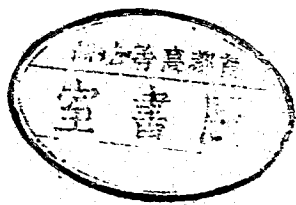


大 學 叢 書

中 國 法 親 屬 論

胡 長 清 著

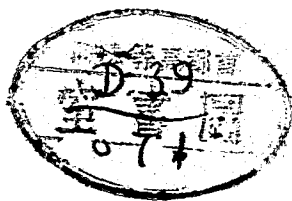


商 務 印 書 館 發 行

大 學 叢 書

中 國 法 親 屬 論

胡 長 清 著



商 務 印 書 館 發 行



3 2168 9274 9

## 弁言

一 著者曩在中央政治學校講授親屬法，曾就婚姻部分講稿著爲中國婚姻法論（本書於民國二十年由法律評論社發行，現已絕版）。嗣擬繼續寫作全部親屬法，卒以歲月蹉跎，未能如願。邇來政務較閒，特重理舊業，著爲本書。

二 本書分緒論及本論兩部分，除緒論外，本論各章概以民法親屬編之編制爲主，俾讀者得以瞭然於現行民法法典之體裁及精神。

三 我國自來雖無所謂親屬法，然歷代法制對於戶婚等律規定特詳，在現行民法法典未頒行以前，前大理院及今最高法院之判解，又復具有無上權威，以此本書徵引歷代法制及各種判解較爲詳盡，期與現行法典得一比照。

四 著者於前國民政府法制局及立法院民法起草委員會起草親屬法時，均曾列席參加，本書理論方面及資料方面，以法制局及委員會之啓示及供給爲最多，用誌一言，藉申謝意。

五 本書援引現行法律各國法例及各家學說，往往參以己見，評其得失，末學淺識，極知僭妄，第以講學辨疑，例固宜然，明達君子，尙乞諒之。

MG  
D929.6  
2124

六 本書係利用從政餘晷，間續寫成，且因篇幅較多，爲時又久，就中措詞立意雖曾加以相當斟酌，然恐誤疏漏，仍所不免，尙乞海內閱達不吝指教。

胡長椿次威識於浙江省蘭谿區行政督察專員公署

# 目錄

## 緒論

第一章 親屬法之命名

第二章 親屬法之地位

第三章 親屬法之編制

第四章 親屬法之立法主義

第五章 親屬法之特色

- 一 親屬分類及親等計算法之改述——
- 二 男女平等之確立——
- 三 種族健康之增進——
- 四 夫妻財產制之釐定——
- 五 嫡子庶子嗣子及私生子等名稱之廢除——
- 六 親屬互助及獨立之獎勵

## 本論

第一章 通則

第一節 親屬之分類..... 一一

第一 舊律親屬之分類——第二 親屬法上親屬之分類——一 血親——甲 自然血親——乙 擬制血親——(A) 現行法——(B) 舊律——(a) 嗣父母與嗣子——(b) 養父母與養子女——(c) 繼父與妻前夫之子——(d) 繼母與夫前妻之子——(e) 嫡母與庶子——(f) 庶母與嫡子及孫子——(g) 慈母與所撫育之子——(h) 乳母與所乳哺之子——(i) 養母與所撫養之子——二 姻親——第三 親屬之範圍——第四 配偶是否親屬

第二節 親系..... 二六

第一 血親之親系——一 直系及旁系——二 尊親屬及卑親屬——第二 姻親之親系——一 直系及旁系——二 尊親屬及卑親屬

第三節 親等..... 三〇

第一 血親之親等——一 關於親等之制度——甲 階級親等制——乙 世數親等制——(A) 羅馬法計算法——(B) 寺院法計算法——二 我國舊律之親等制度——三 歷次章宗之親等制度——四 現行親屬法上之親等制度——第二 姻親之親等

第四節 親屬關係之發生及消滅..... 三八

第一 親屬關係之發生——一 血親關係之發生——二 姻親關係之發生——第二 親屬關係之效力——第三 親屬關係之消滅——一 血親關係之消滅——二 姻親關係之消滅

第二章 婚姻..... 四四

第一節 概說.....四四

第一款 婚姻之語源及意義.....四四

第一 婚姻之語源——第二 婚姻之意義

第二款 婚姻制度之變遷.....四五

第一 由婚姻人數上觀察——一 由亂婚進於定婚——二 由團體婚進於個別婚——三 由一妻多夫婚一夫多妻

婚進於一夫一妻婚——第二 由婚姻方法上觀察——一 由掠奪婚進於有價婚——二 由有價婚進於聘娶婚——

三 由聘娶婚進於共諧婚——第三 由婚姻目的上觀察

第三款 婚姻之分類.....五一

第一 初婚與再婚——第二 單婚與重婚——第三 通常婚與贅婚——第四 逆緣婚與順緣婚——第五 併度

——第六 附屬——妾

第二節 婚約.....五六

第一款 概說.....五六

第一 婚約之意義——一 婚約當事人爲將來訂立婚姻契約之男女——二 婚約係以將來訂立婚姻契約爲目的

——三 婚約係將來訂立婚姻契約之預約——第二 婚約無須方式——第三 婚約與謀約

第二款 婚約之要件.....六〇

第一 婚約須由當事人自行訂定——第二 定婚須達一定之年齡——第三 定婚須得法定代理人之同意

第三款 婚約之效力.....六二二

第一 各國立法例——第二 我民法上之規定

第四款 婚約之解除.....六四

第一 解除之原因——一 約定解除——二 法定解除——甲 婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者——乙 故違結婚期約者——丙 生死不明已滿一年者——丁 有重大不治之病者——戊 有花柳病或其他惡疾者——己 婚約訂定後成爲殘廢者——庚 婚約訂定後與人通姦——辛 婚約訂定後受徒刑之宣告者——壬 有其他重大事由者——第二 解除之方法——第三 贈物之返還

第五款 婚約不履行之損害賠償.....七一

第一 解除婚約之損害賠償——第二 違反婚約損害賠償

第三節 結婚.....七四

第一款 概說.....七四

一 結婚之當事人須爲一男一女——二 結婚係要式的契約——三 結婚係一男一女以終生的共同生活爲目的

第二款 結婚之要件.....七六

第一項 概說.....七六

第二項 實質要件.....七七

第一 須由當事人自行決定——第二 須達一定之年齡——第三 須得法定代理人之同意——第四 須非一



定之親屬——一 立法理由——二 各國立法例——三 我國舊律——四 現行民法——甲 直系血親——乙 直系姻親——丙 旁系血親在八親等以內者但表兄弟姊妹不在此限——丁 旁系姻親輩分不同者但在五親等之外者不在此限——第五 須無監護關係——第六 須非重婚——第七 須非相姦者——第八 須已逾再婚禁止期間——第九 須非不能人道——第十 須非在無意識或精神錯亂中——第十一 須非被詐欺或脅迫——一 因被詐欺而結婚者——二 因被脅迫而結婚者——第十二 附註——一 因特別身分及地位結婚之限制——二 劣種結婚之限制	
<b>第三項 形式要件</b> .....	一〇〇
第一 立法主義——第二 各國立法例——第三 我國舊律——第四 現行民法之規定	
<b>第三款 結婚之無效及撤銷</b> .....	一〇六
<b>第一項 概說</b> .....	一〇七
<b>第二項 結婚之無效</b> .....	一〇八
第一 結婚無效之原因——一 不具備第九八二條之方式者——二 違反第九八三條所定親屬結婚之限制者——第二 結婚無效之主張——第三 結婚無效之效力	
<b>第三項 結婚之撤銷</b> .....	一一二
第一 結婚撤銷之原因——第二 結婚撤銷權之主體——第三 結婚撤銷主體之方法——第四 結婚撤銷之效力——第五 結婚撤銷權之消滅	

第四項 結婚無效及撤銷之損害賠償……………一八

一 財產上之損害賠償——二 非財產上之損害賠償

第四節 婚姻之普通效力……………一八

第一款 概說……………一八

第一 婚姻之效力概觀——第二 關於婚姻效力之立法主義

第二款 由婚姻而生之夫妻關係……………二〇

第三款 由婚姻而生之親屬關係……………二二

第一 夫妻與其所生子女間——第二 夫妻之一方與他方之血親及血親之配偶間

第四款 由婚姻而生之家屬關係……………二二

第五款 夫妻間之權利義務……………二二

第一 概說——第二 妻之行為能力——第三 妻之姓氏——第四 同居義務——第五 相互代理權——第六

扶養義務——第七 契約撤銷權——第八 貞操義務——第九 夫權

第五節 夫妻財產制……………三五

第一款 概說……………三五

第一 夫妻財產制之概念——第二 各種夫妻財產制之內容——一 所有權關係——二 管理權與處分權關係

——三 責任關係——四 清算關係

第二款 通則.....一三八

第一 法定財產制——一 通常法定財產制——二 非常法定財產制——甲 法律的非法定財產制——乙 裁判的非法定財產制——(A)基於夫妻一方之請求者——(B)基於債權人之聲請——第二 約定財產制——

一 夫妻財產契約之允許——二 夫妻財產契約之限制——三 夫妻財產契約之要件——甲 訂約之能力——乙 契約之方式——丙 契約之登記——第三 特有財產——一 法定特有財產——二 約定特有財產——三 特有財產之效力

第三款 法定財產制.....一五〇

第一 聯合財產之意義——第二 夫妻所有權——第三 管理使用收益及處分權——一 管理權——二 使用收益權——三 處分權——甲 夫之處分權——乙 妻之處分權——第四 妻之利益之保全——第五 責任——

一 夫之責任——二 妻之責任——甲 就全部財產負其責任時——乙 就特有財產負其責任時——第六 補償請求——第七 聯合財產之解散——一 因死亡而解散——甲 妻之死亡——乙 夫之死亡——二 非因死亡而解散

第四款 約定財產制.....一六四

第一項 概說.....一六四

第二項 共同財產制.....一六五

第一目 概說.....一六五

第二目 一般共同財產制.....一六六

第一 共同財產之意義——第二 管理及處分——管理——處分——第三 責任——夫之

責任——二 妻之責任——甲 以個人並共同財產負責者——乙 以特有財產負責者——第四 補償請

求——第五 共同財產制之廢散——一 因死亡而廢散時——二 非因死亡而廢散時

第三目 所得共同財產制.....一七四

第三項 統一財產制.....一七六

第四項 分別財產制.....一七七

第一 概說——第二 所有權管理權及用益權——第三 責任——一 夫之責任——二 妻之責任——第

四 家庭生活費用

第六節 離婚.....一八〇

第一款 概說.....一八〇

第一 婚姻之消滅與離婚——第二 離婚與婚姻之概論

第二款 離婚之立法主義.....一八二

第一 許可離婚主義與禁止離婚主義——第二 自由離婚主義與限制離婚主義——第三 別居主義

第三款 協議離婚.....一八五

第一 協議離婚之意義——協議離婚為契約——二 協議離婚為親屬法上之契約——三 協議離婚以消滅

婚姻關係爲目的——四	協議離婚以方式爲必要——第二	各國立法例——一	直接協議離婚——二	間接協
議離婚——三	特許協議離婚——第三	我民法上之規定——一	實質要件——甲	當事人須爲夫妻——乙
須爲當事人之合意——丙	須得法定代理人之同意——二	形式要件——第四	協議離婚之無效及撤銷	
第四款 裁判離婚				一九一
第一項 概說				一九一
第二項 裁判離婚之立法主義				一九二
第一 有實主義與目的主義——第二	概括主義列舉主義與例示主義			一九四
第三項 裁判離婚之原因				一九四
第一 重婚——第二	與人通姦——第三	夫妻之一方受他方不堪同居之虐待——第四	妻對於夫之直系	
尊親屬爲虐待或受夫之直系尊親屬之虐待致不堪共同生活——第五	夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀	態中——第六	夫妻之一方意圖殺害他方——第七	有不治之惡疾——第八
有重大不治之精神病——第	九	生死不明已逾三年——第十	被處三年以上之徒刑或固犯不名譽之罪被處徒刑	
第四項 裁判離婚之訴				二〇四
第一 裁判離婚主張之方法——第二	離婚訴權之消滅——一	基於自然的事實時——二	基於法律所定	
之原因時——甲	同意或宥恕——乙	期間之經過		
第五款 離婚之效力				二〇六

第一 概說——第二 關於身分者——第三 關於財產者——第四 關於子女之監護者——第五 裁判離婚之損害賠償及贖養費——一 損害賠償——二 贖養費

### 第三章 父母子女

#### 第一節 概說

第一 一般之概念——第二 子女之類別——第三 自然子女與擬制子女

#### 第二節 子女之姓氏及住所

第一 子女之姓氏——第二 子女之住所

#### 第三節 婚生子女

##### 第一款 概說

##### 第二款 受胎期間

第一 規定受胎期間之理由——第二 受胎期間之原則——第三 受胎期間之例外——第四 女子違反再婚期間所生子女其受胎期間

##### 第三款 婚生子女之推定

第一 規定婚生子女推定之理由——第二 婚生子女推定之要件——一 須妻之受胎在婚姻關係存續中——二 須妻之受胎時曾與夫同居——第三 顯然不具備婚生子女推定之要件其出生登記

##### 第四款 婚生子女之否認

第一 概說——第二 婚生子女否認之原因——第三 否認訴權之性質——第四 否認訴權之主體——第五 否認訴權之存續期間

第四節 非婚生子女.....二二五

第一款 概說.....二二五

第一 非婚生子女之定義——第二 非婚生子女地位之增進

第二款 非婚生子女因生父母結婚之準婚生.....二二七

第一 各國立法例——第二 因生父母結婚準婚生之要件——第三 因生父母結婚準婚生之效力——一 親子關係之成立——二 親子關係成立之時期

第三款 非婚生子女因認領之準婚生.....二二九

第一 各國立法例——第二 認領之要件——一 認領之意義——二 認領人——三 被認領人——四 認領之擬制——第三 認領之否認——第四 認領之撤銷——第五 認領之效力——一 親子關係之成立——二 親子關係成立之時期

第四款 父之尋認.....二三六

第一 各國立法例——第二 請求認領人——第三 被請求認領人——第四 請求認領之要件——一 積極要件——二 消極要件——第五 請求認領之期間——第六 請求認領之訴

第五節 養子女.....二四一

第一款 概說.....二四二

第一 養子女之定義——第二 養子制度之利弊——第三 養子制度立法之演進

第二款 收養之要件.....二四四

第一項 概說.....二四四

第二項 實質要件.....二四五

第一 須固陷一定年齡——第二 須身分相當——第三 須為一人之養子女——第四 收養須與配偶共同

為之——第五 被收養須得親屬之同意——第六 附論——一 親生子女可否收養為養子女——二 已有

子女者可否再收養子女——三 已死之人可否由他人代為收養子女——四 無子女者可否收養他人之子女

為孫——五 單身之男子可否收養女子為養女——六 監護人可否收養被監護人為養子女

第三項 形式要件.....二五三

第一 原則——須用書面——第二 例外——自幼撫養則無須書面——第三 附論——一 收養可否以遺

囑為之——二 民法第一〇七一條與遺囑養子

第三款 收養之無效及撤銷.....二五六

第一 概說——第二 收養之無效——一 收養無效之原因——二 收養無效之主張——三 收養無效之效力

——第三 收養之撤銷——一 收養撤銷之原因——二 收養撤銷之主體——三 收養撤銷之主張——四

收養撤銷之效力——五 收養撤銷之消滅



第四款 收養之效力.....二五九

第一 親屬關係——一 親子關係之成立及其時期——二 養子女與養父母之親屬之親屬關係——三 養子女

之直系血親卑親屬與養父母及其親屬之親屬關係——四 養子女與其本生父母及其親屬之親屬關係——第二

家屬關係——第三 親權關係——第四 繼承關係——第五 養子女之姓氏

第五款 收養之終止.....二六三

第一項 概說.....二六三

第一 收養之消滅與收養之終止——第二 收養之終止與收養之撤銷

第二項 收養終止之分類.....二六四

第一目 概說.....二六四

第二目 協議終止.....二六四

第一 概說——第二 協議終止之要件——一 實質要件——二 形式要件——第三 協議終止之無效

及撤銷

第三目 裁判終止.....二六六

第一 概說——第二 裁判終止之原因——一 對於他方為虐待或重大侮辱時——二 惡意遺棄他方時

——三 養子女被處二年以上之徒刑時——四 養子女有浪費財產情事時——五 養子女生死不明已逾

三年時——六 有其他重大事由時——第三 裁判終止主張之方法——第四 終止訴權之消滅

第三項 收養終止之效力.....二七二

- 第一 概說——第二 姓氏及身分之回復——第三 慰撫金之請求

第六節 親權.....二七三

第一款 概說.....二七三

- 第一 親子關係之效力與親權——第二 親權名辭之辯解——第三 親權之意義及性質——一 親權原則上為權利且同時為義務——二 親權係權利義務之集合——三 親權係父母基於其身分所有之權利義務——四 親權係父母對於未成年子女之權利義務——五 親權以父母對於子女身體上及財產上之監督保護為目的——六 親權係父母對於子女私法上之權利義務

第二款 親權之效力.....二七七

第一項 概說.....二七七

第二項 關於子女身體上之權利義務.....二七七

- 第一 保護教養權——一 意義及性質——二 由保護教養權發生之權利——甲 對於未成年子女之居所指定權——乙 子女之交付請求權——丙 對於子女之販賣許可權及其數額限制權——第二 懲戒權——

第三、法定代理權

第三項 關於子女財產上之權利義務.....二八四

- 第一 管理權——第二 使用收益權——第三 處分權

第三款 親權之行使及負擔.....二八六

第一 概說——第二 親權之行使及負擔之原則——第三 親權之行使及負擔之例外

第四款 親權之消滅.....二八八

第一 概說——第二 親權因其妻業之消滅而消滅——因親權人本身之事由而消滅——因子女本身之事由而消滅——第三 親權因法院之宣告而消滅——第四 親權消滅之效力

## 第四章 監護.....二九二

第一節 概說.....二九二

第一 監護制度之使命——第二 監護法之地位——第三 監護之意義及性質——監護係私法上之職務——  
二 監護係對於未成年人及禁治產人開始之職務——三 監護係為保護受監護人之身體並管理其財產且代理其財產上之行為之職務——第四 監護與親權之差異

第二節 未成人之監護.....二九五

第一款 監護之開始.....二九五

第一 無父母時——第二 父母均不能行使負擔其權利義務時——第三 父母委託他人行使監護職務時

第二款 監護之機關.....二九七

第一項 概說.....二九七

第一 監護機關之種類——第二 監護人及其人數

第二項 監護人之選任及種類.....二九九

第一 概說——第二 指定監護人——第三 法定監護人——一 與未成年人同居之祖父母——二 家長

——三 不與未成年人同居之祖父母——四 伯父或叔父——第四 選定監護人——第五 委託監護人

第三項 監護人之辭職缺格及撤退.....三〇三

第一 概說——第二 監護人之辭職——第三 監護人之缺格——第四 監護人之撤退——一 違反法定

義務時——二 無支付能力——三 由親屬會議選定之監護人違反親屬會議之指示時

第三款 監護之事務.....三〇七

第一項 概說.....三〇七

第一 監護人之報告義務——第二 監護人之報酬——第三 監護人之責任

第二項 監護人就任前之事務.....三一〇

第一 開具財產清冊——第二 聲請監護登記

第三項 監護人就任中之事務.....三一三

第一 關於受監護人身體上之事務——一 一般之事務——二 法定代理——第二 關於受監護人財產上

之事務——一 財產之管理——二 財產之使用及處分——三 受讓財產之禁止

第四項 監護關係終止時之事務.....三一七

第一 財產之清算——第二 財產之返還——第三 責任之繼承

第四款 監護關係之終止.....三二〇

第一 監護關係之絕對終止——第二 監護關係之相對終止

第三節 禁治產人之監護.....三二一

第一款 監護之開始.....三二一

第二款 監護人之選任及種類.....三二二

第一 概說——第二 法定監護人——一 配偶——二 父母——三 與禁治產人同居之祖父母——四 家長

——第三 指定監護人——第四 選定監護

第三款 受監護人之護養療治.....三二五

第四款 法條之準用及不適用.....三二六

第一 法條之準用——第二 法條之不適用

### 第五章 扶養.....三二七

第一節 概說.....三二七

第一 扶養制度演變——第二 扶養之意義及性質——一 扶養係於一定親屬間存在——二 扶養係於無力謀生

或無力求學之一定親屬間發生——三 扶養係本於身分關係供給生活或教育費用——四 扶養係親屬法上之制度

第二節 扶養之範圍及順序.....三二九

第一款 扶養之範圍.....三二九

第一 概說——第二 扶養之範圍——一 直系血親相互間——二 夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間——三 兄弟姊妹相互間——四 家長家屬相互間——第三 附論

第二款 扶養之順序.....三三二

第一 扶養義務人之順序——一 直系血親卑親屬——二 直系血親尊親屬——三 家長——四 兄弟姊妹——五 家屬——六 養子女婿——七 夫妻之父母——第二 扶養權利人之順序——一 直系血親尊親屬——二 直系血親卑親屬——三 家屬——四 兄弟姊妹——五 家長——六 夫妻之父母——七 子婿女婿——第三 扶養義務人或權利人同一順序或同一親等時其順序——一 扶養義務人同一順序時——二 扶養義務人同一親等時——三 扶養權利人同一順序時——四 扶養權利人同一親等時

第三節 扶養之要件.....三三六

第一 扶養義務人之要件——第二 扶養權利人之要件

第四節 扶養之程度及方法.....三三七

第一 扶養之程度——第二 扶養之方法——第三 扶養程度及方法之變更

第五節 扶養之消滅.....三四一

## 第六章 家.....三四二

第一節 概說.....三四三

第一 家族制度之演變——第二 家制規定之得失——第三 家制之立法本位——第四 我國古代之家與舊律之

家——一 古代之家——二 舊律之家

第二節 家之組織.....三四九

第一款 概說.....三四九

第一、家之一般的觀念——第二 民法上之意義——一 家者團體也——二 家者親屬團體也——三 家者以永久共同生活為目的而同居一家之親屬團體也——第三 家之組織分子

第二款 家長.....三五二

第一 家長之名稱——第二 家長之種類——一 推定家長——二 法定家長——第三 家長之代理

第三款 家屬.....三五六

第一 家屬之名稱——第二 家屬之種類——一 基本家屬——二 附屬家屬——甲 妾——乙 童養媳——

丙 通門守貞之孀——丁 奴婢——第三 家屬身分之取得——一 出生——二 婚姻——三 收養——四

運俗

第三節 家務之管理.....三六〇

第一 概說——第二 家長之家務管理權——第三 管理家務之注意

第四節 家屬之分離.....三六一

第一 概說——第二 家屬請求家長分離——第三 家長令家屬分家

第五節 附論.....三六四

目錄

一九

第一家法——第二 家產

第七章 親屬會議……………三六七

第一節 概說……………三六七

第一 親屬會議之沿革——第二 民法上之親屬會議——第三 親屬會議之意義——親屬會議以處理監護及其履行會議之事件爲目的——二 親屬會議爲臨時機關——三 親屬會議爲合議機關

第二節 親屬會議之組織……………三六九

第一 親屬會員之人數——第二 親屬會員之種類——一 法定會員——甲 法定會員之範圍——乙 法定會員之順位——子 直系血親尊親屬——丑 三親等內旁系血親尊親屬——寅 四親等內之同輩血親——丙 同一順位中不僅五人時之解決方法——子 同一順序之人以親等近者爲先——丑 親等同者以父系之親屬爲先——寅 兩系而親等同者以年長者爲先——二 指定會員——第三 親屬會員之資格——第四 親屬會員之辭職

第三節 親屬會議之職務……………三七四

第一 職務之種類——一 監督機關之職務——二 選舉機關之職務——三 糾正機關之職務——四 諮詢機關之職務——第二 注意之義務

第四節 親屬會議之召集……………三七六

第一 召集之原因——第二 召集權人——一 當事人——二 法定代理人——三 其他利害關係人

第五節 親屬會議之決議……………三七八



第一 開會及決議之限制——第二 加入決議之限制——第三 決議不當之救濟

附錄一……………三八一

親屬法先決各點審查意見書

附中央政治會議公函

民法親屬編施行法

附錄二……………三九二

讀中華民國親屬法及繼承法草案

家制論

# 中國民法親屬論

## 緒論

### 第一章 親屬法之命名

親屬法一語，在英爲 *Family Law*，在法爲 *Droit de Famille*，在德國爲 *Das Familien Recht*，日本譯爲親族法，前清法律館，以其與律例中所用名詞之意義不符，則改稱親屬法。其說曰：日本親族律中之親族，不專指同宗之血族，卽異姓之配偶者及姻族，均包在內，然中國律例中凡親族兩字，僅專指同宗族之親，戶役立嫡子違法門條例有曰：於昭穆相當之親族內，夫同宗而後有昭穆，異姓無所謂昭穆，是例文親族爲專指同宗族親之用語可知。蓋中國律例，凡指同宗族之親，多用親族，指親族姻親之全體，多用親屬，其例如下：（一）親屬相爲容隱律，實包大功以上親，及外祖父母、外孫、妻父母、女婿，與小功以下及無服親等項而言。（二）親屬相盜律，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，夫統言小功總麻，則母族在內，又總麻之服，則遠族在內，是律言親屬，實爲包括父族、母族、妻族之親而言。（三）親屬相姦律，其曰親屬，亦包同宗無服之親及無服親之妻，與總麻以上親及總麻以上親之妻，若妻前夫之女及同母異父、姊妹而言。由是觀之，吾國律例，凡包括族親姻親之處，均用親



屬，律中所云親族，蓋專指同宗族之親而言，親屬包括全體，親族不過親屬中之一種，此法律館所以用親屬而不用親族之理由也（親屬法草案總則說明定名）。維時陳宗蕃氏，曾爲文駁之，其陳義有三：親字古義，實可包括宗親、外親、妻親之三者，一也。親屬二字用之律例，實始於明律，並非古義，二也。親屬二字，以文義言，爲卑幼對於尊長之名詞，而非尊長卑幼總括之名詞，三也（陳氏民法親屬律論緒論第五章）。近人郁憲章氏，亦謂親屬法名稱，考諸古義，徵之今勢，及其法律上之沿革，均有未可與親族法嚴立界說之必要。（詳若然，是親屬法命名之當否，實有問題，現行民法第四編所以名爲親屬者，蓋又不過因親屬二字，沿用已久，殊不必多所紛更耳。

（詳）郁憲章氏所持之理由有三，茲錄如次，以供參考：「（一）尙書與曰，以親九族，是爲親族二字見於吾國故籍之最早者，班固《流通釋》之曰，九之爲言究也，親防恩愛窮章也，九族者，父族四，母族三，妻族二也，夫母族妻族均係異姓，而亦在親族之列，足證親族專指同姓之非古義矣。（二）我國往者，宗盟之列，先同姓而後異姓，喪服之禮，重同族而輕外親，爾雅一書，於同宗曰族，於母妻則曰屬，禮重時，禮城攸別，此實男系宗法主義時代重男輕女之陋習，隋律本之以定制，雖未可厚非，而在今日宗法衰歇，男女平等之義大明，苟猶斤斤於此，固非冬夏而夏裘耶？（三）民法親屬二字，係沿用民草，民草則根據隋律，而隋律則溯源於唐，然唐律中並無親屬名稱，如隋律親屬相爲尊嚴，在唐律但曰諸同居者大功以上親，及外祖父母外孫，若孫之婦，夫之兄弟及兄弟妻，有罪相爲隱，親屬相盜律，在唐律但曰諸尊卑麻小功親財物者，減凡人一等，大功減二等，期親減三等，均無親屬字樣，逮明始見律文，通承之實爲晚出，無取爾雅」（詳）法要論一頁，二頁）。

## 第二章 親屬法之地位

民法法典之編制，有羅馬式（*Institution System*）與德國式（*Pandecton System*）之不同，而親屬法之地位，遂亦因之而異。在羅馬式編制法，例如法國民法，係以人之能力及親屬關係同置於第一編之人事編；德國式編制法，例如德國民法，則以人之能力置於第一編之總則編，而以親屬關係別為第四編，置於第一編總則、第二編債權及第三編物權之後，繼承之前。羅馬法所以將親屬及能力同隸於第一編者，因羅馬時代，係以家長之地位，及家長家屬間之關係為私權關係之基本故也。迨至社會日進，個人主義，澎湃無已，家族團體，遂日趨衰微；社會組織既由家族主義演變而為個人主義，如仍將親屬及能力等事項同隸一編，實有未嘗。此德國民法所以以親屬關係為獨立之一編者也。雖然，同屬於德國式之民法法典，關於親屬法之地位亦不盡相同，舉其變體言之，例如一九一二年之瑞士民法及一九二三年之蘇俄民法是。瑞士民法，計分四編，而以親屬為第二編，位於第一編人格之後，第三編繼承及第四編物權之前。蘇俄民法，亦分四編，第一編總則，第二編物權，第三編債權，第四編繼承，而無關於親屬之規定。瑞士民法所以置親屬於繼承物權之前者，因夫、妻、親子及監護關係等，係必然的存在，非如繼承物權諸法，須有財產關係始能適用故也。蘇俄民法所以無關於親屬之規定者，蓋因關於夫、妻、親子及監護關係之事項，已於一九一七年十二月十八日、十九日頒有法令，並於一九一八年九月十六日彙集為獨立之法律故也。關於親屬

法之地位，自最進步之學理言之，固應如瑞士民法，以其位於繼承及物權等編之前（Anton Menger 著井上登譯民法與無產者階級參照），但在我民法法典，則一依德國民法，分民法全部為總則、債權、物權、親屬及繼承之五編，而以親屬置於總則、債權及物權等編之後，繼承編之前，此因採取德國民法之編制當然如此，非可語於純學理的組織也。（註）

（註）所謂羅馬式德國式，係就大陸法系諸國而言，英美法系諸國，則因不成文法國家，並無所謂民法法典，自無所謂羅馬式德國式。至英美法系諸國所謂親屬關係則通常指家庭關係（The Domestic Relation）言之，所謂家庭關係，大抵包括下列之事項：（一）夫妻關係（Husband and Wife）（二）親子關係（Parent and Child）（三）監護人與被監護人關係（Guardian and Ward）（四）未成年入及精神病人之權利義務（Infants and Persons not Composes Mentis）（五）僱傭關係（Master and Servant）（Hornhood 名案彙編書中 R. W. Cooley 氏稱「人及家」關係名案選）及 Titany 氏著「人及家之關係」參照。

### 第三章 親屬法之編制

我民法第四編親屬，計分七章，第一章通則，第二章婚姻，第三章父母、子女，第四章監護，第五章扶養，第六章家，第七章親屬會議。通則所定之事項，係親屬法之基礎，而爲其他各章共通適用之規定，故我民法以之冠於全編之首。婚姻，爲發生親屬關係原因中之主要原因，故我民法以之位於其他各章之前。父母、子女之關係，原則由於婚姻關係而生，故我民法以之次於婚姻章之後。監護，係親權之延長，故我民法以之次於父母、子女章之後。扶養，係一定親屬間之互助，故我民法以之次於親屬關係各章之後。家制，不過爲一定親屬間共同生活之方式，非復親屬關係之關鍵，故我民法以之次於親屬關係及由此關係而生之權義各章之後。至親屬會議所以殿於全編之末者，則又因親屬會議解決親屬關係中一定事項之機關，必不得已而後用之也。抑有進者，親屬法固係規定親屬關係之身分法，然在近世各國立法，不但於親屬法中規定親屬之身分關係，即其財產上之關係，亦於親屬法中規定之。我民法第四編親屬亦復如此。但如嚴格劃分，上述財產關係，誠不能以身分關係視之，惟是財產關係，實由身分關係而生，如必使其截然分離，則親屬法中之規定，即不能謂其完全而無缺，此我民法所以從一般立法通例，於親屬法中規定親屬之身分關係，及由此身分關係而生之財產關係也（學者常稱親屬關係部分，爲純正親屬法，財產關係部分，爲親屬財產法，或非純正親屬法）。

## 第四章 親屬法之立法主義

關於親屬法之立法主義，可大別爲二，卽個人主義與家族主義。在採個人主義之立法，惟於親屬法中規定夫妻、親子等之關係，而無所謂家，卽家之組織，家長、家屬權義之規定；反之在採家族主義之立法，則親屬法中不但有家之規定，且夫、妻、親子等關係，一以家族主義爲其骨幹。前者，歐美各國親屬法探之；後者，日本親屬法探之。我國自來，事實上及法律上均有所謂家，故於前清法律館編纂親屬法時，其根本主義，卽取家族主義，不取個人主義。而於婚姻親子之前，先冠以家制一章。其說有曰：「中國今日社會實際之情形，一身以外，人人皆有之家觀念存，同住一家者爲家屬，其統攝家政者爲家長，現行於社會者既全然是家制度，不是個人制度，而家長、家屬等稱謂，散見於律例中頗多。又歷代皆有調查戶口、編查戶籍之舉，凡所謂戶者，卽指家而言，是於法律上又明認所謂家矣。以十八省皆盛行家屬制度之社會，數千年來慣行家屬制度之習尚，是徵諸實際，觀諸歷史，中國編纂親屬法，其應取家屬主義，已可深信。」（親屬法草案總則說明取義）。然自晚近以來，歐化輸入，情勢大異，吾國舊有之家族制度，因經濟之發達，政治之演進，漸形崩潰，故第二次親屬法草案，則毅然捨家族主義，而取個人主義。第三次草案復取家族主義，第四次草案則又復取個人主義。其立法得失，衆說紛紛，迄無定論。（註一）以故此編纂親屬法之始，應否採取家族主義，實一疑問。關於此點，雖經中央政治會議決定，仍應規定所謂家，而現行法律亦有所謂家之規定，然已非

復所謂家族主義之立法，蓋在我民法，不過以家爲一定親屬間共同生活之方式，而非以其爲親屬關係之基礎。此與瑞士民法之所謂家，正屬相同，初不能謂其有家之規定，即係採取家族主義也。（註二）我親屬法既係採取個人主義，明乎此，則對於現行親屬法之立法精神，思過半矣。

（註一）第三次親屬法草案，即國民政府法制局十七年所擬之草案，本草案計七章八十二條，附有說明，條文之起草者，爲該局編審蔣樹聲（召亭）氏，說明之起草者，爲該局編審郁憲（憲章）氏，著者因嘗參與其事者也。本草案公表之後，北京大學教授黃右昌（斂聲）氏，於其所草「對於國府法制局親屬繼承草案的批評和希望」一文中，嘗以專唱高調，不含黨見。日人中島玉吾氏亦於其所草「讀中華民國親屬法及繼承法草案」一文中，謂：「家族制度，爲中國有史以來數千年之古法，社會組織及國民道德，皆基於此，一旦廢除，輒滋疑義。」（法律評論二八九期拙譯參照）郁憲曾爲「論新親屬法草案採取個人制之當否」及「家制餘論」兩文，力言採取家族主義之不當（法律評論三〇六期及三六五期參照），著者亦爲主張不應採取家族主義之一人（法律評論三六七期及三六八期拙著家制餘論參照）。

（註二）郁憲章氏謂個人主義，適合將來趨勢，順應世界潮流，當時立法，本屬至當，不料國府最近公布之親屬法，仍採家族主義云云（郁氏前揭一一頁），殊非的論。



## 第五章 親屬法之特色

立法院起草民法親屬之始，曾臚列下列各點疑問，呈請中央政治會議為確切之解答：（一）親屬之分類如何？（二）夫妻及子女間之姓氏如何？（三）親屬之範圍如何？（四）成婚之年齡如何？（五）親屬結婚之限制如何？（六）夫妻財產制度如何？（七）妾之問題應否規定？（八）家制應否規定？（九）家制本位問題？以上各點，中央政治會議均依最新學理以為決定，實為我親屬法上之特色。而此特色中，堪稱為特色之特色者，歸納言之，則有左列數點：

### （一）親屬分類及親等計算法之改進

關於親屬分類及親等計算法，為我親屬法重大之改進。就親屬分類言之：我國舊律，係從男系宗法主義，分親屬為宗親、外親及妻親。此種分類，揆諸現在情形，實應根本改革，故親屬法特從一般立法通例，而以血統及婚姻兩項事實為準，分親屬為血親及姻親。就親等計算法言之：關於親等之計算，原有羅馬法計算法與寺院法計算法，寺院法計算法，與我國宗親服制圖對勘，凡五等服以內之宗親，適與寺院法四親等相當，故歷次親屬法草案（第四次草案除外以下同），均採此法，親屬法則因親屬分類既從根本改革，乃改從羅馬法計算法。

### （二）男女平等之確立

確立男女平等，爲我現行民法一貫之精神，而於親屬法，尤見其然。例如歷次親屬法草案均以妻爲限制行爲能力人，而親屬法則無復此種無理之限制。又如歷次親屬法草案，草案關於離婚條件，均寬於男而嚴於女，親屬法則無復此種歧視之差別。他如親權之行使，夫妻財產制度等，苟在合理範圍以內，無不承認男女地位之平等。

### (三) 種族健康之增進

增進種族健康，爲貫通親屬法全編之精神。例如早婚足以弱種，親屬法則特設結婚最低年齡，以防其弊。又如近親爲婚，於遺傳上易生不良之影響，親屬法則明定一定親屬不得結婚，以示限制。他如以不治之惡疾及重大不治之精神病，爲解除婚約及離婚之原因，皆所以增進種族之健康也。

### (四) 夫妻財產制之釐定

我國舊律及歷次親屬法草案，關於夫妻財產之規定，不但極爲曖昧，且男女相形，顯不平等。親屬法則從男女平等立場，對於夫妻財產問題，特設專節規定之。計分夫妻財產制爲法定財產制及約定財產制，而以聯合財產制爲法定財產制，共同財產制，統一財產制及分別財產制爲約定財產制。夫妻得以契約，於約定制中選擇其一爲夫妻財產制。夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，則當然適用聯合財產制。

### (五) 嫡子庶子嗣子及私生子等名稱之廢除

我國舊律及歷次親屬法草案，均稱妻所生之子爲嫡子，妾所生之子爲庶子，苟合所生之子爲私生子，此外尚有嗣子之名稱。親屬法則祇以由婚姻關係受胎而生之子女爲婚生子女，非由婚姻關係受胎而生之子女，爲非婚

生子女，無復所謂嫡子、庶子、私生子之區別。且因繼承法廢止宗祧繼承之結果，親屬法祇有養子無復嗣子之名稱（第四次草案尙有嗣子之規定）。

（六）親屬互助及獨立之獎勵

我國舊律，子女不得私有財產，一切需求，均仰給於家，親屬法則明定特有財產之範圍，以助長子女經濟之獨立。我國舊律，關於親屬間之扶養關係，極爲模稜，親屬法則明定親屬相互間扶養之範圍及程度。他如家制之規定，親屬會議之規定等，皆所以發揚親屬互助之精神也。

# 本論

## 第一章 通則

### 第一節 親屬之分類

#### 第一 舊律親屬之分類

關於親屬之分類，我國舊律以宗法爲主，分親屬爲同宗或宗族及外姻，同宗或宗族者，同宗男系之親族也。但所謂宗，不獨同宗之男子，卽來歸之婦與未嫁之女子亦屬之。故所謂同宗或宗族，實兼指三者而言。（註一）外姻者，同宗以外之一切親族也。就中又可分爲外親及妻親，何謂外親，其說不一，有謂母黨爲外親者（舊律服圖注釋），有謂母黨及出嫁族爲外親者（儀禮喪服孔疏），亦有謂母黨、妻黨及出嫁族爲外親者（左傳桓公六年杜預注）。依余所信，應以第二說爲是，卽外親者，母黨及出嫁族也。（註二）（註三）至夫對於妻之本族，則稱爲妻親，卽爾雅所謂妻黨是。此種分類，第一次至第三次親屬法草案均從之。第四次親屬法草案，則毅然排除此種分類方法，而以血統及婚姻兩項事實爲準，分親屬爲血親及姻親。其理由有曰：「舊有歷次親屬法草案，均拘泥於吾國歷來的男系宗

法主義之下，依據舊律之喪服圖，將親屬分爲宗親、夫妻、外親及妻親四類。（中略）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少異，而法律上則以伯叔兄弟及子之子孫爲宗親，以姑姊妹及女之子孫爲外親。（中略）至夫妻在爲配偶，原亦無可軒輊，乃從前親屬法草案規定妻於夫之宗親、外親，其親屬關係均與夫同，而夫於妻之本生親屬僅生妻親關係。（中略）其不平等，尤爲顯著」（本草案分章說明第一）。此種改革，誠所謂：「不獨出於自然，且與世界法制相合」（引親屬法先決各點審查意見書第一點說明語），實我國親屬法上大可紀載之史蹟也。

（註一）同宗之男子，必大宗小宗均同者，始得親爲同宗或宗族。其同大宗而不同小宗者，爲「逆房」。不同大宗者，則爲「同姓」（舊律立嫡子適法條律）。

（註二）舊律服圖註釋以母黨爲外親，第一次親屬法草案特著黜駁之，略謂：「細經服圖，其間並載有姑之子姪之孫，所謂姑者，父之姊妹，姑之子孫者，父之姊妹之子孫，非母黨之親族也。（中略）又外親服圖載有外祖父母，然反面觀之，從自己之女之子而言，自己夫妻兩人，即女之子之外祖父母，故從女之子言之，已卽外親也。又外親服圖中載有舅族（母之兄弟姊妹），自己姊妹之子，既以己爲外親，即自己亦無以姊妹之子爲外親。（中略）故外親不以母黨之親屬爲限，以所有女系血統均爲包括在內，較爲妥當」（本草案第一條說明）。

（註三）續禮度服孔疏釋鄭注：「外親異姓」有云：「異姓者，從母與姊妹子舅與外祖父、母，皆異姓，故禮言外親也」。知依此說，則外親係指母黨及出嫁族二者而言。又左傳桓公六年杜預注云：「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」。如依此說，則又係以母黨妻黨及出嫁族三者爲外親。但在大清律妻親服圖法則謂：「妻黨非外親」，執此以解，以上二說，自以孔疏爲合理。

## 第二 親屬法上親屬之分類

現行親屬法起草之始，關於親屬之分類，究應採取何種方法，實爲首應解決之問題，嗣經中央政治會議決議，親屬應分爲血親及姻親，現行親屬法從之。茲分述如左：

### (一) 血親

何謂血親 (Verwandte, Parents) 現行親屬法未設明文規定，第四次親屬法草案則於第二條設有規定曰：「親屬有血統關係者，爲血親。」依余所信，自應爲同一之解釋。但所謂血統關係，其情形有二，有由於自然之事實者，有由於法律之擬制者，前者謂之自然血親，後者謂之擬制血親或法律上之血親。茲分述如左：

(甲) 自然血親 自然血親者，出於同一祖先，其血統互相連絡之血親也。既凡出於同一祖先，其血統互相連絡之親屬，謂之血親，則在現行法上之血親，與舊律之所謂同宗或宗族及歷次草案之所謂宗親，自有下列數點之不同：(一) 在舊律及歷次草案，來歸之婦，謂之宗族或宗親者，現行法則爲姻親。(二) 在舊律及歷次草案，出嫁族，謂之外親者，現行法則爲血親。從而伯叔兄弟及子之子孫固爲血親，姑姊妹及女之子孫亦爲血親。(三) 在舊律及歷次草案，母黨，謂之外親者，現行法則爲血親。從而父之父母固爲血親，母之父母亦爲血親。(四) 在舊律及歷次草案，妻於夫族爲宗族或宗親，夫於妻族爲妻親者，現行法則妻於夫族，夫於妻族，皆爲姻親。(五) 在舊律及歷次草案，同父異母之兄弟姊妹，卽所謂半血緣之兄弟姊妹，除禁止相互爲婚外，不認其有親屬關係，現行法則爲血親。

(乙)擬制血親 擬制之血親者，本無血統關係，而法律認為有血統關係之血親也。此其情形，在現行法與舊律亦不相同，茲分述如左：

(A)現行法 在現行法上，擬制血親，其種類有三：(一)非婚生子女與生父母：此依我民法第一〇六四條及第一〇六五條之規定而自明，其詳俟於本書第三章述之，茲不贅。(二)指定繼承人與被繼承人：此依我民法第一〇七一條之規定而自明，其詳已於拙著中國民法繼承論述之，茲不贅。(三)養子女與養父母：此依我民法第一〇七七條之規定而自明，其詳亦於本書第三章述之，茲不贅。

(B)舊律 舊律擬制血親，其種類甚夥，有由繼嗣而生者，即嗣父母與嗣子是。有由乞養而生者，即養父母與養子女是。有由恩義名義而生者，即繼父與妻前夫之子、繼母與夫前妻之子、嫡母與庶子、庶母與嫡子及衆子、慈母與所撫育之子、乳母與所乳哺之子、養母與所撫養之子是。茲略述其概念，並說明其在現行法上之地位如左：

(a)嗣父母與嗣子 舊律以宗法為主，成年已婚之男子，如無子嗣，得過繼昭穆相當之姪，承繼宗祧，是為繼嗣或立嗣（拙著中國繼承法論十五頁以下參照）。承繼之人，謂之繼子或嗣子，被承繼之人，則謂之所後之親或嗣父母。嗣子與嗣父母之關係，全然等於親生，且其關係不祇限於當事人之一身，即彼此親屬之間亦發生與親生父子同一之親屬關係。此種親屬關係既由人為而發生，故因廢繼及歸宗而消滅。現行法律，則因廢止宗祧繼承之結果，除在民法親屬編施行前所立之嗣子，與其所後父母之關係，我民法

親屬編施行法第九條明定其「與婚生子女同」外，民法親屬編施行以後，則不生立嗣之問題。(註二)但余以爲如可認爲有收養關係(民法第一〇七二條以下)，或指定繼承關係(民法第一〇七一條第一一四三條)則應以其爲擬制血親焉。

(b) 養父母與養子女 舊律，撫養同宗或異姓之子，而不以之爲嗣者，是爲乞養。被養之人，謂之養子女或養子女，撫養之人，謂之所養父母或養父母。養子女與養父母之關係，僅爲收養關係，不生擬制血親關係，且其關係亦祇限於當事人之一身，彼此親屬之間不發生何種親屬關係。又此種親屬關係，亦因人爲而消滅。現行法既無復撫養同宗或異姓之子而不得以之爲嗣之限制，(註三)則此種乞養關係，應以其爲擬制血親，自不待言。

(c) 繼父與妻前夫之子 繼父者，現與同居或曾與同居之母之後夫也。(註三)舊律，繼父與妻前夫之子之關係，爲準親生父子之關係，但其關係祇限於當事人之一身，彼此親屬之間則不發生何種親屬關係。此種親屬關係，係兼名分及恩義兩者而生，母如與繼父離婚或改嫁，則其關係即因之而消滅。但在現行法上，繼父之於妻前夫之子，祇能認爲姻親，而不能認爲擬制血親。其認爲姻親者，蓋以其爲血親之配偶也。

(d) 繼母與夫前妻之子 繼母者，父之後妻也。舊律，繼母與夫前妻之子之關係，爲準親生母子之關係，且其關係不祇限於當事人之一身，即彼此親屬之間亦發生與親生母子同一之親屬關係。此種親屬



關係係由名分而生，繼母如與父離婚、改嫁或死亡，則其關係即因之而消滅。但在現行法上，繼母之於夫前妻之子，祇能認為姻親，而不能認為擬制血親。（註四）其認為姻親者，蓋以其為配偶之血親也。

（e）嫡母與庶子 嫡母者，妾生子女稱父之正妻也。正妻對於妾生之子女，則稱之為庶子。舊律，嫡母與庶子之關係，為準親生母子之關係，且其關係不祇限於當事人之一身，即彼此親屬之間亦發生親生母子之關係。此種親屬關係，係由名分而生，嫡母如與父離婚、改嫁或死亡，則其關係即因之而消滅。但在現行法上，嫡母之於庶子，祇能認為姻親，而不能認為擬制血親。其認為姻親者，蓋以其為配偶之血親也。

（f）庶母與嫡子及衆子 庶母者，謂父有子女之妾也。妾對於正妻之子，稱為嫡子，他妾之子，則稱為衆子。舊律，庶母與嫡子及衆子之關係，為準親生母子之關係，但其關係祇限於當事人之一身，彼此親屬之間不發生何種親屬關係。此種親屬關係，係由名分而生，庶母如與父離異或改嫁，則其關係即因之而消滅。在現行法上，庶母與嫡子及衆子，無何種親屬關係之可言，但如以永久共同生活為目的同居於一家，則應發生準家屬關係，自不待言（民法第一一二三條第三項）。

（g）慈母與所撫育之子 所生母死，其父命別妾撫育之者，舊律則別於普通庶母關係，而稱為慈母。慈母與所撫育之子之關係，舊律為準親生母子之關係，但其關係祇限於當事人之一身，彼此親屬之間不發生何種親屬關係。此種親屬關係，係由恩義而生，慈母如與父離異或改嫁，則其關係即因之而消滅。在現行法上，慈母與所撫育之子，則無何種親屬關係之可言，但有時發生準家屬關係。

(h) 乳母與所乳哺之子 乳母者，謂父妾而乳哺己者也。(註五) 舊律，乳母與所乳哺之子，亦爲準親生母子之關係，此種親屬關係係由於恩義而生，故祇限於當事人之一身，且因乳母與父離異或改嫁而消滅。在現行法上，乳母與所乳哺之子，則無何種親屬關係之可言，但有時發生準家屬關係。

(i) 養母與所撫養之子 母歿，爲同宗，伯叔母撫養者，舊律稱爲養母。養母與所撫養之子，舊律亦生準親生母子之關係，此種親屬關係係由恩義而生，故祇限於當事人之一身。但在現行法上，養母與所撫之子，祇能認爲姻親，而不能認爲擬制血親。其認爲姻親者，蓋以其爲血親之配偶也。(註六)

## (二) 姻親

姻親 (Verschwägerte, Alliance) 者，由婚姻關係而生之親屬也。如前所述，我國舊律及歷次親屬法草案，係以宗法爲主，稱同宗男系之親屬爲宗族或宗親，宗族或宗親以外，由女系而生之親屬爲外姻，卽外親或妻親。此種規定，顯與男女平等原則不符，故現行親屬法則以血統及婚姻兩項事實爲準，分親屬爲血親及姻親。雖然，是否血親，固不難視其有無血統關係決之，但是否姻親，苟非特設明文，則學者間之解釋不免發生爭執，故我民法第九六條特設規定曰：「稱姻親者，謂血親之配偶，配偶之血親及配偶之血親之配偶」(巴民第三三四條、德民第一五九〇條、荷民第三五〇條、瑞民第二一條、土民第一八條、日民第七二五條)。依此規定，則所謂姻親，不外下列之三種：(一) 血親之配偶：舉凡兄弟之妻、伯叔父之妻、伯叔祖父之妻、姪之妻、姪孫之妻，推而至於堂兄弟之妻、堂伯叔父之妻、堂姪之妻以及再從兄弟之妻，皆屬之。凡此親屬，在舊律及歷次草案，均認爲宗族或宗親，現行法則皆以

其爲姻親。(二)配偶之血親。舉凡配偶之父母、祖父母、兄弟、兄弟之子、伯叔父、堂兄弟以及配偶之姊妹、姊妹之子、姑之子，皆屬之。凡此親屬，在舊律及歷次草案，或認爲宗親，或認爲妻親，現行法則皆以其爲姻親。(三)配偶之血親之配偶。舉凡配偶之兄弟之妻、兄弟之子之妻、伯叔父之妻、堂兄弟之妻以及配偶之姊妹之夫、姊妹之子之妻、姑之夫、姑之子之妻，皆屬之。凡此親屬，在舊律及歷次草案，或認爲宗親，或認爲妻親，或不發生親屬關係，現行法則皆以其爲姻親。依此解釋，我現行親屬法所認之姻親，固甚廣泛也。(註七)

(註一)司法院院字第七六八號解釋謂：「民法既不採用宗祧繼承，故繼承開始在親屬關係行後者，即不生立嗣問題。」

(註二)司法院院字第五〇號解釋謂：「民法上並無所謂宗祧繼承，至收養他人之子女，無論被收養者是否異姓，均無不可。」

(註三)舊律所謂繼父，依服制圖三父八母圖，有同居繼父，不同居繼父及從繼母嫁（即繼母之後夫與前夫之子隨繼母嫁）之三種，同居繼父，則又有先曾與繼父同居今不同居，及自來不曾隨母與繼父同居之別，繼父與妻前夫之子能發生連親生父子之關係者，則既限於現與同居或曾與同居之二者，如自來不曾隨母與繼父同居，依理即不得認爲繼父。此三父八母圖所以定爲無服者也。

(註四)繼母與夫前妻之子，正妻與夫所認領之子及繼父與妻前妻之子，除隨同氏主親均應使其發生準血親關係，除者民法認爲姻親關係，惟民法既以保存家族制度爲職志，則繼母與夫前妻之子之關係，及正妻與夫所認領之子之關係，似不能僅認爲姻親關係，而令其發生準血親關係爲宜，又繼母改嫁，亦爲中下社會恆有之事，此等子女，既隨母與繼父同居，自以令其發生父子關係爲適當，乃民法全將其剝除，余竊以爲未安者也。(除著一頁七一八頁)其說可供參考。

(註五)何謂乳母，本有兩說，一說謂父妾乳哺者，一說謂自小乳哺即可不限於父妾。但現行律服制圖三父八母圖，乳母旁註謂父妾乳哺者，則限於父妾，蓋無疑義。惟其無子女，故別於庶母，祇少時乳哺，非必撫育成入，則又別於慈母（臨時臺灣習慣調查會臺灣民法二卷上四五頁至四七頁）。

(註六)舊律服制圖三父八母服圖，所謂八母，除本書已述之繼母、庶母、慈母、乳母及養母外，尚有出母及嫁母。出母者，謂親母被父出者



## 第三 親屬之範圍

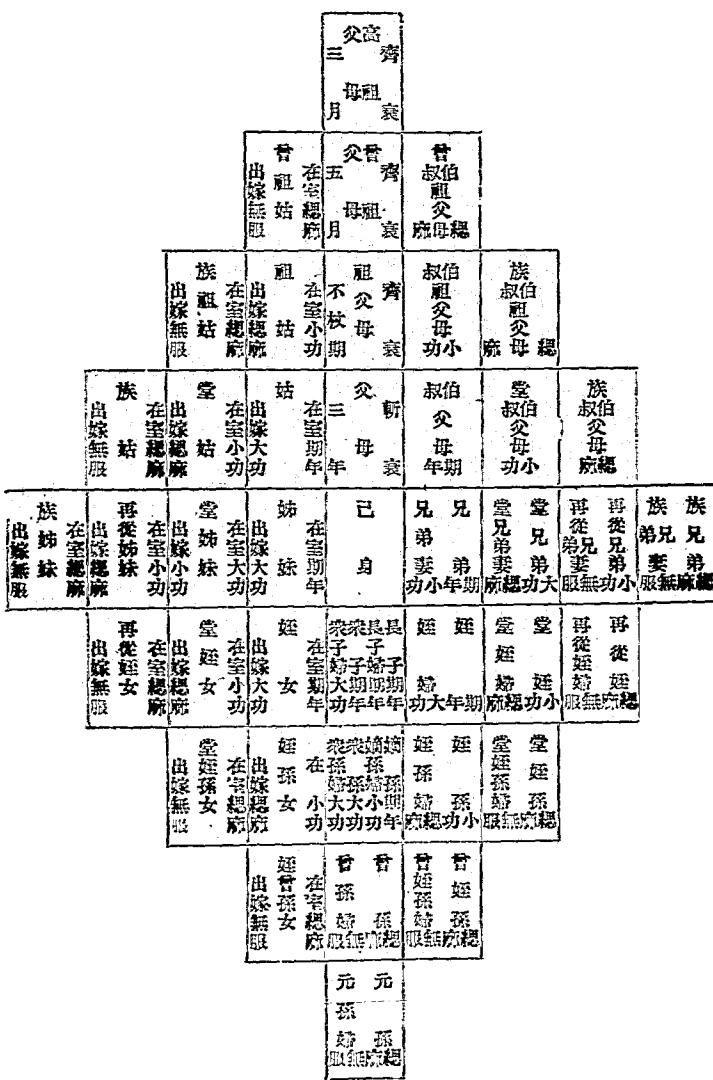
關於親屬之範圍，就各國法律言之，有設概括規定者，有不設概括規定者。前者，多數國法律屬之；後者，如德國民法及瑞士民法是。前之立法例中，其範圍廣狹又不相同，有不問血親、姻親皆以六親等爲限者，如羅馬法及法國、西班牙、比利時、祕魯、智利、墨西哥、阿根廷等國之法律是。有以十親等爲限者，如意大利及葡萄牙之法律是。有以十二親等爲限者，如荷蘭之法律是。有血親以六親等爲限，姻親以三親等爲限者，如日本之法律是。其次，就我國舊律言之，凡服所不及者，在禮制上不認爲親屬，從而宗親係以四世爲限（一期、二世大功、三世小功、四世總麻），外親以二世爲限（一世小功、二世總麻），妻親以一世爲限（總麻）；但律例爲用律之必要起見，於外親妻親兩圍內，各加入所謂無服親者一世，如依律例服制圖，則親屬之範圍，宗親以四世爲限，外親以三世爲限，妻親以二世爲限。第四次草案，則因改革親屬分類之結果，親屬範圍，亦有變更，即血親以四親等爲限，姻親以三親等爲限，其說此差別者，蓋因血親出於天然，關係較切，範圍應爲擴大，姻親由於人爲，關係較疎，範圍不妨略小故也（本草案分章說明第一參照）。此次親屬法起草之始，何去何從，頗屬問題，嗣經中央政治會議決議，「親屬不規定範圍」，其理由有曰：「各種法律關係，其情形各有不同，即規定之範圍亦應隨之而異，則雖強爲概括之規定，而遇有特別法律關係，例如民事上之親屬禁止結婚，親屬間之扶養義務及繼承權利，刑事上之親屬加重及親屬免刑等類，仍以分別規定其範圍爲合於實用，故親屬之範圍無庸爲概括之規定」（親屬

法先決各點審查意見書第三點說明第一段參照。現行親屬法從之，其立法技術固甚妥洽也。

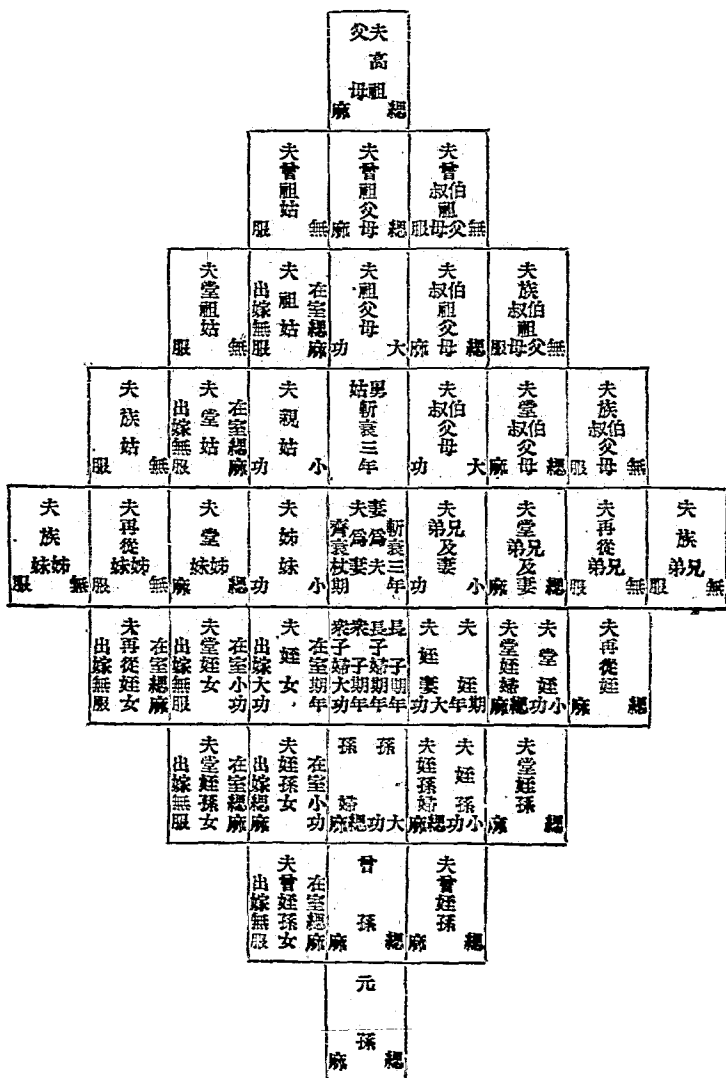
(註一)此原本則，例外則往往超出上述之範圍，例如妻親屬妻妾律：「凡妻同宗無服之親及無服親之妻者，處罰」。同宗無服之親，因不在服圖以內也。又如尊卑為婚律：「其父母之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨……己之堂姨及再從姨，堂外甥女，若女婿及子孫婦之姊妹，並不得為婚姻，違者離異」。凡此所例，皆屬無服之親者也。

(註二)茲附載舊律服制圖喪服禮圖本宗九族五服正服圖，妻為夫族服圖，外親服圖，及妻親服圖於後，以資參考。

喪服總圖			
三		斬衰	
至用麻布為之縫下			
齊衰			
五月	杖期	不杖期	三月
用稍麻布為之縫下			
九		大功	
用麻布為之			
五		小功	
用稍麻布為之			
三		緦麻	
用稍細麻布為之			

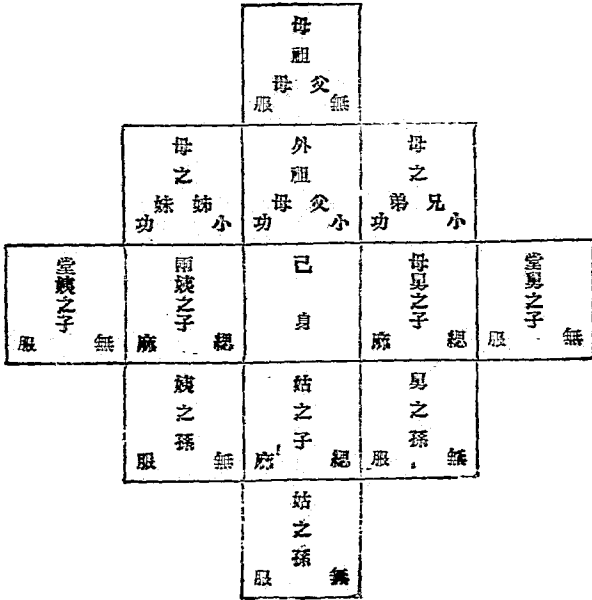


妻爲夫族服圖

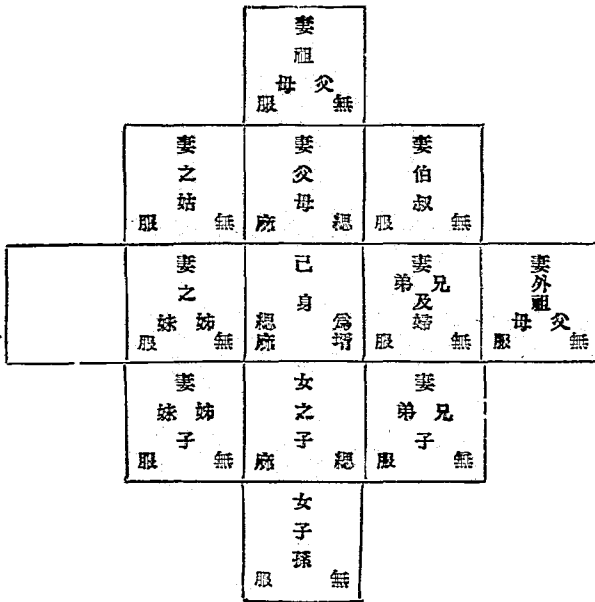




外親服圖



妻親服圖



#### 第四 配偶是否親屬

在婚姻關係存續中之男女，謂之夫妻（Ehepaar），夫妻之一方，互爲他之一方之配偶，故在法律上有時稱之爲配偶（Ehegatte）。此配偶或夫妻，是否爲民法上之親屬，自來學說及立法例頗不一致，有謂配偶當然爲親屬者，有謂配偶係親屬關係之源泉，既非血親，又非姻親，而不得稱爲親屬者，前者德國民法及瑞士民法從之，故在德國民法第一五八九條、第一五九〇條及瑞士民法第二〇條、第二一條，無關於配偶爲親屬之規定，後者日本新舊法律從之，故在日本儀制令及新律綱領五等親圖，以夫爲一等親，妻爲二等親，日本現行民法第七二五條第二款以配偶列於親屬範圍之內。我歷次草案均從日本民法以配偶爲親屬，中央政治會議親屬法先決各點第一、點亦明定：「親屬應分爲配偶、血親、姻親三類」，但在現行親屬法第九六七條至第九七一條均無關於配偶爲親屬之明文，依余所信，應爲否定之解釋，卽配偶爲親屬關係之源泉，而不屬於親屬之範疇。此不但就現行法制解釋爲然，卽就學理言之，亦應如此，蓋親屬有所謂親系及親等，而配偶則無親系親等之可言，自不能稱爲親屬也。

#### 第二節 親系

親系（Line, Linie）者，親屬關係之連絡也。此種連絡，因觀察方面不同，得爲種種之分類，茲以血親、姻親爲經，直系、旁系、尊屬、卑屬爲緯，分別說明如左：（註一）（註二）

#### 第一 血親之親系

## (一) 直系及旁系

血親之連絡，得分爲本支及旁支，爲古今中外各國法律之所同，我民法則稱本支爲直系，旁支爲旁系，並於第九六七條明定直系血親及旁系血親之意義曰：「稱直系血親者，謂己身所從出，或從己身所出之血親。稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親。」（德民第一五八九條，巴民第三三〇條，第三三一條，意民第五條，荷民第三四六條，第三四七條，西民第九一六條，第九一七條，葡民第一九七四條，第一九七五條，瑞民第二〇條。）所謂己身所從出之血親，例如父母、祖父母（即父母之父母以下同），曾祖父母及高祖父母以上之祖父母是。所謂從己身所出之血親，例如子女、孫子女（即子女之子女以下同），曾孫子女及玄孫子女以下之子孫是。凡此親屬，皆屬直系連絡之血親，故我民法稱爲直系血親（in gerader Linie verwandt ist）。所謂非直系血親而與己身出於同源之血親，例如兄弟姊妹雖非己身之直系血親，然與己身出於同源之父母，堂兄弟姊妹雖非己身之直系血親，然與己身出於同源之祖父母，推而至於再從兄弟姊妹及族兄弟姊妹以次之兄弟姊妹雖非己身之直系血親，然與己身出於同源之曾祖父母及高祖父母以上之祖父母是。凡此親屬，皆屬旁系連絡之血親，故我民法稱爲旁系血親（in der Seitenlinie verwandt ist）。至直系血親及旁系血親區別之實用，則散見於各條，舉其著者，例如直系血親不得相爲婚姻，旁系血親則祇限於八親等以內，不得相爲婚姻是（民法第九八三條）。又如扶養之權利義務先於直系血親相互間，旁系血親則祇限於兄弟姊妹相互間有之是（民法第一二二四條）。

## (二) 尊親屬及卑親屬

血親之連絡，得分爲尊長及卑幼，爲古今中外各國法律之所同，我民法則稱尊長爲尊親屬，卑幼爲卑親屬。但尊親屬、卑親屬之意義如何，我民法未設明文規定，茲依據學理爲之定義曰：「稱血親尊親屬者，謂父母、父母同輩及其以上之血親。稱血親卑親屬者，謂子女、子女同輩及其以下之血親。」此亦可分爲直系及旁系，直系血親尊親屬，即父母及其以上之直系血親是。直系血親卑親屬，即子女及其以下之直系血親是。旁系血親尊親屬，即父母同輩及其以上之旁系血親是。旁系血親卑親屬，即子女同輩及其以下之旁系血親是。但所謂尊親屬、卑親屬，係以親屬之上下（即輩分之尊卑）爲其區別之標準，而與年齡之長幼無關，故縱年齡長而輩分卑，無礙於其爲卑親屬，年齡幼而輩分尊，無礙於其爲尊親屬。又所謂尊親屬、卑親屬，惟輩分之尊於己或卑於己者有之，如屬同輩，則祇有長幼之稱謂，而無尊卑之區別。（註三）至尊親屬、卑親屬區別之實用，亦散見於各條，舉其著者，例如妻對於夫之直系尊親屬爲虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，以致不堪同居，得爲離婚之原因（民法第一〇五二條第四款）。又如遺產繼承人，原則爲被繼承人之直系血親之卑親屬（民法第一一三八條）。

（註一）關於親系之分類，通常可分爲男系親與女系親，即一人與他人間之親系，依男子而相連絡者，爲男系親。其親系依女子而相連絡者，爲女系親。我國舊律及歷次草案，即從此分類，故得男系親爲同宗或宗族，女系親爲外姻。現行親屬法關於親屬之分類，概不以宗法爲主，自無所謂男系親、女系親之區別。

（註二）關於血親親系之分類，通常可分爲實系親與擬系親，自然血親，謂之實系親。並無血統連絡，依法律擬制假定其有血統連絡者，爲擬系親。此種分類，無關宏旨，故不查究略。

（註三）關於此點，日本民法學界頗有爭論，有謂與己身輩分相同而年齡長者爲尊親屬，如年幼則爲卑親屬者（奧田義人親法講義卷五）。

九頁版本英倫親法法講義錄三九頁。但在通說則謂其無尊卑之區別，本書從之（牧野菊之助日本親法法論四九頁，仁井田谷本  
親法法相續法論二六頁，柳川勝二親法法講義錄三〇頁，島田敏吉親法法講義錄三八頁，吉山茂夫親法法註解二二頁）。

## 第二 姻親之親系

### （一）直系及旁系

姻親之連絡，亦得分爲直系及旁系，此爲我民法第九七〇條所明定（德民第一五九〇條，意民第五二條，荷  
民第三五一條，瑞民第二一條，日民第七二六條）。但姻親之涵義並非單一，從而其親系之計算，自亦有異。就我民  
法之規定言之：（一）血親之配偶，從其配偶之親系；就直系親言之：例如己身與父爲血親，父之後妻爲己身之血  
親之配偶，己身與父爲直系親，與父之後妻亦爲直系親。就旁系親言之：例如己身與兄弟爲血親，兄弟之妻爲己身  
之血親之配偶，己身與兄弟爲旁系親，與兄弟之妻亦爲旁系親。（二）配偶之血親，從其與配偶之親系；就直系親  
言之：例如己身與妻爲配偶，妻之父母爲己身之配偶之血親，妻與妻之父母爲直系親，己身與妻之父母亦爲直系  
親。就旁系親言之：例如己身與妻爲配偶，妻之兄弟爲己身之配偶之血親，妻與妻之兄弟爲旁系親，己身與妻之兄  
弟姊妹亦爲旁系親。（三）配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系；就直系親言之：例如己身與妻爲配偶，妻之父  
爲妻之血親，妻之父之後妻爲妻之血親之配偶，妻與妻之父之後妻爲直系親，己身與妻之父之後妻亦爲直系親。  
就旁系親言之：例如己身與妻爲配偶，妻之兄弟爲妻之血親，妻之兄弟之妻爲妻之血親之配偶，妻與妻之兄弟之  
妻爲旁系親，己身與妻之兄弟之妻亦爲旁系親。至直系姻親與旁系姻親區別之實用，亦散見於各條，舉其著者言

之，例如直系姻親不得相為婚姻，旁系姻親則祇限於五親等以內不得相為婚姻是（民法第九八三條）。

（二）尊親屬及卑親屬

姻親之連絡，有無尊親屬及卑親屬之區別，自來學說頗有爭論。（註一）其在舊律，所謂尊親屬、卑親屬，則專指宗親而言，對於外姻，並無所謂尊親屬、卑親屬。（註二）依余所信，就我民法解釋，應為肯定之解答。即姻親亦可分為直系姻親尊親屬、直系姻親卑親屬，旁系姻親尊親屬及旁系姻親卑親屬。何則，蓋我民法第九七〇條既明定血親之配偶從其配偶之親系，配偶之血親從其與配偶之親系，配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系，血親而有尊親屬、卑親屬之區別，則理論上姻親自亦有此區別故也。不過此種區別之實用，在我民法未設特別規定，於法條適用上不生何種關係耳。

（註一）關於此點，在日本民法學界頗有爭論，有謂尊親屬、卑親屬之區別不適用於姻親者（牧野氏前掲五五頁、島田氏前掲三七頁、柳川氏前掲三一頁、古山氏前掲二二頁、大正元年九月一日民事第三六三號民事局長回答），有謂應適用姻親者（廣田氏前掲六〇頁、坂本氏前掲三九頁），前說為多數說，後說為少數說，本書從少數說，余戰門氏與本書之見解相同（余氏前掲一一頁）。

（註二）現行律輯註釋尊長卑幼曰：「父輩曰尊，而祖輩同，子輩曰卑，而孫輩同，兄輩曰長，弟輩曰幼。」依此註釋，可見舊律所謂尊親屬、卑親屬，係專指宗親，不包含外姻。

第三節 親等

親等 (Degree) 者，所以表示親屬關係之遠近，測量親屬相互間親疏之準繩也。關於親等，各國法律多就血親

定之，而以其計算方法適用於姻親，我民法亦然，茲述如左：

## 第一 血親之親等

### (一) 關於親等之制度

關於親等之制度，得大別爲二：一爲階級親等制，一爲世數親等制，茲述如左：

(甲) 階級親等制 階級親等制者，就親屬關係，參酌其地位尊卑，世數遠近，適宜的定其等級之制度也。此制度日本之儀制令及新律綱領採用之。儀制令分親等爲五，父母、養父母、夫、子爲一等親；祖父母、嫡母、伯叔父、姑、兄弟姊妹、夫之父母、妻、姪、孫、子之妻爲二等親；曾祖父母、伯叔之妻、夫之姪、從父兄弟姊妹、異父兄弟姊妹、夫之祖父母、夫之伯姨姑、姪之妻、繼父、同居夫前妻妾之子（新律綱領爲庶子）爲三等親；高祖父母、從祖祖父、姑、從祖伯叔父、姑、夫之兄弟姊妹、兄弟之妻妾（新律綱領無妾）再從兄弟姊妹、外祖父母、舅、姨兄弟之孫、從父兄弟之子、外甥、曾孫、孫之妻、妻妾前夫之子爲四等親；妻妾之父母（新律綱領無妾）、姑之子、舅之子、姨之子、玄孫、外孫、女婿爲五等親。新律綱領則與儀制令大體相同。

(乙) 世數親等制 世數親等制者，依世數以定親等，卽以一世爲一親等之制度也。此爲歐洲各國所採用之制度，但依其計算方法不同，而有羅馬法計算法與寺院法計算法之區別，茲述如左：

(A) 羅馬法計算法 此計算法，於直系血親，係從己身上下數，以一世爲一親等，從己身上數，例如己身與父母爲一親等，與祖父母爲二親等；從己身下數，例如己身與子女爲一親等，與孫子女爲二親等。於旁系



血親，則係從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至與之計算親等之血親，以其總世數為親等之數，例如計算己身與兄弟之親等，先由己身數至同源之父母，為一世，再由同源之父母數至與己身計算親等之兄弟，又為一世，以其總世數為親等之數，即二親等。又如計算己身與伯叔父之親等，先由己身數至己身之父母，為一世，復由父母數至同源之祖父母，為一世，再由祖父母數至與己身計算親等之伯叔父，又為一世，以其總世數為親等之數，即三親等。此種計算法，各國法律多採用之。

(B) 寺院法計算法 此計算法，於直系血親之計算，與羅馬法同，但旁系血親之計算，則有差別，即於旁系血親，係從己身數至同源之直系血親，並從與己身計算親等之血親數至同源之直系血親，其世數相同，即用一方之世數，世數不相同，從其多者以定親等之數，例如計算己身與兄弟之親等，由己身數至同源之父母，為一世，並由與己身計算親等之兄弟數至同源之父母，亦為一世，其世數相同，即用一方之世數以定親等之數，即一親等。又為計算己身與伯叔父之親等，由己身數至己身之父母，為一世，再由父母數至同源之祖父母，又為一世，共為二世，由與己身計算親等之伯叔父數至同源之祖父母，則僅為一世，其世數不相同，從其多者以定親等之數，即二親等。此種計算法，惟英國法律採用之。

(二) 我國舊律之親等制度

我國喪服，原所以表示親屬關係之遠近，故自喪服本則以言，不外為一世服期、二世大功、三世小功、四世總麻，吾人試舉其人之喪服，即可推知其人之世數，法至善也。(世二) 顧自儀禮以降，其釐訂喪服，於世數遠近外，皆參酌

地位之尊卑、情誼厚薄以及男女差別，而定種種之變則，雖其世數遠近，不能概以喪服之異同別之，然關於親屬事項，仍均以喪服爲衡，如前節註二所載之現行律服制圖、九族五服正服圖，除直系尊親屬而外，有所謂期親、大功親、小功親、緦麻親及無服親，舉凡吾人之親屬關係，皆以此數種階級區別之，是蓋採用所謂階級親等制者也（關於喪服之本則變則，陶彙曾著親屬大綱五三頁以下敘述頗詳，可參照得之）。

### （三）歷次草案之親等制度

我國舊律係採用階級親等制，已如上述，第一次草案則捨固有之階級親等制，而取世數親等制，且其計算法，採用寺院法計算法。第二次草案以迄於第四次草案皆從之。歷次草案所以取世數親等制之理由雖不可知，但世數親等制優於階級親等制，則屬事實。舉其著者言之：（一）在階級親等制，二個親屬間之階級不必相同，例如子爲父斬衰三年，而父爲子則爲期；反之在世親親等制，則二個親屬，常爲同一之親等，例如父於子爲一親等，子於父亦爲一親等。（二）在階級親等制，男系親與女系親不同，例如爲祖父母爲齊衰三月，爲外祖父母則爲小功；反之在世數親等制，則男系親與女系親相同，例如與祖父母爲二親等，與外祖父母亦爲二親等。（三）在階級親等制，配偶之階級不必相同，例如爲姪爲期，爲姪婦則爲大功；反之在世數親等制，則配偶常爲同一之親等，例如爲姪爲三親等，爲姪婦亦爲三親等（陶氏前揭八六頁、八七頁）。如此，則我歷次草案固不失爲擇善而從者也。至歷次草案關於親等計算法，所以棄羅馬法計算法，而取寺院法計算法者，有其立法理由在，歸納言之，不外下列三端：（一）取寺院法計算法以定親等，則服制圖內所載之宗親，均可以四等概括之，此其一。（二）取寺院法計算法以定親

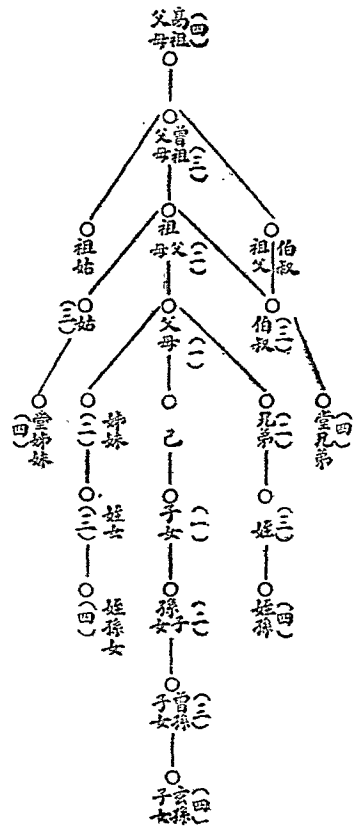
等，則旁系親亦祇四等而止，與直系親同，此其二。(三)如取羅馬法計算法，則直系親祇認四等，而於旁系親反認八等，於理甚為不合，此其三。(第一次草案第二條說明參照)。惟理由之是否充足，則屬疑問耳。

(四)現行親屬法上之親等制度

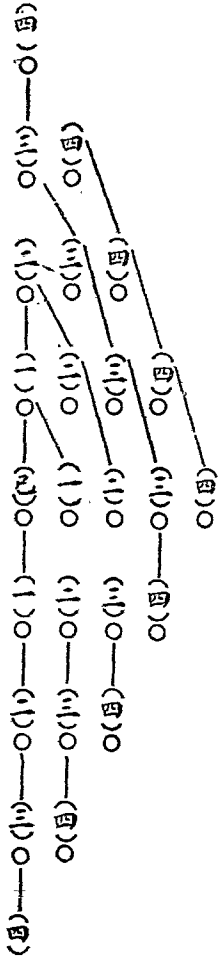
現行親屬法起草之始，關於親等之計算，究應採取何種方法，實一須連帶解決之問題。嗣經中央政治會議決議，應採取羅馬法計算法，其理由有二：(一)「羅馬法之計算，依血統之遠近，定親等之多寡，合於情理；寺院法，源於歐西宗教遺規，其計算親等，不盡依親疏之比例，如兩系輩數不同，從其多者定親等之多寡，則輩數較少之系，往往不分尊卑，同一親等，於理不合」。(註三)(二)「我國從前所以採用寺院法者，以其與昔日之宗親限制圖相對勘，凡五等服制以內之宗親，可以寺院法四親等包舉之而無遺，故自前清民律草案以迄最近各種草案，均以寺院法計算親等；今親屬之分類既從根本上改革，分爲血親與姻親兩大別，已與所謂服制圖者不生關係，自應擇善而從，改用羅馬法」(親屬法先決各點說明第二段)。現行親屬法從之，而於第九六八條規定曰：「血親親等之計算，直系血親，從己身上下數，以一世爲一親等。旁系血親，從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至與之計算親等之血親，以其總與數爲親等之數」(德民第一五八九條，巴民第三三三條，意民第四九條至第五一條，荷民第三四五條至第三四九條，法民第七三五條至第七三八條，西民第九一五條至第九一八條，日民第七二六條)。其計數方法如何，已於前述，茲不贅。依余所信，無論自理論及實際言之，羅馬法計算法固較優於寺院法計算法者也。

〔註〕茲就羅馬法計算法、寺院法計算法及羅馬法與寺院法兩種計算法之比較，列圖如左，以資參考。

(一) 羅馬法計算法圖



(二) 寺院法計算法圖

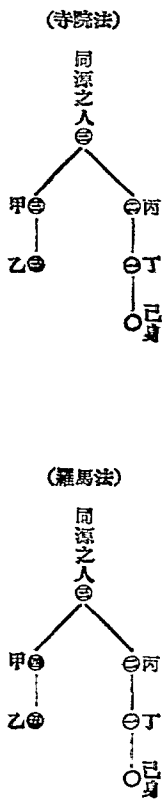




(註二)關於喪服本則，如以宗親爲例，應如左圖：

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

(註三)關於此點，親屬法先決各點第三點說明，附有圖說，茲錄如左：



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

## 第二 姻親之親等

血親之親等，對於姻親，亦有其適用，為各國法律之所同，我民法第九七〇條從之。但姻親之涵義並非單一，從而親等之計算，自亦有異。就我民法之規定言之：（一）血親之配偶，從其配偶之親等；就直系親言之：例如己身與父為血親，父之後妻為己身之血親之配偶，己身與父為一親等，與父之後妻亦為一親等。就旁系親言之：例如己身與兄弟為血親，兄弟之妻為己身之血親之配偶，己身與兄弟為二親等，與兄弟之妻亦為二親等。（二）配偶之血親，從其與配偶之親等；就直系親言之：例如己身與妻為配偶，妻之父母為己身之配偶之血親，妻與妻之父母為一親等，己身與妻之父母亦為一親等。就旁系言之：例如己身與妻為配偶，妻之兄弟為己身之配偶之血親，妻與妻之兄弟為二親等，己身與妻之兄弟亦為二親等。（三）配偶之血親之配偶，從其與配偶之親等；就直系親言之：例如己身與妻為配偶，妻之父為妻之血親，妻之父之後妻為妻之血親之配偶，妻與妻之父之後妻為一親等，己身與妻之後妻亦為一親等。就旁系親言之：例如己身與妻為配偶，妻之兄弟為妻之血親，妻之兄弟之妻為妻之血親之配偶，妻與妻之兄弟之妻為二親等，己身與妻之兄弟之妻亦為二親等。

## 第四節 親屬關係之發生及消滅

### 第一 親屬關係之發生

關於親屬關係之發生，其原因如何，應依血親及姻親而異，茲分述如左：

## (一) 血親關係之發生

如前所述，我現行法上之所謂血親，其種類有二：即自然血親與擬制血親，擬制血親又分爲三：即非婚生子女與生父母、指定繼承人與被繼承人、養子女與養父母，從而此等血親關係之發生，自因情形而不同。申言之，即(一)自然血親，以出生爲發生血親關係唯一之原因，何謂出生，已於拙著中國民法總論述之，茲不贅。(二)非婚生子女與生父，以認領撫育或與其生母結婚爲發生血親關係之原因(民法第一〇六四條、第一〇六五條第一項)，但非婚生子女與生母，則以出生爲發生血親關係之原因，且以其爲自然之血親(民法第一〇六五條第二項)，何謂結婚、認領、撫育，俟後述之，茲不贅。(三)指定繼承人與被繼承人，以依遺囑指定爲發生血親關係唯一之原因(民法第一一四三條)，何謂指定，已於拙著中國民法繼承論述之，茲不贅。(四)養子女與父母，以收養爲發生血親關係唯一之原因(民法第一〇七二條)，何謂收養，俟於本書第三章述之，茲不贅。

## (二) 姻親關係之發生

如前所述，凡由姻親關係而生之親屬，謂之姻親，而我現行法上之所謂姻親，不外血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶三種，從而姻親關係之發生自以結婚爲其唯一之原因。良以因爲結婚，則配偶之一方，與他方之血親，或其血親之配偶始發生姻親關係故也。何謂結婚，俟於次章述之，茲不贅。

## 第二 親屬關係之效力

親屬關係之效力者，親屬相互間所生法律上之效果也。自民法法典言之，有使其享受權利者，有使其負擔義務



務者，亦有剝奪其爲一定行爲之能力者。就權利方面言之，例如於一定親屬間，有聲請宣告死亡之權利（第八條），聲請宣告禁治產之權利（第十四條），爲親權人之權利（第一〇八四條），爲監護人之權利（第一〇九四條，第一一一一條），請求扶養之權利（第一一一四條），爲家長之權利（第一一二四條），爲親屬會議會員之權利（第一一三一條），爲遺產繼承人之權利是（第一一三八條）。就義務方面言之，例如於一定親屬間，有服從親權之義務（第一〇八四條），爲監護人之義務（第一〇九五條），爲扶養之義務（第一一一四條），服從家長權之義務（第一一二六條），爲親屬會議會員之義務是（第一一三四條）。就剝奪其爲一定行爲之能力言之，例如於一定親屬間，不得互爲婚姻（第九八三條），不得爲遺囑之證人是（第一一九八條）。此外，他種法令因一定親屬關係而生法律上之效果者，亦不一而足，就刑法言之，有以其爲獨立之犯罪者，例如第二七二條之規定是。有以其爲加重刑罰之要件者，例如第二五〇條、第二九五條、第三〇二條、第三八〇條之規定是。有以其爲得減輕刑罰之要件者，例如第一六二條之規定是。有以其爲減輕或免除其刑之要件者，例如第一六七條之規定是。有以其爲得免除其刑之要件者，例如第三二四條第一項、第三二八條、第五一條之規定是。有以其爲告訴乃論之要件者，例如第三二八條、第三三〇條、第三二四條第二項、第二八一條、第三三八條之規定是。他如民事訴訟法第三二條第一項第二款、第三〇七條第一項第一款、第三〇八條第一項第二款，及刑事訴訟法第一七條第一項第二款、第二七條第二項、第一六七條第一項第一款、第二一二條、第二一三條、第二一四條、第四二〇條第一項第四款，皆屬因一定親屬關係而生法律上之效果之規定，其詳可參照各該法得之，茲不贅。（註一）

（註一）於一定親屬間，應持一定之哀服，是爲因親屬關係所生法律上重大之效果。古代，總廢以上親應持服而不爲服，倘有制裁，卽禮文王世子所載：「族之相爲也，宜申不用，宜免不免，有司罰之。」卽其明證。但降至後世，親屬不相爲服，別無何種之制裁，不過律著其圖（見前），俗行其事，數千年來實少替耳。

### 第三 親屬關係之消滅

關於親屬關係之消滅，其原因如何，亦因血親及姻親而異，茲分述如左：

#### （一）血親關係之消滅

關於血親之消滅原因，應依情形而不同，卽在自然的血親關係，非婚生子女與生父間及指定繼承人與被繼承人間之擬制的血親關係，惟因死亡而消滅。申言之，卽自然的血親關係，係由於自然之作用（出生）而生，故惟因自然之作用（死亡）而消滅。（註一）顧所謂死亡，非專指自然死亡而言，卽民法第八條以下之宣告死亡亦是，不過嚴格言之，宣告死亡，尙難謂爲真實之死亡耳（拙著中國民法總論七五頁參照）。至在非婚生子女與生父間之擬制的血親關係及指定繼承人與被繼承人間之擬制的血親關係，雖非由於自然之作用而生，然在前者，我民法第一〇七〇條已明定「生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領」。從而此種擬制的血親關係，自無從因人爲的行爲而消滅；又在後者，被繼承人業已死亡，其擬制的血親關係，亦無從因人爲的行爲而消滅，此在解釋上所以皆以死亡爲唯一消滅血親關係之原因也。其次，在養子女與養父母之擬制的血親關係，則除死亡外（但養父母一方之死亡，解釋上則屬例外），得因收養關係之終止及收養行爲之撤銷而消滅。於終止收養關係之點，爲

我民法第一〇八〇條及第一〇八一條所明定，其詳俟後述之，茲不贅。至收養行為能否撤銷，以及撤銷之原因如何，我民法雖未設明文，然在解釋上無不許其撤銷之理由，收養行為一經撤銷，則血親關係亦自因之而消滅，其詳俟後述之，茲不贅。

(二) 姻親關係之消滅

關於姻親關係之消滅，其原因有二：即離婚與婚姻之撤銷是。姻親關係，因離婚而消滅，為我民法第九七一條前段所明定，其以離婚為消滅姻親關係之原因者，蓋姻親關係係基於婚姻而生，婚姻關係既因離婚而消滅，則姻親關係即失其存在之基礎故也。至姻親關係，是否因婚姻之撤銷而消滅，我民法未設明文，余以為婚姻既被撤銷，則其效果與離婚同，離婚得為姻親關係消滅之原因，婚姻之撤銷亦得為婚姻關係消滅之原因。雖然，就廣義的婚姻消滅言之，離婚、婚姻之撤銷及婚姻當事人一方之死亡，皆為婚姻消滅之原因，今者離婚及婚姻之撤銷既為消滅姻親關係之原因，則當事人一方之死亡是否為消滅姻親關係之原因，實一疑問。余則以祇能為消滅夫妻關係之原因，不能為消滅姻親關係之原因，蓋死亡與離婚及婚姻之撤銷不同，不但不能因此推測生存之配偶有消滅姻親關係之意思，且如強使其消滅姻親關係，則將發生不良之影響故也。但此係指常態而言，如夫死妻再婚，或妻死贅夫再婚，則仍為消滅姻親關係之原因。此點為我民法第九七一條後段所明定，良以於此場合，妻已離去夫家，贅夫已離去妻家，不但足以推見其有消滅姻親關係之意思，且使其消滅姻親關係，亦不致發生不良之影響，故我民法以其為死亡不得消滅姻親關係之例外。(註二)雖然，我民法僅以夫死妻再婚、妻死贅夫再婚為限，而妻死

夫再婚，贅夫死妻再婚，尚不得爲消滅姻親關係之原因，此種立法，是否妥當，不無問題。

(註一)我國通常情形，有父逐其子，兄絕其弟，以爲消滅親屬關係之意思表示者，此種意思表示，不發生法律上之效力。蓋父子兄弟之親屬關係，係由於自然血統而生，不能以人爲的行爲使之消滅也。關於此點，我國舊說可供參考，顧大昕管義疏：「父子兄弟，以天合者也；夫婦，以人合者也。以天合者，無所逃於天地之間；而以人合者，可制以去就之義。」由此可見父子兄弟之親屬關係，不因人爲的行爲而消滅。

(註二)姻親關係，是否因離婚或其婚姻消滅之原因而消滅，各國法律不同，有明定姻親關係，於其原因的婚姻被解銷時，亦爲存續者（如民第一五九一條第二項、瑞民第二一條第三項），我民法則係繼承日本民法第七二九條而設之規定。

## 第二章 婚姻

### 第一節 概說

#### 第一款 婚姻之語源及意義

##### 第一 婚姻之語源

我國婚姻制度，發達最早，至周定六禮，其制始備。顧所謂婚姻者，初為儀式上之名稱，按禮記昏義孔穎達注云：「按鄭昏禮目錄云：娶妻之禮，以昏為期，因名焉，必以昏者，取其陽往陰來之義，日入後二刻半為昏，壻曰昏，妻曰媼，謂壻以昏時來，妻則因之而去也。」蓋我國古代婚姻，重在親迎，親迎必以黃昏，故謂之昏，妻因夫之親迎而入於夫家，故謂之因，是即我國婚姻二字之所由始。嗣則婚姻不但為儀式上之名稱，舉凡壻與妻之屬，亦為昏媼，如爾雅所載：「壻之父為媼，婦之父為昏」，「壻之黨為媼，兄弟婦之黨為昏兄弟」，其明證也。

##### 第二 婚姻之意義

關於婚姻之定義，各國法律均無明文規定，羅馬法律大家 *Modestinus* 氏嘗以道德思想為基礎，下婚姻之定義曰：「婚姻者，一男一女以終生的共同生活為目的之結合關係也。」德國民法及瑞士民法之 *Bine*，法國民法

之 *Marriage*，皆以此觀念爲準。即在此等法律上之所謂婚姻，不外指一男一女終生的共同生活之法律關係，即夫妻關係而言。發生此夫妻關係之契約，即婚姻契約，則通常稱爲婚姻之締結 (*Eheschliessung*, *Schliessung der Ehe*, *Eingehung der Ehe*, *Abschliessung der Ehe*)。不包含於婚姻觀念之內。我國民法，對於婚姻之意義，亦無直接規定，就親屬編全體觀察，所謂婚姻，實有兩種之意義，即其一，婚姻，指一男一女發生夫妻關係之意表示，即婚姻契約而言。其二，婚姻，指一男一女以終生的共同生活爲目的之結合關係，即夫妻關係而言。前者包含定婚及結婚，後者則通常稱爲婚姻關係。不過嚴格言之，定婚乃婚姻契約之預約，應稱婚姻預約，結婚則屬婚姻契約，即婚姻預約之本約，由此婚姻契約而生之法律關係，應稱夫妻關係耳。

## 第二款 婚姻制度之變遷

關於婚姻制度之變遷，因其觀察點不同，可分爲左列三端敘述之：

### 第一 由婚姻人數上觀察

由婚姻人數上觀察，通說多謂係由亂婚進於定婚，而於定婚制度中，則由團體婚進於個別婚，又於個別婚制度中，係由一妻多夫婚、一夫多妻婚進於一夫一妻婚。茲依此演進程序敘述如左：

#### (一) 由亂婚進於定婚

亂婚 (*Communal Marriage*) 者，一切男子與一切女子間，得爲無規律的之性交狀態也。反是於一定男女間成立之婚姻，則謂之定婚 (*Individual Marriage*)。初民之始，究爲亂婚，抑爲定婚，學說上頗有爭論，主張原始亂

婚說者，以為在近世未開化及半開化民族間尚有無規律的性交狀態存在，例如（一）破瓜權（*Theprimae nocte*）屬於國王、酋長及僧侶，（二）未婚夫得將未婚妻出租或與人交換，（三）於祭祀之際容許自由性交，（四）母系親制之發生先於父系親制等，從而可知現代之婚姻制度係由原始時代之亂婚狀態進化而來。反之主張原始定婚說者，則以為（一）人類富於嫉妬之天性，亂婚之事，為不可能，（二）養育子女，必須男女協力，於是有家庭組織，既有家庭組織，自不容許所謂亂婚，（三）下等動物間，尚經營某種程度之家族生活，則人類原始時代當為定婚而非亂婚。（註一）我國自來學者即主原始亂婚說，例如商君書開塞篇云：「天地開，而民生之，當此之時，民知其母而不知其父」，又呂氏春秋恃君篇云：「其民聚生羣處，知母不知父，無親戚、兄弟、夫婦、男女之別」，係余所信，由人類進化之原理推之，應以原始亂婚說為近似。

（二）由團體婚進於個別婚

團體婚（*Group Marriage*）者，一團體之男子與一團體之女子間成立之婚姻也。反是個別男女間成立之婚姻，則謂之個別婚。團體婚有廣義、狹義之別，廣義之團體婚，如種族與種族間之婚姻是，狹義之團體婚，如一家族內之婚姻是。團體婚於其團體特定之點，固與亂婚不同，然由團體內之各個男女觀之，則仍未脫離亂婚之狀態。婚姻制度，由團體婚進於個別婚，人類文化之曙光，始漸萌芽焉。

（三）由一妻多夫婚一夫多妻婚進於一夫一妻婚

一妻多夫婚（*Polyndrische Ehe*）者，女子一人與男子數人間成立之婚姻也。一夫多妻婚（*Polygynische*

(Ehe)者，男子一人與女子數人間成立之婚姻也。反是一男一女間成立之婚姻，則謂之一夫一妻婚 (Monogamische Ehe)。何故發生一妻多夫婚之制度，其說不一，有謂男多於女，故生一妻多夫婚者；有謂因防止財產之分割，故生一妻多夫婚者；有謂因滿足女子之性的要求，故生一妻多夫婚者；亦有謂因獎勵生育，故生一妻多夫婚者。此種婚姻制度，現惟少數未開化民族間行之。(註二)又何故發生一夫多妻婚之制度，其說亦不一致，有謂因女多於男，故生一夫多妻婚者；有謂因滿足男子之性的要求，故生一夫多妻婚者；有謂因宗法社會重視子嗣之結果，故生一夫多妻婚姻者；亦有謂因男子之誇大心理，故生一夫多妻婚姻者。(註三)此種婚姻制度，現惟北美印第安人 (North American Indians) 及馬來羣島土人間行之。一妻多夫婚及一夫多妻婚，無論其發生原因如何，要有背於男女平等之原則，故近世各國法律多採用一夫一妻婚。但何故發生一夫一妻婚之制度，學說殊不一致，有謂其因男女人數之均等，故生一夫一妻婚者；有謂在經濟生活上不能不以一妻為滿足，故生一夫一妻婚者；有謂因受基督教義之影響，故生一夫一妻婚者；有謂因女權昌明之結果，故生一夫一妻婚者。不問其發生原因如何，婚姻制度，係由一妻多夫婚，一夫多妻婚進於一夫一妻婚，則屬無可諱飾之事實。我國民法亦即採取此種婚姻制度者也。(註四)

(註一) 井澤原始結婚說者，如 Morgan, Avebury, Giraud-Toulon, Lippert, Post, Krochin, Wintzky, Bloch Gumplovitz, Engels, Bebel, Reclus, Fink, Herler, Spencer 等。主張原始結婚說者，如 Darwin, Westermarck, Hootounean, Wundt 等。我國一般學者，多採原始結婚說，惟曹士彬氏否認結婚為婚姻之過程 (譯著中國民法初編論七九頁、一〇頁參照)。

(註二) 一妻多夫婚，因地面不同，有一女有多數之夫，其多數之夫皆屬兄弟者，如西藏是。有其兄為夫，而諸弟可以通宿者，如 Rodas 族是。



有其兄爲夫，諸弟雖可通宿，而非公開行之者，如 *Sandal* 族是。至 *Nairs*，*Khastars*，*Cossaks* 等族，則不限於兄弟。 *Alouks* 族，則以一人爲正夫，正夫不在，始許他夫通宿。

(註三) 一夫多妻制，可分爲二種，有多數之妻，皆有同等地位者，有多數之婦女中，以其一爲妻，其餘爲妾者，妻之於妾，則依其各分與地位而下定之。

(註四) 一夫一妻制，固爲最進步之婚姻制度，但有謂其爲婚姻制度之過程，而非婚姻制度之極則者，其說略謂，由生物學上 (*Biological*) 觀察，人類係爲保存種族，繁殖種族而存在，因欲達此目的，故予以異性變化要求 (*Das Sexuelle Variationsbedürfnis*) 之本能，既具此本能，於是發生與多數異性交接之需求，從而可以斷言婚姻制度之極則非一夫一妻制，而爲一夫多妻制。

## 第二 由婚姻方法上觀察

由婚姻方法上觀察，通說多謂係由掠奪婚進於有償婚，由有償婚進於聘娶婚，由聘娶婚進於共諾婚。茲依此演進程序敘述如左：

### (一) 由掠奪婚進於有償婚

掠奪婚 (*Marriage by capture*) 者，男子掠奪女子，以爲其妻之婚姻也。有償婚 (*Marriage by consideration*) 者，男子對於女子或其父母支付代價，所成立之婚姻也。有償婚又可細別爲三，其支付之代價爲金錢者，爲買賣婚 (*Marriage by sale*)；其支付之代價爲金錢以外之物者，爲交易婚 (*Exchange by marriage*)；其支付之代價爲金錢以外之勞務者，爲勞役婚 (*Marriage by servitude*)。初民之始，究爲掠奪婚，抑爲有償婚，學說上頗有爭論，主張原始掠奪婚說者，略謂古代種族爭鬪，戰而勝之，則屠殺其男子，而掠奪其女子以爲妻室，此不僅對於

族外，對於族內亦多行之（郁氏前揭二七頁）。反之主張原始非掠奪婚說者，則謂古代各民族中，有時雖用類似掠奪之方式以爲婚姻，但不過表示女子入於夫家之意，究不能謂爲掠奪婚。而於此說之中，意見又不一致，有主張古代婚姻爲掠奪買賣婚者（劉師培氏中國歷史教科書主此說），有主張爲買賣婚者（陳顧遠氏中國古代婚姻史主此說），有主張爲聘娶婚者（柳詒徵氏中國文化及徐朝陽氏中國親屬法溯源主此說），有主張爲共諾婚者（余氏前揭主此說）。亦有主張爲買賣聘娶婚，或共諾聘娶婚者（陶氏前揭，曹氏前揭主此說）。依余所信，由人類進化之原理推之，應以原始掠奪婚爲近似。雖然，何故由掠奪婚進於有價婚，則其說不一，有謂係以支付代價爲掠奪之賠償者，有謂係鑑於暴力掠奪之非乃支付代價者，有謂由掠奪婚進於有價婚係經濟觀念進步之結果者。依余所信，應以最後之說爲近似。

（二）由有價婚進於聘娶婚

聘娶婚 (Marriage by Gift) 者，男子對於女子或其父母納送聘財，所成立之婚姻也。聘娶婚，爲我國特有之婚姻方法，且其發生之時期爲最古，行之之時期爲最久。（註一）聘娶婚所以異於有價婚者，即在有價婚，係以女子爲買賣之客體，女家必斤斤較量乎財物，如此則聽娶，不如此則不聽娶，此與金錢爲市，實無所擇。反之在聘娶婚，則男子對於女家雖亦交付財物，然不過藉以將意，苟不背乎婚姻之儀，則女家自無異言，初不論其財物之多寡也。（註二）王通中說曰：「婚娶而論財，夷虜之道也」。聘娶婚係由有價婚進化而來，殆爲不可否認之事實焉。

（三）由聘娶婚進於共諾婚

共諸婚 (Marriage by mutual consent) 者，以男女雙方之合意為主，所成立之婚姻也。聘娶婚，不復以女子爲買賣之客體，較諸有價婚固屬進步，然究不能自遠於貨財，且如奉行不善，難保無以聘娶之名，而行有價之實者。故近世各國法律已由有價婚進於共諸婚，良以婚姻大事，苟非以男女雙方之合意爲主，斤斤焉直接或間接惟財物之是較，則不獨有害於兩性之感情，即室家之和平亦必因此而披擾亂矣。我國民法，亦即採此最進步之婚姻方法也。

(註一) 聘娶婚，始於何時，其說不一，但通說則謂其始於伏羲，如史記補三皇本紀云：「太皞庖犧氏始制嫁娶，以儷皮爲禮」，通鑑外紀云：「上古男女無別，太昊始設嫁娶，以儷皮爲禮，正姓氏，通謀婚，以重人倫之本，而民始不亂」，又白虎通云：「古之時，未有三綱六紀，民但知有母，不知其父，臥之誼法，行之吁咻，於是伏羲仰觀象於天，俯察法於地，因夫婦，正五行，始定人道」，其說似爲可信。

(註二) 關於聘娶婚納送之聘財，我國古代常因身分不同而有重輕，天子之聘女，周禮則云：「玉人之事……穀棗七寸，天子以聘女」，諸侯之聘女，周禮則云：「玉人之事……大璋亦如之，諸侯以聘女」，士之聘女，儀禮士昏禮則云：「納徵，玄纁束帛，儷皮，如納吉禮」，庶人之聘女，禮記則云：「凡嫁子娶妻，入幣純帛，無過五兩」，儀禮亦云：「納幣一束，束五兩，兩五尋」。

### 第三 由婚姻目的上觀察

由婚姻目的上觀察，亦有其變遷之蹟象，即由蕃殖人種之目的進於主家事有嫡子之目的，再進於男女共同生活之目的。此種變遷，與社會組織之形態有關，即在部落時代，以預防他族之襲擊，及膨脹己族之勢力爲必要，從而爲適應此種必要，自有待於人種之蕃殖，蕃殖人種之方法維何，即婚姻是也。故於此時代，婚姻之主要目的，即在於人種之蕃殖。及家族制度盛行，則婚姻之目的在於主家事有嫡子，易家人象曰：「无攸遂，在中饋」，此即使婦人主

家事之明證；又昏義曰：「婚姻者，所以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世也，故君子重之。」此又使家族有嫡子之明證也。此時代，在我國婚姻史上，頗占極長久之時期。晚近家族制度崩潰，個人主義盛行，婚姻之目的，則在於一男一女間終生的共同生活之結合，良以人性有男女之別，故法律特定婚姻之條，俾兩情發動，皆循正軌，通力合作，休戚與共，庶幾精神有所寄託，而人生幸福，不致虛懸也。我現行親屬法，既舍家族主義，而取個人主義，則婚姻之主要目的，自不外是。其詳，俟於婚姻之性質中述之，茲不贅。

### 第三款 婚姻之分類

婚姻，因其觀察標準不同，得為種種之分類，茲述如左：

#### 第一 初婚與再婚

男女初次結婚者，為初婚（*Erste Ehe, First Marriage*）。婚姻，因離婚、死亡，或婚姻之撤銷而被解銷後，雙方或一方再行結婚者，為再婚（*Zweite Ehe, Second Marriage*）。初婚，對再婚而言，我民法則稱初婚為前婚（*Frühere Ehe, Marriage anterior*）（民法第九九四條）。關於再婚，外國法律有設一定之限制者，例如俄國舊民法，因重婚犯姦或生殖不能被判決離婚者，不得再婚（俄舊法第三七條第四款），即在無此特殊情事之人，亦禁止其為第四次之結婚是（俄舊法第二一條），我民法則不但不禁止再婚，即其次數亦無限制。

#### 第二 單婚與重婚

有配偶而重為婚姻，或同時與二人以上結婚者，為重婚（*Zweifache Ehe, Doppalehe*）。重婚，對單一婚姻

而言。單一婚姻，可簡稱之曰單婚 (Einfache Ehe, Simple marriage)。各國法律多許再婚，而禁重婚。我民法亦然。蓋所以貫徹一夫一妻制者也。重婚，在刑法上構成犯罪，為各國法律之所同（刑法第二三七條、法刑第三四〇條、德刑第一七一條、瑞刑第四條至第六條、日刑第一八四條），但在民法上則有以其為無效之原因者，如德國民法及瑞士民法是（德民第一三二六條、瑞民第二〇條），有以其為得撤銷之原因者，如日本民法是（日民第七八〇條），我民法則從後之立法例。其詳俟於婚姻之撤銷中述之，茲不贅。

### 第三 通常婚與贅婚

女因婚姻而入於男家者，為通常婚。反之男因婚姻而入於女家，則謂之贅婚。贅婚，亦稱招贅、贅婿或招婿，為舊律所認招贅、養媳及過門守貞三種變態婚姻之一種。（註一）（註二）贅婚之夫，在我民法上稱為贅夫（民法第九七一條），其所處地位，與通常婚之妻同，例如民法第一〇〇〇條規定妻以其本姓冠以夫姓，贅夫則以其本姓冠以妻姓，第一〇〇二條規定妻以夫之住所為住所，贅夫則以妻之住所為住所，又如第一〇五九條規定子女從父姓，贅夫之子女則從母姓是。贅婚，在外國法律亦有認之者，例如日本民法之所謂入夫婚姻是（日民第七三六條），但在日本民法之入夫婚姻，須具備一定之要件，即（一）入夫婚姻之一方當事人須為女戶主，（二）入戶婚姻須為戶外婚姻（但有反對說），與我民法之贅婚，殊不相同。

（註一）我國舊律所認之變態婚姻有三：即贅婿、養媳（一稱重養媳）及過門守貞（現行律稱女身守志）是。養媳者，幼幼，未能與成婚，即入於夫家，就養於夫族之謂也。在舊律，養媳雖未與夫成婚，但既入於夫家，即與其夫家發生親屬及家屬之關係。過門守貞者，定婚之女，

尚未成婚，定婚之男死亡，而仍入於男家，為其未婚夫守貞之謂也。在舊律，過門守貞之女，一因過門即取得未婚夫之孀妻身分，而與其夫家發生親屬及家屬之關係。上述三種變態婚姻，我民法概認贅婚之一種，妻孀及過門守貞，皆不認之。縱使有此等事實發生，亦祇能認為與其夫家發生家屬關係（民法第一一三條第三項），而不發生何種之親屬關係。

（註二）我民法不認妻孀，余襲門氏有所批評，余著謂：「過門守貞，本原於節義之思想，即在舊日，亦士大夫之家間亦有之，民法不設規定，自無不當。至妻孀，則為中下社會所恆有之事，雖其間不無弊害，但應設法以防止之，而全否認其關係，余竊未敢贊同者也。」（余氏前揭三九頁、四〇頁）。

#### 第四 逆緣婚與順緣婚

兄亡收嫂，弟亡收弟婦者，為逆緣婚（Levirate, Deceased brother's widows marriage）。姊死娶妹，妹死娶姊者，則謂之順緣婚（Sororate, Deceased wife's Sisters marriage）。關於逆緣婚，我國習慣固多行之，但在舊律則懸為厲禁，如現行律娶親屬妻妾條律載：「若兄亡收嫂，弟亡收弟婦者，各絞。」其明證也。就現行民法解釋，已屬不復禁止。蓋我民法第九八三條第一項第二款，祇云旁系姻親之輩分不相同者，不得結婚，弟之與嫂，兄之與弟婦，乃輩分相同之旁系姻親，不在禁止之列故也。（註一）關於順緣婚，我國古代早已認之，即所謂「媵」者是也。諸侯嫁女，同姓媵之，媵，即嫁女時以姪婦隨往之謂，古者諸侯無再娶之義，故「夫人薨，不更聘，必以姪婦繼室」。即順緣婚之意也。順緣婚，為舊律所不禁，現行民法亦然。（註二）

（註一）兄亡收嫂，弟亡收弟婦已不復禁止，司法院著有解釋：「一年院字第八二八號解釋：『來電所述情形，既不在民法第九八三條第一項各款限制之列，其婚姻自屬有效。』」

(註二)英國於一九〇七年以前禁止姦死妻妹，姦死妻姊之順緣婚。經多年論爭之結果，於一九〇七年之法律，始認順緣婚為有效。(Do- ceased wife's sisters' marriage Act, 1907)

## 第五 姘度

我民法第九八二條規定：「結婚，應有公開之儀式及二人以上之證人」。依此規定，婚姻之為要式的法律行為，實無可疑，從而男女間之結合，如未履行上述之方式，則屬事實上之夫妻關係，而非法律上之夫妻關係。所謂姘度 (Conubinaus)，即指此事實上之夫妻關係而言，在日本民法則謂之內緣關係。此種內緣關係，嚴格言之，固不發生婚姻上之效力 (民法第九八八條第一款)，但在各國判例法則多以其為準婚姻關係 (Quasi-matrimonial) 或準法律婚 (日本大審院大正十一年第三四五號，同年六月三日民三判決判例集一卷二〇八頁)。蓋為顧全事實起見，實有不得不如此者在也。關於姘度，我國重要都市及一般青年男女間，已素見不鮮，將來判例法是否以其為準婚姻關係雖不可知，但余則以為為彌補我民法上嚴格的形式婚主義之失，固以認為準婚姻關係為較允當也。

## 第六 附論——妾

我國昔者，於正妻之外，許可納妾，而妾制之起源則最古，據史記五帝本紀所載：「黃帝二十五子，其得姓者十四人，而嫫祖為正妃，生二子，其一玄囂，其二昌意」。正妃，對次妃言，次妃者，即妾之變名也。惟妾之名稱，則始見於周禮，曲禮有云：「天子有后，有夫人，有世婦，有嬪，有妾」。其明證也。妾為賤者，以待奉其夫為事，(註一)而其主

目的，則在承血統，廣繼嗣，如白虎通嫁娶篇云：「天子諸侯，一娶九女，何重國家廣繼嗣也……大夫功成受封，得備八妾者，重國家廣繼嗣也……卿大夫一妻二妾者，尊賢重繼嗣也。」又明律婚姻門妻妾失序條云：「其民四十以上無子者，聽娶妾。」由此觀之，可知娶妾之目的在於承血統，廣繼嗣焉。我國妾制之流行，最爲普遍，卽上自天子，下至庶人，莫不有妾，據典籍所載，周代天子之後宮，達一百二十人之多，而妾之數不與焉，春秋之時，天子一妻十二女，三夫人九嬪，諸侯一妻九女，一妻八妾，卿大夫一妻二妾，士一妻一妾，庶人雖無備妾之文，但孟子云：「齊人有一妻一妾」，戰國策云：「楚人有二妻」，是戰國之時庶人亦有妾矣。妾制降及後世，已稍稍取締，如明律於王公之選廢妾，皆設有定額，而於庶人之娶妾，亦附以「四十以上無子」之條件，卽其明證。（註二）清律因明律之舊，但於庶人之納妾，並無何種限制，是又純取放任主義者也。民國以還，暫行新刑律雖無妾制之規定，而刑律補充條例則有「稱妻者於妾準用」之明文，且前大理院判例及解釋亦皆承認妾制之存在，此種制度，不但爲女權之障害，抑亦人道之大妨，亟應廢除，實所當然，故現行親屬法起草之始，卽以應否規定妾制，向中央政治會議請示，嗣經中央政治會議決定，「妾之問題，無庸規定」，其理由有曰：「妾之制度，亟應廢止，雖事實上尚有存在者，而法律上不容承認其存在，其地位如何，無庸以法典及單行法特爲規定」。雖然，妾之爲妾，固不能認爲合法之婚姻關係，或發生家長與妾之身分關係，但在現行法上，亦有其相當之地位，卽妾爲準家屬之一員，並得請求贍養或請求酌給遺產是也（民法第一一二三條第三項，第一一四條，第一一四九條）。「至其子女之地位，例如遺產繼承問題及親屬結婚限制問題等，非婚生子女均與婚生子女同，已於各該問題分別規定，固無須另行解決」焉（親屬法先決各點



### 第七點說明)(註三)

(註一)禮記內則：「奔則爲妾」。注云：「妾之言，接也。間彼有禮，走而往焉，以得接見於君子也。」清律妻妾序條注：「妻者，齊也。與夫齊體之人也。妾者，接也。僅得與夫接見而已。貴賤有分，不可紊。」

(註二)明律條例律例例條：「各處親王妾隨，許妾選一次，多者止於十人。世子及郡王，嬪妾四人。長子及各將軍，嬪妾三人。各中尉，嬪妾二人。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，即止二妾；至三十歲無出，方許妾足四妾。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，即止於一妾；至三十五歲無出，長子將軍許妾足三妾；中尉妾足二妾。庶人，四十歲以上無子，許選一妾。」

(註三)抑有進者，姘度與妾之所以異於妻者，固在未經履行結婚之法定方式，但姘度與妾，其區別如何，則無一定之界限，依余所情，有妻而更與他之女子同居，則此與之同居之女子，謂之妾，無妻而與他之女子同居，則此與之同居之女子謂之姘度。但有與姘度外表相似而實不用者，卽一時的野合關係或私通關係是，姘度固可認爲準婚姻關係，而野合或私通則無認爲準婚姻關係之必要。至何者爲姘度，何者爲私通，則應就具體的男女關係，綜合各種情形判斷之。

## 第二節 婚約

### 第一款 概說

#### 第一 婚約之意義

婚約(Verlobung, Promise of marriage, Contract of Betrothment)者，一男一女間，以將來訂立婚姻契約爲目的，所訂立之預約也。析言之：

(一) 婚約當事人爲將來訂立婚姻契約之男女

婚約，既以將來訂立婚姻契約爲目的，則必一男一女間所訂立之契約，始能稱爲婚約。且此一男一女，以將來結婚之當事人爲限，從而當事人之尊親屬爲其子女，以將來訂立婚姻契約爲目的，所訂立之預約，例如預訂之養媳契約，即非此之所謂婚約預約。(註一)

(二) 婚約係以將來訂立婚姻契約爲目的

婚約，既係以將來訂立婚姻契約爲目的，則婚約非與婚姻契約同時成立，固不待言，但婚約究爲訂立婚姻契約之準備，抑爲訂立婚姻契約之要件，解釋上不無疑義？在我國舊律及前大理院判解，固以定婚爲婚姻成立之要件，(註二)(註三)但就現行民法解釋，則婚約係訂立婚姻契約之準備，換言之，即婚約係訂立婚姻契約所常經之程序，而非必經之程序，故縱結婚而無婚約，亦無不可。又婚約既係以將來訂立婚姻契約爲目的，從而一男一女間，以將來永久同居爲目的，所訂立之契約，不能謂爲婚姻契約，自不待言。

(三) 婚約係將來訂立婚姻契約之預約

婚約，既係將來訂立婚姻契約之預約，則婚約當事人間，不過因婚約而生將來結婚之權義，並非直接取得夫妻之身分。關於此點，與舊律不同，蓋在舊律，此未婚夫妻間發生排他的法律關係，如現行男女婚姻條律載：「若再許他人，未成婚者，處罰。已成婚者，處罰。……女歸前夫。……男家再娶者，罪亦如之，仍命娶前女。」其明證也。此婚約當事人間既僅有將來結婚之權義，從而如欲取得夫妻身分，自須進而訂立婚姻契約焉。(註四)

(註二)最高法院二〇年上字第二三〇七號判例：「婚約，必須雙方均有確定之婚姻當事人，始得許其訂立，若一方尙無子女，而與現有子女之一方預訂養媳契約，以待生育或抱養子女後再為婚配，是不特於對方子女之利益顯有妨害，且與婚約之本旨不合，縱使訂約地，方雖有此種習慣，於法亦不應認為有效。」

(註三)現行律婚姻門男女婚姻律載：「凡男女定婚之初，若有殘疾或幼慮出過房名義者，務要兩家明白通知，各從所願，訂立婚書，俟禮聘嫁。若許嫁女已親婚查及有私約而輟悔者，處罰，其女仍歸前夫。雖無婚書，但曾受聘財者，亦是。男家悔者，罪亦如之。」然此規定觀之，可知定婚為婚姻成立之要件。

(註四)前大理院四年上字第一五一四號判例：「定婚為成婚之前提，擅現在繼續有效之前擅現行律載，男女定婚，訂立婚書，俟禮聘張，又載雖無婚書，但曾受聘財者亦是等語，是婚約必備此要件之一，始能認為有效成立，有無一具體，雖已成婚，於法律上仍不生婚姻之效力。」

(註五)我國訴訟法第一七條第三款以推事與被告或被害人訂有婚約，為應行迴避之情事，又第一六七條第二款以證人與被告或自訴人訂有婚約，為拒絕證言之情事，然此係法律醫而未婚配偶之情重而設之規定，初不能謂因婚約而生何種身分關係。戴君院氏於其所著刑訴法釋義上卷第一三七頁謂本條之規定，固與被告有特殊身分關係者，得拒絕證言，即本條所列各人，均與被告有特殊關係云云，似有誤解。

## 第二 婚約無須方式

婚約是否須要式方式，各國法律不同，有以其為要式行為者，如意大利須以書面為之，瑞士須以公證書為之，瑞典須以證人為之，那威須在教堂中證人前為之。有以其為非要式行為者，如德國、英國及美國多數之州是。我國舊律，以定婚為要式行為，即寫立婚書與收受聘財，二者必須履行其一，其婚約始為成立。前大理院判解從之。(二)年上字第二二一五號八年上字第二二七號等)，並就婚書聘財著若干之判例。(註一)現行親屬法則以寫

立婚書收受聘財，不但與共諧婚之主旨不合，且常因此演成種種之流弊，故毅然舍要式主義，而取非要式主義，即婚約，亦如一般契約，以當事人之意思合致爲已足，其寫立婚書及收受聘財與否，與婚約之成否無關。

(註)關於婚書之重要判例如次：(一)查據自身可認爲有婚姻關係者，卽爲適法之婚書。(一四年上字第三七九號)。(二)關於婚書之事件有爭，應依各地方習慣以定婚約是否成立之標準。(三年上字第三三六號)。(三)年庚八字，不能認爲婚書之要件。(二年上字第二一五號)。(四)兩造分執之婚書，不必出於同一代筆人之手。(五年上字第五〇四號)。(五)凡顯有關於婚姻之詬讟，卽無別立婚書之必要。(八年上字第六八七號)。(六)關於聘財之重要判例如次：(一)聘財，須依禮節送。(四年上字第二四七號)。(二)聘財，非必金錢，苟交有金錢價格之物，以爲定婚之用者，卽可認爲聘財。(九年上字第六四號)。(三)聘財之輕重厚薄，無一定限制。(四年上字第五三六號)。(四)收受聘財，係定立婚約所應踐行之方式，與用財買賣人口不能同論。(八年上字第一〇九八號)。

### 第三 婚約與媒妁

訂立婚約，是否必須媒妁，今昔不同，禮云：「男女非有行媒，不相知名。」詩云：「娶妻如之何？匪媒不得。」可知我國自來卽以媒妁爲婚姻成立之要件。舊律及前大理院判解從之，蓋寫立婚書，須同媒妁。(現行律婚姻男女婚姻條律前大理院五年上字第五〇四號判例)，卽不啻以媒妁爲婚約成立之要件，不過其後媒證無故，無礙於其婚約之效力耳。(前大理院四年上字第一四一七號判例)。現行親屬法無關於媒妁之規定，蓋在否認其爲婚約之要件也。雖然，經由媒妁之介紹訂立婚約者，在我國今日，仍所常見，此屬情誼問題，原非法律所可過問，然世之以媒妁爲營利之手段者，不能謂其必無，苟許其得以約定報酬，則得因貫徹一己之利益，而當婚約當事人之利益於

不願，故我民法第五七三條明定：「因婚姻居間而約定報酬者，其約定無效。」以取締之。

## 第二款 婚約之要件

關於婚約之要件，依我民法第九七二條至第九七四條之規定，有如左述：

### 第一 婚約須由當事人自行訂定

我國舊律，以爲男女婚姻，必有人爲之主，故婚約之訂定，須由主婚人爲之，即現行律婚姻男女婚姻條例所謂「嫁娶皆由祖父母、父母主婚」者是也。（註一）婚約之訂定，由主婚人爲之，不但與身分行爲不許他人代爲之法律不符，且適足以釀成父母包辦子女婚姻之陋習，故我民法特於第七七二條規定曰：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」所以闡明身分行爲須由本人自爲之法理，亦即所以革除父母包辦子女婚姻之陋習也。本條規定，係屬強制性質，如婚約而非當事人自行訂定，依據民法原理，其婚約爲無效（民法第七一條）。（註二）

（註一）現行律婚姻男女婚姻條例：「嫁娶，皆由祖父母、父母主婚。祖父母、父母俱無者，從餘親主婚。其夫亡，攜女適人者，其女從母主婚。」  
註：「餘親，當係伯叔父母、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。」

（註二）關於此點，最高法院判例與本書見解頗有出入，二〇年上字第七八三號判例載：「婚約，應由男女當事人自約訂定，其非男女當事人自訂訂定之婚約，非得本人追認，自難生效。」但司法院二三年院字第一一七四號解釋又謂：「未成年之子女不同意於父母代訂之婚約，其婚約當然無效，不生解除問題。」則與本書之見解同。

### 第二 定婚須達一定之年齡

我國舊律，除「指腹、割衫襟爲親者，並行禁止」外，關於定婚年齡，別無何種之限制。（註一）前大理院判例從

之，亦惟以男女未出生前之婚約爲無效。（註二）今則婚約既應由男女當事人自行訂定，苟無最低年齡之限制，則少男幼女，血氣未定，始合終離，後悔莫追，故我民法第七七三條規定曰：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。」其以男十七歲，女十五歲，爲定婚最低年齡者，蓋我民法係以男十八歲，女十六歲，爲結婚最低年齡（民法第九八〇條）。定婚年齡與結婚年齡既緊相銜接，則定婚未久，即可結婚，庶不至因時易事遷，浸成日後悔婚之漸也。本條規定，係屬禁止性質，如男未滿十七歲，女未滿十五歲，而訂定婚約，依據民法原理，其婚約爲無效（民法第七一條）。但達于法定年齡而無異議，則應認其爲有效，蓋於此場合，與達於法定年齡所訂立者無異故也。

（註一）現行律婚姻男女婚姻條例第一：「男女婚姻，各有其時，或有指腹割衫襟爲親者，並行禁止。」

（註二）前大理院四年上字第五三六號判例：「現行律載，男女婚姻，各有其時，或有指腹割衫襟爲親者，並行禁止等語，依律文所載，可知男女婚約，雖於年齡上亦無限制，而當事人未出生前之婚約，則自屬根本無效。」

### 第三 定婚須得法定代理人之同意

依我民法第七七三條規定，凡男滿十七歲，女滿十五歲，即得訂定婚約固矣，然婚姻之事，與個人幸福及社會公益，均有關係，如男女尙未成年（即男已滿十七歲，女已滿十五歲，未滿二十歲），一任其以自由意思爲之，則血氣未定，智慮欠周，難保無祇顧目前，不計將來者，故我民法第七七四條規定：「未成年之男女，訂定婚約，應得法定代理人之同意。」而於確立定婚自由之中，仍寓尊重父母意思之意。何謂同意，已於拙著中國民法總論中述之（三八五頁參照），茲不贅。其以成年與否爲定婚同意年齡之標準者，蓋無論何人，一屆成年即有行爲

能力，定婚係法律行為之一，自得自由為之故也。此之所謂法定代理人，即未成年男女之父母及監護人，其詳俟後述之，茲不贅。未得法定代理人同意之婚約，其法律上之效果如何，我民法未設明文規定，依余所信，應解為非得法定代理人之同意，不生婚約之效力（民法第七九條）。（註一）又此項婚約，在未經法定代理人同意以前，相對人原則上得為撤銷，自不待言（民法第八二條）。

（註一）前大理院五年上字第一五二八號判例：「無主婚權人擅行定婚者，除經主婚權人表示同意或追認外，自為可以撤銷之婚約。」又十五年上字第九六二號判例：「子女定婚，通常同應經有主婚權人同意，但子女苟與主婚權人素有嫌怨，或其他情事，事實上難得其同意者，則該子女如已成年，亦應許其自行定婚，該有主婚權人不得以未經同意為理由，而說其已成之婚約主婚撤銷。」

### 第三款 婚約之效力

#### 第一 各國立法例

關於婚約之效力，有兩種相反之立法例，即羅馬法與寺院法是。羅馬法上婚姻預約（*ponsalicia*）之效力，極為薄弱，即於婚約當事人之一方不履行其婚約時，他方當事人不得提起履行婚約之訴，具不得請求不履行之損害賠償，並不得附加違約金。法、奧等國民法，即大體繼受羅馬法。反之寺院法關於婚姻預約之效力，則極為強大，即於婚約當事人之一方不履行其婚約時，他方當事人不但得提起履行婚約之訴，且得請求不履行之損害賠償，並得附加違約金。但以有重大事由為限，婚約得依一方之意思解除之。德、瑞等國民法，即大體繼受寺院法。

#### 第二 我民法上之規定

我國舊律，關於婚約之效力，極爲強大，與寺院法同，即凡女子已與人定婚，而再許他人者，無論已未成婚，及後定娶者知情與否，其女應歸前夫，男家悔婚者亦然。（註一）惟是此種辦法，實際上障礙甚大，故前大理院判解，已不復守此法則。（註二）現行親屬法則擴張其意，而於第九七五條明定：「婚約，不得請求強迫履行」（德民第一二九七條、瑞民第九一條、土民第八三條、意民第五三條、智民第九八條、西民第四三條）。良以婚姻之締結，須依當事人之自由意思爲之，始可維持圓滿之共同生活，若當事人雙方或一方無結婚之意思，而必強制爲之，則大有背於婚姻自由之原則，故法院遇有悔婚案件，祇能以「和平方法盡力勸諭」之。（註三）雖然，所謂不得請求強迫履行，係不得提起請求履行之訴乎？抑係仍得提起此訴，惟其判令結婚之判決爲不能強制執行乎？此在學說上頗有爭論，依余所信，應解爲前者，蓋關於身分事項之判決，不能強制執行，是爲當然，如解爲後者，則第九七五條之規定殊無意味矣。

（註一）現行律婚約男女婚姻律：「若再許他人，未成婚者，處罰。已成婚，處罰，女歸前夫。前夫不願，倍追財產給還，其女仍歸後夫。男家悔者，罪亦如之，仍令娶前女，後聘，與其別嫁，不追財產。」

（註二）前大理院統字第五一〇號解釋，又九年上字二五九號判例：「法律爲維持家族之和平，並婦女之節操計，尙希望其女得以終事後夫，故本條未段特附以前夫不願倍還財產後夫之規定。律意所在，彰然甚明。則審判衙門遇有此項訴訟案件，自應就此點盡指諭之責。」

（註三）最高法院一九九上字第一五五號判例：「結婚義務，於法本不能強制履行，故法院遇有悔婚案件，自應以和平方法盡力勸諭當事人，與其不能強迫執行之目的，孰若聽其解約，而就其因他違悔約所生之損害依法請求賠償，較爲得計。」



#### 第四款 婚約之解除

##### 第一 解約之原因

解除婚約之原因有二：一爲約定解除，一爲法定解除，茲分述如左：

##### (一) 約定解除

婚約，能否依雙方當事人之合意而解除，我民法無明文規定，依余所信，應爲肯定之解答。蓋婚約係依男女當事人之合意而成立，自得依男女當事人之合意而解除，且在夫妻兩願離婚者，法律尙許其離婚，則未婚男女如兩願解除婚約，更無不許其解除之理由。關於此點，前大理院著有判例，且謂縱在有主婚權之父母，亦不得反於婚約當事人之意思，強其不解除。(註一)此種法理，可爲我民法適用上之參考。

##### (二) 法定解除

關於法定解除，我民法第九七六條設有規定，即婚約當事人之一方，有左列情形之一者，得解除婚約（德民第一二九八條，瑞民第九二條，土民第八四條，智民第九八條至第一〇〇條，西民第四四條）。

##### (甲) 婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者

我國舊律，認定婚有創設一定身分之效力，故定婚後再與他人定婚者，後定之婚約爲無效，再與他人結婚者，其結婚亦原則上爲無效（現行律婚姻男女婚姻條律參照）。前大理院判例引申律意，謂於此場合，得爲解除婚約之原因，(註二)現行民法從之。其以之爲解除婚約之原因者，蓋如於訂定婚約後再與他人訂婚，顯無與

原定婚人成立婚姻之誠意，如與他人結婚，則更無與原定婚人成立婚姻之可能故也。

(乙) 故違結婚期約者

我國舊律，期約已至五年，無過不娶者，女家得爲以其解除婚約之原因。(註三)現行民法亦以故違期約爲解約原因之一，但於男女雙方均有其適用，且不設年限之限制。所謂期約，自係指所定之結婚日期而言，關於此點，前大理院著有判例，可供參考。(註四)所謂故違期約，即故意違背期約之意，如有正當理由而不遵守期約，自非故違期約。故違期約所以爲解約之原因者，蓋因故違期約之一方無履行婚姻預約之誠意故也。

(丙) 生死不明已滿一年者

我國舊律無此規定，現行民法則以其爲解除婚約之原因。所謂生死不明，指婚約當事人之一方，於訂定婚約後，離去向來之住所或居所，其生死均不明瞭而言，此與民法第八條所謂「失蹤」，甚屬相當。(拙著中國民法總論六九頁以下參照)。本款之適用，以已滿一年爲已足，與請求離婚必須已滿三年，實有寬嚴之不同。(民法第一〇五二條第九款)。至我民法所以定爲一年者，蓋因當事人須滿十七歲及十五歲始得訂立婚約，而十八歲、十六歲即爲結婚年齡，如期限超過一年，於當事人之結婚及時頗有妨礙也。

(丁) 有重大不治之病者

(戊) 有花柳病或其他惡疾者

丁、戊兩款，爲我國舊律所無，現行民法則以其爲解除婚約之原因。所謂疾病，包含甚廣，祇須達於重大不治

之程度，即得為解除婚約之原因，其種類如何，則非所問。至已否達於重大不治之程度，自應依醫學上之鑑定決之。所謂花柳病，通常指梅毒、下疳及淋濁等病而言。顧所謂其他惡疾，則因無明確界說，解釋上不無爭論，余則以為此之所謂惡疾，舉凡於人之身體機能及健康有礙，而為恆情所厭惡之病症皆屬之。關於疾病及惡疾，我國學者有依當事人之有無過失以為區別者，（註五）余則以為不然，蓋前款係通常之疾病，故附以重大不治之條件，本款須花柳病一類之惡疾，故祇須有此惡疾，即得解約，初不問當事人之有無過失也。至我民法之以重大不治之病及惡疾為解約之原因，則純由增進種族之健康着眼，此點已於前述，可參照得之。我民法立法之本旨既在增進種族之健康，故縱使重大不治之病及惡疾於婚約訂定前即已存在，且為他方當事人所明知，亦無礙於婚約之解除。（註六）

（己）婚約訂定後成為殘廢者

依我國舊律，凡男女定婚之初，若有殘疾，務須兩家明白通知，各從所願，倘已明白通知，則事後不得翻悔（現行律婚姻男女婚姻條律），倘未明白通知，即屬妄冒，妄冒得為解除婚約之原因。（註七）前大理院判例則擴張律文之解釋，認為當事人一方，在定婚後殘廢者，亦應通知他方，為所甘願，其婚約始能繼續有效，如為所不願，則許解除婚約。（註八）現行民法從之，特以婚約訂定後，成為殘廢，為解除婚約之原因。蓋於此場合，婚約當事人身體上已發生重大之變動，即與訂約時當事人之意思不能符合故也。所謂殘廢，係指人身五官四肢陰陽之機能有一失其作用而言，前大理院著有判例，可供參考（七年上字第九一〇號判例）。至其殘廢如成於婚約以

前而爲他方所明知，不得以其爲解約之原因，是不待言（前大理院四年上字第一三五七號判例）。

（庚）婚約訂定後與人通姦

我國舊律，未成婚男女犯姦盜者，得爲解除婚約之原因，（註九）現行民法略師其意，但惟以通姦爲限。其以通姦爲解約之原因者，蓋以其有背於誠實信用之法則也。所謂與人通姦，與犯姦非罪有別（刑法第二三九條），卽凡與異性爲性的交接之行爲皆屬之，是否成立犯罪，則非所問。但與人通姦，以在定婚後者爲限，其在未定婚以前，無遵守誠信法則之義務，縱通姦有據，亦不得以其爲解約之原因。

（辛）婚約訂定後受徒刑之宣告者

我國舊律，無此規定，現行民法則以其爲解除婚約之原因，良以當事人之一方，於婚約訂定後，如因作姦犯科，至受徒刑之宣告，殊有害於他方當事人之名譽故也。雖然，刑罰之種類甚夥，民法則僅以徒刑爲限，且以受宣告爲已足，其執行與否，則非所問。又受徒刑之宣告，以在定婚後者爲限，如在未定婚以前，曾受徒刑之宣告或執行，則推定其於定婚之初，已不計較及此，自不得以其爲解約之原因。

（壬）有其他重大事由者

關於解除婚約之原因，我民法係採例示的列舉主義，卽除上列八種情形外，當事人之一方，如有重大事由，他方皆得解除婚約。何者謂之重大事由，如有爭執，固應由審判官就各種具體情事以爲決定，但依余所信，如舊律所開安冒，（註一〇）義絕情事，（註一一）以及重大事項怠於通知等，（註一二）皆不失爲重大之事由。至我民法所

以採例示規定，使其易於解約者，蓋婚姻為男女終身大事，如有難期偕老之重大事由，而必強令隱忍，以至結婚後再行離婚，實不如事前解除婚約之為妥當也。

(註一)前大理院五年批字第六九號判例：「父母雖有主婚之權，至於已成之婚約，經當事人雙方合意解除，或法律上有可以解除之事由者，斷無反乎婚姻當事人之意思可以強其不准解除。」

(註二)前大理院六年上字第八四五號判例：「現行律載：若再許他人（中略）等語，是就該律類推解釋，男家悔約另聘成婚者，如前女仍願與為婚媾，自應令娶前女，而後聘者令其別嫁，如不願與為婚媾，自應准其解除婚約，是不待言。」

(註三)現行律婚姻男女婚約條例：「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。」

(註四)前大理院四年上字第八一〇號判例：「現行律載：期約已至五年，無過不娶等語，尋擇律意，期約二字，係指所定成婚之日期而言，娶親男女婚約律載：其應為婚者，雖已藉聘財，期約未至，而男家強娶，及期約已至，而女家故違期者等語，其意至明。故律載五年，無過不娶，聽官改嫁者，必其定有成婚日期者，始能適用，不能遽以定婚之日起算。」

(註五)陶希聖氏於其所著民法親屬編纂，即主此說，陶著謂：「第四款所定之疾病，為當事人自己過失所致，反之第五款所定之疾病，則當事人非已過失之所致。（中略）第四款既無過失所致，故設有重大不治之條件，第五款所定為有過失所致，故無此條件」（陶著二五頁）。

(註六)關於此點，徐義門氏與本書見解不同，徐著謂：「至其疾病發生於訂立婚約以後，抑係以前，固所不問，但發生於訂立婚約以前者，解釋上應以訂約時未經告知者為限，始能為解除婚約之原因者也」（徐氏前揭二五頁）。

(註七)現行律婚姻男女婚約條例：「若為婚，而女家妄冒者，處罰（謂如女有殘疾，卻令姊妹妄冒相見，後以殘疾女成婚之類）。追還財禮。男家妄冒者加一等，不追財禮。未成婚者，仍依原定。已成婚者，離異。」

(註八)前大理院四年上字第二三五七號判例：「現行律男女定婚之初，若有殘疾，務要兩家明白通知，各從所願等語。原認為男女有殘疾，在定婚之後者，無變更婚約之效力。惟茲詳釋律意，男女一造之殘疾，在定婚之初，既明認為重要，必須通知相對人，為所甘願，始可有效。」

訂立契約則喪失之生於定婚後者亦須通知相對人爲所甘願始可使契約繼續有效。

〔註九〕現行律婚姻男女婚姻條律：「其未成婚男女犯姦盜者，男子有犯，聽女別嫁，女子有犯，聽男別娶。」輯註：「犯姦盜者，男止言姦，女兼姦盜，或曰姦盜分貼男女，女止言姦者，非也。然律止稱姦盜，若犯別罪，不在此限。」

〔註一〇〕前大理院四年上字第一〇〇七號判例：「定婚之初，果有妄冒情事，卽已成婚者，依律尙許離異，若僅有婚約，自無不許其撤銷之理。」

〔註一一〕前大理院六年上字第九二二號判例：「按現行律，夫妻有義絕之狀，請求離異者，准其離異，依此類推解釋，凡定婚當事人彼此有義絕之狀者，當然可以準用該律規定，准其解除婚約。」

〔註一二〕現行律婚姻男女婚姻條律：「凡男女定婚之初，若有殘疾、老幼、庶出、過侮、乞養者，務要兩方明白通知，各從所願，寫立婚書，俟禮聘嫁。」

## 第二 解約之方法

婚約之解除，與一般契約之解除同，依民法第二五八條第一項規定，應向他方當事人以意思表示爲之，是不待言。然於解除婚約時，非無事實上不能向他方爲解除之意思表示者，如仍須向他方爲解除之意思表示，則解除婚約之目的不可得而達，故民法爲使容易達到解除婚約之目的起見，特於第九七六條第二項明定：「依前項規定解除婚約者，如事實上不能向他方爲解除之意思表示時，無須爲意思表示，自得爲解除時起，不受婚約之拘束。」所謂事實上不能向他方爲解除之意思表示，例如本條第一項第三款所定婚約當事人之一方生死不明，又或婚約當事人之一方住所或居所不明，難爲解除之意思表示是。所謂得爲解除之時，例如婚約當事人之一方生死不明已滿一年，其一年期滿，卽屬得爲解除之時期是。所謂不受婚約之拘束，卽其婚約認爲已經解除，不再負

### 履行婚約之義務。

### 第三 贈物之返還

如前所述，我民法固不以收受聘財爲定婚之要件，然在事實上男女當事人間，雙方或一方之父兄及其尊親屬間，非無交換定婚紀念品或贈物者，一旦解除婚約，能否各別請求返還，我民法未設明文，適用上不無疑義。關於此點，外國法律有明定其得依不當得利之規定，請求返還者，（註一）（註二）余則以爲應分別情形決之，殊難一概而論。即如係男女當事人間所爲之贈與，應解爲係以確保婚約成立爲目的之證約定金（arrha confirmatoria），如係當事人之尊親屬間所爲之贈與，則應解爲係以婚姻不成立爲解除條件之條件附贈與。從而前者，於婚姻不成立時，法律上之原因已不存在，應依不當得利之規定，請求其返還（民法第一七九條後段）。後者，則因解除條件成就，其贈與失其效力，應基於贈與之所有權，請求其返還（民法第九九條第一項）。（註三）

（註一）德民第一三〇一條：「婚姻不成立時，婚約人之一方，得依不當得利返還之規定，對於他方，請求返還贈與於相對人之物，或以其爲證明婚約所與之物。但因預約人一方之死亡，解除預約者，於不明之時，推定返還請求爲不能。」瑞民第九四條：「婚姻預約成立之贈物，於解除婚約時，得爲返還之請求。其贈物已不存在者，依不當得利之規定，回復原狀。因婚姻預約人一方之死亡，解除婚約者，不得爲返還之請求。」

（註二）查律男女兩家悔婚，關於財禮之處置，設有明文規定。即（一）男家悔婚再娶時，不追財禮。（二）女家再許他人時，追還財禮。（三）再許他人之女，應歸前夫。前夫不願，償追財禮。（四）後定婚者知情時，財禮入官（現行律婚姻男女婚姻條）。

（註三）關於此點，我國學者之意見頗不一致，余贊門氏以關於聘財，得依第一七九條後段請求返還，而於其他贈與物，除有其他撤銷贈與之情形外，不得請求返還（余氏前揭二七頁）。陶希聖氏謂除有其他撤銷贈與之情形外，亦可適用第一七九條後段之規定，請求返

運（陶氏前揭四四頁）。曹士彬氏則大體採返還說，但說明有異，略謂：「吾國習俗，對於交付財物或互換紀念物，究竟具有性質，各地不同，若無習慣可資準據，則無論如何，均須返還」（陶氏前揭一三三頁）。

#### 第五款 婚約不履行之損害賠償

此之所謂婚約不履行，其情形有二：有因當事人之一方有第九七六條第一項所定之事由，他方解除婚約，致婚約之不履行者；有因當事人之一方無第九七六條第一項所定之事由，違反婚約，致婚約之不履行者，因之其損害賠償責任，自不相同，茲分述如左：

#### 第一 解除婚約之損害賠償

依民法第九七六條第一項規定，婚約當事人之一方，如有法定事由之一，他方固得解除婚約，然他方當事人非無因解除婚約致受損害者，如不能請求損害賠償，殊欠公平，故我民法特從前大理院判例及瑞士民法，於第九七七條規定：「依前條之規定婚約解除時，無過失之一方得向有過失之他方，請求賠償其因此所受之損害」。（註一）此之所謂有無過失，就立法精義以為解釋，與通常所謂有無過失殊不相同，在通常所謂有無過失，係指是否欠缺注意而言，即欠缺注意者，謂之有過失，未欠缺注意者，謂之無過失；此之所謂有無過失，則指有無第九七六條第一項所定之法定事由言之，即有此法定事由者，謂之有過失，無此法定事由者，謂之無過失（關於此點，拙著中國婚姻法之見解有誤，故本書特加改正。但在我國一般學者仍解為通常所謂過失）。此之所謂損害，係專指財產上之損害而言，此不但與第九七九條第一項對照解釋為然，即就法理言之亦應如是，蓋我民法所謂損害賠償，



原則上惟限於財產上之損害賠償故也。(註二)財產上之損害有積極與消極之別，其屬於積極的損害者，如因婚姻之準備行為，喪失其現存之利益是。其屬於消極的損害者，如因婚姻之不成立，喪失其可得期待之利益(例如因職業之處置所生之損害)是(民法第二二六條)。

(註一)前大理院七年上字第六二三號判例：「解除婚約，因一造之事由而生者，他一造因訂約所受之損害，應由該一造負擔賠償之責」。

民法第九二條：「婚姻預約人之一方，無重大事由，違反婚姻預約，或因可歸責於己之事由，由自己或相對人解除婚約者，對於相對人及其父母或有其父母地位之第三人，就預見結婚以善意所為之準備，應為相當之賠償」。

(註二)關於此點，曹士彬氏與本書之見解有異，曹著略謂：「由於當事人之一方之有實行，以致解除婚約時，與違反婚約情形無異，蓋相對人信認婚約所為之準備行為，歸於徒勞，其地位聲譽亦被損毀，致相對人有有形與無形之損失，則使一方對於被害之相當人而有賠償上之義務，與無形損害之責任，按之正義公平為言之社會觀念，要無不當」(曹氏前稿一一七頁)。

## 第二 違反婚約之損害賠償

婚約，雖無強大之效力，不能請求強迫履行(民法第九七五條)，然男女當事人一經定婚，其為未來之配偶，極為顯然，如婚約當事人之一方，無第九七六條之理由違反婚約，則他方當事人之財產上及精神上難免不發生重大之損害，故我民法特從前大理院判例及瑞士民法，於第九八條規定：「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」，又第九七九條第一項規定：「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為限」。(註一)所謂無第九七六條之理由違反婚約，例如男子藉口女子貌醜，或不善交際，拒絕履行婚約，或延宕其履行是。第九七八條之所謂損害，係指財

產上之損害而言，其詳已於前述，可參照得之。第九七九條第一項之所謂損害，則指精神上之損害言之，所謂精神上之損害，即對於身體健康名譽自由及貞操等所加之損害是（民法第一九五條第二項）。其對於精神上之損害亦應賠償者，蓋所以加重違反婚約人之責任也。苟非如此，則婚約既不能請求強迫履行，而當事人之一方又可任意違反，是婚約之保障直等於無，殊非事理之平者矣。但請求精神上之損害賠償，惟以受害人無過失者為限，如受害人與有過失，則依據過失相抵之法則，無請求賠償之可言（民法第二一七條）。故我民法特設明文限制之。此之所謂過失，即通常所謂過失，其詳已於拙著中國民法債編總論中述之，茲不贅。又精神上之損害賠償請求權，係專屬於受害人本身之權利，以故外國法律有絕對禁止讓與者，我民法則從德國民法，於第九七九條第二項規定：「前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者，不在此限」（民法第一九四一條第二段）。（註二）蓋既已依契約承諾或已起訴，則已由專屬權利變為普通之金錢債權故也。（註三）

（註一）前大法院四年上字第一七七〇號判例：「現行律，凡女家悔婚者，如前夫不願再娶，應令女家賠償財禮，至於因悔婚發生其他之損失，雖無明文規定，自應適用通常損害賠償之原則辦理。」國民第九三條第一項：「因婚約預約之違反，婚約預約人之一方自己無過失，而於身份關係受重大之損害者，相對人如有過失，審判官得許其請求一定金額之慰籍金」。

（註二）國民第九二條第二項：「此請求權，不得讓與。但於繼承開始之時，已宣告或請求時，移轉於繼承人」。國民第一三〇條第二項：「此請求，不得讓與，亦不得移轉於繼承人。但此請求，已依契約承諾，或已有權利拘束者，不在此限」。我民法關於此點，係從德國民法，因第一九五條係仿德國民法（德民第八四七條第一項後半），此處自屬不能獨外。

（註三）關於解除婚約之損害賠償請求權及贈物之返還請求權，我民法不設特別時效之規定，似覺疏漏。關於此點，德國民法及瑞士民法設有規定，可供參考。國民第一三〇二條：「第一二五八條至第一三〇一條所定之請求，以婚姻預約解除後二年為消滅時效」。國民

第九五條：『由婚姻預約所生之請求權，因婚姻預約解除後一個年之時效而消滅。』

### 第三節 結婚

#### 第一款 概說

結婚 (Eheschließung) 者，一男一女以終身的共同生活爲目的之要式的契約也。析言之。

(一) 結婚之當事人須爲一男一女

婚姻大體由亂婚進於定婚，由團體婚進於個別婚，由一妻多夫婚，一夫多妻婚進於一夫一妻婚，已於前述，一夫一妻婚，是否婚姻制度之極則，學說上非無爭論，但在現代各國通行之婚制仍爲一夫一妻婚，我民法亦然，此就我民法第九八五條規定：『有配偶者，不得結婚』。卽不難知其梗概也。(註一) 我民法既採一夫一妻婚，從而結婚之當事人自以一男一女爲必要，且此男女，尙須具備法律所定之資格 (民法第九八〇條以下)，此與一般契約，當事人之爲男性女性，抑爲單數複數，原則上與其成立無關者，固有區別也。

(二) 結婚係要式的契約

結婚是否契約 (Vertrag) 學說上頗有爭論，有謂結婚是身分 (status) 而不是契約者 (屠景山著親屬法原理七一頁、七二頁) 此說將結婚行爲與因結婚而生之效果卽夫妻關係混爲一談，殊難贊同。有謂我民法係列契約於債編，故不應認結婚爲契約者 (郝氏前揭三一頁)，此說亦難贊同，蓋我民法雖列契約於債編，然非於債

權契約而外，否認其他契約之存在故也。亦有謂結婚爲法律行爲，而非契約者（牧野氏前揭二〇六頁、二〇七頁、穗積氏前揭六〇頁），此說更未見其是。蓋法律行爲不外契約，單獨行爲及共同行爲之三種，結婚既非契約，實爲單獨行爲或共同行爲，然與此二者皆屬不類，可見其說之不當。通說則謂結婚，依一男一女，以終生的共同生活爲目的之合意而成，故應認其爲契約，余亦謂然（余氏前揭二一頁、曹氏前揭八八頁、日本奧田、仁井、岡村、和田諸氏均同說）。又此契約，應依公開之儀式及二人以上之證人爲之（民法第九八二條），自屬要式的契約之一種，此點俟於結婚之形式要件中述之，茲不贅。

（三）結婚係一男一女以終生的共同生活爲目的

結婚，係一男一女以經營共同生活爲目的，爲現今一般之通說，所謂共同生活（*Lebensgemeinschaft*），卽此男女在精神上及物質上切實互助，以經營其適宜之生存。顧此，男女之生理的結合（*Beitwohnung*），是否共同生活所必需，學說上頗有爭論，余則以爲就我民法解釋，尙非絕對否認，何則，蓋我民法第九九五條明明以不能入道（*Impotentia*）爲撤銷婚姻之原因故也。（註二）又生育子女，是否結婚之目的，學說上亦有爭論，余則以爲就我民法解釋，應取否定說，何則，蓋我民法非如舊律以無子爲其出妻之要件故也。結婚之目的，不但在於一男一女之共同生活，且此共同生活須爲終生的，而非暫時的，否則朝秦暮楚，離合無常，實際上與苟合無異，初不能以婚姻目之也。（註三）結婚既須以終生的共同生活爲目的，從而附加期限或條件，則其結婚爲無效。但所謂終生的共同生活，以結婚當時有此目的爲已足，縱於婚姻共同生活進行中因故離婚，亦屬無礙。

(註一) 夫一妻婚是否婚姻制度之權則學說上頗有爭論。已於前述。此外社會主義論者謂：「夫一妻婚，乃男子之女子獨占制，女子之男子獨占制，男子之女子獨占，女子之男子獨占，與人類之財產獨占同，財產之獨占既所不許，則男女關係自應進於男子獨有 (Nationalization of husbands) 及女子獨有 (Nationalization of women) 之境。又婦女解放論者謂：擴張女權，解放婦女，不可不破壞國家組織及家族組織，婚姻為家族組織之基礎，罪惡之泉源，自不能不根本摧毀之，而倡所謂自由結合論 (Lunton Hebe)。自由主義論者則謂，男女關係應以愛情為基礎，法律應維護婚姻之終生的繼續，而愛情則不能永久不變，非以愛情結合之男女關係，其婚姻與實淫無異，於是主張所謂自由戀愛論 (Freie Hebe) 及自由離婚論 (Freie Ehehektung)。

(註二) 康維從男子之生理的結合，下婚姻之定義曰：「婚姻為男女兩性之結合，以終生互相互占有其性的特徵為目的。」(Kant, Rechtslehre, 24)。此說頗多非難之者，實則具有一面之真確。

(註三) 特以終生的共同生活為目的者，為終生婚 (Permanent marriage)。以暫時之共同生活為目的者，為定期婚 (Temporary marriage)。旅行定期婚者，為 Ungava 地方之 Eskimo 族，其美印度人 (North American Indians)。北亞非利加黑人種 (North African Negroes) 及古代亞刺伯人 (the ancient Arab) 等。

## 第二款 結婚之要件

### 第一項 概說

關於婚姻契約之成立，有不可缺之要件，即所謂婚姻成立要件 (Das Eheerfordernis, Die Voraussetzungen der Eheschliessung) 是。婚姻成立要件，可分為二：其一實質要件 (Die materielle Ehevoraussetzungen, Das materielle Eheschliessungsrecht, Ehehindernisse) 其二形式要件 (Das Formelle Eheschliessungsrecht, Formerfordernisse)。實質要件者，婚姻當事人本身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。凡婚姻契約之成立，必須具備上述兩種要件，如有欠缺，或以之為無效之原因，或以之為撤銷之標準，此為各國法律之所同，我民法從之，茲分述如左：

## 第二項 實質要件

### 第一 須由當事人自行決定

我國舊律，除明定孀婦改嫁須由自願外，（註一）其他之人則無結婚須由自願之明文，但既男女相悅而為婚姻，（註二）解釋上自以當事人之自行決定為必要，前大理院即本此見解，著為解釋，第三次親屬法草案從之。（註三）現行親屬法則以其事屬當然，不設明文，蓋婚約既應由男女當事人自行訂定（民法第九七二條），則為此婚姻預約之本約之婚姻契約（即結婚），其必須由男女當事人自行決定，實無可疑故也。

（註一）現行律婚姻居喪條例第二：「孀婦自願改嫁，由夫家祖父母、父母主婚。」

（註二）易咸卦程注：「咸之為卦，兌上艮下，少女少男也。男女相感之深，莫如少者，故二少為咸也。艮體篤實，止為誠聽之義。男志篤實以下女，女心悅而上應，男感之先也。男先之以誠感，則女悅而應也。」

（註三）前大理院四年統字第三七一號解釋：「查民法原則，婚姻須得當事人之同意，現行律無明文規定，第孀婦改嫁須由自願，則室女亦可類推。第三次草案第十六條：「結婚，由男女當事人自行決定（下略）」。

### 第二 須達一定之年齡

關於結婚年齡之規定，徵諸我國之文獻及法令，其法有二，有為結婚標準年齡，即男女最適當之結婚年齡者，有為結婚最低年齡，即男女得以結婚之最低年齡者，前者之年齡為較高，後者之年齡為較低，於勢然也。（註一）各

國現行法律則概屬後者，即概係規定結婚之最低年齡，但其年齡之高低則不一致，男子最高有至二十一歲者，最低有十四歲者，女子最高有至十八歲者，最低有十二歲者，大抵以男十八歲，女十五歲或十六歲為最普通。關於結婚最低年齡，就各國法律歸納言之，則有下列兩點可指，即（一）大抵熱帶地方，身體之發育為較早，故結婚年齡為較低，寒帶地方，身體之發育為較遲，故結婚年齡為較高，溫帶地方，身體之發育為適中，故結婚年齡介於熱帶與寒帶之間。（二）除奧大利男女一律為十四歲，智利及蘇俄男女一律為十八歲而外，其餘各國大抵男子之結婚年齡較高於女子兩歲或三歲，蓋亦以其身體之發育有早遲，無取乎以人力強弱之平者也。（註二）由此兩點觀察，可知結婚年齡之高低，應以男女身體發育之程度為準，過低固有早婚之弊，過高亦不無曠怨之虞，高低適度，斯為得之。我民法斟酌損益，於第九八〇條明定：（男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚）。大體上固甚妥當也。（註三）

（註一）其定結婚標準年齡者，據杜佑通典所載。

太古

男五十歲

女三十歲

中古

男三十歲

女二十歲

周

男三十歲

女二十歲

其定結婚最低年齡者，依歷代法令及文獻所載：

唐開元令

男十五歲

女十三歲

宋嘉定令

男十六歲

女十四歲

明洪武令

男十六歲

女十四歲

朱子家禮

男十六歲

女十四歲

(註二)各國法律所定之結婚最低年齡如左:

大體通例	
瑞典	男二十一歲
德國	男二十一歲
瑞士	男二十歲
挪威	男二十歲
丹麥	男二十歲
希臘	男十九歲
智利	男十八歲
土耳其	男十八歲
美國	男十八歲
巴西	男十八歲
秘魯	男十八歲
葡萄牙	男十八歲
荷蘭	男十八歲
蘇俄	男十八歲
匈牙利	男十八歲
法國	男十八歲
比利時	男十八歲
意大利	男十八歲
	女十四歲
	女十八歲
	女十六歲
	女十八歲
	女十八歲
	女十八歲
	女十七歲
	女十八歲
	女十八歲
	女十六歲
	女十六歲
	女十六歲
	女十六歲
	女十六歲
	女十六歲
	女十六歲
	女十五歲
	女十五歲
	女十五歲
	女十五歲
	女十五歲



中國民法親屬論

羅馬尼亞	男十八歲	女十五歲
盧森堡	男十八歲	女十五歲
日本	男十七歲	女十五歲
墨西哥	男十六歲	女十四歲
奧大利	男十四歲	女十四歲
羅馬法	男十四歲	女十二歲
西班牙	男十四歲	女十二歲
阿根廷	男十四歲	女十二歲
波利非亞	男十四歲	女十二歲
哥倫比亞	男十四歲	女十二歲
厄瓜多	男十四歲	女十二歲
奧都拉斯	男十四歲	女十二歲
巴拿馬	男十四歲	女十二歲
烏拉圭	男十四歲	女十二歲
委內瑞拉	男十四歲	女十二歲
英國	男十四歲	女十二歲
愛爾蘭	男十四歲	女十二歲
蘇格蘭	男十四歲	女十二歲

(註三)就生理方面立論，余以爲男子應爲二十五歲，女子應爲十八歲。『妾女子發育較早，衰老亦早，男子發育較遲，衰老亦遲，此就生理而言。』女子……二七而天癸至……七七任原虛……天癸竭。』丈夫……二八腎氣盈天癸至……七八肝氣衰……天癸竭。』不難知

之。如男女年齡相差甚微，極易釀成納妾重婚私通姦淫之流弊。」（法律評論第三五二期撰者譚陳長術氏「對於民法親屬繼承編歷先決各點之意見」參照）。

### 第三 須得法定代理人之同意

我國舊律，男女婚姻，須由主婚人主之，此即主婚權之濫觴。考主婚之制，始於有周（註二）著於唐律（註三）明律規定較爲詳明（註四）清律婚姻男女婚姻條例因之，現行律仍清之舊，前大理院則解釋主婚權爲結婚之同意權。（註四）其在外國法律，亦有關於結婚同意之規定，但可分爲兩派，有以維持家長之權力爲主，不問結婚家屬之年齡如何，皆須得家長之同意者，如羅馬法之規定是。有以保護子女之利益爲歸，子女達於一定年齡，則行親權人之同意權即行消滅者，如日耳曼法之規定是。自理論言之，自以日耳曼法之規定爲合理，現代各國法律從之，我民法亦然。但關於同意年齡，各國法律則不一致，有定爲二十一歲者（德民第一三〇五條），有以未成年爲限者（瑞民第九七條），有男爲二十五歲，女爲二十一歲者（法民第一四八條），有男爲三十歲，女爲二十五歲者（日民第七七二條）。我民法則從瑞士立法例，於第九八一條規定：「未成年人結婚應得法定代理人之同意」。夫男女婚姻，關於當事人之利害者至大，固應由當事人自行決定，然如當事人尙未成年，即許其自由結婚，則血氣未定，易爲感情所驅使，始謀不臧，後悔無及，我民法之以結婚同意權畀諸法定代理人者，即所以顧全男女當事人將來之幸福，並促其格外慎重也。至以是否成年爲結婚同意年齡之標準，則又因無論何人一屆成年，即有行爲能力，結婚既爲法律行爲，自得自由爲之，已無得法定代理人同意之必要。（註五）（註六）

(註一)主婚之制，始於有周，天子嫁女於諸侯，使兩姓諸侯主之，諸侯嫁女於大夫，則使兩姓大夫主之。至士庶人之婚嫁，禮之儀禮士昏禮所載六禮之辭，通常以父爲主婚人。

(註二)唐律嫁娶違律條：「諸嫁娶違律，祖父母、父母主婚者，婿坐主婚，若期親尊長主婚者，主婚爲首，男女爲從。餘親尊長主婚者，……其男女被逼，若男年十八以下及在室之女，亦主婚獨坐。」

(註三)大明會典卷二十婚嫁門載：「洪武二年令：凡嫁娶，皆由祖父母、父母主婚。祖父母、父母俱無者，從餘親主婚。」

(註四)前大理院十二年上字第一六五號判例：「男女當事人自訂之婚約，須得主婚人之同意，未得其同意者，主婚人如有相當理由，得撤銷之。」

(註五)所謂法定代理人，即此未成年人之父母或監護人（民法第一〇八六條、第一〇九八條）。關於同意權之行使，解釋上應適用民法第一〇八九條之規定，固屬當然，但如同意權人無正當理由而不同意，其解決方法如何，則法無明文，頗屬疑問。關於此點，外國法律有股補充同意之規定者，如日本民法由監護人及親族會補充同意（日民法第七二條第三項）。德國民法由監護法院補充同意（德民法第一三〇四條第二項）是。陶谷聖氏主張可請求親屬會議決定（陶氏前揭五二頁）。曹士彬氏則謂「同意權，殊無可以強制或剝奪之理由，毋須取親屬會議之同意」（曹氏前報一二七頁）。余以爲此時之未成年人不妨請求法院以審判代之。前大理院著有解釋，可供參考（統字第一二〇七號）。

(註六)於此有一問題，即禁治產人之結婚，是否須得法定代理人之同意。於此問題，瑞士民法及日本民法均設有明文規定，須得監護人之同意（瑞民法第九九條、日民法第七四條）。依我民法第十五條及第七九條之規定，解釋禁治產人之結婚及結婚，應屬無效，似無可疑，但依第一〇〇六條之類推適用，則我民法似又非否認禁治產人在回復當時之定婚及結婚，不過此定婚及結婚，解釋上須得法定代理人之同意耳。關於此點，曹士彬氏與本書之見解相反（曹氏前揭一二八頁）。

#### 第四 須非一定之親屬

##### (一) 立法理由

親屬，於相當範圍內，禁止互爲婚姻，此各國法律之所同，亦爲我國固有之禮制。歷朝關於此之規定，雖廣嚴粗密間有不同，然於禁止之點，則初無二致。考其理由，不外二端：一曰，基於倫理上之理由，如禮記所謂：「取於異姓，所以附遠厚別」是。一曰，基於生理上之理由，如左傳所謂：「男女同姓，其生不繁」是。近親結婚 (marriage of near relatives) 之禁止，其基於倫理上理由之點，固屬無可非難，但基於生理上理由之點，是否正確，則學說上頗有爭論。有謂：「婚姻結果之良善與否，唯當事人胚質中有多量聰明才智之根源，則血緣婚姻不特無損，且可爲聰明才智之保障」者（潘光旦氏著中國之家庭問題，一八四頁以下，屠氏前揭九九頁以下）。證諸事實，余亦謂然。雖然，胚質優良者之近親結婚，固應獎勵，惡劣者之近親結婚，固應禁止，但何者之胚質優良，何者之胚質惡劣，外觀上則不易分辨，我民法從一般立法通例，概括的禁止一定範圍內之親屬互爲婚姻，亦未始毫無相當之理由也。

## (二) 各國立法例

關於近親結婚之禁止，各國法律至不相同，大抵直系血親間，各國法律皆禁止結婚。旁系血親間以寺院法七親等內禁止結婚爲最廣，德國、那威、丹麥、捷克、蘇俄二親等內禁止結婚爲最狹，羅馬、瑞士、意大利、英國、葡萄牙則介於二者之間。直系姻親間，除蘇俄外，各國法律皆禁止結婚。旁系姻親間，則惟寺院法於二親等內禁止結婚，法國禁止前配偶之兄弟姊妹間之結婚，此外各國法律均無禁止明文，是蓋因旁系姻親間之關係較爲疏濬也。（註一）

## (三) 我國舊律

同宗不得結婚，始於有周，（註二）歷代法律沿襲之，現行律亦懸爲厲禁，故苟屬同宗，雖百世而婚姻不通。

(註三) 同宗之親，固不得互爲婚姻，即妻同宗無服親之妻，同宗總麻親之妻，父祖妾，及同宗總麻以上姑姪姊妹者，亦在禁止之列。(註四) 但在外親間禁止結婚之範圍，則有限制，即惟有服尊屬卑幼不得結婚，與夫父母之姑舅、兩姨、姊妹及姨、若堂姨、母之姑堂姑、己之堂姨及再從姨、己之堂外甥女、若女壻及子孫婦之姊妹不得結婚而已。(註五) 此外，有既非同宗，又非外親，而因血統關係亦禁止互爲婚姻者，即同母異父之兄弟姊妹及妻前夫之女是也。(註六)

(四) 現行民法

現行民法，關於近親結婚之禁止，乃另一體系，與舊律相比，出入殊甚，即與各國法律亦不相同，茲述其禁止之範圍如左(民法第九八三條第一項)。

(甲) 直系血親 直系血親，指己身所從出，或從己身所出之血親而言，已於前述(民法第九六九條第一項)。直系血親間禁止結婚，例如己身與其所從出之母、祖母、曾祖母及高祖母以上之祖母不得結婚，與其所出之女、孫女、曾孫女及玄孫女以下之孫女不得結婚是。直系血親間禁止結婚，爲各國法律之所同，我國舊律亦然，現行親屬法從之。

(乙) 直系姻親 直系姻親，指直系血親之配偶，配偶之直系血親及配偶之直系血親之配偶而言(民法第九六七條、第九七〇條)。(一) 直系血親之配偶間禁止結婚，例如己身與父之後妻，子孫之妻不得結婚是。(二) 配偶之直系血親間禁止結婚，例如己身與妻之母、祖母不得結婚是。(三) 配偶之直系血親之配偶

間禁止結婚，例如己身與妻之後母，妻前夫所生之子之妻不得結婚是。直系姻親間禁止結婚，除蘇俄外，爲各國法律之所同，我國舊律亦然，現行親屬法從之。

(丙) 旁系血親在八親等以內者，但表兄弟姊妹不在此限。(註七) 旁系血親，指非直系血親，而與己身出於同源之血親者而言，已於前述(民法第九六九條第二項)，旁系血親間禁止結婚，例如己身與胞姊妹、堂姊妹、再從姊妹及族姊妹不得結婚是。旁系血親間禁止結婚，依我民法第九八三條第一項第二款規定，以在八親等以內者爲限，各國法律，除寺院法外，尙無其例。我民法之以八親等爲限者，蓋羅馬法計算法之八親等適與我國舊律之所謂五世相當故也。此種規定，就宗親方面言之，比舊律爲較狹，就外親方面言之，則比舊律爲較廣，是否妥當，實屬疑問。(註八) 至表兄弟姊妹，我國舊律雖禁止結婚，然習俗遵守者少，故現行律不復載列此條，現行親屬法從之，以其爲旁系血親間禁止結婚之例外。不過自理論言之，堂兄弟姊妹禁止結婚，表兄弟姊妹則不禁止結婚，是否妥當，亦屬疑問耳。

(丁) 旁系姻親輩分不同者，但在五親等之外者不在此限，旁系姻親，指旁系血親之配偶，配偶之旁系血親及配偶之旁系血親之配偶而言，已於前述(民法第九六七條、第九七〇條)。(一) 就旁系血親之配偶言之，例如己身與兄弟之妻輩分相同得爲結婚，與伯叔父之妻輩分不同不得結婚是。(註九) (二) 就配偶之旁系血親言之，例如己身與妻之姊妹輩分相同得爲結婚，與妻之父之姊妹輩分不同不得結婚是。(三) 就配偶之旁系血親之配偶言之，例如己身與妻之兄弟之妻輩分相同得爲結婚，與妻之伯叔父之妻輩分不同不得結

婚是。旁系姻親間禁止結婚，除寺院法及法國民法外，尙乏其例。我民法亦祇限於輩分不同者不得結婚，且以在五親等以內者爲限，如在五親等之外，縱輩分不同，亦不在禁止之列。此項規定，比之我國舊律爲較狹。(註一〇)

姻親關係消滅以後，我國舊律仍禁止其結婚，如現行律娶親屬妻妾條律載：「其曾被出或已改嫁，而娶爲妻妾者，各處罰。」卽其明證。現行親屬法亦於第九八三條第二項明定：「前項姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。」蓋所以期近親結婚禁止之貫徹，而杜流弊也。

(註一)關於近親結婚之禁止，就各國法律之規定言之，有如下述：(一)羅馬法：直系血親間，兄弟姊妹間，從兄弟姊妹間，直系姻親間，禁止結婚。(二)寺院法：除直系血親間及直系姻親間禁止結婚外，關於旁系血親間之禁止結婚，最初從羅馬法，次及於從兄弟姊妹，再次及於再從兄弟姊妹，最後則擴張至於七親等內之親屬。關於旁系姻親間之禁止結婚，最初爲七親等，次縮小爲四親等，再次縮小爲二親等。(三)德國：直系血親間，全血緣，半血緣，兄弟姊妹間，(那威，丹麥，捷克，蘇俄同)，直系姻親間(瑞士，瑞典，那威，丹麥，捷克同)，禁止結婚。(四)瑞士：直系血親間，全血緣，半血緣，兄弟姊妹間，叔姪姑姪間(意大利，英國，葡萄牙，法國亦然，但得免除)，直系姻親間，禁止結婚。(五)法國：血親間結婚之禁止，與瑞士同，姻親則前四親之兄弟姊妹間，禁止結婚。(六)日本：直系血親間，旁系血親三親等以內，直系姻親間，禁止結婚。(七)蘇俄：血親間結婚之禁止，與德國同，但不禁止姻親間之結婚。

(註二)關於婚姻限制於異姓，所謂「娶妻不娶同姓，買妾不知其姓則下之」是也。春秋以後，同宗者因爲同姓，而共姓者則不必同宗，故自唐律以迄於清，爲廣行限制，規定共宗及共姓者，皆不得爲婚。前大理院判解，則變更律意，謂：「現行律不禁同姓不宗者，相爲婚姻。」(八年上字第九二號判例)。「同姓不宗之婚姻，既不違反律意，自屬有效。」(統字第一九〇九號解釋)。

(註三)娶妻不娶同姓，由來已久，孔子家語：「孔子曰：同姓爲宗，有合族之意，故繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而婚姻不通者，謂之道也。」又春秋傳曰：「宋三代之無大夫，惡其內娶也，不娶同姓者，主人偷防淫佚，與禽獸同也。」是固以後，苟係同宗同姓，卽禁止互爲婚姻。歷代沿之，唐律：「諸同姓爲婚者，徒二年。總麻以上，以姦論。」宋元明律，大體相同。現行律從親屬妻妾條律：「凡妻同宗無服。」

之親，處間並離異。蓋亦仍唐律之舊，禁止同姓爲婚又律註：「同宗者，指同宗共姓者而言，不論支派之遠近，籍貫之同異，皆是。」可見現行律亦因襲舊制，雖百世而婚姻不運。

(註四)現行律婚姻章親屬關係條律：「凡娶同宗無服之親及無服親之妻者，各處罰。若娶絕服親之妻及舅甥妻，各徒一年。小功以上及父祖妾者，各以姦論。曾祖出或已改嫁，而娶爲妻妾者，各處罰。妾各減二等。若娶同宗媳以上姑姪姊妹者，亦各以姦論，並離異。」

(註五)現行律婚姻章尊卑爲婚條律：「其父母之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨母之姑堂姑，已之堂姨及再從親堂外甥女，若女婿及子孫之姊妹，並不得爲婚姻。違者，各處罰，並離異。」

(註六)現行律婚姻章卑爲婚條律：「凡外姻有服尊屬或卑幼共爲婚姻，及娶同母異父姊妹，若妻前夫之女者，各以親屬相姦論。」

(註七)我民法第九八三條第一項第二款及第三款乍視之似覺衝突，實則第二款係規定旁系血親之輩分相同而在八親等以內者，不得結婚，一就以前結婚方面而爲規定，一就不得結婚方面而爲規定。但同屬一亦，而爲此廢極的消極的兩重規定，究嫌重複。故余意第九八三條第一項應改爲：「與左列親屬，不得結婚：一、直系血親及直系姻親。二、旁系血親在八親等以內者。但表兄弟姊妹，不在此限。三、旁

系姻親之輩分不同者。但在五親等之外者，不在此限。」(法律評論第三八九期拙著民法與親屬結婚之限制參照)。

(註八)現行親屬法，旁系血親同禁止結婚，以八親等爲限，舊律則八親等以外之遠房姪姪，亦在禁止之列，故曰比舊律爲較寬。舊律外親結婚之禁止，最多不過及於六親等，例如外姻有服尊長卑幼，不過爲三等親內之母之兄弟姊妹其餘如父母之姑舅兩姨姊妹不過五等親，父母之姨不過四等親，父之堂姨不過六等親，母之姑不過四等親，母之堂姑不過六等親，已之姨不過五等親，已之堂姨不過六等親，已之堂外甥女不過五等親，現行親屬法則擴張至於八親等，故曰比舊律爲較廣。隨著聖氏爲之批評曰：「揆立法之意，蓋拘於親屬依自然系統之分類，故外姻與同宗不應分科，於同宗結婚禁止範圍縮至八親等，已屬斷然違俗之立法，因此乃率涉而加廣外姻結婚之範圍，抑尤以異者，因此牽涉，乃使習慣上從未能有禁婚之幻想之親屬，乃加入禁婚之列，以立法而論，吾人以為結婚禁止應取列舉主義，民法之失策，蓋在取概括之規定也。」(陶氏前揭四六頁)。

(註九)關於此點，余能門氏有所批評，除著前：「對於前二點，余亦甚贊同，而對於後一點，則不無疑義，何也？蓋舊律拘守禮教之觀念，對於宗親準宗親限制過嚴，自以改之爲當，惟於旁系親親輩分相同者，毫不應如何之限制。推而論之，甚至胞兄弟之妻與兄弟難婚或於兄弟



死亡後，亦可相爲婚姻，則與我國倫理之觀念，大相違背，而事實之流弊亦多，此余所以體疑而不敢首肯者也」（余氏前揭三〇頁）。

曹士彬氏則謂：「其見解未免過於保守」（曹氏前揭一三三頁）。

（註一〇）舉例以言，如舊律禁止結婚之同宗親屬之妻，及於遠房親屬，現行親屬法則惟輩分不問者不得結婚，其範圍較狹，但亦有疑義在焉。爲廣者，例如舅妻，舊律固禁止結婚，堂舅母再從舅母則無禁止明文，現行親屬法則因其輩分不同不得結婚是。

## 第五 須無監護關係

我民法設定監護之原因有二，一爲未成年人之監護（民法第一〇九一條以下），一爲禁治產人之監護（民法第一一一〇條以下），凡此皆所以保護受監護人之利益也。如於監護關係存續中，監護人與受監護人可以結婚，則受監護人之意思難免不爲監護人所左右，故我民法爲保護受監護人之婚姻自由起見，特於第九八四條明定：「監護人與受監護人，於監護關係中，不得結婚」。但如已經受監護人父母之同意，則其結婚，即可認爲無礙於受監護人之利益，故我民法復做巴西及西班牙之立法例，認爲例外（巴民第一八三條第十五款，西民第四五條第三款），即縱在監護關係存續中，亦可結婚。所謂同意，不以生前行爲爲限，死後行爲即遺囑亦是。至若監護關係消滅，則與常人無異，自無禁止結婚之理由，此與姻親結婚之禁止，於姻親關係消滅後仍應適用者，固有別也。至在監護關係存續中先爲定婚，而於監護關係消滅後再爲結婚，是否有效，適用上不無疑問，依余所信，應爲肯定之解答。（異說郁氏前揭四三頁），但於有解約之重大事由時，受監護人得以其爲解約之根據，自不待言。

## 第六 須非重婚

我國婚姻制度，原取法於天地陰陽之理，以一夫一妻爲本則，如白虎通謂：「妻者，齊也，與夫齊體，自天子以至

庶人，其義一也。」即其明證。禮制既取一夫一妻主義，故歷代法律均有「有妻更娶妻者，後娶之妻，離異歸宗」（現行律妻妾失序律）、「逐壻嫁女，或女再招壻者，其女斷付前夫，出居完娶」（現行律逐壻嫁女律）之規定。不過於妻之外，認許納妾，尙難謂其爲嚴格的一夫一妻之制度耳。（註一）現行親屬法則以一夫一妻爲結婚要件之一，而於第九八五條規定：「有配偶者，不得重婚」。（法民第一四七條，德民第一三〇九條，瑞民第一〇一條，俄民第六八條，日民第七六六條，意民第五六條，巴民第一八三條第六款）。所謂有配偶不得重婚，應從廣義解釋，換言之，重婚，不以兩重婚姻爲限，即兩個以上之婚姻同時成立，亦爲重婚（刑法第二三七條）。重婚，在現行刑法有時構成犯罪（刑法第二三七條），民法上之重婚，則與構成犯罪與否無關，關於此點，前大理院著有解釋，可供參考。（註二）又我民法所禁止者，惟破壞一夫一妻制之重婚，如前婚已因無效撤銷或一方死亡而被解銷，再行婚嫁，自無不可，不過在女子方面尙須遵守再婚期間之規定耳（民法第九八七條）。至死亡宣告後之再婚，於撤銷死亡宣告時，是否成立重婚，頗屬疑問。余以爲事實上或不免於重婚之狀態，然究不能以重婚目之也。（註三）

（註一）妻與妾之區別，禮記內則曰：「聘曰妻，奔曰妾，六禮不備謂之妾」。前大理院三年上字第四三二號判例謂：「婚姻成立，必須經習慣上一定之儀式，其經一定儀式而成婚者，乃新刑律重婚罪成立之要件」。反是，未經習慣上一定之儀式者，自謂之妾。又兼祧並妻，後娶之妻應認爲妾，前大理院著有判例，可供參考（五年上字第一一六七號判決八年上字第一七七號判例）。

（註二）前大理院統字第六一七號解釋：「甲妻外出，僅年餘而歸，既別無消滅身分之原因，則仍爲甲之妻，了無疑義。至甲復娶丙，在刑事重罪罪縱或不能成立，而民事則就已成之事實言之，仍然爲二個婚姻。現行法既不許一人二妻，而與甲之婚姻，自應准其請求，予以撤銷」。

〔註三〕於此場合，此兩重婚姻之關係如何，其說有三，第一說謂前婚復活，後婚消滅。第二說謂前婚不復活，後婚仍然有效。第三說謂前婚復活，後婚亦非無效。依余所信，應以第三說爲是。查撒銷死亡宣告，溯及既往發生效力（民法第六三六條前段），故前婚當然復活，但後婚亦無因前婚復活而失其效力之理由，此時兩個婚姻實際處於重婚之狀態。於此問題，曹士彬於其所著中國民法親屬編論反覆辯論，敘述頗詳，可供參考（曹著一三六頁至一三九頁）。

### 第七 須非相姦者

相姦者結婚，在我國舊律，卽懸爲厲禁，前大理院仍之。（註一）及十八年六月司法部解釋，始解除此種限制。（註二）現行親屬法則一如舊律於第九八六條規定：「因姦經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚。」蓋在預防狡黠之徒，以姦通爲離婚之手段（民法第一〇五二條第一款），致潰廉恥之防，而長邪淫之風者也（第一次草案第二一條理由書參照）。相姦者結婚之禁止，始於寺院法，迄今守此限制者，惟德國、日本、巴西及西班牙之數國（德民第一三二二條、日民第七六八條、巴民第一八三條第七款、西民第八四條）。法國民法初亦禁止相姦者之結婚，然已於一九〇四年十二月十五日之法律（La loi du 15 Dec. 1904）廢止之。禁止相姦者之結婚，致使非婚生子女喪失一因婚準嫡之機會，於是具有主張與其設此規定，不如做瑞士民法規定一年至三年之刑罰的再婚禁止期間（*Verbotzeit*）者，其說頗有參考之價值。（註三）至所謂因姦經判決離婚，係專指裁判離婚而言，兩願離婚，則屬例外，其以裁判離婚爲限者，蓋姦通之事實既已爲法院所公認，苟非附此制裁，殊有害於善良風俗故也。若夫因姦受刑之宣告者，雖未必卽時離婚，然於婚姻解銷後與相姦者結婚，非不可能，故我民法亦一併禁止之。（註四）因姦受刑之宣告後婚姻之解銷，例如（一）因配偶一方之死亡婚姻之解銷，（二）因兩願離婚

婚姻之解釋，(三)因姦通以外之原因判決離婚婚姻之解銷是。

(註一) 現行律例姦通姦條律：「姦婦給付本夫，從其離異，若姦與姦夫者，姦夫主婚人各處罰，婦人仍離異。」但無配偶之男女因姦成婚，則婚姻仍為有效。前大理院七年上字第四九一號判例：「現行律例姦與姦夫者，婦人仍離異等語，係專指因姦而殺離婚之婦而言。此外國姦成婚，法律雖無認許明文，而若經有主婚權人之許可，則仍無礙於婚姻之有效。」

(註二) 司法院一八年院字第一〇四號解釋：「現行律例，姦與姦夫者，婦人仍離異等語，類與第二次代表大會婦女運動決議案相抵觸。依男女平等原則，凡夫妻一造與人通姦，均為請求離異之原因，至離異以後，則若離婚，絕對自由，自無不得與相姦者結婚之限制。」(法律評論)第三〇〇期拙著「相姦者結婚不應禁止乎」參照。

(註三) 陶希聖即有此說，陶著謂：「立法論，余以此規定為不必要，蓋通姦之事，決不因有此種威嚇之法規而減少。尤有進者，禁止通姦男女之結婚，徒增加私生子之數，蓋私生子豈失一因結婚準備之機會故也。(民法第一六〇四條)……余以為若以倫理的理由為不可忽，則瑞士民法第一〇四條，第一〇五條使以再婚為目的而離婚者，法院得於下離婚之判決時，於三年之內，一年以上定一等候期間，禁止其在此期間以內再婚，此種限制，較為合理。」(陶氏前揭五二頁)。

(註四) 於此有一問題，即因姦受刑之宣告者，緩刑期間，能否與相姦者結婚是有附刑之宣告之事實，並不因緩刑期間而消滅，應釋上仍應適用相姦者結婚禁止之規定者。(陶氏前揭五三頁，陶氏前揭一四九頁)余則以為就我刑法解釋，似不應留，蓋刑法第七六條明明規定：「緩刑期間，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告無效」故也。

## 第八 須已逾再婚禁止期間

婚姻關係消滅後，再為婚姻，原為法所不禁，已於前述，但在舊律，則因居喪受感之故，對於妻妾居喪而身自嫁娶者，特設處罰並離異之規定。此種規定，前大理院亦解釋為有效，不過以其為公益規定，非私人所能藉以告爭耳。(註一) 外國法律，亦多設有再婚禁止期間之規定，且有對於寡夫課以寡居義務(Wartpflicht)者，例如葡萄牙

民法及沙克遜民法對於鰥夫課以六個月之鰥居義務，普魯士法對於鰥夫課以六星期之鰥居義務。現行親屬法則從一般立法通例，惟對於女子設再婚禁止期間之限制，而於第九八七條規定：「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。」（法民第二二八條、第二九六條、德民第一三一條、瑞民第一〇三條、第一〇四條、日民第七六七條、巴民第一八三條、第八款、第九款、荷民第九一條、意民第五七條）。本條之用意，與舊律之基於倫理觀念者不同，蓋如於前婚關係消滅後，即行再婚，則此再婚之妻如適於此時有孕，其胎兒誰屬，頗難分辨，於一定期間內禁止再婚，即所以防止血統之紊亂也。雖然，再婚禁止期間之長短，各國法律不同，有定為十個月者，如德國、瑞典、挪威及丹麥是。有定為三百日者，如瑞士及法國是。有定為六個月者，如奧大利及日本是。我民法則定為六個月，蓋依醫學家言，從子女出生追溯懷胎之最長時期為三百零一日，而最短時期亦為一百八十日，有此六個月之限制期間，已足辨別其為何人之血統，不致有所混亂故也。（註二）再婚禁止期間，既係為防止血統之紊亂而設，從而如於六個月內業已分娩，自無再行禁止結婚之必要，故我民法以其為解除禁止之條件。惟自不致紊亂血統之點立論，其解除禁止之事由，尚非祇此一端，他如（一）前婚消滅後同一當事人間之再婚，（二）前夫受死亡宣告後之再婚（民法第八條），（三）前夫生死不明已逾三年而離婚者之再婚（民法第一〇五二條第九款），（四）前夫犯罪被處六個月以上之徒刑執行完畢後而離婚者之再婚（民法第一〇五二條第十款），（五）前夫不能人道而撤銷婚姻者之再婚（民法第九九五條），莫不皆無混亂血統之危險，我民法第九八七條但書，實不如瑞民第一〇二條第三項：「此外，女子不能依前婚而受孕時，或離婚後

男女再婚時，法院得縮短前項期間。』規定之概括。

(註一)現行律婚姻廢除條法律：「凡男女居父母喪及妻妾居夫喪而自嫁娶者，處罰。男子居父母喪而娶妾，妻居夫喪而嫁人爲妾者，各減等，並離異。如而共爲婚姻，減等。不知者，不坐，仍離異，追財產」。前大理院統字第五七六號解釋：「查現行律喪服制度既未廢止，則該律居喪嫁娶之規定，自應繼續有效。惟此種公益規定，非私人所能藉以告爭，審判衙門亦不能逕行干涉」。

(註二)關於再婚禁止期間之起算點，外國法律有明文規定者，如德國、瑞士、法國及奧大利以前婚姻關係消滅之時爲起算點，瑞典、挪威、丹麥以前婚之同樣生活(Zusammenleben)廢止之時爲起算點是。我民法解釋上應以前婚姻關係消滅之時爲起算點。

## 第九 須非不能人道

男女之生理的結合，是否婚姻共同生活所必需，學說上頗有爭論，已於前述，但我民法既於第九九五條規定：「當事人之一方，於結婚時不能人道，而不能治者，他方得請求法院撤銷之」。其以性交可能爲婚姻要件之一，蓋無可疑。關於此點，外國法律有設間接規定者，如俄國舊民法第四條規定：「滿八十歲之人，不得結婚」。是此種規定，係本於希臘教會之教義，蓋希臘教會置重於婚姻之肉體的方面，非肉體的結合(Copula Carnalis)，則夫妻不能成爲一體，夫妻不能成爲一體，即非完成婚(Matrimonium Consumatum)故也。此外有在解釋上以性交可能爲婚姻之要件者，如解釋德國民法第一五六條者謂，該條所謂違反婚姻上之義務，包含拒絕性交(Verweigerung der Beischlafes)及性交不能(Selbstverschuldete Impotenz)，解釋瑞士民法第一四二條者謂，該條所謂紊亂婚姻關係，包含性病及性交不能是。(註一)我民法則明爲規定，蓋受意大利都朗大學教授高生的尼(T. Cosantini)所著「撤銷別居離婚法草案」之啓示。(註二)所謂不能人道，即不能性交之意，如男爲天閹(司

法院院字第八三九號解釋，前大理院統字第一〇三一號解釋，女爲質女（前大理院統字第一二〇八號解釋），其即適例。但不能人道，以不能治愈者爲限，如能治愈則縱屬一時的不能人道，亦不得以其爲請求撤銷之理由。至能否治愈，應委諸醫生之鑑定，是不待言。又其不能人道，以在結婚時存在者爲限，如結婚後始成爲不能人道，則有時他方當事人亦應負責，故我民法不以其爲請求撤銷之原因。

（註一）德民第一五六八條規定：「配偶之一方，於不能強制婚姻存續之程度，顯然違反婚姻法之義務……紊亂婚姻關係時，配偶之他方，得提起離婚之訴」。所謂違反婚姻上之義務，據 Andemama 氏解釋，包含下列七種情事：（一）身圖之虐待，（二）重大之脅迫，（三）詬毀誣罔，（四）對於配偶之親屬生活之迫害及褻子之虐待，（五）必要扶養之拒絕，（六）性交之拒絕，（七）因婚姻外之性交所得之性病傳染。又瑞士民法第一四二條第一項規定：「於不能強制婚姻的共同生活繼續之程度，紊亂婚姻關係時，各配偶得提起離婚之訴」。所謂紊亂婚姻關係，據 Beger 氏解釋，不問因可歸責於自己與否，舉凡因性病及性交不能而致紊亂，皆包含之。

（註二）高生的尼所擬撤銷別居離婚法律草案第十五條規定：「除他方錯誤及未知悉外，左列之人不得結婚：一、婚姻前患有絕對或相對之不能人道，先天或後天的顯然而不能治愈，經法醫鑑定，證明於婚姻中不能生育者（下略）」。此案係不能人道根本不能結婚，我民法則爲結婚後得請求撤銷。

### 第十 須非在無意識或精神錯亂中

在一般法律行爲，須依當事人之健全意思爲之，此爲我民法第七五條後段所明定，婚姻爲法律行爲之一種，自不外是。故我民法第九九六條規定：「當事人之一方，於結婚時係在無意識或精神錯亂中者，得於常態恢復後六個月內，向法院請求撤銷之。」（德民第一三二五條、瑞民第一二三條、日民第七七八條第一款）。其以健全意思爲婚姻之要件，自無可疑。無意識，即全然喪失意思能力之謂。精神錯亂，則指精神作用暫時發生異狀以致喪失

意思能力者而言。此已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。不過嚴格言之，在無意識或精神錯亂中所爲之結婚，乃結婚不成立之問題，而非結婚無效或得撤銷之問題耳。無意識或精神錯亂，以在結婚當時有此現象者爲限，從而如無意識或精神錯亂非於結婚之際存在，則其對於結婚，固係以健全之意思爲之，縱事後精神陷於病態，亦不得據以爲請求撤銷之理由。但如結婚以後而有重大不治之精神病，得以其爲請求離婚之原因，則屬另一問題。

(民法第一〇五二條第八款)。

#### 第十一 須非被詐欺或脅迫

在一般法律行爲，須依當事人之自由意思爲之，此爲我民法第九二條第二項所明定，婚姻爲法律行爲之一種，自不外是。故我民法第九九七條規定：「因被詐欺或被脅迫而結婚者，得於發見詐欺或脅迫終止後，六個月內，向法院請求撤銷之。」(法民第一八〇條、第一八三條、德民第一三三四條、第一三三五條、意民第一〇五條、第一〇六條、瑞民第一二五條至第一二七條、日民第七八三條、第七八五條、俄民第八一條、西民第一〇一條、第一〇二條、巴民第二一〇條)。其以自由意思爲婚姻之要件，自無可疑。茲就詐欺與脅迫之二者分述如左：

##### (一) 因被詐欺而結婚者

因被詐欺而結婚者，故意詐欺他人，使陷於錯誤，且使其人因之而爲結婚意思表示之行爲也。析言之，所謂因被詐欺而結婚：(一)須詐欺人有詐欺之行爲，表示虛偽事實之行爲，謂之詐欺之行爲，舉凡捏造虛偽之事實，隱匿真實之事實及變更真實之事實皆屬之。(二)須詐欺人有詐欺之意思，所謂詐欺之意思，其情形有二，即詐欺



人有使他人陷於錯誤之意思，且因其錯誤而為結婚意思表示之意思。(二)須他人因詐欺陷於錯誤，錯誤，即意思與表示不一致之謂。關於結婚意思表示之錯誤，有屬於法律行為性質之錯誤者，有屬於當事人其人之錯誤者，有屬於當事人之性質之錯誤者。(註一)舉凡如知有此性質，且如對於婚姻本體為合理的判斷，即不為婚姻者，皆屬之。(德民第一三三三條)。(三)須他人因錯誤而為結婚之意思表示，換言之，即錯誤與結婚意思表示之間，須有因果關係，從而如他人所為之結婚之意思表示，非由於錯誤而生，即無適用本條之餘地。至第三人所為之詐欺，其效力如何，我民法未設明文，又財產狀態之詐欺，是否此之所謂詐欺，我民法亦無規定，此在適用上不無問題，余以為關於前者，以相對人明知其詐欺者為限，始得撤銷。(民法第九二條第一項，但書參照。曹士彬氏則主張不問相對人知情與否，概得撤銷，法律評論十卷第四、五期，曹著「民法第九九七條之研究」參照)。關於後者，則不得以其撤銷婚姻之原因，此等之點，德國民法設有明文規定，可供參考。(註二)

(二) 因被脅迫而結婚者

因被脅迫而結婚者，故意脅迫他人，使發生恐怖，且使其人因之而為結婚意思表示之行為也。(註三)析言之，所謂因被脅迫而結婚：(一)須脅迫人有脅迫之行為，告以將來發生危害之行為，謂之脅迫之行為，其受危害之主體，受危害之客體，以及危害之種類及程度如何，均非所問。(註四)(二)須脅迫人有脅迫之故意，所謂脅迫之故意，其情形有二，即脅迫人有使他人發生恐怖之意思，且因其恐怖而為結婚意思表示之意思。(三)須其脅迫係屬不法，所謂不法，應從廣義解釋，即不正亦是。(四)須他人因脅迫發生恐怖，所謂恐怖，究應依被脅迫人之主

觀的狀態決之。抑應依客觀的狀態決之。學說上頗有爭論，余則以為應依被脅迫人之主觀的狀態決之。蓋能否發生恐怖，係被脅迫人之心理的狀態故也。(五)須他人因脅迫而為結婚之意思表示，換言之，即恐怖與結婚意思表示之間，須有因果關係，從而如他人所為之結婚之意思表示，非由於脅迫而生，即無適用本條之餘地。

(註二)所謂法律行為性質之錯誤，即誤解結婚之性質是。其次所謂當事人其人之錯誤 (Error in persona, Personenverwechslung)，通常可分為有形的錯誤 (Error in persona) 與無形的錯誤 (Error quatuor in personam redundans) 錯誤。人自始知悉相對人其人者為有形的錯誤，否則謂之無形的錯誤。復次所謂當事人性質之錯誤 (Error qualitatis Eigenschaftsirrtum)，有關於身體的特異 (Alle körperlichen merkmale) 者，例如健康 (Gesundheit) 貞潔 (Virginität) 美麗 (Schönheit) 病弱 (Kranklichkeit) 結核病 (Tuberculose) 性病 (Geschlechtskrankheit) 是有關於遺傳的特異 (Alle sthlichen merkmale) 者，例如正直 (Ehrlichkeit) 柔和 (Gefügigkeit) 親切 (Güte) 是有關於精神的特異 (Alle Geistigen Eigenschaften) 者，例如賢明 (Klugheit) 藝術天才 (Künstlerische Begabung) 金錢 (Geld) 浪費 (Verschwendungssucht) 惡習 (Torbelt) 虛榮 (Eitelkeit) 粗率 (Unwahrhaftigkeit) 精神病 (Geisteskrankheit) 神經質 (Nervosität) 犯罪傾向 (Verbrecherische Neigung) 是。至當事人身分地位職業等之錯誤，則與當事人性質之錯誤，似是而不同 (即前者係外部的附屬於當事人身上之事項，後者係內部的附屬於當事人之性質)，自不得以其為撤銷結婚之原因。但前大理院則有與此相異之判決 (七年上字第一三六五號判決)。

(註三)德民第一三三四條「因詐欺而締結婚姻之配偶，於如知其情事且如就婚姻本體為合理的判斷，即不為婚姻者，得撤銷其婚姻。於第三人為詐欺時，以婚姻締結當時當事人知其情事為限，得撤銷之。不得因關於財產狀態之詐欺，為婚姻之撤銷。」

(註四)我民法既規定因被詐欺或被脅迫而結婚者如何如何，設因被強暴而結婚，或因被恐嚇而結婚，應為無效，抑屬可得撤銷，則屬疑。而余以為我民法所謂脅迫，係恐嚇之誤，如因強暴或脅迫而結婚，則屬根本無效，而非可得撤銷。至脅迫與恐嚇，乃程度重輕之區別，此點之刑法第三一八條第三四六條之規定而自明，茲不贅。

〔註四〕國民第一二六條：「配偶之一方，對於自己或其近親之生命健康或名譽，因急迫重大之危害，而殺強迫承諾結婚者，得撤銷其婚姻。」

## 第十二 附論

我現行民法關於結婚之實質要件，不外上述之各端，此外尚有爲舊律所有，而爲現行民法所無，但其限制已成過去者，亦有爲他國法律所有，而爲現行民法所無，但其限制尚有待於將來之採用者，茲爲供參考起見，略述如左：

### (一) 因特別身分及地位結婚之限制

我國舊律，關於結婚之實質要件，除一般要件外，尚有特殊之限制，歸納言之，大約可別爲下述之三種：(一) 因具有特別身分，絕對禁止其結婚者，即(甲)僧道(現行律婚姻僧道娶妻條例：「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」)。(乙)命婦(現行律婚姻居喪嫁娶條律：「命婦夫亡再嫁者，罪亦如之，並離異，知而並爲婚姻者，各減等」)。(丙)犯罪逃亡之婦女是(現行律婚姻娶逃走婦女條律：「凡娶犯罪逃走婦女爲妻妾，(中略)離異，又會赦免罪者，不離」)。(二) 因男女雙方有特別地位，禁止其結婚者，即(甲)官員與部民婦女(現行律婚姻娶部民婦女爲妻妾條律：「凡府縣親民官，任內娶部民婦女爲妻妾者，仍兩離之，女給親，財禮入官。若爲子孫弟姪家人娶者，罪亦如之」)及(乙)官員與妓女是(現行律婚姻娶娼妓爲妻條律：「凡文武官員並吏，娶娼妓爲妻者，處罰，並離異。若官員子孫娶者，罪亦如之」)。(三) 因在某

種情事之下，禁止其結婚者，即（甲）居父母及夫之喪（本項第八註一參照）及（乙）祖父母、父母犯死罪被囚禁時是（現行律婚姻父母囚禁嫁娶條例：「凡祖父母、父母犯死罪被囚禁而子孫自嫁娶者，處罰。若男娶妾，女嫁人爲妾者，減等。其奉囚禁祖父母、父母命，嫁娶妻者，不坐，不得筵宴」）。凡此種種，時至今日，已無復應加限制之理由，故現行民法採而不取。

## （二）劣種結婚之限制

現代各國法律，關於婚姻立法，有一嶄新之趨勢，其趨勢維何，即劣種結婚之限制是也。劣種結婚之限制，係由於優生學（Enganes）之理論而生，美國各州則率先以之應用於婚姻法，考其所限制結婚之人，爲下列之二類，即一爲精神病人，白癡，精神耗弱人及心神喪失人，一爲癩癩病人，花柳病人，傳染病人，重症肺病人，酗酒人及習慣犯人。第一種人結婚之限制，除無婚姻法之十三州而外，爲其餘各州之所同，第二種人結婚之限制，則各州法律頗不一致。計限制癩癩病人結婚者，爲 Connecticut, Indiana, Kansas, Michigan, Minnesota, New Jersey, North Dakota, Ohio, Utah, Washington 之十州，限制花柳病人結婚者，爲 Michigan, North Dakota, Utah, Vermont, Washington 之五州，限制傳染病人結婚者，爲 Indiana 之一州，限制重症肺病人結婚者，爲 North Dakota, Washington 之二州，限制酗酒人結婚者，爲 North Dakota, Ohio, Washington 之三州，限制習慣犯人結婚者，爲 North Dakota, Washington 之二州，限制被教助人結婚者，爲 Delaware, Indiana, Maine, Vermont 之四州。（註一）最近頒行之那威婚姻法，亦採劣種禁婚主義，即依據該法，精神病人不得結婚（第五條），有傳染

之虞之徵毒病人，不得結婚；花柳病有傳染之虞者，癩癩病人，癩病人，非告知相對人，並經醫生說明其病之危險性從其所願，不得結婚（第六條第一項）。劣種者應否限制其結婚，固不無反對之意見，（註二）但余以為優生學的婚姻立法，因一般婦女之漸次覺悟，吾人對於社會種族之義務漸次發達之結果，其必為成爲婚姻法之中心問題，實無可疑。此種立法，我現行民法未能採取，要有待於將來之補充。

（註一）美國各州之禁婚法，其內容至不一致，茲錄一九〇六年五月二十五日 Michigan 州關於婚姻及其程序之法律第六條如下，以見一般。即精神病人，白癡及患梅毒，並癩癩而尚未全愈之人，不得結婚。患梅毒及癩癩之人，尚未全愈而結婚者，爲重罪犯，處五百元以上千元以下之罰金，或五年以下之徒刑，又罰金與徒刑並科。關於本法之訴訟，得以夫爲妻之不利的人，或妻爲夫之不利的人，而訊問之。關於前述的疾病，爲夫或妻診察的或處方的醫生，於本法之訴訟，負證明由診察而得知之一切事實之義務。因癩癩、白癡、精神病等，而被收容於公立病院、養育院等之人，其疾病已全愈，無影響於子孫之危險時，仍非提出 名有資格醫生之證明書，不得結婚。通常而與未具備前項條件之患者結婚，及爲其助言謀介用權援助者，爲重罪犯，處一千元以下之罰金，或一年以上五年以下之徒刑，又罰金與徒刑併科。

（註二）反對劣種禁婚者之理由不一，有就養生學及爲其基礎之遺傳學而爲反對者；有以遺傳及適者生存之原理爲前提，而爲反對者；有就一般國民對於本問題之自覺尚未充分，而爲反對者；有由繁殖人口之立場，而爲反對者；有就殺禁止者本人之健康上着眼，而爲反對者；有從自由人權立論，而爲反對者。其詳參照德國遺傳學婚姻制度講義一七三頁以下。

### 第三項 形式要件

## 第一 立法主義

結婚，是否必依一定之方式爲之，其立法主義有二：即（一）事實婚主義，與（二）形式婚主義。事實婚主義

者，社會習慣上如有可認為婚姻之事實關係存在，法律即以之認為婚姻，而予以法律上婚姻之效力之主義也。形式主義者，不問社會習慣上有無可認為婚姻之事實關係存在，如已履行法定方式，法律即以之認為婚姻，而予以法律上婚姻之效力之主義也。事實主義與形式主義，各有優劣，即於證明有無婚姻關係及其成立時期之點，形式主義優於事實主義。反之，於婚姻之事實關係與法律關係一致之點，則事實主義優於形式主義。形式主義更可分而為二：即（一）宗教婚主義，與（二）法律婚主義。此二主義，係依其所履行之方式而為之區別，即其形式為宗教的，即依基督教儀節而結婚者，謂之宗教婚主義。反是，其形式為法律的，即結婚不在教會舉行，而須在官署為之者，則謂之法律婚主義。法律婚主義，一稱民事婚主義，其與宗教婚主義所履行之方式雖有不同，然於必須履行一定方式之點，則固無所區別也。

## 第二 各國立法例

關於結婚之形式要件，各國法律，頗不相同。在昔羅馬法，嚴格婚與自由婚同時存在。嚴格婚 (Strenge Ehe)，與形式婚相當。此種婚姻，以三種方式行之，即一為 *Confessio*，惟貴族得行。此種儀式，以神官二人與證人十人到場，於神前獻牲立誓。一為 *Coadjucio*，平民得行此種儀式，以證人五人到場，別有持衡者在旁，蓋做買賣之方式者也。一為 *Uana*，即時效是。自由婚，則依一男一女，以終生共同生活之意思，開始同居而成，無須履行何種之方式。此即所謂事實婚者是也。迨至帝政時代，因自由婚簡便易行，遂祇有自由婚而無嚴格婚。自中世紀以後，歐洲各國基督教義盛行，舊教婚姻法及新教婚姻法，皆明定結婚之意思表示，須於僧侶 (Priest) 或牧師 (Gehilfche) 與

證人二人之前爲之，於是由事實婚進於宗教婚。及十八世紀婚姻還俗運動 (Secularisation du mariage) 發生，一七九一年法國革命憲法宣言「婚姻不過民事契約」以後，又由宗教婚進於法律婚。現代各國法律，純採事實婚者，爲美國南 California 之一州。純採宗教婚者，已未之見。純採法律婚者，爲德國、法國、瑞士、意大利及日本。兼採法律婚及事實婚者，爲大革命後之蘇俄。(註一)兼採法律婚及宗教婚者，爲奧大利、西班牙、瑞典、挪威、英國及美國之各州。就採法律婚之各國言之，其程序繁簡，又不相同，大抵在德國、法國及瑞士，須經過下述兩種之程序：(一)須先由婚約當事人呈報婚姻預約於身分吏 (Nivstandsbearbeiter)，使之公告，藉此確定其婚姻之有無違反法律及其他之故障。(二)經過公告期間後，雙方當事人須親至身分吏前爲結婚之意思表示，再由身分吏宣示甚爲合法之夫妻，以之記入於婚姻登記簿。其在日本，則較簡略，即婚姻，因呈報戶籍吏而生效力，其爲呈報，祇須由雙方當事人及成年證人二人以上，以言詞或簽名之書面爲之。(日民第七七五條)。(註二)(註三)(註四)(註五)

(註一)俄國革命前之法律，採宗教婚主義，革命後之法律，係採何種主義，則有爭執。有謂其採法律婚主義者(多數說)，有謂其採事實婚主義者(少數說)。余則謂其兼採法律婚主義及事實婚主義。即原則上採法律婚主義，例外採事實婚主義。蘇俄親屬法第二條：「在人民身分登記局內，所爲之婚姻登記，視爲婚姻成立之鐵證，不許抗爭。其依宗教儀式結婚者，無論何種證明婚姻成立之文書，均無法律上之效力。」又第十二條：「關於未經登記之婚姻，法院得認爲婚姻同居之證據者，爲共同生活之事實。其此生活而生之共同家政，於私人信函內及他種文書內，由對於第三人所爲之夫妻名稱，以及因情形之需要而爲之經濟互助，及對於子之共同扶養等。」(註二)德國民法關於結婚之程序如下：(一)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(第一三一六條)。(二)當事人應親自或同時至身分吏前，陳述願爲結婚之意思。身分吏應爲受理(第一三一條)。(三)舉行婚禮之時，須有證人二人在場，由身分吏向當事人發問，是否有結婚之意思。經當事人肯定答覆後，宣示該雙方

已成爲婚姻當事人身分吏以之記入於婚姻登記簿（第一三一八條）。

（註三）法國民法關於結婚之程序如下：（一）結婚當事人應呈種種證書於身分吏。例如證明雙方年齡及性別之誕生憑證，以及證明父母允許之書面是。若係貧民，則須具備證明貧窮之書面，呈遞於身分吏，以免除登記費印花稅。（二）身分登記吏須於公署前公告結婚當事人姓名、職業、住所或居所，當事人是否成年及其父母之姓名、職業、住所，又須公告當事人出生之年月日（第六三條）。（三）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，當事人不在本年内結婚者，非重新公告，不得結婚（第六四條第六五條）。（四）利害關係人，得於公告期內陳述異議。於此情形，非經異議駁斥之後，身分吏不得舉行婚姻（第六八條）。（五）婚禮，在當事人住所地身分吏前公開舉行之（第一六五條）。

（註四）瑞士民法關於結婚之程序如下：（一）婚約當事人應陳述婚姻之約束於身分吏之前，此項陳述，須當事人自己爲之，或以簽字之書面爲之。並須呈遞出生證書，及父母或監護人之同意證書，當事人一方前婚配偶死亡之證書，前婚撤銷或離婚之判決（第一〇五條）。此項陳述，須呈遞於夫之住所地之身分吏（第一〇六條）。若陳述不合法，或當事人無結婚能力，或婚姻有障礙存在，身分吏得拒絕公告（第一〇七條）。（二）公告期內，利害關係人得陳述異議。此項陳述，須以書面向身分吏爲之。異議之無關於當事人結婚能力或障礙者，得即時駁斥（第一〇八條）。於有撤銷原因存在時，該官署得爲異議（第一〇九條）。身分吏於有人陳述異議時，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（第一一〇條）。若陳述異議人不，須向該管法院起訴（第一一一條）。陳述異議及起訴之期限爲十日（第一一二條）。（三）若無異議，或有人陳述異議而經法院駁斥者，身分吏因當事人之請求，應須給公告證書。當事人領到公告證書後，得於六個月內，在瑞士任何身分吏前舉行民事婚禮（第一一三條）。民事婚禮，應在結婚堂內公開舉行之。並須有成年二人作證（第一一六條）。身分吏應向雙方詢問其願否結婚，經肯定答覆以後，身分吏即宣示因此共諾而婚姻之連鎖爲有效（第一一七條）。（四）已婚當事人，應於禮後向身分吏領取結婚證書。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礙民事禮之規定（第一一八條）。

（註五）日本民法關於婚姻之形式要件過於簡單，於是發生內緣夫妻之流弊，彼國學者亟思有以補救之。有主張應如德國等民法，採嚴格的方式者。有主張如未經登記，即不許其結婚者。有主張得以信函或電話通知戶籍吏到場作證，如不遵行，即加以制裁者。有主張應



廣爲宣傳，俾一般民衆徹底了解法律之規定者。親屬編改正要綱第十二婚姻之成立，則有下列之規定：「(一) 婚姻，因舉行習慣上所認之儀式而成立，其證明成立之方法，應定於法律。(二) 依前項爲婚姻時，於一定期間內須呈報之。(三) 不依第一項之規定，其婚姻因呈報而成立。」

### 第三 我國舊律

我國結婚，自來必行一定之儀節，即所謂婚禮者是也。據禮記昏義載：「昏禮納采問名納吉納徵請期，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。」納采問名納吉納徵請期親迎，謂之六禮。(註一) 六禮俱備者謂之聘，否則謂之奔，聘之與奔，即妻妾之分界。六禮之制，歷代沿之，後世儀文，漸趨簡易，至朱子家禮則祇存其三，而併問名於納采，併納吉納徵爲納幣，請期則附行於納幣之時。(註二) 大清通禮從之，此我國婚禮之著於國家令典者也。雖然，在我國舊制，成妻與成婦有別，婚禮既成，祇爲成妻，妻於行見舅姑禮以後，始加入夫宗而成婦，成妻與成婦既不相同，於是有先成妻而後成婦者，即舅姑存，行盥饋禮於次日，亡則行廟見禮於三月之期是。(註三) 亦有先成婦而後成妻者，即魏晉朝時之俗是。晚近以還，婚禮不盡與六禮或三禮相符，而告祖與合卺又常行於同日。(註四) 故前大理院判例，祇以舉行習慣上一定之儀式，爲婚姻成立之要件。(三年上字第四三二號判例)，至其儀式如何，則非所問。可謂其爲特殊的形式婚主義。

(註一) 禮之意義如下：(一) 納采，禮記昏義注：「納采擇之禮，故婚禮云，下達納采用雁也。」儀禮昏禮註：「將欲與彼合婚姻，必先使媒氏下通其言，女氏許之，乃後使人納其采擇之禮。」(二) 問名，昏義註：「問名者，問其女之所生母之姓名……此二禮一使釐行之。」(三) 納吉，陳氏禮書：「納吉，即文定之說也。又謂之過書，言問名既得其實，歸而告於廟，卜擇吉兆矣，遣使往女氏納之，婚姻事定矣。」

(四)納徵，昏義註：「納徵者，謂聘財也。徵，成也。先納聘財，而後婚成。」(五)請期，昏義註：「請期者，謂男家使人請女家以婚時之期。何必請者，男家不敢自尊。」(六)親迎，卽至期親往迎婦之謂。

(註二)朱子家禮：「按古有六禮，家禮止存其三。查納采問名者，卽今之采擇之禮，以求生庚，故不云問名，而云納采也。納吉，納徵者，卽今之下吉而卜，故不言納吉而言納幣也。請期，親迎者，謂選擇成婚之期，請於女氏，而女氏許諾，卽行親迎之禮也。今請期一節，俱附行於納幣之時，豈爲簡便，甚合時宜矣。」

(註三)禮記昏子問：「三月而廟見，擇來歸也。擇日而祭於廟，成婦之義也。昏子問曰：「女未廟見而死，則如之何？」孔子曰：「不遷於祖，不祔於皇姑……歸葬於女氏之墓，示未成婦也。」」此爲三月廟見後定夫妻關係之說。鄭成康以此三月廟見，係指舅姑亡者，婦入三月之後，而以禮見舅姑於廟中，若舅姑存者，則於當夕同牢之明日，卽見舅姑，以成婚禮。依余所信，應以鄭說爲是。

(註四)所謂合卺，據禮記昏義載：「婦至，婿揖婦以入，共牢而食，合卺而醉。」註謂：「共牢而食者，共一牲牢而同食，不異牲。合卺而醉者，酌酒也，酌食畢飲酒，演安其氣，以一觴分爲兩，謂之卺，增與婦各執一片以隨。」

#### 第四 現行民法之規定

關於結婚之儀式，我國各地習慣雖不盡同，然除一般城市盛行所謂「文明結婚」外，其在鄉村社會，仍一本朱子家禮爲之，繁文縟節，諸多不便。(註一)故在第一草案至第三次草案，則改從日本民法，明定婚姻以呈報於戶籍吏而生效力。此種制度，非不甚善，第在日本已發生兩種流弊，卽(一)有事實上確係婚姻，而法律上不認爲婚姻者，卽所謂「內緣夫妻」是。(二)有事實上並非婚姻，而法律上遂認爲婚姻者，卽所謂「寫真結婚」是。(註二)以故現行民法則斟酌我國國情及前大理院判決，於第九八二條規定：「結婚應有公開之儀式，及二人以上之證人。」此種規定，有兩種涵義，卽一面明示結婚爲要式行爲，應具備一定之方式，以期社會之周知。一面明示結婚以

有儀式及證人爲已足，繁縟的儀式爲我民法所不採用。儀式公開云者，指置其儀式於不定多數人可以知悉之狀態而言，其儀式之爲新爲舊，以及登報公告於社會與否，均非所問。至證人之資格如何，我民法雖無明文規定，但解釋上自須爲達於成年而有意思能力之人（民法第一一九八條第一款、第二款），蓋結婚所用之證人，如不能了解其所證明之行爲，則與法律要求證人到場之用意相背戾故也。關於本條，最近司法院著有解釋，可供參考（院字第八五九號及第九五五號解釋）。抑有進者，我民法縱採儀式婚主義，能否免於日本民法之流弊，實屬疑問。依余所信，爲求法律生活與事實生活之適應，似以如蘇俄民法採法律婚主義及事實婚主義，較爲允洽焉。

（註一）添子家禮所載之結婚儀式如下：（一）是日，男子沐浴盛服，父率告祖先，四拜誼祝。父母分左右立，子向上跪，父舉酒杯向外，一揖，三灑於地，執筮杯，再一揖，轉身向內，易杯斟酒，醴子，子揖，接酒在手，子揖，父回揖，子跪，命曰：「往迎爾相，承我宗祧，勉率以敬，否則有常。」子受酒曰：「諾，惟恐不遠，豈敢而違。」食畢，四拜起，父取節蓋其首，乘輿親迎。（二）婿至門，女家接燈檮頭，先察嗣子，後戴髮盛服，父母率告祖先，四拜誼祝。醴酒禮與男子同。父命曰：「勸謹小心，早晚聽舅姑丈夫言辭。」母命曰：「必敬必戒，毋違夫子。」女跪諾飲曰：「諾。」興，四拜，父以紫纓繫其首，取節蓋之出，裝栲栳，引女登車。（三）婿出轎，主人出迎，三拱至堂，請婿過東階，侍者執雁一對，授婿，置於地，俯伏興，二拜平分，婿曰：「某受命於父，茲以嘉禮，敬醴成命。」卜人答曰：「某順從命。」婿又行二拜禮，請婿坐席，待女出迎，婿揖新人，行降西階，主人不送，婿出女從，婿拱手舉麾，送各登輿，婿先女後。至婿家，出立門外，拱婿出興，升堂交拜，而後歸房。

（註二）日美紳士協約，曾禁止日本再移民於美國，但日本人之現住美國者，其妻仍許登陸。於是住美國之日本人，遂由本國娶妻，互易小影，呈報於戶籍吏，而法律上婚姻成立，是謂寫真結婚。彼新嫁之入美也，常手持其夫之寫真，以辨識誰爲所夫，事爲美國所知，傳爲笑談。（法律經濟論二九九期拙著論事實婚與法律婚參照）。

### 第三款 結婚之無效及撤銷

## 第一項 概說

結婚須具備實質要件及形式要件，已於前述，但各種要件中，有重大與非重大之別，因之法律上之效力，自不一致。就各國法律言之，有分結婚之要件爲無效要件（*Trennende ehinderinis*）與不適法要件（*Aufschiebende ehinderinis*）及絕對要件（*Absolute ehinderinis*）與相對要件（*Relative ehinderinis*）者，如寺院法是，有分結婚要件爲無效要件（*Trennende ehinderinis*）與禁止要件（*Verhindernde ehinderinis*）及公益要件（*Öffentliche ehinderinis*）與私益要件（*Privat ehinderinis*）者，如法國民法是。（註一）有分結婚要件爲無效要件（*Öffentliche trennende ehinderinis*）撤銷要件（*Private trennende ehinderinis*）及不適法要件（*Aufschiebende ehinderinis*）者，如德國民法及瑞士民法是。（註二）有分結婚要件爲無效要件及撤銷要件者，如日本民法是。（註三）我民法則從日本民法分結婚要件爲無效要件及撤銷要件，凡具有無效要件者，其結婚爲無效，凡具有撤銷要件者，則其結婚即在可得撤銷之列。惟應注意者，關於一般法律行爲之無效及撤銷，我民法總則已設有明文規定（民法第七一條以下），親屬編之所以對於結婚特設無效撤銷之規定者，蓋婚姻爲人生之大事，一旦成立，非萬不得已，不應使其無效或撤銷，以免發生不良之影響也。至親屬編中未規定之事項，對於民法總則編之規定是否有其適用，學說上頗有爭論，余則以爲就法律體系言之，亦應有其適用，是爲當然（同說余氏前揭三四頁，郁氏前揭四八頁，異說和田氏前揭三三〇頁以下）。

（註一）在法國民法，有某種障礙存在，即得以無效之訴主張婚姻之無效者，爲無效障礙。有某種障礙存在，則禁止結婚，但如已結婚，其結婚

亦非無效者，爲禁止障礙。例如基於養親子關係之婚姻禁止（第三四三條第三四八條），再婚禁止期間之禁止（第二二八條第二九六條第二九七條）軍人官吏等之婚姻許可是。有某種障礙存在而結婚，即認爲違反公益者，爲公益障礙。例如婚姻適齡（第一四四條）重婚禁止（第一四七條）近親婚姻之禁止（第一六一條至第一六三條）是。有某種障礙存在而結婚，僅認爲違反私益者，爲私益障礙。例如強迫（第一八〇條）錯誤（第一八〇條）父母同意之欠缺（第一四八條至第一六〇條）是。

（註三）在德國民法，有某種障礙存在，其婚姻爲無效者，爲無效障礙。例如婚姻方式之不遵守（第一三二四條）無行為能力喪失知覺精神病（第一三二五條）重婚（第一三〇九條第一三二六條）近親結婚（第一三二七條第一三一〇條第一項）姦淫（第一三二條第一三三八條）是。有某種障礙存在，其婚姻得以撤銷者，爲撤銷障礙。例如法定代理人同意之欠缺（第一三〇四條第一三二一條）錯誤詐欺脅迫（第一三三三條至第一三五五條第一三五〇條）是。有某種障礙存在，則不得結婚，但如已結婚，其婚姻仍爲有效者，爲不違法婚姻。例如婚姻不適齡（第一三〇三條）父母同意之欠缺（第一三〇五條）取養關係之存在（第一三一一條）再婚禁止期間之違反（第一三一一條）軍人官吏外國人婚姻許可之欠缺（第一三一五條）公營之欠缺（第一三一六條）是。他如第一三〇九條第一項，第二項，第一三一一〇條第二項，第一三一八條，第一三二〇條，第一三二四九條規定之事項皆屬之。瑞士民法與之大同小異。

（註三）在日本民法，無效要件，爲當事人無結婚之意思及不呈報戶籍吏（日民第七七八條）之二者。撤銷要件，則爲未滿適婚年齡，重婚，違反再婚禁止期間，相姦者結婚，近親結婚，父母同意之欠缺，被詐欺脅迫之結婚等（第七八〇條以下）。

## 第二項 結婚之無效

### 第一 結婚無效之原因

我國舊律所載嫁娶違律處罰雖異諸條，雖皆爲婚姻應喪失其效力之原因，但並無無效與撤銷之區別。前大理院判例及解釋，則明示何者爲無效之原因，何者爲撤銷之原因。考判解所示，結婚無效之原因有三：（一）定

婚無效。(註一)(二)未舉行成婚儀式。(註二)及(三)典賣爲婚是。(註三)現行民法則折衷各國法制，以未履行結婚儀式及違反近親結婚限制之二者，爲結婚無效之原因。而於第九八八條規定，結婚有左列情形之一者，無效。

(一)不具備第九八二條之方式者

依我民法第七三條規定：「法律行爲不依法定方式者，無效」。結婚爲要式法律行爲之一，如不具備第九八二條所定之方式，應屬無效，是爲當然，本款之設，實不外一種注意的規定。

(二)違反第九八三條所定親屬結婚之限制者

依我民法第七一條規定：「法律行爲違反強制或禁止之規定者，無效」。親屬結婚之限制，係屬禁止規定，如有違反，應屬無效，是爲當然，本款之設，亦不外一種注意的規定。(註四)

關於結婚之要件，如前所述，達十有一種之多，我民法准以此兩事爲結婚無效之原因者，蓋婚姻爲人生之大事，既經結婚，非萬不得已，不得以其爲無效故也。

(註一)前大法院四年上字第一五一四號判例：「定婚爲成婚之前提要件，據現在繼續有效之前清現行律載：『男女定婚，訂立婚書，依禮聘娶』。又載：『雖無婚書，但曾受聘財者亦是』。等語，是婚約必備此要件之一，始能認爲有效成立，苟無一具備，雖已成婚，於法律上不生婚姻之效力」。此項判決，就現行民法解釋，已經認其存在。

(註二)前大法院統字第一三五七號解釋：「儀式爲婚姻成立之要件，若夫婚約之呈報，與婚書之納稅，係屬行政事項，與私法上之婚姻效力無涉」。

(註三)前大理院統字第一〇五四號解釋：「甲與丙買賣為婚並無證書或財禮，亦與以妾為妻不同，按之現行律規定，尙難認為有婚姻之效力，丙丁自不成立重婚罪。」

(註四)關於此點，陶希聖氏有所批評，陶著略謂：「立法論，本條第二款與第九八三條相形為不當，查瑞士民法雖認近親結婚為無效（瑞士民法第一二二條），但其禁止範圍，乃極狹，今民法第九八三條禁婚範圍之廣為可驚，抑且舊法與習慣素不禁婚之男女，一朝乃以法律禁止其結婚並認定結婚為無效，則民法親屬編之施行，直不啻為社會增加無數之私生子與無效婚姻，陶斯民於無告」（陶氏前揭五六頁）。其說頗可參考。

## 第二 結婚無效之主張

關於結婚無效主張之方法，自來有兩種主義，結婚如有無效原因，不待以訴主張，即當然為無效者，是謂當然無效主義。結婚縱有無效原因，亦非當然無效，必須以訴主張，經法院宣告其無效，始為無效者，是謂宣告無效主義。前者，法國民法及日本民法採之（法民第一四六條，日民第七七八條）。後者，德國民法及瑞士民法採之（德民第一三二九條，瑞民第一三二條）。如採後之主義，則結婚之無效（Nichtigkeit）必於法院宣告無效之判決確定後，始溯及當初為無效，與得撤銷之婚姻（Die aufzubreche Ehe）並無差別，殊為不當，故為我民法所不採用。雖然，結婚之無效，無須以訴主張之固矣，然結婚當事人或其利害關係人為確定婚姻之無效，提起訴訟，自所不禁。顧此種訴訟之性質如何，則德、日民法學者間頗有爭論，有謂其概為形成之訴（Geistaltungsklage）者，此在德國，是為通說。（註一）有謂其概為確認之訴（Feistellungsklage）者，此在日本，是為通說。有謂未履行結婚儀式為確認之訴，違反親屬結婚之限制為形成之訴者，此在德、日兩國為少數說。（註二）依余所信，應從第二說，概以其為

確認之訴，何則，蓋形式之訴，係以有效之法律行為使其無效爲目的，無效婚姻，縱令外觀上有婚姻存在（例如第二款），然究與有效婚姻有別，其爲無效，無所用其形成故也。至婚姻事件之訴訟程序，我民事訴訟法規定頗詳，可參看得之，茲不贅（民訴法第五六四條以下）。

（註一）訴依原告所求判決之內容，可分三種：（一）求爲給付判決之訴，謂之給付之訴。原告之請求存在，而被告曾履行之判決也。給付之訴，即求此項判決之訴。（二）求爲確認判決之訴，謂之確認之訴。確認判決者，止於確定法律關係存在或不存之判決也。確認之訴，即求此項判決之訴。（三）求爲形成判決之訴，謂之形成之訴。形成判決者，認原告有可致某法律上效果之權利而生此項效果之判決也。形成之訴，即求此項判決之訴。

（註二）此訴之以不履行結婚儀式爲確認之訴者，蓋當事人不履行結婚儀式，其若婚在外觀上本不能成立故也。至以違反親屬結婚限制爲形成之訴者，蓋當事人既已履行結婚儀式，是其結婚在外觀上已經成立，今以訴主張其無效，實不外使外觀上有效之婚姻爲無效故也。

### 第三 結婚無效之效力

如前所述，結婚無效，乃婚姻自始即非當然存在，從而由婚姻而生之效力，自屬概不發生。申言之，不但婚姻當事人間不生身分上、財產上之效力，即其所生之子女亦爲非婚生子女。其在後者，外國法律有明定：「婚姻被宣告無效，其所生之子女，不問父母之善意惡意，概視爲婚生子女」者（瑞民第一三三條），我民法未設明文，自難爲同一之解釋，不過從實際言之，似以特設規定較爲妥當耳。至就婚姻無效或確認其成立不成立之訴所爲之判決，依民事訴訟法第五七八條第一項之規定，對於第三人亦有效力，是不待言。



### 第三項 結婚之撤銷

#### 第一 結婚撤銷之原因

關於結婚之要件，如前所述，達十有一種之多，除上所述未履行結婚儀式及違反親屬結婚限制應屬無效外，其餘各種要件，皆為可得撤銷之原因，茲述如左：

- (一) 違反結婚年齡者（第九八九條）。（註一）
- (二) 未得法定代理人之同意者（第九九〇條）。
- (三) 結婚在監護關係存續中者（第九九一條）。
- (四) 違反重婚之禁止者（第九九二條）。（註二）
- (五) 違反相姦者結婚之禁止者（第九九三條）。
- (六) 違反再婚禁止期間者（第九九四條）。
- (七) 於結婚時不能人道者（第九九五條）。
- (八) 於結婚時在無意識或精神錯亂中者（第九九六條）。
- (九) 因被詐欺或被脅迫而結婚者（第九九七條）。

（註一）違反結婚年齡者，視為得撤銷婚姻之原因，因為各國法律之所同，但在我民法如與第十三條第三項比較觀察，則有流弊，蓋據第十三條第三項規定：「未成年人已結婚者，有行為能力。」依此解釋，則縱屬未達法定年齡之男女，一旦結婚，於未經適法撤銷以前，仍屬

有效，即不能不認其有完全之行為能力。流弊所及，寧有虛此耶？

(註二) 違反重婚之禁止，多謂應以其爲無效之原因，但有有力之反對說（拙譯婚姻法之近代化一八頁註三）。余則以爲爲貫徹嚴格的  
一夫一妻制之立法旨趣起見，應採無效主義。德國民法第一三二六條，瑞士民法第一二〇條，均採無效主義。日本民法雖採撤銷主義，  
但親族法改正要綱則採無效主義。

## 第二 結婚撤銷權之主體

一般法律行爲之撤銷權人，通常爲法律行爲之本人或其法定代理人（民法第七九條、第八八條、第八九條、第九二條），結婚之撤銷權人（Anfechtungsberechtigt），則不以本人或其法定代理人爲限，茲述如左：（註一）

（一）違反結婚年齡者，其撤銷權人爲當事人或其法定代理人（第九九八條）。

（二）未得法定代理人之同意者，其撤銷權人爲法定代理人（第九九〇條）。

（三）結婚在監護關係存續中者，其撤銷權人爲受監護人或其最近親屬（第九九一條）。何謂最近親屬，解釋上頗屬疑問。依余所信，當係指與受監護人親等較近之親屬而言，其爲血親姻親、直系旁系，均非所問。（註二）

（四）違反重婚之禁止者，其撤銷權人爲利害關係人（第九九二條）。所謂利害關係人，例如現爲婚姻之配偶，及前爲婚姻之配偶是。

（五）違反相姦者結婚之禁止者，其撤銷權人爲前配偶（第九九三條）。

（六）違反再婚禁止期間者，其撤銷權人，爲前夫或其直系血親（第九九四條）。其子直系血親以撤銷權者，蓋爲防止血統之紊亂，與前夫之直系血親有利害關係故也。

(七) 於結婚時不能人道者，其撤銷權人爲他方當事人（第九九五條）。

(八) 於結婚時在無意識或精神錯亂中者，其撤銷權人爲本人（第九九六條）。

(九) 因被詐欺或被脅迫而結婚者，其撤銷權人爲被害人（第九九七條）。

(註一) 外國法律，有區分撤銷之原因爲屬於公益屬於私益者。如日本民法以不道年齡者之婚姻（日民法第七六五條）、重婚（第六六條）、再婚禁止期間內之婚姻（第七六七條）、相姦者間之婚姻（第七六八條）、近親婚姻（第七六九條至第七七一條）、爲屬於以保護公益爲目的之撤銷原因。以未經同意權人同意之婚姻，因詐欺或脅迫而得同意權人同意之婚姻（第七七二條至第七七四條）、因詐欺或脅迫之婚姻（第七八五條）、妾子緣組特效或被撤銷時之婿妻子緣組（第七八六條）、爲屬於以保護私益爲目的之撤銷原因。其屬於公益者，檢察官亦有請求撤銷權。屬於私益者，則否。我民法無此區別，檢察官自不得爲撤銷權人。

(註二) 曹士彬氏謂：「民法第九九一條規定之最近親屬，固意含混，應以爲雖不限定血親，要以有親屬會議之會員資格者爲限（參照第一一三一條第一一三二條），因親屬會議有監督監護事務之權責故也」（曹氏前揭一六六頁）。其說頗失之概。

### 第三 結婚撤銷主張之方法

一般法律行爲之撤銷，應以意思表示爲之，如相對人確定者，其意思表示應向相對人爲之，此爲我民法第一一六條所明定。但在結婚之撤銷，則須以訴主張之，此就我民法第九八九條等「得向法院請求撤銷」之規定觀之而自明。良以婚姻之撤銷，乃使有效成立之婚姻失其效力，對於當事人及第三人均有重大影響，不能不慎重行之故也。雖然，撤銷婚姻之訴，究爲形成之訴，抑爲確認之訴，學說上頗有爭論，依余所信，應以其爲形成之訴。蓋得撤銷之婚姻，在未經撤銷以前，仍屬有效成立，不過因有撤銷原因存在，得向法院請求爲使此有效婚姻向得來失其效

力之判決，從而此種判決，有變更法律關係之效力，自爲形成判決之一種，請求爲此形成判決之訴，自屬形成之訴。至關於撤銷婚姻之訴訟程序，我民事訴訟法規定頗詳，可參照得之，茲不贅（民訴法第五六四條以下）。（註一）

（註一）關於婚姻撤銷之訴提起之時期，有應注意者：其一，當事人雙方或一方死亡後，解釋上仍可提起婚姻撤銷之訴。此因死亡之效力僅及於夫妻間之身分關係及財產關係，而於生存之配偶子女或其他第三人間之身分關係，即法定血親關係、姻親關係、養親關係及繼承關係等，仍依然存在故也。其二，當事人已爲離婚後，解釋上亦可提起婚姻撤銷之訴（和田氏前掲三七〇頁至七一頁）。但在德國民法，則有禁止明文，其第一三三八條規定曰：「婚姻解除後，不得撤銷。但婚姻解除，係因無撤銷權配偶之死亡而生者，不在此限。」

#### 第四 結婚撤銷之效力

關於結婚撤銷之效力，自來有三種主義：結婚撤銷之效力溯及既往，一經撤銷，則其婚姻自締結之始卽爲無效者，是謂溯及主義。此主義，英國法律及德國民法採之（德民第一三四三條）。結婚撤銷之效力不溯及既往，惟向得來發生效力者，是謂不溯及主義。此主義，瑞士民法及日本民法採之（瑞民第一三二條、日民第七七七條）。結婚撤銷之效力，視當事人之爲善意惡意而不同，卽在當事人雙方皆爲善意時，結婚撤銷之效力不溯及既往，當事人雙方皆爲惡意時，結婚撤銷之效力溯及既往，當事人一方爲善意他方爲惡意時，對於善意當事人結婚撤銷之效力不溯及既往，對於惡意當事人結婚撤銷之效力溯及既往者，謂之折衷主義。此主義，法國民法及日本舊民法採之（法民第二〇一條、第二〇二條、日舊民事編第六六條）。我民法於一般法律行爲之撤銷，採溯及主義（民法第一一四條第一項），而於結婚之撤銷，則採不溯及主義，特於第九九八條規定：「結婚撤銷之效力，不溯及既往。」蓋因婚姻所生之身分上及財產上效果，如依嗣後之撤銷，視爲自始無效，殊足以使法律關係陷於紛亂，而

擾動其既定之利害關係故也。婚姻之撤銷，既惟自有撤銷判決之日起，發生效力，從而由婚姻而生之親屬關係及家屬關係，應從撤銷判決以後，視為未曾發生關係，自不待言。然此係就身分上之效力（*Personliche Wirkung*）而言，關於財產上之效力（*Vermögensrechtliche Wirkung*）如何，我民法則未設明文，適用上頗屬疑問。關於此點，日本民法設有規定，可供參考。（註一）

（註一）婚姻撤銷，關於財產上之效力，日本民法規定頗詳。即（一）婚姻當時，不知其撤銷原因存在之當事人，因婚姻取得財產者，權於現受利益之限度內為返還。（二）婚姻當時，知其撤銷原因之當事人，則須返還因婚姻所得利益之全部。相對人為善意時，並對之任損害賠償之責（日民法第七八七條第二項第三項）。

### 第五 結婚撤銷權之消滅

在一般法律行為，其撤銷權，通常因一定期間之經過及撤銷權人之行為而消滅（民法第七九條、第八八條至第九〇條、第九二條、第九三條），結婚撤銷權，則尙可因一定事由之發生而消滅，茲就各種情形，分述如左。（註二）

（註二）

- （一）違反結婚年齡者，其撤銷權因已達結婚年齡，或已懷胎而消滅（第九八九條）。
- （二）未得法定代理人之同意者，其撤銷權因自知悉其事實之日起已逾六個月，或結婚後已逾一年不請求撤銷，或已懷胎而消滅（第九九〇條）。此項期間，係除斥期間，而非消滅時效，此就第九九〇條等之用語例觀之而自明。

(三) 結婚在監護關係存續中者，其撤銷因結婚已逾一年不請求撤銷而消滅（第九九一條）。

(四) 違反重婚之禁止者，其撤銷權因前婚姻關係消滅而消滅（第九九二條）。

(五) 違反相姦者結婚之禁止者，其撤銷權因結婚已逾一年不請求撤銷而消滅（第九九三條）。

(六) 違反再婚禁止期間者，其撤銷權因自前婚姻關係消滅後已逾六個月不請求撤銷，或已在再婚後懷

胎而消滅（第九九四條）。

(七) 於結婚時不能人道者，其撤銷權因自知悉其不能治之時起已逾三年不請求撤銷而消滅（第九九

五條）。

(八) 於結婚時在無意識或精神錯亂中者，其撤銷權因常態回復後六個月內不請求撤銷而消滅（第九

九六條）。

(九) 因被詐欺或被脅迫而結婚者，其撤銷權因發見詐欺或脅迫終止後六個月內不請求撤銷而消滅

（第九九七條）。

（註）撤銷權因一定事由之發生而消滅者，例如違反結婚年齡之撤銷權，因已達結婚年齡，或已懷胎而消滅（第九八九條）。違反重婚

禁止之撤銷權，因前婚姻關係消滅而消滅（第九九二條）。違反再婚禁止期間之撤銷權，因再婚後懷胎而消滅（第九九四條）。是外

國法律關於婚姻之撤銷權，尚有永久不消滅者，例如日本民法關於重婚相姦者間之婚姻及近親婚姻，其撤銷權永久不消滅是（日

民法第七六六條、第七六八條至第七七一條）。

（註二）於此有一問題，即得請求撤銷之婚姻，如經追認，是否得為撤銷。關於此點，日本民法第七八〇條第二項、第七八四條第四款及第七

八五條定有明文，不得撤銷，最高法院院判例亦謂：「有撤銷原因之婚姻，曾經追認者，不得於追認之後，復請撤銷。」（二十年上字第二九六號判例）可為解釋上之參考。

#### 第四項 結婚無效及撤銷之損害賠償

關於結婚無效或被撤銷之損害賠償，與無法定原因違反婚約之損害賠償同，即：

##### （一）財產上之損害賠償

當事人之一方，因結婚無效或被撤銷，而受有損害者，得向他方請求賠償。但他方無過失者，不在此限（民法第九九條第一項）。

##### （二）非財產上之損害賠償

前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額，但以受害人無過失者為限（民法第九九條第二項）。前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限（民法第九九條第三項）。

#### 第四節 婚姻之普通效力

##### 第一款 概說

##### 第一 婚姻之效力概觀

婚姻之效力與親屬之效力同，雖其主要部分於民法法典中規定之，然在其他法令中，例如民事訴訟法、刑事

訴訟法及國籍法等，非無關於婚姻效力之規定。(註一)又民法法典中，除親屬編外，其他各編關於婚姻效力之規定，亦不一而足(例如民法第一四三條及第一一四條等)，但本書所敘述者，則以親屬編為限。各國親屬法中關於婚姻之效力，可大別為二：即(一)關於身分上之效力，與(二)關於財產上之效力，我民法亦然，對於前者稱為「婚姻之普通效力」，對於後者稱為「夫妻財產制」。不過此種標題是否妥當，則屬疑問耳。

(註一)民事訴訟法關於婚姻效力之規定，例如配偶為該訴訟事件當事人，配偶就該訴訟事件與當事人有共同權利人，共同義務人，債權義務人之關係者，推事應自行迴避(第三二條第一款、第三款)。證人為當事人之配偶者，得拒絕證言(第三〇七條第一項第一款)是。刑事訴訟法關於婚姻效力之規定，例如推事為被告或被害人之配偶者，應自行迴避(第一七條第二款)。夫妻之一方為被告，他方得具保聲請停止羈押(第一一〇條)，並得獨立為被告選任辯護人(第二七條第二項)。證人為被告之配偶者，得拒絕證言(第一六七條第一項第一款)。被害人之配偶得獨立告訴(第二二條第一項)是。國籍法上關於婚姻效力之規定，例如外國人為中國人妻者，取得中華民國國籍(第二條第一款)，中國人為外國人妻者，喪失中華民國國籍(第十條第一項第一款)。於婚姻關係消滅後，經內政部之許可，得回復中華民國國籍(第十五條)是。

## 第二 關於婚姻效力之立法主義

關於婚姻效力之立法主義有二：即(一)夫妻一體主義(Coverture system, Cverture scheme)，與(二)夫妻別體主義(Separate existence system, Separate existence scheme)是。夫妻一體主義者，法律上以夫妻視為一體，不認夫妻兩人格對立之主義也。夫自理論言之，所謂夫妻一體，原有兩種方式，即妻之人格為夫之人格所吸收，或夫之人格為妻之人格所吸收，但在實際上係妻之人格為夫之人格所吸收。依此主義，則妻之



人格失其獨立之存在，絕對的立於夫權支配之下，無財產所有之能力，亦無為法律行為之能力。古代羅馬法及英國普通法（Common Law）皆採此主義。夫妻別體主義者，法律上承認夫妻各有獨立之人格，其相互間惟因權利義務關係而受拘束之主義也。依此主義，妻之人格不失其獨立之存在，即妻之與夫立於對等地位，有財產所有之能力，亦有為法律行為之能力。近世各國，大體採此主義，即在英國，自一九〇八年妻之財產條例（Married Women Property Act）頒行後，妻已有財產上之權利（因本條例係以分別財產制為夫妻財產制），從而可知近代立法之趨勢矣。我國舊律探夫妻一體主義，此就違律嫁娶及毆傷妻妾各律觀之而自明。（註一）此種規定，顯違男女平等之原則，故現行民法則毅然採取夫妻別體主義焉。

（註一）漢禮表服傳曰：「夫婦一體也。」又白虎通曰：「妻者，齊也。」所以示妻與夫一體之義。是夫妻間一切之關係，當屬平等矣，實則不然。蓋在我國禮教女子「既嫁從夫」，而「夫者，妻之天也」。（禮記喪服傳）「婦人，伏於人也」。（大戴禮本命）又為禮經上所揭示之原則。後世學者更從而擴大之。如白虎通嫁娶篇云：「夫有惡行，妻不得去者，地無去天之義也。」又三綱六紀篇云：「夫為妻綱……婦者，伏也。以禮屈服。」曹大家女誡專心章云：「夫者，天也。天固不可違，夫固不可逃也。」夫既比夫於天，又示婦人以屈服之義，故妻無獨立人格之可言。舊律一本斯意，此就違律嫁娶及毆傷妻妾各條，即可知之。

## 第二款 由婚姻而生之夫妻關係

因婚姻之成立，婚姻當事人間發生以終生之共同生活為目的之結合關係，即夫妻關係。夫妻關係為婚姻最主要之效力，亦即最顯著之效力，其他各種婚姻效力，不外以此為基礎，附隨而生。雖然，此種夫妻關係是否親屬關係，學說上頗有爭論？外國法律且有明定其為親屬者，例如日本民法是（日民第七二五條）。我國十七年頒行

之刑法亦然（同刑法第十一條）。但余則以為就現行民法解釋，祇能謂其為夫妻關係，而不能謂此關係即親屬關係，其詳已於親屬之分類中述之，茲不贅。

### 第三款 由婚姻而生之親屬關係

由婚姻而生之親屬關係，其情形有二，茲述如左：

#### 第一 夫妻與其所生子女間

由婚姻關係受胎而生之子女，與其父母間，發生血親關係，此就我民法第一〇六一條之規定解釋，是為當然。其詳俟於本書第三章述之，茲不贅。

#### 第二 夫妻之一方與他方之血親及血親之配偶間

夫妻之一方與他方之血親及血親之配偶間，發生姻親關係，此就我民法第九六九條之規定解釋，是為當然。其詳已於親屬之分類中述之，茲不贅。在我國舊律，妻與夫之血親及血親之妻，夫與妻之血親及血親之妻，雖亦發生親屬關係，但一係宗族關係，（註一）一係妻親關係，且其範圍有廣狹之別，即一以四世為限，一以二世為限，現行民法則不復設此差別。又在我國舊律，妻與夫前妻所生子女間之繼母關係，及夫與妻前夫所生子女間之繼父關係（但以同居或會同居者為限），為準血親關係，外國法律亦有明定，其為準血親關係者，例如日本民法是（日民第七二八條），但就我現行民法解釋，則祇能謂其發生姻親關係。此點已於前述，茲不贅。

（註一）妻與夫家親屬所生之關係，以對於舅姑為最。此就禮部內則：「子甚宜其妻，父母曰：『是善事我。』子行夫

婦之禮焉，沒身不食。」可以知之。以故自唐律以還，妻妾隨昏夫之父母者，其罪較夫隨父母爲重。而舅姑隨男婦者，較夫隨妻妾爲輕。即  
 (一) 妻隨昏夫之父母，唐律：「諸妻妾隨夫之祖父母父母者，徒三年。隱者杖，傷者皆斬。過失親者，徒三年。傷者，徒二年。」宋律完全與唐律同。明、清律大致與唐律同。(二) 夫之父母隨男婦，唐律：「諸隨子孫之婦，令廢疾者，杖一百，篤疾者，加一等。死亡，徒三年。故殺者，流二千。里。妾各減二等。過失親者，各勿論。」宋律完全與唐律同。明、清律大致與唐律同。

#### 第四款 由婚姻而生之家屬關係

妻因婚姻而入於夫家，爲夫家之家屬，學者稱之爲婚姻入家，或婚姻入籍。卽白虎通所謂：「嫁者，家也，婦人外成，以適人爲家」者是也。然此係就普通婚姻而言，如屬贅婚，則夫因婚姻而入於妻家，學者稱之爲入夫婚姻，或招婿。夫於入贅妻家之後，卽爲妻家家屬之一員。夫妻因婚姻而生家籍之變更固矣，但妻或夫對於其本家之關係如何，則屬問題。關於此點，在我國舊律，女子因「出嫁從夫」之結果，於其出嫁以後，雖於夫姓之下仍著本姓，且對於本家親屬仍屬有服；但其權利義務，則較之在室女究屬疏濇，此係宗法使然，不得不爾。就現行民法解釋，余則以爲妻雖因婚姻入於夫家爲夫家之家屬，然對於本家仍應保留其固有之親屬關係。夫因贅婚而入於妻家者，亦然。

#### 第五款 夫妻間之權利義務

##### 第一 概說

因婚姻之成立，婚姻當事人間發生夫妻關係，已如前述。此夫妻關係，究爲事實關係，抑爲法律關係，學說上頗有爭論？但余則以其爲法律關係，何則，蓋夫妻關係雖係社會上（卽事實上）之共同生活關係，然此共同生活關係爲法律所承認，卽不失爲法律關係（Rechtserhaltung）。換言之，卽夫妻關係，係由夫對於妻所有之權利義務，與

妻對於夫所有之權利義務而成立，故夫妻關係爲法律關係，而非單純之事實。雖然，夫對於妻，妻對於夫，身分上財產上之權利義務，至爲夥頤，我民法關於身分上之權利義務，則僅規定冠姓義務、同居義務及相互代理權之三者。本書則益以妻之行為能力、扶養義務、契約之撤銷、貞操義務及夫權等問題，藉以明瞭一般立法趨勢及我民法之特質焉。

## 第二 妻之行為能力

女子之行為能力，是否因結婚而受影響，各國法律有下列三種主義：（一）無行為能力主義，即女子因結婚完全喪失其行為能力，採此主義者，爲日耳曼古法、英國普通法、一七三四年之瑞典法及一六八三年至一六八七年之丹麥及那威法。（二）限制行為能力主義，就中可分爲二類，有以無行為能力爲原則，有行為能力爲例外者，如法國、西班牙及葡萄牙等國民法是。（註一）有以有行為能力爲原則，無行為能力爲例外者，如意大利及日本等國民法是。（註二）（三）有行為能力主義，就中亦可分爲二類，有採首領主義，而以夫爲婚姻共同生活之首領者，如德國、瑞士、奧大利及匈牙利等國民法是。（註三）有採極端的對等主義者，如一七九三年之法國民法第一次草案及比利時民法草案是。我第一次及第三次草案均以妻爲限制行為能力人，而其理由，則在「維持夫妻間之和平」（第一次草案第二七條理由），前大理院判例從之。（註四）此種辦法，顯爲不當，故現行親屬法則於中國國民黨「男女平等」指導原則之下，（註五）採取極端的對等主義，即女子之行為能力，不因結婚而受影響焉。

（註一）參見法國民法爲例、法國民法、妻之裁判上及裁判外之法律行為，均須得夫之允許，但夫對於裁判上行爲不允許時，法院得以裁判

代之。夫對於妻裁判外之行為不予允許時，妻得請求法院詢問其夫，以定允許與否（法民第二一五條以下）。至妻之行為以夫之允許為必要者，蓋「基於夫對於其妻之人格之權利，故妻非得夫之允許不得為任何之行為」。

（註二）茲舉日本民法為例：日本民法妻為下列行為，須得夫之允許：（一）領取元本及利用之；（二）借款或保證；（三）以不動產或重要財產上權利之得為目的之行為；（四）訴訟行為；（五）贈與和厚或公斷契約；（六）承認繼承或拋棄之；（七）承諾贈與遺贈或拋棄之；（八）身體受纏絆之契約。（日民第十四條、第十二條參照。但有例外，日民第十五條、第十七條、第一〇六二條、日商第六條參照）。此外之行為，則妻可獨立為之，無須得夫之允許。

（註三）茲舉德國民法為例：德國民法妻得自由為法律行為，惟妻處分其嫁資財產，須得夫之同意。處分該項財產之契約或單獨行為，非經夫承認，不生效力。夫無正當理由拒絕同意時，妻得請求監護法院以裁判代之。（德民第一三九五條以下）。瑞士民法，亦不限制妻之能力，惟妻為營業，須得夫之允許。夫拒絕允許時，妻得請求法院允許之。但須證明其營業係為婚姻關係或家屬之利益。（瑞民第一六七條）。

（註四）前大理院七年上字第九〇三號判例：「妻就其所有私產為行使權利之行為，而不屬於日常家事者，固應得夫之允許，但於夫妻共妻或夫有不能為允許之情形（如夫受刑罰執行等事），則不在此限」。

（註五）中國國民憲政綱領對內政策第十二：「於法律上、經濟上、教育上、社會上，確證男女平等之原則，助進女權之發達」。

### 第三 妻之姓氏

女子於結婚以後，是否仍稱其本來之姓，各國法律頗不一致，有不設何種規定者，如法國民法是。雖然，法國民法雖無關於妻之姓氏之規定，但在習慣上，則妻常稱夫之姓，學者以此習慣具有法的效力，一八九三年二月六日之法律禁止妻在離婚後稱夫之姓，蓋即從此說者也。有明定妻稱夫姓者，如德國民法及瑞士民法是。（德民第一三五條，瑞民第一六一條）。有如係通常婚姻妻稱夫姓，如係入夫婚姻則夫稱妻姓者，如日本民法是。（日民第

七八八條、第七四六條。有夫妻雙方於婚姻登記時，得聲明志願，共同稱夫之姓，或妻之姓，或單獨各稱其結婚前之本姓者，如蘇俄法律是（蘇俄關於婚姻親子及監護之法律第七條）。我國習慣，係妻於本姓之上，常冠稱夫家之姓，第三次草案特以之定為專條，俾資適用（三草第一一二二條）。現行親屬法起草之始，對於此點，頗費斟酌，關於夫妻之姓氏，自理論推之，原可假定為下列五種方式：即（一）夫妻均以協定之姓為姓，（二）夫妻各用本姓，（三）妻從夫姓，（四）夫從妻姓，（五）妻冠夫姓。第一種方式，夫妻有擇姓之自由，是其所長，所生之子女將有代易其姓之虞，是其所短。第二種方式，夫妻平等，是其所長，所生之子女將有複姓之虞，是其所短。第三、第四兩種方式，皆失之偏。第五種方式，妻得保存本姓，而夫亦不致易姓，在實際上亦較為易行，故中央政治會議以之定為原則，現行民法從之，而於第一〇〇〇條規定：「妻以其本姓冠以夫姓」。（註一）（註二）惟此就普通婚姻妻入夫家者而言，如係贅婚，則「贅夫以其本姓，冠以妻姓」。蓋所以「略示男女平等之意」者也。（註三）雖然，妻冠夫姓，將夫冠妻姓，僅為原則，苟夫妻另有協定，即妻不必冠以夫姓，或贅夫不必冠以妻姓，亦無不可，故我民法第一〇〇〇條但書以之明定為例外。

（註一）中央政治會議親屬法洗滌各點審查意見書第二點：「夫妻及子女間之姓氏」原則及說明參照。余以為「為人妻者，既與夫同一戶籍，即不妨冠以夫姓，惟不必訂為條文，致生非議」。（法律評論第三五二期拙著讀陳長衡氏「對於民法親屬繼承兩編應先決各點之意見」參照）

（註二）王太蔭氏謂：「欲矯弊匡俗，定為法律，甚為易妻冠夫姓，贅夫冠妻姓之原則，為妻姓名上冠夫姓名，贅夫姓名上冠妻姓名。如是，則妻婦人者，直曰李某某妻張某，直截了當，無隱無疑，尙不失為親屬法上一新穎條文」。（三五法學社法學季刊第一卷第一號注者「妻冠

夫姓問題(參照)其說可供參考。

(註三)關於此點，余按門氏有所批評，除謂：『妻於本姓上冠以夫姓，為我國之習慣，而夫應於本姓上冠以妻姓，則為民法之創例，此不獨事實上與習慣不合，理論上亦實無必要，何哉？蓋按夫若同時為妻家養子之時，則直應從其妻姓(一〇七八條)，若僅為單純之贅婿時，亦無入於妻家必冠妻姓之理，因我民法非親屬之人尚許同組一家故也(一一二三條三項)。(徐氏前編五五頁)其說可供參考。

#### 第四 同居義務

婚姻成立，共同生活於焉發軔，而同居即共同生活之要件，故各國法律除蘇俄外，(註一)多設有夫妻同居義務之規定。但其規定頗不一致，有以妻附隨於夫者，如法國民法及日本民法是。(註二)有夫妻之義務同等者，如德國民法及瑞士民法是。(註三)我國舊律夫妻亦有同居之義務，但係以妻附隨於夫，此就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，即可明瞭。前大理院判例從之(七年上字第一〇〇九號判例)。

現行民法則從德瑞立法例，於第一〇〇一條規定：『夫妻互負同居之義務』。所謂互負同居之義務，即妻有與夫同居之義務，夫亦有與妻同居之義務，此種規定，實為進步。夫妻固互負同居之義務，但住所之選擇，應由何人主持，則屬問題。我民法則以其選擇權屬之於夫，即依第一〇〇二條規定：『妻以夫之住所為住所』。惟此就普通婚姻妻入於夫家者而言，如係贅婿，則『贅夫以妻之住所為住所』。良以贅夫須因贅婿而入於妻家，住所之選擇，自以屬之於妻，較為允當也。(註四)雖然，夫妻同居，係屬原則，如有不能同居之正當理由，自難強令同居，故我民法第一〇〇一條但書以之明定為例外。至何者為不能同居之正當理由，依判例法所示，舉凡夫無住所，不堪同居之事實，相

對人已經同意，及爲法律所禁阻者皆屬之。但不能以將來或有虐待情形，而爲預先拒絕同居之口實。（註五）至應同居而不同居，據前大理院解釋，執行衙門，除傳喚勸導外，別無執行方法。此因婚姻案件，不能強制執行故也。（五年統字第五一〇號及第七二三號解釋）。（註六）又夫妻同居，爲婚姻共同生活之要素，從而關於夫妻同居之規定，自屬強制規定，依據我民法第七一條以爲解釋，夫妻別居之契約，自屬無效。但一時的免除同居，則屬無礙，是不待言。（同說日本東京地方裁判所大正四年十月二十日判決，仁井田氏前揭一五三頁，島田氏前揭三三一頁）。

（註七）

（註一）蘇俄親屬法第九條：「（前略）配偶之一方，變更其住所時，他方無從從之義務。」是爲最進步之立法例（法律評論第三二七期拙著『蘇俄親屬法上之婚姻』參照）。

（註二）法國民法第二一四條規定：「妻須與夫同居，並應隨其夫於其所決定之住處（下略）。」日本民法第七八九條規定：「妻與夫同居之義務，夫須使妻爲同居。」法國民法以住所共同規定於第三編（住所）第一〇八條：「妻應以其夫之住所爲己之住所。」日本民法則於第七八八條規定：「妻因婚姻入於夫家，入夫及培養子入於妻家。」

（註三）德國民法第一一五三條規定：「夫妻互負爲婚姻共同生活（Ehelehe Gemeinschaft）之義務（下略）。」德民第一五九條規定：「因結婚，配偶互負爲婚姻共同生活之義務（下略）。」德民法則以住所共同規定於總則編，德民第十條：「妻應與夫同居，但妻不但不隨行於夫，夫於無隨行義務外國之地，設定其住所時，妻不與夫同居。夫無住所，或妻不與夫同居住所之間，妻得獨立有住所。」瑞士民法第二二五條：「以夫之住所爲妻之住所（中略）。夫之住所不明，或妻有別居之權利時，妻得有獨立之住所。」

（註四）我民法第一〇〇二條既就住所共同設有明文規定，至居所應否共同，則屬疑問。關於此點，似不如第三次民法草案規定之妥洽。三草第一一三四條：「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。前項前段情形，如係夫濫用職權，致妻受有污辱，或損害之虞者，妻無遵從之義務。」依此規定，則不但住所之指定得一適當解決，即其他共同生活事務亦均迎刃而



解。

〔註五〕前大法院七年上字第八六三號判例：「爲人妻者，負與夫同居之義務，固不得，不以夫之住所爲住所，但其夫遺無住所者，則妻自得獨立設定住所，自無許其藉同居義務，強其妻隨同浪漫之理」。九年上字第二〇一號判例：「夫妻有同居之義務，非有不堪同居之事實及相對人已經同意者，不得別居」。八年上字第一四四二號判例：「夫妻同居，爲婚姻關係成立後所生之權利義務，除有正當理由或爲法律所禁阻者外，夫須使妻同居」。九年上字第五九號判例：「夫妻之一造，不能推定其對遺將來或產後情形而預先拒絕同居」。

〔註六〕應同居而不同居，能否強制執行，實爲疑問。日本學者解釋彼國民訴訟法，略謂：以夫妻同居爲目的之訴，原告勝訴之判決確定，直接執行固所不許，然固準用民法第七三四條之結果，間接執行則屬可能（和田氏前揭四三二頁四三三頁）。德國民法對於此種判決，附有特別之效力，即依第一八八條第二項，則明定回復婚姻共同生活之判決，不適用間接執行之規定。但德國民法對於此種判決，附有特別之效力，即依第一五六七條規定，受回復婚姻共同生活之確定判決後，一個年內，反於配偶之意思，以惡意不服從其判決時，爲惡意之遺棄。配偶之他方，得提起離婚之訴。我司法院則有與此相反之解釋，即院字第七五〇號解釋謂：「夫妻之一方，於同居之訴判決確定後，仍不履行同居義務，若無其他情形，尙不能指爲合於第一〇五二條第五款之規定」。此殊不當。

〔註七〕最高法院一八年上字第七六四號判例：「夫妻固有同居之義務，惟具有正當原因，亦非絕對禁止別居，若妻因受夫之家屬虐待，願與夫同居，而不願與夫之家屬同居，處待果屬事實，即不能謂無斟酌准許之餘地」。

## 第五 相互代理權

夫妻關於日常家務，如須躬自爲之，且必躬自爲之者始爲有效，不但於維持共同生活之必要上，甚爲不便，即夫妻以外之第三人，亦將不免因此蒙不測之損害，故我民法第一〇〇三條第一項規定：「夫妻，於日常家務互爲代理人」。所謂互爲代理人，即妻固可爲夫之代理人，夫亦可爲妻之代理人。但就我民法各種夫妻財產制觀察，無

論其爲聯合財產制、共同財產制、統一財產制及分別財產制，其家務管理權，均操之於夫，是實際上關於日常家務，惟妻得爲夫之代理人，夫則無代理其妻之機會，此不可以不知耳。（註一）關於日常家務之權利，通常可分爲家務執行權（Gas Geschäftsführungsgewalt）及家務代理權（Das Vertretungsgewalt）之二者，德國民法則統稱爲家務管理權（Schlüsselgewalt），Schlüssel（鑰）爲家婦權利之象徵，家務管理權，卽掌握家務鑰匙之義，遺詞命意，固有深意在也。雖然，我民法祇云夫妻於日常家務互爲代理人，是否包含家務執行權在內，解釋上不無疑問，依余所信，應取肯定說，蓋家務執行權係內部關係，家務代理權係外部關係，既有外部關係的代理權，自不能不以內部關係的執行權之付與爲前提也。（註二）至何者爲日常家務，何者非日常家務，通說謂應以其夫之實際收入額爲標準決定之，但少數說則謂夫之實際收入額如何，第三人不得而知，如以實際收入額爲標準，則第三人不免發生不測之損害，爲保護善意第三人起見，應依其夫表見的生活程度，決定其爲日常家務與否（拙譯婚姻法之近代化九六頁）。依余所信，應以少數說爲是。又日常家務代理權，原爲婚姻共同生活之便宜而設，從而於一方濫用其代理權時，他方自有加以限制之必要，故我民法第一〇〇三條第二項規定：「夫妻之一方，濫用前項代理權時，他方得限制之。但不得對抗善意第三人。」其不得對抗善意第三人者，蓋日常家務代理權負有保護第三人之使命，如限制代理權而可對抗一切第三人，則與立法旨趣顯相背馳故也。（註三）

（註一）我民法第一〇二三條第三款、第三款、第一〇二五條第二款、第三款、第一〇三四條第二款、第三款、第一〇三六條第二款、第一〇四六條第二款、第三款、第一〇四七條第一項第二款、一方面規定婚姻關係存續中之債務由夫負擔，一方面規定妻因第一〇〇三條所

定代理行為而生之債務由夫負擔之責，妻適然第一〇〇三條代理權限之行為由妻負擔之責，可見我民法家務管理權操之於夫，而妻為日常家務之代理人，而夫無為妻之代理人之機會。即在分別財產制，就我民法解釋，其家務管理權亦操之於夫。蓋婚姻關係存續中之債務，雖由夫妻分別負擔（第一〇四六條第二款、第一〇四七條第一款），然祇有妻因第一〇〇三條所定代理行為而生之債務由夫負擔之規定（第一〇四六條第三款），由此可見惟妻為日常家務之代理人。考我民法關於夫妻財產制之規定，純採瑞士立法例，而瑞士民法婚姻效力節，一則曰夫為共同生活之首領（瑞士民法第一〇四條第一款），再則曰夫為共同生活之代表（瑞士民法第一六二條第一項），妻關於家事日常之要務與夫共同代表共同生活（瑞士民法第一六三條第一項），我則於婚姻效力節規定夫妻於日常家務互為代理人（第一〇〇三條第一項），此所以解釋上發生問題也。

（註二）家務執行權，乃妻於家政上執行事務之權利。此權利，係夫妻間之內部關係，其妻所有之權利。家務代理權，乃妻關於家務代理其夫之權利。此權利，非夫妻間之內部關係，乃妻於對第三人之外部關係所有之權利。德國民法第一三五七條，瑞士民法第一六一條及第一六三條，皆明定其以此兩種權利付與於妻。我民法雖祇云代理權，然在解釋上應與德、瑞民法同。屬於家務執行權之事務，不必皆為法律行為（Rechtsgeschäfte），即事實行為（Tatsächliche Handlung）亦得為家務執行權之標的。反是，家務代理權，乃妻代理其夫之權利，故其對象為限於法律行為，知係事實行為，則無代理之可言。

（註三）瑞士民法關於代表權之規定，以管轄官署公示為必要。瑞士民法第一六四條：「妻適用法律上關於家事所付與之代表權，或無行使其權利之能力時，夫得剝奪其代表權之全部或一部。代表權之剝奪，以由管轄官署所公示者為限，對於善意第三人有效力。」我民法則與日本民法第八〇四條第二項之規定同。

## 第六 扶養義務

各國法律，除規定夫妻間之給養義務外，尚設有夫妻互負扶養義務之規定，雖其規定之內容不盡相同，然於承認夫妻互負扶養義務之點，則屬一致。（註一）我國舊律，關於此點，無明文規定，前大理院判例，則以其當然互有

此種義務，(註二)第一次至第四次草案從之。現行民法則獨付闕如，意者夫妻財產制中已有給養義務之規定，遂不再設扶養義務之規定歟？(註三)雖然，扶養義務究與給養義務不同，即給養義務者，負擔家庭生活費用之義務也。就各種夫妻財產制觀察，無論其爲聯合財產制，共同財產制，統一財產制及分別財產制，家庭生活費用，均係由夫負擔，夫無支付能力時，始由妻負擔(民法第一〇二六條、第一〇三七條、第一〇四三條、第一〇四七條第二項)。至扶養義務，則係供給不能維持生活而無謀生能力之配偶，以所需費用之義務。此種義務，通常應由夫妻互負之。夫妻之一方，如能履行給養義務，固不發扶養義務問題，否則扶養義務問題，即隨之而起。此各國法律所以給養義務外，特設扶養義務之規定者也。雖然，我民法固無夫妻互負扶養義務之明文，但如夫妻之一方，以惡意遺棄他方，而在繼續狀態中，其得爲裁判離婚之原因，是不待言(民法第一〇五二條第五款)。

(註一)德國民法第一三六〇條：「夫須依其財產及營業能力，扶養其妻。夫不能自活時，妻須依其財產及營業能力，與以相當之扶養。扶養須依婚姻共同生活上必要之方法爲之。第一六〇五條、第一六一三條至第一六一五條關於親屬扶養義務之規定，準用於本條。」  
瑞士民法第一五九條第二項：「兩配偶，須互相協力，保持共同生活之幸福，且共同負擔監護其子女之義務。」同條第二項：「兩配偶，有互守誠實，並爲扶助之義務。」日本民法第七九〇條：「夫妻互負扶養之義務。」蘇俄親屬法第十四條：「窮乏而無勞動能力之配偶，對於法院，認爲有扶養實力之他方，有請求扶養之權利。其有勞動能力而窮乏之配偶，於無工作時，亦得同樣享有此種權利。」

(註二)前大理院五年上字第一一〇七號判例：「養贖義務之當事人及踐行此義務之次序如何，現行法令雖無明文，而父子、祖孫、兄弟、夫妻之間，則當然互有此義務，故其一造若實係無力資生，則對於他造即得請求養贖。」

(註三)最高法院有相反之判例二，即二一年上字第二五九號判例謂：「所謂善意遺棄，基於夫妻互負扶養之義務，自係指一方有負擔家庭生活費用之實力義務，而故意不肯支付，因而他方不能維持相當生活者而言。」似不認於負擔生活費用外，有扶養義務。然於同年

上字第七七〇號判例又謂：「至妻別居後之生活費用，若妻無財產，或有財產而無民法第一〇二六條第一〇三七條第一〇四七條第一〇四八條之情形時，均應由支付之。」是又承認夫妻有扶養義務。

## 第七 契約撤銷權

「夫妻所訂立之契約，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」（一草第三八條說明），故各國法律有設得爲撤銷之規定者，有設一定限制之規定者。而於得爲撤銷之立法例中，有惟贈與契約得爲撤銷者，如德國民法是。（註一）有無論何種契約，於婚姻關係存續中皆得撤銷，但不得侵害第三人之權利者，如日本民法及蘇俄法律是。（日民第七九二條、俄法第一三條）。其於一定限制之立法例中，有如爲贈與須得父母之允許，如爲買賣或互易須具備一定之要件者，如法國民法是。（註二）有配偶相互間雖得爲法律行爲，但屬於夫管理之妻之財產，或共同財產之法律行爲，爲使其有效，須得監護法院之同意者，如瑞士民法是。（瑞民第一七七條第一項、第二項）。我第一次至第四次草案，均從日本民法，明定無論何種契約皆得撤銷，現行民法關於此點，未設明文，意者關於夫妻財產制契約之訂立，變更或廢止，我民法已有相當之規定（民法第一〇〇五條至第一〇〇八條），故對於一般契約不另設規定歟？余則以無第一〇〇五條至第一〇〇八條所規定者，乃關於夫妻財產制之契約，夫妻財產制契約以外之契約，於婚姻關係存續中能否隨意撤銷，則屬另一問題。雖然，我民法既無特別規定，則解釋上夫妻間所訂立之契約，自與通常契約無異，不得隨意撤銷，惟此種立法，是否妥當，不無疑問耳？

（註一）德民第一五八四條：「即偶之一方，發宣言爲自己有責任時，他之一方，於婚姻預約間或婚姻中，對於即偶所爲之贈與，得撤銷之。」

五二一條之規定。適用之。應婚判決後，經過一年，又隨與人或受贈人死亡時，不得撤銷。

〔註二〕法民第一〇九五條：「幼者締結婚姻，非得贈與允許者（謂父母等）之允許或在場，不得以婚姻契約書，於夫妻之間互為贈與，或

一方對他方為贈與（但書略）。」第一五九五條：「買賣契約，除左列三種情形外，夫妻之間不得為之（餘略）。」又第一七〇七條：

「關於買賣契約之規定，於互易契約亦適用之。」則夫妻間之互易契約，自應與買賣契約受同一之限制。

## 第八 貞操義務

關於貞操義務，我國自來，惟限於女子有之，男子無貞操義務之可言，以故舊律，已成婚之女子犯姦，得為應行離異之原因（現行律婚姻出妻條律）。前大理院判例從之，（註一）民國十七年頒行之刑法即取此見解，故惟有夫之婦與人通姦者有罰（同刑法第二五六條），而有婦之夫與人通姦則否。（註二）（註三）其惟妻有貞操之義務者，蓋由女子之生理使然，且所以防止血統之紊亂也。此其理由，非不甚是，但由男女平等原則立論，究嫌未洽，我國自五四運動以還，陳獨秀、胡適之諸人均亟力主張推翻此種片面的貞操制度。現代各國法律已有是認夫妻雙方應互負貞操義務之趨向，我現行民法從之，此就夫妻之一方如有重婚或與人通姦之情形，皆足為他方請求離婚之原因觀之，即可知其梗概也（民法第一〇五二條第一款、第二款）。

〔註一〕四年上字第三三二號判例謂：「現行律載：『妻犯七出之狀，有三不去之理，不得羈絕，但犯姦者，不在此限。』是妻對於其夫有不貞深之行爲者，當然可爲離異之原因。」又八年上字第七五三號判例謂：「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。」

〔註二〕日本刑法之規定與我十七年頒行之刑法同，民法亦惟夫因姦盜被處刑罰始得爲離婚之原因。但在彼國大審院，最近已有是認夫妻雙方應互負貞操義務之判決，該判決謂：「婚姻以夫妻之共同生活爲目的，配偶不可不互相協力保持其共同生活之平和安全及

幸福（中略）。換言之，妻對於夫固有守貞操之義務，夫於妻亦有守貞操之義務」（朝大校刊第一九期拙著「夫之貞操義務在條文上的根據」參照）。

（註三）民國十七年頒行之刑法，舊前有夫姦，衝諸男女平等原則，實有未合，故在上年改正刑法之際，各方均以修改該條爲言，二十四年頒行之刑法已經改正，即依第二三九條規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」

## 第九 夫權

我國婦人三從之說，由來已久，如傳曰：「夫爲妻綱」，又禮曰：「婦人在家從父，嫁從夫」，即其明證。（註一）是妻對於夫有服從之義務，夫對於妻有統治之權力，至爲顯然。舊律，關於夫權，亦有種種之規定，如夫毆妻非至折傷以上不論，蓋即認夫有懲戒其妻之權者也。（註二）夫對於妻固享有夫權，但在舊律及前大理院判例，濫用其權，仍所不許，故如典賣，無故殺傷，或爲限制其妻自由之行爲等，皆禁止之。（註三）又妻爲未成年時，外國法律有以夫爲監護人者（德民第一七七八條第三項，日民第七九一條），此亦由夫權當然而生之結果，我第一次至第三次草案均有此規定，最高法院之解釋從之（十七年十一月一日解字第二三六號），但嗣後司法院已有變更此項解釋之解釋。（註四）現行民法則一本男女平等之原則，妻雖不免因夫妻財產制受若干之限制，然夫對於妻已無復夫權之可言，不可謂非妻之地位之一大解放也。

（註一）婦人三從之說，見於禮記·郊特牲曰：「婦人，從人者也。幼從父兄，嫁從夫，夫死從子。」續禮亦有同樣之記載，喪服傳曰：「婦人有三從之義，無專用之道。故未嫁從父，既嫁從夫，夫死從子。」孔子家語引證其說曰：「女子，順男子之教而長其理者也。是故無專制之義，而有三從之道。幼從父兄，既嫁從夫，夫死從子。」白虎通及釋名從而張大其詞，遂成爲天經地義。

（註二）現行刑罰法妻毆夫律：「其夫毆妻，非折傷勿論。至折傷以上，減凡人二等（須妻自告乃坐）。先行查問夫婦，如願離異者，斷障離

異。不願離異者，駁退收贖。」

〔註三〕現行德、奧、羅、妻、女、條、律：「凡將妻妾受財與雇與人爲妻妾者，處罰。」暫、行、新、刑、律、補、充、條、例、第、九、條、第、一、項：「依法令契約擔負扶助養育保護義務，而強賣和賣其被扶助養育保護之人者，依刑、律、第、三、四、九、條、第、三、五、一、條、第、三、五、二、條、及、第、三、五、五、條、處、斷」。又前、大、理、院、七、年、上、字、第、一、三、〇、八、號、判、例：「約法載人民有信教之自由等語，尊、擇、法、意，舉、凡、人、民，無、論、男、女、及、有、無、完、全、行、爲、能、力，均、可、自、由、信、教，並、不、受、有、何、等、限、制。又查婦人私法上之行為固受夫權之限制，但其宗教上之信仰，自非夫權所得禁止。」

〔註四〕司、法、院、十、九、年、七、月、八、日、院、字、第、三、〇、四、號、解、釋、謂：「民、法、權、制、第、十、三、條、第、三、項、規、定：「未、成、年、人、已、結、婚、者，有、行、爲、能、力」。是自、民、法、權、制、施、行、後，依、其、規、定，凡、未、成、年、人、一、經、結、婚，即、有、行、爲、能、力，不、得、視、夫、爲、妻、之、保、佐、人」。

## 第五節 夫妻財產制

### 第一款 概說

#### 第一 夫妻財產制之概念

夫妻財產制 (Das Güterrecht der Ehegatten, Eheliches Güterrecht, Regimes matrimonial, Arrangement as to the marital property) 者，婚姻共同生活中，夫妻之財產關係之制度也。(註一)我國自來子婦不得享有私財，如禮內則：「子婦無私貨，無私蓄，不敢私假，不敢私與。」朱子家禮：「凡爲子爲婦者，毋得蓄私財，俸祿田宅所入，悉歸之父母舅姑，當用則請而用之。」其明證也。舊律，卑幼私擅用財有罰，子婦之不得享有私財，尤爲顯然。(註二)前大理院判例，雖參酌一般習俗，明認妻得享有私財，(註三)然夫妻相互間，就財產關係於婚姻



前或婚姻中訂立契約，如各國所謂夫妻財產契約者，則未之見。但自近年以來，人民之法律思想逐漸發達，且女子已享有遺產繼承權，並能從事一定職業以獲收入，如關於夫妻之財產關係而無適當規定，則於適用上殊多不便，故我現行民法特從瑞士立法例，就夫妻財產制另設專章，而為詳密之規定。不過規定過於龐雜，能否推行無礙，則有問題耳？

〔註一〕夫妻財產制一語，應以改稱婚姻財產制為適當，蓋此種財產關係，不但於夫妻間發生效力，即夫妻之一方或雙方於三人間亦生效力故也。即德文稱謂之 *Eheliches Güterrecht*，法語謂之 *Régime matrimonial*，英法之 *effect of marriage on property of husband and wife* 亦以改稱婚姻財產制為適當。

〔註二〕津浦私權用財條律，「凡同居卑幼，不由尊長私擅用本家財物者處罰」。

〔註三〕二年上字第三三號判例：「為人妻者，得有私產」。二年上字第二〇八號判例：「婦女收養，應歸女有」。五年上字第四七五號判例：「特有財產之制，本為法律所不禁，凡家屬以自己名義所得之財產，即為特有財產」。

## 第二 各種夫妻財產制之內容

我民法所定之夫妻財產制，係從瑞士立法例，為聯合財產制、共同財產制、統一財產制及分別財產制之四種。〔註一〕內容複雜，不易分辨，茲就各種財產制之所有權、管理權、處分權、負債及清算關係等，分別考察，以明各種制度內容之一般。

### (1) 權屬係 (Die Eigentumsverhältnisse)

夫妻雙方之財產，在婚姻成立後，其所有權之歸屬如何，因所採之制度而不同：(一) 有因婚姻成立，夫之財

產與妻之財產合爲一體，而爲一個財產關係者，如統一財產制是。(二)有因婚姻成立後，夫妻雙方之財產成爲共有者，如共同財產制是。(三)有婚姻成立後，夫妻雙方財產之所有權不生影響，仍屬分離的存在者，如聯合財產制及分別財產制是。

#### (二) 管理權與處分權關係 (Verwaltung und Verfügungsbefugnisse)

夫妻雙方之財產，在婚姻成立後，其管理權與處分權屬於何方，因所採之制度而不同。(一)有管理權與處分權均屬於夫者，如統一財產制是。(二)有管理權雖屬於夫，但關於財產之處分，則須得妻之同意者，如聯合財產制及共同財產制是。(三)有管理權與處分權均各別獨立者，如分別財產制是。

#### (三) 責任關係 (Haftungsverhältnisse)

夫妻雙方所負之債務，在婚姻成立後，應由何方負責，因所採之制度而不同。(一)有夫妻雙方所負之債務，概由夫負責者，如統一財產制是。(註二)(二)有夫妻雙方所負之債務，由夫妻雙方分別情形負其責任者，如聯合財產制及共同財產制是。(三)有夫妻雙方所負之債務，由夫妻雙方完全各別負其責任者，如分別財產制是。

#### (四) 清算關係 (Liquidation)

夫妻財產關係，於其消滅時，應如何清算，亦因所採之制度而不同。(一)有由妻取回其原有財產，或以妻之原有財產歸屬於其繼承人者，如聯合財產制是。(二)有原則上夫妻各得共同財產之半數者，如共同財產制是。(三)有妻惟得請求返還其財產之估定價額者，如統一財產制是。(四)有不發生清算問題者，如分別財產制

是。

(註二)此外，各國法律尚有資產制 (Dotalsystem) 及嫁權財產制 (Gütertrennung)。在資產制之下，妻之財產有資產與非資產之別。妻之財產，依法律之規定或依契約之訂定，具有不得移轉及扣押之性質者，謂之資產。在原則上，資產之管理權用益權雖屬於夫，但其所有權則屬於妻。妻之財產不屬於資產者，則為非資產。以此制為約定財產制者，為羅馬法系及法國法系之諸國。以此制與他種制度參雜，而為法定財產制者，為南美洲諸國，如阿根廷、巴拿馬及烏拉圭等國是。至嫁權財產制，則為瑞典一九二一年一月一日施行之新 婚姻法所採取之制度。此制度之要點有二：(一)關於特有財產，夫妻各別有自由處分權，不受何種限制。(二)關於嫁權財產，雖所有權管理權為各別保存，然一方欲為處分或抵押，則須經他方之同意。如係不動產，則其同意須有證人二人簽名之證書，方能生效。(中華法學雜誌第一卷一號，胡文柄氏譯「瑞典夫妻財產法」參照)。

(註三)就法理以言，妻之財產既為夫之財產所統一，而喪失其所有權、管理權及使用收益權，則凡婚姻前及婚姻中所負之債務均應由夫完全負責，始為得當。但在我民法因第一〇四三條明定準用關於法定財產制規定之結果，則關於債務之負擔，自不能不準用第一〇二三條至第一〇二五條之規定，分別情形以定其責任之歸屬，於保護夫之利益之點，未免過厚。

## 第二款 通則

### 第一 法定財產制

法定財產制 (Gesetzliches Güterrecht, the Legal arrangement as to marital property) 者，婚姻當事人間，於結婚前或結婚後，未以契約定其婚姻關係存續中關於財產關係之制度時，當然適用之夫妻財產制也。(民法第一〇〇五條)。法定財產制，依我民法規定，又可細別為通常法定財產制與非常法定財產制之二種。茲分述如左。

## (一) 通常法定財產制

上述之法定財產制，即屬通常法定財產制。關於通常法定財產制之規定，各國法律有兩大趨勢：(一) 有夫妻雙方之財產不因婚姻成立而受影響者，是為夫妻異產主義 (Gütergetrenntheit)。(二) 有夫妻雙方之財產因婚姻成立併合成為一體者，是為夫妻同產主義 (Gütervereinigungs)。在探夫妻異產主義之立法例中，有以分別財產制為通常法定財產制者，如義大利、捷克、匈牙利（兼以所得共同制包含其中）、羅馬尼亞、意大利、希臘、土耳其、英國及美國數洲是。有以聯合財產制為通常法定財產制者，如德國、瑞士（兼以所得共同制包含其中）、日本及美國數洲是。在探夫妻同產主義之立法例中，則多以共同財產制為通常法定財產制。但共同財產制，原可分為一般共同財產制、動產及所得共同制及所得共同制，其以一般共同財產制為通常法定財產制者，如挪威、芬蘭及葡萄牙是。其以動產及所得共同制為通常法定財產制者，如法國及比利時是。其以所得共同制為通常法定財產制者，如蘇俄、西班牙及美國數洲是。（註一）我民法則從德、瑞立法例，以聯合財產制為通常法定財產制（民法第一〇〇五條）。其探聯合財產制者，蓋「瑞士之聯合財產制，既便於維持共同生活，復足以保護雙方權利，折衷至當，於我國情形亦稱適合」也（親屬法先決各點審查意見書第六點說明參照）。（註二）但依余所信，如由絕對的男女平等原則立論，與其探聯合財產制為通常法定財產制，毋寧探分別財產制為通常法定財產制，即不然，亦應探婚權財產制為通常法定財產制（吳仲常氏即主張探分別財產制為通常法定財產制，法律評論三五四期至三五七期，吳著夫妻財產制之立法問題，同評論三八〇期及三八一期，吳著再論夫妻財產制參照，又郁憲章氏

主張採婚權財產制爲通常法定財產制，都氏前揭九二頁、九三頁參照。矧瑞士之聯合財產制，原有下列四種特質：（一）妻對於原有財產保有所有權；（二）妻之法定或約定特有財產不在聯合財產之內；（三）夫有保全妻之原有財產之責任，並應因妻之請求提供相當之擔保；（四）於財產關係消滅時，除夫應得妻之原有財產返還於妻或其繼承人外，如有贏餘，應以三分之一歸妻或其繼承人。我民法對於三四兩點均未採用，第二點亦祇採用一半，未能充分貫徹者乎？

### （二）非常法定財產制

非常法定財產制者，即在適用通常法定財產制或約定財產制（分別財產制除外）時，因發生一定情事，而以分別財產制爲其法定財產制之謂也。非常法定財產制，依我民法規定，又可細別爲法律的非常法定財產制與裁判的非常法定財產制之二種，茲分述如左：

#### （甲）法律的非常法定財產制

其在聯合財產制、共同財產制及統一財產制，夫妻間之財產關係牽涉極大，如夫妻之一方已受破產宣告，苟非使其財產關係即時消滅，則宣告破產之目的，不可得而達，故我民法第一〇〇九條規定：「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」。當然成爲分別財產制者，即不經請求宣告，選成爲分別財產制，所以別於裁判的非常財產制也。至何時成爲分別財產制，我民法雖未明定，解釋上應以受破產宣告之時爲其起點，實無可疑。（註三）

(乙) 裁制的非常法定財產制

(A) 基於夫妻一方之請求者

夫妻財產制爲聯合財產制共同財產制及統一財產制時，如有一定情事發生，法院得因一定之人之請求，改用分別財產制。此一定之人，有爲夫妻之一方者，有爲夫妻一方之債權人者，前者即民法第一〇一條之規定是。依本條規定，法院因夫妻一方之請求，宣告改用分別財產制，以下列各款情形之一爲限，即（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債務時；（三）夫妻之一方爲財產上之處分，依法應得他方之同意，而他方無正當理由拒絕同意時。（註四）如有上述情形之一，法院因夫妻一方之請求，即應宣告改用分別財產制。至改用分別財產制應自何時開始，民法雖未設明文，解釋上應以法院宣告之時爲其起點，是不待言。（註五）

(B) 基於債權人之聲請

民法第一〇一條規定：「債權人對於夫妻一方之財產已爲扣押而未得受清償時，法院因債權人之聲請，得宣告改用分別財產制。」是爲基於債權人請求之裁制的非常法定財產制。本條與第一〇一條所以異者，即一則一經請求，法院即須宣告改用分別財產制，一則改用分別財產制與否，法院有自由裁量之餘地。我民法蓋因夫妻相互間，債權人與夫妻相互間關係之不同，而設此差別的保護規定也。又所謂聲請與請求有無區別頗屬疑問，余以爲前者爲非訟事件，後者則爲訴訟事件，惟在非訟事件法尙未頒行以前，自得

依訴之方式以爲主張耳。至改用分別財產制應以法院宣告之時爲起點，則與前條所述同。

(註一)據吾人調查，各國現行法律無以統一財產制爲法定財產制者。惟瑞士因保存存款制度，於聯合財產將統一財產制規定爲約定制。國民一九九條：「將妻之財產屬於夫妻財產中後，六個月內爲評價，同時從夫妻財產契約之規定，將妻之財產依評價額移轉於夫之所有，而妻得約定保留對其財產價額之請求權」。

(註二)我民法所以不以統一財產制、共同財產制、查產制、分別財產制、或婚權財產制爲法定財產制，據王寵惠博士之意見：(一)統一財產制，妻以現有之財產易爲請求權，未免偏重於夫，故不當採此制爲法定制。(二)共同財產制，關於財產之管理權、用益權及處分權，在原則上均屬於夫，夫權甚爲擴大，且實行共同財產制之結果，夫妻相互間及與第三人發生問題，甚爲糾紛，我國自不宜採此制爲法定制。(三)查產制，在原則上既不得移轉，復不能扣押，於社會失其財產之作用，且第三人之債權人不免因此種財產於法律上有特別性質受其影響，故不宜採此制爲法定制。(四)分別財產制，親如夫妻，於共同生活中而無財產相互之關係，恐非我國普通心理對於婚姻之所樂聞，故亦不宜採此制爲法定制。(五)婚權財產制，因瑞典於一九二一年一月一日始實行此制，計其施行至今，未及十年，社會上多未明瞭，究竟適宜與否，尙難斷定，我國自不宜以此制爲法定制。(中華法學雜誌第一卷第一號)王著「婚姻財產制」參照。

(註三)關於法律的非法定財產制，瑞士民法頗有出入，茲譯錄於次，以供參考。國民第一八二條：「配偶一方破產，其債權人不能得債權之完全清償時，法律上應爲財產分離。結婚時有所持不足證書之債權人時，各締約人得於結婚前登記之於夫妻財產制登記簿，設定分別財產制」。第一八六條：「因破產結果所爲之分別財產，與不足證書之交付同時開始。但配偶於破產開始後，依繼承或其他方法所取得之財產，迨及其取得時，審判上之財產分離，迨及於提出聲請時，分離財產之開始。在破產或裁判判決時，法院應以職權通知主管官署，登記於夫妻財產制登記簿」。第一八七條：「破產結果所爲之財產分離或扣押，不能得完全清償所命之財產分離，並不依債權人之受清償當然廢止。前項情形，審判官基於配偶一方之聲請，得命恢復舊財產制。舊財產制之恢復，應以職權通知主管官署，登記於夫妻財產制登記簿」。

〔註四〕基於夫妻一方之請求改用分別財產制，瑞士民法係就夫妻雙方各別規定，較我國民法爲妥。國民第一八二條：「審判官因妻之聲請，於左列情形，應宣告分離財產：一、夫對於妻及子之扶養義務不爲相當之設隨時；二、夫對屬於其管理之妻之財產不提供所請求之擔保時；三、夫之總財產負債超過時。」第一八四條：「審判官因夫之聲請，於左列情形，應宣告分離財產：一、妻之負債超過時；二、妻對其夫處分夫妻財產，不法拒絕法律上或夫妻財產制上應爲之同意時；三、妻對其夫所管理之財產請求擔保時。」

〔註五〕瑞士民法明定：「裁判上之財產分離，溯及於提出聲請時開始。」與本書見解相反。又瑞士民法關於財產分離時之清算，設有規定，我民法無之，茲譯錄於次，以供參考。國民第一八九條：「婚姻中，開始財產分離時，夫妻財產分別爲夫之固有財產或妻之固有財產，但不得損害債權人之權利。餘剩類，依從來之財產制歸屬於各配偶。其不足額，由夫負擔。但夫證明其不足之原因，係因於妻者，不在此限。夫於清算中，留置妻之財產於自己之處分權內時，夫因妻之請求，應提出擔保。」

## 第二 約定財產制

約定財產制 (Vertragsmässiges Güterrecht, Gut erhand der Ehevertrages Regime Conventional, Property relations of husband and wife arising from Contract) 者，婚姻當事人間，於結婚前或結婚後，以契約定其在婚姻關係存續中關於財產關係之制度也。定此夫妻間財產關係之契約，則稱之爲夫妻財產契約 (Pacta dotalia, Pecunia sponsalium, Ehevertrag, le Contrat matrimonial, le contrat de Mariage, Contract relative to marital property)。(註一)關於夫妻財產契約，首應解決者，爲夫妻財產契約之允許，其次爲夫妻財產契約之限制，再次爲夫妻財產契約之要件，茲分別說明如左：

### (一) 夫妻財產契約之允許

關於夫妻財產關係，是否許婚姻當事人以契約自由訂立，各國法律頗不相同，茲就結婚前與結婚後分別言



之。(註三)其在結婚前，有不許婚姻當事人訂立夫妻財產契約者，如墨西哥一九一七年四月九日之法律，祇認分別財產制爲唯一之制度，蘇俄一九二六年之法律，祇認共同財產制爲唯一之制度，均不許婚姻當事人自由訂立夫妻財產契約。是有許婚姻當事人自由訂立夫妻財產契約者，此爲大多數國之立法例，舉凡法國、比利時、德國、奧大利、波蘭、捷克、荷蘭、意大利、羅馬尼亞、瑞士、土耳其、葡萄牙、西班牙、日本及南美洲諸國皆屬之。其在結婚後，有不許婚姻當事人以契約變更夫妻財產契約者，如法國、比利時、荷蘭、波蘭、芬蘭、意大利、羅馬尼亞、西班牙、葡萄牙、日本及南美洲諸國是。有許婚姻當事人以契約變更夫妻財產契約者，如德國、奧國、捷克及巨哥斯拉維亞諸國是。亦有於特定條件範圍內許婚姻當事人以契約變更夫妻財產契約者，如瑞士、土耳其諸國，須經監護官署之許可，在婚姻關係存續中所訂立之夫妻財產契約，不得侵害第三人之權利是。結婚前或結婚後，應否許婚姻當事人以契約訂立或變更夫妻財產契約，自來學說，頗有爭論，但在理論上及事實上應以允許自由訂立或變更爲較優。(註三)我民法從之，特明定夫妻得於結婚前或結婚後，以契約就約定財產制中選擇其一爲夫妻財產制。(民法第一〇〇四條)；於婚姻關係存續中，並得以契約廢止其財產契約，或改用他種約定財產制。(民法第一〇一二條)。

### (二) 夫妻財產契約之限制

如上所述，關於夫妻財產關係，有許婚姻當事人以契約自由訂立者，有不許以契約自由訂立者，其在允許以契約自由訂立夫妻財產關係之立法例中，範圍廣狹，又不相同。有完全自由，毫無限制者，即在此制度之下，法律雖列舉若干種制度，一一規定其內容，然此不過示婚姻當事人以訂立夫妻財產契約之標準，縱婚姻當事人不採用

其中之任何制度，而自定他種辦法，或採用其中之某制度，而參以他制度爲一種混合制度，均無不可。採此主義者，爲法國、比利時、荷蘭、那威、波蘭、捷克、西班牙、葡萄牙、日本及南美洲諸國。有雖屬自由，然設有一定之限制者。所謂一定之限制，即祇能於法律所列舉之若干制度中，選擇其一，以爲夫妻財產制，且不得任意變更其內容。實言之，即整個制度之選擇自由是。採此主義者，爲德國、瑞士及土耳其。上述兩種主義，自理論及實際言之，均以前之主義爲較優。但在我民法則一如瑞士民法，採後之主義，於第一〇〇四條規定：「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，爲其夫妻財產制。」（註四）至我民法所以從瑞士民法，「約定財產制限於法定種類者，蓋恐配偶間，任其自由訂約，漫無標準，則人各異其制，而第三人與之交易殊感困難，在社會上亦覺不便故也。」（親屬法先決各點審查意見書第六點說明參照）。

### （三）夫妻財產契約之要件

關於夫妻財產契約之要件，依我民法規定，有下列三點：

#### （甲）訂約之能力

我民法第一〇〇六條規定：「夫妻財產制契約之訂立變更或廢止，當事人如爲未成年人或禁治產人時，應得其法定代理人之同意。」是爲關於訂約能力之規定。此種規定，爲一般訂約之例外。即（一）在一般契約，禁治產人縱得其法定代理人之同意，亦不得爲之，蓋禁治產人爲無行爲能力人，不能自爲法律行爲故也。（民法第十五條、第七五條、第七六條）。而於夫妻財產契約，則得經其法定代理人之同意爲之，此其一。（二）在一

般契約，已結婚之未成年人，得獨立爲之，無須得法定代理人之同意，蓋未成年人如已結婚，卽有行爲能力故也。民法第十三條第三項。而於夫妻財產契約，則須得其法定代理人之同意爲之，此其二。其於後者，規定之是否妥當，頗有問題？（註五）

（乙）契約之方式

我民法第一〇〇七條規定：「夫妻財產契約之訂定變更或廢止，應以書面爲之」。是爲關於契約方式之規定。我民法所以採要式主義者，蓋因夫妻間財產上之權利義務，關係重大，且情感過於親暱，不如此不足以昭鄭重而杜爭議故也。

（丙）契約之登記

夫妻財產契約，與一般契約無異，其對於第三人，非當然有權對抗，然如絕對不許對抗，則其效力又未免薄弱，故我民法特從德國、瑞士及日本立法例採登記對抗主義，而於第一〇〇八條第一項規定：「夫妻財產制契約之訂立、變更或廢止，非經登記，不得以之對抗第三人」。所謂不得對抗第三人者，卽第三人得因一己之便宜，主張婚姻當事人間曾爲夫妻財產契約之訂立變更或廢止，而婚姻當事人，則無論第三人之爲善意惡意，均不得有所主張也。關於夫妻財產契約之登記，德國及瑞士均以之規定於民法法典中，我則以其具有程序之性質，於第一〇〇八條第二項規定：「前項登記，另以法律定之」。（註六）（註七）

（註一）關於夫妻財產契約，外國法律有規定於債權法中者，如法國、比利時、意大利、羅馬尼亞及南美洲諸國是。有規定於親屬法中者，如德

國、瑞士、土耳其、荷蘭、日本及巴西等國是。但無論以之規定於債權法或親屬法，其爲特種契約，實無可疑。夫妻財產契約與夫妻間之其他契約，有下列三點不同：（一）前者因婚姻而成，係附屬於身分之契約，故夫妻之身分消滅，則其契約亦歸消滅；後者則否。（二）前者爲親屬法上之契約，故應適用親屬法之規定；後者則爲債權契約，自以應適用債權之規定爲已足。（三）前者除債法定標準制度外，當事人不得任意爲之；後者則否。

（註二）結婚前之夫妻財產契約，與結婚後之夫妻財產契約表面上似有聯環之關係，實則截然兩事。即在前者，係於法定財產制外，是否許有約定財產制之問題？後者係無論其爲法定財產制、約定財產制，是否一經實行，卽屬確定，雙方不能自由變更之問題。

（註三）婚姻當事人，能否以契約訂立夫妻財產契約，有否定及肯定之二說。否定說謂：男女之知識經驗，互不相等，若聽其自由訂約，則所訂之條款，難保其無一時感情之作用；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。肯定說謂：各人在社會上，習慣上及經濟上，所處之地位各不相同，若不問當事人之意思如何，而強以一定不易之制度，恐有扞格難行之虞；卽行矣，亦未必與當事人之地位適相符合。此兩說，皆有相當之理由，但大勢所趨，以主張後說者爲占多數。

（註四）關於此點，鄭憲章氏有所批評，鄭者略謂：「甲制甚能尊重當事人意思之自由，乙制則在防止不完全夫妻財產契約之發生，各有其長。然乙制後強當事人採用法定之標準制，不問其實際經濟關係如何，而悉欲納諸數種法定標準之中，不但有創足適履之嫌，抑且約定其名，而法定其實也。況夫妻財產契約，僅關乎個人私益，原應任當事人之自由，若悉知識不充，規定疏漏，然法既示以標準，足資參考，尤無再加限制之必要也。民法委鑿鑿制，殊爲無取。」（鄭氏前揭七八頁）其說可供參考。

（註五）關於此點，鄭憲章氏爲之釋明曰：「但依民法一三條三項規定，未成人已結婚者，有行爲能力，則結婚後之未成人訂約時，自無得法定代理人同意之必要。」（鄭氏前揭七八頁）其說非不甚是，但如與民法第一〇四九條對照觀察，足以推見結婚後之未成人訂約，亦有得法定代理人同意之必要。

（註六）關於此點，鄭憲章氏有所批評，鄭者謂：「惟日本民法夫妻財產契約須登記之規定，施行以來，因與其人民習慣不合，成效甚鮮，吾國人民亦無此習慣，故民法登記規定，形式上雖甚鄭重，而實際將亦等於具文，而徒爲法定限制其餘耳。」（鄭氏前揭七八頁）

（註七）瑞士民法，關於夫妻財產契約之訂立，限制尤嚴，其第一七九條第三項規定：「結婚後締結之夫妻財產契約，不得變更從來該財產

上對第三人所負之責任」。又第一八一條第二項規定：「婚姻中締結之夫妻財產契約，於前項規定外，尚須監護官署之承認」。我民法未能採用，是否妥當，亦一問題？

### 第三 特有財產

#### (一) 法定特有財產

各國法律，關於組成夫妻財產制之財產，原有限制，其組成夫妻財產制之財產，謂之原有財產 (Eingebracht)。其不組成夫妻財產制之財產，謂之特有財產，亦稱保留財產 (Vorbehaltgut)。特有財產，依我民法規定，有法定與約定之分，第一〇一三條則屬法定特有財產之規定。關於法定特有財產，外國法律有惟妻有之者，如德國民法是。有夫妻雙方皆有特有財產者，如瑞士民法是。(註一)我民法則從瑞士立法例，於第一〇一三條規定左列財產，為特有財產，即(一)專供夫或妻個人使用之物，例如夫或妻日常所服用之衣服是。(二)夫或妻職業上必需之物，例如夫為琴師所用之提琴，妻為畫師所用之畫具是。(三)夫或妻所受之贈物，經贈與人聲明為其特有財產者。所謂贈物，不問其為生前贈與之物，死後遺贈之物皆是。(四)妻因勞力所得之報酬，例如妻因作工所得之工資是。

#### (二) 約定特有財產

各國法律，於法定特有財產外，是否尚認約定特有財產之存在，頗不一致。我民法則從德、瑞立法例，除法定特有財產外，復認約定特有財產之存在，而於第一〇一四條規定：「夫妻得依契約訂定，以一定之財產為特有財產」。

我民法所以認約定特有財產之存在者，蓋夫妻雙方財產之多寡，非必相同，除以契約選定分別財產制爲夫妻財產制外，無論以聯合財產制爲夫妻財產制（但就我民法第一〇一六條但書解釋，不認約定特有財產之存在），抑以共同財產制或統一財產制爲夫妻財產制，未必卽屬相當，不能不特設約定特有財產之規定，以資調劑也。

（註二）

### （三）特有財產之效力

我民法第一〇一五條規定曰：「前二條所定之特有財產，適用關於分別財產制之規定。」此係從德、瑞立法例而設之規定。（註三）所謂前二條所定之特有財產，卽第一〇一三條之法定特有財產與第一〇一四條之約定特有財產。無論法定或約定特有財產，既適用關於分別財產制之規定，則夫妻對於其特有財產，各保有其所有權、管理權及使用收益權；妻如其特有財產之管理權付與於夫，則推定夫得以該財產之收益供家庭生活費用之用；夫並得請求妻就特有財產，對於家庭生活費用爲相當之負擔（民法第一〇四條以下）。

（註一）德民第一三六六條：「妻所專用之物件，尤其是衣服裝飾品及工作之用具，爲其特有財產。」第一三六七條：「妻因其勞力，或獨立營業所取得之物，爲其特有財產。」第一三六九條：「妻因繼承、遺贈或以其爲特留分而取得之物（死因取得），或生前由第三人對於妻無償所與之物，爲其特有財產。但以被繼承人以遺囑，及第三人於給與之際指定取得物爲其特有財產者，爲限。」第一三七〇條：「妻因屬於特有財產之權利取得之物，因屬於特有財產之物件之破壞、損害或侵奪賠償而得之物，或因關於特有財產之法律行爲取得之物，爲其特有財產。」國長第一九一條：「法律上得爲特有財產者，如左：一、專供配偶一方一身使用之物件；二、妻於職業上所需之財產；三、妻由自己勞力所得之收入。」

〔註二〕德民第一三六八條：「以夫妻財產契約所宣言保留之物，爲特有財產」。瑞民第一九〇條：「特有財產，基於夫妻財產契約，第三人之贈與或法律之規定而成立。配偶之一方，得由其親屬依特留分而請求之財產，不得以其爲特有財產而受贈與」。瑞典民法第六章第八條：「下列財產，爲特有財產：（一）由夫妻財產契約指定爲特有財產者（餘略）」。

〔註三〕德民第一三七一條：「特有財產，準用特別財產制關於妻之財產之規定。但妻於夫未因遺產收益收受相當給付之程度，須因支付婚姻費用給與補助金」。瑞民第一九二條：「特有財產，關於妻一般應爲給付之義務，尤其負擔婚姻關係之費用，從財產分離之規定，妻於必要限度內，應以自己勞力所得之收入供家事之需要」。

### 第三款 法定財產制

#### 第一 聯合財產之意義

以聯合財產 (Güterverbindung, Union des biens) 爲法定財產制者，爲德國、瑞士、日本及美國之各州，已於前述。〔註一〕〔註二〕此種財產制，係以妻之財產，除特有財產外，集中於夫之一方，但仍各別保有其所有權，我中央政治會議以其「既便於維持共同之生活，復足以保護雙方之權利，折衷得當，於我國情形亦稱適合」。親屬法先決各點審查意見書第六點說明，故決定以此財產制爲法定財產制。現行民法從之，而於第一〇一六條規定聯合財產之意義曰：「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」。依此規定，有應說明者二：即（一）不但結婚時屬於夫妻之財產，爲其聯合財產，即婚姻關係存續中夫妻所取得之財產，亦爲其聯合財產，從而可知我民法之聯合財產制，尙參有一種類似所得共同之制度 (Zugewinngemeinschaft)，而非純粹之聯合財產制。此係從瑞士民法而設之規定。

(瑞民第一九四條第一項)。(二)妻之第一〇二三條所定之特定財產，即法定特有財產，不在聯合財產之內。此亦係從瑞士民法而設之規定。不過在瑞士民法，不但妻之法定特有財產，不在聯合財產之內，即約定特有財產，亦不在聯合財產之內。(瑞民第一九四條第二項)我則祇以法定特有財產為限。惟是此種辦法，能否得調劑夫妻財產數額懸殊之實益，則有問題耳。至祇云妻之法定特有財產不在聯合財產之內，而不及夫之特有財產者，蓋又因在聯合財產制，係以妻之原有財產與夫之財產聯合，夫之財產無區別其為原有財產特有財產之必要故也。

(註三)

(註一)聯合財產制，係瑞士民法所定之名稱。德國雖亦以之為法定財產制，但條文上則無聯合財產制之字樣。學者 R. Schröder 稱之曰共同管理制 (Verwaltungsgemeinschaft)。法國法律得之曰非共同財產制 (Régime exclusif de la communauté)。日本學者則稱之曰財產無共同制，無共同制，財產不共同制，無共產制或財產併合制。

(註二)德國、瑞士及日本之聯合財產制，為法定財產制，頗有其固有之歷史。德國民法於一八九六年公布，一九〇〇年施行，其於制定民法之際，全國人口中約二千萬人已奉行聯合財產制，重要都市如柏林、Hamburg、Potsdam 及 Prenzsen 之 Schlesien 縣、Saarland、Lüneburg、Oldenburg、全部 Pommern、Brandenburg、Schleswig 及 Holstein、Hanover 等縣之大部分均生活

於聯合財產制之下，狃於積習，不得不以聯合財產制為法定財產制。瑞士民法制定於一九〇七年十二月十日，施行於一九一二年一月一日，迄今已歷三十餘年，維時夫權家長權之陰威猶存，故雖以提高妻之地位，予以行使私權之完全自由，為民法要綱之一，然積習相沿，未能盡除，故仍以聯合財產制為法定財產制。日本古代之夫妻財產關係，亦為夫權萬能主義，明治維新以後，則一切法令模倣大陸法制，惟是後時，德國民法尚未頒布（日民親族相續兩編公布於一八九七年），致之取法乎中之機會，遂大體抄襲九十年前之法國民法加以變更，而以聯合財產制為法定財產制。

(註三)探聯合財產制為約定財產制者，為法國及比利時。奧國則可視為得隨時自由撤銷之法定聯合財產制。蓋依奧國民法第一二二七



條規定，夫妻財產，各自享有。又條第一二三八條規定，妻無反對之意，表示時，惟定其財產之管理權由代表行使之，其用益權由夫享有之故也。

## 第二 夫妻所有權

聯合財產制之特質，在以妻之原有財產 (eingetragenes Gut, apport) 與夫之財產聯合，妻對於原有財產仍保有其所有權。惟何者為妻之原有財產，各國法律規定不同，有不明定妻之原有財產之範圍者，如法國民法及德國民法是。有明定妻之原有財產之範圍者，如瑞士民法是。我民法則從瑞士立法例，於第一〇一七條第一項規定：「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產。」由妻保有其所有權。我民法既明定婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，則第一〇一六條所謂婚姻關係存續中妻所取得之財產為其聯合財產云云，自以妻無償取得之財產為限，是不待言。至聯合財產中，夫之原有財產，及不屬於妻之財產之一切夫妻財產，其所有權概屬於夫，此採取聯合財產制當然之結果，我民法特設第一〇一七條第二項以明示之。（註一）此外，由妻之原有財產所生之孳息，在瑞士民法明定其歸屬於夫，我民法從之（民法第一〇一七條第三項）。（註二）良以家庭生活費用原則上應由夫負擔，非將由妻之原有財產所生之孳息歸屬於夫，不足以資挹注故也。惟在瑞士民法得以其為約定特有財產保留其所有權（瑞民法第一九五條第三項但書）。我民法無之，是不能免於非難耳（首都女子法政講習所曾向國民會議提議刪除此項規定）。（註三）

(註二)不屬於妻之財產之一切夫妻財產，原文作不屬於妻之原有財產之部分，殊欠明確，特依據瑞士民法，改成今文。凡不屬於妻之財產之一切夫妻財產，其所有權歸屬於夫，實爲一種假設的規定 (Eigentumsvermutung)。所有權之推定，於羅馬法即已存在，蓋在保護夫之債權人。

(註三)孳息，原有法定孳息與天然孳息之別，依據民法總則編規定，法定孳息，應以可得收取之時，爲其所有權歸屬之時。天然孳息，應以與原物分離之時，爲其所有權歸屬之時 (民法第六九條第七〇條)。此等之點，親屬法亦當然有其適用，故不另設規定。瑞士民法則於第一九五條第三項明定：「妻之收入，及妻之財產之天然孳息，於其可得取得時，或由原物分離時，歸夫所有。」

(註四)瑞士民法，尙有關於舉證與財產目錄之規定，茲譯錄如下，以備參考。第一九六條：「配偶之一方，主張某財產爲妻之財產時，負舉證之責。婚姻中因妻之財產之代價而取得之財產，推定爲妻之財產」。第一九七條：「夫或妻，得隨時要求就其原有財產，以公正證書製作目錄。原有財產，編入於夫妻財產中後，六個月內製作之目錄，推定爲正確」。第一九八條：「於財產目錄附記評價，且爲公正證書所確定時，配偶雙方對於不足之財產價額之相互賠償義務，依其評價定之。婚姻中以善意，於評價額以下爲物件之讓與時，以其實際代評價額」。

### 第三 管理使用收益及處分權

#### (一) 管理權

關於聯合財產之管理權，應屬於何人，各國法律不同，有以之專屬於夫者，如德國民法是。有原則上以之屬於夫，例外亦得以之屬於妻者，如瑞士民法及日本民法是。(註一)自理論言之，固應以瑞士立法例爲合理，但在我國法則係從德國立法例，而於第一〇一八條規定：「聯合財產，由夫管理，其費用由夫負擔」。(註二)管理行爲者，保管其物或權利之行爲也。管理行爲，對處分行爲而言，從廣義立論，舉凡保存行爲利用行爲及改良行爲皆屬之。保

存行為者，維持其物或權利之現狀之行為也。利用行為者，有利使用其物或權利之行為也。改良行為者，增加物或權利之使用價值，或交換價值之行為也。但在利用行為及改良行為，均以不變更其物或權利之性質為限，否則為處分行為，而非利用或改良行為。至是否變更其物或權利之性質，則應依交易上之通念決之。又關於管理之注意義務，各國法律多明定其與自己之事務為同一之注意（ *culpa in concreto, culpa quam animis*），我民法未設明文規定，余以為解釋上應屬相同。（註三）

### （二）使用收益權

在以聯合財產制為法定財產制之各國，皆許夫對於妻之原有財產有使用收益權。蓋因家庭生活費用原則上應由夫負擔，非如此不足以資挹注故也。但其辦法則不盡相同，有認為普通用益權，完全適用一般用益權之規定，或原則上適用而設若干之例外者。有認為特種權利，與一般用益權不同，在原則上不適用一般用益權之規定。第二種辦法，為多數國法律所採用。（註四）但在我民法則從瑞士立法例，採第一種辦法，而於第一〇一九條規定：「夫對於妻之原有財產，有使用收益之權」。不毀損或變更物或權利之性質，依其用法，以供吾人之需要者，謂之使用（*Gebrauch*）。收取由物或權利所生之天然孳息或法定孳息者，謂之收益（*Erttag, Nutzunge, Nutznießung*）。至使用收益之責任如何，各國法律多明定其與一般收益權人負同一責任，我民法未設明文規定，余以為解釋上應屬相同。（註五）

### （三）處分權

(甲) 夫之處分權

所有權之權能，在於使用收益及處分，如上所述，妻之原有財產使用收益之權已屬於夫，如處分權亦由夫獨斷行之，則所謂妻之原有財產由妻保有其所有權，直等於無，故我民法特從瑞士立法例，而於第一〇二〇條第一項規定：「夫對於妻之原有財產為處分時，應得妻之同意。但為管理上所必要之處分，不在此限。」依此規定，則夫處分妻之原有財產，原則上應得妻之同意，但為管理上所必要之處分，則屬例外。所謂管理上所必要之處分，指管理權範圍內之處分而言，例如為保存不適於保管，或有毀損滅失之虞，或保管需費過鉅之物，而為出賣是。其以之認為例外者，蓋所以期日常生活之便利也。此之所謂處分行爲 (Verfügung, acte de disposition)，係指管理行爲以外之一切行爲而言。處分行爲，通常分為事實的處分行爲與法律的處分行爲，事實的處分行爲者，對於物之本體而為變更毀損或消滅之行爲也。法律的處分行爲者，對於物上存在之權利而為變更限制或消滅之行爲也。又所謂處分行爲，不但指狹義的處分行爲而言，即廣義的處分行爲亦包含之。(註六)至夫未得妻之同意所為之處分行爲，對於第三人之效力如何，我民法亦從瑞士立法例，而於第一〇二〇條第二項規定：「前項同意之欠缺，不得對抗第三人。但第三人已知或可得而知其欠缺，或依情形可認為該財產屬於妻者，不在此限。」(註七)

(乙) 妻之處分權

依我民法第一〇〇三條規定：夫妻於日常家務原可互為代理，從而妻於此代理權之範圍內，對於聯合財

產自屬有權處分，故我民法特於第一〇二一條設注意的規定曰：「妻對於聯合財產，於第一〇〇三條所定代理權限內，得處分之。」（註八）

（註一）德民第一三六三條：「妻之財產，因締結婚從夫之管理及收益。」瑞民第二二〇〇條：「夫管理夫妻財產，夫負擔管理費用。妻於婚姻共同生活代表權之限度有管理權。」日民第八〇一條：「夫管理妻之財產，夫不能管理妻財產時，妻自管理之。」

（註二）妻之財產由夫管理，頗為世所詬病，德國民法制定未久，婦女解放運動家即集矢於此，攻擊其為「不脫夫併吞妻之財產之舊思想，使妻成爲受夫榨取之奴隸」。彼國法界有見於此，除用判例解釋等方法謀救濟外，並於一九二四年九月第三十三次德國法曹大會（Der 33. Deutsch. Juristentag）提出「夫妻財產制應如何修正」之議題。Kipp, Wronzowski, Marie, Manr 諸氏成攻擊此制，幾使其體無完膚。

（註三）日民第八〇五條：「夫管理之財產，或妻爲夫之代理時，應與自己之事務爲同一之注意。」德民一三五九條：「夫妻於履行由婚姻關係所生之義務時，惟就自己事務通常所用之注意負其責任。」我民法關於此點無明文規定，依余所信，應與德、日民法取同一之解釋。

（註四）德國民法第一次草案採用第一種辦法，第二次草案及最後之議決改用第二種辦法，因此夫之權利常溢出於用益範圍之外，德國現行民法文不曰用益權（Nieschranke），而曰享益權（Nutnießung）者，蓋以此也。

（註五）日民第七九九條第一項：「夫或女戶主，有依其用法，使用收益其配偶之財產之權利。」瑞民第二〇一條第一項：「夫對於夫妻財產中之妻之財產，有收益權。且因之與普通收益權人負同一責任。」德民第一三八三條：「夫依與用益人同一之方法及範圍，取得非特有財產之收益。」我民法關於此點無明文規定，依余所信，應與德、日民法取同一之解釋。

（註六）關於此點，各國法律頗不相同，在日本民法，夫爲妻爲借財，讓與妻之財產，以之供擔保，或超過第六〇二條之期間爲其租賃，須得妻之承諾。惟以管理之目的處分孳息，則無須得妻承諾之必要（日民第八〇二條）。在瑞士民法，妻之現金，與其他代替物，及未經劃歸於妻之無記名證券，皆屬於夫，夫得自由處分。但妻對於其價值，有補償請求權（瑞民第二〇一條第三項）。德國民法，對於此屬，則以

爲家用之目的起見，方屬於夫爲條件，夫得自由處分，無須得妻之同意。

〔註七〕瑞士民法之措詞，與我民法頗不相同，德民第二〇二條第二項：「第三人不知無前項同意，或不得而知之時，又其財產爲妻所有，無論何人亦不得而否認時，得視爲已有前項之同意。」而無所謂「前項同意之欠缺，不得對抗第三人」之語句，解釋上自屬有異，即就

瑞士民法解釋，未經妻之同意所爲之處分行爲，除第三人明知或可得而知者外，對內對外應屬無效，不生得對抗與不得對抗之問題。〔註八〕德國民法對於妻之處分權限制甚嚴，即妻之處分非特有財產，須得夫之同意，妻依契約，未經夫之同意，處分非特有財產時，契約之效力，繫於夫之追認。妻未經夫之同意，處分非特有財產之單獨行爲，不生效力（德民第一三九五條、第一三九六條及第一三九八條）。但夫若無充分理由拒絕同意時，監護法院得俟妻之聲請，補充其同意（德民第一四〇二條）。

#### 第四 妻之利益之保全

在聯合財產制，妻之原有財產，係由夫管理，且夫對於妻之原有財產有使用收益及處分之權，如夫之管理使用收益及處分一有不當，則妻不免因此致受不測之損害，故各國法律多設保全妻之利益之規定。但其立法體例，頗不相同，有規定妻於夫之不動產上有法律上之抵押權者，如法國民法是。有規定妻於夫之不動產上有契約上之抵押權者，如荷蘭民法及西班牙民法是。有夫應因妻之請求隨時報告其財產之狀況，及夫應妻之請求，提供擔保者，如德國民法、瑞士民法及日本民法是。我民法則係從後之立法例，但祇於第一〇二二條規定：「關於妻之原有財產，夫因妻之請求，有隨時報告其狀況之義務。」而於夫應因妻之請求提供擔保一層，則摺而不取。此種立法，是否妥當，實一問題。（註一）（註二）至我民法所以課夫以報告之義務者，蓋在使妻明瞭其原有財產之狀況，以便於爲適當之監督及指示也。

(註一)在聯合財產之下，夫之權利極為廣大，我既仿德國、瑞士及日本立法例規定，夫對於妻之原有財產有管理、使用、收益、處分之權，而於保全妻之利益之請求提供擔保之規定，獨舉而不取，是我國女子幾經努力奮鬥而得之財產繼承權，直等於無，所謂「維持夫妻間經濟合作及保障妻之經濟獨立」云者（王龍溪氏語），將成官樣文章而已。

(註二)關於妻得請求夫提供擔保之規定，德國及日本民法亦不相同，德民第一三九一條：「因夫之行為，依非常危害非特有財產之方法，而有損害妻之權利之虞時，妻得對夫請求給付擔保，因夫之管理及收益，妻有消費物價類賠償請求權者，此權利有非常被害之虞時，亦同。」日民第二〇五條第二項：「妻得隨時請求設定擔保。」日民第八〇三條：「夫於管理妻之財產認為必要時，法院因妻之請求，得命夫就其財產之管理返還及提供相當之擔保。」德民以非常之時為限，日民亦非必要之時不可，日民則不設何種限制。

## 第五 責任

### (一) 夫之責任

在聯合財產制之下，所生之債務，有應由夫負清償之責者，有應由妻負清償之責者，我民法亦從瑞士立法例，分別情形規定之。(註一)依我民法第一〇二三條，應由夫負清償責任之債務如下：(一)夫於結婚前負之債務；此種債務，與妻無涉，故應由夫負其責任。(二)夫於婚姻關係存續中所負之債務；夫對於妻之原有財產既有使用收益之權，且由妻之原有財產所生之孳息，其所有權亦歸屬於夫（民法第一〇一九條及第一〇一七條第三項），故婚姻關係存續中所負之債務，應由夫負清償之責。惟應注意者，婚姻關係存續中所負之債務，解釋上包含由家庭生活費用所負之債務在內。關於家庭生活費用，德、日民法皆明定其由夫負擔（德民第一三八九條第一項，日民第七九八條第一項），我民法則從瑞士立法例，不設明文規定，解釋上應由夫負擔，實無可疑。所謂家庭生活

活費用，包含甚廣，舉凡夫妻之生活費，子女之養育費、教育費，夫妻及子女之娛樂費、醫藥費皆屬之。（註二）（三）妻因第一〇〇三條所定代理行為而生之債務，夫為婚姻共同生活之首長，妻在日常家務代理權範圍內所為之行為，對於夫直接發生效力，故因此所生之債務應由夫負其責任。至民法第一〇二三條祇云左列債務由夫負清償之責，而不明示其就何種財產負清償之責者，因在聯合財產制，於聯合財產中除去妻之原有財產外，其餘一切之夫妻財產皆屬於夫，本無所謂原有財產或特有財產故也。

### （二）妻之責任

（甲）就全部財產負其責任時

妻對於債務，有應就其財產之全部負清償之責者，有僅就其特有財產負清償之責者，關於前者，民法於第一〇二四條設有規定。妻應以其財產全部負清償責任之債務如下：（一）妻於結婚前所負之債務；此種債務，與夫無涉，故應由妻負其責任。（二）妻因職務或業務所生之債務；依民法第一〇一三條第四款規定，妻因勞力所得之報酬為妻之法定特有財產，不在聯合財產之內，從而因此所生之債務，自應由妻負清償之責。（三）妻因繼承財產所負之債務；依民法第一〇一七條第一項規定，妻於婚姻關係存續中，依繼承所得之財產，為其原有財產，由妻保有其所有權，從而因繼承財產所負之債務，自應由妻負清償之責。（四）妻因侵權所生之債務；此種債務，應由妻負其責任，甚為顯然，無待贅論。惟應注意者，家庭生活費用，固應由夫負擔，然如夫無支付能力，則婚姻共同生活即將解體，故民法第一〇二六條規定：「家庭生活費用，夫無支付能力時，由妻



就其財產之全部負擔之。此在人情上實所應爾者也。惟此係屬補充的性質，必夫先為負擔，倘有不足，始應由妻負擔耳。

(乙) 就特有財產負其責任時

我民法第一〇二五條亦係規定妻對於債務之責任，但其負責之財產僅以特有財產為限。其應負責任之債務如下：(一) 妻就其特有財產設定之債務；妻之法定特有財產，並不組入於聯合財產，而自保有其完整理之所有權，從而就其特有財產設定之債務，自應以其特有財產清償之。(二) 妻逾越第一〇〇三條代理權限之行為所生之債務；妻於第一〇〇三條代理權範圍內原有代理其夫為日常家務一切行為之權，然如逾越範圍，則與無權代理無異（民法第一一〇條），從而因此所生之債務，自應由妻之特有財產清償之。此與妻於第一〇〇三條所定代理權範圍內所生之債務，應由夫負責清償之責者，固有別也。（註三）（註四）

（註二）我民法關於責任問題，係從瑞士民法，但亦有不同之處，茲詳錄瑞士民法之規定如下，以資比照。瑞士民法第二〇六條：「夫對左列債務應負責任：一、婚姻前之債務；二、婚姻中所負之債務；三、妻由婚姻共同生活之代表行為所生之債務。」第二〇七條：「妻無論夫妻財產制上有無歸屬於夫之權利，對左列債務，應以自己之全財產任償還之責：一、結婚前之債務；二、妻得夫之同意所負之債務或為夫之利益，經監護主管官署之承認所負之債務；三、於日常職務或營業所生之債務；四、因自己開始繼承而生之債務；五、因不法行為而生之債務。因共同家政所負之債務，夫無支付能力時，妻任其責。」第二〇八條：「妻於婚姻中及婚姻解除後，對左列債務，既以自己之特有財產任償還之責：一、以其特有財產所負之債務；二、未得夫之同意而負之債務；三、逾越婚姻共同生活代表權限所負之債務。前項規定，不妨礙其基於不當得利之請求。」

（註三）關於家庭日常生活費用之點，徐戰門氏有所批評，余著謂：「尤可非議者，法定財產制止就普通之婚姻而規定，就於贅婿之時未設例外」

之規定，殊覺不當。何也？蓋發覺時之家庭生活費用，當然由妻負擔，而妻就於其夫之財產，應有其使用收益之權之類，皆有規定之必要故也。（日民第七九八條、第七九九條）。（徐氏前揭七四頁）

（註三）關於以妻之特有財產負擔債務之點，德國民法設有規定，可供參考。德民第一四一五條：「左列各物，於夫妻財產關係，歸持有財產之負擔：一、由妻之婚姻中之健康行為所生之妻之義務，或因妻之健康行為對於妻開始之刑事訴訟法上之義務；二、由關於特有財產之法律關係所生之妻之義務，但此義務於婚姻締結前或以其財產為特有財產前發生者，亦同；三、第一款、第二款之義務妻所為之訴訟費用。」

（註四）我民法關於責任之規定，係從瑞士民法，實不如瑞與民法之規定為簡明。雖二者所採之制度不同（即瑞士為聯合財產制，瑞與為權衡財產制），然瑞與民法之規定未始不可以供參考也。茲詳錄瑞與民法關於責任之規定如下：瑞民第七章夫妻債務第一條：「夫妻之各方，對於其婚姻前或婚姻中所負擔之債務，以其婚姻財產及特有財產擔保之。」第二條：「除特約外，在婚姻中由夫妻雙方負擔之債務，由其連帶負責。夫妻之一方負擔債務，他方按照第五章第一二條之規定而負責者，亦同。」所稱第五章第一二條之規定，即「夫妻之一方，得因家庭日常生活或教育兒童費用之故，訂立為上述事件所適用之法律行為。此種行為，亦使他方負責。除有特別情形外，對於他方發生義務。未成年配偶，亦得為該項法律行為。」

## 第六 補償請求

何種債務應由夫負擔清償之責，何種債務應由妻就其全部財產負擔清償之責，或應由妻僅就其特有財產負擔清償之責，我民法第一〇二三條至第一〇二五條規定甚詳，不容牽混。顯有無通共，即在常人亦常有之，矧屬夫妻更所不免，惟不應因夫妻之同財共居，致喪失其補償請求權。故我民法特從瑞士立法例，而於第一〇二七條第一項規定：「妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償，或夫之債務，而以妻之原有財產清償者，夫或妻有補償請求權。」但行使補償請求權之時期，則不可漫無限制，蓋夫之財產，與妻之原有財產，皆為組成聯合財產之成分，如得

隨時請求補償，則聯合財產行將解體，殊非所以維持婚姻共同生活之道。此我民法第一〇二七條第一項但書所以規定，在聯合財產關係消滅前，不得請求補償者也。（註一）第此係就夫之財產與妻之原有財產之移用關係而言，至妻之特有財產與夫妻間之聯合財產，則彼此並無關涉，縱使暫時移用，亦不妨即時請求清償，以清責任。故我民法第一〇二七條第二項規定：「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。」（註二）

（註一）瑞士民法，關於行使補償請求權時期之限制，設有例外規定，我民法無之。瑞士民法第二〇九條第一項：「屬於夫管理下妻之財產所負之債務，由夫之財產償還，或由屬於夫管理下妻之財產償還夫之債務時，其補償請求權，但此請求權，除法定例外情形外，與財產聯合之廢止同時發生。」

（註二）瑞士民法除補償請求之發生外，尚有夫破產或財產被扣押時補償請求之規定。瑞士民法第二一〇條：「夫破產或財產被扣押時，妻得對其屬於夫之管理已不存在之財產行使補償債權。夫之反對請求權，與之抵銷。妻得爲所有權人取回財產。」第二一一條：「妻依取回自己之所有物或所供之擔保，不得回復屬於夫管理之財產半額時，對於餘額之補償請求，依強制執行法及破產法之規定有優先權。優先權之讓與，或爲債權人之利益，其拋棄爲無效。」

## 第七 聯合財產之解散

### （一）因死亡而解散

#### （甲）妻之死亡

夫妻財產係爲維持夫妻之共同生活而設，如夫妻任何一方死亡，則夫妻財產應即解散，是爲當然，故我民

法特於第一〇二八條明定於妻死亡時，原有財產之歸屬。即「妻死亡時，妻之原有財產歸屬於妻之繼承人。如有短少，夫應補償之。但以其短少係因可歸責於夫之事由而生者爲限」。此之所謂繼承人，依我民法第一一四條規定，夫亦包含在內，夫之繼承法上請求權，自不因此而受影響。關於此點，瑞士民法設有明文規定，可供參考（瑞民法第二一二條第一項）。至其短少，是否因可歸責於夫之事由而生，則依夫之管理妻之原有財產已否與自己事務爲同一之注意決之。

### （乙）夫之死亡

夫如死亡，夫妻財產亦應解散，但以妻取回其原有財產爲已足，不發生歸屬於其繼承人之問題，故我民法第一〇二九條規定：「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」。依我民法第一一四四條規定，妻亦爲夫之繼承人，其短少部分，自應因混同而消滅（民法第三四四條），此與第一〇二八條夫爲妻之繼承人時，其請求權因混同而消滅同。關於此點，瑞士民法設有明文規定，可供參考（瑞民法第二一二條第二項）。至妻之原有財產之短少，是否以因可歸責於夫之事由而生者爲限，我民法無明文規定，依余所信，應與第一〇二八條第二項但書取同一之解釋。

### （二）非因死亡而解散

聯合財產非因夫妻一方之死亡而解散，即通常所謂聯合財產之分割是。關於聯合財產之分割，外國法律有妻祇得取回其原有財產者，如德國民法是。有妻除取回其原有財產外，如有剩餘，得取得其三分之一者，如瑞士民

法是。自理論言之，自以瑞士立法例爲適當。(註一)但我民法則不設分配剩餘之規定，祇於第一〇三〇條前段規定：「聯合財產之分割，除另有規定外，妻取回其原有財產。」又於同條後段規定：「如有短少由夫或其繼承人負擔。但其短少，係因可歸責於妻之事由而生者，不在此限。」依此規定，縱其短少，係非因可歸責於夫或妻雙方之事由而生，亦應由夫或其繼承人負擔，自不待言。至所謂另有規定，如第一〇二八條、第一〇二九條及第一〇五八條之規定是。(註二)

(註一)瑞士民法係採分配剩餘之立法例，德國民法則否，良以聯合財產之最大原理，即在妻之原有財產不因與夫之財產聯合而有增減故也。但就公平立論，自以瑞士立法例爲是。國民第二一四條第一項：「夫之財產與妻之財產分離後，倘有剩餘時，以其三分之一歸屬於妻或其直系卑親屬，餘則歸屬於夫或其繼承人。」

(註二)此之所謂另有規定，竊以爲係採取瑞士民法第二一四條第三項：「依夫妻財產契約，得約定與此相反之剩餘額或不足額分配法」之條。蓋第一〇二八條、第一〇二九條及第一〇五八條等之於第一〇三〇條，性質不同，適用自異，無設此除外規定之必要故也。

#### 第四款 約定財產制

##### 第一項 概說

如上所述，夫妻財產制，原有聯合財產制、共同財產制、統一財產制、分別財產制、奩產制及婚權財產制之六種，我民法除以聯合財產制爲法定財產制外，而以共同財產制統一財產制及分別財產制爲約定財產制。其不以奩產制爲約定財產制者，蓋「此制在法律上具有不能移轉及不能扣押之特性，是其財產不免減少在社會經濟上之效能，故各國採用此制者日居少數，近年來外國立法趨向亦不主張此制，吾國自不宜採之」也。(王寵惠氏婚

姻財產制論文參照)。至婚權財產制，則爲瑞典最近之一種特別制度，我國學者有主張「雖不以之爲法定制，但就約定制一方面言，則不無研究之價值」者（王氏前揭論文）。即在中央政治會議之決議，亦明言除共同財產制統一財產制及分別財產制而外，不妨以他種制度爲約定財產制（親屬法先決各點審查意見書第六點第三參照），所謂他種制度，即暗指婚權財產制而言，但在現行民法則未爲採用。

## 第二項 共同財產制

### 第一目 概說

所謂共同財產制，如前所述，原有一般共同財產制、動產及所得共同財產制及所得共同財產制之三種，外國法律之以一般共同財產制爲約定財產制者，如法國、德國、瑞士、土耳其及比利時是。以動產及所得共同財產制爲約定財產制者，如法國、德國、瑞士及土耳其。我民法則惟以一般共同財產制及所得共同制爲約定財產制，其不採取動產及所得共同財產制者，蓋此種共同財產制不外「以動產與不動產爲是否共同財產標準之一，如雙方之動產與不動產相去懸殊，則雙方帶入之財產亦相去懸殊，本免失平，故三種共同制之中，此種似不可用」（王氏前揭論文）。（註1）

（註1）動產及所得共同財產制（Fahrvermögenrecht, régime de la communauté des meubles et acquits）之內容如何，各國法律不同。依法國民法：共同財產包含下列三種：（一）雙方現有及將來取得之一切動產，但有若干之例外；（二）雙方各別財產之收入；（三）婚姻存續期間內以代價取得之不動產，其代價係由共同財產負擔者。依德國民法：共同財產之範圍，大致與法國相同，惟夫妻財產除共同者外，分爲下列兩種：（一）夫或妻之原有財產；（二）妻之特有財產（夫不得有特有財產）。瑞士及土耳其

則無論採用何種制度，均許雙方有特有財產。

## 第二目 一般共同財產制

### 第一 共同財產之意義

一般共同財產制 (*Allgemeine Gütergemeinschaft, régime de la communauté universelle*) 者，夫妻之財產及所得，除特有財產外，合併為共同財產，屬於夫妻公同共有之夫妻財產制也（民法第一〇三一條第一項）。此之所謂夫妻之財產，指夫妻現有及將來取得之一切動產、不動產而言，但在外國法律有對於不動產設有特別條件者，如芬蘭是，民法則無此限制。此之所謂夫妻之所得，舉凡精神上及勞力上之所得皆屬之，但依我民法第一〇三一條第四款，妻因勞力所得之報酬為妻之特有財產，此之所謂所得，自不包含妻之勞力所得在內。又依民法第一〇三一條第一項之規定以為解釋，在共同財產制之下，應有三種財產（*Drei Massen*）存在，即（一）夫妻之共有財產（*Gemeinschaftsgut, Gesamtgut*）（註一）（二）夫之特有財產（*Einköndgut des Mannes, Propertgut des Mannes*）（三）妻之特有財產（*Einköndgut der Frau*）。此之所謂特有財產，不限於法定特有財產，即約定特有財產亦是，此在解釋上實無可疑。至關於夫妻之共同財產，依法國民法屬於夫妻之公同共有，但在我民法第一〇三一條第二項，尚有「共同財產，夫妻之一方不得處分其應有部分」之規定，此種規定，是否妥當，不無疑問。蓋共同財產既屬於夫妻公同共有，依處公同共有之法理，無應有部分之可言，自無所謂處分其應有部分故也。（註二）

（註一）瑞士民法第二一五條第三項：「配偶之一方，主張其財產不屬於共同財產時，應負舉證之責。」關於聯合財產亦有同樣之規定，同  
（註二）瑞士民法第一九六條第一項：「配偶之一方，主張其財產為妻之財產時，負舉證之責。」我民法以其屬於訴訟法上證據法則之問題，故不為  
規定。

（註三）我民法物權編分共有為二：一曰分別共有，一曰公同共有。數人按其應有部分，對於一物有所有權者，為分別共有（民法第八一七  
條第一項）。依法律規定或依契約，成一公同關係之數人，基於其公同關係，而共有一物者，為公同共有（民法第八二七條第一項）。  
分別共有與公同共有雖同為數人對於一物有所有權，然其最大區別，則在一有應有部分，一無應有部分。我民法第一〇三一條第一  
項既明定共同財產屬於夫妻公同共有，而同條第二項又復謂不得處分其應有部分，理論上顯欠貫徹。考之瑞士民法第二一五條第二項  
及德民法第一四四二條，雖有不得處分其應有部分之規定，然德、瑞民法祇云屬於夫妻之共有，而非以其為公同共有，理論上自屬可通。

## 第二 管理及處分

### （一）管理

共同財產之管理權，用益權，原則上屬於夫，為多數國法律之所同。法國民法且不許以契約變更之，夫對於共  
同財產行使權利有不正當時，祇對於妻負損害賠償責任，但夫如有危害其財產之情事，則妻得要求終止共同財  
產制。我民法亦以共同財產之管理權屬於夫，而於第一〇三二條規定：「共同財產，由夫管理。其管理費用，由共同  
財產負擔。」夫對於共同財產之管理如有不當，固應對於妻負損害賠償責任，但夫如有危害其財產之情事，妻能  
否要求終止共同財產制，則法無明文，適用上不無疑問耳。又我民法第一〇三三條祇云共同財產由夫管理，而於  
用益權不設明文規定，余則以為解釋上自亦應屬於夫。共同財產之管理權及用益權雖皆屬於夫，但妻得於第一  
〇〇三條代理權範圍內有此權利，自不待言（瑞民法第二一六條第三項設有明文規定）。至夫妻之特有財產，既



爲夫妻之各別所有，固得單獨管理及用益，但在法國、荷蘭、芬蘭、葡萄牙、巴西等國法律，特有財產之收入，亦應算入共同財產之內，是夫對於妻之特有財產亦有管理權及用益權。我民法則不如此。

(二) 處分

關於共同財產之處分，依多數國之法律，原則上亦屬於夫，但有種種限制，有關於不動產之處分須得妻之同意者。有關於無償之處分須得妻之同意者。其於後者又可細別爲二，有不問動產、不動產均須得妻之同意者，如德國民法第一四四六條之規定是。有如爲動產無須得妻之同意，如爲不動產則須得妻之同意者，如法國民法第一四二二條之規定是。(註一)我民法則從瑞士立法例，不以共同財產之處分權專屬於夫，且不因動產、不動產以及有償無償而設差別。即依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。但爲管理上所必要之處分，不在此限。」依此規定，夫妻雙方均有處分共同財產之權利，但以非管理上所必要之處分爲限，須得他方之同意。何謂管理上所必要之處分，已於前述，茲不贅。(註二)又依第一〇三三條第二項規定：「前項同意之欠缺，不得對抗第三人。但第三人已知或可得而知其欠缺，或依情形不認爲該財產屬於共同財產者，不在此限。」此與第一〇二〇條第二項之立法旨趣同，其詳已於前述，可參考得之。(註三)

(註一)那威一八八九年法律第一四條規定，夫無代價處分動產，若逾全額十分之一者，須得妻之同意，如屬不動產，則非得妻之同意不可。是亦分別動產不動產而爲規定者也。

(註二)國民第二一七條：「處分屬於共同財產之某財產時，須配得雙方之意思表示，或對於一方處分他一方之同意。但非超越普通管理以上者，不在此限。第三人不知無前項之同意，或可得而知時，或無論何人亦不可得知其財產屬於共同財產時，視爲有前項之同意。」

（註）瑞士民法，尙設有夫妻一方拋棄繼承須得他方同意之規定，瑞民第二一八條：「婚姻中，配偶之一方拋棄繼承時，須得他方之同意。對於同意之拒絕，配偶之一方得請求監護主管官署之裁決。」而於聯合財產制中，妻拋棄繼承時亦有同樣之規定，瑞民第二〇四條：「妻拋棄繼承時，須得夫之同意。對於同意之拒絕，妻得請求監護主管官署之裁決。」

### 第三 責任

#### （一）夫之責任

在一般共同財產制之下，所生之債務與聯合財產制同，有應由夫負責者，有應由妻負責者，我民法大體從瑞士立法例，亦分別明定之。依我民法第一〇三四條規定，應由夫個人並就共同財產負責清償責任之債務如下：（一）夫於結婚前所負之債務；夫妻共同生活，自結婚之時爲始，夫於結婚前所負之債務，與妻無涉，自應由夫個人並就共同財產負責清償之責。（二）夫於婚姻關係存續中所負之債務；在共同財產制之下，共同財產之管理、使用及收益，原則上均屬於夫，故夫於婚姻關係存續中所負之債務，應由夫個人並就共同財產負責清償之責。所謂婚姻關係存續中之債務，包含家庭生活費用在內，此點與第一〇二三條第二款之解釋同，已於前述，茲不贅。（三）妻因第一〇〇一三條所定代理行爲而生之債務；夫爲婚姻共同生活之首長，妻在第一〇〇三條代理權限內所爲之行爲，直接對於夫發生效力，故因此所生之債務，應由夫個人並就共同財產負責清償之責。（四）妻於婚姻關係存續中，以共同財產爲負擔之債務；所謂妻以共同財產爲負擔之債務，指除前款妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務外，舉凡妻以共同財產爲負擔之債務皆屬之。共同財產之管理使用及收益既均屬於夫，妻就共同財產所負

之債務，應由夫個人並就共同財產負清償之責。是為當然。惟所謂夫個人之財產，究係指夫之原有財產，抑係指夫之特有財產，頗欠明瞭，余則以為當係指夫之原有財產言之。關於此點，瑞士民法設有明文規定，可供參考。（註一）

（二）妻之責任

（甲）以個人並共同財產負責者

妻對於債務，有應由妻個人並就共同財產負清償之責者，有應由妻僅就其特有財產負清償之責者。前者，我民法於第一〇三五條設有明文規定，其應負清償責任之債務如下：（一）妻於結婚前所負之債務；夫妻共同生活，自結婚之時為始，妻於結婚前所負之債務，與夫無涉，自應由妻負清償之責。（二）妻因職務或營業所生之債務；依我民法第一〇一三條第四款規定，妻因勞力所得之報酬，為妻之特有財產，故因此所生之債務，應由妻負清償之責。（三）妻因繼承財產所負之債務；此種債務，係為妻之利益而生，故應由妻負清償之責。（四）妻因侵權行為所生之債務；此種債務，應由妻負清償之責，甚為顯然，毋待贅述。雖然，本條所定各種之債務，如與第一〇二四條對照觀察，理應由妻就其全部財產負清償責任，但我民法所以從瑞士立法例，並列共同財產於負責之地位者，蓋在保護妻之債權人之利益也。惟應說明者，家庭生活費用，固應由夫就共同財產以為負擔，然如共同財產不足負擔時，而其妻又不負責任，則婚姻共同生活似將解體，故我民法第一〇三七條規定：「家庭生活費用，於共同財產不足負擔時，妻個人亦應負責任」。此亦人情所應爾者也。（註二）

（乙）以特有財產負責者

我民法第一〇三六條，亦係規定妻對於債務之責任，但與第一〇三五條不同，即該條係以個人及共同財產為負責之範圍，本條則僅以妻之特有財產為限。妻儘就其特有財產負責清償責任之債務如下：(一)妻就其特有財產所負擔之債務；妻之特有財產，完全為妻所私有，故就其特有財產所負之債務，應由妻就其特有財產負責清償之責。(二)妻逾越第一〇〇三條代理權限之行為所生之債務；妻在第一〇〇三條所定代理權之範圍內，對於日常家務原有代理其夫為一切行為之權限，然如逾越範圍，則與無權代理無異(民法第一〇〇三條)，故因此所生之債務，應由妻就其特有財產負責清償之責。(註三)此與妻因第一〇〇三條所定代理行為而生之債務，應由夫個人並就共同財產負責清償之責者，固有別也。

(註一) 德民第二一九條：「夫對於左列債務，以原有財產 (Eigenschaftsgüter) 及共同財產負責：一、配偶雙方結婚前之債務；二、妻為婚姻共同生活之代表所生之債務；三、婚姻中夫所負，或妻以其為共同財產之負擔所負前項以外之債務。」

(註二) 關於家庭生活費用，在聯合財產制，原則上由夫負擔，在共同財產制，原則上由共同財產負擔，蓋一則以妻之原有財產聯合，一則係以夫妻之財產及所得合併為共同財產故也。家庭生活費用，於共同財產不足負擔時，我民法第一〇三七條規定妻個人亦應負責，夫個人應否負責，則無明文規定，但就第一〇三四條第二款解釋，夫個人似無免責之理由。關於此點，瑞士民法有可供參考之處。德民第二二〇條第二項：「因共同家政，依自己及夫所負之債務，於共同財產不足償還之限度，妻任其責。」同條第三項：「關於共同財產以外之債務，妻不負責任。」

(註三) 關於妻以特有財產負責之規定，瑞士民法與我民法略有出入。德民第二二一條：「妻於婚姻中，及婚姻解除後，以自己之特有財產，對左列債務，負責償還之責：一、為特有財產所負之債務；二、不得夫之同意而負之債務；三、逾越婚姻共同生活代表之權限，所負之債務。前項之規定，不妨礙其基於不當得利之請求。」

#### 第四 補償請求

共同財產制與聯合財產制不同，在聯合財產制之下，雖係以妻之原有財產併合於夫之財產，然何者為夫之財產，何者為妻之原有財產，區別顯然，不容牽混。反之在共同財產制，則夫妻之財產合為一體，混而不分。故在聯合財產制，妻之原有財產所負之債務，而以夫之財產清償，或夫之債務，而以妻之原有財產清償，夫或妻仍有補償請求權（民法第一〇二七條第一項）。反之在共同財產制，共同財產所負之債務，而以共同財產清償者，則夫妻之間不發生補償請求之問題。故我民法特設第一〇三八條第一項，以明示之。至若共同財產之債務，而以特有財產清償，或特有財產之債務，而以共同財產清償，則不但不因夫妻之同財共居喪失其請求權，且縱於婚姻關係存續中亦得請求（民法第一〇三八條第二項）。蓋夫妻之特有財產，係各別保有其所有權，與共同財產之屬於夫妻公同共有者，根本不同故也。（註一）（註二）

（註一）我民法關於補償請求，係從瑞士立法例。其在德國民法，亦有同樣之規定。德民第一四六六條：「夫以共同財產流用於特有財產時，夫須依被流用物之價額賠償共同財產。夫以特有財產流用於共同財產時，夫得由共同財產中請求賠償。」但依德國民法，原則上非共同財產解散後，不得請求（德民第一四六七條）。此與我民法不同之點。

（註二）瑞士民法，除補償請求之通則外，尚有關於妻之財產取回請求權之規定。我民法無之。德民第二二四條：「當夫破產，或共同財產之財產被扣押，妻得請求於共同財產中取回其財產。且對其中類，依強制執行法及破產法之規定，有優先權。優先權之讓與，或因一債權人之利益，其拋棄為無效。」此與德民第二二〇條及第二二一條之規定，適相對應。

#### 第五 共同財產制之解散

(一) 因死亡而解散時

夫妻財產，係爲維持夫妻之共同生活而設，如夫妻一方死亡，則夫妻財產應即解散，是爲當然。共同財產制之解散，各國法律多採平等分割主義，(註一)我民法從之，而於第一〇三九條第一項規定曰：「夫妻之一方死亡時，共同財產之半數，歸屬於死亡者之繼承人，其他之半數，歸屬於生存之他方。」惟應注意者，依我民法第一一四四條規定，夫妻之一方得爲他方之繼承人，此之所謂以共同財產之半數歸屬於死亡者之繼承人，在解釋上自不妨擬生存者繼承法上之權利，關於此點，瑞士民法設有明文規定，可供參考(瑞民法第二二五條第二項)。又平等分割主義，係推測當事人之意思而爲之規定，如當事人間另有約定，自以從其約定爲是，故我民法第一〇二九條第二項規定曰：「前項財產之分割，其數額另有約定者，從其約定。」以期適合當事人之真意。(註二)至所謂其他之半數歸屬於生存之他方，以他方依法非不得爲繼承人者爲限，否則情義既乖，卽無復予以半數之理由，故我民法第一〇三九條第三項明定：「第一項情形，如該生存之他方，依法不得爲繼承人時，其對於共同財產得請求之數額，不得超過於離婚時所應得之數額」以限制之。所謂依法不得爲繼承人，卽依民法第一一四五條之規定喪失其繼承權者是。其詳俟於拙著中國民法繼承論述，茲不贅。

(二) 非因死亡而解散時

我民法第一〇四〇條規定：「共同財產關係消滅時，除法律另有規定，或契約另有訂定外，夫妻各得共同財產之半數」。本條與第一〇三九條規定之旨趣同，唯一則因夫妻一方之死亡而發生，一則因共同關係之消滅而

發生。共同財產之分割既非因夫妻一方之死亡而發生，自無所謂歸屬於繼承人，且無所謂生存之一方，更無所謂依法不得爲繼承人。惟所謂非因死亡而解散，解釋上應除去第一〇五八條因離婚解散夫妻財產制之規定，自不待言。（註三）（註四）

（註一）共同財產之解散，採平等分割主義，爲各國法律之所同。茲舉德、法民法爲例。德民法第一四七六條第一項：「共同財產清償債務後，殘存之剩餘，以同一分配歸夫妻之所有。」法民第二二五條第一項：「配偶之一方死亡時，共同財產之半額，歸屬於生存之配偶。」又第二項：「其他之半額，歸屬於死亡者之繼承人。」

（註二）關於此點，我民法係從瑞士立法例，但在瑞士民法有保護死亡配偶之直系卑親屬之規定。瑞民第三二六條：「不用均分法時，得依夫妻財產契約定其他之分配法。前項情形，死亡配偶之直系卑親屬有保留死亡時現存共同財產四分之一之權利。」

（註三）瑞士民法尚有關於生存者之責任及抵銷計算之規定，我民法無之。茲譯錄如下，以供參考。瑞民第二二七條：「生存之夫，對共同財產之一切債務負責。生存之妻，得拋棄應歸屬於自己之應有部分，免除對於共同財產債務之責任。但共同財產債務同時爲自己之債務時，不在此限。生存之妻，受其應有部分時，有清償債務之責任。但能證明其所受之財產不足支付債務時，得免其責任。」又第二二八條：「於分配時，生存配偶爲抵銷計算後，得請求交付屬於自己之共同財產。」

（註四）德民法，均有生存配偶得與其直系卑親屬繼續共同財產制之規定（德民第一四八三條、瑞民第二二九條以下），我民法以其財產關係過於複雜，故摒而不採。

### 第三目 所得共同財產制

所得共同財產制（*Einkommensgemeinschaft, régime de la communauté d'acquies*）者，共同財產，依夫妻財產契約，限定爲所得之一種之夫妻財產制也。如前所述，共同財產制，原有一般共同財產制、動產及所

得共同財產制及所得共同財產制之三種，我民法則因動產及所得共同財產制有失公平，故除一般共同財產制外，惟認所得共同財產制，而於第一〇四一條第一項規定曰：「夫妻得以契約訂定，僅以所得為限，為共同財產。」何謂所得，我民法曾於第一〇四一條第二項前段明示其範圍曰：「婚姻關係存續中，夫妻因勞力所得之財產，及原有財產之孳息，為前項之所得。」其規定甚明，無待贅述。（註一）惟在此種財產制之下，尙許妻有特有財產與否，則屬疑問。關於此點，外國法律有明定妻得有特有財產者，我民法既未設明文，余以為不能為同一之解釋。（註二）所得共同財產制之所得，依我民法第一〇四一條第二項後段，應適用關於一般共同財產制之規定，此為性質所當然。至結婚時及婚姻關係存續中，屬於夫妻之原有財產，我民法第一〇四一條第三項則明定其適用關於法定財產制，即聯合財產制之規定。此亦係從瑞士民法之立法例。（註三）

（註一）依民法第一〇四一條第二項規定，婚姻關係存續中，夫妻因勞力所得之財產，亦為所得共同財產之所得，與一般共同財產制不同。即在一般共同財產制，妻因勞力所得之財產，為妻之特有財產（民法第一〇一三條第四款），不在共同財產之內（民法第一〇三一條第一項）。又依同項規定，原有財產之孳息，為所得共同財產制之所得，亦與一般共同財產制有異。即在一般共同財產制，並未明言包含原有財產之孳息在內，惟在解釋上由共同財產所生之孳息，亦當然屬於共同財產而已。關於此點，德國民法設有明文規定，僅【民第一四三八條第一項】：「夫之財產及妻之財產，依一般共同財產制為夫妻之共同財產。夫或妻於共同財產制之範圍取得之財產，亦屬於共同財產。」

（註二）在所得共同財產制，德國民法尙許妻有特有財產，瑞士民法則否，我民法係從瑞士立法例。德民第一五二六條：「依婚姻契約，欲宣言以其為特有財產之物，又依第一三六九條或第一三七〇條妻所取得之物，為妻之特有財產。夫不許有特有財產。關於妻之特有財產，適用一般共同財產制時特有財產之原則。」



(註三)瑞士民法對於剩餘及不足額之分配，設有明文規定，我民法無之。意者，以其當然適用關於一般共同財產制之規定歟？瑞士民法第二四〇條「於廢止共同，有剩餘時，各配偶或其繼承人同平分之，其不足額，歸夫或其繼承人負擔。但能證明其不足係由妻引起者，不在此限。依夫妻財產契約，得約定與此相異之剩餘或不足額分配法」。

### 第三項 統一財產制

統一財產制 (Gütereinheit, régime de communauté, des biens) 者，結婚前之夫之財產及妻之財產 (Eingebrauchs Gut)，經濟上，法律上成爲一體，全部歸屬於夫之夫妻財產制也。統一財產制，爲夫妻財產制最原始之制度，依此制度，妻之財產，除特有者外，均統一於夫，故學者常稱之曰併吞財產制。此種財產制，最不公平，近世各國法律已無以其爲法定財產制者。惟瑞士因保存數州舊法起見，以此制爲約定財產制，我民法從之，而於第一〇四二條規定曰：「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」。(註一)妻須移轉其財產之所有權於夫，而惟取得估定價額之返還請求權，是爲統一財產制之特色。至若關於統一財產之管理、使用、收益、債務之清償，以及家庭生活費用之負擔等，我民法第一〇四三條則明定其關於法定財產制，即聯合財產制之規定。

(註一)我民法與瑞士民法略有不同。瑞士民法係以統一財產制視爲一種變相的聯合財產制，故附定之於第六節 (夫妻財產制) 第二款聯合財產制 (Gütergemeinschaft) 之內。我則於約定財產制 (第三款) 中專設一目 (第二目) 明定其以統一財產制爲約定財產制。我國夫妻財產，原無此種習慣，其以此制爲約定財產制者，蓋「苟其夫妻間自信爲彼此確信信任，而妻自願將其財產之所有權移轉於其夫，法律上自不妨許其自由約定」也。(王氏前揭論文參照)

#### 第四項 分別財產制

### 第一 概說

分別財產制 (Gütertrennung, régime de la Séparation des biens) 者，結婚後夫妻之財產各別獨立存在，不因結婚而受何種影響之夫妻財產制也。此種夫妻財產制，最能保障妻之財產之獨立，故奧國、捷克、匈牙利、羅馬尼亞、意大利、希臘、土耳其、英國及美國之數州皆以其爲法定財產制。自最近之立法趨勢言之，各國新制定之民法及修正案，亦多以分別財產制爲法定財產制。例如一九二六年四月四日公布，同年十月四日施行之土耳其民法，雖完全繼受瑞士民法，然於夫妻財產制則毅然捨棄瑞士民法之聯合財產制，而以分別財產制爲法定財產制。又如一九二八年之匈牙利民法草案及一九二八年十二月二十八日發表之日本親屬繼承法改正要綱，亦皆以分別財產制爲法定財產制。他如一九二〇年六月十一日公布，翌年一月一日施行之瑞典親屬法，雖特創婚權財產制，然除與婚權有關係之特定限制外，仍各別保有其所有權，其結果實驗乎有分別財產之意味。又如蘇俄親屬法雖規定婚姻中夫妻取得之財產爲共有，然婚姻前夫妻之財產，則爲各自之財產，亦不失爲分別財產制。余以爲就保障妻之財產之獨立起見，自應以分別財產制爲法定財產制，但我民法則僅以其爲約定財產制。此又從法國、德國、瑞士及其他允許財產契約各國之立法例者也。(註一)(註二)

(註一)吾人主張應以分別財產制爲法定財產制之理由有二：(一)分別制，最合於男女平等之精神。民國十三年四月第一次代表大會，中國國民黨綱領內政條第十二條，以及十五年一月第二次全國代表大會通過婦女運動決議案第九節一、二、三各項，既均以

制定男女平等的法律相標榜，自應以分別財產制爲法定財產制。(二)我民法繼承編，已明認女子有繼承遺產之權利，對於已嫁女子，且頗有所謂「已嫁女子遺囑繼承財產施行規則」，以求貫徹，如於權利之保持及管理不予以獨立自主之機會，則女子幾經力爭始克享有之遺產繼承權，直等於無，故爲保持女子財產繼承權之獨立，亦應以分別財產制爲法定財產制。(法律評議第二九三期拙著「論女子財產繼承權」參照)。

(註)民法起草委員會顧問法人寶蓮(Padoux)氏關於婚姻財產之意見書，亦謂：保障妻之獨立，有兩種方法，可以採用：其一，採用「完全分別財產制」爲法定財產制；其二，採用瑞士法中之「特有財產制」。但對於前者同時提出兩種難點：其一，普通性質之難點，卽家庭費用應如何由夫妻分擔是；其二，我國特有之難點，卽分別財產之制不能與「家之制度」相融洽。但氏最後主張：「親屬法中似可訂一規條，配偶於結婚時，得自由聲明其家庭制度係不採家之制度，不准有妻，夫妻平等，婚姻財產分別管理」。此卽以分別財產制爲約定財產制之張本。

## 第二 所有權管理權及用益權

分別財產制之精神，卽在結婚後夫妻之財產各別獨立，不因結婚而受何種影響，故我民法第一〇四四條明定：「分別財產，夫妻各保有其財產之所有權、管理權及使用收益權」。依此規定，則夫妻相互間及其對於第三人之關係，與未結婚以前完全無異。(註一)但妻以其財產之管理權付與於夫者，我民法於第一〇四五條第一項則推定夫有以該財產之收益供家庭生活費用之權。蓋在分別財產制，夫得請求妻對於家庭生活費用爲相當之負擔，妻既以其財產之管理權付與於夫，則不如推定其有以該財產之收益供家庭生活費用之權，以期簡便也。惟既屬推定，自許反證。我民法且於第一〇四五條第二項規定，前項管理權，妻得隨時取回，並不許拋棄其取回權，以杜流弊。至妻以其管理權付與於夫之財產，在婚姻關係存續中，夫對於妻應爲計算與否，頗屬疑問。關於此點，外國法

律有明定其不須爲計算者（瑞士民法第二一二條第二項），余以爲解釋上應屬相同。

（註一）瑞士民法有關於分別財產範圍之規定，我民無之。瑞士民法第二四一條：「分別財產，依法律規定，或法院判決設定者，就配偶雙方之財產全部而成立。分別財產，依夫妻財產契約設定者，以契約中未表示其特別除外者爲限，及於財產全部。」

### 第三 責任

#### （一）夫之責任

在分別財產制之下，夫妻對於其財產既各保有其所有權、管理權及使用收益權，則對於所負之債務，自屬各別負責，不相關係。依我民法第一〇四六條規定，應由夫負清償責任之債務如下：（一）夫於結婚前所負之債務；（二）夫於婚姻關係存續中所負之債務；（三）妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務。本條之立法旨趣，與第一〇二三條同，其詳已於前述，茲不贅。

#### （二）妻之責任

依我民法第一〇四七條第一項規定，下列債務，應由妻負清償之責：（一）妻於結婚前所負之債務；（二）妻於婚姻關係存續中所負之債務。本條之立法旨趣，與第一〇四六條第一款、第二款同，其詳已於前述，茲不贅。至妻因第一〇〇三條所定代理行爲而生之債務，不由妻負擔，而由夫負清償之責者，蓋縱在分別財產制，亦係以夫爲婚姻共同生活之首長也。

### 第四 家庭生活費用

在分別財產制，夫妻均有負擔家庭生活費用之義務，其負擔之成數，各國法律殊不相同，但大抵以平等負責為原則，不平等負擔為例外。我民法則從瑞士立法例，於第一〇四八條規定：「夫得請求妻，對於家庭生活費用為相當之負擔。」夫既惟得請求妻為相當之負擔，則家庭生活費用原則上應由夫負擔，至為顯然。（註一）至夫之有無支付能力，解釋上應非所問。雖然，夫固得請求妻為家庭生活費用之負擔，然如妻不允負擔，或負擔額合意不成，其解決辦法如何，頗有問題。關於此點，外國法律有明定其基於一方或他方之聲請由法院定之者（瑞民法第二四六條），余以為解釋上應屬相同。又我民法於第一〇四七條第二項規定：「夫妻因家庭生活費用所負之債務，如夫無支付能力時，由妻負擔之。」蓋非由妻負擔，則不但不能達婚姻共同生活之目的，且第三人將不免因此受不測之損害故也。

（註一）在分別財產制，夫妻之財產既各別獨立，不相關涉，則關於家庭生活費用，應由夫妻平均負擔，蓋屬當然。但依我民法第一〇四八條規定，夫祇有請求妻為相當負擔之權，是不曾明示家庭生活費用原則上由夫負擔。對於夫之責任，未免失之過重。此與前國民政府法制局所擬之親屬法草案一方採取分別財產制（第三四條），同時規定「夫負擔家庭費用」（第三一條正文），實難免於同一之非難（法律評論第三一五期拙著「新親屬法草案之特色」及同雜誌第四一六期拙著「夫妻財產制之一考察」參照）

## 第六節 離婚

### 第一款 概說

#### 第一 婚姻之消滅與離婚

婚姻之消滅，有由於自然的事實者，有由於人爲的事實者，前者即夫妻一方之死亡是，後者即我民法上所定之離婚（*Scheidung der Ehe, Ehescheidung, divorce*）是。離婚因夫妻一方之死亡而消滅，外國法律有嚴明文規定者（俄法第一七條），我民法無之，余以爲解釋上應屬相同。蓋婚姻乃當事人以終生間共同生活爲目的之契約，如當事人一方死亡，則共同生活之目的即已歸於消滅故也。但通常所謂死亡，原有自然死亡與宣告死亡之別，余則以爲此之所謂死亡，係指自然死亡而言，如屬宣告死亡，則婚姻固非當然消滅也。此點已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。至婚姻應否因離婚而消滅，立法例及學說殊不一致，余則以爲婚姻固以終生間共同生活爲目的，然如於當事人之生存中相互缺乏敬愛之情，即無強其繼續共同生活之必要，此我民法所以以離婚爲人爲的消滅婚姻之原因也。惟離婚一語，間出於史乘雜書，於律稱「離」、「離正」或「離異」，現行民法則逕稱離婚，蓋又求所以通俗者也。（註一）

## 第二 離婚與婚姻之撤銷

婚姻之因人爲的原因而消滅，不僅離婚之一種，舉其最著者言之，例如婚姻因撤銷而消滅是。雖然，離婚與婚姻之撤銷，雖同爲人爲的消滅婚姻之原因，但二者之性質、原因、權利人、時期及效力均不相同，即（一）就性質言之，婚姻之撤銷，在消滅不完全之婚姻；離婚則在消滅完全之婚姻。（二）就原因言之，撤銷婚姻之原因，於婚姻成立當時即已存在；離婚之原因則係於婚姻成立後始行發生。（三）就權利人言之，離婚權人，惟限於婚姻當事人；撤銷權人則除婚姻當事人外，有時第三人亦有撤銷權。（四）就時期言之，離婚，於當事人雙方或一方死亡後，不

得爲之；婚姻之撤銷，則縱於當事人雙方或一方死亡後，亦得爲之。(五)就效力言之：離婚，惟對於將來發生效力，婚姻之撤銷則理論上應溯及於既往發生效力，不過我民法爲特種關係，明定其不溯及既往耳。

(註) 唐律 李德武妻裴氏傳：「撤，字奕，戶部尚書安邑公 短女也。德武坐從父金才事，徙襄陽，短妻裴德武 短，後帝許之。」又世說：「賈 流前婚是李豐女，豐被誅，短從後。此爲離婚用語之所出。至唐，宋律則用「離」或「離正」，明清律則用「離異」，然皆不用「短」字樣。

## 第二款 離婚之立法主義

### 第一 許可離婚主義與禁止離婚主義

關於離婚之立法主義，得大別爲二：(一)許可離婚主義，(二)禁止離婚主義。許可離婚主義者，於夫妻生存中，允許離婚之主義也。禁止離婚主義者，於夫妻生存中，不許離婚之主義也。在主張禁止離婚主義者，其理由不一，有基於宗教思想者；其說略謂夫妻乃神意所結合，神作之合者，故人不得而離之。(註一)有基於道德觀念者；其說略謂婚姻爲人倫之大本，如許離婚，則將釀成輕視婚姻之流弊。有基於子女利益之保護者；其說略謂婚姻必然之結果，爲子女之出生及養育，如許離婚，則其目的不可得而達，彼爲之子女者，適成爲離婚之犧牲品，非所以保護子女之利益也。主此說者，頗占多數。(岡村司著民法與社會主義三一〇頁參照)。然在主張許可離婚主義者，則謂夫妻關係原以敬愛爲本，如缺乏敬愛，則無強其繼續夫妻關係之可能；即令離婚係屬罪惡，然如因禁止離婚釀成更大之罪惡，亦非立法政策所宜爾，此近世各國法律所以不採絕對的禁止離婚主義也。我現行民法即採許

## 可離婚主義

(註一)爲此說之代表者，爲基督教之教義，新約全書禁止離婚之語句甚多，如馬太傳第十九章：「神作之合者，人不得而離之。」馬可傳第十章：「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。」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。」以故基督教國，於法律生活亦禁止離婚。

## 第二 自由離婚主義與限制離婚主義

許可離婚主義之中，又可分爲自由離婚主義與限制離婚主義。自由離婚主義者，依當事人之自由意思即可離婚之主義也。限制離婚主義者，夫妻之一方如有法律所定之原因，他方得對之提起離婚之訴，依勝訴判決，始得離婚之主義也。限制離婚主義，就須有一定原因始得離婚之點言之，又可稱爲有因離婚主義。就必須夫妻之一方對於他方提起離婚訴訟之點言之，又可稱爲裁判離婚主義。但在自由離婚主義，則無須一定原因即得離婚，故學者通常以無因離婚主義稱之。雖然，同一無因離婚主義，又可細別爲單意離婚主義與協議離婚主義。依夫之一方之意思，即可離婚之主義，爲單意離婚主義，或專權離婚主義。依夫妻雙方之合意，始可離婚之主義，爲協議離婚主義，或兩願離婚主義。專權離婚主義，我國舊律採之，即所謂「七出」是也。(註一)古代羅馬法於嚴格婚姻，亦採專權離婚主義，但在近世各國法律已無採此主義者。(註二)其於協議離婚主義與裁判離婚主義，各國法律亦不相同，有祇採裁判離婚主義者，如德國、瑞士、法國、英國、美國及匈牙利是。有兼採裁判離婚主義與協議離婚主義者，如希臘、比利時、荷蘭、瑞典、挪威、丹麥、土耳其及羅馬尼亞是。我民法則採後之立法例者也。



(註)我國舊律之所謂七出，即(一)無子，(二)淫佚，(三)不事舅姑，(四)多言，(五)竊盜，(六)妒忌，(七)惡疾。蓋一本於唐律，而淵源於孔子家語。但尙有所謂三不去，即(一)與共三年喪者不去，(二)前貧賤後富貴者不去，(三)有所養無所歸者不去。(法律評論第三三七期第二四〇期拙著「離婚之研究」參照)。

(註二)羅馬法原有嚴格婚姻與自由婚姻，嚴格婚姻，以 *Conferentio* 成立者，非以 *differrentio* 之方式不得解銷。以 *Coemptio* 及 *nus* 成立者，非以 *remanotatio* 之方式不得解銷。如屬自由婚，則夫妻雙方皆得以一方的通知 (*Einseitige Aufündigung*) 而爲離婚，頗似專權離婚 (*Repudium*) 且得依夫妻雙方之合意 (*Gegenseitige Vereinbarung der Ehegatten*) 而爲離婚，頗似協議離婚 (*Divortium*)。

### 第三 別居主義

別居主義 (*Trennung von Tisch und Bett, Separation de corps*) 者，即依夫妻之別居，免除共同生活義務，而婚姻關係仍依然存續之主義也。別居主義，係爲救濟禁止離婚主義之弊害而生，即如前所述，崇奉基督教之各國，多採禁止離婚主義，此種主義，顯與人情相反，於是不能不設種種方法，以濟其窮，別居制度，即其一端。*Trent* 宗教會議第二十四次決議有云：「主張教會許因種種原因而定期或不定期分離處及居住爲誤認者，破門」蓋即承認別居制度，以緩和禁止離婚主義之弊害者也。別居主義，通常又可大別爲二，即(一)終身別居主義 (*Separatio perpetua*)，(二)有期別居主義 (*Separatio temporaria*)，或不定期別居主義。終身別居主義者，夫妻終身間停止共同生活之主義也。有期別居主義者，夫妻在一定期間內停止共同生活，期間經過後，或恢復共同生活，或即離婚之主義也。其於離婚與別居，各國法律殊不相同，有祇認別居，不認離婚者，如意大利、西班牙、

葡萄牙及奧大利是。(註一)有祇認離婚，不認別居者，如日本、蘇俄及暹羅是。有認離婚與別居，得由當事人選擇其一者，如德國、法國、比利時、荷蘭、匈牙利、英國及美國是。有認離婚與別居，而以別居為離婚之預備處分者，如瑞士、瑞典及挪威是。我民法則祇認離婚，不認別居，與日、俄法律同。我民法之所以不認別居者，蓋依此主義，婚姻當事人間不過免除共同生活之義務，而於婚姻關係依然存續，從而雙方當事人不得再婚，否則即觸犯重婚或犯姦之罪名，其弊害所及，較之禁止離婚或且過之故也。(註二)

(註一)奧大利惟限於加特力教教徒採用別居制(奧民第一一一條)。

(註二)前大理院判例認別居為有效，三年上字第四六〇號判例謂：「別居與離異，係屬兩事，別居者，事實上夫婦不同居，而婚姻之關係依然存續，與離婚之消滅婚姻關係者不同。」又最高法院亦有同樣之判例(一九年上字第一三號判例)。

### 第三款 協議離婚

#### 第一 協議離婚之意義

協議離婚者，婚姻當事人以消滅婚姻關係為目的之要式的契約也。析言之：

- (一) 協議離婚為契約 協議離婚，依婚姻當事人消滅其婚姻關係之合意而成立，故不外其為契約。
- (二) 協議離婚為親屬法上之契約 協議離婚，規定於親屬法中，與一般債權法上之契約異其要件及效力，其為親屬法之契約，是不待言。

(三) 協議離婚以消滅婚姻關係為目的 其理甚明，無待贅述。

(四) 協議離婚以方式為必要 其詳俟後述之，茲不贅。

## 第二 各國立法例

關於協議離婚之立法例，各國法律不同，要而言之，可大別為左列之三種：

### (一) 直接協議離婚

離婚當事人，無須先行別居，如履行法定程序，即得離婚者，謂之直接協議離婚。最先採取直接協議離婚者，為法國一七九二年之離婚法。法國初亦禁止離婚，及大革命後，一七九二年九月二十日之法律，始採此制，拿破崙法典從之。法國雖自一八一六年王政復古以還，禁止離婚，然拿破崙法典勢力所及之各國，如比利時、羅馬尼亞及盧克森堡等仍保存此種之制度。此外，如奧大利、日本及蘇俄，亦採此制，顧其要件及程序則有繁簡之差。就各國法制比較言之，大抵以日本及蘇俄之要件及程序為最簡，(註一)比利時及羅馬尼亞之要件及程序為最繁，(註二)奧大利則介於二者之間。(註三)我民法亦採此制，其所定之要件則與日、俄法律甚屬相同。

### (二) 間接協議離婚

離婚當事人，須先行別居，經過一定期間後，始由別居進而離婚者，謂之間接協議離婚。例如荷蘭民法，結婚已滿二年，得請求宣告別居，須別居經過五年，始得共同請求離婚是。(註四)又如葡萄牙民法，須別居經過十年，始得請求離婚，中美 Costa Rica 之法律，須別居經過二年，始得請求離婚，Guatemala 之法律，須別居經過一年，始得宣告離婚是。(註五)

(三) 特許協議離婚

離婚當事人，須先請求別居，經過一定期間後，如請求離婚，須得國家元首之特許者，謂之特許協議離婚。斯底納維亞諸國，多採此制，舉其著者，例如瑞典一八一〇年四月二十七日之命令，丹麥一八二四年四月三十日及一八二八年四月三十日之勅令，與夫那威一八三七年十月十二日之法律是。(註六)

(註一)蘇俄親民法第十八條：「兩配偶於生存前，其婚姻得以雙方之同意，或一方之願望而解銷之。」第十九條：「兩配偶於生存前所為之婚姻解銷，不問其解銷之婚姻為登記的，抑非登記的，經法院依本法第一二條之規定予以認定者，得向人民身分登記處登記之。」第二〇條：「婚姻之解銷，若未為離婚之登記時，亦得同樣由法院宣告之。」日本民法第八〇八條：「夫妻得以協議而為離婚。」第八〇九條：「未滿二十五歲之人，於為協議離婚時，須經第七七二條及第七七三條所定婚姻同意權人之允許。」第八一〇條：「第七七四條及第七七五條之規定，於協議離婚準用之。」

(註二)蓋比利時民法為例：夫在二十五歲以下，妻在二十一歲以下者，不得協議離婚。(第二七五條)。結婚未滿二年，及結婚二十年後，或妻滿四十五歲者，不得協議離婚。(第二七六條、第二七七條)。欲協議離婚者，須作成財產目錄，清理其權利義務。(第二七九條)。須向初級法院呈送種種契約書，並須親自到庭，且須有公證人二人在場。(第二八〇條、第二八一條)。法院經勸解後，給與合意離婚之證書，是後一年中，每三個月須更新為離婚之意思表示。(第二八二條、第二八五條)。一年經過後，十五日內，須偕同五十五歲以上之友人二人到庭，法院始得受理離婚之請求。(第二八六條)。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。(第二九四條)。

(註三)奧大利民法對於猶太教徒特許協議離婚，其第一二三條規定：「猶太人因宗教關係，對於本章一般的婚姻法之規定，得為次條以下之變更。」第一三三條規定：「猶太人間有欲締結之婚姻，得因夫妻相互的自由承諾，由夫給與妻以離婚書而解銷，夫妻應先將欲為離婚之意思呈報所轄之牧師，牧師試為和諧之勸解，如勸解無效，即給與已為勸解而當事人仍欲離婚之證書。」第一三四條規定：

「夫妻攜帶前條之證明書，親至其住所地之初級法院，法院認爲有和譜之希望時，不得即時認可離婚，而命其爲一月或二月之延期。如延期亦不奏效，或自始即無和譜之希望時，法院得許夫給與妻以離婚書。當事人雙方如於法院官明，係以自由承諾授受離婚書，則其離婚爲有效，婚姻即因而而解體。」

〔註四〕荷蘭民法第二九一條：「別居，得不學示法定原因，甚於夫妻雙方之請求，由法院宣告之。但此請求，非結婚已滿二年，不得爲之。」第二五五條：「別居繼續五年以後，得依夫妻之共同請求，變更別居而爲離婚。」

〔註五〕以中美 *Guatemala* 共和國爲例：在一八九四年二月十二日離婚法第七條：「離婚之請求，非依本法第二條、第三條所定原因之一，自宣告之判決發生執行力之日起，經過一年以後，不得爲之。夫妻於此期間內，以事實上別居爲必要。」第八條：「協議別居，非結婚五年後，不得宣告。」

〔註六〕茲舉挪威法爲例：其第六七條規定：「欲爲離婚之夫妻，須先向官署請求，爲三年間之別居許可。別居許可，非所轄教區之牧師及官署對於夫妻已爲勸解後，不得與之。此時，關於子女之扶養教育，須爲協定。」第六八條規定：「夫妻同執離婚之決定，經過三年後，爲新離婚請求之意思表示時，國王應許可其離婚。依此程序而爲離婚之當事人，如另與人結婚，須受特別許可。」

### 第三 我民法上之規定

協議離婚，我國漢代即已有之，如漢書朱買臣傳，買臣聽其妻之自去，其一例也。唐、宋律戶婚門義絕離之條律稱：「和離者，不坐。」明、清律婚姻出妻條律稱：「兩願離者，不坐。」皆法律上認許協議離婚之明證。前大理院判例，亦認協議離婚爲有效（五年上字第一四七號判例），現行民法從之，茲述其要件如左：

#### （一）實質要件

（甲）當事人須爲夫妻 協議離婚，既爲夫妻消滅其婚姻關係之契約，則惟夫妻雙方得爲協議離婚之

當事人，是爲當然，從而夫妻以外之第三人例如餘親及族人等，就協議離婚妄爲爭執，自所不許。關於此點，前大理院著有判例，可供參考（六年上字第一二六一號判例）。

（乙）須爲當事人之合意。所謂須爲當事人之合意，即雙方當事人須相互有爲離婚之意思，且其意思表示須爲一致。我民法第一〇四九條所謂「夫妻兩願離婚」，即係此意。其必須兩願者，良「以結婚既本於雙方之情願，若離婚時得以一方之意思徑情爲之，適足以長澆薄之風，而夫妻之道苦，非法律不得已之事也」（一草第四三條說明）。（註一）

（丙）須得法定代理人之同意。協議離婚，是否須得法定代理人之同意，各國法律不同，我國舊律無明文規定，前大理院判例解爲無須得主婚權之同意，（註二）現行民法則於第一〇四九條但書規定：「但未成年入須得法定代理人之同意」。此因當事人合意離婚之自由固應尊重，然使青年氣盛，偶因細故，輒相背異，則事過境遷，難免不生後悔，其以離婚同意權昇諸法定代理人者，正所以顧全離婚當事人之幸福，並促其格外慎重也。雖然，此種規定，如與第十三條第三項對照觀察，似有未當，但亦有其相當之理由，其詳已於前述，茲不贅。

### （二）形式要件

關於協議離婚，前大理院判例謂其無須一定之方式，且謂雖以文書爲之，亦無須當事人之簽名蓋印。（註三）現行民法則採要式主義，但其方式則甚簡單，即依第一〇五〇條規定：「兩願離婚，應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名」。雖然，關於協議離婚，全不規定何種方式，固屬未免輕率，然如方式過於簡單，然亦不能保其絕對

不生流弊，此余以爲協議離婚之方式頗有稍加縝密之必要者也。(註四)

(註二)最高法院十九年上字第一七六四號判例：「婚姻事件，須尊重兩造當事人之意思，故結婚離婚雖以自由爲原則，究應尊重兩造之意思，非當事人之一意可以任意離合。」又同院十七年上字第七二九號及十八年上字第一〇六一號判例參照。

(註三)前大理院六年上字第七三五號判例：「協議離婚，固有明文規定必出於爲夫妻者之兩相情願而可成，自不得率引主婚之條律以爲口實。」

(註四)前大理院三年上字第四六〇號判例：「現行慣例，關於離婚無一定之方式，有作成休書者，有立契贖身者，又有僅由言詞聲明者，是故雖未經一定之方式，而事實已爲離婚協議確有實據者，自不得謂爲有效。」八年上字第一一一五號判例：「離婚字據，現行法上並無一定之方式，協議離婚事實既經證明，即當事人未在手據蓋押蓋印，亦不能謂爲無效。」

(註五)我民法關於協議離婚之程序，似嫌過於簡略，茲就各國法律，撮其要點如下，以爲他日立法上之參考：(一)戒妄舉。其法有三：(甲)結婚未滿二年，不得離婚。此在比利時、荷蘭等國民法設有明文規定。(乙)先行勸解。各國法律，且有勸解至三次或四次者。(丙)須得父母之同意。(二)合意確實。如奧大利須雙方親到法院或牧師之前，爲合致之意思表示。比利時須偕同知名紳士年五十以上之友人二人到得證明。(三)再婚之限制。如比利時，非三年後，不得再婚。那威非得國王之允許，不得再婚。(四)妻之保護。如比利時結婚後已滿二年，或妻已滿四十五歲，不得離婚。(五)子女之保護。如拿破侖法典，以離婚者財產之半額歸屬子女。普魯士惟無子女者可以離婚。(法律評語第三四六期拙譯馮存坤筆記「協議離婚問題」參照)

#### 第四 協議離婚之無效及撤銷

關於協議離婚之無效及撤銷，我民法非如結婚之無效及撤銷設有特別規定（民法第九八八條至第九九七條），以此應否適用總則編關於無效及撤銷之規定，頗屬問題。關於此點，在日本民法學界有肯定及否定之二說，通說爲肯定說。(註一)少數說則謂關於結婚之無效及撤銷，親屬編既設有特別規定，則婚姻全部自應排除民法

法總則之適用（註二）依余所信，應以肯定說爲是，其理由有二：（一）民法總則係適用於民法全部之通則，除法律另有規定外，自應適用民法總則之規定，而於離婚之無效及撤銷，無排除其適用之理由，此其一。（二）苟非解爲適用民法總則之規定，則在欠缺協議離婚之實質要件及形式要件時，依照一般法理，固不妨解爲無效，然在協議離婚之撤銷，親屬編中既無特別規定，而又排除民法總則撤銷規定之適用，則協議離婚將無撤銷之可能，衡諸法理，恐屬非是，此其二。

（註一）主張適用民法總則關於無效及撤銷之規定者，奧用博士日本新親屬法編二二四頁，岡村博士講義五〇〇頁，岡村博士日本親族法講義要領一四七頁，穗積博士親族法大意八五頁，梅博士民法要義四卷二〇三頁，名古屋地方法院大正二年判決，法律評論第三卷民法第七三七頁，法曹會決議法曹部第一〇七號二五頁，大審院明治三十六年十二月二十四日民一判決第九輯一四八二頁，我國學者鄭憲章氏亦主此說（鄭氏前揭九六頁）。

（註二）主張排除民法總則關於無效及撤銷規定之適用者，島田學士親族法二六四頁，牧野博士日本親族法論二九六頁，和田學士親族法論五七〇頁以下，大正十年五月二十一日法曹會決議法曹部第三十一卷九號七九〇頁，穗積博士「離婚——假裝之協議離婚與第三人之關係」——民法總則之規定，適用於離婚之無效撤銷乎——離婚無效之訴之性質」，判例民法大正十一年度五二頁以下，我國學者曹士彬氏亦主此說（曹氏前揭二七七頁以下）。

#### 第四款 裁判離婚

##### 第一項 概說

夫妻之一方，如有法律所定之原因，他方得對之提起離婚之訴，依勝訴判決而爲離婚者，謂之裁判離婚。關於離婚，如夫妻雙方之意見趨於一致，固可依協議離婚爲之，然如一方願意離婚，他方不願意離婚，則離婚之目的不



可得而達，殊有背於法律採取許可離婚主義之旨趣，故各國法律除協議離婚外，多設裁判離婚，以濟其窮，我民法從之。但在我國舊律，除協議離婚及裁判離婚外，尚有所謂強制離婚，即現行律婚姻出妻條律所謂「若犯義絕應離而不離者，處罰」是。（註一）此種離婚，不但妻所負之責任較夫爲重，顯與男女平等原則大相背馳。（註二）且離婚與否，應委諸當事人之自由，無以國家權力強制其離婚之必要，故我現行民法不設強制離婚之規定。

（註一）何謂義絕，依唐律疏議：「義絕，謂妻之祖父母、父母，即殺妻外祖父母、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、姊妹，自相殺；及妻毆詈夫之祖父母、父母，殺傷外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；及與夫之總麻以上親者，妻母姦及欲害夫者，雖會赦，皆爲義絕。妻雖未入門，亦從此令。」

（註二）所謂義絕，除夫妻、祖父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹，自相殺，係屬夫妻雙方平等外，餘則妻所負之責任較夫爲重。（一）夫對妻之祖父母，必有贖之事實，方犯義絕；而妻對夫之祖父母等，或毆或詈，均可構成義絕之狀。（二）妻與夫之總麻以上親姦，即犯義絕；而夫非至與妻母姦，則不爲義絕。（三）妻欲害夫爲義絕，夫欲害妻，則不在此限。

## 第二項 裁判離婚之立法主義

### 第一 有責主義與目的主義

裁判離婚，必有法定之原因，已於前述。此項原因，應依何種標準定之，殊屬困難，但大別之，則有有責主義與目的主義之二種。有責主義（*verschuldungsprinzip*）者，以夫妻之一方違反婚姻義務爲必要之主義也。目的主義者，不問當事人有無責任，如有不能達婚姻目的之事實，即得據以爲離婚原因之主義也。自有責主義之見地言之，夫妻一方之重婚、通姦、虐待、侮辱、遺棄、殺害及被處刑罰等，皆屬違反婚姻義務之事實，其得請求離婚，固不待言；然

如夫妻之一方而有惡疾及精神病等，則惟採取目的主義，始得請求離婚。故近世各國法律多於有責主義外，兼採目的主義。我現行民法亦然。

## 第二 概括主義列舉主義與例示主義

關於離婚原因規定之方法，各國法律不同，有採概括主義，依一方之希望，即得請求離婚者，如蘇俄法律是（蘇俄婚姻親子及監護法第十八條）。（註一）有採列舉主義，非有法律所定之原因，不得請求離婚者，如日本民法非有重婚、通姦、犯姦、被處刑罰、虐待、侮辱、遺棄、失蹤及緣組撤銷等原因，不得請求離婚是。（註二）有採例示主義，除法律所定之重大原因外，如有其他紊亂婚姻生活之事實，亦得請求離婚者，如德國民法除姦通、犯姦、殺害、遺棄及精神病等重大原因外，瑞士民法除姦通、殺害、虐待、侮辱、犯罪、遺棄及精神病等重大原因外，如有其他紊亂婚姻生活之事實，亦得請求離婚是。（註三）上述三種主義，概括主義固嫌過於廣漠，而列舉主義亦不免缺乏彈性，其能因應成宜，適合實際上之需要者，厥維例示主義，故自法理及事實言之，均應以例示主義如是。但在我民法則採列舉主義，此種立法，固不能免於非議也。

（註一）最高法院十七年簡之判解釋採概括主義，即惟依有無理由以定准駁，例如十七年解釋字第一六號解釋：「離婚案件，無論男女何方請求，應依平等原則認為有離婚理由者，方得准予離異。」十七年解釋字第五七號解釋：「離婚案件，應審事實原因，認定有無理由，分別准駁。」又十七年解釋字第一四七號解釋：「離婚案件，所訴有無理由，應由法院審核辦理。」

（註二）日本民法第八一三條：「夫妻之一方，以左列情形為限，得提起離婚之訴：（一）配偶為重婚時；（二）妻為姦通時；（三）夫因姦淫罪被處刑罰時；（四）配偶因關於偽造、賄賂、強盜、竊盜、強盜、詐欺取財、消費受寄財物、贖物之罪，或刑法第一七五條、第二六〇條所

載之罪。被處輕罪以上之刑，或因其他之罪被處重禁錮三年以上之刑時；（五）受配偶不堪同居之虐待，或重大侮辱時；（六）配偶以惡意遺棄時；（七）受配偶之直系尊親屬之虐待，或重大侮辱時；（八）配偶對於自己之直系尊親屬為虐待，或重大侮辱時；（九）配偶之生死，三年以上不分明時；（十）於墳墓子孫組之場合，已為離諱，又養子與家女為婚姻之場合，或緣組之撤銷時。

（註三）德國民法第一五六八條：「配偶之一方，違反婚姻上之義務，或為不誠實不道德之行為，致紊亂婚姻關係，而達於不能希望繼續婚姻生活之程度者，他方得提起離婚之訴。虐待，視為違反婚姻上之義務。」瑞士民法第一四二條：「紊亂婚姻關係，致不能希望繼續婚姻的共同生活之程度時，各配偶得提起離婚之訴。其紊亂應歸責於配偶之一方者，惟他方得提起離婚之訴。」

### 第三項 裁判離婚之原因

關於裁判離婚之原因，各國法律殊不相同，茲就我民法第一〇五二條所規定者說明如左：

#### 第一 重婚

關於重婚，能否為請求離婚之原因，我國舊律，無明文規定，前大理院判例，則就一般條理立論，許其提起離婚之訴，以資救濟。（註一）現行民法從之（德民第一五六條第一項、日民第八一三條第一款、希臘一九二〇年六月二十四日之法律）。所謂重婚，指有配偶而重為婚姻，或同時與二人以上結婚者而言（刑法第二三七條），其詳已於前述，茲不贅。娶妾並非婚姻，自不得適用本款之規定，司法院著有解釋，可供參考。（註二）

（註一）前大理院九年上字第一一四號判例：「現行律載，有妻更娶，後娶之妻離異歸宗。至於先娶之妻，能否以其夫有重婚事實主張離異，在現行法上並無明文規定，惟依一般條理，夫婦之一造苟有重婚情事，為保護他造之利益，應許其提起離異之訴，以資救濟。」

（註二）司法院二〇年院字第六四七號解釋：「娶妾並非婚姻，自無所謂重婚，如妻請求離異，祇得依其他理由，而不得援用民法第一〇五二條第一項之規定。」

## 第二 與人通姦

夫妻齊體，應互負貞操之義務，此在倫理上實屬無可否認，故各國法律皆以通姦爲請求離婚之原因，惟其立法例則非一致，有採男女平等主義者，如巴西、智利、古巴、英國、法國、德國、希臘、荷蘭、葡萄牙、蘇俄、瑞典、瑞士及捷克是。有採不平等主義者，如日本，惟夫因姦淫并被處刑罰，其妻始得請求離婚，意大利惟夫於家中犯姦，或因犯姦引起誹謗，其妻始得請求離婚是。我國舊律惟妻犯姦，夫得請求離婚，而夫犯姦則否，此種規定，顯不平等，故現行民法則採平等主義，不因男女而設差別。所謂與人通姦，指與異性爲婚姻以外之性交者而言，例如已有妻而納妾宿娼以及與人姘度之類是，至因姦構成刑法上之犯罪與否，則非所問。(註一)又所謂姦，係指和姦言之，如係被人強姦，不得據爲請求離婚之原因，自不待言。

(註一)司法院二一年院字第七七〇號解釋：「民法親屬編施行後，不得以納妾爲契約之目的，如有類此行爲，即屬與人通姦，得爲請求離婚之原因，(中等)惟在施行前業已成立之納妾契約，或在施行後得妻之明認或默認而爲納妾行爲，其妻即不得據爲離婚之請求。」又最高法院二十年上字七四號判決謂：「夫婦之一造，如有犯姦被處徒刑情事，即可由彼造據以訴請離異。」

## 第三 夫妻之一方受他方不堪同居之虐待

夫妻者，以恩義相爲終始者也，如一方對於他方而出於虐待，則恩義已乖，強合不能，故各國法律多以其爲請求離婚之原因。但其立法例則非一致，有以單純虐待爲請求離婚之原因者，如巴西、智利、法國、德國、日本、葡萄牙、西班牙、瑞士、捷克及委內瑞拉是。有以虐待致有傷害配偶生命之虞，或使配偶身體受傷害者爲限，始得請求離婚者，



（註五）最高法院二十年上字第一七二四號判例：「夫妻之一造，因其對造有不堪同居之虐待，因得據為離婚原因。但所謂虐待者，係指對造有積極或消極之管理行為，足為客觀的認定而言。若僅憑一造之主觀的感想，誤為虐待，或竟因此感想而自為洗脫之表示，則仍不得謂離婚原因業已成立。」

（註六）最高法院三十二年上字第二〇號判例：「夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待，因得請求離婚，但不堪同居云者，係指虐待出於慣行，或已達不能忍受之程度而言，若僅因一時細故，致行毆打，既非出於慣行，而又未至不能忍受之程度，即不合於離婚要件，自不得據為請求離異之理由。」

（註七）外國法律，有於虐待以外，以重大侮辱為離婚原因者，如巴西、古巴、英國、法國、日本、葡萄牙、西班牙、瑞士及委內瑞拉是。我前大理院判決，亦以重大侮辱為離婚之原因，如五年上字第一〇七三號判例謂：「夫婦之一造，因受他造重大侮辱而提起離婚之訴者，一經查明實有重大侮辱之情形，自應准其離異。」至何謂重大侮辱，據判例所示：（一）夫之言語行動，足以使其妻喪失社會上之人格者（五年上字第七一七號）；（二）夫誣妻姦告官者（六年上字第一〇二二號）；（三）妻助人誣告其夫者（六年上字第一一三八號）。

#### 第四 妻對於夫之直系尊親屬為虐待或受夫之直系尊親屬之虐待致不堪共同生活

我國舊律，以不事舅姑為七出之一，（註一）現行民法則擴張其意，以妻虐待夫之直系尊親屬為請求離婚之原因。妻受夫之直系尊親屬之虐待時亦然。良以夫之直系尊親屬如與妻偶有不合，為之尊輩者，自有訓導之權，然如出於虐待，固屬子婦之不幸，即家庭幸福亦不可得而期。故我民法以其為請求離婚之原因。此種規定，係採取家族制度當然之結果，故惟日本民法及我國民法有之，其他各國，則未之見。所謂虐待，須至於不堪共同生活之程度，至是否已至不堪共同生活之程度，應依具體情形決之，已於前述，茲不贅。（註二）所謂共同生活，與同居不同，後者指夫妻間之共同生活而言，前者則泛指家屬間之共同生活言之，事極顯然，無待深論。但我民法祇以虐待為請求

離婚之原因，余則以為對於侮辱亦應有其適用。關於此點，前大理院著有判例，可供參考。（註三）（註四）

（註一）前大理院六年上字第九四七號判例：「按現行律七出之條，雖列有不事舅姑一項，然細釋律意，所謂不事舅姑，係指對於舅姑確有不孝之事實，並經訓誡，惡愆不悛者而言。若因家庭細故，負氣歸家，其夫家遂拒而不納，致不得事舅姑者，尚不在應出之列。」

（註二）最高法院一九一一年上字第二四二六號判例：「按婆媳之間，偶因家庭細故有所爭執，尚不能遽認為離婚原因。」

（註三）前大理院七年上字第150號判例：「夫對其妻之父母虐待或加以重大侮辱者，應認為姦犯，亦應准其離異。」

（註四）我民法云：妻對於夫之直系尊親屬為虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，而於夫對於妻之直系尊親屬為虐待，或受妻之直系尊親屬之虐待，能否為請求離婚之原因，則無明文規定，似欠妥洽。關於此點，日本民法設有規定，可供參考。——日民第八一三條七款：

「受配偶之直系尊親屬之虐待，或重大侮辱時」，同條第八款：「配偶對於自己之直系尊親屬而為虐待，或重大侮辱時」，得提起離婚之訴。又在我國社會情形，妻以受小姑之虐待者為甚多，惟小姑既非直系尊親屬，其不得據為請求離婚之原因，自不待言。

### 第五 夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中

夫妻互負同居之義務，為法律所明定，如違反此項義務，則婚姻之目的不可得而達，故各國法律多以遺棄為請求離婚之原因，我民法從之。（註一）惟所謂遺棄，以出於惡意者為限。（註二）至所謂惡意，通常固指知情而言，此之所謂惡意，則為道德的罪惡之意。故如因故離家，或家道貧寒，不給衣食，或無力贍養，而非確有遺棄之惡意者，固不得據為請求離婚之原因也。（註三）又在惡意遺棄，外國法律有設年限之限制者，如古巴及希臘須滿二年，葡萄牙須滿三年，荷蘭須滿五年是。有不設年限之限制者，如智利、德國、瑞士、日本及委內瑞拉是。亦有除年限之限制外，尚須遺棄配偶不於法院通告後六個月內回家，始得為離婚之請求者，如捷克一九一九年五月二十二日之法律是。我民法則從德國立法，不設年限之限制，但以在繼續狀態中者為限，從而縱使一度遺棄，現已回復原狀者，自不

得據爲請求離婚之原因。不過此種規定，是否妥當，不無問題耳。

(註二)世之解釋遺棄者，多以爲遺棄係指不盡扶養義務而言(刑法上應如此解釋，現行刑法第二九四條)。如此解釋，實爲狹隘，蓋而法院二一年上字第二五九號判例，即本此見解，略謂：「夫妻之一方，以惡意遺棄他方，在繼續狀態者，依民法第一〇五二條第五款之規定，固可據以訴請離婚，但所謂惡意遺棄，基於夫妻在互扶養之義務，自係指一方有負擔家庭生活費用之實力與義務，而故意不肯支付，因而他方不能維持相當生活者而言。但此項見解，在二二一年上字第六三六號判例已有變更，略謂：「民法所謂夫妻之一方，以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者，係指夫或妻無正当理由不盡同居或扶養之義務而言。」

(註三)最高法院二二一年上字第一五六九號判例：「夫妻間互負同居之義務，但違背義務之一方，如未達於惡意遺棄之程度，他方不得據以請求離婚。」

(註三)前大理院四年上字第一四三三號判例：「現行律，夫妻除不相和諧兩願離異者外，非有合法條件，不能離異。遺棄不盡，照法定離異之條件，惟其夫係因赴京應試而離家，並非無故遺棄者，亦自不足爲請求離婚之根據。」三年上字第七六號判例：「家道貧寒，不給衣飾，實不成爲法律上離異之原因。」八年上字第三五九號判例：「夫對於其妻，縱令無力養贍，而既非確有遺棄之意思，即不足爲離婚之原因。」

## 第六 夫妻之一方意圖殺害他方

夫妻以恩相聯，以義相合，若忍而至於意圖殺害，則衽席之間，直同仇敵，不可一朝居矣，故各國法律多以其爲請求離婚之原因。但其立法例則非一致，有以犯輕罪爲限者，如古巴。有以謀害爲限者，如德國及瑞士。有以殺傷爲限者，如荷蘭及捷克。尙有以知他人有殺害配偶之企圖而不告知，即意於爲企圖殺害之警告，亦爲離婚原因之一者，爲羅馬尼亞。我民法則從德、瑞立法例，以意圖殺害爲請求離婚之原因。(註一)所謂意圖殺害，以有殺



害之預謀爲已足，不以確有殺害之事實爲必要，如果有殺害之實據，則除得據爲請求離婚之原因外，應負刑事上之責任，是不待言。

(註一)我國舊律亦同此見解，即依現行律，妻欲殺害夫，乃姦絕之一，雖會赦仍爲姦絕，非強制離婚不可，但惟信妻之一方，殊不平等。

### 第七 有不治之惡疾

夫妻之一方染有花柳病或其他惡疾，不僅妨害婚姻之目的，抑且危及對方及其子母之健康，故在進步的立法例，如智利、古巴及葡萄牙，爲使染有惡疾者斷絕性交機會起見，特以其爲請求離婚之原因。我民法從之。(註一)所謂惡疾，通常固指花柳病而言，余則以舉凡於人之身體機能及健康有礙，而爲恆情所厭惡之病症皆屬之。又所謂惡疾，須已至不治之程度，否則如尙可治愈，縱暫時不堪同居，亦不得據爲請求離婚之原因。關於此點，我民法係從智利及葡萄牙所設之限制，古巴則限於結婚後非因婚姻而生，此則解釋我民法所可注意者也。

(註一)我國舊律亦同此見解，即依現行律，妻有惡疾，夫得據以爲出妻之原因，但夫有惡疾則否，殊不平等。前大理院爲救濟此種不平等起見，對於惡疾離婚設有限制，即依統字第一四二四號解釋：「已成婚後發生之惡疾，不能爲離異原因。」

### 第八 有重大不治之精神病

精神病應否爲請求離婚之原因，學說上頗有爭論，在主張否定說者謂，所貴乎夫妻者，即在於患難相助，疾病相扶持，乃夫妻之一方而有精神病，他方即得據爲請求離婚之原因，實爲人倫道義所不許。其說固是，然由無精神病之他方配偶立論，乃必欲強其與有精神病之配偶繼續婚姻關係，不但反於人倫道義，抑且影響於子母胚質之

優良，故在進步的立法例，爲保護個人及種族之健康起見，多以精神病爲請求離婚之原因。我民法從之。雖然，精神病在現代科學上尙無確定標準，吾人之精神一時的或部分的喪失常態，實爲通常恆有之現象，故在外國法律，有須患精神病已滿三年者，如德國、希臘、葡萄牙及瑞典是。有須患精神病致共同生活不能忍受者，如瑞士是。有須患精神病重大不治者，如捷克是。我民法則從捷克立法例，以「重大不治」爲請求離婚之限度。至所謂重大，通常固對輕微而言，余則以爲此之所謂重大，應如瑞士民法，解爲「係婚姻共同生活已至不能忍受之程度」。

### 第九 生死不明已逾三年

夫妻原以永久共同生活爲目的，如音塵隔絕，情誼久乖，而猶責他方以獨守，不但爲事實所難能，且衡諸人情亦屬非是，以故各國法律皆以生死不明爲請求離婚之原因。但多設有年限之限制，須生死不明已滿二年者，如古巴是。須已滿三年者，如智利是。須已滿四年者，如葡萄牙是。須已滿六年者，如瑞典是。其不設年限之限制者，惟希臘一國而已。我國舊律，常以妻背夫在逃，及夫逃亡三年不還，爲請求離婚之原因。（註一）前大理院判例從之。（註二）現行民法則從各國立法通例，凡夫妻之一方生死不明已逾三年，他方即得據爲請求離婚之原因，不因男女而有差別。所謂生死不明，指離去其向來之住所或居所，生存莫定，並無歸還之音信者而言。（註三）如其所在可以探知，音信常通，雖離家較久，亦不得請求離婚。（註四）但祇須夫妻之一方生死不明已逾三年，他方即得請求離婚，其存有資財足供生計，及另有養贍之人與否，則非所問。（註五）至此三年期間之起算點，通說謂爲其生死不明之日，即最後見其人之日或最後音信發送之日，余亦謂然。

〔註二〕現行律婚姻出妻條律：「若妻背夫在逃者，徒二年。雖其難異，因逃而改嫁者，處罰。其因夫逃亡三年之內，不告官司而逃去者，處罰。擅改嫁者，處罰。」同條例：「期約已至五年無過不娶，及夫逃亡三年不還者，並應經官告給執照，別行改嫁，亦不追財產。」

〔註三〕前大理院八年上字第一六六號判例：「妻背夫在逃，自改嫁者，既於其夫有親犯情狀，其夫自得據以請求離異。」三年上字第一六七號判例：「例載：『夫逃亡三年不還者，並應經官告給執照，別行改嫁』等語，（中略）故女子知實因夫逃亡三年以上不還，而始改嫁，雖當時未經官領有執照，而事後因此爭執，經審判衙門認其逃亡屬實，而年限又屬合法者，其改嫁仍屬有效，不容利害關係人更有異議。」

〔註四〕前大理院十年上字第八四三號判例：「現行律例所謂：『夫逃亡三年不還，並應經官告給執照，別行改嫁』云云，係指夫於逃亡三年以後，仍繼續在外，生存莫定，並無歸還之音信者而言。若其夫於成訟前早已由外歸來，自不能追溯往昔情形，而引用現行律以爲請求改嫁之證據。」

〔註五〕關於此點，前大理院判決取反對見解，八年上字第四三四號判例：「現行律例所謂夫逃亡三年不還者，須夫之蹤跡不明，而有妻妾不顧之事實。若夫僅因故留滯在外，尚存有資財，足供其妻之生計，或另有體養其妻之人，自非棄妻不顧，不得以逃亡論。」

## 第十 被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑

夫妻之一方陷罹刑網，殊有害於他方之名譽，故各國法律，以其爲請求離婚之原因。但多設有一定之限制，其以罪名爲限制者，例如古巴須犯重罪，智利須犯重罪或輕罪，法國須受不名譽之刑事處分是。其以刑罰爲限制者，如荷蘭須受四年以上之有期徒刑，西班牙須受有期徒刑或無期徒刑，捷克原則上須受三年以上之有期徒刑，但

如犯罪已暴露惡劣之品性者，雖其刑罰輕微，亦得爲請求離婚之原因。我民法則以被處三年以上之徒刑，或囚犯不名譽之罪被處徒刑，爲請求離婚之原因。前者之被處徒刑，須在三年以上，如處刑不滿三年，或僅爲罰金拘役，則不得請求離婚。又所謂處三年以上之徒刑，指宣告刑而言，其法定刑如何，則非所問，且不問其宣告緩刑與否。後者之被處徒刑，須係犯不名譽之罪，何者爲不名譽之罪，通說謂應視其罪褫奪公權與否，以爲決定，余則以爲不能一概而論，例如犯內亂罪者，依民國十七年頒行之刑法第一〇六條，應褫奪公權，如依此說，則是內亂罪亦爲不名譽罪矣，有是理乎？關於此點，日民第八一三條第四款，可爲我民法適用上之參考。

我民法關於裁判離婚之原因，以上述十種情形爲限，此外無論據何理由，皆不得爲請求離婚，此我民法關於裁判離婚之原因採取列舉主義，當然之結果也。不過此種立法，是否妥當，則屬問題耳。（註一）（註二）

（註一）最高法院二十年上字第一五七五號判例：「訴請裁判離婚，須具備一定原因，方可准許。」十九年上字第二四〇號判例：「男女婚姻，一經成立，苟無法律上之原因，即不得由一方任意請求離異。」十八年上字第一〇九七號判例：「夫妻兩造羈親屬之衝突，與婚姻當事人無關者，不得據爲離婚原因。」二十一年上字第一九一六號判例：「好賭，於法固有一定制裁，而以爲離婚原因，究有未合。」十八年上字第九六〇號判例：「夫妻間偶有勃然，不得據爲離婚原因。」

（註二）外國法律，除與我民法第一〇五二條所定各種離婚原因相同外，有以夫使妻墮胎，即偶之一方引誘其子女爲不正之事，或唆使其女墮胎，爲離婚之原因者。如智利、古巴、西班牙及委內瑞拉。是有以賭博、酗酒、淫猥、淫佚等惡習，爲離婚之原因者。如智利、古巴、葡萄牙及捷克。是有以配偶之一方虐待婚後所生之子女，夫剝奪其妻生活必需之物，及妻無法定原因而拒絕隨從其夫，爲離婚之原因者。如智利是。此外古巴以行爲殘忍，及夫拒絕家庭費用之供給，爲離婚之原因。瑞典以陽萎，爲離婚之原因。西班牙以夫用暴力，強使其妻改信宗教，爲離婚之原因。捷克以性情不合，爲離婚之原因。皆不失爲極好之參考資料。（國立中央大學法律學院季刊第一卷第二期拙著）

「裁判離婚問題」參照。

#### 第四項 裁判離婚之訴

##### 第一 裁判離婚主張之方法

裁判離婚之主張，應以訴爲之，此就我民法第一〇五二條「得向法院請求離婚」之規定觀之，至爲顯然。離婚之訴，爲形成之訴（*gestaltungsgeltige*）。其當事人，惟限於夫或妻以其配偶爲被告。夫或妻爲禁治產人時，應由其監護人代爲訴訟。如監護人卽爲其配偶時，應由親屬會議所指定之人代爲訴訟。離婚之訴，法院認當事人有和諧之望者，得於六個月以下之期間內命令中止訴訟程序，但以一次爲限。凡此各點，均爲我民事訴訟法第五六五條以下所明定，可參照得之。又得向法院請求離婚者，僅以無過失卽無責任之他方爲限，對於離婚原因應可歸責之一方，則無請求離婚之權。關於此點，前大理院著有判例，可供參考。（註一）

（註一）前大理院九年上字第八〇九號判例：「夫妻之一造，受他造不堪同居之虐待者，爲保護受虐待一造之利益，固應准其請求離婚，然於虐待之一造，要不得准其自行請離」。

##### 第二 離婚訴權之消滅

###### （一）基於自然的事實時

關於離婚訴權之消滅，有基於自然的事實者，有基於法律所定之原因者，前者卽夫妻一方之死亡是。良以請求離婚，係以消滅婚姻關係爲目的，如夫妻之一方死亡，則婚姻關係當然歸於消滅，無所用其請求離婚故也。

(二) 基於法律所定之原因時

關於離婚訴權基於法律所定原因而消滅，各國法律頗不相同。(註一)我民法則以同意宥恕及期間之經過為消滅離婚訴權之原因，茲述如左：

(甲) 同意或宥恕

重婚及與人通姦，依我民法第一〇五二條第一款及第二款，固得為請求離婚之原因，然依同法第一〇五三條規定，有請求權之一方，於事前同意，或事後宥恕者，則不得請求離婚。是為離婚訴權因同意或宥恕而消滅之法則。同意 (Zustimmung, Consentment, Consent) 指允許其為某行為之意思表示而言。宥恕 (Verzeihung, Pardon, Condone) 則係已為某行為後，對於其行為之責任付於不問之感情表示。同意既為意思表示，自應適用關於意思表示之規定。宥恕既為感情表示，則祇以表示人有意思能力為已，其有無意思能力，則非所問。(註二)

(乙) 期間之經過

重婚，與人通姦，意圖殺害及被處徒刑，依我民法第一〇五二條第一款、第二款、第六款及第十款，固得為請求離婚之原因，然依同法第一〇五三條規定，於重婚及與人通姦，有請求權之一方，自知悉後已逾六個月，或自其情事發生後已逾二年，則不得請求離婚。又依同法第一〇五四條規定，於意圖殺害及被處徒刑，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，則不得請求離婚。是為離婚訴權因期間經過 (Verjähr-

lauf, the extinctive prescription) 而消滅之法則。離婚訴權得因期間之經過而消滅者，良以夫妻之恩義，非常人可比，一方即有不法行為，他方或明知而曲恕，或雖不知而時過境遷，其和睦一如平日者，實所常見，殊不宜任其離婚訴權之永遠存續也。至此六個月二年以及一年五年之期間，究為消滅時效，抑為除斥期間，學說上非無爭論，但余則以為我民法之用語例言之，固以解為除斥期間較為允洽也。

(註)茲以瑞士德國及日本為例，瑞士民法：(一)關於通姦，自知悉後六個月，通姦後經過五年，罹於時效。對於通姦予以同意或宥恕之配偶，無訴權。(第一三七條)。(二)關於生命之危害，虐待及侮辱，自知悉後六個月，或原因發生後經過五年而消滅。對於加害人予以宥恕之配偶，無訴權。(第一三八條)。德國民法：(一)對於配偶一方之姦淫或犯罪予以同意或共犯時，他方無離婚訴權。(第一五六五條)。(二)第一五六五條至第一五六八條之情事，離婚訴權依宥恕而消滅。(第一五七〇條)。(三)離婚之訴，於第一五六五條至第一五六八條之情事，配偶須於知悉離婚原因之時起六個月內起訴。離婚原因發生後經過十年者，不得起訴。(第一五七一條)。(四)日本民法：(一)於第八一三條第一款至第四款之情事，夫妻之一方同意於他方之行為時，不得提起離婚之訴。同條第一款至第七款之情事，夫妻之一方宥恕他方或其直系尊親屬之行為者，亦同。(第八一四條)。(二)因第八一三條第一款至第八款之事由之離婚之訴，離婚權人自知悉離婚之原因事實時起經過一年後，不得提起之。自其事實發生之時起經過十年者，亦同。(第八一六條)。(三)因第八一三條第九款之事由之離婚之訴，配偶之生死已分明後，不得提起之。(第八一七條)。

(註)申言之，同意係對於構成離婚之行為為之，宥恕乃對於其離婚原因之自身為之，即同意為防止離婚訴權發生之原因，宥恕則為消滅離婚訴權之原因。又宥恕與離婚訴權之拋棄不同，離婚訴權之拋棄，係權利人希望失權之效果，故法律予以失權之效果，宥恕則不同當事人之意思如何，而與以法律之效力。但關於此點，前大法院判例與本書見解不同，五年上字第六〇六號判例：「夫婦之一方，對於他一方之行為，既經宥恕者，即應認為離婚訴權之拋棄」。

### 第五款 離婚之效力

## 第一 概說

離婚，乃夫妻生存中，向將來消滅由婚姻而生之身分上，財產上一切效力之方法，是離婚之效力惟向將來發生，蓋無可疑。離婚之效力既惟向將來發生，從而關於離婚發生效力之時期如何，頗關重要。余以為此問題，應分別情形以為決定，即在協議離婚，應以其協議成立之時期，即訂立契約之時期，為離婚效力發生之時期。其為呈報與否，在所不問。如屬裁判離婚，則不僅以離婚判決之宣告為已足，而應以離婚判決確定之時期，為離婚效力發生之時期。其為登記與否，在所不問。

## 第二 關於身分者

離婚效力之關於身分者，即由婚姻而生之夫妻關係親屬關係，家屬關係及夫妻間之權利義務歸於消滅是也。析言之：（一）夫妻關係：離婚以消滅婚姻關係為目的，婚姻關係既因離婚而消滅，則夫妻關係自屬無由存在。夫妻關係既已不復存在，則除妻應受再婚期間之限制外，得為無限制之再婚，自不待言。（二）親屬關係：於此應分別情形言之，即夫妻與其所生子女間之血親關係，並不因離婚而消滅，此無他，蓋父母子女之關係，本於自然之血統而生，不應因其父母之離婚而受影響故也。（註一）至夫妻之一方與他方之血親及血親之配偶間之姻親關係，則因離婚而消滅，此點為我民法第九七一條前段所明定，其詳已於前述，茲不贅。（三）家屬關係：夫妻於離婚後同隸一家，固非不能想像，但在通常情形，則係因離婚而妻離去夫家，或贅夫離去妻家，其家屬關係自亦因之而消滅。（四）夫妻間之權利義務：我民法規定三事，即姓氏問題、同居問題及家務代理之問題，關於離婚後夫妻之



姓氏，外國法律有說明文解決者，我民法無之，余以為解釋上夫妻自應因離婚當然回復其本姓。(註三)又婚姻，原以共同生活為目的，夫妻既已離婚，則同居與否，不成問題。日常家務之代理，更屬無自而生，自不待言。

(註二)鍾大昕曾義謂：「父子兄弟，以天合者也；夫婦，以人合者也。以天合者，無所適於天地之間；而以人合者，可制以去就之義。」由此可見，父母子女之關係，不因親之離絕而生影響。舊律一本此義，故對於出母嫁母仍服期服。大清律例喪服圖輯註：「嫁母雖義絕於父，出母雖為父所絕，而子無絕母之義，故皆服杖期。」

(註三)查蘇俄為例，蘇俄親屬法第二十一條：「當登記婚姻之證館時，配偶雙方應各聲明其此後所願之姓。配偶雙方對於此問題不能成立協議時，各稱其結婚前之姓。」又德國民法第一五七條，瑞士民法第一四九條，亦可供參考。

### 第三 關於財產者

離婚效力之關於財產者，即夫妻財產契約，或法定財產關係歸於消滅是也。關於此點，我國舊律無明文規定。前大理院始有收查仍歸妻有(註一)及聘財不得追還之判決。(註二)現行民法則從瑞士立法例，於第一〇五八條前段規定：「夫妻離婚時，無論其原用何種夫妻財產制，各取回其固有財產。」(瑞民第一五四條)。按我民法所定之夫妻財產制有四：以妻之原有財產併合於夫之財產者，為聯合財產制。以妻之財產及所得合併為共同財產者，為共同財產制。以妻之財產，除保留者外，估定價額，移轉所有權於夫者，為統一財產制。夫妻之財產，各別獨立，不因結婚而受影響者，為分別財產制。此四種財產制，除分別財產制夫妻之財產原屬各別獨立不生問題外，其他三種財產制，皆應因婚姻關係之消滅而解體，故我民法明定各別取回其固有財產，以資結束。至此之所謂固有財產，自應因財產制而不同，即在聯合財產制，為夫之財產及妻之原有財產。在共同財產制，為夫及妻加入共同財產之

財產。在統一財產制，則爲夫之財產及妻之財產所估定之價額。又在聯合財產制共同財產制及統一財產制，其夫妻財產之管理權，使用權及收益權原屬於夫，妻之財產如有短少，原則上自應由夫負擔賠償之責，故我民法第一〇五八條後段規定：「如有短少，由夫負擔，但其短少係由非可歸責於夫之事由而生者，不在此限。」

（註一）前大理院六年上字第一一八七號判例：「離婚之始，無論由何原因，其財產應歸夫去。」又最高法院十九年上字第九三七號判例：「姪女爲妻之財產，故離婚之始，無論由何原因，自應歸其妻去。」

（註二）前大理院五年上字第五六號判例：「定婚之方式有二：（一）婚書；（二）收受聘財。此項要件，必具備其一，始發生定婚之效力。故聘財在現行法，不過定婚之一要件，婚姻一經成立，則聘財之效用即完，除有法定追還財產之明文，或事由詐欺者外，自無因離婚之故，將子追還之理。」

#### 第四 關於子女之監護者

如前所述夫妻關係，固因離婚而消滅，父母子女關係，則不因離婚而受何種之影響，惟男女離婚後，各自分居，其對於子女之責任，究宜誰屬，則屬問題。關於此點，我國舊律無明文規定，前大理院判例則斟酌情誼，謂原則上應由其父任監護之責。（註一）但許協定，（註二）又在裁判離婚，如有特別情形不宜由父監護者，法院亦得斟酌其子女之利益，指定監護人。（註三）現行民法從之，於第一〇五一條規定：「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之。但另有約定者，從其約定。」倘約定不諧，致生爭執，依最高法院意見，法院固得爲其子女之利益酌定監護人者也。（二）一上字第一〇九三號判例。又第一〇五五條規定：「判決離婚者，關於子女之監護，適用第一〇五一條之規定。但法院得爲子女之利益，酌定監護人。」其理甚明，無待深論。但我民法所規定者僅爲子女之監護，而於監

護以外父母之權利義務，並不因此而受影響，關於此點，前大理院著有判例，可供參考。（註四）至所謂監護，原對教育而言，監護，即監督保護之謂。教育，即教導養育之謂。一屬於消極行為，一屬於積極行為，二者自不相侔，余則以為此之所謂監護，解釋上應包含教育在內。

（註一）前大理院三年上字第二六九號判例：「夫妻離異時，得以協議定子女之監護方法。如並未議及，則應歸其父任監護之責。而其去家之母，即無庸兼顧。」又最高法院十七年上字第一一〇五號判例：「夫婦離婚後之子女，原則上應歸其父。苟非因其父在襁褓，離母不能撫育者，仍應由其父負監護之責。」又同院十八年上字第一一九一號及第一六八九號判例參照。

（註二）前大理院六年上字第一一九四號判例：「夫婦協議離婚，原為現行律所認許，故於夫婦兩願離異時，關於子女之監護方法有所協定者，自應認為有契約之效力。」

（註三）前大理院八年上字第九五七號判例：「夫妻呈訴離婚後，其子女雖應歸其父監護，但如有特別情形（如子女年幼不能離母或父有遺棄情事等），不宜由父監護者，審判衙門亦得斟酌其子女之利益指定監護之人。」

（註四）前大理院五年上字第四〇九號判例：「婚姻解銷之效力，原不及於所生子女，無論離婚以後子女歸何處監護，而於監護範圍以外，於父母之權利義務並無何等影響。故離婚後歸母監護之女，其嫁費仍應由父支給。」

## 第五 裁判離婚之損害賠償及贍養費

### （一）損害賠償

婚姻為終身之結合，中道離異，實非得已，矧復係由一方種其惡因，致使他方不得不訴請離婚，則他方所受財產上精神上之損害，自必甚大，故各國法律多設因裁判離婚而生損害賠償之制度（法民第二九九條至第三〇一條，德民第一五七八條至第一五八二條，瑞民第一五一一條至第一五三條，俄民第一四條至一六條，鄂民第五五

條。關於此點，我國舊律無明文規定，前大理院判例始認因故意或過失致婚姻應離異者，對於他方應負慰撫義務之法理。（註二）現行民法則從瑞士立法例，於第一〇五六條第一項規定：「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」。又同條第二項規定：「前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失者為限」。依此規定，則裁判離婚之損害賠償，與前述婚姻無效及撤銷同，有責之一方，對於他方，不但財產上之損害，應為賠償，即精神上之損害，亦應為賠償。至賠償數額，解釋上應斟酌雙方當事人之身分、年齡、財力及自營生計之能力，與生活程度定之。關於此點，前大理院及今最高法院著有判例，可供參考。（註三）又依同條第三項規定：「前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限」。此為精神上損害賠償請求權性質上所當然，其詳已於前述，茲不贅。

#### （二）贍養費

依上所述，夫妻之一方，因判離婚受有損害者，其請求賠償，惟能向有過失之他方為之，是我國法律採取有過失損害賠償責任主義固矣，然如無過失之一方，因判決離婚而生活陷於困難，倘聽其放任，勢將釀成重大之社會問題，故在外國法律有純探無過失損害賠償主義者，如蘇俄是。（註四）有原則上探有過失損害賠償主義，例外探無過失損害賠償主義者，如瑞士是。（註五）我民法則從瑞士立法例，除第一〇五六條規定有過失之損害賠償外，復於第一〇五七條規定：「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費」。（註六）至其贍養費必如何而後相當，法院有自由裁量之權，自不待言。

(註一)前大理院三年上字第一〇八五號判例：「婚姻關係，依法須離異者，其原因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。」又四年上字第一四〇七號判例：「夫婦於訴情離婚以後，其財產之關係，現行律並無規定明文，惟據通常情理，若離婚之原因由夫構成，則夫應給妻以生計程度相當之賠償。」

(註二)前大理院八年上字第一〇九九號判例：「離婚原因，如果由夫構成，夫應暫給其妻以相當之賠償或慰撫費。至其給與額數，則應斟酌其妻之身分、年齡及自營生計之能力與生活程度，並其夫之財力如何而定。」最高法院十九年上字第三六號判例：「判決離婚之原因，如果由夫構成，則夫應就其妻所受損害，予以賠償，或並給與贍養費。至其給與額數，則應斟酌其妻之身分、年齡及自營生計之能力與生活程度，並其夫之財力如何而定。」

(註三)蘇俄婚姻親子及監護法第十四條：「窮乏而無勞動能力之配偶，得向法院，對於有扶養實力之他方，而有請求扶養之權利。其有勞動能力而窮乏之配偶，於無工作時，亦得同樣享有此權。」第十五條：「窮乏而無勞動能力之配偶，對於他方請求扶養之權利，除依本法第十四條所稱之請求原因條件變更外，雖於婚姻解銷後仍保留之。但其期限，自婚姻解銷之日起，不得逾一年。窮乏而無工作之配偶，其於婚姻解銷後之扶養程度，由法院定之。但不得逾六個月，亦不得超過相當之普通保險金額。」

(註四)瑞士民法第一五二條：「無資配偶，因離婚而陷於非常之窮乏時，配偶之他方對於離婚無責任者，得被命其給付相當於自己資力的金額之扶養費。」

(註五)民法第一〇五七條之規定，依最高法院判例，以之適用於脫離家屬關係之妾。二一年上字第二〇九九號判例：「妾於家長，固無婚姻關係，然就其因脫離家屬關係，致陷生活困難之情形，則與夫妻離婚時無異，其脫離原因，縱非由於家長之過失，該家長亦應給與相當之贍養費，俾資生存。」又二二年上字第五二九號判例參照。

## 第三章 父母子女

### 第一節 概說

#### 第一 一般之概念

一定之人與一定之人間，爲直系一親等之血親關係，及擬制血親關係者，爲父母子女關係，即親子關係。考親屬關係之發生，有由於婚姻者，有由於血統及擬制血統者，婚姻爲親屬關係之泉源，而血統及擬制血統則又由婚姻關係而生，故我親屬法以父母子女之規定次於婚姻之後。易曰：「有夫婦，然後有父子」，卽此意也。（註一）至現行親屬法不曰親子，而曰父母子女者，蓋徵諸載籍我國通常之所謂子，除少數例外，殆專指男子而言，不包含女子在內，此種觀念，不但有背男女平等之原則，且與法規內容亦顯不相符，故特標明父母子女，以免誤解焉。

（註一）關於親屬關係發生之原因，尙可從天然事實與法律擬制兩方面觀察，由天然事實而生之親屬關係，如由後述之孀生及非孀生所生之親屬關係是，由法律擬制而生之親屬關係，如由前述之婚姻及後述之收養所生之親屬關係是，但我國學者有以婚姻及由婚姻傳來之血統所生之親屬關係，爲由天然事實而生之親屬關係者（徐氏前揭一三頁）。以婚姻爲由天然事實而生之親屬關係，似欠的當，良以婚姻乃法律行爲而非事實行爲故也（同前書氏前揭四六頁）。

#### 第二 子女之類別

關於子女之類別，我國舊律及歷次草案與現行法不同，在舊律及歷次草案所謂子，約可分爲下列之五種：一曰嫡子；嫡子者，妻所生之子也。二曰庶子；庶子者，妾所生之子也。三曰姦生子；一稱私生子；私生子者，卽由苟合或無效婚姻所生之子也。四曰嗣子；嗣子者，因立嗣行爲而承繼宗祧之子也。五曰養子；收養三歲以下遺棄小兒，或乞養異姓子女，或同宗之子過房而不承繼宗祧者，則稱爲養子。現行親屬法與此大異，良以納妾舊制既已根本廢除，而宗祧繼承又已否認其存在，卽不應再有庶子、嫡子、嗣子等歧視之稱謂，（註一）故在本法所謂子女，祇有婚生子女、非婚生子女及養子女，反之所謂父母，祇有父母、生父母及養父母。

（註一）我國舊律對於嫡庶之辨，最爲嚴格，茲揭陳詳道氏之說，以供參考。陳氏禮書辯曰：「木之正出爲本，旁出爲枝，子之正出爲嫡，旁出爲庶，故伐枝不足以傷本，伐其本，則木斃矣；廢庶不足以傷宗，廢其嫡，則宗絕矣；本固而枝茂，嫡立而庶寧，此天地自然之理也。先王知其然，於是竇嫡而賤庶，使名分正而不亂，爭奪息而不作，故子生則冢子接以太牢，庶子少牢，冢子未食而見，庶子已食而見，冠則嫡子於祚陪，庶子於房外，死則嫡子斬，庶子期，其禮之輕重隆殺如此，豈有他哉！以其傳重與不傳重故也。」曰：庶子不祭祖，明其宗也。又曰：庶子不祭，明其宗也。又曰：父不祭於支庶之宅，君不祭於臣僕之家。此嫡庶之分，不可不辯也。」

### 第三 自然子女與擬制子女

子女之類別，已如上述，就學理的分類言之，尙可分爲自然子女，與擬制子女，其由於血統之連絡者，謂之自然子女，其原無血統之連絡，而法律上假定其爲子女者，謂之擬制子女。前者，卽親子女是；後者，卽養子女是。同爲親子女，其由於正式婚姻而生者，謂之婚生子女；反之，非由於正式婚姻而生者，則又稱爲非婚生子女焉。

第二節 子女之姓氏及住所

第一 子女之姓氏

子女之姓氏，究應如何規定？於起草現行親屬法之始，頗費斟酌，當時曾假定爲下列五種方式：（一）子女以其父母協定之姓爲姓；（二）子女併用父母之姓；（三）子從父姓，女從母姓；（四）子女概從父姓；（五）子女概從母姓。經研究結果，如採第一種方式，則有代易其姓之弊；如採第二種方式，則每遞一世，卽有遞增其姓氏之虞；如採第三種方式，則兄弟姊妹各異其姓，亦有未免奇異之感；而第四、第五兩種方式，則又均失之偏，無已，惟姑從德、瑞立法先例（德民第一六一六條，瑞民第二七〇條），及我國固有辦法（註一）而於第一〇五九條第二項明定：『子女從父姓』焉。第此係就子女之母因婚姻入於父家者而言，如子女之父係因贅婚而入於母家，則其父尙應以其本姓冠以母姓，故我民法第一〇五九條第二項規定：『贅夫之子女從母姓。但另有約定者，從其約定』。以期一貫，所謂約定，乃指不從母姓仍從父姓而言，非必約定另用其姓，不可不辨。（註二）（註三）

（註一）我國子女之姓氏，向從父系，於禮記論可以見之。禮記論下列篇曰：『古者有陰陽，然後有五，五行各據行氣以生，世遠乃有姓名，是故凡姓之有姓音也，必隨其本生祖，太昊水精承歲而王，夫其子孫，咸當爲角；（中略）顓頊水精承歲而王，夫其子孫，咸當爲羽，雖雖百變，音行不易』。又崔東壁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，由父之父遞推之，百世皆吾祖也。由母之母遞推之，三世之外，有不知誰何者矣』。

（註二）關於子女之姓，蘇俄法律所定，可供參考。蘇俄婚姻親子及監護法第三四條：『父母使用共同之姓時，此姓亦定爲其子之姓，父母不



稱共同之姓者，其子之姓以父母之協議定之，父母不能協議時，其子之姓由監護局核定之。

（註三）曹士彬氏謂：「依第一〇〇〇條規定，以其本姓冠以夫姓，是子女應從父母之姓（即雙姓），法理始可一貫」（曹氏前揭二五四頁）。

## 第二 子女之住所

依我民法第二一條規定：「無行為能力人及限制行為能力人，以法定代理人之住所為住所。」而「父母為其未成年子女之法定代理人」，又為我民法第一〇八六條所明定，是未成年之子女，應以其父母之住所為住所，蓋屬當然。雖然，子女之父母，其住所如何，依我民法第一〇〇二條，常因婚姻形態而不同，則其子女究應以父之住所為住所？抑應以母之住所為住所？仍易發生爭執，故我民法特於第一〇六〇條明定：「未成年之子女，以其父之住所為住所；贅夫之子女，以其母之住所為住所。」以解決之。本條第二項之旨趣，可就第一〇〇二條後半段推論而知，茲不贅。此外，外國立法例有於住所之外，規定未成年子女有服從父母指定居所之義務者（德民第一六三一條、日民第八八〇條）。我民法未設規定，似付闕如，余則以為指定居所解釋上屬於教養權之發動，自不必特為規定焉。（註一）

（註一）關於此點，余讀門氏與本書同一見解（徐氏前揭七八頁），曹士彬氏則謂：「未成年之子女出外就學或習業，自有自由選定居所之權」（曹氏前揭二五七頁）。如此解釋，於教養子女上似欠周洽。

## 第三節 婚生子女

## 第一款 概說

何謂婚生子女 (Eheliches Kind, Enfant légitime, Legitimate child) 我民法第一〇六一條設有明文規定，即「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女」也。依此定義以爲解釋，所謂婚生子女，須具備下列四種之要件：(一) 須其父母有婚姻關係存在；(二) 須其子女爲父之子女；(三) 須其子女爲母所生；(四) 須母之受胎在婚姻關係存續中。上述第四種要件，余以爲僅屬原則，故有母之受胎縱非在婚姻關係存續中，解釋上亦應認爲婚生子女者，例如 (一) 受胎在婚姻關係前，出生在婚姻關係存續中之子女；(二) 受胎在婚姻關係中，出生在婚姻關係消滅後之子女；(三) 受胎在婚姻關係前，出生在婚姻關係消滅後之子女是 (和田于一氏親子法論 一頁至一五頁參照)。此外，受胎在婚姻關係前，出生亦在婚姻關係前之子女，亦應認爲婚生子女，關於此點，我民法第一〇六四條設有規定，俟後述之。

## 第二款 受胎期間

### 第一 規定受胎期間之理由

如上所述，必由婚姻關係受胎而生之子女，始謂之婚生子女，則是妻所生之子女是否實爲夫之血脈，頗關重要。對於此事，證明甚難，我國舊法依「合血」決定是否夫之血脈，在今日醫學上已難認爲正確，無論矣。即一般所用檢查親子之骨相、皮膚之色澤、毛髮、耳目、鼻之狀態，以及指紋、足紋、態度、嗜好等，決定是否夫之血脈，與夫最近醫學上所發明之血清學的親子鑑定 (註一)，亦不能認爲絕對無誤。無已，我民法特從一般立法先例，而設受胎期

間之規定，以爲補助本問題之解決焉。

(註一) 血清學的親子鑑定法，係以同種血液，有凝集反應性爲前提，即先將人類血液分爲數種（例如四種或六種），而成立下列數種之假定：(一) 由第一種血液型與第一種血液型之父母所生之子女，其血液仍爲第一種型；(二) 由第一種血液型與第二種血液型，或第二種血液型與第二種血液型之父母所生之子女，其血液或爲第一種型或爲第二種型；(三) 由第一種血液型與第三種血液型，或第三種血液型與第三種血液型之父母所生之子女，或爲第一種型或爲第二種型；(四) 由第一種血液型乃至第四種血液型與第四種血液型之父母所生之子女，其血液爲第一種乃至第四種型；(五) 由第二種血液型與第三種血液型之父母所生之子女，其血液爲第一種乃至第四種型。此種親子鑑定方法，祇能應用於否定的斷定，而不能應用於肯定的斷定。

## 第二 受胎期間之原則

妻所生之子女是否實爲夫之血脈，固難正確決定，然就一般醫學家研究，胎兒自受胎以迄於分娩，通常最短期不得少於一百八十一日，最長期不得多於三百零二日，其最短期與最長期相差之百餘日內，如有婚姻關係存在，而又有夫妻同居之事實，則推測妻所生之子女實爲夫之血脈。此項期間，即受胎期間 (Empfangszeit)。關於受胎期間之規定，各國立法例尚非一致，有以自出生日回溯自第一百八十日起至三百日止，以其間之一百二十一日爲受胎期間者，如法國民法是（法民第三一二條及第三一三條）。有以從出生日回溯自第一百八十一日起至三百零二日止，以其間之一百二十二日爲受胎期間者，如德國民法是（德民第一五九二條）。有以從婚姻成立日起二百日後，婚姻解消或撤銷日起三百日內，以其間之一百零一日爲受胎期間者，如日本民法是（日民第八二〇條第二項）。我民法則從德國民法，於第一〇六二條第一項規定：「從子女出生日回溯第一百

八十一日起至第三百零二日止，爲受胎期間。』(註一)

(註一)按懷胎期間與受胎期間不同，自受胎時起至分娩時止，爲懷胎期間；由此最短期一百八十一日與最長期三百零二日相差一百二十一日，則爲受胎期間。

### 第三 受胎期間之例外

上述受胎期間之規定，係就普通情形而言，然有事屬例外，如結婚後不滿一百八十一日而生之子，倘經醫生檢查，其胎兒發育之程度，在母腹中實不滿一百八十一日；又婚約解消後逾三百零二日而生之子，倘經醫生檢查，胎兒發育之程度，在母腹中實已逾三百零二日者，則法律之假定，自應因事實之反證而失效。故我民法特於第一〇六二條第二項規定：『能證明受胎回溯在前項第三百零二日以前者，以其期間爲受胎期間。』惟民法僅就三百零二日以前者爲之規定，而於未滿一百八十一日者，則未設明文，表面上似覺疏漏，實則在解釋上如能證明受胎回溯在前項第一百八十一日以前，依同一理由，自不妨以其期間爲受胎期間焉。(第一次民草第一三八二條第二項)。

### 第四 女子違反再婚期間所生子女其受胎期間

依我民法第九八七條規定：『女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再婚。』是爲再婚期間之限制，其詳已於前述，倘女子違反此種限制而與人結婚，其所生之子女，在前婚消滅後三百零二日內，後婚成立後一百八十一日外，此時究應認爲前夫之子女，抑應認爲後夫之子女，頗有問題。關於此點，各國立法例頗不相同，有以在前婚

消滅後二百七十日以內所生之子女爲前夫之子女，二百七十日以後所生之子女爲後夫之子女者，如德國民法是（德民第一六〇〇條）；有由法院審查事實，決定其爲前夫之子女，或後夫之子女者，如日本民法是（日民第八二二條）。我民法未設明文規定，余以爲解釋上應以參照日本立法例爲適當。（註一）

（註一）我國民法學者，多取同一解釋，除氏前揭四四頁，邱氏前揭一一五頁，曾氏前揭五二頁，陶氏前揭一五〇頁參照。

### 第三款 婚生子女之推定

#### 第一 規定婚生子女推定之理由

如前所述，是否婚生子女，須就下列四種要件以爲決定：（一）須其父母有婚姻關係存在；（二）須其子女爲父之子女；（三）須其子女爲母所生；（四）須母之受胎在婚姻關係存續中。此四種要件，第一、第三證明較易，而第二、第四則證明較難，故各國民法特設推定婚生子女（Vaterschaftvermutung）之規定（法民第三一二條，德民第一五九一條，日民第八二〇條，瑞民第二五二條），藉以免除妻之舉證責任之負擔。（註一）我民法從之。

（註一）推定婚生子女之規定，係由羅馬法「婚姻示文」（Pater in est quem nuptiae demonstrant）之原則而來，此種規定，乃法律後已知事實，而推究未知事實所下之結論，所謂已知事實，即妻爲所生子女之母是，所謂未知事實，即夫爲所生子女之父是。

#### 第二 婚生子女推定之要件

關於婚生子女推定之要件，依我民法規定，爲左列之二種：

（一）須妻之受胎在婚姻關係存續中

此項要件，爲我民法第一〇六三條第一項所明定，即「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」是。誠以夫妻不但應互負同居之義務，且應互負貞操之道義，在婚姻關係存續中所生子女，推定其爲婚生子女，殆屬當然也。雖然，此種推定，係就常態言之，不貞之妻亦世所恆有，此時之夫自有否認推定之可能，不過在解釋上應負舉證責任，且須以訴爲之，以昭鄭重耳。

### (二) 須妻之受胎時曾與夫同居

此項要件，係由我民法第一〇六三條第二項解釋而來，何謂同居，俟後述之。第應注意者，夫妻既互負同居之義務，則妻之受胎，如在婚姻關係存續中，自應推定其曾與夫同居，爲之妻者初不負何種舉證責任，又屬當然也。然此亦係就常態而言，如夫於妻之受胎時確未與其同居，自得提出反證，推翻此種推定，是不待言。其詳俟後述之。

### 第三 顯然不具備婚生子女推定之要件其出生登記

婚生子女之推定，須具備上述兩種要件，固矣；然在顯然不具備上述兩種要件，其所生子女，究應以婚生子女抑應以非婚生子女爲出生登記之聲請乎？於此問題，外國法律有明定如顯然不具備婚生子女推定之要件，即非婚生子女者（德民第一五九一條第一項但書），我民法無此規定，余以爲解釋上在夫未提起否認之訴，或已提起否認之訴而在未經判決確定以前，仍應以其爲婚生子女爲出生登記之聲請（戶籍法第五四條），蓋不如此解釋，則推定婚生子女之立法精神不足以資貫徹也（日本大正五年六月二十四日法曹會議決議法曹記事二六卷一一三九頁參照）。

#### 第四款 婚生子女之否認

##### 第一 概說

婚生子女之推定，在免除妻之舉證責任之負擔，且係就通常狀態而言，已如前述，然如確有反對事實，足以否認前項之推定，而法律仍強其以他人之子女爲自己之子女，實足以破壞家庭之和平，故我民法特從一般立法先例，而設婚生子女否認之規定。

##### 第二 婚生子女否認之原因

關於婚生子女否認之原因，一般民法多採概括主義，即真正事實如與法律之規定相反，本夫即得提起否認之訴，初不必限於某種之原因（德民第一五九三條、日民第八二二條），我民法則以於受胎期間內未與妻同居者爲限，即依第一〇六三條第二項規定：「前項推定，如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴」是。通常所謂同居，指夫妻經營共同生活（Labensgemeinschaft）而言，本條之所謂同居，余意則應從狹義解釋，解爲係德民第一五九一條所謂同居（Beiwohnung）及法民第三一三條所謂性交（Reunion），即我民法第九九五條所謂人道之意。蓋夫妻縱會經營共同生活，而絕未同居或性交，則孤陰孤陽，化生無望，亦不能謂妻所生之子女，即實爲一己之血脈也。設此解釋不謬，則不但因有形之障礙而未能與妻同居，應認爲未與妻同居；即因無形之障礙而未能與妻同居，亦應認爲未與妻同居。（註一）（註二）

（註一）所謂有形之障礙，如夫在妻受胎期間內，因外地曠遠而無同居之事實是。所謂無形之障礙，如夫在妻受胎期間內，因病不能性交而

在同意之事實是關於此點我國民法學者多與本書見解相同（廣兵前掲六一頁、陶兵前掲一五一頁、一五二頁、曹兵前掲五四頁、陸兵前掲二〇八頁）。

（註二）鄭憲章氏謂我民法無待於否認者，定爲否認原因，殊有未當，同時主張應依第一次兵章第一三三條理由書所說明之事例，即「成婚後經過百八十一日所生之子，而其實於百八十一日前已親受胎，離婚後三百二日內所生之子，而其實則離婚後始受胎」者，定爲專條。

### 第三 否認訴權之性質

婚生子女一經否認，則婚生子女即喪失其婚生之身分，故其事實是否與法律相反，必有待於法院之判斷，以昭鄭重。我民法第一〇六三條明定，婚生子女之否認，須以訴爲之，卽此故也。惟是此項訴權之性質如何，學說上頗有爭論？余則以爲推翻推定與變更現在之權利不可混同，婚生子女否認之訴，在推翻民法第一〇六三條第一項婚生子女之推定，推定，不過於無反證時推定其事實之存在，以此推翻推定之訴，自應解爲確認之訴，而非形成之訴。（註一）

（註一）日本民法學者大多數均認爲係確認之訴（仁井氏前掲二〇九頁、陸權氏前掲九七頁、柳川氏前掲二九八頁、古山氏前掲三四四頁、和田氏前掲三四頁參照）。

### 第四 否認訴權之主體

依法律原則，此項否認訴權，僅屬於夫（德民第一五九三條及一五九五條參照），而妻、子女及第三人均無此權，良以不但子女之究爲婚生與否？非夫自己無由知之；且亦惟夫有行使此權之必要故也。（註二）惟依民法



第五八六條，繼承權被侵害之人，於一定條件之下，亦得提起否認之訴；又夫於提起否認之訴後死亡者，此等人亦得承受其訴訟，則屬例外。至否認之訴之相對人，則又僅爲子女（德民第一五九六條第一項參照），此因否認之訴在推翻婚生子女之推定，直接受此推翻之影響者，非他人，即其子女是也。故此種訴訟之管轄，依我民訴法第五八五條，且專屬於子女住所地或其死亡時住所地之法院焉。

（註一）子女無此否認訴訟，學者有批評其不當者，如魏積長氏謂：「僅對於父與以否認權，而於子女則不應許其主張自己非母之夫之子，而爲母與其他男子之間之子乎。主張自己非嫡出子，而爲私生子，同於子女不利益，然利益不利益，似終不杜絕其對於其父之要求也。」（魏積長氏前揭四三一頁）。

### 第五 否認訴訟權之存續期間

夫之婚生否認權，如永久存續，則不但子女之地位久不確定，且證據漸歸湮滅，亦判斷爲難，故各國法律多設有一定存續期間之規定，如經過一定期間，否認權仍不行使，則歸於消滅。惟其存續期間，各國法律頗不相同，有定爲夫在出生地，爲出生後一個月；不在出生地，爲歸來後兩個月，妻對於夫隱蔽其出生，爲明知後兩個月者，如法國民法是（法民第三一六條）。有定爲自知悉子女出生之日起一年內者，如德、日民法是（德民第一五九四條第二項，日民第八二五條）。以上兩種立法例，以德、日民法爲合理，故我民法從之，而於第一〇六三條第二項但書規定：「但應於知悉子女出生之日起，一年內爲之。」（註一）若夫夫於法定起訴期間內死亡，依我民訴法第五八六條第二項，其繼承權被侵害之人，應於夫死亡時起，六個月內提起否認之訴，蓋又所以特加限制，使繼承關係得以

早日確定也。(註二)

(註一)一年之存續期間，在日本學者中，尙有謂其近於短促者（櫻井氏前揭四三〇頁參照），故日本親權法改正要綱第十八，特以延長其行使期間爲改正要綱之一。

(註二)關於否認訴權之消滅，除經過存續期間外，在德、日等國民法，尙以子女出生後，其夫承認爲其消滅之原因（德民第一五九八條第一項，日民第八二四條，國民第二五七條第一項），我民法無此規定，余以爲解釋上應主積極說，即應以承認婚生爲否認訴權消滅之原因（異說節氏前揭一一八頁，曹氏前揭五六頁），但不得以出生登記之聲請遲延爲否認訴權之放棄耳。

#### 第四節 非婚生子女

##### 第一款 概說

##### 第一 非婚生子女之意義

何謂非婚生子女 (*Uneheliches Kind, Enfant naturel, Illegitimate child*)，我民法無明文規定，如依第一〇六一條反面解釋，吾人可下非婚生子女之定義曰：『稱非婚生子女者，謂非由婚姻關係受胎而生之子女』也。依舊律及歷次草案言之，則凡妾所生之子（庶子），及由苟合或無效婚姻所生之子（私生子），皆屬本法非婚生子女之範疇。如就前述婚生子女之含義言之，則除（一）受胎在婚姻關係中，出生亦在婚姻關係中之子女；（二）受胎在婚姻關係前，出生在婚姻關係存續中之子女；（三）受胎在婚姻關係中，出生在婚姻關係消滅後之子女；（四）受胎在婚姻關係前，出生在婚姻關係消滅後之子女外，其餘一切自受胎以至於出生皆無婚姻關

係之子女，則概屬此之所謂非婚生子女焉。(註一)

(註一)我國舊律，稱苟合所生之子爲姦生子，其名稱之欠雅馴，無謂矣。即私生子之名稱，亦足以使人發生不愉快之感覺，故現行法特毅然洗然創立非婚生子女一詞以代替之。關於此點，在日本親族法改正要綱審議之際，亦嘗主張廢止私生子之名稱，惟時學者頗多非議，其詳見法學協會雜誌四六卷一三九五頁以下，可參考得之。

## 第二 非婚生子女地位之增進

關於非婚生子女之地位，因學者之立場不同，而主張各異。在風化論及宗教論者以爲男女姦通，係屬不道德之行爲，如所生子女亦與婚生子女同一待遇，不但非所以尊重婚姻之道，且適足以助長男女之非行，故非婚生子女之地位應低於婚生子女之地位；反之在血統論及人道論者則謂無論婚生子女非婚生子女，既同屬父母之血統，其所受待遇即應絕對相等，即在人道上也不得因其父母之不德，馴致影響非婚生子女之地位。在昔各國法律，其於風化及宗教觀念，對於非婚生子女，皆極卑視，我國亦然，如舊律姦生子絕對不得承宗，其繼承財產亦祇能依子量與半分（現行律戶役門卑幼私擅用財條例），其明證也。顧因卑視之結果，不但非婚生子女之出生數字並不減低，且愈將使其趨於萬劫不復之境，自社會政策立論，實非所宜，故自蘇俄一九一八年九月十六日新親屬法第一三三條規定：「親子關係之基礎，應爲真實之血統，於婚生與非婚生之間，不應設何等區別」以來（一九二六年十一月十九日婚姻親子及監護法第二五條亦同），非婚生子女之地位爲之一變，我現行親屬法關於非婚生子女之規定，蓋亦大體從此最新之潮流也。(註二)

(註一)此外尚有兩國立法，頗堪注意：(一)在英國普通法上，有所謂無親之子女(No body's child)不認其對於父母有何等之權利。今則救貧法(Poor Law)及其他社會法已有顧慮非婚生子女利益之趨向，自一九二六年十二月十五日之修正法(The Legal-timoney act)頒行，尤為一般所注目。(二)德國民法對於非婚生子女亦甚歧視，然在一九一九年八月十二日頒布之新憲法，已有「對於非婚生子女，應依法律使其身體上之發育，有與婚生子女同一條件」之規定(德憲第一三三條)，預料德國民法之改正當亦不遠。

## 第二款 非婚生子女因生父母結婚之準婚生

### 第一 各國立法例

關於非婚生子女因生父母之結婚，視為婚生子女，各國法律皆有此種規定，第其範圍廣狹殊不相同，有不問何種非婚生子女，皆可因生父母之結婚視為婚生子女者，如德國、瑞士及日本民法是(德民第一七一九條，瑞民第二五八條，日民第八三六條)。有分非婚生子女為單純非婚生子女，姦生子女及亂倫子女之三種，惟單純非婚生子女得因生父母之結婚視為婚生子女者，如法國民法是(法民第三三五條)。(註一)我民法則從德、瑞立法例，無論何種非婚生子女皆可因生父母之結婚而準婚生，不過在亂倫而生之非婚生子女，其生父母縱使結婚，其婚姻亦屬無效，殊無視為婚生子女之可能耳。

(註一)單純非婚生子女(enfant naturel simple)指無配偶之男女間，因姦通而生之子女，姦生子女(enfant adultérin)指有配偶之男女間，因姦通而生之子女，亂倫子女(enfant incestueux)即指因親屬相姦而生之子女。

### 第二 因生父母結婚準婚生之要件

考非婚生子女因生父母結婚視為婚生子女之制度，濫觴於羅馬，據 Constantine 帝制定法律，父對於結婚以前所生之子女，後日與其母結婚，則取得家父權。自紀元三三五年至四七六年，實行達一四一年之久。嗣後各國法律從之，我前大理院解釋（八年統字第一〇二九號）及歷次草案亦然，故現行法特於第一〇六四條明定：「非婚生子女，其生父母結婚者，視為婚生子女。」良以對於婚姻關係前之子女與婚姻關係存續中之子女，既同一父母所生，不但不應有所歧異；且其父母，既悟苟合之非行，而就婚姻之正道，則法律為獎勵改過計，亦應使其子女取得婚生子女之身分，庶不致使『有罪結合之無罪果實』(Le innocent d'une union coupable) 永遠處於悲慘之境地也。至何謂結婚，已見前章，可參考得之。惟有應須注意者，本條所謂非婚生子女是否專指母之受胎在婚姻關係前，出生亦在婚姻關係前者而言，學說上尚有爭論？余則以為應解為係專指上述情形而言，若夫受胎在婚姻關係前，出生在婚姻關係存續中，為之父者既不提起否認之訴，則當然認為婚生子女，初無待於本條規定之適用。（註一）

（註一）關於此點，曹士彬氏與本書見解不同，曹著謂：「本條之解釋，不僅以子女出生在結婚前者為限，即受胎於婚前者而出生於婚後者，應解為包括在內。」誠如曹氏所云：「不妨改正第一〇六四條，而曰：『子女出生後，其生父與生母結婚者，視為婚生子女。』則不生解釋之歧異矣」（曹氏前揚七六頁）。

### 第三 因生父母結婚準婚生之效力

關於此點，應分兩點述之：

## (一) 親子關係之成立

此爲我民法第一〇六四條所明定，卽非婚生子女，其生父與生母結婚者，「視爲婚生子女」是。所謂視爲婚生子女，卽非婚生子女，取得婚生子女同一之身分，既取得婚生子女同一之身分，則其對於生父生母之權利義務及其他法律關係，均與婚生子女同。

## (二) 親子關係成立之時期

非婚生子女，因生父生母之結婚而生準婚生之效力，固矣；第其效力，惟應自生父母結婚以後發，抑應溯及於子女出生時發生，法無明文，頗屬疑問。余則以爲依民法第一〇六九條類推適用，應解爲原則上溯及於子女出生時發生效力，不過第三人已得之權利自不應因此而受影響耳。其詳俟後述之，茲不贅。(註一)

(註一)於此有一問題，卽非婚生子女業已死亡，是否因生父母之結婚而生準婚生之效力，余以爲應仍生準婚生之效力，固有時與其直系血親卑親屬之身分有關係也。關於此點，法國民法第三三二條，德國民法第一七二二條及日本民法第八三六條第三項雖有規定，可供參考。

## 第三款 非婚生子女因認領之準婚生

## 第一 各國立法例

各國法律，對於非婚生子女，除因生父母之結婚，視爲婚生子女外，且皆設有因父母或父或母之認領，視爲婚生子女之規定，第其範圍廣狹，亦不相同，有不問何種非婚生子女，皆可因認領視爲婚生子女者，如德國民法及日

本民法是（德民第一七一八條及第一七二〇條第二項、日本民法第八二七條）有惟單純非婚生子女得因認領視為婚生子女，而姦生子女及亂倫子女則不得認領者，如法國民法及瑞士民法是（法民第三三一條、瑞民第三〇四條）。我民法則從德、日立法例，無論何種非婚生子女均得因認領視為婚生子女焉。（註一）

（註一）外國法律對於非婚生子女，除因生父母之結婚及認領視為婚生子女外，尚有因官廳之宣告視為婚生子女者，如德國因政府之宣告視為婚生子女（德民第一七二三條以下）、瑞士因法院之宣告視為婚生子女（瑞民第二六〇條以下）是。我民法則以我國向無因宣告而準婚生之習俗，且此等事件知由官廳干涉，亦兼過分，故不設因宣告視為婚生子女之規定。

## 第二 認領之要件

關於因認領準婚生之要件，應分認領之意義、認領人、被認領人及認領之擬制四方面述之。

### （一）認領之意義

認領者，生父承認為其非婚生子女之父之單獨行為也。析言之：（一）認領，係生父之單獨行為；既屬單獨行為，從而非婚生子女於生父為認領時，無須為何種之行爲，即當然發生親子關係。（二）認領，係生父以承認為其非婚生子女之父爲目的之單獨行為；此點甚明，無庸多贅。認領既爲法律行為，自須以表示爲之，顧此表示究爲觀念表示，抑爲意思表示，頗有爭論。余以爲認領有自始發生父子關係之意思，自應認爲意思表示，而非觀念表示。且其行爲，爲親屬法上之特別法律行為，對於民法總則所定之一般法律行為，不能完全適用；故在外國法律有明定「私生子之認領，父母縱爲無能力人，亦無須得其法定代理人之同意」者（日民第八二八條），我民法雖未設

規定，亦應爲同一之解釋。惟於此有一問題，卽認領是否爲要式行爲？我國民法學者有因外國法律多以其爲要式行爲（如法民第三三四條、德民第一七一八條、瑞民第三〇三條須具備公證書，日民第八九二條須呈報戶籍吏），且我戶籍法規定認領非婚生子女須爲登記聲請，遂謂認領爲要式行爲者（曹氏前揭七一頁註一），其說殊難贊同。（註一）

### （二）認領人

認領人，卽認領之主體，何人得爲認領之主體，各國法律初非一致，有僅以非婚生子女之父爲認領主體者，如瑞士民法及德國民法（瑞民第三〇二條、德民第一七一八條及第一七二〇條第二項）是。有以非婚生子女之父或母爲認領之主體者，如法國民法及日本民法（法民第三三六條、日民第八二七條）是。（註二）上述兩種立法例，皆以非婚生子女與其生父之父子關係係由認領而生，是其所同；而在前之立法例，則以非婚生子女與其生母之母子關係得由分娩而知，初無待於認領，後之立法例則否，是其所異。我民法則從前之立法例，於第一〇六五條第一項前段規定，非婚生子女以經生父認領爲已足，並於同條第二項明定：「非婚生子女與其生母之關係，視爲婚生子女，母須認領。」以釋明之。（註三）所謂視爲婚生子女，卽非婚生子女與其生母，與婚生子女同，當然發生母子關係之意，雖其用語容有未當，而其真意固如是者也。

### （三）被認領人

被認領人，卽認領之客體，各國法律皆以非婚生子女爲認領之客體，我民法亦然，此就第一〇六五條第一項



前段之規定可以知之。且其非婚生子女之範圍甚為廣泛，已於前述，茲不贅。惟在外國法律有以胎兒為認領客體者（瑞民第三〇八條、日民第八三一條第一項），我民法無明文規定，頗有疑問。余則以為應採肯定說，良以對於胎兒之認領，不但事實上有此必要，且我戶籍法設有認領未出生子女聲請登記之規定（戶籍法第六三條），於法尚非無據故也。其次，外國法律尚有以已死亡之非婚生子女為認領之客體者（日民第八三一條第二項），我民法亦未設規定，似嫌疏漏，余則以為認領已死亡之非婚生子女，流弊甚大，故在外國法律有明定其不許認領者（德民第一七三三條），即在日本民法亦多所限制（限於有直系卑屬時，且如直系卑屬如已成年，尚須得其承諾）。我民法既未設規定，自應為否定之解答。

#### （四）認領之擬制

非婚生子女因認領之表示，視為婚生子女，固矣；然有為其生父血統之事實甚為明確，雖未認領，亦視為認領者，即我民法第一〇六五條第一項後段所定：「其經生父撫育者，視為認領」是。此即所謂認領之擬制。本項之適用，以祇有撫育之事實為已足，至生父對於子女會否施以教養，及會否與生母同居，則非所問（司法院院字第一二二五號解釋參照）。我司法院且有對於胎兒亦得認其有撫育事實之解釋，可資參考。（註四）

（註一）認領非婚生子女，可否依遺囑為之，我民法無明文規定，余以為依我戶籍法第六二條解釋，依遺囑為之，自應認為有效（日民第八一九條第二項參照）。

（註二）關於日本民法第八二七條之解釋，德國學者頗有爭論，有謂非婚生子女之母既因分魂，即與子女發生母子關係，初無待於認領者，此說殆為多數說。（奧田氏前掲二六〇頁、仁井田氏前掲二二二頁、島田氏前掲三〇〇頁、穗積氏前掲四四二頁、和田氏前掲六八頁）

參照。本書則從日本大審院大正十年第六五二號同年十二月九日民一判決所採之見解。

〔註三〕我國學者尙有贊同法國民法之規定者，如鄭著謂：「然如葉兒，不但父爲何人，無從考查，即母屬誰氏，亦不易知，是法民之兼須母之認領者，固未可厚非。」（鄭氏前揭一二〇頁參照）。

〔註四〕司法院二十一平院字第七三五號解釋：「妾雖爲現行法所不規定，惟妾與家長既以永久共同生活爲目的，同居一家，依民法第一二二三條第三項，應視爲家屬，則其遺腹子女，即受胎在妾與家長關係存續中者，應認爲與生父推背者同。」

### 第三 認領之否認

認領係單獨行爲，對於非婚生子女，一經生父認領，即當然發生準婚生子女之效力，已如前述。惟是認領人因故意或過失誤認他人之子女爲自己之子女者，事所常見，故我民法特做德瑞等國立法例，於第一〇六六條規定：「非婚生子女或其生母，對於生父之認領，得否認之。」（法民第三三九條、瑞民第三〇五條、第三〇六條及日民第八三四條）。否認，即拒絕認領之意。拒絕認領，應否提出反對之事實，學者間頗有爭論。有謂本條在尊重被認領人之名譽，於爲拒絕認領時，初不必有否認爲其所生之證明者，有謂本條在期認領之真實，於爲拒絕認領時，應一如日本民法提出反對之事實者。（註一）余則以爲本條法意，固在期認領之真實，然於爲否認之時，則無須提出反對之事實，不過在適用上，如以訴爲之，依據學證法則，非婚生子女及其生母既屬原告，自非提出反對之事實不可。關於否認認領之訴，我民訴法第五八五條設有規定，可參照得之。（註二）

〔註一〕前說余我門氏主張之（余氏前揭四七頁），後說曹士彬氏主張之（曹氏前揭七〇頁），至本條在期認領之真實，則屬通說（鄭氏前揭一二二頁、廣氏前揭六三頁、陶氏前揭一五八頁、鍾氏前揭二二二頁）。

(註)二百認領之訴，究爲否認之訴，抑爲形成之訴，頗有爭論，余則以爲應解爲係確定認領無效之消極的確定之訴 (Negative Prozessungsbefugnis)。又認領人能否爲否認認領之訴之原告，亦有爭論，余以爲應從積極說，蓋非真實之認領，原屬無效，故認領人亦得主張其認領之無效。

#### 第四 認領之撤銷

依我民法第一〇七〇條規定：「生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領。」而我民法第五八五條復有撤銷認領之規定，此與日本法律如出一轍。日本第八三三條、日人訴法第二七條，實屬一種不能解決之矛盾，故在日本學者間，有謂非婚生子女之認領，與通常法律行爲不同，絕對不許撤銷者，有謂撤銷係撤回 (Widerruf) 之誤，即在日本民法意思表示之撤銷與撤回混而不分，不但真正意義之撤銷 (Anfechtung) 稱爲撤銷，即撤回亦稱爲撤銷，故本條所謂撤銷即撤回者 (仁井田氏前揭二二九頁)。以上兩說，均有未當，如謂認領之訴絕對不能撤銷，則訴訟法即無須特設撤銷認領之規定，如謂撤銷係撤回之誤，殊不知撤回祇能於意思表示尙未發生效力以前爲之，而認領之意思表示，一經表示，即生效力，實無撤回之餘地。余則以爲第一〇七〇條係屬一種注意的規定，即認領爲單獨行爲，生父既可任意爲之，如於爲認領以後，仍可任意撤銷，則將流於輕率，故我民法特設本條，使其知所警惕 (日本民法修正案理由書參照)。認領既非絕對不許撤銷，故如有撤銷之原因，如我民法第九二條所定，因被詐欺或被脅迫而爲認領之意思表示，自得依訴訟撤銷其認領焉。

#### 第五 認領之效力

關於此點，依我民法規定，應分左列兩點說明之：

(一) 親子關係之成立

此爲我民法第一〇六五條第一項所明定，即非婚生子女經生父認領者，「視爲婚生子女」是。此與同法第一〇六四條之規定同，其詳已於前述，茲不贅。

(二) 親子關係成立之時期

非婚生子女，經生父認領，而生準婚生之效力，已如前述；惟其效力應自何時發生，則有問題。故我民法特於第一〇六九條規定：「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時」(日民第八三二條)。良以親子關係係由於自然事實而生，認領不過承認親子關係之存在，使不確定者歸於確定，故其效力，應溯及於子女之出生時。(註一)雖然，認領不但對於認領人與非婚生子女間發生效力，亦且及於第三人，在未爲認領以前，第三人已取得權利者有之，如因效力之溯及而受影響，則將使法律關係趨於紊亂，故我民法復於同條但書規定：「但第三人已取得之權利，不因此而受影響」。以示限制。惟是關於本條但書規定，有無必要，學者間尙多爭論，在主肯定說者，多以在認領前已對於婚生子女之贈與財產及婚生子女已取得家長權爲例，認此規定爲必要；反之，在主否定說者則謂我民法關於子女之贈與既採歸還主義，而非婚生子女復不能於未認領之先取得家長權，以此，殊不足爲規定此項但書之理由。(註二)余則以爲此項但書規定，並非蛇足，即捨否定說所持之兩例於不論，今者設非婚生子女爲未成年人在未被認領以前，如未經法定代理人之同意而結婚，於已被認領以後，如其生父得向法院請求撤銷(民法第九

八一條及第九九〇條），豈非因認領效力之溯及而影響於非婚生子女之配偶已得之權利（因婚姻而生之一切權利）乎？故依余所信，應以肯定說爲是。

（註一）本書既認對於胎兒之認領爲有效，本條所謂溯及於出生時，殊難適用，此時應解爲：「自出生時發生效力」。

（註二）我國一般著述，多以在認領前已對於婚生子女贈與財產爲例，主張我民法第一〇六九條但書規定爲必要（黃氏前揭六五頁，魏氏前揭二二三頁參照），余贊門氏則以在認領前婚生子女已取得家長權爲例，而主肯定說（余氏前揭四九頁）。對於前例，郁憲寧氏創議駁之，略謂：「民法關於子之贈與，既採歸還主義」（民法第一一七三條），則此但書，殊不能貫徹保護第三人權利享有之確據，及避爲法律關係紛亂之主旨」（郁氏前揭一二八頁）。對於後例，陶希聖氏倡議駁之，略謂：「非婚生子女之認領，既爲父生前之法律行爲，則家中與非婚生子女之輩分相同者，未能於認領之先，以尊卑或年長之資格取得家長權」（陶氏前揭一六五頁）。曹士彬氏則又以在通常情形，認領者與被認領者均不在一家以內，駁陶氏曰：「依現行民法之規定，家屬團體與親屬團體不必一致，認領效力發生以後，確定親屬關係未必即發生家屬關係，若發生家屬關係於認領者本人死亡及其他子女取得家長權以後，即不得有所異議」（曹氏前揭七四頁）。

#### 第四款 父之尋認

### 第一 各國立法例

在通常情形，固屬生父生母自進而爲非婚生子女之認領，然在某種利害關係上，不欲認領非婚生子女者，亦非無之，故各國法律之設父母尋認，即強制認領（學者通常稱前款之認領，爲任意認領或自動認領，本款之認領，爲強制認領或受動認領）之規定。雖然，夷考各國立法亦非相同，有兼許生父及生母之尋認者，如奧大利、西班牙、瑞士及日本是；有祇許生母之尋認（*La recherche de la maternité*）不許生父之尋認（*La recherche de la*

(paternité) 者，如法國、荷蘭、意大利、希臘、羅馬尼亞、比利時、摩洛哥及葡萄牙是。但在最近立法趨勢，多從保護非婚生子女着眼，漸次改正從前之規定，如摩洛哥於一九〇七年，比利時於一九〇八年，葡萄牙於一九一〇年，法國於一九一二年十一月十六日之法律改正民法第三四〇條，希臘亦於一九二七年十一月十三日新民法，相繼承認對於生父之尋認。我民法亦從最新立法例，特設生父尋認之規定，但同時以「非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女」( 民法第一〇六五條第二項 )，故別無所謂生母之尋認焉。(註一)(註二)

(註一)我國舊律雖無認許生父明文，然在現行律犯姦姦條例有「姦生男女當付姦夫收養」之規定，此與德國民法非婚生子女得向生父請求扶養頗相類似( 德民第一七〇八條及第一七一一條參照 )。

(註二)我民法未設生母尋認之規定，解釋上應否認許非婚生子女要求生母之認領，頗屬疑問，余以為在分曉事實殊欠明瞭，例如生而遺棄之類，並非無之，於此場合，自應認許非婚生子女有認母權。

## 第二 請求認領人

何人為請求認領人，各國法律殊不一致，有認非婚生子女之母，或監護人，及已滿十四歲之非婚生子女為請求認領人者，如瑞士及希臘是( 瑞民第三〇七條，希民第一〇條 )；有認非婚生子女，其直系卑屬，或此等人之法定代理人為請求認領人者，如日本是( 日民第八三五條 )。我民法則於第一〇六七條第一項，僅以非婚生子女之生母，或其他法定代理人為請求認領人。惟應注意者，上述各國法律均以非婚生子女為請求認領人，而我民法無之，如從保護子女之利益立場觀察，此種規定似嫌疏漏，以此學者有主張「絕非認私生子自身反無此權利」者。(註一)他日如有此種事實發生，固有待於司法當局之解釋，不過據余所知，本條立法，確在意存限制，俾免冒濫。

故惟對於生母子以請求認領權，即法定代理人之請求認領，亦係代表生母爲之，初非一己固有之權利，不可不辨。

(註二)

(註二)關於此點，我國民法學者，多批評其不當。(卮氏前揭一三三頁參照)。余竊問，曹士彬兩氏則謂：「此爲立法者之疏漏，解釋論不應從消極說，絕非如一派論者所謂之立法理由，係因顧全母之廉恥，而禁其子女之請求。」(中略)要之，親屬法上之法律行爲，以不適用代理爲原則，情態極小兒不能行使此權利，故以請求認領權付於生母或其法定代理人，此爲特別規定，若子女年齡漸長，有意思能力，即可自行行使權利矣。」(賈氏前揭六七頁，余氏前揭四八頁參照)。

(註三)關於此點，在日本民法學者，解釋被國民民法第八三五條，亦多謂法定代理人之請求認領，係代表非婚生子女及其直系卑屬，而非自己固有之權利。(仁井田氏前揭一三三頁，特野氏前揭三五四頁，島田氏前揭三一二頁，松岡氏前揭三二八頁，和田氏前揭一七二頁)。日本大審院判例亦同此說。(大審院明治三十四年第四一六號，同三十五年一月二十五日判決)。

第三 被請求認領人

何人爲被請求認領人，已如前述，各國立法頗不相同，有僅以生母爲被請求認領人者，有僅以生父爲被請求認領人者，有以生父及生母同爲被請求認領人者，我民法僅以生父爲被請求認領人，此就第一〇六五條之規定，以爲解釋，實無可疑。雖然，生父如已死亡，能否請求所謂「父系」之認領，則法無明文，頗屬疑問。關於此點，外國法律有明定：「非婚生子女之認領，於父已死亡或繼續無判斷能力時，得對於父方之祖父爲之」者(瑞民第三〇三條)，我司法院有與此相反之解釋，即：「非婚生子女請求認領，僅能對於生存之父爲之」(院字第一一二五號解釋)。蓋亦意存限制，俾免冒濫也。

第四 請求認領之要件

關於請求認領之要件，依我民法規定，應分積極、消極兩方面說明之。

(一) 積極要件

關於請求認領之積極要件，各國法律亦不相同，有採概括主義，即無論何種原因，皆可請求，而由法院自由判斷者，如日本民法及我國歷次草案是（日民第八三五條、一草第一四〇八條、三草一六一條）。有採列舉主義，限於一定原因，始得請求者，如巴西民法是（巴民第三六三條）。我民法則倣巴西民法，於第一〇六七條第一項規定：「有左列情形之一者，非婚生子女之生母，或其他法定代理人得請求其生父認領：

- 一 受胎期間，生父與生母有同居之事實者；
- 二 由生父所作之文書，可證明其為生父者；
- 三 生母為生父強姦，或略誘成姦者；
- 四 生父因生母濫用權勢成姦者。

關於第一款，徵之民法第一〇六三條第一項所規定，得為請求認領之要件，是於當然。關於第二款，既屬證據確鑿，可以證明其為生父，自應以其為請求認領之要件。關於第三款及第四款，既係強姦或略誘和誘成姦，在現行刑法且應構成犯罪，則所生子女，自應責令認領，俾其有所歸宿，故民法亦以其為請求認領之要件。顧第三款與第四款異者，一則限於強姦或略誘，一則和姦或和誘亦是；一則不必有權勢關係，一則非有權勢關係不可。所謂權勢關係，如長官之於屬員，監獄官之於女犯，商業主人之於店員是。惟是本條係採列舉規定，其不能因應咸宜，固不免



於非難。(註一)但據余所知，在立法當時亦曾顧慮及此，第請求認領，係屬例外辦法，故特嚴其要件，以免冒濫，此與前述非婚生子女而無請求認領之權，其用意正同。

(二)消極要件

具備上述各種要件之一，固得請求認領；然在外國法律有明定如有一定事實存在，仍不許請求認領者（德民第一七一七條但書，希民第一四條及法民一九一二年之法律），亦有不設何種規定，委諸司法官之判斷者（蘇俄婚姻親子及監護法第三二條），（註二）我民法則從德、希立法例，於第一〇六八條規定：「生母於受胎期間內，曾與他人通姦，或為放蕩之生活者，不適用前條之規定。」良以有此情形，即不能確定子女出自何人也。此種立法，是否允當，誠不免於非難。（註三）然我民法既採限制的請求認領主義，則此種消極要件，自不能謂非應有之規定焉。

（註一）關於此點，我國學者多批評其不當，茲摘錄陶滄聖氏之說以見一般，陶著謂：「列舉主義，易於疏漏，殊有礙於非婚生子女之利益。如上述之（c）款，既明定其生母與生父強姦或略誘成姦者，為請求認領之條件，是和姦及和誘成姦者，除有（a）款或（b）款之情形外，其他任何事實，均不能據以請求認領矣。然知和姦及和誘成姦之中，不啻同居者，正居多數，豈非多數之非婚生子女被剝奪父系認領權乎？」（陶氏前揭一六一頁）。

（註二）日本民法無明文規定，然有如下之判例，可供參考，明治四十五年四月五日大審院第二民事部判決謂：「甲男與乙女通姦，乙女所生之子，以甲男為自己之父訴求認領，不能單以甲男與乙女通姦之事實為唯一證明，乙女於受胎當時，曾否與他男子通姦，應俟乙女之陳行及其他四圍情況，以確定事實關係，關於事實，要得裁判所之心證。」

（註三）關於此點，我國學者多批評其不當，茲摘錄鄒韋氏之說以見一般，鄒著謂：「蓋生母既未與生父成婚，自不負貞操之義務，何能因

此則尋其請求權，並影響無辜子女之利益。如謂生母因此行爲，則於受胎期間與有性交關係者，已不止一人，若許請求易起糾紛，然既以此情形，由法院判決，就中認定一人爲子之父之規定，足資採用，民法編會此說後，未可云然也。」（鄭氏前揭一二五頁）

## 第五 請求認領之期間

關於請求認領之期間，各國法律有不加限制者，如德、日等國是；有定爲一年者，如瑞士民法是（瑞民法第三〇八條）；有定爲三年者，如希臘民法是（希臘第一四條）。德、日民法失之過寬，瑞、希臘民法則又失之過短，我民法特折衷其間，定爲五年，而於第一〇六七條第二項明定：「前項請求權，自子女出生後五年間，不行使而消滅」，惟是此項期間，究爲除斥期間，抑爲時效期間，不無爭論。依余所信，就第一〇六七條第二項所用之字句以爲解釋，應以認爲短期時效爲宜。（註一）

（註一）司法院見解與本書相同，如院字第一一二五號解釋謂：「以刑事告訴追索其子女，並附帶請求撫養者，原應在認領之後，惟在時效期間內，縱其遺棄，並請求撫養，即係以認領爲前提，因而認領之請求權，不能謂非已經行使，該項時效自應認爲中斷」。

## 第六 請求認領之訴

請求認領，固可於審判外爲之，然如生父不爲認領，則不妨提起請求認領之訴（*Vaterschaftsklage*, *Action on paternité*），以求解決，我民法無關於此種訴訟之規定，似有疏漏。

## 第五節 養子女

第一款 概說

第一 養子女之意義

關於養子之規定，我國自來即已有之。(註一) 惟其種類，至為紛採，通常所謂養子，大抵指下列三種子女而言：(一) 收養三歲以下遺棄小兒；(二) 乞養異姓之子女；(三) 同宗之子過房而不承繼宗祚者。(註二) 第二種養子，謂之異姓養子；第三種養子，謂之同宗養子；第一種養子，則因姓氏之不可考，介於第二種養子與第三種養子之間。於養子之外，尚有所謂嗣子，就以他人之子為自己之子言之，嗣子與養子殆屬相同，第其所以異者，惟一則以承繼宗祚為目的，一則不以承繼宗祚為目的而已。現行民法既廢止宗祚繼承，固無所謂嗣子，且同屬養子，而無復同宗異姓之分，故特於第一〇七三條明為規定曰：「收養他人之子女為子女時，(中略) 被收養者，為養子或養女。」蓋又就舊律嗣子及養子合而為一者也。(註三)

(註一) 養子亦稱螟蛉子，如詩曰：「螟蛉有子，蜾蠃負之。」湯子法信曰：「螟蛉之子體，而逢蜾蠃，視之曰：『類我類我』，久則肖之，故養子亦曰螟蛉子。」養子之見於經籍者，如後漢書順帝紀曰：「初，令中官得以養子為後，襲封晉。」

(註二) 第一種養子，見現行律撤留遺失子女條律；第二種養子，見同律立嫡子違法條律；第三種養子，見同律婚姻男女婚姻條律文小註。

(註三) 國民政府法制局親屬法案說明書曰：「立嗣必限同姓，不第為宗法之遺制，應加廢除，即採之實際，亦難適用，且嗣子非己之所自出，與養子之取自他人者，其性質實屬相同，強加區別，殊覺無謂。故凡收養他人之子以為己子者，其被養之人不問是男是女，及是否同姓，概稱為養子。」

第二 養子制度之利弊

養子制度，應否認其存在，學者間頗有爭論，在主張廢止養子制度者，謂此種制度有下列之諸弊：（一）養子制度，足以紊亂親屬關係，其弊一；（二）養子制度，足以助長獨生主義，其弊二；（三）養子制度，足以養成依賴之惡習，其弊三。反之，在主張保存養子制度者，則謂此種制度有下列之數利：（一）養子制度，足以延續宗嗣，其利一；（二）養子制度，足以慰籍晚景，其利二；（三）養子制度，足以救濟孤兒，其利三。養子制度利弊之爭如此，故在十九世紀以前，惟在家族主義國家採取養子制度，個人主義國家雖間亦採取此制，然大抵本於歷史上之遺跡，自立法主義言之，初無何種之必要。

### 第三 養子制度立法之演進

就上述理論言之，我國舊律之應採取養子制度，無論矣；然在現行民法已由家族主義進於個人主義，仍無採取養子制度之必要，意者殆本於歷史上之遺跡歟？曰：是不然。考養子制度之存在，有以家族之利益爲目的者，卽爲延續宗嗣而爲養子者；有以養父母之利益爲目的者，卽爲慰籍晚景而爲養子者；有以養子女之利益爲目的者，卽爲救濟孤兒而爲養子者；今者立法趨勢已由第一種養子進於第二、第三種養子，故有向不採取養子制度之國家從新採取此種制度者，如英國是。（註一）向來採取養子制度之國家，曾經一度廢止，又復使其復活者，如蘇俄是。（註二）我民法關於養子制度之規定，雖不能謂其已臻至善，然要不外從此最新之潮流也。（註三）

（註一）英國普通法向不認此制度，及至一九二六年八月四日始頒行養子女單行法（The Adoption of Children Act），訂於一九二七年一月一日正式施行。本法內容，見法律評論第二八五期拙著『論養子制度』，可參考得之，茲不贅。

(註二)蘇俄在十月革命以前，原有養子制度，在十月革命以後，則予以否認，其一九一八年九月十六日親屬法第一八三條曰：「本法施行後，禁止以自己或他人之子爲養子。自此以後，無論何種收養關係，在養親與養子間，不生任何權利義務。」考其法條理由書曰：「在親子範圍內，吾人排除一切擬制，使親子關係之實際狀態直現於表面，此不但以語言，且須以事實，導人民於真實，破除彼等之迷信。」但在一九二六年十一月十九日之婚姻親子及監護法，則復行採取養子制度。良以蘇俄尙在社會主義建設時期，遺產繼承，既未完全廢除，而公養公育，又未普遍設施，在社會政策上實有採取此制之必要故也。

(註三)我國學者，對於現行民法所定之養子制度尙有所非難，茲據錢陶希聖氏之說，以見一般。陶者謂：「關於養子制度之內容，雖比之舊律已大進步，然猶扭於遺習，重其繼承作用，而忽視其社會政策之意義，故被收養者不限於未成年，不爲收養關係應基於被收養者利益之規定，實大缺點也。」(陶氏前揭一七五頁)。

## 第二款 收養之要件

### 第一項 概說

收養，亦稱收養關係，收養關係(Kindsannahme)者，養父母與養子女間以發生養父母子女關係爲目的之要式的契約也。析言之：(一)收養關係之當事人，須爲法律所特定之人在通常之法律行爲，無論其爲契約，爲單獨行爲，其當事人究爲何人，原則上並不加以限制，而收養關係則在當事人間以發生養父母子女關係爲目的，故法律對於當事人特加以一定之限制，與婚姻的法律行爲同。其詳俟於收養之實質要件中述之。(二)收養關係，係要式的契約，收養關係爲法律行爲，學說上殆無爭論，顧究爲契約，抑爲單獨行爲，我民法未設明文，頗有疑問。余以爲收養關係之成立，應以養父母及養子女之合意爲必要，外國法律且有明定其爲契約者(德民第一七四一條)，就我民法解釋亦然。(註一)(註二)又此契約，應以書面爲之(民法第一〇七條)，自屬要式的契約之一

種。此點係於收養之形式要件中述之。(三)收養關係，係養父母與養子女間以發生養父母子女關係爲目的。此爲我民法第一〇七七條所明定，其詳俟於收養之效力中述之。收養關係之意義，已如上述，第一、第二兩種情形，即構成收養關係之要件，前者屬於實質要件，後者屬於形式要件，何謂實質要件形式要件，已於婚姻之要件概說中述之，茲不贅。

(註一)收養關係之成立，既以養子女之合意爲必要，其在養子女已達成年，固無問題，然如尙未成年，縱使事實上已被收養，似無成立收養關係之可能。此學者從考量被收養人之利益立場，所以皆其爲有缺點也。如謂未成年人之被收養，足以發生流弊，則德國民法所定：(一)被收養人如未滿十四歲，須得監護法院之許可。(德民第一七五〇條)。(二)如未滿二十一歲(卽成年)，須得父母之同意，且其同意應對管轄法院爲之。(德民第一七四七條及第一七四八條)，似不失爲重要之參考。

(註二)被收養人已達成年，是否須得本生父母同意，我民法無明文規定，學者亦曾批評其不當，如博著謂：「在成年人被收養爲子女，後理亦須得其本生父母之同意，蓋脫離本生父母關係而爲他人之子女，必須本生父母同意，始近人情，前大理院四年上字第四七一號判例謂：「出嗣須經父母同意」，可供參考」。(曹氏前編一八三頁參照)。日本民法則於第八四四條明定成年之子爲養子時，須得其在家父母之同意，似不失爲折衷之規定。

## 第二項 實質要件

### 第一 須間隔一定年齡

收養關係一經成立，則收養者爲養父或養母，被收養者，即爲養子或養女，從而養父母與養子女，自須有一定年齡之間隔，始稱妥洽。惟是各國法律多就養親之最低年齡及養父母與養子女之間隔年齡同時規定，如日本民法規定養父母須在二十歲以上，同時規定不得以年長者爲養子女。(日民第八三七條、第八三八條)。瑞士民法

規定養父母須在四十歲以上，德國民法規定養父母須在五十歲以上，同時規定養父母至少須長於養子女十八歲（瑞民第二六四條，德民第一七四四條）；英國養子法規定養父母須在二十五歲以上，同時規定養父母須長於養子女二十一歲是。我民法則僅規定養父母與養子女之間隔年齡，即依第一〇七三條規定：「收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上。」從本條反面規定以爲解釋，則未成年自不得爲收養，固甚顯然也。此外立法例中尙有限制養子女之年齡者，如法國限於成年人，英國及蘇俄限於未成年人是。就養子制度之社會政策的作用言之，自以限於未成年人爲適當，我民法擬而不採，實缺憾也。（註一）

（註一）英國及蘇俄一方面規定養子女限於未成年人，同時規定且須事爲養子女之利益而爲收養（英國養子法及蘇俄養子法）法第五七條）二者相互爲用，形成現代養子制度之新立法。

## 第二 須輩分相當

我國舊律，立嗣以輩分相當爲要件，（註二）而於收養，則因養子不能繼承宗祧，別無何種之限制，現行民法對於此點亦無明文規定，適用上不無疑問。（日本民法第八三八條曾明定不得以尊屬爲養子，可爲立法上之參考，但兄弟係屬卑屬，故在日本有以兄弟爲養子者，不足爲訓）。於是司法院爲下列之解釋曰：「旁系血親在八親等以內，旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者，自不得爲養子女」（院字第七六一號解釋）。此種解釋，係就親屬結婚限制之規定類推適用，仍欠周洽，余以爲依據羅馬法「收養關係係模擬自然」（*Adoptio enim naturam imitatur*）之原則，養父母子女之關係，自以模擬自然的父母子女之關係爲必要，從而養父母與養子女之輩分須

屬相當，是爲當然。矧我民法第一〇七七條既已明定養子女與養父母之關係，與婚生子女同，則養父母與養子女如有親屬關係，依本條之適用，自須輩分相當而後可，初不必就民法第九八三條親屬結婚限制之規定類推適用，致貽可以非難之口實也。（註二）

（註一）現行律戶役門立滿子違法條律載：「若立嗣，雖係同宗，而尊卑失序者，罪亦知之。」至嗣父母是否長於嗣子，則非所問。——前大理院三年六月上字第四四七號判例謂：「嗣子之年長於嗣母者，不能認爲違法」。

（註二）關於司法院前項解釋，學者有所批評，如詹著謂：「近親結婚限制，多基於生理上之理由而收養之限於親等尊卑者，則爲倫理上之理由，未可相提並論，若依上開解釋，依民法第九六八條之親等計算法，養嗣五服以外之伯叔兄弟，即不在限制之列，習俗上是否可行，尙有疑問，俟余所信，應採用第七二條，較爲有據」。（曹氏前揭一八五頁）余以爲與其適用第七二條，毋寧就第一〇七七條以爲解釋。

### 第三、須爲一人之養子女

養子女雖爲擬制之子女，然其與養父母之關係則與婚生子女同（民法第一〇七七條），在婚生子女既無兩個以上之父母，而於養子女亦應如是，故在外國法律有明定非兩配偶不得共同以一人爲養子者（德民第一七四七條第一項，瑞民第二六六條第二項及英國養子法），我民法從之，特於第一〇七五條明定：「除前條規定外，一人不得同時爲二人之養子女」。（註一）所謂同時，指在收養關係存續中者而言，於收養關係消滅以後，再爲他人之養子女，自爲法律所不禁（日民第八四五條參照）。所謂前條，即第一〇七四條，我民法所以設此除外規定者，蓋因此時被收養者與收養者之配偶，同一發生養親子之關係，與同時爲他人之養子其情形究屬不同故



也。但於此發生下述兩問題：(一) 養父母死亡後，再為他人之養子女，是否同時為二人以上之養子女？於此問題，應依養父母死亡是否為收養消滅之原因決之，余以為在解釋上收養關係並不因養父母一方之死亡而消滅，從而於此場合自無再為他人養子女之可能。(二) 有配偶者於為共同收養以後，一旦離婚，則此養子女將為一人之養子女乎？抑將根本消滅其收養關係乎？於此問題，有謂仍得為二人之養子女者。(註三) 余則以為就我民法第一〇七五條文字解釋，應以從消極說為宜。至一人能否收養二人以上之養子，外國法律有設肯定規定者（德民第一七四三條），我民法無之，解釋上應屬相同。

(註一) 我國舊律，因立嗣必限於同宗，故如獨子具備兼祧之要件，則許兼祧，且以一子兼祧一房之後，再行兼祧，亦為法所不禁（前大理院三年上字第 一四九號判例參照）。但在司法院解釋則根據民法第一〇七五條，否認兼子之兼祧，如二一年六月七日院字第七六一號解釋謂：「獨子獨女之為他人養子女，既無禁止明文，即可任意當事人因之協議，收養關係未終止以前，養子女與其生父母之關係未能回復，自無謂兼祧」。

(註二) 曹士彬氏即出此說，略謂：「此時仍同為二人之養子女，蓋法條僅規定除前條規定外，一人不得同時為二人之養子女，所謂前條，即有配偶者收養子女當時應與配偶者共同為之，易言之，即共同收養人當時有婚姻關係為已足，嗣後婚姻消滅，不生影響者也」。（曹氏前揭一九〇頁）余以為上項解釋，似不能說明何故一人得同時為二人之養子女。

#### 第四 收養須與配偶共同為之

關於收養關係之共同，各國法律均有規定，惟其內容尚非一致，有為強制的，即有配偶者非與其配偶共同，不得為收養者，如日本民法是（日民第八四一條第一項）；有非強制的，即有配偶者非得其配偶之同意，不得為收

養者，如德國民法、瑞士民法及法國民法是（德民第一七四六條第一項、瑞民第二六六條第一項、法民第三四四條）。我民法則從日本立法例，於第一〇七四條規定：「有配偶者收養子女時，應與其配偶共同爲之。良以苟非共同爲之，則將不以養父之妻爲養母，或養母之夫爲養父，不但非我國風化之所宜，且足以破壞家庭之和平也。但於此發生下述兩問題：（一）在收養子女之當時無配偶，嗣後如有配偶，其原有之收養關係應認爲繼續有效乎？抑尚須與其配偶共同收養乎？依余所信，應以認爲繼續有效爲適當，蓋我民法祇限制有配偶者收養子女，須與其配偶共同爲之故也。原有之收養關係既仍認爲有效，此時養子女與收養者之配偶，應認爲姻親關係乎？抑應認爲繼親子關係乎？依余所信，我民法既無繼親子之名稱，應以認爲一種姻親關係爲適當。（註一）（二）收養者有配偶，而不與其配偶共同收養，其所爲之收養關係應認爲有效乎？抑應認爲無效乎？余以爲，就收養之易於成立言，固應認其爲有效；然就第一〇七四條以爲解釋，則應以認爲無效爲適當。至法律有無缺點，則屬另一問題，似不能以情形難通，遽爲有效之解釋也。（註二）（註三）

（註一）主要養子女與收養者之配偶應認爲姻親關係者，如曹士彬氏是（曹氏前揭一八六頁）。主張應認爲繼親子關係者，如穗積重遠是（穗積氏前揭四八八頁）。日本法院判決與穗積氏之見解同（大正五年五月十九日大阪控訴院判決法律新編第一一三三號第二五頁）。

（註二）有配偶者如不與其配偶共同收養，日本最近大審院判例主張其無效（昭和四年五月十八日大審院第四民事部判決民事判例集第八卷第四九四頁），與本書之見解同。我國學者曹士彬氏則謂：「雖非共同行爲，仍得成立收養關係，不過對於配偶之他方不生收養之效力」（曹氏前揭一八七頁）。與日本明治年間大審院之判例同（明治三十六年一月二十日大審院第一民事部判決民

（註三）此外日本民法第八四一條第二項尙有下列之規定：「夫妻之一方以他方之子爲養子，以得他方之同意爲已足。」我民法無之，我國學者多謂其亦有缺點（廣氏前揭一四七頁，鄒氏前揭一四一頁，陶氏前揭一七八頁參照）。

### 第五 被收養須得配偶之同意

妻既以夫之住所爲住所（民法第一〇〇二條），則收養關係一經成立，妻即應隨夫入於收養者之家，如夫爲養子，而事先未得其妻之同意，則有時家庭之和平不可得而期；反之，妻爲養子，縱其夫不相借入於收養者之家，然親子往來，自所不免，如事先未得其夫之同意，則家庭之和平恐亦難於保持，故我民法特做德瑞立法例，於第一〇七六條明定：「有配偶者被收養時，應得其配偶之同意」（德民第一七四六條第一項，瑞民第二六六條第一項）。顧在外國法律非無規定：「有配偶者，非與其配偶共同不得被收養」者（日民第八四一條第二項），此種立法殊爲我民法所不取，良以如須共同爲之，即係夫爲養子，妻爲養女，是夫妻而又兼兄弟姊妹，與我民法禁止親屬結婚之法理殊不相合故也。（註二）至被收養者之配偶，於收養成立後，應與收養者發生準姻親關係，自不待言。

（註一）於此有一相似之問題，即所謂增養子問題。在通常之養子，僅養父母與養子女間，發生收養關係，增養子則除收養關係外，同時養子女與養父母之子女尙須成立婚姻關係，此種事實，在外國法律有特設明文規定，俾資適用者（如日本民法），我民法無之，但在一般社會，此種情形，實所常見，應否認其爲有效，實爲一尙待解決之問題。——在一般解釋增養子關係者，多謂此種場合係收養契約與婚姻契約之同時成立，即通常所謂契約聯立之一種，從而不外養父母子女關係與夫妻關係兩個效力併發一個之契約。又此契約之當事人亦不相同，即在收養契約係以養父母養子女爲當事人，婚姻契約則係以養子女與養父母之子女爲當事人，換言之，即養子女爲收養契約及婚姻契約之共通當事人，而養父母則祇爲收養契約之當事人，養父母之子女則祇爲婚姻契約之當事人。

## 第六 附論

### (一) 親生子女可否收養爲養子女

關於此點，應爲否認之解釋，即親生子女不得收養爲養子女。良以我民法對於非婚生子女之準正條件甚爲寬大，不但無收養親生子女爲養子女之必要，且第一〇七二條已明定須收養他人之子女以爲子女，如許收養親生子女爲養子女，亦與法文顯相抵觸故也。

### (二) 已有子女者可否再收養子女

關於此點，外國法律有設否定之規定者，如德國民法及瑞士民法明定「以無婚生直系卑屬爲限」，始得收養子女（德民第一七四條，瑞民第二六四條），日本民法明定「有法定推定家督繼承之男子」，即不得收養子女是（日民第八三九條）。我民法無明文規定，但在前大理院判例及今司法院解釋均採肯定說，余以爲就養子制度之精神言之，自應以肯定說爲適當。（註一）

### (三) 已死之人可否由他人代爲收養子女

關於此點，余以爲應爲否定之解釋，即已死之人不得由他人代爲收養子女。此因收養爲法律行爲，且須本於收養者本人之意思表示，其在生前，尙不能由他人代爲意思表示，死後之不得由他人代爲收養，是爲當然。最近司法院已有解釋，可資參考。（註二）（註三）

### (四) 無子女者可否收養他人之子女爲孫

關於此點，余以爲應爲否定之解釋，即無子女不得收養他人之子女爲孫。此無他，蓋我民法第一〇七二條已明定收養他人之子女爲子女，收養者爲養父或養母，被收養者爲養子或養女，如無子女者得收養他人之子女爲孫，顯與法條有所牴觸故也。（註四）

（五）獨身之男子可否收養女子爲養女

關於此點，外國法律有設否定之規定者，如英國養子法是。余以爲就我民法解釋，應取肯定說。蓋我民法已於第一〇七三條明定：收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上，通常當無發生性的關係或婚姻關係之可能。

（六）監護人可否收養被監護人爲養子女

關於此點，外國法律有設否定之規定者，如德國民法及日本民法是（德民第一七五二條，日民第八四〇條）。我民法雖未設明文，余以爲依第九八四條之類推適用，亦應爲否定之解釋。苟不如此解釋，則監護人利用收養關係隱蔽其在職中之私曲，在所不免。

（註一）前大理院四年上字第一九七一號判例謂：「已有親生子之人，雖不准立他人爲嗣子，而收養他人爲養子，則爲法所不禁。」又司法院院字第九〇七號解釋謂：「本有親生子女者，得收養他人之子女爲養子女。」

（註二）我國舊律注重宗祧，死後亦得立嗣。如現行律戶役門立字遺法條例載：「婦人夫死無子守志者，合承夫分，須裏族長，擇昭穆相當之人繼嗣。」

（註三）司法院院字第九〇七號解釋謂：「收養子女，應由收養者自爲之，親族及配偶不得於其身後代爲收養，但其配偶得自爲收養。」（註四）我國舊律有所謂虛名待繼，得立孫以彌祖，如現行律立字遺法條例載：「若支屬內實無昭穆相當可爲其子立後之人，而其父又無別子者，應爲其父立繼待生孫以嗣。」

### 第三項 形式要件

#### 第一 原則——須用書面

收養行爲，關係養父母子女之身分，自須經過一定手續，以昭鄭重，而杜爭議。但在各國法律，其手續繁簡殊不一致，手續最繁者，爲法國，依據法國民法：（一）須由治安法院作成收養證書（法民第三五三條）；（二）提請始審法院許可（法民第三五四條）；（三）提請控訴法院宣告（法民第三五七條）；（四）然後公告及登記（法民第三五八條）。其次爲瑞士：（一）須以公證書；（二）請求管轄官署許可；（三）並登記於出生登記簿（瑞民第二六七條第一項）。其次爲日本：（一）須呈報戶籍吏；（二）並須成年證人二人以上之證明（日民第八四七條）。手續最簡者，爲德國，爲蘇俄，德國祇須親向法院或公證人爲之（德民第一七五〇條）；蘇俄祇以由身分登記機關登記而後可（蘇俄婚姻親子及監護法第五九條）。我民法則以此種事件無須國家干涉，僅於第一〇七九條規定：「收養子女，應以書面爲之。」雖其手續甚爲單簡，然已足使收養關係臻於明確，且較諸舊律不以書面爲收養之要件爲遠甚也。（註一）（註二）

（註一）依據前大理院判例，立嗣尙不以書面爲必要，收養子女，更無待論。——前大理院三年上字第八四七號判例謂：「繼書在現行法上，並非以此爲繼承成立之要件。」又九年統字第一三七六號解釋謂：「立繼行爲，並不以書據爲要件，若有事實證明，雖無書據及人證，尙非無效。」

（註二）於此有應注意者，我戶籍法第六七條尙設有養父或養母，自收養之日起，須於一個月內聲請登記之規定，然此與收養之要件無關，不可不察。第就本人年來從政經驗言之，我民法舉凡出生、死亡、結婚、離婚與夫認領、收養均不以登記爲要件，而依戶籍法則非聲請其

登記不可，此各縣之辦理人事登記所以無甚成績也。

## 第二 例外——自幼撫養則無須書面

依我民法第一〇七九條但書規定：「但自幼撫養爲子女者，不在此限」。所謂不在此限，即無須用書面爲之，良以既係自幼撫養，不但收養關係甚爲顯明，無須另立書據；且在自幼撫養之時，以無書據者爲居多，亦不能責人以不能。至所謂撫養，當指撫養在家，已脫離其本生父母關係者而言，與一般所稱乾父乾兒未可相混。關於此點，前大理院著有判例，可資參考。（註一）

（註一）前大理院上字第二二三號判例謂：「所載異姓養子，當指撫養在家，已脫離其本宗者而言，自與習俗上所得乾父乾兒之性質不同」。

## 第三 附論

### （一）收養可否以遺囑爲之

遺囑養子 (Adoption testamentaire) 起源最古，如埃及古代收養子女須以遺囑爲之，即其明證。近代各國法律，亦有規定遺囑養子者（法民第三六六條、日民第八四八條）。我民法未設明文，適用上頗有問題。余以爲我民法既明定無直系血親卑親屬者，得以遺囑指定繼承人（民法第一一四三條），依同理，以遺囑收養子女，自爲法理所不禁。矧在收養子女者，大抵因已無所出，迫而爲此，然又慮收養後已復生子，致滋糾紛，於是意存觀望，以俟將來，乃一旦遭罹不幸，因情勢迫切，依照一般程序進行收養，已不可能，於是不能不以遺囑爲之，衡諸人情，亦所

應許。雖然，依我民法第一〇七四條規定，有配偶者收養子女，應與其配偶共同爲之，而我民法在解釋上又係禁止共同遺囑，無已，於此場合，自不外解爲有配偶者得單獨以遺囑收養子女耳。

## (二) 民法第一〇七一條與遺囑養子

於此有一問題，即我民法第一〇七一條之性質是。我國學者之見解，約分兩派，有以其爲遺囑養子者，如余、郁、陶、諸氏是（余氏前揭五〇頁，郁氏前揭一五二頁，陶氏前揭一八〇頁）；有以其爲變例之收養者，如曹士彬氏是（曹氏前揭二〇〇頁）。余以爲上述兩說，皆待斟酌。第一〇七一條之非遺囑養子，曹士彬氏已爲說駁之，無論矣；（註一）即謂第一〇七一條爲一種變例收養，亦未盡然。嘗考立法院民法起草委員會起草親屬繼承兩法，係同時爲之，既於繼承編就指定繼承者爲專條，然同時憶及在一般繼承，繼承人與被繼承人均有一定之身分關係，而指定繼承人與被繼承人無之，願如以其身分關係訂入繼承，又嫌不類，於是於親屬編加入第一〇七一條曰：「依第一一四三條之規定指定繼承人者，其繼承人與被繼承人之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同」。在立法當時並無定爲「變例收養」之意。惟既訂入本條，不但其性質如何，發生爭執，所謂與婚生子女同，究專指權利義務與婚生子女同乎？抑兼指身分關係亦與婚生子女同乎？又所謂法律另有規定，究指民法第一一四二條之應繼分乎？抑指第一一七六條第二項之拋棄繼承乎？衆說紛紜，迄無定論。余亦以爲「民法第一〇七一條之規定應予予以相當修正，或逕刪除，似不無商討之餘地」。（羅仲銘氏民法繼承論三三頁參照）

（註一）曹士彬氏說明第一〇七一條與遺囑收養之異同曰：「按指定繼承人，係於第一〇七一條之規定，與收養之效果，固屬相同，但與外



國之遺囑收養究有區別。蓋以遺囑指定繼承人爲單獨行爲，不必與配偶共同爲之。被指定之繼承人，亦毋須得其配偶之同意。卽年齡不相當，亦無問題。又依第一一四三條，必限於無直系血親卑親屬，始得以遺囑指定繼承人。故有子女者，卽不得立此遺囑。凡此諸端，均與普通收養情形不同者也。〔曹氏前揭二〇〇頁〕

### 第三款 收養之無效及撤銷

#### 第一 概說

收養關係之成立，須具備實質要件及形式要件，已如上述，如不具此種要件，究爲無效，抑屬撤銷？我民法無明文規定，適用上頗屬疑問。於此問題，有謂法律上既未說明文，自應適用民法總則關於一般法律行爲無效及撤銷之規定，卽違反形式要件，認爲無效，違反實質要件，認爲得撤銷者（郁氏前揭一四三頁、余氏前揭五三頁、陶氏前揭一八三頁），有謂如違反親屬法所定特別要件，概應解爲無效者（曹氏前揭二〇三頁）。（註一）余則大體贊成前說，茲就鄙見分收養之無效及收養之撤銷說明如左。

（註一）曹士彬氏說明違背親屬法所定特別要件，應解爲無效之理由曰：「蓋已成立之婚姻關係，固不可輕於無效而影響於所生子女，至收養關係無效，並無若何不當，立法者殆亦有此意乎。」

#### 第二 收養之無效

##### （一）收養無效之原因

收養不生法律上之效力者，謂之收養之無效（*Nichtigkeit der Adoption*）。何者爲收養無效之原因，我民法無明文規定，余以爲依第九八八條第一項之類推適用，不具備第一〇七九條之方式者，其收養爲無效。外國法

律有以「因人違或其他事由，當事人間無爲收養之意思」爲無效者（日民第八五一條第一項），我民法既無明文，自難爲同一之解釋。

### （二）收養無效之主張

收養之無效與婚姻之無效同，固屬當然爲無效；然如對於收養之有效、無效發生爭執，自不外以訴訟解決之，此我民事訴訟法第五七九條以下所以有收養無效之訴之規定也。雖然，此項訴訟之性質如何，學者間頗有爭論，余則以爲收養無效之訴，與婚姻無效之訴同，應解爲確定之訴（Feststellungssache），而非形成之訴（Gestaltungssache）。

### （三）收養無效之效力

收養無效，乃當然無效，即自始不發生何種之效力，從而親子關係、家屬關係以及扶養關係，皆屬無由發生，自不待言。

## 第三 收養之撤銷

### （一）收養撤銷之原因

收養因有瑕疵，使其對於將來喪失效力者，謂之收養之撤銷（Anfechtung der Annahme an Kindes-statt）。考我民法收養實質要件之規定，有屬於公益者，如（一）須間隔一定年齡；（二）須輩分相當；及（三）須爲一人之養子女，是有屬於私益者，如（一）收養須與配偶共同爲之，及（二）被收養須得配偶之同意。余

以爲如有一違反，皆應以爲其收養撤銷之原因。

### (二) 收養撤銷權之主體

具有收養撤銷權者，謂之收養撤銷權之主體。何者爲收養撤銷權之主體，余以爲應依各種情形分別決定，即在(一)未間隔一定年齡；(二)輩分不相當及(三)非爲一人之養子女時，其撤銷權應屬於各收養當事人；在(一)收養未與配偶共同爲之，及(二)被收養未得配偶之同意時，前者之撤銷權，應屬於未爲共同之配偶；後者之撤銷權，則應屬於未爲同意之配偶。

### (三) 收養撤銷之主張

收養之撤銷，應否與婚姻之撤銷同，須以訴爲之，我民法無明文規定，余以爲在解釋上，以有意思表示爲已足，但爲鄭重起見，以訴爲之，自所不禁，我民法第五七九條以下特別收養撤銷之訴之規定者，卽以此也。至此種訴訟，應認爲形成之訴(Gestaltungsklage)及惟撤銷權人爲正當事人(Richtige Partei)，是不待言。

### (四) 收養撤銷之效力

關於收養撤銷之效力，我民法無明文規定，余以爲應分別情形言之，卽(一)屬於當事人之身分關係者，其收養撤銷之效力，不得溯及既往，蓋如許溯及既往，殊有害於家庭之秩序及子孫之利益也。(二)屬於當事人之財產關係者，則無貫徹上述原則之必要，卽在收養當時，不知撤銷原因存在之當事人，祇須返還其現存之利益；反之在收養當時，知其撤銷原因存在之當事人，則應返還其所得利益之全部，如相對人係屬善意，並應對之負損害

賠償責任，以資保護。

#### (五) 收養撤銷權之消滅

在一般撤銷權，其消滅之原因有二，即法定期間經過與法定期間經過以外之事實是。我民法關於收養撤銷權之消滅既無明文規定，余以為在解釋上，除未為共同收養之配偶得依共同收養，未為同意之配偶得依承認或拋棄，消滅其撤銷權外，餘則永無消滅之可能。然此係就法理以為解釋，為使收養之效力得以早日確定起見，自以法律明定其消滅原因為必要。

#### 第四款 收養之效力

關於收養之效力，應分親屬關係、家屬關係、親權關係、繼承關係及養子女之姓氏五方面述之。

#### 第一 親屬關係

##### (一) 親子關係之成立及其時間

養父母與養子女乃擬制的親子關係，故在外國法律，有明定養子女自收養之日起，取得養父母之婚生子女之身分者（德民第一七五七條第一項、日民第八六〇條）。我民法從之，亦於第一〇七七條規定：「養子女與養父母之關係，（中略）與婚生子女同。」所謂與婚生子女同者，即養子女對於養父母視為其親生子女也。此點已於前述，茲不贅。但養子女究屬擬制的子女，能否入譜（族譜）及遷充族長，頗有問題。關於此點，我司法院著有判例，可供參考。（註一）至養子女應自何時取得婚生子女之身分，我民法未設明文，余以為應解為自收養之日起始

取得婚生子女之身分，與非婚生子女之擬正，自不相同。

(二) 養子女與養父母之親屬之親屬關係

養父母之親屬與養子女是否發生親屬關係，各國法律不同，有明定其發生與在血親間之同一親屬關係者（日民第七二七條），有明定收養之效力不及於養父母之親屬者（德民第一七六三條），我民法雖未設明文，余以為應與日本民法取同一之解釋。如此解釋不謬，則養父母之父母，即為養子女之祖父母，養父母之子女，即為養子女之兄弟姊妹。其彼此相互間之一切權利義務，亦完全相同。

(三) 養子女之直系血親卑親屬與養父母及其親屬之親屬關係

關於此點，在外國法律，有明定收養之效力，及於養子女之直系血親卑親屬者（德民第一七六二條），我民法未設明文，余以為應分別情形以為決定，即養子女本生所出之直系血親卑親屬，在收養成立以後者，應解為當然與養父母及其親屬發生親屬關係，如出生於收養成立以前，則應解為不生親屬關係，即有同居事實，亦祇發生家屬關係，而非當然發生親屬關係。（註二）

(四) 養子女與其本生父母及其親屬之親屬關係

養子女因收養關係之成立，與養父母發生親子關係，固矣；但是否與其本生父母脫離親屬關係，法無明文，則屬疑問。余以為養子女與其本生父母之親子關係，在解釋上不應因收養關係發生影響，不過在收養關係存續中，其親子關係應處於停止之狀態耳（德民第一七六四條參照）。此就我民法第一〇八三條所定收養關係終止

後，養子女回復其本生父母之關係，不難推見也。至關於血親間禁止結婚等規定，仍應遵守，是不待言（日民第七一條，第七三〇條參照）。

（註一）司法院上字第五七七號判例謂：「族譜載有異姓不得亂宗之例者，係以當時法律不認收養異姓之子與養父同有親子關係爲前提。自民法施行後，依該法第一〇七七條，養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同，婚生子女既應入譜，法律上視爲婚生子女之養子，自不得更援譜例，拒絕入譜。惟養子之法律上地位，於另有規定時，亦非與婚生子女全然同一，故養子入譜，應依其譜例之本旨，載明爲養子，以別於真正之婚生子女。」又司法院院字第八八三號解釋謂：「民法上養子女與婚生子女同者，以親屬法上有明文規定者爲限，至若遷充族長，並非養子與養父母之關係，自不得依該族規約辦理。」

（註二）關於本問題，我國學者有以是否同居爲解決之前提者，即以生於收養關係成立前而與養父母同居者，則養子之子女，卽爲養父母之孫子女（郝氏前揭一四四頁、陶氏前揭一八一頁）。其說殊難贊同。

（註三）關於本問題，學者之意見亦不一致，有謂當然與本生父母脫離關係者（陶氏前揭一八二頁），有謂身分關係基於血統者，不因人爲而消滅，其他權利義務，在未解除收養關係以前，應認爲不存者（曹氏前揭一九八頁），郝憲孚氏之見解，似與本書相同（郝氏前揭一四五頁）。

## 第二 家屬關係

養子女既取得養父母之婚生子女之身分，自應去其本生父母之家，而入於養父母之家，關於此點，外國法律有說明文規定者（日民第八六一條），我民法無之，余以爲解釋上應屬當然。養子女既應去其本生父母之家，而入於養父母之家，則應脫離其本家之家長權，而應服從養家之家長權，又不待言。

## 第三 親權關係

如前所述，養子女與其本生父母之親屬關係，並不因收養關係發生影響，從而本生父母對於養子女有無親權，頗屬疑問。關於此點，外國法律有明定本生父母因收養關係，喪失對於其子之親權者（德民第一七六條第一項），亦有規定本生父母之權利義務，移轉於養父母者（瑞民第二六八條第二項），余以為本生父母之親權，並非根本消滅，不過因收養關係處於停止狀態，或如瑞士民法解為一種移轉，亦無不可。（註一）

（註一）最高法院二〇年上字第二三〇五號判例謂：「養子與養親之關係，以有收養關係為前提，在收養關係未遭廢除或判決終止之前，則對於養子女之權利義務，當然應由養父母行使並負擔，而無其本生父母置喙之餘地。」

#### 第四 繼承關係

在我國舊律，養子不得承宗，從而除得酌給財產外，並無何種遺產繼承權（現行律戶役門立嫡子違法條例參照）。現行民法則於第一一四二條明定養子女之繼承順序，與婚生子女同，但其應繼分，則原則上僅為婚生子女二分之一，以示限制。我民法第一〇七七條所謂法律另有規定，即指此種情形而言。其詳已於拙著中國民法繼承論之，茲不贅。

#### 第五 養子女之姓氏

養子女之身分，既因收養關係發生變更，從而養子之姓氏如何，不無問題。關於此點，各國法律至不一致，有仍保存本姓，而於其上冠以養父母之姓者，如法國是（法民第三四七條）；有應從養父母之姓，限於收養契約無反對規定時，養子得結合其舊姓於新姓者，如德國是（德民第一七五八條）；有於從養親之姓外，如得養子承諾，並

得附加養父母之名，以爲養子女之名者，如蘇俄是（蘇俄婚姻親子及監護法第六〇條）；我國舊律，則收養子女，其姓氏無可考者，從收養者之姓，可考者，仍得用其原姓（現行律戶役門立嫡子違法條例）；其立法之紛歧如此，故我民法，特於第一〇七八條明定：「養子女，從收養者之姓」。以免誤解。惟所謂從收養者之姓，解釋上應因情形而不同，即在收養者無配偶，而係單獨收養子女時，則被收養者應各從其收養者之姓；在收養者有配偶，而係共同收養子女時，則被收養者應依照子女從父姓之原則，而從養父之姓，養父如係養母之贅夫，則被收養者應從養母之姓；但另有約定者，又當從其約定焉。

### 第五款 收養之終止

#### 第一項 概說

#### 第一 收養之消滅與收養之終止

如前所述，婚姻得因自然的事實及人爲的事實而消滅，收養係人爲的結合，與婚姻同，是否亦應同解，頗有問題。茲分述鄙見如次：（一）收養是否因自然的事實而消滅？所謂自然的事實，即收養當事人一方之死亡是。於此問題，學者之見解，頗不相同，有主肯定說者，如日本奧田氏是（奧田氏前揭五六九頁以下）；有主否定說者，如日本法務局長之回答是（大正六年十二月十三日法務局長回答）。依余所信，應從後說，即收養與婚姻不同，婚姻以當事人經營共同生活爲目的，自應依當事人一方之死亡而消滅；收養則在血統連續之擬制，不但不因當事人一方之死亡而消滅，且將因養父母一方之死亡，特別發揮收養之效用（同說曹氏前揭一八九頁，穗積氏前揭五



二九頁)。(二)收養是否因人爲的事實而消滅?所謂人爲的事實,即終止收養關係是。(註一)於此問題,各國立法頗不一致,有採禁止主義者,如法國及意大利是;有採許可主義者,如德國及瑞士是。德民第一七六八條,瑞民第二六九條。我民法則從後之立法例,良以收養關係,既係以人爲方法而成立,自得以人爲方法終止之;且如養親子間,情感既已破裂,尤爲強爲維繫之必要故也。

(註一)關於終止收養,在我國舊律稱爲歸宗,判例則稱爲離異,現行民法既已廢止宗祧繼承,故不復用歸宗字樣。又因離異有與婚姻上離異混同之嫌,亦擬而不用。

## 第二 收養之終止與收養之撤銷

收養之因人爲的原因而消滅,不僅終止之一種,舉其著者言之,例如收養因撤銷而消滅是。惟收養之終止與收養之撤銷,雖同爲人爲的消滅之原因,但二者之性質、原因、權利人、時期及其效力均不相同,其詳可就前述離婚與婚姻之撤銷推論得之,茲不再贅。

### 第二項 收養終止之分類

#### 第一目 概說

收養關係之終止,有因養父母及養子女之合意而生者,有因法院之宣告而生者,前者謂之協議上之終止,即協議終止,後者謂之裁判上之終止,即裁判終止。此與離婚時之情形同,其詳已於前述,茲不多贅。

#### 第二目 協議終止

## 第一 概說

協議終止者，收養當事人以消滅收養關係爲目的之要式的契約也。析言之：（一）協議終止，爲要式的契約；（二）協議終止，爲親屬法上要式的契約；（三）協議終止，以消滅收養關係爲目的，意義甚明，無待贅述。

## 第二 協議終止之要件

依我民法規定，協議終止之要件有二，即實質要件與形式要件是。

### （一）實質要件

我國舊律對於擬制之父母子女關係，是否得因雙方合意解除，未設明文，但在判例法則已承認之。（註一）故現行民法特於第一〇八〇條第一項明定：「養子女與養父母之關係，得由雙方同意終止之。」此項規定，有應注意者二：（甲）當事人須爲養父母及養子女。此因協議終止，係養父母與養子女消滅其收養關係之契約，故惟養父母及養子女得爲協議終止之當事人。我民法所謂雙方，即指養父母與養子女雙方而言。（乙）須爲當事人之合意。所謂合意，即雙方當事人須相互有爲終止收養之意思，且其意思表示須爲一致。我民法所謂同意，即此意也。（註二）協議離婚以具備上述要件爲已足，至有無原因，及其原因如何，與夫願意終止之出於何方，均非所問。惟於此有一問題，即依我民法第一〇七四條規定：有配偶者收養子女時，須與其配偶共同爲之，於爲協議終止時，配偶之一方得單獨爲之乎？抑須與他方共同爲之乎？於此問題，外國法律有在解釋上無須與他方共同爲之者。（日民第八七六條）亦有明定須兩配偶之協同者。（德民第一七六八條第四項）我民法無之，余以解釋上應與德國

民法同。又在外國法律有明定養子女得於養父母死亡後，經家長之同意，終止收養關係者（日民法第八六二條第三項），我民法無之，余以為應解為不應許可，不過在實際上自不免於發生困難耳。（註三）

### （二）形式要件

關於協議終止，有以其為要式行為者，如日本民法是（日民法第八六四條），有以其為非要式行為者（德民法），我國前大理院判例以其「係單獨之不要式行為」（四年上字第六一〇號判例），現行民法則採要式主義，而於第一〇八〇條明定：「前項終止，應以書面為之」。此與收養子女應以書面為之同，蓋所以昭鄭重也。

（註一）前大理院七年上字第三三九號判例謂：「雙方合意解除繼承關係者，不須皆官」。

（註二）現行戶役門立嫡子違法條例：「凡乞養義子，有願歸族者，不許將分得家財攜回本宗」。依此規定，養子之歸宗，無須具備何種原因，且無須養父母之同意。

（註三）我民法對於收養關係之成立，及收養關係之終止，均無養子女之本生父母得為同意之規定，此不但與結婚離婚之規定未能一致，且於適用上亦不免發生問題。竊疑此項缺點，自有待於司法院將來之解釋。

### 第三 協議終止之無效及撤銷

關於協議終止之無效及撤銷，我民法無明文規定，自不免發生種種之問題，此點已於「協議離婚之無效及撤銷」中述之，茲不贅。

### 第三目 裁判終止

### 第一 概說

收養當事人之一方，如有法律所定之原因，他方得對之提起收養終止之訴，依勝訴判決，而為收養之終止者，謂之裁判終止。關於收養終止，如收養當事人之意思趨於一致，固可依協議終止為之，然如一方願意終止，他方不願意終止，則收養終止之目的不可得而達，此我民法所以做日本立法例，特設裁判終止之規定也。（日民第八六條）。

## 第二 裁判終止之原因

關於裁判終止之原因，依我民法第一〇八一條所定，有左列之六種：

（一）對於他方為虐待或重大侮辱時

此之所謂虐待，與民法第一〇五二條第三款所謂虐待同，即凡對於身體予以痛苦之行為皆是。惟在裁判離婚，其虐待須至不堪同居之程度，而此則否，即不問其虐待之種類如何，程度如何，皆足構成裁判終止之原因。良以親子非如夫妻有同居之義務也。至所謂侮辱，即凡對於精神予以痛苦之行為皆屬之。但以情節重大者為限，如養父母逼令養女為娼，即其適例。（註二）

（二）惡意遺棄他方時

此之所謂遺棄，與民法第一〇五二條第五款所謂遺棄有別，即在裁判離婚所謂遺棄，係指違反同居義務者而言，此即指違反扶養義務者言之，蓋父母子女間本無同居義務故也。遺棄須出於惡意，與第一〇八一條第五款之規定同。至所謂惡意，通常係指知情而言，此則為道德的罪惡之意，其詳已於前述，茲不贅。又本款與第一〇五二

條第五款尙有一重大不同之點，即在第一〇五二條第五款，其惡意遺棄以在繼續狀態中者爲限，此則以有惡意遺棄爲已足，不以狀態繼續爲必要，故縱一度遺棄，嗣已回復原狀者，亦得爲請求終止收養之原因。

(三) 養子女被處二年以上之徒刑時

我民法所以設本款規定者，蓋因養子女既已犯罪受刑，足爲家門之玷，且被處徒刑達二年以上，亦不能達相爲依倚之目的故也。但本款與民法第一〇五二條第十款不同，即在裁判離婚，須被處徒刑達三年以上；如因犯不名譽之罪，縱被處徒刑不及三年亦是；又如上述情事，任何一方皆可請求離婚；在請求終止收養則以養父母一方爲限。(註二)

(四) 養子女有浪費財產情事時

收養目的，在於生前養老，或死後付託遺產，如養子女有浪費財產情事，則其目的不可得而達，故我民法以其爲終止收養之原因。所謂財產，解釋上應係指養家之財產而言，不包含養子女之特有財產在內(民法第一〇八七條)。又所謂浪費，應就養家之貧富，社會上之地位、職業及其他各種情事，由法院依照具體事實以爲認定，是不待言。

(五) 養子女生死不明已逾三年時

養子女生死不明，已逾三年，是有子直等於無子，即使現尙生存，而長期遠離，音信莫通，其對於養父母毫無情誼，可想而知，故我民法以其爲終止收養之原因。所謂生死不明，係指離去其向來之住所或居所，生存莫定，並無歸

還之音信者而言。其詳已於裁判離婚中述之，茲不贅。

(六) 有其他重大事由時

關於裁判終止之原因，各國法律有採列舉規定者，於日本民法是（日民法第八六六條）。有採概括規定者，如瑞士民法是（瑞民法第二六九條第二項）。我民法則以養父母與養子女既屬擬制的親子關係，其請求終止收養之原因，自應力持寬大，俾其有隨時請求終止收養之可能，故特折衷日瑞兩法之間，而採例示規定，即凡有其他重大事由，皆可為請求終止之原因。至事由之是否重大，自應由法院依照各種具體情形以為認定，是不待言。（註三）

(註四)

(註一) 養父母逼令養子女為娼，外國判例有認為重大侮辱，得為請求終止收養之原因者（日本大審院明治三八年第四二一號判例）。我最高法院之見解則與之相反，如二十年上字第二〇二〇號判例謂：「娼母對於所養之妓，雖不能謂有養親養女關係，而養親若以養女為娼妓，其養女不反對者，亦不得遽謂其養親女之關係因而終止」。

(註二) 我民法僅限於養子女被處徒刑為終止收養之原因，學者頗批評其不當，如陶者謂：「但被收養者為人子女，原欲受養親培植，今若收養者亦陷身囹圄，而為刑餘之人，能不使被收養者連帶憂願乎（中略）我民法惟以養子女犯罪為判決終止之原因，而不及於養父母之犯罪，殊失其平」（陶氏前揭一八六頁）。

(註三) 在我國舊律，「若嗣子不得於所後之親，聽其告官別立」。（現行律戶役門立嫡子違法條例）前大理院判例，則以之類推擴張及於養子，如四年上字第 一七六九號判例謂：「現行律凡以異姓子為嗣，在所明禁，至養親運令養子歸宗，雖無明文規定，而考之律文，對於嗣子，則有繼子不得於所後之親，聽其告官別立之條（中略），是養子如果不得於所養之親者，應准養親運去」。

(註四) 余裁判氏說明其他重大事由曰：「如養子有不孝，或養親有不慈等情事之類是」（余氏前揭一〇二頁）。

### 第三 裁判終止主張之方法

裁判終止之主張，應以訴爲之，此就民法第一〇八一條「法院因他方之請求，得宣告終止其收養關係」觀之，至爲顯然。此種之訴，應爲形成之訴，與離婚之訴同。此種訴訟，養子女雖不能獨立以法律行爲負義務，亦有訴訟能力，惟受訴法院之審判長，得依聲請，或以職權選任律師爲其訴訟代理人。關於訴訟之管轄，則專屬於養父母之住所地或其死亡時住所地之法院；又終止收養之訴，應於起訴前經法院調解。凡此各點，均爲民法第五八三條以下所明定，可參照得之。

### 第四 終止訴權之消滅

關於離婚訴權，民法設有因同意宥恕，或期間經過而消滅之規定（民法第一〇五三條以下），而於終止訴權，則無何種規定，此在適用上不無疑問。依余所信，民法既未明定終止訴權得因期間經過而消滅，其不能同樣適用，固勿論矣。然在解釋上，民法第一〇八一條第一款、第二款及第六款之終止訴權，應因養父母或養子女一方之宥恕（*Verzeihung, Pardon, Condone*）而消滅；同條第三款及第四款之終止訴權，應因養父母之宥恕而消滅；同條第五款之終止訴權，應因養子女之生死分明而消滅；至同條第三款之終止訴權，則又應因養父母事前同意（*Zustimmung, Consentment, Consent*）阻止其訴權之發生。（註1）

（註1）曹士彬氏與本書見解有異，曹著謂：「竊以爲虐待侮辱原因，得解爲因同意宥恕而使一方喪失其訴權，其論情形，則無異前，縱經過相當期間，亦不妨提起終止收養之訴」（曹氏前編三一—二頁）

### 第三項 收養終止之效力

#### 第一 概說

終止收養，爲消滅養父母及養子女因收養而生之身分上及財產上一切效力之方法，已如前述。但其效力，究應溯及既往，抑惟向將來發生，則法無明文，頗屬疑問。余以爲就文字解釋，應認爲惟向將來發生，何則，蓋我民法關於一般契約之消滅，常用「解除」或「終止」字樣，前者於契約之消滅溯及既往發生效力者用之，後者則於契約之消滅惟向將來發生效力者用之，關於收養契約之消滅既用終止字樣，自以認爲惟向將來發生效力爲適當。（瑞民第二六九條第三項曾明定，對於將來消滅收養關係一切之效力）。終止收養之效力既惟向將來發生，從而關於終止收養發生效力之時期如何，頗關重要。余以爲於此問題，應分別情形以爲決定，即在協議終止，應以訂立契約之時期爲終止發生效力之時期；裁判終止，應以終止判決確定之時期爲終止發生效力之時期。

#### 第二 姓氏及身分之回復

養子女因被收養，既改從養父母之姓，並與本生父母脫離親子關係，一旦終止收養，將從新取得其本姓及與本生父母之關係乎？抑當然回復其本姓及與本生父母之關係乎？此在事實上不無問題。故我民法特於第一〇八三條明定：「養子女自收養關係終止時起，回復本姓，並回復其與本生父母之關係」。此因如前所述，養子女與本生父母之關係，並非因收養而消滅，不過在收養關係存續中處於停止之狀態，收養關係既已消滅，如置有彈簧之沙發然，自應回復其原狀，即回復其本姓，並回復其與本生父母之關係。雖然，在未終止收養關係以前，第三人已



取得權利者，並非無之，如因養子女回復其與本生父母之關係而受損害，殊有未當，故我民法復於同條但書規定：「但第三人已取得之權利，不因此而受影響」。舉例以言，如在未終止收養關係以前，養子女之本生父母業已死亡，其遺產早經他人繼承，則養子女即不得藉口回復與其本生父母之關係，主張其應繼分是。但此之所謂權利，指既得權（*erworbenes Recht*）而言，如前例，其繼承如未開始，則係一種期待權（*Anwartschaftsrecht*），即無主張適用本條但書規定之可能。又於此尚有兩種問題：（一）收養終止以後，養子女得將「分得財產攜回本宗」否？於此問題，我國舊律曾明定：「凡乞養異姓義子，有情願歸族者，不許將分得財產攜回本宗」（現行律戶役門立嫡子違法條例）。現行民法既無明文限制，余意應以解為得攜回本宗為適當。（二）養子女在收養關係存續中所生之直系血親卑親屬，其與養家之身分關係亦隨收養終止而消滅否？於此問題，我國學者之見解頗不一致，依余所信，收養終止之效力，既惟向將來發生，則養子女在收養關係存續中所生之直系血親卑親屬，其與養家之身分關係自不應因收養終止而消滅。（註一）（註二）

（註一）關於此點，日本民法規定最為得體，即養子女之直系血親卑親屬，與養親及其血親間之親屬關係，非當然因收養終止而消滅，必與養子女共離其養親之家，始消滅其親屬關係（*日民法第七三〇條第二項*）。德國民法則定為依契約定之（*德民法第一七六八條第二項*）。

（註二）郁憲章氏與本書見解有異，略謂：「民法於此，雖無明文規定，然由第一〇五九條子女從父姓之規定觀之，養子既因收養關係之終止回復其本姓，不再用養親之姓，則養子女之子女亦當然隨從養子回復其本姓，而取銷養親之姓，夫姓既變更，則親屬關係自不能復存」（郁氏前揭一五二頁）。

### 第三 慰撫金之請求

養父母與養子女相爲依倚，在共同生活上實有不可分離之關係，一旦終止收養，在養父母固屬扶持無人，在養子女亦將頓失所依，倘聽其放任，勢將釀成重大之社會問題，故民法於第一〇八二條規定：「收養關係經判決終止時，無過失之一方，因而陷於生活困難者，得請求他方給與相當之金額」。本條之適用，有應注意者二：（一）所謂無過失之一方，即無終止原因之一方，與第一〇五七條之解釋同。至在被請求之他方，民法雖如無第一〇五七條有「縱無過失」字樣，然在解釋上他方之有無過失，自非所問。（二）所謂給與相當之金額，乃一種慰撫性質，與損害賠償不同，從而如因裁判終止受有損害，仍得請求賠償，是不待言。至生活是否陷於困難，與給與數額，是否相當，自應由法院斟酌請求者之必要生活及被請求者之財產狀況定之，與第一〇五七條之解釋同。

### 第六節 親權

#### 第一款 概說

#### 第一 親子關係之效力與親權

依前所述，民法所認之親子關係，約分三種：（一）婚生父母子女關係；（二）非婚生父母子女關係；（三）養父母子女關係。父母子女之關係雖不相同，然除少數特種情形外，法律上大體付與共通之效力。第此共通之效力，內容紛繁，殊不一致，舉其著者言之：有屬於婚姻障礙者，即民法第九八三條之規定；有屬於扶養之權利義務

者，即民法第一一四條及第一一五條之規定是；有屬於家屬關係者，即民法第一一二條及第一二三條之規定是；有屬於遺產繼承者，即民法第一一三八條及第一一四二條之規定是；有屬於各種同意權之規定者，如民法第九七四條、第九八一條、第九八四條、第一〇〇六條、第一〇四九條等之規定。除上述各種親子關係之效力而外，尚有一種最大之效力。此效力為何，即親權是也。本節所欲說明者，惟此親子關係最大效力之親權，其他親子關係之效力，則於各該部分述之。

## 第二 親權名稱之辯解

各國法律皆有關於親權之規定，且多標名為「親權」(德民第四編第二章第四節第二款、法民第一編第九卷、瑞民第二編第二章第七節第五款、日民第四編第五章參照)。我國第一次至第三次民法草案從之，但在蘇俄新法則改稱「親屬間之權利義務」，而不復用「親權」之名稱(蘇俄婚姻親子及監護法第二章第二節)。前法制局親屬法草案並此權利義務字樣亦一併摒除，而於第四章標題為「父母子女之關係」，我民法於起草之際，關於此點，頗多爭論，卒以鑒於我國習慣上之親權過於龐大，流弊甚多，為矯枉過正起見，不但無復「親權」之標題，即「親權」之用語，亦避而不用，實則第一〇八四條至一〇九〇條固赫然關於「親權」之規定也。嘗考關於親權制度歷來有兩大潮流：一為羅馬法之潮流，一為日耳曼法之潮流。前者係以 *Patria Potestas* 為基礎，表彰權力思想，即支配權 (*Herrschaftsgewalt*)；後者係以 *Mundium* (*mund, mund*) 為基礎，表彰保護思想，即保護權 (*Schutzgewalt*)。申言之，即前者係以親權為親權人之利益而存在，後者係以親權為子女之利益而存

在，近世各國，因個人主義之發達，關於親權立法，已由羅馬法主義趨向於日耳曼法主義，余以為立法主義縱使變遷，而於親權之為親權初無干涉，正如所有權之內容雖已由權利本位進於義務本位，然所有權仍不失為所有權，故本書仍用「親權」字樣，此於「純風美俗」道德的立場，或亦不無裨益也。（註一）

（註一）在我國舊律，祇有尊長權，而無所謂親權，此種尊長權，不但父對於子有之，即祖對於孫，推而至於曾祖，高祖對於曾孫，玄孫亦有之，如現行律訴訟門子孫違犯教令條例載：「凡子孫違犯祖父母，父母教令及奉養有缺者，處十等罰。」其明證也。

### 第三 親權之意義及性質

親權 (Erliebige Gewalt, la puissance paternelle, Parental power) 者，父母對於未成年子女，以身體上及財產上之監督保護為目的之權利義務之集合也。析言之如左（註一）

（一）親權原則上為權利且同時為義務

親權原則上為權利，且同時為義務，為一般學說所同認，此無他，良以親權如一如普通債權法上之權利，而僅認為單純之權利，則在解釋上親權人自可自由拋棄之，親權人如得自由拋棄其親權，則為之子女者，將喪失監督保護之機會，此在道義上為不應許可故也。

（二）親權係權利義務之集合

曩者親權為父母對於子女所有之包括的權利，嗣後漸次進化，親權則為父母對於子女所有各個權利 (Erliebige Recht, Erliebige) 之集合，且其權利在法律上附有一定之限制，與往昔包括的且強有力的

親權迥不相同。

(三) 親權係父母基於其身分所有之權利義務

親權乃法律對於父母，基於其父母之身分，當然付與之權利義務，從而父母對於子女如爲買賣贈與或其他法律行爲，其結果雖亦發生權利義務，然此權利義務係由於一定之法律行爲而生，而非構成親權之內容。

(四) 親權係父母對於未成年子女之權利義務

此點爲我民法第一〇八四條、第一〇八六條、第一〇八七條及第一〇八九條所明定，良以惟未成年之子女始有服從親權之必要故也。從而已成年之子女，或雖未成年，而已結婚之子女，則無對之行使親權之餘地。但在外國有限於成年兼能獨立始不服從親權者（日民第八七七條第一項），我民法無此限制，自不能爲同一之解釋。

(註二)

(五) 親權以父母對於子女身體上及財產上之監督保護爲目的

於此可知親權係直接爲子女之利益而存在，與日耳曼法及近代一般立法之趨勢同。其詳俟於親權之效力中述之，茲不贅。

(六) 親權係父母對於子女私法上之權利義務

此屬親權制度乃父母對於子女私法上之制度當然之結果，從而依照現行教育法令，父母有使子女就學之義務，則屬公法上之義務，而非構成親權之內容。

(註一)外國法律有以父子同在一家爲親權之要件者(日民法第八七七條第一項)。我民法無之，自應同歸。關於此點，余戴門氏言之甚詳。除著謂：「親子關係雖不因親子異家而消滅，但因親子關係所生之效果，則視其同在一家與否而大不相同，例如親權，即以親子同在一家爲要件，故本生父母對於出繼之子或出嫁之女，又出母嫁母對於前夫之子女不能復有親權者也。即或本生父母有時亦保護教養其出繼子之身體且管理其財產之時，然爲監護人盡其監護之義務，而非親權之行使者也。」(余氏前揭七六頁)。

(註二)余戴門氏主張應採用日本立法例，略謂：「但立法例有以子女成年兼能自立始令其親權消滅者(日民法第八七七條第一項)，誠以子女雖已成年，若仍在其父母之家，而待其父母之扶養，自有令其服從親權之必要故也。以我國社會情形而論，愚意以爲取後例爲宜。」(余氏前揭八三頁)。

## 第二款 親權之效力

### 第一項 概說

親權可大別爲二：即關於子女身體上之權利義務及關於子女財產上之權利義務。前者又可分而爲三：即保護教養權、懲戒權及法定代理權；後者又可分爲三：即管理權、同意權及使用收益權。保護教養權中，又有若干支生之權利，如居所指定權、子女交付請求權及職業許可權及其撤銷限制權是。茲依此類別分述如左：(註一)

(註一)於此有一問題，即應否於民法中規定子女對於父母負尊敬之義務，是我國學者黃右昌氏以法國民法爲例(法民第三七一條，法民第二五七條)，極力主張應於民法中加入此條(黃右昌氏國府親屬繼承法律案的批評和希望)，曹士彬氏與黃氏之說共鳴(曹氏前揭二五八頁)，余戴門及鄭憲華兩氏則謂此係道德上之義務，不應列爲法條(余氏前揭七七頁，鄭氏前揭一六六頁)，余與鄭余兩氏之見解相同(法律評論第三一五期拙著「新親屬法律案之特色」參照)。

### 第二項 關於子女身體上之權利義務

## 第一 保護教養權

### (一) 意義及性質

依我民法第一〇八四條規定：「父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務」。此即父母對於子女之保護教養權。德民第一六二八條、瑞民第二七五條第二項、法民第二〇三條、日民第八七九條。(註一) 保護 (Beaufichtigung, Sorge, Protection) 即監督保護之意，教養 (Erziehung, elever, Education) 即教導養育之意。前者係以助長子女身體及精神之消極的行爲，後者係以助長子女身體及精神之積極的行爲。對於子女身體之保護，例如對於子女疾病之預防及治療是。對於子女精神之保護，例如禁止子女閱覽低級文藝之書籍圖書是。對於子女身體之教育，例如命令子女參加各種運動會、國術競賽會是。對於子女精神上之教育，例如命令子女出席各種博覽會及演說競賽會是。但父母對於子女之保護教養，一方面固爲父母之權利，然同時又爲父母之義務，其義務之程度如何，固應依其父母之身分、地位及資力以爲決定，然如父母不依法盡此義務時，祇能依照第一〇九四條爲之救濟，初不能用何種直接強制手段也。又此保護教養之權利，有謂其爲「保護教養權」一種之權利者，有謂其爲「保護權」及「教育權」二種之權利者，亦有謂保護與教育爲一種行爲之兩者，依余所信，應以後說爲是，蓋如認爲兩種之權利，則就民法第一〇五五條以爲解釋，似不妨以此兩種權利分屬於父母之一方，若然，則與法律爲子女利益，設定此權利之立法旨趣顯不相符，故應以保護教育權解爲係不可分的一種權利爲適當。但如依此說，則第一〇五五條僅規定監護，似有未洽，實則第一〇五五條所謂監護，應從廣義解爲包含教

育在內可以斷言。

(註)德國民法第一六三一條規定爲子女監護權 (Sorge)，而在解釋上則爲監護 (Sorge) 及教育 (Erziehung) 之實。瑞士民法第二七五條第二項雖稱規定教育權，而未規定監護權，然在一般學者解釋，則多謂監護應包含教育權之內 (Eger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, S. 365)。日本民法第八七九條規定爲監護及教育，我民法第一〇八條條規定爲保護及教育，其意義相同。

## (二) 由保護教養權支生之權利

### (甲) 對於未成年子女之居所指定權

如上所述，父母對於未成年子女固有保護教養權，然如子女居處流浪，漫無歸宿，則保護教養權之實際不可得而期，故在外國法律爲貫徹保護教養權之行使，有明定父母對於子女有居所指定權者（德民第一六三一條第一項，法民第三七四條，日民第八八〇條）。我民法無之，余以爲解釋上應屬相同，蓋此項居所指定權，不但在保護教養上爲必要，且民法第一〇六〇條既已明定未成年之子女以其父之住所爲住所，即在解釋上亦應認父母對於子女有居所指定權。至居所指定權之行使，應由父母斟酌各種情事，或命子女與自己同居，或命子女與其他親屬同居，或命其居住學校，或命其居住商店，依照最適當之方法以爲決定，自不待言。

### (乙) 子女之交付請求權

於此有一問題，即第三人由親權人之手掠奪或抑留其未成年子女時，親權人之父母能否請求其交付？是關於此事，我民法雖無明文規定，余以爲解釋上應認其有交付請求權（德民第一六三二條設有明文規定）。



蓋就權利之絕對性言之，無論何人皆應尊重其權利，不得加以侵害，保護教養權亦然，子女之掠奪或扣留為侵害保護教養權之甚者，親權人自應對之發生妨害除去請求權，請求其子女之交付。至此項請求權之發生要件，不外依照物權的請求權之發生要件決之，即（一）請求權人須為現有保護教養權之父母。（二）被請求人須為現妨害其保護教養權之第三人。此因對於由保護教養權所生妨害除去請求權之義務，係學者所謂狀態的義務（*Zustandverpflichtung*），故惟現在惹起客觀的違法狀態之第三人為被請求人。（三）須有客觀的違法狀態之發生，且以有此種狀態為已足。違法狀態，通常可為客觀的違法狀態（*Objektiver Rechtsverdringkeitszustand*）與主觀的違法狀態（*Subjektiver Rechtsverdringkeitszustand*），前者係基於行為人之故意或過失而生之權利侵害狀態，後者係以非基於行為人之故意或過失而生之權利侵害狀態，子女交付請求權，以有客觀的違法狀態為已足，不以權利侵害人之有無故意或過失為必要。又此之所謂違法狀態，係指保護教養權之行使現陷於不可能之狀態而言，至其狀態是否由行為人之不法行為而生，則非所問。從而其狀態縱由行為人之合法行為而生，然亦係抗辯權行使之問題，而非妨害除去請求權之問題。（註一）又子女交付請求權之行使，固可於審判外為之，然如權利侵害人尚有爭執，自不妨提起訴訟以求解決，不過我民法未設何種特別程序，解釋上應依通常訴訟程序為之。（註二）

（丙）對於子女之職業許可權及其撤銷限制權

依我民法第八五條規定：「法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人關於其營業

有行為能力。限制行為能力人就其營業有不勝任之情形時，法定代理人得將其允許撤銷，或限制之。依本條規定以爲解釋，則父母對於子女當然有（一）職業許可權；（二）職業撤銷權；及（三）職業限制權。其詳已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。（註三）（註四）

（註一）於此有一問題，即法院審理子女交付請求訴訟時，應否考量子女之利益，及尊重子女之自由意思。關於前者，蘇俄婚姻親子及監護法第四條設有規定，即：「父母對於任何人之扣留其子，而無法律根據，或法院之判決者，得以訴訟手段要求退還。法院於此，以不受親權之拘束爲原則，應專以子女之利益爲前提審理此項案件。」關於後者，日本大審院著有判例，則固以尊重子女之自由意思爲必要者也。（日本大審院大正十二年第四八五號判決）。

（註二）自權利之絕對性言之，除防害除去請求權外，尙有權利狀態回復請求權，故在保護教養權受有子女掠奪及扣留以外之侵害時，例如第三人煽動子女爲不正行為時，親權人之父母自得基於返物權的請求權作用請求其權利狀態之回復。

（註三）民法第八五條所謂營業，應解爲係職業之意。查商法上所謂營業不外兩種意義，其一，商人營業上之行動謂之營業；其二，商人營業上之財產謂之營業。無論何種意義，均與我民法之精神不能相當，故應解爲係職業之意。

（註四）蘇俄婚姻親子及監護法第四五條尙明定父母得爲子女訂立學徒契約及雇傭契約，其全文如下：「父母有將其子送交護養或教育之權者，經其子同意，並得爲之訂立學徒契約，或依現行勞動法規定之程序及情形，爲之訂立雇傭契約，令其從事工作。」

## 第二 懲戒權

父母對於子女有保護教養權，已如上述，然在子女之冥頑不靈者有之，如不予以一定之制裁，則保護教養之目的不可得而達，此一定之制裁，即懲戒權（Zuchtrecht der Eltern, Droit de Correction, Disciplinary Right），我民法第一〇八五條規定：「父母得於必要範圍內懲戒其子女」即此意也（德民第一六三一條第二

項前段。瑞民第二七八條。法民第三七五條以下。日民第八八二條第一項前段。所謂懲戒 (Züchtigung, Correc-tion, Discipline) 卽父母對於子女之身體上或精神上與以痛苦，使其改過遷善爲目的之行為。其懲戒之方法如何，我民法未設明文規定，解釋上自應由親權人斟酌具體情形，或爲叱責，或爲體罰，或爲禁閉，或爲減食，而以選擇適當之方法爲必要。惟應注意者，父母祇得於「必要範圍內」，行使其懲戒權。所謂必要範圍，例如以語言叱責爲已足者，不得施以體罰，以一日禁閉爲已足者，不得施以長期監禁，以減食爲已足者，不得完全斷絕其飲食是。如其懲戒逾越必要範圍，一方面固足爲親權之濫用，他方面則爲構成犯罪之原因，不可不辨。雖然，測定懲戒之程度如何，究非易易，要在大之依照一國之文化程度，風俗厚薄，小之考量一家之地位、貧富、與夫子女體質之強弱，以爲判定焉。惟我民法祇規定子女爲被懲戒人，此之所謂子女，是否包含成年子女在內，頗屬疑問。余以爲就文字解釋，父母對於成年子女亦得施行懲戒權，不過懲戒權係所以濟保護教養權之窮，父母對於成年子女既無保護教養權，則懲戒權之設殊無何種實益耳。又在外國法律有懲戒子女惟得由懲戒所爲之者（法民第三七五條），亦有除父母得爲懲戒外，亦得經法院許可送入懲戒所者（日民第八八二條第一項後段及同條第二項）。我民法雖無明文，余以爲在勵行保安處分之今日，如有重大事由，自以解爲得經法院許可送入懲戒所懲戒爲適當。

### 第三 法定代理權

依我民法規定，未滿七歲之未成年人，爲無行為能力人，滿七歲以上之未成年人，爲限制行為能力人（民法第二三條），無行為能力人，應由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示，限制行為能力人，其爲意思表示及

受意思表示，應得法定代理人之允許（民法第七六條、第七七條），然則法定代理人，究以何人爲之乎？各國法律大抵以未成年人之父母爲其法定代理人，我民法亦然，而於第一〇八六條規定：「父母爲其未成年子女之法定代理人」（德民第一六三〇條、瑞民第二七九條、日民第八八四條）。蓋以人情莫不愛護其子女，以父母爲其法定代理人必較他人更爲周摯也。惟法律行爲，有關於身分之法律行爲與關於財產之法律行爲之別，外國法律有明定父母僅能就財產之法律行爲代表其子女者（日民第八八四條），我民法雖無此限制，余以爲解釋上應屬相同（拙著中國民法總論二三四頁參照）。良以關於財產之行爲，其利益奚如，容易判斷，反之關於身分之行爲，則以精神作用爲居多，故應依本人之意思以爲決定，無論何人不得妄爲推測焉。法定代理權所以異於同意權者，即在於此。（註一）但此僅屬原則，例外關於身分之法律行爲得由法定代理人爲之者，亦非無之，如我民法第一〇六七條非婚生子女之法定代理人得請求其生父認領，即其一例。（註二）不過此種例外規定，殊不多見，就立法論言之，是否適當，不無問題耳（穗積氏「離婚無效確認前之法律關係——監護權之範圍」法協三九卷四號五九二頁參照）。

（註一）德憲章與本書見解有異，德憲略謂：「然法定代理人之設，原所以保護未成年人一切之利益者，若其保護範圍，僅限於財產方面，而不及身分，則未成年人身分上之利益，必固無保護而受損失，殊有未當，故民法不採日制，凡未成年人之一切法律行爲，均須得其法定代理人之代理或允許」（德民前揭一五六頁）。陶希聖氏之見解與德氏同（陶氏前揭一九二頁）。

（註二）父母對於子女財產上之行爲，雖以無限制代理爲原則，但在外國法律尙有兩種之例外：（一）如係專以子女爲目的之債務行爲，須得子女本人之同意；（二）如係與其子女利益相反之行爲，須請求親屬會議選任特別代理人（日民第八八四條但書及第八八

八條參照。我民法無此限制，自難爲同一之解釋。

### 第三項 關於子女財產上之權利義務

#### 第一 管理權

未成年之子女，既須受父母之保護教養，其無管理財產之能力，可想而知，故各國法律多規定父母對於子女財產之管理權，我民法從之，而於第一〇八八條第一項明定：「子女之特有財產，由父管理。父不能管理時，由母管理。」（註一）此之所謂子女，當係指未成年之子女而言，蓋子女如已成年，已有管理其財產之能力故也。（註二）何謂特有財產，我民法第一〇八七條設有明文規定，即：「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。」子女而有私財，係從近世一般立法例所設之規定，在我國古時，固于禁例也。（註三）所謂無償取得之財產，例如受遺贈之財產及因事實行爲取得之財產是。子女之特有財產，我民法既以無償取得者爲限，其因勞力或有償取得之財產，應否屬於子女之私有，由其自行管理，抑或當然歸諸父母，解釋上頗屬疑問。余以爲應與瑞士民法第二九五條取同一解釋，即因勞力或有償取得之財產，應歸諸父母，藉以維持其一家之共同生活焉。（註四）所謂管理，係對處分而言，通常所謂管理，舉凡保存行爲，利用行爲及改良行爲皆屬之，此點已於本書夫妻聯合財產制中詳述，茲不贅。又關於財產之管理，外國法律有明定其須與處理自己事務爲同一之注意者（日民第八八九條第一項），我民法雖無明文規定，余以爲解釋上應屬相同。至子女之財產究應由何人管理，各國法律頗不相同，瑞士由父母共同管理，日本由父或母管理，德國於父以外，母亦有管理權，我民法則從德國立法例，此因管理財產，

通常以男子較爲適當故也。所謂父不能管理，如父已死亡，或縱未死亡，然因遠在他方，事實上不能爲管理行爲是。

(註一)關於父母管理子女財產之立法，各國多採概括主義，即凡未成年子女之財產，均以父母管理使用收益權所能及爲原則（法第

三五條德民第一六四九條，日民第八八四條，蘇俄第四三條），例外特舉數種財產爲特有財產，歸子女自行管理使用及收益（法

民第三八七條，德民第一六五〇條第一六五一條，日民第八九二條），我民法則以特有財產歸父母管理，顧名思義，似有未洽。

(註二)最高法院一八八上字第六五七號判例謂：「守志之婦，惟於其子女成年以前，有代子管理家政之權，子既成年，除有其他法律上之

理由外，即應由子自行管理，其母無復主張代爲管理之餘地。」由此判例可以類推。

(註三)我國往昔財產爲家所共有，不許子女之私有，如禮部內則云：「子給私貨，無私器，不敢私與。」又如朱子家禮云：

「凡爲子婦者，毋得蓄私財，俸祿田宅所入，悉給之父母舅姑，當用則請而用之。」其明徵也。

(註四)最高法院判例與本書見解有異，如一九一八上字第六七號判例謂：「子孫自以勞力或其他法律關係所得私財，非已奉歸於父母者，

自可認爲子孫所私有。」

## 第二 使用收益權

父母對於子女之財產有無使用收益之權，各國法律不同，我民法則從德、瑞立法例，於第一〇八八條第二項規定：「父母對於子女之特有財產，有使用收益之權」（德民第一六四九條，瑞民第二九四條）。使用，即不毀損變更物或權利之性質，依其用法，以供事實上需要之意；收益，即收取由物或權利所生天然孳息或法定孳息之意。其詳已於本書第二章述之，茲不贅。此外外國法律尚有明定父母於子女成年時應爲清算，但子女之養育費及財產管理費，視爲與其子女財產之收益相抵銷者（日民第八九〇條），亦有明定父母於親權終了後應爲清算，其子女財產之收益，應以之撥充子女之扶養及教育費，如有剩餘尙應歸屬於各配偶者（瑞民第二九三條，第二九

九條），我民法則以親如父母子女，乃錙銖必較，殊非所宜，故不爲何種之規定。

### 第三 處分權

父母能否處分子女之財產，各國法律皆無明文規定，我民法則鑒於事實上之需要，承認其有處分權，但附有一定之限制，即「非爲子女之利益，不得處分之」（民法第一〇八八條第二項但書）。此種規定，蓋在避免親權之濫用，致害及子女之利益也。此之所謂處分，指管理行爲以外之一切行爲而言，不問其爲法律的處分，事實的處分皆屬之。此點已於本書第二章述之，茲不贅。至何者爲子女利益之處分，則應就各種具體情形以爲決定，例如其特有財產爲公債或其他有價證券，於證券價額高漲之際而爲出賣，即屬爲子女利益之處分。其於證券價額低落之際爲子女之利益而爲出賣者，亦然。（註一）

（註一）前國民政府法制局親屬法律草案鑒於實際情形，尙有親爲共有財產之規定，現行民法未能採用，茲摘錄其原文如下，以資參考。第五四條：「子女於成年後，對父母財產有貢獻時，該項財產，視爲共有財產，由父母管理及使用之。父母對於前項之共有財產爲不當之處分，該子女得請求撤銷，但不能對抗善意第三人。」第五五條：「前條之共有財產，父母或子女得請求分析，其分析方法，依雙方協議定之，不能協議者，以貢獻之多寡爲準，由親屬會議議決之。」第五六條：「未曾分居之親屬，於成年後繼續共同生活之財產有貢獻時，該項財產視爲共有財產，由年輩最高者管理及使用之。但該親屬間別有協議者，從其協議。對於前項共有財產行使管理及使用權之親屬，仍爲不當之處分，其他同居親屬，得請求撤銷，但不能對抗善意第三人。」第五七條：「第五五條之規定，於前條之共有財產準用之。」其立法理由，詳見同法草案說明書。

### 第三款 親權之行使及負擔

## 第一 概說

如前所述，親權制度歷來有羅馬及日耳曼兩大潮流，前者表彰支配思想，即支配權，後者表彰保護思想，即保護權。以其表彰支配權故在羅馬，親權惟父有之，從而民法及法系諸國民法皆沿羅馬之遺習而稱親權爲父權。以其表彰保護權，故不但父爲子女之天然保護人，母亦爲子女之天然保護人，從而德民法及德法系諸國民法皆認親權爲父母所同有。現行民法蓋從德法系之立法例者也。其在我國舊律亦認父母對於子女同有親權，不過立法理由則非相同耳。（註一）

（註一）我國舊律多父母並稱，如現行律戶役門別籍異財律載：「凡祖父母父母在，子孫別立戶籍分異財產者，處十等罰」。又如蘇訟門子孫違犯教令條律載：「凡子孫違犯祖父母父母教令及奉養有缺者，處十等罰」。其明證也。

## 第二 親權之行使及負擔之原則

親權爲父母所同有，雖爲德法系之所同，但其親權之如何行使則非一致，有以由父行使負擔爲原則，父如死亡或因故障不能爲之時，始由母爲之者，如日本民法是（日民第八七七條）。有先父後母，並列舉一定範圍，區別何者由父爲之，何者由母爲之者，如德國民法是（德民第一六二七條至第一六八三條規定父之權利義務，第一六八四條至第一六八九條規定母之權利義務）。有由父母共同爲之，父母之意思不一致時，從父之意思者，如瑞士民法是（瑞民第二七四條）。亦有由監護局邀同父母解決之者，如蘇俄法律是（蘇俄婚姻親子及監護法第三八條，第三九條）。以家政統於一尊之觀念言之，固應以德、日立法例爲最宜，然以男女平等父母並尊之觀念言之，



又應以瑞俄立法例爲合理，我民法則本諸男女平等父母並尊之觀念，特從瑞士立法例，於第一〇八九條前段規定：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使，意思不一致時，由父行使之。」所謂法律另有規定，例如民法第一〇八八條，子女之特有財產，由父管理，父不能管理時，由母管理是。對於行使權利意思不一致時由父行使者，蓋在一般情形，男子之知識能力恆優於女子也。

### 第三 親權之行使及負擔之例外

對於子女之權利義務，固應由父母共同行使或負擔，然在不能共同行使權利，或負擔義務時，亦非無之，我民法復於第一〇八九條後段特設解決規定曰：「父母之一方，不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。」此之所謂不能，兼指事實上之不能及法律上之不能而言，事實上之不能，如生死不明及心神喪失是；法律上之不能，如被法院宣告停止其親權是。（註一）此之所謂有能力者，不但指經濟能力而言，即實際上能否勝任亦是。

（註一）父母爲禁治產人，能否行使親權，學說上頗有爭論，但在通說則謂禁治產人不能行使親權，余亦從之（同歐實氏前揭二六四頁，井田氏前揭二八七頁，和田氏前揭八四頁）。又父母爲未成年人時，外國法律有明定得由行使親權之父母代爲行使親權者（日民法八九五條），就我民法解釋則不生問題，蓋在通常情形，必先爲婚姻，如有子女，既已結婚，則已爲有行為能力人（民法第十三條第三項），即無他人代爲行使親權之必要。

### 第四款 親權之消滅

## 第一 概說

親權，應因其要素之消滅而消滅，固不待論。顧其要素之消滅，有由親權人本身之事由而生者，亦有由子女本身之事由而生者。親權除因要素之消滅而消滅外，尚可因法院之行爲，即宣告而消滅，親權因法院之行爲而消滅，即由法院宣告停止其親權之全部或一部是。

## 第二 親權因其要素之消滅而消滅

(一) 因親權人本身之事由而消滅

此其事由，通常不外下列之數種：(一) 親權人死亡時；(二) 親權人受禁治產之宣告時；(三) 親權人因失蹤、心神喪失等事實上之原因不能行使其親權時。(註一)

(二) 因子女本身之事由而消滅

此其事由，通常亦不外下列之數種：(一) 子女死亡時；(二) 子女已達於成年時；(三) 子女雖未達於成年，而已結婚時；(註二) (四) 子女受禁治產之宣告時。

(註一) 關於母之離婚或改嫁，又贅夫之離婚或出舍，其親權是否消滅，學者頗有爭論，有謂其親權歸於消滅者，如余戰門氏是。(余氏前揭八二頁)。有謂其親權祇係因事實困難不能行使，並非歸於消滅者，如曹士彬氏是。(曹氏前揭二六五頁)。依余所信，應以曹氏之說爲是。

(註二) 關於子女爲他人收養及女之出嫁，其親權是否消滅，學說上亦有爭執，有謂其當然歸於消滅者，如余氏之說是。(余氏前揭八二頁)。有謂祇父母對於出嫁之女行使親權殊不多見，並非當然消滅者，如曹氏之說是。(曹氏前揭二六六頁)。余則以爲子女爲他人收養，其親權係因收養停止，並非當然歸於消滅，至女既出嫁，則已爲有行爲能力人，無復本生父母行使親權之餘地。

### 第三 親權因法院之宣告而消滅

父母對於未成年子女，有保護教養權、懲戒權、法定代理權、管理使用收益及處分其特有財產權，已如上述。父母之於子女，義屬天倫，固不虞其濫用，然如一旦濫用，則對於子女之利益所關極大，故在外國法律多許官廳逕為干涉，以資救濟（德民第一六六條、第一六七條、第一六七六條至第一六七八條、瑞民第二八三條至第二八五條、日民第八九六條、蘇俄法律第四六條）。（註一）我民法則尊重我國一般習慣先許親屬為之糾正，糾正無效，再由國家以公力干涉之。即依第一〇九〇條之規定曰：「父母濫用其對於子女之權利時，其最近親屬或親屬會議得糾正之。糾正無效，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。」此之所謂濫用，不但積極不當行使其親權，謂之濫用，即消極不盡其親權應盡之義務，亦謂之濫用。此之所謂最近親屬，當係指與子女親等較近之親屬而言，其為血親、姻親，抑為直系、旁系，所在不問。（註二）此之所謂停止其親權之一部，例如父因管理失當危及其子女之財產，則停止其財產管理權是。至究應停止其全部或一部，應由法院就各種具體情形，以為決定，自不待言。又親權之停止，應以訴為之，此種訴訟，應解為係一種形成之訴，為一般學者之所同，其訴訟程序，我民法第五八八條及第五八九條設有明文規定，可參照得之。

（註一）近代立法，對於親屬制度多採國家干涉主義，蓋因青年國民為國家之中堅分子，其安寧幸福，對於國家社會之福利，關係極大故也。我民法則因尊重我國固有慣習，對於此種現代立法未能採用。

（註二）前大法院三年上字第六一六號判例謂：「未成年之父母，因品行不檢，或管理失當危及其子之財產者，其祖父母無庸論居與否，自可向審判衙門請求宣告喪失其管理權。」

#### 第四 親權消滅之效力

關於親權之停止，如僅屬於父母之一方，則他方自仍得行使，固無問題；然如父母雙方均被停止，或僅一方能行使而被停止，則其權利應歸何人行使，實屬疑問。關於此點，外國法律有規定應由監護法院送其子女於相當之親族，或養育院懲戒所者，如德國民法是（德民第一六六條）；有規定應由法院轉送監護局，並得仍令其父母負擔養育費用者，如蘇俄法律是（蘇俄婚姻親子及監護法第四六條）。我民法雖未設規定，余以為解釋上應視爲監護開始之原因，爲之設置監護人（民法第一〇九一條、第一〇九四條）。

## 第四章 監護

### 第一節 概說

#### 第一 監護制度之使命

監護制度，起源甚古，在羅馬法即已有之，近世各國法律亦多採取此種制度，我國雖有「顧命」、「託孤」之慣習，然僅祇道德上之義務，而非所謂法律上之監護，及大清民律草案及前大理院判例，始參酌德、日立法例採取此制，現行民法從之。監護制度者，蓋以保護未成年人及禁治產人爲其使命也。就未成年人言之，原有行使親權之父母，似無復設定監護制度之必要，實則未必盡然，蓋未成年人之無父母者有之，或有父母而不能行使其親權者亦有之，苟非設定監護制度，則保護未成年人之目的不可得而達，此法律所以特設監護人以爲親權之補充也。其次就禁治產人言之，則更有特加監督保護之必要，蓋禁治產人屬於心神喪失者有之，屬於精神耗弱者有之，此等之人不但不能處理自己之事務，且將影響於一般世人之利益，法律所以特設監護人者，於公於私皆有其必要者也。（註一）

（註一）又在外國法律尚有所謂保護（Pflegschaft）制度（德民第一九〇九條以下）及保佐（Cura）制度（瑞民第三九二條以下）。

日民法第九四三條、蘇俄第七〇條、皆爲我民法所不取，即同一監護制度，其內容繁簡亦有天壤之別（德民法爲一三六條、日民法爲三二條、日民法爲四二條、蘇俄爲四三條、我民法僅二一條），良以我國對於此種制度係屬創設，故力從簡略也。

## 第二 監護法之地位

親屬法爲規定親屬身分關係之法律，而監護人非必爲受監護人之親屬，嚴格言之，監護人與受監護人間之身分關係，並非親屬法上之身分關係，以此以監護關係爲親屬法之一部，自來學者頗多反對，有主張應將監護關係置諸債權法中者，如 Puchka 氏是；有主張應分監護關係爲二，以關於財產之部分置諸債權法中，其他部分置諸親屬法中者，如 Windscheid 氏是；亦有主張應以監護關係爲獨立之一編，置諸親屬法之後者，如 Planck, Kommt 諸氏是。自蘇俄一九二七年「關於婚姻親屬及監護之法律」出，監護關係在親屬法上之地位益形動搖（法律評論第三二七期拙著蘇俄親屬法上之婚姻參照），但我民法仍從一般立法例以監護關係定入親屬法，良以未成年人之監護，係屬親權之補充，而禁治產人之監護，其監護人通常又爲受監護人之配偶、父母、祖父母及家長，亦與親屬制度有密切之關係故也。

## 第三 監護之意義及性質

監護（Vormundschaft）者，爲保護未成年人及禁治產人之身體，並管理其財產，且代理其財產上之行為，所開始之私法上之職務也。析言之如左：

（一）監護係私法上之職務 監護爲法律所定之職務，於具備一定要件時，其人卽爲當然之監護人，不但

無須承諾，且不得任意辭職，以示強制。願監護雖以保護無行為能力人爲目的，與公益有重大之關係，然究爲私法上之職務，而非公法上之職務，不可不辯。（註一）

（二）監護係對於未成年入及禁治產人開始之職務，何謂未成年入及禁治產人，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

（三）監護係爲保護受監護人之身體，並管理其財產，且代理其財產上之行為之職務，其詳俟於監護之事務中述之，茲不贅。

（註一）各國法律雖以監護爲私法上之職務，但已有公法化之趨向，如德國民法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（德民第一七七四條），瑞士民法亦以監護法院爲監督機關（瑞民第三六〇條）是。蘇俄法律則更進一步，以監護爲國家之職務，其該管機關爲中央及地方社會福利局；而由社會福利人員委員會指揮監督之，其立法理想，在欲以社會的保護代親屬的保護（蘇俄婚姻親子及監護法第七二條第七三條）。此種立法，爲我民法所不採用，蓋純然以人事關係不宜由國家公力加以干涉也。

#### 第四 監護與親權之差異

如前所述，未成年人之監護，既係親權之補充（亦可謂爲係親權之延長），則監護之事務與親權之效力自屬相同，願親權係以親子之情愛爲基礎，故法律大體採放任態度，而監護則係以人類之常情爲基礎，故法律不能不加以相當之干涉。茲舉其差異之點如左：

（一）監護人於監護開始時，應會同親屬會議所指定之人開具財產清冊（民法第一〇九九條）；而親權

人則否，此其一。

(二) 監護人應每年至少向親屬會議詳細報告受監護人之財產狀況一次（民法第一一〇四條）；而親權人則否，此其二。

(三) 監護人非經親屬會議之允許，不得處分受監護人之不動產（民法第一一〇一條），並不得受讓受監護人之財產（民法第一一〇二條）；而親權人則無此限制，此其三。

(四) 監護人非為受監護人之利益，不得使用收益受監護人之財產；而親權人無此限制，此其四。

(五) 監護人得請求相當之報酬；而親權人則否，此其五。

(六) 監護人於監護關係終止時，應会同親屬會議所指定之人為財產之清算；而親權人則否，此其六。

(七) 親權人濫用親權時，祇能由最近尊親屬或親屬會議加以糾正；而監護人如不慎職，則得由親屬會議逕行撤退，此其七。

## 第二節 未成年人之監護

### 第一款 監護之開始

監護之開始 (Anordnung der *Vermundschaft*) 者，以監護為必要之狀態之發生也。何種狀態發生，未成人始有監護之必要，依我民法規定，其情形有三，茲分述如左：



## 第一 無父母時

依我民法第一〇九一條規定，未成年入無父母時，應置監護人。即一有無父母之狀態發生，未成年入即有監護之必要，是即監護之開始。此種規定，係屬當然，蓋未成年入如有父母，其父母即為天然之保護人，如無父母，自應設置監護人，以為親權之補充。所謂無父母，不但指自始無父母而言，即嗣後無父母亦是。自始無父母，如子女出生之際，父母俱已死亡是。嗣後無父母，如子女出生之後，父母始俱死亡是。又所謂無父母，父母俱已死亡者固是；即父死而母改嫁者，亦謂之無父母。但未成年子女之隨母改嫁者，則當別論。（註一）

（註一）前大理院十二年上字第一〇四六號解釋謂：「未成年之前夫子女，已經改嫁母隨帶撫養者，有非監護失當，或別有正當理由，自不應於其子女未成年以前率聽前夫親屬反於其母之意思強行領回。」

## 第二 父母均不能行使負擔其權利義務時

依我民法第一〇九一條規定，未成年入之父母，均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時，應置監護人。即一有上述之狀態發生，未成年入即有監護之必要，是即監護之開始。此種規定，亦屬監護為親權之補充所當然。所謂不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務，不但指事實上不能而言，即法律上不能亦是。事實上不能，如父母之失蹤是；法律上不能，如父母受親權停止宣告是。又所謂不能，自始不能固是，即嗣後不能，亦謂之不能。前者如子女出生之際，父母已俱受禁治產宣告是；後者如子女出生之後，父母始俱受禁治產宣告是。（註二）

（註二）前大理院五年上字第一一八六號判例：「監護人之設立，本不必限於未成年入父母俱亡之後，故為人母者如果有品行不檢，遺棄

理其子之財產顯有失當時，審判衙門當然得依利害關係人之請求爲之設置監護人，俾其謀未成年人之身體財產任保護之責。又最高法院亦有同樣之判例（二〇年上字第九五四號判例）。

### 第三 父母委託他人行使監護職務時

未成年入於有父母時，父母固爲其當然監護人；然在某種特殊情形之下，非無以委託他人行使監護職務，較爲便利者，故我民法特創新例，於第一〇九二條規定：「父母對其未成年之子女，得因特定事項，於一定期間內，委託他人行使監護之職務。」例如父母居住南京，而子女則留學北平，此時特委託北平親友，代爲行使監護之職務。是本條之適用，有應注意者二：（一）以特定事項爲限。從而特定事項以外之監護，仍屬於未成年人之父母，如以一切監護事項委託他人行使，依本法之精神以爲解釋，自所不許。（二）以一定期間爲限。其期間之長短，固非所問；然如長期的無期監護，依本法之精神以爲解釋，則非所許。至所謂他人，是否親屬？在所不問。

但依我民法第一〇九一條但書規定：「但未成年人已結婚者，不在此限。」所謂不在此限，即不得設置監護人。余則以爲此種規定，殊屬無謂，蓋依我民法第一三條第三項規定：「未成年人已結婚者，有行爲能力。」無論本法是否採取「結婚成年」之制度，然既認爲有行爲能力，即無再爲監督保護之必要，縱不設上項但書規定，亦當然不得設置監護人；矧僅於第一〇九一條設此例外規定，而第一〇九二條無之，尤易使人發生歧異之感者乎？

### 第二款 監護之機關

#### 第一項 概說

## 第一 監護機關之種類

各國法律，對於完成監護職務所設置之機關，通常可分為下述之三種：(一)監護人，(二)監督監護人，(三)親屬會議。監護人直接負保護無行為能力人之責任，屬於執行機關；監督監護人係在監視監護人之執行監護事務是否適當，屬於監察機關，親屬會議係以決議之方法指揮監護人之行為，屬於議事機關。然考各國法律對於設置監督監護人 (GegenVormund)，亦不盡同，有特設監督監護人者，如德國民法、瑞士民法及日本民法是；德民第一七九九條、瑞民第四二二條、日民第九一〇條參照；有不特設監督監護人，而以監護人之監督委諸法院者，如羅馬尼亞民法是；羅民第三六八條，有不特設監督監護人，而以監護人之監督委諸地方執行委員會所組織之事務委員會者，如蘇俄法律是；蘇俄婚姻親子及監護法第七三條。依我民法規定，則僅以監護人及親屬會議為監護機關，而別無所謂監督監護人，此種立法係自前法制局親屬法草案始，其立法理由，殆「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，易個人的監察，為團體的監察，期減流弊」耳。(註一)

(註一)以親屬會議為監護之監察機關，與以社員總會為社團之監察機關，正屬相當，其是否適當，實屬疑問。此點，已於拙著中國民法總論一四九頁(註一)述之，茲不贅。至在日本之監督監護，實際上有名無實，俟照親屬法改正要綱，監督監護人已非必設機關(要綱三十一之二)。而以親屬會議為第一次監督監護機關，家事法院為第二次監督監護機關(要綱三十一之二)。此種改正，頗堪注意。

## 第二 監護人及其人數

關於監護機關，我民法僅祇監護人及親屬會議，已如上述，何謂親屬會議及其職權如何，俟於第七章述之，本

章所欲敘述者，則僅爲監護人。監護人者，執行監護事務之人也。其被監護之未成年者，則稱爲受監護人。其意義甚明，毋庸多贅。但於此有一問題，即監護人之人數是。關於此點，各國法律頗不相同，有得設置二人以上之監護人者，如羅馬法、印度繼承法及比利時民法草案是。有祇得設置一人之監護人者，如德國民法及日本民法是。（德民第一七七五條，日民第九〇六條）。但在德、日民法亦有例外，即在德國民法如有設置多數監護人之理由，亦得設置二人以上之監護人（德民第一七七五條前段）；日本民法監護人如得親屬會議之同意，亦得使用財產管理人（日民第九二六條）。我民法雖無明文規定，余以爲在解釋上祇得設置一人之監護人，此無他，蓋監護係親權之補充親權之行使負擔，原則上固由父母共同爲之，然在父母對於權利之行使意思不一致時，仍由父行使（民法第一〇八九條前段），其在避免家庭之紛擾，使事務之得以順利進行，則甚顯然也。（註一）雖然，其在一人爲數人之監護人時，則屬無礙。一人爲數人之監護人，例如對於兄弟姊妹，而以其伯父或叔父爲監護人是。

（註一）關於此點，我國學者之見解頗不一致，有謂我民法於此雖無明文規定，而解釋上自採用總制者（郁氏前揭一七六頁），有謂我民法於此並無明文，自不限於一人者（顧氏前揭二七〇頁），亦有謂我民法於此既無明文規定，蓋在人酌量實際情形以定之者（陶氏前揭二〇一頁），曹士彬氏則謂我民法係倣日本民法，而以監護人爲獨任制之機關（曹氏前揭三二二頁）。

## 第二項 監護人之選任及種類

### 第一 概說

監護人依其選任（即產生）之方法不同，可分爲指定監護人，法定監護人，選定監護人及委託監護人，除委

託監護人無所謂順位外，就民法之規定言之，應以指定監護人爲第一順位，法定監護人爲第二順位，選定監護人爲第三順位。

## 第二 指定監護人

指定監護人者，後死之父母以遺囑指定之監護人也。未成年人之監護既係親權之補充，從而親權人得指定代其行使親權之監護人，是爲當然。我民法特於第一〇九三條明文規定曰：「後死之父或母，得以遺囑指定監護人。」（註一）本條之適用，有應注意者三：（一）須爲享有親權之父母，從而已經法院宣告停止其親權之全部或一部者，卽不得以遺囑指定監護人。（二）須爲後死之父或母，從而父母雙方固不得以共同遺囑指定監護人；（註二）卽父亡母存，則父非後死，父存母亡，則母非後死，皆不得以遺囑指定監護人。（三）指定監護人須以遺囑爲之，故學者又稱指定監護人爲遺囑監護人。何謂遺囑，已於拙著中國繼承法論述之，茲不贅。指定監護人既須以遺囑爲之，則指定之效力，自應於遺囑發生效力之時發生，而非於爲遺囑之時發生，指定一旦發生效力，則被指定人卽爲當然監護人，其爲承諾與否，在所不問。又被指定人除有民法第一〇九六條所定之情事外，其爲親屬與否，（註三）以及性別如何，均與其資格無關。

（註一）我民法以指定監護人先於法定監護人，學者頗有批評，如曹士彬氏謂：「按德、日民法均以遺囑指定之監護人，先於法定監護人，吾國習慣，父母亡故而祖父母健在，或爲家長之伯叔健在者，對於未成年之子，未有不由祖父母或同居之伯叔監護者，設使遺囑人在法定監護人之先，則遺囑所指定之人或有較祖父母伯叔爲疏者，以疏間親，甚非人情。」（曹氏前揭三二三頁）黃右昌氏則謂：「本注係以遺囑監護人置於法定監護人之先，若就親疏立論，其所指定之人非無疏於祖父母家長及伯叔父者，但天倫之親，其親於父母

子女，其以遺囑指定之人，當較祖父母等爲宜，以之置於法定監護人之前，亦屬無礙。」（黃氏前揭八〇頁）

（註三）共同遺囑是否爲我民法所許，學者間頗多爭論，余固取否定說者也。（拙著中國繼承法論老〇四頁）。曹士彬氏則與本人之見解有異（曹氏前揭三二四頁）。

（註三）前大理院二年上字第六四號判例：「託孤不必限於同宗，由最後行親權者之意思而定其效力」。最高法院亦有同樣之判例（十八年上字第二三八〇號判例）。

### 第三 法定監護人

於無監護人時，法律上當然以其爲監護人者，謂之法定監護人。此之所謂無監護人時，依我民法第一〇九四條規定，其情形有二：（一）父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務時；（二）父母死亡而無遺囑指定監護人時。於此場合，法律不能棄置未成年人於不顧，故特斟酌情誼親疏，明定依左列順序定其監護人。

（一）與未成年人同居之祖父母

依我國一般習慣，未成年人之父母如俱死亡，或均不能行使親權，而祖父母尚屬健在，且係與其孫子女同居，未有不對於孫子女，爲子提攜抱負者，故我民法第一〇九四條第一款以與未成年人同居之祖父母爲第一順位監護人。此之所謂祖父母，當係兼指父系之祖父母及母系之祖父母（即外祖父母），自不待言。

（二）家長

家長與爲其家屬之未成年人，其親切固不如與未成年人同居之祖父母，然如未成年人並無祖父母與之同居，此時以其家長職司監護，甚爲相當，故我民法第一〇九四條第二款以家長爲第二順位監護人。（註一）何謂家

長，俟於本書第六章述之，茲不贅。

(三) 不與未成年人同居之祖父母

祖父母如非與未成年人同居，以之爲法定監護人，固屬不甚相宜，然如未成年人別無家長，此時自以不與未成年人同居之祖父母職司監護，較爲相當，故我民法第一〇九四條第三款以其爲第三順位監護人。此之所謂祖父母，亦係包含母系在內。

(四) 伯父或叔父

伯父或叔父對於未成年人，其情誼固不如祖父母或家長之切，然「姪子猶子」，較之其他親屬則又過之，故如未成年人別無祖父母及家長，此時以伯父或叔父職司監護，亦屬適當，故我民法第一〇九四條第四款以其爲第四順位監護人。此之所謂伯叔父，當係兼指父系之伯叔父，及母系之伯叔父，又不待言。(註二)

(註一) 日本現行民法，僅以家長爲法定監護人(日民法第九〇三條)，一般學者頗批評其不密，故親屬法改正要綱特爲如下之改正：「依民法第九〇一條及第九〇二條之規定，於無監護人時，同居之祖父母應先於家長爲監護人」。(改正要綱二九) 此與我民法之規定可謂不謀而同。

(註二) 我民法關於親屬系統，係採男女並溯主義，從而所謂伯父叔父，自應解爲包含母系之伯父叔父在內(即通常所謂舅父)，我國學者有謂：「所謂伯父叔父，專指父系之伯父叔父」者(黃氏前揭八〇頁，鍾氏前揭二六六頁)，其說未敢贊同。

第四 選定監護人

選定監護人者，由親屬會議所選定之監護人也。各國法律多以選定監護人置於法定監護人之後，就我民法

解釋亦然，故惟無指定及法定監護人時，始得由親屬會議選定監護人。雖然，監護人之選定，非必由親屬會議爲之，在外國法律亦有以監護法院當選定之任者（德民第一〇九四條第五款第一一一條第二項），我民法則以家事不由國家干涉爲宜，故特從日本立法例（日民第九〇四條），界親屬會議以選定之權（民法第一〇九四條第五款）。（註一）何謂親屬會議，以及親屬會議如何召集，如何組織，俟於本書第七章述之，茲不贅。惟應注意者，選定與指定同爲以確定監護人爲目的之單獨行爲，一經決議選定，則被選定人卽爲當然監護人，其爲承諾與否，在所不問。又被選定人之爲親屬與否，以及性別如何，與其資格無關，與指定監護人同。

（註一）前大理院五年上字第六二二號判例：「凡對於父母俱亡之未成年入，除已經其父母生前指定監護人，或現有同居之近親尊長外，自應由親屬會議爲之選定監護人。而在兩造涉訟之中爭及監護者，審判衙門爲事實上之便利計，並應傳集該親族詢取意見，爲之選定監護人。」

## 第五 委託監護人

委託監護人者，父母對於未成年子女，因特定事項，於一定期間內，委託他人代行其職務之監護人也。此爲我民法因應國情而設之新規定，其詳已於前述，茲不贅。

### 第三項 監護人之辭職缺格及撤退

## 第一 概說

依我民法規定，監護人有得辭去其職務者，謂之監護人之免除；有在法律上不宜充任監護人者，謂之監護人



之缺格，亦有得由親屬會議剝奪其職務者，謂之監護人之撤退，茲分別說明如左。

## 第二 監護人之辭職

監護，係私法上之強制負擔，從而一旦被任爲監護人以後，即不得辭去其職務。然如絕對貫徹此旨，不但對於監護人失之過苛，且有時亦屬不能，故各國法律均有於一定情事之下，許其辭職之規定。顧所謂一定情事，各國法律殊不相同，有採列舉規定者，如法國民法、德國民法、瑞士民法及蘇俄法律是（法民第四二七條至第四三六條，德民第一七八六條，瑞民第三八三條，蘇俄法律第七八條）；有採例示規定者，如日本民法是（日民第九〇七條）。我民法則創爲概括規定，而於第一〇九五條明定：「依前條規定爲監護人者，非有正當理由，不得辭其職務」。何謂正當理由，固有待於司法院之解釋，然若舉例以言，如（一）年老力衰；（二）因生理上，職務上不能勝任監護職務；（三）已任多起監護職務，似均不失爲正當之理由。至理由之是否正當，究由親屬會議認定，抑由法院認定，我民法無明文規定，不無疑問。余以爲辭職之表示，在解釋上應對親屬會議爲之，理由果屬正當與否，自以由親屬會議認定爲宜，不過如有爭執，自得請求法院爲之判斷耳。但本條之適用，僅限於「依前條規定爲監護人者」，即僅限於法定監護人及選定監護人。而於指定監護人及委託監護人則在解釋上縱無正當理由亦得辭職，此無他，良以指定監護人縱已辭職，尙有法定監護人爲之補充，委託監護人縱已辭職，尙可委託他人行使其職務也。又此之所謂辭職，不但指從未就職者而言，即已就職而中途辭職者亦是。（註一）

（註一）我民法既規定監護人如無正當理由不得辭任，似兼空疏，在德國民法對於無理由拒絕監護之就任者，如受監護人因此受有損害，

須令其負擔之責（德民第一七八七條第一項）；又監護法院對於監護人得處以罰鍰，強迫其就任（德民第一七八八條第一項）。可爲立法上之參考。

### 第三 監護人之缺格

監護人之設置，原在未成年人之父母俱已死亡，或均不能行使親權時爲之（民法第一〇九一條，其責任繁重，自非有完全能力者，不克勝任，故在外國法律皆有一定之人不得爲監護人之規定，我民法從之。顧在各國法律範圍甚廣（法民第四四二條至第四四四條，德民第一七八一條，瑞民第三八四條，蘇俄法律第七七條），且有昇法院以認定之權者（日民第九〇八條一草，第一四一六條二草，第一二三五條），我民法則範圍至狹，即依第一〇九六條，惟「未成年人及禁治產人，不得爲監護人」。未成年人及禁治產人皆屬無行爲能力人，已身尙在親權及監護之下，其不得爲監護人，蓋屬當然。至其他之人，如褫奪公權人、破產人等，其不認爲監護人之缺格者，蓋在褫奪公權人，其被褫奪者係屬公權，而監護職務並非公之職務，固無不許其充任監護人之理由；即在破產人，就現在一般立法趨勢言之，已不復定爲剝奪公私權利之要件，故我民法均不以其爲監護人之缺格。（註一）雖然，不克負荷監護之任者，固不僅褫奪公權人及破產人，要在於爲指定或選定時，慎所選擇，而於確有失職或不正行爲時，親屬會議並應嚴爲監督耳。

（註一）關於此點，我國民法學者多贊其不當，如郁者謂：「監護人職責重大，如爲刑餘之人，或信用喪失，或與受監護人利害衝突，均不克勝任，而民法概未禁止，殊屬失當。」（郁氏前撰一七九頁又陶氏前撰三二七頁）（註一）盡厥。

#### 第四 監護人之撤退

監護人就任以後，如有一定事由發生，各國法律均設有得撤退其職務之規定，我民法從之，第其內容則非一致，就撤退之事由言之，有探例示規定者，如德國民法是（德民第一八八九條）。有探列舉規定者，如瑞士民法、日本民法及蘇俄法律是（瑞民第四四五條、日民第九〇一條、第九一二條、第九一七條、第九一九條、蘇俄法律第九二條）。就請求撤退權人言之，瑞士民法爲主管官廳及利害關係人，日本民法爲法院及親屬會議，蘇俄法律爲受監護人國家機關或公共機關及第三人。我民法則探列舉規定，且惟親屬會議得請求撤退，即依第一一〇六條規定：「監護人有左列情形之一時，親屬會議得撤退之」。

##### （一）違反法定義務時

此之所謂法定義務，係指我民法第一〇九七條至第一一〇三條所規定之各種義務。我民法以違反法定義務爲撤退之事由者，蓋民法所定之各種義務，係爲保護受監護人之身體財產而設，倘有違反，而不解除其職務，則監護之目的不可得而達故也。又所謂違反義務，不但積極的違背其義務，即消極的不盡其義務亦是。（註一）

（註一）前大理院四年上字第一七四二號判例：「爲監護人者，如因與應受監護立於利害相反之地位，確係有損，或經審判衙門認爲不堪勝任時，均得以裁判禁其爲監護人」。

##### （二）無支付能力

此之所謂無支付能力，兼指停止支付及支付不能而言。我民法以無支付能力爲撤退之事由者，蓋監護人於

監護關係終止時，有移交監護財產之義務（民法第一一〇七條第一項），且對於受監護人財產所致之損害，尚應負賠償責任（民法第一一〇九條），監護人如無支付能力，則上述義務及責任即無履行之可能，故我民法許其撤退，以資保護。又所謂無支付能力，係指於就任以後無支付能力言之，至被任以前有無支付能力，則應於事前詳加考慮，不得於就任以後藉詞撤退，自不待言。

### （三）由親屬會議選定之監護人違反親屬會議之指示時

選定監護人，除應行遵守各種法定義務外，有時尚應依照親屬會議之指示，行使其職務，如違反其指示，則與選定監護人之本旨不符，故我民法特以其為撤退之事由。所謂違反指示，例如親屬會議命其將受監護人之財產存入銀行，而監護人以之經營投機事業是。

上述第一、第二兩種事由，為指定監護人、法定監護人及選定監護人所同具，第三則專屬於選定監護人之事由。至我民法所以用撤退字樣者，意在表示撤退之效力，惟對於將來發生，與通常所用之「撤去」一語同，所以別於解除及撤銷也。又監護人對於親屬會議撤退之決議如有不服，依我民法第一一三七條規定，得於三個月內向法院聲訴，此點俟於本書第七章述之，茲不贅。

## 第三款 監護之事務

### 第一項 概說

關於監護之事由，以時期言之，可分為下述之三種：（一）監護人就任前之事務，（二）監護人就任中之事

務。(三) 監護關係終止後之事務。監護人就任中之事務又可分爲：(一) 關於受監護人身體上之事務。(二) 關於受監護人財產上之事務。茲於未說明上述各種事務以前，先就(一) 監護人之報告義務。(二) 監護人之報酬。及(三) 監護人之責任等一般事項敘述如左：

第一 監護人之報告義務

依我民法規定，受監護人之財產，既由監護人管理（民法第一一〇〇條），其財產狀況如何，如監護人不爲報告，不但有無私曲之行爲，親屬會議不得而知，且嗣至爲時過久，證據湮滅，亦於監護人本人甚爲不利，故我民法依照各國立法通例，而於第一一〇三條規定：「監護人應將受監護人之財產狀況，向親屬會議每年至少詳細報告一次」。關於財產狀況之報告，外國法律有明定「報告書內應記載關於財產之管理情形，與夫受監護人一年度之收入及支出」者（蘇俄法律第一〇一條），又有規定應提出計算書，此項計算書包含收支對照表，財產增減報告，如有交付證書之習慣，並應附具證書」者（德民第八四一條、第八四二條），我民法雖規定簡略，然就「詳細報告」一語觀察，解釋上應屬相同。蓋非如此，則對於受監護人之財產狀況不能徹底明瞭故也。至關於報告之時期，瑞士民法定爲至少兩年報告一次（瑞民第四一三條第一項），德國民法及蘇俄法律定爲一年報告一次（德民第一八四〇條第一項，蘇俄法律第一〇一條前段），日本民法定爲每年至少報告一次（日民第九二八條），我與日本民法同。所爲每年至少報告一次者，即每年不可不報告一次之意，如每三個月或每六個月報告一次，自無不可。至審核此項報告之機關，外國法律或爲監護法院，或爲主管官署，我則與日本民法同，而爲親屬會議，

此因我國民法及日本民法均以親屬會議爲監督機關故也。此外我民法尙於第一一〇五條規定，此項報告義務，「於與未成年人同居之祖父母爲監護人時，不適用之」。良以祖父母既與未成年人同財共居，且誼屬祖孫，關係至切，對於受監護人之財產，自必管理周至，故無責其另爲報告之必要。

## 第二 監護人之報酬

對於監護人應否給與報酬，其立法例有二，在法國法系諸國採無償主義，在德國法系諸國則採有償主義。前者以爲監護係法律上之義務，故不應對於監護人給與報酬，後者則以監護係爲他人從事勞務，自應對於監護人給與報酬。顧在德國法系諸國，其立場又不盡同，有惟監護法院或親屬會議，得對監護人酌給報酬，而監護人無權請求其必須給與報酬者，如德國民法、日本民法及蘇俄法律是（德民第一八三六條、日民第九二五條、蘇俄法律第八一條）；有明定監護人有權請求其必須給與報酬者，如瑞士民法是（瑞民第四一六條）。我民法則從瑞士民法，於第一一〇四條規定：「監護人得請求報酬。其數額，由親屬會議按其勞力，及受監護人財產收益之狀況，酌定之」。關於報酬數額，各國法律亦不一致，德國民法及日本民法均定爲相當報酬，蘇俄法律則定一最高限度，即不得過財產收益百分之十，我民法則純做瑞士民法，以勞力及財產收益爲酌定報酬之標準。至究應給與若干，應由親屬會議全權決定，監護人如對於其決議不服，得依民法第一一三七條向法院聲訴，自不待言。至請求給與報酬之時期，外國法律有明定應於計算年度爲之者（瑞民第四一六條但書），我民法既無此種限制，應解爲無論何時請求報酬，均無不可。又依我民法第一一〇五條規定，監護人之報酬，「於與未成年人同居之祖父母爲監

護人時，不適用之。」此因祖父母之於孫子女，係本於自然天性立於監護人之地位故也。

### 第三 監護人之責任

依我民法規定，監護人對於受監護人之財產，原有管理使用收益及處分之權，且其為管理，須與處理自己事務為同一之注意（民法第一一〇〇條第二項），從而如未為上述之注意，致受監護人之財產發生損害，自應負責賠償，是為當然。關於此點，德、瑞等國民法皆設有明文規定（德民第一八三條第一項，瑞民第四二六條後段），我民法從之，即於第一一〇九條規定：「監護人對於受監護人財產所致之損害，其賠償請求權，自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時起，二年間不行使而消滅。」不過本條係規定損害賠償請求權之特別消滅，而非規定損害賠償之本身，其立法技術是否妥當，不無問題耳。第於此有應說明者：（一）此之所謂損害賠償，是否以有故意過失為必要，關於此點，德、瑞等國民法均明定其以故意或過失為此項損害賠償成立之要件，我民法無之，余以為就一般法理立論，解釋上應屬相同（拙著中國民法債編總論一五〇頁以下參照）。（二）關於消滅時效之規定，各國法律殊不一致，有別無明文，解釋上應適用一般消滅時效之規定者，如德國；有定五年之特別消滅時效者，如日本是（日民第八九四條）；有定一年之特別消滅時效者，如瑞士是（瑞民第四五四條）。德、日民法均失之過長，瑞士民法又失之過短，故我民法特折衷其間，而設兩年之特別消滅時效焉。至此項消滅時效應自親屬會議對於清算結果拒絕承認之時起算，意義甚明，無待深論。

### 第二項 監護人就任前之事務

## 第一 開具財產清冊

依我民法規定，受監護人之財產，原應由監護人管理，從而不但財產管理方法，須視受監護人之財產狀況而定，且在監護關係終止時，監護人尚須爲財產之清算及移交，尤不能不於監護開始之際，有所記載，以資考核。關於此點，外國法律多有責令監護人開具財產目錄之規定（德民第一八〇二條，瑞民第三九八條，日民第九一七條），我民法從之，亦於第一〇九九條明定：「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」。一則藉以確定適當之管理方法，一則藉以免除清算及移交時之爭議。其須會同親屬會議所指定之人爲之者，蓋又所以期財產清冊之嚴正及確實也。顧關於此點，外國法律有如有監督監護人，須由其爲正確及完全之證明者（如德民），有受監護人如爲判斷能力人，務須令其一同在場者（如瑞民），我民法無此限制，固難爲同一之解釋。但如監護人爲慎重起見，使親屬會議所指定之人爲之證明，或使有判斷能力之受監護人在場，自無不可。又財產清冊之形式如何，我民法無明文規定，在解釋上依私署證書爲之，抑依公證書爲之，均非所問。至關於開具財產清冊之時期，外國法律尙有特設限制者（如日民定爲一個月），我民法雖無此限制，在解釋上亦宜從速爲之，是不待言。又在財產清冊尙未開具以前，監護人能否執行其他監護事務，我民法未設明文，頗屬疑問。余以爲除緊急必要行爲外，似不得爲其他監護事務之執行，關於此點，日本民法設有明文規定（日民第九一八條），可供參考。此外，依我民法第一一〇五條規定，開具財產清冊，「於與未成年人同居之祖父母爲監護人時，不適用之」。其立法理由，與前述與未成年人同居之祖父母爲監護人時，無須爲財產狀況之報告同。



## 第二 聲請監護登記

此點，爲我戶籍法第七六條所明定，即監護人應自監護開始之日起十五日內，開具一定事項，爲監護登記之聲請。監護人有更換時，新監護人尙須爲更換之登記（戶籍法第七七條）。其詳應於戶籍法中述之，茲不多贅。

## 第三項 監護人就任中之事務

### 第一 關於受監護人身體上之事務

#### (一) 一般之事務

所謂一般之事務，即我民法第一〇九七條之規定是。依該條規定曰：「除另有規定外，監護人於保護增進受監護人利益之範圍內，行使負擔父母對於未成年子女之權利義務。但由父母暫時委託者，以所委託之職務爲限。此係監護爲親權之延長或補充當然之結果。顧在各國立法，尙非一致，有僅規定監護人應注意受監護人之護養及教育，並訓練其將來從事於公益之才能」者（蘇俄法律第七九條前段）；有明定監護人有與父母同一之權利，而不設何種限制者（德民第一八〇〇條）；有雖明定監護人有與父母同一之權利，但須監護官廳之共同行動者（瑞民第四〇六條）；亦有須得親屬會議之同意者（日民第九二一條）。我民法則設兩種之限制：（一）除法律另有規定外，（二）須於保護增進受監護人利益之範圍內。良以監護雖屬親權之延長或補充，然監護人之於未成年入究非本於自然之情愛，故不能不有所限制，以示差別。其立法本旨，與瑞士及日本民法同。所謂法律另有規定，如民法第一一二條之規定是。至所謂須於保護增進受監護人利益之範圍內，行使親權，則屬有名無

實。蓋即父母對於未成年子女行使親權，亦須於保護增進子女利益之範圍內爲之，非必爲所欲爲，自便私圖也。除上述兩種限制外，監護人對於受監護人身體上之權利義務，完全與父母對於未成年子女之權利義務同，其詳已於本書第三章第六節述之，茲不贅。又在委託監護，監護人對於受監護人身體上之權利義務，自應以其所委託之職務爲限。我民法特設聲明規定，其意義甚明，無待深論。

## (二) 法定代理

監護人於一定限制內，行使負擔父母對於未成年子女之權利義務，已如上述，我民法復做瑞士及日本立法例，於第一〇九八條規定：「監護人爲受監護人之法定代理人」（瑞民第四〇七條、日民第九二三條）。良以受監護人能力欠缺，不能自爲法律行爲，而須由法定代理人代爲者有之，雖能自爲法律行爲，而須得法定代理人之允許者有之，未成年入既無父母，或均不能行使權利，負擔義務，故不能不明定監護人爲其法定代理人。（註一）雖然，在外國法律有明定須監護官廳之共同行動者（如瑞士），亦有明定於一定情形之下不得代理者（如蘇俄），我民法無此限制，自不能爲同一之解釋。至此之所謂代理，解釋上應係專指財產上之代理而言，與父母之爲未成年子女之代理同。關於此點，日本民法設有明文規定，可資參照。至關於身分上之行爲，我民法設有特別規定，須得父母之同意者（如民法第九七四條、第九八一條等），監護人亦有此權，自不待言。

（註一）我國民法學者，有批評第一〇九八條之設無必要者，如鍾者謂：「實則監護人行使負擔父母對於未成年子女之權利義務，既爲本法第一〇九七條所規定，而父母爲其未成年子女之法定代理人，第一〇八六條亦有明文，所以監護人爲受監護人之法定代理人，實

爲當然，本條之設，殊非必要」(羅氏前揭二七六頁又廣氏前揭八一頁)。

## 第二 關於受監護人財產上之事務

### (一) 財產之管理

監護既係親權之延長或補充，故我民法於第一一〇〇條第一項前段規定：「受監護人之財產，由監護人管理」。其立法趣旨，與第一〇八八條第一項同。惟在第一一〇八八條第一項所謂財產，係專指子女之特有財產而言。本條則不但受監護人之特有財產，即非特有財產，即因勞力或有償取得之財產，亦包含之。又在第一〇八八條第一項並未明言管理費用應由何處負擔，本條第一項後段則明定：「其管理費用，由受監護人之財產負擔」。蓋在監護關係終止時，監護人尙須爲財產之清算及移交，與父母管理未成年子女之特有財產有所不同故也。此之所謂管理，係包含保存行爲，利用行爲及改良行爲，與第一〇八八條第一項之解釋同。惟在外國法律關於監護人管理受監護人之財產，頗多限制，其限制最多者，莫如德國民法（德民第一八〇三條以下），日本民法次之（日民第九二六條以下），瑞士民法及蘇俄法律又次之（瑞民第四〇八條、第四一三條第一項及第四一四條等，蘇俄法律第九九條及第一〇〇條等），我民法則頗寬大，僅於第一一〇〇條第二項規定其注意義務云：「監護人管理受監護人之財產，應與處理自己事務爲同一之注意」。（註一）所謂與處理自己事務爲同一之注意，即惟對於重過失而負責任之意，其詳已於拙著中國民法債編總論中述之，茲不贅。關於此點，似係做日本民法，而實不同，蓋在日本民法須爲善良管理人之注意，即對於輕過失亦負責任（日民第九三六條），我則祇與處理自己事務爲

同一注意，必對於重過失始負責任故也。日本民法於父母管理未成年子女財產時，採重過失主義，於監護人管理受監護人財產時，採輕過失主義，頗有分稱，我則解釋上無所區別，似有未當。

(註) 邵憲章氏對於第一一〇〇條有所批評，略謂：「尙宜研究者，依日民九二九條規定，監護人對於受監護人之財產，爲：(1)營業，(2)利用元本，(3)信財或保證，(4)以不動產或關於重要動產之得喪爲目的之行為，(5)訴訟行為，(6)贈與和解或仲裁契約，(7)承認繼承或拋棄，(8)拒絕贈與或遺贈及受諾互擔附之贈與或遺贈，(9)新築改良增築或大修繕，(10)逾越第六〇二條所定期間之買賣借等行為，均須徵求親屬會議之同意，所以防護監護人之獨權致損害受監護人財產者，甚爲周密，民法較之，殊嫌過寬。」(邵氏前揭一八一頁)。

## (二) 財產之使用及處分

法律之設置監護人，本在行使負擔父母對於未成年子女之權利義務，然除一部分法定監護人外，其餘如指定監護人、選定監護人，其與受監護人之情誼未必甚親，故在各國法律爲保護受監護人之財產起見，有區別其爲動產不動產，而加以一定之限制者（如瑞士），有不問其爲動產不動產，凡屬重大關係之處分，須得親屬會議之允許者（如蘇俄），我民法則折衷其間，而於第一一〇一條規定：「監護人對於受監護人之財產，非爲受監護人之利益，不得使用或處分。爲不動產之處分時，並應得親屬會議之允許。」本條之立法趣旨，與第一〇八八條第二項似同而實異：(一)第一〇八八條第二項所謂財產，專指特有財產而言；此則特有財產，非特有財產皆包含之。(二)在第一〇八八條第二項，父母對於子女之特有財產，無條件的有使用收益之權；此則非爲受監護人之利益，不得使用及收益。(註) (三)在第一〇八八條第二項，父母處分子女之特有財產，不問動產不動產，祇須爲

子女之利益爲之即可；此則如爲不動產之處分，尙須得親屬會議之允許。我民法所以設此差別規定者，蓋父母之於未成年子女，與監護人之於受監護人，彼此之身分關係不盡相同故也。何謂使用、收益、處分，已於本書第三章述之；何謂不動產，拙著中國民法總論亦有詳明之解說，茲不贅。其必限於不動產之處分，始須得親屬會議之允許者，蓋又因不動產之價值通常較動產爲高故也。所謂允許，即事前同意之意。未經允許所爲之不動產處分，解釋上應認爲無效，自不待言。又係我民法第一一〇五條規定，上述使用及處分，「於與未成年人同居之祖父母爲監護人時，不適用之」。其立法趣旨甚爲明瞭，無待深論。

（註）我民法僅言使用，而不及收益，適用上頗屬疑問，余以爲依第一一〇一條之類推適用，應解爲與使用同。監護人對於受監護人之財產，非爲受監護人之利益，不得收益。但有謂：「收益行爲，已包括在第一一〇〇條所謂管理範圍之內」者（羅氏前揭二七四頁），此種解釋，未敢贊同。

### （三）受讓財產之禁止

受監護人之財產，應由監護人負責管理，已如前述，從而如許監護人得爲受讓，不無流弊，故在外國法律多採相對禁止主義，即監護人非得監護法院或親屬會議之許可，不得受讓受監護人之財產（德民第一八二三條、日民第九三一條）。（註）我民法則以監護人既爲受監護人之法定代理人，依據代理原則，自不得爲本人與自己之法律行爲（民法第一〇六條），此即所謂雙方代理之禁止（拙著中國民法總論三五四頁參照），故特於第一一〇二條設注意的規定曰：「監護人不得受讓受監護人之財產」。此之所謂受讓，自係指有償行爲而言，有償

行爲之受讓既所不許，無償行爲之贈與，不得有效爲之，自不待言。雖然，本條之設，原在防止監護人之自便私圖，然如以受監護人之財產付諸拍賣，監護人能否受，則屬疑問。關於此點，有謂監護人對於與受監護人之共有財產得爲買受者（柳川氏前揭四五二頁），願就我民法解釋，頗難贊同。又依我民法第一一〇五條規定，受讓財產之禁止，「於與未成年同居之祖父母爲監護人時，不適用之」。此又因與未成年同居之祖父母，與受監護人關係至切，故衡情酌理，無禁止其受讓財產之必要。

（註一）前大理院十年上字第六一三號判例：「監護人應代理被監護人爲財產上之行爲，若其於被監護人之財產有重大關係，或係自己受讓被監護人之財產而未經親屬會之允許者，得由監督監護人代爲監督人訴求撤銷」。依此判例，蓋探德、日立法例者也。

#### 第四項 監護關係終止時之事務

#### 第一 財產之清算

監護關係，一旦終止，監護人對於受監護人之財產，即喪失其管理權，從而除委託監護人應依委託契約辦理外，其他監護人自應爲財產之清算，以明責任。關於此點，各國法律多設有明文規定（德民第一八九〇條至第一八九二條，瑞民第四五一條及四五二條，日民第九三七條），我民法從之，亦於第一一〇七條第一項前段明定：「監護人於監護關係終止時，應即會同親屬會議所指定之人，爲財產之清算」。關於本條之適用，有應說明者三：（一）爲此財產之清算者，固爲監護人之本人，然如監護人死亡，依我民法第一一〇八條規定，此項清算，由其繼承人爲之，其須由繼承人爲之者，蓋因繼承人爲監護人之遺產繼承人故也。（二）受此財產之清算者，我民法未設

明文規定，第依第一一〇七條第一項後段類推適用，如尙有新監護人爲未成年人之監護，應爲新監護人，如受監護人業已成年，應爲受監護人，如受監護人業已死亡，應爲其繼承人。（三）財產之清算，監護人不得單獨爲之，必須會同親屬會議所指定之人，其立法趣旨與第一〇〇九條同，蓋所以期計算之嚴正及確實也。此外尙有兩種問題：（一）關於清算期間，我民法亦如德、瑞民法不設何種規定，但在他國有定爲自監護終止時起兩個月以內者（如日民），我民法固難與其爲同一之解釋，然爲監護人之責任計，應即趕速清算，實無可疑。（二）關於清算費用，我民法亦無何種規定，余以爲此項清算，係屬監護人管理受監護人財產之決算，其所需費用，實不外管理費用之一種，解釋上應由受監護人之財產負擔，是爲當然（民法第一一〇〇條第一項）。至如監護終止原因係由監護人之過失而生，其清算費用，應歸監護人自行負擔，又不待言。

## 第二 財產之返還

監護人於監護關係終止時，應爲財產之清算，已如上述，其清算結果，財產如有剩餘，自應如數返還，以資結束。（註一）顧關於此點，有以爲事屬當然，不設明文規定者，如日本民法及蘇俄法律，是有明定，其應爲返還者，如德國民法及瑞士民法是（德民第一八九〇條前段，瑞民第四五一條後段）。我民法雖未設明文，然就第一一〇七條第一項後段解釋，監護人應爲財產之返還，實無可疑。惟是如後所述，監護關係終止之原因頗不一致，其剩餘財產究應返還於何人？不無疑問。故我民法特於第一一〇七條第一項後段明定：「並將財產移交於新監護人。如受監護人已成年時，交還於受監護人。如受監護人死亡時，交還於其繼承人」。在第一種情事，係就監護關係相對的終

止時言之，在第二種及第三種情事，則係就監護關係絕對的終止時言之，其意義甚明，無待深論。惟在外國法律尚有規定，監護人應返還於受監護人之金額，應自監護清算終止時起附加利息；及監護人如爲自己利益，消費受監護人之金錢，應自消費時起附加利息，倘有損害，並應賠償者（日民第九四〇條），我民法無此規定，余以爲解釋上應屬相同，豈非如此解釋，即不足以充分保護受監護人之利益。

（註一）前大理院六年上字第八一七號判例：「監護人之監護權，應於被監護人已達成年時終止，但受監護人苟有浪費等情形，足爲限制能力之原因時，縱令已達成年，監護人爲保護其利益起見，自得請求親屬會爲之選定保護人，並於此保護人未經選定以前，對於被監護人得以拒絕財產之交付。」

### 第三 責任之繼續

監護關係終止時，監護人對於受監護人之財產，固應爲清算及返還，但其監護責任應至何時終了，則有疑問。關於此點，外國法律有須監護主管官廳爲監護人退職之宣告，其責任始爲終了者（瑞民第四五三條第一項），有準用關於委任終止或親權消滅之規定，於監護關係終止時，如有急迫情事，監護人及其繼承人或法定代理人，於受監護人及其繼承人或法定代理人處理監護事務以前，仍應爲必要之處分者（德民第一八九三條第一項，日民第九四一條）。在前之立法例，於有退職宣告時，即認爲責任終了；在後之立法例，則於監護關係終止時，即認爲責任終了，不過於有急迫情事時，尚須爲監護責任之延長。我民法則大體從前之立法例，於第一一〇七條第二項規定：「親屬會議，對於前項清算之結果，未爲承認前，監護人不得免其責任。」所謂不得免其責任，即監護責任



仍爲繼續之意。其與瑞士民法不同者，不過一以親屬會議承認清算結果爲已足，一則尙須監護主管官應爲退職之宣告耳。其必須親屬會議承認其清算之結果者，蓋關於財產之清算，既須會同親屬會議所指定之人爲之，復昇親屬會議以承認清算結果之權，更所以期決算之正確也。

#### 第四款 監護關係之終止

監護關係之終止，有絕對終止與相對終止之別，監護職務歸於消滅者，謂之絕對終止；監護職務並未消滅，惟監護人因更迭而終止其職務者，謂之相對終止。茲分述如左：

##### 第一 監護關係之絕對終止

- (一) 受監護人已達於成年，或雖未成年而已結婚時；
- (二) 受監護人已死亡時；
- (三) 受監護人被他人收養爲子女時；
- (四) 受監護人之父母不能行使負擔其權利義務之原因歸於消滅時；
- (五) 委託監護人經受監護人之父母解除其委託而自負責任時。

##### 第二 監護關係之相對終止

- (一) 監護人死亡或受死亡宣告時；
- (二) 監護人受禁治產宣告時；

(三) 監護人因正當理由辭職時；

(四) 監護人經親屬會議撤退時；

(五) 委託監護人經受監護人之父母解除其委託而另選他人時。

### 第三節 禁治產人之監護

#### 第一款 監護之開始

關於禁治產人之監護，顧名思義，自以有禁治產之宣告爲監護之開始。其以禁治產之宣告爲監護之開始者，蓋在受禁治產宣告之人，恆居心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己之事務，而其身體財產全賴他人爲之保護管理，與未成年人同，故各國法律皆爲其設置監護人（德民第一八九六條，瑞民第三六九條，日條第九〇二條第一項，蘇俄法律第一〇三條），我民法從之，亦於第一一一〇條規定：「禁治產人應置監護人」。何謂禁治產人，及其宣告程序如何，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。惟於此有一問題，卽此之所謂禁治產人，是否專指成人是？關於此點，我國學者之見解頗不一致，有謂專指成人者，有謂兼指成年人及未成年人者，依余所信，應以後說爲是。此因不但二者保護之目的不盡相同（民法第一一二條），且其終止之原因亦不一致，故不能謂未成年之禁治產人卽包含於未成年入監護之內。（註一）至在未成年人宣告禁治產時，其行親權之父母，是否當然易其地位而爲禁治產人之監護人，學說上亦有爭論，余則以爲依我民法第一一一一條之規定以爲解釋，並非當然

易位而爲監護人，不過於禁治產人無配偶時，自應以居於第二順位之父母爲其監護人耳。（註二）

（註一）黃右昌氏即謂專指成年人，略謂：「本條所謂禁治產人，係專指成年人而言，未成年人非無心神喪失及精神耗弱者，然已包含於未成年人監護之內」。並謂：「在外國法律有謂其爲成年人之監護者，殊不知禁治產人監護之明瞭，故爲本法所不採」（黃氏前揭八六頁）。一草第一四三條理由書與黃氏之見解同，亦謂「既係未成年人，即包在未成年監護之內。本書所採之見解爲多數說」（徐氏前揭一一二頁，鄒氏前揭一九〇頁，陶氏前揭二〇〇頁，陶氏前揭三二〇頁，鍾氏前揭二八四頁）。

（註二）余戰門氏謂：「有時即其行親權之父母易其地位而爲監護人」（余氏前揭一一二頁）。鍾洪聲氏並謂：「未成年入受禁治產之宣告者，其有父母或已設置監護人時，自應以其父母爲監護人，或即使原有之未成年人之監護人易其地位而爲禁治產人之監護人」（鍾氏前揭二八四頁）。兩說均未敢贊同。

## 第二款 監護人之選任及種類

### 第一 概說

未成年人之監護，以監護人爲其監護機關，已如前述，禁治產人之監護亦然。且亦依其選任之方法不同，可分爲指定監護人，法定監護人及選定監護人。但依民法規定，其順位與未成年人之監護有別，即以法定監護人爲第一順位，指定監護人爲第二順位，選定監護人爲第三順位。

### 第二 法定監護人

我民法第一一二條第一項第一款，第四款，係關於法定監護人之規定，其順位如左：

（一）配偶

我民法以配偶爲第一順位監護人者，蓋因配偶情誼最密，關係最切，其疾病之扶持亦以配偶爲便利及周摯也。但依司法院解釋，如其權利顯與禁治產人利害相反，仍以第二順位之父母爲其監護人（二二二院字第九六〇號解釋）。

### （二）父母

父母對於子女，雖情愛最密，關係最切，然疾病之扶持則不若配偶之便利，故我民法以其爲第二順位監護人。但在外國法律有以父母爲當然之監護人者（日民第九〇二條第一項參照，又前大理院十年上字第一六一一號判例亦謂先父或母依次始及於妻）爲我民法所不取。

### （三）與禁治產人同居之祖父母

本款之立法趣旨，與第一〇九四條第一款同，但在未成年人之監護，尙以不與未成年人同居之祖父母及伯父或叔父爲監護人，禁治產人之監護則否，此無他，蓋禁治產人之監護，重在護養療治受監護人之身體，如監護人非與受監護人同居，殊不足以盡護養療治之能事故也。至所謂祖父母，係包含外祖父母在內，已於前述，茲不贅。

### （四）家長

本款之立法趣旨與第一〇九四條第二款同，已於前述，可參照得之。

## 第三 指定監護人

我民法第一一一一條第一項第五款係關於指定監護人之規定，指定監護人者，即「後死之父或母以遺囑

指定之人」也。其立法趣旨與第一〇九三條同，第在未成年人之監護，係以之置於法定監護人之前，而此則以之置於法定監護人之後，此因未成年人之監護，乃親權之補充，故以特別尊重行親權人之意見為必要；宣告禁治產人則多為未成年人，已不在親權監護之下，故後死之父或母雖得指定監護人，而其順序則應以之置於與禁治產人同居之祖父母及家長之後，以示差異。

#### 第四 選定監護人

禁治產人應置監護人，固矣；然如既無法定監護人，又無指定監護人，則不可不設選定監護人以濟其窮，故我民法特於第一一一一條第二項規定曰：「不能依前項規定定其監護人時，由法院徵求親屬會議之意見選定之。」（註一）此即關於選定監護人之規定，其立法趣旨與第一〇九四條第五款同，但不同之點有二：（一）在未成年人之監護，其選定監護人由親屬會議為之；此則須由法院為之。其須由法院選定者，蓋因禁治產人之監護，以護養療治受監護人之身體為主，其人選如何，至關重要，故以選定之權，委諸法院，以昭慎重。（二）在未成年人之監護，其選定監護人，以由親屬會議為之為已足；此則尚須徵求親屬會議之意見。其須徵求親屬會議之意見者，亦所以昭慎重也。但徵求意見，與徵求同意不同，故如法院縱不採納親屬會議之意見，亦非違法。其所選定之人，自屬有效。

（註一）所謂不能依前項規定定其監護人，即不能依法定或指定定其監護人，其意甚明，但在我國學者有謂：「蓋以為法文內所謂不能定其監護人者，即已經親屬會議之選任，而意見衝突，卒不能定其監護人時，於是乎不能不由法院之干預其事而代為選任，非必親屬會議絕對無選任之權」（陳氏前揭二八七頁）。此種解釋與法文顯有不合，未敢贊同。

### 第三款 受監護人之護養療治

關於監護之事務，禁治產人之監護與未成人之監護，大體相同，但就關於受監護人身體上之事務言之，則屬有異，即在未成年人監護重在保護教養，俾其身心之發展，禁治產人之監護則重在護養療治，使其健康之回復，二者之趣旨既不相同，故我民法特從日本立法例，於第一一二條第一項規定：「監護人爲受監護人之利益，應接受監護人之財產狀況，議養療治其身體。」（日民第九二二條第一項）。所謂議養，即看護調養之意，所謂療治，即對於受監護人身心上之治療。顧所謂財產，非僅指禁治產人自身之資力而言，即禁治產人應受扶養時，其扶養義務人之資力亦包含之。其必接受監護人之財產狀況護養療治其身體者，蓋一則自積極言之，不必爲過度之支出，一則自消極言之，不可不爲必要之療養也。至其護養療治之方法如何，固得由監護人自由決定，然如將受監護人送入精神病院，或爲私宅監禁，則不可不有<sub>4</sub>一定之限制，以杜流弊，故我民法復從日本立法例，於同條第二項規定曰：「監護人如將受監護人送入精神病醫院，或監禁於私宅，應得親屬會議之同意。」（日民第九二二條第二項）。其須得親屬會議之同意者，蓋因此種重大處置，不但與療養費用有關，且恐對於受監護人之自由束縛過甚，致加重其身心之異狀也。關於此點，在外國法律有設複雜之限制者（蘇俄法律第一〇三條以下），亦有不設何種之限制者（瑞民第四〇六條），前者失之過嚴，後者失之過寬，均爲我民法所不取。雖然，本項之適用，以送入精神病院或私宅監禁得親屬會議之同意爲已足，若夫醫師之選擇，以及其他一切事務，監護人得以獨立之意思決定，自不待言。又本項限制係爲預防監護人之濫權而設，從而如監護人與受監護人<sub>4</sub>同屬天倫，則無必要，故我民法

特於同項但書明定：「但父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人時，不在此限。」（註一）

（註一）曹士彬氏謂：「按在配偶爲禁治產人之監護人時，送入醫院一點，似亦不可不受親屬會之監制。」（曹氏前揭三三四頁）其說可供參考。

#### 第四款 法條之準用及不適用

##### 第一 法條之準用

禁治產人之監護與未成人之監護，雖受監護人，一爲禁治產人，一爲未成人，但其爲監護則一，從而關於未成人監護大多數法條，均對於禁治產人監護有其適用，我民法爲避免規定重複起見，特於第一一三條第一項明定：「禁治產人之監護，除本節有規定外，準用關於未成人監護之規定。」所謂本節有規定，即第一一一條、第一一二條及第一一三條第二項之規定。準用與適用有別，已於拙著中國民法總論中述之，茲不贅。

##### 第二 法條之不適用

依我民法第一一〇五條規定，第一〇九九條及第一一〇一條至第一一〇四條等限制之規定，於與未成人同居之祖父母爲監護人時，不適用之，而於禁治產人之父母爲監護人時，衝情酌理，似亦不能獨外，故我民法特於第一一三條第二項明定：「第一〇九九條及第一一〇一條至第一一〇四條之規定，於父母爲監護人時，亦不適用。」以期一貫。

## 第五章 扶養

### 第一節 概說

#### 第一 扶養制度之演變

扶養制度，各國法律多是認之，我國亦然。第在三代以上，宗法盛行，尊祖敬宗，垂爲典則，敬宗所以收族，收族卽廣義之扶養也。三代以降，宗法漸廢，收族之制雖已不復存在，然一般賢士大夫不忍同一血統之支系，貧苦無所周卹，仍思有以提倡之，維繫之，如范文正公守鄉郡時，實行創設義田以贖宗族，其明證也。若夫扶養之見於法令者，遠者無論，姑就舊律言之，如：「凡子孫違犯祖父教令及奉養有缺者處罰」、「子孫游惰不營生贖養父母，因致父母自盡者，流三千里」（以上現行律訴訟門子孫違犯教令條律及條例）、「祖父母父母在，別籍異財，若奉養有缺」（現行律名例十惡十曰不孝注）。「凡祖父母父母在，子孫別立戶籍，分異財產者處罰」、「祖父母父母在，子孫不許分財異居」（以上現行律別籍異財條律及條例）。皆屬直接間接關於子孫扶養祖父母父母之規定。不過其範圍至狹，尙不足以盡孝弟敦睦之能事，（註一）現行民法，則一面參酌我國博施濟衆之固有美德，一面就舊律之扶養範圍略加擴充，而成爲現行之扶養制度焉。



(註) 現行德義法諸條例，載有凡無辜孤獨及篤廢之人，貧窮無親依倚，不能自存者，由所在官司收養，就律文觀之，既言無親依倚，由所在官司收養，即反面之有親依倚者，自應由親屬負扶養之責，然此係解釋問題，未足為廣範圍的親屬互負扶養義務之根據。

## 第二 扶養之意義及性質

扶養 (Unterhaltspflicht) 者，對於無力謀生或無力求學之一定親屬，本於身分關係，而供給其生活或教育費用之親屬法上之制度也。就此定義分析說明如左：

(一) 扶養係於一定親屬間存在。所謂一定親屬，即我民法第一一一四條所規定之各種親屬是。其詳俟後述之，茲不贅。從而如非一定親屬，縱有時發生扶養之權利義務，亦與親屬法上之扶養無關。關於此點，最高法院著有判例，可供參考。(註一)

(二) 扶養係於無力謀生或無力求學之一定親屬間發生。無力謀生，即不能依自己之財產或勞力維持生活之謂。無力求學，即不能依自己之資產受相當教育之謂。但就我民法第一一一七條第一項解釋，係僅指無力謀生而言，余則以為不能謀生，即包括無力求學在內。關於此點，德國及日本民法設有明文，可為解釋上之參考。(德民第一六一〇條第二項，日民第九五九條第一項)。

(三) 扶養係本於身分關係供給生活或教育費用。從而於一定親屬間本於契約關係供給生活或教育費用，則純屬一般之債權債務關係，不得以親屬法上之扶養目之。雖然，扶養雖本於身分關係而生，其受扶養之權利，固為一種親屬權，然其內容則在要求他人為一定之行爲，頗與債權相似，其結果仍可視為一種財產權。不過性

質上乃專屬於一身之權利，不得繼承、處分、扣押及抵銷耳。（註二）

（四）扶養係親屬法上之制度 所謂親屬法上之制度，有三種涵義：（一）所以別於道德上之扶養制度，即通常所謂博施濟眾，救困扶危是。（二）所以別於憲法上之扶養制度，即近代一般憲法所謂國民經濟的基本權是。（三）所以別於刑法上之扶養制度，即刑法第二編第二十五章所定之遺棄制裁是。

（註一）最高法院二〇年上字第二九九號判例：「念同宗之誼，而給與津貼，此種恩惠，應與行為，乃本於雙方之感情而生，於法原不能探為要求扶養之根據。」

（註二）前大理院六年上字第一一二三號判例：「凡養贖權利，其權利人不能率意捨棄，故養贖義務人縱得權利人之同意，將其權利加以讓與，而為公益計，究難認為有效。」

## 第二節 扶養之範圍及順序

### 第一款 扶養之範圍

#### 第一 概說

法律以禁止加害他人為原則，利益他人為例外，屬於原則者範圍廣，屬於例外者範圍狹，扶養在利益於他人，自屬例外規定，故其範圍不宜過廣，俾免養成社會依賴之惡習，以此一般立法例，一面承認扶養制度，一面則嚴定其扶養之範圍，如英、如德、如法，皆以配偶直系血親及一親等之直系姻親為限，其明徵也。（德民第一六〇一條、法民第二〇五條至第二〇七條）瑞士、日本及蘇俄等國法律始擴充至於兄弟姊妹間（瑞民第三二八條、日民第

九五四條第一項、蘇俄法律第五四條。日本民法，家長與家屬亦互負扶養之義務，其範圍較歐、美各國為廣，此則基於一國固有之社會組織所必然也。我民法則大體從日本民法，於一定親屬間互負扶養義務之點，係屬親屬制度的；於家長、家屬間互負扶養義務之點，則又為家屬制度的，我民法直可稱為二元主義的立法例。

## 第二 扶養之範圍

依我民法第一一四條規定，左列親屬互負扶養之義務：

### (一) 直系血親相互間

直系血親間，誼屬天倫，情義至厚，故應互負扶養之義務。所謂直系血親，即我民法第九六七條所定己身所從出，或從己身所從出之血親是。其為男系、女系，自然血統擬制血統，與夫同居與否，均非所問。又其親等亦無限制，上自高祖以上，下自玄孫以下皆屬之。惟就實際言之，曾祖能見及曾孫者已不多觀，事實上直系血親間之扶養不過及於四五世耳。直系血親間互負扶養義務，為各國法律之所同（但在蘇俄祇認父母、子女、祖父母、孫子女間之扶養），故我民法從之，然較之舊律僅子女對於父母、孫子女對於祖父母有奉養義務者，固已至為廣泛也。

### (二) 夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間

所謂夫妻之一方與他方之父母同居，例如子婦與翁姑同居，或岳父母與女婿同居是。夫妻之一方與他方之父母，係屬姻親關係，似無互負扶養義務之必要，然既屬同居，即無聽其凍餒之理，故我民法特從法、日立法例，明定其互負扶養義務焉。（法民第二〇六條、第二〇七條、日民第九五四條第二項。）

### (三) 兄弟姊妹相互間

兄弟姊妹係屬旁系血親，各國法律多不認其互負扶養之義務，我民法則以其誼屬同氣，關係至切，故特從瑞士及蘇俄立法例，明定其互負扶養之義務。顧所謂兄弟姊妹，有全血緣、半血緣之別，此之所謂兄弟姊妹是否兼指半血緣而言，頗屬疑問。余以爲半血緣如堂兄弟姊妹及表兄弟姊妹，應不包含在內，關於此點，我司法院著有解釋，可供參考。(註一)若夫半血緣之同父異母或同母異父之兄弟姊妹，則應解爲包含在內，關於此點，前大法院亦著有判例，可供參考。(註二)至收養之兄弟姊妹亦應同一論之，又不待言。

### (四) 家長家屬相互間

家長、家屬間既以永久共同生活爲目的同居一家，其關係之切，不問可知，故我民法特從日本立法例，明定家長、家屬互負扶養之義務。但在前大法院判例，其扶養範圍推及於同宗(三年上字第八七四號判例)，未免過於廣泛，故現行民法則以家長、家屬爲限，從而無家長身分者，對於同居親屬，固不負扶養義務，反是雖非親屬而同居一家，家長、家屬仍有相互扶養之權義焉。(註三)

凡在上述範圍以內者，均互負扶養之義務，亦即互有扶養之權利。我民法親屬編第五章標題僅稱扶養，而不如德、日民法稱爲扶養義務者，即此故也。(德民第四編第二章第三節、日民第四編第八章)。

(註一)司法院三二年院字第八九八號解釋：「民法第一一三八條關於遺產繼承人順序之規定，既列兄弟姊妹於祖父母順序之前，其所謂兄弟姊妹，自係指同父母之兄弟姊妹而言，同祖父母之兄弟姊妹，當然不包含在內。」

（註二）前大理院五年上字第八一三號判例：「姙嫁未嫁以前養贖之費，自應由各兄弟均負負擔，不能因有間母異母之分，而有所輕重。」  
（註三）最高法院十九年上字第二一九八號判例：「妻之財產，既沿於舊日習慣，在家長置妻之時，即認為家屬之一員，應負扶養之義務。」

### 第三 附論

各國法律皆有夫妻互負扶養義務之規定，我民法獨付闕如，實屬疏漏，其詳已於本書第三章述之，茲不贅。

#### 第二款 扶養之順序

##### 第一 扶養義務人之順序

扶養之範圍，已如上述，在互負義務者如祇一人，自無順序之可言，如有數人，則須明定何人應先履行此義務，以杜紛爭。故我民法特從日本立法例（日民第九五五條第一項），於第一一一五條第一項規定曰：負扶養義務者，有數人時，應依左列順序，定其履行義務之人。（註一）

（一）直系血親卑親屬 子孫應奉養其父母，祖父母，實為人倫之大本，故我民法以直系血親卑親屬為第一順序扶養義務人。

（二）直系血親尊親屬 父母祖父母對於子孫應負扶養義務，亦屬天經地義，故我民法以直系血親尊親屬為第二順序扶養義務人。

（三）家長 家長為一家之主，對於家屬自應先盡扶養之義務，故我民法以家長為第三順序扶養義務人。  
（四）兄弟姊妹 兄弟姊妹雖誼屬同氣，關係至切，然僅為旁系血親之二等親，故我民法以其為第四順序

扶養義務人。

(五) 家屬 家長既應扶養家屬，則家屬亦應扶養家長，第家屬扶養家長係屬變例，故我民法以其爲第五順序扶養義務人。

(六) 子婦女婿 子婦對於翁姑，女婿對於岳父母，情誼比較疏遠，且僅屬姻親關係，故我民法以其爲第六順序扶養義務人。

(七) 夫妻之父母 翁姑對於子婦，岳父母對於女婿，其所負扶養義務，自比子婦女婿爲輕，故我民法以其爲第七順序扶養義務人。

(註) 余戰門氏對於扶養義務之順序有所批評，略謂：「民法所定扶養義務之次序（中略）與我國之舊慣多不相合，例如同一直系血親卑親屬，若在昔日，固不獨出繼之男，即出嫁之女並其卑屬，不復再責以扶養之義務，而兄弟姊妹如非同居者，亦不能先於其他家屬而有扶養義務；至女婿之於妻之父母，固非同居不負扶養之義務，而子婦之於舅姑，則無論同居與否，除其夫及夫之兄弟外，應先於其他親屬而有相互扶養之義務者也。新舊觀念有若是之不同，則民法之改革，不免失之太驟，而於實行自必發生困難，致繼言也。」（余氏前揭八八頁）。

## 第二 扶養權利人之順序

扶養權利人有數人，而扶養義務人之經濟能力，若悉能扶養，自無先後順序之可言，如其經濟能力不足扶養其全體，則不能不確定何人應先享受扶養之權利。故我民法特從日本立法例（日民第九五七條第一項），於第一一六條第一項規定曰：受扶養權利者有數人，而負扶養義務者之經濟能力不足扶養其全體時，依左列順序，

定其受扶養之人：

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

上述順序亦本於自然之情理而定，如直系血親尊親屬以人倫之大本言，應先受扶養，故我民法以其爲第一順序扶養權利人。其餘各款試與前述扶養義務人之順序比較觀之，其立法理由即可瞭然，無待深論。

第三 扶養義務人或權利人同一順序或同一親等時其順序

於此問題，應分左列四方面說明之：

(一) 扶養義務人同一順序時

關於此點，我民法第一一五條第二項設有明文規定，即：「同係直系尊親屬，或直系卑親屬者，以親等近者爲先」。(自民第九五五條第二項) 例如父母對於子女爲直系血親尊親屬，祖父母對於孫子女亦爲直系血親

尊親屬，此時對於祖父母之扶養，應以父母爲先。蓋父母對於祖父母爲一等親，孫子女對於祖父母爲二等親，而以父母對於祖父母之親等爲近故也。直系血親卑親屬有數人時亦同。

#### (二) 扶養義務人同一親等時

關於此點，各國立法例頗不相同，有以平等負擔爲原則者（蘇俄法律第五二條），有依其經濟能力分別負擔者（日民第九五六條），我民法則從後之立法例，於第一一五條第三項規定：「負扶養義務者有數人，而其親等同一時，應各依其經濟能力分擔義務」（日民第九五六條）。例如甲有乙、丙兩子，若甲年需扶養費六百元，而乙有二千元之資力，丙有四千元之資力，依其經濟能力分擔義務，則乙每年應負二百元之扶養義務，丙每年應負四百元之扶養義務是。

#### (三) 扶養權利人同一順序時

關於此點，我民法第一一六條第二項設有明文規定，即：「同係直系尊親屬，或直系卑親屬者，以親等近者爲先」（日民第九五七條第二項）。如前例所示，父母先於祖父母，子先於孫是。蓋父母對於祖父母之親等爲近，子對於孫親等爲近故也。

#### (四) 扶養權利人同一親等時

關於此點，我民法亦於第一一六條第三項設有明文規定，即：「受扶養權利者有數人，而其親等同一時，應按其需要之狀況，酌爲扶養」（日民第九五八條第一項）。例如甲有乙、丙兩子，乙現入大學每年需教育費五百



元，丙現入中學每年需教育費二百五十元，如甲之經濟能力悉能負擔，此時按其兩子之需要狀況，則乙有受五百元之扶養權利丙有受二百五十元之扶養權利是。

### 第三節 扶養之要件

扶養制度，本屬變例，不但扶養範圍不可失之寬泛，即在扶養範圍之內，亦須具備相當要件，始能適用扶養之規定，庶幾不至強扶養義務人以難能，而在扶養義務人亦不至養成依賴之惡習焉。

#### 第一 扶養義務人之要件

在法律上互負扶養之義務者，於扶養權利人不能維持生活而無謀生能力時，固須負扶養之責，然如扶養義務人因負擔扶養義務，即不能維持生活，則此扶養義務人勢非輟轉要求他人之扶養不可，此在社會政策上實非所宜，故我民法時從德國立法例，於第一一八條規定：「因負擔扶養義務而不能維持自己之生活者，免除其義務」（德民第一六〇三條）。此種要件，我前大理院判例，亦已認之，而於扶養義務人之財力發生爭議時，並明示應按照審理事實之法則辦理，以昭公允。（註一）

（註一）前大理院四年上字第一九四〇號判例：「義務義務人如異養贖他人，則自己生活至有不能維持之情形者，亦得免除其義務」。又同號判例：「當事人於養贖人之財力發生紛議者，應按照審理事實之法則辦理」。

#### 第二 扶養權利人之要件

人貴自立，如不得已而受他人之扶養，亦應以一定情形爲限。顧所謂一定情形，各國立法例頗不一致，有限於不能維持生活者，如瑞士民法是（瑞民第三二八條但書）。有限於無謀生能力者，如德國民法是（德民第一六〇二條第一項）。有限於不能維持生活及無謀生能力者，如日本民法及蘇俄法律是（日民第九五九條第一項、蘇俄法律第四九條及第五五條）。我民法則從後之立法例，於第一一一七條第一項規定：「受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者爲限」。依此規定，則扶養權利人如能維持生活，固無須受人扶養，卽不能維持生活，而有謀生能力，亦無受人扶養之必要，蓋所以「獎進個人生活之獨立，限制親屬依賴之舊習」也（前法制局親屬法草案說明書）。但在外國法律尙有以非出於過失，爲受扶養之要件者，如德國民法如因素行上之過失陷於貧窮，僅得請求必需之扶養（德民第一六一一條第一項），日本民法兄弟姊妹間之扶養，惟於非因扶養權利人之過失而生不能生活時存在是（日民第九五九條第二項）。我民法則無此限制，從而扶養權利人之不能維持生活及無謀生能力，是否由於過失，在所不問。又依我民法第一一一七條第二項規定：「前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬不適用之」。此因敦尙孝友，爲我國家屬制度之美風，故我民法特設此例外規定，以明示之。此與蘇俄等國法律純從個人主義立場者，固不可同日而語者也。

#### 第四節 扶養之程度及方法

### 第一 扶養之程度

吾人生活上及教育上之需要，常因人而不同，從而關於扶養之程度，自須有一定之標準，似資準據，其標準維何，即我民法第一一一九條之規定是。依該條規定：「扶養之程度，應按受扶養權利者之需要，與負扶養義務者之經濟能力及身分定之。」本條應分兩層說明：（一）扶養之程度，應按扶養權利人之需要定之。關於此點，各國法律頗不相同，有按扶養權利人之身分定之者（德民第一六一〇條），有按扶養權利之生活定之者（瑞民第三二九條第一項），有按扶養權利人之經濟狀況定之者（蘇俄法律第四九條後段），有按扶養權利人之需要定之者（日民第九六〇條前段），我民法則從最後之立法例。依此規定以爲解釋，故如扶養權利人家徒四壁，或完全不能勞動，則其需要當爲生活費用之全部。或稍有財產，或略能從事勞動，則其需要自以補充其生活費用之一部爲已足。又所謂需要，不僅指衣食住行之日常生活費用而言，即治療疾病之醫藥費用，亦包含之。又所謂需要，不僅指生活費用而言，即求學所需之教育費用亦是。所謂求學，又不以小學教育爲限，苟其人之資質才能足以入中學、大學，其教育費用亦在需要之列。（二）扶養之程度，應按扶養義務人之經濟能力及身分定之。關於此點，各國法律亦不一致，有按扶養義務人之經濟狀況定之者（蘇俄法律第四八條後段），有按扶養義務人之資力定之者（瑞民第三二九條第一項），有按扶養義務人之資力及身分定之者（日民第九六〇條後段），我民法亦從最後之立法例。所謂經濟能力，即資力（Engl.）之意，故如扶養權利人每月縱需百元，而扶養義務人祇能負擔五十元，依其資力給與五十元之費用即可，非必爲百元之負擔。所謂身分，即地位之意，故如扶養義務人在社會上之地位甚高，則對於扶養權利人亦應爲相當之給與，彼此之自擁厚資而陷父母妻子於凍餒者，知所自反焉。雖然，扶

養之程度，以依上述標準決定爲已足，強令逾格周卹，則所不許，是不待言。（註一）

（註一）前大理院三年上字第九三九號判例：「親屬間之扶養義務，原有一定之範圍，不能由審判衙門以職權強制其逾格周卹。」

## 第二 扶養之方法

關於扶養之方法，各國法律常因社會之經濟情況而不同，德國民法，扶養費須以年金供給之，如有特別理由，則扶養義務人得請求以其他方法爲之（德民第一六一二條）。日本民法，扶養義務人或迎養扶養權利人於其家，或不迎養而給與費用，均無不可（日民第九六一條）。我國判例法上所宣示之方法，則不外下列二種：（一）按期給付費用；（二）設定養贍財產。（註二）其在後者，養贍財產之所有權仍屬於扶養義務人，而其管理權，使用收益權則屬於扶養權利人。（註三）現行民法則因社會經濟情況變遷無常，關於扶養方法不設何種限制，僅於第一二〇條前段規定：「扶養之方法，由當事人協議定之。」依此規定，則扶養義務人或邀請扶養權利人同居，給以食用；或任其異居，昇以月費；或提存現金，使支利息；或撥給田產，俾取子金，以及其他一切方法，均無不可。如無協議，或協議不諧，似應由法院依扶養權利人之請求，酌定扶養之方法，但我民法以爲此等事項，不宜由國家干涉，特於第一二〇條後段規定：「不能協議時，由親屬會議定之。」但如有不服，仍得訴請法院決定，自不待言。（註三）

（註二）前大理院四年上字第二〇二五號判例：「養贍方法，依通常情形論，固應由養贍義務人按時給付一定數額之金錢爲原則，惟因認成費，於日後養贍授受，空礙孔多，則在審判衙門自可據當事人之請求，判令酌給財產，以其收益，抵充養贍，俾免紛爭。」

（註三）前大理院三年上字第八三五號判例：「被養贍人就於養贍財產，僅能享受其果實，其所有權仍屬於設定贍財人。」又三年上字第七二三號判例：「被養贍人於贍田，僅有使用收益之權。」又四年上字第一七六號判例：「養贍義務人對於養贍權利人指定特定財

盡其義務者，則該財產之管理，原則即應屬之於養贍權利人。」

（註二）前大理院四年上字第二九六號判例：「扶養之方法，以由兩造協定為原則，惟有正當事由時，審判衙門得因扶養權利人之聲請而判定之。」

### 第三 扶養程度及方法之變更

扶養之程度及方法，既經決定，無論由於當事人之協定，親屬會議之決議，及法院之判決，自應切實履行，是為當然。但如事過景遷，現有情事已與前不同，能否請求變更，則屬疑問。關於此點，外國法律有惟扶養之程度及方法，係依判決決定時，如為其判決根據之情事發生變更，當事人得請求其判決之變更者（日民第九六二條），我民法則從探廣泛主義，而於第一一二一條規定：「扶養之程度及方法，當事人得因情事變更，請求變更之。」解釋上自不以扶養之程度及方法原由法院判決所決定者為限，即由於當事人之協定，親屬會議之決議者亦然。何謂情事變更，依判例法所示，係指「社會上經濟狀況發生重大變動」而言（註一）僅係疾病，尚「難援為扶養費用預算不敷之理由」（註二）所謂扶養程度之變更，例如扶養權利人之需要較前減少，或扶養義務人之實力有遜於前是。所謂扶養方法之變更，例如扶養義務人先係邀請扶養權利人同居，給以食用，嗣因同居不便，另行分居，界以月費是。又所謂當事人，係指扶養權利人及扶養義務人雙方而言，從而不但扶養權利人得因情事變更請求變更，扶養義務人亦得因情事變更請求變更。蓋所以期扶養之程度及方法與實際情事相合，並兼顧雙方當事人之利益也。（註三）至所謂請求，自係指請求他方當事人而言，如他方當事人不予同意，自可請求親屬會議定之，對於親

屬會議之決議，如有不服，得請求法院爲變更之裁判，又不待言。（註四）

（註一）最高法院十九年上字第二三八五號判例：「扶養義務人對於扶養權利人應給付之扶養費數額，已經法院判決確定後，除扶養權利人確能證明社會上經濟狀況發生重大變動，一般人日常生活所必要之費用急劇增加，致以前判定之數額顯形不足外，自不得無端率請增加。」

（註二）最高法院十八年上字第九三四號判例：「疾病非生活常態，原難於扶養費中預計，如遇有重大之疾病，祇可要求臨時開支，要據按爲扶養費用預算不敷之理由。」

（註三）前大理院八年上字第二二〇號判例：「養贖程度雖應以養贖權利人生活上之需要，及養贖義務人財產上之狀況爲準，但其初若已就養贖費用特別提留財產，而所提留之數額又係養贖義務人當時力所能任者，則除有合意外，自不能因養贖義務人嗣後之財產狀況有所變更，可以隨意削減。」此項判例，已難適用。

（註四）前大理院五年上字第十六號判例：「關於養贖方法之變更，如當事人間發生爭執時，得請求審判衙門妥爲判定。」

## 第五節 扶養之消滅

關於扶養之權利義務，外國法律有明定因扶養權利人或扶養義務人之死亡而消滅者（德民第一六一五條第一項一草，第一四五九條第二項），我民法則以其事屬當然，無待明定。良以扶養關係以身分存在爲前提，爲其前提之身分既已消滅，則附麗之扶養權義自應歸於消滅焉。（註一）惟於此有一問題，即在外國法律尚有明定：「扶養權利人之死亡時，埋葬費用，以繼承人不能支給爲限，應由扶養義務人負擔」者（德民第一六一五條第二項一草，第一四五九條第二項）。此因養生送死，人之大事，喪葬未終，不能藉口扶養消滅，諉其責任，故我國前

大理院亦以此著爲判例云。(註二)

(註一)前大理院三年上字第三〇六號判例：「養贍義務，至其須養贍之原因消滅時，亦即終止」。此之所謂終止，即停止之意，不可與消滅相混。

(註二)前大理院四年上字第一一六號判例：「兄弟雖經分財析居，而於父母之生前養贍，死後喪葬等費，除經特別約定者外，自應共同負擔。其承受夫分之子，始亦同」。

## 第六章 家

### 第一節 概說

#### 第一 家族制度之演變

關於家族制度之演變，徵之載籍，殊無明確之分野，顧就一般史乘考之，其演變亦有可得而言者：大抵（一）先由血族制度進於宗族制度；上古之世，多數氏族部落分布於黃河流域，擇其水草豐茂之區，從事耕作，此種部落，即爲同一祖先（*Stamm Vater*）所結合之血族團體，而以崇拜祖先爲其結合中心，是即所謂血族制度。降及有周，則因祖先之祭祀向以嫡長子孫主之，稱之爲宗，其他子孫皆以此宗子爲中心，以與於祖先之祀，即所謂「支子不祭，祭必告於宗子」者是也。以此，血族制度遂漸進而爲宗族制度。（二）次由宗族制度進於大家族制度：在昔宗子，必有圭田，采地，以贍族人，所謂「敬宗」、「收族」之義，卽在於此。顧自嬴秦以還，封建廢，世祿絕，宗法云云，僅存其表。迄於漢、唐，雖宗法不存，然去古未遠，儒者復從而鼓吹之，於是盛行所謂「累世同居」之大家族制度，如漢樊重三世其財，繆彤兄弟四人皆同財業，潁川韓元長兄弟同居至於沒齒，與夫唐張公藝九世同居，皆其著例也。（註一）以此例證，雖不能謂一般社會皆屬如此，然以理度之，我國社會組織已由宗族制度進於大家族制度，則可斷言也。



(三)復由大家族制度進於小家族制度。自宋以後，世風日嬗，大家族制度又復逐漸崩潰，如宋書周朗傳載：「士大夫以下，父母在兄弟異計，已十家而七，庶人父子殊產，亦八家而五。」其明證也。雖宋、元、明、清歷朝法制對於別籍異財，均垂為禁例，(註二)然習慣已成，莫可如何。其禁例最嚴者，吾人可以斷定大家族制度之崩潰必愈甚而愈速。時移勢易，雖有嚴刑峻罰，亦無補於由大家族制度之演變也。(四)現由小家族制度進於個人制度。有清末葉，海禁大開，一般民衆崇拜祖先之觀念既薄，而歐美之個人主義又從而鼓惑之，加以整個社會組織及經濟結構，因潮流所趨，均已頓易舊觀，即此小家族制度亦有日漸傾圮之勢，馴至流風所蔽，無法維持，此種現象，尤以通都大邑為最甚。現行民法雖猶追懷往跡，規定所謂家，然不但名存實亡，去古甚遠，即方之瑞士民法及日本民法之所謂家，亦迥不相侔。社會組織之演進如此，吾人創制立法，固不難於知所取舍也。

(註一)該條漢考有云：「世所傳義門，以唐張公藝九世同居為最，然不自張氏始也。後漢書：樊豐三世共財，經形兄弟四人皆同財業，及各妻妻，諸婦遂求分異，形乃閉戶自關，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。又陶淵明餓子書云：颶川韓元長，漢末名士，八十而終，兄弟同居至於沒齒，齊北紀幼春七世同財，家人無怨色。是此風蓋始於漢末。」

(註二)據宋史所載，太祖開寶元年六月，對於荆蜀人民，禁止與其父母及祖父母異居分財。同年八月，對川、陝諸州詔曰：「凡與父母別居分財者，處以死刑。」又真宗祥符二年正月詔曰：「凡有誘人子弟而害其家產者，處流亡罪。」元明、清律別籍異財均懸為厲禁，茲不備述。

## 第二 家制規定之得失

社會組織，已由家族制度進於個人制度，不但我國為然，即在歐美各國亦復如是，而於前清末年起草親屬法之始，即發生應採家族主義，抑探個人主義之問題，卒以「中國今日社會之實際情形，一身以外，人人皆有之家觀

念存」，毅然採取家族主義，而於親屬法上規定所謂家。(註二)第二次及第三次民法草案從之，及第四次親屬法草案，鑒於一般立法趨勢，始將家制一章廢除，而採純然之個人主義。家族主義與個人主義之利弊如何，自來學者頗多爭論，在贊成家族主義者謂：家族主義其利有二：得互助之益，一也；有天倫之樂，二也。在反對家族主義者則謂：家族主義其弊有三：在家族主義之下，足以長遊惰之風，阻上進之路，減少生產，增加消費，此經濟上之弊，一也；重家輕國，勇於私鬥，怯於公戰，此政治上之弊，二也；集素昧生平情感違異之人於一室，變起蕭牆，糾紛莫解，此社會上之弊，三也。反之，家族主義之利，即個人主義之弊，家族主義之弊，亦即個人主義之利。(註二)兩種主義之利弊如此，而於現行親屬法立案之際，幾於失所抉擇，嗣奉中央政治會議決定，以「我國家庭制度，為數千年來社會組織之基礎，一旦欲根本推翻之，恐窒礙難行，或影響社會太甚，在事實上似以保留此種組織為宜，在法律上自應承認家制之存在」(親屬法先決各點審查意見書第八點說明)。於是遵照此項決定，始於親屬法上特設專章規定所謂家。此種規定，是否妥當，與夫法條內容，是否充實，固大有問題也。(註三)

(註一)章瀾編禮記明謂：「中國編纂親屬律，應取何主義乎？中國今日社會實際之情形，一身以外，人人皆有之觀念，同住一家者為家，其統攝家政者為家長，現行於社會者，既全然是家族制度，不是個人制度。而家長家屬等稱謂散見於律例中頗多，又歷代皆有。調查戶口，編查戶籍之舉，凡所謂戶者，即指家而言，是於法律上又明認所謂家矣。以十八行省盛行家屬制度之社會，數千年之習慣如是，徵諸實際，觀諸歷史，中國編纂親屬律，其應取家屬主義，已可深信無疑矣。」

(註二)關於家族主義個人主義之利弊得失，鄧憲章氏論述頗詳。——法律評論第三〇六期鄧憲章氏論親屬草案採取個人制之當否，及同評論第三六五期鄧憲章氏論餘編參照。

(註三)主要親屬法上應採取家族制度，即家制者，爲黃右昌氏(新民法一策)實著對於國府法制局親屬繼承草案的批評和潘雲  
 照)及首都三五法學社(國社法學季刊第一卷第一號)對於民法親屬編先決各點意見書參照)贊成前國府法制局親屬繼承案  
 廢除家制者，爲邵憲軍氏及日人中島玉吉氏(法律評論第二八九期)批評中華民國民親屬法及繼承法草案參照)余因關於後取  
 者也(法律評論第三六七期)拙著「家制論」參照)。

### 第三 家制之立法本位

現代各國法律之採取家制者，惟日本民法、瑞士民法及巴爾幹諸國之法律，就其立法本位言之，日本民法大體以家長權爲本位，瑞士民法大體以共同生活爲本位，依日本民法，凡隸屬於同一戶籍者爲一家，而戶籍之編制，純以戶主爲本，戶主之親屬及其配偶而與其同居一家者，是爲家屬。家長對於家屬之權力極大，舉其著者言之，有所謂居所指定權、同意權、離籍權、復籍拒絕權、婚姻及收養撤銷權、養親死亡後之離緣同意權、禁治產準禁治產之宣告請求及撤銷權、監護及保佐權。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。戶主得任意決定其家籍，亦得任意變更其家籍，且得任意廢止其家籍(日民第七三二條以下)。(註一)依瑞士民法，凡經營家族之共同生活之人，或依法律、或依契約、或依習慣而有家長者，其人即有家長權。家長權所及者有二：一爲血親或法定親屬；一爲依契約關係經營家族的共同生活者，如雇工、學徒、用人及其他地位相似之人是。對於家屬之支配，應公平斟酌各當事人之利益，尤其家屬在教育上、職業上及宗教上享有必要之自由。家長對於家屬之財產應以與自己財產之同一注意保管之。家屬中之未成年、禁治產人、心神耗弱人如有損害行爲，家長非證明其在監督上已爲通常必要之注意，即應負責任。家長於家屬中有精神病及心神耗弱人時，應注意

其人本身或他人不致發生危險及損害。並應於必要時，通知管轄官廳爲必要之保護處分（瑞民第三三一條至第三三三條）。關於家制立法，既有兩種不同之本位，我親屬法應採何種本位？頗屬問題。中央政治會議幾經考慮，始決定下列之原則曰：「家制之規定，應以共同生活爲本位，置重於家長之義務」。其說明有云：「承認家制存在之目的，要爲維持全家共同生活起見，故應以家人之共同生活爲本位，而不應以家長權爲本位。（中略）我國習慣注重家長之權利，而漠視其義務……殊與現在情形不合，故於維持家制之中，置重於家長之義務」（中政會親屬法先決各點審查意見書第九點及其說明）。其見地固甚允當，但細釋法條內容，則與瑞士法制大相徑庭，要難免於非議也。

（註一）日本民法所採之本位，與羅馬法頗相近似，在普羅馬法，父有家長權（*Patria potestas*），家長對於家屬，有生、死權及無限繼承權。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，地位與子女同。家屬之子，不隸於其父，而隸於家長（日本國家學雜誌第四三卷第一一號至第四四卷第四號原田氏羅馬之家族論文參照）。

#### 第四 我國古代之家與舊律之家

家族制度在我國社會盤據最久，現行親屬法已就家制定爲專章，且採共同生活本位矣，然在現行法所定之家與我國古代之家及舊律之家殊不相同，不可不辨。

##### （一）古代之家

我國古代之所謂家，與宗法制度相爲依倚，即所謂齊宗於家者是也。其由家所生之關係，徵諸載籍，不外下列

之五端：(一)主持祭祀。傳曰：「支子不祭，祭必告於宗子。」而宗子實爲一家之長，故祭祀以家長爲之爲原則。(二)管理家產。禮內則：「子弟無私財，無私器，無私貨，不敢私假，不敢私與。」蓋子弟不得私有財產，而財產當總攝於一家，故一切所有，皆爲家財。(三)教育子弟。禮曰：「古之教者，家有塾，黨有庠，州有序，國有學。」蓋一家之子弟，必由一家督率而盡教之，故子弟有不率教者，卽父兄之責。(四)計家受田。孟子曰：「方里爲井，井九百畝，其中爲公田，八家皆私百畝，同養公田。」蓋計家而受田，八口之家，受田百畝，家長之外，則爲餘夫，僅受田二十五畝，而附於本家之內，不得自爲一家。(五)負擔賦役。周禮小司徒：「乃均土地，以稽人民，而周知其數，上地家七人，可任也者家三人，中地家六人，可任也者二家五人，下地家五人，可任也者家二人，凡起徒役，毋過家一人，以其餘爲羨，惟田與追胥，竭作。」載師：「凡民無職事者，出夫家之征。」註：「夫稅者，百畝之稅，家稅出土徒車轡，給徭役。」春秋魯哀公作田賦，杜預註曰：「邱賦之法，因其田財，通出馬一匹，牛三頭，今欲別其田及家財，各自爲賦，故名田賦。」蓋古之賦役，皆對於家而徵賦之，故力役則視其家可任之人，田賦雖視其田及家財而分別徵收之，然田爲一家所有，對於田而徵收，仍爲對於家而徵收。由是觀之，古代之所謂家內之則，主持祭祀，管理家財，教育子弟，外之則收受田畝，供給賦役，實爲對於國家之重要組織焉。

(二) 舊律之家

上述之家，乃就古代載籍爲之詮釋，家之見於法律者，當自唐律始。宋、元、明、清歷代律例一以唐律爲歸，遠者無論，請論其近者，考大清律例關於家之規定，約有四端：(一)戶律戶役脫漏戶口條曰：「凡戶全不附籍，有賦役者，

家長杖一百。』是一家之人，皆應附屬於戶籍，若有脫漏，則爲家長之責。(二)戶律隱蔽差役條：「凡豪民，令子孫弟姪跟隨官員，隱蔽差役者，家長杖一百。」是一家之男子，皆應供應差役，若令其跟隨官員，爲隱蔽之行爲，亦惟家長是問。(三)欺抗田糧條輯註曰：「一戶人口，家長爲主，若言家長者，卑幼無立戶之義，隱瞞詭寄，非家長所犯，而誰能主之？」是田糧亦以家長爲主，若有欺隱，則罪坐之。(四)戶律別籍異財條輯註曰：「家政統於家長。」蓋一戶人口，家長爲主，立戶有禁，擅用示罰，故所有錢財，家長專之。夫家長對於國家，既負有附籍應役納糧之義務，故對於一家之人，即享有教訓約束其財之權利。蓋家長介於國家與個人之間，實隱然自有其權力，而國家亦樂以權力予之，使其自治於家之內，而成效於國之外者也。

古代之家與舊律之家，已如上述，其無嘗於現行民法上之所謂家，甚爲顯然，家族制度爲我國數千年來社會組織之基礎，是則是矣，然如現行民法所定之家，謂爲「瑞士家制之餘唾」，「我國家制之殘骸」，似非過論也。

(註一)

(註二)本段係由拙著家制論抽出，原文對於歷次草案均有所批評，特摺入本書附錄，藉供參考。

## 第二節 家之組織

### 第一款 概說

#### 第一家一般的觀念

家之一字，考之我國載籍，約有下述四種不同之涵義：（一）家者，人之居也。此爲家字最古之意義。如說文解字：「家，居也。從豕省聲。」段玉裁釋之曰：「竊謂此家本義，乃家之居也。引伸假借以爲人之居。字義之轉移多如此。牛居也。引伸爲所以拘罪之墜牛，庸有異乎？」卽其明證。（二）室內曰家。如爾雅釋宮：「牖戶之間謂之扃，其內謂之家。」又如詩經蘇：「古公亶父，陶復陶穴，未有室家。」傳曰：「古公處豳，狄人侵之，（中略）去之，踰梁山，邑於岐山之下，豳人曰：『仁之君，不可失也。』從之如歸，陶其土而復之，陶其墻而穴之，室內曰家。」此家之另一義也。（三）男女居室謂之家。如詩經行露鄭註：「夫家疏曰：『我豈不欲與汝爲室家乎？』又禮記地官媒氏：『無夫家者』之釋文曰：『是男無家，女無夫，男女相對，男稱女爲家，所以成家。周禮云：『夫家之素養也。』」此家之又一義也。（四）父子兄弟夫婦共同生活團體謂之家。如易家人卦彖曰：「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。」及孟子所謂「八口之家」，「數口之家」，亦卽此意。通常之所謂家，殆卽指最後之義言之也。

## 第二 民法上家之意義

在民法上之所謂家，亦因各國立法例而不同，有採形式主義者，如日本民法是。卽凡隸屬於同一戶籍者，謂之家（日民第七三二條）。有採實質主義者，如瑞士民法是。卽惟經營共同生活之親屬團體，始謂之家，其隸屬於同一戶籍與否，在所不問（瑞民第三三一條）。我國舊律之所謂家，亦以編入同一戶籍者爲準，而編入同一戶籍者，則又有一定之限制（現行律戶役門脫漏戶口及人戶以籍爲定各條參照），蓋兼採形式主義及實質主義者也。

現行民法則捨形式主義，採實質主義，而於第一一二條規定曰：「稱家者，謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體」也。依此定義，可分左列數點言之。

(一) 家者，團體也。所謂團體，自為人與人之結合體，而非個人，固不待言；然於此有問題者：(一) 此之所謂團體，究為法人的團體乎，抑為合夥的團體乎？關於此點，因今昔之法律規定而不同，即在我國舊律，如前所述，係以家為獨立之人格者，故家能獨立享權利，負義務；今則組成家庭之各個分子，雖為親屬法上之家屬，然係各別獨立享權利，負義務，而別無承認家為人格者之規定，是家之為家，初不能以法人的團體目之也。(二) 又家既為一種團體，是否以二人以上為必要？關於此點，在解釋上亦有爭論，余則以為就一般常態言之，家之組成固多為二人以上，然有時僅祇一人，亦不失其為一家，例如家屬全行死亡，祇餘家長一人，或一家屬從本家分離獨立一家而無其他親屬是。(註一)

(二) 家者，親屬團體也。所謂親屬團體，即由血親或姻親關係結合而成之團體。家既為親屬結合而成之團體，於是可知家之為家，係由兩種關係交織而成，即就橫的方面言之，為親屬與親屬之關係，就縱的方面言之，則為家長與家屬之關係，由此兩種關係相互交織，則成為家的關係焉。顧所謂家為親屬團體，係就原則而言，亦有雖非親屬，而以永久共同生活為目的同居一家，視為家屬者（民法第一一二三條第三項），其詳俟後述之，茲不贅。

(三) 家者，以永久共同生活為目的而同居一家之親屬團體也。所謂永久同居，指有永久同居之意思及永久同居之事實而言。但所謂永久同居之意思，以有此意思為已足，故縱暫時異居，而仍有同居之意思者，仍不失



爲有永久同居之意思。又所謂永久同居之事實，亦非毫無間斷，故縱暫時異居，而常有同居之事實者，亦不失爲有永久同居之事實（拙著中國民法總論九七頁）。惟所謂以共同生活而同居，是否兼指同居共財而言，抑係專指同居而言，一般民法學者頗有爭論，余則以爲我民法雖無關於家財之規定，然在事實上多有家財以維持一家之生活，故在解釋上應以前說爲是。（註二）不過自無礙於一般家屬之保有私財耳。

（註一）關於此點，曹士彬氏與本書見解有異，略謂：「團體云者，雖不限於一定之人數，要不能以一人而構成，故若事實上僅有家長或家屬一人，則不成爲團體，似不應認爲家屬存在。蓋民法上之家，非指抽象的系統也。」（曹氏前揭三五七頁）。余竊謂：氏與本書同說（除氏前揭一〇五頁）。

（註二）關於此點，曹士彬氏亦持異說，略謂：「此所謂以共同生活爲目的，應解爲同居共財，而互相扶助之謂，不包含共財在內。蓋民法於夫妻同財產關係，親子同財產關係，均有明文規定，應適用各該規定。至家長家屬之財產關係，並無規定，即家長對於家屬之權利範圍，在本章內亦欠明確，且民法以推定家長爲原則，爲家長者容爲卑輩，若認家長有掌握一切財產權，按諸習慣，亦望礙難行也。」（曹氏前揭三六〇頁）。我國職籍及舊律，均解同居爲同財共居，如漢書、唐律、大清律例、大清律例註：「同居謂……見與同居業者，若今皆同籍及同財也。」又唐律名例律疏議亦謂：「同居，謂同財共居。」本書從之。

### 第三 家之組織分子

關於家之組織分子，我民法設有明文規定，即依第一一二三條第一項「家置家長」。又依同條第二項「同家之人，除家長外，均爲家屬」。此即明示家長家屬爲家之組織分子者也。茲分款說明如左：

#### 第二款 家長

#### 第一 家長之名稱

家長者，管理家務，居於一家領袖地位之首長也。即羅馬之家父（*pater familias*），日耳曼之共同始祖（*stamm vater*），及日本之戶主是。（註一）我國舊律通常指統轄家政之人爲家長，如現行律戶役門脫漏戶口條輯註有曰：「一家之事，由家長爲主」。歐陽田糧輯註有曰：「一戶人口，家長爲主，所有田糧，家長主之」。又別籍異財輯註有曰：「家政統於家長」。即其明證。現行民法從之。但在舊律家長一語，尚有兩種別義：（一）對於妾常稱家長；如妾爲家長服圖輯註：「妻則稱夫，妾則稱家長」是。（二）對於雇工亦稱家長；如關廠律雇工人廠家長條：「凡雇工人廠家長及家長之尊親者外祖父母者，徒三年」是。前者所以定名分，後者所以別階級，與家長本義迥不相同，不可不辨。又在舊律，家長常爲對外之稱，謂對於家屬則稱祖父母，父母或尊長，蓋又所以明其尊卑之誼者也。現行民法則無此區分。無論對內對外皆稱家長焉。

（註一）日本亦嘗稱家長，如日本紀顯宗紀顯宗天皇壽詞：「築立稚室葛城，築立柱者，此家長御心之鎮也。取舉棟梁者，此家長御心之林也。取置棟樑者，此家長御心之齊也。取置簷蓋者，此家長御心之平也」是。又我國舊律亦嘗稱戶主，如唐律疏議戶婚律：「戶主不充者，皆四十一」是。

## 第二 家長之種類

關於家長之種類，依我民法第一一二四條前段所定，可分爲左列之二種：

### （一）推定家長

在我國舊律，家長通常以男子之最尊長者爲之，如現行律關廠律奴婢家長條輯註云：「祖在，則祖爲家長；

父在，則父爲家長」是。現行民法則一反舊律，以推定家長爲原則，而於第一二四條前段明定：「家長，由親屬團體中推定之」。其由親屬團體中推定者，蓋家之爲家，純爲維持永久共同生活之目的而成立，如無此目的，則無組織此種同居集團之必要，故關於管理家務之家長究以何人爲宜，自應視組成此家之各員自由意思以爲定。（註一）惟應如何推定，則法無明文，解釋上頗屬疑問。余以爲依照一般通例，用選舉、抽籤、拈鬮或其他協議方法，均無不可。又有此推定權者，自以有識別能力之親屬爲必要，否則對於被推定者之能否勝任將無所抉擇也。至被推定者之性別如何，（註二）尊卑如何，長幼如何，（註三）法無明文限制，自應依推定權人之自由意思以爲決定，又不及待言。

## （二）法定家長

所謂法定家長，卽於無推定或推定不諧時，法律所定之當然之家長。何人爲法定家長，我民法第一二四條前段設有明文，卽：「於推定時，以家中之最尊輩者爲之。尊輩同者，以年長者爲之」是。尊輩對卑屬言，現行律卑幼私擅用財條轉註：「父輩曰尊，而祖輩同；子輩曰卑，而孫輩同」所謂尊輩者，蓋純就親屬之身分以立論者也。顧一家之中，尊輩不祇一人，則如父母對於子女爲尊輩，如父母在，則祖父母又爲尊輩之尊輩，依民法所定，家長應以最尊輩爲之，此時自應以祖父母爲家長。但家政應統於一尊，爲之家長者，亦應爲一人，如前例所示，祖父母俱爲最尊輩，則不可不有一選擇之條件，故民法特定尊輩同者，以年長者爲之，此時如祖父長於祖母，固應以祖父爲家長，反之如祖母長於祖父，則應以祖母爲家長。惟如祖父母年齡相同，則法律已窮，依余所信，自不外以協議定之耳。（註四）

〔註一〕余戲門氏對於推定家長有所批評，略謂：「夫家既爲親屬集合之團體，則家長自應俟其親屬之尊卑長幼以定之，最爲適宜，乃民法改以推定爲原則，而於其推定之方法又未規定，殊覺其不當。」（余氏前揭一〇七頁）此種批評，頗堪注意。

〔註二〕中央政治會議親屬法洗滌各點第九點：「家長不論性別」，其說明有云：「我國……惟男子有爲家長之資格，而女子則無之，殊與現在情形不合，故……明定家長不論性別」。實則在我國舊律女子亦得爲家長，如唐律所謂「女戶」是。不過須於家無男子時，始得由女子爲之耳。

〔註三〕曹士彬氏謂應限於成年，略謂：「被推定之人，雖不限定尊輩年長之人，應解爲須爲成年人，否則不免與親權衝突。我國學者有不同年齡長幼者，愚所不取。」（曹氏前揭三六二頁）。

〔註四〕於此尚有兩種問題：（一）尊輩尙未成年，而卑屬則已成年，將以尊輩爲家長乎，抑以卑屬爲家長乎？余以爲解釋上應以成年之卑屬爲家長，蓋不知此，則實際上勢多不便故也。（二）兄弟同居，而有長幼，而無尊卑，將以兄爲家長乎，抑以弟爲家長乎？余以爲依我民法第一二四條立法精神解釋，應以兄爲家長爲適當。

### 第三 家長之代理

家長於無推定時，應由最尊或最長者爲之，已如上述。然在最尊或最長者不能管理家務者有之，不願管理家務者有之，此時究應如何解決，實屬問題。關於此點，外國法律有探隱居制度者，家長一旦隱居，則另由他人從而代之，已則居於家屬之地位（日民第七五二條以下）。此種制度，不但與我國習慣不合，即在日本亦多流弊（穗積氏前揭一七三頁參照），故我民法擬而不取，而依一般法理採取代理之辦法。即依第一二四條後段規定：「最尊或最長者，不能或不願管理家務時，由其指定家屬一人代理之」。所謂不能，指事實上之不能而言，如年老力衰不堪繁劇之類是。所謂不願，以不欲就任家長爲已足，其所持之理由如何，則非所問。至被指定者之性別如何，尊卑

如何，長幼如何，亦與指定無關。惟既係代理，則不過假家長之名，代為管理一家之事務，並非已身為家長，又不待言。

### 第三款 家屬

#### 第一家屬之名稱

家屬者，隸屬於一家長之下之家族也。在瑞士民法稱為 *Famille*，日本民法稱為家族，（註一）我國舊律則通常稱為家口，或家人。家口，指同居之父、祖、妻、妾、子、孫而言，即唐律疏議所謂「同居家口」，與夫現行律所謂「家口」，父、祖、妻、妾、子、孫，是其稱家人，則包含奴婢在內，唐律疏議謂：「家人不限良賤」。現行律刑律受贓家人求索條註云：「家人，指官吏之兄弟、子姪、奴僕皆是」。其明證也。現行民法所謂家屬與舊律有別，即凡隸屬於一家長之下之家族皆是，其為親屬與否，與家屬之身分無關。

（註一）在日本民法所謂家族，有兩種意義，即一為家族團體之意義，一為非家長之家之組織分子之意義，通常所謂家族，指後者而言。

#### 第二 家屬之種類

關於家屬之種類，依我民法第一一二三條第二項及第三項所定，可分為左列之二種：

##### （一）基本家屬

我民法第一一二三條第二項規定：「同家之人，除家長外，均為家屬」。此即所謂基本家屬或正家屬。此種家屬，依第一一二三條及第一一二三條第三項解釋，其必為以永久共同生活為目的而同居之親屬，固無可疑；惟所

謂親屬，究係專指家長之親屬乎？抑不但家長之親屬，卽家屬之親屬，亦爲此之所謂親屬乎？法意欠明，不無疑問。依余所信，應以前說爲是。蓋如依後說，則是已生子女之妾，不問其夫及夫之正妻是否亡故，及其家有無其他家屬，均爲基本家屬矣。此外有謂基本家屬係專指家長之血親及血親之妻者（余氏前揭一〇七頁），余則以爲我民法所謂親屬，係兼指血親及姻親而言，此種限制解釋，是否允當，頗有問題。

## （二）附屬家屬

在我國舊律所謂家屬，以親屬爲限，如現行律脫漏戶口條律載：「若將他人隱蔽在戶不報，及相冒充戶附籍，有賦役者處罰。」註云：「他人者，所以別於親屬也。既非親屬，不得同居，應當別立戶籍。」卽其明證。現行民法則以其失之過狹，特於第一一二三條第三項規定：「雖非親屬，而以永久共同生活爲目的同居一家者，視爲家屬。」此卽所謂附屬家屬，亦稱擬制家屬或準家屬。附屬家屬可分爲左列數種：

### （甲）妾

無論其爲家長之妾及家屬之妾，其與家長或家屬既非配偶，自不得謂其爲親屬；然在事實上得妻之允許，而與「家長」以永久共同生活爲目的同居一家者，亦非無之。此時自應視其爲家屬。關於此點，司法院著有解釋，可供參考。（註一）

### （乙）童養媳

關於童養媳制度，雖爲法律所不認，然在事實上童養他人之女以爲媳者，實所常見，其被童養之人既未與

其未婚夫結婚，其非親屬，固不待言；但如係以永久共同生活爲目的同居一家，亦有視爲家屬之必要。關於此點，可法院著有解釋，可供參考。（註二）

（丙）過門守貞之子婦

過門守貞，我國習慣上亦常有之，即現行律戶役門立嫡子違法條例所謂「已聘未娶，媳能以女身守志者」是也。於此場合，其未婚夫已死，雖至男家扶靈成婚，然究非配偶，自不得謂其爲親屬；惟既係以永久共同生活爲目的同居一家，在解釋上亦應視其爲家屬焉。關於此點，可法院亦著有解釋，可供參考。（註三）

（丁）奴婢

我國舊律所謂家人，包含奴婢在內，已如前述。蓄奴養婢，固于禁例，然在事實上此種惡習，亦隨處有之，其與蓄養之家雖無何種親屬關係，然此等之人多屬無家可歸，如係以永久共同生活同居一家，在解釋上自以視爲家屬爲適當。

此外，學者解釋我國民法，有以後妻之前夫所生之子女，視爲家屬者（余氏前揭一〇八頁、陶氏前揭二三六頁、黃氏前揭九九頁、鍾氏前揭三一九頁），余則以爲不能一概而論，即隨母改嫁之子女，如係親生子女，對於夫方係屬配偶之血親，固應認爲基本家屬，即非親生子女，即隨繼母改嫁之子女，對於母方係屬姻親，如母爲家長，亦應爲基本家屬焉（同說曹氏前揭三六六頁），又在瑞士民法尙以學徒及使用人等視爲家屬（瑞士第三一三條第二項），就我民法解釋，殊難苟同，蓋此等之人純爲僱傭契約關係，不能認爲有永久共同生活之目的也。（註四）

〔註二〕司法院二二年院字第七三五號解釋：「妾雖爲現行民法所不規定，惟妾與家長既以永久共同生活爲目的同居一家，依民法第一一三條第三項之規定，應視爲家屬。」

〔註二〕司法院二二年院字第九五九號解釋：「男女訂有婚約，當未結婚時，對於其父母不生親屬關係，設女因事故墮胎，男若死亡，其婚約當然消滅，惟女與男之父母若原有永久共同生活之意思，即應視爲家屬。」

〔註三〕司法院二〇年院字第五六〇號解釋：「丙與甲之子雖未成婚，甲子死後，丙既以永久共同生活爲目的與甲同居一家，自爲甲之家屬。」

〔註四〕徐讜門氏尙以女婿視爲家屬，略謂：「女婿雖非招贅，而與岳父母相爲依倚者亦有之，此種女婿，應認爲家長之準親屬。」（徐氏前稿一〇八頁）此係僅以家長之血親及血親之妻爲基本家屬當然之結果，如俟本書基本家屬兼指家長之血親及姻親而言，則女婿亦爲基本家屬焉。

### 第三 家屬身分之取得

家屬之種類已如上述，關於家屬身分之取得，亦有可得而言者，茲述如左：

（一）出生 子女出生而與父同居者，爲父之家屬。父爲贅夫，則爲母之家屬。父如不明（如未經生父認領之非婚生子女），亦爲母之家屬。

（二）婚姻 妻因婚姻而入於夫家，爲夫家之家屬。贅夫因婚姻而入於妻家，爲妻家之家屬。如因婚姻消滅而各回本家，則又爲其本家之家屬。

（三）收養 養子女自收養關係成立之日起而入於養家，爲養家之家屬。如因收養關係終止而回其本家，則又爲本家之家屬。童養媳亦同。



(四) 還俗 爲僧尼道士女冠，稱之爲出家或入道，男女因出家即脫離其本家而入於僧道籍，固不待言；但如僧道還俗，還歸其本家，則解釋上自應爲本家之家屬焉。

以上係就家屬身分之取得立論，至家屬身分之喪失，則可依此類推，茲不多贅。

### 第三節 家務之管理

#### 第一 概說

在我國舊律，關於家長之權力至爲強大，已如前述。即歷次民法草案，亦多從日本立法例而有若干家長權力之規定，就中尤以第三次民法草案爲最詳（三草第九條以下）。現行民法則因立法原則曾明示應（置重於家長之義務）（親屬法先決各點審查意見書第九點），故除受扶養權（民法第一一六條第一項第五款），令家屬分家權（民法第一一八條）及家務管理權（民法第一一五條）外，別無關於家長權力之規定。就立法趨勢立論，家長權力過大，固非所宜，然如毫無權力，則家之爲家，雖有精明強幹之家長，恐亦無法維持。此種立法例是否妥當，實屬疑問。關於受扶養權，已於前述，關於令家屬分家權，則俟後述之，茲惟就家務管理權說明如左。

#### 第二 家長之家務管理權

依民法第一一五條規定：「家務由家長管理」。此即家長之家務管理權。家務之必由家長管理者，蓋家長爲居一家領袖地位之首長，以其管理家務，即舊律所謂「家政統於一尊」者是也。何謂管理家務，我國學者之

意見頗不一致，有謂係僅指處理共同生活之日常普通事務者（曹氏前揭三六三頁），亦有謂凡保存利用家財並處理家屬之共同事務皆屬之者（余氏前揭一〇六頁）。依余所信，應以後說爲是。蓋在現行民法雖無關於家財之規定，然爲維持一家之共同生活而置有家財，自爲法之所許，解釋上既許其置有家財，則其家財之管理，自應由於家長，又屬當然。關於此點，我國舊律設有明文，可供參考。（註一）至何謂管理，本書已一再言之，茲不贅。一家之家務，固應由家長管理，然如責令家長事必躬親，亦殊不便，故同條但書規定：「但家長得以家務之一部，委託家屬處理」。所謂以家務之一部委託家屬處理，例如家長不精於出納，而以家屬之一員當家庭會計之任是。惟既屬委任處理，而管理家務之權仍屬之家長，自不待言（民法第五二八條以下參照）。

（註一）家財一稱家產，所謂家產，卽一家祖若父所遺留之財產，其種類有二，一爲關於祖先祭祀或一家公益之財產，如祠堂墳墓禮儀等，等是，一卽其他之財產。在我國舊律，家產卽由家長管理，如現行律學源流法條律：「凡同居卑幼，不由尊長，私擅用家財財物者，處罰」。註云：「卑幼與尊長同居共財，其財總攝於家長，而卑幼不得自專」是。

### 第三 管理家務之注意

一家之家務，應由家長管理，已如上述，然如家長任情爲之，置家屬全體利益於不顧，能與組織家庭之本旨，顯不相容，故我民法特從瑞士立法例，於第一二六條規定：「家長管理家務，應注意於家屬全體之利益」。（瑞民第三三二條第一項），此卽所謂置重於家長之義務者也。雖然，本條僅爲訓示的規定，必如何程度始爲注意家屬全體之利益？以及違反此種注意義務之制裁如何？法無明文，尙有待於司法院之解釋。關於前者，外國法律有明定

須與處理自己事務爲同一之注意者（瑞民第三三二條第三項），此種規定，可爲解釋上之參考。至如違反此種注意義務，解釋上應負擔損害賠償責任，似不待言。又在瑞士民法尙有對於一定家屬所惹起之損害，應負責任之規定（瑞民第三三三條），我民法未能採用，所謂置重於家長之義務，固未十分周洽也。（註一）

（註一）日本民法親屬編改正要綱第六戶主之監督義務：「戶主有監督家族，且爲必要保護之權利義務。對於無責任能力之家族之不法行爲，如別無負責之人，以不能證明並未怠於其監督義務者爲限，須負責任。」

#### 第四節 家屬之分離

##### 第一 概說

關於家之設立及消滅，瑞士民法未設規定，日本民法則規定頗詳，我三次草案從之。試就舊律及三次草案綜合觀察，關於家之設立：（一）有屬於分家者，就中又可分而爲二。有父母死後分家者，其限制甚嚴，必祖父母父母已死及服闋或奉有祖父母父母之命，始得爲之（現行律別籍異財條律註）；有父母在時分家者，此屬例外，即所謂「父母許令分析者聽」是也。（二）有屬於創家者，就中亦可分而爲二，有與本家分離而新創一家者，如三次草案第十條第二款至第四款之規定是；有本無家而新創一家者，如三次草案第十條第一款之規定是。其次，關於家之消滅，則有合家、廢家及絕家之別。兩家以上合併爲一家者，謂之合家；家之基本家屬廢止本家而入於他家之戶籍者，謂之創家；家之基本家屬完全消滅，無人可以繼承者，謂之絕家。現行民法僅設家屬之分離，即分家之規定，

而於創家合家廢家絕家均付闕如，此種立法例是否妥當，頗有問題。（註一）

（註一）現行法關於戶籍登記之聲請，有所謂轉籍、遷徙、設籍、除籍及創設新戶（戶籍法第四四條至第五〇條）、設籍及創設新戶與分家及創家相當，除籍則與合家廢家及絕家大體相當，然此係屬家之設立及消滅程序之規定，而必於何種情事之下始能創家、合家、廢家、絕家，則屬於實體法上之問題，民法未爲規定，在立法技術上實欠周洽。

## 第二 家屬請求家長分家

依現行律別籍異財條例：「凡祖父母父母在，子孫別立戶籍，分財異居者處罰。」其限制分家，頗爲嚴格。前大理院判例鑒於一般人情，已多所變通。（註二）現行民法則爲獎勵個人生活之獨立起見，更進一步，於第一一二七條規定：「家屬已成年，或雖未成年而已結婚者，得請求由家分離。」卽分家。良以家之最大目的，在維持家屬全體之利益，家屬既已成年，已有完全之行為能力，縱未成年而已結婚，亦有完全之行為能力（民法第十二條、第十三條），既有完全之行為能力，故卽由家分離，獨立經營生計，亦無大礙。顧所請求，是否以家屬有請求由家分離之意思表示爲已足，抑尙以家長之同意爲必要。法無明文，不無疑問。關於此點，在日本民法固曾明定其須得家長之同意（日民第七四三條第一項），然在親屬編改正要綱四之二則已改正爲：「家屬爲成年男子，而能獨立生計者，無家長之同意，得爲分家。」此種立法趨勢，可爲我民法解釋上之參考。惟在日本改正綱要特將成年女子除外，是又別具苦衷耳。

（註二）前大理院三年上字第六一六號判例：「現行律載：『祖父母父母在者，不許分財異居，其父母許令分析者聽。』」等語，是子孫之分

耐異居，非經父母許可，即爲違法，然人情禮有所偏，父母每多愛偏，若孤子之於繼母，庶子之於嫡母，或續孀之於舅姑，其情同罔睹，而勢難復合，猶故意不許令分析者，則審判衙門斟酌兩造之情形，自可依請求，用判決以代母若姑之許可，而聽其分析。」

### 第三、家長令家屬分家

家屬已達成年，或雖未達成年而已結婚，自願異居者，固不能強之使同，反之，其願同居者，自不能強之使異，然如絕對貫徹此旨，不但家長之負擔過重，且爲獎勵個人之獨立生計，亦非所宜，故我民法特於第一一二八條規定：家長對於已成年，或雖未成年而已結婚之家屬，得令其由家分離。但以有正當理由時爲限。所謂正當理由，例如已成年之家屬，足以自謀生計，或家屬衆多，食指浩繁，以家長一人之力，難於支持，不能不令已成年之家屬由家分離，以顧全其他家屬之利益是。其必限於已達成年，或已結婚，且須有正當理由者，蓋又所以保護家屬之利益也。關於家長強令家屬分家，日本現行民法並無規定，而於改正要綱第四之一，則明定：「家屬非直系尊屬之成年男子，而能獨立生計者，家長得使之分家。」於此可見立法趨勢之一般。

### 第五節 附論

我民法上雖規定所謂家，然條文簡略，僅存其表，而尤以對於家之主觀基礎之家法，及客觀基礎之家產，概付闕如爲失策，茲略陳鄙見，藉供參考。

### 第一家法

關於家長及家屬權利義務之分際，日本民法對於此點，規定特詳，雖其偏重家長之權力，在立法上為可訾議，然謂日本民法家制之特色即在於此，亦無不可。我民法則惟規定家長有管理家務之權義，使家屬由家分離之權義及扶養之權義，家屬有由家分離之權義及扶養之權義，夫以一家之大，而家長家屬之相互關係又非單純，乃於其分際之規定，甚為茫然，欲求家運之隆昌，以迄於家族制度之維持，殆不可能。考我國士家大族，向有所謂家之規，則即家法，此種家法即屬家長家屬權義分際之準據，家族制度之發揚滋長及家運之隆替，常於是卜之。余以為我民法不規定家制則已，如規定家制，關於民間盛行之家法，實有充分推獎之必要。雖然，通常所謂家法，必具備如何之內容始為有效，不無問題。余則以為不問其內容如何，祇須不違背強制或禁止規定及公共秩序善良風俗，即應認其為有效。（民法第七一條、第七二條），此在一般法律行為固屬如此，即家法之訂立亦不外是。不過解釋上應以書面為之，俾免適用上之困難耳。至其家法究由家長單獨訂定，抑由家長家屬合意訂定，則非所問。蓋就前者言之，家長既有管理家務之權，則此企圖家運隆昌之家法，固屬有權訂定；即就後者言之，家長既以由家屬團體推定為原則，則此維持一家一計之家法，而由家長家屬合意訂定，自亦為法意之所許故也。

## 第二 家產

家產，乃維持一家生計之財產，我國自來法律既已認之，而於其管理使用，規定甚詳。大抵家產之管理權屬於家長（本章第三節註一參照），家屬對於家產之權利概屬平等（註一）而家長之使用家產則應公平（註二）在採家族制度國家特設家產之規定無論矣；即在個人主義國家亦有採用家產制度者，就中又可分為三，有在保

持貴族之特權者，如英國之貴族世襲財產法（Entail feofail feodun tallitun）及日本之華族世襲財產法。是有在維持小農之生活者，如美國之家產扣押免除法（Homestead exemption Law）及法國之免除扣押家產組織法。是有在保護家屬之利益者，如瑞士民法是。而在後者之中，又有三種制度，一為家財團制（Familiens-tiftung），一為家產共有制（Gemeinderschaft），一為家宅制（Heimstatte），瑞士民法則兼容並包，蓋在瑞士各州各種制度皆已具備故也。我現行民法一面規定家制，而於客體基礎之家產制度則摒而不採，且並舊律，歷來判解及固有習慣而亦抹殺之，不可謂非失策也。至瑞士民法各種家產制度中，余以為應以家宅制為適當，我國民法不欲採取家產制度則已，如採取家產制度，則舍此莫由，余曾著為私案，可供參考（法律評論第三五八期拙著家產法制私案參照）。

（註一）現行律例私擅用財條例：「嫡庶子男，不同妻妾所生，祇以子數均分」。同樣轉註云：「不曰盜財，而曰擅用，蓋本家財物，卑幼本亦應有，但實其不請命於尊長耳」。可知家屬對於家產有共有權，而其權利概為平等。

（註二）現行律例私擅用財條例：「同居尊長應分財物不公平者，卑幼亦知之」。轉註云：（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）。

## 第七章 親屬會議

### 第一節 概說

#### 第一 親屬會議之濫觴

古代羅馬，卽有親屬會議 (Concilium domesticum) 之習慣，惟其目的，僅在防止強大親權之濫用。現代各國法律從之，而其作用則在於監護之監督。我國古代亦有類似之制度，如周禮大宗伯以飲食之禮，親宗族兄弟是。所謂飲食之禮，厥有二種：一爲族燕，於「平居無事」之時爲之；一爲族飫，於「有大疑謀」時爲之。關於此點，秦憲田氏五禮通考言之甚詳，可供參考。(註一) 惟是燕飫之制，僅於「王公諸侯」間行之，其在民間，舉凡家庭糾紛，多邀集同族及親戚中之尊長會議處理，則與一般所謂親屬會議不謀而合。但此僅爲習慣上之事實，而非法律上之制度；及鼎革以遠，法院判例始是認親屬會議之存在，歷次草案從之，現行民法亦然。良以「在國家司法機關，對於親屬法上之衆多事項，尙難一一干豫以前，親屬會議制之容認，實有許多便利」也。(法制局親屬法草案說明參照)。

(註一) 五禮通考載：「飲食之禮有二：一曰族燕，文王世子所稱者是也。族燕，族食，皆燕也，而有不同，平居無事，則爲燕以申好，大傳所謂合族。」



以食，大戴禮季冬命國爲酒，以合三族，是族燕也。又因祭而燕，楚英語父兄弟備言燕私，中庸燕毛所以序齒，是族燕也。一曰族飲，因國事而飲，與燕不同。陳氏禮書亦謂：「古者合族之禮，方其平居無事，則有燕以申好，及其有大疑謀，則有燕以圖事。」

## 第二 民法上之親屬會議

現行民法上之親屬會議，不但與我國一般習慣及判例上所認之親屬會議有異，即與各國法律所採之制度亦不盡同，舉其著者言之，約有三端。其一，各國民法如法、如德、如瑞，其親屬會議皆僅爲監護之監督，日本舊民法亦然，但新民法則不以監護爲限，即監護以外之事項如親權濫用之糾正，扶養方法之決定，亦有權處理，我民法則大體從日本新民法之立法例者也。其二，各國民法有以親屬會議爲常設機關者，如法國民法，是有以其爲臨時機關者，如德國民法及瑞士民法，是亦有時爲常設機關，有時則於應行會議事項發生時由法院召集者，如日本民法是。我民法則大體從德、瑞立法例而以親屬會議爲臨時之機關。此就第一一二九條前段之文義觀察，甚爲顯然。其三，各國民法如法、如德、如瑞，如日，關於親屬會議之召集組織及決議等事，均容許國家以公力干涉，其干涉力之強大，以日本民法爲最甚，我民法則因家事由國家干涉，與我國習慣不合，故以採自由主義爲原則，惟於無法定親屬會員時，始得由法院指定，及不服親屬會議之決議時，始許其向法院聲訴，此又與各國民法根本不同之點者也。

(註1)

(註)關於此點，實士彬氏有所批評，略謂：「民法因與現行之習慣不合，以採不干涉主義爲原則，就社會本位之立法思潮而言，未免重視個人意志自由，而薄於共同利益之意味，此點在立法論不無批評之餘地。」(禮氏前揭三七〇頁)。

### 第三 親屬會議之意義

親屬會議者，以處理監護及其他應行會議之事件爲目的，之非常設的會議機關也。茲析言之如左：

(一) 親屬會議以處理監護及其應行會議之事件爲目的。如前所述，各國法律多以親屬會議爲保護無能力者之機關，故其目的僅在處理監護事務，我民法則不以監護事務爲限，且有干豫繼承之權，不但有干豫繼承之權，即親權濫用及扶養方法而亦有權爲之糾正或決定。

(二) 親屬會議爲臨時機關。如前所述，我民法上之親屬會議，爲臨時機關，即親屬會議必於有特定事務時，始行召集，迨其會議完畢，即歸解散，其爲臨時機關固無可疑，即在爲無能力人所設立之親屬會議，其存在期間雖較永久，然亦僅以成爲能力人時爲止，亦不得謂其爲常設機關也。

(三) 親屬會議爲合議機關。依我民法規定，親屬會議係由數人之會員組織而成，其處理事務，須以會員多數之決議行之，非任何人之單獨意思所能專斷，故爲合議機關。既爲機關，則非法人，從而法律不能以其爲權利義務之主體，即僅由各會員於親屬會議名義之下，共爲決議，並共同行使權利及負擔義務。親屬會議之本質，即在於是。

### 第二節 親屬會議之組織

### 第一 親屬會員之人數

關於親屬會員之人數，各國法律規定不一，有設一定之人數者，如法國民法於會長之外，定爲六人（法民第四〇七條）。有祇有最少數之規定，而無最多數之限制者，如日本民法定爲三人（日民第九四五條）。有於最少數以外，並規定最多數者，如德國民法定爲二人以上六人以下（德民第一八六〇條）。會員人數過少，固有專擅之弊，然過多亦有濫竿之嫌，故我民法特於第一一三〇條規定：「親屬會議，以會員五人組織之。」蓋採折衷之立法例者也。（註一）

（註一）關於此點，郝憲章氏有所批評，略謂：「夫親屬會員過少，易生專斷之弊，過多又不無濫竿之嫌，故日民僅定最少數，而不設最多數，以梗應實際之需要，自由伸縮，既可免濫竿之弊，並能收集思廣益之效，實屬適當，民法竟舍之而取法例，其數固定，頗多不便。」（郝氏前揭二一七頁）但在日本學者固已批評彼國立法之不當者矣（櫻井氏前揭六七七頁）。

## 第二 親屬會員之種類

關於親屬會員，依我民法規定，可分爲左述之二種：

（一）法定會員 於此應分左列三點說明之：

（甲）法定會員之範圍

何人得爲親屬會議之會員，各國法律不同，有惟設消極的資格之限制者，如德國民法是（德民第一八六五條至第一八六七條）；有不但親屬，即與本人或其家有緣故之人，亦得爲親屬會議之會員者，如日本民法是（日民第九四五條第一項後段）。我民法則以德、日民法範圍過廣，特於第一一三一條第一項規定：「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……定之。依此規定，不但親屬會議之會員須以親屬爲限，且必限於未成年人，禁治產人及被繼承人之一定親屬。蓋其他之人，與未成年人等之利害關係，較爲淺薄，以其爲親屬會議之會員，殊無實益也。（註一）至選定會員何故以此一定親屬爲限，乃我民法斟酌情誼所爲之規定，初無絕對之準則。

#### （乙）法定會員之順位

關於法定會員之順位，依我民法第一一三一條第一項各款所定，應依左列順序定之。

（子）直系血親尊親屬 如未成年人禁治產人及被繼承人之父母祖父母及外祖父母是。直系血親尊親屬，與未成年人等關係甚切，故我民法以之置於第一順位。

（丑）三親等內旁系血親尊親屬 如未成年人，禁治產人及被繼承人之伯叔姑舅及姨息。三親等內旁系血親尊親屬與未成年人等之關係，已較直系血親尊親屬爲疏，故我民法以之置於第二順位。

（寅）四親等內之同輩血親 如未成年人，禁治產人及被繼承人之兄弟姊妹，堂兄弟姊妹及表兄弟姊妹是。四親等內之同輩血親，與未成年人等之關係，又較三親等內旁系血親尊親屬爲疏，且因輩分居後，故我民法以之置於第三順位。

#### （丙）同一順位中不僅五人時之解決方法

關於法定會員之順位，已如上述，如同一定順位中僅祇五人，固無問題，反之如不僅五人，則非定一先後次序

不可，依我民法第一一三一條第二項所定，有如左述。

(子)同一順序之人以親等近者爲先。例如未成年入禁治產人及被繼承人之父母祖父母及外祖父母同一順序，但父母之親等，較祖父母及外祖父母爲近，選定親屬會議之會員，應以父母爲先。其以親等近者爲先，蓋在通常情形，親等近者與未成年入等之關係較爲密切也。

(丑)親等同者以父系之親屬爲先。例如祖父母、外祖父母與未成年入禁治產人及被繼承人同一親等，但祖父母爲父系之親屬，選定親屬會議之會員，應以祖父母爲先。此亦斟酌通常情誼而爲之規定。

(寅)同系而親等同者以年長者爲先。例如伯叔父與未成年入禁治產人及被繼承人同一父系，且同屬三等親，但伯父之年齡較長於叔父，此時則以伯父先於叔父爲親屬會議之會員。其以年長者爲先，蓋在通常情形，年長者較爲達於事理也。

### (二) 指定會員

親屬會議，固應由有召集權人，就一定親屬中，依法定順位選定五人組織之，然如未成年入禁治產人及被繼承人無第一一三一條所定之親屬，或雖有之，而因事實上或法律上不能充任會員，致不足法定人數時，則不得不另籌辦法，以資救濟，故我民法第一一三二條規定：「無前條規定之親屬，或親屬不足法定人數時，法院得因有召集權人之聲請，於其他親屬中指定之。」其所指定之人，卽爲指定會員。我民法以指定之權畀諸法院，蓋以法院指定較爲公允也。但法院須依召集權人之聲請爲之，遂以職權干涉，則所不許。又其指定，須以其他親屬爲限，此又因

會名親屬，其會員自必限於親屬故也。所謂其他親屬，即第一一三一條所定以外之親屬，其爲血親姻親，與夫親等之遠近如何，均非所問。至會員出缺，外國法律有須呈請法院補選者（日民第九五〇條）我民法未說明文規定，但在解釋上仍應由有召集權之人，就第一一三一條所定親屬中自爲補選，必無可補選之人，始由法院依其聲請，於其他親屬中指定補選之。

（註二）關於此點，都憲章氏有所批評，略謂：「如日民規定與本人或其家有緣故者（日民第九四五條），民法與本人相關切者（民事第一四四二條第二項），均得由法院選任爲親屬會員，良以親屬會員，雖以由親屬中選出爲公，然或親屬中無一確實可靠之人，或有之而遠處他鄉，或親屬寥落，不足法定人數，或竟無家屬，此時親屬會員若仍以親屬爲限，必使親屬會議無法成立，即成爲亦不能舉其實效也。民法徒拘理論，凡親屬會員均限於親屬，是一缺點。故余擬於民法第一一三二條「其他親屬」句下，加「或與本人相關切者」等字，以資救濟焉。」（都氏前揭二一八頁）但在日本學者，已批評彼國立法之不當矣（權杖氏前揭六七頁）。

### 第三 親屬會員之缺格

依我國民法規定，凡第一一三一條所定之親屬，皆得爲親屬會員之法定會員，第一一三二條所定之親屬，皆得爲親屬會議之指定會員，然親屬會員責任重大，有縱爲親屬，而亦不得爲親屬會議之會員者，是謂親屬會員之缺格。關於會員之缺格，各國法律規定頗不一致，我民法則從日本立法例，於第一一三三條規定：「監護人，未成年及禁治產人，不得爲親屬會議會員。」（日民第九四六條第二項）其認監護人爲親屬會員之缺格者，蓋監護人職務上之行爲，應受親屬會議之指揮監督，且常與親屬會議立於利害相反之地位故也。至未成年及禁治產人，則因其無行爲能力，不能勝親屬會員之任，此與第一〇九六條不得爲監護人之立法趣旨同。（註一）

〔註一〕曹士彬氏對於本條立法有所批評，略謂：「立法例有因其人之地位品行道德，不能勝親屬會員之任，剥夺其會員資格者，如破產人、被褫奪公權人，或與被監護人及繼承人處於利害相反之地位者，不得為會員是也。民法於監護人之資格不設此限制，倘有可說，固監護人受親屬會議之監督也。而於親屬會議之會員，似以採此限制為當。」（曹氏前揭三七四頁）。

#### 第四 親屬會員之辭職

親屬會員之義務，一如監護人之義務，含有強制性質，故法定親屬會員，或由法院指定之親屬會員，均無推辭之理，然如絕對貫徹此旨，不但有所不便，且有時與設立親屬會議之目的完全相反，故我民法特從日本立法例，於第一一三四條規定：「依法應為親屬會議會員之人，非有正當理由，不得辭其職務。」（日民第九四六條第一項）所謂正當理由，如身罹疾病，或遠隔異地，或職務繁劇不堪負荷之類是。其立法趣旨，與一〇九五條同，惟在解釋上應較第一〇九五條監護人之辭任為嚴格，蓋親屬會議不過會議而止，非如監護人之為設常的保護機關也。又本條之適用，無論法定會員及指定會員皆是，我國學者有謂其專就法定會員定之者，其說未便贊同。（註二）

〔註二〕鄭著謂：「指定親屬會員，法無限制，自可任意辭職，此其理由，殆因法定親屬會員與本人關係切近，不宜輕易言辭，故法特加以限制耳。惟指定親屬會員與本人之關係，雖較疏遠，而經法院指定之程序，則頗繁重，苟難其任便辭職，亦非所宜，民法之設無限制，殊有未當。」（鄭氏前揭二一九頁）。

#### 第三節 親屬會議之職務

#### 第一 職務之種類

關於親屬會議之職務，就我民法規定綜合觀察，約有左列之數種：

(一) 監督機關之職務

親屬會議爲監護人之監督機關，例如民法第一一〇三條，監護人應將受監護人之財產狀況，向親屬會議每年至少報告一次，及第一一〇一條後段，監護人處分受監護人之財產，應得親屬會議之允許是。此爲親屬會議職務之主要部分。

(二) 選舉機關之職務

親屬會議爲人選之機關，例如民法第一〇九四條第五款，未成年人無法定監護人時，應由親屬會議爲之選定監護人是。

(三) 糾正機關之職務

親權人行使親權，雖不受親屬會議之監督，然依民法第一〇九〇條前段，如濫行行使親權，親屬會議亦有糾正之權，此爲糾正機關之職務。

(四) 諮詢機關之職務

親屬會議有時亦備法院之諮詢，是爲諮詢機關之職務，例如民法第一一一條第二項，法院爲禁治產人選定監護人時，應徵求親屬會議之意見是。

親屬會議除上述各種職務外，關於親屬間之其他事件，有無議決之權，學者間頗有爭論，余則以爲若其事項



而不違反民法第七一條及第七二條之規定，均有議決權，不過其議決之事件，除法律有明文規定者外，無法律上最終之效力而已。（註一）

（註一）前大連院四年上字第七一五號判例：「親族會議之制，本爲現行法律所認，惟應認親族會議事項，法律上惟關於繼承有此規定，在此等事項，親族當然有公同議決之權，此外自不得藉口爲法外之干預。」

## 第二 注意之義務

親屬會議係公益上設立之保護機關，各會員之執行職務，自須慎重將事，勿忝厥職而後可，關於此點，外國法律有明定準用關於委任義務之規定，即親屬會員須依委任本旨，以善良管理人之注意，負處理委任事務之義務者（日民第九五三條、第六四四條），我民法雖未設明文，余以爲解釋上應屬相同。

## 第四節 親屬會議之召集

### 第一 召集之原因

我國習慣，遇有家庭事件，多由親屬處理，而於召集會議之原因，殊無一定，現行民法則明定，依本法之規定，應開親屬會議時，始得召集親屬會議。所謂本法，實即指民法親屬編及繼承編而言，其餘各編別無關於親屬會議之規定。所謂本法之規定，即第一〇九〇條，第一〇九九條，第一一〇〇一條，第一一〇〇三條，第一一〇〇四條，第一一〇〇六條，第一一〇〇七條，第一一〇〇九條，第一一一一條，第一一二一條，第一一二二條，第一一二三條，第一一二四條，第一一二五條，第一一二六條，第一一二七條，第一一二八條，第一一二九條，第一一三〇條，第一一三一條，第一一三二條，第一一三三條，第一一三四條，第一一三五條，第一一三六條，第一一三七條，第一一三八條，第一一三九條，第一一四〇條，第一一四一條，第一一四二條，第一一四三條，第一一四四條，第一一四五條，第一一四六條，第一一四七條，第一一四八條，第一一四九條，第一一五〇條，第一一五一條，第一一五二條，第一一五三條，第一一五四條，第一一五五條，第一一五六條，第一一五七條，第一一五八條，第一一五九條，第一一六〇條，第一一六一條，第一一六二條，第一一六三條，第一一六四條，第一一六五條，第一一六六條，第一一六七條，第一一六八條，第一一六九條，第一一七〇條，第一一七一條，第一一七二條，第一一七三條，第一一七四條，第一一七五條，第一一七六條，第一一七七條，第一一七八條，第一一七九條，第一一八〇條，第一一八一條，第一一八二條，第一一八三條，第一一八四條，第一一八五條，第一一八六條，第一一八七條，第一一八八條，第一一八九條，第一一九〇條，第一一九一條，第一一九二條，第一一九三條，第一一九四條，第一一九五條，第一一九六條，第一一九七條，第一一九八條，第一一九九條，第二〇〇〇條。

一七一條，第一一八三條，第一一九七條，第二二一一條至第二三三三條，第二二一八條，第二二一八條，第一一四九條，第一一七七條，第一一七九條，第一一八〇條，第一一八三條，第一一九七條，第二二一一條，第二二一二條，第二二二三條，及第二二一八條之規定是。

## 第二 召集權人

依我民法第一一二九條所定，左列各人爲親屬會議之召集權人。

### (一) 當事人

當事人，即需要召集親屬會議之未成年人，受監護人及被繼承人。法律以當事人以召集權者，因此等之人有保護自己利益之必要故也。

### (二) 法定代理人

所謂法定代理人，依我民法第一〇八六條及第一〇九八條規定，即未成年人之父母及監護人。此等之人與未成年子女，受監護人及被繼承人關係最切，故我民法另法定代理人以親屬會議召集權。

### (三) 其他利害關係人

所謂利害關係人，包含甚廣，舉凡身分上之利害關係人，財產上之利害關係人，法律上之利害關係人，及事實上之利害關係人皆屬之。舉例以言，如監護人將受監護人送入精神病院，依法應得親屬會議之同意（民法第一一二條），如監護人不爲召集親屬會議，則受監護人之配偶爲其利害關係人，即有召集親屬會議之權。

此外，法院有時亦有召集權，例如依民法第一一一條第二項規定，法院選定監護人，應徵求親屬會議之意見，於此場合，應解為法院亦有親屬會議召集權。至親屬會員本身有無召集權，法無明文，頗屬疑問。余則以為應解為無召集權。

### 第五節 親屬會議之決議

#### 第一 開會及決議之限制

關於親屬會議之開會及決議，各國法律多設一定限制，以昭鄭重。德民第一八七四條第一項第二項、日民第九四七條第一項、我民法從之，於第一一三五條規定：「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，不得為決議。」所謂出席會員過半數之同意，即出席會員為三人時，須二人以上之同意；出席會員為四人或五人時，須三人以上之同意是。但在出席會員之贊否同數時，其解決方法如何，頗有問題。外國法律有明定其依主席之投票決之者（德民第一八七四條第二項後段），我民法雖未設明文，余以為解釋上應屬相同。至出席會員意見紛歧，均不能過半數時，外國法律有明定得呈請法院為代其決議之裁判者（日民第九五二條），我民法無此規定，余以為應解為決議不成立。又在通常法人之決議，有許以書面為之者（民法第五三條），此係一種例外的變通辦法，不能解為當然適用於親屬會議之決議。（註一）（註二）

（註一）日本民法在解釋上亦不認書面決議（穗積氏前揭六九二頁），但在親屬法改正要綱第三三之一定為：「親屬會議之決議，於遺

當範圍，認書面表決之效力。」

(註)依二次草案第一二七五條規定，親屬會議開會時，本人家長父母配偶人保護人監督人或其他利害關係人，得出席陳述意見。親屬會議開會日期，並須通知前項所列之人，現行民法無明文規定，殊為疏漏。

## 第二 加入決議之限制

親屬會員出席會議時，固應各抒所見，表示贊否，然如所議之事與出席人有利害關係，則應剝奪其表決權。故我民法特於第一一三六條明文規定曰：「親屬會議會員，於所議事件有個人利害關係者，不得加入決議。」本條之設，蓋所以避遠嫌疑，以期決議之公平也。所謂於所議事件有個人利害關係，例如親屬會議決議，將受監護人之不動產出賣（民法第一一〇一條），就中會員之某人，即為不動產之受買人是。此種限制，德、日民法均有明文規定（德民第一八七四條第三項，日民第九四七條第二項），我國前大理院亦嘗以此著為「有利害關係參與訟爭之人，應不得加入會議」之判例焉（十年上字第四四〇號判例）。

## 第三 決議不當之救濟

親屬會議之決議，在理論上固應絕對公允，然在事實上涉於私曲者亦非無之，故我民法特從日本立法例，於第一一三七條規定：「第一一二九條所定有召集權之人，對於親屬會議之決議有不服者，得於三個月內，向法院聲訴。」以資救濟（日民第九五一條）。本條所定之聲訴權人，以第一一二九條所定之召集權人，即當事人，法定代理人及其他利害關係人為限，若夫親屬會議之會員，自身既已參加決議，即不得事後再持異議，藉資糾紛。又法

文僅泛言不服，而不服之原因如何，則無明文，以此學者間之解釋頗不一致。有謂係指決議之不法者（余氏前揭一二四頁），有謂係指決議之不當者（郁氏前揭二二二頁曹氏前揭三七七頁），亦有謂無論決議之違法，或決議之失當，均有聲訴之餘地者（鍾氏前揭三三一頁）。余則以為本條係專指決議之不當，即決議為無理由，或理由不正當者而言，如決議之不法，例如會議組織違反第一一三〇條之規定，或會議之決議違反第一一三五條之規定，則其決議應根本認其為無效，初無待於特別之聲訴。但為慎重起見，向法院提起確認無效之訴，自無不可。又本條所謂不服，所謂聲訴，係指提起撤銷之訴而言，似無可疑。此項訴權之行使期間，日本民法定為一個月，頗失之短，故我民法特定為三個月，惟應自何時起算，法無明文，可資準據。余以為應解為自決議之翌日起算，庶幾各種決議事項得以早日確定。（註一）

（註一）關於決議之撤銷，前大理院有下述判例，可供參考：「十一年上字第三八四號判例：『凡在親屬會居重要地位者，當會議之時，屢蒙重  
其意見，如提出有理由之抗議，而未經該會斟酌，自得為撤銷決議之原因。』」

# 附錄一

## 親屬法先決各點審查意見書

### 第一點 親屬分類

親屬應分爲配偶、血親、姻親三類。

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

### 第二點 夫妻及子女間之姓氏

（一）以妻冠夫姓，夫入贅妻家時，冠妻姓爲原則，但得設例外之規定。

（二）子女從父姓。

（三）贅婿之子女從母姓，但得設例外之規定。

（說明）本問題可假定爲下列六項辦法而研究其短長：

（一）夫妻均以協定之姓（夫姓妻姓或第三姓）爲姓，子女亦從之；

（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。

第一、第二、第三項，與男女平等之旨相符，此其長也。然用第一項辦法，夫妻既有擇姓之自由，而子女結婚，亦復有此自由，則其結果恐有代易其姓之弊，則姓之所以為姓者僅矣；此其短也。如用第二項辦法，在子女併用兩姓，原無不可，然子女之子女即有二以上之字為姓，每過下一世，即增其字數世無窮，而姓之字數增多亦無窮，扞格難行，此其短也。如用第三項辦法，則兄弟姊妹間各異其姓，未免奇異，此其短也。第四項辦法，妻不存本姓，似有所傷。第五項辦法之偏亦相等，均不足取。第六項辦法，妻得保存本姓，而夫亦不致易姓，在實際上亦較為易行。至子女之姓因另無完善之辦法，故擬仍從父姓，惟此係就妻嫁入夫家時而言；若夫入贅妻家時，則夫冠妻姓，所生子女亦從母姓，略示男女平等之意，故擬一併定為原則。至應否另設例外（例如夫妻另有協定），可由買賣起草條文者從長討論。總之，本問題欲求男女完全平等，殊無圓滿辦法。已如上述，而男女平等似應注重實際，如經濟平等，政權平等，及私權平等，不必徒驚虛名。若關於姓氏，必使銖兩悉稱，殊屬難能。惟當於可能範圍內，企合於平等之旨而已。

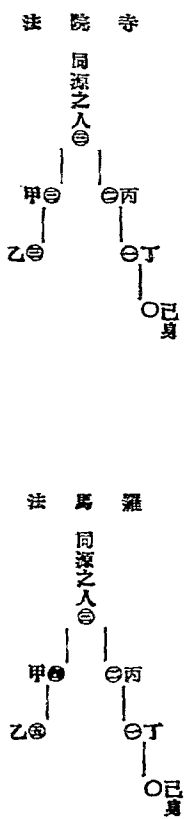
### 第三點 親屬之範圍

#### 親屬不規定範圍，而規定親屬之定義及親等之換算方法。

（說明）人類發生親屬之關係，有血親姻親之別，而血親姻親之範圍，原難確定。以血親言，由父母而祖推而上之，由子女而孫推而下之，既有血統相聯絡，雖輩數遠近，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，則法律所以定親屬範圍者，乃因親屬相互間有時發生一種法律關係，在事實上不可沒無限制，故規定之以資適用耳。然而各種法律關係，其情形各有不同，即規定之範圍，亦應隨之而異，則雖強為概括之規定，而遇有特種法律關係，例如民事上之親屬禁止結婚，親屬間之扶養義務及繼承權，有民事上之親屬加重，及親屬免刑等類，仍以分別規定其範圍為合於實用，故親屬之範圍，無庸為概括之規定。惟親屬之分類，既改用

血親姻親之名稱，則其定義如何，自非以明文定之不易明瞭。且血親姻親屬於特種法律關係，既須分別以其親疏為據，則關於親疏，自須以親等計之，故應規定親屬之定義及親等之計算方法。

又按計算親等之方法，分羅馬法與寺院法兩種。羅馬法之計算方法，直系親從己身上下數以一輩為一親等，旁系親從己身上數至同源之人，由同源之人下數至所指之親屬，以其總輩數為親等之數。寺院法之計算方法，直系親與羅馬法同，旁系親則否。蓋從己身數至同源之人，再從所指之親屬數至同源之人，其輩數相同者，以一方之輩數定之，輩數不相同者，從其多者定之，此與羅馬法相異之點也。世界各國，用羅馬法者居多，羅馬法之計算，依血統之遠近，定親等之多寡，合於情理。寺院法源於歐四宗教遺規，其計算親等不盡依親疎之比例，如兩系輩數不同從其多者，定親等之多寡，則輩數較少之系往往不分尊卑，同一親等，於理不合，試為圖以明之。



依上圖己身與甲或乙之親等，如以寺院法計算，均以輩數較多之一系定之，即從己身至同源之人為三親等，丙之己身與甲及乙同為三親等。如以羅馬法計算，則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相較，自以依羅馬法之計算為合理。我國從前所以採用寺院法者，以其與昔日之宗親服制相對於凡五等服以內之宗親，可以寺院法四親等包舉之而無遺。故自前清民律草案以迄最近各種草案，均以寺院法計算親等。今親屬之分類，既從根本上改革，分為血親與姻親兩大別，已與所謂服制無涉，不生關係，自應擇善而從，改用羅馬法。

#### 第四點 成婚年齡

附錄一



成婚年齡，男十八歲，女十六歲。

（說明）各國所定成婚年齡，以氣候風俗之異頗不一致，故男子最高有至二十一歲者，最低有十四歲者；女子最高有至十八歲者，最低有十歲者，而男子成婚年齡略高於女子，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始許為婚姻註冊之規定，似符平等之義。然男女身體之發達有遲早之別，乃出於生理之自然，無取乎以人力強劑之平。茲折衷各國制度，規定男十八歲，女十六歲為成婚年齡，於我國國情亦尚適宜。惟此所規定者，為男女成婚年齡之最低限度，即不達此最低限度者應絕對禁止其成婚。至於男女婚姻自主之年齡，不在本問題範圍內，故從略。

### 第五點 親屬結婚之限制

與左列親屬不得結婚：

（一）直系血親及直系姻親；

（二）旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者，但旁系血親在七親等以外，旁系姻親在五親等以外者，不在此限；

（三）旁系血親之輩分相同，而在六親等以內者，但表兄弟姊妹，不在此限。

（說明）直系血親之禁止結婚，中外一律，即直系姻親雖有例外（蘇俄及美國數州）而以禁止者為多。至旁系血親與旁系姻親，各國禁止範圍不一，較我國甚為狹小。按吾國舊律，凡屬宗親皆在禁止之列，幾無範圍之可言，而對於外親妻親，則較宗親為狹，歷茲已甚。今斟酌損益於中外法制之間，對於我國尚不禁止者，仍不禁止。例如原則第三款但書，表兄弟姊妹是也。對於我國禁止過廣者，縮小其範圍。例如原則第二款，旁系血親及旁系姻親輩分不相同者，從前不問遠近，均禁止之。茲擬加以但書之限制，蓋取解放之意也。至關於血親結婚之限制，於非婚生之子女及其子孫，亦適用之。又關於姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。均為多數國立法例之所同。

此外，基於其他原因而應禁止通婚者，尚不止一端，其中有雖非親屬而略相彷彿者，即：（一）為養親與其所養子女之關係；（二）為監護人與被監護人之關係。似應略仿外國立法例規定，在關係存在期間或監護人責任終了前，不得結婚。凡此諸端，宜屬於詳細條文，茲不列入原則。

## 第六點 夫妻財產制

- （一）夫妻財產制，應定為法定制，及約定制兩種。
- （二）法定制定為聯合財產制。
- （三）約定制除左列三種外，得規定他種制度。
  - （一）共同財產制；
  - （二）統一財產制；
  - （三）分別財產制。
- （四）夫妻得以契約於約定制中選擇其一，為其夫妻財產制。
- （五）夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，當然適用聯合財產制。
- （六）適用約定制（除分別財產制外）或法定制後，遇有特定情形，當然或依法院之宣告，改用分別財產制。
- （七）適用約定制後，在婚姻存續期內，夫妻得以契約改用他種約定制，但須加以適當之條件。

制。

(說明)各國民法關於夫妻財產制度，規定甚詳，標準不一。我國舊律，尚無此種規定，配偶之間，亦未有訂立財產契約者。近年以來，人民之法律思想，逐漸發達，自當順應潮流，確定數種制度，許其約定採用其一。其無約定者，則適用法定制。按各國民法，關於夫妻財產制之規定，皆因其本國情形而異，種類不一，利弊互見，且有條文複雜，適用困難者。茲就所有權、管理權、處分權、用益權及質債關係各點，將夫妻財產制大別為左列五種：

(一) 統一財產制；

(二) 共同財產制；

(三) 聯合財產制；

(四) 資產制；

(五) 分別財產制。

右各制之內容，可就其特質，略述於左。

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

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

(甲) 一般共同財產制 (以此為法定制者如挪威、芬蘭、荷蘭、葡萄牙等)；

(乙) 動產及所得共同制 (以此為法定制者如法國、比利時等)；

(丙) 所得共同制 (以此為法定制者如蘇俄、西班牙、南美洲數國及美國數州等)。

(三) 聯合財產制 妻之財產，除保留者外，集中於夫之一方，而無夫妻共有之財產。蓋各別保存其原有之財產，特均歸夫一方管理。

耳。夫對於妻所帶入之財產，有用益權，及在特定範圍內，有處分權，此其特質也（以此爲法定制者如德國、瑞士（兼以所得共同制包涵於中，詳見瑞士民法第一九四條）、日本及美國數州等）。

（四）資產制 妻之財產，爲權任家用起見，特指定一部分爲資產，由夫管理。爲妻之餘產，雖縱然分歸，然其所有權仍屬於妻（但有例外）。夫對於資產之全部或一部分，不得移轉及抵押（據調查所得尙無以此爲法定制者）。

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

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

（一）結婚時及婚姻存續期內，雙方所有財產，均爲「婚產」，妻保留者，不在此限。

（二）關於婚產在結婚時屬於妻者，及婚姻存續期內妻所繼承或受贈之財產，皆爲妻之帶入產，妻仍保存其所有權。夫對於自己帶入產及婚產中，不屬於妻之部分，均爲所有人。

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

（四）婚產由夫管理，其管理費由夫負擔。

妻於可代表雙方範圍內，有管理權。

（五）夫對於妻之帶入產，有用益權，並負用益權人之責任。

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

（七）妻對於婚產，在可代表雙方範圍內，得處分之。觀於上列七點，則瑞士之聯合財產制，既便於維持共同生活，復足以保護雙方權利，折衷得當，於我國情形，亦稱適合，故擬採之定爲通常法定制。遇有特定情形，例如一方破產時，當然改行分別財產制（參看瑞士民法第一八二條）。又夫妻中一人因債務被強制執行而不能清償時，法院得因他一人之聲請，宣告改行分別財產制（參看

同法第一八三條故。以分別財產制爲非常法定制，亦採用瑞士等國之成規也。約定制擬以左列三種爲限：

(一) 共同財產制；

(二) 統一財產制；

(三) 分別財產制。

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

關於夫妻財產制於約定後，在婚姻存續期內，是否許其以契約改用他種制度，亦一重要之牽連問題，似應加以規定。考諸各國有禁止者（例如比國、西班牙、巴西及南美洲數國、法國、意大利、日本、荷蘭等），有允許者（例如德國、奧國、捷克、瑞典、丹麥等），有折衷其間爲有條件之允許者（例如瑞士、土耳其、希臘、英國）。今擬採用折衷辦法，許雙方另訂契約而加以相當條件。例如：（一）須經法院之許可；（二）不得害及第三人之權利，均可稍資限制。至條件之多寡，及其內容如何，應於起草條文時酌爲規定，庶免發生流弊。

### 第七點 妾之問題

妾之問題，無庸規定。

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

### 第八點 家制應否規定

家制，應設專章規定之。

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

#### 第九點 家制本位問題

(一) 家制之規定，應以共同生活爲本位，置重於家長之義務。

(二) 家長不論性別。

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

#### 附中央政治會議公函

中央政治會議函開：逕啓者：前准胡委員漢民、林委員森提議稱：「查民法第一編總則，第二編債，第三編物，均經政府次第公布。第四編親屬及第五編繼承，亟待起草，俾便適用。惟親屬繼承兩編，對於本黨黨綱及各地習慣，所關甚大，非詳加審慎，誠恐多所扞格。擬請先由本會議制定原則，發交立法院遵照起草。茲就立法主義上最有爭議各點，計親屬法上應先決者九點，繼承法上應先決者九點，提請先行決定。」等由。當經本會議第二二次會議討論，並經決議：交法律組審查去後，茲准法律組提出審查報告，對於原提案所列親屬法先決問題九點，及繼承法先決問題九點，均逐一詳加討論，審查完竣，並繕具意見書，送請公決前來。復經提出本會議第二三次會議討論，並經決議：親屬編立法原則，關於夫妻財產制欄內第三項修正爲約定制，除左列三種外，得規定

他種制度，除均照審查意見通過交立法院。相應錄案並檢附原意見書函達，即希查照辦理。此致

立法院

中央執行委員會政治會議十九、七、二十三。

民法親屬編施行法

民國二十年一月二十四日國民政府公布同年五月五日施行

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

第二條 民法親屬編施行前，依民法親屬編之規定消滅時效業已完成，或其時效期間尚有殘餘不足一年者，得於施行之日起一年內行使請求權，但自其時效完成後，至民法親屬編施行時，已逾民法親屬編所定時效期間二分之一者，不在此限。

第三條 前條之規定，於民法親屬編所定無時效性質之法定期間準用之，但其法定期間不滿二年者，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第一千零五十四條所定之期間者，不在此限。

第八條 民法親屬編關於婚生子女之推定及否認，於施行前受胎之子女，亦適用之。

第九條 民法親屬編施行前所立之嗣子女，與其所後父母之關係，與婚生子女同。

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

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

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

告終止收養關係。

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

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

第十五條 本民法親屬編施行之日施行。



## 附錄二

### 讀中華民國親屬法及繼承法草案

本文係日人中島玉吉博士發表之論文，原著見日本法學論叢第二十一卷第四號（昭和四年四月），譯者於法制局起草親屬、繼承兩法案時曾一度參照茲特將中島論文檢譯譯出，以示此兩法案在法律上之價值。

一

中華民國國民政府自去夏北伐完成以後，即着手立法事業，未及數月，國民政府法制局先後發表親屬、繼承兩大法案，起草之速，頗足令人驚嘆。我國在十年以前已着手改正親屬、繼承兩法，然自大正八年以迄於今，除去冬議定若干要綱外，法案之完成不知更待何日，彼此相較，奚啻天淵。蓋中華民國值茲國民革命之際，朝野上下皆新進氣銳，排萬難爲之，實非我之意驕氣餒，行將衰老者，所可同日而語者也。

親屬法草案計六章八十二條，最以數千言之說明書。繼承法草案計七章六十四條，亦有極詳之說明書，其體裁略同。

夷考史乘，立法方針得大別爲二：其一、保守主義的立法，此種立法，惟就舊有之判例習慣制爲條文，以便引用，而於社會之改進毫不措意，如英國之合作法、公司法、票據法、海商法、保險法是。其二、改造主義的立法，此種立法，不問舊有之判例習慣如何，以立法爲手段，改造社會爲目的，勇往直前，以求實現，中華民國之親屬法草案及繼承法草案即探此主義者也。二者利害得失，固難遽斷，然在中華民國國民政府之下，採取改造主義的立法，實爲當然。蓋國民政府乃革命主義之政府，推翻數千年之君主獨裁政體，以求實現故孫中山氏之三民主義，故一方不能不打破因襲，一方不能不樹立合於三民主義之新制度。彼親屬法草案說明書曰：「……實現三民主義化之社會爲己任，際茲全國統一訓政開始時期，此類重要民事法規，尤宜早日頒行，以新人民之耳目，而利便黨綱之實行」。此種聲明，誠至當也。

三民主義即民族主義，民權主義，民生主義，余皆稱其爲國家主義，民主主義，及社會主義。此等主義，是否與中國適合，固有異論；然依余所信，欲救現在之中國，捨此以外，實無他道。蓋中國雖具有崇高之文化，但因國民團結異常散漫，自身既無集中國民總力之機關，外侮之來，益形狼狽，故對外須認識其誰爲侵略我者，對內則祛除私慾，共謀公利，換言之，即欲自拯救，莫善於實行民族主義。若夫民權主義，與中國國情，亦甚相宜，蓋君主獨裁政治，在文化未開之民族，尚不失爲較優之政治組織，然於文化崇高之中國則頗繫病，此不獨中國爲然，自十八世紀法國採用

民主政體以來，歐美各國，無不翕然風從，即英、意諸國，雖名為君主，而其實際政治，方諸民主國家，並不多讓。至社會主義，與親屬繼承兩法關係尤大，蓋無論何種人類，遺世獨立，勢所難能，既須組織社會共營生活，如徒顧一家一己之利益，則社會自體立即崩壞，故為期團體之健全，社會主義不能不謂其為最良之主義也。

三民主義之真諦，已如上述，國民黨以此為立黨之綱要，法制局之親屬法及繼承法草案，即因適應黨國上之需要所制定，此就親屬法草案總說明中「本草案之編訂，期應黨國上項急切之需要」一語觀察，不難概言。雖然，國民之團體的生活得分為政治的方面及社會的方面，二者脈絡相通，首尾一貫，故在封建的政治組織之下，不能不保留家族制度，反之，在社會主義的政治組織之下，則不能不打破家族制度。我國明治維新之際，政治組織雖煥然一新，然社會組織一仍其舊，時至今日，固不無主張改革社會組織者，然已嫌其晚，中華民國於三民主義的指導原理之下，先着手於政治組織之改革，而社會組織之改革亦同時並進，較諸我國，其徹底為何如乎？

### 三

中華民國急於制定親屬法及繼承法之理由，大體如上，彼國之立法者，究以何種內容之法制，實現三民主義化之社會乎？茲就草案內容略為介紹，並加評論如左。

(一) 家族制度之廢止 家族制度依家長與家族間之法律關係，及家長地位之繼承相俟而成，中華民國親屬法草案既無關於家制組織之規定，而繼承法草案又未規定宗祧繼承，其欲廢止家族制度，甚為顯然。徵諸親

「廢止封建遺制之宗祧繼承」云云，尤無異義。家族制度乃人爲的制度之一，惟依法律規定支持之，今於法典中斷然不予規定，則必失其存在，可以斷言。

雖然，余於中華民國廢除家族制度頗爲重視，蓋家族制度爲彼國有史以來數千年之古法，社會組織及國民道德皆基於此，一旦廢除，輒滋疑義。第一，法律上廢除家族制度，事實上能保其不繼續存在乎？夫自遠大的見地言之，家族制度無論在任何社會均已失其存在價值，中華民國以革命精神一舉而廢除之，其策至善；但如僅爲法制上之廢除，而事實上仍任其繼續存在，則流弊所及，爲害更大。第二，家族制度廢除以後，社會組織果有充分改造之準備乎？蓋家族制度無絕對之善惡，如裁判警察救貧等社會的國家的設備已臻完善，則家族制度自然崩壞，產生所謂個人主義之制度，反之，社會的國家的設備未周，則個人與個人間爲謀生命財產之安全，家族制度勢必應運而生，此余於中華民國廢除家族制度以後，有不能不冀其對於社會組織爲充分之改造也。

我國關於家族制度之存廢問題，甚囂塵上，然與中國國情相較，則大異其趣。蓋我自明治維新以來，裁判警察救貧等社會設備均臻完善，法制上雖仍保留家族制度，實則等於空文，法制審議會智不及此，家長對於家屬仍認其有概括的監督權，殊欠允當。其於宗祧繼承，雖認恩領的繼承，然亦不能謂其有廢除家族制度之意，方之中國，可謂瞠乎其後。故余於中國之廢除家族制度，極表贊意，其徹底與否，固視國民政府之善後方策如何，然如因其有人爲之嫌，遽謂其結果必非良好，則近於武斷。

(二) 男女均分繼承之原則及遺留分不得超過萬元 中華民國親屬法及繼承法草案既廢除家族制度，其結果，繼承法上之所謂繼承，祇有財產繼承，而無宗祧繼承。且同時以男女均分遺產，為繼承法之原則，此就繼承法草案第十六條「不問男女按人數均分」之規定觀之，極屬顯然。夫在中國舊法之所謂子，惟限於男性，故遺產繼承亦以男性為限，今則一躍而為男女平等，且不問男女，按人數均分，進步之速，可為驚服。此種規定，自歐美人格者，自封建思想崩壞以後，女子在繼承上之地位始與男子一致，近且由私法關係而及於公法關係。歐美各國，莫不皆然。我國之於宗祧繼承，獨以男子為先，是為例外。以是中華民國之繼承法草案，在日本視之固認為進步，即在歐美亦不能不服其勇斷焉。

中華民國繼承法草案規定特留分不得超過萬元，立法新穎，世無類例。茲按其說明書曰：「許被繼承人以遺囑自由處置其財產，查多數國之立法例，概設法定特留分之制，不問被繼承人財產之多寡，均須按照一定之法定比率將其財產遺諸子孫。故設父為巨富，則子可席履豐厚，坐享其成，長驕佚之漸，生依賴之心，流弊所及，殆有莫知其所底止者。執袴子弟因不知創業之艱難，耽於聲色狗馬之好，終至戕其生命，毀其家室者，常有所聞。此一遺產制度弊害之一端也。總理主張多徵資本家之遺產稅，所見至為深遠。（中略）惟租稅之為物，與財政上之關係甚切，財政之情形有變更，稅率亦不得不時有變更，以是遺產稅問題勢不能規定於含有永久性之繼承法，而只宜規定於單行稅法之中。在繼承法中，吾人祇能就遺產之處分謀補偏救弊之策，因此本草案規定被繼承人應以遺產二分

之一遺留於其直系卑親屬及配偶，一面復規定被繼承人所遺留於其直系親屬及配偶之財產，倘任何人均達萬元，則得自由處分其所餘之財產，而不受二分之一之限制。此種規定蓋欲引導保有鉅額資金之被繼承人使用其財產之大部分於社會公益事業，因以減輕遺產制之弊害。就前項說明書觀之，中國似深感遺產制度之弊害，雖原則上規定被繼承人應以遺產二分之一遺留於其直系卑親屬及配偶，然恐適用於保有鉅額資金者仍屬不當，故復規定被繼承人所遺留之財產如已達萬元，其所餘之財產得依生前處分或遺囑使用於社會公益事業。此種規定，自社會主義的見地言之，實屬至當。迴顧我國，因助長個人資本主義之結果，貧富懸隔，變亂迭乘，流弊所及，莫知所止，此余所以贊賞中國之繼承法草案者也。

(三) 男女平等之原則 中華民國親屬法及繼承法草案採用男女平等原則，極為徹底。此項原則，在歐、美各國民法雖皆一致承認，然亦不過一種原則，例如親權一項，先與之於父，父亡然後與之於母，即此種畸形之平等，亦經數世紀而後達。中華民國則一掃男尊女卑之陋習，試如說明書所謂「於學理上無存在價值者，一掃而空」。此種勇往直前之氣，令人震服。茲略舉其同容如下：(一) 關於親屬範圍者，中國舊律，在男系宗法主義之下，男系尊而女系卑，今則純「以血統及婚姻兩項事實為標準」，男女兩系達於絕對平等之域。關於此點，我國亦然，我國在大寶令時代，男女親等極有差別，夫由妻視之為一等親，妻由夫視之為二等親，伯叔父為二等親，伯叔之婦為三等親，夫之父母為二等親，妻之父母為五等親，其差別有如此者。至明治維新以後，此項差別，一掃而空。故由余之經驗上觀察，中國之此種改革，實為至當。(二) 關於婚姻者，中國舊律，妻對於夫之宗親，與自己之宗親立於同一地

位，絕對不許通婚，而夫於妻之姊妹，通婚與否，則屬自由，其不平等如是，今則因廢除家族制度，此種差別不復存在。其次，中國舊律，夫對於妻有極廣大之夫權，今則反是。觀其說明書曰：「吾國夙重家制，而一家之主，厥惟男子，女子不過附庸，仰人鼻息，聽命而已。積習相沿，牢不可破，而夫妻關係之不平等，尤屬顯然。本案既廢除家制，而於夫妻關係之規定，不分主從，即一面力謀夫妻生活之安全，他面兼顧個人地位之獨立。」其精神所在，不難窺見。復次，中國舊律，惟女子犯姦為離婚原因，男子則否，草案則無論男女犯姦，皆可為離婚原因。此種改正，實為當然。歐洲大陸如德、法、瑞士等國，皆認男子犯姦為離婚原因，但英國則採漸進主義，迄於一九二三年始以明文承認，中國以革命精神為斷然之改革，較諸他國，實屬遠甚。復次關於繼承，男女平等，已如前述，第妻之能力是否加以若干限制，草案不明，殊難臆揣耳。

(四) 增進種族健康 增進種族健康，亦為中華民國親屬法草案原則之一，以余觀之，事屬當然，實不足異。茲舉其要點如下：(一) 婚姻之最低年齡男為十八歲，女為十六歲。(第一三條)；(二) 禁止近親結婚(即四等親以內之血親不得結婚)，但有若干之例外(第一五條)；(三) 其他如有「不堪同居之惡疾」或「重大不治之精神病」，對造得向法院請求離婚(第二七條)。

## 四

由上觀之，可知中華民國親屬法及繼承法草案所標榜之原則，純在適合於中國國民黨之三民主義，而以社

會組織之三民主義化爲其重大使命。至兩草案所採之原則，在各國民法有已採用者，有將採用者，其深切合理，無論何人不能加以非難。余可斷言，惟是法律價值非徒託諸空文，純視實際上能否爲社會生活之規矩準繩以爲判斷，故其最終的價值斷定，不能不俟諸將來。國民政府當局於政治革命已收成效，將以何種決心爲社會組織之改造，吾人惟拭目待之耳。

國民政府現正致力於條約改正事業，撤廢領事裁判權亦爲其主要目的之一，是國民政府之急於發表親屬法及繼承法兩案，一若將爲撤廢領事裁判權之準備者，余則以爲不然。蓋關於身分及能力問題，依國際私法原則上應從其本國法處斷，中國法院亦夙認此通義，若然，則此兩案所包含之事項，如婚姻夫妻關係親子關係扶養繼承及遺囑等，應從當事人之本國法。中國法律之良否，對於在華外人，殊無關涉。中國法制家，亦見及於此，故其說明書曰：「吾黨以推翻舊有不良制度，實現三民主義化之社會爲己任，際茲全國統一訓政開始時期，此種重要民事法規，尤宜早日頒行以新人民之耳目，而利便黨綱之實行」，其非爲撤廢領事裁判權之準備，蓋極顯然矣。

（本文載法律評論第二八九期）

## 家制論

一

中央政治會議民法親屬編立法原則第八點，對於家制應否規定，爲一明確之解決曰，家制應設專章規定之，



考其應設專章規定家制之理由，不外「我國家庭制度，爲數千年來社會組織之基礎，一旦欲根本推翻之，恐窒礙難行，或影響社會太甚，在事實上似以保留此種組織爲宜。在法律上自應承認家制之存在，並應設專章詳定之。」（見民法親屬編先決各點審查意見書第八點說明）家屬主義與個人主義之得失如何？郁憲章先生於其所著「論新親屬草案採取個人制之當否」及「家制餘論」言之詳矣。（見本刊三〇六期及三六五期）不佞以爲居今日而立法，如仍採所謂家屬主義，固屬弊溢於利；然竊以爲尙須更進一步，探求我國家庭制度之真象，然後決定法律上應否承認家制之存在。

## 二

彼民法親屬編先決各點審查意見書第八點說明所謂「家庭制度爲我國數千年來社會組織之基礎」者，將指我國古代法制上之所謂家乎？不知我國古代法制上之所謂家，與宗法制度相爲依倚，自宗法制度廢，則家制陵夷，蕩然無存。請申論之。蓋我國古代以宗法統其宗，故凡屬一大宗之系統者，爲一本支之家；凡屬一小宗之系統者，爲一分支之家；其由家而生之關係，對內則爲：（一）主持祭祀。傳曰：支子不祭，祭必告於宗子。而宗子實爲一家之長，故祭祀以家長爲之爲原則。（二）管理家產。禮內則子弟無私財，無私器，無私貨，不敢私假，不敢私與。蓋子弟不得私有其財產，而當總攝於一家；故一切之所有，皆爲家財。（三）教育子弟。禮曰：古之教者，家有塾，黨有庠，州有序，國有學。蓋一家之子弟，必由一家督率而董教之；故子弟有不率教者，卽爲父兄之責。對外則爲：（一）計家受田。

周禮大司徒，以造都圖制其地域，而封溝之，以其室數制之，不易之地家百畝，一易之地家二百畝，再易之地家三百畝。孟子曰：方里爲井，井九百畝，其中爲公田，八家皆私百畝，同養公田。蓋計家而受田，八口之家受田百畝，家長之外則爲餘夫，僅得受田二十五畝，而附於本家之內，不得自爲一家。（二）負擔賦役。周禮小司徒，乃均土地，以稽人民，而周知其數，上地家七人，可任也者家三人，中地家六人，可任也者二家五人，下地家五人，可任也者家二人。凡起徒役，毋過家一人，以其餘爲羨，惟曰與追胥竭作。載師，凡民無職事者，出夫家之征，註家稅出土徒車鞶，給徭役。春秋魯哀公作田賦，杜預註曰：邱賦之法，因其田財，通出馬一匹牛三頭，今欲別其田及家財各自爲賦，故名田賦。蓋古者之賦役，皆對於家而徵賦之，故力役則視其家可任之人，邱賦則視其田及家財。卽所謂田賦者，田爲一家之所有，對於田而徵收，仍爲對於家而徵收。由是以言，古代之所謂家，實爲對於國家之重要組織。內之則主持祭祀，管理家產，教育子弟。外之則收受田畝，供給賦役。然在今日言之，祭祀爲私家之關係，受田爲過去之制度，財產當由於個人，教育當聽諸國家，賦役尤當與國家相直接，皆不宜以家之權力介於其間。所謂「家制應設專章規定」者，如指此古代法制上之所謂家，則不待智者而知其非是者矣。

### 三

退一步言之，彼所謂家制應設專章規定者，將指近世法制上之所謂家乎？竊以爲亦有待於商榷者。夫近古之世，上距三代，固已遠矣；而家之制度猶有存者，則大清律例之所規定者是也。考律例之所載，關於家之規定，約有四

端：(一)戶律戶役脫漏戶口條曰：凡戶全不附籍，有賦役者，家長杖一百。是一家之人，皆應附屬於戶籍，若有脫漏，則爲家長之責。(二)戶律隱蔽差役條，凡豪民，令子孫弟姪跟隨官員，隱蔽差役者，家長杖一百。是一家之男丁，皆應供應差役，若令其跟隨官員，爲隱蔽之行爲，亦惟家長是問。(三)欺抗田糧條，輯註曰：一戶人口，家長爲主，若言家長者，卑幼無立戶之義，隱瞞詭寄，非家長所犯，而誰能主之。是田糧亦以家長爲主，若有欺隱，則罪坐之。(四)戶律別籍異財條，輯註曰：家政統於家長。蓋一戶人口，家長爲主，立戶有禁，擅用示罰，故所有錢財，家長專之。夫家長對於國家，既負有附籍應役納糧之義務，故對於一家之人，即享有教訓約束其財之權利。蓋家長介於國家與個人之間，實隱然自有其權力。而國家亦樂以權力予之，使其自治於家之內，而成效於國之外。然自今日以言，則調查戶籍徵收賦稅，皆由國家對於個人行之，而與家長無與。故別籍異財之禁，已成具文；而教訓約束之權，亦難及於子弟。是昔日之家制，已消滅於無形，居今日而立法，乃不惜另設專章規定此「其骨已朽」之家庭制度，衡諸時代潮流，似不應爾者也。

## 四

法制上之家制，其遞嬗如此。故當前清末年起草親屬法之際，應否規定家制，實一重大之問題。彼編訂親屬法者，既以家屬主義相標榜，並決定家屬主義優於個人主義（見第一次親屬法草案總則總說明），於是不能不於親屬法上特設家制之一章。第我國古代法制上之所謂家，既難遽言恢復，而近世法制上之所謂家，又未便再行採

用，無已，乃參酌日本法制，分家制爲總則及家長家屬之兩節。於總則規定成立一家之事由，而於家長家屬一節，先規定家長之資格，繼以家長之權利，次及於家屬。第二次親屬法草案仍之，而對於家長之權力多所擴充。（卽家屬不得反於家長之意設定住址，家屬爲婚姻及立嗣時須得家長之同意）。第三次親屬法草案以其不類，於是逕做日本法制，而於家制總則特設創家分家廢籍復籍之規定，關於家長之權力，較之第二次草案尤爲廣大。（同草案第九條以下）不知日本民法之所謂家，乃以戶主統轄一家之家族，而爲共同生活之團體，家爲社會組織之基礎，一國之民，不爲家長，則爲家屬，不屬於此家，則屬於彼家，故有創立一家分家廢絕家再興家諸規定。而其家長之權力，不僅及於家產，並及於家屬之身分行爲，如設定住址，剝奪家籍婚姻養子之同意，去家人家分家再興家之同意，庶子私生子入家之同意皆是（日本民法第七三二條以下）。蓋日本之所謂家，爲繼續系統者，與我國大宗小宗之意大略相同，故有家督相續遺產相續之分。家族制度爲國家發達之障礙，吾人已習聞之，學者不察，從而傲尤，其亦昧矣。雖然，第三次草案有可差強人意者，則家產之規定是已，良以我國自三代而下，宗法制度既已消滅，無世祿世爵以爲宗子之世守，而敬宗合族之道，於是乎弛，有仁人君子者出，不忍使同一祖先之支系，疎浸浸遠，以至漠視如路人，而思有以維繫之，使得以相救而相恤。故自宋范文正公守鄉郡，創立義田，以贖宗族，垂數百年而猶食其德，後世聞風興起者，至今未已，立法者有鑒於此，特做瑞士法制（瑞士民法第三三五條以下），而於第二九條規定：「以維持祖先祭祀，堂墳墓，或支給家屬之教育婚嫁扶養及其他與此相類諸費爲目的，得由家屬個人或共同另擇一定財產，依總則之規定設定家產，作爲家財團」。依此規定，所謂家長，卽爲管理家產之人，所謂家屬，卽爲對

於家產應受家長處分之人，故在立法當時，頗有主張「易家制之名爲家產，而列於親子一章之後者」，（見陳宗藩先生民法親屬詳論一四三頁），觀乎此，則家之爲家，蓋亦可以瞭然矣。

## 五

如上所述，法律制度之家，既無可以恢復之理由，彼所謂「我國家庭制度爲數千年來社會組織之基礎」，而必設專章規定者，抑將指社會制度之所謂家乎？夫社會制度之所謂家，有指夫婦而言者，如詩經所謂「無室無家，囊猶之故」，及「宜爾室家，樂爾妻孥」是。有指父子兄弟夫婦共同生活之團體而言者，如詩經所謂「宜其家人」，及孟子所謂「八口之家」，「數口之家」是。夫此二者，不但爲我國數千年來社會組織之基礎，即歐西各國，亦莫不然，在彼並未規定家制，尙未見其窒礙難行，我自無以此爲理由特設專章之必要。至如累世同居謂之家，不知累世同居之制，起於漢末，三代以前，更無可徵。（見大學衍義補）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，及各妻妻，諸婦遠求分異，彤乃閉戶自掘，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。又陶淵明誠子書曰：潁川韓元長，漢末名士，八十而終，兄弟同居，至於沒齒。濟北范幼春，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，然自唐律以次，已著別籍異財之禁，迄於近世，則累世同居者，較之全國戶口之衆，不過太倉之一粟。無論累世同居，有如郁先生所言，足以釀成經濟上政治上及社會上種種之弊

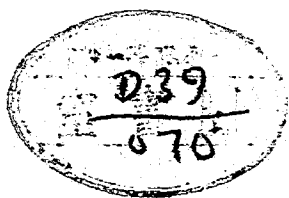
端，（見本刊三〇六期論叢欄）藉曰無之，然亦無爲此少數累世同居者特設家制規定之必要。是則所謂「我國家庭制度爲數千年來社會組織之基礎，一旦欲根本推翻之，恐窒礙難行，或影響社會太甚」者，乃斷言其爲必無之事。樹組成一家之分子，不外所謂父子兄弟夫婦，我親屬法立法原則，既就父子兄弟夫婦間之權義關係，規定甚詳，而復有所謂家制之規定，則家之爲家，不啻空中樓閣。吾人惟見其於虛無縹緲中，可望而不可及而已。或謂民法親屬編立法原則之所謂家，既不同於歷來法律制度之所謂家，亦不同於現行社會制度之所謂家，乃以共同生活爲家制之本位，並置重於家長之義務（見同立法原則第九點），究其實際殆與瑞士之家制無異。不知瑞士之家制，除第三三一條規定家長權之要件，第三三二條至第三三四條規定親長權之效果外，第三三五條至第三五九條皆屬關於家產之規定（見本刊三五八期拙著家產法論私案）。換言之，即瑞士之家制，純爲家產而設，故不標題曰家，而曰家屬的共同生活，家長之權義，僅及於家產而止。是即「所謂家長者，即爲管理家產之人，所謂家屬者，即爲對於家產應受家長處分之人」。立法原則僅云「家制之規定，應以共同生活爲本位，置重於家長之義務」，而於瑞士民法之基礎要件的家產規定，獨付闕如，是亦未可以爲比擬也。

## 六

夫制度之良否，原無絕對之是非，我如做瑞士法制，而設家屬的共同生活之規定，固無不可。然若關於家產之規定，擬而不採，是即曰人所謂「骨拔之法制」居今日而立法，實非賢明之立法者所宜出此者也。「雖然，家人共

同生活，弊害固甚，倘使兄弟妯娌深明大義，情感素篤，則相共居處，通力合作，天倫之樂，亦自可珍。」（引本刊三六五期郁著家制餘論）。惟此係屬事實問題，彼關係重大如宗祧繼承，我中央政治會議已決定其毋庸規定，（見本刊三五六期民法繼承編先決各點審查意見書第一點），則事實上之家，縱不於親屬法上特設專章，當亦不至「窒礙難行，或影響於社會甚大」。惟家制應設專章規定，既已定為立法原則，則根本上已屬無可動搖，本文之作，是亦所謂不能自己者乎？

（本文載法律評論第三六七期）







58  
41273  
(2)

