居，猶爲我國通行之現象。族之組織，仍主男系，所不同於古代者，曰不立大宗。族常分爲若干房。各房之中，如有兄弟二人以上，亦常依長幼之次序，分爲長房二房……此與古代「大宗之下有小宗，小宗之下復有小宗」（註二）者，本無以異。惟其最長房分之最長子，不得稱爲大宗，亦無古代大宗之權力，與其他房分之長子毫無二致耳。

一族之內，不立大宗，固已。乃世俗不察，無論何房，苟其序居長，皆欲稱之爲大

（註一）五禮通考。

（註二）萬斯大宗法論。

宗。即大清律例全纂亦云：

世俗每有長房無子，次房不得有子之說，即漢小戴所謂大宗不可絕，族無庶子，則當絕父後以後大宗。

殊不知所謂大宗，非任何長房所可僭，欲求大宗，無已，其惟最長房分最長子乎？若係次房以下，雖為最長子，亦不得遂以為古代之大宗。

### 三 族之職能

(一) 宗教的職能 大宗小宗之系統，久矣不明，故「人各禱其禱，各親其親。」主祭之權，非復一人所專有。支子庶子，皆任為之，除族人共有之祠堂舉行公祭外，祭之為事，殆離「族」而歸諸「家」。族制與祭禮，有如漠不相關者矣。

(二) 政治的職能 「法律進化史，不外公權自覺史。」(註一) 族之政治職能，漸為國家所吸取，必然之勢也。

(三) 社會的職能 我國國家對於社會事業，數千年來，常取不干涉主義。

(註一) 穗積陳重法律進化論第一冊劈頭即作此說。

人民於其生活所必需者，多無待於國家而胥有賴於自助。以故族之團體，尙保有其社會的職能。其在法律上發生問題者，一曰族規，二曰族產。試略言之：

(甲) 族規 族之團體，每有規約行於其內部，是爲族規。族規之形式，或係成文，或爲習慣，然二者究不容歧視。(註一) 依條理，族規如不背公共秩序善良風俗，應有拘束族人之效力焉。(註二)

(乙) 族產 族之公產，如祠堂譜牒義塾祭田學田等項，實於各家家產之外，有其獨立之存在。至其權利之所屬，有二種方法以定之：其一，認此項財產爲法人，使爲獨立之權利義務主體，其二，認此項財產爲該族族人所「同有」。愚以爲第二方法，最合於族產之習慣焉。

#### 四 族之機關

族之機關有二：一爲合議體之親屬會，一爲族長。親屬會當於本論設專章述

(註一) 大理院九年上八六九號。

(註二) 大理院判例某號。

之，茲惟及於族長。族長與古代之宗子不同。宗子者一族最長房分之最長子，其地位決自出生之時。今之族長則或以一族中輩尊年長者爲之，或以德高望重者爲之，不復以血統定地位矣。族長之職務在總理族政，其最要者，如管理義田祠產及宗祠（註一）是也。此外如族中守志之婦立嗣，亦「須憑族長」焉。（註二）

## 五 族之稱號

戰國而後，以氏爲姓，司馬遷史記，姓氏不分。自是以後，姓同而氏不同者，或歧爲兩族。氏同而姓不同者，或混爲一宗。所謂「同宗異姓」及「同姓不宗」者在皆是也。加以元魏改代北之姓，凡二字三字者並爲一字。清社旣屋，滿族亦多易漢姓。更有漢唐之賜姓，五季之義兒，出後異姓之家，同姓通族之舉。於是姓之爲事，益不足以辯族矣。

## 六 族之紀錄

（註一）現行律田宅門盜賣田宅條。

（註二）立嫡子違法條例。

姓既不足以辨族，譜牒之事尙焉。自晉宋重門第，而譜學盛興。當時異族入居中原，拓跋氏更遷都洛陽，改胡姓爲漢姓，並以譜學應用於其族。比及隋唐，海內混一，漢人爲保存本族之系統計，對於譜牒尤爲重視。家族主義，因以大振，貴賤階級，劃分頗嚴。所謂「上品無寒士，下品無高門」，誠堪太息。自是以後，族常有譜。譜之所載，一族之系統存焉。然而五季私鬻告敕之奸，近代同姓通譜之濫，亦有使譜牒難於徵信者矣。（註一）

譜之修訂，常有義例，是爲譜例。現行法例承認譜例之效力焉。大理院八年上字九四〇號判決云：

譜例乃闔族關於譜牒之規則，實卽團體之一種規約，於不背強行法規，不害公安良俗之範圍內，自應有拘束其族人之效力。

### 第三章 服制

（註一）日知錄通譜條。



## 第一節 引言

人與人之間有世系(Genealogies)之連續及婚姻之關係者，皆爲親屬。註一)世系或溯於父方，或溯於母方，而其爲親屬(Pin)則同。父之父母爲親屬而母之父母亦同；父之兄弟爲親屬而母之兄弟亦同。本無親疏之分，焉有內外之別。其由婚姻而連絡者，夫於妻黨，妻於夫族，同爲親屬，毫無異致。

雖然，我國社會組織，以宗法爲衡，宗法於前述世系之中，惟取父系。此單系(Unilateral)之宗法，使吾人於親屬之中，重男輕女，尊父族，疏母黨，親子之子，而遠女之子；乃至妻於夫族重，而夫於妻黨輕。禮所謂：「尊尊，親親，男女有別。」蓋單系之宗法制度，其精神正在於此也。

言本則，則凡與我有世系之連續及婚姻之關係者，皆爲我之親屬。然而各國法律，莫不於無限之親屬中，設一定之範圍，我國亦同，而一以宗法爲準。親疏內外，

(註一) W. H. R. Rivers, Social Organization, p. 53.

胥定於此。孟子曰：「天之生物也，使之一本。」宗法之精神影響及於親屬制度者，我欲名之曰「一本主義。」

學者言宗法社會之親屬關係，多於親屬之稱謂 (Nomenclature) 求之。我國親屬關係之表現，較稱謂尤爲精密者，厥爲喪服，此章所以專論喪服也。

## 第二節 喪服之本則

### 一 服之等差

親屬有親疏，喪服有輕重，自然之序也。吳家賓云：

吉服以別貴賤，凶服以次親疏。吉有五等，凶有五等。人之哀其至戚者，哭泣蹙踊，竭情焉耳。服之凶何爲？先王曰：非是吾無以名其所以爲哀也。是故喪紀序服，猶之服九章者，名之上公，位東；而服七章者，名之侯伯，位西面云爾。（喪服會通說）

五等者，服有斬衰，齊衰，大功，小功，及緦麻之差；期有三年，一年，九月，五月，及三

月之別；是五等也。然，三年與一年實爲同等，所以三年者，加重也。何以言之？禮三年  
問云：

然則何以至期也？曰：至親以期斷。是何也？曰：天地則已易矣，四時則已變矣，其在天地之中者莫不更始焉，以是象之也。然則何以三年也？曰：加隆焉爾也；焉使倍之，故再期也。

是喪期以一年爲最重，加隆以至三年，曰「加隆」者，此變則也。故喪服之序，自本則言之，惟有四等期，九月，五月及三月是也。

## 二世之遠近

親屬當以幾世爲範圍？我國於宗親，遠及於四世，於外親止於二世。（現行律服圖及於三世。）妻親止於一世（現行律服圖及於二世。）此宗法之影響使然也，以自然之理言之，應不設差異於其間。若以四世爲「服限之窮」，則無論何種親屬，皆應以四世爲範圍。試以四世與喪服之四等相衡，則知一世服期，二世大功，三世小功，四世總麻。

三 喪服本則之假定

試依上述之假定，列表於左：

				四世總	
				四世總 三世功小	
				四世總 三世功小 二世功大	
				四世總 三世功小 二世功大 一世期	
				己	
				一世期 二世功大 二世功小	
				四世總	
				四世總	
				四世總	
				四世總	
				四世總	

甲 表

(A) 先以宗親例之：父，一世也，應期年——三年者，加隆焉爾也。——祖，二世也，應大功；曾祖，三世也，應小功；高祖，四世也，應總麻。惟不可以兄弟之服服至尊，故俱改齊衰。此上殺也。

子，一世也，應期——依儀禮，為長子斬齊三年，為眾子大功。——孫，二世也，應大功。——依儀禮，為眾孫降一等而為小功。——曾孫，三世也，應小功；玄孫，四世也，

應總麻，——依儀禮，則爲曾孫降爲總麻。此下殺也。

發父而旁殺，世叔父（伯叔父）爲二世，應大功，——而世叔父是父一體，故至期。從世叔父（堂伯叔）爲三世，應小功；族世叔父爲四世，應總麻。發祖而旁殺，祖之兄弟（伯叔祖）爲三世，應小功；族祖爲四世，應總麻。發曾祖而旁殺，族曾祖爲四世，應總麻。發兄弟而旁殺，兄弟爲一世，至親以期斷。應服期。堂兄弟爲二世，應大功。從祖兄弟爲三世，應小功。族兄弟爲四世，應總麻。發子而旁殺，兄弟之子爲二世，應大功，——而至期者，兄弟之子，猶子也。——同堂兄弟之子爲三世，應小功。從祖兄弟之子爲四世，應總麻。發孫而旁殺，兄弟之孫爲三世，應小功。同堂兄弟之孫爲四世，應總麻。發曾孫而旁殺，兄弟之曾孫爲四世，應總麻，皆以報服而不降。此旁殺也。喪服小記云：

親親以三爲五，以五爲九；上殺下殺，旁殺而親畢矣。

爲圖以示之。

殺 族兄弟

殺 族伯 再從 再從姪

堂叔 堂伯 堂兄弟 堂姪 堂姪孫

旁 曾叔 曾伯 叔祖 叔伯 叔兄 弟 姪 姪 孫 姪 曾孫

高祖 曾祖 祖父 父母 己 子 孫 曾 孫 玄 孫

上 殺 下 殺

乙 表

(註一) 表乙與表甲對勘，則喪服之本則可知。

(註二) 表中稱其男者，女亦同，如稱子則女同，稱孫則孫女同，稱伯叔則姑同。

(B) 母黨與出嫁族喪服之本則，亦得依前表對勘。母為一世則外祖父母為二世，應大功；外曾祖為三世，應小功；外高祖為四世，應總麻；餘可推也。女為一世，則姊妹之子為二世，應大功；姑之孫為三世，應小功；祖姑之曾孫為四世，應總麻，餘可推也。——然依儀禮則「外親之服皆總」而所為服者止於二世。

則本服喪黨母

(註) 與表甲對勘，則喪服之本則可知。

外高祖	外曾祖	外叔祖	外伯祖	外堂叔	外族舅	族表兄弟
外祖	外叔祖	舅	堂舅	舅子	堂舅子	
母	姨	姨	姨子	其孫	其孫	
己			其曾孫			

丙 表

則本服喪族嫁出

(註) 與表甲對勘，則喪服之本則可知。

高祖	曾祖	祖	父	己	女	女之子	女之孫	女之曾孫
曾祖	祖	姑	姑	姊	姊妹	姊妹子	姊妹孫	姊妹
祖	子	曾祖	祖	祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖
父	子	孫	孫	孫	孫	孫	孫	孫
己	子	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖
女	子	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖
女之子	子	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖
女之孫	子	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖
女之曾孫	子	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖	曾祖

丁 表

(C) 妻爲夫族服與夫爲妻黨服者，以本則言，應無二致。然儀禮喪服妻從夫服以降一等爲原則，而夫從妻服則以降三等爲原則。「男女之別」有如此者。

### 第二節 喪服之變則

喪服之變則，其主因爲宗法一本主義。唐太子賓客崔沔云：

禮教之設，本於正家，家正而天下定矣。正家之道，不可以貳，總一定義，理歸本宗。所以父以尊崇，母以厭降；內有齊斬，外服皆總；尊名所加，不過一等。此先王不易之道，其來久矣。

一本主義之要旨盡於斯言。茲更舉儀禮喪服之概略以證之：

#### (一) 宗親之服

宗親之服應分爲五則言之：

(甲) 宗子及其母妻 丈夫婦人爲宗子及宗子之母妻服齊衰三月。傳曰：「何以服齊衰三月也？尊祖也。尊祖故敬宗。敬宗者，尊祖之義也。」宗子及其



母妻，卽不在四世之內，仍爲之服，宗法使然也。

(乙) 同宗男子之服 此又可分三點言之：

(1) 直系尊屬之服 (上殺) 宗起於尊祖，故直系尊屬之服宜加。父喪至痛，父位至尊，故服之以至隆，至隆，斬衰三年是也。以是殺之至於祖，亦以至尊而加爲期。曾祖之服本小功，然以義率之則宜加，以仁率之則序遠，故加之以齊衰，減之以三月焉。

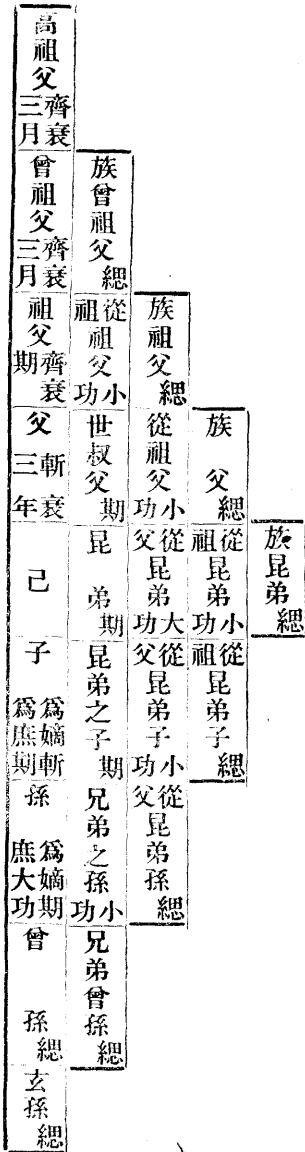
(2) 直系卑屬之服 (下殺) 宗法之中，嫡長子所以傳承系統者也，不可不加。儀禮喪服斬衰章：

父爲長子。傳曰：何以三年也？正體於上，又乃將所傳重也。

如是，故「庶子不爲長子三年，不繼祖也。」至衆子本應服期，而以其親而得不降。嫡孫本應服大功，爲嫡則宜加，故服期，而庶孫仍爲大功。曾孫加所不及，故降爲緦麻。

(3) 旁系宗親之服 (旁殺) (a) 卑屬本應以卑而降其服，然我

之於姪及姪孫諸人，分不過「旁尊」，彼既以正服服我，我不得不卽以其服之，故不降。(b) 兄弟之子，不獨不降，且以猶子而加大功爲期。(c) 伯叔父與父爲一體，加大功爲期。(d) 其餘尊屬，則爲「旁尊不足以加尊」，故仍從本則。(e) 兄弟之服，仍從本則。茲從楊信齋儀禮圖，本宗五服圖，爲本宗男子服圖如左：



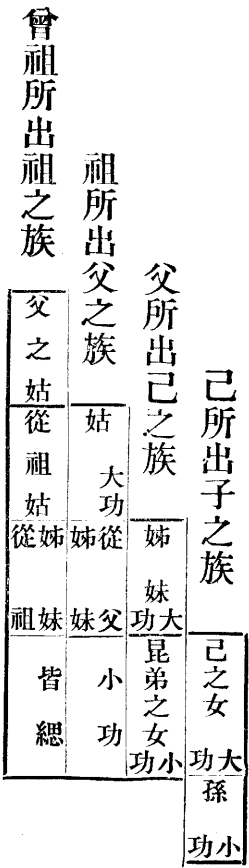
(丙) 同宗女子之服 同宗女子，謂姑姊妹女。應分二端言之：

(1) 爲姑姊妹女子之服 姑姊妹女子子與伯叔兄弟及丈夫子，無以異其關係，故亦應同其喪服。然以宗法之故，遂有在室與適人之別。(a)

在室者之服，不見於儀禮，然

姑姊妹女子子在室，皆齊衰親也，而不杖麻屨章舉不見其服。鄭君默識之，於世父母叔父母條下注曰「爲姑在室亦如之」；昆弟條下注曰「爲姊妹在室亦如之」；爲衆子條下注曰「女子子在室亦如之」。（程瑤田儀禮喪服文足徵記九）

至女子之已適人者則爲之服如左圖。（喪服會通說）



制主於一本，爲夫之宗有所降，則爲己之宗有所殺，出降之例是也。「出降旁

親而不降正親。」爲圖如左：

一曰親服，在室同男子服出嫁降……

二曰尊服，在室出嫁皆不降

三曰不同小宗（註一）服，尊者逆降之，卑者服報……

曾祖父		祖父		父母		昆弟爲父後者		父母期昆弟大功	
伯叔		大功		從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟	
從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟	
從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟		從父昆弟	

（說通會服喪）

父爲正親，何以降服期也？曰「婦女不貳斬也。」不貳斬，猶曰「不貳天。」亦即不貳本之義。蓋斬衰乃爲三綱特制之服。（註二）故爲君斬，爲父斬，爲夫斬，然而爲君之服乃推父服而服之，故曰「資於事父以事君則敬同。」而出嫁從夫，亦以父服服焉。由是言之，斬衰者爲宗法特制之服也。

（丁）爲人後者之服 與出降之例相關者，尙有爲人後者之服。公羊傳：「爲人後者爲之子也。」故

（註一）此所謂小宗，蓋不同父宗之謂，非高祖宗之謂也。

（註二）參看景紫堂全集三綱制服等等述義。

(1) 爲所後之父三年，「爲所後者之祖父母、妻、妻之父母、昆弟、昆弟之子；若子。」易詞言之：於所後者之族及其妻黨，「皆如親子爲之著服也。」

(2) 爲本生父母期，何也？「不貳斬也。」爲其昆弟九月，何也？「爲人後者降其昆弟也。」至本宗祖父母伯叔諸親屬，儀禮不詳其服，議者多謂皆降本親一等。(註一)

(戊) 來歸之婦之服 宗法一本於男系，以故來歸之婦，地位各從其夫，「其夫屬乎父道者，妻皆母道也；其夫屬乎子道者，妻皆婦道也。」從其爲母爲婦而制服焉，是之謂「名服。」禮大傳所謂：「同姓從宗合族屬，異姓主名治際會。名著而男女有別。」是也。惟兄弟之妻則無治之之名，大傳云：

謂弟之妻婦者，是嫂亦可謂之母乎？(註二)

(註一) 讀禮通考卷十二，但胡培壅儀禮正義則以爲本宗伯叔諸親屬皆應以所後宗之關係爲標準而爲之服，蓋喪服不二統故也。

(註二) 叔嫂無服，實不過一種 *taboo*，如舅媳不相見，岳母與子壻不相見，及叔嫂不通問，皆此種 *taboo* 也，異族多行之。叔嫂無服，實源於叔嫂不通問之禁律，此特其解說而已。

故儀禮不爲之制服。——後世始制服焉。茲從喪服會通說，爲圖如左：

上	治	同	服	同等名嫌	下	治	異	服
曾祖母 齊衰三月 族曾祖母 總麻	祖母 齊衰期 從祖母 小功 族祖母 總麻	母 齊衰三年 世叔母 從祖母 小功 族母 總麻	妻 期 昆弟之妻 無服	嫡婦 大功 庶婦 小功 昆弟之婦 小功	嫡孫之婦 小功 庶孫之婦 總麻 昆弟之孫婦 總麻			

(二) 外親之服

宗親之服，直旁皆及四世。禮大傳云：

四世而總，服之窮也。五世袒免，殺同姓也。六世，親屬絕矣。

皆指宗親而言，何以四世同小宗者，同事一廟故也。至於外親，雖「尊者有祖名，卑者有孫名，親者有父母昆弟名」，而以「不事其廟」之故，服喪不過總，(註一) 試

(註一) 皆喪服會通說之語。

分別言之：

(一) 母黨 婦女為親屬之終點。(Mulier ets fins familiae) 為男系氏族之原則。故男系氏族，親屬關係不及於母黨。我國古代，仍認母黨為親屬，惟薄其喪服，所謂「外親之服皆總」是也，而止於二世。惟外祖父母以尊加為小功，從母(姨母)以名加為小功。茲錄楊信齋儀禮圖已為母黨服圖於左：

	外祖 父母	小功	舅
從 母	母	小功	總
從母之子	己	總	舅之子

(二) 出嫁族 姑姊妹女子子之子為出嫁族。依「婦女為親屬之終點」

之原則，應不屬於親屬之範圍。儀禮仍以總麻而施及於二世焉。為圖於左：

	祖父母	姑
	父母	姑之子 <small>總</small>
姊妹	己	
姊妹之子 <small>總</small>	女	女之子 <small>總</small>

(三) 妻黨 依儀禮，妻爲夫黨之服，以從夫降一等爲原則，夫爲妻黨之服，以從妻降二等爲原則，以男女之別，爲輕重之差，宗法使然也。茲依楊氏儀禮圖爲圖於左：

(甲) 妻爲夫黨服圖

夫之從祖父 <small>總</small>	夫之從父昆弟 <small>總</small>	夫之從父昆弟子 <small>總</small>	夫之從父昆弟孫 <small>總</small>
夫之諸祖母 <small>總</small>	夫之世叔父 <small>大</small>	夫之昆弟 <small>無服</small>	夫之昆弟之子 <small>期</small>
夫之曾祖父 <small>總</small>	夫之祖父 <small>大功</small>	夫之昆弟 <small>三年</small>	夫之昆弟之子 <small>長子三年</small>
夫之曾祖母 <small>總</small>	夫之祖母 <small>大功</small>	夫 <small>三年</small>	子 <small>三年</small>
夫之諸祖母 <small>總</small>	夫之世叔母 <small>大功</small>	夫之昆弟之子 <small>總</small>	夫之昆弟之孫 <small>總</small>
夫之從祖母 <small>總</small>	夫之從父昆弟 <small>總</small>	夫之從父昆弟子 <small>總</small>	夫之從父昆弟孫 <small>總</small>
夫之從父昆弟 <small>總</small>	夫之從父昆弟 <small>總</small>	夫之從父昆弟子 <small>總</small>	夫之從父昆弟孫 <small>總</small>
夫之從父昆弟妻 <small>總</small>	夫之從父昆弟妻 <small>總</small>	夫之從父昆弟子 <small>總</small>	夫之從父昆弟孫 <small>總</small>
夫之從父昆弟妻 <small>總</small>	夫之從父昆弟妻 <small>總</small>	夫之從父昆弟子 <small>總</small>	夫之從父昆弟孫 <small>總</small>



(乙) 己爲妻黨服圖

妻父總	
妻	己

(丙) 妻黨爲己服圖

己	
女	塔總

第四節 喪服之變遷

喪服以親親爲經，以宗道爲緯；親親之義開其源，一本之義成其變；既如前述矣。然而宗法不行，一本主義因以日晦。親親之本則，漸脫離宗道之羈維。其間默運

潛移，由來既久；洎夫唐代改制，遷轉昭然。（註一）降及明清，遞加改革，迄於今日，回首頓非。茲舉數端，觀其所屆。

（一）宗親之服之變遷

（甲）宗子及其母妻之服 自宗法廢而族人<sub>不立</sub>大宗，爲宗子及其母妻之服自然消滅矣。

（乙）長子之服 禮，父爲長子斬衰三年，母爲長子齊衰三年。明孝慈錄始改父母爲嫡子皆齊衰不杖期。蓋宗法不行，則長子之傳宗，不若古之重，故變服期。吳家賓云：

長子，繼先人之世者也。小祥大祥，宗與宗婦皆有事焉，父母不同爲之。

（註一）唐承隋統一南北之後，異族混合，親族制度之觀念當有重大之變遷，一本主義，已生破裂。其時政治家則觀察民情而主張加重舅服，學說家則恪守遺規，嚴加反對，實親屬制度重大之史蹟也。明承元後，亦異族文化混和之餘，宗法影響之衰微，於茲益甚，孝慈錄改制亦其反映而已。

年得乎傳曰：庶子不爲長子斬，豈徒庶子而已，凡非世祿者則無是服也，故斬之服，爲宗廟服也。後世士大夫無世祿之義，則其爲子服，皆衆子而已，此古今之異也。（喪服會通說）

（丙）名服 名服之變遷，最著者二例：

（1）禮爲母。父卒，齊衰三年。父在，杖期。唐上元元年，武后請父在爲母終三年服，詔依行。開元七年，復舊。二十年，中書令蕭嵩等改修五禮，又請依上元勅爲定。宋以後同。明孝慈錄復改斬衰。按儀禮喪服：

父在爲母。傳曰：何以期也？屈也。至尊在，不敢伸其私尊也。

說者曰：

爲父斬衰三年，爲母齊衰三年，此從子制之也。父在爲母齊衰杖期，此從夫制之也。家無二尊，而子不得自專。所謂夫爲妻綱，父爲子綱。審此可以破學者之疑，而息紛紜之說矣。（顧亭林日知錄）

蓋一本主義，存乎男尊而女卑。今「升慈愛之喪，以抗尊嚴之禮」則，一本主

義衰微之徵也。

(2) 禮，爲兄弟之妻及爲夫之兄弟皆無服。唐魏徵等請服小功五月，現行律同。記曰：

叔嫂之無服也，蓋推而遠之也。

夫以名治者，名嫌則無服。今制服小功，名服之旨微矣。

(二) 外親之服之變遷

禮，外親之服皆總，外祖父母以尊加，從母（卽姨母）以名加，故皆爲小功。唐貞觀中，魏徵等請加舅小功五月，與從母同，舅爲甥猶總。顯慶中，始同從母報，皆小功。現行律同。外親加服，爲一本主義衰微，最著之徵，議之者曰：

儀禮，爲舅總。鄭文貞公魏徵議同從母例，加至小功五月。雖文貞賢也，而周孔聖也，以賢改聖，後學何從竊恐內外乖序，親疏奪倫，情之所沿，何所不至？昔子路有姊之喪而不除，孔子曰：先王制禮，行道之人皆不忍也。子路除之。此則聖人援事抑情之義也。（楊仲昌議）

(三) 妻爲夫黨之服之變遷

禮，婦爲舅姑不杖期，後唐長興中，太常卿劉岳刪定書儀，始奏改齊衰三年。宋以後同。明孝慈錄復並改斬衰。非之者曰：

婦爲舅姑，從服也。婦人者得自屬其夫而已。夫之黨皆從服。今與夫同服，不能使婦於舅姑益親也。而子已卑。傳曰：「婦人無二斬。」不能二天也。今使爲舅者與夫同服，不可之甚也。（吳家賓）

蓋婦人之於夫族，相際會以名者也。名則不得自同於其夫，婦人之地位，抑何可悲？今變而服斬，名治之義晦矣。

第四章 舊律之服圖

一 舊律之服圖

最近之服制，見諸清律。清律服圖，「蓋悉取明律而用之。明律所載圖凡七，其

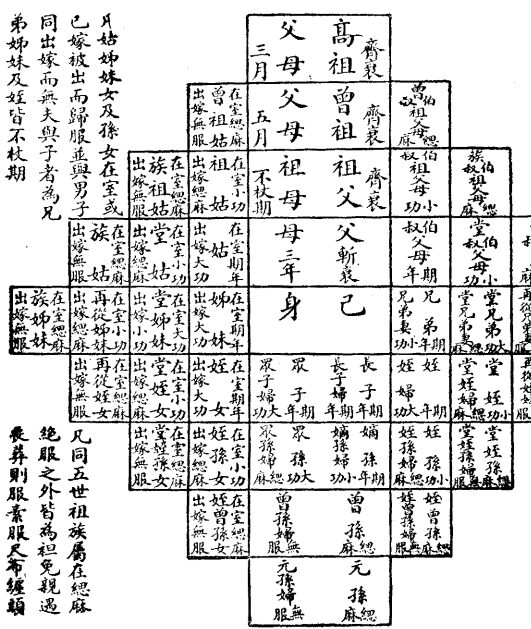
六圖之規式，一本信齋楊氏、勉齋黃氏，而易以孝慈錄之制。」（註）讀禮通考卷三。

茲惟錄其五於此，三父八母圖見本論第一章，妾為夫族服圖列諸妾制節內。

(一) 本宗九族五服正服圖

嫡孫父卒為祖父父母承重服斬衰三年，若為曾高祖父母服亦同，祖在為祖母止服杖期。

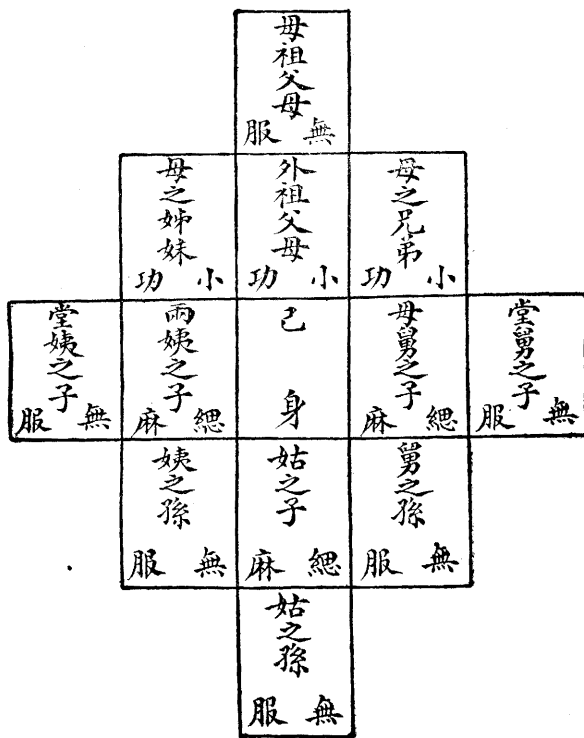
凡男為人後者為本生親屬服皆降一等，惟本生父母降服不杖期父母報服同。



(二) 出嫁女爲本宗降服之圖

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

(三) 外親服圖



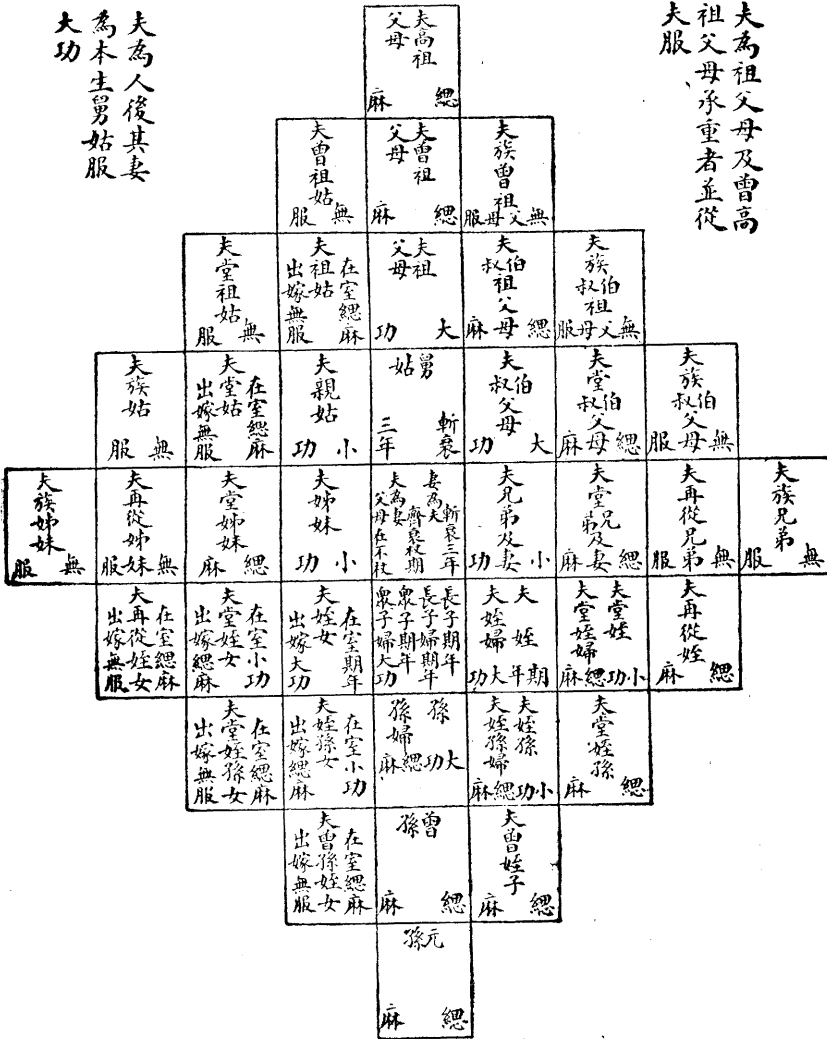


# 圖服族夫爲妻 (四)

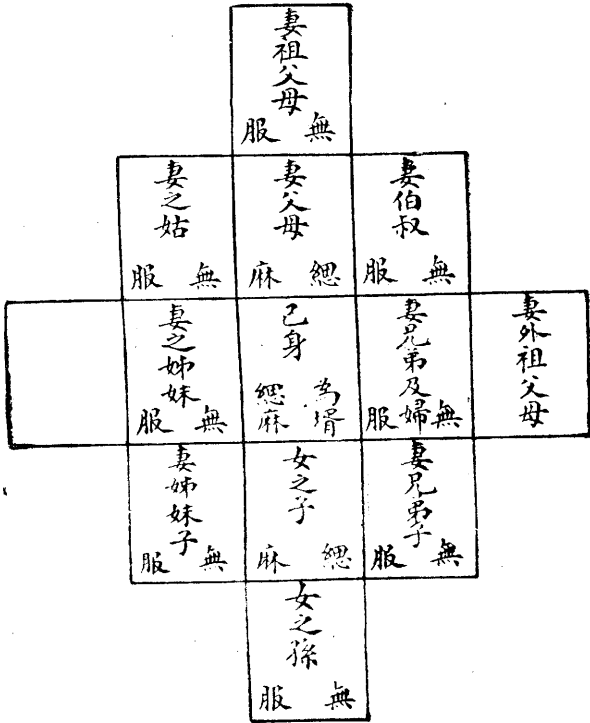
親屬法大綱 前論

夫爲祖父母及曾高祖父母承重者並從夫服

夫爲人後其妻爲木生舅姑服大功



(五) 妻親服圖



## 二 服制在今日之意義

宗法之表現之服制諸圖，在今日應不復有法律上之效果，惟決定親屬關係之有無，仍以此爲準焉，故民律草案於親屬之範圍，仍從之以爲規定。簡單言之，凡列於服制諸圖中者，不問其爲有服，爲無服，爲本服，爲降服，均應認爲親屬者也。

# 本論

## 第一章 親屬

### 第一節 親屬之範圍

#### 一 自然之親屬與法律上之親屬

親屬關係，本以婚姻關係與血統關係爲基，故以自然之理言之，苟爲婚姻關係及血統關係之所存，皆親屬也。然社會制度之親屬關係，則因風俗人情及社會之必要，而與自然之親屬關係，異其範圍；或較爲廣，或較狹焉。此親屬範圍因如何規定之問題，實涉及一國親屬法之根本。而重大之社會問題，爲「無限血族」制度可否之問題，養子問題，私生子問題，均由親屬範圍之問題而生者也。

## 二 現行法之親屬

(甲) 傳曰：「絕族無移服。」服所不及者，在禮制上固不認為親屬也。此言之，則我國親屬之範圍如次：(1) 四世以內之宗親，(2) 二世以內之外親，(3) 一世以內之妻親，(4) 夫妻。然律例於外親妻親兩圖內，各加入所謂無服親者一世。蓋用律之必要使然也。故依律例服制圖，則親屬之範圍如左：

- (1) 四世以內之宗親。
- (2) 三世以內之外親。
- (3) 二世以內之妻親。
- (4) 夫妻。

民律草案親屬之範圍即從律圖。(註一)

(乙) 惟律例各條所謂親屬，每超出上述之範圍，而事關於親屬者，亦多不以服圖所載為限止。

(註一) 第一次一三一七條，第三次親屬篇一條。

例一：娶親屬妻妾條律：「凡娶同宗無服之親及無服親之妻者，處罰。」同服無服之親，固不在服圖以內。

例二：尊卑爲婚條律：「其父母之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨，……己之堂姨及再從姨，堂外甥女，若女婿及子孫婦之姊妹，並不得爲婚姻，違者離異。」凡此所列者皆無服者也。

(丙) 用律之時，於有無親屬關係之問題，亦不局於服制諸圖之所載。

例一：立嫡子違法條例：「若支屬內實無昭穆相當可爲其子立後之人，而其父又別無子者，應爲其父立繼。」支屬云者，不限於五服以內。(註二) 又同例所謂「昭穆相當親族」亦不應以服圖所載爲限，不待多言。

例二：高曾以上之遠祖，本不載於服圖，然其子孫因宗祠譜牒發生身分上爭執及告爭祖墳時，均應以親屬事件論，而「子孫對於遠祖，應認爲尙有宗親關係。」(註二)

(註一) 大理院七年上一〇八一號判決。

(註二) 大理院統字一二八九號解釋。

親屬關係是否存在之問題，應有法定標準以衡之。我國現制之下，服制諸圖雖爲決定親屬範圍之原則的型規，然用律之時，常有紛歧，有如乙丙二項之所述。故大理院統字一二八九號解釋以爲：

刑律所定（註一）於民事不適用。服制圖亦非適用於民事全體。現在民律既未頒行，親屬範圍自應就案件性質，各異其趨。

而決定親屬範圍之時，又當就現行律各條，「斟酌其立法之精神，」不待言也。  
（註二）

## 第二節 親屬關係

### 第一款 親屬關係之發生消滅原因

#### 一 親屬關係發生之原因

（註一）暫行新刑律八二條。

（註二）司法講習所講義錄三期一號余榮昌親屬篇。

親屬關係因左列原因而發生：

(甲) 自然之事實。

1. 出生。

2. 婚姻。

(乙) 法律之擬制。

3. 承嗣。

4. 乞養。

5. 恩義名分。

二 親屬關係消滅之原因

親屬關係因左列原因而消滅：

1. 死亡。

2. 婚姻之解消：

A 離婚。



B 婚姻之撤銷。

C 改嫁。

3. 廢繼。

4. 歸宗。

### 第二款 親系

親屬關係，除配偶關係而外，皆有世系之連絡，是爲親系。世系連絡之關係，由種種方面觀察，則親屬關係可以設左列之區別：

(一) 男系親女系親 一人與他人間之世系，僅依男子而相連絡，而無女子間雜於其間者，爲男系親。其世系依女子而相連絡者，則爲女系親。男系親之同大宗或同小宗者，現行律稱爲宗族，或曰同宗。(註一) 女系親及妻親，則總稱爲外姻。(註二)

(註一) 娶親屬妻妾條及立嫡子違法條。

(註二) 尊卑爲婚條。

(二)直系親旁系親 直系者上溯自己所自出，下溯自己之所出之親系也。旁系者，由自己之祖若父分衍之親系也。以直系連絡之親屬，爲直系親。以旁系連絡之親屬，爲旁系親。禮所謂上殺下殺，溯諸直系之謂，所謂旁殺，溯諸旁系之謂也。(註一)

(三)尊屬親卑屬 尊屬者，父母及父母同輩以上之親屬也。卑屬者，子弟及子輩以下之親屬也。現行律稱爲尊長卑幼。輯註釋之曰：「父輩曰尊，而祖輩同子輩曰卑，而孫輩同，兄輩曰長，弟輩曰幼。」然應注意者，現行律所謂尊長卑幼，不含外姻而惟指宗親耳。

### 第三款 親等

#### 一 關於親等之制度

親屬關係，除系統的區別而外，更有本於關係之親疏遠近之區別。測定此種區別之尺度，其單位稱爲親等。關於親等之法制，凡有二種：

(註一)第一次一三二八條二項，第三次二條二項。

(一) 階級親等制 我國之喪服，本所以定親屬關係之遠近親疏。故以原則言，可爲「一世服期，二世大功，三世小功，四世總麻」之推定，若然者，舉其人之喪服，卽知其人之世次，法至便也。然而儀禮以降，釐訂喪服，於世次之遠近而外，並參酌地位之尊卑，恩情之厚薄，與夫男女之別，名義之微。於是世次本同者，或喪服竟異，而喪服無異者，或世次不同。依現行律，凡事關於親屬者，均以喪服爲衡，除直系尊屬而外，日期親，曰大功親，曰小功親，曰總麻親，曰無服親，舉吾人之親屬關係，皆以此數種階級區分之。故稱之爲階級親等制。(註一) 日本舊來之養老律令服圖從之，分親屬爲五等，大體與我國之五服相當。新民法已改從世數親等制。

(三) 世數親等制 專以世數之多少計算親等之制度，稱爲世數親等制。(1) 在階級親等制，二個親屬之間，彼此階級，不必相同，例如子爲父斬衰三年，而父爲子則期，曾孫爲曾祖齊衰五月（儀禮爲三月），而曾祖爲曾孫則總麻，反之，在世數親等制，則二個親屬，常爲同一之親等。(註二) 例如父於子爲一親等，子

(註一) 參看現行律服制。

(註二) 第一次一三二一條第三次六條。

於父亦爲一親等；曾祖於曾孫爲三親等，曾孫於曾祖亦爲三親等。（2）在階級親等制，男系親與女系親之階級不同。所謂「內有齊斬外服皆總」者是也。反之，在世數親等制，女係親計算親等，與男系親並無二致。例如祖父母爲二親等，外祖父母亦爲二親等。（3）在階級等親制，配偶者之階級不必相同。例如夫爲妻期，而妻爲夫則三年。又如爲姪期而爲姪婦則大功。反之，在世數親等制，配偶者彼此之間無親等，而夫爲幾親等者，妻亦爲幾親等。（註一）凡此三端，皆兩制不同之所在也。世數親等制又有二種主義；

（A）羅馬法主義 羅馬法計算親等之方法：直系親以一世爲一等。旁系親從己身數至同源之祖，若父再由同源之祖若父數至所指之親屬，一一計算其世數，以其總數爲親等之數。

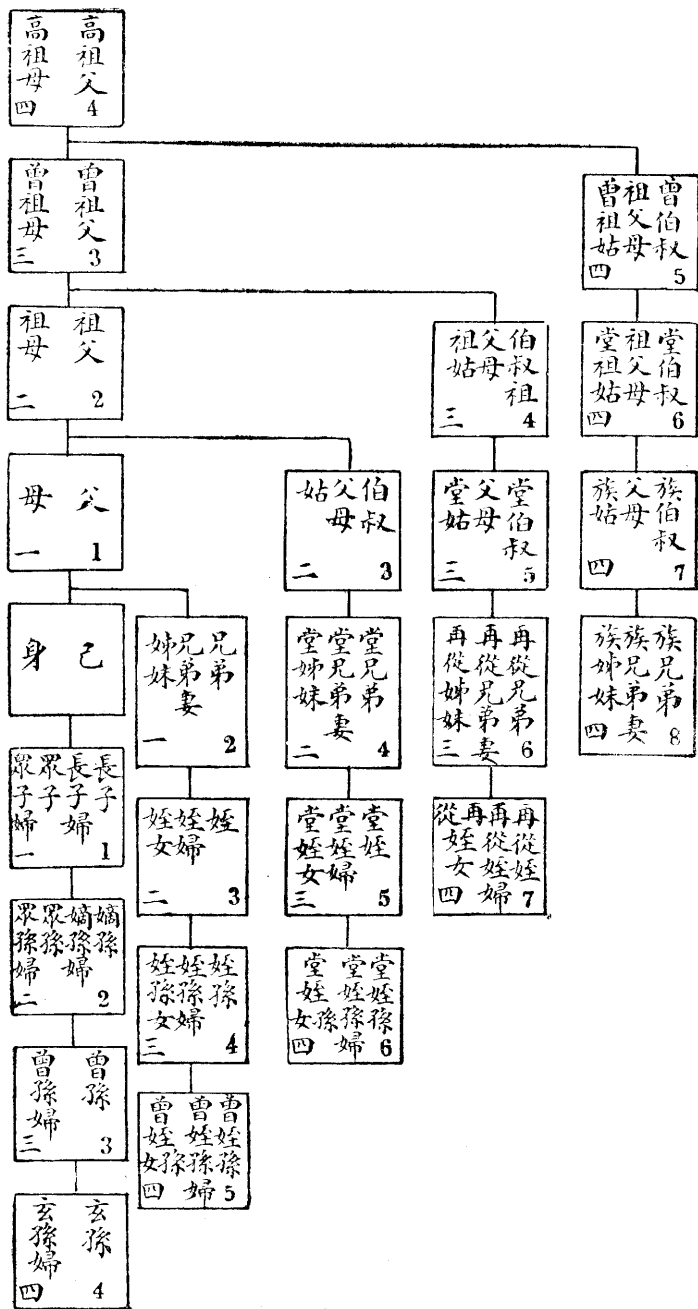
（註一）第三次三條。

(B) 寺院法主義 寺院法 (註一) 計算親等之方法直系親以一世爲一等，旁系親從己身數至同源之祖若父，再從所指親屬數至同源之祖若父，世數相同，即用一方之世數，世數不同，從其多者以定親等。

茲就宗親 (本宗九族) 示兩種主義之差異。中國數字表示寺院法所定親等，羅馬數字表示羅馬法所定親等，列圖於後。

(註一) 日耳曼法主義爲寺院法所沿用，日耳曼法爲團體本位，認個人爲宗統之一員，故計算親等，必溯諸同源之祖，以離該祖較遠之一方與該祖距離之世數爲親等之數。 Huebner.

History of Germanic Private Law, p. 719.



## 二 我國古代親等計算法

### (甲) 世次與喪服

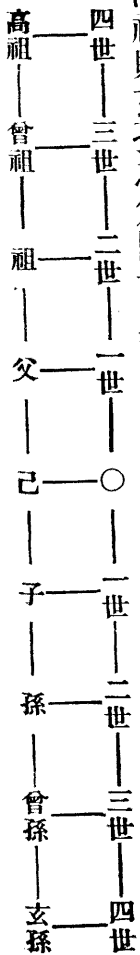
檀弓：縣子瑱曰：「吾聞之，古者不降，上下各以其親。」若然，則知周代以前，喪服之輕重，純以世數之遠近為衡。下逮有周，厲行宗法，喪服之制，遂有種種之變例。喪服與世次，有不能相與一致者矣。後世用律皆以喪服為依歸，而世數之計算，久為法律所忽視。然而考之載籍，仍有足徵。

### (乙) 直系親世數計算法

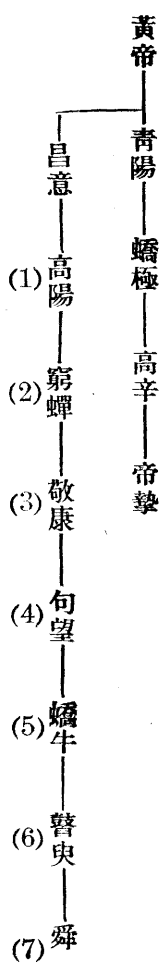
直系親世數之計算，凡有二法。其一不計本身，其二連本身計算。

(A) 不計本身之法。大傳：「四世而總服之窮也。」孔疏云：「四世，上

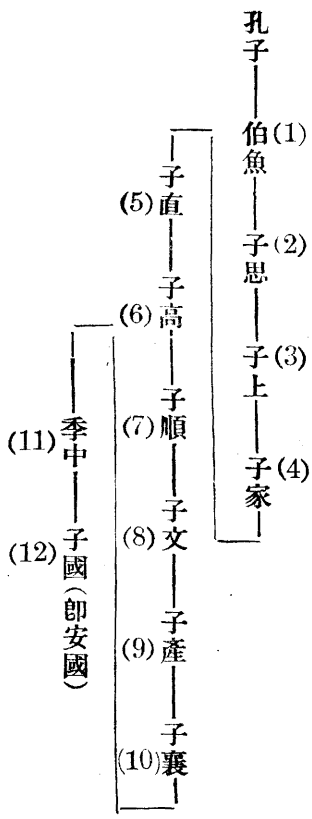
至高祖。」夫小宗五世而遷，高祖之廟尚不遷，則高祖之為四世可知也。己於玄孫為高祖，則玄孫之為四世又可知也。上殺下殺，其圖如左：



以例言之：史記五帝本紀述昌意至舜之世系爲七世。此所謂七世，昌意不計焉。試作世系表如左：



又孔子世家：孔安國爲孔子十二世孫。試列其世系以觀之，則十二世者，不計孔子。

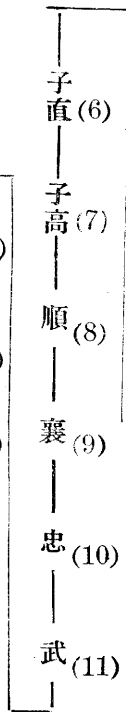


(B) 連本身計算之法 連本身以計算世數者，例如漢書孔光傳：孔光

「孔子十四世之孫也。」其世系如左：



孔子(1) — 伯魚(2) — 子思(3) — 子上(4) — 子家(5)



沈約宋書自序述其七世祖名延。七世者，連本身而計算者也。

延(7) — 賀(6) — 警(5) — 穆夫(4) — 林子(3) — 璞(2) — 約(1)

(丙) 旁系親世數計算法

旁系親世數計算法，亦有二種：

(A) 第一法

喪服小記：「上殺下殺旁殺而親畢矣。」所謂旁殺者，以

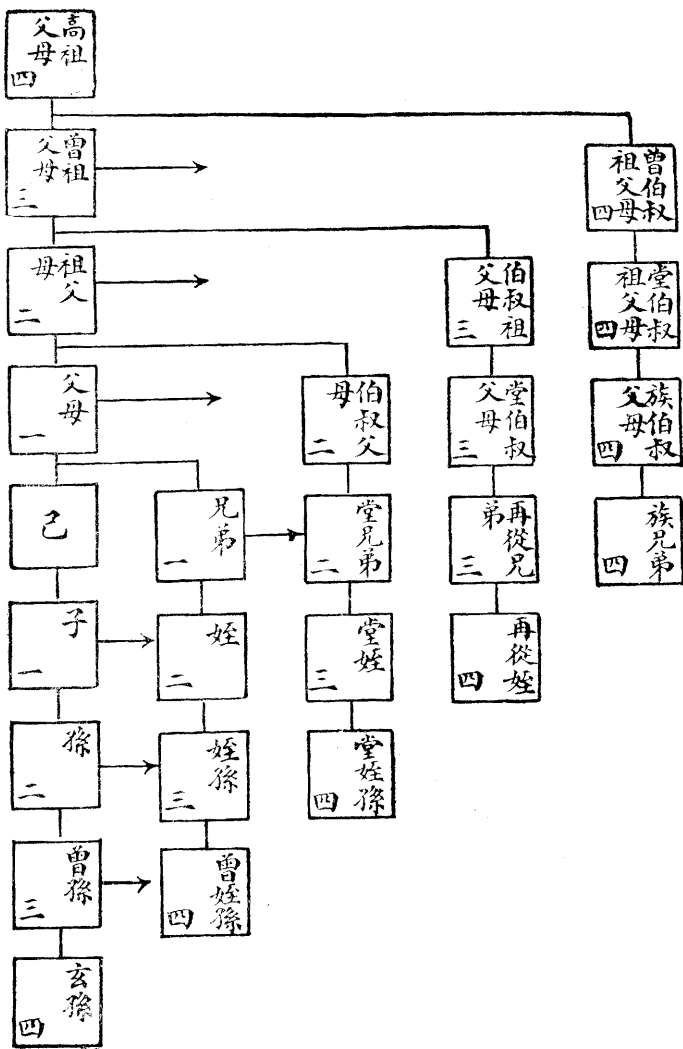
己身或直系親為起點，溯昭穆之相同者，由親及疏，遞降一等之謂也。以宗親言

之：「四世而總，」凡總皆四世也。以例言之：族兄弟服總，故為四世，溯其昭穆之

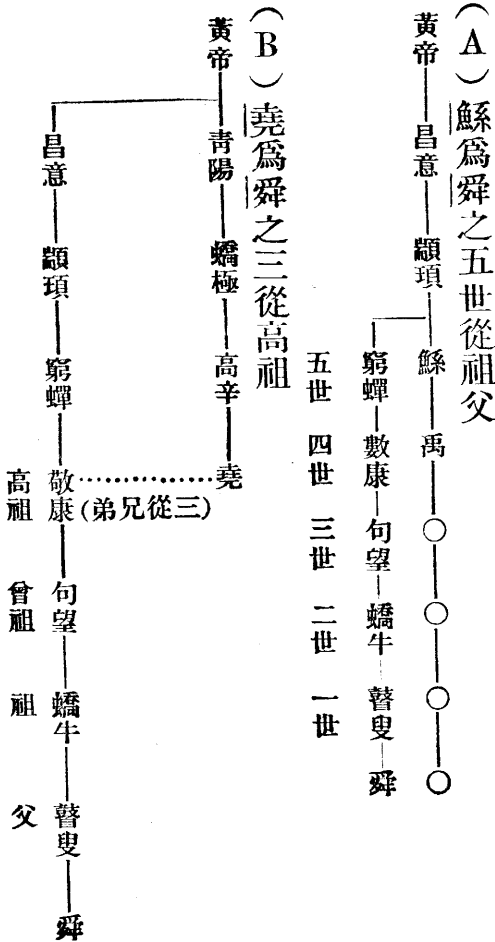
相同者而反推之，則再從兄弟為三世，堂兄弟為二世，兄弟為一世，子，一世也，溯

其昭穆相同者而遞殺之，則姪爲二世，堂姪爲三世，再從姪爲四世，再從姪固總麻親也。

(箭鏃所以示旁殺)



(A) 第二法 右表計算世數之法，所得結果，與寺院法主義相同。然而稽考舊說，表示親屬關係之親疏者，尚有他法焉，即「世數」與「稱呼」兼用是也。先以世數示本身直系親之與所指親屬昭穆相同者，再以稱呼示所指親屬與該直系親之關係。舉例言之：左傳文公十八年正義：鯀為舜之五世從祖父，堯為舜之三從高祖。試列世系表如左：



## (丁) 結論

右述各種計算方法，若折衷於禮，在直系親世數之計算，應取不計本身之法；在旁系親世數之計算，應取第一法。或謂旁系親世數計算之第二法於羅馬法主義爲相類似（註一）愚以爲其根本精神與第一法仍絕無二致。何則，二者皆本於「旁殺」之義而然故也。何謂「旁殺」？「旁殺」者，不溯諸世系之連鎖而溯諸昭穆之倫序，此我國世數計算法特有之精神，不容忽視者也。宗法所以「上治祖禰，」「下治子孫，」而「旁治昆弟。」旁治之法。在序昭穆（大傳）昭穆序而後舉尊尊長長之實，「以兄率弟，以弟事兄，」而宗道盡矣。然則旁殺不溯諸世系而溯諸昭穆者，宗法使然也。

### 三 我國立法上所取之制度

（註一）由周以外之某族（殷）傳布文化之朝鮮，世次計算法始與羅馬法主義相同，周之世數計算法蓋純係團體本位，與日耳曼法精神一致也，廣池千九郎東洋法制史本論九〇頁忽視四世而總，五世祖免等文字，而以爲周之世數計算法與殷同，誤矣。

依上述觀之，我國古來計算世數之方法，與寺院法主義一致。所當注意者，法律之於親屬關係，不依世次而一以喪服爲準，喪服之輕重，又不純以世數之遠近爲衡，故我國舊來計算親等，終爲階級親等制而非世數親等制。

喪服之變則，皆宗法之存在使然。宗法衰微，則親屬之親疏，自當舍喪服而求諸世數之多寡，故民律草案舍階級親等制而從世數親等制，且取寺院法主義以期與古來之制度相符。（註一）刑法第二次修正案亦從此制（十二條。）立法上之趨勢，從可知矣。

#### 第四款 昭穆

##### 一 昭穆之用語及意義

現行律立嫡子違法條例：「無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼。」又云：「其或擇立賢能及所親愛者，若於昭穆倫序不失，不許宗族指以次序告爭並官司受理。」其立嗣而昭穆不相當者謂之爲「尊卑失序。」以律意言，則昭穆者，尊卑之

（註一）第一次一三一八條，第三次二條。

序之謂也。

昭穆之制，廟祭之制也。禮祭統。

夫祭有昭穆。昭穆者所以別父子遠近長幼親疏之序而無亂也。

有事於太廟則同宗父子皆來，「父昭子穆」各以其序，謂之爲「羣昭羣穆」。旅酬之時，賜助祭者爵，則「昭爲一，穆爲一，昭與昭齒，穆與穆齒」（祭統）。易詞言之，羣昭羣穆，「各自相旅，尊者在前，卑者在後」（孔疏）。此助祭者排列之方也。廟主之排列亦然。朱子曰：

凡廟主在本廟之室中皆東向。及其祫於大廟之室中，則惟太祖東向自如而爲最尊之位；羣昭之入乎此者，皆列於北牖下而南向；羣穆之入乎此者，皆列於南牖下而北向。南向者取其向明，故謂之昭。北向者取其深遠，故謂之穆。（文獻通考宗廟。）

廟主如是，羣廟亦然。禮王制：

天子七廟，三昭三穆，與大祖之廟而七。諸侯五廟，二昭二穆，與大祖之廟而

五。大夫三廟，一昭一穆，與大祖之廟而三。士一廟。庶人祭於寢。

至其排列之法，「則左爲昭，右爲穆」（朱子）羣廟如是，羣葬亦然。周禮：

家人掌公墓之地，辨其兆域而爲之圖，先王之葬居中，以昭穆爲左右。

祭祀葬埋之事，辨之以昭穆，固已。父子之世系亦然。左傳僖公五年，宮之奇述

虞虢之世系曰：

大伯虞仲，大王之昭也。大伯不從，是以不嗣。虢仲虢叔，王季之穆也。爲文王

卿士。

國語晉語衛寧莊子述晉衛之世系曰：

康叔，文之昭也。唐叔，武之穆也。

故現行律於尊卑之序，以昭穆之語稱之。

## 二 昭穆與排行

尊卑之序，大傳稱爲「道」，祭統稱爲「行」。後世或稱「行列」，見禮大傳

疏。或稱「行輩」，見廿二史劄記。宗法社會重視行輩，於是有排行之習慣。日知錄

云：

兄弟二名而用其一字者，世謂之排行。如德宗德文，義符義真之類。起自晉末，漢人所未有也。……單名以偏旁爲排行，始見於劉琦劉琮。此後應璩、衛瓘、衛玠之流，踵之而出矣。

### 第五款 親屬關係之效果

#### 一 民法上之效果

親屬之間，有親密之交際，故有繁雜之關係。然民法無規律一切關係之必要，亦不以規律一切關係爲期。惟就繁雜之關係中，有以法律強制之必要，及有以法律強制之價值者，爲之規定而已。民法於親屬之間，僅規定左列各種法律關係：

(一) 喪服制度 禮文王世子：「族之相爲也，宜弔不弔，宜免不免，有司罰之。」然則總麻以上宜持服而不爲服者，亦當罰也。至於後世，親屬不相爲服，國無常刑，然而律著其圖，俗行其事，數千年未嘗少替也。(註一)

(註一) 第一次一三一八條。



(二) 親屬扶養制度 親屬互相扶助，救恤困窮，爲各國古來常有之習俗。我國今日，猶重視焉。現行律除對於直系尊親有所規定外，雖無明確之法條，然對於親屬扶養制度未嘗否認，可斷言也。

(三) 親屬會議制度 親屬集議以處理族務，古代有之，族飭是也。現行律雖未設明文，判例法及民律草案實著有詳密之制度焉。

(四) 繼承之關係 有子立嫡，而遺產仍屬均分。無子立後，則宗祧與遺產均歸嗣子。承繼宗祧及承繼遺產，亦親屬關係效果之一也。

## 二 其他法令上之效果

親屬關係之效果，雖大體規定於民法之中，然在其他法令上，著其效果者，亦不一而足。試摭拾重要諸法令中關係法條，藉資參考：

(一) 民事訴訟條例四二條一款二款三款，四三條，一三〇條，三六四條一款，三六五條，三九〇條，四六二條二款，四七四條，六六八條至七〇四條。

(二) 刑律一八三條，二五九條，二六一條，二六三條，二九〇條，二九一條，二

九四條,三一二條,三一四條,三一七條,三二一條,三二三條,三二五條,三四〇條,三四五條,三六一條,三八一條,三九〇條,三九六條,四〇一條,四〇八條。

(三) 刑事訴訟條例三一條二款三款,三三條,四〇條,四一條,一〇五條一款二款,一一五條五款,一二六條,二二〇至二二二條,三五九條,三六〇條,四六三條三款四款。

### 第三節 親屬之種類

親屬有四種：一曰宗親，二曰夫妻，三曰外親，四曰妻親。(註一) 茲分款述之如左：

#### 第一款 宗親

##### 一 宗親之名稱及意義

宗親現行律稱爲同宗，或曰宗族。稱宗親者，從民律草案也。何謂宗親？

(註一) 第一次一三二七條，第三次一條。

(一) 宗親者，男系之親屬也。宗者，單系之親屬團體也。我國宗法主於男系，故宗親爲男系親。然宗之團體以內，凡同宗之男子，來歸之婦及未嫁之女子，皆屬焉。故宗親實兼指三者而言。

(二) 宗親者，同宗之親屬也。男系親中，同大宗或同小宗者，始得稱爲同宗或宗族。其同大宗而不同小宗者，爲「遠房」。不同大宗者，爲「同姓」(立嫡子違法條律)。

## 二 宗親之範圍

依服制圖，宗親之範圍止於四世。民律草案從之，以四親等內之宗親爲親屬，然而用律之時，仍不以四世爲限，前既述之矣。

## 三 宗親之種類

### (一) 血統上宗親

#### (1) 發生原因

有血統之連絡者，互爲血族。血族中之男系親，名之曰血統上宗親。血統上宗

親關係之發生原因，卽出生是也。子於出生之時，卽與其父母及父系親屬發生宗親關係焉。

(2) 親生子與私生子

子有親生與私生之別。妻妾所生之子爲親生子。非妻妾之女子所生子爲私生子。法律上之親屬與自然之親屬，不必同其範圍，前旣言之。宗親亦然，私生子卽其最重要之一例也。私生子與其父及父系親屬雖應爲血統上之宗親，但在不知父爲何人或父不認領之時，則私生子與父及父系親屬之間，法律上不認其有親屬關係焉。

(3) 嫡出與庶出

親生子又有嫡出與庶出之分。由婚姻所生之血族關係爲嫡出血統。由婚姻外之男女間而生之血族關係爲庶出血統，妾所生之子是也。二者同爲法律上之親屬關係，惟立嫡之時有差別耳。(註一)

(註一)立嫡子違法條律，妻年五十以上無子者得立庶以長。草案第一次一三八九條，第三次一四五條同。

#### (4) 消滅原因

血統上宗親關係之消滅原因，即死亡是也。然有時就特殊之事件，仍「對死者，認親屬與權義關係。」例如子孫之於遠祖，就維護墳屍之事件，仍認為有宗親關係。是實「我國特異之法律觀念」使然也。(註一)

#### (二) 擬制上宗親

無血統關係者間，因法律之假設而生與血族相同之親屬關係，是為法定血族，或曰擬制血族。法定血統中之男系親，名之曰擬制上宗親。擬制上宗親有左列之各種：

#### (甲) 因繼承乞養所生之宗親關係

(1) 嗣子與所後之親 嗣子律稱繼子，即承繼宗祧之子。被承繼之人，律稱所後之親。繼子於所後之親，與親生子有同等之親屬關係。(註二) 故為所後之

(註一) 大理院統字一二八九號。

(註二) 第一次一三二〇條，第三次四條。

親服斬衰三年，而降其本生父母之服爲期。此項關係，因立繼而發生，因廢繼歸宗而消滅。（註一）

（2）義子與所養父母 義子或曰義男，或曰乞養女，卽撫養同宗或異姓爲子而不以之承繼宗祧者是也。撫養之人，稱爲所養父母。義子於所養父母，雖與親生子有相同之關係，（註二）然繼承法上，待遇實殊，蓋無論如何，不得遂立爲嗣，惟得酌分財產而已。撫養同宗之人之行爲，稱曰過房；撫養異姓之子，稱爲乞養。此項關係，因歸宗而消滅；所養父母亦得依廢繼之例，解除撫養契約焉。（註三）

（乙）因恩義名分所生之宗親關係

（1）繼母與夫前妻之子 繼母與夫前妻之子，本無血統之關係，然「慈母之配父，與因母同」，故與前妻之子生擬親子關係。（註四）前妻之子爲繼母所

（註一）第一次一三二二條，第三次八條。

（註二）第三次四條。

（註三）第三次八條。

（註四）第一次一三二〇條二項，第三次五條。

持之服，與親母同。依儀禮，父在齊期，父沒齊衰三年。明會典概改爲斬衰三年，現行律三父八母圖從之。

「繼母如母」乃因名分而然。故（一）前妻之子無論同居與否皆生母子之關係。（二）前妻之子與繼母之黨亦生外親關係。惟外親之服，不能有二統，故服問云：「爲其母之黨服，則不爲繼母之黨服。」（甲）親母如係被出，則不爲親母之黨服而爲繼母之黨服。（乙）親母如係死亡，則爲母親之黨服而不爲繼母之黨服。（丙）爲繼母之黨之服爲徒從之服。徒從者，「所從亡則已」，故繼母死，卽不應爲繼母之黨服也。（註一）

「繼母如母」因其配父與親母同也。故繼母死亡或離婚或改嫁，則其與前妻之子之親屬關係亦隨之消滅。惟父卒，繼母嫁，前妻之子從，則爲之服期。傳曰：「何以期也？貴終也。」嘗爲母子，貴終其恩也。（註二）

（註一）現行律服制爲外祖父母條註。

（註二）現行律服制齊衰不杖期章。

(2) 嫡母與庶子 嫡母與庶子，本無血統之關係，因名分而生母子之關係者也。妾生子女稱父之正妻爲嫡母。戴德喪服變除篇：「父卒爲君母」齊衰三年。君母卽嫡母也。三父八母圖改爲斬衰。

庶子與嫡母之黨，亦生外親之關係。儀禮喪服小功章：「君母之父母從母。」傳曰：「何以小功也？君母在則不敢不從服，君母不在則不服。」故嫡母離婚或死亡或改嫁，則親屬關係消滅焉。(註一)

(3) 庶母與嫡子衆子 喪服小記：「妾爲君之長子，與女君同。」女君卽正妻也。喪服大功章：大夫之妾爲君之庶子。鄭注云：「士之妾爲君之衆子亦期。」此父妾對於嫡子衆子之服也。

父妾不皆爲庶母，父妾之有子者始謂之庶母。喪服總麻章：「士爲庶母。」傳曰：「何以總也？以名服也。」明孝慈錄加爲杖期，現行律同。此嫡子衆子對於庶母之服也。

(註一) 現行律服制爲外祖父母條註。



妾對於正妻之子稱爲嫡子，他妾之子稱爲衆子。嫡子衆子對父妾之有子者稱爲庶母。其自己所生子則稱爲所生母或生母。喪服鄭注：「大夫之妾子，父在爲母大功，則士之妾子爲母期矣。父卒則皆得申也。」故庶子爲所生母，父卒，服齊衰三年。宋會要從鄭注之說。明會典改斬衰三年，現行律三父八母圖從之。此庶子對於所生母之服也。

嫡子衆子與庶母之黨，不生外親關係。庶子之爲父後者爲所生母之父母及姊妹無服，不爲後則服。(註一) 若所生母係由人家所生女收買爲妾，及其父母係屬賤族者，庶子雖不爲父後，亦不服焉。(註二)

庶母於嫡子衆子，雖因名分而爲親屬，然不得爲尊親屬。(註三) 庶母對於其所生子女，則不失爲尊親屬焉。(註四)

(註一) 見喪服記。

(註二) 服制爲外祖父母條註。

(註三) 大理院四年上二九二號。

(註四) 大理院統一五六四號。

庶母與嫡子衆子之關係，因喪失其父妾之身分而消滅。至對於其所生子女，則不因被廢去家而消滅其親生母子之關係也。（註一）

（4）慈母與衆子 禮所謂慈母有三：儀禮齊衰章所言慈母，小功章所言庶母慈已者，及內則所言慈母是也。

（A）齊衰章所言慈母 「慈母者何也？傳曰：妾之無子者，妾子之無母者，父命妾曰女以爲子，命子曰女以爲母。」如是則爲之服齊衰三年，「貴父命也。」明孝慈錄改爲斬衰。現行律從之。三父八母圖所列慈母，卽此是已。故註云：「謂所生母死，父命別妾撫育」者。

繼母之關係，全由恩義而生，故其關係祇限於雙方之一身。衆子之子孫與慈母之關係，仍如普通之衆孫與庶祖母之關係。而衆子與慈母之黨，亦不生外親關係。喪服小記：「爲慈母之父母無服。」鄭注以爲恩不相及也。

慈母之關係，因喪其爲父妾之身分而消滅，與庶母同。

（註一）四年上三三二五號。

(B) 小功章所言庶母慈己者。「君子子爲庶母慈己者。」傳曰：「君子子者貴人之子也。爲庶母何以小功也？以慈己加也。」君子猶大夫也。唐律及政和禮皆著其服。明會典改杖期，統於庶母條而不另設明文，現行律三父八母圖從之，不另定庶母慈己之服。

(C) 內則所言慈母。內則：「擇於諸母，與可者……使爲子師，其次爲慈母，其次爲保母。」此所謂慈母，無服。何以言之？曾子問：「子游曰：喪慈母禮歟？」孔子曰：非禮也。古者男子外有傅，內有慈母，君命所使教子也，何服之有？」

(5) 乳母 喪服總麻章：乳母。傳曰：「何以總也？以名服也。」荀子以爲「乳母，飲食之者也。」鄭注以爲「養子者有他故，使賤者代之慈己。」故乳母與父妾慈己者不同，乳母非父妾也。三父八母圖則以乳母爲「父妾乳哺己者」，是無異於慈母矣。然而爲慈母斬衰三年，爲乳母總，何制服懸殊之甚耶？

儀禮所謂乳母，本非宗親。「蓋僱他人之婦，乳哺三年，恩亦如母，故以母呼之。」(呂坤四禮疑)

若三父八母圖則以乳母爲父妾乳哺己者，自應有親屬關係。此項關係，因乳母喪其爲父妾之身分而消滅。

(6) 養母 此所謂養母，與前述所養父母不同。養母乃「自幼過房與人」者稱其撫養之母。所養父母則不必有自幼撫養之事實也。

宋開寶禮：養母齊衰三年。養母「謂養同宗及三歲以下遺棄之子者。」明孝慈錄改斬衰，而解釋仍同。清律注則以爲：

養母謂自幼過房與人者，或謂收養三歲以下遺棄者，殊謬。收養遺棄幼子，必是異姓。禮無異姓子有三年服者。且何止言母而不言父？在遺棄子身受撫養之恩，無異所生。自爲之服則可，而不可以言服制，不可以論禮法也。

故三父八母圖所載養母，其關係純由恩義而生，與依過房或乞養之行爲而生之。所養父母關係，應當別論者也。

(丙) 附論繼父與妻前夫之子

夫前妻之子於繼母，與妻前夫之子於繼父，其無血統關係，正復相同。然以恩

義名分之故，皆生擬親子關係焉。繼父雖非宗親，爲便於說明起見，附論於此。

稱繼父者，須有二種條件：其一，爲母或繼母之後夫；其二，須現與同居或曾與同居。

(1) 同居繼父 喪服齊衰不杖期章：繼父同居者，何以期也？傳曰：「夫死妻穉子幼，子無大功之親，與之適人，而所適者亦無大功之親，所適者以其貨財爲之築宮室，歲時使之祀焉，妻不敢與焉；若是則繼父之道也。」以此言之，同居繼父，須有三種條件：(一) 子無大功親，(二) 繼父亦無大功親，(三) 繼父以其貨財爲之築宮室，使之四時祭祀不絕。三者缺一，則不爲同居。

喪服小記之說與傳不同，以爲「皆無主後，同財而祭其祖禰，爲同居。有主後者爲異居。」則同居繼父之條件亦三：(一) 現與同居；(二) 同財；(三) 皆無主後，即繼父別無子而妻前夫之子亦無子。三者缺一，則不爲同居。

唐律疏議於繼父同居之條件，從喪服傳，並以爲「繼父若自有子及有大功之親，雖復同住，亦爲異居；」「同住」與「同居」固自有別也。

三父八母圖似即以同住爲同居。同居繼父者：(一)母之後夫；(二)現與同居。備此二事，卽爲同居。至若(甲)兩無大功親則服期；(乙)兩有大功親則服齊衰三月。是則大功親之有無，不成爲區別同居異居之條件，惟於喪服之重輕有影響耳。

(2) 不同居繼父 不同居繼父者：

(甲) 曾與同居者 喪服傳：「異居則服齊衰三月。必嘗同居然後爲異居，未嘗同居則不爲異居。」喪服小記亦云：「繼父不同居也者，必嘗同居。」三父八母圖從之，先曾與同居，今不同居者，服齊衰三月。

(乙) 未嘗同居者 未嘗同居，則不爲異居。卽不得稱爲繼父。故三父八母圖，「自來不曾隨母與繼父同居者」無服。

(3) 「從繼母嫁人夫」或「從繼母嫁」 母之後夫而現與同居或曾與同居者，爲繼父，已如前述。父死，繼母嫁，從，則與繼母之後夫是否亦生擬親子之關係？服圖於此，含有誤謬，然仍應爲積極之解釋。

三父八母之說，出於元典章。元典章於同居繼父及不同居繼父之外，以「從繼母嫁人夫」一條，與兩種繼父並列而稱三父。註云：「繼母嫁而子從之育者，齊衰杖期。若不從或繼母出，無服。」此蓋誤解儀禮「繼母嫁從爲之服」一條之意義而然。繼母嫁從爲之服，所服者爲繼母，而非繼母之後夫也。

明律刪去「夫」字。清律同。此條遂變爲「從繼母嫁。」卽現行律服制齊期不杖期章所謂「前夫之子，從繼母改嫁於人，爲改嫁繼母」者是也。於是三父八母圖「父減爲二，母益至九，而圖名如故也。」刑名之家或於「繼母改嫁」之下增一「父」字以附會三父之說，舛譌益甚矣。（註一）

現行律三父八母圖一仍清律之舊。雖圖中所列者爲「從繼母嫁」，然以圖名「三父」之故，解釋上繼母之後夫與前夫之子隨繼母嫁者，亦生擬親子之關係。

（丁）三父八母圖

三父八母圖所載者，除出母嫁母外，皆爲由恩義名分所生之擬親子關係。出

母嫁母，當於相當處所說明之。茲爲便於參考起見，列三父八母圖於此。

兩無大功親謂繼父無子孫己身亦無伯叔兄弟之類 期年		同居繼父 兩有大功親謂繼父有子孫自己亦有伯叔兄弟之類 齊衰三月		今不同居 齊衰三月		先曾與繼父同居		謂自幼過	
不同居繼父 自來不曾隨母與繼父同居者 無服		從繼母嫁 他人隨去者		齊衰杖期		房與人		養母 斬衰三月	
嫡母 斬衰三年		謂父娶之 繼母 斬衰三年		後妻 謂所生母死父 慈母 斬衰三年		謂妾生子女		令別娶撫育者	
謂親母因父 庶母 所生子女妾嫡 齊衰杖期		謂父娶之 謂親母被父 謂父娶哺子 出母 齊衰杖期		出者		死再嫁他人 子眾子齊衰杖期		者即奶母	



## 第二款 夫妻

### 一 夫妻

由婚姻而結合之男女爲夫妻。夫妻關係爲嫡出血族關係及外姻關係之基礎。然夫妻關係之本身，則非血族或外姻關係，故不生親系及親等之問題，亦無尊卑之序存於其間者也。

禮儀喪服斬衰章：「爲夫。傳曰：夫至尊也。」齊衰杖期章：「妻。傳曰：爲妻何以期也？妻至親也。」故夫妻彼此爲親屬。然而夫妻彼此之喪服，則有不同。夫爲妻服既輕，而俗又多不行妻服，自後漢已然矣。（註一）是何也？宗法社會，在妻則有從夫之道，在夫則家之組織固不因妻死而動搖故也。

現行律服制圖所載夫妻之服，與儀禮同。然而喪服之在今日，惟足以表示親屬關係之有無，不得因夫妻制服之差，遂認爲法律上夫妻之地位有尊卑之別焉。

### 二 妾與家長

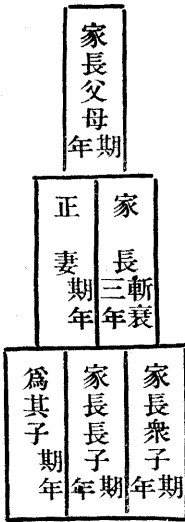
（註一）見後漢書荀爽傳。

妾與家長之關係，非發生於婚姻。妾於家長義非敵體，故古者妾謂夫爲君，何也？「不得體之，加尊之也」（鄭注）而現行律服制圖則稱家長。

妾與家長有親屬關係。喪服斬衰章：「妾爲君。傳曰：君至尊也。」此其制服固與妻同，然君爲妾則以無服爲原則。惟妾有子始爲之總耳（喪服小記）現行律服制圖妾爲家長服與儀禮同而不載家長爲妾之服。

妾與家長之親屬關係，而範圍殊狹，惟於家長之父母，正妻及長子衆子有服而已。妾與家長之他妾，苟係同爲家屬，亦應認爲有親屬關係（註一）家長與妾之本生親屬則全無親屬關係焉。

現行律妾爲家長族服圖如左：



（註一）大理院統字三五三號。

### 三 養媳與所養家

養媳未嘗成婚，自無婚姻關係之可言。然與所養者及彼此親屬間亦發生親屬關係焉。

### 四 夫妻關係之消滅

夫妻關係因婚姻之解消而消滅。妾與家長之關係，因其去家長之家而消滅。養媳與所養家之關係因養媳歸宗而消滅。

### 第三款 外親

#### 一 外親之意義

外親者，女系親也。何謂外親？儀禮喪服孔疏釋鄭注「外親異姓」云：

異姓者，從母與姊妹子舅與外祖父母，皆異姓，故總言外親也。

從母舅及外祖父母爲母黨；姊妹子爲出嫁族。是則外親有二，母黨及出嫁族

是也。然有異說。左傳桓公六年杜預註云：

九族謂外祖父，外祖母，從母子，及妻父，妻母，姑之子，姊妹之子，女子之子，非

己之同族，皆外親有服而異族者也。

所舉親屬，有母黨，有妻黨，有出嫁族，三者皆謂之外親，與外姻之意義混同矣。惟清律妻親服圖之下註云：

妻黨非外親也。

故杜說不可從，從孔疏之說。外親者母黨及出嫁族也。

## 二 外親之範圍

外親有服者止於二世，現行律外親服圖加無服親一世，而爲三世（卽三親等）此外親之範圍也。女之子，女之孫應列於外親服圖，現行律列於妻親服圖之內者誤也。姊妹之子則見於服制小功章而不見於服圖。

## 三 外親關係之消滅

外親爲女系親依母，姑，姊妹及女而連續者也。故外親關係爲血族關係，惟死亡爲能消滅之。然在中國禮制之下，離婚亦足使外親關係消滅焉，此男系之宗法制度使然也。

(一) 亡母之黨 服問云：「母死則不爲繼母之黨服。」蓋「爲母之黨服則不爲繼母之黨服。」母死不爲繼母之黨服者，爲亡母之黨有服故也。由是言之，母之死亡，非外親關係消滅之原因。

(三) 嫁母之黨 嫁母之子爲嫁母是否應有服，儀禮本無明文。鄭注以爲「嫁母齊衰期。」蓋繼母嫁而子從者尙爲之服，且子無絕母之義，故爲嫁母應服期。唐天寶間，詔天下嫁母終服三年。現行律三父八母圖則仍從儀禮。

嫁母之黨之服，儀禮與現行律均無明文。出母之黨無服，雖如後述，然「父沒則母無出義。」(註一)「嫁母，父不命出，何得同出母乎？」(註二)故魏嘉平元年魏郡郡丞武申以爲(註三)

出母之黨無服，嫁母之黨應服之。

(註一) 杜佑引韋玄成語。

(註二) 通典引吳商語。

(註三) 見讀禮通考卷八。

徐乾學亦以爲有服。(註一)然則嫁母之子與嫁母之黨，仍保有其外親關係，而改嫁非外親關係消滅之原因。

(二) 出母之黨 喪服齊衰杖期章「出妻之子爲母。」蓋子無絕母之義，故爲出母期。唐中宗神龍間，詔許爲出母終三年之服。現行律三父八母圖則仍從儀禮。

喪服傳：「出妻之子爲母期，則爲外祖父母無服。」爲出母之黨無服，則爲繼母之黨有服，故服問云：「母出則爲繼母之黨服。」說者曰：

服問云：母出則爲繼母之黨服。豈不以出母族絕，推而遠之，繼母配父，引而親之乎？(隋書劉子翊傳)

是離婚爲外親關係消滅之原因也。

#### 第四款 妻親

#### 一 妻親之意義及範圍

(註一) 讀禮通考卷十三。

夫對於妻之本族，稱爲妻親，即爾雅所謂妻黨。妻黨之有服者，惟妻之父母。蓋制服之例，妻從夫降一等，子從母降二等，夫從妻降三等。妻爲其父母期，故壻爲妻之父母總。

現行律妻親服圖於妻之父母外，加無服親一世，妻親之範圍遂以二世（卽二親等）爲限。

## 二 妻親關係之消滅

妻親關係因成婚而發生，因婚姻之解消而消滅。（註一）然朱子家禮及清會典皆以爲妻亡別娶，爲妻之父母亦服，妻之親母雖被出改嫁猶服。故妻之死亡，非妻親關係消滅之原因。

# 第二章 家

## 第一節 總論

（註一）第一次一三三二二條，第三次七條。

## 第一款 家族制度

### 一 雙系的家與單系的家

家(Family)自其組織之分子言之，可分爲二類：其一爲雙系的(Bilateral)，其二爲單系的(Unilateral)。家之團體所含之家屬，兼有男系親與女系親者，是爲雙系的家之團體，所含之親屬惟限於男系親或惟限於女系親者，是爲單系的。雙系的家又有二種：其一爲夫婦及其未成年子女之共同生活團體。其二爲有世系連絡之親屬所組成之大團體，男系親及女系親皆包焉。前者爲歐美通行之制度，後者惟有蘇羅門羣島西部愛迪斯東島(Eddystone Island)行之。單系的家亦有二種，卽父系家族制度與母系家族制度是也。(註一)

### 二 家長權制度與親權夫權制度

家，自其組織之中心言之，可分爲二類：其一以家長爲中心，其二以夫婦及未成年子女爲中心。前者爲家族制度，後者爲個人制度。法律上則稱前者爲家長權

(註一) Rivers, Social Organization, pp. 12, 13.



制度，後者爲親權夫權制度。純粹的家族制度之家，統一於家長之權力之下，其家屬雖互有夫婦親子兄弟姊妹之關係，而一致服從家長；親權夫權皆吸收於家長權之中而無獨立之存在焉。故家爲構成國家之單位，以家長爲代表，而家屬則毫無權利之可言。反之，純粹的個人制度之家，雖以夫婦及未成年子女爲其分子，然所謂家者，在法律上並無特殊之地位，故構成國家之單位者，爲個人而非家。（註二）

### 三 我國之家制

我國之家爲父系的家族制度，更兼有個人制度之精神。家長權與親權夫權並立，宗祧繼承與遺產繼承兼用。此我國家制之特色，抑亦過渡時期所必有者也。

#### 第二款 家之意義

##### 一 有形之家與無形之家

（甲）有形之家 家之本義，爲「人之居」，卽有形之家是也。說文解字：「家，居也。從豕省聲。」段玉裁釋之曰：

（註一）穗積重遠親族法大綱二七至二八頁。

竊謂此篆本義，乃豕之居也。引伸假借以爲人之居。字義之轉移多如此。牢牛居也，引伸爲所以拘罪之隄牛，庸有異乎？

卽詩所謂家，亦有指「人之居」而言者，如「古公亶父，陶復陶穴，未有家室。」乃召司空，乃召司徒，俾立室家。」是也。

(乙)無形之家 同居者首推夫婦，故「夫婦謂之家。」(註一)卽詩所謂「無室無家，玃狁之故。」及「宜爾室家，樂爾妻孥。」是也。有夫婦而後有父子，有父子而後有兄弟，故父子兄弟夫婦共同生活之團體亦謂之家。易家人卦彖曰：「家有嚴君焉，父母之謂也。父父子子，兄兄弟弟，夫夫婦婦，而家道正。正家而天下定矣。」

是也。卽詩所謂「宜其家人。」及孟子所謂「八口之家，」「數口之家，」亦是也。法律上所謂家，卽以父子兄弟夫妻共同生活之團體爲依據焉。

## 二 家與宗

(註一)莊存與周官記。

(甲) 家與宗之差異 家爲父子兄弟夫婦共同生活之團體，故爲現實的組織。宗則不然，宗者抽象的系統也。親屬制度，由抽象的系統觀之，謂之爲宗；由現實的組織觀之，謂之爲家。臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書有云：家，由宗統上觀之，以宗統之傳承爲主之法制，爲宗族制。家，由客觀上觀之，以家之現實的組織爲主之法制，爲家族制。

民律草案第四編理由書亦以爲：

宗者指系統上之關係。家者指實際上之組織。  
家與宗之差異，從可知矣。

(乙) 家與宗之關係 家與宗不同，固如右述。然家之內容，受宗法完全之支配。我國所以行父系家族制度者，宗法使然也。吾故曰：我國之家，其組織之成立，其系統之傳承，其權力之攸歸，其財產之所寄，皆決於宗法之遺規。

三 社會制度之家與法律制度之家

(甲) 社會制度之家

現實組織之家，與系統關係之宗不同。故古者小宗雖常同財，然猶異居。且同小宗者本有親疏之別，——禮雜記鄭注：「疏者小功以下也。親者大功以上也。」——親者同財，疏者或異焉。若然，則謂後世累世同居之俗，爲小宗之遺迹者誤也。  
大學衍義補云：

古者一夫受田百畝。一夫上父母，下妻子，以五口八口爲率。孟子告齊梁之君所謂八口數口之家是也。民年六十，以所受田傳其長子，其次子是爲餘夫，年十六別受田二十五畝，俟其壯有室，然後更受百畝之田。百畝之外，又受田廬之地五畝：二畝半在田，二畝半在邑。由是觀之，三代以前，蓋無累世同居共爨之制可知已。

累世同居之風，蓋起於漢末。陔餘叢考有云：

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，及各娶妻，諸婦遂求分異，彤乃閉戶自搗，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：潁川韓元長，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。是此風蓋起於漢末。

此風既起，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。」（註一）可謂盛矣。乃至異族之法令亦加旌獎焉。大金國志有云：

三代同居孝義之家，委所屬申覆朝廷，旌表門閭，仍免戶下三年差發（軍役不在此限。）

雖然，累世同居之家，較之中國戶口之衆，不過太倉一粟而已。在所謂「義門」者最多之宋代，父母在而分家者之多，有如宋書周朗傳之所述：

士大夫以下，父母在兄弟異計，十家而七矣。庶人父子殊產，亦八家而五矣。

（註一）陔餘叢考累世同居條。

唐律以降，已著別籍異財之禁，而別籍異財者之多，自宋代已復如此。然則我國社會制度之家，範圍之廣狹，家屬之多寡，至不一致可知也。

(乙) 法律制度之家

法律上所謂家，殊不能無一定之範圍。漢律有「殺一家三人」之條，(註一)

唐律因之。唐律疏議賊盜律註云：

同籍期親爲一家。

疏議云：

同籍不限親疏，期親雖別籍亦是。

是同籍者爲一家，而期親以上，卽別籍亦認爲一家也。至清律，則人戶皆以籍爲定。(A) 家之範圍，以編入一籍者爲準。(B) 編入一籍者，又有一定之限制焉。此項規定，見戶役脫漏戶口及人戶以籍爲定各條。「雖其規定之表面，爲關於賦役之公法規定，然其實質，顯爲私法上家族制度之基礎，是固無庸疑者也。」(註二)

(註一) 程樹德漢律考卷三。

(註二) 余棨昌親屬篇。

#### 四 家之定義

如前所述，(A) 家之範圍以編入一籍者為準。(B) 編入一籍者又有一定之限制。吾人試依前者定家之形式意義，依後者定家之實質意義。

##### (甲) 家之形式意義

家者，隸於一戶籍者也。(註一)

舊律之戶籍，所以定軍民驛竈醫卜工樂諸色人戶之籍，以防止人民之詐冒脫免及避重就輕。今後之戶籍則以證明一家家屬之權利義務關係爲目的。然家必編入戶籍，則爲舊律新制所從同。新制未行，茲仍依舊律言之：家必附於籍版，此脫漏戶口條之所定也；附籍之後則戶口可得而稽，此人戶以籍爲定條之所定也。籍定之後，家屬分家，應行別籍，而別籍必待祖父母父母死後服闋或奉遺命之時，此別籍異財條之所定也。故自形式上言之，家必同籍。苟同籍焉，卽分財異居，亦不失爲一家，惟父母在則分財異居須得父母之允許而已。此又別籍異財條例之所

(註一) 第一次一三三三條，第三次九條。

定也。

(乙) 家之實質意義

家者，由同一祖若父所出之宗親，與其妻妾，及其他親屬組成之共同生活團體也。

出於同一祖若父之宗親爲家之基本團員。其他親屬爲家之附屬團員。雖無附屬團員，家仍存在。若無基本團員，家即消滅。其詳於次款述之。

第三款 家之範圍

家者，由同一祖若父所出之宗親與其妻妾及其他親屬組成之共同生活團體也。依此定義，述家之範圍如左：

(一) 家者親屬共同生活之團體也。

家爲親屬共同生活團體，故組成一家者必爲親屬。脫漏戶口條律載：「若將他人隱蔽在戶不報及相冒合戶附籍，有賦役者處罰。」注云：

他人者所以別於親屬也。既非親屬，不得同居，應當別立戶籍。



故知同家者必爲親屬也。而下列兩種人，則不許同家。

(1) 另居親屬。親屬雖可同家，然已曾分家之親屬，卽另居親屬，則不許合戶。此項禁令始於唐律，其目的在防止疏遠親屬相冒合戶，致賦役上減少戶數。明清兩律相沿不改。另居親屬，雖不得相冒合戶，然同宗伯叔弟姪及壻，自來不會分居者不在此限。

(2) 奴婢及雇工人。雇工人因雇傭契約而入於家，本非親屬，自不得認爲家屬。至於奴婢是否家屬之一員？唐律疏議衛禁律疏議有云：「家人不限良賤」，則奴婢亦是家人。然名例律疎議則云：

奴婢賤人，律比畜產。

是我國之奴婢，直無人格可言，與羅馬之奴隸，殆相類似。(註一) 然羅馬法對於奴隸，尙認爲家屬之一員而服從家長。(註二) 我國舊律則不以爲家屬。唐律鬪訟律

(註一) 王世杰中國奴婢制度二頁。

(註二) Maine's Ancient Law, Chap 6.

疏議云：

部曲奴婢非親，不同子孫之例。

此蓋由於同家必限於親屬之原則，而良賤階級之嚴，亦可見矣。自前清宣統元年頒布禁革買賣人口條例後，奴婢制度始從消滅。該條例將貧民子女之受雇者作爲雇工（第四款）雇工仍不得認爲家屬焉。

（二）家者同一祖若父所出之宗親與其妻妾及其他親屬組成之共同生活團體也。

同家之親屬又可分爲二種：

（1）基本團員 家之基本團員，卽同一祖若父所出之宗屬及其妻妾。而出繼之男及出嫁之女不在其內。基本團員完全死亡而無人可以承繼，則其家爲絕家。但基本團員之男子皆死，家仍存在。唐律所謂「女戶」者是也。

（2）附屬團員 非同祖若父所出之宗親而附屬於一家者爲附屬團員。現行律所認之附屬團員如左：

(a) 招壻 招壻者爲贅壻於家之謂也。脫漏戶口條許自來不曾分居之壻附入戶籍焉。至其是否養老不問也。

(b) 義子 立嫡子違法條例「義男女壻爲所後之親喜悅者聽其相爲依倚。」故義男亦爲養父母家屬之一員。

(c) 妻前夫子女隨母改嫁者 三父八母圖載有同居繼父及從繼母嫁。蓋隨母改嫁之子女與繼父或續母所嫁夫同居，故因恩義而制服。然同居是否同籍？易詞言之，妻前夫之子女是否附入繼父或繼母所嫁夫之籍？現行律未著明文。漢書惠帝本紀顏師古注：

同居謂……見與同居業者，若今言同籍及同財也。

是同居卽同籍之意。然唐律名例律疏議則以爲：

同居謂同財共居，不限籍之同異。

則同居與同籍異焉。然律許妻前夫子女同居，自以附入繼父或繼母所嫁夫之戶籍爲常。既入戶籍，當然爲家屬之一員也。

(d) 本宗婦女之私生子 私生子依律雖責付姦夫收養(犯姦條律)但不知姦夫爲誰或姦夫不認領時，則私生子不得留養於母家，而附入母家之戶籍。雖法律無明文規定，而解釋上則不得不如是也。(註二)

#### 第四款 家之設立

#### 一 分家

分家者，家之基本團員相與分離而別立戶籍之謂也。分家之情形有二：

(一) 父母死後分家者 現行律別籍異財條律載：「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。」故以律言之，別籍異財須具備左列之條件：

(a) 祖父母父母已死。

(b) 服闋或奉有祖父母父母之遺命。(註二)

(註一) 余燦昌親屬篇。

(註二) 別籍異財條律注。

否則絕對不許別籍異財。

(二) 父母在時分家者 祖父母父母在，即不許別立戶籍，分異財產，已如前述。但分財異居，則非絕對不能。別籍異財條例載：「祖父母父母在者，子孫不許分財異居，其父母許令分析者聽。」易詞言之，父母在分財異居，須得父母之許可者也。(註一)

子孫分財異居，非經父母許可，即為違法。「然人情常有所偏，父母每多愛憎。若孤子之於繼母，庶子於嫡母，或孀媳之於舅姑，其情同陌路，而勢難復合，猶故意不許令分析者，」大理院判例認為得由法院以裁判代祖父母父母之許可。(註二)

## 二 創家

創家者家之附屬團員與其家分離而新設一家或本無家而新設一家之謂也。分述於左：

(註一) 第一次一三三三條二項，第三次九條二項。

(註二) 三年上六一六號。

(甲) 與本家分離而新創一家者

異姓之附屬團員脫離其所附屬之家，與基本團分家，情形不同，創立新家之人對於其所附屬之家之財產喪失一切權利焉。(註一)

創家之情形由現行律之規定推知者有五。(註二)

(a) 養同宗之人爲子，所養父母有子。養子情願歸宗，而已無家可歸者。

(b) 乞養異姓義子，情願歸宗而已無家可歸者。

(c) 招婿出舍年限屆滿，應行歸宗而已無家可歸者。

(d) 妻前夫之子情願歸宗，而已無家可歸者。

(e) 私生子未經責付姦夫而情願脫離母家者。

(乙) 本無家而新創一家者。(註三)

(註一) 立嫡子違法條例第五。

(註二) 第三次十條二三四各款。

(註三) 第三次十條一款。

左列情形，應各新創一家。蓋行家族制度之我國，法律上無論何人皆應載於戶籍而屬於一家故也。

(a) 子生於中國而父母無可考者。(國籍法第一條之四)

(b) 絕家而有附屬團員者。(參看前款)

(c) 外國人歸化者。(國籍法第二條之五)

(d) 子生於中國地而父母均無國籍者。(國籍法第一條之四)

#### 第五款 家之消滅

##### 一 合家

合家者兩家以上合併爲一家之謂也。疏遠之另居親屬不許合家，然伯叔弟姪得合家焉。前既述之矣。合家之情形如左：

(a) 獨子兼祧兩房之時，兩房雖曾分家，仍因兼祧而合併爲一家。

(b) 兄弟叔姪分家後復合併爲一家。

##### 二 廢家

廢家者，家之基本團員廢止本家而附入他家之戶籍之謂也。廢家之情形甚多，其最顯著者如左：

(a) 子無大功親，隨母改嫁者。

(b) 本家無父母兄弟而爲他人之招壻養子者。

### 三 絕家

絕家者，家之基本團員完全消滅而無人可以承繼之謂也。基本團員之男子雖盡死亡，若同宗尚有昭穆相當應繼之人，固不得謂之絕家。即基本團員全體死亡，若同宗尚有昭穆相當應繼之人，亦不得謂之絕家。絕家之家產，律稱戶絕財產，應歸親女承受，無親女則歸之於國家。（卑幼私擅用財條例）

## 第二節 家之身分關係

### 第一款 家長權本位與共同生活本位

#### 一 家長權本位之家族制度



純粹的家族制度，家之組織以家長權爲中心。家之團員分爲二種，其一爲代表並統率一家之家長，其二爲隸於家長權之下之家屬。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，其極則也。日本民法之家，雖與羅馬法不同，亦爲家長權本位焉。

(一) 羅馬法 依羅馬法，父有家長權 (*Patria potestas*)。家長於其家屬，有生死權及無限制之懲戒權。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，得賣卻其子女於異族。家長之妻，地位與子女相同。家屬之子，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。(註一)

(二) 日本法 日本民法以隸於同一戶籍者爲一家。而戶籍之編製純以戶主爲本。所謂家屬者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，而是否隸於同一之戶主則以戶籍簿形式上之記載爲衡者也。（註二）

二 共同生活本位之家族制度

在社會自覺之今日，所謂家者應合於共同生活之必要。所謂家者應以各個人人格之互相尊重爲內容。故家之組織既不應純以身分爲衡，亦不當惟以形式爲斷。吾人於羅馬家制及日本家制皆不取焉。一九〇七年瑞士民法之家制，則爲共同生活本位。

依瑞士民法，凡同居一家之人，或依法律，或依契約，或依習慣而有家長者，該家長卽有治家之權力。權力之所及者有二：血族或法定親屬一也，依契約關係而入於家者如雇工學生及學徒或地位相似之人，二也。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，應以對於自己財產所用之注意護持之並保全之。家屬之

（註一）日民七三二條，七六二至七六四條戶籍法九條。

未成年人無能力人，心神耗弱人如有損害行爲，家長非證明其在監督上曾用通常必要之處置，即應負責任。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。(註一) 故瑞士民法之家，乃以共同生活之人爲基礎，應扶養監護之必要而設定者也。

### 三 我國之家之身分關係

我國之家族制度非共同生活本位，亦非純粹之家長本位。蓋過渡期之制度也。民律草案親屬篇徒以蹈襲日本民法之故，自蹈於形式主義，實爲吾人所不取。今後立法，應以事實上之共同生活爲一家，且使家之效用在增進家屬各員之利益，否則寧以廢除家制爲愈焉。

#### 第二款 家長

##### 第一項 家長之名稱

(註一) 瑞民三三二條至三三三條。

墨子天志篇已載家長之名稱。漢設戶律，以家長代表其家，負法律上之責任。漢書昭帝紀注如淳引律云：

諸當占租者，家長自各以其物占。占不以實，家長不身自書，皆罰金二斤。

是其例也。唐律疏議亦有家長之名稱，衛禁律疏議云：

若冒度私度越度，事由家長處分，家長雖不行，亦獨坐家長。

而律文又稱戶主。戶婚律云：

戶主不充者答四十。

是其例也。現行律稱家長者意義有三：

(一) 對於公法上之責任 如脫漏戶口條律：「凡一戶全不附籍，有賦役者，家長杖一再。」而其下文歷里正與本縣提調正官失察之罰。從可知對外而稱家長者，專責任也。

(二) 對於妾 妾爲家長服圖輯註：「妻則稱夫，妾則稱家長，明有別也。」從可知對內而稱家長者，定名分也。

(三)對於僱工人 如鬪毆律雇工人毆家長條：「凡僱工人毆家長及家長之尊親若外祖父母者徒三年。」從可知對傭僕而稱家長者，明階級也。

至對於家屬，則直稱祖父母父母或尊長，而無家長之名。蓋我國家制本於倫常，故對外雖嚴其家長之稱，對內則明其尊長之誼也。

### 第二項 家長之資格

爲家長之資格，現行律未設明文。然依習慣，家長必爲家之基本團員中最尊長者。(註一) 律例鬪毆奴婢毆家長條輯註云：「祖在則祖爲家長，父在則父爲家長。」無共同之直系尊親則以旁系尊長爲之。

家長通常以男子之最尊長者爲之。然家無男子，則婦女亦得爲家長，唐律所謂「女戶」是也。

### 第三項 家長之職權

家長對外代表其家，對內則統攝家政。律例私擅用財條輯註所謂「家政統

(註一)第一次一三三四條，第三次十六條。

於尊長」是也。凡家屬關於家事之行爲，均應受家長之監督。(註一) 唐律疏議所謂「尊長既在，子孫無所自專」是也。

#### 第四項 家長之更迭

##### 一 家長之死亡

家長爲一家之最尊長者，故家長之身分，卽與該最尊長者相終始。最尊長者死亡，則次尊長者取得最尊長者之地位，同時卽取得家長之身分焉。此與羅馬法不同，亦與日本法異致者也。

(一) 羅馬法之家長權，因父之死亡而消滅。其隸於家長權之子，卽同時脫離家長權而自爲家長。至其子之子，則從新隸於此代起之家長權下者也。我國不然。祖在則祖爲家長，父子伯叔皆隸焉。若祖死而伯叔仍同家時，則家長權卽由伯父行之，而父子又同隸於其下焉。

(二) 日本法之戶主，別有家督繼承制度以延其世系。故爲家屬者，苟非家

(註一) 大理院六年上八五二號，第一次一三二七條，第三次十九條。

督繼承人於戶主死亡時繼承其戶主權，或自行創立一家，則終無脫離戶主權力之時。若爲家督繼承而繼承戶主權，則其他家屬，雖爲己之尊長，亦得統轄焉。是又與我國異也。

## 二 家長之致事與代理

家長年老或有廢疾，古有傳家事於子孫之制。曲禮：「七十曰老而傳。」鄭註云：

傳家事任子孫，是謂宗子之父。

儀禮鄭註又有下列之言：

謂父有廢疾，若年七十而老，子代主宗事者也。

蓋宗法爲政治制度，故七十致仕之法，適用於宗子。今日之家長，毫無政治上地位之可言，傳子之事，絕無必要。且法律若承認此制，又有長游惰之風及害債權人之利益之二弊焉。自唐律以降，法律上亦未嘗設家事傳子之規定也。

年老傳子之制，既爲法律所不認，已如右述。其輩尊應爲家長者尙未成年，又

應如何辦理？古有用家屬中齒德兼優之人爲副家長以襄理家政者，（註一）然律例則未爲規定焉。

民律草案設代理家長之規定：最尊長者不能或不願管家政時，由次長者代理之。一家中尊輩尙未成年時，由成年卑輩代理之。（註二）

## 第二款 家屬

### 一 家屬之名稱及意義

律稱家人，又稱家口。然稱家人者，奴婢亦在其內。唐律疏議云：

家人不限良賤。

清律刑律受贓家人求索條注云：

家人指官吏之兄弟子姪奴僕皆是。

至家口，則唐律疏議有「同居家口」之文。清律亦有「家口，父祖妻妾子孫也」

（註一）如陸九韶家法。

（註二）第一次一三二五條一三二六條，第三次十七條十八條。



之注。然家口與家屬之意義微有不同。蓋家屬者，乃一家之中，家長以外之團員也。  
(註二) 一家之中，以尊長爲家長，則卑幼爲家屬，故家屬與卑幼同義。惟本宗卑幼之外，異姓之附屬團員亦在家屬之列，故家屬之範圍又較卑幼爲廣。

## 二 家屬身分之得喪

(甲) 家屬之身分由左列原因而取得：

(一) 出生 子因出生而入於父之家，父不明時，入母之家，父母均不明時，則入收養者之家。

(二) 入籍 異居親屬入籍，取得家屬之身分，入籍應經家長允許焉。

(三) 婚姻 女子因婚姻而入於夫之家。童養媳自其童養之日入於所養者之家。蓋我國原則上行「從夫奠居」(Patrilocal)之制故也。然招壻之時，則夫自入贅之日入於妻之家。

(四) 繼承 嗣子自繼承之日入其所後父母之家。

(註一) 第一次一三二八條，第三次二十條。

(五) 乞養 養子自過房或乞養之日入其所養父母之家。

(六) 還俗 僧道自還俗之日回其本家。

(七) 國籍之回復 回復國籍之人自回復國籍之日回其本家。(註一)

(乙) 家屬之身分由左列原因而喪失：

(一) 出繼 子因出繼而喪失其本家家屬之身分，因廢繼歸宗而回其

本家。

(二) 出贅 子因出贅而喪失其本家家屬之身分，因出舍而回其本家。

(三) 出籍 依家長允許或依家長之意思而出籍者，喪失家屬之身分。

(四) 出嫁童養及改嫁 女子因出嫁童養而喪失母家家屬之身分，因

婚姻解消及童養關係之解消而回其本家。妻因改嫁而喪失其夫家家屬之身分；若係因離婚而歸宗，則因改嫁而再喪失母家家屬之身分。

(五) 乞養 子因乞養而喪失其本家家屬之身分，因歸宗而回其本家。

(註一) 國籍法十七條十八條。

(六) 出家 爲僧尼道士女冠，稱爲出家或入道。男女因出家或入道而喪失其俗家家屬之身分。現行律禮制僧道拜父母條律雖規定：「凡僧尼道士女冠，並令拜父母、祭祀祖先、喪服等第，皆與常人同。」祇能解釋爲僧道出家，不能絕其俗家父母祖先之意，不能因此卽謂其仍爲俗家家屬之一員也。(註一)

(七) 喪失國籍 喪失國籍之人，同時卽喪失其從來之家之家屬身分。喪失國籍之人之妻及未成年子，若隨同取得外國國籍時，亦隨同喪失其從來之家之家屬身分。(註二)

### 三 家屬身分之效果

家屬有服從家長權之義務。在禮俗上有如司馬光涑水家儀之所言：  
凡諸卑幼，事無大小，毋得專行，必咨稟於家長。

其規定於法律者，對於家長之教令，子孫不得違；(註三) 對於本家之財物，卑

(註一) 余榮昌親屬篇。

(註二) 國籍法十二條十五條。

(註三) 子孫違犯教令條律。

幼不得擅用。(註一) 而判例亦承認家屬關於家事行爲應受家長之監督焉，前既述之矣。

家屬有享有特有財產之權。(註二) 此古代禮制所禁止，而今日法例所承認者也。

## 第二節 家之財產關係

### 第一款 私有制與共有制

#### 一 初民社會與家族共有制

(甲) 進化說 學者多謂近代私有制度乃由原始社會共產制度進化而成。原始社會無私有之觀念，無論何物皆爲民族所共有。浸假而動產因使用而歸於使用之人，土地則仍行共有之制。惟初民之中，亦或分土地於族內之各家，使之

(註一) 卑幼私擅用財條律。

(註二) 第一次一三三〇條第三次二七條大理院四年上一四五九號。

耕種，如美洲之 Iroquois 民族是也。(註一)

(乙) 反對說 反對之者以爲原始社會初無完全之共產制，而近親團體之共有制，則爲初民所通行。(註二) 或且謂凡社會組織以家爲主要之現象者，必有私有制度存焉；雖所有權之性質容或不同，然社會苟以家爲基，則財產必爲私人之所有。(註三)

依歷史之傳說，我國古代，土地平均分配於人民，以一家百畝爲率。民年二十受田，六十歸田。土地不得爲買賣之目的，王制所謂「田里不粥」是也。制度施行之實際，雖不可得而知，然家爲持有田地之單位，則似無庸疑。漢書食貨志紀李悝之言曰：

今一夫挾五口，治田百畝。

(註一) Lewis Morgan, Ancient Society; I. T. Hobbouse, Morals in Evolution.

(註二) Lowie, Primitive Society.

(註三) W. H. R. Rivers, Social Organization.

孟子亦云：

百畝之糞，上農夫食九人，上次食八人，中食七人，中次食六人，下食五人。五人乃至九人云者，一家人數之大較也。故孟子又稱：

百畝之田，勿奪其時，數口之家，可以無飢矣。

而荀子亦謂：

家，五畝宅，百畝田。

洎井田制廢，土地皆歸家之所私有，蓋自然之勢也。至土地以外之財產，亦爲家之所共有。儀禮喪服傳云：

異居而同財，有餘則歸之宗，不足則資之宗。

禮記內則亦云：

子婦無私貨，無私畜，無私器，不敢私假，不敢私與。

此家爲共有團體之明證也。

家族共有制，自家之內部觀之，雖可謂之共產制，自社會全體觀之，則仍爲私

有制，不過所有權爲家族所共享而已。此不可不嚴加注意者也。

## 二 近代立法與家產制度

歐洲古代，雖亦行家族共有之制，(註一) 自個人主義興，各國法律莫不以財產爲個人所私有。然至近代，家產制度漸爲各國所採用焉。家產制度可分三種：

### (甲) 保貴族之特權者

日本華族世襲財產卽屬此種。依大正五年公布之華族世襲資產法，凡有爵者得在維持家格所必要之範圍內，設定世襲財產。世襲財產以家寶不動產登錄國債及記名有價證券爲限。設定世襲財產，應聲請宮內大臣許可。宮內大臣認爲聲請合法時，應公告之，使債權人及就其財產有權利者陳明宮內大臣。世襲財產設定後，不得爲讓與質權及抵押權之目的。(註二)

### (乙) 維小農之生活者

(註一) Maine's Ancient Law, Chap. 9.

(註二) 一條三條六條八條十六條。

美國 Texas 州一八九三年家產扣押免除法及各州同樣之法律與法國

一九〇九年免除扣押家產組織法，瑞士一九〇七年民法第三四九條至第三五九條之家產，皆屬此種。試分述之：

(1) 美國各州家產扣押免除法 依 Texas 法得以價值二百元以下美金之動產，與二百五十美畝以下之房基耕地，組織家產。其組織之方法，或由當事人呈報註冊，或由法律特加保護，使債權人不得扣押拍賣以償債權。若欲讓與他人，須得家屬同意。其存在時期，恆以當事人夫婦死亡時，或至少子成年時爲限者也。此外各州亦多頒性質相同之法律。(註一)

(2) 法國免除扣押家產組織法 依該法，免除扣押之家產，得爲全體家屬之利益組織之。家產得包含家屬所占之住宅或住宅之一部。或住宅與耕地或園地等。此項財產連同附着物及動產在內，其價值不得超過八千佛郎。家產由 (a) 配偶人以其特有產或共有產或妻之財產而已有管理者組織之，但須得

(註一) 日本京都帝大經濟論叢二十一卷三號八木芳之助，由農政上觀察家產制度。



妻之同意；(b) 妻得以其保留管理權之財產組織之，無須得夫或法院之允許；(c) 未亡或離婚之配偶人，如有未成年子女，得以其私產組織之；(d) 祖父或祖母得爲其子之遺腹子或遺棄子組織之；(e) 無嫡出子之父或母得爲其已經認領之私生子或養子組織之。家產之組織，以公證人前之宣言，或遺囑或遺贈行之。組織之後，家產及其果實不得扣押，不得抵押，亦不得讓與。所有人得廢止其家產，但已成婚時，須得妻之同意；有未成年子女時，須得親屬會之同意。(註一)

(3) 瑞士民法之家產 依該法，各州得允許設定家產，但須從左列之原則：

(a) 農產或其他工業所用產或住宅及其園地，得宣告爲家產，但不得超過一家相當扶養之範圍。

(b) 設定之先，須公告債權人，使陳述其債權。若其設定並不損害第三

(註一) 一條二條三條六條十條十一條，參看 *Progress of Continental Law in 19th*

人時，該管官廳得允許其設定。允許之後，須爲不動產登記。

(c) 家產之上，不得新設負擔。其所有人不得自由處分。其債權人亦不得扣押執行。其所有人，因官廳之命令，對於直系血族及兄弟姊妹，須負扶養之責。

(d) 家產因所有主死亡而解散，但特別指定繼承人承繼之時，不在此限。

(丙) 謀家族之利益者

瑞士民法第三三六條以下所謂共有產，卽屬此種。依該法，共有產以親屬指定屬於其家之資產充之；或就繼承財產不予分析，使之存續；或集合資財，使成共產。設定共有產之契約，須經公證，並由家屬各員或其代理人署名，始生效力。共有產之存在期間，得限定之，或不爲限定。其不限定期間者，得由家屬各員以六個月前之聲明解除之。如無特別訂定時，家屬各員，就共有產有同等之權利，但不得請求分析，擅自處分。共有產之管理，由家屬各員共同行之，或舉一人爲家長，代表全員，指揮業務。各員對於共有產上之義務，連帶負擔。但各員以自己之名義，或依繼承及贈與所得財產，非有特約，仍歸一己之私有。共有產因下列五種情形而解散：

(a) 以契約或聲明解約爲之者，(b) 存在期限屆滿者，(c) 家屬一員所資助之部分，到執行期者，(d) 其中一員破產者，(e) 其中一員以正當理由申請解散者。

右列三種家產制度，除第一種不能採用外，第二種，在立法上頗有採用之價值。蓋此種制度，乃個人財產制度趨於極端所起之反動，爲家族共同生活，奠定財產上之基礎者也。(註一) 第三種則不過以增進共同之利益爲目的，有產者固優爲之。惟吾人所當注目者，此種制度純出於契約制之精神，與我國家產純以身分制爲根本者不可同日語是也。

## 第二款 家產

### 一 家產之意義

家產者一家祖若父所遺留之財產也。家產對於家屬之特有財產，俗又稱爲

(註一)第三次草案二九至三七條採用此種家產制度，其目的在「維持祖先祭祀祠堂墳墓或

支給家屬之教育婚嫁扶養，及其他與此相類諸費。」尙不脫「宗法的」色彩。

公產焉。家產可分二種：其一，關於祖先祭祀或一家公益之財產，如祠堂墳墓譜牒義塾等是。其二，即其他財產是也。第一種之家產，在古代爲宗子所專有，今族無宗子，則亦歸家屬所共有，與第二種家產無異矣。

## 二 家產之特質

家產爲家屬所共有，而與普通之共有不同，蓋身分制之精神充溢於其間故也。綜其特質，則有三端：

(一) 管理由於家長也。現行律卑幼私擅用財條律載：「凡同居卑幼，不由尊長，私擅用本家財物者，處罰。」注云：「卑幼與尊長同居共財，其財總攝於尊長，而卑幼不得自專也。」是知卑幼無管理處分之權，而管理處分須由尊長。

(二) 家長應公平使用也。但依情形而不同。

(1) 家長如爲祖父母父母則就所有家財，可以自由處分。(註一)

(2) 家長爲旁系尊長則應公平使用。卑幼私擅用財條律載：「同居尊

(註一) 三年上六一六號。

長應分財物不公平者罪亦如之。」輯註云：「家政統於尊長，家財則係公物，故尊長不公平，與卑幼私擅用財之罪相同也。」於此情形，卑幼得據以請求分析家財焉。（註一）

（三）家屬之權利平等也。同條例載：「嫡庶子男，不問妻妾所生，祇以子數均分。」同條輯註云：「不曰盜財，而曰擅用，蓋本家財物，卑幼本亦應有，但責其不請命於尊長耳。」故知家屬之於家產，有共有權，而其權利又爲平等。然而禁止其擅用者，「所以維持家庭共同生活之關係，故其所禁止者，本係指卑幼與外人之處分行爲，足使家財外溢者而言。」若雖經處分，而不外溢，則不得卽指爲無效也。（註二）

### 三 家產之效果

（甲）對於家屬處分行爲之效果

（註一）三年上六一六號。

（註二）四年上一四五九號。

家產之管理處分，應由家長，故卑幼不得家長同意，私擅處分者，其處分行爲，乃無權行爲，非經家長追認，不生效力。(註一) 但管理家務之卑幼處分財產者，推定其已得家長之同意。(註二)

所謂家財者，指物權之標的而言。若卑幼自負債務之行爲，不得謂爲擅用本家財物。(註三) 易詞言之，卑幼所爲之債權契約，除有別種原因外，不受本條律例之限制而無效。

卑幼對於家財之處分，其債權契約有效，而其物權契約，則不問相對人是否善意，皆爲無效者也。(註四)

(乙) 對於債權人查封執行之效果

(註一) 八年上一四八號。

(註二) 五年上一〇號。

(註三) 五年上一八三三號。

(註四) 統二二八號。

家產對於債權人查封執行，毫無效果可言。家屬雖不得處分家產，而所負債務，仍得以家產內該家屬個人之應有部分清償之（註一）。依民事訴訟執行規則查封動產時，僅應酌留債務人及其家屬一個月間生活必要之物品。此外則惟有職業所必要之器具物品，不得查封；蠶非已成繭者不得查封。至不動產之查封，則毫無限制焉。（註二）

### 第三款 特有財產

#### 一 特有財產之制度

我國古無特有財產之制，內則所謂「子婦無私貨，無私畜，無私器，不敢私假，不敢私與」是也。然而私財之積蓄，古代事實上亦有之。韓非說林上篇有下列之記載：

衛人嫁其子而教之曰：必私積聚，爲人婦而出，常也；其戍居，幸也。其子因私

（註一）十一年上三〇九號。

（註二）民事訴訟執行規則十九條二十條。

積聚，其姑以爲多私而出之。

惟爲禮法所禁止而已。時至今日，法律始承認特有財產之制度。

## 二 特有財產之意義

特有財產者，家屬以自己名義所得之財產也。(註一) 特有財產爲家屬之所私有，家屬得有效處分之焉。(註二)

### 第四節 扶養義務

#### 第一款 扶養制度

##### 一 扶養制度之意義

扶養之義務者，特定人對於他特定人予以生活上及教育上經濟之供給之義務也。現行法制及民律草案認家屬之扶養關係，是蓋出於家族制度之精神；同

(註一)第一次一三三〇條，第三次二七條。

(註二)四年上一四五九號。



時又認近親之扶養關係，則又兼取個人制度之精神焉。故我國扶養制度爲二元主義。

## 二 扶養之義務與受扶養之權利

扶養義務由親屬或家屬之身分關係而生，所謂身分上之義務是也。然其內容止於經濟上之供給，故又與父母之監護教育之義務及子女之服從教會之義務不同。

受扶養之權利亦爲身分上之權利，爲「親屬權」之一種，而其內容又與債權相類似，蓋受扶育之權利亦爲要求他人爲一定行爲之權利故也。故受扶養之權利又可謂爲財產權之一種。惟其性質乃專屬權，不得移轉於他人，亦不得預行拋棄焉。

### 第二款 扶養之當事人之範圍

#### 一 家屬之扶養義務

家長對於家屬應有扶養義務。家屬對於家長亦然。（註一）蓋扶養之義務爲

（註一）第一次一三三一條，第三次二八條。

「相互的」故也。

(一) 同家之人

(1) 家長

(2) 家屬 家長對於家屬負扶養之義務(註一) 左列諸人皆爲家屬，故家長均應扶養之：

(甲) 妾 尊親屬之妾對於現在承繼家產之人，有受扶養之權利。

(註二) 但以孀居守志爲條件，若不能孀守，即不得有請求扶養之權利。(註三) 妾與家長互有扶養義務。(註四) 但關係消滅後，則扶養義務當然消滅。(註五)

(註一) 三年上一一七五號。

(註二) 三年上三八五號。

(註三) 八年上五七五號。

(註四) 七年上六八五號。

(註五) 七年上一四一三號。

(乙) 女 尊親屬之女有受扶養之權利。(註一) 所後父母之親女亦同。(註二)

(丙) 婦 (a) 因重婚而入於夫家之婦，在民法上爲家屬之一員，苟未與其家脫離關係，仍有受扶養之權利。(註三) (b) 孀婦對於夫所遺之財產有受扶養之權利。(註四) 卽退居母家，如非已脫離親屬關係，仍由夫家負扶養義務。(註五)

(二) 同族之人

同族之人如係老幼孤寡無可依恃者，則其有資力之同居親屬，當然負扶養

(註一) 三年上三九五號。

(註二) 三年上一一七五號。

(註三) 三年上五五號。

(註四) 五年上九六一號。

(註五) 十年上六七六號。

之義務。(註一)

## 二 親屬之扶養義務

親屬之同家者，依右述法例而互負扶養之義務，固已。左列親屬，不問是否同家，皆互負扶養義務焉：

### (一) 直系親屬(註二)

(1) 直系尊屬 子孫對於祖父母父母之扶養義務，現行律有二種方法使之實現：

(a) 間接之方法 戶役別籍異財條律：「凡祖父母父母在而子孫別籍異財者處罰。」又例載：「祖父母父母在者，子孫不許分財異居。」是爲間接之方法。

(b) 直接之規定 訴訟子孫違犯教令條律：「凡子孫違犯祖父母

(註一)三年上八七四號。

(註二)第一次一四五〇條，第三次二三二條。

父母教令及奉養有缺者處罰。」奉養有缺者，謂「家道堪奉而故缺」也。又例載：「子游惰不能營生，養贍父母，因致父母自盡者處罰。」是爲子孫扶養義務之直接規定。

(2) 直系卑屬 直系尊親屬對於其直系卑屬亦應負扶養之義務，判例法曾經宣示焉。(註一)

(二) 旁系親屬

旁系親屬應否負扶養之義務及扶養當事人之範圍如何？現行律並無規定。大理院判例以爲兄弟姊妹應互負扶養義務焉。

(1) 兄弟 兄弟無論已否分家，應互負扶養之義務。(註二) 妻於夫之宗親，其親屬關係原與夫相同，同胞兄弟及同胞兄弟之妻，亦應負扶養之義務。(註三)

(註一) 六年上一二五七號。

(註二) 第一次一四五〇條，第三次二二二條，又五年上一一〇七號。

(註三) 十一年上一〇〇六號。

(2) 姊妹 姊妹無論同母異母，未嫁以前扶養之費，應由各兄弟均勻負擔。(註一) 姊妹之已出嫁者，其夫家若無力扶養，解釋上應仍由兄弟負擔其扶養費者也。

(三) 夫妻

夫妻互負扶養之義務，判例屢經宣示。(註二) 至子壻對於岳父有無扶養義務，現行法尙無明文，草案則有積極之規定焉。(註三) 至養老之招壻對於岳父母，當然有扶養義務，不待言也。

第三款 扶養當事人之次序

扶養當事人之次序，現行律並無明文。然定次序之標準，不外左列之二種：

(一) 同家者先於異家者；

(註一) 第一次一四五〇條，第三次二三二條，又五年上八一三號。

(註二) 五年上一〇七號，十一年上一〇〇六號。

(註三) 第一次一四五〇條，第三次二三二條。

(二) 情親者先於情疏者。

而依現行律之規定，受扶養權利者以直系尊屬爲第一位，負扶養義務者以直系卑屬爲第一位，又不待言。草案則有詳密之規定焉。(註一)

第四款 扶養義務之發生

一 扶養權利人方面

扶養義務之發生，以扶養權利人不能以自己資財勞力生活者爲限。(註二)

故扶養當事人一造實係無力資生，即得對他造請求扶養。(註三)

二 扶養義務人方面

負扶養義務者以有扶養之資力者爲限。(註四) 故扶養義務人如果因扶養

他人，則自己生活有不能維持之情形者，應免除其扶養義務。但有無資力，乃認定

(註一) 第一次一四五一條至一四五四條，第三次二二三三至二三六條。

(註二) 第一次一四五六條，第三次二三八條。

(註三) 五年上一一〇七號。

(註四) 第一次一四五五條，第三次二三七條。

事實之問題，如當事人發生紛議，法院應按照審理事實之法則辦理。(註一)

### 第五款 扶養之程度方法

#### 一 扶養之程度

扶養之程度應依左列二端，以定標準。(註二)

#### (一) 扶養義務人之身分及財力

扶養之程度應以扶養義務人之身分財力爲準，雖法院亦不得課以逾額之周恤焉。(註三) 故扶養義務既經發生，扶養費用之數額既經議定以後，扶養義務人資力差減，亦得請求法院量子輕減。(註四) 所謂扶養程度之變更更是也。但若已就扶養費用，提出一定之財產，則不能因扶養義務人嗣後資力有所變更而隨意

(註一) 四年上一九四〇號。

(註二) 三年上五號，第一次一四五七條，第三次二二九九條。

(註三) 三年上九三九號。

(註四) 五年上六一號。



削減焉。(註一)

(二) 扶養權利人之身分及需要

扶養之程度須應扶養權利人之身分，計算其生活所必需。(註二)

## 二 扶養之方法

扶養之方法，因社會之經濟狀況而立法例各有不同。德國民法，扶養費須以年金供給之；若有特別理由，則義務者得請求以其他方法爲之。(註三) 日本民法，扶養義務人或迎養扶養權利人於其家，或不迎養而給與生活資料，二者之中，擇一爲之。(註四) 然法律設機械的規定，每有不合於實情者，故扶養方法，應使法院有充分裁量之餘地。我國判例，屢經宣示此旨。(註五) 但所用方法，仍不外二種：

(註一) 八年上一二二〇號。

(註二) 六年上一五八號。

(註三) 一六一二條。

(註四) 九六〇至九六二條。

(註五) 五年上一六號，六年上一五八號。

(一) 按期給付費用 若扶養費用之數額發生爭執，仍當由法院判定之。  
(註一) 此項方法如有窒礙，則法院得據當事人之請求，變更扶養方法。(註二)

(二) 設定養贍財產 如扶養義務人按期給付一定金錢之方法，窒礙難行，扶養義務人得提出特定財產，以其收益，抵充扶養費用。(註三) 養贍財產之性質如左：

(1) 養贍財產之所有權仍屬於扶養義務人。(註四) 故扶養權利人非得扶養義務人之同意或因生活上之切迫情形，不得擅為處分。(註五)

(2) 養贍財產之使用收益權屬於扶養權利人。(註六) 故扶養義務人

(註一) 四年上二九六號。

(註二) 五年上一六號。

(註三) 四年上二〇二五號。

(註四) 三年上八三五號。

(註五) 四年上七六八號。

(註六) 三年上七二三號。

非經兩造合意，不得隨意削減。(註一)

(3) 養贍財產之管理權屬於扶養權利人。故扶養義務人代扶養權利人管理養贍財產時，若因其管理不當，致有消滅毀損及其他收益減少之虞者，則扶養權利人得請求回復原狀，自行管理。(註二)

### 第六款 扶養義務之消滅

#### 一 扶養義務之消滅

扶養義務因左列事由而消滅：

(一) 須扶養之原因消滅時，(註三)

(二) 扶養權利人死亡時，(註四)

(註一) 八年上三二〇號。

(註二) 四年上一七六號。

(註三) 三年上三〇六號。

(註四) 三年上三二二號第一次一四五九條，第三次二四三條。

(三) 扶養義務人死亡時(註一)

二 扶養權利之捨棄及限制

扶養權利，非扶養義務人所得限制，(註二) 亦非扶養權利人所得捨棄。(註三) 即當事人合意限制捨棄之，亦不得認爲有效焉。(註四)

三 喪葬費

扶養義務雖因扶養權利人之死亡而消滅，然其死後喪葬費仍應由扶養義務人負擔。(註五)

(註一) 三年上三二二號第一次一四五九條，第三次二四三條。

(註二) 三年上三四八號。

(註三) 四年上二四二〇號，第三次二四二條。

(註四) 六年上一二三號，

(註五) 四年上一一六號，第一次一四五九條二項，第三次二四三條二項。

### 第三章 婚姻

#### 第一節 婚姻制度

##### 第一款 婚姻起源之學說

##### 一 亂交說

論者以爲初民兩性生活必與現代婚制相反。現代民族以一夫一妻制爲準則，初民不然。初民之男女蓋縱欲敗度，無恥不敬，名其狀態曰婦女共有，主張此說者，Vico 是也。（註一）他若巴學芬（Bachofen）、麥克列倫（MacLennan）、莫爾干（Morgan）、梯拉（Tylor）、盧抱克（Lubbock），依傳說之研究及異俗之調查，皆以爲古代民族概行亂交。麥克列倫云：

考現存野蠻民族之狀態，徵文明民族過去之歷史，而推論之，人類古曾無

（註一）Miraglia: Comparative Legal Philosophy, p. 639.

男女相匹之關係，即所謂婚姻之關係之存在，不難明知。(Studies in the Ancient History)

莫爾干以爲：

人頗信一夫一妻之家族制自古即存，惟因家長家族制而中斷耳，此大謬也。家族之組織乃逐漸發達，依各種形式，漸次進化。一夫一妻之家族制實居最後之階段。

至最初之階段則爲亂交 (The Ancient Society) 盧抱克以爲：

劣等民族，男女關係非常雜亂，婚姻制度未能建立，部落中之男女皆爲夫妻實行所謂雜婚制，此學者之所承認者也。(The Origin of Civilization and the Primitive Condition of Man)

## 二 反對說

(一) 進化論者之反對說 達爾文 (Darwin) 否認古代有亂交之存在。以爲：

我不信有極端亂交之制。由 Chimpanzee 及其餘有手類 (Quadrumania) 觀之，無論其爲一雌或多雌，均有雌雄結合之生活，惟時有久暫耳。尤以四足類 (Quadruped) 之雄有武器以與其戀愛之敵戰。且有嫉妬心焉。以吾人所知者推之，亂交反於自然，可斷言也。(The Descent of Man)。

衛斯脫馬克 (Westermarck) 亦推衍此說，並博考初民之風俗，否認亂交之存在。(註一) 洛突羅 (Retourneau) 雖認亂交之存在，而以爲初民例外之俗，一夫一婦，自古已存。(註二) 馮德 (Wundt) 則純自心理學的觀察，以一夫一婦爲初民男女結合之方式焉。(註三)

(二) 分布論者之反對說 最近學者反對社會進化說，而主張社會制度，不能一概繩以進化之定律，惟可依各該制度存在之地域，觀其分布 (diffusion)

(註一) History of Human Marriage, 5th edition, Vol. I.

(註二) 大杉榮譯男女關係之進化。

之由來。視各該民族之曾否互相接觸，以考究各該制度起於何族，仿自何地而已。  
(註一) 彼以爲莫爾干輩之學說，不過先存進化之定律於其心，然後就各民族社會制度中，執其一端，以武斷其爲野蠻，爲半開化，或達於開化之階段。彼以爲莫爾干對於各種婚制，雖努力求現存之習慣及已往之傳說以證明之，至於亂交之存在，則毫無此項證明，惟以推測行之，不足信也。(註二)

### 三 我國舊來之學說

我國學者說婚姻之起源，多爲亂交之假定。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。

呂氏春秋恃君篇亦云：

(註一) Rivers, Psychology and Politics, an Address on the Aims of Ethnology;

Psychology and Ethnology, Ethnological Analysis of Culture; Elliot Smith,

Diffusion of Culture; The Migrations of Early Culture; 西村真次, 文化移動論。

(註二) Lowie: Primitive Society.



其民聚生羣處，知母不知父，無親戚兄弟夫婦男女之別。

且以爲古代婚制創立於聖王，或謂爲伏羲，或謂爲顓頊，或謂爲黃帝。近世學者更抱亂交說之成見而持論焉。劉師培云：

上古婚禮未備，以女子爲一國所共有，故民知母不知父……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。伏羲之世……乃創爲儷皮之禮，定夫婦之道。而女媧亦佐伏羲定婚禮，並置女媒（中國歷史教科書第一冊）。

柳詒徵亦主此說。以爲：

上古之社會無所謂家族也。人類之生，同於禽獸。男女無別，亦無名稱。至於伏羲之時，始有夫婦之制（中國文化史）。

#### 四 婚姻與性交

雖然，禽獸之間本無所謂婚制，亦不必皆行亂交。謂初民性生活無社會之規律則可，謂其無本能之限制則不可。蓋婚制與性交，其事相伴而其義不同。吾人固

不能謂有婚制卽足絕婚外之性交，亦不能謂無婚制卽必爲婦女之共有。吾人實難言婚制之起源，吾人惟欲言婚制之意義。婚制之意義爲何？一曰使婦人主家事。易家人象曰：

无攸遂，在中饋。

二曰，使家族有嫡子，昏義曰：

婚姻者，所以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世也。

郊特牲曰：

玄冕齊戒，鬼神陰陽也。將以爲社稷主，爲先祖後，而可以不致敬乎？

Starcke 遍察異俗，蓋異俗亦有相同之觀念曰：

由上述而吾可知婚姻之觀念與性欲之關係有以峻別。男之自結於女，乃所以使主家室，尙有加於此者，則生子之動機是也。（註一）

故民族之有婚制者，或不禁婚外之性交，如 Nair 族是。然亦有以婚外性交

（註一） Primitive Family, p. 260.

爲不法者，以言我國，亦復同然。坊記云：

夫禮坊民所淫，章民之別，使民無嫌，以爲民紀者也。故男女無媒不交，無幣不相見，恐男女之無別也。以此坊民，民猶有自獻其身。

荀子富國篇亦云：

男女之合，夫婦之分，婚姻聘內，送逆無禮，別人有失合之憂而有爭色之禍矣。故聖人爲之分也。

然現代立法之趨勢，在使婚制以性交爲基礎，使二者合一焉。

## 第二款 婚姻之形式

### 一 當事人之人數

婚姻，自結婚當事人人數觀之，有左列之四種：（註一）

（一）一夫一妻制

（註一） Westermarck: History of Human Marriage, Vol. 3; Lowie, Primitive

(二) 一夫多妻制 一夫多妻制又有二種：其一，多數之妻，皆有同等之地位；其二，多數之婦人中，以其一爲正妻，其餘爲妾。兩種制度頗有不易明爲區別者。蓋二者之分，端視正妻與羣妾之地位強弱高下之差而定故也。

(三) 一妻多夫制 一妻多夫制亦因地而不同。如西藏，一女有多數之夫，其多數之夫皆兄弟也。或以兄爲夫，而許成年之羣弟通宿，如 *Todas* 族是。或以兄爲夫，羣弟雖可通宿，而不得公開行之，如 *Sandal* 族是。至 *Nairs*, *Khansias* 及 *Cossacks* 則不限於弟兄。*Aleuts* 則以一人爲正夫，正夫不在，始許他夫通宿，如妾制焉。且有迫令姦夫爲姦婦之次夫，負擔家用，以爲姦非之制裁者，如 *Konyagas* 之俗是也。

(四) 羣婚制 男子之羣與女子之羣爲婚之制度，無精確之材料以明其真相。或主張實有此制，或以爲不過一夫多妻制與一妻多夫制併存而已。又或以爲實非羣婚，蓋仍爲一夫一妻制，惟得易妻通宿耳。行此俗者澳洲之蠻也。

## 二 擇偶之範圍

婚姻自擇偶之範圍觀之，有左列之二種：

(一) 內婚制 (Endogamy)

(1) 親屬內婚制

(甲) 兄妹婚制 L. Morgan 以爲初民古行血親婚制 (consanguinity)。質言之，卽兄弟姊妹爲婚而已。然無史實足以證明，學者多否認之。

(乙) 近親婚制 亞刺伯人古時認人民有娶其父昆弟之女之權。摩洛哥人娶堂姊妹時所需聘價常較娶他女爲少。皆近親爲婚之例也。

(丙) 中表婚制 有許姑舅姊妹爲婚而禁止兩姨姊妹爲婚者。有許姑舅兩姨姊妹皆可爲婚者。西非洲之 Fanti 族，東非洲之 Sangs 均行此二制之一。

(2) 族內婚制

Aht. Navaho. 及 Guatemala 諸族均行族內婚制，

或竟限於同村，始得通婚。此外如蘇門答臘島諸村落亦同。

(3) 階級內婚制

印度各階級 (Castes) 不得互相通婚。 (Madagascar)

貴族，分爲六團，各不通婚，但高級貴族之男得娶低級貴族之女，古代羅馬平民貴族亦不通婚。條頓民族舊來自由民與奴隸禁止通婚，奴隸制廢，此制亦亡，但實際上仍有存階級之見者，如法國舊貴族與平民通婚者仍少，卽其例也。

(4) 種內婚制 異種不通婚，如日本大和民族不與愛奴(Ainu)通婚，其最著者也。San Salvador 禁與外國女子通婚。北美白人與有色人婚者極少。

### (一) 外婚制 (Exogamy)

#### (1) 親屬外婚制

(甲) 兄妹外婚制 除直系親屬及兄弟姊妹外，概許爲婚，此制近世各國多行之。如法德瑞俄是也。惟法德瑞三國於此外尚有他種限制。

(乙) 近親外婚制 如瑞士民法禁止叔姪姑姪舅甥爲婚。日本民法禁止三親等內旁系血族及直系姻族爲婚是也。

(丙) 中表外婚制 如我國舊律禁止姑舅兩姨姊妹爲婚，以爲一雖

無尊卑之分，尙有總麻之服」是也。此律今已刪除。

(2) 族外婚制 非異族之男女不得爲婚，多數民族行之。

(3) 階級外婚制 非異階級者不許通婚之制，不見於各國。但消除階級之偏見而可以通婚，則現代所常有者也。

(4) 種外婚制 異種可以通婚者，亞洲民族爲多。墨西哥之西班牙雜種殆居全人口四分之三，南美人民，亦多雜種。

### 三 承諾之主體

婚姻自承諾之主體觀之，有左列之三種：

(一) 由當事人之家長或族長表示承諾者，而家長表示承諾時。

(1) 有全不問當事人之意思者，若家長拒絕承諾，則婚姻不成立，當事人或以掠奪與私逃濟其窮焉。

(2) 有須問當事人之意思者。

(3) 有不問當事人之意思，但當事人嗣後不同意則婚姻不成立者。

(二) 由當事人自己表示承諾者。

(三) 全不以承諾爲必要者，卽真正之掠奪婚是也。

#### 四 結婚之方法

婚姻自結合之方法觀之，有左列之三種：

(一) 掠奪婚 麥克列倫以爲掠奪婚古曾遍行於世界。然近來學者研究調查之結果，否認此說。蓋各民族中，有時雖用類似掠奪之方式以爲婚，但其用意不過表示女子從此入於夫家而已。有時掠奪之方法惟於家長或族長拒絕承諾之後行之。其實際以掠奪爲得妻之手段者，在現存民族中實不多見。

(二) 交易婚 交易婚有種種之方式：

(1) 買賣婚 家長權重，認女子爲其私產者，其民族易行買賣婚。(a) 有時聘財實爲女子之代價。(b) 然亦有以聘財歸女子之私有者，則不能謂爲真正之買賣婚，如回教諸國之制是也。(c) 又有取聘娶之方式，聘財不過對女家之贈與，而不得謂爲身價者，如 Bushongs 及 Omaha 之俗是。(d) 更有女



家亦備嫁奩，與男家之聘財相當，或竟較多者，如 *Wataura* 之俗是。(註一)

(2) 服役婚 男子爲女家服勞，以代買妻之身價者，如非洲之 *Quoja*。

*Fantis*, *Banyal* 等族，北美之印第安諸族是。

(3) 交換婚 娶妻之家卽以其女嫁於妻之家以爲交換者，澳洲之蠻通行之俗也。他若 *Encounter Bay*, *Gippsland* 諸地亦行之。

(三) 共諾婚 野蠻民族及文明民族均有行共諾婚制者。卽在行交易婚之地，亦有以共諾而成婚，如私逃 (*elopement*) 之方法是也。有時或竟以私逃爲通行之結婚方式焉。

### 第三款 我國之婚制

#### 一 一夫一妻制與妾制

學者多以爲我國古行亂交，由亂交而進於一妻多夫制者，如劉師培柳詒徵，又如美之莫爾干氏是也。(註二) 劉氏於一妻多夫制旣無何等之證明，莫爾干氏

(註一) *Hobhouse, Morals in Evolution*, pp. 154, 155. (註二) *Ancient Society*.

之說又有極力反對之者。(註一) 至自周以後，一夫一妻制與妾制之存在，則毫無疑義之可言。

一夫一妻制爲婚姻之原則。白虎通云：「妻者齊也，與夫齊體，自天子至庶人，其義一也。」天子以後爲「同體」。諸侯以夫人「共事宗廟」。至於妾制則因宗法而生。惟須注意二點：

(1) 由於貴賤之階級 我國古代有天子諸侯大夫士庶人之五等，儒者言禮，以爲此五等者，各有其應得之衣冠宮室車馬奉養，乃至妾之數目亦有差焉。試依曲禮、昏義、公羊傳、白虎通之所述，列記於左：

- (a) 天子 六宮，二夫人，九嬪，二十七世婦，八十一御妻。
- (b) 諸侯 九女。
- (c) 大夫 一妻二妾。
- (d) 士 一妻一妾。

(註一) 例如 Stareke, *Primitive Society*, p. 203.

(e) 庶人 一妻。

言禮者持說如此。後世竟有列爲律令者矣。明律是也。明律名例律問刑條例五刑條：

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，二十五歲，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，許選妾一人；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。

現行律雖無類此之規定，然妾制仍加承認焉。

(2) 由於貧富之階級。曲禮載「買妾」之文，故知有財力者，不問屬何階級，皆可蓄妾。孟子記齊人一妻一妾之事。韓非子亦有下列之記錄：

宋逆旅人有妾二人，其一人美，其一人惡。

衛人有夫妻禱者，而祝曰：使我無故，得百來束布。其夫曰：何少也？對曰：益是，子將以買妾。

其賣女爲人妾者，必家貧也，是不待言。

## 二 外婚制與內婚制

我國舊來擇婚之範圍，限制極夥。蓋宗法制度與非宗法之親屬制互相複合使然也。茲列記於下：

### (甲) 親屬外婚制

(1) 兄妹外婚制 總麻以上爲婚以姦論，則兄弟姊妹之禁可知。

(2) 近親外婚制 同宗近親不得爲婚，固已。非同宗之近親如尊卑不相當，亦禁爲婚。

(3) 中表外婚制 今已廢除，已如前述。

(乙) 族外婚制 有周之制，同出一祖者雖百世不通婚媾，前既述之矣。

(丙) 階級內婚制 唐律戶婚奴娶良人爲妻條：

諸與奴娶良人女爲妻者徒一年半，女家減一等離之，其奴自娶者亦如之。  
……即妄以奴婢爲良人而與良人爲夫妻者，徒二年，各還正之。

雜戶不得娶良人條：

諸雜戶不得與良人爲婚，違者杖一百。官戶娶良人女者亦如之。良人娶官戶女者加二等……即奴婢私嫁女與良人爲妻妾者，準盜論。知情娶者與同罪。各還正之。

監臨娶所監臨女條：

諸監臨之官娶所監臨女爲妾者，杖一百。若爲親屬娶者亦如之。  
奴婢雖不得爲妻，但以妻爲妾條云：

若婢有子及經放爲良者聽爲妾。

以上各條，經明律增改後，清律所載之擇婚限制如左：

(1) 官吏 官吏不得與下列兩種人爲婚：

(a) 樂人 凡官吏娶樂人爲妻妾者杖六十，並離異，若官員子孫娶者，

罪亦如之（戶律婚姻官吏娶樂人爲妻妾條）

（b）部民 凡府州縣官任內娶部民婦女爲妻妾者，杖八十。若監臨官娶爲事人妻妾及女爲妻妾者，杖一百（娶部民婦女爲妻妾條）

（2）奴隸 凡家長與奴娶良人女爲妻者杖八十。其奴自娶者罪亦如之。若妄以奴婢爲良人而與良人爲夫妻者杖九十。各離異改正（良賤爲婚姻條）  
清亡以後，民國肇興，人民無階級之別，悉皆平等。階級內婚制在法律上已從廢絕矣。

（丁）種內婚制 異種通婚之禁，不見於律例。惟在清代，滿漢與漢蒙之間不通婚，至滿蒙則仍自通婚。今已無復此禁矣。

### 三 承諾

舊制，嫁娶必由祖父母父母或餘親主婚，惟卑幼仕宦在外自定婚而已成婚者，從其所定而已。現行法例漸以當事人之承諾爲定婚之要件。祖父母父母定婚時，當事人如不同意，可以撤銷者也。

#### 四 古代婚制與共諾婚

我國古代以何種方法而結婚，學者意見不同。以要言之，可分三說：

(一) 掠奪買賣婚說 劉師培中國歷史教科書以爲古者「婦女從夫，多由劫略，或由買鬻。」其證據如左：

(a) 親迎必以昏者，則古代劫略婦女，必乘歸家之不備，故必以昏時。後世沿用其法，故以昏禮爲名——(是爲掠奪婚之證據。)

(b) 儷皮之禮，卽買賣婦女之俗也。後世昏姻，行納采納吉問名納徵請期親迎六禮。納采納吉皆奠雁，而納徵則用玄纁束帛，所以沿買賣婦女之俗也——(是爲買賣婚之證據。)

(二) 買賣婚說 陳顧遠中國古代婚姻史以爲搶掠無論何時可行，豈必限於黃昏？况掠奪全恃武力，乃一時現象，不能成爲風俗，故斷定古代婚姻是「購買」之形式，由「納幣」及主婚二事證明之。

(三) 聘娶婚說 柳詒徵中國文化史以買賣婚說爲不當。蓋古者相見必

執贄，或執羔，或執雁。國家聘使，則以玉帛，皆所以表示敬禮，不得謂之買賣也。婚姻之道，男下女，女從男。故男子以其所有，贈遺於女氏。游獵之民所有者，惟獸皮，爰以此爲贈品。後世相沿，則委禽焉，非惡俗也。

我以爲上列三說，皆自一端而立論，皆有所見而皆有所未盡也。宗法社會尊重父權，父權尊而子女完全居其支配之下。父於其女，可以爲買賣之貨財，亦可以爲贈與之目的。孔子以其女及兄女，妻公冶長及南容，皆贈與也。然其婚禮之形式，仍須納徵，蓋「聘則爲妻」故也。由是言之，即使爲實質之買賣婚，仍須取納徵之形式，而後爲妻，否則無別於買妾矣。即使爲實質之共諾婚，亦須取納徵之形式，而後爲妻，否則無別於奔妾矣。况古者出妻，有退還妝奩之禮。雜記稱諸侯出夫人，除由使者將命而外，並有下列之節文：

有司官陳器皿，主人有司亦官受之。

鄭注云：「器皿其本所齋物也。」並引漢律以明之，曰：

棄妻畀所齋。



所齎卽妝奩也。倘妝奩亦行於士庶人之間，則買妻何須有此？以我所見，納徵所以證約也。契約觀念未能充分發達之古代，約成生效，必自當事人一造有所履行之時。當事人一造有所履行，則相對人卽負履行反對給付之責。當事人一造委禽焉，相對人卽負給付其女子之責矣。買賣固爲契約，而契約不限於買賣，斯婚約亦不得卽認爲買賣。納徵所以證婚約之成立而已。玄纁束帛非身價也。

如上所述，古代父權過重，故或以其女爲買賣之貨財，或以其女爲贈與之目的。惟其女取得妻之身分，則必取納徵等六禮之形式。時至今日，當事人之意思，已爲定婚成立之要件，則婚姻自結合之方法言之，已進於共諾婚。

## 第二節 婚姻之意義

### 一 婚姻之意義

由上述諸端，定我國婚姻之意義如左：

婚姻者，一男一女之結合，以終生之共同生活爲目的者也。

(一) 婚姻應具備法定之要件也。男女之結合非皆爲婚姻，必具備法定之要件始得爲法律上之婚姻也。男女之結合，苟具備法定要件，卽足以認爲婚姻，至此外之事實關係，則非法律所要求。

(二) 婚姻乃一男一女之結合也。非妾制之一夫多妻與一妻多夫，爲法律所禁止。重婚者有罰，且前婚可以離婚，後婚可以撤銷焉。但再婚則爲法律之所許。

(三) 婚姻以終生之關係爲目的也。我國取終生婚制 (Permanent marriage)，而不取定期婚制 (Temporary marriage)，故婚姻不許附期限，亦不許附條件。但所謂終生之關係，並非不許離婚。

(四) 婚姻以夫婦共同生活爲目的也。婚姻不徒以性交爲目的，故不以性交不能 (Impotence) 爲解消之原因，如寺院法；亦不設禁婚年齡之限制，如舊俄羅斯法，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。

(五) 婚姻應本於男女之自由意思也。男女自結之婚姻無論已。即主婚權人所定之婚姻，若男女不同意，得以撤銷焉。

(六) 婚姻，乃生活關係也。婚姻之創設，雖以男女本人之自由意思為條件，然其關係之內容，則為法律所確定，不許當事人任意變更者也。但夫婦財產關係則屬例外。

## 二 婚姻之將來

前述意義之婚姻，將來應否保存，如何改革？學者意見至不一致。以要言之，則有三種：

### (甲) 守舊論

生物社會學家 Grantallen 由婦女生育之天職，發抒其維持婚制之意見，以為：

每一女子皆嫁，而皆生子四人，則人口恰足以保持……故婦女有放棄其女天職者，則所遺之重負，即須轉付於他人……故婦女之解放，無論如何，不應

涉及此基本之天然的需要(Plain Words on the Woman Question, in Fortnightly Review, October, 1889)。

歷史學家 Ferrers 亦依生物學而爲守舊之論斷，曰：

昆蟲鮮或分工於兩性之間，其生命短；蟻與蜂則不然，分工之事極爲顯著，故長生。鳥與高等之獸，如狒狒人猿亦同，保護女性小兒及供給食物之重任在於男性，其生命爲期亦較久焉(The Problem of Women from a Bio-Sociological Point of View in the Monist, IV, No. 2)。

彼以爲婦女以生子爲天職，在現代文化之下，實亦無由否認，故婚姻制度應予維持。其依宗教教義而主張確定之婚制者，如 Foester 教授是。彼以爲一夫一婦之婚姻，能使子女涵養責任心同情心及自治能力，是實一夫一婦之婚姻之社會職能。而其所以能盡此職能者，恰因其爲終生結合並不可解消，且因其成就而使生活之共同，更加深遠，更加堅實，且較其他任何結合，更爲多方面的故也(Marriage and Sex Problem, p. 50)。

(乙) 廢止論

社會主義者以婚姻制度爲私有制度之產物，應隨私有制度而廢止。August

Rebel 有云：

有產婚姻制度爲有產者私有關係之結果。此密接私有權及繼承權之婚制，要求以「嫡子」爲繼承人，其締結也，卽以產生嫡子爲目的。因社會情勢之壓迫，卽無產可遺者亦不得不一體奉行。已成社會之法律焉，違反之者，對於姦非則國有常刑，而且使之離異。(Woman and Socialism p. 346)

H. G. Wells 以爲：

以要言之，社會主義者之立場在否認人類之私有制度；非徒土地與生產工具應由小君主之羣解放之，卽婦女兒童亦應不復再爲財貨與男子及物品同然。(Socialism and the Family, p. 56)

George Bernard Shaw 以爲：

若婦女不能撤除其婦女之地位，不能撤除其對丈夫，對子女，對社會，對法

律，對無論何人之義務，即不能解放其一身（The Quintessence of Ibsenism p. 44）。

女性中心論者（Feminists）則有如左之主張：

慣例不外常習之化石，其所以抑制婦女者較法律爲尤甚。……普選運動者期於改革法律，女性中心論者並欲改革慣例（W. L. George, Feminist Intentions, in the Atlantic Monthly, Dec. 1913）。

而以自由結合爲合理。至 Ellen Key 輩則謂男女關係應以愛爲基礎，主張戀愛之自由（Love's Freedom）。其言曰：

婚愛一體主義，實以爲凡人皆有應其個人之所需而規律其性生活之權，惟有一條件焉，即不得侵犯所愛者之婚愛一體而已。戀愛漸爲個人之私事，兒童漸爲社會之公職焉（Love and Marriage, p. 24）。

### （丙）改進論

主張修訂法律以改進婚姻制度者，如美之 Howard 教授是（History of

Matrimonial Institutions)。主張以教育改進婚姻制度者，如 Ellwood 是 (Sociology and Social Problem)。此外尚有優生學家之主張，爲北美合衆國及哪威諸國法律所採取者，頗有參考之價值。

(1) 諾威婚姻法 依該法，精神病不得爲婚（五條）。有傳染之虞之微毒病人不得婚。花柳病有傳染之虞者，癩癩病者，癩病者，非告知相對人，並經醫士說明其病之危險性後，不得爲婚（六條）。

(2) 美國各州之法律 美國各州多有劣種禁婚法。其所禁者，第一種爲精神病，白癡，心神耗弱人，心神喪失人。第二種爲癩癩病者，花柳病者，肺病者，酗酒者，習慣犯罪人等類。禁止第一種人爲婚者，除十三州外，各州均同，禁止第二種人爲婚者，各州法律頗不一致。（註一）

癩癩病者 十州

慣行犯者 二州

花柳病者 五州

重肺病者 二州

（註一）根據穗積重遠婚姻制度講話附錄。

濫飲酒者 三州

受救助者 四州

精神病人白癡心神耗弱人心神喪失人皆不得有效爲法律行爲，故不得爲婚，此非優生學所獨有之問題也。至第二種人亦禁爲婚，則純出乎優生學之理由。但受救助者又爲例外。

### 第三節 婚姻之種類

#### 第一款 羅馬法婚姻之種類

羅馬法有二種婚姻，其一爲 *Matrimonium cum manu*；其二爲 *Matrimonium sine manu*。茲稱前者爲嚴格婚姻 (*Strenge Ehe*)，後者爲自由婚姻 (*Freie Ehe*)。

(一) 嚴格婚姻以三種方法行之：(1) *Conferatio*，惟貴族得行此種儀節；(2) *Coemptio*，平民得行此種儀節；(3) *Usus* 卽時效是也。嚴格婚姻成立後，夫取得夫權 (*Manus*) 而妻立於家屬之地位。



(二) 自由婚姻因一男一女以終生共同生活之意思，開始同居而成立。妻不爲夫之家屬。妻之財產無論爲婚前婚後所取得，均不歸夫。

此二種外，羅馬尚有 *Concubinatus* 之制度，*Augustus* 帝以後法律所承認者也。奴隸之男女關係，法律不認爲婚姻而認爲此制。但此制仍爲一夫一妻，惟男對於女無夫權耳。(註一)

## 第二款 現行法婚姻之種類

### 一 普通婚姻與變例婚姻

與通常正式婚姻不同者爲變例婚姻，變例婚姻有三：

(一) 贅壻 贅壻律稱招壻。贅壻者，男因婚姻而入於妻家之謂也。

(二) 養媳 養媳者，媳未與夫成婚卽入於夫家之謂也。

(三) 過門守貞 過門守貞者，定婚之女尙未成婚，定婚之男亡故，而仍入於男家，爲其未婚夫守貞之謂也。現行律稱爲女身守志。

(註一) *Sohn's Institutes of Roman Law*, pp. 470-476.

## 二 初婚與再婚

男女初次爲婚，爲初婚。婚姻因離婚或一造死亡而解消後，各造或其一造再爲婚姻，爲再婚。我現行法制許婚姻解消後之再婚。再婚之次數毫無限制。俄羅斯舊法禁止第四次之婚姻（第二十一條），新法無相同之規定焉。

## 三 單婚與重婚

爲婚姻之男女一造或兩造，在婚姻未解消以前，更與其他男女爲婚，稱爲重婚。現行法制雖許再婚而禁止重婚。

## 四 Levirate 與 Sororate

兄亡收嫂，謂爲 Levirate。姊死娶妹，謂爲 Sororate。各地民族有認兄亡收嫂爲義務者，如古希伯來（Hebrew）是也。希伯來民族古者兄死無子，則弟當娶嫂生子以承兄祀。弟若拒絕，則嫂得以加利沙（Chaliva）之方式詆之。其後兄亡收嫂之制已廢而加利沙禮仍存，至一八六九年長老會議始宣言廢絕。（註一）我國舊律

（註一）Mielziner, The Jewish Law of Marriage and Divorce, p. 58.

嚴禁此事。清律娶親屬妻妾條律載「若兄亡收嫂，弟亡收弟婦者各絞。」現行法仍認爲此項婚姻應行撤銷。

姊死娶妹，古有類此者，媵是也。諸侯嫁女，同姓媵之。(註一)媵者，嫁女時，以姪娣隨往之謂也，諸侯一娶九女，諸侯不再娶。(註二)杜預釋例云：

夫人薨，不更聘，必以姪娣繼室。

則 Sororate 之意也，但姪娣先隨而入於夫家，爲特徵耳。大夫有姪娣(註三)士無之。(註四)但妻死更娶其妹之俗，是否常見，則不可得而詳，後世律令，大抵不禁。現行律亦然。

## 五 妾

(註一)左傳成八年。

(註二)左傳莊十九年。

(註三)見喪服大記。

(註四)見白虎通。

暫行新刑律否認妾制，但刑律補充條例第十二條則規定「稱妻者於妾準用之」之文。民律應否認妾制，但第一次草案第二次草案乃至最近之第三次草案均於嫡子外設庶子與私生子之區別。非妻所生之子爲庶子；由苟合或無效婚姻所生之子爲私生子。仍顯然承認妾制焉。

#### 第四節 婚姻之成立

##### 第一款 婚姻之立法主義

##### 一 事實婚主義與形式婚主義

事實婚主義者，風俗上事實上之婚姻，法律上亦即認爲婚姻之主義也。例如風俗上以合卺禮成後之男女結合爲婚姻，法律亦即從而承認其姻之成立；又如事實上男女同居，社會均認爲夫婦，雖未經何種儀節，法律上亦即認爲婚姻是也。形式婚主義者，婚姻之意思須依法定之形式而表示之，否則不認爲其法律上成立之主義也。現代各國莫不採此主義，其理由有可言者。蓋婚姻爲社會生活

之基礎，非各人任意處置之問題，而爲社會全體之問題，各人私自之問題，或可由各人處置，而社會全體之問題，則應由社會統制，事實婚主義之下，婚姻與非婚姻之區別極難。形式婚主義則法律所認爲婚姻者，必須有一定之形式。其不許爲婚者，得因其履行形式而禁止之，蓋不備法定條件者，即不許其履行法定形式，法至便也。形式主義又有宗教婚主義與法律婚主義二種。

## 二 宗教婚主義與法律婚主義

古代婚姻制度雖皆有宣示其結合於社會之方法，然歐洲之形式婚主義則應於中世之宗教婚主義溯其源。宗教婚主義者，依基督教儀節而結婚者，婚姻始得有效成立之主義也。此主義之樹立，在一五六三年 Trent 會議。當時宗教勢力甚偉，教會干涉國家之政治，教會之法律即所謂寺院法者，關於親屬關係諸問題，其權威遠在國法之上。因之，宗教婚主義一時殆風靡全歐。

國家之勢力漸強，政教分離運動以起。人民知識日高，個人自由之思想漸盛。國家與人民皆反抗教會而要求減殺其權力。婚姻還俗運動 (Secularisation du

marriage) 卽運動之一種也，以爲婚姻非教會之聖典，而爲個人之俗事，教會不得干與焉。適法蘭西大革命勃發，宗教婚主義遂至顛覆，法蘭西一七九一年九月三日憲法第二章第七條云：

法律認婚姻爲民事契約 (La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.)

次年八月立法會議更通過左列之議案：

婚姻者，得以離婚而解除之契約也 (Le mariage est un contrat dissoluble par le divorce)

然而形式婚主義尙不因而消滅。婚姻契約須取法定之形式，不在教會舉行，而須在官廳從事。是爲法律婚主義。革命後之民法法典卽以法律婚主義爲依歸。各國民法多仿行焉。然各國法制亦有不同。有採純粹之法律婚主義者，意瑞等國是也。有法律婚主義與宗教婚主義並用者，英國是也。俄羅斯則仍行宗教婚主義，革命後勞農政府於一九一八年九月十六日制定婚姻法，廢宗教婚主義而取法律婚

主義，與法蘭西之「婚姻還俗」其事正同，洵奇觀也。

### 三 現行法例之事實婚主義

我國古代之婚姻，必行一定之儀節，是爲婚禮。禮記昏義：

昏禮納採問名納吉納徵請期，皆主人筵几於廟，而拜迎於門，揖讓而升，聽命於廟。所以敬慎重正昏禮也。

筵几於廟，聽命於廟，皆有宗教之意義。而妻三月廟見，始爲成婦。尤有宗教婚主義之精神，然尊祖之教與一神教不同，無獨成系統之教會。廟云廟云，皆私家之設備而已，故不得遂謂爲宗教婚主義。

我國婚禮，國家令典，著有明文，如大清通禮所載是也。然而習慣上之儀節，不必悉遵令典。民國肇建，此項令典，已成歷史上之陳蹟。故現行法於成婚儀節並不限定，卽以「舉行相當禮式之日」作爲婚姻成立之日。易詞言之，卽取事實婚主義而已。

### 四 民律草案之法律婚主義

日本民法取法律婚姻之主義。其第七百七十五條之規定如左：

婚姻因呈報之於戶籍吏而生效力。

前項呈報，須由當事人雙方及成年之證人二人以上，以言詞或署名之書面爲之。

民法施行以後，此項規定忽生莫大之弊害。弊害爲何？即法律上之婚姻與事實上之婚姻不一致是也。有事實上非婚姻而法律上認爲婚姻者，所謂「寫真結婚」是也。有事實上確係婚姻而法律上不認爲婚姻者，所謂「內緣夫婦」是也。

寫真結婚者，移住美國之日本男子，由本國娶妻，互易小影，而呈報於戶籍吏，因而法律上婚姻成立，此「寫真新婦」乘船入美，其夫出迎，常有互持小影以辨誰何之喜劇焉。蓋日美「紳士協約」曾禁止日本再遣移民於美國，非現住美之日人之妻，即不得登陸入國，故有此種辦法以救濟焉。然亦日本民法前項規定之缺點使然也。此種事實，現已禁止。

內緣夫婦者，日本今日普遍之現象，非喜劇，乃悲劇也。事實上已舉行「結納」



或花燭之禮而爲婚者，因未經呈報戶籍吏，法律上曾不認爲婚姻。實際同居而法律上則異籍。實爲夫妻而法律上無夫妻之身分。尤以妻與子女之境遇爲最慘。蓋妻無受夫扶養之權利，子無繼承財產之權利也。

我國民律草案不鑒覆車，襲取日本民法之規定。第一次草案無論矣，乃至一九二五年之第三次草案仍不改焉。其勢將不驅全國過半之男女於「內緣」不止，誠爲可悲。第一次草案第一三三九條及第二次草案親屬篇第二十五條均如左：

婚姻從呈報於戶籍吏而生效力。

第三次草案親屬篇第五十三條如左：

婚姻須呈報於戶籍吏登記後發生效力。

第三次草案成立之時，正日本人士對於「內緣夫婦」大聲疾呼之時也。（註二）

（註一）穗積重遠婚姻法講話四八頁至七〇頁，親族法大意五九頁至六二頁；末弘嚴太郎民法講話上卷三〇〇至三〇七頁，噓之效用二一二頁以下；宮本英雄婚姻之基調，一六九頁以下。

事實婚主義非無弊也。婚姻關係之存否及是否合法，皆無由正確證明。然依法律婚主義，習慣上認爲夫婦者，法律上竟不認爲夫婦，習慣上認爲親生子者，法律上竟認爲私生子，此法律與事實之矛盾，所犧牲者甚大，而事實婚主義之弊或較小耳。

## 第二款 定婚

### 第一項 定婚之立法例

#### 一 定婚之性質

關於定婚卽婚姻豫約之性質，立法例有三：

(一) 以定婚爲婚姻之手段。易詞言之，定婚者，以結婚爲目的之行爲也。依此行爲，發生以婚姻爲目的之債權關係。英國法及寺院法與其他承認不履行之賠償及違約金之效力之法制，皆屬此種。

(二) 以定婚爲獨立之契約，不以將來結婚爲目的。定婚成立後，當事人間已發生一定之身分關係。故定婚有排他的效力，已成立後，不得再與他人定婚。

(三) 以定婚爲結婚之階段。違約之時雖生損害賠償之義務，而違約金之效力及履行之強制，概行否認。蓋定婚非獨立之行爲，故亦無獨立之效力也。德瑞民法屬於此種。

## 二 定婚之方式

關於定婚之方式，立法例有二：

(一) 要式主義 要式主義之法制，有僅以證人爲必要者，如瑞典法是。有以書面爲必要者，如意大利法是。有以公正證書爲必要者，如瑞士之一部是。有須在教堂中證人前爲之者，如諾威法是。

(二) 不要式主義 英美德諸國皆不以方式爲必要。但美國各州中亦有規定繼續一年以上之定婚須具書面者。

## 三 定婚之效力

關於定婚之效力，立法例有二：

(一) 羅馬法制 羅馬法有所謂 *Sponsalia* 卽定婚是也。此項契約在法

律上並無效力。對於不履行者，不得提起履行之訴及損害賠償之訴。違約金約款亦無效力。繼受此種法制者，爲法奧兩國民法。日本民法從之。

(二) 寺院法制 寺院法不獨承認定婚之契約，且予以強制之效力。當事人依定婚契約，有請求結婚之權。及請求損害賠償之權。惟有重大事由時，得解除之。後世雖有從此法制者，但強制婚幾漸絕跡。如英國法，當事人一方對於破約之他方得提起破約之訴 (Breach of promise suit) 而請求損害賠償 (Exemplary damages)。德瑞民法亦採此制，茲略示其要點於左：

(1) 定婚因共諾而成立，但不得以訴請求履行。婚約不履行之違約金附款無效。(註一)

(2) 若締約人無重大原因而退出婚約，或因歸責於自己之理由致相對人退出婚約者，須賠償相對人及其父母或第三人因誠信期待婚姻成立所生之損害。若相對人因期待婚姻成立而影響其財產職業上之布置，因而發生

(註一) 德1297條，瑞90條91條。

損害者，亦有賠償之責。(註一)

(3) 德國民法便承認一種衡平賠償。若純潔之女子允許締約之相對人與之同居，而有前述之情形者，得請求非財產之衡平賠償。此項賠償以金錢爲之，非有特約，不得讓與請求權於第三人。(註二)

(4) 婚姻不成立時，當事人得依不當利得之規定，各向相對人請求返還所贈禮物或定婚紀念品。(註三)

(5) 前項請求權，自定婚解消時起二年後(註四) 或一年後(註五) 消滅。

(註一) 德 1298, 1299, 瑞 92, 93.

(註二) 德 1300.

(註三) 德 1301, 瑞 94.

(註四) 德 1301.

(註五) 瑞 95.

## 第二項 現行法制之定婚

### 一 定婚之性質

定婚之性質，現行律取強制婚主義，判例法已進於德瑞法主義矣。惟過渡期之法制，頗有特徵，茲分別敘述於左：

(一) 定婚者契約也。定婚爲契約。惟契約之當事人爲誰？則依情形之不同而有左列之二種：

(1) 主婚權人 主婚權人所訂之婚約雖非無效(註一) 但須得婚姻當事人本人之同意，否則「爲貫徹婚姻尊重當事人意思之主旨起見」對於婚姻當事人不能強其履行。而不同意之婚姻當事人亦可以主張解約。(註二)

(2) 婚姻當事人 婚姻當事人所訂之婚約，須得主婚權人之同意，否(註一)三年上四三二號。

(註二)四年統三七一號，五年統四五四號，九年上一〇六七號，十年上一〇五〇號，十一年上一〇〇九號。

則主婚權人得撤銷之。惟主婚權人行使撤銷權，須有正當之理由，要不得任意爲之也。(註一)

(二) 定婚者婚姻成立之要件也。定婚無效或已撤銷，婚姻即不得成立。

「故原則上係合定婚與成婚儀式爲婚姻成立之條件」者也。(註二)

(三) 定婚者發生債權效力之契約也。主婚人因定婚而互負使婚姻當事人成婚之義務。故男女婚姻條載：「若許嫁女……而輒悔者，女家主婚人處罰。男家悔者，罪亦如之。」婚姻當事人因定婚而負結婚之道德上義務，互得請求相對人履行婚約。

(四) 定婚者創設一定之身分關係之契約也。定婚之後，男女之間發生一種未婚夫妻之身分關係。由此關係，生下列之效果：

(1) 相當之禮制關係。在古代，未婚夫妻有服。禮記曾子問：「取女有

(註一) 十二年上一六五號。

(註二) 三年上四三二號，九年統三五七一號。

吉日而女死，如之何？孔子曰：壻齊衰而弔，既葬而除之。」今律不載此服。

(2) 排他的法律關係 定婚之後，再行定婚，後定之婚約無效。男女婚姻條律所謂「若再許他人，未成婚者處罰，已成婚者處罰……女婦前夫……男家再娶者罪亦如之，仍令娶前女，」是也。

## 二 定婚之形式要件

定婚之形式要件爲交換婚書或已納聘財。二者僅有其一，則定婚卽爲成立，無須兼備也。(註一)

### (1) 婚書

現行律男女婚姻條律：「若許嫁女已報婚書及有私約（謂先已知夫身殘疾老幼庶養之類）而輒悔者，處罰。男家悔者，罪亦如之。」關於此條有應述者二事。

(a) 婚書不拘於一定之形式。關於婚書之書件，應依各地習慣定是

(註一) 八年上二二七號，第三次三八條。



否成立之標準。(註一) 故年庚八字不能認爲婚書之要件。(註二) 而兩造分執之婚書亦不必出同一代筆人之手。(註三) 卽令記載於他種書件之上亦無不可。(註四) 要之凡書據可認爲有婚約關係者卽爲適法之婚書。(註五)

(b) 婚書與私約不同。婚書與私約之差異若何私約之效力何似有二種不同之解釋：

(甲) 唐律疏議 唐律疏議云：

許嫁女已報婚書者，謂男家致書禮請，女氏答書許訖。及有私約，注云：約謂先知夫身老幼殘疾養庶之類者，此緣事不可改，故須先約，然許爲婚。

(註一) 三年上三三六號。

(註二) 二年上二一五號。

(註三) 五年上五〇四號。

(註四) 八年六八七號。

(註五) 四年上三七九號。

依此解釋，則私約者對於夫身老幼殘疾養庶諸特別事項之約定也。

(乙) 清律注釋 清律男女婚姻條注云：

若女家已經許嫁，或報過婚書，或立有私約，或曾受聘財而輒悔者，笞五十，仍令爲婚。

則私約與婚書同可爲定婚之要件矣。輯註云：

周禮有媒氏以司婚姻之事。古制，男女定婚後，卽立婚書，報於所司，其不報者，卽爲私約。今已不行此法。解者謂有媒妁通報寫立者爲婚書，無媒妁私下議約者爲私約。

是婚書與私約之差異，惟在有無媒妁之通報寫立而已。

大理院從唐律疏議之說，以爲「律載私約，係對於特別事項而言。卽殘疾老幼庶養之類，須特別告知雙方合意，並立婚書或受聘財之後，自係不許翻悔。」

(註一)

(註一) 統一二四八號，法律評論十三期江庸所說參考。

(2) 收受聘財

現行律男女婚姻條：「雖無婚書，但曾受聘財者亦是。」聘財須用何物，並無限制。故不必即非金錢，苟交有金錢價格之物，以爲定婚之用者，即可認爲聘財。聘財數量亦無限制，但與用財買賣人口不能同論，不過爲定立婚約所應踐行之方式而已。(註一)

三 定婚之實質要件

(1) 男女本人之意思

(甲) 成年之男女 定婚須得當事人之同意。(註二) 苟非婚姻當事人所願意，而僅憑主婚者之意思締結婚約，殊不能強該當事人以履行。(註三) 其當事人自訂之婚約，「有主姻權人並無正當理由拒絕主婚者，當事人婚姻一經成立，

(註一) 六年上一三七號，九年上六四號，八年上一〇九八號。

(註二) 五年統四五四號。

(註三) 十年上一〇五〇號。

自不能藉口未經主婚，請求撤銷，「蓋婚姻應以當事人意思爲重」故也。(註一)

(乙) 未成年之男女 父母爲未成年之男女所訂婚約，子女成年後如不同意，則爲貫徹婚姻尊重當事人意思之主旨，對於不同意之子女，不能強其履行。

(註二)

(丙) 孀婦 現行律居喪嫁娶條律載：「其夫喪服滿，果願守志而女之祖父母父母強嫁之者，未成婚者追還前夫之家，聽從守志，追還財禮，已成婚者給與完娶，財禮入官。」故孀婦改嫁須出於本人之意思。若始雖被迫改嫁，而嗣後既已願意成婚，卽係業經追認，實與許婚之時卽表同意無異。故仍聽其完娶。如僅因被迫與所嫁人同居，而並無願與爲婚之意思，卽不得以成婚論。(註三)

## (2) 主婚權人之同意

(註一) 統九〇九號。

(註二) 十一年一〇〇九號。

(註三) 九年上一五一號。

(甲) 主婚權人 誰有主婚權，因情形不同而有左列之差異：

(a) 原則 現行律男女婚姻條例所定之主婚權人如左：

(一) 祖父母父母 「嫁娶皆由祖父母父母主婚。」祖父母父母俱在者依左列次序定主婚權人：

(子) 父母先於祖父母 祖父母父母俱在，應由父母主婚。故祖父母之主婚而父母事前不知者，自得撤銷其婚約。(註一)

(丑) 父先於母 父母俱存時，主婚之權應由父行使，故母不得反於父之意思而為子女主婚。(註二)

父母主婚，如祖父母尚在，仍應取得其同意。若祖父母無正當理由而故意不予同意，則法院得以裁判代為許可。(註三)

(註一) 九年以上七七六號。

(註二) 九年以上七七六號。

(註三) 八年以上二二六號，七上年二九八號，統一〇五一號。

(二) 餘親 祖父母父母俱無者從餘親主婚。餘親不限於同家，蓋宗法宗子主婚之遺跡也。輯註「餘親當儘伯叔父母姑兄姊外祖父母，如無則從餘親尊長，其卑幼不得爲尊長主婚也。」然大理院則爲相異之解釋焉。

(子) 餘親之資格 不限於尊長。未成年人由餘親充監護人者主婚。成年人由本人自由擇定者主婚。(註一)

(丑) 餘親之次序 依據條理，其與定婚男女同居而服制最近者，較別居之遠族，自應有儘先主婚之權。(註二)

(b) 變例 對於上述之原則，有左列諸變例：

(一) 孀婦 依現行律男女婚姻條例，孀婦自願改嫁，由左列諸人依次主婚。(註三)

(註一) 九年統一二六六號。

(註二) 八年上三二一號。

(註三) 十年上四五四號，十一年上一六六五號。

(子) 夫家祖父母父母

(丑) 母家祖父母父母

(寅) 夫家餘親

(二) 童養媳 童養媳未經解除婚約而未婚夫亡，其改嫁時主婚權人準用孀婦改嫁之規定。(註二) 若已經解除婚約之後，主婚權應屬於母家。

(註二)

(三) 隨母改嫁之子女 從母主婚。(註三) 若母死歸宗，由本宗餘親

主婚。(註四)

(四) 離婚之婦 婦人一經依法離異，即與夫家斷絕關係，主婚權自

(註一) 七年以上二九七號

(註二) 八年以上二〇四號

(註三) 男女婚姻條例二

(註四) 八年以上七三〇號

應屬於母家。(註一)

(五) 孀妾 孀妾改嫁適用孀婦改嫁之規定。(註二)

(六) 禁革買賣人口條例第七款之雇工 依奴婢毆家長條：奴婢子女應由家長主。禁革買賣人口條例改奴婢爲雇工，則解釋上此項雇工應由其本宗父母主婚，而雇工子女應由雇工主婚。

(乙) 主婚權之內容 主婚權有左列之內容：

(一) 聘定許嫁之權 主婚權人得爲男女本人訂定婚約。此項權利不得濫用。如父母對於成年子女之婚嫁，並無正當理由，不爲主婚，則法院得以審判代之。(註三)

(二) 同意權 男女自定之婚約，須得主婚權人之同意。

(註一) 四年上二二三號。

(註二) 五年上七一號。

(註三) 統一一二〇七號。



(三) 收受聘財之權 現行律所謂財禮，應爲主婚權人所受，而嫁女所需妝奩並費用，亦應由此受財之主婚權人負擔，並非以受財爲主婚權人應享之權利也。(註一)

(丙) 主婚權之效果 未經主婚權人主婚或同意之婚約，主婚權人如有正當理由，得請求撤銷。此主婚權之效力也。(註二)

(丁) 主婚權之停止 男女嫁娶雖以祖父母父母或餘親主婚爲原則，但若卑幼仕官或買賣在外，其祖父母父母及伯叔父母姑兄姊後爲主婚，而卑幼不知，自娶妻者，如已成婚，仍舊有效，無須再由尊長主婚焉。(註三)

(戊) 主婚權之喪失 孀婦改嫁，夫家之主婚權人因左列情形而喪失主婚權：

(註一) 十年統一四九八號，六年上一二五六號。

(註二) 十二年上一六五號。

(註三) 男女婚姻條律。

(一) 夫家主婚權人虐待孀婦者。(註一)

(二) 夫家主婚權人難望其適當行使主婚權者。(註二)

(三) 夫家主婚權人行蹤不明者。(註三)

#### 四 定婚之效力

(甲) 效力發生之時期

現行律以寫立婚書或收受聘財爲定婚成立要件。自寫立或收受時起，即發生定婚之效力者也。

(乙) 定婚成立之效果

定婚之效力有二：

(1) 男女本人取得未婚夫妻之身分。

(註一) 五年上六九二號。

(註二) 四年上五三六號。

(註三) 十一年上一六六五號。

(2) 訂婚當事人間發生左列之關係：

(a) 主婚人訂婚時，當事人兩造各負使男女本人爲婚之義務。

(b) 男女自訂婚時，當事人兩造各負將來爲婚之道德上義務。

(丙) 婚約違背之賠償

(1) 財禮之處置 男女兩家悔婚時，依現行律，應從左列法則處置財禮：

(a) 男家悔婚再娶時，不追財禮。

(b) 女家再許他人時，追還財禮。

(c) 再許他人之女應歸前夫，前夫不願倍追財禮。

(d) 後定婚者知情時，財禮入官。

(2) 損害之賠償 解除婚約因一造有責之事由而生者，他一造因訂約所受之損害，應由該造負賠償之責。(註一)

## 五 定婚之無效

(甲)二重之定婚，其後定者無效。

現行律載：「若再許他人，未成婚者處罰，已成婚者處罰，女歸前夫，前夫不願，倍追財禮給還，其女仍從後夫。男家悔者罪亦如之，仍令娶前女，後聘聽其別嫁，不追財禮。」但女已成婚，仍歸前夫，前夫不願，仍從後夫一節，輯註之解釋如左：

女歸前夫，前夫不願。此指已成婚者言之。若未成婚，不得聽其不願而即斷從後夫也。悔由主婚，女固無罪，既已失身於後，不得復歸於前。若再離異，使無所歸矣。聽從後夫，所以全其節也。

大理院判例亦決定如左：

法律爲維持家室之和平並婦女之節操計，尙希望其女得以終事後夫。故本條末段，特附以前夫不願，賠還財禮，女從後夫之規定。律意所在，彰然甚易。則審判衙門遇有此項訴訟案件，自然就此點盡其指諭之責。(註一)

(註一)九年上二五九號。

且女歸前夫之義務，依婚姻案件之原則，不得強制執行焉。(註一)

(乙) 未出生男女之定婚無效。

現行律男女婚姻條例載：「男女婚姻各有其時，其有指腹割衫襟爲親者，並行禁止。」故知男女定婚，雖於年齡上並無限制，而當男女未出生前之婚約則屬無效。

## 六 定婚之撤銷及解除

(一) 撤銷之原因

(甲) 男女本人不予同意

男女本人拒絕同意之婚約得行撤銷或解除，已如前述。

(乙) 主婚權人有正當理由拒絕同意

主婚權人或其直系尊屬有正當理由而拒絕同意者，得撤銷婚約，已如前述。

(丙) 定婚男女有犯姦盜

現行律男女婚姻條律「其未成婚男女有犯姦盜者，男子有犯聽女別嫁，女子有犯聽男別娶。」輯註云：「犯姦盜者，男止言盜，女兼姦盜。或曰姦盜分貼男女，止言姦者，非也。然律止稱姦盜，若犯別罪，不在此限。」

(丁) 定婚男女有義絕情事

蓋夫婦義絕，尙許離婚，則類推解釋，定婚男女間若有義絕情事，亦應許其解約。(註一)

(戊) 有重大事項怠於通知

「凡男女定婚之初，若有(一)殘疾(二)老幼(三)過房(四)庶出(五)乞養，務要兩家明白通知，各從所願，不願即止，願者同媒妁寫立婚書，依禮聘嫁。」若不通知而隱瞞爲婚者，自應許他造請求撤銷。

(己) 定婚後有殘疾瘋癲或身體上重大之變故

大理院判決：

(註一) 六年上九二二號。

現行律載男女定婚之初，若有殘疾，務要兩家明白通知，各從所願等語，原認爲男女有殘疾在定婚之後者，無變更婚約效力。惟茲詳繹律意，男女一造之殘疾，在定婚之初，既明認爲重要，必須通知相對人，爲所甘願，始可有效訂立婚約。則殘疾之生於定婚後者，亦須通知相對人，爲所甘願，始可使婚約繼續有效。蓋爲婚約重要內容之當事人，其身體上嗣後既有重大變動，卽與訂約時當事人之意思不能符合。故亦更須明白通知，若爲相對人之所不願，亦許解除婚約。

(註一)

其定婚後女患瘋癲，其程度如係重大，亦可依此例辦理。(註二)

(庚) 妄冒

「若爲婚而女家妄冒者處罰，男家妄冒者加一等。未成婚仍依原定，已成婚者離異。」妄冒者，假借欺誑之謂。妄冒之事非一，茲示其例如左：

(a) 律註所舉例

(註一) 四年上二三五七號。

(註二) 統五八八號。

女家妄冒，如女有殘疾，卻令姊妹妄冒相見，後卻以殘疾女成婚之類。男家妄冒，如與親男定婚，卻與義男成婚。又如男有殘疾，卻令弟兄妄冒相見，後卻以殘疾男成婚之類。

(b) 判例所示例

冒爲他人之子而定婚者，得認爲妄冒。(註一) 詐稱地位，與人定婚者，如果相對人確因深信有此地位，始允與定婚，非此即不允許者，則其詐稱地位之事實，可認爲妄冒。(註二)

(辛) 故違結婚姻約者

例載：「期約已至五年，無過不娶，聽經官告給執照別行改嫁，亦不追財禮。」

(壬) 男女合意解約

未婚男女得合意解除婚約。雖主婚權人亦不得反乎婚姻當事人之意思，不

(註一) 五年上八七〇號。

(註二) 七年上一六三五號。



准解除。(註一)

(癸) 男女一造死亡

例載：「若已定婚未及成親而男女或有身故者，不追財禮。」其婚約之解消，不待言也。

### 第三項 民律草案之定婚

(一) 第一次草案

民律第一次草案從日本民法之例，不設定婚之規定。日本民法之解釋，在大正四年前，大審院取無效說。是年以後，改從有效說，蓋所以救「內緣」之弊也。

(甲) 無效說 蓋婚姻爲人生之大事。故法律以當事人雙方意思之自由，存在於婚姻之時爲必要。故因自由意思之結合而註冊於戶籍吏者，婚姻始爲有效。由是觀之，將來爲婚之豫約，自非法律所承認。何則，若以豫約爲有效，雖當事人一造，因種種情節而意思變更，亦須受豫約之束縛而強爲婚姻，違背自由之意思，

## 難保夫妻之相愛。(註一)

(乙)有效說 婚姻之豫約乃以將來合法婚姻爲目的之契約，故亦合法而有效。法律雖不能使當事人本之以強制爲婚，然當事人一方無正當理由而違反成約，拒絕爲婚，則對於他方因信賴該約所受之有形無形損害，應負賠償之責。蓋婚姻因呈報戶籍吏始生效力，當此時也，當事人享有爲婚與否之意思自由，故當事人約明將來爲婚，亦不得從其約旨，勉強爲婚。然當事人在呈報以前，約爲婚姻而後履行該約，以爲呈報，實爲通常之事例。故該約實爲婚姻成立之前提事項，法律承認爲合法行爲者也。且既有成約，各當事人信賴而爲相當準備，且進而舉行習慣上之婚儀，實際開始與夫婦相同之生活焉。此婚姻成立之相當路徑，不反於公序良俗，而社會通念亦自認爲正當。然當事人一方，無正當理由，違反成約，拒絕爲婚，則相對人信賴該約以爲之準備行爲，皆屬徒勞，品位聲望亦遭毀損。則違約者對於被害相對人，負賠償此等有形無形損害之責，實以正義公平爲主旨之

(註一)明治三十五年三月八日判決。

社會觀念所當然，而法律之精神亦在是矣。（註一）

（二）第二次草案

我國民律第二次親屬法草案原則上仍否認定婚之效力，惟以婚約呈報於戶籍吏者，若不違反婚姻實質之要件，認為有效。（註二）用意何在，吾人實無由了解者也。

（三）第三次草案

民律第三次草案親屬篇設定婚之規定。大體仿德瑞民法而參以現行法制，茲攝述如下：

（甲）形式要件 定婚因交換婚書或已納聘財而生效力（二八條。）

（乙）效力 男女雙方雖經定婚，仍不得以之提起履行婚約之訴。但父母或監護人於定婚後反悔而當事人兩相情願結婚者不在此限。此項請求權須在

（註一）大正四年一月二十六日聯合庭判決。

（註二）二一七條。

六個月內行使之。定婚之違約罰無效（三九條）。

（丙）解約之原因 解約之原因如左：

（a）定婚後又爲他之定婚或結婚者。

（b）故違結婚期約者。

（c）定婚後致成殘疾者。

（d）男女之一方爲姦盜者。

（e）有其他之重大事由者（四〇條）。

（丁）賠償責任 定婚無效撤銷或解除時，除退還婚書或聘財外，無過失之一方對於有過失之一方，得請求賠償損害或撫慰金（四一條）。此項請求權須自定婚無效撤銷或解除時起六個月內行使之（四四條）。有此項請求權者得對於聘及互贈之物行使留置權（四三條）。

（戊）返還義務 定婚無效撤銷或解除時，男女雙方得依不當利得之規定，對於相互之贈與物請求返還。但男女一方死亡而解除婚約者，若無特別意思

表示，不得請求返還（四二條。）此項請求權之時效亦爲六個月（四四條。）

### 第三款 成婚

#### 第一項 總說

##### 一 定婚與成婚

依現行法，婚姻之成立，以有效定婚爲要件。故定婚之形式不備，雖已成婚，法律上仍不生婚姻之效力。（註一）然則成婚云者，婚約之履行之謂也。

##### 二 婚姻成立之要件

婚姻成立須備兩種之要件，其一爲實質要件，其二爲形式要件。實質要件者，婚姻當事人所不可不備之要件也。形式要件者，婚姻契約成立之方式之要件也。實質要件非一，其間有輕重之差。其重者缺，則婚姻爲無效。其輕者缺，則婚姻得以撤銷。各國法制大抵皆設此種區別焉。

形式要件，在古代卽六禮是也。六禮者，納采問名納吉納徵請期親迎。朱子家

禮略去問名納吉，止用納采納幣。下暨明清，皆從朱子。納采納幣乃定婚之形式，親迎合卺則成婚之儀節也。律例於定婚則以寫立婚書或收受聘財爲形式要件，於成婚仍以合卺爲形式要件。定婚之形式要件，前既述之。本款惟及於婚姻實質要件及成婚之形式要件。

## 第二項 實質要件

### 第一目 普通之要件

#### 一 當事人之承諾

承諾爲婚姻成立之要素，或自雙方主婚人爲之，或自當事人本人爲之。然我國婚制既進於共諾婚，則當事人本人之承諾，實爲最重要之條件。當事人本人不予承諾則定婚得以解除，而婚姻無由成立矣。承諾爲婚姻之重要條件，故：

(一) 須無瑕疵。(a) 妄冒爲婚者，其婚約得行撤銷，卽令已經成婚，仍須離異。(b) 因詐欺脅迫而爲婚者，其婚姻得行撤銷。

(二) 須有思维能力。關於婚姻之法律行爲，不必得監護人同意，亦爲有

效。(註一) 由是言之，禁治產人在心神喪失中，不得為承諾婚姻之表示，而心神恢復期內所為之承諾則有效力。

二 適婚年齡

男女達於如何之年齡而後適於成婚？各國法制，多不相同。茲列表如左：

(一) 羅馬法	.....	男十四歲	女十二歲
(二) 寺院法	.....	男十四歲	女十二歲
(三) 英吉利	.....	男十四歲	女十二歲
(四) 西班牙	.....	男十四歲	女十二歲
(五) 希臘	.....	男十四歲	女十二歲
(六) 奧大利	.....	男十四歲	女十四歲
(七) 普魯士	.....	男十八歲	女十四歲
(八) 法蘭西	.....	男十八歲	女十四歲

(註一) 十一年上一二七七號。

(九) 意大利

(十) 比利時

(十一) 羅馬尼亞

(十二) 荷蘭

(十三) 葡萄牙

(十四) 匈牙利

(十五) 俄羅斯

(十六) 勃魯利亞

(十七) 瑞士

(十八) 瑞典(舊法)

(十九) 諾威(新法)

(二十) 諾威(舊法)

(二十一) 德意志

.....男十八歲  
.....女十五歲

.....男十九歲  
.....女十七歲

.....男二十歲  
.....女十八歲

.....男二十歲  
.....女十六歲

.....男二十一歲  
.....女十六歲



(二二二) 瑞典(新法)

(二三三) 丹 麥

男二十一歲

女十八歲

我國文獻關於適婚年齡者有如左記：

(甲) 定婚姻標準年齡者

(一) 太古……………男五十歲

女三十歲

(二) 中古……………男三十歲

女二十歲

(三) 周……………男三十歲

女二十歲

(乙) 定婚姻最低年齡者

(一) 唐開元令……………男十五歲

女十三歲

(二) 宋嘉定令……………男十六歲

女十四歲

(三) 朱子家禮……………男十六歲

女十四歲

(四) 明洪武令……………男十六歲

女十四歲

(五) 大清通禮……………男十六歲

女十四歲

(六) 第一草案……………男十八歲 女十六歲

(七) 第二草案……………男十六歲 女十五歲

(八) 第三草案……………男十八歲 女十六歲

現行法不設年齡之限制。

### 三 非同宗者

自姓氏混淆，於是有同宗而異姓者，有同姓而不宗者。族外婚制何以厲行？唐律戶婚載：諸同姓爲婚者各徒二年。疏議釋之曰：

同宗共姓，皆不得爲婚，違者各徒二年。

明律卽本此意，分設兩條。(一) 凡同姓爲婚者各杖六十，離異。(二) 凡娶同宗無服之親，各杖一百。清律從之。現行律亦然，其規定如左：

(一) 婚姻同姓爲婚條律：凡同姓爲婚者離異，婦女歸宗，財禮入官。

此條經憲政編查館刪除。宣統二年二月二十八日奉旨，修訂法律大臣沈家本等奏議復御史崇芳奏同姓爲婚未可弛禁一摺，着依議欽此。是此條又經

奏復矣。

(二) 婚姻娶親屬妻妾條律：凡娶同宗無服之親，以姦論。若娶同宗總麻以上姑姪姊妹親者，亦以姦論，並離異。注云：同姓非同宗也。同姓不得爲婚，況同宗乎？無服之親，所包者廣。凡五服之外，譜系可考，尊卑長幼，名分猶存者皆是。判例則於同姓不宗者，解通婚之禁律。大理院八年上一〇九三號云：

現行律不禁同姓不宗者相爲婚姻。

三次親屬法草案皆同判例。(註一)

四 非一定之親屬

(甲) 比較法制

近親外婚制爲各國所通行。惟近親禁止結婚之範圍不必一致。茲述其概要於左：

(一) 自然血族

(註一) 第一次一三三三條，第三次四六條。

(1) 羅馬法，直系血族，兄弟姊妹，直系尊族之兄弟姊妹，皆禁結婚。

(2) 寺院法初從羅馬法制。第六世紀以後，漸擴張禁止之範圍。先禁從兄弟姊妹結婚，漸又禁再從兄弟姊妹結婚，後竟禁止七親等內親屬結婚焉。勃魯加利亞現行法仍同。

(3) 德國民法，直系血族之親及胞兄弟姊妹並半血緣兄弟姊妹，不得結婚。私生子及其卑屬與其父及其血族之間，亦有血族之關係（一三一〇條一項三項）。諾威新法（條七）、丹麥法（十二條）、捷克斯洛伐亞法（二五條）、勞農俄國（六九條）皆同。

(4) 瑞士民法，直系血族，同胞或半血緣兄弟姊妹及叔姪姑姪之間，不問其關係由於嫡出抑由於私生，均禁止結婚（一〇一條）。意英葡諸國亦同。法國民法雖亦相同，但共和國大總統得因重大事由，解除半血緣兄弟姊妹間及叔姪姑姪間結婚之禁制（一六四條）。

(5) 奧大利民法除上述親屬外，從兄弟姊妹間亦禁結婚（六五條）。

西匈羅馬尼亞諸國同。

(二) 法定血族

(1) 法國民法，養父母與養子及其卑屬間，同一養父母之各養子間，養父母與養子配偶者間。及養子與養父母配偶者間，均禁結婚（三四八條）。

(2) 德國民法，養父母與養子間及養父母與養子之卑屬之間均禁結婚，但以乞養關係存續中爲限（一三一一條）。

(3) 瑞士民法，養子與養親或其配偶間禁止結婚（一〇〇條）。

(三) 姻族

(1) 羅馬法，姻族中以直系姻族爲限，禁止結婚。寺院法根據舊約全書，禁止七親等內旁系姻族結婚。且三親等內姻族之配偶者亦禁結婚。

(2) 普魯士法惟禁直系姻族結婚。德國、瑞士、瑞典、諾威、丹麥、捷克均同。

(3) 法國民法禁止與前配偶人之兄弟姊妹結婚。奧、大、利禁止娶從

兄弟之寡婦。

(4) 蘇俄排斥姻族禁婚之制。

(乙) 現行法制

我國除行族外婚制外，親族禁婚範圍殊廣。考其要點，不外二端：

(1) 重名分 凡現有或曾有親屬之名分者，禁止爲婚。

(a) 同宗親屬之妻妾，無論已出或改嫁，均禁止結婚也。律例所舉者有四：

(一) 同宗無服親之妻妾；

(二) 父祖妾；

(三) 伯叔母及兄弟妻；

(四) 總麻小功親之妻妾。

(b) 半血緣之兄弟姊妹，雖不同宗，亦禁止結婚也。同父異母兄弟姊妹無論已，卽同母異父兄弟姊妹亦不許結婚。前夫子女與後夫子女亦同。

結婚。  
(2) 別尊卑 不問是否在親屬範圍以內，若尊卑之倫次不侔者，均禁

(a) 外姻之親，尊屬與卑屬禁止結婚也。律例所舉者如左：

(一) 外姻有服尊屬卑幼；

(二) 舅甥妻；

(三) 父母之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨，母之姑堂姑；

(四) 己之堂姨及再從姨；

(五) 己之堂外甥女。

外婚平輩皆可結婚。然姑舅兩姨姊妹，舊律曾禁止結婚。宋之洪邁（註一）明之朱善（註二）皆有詳細之辯駁，而習俗亦未嘗遵守。故現行律不復載列此條矣。

(b) 雖非親屬而尊卑之倫次顯然者亦禁止結婚也。律例所載者如

（註一）容齋續筆。

（註二）明史朱善傳。

左：

(一) 妻前夫之女；

(二) 女壻之姊妹及子孫婦之姊妹。

(丙) 民律草案

民律草案惟就現行法制歸納之而設概括之規定而已。除同宗親屬外，近親禁婚者如左：

(1) 在民律所定之親屬範圍內者，不得結婚。親屬關係消滅後亦同。但有例外：

(一) 第二次草案，外親妻親之旁系親屬不在禁婚之例。(註一)

(二) 第一第三次草案外親妻親之旁系親屬輩分相同者始可結婚。

(註二)

(註一) 二十條。

(註二) 一三三四條，四七條。



(2) 不在親屬範圍內而有切近之尊卑輩分或同母異父者，不得結婚。

### 五 重婚之禁止

我國婚姻以一夫一妻制為原則，故「有妻更娶妻者離異。」惟茲有問題二：

(一) 現行法制承認納妾，納妾與重婚之差異如何？

重婚須備三種條件：(a) 須履行婚姻之形式要件，即曾經定婚並舉行相當禮式，故買賣為婚並無婚書或財禮，則婚姻本不成立，即非重婚。(b) 須前婚尚未解消，即令信為前婚解消而另行結婚，仍為重婚。(c) 須未明知通知已有配偶之事實。故欺飾另娶，其移娶之妻應離。若在許婚當時，實已明白通知已有妻室，則後娶之妻在法律上僅有妾之身分，即不得遽令離異。具備上述條件，即為重婚。(a) 無論重婚罪是否成立，民法上均應生重婚之效果。(b) 不得藉口兼祧，蓋兼祧者不得兩房均為娶妻也。(c) 現在有妾而仍娶妻者，不以重婚論。註二

(註一) 大理院解釋十五號，四二號，六一七號，一〇五〇號；判決五年上一一六七號，七上七一

(二) 重婚在現行法爲無效抑或得所撤銷？

重婚在民法上爲無效抑或得以撤銷？立法上有二主義：(a) 德瑞民法以重婚爲無效。(註一) (b) 日本民法，重婚惟得以撤銷。(註二) 我民律草案從日

本民法。大理院於現行法之解釋亦從撤銷說。(註三)

## 六 再婚之限制

婚姻解消或撤銷後可否再婚？

(一) 禁止再婚之法制

我國對於再婚，原則上並不禁止，惟有特殊之身分者，始禁再婚。婚姻居喪嫁娶條律載：「命婦夫亡再嫁者，罪亦如之。」蓋「命婦曾受朝廷恩命，非凡婦之比，當守從一而終之義」也。今日誥命之制廢，則此律已不能適用。

(註一) 德一三二六條，瑞一二〇條。

(註二) 七八〇條。

(註三) 統六一七號。

(二) 限制再婚期間之法制

各國民法雖大抵皆許再婚，然前婚解消或撤銷時與再婚時之間，常設有一定期間之限制，所謂禁止再婚期間是也。

(1) 基於節操之觀念者 律例有基於節操之觀念而設禁止再婚期間者。居喪嫁娶條律：「凡妻妾居夫喪而身自嫁娶者處罰，並離異。」至於夫居妻喪，則不禁再婚。然此項限制，乃公益規定，故私人不得藉以告爭，審判衙門亦不得逕行干涉。(註一)

(2) 基於防止紊亂血統之理由者 此項限制惟對於女子行之。羅馬法定為十個月或一年。德國民法為十個月，法國及瑞士民法為三百日，奧大利及日本民法為六個月。皆自前婚解消或撤銷時起算。瑞典諾威丹麥定為十個月，自前婚之同棲生活終止時起算。

此項限制乃所以防止紊亂血統，故期間雖未屆滿，若顯無紊亂血統之虞者，

(註一) 統五七六號。

自可不再加限制。瑞士民法，在禁止再婚期間內分娩者，其期間即行終止。如可證明前婚之懷胎爲不能者，法院得以命令縮短其期限（一〇三條）。日本民法亦有再婚限制分娩而解除之規定（七六七條）。

我民律草案定禁止再婚期間爲十個月（註一）或六個月（註二）但在此項期間內分娩者不在此限。

（3）基於制欲防閑之政策者 以再婚之目的而離婚，非道德觀念之所許，故學者或主張離婚之後，應酌定一年或數年之期限，禁止再婚，以爲制欲防閑之手段。（註三）瑞士民法則設明文規定焉。離婚夫婦於法律所定「等候期間」內，不得再婚，但此項期間，亦得以法院之命令縮短之。所謂等候期間者，離婚後有過失之一造不得再婚之期限也。其期間爲一年至三年，於離婚判決中定之。（註四）

（註一）第一次一三三六條第三次四九條。

（註二）第二次二二條。

（註三）*Ellwood, Sociology and Social Problems*, p. 172. （註四）瑞民一〇四五—一〇條。

## 七 相姦者結婚之禁止

### (甲) 立法例

(1) 禁止相姦者者結婚之法制 寺院法對於姦非者終生禁止其結婚，直至第九世紀，始廢此嚴酷之禁制，惟相姦者仍不許結婚。丹麥、德國、日本猶維持此種禁制焉。

(2) 不禁止相姦者結婚之法制 英美法、意大利法、瑞典法、諾威法、瑞士法、捷克法，均不設禁止相姦者結婚之規定。法國民法曾有此項規定，已以一九〇四年十二月十五日法律廢之矣。

### (乙) 現行法

現行律犯姦犯姦條律：「姦婦給付本夫，從其離異。若嫁與姦夫者，姦夫主婚人各有罰，婦人仍離異。」是因姦而被離婚之婦不得與姦夫結婚也。至無配偶之男女因姦而成婚，則法律並無禁止之明文，無礙於婚姻之成立焉。(註一)

### (丙) 民律草案

三次民律草案均規定因姦而被離婚者不得與相姦者結婚。(註一) 其理由蓋以爲先姦後娶不加禁止，「是潰廉恥之防而長邪淫之風也。」

### 八 保護人之同意

#### (甲) 比較法制

羅馬法家長有強大之權力，故家屬結婚，以其同意爲絕對之要件。日耳曼法則歸重於親權，行親權人爲子女利益計，對其婚姻予以同意。故羅馬法不問結婚之家屬，年齡若何，均須得家長之同意；而日耳曼法，子女達一定年齡，則行親權人之同意權即相隨消滅。近代立法均繼受日耳曼法之制度，子女達一定年齡即無須得行親權人之同意者也。此項年齡，英德法諾等法均定爲二十一歲。蘇俄新法，獨破除斯制，子女結婚無須得父母之同意焉。

日本民法，結婚(a)須得父母之同意，但男滿三十歲女滿二十五歲後，不

(註一)第一次一三三七條，第二次二三條，第三次五〇條。

在此限，(b) 又須得戶主之同意，否則戶主得命其出籍或拒絕其復籍。(註一)

(乙) 民律草案

民律第一次草案，結婚以父母之允許爲要件(一三三—三八條)。第二次草案，結婚須得父母之允許，並須得家長之同意(一七條—二四條)。第三次草案亦同，但年齡滿三十歲者無須得父母之同意耳(五一條—二四條)。蓋皆沿襲日本法也。

第二目 特別之限制

現行律於前述普通之要件外，尙有特殊之限制。

(一) 因有特別身分而絕對禁止結婚者

(1) 僧道 婚姻僧道娶妻妾條律：「凡僧道娶妻妾者處罰，還俗。女家同罪。離異。財禮入官。寺觀住持知情與同罪。」

(2) 犯罪逃走之婦女 婚姻娶逃走婦女條律：「凡娶犯罪逃走婦女

(註一) 日民七七二條，七五一條。

爲妻妾，……離異。若無夫又會赦免罪者不離。」

(二) 因男女兩造有特別地位關係而禁止結婚者

(1) 官員與部民婦女

(2) 官員與妓女 前均述及之，茲不贅。

(三) 因在某種情事之下而禁止結婚者

(1) 居父母之喪 婚姻居喪嫁娶條律：「凡男女居父母喪而身自嫁娶者處罰。若男子居父母喪而妻妾，女居父母喪嫁人爲妾者，各減等。並離異。知而共爲婚姻者各減等，不知者不坐，仍離異，追財禮。」

(2) 祖父母父母犯死罪被囚禁 婚姻父母囚禁嫁娶條律：「凡祖父母父母犯死罪被囚禁而子孫自嫁娶者處罰。若男嫁妾，女嫁人爲妾者減等。其奉囚禁祖父母父母嫁女娶妻者不坐，不得筵宴。」

### 第三項 形式要件

#### 第一目 異族習慣及立法例



婚姻之形式要件，即婚姻發生效力之要件也。具備實質要件而後當事人得以結婚；具備形式要件而後婚姻始發生效力。世界民族，男女成婚莫不舉行一定之儀節，蓋以此也。

一 婚姻之儀節(註一)

世界民族婚姻之儀節，形式至爲繁瑣，不可一一舉也。然詳察各種儀節之意義，亦可分爲左列之數類：

(一) 公示婚姻於社會

Miss Burne 有言：「無論何地，公示(Publicity)皆所以別公認之婚姻於非法之結合。」(註二) 故公示爲婚姻儀節之主要目的。Canada 之印第安人，男子依酋長之許可而決定與某女結婚，即親詣女家，負女於背，於觀察歡呼之下，回其住幕。Maori 族結婚常在每年定期會場行之，如過期而行結婚，則

(註1) Westermarck, History of Human Marriage, Vol. 2, Chaps. 25, 24.

(註11) Handbook of Folk-lore p. 203.

女子得在婚期前一夕召集親友，宣言曰：「我將與某人結婚。」其婚姻亦可成立。又有須證人到場作證者，如 Talmud 族舉行婚禮須有成年者十人在場。宴會亦常以公示婚姻爲主旨，或在女家行之，或在男家行之，或兩家俱行，或在女家舉行而由男家出費。又有結男女二人之手，以示婚姻之成立者，印度、波蘭、勃魯加利亞、葡萄牙 諸國皆行之。又有使男女聯席對坐，以示婚姻之成立者，蘇門答臘 之 Orang Manaq 行之，指約之交換，古身毒羅馬，中世之耶穌諸國，乃至近代歐洲 諸國仍行之。

(一) 表示新婦之離家

在從夫奠居之民族，常有新婦離家之禮 (rites de separation)。例如 Koryak 族，成婚之日，女家家長令壻執其女，新婦須拒絕其夫之接觸，力鬪而後屈服。又如 Grilyasutras 族，新婦須哭泣以示其不願離家，且有助哭者。又如 台灣 之 tsous，壻執其婦來家，次晨新婦須逃歸母家，小住三日。皆新婦離家之禮節也。

(三) 表示夫婦之結合

除前述繫手聯席之禮節外，尚有共食共飲以表示夫妻之結合者。如 *May-nas* 族，巴西所屬之印第安族 *Humphrey* 島，均須男女共飲一盃而成禮。如印度，如新內亞之 *Bogadjim* 馬來半島諸族，均須男女共食一果。

(四) 表示權力之轉移

以儀節表示，新婦入於其夫權力之下者，如 *Morocco*，夫以其佩刀揮於新婦首或肩，上三次或七次，或拳擊之，或足踢之。俄羅斯舊時，新婦之父以鞭輕擊其女，然後授鞭於其婿。 *Slavonic* 民族多有於婚禮中，須新婿三擊其婦者。又有使新婦爲夫炊，以示其能主中饋者，如 *Loango* 之黑人是。

(五) 滿足宗教之感情

(1) 表示新婦之入家 以儀節表示新婦之入家者，如歐洲及印度，皆有多處，新婦抵夫家，須繞竈二匝。 *Madagascar* 之 *merina* 族，新婦抵夫家，須繞夫家短垣三匝，再繞竈三匝，皆所以表示新婦入家也。

(2) 對於魔鬼之厭勝 此類儀節至爲通行，亦至爲繁頤。以其無關於法律制度，故略之。

## 二 羅馬之婚儀(註一)

羅馬古代之婚姻以四種形式行之。其一爲 *Confarreatio*，貴族行之，以神官二人 (*Pontifex maximus* 及 *fines dialis*) 與證人十人到場，於神前獻牲立誓。其二爲 *coemptio*，平民行之。以證人五人到場，別有持衡者一人在例，蓋仿買賣之方式也。其三爲 *usus*，亦有獻牲之行爲，新婦於觀衆歡呼之下，前赴夫家。其四爲自由婚姻，雖有相當之儀節，而不發生夫權。

## 三 寺院法之婚儀——宗教婚主義

創耶穌教義者，未嘗定結婚之儀節。第三世紀以降，婚姻仍無一定之方式，惟須有神父證婚。至一五五三年 *council of Trent* 始宣告是後結婚，須以僧侶主之，並須有證人二三人到場，其婚姻始爲有效。馬丁路德以爲婚姻之事不屬教會

(註一) 法學協會雜誌四十四卷一號二號四號五號六號中川善之助婚姻之儀式。

而應屬法家，然新教諸國不能承受此言，仍認婚姻爲神典，而主持於教會。所謂宗教婚主義是也。

#### 四 法國民法以降之姻儀——法律婚主義

法國革命後，一七九一年九月三日憲法有下列之宣言：

法律認爲婚姻不外一民事契約。立法機關應不設差別，爲一切住民釐定確認出生結婚及死亡之方式，並設立受理此項行爲之公吏。

自是以後，歐洲各國多取法律婚主義。茲述法德瑞俄諸國民法所定結婚方式於次：

(一) 法國民法 法國民法結婚方式之繁，頗爲學者所非議，其後屢經修改焉。(註一) 茲述要點於左：

(1) 結婚當事人首須呈種種證書於登記吏，例如 (a) 證明雙方年齡及性別之誕生憑照，(b) 證明父母允許之書面是也。若係貧民則須

(註1) Progress of Continental Law in the 19th Century, pp. 183-189

具備證明貧窮之書面，呈遞於身分登記吏，以免除登記費印花稅。

(2) 身分登記吏須於公署前公告將婚之當事人姓名、職業、住址或居所，當事人是否成年，及其父母之姓名、職業、住址，又須公告當事人出生之年月日。

(3) 此項公告，須揭示十日。當事人在十日之內不得舉行婚禮。如公告後，當事人不在本年內結婚者，非重新公告，不得結婚。

(4) 利害關係人應於公告期內陳述異議。於此情形，非經異議駁斥之後，身分登記吏不得舉行婚禮。

(5) 婚禮在當事人住址地身分登記吏前公開舉行之（法國民法六三條、六四條、六五條、一六五條至一七一條）

## (二) 德國民法

(1) 舉行婚禮之前，應行公告。如不在公告後六個月內舉行婚禮，則公告失其效力。當事人所屬之邦得允許免除公告。

(2) 當事人應親自並同時到登記吏前，陳述願相結婚之旨。登記吏應受理之。舉行婚禮之時，須有證人二人在場，由登記吏向當事人發問，是否有結婚之意思，經當事人肯定答覆後，宣稱該兩造依法已成爲婚姻當事人。登記吏應登記於婚姻登記簿（一三一六條至一三一八條。）

### (三) 瑞士民法

(1) 定婚當事人應陳述婚姻之承諾於身分登記吏之前。此項陳述，須當事人自己爲之，或以簽字之書面爲之，並須呈誕生證書，及父母或監護人之同意證書，當事人一造前婚配偶人死亡之證書或前婚撤銷或離婚之判決。此項陳述須呈遞於新增住址地身分登記吏。若陳述不合法或當事人無結婚能力或婚姻有障礙之存在，身分登記吏得拒絕公告。

(2) 公告期內，利害關係人得陳述異議。此項陳述須以書面向身分登記吏爲之。若異議無關於當事人結婚能力或障礙者，得即時駁斥。若撤銷原因存在時，該管官署得爲異議。身分登記吏於有人陳述異議之時，須在公

告期間經過以前，通知定婚當事人。若當事人不服，則須通知陳述異議人。若陳述異議人仍主異議時，須向該管法院起訴。陳述異議及起訴期限爲十日。

(3) 若無異議或有人陳述異議而經法院駁斥者，身分登記吏因當事人之請求，應頒給公告證。當事人有此公告證，得於六個月內在瑞士任何身分登記吏前舉行民事婚禮。民事婚禮應在「結婚堂」內公開舉行之，並須有成年者二人作證。身分登記吏應向兩造詢問其願否結婚，一經肯定答覆後，身分登記吏即宣言因此共諾而婚姻之連瑣有效。

(4) 已婚當事人應於成禮後，向身分登記吏領取結婚證。宗教婚禮，非經呈示該證書後，不得舉行。否則宗教婚禮仍不妨民事婚禮之規定。(一五條至一一八條。)

#### (四) 蘇俄民法

俄羅斯舊取宗教婚主義，革命後改從民事婚主義。(註一)一九一八年九

(註一)穗積重遠離婚制度研究蘇俄革命與婚姻法。



月十六日「身分登記婚姻親子關係及監護法典」婚姻章首揭下列之宣言：  
惟有民事婚姻（世俗婚姻）經登記於公簿者，發生本節所定夫妻間之權利義務。

從宗教儀式，由宗教師協助而締結之婚姻，非依法定方式登記，當事人間不生何等權利義務（五二條）

至其程序則如左記：

（1）將婚之當事人應先向其居住地地方登記局出生婚姻死亡登記科，以言辭或書面陳述其希望。此項陳述，應附呈當事人本身證明書，並當事人各願以自由承諾而結婚及婚姻無法律上障礙之聲明書。管轄官警依此陳述，豫定舉行婚姻之年月日，而公告之。

（2）在婚禮舉行日前，無論何人得陳述該婚姻有法律上障礙之旨。若其陳述顯無根據，管轄官署得即時駁斥之。如有問題，應移送該案於地方法院，延期結婚至判決確定之時，地方法院應在三日內以簡易程序裁判之。

其判決不得上訴。如判決以陳述障礙有理由時，婚姻即不許舉行。如以其陳述爲無理由，而陳述人果係已知其無理由而故意妨礙婚姻之舉行者，應以僞證罪論，並負損害賠償之責。

(3) 至前述豫定婚期，並無人陳述障礙，或有人陳述而經判決認爲無理由者，即在地方登記局或地方委員會書記廳所指定之公開禮堂舉行婚禮。在該禮堂外舉行之婚姻無效。但當事人因疾病不能到場，經醫生診斷書證明者，得在私宅舉行婚禮。婚禮在登記局應於登記局長或副局長之前，在書記廳，應於書記長或書記之前舉行之。婚姻應登記於婚姻登記簿，由到場官吏宣讀之，並因夫婦之請求，交付婚姻證書。婚姻因登記於婚姻登記簿而生效力（五三條至六三條。）

由是觀之，各國結婚程序皆頗複雜。即在社會主義之蘇俄，仍不稍趨簡易。蘇俄該法理由書曾有左列之解釋焉：

婚姻法之規定，乍觀之，實與吾人所謂社會主義的者不合，亦未可知。其尤

甚者在官廳登記之制度，當審查法典之際，曾有激烈之批評。婚姻之登記——官僚的婚姻——於社會主義乎何有！此人所大聲疾呼者也。登記果非必要。試借考茨基氏之言以明之：社會主義之社會，夫婦之法律羈維，實爲無用。雖然，此蓋社會主義之社會樹立以後之事耳。吾人今方在過渡時期，與其向將來而騰躍，尚不若足踏實地而後前進也。

##### 五 日本民法及我民律草案之形式婚主義

日本民法以呈報戶籍吏爲婚姻成立之惟一形式要件，已如前述。至其程序則如左記：

(1) 婚姻之呈報須由當事人兩造及成年證人二人以上言辭或書面爲之。呈報書中須記載當事人之氏名，出生年月，本籍及職業，當事人父母之氏名及本籍等事項。

(2) 婚姻之呈報須向夫之本籍地或所在地戶籍吏爲之。在外國之日  
本人間爲婚時，須向駐在該國之日本公使或領事呈報之。

(3) 登記吏於當事人婚姻有撤銷或無效原因，或違反其他法令時，得拒絕受理（民法七七五條至七七七條戶籍法一〇〇條一〇一條。）

我三次民律草案皆從日本民法，設一條之規定。對於日本民法之批評及日本民法所生之弊竇，前既述之矣。

## 第二目 我國法制

### 一 我國之婚禮

古代之婚禮，載於儀禮士昏者，爲六禮，然六禮之前及其後，尙有繁雜之儀節焉。若自其意義言之，得分析如左：

#### (1) 定婚之禮

自納采以至納徵，爲定婚之禮。(1) 其訂約之徵爲鴈，納采問名納吉皆用鴈。(2) 其成約之徵爲幣，卽元纁束帛儷皮是也。(3) 其證約之人爲賓，有迎賓醴賓之禮。賓蓋媒妁也。

#### (2) 成婚之禮

請期之後，至期則有親迎之禮，茲分析其儀節如左：

(a) 女子離家之表示 禮記曾子問：「孔子曰：嫁女之家，三夜不息燭，思相離也。」及女子離家，父母送，皆有詞。

(b) 男女結合之表示 同牢之禮即表示男女之結合者也。其夕，御與媵施席，皆有枕北止。示成妻也。(註一)

(c) 新婦入家之表示 成妻之後，則有入家之禮。其一曰見舅姑，有盥饋之禮。成妻之次晨行之。其二曰廟見，有奠菜之禮。若舅姑既沒，則婦入三月行之。

後世儀文，益趨簡易。朱子家禮註云：

按古有六禮，家禮止存其三。蓋納采問名者，即今之采擇之禮，以求生庚，故不云問名而云納采也。納吉納徵者，即今之卜吉而下禮幣，故不言納吉而云納幣也。請期親迎者，謂選擇成婚之期，請於女氏，而女氏許諾，即行親迎之禮也。今

(註一)黃以周禮書通故否認男女結合於是夕。

請期一節，俱附行於納幣之時，最爲簡便，甚合時宜矣。

親迎婦至，仍行同牢之禮。其文如左：

至其家，導婦以入，壻婦交拜，就坐，飲食畢，壻出。（壻揖婦就坐，壻東婦西。從者酌酒設饌，壻婦祭酒，舉饈。又斟酒，壻掃婦飲，不祭無饈。又取盃分置壻婦之前，斟酒，壻揖婦舉飲，不祭無饈。壻出。）

明清皆從此禮。習俗所謂花燭禮，雖未能盡符，而合盃仍爲通行之儀節。近年來大都市中，婚禮一端頗有改革，儀節雖不一致，而大抵皆染歐風，無復親迎同牢之舊態矣。

## 二 成妻與成婦

因有男女結合之表示而後成妻。因有新婦入家之表示而後成婦。成婦與成妻，在古代不必同時。有先成妻而後成婦者，儀禮所載是也。有先成婦而後成妻者，拜時之俗是也。

(1) 盥饋與奠菜

禮記曾子問：「曾子問：曰女未廟見而死，則如之何。孔

子曰：不遷於祖，不祔於皇姑，壻不杖不菲不次，歸葬於女氏之黨，示未成婦也。」此言廟見之禮，卽舅姑已歿之禮也。若舅姑在，則因盥饋之禮而成婦。汪克寬云：案禮，舅姑存，成婚明日，婦見舅姑，具盥饋之禮。舅姑已沒，則婦見於廟。

江應元云：

古人亡則奠菜，存則盥饋，而婦道成。

然程伊川則以爲婦至次日見舅姑，三月廟見。朱子從之，故家禮定爲次日見於舅姑，三日見於祠堂，而成婦之義晦矣。

(2) 拜時 拜時之禮存於魏晉。(註一) 當時干戈滿地，男女宜各及時，於是有拜時之禮。壻父命壻使拜其婦。女父遣女拜受其命。以紗縠蒙女氏之首，而夫氏發之，因拜舅姑，便成婦道。當時學者議論紛如。然大抵以爲成婦不係於成妻，拜舅姑爲重，接夫爲輕，故雖衾幃未接而婦道已成也。(註二)

(註一) 現在仍有此俗。

(註二) 通典拜時議。

成妻與成婦有別，何也？宗法使然也。宗法之下，男子爲宗系中之一員，而非獨立之單位。妻非徒自附於其夫而已，且須與宗系相接而後可以承宗廟繼後世。與宗系相接之方式，卽盥饋奠菜是已。宗法既衰，成婦與成妻則相待而無別。至於近世，則合卺與告祖同日行之。成婦成妻皆在斯時。

### 三 現行法之成婚

現行法取事實婚主義，卽以社會認爲成婚之日，「卽舉行相當禮式之日」，作爲婚姻成立。婚姻之效力，卽發生於該日焉。

#### 第四款 婚姻之無效及撤銷

#### 第一項 總論

#### 一 婚姻要件之輕重

婚姻成立之要件有形式要件與實質要件之分。具備兩種要件時，婚姻成立而生效力，其效力得以對抗任何人者也。惟各要件分別觀察之，又不能無輕重之別。法律卽按其輕重而設差等。缺乏之者，效力亦因而異致。



## 二 婚姻要件之分類

婚姻要件分別觀察之，(a) 有積極以某種事項存在為必要者，如須舉行相當之禮式，須當事人有結婚之意思。(b) 有消極以某種事項不存在為必要者，如須非重婚，須當事人非相姦者是。寺院法由消極方面立言，稱婚姻要件為婚姻障礙。德瑞法同。

### (1) 寺院法婚姻障礙有種種之分類：

(a) 無效障礙與不合法障礙 無效障礙者，有此障礙則婚姻無效之謂。不合法障礙者，有此障礙，則婚姻不適法，而非無效之謂也。

(b) 絕對障礙與相對障礙 絕對障礙者，有此障礙則無論何人有此不得與之結婚之謂，如重婚者是。相對障礙者，有此障礙，惟特定人不得與之結婚之謂，如近親屬是。

### (2) 法國民法學者分婚姻障礙為左列各類：

(a) 無效障礙與禁止障礙 無效障礙者，有此障礙，即得以無效之訴

主張婚姻無效之謂。禁止障礙者，有此障礙則禁止結婚，但若結婚，亦非無效之謂。養親與養子結婚之禁止，再婚禁止期間內結婚之禁止，皆禁止障礙也。

(b) 公益障礙與私益障礙 公益障礙者，有此障礙而結婚，即認為違反公益之謂，如未達適婚年齡，重婚，近親結婚是。利害關係人及檢察官均得以訴主張其無效者也。私益障礙者，有此障礙而結婚，即認為違反私益之謂，如未得當事人承諾，未經父母之允許，錯誤，強迫，皆是。惟當事人或其父母得以訴主張其無效者也。

(3) 德國民法婚姻障礙之分類如左：

(a) 無效障礙 由婚姻本質所生之障礙，有此障礙者，其婚姻無效。如不履行結婚之方式，無行為能力，喪失知覺，有精神病，重婚，近親結婚，相姦者結婚。

(b) 撤銷障礙 因顧慮結婚當事人之利益所生之障礙，有此障礙，其婚姻得以撤銷，未經法定代理人同意，錯誤，詐欺，脅迫，皆是。

(c) 不合法障礙 有此障礙則不得結婚，但若結婚，其婚姻仍爲有效。如未達適婚年齡，未經父母之同意，未滿再婚期間，未經公告等項皆是。

(4) 瑞士民法婚姻障礙之分類，與德國民法相同。

(a) 無效障礙 重婚，因繼續存在之原因而無判斷能力及近親結婚皆是。

(b) 撤銷障礙 因暫時存在之原因而無判斷能力，錯誤，詐欺，脅迫，未經父母或監護人之同意皆是。

(c) 不合法障礙 養親養子結婚，未滿等候期間，及在身分登記吏前結婚時違背形式規定者，不得因此遂宣告爲無效。

(5) 蘇俄婚姻法惟以重婚近親婚及適婚年齡三者爲婚姻障礙。理由書以爲「凡族長政治式之封建的婚姻障礙，皆一掃而除之。」有上述三種障礙者，皆爲無效。但對於未達適婚年齡而結婚，提起婚姻無效之訴時，若其時屆滿該項年齡或妻已分娩或懷孕者，其婚姻仍爲有效。

於左：  
(6) 日本民法婚姻成立之要件分無效要件與撤銷要件二類。茲略述之

(a) 無效要件 無效要件有二：(一) 當事人無結婚之意思，(二) 不呈報戶籍吏是也。

(b) 撤銷要件 當事人意思有瑕疵及無效要件以外之要件，皆為撤銷要件。

## 第二項 婚姻之無效

### 一 婚姻無效之原因

#### (甲) 現行法制

現行律所載嫁娶違律處罰離異諸條，皆婚姻應失效力之原因也。惟其間未設無效撤銷之別而已。

判例於無效要件與撤銷要件，設有區別。婚姻無效之原因如左：

(1) 定婚無效者 男女定婚，以寫立婚書或收受聘財為形式之要件，若

要件不備，雖已成婚，仍不生婚姻之效力。(註一)

(2) 未舉行成婚儀式者 婚姻成立必經習慣上一定之儀式。(註二) 未舉行相當之儀式，其婚姻即不成立。至於婚姻之呈報與婚書之納稅，則係行政事項，與私法上之婚姻效力無涉也。(註三)

(3) 典賣爲婚者 買賣爲婚，既無婚書或財禮，非經雙方補立婚，應認爲婚姻無效者也。(註四)

### (乙) 民律草案

三次民律草案皆從日本民法，以左列二款爲婚姻無效之原因：

(1) 當事人無結婚之意思；

(註一) 十年上二八一號。

(註二) 三年上一三二號。

(註三) 九年統一一五七號。

(註四) 統一一〇五四號一二〇一號。

(2) 不呈報戶籍吏。

二 婚姻無效之主張

(甲) 立法主義

婚姻無效應如何主張？立法主義有二：

(1) 婚姻有無效原因者，非當然無效，而須以訴主張其無效。瑞士民法取此主義，德國民法略同。

(2) 婚姻有無效原因者，不待以訴主張，當然無效。英美法，法國法，日本法取此主義。

依第一主義，無效婚姻，必待宣告其為無效之判決確定，始為無效。德國民法，宣告婚姻無效之判決確定時，其效力遡及既往，其婚姻視為從始即不成立（一三二九條）。而瑞士民法，無效婚姻在未經宣告無效以前，仍有婚姻之效力，至宣告無效後，則依離婚之規定以規律當事人及子女之關係。易詞言之，即無效宣告之效力不遡既往是已（一三三三條）。

依第二主義，主張婚姻之無效，雖不以訴爲必要，然或當事人或利害關係有爭議時，仍得以訴確定之。

(乙) 婚姻無效之法

(1) 婚姻無效之訴之性質 婚姻無效之訴，性質如何？學說有四：

(a) 或爲確認之訴或爲形成之訴之說 我國石志泉氏主張之，以爲婚姻無效之訴，或爲確認之訴，或爲形成之訴，至其所以爲形成之訴，石氏並未釋其理由。(註一)

(b) 或爲確認之訴或爲宣言之訴之說 日本大審院主張之，以爲未呈報戶籍吏之婚姻，影響不及於第三人，而其關係僅存於當事人之間，故婚姻無效之訴所請求者，爲使相對人確認其爲無效之命令的判決。至於已呈報戶籍吏之婚姻，則影響於第三人致所請求者爲對於第三人之宣言的判決。(註二)

(註一) 民事訴訟條例釋義下冊。

(註二) 明治三十七年才字二二〇號。

(c) 或爲婚姻不成立之訴或爲形式之訴之說 我國熊才氏主張之，以爲主張未呈報戶籍之婚姻無效者，只可提起婚姻不成立之訴。已呈報戶籍吏之婚姻，因當事人無結婚之意思而無效者，始得提起婚姻無效之訴。婚姻無效之訴爲形成之訴。(註一)

(d) 概爲確認之訴之說 民律草案未嘗設以訴主張之限制，亦未嘗有不遑及力之明文，故無效婚姻，從始不發生婚姻之效力。婚姻無效之訴，不外請求確認其爲無效而已，非請求消除婚姻之效力也。故其判決亦惟判定婚姻是否無效，而非使有效婚姻爲無效。然則婚姻無效之訴，概爲確認之訴可知也。(註二)

(註一) 婚姻訴訟程序論，見法律週刊二三期二四期，熊氏特別訴訟程序論已出版，婚姻訴訟程序論即其一部分。

(註二) 牧野菊之助親族法論一九八頁，仁井田益太郎親族相續法論一三六頁，穗積重遠親族法大意六五頁，和田于一婚姻法論二八五至二九〇頁。



愚以爲立法論，應以瑞士民法之主義爲至當，而解釋論則以第四說爲較妥。

(2) 婚姻無效之訴之主張，婚姻無效之訴爲確認之訴，故非「即受確認判決有法律上之利益」者，不得提起之（民訴訟條例二八七條）。

(3) 婚姻無效判決之效力，就婚姻無效之訴所爲之判決，於夫妻生存時確定者，對於第三人亦有效力（民訴條例六八二條）故一經判決宣告其婚姻無效，則無論何人不得主張其有效。若判決駁斥原告之請求則無論何人不得主張其無效也。

### 第三項 婚姻之撤銷

#### 一 婚姻撤銷之原因

##### (甲) 現行法制

現行法制，除前述無效原因外，違律嫁娶離異各條，均爲婚姻撤銷之原因。

##### (乙) 民律草案

民律草案婚姻撤銷之原因如左：

(1) 未屆適婚年齡 其撤銷權至年齡及格時消滅。

(2) 同宗爲婚

(3) 近親爲婚

(4) 重婚

(5) 相姦者結婚

(6) 未得保護人同意

(7) 因詐欺或脅迫而爲婚 以上各項撤銷權以六個月爲限。

(8) 未滿禁止再婚期間 其撤銷權自前婚解消之日起經十個月或

已分娩者，即消滅。

未經保護人同意之婚姻，其撤銷權經保護人（在六個月內）追認而消滅。

因詐欺或脅迫所爲之婚姻，其撤銷權經當事人（在六個月內）追認而消滅。

二 有撤銷權人

(甲) 現行法制

婚姻事件有撤銷原因者，除當事人及其直系尊屬與同居最近親屬及代表公益之檢察官得訴請撤銷外，他人不得妄行干涉。（註一）

### （乙）民律草案

未達適婚年齡，同宗爲婚，近親爲婚，重婚，未滿禁止再婚期間，及相姦者結婚，得由當事人及其親屬或檢察官撤銷之。其未滿禁止再婚期間結婚者，前夫亦得撤銷之。

未經保護人同意而結婚者，惟保護人得撤銷之。因詐欺或脅迫而結婚者，惟當事人得撤銷之。

### 三 婚姻撤銷之主張方法

婚姻之撤銷須以訴主張之。蓋婚姻之撤銷，乃使有效成立之婚姻失其效力，對於事人及第三者均有重大之影響，故應鄭重行之，而以訴爲必要。

撤銷婚姻之訴爲形成之訴。蓋得以撤銷之婚姻，在未經撤銷以前，仍爲有效

成立。若有撤銷原因存在，則得請求使此有效婚姻向將來失其效力之判決，故此判決有變更法律關係之效力，而為形成判決。請求形成判決之訴，即形成之訴也。

四 婚姻撤銷之效力

(甲) 立法主義

關於婚姻撤銷之效力，立法主義有三：

(1) 婚姻撤銷之效力，遡及既往，一經撤銷以後，則其婚姻視為從始即無效力。英法、德國法（一三四三條）取此主義。

(2) 婚姻撤銷之效力，視當事人善意惡意而不同。當事人雙方皆以善意結婚者，其婚姻在撤銷前，仍有效力。當事人雙方皆以惡意結婚者，其婚姻一經撤銷，則視為從始即為無效。當事人一方為惡意時，其婚姻在未撤銷前，仍對於善意之一方及子女發生效力。法國民法取此主義（二〇一條二〇二條）。

(3) 婚姻撤銷之效力，不溯既往。瑞士民法（二三一條）日本民法（七八七條）取此主義。

(乙) 現行法制

我國現行法制取第三主義。婚姻撤銷之效力，不遡既往，故未撤銷前之婚姻關係，仍應認為有效。(註一)

(丙) 民律草案

民律草案皆取第三主義。試述其規定如左：

(1) 對於當事人身分上之效力 在未撤銷前，當事人仍有夫妻之身分關係。其所生子為嫡出子。

(2) 對於當事人財產上之效力有三，分述於左：

(a) 當事人雙方皆以善意而結婚者，其婚姻一經撤銷，當事人一造由他造所得之利益，以現存者為限，歸還於他造。

(b) 當事人雙方皆以惡意而結婚者，其婚姻一經撤銷，當事人一造由他造所得之利益，須歸還其全部。

(c) 當事人一方以惡意而結婚者，善意之一造由惡意之一造所得利益，以現存者爲限，歸還之。惡意之一造由善意之一造所得利益，須歸還其全部，並須賠償該造因此所生之損害。

## 第五節 婚姻之效力

### 第一款 妻之地位

#### 一 母權制與父權制

親屬溯諸母系者，爲母系制。學者多信母系制之母，地位與父系制之父相同，有統率家族之權，是爲母治 (Matriarchy)。然考諸現存初民之俗，乃大謬不然。統治家族之權，或屬諸母之兄弟，或仍屬於夫，如 Melanesia 之民是也。

親屬溯諸父系者爲父系制，父系制之家族，常爲父治 (patriarchy)。妻之地位常與子女同，隸屬於夫。然亦有保有自由之地位者，如古巴比倫是也。

#### 二 從夫奠居與從妻奠居

夫妻是否同居，並同居於何處？隨民族而不同。

(一) 有夫妻異居者。如 Oceania 之民，夫妻各留居於本族，其交接有繁瑣之禁律焉。

(二) 有從妻奠居者。母系制之民族，多有從妻奠居者，如 Yulaghir 是。但母系制民族，仍有從夫奠居之例，如澳洲之蠻是也。

(三) 有從夫奠居者。父系制之民族，多從夫奠居。然亦不令從妻奠居之例，如日本之入夫婚姻是也。

夫妻異居，妻之地位不必即高，蓋恆隸於其父或兄故也。從妻奠居，亦不有夫隸於妻之結果，蓋夫隸於妻之家長而不屬於妻故也。從夫奠居，則妻多隸於夫。

三 一夫多妻制與一夫一妻制

(一) 一夫多妻制之妻之地位。一夫多妻制下之妻，常有極低之地位。妻之勞務與慰藉，實爲一夫多妻制廣行之一動機。如 Zulu, Yagans, Kutchin 等族，尤以得勞役而多妻。

(二) 一夫一妻制之妻之地位。在文化最低之民族，行一夫一妻制者，妻之地位間亦甚高如西北亞馬森 (The North Western Amazons) 之諸部落，Karaya, Tehuantepec 半島諸部落是。而文化較高之民族，妻之地位反低焉。

(註 1)

#### 四 羅馬法之妻之地位

羅馬法，妻因嚴格婚姻而入於夫權之下，地位與子女及奴隸相同，惟須注意者，法律上夫權雖尊，然其行使殊有限制。即如離婚之事，古羅馬實所罕見，縱令妻有重大過失，亦須經親屬會評決焉。

自由婚姻盛行，而妻對於夫，有獨立自由之地位。妻不隸於夫權，惟仍須受父或監護人之監督而已。

#### 五 法國民法以後之妻之地位

歐洲中世，妻之地位彌高。夫之事業，及封建之威權，妻與有焉。民事上之限制，

(註 1) Westernark, Origin and Development of Moral Ideas, Vol. I, Chap. 26.



亦未嘗有。然法蘭西革命，雖號稱解放人民，而妻之地位，反不及於中世。拿破崙第一在法國民法起草之際，力持加入妻服從夫之規定之議。民法法典遂低減妻之地位。

德瑞諸法，妻之地位漸高。瑞士民法起草者有言：

妻在未婚前得行使其私權，又何故因有婚姻而置於監護之下，此理誠不可喻。婚姻固未嘗奪其智力與經驗也。（Eugen Huber, Expose motifs de

*l'avant-projet vol. I, p. 95*）

俄羅斯一九一八年法典一反舊法之夫唱婦隨主義。理由書云：

法典在婚姻法範圍內，樹立男女間完全之平等。在社會主義的秩序建設以前過渡期間，於可能之限度，予婦女以自由。以適合於婦女解放之社會主義理想者，善導婦女焉。

第二款 婚姻之身分上效力

第一項 親屬關係之發生

因婚姻而發生左列之親屬關係：

(一) 夫妻之關係

(二) 妻與夫之親屬之關係——夫族

(三) 夫與妻之親屬之關係——妻親

(四) 妻與夫前妻子及妾子之關係——繼母、嫡母

(五) 夫與妻前夫子之關係——繼父

### 第二項 家屬關係之變更

(一) 女因婚姻而去其母家，僅存留其親屬關係。妻於夫姓之下，仍著本姓，且出嫁後爲本宗親屬有服，皆表示其不絕母家也。

(二) 妻因婚姻而入於夫家，爲夫家家屬，服從夫家之家長及尊長。蓋「嫁者家也，婦人外成，以適人爲家」也（白虎通）。

### 第三項 夫妻之權利義務

## 一 立法主義

關於夫妻之權利義務，立法上有二主義。

(一) 夫婦一體主義 依此主義，法律視夫婦爲一體，而不認夫婦兩人格之對立。其結果，妻之人格，失其獨立之存在，故妻絕對受制於夫權，無財產所有之能力，亦無法律行爲之能力。古代羅馬法及英國普通法皆取此主義。

(二) 夫婦別體主義 依此主義，法律承認夫婦各有獨立之人格，夫婦之間惟受權利義務之羈束。妻得所有財產，亦得爲法律行爲，惟有時夫權仍較爲優越耳。近世各國大抵從此主義。英國一九〇八年「妻之財產條例」制定後，妻始有財產上之權利。

「夫婦一體也。」(儀禮喪服傳)我國舊律取夫婦一體主義。妻之於夫，殆無獨立之人格焉。

## 二 妻之能力

### (甲) 立法例

(一) 法國民法 法國民法以妻爲限制能力人。妻之裁判上及裁判外法

律行爲。均須得夫之允許，Pothier 以爲：「以夫之允許爲必要者，蓋基於夫對其妻人格之權，妻非得夫之允許，不得爲任何行爲也。」（註一）夫對於妻裁判上行爲，不予允許時，法院得以裁判代之；夫對於妻裁判外行爲，不予允許時，妻得請求法院詢問其夫，以定允與否（二一五條以下）。

（二）德國民法 德國民法，妻得自由爲法律行爲。惟妻處分其資助財產（*Contributed Property*），須得夫之同意。處分該項財產之契約或單獨行爲，非經夫追認，即無效力。如夫無正當理由，拒絕同意，妻得請求監護法院以裁判代之。（一三九五條以下）。

（三）瑞士民法 瑞士民法不限制妻之能力。惟妻爲營業，須得夫之允許。夫拒絕允許時，妻得請求法院允許之，但須證明其營業係爲婚姻關係或家族之利益（一六七條）。

（四）日本民法 以上諸法，妻之能力之限制，雖有廣狹之差，然或規定於

（註一）*Puissance du Mari*, p. 3.

夫妻權利義務章中，如法國民法，或規定於夫婦財產關係節內，如德瑞民法、日本民法，獨以妻爲能力人，而規定於民法總則篇。妻行爲能力之限制，大致與準禁治產人相同。妻爲左列行爲，須得夫之允許（十四條十二條）：

1. 領收元本及利用之；
2. 借款或保證；
3. 以不動產或重要財產上權利之得喪爲目的之行爲；
4. 訴訟行爲；
5. 贈與和解或公斷契約；
6. 承認繼承或拋棄之；
7. 承諾贈與或遺贈或拋棄之；
8. 身體受羈絆之契約。

但妻經夫允許爲一種或數種營業或爲無限責任股東時，關於其營業或公司業務，與獨立人有同一之能力（民十五條商六條）。又受夫之允許困難或不能或

不合理時，不以夫之允許爲必要（民十七條。）妻爲遺囑，無須得夫之允許（一六二條。）夫未成年，其允許須得法定代理人之同意（一八條。）

### （乙）民律草案

民律第一次及第三次草案均有左列之規定，惟第一次草案設於總則篇，第三次草案設於親屬節而已。

（一）不屬於日常家事之行爲，須經夫允許。違者，得撤銷之。

（二）妻得夫允許獨立爲一種或數種營業者，在其營業範圍內，有完全之能力。此項允許，夫得撤銷或限制之，但其撤銷或限制不得與善意第三人對抗。

（三）妻主遺囑，無須得夫之允許。

（四）夫未成年時，對於其妻之行爲，非經行親權人或監護人之同意，不得擅行允許。

（五）有左列情形，無須經夫之允許：

（1）夫婦利益相反，

(2) 夫棄其妻；

(3) 夫爲禁治產人，或在無識別力之狀態者；

(4) 夫受一年以上之徒刑，在執行中者。

民律草案限制妻之能力，其理由在「維持夫婦間之和平。」詳言之，妻之限制能力，非以其爲女子之故，乃以其爲妻之故。其限制能力，非以其意思能力不全之故，非以保護妻本人之故，乃以保護夫婦之間秩序之故，卽尊重夫權之故也。然德瑞諸法，限制之範圍殊小，而美國某州且有限制夫之能力，處分重要財產須得妻之同意者矣。保護夫婦間之秩序，顧獨有限制妻之能力之一途耶？(註一)

(丙) 現行法

現行律無限制妻之能力之制度。判例以民律草案爲準衡，有左列之宣示焉：

(1) 原則 妻行使權利之行爲，不屬於日常家事者，應得夫之允許。(註二)

(註一) 穗積重遠民法總論上卷一六八頁。

(註二) 七年前上九〇三號。

故妻受贈與，應得其夫之允許。(註一)

(2) 例外 夫棄其妻或夫有不能爲允許之情形(如夫受刑罰執行等事)則不在此限。(註二) 夫亡後，妻就其私產得完全行使權利。(註三)

商人通例關於妻獨立營業之允許，設規定如左：

(1) 有夫之婦得由本夫之允許，自營商業或於公司負擔無限責任。

(2) 有夫之婦於營業上有不勝任之事跡時，其本夫仍得撤銷或限制之。

(3) 允許及撤銷限制均須註冊。但撤銷及限制之註冊不得對抗不知情之第三者。

### 三 妻之姓氏

(註一) 八年上八五〇號。

(註二) 七年上九〇三號。

(註三) 二年上三五號。



(甲) 立法例

(一) 法國民法無關於妻之姓氏之規定。但依習慣則妻常稱夫之姓，學者或以爲此項習慣有法之效力焉。一八九三年二月六日法律禁止妻在離婚後稱夫之姓，蓋從此說也。(註一)

(二) 德瑞民法均設妻稱其夫之姓之規定(德一二三五五條瑞一六一條)

(三) 蘇俄婚姻法，妻不因其爲妻之故而當然稱夫之姓。惟仍取「婚姻姓」之制度，以爲「合理的各人識別方法」。有婚姻關係之男女應稱同一之姓。在舉行婚姻程序之際，當事人得表示以夫之姓或妻之姓或兩姓之結合爲以後之姓之意思。在婚姻關係繼續中，夫妻應保持其姓。婚姻因夫妻一造死亡或宣告失蹤而解消之後亦同(一〇〇條一〇一條)

(乙) 我國之習慣及草案

我國之習慣，妻於本姓之上冠稱夫家之姓。蓋宗法以男子爲主，以女子爲從，

(註一) Progress of Continental Law in 19th Century, p. 206.

故也。此項習慣是否有法之效力？易詞言之，妻在法律上是否有冠稱夫姓之權利或義務？固未可一言斷定。民律第三次草案則設承認明文焉（六四條）。

#### 四 同居之權利義務

##### （一）妻之同居義務

（甲）立法例 法國民法，妻負與夫同居之義務，並應隨其夫於其所決定之住處，夫亦負使妻同居之義務焉（二一四條）。日本民法亦設相同之規定（七八九條）。蘇俄婚姻法雖不否認夫妻同居爲婚姻之要素，然配偶者一造住所變更，他造無隨從之義務（一〇四條），蓋認爲同居義務，法律無庸強制也。（註一）

（乙）現行法 依現行律，妻棄夫逃亡處罰；及夫逃亡三年不歸，妻得告官改嫁之規定觀之，夫婦有同居之義務可知也。判例更有詳明之宣示焉。（註二）

##### （二）住所指定權

（註一）穗積重遠離婚制度之研究六〇四頁。

（註二）七年上一〇〇九號八年上一四四二號。

(甲) 立法例 德國民法，夫有指定住所之權，但其指定，顯係濫用權利者，妻無遵從之義務（一三五四條。）

(乙) 現行法 依現行律別籍異財條，祖父母父母在者，子孫不得分財異居，其許令分析者聽。故同居之處所，應遵從祖父母父母之意思，夫亦不能有決定之自由。卽或兩造約定同居地點，亦惟於得祖父母父母同意時，或祖父母父母不在時，其夫始有守約之義務（註一）

(三) 妻得拒絕同居之情形

在婚姻關係存續之中，夫婦兩造均不得擅行拒絕同居。但有左列事由時，不在此限：

(1) 夫無住所者。夫無住所，則妻得獨立設定住所。（註二）

(2) 有不堪同居之事實者。夫妻間已有不堪同居之事實，雖得別居，

（註一）六年上二五九號

（註二）七年上八六三號

(註一) 但不能推定他造將來或有虐待情形，預先拒絕同居。(註二) 左列事實，非不堪同居之事實：

(a) 妻妾交惡 夫不得因妻妾交惡，令妻分居。(註三)

(b) 疾病 夫病瘋重聽，不得爲拒絕同居之理由。(註四)

(3) 已得相對人同意者。(註五)

(4) 爲法律所禁阻者。例如夫在兵營時，或刑罰執行時，不得同居。

(5) 有正當事由者。(註六)

(註一) 九月上二〇一號。

(註二) 九年私上五九號。

(註三) 五年上四四號。

(註四) 八年上一三五四號。

(註五) 九月上二〇一號。

(註六) 八年上一四四二號。

#### (四) 夫妻同居之訴

夫妻同居之訴爲給付之訴，原告被告，以夫婦之一造爲限。夫妻同居之訴，法院應於言詞辯論，隨時勸諭和解。法院認當事人有和諧之望者，得於一年以下之期限內，命中止訴訟程序，但以一次爲限。(註一)

婚姻案件不能強制執行。執行衙門除傳喚勸導外，別無執行方法。(註二) 直接強制，交付人身，卽不致釀成事變，亦徒促逃亡，况不法監禁，爲律所禁，則交付轉足以助成犯罪。雖間接強制祇通用於財產執行之事件，而不能通用於人事關係。故除和平勸諭外，實無強制執行之法。(註三)

#### 五 共同生活事務之主持及處理

##### (甲) 立法例

(註一) 民訴條例六七七條六七八條。

(註二) 統七二三號。

(註三) 統五一〇號。

(一) 德瑞民法原則上不認妻之限制能力，然對於妻，科以奇特之權利與義務焉。

(1) 共同生活事務由夫決定。但其決定顯係濫用權利者，妻無遵從之義務。(註一)

(2) 共同生活事務，妻有處理之權利與義務。處理共同生活之權，稱爲鑰匙權 (Schlüsselgewalt)。此項權利義務以左列方法實現之：

(a) 妻應以意見及行爲協助其夫，並應服務於夫家之家事及營業。(註二)

(b) 妻於家事範圍內，有代表其夫之權。如不逾此項範圍，其行爲有拘束其夫之效力。(註三)

(註一) 德一三五四條瑞一六〇條一六二條。

(註二) 德一三五六條瑞一六一條。

(註三) 德一三五七條一項瑞一六三條。

妻如濫用代理權，或無行使該權之能力，夫得剝奪或限制之。此項剝奪或限制，非經註冊，不得對抗第三人。如夫之剝奪或限制，係濫用權利，法院得以撤銷之。

(註一)

(二) 日本民法僅設簡單之規定：關於日常家事，視妻爲夫之代理人。夫得否認此項代理權之全部或一部，但不得以之對抗善意第三人。(註二)

(乙) 民律草案

民律第一次草案從日本民法。(註三) 第二次草案不設明文。第三次草案從德瑞民法，規定如左：

(1) 關於同居及其他共同生活事務，由夫主持，但妻得陳述意見，或以行爲實行協助。主持事務，如係夫濫用職權，致妻受有污辱或損害之虞者，妻無遵從

(註一) 德一三五七條二項 瑞一六四條一六五條。

(註二) 日八〇四條。

(註三) 一三五五條。

之義務（六六條。）

（2）妻於日常家務，視爲夫之代理人。妻如濫用此項權利，或無行使權利能力時，夫得限制或撤銷之。但不得與善意第三人對抗。前項權利之限制或撤銷，妻如證明其爲不當時，得呈請法院撤銷之。（六九條。）

（丙）現行法

判例從第一次草案，承認妻於日常家事，有代理其夫之一般權限。（註一）

六 夫妻之扶養義務

依現行法，夫妻互負扶養之義務，已如前述。茲略舉立法例及民草之規定於左：

（甲）立法例

（一）法國民法夫妻須互相忠實，互相扶助（二一二條。）夫應按其能力及地位，供給其妻生活所必需（二一四條。）

（註一）五年上三六四號。



瑞士民法，夫妻互應保持共同生活之福利，協力工作，同養子女。夫妻彼此應互相忠實與扶助（一五九條）。

德國民法，夫應按其地位及資力，扶養其妻。夫如不能自存，應按一己之資力，以適合於夫之地位者扶養其妻，扶養以應適合共同生活之方法爲之（一三六〇條）。適合共同生活之方法云者，不以金錢爲之，而供給住宅之類是也。（註一）

（二）蘇俄婚姻法關於夫妻扶養義務之規定特詳。全文二十六條（一〇七至一三二條）可分三部：

（1）生前扶養 夫妻一造窮乏並虛弱時，有請求能扶助之他造扶養之權利。他造拒絕扶養時，得聲請他造住所地方蘇維埃附屬之社會福利局命其扶養。社會福利局傳詢兩造後，認其聲請有理由時，應判定扶養費之供給及其數量與方法。對於此項判定，得抗告於地方法院。對於地方法院之判決，得行上訴。

（註一） Wang, German Civil Code, p. 303, footnote (0).

(2) 死後扶養 蘇俄曾於一九一八年四月二十七日以命令廢止繼承制度。無論何人，遺產應歸公有。死者之生存配偶人在理論上應由社會扶養之。然婚姻法對於死者之生存配偶人賦以遺產上之優先權，使從遺產收受扶養定期金。如遺產不超過一萬金盧布，則直接委諸生存配偶人之管理。此項制度——遺產使用收益權繼承制度——至新民法頒行後，自應失其效力。

(3) 離婚後扶養 窮乏而無勞動能力之配偶人請求他造扶養之權利，離婚後仍然繼續。離婚當事人關於扶養，協議成立時，應由宣告離婚之法院裁決之。協議不成立時，應由地方法院以普通程序裁判之。

### (乙) 民律草案

民律草案從日本民法，夫妻間有扶養義務及給養義務二種。給養義務者，負擔由婚姻所生一切費用之義務。此項義務，歸夫負擔，夫無力負擔者，妻負擔之。扶養義務者，供給窮乏，配偶人生活上所需之費用之義務，此項義務，夫妻互負之。倘有一造能盡給養義務，自不生扶養義務之問題。扶養義務，在不能盡給養義務時

始發生者也。(註一)

## 七 監護

### (甲) 立法例

瑞士民法有「因婚成年」之制 (Marriage makes one of age)。故夫妻間不生未成年監護之問題。(註二) 德國民法，妻未成年時，得以夫爲監護人。(註三) 日本民法，妻未成年時，當然以夫行監護人之職務者也。(註四)

### (乙) 民律草案

民律草案從日本民法，妻未成年，其監護人之職務，由夫行之。(註五)

(註一) 第一次草案一三五二條一三五六條，第二次親族篇三八條四一條，第三次六七條八〇條；日本民法七九〇條七九八條。

(註二) 瑞一四條土耳其新民法十一條。

(註三) 德一七七八條三項。

(註四) 日七九一條。

(註五) 第一次一三三三條，第二次三九九條，第三次六八條。

由夫妻兩造之年齡言之，得有四種情形，分論於左：

(1) 夫成年妻亦成年時。此時不生監護之問題，惟妻爲日常家務以外之行爲時，得夫之同意足矣。

(2) 夫未成年妻成年時。此時亦不生監護之問題。惟妻爲日常家務以外之行爲時，夫非經行親權人或監護人之同意不得擅行允許。(註一)

(3) 夫成年妻未成年時。此時完全適用本條之規定，由夫行監護人之職務。即令妻有行親權人，但夫權優先於親權，仍應由夫行監護人之職務。

(4) 夫未成年妻亦未成年時。此時依監護法之規定，各由其行親權人或監護人監護之。妻爲日常家務以外之行爲時，須得其法定代理人之同意。並須得之允許，而夫非經其法定代理人同意後，又不得擅行允許。關係複雜，困難叢生。此因婚成年制度所以必要也。

## 八 契約撤銷權

(註一)本項二之一參看。

(甲) 立法例

羅馬法，夫妻間之贈與，以無效爲原則。法國民法，夫妻間之贈與，得隨時撤銷之。(註一) 某種條件下之買賣及互易，亦禁止之。(註二) 德國民法，夫妻間之贈與，在離婚時，無過失之一造得撤銷之。(註三) 瑞士民法，不設此種制度，夫妻有互締法律行爲之權。但關於妻之資助財產或共有財產之法律行爲，須得監護法院之同意，始爲有效。妻爲夫之利益所負之債務，如有關於第三者，亦須得監護法院之同意。(註四)

(乙) 民律草案

民律草案從日本民法(註五)之規定，夫妻間所訂立之契約，在婚姻中，各得

(註一) 法民一〇九五條。

(註二) 法民一五九五條一七〇七條。

(註三) 德民一五八四條。

(註四) 瑞民一七七條。

(註五) 日民七九二條。

撤銷，但不得害及第三人之權利。(註一)

夫妻間契約撤銷權，立法理由安在？學者皆謂「夫妻所訂之契約，大抵偏於畏愛者爲多，實缺意思之完全自由，難免有不公平之處，故夫婦兩造各有得銷之權也。」(註二)

抑更有說焉，夫妻以信義爲重，固不應有約而不守。乃民法公然許其隨意撤銷，何也？法律非任其濫行撤銷也。守約固善，脫有不守約，固善。脫有不守約者，相對人將訴之於法庭，夫妻訟爭，夫婦之道苦矣。不守約固非，使夫婦相爭於法庭，尤非也，此非民法承認契約撤銷權之一理由歟。(註三)

夫妻契約撤銷權不得害及第三人。例如夫贈與田地於妻，妻賣與第三人，夫雖撤銷贈與，第三人所取得之田地所有權，不因受何等之影響。所以維持交易

(註一)第一次一三五四條，第二次四〇條，第三次七五條。

(註二)梅謙次郎民法理由，中國第一次民律草案理由。

(註三)末弘嚴太郎法窗閑話十一頁。

之安全也。

## 九 時效之停止

### (甲) 立法例

法國民法。夫妻之間，時效不進行（二二五三條）。德國民法，婚姻存續中，夫婦間請求權之時效停止之（二〇四條）。瑞士債務法同（一三四條）。

日本民法惟承認妻對於夫之權利，在婚姻解消後六個月內，停止時效，以保護妻之利益。蓋婚姻關係存續中，妻難主張其權利故也（註一）（一五九條二項）。

### (乙) 民律草案

民律草案，妻對於夫之權利，於婚姻關係存續中，其時效停止進行。蓋取法於

日本民法也。（註二）

## 十 妻之國籍

（註一）鳩山秀夫法律行為乃至時效一五九條註釋。

（註二）第一次二九八條，第二次總則篇二一九條。

(甲) 立法例

(一) 法國民法，妻因婚姻而取得其夫之國籍。(註二) 依一八八九年六月二十六日法律，爲法蘭西人之妻者須經治安法院之宣告，並向司法部註冊，始取得法蘭西國籍。

日本國籍法，爲日本人之妻者取得日本國籍，取得日本國籍者之妻，取得日本國籍，但本國法有反對規定者，不在此限，日本人爲外國人之妻，取得該國國籍者，喪失日本國籍。(註二)

(二) 蘇俄婚姻法 婚姻當事人一造爲俄羅斯人，他造爲外國人時，除當事人履行相當程序而爲請求者外，各當事人之國籍不生變更(一〇三條) 蓋妻不以婚姻之故，當然轉入夫之國籍，男女平等之精神使然也。

(乙) 現行法

(註一) 法民十二條十九條。

(註二) 日國籍法五條十三條十八條。



我國國籍法（註一）大體從日本國籍法之規定，無須贅述也。

### 十一 夫權之限制

君，父，夫，是爲三綱。故爲君斬，爲父斬，爲君權，父權，夫權，在古代固等量齊觀，皆最高而無限者也。封建亡而君權絕，宗法衰而父權夫權皆由限制而趨於淪胥矣。茲舉現行法夫權限制之所由而略論之：

（一）由於權利濫用之限制 夫行使夫權必有正當之理由，否則爲法律之所不許。例如（除依律應從夫嫁賣之情形外）夫不得嫁賣或典雇其妻（註二）夫行使夫權，必有相當之限度，否則爲法律所不許。例如夫毆妻，非折傷勿論（註三）蓋法律承認夫於此項限度內有懲戒其妻之權利也。夫行使夫權，必遵法律之約束。例如法律保護人民有信教之自由，則妻之宗教上信仰，非夫權所得禁止是也。

（註四）

（註一）國籍法二條一款，五條，十條，十二條。

（註二）典雇妻女條。

（註三）妻妾毆夫條。

（註四）大理院七年上一三〇七號。

(二) 由於國家機關之代行 夫之懲戒權既以折傷以下之程度爲限制，超過此程度者，律有常刑，而妻亦得請求離婚。(註一) 且依刑律，夫雖有在姦所殺死行姦之姦夫之權，而殺死姦婦，仍應以殺人罪論。(註二) 何則？姦婦之懲戒，有國家機關代之故也。(註三)(註四)

### 第三款 婚姻之財產上效力

#### 第一項 夫婦財產制

#### 一 夫婦財產制之問題

定婚姻共同生活中，夫婦之財產關係之制度，稱夫婦財產制。夫婦財產制所解決者爲左列各問題：

(註一) 妻妾毆夫條。

(註二) 統四九號。

(註三) 暫行新刑律二八九條二九四條二項。

(註四) *Progress of Continental Law in 19th Century*, pp. 194, 195.

(一) 所有權關係

夫婦兩造之財產，所有權，因婚姻所受之影響如何？

(1) 或因婚姻而妻之財產與夫之財產相合而為一個財產（財產統一制）

(2) 或因婚姻而兩造財產歸兩造所共有（財產共有制）

(3) 或婚姻成立，於兩造財產所有權，並無影響（財產分離制）

(二) 管理處分權關係

夫婦兩造之財產，在婚姻成立後，管理處分權將歸何造？

(1) 或由夫獨有管理處分權（財產統一制財產共有制管理共通制）

(2) 或由兩造共同行使管理處分權。

(3) 或由兩造分別獨行管理處分權（財產分離制）

(三) 責任關係

夫婦兩造之債務，在婚姻成立後，由誰負責？

(1) 或婚姻前及婚姻中之債務，由夫負責（財產統一制）

(2) 或兩造債務由兩造共同負責（財產共有制）

(3) 或兩造債務由兩造分別負責（財產分離制）

#### (四) 清算關係

夫婦財產關係，在婚姻解消時，所受之影響如何？

(1) 死亡時移轉於繼承人。

(2) 離婚及婚姻撤銷時，或回復未婚前之原狀，或比例分析之。

## 二 契約財產制及法定財產制

### (甲) 契約財產制

前述諸問題，由婚姻當事人兩造以契約訂定之，最爲適宜。婚姻當事人以契約定財產關係之制度，稱契約財產制。定夫婦財產關係之契約，稱夫婦財產契約，關於契約財產制，有三主義：

(1) 法律定模範財產制數種，或由當事人擇行其一，或完全另定不同之

夫婦財產契約均任諸當事人之自由，法國民法及德國民法從此主義。

(2) 法律定模範財產制數種，當事人必須擇行其一，而不得另定不同之夫婦財產契約。瑞士民法從此主義。

(3) 法律不定模範財產制，全任諸當事人之自由意思。日本民法從此主義。

### (乙) 法庭財產制

除蘇俄外，歐洲各國大抵取契約財產制。然婚姻當事人未訂夫婦財產契約，或訂立而不完全者，法律不得不謀救濟之策。其策爲何？即規定模範財產關係，俾於當事人未訂契約或訂立而不完全時實行是也。是爲法定財產制。

### 第二項 契約財產制

#### 一 現行法

夫妻於婚姻前或婚姻中訂立夫婦財產契約，非徒律例不著明文。即在習慣亦少其事。然現行法不否認此種契約在當事人間之效力，可斷言也。

## 二 民律草案

民律草案大體從日本民法之契約財產制。茲依第三次草案略述於左：

(一) 夫婦財產契約須在成婚前訂立。

(二) 夫婦財產契約於成婚後不得變更。但左列情形，均爲例外：

(a) 廢止原定契約，改從法定財產制；

(b) 依法定原因，變更管理人。夫婦一造管理他造財產，如因管理失當或受破產宣告，顯有足生損害之虞者，他造有爲左列行爲之權：

(甲) 向法院請求准其自行管理；

(乙) 請求分析共有財產。

(三) 夫婦財產契約須於成婚時登記。否則不得與第三人及夫婦之繼承人對抗。前項管理人之變更及共有財產之分析，亦須登記。(註一)

### 第三項 法定財產制

(註一) 第一次一三五七條，第二次四二條，第三次七六條至七九條。

## 一 立法例

法定財產制凡有兩大潮流。其一，婚姻成立後，夫婦財產分離對立，與未婚時同。是爲夫婦異產主義。其二，婚姻成立後，夫婦財產互相併合。是爲夫妻共產主義。第一，夫婦財產分離對立者，又分爲二：

### (1) 財產分離制

財產分離制，卽婚姻成立後，夫婦財產分別存在之制度。所有權、管理權及處分權均分屬於兩造。兩造之所得亦分別享有之。婚姻共同生活費用由兩造獨立分擔之。英國採用此制。蘇俄婚姻法亦規定：「婚姻成立，不引起兩造財產之共有。」

### (2) 管理共通制

管理共通制，卽婚姻成立後，夫婦財產分別存在，惟妻之財產之占有、管理、處分使用收用諸權均歸於夫之制度。妻之財產之收益歸於夫。兩造債務，分別負擔之。德國、意大利諸法以此爲法定財產制。

## 第二，夫婦財產互相合併者，又分爲二：

### (1) 財產共有制

財產共有制，即婚姻成立後，夫婦財產歸兩造共有之制度。共有財產之管理處分屬於夫。兩造債務由共有財產清償之。此項制度又有四類：

(a) 一般共有制 即夫婦財產全部皆歸共有之制度。荷蘭葡萄牙以此爲法定財產制。

(b) 動產共有制 即夫婦財產，各自保留，惟以動產爲共有之制度。

(c) 所得共有制 即夫婦婚姻中之所得歸諸共有之制度。西班牙

瑞士以此爲法定財產制。

(d) 動產所得共有制 即夫婦之動產及婚姻中之所得歸諸共有之制度。法比瑞典挪威丹麥以此爲法定財產制。

後列三種，可通稱之爲一部共有制或特別共有制。依此制度，夫婦間凡有三種財產之存在：其一爲夫之特有財產，其二爲妻之特有財產，其三爲夫婦共有財



產，是也。

### (2) 財產統一制

財產統一制，即夫婦財產在經濟上法律上均合爲一體，而歸屬於夫之制度。妻之財產全收於財產之中，不過離婚之際，妻得請求已產之一部或全部價格之賠償而已。

第三，折衷前列二潮流者，即嫁資制是也：

嫁資制，即妻或第三人爲夫設定嫁資之制度。夫之特有財產與妻之特有財產分離對立，各歸一己管理之，故與財產分離制類似。然妻之特有財產外，尙有嫁資財產，併合於夫產之中，歸屬於妻，故與財產統一制類似。惟嫁資財產不得轉讓，不得扣押，而婚姻解消時，夫應歸還於妻而已。羅馬法行此制度。

## 二 現行法

### (一) 古制

禮內則：「子婦無私貨，無私畜，不敢私假，不敢私與。」朱子家禮亦云：「凡爲

子爲婦者，毋得畜私財。俸祿田宅所入，悉歸之父母舅姑。當用則請而用之。」是妻無特有財產之能力也。

然漢律載：「棄妻畀所齎。」故知妻成婚時齎有妝奩。妝奩在婚姻中固合併於夫產之內，而離婚時仍應歸還妻家者也。

## (二) 現制

現行法，妻之財產關係，應分別論之。

(1) 妻得有私產。(註一) 私產之內容如左：

(a) 妝奩 嫁女妝奩應歸女有。(註二)

(b) 以自己名義所得之財產 妻以自己之名所得之財產爲其特有財產。(註三)

(註一) 二二上三三號。

(註二) 二二上二〇八號。

(註三) 七上六六五號。

(c) 以自己勞力所得之財產

(d) 由夫家承受之贈與及遺贈。(註一)

(2) 妻之財產管理使用收益權，歸屬於夫。

(3) 財產屬夫或屬妻不明者，推定爲夫之財產。(註二)

(4) 婚姻共同生活之費用，由夫負擔。夫無力負擔者，妻負擔之。

(5) 婚姻消除後，依左列法則處理之：

(a) 妝奩

(甲) 離婚時給還女家。(註三)

(乙) 死亡時，從其遺囑。無遺囑時，歸夫承受管業。(註四)

(註一) 九年以上一號。

(註二) 七年以上六六五號。

(註三) 二年以上二〇八號。

(註四) 三年以上七號。

(丙) 夫亡改嫁時，由夫家作主。(註二) 但夫家允許其攜去者，則當然不在禁止之列。(註三) 夫家亦應爲之酌備妝奩。(註三)

(b) 妻以自己名義及勞力所得財產，離婚死亡改嫁後之處置，與妝奩同。

(c) 由夫家承受之贈與及遺贈，夫亡改嫁時，應由夫家作主。(註四) 其立法精神，在使改嫁之婦，不能繼續享有夫家財產，藉以杜絕弊端而獎勵守志。故解釋上有左列之結果。(註五)

(1) 生活上有必要時，得自由處分。

(註一) 立嫡子違法條例。

(註二) 四年上八八六號。

(註三) 九年上六二八號。

(註四) 立嫡子違法條例。

(註五) 七年上一四七號。

(2) 超過限度，處分此項財產，嗣後即行改嫁者，繼承人得追索全價或超過部分之價額。

### 三 民律草案

三次民律草案，均從日本民法，以管理共通制爲法定財產制。(註二) 茲依第三次草案略述於左：

(一) 婚姻所生之一切費用，由夫負擔。夫無力負擔者，妻負擔之（給養義務）。

(二) 妻保有其特有財產。特有財產之內容如左：

(a) 妻成婚時所有之財產及成婚後所得之財產。

(b) 專供妻用之衣服首飾及手用器具等物，推定爲妻之財產。

(c) 其他動產所屬不明時，推定爲妻之財產。

(三) 夫對於妻之特有財產有管理使用收益權。

(註一) 第一次一三五八條，第二次四三條，第三次八〇條至九二條。

(a) 例外 推定爲妻之財產之動產，由妻管理。

(b) 義務 夫管理妻之財產時，負左列之義務：

(1) 開具財產清冊交付於妻，並因妻之請求，有定期開具清冊及隨時報告管理情形之義務。

(2) 應使用與自己事務同一之注意。

(3) 負擔左列費用：

(一) 因管理使用及收益而生之必要費用。

(二) 因保存財產標的物之費用。

(三) 特有財產之法律上契約上應支出之負擔。

(c) 限制 除在管理範圍內處分孳息外，夫爲左列行爲，須得妻之同意。否則妻得在裁判上對第三人主張權利。

(1) 以妻之名義借債。

(2) 讓與特有財產。

(3) 以特有財產供擔保或增加重大擔負。

(d) 夫之權限 就特有財產發生訴訟時，夫爲妻之代理人。

(e) 妻之權限 妻有左列之權限：

(1) 請求其夫提出擔保。

(2) 處分特有財產。若夫無正當理由不予允許，而妻得證明其處分  
有利益者，無須經夫允許。

(f) 終止 管理終止時，夫或其繼承人應爲左列之處置：

(1) 清算交代，將所管財產交還。

(2) 回復原狀，取去附屬物。

(3) 有急速情事時，爲必要處分。

(4) 通知管理事務終止。

## 第六節 婚姻之解消

## 第一款 當事人之死亡

婚姻因當事人一造之死亡而解消。宣示死亡故與死亡有同一之效力。然死亡所消滅者，爲當事人共同生活關係即夫婦之身分關係與財產關係。由婚姻所生之親屬關係與家屬關係依然存在焉。

## 第二款 離婚

因婚姻所生之一切法律關係，皆因離婚而消滅。離婚，即夫妻生存中婚姻之解消也。

## 第一項 離婚制度(註一)

### 一 羅馬之離婚制度

(一) 嚴格婚姻以 *Conferratio* 成立者，非以 *differratio* 之方式不得

(註一) 參考穗積重遠離婚制度之研究，基督教婚姻非解消主義，英格蘭離婚法略史，佛蘭西革命與離婚法，西洋諸國之離婚制度，俄羅斯革命與離婚法諸篇，及 *Westernmark, History*

of Human Marriage, Vol. 3. Chaps. 32, 33.



解消。以 *Coemptio* 及 *usus* 成立者，非以 *remancipatio* 之方式不得解消。*Differreatio* 爲事至形嚴重，不得任意行之。*Romancipatio* 與 *Emancipatio* 同，惟夫得行之，在夫權之下之妻不得而行者也。其在古代，夫雖有離妻之自由，而事實上利用此自由者極少。或謂直至 *Spurius carvilius* 出妻以前，五百年間未嘗見離婚之事焉（*Dionysius of Halicarnasus* 之說）。

（二）自由婚姻，夫妻兩造皆得以 *repudium* 通知相對人而離異之，此項行爲，或以書面，或以言辭，惟須有成年證人七人。

紀元後二世紀，*羅馬*之離婚盛行。在 *Cicero* 之時，知名之婦，鮮未離婚一次。*Seneca* 且謂婦人有不以歷紀年而以夫紀年者。此羅馬帝國初期之實況也。

## 二 基督教之婚姻非解消主義

基督教加大改革於歐洲離婚制度。新約之中，禁止離婚之語甚多。*馬太傳* 九章，*基督*有言：

神作之合者，人不得而離之。

馬可傳一〇章亦載：

開闢之初，神造男女。是故人離父母，而合於妻。凡此二人，應爲一體。

又云：

凡出其妻而別娶者，於其妻爲姦淫。離其夫而別嫁者，於其夫爲姦淫。

然哥林多前書七章，使徒保羅則爲次列之宣示：

離不信者，應聽其離。

此爲混合婚之離婚問題，實基督教許可離婚之特例。馬太傳五章三二節雖於禁止離婚訓示之中，有左列之一句：

除姦淫外 (except for fornication)。

然舊教神學家多認爲後人所僞加，並非基督之本旨。但亦不乏反對之論，如哥爾(註一) (Question of Divorce 1911) 卽其一也。彼以爲依文氣觀之，基督本有斯言焉。若然，則基督教亦非絕對之婚姻非解消主義矣。然加特力教會仍堅持

(註一) Gore, The Question of Divorce, 1911.

絕對之婚姻非解消主義。基督降世歷千有餘年之後，其主義乃大昌。其始也，有一三三〇年羅馬君士但丁帝之改宗，以基督教爲國教。然離婚法制尙未以教義爲依歸。至三三〇年帝室東遷，所謂「東教會」者雖未能極力爲該主義張目，而「西教會」下之歐洲，至第十世紀，該主義已普及各地焉。

基督教徒以完成之婚姻 (consummated Christian marriage) 爲聖典 (Sacrament)，故不得解消，且認爲婚姻案件，應歸教會管轄。一五六二年 Trent 會議議決，有左列之各條：

第一條 主張婚姻非主所定新約之七聖典之一，不應由教會中人指導而授以神恩者，破門。

第五條 主張婚姻得以背教或同棲之痛苦或故意之遠離爲理由而解消者，破門。

第十二條 主張婚姻案件不屬於教會法院者，破門。

然婚姻非解消主義反乎人情，於是有左列諸制，爲該主義之救濟，亦卽爲該

主義衰微之原因。

(一) 別居制度 Trent 會議第二十四次決議即承認別居制度。其決議

云：「主張教會許因種種原因而定期或不定期分離寢床及居住爲誤謬者，破門。」

(二) 不完成婚姻之離異 教會又承認不完成婚姻可以離異。或由當事人以宣誓之嚴重程序爲之，或由教皇之特許。

(三) 婚姻無效之宣告 教會又擴張婚姻之無效障礙，使當事人得達解消之目的。前述宗教會議之決議有云：「主張教會不得設定婚姻無效障礙或以爲誤謬者，破門。」

宗教改革家 (Reformers) 棄婚姻非解消主義，皆以爲婚姻有重大原因，可以離婚，而無過失之一方，可以再婚。婚姻非解消主義一變而爲限制離婚主義。

三 英國之離婚制度

述英國離婚制度，首促吾人注意者，亨利八世離婚案是也。英國之教徒，主張嚴格之限制離婚主義，其保守精神，不亞於大陸之教會。然事有出人意表者，國王

亨利八世欲與加特林后離婚，一五二九年聲請教皇宣告婚姻之無效，教皇卻之。一五三四年，彼遂宣言離教皇而獨立，所謂英國宗教改革是也。乃事更出人意料者。離婚制度之改革，迄未能大觀厥成。初，宗教改革後，即從事修正離婚法。亨利八世及愛德華六世先後指派委員會以當其任。愛德華六世早薨，女王梅利嗣位。梅利者加特林后之女，以怨恨故，廢改革令，復皈於教皇。梅利死，伊利沙伯女王繼位。伊，亨利新后之女也，即位之後，乃恢復改革令。離婚法案因得提出於議會，卒以上院反對，未果頒行。至傑門一世，英國教會法典頒布，然離婚法制，仍依舊教。

自一五四八年 Lord Northampton 再婚，經國會認為有效，國會特許離婚之制繼續實行。至一六九八年遂制定承認離婚再婚之法令。惟國會特許離婚，程序嚴重，需費浩繁，非貧民所可受其惠。雖然，十七世紀以前，此實英國惟一之離婚方法也。

一六六四年詩家 John Milton 首向禁止離婚主義提出抗義，刊行其 *The Doctrine and Discipline of Divorce Restored, for the Good of Both Sex*。然主

張離婚之論，不久仍歸銷沉。至十九世紀初年，邊沁再倡導之。一八五七年遂制定婚姻案件法 (the matrimonial causes act)。其後雖經十次之修正，而根本主義仍同。根本主義惟何？婚姻案件歸諸民事法庭，並廢止國會離婚之制是也。關於離婚，探限制離婚主義，而離婚原因較舊日稍多。

#### 四 革命與離婚

(甲) 法蘭西之離婚制度

Laboulaye 有言：

有隨革命之一法律焉。常爲同一之法律。每次皆出而表現思潮。卽離婚法是也。

法蘭西初受治於教會法。禁止離婚，惟得別居而已。一七八九年，革命爆發。一七九一年革命憲法宣言婚姻爲民事契約。一七九二年八月，立法會議通過左列之宣言。

婚姻者，得以離婚而解除之契約也。

九月二十日，法律成立，承認三種之離婚。(一)由夫妻兩造合意，無須提出具體理由之協議離婚。(二)由一造提出法定原因之法定原因離婚。(三)由一造主張氣質不合，而無須提出法定原因之不和離婚。然離婚程序頗爲繁瑣。一七九四年，恐怖政治達於極端。四月二十三日，法律遂更定簡易之程序，凡以公文或公正證書證明夫妻已經別居在六個月以上者，夫婦之一造得請求離婚，無須法定原因之存在。自由離婚主義遂達於沸騰之點。洎恐怖政治終止，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。一八〇四年民法法典遂改從限制離婚主義。一八一五年拿破崙敗，王室復興。一八一六年乃盡廢革命以來之離婚制度，禁止離婚。凡七十年。至一八八四年七月革命後，恢復民法法典之限制離婚主義，而加以重大之變更，協議離婚，完全廢止，即現行離婚制度也。

(乙) 俄羅斯之離婚制度

俄羅斯革命中，離婚法亦受相同之影響，俄羅斯帝國爲希臘教之宗教國。希

臘教會雖不禁止離婚，而嚴守限制離婚主義。舊民法固全從此主義者也。革命後一九一八年婚姻法出，傾向於自由離婚主義。離婚制度有四特徵，皆對於舊制之大反抗也。

(1) 離婚任諸當事人之意思，與舊法限制當事人意思者相反。

(2) 離婚屬諸民事法院，與舊法認爲宗教事件者相反。

(3) 離婚原因不列舉限定，與舊法列舉限定者相反。此種不定因裁判離婚制度不徒爲俄國舊法所無，卽在各國離婚法中，亦屬嶄新之立法。

(4) 承認協議離婚，與舊法禁止協議離婚者相反。卽在歐洲各國，亦屬最自由之離婚法。

## 第二項 離婚之種類

歐洲各國大抵探限制離婚主義，至於禁止離婚，已成歷史之陳蹟。惟離婚制度可分爲左列之各種：

一 無因離婚與有因離婚



(甲) 無因離婚

離婚雖必有其原因，但不使其原因出現於表面而為法律上之問題者，可稱為無因離婚。無因離婚又可分為二類：

(1) 單意離婚 由夫歸之一造主張即可宣告離婚者，為單意離婚。其主張雖必有理由，而法律不豫為限制，故為無因離婚之一種。

(2) 合意離婚 由夫婦兩造合意而離婚者，為合意離婚。即協議離婚是也。

(乙) 有因離婚

法律上須有一定原因存在，始得由夫婦之一造主張離婚者，可稱為有因離婚。為確定夫婦之間是否有法定原因之存在起見，主張離婚，應向法院以訴為之，法院認為原因存在時，始下離婚之判決，故又稱裁判離婚。

二 限制離婚與自由離婚

單意無因離婚，除法蘭西革命時期離婚法之外，今日各國無採用者。今日各

國均採取限制離婚主義，然蘇俄日本及我國均承認協議離婚，而日本及我國協議離婚之程序更屬簡單，以此點言，日本及我國反較近於自由離婚主義。至裁判離婚之法定原因，日本民法限定頗嚴，蘇俄則取概括主義。是蘇俄在此點上尤近於自由離婚主義也。

### 三 別居

別居原係救濟婚姻非解消主義而設。然在許容離婚之法制，仍有併認別居制度者。今日各國之別居制度，可分類如左：

#### (甲) 終身別居主義與有期別居主義

終身別居者，夫婦終身停止共同生活，永遠別居之謂也。有期別居者，夫婦在一定期間內，停止共同生活，期間經過後，或恢復共同生活，或即離婚之謂也。

#### (乙) 擇一主義與準備主義

擇一主義者，夫婦得於離婚或別居之中任擇其一之謂也。準備主義者，以別居為離婚之準備處分之謂也。

意大利、西班牙、葡萄牙僅認別居而不認離婚。德意志、比利時、荷蘭、英、美採擇一主義。瑞士、瑞典、諾威採準備主義。

### 第三項 我國之舊制

#### 一 離婚之種類

宗法鼎盛之我國古代，離婚制度純爲男性本位。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。唐律於七出之外，更以義絕爲離婚之原因。義絕者，夫得據以出妻，夫妻有犯，法律亦不容其再合者也。夫妻不相安諧，亦可「和離」。和離，與協議離婚相當焉。至於妻離夫擅去，則爲法律所厲禁。清律大體同於唐律，惟於特殊情形，認許妻離其夫。現行律仍從清律之原文。故我國離婚可分兩類：其一爲強制離婚，強制離婚又有由法律強制者，及由當事人一造強制者之別。其二卽協議離婚是也。

#### 二 強制離婚

(甲) 由法律強制之離婚

唐律戶婚義絕離之條載

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。

清律及現行律婚姻七出條律亦載：

若犯義絕，應離而不離者亦「處罰。」

輯註云：

義絕必離，姑息不可也。……應離而不離，則害於義。

蓋裁判上遇有夫婦義絕情形，不問當事人願離與否，官廳均應以職權判離者也。

(乙) 由夫方強制之離婚

唐律戶婚妻無七出條載：

諸妻無七出及義絕之狀而出之者，徒一年半。

疏議云：

之。  
伉儷之道，義期同穴，一與之齊，終身不改。故妻無七出及義絕之狀，不合出

清律及現行律婚姻出妻條律亦載：

凡妻於七出無應出之條及於夫無義絕之狀，而擅出之者，「處罰。」  
蓋妻犯七出及義絕，則夫得以單意強制離婚也。

(丙) 由妻方強制之離婚

妻無專用之道，故禮不許離婚。唐律義絕離之條載：  
即妻妾擅去者徒二年。因而改嫁者加二等。

疏議云：

婦人從夫，無自專之道，雖見兄弟，送迎尙不踰闕，若有心乖唱和，意在分離，  
背夫擅行，有懷他志，妻妾合徒二年，因擅去而即改嫁者，徒三年。

清律及現行律出妻條律亦載：

若夫無願離之情，妻輒背夫在逃者，「處罰。」從夫嫁賣。其妻因逃而輒自

改嫁者「處罰」。

輯註云：

若背逃改嫁，則恩絕義絕禮絕矣，豈復有人道乎？

是原則上不許妻請求離婚也。但左列情形，則爲例外。許以妻之意思而離婚：

(1) 夫逃亡三年不還者，並聽經告官給執照，別行改嫁。但三年之內，不告官司而逃去者「處罰」(出妻條律例)。

(2) 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，驗罪收贖(鬪毆妻妾毆夫條律)。

### 三 協議離婚

唐律義絕離之條載：

若夫妻不相安諧而和離者不坐。

清律及現行律出妻條律亦云：

若夫妻不相和諧而兩願離者不坐。

註云：「情既離婚，難強其合。」即合意離婚是也。

第四項 我國之現制

第一目 強制離婚

甲 總論

一 強制離婚與裁判離婚

強制離婚，依判例之解釋，已與他國裁判離婚制度相當。茲就裁判離婚制度，爲簡略之說明。

二 裁判離婚之立法主義

(甲) 有責主義與目的主義

裁判離婚，離婚之請求，必有法定之原因。離婚原因應以如何之標準規定之？或採有責主義，以夫妻一造之惡行爲離婚原因。或採目的主義，不問應歸責與當事人一造與否，苟有使婚姻不能達其目的之事實，即得爲離婚之請求。

(乙) 列舉主義與概括主義

離婚原因，法律應如何規定之？或採限定列舉主義，將離婚原因列舉於法規，除此以外，不許爲離婚之請求。或採概括主義，不列舉離婚原因，苟有正當之理由，即可請求離婚焉。

離婚之事，與社會進化而益多，非復法律所能制。法之職責，在使可以繼續婚姻生活者，不致率爾離婚而已。然而破壞婚姻生活之原因，與時俱進，且有不能歸責於夫婦之任何一造者矣。Bryce 有言：

人莫不欲爲所欲爲，而刺激吾人之感情者又日多，吾人之性情，因是益難克制。密切相處者遂易生決絕矣。故婚姻關係之敵，非特不法之衝動而已，兩造之性情尤爲危險焉。(Studies in History and Jurisprudence vol. 2, p. 463)

故立法上應兼取有責主義與目的主義。而規定方法，則以例示的列舉主義爲宜，列舉重要之離婚原因，而以「其他正當事由」殿其後。

### 三 確定離婚原因與相對離婚原因

離婚原因，有爲意義確定之事項者，如重婚，如姦非是。有意義不確定而有待



於解釋者，如重大侮辱，如不堪同居之虐待是。德瑞民法左列規定，尤爲顯著之相對離婚原因：

若一造違背婚姻義務，或爲不誠實不道德之行爲，致紊亂婚姻關係，而達於不能希望繼續婚姻生活之程度者，他造得請求離婚（德國一五六八條）。

若已婚之人，犯一定喪廉恥之罪，或爲不誠實之生活，致婚姻關係難望繼續者，無過失之配偶人得請求離婚（瑞士民法一三九條）。

瑞士民法左列規定，尤有注意之價值，蓋目的主義之相對離婚原因也：

若婚姻關係遇有重大破壞，致不能希望繼續者，配偶人之一造得請求離婚（瑞士民法一四二條）。

乙 七出

一 七出之條

何謂七出？大戴禮記本命云：

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，爲其反義也。  
唐律疏議亦云：

七出者，依令：一，無子；二，淫佚；三，不事舅姑；四，口舌；五，盜竊；六，妬忌；七，惡疾。

朱子家禮亦載七出之條。清律從之，現行律未改。

二 三不去

妻雖犯七出，有三不去，仍不能出，唐律載：

雖犯七出，有三不去而出之者杖一百，追還合。

清律及現行律亦云：

雖犯七出，有三不去而出之者「杖八十」追還完聚。

何謂三不去？孔子家語云：

三不去者，謂有所娶，無所歸；與共更三年之喪；先貧賤，後富貴。

唐律疏議云：

三不去者，謂一，經持舅姑之喪；二，娶時賤，後時貴；三，有所取，無所歸。

三不去爲阻卻七出之效力之事由，固已。若有某種過犯，雖有三不去，仍應出焉。唐律疏議解釋律文云：

惡疾及姦，雖有三不去，仍在出限。

現行律例云：

妻犯七出之狀，有三不去之理，不得輒絕，犯姦者不在此限。

是犯姦又阻卻三不去之效力也。

三 判例上之七出

(1) 無子 關於無子，有左列三問題：

(a) 幾年無子始可出？唐律疏議妻無七出條下答云：

律云妻年五十以上無子，聽立庶以長，是四十九以下無子，未合出之。

大理院解釋從之，以爲：

現行律婚姻門出妻條所稱無子之義，係指爲人妻者達到不能生育之年齡，而其夫除另娶妻外，別無得子之望者而言……至不能生育之年齡，應準立

嫡子違法條內所定五十以上之制限（統五九一號）

（b）夫已有子或可以有子，能否出妻？大理院爲消極之解釋，以爲：

該律主旨在於得子以承宗祧，故凡夫已有子（如妾或前妻已生子或

已承繼有子之類）或不另娶亦可有子者，無適用該條之餘地（同上）。

（c）不能生育之原因應否考慮？大理院以爲：

其不能生育之原因仍須在妻（同上）。

故「無子」須有四個條件，始可離婚：（一）妻年滿五十歲，（二）夫別無子，除另娶外，無望得子，（三）不能生育之原因在妻，（四）無三不去。

（2）不事舅姑 不事舅姑，古代無須有客觀事實爲之證明，並無須達重大之程度。故禮內則云：

子甚宜其妻，父母不悅，出。

判例卻爲反對之解釋，以爲：

所謂不事舅姑者，係指對於舅姑確有不孝之事實，並經訓誡，怙惡不悛者

(六) 六月上九四七號)

積極言之，須妻對於舅姑，有虐待及重大侮辱，始可離婚者也。

(3) 淫佚 淫佚非犯姦也，乃有犯姦之虞而已。犯姦雖可離婚，然不見有淫佚出妻之判例。但若妻有浮亂行爲，雖夫已故，翁姑亦得勒令退回母家，脫離關係(八月上六四號)。

(4) 惡疾 惡疾生於成婚之後，大理院解釋以爲不得離婚(統一四二四號)。

(5) 口舌 不見有因口舌而出妻之判例。

(6) 妒忌 亦不見於判例。

(7) 竊盜 竊盜立法例有認爲離婚原因者，如日本民法第一一四條是也。大理院未著此例。(註一)

### 丙 義絕

(註一) 以上參考婦女雜誌第十一卷八號拙著判例上之七出一文。

# 一 義絕之解釋

義絕有兩種解釋：

(甲) 獨立原因說 以義絕爲獨立之原因者又有二說：

(1) 從唐律疏議之說 義絕之文採自唐律，故可依唐律疏議以爲解釋。  
唐律戶婚妻無七出條疏議云：

義絕，謂毆妻之祖父母父母，及殺妻之外祖父母，伯叔父母，兄弟，姑，姊妹；若夫妻祖父母，父母，外祖父母，伯叔父母，兄弟，姑，姊妹，自相殺；及妻毆詈夫之祖父母父母，殺傷夫外祖父母，伯叔父母，兄弟，姑，姊妹；及與夫之總麻以上親，若妻母姦；及欲害夫者，雖會赦，皆爲義絕。

(2) 任自由解釋之說 現行律既未採取疏議之文，則義絕之意義，應任之法官之自由解釋。(註一)

(乙) 非獨立原因說 以爲義絕並非獨立原因，乃指律例中離異各條而(註二)余戟門親屬篇大理院解釋統五七六號。

言者也。清律註云：

義絕者。謂於夫婦之恩情禮義，乖離違礙，其義已絕也。律中未曾詳備其事，而散見於各條之中。

輯註更舉例以明之：

義絕而可離可不離者，如妻毆夫及夫毆妻至折傷之類。義絕而不許不離者，如縱容抑勒與人通姦及典雇與人之類。

余以爲現行律確切之解釋，應從乙說。然義絕之含義又不限於律文內離異各條，蓋有責主義兼目的主義之相對離婚原因也。夫婦之間有某種事由存在者，可證明其義絕，義絕應離，故該種事由卽爲判決離婚之根據。律文內離異各條皆不外證明義絕之特殊事由而已。（註一）

## 二 義絕事項

### （一）抑勒妻與人通姦

（註一）參看學藝雜誌六卷二號拙著離婚原因之義絕一文。

依犯姦縱容妻妾犯姦條，抑勒妻與人通姦者，婦人離異歸宗，抑勒子孫婦與人通姦者，若本夫知情參與，亦爲離婚原因。但（註二）縱容妻與人通姦者，不得請求離婚，蓋事出兩願故也。（註二）

（二）買休賣休

依犯姦縱容妻妾通姦條，買休賣休，和娶人妻者，婦人離異歸宗。故買休賣休爲離婚原因。（a）抑勒其妻價賣爲娼者，亦在應離之列，蓋較買休賣休之情形尤不可恕也。（b）圖賣未成，確有證據者，亦爲義絕，可據以請求離婚。但本夫聲言嫁賣而並無真賣之意思者，不得認爲已有義絕行爲。（註三）妻自願爲娼，妻不得據以請求離婚，蓋夫無義絕情事故也。（註四）

（三）典雇爲人妻妾

（註一）四年上三七八號。

（註二）九年上八六號。

（註三）三年上四三三號，七年上七八七號。

（註四）七年上九四六號。



依婚姻典雇妻女條，將妻典雇爲人妻妾者離異。故婦女被夫典雇，得據爲請求離異之原因。(註一)

(四) 妻毆夫及夫毆妻至折傷以上

(1) 依妻妾毆夫條，妻毆夫者，夫願離者聽。是妻苟有毆夫情事，夫即得據以請求離婚。(註二)

(2) 依同條，夫毆妻至折傷以上，如願離者離異。

(五) 不堪同居之虐待

(1) 夫對於妻 夫對於妻，爲不堪同居之虐待者，妻得請求離婚。(註三)  
因虐待致令受傷，苟足爲虐待之證明，即無須已達較重之程度。(註四)

(註一) 八年上四一一號。

(註二) 九年上五三七號。

(註三) 七年上二六四號，九年上八〇九號。

(註四) 五年上一〇七三號。

(2) 妻對於夫 妻對於夫爲不堪同居之虐待者，夫得請求離婚。(註一)

(3) 妻對於夫之祖父母父母 虐待舅姑，得爲離婚原因。(註二)

(4) 夫之祖父母父母對於妻 夫之祖父母父母虐待妻或非理毆至折傷或致廢篤疾者，妻得請求離婚。(註三)

(5) 夫對於妻之父母 夫對其妻之父母虐待者，應認爲義絕，准其離異。(註四)

## (六) 重大侮辱

(1) 夫妻之間 夫婦之一造受他造重大侮辱者，得請求離婚。(註五)

(註一) 七年上二六四號。

(註二) 五年上七四二號。

(註三) 毆祖父母父母條，六年上一八號。

(註四) 七年上一五〇號。

(註五) 五年上一〇七三號。

何爲重大侮辱舉例以明之：

(a) 夫之言語行動足以使其妻喪失社會上之人格者。(註一)

(b) 夫誣妻姦告官者。(註二) 但涉訟中互相詆毀，不得指爲重大侮

辱。(註三)

(c) 妻助人誣告其夫者。(註四)

(2) 夫妻一造對他造尊親屬 夫妻一造對他造尊親屬有重大侮辱，他造亦得請求離婚。蓋可認爲義絕也。(註五)

(七) 妻背夫在逃及夫逃亡三年不還

(註一) 五年上七一一七號。

(註二) 六年上一〇一二號。

(註三) 六年上一一三八號。

(註四) 九年統一二〇三號。

(註五) 五年上七四二號，七年上一五〇號。

(1) 妻背夫在逃，依七出律，認爲義絕，夫得請求離婚。(註一) 但妻在逃並非立意背夫者，尙不得爲離婚原因。(註二)

(2) 夫逃亡三年不還，依出妻條例得請求離婚。所謂逃亡者，須夫之蹤跡不明，並無歸還之音信，而有置妻不顧之事實。若係赴外謀生，常有銀信寄家，或存有資財，足資其妻之生活，或另有贍養其妻之人，並非棄妻不顧者，不得請求離異。請求離婚，須告官給照，以便官廳調查逃亡不還之事實及年限是否合法。(註三)

### (八) 遺棄

遺棄爲離婚原因，但因故離家，並非無故遺棄者，或家道貧寒，不給衣飾者，或

(註一) 八年上一六六號。

(註二) 十一年上一八一〇號。

(註三) 十年上八四三號，八年上四三四號，三年上一六七號，三年上三七九號，七年上一三八一號。

無力養贍而非確有遺棄之意思者，皆不足爲離婚原因。(註一)

(九) 犯姦

(1) 妻犯姦者，雖有三不去之理，夫仍得請求離婚，但夫已故縱在前，則不得請求離婚也。(註二)

(2) 夫犯姦者，妻不得請求離婚。蓋「男子犯姦盜，依律雖爲解除婚約之原因，惟律文既明載未成婚字樣，則已成婚者，自不能據此請求離異。」(註三)

(十) 重婚

夫妻一造重婚者，他造得請求離婚。(註四)

(十一) 其他義絕事項

(註一) 四年上一四三三號，三年上七六五號，八年上三五九號。

(註二) 四年上三三一號。

(註三) 八年上七五三號。

(註四) 九年上一二四號。

義絕爲有責主義兼目的主義之相對離婚原因，故解釋頗屬自由，此自上述各項可以推知者也。然大理院於自由解釋之中，仍隱有限制焉，蓋仍以民律草案離婚原因之規定標準而已。民草規定，大抵以日本民法爲借鏡，日本判例之解釋，方極力擴張其範圍，顧大理院則引爲無意識之拘束，是吾人苦思而不得其解者也。（註一）

### 三 宥恕

（一）夫婦一造對於他造之行爲，既經宥恕者，即應認爲離婚訴權之拋棄。（五年上六〇六號）

（二）因虐待舅姑或爲重大侮辱而應離者，若經舅姑明白表示宥恕，不得再以之爲請求離異之原因（五年上七四二號）

### 四 離婚之訴

強制離婚應以訴爲之。離婚之訴爲形成之訴。其當事人惟限於夫或妻，以對

（註一）參看離婚原因義絕末段。

造爲被告。夫或妻雖不能獨立以法律行爲負義務者，亦有訴訟能力。法院應於言詞辯論，隨時勸諭和解。法院認當事人有和諧之望者，得於一年以下之期限內，命中止訴訟程序，但以一次爲限。（民訴條例六七〇條，六七七條，六七八條。）

## 第二目 協議離婚

### 一 歐美之協議離婚制度

受基督教影響之諸國，離婚之限制較嚴，尤不認協議離婚之制。法國革命後，一七九二年九月二十日離婚法始許協議離婚。拿破崙法典從之。至一八一六年王政復古，協議離婚制度遂被廢除。然拿破崙時代，民法典勢力所及之各國，仍多保持該制者。

#### （甲）直接協議離婚

比利時及羅馬尼亞繼受法國民法協議離婚之制，限制嚴厲，程序複雜，亦與民法相同。夫在二十五歲以下，妻在二十一歲以下者，不得協議離婚。結婚未滿二年及結婚二十年後或妻達四十五歲者，不得協議離婚。欲協議離婚，須作成兩

造財產目錄，清理兩造權利義務，須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。法院經勸諭後，給與合意離婚之證明書，是後一年中每三個月，須更新爲離婚之意思表示。一年經過後十五日內，須偕同五十歲以上之友人二人親到法庭，法院始可受理離婚之請求。經法院判決許可離婚，更須於二十日內到身分登記吏前受離婚之宣告。(註一) 盧森堡國民法亦略同法國國民法。墨西哥近亦認協議離婚制度。(註二)

### (乙) 間接協議離婚

此外尚有許協議別居，經過若干年後，變別居爲離婚者。如荷蘭民法，夫妻結婚二年後，始得共同請求宣告別居。若別居繼續五年，夫妻得共同請求變別居爲離婚。(註三) 葡萄牙法，夫妻協議別居經十年後，得請求離婚。(註四)

(註一) 比民二二三三條以下，羅民一五四條以下略同。

(註二) 墨民七六條，八二條以下。

(註三) 荷民二九一條二五九條。

(註四) Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes, Appendices, p. 152.



美國威斯康辛州，協議別居五年後，得行離婚。中美之 Costa Rica，協議別居二年後，得請求離婚。

(丙) 特許協議離婚

斯干底納維亞諸國，有特許協議離婚之制。丹麥一八一四年四月三十日及一八二八年四月三十日命令，諾威民法四一條四三條，瑞典一八一〇年四月二十七日離婚法，均大略相同。欲協議離婚者，須先請求許可別居，經過一定期間後，如請求離婚，須由國王特許。

(丁) 猶太人之協議離婚

一八一一年六月一日奧地利民法對於加特力教教徒只許別居而禁止離婚，對於其餘基督教教徒只許裁判離婚而禁止協議離婚。對於猶太人則許其協議離婚。因人民宗教不同而適用不同之離婚法，亦奇觀也。猶太人得由夫給妻以休書，依兩造自由承諾而離婚，妻呈示休書於縣法院，法院得命延期一月或二月，經過此項期間，仍無和諧之望時，法院認可其休書。（奧民一二三條，一三三條，一

### 三四條。

(戊)蘇俄之協議離婚制度

依蘇俄婚姻法，夫妻兩造之互相承諾，爲離婚原因（八七條）。但仍須向地方登記局或地方法院聲請宣告離婚（九二條九六條九七條）。

### 二 日本之協議離婚制度

以上各國，皆曾受基督教之影響者也，故雖經革命，而承認協議離婚，猶有複雜之程序焉。東亞諸國，爲基督教義所不及，其協議離婚頗爲簡易。日本民法，夫婦得以協議而離婚。未滿二十五歲者應得保護人之同意。協議離婚因呈報戶籍吏而生效力（八〇八條至八一一條）。

### 三 現行協議離婚制度

現行協議離婚制度較日本民法尤爲簡單：

(一)協議離婚，須夫妻兩相情願。且僅以夫妻兩相情願爲已足，無須祖父母父母作主，亦不容餘親及族人干涉也。（註一）

(二) 協議離婚無須一定之方式。現行慣例。有作成休書者。有立契贖身者。又有僅以言詞聲明者。是故雖未經一定之方式。而事實已爲離婚之協議。確有實據者。卽爲有效。(註二)

### 第三目 離婚之效力

#### 一 效力發生之時期

裁判離婚之效力。自離婚判決確定時發生。協議離婚之效力。自協議成立時發生。

#### 二 離婚關於身分之效力

離婚關於身分之效力。卽夫婦關係及由此所生親屬關係家屬關係並夫婦間身權義務之消滅是也。

#### 三 離婚關於財產之效力

(註一) 六月上七三五號。六月上一二六一號。七月上二二二號。

(註二) 三年上四六〇號。八年上一二五號。

離婚關於財產之效力，即夫婦財產契約或法定財產關係之消滅是也。

#### 四 有過失者之責任

##### (甲) 慰撫之義務

離婚關係依法離異者，其原因若係由一造之故意或過失，則此一造對於他造應負慰撫之義務（三年上一〇八五號）。

##### (乙) 賠償之義務

(1) 離婚原因若歸責於夫，則夫應給妻以賠償。至其給與數額，應斟酌其妻之身分年齡及自營生計之能力與生活程度與其夫之財力如何而定。（四年上一四〇七號，八年上一〇九九號）。

(2) 離婚原因若歸責於妻，妻之財產仍歸於妻（四年上一四〇七號）。

關於此點應注意如左：

(a) 聘財不得追還。蓋婚姻一經成立，則聘財之效用即完，自無因離婚之故，概予追還之理（五年上五六號）。

(b) 妝奩仍歸妻有(六年上一一八七號)

## 五 離婚關於子女之效力

(甲) 協議離婚時

夫婦協議離婚時，得以契約協定離婚後子女之監護方法。此項契約在法律上為有效(六年上一一四號)。如未經議及，仍應從下列法則處理。

(乙) 裁判離婚時

裁判離婚時，離婚仍得為前述之協定。未經協定者，依左列法則處理：

(a) 子女應歸其父任監護之責(三年上二六九號)

(b) 如有特別情形，(如子女年幼不能離母或父有遺棄情事等)法院得斟酌其子女之利益，指定由母監護(八年上九五七號)

(c) 歸母監護之子女，仍應由其父扶養。蓋監護範圍以外，父母之權利義務，並無變更故也。故歸母監護之女，其嫁資仍由父支給(五年上四〇九號)

現行習慣有別居之制度，判例認爲無消滅婚姻關係之效力者也（三年上四六〇號）。然民事訴訟條例無請求宣告別居之訴訟程序焉。

#### 第五項 民律草案

##### 一 民律草案之離婚制度

民律草案之離婚制度，分協議離婚與裁判離婚。協議離婚之實質要件（保護人之同意）及形式要件（呈報戶籍吏）皆與日本民法相同。（第一次一三五九條至一三六一條，第二次四四四條至四七七條，第三次九三三條至九六六條）至裁判離婚之離婚原因，則如左記：

- (1) 重婚者。
- (2) 妻與人通姦者。
- (3) 夫固姦非罪處刑者。
- (4) 彼造謀殺自己者。
- (5) 夫婦之一造受彼造不堪同居之虐待或重大侮辱者。

(6) 妻虐待夫之直系尊屬或重大侮辱者。

(7) 受夫直系尊屬之虐待或重大侮辱者。

(8) 夫婦之一造以惡意遺棄彼造者。

(9) 夫婦之一造逾三年以上生死不明者。

夫婦之一造於彼造(1)至(3)之行爲，同意在前者，不得提起離婚之訴。除(4)(7)及(9)外，與以宥恕者亦同。離婚訴權須於明知離婚事實時起六個月內行使之，事實發生後逾十年者亦同。(9)之情形，生死分明時，訴權消滅。離婚之效力與現行法制略同。(第一次一三六二條至一三六九條，第二次四九條至五五條，第三次九七條至一〇七條。)

## 二 民律草案之立法主義

依上所述，民律草案之離婚原因，第一，採有責主義，第二，採限定列舉主義，蓋無容疑。目的主義之相對離婚原因如現制之義絕者，已爲民律草案所不取。此吾人所不勝遺憾者也。

### 三 離婚原因之立法問題

除目的主義及相對離婚原因，爲立法上所當採取外，左列二端，亦應加研究。

(一) 夫婦離婚原因應否平等？

現行制度，妻之犯姦者，夫得請求離婚；夫犯姦者，妻不得據以離異。民律草案，妻與人姦通者，夫得請求離婚；夫則須犯姦非罪至經處刑，妻始得提起離婚之訴。離婚原因之於夫婦兩造，極不平等；此吾人所應期於改革者也。

英國法，妻犯姦，夫即得請求離婚。夫則以犯罪的姦通爲限，始得由妻提起離婚之訴。犯罪的姦通 (criminal adultery) 者，近親相姦，重婚，強姦，獸姦或鷄姦，因姦通而虐待或遺棄其妻是也。自一八五七年以來，離婚平等法案屢提出於國會焉。

法國民法，妻犯姦，夫即得請求離婚。夫則以納妾於家爲限，妻始得請求離婚。(二二九條二三〇條。) 日本民法，妻與人姦通爲離婚原因。夫因姦淫罪處處刑，始爲離婚原因者也。(八一三條二款三款。) 我民律草案蓋純從日本民法。

(a) 爲婚姻兩當事人設相異之道德標準，本無理論上之根據。(b) 法



之正義，不應拒施於婦人，(c) 夫之繼續之姦通，對妻爲重大侮辱，偶發之姦通，易傳染性病，皆應爲離婚原因。(一九一二年英國離婚法調查委員會報告書所舉理由。) 故民律草案上述差別，實無理由，應予改正。

(二) 夫婦一造患精神病，應否離婚？

德國民法夫婦一造患精神病，在婚姻中，繼續三年以上，並達於停止夫婦間精神的共同關係之程度，而無恢復之希望者，他造得請求離婚。(一五六九條) 離婚之後，他造應扶養之，與配偶同。(一五八三條) 瑞士民法(一四一條一五二條) 諾威婚姻法(五三條) 瑞典一九一五年十一月十二日法律，勃魯加利亞一八九七年三月二十一日法律，新錫蘭一九〇八年離婚法，均以精神病爲離婚原因。

棄患病之配偶，固反人情。然精神病爲夫婦精神的共同生活之障礙。若仍勉強維持婚姻之法鎖，非徒無益，抑且有害。苟當事人一造犧牲一己之幸福，扶持病者，固爲道德之所尙，究非法律所應責諸常人者也。况自目的主義言之，離婚原因

本不以當事人一方之過失爲必要。婚姻生活因精神病而目的至不能達，蓋無容疑。然則許其離婚，責其扶養，慎其診斷，倘亦立法所宜取者歟？

## 第七節 變例之婚姻

### 第一款 贅壻

#### 一 贅壻之意義

贅壻者男因婚姻而入於女家之謂也。贅壻或以養老爲目的，或不以養老爲目的。現行律婚姻男女婚姻條例所載，則以養老爲目的者也。

#### 二 贅壻之要件

贅壻之定婚與成婚之形式實質各要件，與通常婚姻相同。惟法律因贅壻係男入女家之故，尙要求左列之要件（現行律男女婚姻條例。）

（1）須憑媒妁明立婚書，開寫養老或出舍年限；

（2）贅壻須非獨子。

### 三 贅婚之效果

(1) 因贅婚發生家屬關係 通常婚姻，妻應入於夫家，爲夫家之家屬。贅婚反之，贅婚應入於妻家，爲妻家之家屬，服從妻家之家長權。

(2) 因贅婚發生親屬關係 因贅婚所生之親屬關係與通常婚姻相同：  
(a) 贅婿與其妻發生夫妻之關係。由此關係所生之權利義務均與通常婚姻同。惟夫應在妻之住所履行同居義務而無指定住所之權。

(b) 贅婿與妻之本宗仍爲妻親關係。

(c) 妻與贅婿之本宗仍爲夫族關係。

(3) 贅婿與妻家之關係 贅婿對於妻之父母有奉養之義務。對於妻父母之財產有與其嗣子均分之權利，但不得爲宗祧繼承人，承繼財產之全部（立嫡子違法條律）。

(4) 贅婿與本家之關係 贅婿喪失本家家屬之身分，對於本家祖父母父母免除扶養之義務，亦喪失遺產繼承權。

#### 四 贅壻關係之消滅

贅壻關係因左列原因而消滅：

(1) 夫婦一造之死亡。

(2) 離婚 夫婦一造死亡及離婚，消滅婚姻關係，同時亦消滅贅壻之關係者也。

(3) 出舍 出舍，消滅贅壻之關係，而不消滅婚姻之關係者也。出舍謂贅壻伴其妻出其入贅之家。出舍之原因如左：

(a) 婚書所定出舍年限屆滿者。

(b) 雙方協議出舍者。

(c) 翁壻義絕，不可共居者。婚姻逐壻嫁女條律載：「凡逐壻嫁女或再招壻者，處罰。其女斷付前夫，出居完聚。」輯註云：「此翁壻義絕，不可共居，不得仍拘原立婚書之限，故曰出居完聚。」愚以爲翁壻義絕，均得出舍，不應僅以逐壻嫁女或再招壻爲限也。

出舍之效果如左：

- (a) 贅婿脫離妻家之家籍，或復歸本家，或創立一家。
- (b) 贅婿不負奉養妻之父母之義務。
- (c) 所生子女，由贅婿攜去。
- (d) 贅婿由妻家所分受之財產，得行攜去。
- (e) 贅婿出舍後，仍有酌受妻父母遺產之權。

### 第二款 養媳

#### 一 養媳之意義

養媳者，媳未與夫成婚，即入於夫家之謂也。其通常之情形，媳於幼時就養於夫家，故又稱童養媳。

#### 二 童養之要件

童養契約爲變例之婚姻契約。其實質要件與通常婚姻相同。至形式要件，因係未成婚即入於夫家，故略與通常婚姻有別。

### 三 童養之效力

(1) 由童養所生之家屬關係 養媳因童養而入夫家，爲夫家之家屬，服從夫家之家長權。

(2) 由童養所生之親屬關係：

(a) 養媳與其夫發生未婚夫妻之關係。

(b) 養媳與夫家發生親屬關係。前清光緒五年七月刑案所謂：「童養媳無論成婚與否，一經過門，名分已定」是也。

(3) 養媳與夫家之權利義務。夫家父母對於養媳有扶養之義務。

### 四 童養關係之消滅

童養關係因成婚而變爲通常之婚姻。在未經成婚以前，依左列原因而解消：

(1) 男女一造之死亡 養媳死亡時，童養關係消滅，固已。未婚夫死亡時，未婚夫妻之關係雖已消滅，然養媳與養家之關係仍非必然消滅。

(2) 離異 養媳之離異有兩種情形：

(a) 由於養家父母之離異，此種離異亦得分為協議離異與裁判離異二種。裁判離異之原因無他，亦義絕而已。

(b) 由於當事人之離異，養媳與其夫解除婚約，因而離異是也。離異之效力有二，即：

(a) 養媳歸於母家；

(b) 兩造之親屬關係消滅。

### 第三款 過門守貞

#### 一 過門守貞之意義

過門守貞者，定婚之女尙未成婚，定婚之男亡故，而仍入於男家，爲其未婚夫守貞之謂也。

#### 二 過門守貞之要件

過門守貞，必男女之間已有定婚契約，故實質要件與通常婚姻相同。惟定婚之男亡故，不能成婚，而仍生與成婚相同之效力，此與通常婚姻不同者也。

### 三 過門守貞之效力

(1) 由過門所生之家屬關係 守貞之女因過門而入於夫家，爲夫家之家屬，服從夫家之家長權。

(2) 由過門所生之親屬關係。

(a) 守貞之女因過門而取得妻之身分。

(b) 守貞之女因過門而與夫之本宗發生夫族關係。

(c) 所立嗣子與守貞之女之本宗發生外親關係。

(3) 由過門所生之權利義務 守貞之女因過門而對於夫家有與寡婦相同之權利義務。其最要者，則爲其夫立後之權是也。

## 第八節 妾

### 一 妾之意義

妾者，特定之女子，因一種契約而入其家長之家，家長認爲正妻以外之眷屬



而列爲家屬，女子亦有爲次於正妻之眷屬之意思之謂也。

## 二 娶妾契約之要件

娶妾之契約，實質要件準用婚姻之法則。惟家長須有認爲正妻以外之眷屬而列爲家屬之意思，女子須有爲次於正妻之眷屬之意思（大理院七年上一八六號）具備此項要件，即發生妾之關係，無須有何種形式要件（五年上一五三四號）

## 三 娶妾契約之效力

(1) 妾之家屬關係 妾入家長之家，爲家長之家屬。

(2) 妾之親屬關係 前已述之。

(3) 家長與妾之權利義務 家長與妾有互相扶養之義務及同居之義務。

## 四 妾之身分之消滅

妾之身分因左列原因而消滅：

(1) 妾之死亡。

(2) 扶正 家長別無正妻，得尊妾爲正妻，是爲扶正。除有特別習慣外，扶正無須何種之儀式（八年上三八九號）。扶正之效果，妾取得正妻之身分，而妾之身分因之消滅。

(3) 離異 家長與妾之離異，不適用離婚之法則，無論何時，如家長或妾有不得已之事由發生，即可解除契約（五年上八四〇號）。離異之效力如左：

(a) 妾去其家長之家。妾與家長及家長親屬之家屬關係親屬關係皆行消滅。

(b) 離異之事由如係由於家長及其家人之故意或過失，則妾有請求慰撫金之權利。如係因妾之故意或過失而生，家長即不應有何責任。但若妾於契約成立時，有欺詐情節者，則妾不能不負返還財禮之責（三年上一二三七號）。

(c) 妾與所生子女之親屬關係依然存在。

## 第四章 親子

### 第一節 親子關係

#### 第一款 法律上之親子

##### 一 法律上之親子與生理上之親子

親子關係本應以生理上血統關係爲衡。然法律定親子關係之存否，決不以生理上是否親子爲斷。生理上本爲親子，法律以認爲親子爲不當而不認爲親子者有之。生理上本非親子，法律以擬制而認爲親子者亦有之。法律關係，均由法律之觀點定之，與生物學之觀點固有不同者在也。

##### 二 初民社會之親子關係

初民社會或不禁婚外之性交，然妻所生子均認爲其夫之子。如 Eskimos 甚願妻之見幸於 *Angekoks*，俾得生寧馨子。 *Paropamisus* 之 *Keiaz* 族亦同。

(註一)

在一妻多夫之社會，或認妻所生子爲最長之夫之子，如西藏是。(註二) 或於妻受胎七月時，其一夫形式上贈弓矢於妻，卽得與所生子發生親子關係。如 *Zigiri Hills* 之民是。(註三) 或由妻定所生子之誰屬，如 *Nayars* 是。(註四) 在一夫多妻之社會，多妻之酋長，有使貧而鰥之少年與妻通宿者，所生子女仍認爲酋長之子女，如 *Basuto* 族是。(註五) 有兄亡娶嫂，所生子女仍認爲兄之子女者，如古希伯來族是。(註六)

(註一) Starcke, *Primitive Family*, pp. 121—124.

(註二) Westernark, *History of Human Marriage*, Vol. III, pp. 115.

(註三) *Ibid.*, p. 126.

(註四) *Ibid.* pp. 138, 139.

(註五) *Ibid.*, p. 152.

(註六) 本書第三章第三節第二款。

### 三 我國古代之見子禮

初民社會，親子關係不以生理上血統關係爲衡，已如上述。我國古代，生理上血統關係無論已，卽由婚姻而結合之妻，或依禮制所認許之妾，其所生子亦非以其出生之故，卽認爲其父之子，尙須經一定之儀節，始取得子之身分焉，所謂見子禮是也。

見子禮於子生三月之末行之，大夫士庶人皆同。嫡子則見於側室，庶子則見於內寢。其儀節如左（註一）

（一）嫡子見父禮 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，具視朔食。夫入門，升自阼階，立於阼，西鄉。妻抱子出自房，當楣立，東面。姆先相曰：母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。……夫人食如養禮。

（註一）禮內則。

(二) 妾子見父禮 子生三月之末，漱澣夙齊，見於內寢。禮之如始入室。君已食，徹焉，使之特餼，遂入御。

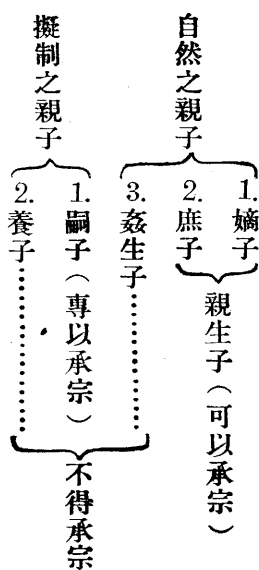
蓋宗法認個人爲宗統之一員，故結婚者，成妻之後，仍須廟見，而爲子者，出生之後，尚須見父。廟見之禮與見父之禮，皆加入宗統之表示也。嫡子承宗，故父立於阼階。庶子不能承宗，故父接於內寢。無嫡子而立庶長子，更須經一定之儀節焉。

#### 四 現行法之親子關係

嫡子庶子皆依上述儀節，與其父發生親子關係，是爲親生子。非嫡子庶子之姦生子，雖生理上出於其父，而以擯斥於禮制之故，不能得親生子同等之待遇。同爲生理上之親子，而法律之處置不同焉。

嗣子，非生理上之子，而以承宗之故，於其所後父母，發生親子關係，與親生子同。蓋宗統爲重而血緣爲輕，與結婚之時，「見舅姑爲重，接夫爲輕」，其事正同。養子與養親爲擬制之親子，與嗣子與所後親無異，然以不能承宗之故，法律之處置亦因而不同。宗統爲決定親子關係之基礎，尤易推知。

由是言之，現行法之親子關係，可以左表明之：



### 五 親子關係之將來

親子關係不以生物學上之親子為基礎，皆由傳統之宗法制度而然。宗法既已久亡，親子關係自應改革。將來親子法一面應排除親生子姦生子待遇之不同，一面應排除非自然之擬制，使親子關係一以血統之親子為衡焉。

#### 第二款 嫡子

#### 一 嫡出子之推定

#### （甲）立法例

羅馬法有 *Pater est, quem nuptiae demonstrant* 卽「婚姻示父」之原則。凡合法婚姻中所生之子爲嫡子。日耳曼法之親子關係則以 *Mundium* 定之，而以子之出生爲衡。凡夫於妻有 *Mundium* 者，於妻所生子有親權。(註一) 寺院法從羅馬法，採婚姻示父之原則，且漸立懷胎期間及否認嫡出子之制度。法國民法(三一二條以下)德國民法(一五九一條以下)瑞士民法(二五二條以下)日本民法(八二〇條以下)皆從之。民律草案亦然。蘇俄一九一八年九月十六日法律以出生登記簿定親子關係，凡在登記簿，以父母而登記者，推定爲子之父母(一三四條)。關於嫡出子，仍從婚姻示父之原則，以懷胎時或出生時爲母之夫者，爲子之父(一三六條)。

### (乙) 民律草案

妻所生子爲嫡出子。(註二) 妻所生子云者，須備左列條件：

(註一) Huebner, *History of Germanic Private Law*, p. 659; Brissand, *History of French Private Law*, p. 178.

(註二) 第一次草案一三八〇條，第二次六六條，第三次一三五條。



(1) 父母係夫妻。

(2) 子係妻所生。

(3) 子係夫之子。

(4) 受胎係在有效婚姻中。

(1) 與(2)雖爲易知之事實，(3)與(4)則幽邈難明。若依證據方法之原則，凡主張嫡出之事實者，應負舉證之責任，則又未免過酷。故民法設法律上之推定：在受胎時期內，夫曾與妻同居者，推定爲嫡子。(註一) 從子出生日回溯第一百八十一日起至第三百二日止，爲受胎時期。其受胎時期與此所定時期不同者，主張嫡出之事實之人負舉證責任，若能證明事實，即以所證明之時期爲受胎時期。(註二)

(註一) 第一次一三八一條，第二次六七條，第三次一三六條。

(註二) 第一次一三八二條，第二次六八條，第三次一三七條，法民爲一七四日至三百日，(三一

二條) 德民與民草同(一五九二條) 瑞民同(一二五四，一二五五條) 日民定爲二百日

至三百日(八二〇條)。

## (丙) 現行法

現行律無嫡出子推定之制。判例採婚姻示父之原則，夫妻在婚姻中所生子爲嫡子。但成婚未及六月而生子，所生子認爲非父之血統，不能有親子關係。註二而懷胎最長之時期，從子出生日起追算，爲三百日。(註二)

## 二 婚姻前懷胎之子

### (甲) 立法例

法國民法(三一二條) 日本民法(八二〇條) 均須婚姻中受胎者始得推定爲嫡子。德國民法(一五九一條) 瑞士民法(二五二條) 則凡在婚姻中出生之子皆推定爲嫡子，惟婚姻前受胎者，須夫在受胎期間內曾與妻同居。

### (乙) 民律草案

我民律草案既從法日之例，則婚姻前受胎之子即令實爲該夫婦所出，在法

(註一) 三年統字一三五號解釋。

(註二) 七年上八七八號判決。

律上仍爲私生子。雖有準嫡之制，差可濟其窮，究不若德瑞民法之密。況民律草案取形式婚主義，設結婚之後受胎，偶因呈報戶籍吏稍遲，遂使實係嫡子者不能受上述推定之保護，尤爲不情，此立法上亟當糾正者也。

### 三 否認嫡子之訴

(一) 否認之原因 何種情形，始得提起否認嫡子之訴？立法上或列舉其原因，如法國民法是。(註一) 或不列舉原因，如德國日本蘇俄民法是。(註二) 瑞士民法規定略詳：若子生於婚姻消除後百八十日以上，其父以能證明其非該子之父爲限，始得否認；若子生於婚姻消除後百八十日內，而夫妻在受胎期間內別居者，夫僅得以別居之事實證明其否認之主張。(註三) 我民律草案規定事實與嫡子推定相異者，夫得否認之，毫無何等限制焉，從德例也。(註四)

(註一) 三一二條二項定得以否認之原因，三一三條及三一四條定不得否認之原因。

(註二) 德一五九三條，日八二二條，八二三條，俄一三五條。

(註三) 二五四條二五五條。

(註四) 第一次一三八三條，第二次六九條，第三次一三八條。

(二) 否認之方法 否認嫡子，應以訴爲之。否認嫡子之訴，以妻及其子爲相對人。否認子女之訴，要點如左：

(1) 訴之性質 否認子女之訴爲確認之訴。

(2) 訴之程序 否認子女之訴，依人事訴訟程序行之。(註一)

(3) 起訴期間 否認子女之訴，依民律草案，應自夫知子之出生時起一年內爲之。(註二)

(三) 否認之主體 否認之訴，惟夫得提起之。夫爲禁治產人，應由其監護人代爲訴訟行爲。(註三) 夫死之後，有利害關係者(如次位繼承人)是否得提起否認之訴？瑞士民法取積極說，(註四) 德國民法取消極說。(註五) 我民律草案

(註一) 民訴條例六九三條，六九四條，七〇二至七〇四條。

(註二) 第一次一三八四條，第二次七〇條，第三次一三九條。

(註三) 民訴條例七〇四條，六七〇條。

(註四) 二五六條。

(註五) 一三九一條二項。

## 從德國之例。

(四) 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，判決宣親子關係不存在後，無論何人不得主張親子關係之存在也。

(五) 否認權之消滅 否認權因左列原因而消滅：

(1) 起訴期間之經過；

(2) 嫡子之承認 夫承認嫡子後，不得再提起否認之訴。(註一)

### 第三款 庶子

#### 一 庶子之意義

庶子，質言之，即妾所生子是已。前清律例戶役卑幼私擅用財條例載：「嫡庶子男，分析家財田產，不問妻妾婢生，止以子數均分。」故婢所生子亦為庶子。自禁革買賣人口條例頒行後，法律上無復婢之名稱。現行律改為「不問妻妾所生，」

(註一) 第一次一三八六條，第二次七二條，第三次一四一條。

庶子遂以妾所生子爲限。

民律草案不明認妾制，然三次草案均稱：「非妻所生之子爲庶子。」非妻所生子，苟非承認妾制，則直私生子而已，然草案於庶子外又另定私生子一節。然則「非妻」云者，直妾而已。（註一）

## 二 庶子之資格

庶子與其父之關係，以左列條件推定之：

（一）父母係家長與妾；

（二）子係妾所生；

（三）子係家長之子；

（四）受胎係在妾之關係存在中。

受胎期間自亦爲子生日回溯百八十日至三百日。事實與推定不同者夫亦得提起否認之訴。（註二）

（註一）第一次一三八七條，第二次七四條，第三次一四二條。

（註二）第一次一三八八條，第二次七五條，第三次一四三條。

### 三 庶子之準嫡

#### (甲) 立嫡

宗法制度之下，庶子不得承宗，惟無嫡長子孫時始得立爲嫡子。(註一)唐律定爲妻年五十以上得立庶以長，清律從之。宗法既久已廢除，此制應不能存在，然現行律猶存此條。(註二)民律草案均因襲焉。(註三)第三次草案且規定立庶長子爲嫡子時，自呈報戶籍吏登記時生效。(註四)矜慎如不及，然吾人則苦思不得其理由之所在也。

#### (乙) 扶正

妾扶正時，則庶子亦因而取得嫡子之身分。蓋「子以母貴」也。第三次草案

(註一) 本書前論第一章之五。

(註二) 立嫡子違法條律。

(註三) 第一次一三八九條，第二次七六條，第三次一四五條。

(註四) 一四六條。

(註一) 所謂庶子由父與母成婚姻後卽爲嫡子，質言之，卽庶子因其母扶正卽爲嫡子而已。

#### 第四款 姦生子

##### 一 姦生子之意義

子自受胎至出生之間，其父母無婚姻關係者，爲姦生子或私生子。詳言之，非左列各種之子是也。

(一) 婚姻中受胎，婚姻中出生之子；

(二) 婚姻前受胎，婚姻中出生之子；

(三) 婚姻中受胎，婚姻解消後出生之子；

(四) 婚姻前受胎，婚姻解消後出生之子。

中國現行法及民律草案之庶子，亦非姦生子。

##### 二 姦生子與其父母之法律關係

(註一) 一四四條。



(甲) 立法例

姦生子與其父母之法律關係，如何規定，實爲重大之社會問題。各國立法上有二主義：

(一) 風紀論 尊重婚姻，則非由婚姻所生之子，應不能與由婚姻所生者，同其待遇，此風紀論之理由也。主張風紀論之法律：私生子於其父母生存時，雖有請求扶養之權；若父母死後，或不認其有繼承權，或許其比嫡子量與半分。

(二) 人道論 「子有何罪？」此人道論所持之理由也。德國一九一九年憲法，「爲私生子身體上知識上及社會上之發達計，應以待嫡子者待私生子。」  
(註一) 蘇俄革命後一九一八年法律，首除嫡出私生之差別焉。第一一三條云：

親子關係之基礎，應存於真實之血統。私生血統與嫡出血統之間，不應設何等差別。

非由婚姻關係之子，與婚姻既經登記之父母所生子，有同一之權利。

(註一) 一一三條。

本條之規定，於一九一七年十二月二十日採用民事婚制度之命令公布前所生之私生子，亦適用之。

理由書以爲：

在親子法範圍以內，吾人第一法典，排斥一切擬制，儘真實之狀態，卽實際之親子關係，使之出現於表面。以言語並以事實，導人民使習爲誠實，且由各種迷信解放之。一切子女，無出生之差別，關於權利，均置於同等之立足地，且使其容易利用均等機會焉。

### (乙) 現行法及草案

現行法因襲宗法之遺規，分非由婚姻所生之子爲庶子與姦生子。庶子與嫡子有平等之財產繼承權，且於無嫡子時有宗祧繼承權。姦生子於父之遺產僅得依子量與半分，且絕對無宗祧繼承權焉。民律草案因而不改。(註一) 夫庶子與姦生子，皆非由婚姻關係所生，而其待遇相差若是，苟非求其致此之由於宗法，實無

(註一) 現行律戶役卑幼私擅用財條例二，第一次一四七四條，第二次繼承編七五條。

充分之理由。故將來立法，非抑庶子之地位使與姦生子同，即揚姦生子之地位使與庶子等，二者必居其一。吾人則以後者爲較善焉。

### 三 認知

#### (甲) 立法例

姦生子與其父母之關係，如何確定？立法例各有不同：

#### (1) 認知

(a) 法國民法及日本民法，姦生子與父及母之關係，須經父母認知而後確立。(註一)

(b) 德國民法及瑞士民法，姦生子與母之關係，無須母之認知，即依出生之事實而確定。至姦生子與父之關係，須經父承認或認知而後確立。(註二)

#### (2) 登記

(註一) 法三三四條，日八二七條。

(註二) 德一七〇五條，一七一七條，一七一八條，瑞三〇二條。

蘇俄一九一八年法律，不問親生子或私生子均以登記於登記簿之父母爲其父母。(註一)

(乙) 現行法及草案

現行律無認知姦生子之制度，大理院判例以爲：「法律既許姦生子得承繼財產，則條理上自應認知制度，以確定其關係。」(註二) 姦生子與其父之父子關係是否存在，應以有無認知爲準者也。(註三) 姦生子與母之母子關係應不待母之認知，而以出生之事實爲衡，姦生子經認知後始爲父之姦生子。民律草案明定認領之制，其要點如左。(註四)

(1) 私生子經父認領後，爲父之私生子。

(註一) 一三四條。

(註二) 五年上字一八九號。

(註三) 三年上字七二九號。

(註四) 第一次一四〇四至一四〇七條，第二次九三至九六條，第三次一五三至一六〇條。

(2) 認領，父不得撤銷之，但私生子之母，私生子及利害關係人得舉反對之事實呈請撤銷之。

(3) 認領，父雖為限制能力人亦得為之。

(4) 認領須呈報戶籍吏登記，始生效力。

(5) 認領之效力，溯及出生之時。

第三次草案規定較為詳密。其要點如左：

(6) 子已成年，認領須經其承諾。

(7) 子已死亡，不得認領，但有直系卑屬時，父仍得認領之，若直系卑屬成年，亦須經其承諾。

(8) 認領得以遺囑為之。

#### 四 強制認知

##### (甲) 立法例

法國民法許私生子追求其母，而禁止追求其父 (La recherche de la paternité)

nite)。(註一) 一九二二年十一月十六日法律除父系追求之禁。瑞士民法，私生子之母及私生子得提起確定父系之訴。(註二) 確定父系之訴，以請求母子之扶養及確定子之身分爲目的。(註三) 德國民法，私生子得向其父請求扶養。(註四) 私生子之母亦得請求產蓐費。(註五) 日本民法，私生子及其直系卑屬或私生子直系卑屬之法定代理人，得向父或母請求認知。(註六)

### (乙) 民律草案

現行律犯姦條例載：「姦生子女責付姦夫收養。」則私生子得向姦夫請求

(註一)三四一條，三四〇條，但亂倫所生子禁止其追求父或母，三四二條。

(註二)三〇七條。

(註三)三〇九條。

(註四)一七〇八，一七一一等條。

(註五)一七一五條。

(註六)八三五條。

扶養，可以推知。草案則直認強制認知之制，私生子之母，私生子，或其直系卑屬，或私生子及其直系卑屬之法定代理人，得據事實請求其父認領。(註一)

## 五 準嫡

### (甲) 立法例

法國民法，除因姦所生子外，私生子因其父母成婚而取得嫡子之身分，但須在婚姻前或婚姻之際認知。(註二) 德國民法有兩種方法，皆有準嫡之效果：其一為因父母成婚而準嫡，於此情形，私生子取得嫡子之身分，與婚姻中出生者毫無差別；其二為準嫡之宣告，由父請求法院宣告其私生子為嫡子，於此情形，則私生子雖取得嫡子之身分，然與父之妻不生親子關係，與父之血族亦不生親屬關係。(註三)

瑞士民法不認第二種準嫡制度，子惟因父母成婚而準嫡。但父母已定婚，

(註一) 第一次一四〇八條，第二次草案否認強制認領之制，第三次一六一條。

(註二) 三三一條

(註三) 一七一九至一七四〇條。

因一造死亡或無能力而不能成婚者，得請求法院爲準嫡之宣告。(註一)日本民法，經父母認領之私生子爲庶子，庶子因父母婚姻而取得嫡子之身分。婚姻中父母認領之私生子，由認領時起取得嫡子之身分。此項規定，於庶子死亡時準用之。(註二)

(乙) 現行法及民律草案

現行律無準嫡之制。大理院解釋以爲子因父母正式婚姻，即取得嫡子之身分。(註三)母爲父妾，則私生子即取得庶子之身分，亦可推知者也。

民律草案從日本民法之例，私生子準嫡，須備兩種條件：

(1) 父之認領；

(2) 父母成婚。

(註一)二五八條，二六〇條。

(註二)八三六條。

(註三)八年統字一〇二九號。



認領在成婚前者，子由成婚時取得嫡子之身分。認領在成婚後者，子由認領時取得嫡子之身分。子死亡後亦得準嫡。(註一)

### 第五款 嗣子

嗣子者，因立嗣行爲而承繼宗祧之子也。故所後父無子始得立嗣，而同宗男子始得爲嗣子。嗣子因立嗣行爲而與所後父母發生與親子同一之關係。立嗣行爲，或由所後父生前爲之，或於所後父死後由所後母爲之，或於所後父母俱死後由所後父之直系尊親屬或親屬會爲之。易詞言之，立嗣不以所後父母生前行爲爲限者也。

所後父母生前立嗣雖於一定條件之下，得擇賢擇愛，並對於不孝有據之嗣子得廢除之，以期親子間感情之融和，但所後父母死後由親屬會立嗣，則應以嗣子與所後父間親等之遠近爲準，先親後疏，不得擇立賢愛。易詞言之，立嗣不必以繼親子間感情爲基礎者也。

(註一)第一次一四〇九條，第二次九七條，第三次一六二條。

立嗣雖以同宗同姓爲條件，異姓不得立爲嗣子，然先親後疏，乃至遠房同姓亦得入繼焉。易詞言之，立嗣不必以繼親子間血緣之親密爲條件者也。（註二）如上所述，立嗣之制純爲宗法無子立後之遺跡，別無何等意義焉。

### 第六款 養子

#### 一 養子之意義

養子指左列三種子女而言：

（1）收養三歲以下遺棄小兒；（註二）

（2）乞養異姓之子女；（註三）

（3）同宗之子過房而不承繼宗祧者。（註四）

（註一）參看現行律立嫡子違法條，嗣子制度應詳於繼承法，茲惟舉其要點。

（註二）收留迷失子女條律。

（註三）立嫡子違法條律。

（註四）婚姻男女婚姻條律文小註參看。

## 二 養子之身分

### (甲) 身分之取得

子女因收養乞養或過房而取得養子之身分。收養乞養或過房之法律行為，由所養父母爲之。依民法原則，有完全行爲能力者始得有效爲法律行爲，故未成年原則上不得以他人爲養子。(註一)

養子有姓名不可考者，有異姓者，亦有同宗者。前二種不得承繼宗祧。(註二) 後者亦不以承繼宗祧爲目的。故養子與嗣子不同。養親雖有親生子或立有嗣子，仍得收養養子。(註三) 而女子亦得爲養子，與非男子不得爲嗣子者不同。(註四)

(註一) 第三次一六四條。

(註二) 立嫡子違法條。

(註三) 四年上一九七一號。

(註四) 犯姦縱容妻妾犯姦條載「若抑勒乞養女與人通姦」故知女子得爲養子。又大理院七

年上一九五號。

養子關係以情愛爲條件，(註一) 故不得爲死者收養他人爲養子。易詞言之，收養或乞養行爲，須係所養父母生前行爲者也。

(乙) 養子與養親之關係

養子姓氏無可考者得從養父之姓。(註二) 異姓義子仍得用其原姓。養子爲養家之家屬，但不得遂以爲嗣。(註三) 養親死後，對於養子，得依情愛之程度，酌給財產。(註四)

(丙) 身分之喪失

養子與養親得以協議解除關係。如有重大事由，亦得由一造請求解除。

三 比較法制

(註一) 立嫡子違法條例，義男女婿爲所後之親喜悅，聽其相爲依倚。

(註二) 立嫡子違法條律。

(註三) 同上。

(註四) 同上例。

羅馬法，乞養他家家長爲養子，稱爲 *Arrogatio*。乞養他家家屬爲養子，稱

爲 *Adoptio*。前者須經勅許，不得私自爲之。後者得以私法律行爲爲之，但須用

*Mancipium* 之方式，或 *in jure cessio* 之方式。前者須證明係爲養子之利益，始得爲之，養子因此取得對於養父遺產四分之一之繼承權，無論如何，不得減損，養父因此取得對於養子之親權。後者在優帝以前，發生親權，但優帝法典改革此制，養子雖取得繼承權與嫡子同，而養父對於養子不生親權。(註一)

日耳曼法，養子雖隸於養親親權之下，但養親子間不生繼承之關係。自繼承羅馬法後，養親子關係在法律上與真實親子關係有相同之效果。德國民法亦然。但養親對於養子之遺產無繼承權。瑞士民法亦同。(註二)

英國法不認養子之制度，但養子之習慣則盛行於社會。一九〇八年制定保護兒童法，對於收受報酬養育七歲以下之幼兒，加以取締。然猶不足以救弊風。最

(註一) *Ledlie, Sohn's Institutes of Roman Law, pp. 479—482.*

(註二) 德一七五七，一七五九，一七六四條。瑞二六四至二六九條。

近始制定保護養子條例，以他人爲養子者須依合法程序聲請法庭許可，法庭得於許可書內規定養親子間之繼承權，於必要時且得令養親作成遺囑，指定應歸養子繼承之財產數額。養親除經法庭認許外，不得收受報酬。(註一)

養子制度之目的，可舉者有四：(1)承祖宗之祭祀，(2)繼承家長權，(3)繼承財產，(4)慰老，或慈幼。其弊端則爲養親之虐待或漁利，而其基礎不過法律之擬制。蘇俄革命後一九一八年法律廢止養子制度，其理由在排斥擬制，而導民以誠實。此立法上應行參酌者也。(註二)

## 第二節 親權

### 第一款 子女之地位

#### 一 初民社會之子女

(註一)法律評論一五二期外國法制新聞。

(註二)第三次民草一六三至一七九條定養子制度甚詳。

初民社會，家莫不有家長，子女隸焉。在母系制度之民族，子女有隸於母之兄弟之下者，但亦有仍隸屬於父權，如 *Melanesia* 之各族是也。

父權之大小，民族恆各不同。有父能賣子者，如 *Bogoss*, *Fantis*, *Dahomans* (菲列賓黑人) 是，亦有否認此權者，如 *Wapokomo*, *Ondonga* 是也。有父得殺嬰兒者，亦有不許殺嬰兒者，有父無須得子女之同意而爲之婚嫁者，亦有須得子女之同意者。如巴西之印第安人，殆不知子女應服從其父，如北美之印第安人則子女絕對服從其父焉。

父權存在之時期，各民族亦不一致。有女子出嫁即脫離父權者，如 *Wapo-komo*, *Washambala* 諸族是，亦有結婚後仍隸於父權之下者，如習慣上嫁後不入夫家之婦女常如是也。男子成立即脫離父權者，如 *Fuegians* 是。亦有終父之生，均在父權之下者焉。(註一)

(註一) *Westermarck, The Origin and Development of Moral Ideas, Vol. I, pp.*

## 二 羅馬法與日耳曼法之父權

羅馬法之 *Patria potestas* 與日耳曼法之 *Munt* 皆爲對於子女無限制之權力。此種權力，惟父有之。但左列二端，爲兩制不同之點：

(一) 父權存在之時期。羅馬法，父終其生對其子有父權。日耳曼法，子自獨立組織家室時，卽脫離父權。

(二) 子之財產之能力。羅馬法，子無財產能力，至帝國時代，始有軍事特有產及準軍事特有產之制，嗣後子對於 *bona adventicia* (由母承繼及由第三人贈與之財產) 有特有權。日耳曼法，子於家產有共有權，極古時代，已由子干涉其父處置家產及於父生存時分析家產之例。

學者因此謂羅馬法之父權乃爲父之利益而存在，日耳曼法之父權乃爲子之利益而存在。(註一) 此二制者，實引起親權制度之二大思潮。近代各國民法，雖(註一)末川博民法上特殊問題之研究，三〇八頁以下。但有反對此說，謂日耳曼法之父權仍係爲父之利益與羅馬法同者，如 *Brissand, History of French Private Law, pp. 183-185*。



不能一洗羅馬法之遺跡，然莫不承認親權係爲子女之利益而存在者。

### 三 近代民法之親權

近代民法之親權制度，因日耳曼法思潮之鼎盛而有種種之變遷：

(1) 親權之主體 法國民法，父在婚姻中單獨行使親權，父死後始由母行使。(註一) 德國民法亦同。(註二) 瑞士民法，在婚姻中，父母共同行使親權，但父母不一致時，仍從父之意思。(註三) 蘇俄法律，父母同時行使親權，不能合意時，由地方法院命父母出庭解決之。(註四) 是親權之行使由父一造進於父母兩造之例也。

(2) 親權之內容 各國民法關於親權之內容，大抵由廣泛漸趨於限制，

(註一)三七三條。

(註二)一六八四條。

(註三)二七四條。

(註四)一五〇，一五二條。

由權利本位漸趨於義務本位。法國民法，父對於子女，有廣大之懲戒權。(註一) 有限制子女離家之權。(註二) 在子女未滿十八歲以前，有享受其所得財產之權。

(註三) 德國民法認保護子女身體財產爲父母之權利，亦即父母之義務。由此種權利並義務，父母有代表子女之權；有教育子女監督子女及指定住所之權利並義務；有請求懲戒之權；有管理子女財產之權利並義務，亦有收益及處分之權。(註四) 瑞士民法親權之內容較德國民法略有參差，然自條文之體例言之，尤少權利本位之色彩。父母應按子女之體力智力指導其職業之訓練，應指導其宗教之訓練；於教育之必要，有懲戒之權；在親權之範圍內，有代表子女之權。(註五) 蘇

(註一) 三七五至三七九條。

(註二) 三七四條。

(註三) 三八四條。

(註四) 一六二七以下。

(註五) 二七六至二七九條。

俄法律，除不規定懲戒權外，父母對於未滿十四歲之子女，得協議其屬於何種宗教，協議不成立時，視爲無宗教者；父母應與子女以監護教育且與以有用職業之訓練；子女身體上財產上利益之保護，爲父母之任務；父母對於國家及其他方面，代表其子；父母對於十六歲以上十八歲以下之子女，非得其承諾，不得爲之締結勞務契約。(註一)

(3) 親權存在之時期 法、德、瑞、俄諸法均以子女成年時爲親權終止之時，但法國民法，尙有延長至子女成年之後者，即對於子女結婚之同意權是也。

(4) 親權之喪失 法國民法初無親權喪失之制，一八八九年七月二十四日法律始於特定情形之下，使國家代父盡法定之義務。德國民法有喪失親權及停止親權之規定。(註二) 瑞士民法亦設剝奪親權之制。(註三) 蘇俄法同。(註四)

(註一) 一四八至一五七條。

(註二) 一六八〇、一六七三條。

(註三) 二八五條。

(註四) 一五三條。

## 第二款 行親權人

### 一 親權與家長權

在純粹之家族制度，親權即包含於家長權之中，並無獨立之存在。在純粹之個人制度，則有親權而無家長權。故即謂家族制度爲家長權制度，謂個人制度爲親權制度，亦無不可。

我國家長權與親權，有混合之時，亦有分立之例。如祖父在，則祖父有家長權，同時對於父及子孫又有親權存焉，是家長權與親權併屬於一身也。然父對於子仍不失其行親權人之地位，此則親權與家長權分立之例也。又如伯父爲家長，對於姪有家長權而無親權，同時父有親權而無家長權，亦親權與家長權分立之例也。

我國家長權親權之分合，何以複雜若是？曰：宗法使然而已。宗法以父權爲中心，顧又有家統一尊之義，故家之團體之中，家長權惟一，而親權則祖於父，父於子，祖於孫，皆有之。宗法使然而已。

親權爲親子關係之效果，故惟父母有之。顧宗法之精神在於尊祖，而直系等屬有特殊之地位。於是他國專由父母行使之親權，在我國則直系尊屬之祖父母父母對於直系卑屬之子孫皆得行使之。是亦宗法使然者也。（註一）

## 二 親權之主體及其行使

### （甲）現行法

現行律於親子關係之規定，均以祖父母父母並舉，蓋宗法之下，直系尊長對於直系卑幼身體上財產上均有監督保護之權故也。但其行使之次序，並無詳明之規定，依大理院判例，則如左記：

#### （1）父母先於祖父母。（註二）

#### （2）父先於母 父死亡或不能行使親權時，由母行之。（註三） 但有左列

（註一）現行律子孫違犯教令條律，別籍異財條律，男女婚姻條例，皆祖父母父母並舉。

（註二）六年上一二三三號。七年上二九八號。

（註三）三年上六一六號。

之特例：

(a) 嫡母先於生母行使親權。(註一)

(b) 嫡母繼母行使親權，爲子之利益起見，得依利害關係人之請求，爲定監督保護之方法。(註二)

(乙) 民律草案

第一次第二次草案均規定親權由父或母行之。其立法理由在使父母二人不得同時行使親權，以免意見衝突時無所適從之弊。(註三) 第三次草案則規定親權由父行之，父亡故或在事實上不能行使親權時，由母行之。(註四) 母行親權時，有左列之特例：

(註一) 五年上一二〇九號。

(註二) 七 years 上九一九號。

(註三) 第一次一三七〇條，第二次五六條。

(註四) 一〇八條。

(1) 嫡母繼母行親權時，應從監護法設監督人。(註一)

(2) 母行親權時，得指定親屬一人為輔助人，應母之諮詢，陳述意見，或關於監護事項，受母委任為代理人。(註二)

### 第三款 服親權者

#### 一 服從親權之時期

各國民法，限於未成年之子，服從親權。我國以宗法尊祖之故，子於父母之終生皆服從親權，與羅馬法同焉。第三次草案從日本民法，服親權者為未成年及不能營獨立生計之成年之子。(註三)

#### 二 孝敬父母之義務

子孝敬父母，本於天性而然，非法律所應有事。然宗法之中心道德曰孝，故律

(註一) 第一次一三七一條，第二次五七條，第三次一一〇條。

(註二) 一〇九條。

(註三) 一〇八條但書，日本民法八七七之一。

有十惡，七曰不孝。

法國民法規定：子終生應孝敬父母。俄羅斯帝國民法：子於父母，應表示充分之尊敬，柔順服從及親愛，爲父母服勞務，與父母語應有敬意，父母之訓諭及懲戒，應忍耐平心受之。子對於父母之尊敬，應繼續至父母死後。瑞士民法亦規定子應服從尊敬其父母。（註一）固不乏規定孝敬義務於法律之先例。故第三次草案規定：「爲子者畢生負孝敬父母之義務。」豈律例十惡及摩西十誡之文，必定於民法，始有以見民德之淳歟！吾人有遺憾焉。（註二）

#### 第四款 親權之效力

##### 一 親權之範圍

親權乃本於父母之身分之權利義務，然本於父母之身分之權利義務，非皆爲親權。卽如繼承權及扶養之權利義務，皆非親權。

（註一）法三七一條，俄舊一七七條，瑞二七五條。

（註二）黃右昌民法第四編力言應加入此條，以法瑞民法爲先例可取。



## 二 親權之內容

### (甲) 現行法

宗法以父權爲中心，故親權之內容至廣。依現行律，子孫應服從祖父母父母之教令焉。除此項一般之教令權外，尚有左列之權利義務：

(一) 對於子之身體之權利義務

(1) 懲戒權 子孫違犯教令者，祖父母父母得自行懲戒，(註一) 或請求法院懲戒。(註二) 懲戒權爲祖父母父母監督教育子孫之一手段，故父行親權時，母亦得懲戒子女，但請求法院懲戒時，須由行親權者爲之。

(2) 指定住所權 「祖父母父母在，子孫不得分財異居，其許令分析者聽。」(註三) 是行親權人有指定住所之權也。(註四)

(註一) 但不得非理毆殺，易詞言之，祖父母父母無生死權。鬪毆祖父母父母條律。

(註二) 訴訟子孫違犯教令條，子孫違犯教令者，須祖父母父母親告乃坐。又暫行新刑律補充條例第十一條。

(註三) 別籍異財條例。

(註四) 大理院五年上八四三號。

(二) 對於子之財產之權利義務

行親權人對於子之財產之權利義務，現行律未設明文。大理院判例以爲行親權人對於子之財產有代爲管理並處分之權利。(註一)

(乙) 民律草案

民律草案，親權之效力如左：(註二)

(一) 對於子之身體之權利義務

(1) 護養並教育之權利義務。

(2) 懲戒權。

(3) 允許職業並撤銷允許之權。

(4) 指定住所之權。

(二) 對於子之財產之權利義務

(註一) 三年上六一六號，四年上四八一號，四年上五六四號，五年上五三三號，四年上一二九一號。

(註二) 第一次一三七二至一三七六條，第二次五八至六二條，第三次一一二條至一二一條。

(1) 管理子之財產之權利。

(2) 代爲財產上法律行爲之權利。

(三) 行親權之父或母代子行使親權。此第三次草案之所定也。蓋第三次草案，未成年之子始服親權，子未成年，故其親權由父或母代行之。

### 第五款 親權之喪失

一 子出繼或爲人養子時

子出繼後，應服從所後父母之親權。爲人養子者應服從所養父母之親權。本生父母應喪失其親權焉。(註一)

二 女出嫁時

女出嫁後應服從舅姑之親權，本生父母之親權，應歸喪失。(註二)

三 母離婚或改嫁時

(註一) 六年上八一七號，第三次一二三條。

(註二) 第三次一二四條。

母離婚或改嫁，或喪失父妾之身分而去父家時，雖與子女仍保持親子之關係，然其親權則因而消滅者也。(註一)

#### 四 濫用親權時

行親權人濫用親權時，應喪失其親權。但有全部喪失與一部之別。

(一) 全部喪失 卽喪失其對子女身體上財產上一切權利義務之謂也。

(註二)

(二) 一部喪失 卽喪失其對子女財產上之管理權之謂也。依大理院判例，行親權人若因品行不檢或管理失當，危及其子之財產者，許其向法院請求宣告喪失其管理權。(註三)

#### 第六款 親權之消滅

(註一) 五年上一二〇九號，第三次一二三條。

(註二) 第三次一二五條。

(註三) 六年上四六〇號，第三次一二六條。

## 一 現行法

現行法，子應終身服從親權，故子之成年，非親權消滅之原因。惟行親權人或服親權人死亡，親權始行消滅。但對於子之財產之管理權，則因子之成年而消滅。  
(註一)

## 二 第三次草案

第三次以子之成年爲親權消滅之原因。親權消滅後，父母與其子之關係若何？且有詳密之規定焉。蓋社會實際上，成年之子與父母有共同生活者極多，不得不設相當之規律故也。(註二)

### (一) 互相扶助之義務

父母與成年之子，在共同生活利益上有互爲必要扶助之責。

### (二) 續管財產之權利義務

(註一) 三年上六一六號。

(註二) 一二九至一三四條。

子成年後願將財產由父或母續管，或因維持家用，以財產之一部委付於父或母者，父或母得續管之。如因維持家用，由該財產或收益內支出者，以子無特別意思表示爲限，視爲無請求返還之意思。財產之管理費由子之財產支出之，但其餘支出，非子義務所必要者，須徵問子之意見。

(三) 負擔教育費之義務

父或母於子無財產或續管子之財產時，對於尙須教育之成年之子，負支出教育費之義務。

(四) 給與嫁贖之義務

父於女成婚時，有準其資力給與嫁贖之義務。父無資力或亡故者，母任其責。

## 第五章 監護

### 第一節 監護制度

## 一 羅馬之監護制度

古代羅馬法以家爲單位。私法之主體曰家長。無爲家長之能力者，卽無爲法律行爲之能力。於是有兩種監護制度：

(一) 未成年人之監護 父死則子爲家長，但子未成年，卽無爲法律行爲能力，故設監護人代爲法律行爲或補助爲之，至子成年能爲家長時爲止 (Tutela impuberum)。

(二) 婦女之監護 婦女無爲家長之資格，故終身不得自由爲法律行爲。婦女或在父權之下，或在夫權之下。其不在父權夫權之下者，設監護人 (Tutela Mulierum)。

監護人依法律規定 (Tutela legitima)，或由行親權人以遺囑指定之 (Tutela testamentaria)，無遺囑監護人者，由官廳指定之 (Tutela Dativa) 監護人有兩種職務：其一爲補充能力 (auctoritatis interpositio)，其二爲管理財產 (gestio)。(註 1)

(註 1) Ledlie, *Sohn's Institutes of Roman Law*, 488—495

## 二 日耳曼之監護制度

日耳曼法之監護制度，原於父權 (Munt)，凡自己無父權者，如不在父權或夫權之下，即置於監護之下。最古時代，族長爲監護人，蓋宗族監護制度 (Collective guardianship of the sib) 也。至 Frankish Empire 時代，宗退爲監督監護人，另以被監護人之最親宗親爲監護人。監護人在古代享有 Munt，其權力與父無異，至後世，則以保護被監護人爲職責。(註一)

## 三 近世民法之監護制度

監護制度源於羅馬法與日耳曼法，此二法者，監護皆所以延長父權，故爲家族內之一種權力關係。然至近世，監護法漸有「公法化」之趨向焉。

(一) 法國民法 法國革命後，曾一度施行家事決於親屬會之制度。(註二) 此制雖無何等之成績，然民法法典監護制度仍大受其影響，蓋民法法典以親屬

(註一) Huebner, History of Germanic Private Law, 677—681

(註二) 一七九〇年八月法律。



會爲最高監護機關也。依民法法典，父母在，以父母行監護之職務；父母亡後，依次以父母指定之監護人，祖父母或親屬會指定之監護人充之。（註一）

（二）德瑞民法 德國民法監護雖仍屬私職，而以監護法院爲最高監督機關，且規定監護法院應以職權設定監護焉。（註二） 監護法院應依次以被監護人之父所指定者，其母所指定者，祖父，或外祖父爲監護人。（註三） 瑞士民法亦以監護法院爲監護機關。（註四） 在德瑞民法雖亦有親屬會爲監護機關之制，然限於特定情形，且由監護法院指揮組織之。（註五）

（三）蘇俄新法 蘇俄新法更進一步，以監護爲國家之職務，其該管機關

（註一）三八九，三九七，四〇二，四〇五條。

（註二）一七七四條。

（註三）一七七六條。

（註四）三六〇條。

（註五）德一八五八，瑞三六一。

爲中央及地方社會福利局，由社會福利人民委員會指揮監督之，但實際當其任者，仍爲該管機關任命之監護人。理由書以此爲過渡辦法，其言曰：

社會主義的秩序苟樹立於吾人之間，吾人自應以社會的保護代親屬的保護。雖然，吾人今尙在過渡時期。吾人尙未臻社會主義完全之形式。以故，吾人不得不採用過渡之方法。惟亦應採爲置未有勞動能力及已失勞動能力者於社會保護之下之制度樹立基礎之過渡方法。故如有家時，委兒童於近親而不置於公家監護之下。其無家之兒童，不問其有無財產，則置於社會福利局之國家設備下焉。此項設備，應執行監護事務，而努力期於不用私人介在於其間，惟有特別情形，得任命監護人一人或數人，委以監護之職。（註一）

至於社會主義之監護制度，則有左列之目的，但非過渡時期所可行耳：

自來父母之於其子，恆怙愛而愚昧。子惟局限於一家之狹隘之境，眼界殊狹，不能養成人類之大社會之一員，恆以自己利益爲第一，大有害於社會利益，

（註一）法學協會雜誌三十九卷三號，穗積重遠蘇俄革命與親子法。

爲利己之個人主義者，與其父母同。監護制度，應打破此項父母之舊習。故監護制度乃革命的。與舊制斷絕淵源。監護制度乃社會主義的。向社會主義之社會所應採用之方法，闢一進路。（註一）

然則蘇俄監護之方法雖爲妥協的，與德、瑞諸法相去無幾，而其目的則爲革命的，意在代替父母及其他親屬之家族保護制度者也。

#### 四 我國之舊制與現制

我國因宗法制度之故，子終身在直系尊長或旁系尊長權力之下。宗法之精神既超越家之小範圍，故旁系尊長卽不同家，亦有其監督保護之職。在此種宗族監護制度之下，所謂 Tutela 或 Guardianship 者遂不能爲具體的發達。

古帝王有所謂「顧命」，（註二）而士庶人亦有所謂「託孤」。託孤與指定監護人大相類似，然亦不過於特殊情形始有行之者，尙未型成系統的法則也。十

（註一）法學協會雜誌三十九卷三號，穗積重遠蘇俄革命與親子法。

（註二）讀禮通考卷六十六。

餘年來始略見監護之判例。

在監護法「公法化」之時期，我國有三次親屬法草案之編訂焉。其間歷十餘年，然無進步之可述。蓋大體仿自法國民法以後，德國民法以前編訂之日本民法也。

## 第二節 監護之開始

### 一 監護開始之原因

監護因左列原因而開始：

- (一) 未成年人無行親權人或行親權人喪失親權或管理權時。(註一)
- (二) 宣告禁治產或認爲民事無能力人時。(註二)

### 二 監護制度之目的

(註一) 五年上六二二號，五年上九九〇號，三年上六一六號，第三次一八〇條。

(註二) 十年上一六一一號，第三次二一〇條。

監護制度之目的在保護無能力或限制能力者，由上述而可知。妻之限制能力，乃由於尊重夫權，故非監護之問題。準禁治產人，精神障礙之程度輕微，無置於監護之下之必要，別有保佐人制度焉。至於未成年人，應依親權保護之，無行親權人或行親權人喪失親權時，始以監護彌其缺。禁治產人則不問年齡之老幼，需要保護之程度且較未成年人為高，故自始即為設監護人焉。

## 第二節 監護之機關

監護之機關有三：

- (一) 監護人。
- (二) 監護監督人。
- (三) 親屬會。

監護人為執行機關，監護監督人及親屬會為監督機關。然親屬會除監督監護外，尚有種種之職務，故於次章另述之。依判例，左列機關亦有時為監護之監督：

(四) 法院(註一)

惟法院不適於監督事務，故家事法院，就此點言，實有設置之必要。

第一款 監護人

一 監護人與被監護人

行監護職務之人稱監護人。爲之設置監護人者稱被監護人。監護人以一人或二人充之。(註二) 監護人有三種：(1) 法定監護人，(2) 指定監護人，(3) 選定監護人，是也。

二 未成年人之監護人

(甲) 現行法

現行法，未成年人之監護人以左列諸人依次充之。(註三)

(註一) 五年上九九〇號，八年上九五七號。

(註二) 第三次一八一條，限於一人。

(註三) 五年上六二二號，五年上九九〇號。

(1) 父母生前指定為監護人者。

(2) 同居之近親尊長。

(3) 親屬會或法院選任之監護人。

下列兩事，應當注意：

(a) 自幼撫養之慈母為未成年人之監護人。(註一)

(b) 母改嫁後雖不得行使親權，如得夫親同意，仍可為子之監護人。(註二)

(乙) 民律草案

民律草案雖不認祖父母行使親權，然父母亡故或不能行使親權時，首以祖父母為法定之監護人焉。故監護人之次序如左。(註三)

(1) 祖父。

(註一) 八年上七七〇號。

(註二) 九年上五七二號。

(註三) 第一次一四一二條，第二次一百條，第三次一八一條。

(2) 祖母。

(3) 家長。

(4) 最後行親權之父或母以遺囑指定之人。

(5) 親屬會選定之監護人。

### 三 禁治產人之監護人

(甲) 現行法

現行法雖尙無禁治產制度，然實際上因心神喪失等情形，可認爲民事無能力人者，應爲之設置監護人。其次序如左：(註一)

(1) 父或母。

(2) 妻(或夫)。

(3) 依未成年人監護人次序指定選任之人。(註二)

(註一) 十年上一六一一號。

(註二) 解釋上應如此。



(乙) 民律草案

民律草案以父母，夫或妻，祖父，祖母，指定監護人或選定監護人，次序任監護之責。(註一)

四 監護人之辭任

監護人之充任，乃法律上之強制負擔，以不得辭職為原則。但依草案，有左列原因時，得行辭職。(註二)

(1) 有正當事由時。

(2) 係婦女者。

(3) 年逾六十者。

至是否有正當事由，由誰決定？並向誰辭職？草案均未設明文。依正當之解釋，監護人辭職應向親屬會為之，並由親屬會決定其有無正當事由。

(註一) 第一次一四三三條及理由書，第二次一一六條，第三次二一一條，二一二條。

(註二) 第一次一四一五條，第二次一〇三條，第三次一八五條。

## 五 監護人之缺格

依草案，左列諸人不得爲監護人（註一）

- （1）未成人；
- （2）禁治產人；
- （3）破產人；
- （4）褫奪公權人；
- （5）對於被監護人現爲訴訟或曾爲訴訟之人或其直系親屬及其配偶；
- （6）法院認爲不任監護之任者。

### 第二款 監護監督人

#### 一 監護人與監護監

監護監督人爲監護人之監督機關。判例雖承認此種機關，（註二）而無詳明

（註一）第一次一四一六條，第二次一〇四條，第三次一八六條。

（註二）十年上六一三條。

之宣示。草案從日本民法，反於監護制度公法化之趨向，力避國家機關干涉家事之政策，且以召集親屬會尙未能充分保護被監護人之利益，因設監護監督人，以監督監護事務之執行。監護監督人爲監護人之監督機關，故：

(1) 依監護人與被監護人之關係，無設監督機關之必要者，不設監護監督人，故父母祖父母家長爲監護人時，(註二) 不設監護監督人。

(2) 監護監督人應以能對監護人爲適當之監督者爲之。故：

(a) 無法定監護監督人之制；

(b) 監護人之配偶人直系卑屬或兄弟姊妹不得爲監護監督人。(註二)

(c) 監護人有更迭時，應改選監護監督人。(註三)

(註二)第三次二〇二條，祖父母家長爲監護人時，無設監督人之必要，則當然之解釋，父母爲監護人時亦然。

(註二)第三次一八九條。

(註三)第五次一八八條。

## 二 監護監督人之種類

監護監督人有二種：

- (1) 指定監護監督人 遺囑指定監護人時指定之。(註一)
- (2) 選定監護監督人 有左列情形時，由親屬會選任之：
  - (a) 遺囑未指定監護監督人時；(註二)
  - (b) 親屬會選定監護人時；(註三)
  - (c) 監護監督人出缺時；(註四)
  - (d) 監護人更迭時。(註五)

(註一)第三次一八七條。

(註二)第三次一八七條。

(註三)第三次一八七條二項。

(註四)第三次一八七條三項。

(註五)第三次一八八條。

### 三 辭職及缺格

監護監督人之辭職及缺格，準用監護人辭職及缺格之規定。(註一)

### 四 監護監督人之職務

監護監督人應以善良管理人之注意，(註二) 執行左列之職務。(註三)

(1) 監督監護人之事務；

(2) 監護人曠職時，暫行代理其職務；

(3) 監護人出缺時，催促後任監護人就任，如無後任監護人時，召集親屬會選任之。

(4) 有急迫情形，為必要之處分；

(5) 監護人與被監護人利益相反時，代表被監護人。

(註一) 第三次一九二條。

(註二) 第三次一九二條。

(註三) 第三次一九〇條，一九一條。

(6) 有必要時，得請求監護人報告實行事務之狀況或閱覽有關監護之文件。

#### 第四節 監護之事務

##### 一 監護之事務與行親權人之事務

監護在現行法及民律草案仍認為親權之延長，即不然，亦與親權有同一之目的。故監護之事務大體與行親權人之事務相同。然，親權之基礎在親子天然之愛情，而監護則否，故法律對於兩者干涉之程度有所不同。而監護人之權義與行親權人之權義亦大有差異焉。

##### 二 現行法

現行法，監護之事務雖未能詳明宣示，左列諸點則為監護與行親權人權義不同之點：

(1) 應服從監護監督人及親屬會之監督。

(2) 應以誠實注意處理事務並保護被監護人之利益——即如被監護人已經成年，但如有浪費等情形，足為限制能力之原因時，監護人為保全其利益起見，應請求親屬會選定保護人是也。(註一)

(3) 對於被監護人財產祇有管理權，不得擅行處分。(註二)

(4) 應代理被監護人為財產上之行為，但如與被監護人財產有重大關係或係自己讓受被監護人之財產時，應經親屬會允許。否則監護監督人得代被監護人訴求撤銷。(註三)

### 三 民律草案

民律草案所定之監護事務，茲依第三次草案略記如左。(註四)

(註一) 六年上八一七號。

(註二) 五年一二六一號。

(註三) 十年上六一三號。

(註四) 一九三至二〇四條。

(一) 關於被監護人身體之事務

(1) 保護教育。

(2) 指定居所。

(3) 懲戒權。

(4) 允許營業或撤銷限制其允許。

(5) 對於禁治產人護養療治其身體。

但變更行親權人已定之教育方針及居所時，爲(4)之事務時，及送禁治產人入瘋癲醫院或監禁於私宅時，均應經親屬會之同意。

(二) 關於被監護人財產之事務(父母祖父母家長爲監護人時不受下列限制。)

(1) 調查財產，開具清冊。

(2) 開具歲出之豫算。

(3) 存放金錢。



(4) 報告財產情形。

(5) 限制下列行爲：

(a) 讓受被監護人財產應得親屬會同意。

(b) 不得以被監護人財產供自己之用。

(6) 依親屬會之請求提出擔保。

(三) 代表被監護人之行爲(但有重大關係時,應得親屬會同意)

### 第五節 監護之終止

#### 一 監護之絕對終止

監護之絕對終止者,監護本體之終止之謂。其情形如左(註一)

(一) 未成年人達於成年時。

(二) 被監護人死亡時。

(註一)第三次二〇五條,六八條。

(三) 被監護人宣示亡故時。

(四) 禁治產之宣告撤銷時。

(五) 未成人之被監護人之行親權人得以行使親權時。

(六) 未成年女子之被監護人與成年男子結婚時。

## 二 監護之相對終止

監護之相對終止者，監護本體尙未終止，而某監護人之職務終止之謂。其情

形如左(註一)

(一) 監護人死亡時。

(二) 監護人缺格時。

(三) 監護人違背義務經親屬會撤退時。

(四) 監護人辭職時。

## 三 監護終止後之事務

(註一)二〇六條。

監護終止時，監護人應速即邀同監護監督人清算帳目，交還所管財產。監護職務係因監護人死亡終止者，由其繼承人辦理。(註一)

## 第六節 保佐人

### 一 立法例

羅馬法於 Tutela 之外，更有 cura 之制，cura 有二種：

(1) 有行為能力之未成年人 (pubes minor) 得因特殊原因，請求設置 cura (cura minorum)。

(2) 瘋狂人應設 Cura (Cura Furiosi)。

(3) 浪費人應設 Cura (Cura Prodigii)。

法(註二) 德(註三) 瑞(註四) 日(註五) 均仿行焉。

(註一) 第一次一四三〇，第二次二〇七條。

(註二) 五一三至五一五。

(註四) 三九二至三九七條。

(註三) 一九〇九至一九二一。

(註五) 十一，十二，九〇九之一條。

## 二 民律草案

第一次民律草案以心神耗弱人聾人啞人盲人及浪費人爲準禁治產人，限制其行爲能力，並置保佐人以爲意思補充機關。(註一) 第二次草案總則篇以精神衰弱人浪費人爲限制行爲能力之禁治產人。(註二) 設照管人以爲意思補充機關。(註三) 第三次草案親屬編亦同。(註四) 照管人蓋與第一次草案之保佐人爲同一制度，然第三次草案親屬篇忽又有照管人與被照管人利益相反時，保佐人須招集親屬會選定臨時照管人之規定，保佐人爲何在第二次草案總則篇殊無形跡之可尋，蓋誤也。

保佐人（照管人）之權限與監護人大不相同，祇得對於準禁治產人（限

(註一) 二三至二五條。

(註二) 十二條三款，十三條。

(註三) 一〇四條。

(註四) 二一六條。

制行爲能力之禁治產人)之法律行爲予以允許。至其選任辭職及終止皆準用監護之規定。(註一)

## 第六章 親屬會

### 第一節 親屬會之地位

#### 一 我國之親屬會

我國古代，宗人以飫禮相聚會以「講事成章」。此種聚會蓋王公諸侯集貴族以議國家政務之合議機關也。今日之族，亦有合議機關焉，判例稱之爲親屬會。族人集議，事不限於監護，凡一族之重要事務皆決焉，故親屬會之權限殊爲廣泛。

#### 二 立法例

(一) 羅馬法與日耳曼法 羅馬古有親屬會議 (Concilium domesticum)

(註一) 第一次一四三九，第三次二一八條。

之習慣，家長行使權力時，如有重大關係，應得其允許，然非法律上之制度也。（註二）至監護事務，則以國家爲最高監督機關。（註二）以公共機關爲監護最高監督機關之制，亦爲日耳曼族所行，蓋亦以監護爲公務也。至十九世紀，乃捨棄以監護爲公職之主義，監護人惟限於重要事務始須得公共機關之允許。但法國法獨保存日耳曼古代宗族監護制度之遺迹，設所謂親屬會之組織，在革命時期，執政者且欲以此爲裁決家事之機關焉。（註三）

（二）法國民法 法國民法法典因襲舊制，以親屬會爲監護最高機關，以治安裁判官與被監護人親屬六人共同組織之，有選定監護人，監督財產之管理及對於監護人重要行爲之允許之權。（註四）

（註一）Ledlie, *Sohn's Institutes*, p. 482.

（註二）Loc. cit. p. 499.

（註三）Huebner, *History of Germanic Private Law*, pp. 681, 682.

（註四）Loc. cit. p. 682.

(三) 德國民法 德國民法與法國民法典不同，凡法國民法典屬於親屬會之職權均以監護法院行之。至親屬會則不過於被監護人之父母有遺命時或其親屬請求時，始由法院召集之，召集親屬會時，法院之職權即移屬於該會。親屬會以監護法院法官及被監護人親屬二人至六人組織，如不能得法定人數，亦不開會。(註一) 瑞士民法大體相同。(註二)

(四) 日本民法 英國無親屬會之制，(註三) 法國民法雖有之而職權僅及於監護之監督。德、瑞民法且以之為任意設立之機關焉。日本因古有親屬集議家事之習慣，明治維新後民法施行前，所謂「親屬協議」者，常見於法令及裁判。故日本民法法典雖取法於法國民法以親屬會為監護最高監督機關，而其權限卻不止於監護。故親屬會有時為常設機關。(註四) 有時則於應行會議事項發生

(註一) 德民法一八五八，一八五九，一八六〇，一八七二。  
(註二) 瑞民法三六二至三六六。

(註三) Brissaud, History of French Private Law, p. 253, footnote 6.

(註四) 日民九四九條。

時由法院召集之。

### 三 民律草案

民律草案從日本民法之例。然日本學者於彼邦親屬會制深不滿意，以爲有時止於形式，有時卻釀爭端，不能舉豫期之成績焉。（註一）

## 第二節 親屬會之組織

### 一 親屬會之性質

親屬會非法人，會之本體，無權利義務。故法律謂親屬會應爲某行爲或不應爲某行爲，不外向親屬會會員賦以權利或義務。但此權利義務應由親屬會會員全體共同行之，故親屬會之行爲常爲親屬會會員之決議。

### 二 親屬會會員

在我國古來，親屬會乃宗族之機關，故親屬會會員常爲同宗之人。但我國社

（註一）穗積重遠親族法大意一四二頁。



會組織，除宗法外，仍重血緣，(註一) 故外親有時亦得加入親屬會。民律草案於親屬會會員資格不加限定，親屬及與本人相關切者均得爲之。但監護人保佐人及缺監護人之資格者不得爲之。(註二)

親屬會在習慣上既常爲宗族之機關，故現行法，親屬會會員應爲各房族人或各房族人之總代表。(註三) 民律草案之精神寧趨於個人本位。故親屬會會員依兩種方法產生。(註四)

(1) 由有指定監護人之權利者以遺囑指定之，是爲指定親屬會會員。  
(2) 無指定親屬會會員時，由法院由親屬內及與本人相關切者內選定之，是爲選定親屬會會員。

(註一) 前論第一章第一節之二參看。

(註二) 第一次一四四三條，第三次二二二二條。

(註三) 五年上七二九號。

(註四) 第一次一四四二條，第三次二二二一條。

(3) 親屬會會員有不能到會者時，常由法院補選。(註一)

(a) 會員出缺時，由法院補選之。

(b) 會員因一時之事故不能到會時，由法院選定臨時會員。

(c) 法院得選定候補會員，並定遞補之次序。(註二)

我國親屬會會員人數向無限定。然親屬會之行爲常爲會員之決議，故親屬會會員須爲奇數，民律草案定爲三人以上七人以下焉。(註三)

親屬會會員之充任爲法律上之強制負擔與監護人同。故親屬會會員非有正當事由不得辭職。(註四)

### 第二節 親屬會之招集及議事

(註一) 第一次一四四六條第三次二二八條。

(註二) 第三次二二八條三項。

(註三) 第一次一四四一條，第三次二二〇條。

(註四) 第一次一四四四條，第三次二二三條。

## 一 親屬會之招集

我國習慣，親屬會或由當事人請求族長招集，或自行招集。依民律草案，親屬會次之招集，由法院依本人親屬監護人監護監督人保佐人檢察官或利害關係人之請求招集之。(註一) 常設之親屬會除第一次由法院招集外，得由本人法定代理人監護人監護監督人保佐人或會員招集之。(註二) 至招集之處所則未嘗明定，蓋由招集人定之也。

## 二 親屬會之種類

依民律草案，親屬會有左列二種：

(1) 非常設之親屬會 親屬會原則須於民法或其他法令所定應開親屬會時招集之，議事既畢，即行解散。

(2) 常設之親屬會 為無能力人限制能力人而設之親屬會則須繼續

(註一)第一次一四四〇條，第三次二一九條。

(註二)第一次一四四七條二項，第三次二二七條二項。

存在至成爲有能力人時爲止，是爲常設親屬會。(註一)

### 三 親屬會之權限

#### (甲) 現行法

我國舊以親屬會爲宗族之機關，故其權限頗爲廣泛。依律例及習慣，左列事務均取決於親屬會：

(1) 立繼 守志之婦立繼，「須憑族長」。(註二) 守志之婦亡故，而夫又無直系尊屬，則由親屬會議立。(註三)

(2) 選任監護人 未成年人之最後行親權人未指定監護人時，由親屬會選定之。(註四)

(註一) 第一次一四四七條第三次二二七條。

(註二) 現行律立嫡子違法條例。

(註三) 男女婚姻條例第三。

(註四) 五年上六二二號。

- (3) 親屬間之爭議 例如分析家財有爭執時，由親屬會解決，是爲常例。
- (4) 宗族重大事件 如修祠修譜等事，皆由親屬會議決。

(乙) 民律草案

民律草案於親屬會之權限，有所限制，蓋民法及其他法令規定應由親屬會議決之事件，始得呈請法院招集者也。

四 親屬會之議事

親屬會之議事，取決於會員過半數之同意。(註一) 會員於所議之事與自己有利害關係者，不得加入議決之數。(註二)

親屬會之主席，法德瑞諸國均以法院裁判官爲之，日本民法及第一次草案不採用議長制度。第三次草案規定由會員推舉主席一人主持會務。(註三)

(註一) 五年上七二九號，第一次一四四五條，第三次二二四條。

(註二) 第一次一四四五條二項，第三次二二四條三項。

(註三) 二二四條一項。

## 五 不服親屬會決議之訴

族制盛行之我國，親屬會之決議常有最大之權威。民律草案則明定不服親屬會決議之訴。(註一)不服親屬會決議之訴，由會員或當事人法定代理人保佐人利害關係或檢察官提起之。不服親屬會決議與決議無效或撤銷之訴不同。決議無效或撤銷之訴，民律草案未嘗明定。(註二)

## 六 不能決議之事項

親屬會不能決議之事項，呈請法院審判之。(註三)

(註一)第一次一四四八條，第三次二二九條。

(註二)日本民法亦未明定，依例則(一)親屬會決議違背強行法或其組織不合於法者，其決議無效。(二)對於親屬會員中一人未經通知，於招集處所或期日外開會，用書信決議，決議不當，其決議可以撤銷(穗積重遠親屬法大綱一四六頁)。

(註三)第一次一四四九條，第三次一三〇條。

政 法 叢 書  
親 屬 法 大 綱

此書有著作權翻印必究

中華民國十七年六月初版

每冊定價大洋壹元捌角

外埠酌加運費匯費

編纂者 陶 彙 曾

發行兼 印刷者 上海 寶 山 路 商 務 印 書 館

發行所 上海 及 各 埠 商 務 印 書 館

Political Science Series  
A TREATISE ON CHINESE FAMILY

By

TAO WEI TSENG, LL. B.

1st ed., June, 1923

Price: \$1.80, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

SHANGHAI, CHINA

ALL RIGHTS RESERVED



A541 212 0001 75698

商 務 印 書 館 出 版

# 政 法 叢 書

## 社 會 法 理 學 論 略

陸鼎揆譯 一册 定價五角

R. Pound: The Scope and Purpose of the Social Jurisprudence

原書為美國哈佛大學法科主教勞德 (Roscoe Pound) 所著，勞德以社會學的法學有名於世，是書首述歐洲數百年來法理學之派別，次述美國法學界之傾向，而結論則歸於社會學的法學。書中說理精微，文字深奧，譯文則力求顯達，無晦澀難讀之處。

## 勞 働 立 法 原 理

一册 一元一角

樊弘著 勞働立法世界各國皆已先後實行，為制裁僱傭間爭議之最好方法。此書分十二章，詳述勞働立法之原理與原則，並引歐美各國之立法情形，以資參證。研究社會經濟者，此書實有一讀必要。

日本美濃部達吉原著 歐宗祐 何作霖合譯 本書共分六章，凡與憲法有關之各種問題，如法國家、國家統治權與主權、國家的組織、立憲政體、成文憲法主義和憲法學等，皆分別論及。卷首有北大陳啓修教授之導言。

## 近 世 民 主 政 治 論

一册 七角

薩孟武譯 本書譯自日本森口繁治原著，計分六章：(一)闡述民主政治的意義；(二)論民主國之種類；(三)(四)說明民主政治之發達程序與其理想之所在；(五)論現代君主政治之民主化；(六)揭示民眾政治之價值。

歐宗祐等譯 此書分七章，對於德國新憲法條文中規定事項之特點，詳論至為扼要，不僅為研究政治者所應讀，亦為制憲者之良好參考資料也。

德國新憲法論 一册 一元五角

歐宗祐等譯 此書分七章，對於德國新憲法條文中規定事項之特點，詳論至為扼要，不僅為研究政治者所應讀，亦為制憲者之良好參考資料也。



# 政法叢書

◻ 商務印書館出版 ◻

## 中國外交史

曾友豪編 一冊 定價一元八角

全書共分三卷(一)中國與歐美各國之關係(二)中日交涉史(三)中國與列強編首冠以中外國際大事年表極便參考書中載有公文條約甚多內有與中國外交史極有關係而為平常條約書所未經登載者尤為讀者所樂觀

## 中國國際商約論

鄭斌編 一冊 定價九角

書分二大編第一編緒論泛論商約之概念締結內容種類及期限等第二編本論分論貿易居住權關稅劃一權內地旅行貿易權房地租借權內河航行權鐵路建築權資金貸與權海關管理權領事裁判權及最惠待遇權等自清初之尼布楚條約起至最近之中俄協定止凡二百餘年來我國與各國所締之商約無不擇要敘述

## 政府論

樊希智編 一冊 定價一元二角

書分九章首明政府之性質目的及種類次論主權憲法及政府之組織最後述政黨及地方政府之概要各章均就歐美現制比較中國制度並繙列重要學說尤為精博

## 聯邦政治

陳茹玄著 一冊 定價一元

本書分八章舉凡現在聯邦國家若北美瑞士若德意志若加拿大若澳大利亞若奧大利莫不析其異同釐其得失著者又以研究所得著為理想中之聯邦政治一章取長舍短折衷至當洵為研究聯省自治者之絕好參考書

