

民法親屬新論

董哲吾題

584.4-
290
2

民法親屬新論

李謨編著

1 9 3 4



3 0600 9649 6

上海東大書局印行

例言

- 一 著者濫竽海上公私立大學親屬法講席故本書力避繁冗以求適合各大學教本之用
- 二 本書稱舊親屬編草案者乃指前修訂法律館歷次之草案而言凡引用前法制局之親屬法草案均另行標明
- 三 本書遇有批評立法之處必求有學理上或法律上之根據否則未敢信口雌簧
- 四 治法學者遇較爲艱深之法條每苦不能想像其事例本書則隨時舉顯著之事例以說明之至文字則力求淺顯以期一目了然
- 五 本書倉卒付梓舛誤之處恐不能免尙希海內名家教而正之

民法親屬新論 例言

民法親屬新論 目次

緒論

第一章 親屬之意義

第二章 親屬法規

第三章 親屬法之性質

第四章 親屬法之地位

第五章 親屬法之適用

第六章 我國親屬法之編纂

本論

第一章 通則

第一節 親屬之分類

民法親屬新論 目次

第二節 親屬之範圍

第三節 親系

第四節 親等

第五節 親屬關係之發生及消滅

第二章 婚姻

第一節 婚姻之沿革

第二節 婚姻之意義

第三節 婚約

第一款 婚約之效力

第二款 婚約之性質

第三款 婚約之方式

第四款 婚約之訂定

第五款 婚約之年齡

第六款 婚約之履行

第七款 婚約之解除

第八款 婚約之賠償

第四節 結婚

第一款 結婚之要件

第一目 實質上之要件

第二目 形式上之要件

第二款 結婚之無效及撤消

第一目 結婚之無效

第二目 結婚之撤消

第五節 婚姻之普通效力

第一款 夫妻之姓氏

第二款 夫妻之同居

第三款 夫妻之住所

第四款 夫妻之代理

第六節 夫妻財產制

第一款 通則

第一目 夫妻財產制之意義

第二目 夫妻財產制之類別

第三目 夫妻財產制之訂立變更及廢止

第四目 夫妻財產制之適用

第五目 夫妻之特有財產

第二款 法定財產制

第一目 聯合財產之範圍

第二目 財產所有權之隸屬

第三目 財產之管理使用收益及處分

第四目 清償債務之責任

第五目 家庭生活費用之負擔

第六目 補償

第三款 約定財產制

第一目 共同財產制

第一項 共同財產之範圍

第二項 財產之管理及處分

第三項 清償債務之責任

第四項 家庭生活費用之負擔

第五項 補償

第六項 財產之歸屬

第七項 所得共同制

第二目 統一財產制

第一項 統一財產制之特質

第二項 法條之準用

第三目 分別財產制

第一項 分別財產制之意義

第二項 清償債務之責任

第三項 家庭生活費用之負擔

第七節 離婚

第一款 概說

第二款 兩願離婚

第三款 呈訴離婚

第四款 離婚之效果

第三章 父母子女

第一節 概說

第二節 子女之姓氏

第三節 子女之住所

第四節 子女之類別

第一款 婚生子女

第二款 非婚生子女

第三款 準婚生子女

第四款 養子女

第五節 父母對於子女之權利義務

第四章 監護

第一節 概說

第二節 未成人之監護

第一款 監護人之設置

第二款 監護人之類別

第三款 監護人之資格

第四款 監護人之數額

第五款 監護人之辭職

第六款 監護人之撤退

第七款 監護人之權利義務

第三節 禁治產人之監護

第五章 扶養

第一節 扶養之範圍

第二節 負扶養義務者之順序

第三節 受扶養權利者之順序

第四節 受扶養之條件

第五節 扶養義務之免除

第六節 扶養之程度及方法

第六章 家

第一節 概說

第二節 家之意義

第三節 家長

第一款 家長之產生

第二款 家長之職務

第三款 家屬

第四款 分家

第七章 親屬會議

第一節 親屬會議之設置

第二節 親屬會議之召集

第三節 親屬會議會員之資格

第四節 親屬會議會員之人數

第五節 親屬會議之開會及決議

第六節 親屬會議決議之救濟

附錄

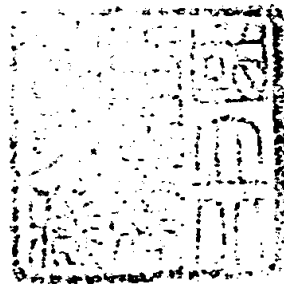
民法親屬編施行法

民法親屬新論

緒論

第一章 親屬之意義

親屬云者。乃血親姻親之總稱也。我國向例。稱同宗族之親曰親族。稱族親姻親之全體曰親屬。清律戶役門立嫡子違法條例云。無子立嗣。若應繼之人。平日先有嫌隙。則於昭穆相當親族內。擇賢擇愛。聽從其便云云。夫同宗而後有昭穆。異性無所謂昭穆。是例文所謂親族。爲專指同宗族之親可知。又清律親屬相盜條。其各居親屬註云。各居親屬。不分同姓異姓。自期親大功小功總麻以至無服之親皆是。是其所謂親屬。乃包括父族母族妻族之親又可知。此本編不仿日本之例稱曰親族。



而稱親屬。蓋取概括之意也。

第二章 親屬法規

親屬法規。就其範圍言之。得分爲廣義親屬法規。與狹義親屬法規二種。而狹義親屬法規中。更可分爲純正親屬法規。與非純正親屬法規。述之如左。

(甲)廣義親屬法規。與狹義親屬法規。廣義親屬法規。凡民法中親屬編之規定。及人事訴訟法。國際私法。暨其他法令中。關於親屬之一切規定。均包含之。狹義之親屬法規。乃專指民法中親屬編之規定而言。通常所稱之親屬法。均指狹義之親屬法規。

(乙)純正親屬法規。與非純正親屬法規。純正親屬法規。指民法親屬編中關於親屬及由親屬而生之權利義務等各規定而言。非純正親屬法規。指親屬編中關於親屬財產之規定。如子女特有財產。暨夫妻財產制等。及關於監護

等之規定而言。或有謂親屬財產關係及監護關係等，不應規定於親屬法者。不知親屬法中規定之親屬財產，均與親屬有牽連之關係。而監護制度，自來學者乃視爲親權之延長。故各國多規定於親屬編。至日本及我國親屬編中，更有家之規定。其是非得失，俟於家之章中詳言之。而其性質自亦非純正親屬法規也。

第三章 親屬法之性質

親屬法之性質。分述如左。

1 親屬者私法也。親屬法所規定，多屬親屬間私人之關係。而無國家之關係介乎其間。故親屬法爲私法而非公法。或謂親屬法所規定，雖爲私人與私人相互之關係。但此等規定，關於公共秩序者甚鉅。故國家恆以強制力行之。是由個人間之關係，一變而爲國家對於私人之關係矣。不得謂爲純粹私法也。

不知此等情形實爲間接關係而非直接關係。蓋法律規定之目的在使親屬之間各有一定之權利義務。庶幾社會秩序得以整然而欲求達此目的。不得以國家權力干涉之。是國家權力之干涉。乃其結果而非其原因。故親屬法仍不失爲私法也。

2 親屬法者普通法也。 法有普通法與特別法之別。普通法者適用於一切之人及一切之地者也。特別法者僅適用於特別之人。或特別之地者也。親屬法原則上凡全國之人及全國之地均所適用。故其爲普通法而非特別法。

3 親屬法者實體法也。 凡法規之性質。規定關於權利義務之實體者。曰實體法。規定關於實行此權利義務之方法者。曰程序法。親屬法之規定。大抵關於親屬間權利義務之實體。故爲實體法。而非程序法。

4 親屬法者強行法也。 法有強行法與容許法之別。強行法者命令或禁止之法規也。容許法者雖有法律之規定。仍得從當事人間之契約或該地習慣之

法規也。親屬法多爲維持公共秩序與善良風俗而設。故爲強行法規。然此特就其大體言之耳。其間亦非絕無容許法規之成分在內也。

5 親屬法者。身分法也。親屬法乃規定親屬之身分。及其相互關係之法規。如夫妻也。父母子女也。是身分也。夫妻及父母子女間。各有其權利義務之關係。是卽相互間之關係也。親屬間之各種關係。均於此法定之。則親屬法之爲身分法可知矣。然此亦非絕對之詞。親屬法中如關於親屬財產等之規定。卽不能以身分法目之也。

第四章 親屬法之地位

親屬之觀念。各國不同。故親屬法之地位。亦各異其制。大別之。可分爲羅馬式及德意志式二種。羅馬式則以人之身分關係。爲私權所從出。故置親屬關係於民法之部首。屬此法系者。以法國民法爲最著。其法首列人事編。關於人之資格能力。及

民法全體共通之事項。均於此編規定之。而荷蘭、比利時、意大利、西班牙、葡萄牙、諸國民法。及日本舊民法。亦均仿此編制者也。德意志式則以純粹之親屬關係。另爲一編。列於債權物權之後。日本新民法仿之。瑞士民法亦大體相同。特將親屬編及繼承編置於物權之前耳。此外蘇俄則於一九一八年九月十六日。將一九一七年十二月十八日十九日陸續頒布之關於親屬各法令彙集成編。爲獨立之單行法。故其一九二三年一月一日施行之新民法中。則無親屬編之規定。最近於一九二六年十一月。更頒布所謂關於婚姻親屬及監護之單行法規。於一九二七年一月一日施行。是又於民法編制中。別開生面者也。我國乃仿德日之例。於民法規定第一編爲總則。第二編爲債。第三編爲物權。第四編爲親屬。第五編爲繼承焉。

第五章 親屬法之適用

一國之法律。以適用於全國爲原則。雖寄居本國之外國人民。亦應強制其遵守。

惟親屬法則不然。依國際之通例。關於親屬之事件。多適用當事人之本國法。我國現行繼續有效之法律適用條例。頒布於民國七年八月五日。其中關於親屬法之適用。則規定

- 1 婚姻成立之要件。依當事人各該本國法（第九條）
- 2 婚姻之成立。依夫之本國法（第十條）
- 3 夫婦財產制。依婚姻成立時夫之本國法（同條二項）
- 4 離婚依其事實發生時夫之本國法及中國法均認其事實為離婚原因者。得宣告之（第十一條）
- 5 子之身分。依出生時其母之夫之本國法。如其夫於子出生前已死時。依其最後所屬國之法律（第十二條）
- 6 私生子認領之成立要件。依認領者與被認領者各該本國法。認領之效力。依認領者之本國法（第十三條）

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

8 父母與子之法律關係。依父之本國法。無父者。依母之本國法。（第十五條）

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

10 前八條以外之親屬關係。及其關係所生之權利義務。依當事人之本國法。（第十七條）

11 監護依監護人之本國法。但在中國有住所或居所之外國人。有下列情形之一者。其監護依中國法。（一）依其本國法有須置監護人之原因。而無人行監護事務者。（二）在中國受禁治產之宣告者。（第十八條）

就上列各規定觀之。是親屬法以不適用於外國人爲原則也。

第六章 我國親屬法之編纂

我國向無親屬法之專名。所有關於親屬各規定。大都散見於其他律例中。如唐宋明清諸律中關於婚姻戶役各規定。其最著者也。自清光緒三十三年。編輯民律。迄宣統三年。成第一次草案。其第四編爲親屬。是爲我國親屬法之所自始。惟其規定。多囿於成例。未注意以法律改進社會之使命。民國十五年。成立第二次草案。其間雖多所改革。但仍未能迎合世界之新潮流。民國十六年。國民政府定都南京。前法制局復有親屬法草案之擬訂。於民國十七年六月與繼承法同時脫稿。其內容頗能不拘於成例。不囿於舊習。惟其矯枉每多過正。於我國國情。間有不能相容之處。如家制之廢除。其最明顯者也。未幾國民政府立法院成立。從事於各種法律之編訂。不遺餘力。民法第一編總則。第二編債。第三編物權。次第公布。民國十九年中。央政治會議第二三六次會議。通過親屬繼承兩編先決各點。於同年七月二十三日。送經立法院起草親屬繼承法。同年十二月三日。經該院第一二〇次會議。全部通過。呈由國民政府於同月二十六日公布。民國二十年五月五日施行。其親屬編

分(一)通則。(二)婚姻。(三)父母子女。(四)監護。(五)扶養。(六)家。(七)親屬會議。七章計一百七十一條。(即自民法九六七條至一一三七條)而其中除夫妻財產制及家之規定外。則大體脫胎於前法制局之親屬法草案者也。

本論

第一章 通則

第一節 親屬之分類

親屬之情誼。有由同宗之血統而生者。有由婚姻之結合而生者。其親屬發生之原因。既不相同。而其命名。自不得不異。考各國法制。有統名親屬。不分類者。有分爲血族姻族二類者。有分爲血族配偶及姻族三類者。我第一二次親屬編草案。拘泥於歷來男系宗法主義。依據舊律之喪服圖。將親屬分爲宗親、夫妻、外親及妻親四類。國民政府新頒之刑法。成立於愨促。亦仍而未改。宗親者。同一祖先所出之男系血統親屬也。如父子祖孫。兄弟姊妹之類是。其由女系血統而連續之親屬。則曰外親。如外祖父母。姑之子孫。及女之子孫之類是。在此種法制之下。父之父母。及母之父母。與己之血統關係。雖屬相同。而法律上則顯分畛域。以父之父母爲宗親。以母

之父母爲外親。推而至於伯叔之子孫。及姑之子孫。兄弟之子孫。及姊妹之子孫。子之子孫。及女之子孫。與己之血統關係。亦無稍異。而法律上則以伯叔之子孫爲宗親。以姑姊妹及女之子孫爲外親。凡此種種。爲吾國男系宗族主義之結果。亦卽違反男女平等之一重要事實。緣外親宗親。法律規定之權利義務。多不相同也。至夫妻互爲配偶。原亦無可軒輊。而我第一二次親屬編草案。規定妻於夫之宗親外親。其親屬關係。均與夫同。而夫與妻之本身親屬。僅生妻親關係。其範圍但以二等爲限。其不平等。尤爲顯著。本法爲尊重男女平等之原則起見。不採歷來分類之法。乃仿多數國立法例。而以血統及婚姻兩項事實爲標準。除配偶而外。分親屬爲血親姻親兩大別。述之如左。

第一 血親 血親者。指有血統關係者而言。不獨男系所出。如父子祖孫兄弟姊妹之爲血親。卽由女系血統而連續之親屬。如外祖父母。姑之子孫。姊妹之子孫。及女之子孫。亦均在血親之列。無宗親外親之區別也。惟血親又可

分爲左列二種。

(甲)天然之血親。天然之血親者。謂因血統關係。於出生時。天然取得血親之身分者而言也。如由婚姻關係受胎而生之子女。即婚生子女。是非婚生子女。如昔之所謂私生子庶子等。苟爲生父所認領或撫育。以及其生父與生母結婚者。亦取得天然血親之身分。否則。僅對於其生母有血親關係。而對於其生父。法律上否認其爲血親也。(本法第一〇六一條一〇六四條一〇六五條一項參照)

(乙)擬制之血親。擬制之血親。又可稱爲法定血親。因本無血統連續之關係。因法律之規定。而與天然之血親有同一身分者也。如養子女之於養父母。指定繼承人之與被繼承人。是。(本法第一〇七七條一〇七一條及繼承編第一一四三條參照)

第二 姻親 姻親者。謂因婚姻關係而生之親屬也。依本法第九六九條之規

定。稱姻親者謂左列各親屬。

1 血親之配偶。血親之配偶云者。如兄弟之妻。姊妹之夫。及其他凡與己身有血親關係者之配偶均是也。

2 配偶之血親。配偶之血親云者。如夫之父母兄弟及其他一切之血親或妻之父母兄弟及其他一切之血親是。

3 配偶之血親之配偶。配偶之血親之配偶云者。如夫兄弟之妻。姊妹之夫。及其他一切血親之配偶。或妻兄弟之妻。姊妹之夫。及其他一切血親之配偶是。

第二節 親屬之範圍

各國立法例。於親屬多設一定之範圍。凡範圍以內者。法律上認其爲親屬。範圍以外者。法律上則不認其爲親屬。如羅馬、西班牙、比利時及日本。諸國民法。皆以六

親等爲範圍。意大利則以十親等爲範圍。法蘭西則以十二親等爲範圍。實則親屬雖有血親姻親之別。並無確定之範圍。以血親言。由父母而祖。推而上之。由子女而孫。推而下之。既有血統相聯絡。雖輩數遼遠。謂之非親屬。不可得也。直系如此。旁系亦然。以姻親言。其無確定之範圍。猶如血親。然各國法律。所以定親屬範圍者。乃因親屬相互間。有時發生一種法律關係。在事實上不可漫無限制。故規定範圍。以資適用耳。但各種法律關係。其情形各有不同。卽規定之範圍。亦應隨之而異。則雖強爲概括之規定。而遇有特種法律關係。例如民事上之親屬禁止結婚。及親屬會議會員之資格。刑事上之親屬加重。及親屬免刑等類。仍以分別規定其範圍爲合於實用。故親屬之範圍。實無概括規定之必要。此德國民法。獨排斥大多數之立法例。對於親屬之範圍。不設概括之規定也。本法仿之。

第三節 親系

親系者。親屬系統之謂也。茲分血親親系與姻親親系。說明如左。

第一 血親親系。又可分爲二。

(甲) 直系血親。直系之血親。謂己身所從出。或從己身所出之血親。(本法第九六七條一項) 所謂己身所從出者。如父母。祖父母。外祖父母。及推而上之之血親也。所謂從己身所出者。如子女。孫子女。外孫子女。及推而下之之血親也。通常稱己身所從出之血親。爲直系血親尊親屬。從己身所出之血親。爲直系血親卑親屬。

(乙) 旁系血親。旁系之血親。謂非直系血親。而與己身出於同源之血親。(本法第九六七條二項) 如伯叔及兄弟姊妹之類是。而旁系血親。凡與父母同輩以上者。稱爲旁系血親尊親屬。凡與子女同輩以下者。稱爲旁系血親卑親屬。其與己身同輩者。稱爲同輩血親。凡同輩親屬。有長幼之序。無尊卑之分。清律卑幼私擅用財條輯註。父輩曰尊。子輩曰卑。兄輩曰長。弟輩曰

幼。我現行刑法第十五條定胞兄及在室胞姊爲旁系尊親屬。求之典籍。殊無依據也。

第二 姻親親系。所謂姻親指（一）血親之配偶。（二）配偶之血親。（三）配偶之血親之配偶而言。已如前述。而姻親之親系。依第九七〇條之規定。其計算方法如左。

1 血親之配偶。從其配偶之親系。例如子女直系血親也。而子之妻。女之夫。卽爲直系之姻親。兄弟姊妹。旁系血親也。而兄弟之妻。姊妹之夫。卽爲旁系之姻親。

2 配偶之血親。從其與配偶之親系。例如夫之父母。夫之直系血親也。卽爲妻之直系姻親。夫之兄弟姊妹。夫之旁系血親也。卽爲妻之旁系姻親。妻之血親之於夫也亦同。

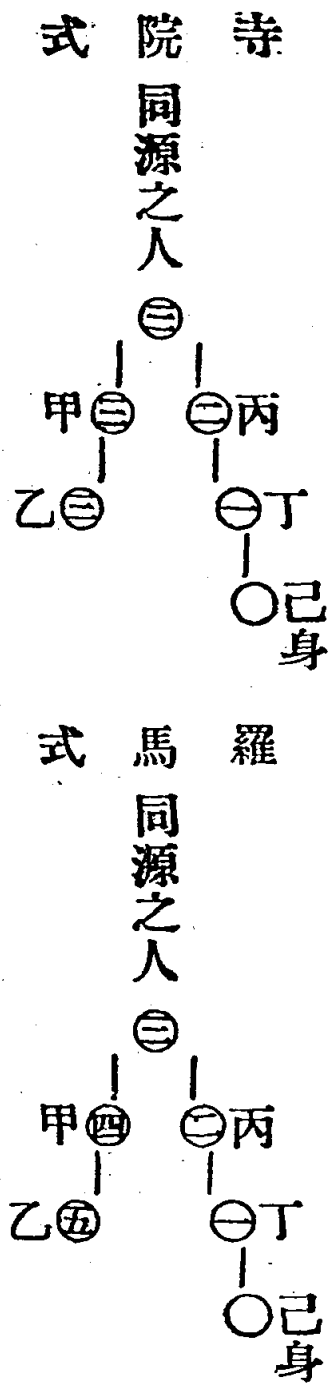
3 配偶之血親之配偶。從其與配偶之親系。例如夫之兄弟之妻。姊妹之夫。

夫之旁系姻親也。亦即妻之旁系姻親。夫前妻之子之妻。或前妻之女之夫。夫之直系姻親也。亦即妻之直系姻親。妻之血親之配偶之於夫也亦同。

第四節 親等

親等者。表示親屬關係之遠近也。我國古無親等名目。所以表示親屬關係之遠近者。惟在服制。而親等計算法。始於歐洲。其計算之方法有二。(一)羅馬式計算法。於直系親屬。算其間之世數。而定親等。故世代之數。與親等之數。正相吻合。如父母子女間爲一世。則爲一親等。祖父母與孫子女間爲二世。則爲二親等。以上以下。均准此推之。於旁系親屬。則由同源之祖。下降於旁系親屬之各方。合算其世數。而定親等。蓋由旁系親屬之一方。溯諸同源之祖。更下數至他方。合算其世數。以定親等。如計兄弟姊妹間之親等。先從一方溯諸同源之父母。作爲一等。更由父母下至他方。又加一等。故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。計伯伯叔與姪之親等。則先由姪溯諸

父母作爲一等。更由父母溯諸同源之祖父母。又加一等。更下至伯叔。再加一等。故伯叔於姪爲三親等之旁系親。此羅馬式也。(二)寺院式計算法。於直系親屬之間。其計算與羅馬式同。而於旁系親屬之計算。不合算雙方之世數。專算一方之世數。而定親等。從同源之祖。下至旁系親之各方。其世數雙方相等者。從其一方計算。若雙方世數不相等。則從其多者。如兄弟姊妹。從其同源之父母計算。無論下至何方。均爲一世。故依其一方之世數。定爲一親等之旁系親。至伯叔與姪。從其同源之祖父母計算。下至伯叔爲一世。下至於姪爲二世。則從其多者。定爲二親等之旁系親。其餘以此類推。此寺院式也。羅馬式依血統之遠近。定親等之多寡。頗合於情理。寺院式源於歐西宗教遺規。其計算親等。不盡依親疏之比例。如兩系世數不同。從其多者定親等之多寡。則世數較少之系。往往不分尊卑。同一親等。於理殊有未順。試爲圖以明之。



依上圖。己身與甲或乙之親等。如以寺院式計算。均以世數較多之一系定之。即從己身至同源之人為三親等。因之己身與甲及乙同為三親等。如以羅馬式計算。即己身與同源之人為三親等。與甲為四親等。與乙為五親等。兩相比較。羅馬式之計算。較寺院式為合理。甚為顯然。故世界各國。除英國外。多用羅馬式計算親等。我國歷次親屬草案及刑法第十三條。獨採寺院式。其所以然者。實因我國向以服制定親屬關係之遠近。而宗親服制圖中五等服以內之宗親。可以寺院式四親等包舉之。而無遺也。本法關於親屬之分類。既從根本上改革。分為血親與姻親兩大別。已與所謂服制圖者不生關係。殊無更採寺院式之必要。此其所以亦仿多數國立

法例。採用羅馬式計算也。(本法第九六八條)

以上所述。乃血親親等計算法也。至姻親親等之計算。依第九七〇條之規定。亦得分爲(一)血親之配偶。(二)配偶之血親。(三)配偶之血親之配偶三項。說明如左。

1 血親之配偶。從其配偶之親等。例如子女一等血親也。而子之妻。女之夫。卽爲一等之姻親。兄弟姊妹。二等血親也。而兄弟之妻。姊妹之夫。卽爲二等之姻親。

2 配偶之血親。從其與配偶之親等。例如夫之父母。夫之一等血親也。卽爲妻之一等姻親。夫之兄弟姊妹。夫之二等血親也。卽爲妻之二等姻親。妻之血親之於夫也亦同。

3 配偶之血親之配偶。從其與配偶之親等。例如夫之兄弟之妻。姊妹之夫。夫之二等姻親也。亦卽妻之二等姻親。夫前妻之子之妻。或前妻之女之夫。夫之一等姻親也。亦卽妻之一等姻親。妻之血親之配偶之於夫也亦同。

第五節 親屬關係之發生及消滅

親屬關係。自其發生之日起。則親屬間一切之權利義務。因之而開始。自其消滅之日起。其權利義務。亦因之而終止。故親屬關係。究自何時而發生。何時而消滅。亦為親屬法中之一重要問題。茲就本法所定。分說如左。

第一 親屬關係之發生。又可分為二。

(甲) 血親關係之發生。血親得分為天然之血親。與擬制之血親二種。已如前述。天然血親之發生。不外(一)出生。(二)認領。(三)撫育。(四)生父與生母結婚。因出生而發生天然血親之關係。如婚生子女之於父母。或非婚生子女之於生母是。(本法第一〇六五條二項)因認領撫育或生父與生母結婚。而發生天然血親之關係。如非婚生子女之於生父是。(本法第一〇六四條一〇六五條一項)擬制血親之發生。不外(一)收養。(二)指定。因

收養而發生擬制血親之關係。如養子女之於養父母是。（本法第一〇七條）因指定而發生擬制血親之關係。如指定繼承人之於被繼承人是。

（本法第一〇七一條及繼承編第一一四三條）

（乙）姻親關係之發生。以婚姻為唯一之原因。除婚姻外。則無發生姻親關係之餘地。而所謂婚姻。並指合法正式結婚者言之。否則。縱事實上男女同居。儼如夫婦。仍不發生姻親之關係也。

第二 親屬關係之消滅。亦分血親姻親二項說明之。

（甲）血親關係之消滅。天然血親。如婚生子女之於父母。或非婚生子女之於生母等。除死亡外。其親屬關係。永不消滅。即非婚生子女之於生父。一經取得天然血親身分。依法亦無更行消滅親屬關係之時。誠以天然之血親。乃造物自然之作用。不能以人為之方法。使歸於消滅也。故習俗上雖有父母對於不肖之子女。登報或用其他方法聲明脫離親子關係者。法律上則

不認其有消滅親屬關係之效力也。至擬制之血親。如指定繼承人。其指定須被繼承人以遺囑爲之。而遺囑效力之發生。又在遺囑人死亡之後。〔繼承編第一一四三條一一九九條參照〕無論如何情形。他人自不得變更遺囑人之意思。使已被指定之繼承人。復歸於無效。故指定繼承人。雖與我國舊日立嗣之性質相似。但舊日之廢繼制度。則不能適用於指定繼承人。而其擬制之血親關係。亦無時消滅者也。惟因收養子女所發生之擬制血親。於收養關係終止時。其擬制之血親關係。亦應隨之而消滅。實無疑義。〔本法第一〇八一條一〇八三條參照〕

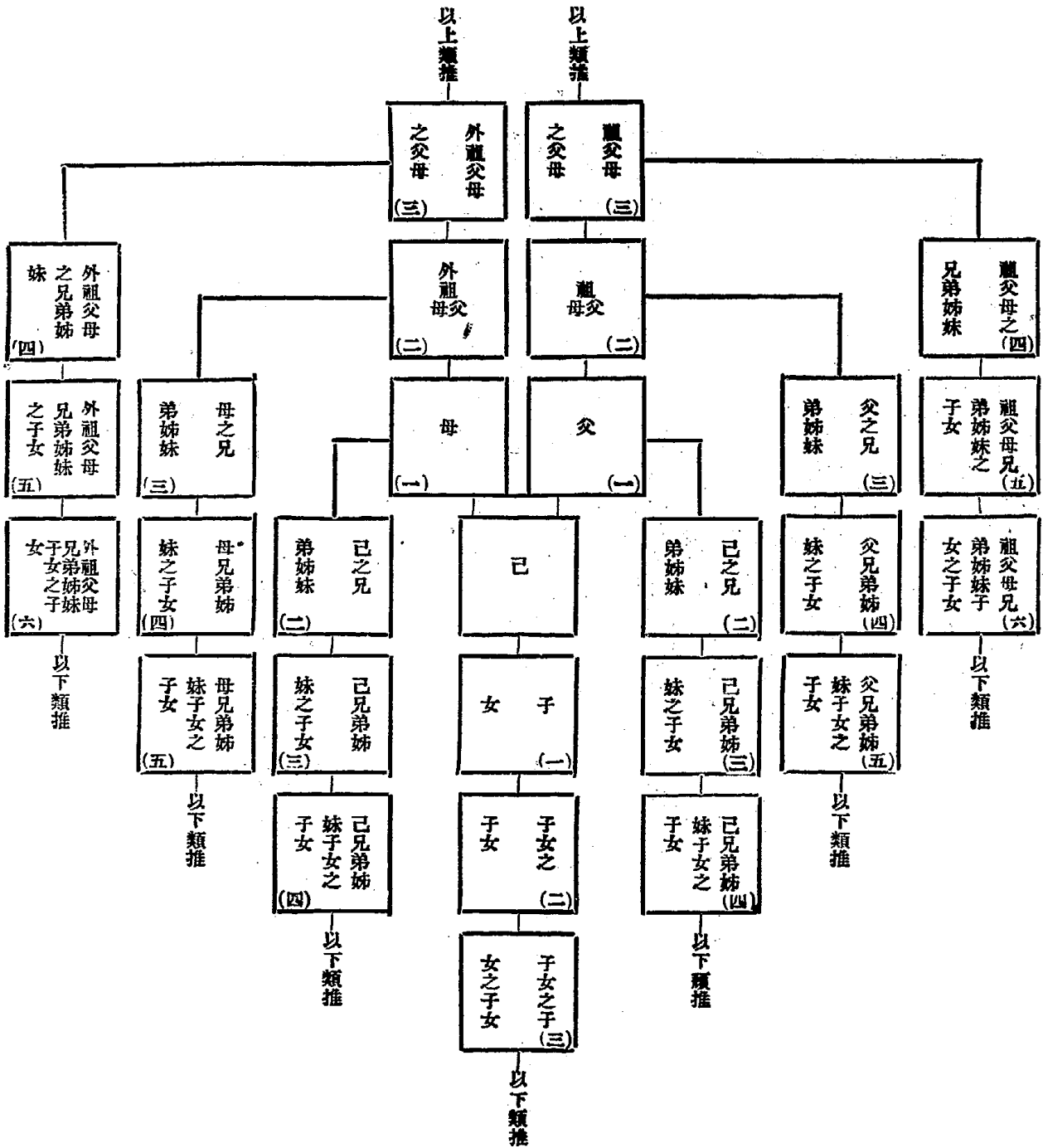
(乙) 姻親關係之消滅。 姻親關係。既完全由於婚姻而發生。則婚姻消滅。其姻親關係。自應隨之而消滅。故有瑕疵之婚姻。如無效之婚姻。根本上不發生姻親關係。以及得以撤銷之婚姻。自撤銷之時起。應消滅其姻親關係。固不待言。即合法成立之婚姻。一經離婚。無論其爲兩願之離婚。或判決之離

親血系旁

親血系直

親血系旁

甲 血親圖

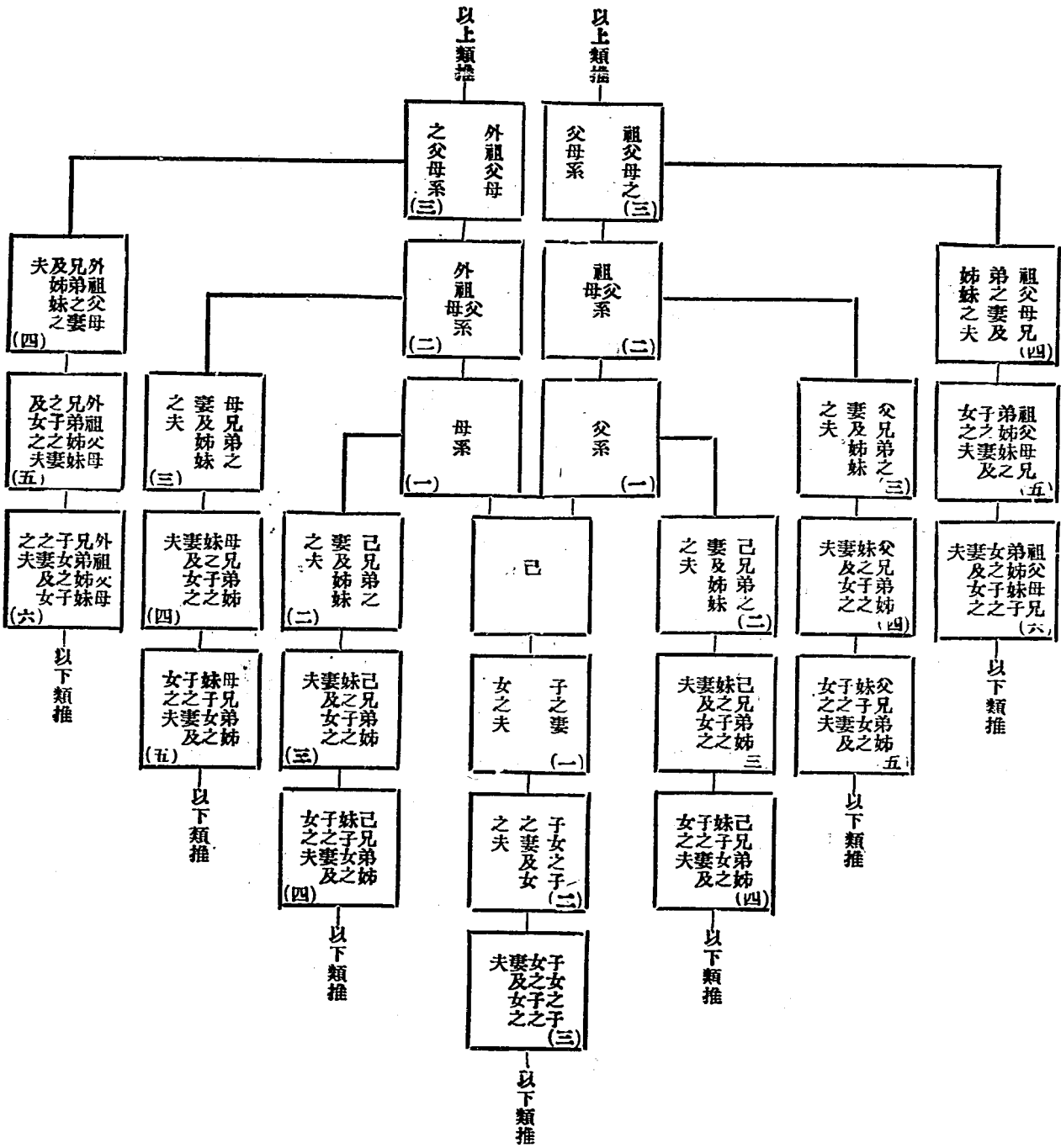


親 姻 系 旁

親 姻 系 直

親 姻 系 旁

(下以身已)



乙 姻親圖之一

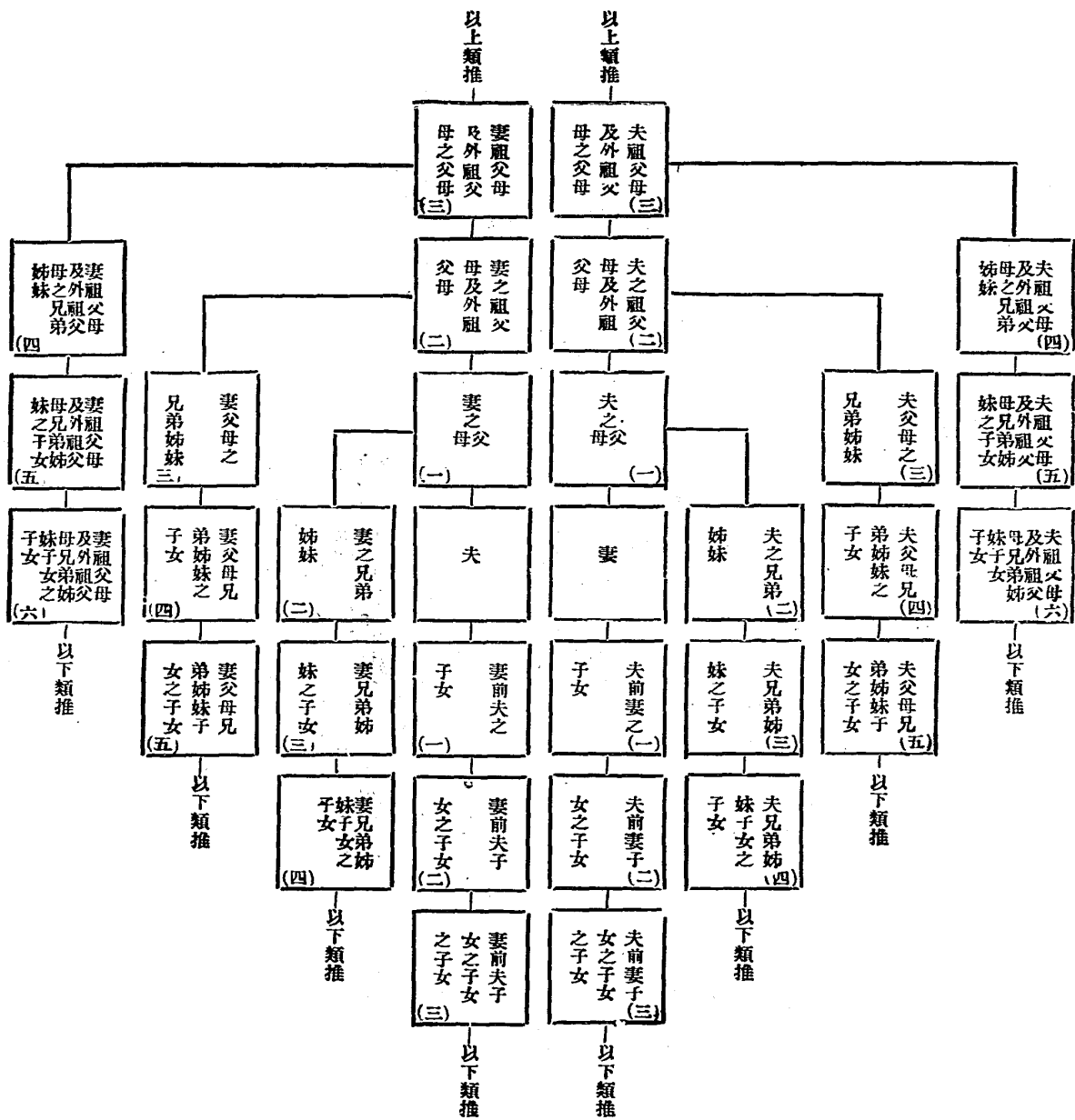
血親之配偶

親 姻 系 旁

親 姻 系 直

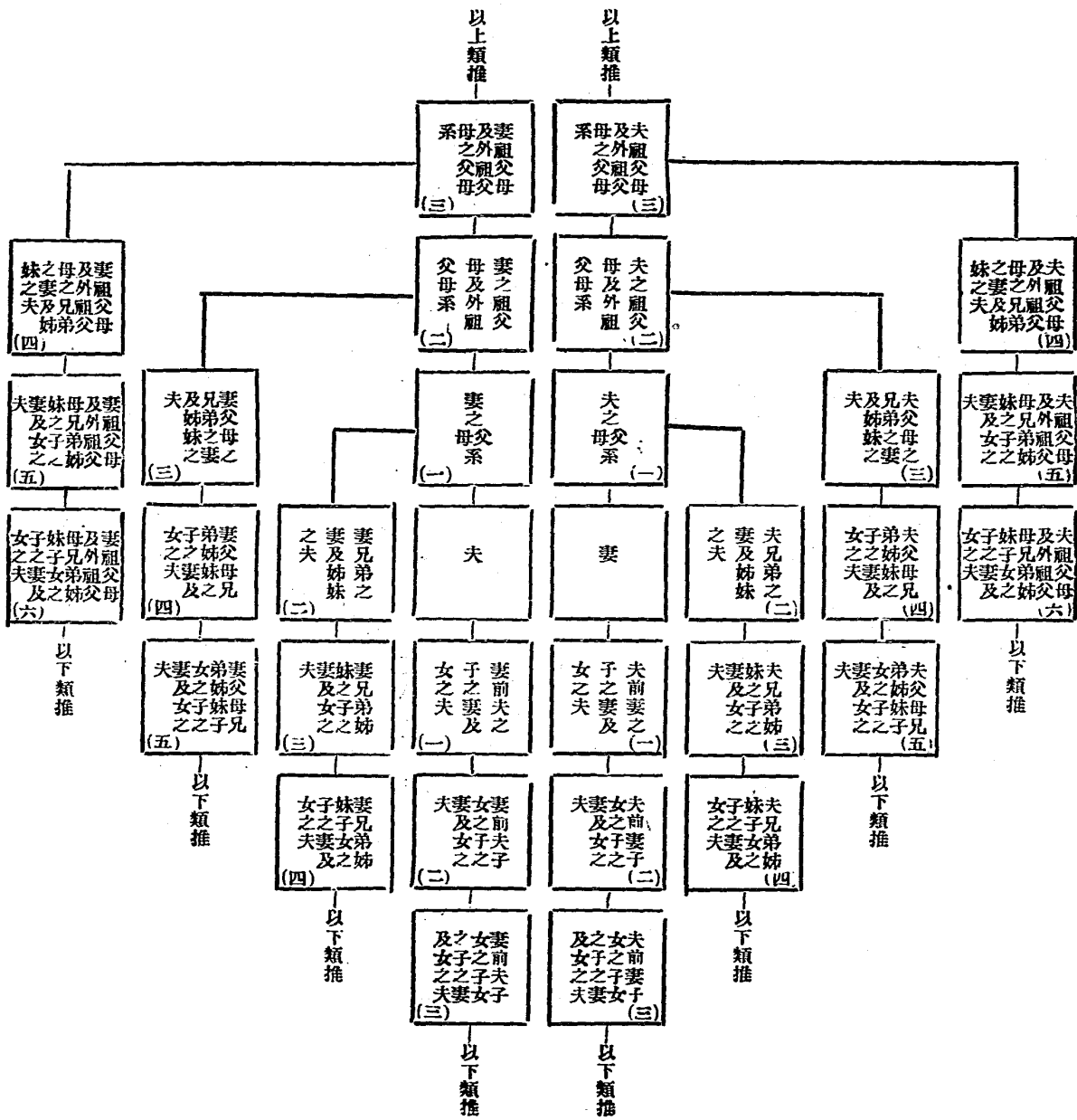
親 姻 系 旁

丙 姻親圖之二 配偶之血親



親姻系旁 親姻系直 親姻系旁

(下以妻夫)



丁 姻親圖之三 配偶之血親之配偶

婚。則姻親關係均隨之而消滅。惟夫妻一方之死亡。則以不消滅姻親關係爲原則。蓋以婚姻成立。不獨當事人間發生配偶之關係。而此方對於彼方親屬間。亦相互發生姻親之關係。自不能因夫妻一方之死亡。而即使雙方相互間之一切姻親關係均歸於消滅。但夫死妻再婚。或妻死贅夫再婚者。則爲例外。因妻入於夫之家。夫死而改嫁。以及夫贅於妻之家。妻死而復娶。則恩義已絕。法律無維持其姻親關係之必要也。惟妻入於夫之家。妻死夫再婚。以及夫贅於妻之家。夫死妻再嫁。則姻親關係。是否因之而消滅。不無疑問。就本法第九七一條之規定言之。應解爲不消滅姻親關係。而就理論言之。此種情形。與妻入於夫之家。夫死妻再嫁。以及夫贅於妻之家。妻死夫再婚者。事實上及我國習慣上均覺無大差異。似無庸更設區別也。（本法第九七一條）

附親屬圖（本法關於親屬。既未設一定之範圍。故本圖自不能概括親屬

之全體。不過略示其例。其餘學者類推可也。

第二章 婚姻

第一節 婚姻之沿革

婚姻爲家庭所託始。關係個人幸福固大。影響社會公益亦鉅。故各國法律對於婚姻之制度。無不有嚴密之規定。統觀中外古今。婚姻之沿革。約可分爲五時期。一曰掠奪婚時期。二曰買賣婚時期。三曰聘娶婚時期。四曰允諾婚時期。五曰自由婚時期。掠奪婚者。專用暴力掠奪他人婦女據爲己有之謂也。此制度在部落時代爲最盛。而其掠奪。則以此部落掠奪他部落之婦女爲常態。買賣婚者。以金錢財帛爲婦女之代價。因而取得婦女之謂也。此制度實繼掠奪婚而起。因掠奪婚。此可以暴力掠得者。彼亦可以暴力奪回。彼此擾攘。有害於社會之安寧。故以買賣婚代之。惟男女婚姻。而出於買賣。識者終知其非理。且婦女爲買賣之目的物。亦爲公理人道

所不許。於是買賣婚廢。而聘娶婚興焉。聘娶婚者。乃易金錢買賣爲禮物聘娶。其制度雖較買賣婚爲進步。但男女婚姻大權。仍操於其父母之手。嗣因文明進步。而允諾婚以起。允諾婚者。凡婚姻之結合。須男女兩造之同意。兼得其父母許可之謂也。較允諾婚而更進步者。則爲自由婚。所謂自由婚者。卽凡關於婚姻之事。專由男女兩造自由之意思定之。絕不受國家或其他任何權力所干涉。考泰西諸國婚姻制度。在今日已由允諾婚而進於自由婚時代。吾國文化發達最早。杜氏通典曰。遂皇始有夫婦之道。五禮通考曰。遂皇立七政。始有夫婦。通鑑曰。伏羲之時。以儷皮爲禮。正姓氏。通媒妁。是夫婦之名。始於遂皇。婚姻之禮。成於伏羲。其時已無掠奪買賣之風。而有聘娶允諾之制。三代之世。其制尤詳。秦漢以降。戶婚之條。見於律例。唐明清律。均沿襲之。於男女婚姻。規定益爲嚴密。惟數千年泥於舊制。絕少進步。迄於近日。關於婚姻之制度。仍不脫聘娶允諾之制。且中流以下之社會。往往計較聘金之多寡。置男女兩造意思於無足輕重之列。幾無異變相之買賣。其貽害個人。影響社會。

實非淺鮮。本法有見及此。關於婚姻之規定。一以平等自由爲原則。僅於保護公共利益及個人福利之必要範圍以內。酌設相當之限制焉。

第二節 婚姻之意義

婚姻者。乃法律上所公認之一男一女因共諾而成之生存結合也。就此定義。分析如下。

第一 法律之公認 男女結合。非法律所公認者。不得稱爲婚姻。夫法律公認云者。卽適法之婚姻是也。否則婚姻而不適法。縱有結合。不過苟合而已。

第二 男女之結合 婚姻之制。爲夫妻結合。故必爲男女兩性。殆無容疑。若如稗官所載。以女而婚女。以男而婚男。雖踐婚姻之方式。而婚姻無由成立。再婚姻以一夫一妻爲原則。數夫一妻。一夫數妻。均爲野蠻之遺風。爲立法者所不取。至夫妻之制度。固爲本法所不認許。卽在曩昔。旣正名爲妾。則與妻

有異可知。故法律上之婚姻。我國自古卽爲一男一女相結合。徵之東西各國亦同此觀念者也。

第三 雙方之共諾 吾國舊習。婚姻由父母或尊長代爲承諾。然夫妻之結合。爲男女間自身之關係。豈他人所能越俎。故文明各國莫不以男女雙方之共諾爲必要。共諾云者。卽婚姻當事人自己意思表示之合致是也。惟未成年入訂定婚約或結婚。須得法定代理人之同意。此爲例外耳。

第四 生存之結合 夫妻關係以畢生連續爲原則。故除有離婚等不幸事項發生外。當然爲生存之結合。因此而生三種之論斷。一則僅限於生存之結合。故夫亡妻再嫁。與妻亡而夫再娶者。不必經離婚之程序。亦不生重婚之問題。二則必爲生存之結合。故望門守節。與旣死爲婚者。雖屬吾國相沿之習慣。要非法律上之婚姻。三則必爲畢生生存之結合。故婚姻不許附加期限也。

於此有一問題。即婚姻是否契約是也。關於此點。學者主張不一致。有主婚姻爲民事契約者。有主非契約者。前者之理由。則謂契約之意義甚廣。凡當事人間雙方之合意。均得認爲契約。婚姻既以男女共諾爲必要。即係契約之一種。而一切成立解除撤消之程序。除有特別規定外。自皆適用普通契約之通例。後者之理由。則謂契約之範圍。專屬於財產之關係。而身分關係之規定。則不屬於契約之中。如日本民法。契約列入債權。而不列於總則者。即以此故。以上二說。固各言之成理。惟以吾人所信。則以後說爲當。蓋因契約者。所以設定權利義務者也。夫妻間之權利義務。爲法律所預定。苟爲適法之婚姻。即當然發生法定之權利義務。自不能與契約之創設權利義務者相提並論。故婚姻之爲物。殊未便採契約之解釋也。

第三節 婚約

第一款 婚約之效力

婚約者。即我國昔日所稱定婚之謂也。關於此種制度。各國立法例。有承認其有效者。有不承認其有效者。略述如左。

- 一 羅馬法 不認婚約爲有效。
- 二 寺院法 認婚約爲有效。
- 三 英美法 認婚約爲有效。
- 四 德民法 認婚約爲有效。
- 五 法民法 關於婚約無規定。而學者之見解。及法院之判例。均採無效說。
- 六 意大利民法 不認婚約爲有效。
- 七 瑞士民法 認婚約爲有效。
- 八 日本民法 對於婚約無明文規定。在德川時乃盛行婚約制度。明治三十九年大審院判例。認婚約爲無效。迨大正二年。大審院復有民事聯合會之集議。變更向例。認婚約爲有效。

統觀世界各國。關於婚約之規定。承認有效者較多。吾國習慣。向以定婚爲重。聘禮一行。則終身不改。而唐明清諸律。均明認定婚之制。故本法亦認訂定婚約爲有效焉。

第二款 婚約之性質

在不承認婚約有效之國家。固無論矣。如認婚約爲有效。則婚約之性質。亦一應行研究之問題。有主張婚約應列爲結婚之前。另爲一事者。有主張婚約應爲結婚之條件者。前者如德民法是。後者如瑞民法是。然婚約不過爲契約之一種。與婚約之效力無關。殊難認爲婚姻之條件。換言之。卽結婚之前。省略婚約之程序。不得謂爲婚姻無效也。故本法亦仿德國之例。認婚約與結婚爲兩事也。

第三款 婚約之方式

婚約爲契約之一種。既如前述。然是否爲要式契約。則爲一問題。立法例中。有須依一定之方式者。有不然者。而要式主義中。其方式又各不同。有僅以證人爲必要

者。有以書面爲必要者。有以公正證書爲必要者。有須在教堂中證人前爲之者。主後之說者。謂婚姻以至誠信用爲本。訂定婚約之當事人。其觀念恆不注重外表之方式。故法律毋庸爲此無益之規定。主前之說者。謂婚約較他種契約關係爲重大。若無一定之方式。無以止將來疑似之爭。二者固各有理由。我國習慣。定婚每以方式爲必要。如清律男女婚姻條載：『若許嫁女。已報婚書及有私約。一謂先已知夫身殘疾老幼庶養之類。一而輒悔者。女家主婚人處五等罰。其女歸本夫。雖無婚書。但曾受聘財者亦是。』是寫立婚書。或收受聘財。均爲必要之方式也。本法關於訂定婚約。並未有方式之規定。解釋上不能不認爲係採非要式主義。而時下流行之方式。如交換戒指。合攝儷影。或登載報端。或簽訂盟約。均非法定之方式也。

第四款 婚約之訂定

我國慣例。訂定婚約。由雙方父母或其他尊長代行之。顯違婚姻自由之本旨。爲本法所不取。本法規定。婚約以男女本人雙方之合意。自由訂定爲原則。（本法第

九七二條）唯未成年人。識力未充。其所爲法律行爲。按諸民法通則。本應加以限制。以示保護。訂定婚約。爲法律行爲中之最重要者。尤須特別審慎。故例外規定。未成年人訂定婚約。應得法定代理人之同意。（本法第九七四條）俾有周詳之考慮。免貽後悔焉。

第五款 婚約之年齡

我國舊律。除指腹割衫襟爲婚。絕對禁止外。別無訂婚年齡之限制。惟髻齡黃髮。遽許訂婚。則智慮未周。貽患堪虞。且訂婚既爲契約之一種。則契約當事人。亦必達相當年齡。始有意思能力。故本法規定。男未滿十七歲。女未滿十五歲者。不得訂定婚約焉。（本法第九七三條）

第六款 婚約之履行

婚約能否強制履行。實爲學者間之一大問題。在歐洲中世紀宗教法盛行時代。一造婚約之不履行。他造得向法院提起履行之訴。蓋以婚姻由於神意。一經約定。

不得以人意解除之也。吾國舊律對於婚約向不許一造翻悔。清律男女婚姻條曰：「許嫁女若再許他人。未成婚者。女家主婚人處七等罰。已成婚者。處八等罰。後定娶者。男家知情。主婚人與女家同罪。財禮入官。不知者不坐。追還財禮。給後定娶之人。女歸前夫。前夫不願者。倍追財禮給還。其女仍從後夫。男家悔而再聘者。罪亦如之。仍令娶前女。後聘聽其別嫁。不追財禮。」由此以觀。清律關於婚約之履行。取絕對強制可知矣。惟婚約之不得強制其履行。確具充分之理由。爲近世各國所公認。即（一）婚姻爲男女雙方共諾之生存結合。其承諾與否。本任諸當事人之意思。而意思之存在。尤必限於結婚之當時。故雖訂定婚姻之豫約。一旦忽有所不願。自不得加以強制。致失其意思之自由。（二）婚姻之豫約。不過爲婚姻之準備。並未發生夫妻之關係。假使在準備之中。雙方不能同意。即行解除婚約。亦理論上之所當然。（三）財產上之契約。如不履行。可以強制執行。而身分之契約。若不爲履行。則無由施以強制。依此理由。故現今各國法律。概不認婚約有拘束婚姻之效力。換言之。即

不生強制結婚之效力也。本法順應世界之潮流。亦於第九七五條明白規定婚約不得請求強迫履行。所以杜紛爭也。惟於此有應注意者。婚約不得強迫履行。與前之所述。不認婚約有效之制度。顯然有別。在不認婚約有效之國家。根本上即不認婚約之存在。而婚約不得強迫履行之規定。非不認婚約之存在。不過於一造不履行婚約時。他造祇得要求賠償。不得提起履行之訴耳。

第七款 婚約之解除

婚約既經成立。男女雙方。本應恪守。若小有齟齬。任意翻悔。固屬不合。然解除條件。限制太嚴。亦多流弊。蓋婚姻為男女終身大事。若感情決裂。難期白首。與其強之隱忍。而致結婚後。夫妻反目。實不如事前設法救濟。使其易於斷絕之為愈。故本法斟酌情形。規定解除婚約之原因如左。（本法第九七六條第一項）

1 婚約訂定後。再與他人訂定婚約或結婚者。婚約當事人之一方。於訂定婚約後。再與他人訂定婚約或結婚。是顯無履行婚約之誠意。他方自得為

婚約之解除。

2 故違結婚期約者。清律出妻條例載。『期約已至。五年無故不娶。聽其經官告給執照。別行改嫁。』云云。誠以訂婚以後。約期迎娶。而又無故自違期約。法律實無維持其婚約之必要也。惟該條例僅指男方違約而言。於女方違約。則無規定。且男方違約。尚須經過五年。始得告官改嫁。限制亦未免太嚴。故本款特定爲無論何方。如故違結婚期約。他方即得爲婚約之解除。固不以男方違約爲限。且無期間之限制也。

3 生死不明已滿一年者。婚約訂定後。一方生死不明。已滿一年。若使他方長期守候。殊非人情之所能堪。故亦定爲得解除婚約之一原因。

4 有重大不治之病者。婚約當事人之一方。患病而至於重大不治。自無更強他方與之結婚之理。故亦得解除婚約。至如何之病而爲重大。如何情形而爲不治。純係事實問題。一任法院之自由認定。法律上無具體之規定也。

5 有花柳病及其他惡疾者。花柳病及其他惡疾。往往易於傳染。一與結婚。直接足以危害他方之生命。間接足以影響種族之健康。故亦以許其解除婚約爲宜。

6 婚約訂定後成爲殘廢者。清律男女訂婚之初。若有殘廢。務要兩家明白通知。各從所願。此就訂婚前而言之也。若夫訂婚之後。一方成爲殘廢。同爲他方之所不及料。如他方不願與之結婚。亦應許其解除婚約。方昭公允。故本法亦定爲解除婚約原因之一。我前大理院判例亦同此見解者也。

7 婚約訂定後與人通姦者。清律男女婚姻條載。『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。』蓋因男女既經定婚。卽各應負貞操之義務。若婚約訂定後。而與他人通姦。卽屬對於貞操之義務。有所違反。自應許他方得爲婚約之解除。本款之規定。與清律同其意義也。

8 婚約訂定後受徒刑之宣告者。人而受徒刑之宣告。則其聲名之狼籍可

知他方如不願與此刑餘之人結婚。法律殊未便加以強制。故亦許其得以解除婚約焉。

9 有其他重大事由者。前述各款。爲列舉之規定。然人事紛紜。有時恐非列舉各款所能包括。故復爲本款之規定。俾有活動之餘地。卽除前列各款外。如認爲情節重大。有解除婚約之必要者。婚約當事人之一方。亦得解除婚約焉。

以上所述。乃解除婚約之原因也。至解除婚約之方法。原則上自應向他方爲意思之表示。但如事實上不能向他方爲解除之意思表示時。亦得不爲意思表示。自得爲解除時起。不受婚約之拘束。（本法第九七六條第二項）例如一方生死不明。已滿一年。他方與之解除婚約。事實上卽無法向之。爲意思表示也。

第八款 婚約之賠償

婚姻之預約。雖不生拘束婚姻之效力。惟得請求損害賠償。已成今日多數國家

之通例。卽不認許婚約爲有效之國家。對於違反婚約之當事人。亦每依一般契約之原則。認爲應負賠償損害之義務。但各國關於賠償之規定。範圍不同。有僅得請求現生之損害者。如法國是。有得請求賠償因準備婚事之支出。及因承諾義務所受之損害。並須返還贈與物者。如德國是。有得請求賠償因準備婚事所生之損害。及慰藉金者。如瑞士是。本法第九七七條規定。婚約解除時。無過失之一方。得向有過失之一方。請求賠償。其因此所受之損害。又第九七八條規定。婚姻當事人之一方。無第九七六條之理由而違反婚約者。對於他方因此所受之損害。應負賠償之責。又第九七九條規定。前條情形。雖非財產上之損害。受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失者爲限云云。蓋婚約之效力。既認爲薄弱。而解除婚約之原因。又復形廣泛。則婚約當事人因此而蒙之損害。有過失或無故違約之一方。不能不負賠償之責任。所謂有過失云者。卽構成解除婚約之原因。可以歸責於該方之謂也。所謂非財產上之損害云者。係指名譽損失。精神痛苦。及其他不可以財

產價格估計之損失言也。唯此項請求權。爲基於當事人之身分關係而來。非普通之債權債務關係可比。故不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者。不在此限。（本法第九七九條二項。）

第四節 結婚

第一款 結婚之要件

第一目 實質上之要件

一 有結婚之意思。婚姻爲男女共諾之生存結合。已如前述。故結婚之男女。必有自由決定之意思。此種意思。爲婚姻成立與否之先決問題。雖法定代理人。亦不許其代爲表示也。是以共諾之意義。須具備下述各要件。（一）雙方有結婚之意思。（二）各爲正式之表示。（三）意思與表示相一致。（四）自由之意思表示。否則若意思表示有錯誤。或被詐欺脅迫而結婚者。縱已踐行結婚之

方式。法律上亦認其爲得撤消之原因焉。

二 達結婚之年齡 早婚之弊。不勝枚舉。有害於男女身體之健康。一也。其所生之子女。恆多羸弱。二也。婚姻之知識不完全。三也。未能盡教養子女之責任。四也。因此四端。而影響及於國家。五也。故歷來各國法典。對於結婚之年齡。每設最低之限制。茲列表於左。

羅馬法	男滿十四歲。女滿十二歲。
寺院法	男滿十四歲。女滿十二歲。
英吉利	男滿十四歲。女滿十二歲。
西班牙	男滿十四歲。女滿十二歲。
希臘	男滿十四歲。女滿十二歲。
奧大利	男滿十四歲。女滿十四歲。
普魯士	男滿十八歲。女滿十四歲。

法蘭西

意大利

比利時

葡萄牙

匈牙利

羅馬尼亞

男滿十八歲。女滿十五歲。

德意志 男滿二十一歲。女滿十六歲。

丹麥 瑞典 男滿二十一歲。女滿十八歲。

瑞士 挪威 男滿二十歲。女滿十八歲。

日本 男滿十七歲。女滿十五歲。

荷蘭 男滿十八歲。女滿十六歲。

蘇俄 男滿十八歲。女滿十八歲。

以上所列各國所定之結婚年齡。以氣候風俗之異。高下不一。故男子最高有至二十一歲者。最低有至十四歲者。女子最高有至十八歲者。最低有至十二歲者。而男子結婚年齡。略高於女子。則為大多數國之通例。惟奧國定為男女一律十四歲。最近蘇俄民法。亦有男女一律十八歲。許為婚姻註冊之規定。雖似符平等之意義。然男女身體發育有遲早。乃出於自然之理。無取乎以人力強劑之平。至結婚年齡。失於過低。固無以達防止早婚之目的。失之過高。亦難免曠夫怨女之流弊。我國古代。男子三十而娶。女子二十而嫁。然僅見於禮制。無法律之效力。嗣後代有更易。雖間有見於詔令者。但并不強制人民遵守。換言之。人民未達結婚年齡而結婚。國家對之並無若何之制裁。以致早婚之習。隨地皆有。實非所以慎重婚姻之道。本法仿多數國之立法例。規定男滿十八歲。女滿十六歲。為結婚年齡。（本法第九八〇條）

未達此年齡。則絕對禁止其結婚者也。

三 已得法定代理人之同意。吾國舊例。子女結婚。嘗由父母或尊長主之。卽所謂主婚人是也。清律男女婚姻條例。『嫁娶皆由祖父母父母主婚。祖父母父母俱無者。從餘親主婚。夫亡攜女適人者。其女從母主婚。』云云。夫所謂主婚。卽由祖父母父母或餘親作主。置男女雙方之意思於不顧。按諸婚姻自由之原則。固有未合。惟男女既達結婚年齡。法律上苟直許其結婚。則血氣方盛。驅於情感。易於輕率。始謀不臧。後患無窮。故爲保護青年男女之將來幸福起見。於其在一定年齡之下。應使其利害關係最切近之人。參加考慮。方爲妥善。此各國立法例。於未達一定年齡之人結婚。多規定須得父母或監護人之同意也。如瑞士民法。未成年人限於得父母或監護人之同意時。得爲結婚。法國民法。未滿二十五歲之男。未滿二十一歲之女。締結婚約時。須得父母之允諾。日本民法。男滿三十歲。女滿二十五歲。爲婚姻時。不必得父母之同意。本法

亦仿各國立法例。關於婚姻以自由爲原則。婚約固由當事人自行訂定。結婚亦屬當事人之自由。惟民法總則規定二十歲爲成年。（總則第一二條）而結婚年齡。祇規定男滿十八歲。女滿十六歲。在男女已達結婚年齡。尙未達成年之時期。如欲結婚。須得法定代理人之同意。（本法第九八一條）或謂如此規定。有類於允諾時代之婚姻。似違反婚姻自由之原則者。不知允諾婚父母之同意權。則無年齡上之限制。此則一達成年。卽無須法定代理人之同意矣。二者固截然不同也。

四 非近親結婚 親屬結婚。各國莫不設有限制。而以血親爲尤甚。誠以近世生理學及醫學之發達。深知血統相近者之結婚。易傳劣點於子嗣也。但血統關係若較疏遠。則其影響亦卽甚微。甚至毫無影響之可言。我國向禁同姓結婚。嗣改同宗不得結婚。卽不論支派之遠近。籍貫之異同。凡屬同宗。若互爲婚姻。皆干例禁。範圍過廣。無裨實際。且所謂同宗。只限於男系。而女系不在其內。

亦有未合。本法力矯此弊。斟酌損益。於中外法制之間。特於第九八三條規定。
(一)直系血親與直系姻親。(二)旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者。(三)旁系
旁系血親在八親等之外。旁系姻親在五親等之外者。不在此限。(四)旁系
血親之輩分相同。而在八親等以內者。不得結婚。其餘親屬結婚。則爲法律所
不禁。蓋於限制之中。仍寓解放之意。惟就血統之遠近言。姑舅兩姨之子女。與
伯叔之子女。均屬同等之血親。本法於伯叔之子女。卽旁系血親之輩分相同
在八親等以內者。則禁止其結婚。(第九八三條一項三款)而於姑舅兩姨
之子女。卽表兄弟姊妹等。則又許其爲婚姻。(同款但書)非惟仍不免有重
男統而輕女系之嫌疑。且亦漠視科學上劣點遺傳之原理。在立法者之意。無
非遷就我國之習慣。但於禁止血親爲婚之本旨。似未能貫徹也。至上述關於
姻親結婚之限制。於婚姻關係消滅後。亦適用之。乃各國立法例之所同。亦爲
本法所明定者也。(同條二項)

五 非監護關係者結婚 監護人與受監護人於監護關係存續中不得結婚。蓋恐監護人利用其監護者之地位對於受監護人有不利益之行爲也。故在監護關係消滅後或經受監護人父母之同意者則不在禁止結婚之列（本法第九八四條）

六 非有配偶者結婚 一夫多妻一妻多夫皆爲法律所不許已如前述故既有夫者不得重有夫既有妻者不得重有妻凡有配偶而更爲婚姻者刑法且科以重婚之罪（刑法第二五四條）民法絕無認許之理（本法第九八五條）惟於此有應注意者凡前婚無效撤消或離婚或一造死亡再行婚嫁者則不在重婚之列也。

七 非與相姦者結婚 所謂相姦者即姦夫姦婦是有夫之婦或有妻之夫因與人通姦經判決離婚或受刑之宣告另因他事離婚者再行婚嫁本爲法律所不禁惟若仍許其與相姦者結婚則無以防淫邪之風本法於此故特設禁

止之規定。（本法第九八六條）我司法院解釋第一〇四號謂「離婚以後。則結婚應絕對自由。自無不得與相姦者結婚之限制」云云。在本法施行後。則無適用之餘地也。

八 已逾再嫁期限 女子自婚姻關係消滅後。非逾六個月。不得再行結婚。但於六個月內已分娩者。不在此限。（本法第九八七條）此爲防血統之混亂而設。蓋爲人妻者。於婚姻解除。或因其他事故。婚姻關係消滅後。若遽許其再嫁。則日後所生之子女。果爲前婚之子女。抑爲後婚之子女。易起紛爭。故本法規。定。非經六個月。不得再行結婚。但於六個月內。前婚所懷之孕。已經分娩者。則雖與人再行結婚。亦無混亂血統之弊。此同條但書之所以設也。唯此再嫁期間。各國立法例。亦不一致。德法兩國。及瑞士民法。均定爲十個月。日本則與本法同。亦定爲六個月。德瑞民法。於此禁止再嫁之期間。法院認婦女之前婚。不得有懷胎之情形時。得縮短及免除之。日本除分娩外。無例外之規定。則亦與

本法無異。又離婚之妻與前夫再婚時。立法例中有設免除期間之例外者。本法亦未爲規定。適用時祇能斟酌情形而處理之也。

第二目 形式上之要件

結婚之形式上要件。各國法律規定不一。德意志婚姻之締結。須在主務戶籍吏之前。瑞士須在公開之結婚式場。以證人二人之蒞場。行結婚禮。由身分管理吏。交付以婚姻證書。蘇俄一九一六年九月十六日所公布之親屬法。第二章第五八條第五九條規定。婚姻須於該居住地之地方註冊局所分設之出生婚姻註冊課。以口頭或書面聲明之。并提出確係本人之證明書。自由共諾之報告書。無法律上障礙之證明書。日本民法亦以婚姻呈報於戶籍吏而生效力。我國舊律關於結婚之形式。雖無明文規定。但習慣上之禮節。則極隆重。蓋因結婚關於當事人身分之變更。應具備一定之形式。期社會之週知也。惟儀式過於嚴格。民衆亦感不便。故本法爲區別適法之正式配偶。與無婚姻關係之苟且結合。而設最低度之形式。即僅須

其備公開之儀式及二人以上之證人而已。(本法第九八二條)

第二款 結婚之無效及撤消

第一目 結婚之無效

一 無效之原因 結婚爲人生大事。苟非萬不得已。斷不容輕易變更。故結婚無效之原因。各國均特設規定。不適用民法一般法律行爲無效之原則。有以重婚、近親結婚、未達結婚年齡結婚、爲結婚無效之原因者。寺院法、法民法、蘇俄婚姻法是也。有以不履行結婚之方式、無行爲能力者結婚、喪失知覺者結婚、有神經病者結婚、重婚、近親及相姦者結婚、爲結婚無效之原因者。德民法是也。有以當事人無結婚之意思、不呈報戶籍吏、爲結婚無效之原因者。日本民法是也。是各國關於結婚無效之原因。雖均有規定。而其範圍則有廣狹之別。本法關於結婚無效之原因。取狹隘主義。依第九八八條規定。僅以左列二者爲限。

(甲)不具備第九八二條之方式者。即結婚無公開之儀式及二人以上之證人是也。

(乙)違反第九八三條所定親屬結婚之限制者。即直系血親及直系姻親之結婚。旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者之結婚。(旁系血親八親等之外。旁系姻親五親等之外者。不在此限。)旁系血親之輩分相同。而在八親等以內者之結婚。(表兄弟姊妹不在此限)是也。

二 無效之結果 結婚之無效其結果如左

(甲)無效之結婚。當事人不得追認。依民法一般之原則。無效之法律行為。若當事人知其無效而追認者。視為新法律行為。無效之結婚。如有上述情形之一時。倘當事人知其無效而追認。似亦可認為新婚姻之成立。然結婚之事。與其他法律行為有異。即有共同之意思。尚應依法定之程序。故不適用追認之原則也。

(乙)無效之結婚根本上與未結婚同。無效之結婚。在法律上根本即不認其成立。故夫妻之身分及財產之關係。與未結婚時初無稍異。當事人既無夫妻之權義。其所生之子女。即不能取得婚生子女之身分。僅得以非婚生子女待之。

(丙)無效之結婚。不必經法院之宣告。無效之結婚。其無效須經法院宣告與否。各國立法例頗不一致。其取宣告主義。而必以確認之訴主張無效者。德瑞是也。反之。無效之結婚。不必經法院判決之宣告。隨時可以主張無效者。英美法日是也。本法採後之主義。結婚之無效。不必經何等之程序。惟當事人一方有爭議時。始適用人事訴訟程序。請求法院宣告所結之婚姻為無效也。

(丁)無效之結婚。其有過失者。須負賠償之責。無效之結婚。使雙方均無過失。原不生賠償問題。否則當事人之一方有過失時。對於他方所受精神上

或物質上之損害。須負賠償之責任。惟此項賠償請求權。除已依契約承諾。或已起訴者外。不得讓與或繼承。亦與違反婚約之賠償同也。（本法第九九九條）

第二目 結婚之撤消

一 撤消之原因 結婚之撤消。雖與結婚之無效有異。然於結婚當事人有重大之影響則同。故結婚之撤消。亦不適用普通法律行為撤消之原則。依本法之規定。其撤消之原因如左。

（甲）違反結婚年齡者 即違反第九八〇條之規定。男未滿十八歲。女未滿十六歲。而結婚者是也。（本法第九八九條）

（乙）違反同意規定者 即違反第九八一條之規定。未成年人未得法定代理人之同意。而結婚者是也。（本法第九九〇條）

（丙）違反監護人與受監護人結婚之限制者 即違反第九八四條之規定。

監護人與受監護人於監護關係存續中。未經受監護人父母之同意而逕行結婚者是也。（本法第九九一條）

（丁）違反重婚之禁例者 即違反第九八五條之規定。已有配偶而又行結婚者是也。（本法第九九二條）

（戊）違反相姦者結婚之禁例者 即違反第九八六條之規定。因姦經判決離婚。或受刑之宣告。而與相姦者結婚者是也。（本法第九九三條）

（己）違反再婚期限者 即違反第九八七條之規定。女子自婚姻關係消滅後。未逾六個月。而又未於六個月內分娩。再行結婚者是也。（本法第九九〇條）

（庚）結婚時不能人道而不能治者 所謂不能人道。即石女天闔之類。結婚之目的。雖非完全在於性交。然性交乃結婚重要目的之一。毫無疑義。當事人之一方。於結婚時既不能人道。而又無治愈之望。則結婚之目的。自不可

達。故亦得爲撤消之原因焉。（本法第九九五條）

（辛）結婚時係在無意識或精神錯亂中者。結婚以當事人自由之意思爲準。當事人之一方。於結婚時既在無意識或精神錯亂中。其無結婚之意思。甚爲明顯。故亦得爲撤消之原因。（本法第九九六條）

（壬）因被詐欺或脅迫而結婚者。詐欺云者。謂故意表示虛僞之事實。使人陷於錯誤者是也。脅迫云者。謂故意通知不正之危害。使人生畏懼之心者是也。各國法律。有以詐欺爲婚姻撤消之原因者。有不然者。如法國則不以詐欺爲婚姻撤消之原因。其意以爲男女結婚之始。往往美則格外揄揚。惡則故意隱匿。若以此而撤消結婚。則結婚之可撤消者。不知凡幾也。德國則又以詐欺爲撤消結婚之原因。其意以爲人被詐欺。則無自由決定結婚之意思也。至以脅迫爲撤消結婚之原因。則英美德日各國法律皆同。實則詐欺與脅迫。其手段雖殊。而就受害者言之。其缺乏意思之自由則一。故本法

亦以二者同爲結婚撤消之原因焉。至如何而後始爲詐欺與脅迫。此係事實問題。一任法院之自由判斷。而受詐欺或脅迫者之爲當事人雙方或一方。則亦無所區別也。（本法第九九七條）

二 撤消之方法 普通法律行爲之撤消。祇須以意思表示爲之。而結婚之撤消。必向法院請求。（本法第九八九條至第九九七條參照）誠以結婚之撤消與否。有關於公益者甚鉅。非如此不足以昭慎重也。

三 撤消權之行使 撤消權究由何人而行使。因撤消之原因不同。而亦各有差異。依本法規定。違反結婚年齡者之結婚。則由當事人或其法定代理人行使撤消權。違反同意規定者之結婚。則由法定代理人行使撤消權。違反監護人與受監護人結婚限制者之結婚。則由受監護人或其最近親屬行使撤消權。違反重婚禁例者之結婚。則由利害關係人行使撤消權。違反相姦結婚禁例者之結婚。則由前配偶行使撤消權。違反再婚期限者之結婚。則由前夫或

其直系血親行使撤消權。因不能人道而不能治者之結婚。則由他方當事人行使撤消權。因在無意識或精神錯亂中者之結婚。則由該當事人於常態恢復後行使撤消權。因被詐欺或脅迫者之結婚。則由該當事人於發現詐欺或脅迫終止後行使撤消權。(本法第九八九條至第九九七條參照)

四 撤消權之消滅 結婚之撤消。若無一定之期限。則婚姻關係永不確定。非所以保護個人利益及維持社會秩序之道。故各國法律多定一撤消權行使之期限。逾此期限。則撤消權歸於消滅。本法亦然。即違反結婚年齡者之結婚。於當事人已達結婚年齡。或已懷胎者。其撤消權因之而消滅。違反同意規定者之結婚。於法定代理人自知悉其事之日起。已逾六個月。或結婚後已逾一年。或已懷胎者。其撤消權因之而消滅。違反監護人與受監護人結婚限制者之結婚。於結婚已逾一年者。其撤消權因之而消滅。違反重婚禁例者之結婚。在前婚姻關係消滅後。其撤消權因之而消滅。違反相姦結婚禁例者之結婚。

於結婚已逾一年者。其撤消權因之而消滅。違反再婚期限者之婚姻。於前婚姻關係消滅後。已滿六個月。或已在再婚後懷胎者。其撤消權因之而消滅。因不能人道而不能治者之結婚。於自知悉其不能治之時起。已逾三年者。其撤消權因之而消滅。因在無意識或在精神錯亂中者之結婚。暨被詐欺或脅迫者之結婚。則於常態回復後。或於發見詐欺或脅迫終止後。均以六個月為撤消權行使之期限。若於此期限內不向法院請求撤消者。其撤消權因之而消滅。（本法第九八九條至第九九七條參照）

五 撤消之效力 結婚之撤消其效力如下。

（甲）不溯及既往 結婚之撤消。與結婚之無效異。結婚之無效。視與自始即未結婚同。已如上述。而普通法律行為。經撤消後。亦視為自始無效。（民法總則第一一四條）惟結婚行為之撤消。其效力並不適用總則之規定。各國民法。有以溯及既往為原則。而於特等事項。設為例外者。若德國是有以

不溯及既往爲原則。而於財產之特別事項。設爲例外者。若日本是有分別當事人之善意惡意。而或溯及既往。或不溯及既往者。若法國是。雖各國立法例未能一致。要非一律溯及既往則同。故本法第九八八條亦以明文規定結婚撤消之效力。不溯及既往。蓋所以維公益而杜爭端也。

(乙)因結婚而生之親屬關係消滅。在結婚撤消前之親屬關係。不因撤消而受何等之變更。故結婚當事人至撤消時止。仍有夫妻之身分關係。而於結婚撤消前所生之子女。當然爲婚生子女。惟結婚被撤消後。則完全恢復未結婚時之狀態。所有因結婚而發生之一切親屬關係。因而消滅。乃當然之理也。

(丙)有過失者須負賠償之責。結婚而被撤消。當事人之一方。因此而受有損害者。得向有過失之他方請求賠償。而所謂損害。即非財產上之損害。亦得請求賠償相當之金額。但此項請求權。除已依契約承諾或已起訴者

外。不得讓與或繼承。此與違反婚約及結婚無效之賠償。完全相同者也。（
本法第九九九條）

第五節 婚姻之普通效力

第一款 夫妻之姓氏

關於夫妻之姓氏問題。各國立法例不一致。法國民法。無夫妻姓氏之規定。但規定夫妻離婚時。各復其原姓。夫妻離婚各復其原姓。則於未離婚時。各得用他方之姓可知矣。德國民法。規定妻用夫姓。即離婚之時。妻亦得保有夫姓。日本民法第七三二條第一項規定。戶主同居之親屬。及其配偶。均為家族。又第七四六條規定。戶主及家族。稱其家之氏。又第七八八條規定。妻因婚姻入於夫家。入夫及壻養子入於妻之家。是無論妻入夫家。或夫入妻家。均稱其家之氏可知。瑞士民法。妻取得夫姓及身分權。蘇俄新親屬法。夫妻得用公姓。或用夫姓。或用妻姓。或各保持其結婚

前之姓。并得於婚姻登記時聲明之。我國向例。女子出嫁。並不改姓。祇於原姓之上。冠以夫家之姓。茲於本法制定之初。中央政治會議。爲力求男女平等起見。關於此問題。曾假定六種辦法。而研究其得失。卽

- 一 夫妻均以協定之姓（夫姓妻姓或第三姓）爲姓。子女亦從之。
- 二 夫妻各用本姓。子女併用父母之姓。
- 三 夫妻各用本姓。子從父姓。女從母姓。
- 四 妻從夫姓。子女從父姓。
- 五 夫從妻姓。子女從母姓。
- 六 妻冠夫姓。子女從父姓。

右述第一、第二、第三、三項。與男女平等之旨相符。此其所長。然第一項辦法。夫妻既有擇姓之自由。而子女結婚。亦復有此自由。則其結果。恐有代易其姓之弊。此其短也。第二項辦法。在子女併用兩姓。原無不可。然子女之子女。卽有二以上之字爲

姓。每遞下一世。即增其字數。世無窮而姓之字數增加亦無窮。扞格難行。此其短也。第三項辦法。則兄弟姊妹間各異其姓。未免奇異。第四項辦法。妻不用本姓。專從夫姓。似有所偏。第五項辦法之偏亦相等。故均不足取。惟第六項辦法。妻得保存本姓。而夫亦不致易姓。在實際上較爲易行。亦即我國素行之習慣。至子女之姓。因另無完善辦法。祇有仍從父姓。惟此係就妻嫁入夫家時而言。若夫贅入妻家時。則夫冠妻姓。所生之子女。亦從母姓。亦理所應爾。此本法第一〇〇〇條規定。妻以其本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。但當事人另有訂定者。不在此限。又於第一〇五九條規定。子女從父姓。贅夫之子女從母姓。但另有約定者。從其約定云云。於維持習慣之中。復寓男女平等之意也。

第二款 夫妻之同居

吾國向例。以男子爲一家之主體。女子不過附庸。仰人鼻息。聽命而已。積習相沿。牢不可破。而夫妻間之不平等。尤屬顯然。本法於夫妻關係之規定。不分主從。即一

面力謀夫妻生活之安定。他方兼顧個人地位之獨立。蓋夫妻雙方聯袂接席。彼此合作。始能達婚姻之目的。故夫妻有同居之義務。爲各國民法之所同。惟我舊親屬編草案。規定夫須使妻同居。妻負與夫同居之義務。而以決定同居事務之權。一委於夫。夫之所在。妻不得不隨之以行。仍不免重男輕女之積習。本法力矯此弊。規定夫妻互負同居之義務。夫無故而棄其妻。或妻無故而棄其夫。均係違反同居之義務。於夫妻兩方。無所歧視也。雖然同居之義務。亦限於事實之可能者耳。如出仕經商。入學游歷。及其他有正當理由。不能同居者。法律亦不以違反同居之義務相責也。（本法第一〇〇一條）

右述夫妻同居之義務。是否可以強制執行。學者頗有爭論。以日本民法理由書觀之。謂妻不肯與夫同居時。可以命令使之同居。如隱匿逃亡。可以搜索拘致。是即以實力強制其履行也。但依吾人所信。夫妻同居之義務。實不能強制執行。其理由有三。性質上不能強制執行。一也。無強制執行之方法。二也。縱令強制執行。亦不能

達婚姻之目的。三也。故夫妻一方違反同居之義務。其他一方亦祇得科以遺棄之責。而以之爲離婚之條件耳。

第三款 夫妻之住所

關於夫妻之住所。德民法規定夫有指定住所之權。但其指定顯係濫用權利者。妻無遵從之義務。法民法規定既婚之婦。須以夫之住所爲己之住所。瑞士民法規定以夫之住所爲妻之住所。是均以設定住所爲夫專有之義務也。惟日本民法規定妻因婚姻應入夫家。入夫及婿養子應入於妻家。本法故亦略仿其意。於第一〇〇二條規定。妻以夫之住所爲住所。贅夫以妻之住所爲住所。夫妻之間毫無軒輊。亦所以求男女平等之一端也。

第四款 夫妻之代理

夫妻既以營共同生活爲目的。若夫妻雙方事無鉅細。必一一躬親。則不便孰甚。日本民法第八〇四條規定。關於日常家事。視妻爲夫之代理人。所謂日常家事者。

即指柴米油鹽等一切起居飲食之家常事務也。惟日常家事不獨妻有代理其夫之必要。夫之於妻。有時亦感此需要也。故本法規定。夫妻於日常家務互為代理人。（本法第一〇〇三條）雖然此種代理權。法律乃為便利計。而為此規定。若夫妻之一方。有濫用此代理權時。其他之一方。不妨加以一部或全部之限制。惟不得對抗善意第三人耳。此同條但書之所由設也。

第六節 夫妻財產制

第一款 通則

第一目 夫妻財產制之意義

夫妻財產制者。即夫妻因婚姻而發生各種財產關係之總稱也。此種關係。不獨於夫妻相互間發生效力。即夫妻一方或雙方於第三人之間。亦發生效力。惟所謂夫妻財產制。其範圍亦僅限於因婚姻而發生之各種財產關係。其他如（一）夫

妻關於財產之普通關係。即不因婚姻而因雙方間訂立通常契約所發生之關係。
(二) 夫妻間或與其子女間屬於個人本身權利義務之關係。(三) 與子女間之財產關係等。均不在夫妻財產制之內。而夫妻財產制之中。任許當事人自由約定者。是為約定財產制。無約定者。則適用法律所規定之制度。是為法定財產制。

第二目 夫妻財產制之類別

各國法律。對於夫妻財產制之規定。千頭萬緒。極不一致。大別之。可分為左列各種。

1 統一財產制 此制之特質。即雙方財產。均集中於夫之一方。妻所帶入財產之所有權。除特有財產外。均移轉於夫。而妻祇有請求返還原估價額之權。

2 共同財產制 此制之特質。為設定一種夫妻之共同財產。於共同財產外。各許獨有財產。共同財產關係終了時。通常由雙方平均分析之。共同財產

之範圍大小不同。故此制又可細別爲左列三種。

(甲)一般共同制 卽夫妻現在及將來取得之一切動產與不動產。除特有者外。皆爲共同財產。故共同財產制。以此制包括爲最廣。

(乙)動產及所得共同制 此制共同財產之範圍。較上述一般共同制爲狹。卽僅以婚姻前之動產。及婚姻後所取得之動產。不動產爲限。而婚姻前之不動產。則不在共同之內也。

(丙)所得共同制 卽限於婚姻關係存續期間內。夫妻所得之動產。不動產。其雙方現有之動產與不動產。均不在內。故此制較前述乙種制度爲尤狹。

3 聯合財產制 此制之特質。卽妻之財產。除特有者外。集中於夫之一方。而非夫妻共有之財產。僅各別保存其原有財產之所有權。夫對於妻原有之財產。有管理收益及特定範圍內之處分權。

4 奩產制 此制之特質。卽妻之財產。爲擔任家用起見。特指定一部爲奩產。由夫管理使用收益。其所有權仍屬於妻。夫對於奩產。不得移轉及其他處分。

5 分別財產制 此制之特質。卽夫妻對於現有財產。及後日所得之財產。各自獨立。各別有其所有權。管理權。及使用收益權。夫妻相互間。及對於第三人之間。關於財產。殆與未結婚無異。所不同者。則夫妻間各有擔負家用之義務而已。

以上所述。僅就大體而爲區別耳。實則各國採用某種制度時。往往參以別種制度。如瑞士民法所規定之聯合財產制。匈牙利民法所規定之分別財產制。均包含所得共同制於其中。卽其顯例。約略言之。那威、芬蘭、荷蘭、葡萄牙等國。則以一般共同制爲法定制。法蘭西、比利時。則以動產及所得共同制爲法定制。俄蘇、西班牙、南美洲數國及美國數州。則以所得共同制爲法定制。法國、瑞士、日本及美國數州。則

以聯合財產制爲法定制。奧國、捷克、匈牙利、羅馬尼亞、意大利、希臘、土耳其、英國及美國數州。則以分別財產制爲法定制。惟統一財產制及奩產制。各國尙無以之爲法定制者。瑞士則以統一財產制爲約定制。南美洲諸國。若阿根廷、巴辣基、烏拉圭等國。則以奩產制參雜他種制度而爲法定制。其屬於羅馬法系及法國法系諸國。則以奩產制爲約定制。我國舊律向無夫妻財產制度。卽習慣配偶之間。訂立財產契約者。亦所罕觀。誠以吾國趨重共同經濟。友朋之間。往往講通財之義。而夫妻之於財產。尤不甚計較。與東西各國之趨重個人經濟。財產界限。務極分明者不同。對於夫妻財產制度。似無規定必要。然近年以來。人民之法律思想。逐漸發達。法律須適應潮流。故本法亦參考各國成規。規定法定財產制與約定財產制兩種。以便新社會之適用。而並以聯合財產制爲法定制。以（一）共同財產制。（二）統一財產制。（三）分別財產制。爲約定制。

第三目 夫妻財產制之訂立變更及廢止

關於夫妻財產契約。有規定於債編者。如法國、比利時、意大利、羅馬尼亞、及南美洲多數國。是有規定於親屬編者。如德國、瑞士、土耳其、荷蘭、日本、巴西等國。是但無論規定於債編或親屬編。其爲特種契約。固毫無疑義。此特種契約。其內容既有相當之範圍。而其訂立變更及廢止。亦有特定之手續。固爲各國所同者也。

各國法律。對於夫妻財產契約。有一根本問題。卽是否適用契約自由之原則。與夫自由範圍之廣狹是也。分析言之。更有婚前之契約自由。及婚後契約自由之別。婚前無自由者。婚後當然亦無自由。卽婚前有自由者。婚後非必有自由。茲分論如次。

(甲) 婚前之契約自由。夫財產關係。應否許結婚當事人預以契約自由訂定之。實爲一重要問題。此問題之如何解決。其影響於當事人雙方之經濟固鉅。而於一般社會。亦復影響不淺。反對契約自由者之言曰。男女之知識經驗。恆不相等。若聽其自由訂約。則所訂之條款。難保其不無一時感情之作用。且所

訂之約各有不同。社會上既無一定之標準。則第三人對之爲法律行爲。亦感莫大之困難。贊成契約自由者之言曰。各人在社會上。習慣上。及經濟上。所處之地位。各有不同。若不問當事人之意思如何。而強以一定不易之制度。恐有扞格難行之處。卽行矣。亦未必與當事人之地位適相符合。兩說皆持之有故。言之成理。立法例中。如墨西哥自一九一七年四月九日之法律公布後。祇承認分別財產制爲唯一之制度。又俄國舊律。及蘇俄一九二六年之新法典。均不許夫妻訂立財產契約。其新法典第十三條。雖規定夫妻於法律允許範圍內。得訂立各種關於財產之契約。然此種契約。係指通常人相互間。亦得締結之契約而言。非所謂夫妻之財產契約。是即採前說者也。他如法、比、德、奧、波蘭、捷克、荷蘭、意大利、羅馬尼亞、瑞士、土耳其、葡萄牙、西班牙、南美洲多數國。雖所許夫妻契約自由之範圍。大小不同。要其許夫妻間訂立財產契約則一。是即採後說者也。

(乙)婚後之契約自由。婚前之契約自由。與婚後之契約自由。表面上似無多大之區別。實則截然兩事。蓋婚前之問題。係於法定制外。是否許有約定制是也。婚後之問題。係無論其爲法定制。或約定制。是否一經實行。卽屬確定。而雙方不能自由變更或廢止者也。各國立法例。於此問題。略分三派。

1 夫妻財產制。在婚姻存續期間內。不得以契約變更者。如比利時、荷蘭、波蘭、芬蘭、意大利、羅馬尼亞、西班牙、葡萄牙、日本及南美洲諸國均是也。

2 夫妻財產制。在婚姻存續期間內。得以契約變更者。如德、奧、捷克、巴拿馬等國皆是也。

3 於特定條件範圍內。得以契約變更者。如瑞士、土耳其等國是。瑞士民法第一八一條第二項規定。夫妻財產契約變更。須經監護官署之許可。又第一七九條第三項規定。在婚姻存續期間內所訂立之夫妻財產契約。不得侵害第三人之權利。土耳其之規定。與瑞士略同。

婚前及婚後契約自由之有無。已如前述。若更就許契約自由者而研究其自由之範圍。則各國立法例。可分爲兩大派。

(一)無限制之自由。所謂無限制者。即法律雖列舉若干種制度。而詳細規定其內容。然此不過爲便利當事人訂約起見。略供其採擇耳。若當事人不採用其中之一種制度。而自定他種辦法。或採用其中之一種制度。而參以他種制度。爲混合制度。均無不可。採此主義者。爲法比、荷蘭、那威、波蘭、捷克、西班牙、葡萄牙、日本及南美洲諸國。

(二)有限制之自由。所謂有限制者。即於法律所列舉各種制度中。任擇其一。但不能變更其內容。質言之。即整個制度之採擇自由也。採此主義者。爲德國、瑞士、土耳其等國。德國對於此點。雖無明文規定。然其立法之用意如此。而實際上亦不許任意採用混合制。瑞士則有明文規定。其民法第一七九條第二項曰。定婚人或夫妻間如訂立契約。應於本法所規定之各種夫妻財產制度

中選擇其一云云。是契約之自由。限於整個之採用。或不採用。固甚明顯。土耳其之規定。亦大體相同也。

各國關於夫妻財產契約之訂立變更及廢止。已略述如前。茲更就本法所規定者分述如左。

第一 契約自由之範圍 本法第一〇〇四條規定。夫妻得於結婚前。或結婚後。以契約就本法所定之約定財產制中。選擇其一。爲夫妻財產制。第一〇一二條規定。夫妻於婚姻關係存續中。得以契約廢止其財產契約。或改用他種約定財產制云云。夫訂立契約。既不限於結婚前。或結婚後。而婚姻存續中。又隨時得以契約廢止其財產契約。或改用他種約定財產制。是婚前及婚後均採契約自由主義。甚爲明顯。惟其訂立契約之範圍。僅許於約定財產制中選擇其一。而變更亦僅得於他種約定財產制中選擇之。換言之。夫妻財產契約之訂立變更。僅能就約定財產制中而爲整個之選擇。若於約定財產制外以

契約訂立別種財產制。或於約定財產制中選擇其一。斟酌而損益之。均爲法律所不許。此卽採上述有限制之自由主義也。

第二 契約之方式 夫妻財產契約。關係於當事人及第三人間之利害頗鉅。故其訂立變更或廢止。不能不有一定之方式。立法例中有須立筆據。並由證人簽名者。本法爲求事實上便利起見。僅規定應以書面爲之。（本法第一〇〇七條）而證人之有無。則不生若何影響也。

第三 契約之同意 夫妻財產契約之訂立變更或廢止。在當事人如已成年。且非禁治產人時。自應任當事人自由爲之。毋庸第三人之干預。惟夫妻之一造如爲未成年人。或雖已成年。而爲禁治產人時。若亦任其自由訂立變更或廢止財產契約。則識力不充。危險殊甚。法律故規定應得其法定代理人之同意。以資保護。（本法第一〇〇六條）惟於此有應注意者。依民法總則第十三條之規定。未滿七歲之未成年人。無行爲能力。滿七歲以上之未成年人。有

限制行爲能力。未成年人已結婚者。有行爲能力。本條之規定。則不問當事人於結婚前或結婚後。凡爲未成年人。如訂立變更或廢止夫妻財產制契約。均須得法定代理人之同意。換言之。未成年人而已結婚。如爲其他法律行爲。則無須得法定代理人之同意。而關於夫妻財產制契約之訂立變更或廢止。仍不能不得法定代理人之同意。此不可不辨也。

第四 契約之對抗條件 夫妻財產制契約之訂立變更或廢止。非經登記。不得對抗第三人。蓋非如此。不足以保交易之安全也。而登記之機關及一切程序。則另以法律定之。（本法第一〇〇八條）

第四目 夫妻財產制之適用

夫妻財產制。依本法之規定。分法定約定二種。法定制爲聯合財產制。約定制爲共同財產制。統一財產制。及分別財產制。已如前述。惟適用時。究以何者爲標準。法律不能不有明文之規定。本法第一〇〇五條規定。夫妻未以契約訂立夫妻財產

制者。除本法另有規定外。以法定財產制爲其夫妻財產制云云。是卽適用時先約定制。而後法定制也。詳言之。卽夫妻間如依第一〇〇四條以契約訂立夫妻財產制。無論其訂立者爲共同財產制。或分別財產制。均應依其所約定。卽依第一〇一二條而廢止原契約。改用他契約者亦然。惟在夫妻間未爲約定時。始適用法定之聯合財產制。雖然此原則也。其例外無論適用約定或法定制。遇有特種情事發生時。則適用約定制中之分別財產制。學者稱此制曰非常法定制。其情形分述如左。

(甲)當然成爲分別財產制者。夫妻之一方。受破產宣告時。其夫妻財產制。當然成爲分別財產制。(本法第一〇〇九條)蓋夫妻財產制。原爲維持夫妻間之共同生活而設。如夫妻任何一方而受破產之宣告。則夫妻共同生活之維持。已不可能。自應以適用分別財產制之爲愈。

(乙)由法院宣告改用分別財產制者。更有應宣告與得宣告之分。卽(一)

夫妻之一方。依法應給付家庭生活費用而不給付時。(二)夫或妻之財產。不足清償其債務。或夫妻之總財產。不足清償其總債務時。(三)夫妻之一方。為財產上之處分。依法應得他方之同意。而他方無正當理由。而拒同意時。有一於此。法院則應依夫妻一方之請求。宣告改用分別財產制。(本法第一〇一〇條)債權人對於夫妻一方之財產。已為扣押。而未得受清償時。法院則得依債權人之聲請。宣告改用分別財產制。(本法第一〇一一條)蓋前者所以保護夫妻一方之利益。後者所以保護債權人之利益也。

第五目 夫妻之特有財產

夫妻之特有財產者。即夫或妻之一方專有財產也。可分之為二。即(一)法定特有財產。(二)約定特有財產。立法例中。有僅許有法定特有財產者。有於法定特有財產外。兼許夫妻得自由約定。以一定財產為特有財產者。本法則採後者之立法例。分設法定特有財產。及約定特有財產之規定。而以左列各種為夫或妻之

法定特有財產（本法第一〇一三條）即

1 專供夫或妻個人使用之物 如衣服用具之類是。

2 夫或妻職業上必需之物 如木工之斧鑿醫師之刀圭是。

3 夫或妻所受之贈物 經贈與人聲明爲其特有財產者贈與之物本不以列爲特有財產爲必要。但既經贈與人聲明爲受贈人之特有財產自應尊重贈與人之意思。

4 妻因勞力所得之報酬 如妻因工作所得之代價是。然此僅以妻所得者爲限。若夫因勞力所得之報酬則不在特有之列。就公平之觀念言不能認其爲正當也。

以上所述乃法定特有財產耳。至約定特有財產則無若何之限制。夫妻無論何時均得以契約就一定之財產訂定爲特有財產（本法第一〇一四條）。

右述之夫妻特有財產無論爲法定爲約定關於其管理使用收益及其他一切

關係均適用分別財產制之規定。（本法第一〇一五條）蓋特有財產係夫妻各別保有其所有權、管理權及使用權、收益權與分別財產制頗相類似也。

第二款 法定財產制

第一目 聯合財產之範圍

本法規定法定財產制爲聯合財產制。已如前述。而聯合財產之範圍如何。依第一〇一六條之規定。則結婚時屬於夫妻之財產。及婚姻關係存續中。夫妻所取得之財產。爲其聯合財產。但依第一〇一三條規定。妻之特有財產。不在其內。是除妻之法定特有財產外。凡夫妻之約定特有財產。暨夫之法定特有財產。以及其他夫妻雙方婚前婚後所有之非特有財產。均在聯合財產範圍之內也。故聯合財產之範圍。則爲（一）夫妻之約定特有財產。（無約定財產者不在此限）（二）夫之法定特有財產。（三）結婚時屬於夫妻之財產。（四）婚姻關係存續中。夫妻所取得之財產。

第二目 財產所有權之隸屬

聯合財產之範圍。既如前述。而該項財產中。究以何者屬於夫所有。何者屬於妻所有。分述如左。（本法第一〇一七條）

（甲）所有權屬於妻者。

- 1 妻於結婚時所有之財產。
 - 2 妻於婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產。
- 以上二者均為妻之原有財產。故使妻保有所有權。

（乙）所有權屬於夫者。

- 1 夫之原有財產。
- 2 不屬妻之原有財產之部分。
- 3 由妻之原有財產所生之孳息。

以上三者均為夫之所有。其由妻原有財產所生之孳息。亦以之歸屬於夫。

者。蓋以聯合財產制。妻之原有財產。既由夫使用收益。而家庭生活費用。原則上又應由夫負擔。故應以妻之原有財產所生之孳息。歸屬於夫爲宜也。

第三目 財產之管理使用收益及處分

聯合財產之管理使用收益及處分。分述如左。

(甲) 管理 聯合財產中之財產。無論所有權之誰屬。概歸夫管理。其管理之費用。亦由夫負擔。(本法第一〇一八條)

(乙) 使用收益 聯合財產中之財產。其屬於夫之財產。由夫使用收益。固無論已。而屬於妻之原有財產。其使用收益之權。亦屬之於夫。蓋夫對於妻之原有財產。既負管理之義務。且須負擔家庭生活之費用。故不能不以妻之原有財產使用收益之權。歸之於夫也。

(丙) 處分 在聯合財產制之下。妻之原有財產。雖由夫管理使用及收益。但該財產既非夫之所有。殊未便任夫自由處分。故夫對於妻之原有財產爲處

分時。除爲管理上必要之處分外。應得妻之同意。所謂管理上必要之處分云者。如管理之房屋。將將傾圮。而爲之修繕或拆除之類是也。惟此項同意權。如有欠缺。則不得對抗第三人。蓋所以保交易之安全也。但第三人已知同意之欠缺。或可得而知時。或依情形可認爲該財產屬於其妻時。則不在此限。因惡意之第三人。無保護之必要也。（本法第一〇二〇條）妻對聯合財產。原則上無處分之權。惟依第一〇〇三條所定代理權而爲之處分。法律亦所承認者也。（本法第一〇二一條）

夫對妻之原有財產。既僅有管理使用收益之權。爲處分時。須得其妻之同意。是夫對於管理使用是否適當。以及有無未得其妻同意而爲處分之事實。不得不使妻有隨時查考之機會。故夫因妻之請求。有隨時報告其財產狀況之義務。（本法第一〇二二條）

第四目 清償債務之責任

聯合財產制。關於債務之清償。有應由夫負責者。有應由妻負責者。分述如左。

第一 由夫負責清償之債務（本法第一〇二三條）

- 1 夫於婚姻前所負之債務 夫於婚姻前所負之債務。自應自負清償之責。
- 2 夫於婚姻關係存續中所負之債務 婚姻關係存續中。夫方所負之債務。應由夫自行清償。亦理之當然。

3 妻因第一〇〇三條所定代理行為而生之債務 妻之代理權。既係法律所賦予。其因此所生之債務。固亦應由夫負責清償之責。

第二 由妻負責清償之債務 又可分爲由妻就其財產全部負責清償之債務。及由妻僅就其特有財產負責清償之債務二種。分述之如下。

（甲） 由妻就其財產全部負責清償之債務。即由妻就其原有財產及特有財產負責清償之債務。爲左列各種（本法第一〇二四條）

- 1 妻於結婚前所負之債務 其理由與夫同。

2 妻因職務或業務所生之債務。因職務所生之債務。如服教職者。所負文具書籍之債務。因業務所生之債務。如營工廠者。所負機件工料之債務。妻因勞力所得之報酬。既為妻之特有財產。則此項債務。自應由妻負責清償之責。

3 妻因繼承財產所負之債務。妻因繼承取得之財產。所有權屬於妻。故此所負之債務。亦應由妻清償。

4 妻因侵權行為所生之債務。妻不法而侵害他人權利。因此所生之債務。其不能責夫清償。亦甚明顯。

(乙) 由妻僅就其特有財產負責清償之債務。為左列各種。(本法第一〇二五條)

1 妻就其特有財產設定之債務。是項債務。既由妻就其特有財產而為設定。自應就該特有財產負責清償。

2 妻逾越第一〇〇三條代理權限之行爲所生之債務 妻依第一〇〇三條。於日常事務。雖有代理其夫之權。但不得濫行使用。已如前述。故妻如逾越權限而爲代理。乃爲法律所不許。其因此所生之債務。則應由妻就其特有財產負責清償之責。

右述妻就財產全部負責清償之債務。及妻就特有財產負責清償之債務。其區別最要之點。即前者妻將聯合財產中自己原有財產而爲清償。則不生補償問題。後者妻如將原有財產而爲清償。依第一〇二七條第二項之規定。雖於婚姻關係存續中。其夫亦得爲補償之請求也。

第五目 家庭生活費用之負擔

妻之原有財產。已組成聯合財產。由夫管理使用及收益。且其孳息之所有權。又歸屬於夫。故家庭生活費用。原則上應由夫負擔。但夫妻乃所以營共同生活者也。如夫無支付生活費用能力時。則不能不由妻就其財產全部負擔之。（本法第一

◎二六條

第六目 補償

第一 因清償債務發生之補償 妻之原有財產所負債務而以夫之財產清償。或夫之債務而以妻之原有財產清償者。夫或妻有補償請求權。惟聯合財產制。凡夫之財產。及妻之原有財產。均組合於聯合財產內。若於聯合財產關係消滅前。而爲上開補償之請求。在夫或妻方面。並無若何之實益。故依法必於聯合財產關係消滅後。始得請求補償。（本法第一〇二七條一項）

妻之特有財產所負債務。而以聯合財產清償。或聯合財產所負債務。而以妻之特有財產清償者。雖於婚姻關係存續中。亦得爲補償之請求。蓋妻之特有財產。本不在聯合財產之內。彼此各別也。（同條二項）

第二 妻死亡時發生之補償 妻死亡時。妻之原有財產。歸屬於妻之繼承人。如有短少。夫應補償之。惟其短少。須以可歸責於夫之事由而生者爲限。若因

可歸責於妻或第三人之事由。又或因其他天災事變。以致妻之原有財產短少時。其夫並不負補償之責也。（本法第一〇二八條）

第三 夫死亡時發生之補償 夫死亡時。妻取回其原有財產。如有短少。並得向夫之繼承人請求補償。（本法第一〇二九條）惟此項短少。是否以因可歸責於夫之事由而生者為限。則為一問題。依理論言。本條之情形。與前條同。若因可歸責於妻或第三人之事由。又或因其他天災事變。以致妻之原有財產短少。似無強制夫之繼承人補償之理。但法無明文規定。殊未便與前條取同一之解釋也。

第四 分割時發生之補償 聯合財產之分割。除另有規定外。妻取回其原有財產。如有短少。由夫或其繼承人補償。（法文稱負擔。用語雖殊。其意則同。）但其短少係因可歸責於妻之事由而生者。不在此限。（本法第一〇三〇條）本條但書之規定。又與第一〇二八條而略有不同。依此規定。不獨因可歸

責於夫之事由。而致妻之原有財產短少。夫或其繼承人應負補償之責。即因可歸責於第三人之事由。或其他天災事變。而致妻原有財產短少。夫或其繼承人。仍應補償。鄙意本條之情形。與前二條之性質。並無若何之差異。似均應以可歸責於夫之事由爲限。較爲公允也。

第三款 約定財產制

第一目 共同財產制

第一項 共同財產之範圍

我國約定財產制。分共同財產制。統一財產制。分別財產制三種。已如前述。而共同財產之範圍。依本法第一〇三一條第一項之所定。凡夫妻之財產及所得。除特有財產外。均合併而爲共同財產。屬於夫妻共同共有。所謂夫妻之財產及所得。指夫妻現有及將來取得之一切動產不動產而言。立法例中。有對於妻之勞力所得。定爲例外者。本法因妻勞力所得之報酬。爲特有財產之一。既規定特有財產不在

共同財產之內。則妻因勞力之所得。自毋庸更爲例外之規定也。而共同財產屬於夫妻共同共有。則與聯合財產制夫妻各自有其財產所有權者不同。此乃共同財產制特異之一點也。

第二項 財產之管理及處分

第一 管理 共同財產之管理。多數國均屬之於夫。法蘭西且不許以契約變更之。本法故亦仿多數國立法例。規定共同財產。由夫管理。其管理費用。則由共同財產負擔。（本法第一〇三二條）

第二 處分 又可分爲二。

（甲） 應有部分之處分 共同財產。夫妻之一方。不得處分其應有部分。（本法第一〇三一條二項）蓋共同財產。既屬於夫妻共同共有。在未分割前。夫妻之一方。自未便就其應有部分而爲處分之行爲。

（乙） 共同財產之處分 關於共同財產之處分。立法例中有規定須由雙

方共同處分者。有規定一方之處分。須得他方之同意者。更有就動產不動產而分別規定者。本法第一〇三三條第一項規定。夫妻之一方。對於共同財產爲處分時。應得他方之同意。但爲管理上必要之處分。不在此限云云。蓋取上述之第二主義者也。惟夫妻一方同意之欠缺。除第三人已知。或可得而知其欠缺。或依情形。可認爲該財產屬於共同財產者外。不得對抗第三人。（同條第二項）因善意之第三人。法律應予以保護也。

第三項 清償債務之責任

在共同財產制之下。其清償債務之責任。分述如左。

第一 由夫個人並就共同財產負責清償之債務（本法第一〇三四條）

1 夫於結婚前所負之債務。

2 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

3 妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務。

4 除前款規定外。妻於婚姻關係存續中。以共同財產爲負擔之債務。

右述第一至第三款。其說明與聯合財產制中同。其第四款。例如妻得夫之同意。
(參照本法第一〇三三條) 將共同財產向他人抵借之款。該共同財產管理權
既屬於夫。則是種債務。應由夫負清償之責。亦理所當然。

第二 由妻個人並就共同財產負責清償之債務。(本法第一〇三五條)

1 妻於結婚前所負之債務。

2 妻因職務或營業所生之債務。

3 妻因繼承財產所負之債務。

4 妻因侵權行爲所生之債務。

右述各款說明。均與聯合財產制中同。

第三 由妻僅就其特有財產負責清償之債務。(本法第一〇三六條)

1 妻就其特有財產設定之債務。

2 妻逾越第一〇〇三條代理權限之行爲所生之債務

右述各款其說明亦與聯合財產制中無異。

第四項 家庭生活費用之負擔

共同財產制。其家庭生活費用之負擔。與聯合財產制不同。聯合財產制。原則上由夫負擔。共同財產制。原則上乃由共同財產負擔。蓋因前者妻之財產。僅保留其所有權。而使用收益。均歸於夫。而後者妻之財產及所得。乃組成共同財產故也。惟於共同財產不足負擔家庭生活費用時。妻個人亦應負擔之。此則與聯合財產制中之規定。用意相同也。（本法第一〇三七條）

第五項 補償

共同財產所負之債務。而以共同財產清償者。夫妻間不生補償請求權。蓋以共同之財產。清償共同之債務。無所用其補償也。共同財產之債務。而以特有財產清償。或特有財產之債務。而以共同財產清償者。有補償請求權。且此項請求權。並得

於婚姻關係存續中行使之。此其用意。亦與聯合財產制中之規定無異也。（本法第一〇三八條）

第六項 財產之歸屬

共同財產制。其財產之歸屬。則因其情形而異。分述如左。

（甲） 夫妻一方死亡時。於共同財產制之下。如夫妻一方而死亡。則共同財產之半數。歸屬於死亡者之繼承人。其他半數。歸屬於生存之他方。（本法第一〇三九條一項）所謂死亡者之繼承人。即指民法繼承編所定之繼承人而言。至繼承人中應為如何之分配。概依繼承編所規定。（繼承編第一一三八條以下參照）惟配偶依法亦為繼承人之一。（繼承編第一一四四條）故共同財產制。夫妻一方之死亡。其生存之他方。既得共同財產之半數。同時並得以繼承人之資格。就死亡者之半數內。分配其財產。雖然。此特就生存之他方依法得為繼承人時而言之耳。若該生存之他方。依法不得為繼承人。

時。例如有民法繼承編第一一四五條第一項所列情形之一時。若仍照上述標準分割共同財產。有時則不足以防流弊。故法律規定於此情形。其生存之他方。對於共同財產得請求之數額。不得超過於離婚時所應得之數額。（本法第一〇三九條三項）換言之。即生存之他方。至多僅能參照本法第一〇五八條之規定。取回其固有財產。如固有財產不及共同財產之半數時。該生存之他方。則不得主張應得共同財產之半數。反之。若固有財產超過共同財產之半數時。自應仍依第一〇三九條第一項。以其半數歸屬死亡者之繼承人。乃當然之解釋。蓋同條第三項之規定。無非防生存之他方。用不正之方法。得財產上不法之利益。並非生存之他方。一有喪失繼承權之情形。共同財產分割之方法。即當然不適用也。又第一〇三九條第一項所定分割之標準。乃指當事人間無特別之約定而言。若另有約定者。其應從其約定。自不待言。（同條二項）

(乙) 共同財產關係消滅時 共同財產制各共同關係消滅除法律另有規定或契約另有訂定外。夫妻應各得其共同財產之半數。(本法第一〇四條) 所謂共同財產關係消滅云者。例如依第一〇〇九條夫妻財產當然成爲分別財產制時。或依第一〇一〇條及第一〇一一條夫妻財產由法院宣告改用分別財產制時。又或依第一〇一二條夫妻以契約廢止其共同財產制時。於此情形。原則上夫妻各得其共同財產之半數。但法律另有規定。或契約另有訂定者。則爲例外耳。

第七項 所得共同制

共同財產制中。可分爲(一)一般共同制。(二)動產及所得共同制。(三)所得共同制三種。已如前述。本法則兼採一般共同制及所得共同制者也。故右之所述。乃關於一般共同財產制之規定。茲更將法律所許之所得共同財產制述之如左。

1 契約之訂立。所得共同制。爲約定財產制中共同財產制之一種。其應由夫妻以契約訂定之。固不待言。而契約之內容。須訂明以所得爲限之旨。（本法第一〇四一條一項）否則。泛爲共同財產制之約定。僅能認爲約定一般共同財產制。不能認爲約定所得共同財產制也。至訂定契約。同時應注意第一〇〇六條至第一〇〇八條之規定。又不待論。

2 所得財產之範圍。如何之財產。爲所得財產。法律若無明文之規定。適用時不免發生糾紛。故本法爲求明瞭起見。特以明文規定婚姻存續中夫妻因勞力所得之財產。及原有財產之孳息。所得之財產。適用關於共同財產之規定。（同條二項）所謂因勞力所得之財產。例如因營業及工作所得財產之類。所謂原有財產之孳息。例如原有財產所收之租金或利息之類。凡此財產。均爲所得之財產。其一切辦法。適同上開關於共同財產之規定者也。

3 所得以外財產法制之適用 所得以外之財產。即結婚時及婚姻關係存續中屬於夫妻之原有財產。此項財產。既不在約定共同財產之列。惟有適用法定聯合財產制之規定。（同條三項）蓋依第一〇〇四條。夫妻祇能就約定財產制中選擇其一。爲其夫妻財產制。茲既約定所得共同制。對於所得以外之財產。即不容更有其他之約定也。

第二目 統一財產制

第一項 統一財產制之特質

統一財產制。爲約定財產制之一種。而其特質。即夫妻得以契約訂定。將妻之財產。除特有財產外。估定價額。移轉其所有權於夫。而取得該估定價額之返還請求權。（本法第一〇四二條）故就其所有權移轉於夫之點言之。既與聯合財產制。妻保有其原有財產之所有權者不同。又與共同財產制。妻之財產與夫合併而爲共同財產者有異。而妻取得該估定價額之返還請求權。他日亦免財產分割之煩。

此本法所以採爲約定制之一也。

第二項 法條之準用

統一財產制除上述特質外。頗有類於聯合財產制。故關於聯合財產制之規定。一切均準用於統一財產制。（本法第一〇四三條）惟法律所稱準用。與適用不同。凡聯合財產制中之規定。與統一財產制之性質相抵觸者。自無適用之餘地。例如聯合財產制中第一〇一六條。第一〇一七條。第一〇二〇條等之規定。對於統一財產制。當然不能適用也。

第三目 分別財產制

第一項 分別財產制之意義

分別財產制。即夫妻無論婚前婚後取得之財產。均各保有其財產之所有權。管理權。及使用收益權。（本法第一〇四四條）雖妻有時得以管理之權。付與於夫。但隨時可以取回。而取回之權。且不得拋棄之。（本法第一〇四五條）此制之特

色。在能充分表現個人主義。富於經濟上獨立之精神。而夫妻相互間。及對於第三人之關係。殆與未結婚時無異。爲夫妻財產制中最簡單而最易行之制度。故奧大利、捷克、匈牙利、羅馬尼亞、意大利、希臘、土耳其、英國、及美國數州。均以此爲法定制。我國向以夫妻爲一體。多數之妻。固不私有其財產。但如或有之。則自保有其管理使用收益之權。實爲慣例。惜本法未採此爲法定制。僅仿法、德、瑞典、瑞士之例。採爲約定制。不能不認爲缺憾也。

第二項 清償債務之責任

分別財產制。清償債務之責任。述之如左。

(甲) 由夫負責清償之債務。(本法第一〇四六條)

1 夫於結婚前所負之債務。

2 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

3 妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務。

(乙) 由妻負責清償之債務。(本法第一〇四七條)

1 妻於結婚前所負之債務。

2 妻於婚姻關係存續中所負之債務。

在分別財產制之下。夫妻既各保有其財產所有權及管理使用收益權。則夫妻之債務。自應各別負責清償之責。無待贅言者也。

第三項 家庭生活費用之負擔

分別財產制。妻之財產。既由其自行管理使用及收益。故關於家庭生活費用。無論夫有無支付能力。均得請求其妻為相當之負擔。(本法第一〇四八條)所謂相當云者。並不限於夫妻平均之負擔。即妻多於夫。或夫多於妻。均無不可。應斟酌雙方一切情形而定之。如妻以其財產之管理權付與於夫者。則推定夫有以該財產之收益。供家庭生活費用之權。(本法第一〇四五條一項)又如因家庭生活費用而負有債務時。原則上仍應由夫清償。如夫無支付能力。始應由妻負擔之。(

本法第一〇四七條二項)

第七節 離婚

第一款 概說

離婚者。以人爲的。解消婚姻關係之謂也。考之古代。離婚多用於夫之對妻。如我國舊律所謂出妻是也。出妻者何。卽凡妻犯無子、淫佚、不事舅姑、多言、竊盜、妒忌、惡疾七者。謂之七出。夫可不問妻之意思如何。而強制其妻離異。夫離婚爲夫妻間最不幸事。必有不得已之事故。如無子多言之類。實無離異之必要。且不得已事故之發生。亦不僅屬於妻之一方。夫可以出妻。妻不可以離夫。亦非事理之平。茲就中外古今離婚制度。分述如左。而略論其得失。

(甲)自由離婚 卽許當事人以自由之意思而離婚之謂也。此制度細別之。又可分爲三。

1 僅許夫得自由離婚。妻不得援以爲例。此乃古昔重男輕女之結果。近世文明國家。已無有行之者矣。

2 許配偶者以一造之意思自由離婚。卽無論夫或妻之一方。均得以自己單獨之意思。使婚姻解銷是也。羅馬時及猶太教中之行之。

3 須配偶者兩造之同意。始可離婚。卽兩願離婚。又名協議離婚。日本、比利時、奧大利諸國採之。

(乙)呈訴離婚 卽夫妻之一方。有法律上一定之原因。其他方得向法院請求離婚是也。故又名裁判離婚。採此制度者。又可分爲三。

1 既認呈訴離婚。同時並認兩願離婚。如日本、丹麥、挪威等國是。

2 於呈訴離婚外。不認兩願離婚。僅兼認別居制度。如英吉利、法蘭西、荷蘭等國是。

3 於呈訴離婚外。既不認兩願離婚。亦不認別居制度。如瑞典是。

(丙) 禁止離婚 卽兩願離婚。固所不許。而呈訴離婚。亦不承認。此制度西歷一千八百八十四年以前之法國。及葡萄牙意大利之屬於加特力教者行之。

(丁) 強制離婚 卽具備一定之原因。雖夫妻雙方不願離婚。法律上亦強制其離婚是也。我國唐律。諸犯義絕者離之。違者徒一年。疏義曰。夫妻義合。義絕則離。違而不離。合得一年徒罪。清律出妻條。若犯義絕。應離而不離者。處八等罰云云。均強制離婚之例也。

右述諸制中。禁止離婚之制。其所持理由。或根據於宗教。或原本於道德。或爲子孫謀利益。或爲社會正風化。按之理論。非不允當。惟夫妻本以義合。恩斷義絕。而猶強之使合。流弊所至。較離婚之害。殆猶過之。此法國一度施行禁止離婚法後。不數年而旋即廢止也。別居之制。非婚姻之解銷。乃以法院之宣告。免除由婚姻而生之同居義務。似足以緩夫妻間之衝突。而得其調和。然調和如或不能。則衝突或且滋甚。家庭之怨深。夫婦之道苦矣。不寧惟是。夫妻別居。有夫妻之名。無夫妻之實。怨女

曠夫作姦犯科。勢所不免。究其弊害。與禁止離婚。實不相上下。故亦爲多數國所不採。而近今各國。對於離婚。莫不採容許主義。然容許離婚主義中。強制離婚。固有違雙方當事人之意思。而任憑夫妻一方之自由離婚。亦恐有濫行離婚之弊。惟兩願離婚。與呈訴離婚。兼採並用。尙少流弊。此本法亦仿日本丹麥挪威之例。就兩願離婚及呈訴離婚分別規定也。

第二款 兩願離婚

清律載若夫妻不相和諧。而兩願離者不坐。其註曰。情旣已離。難強其合云云。是兩願離婚。向爲我國律例所允許。故本法仍之。茲述其要件如左。

(甲) 夫妻兩願。兩願云者。卽意思之合致也。離婚之舉。關係於夫妻雙方之利害最切。絕非他人所能越俎代謀。故夫妻雙方或一方缺離婚之意思。如習俗父母代其離婚者。其離婚固屬無效。而離婚之意思表示。出於心神喪失中。或出於脅迫詐欺者。其離婚可以撤銷。亦無容疑也。(本法第一〇四九條前

段)

(乙)得有同意權者之同意。當事人離婚之自由。雖應尊重。然使青年氣盛。偶因細故。一言不合。輒相離異。則事後追悔。嗟何能及。故未成年人之離婚。應得法定代理人之同意。庶足以昭鄭重。(本法第一〇四九條後段)至禁治產人。心神既在喪失中。根本上即不能表示真正之意思。故縱得法定代理人之同意。其離婚亦不能認為合法也。

(丙)須有證書及證人。離婚為人生之大事。不能稍事草率。本法為促當事人之慎重。及使其關係確定起見。規定兩願離婚。應以書面為之。並應有二人以上證人之簽名。蓋係採要式行為主義者也。(本法第一〇五〇條)

第三款 呈訴離婚

第一 呈訴離婚之原因 呈訴離婚者。即有法律規定之原因。法院得依夫妻一方之請求。而以裁判強制其離婚之謂也。此種制度。學者又稱之為限制離

婚。因離婚之請求。須具備法定原因之限制也。惟所謂法定原因。各國規定之方式。並不盡同。有爲概括之規定者。如規定婚姻有難於繼續之重大事由發生時。法院因配偶者一方之請求。得爲離婚之宣告。是蘇俄採之。有爲列舉之規定者。即將所有離婚原因。逐項列舉。合於此者。則准其離異。反之則否。日本採之。有爲折衷之規定者。即列舉數種標準原因外。再規定其他有婚姻難於繼續之重大事由發生時。亦得請求離婚。是瑞士採之。上列各主義。互有短長。概括主義。較有伸縮之餘地。而其失在無以防止審判官之專權武斷。列舉主義。可以免上述之弊矣。惟人事紛紜。列舉容有未周。則無以濟法律之窮。折衷主義。其失與概括主義等。故本法權衡利害。仍採列舉主義。茲分述法定離婚原因如左。

1 重婚 有配偶者不得重婚。爲本法第九八五條所規定。故配偶者之一方。於發見他方有重婚之違法行爲後。若仍強其繼續爲夫妻。殆非人情所能

堪。况男女與人通姦。且列爲離婚原因。而重婚較通姦情節尤爲重大。自無不許其離婚之理由也。（本法第一〇五二條一款）

2 與人通姦 吾國舊律。列犯姦爲七出之一。然男子犯姦。其妻初不得據爲離婚之理由。舊親屬編草案。妻與人通姦者。夫得呈訴離婚。而夫與人通姦。則非被處刑後。妻無呈訴之權。凡斯規定。顯違男女平等之義。蓋夫妻齊體。應互負貞操之義務。在論理上固屬無可否認。即各國立法例。近亦羣趨一致。故本法亦以夫妻一方與人通姦。爲他方得請求離婚原因之一。對於夫妻。不設差別也。（同上二款）

3 不堪同居之虐待 虐待云者。非法凌虐待遇之謂也。夫妻之一方。受他方凌虐待遇。至於不堪同居之程度。自應許彼虐待者爲離婚之請求。此本款之所以設也。至如何情形。始達不堪同居之程度。乃事實問題。一任法院之自由認定。例如肆行毆打。抑勒通姦。賣妻爲娼。以及其他肉體上精神上之

虐待均是。(同上第三款又前法制局親屬法草案說明書及最高法院十七年上字七〇八號判例參考)

4 妻與夫之直系尊親屬相互間有虐待行爲致不堪爲共同生活。我國向採家族制度。例如翁姑與子媳同處。彼此之間。難免無虐待情事。若虐待而至不堪爲共同生活之程度。法律亦不能不謀救濟之道。此本款之所以設也。(同上第四款)惟依吾人所見。離婚原因。當以直接發生於夫妻本身者爲限。若因第三人之事故。而使夫妻間之婚姻不能繼續。殊非國家容許離婚之本意。即使如本款所定。妻與夫直系尊親屬間。彼此有虐待。致不能共同生活之情形。儘可另謀救濟之方。(如使其夫妻脫離家屬關係等)故本款之規定。仍不免囿於我國之習俗。况本法以男女平等爲準則。妻與夫之直系尊親屬間。既不免有虐待情事。而贅夫與妻之直系尊親屬間。自亦難免有同樣事故之發生。乃一則規定爲請求離婚之原因。一則付之闕

如亦顯未見其平也。

5 惡意之遺棄 夫妻之一方以惡意遺棄他方者。亦得爲請求離婚原因。蓋夫妻原所以謀共同生活。乃夫妻之一方。既以惡意遺棄他方。置他方生活於不顧。他方自應得爲離婚之請求。惟所謂遺棄。必置他方生死存亡於不聞不問之列。始足以當之。否則一時不履行同居之義務。他方猶有生活之能力。尙不得謂之遺棄也。又遺棄必係惡意。若因不得已之事故而遺棄。例如因犯罪而逃亡之類。他方亦不得爲離婚之請求也。又惡意之遺棄。必在繼續狀態中。若先前曾有一度遺棄之事實。而嗣後已回復不遺棄之狀態者。仍不得據爲請求離婚之理由。（同上第五款）

6 意圖殺害他方 夫妻之道。聯之以恩。合之以義。若夫妻之一方。而至意圖殺害他方。則恩義已絕。萬無再合之理。故本法亦仿德國立法例。認爲離婚原因之一焉。（同上第六款）

7 有不治之惡疾。夫妻一方染有花柳病及其他惡疾。不僅妨害婚姻之目的。抑且危及他方及其子女之健康。自應許其離異。惟其惡疾。必至不治之程度。否則。若一造前曾染有惡疾。業已治愈。或雖未治愈。其疾甚輕。將來確有治愈之望者。尙不能據爲離婚之請求也。（同上第七款）

8 有重大不治之精神病。精神病可以使婚姻目的不能繼續。並足以遺傳子孫。爲種族計。爲個人計。均應使精神病人斷絕性交之機會。但精神病在現時科學上並無確定之標準。一時的或部分的喪失常態。爲普通恆有之病象。若漫無限制。亦非所宜。故應以重大不治爲其限度。本款之規定。與前款所稱不治之惡疾。在我第一二次親屬編草案。均不認其爲離婚之原因。蓋因該草案所定離婚之原因。僅注重於倫理道德之破壞。及男女雙方品行性情之齟齬。而忽於婚姻之目的。故本法仿德瑞挪威各國民法之例而加入焉。（同上第八款）

9 生死不明已逾三年。夫妻一方長期遠離。揆諸婚姻之義。已屬不合。矧復音問斷絕。情誼久泯。勢難責一方以獨守。法許離異。自係當然。（同上第九款）

10 被處徒刑。夫妻之一方被處三年以上之徒刑。或因犯不名譽之罪。致處徒刑者。他方亦得請求離婚。蓋夫妻一方犯不名譽之罪。陷罹刑網。聲名玷污。固難責他方以匹偶。即使非犯不名譽之罪。但處刑而至三年以上。在男子有室家無主之憂。在女子有生計艱匱之虞。強令坐待。亦非人情。此本款之所以設也。至若夫妻感情素篤。甘守寂寞。不爲離婚之請求。自聽其便。（同上第一〇款）

第二 離婚請求權之行使 夫妻之一方。有上開原因之一時。他方得向夫之普通審判籍所在地之法院。提起離婚之訴。（民事訴訟法第五三五條）此種請求權。專屬於配偶者之一身。而配偶者以外之人。如親屬及其利害關係

人等均不得行使之。惟夫妻之一方。若爲禁治產人時。則應由其監護人代爲訴訟。如監護人卽爲其配偶者。則應由親屬會議另選訴訟代理人代爲訴訟。而監護人代爲訴訟者。並應得親屬會議之同意。（民事訴訟法第五三七條）蓋所以保護被監護人之利益也。至未成年人。依民法第十三條第三項之規定。一經結婚。卽有行爲能力。故未成年人之在兩願離婚時。依本法第一〇四九條之規定。雖應得法定代理人之同意。而在呈訴離婚時。依當然之解釋。則無須徵求法定代理人之意見也。

第三 離婚請求權之消滅 離婚請求權之行使。若無期間之限制。則不足以維社會之秩序。故各國立法例。有依一般消滅時效之規定者。有設特別規定者。本法則從後者之立法例。並因離婚之原因不同。而分別規定其行使請求權之期間。卽在前述（一）重婚（二）與人通姦之情形。有請求權之一方。於知悉之時起。已逾六月。或自其情事發生後。已逾二年者。則不得請求離婚。

在前述（六）夫妻之一方。意圖殺害他方。（十）被處三年以上之徒刑。或因犯不名譽之罪。致處徒刑之情形。有請求權之一方。自知悉後已逾一年。或自其情事發生後。已逾五年者。不得請求離婚。至前述（三）至（五）及（七）至（九）各情形。均係指請求離婚時而言。故關於此項請求權之行使。法律無復有時效之規定也。又夫妻之一方重婚。或與人通姦。他方如於事前同意。即屬縱容行爲。根本上固不發生離婚請求權。即事前雖未同意。但事後業經宥恕。實無異離婚請求權之拋棄。故亦無更許其離婚之理。其請求權自亦因之而消滅。惟所謂同意或宥恕。必以其本人明示或默示之真實意思爲準。若一時懾於威勢。不敢與較。或因其他原因。未表示反對之意思者。尙不得謂爲同意或宥恕也。（本法第一〇五三條第一〇五四條）

第四款 離婚之效果

夫妻離婚後。其因婚姻而發生之親屬關係。歸於消滅。夫妻間之同居及其他一

切之權利義務因而解除。此均當然之結果。無待明文之規定。茲僅就本法所規定離婚之效果。述之如左。

(甲)子女之監護。又可分兩願離婚。與判決離婚說明之。

1 兩願離婚時。夫妻兩願離婚者。關於子女之監護。原則由夫任之。但當事人間另有約定者。從其約定。蓋監護子女。就男女平等之原則言。無論由夫監護。或由妻監護。均無不可。故如離婚當事人間約定離婚後其子女由夫或妻監護者。法律固無加以干涉之理。惟若夫妻離婚時。並無約定。則子女監護之責。究應由誰任之。法律則不能不有明文之規定。關於此點。我前法制局親屬法草案。規定夫妻離婚後。其子女之監護。原則上仍由夫妻共同任之。(前法制局親屬法草案第五八條第五九條參照)惟夫妻既以離婚。若猶責其共同監護子女。則意見參差。窒礙必多。此本法參酌我國習慣。規定由夫一方任之也。(本法第一〇五一條)

2 判決離婚時。判決離婚者。即前述之呈訴離婚。由有請求權者之一方。請求法院判決。而准許離婚者是也。判決離婚時。關於子女之監護。原則上亦適用兩願離婚時之規定。所不同者。兩願離婚時。夫妻間有約定者。從其約定。無約定時。由夫任監護之責。法院無干涉之權。而判決離婚時。無論夫妻間有無約定。法院均得爲其子女之利益。酌定監護人。換言之。即夫妻間如有約定。歸夫監護時。法院不妨爲其子女之利益。酌定歸妻監護。或夫妻間約定歸妻監護時。法院不妨爲其子女之利益。酌定歸夫監護。又如夫妻間無約定時。原應由夫任監護之責。但法院亦不妨爲其子女之利益。酌定由妻監護。而其所謂爲其子女之利益云者。即審核雙方情況。究以何方監護子女爲適當是也。至此種酌定。法院是否須依當事人之聲請。法律無明文規定。按照一般訴訟之通例。自應解爲仍須當事人聲請始得爲之也。（本法第一〇五五條）

(乙) 賠償及贍養 夫妻之一方因判決離婚而受有損害者。得向有過失之他方請求賠償。此項賠償。雖非財產上之損害。以受害人無過失者為限。亦得請求賠償相當之金額。惟其請求權除已依契約承諾。或已起訴者外。不得讓與或繼承。此與違反婚約及結婚無效或撤銷之規定。用意完全相同也。又夫妻之一方。因判決而陷於生活困難者。他方縱無過失。亦應給與相當之贍養費。所謂陷於生活困難云者。例如一方因判決離婚。衣食無着之類是。此蓋完全為維持公益起見。而為恩惠之規定也。(本法第一〇五六條第一〇五七條)

(丙) 財產之分析 夫妻無論兩願離婚。或判決離婚。均各取回其固有財產。而夫妻間原用何種財產制度。非所問也。即夫妻間無論原用為法定制中之聯合財產制。或約定制中之共同財產制。統一財產制。分別財產制。一經離婚。夫妻均各取回其固有之財產。妻之固有財產。如有短少。除其短少係由非可

歸責於夫之事由而生者外，均由夫負擔。而他財產制中所定夫妻分割財產之方法，例如共同財產制中所定夫妻各得財產半數之方法，於離婚時均不適用也。（本法第一〇五八條）

第三章 父母子女

第一節 概說

父母子女之名稱，表面言之，甚屬簡單。但在我舊律時代，父則有生父、嗣父、繼父、養父、義父之分。母則有生母、嗣母、繼母、養母、嫡母、庶母、慈母、嫁母、出母、乳母之別。子則有嫡子、庶子、姦生子、嗣子、養子、義子之不同。女則有親女、非親女之差異。（清律三父八母服制圖及立嫡子違法條例等參考）名稱既殊，則其權利義務亦不盡同。本法不認立嗣制度，是嗣父母嗣子之名，固無存在之餘地。即父死而母改嫁，及母死而父再娶，習俗上或猶以繼父繼母稱之，但法律上僅認為有姻親關係，亦不

稱爲繼父繼母也。至收養他人子女。無論同姓異姓。本法統稱養子女。（舊律稱同姓養子爲養子。異姓養子爲義子。）故義父母義子女之名。亦不復見於法典。又本法不認妾之制度。故亦無嫡母、庶母、嫡子、庶子之分。其他父母子女之名稱。亦多因法律之改革。而有所變更。故依本法之規定。父母祇有生父母。與養父母之分。子女祇有婚生子女。與非婚生子女之別。其他如指定繼承人。與被繼承人之間。實質上除法律另有規定外。雖與婚生子女之與父母同。但法律上並不以父母子女稱之也。

第二節 子女之姓氏

我國向例。子女均從父姓。此在宗法社會之下。乃當然之結果。本法既廢除宗祧繼承制度。關於此種習慣。自無維持之必要。惟子女既不能同時併用父母之姓。而其他亦無相當之辦法。以得男女之平等。前於夫妻姓氏問題內已詳述之。故本法

規定子女從父姓。贅夫之子女從母姓。但夫妻間另有約定。例如贅夫約定子女從父姓。或非贅夫約定子女從母姓。以及夫妻間約定子女從第三姓等。均應依其約定也。（本法第一〇五九條）

第三節 子女之住所

子女如已成年。固得自由設定其住所。此之所謂子女之住所。乃專指未成年之子女而言。依本法第一〇六〇條之規定。未成年之子女。以其父之住所爲住所。贅夫之子女。以其母之住所爲住所。蓋其用意。亦與關於子女姓氏同。所以力求男女平等之實現也。法文於贅夫之子女二字上。雖未冠以未成年字樣。但承上文而來。自亦指未成年者言之。毫無疑義。惟此之規定。乃指父母均能行使負擔對於未成年子女之權利義務時而言。若依本法第一〇九一條之規定。父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。而另置監護人時。又或依第一〇五一條第一〇

五五條之規定。未成年之子女。由夫或妻一方任監護之責時。自應依民法總則第二二一條之規定。以其監護人即法定代理人之住所爲住所。解釋上乃不容疑者也。

第四節 子女之類別

第一款 婚生子女

第一 婚生子女之意義 婚生子女者。謂由婚姻關係受胎而生之子女。所謂婚姻關係。乃指法律上認許之合法婚姻而言。故非惟未經舉行結婚之儀式。如昔日之妾所生之子女。不得謂之婚生子女。即已舉行結婚之儀式。如爲無效或業已撤銷之結婚。而其所生子女。仍不得謂爲婚生子女也。（本法第一

○六一條）

第二 婚生子女之受胎期間 婚生子女。謂由婚姻關係受胎而生之子女。固如前述。惟若其受胎在結婚前。而其出生在結婚後。又或受胎在婚姻中。而其

出生則在婚姻解除之後。是否可認爲婚生子女。不無疑問。故各國立法例。於此每設一受胎期間。以杜疑似之爭。如羅馬法。則以婚姻成立之日。六個月後。婚姻解銷之日起。十個月內。所生之子女。爲婚生子女。每一月以三十日計算之。法國拿破崙法典。定受胎期間最短者百八十六日。最長者爲二百八十六日。後改最短爲百八十日。最長爲三百日。德國民法。從子女出生日前百八十一日起。至三百零二日止。卽以其間之百二十二日爲受胎期間。日本民法從婚姻成立之日起。二百日後。婚姻解銷或撤銷之日起。三百日內。以其間之一百零一日。爲受胎期間。惟據近世醫學上之經驗。胎兒在母腹中。最短期有經過百八十日而卽生者。最長期有經過三百日而始生者。日本以二百日爲最短期。顯不足採。此本法亦從德國之例。定明從子女出生日回溯第一百八十一日起。至三百零二日止。爲受胎期間。但此亦不過法律上之推定。當事人若能證明受胎回溯在第三百零二日以前者。自應以其期間爲受胎期間。例如

在三百零二日前經醫生鑑定。即已受胎。而其子女之出生。在三百零二日以後者。自不能不以其真實受胎之期間。爲受胎期間也。（本法第一〇六二條）然於此尙有一疑問。即上述之證明。僅適用於最長期。若能證明受胎在一百八十一日以後者。能否以其期間爲受胎期間。依當然之解釋。不能不取消極說也。

第三 婚生子女之推定 妻之受胎。係在婚姻關係存續中者。推定其所生子女爲婚生子女。如夫能證明受胎期間內未與妻同居者。得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起。一年內爲之。此本法第一〇六三條第一項第二項所明定也。惟法文許可提出反證之事項。僅以未與妻同居者爲限。若事實上雖係同居。而其夫係天闖或其他不能人道者。則在不許否認婚生子女之列。立法上不能謂非脫離也。

第二款 非婚生子女

第一 非婚生子女之意義 非婚生子女云者。謂非由婚姻關係受胎而生之子女也。不獨世俗所稱之私生子女屬之。即昔制之妾所生之子女。舊律稱爲庶子者。其生母與生父之間。既無婚姻關係。亦非婚生子女之一種也。又如無效之婚姻。其所生子女。爲非婚生子女。亦不待言。

第二 非婚生子女取得婚生子女之身分 可就生父與生母兩方分述之。

(甲) 就生父方面取得婚生子女之身分者。有左列數種。

1 認領 非婚生子女。其生父得認領之。爲多數國法律之所同。惟認領後。非婚生子女之地位如何。則各國不一致。有經認領後稱爲庶子者。如日本是。有經認領後稱爲認領之私生子者。如德國是。本法則規定非婚生子女經認領後。視爲婚生子女。(本法第一〇六五條一項前段) 又關於認領之程序及其效力等。各國亦不盡同。茲就本法規定述之如左。

A 認領之請求 非婚生子女。由其父自動認領者。固無若何問題之發生。惟

若其父不爲認領。非婚生子女之生母。或其他法定代理人。能否請求其生父認領。則爲一問題。奧大利、西班牙、葡萄牙諸國之法典。則採積極說。法蘭西、意大利、荷蘭諸國之法典。則採消極說。本法乃從前者之例。規定非婚生子女之生母。或其他法定代理人。以有下列情形之一者爲限。得請求其生父認領。即（一）受胎期間。生父與生母有同居之事實者。（二）由生父所作之文書。可證明其爲生父者。（三）生母爲生父強姦。或略誘成姦者。（四）生母爲生父濫用權威成姦者。第一款之情形。其受胎期間。當然依第一〇六二條計算之方法。即從該非婚生子女出生日回溯第一百八十一日起。至第三百零二日止。在此期間內。如生父曾經有與生母同居之事實者。即得爲認領之請求。第二款之情形。例如生父曾有往來信件。表示該子女爲其所生者。第三四兩款之情形。其生父之所爲。均係不法之行爲。對於因此不法行爲所生之子女。自應加以特別之保護。惟上述請求權。自

子女出生後。五年間不行使而消滅。又生母於受胎期間內。曾與他人通姦。或爲放蕩之生活者。亦不能爲認領之請求。蓋其生母既與他人通姦。或爲放蕩生活。卽不能必其子女之生父究爲何人也。至何者爲放蕩生活。法律雖無明文規定。例如妓寮之類。當然爲放蕩生活之一種。（本法第一〇六七條第一〇六八條）

於此有一問題。卽非婚生子女本人。能否請求生父認領是也。瑞士希臘民法。均規定滿十四歲之非婚生子女本人。亦得爲認領之請求。本法規定請求認領者。既以非婚生子女之生母。或其他法定代理人爲限。則非婚生子女之本人。自應解爲不得請求認領。且就第一〇六七條第二項規定觀之。非婚生子女出生後。經過五年。雖其生母或其他法定代理人。且不得爲認領之請求。非婚生子女能自爲法律行爲。必在成年以後。是早經過五年之期間。其不得自行請求認領。尤甚明顯。

又日本民法規定。生父得其生母之承諾。得認領在胎內之私生子。對於已死亡之私生子。限於有直系卑屬時。亦得認領之。惟直系卑屬已成年者。應得其承諾。本法對於未出生及已死亡之非婚生子女。無認領之規定。解釋上自應認爲不得認領也。

B 認領之否認 非婚生子女。或其生母。對於生父之認領。得否認之。蓋非婚生子女認領之規定。原所以保護非婚生子女及其生母之利益。若生父之認領非婚生子女。爲該非婚生子女或其生母所不願。自應使之有否認之權。而此種否認權之行使。依法文之規定。且不須具若何之條件。如本非生父而冒領者。固得否認之。卽確爲生父。而該非婚生子女或其生母。不願受生父之認領者。亦未始不可否認也。（本法第一〇六六條）

C 認領之效力 非婚生子女。經生父認領後。視爲婚生子女。已如前述。而此種效力。且溯及於出生之時。卽認領之時期。縱在出生數年或數月之後。但

自出生之時起。即視為婚生子女也。惟此項溯及之規定。並不得侵害第三人已得之權利。例如其生父於認領非婚生子女之前。已將財產一部份分配於他婚生子女。不能因非婚生子女之認領。而使該婚生子女已受分配之財產。有若何之影響也。（本法第一〇六九條）

又生父認領非婚生子女後。無論如何情形。不得撤銷其認領。蓋非婚生子女之一經生父認領。其身分即已確定。不能更任生父隨意推翻之也。（本法第一〇七〇條）

2 撫育 非婚生子女。經生父撫育者。視為認領。亦取得婚生子女之身分。所謂撫育。例如昔制之妾所生之子女。自幼生長於生父之家。其為生父撫育。固不待言。即其他因苟合所生之子女。使能證明事實上曾由生父撫育者。均與生父認領有同一之效力。換言之。即均得溯及出生之時。而視為婚生子女也。（本法第一〇六五條一項後段）

3 生父與生母結婚。非婚生子女出生後。其生父與生母結婚者。該非婚生子女。亦取得婚生子女之身分。惟其效力是否溯及於非婚生子女出生之時。抑發生於其生父生母結婚之日。法律無明文規定。依第一〇六七條之規定。而類推解釋。當然亦溯及於出生之時也。（本法第一〇六四條）

（乙） 就生母方面取得婚生子女之身分者。非婚生子女與生母之關係。各國立法例不一致。德國民法第一七〇五條規定。非婚生子女。對於母及母之親屬關係上。有婚生子女之法定地位。第一七〇六條首段規定。非婚生子女。從母之姓。是非婚生子女對於生母之關係。不待認領而定也。法國民法第三三六條規定。非婚生子女。無母之申述及承諾。惟其父認領時。則僅對於其父為有效。是非婚生子女之對於父母。一方認領。僅一方生父母子女之關係。必雙方認領。始雙方生父母子女之關係也。日本民法第八二七條。亦規定私生子父或母得認領之。與法國略同。實則父母與子女之關係。本於天然。原無

待於認領。非婚生子女。必待其父認領者。因既非婚生。在其父認領前。不能確知其父爲何人。故法律所以有認領之規定也。至非婚生子女之於母。在受胎後。即可確定其有母子之關係。殊無踐行認領程序之必要。况父母均須認領。其非婚生子女始能取得婚生子女之身分。設父母均不認領。不其成爲無父無母之孤兒乎。以父母之不德行爲。而使其子女受此殘酷之待遇。法律人情。均未見其平也。故本法亦仿德國之例。規定非婚生子女與其生母之關係。視爲婚生子女。毋須認領也。（本法第一〇六五條二項）

第三款 準婚生子女

依民法繼承編第一一四三條規定。無直系血親卑親屬者。得以遺囑就其財產之全部。或一部。指定繼承人。但以不違反關於特留分之規定爲限。是指定繼承人。與被繼承人之間。本無父母子女之關係。但此種指定繼承人。其性質實有類於昔日之嗣子。所不同者。僅嗣子限於同姓。指定繼承人則異姓亦所不禁。嗣子限於男

性。指定繼承人則無性別之限制。嗣子生前亦可立之。指定繼承人必其死後始發生效力。嗣子他人亦可代為擇立。指定繼承人必被繼承人生前以遺囑指定之。至指定繼承人承受被繼承人遺產之全部或一部。對於該遺產上之權利義務，即完全享受或負擔。與子女之繼承父母遺產，初無異致。故本法第一〇七一條規定。指定繼承人與被繼承人之關係。除法律另有規定外，與婚生子女同。實可謂準婚生子女也。所謂除法律另有規定者，例如法律規定婚生子女如為一人，而被繼承人無配偶時，該婚生子女應繼承遺產之全部。而指定繼承人，祇能就指定之全部或一部財產為繼承。是又本法不認有立嗣制度。故自本法施行後，不容更立嗣子。固無疑義。惟在本法施行前所立之嗣子，其與所後父母之關係則如何，依本法施行法第九條之規定，亦與婚生子女同。是亦可謂準婚生子女之一種也。

第四款 養子女

第一 養子女之意義 我國舊律所承認擬制之子有二。一曰嗣子。二曰養子。

（異姓則稱義子）嗣子限於同姓。以繼承宗祧爲主。故嚴異姓亂宗之防。養子（義子同）但爲所後之親喜悅者。不問同姓與否。皆可相爲依倚。以娛老景爲歸。故廣開擇立之途。然親姊妹之子。與親兄弟之子。姓氏雖異。血統則同。苟立爲嗣。並不亂宗。近世滿人。多冠漢姓。姓氏雖同。血統則異。倘立爲嗣。抑豈有合。故舊律立嗣必限同姓。不第爲宗法之遺制。應加廢除。卽揆之實際。亦難適用。且嗣子非己之所自出。與養子之收自他人者。其性質實屬相同。強加區別。殊覺無謂。故本法於凡生前收養他人之子女。以爲自己子女者。其被收養之人。無論是否同姓。概稱爲養子。或養女。而收養者。概稱爲養父或養母焉。（本法第一〇七二條）

第二 收養之要件 收養他人之子女爲子女。須具備左列各要件。

（甲） 實質要件。

1 收養者之年齡須長二十歲 養父或養母。在形式上須有爲父母之資格。

若養子女之年齡與養父母相等。或竟長於養父母。殊與習俗上稱爲父母之觀念不符。故本法定爲收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上。蓋所以求名副其實也。（本法第一〇七三條）惟本法關於收養有親屬關係者爲子女時。是否須輩分相當。未爲規定。設收養者收養兄弟姊妹之行。而爲養子女。將亦爲法律所不禁。殊非尊重我國習慣之道。似不若我前法制局親屬草案規定以輩分相當者爲限。較爲妥善也。（前法制局親屬草案第四六條二款參照）

2 收養須與配偶共同爲之。收養者無配偶時。自無若何之問題。如有配偶。若任許夫或妻之一方。單獨收養他人之子女爲子女。非惟親屬關係上將發生奇異之結果。且無以維持家室之和平。此本法規定有配偶者收養子女時。應與其配偶共同爲之也。（本法第一〇七四條）

3 須得被收養者配偶之同意。被收養者若無配偶。亦無問題之發生。如被

收養者而有配偶時。若不得其同意。逕予收養。亦非杜絕糾紛之道。此法律又定爲應得被收養者配偶之同意也。（本法第一〇七六條）

4 須被收養者非他人之養子女。一人同時能否爲二人以上之養子女。學者主張不一。我前大理院判例。則採積極說。即認一人同時不妨爲二人以上之養子女。（前大理院八年上字五〇七號判例參照）而本法則採消極說者也。（本法第一〇七五條）至所謂二人以上。第一〇七四條之配偶。不在其列。自不待言。

（乙）形式要件 收養子女之實質要件。已如前述。但雖具備上開實質要件。仍未能即發生收養之效力。依本法所規定。除自幼撫養爲子女者外。尙須用書面訂定收養之關係。即學者所稱形式上要件是也。蓋以子女一經收養。與其養父母間。即無異婚生子女。而發生一切親屬關係。故不得不取要式主義。以昭鄭重。其自幼撫養爲子女。不須用書面者。一則既有自幼撫養之事實。

足資證明。固無待於書面。再則恐收養被遺棄之小兒。雖欲用書面而亦不可得也。（本法第一〇七九條）

第三 養子女之姓氏 收養他人之子女爲子女。自收養之日起。應從收養者之姓。乃當然之結果。清律立嫡子違法條載。其遺棄小兒年三歲以下。雖異姓。仍聽收養。卽從其姓云云。其意亦同。所謂從收養者之姓云者。卽收養者爲養父。乃從養父之姓。收養者爲養母。乃從養母之姓是也。至夫妻共同收養之子女（第一〇七四條）其從養父之姓。抑從養母之姓。法無明文。但養子女既與婚生子女同。依當然之解釋。其姓氏自亦不妨準用第一〇五九條關於婚生子女之規定。（本法第一〇七八條）

第四 養子女與養父母之關係 養子女之與養父母。除法律另有規定外。其關係與婚生子女同。所謂法律另有規定者。例如民法繼承編第一一四二條第二項規定養子女之應繼分爲婚生子女二分之一是。（本法第一〇七七

條)

第五 收養之終止 收養之子女。雖與婚生子女同。但究屬由於人爲。而爲法律上所擬制。與婚生子女出於天然血統之關係者有別。故於有一定情事之發生。自不妨爲收養之終止。茲分同意終止及判決終止兩項。說明如左。

(甲) 同意終止 子女之收養。既完全聽諸收養者與被收養者間之自由。如養父母與養子女因情感不洽。或因其他事由。雙方願意終止收養關係。法律自無加以干涉之理。故收養關係之終止。出於雙方同意者。法律不設若何之限制。即無論在何情形之下。均得隨意爲之。惟收養子女。原則上須以書面爲之。已如前述。故終止收養。亦須以書面爲之。方足以昭鄭重而杜紛爭。(本法第一〇八〇條)

(乙) 判決終止。

1 原因 收養關係。爲雙方關係。若一方願意終止收養。而他方不表同意時。

固不妨請求法院爲終止之宣告。但必須具備一定之原因。始得向法院爲請求。否則殊不足以保護對方之權利。依本法規定。得請求之原因如左。

(一) 對於他方爲虐待或重大侮辱時。養父母與養子女。原所以相爲依倚。若一方對於他方有虐待或重大侮辱之行爲。自應許其終止收養關係。(本法第一〇八一條一款)

(二) 惡意遺棄他方時。惡意遺棄。在夫妻間尙構成離婚之原因。而養父母與養子女間。得爲請求終止收養之原因。亦屬當然。惟其遺棄。是否須在繼續狀態中。實爲一問題。比照第一〇五二條第五款之規定。當解爲母須在繼續狀態中也。(同上二款)

(三) 養子女被處二年以上之徒刑時。養子女被處徒刑至二年以上之久。則其所犯之罪。重大可知。若猶不許養父母終止收養關係。似非人情所能堪。此本法亦列爲終止收養原因之一也。(同上三款)

(四) 養子女有浪費財產之情事時。所謂浪費財產。即任意揮霍之意。如賭博、冶遊、吸食鴉片及其他一切不正當之耗費。均是。養子女而有此種情事。自應許養父母終止收養。(同上四款)

(五) 養子女生死不明已逾三年時。無子女之人。或雖有子女。而因他種關係。收養他人之子女為子女。原所以娛晚年。若養子女生死不明。已逾三年。則徒有其名。與未收養子女。又何以異。故亦許其終止收養關係。(同上五款)

(六) 有其他重大事由時。前五款為列舉之規定。然猶恐不敷事實上之應用。故復有本款之設。所謂其他重大事由。例如養父母或養子女之一方。意圖殺害他方。或另有其他重大事由。不能維持收養關係之類是。(同上六款)

2 賠償 收養關係。如因同意而終止。固無若何問題。若因上述各款之原因。

經其他一方之請求。由法院判決終止時。如無過失之一方。因而陷於生活困難者。法律不得不謀救濟之方。例如因上述第一第二款之情形。一方對於他方爲虐待或重大侮辱。又或惡意遺棄他方。而經判決終止收養關係時。則被虐待或侮辱。又或遺棄之一方。毫無過失之可言。若因此而陷於生活困難。如不使虐待侮辱或遺棄之一方。爲相當之賠償。實不足以昭事理之平。故法律定爲得請求他方賠償相當之金額焉。（本法第一〇八二條）

第六 收養終止之效果 收養關係。無論爲同意終止。或判決終止。自終止之時起。養子女均回復其本姓。並回復其本生父母之關係。蓋與清律嗣子歸宗相同。但第三人已取得之權利。不因此而受影響。例如養子女於收養關係終止前。其本生父母之財產。已爲其他子女所繼承。而該養子女回復本姓及其與本生父母之關係時。不能請求重行分析財產也。（本法第一〇八三條）

第五節 父母對於子女之權利義務

歐美各國法律。父母對於子女。有所謂親權之規定。其制實淵源於羅馬。最古之羅馬法。承認無限制之家長權。其後法律隨社會情況。漸次變更。家長權一變而爲父權。再變而爲親權。父權由父一人行使。親權則母亦得行使之。其實所謂親權。乃父母對於子女權利義務之總稱。而親權本體。並無確定之意義。我國舊律。關於父母之權利義務。只有列舉之規定。並無概括之名稱。民國以來。法院判例中。所用親權之名詞。乃譯自歐美。舊律無此專名也。本法關於父母對於子女之權利義務。既於本章分別規定。則親權概括之名稱。自無採用之必要。不如權利義務並用。較爲清晰。茲就本法規定。述之如左。

(甲) 權利義務之類別

第一 保護及教養 父母須保護及教養子女。保護云者。所以計子女之身體

安全也。教養云者。所以計子女之知識發育也。二者相需爲用。不得偏廢。此項保護及教養。爲父母之權利。亦卽爲父母之義務。惟其爲權利。故可排斥他人之干涉。而定適當之保養方法。惟其爲義務。故應以精神財力。保養其子女。而不容諉卸。惟保護及教養。本法則仿德日民法之例。規定以子女未成年時爲限。與我舊親屬編草案規定子女須終身服從親權者異也。（本法第一〇八四條）

第二 懲戒 父母對於子女之身體。能否加以懲戒。各國立法例不一致。法國民法。父母無擅自懲戒其子女之權利。須呈請法院。經其允許後。始得送入懲戒所。英國則認父母有親自懲戒其子女之權。無送入懲戒所之權。德國則採折衷主義。既認父母有懲戒其子女之權利。又可呈請法院爲相當之援助。日本民法亦大略相同。蓋父母既有保護及教養子女之責。若子女不率教訓。至感化之力已窮。自非懲戒。不足以神其用。而懲戒若必須呈請法院允許。尤不

勝其煩。我前暫行新刑律補充條例。規定父母得因懲戒其子。請求法院施以監禁處分。迨國民政府定都南京。業已廢止。故本法亦仿英國之例。規定父母有親自懲戒子女之權。毋須得法院之允許。惟懲戒亦非漫無限制。應以必要之範圍內爲限。至如何而爲必要之範圍。法律雖無一定之標準。但應解爲以達保護及教養之目的爲度。（本法第一〇八五條）

第三 代理 未成年之子女。除其父母均不能行使負擔對於子女之權利義務。應置監護人。由其監護人爲法定代理人外。（本法第一〇九一條第一〇九八條參照）自以其父母爲法定代理人爲最適宜。故本法亦仿各國通例。規定父母爲其未成年子女之法定代理人。（本法第一〇八六條）

第四 子女特有財產之管理使用及收益 我國自古。子女不得有私財。故舊律無關於子女特有財產之規定。本法仿多數國立法例。規定未成年子女。因繼承贈與或其他無償取得之財產。爲其特有財產。所謂或其他無償取得之

財產。例如因遺贈或先占等一切其他未經報償而取得之財產均是。法律既明以未成年之子女爲限。故子女一經成年。卽因有償行爲而取得之財產亦屬於子女所私有。不受本條規定之限制。自不待言。（本法第一〇八七條）

子女既未成年。則其特有財產。自不能自爲管理。故法律規定應由父管理。父不能管理時。由母管理。所謂父不能管理者。例如父因禁治產或其他事實上之障礙而不能管理是。（本法第一〇八八條一項）

未成年子女之特有財產。不獨管理之權。屬之父或母。且父母並得使用而收益之。蓋子女未成年。生長於父母之下。一切保護教養之費用。均由父母負擔。故其特有財產。使用收益之權。應以屬之父母爲宜。雖然。父母對於子女之特有財產。亦祇有管理使用收益之權。若爲特有財產之處分。非爲其子女之利益。不得爲之。蓋非如此。則子女之特有財產。不足以資保護也。（同上二項）

(乙) 權利義務之行使及負擔 父母對於子女之權利義務究應如何行使及負擔。實爲一重要問題。就權利言。如由父或母一方行使之。非惟有偏重父或母一方之嫌。且事實上亦感許多之不便。例如一方懲戒其子女時。他方卽不得同時行使懲戒之權。則不便孰甚。若由父母共同行使。設遇雙方意思不一致時。例如父主張子女入甲校。母主張子女入乙校。則如之何。就義務之負擔言。則亦不免種種之困難。本法權衡利害。規定對於未成年子女之權利義務。除法律另有規定外。由父母共同行使或負擔。父母對於權利之行使。意思不一致時。由父行使之。父母一方不能行使權利時。由他方行使之。父母不能共同負擔義務時。由有能力者負擔之。所謂除法律另有規定者。例如第一〇八八條規定。子女特有財產之管理。父先於母是。(本法第一〇八九條)

(丙) 權利濫用之制裁 法律賦予父母對於子女之權利。乃趨重於保護子女之利益。與昔日所認許之親權。目的在維持禮教觀念者不同。故父母若

對於子女而濫用其權利時。例如逾越必要範圍。而施以懲戒。非爲其子女之利益。而爲子女特有財產之處分等。其最近尊親屬或親屬會議得糾正之。糾正無效時。得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。（本法第一〇九〇條）

第四章 監護

第一節 概說

監護之制。仿自羅馬。羅馬初制。凡家長死。其在家長權下之子。各獨立而爲家長。惟女子及十四歲以下之男子。須服從監護權。其後增定十五歲以上二十五歲以下之男子。須服從財產管理權。大抵家長死。子女未成年。得以遺囑指定監護人。無指定者。以血族關係最近者充之。是爲法定監護人。兩者俱無時。則由法院選定之。羅馬而後。各國仿效。其監護之設。不僅限於未成年人。卽已成年而宣告禁治產。或

準禁治產者。亦往往爲之設置監護人。以保護其利益。我國向無監護之制。清律關於老幼孤寡之收養。雖有明文規定。而用意僅在慈善。社會上雖有託孤之習慣。而範圍多限於親屬。且權利義務亦不分明。弊端每因之而生。民國以來。法院判例。雖承認監護制度。惜其散見旁出。無系統之可尋。本法乃參酌東西各國之成規。設定監護一章。將監護之制。詳爲規定。惟我國民法。不認準禁治產制度。故監護僅分未成年人之監護。及禁治產人之監護二種。於後分別詳述之。

第二節 未成年人之監護

第一款 監護人之設置

未成年人具左列條件之一者。應置監護人。（本法第一〇九一條）

1 無父母。未成年人若父母俱存。或父亡母在。及母亡父在。自應由其父母任監護之責。均無設置監護人之必要。故必父母俱無。始應設置監護人。

2 父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。未成人雖有父母。若其父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。例如父母均失蹤。或宣告禁治產。或依第一〇九〇條宣告停止其權利之全部時。則與無父母者初無稍異。故亦得設置監護人。

具備上述條件之一。固均應設置監護人。但未成人已結婚者。依民法第一三條第三項之規定。則有行為能力。故雖無父母。或父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。亦毋庸設置監護人。此同條但書之所以設也。

第二款 監護人之類別

第一 指定監護人。又稱遺囑監護人。即後死之父或母。以遺囑指定之監護人也。蓋子女之利益。父母關顧最切。而孰能勝監護之任。亦惟父母謀之最周。故監護人而由父母指定。最為適宜。所以限於後死之父或母始得指定者。因父母一方死亡。尚有他方生存。自應由生存之他方。監護其子女。無置監護人

之必要也。惟於此有一問題。即父母一方死亡。他方雖屬生存。但他方係不能行使負擔對於未成年子女之權利義務者時。死亡之一方。以遺囑指定之監護人。是否生效是也。就法文言之。則以解爲不能生效爲宜。因其非後死之父或母。即無指定監護人之權也。至其指定。必以遺囑爲之。口頭指定。則不生效力。而遺囑之書立及方式。一切須依繼承編第三章之規定。尤不待言。（本法

第一〇九三條）

第二 法定監護人 父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。或父母死亡而無遺囑指定監護人時。由法律規定一定之人。任監護之責。學者稱爲法定監護人。我舊親屬編草案。列法定監護人於指定監護人之前。即有法定監護人時。父母以遺囑指定之監護人。不得執行其職務。不知護監人之地位。無異父母之地位。學者每稱監護爲親權之延長。自應尊重受監護人父母之意思。故本法仍仿多數國立法例。規定父母均不能行使負擔對於未成

年子女之權利義務。或父母死亡而無遺囑指定監護人時。始適用法定監護人。並規定法定監護人之順序如左（本法第一〇九四條）

1 與未成年人同居之祖父母。

2 家長。

3 不與未成年人同居之祖父母。

4 伯父或叔父。

5 由親屬會議選定之人。

凡有第一順序之監護人時。第二順序以下即無執行監護職務之餘地。無第一順序之監護人。而有第二順序之監護人時。則第三順序以下即無執行監護職務之餘地。其餘以此類推。凡人之情。父母之外。與己身關係最親切者。莫過於祖父母。而祖父母中同居者較之不同居者。彼此親切之程度。又自不同。故法定監護人。以與未成年人同居之祖父母為先。家長次之。不與未成年

人同居之祖。父母又次之。伯父或叔父又次之。而以由親屬會議選定之人殿其後。惟法文祇稱祖父母。而外祖父母不與焉。又法文祇稱伯父或叔父。而姑舅姨母不與焉。仍不免有重男輕女之嫌。且同一順序。如有數人時。例如第一款第三款之祖父母俱存。第四款之伯父或叔父而爲多數時。究應由何人爲監護人。不無疑問。是亦立法上之疏漏也。

第三 選定監護人 選定監護人者。謂由親屬會議選定之監護人也。本法於如何情形。得由親屬會議選定監護人。雖無明顯之規定。但就第一〇九四條觀之。須父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。或父母死亡而無遺囑指定監護人。該未成年人又無同居之祖父母。家長不同居之祖父母。及伯父或叔父。而親屬會議始有選定監護人之餘地。否則。毋庸越俎代謀也。德國選定監護人之權。屬之監護法院。我國固無監護法院之設立。且按之社會習慣。房族之事。亦往往以親屬處置爲宜。此本法以選定監護人之權。委之

親屬會議也。至被選定之監護人爲男爲女及親屬非親屬均非所問。

第四 委託監護人 上述監護人外。本法又規定父母對於未成年之子女。得因特定事項。於一定期限內。委託他人行使監護人之職務。例如子女遠出求學。於求學期間內。委託該學校所在地之親友監護其子女是。（本法第一〇九二條）

第三款 監護人之資格

關於監護人之資格。我舊親屬編規定甚嚴。凡破產人。褫奪公權人。對於受監護人。現爲訴訟或曾爲訴訟人。或其直系親屬。及配偶。又法院認爲不勝監護之任之人。均不得爲監護人。推其用意。非無相當理由。惟考其實際。在指定。或選定。又或委託監護人時。關於上列諸人。當然無被指定。或選定。又或委託之理。在法定監護人時。是項之人。雖不無充監護人之機會。但監護人而有第一一〇六條所列各款情形之一時。親屬會議得撤退之。如無該條所列各款情形。縱係上列諸人而充監護

人並無害於受監護人之利益。殊無禁止之必要。故本法除未成年人及禁治產人外。對於監護人之資格。無其他之限制也。未成年人及禁治產人。所以不許爲監護人者。因是種之人。自己尙無行爲能力。自不能監護他人。或謂依上開第一一〇六條第二款之規定。監護人無支付能力時。親屬會議尙得撤退之。是宣告被產之人。當然無許其爲監護人之理。不知依法文之規定。監護人無支付能力。親屬會議不過得撤退之。並非必爲撤退。故宣告破產之人而爲監護人。若親屬會議認爲尙能勝監護之任。儘可不爲撤退。法律並不加以強制也。（本法第一〇九六條）

第四款 監護人之數額

監護人是否限於一人。各國立法例不一致。羅馬法許有二人以上之監護人。近世民法亦有監護人與準監護人兩種。德瑞民法規定。基於特種情形。得設監護人數人。共同行使職務或分擔行之。日本及我舊親屬編草案。均規定監護人以一人爲限。蓋監護人而爲一人。固難免智慮未周。或不能兼顧之虞。但監護人而爲數

人。則互相推諉。或互相競爭。亦非受監護人之利。二者固各有利弊。惟究採一人制。或採數人制。法律應有明顯之規定。庶適用時可免無謂之紛爭。本法對於監護人之數額。未爲規定。解釋上未免感受困難也。

第五款 監護人之辭職

羅馬法認監護爲公職。卽今日之德瑞。亦復有此觀念。實則監護之事務。乃對於受監護人之權利義務。非對於國家之權利義務。故監護之職務。爲私法上之職務。非公法上之職務。惟行使監護事務之義務。與充當監護人之義務。則有區別。前者純然私法上之義務。後者乃含有公法上義務之性質。故依法應爲監護人時。非有正當理由。不得辭其職務。所謂正當理由。如因有特種情形。事實上不能執行監護職務。是。日本民法於此。列舉其辭職之事由。法定事由以外。不得託故辭職。本法不採列舉主義。而僅以正當理由以概括之。至該正當理由。其於監護開始前卽已存在。抑於監護開始後始行發生。均非所問。又就法文解釋。監護人非有正當理由。不

得辭其職務。僅限於法定監護人及選定監護人。若指定監護人或委託監護人。則不受此項規定之限制。（本法第一〇九五條）

第六款 監護人之撤退

各國監護制度。於監護人外。多另設監督監護人一職。以監護人爲執行事務而設。苟別無監督監護人從旁監察。則受監護人之身體財產。不免有難保安全之虞。本法亦認對監護人有監察之必要。惟不設監督監護人。以其職權歸之親屬會議。易個人監察爲團體監察。期免流弊。故親屬會議對於監護人有撤退之權。惟以有左列情形之一者爲限。（本法第一一〇六條）

1 違反法定義務時 例如違反第一〇九九條至一一〇三條之規定。是本法以違反法定義務爲限。設監護人而有其他不正行爲。例如積極或消極危害受監護人之利益。而不在法定義務範圍之內。親屬會議欲撤退之。則無準確之法條。可資依據。殊不若前法制局親屬法草案。規定護因人因故

意或重大過失而失職。或行爲不正。而不堪行使監護之職務時。親屬會議得撤退之。較爲概括也。（前法制局親屬法草案第七三條一項參照）

2 無支付能力時 監護人而無支付能力。本與其監護之職務無關。惟監護人自己既失其財產上之信用。難保不影響於受監護人之財產。故法律亦許親屬會議得以斟酌情形。撤退其監護之職。

3 由親屬會議選定之監護人違反親屬會議之指示時 監護人如由親屬會議選定。自應服從親屬會議所指示。否則。親屬會議得撤退之。亦事理所當然。

第七款 監護人之權利義務

第一 保護教養及懲戒 監護人除另有規定外。於保護增進受監護人利益之範圍內。行使負擔父母對於未成年子女之權利義務。但由父母暫時委託者。以所委託之職務爲限。乃本法第一〇九七條所明定。故父母依第一〇八

四條之規定。對於未成年之子女。應行保護及教養者。監護人自亦應保護而教養之。父母依第一〇八五條之規定。於必要範圍內。得懲戒其子女者。監護人自亦得而懲戒之。惟由父母依第一〇九二條之規定。因特定事項。於一定期限內委託監護者。其監護人之職務。以所委託者為範圍。自亦當然。

第二 代理 本法第一〇八六條規定。父母為其未成年子女之法定代理人。第一〇九七條規定。除另有規定外。監護人於保護增進受監護人利益之範圍內。行使負擔未成年子女之權利義務。是監護人當然為受監護人之法定代理人。惟法律為求明瞭起見。乃於第一〇九八條更以明文規定之。蓋所以杜無謂之爭也。

第三 開具財產清冊 監護開始時。監護人對於受監護人之財產。應會同親屬會議所指定之人。開具財產清冊。（本法一〇九九條）蓋因監護人於監護關係存續中。對於受監護人之財產。既須為一切之支配。於監護關係終止

時更負交還財產之義務。故於監護開始時。對於受監護人之財產。自不能不開具清冊。以資稽考。所以須會同親屬會議所指定之人者。蓋求減少流弊也。日本民法於此。更規定開具清冊之期間。原則以一個月為限。本法未為規定。難免監護人不有任意遲延情事。且會同親屬會議指定之人。雖足以昭慎重。但親屬會議之召集。以及人員之指定。在在均需時日。亦難免受監護人之財產。有散失或無從稽考之虞。似不若由監護人於一定期間內。逕行開定。而交由親屬會議審核之為愈也。又本條規定。乃所以防監護人危害受監護人之財產。故於同居之祖父母為監護人時。不適用之。（本法第一一〇五條）

第四 財產之管理使用及處分 父母對於未成年子女之特有財產。有管理使用收益之權。其管理之費用。亦由父母自行負擔之。而監護人則不然。監護人對於受監護人之財產。僅有管理之權。其使用非為受監護人之利益不得為之。而其受益應屬於受監護人。尤不待言。惟其管理財產之費用。亦無須監

護人之負擔。而由受監護人之財產負擔之。監護人管理受監護人之財產。並應與處理自己事務爲同一之注意。至受監護人不動產之處分。須得親屬會議之允許。卽動產之處分。亦須爲受監護人之利益。始得爲之。凡此規定。均所以爲受監護人之利益計也。（本法第一一〇〇條一一〇一條）又依第一一〇五條之規定。上述關於受監護人財產使用及處分之限制。於同居之祖父母爲監護人時。亦不適用。惟依第一〇八八條第二項之規定。父母對於未成年子女之特有財產。非爲子女之利益。且不得處分之。而謂同居之祖父母爲監護人時。對於受監護人之財產。反得自由處分。不受若何之限制。恐非立法之真意。故依論理之解釋。同居之祖父母爲監護人。其處分受監護人之財產。亦須爲受監護人之利益。始得爲之。祇毋庸得親屬會議之允許耳。

第五 報告財產狀況 監護人須受親屬會議之監督。已如前述。故監護人對於受監護人之財產狀況。例如某財產如何管理。如何使用。如何處分。以及收

支之情形若何。至少每年須向親屬會議詳細報告一次。以便親屬會議隨時稽核。惟此種規定。於同居之祖父母爲監護人時。亦不適用也。（本法第一一〇三條第一一〇五條）

第六 不爲財產之受讓 監護人對於受監護人之財產。多數國立法例均絕對禁止受讓。惟日民法規定受監護人他日得撤銷之。夫撤銷雖亦救濟之一法。但法律狀態久不確定。殊有礙於交易之安全。故本法仍仿多數國立法例。規定除同居之祖父母爲監護人外。監護人絕對不得受讓受監護人之財產。而其所謂受讓。依論理解釋。並應包括買賣、贈與、互易。及一切有償無償之受讓在內。蓋不如此。則不足以杜絕監護人利用其身分地位。而爲不利益於受監護人財產之行爲也。（本法第一一〇二條第一一〇五條）

第七 財產之清算交還 監護關係。非永遠存續者。例如監護人被親屬會議撤退。或因正當理由辭職。或經法院宣告禁治產。受監護人之成年。或死亡等。

其監護關係均不得因而終止。監護關係終止時，監護人應即會同親屬會議所指定之人，爲財產之清算。若監護人死亡，則該清算由其繼承人爲之。而清算之結果，如有新監護人時，則將其財產移交於新監護人。若受監護人已成年，則交還於受監護人。如受監護人死亡時，則交還於其繼承人。而此項清算結果，並須得親屬會議之承認。在親屬會議承認前，監護人不得免其責任也。（本法第一一〇七條第一一〇八條）

第八 損害之賠償 羅馬古代，監護人對於受監護人，有時須立保證。其保證之方法，或用適當之人，或以自己財產作抵。迨羅馬中世，監護人雖可不立保證，但受監護人對於監護人財產之全部，有法律上抵押權。若因監護人之故意或過失，致生損害於受監護人時，須就抵押之財產賠償之。迄於近代，所謂保證抵押之制，已不爲各國所採用。但監護人如有損害受監護人財產之行為，自應依一般侵權行爲之法則，負賠償之責。惟其賠償請求權之行使，則不

適用民法總則消滅時效之規定。乃自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時起。二年間不行使而即消滅者也。（本法第一一〇九條）

第九 請求報酬 監護人應給報酬與否。各國立法例不一致。有不給報酬者。如法意是有給以報酬者。如葡萄牙是有以不給報酬為原則。但依法院之決定。得以給與者。如荷蘭是。而西班牙、奧地利、德意志、日本諸國之民法。則規定依親屬會議之決定。得給監護人以報酬。夫禁止給與監護人以報酬。無非本於監護人之職務。為國家強制其負擔之觀念。然即為強制負擔。亦無禁止給與報酬之理。况就事實言。監護人既不以親屬為限。以漠不相關之人。而強制其負此任大責重之職務。又禁止其有享受報酬之權利。實為人情所難能。故本法除同居之祖父母為監護人外。明文規定監護人得請求報酬。而其報酬之數額。則由親屬會議按其勞力及受監護人財產收益之狀況酌定之。是依法文之所定。親屬會議祇有酌定報酬數額之權。而於監護人之應否收受報

酬則無權過問也。至監護人之與受監護人。無論因情誼關係。或其他理由。情願不受報酬。自聽其便。所謂按其勞力及受監護人財產收益之狀況云者。例如監護人之勞力既少。而受監護人財產之收入又微。則監護人之報酬。即應從低酌定。反之不妨從優酌定也。（本法第一一〇四條）

第三節 禁治產人之監護

禁治產人之監護。一稱成年人之監護。我民法第十四條第一項規定。對於心神喪失或精神耗弱。致不能處理自己事務者。法院得因本人配偶。或最近親屬二人之聲請。宣告禁治產。同法第十五條規定。禁治產人。無行為能力各等語。是禁治產人自不能不為之設置監護人。此本法第一一〇條之所由設也。而禁治產人之監護。依第一一三條之規定。除本法另有規定外。準用未成年人監護之規定。（但第一〇九九條及第一一〇一條至一一〇四條之規定。於父母為監護人時。亦

不適用之。見同條二項。故關於監護人之資格、數額、辭職、撤退及權利義務等，大抵與未成年人之監護人同，不再贅述。茲特述其另行規定之點如左。

(甲) 法定監護人之順序 禁治產人既不以未結婚者為限，且不限於無父母或父母均不能行使負擔對於子女權利義務之時，故禁治產人之法定監護人及其順序亦自與未成年人不同。依本法所規定禁治產人之法定監護人順序如左（本法第一一一條一項）

1 配偶 配偶所以營共同生活者也。其關係最為親切，故禁治產人而有配偶者，自係以其配偶為監護人，最為適宜。

2 父母 禁治產人無配偶而有父母者，以親切之程度言，應以其父母為監護人。

3 與禁治產人同居之祖父母 如無配偶或父母為其監護人，則應以禁治產人同居之祖父母任監護之責。惟條文僅及於同居之祖父母，而不同居

之祖父母及伯父或叔父。則始終無充禁治產人監護人之機會。與未成人之規定。顯然有別。亦未見有若何充分之理由也。

4 家長 家長之任監護人。其順序列於同居祖父母之後。則與未成人監護之順序同。

5 後死之父或母以遺囑指定之人 禁治產人後死之父或母。得以遺囑指定監護人。固不容有何異議。惟其所指定之監護人。其順序乃列於同居之祖父母及家長之後。與第一〇九四條規定。大異其趣。實則禁治產人父母之愛護禁治產人。與未成人父母之愛護未成人。初無二致。其以遺囑指定之監護人。或較之同居之祖父母及家長為妥適也。

(乙) 選定監護人 未成年人無法定之監護人時。其選定監護人之權。專屬之親屬會議。而禁治產人無法定之監護人時。則應由法院徵求親屬會議之意見選定之。蓋宣告禁治產。既須由法院為之。故選定監護人。自亦以法院得

以參與爲宜。（本法第一一一條第二項）

（丙）受監護人身體之療養。宣告禁治產。須以其人之心神喪失。或精神耗弱。不能處理自己事務爲要件。已如前述。故關於禁治產人身體之療養。亦監護人重要職務之一。依法文所定。禁治產人之監護人。爲受監護人之利益。應接受監護人之財產狀況。護養療治其身體。夫曰爲受監護人之利益。曰接受監護人之財產狀況。均所以示護養療治之標準。至護養療治之方法。則非所問。惟如將受監護人送入精神病醫院。或監禁於私宅者。應得親屬會議之同意。蓋恐監護人濫用其職權。剝奪受監護人之自由也。故此項規定。父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人時。不適用之。（本法第一一二條）

第五章 扶養

第一節 扶養之範圍

我國舊律。關於親屬間之扶養。多無明文規定。但在收養孤老條例。載有凡鰥寡孤獨及篤疾之人。貧窮無親屬依倚。不能自存者。由所在官司收養云云。在舊社會狀況之下。聚族而居。休戚與共。親屬彼此扶養。自係當然。無待法律規定。觀舊律文義。以無親屬者爲限。始應由官司收養。反而言之。卽係有親屬時。其親屬須負扶養之義務耳。卽社會習慣。亦以親屬互相扶養爲應爾。惟習俗上之所謂扶養。與法律上之所謂扶養。截然兩事。法律上之所謂扶養。有強行之效力。習俗上所謂博施廣濟。救困扶危。屬於道德上之義務。兩者不同。故法律規定扶養親屬之範圍。不宜過事廣泛。強人以難能。徵之各國立法例。有僅限於配偶。直系血族。及一親等之直系姻族相互間。始有扶養義務者。如英德法諸國是。有擴充至於兄弟姊妹者。如意大利是。日本行家族主義。家長對於家屬。亦負扶養之義務。我國社會組織。與日本略同。故本法規定親屬扶養之範圍。亦與日本無大差異。惟各國對於配偶。均規定於扶養範圍之內。本法因夫妻家庭生活費用之負擔。已於夫妻財產制內詳爲規定。

如夫妻之一方有不能維持生活。而無謀生能力時。其生活費用。自應由他方負擔。之不患無救濟之道。故不復列入扶養範圍之內。茲就本法規定扶養之範圍。述之如左。（本法第一一四條）

1 直系血親相互間 例如父子祖孫之間。則互負扶養之義務。申言之。直系血親卑親屬。對於直系血親尊親屬。固負扶養之義務。而直系血親尊親屬。對於直系血親卑親屬。亦負扶養之義務也。至旁系血親。除兄弟姊妹相互間。另有規定外。其餘則不負扶養之義務。又祇須直系血親。其相互間均負扶養之義務。而其為男為女。以及是否同居。則非所計也。

2 夫妻之一方與他方之父母同居者。其相互間 例如妻之於翁姑。及夫之於岳父母。如係同居。則相互間同負扶養之義務。而妻是否因嫁入夫家。而與夫之父母同居。以及夫是否因入贅妻家。而與妻之父母同居。均非所問。即使夫本人贅妻家。其後妻又與夫之父母同居。或妻本嫁入夫家。其後夫

又與妻之父母同居。亦均受本款之適用。反之。初雖有同居之事實。而其後已不復同居。即無扶養之可言也。

3 兄弟姊妹相互間。兄弟姊妹間。多數國均不規定有扶養義務。但按諸同氣連枝之義。坐觀兄弟姊妹之顛沛流離。而不予以維持。實非人情之所忍。且與我國舊有之道德不合。此本款之所以設也。至所謂兄弟姊妹。並應包括同父異母。或同母異父之兄弟姊妹在內。（司法院院字第七三五號解釋參考）

4 家長家屬相互間。家之制度。既爲本法所採用。則家長家屬相互之間。自亦應負扶養之義務。惟亦祇限於家長與家屬相互之間。而家屬與家屬相互之間。除具備別項關係。例如具備上述第一款至第三款關係之一者外。則不負扶養之義務也。

第二節 負扶養義務者之順序

負扶養義務者。如祇一人。則順序之問題不生。惟有數人時。究應由何人先履行此義務。法律不能不爲之規定。依本法所定。其順序如左。（本法第一一五條）

- 1 直系血親卑屬親。
- 2 直系血親尊親屬。
- 3 家長。
- 4 兄弟姊妹。
- 5 家屬。
- 6 子婦女婿。
- 7 夫妻之父母。

即先由直系血親卑親屬履行其扶養之義務。如力有所不足。次及於直系血親尊親屬。再次及於家長。再次及於兄弟姊妹。再次及於家屬。再次及於子婦女婿。再次及於夫妻之父母。順序在前之人。如獨力能扶養時。則由其獨力扶養之。如祇能

負擔一部扶養之費用。其他不足之部分。則由順序在後者負擔之。如全部不能負擔時。則全部由順序在後者負擔之。例如受扶養權利者。每月需扶養之費用百元。有子一人。每月祇能負擔六十元。其他四十元。則應由第二順序之直系血親尊親屬負擔之。如其子全部不能負擔。則每月百元。即應全部由直系血親尊親屬負擔。其餘以此類推。雖然此乃依親屬之性質而定其順序耳。如前述之直系血親尊親屬及直系血親卑親屬中。負扶養義務者。若有親等不同之數人時。應以何者爲先。例如子與孫同居於第一順序之列。父母與祖父母同居於第二順序之列。以直系血親卑親屬論。子爲直系血親卑親屬。孫亦直系血親卑親屬也。以直系血親尊親屬論。父母爲直系血親尊親屬。祖父母亦直系血親尊親屬也。則其扶養義務。究應由何人先爲履行。此猶就親等不同者言之耳。若親等相同。而負扶養義務者有數人時。又應由何人先爲扶養。例如父母有子數人。親等皆同。究應由長子扶養。抑應由次子扶養。又或依其他方法扶養。法律亦不能無明白之規定。茲分述之。

(甲)親等不同時。以親等近者爲先。例如子與孫較。則子爲近。父母與祖父母較。則父母爲近。故扶養義務。子應先孫而履行。父母應先祖父母而履行。

(乙)親等相同時。應各依其經濟能力。分擔義務。例如甲乙丙丁四子。均負扶養其父母之義務。如其經濟能力相等。則平均分擔其扶養費。否則。若其經濟能力有強弱時。則比例分擔其扶養費。

第三節 受扶養權利者之順序

受扶養權利者有數人。而負扶養義務者之經濟能力。如能全體扶養。固不成問題。否則。若經濟能力不足扶養其全體時。究應何人先受扶養。則順序之問題。以生。依本法所定。其順序如左。(本法第一一一六條)

1 直系血親尊親屬。

2 直系血親卑親屬。

3 家屬。

4 兄弟姊妹。

5 家長。

6 夫妻之父母。

7 子婦女婿。

即由直系血親尊親屬先受扶養。其次及於直系血親卑親屬。再次及於家屬。再次及於兄弟姊妹。再次及於家長。再次及於夫妻之父母。再次及於子婦女婿。至直系血親尊親屬及直系親血卑親屬中。而有親等不同之人。或同一順序中。有親等相同之數人時。則依左述之規定。

(甲) 親等不同時 先就其親等近者扶養之。如父母應先於祖父母而受扶養。子應先於孫而受扶養是。

(乙) 親等相同時 按其需要之狀況酌為扶養之。例如父母有子二人。長子

甲每年需扶養費六十元。次子乙每年需扶養費四十元。則每年給甲六十元。給乙四十元可矣。不必從同也。

第四節 受扶養之條件

扶養之制。本爲公益而設。運用稍一不當。則足以生淫佚之習。而長依賴之風。故受扶養權利者。必須具備一定之條件。依本法規定。其條件有二（本法第一二一七條）

（甲）不能維持生活 受扶養權利者。如自己之資力。足以維持生活。則負扶養義務者。縱經濟充裕。亦不負扶養之責。蓋無扶養之必要也。故必以不能維持生活爲限。惟所謂不能維持生活。須自己無過失與否。則爲一問題。我舊親屬編草案。規定受扶養權利之人。因過失不能自存者。則無受扶養之權利。例如因浪費而破家。因懶惰而敗產之類。是本法未爲規定。當然解爲不能維持

生活之原因。則非所計也。

(乙)無謀生能力。受扶養權利者。縱不能維持生活。但尙有謀生之能力。負扶養義務者。仍無須扶養之。蓋扶養之設。非所以獎怠惰。既有謀生能力。儘可自謀生活。毋庸扶養也。故無謀生能力。亦爲受扶養條件之一。而其所謂無謀生能力。例如老弱殘廢。或身患疾病。無術謀生之類是。但此項規定。對於直系血親尊屬。不適用之。蓋我國舊有之道德。對於直系血親尊親屬。應加以孝敬。不能強其自行謀生也。

第五節 扶養義務之免除

扶養之義務。須依其經濟能力而履行。乃當然之理。然經濟能力。究至如何之程度。而可完全免除扶養之義務。法律不能不爲一標準之規定。依本法所定。因負扶養義務。而不能維持自己生活者。免除其義務。例如負扶養義務者。每月所入五十

元。而自己日常生活必需之費。每月至低限度。則在五元以上。若猶責其扶養他人。非惟爲人情所難能。且與設扶養之制本旨不符也。（本法第一一一八條）但此之所謂扶養義務之免除。與扶養義務之消滅不同。扶養義務之消滅。例如受扶養權利者。或負扶養義務者。一方之死亡。則扶養之義務。卽由此而終了。永無回復之期。而扶養義務之免除。他日如經濟能力維持自己生活而有餘。其扶養之義務。仍須履行也。

第六節 扶養之程度及方法

第一 扶養之程度 扶養之程度。應以受扶養權利者之需要。及負扶養義務者之經濟能力爲標準。例如受扶養權利者每月需費百元。而負扶養義務者。每月祇能出資五十元。則予以五十元足矣。反之。負扶養義務者。每月雖能出洋百元。而受扶養權利者。每月祇需五十元。則每月亦毋庸與以百元也。惟法

文於上述標準外。並列身分爲標準之一。而其所謂身分。係兼指受扶養權利者。與負扶養義務者。雙方而言。自不待言。實則法律既規定扶養之程度。以受扶養權利者之需要。及負扶養義務者之經濟能力而定之。自應斟酌雙方身分及其他一切狀況。以定扶養之數額。條文身分二字。殊屬贅文。至所謂受扶養權利者之需要。依當然之解釋。應包括受扶養權利者衣食住行醫藥教育。及一切必需費用在內。（本法第一一九條）

第二 扶養之方法 扶養之方法。種種不同。或邀請同居。給以食用。或任令異居。畀以月費。或提存現金。使受利息。或撥給房產。俾取子金。及其他一切方法。均無不可。儘可由當事人以協議定之。不能協議時。由親屬會議定之。（本法

第一二〇條）

第三 扶養程度及方法之變更 扶養之程度及方法。非一成不變者。如因情事之變更。就扶養之程度言。例如受扶養權利者。始本每月需洋五十元。嗣因

生活程度增高。每月需洋八十元。負扶養義務者。其經濟能力。始本每月能出五十元。嗣因收入減少。每月祇能出洋三十元。又就扶養之方法言。始本以同居扶養爲便利者。嗣因發生他故。而有不能同居情事。於此情形。當事人一方。均得請求變更之。（本法第一一二一條）

第六章 家

第一節 概說

個人主義與家族主義。爲親屬法上之兩大主義。前者乃以個人爲國之單位。後者乃以家爲國之單位。採前之主義者。其法律之規定。有住所而無家。有親屬之關係。而無家長家屬之關係。反之。採後之主義者。於親屬之外。更認有家之存在。歐美諸國。基於尊信基督教之觀念。以個人爲權利義務之主體。雖事實上有數人之親屬。共同生活於一家之內。法律上亦不認之爲家也。我國向行家族主義。傳云。欲治

其國必齊其家。欲齊其家。必修其身。又云。身修而後家齊。家齊而後國治。是顯然於個人及國之間。列入家之一階級。前清末季。歐風東漸。個人主義。雖日趨於發達。而於家制之保存。仍未稍替。故我第一二次親屬編草案。均有家之規定。前法制局親屬法草案。雖經一度廢止。但究嫌遠違於國情。我前立法院長胡展堂先生有言曰。一種制度的形成。必有其潛在的原因。而其崩潰也。亦必有其一定理由和條件。明白說來。假使社會還需要這種制度。我們雖想以全力破壞。也發生不出多大的效力。假使社會已不需要這種制度。即使要保存。亦無補於實際的。云云。我國既施行家制數千年。迄於今日。社會實際之情形。一身而外。人人又莫不有家之觀念存在。此本法因勢利導。仍設家之一章也。惟我向日之家制。多置重於家長之權利。而漠視其義務。且惟男子有爲家長之資格。而女子則無之。本法則以家長之義務爲前提。而於家長之資格。尤無性別之限制。此則不同之點也。

第二節 家之意義

家之意義。有以同一戶籍爲家者。有指經營共同生活之親屬團體爲家者。前者如日本及我國向日之所謂家是。後者如瑞士及巴爾幹諸國法律所規定之家是。實則戶籍乃所以計一國戶口之多寡。與親屬法上之所謂家。渺不相涉。此本法特以明文規定稱家者。謂以永久共同生活爲目的。而同居之親屬團體。故親屬而不同居。或同居而係臨時之性質。無永久之意思。又或雖有永久之意思。而生活各別。非以共同生活爲目的。均與家之關係無涉。又個人獨居。戶籍法上或認其爲一戶。本法則不認其爲家也。（本法第一一二二條）

第三節 家長

第一款 家長之產生

爲統率家政起見。家置家長。乃本法第一一二三條第一項所明定。惟家長究如何而產生。法律亦不能無明文以資依據。依本法所定。可分爲推定之家長。法定之

家長。代理之家長三種。推定之家長。乃由親屬團體公推而產生者也。法定之家長。乃依法律之規定直接產生者也。代理之家長。乃由法定之家長指定而產生者也。分述如左。（本法第一一二四條）

1 推定家長 我舊親屬編草案。有法定家長。而無推定家長。但家既由以永久共同生活爲目的而同居之親屬集合而成。則一家之中。孰爲家長。自應尊重該親屬團體之意思。故本法規定家長由親屬團體推定爲原則。祇須經過推定之程序。而被推定者之爲男爲女。爲尊爲卑。爲長爲少。及推定之方式如何。均非所問。惟法文僅稱由親屬團體推定。設親屬團體意見不一致時。究採用過半數之方法。抑卽認爲推定不成立。將來解釋上亦一問題也。

2 法定家長 無推定家長時。則由法定之人。充任家長。卽以家中之最尊輩者爲之。尊輩同者。以年長者爲之。例如父與祖並存時。祖爲最尊輩。卽由祖

爲家長。伯與叔並存時，則尊輩相同。而伯年居長，卽由伯爲家長。其餘以此類推。而其爲男爲女，亦非所計也。

3 代理家長。法定之家長，如不能或不願管理家務時，則可由其指定家屬一人代理之。而其被指定之人，祇須有家屬之身分，亦無男女尊卑長少之限制。又代理家長，祇代爲管理其家務。其他如家長與家屬相互間扶養之權利義務等，仍應屬於原家長。蓋依代理之性質，當然如是解釋也。

第二款 家長之職務

家長之職務，除有時應爲未成年人或禁治產人之監護人，業已說明於前外，依本章之規定，其重要之職務，厥惟管理家務。而家務之管理，且毋庸事事躬親，並得以家務之一部，委託家屬處理。惟無論自己管理，或以一部委託家屬處理，均應注意於家屬全體之利益。故管理家務時，專爲一己謀利益，固爲法律所不許。而厚此薄彼，偏重於家屬中一人或數人之利益，而漠視其他家屬之利益，亦爲法律之所

禁止也。（本法第一一二五條第一一二六條）

第三款 家屬

同家之人。除家長外。均爲家屬。故家又可謂爲家長與家屬之總稱。而家屬固以有親屬關係者爲原則。但雖非親屬。而以永久共同生活爲目的。同居一家者。亦視爲家屬。例如本法施行前所納之妾。在現行法上並無親屬關係。惟既以永久共同生活爲目的。而同居於一家。自亦應認爲家屬之一。方合於實際。此外非親屬而同居一家者。亦不乏其例。此法律所以設例外之規定也。（本法第一一二二條第一一二三條第二第三項）

第四款 分家

清律祖父母父母在。不得分財異居。而累代同堂。我國自古。傳爲美談。一方固爲禮教之觀念。而他方亦係施行大家族制度之結果。以致一家之中。人口繁多。相依相賴。個人獨立之精神。漸滅殆盡。而家族制度。爲學者所詬病。此實爲一大原因。故

本法一面維持家制之存在。同時竭力以謀縮小家屬之範圍。務期有家制之利。無家制之害。故家屬已成年。或雖未成年。而已結婚。其家屬自己固得請求由家分離。而家長亦得令該家屬由家分離也。惟家屬自己請求分離。則毋庸附若何之理由。而家長令家屬分離。須以有正當理由爲限。蓋本法規定之家。注重於家長之義務。已如前述。故家屬而願由家分離。是無異權利之拋棄。無附理由之必要。而家長之令家屬由家分離。若不以有正當理由爲限。恐難免有家長圖減輕其義務。濫使無生活能力之家屬。離去其家之弊也。所以須以家屬已成年爲限者。蓋未成年人。尙無行爲能力。殊未便使之脫離其家也。若未成年人而已結婚。依法已有行爲能力。脫離其家。自無不可。（本法第一一二七條第一一二八條）

第七章 親屬會議

第一節 親屬會議之設置

親屬會議。日本稱之爲親族會。其制發源於羅馬古代。目的爲防家長之濫用權力。迨歐洲諸國。繼受羅馬法時。以親屬會議。列於民法。而其用更廣。我國舊律。向無此制。但習慣上。家庭糾紛。常邀集同族及親戚中之尊長。會議處理。民國以來。法院判例。亦承認親屬會議制度。蓋在國家司法機關。對於親屬法上之衆多事項。尙難一一干預以前。親屬會議制之容認。實有許多便利。此本法亦設親屬會議專章也。

第二節 親屬會議之召集

親屬會議。究應於何時。由何人而召集。法律不能不有明顯之規定。茲就本法規定。分述於左。（本法第一一二九條）

1 召集之時期 親屬會議。須依本法之規定。應開親屬會議之時。始得召集之。否則。未便濫行召集也。所謂依本法規定。應開親屬會議者。如第一〇九〇條、一〇九四條、一〇九九條、一一〇一條、一一〇三條、一一〇四條、一一

○六條、一一〇七條、一一〇九條、一一一一條、一一一二條、一一一七條、一一七八條、一一七九條、一一八〇條、一一八三條、一一九七條、一二一一條、一二一二條、一二一三條、一二一八條等各規定是。惟條文僅限於依本法之規定。應開親屬會議之時。始得召集之。如依其他法令之規定。應開親屬會議時。例如依民事訴訟法第五三七條。應由親屬會議另選訴訟代理人時。則無召集之法條。可資依據。亦立法上之疏漏也。

2 召集之人 我舊親屬編草案及日本民法。規定親屬會議。專由法院召集。雖可免私人濫行召集之弊。惟親屬間之事。動輒由官廳干涉。非惟不勝其煩。亦且不適於我國之習慣。故本法規定召集之人。爲當事人、法定代理人。或其他利害關係人。所謂當事人者。即應受親屬會議決議之人也。法定代理人者。當事人之法定代理人也。利害關係人者。即親屬會議之決議。直接或間接受其影響之人也。

第三節 親屬會議會員之資格

我舊親屬編草案及日本民法。凡親屬及與本人相關切者。均得被選爲親屬會議會員。夫泛稱親屬。則不問血親姻親及親等之遠近可知。所謂與本人相關切者。則鄉鄰友朋。自在其列。惟就人情言。血親則較姻親爲關心。而親等愈近。則關心愈切。遇有事端。使親等最近之同輩以上血親。聚集會議。而處理之。較能審核利害。而得其公平。至親屬會議。而使鄉鄰友朋參雜於其間。顧名思義。尤覺有所未妥。又我舊親屬編草案及日本民法。關於親屬會議之會員。尙須經過選定之程序。均爲本法所不取。依本法規定。得分親屬會議會員爲左列二種。

(甲) 法定會員 法定親屬會議會員。應就未成年人、禁治產人、或被繼承人之左列親屬與順序定之。換言之。卽因未成年人而開親屬會議。則就未成人之左列親屬與順序而定其會員。因禁治產人而開親屬會議。則就禁治產

人左列親屬與順序而定其會員。因繼承事件而開親屬會議。則就被繼承人左列親屬與順序而定其會員。所謂左列親屬與順序。即

1 直系血親尊親屬。

2 三親等內旁系血親尊親屬。

3 四親等內之同輩血親。

右述同一順序之人。以親等近者爲先。親等同者。以父系之親屬爲先。同系而親等同者。以年長者爲先。詳言之。如第一順序之人。已足法定人數。即毋庸第二順序之人參加。第二順序之人。已足法定人數。即毋庸第三順序之人參加。又同一順序之中。親等近者已足法定人數。則親等遠者即毋庸參加。同一親等。若人數衆多。超過法定人數時。則父系之親屬。先於母系之親屬。而爲親屬會議會員。如同爲父系。或同爲母系。而親等又同。其人數超過法定人數時。則年長之親屬。先於年少之親屬。而爲親屬會議會員。（本法第一一三一條

苟合於上述之規定。固均取得親屬會議會員之資格。但監護人、未成年人及禁治產人。則不在此限。蓋未成年人、禁治產人。自己尙無行爲能力。當然不能爲親屬會議會員。而監護人應受親屬會議之監督。其不能爲親屬會議會員。亦甚明顯。（本法第一一三三條）又爲親屬會議會員之義務。亦如爲監護人之義務。有強制性質。故依法應爲親屬會議會員之人。非有正當理由。不得辭其職務。至何謂正當理由。乃事實問題。應就其辭職之具體原因而認定之。（本法第一一三四條）

（乙）指定會員。無法定會員。或法定會員不足人數時。法院得因有召集權人之聲請。於其他親屬中指定之。所謂有召集權人。卽前述之當事人、法定代理人。或其他利害關係人。是茲應注意者。法定會員。以血親爲限。指定會員。無血親姻親之分也。法定會員。有親等之限制。指定會員。則不問親等之遠近也。惟

依法文所定。則不得於未成年人、禁治產人、或被繼承人之親屬外。而爲指定。故如合全體之親屬。而仍不足法定人數時。則親屬會議。即無法以成立。所有親屬會議之職權。將由何機關而行使。法律未定救濟之方。亦缺點也。（本法第一一三二條）

第四節 親屬會議會員之人數

親屬會議。各國立法例。有限定會員之人數者。有祇限定最少數。而於最多數則不加限制者。如日本祇規定會員須三人以上。於最多數並未加以限定。德國會長之外。至少二人。至多六人。法國會長之外。以六人爲限。蓋親屬會議。其會員過多。則議論龐雜。易涉紛歧。過少則左袒武斷。易流偏私。故本法參酌情形。規定會員爲五人。不得任意增減也。（本法第一一三〇條）

第五節 親屬會議之開會及決議

親屬會議會員。於開會時。如能全體出席。而決議時復能全體同意。固不生若何問題。否則。若因事實上障礙。或其他原因。不能全體出席。而決議時又復意見不一致時。法律不能不有救濟之道。法國民法。規定親屬會議。須有四分之三以上會員之出席。會員過半數之可決。始得決議。可否同數時。取決於會長。本法不採會長之制。故僅規定親屬會議。非有三人以上之出席。不得開會。非有出席會員過半數之同意。不得決議。若出席會員而為四人。可否同數時。則不得不另行召集會議也。至所議事件。如與會員中個人有利害關係者。該會員依法不得加入決議。乃所以防偏私之弊。意至明顯。無待說明者也。（本法第一一三五條第一一三六條）

第六節 親屬會議決議之救濟

親屬會議之決議。有拘束當事人及其他利害關係人之效力。若不問其決議之當否。概不許請求救濟。殊非公平之道。故本法規定有召集權人。對於親屬會議之

決議如其不服得向法院聲訴而聲訴之期間爲三個月蓋時間過短恐保護仍有未周日本定爲一個月未免太促也（本法第一一三七條）

附錄

民法親屬編施行法

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

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

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

第四條 民法親屬編關於婚約之規定。除第九百七十三條外。於民法親屬編施

行前所訂之婚約亦適用之。

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

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

第七條 民法親屬編施行前所發生之事實。而依民法親屬編之規定得爲離婚之原因者。得請求離婚。但已逾民法第一千零五十三條或一千零五十四條所定之期間者。不在此限。

第八條 民法親屬編關於婚生子女之推定及否認。於施行前受胎之子女。亦適用之。

第九條 民法親屬編施行前所立之嗣子女。與其所後父母之關係。與婚生子女同。

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

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

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

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

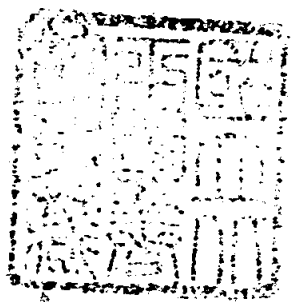
第十四條 民法親屬編施行前。所設置之監護人。其權利義務。自施行之日起。適用民法親屬編之規定。

第十五條 本施行法自民法親屬編施行之日施行。

民法親屬新論

一九六

中華民國三十三年六月四日
吳



中華民國二十三年一月初版

民法親屬新論

△(全一册定價大洋八角)

(外埠酌加郵費匯費)

編著者 李 謨

校訂者 汪 翰 章

發行人 沈 駿 聲

發行所 大 東 書 局

印刷所 大 東 書 局

分發行所

南京 北平 天津 濟南 漢口 梧州 開封
長沙 濟南 漢口 梧州 重慶
徐州 南昌 雲南 杭州 嘉坡
汕頭 廣州 哈爾濱 新嘉坡

大東書局



版權所有
必究

