



C B A 法 屬 親

著 波 汪



行 印 局 書 界 世

H ~~6-11-15~~

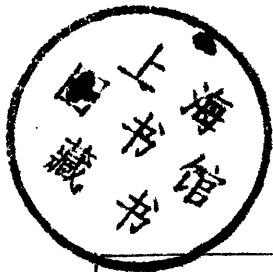
上海图书馆藏书



A541 212 0000 00888

1597408

~~1597409~~



## ABC叢書發刊旨趣

徐蔚南

西文ABC一語的解釋，就是各種學術的階梯和綱領。西洋一種學術都有一種ABC；例如相對論便有英國當代大哲學家羅素出來編輯一本相對論ABC；進化論便有進化論ABC；心理學便有心理學ABC。我們現在發刊這部ABC叢書有兩種目的：

第一 正如西洋ABC書籍一樣，就是我們要把各種學術通俗起來，普遍起來，使人人都有獲得各種學術的機會，使人人都能找到各種學術的門徑。我們要把各種學術從智識階級的掌握中解放出來，散遍給全體民衆。ABC叢書是通俗的大學教育，是新智識的泉源。

第二 我們要使中學生大學生得到一部有系統的優良的教科書

或參考書。我們知道近年來青年們對於一切學術都想去下一番工夫，可是沒有適宜的書籍來啓發他們的興趣，以致他們求智的勇氣都消失了。這部ABC叢書，每冊都寫得非常淺顯而且有味，青年們看時，絕不會感到一點疲倦，所以不特可以啓發他們的智識慾，并且可以使他們於極經濟的時間內收到很大的效果。ABC叢書是講堂裏實用的教本，是學生必辦的參考書。

我們爲要達到上述的兩重目的，特約海內當代聞名的科學家、文學家，藝術家以及力學的專門研究者來編這部叢書。

現在這部ABC叢書一本一本的出版了，我們就把發刊這部叢書的旨趣寫出來，海內明達之士幸進而教之！

一九二八，六，二九。

## 例言

一 親屬法，是民法的一部。我國民法採德國編制的方式，分爲總則、債、物權、親屬、繼承五編，故我國現在稱親屬法爲民法親屬編。

一 本書係根據國民政府最近所頒布的民法親屬編編成，且有時並徵引各國法例，爲比較的說明。

一 本書稱舊律者，爲大清律例之民事有效部份；稱法例者，爲民國以來的判決例和解釋例；稱民法者，爲現行民法。

一 本書內容，雖力求其綱要簡明。然疏漏舛誤之處，自知不免，尙祈閱者指正。

# 目次

第一章 緒論	一
第一節 親屬與親屬法	一
第二節 親屬法之範圍	二
第三節 親屬法之性質	四
第四節 親屬法之本位	五
第五節 親屬法之淵源	七
第六節 親屬法之編制	九
第二章 通則	一〇
第一節 親屬之定義	一一
第二節 親屬之分類	一二
第三節 親屬之等系	一四

第四節 親等之計算……………一五

第五節 親屬關係之發生及消滅……………一九

第六節 親屬關係之效果……………二〇

### 第三章 婚姻……………二一

第一節 引言……………二一

第二節 婚姻的意義……………二三

第三節 婚約……………二四

第四節 結婚……………二七

第五節 婚姻之無效及撤銷……………三二

第六節 婚姻之效力……………三七

第七節 夫妻財產制……………三八

第八節 離婚……………四一

第九節 變例之婚姻……………四五

第四章 父母子女……………五〇

第一節 引言……………五〇

第二節 婚生子女……………五一

第三節 非婚生子女……………五二

第四節 養子女……………五四

第五節 親權……………五六

第六節 親權之效力……………五七

第七節 親權之消滅……………五九

第五章 監護……………六〇

第一節 監護之意義……………六〇

第二節 未成年人之監護……………六一

第三節 禁治產人之監護……………六六

第四節 監護之終止……………六九



第六章 扶養……………七〇

第一節 扶養之權利與義務……………七〇

第二節 扶養之要件……………七二

第三節 扶養之權利者與義務者……………七三

第四節 扶養義務者之順序……………七四

第五節 扶養權利者之順序……………七五

第六節 扶養之程度及方法……………七七

第七節 扶養權利義務之消滅……………七八

第七章 家制……………七九

第一節 引言……………七九

第二節 家之定義……………八〇

第三節 家之組織……………八一

第四節 家之消滅……………八三

第八章 親屬會議……………八四

第一節 引言……………八四

第二節 親屬會議之意義……………八六

第三節 親屬會議之組織……………八七

第四節 親屬會議之召集……………八九

第五節 親屬會議之決議……………九〇

親屬法ABC

汪

波

# 親屬法ABC

## 第一章 緒論

### 第一節 親屬與親屬法

世界上的人類，除魯賓孫一人外，沒有一個能離社會而獨存。其所以能够生存的，便是賴於人與人之結合，以營共同生活。人與人之結合，其最密切而又最自然的，就是夫婦父母子女之間。這些夫婦父母子女的身分，其相互間的關係，是謂親屬關係。

親屬關係，要有確定。蓋親屬爲家族組織的淵源，而家族爲社會成立的基礎。故親屬關係一不確定，小則影響家庭的和平；大則影響社會的秩序。假使

一個國家對於國民之親屬的身分及其相互間的關係妥為確定，使之各守本分，不越範圍，實足為維持社會秩序之一助。

要怎樣去確定親屬的身分及其相互間的關係呢？各國大都是用法律。這種確定親屬關係的法律，是謂親屬法。親屬法的規定，多發端於道德上的本能，和本於各國社會的組織，及固有的風俗與習慣。故「倫常之道」，恆為其所適用。

我們人類既不能脫離社會而獨存，即不能脫離親屬以為高。那末確定親屬關係的親屬法，實為人人日常生活所必需的規範，「而不可須臾離者」。因此，可知本篇的研究，誠至重要。

## 第二節 親屬法之範圍

親屬法，是確定親屬的身分及其相互間的關係的法規，既如上述。什麼是

親屬的身分？例如親子夫婦就是身分。什麼是親屬相互間的關係？例如親子有其權利義務，夫婦間亦有其權利義務，就是相互間的關係。

親屬關係，其勢力有時且及於財產之上。因有親子或夫婦的資格，恆使個人的財產，生重要的變動。例如男女相為婚姻，則夫婦婚姻前的財產權，便因之互有張弛。親權一經實行，則其子女所有的財產權，便因之加以制裁。這就是因親屬關係而生一種財產關係了。所以近世各國的立法，實際上都把「親屬的身分關係」，及其財產上的關係，一併規定於親屬法編中。我國最近頒布的民法第四編——親屬法，亦不能出其例外。

嚴格說起來，親屬法只是規定親屬的身分，至其財產關係及親屬間扶養的義務，應另規定於財產法中，本非親屬法的範圍。但那種財產的關係，及扶養的義務，實由身分關係而發生的，假使他截然分離，則親屬法中的規定，必不能完全而無缺。蓋親屬身分及其相互間的關係規定於親屬法中，乃數經改革

其編制而完成的。

## 第二節 親屬法之性質

在族制的時代，因親屬法與繼承法財產法等均有關係，故合併規定於人事法。而人事法的性質，則混雜於公法與私法之間。現在各國立法上的實際，已把親屬法分開獨立。故親屬法的性質，可以說是私法，又可說是普通法；亦可說是實體法，又可說是強行法。

親屬法，是規定人之爲家長、爲家屬、爲夫、爲妻、爲親、爲子、爲監護人、爲被監護人、爲親屬全員、爲扶養義務者、爲扶養權利者的。他的法律關係，絕無國家及公法人存於其間。是親屬法爲私法，可以毫無疑義了。至如婚姻立嗣要呈報，及撤銷婚姻要呈訴，這些雖以公益關係的緣故，須受國家機關的干涉。但此僅爲國家機關與當事者間的關係，且爲本法例外的規定，仍不得

認爲公法的規定。故爲私法。

親屬法的法律關係，是一般人民都要遵守的。不但住居本國領土內本國的人民應一律受其拘束，即僑居外國的本國人民亦應受其拘束，故爲普通法。

親屬法，是規定人民對親屬上種種權利義務實體的法規。至實行這種權利義務所生的障礙或違反時，則另有程序方式的法律可以救濟，故爲實體法。

親屬法，爲維持公共秩序善良風俗，非如物權法債權法可任個人的意思以爲取捨，必須依照法律所規定的。其中雖有採當事者的意思，但亦規定於法律而爲制裁，故爲強行法。

#### 第四節 親屬法之本位

法律，不是自然的法則，故有其中心觀念，而用其爲立足點。法律的中心觀念，就是叫做法律的本位。



法律的本位，乃隨社會的進化而亦變遷。就普通的法律言，是由義務本位而進於權利本位，再由權利本位而進於社會本位。親屬法，是法律系統中的一部分，當然也不能出此例外的。

古時各國的法律，無論其為公法或私法，大都以義務為本位，如日本學者牧野英一氏所云：「依歷史的觀察及比較的觀察，理解法律之民族不必盡有權利之觀念。即就羅馬法觀之，羅馬法中祇有 *Actio* 之觀念，而無今日權利之觀念」。便可見其一斑了。到了個人主義興起，權利的觀念發達，私立的本位因為一變。近今又因個人主義發達的結果，財產集中，壟斷盛行，無產者被資產階級迫到沒飯喫，社會屢不安定，於是法律便有進於社會本位的趨勢。

我國古來，法律的本位為「家」。直至今日，家之賦役上和刑事上的責任雖已消滅，而私法上仍居重要的地位。至親屬以「家」為其本位，尤為顯著。蓋家為親屬共同生活的團體，固非我國特有的制度，然我國的「家」，其組織

之成立，其系統之傳承，其權力之攸歸，其財產之所寄，皆不單純以共同生活當然的原則爲衡，而決於宗法之遺規的。

近今國民政府所制定的民法第四編——親屬法，亦以我國家庭制度爲數千年來社會組織的基礎，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，法律上仍承認家之制度。且參酌社會情形，及採納各國立法例，明定以家人之共同生活爲本位，不偏重於家長的權利，而重於家長的義務。並明定家長不論性別，以符社會心理，及世界的趨勢。

## 第五節 親屬法之淵源

親屬法之淵源，各國大都根據於（一）制定法（二）判例（三）習慣（四）法理諸種。我國則於上述諸種外，對禮教一層尤多參用，茲分述如左：

（一）制定法 戰國時李悝刑法經，實爲吾國有制定法之始。至漢蕭何益爲

律令。唐貞觀時代，摭取戶婚田土錢債等編爲唐律。宋明清各代，都就唐律略加增修而已。民國以還，閱十餘年所，民法尙未頒布，祇於清律除制裁部分及與國情有抵觸者外，認爲繼續有效。因親屬法關於國情較多，故起草時對歷史制定法的參酌定亦不少。

(二)判例 法院的判決，係就具體的事件而爲判斷。其實質相同的案件，常爲實質相同的判決。相沿既久，便成爲判例了。法院對於本院的判例既加尊重，而下級法院對於上級法院的判例尤要遵守。人民對於實質相同的案件亦期以同樣的判決。同一判例反復援用，遂成爲與法律有同等的效力。而編纂成文法時，亦恆採用編入於法文。

(三)習慣 民法總則第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理」。親屬法是民法的一部分，是編纂時已重視習慣可知。且親屬法的性質，強行者多，故所採主義範圍，不能盡仿各國法例，亦不必爲削足履履

，雖以無違背公共秩序，及與各法不相牴觸的習慣著爲成文法規，但仍恐有未盡處，故民法第一條有此規定。

(四)法理 法理，就是從前法律上所稱的條理。我國民法起草時，因改稱爲法理，其實條理與法理，實質上並無差別。法律無明文規定，又無習慣者，適用法理，既爲民法第一條所規定，故法理亦爲親屬法淵源之一無疑。

(五)禮教 吾國古代的禮教，實即今日的法制。例如周禮一書，對於婚娶喪祭一切人事，無不詳載。這種禮教，垂數千年，成爲大法，爲人人所共信，其約束力至強，故清末起草民法時，特以親屬繼承兩篇商於禮學館。可知其亦爲親屬法的淵源之一。

## 第六節 親屬法之編制

親屬法的編制，各國各有不同，大別言之，可分爲兩種形式：一爲羅馬式

；一爲德國式。

羅馬式，以家屬制爲其基礎。蓋以人之身分關係爲私權所從出，故置親屬編於民法的部首。其屬於此系統的，以法國民法爲最著。其法典首列人事編，關於人之資格，及民法全體共通的事項，均於此規定之。瑞士的民法，分（一）人格，（二）婚姻，（三）相續，（四）物權（債權另有債法不入於民法）四編，亦即採用羅馬式的。

德國式，是以個人制爲基礎。其親屬的內容，限於純粹的親屬關係，而位置則列於財產法之次。日本新民法，即採用德國式的。彼不特不能脫離家屬制度，而於親屬法編中，別設一戶主及家族的規定。我國親屬法編制的形式，與日本同，亦即仿倣德國的。

## 第二章 通則

## 第一節 親屬之定義

親屬二字，日本的民法稱爲親族。考諸我國典籍，親屬與親族其義本可通用。蓋「親」是取親愛的意；——禮記云：「親親之道，以三爲五，以五爲九。又云：「親親故尊祖，尊祖故敬宗，敬宗故收族」。「屬」是從屬的意思；——方氏解大傳云：「以卑屬尊，以幼屬長，以庶屬嫡；以旁屬正，親族之道，如斯而已」。「族」是取羣簇的意思。——白虎通云：「族者，湊也；聚也」。所以「親屬」是謂因親愛而相從屬；而「親族」，是謂親愛而相聚會。他的語義，實無多大的差別。

我國的律例，以爲「族」字須用其專指同宗族之親爲宜，倘兼指姻親，字義上似有未妥。所以後來定親屬法的名稱，不依日本名以「親族」而以「親屬」，即因親屬兩字，指族親姻親的全體，實較穩妥。

親屬關係成立的原因，不外是「血統」和「婚姻」兩種。因婚姻而生夫婦及姻親的關係；因血統而生同宗之血親關係，這都是叫做「親屬」。至親屬的範圍，我國舊律本有明文的规定。最近頒布的親屬編，以「法律關係，其情形各有不同。即規定之範圍，亦應隨之而異。即雖強為概括之規定，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，及繼承權利；刑事上之親屬加重，及親屬告訴等類，仍以分別規定其範圍為合於實用」。〔親屬法先決各點審查意見書〕是故不概括規定其範圍，而只規定其定義。

## 第二節 親屬之分類

我國舊時的民律，分親屬為宗親，外親，妻親三類，係淵源於宗法制度，揆諸現在情形，實有未妥。蓋親屬的發生，或基於血統；或基於婚姻，故現行民法關於親屬的分類，定為配偶、血親、姻親三種。如此分類，不獨出於自然

，且與世界法制相合。茲更分述如左：

(一)血親 血親與宗親不同；宗親，係指男系的親屬。蓋宗法制度注重男統。在男系親內，凡同宗男子，來歸之婦及未嫁之女，皆屬於宗親的親屬範圍。血親，則非單指男系的親屬。凡有血統之連絡，互為血族。血親關係的發生原因，就是出生。子女於出生時，即與其父母及父母的親屬發生親屬的關係。此與從前注重男統而輕女統的原則不同，蓋欲貫徹男女平等的精神。

(二)姻親 男女婚姻成立後，彼此血親所發生的親屬關係，現行的民法稱為姻親。姻親的範圍，就是：血親的配偶；（姊妹為我之血親，姊妹之配偶，即為姻親）配偶的血親，（如妻之父母）及配偶的血親的配偶。（如妻父之妻）（民法第四編第九百六十七條）。

(三)配偶 由婚姻而結合的男女，是叫做配偶。配偶關係，為血親與姻親關係的基礎。但是配偶關係的本身，不是血親或姻親的關係，所以不發生親系



及親等的問題，也沒有尊屬卑屬的次序。

### 第二節 親屬之等系

親屬的等系，就是算定親屬等第的方法。世代連續叫做「系」，因系有遠近，親有厚薄，便有等第的區分了。法律上所以要規定親屬的等系，蓋如繼承問題，必依次序而為先後，假使沒有一定的計算，則起爭執，必生家族的糾紛，而致影響於社會。這就是民法九百六十九條所以要規定親屬的等系的原因。

親等，是表示親屬關係的遠近。換句話說，就是親屬間世代的標志。我國古無親等的名目，乃以服制表示親屬關係的遠近。現在新民法始以明文規定親等的計算。其計算的方法，當於次節述之。

親系，有直系與旁系之分。稱直系，是上溯己身所自出，下迄己身之所出的親系；稱旁系，是和己身同始祖分衍的親系。己身所自出的，叫做直系尊親

屬；己身所出的，叫做直系卑親屬。例如高曾祖父等，就是尊親屬；子孫曾元等，就是卑親屬。

#### 第四節 親等之計算

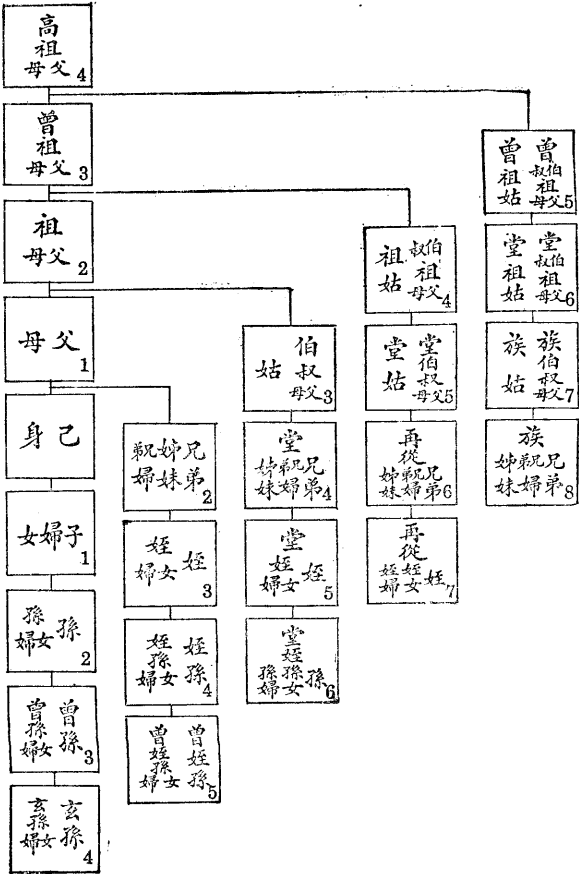
親等計算的方法，各國立法例各有不同，除列舉主義外，可別爲羅馬法主義與寺院法主義二種。

羅馬法主義的計算法，直系親是依世數而定。例如父母與子女爲一親等。祖父母與孫爲二親等，曾祖父母與曾孫爲三親等，高祖父母與元孫爲四親等。旁系親則由親族之一方溯諸同源共出的始祖，再由始祖算至本身。依兩方世數合數而計算，再回親族之一方面定親等。例如甲乙爲族兄弟，上推至甲之高祖，由高祖下推至乙的本身，再由本身橫推至甲爲五親等。再明白說來，就是以兄弟姊妹爲二親等，堂兄弟爲三親等，再堂兄弟爲四親等，族兄弟爲五親等。

寺院法主義的計算法，其直系親的計算與羅馬法同，所差異的，就是旁系親的計算。旁系親的計算，是由親族之一方，溯諸同源的始祖，而取其世數以定，不像羅馬法更須下推至他方面加算其世數。例如兄弟姊妹爲一親等，堂兄弟姊妹爲二親等，再從兄弟爲三親等，族兄弟爲四親等。假使由一方溯諸同源始祖的世數，遇與由他方溯諸同源的始祖世數不相等時，那末便取其世數較多的去計算，例如伯叔父母爲二親等。其餘可由此類推。

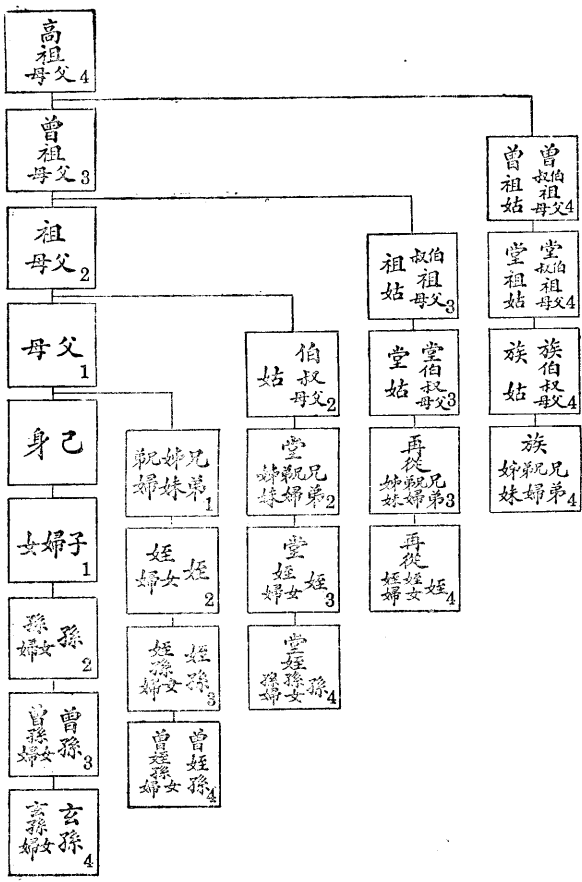
我國從前採用寺院法主義以計算親等，乃以其與昔日之宗親服制圖相對勘，凡五等服以內之宗親可以寺院法四親等包舉之而無遺。所以自前清民律草案以迄最近各種草案，均以寺院法計算親等。最近國民政府所頒布的民法親屬編，規定親屬的分類，既從根本上改革，分爲血親與姻親，已如上述，則與所謂服制圖毫不生關係了，所以親等計算的方法，又採用羅馬法主義。茲更列羅馬法計算圖及寺院法計算圖如左，以資參照。

C B A 法 屬 親



(一) 羅馬法主義的計算圖

(二) 寺院法主義的計算圖



## 第五節 親屬關係之發生及消滅

親屬關係的發生及其消滅，在法律上的身分和權利義務有莫大的關係。假使沒有明白規定，則親屬間起種種的糾紛便不能解決了。因此，各國的親屬法對於這點都有特別注意。

親屬關係的發生，可區別為天然的親屬關係，和人為的親屬關係二種說明之。

天然的親屬關係，就是血統親屬的關係。(一)由合法婚姻所生的血統親屬，是叫做婚生子。(二)非由合法婚姻所生的血統親屬，是叫做非婚生子。從前的民法草案，規定私生子和庶子為非合法婚姻所生的血統親屬。現在法律為貫徹一夫一妻制，不規定妾的問題，庶子名詞亦不容存在。且改私生子為非婚生子，其在法律上的地位與婚生子無異。

人爲的親屬關係，不是血統的親屬關係。(一)由婚姻所生的親屬關係，例如夫妻關係，及因夫妻關係而生的姻親關係，都是由婚姻所生的結果；(二)由收養他人所生之子女而生的養子女及養父母的關係。由婚姻所生的關係，是叫做法律規定的親屬；由收養所生的關係，是叫做法律擬制的親屬。從前的民法草案，因受宗法思想的影響，又有所謂嗣子制度，但現在都不容存在了。

天然的親屬關係，除非婚生子有因其他原因而解銷其親屬關係外，舍死亡情事，其關係無論如何不能消滅。故吾國判例屢認父子關係不能任意主張脫離。可知親屬關係得以解銷，是專爲人爲的親屬關係而規定的。

人爲的親屬關係之消滅，若由婚姻所生的，則離婚時便歸消滅。若由收養所生的，則因收養者(養父母)與被收養者(養子女)的同意終止，或因其他法律上的原因而消滅。(詳第四章)

## 第六節 親屬關係之效果

由親屬關係所生法律之效果，第一就是權利行爲，例如繼承權，受扶養權，請求宣告禁止產權，爲親屬會議會員權，行使親權的權利，及爲監護人的權利等皆是。第二就是義務負擔，例如監護人及親屬會議會員的義務，扶養的義務，夫妻同居的義務，和服從親權的義務等皆是。第三就是制限能力，例如婚姻的障礙，官吏爲親屬關係不得執行其職務，這都是因有親屬關係而致其能力受法律所限制的。

## 第三章 婚姻

### 第一節 引言

關於婚姻的立法主義，東西各國各有不同。採用事實婚主義的，以事實上男女已同居，社會均認其兩人爲有夫婦關係，雖未經舉行何種儀式，法律上亦



承認其婚姻之成立；採用形式婚主義的，以婚姻須依法律規定的形式而為表示，才算是合法的婚姻；採用宗教婚主義的，以須依宗教的儀式而結婚，其婚姻才得認為有效；採用法律婚主義的，以婚約須依法定儀式，及在官廳舉行方為有效。

我國關於婚姻的法典，皆依據周禮的儀式。禮記昏義說：「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」。這雖好像有宗教婚主義的精神，但與一神教不同，仍不得說是合於宗教主義。民國成立以還修訂民法，對於婚姻儀式，不採「嚴格的儀式主義」，但為區別正式配偶與沒有婚姻關係之結合，而設最低限度的形式。即僅須有公開的形式，及二人以上之證明而已。這樣限制，堪稱至為適中。蓋失之太嚴，則流弊必多；失之太寬，關於身分的變更，沒有一定儀式可使社會週知，則社會受害亦必不鮮。以下當依最近所頒布的民法親屬編的內容，先敘

述婚姻的定義，以便再進而研究婚姻在法律上的種種關係。

## 第二節 婚姻的意義

由現行民法上推究起來，可以說：婚姻是一男一女依法律所結合。而其結合之目的，是在於「終生之共同生活」。

男女的結合，非皆得謂為婚姻。換句話說，男女的結合，必依法律所規定的要件而為結合始得謂為婚姻。例如法律的明文規定男女結合，必依一定的儀式；倘不依一定的儀式，而祇有同居的事實，便不得謂為婚姻。

各國關於婚姻的法律，有採一夫多妻制的；有採一妻多夫制的，又有採一夫一妻制的。我國的法律，是採一夫一妻制的。有妻而再娶的，刑法上則科以重婚之罪。故須為一男一女的結合，才得謂為婚姻。

婚姻的期間，有採取終生為期的 (Permanent marriage)；有採取非終生為

期的 (Temporary marriage)。我國則採取終生爲期的，故婚姻不許附期限，亦不許附條件。其生活關係，爲夫婦終生的共同的關係。但這裏所謂「終生的關係」一語，不是說一經結婚即不得離婚的意思，應請注意。

### 第三節 婚約

婚約，就是定婚的契約。關於定婚的性質，約有三個立法例：(一)以定婚是以結婚爲目的的行爲。依此行爲，發生以婚姻爲目的之債權關係。英國法及寺院法與其他承認不履行的賠償，及違約金的效力的法制，都屬此種。(二)以定婚爲獨立的契約，非祇以將來結婚爲目的的。定婚的契約成立後，當事人間已發生一定之身分關係，故定婚有排他的效力，已成立後，不得再與他人重訂婚約。(三)以定婚爲結婚的階段，違約之時，雖生損害賠償的義務，而違約金之效力及履行之強制概行否認。德國，瑞典的民法，均屬此種。我國現行民法

親屬編，亦取德瑞法主義，明文禁止強迫履行婚約，及承認違約所受損害賠償。（民法九七五條九七七條及九七八條）

婚約的訂定，可分爲二要件：一爲形式的要件；一爲實質的要件。形式的要件，例如交換婚書，或收受聘財等是。實質的要件，例如須已成年的男女；須爲婚姻當事人的意思等是。

各國法例關於訂定婚約的形式要件，有採要式主義的；有採不要式主義的。我國現行民法，究採何種主義雖無明文規定，然考歷來的判決例，均以「婚書與聘財」同爲定婚的形式要件。惟僅要求其一，無須兼備。（八年上字二二七號判例）至其實質的要件，依舊民法的規定：須爲男女本人之意思，與主婚權人之同意。現行民法親屬編爲貫徹自由結婚主義，以婚約應由男女當事人自行訂定爲原則，經法定代理人之同意爲例外。蓋須爲未成年的男女訂定婚約，始應得法定代理人之同意。（民法九七二條至九七四條）

婚約訂定後，當事人之一方如遇有下面幾種情形之一者，依我國現行民法，得解除之：

- (一) 婚約訂定後，再與他人訂定婚約或結婚者。
- (二) 故違結婚期約者。
- (三) 生死不明，已滿一年者。
- (四) 有重大不治之病者。
- (五) 有花柳病，或其他惡疾者。
- (六) 婚約訂定後，成爲殘廢者。
- (七) 婚約訂定後，與人通姦者。
- (八) 婚約訂定後，受徒刑之宣告者。
- (九) 有其他重大事由者。

因有這幾種情形的一種，而要解除婚約的，假使事實上不能向他方爲解除

之意思表示時，可無須表示，自得爲解除時起，不受婚約拘束。（民法第九七六條）

婚約解除後，男女雙方依不當得利之規定，對於相互之贈與物得請求返還。但因男女一方死亡，即不得請求返還。又此項請求的時效，以六個月內爲限。此外，無過失之一方，對於有過失之他方，得請求賠償其損害。此項請求權，亦應自婚約解除起，六個月內行使之。且不得讓與，或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者不在此限。有此項請求權的人，對於聘財及互贈之物，得行使留置權。

#### 第四節 結婚

結婚，就是婚約之履行。故未曾訂定婚約，而舉行結婚形式的，仍不能說是合法的婚姻。（參照七年上字一〇一八號判例）蓋結婚乃以訂定有效之婚約

爲要件，假使訂定婚約的形式不具備，事實上雖已結婚，法律上仍不生婚姻之效力。

結婚之要件，可分爲實質的要件與形式的要件而言。其實質的要件，爲下列各種：

(一)本於當事人之意思 東西各國的法制，大都採共諾婚制。故結婚須本於爲婚當事人雙方之同意，假使當事人無意結婚，即不能予以強制。唯雙方當事人須均爲有意思能力的，及須爲無瑕疵的意思的。如假冒爲婚的，和因詐欺脅迫而爲婚的，雖結婚後仍得以撤銷。

(二)及婚之年齡 爲婚的當事人，雙方均須達於法定的年齡，才可以結婚。這是因爲恐怕年齡太小結婚，有礙國民身體的發育和健康，故法律上不得不加以制限。關於及婚年齡的規定，各國法制互相爲異。要皆依據其國民身體發育之遲早以爲定。我國現行民法，明定男子未滿十八歲，女子未滿十六歲者不

得結婚。(民法第九八〇條)

(三)非一定之親屬 結婚人之相與爲婚，必須爲非一定之親屬；此乃近親外婚制，爲各國所採用的。但近親結婚的範圍，各國間皆未能一致，要皆各本於其國家之情形。我國的婚制，除同各國採用族外婚制外，對於親屬禁止結婚的範圍，亦有明文規定之。卽下面列舉的三點：

一、直系血親，及直系姻親。

二、旁系血親，及旁系姻親之輩分不相同者。但旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，不在此限。

三、旁系血親之輩分相同，在八親等以內者。但表兄弟姊妹，不在此限。

姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。

(四)重婚之禁止 我國法制，關於婚姻的制度，是採取一夫一妻制的，故



「有妻更娶者離異」，早有這種判例。現行民法也以明文禁止。刑法上更處以重婚之罰，可知重婚爲法律所絕對禁止的。至什麼才算是重婚？須視其是否具備下列三種條件：一、須履行婚姻的形式要件；二、須爲前婚尙未解銷；三、須未明白通知已有配偶之事實。（這條是爲妾制存在時的規定，現已不能存在了）但重婚在民法上爲無效呢，仰爲得以撤銷呢？民法上有二主義：一、以重婚爲無效；二、以重婚得以撤銷的。我國現行民法，規定爲得以撤銷。

（五）再婚之限制 婚姻解銷或撤銷後，是否可以再與他人訂定婚約或結婚呢？各國立法的主義，各有不同。有以應即禁止其與他人再婚的；有以爲應加以限制的。我國現行民法對於再婚，原則上並不禁止。但前婚解銷或撤銷時與再婚之時間，則設有一定的限制。這就是叫做限制再婚的期間。法律上所以要限制再婚的期間，就是基於防止紊亂血統的理由，和基於制慾防閑的政策。

（六）相姦者結婚之禁止 相姦者結婚，各國法例，有禁止的，也有不禁止

的。如寺院法，對於姦非者，終生禁止其結婚。直至第九世紀，始廢止此禁。德日等國，現尚維持此種禁例。惟英美法意等國，均不禁止。我國現行民法，亦以明文規定：「因姦經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚」。

(民法第九八六條)

(七)法定代理人之同意 我國舊律，結婚以經父母之允許為要件。有的說：這是繼承羅馬法而來的。蓋羅馬法中，家長有很大的權力，故家屬結婚須得其同意，為絕對的要件。其實，「媒妁之言，父母之命」，我國早有此慣例了。現行民法，以未成年人結婚，纔須法定代理人之同意。至已成年人，便不用着法定代理人之同意了。

結婚的形式要件，古今中外各國各有不同。僅就我國言之：古時婚儀，載於儀禮。儀禮說：「士昏者，為六禮」。然六禮之前及其後，尚有很繁的儀節。本篇限於篇幅，恕未詳述。現行民法，以舉行結婚那一天，是社會所公認為

當事人婚姻成立的日子；即法律亦認那天是婚姻之成立。故以明文規定：「結婚應有公開之儀式，及二人以上之證明」。而過去的判例，亦以「至定婚後成婚，亦須經習慣上之一定儀式。故原則上係合定婚與成婚儀式，為婚姻成立之要件。至若婚姻之呈報，與婚書之納稅，係屬行政事項，與私法上之婚姻效力無涉」。〔九年統字一三五七號解釋例〕可知我國婚姻之成立，並不以呈報及婚書納稅為形式的要件。

### 第五節 婚姻之無效及撤銷

婚姻於何種情形之下為無效，於何種情形之下為得以撤銷？東西各國，各以其法制之規定而不同。德國民法，以由婚姻本質所生之婚姻障礙，其婚姻為無效；因顧慮結婚當事人的利益所生之婚姻障礙，其婚姻為得以撤銷。所謂由婚姻本質所生之婚姻障礙，例如不履行結婚的方式，無行為能力，喪失知覺，

有精神病，重婚，近親結婚，相姦者婚……等。所謂因顧慮結婚當事人的利益所生之婚姻障礙，例如未經法定代理人同意，錯誤，詐欺，脅迫……等。瑞士民法，以重婚、因繼續存在的原因而無判斷能力、及近親結婚爲無效的；因暫時存在的原因而無判斷能力、錯誤、詐欺、脅迫，及未經父母或監護人同意的婚姻爲得以撤銷的。日本民法，以當事人無結婚之意思，及不呈報戶籍吏的婚姻爲無效；當事人意思有瑕疵，及有無效要件以外的要件，則得以撤銷婚姻。至我國民法，關於婚姻的無效，及得以撤銷的規定，又與各國不盡一致。茲分別敘述於下：

(一) 婚姻之無效 我國現行法制，婚姻無效的要件，與婚姻撤銷的要件，設有區別。其婚姻無效的原因爲：

一、定婚無效者 男女定婚，以寫立婚書或收受聘財爲形式的要件。若要件不具備，雖已經成婚，仍不發生婚姻效力。

二、未舉行成婚儀節者 婚姻成立，必須經習慣上一定的儀式；這是成婚的形式要件。故未舉行相當儀式，其婚姻即不能為有效。至於婚姻之呈報，與婚書之納稅，則係行政事項，與私法上之婚姻效力無涉。

三、典賣為婚者 買賣為婚，既無婚書或財禮，若非經雙方補立婚書或納財禮，其婚姻應認為無效。

(二)婚姻之撤銷 我國現行民法，除前節所述婚姻無效的原因外，離異各條，均為婚姻撤銷的原因。關係婚姻撤銷的原因之規定是：

一、未屆「及婚年齡」而結婚。

二、一定之親屬。(參照上節)

三、重婚。

四、相姦為婚。

五、未成年人未得法定代理人之同意。

六、因詐欺或脅迫而爲婚。

七、未滿禁止再婚期間。

未屆「及婚年齡」而結婚的，其婚姻之撤銷權，自知悉其事實之日起逾六個月，或結婚後已逾一年，或已懷胎者，其撤銷權消滅。因詐欺或脅迫所爲的婚姻，其撤銷權亦至經當事人在六個月內之追認而消滅。未滿禁止再婚期間而結婚的，其撤銷權自前婚解銷之日起經十個月，或已分娩時而消滅。

具備撤銷要件的婚姻，什麼人才有權可訴請法院以撤銷呢？我國民法，以爲「除當事人及其直系尊親屬與同居最近親屬，及代表公益之檢察官得訴請撤銷外，其餘族人，不得妄行干涉」。（七年上字一五二七號判例）

婚姻撤銷之效力如何？立法例有三種：一、婚姻撤銷之效力，可溯及既往；一經撤銷以後，則其婚姻即視爲從始無效。英、德等國，即採此制。二、婚姻撤銷之效力，視當事人之爲善意與惡意而不同。當事人雙方皆以善意而結婚

的，其婚姻在撤銷以前，仍作為有效。當事人雙方皆以惡意而結婚的，其婚姻一經撤銷，便視為從始無效。當事人一方為惡意時，其婚姻在未撤銷前，仍對於善意之一方及子女發生效力。法國民法，即採此制。三、婚姻撤銷之效力，不溯既往的。瑞士日本等國，即採此制。

我國現行法制，採取第三種的立法例。故其所規定的是：

一、對於當事人身份上的效力——在未撤銷以前，當事人仍有夫妻的身分關係；其所生的子，亦為親生子。

二、對於當事人財產上的效力——關於財產上的效力，可分為三點來說明：甲、當事人雙方皆以善意而結婚的，其婚姻一經撤銷，當事人一造由他造所得之利益，以現存的為限，歸還於他造。乙、當事人雙方皆以惡意而結婚的，其婚姻一經撤銷，當事人一造由他造所得的利益，須歸還其全部。丙、當事人一方以惡意而結婚的，善意那一造，由惡意那一造所得的利益，以

現存者爲限，以歸還之。惡意那一造，由善意那一造所得的利益，須歸還其全部；並須賠償該造因此所生的損害。

## 第六節 婚姻之效力

婚姻之效力，原分爲財產上之效力，與身分上之效力。如親屬關係，家屬關係之變更，夫妻之權利義務種種效力，爲身分上之效力，如婚姻成立後，夫妻財產所有之關係，財產管理處分權之關係，債務之責任關係種種效力，爲財產上之效力。我國現行民法，對於財產上效力，已設專節規定之。故這裏所敘述的婚姻之效力，是屬於婚姻之普通效力。

婚姻的普通效力，略爲言之：（一）結婚之後妻以其本姓冠以夫姓。但當事人另有訂定者，不在此限；（二）夫妻互負同居之義務。不履行此種義務者，夫或妻均可向法院起訴。但有不能同居之正當理由者，不在此限；（三）妻應以夫



之住所爲住所。(四)夫妻於日常家務，互爲代理人。惟其一方濫用代理權時，他方得加以限制。但不得對抗善意第三人。

### 第七節 夫妻財產制

各國民法關於夫妻財產制度，規定綦詳，標準殊不一致。我國舊律，向無此種規定；配偶之間，亦未有訂立財產契約的。近年以來人民的法律思想逐漸發達，故新民法爲順應潮流，確定數種制度，許其約定擇用其一。其無約定的，則適用法定制。各國民法關於夫妻財產制的規定，皆因其本國情形而異。種類不一，利弊互見。茲述其重要的制度如左：

(一)統一財產制 雙方財產均集中於夫一方，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，惟瑞士民法以此爲約定制。我國新民法亦採用之。(民法一千零四十二條)

(二)共同財產制 此制之特質，爲設定一種夫妻之共有財產；於共有財產外，各許獨有財產，夫對於共有財產，有管理及處分權。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。惟共有財產範圍之大小，主張頗不一致，故此制又細別爲左列三種：

一、一般共同財產制。(挪威、芬蘭、荷蘭、葡萄牙等國，以此爲法定制。我國新民法則以此爲約定制)

二、動產及所得共同制。(法比等國，以此爲法定制)

三、所得共同制。(美洲數國蘇俄及西班牙等，以此爲法定制。我國新民法，則以此爲約定制)

(三)聯合財產制 妻之財產除保留者外，集中於夫一方，而無夫妻共有之財產。蓋各別保存其原有之財產，特均歸夫一方管理而已。夫對於妻所帶入的財產有用益權，及在特定範圍內有處分權。德國、瑞士、日本等國，即取此制

。我國從之。

(四) 匱產制 妻之財產，為擔任家用起見，特指定一部分為匱產，由夫管理；與妻之餘產雖截然分離，然其所有權仍屬於妻。（但有例外）夫對於匱產的全部或一部分，不得移轉及抵押。

(五) 分別財產制 夫妻對於本人的財產，各別享有所有權，管理權及用益權。而家用在原則上由夫妻平均負擔。奧、捷克、匈牙利、意大利、英、土耳其等國以此為法定制。

我國新民法的親屬編，關於夫妻財產制的規定頗為詳細。其中參酌國情，並採取各國法例，以婚姻關係存續中的夫妻，所取得之財產為其聯合財產。但其特有財產及例外之規定則不在此限。可知乃以聯合財產制為法定制。至約定財產制，則分為（一）共同財產制；（二）統一財產制，（三）分別財產制三種。

關於夫妻財產制約定之後，在婚姻存續期內，是否許其以契約改用他種制

度？考各國法例，有禁止的；有允許的，又有折衷其間為有條件之允許的。我國採用折衷辦法；許雙方另訂契約，而加以相當條件。（新民法第一千零八條）（本節係參照中央執行委員會政治會議法律組親屬法先決各點審查意見書第六點）

## 第八節 離婚

離婚，就是婚姻之解銷。或以婚姻解銷的原因，可分為二種：一為因婚姻當事人一造之死亡而解銷；一為因離婚而解銷。但婚姻當事人一造死亡（宣告死亡亦同），不過是當事人共同生活關係的消除，其夫妻的身分關係，財產關係，與由婚姻所生的親屬家屬等關係，固未可因之而視為解銷。

離婚和婚姻無效；婚姻撤銷，及別居都是不同。蓋婚姻無效，是以（一）訂定婚約無效；（二）未舉行結婚儀式；（三）典賣為婚諸種為原因的。這些原因，

都是發生於婚姻成立以前。婚姻撤銷，是以（一）未屆及婚年齡而結婚；（二）一定親屬爲婚；（三）重婚；（四）相姦爲婚；（五）未成年人結婚未經法定代理人之同意；（六）因詐欺或脅迫而爲婚；（七）未滿禁止再婚期間諸種爲其原因的。這些原因亦同發生於結婚之前，而離婚的原因，則發生於結婚之後。至「別居」，是夫妻間因有一定原因而使其分別居住的。且別爲有定期與不定期二種。定期別居，將來尙可回復。而不定期別居，雖永不回復同居，然夫妻的法律關係並未解銷。這又是與離婚不同之點。

離婚的請求，必有法定的原因。法律上應如何規定其原因，各國法制各有不同。有採有責主義（以夫妻一造之惡行爲離婚的原因）與目的主義的；（不問其應當歸責於當事人之一造與否，苟有使婚姻目的不能達的事項，即可請求離婚）有採列舉主義（把離婚原因列舉於法規，除此以外不能請求離婚）與概括主義的；（不列舉原因，苟有正當理由即可請求離婚）又有採絕對離婚原因

，（如姦非是絕對離婚的原因）與相對離婚原因的；（如重大侮辱，及義絕是相對的）我國新民法的親屬編，關於離婚的原因，是採列舉主義的。其第一千零五十二條云：

夫妻之一方，以他方有左列情形之一者為限，得向法院請求離婚：

- 一、重婚者。
- 二、與人通姦者。
- 三、夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者。
- 四、妻對於夫之直系尊親屬為虐待；或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪為共同生活者。
- 五、夫妻之一方，以惡意遺棄他方在繼續狀態中者。
- 六、夫妻之一方，意圖殺害他方者。
- 七、有不治之惡疾者。

八、有重大不治之精神病者。

九、生死不明，已逾三年者。

十、被處三年以上之徒刑；或因犯不名譽之罪，被處徒刑者。

惟上述的原因，尚有限制。如一千零五十三條及一千零五十四條的規定：

「對於第一款第二款之情事，有請求權之一方，於事前或事後宥恕，或知悉後已逾六個月，或其情事發生後已逾二年者，不得請求離婚」。「對於第六款及第十款之情事，有請求權之一方，自知悉後已逾一年，或其情事發生後已逾五年者，不得請求離婚」。

離婚當事人，無論是裁判離婚，抑是協議離婚，皆發生下列各種的效力：

(一)關於身分的效力，是夫妻關係，及由婚姻所生之親屬關係等均因離婚而消滅；(二)關於財產的效力，是夫妻財產契約，或法定財產關係，均因離婚而消滅；(三)關於責任的效力，是有過失者之一方，應負撫慰的義務，或賠償的責

任；(四)關於子女的效力，是子女的監護方法，得由雙方以契約協定；如未協定，則由夫擔任監護之責。(民法第一千零五十一條)但法院亦得爲其子女的利益，酌定監護人。(民法第一千零五十五條)

## 第九節 變例之婚姻

我國的婚姻制度，除上述的普通婚姻外，尚有所謂變例婚姻。例如贅夫，養媳，過門守貞，妾……等，都是變例的婚姻。這些變例的婚姻，在我國社會上有很長久的歷史，而事實上也可以時常看得到的。現行新民法雖沒有養媳，過門守貞，妾……等字樣。但贅夫的名稱，(舊法稱贅壻)却尚存在於法律條文中。那末「贅夫」在法律上的性質如何，也是我們所不可忽略的。

贅夫，是男子因與女子爲婚而入於女家的。或以養老爲目的，或不以養老爲目的。惟我國法例，則認爲係以養老爲目的的。



贅夫的定婚與結婚的形式及實質的要件，與通常的婚姻無異。惟我國素來的法例，因贅夫男子入於女家，不如通常以女子入於男家，故增訂下面兩要件：

：（一）須憑媒妁明立婚書，寫明養老或出舍的年限；（二）入贅者，須非獨子。

贅夫因贅婚的成立，而與妻的家屬發生家屬關係與親屬關係。但對本家，則失其本家的家屬關係。又其本姓倘未另有訂定的，須冠以妻姓。（民法第一千條）

贅婚關係的解銷，其原因有三種：（一）夫妻一造之死亡；（二）離婚；（三）出舍。

出舍的原因是：婚書所定年限已屆滿；雙方協議出舍；及義絕不可共同生活等三種。至其效果，依吾國法例所定，為下列五種：

- 一、贅夫脫離妻家的家籍，或歸本家，或另創立一家。
- 二、贅夫不負奉養妻之父母的義務。

三、所生子女，由贅夫攜去。

四、贅夫由妻所分受的財產，得行攜去。

五、贅夫出舍後，仍有酌受妻父母遺產之權。

至於「養媳」、「過門守貞」、及「妾」等，現行法雖不規定這種制度，然其在歷史上確是很重要的。故我們在這裏，也要把他的性質略為介紹一下。

養媳，是媳未與夫成婚即入於夫家的。其通常的情形，是媳於幼時便就養於夫家，所以又叫做「童養媳」。

養媳的契約，是變例婚姻的婚約。其實質的要件，和通常的婚姻一樣。至形式的要件，因係未結婚即入於夫家，故略與通常的婚姻不同。

養媳因入於夫家，故為夫家的家屬。換句話說，就是與夫家發生家屬及親屬等關係；與其夫又發生未婚夫的關係。

養媳與其未婚夫結婚，便變為通常的婚姻了。但未經結婚之前，則有以下

列的原因而解銷其關係：

(一) 男女一造死亡 養媳死亡時，養媳與其未婚夫及其未婚夫的家屬親屬等關係便消滅。但其未婚夫死亡時，其未婚夫妻的關係固消滅，而養媳與其未婚夫的家屬的關係，則仍存在。

(二) 離異 養媳的離異，有下列兩種的情形：一、由於養家父母之離異；其原因若不是「協議」，便是「義絕」經法院判決而離異的；二、由於當事人之離異，就是與其未婚夫解除婚約。

養媳離異之後，即歸於其母家。兩造的親屬關係，因而消滅。

過門守貞，是定婚約後的女子尙未與其未婚夫結婚，因未婚夫亡故，而仍入於夫家，以爲其未婚夫守貞的。

過門守貞，必爲男女之間已有訂定婚姻契約的。故其實質要件，與通常的婚姻一樣。惟定婚之男亡故不能結婚，而仍發生與結婚同等的效力，這是其不

同之點。

過門守貞的效力，可分爲（一）由過門所生之家屬關係；與（二）由過門所生之權利義務的兩種：

（一）由過門所生之家屬關係是：一、守貞之女，因過門而取得妻之身分；二、守貞之女，因過門而與夫之親屬發生親屬關係；三、所立嗣子，與守貞之女的親屬，發生親屬的關係。

（二）由過門所生之權利義務是：守貞之女，因過門而對夫家得有與寡婦同樣的權利義務。

妾，是特定的女子，因一種契約而入於家長之家的。家長認其爲正妻以外的眷屬，而列爲家屬；女子亦須有爲次於正妻之眷屬的意思。

娶妾的契約，實質要件，可準用婚姻的法則。惟家長須有認其爲正妻以外的眷屬，而列爲家屬的意思；同時，女子亦須有爲次於正妻之眷屬的意思。凡

具有這種要件，便發生妾之關係，無須有任何種的形式要件。（五年上字一五三四號判例）

娶妾的契約成立後，妾與家長的家便發生親屬與家屬的關係。又家長與妾，亦同時發生互相扶養與同居的義務。

妾的身分，因（一）妾之死亡，（二）妾之扶正；及（三）離異而消滅。惟離異的原因，不適用婚姻的法則。蓋若爲人妾的，現在因自覺悟而不願再爲人妾了，不問其有無理由，法院均應准她離異。這是最近最高法院的判例。

## 第四章 父母子女

### 第一節 引言

親屬關係的發生，是以婚姻與血統爲基礎，前已屢有言及。關於婚姻的，

上章已經略略敘述過了。至關於血統的，便是本章所要討論的。因血統關係而生親屬關係，其最顯著而且最主要的，就是父母與子女。然父母子女關係的發生，非完全由於自然的血統，或由於法律的擬制。由於自然的血統的，例如婚生子女；由於法律的擬制的，例如養子女。我國舊時法制，稱嫡子、庶子、及姦生子為親生子；稱義子、嗣子為非親生子。新民法為貫徹一妻一夫主義，不認妾之存在，故嫡庶之稱亦行廢除。而改稱親生子女為婚生子女；其未經結婚而生的，則稱為非婚生子。至嗣子乃為宗法社會之遺物，亦在廢除之列。故只認義子制之存在，而更改稱其為養子女。茲就其在法律上之關係，分述如左：

## 第二節 婚生子女

婚生子女，是其父母由婚姻關係受胎而生的子女。其受胎的期間，可分為二種言之：（一）從子女出生的日子，回溯第一百八十一日起，至第三百零二日

止。但能証明受胎回溯在第三百零二日以前的，亦以其期間爲受胎的期間；（二）其母的受胎在與其父婚姻關係存續中的，推定其所生之子女爲婚生子。但其父能提出證明，於受胎期間內未與其母同居的，就不在此限了。

婚生子女除贅夫的從母姓外，概以從父姓爲原則；但其父母另有約定的不在此限。至其住所，除贅夫的從母之住所外，以從父之住所爲住所爲原則。（民法第一〇五九條及一〇六〇條）

### 第三節 非婚生子女

非婚生子女，是其父母未經正式結婚所生的子女。其與生父生母由於血統的關係，雖與婚生子女無所差異，但法律上固不能認其爲婚生子。這是因爲要維持婚姻的法律，故不得不然的。

非婚生子女有下列情形，法律上便視其爲婚生子女；（一）其生父與生母結

婚者；(二)經其生父認領者。其經生父撫育者，視為認領。至其與生母的關係，殆與婚生子同，固無須經過認領的手續。惟其生父要認領時，其生母得否認之。

非婚生子女的生母或其法定代理人，於其出生後五年內，得請求其生父認領。惟須具有左列的情形：(民法第一〇六七條)

- 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、生母為生父濫用權勢成姦者。

非婚生子女的生母於受胎期間內曾與他人通姦，或為放蕩的生活的，其生父可不許其請求。惟其生父認領後，不得更行撤銷。至其認領的效力，溯及於出生時，但第三人已得的權利，則不因此而受影響。又非婚生子女，除法律另



有規定外，其繼承法上的繼承與被繼承的關係，與婚生子女同。

#### 第四節 養子女

養子女，就是收養他人所生的子或女。我國法例，素來皆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祧者。新民法規定收養的條件爲：（一）收養者（即養父母）的年齡應長於被收養者（養子女）十五歲以上；（二）有配偶者收養子女時應與其配偶爲之。如有妻者，應由夫妻共同收養；（三）有配偶者其子女被收養，應得其配偶之同意。例如夫欲將其子女被人收養，應得其妻之同意，於妻亦然；（四）收養子女應以書面爲之；但自幼撫養爲子女者不在此限。

收養子女的效力：（一）養子女應從收養者之姓爲姓；（二）爲養子女，除法律另有規定外，與婚生子同；（三）養子女與養父母發生親屬與家屬關係；（四）

同時與本生父母脫離關係。

養父母與養子女的關係，得由雙方同意終止其收養關係。此外，養子女或養父母之一方，有左列情形之一者，法院得因他方的請求，而宣告終止其收養關係：（民法第一〇八一條）

- 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、養子女有浪費財產之情事時。
- 五、養子女生死不明已逾三年時。
- 六、有其他重大事由時。

收養關係終止的效力，可分為三種言之：（一）無過失之一方，因陷於生活困難，得請求他方給與相當的金額；（二）養子女回復本姓；（三）養子女回復與

本生父母之關係。但第三人已取得之權利，不因此而受影響。

## 第五節 親權

親權，是以父母的身分，對於其未成年的子女的身體上及財產上的一種權利與義務；而這種的權利與義務，是法律所付與的。其目的在使爲父母的，對於其子女容易盡其撫育的責任。蓋法律既使爲父母的，負撫養教育的義務，便不能沒有予以適當的手段。所以親權實是爲父母的盡其義務所必要之能力。且這權利非專爲父母的利益而設，實爲子女的利益而設的。蓋父母子女之間的愛情，乃出於天然。無人不希望他的子女將來成爲一個「有爲」或「良善」的人，而法律即利用這種感情，使爲父母的去管理其未成年的子女的身體及財產。由此觀之，親權，雖爲「爲父母的」的權利，母寧謂爲「爲父母的」的義務。

親權與家長權，雖似無異，其實他的目的各不相同。蓋親權是爲謀子女的

身體上及財產上的利益而設，家長權則為謀一家的利益而設的。故子女的教育、懲戒、財產管理等，是專屬於親屬的作用，與家長權毫無關係。

行使親權的為父母，法律上既有明白規定。但父母俱存時，二人共同行使此權利，抑各別行使，抑以任一人行使呢？我國舊律的規定：父先於母行使此權利；若父因事實上或法律上的原因不能行使時，則由母去行使。新民法的規定；由父母共同行使；行使意思不一致時，則由父去行使。父母之一方不能行使時，由他方行使。至濫用行使親權時。依新民法的規定：最近親屬或親屬會得糾正之；糾正無效時，得以請求法院宣告停止其權利之一部或全部。（民法第一〇八九條及一〇九〇條）

## 第六節 親權之效力

親權的效力，可分為對於其子女的身體上的，與對於其子女的財產上的而

言：

(一)對於其子女的身體上的權利是：一、保護教養權——行使親權的父母，對於其子女有保護教養的權利義務。(民法第一〇八四條)保護，是排除危害以防護其身體安全的意思。教養，是施以教化，養其生活的意思。這二種同時並行，纔能替國家造成一個健全人格的國民。二、懲戒權——懲戒權，是教養權之結果。例如叱責、朴責、監禁，都是懲戒的一種方法。惟其程度不得過於慘酷。所以法律有「得於必要範圍內」的規定。(民法第一〇八五條)三、指定居住權——為父母的，得因自己之適宜，為其子女指定居住之所。蓋子女本應以父母之住所為住所，倘為教養利便起見，便應指定一定區域使其居住。而為子女的，因尙未成年，尙為親權範圍所及，故不許其自由選定。四、職業許可權——未成年人，其智識未十分發達，若許其任意自營職業，則未必是其利益。故為父母的，可酌量其子女的情形，許可其經營某種職業。

(二)對於其財產上的權利是：一、財產管理權——子女因繼承、贈與、或其他無償取得財產，法律上認爲其特有財產。這種特有財產，新民法以應由父去管理之，如父不能管理時，纔由母去管理。父或母管理子女的特有財產，有使用收用的權利，但非因子女的利益不得加以處分。(民法第一〇八八條)二、財產代表權——父母於子女未成年時，爲其法定代理人。故對於子女的特有財產，亦得代表其子女行使關於財產上之法律行爲。

### 第七節 親權之消滅

我國舊民法，以親權因有下列三種情形之一的而消滅：

(一)子女被人收養或承嗣的 父母對於子女的親權，至子女被人收養時，其親權已移轉於養父母了，則實際上其親權已消滅。至其子女承嗣他人時，其親權已移轉於嗣父母了，則實際上其親權亦消滅。這都是本於習慣上辦理所當

然的結果。

(一)行使親權之母再嫁 母再嫁卽有後夫，則保護其子女必不專心。且同時與前夫脫離一切關係了，於倫理上亦無可行使親權之理。

(二)女出嫁時 女子在家從父母，出嫁從夫，這是我國舊禮教遺下的經訓。故父母於女子出嫁時，對於其女的親權消滅，此所以防夫權與之衝突的。

現行新民法，雖不規定親權消滅的原因，但依條文的推定，可知係以子女之成年爲親權之喪失。蓋子女成年後，行爲能力已足，無須親權之干涉。這樣一來，誠足養成個人的獨立，而免長浸於依賴的習慣。

## 第五章 監護

### 第一節 監護之意義

監護，是爲保護沒有父母的未成年人或有父母而不能行使親權的未成年人及禁治產人之身體財產計，所設立的私法上的制度。我國古時沒有這種制度，其「幼年喪失怙恃」的，則由家長負教養之責。如無家長，則託養於戚友。與外國的監護制度，絕不相同。外國的監護制度，乃淵源於羅馬。但羅馬當時的監護制度，是專在於保護家長的利益，而非保護受監護人的利益。蓋羅馬法家屬的財產，悉由家長管理，即監護人亦由於家長的選定。家長死後，在家長威權之下的兒子，雖得各自獨立而爲家長，然尙須服從監護權及財產權。故當時羅馬監護制度的目的與今日監護制度的目的，是根本不同的。

這裏還要注意的，是監護與親權不可混視爲一。蓋親權，是父母直接教養，保管子女的身體和財產。而監護乃由第三人去保管及教養的。

## 第二節 未成年人之監護



未成年人之監護，其開始的時期爲下列二種的情形：（一）未成年人無行使親權的人；（二）有行使親屬的人而不能行使時。蓋民法的原則，親權與監護不能同時並存。假使有親權人，便不得再置監護人；有監護人，便不得再有親權人。故監護人必於無人行使親權的，或親權人不能行使其權利時，（例如父母因禁治產，或有其他情形不能行使）纔可成立。至未成年人如已結婚了，雖無行使親權人，或親權人不能行使其權利，亦無須再置監護人。因未成年人已結婚的，民法上認爲有行爲能力。

監護人有四種：（一）由最後行使親權的父或母以遺囑指定的，叫做指定監護人；（二）由於法律所規定當然爲監護人的，叫做法定監護人；（三）由親屬會選任的，叫做選定監護人；（四）由父或母委託的，叫做委託監護人。這四種的名稱雖各不同，而其權限及職務則無二致。

監護制度，是國家專爲保護無行爲能力人而設的。監護人能稱職與否，對

於受監護人有重大的關係。所以法律以未成年人及禁治產人不得爲監護人。蓋未成年人及禁治產人，自己還須受監護人的監護，那裏能够監護他人呢？

指定監護，是由未成年人的父或母以遺囑指定的。其如何指定，任其父或母的意思，固無問題。然父或母未指定時，則依法律上之規定應以何人出任監護之責呢？依新民法的規定，其順序如左：

一、與未成年人同居之祖父母。

二、家長。

三、不與未成年人同居之祖父母。

四、伯父或叔父。

五、由親屬會議選定之人。

未成年人的父或母在時，將特定事項，於一定期限內委託他人行使監護的職務。其監護人，亦可任父或母之意思去委託他人。

監護人須有正當的理由，才可辭職。例如年歲太高的人，不能行使監護，而不允許其辭職，則與法律不責不能之原則有背。且若再勉強其做去，反未能盡其職務，致受監護人受不利益的影響。

監護為補充親權的欠缺而設，故不可無保護、教養、懲戒、指定居所、及允許營業種種的權。蓋不是這樣，便不足以盡其監護的責任。惟監護究非親權可比，親生子女的關係，乃屬於天性的，故法律不為過度的干涉。

監護人對於受監護人的財產，有管理之權。惟於有重大關係時，則須得親屬會的同意。非得親屬會的同意，而受監護人財產上的法律行為，得撤退之。法律上對於監護人管理受監護人的財產，或代表其對於財產上的行為，其規定是：

(一)開具財產清冊 監護開始時，監護人對於受監護人的財產，應會同親屬會議所指定之人，開具財產清冊。以預定受監護人的教養費，及為自己將來

交替時的計算。(民法第一〇九九條)

(二)報告債權債務 監護人對於受監護人有債權，或負債務時，須開具清冊，報告於監督人，或親屬會議。

(三)開具歲出預算 監護人每年須開具受監護人歲出的預算，除遇有緊急時外，須經親屬會指定後，方得開支。

(四)存放金錢 監護人須商同親屬會，將受監護人所有的金錢，除歲出所需之款外，一概妥爲存放。

(五)報告財產情形 監護人須將受監護人的財產的狀況，每年至少要詳細報告親屬會議一次。

上面這幾項，爲監護人應盡的職務。倘監護人違背這些規定，則親屬會議便可撤退之。且受監護人如受其損害，監護人並須負賠償的責任。

監護人又是受監護人的法定代理人，(民法第一〇九八條)那末關於其財

產上的法律行爲，自可爲其代表。但其所代表的，大都僅以關於其財產的爲限，不是盡皆爲監護人所自專的。故關於有重大關係時，須經親屬會的允許方得爲代表。

監護人不得受讓受監護人的財產，這是法律所明定的。蓋法律恐監護人利用監護的地位，而謀其自己的利益。倘監護人違背此種規定，則受監護人他日尙可以撤銷的。

監護人的職務，既如上述。但彼努力職務，必有相當的報酬，這是當然之理。至其報酬的方法，則由親屬會衡量監護人的努力，及受監護人財產收益的狀況而酌定。

### 第三節 禁治產人之監護

未成年人無論宣告禁治產與否，假使無行使親權人，或行使親權人不能行

使時，即應置監護人，既如上述。至禁治產人的監護，祇限於宣告禁治產時，纔應置監護人。蓋宣告禁治產的，必常有心神喪失的情形，其身心既失常人狀態，自不能任其管理財產，故不設監護人爲其保護，則對此禁治產人的利益，必蒙無形之損失。

禁治產人的監護人職權，與未成年人同。故民法關於未成人之監護的規定，均得準用。（民法第一一一三條）但因受監護人的不同，而有特異的規定如左：

（一）法定監護人的順序 可依法定的順序以定監護人的，固可依法而定。倘不能依法定順序以爲定，（例如無父母或配偶等）那末便可由法院徵求親屬會議的意思以定之。法定的順序如左：

一、配偶。

二、父母。

三、與禁治產人同居之祖父母。

四、家長。

五、後死之父或母以遺囑指定之人。

(二) 指定監護人 禁治產人若無父母、祖父母及家長；而父母死亡時，有以遺囑指定其監護人，則應從其所指定。這雖沒有法文明白規定，然推核前節，實為當然的結果。

(三) 選定監護人 禁治產人無父母，祖父母及家長，而父母死亡時又無以遺囑指定其監護人時，那末便可由親屬會議選相當的人出來做他的監護人。

禁治產人之監護的職務，為保護及管理禁治產人的財產，準用未成年人監護的規定，已再三言之，固毋庸論。但禁治產人的監護，是由於受禁治產的宣告時。在這個時候，禁治產人的心神喪失，非護養療治其身體不可，故法律又規定：「監護人為受監護人之利益，應按照受監護人之財產狀況，護養療治其

身體」。惟如將受監護人送入病院，或監禁私宅，除監護人爲父母或同居祖父母外，須得親屬會議同意。這是法律恐受監護人被不利益的干涉，故不得不爲限制。

#### 第四節 監護之終止

監護關係或監護職務，到了何時才終止呢？到了有終止的原因時便是終止。其終止的原因，可分爲絕對原因與相對原因二種：

(一) 絕對終止的原因 絕對終止的原因，是下面三種情形：一、未成年人達於成年了；二、受監護人死亡時；三、受監護人受死亡之宣告時。這些情形，都是監護主體已不存在了。故監護關係絕對終止。

(二) 相對終止的原因 相對終止的原因，是下面三種情形：一、監護人死亡時；二、監護人遇有違反法定義務時，或無支付能力時，或違反親屬會議之



指示時，（指由親屬會議選定之監護人）被親屬會議撤退時；三、監護人因有正當理由而辭職時。這些都是監護人的監護職務相對終止。

監護人對於監護關係終止，或職務終止時，應即會同親屬會議所指定之人，為財產之清算，並將財產移交於新監護人。如受監護人已成年時，則交還於受監護人。如受監護人死亡時，則交還他的繼承人。又監護人死亡時，其清算財產，亦由他的繼承人為之。（民法第一一〇七條及一一〇八條）

## 第六章 扶養

### 第一節 扶養之權利與義務

人類的生存，貴自獨立，不可依倚他人。這不特為國家教育上所提倡，即法律上亦無不竭力提倡。雖然，老幼衰病殘疾的人，及受意外的變故的人，因

處境困難，生活一時不能維持，實為現實社會勢所難免的情事。那末法律於此種情形的人，便不能不予以一種受其親屬扶養的權利。這種權利，叫做扶養權利。同時並責令其一定的親屬，負擔一種扶養的義務。這種義務，叫做扶養義務。

我國古時，以扶養純為這德上的義務。「博施濟眾」，「老安少懷」，為聖賢遺訓與人民美德。但是專以扶養委諸道德，則道德初無何等有形的制裁。在此個人主義盛行的時候，倘不規定於法律，則無以保護受扶養人的權利，而強制負扶養義務人的履行。所以我國民法親屬編，對於「扶養」一層，特設專章以規定。

法律上規定扶養的義務，雖學者反對的頗多。但現實社會的情形，確實還是需要的。蓋自資產集中後，貧乏的人民日增，大多數人不能生活，而國家又不能負起扶養老幼殘廢的人的責任。假使沒有依倚的人，真是更難以堪了。

## 第二節 扶養之要件

扶養之要件，可分爲扶養義務者之要件，與扶養權利者之要件而言。

(一) 扶養義務者之要件 負扶養的義務的人，以有扶養的資力爲限。蓋扶養義務者苟自己尙不能生存，法律雖責以扶養，是責其不能，實際上亦無利益。即自己能以生存，而無資力以負擔義務，倘法律責以負擔，反致其自不能維持生活。故民法第一千一百一十八條之規定：「因負擔扶養義務，而不能維持自己生活者，免除其義務」。

(二) 扶養權利者之要件 受扶養的權利的人，以不能維持生活，而無謀生能力的爲限。(民法第一一一七條) 蓋受扶養人，苟其自己的資產，及自己的勞力，可維持生活，又與以扶養的權利，不獨足以增長權利者的怠惰性；又使義務者增加負擔之苦。所以法律必以不能維持生活而無謀生能力的人爲限。惟

直系血親的尊親屬，則爲例外。

### 第三節 扶養之權利者與義務者

扶養的義務者，依民法親屬編第一千一百十四條的規定，是左列親屬互相間都負有扶養之義務

- 一、直系血親相互間。
- 二、夫妻之一方與他方之父母同居者相互間。
- 三、兄弟姊妹相互間。
- 四、家長家屬相互間。

「相互間」的意義，是彼此同有扶養的義務。從彼此同有扶養的義務的反過來說，便是彼此同有扶養的權利。

法律以命令人民不侵害他人爲原則，而不命令人民爲利益於他人。扶養義

務，是命令人民爲利益於他人的，實爲例外的規定。故其範圍實不可過於廣泛。否則，必使社會日趨怠惰，與養成人民的依賴性。英法德各國，以配偶、直系血親，及一等之直系姻親相互間爲止。意大利，則推及兄弟姊妹相互間。我國與日本因家制尙存，故家屬間亦有扶養的義務。

#### 第四節 扶養義務者之順序

何人應負扶養的義務，是卽何人爲扶養義務者，既如上述。但扶養義務者有數人時，則應使那一個先履行這種義務呢？或由義務者平均分擔呢？法律爲要免除無益的爭執起見，故有下列順序的規定：（民法第一一五條）

- 一、直系血親卑親屬。
- 二、直系血親尊親屬。
- 三、家長。

四、兄弟姊妹。

五、家屬。

六、子婦女婿。

七、夫妻之父母。

此處尙有三種情形：（一）義務者同一順序時；（二）義務者同一親等時。依法律的規定，以義務者同係直系血親尊屬或直系血親卑屬的，應以親等較近爲先。例如子孫同一順序，而以子爲先。父母及祖父母爲同一順序，則以父母爲先。同一順序，又爲同一親等，則須準其資力分擔義務。例如兒子爲甲乙丙三人，同有扶養其父母之義務。而甲乙各有二千元的資力，丙則有四千元之資力，扶養費每年須八百元，則甲乙應各分擔二百元，丙應負擔四百元。

### 第五節 扶養權利者之順序

受扶養權利者有數人時，使扶養義務者的資力盡能扶養，固無問題。假使扶養義務者不能盡爲扶養，則不可不有一定之順序。其順序，依現行民法之規定如左：（民法第一一一六條）

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

以上是法定的順序，其順序相同時，以親等較近的爲先。其親等相同的，則各準其需要而受扶養。例如有兒子甲乙二人，甲的需要年六十元，乙的需要

年四十元，則各依其需要而予以扶養。

## 第六節 扶養之程度及方法

扶養之程度及其方法如何？茲依民法第一千一百十九條至第一千二百二十一條之規定，分述如左：

(一) 扶養之程度 扶養義務的範圍，及於各人生存所需的事項。所以衣食住的費用而外，疾病時的醫藥費，未成年時的教育費，皆為義務者之所應負擔。然其程度，則不可不因人而異。例如受扶養權利者，自己的資力，足以維持生活費的半數，則其餘半數應為扶養義務者的負擔。若權利者全數不能維持，則義務者便應負擔其全數。或者受扶養權利者平素的需要較通常為高，而扶養義務者只能供給以通常的需要，亦不勉強令其負擔。故法律以扶養之程度，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。蓋扶養的程



度，不可專從受扶養權利者方面去着想，還須要視負扶養義務者的經濟能力及身分以爲定。

(二)扶養之方法 扶養之方法，是給予受扶養權利者的金錢呢，還是以其他方法呢？歐美各國，大多以供給金錢爲原則。我國民法親屬編，則只用概括的規定：以「由當事人協議定之」。「如當事人不能以協議定之，則由親屬會議定之」。如此則受扶養權利者，欲與負扶養義務者同家居住，所有一切需要由義務者供給，或分別居住，祇由義務者供給其生活費用，均無不可。

### 第七節 扶養權利義務之消滅

扶養的權利和義務，乃由一人的身分而生的。既不得爲處分，亦不得爲繼承。所以至權利者或義務者死亡時，其權利義務，即因之而消滅。但受扶養權利人死亡時，不能繼承其權利，則其死亡後的喪葬費無由支付，應如何辦法呢

？依德國民法的規定，以此種喪葬費，應由負扶養義務者去負擔，惟此不得爲扶養權利之請求罷了。我國現行民法，却未有明白的規定。

## 第七章 家制

### 第一節 引言

家的制度，古今中外恆皆有之。惟歐美近世以還，因個人主義發達的結果，所以關於家制存廢的問題，議論紛起，莫衷一是。究其實際，則家族主義與個人主義，兩者均互有得失。蓋家族主義，是本於敬祖親宗，系統不紊，所謂「人人親其親而長其長」，是其優點。然其養成家屬的依賴性，失國民獨立自治的能力；且家族觀念過深，常因顧及家族的利益而忘掉社會大眾的利益，是其劣點。至個人主義，則本於獨立自尊，意志自由，有勇往進取之志，是其優

點。然其養成利己之心，放肆無度，且為物慾所蔽，失其親親長長的觀念，是其劣點。總之，家族主義之所失，便是個人主義之所得；個人主義之所得，便是家族主義之所失。孰優孰劣，固未可以一語為斷。

我國編纂民法時，以家庭制度為中國數千年來社會組織的基礎。一旦根本推翻，實恐窒礙難行，或影響於社會太甚，在事實上似以保留此種組織為宜。故法律上仍承認家制之存在，並設專章規定之。

## 第二節 家之定義

民法第一千一百二十一條，所規定「家」的定義是：「稱家者，謂以永久共同生活為目的，而同居之親屬團體」。

家為親屬共同生活的團體，故組成一家的分子必為親屬。若非親屬，便不能組成為家了。至親屬的定義如何，前章已有釋明，現在毋庸更贅。

親屬僅可合組成一家，並不是凡為親屬團體，皆可一律視其為家。故其非以永久共同生活為目的之親屬團體，是不能稱為家的。

我國舊時關於家的見解，是有形的「家」。而現在本法所謂「家」的，乃指家長所有的權利，與所負的義務的區域所及而言的，是無形的「家」。然家的存在，非依戶籍幾無以證明，故又可說：家是屬於戶籍之無形的團體。

### 第三節 家之組織

「家」的設立，可分為三種：（一）由家分離，是由原家分出而另設立的。因為法律為扶導國民的生存獨立起見，許已成年人，或雖未成年而結婚者的家屬，請求由家分離。又家長對於已成年人或雖未成年而已結婚的家屬，有正當理由時，亦得令其由家分離；（民法第一一七條，及第一一二八條）（二）創家，是由一些親屬以永久共同生活為目的而創設的；或其子女因父母死亡後，

既沒有其他親屬與他同居，又未屬於那一家的戶籍，因與人結婚而獨設立一家；(三)附籍，是脫離自己的家，而附入他人的家。例如收養他人的子女、贅夫、隨母改嫁等類，皆因附籍的結果，與其從來的家脫離家屬關係，而入於他人的家。

家之內部的組織，可分為家長與家屬二種：(一)家長，是為家屬全體的利益，而負責處理家務的一人。從來各國的民法，關於家長的規定，注重家長的權利，而不注意家長的義務。我國現行民法，以家制是以共同生活為本位，故特別注重於家長的義務。至於家長的推定，本是屬於親屬團體的責職。若親屬團體沒有推定時，那末便可以家中之最尊輩者為家長；尊輩相同者有數人時，以年長者為家長。若最尊輩或最長者不願管理全部家務時，便可由他自己指定家屬中之一人來代理；不願管理一部家務時，便可由他自己委託家屬中之一人去處理。我國舊法因受宗法制度的影響，所有法例均不認許女性得為家長。現

行民法，爲貫徹男女平等之原則，故家長的性別不予限制，即女子亦可爲家長了。二、家屬，是除家長外同在一家的人。家屬大都爲固定之親屬，例如子女弟妹等輩。惟雖不是親屬，爲以永久共同生活爲目的而同居於一家的人，亦可視爲家屬。

#### 第四節 家之消滅

家之消滅，可分爲左列三種的情形來說明：

(一) 合家 兩家以上合併起來爲一家，則其他之家必歸消滅。合家的情形，我國舊時法例以爲是：一、獨子兼祧兩房時，兩房雖曾分家，仍因兼祧而合併爲一家。這是宗法社會時代的產物，現在宗祧繼承業已廢除了，此種情形亦當日少。二、兄弟叔姪分家後，又合併爲一家。

(二) 廢家 家的基本團員，(如子女孫姪……等)因脫離本家附入他家(

如被收養等）而致廢了本家的，則其家為消滅。廢家的情形，其最顯著的，例如子女無親屬隨母改嫁者，及本家無父母兄弟而為他人的贅夫或被收養者。

（三）絕家 家的基本團員完全消滅，而無人可以承繼的，則其家消滅。但基本團員雖盡死亡，若尚應繼人，固不可謂為絕家。絕家的家產，無法定親屬可以繼承的，便應歸於國庫。

## 第八章 親屬會議

### 第一節 引言

親屬會議的制度，是從外國傳入的。我國古時法律上無親屬會議的名稱。各國關於親屬會議的法例，現在分述如下：

（一）羅馬法 羅馬古時有親屬會議的習慣，家長行使權力時，遇有重大關

係的，應先得親屬會議的允許。但這種親屬會議，並不是法律上的制度。至監護的事務，則以國家為最高監督機關，而不以親屬會議為監督機關。

(二) 耳曼法 日耳曼初亦以公共機關，為監護最高的監督機關。至十九世紀，始漸捨棄這種制度。僅以監護人對於重要事務，須得公共機關的許可。

(三) 法國民法 法國的親屬會議，是以治安裁判官與被監護人的親屬六人，共同組織的。選定監護人，監督財產的管理，及對於監護人重要行為的許可，均歸在親屬會議。蓋法國乃保存舊制，以親屬會議為最高監督監護人的機關。

(四) 德國民法 德國的親屬會議，是被監護人的父母有遺囑時，或其親屬請求時，始由法院去召集的。在未召集親屬會議時，關於該會議的職權皆由監護法院行之。召集親屬會後，其職權即移屬於該會議。至親屬會議的組織，是以監護法院的法官，及被監護人的親屬二人至六人組織的。



(五)日本民法 日本有親屬集議家事的習慣，所以日本的民法，也採取法國民法的親屬會議的制度。惟法國的民法，以親屬會議為監護最高監督機關，而日本却不止於監護的監督。故親屬會為常設的機關。

我國的民法，取日本的法例，亦有關於親屬會議的規定。茲就其性質及職務，依次分述如左：

## 第二節 親屬會議之意義

親屬會議，是保護無行為能力的人的本身或一家的利益，依法律所設立的合議機關。我國的習慣，遇親屬間有關係重要事項，大都以宗族親戚會議處理。而官廳受理這種訴訟，亦均以親屬所處理的為前提。但習慣上雖似有親屬會議的制度，確實不是法律上的制度。至最近起草民法，才把親屬會議的制度採入。

但我國民法的親屬會議，不像法國僅爲保護無能力者的機關。關於一家的利害，及無能力人的本身的利害，均得以干涉。親屬會議，是由多數會員組成的，故爲會議的機關。且這種機關，是以特定的事項而招集的，沒有永久存在的性質，所以不是永久的機關。

### 第二節 親屬會議之組織

親屬會議之組織，可分爲（一）會員的額數；（二）會員的選定；（三）會員的缺格；（四）會員的義務等來說明。

（一）會員的額數 親屬會議是以若干會員組織的呢？各國法例，有僅設最少限度的，也有設最高限度的。其實過少則恐有專斷之弊，過多則恐妨礙會議的進行，故我國民法親屬編的規定爲五人，實較適中。

（二）會員的選定 關於親屬會議會員的選定，各國立法例，有以有指定監

護人的權利者選定的；有以由審判衙門選定的，又有以由男系親屬與女系親屬各一半組織的。我國民法規定親屬會議的會員，則以應就未成年人，禁治產人，或被繼承人之左列親屬與順序定之：

一、直系血親尊親屬。

二、三親等內旁系血親尊親屬。

三、四親等內之同輩血親。

依此規定，如遇有一、同一順序的人，則以親等較近者為先；二、同親等的人，則以父系之親屬為先；三、同系而親等同者以年長者為先。（民法第一一三一條）假使沒有如上面所規定的親屬，或親屬不足法定人數時，法院便得因有召集權人之聲請，於其他親屬中指定之。（民法第一一三二條）

（三）會員的缺格 親屬會議的會員，法律所規定的，雖如上述。惟其特定的人，雖為上述的親屬，亦欠缺為會員的資格了。其特定人就是：一、監護人

。因這種人對於職務上的行爲，既應受親屬會議的指揮監督，故不得兼爲親屬會議會員；二、未成年人。因這種人既無行爲能力，亦不可爲親屬會議會員；三、禁治產人。這種人不能爲會員的情形與未成年同。

(四)會員的義務 法定或由法院指定的親屬會議會員，非有正當理由不得辭其職務，此乃強制的義務。至所謂正當的理由，便是如疾病，遠行，及其他事實上所不能的情形。蓋法律是不強人以不能的。

#### 第四節 親屬會議之召集

親屬會議，必須依法律之規定及其他法令應開會議時，方得召集。其有召集權的人，就是：(一)當事人法定代理人；(二)或其利益關係人。(民法第一二九條)惟親屬會議的會員，於所議的事件與彼有利害關係的，不得加入決議，以資迴避。

親屬會議開會的場所，法律上並沒有明文規定。故可任其利便，不拘於何地。

### 第五節 親屬會議之決議

親屬會議之議事，以會員三人以上之出席方得開議。至其決議的事項，須有出席會員過半數之同意。（民法第一一三五條）但會員不到場，以書面表示同意，可否加入決議之數？依法文的推定，大概是不行的。因為親屬會議所以叫做「會議」，是指以口頭討論的。以書面表示意見並非會議，是仍未到場，故不能認為有效。至開會時的主席，我國民法並未明白規定，依推論的結果，似應由會員臨時推定。

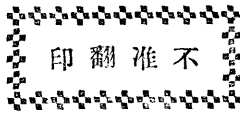
親屬會議不能決議時，例如到會會員不過半數，或意見分為兩派，各不足過半數的同意。在這種情形之下，既不能決議，又不能以無決議而終止。那末

會員使應呈請審判衙門，以裁判代決議。又有召集親屬會議的權限的人，對於親屬會議的決議有不服時，得於三個月內向法院聲訴。（民法第一一七三條）這是對於親屬會議不當決議的一種救濟方法。

中華民國二十年六月出版

親屬法ABC (全一冊)

〔平裝五角 精裝六角〕  
(外埠酌加郵費滙費)



不准翻印

著者 汪波  
出版者 ABC叢書社  
印刷者 世界書局  
發行者 世界書局

發行所 上海四馬路 世界書局

# 親屬法原論

屠景山編

精訂一冊 一元五角

此書研究親屬法之原理，以本國法律為綱目，抒論透暢，達十萬言，舉中外古今諸典，抉發無遺。探原窮本，於法制之歷史，尤能兼容並蓄，而為最新之主張。

前司法總長張耀曾先生於序中云：

「得聞特論端緒，已覺卓犖不羣。吾知是書之出，有裨於司法改造無疑也。」

著者研究親屬法有年，又曾主講大學親屬法一課，故本書實為其研究與教授經驗所得之結晶，對於讀者有極大之貢獻，可敢斷言。材料豐富新穎，在法學書中，首屈一指。凡研究法學者，均不可不一讀之。

世界書局印行



# ABC叢書目錄

每種每冊平裝五角  
精裝六角

九折

## 文學

文藝論 ABC 夏丏尊著

文藝批評 ABC 傅東華著

文化評價 ABC 葉法無著

詩歌原理 ABC 傅東華著

小說研究 ABC 玄珠著

近代文學 ABC 吳雲著

農民文學 ABC 謝六逸著

## 中國文學

中國文學 ABC 劉麟生著

文體論 ABC 顧蠡丞著

文字學 ABC 胡樸安著

文法解剖 ABC 郭步陶著

詩歌學 ABC 胡懷琛著

詩經學 ABC 金公亮著

詞學 ABC 胡雲翼著

元劇研究 ABC 吳瞿安著

## 西洋文學

英國文學 ABC 曾虛白著

美國文學 ABC 曾虛白著

德國文學 ABC 李金髮著

俄國文學 ABC 汪儼然著

意大利文學 ABC 傅紹先著

希臘學文 ABC 方璧著

騎士文學 ABC 玄珠著

童話學 ABC 趙景深著

神話學 ABC 謝六逸著

中國神話研究 ABC 玄珠著

希臘神話 ABC 汪儼然著

北歐神話 ABC 方璧著

## 藝術

藝術哲學 ABC 徐蔚南著

戲劇 ABC 陳大悲著

獨幕劇 ABC 蔡慕禪著

歌劇 ABC 張若谷著

音樂 ABC 張若谷著

國畫 ABC 朱應鵬著

洋畫 ABC 陳抱一著

## 童話神話

圖案 法 A B C 陳之佛著  
戀愛 論 A B C 郭真著

構圖 法 A B C 豐子愷著  
心理學 郭任遠著

色彩 學 A B C 俞寄凡著  
心態心理學 A B C 黃維榮著  
郭任遠序

攝影 學 A B C 吳靜山著  
羣衆心理 A B C 陳東原著

哲學 學 A B C 張東蓀著  
政治學 陳東原著

西洋哲學 學 A B C 謝頌羔著  
政治思想史 A B C 高希聖著

西洋哲學史 A B C 張東蓀著  
中山政治 A B C 朱采真著

佛學 學 A B C 太虛著  
黨義 A B C 朱翊新著

宗教 學 A B C 謝羔頌著  
外交 A B C 常書林著

人生 觀 A B C 張東蓀著  
法律學 常書林著

精神分析學 A B C 張東蓀著  
法律學 朱采真著

論理 學 A B C 朱兆萃著  
法律哲學 A B C 施憲民譯

倫理問題 A B C 葉法無著  
憲法 A B C 孫曉村著

中國倫理思想 A B C 謝扶雅著  
民法總則 A B C 孫曉村著

結婚 論 A B C 郭真著  
經濟學 孫曉村著

親屬 法 A B C 汪波著  
繼承 法 A B C 汪波著

刑罰總則 A B C 黎藩著  
國際法 A B C 朱采真著

勞働保險法 A B C 李葆森著  
社會學 李葆森著

社會學 學 A B C 孫本文著  
社會政策 A B C 郭真著

社會思想史 A B C 徐逸樵著  
生活進化史 A B C 劉叔琴著

人口 論 A B C 孫本文著  
優生 學 A B C 華汝成著

產兒制限 A B C 高希聖著  
家族制度 A B C 高希聖著

婦女運動 A B C 湯彬華著

(三) 錄目書叢CBA

經濟學	A B C	李權時著	匯兌學	A B C	王澹如著	小學行政	A B C	魏冰心著
分配論	A B C	殷壽光著	保險學	A B C	張伯箴著	圖書館學	A B C	沈學植著
農業合作	A B C	王世穎著	國際貿易	A B C	王澹如著	歷史學		
信用合作	A B C	侯厚培著	教育學			歷史學	A B C	劉劍橫著
財政學	A B C	李權時著	教育學	A B C	黃梁就明著	中國史學	A B C	曹聚仁著
貨幣學	A B C	沈藻湄著	教育哲學	A B C	瞿世英著	西洋史	A B C	傅彥長著
工商學			教育史	A B C	李浩吾著	東洋史	A B C	傅彥長著
商業經營	A B C	王澹如著	黨義教育	A B C	江卓羣著	日本史	A B C	李宗武著
工業經濟學	A B C	王禹圖著	藝術教育	A B C	豐子愷著	地理學		
工商管理	A B C	張家泰著	民衆教育	A B C	范望湖著	人文地理	A B C	李宗武著
廣告學	A B C	蒯世勳著	職業教育	A B C	潘文安著	自然地理	A B C	王益厓著
售貨術	A B C	張家泰著	職業指導	A B C	潘文安著	海洋學	A B C	王益厓著
統計學	A B C	蔡毓聰著	教育心理學	A B C	朱兆萃著	數學		
會計學	A B C	竺家饒著	教育測驗	A B C	朱翊新著	代數	A B C	馮勵宸著
審計學	A B C	鄭行巽著	各科教學	A B C	范雲六著	大代數	A B C	上 施毓驥著 下 施毓驥著
銀行學	A B C	蒯世勳著	做學	教 A B C	徐德春著	幾何學	A B C	王劍生著

解析幾何學ABC 龐守白著  
性學ABC 柴福沅著

三角術ABC 陳家謨著  
道路學ABC 楊哲明著  
體育

微積分學ABC 王士潛著  
鐵路學ABC 楊雋時著  
田徑賽ABC 蔣湘青著

陣圖算法ABC 王士潛著  
交通管理ABC 楊雋時著  
軍事學ABC 張崇玖著

科學論ABC 王剛森著  
都市論ABC 楊哲明著  
軍事學ABC 張崇玖著

進化論ABC 張慰宗著  
都市政策ABC 楊哲明著

相對論ABC 王剛森譯  
市政計劃ABC 楊哲明著

物理學ABC 周毓莘著  
市政組織ABC 楊哲明著

化學學ABC 周毓莘著  
市政管理ABC 楊哲明著

電學ABC 王剛森著  
市政工程ABC 楊哲明著

氣象學ABC 陳文熙著  
演說學ABC 余楠秋著

建築學ABC 楊雋時著  
辯論術ABC 陸東平著

測量學ABC 楊雋時著  
衛生學

汽車學ABC 胡天白著  
衛生學ABC 沈舜春著

汽車學ABC 胡天白著  
衛生學ABC 沈舜春著

汽車學ABC 胡天白著  
衛生學ABC 沈舜春著

上海图书馆藏书



A541 212 0000 0088B

345

3134

