

親屬法要論

澧縣郁嶷著

北平朝陽大學出版部發行

上海图书馆藏书



A541 212 0008 8876B

例言

一 不佞承乏北平各大學親屬法講席歷有年所近感於自民法親屬編施行以來海內學者就該編全體從學理上爲系統的研究者尙乏其人竊不自揣爰取所編講稿稍加整理付諸手民聊作椎輪以俟大輅

二 本書根據現行民法親屬編條文解釋其疑義援引各國法例名家學說參以己意評隲其得失於現行法之缺點及謬誤往往妄逞膚見多所論究未敢謂當尙乞 明哲賜予匡正

三 拙撰「論新親屬法草案採取個人制之當否」「家制餘論」「繼母在現行民法上之地位」等文足與本書互相發明附錄於後以資參考

四 新親屬法草案說明書係不佞草擬故本書爲便利計間採用其語特此聲明

五 本書大部屬稿於客歲夏間嗣因赴日視察輟於中途秋後校課繁忙未能執筆茲趁暑假始將第四章監護以下草成之日月不居倏已逾歲而時事銳變恍如隔世瞻顧中原感愴無涯

二一，八，二八，郁 嶷識於北平

親屬法要論目錄

緒論

第一章	親屬法之名稱	一
第二章	親屬法之範圍	二
第三章	親屬法之性質	四
第四章	親屬法之特質	五
第五章	親屬法之沿革	八
第六章	親屬法之主義	一〇
第七章	親屬法之位置	一一
第八章	親屬法之難易	一三
本論		
第一章	通則	一五
第一節	親系	一五
第二節	親等	一七



第三節 親屬之分類

第一款 血親

第二款 姻親

第二章 婚姻

第一節 婚姻之變遷

第二節 婚姻之意義

第三節 婚姻之預約

第四節 婚姻之要件

第五節 婚姻之無效及撤銷

第一款 婚姻之無效

第二款 婚姻之撤銷

第一項 撤銷之原因

第二項 撤銷之效力

第六節 婚姻之普通效力

第七節 夫妻財產制

二一

二二

二三

二四

二五

二六

二九

三三

三六

四七

四八

四九

五三

五四

六〇

第一款 法定財產制

六二

第一項 總說

六二

第二項 聯合財產制

六三

第二款 約定財產制

七三

第一項 總說

七三

第二項 共同財產制

七九

第三項 統一財產制

八五

第四項 分別財產制

八六

第三款 民法外之財產制

九〇

第一項 嫁資財產制

九一

第二項 婚權財產制

九二

第八節 離婚

九三

第一款 總說

九三

第二款 兩願離婚

九六

第一項 總說

九六

第二項 兩願離婚之要件

九六

第三項 兩願離婚之無效及撤銷

九七

第三款 判決離婚

九九

第一項 總說

九九

第二項 離婚之原因

九九

第三項 離婚之訴

一〇三

第四項 離婚之效力

一〇七

第三章 父母子女

一一〇

第一節 婚生子女

一一一

第一款 婚生子女之意義

一一一

第二款 婚生之推定

一一二

第三款 婚生之否認

一一五

第二節 非婚生子女

一一八

第一款 非婚生子女之意義

一一八

第二款 非婚生子女之認領

一一九

第一項	認領之種類	一一九
第二項	認領之效力	一二六
第三款	非婚生子女之擬正	一二八
第三節	養子女	一三二
第一款	養子女之意義	一三二
第二款	養子女之沿革	一三五
第三款	養子制度之利弊	一三七
第四款	收養關係之成立	一三九
第五款	收養關係之終止	一四五
第一項	收養關係終止之種類	一四六
第二項	收養關係終止之效力	一五一
第四節	父母子女之權義	一五三
第一款	總說	一五三
第二款	父母之權義	一五四
第三款	子女之權義	一六二

第四章 監護

第一節 監護之意義

一六六

第二節 未成年人之監護

一六七

第一款 監護之成立

一七〇

第二款 監護之機關

一七二

第三款 監護之終止

一八六

第三節 禁治產人之監護

一八九

第五章 扶養

第一節 扶養之意義

一九三

第二節 扶養之範圍

一九五

第三節 扶養義務者之順序

一九八

第四節 扶養權利者之順序

二〇〇

第五節 扶養之要件

二〇一

第六節 扶養之程度及方法

二〇二

第七節 扶養之消滅

二〇四

第六章 家

第一節 家之意義

二〇五

第二節 家之組織

二〇五

第一款 家長

二〇六

第二款 家屬

二〇六

第三節 家長之權義

二〇八

第四節 家屬之權義

二一一

第七章 親屬會議

二一四

第一節 親屬會議之意義

二一五

第二節 親屬會議之組織

二一五

第三節 親屬會議之召集

二二七

第四節 親屬會議之議事

二二〇

二二一

附錄

一，論新親屬法草案採取個人制之當否

一一

二，家制餘論

八

三，繼母在現行民法上之地位

親屬法要論

禮陽郁 嶽著

緒論

第一章 親屬法之名稱

親屬法之名稱。在英爲 Family Law。在法爲 Droit de famille。在德國爲 Das Familien-Recht。所以規定血親配偶及姻親關係之法則也。日本民法。稱爲親族。我國則改爲親屬。以親族係專指同姓之親。親屬則兼包異姓之親。正名定義。不能不舍彼而就此也。惟此種解釋。係本諸清律。考清律戶役立嫡子違法門條例有曰。於昭穆相當之親族內。夫同姓始有昭穆。異姓則否。是親族專指同姓之親而言也。又親屬相盜律。其各居親屬計有曰。各居親屬。不分同姓異姓。是親屬兼包異姓之親而言也。然此等解釋。是否適當。不無可議。茲舉如左。

(一) 尙書堯典曰。以親九族。是爲親族二字見於吾國故籍之最古者。班固白虎通釋之曰。九之爲言究也。親疏恩愛究竟也。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。於母妻則曰黨。畸重畸輕。畛域攸判。此實男系宗法主義時代重男輕女之陋習。清律本之以定制。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。詎非冬葛而夏裘耶。

(三)民法親屬二字。係沿用民草。民草則根據清律。而清律則淵源於唐。然唐律中並無親屬名稱。如清律親屬相爲容隱。在唐律但曰諸同居若大功以上親。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。在唐律但曰諸盜緦麻小功親財物者。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。遜清承之。實爲晚出。無取勦襲。

由是觀之。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別之必要也。

第二章 親屬法之範圍

親屬法之範圍。因其觀察點不同。而內容各異。茲分述如左。

自實質上觀之。親屬法者。規定親屬關係及由親屬關係所生權利義務之法規也。如親子關係夫妻關係及由親子夫妻所生之財產關係。均爲親屬法之範圍。或曰親屬法爲身分法。其規定親子夫妻之關係。以明身分固矣。至由此身分所生之財產關係。應於財產法中規定之。非親屬法之範圍也。然此等財產關係。乃附麗於身分者。即以身分之存在。始生財產上之權義。與彼普通財產上之權義。能脫離身分而獨立者。既屬寡殊。自以規定於親屬法中爲常也。

自形式上觀之。親屬法之範圍。以民法中第四編所規定者爲限。即法律上賦與親屬法之名稱者。始爲研究之所及也。至實質上果否爲身分關係及由身分關係而生之權義。均非所問。如監護制度。本與身分無關。而德瑞日立法例及我民法親屬編中。咸包括之。遺產繼承乃由身分關係所生之財產權。然多數立法例。皆特設繼承法規之。而不屬於親屬法之範圍。故親屬法實質上之範圍與形式上之範圍。必非一致。本書所研究者。係國府於民國二十年一月公布之民法第四編親屬。蓋屬於形式的

範圍也。

第三章 親屬法之性質

長宇悠宙。萬法森羅。皇古之初。自然法則。雜然流行。後聖有作。創設章制。經紀群倫。人爲之法。於是生焉。親屬法公布最晚。其爲人爲法固矣。然在人爲法中。性質何屬。是又當分別述之也。

(一)親屬法者私法也。私法爲規定私人間權義之法律。親屬法中所規定。如親子夫妻家屬監護等。無論享權利或負義務之各方。均係私人。其爲私法也。實無容疑。然以吾國舊制言之。親屬規定。皆散見於唐宋明清律之中。而唐宋明清各律。係以國家關係而成立。乃屬公法之性質。親屬規定。旣屢雜其間。則又爲公法而非私法矣。惟輓近受世界潮流之鼓蕩。而有民法之編纂。民法爲私法之一。而親屬法則爲民法之一。窮源溯流。依類相從。是親屬法已由昔之公法變爲今之私法矣。

(二)親屬法者強行法也。私法之規定。多任當事人之自由。所謂聽許法是也。親屬法雖爲私法之一。而其規定。多屬強制。蓋親屬法之對象。如親屬關係家屬關係

監護關係等。爲社會組織之基礎。與道德風教。有密接之關係。故不許當事人之自由取舍。而惟法定之強制是從。庶幾社會公益。獲以保全。但夫妻財產制。僅關乎個人私益。在親屬法中爲自由規定。乃屬特例也。

(三)親屬法者普通法也。親屬法適用之範圍。及於國民全體。而無間乎貧富貴賤。悉納於斯法之中焉。其爲普通法也甚明。惟日本對於華族有華族令。對於皇室皇族有皇室典範皇族身位令皇室親族令等特別法。而不適用親族法。是爲特例。

(四)親屬法者實體法也。親屬法係規定夫妻親屬家屬及監護關係間權利義務之實體。故爲實體法。至實行此種權義之方法。則有戶籍法民訴法中之人事訴訟程序。以資利用。是戶籍法及民訴法中之人事訴訟程序。乃親屬法之程序法也。

第四章 親屬法之特質

親屬法爲私法之一。既如前述。惟與其他私法比較觀察。有特異之性質。茲分述之。

(一)親屬法上之權利。專屬於有特定身分者之一身。故不能拋棄或移轉之。與物權

債權負異。

(二)親屬法上之權利。一方見爲權利。而他方又屬於義務。如親對於未成年子之監護教育權。自私的方面言爲權利。自公的方面言。則係義務也。

(三)親屬關係。非單純之法律關係。實淵源於道德。如親子夫妻之關係。其內容乃根於道德所命之本分。法律爲使當事人各盡其本分始定相互間權義之關係耳。卽基於親屬關係之權利。乃起於親屬本分之義務。非可與普通一般之權利。等量而齊觀也。

(四)親屬法上之權利義務。雖亦由法律行爲發生變更或消滅之。然均須具備法定之要件。非如普通法律行爲而可適用契約自由之原則也。且此等法律行爲係單純的。不許附以何種條件或期限也。

(五)親屬法上之權利義務。可以繼續行使。與普通財產法上之權利義務。因一次行使履行而卽歸消滅者大異。如夫妻同居義務親屬扶養義務皆然也。

(六)親屬法上之財產權。與親屬法上之身分。有不可分離之關係。故因其身分之喪

失。而當然歸於消滅。非如普通財產權能單獨存在者。或謂親屬法上之財產權既附麗於身分。實非真正之財產權。然親屬法上之財產權與普通財產權同爲充經濟上之需要而存在。特其基礎有異耳。或人之說。不足信也。

(七)因發生變更或消滅親屬法上之權利義務而爲之法律行爲。以不許代理爲原則。蓋此等法律行爲。其性質上當爲之之際。以由本人自行決定其意思爲得當也。

(八)親屬法之規定。較民法他部採取習慣之處爲多。蓋法律爲社會之反映。而民法之規定。尤應參酌一國之氣候風俗人情。然民法他部如物權債編等。專在保護個人之私益。不但無依國家人種之異同而立差等之性質。且因各國商工業之發達。交通之便捷。個人私益。日趨共同。此種法律。漸具世界性而統於一。獨親屬法不然。類因歷史風俗爲移轉。而國異其制。即多膠習尙。鮮採外例。如我親屬法之保存家屬制度。其明徵矣。

(九)親屬法上之法律行爲。貴重形式。如結婚須有公開之儀式。(民法九八二條)收養子女應以書面爲之。(民法一〇七九條)皆與普通之法律行爲異致。夫近世私法。

已由形式主義進於意思主義。而親屬法仍固執不改者。以夫妻親子身分之締合。影響家庭之安寧。社會之秩序。不能不出以慎重也。

(十)親屬法上之事項。常受國家機關之干涉。如撤銷婚姻。應向法院請求。(民法九八九條至九九七條)法院指定親屬會員等。(民法一一三二條)皆以國家之權力。干涉個人之私行。與普通私人行為。國家採取放任態度者不同也。

第五章 親屬法之沿革

親屬法爲私法。以規定親屬家屬之身分關係爲主旨。此近世之觀念也。然徵諸古來之沿革。親屬法之性質迭變。而其範圍亦漸縮小。蓋古代族制盛行。關於身分之法律。實爲公法之一部。其時酋族爲社會之單位。法律之主旨。不外定族長之身分耳。而結婚離婚及一切財產上之關係。均視爲屬於一族團體之公益。其施行也。一委之族長之特權。凡人口之繁殖。祭祀之繼續。皆爲團體之公事。而財產移轉贈與等處分。則以有害團體之發展。爲法律所不認也。夫此等屬於私法之事項。當時竟視爲公共職務而施行之。故其族長實具行政官之資格。所謂親屬法者。不過定族長資

格之法律耳。其爲公法也無疑。蓋當時酋族之長。實以國家之元首兼族長之資格。政治上之國民與血統上之親屬。分限未立。而國法與家法無殊也。

上古酋族制時代。身分法雖爲公法之一部。然社會稍進。國家之政治機關漸備。族制衰落。國力蒸騰。一政治團體中常包含無數之血族。家長僅爲血族之主宰。非復國家之元首。故家長對於家族之權力。遂失公法之性質。而規定家長資格之身分法。乃由公法而成爲私法矣。然其初也。殆占私法之全體。即此時代。得享有私權者。惟家長個人。凡財產之所有。契約之締結。皆家長主之。如繼承權。並非遺產之授受。實爲家長權之更迭。在此純粹家屬制度之下。一切私權。悉包含於家長資格之中。無其資格者。不得干與。法律目的。以定家長之身分爲主要。如後世之財產法契約法。不過其副則耳。故其私法之全部。殆可謂爲身分法也。

社會益進。人文日繁。權利思想。因以發達。在個人主義盛行之國無論矣。即家屬制度尙存如日本及吾國。家屬雖服從家長之指揮。然有獨立之人格。固有之權利。非附屬於家長者。以是關於財產法契約法之觀念大明。而規定契約財產等項之法則

。遂由身分法分離而獨立。法律乃不能如昔以定人之身分爲主旨矣。世至今日。身分法之範圍。漸次縮小。物權法反占私法之大部。主客易位。盛衰異勢。此稍讀中西法制史者。所不難考其變遷也。

第六章 親屬法之主義

編纂親屬法所採之主義凡二。有採家屬本位主義者。於親屬關係外。并規定家屬關係。法律上承認家之地位。由個人而成家。由家而成國。個人爲國之間接構成分子。而家則爲國之直接構成分子。所謂二元主義是也。有採個人本位主義者。僅規定親屬關係。而不及家屬。法律上不承認家之地位。以個人爲國之直接構成分子。所謂一元主義是也。此二主義學理上各有利弊。而實際究應何取。要以國情爲斷。中夏以家族立國。垂數千年。訖於清末。家制內容。雖繁簡迭變。而根本組織。未之或更。故舊親屬法草案有取於家屬本位主義也。然晚近以來。歐化輸入。情勢大異。吾國舊有之家屬制。因經濟之發達。政治之演進。漸形崩圯。故國民政府法制局於十七年秋纂擬新親屬法草案。乃採個人本位主義。期以適合將來之趨勢。而順應

世界之潮流焉。審時立法。本屬至當。不料國府最近公布之親屬法。仍採家屬本位主義。殊非吾人所能贊同也。（關於家屬制與個人制之得失詳見附錄一二等篇）考世界立法之變遷。由昔日之家屬本位主義進於近世之個人本位主義。現在又有由個人本位主義進於社會本位主義之趨勢。當家屬本位主義時代。個人爲家族之一員。故服從家族之規範。及家族崩壞。個人獨立。而個人本位主義生焉。然其爲制。僅暫時過渡耳。因個人脫離家族後爲社會之一員。不能不服從社會之紀律。遂由個人本位主義進於社會本位主義矣。此雖一般立法必經之途轍。然親屬法亦不能獨外。故余雖認個人本位主義較家屬本位主義爲優。並非視爲終竟之制度也。

第七章 親屬法之位置

親屬法在私法中之位置。各國法例所採之方式有二。茲述如左。

（一）特別法式 即以親屬事項爲一種特別法而規定之。不列於民法法典之內。如俄國一九一八年九月十六日公布之親屬法。是其著例。故一九二三年俄國之新民法中無親屬之規定。一九二六年十一月二十六日雖廢親屬法名稱。改用婚姻親屬及監護

法。然仍獨立於民法法典之外。而爲一種特別法焉。

(二) 法典式 卽以親屬法列於民法法典之內。惟在民法法典居於如何之位置。各國法例。又細分爲左列二式。

(甲) 羅馬式 此式以家屬制爲基礎。置重人之身分。故以人事法位於民法之首部。凡人之身分，能力，家長，婚姻，及監護諸規定。悉歸納於其中焉。屬於此系統之法典。以法國民法爲最。而輓近制定之瑞士民法亦倣之。

(乙) 德意志式 此式以個人制爲基礎。置重財產關係。故其民法於總則外。首及物權債權等財產法。而親屬法則位列其後。此式初由德國學者從理論上倡導之。一八五二年撒克遜 Sachsen 之民法草案始採用焉。日本及我民法從之。

兩式比較。自以德意志式爲優。且合於吾國之古義。蓋民法乃規定吾人之生活關係。而吾人之生活關係有二。一爲所有關係。一爲男女關係。前者一稱財產關係或經濟關係。後者一稱身分關係或道德關係。物權債編規定前者之關係。親屬規定後者之關係。而繼承則介乎二者之間。總則更貫注其全體也。此兩關係。卽吾國古所謂

食色關係是也。食先色後。似親屬法之列於財產法後爲當矣。然奧人 Anton Menger 則謂民法法典編列之先後。應以其適用圍範之廣狹爲斷。即廣者前列。狹者後列。親屬法爲無間貧富均能適用之法律。其範圍之廣。實爲民法他部所莫及。堪稱爲真正之民法。故主張列於財產法之前。此誠最進步之學說。乃民法編纂之際。仍採德例。殊有未當也。

第八章 親屬法之難易

吾人研學。因其對象之難易。而進功遲速。於以判焉。即對象繁複。觀察爲艱。進功自遲。而對象簡明。理解滲澈。收效斯速。協彼違此。洪溝劃然。獨至親屬法。其對象介乎難易之間。岐路亡羊。莫審所適。誠茲法之奇觀也。

夫科學者。以吾人之智識。解剖宇宙現象之謂也。智識彌精。解剖彌明。純乎理智作用之結果也。親屬法不然。以家族爲研究之對象。而家族之結合。夙異他羣。主情黜理。心感最富。夫妻親子。情誼融洽。一切均可相商。倘室人交謫。則同舟敵國。尋隙索瘢。不可理喻。自古名公巨宦。高賢雋彥。經紀邦國。勛績卓著。而一

涉骨肉姻婭。則左支右絀。束手無策。所謂清官難斷家務事者。實古今所同慨也。蓋清明之吏。鑑空衡平。片言折獄。游刃有餘者。全恃理智以爲用。而家務瑣屑。意氣橫茁。常非理智所能施。故親屬法上之規定。揆諸理智。精當公平。無可非議者。措之實用。能否收排難解紛之效。殊未易言。此親屬法之研究倍難他科也。然自他方觀之。吾人自呱呱墮地。即與家族爲緣。自襁褓以逮成年。凡夫夫妻親子兄弟姻婭之關係。固已耳濡目染而周知。試執途人叩以室家骨肉間。恩誼之厚薄。禮儀之隆殺。未有不衝口而答。不假思索者。蓋其素昔潛觀默識於庭戶之間。開張豁朗。事理彰著。誠不待講解而明。困學而知也。今於親屬法中。重複演述。亦不過舊學商量。稍加邃密耳。事例平凡。略爲研考。即能渙然氷釋。怡然順理。非如他科。理蘊艱深。論思新穎。有覃究幽緝之必要也。

本論

第一章 通則

吾國古無所謂親屬法也。禮而已矣。婚禮爲禮之本。而禮記喪服小記。別親疏。嚴尊卑。人倫猶備。然禮爲社會軌範。無權力盾其後。不能強人以必從。於是法尙焉。法有總分。總者所以明共通之原則。分者則詳特殊之細條。綱目相因。洪纖畢具。而親屬法之全體大用著焉。

第一節 親系

親系者。連繫血親或姻親相互間之系統也。所以明此方所自始。與彼方所由終。及彼此之間系屬之關係。因觀察方面不同。而類別不一。茲就其最著者述之。

(一)直系及旁系，直系者。由自己或配偶直上直下之關係。即同一祖先而直下之關係也。如父母祖父母，曾祖父母，高祖父母。是由我直上之直系血親。子孫曾元。是由我直下之直系血親。(民法九六七條一項)旁系者。由同一祖先分岐而下之關係也。自己之兄弟姊妹。則由自己之父母而分岐者。伯叔與姑。則由祖父母分岐者

。是皆旁系血親也。(民法全條二項)姻親亦然。夫妻一方之父母。爲直系姻親。其兄弟姊妹伯叔與姑。則旁系姻親也。

直系旁系區別之實用。散見於法律。舉其著者。如血親姻親之直系親。不得爲婚姻。而旁系血親則僅限於在八親等內者。旁系姻親僅限於五親等內輩分不相同者。(民法九八三條)扶養之權利義務。先在直系(民法一一一五條一一一六條)等規定是也。

(二)尊屬及卑屬，尊屬者。系統居於自己之上位。如自己之父母，祖父母。是直系而居於尊屬者。伯叔與姑。是旁系而居於尊屬者。卑屬者。系統居於自己之下位。如子孫曾元。直系而居於卑屬者。甥姪。旁系而居於卑屬者也。尊屬卑屬之區別。但以親系之上下爲標準。至年齡之高下。則無關係。如幼叔之年齡雖小於長姪。然無害其輩分尊卑之存在也。

尊屬卑屬區別之實用見諸法文者。或用爲繼承之順序。(民法一一三八條)或據爲離婚之條件(民法一〇五一條四款)均是。

親系之發生。以血統爲根據。至其血統之出於男系或女系不問也。此近世文明各國之通例。我民法亦然。然以沿革考之。原人時代。民生而知有母不知其父。故當時只有女系親耳。文明稍進。家族制興。重男輕女。而男系親生焉。此等親系。各重一方。衡之學理。其失維均。近世法例。特加糾正。凡男女兩系。俱爲親屬關係所從始。不復軒輊於其間。可謂親屬法上一大革命矣。

第二節 親等

親等者。所以表示親屬關係之遠近。而衡量親屬相互間疏密之準繩也。凡扶養之權義。繼承之先後。均視親等之遠近以爲斷。（民法一一一五條二項一一一六條二項及一一三九條）故親等之設定。所關甚重也。

關於親等之法例。有左列二種。

（一）階級親等制 此制以血族關係之遠近。地位之尊卑。情誼之厚薄。男女之性別爲標準。就各種親屬。列舉的定其親等之謂也。如日本從前之新律綱領。以父母，養父母，夫，子，養子，爲一等親。祖父母，嫡母，繼母，伯叔父姑，兄弟姊妹，

夫之父母妻妾，姪，孫，子婦爲二等親。即其例也。我國古無親等名稱。所以表示親屬關係遠近者。惟在服制。喪服小記所謂以三爲五。以五爲九。上殺，下殺，旁殺，而親畢者。已略示端倪。後世服制有圖。區別更著。然其所據標準。大抵爲日本新律綱領之所本。蓋亦屬於階級親等制。如子服父喪三年。父對於子則僅期年。孫服祖父母喪期年。而對外祖父母則僅五月。舊民草倣之。規定宗親爲四親等。外親爲三親等。妻親爲二親等。而妻對於夫之宗親。則視同己之宗親。關係從同。階級顯分。大違立法平等主義。近世各國所不取也。

(二)世數親等制 此制專以血統之遠近。世數之多寡爲標準。既免列舉各種親屬以定親等之煩瑣。且各親屬間之親等。亦平等而同一。不因尊卑性別而立差等也。此制始於歐洲。風行世界。其計算法分爲二式。

(甲)羅馬式 此式於直系親屬。算其間之世數。以定親等。故世代之數。與親等之數。正相適合。如親子間爲一世。則爲一親等。祖父母與孫之間爲二世。則爲二親等。以上以下。均準此推之。於旁系親則由同源之始祖。下降於旁系親

之雙方。合算其世數。以定親等。如計兄弟間之親等。先從一方溯諸同源之父母。作爲一等。再由父母下至他方。又加一等。故兄弟爲二親等之旁系血親。計伯叔與姪間之親等。則先由姪溯諸其父母。作爲一等。再由其父母溯諸同源之祖父母。又加一等。由祖父母更下至伯叔。再加一等。故伯叔與姪爲三親等之旁系血親。

(乙)寺院式 此式於直系親屬間之計算法。與羅馬式同。其旁系親之計算法。凡雙方世數相同者。但計一方之世數。相異者則從其多者計算。以定親等。而不合算雙方之世數。如兄弟在羅馬式爲二親等。寺院式則爲一親等。伯叔與姪。在羅馬式爲三親等。寺院式則爲二親等。

以上二式。以羅馬式爲優。蓋親等者。所以表示親屬關係之遠近也。即親屬關係遠者。親等多。親屬關係近者親等少。而羅馬式計算法。最能表見之。至寺院式計算法則不然。如伯叔及從兄弟之親等。以羅馬式計算之。伯叔爲三親等。從兄弟爲四親等。以伯叔與己之親屬關係。較從兄弟爲近。故親等亦少。然以寺院式計算之。

則伯叔及從兄弟均爲二親等。以實際親屬關係遠近殊異之人。而法律則列於同一親等。其不當明矣。

現今採用寺院式者惟英國。而多數國家皆師承羅馬式。然我國民草則舍多數法例而用寺院式。（民草一三二八條）其理由以爲直系親之親等計算。二式相同。而與中國之言九族者亦符合。蓋五世親盡。古誼炳然。歷世既多。族不止九。經文以九族爲言。亦斟酌於恩誼而爲此界限。此後世服制圖所以亦以高曾曾玄示本宗直系之範圍也。至以旁系言之。中國服制圖旁系親之旁遠者。止於族兄弟姊妹。苟依此推之。羅馬式之計算。族兄弟實在八親等之列。直系親只四等。而旁系親有八等。殊不順理。故採用寺院式。旁系親亦認爲四等。以適合中國舊制親屬之範圍。然民法對於親屬之範圍。既不主張規定。（民法親屬編先決各點審查意見書第三點參照）而舊有九族服及制圖。均係偏重男系宗法主義。尤無維持必要。則親等計算法。自應採用羅馬式。以期合乎情理。而順應世界之潮流焉。此民法九六八條之規定甚爲適當也。

第三節 親屬之分類

親屬之分類。因各國歷史習俗所採之標準不同。而中外異制。吾國舊律。以男系女系爲標準。分親屬爲同宗外姻。同宗者。男系血統之親也。外姻者。屬於女系之親也。以喪服之等差爲標準。分親屬爲期親，大功親，小功親，緦麻親，無服親。民草則根據舊律之喪服圖及吾國歷來之男系宗法主義。分親屬爲宗親，外親，妻親，夫妻，四種。衡諸學理及文明各國之立法例。均有不合。蓋所謂宗親者。同一祖先所出之男系血統親屬也。其由女系血統而連續之親屬。則曰外親。在此種分類之下。父之父母及母之父母。與己之血統關係。雖屬相同。而法律上則顯分畛域。以父之父母爲宗親。以母之父母爲外親。推而至於伯叔之子孫及姑之子孫。兄弟之子孫及姊妹之子孫。子之子孫及女之子孫。與己之血統關係。亦無稍異。而法律上則以伯叔兄弟及子之子孫爲宗親。以姑姊妹及女之子孫爲外親。凡斯種種。均爲吾國男系宗法主義之結果。亦卽違反男女平等之原則。至夫妻互爲配偶。原亦無可軒輊。乃民草規定妻於夫之宗親外親。其親屬關係均與夫同。（民草一二一九條）而夫於妻

之本生親屬。僅生妻親關係。其範圍但以二親等爲限。其不平等。更爲顯著。十七年新親屬法草案。爲尊重男女平等之原則起見。不採此等親屬分類之方法。而以血統及婚姻兩項事實爲標準。分親屬爲血親，配偶，姻親三類。（新親屬法草案一條）凡有血統關係之親屬。統稱血親。無復宗親外親之區別。而血親之配偶，配偶之血親，及其血親之配偶。均爲姻親。無復宗親妻親之區別。（新親屬法草案二條三條）創制立法。純本學理。既足一洗吾國數千年重男輕女之舊俗。而於文明各國之立法例。亦相符合。民法本之。誠能擇善而從也。

民法親屬分類。雖根據新草。惟僅有血親姻親。而無配偶。考配偶是否爲親屬。其說不一。有以夫妻爲一體同心不得謂之親屬者。有以夫妻爲血親關係及姻親關係之源泉。不得謂之親屬者。故德瑞（德民一五八九條一五九〇條瑞民二〇條二二條）均不列配偶於親屬範圍之內。然日本及新舊民草（日民七二五條民草一三二七條二項新草一條二項）則以配偶爲親屬。民法蓋採德例。茲就民法規定之親屬。分述如左

第一款 血親

血親者。謂同一祖先所出之直系或旁系親屬也。血親有成於自然者。有成於人爲者。前者曰血統上之血親。後者曰法律上之血親。

(一)血統上之血親 血統上之血親者。出於同一祖先。其血統互相連絡之謂也。惟非婚生子女。苟非經其生父之認領。即不得認爲血親。若無生父之認領。則但對於其生母有親屬關係。(民法一〇六五條)

(二)法律上之血親 法律上之血親者。本無血統連絡之關係。因法律之規定。而與血統上之血親有同一地位者也。國人習性。最重嗣續。老而無子。門庭蕭索。情非所堪。法律於是定養親子之關係焉。(民法一〇七七條)以彌其無子之缺憾。惟舊制庶子繼子與嫡母繼母之關係。亦視爲法律上之血親。今則僅視爲姻親耳。此爲民法上之一大革命。宜注意焉。(其詳見附錄三)

舊律規定乞養異姓義子。以亂宗族者處罰。故養子不得承宗。與養家不發生親屬關係也。民草師承舊律。雖有乞養義子收養三歲以下遺棄小兒之規定。(民草一四六九條)然僅爲財產關係而設。於親屬關係無與。蓋非類不歆。古訓昭垂。異姓爲嗣

。自唐迄於民法公布前。懸爲厲禁。中國從前雖有養子之名。而不得列於法定血親之內也。但依民法規定。養子女與養父母之關係與婚生子女同。(民法一〇七七條)凡收養他人之子女者。均稱養子女。尤無養子與嗣子區別。(民法一〇七二條)力破異姓亂宗之禁。可謂一洗宗法之遺制矣。

第二款 姻親

姻親者。因婚姻關係而成立。並無血統可言也。依民法規定。姻親之種類有三。(1)血親之配偶。(2)配偶之血親。(3)配偶之血親之配偶。(民法九六九條)至其親系及親等之計算如左。(民法九七〇條)

一，血親之配偶。從其配偶之親系及親等。如姑父則從姑與己之親系及親等。即姑爲三親等之旁系親。而姑父亦爲三親等之旁系親也。所異者。姑爲血親。姑父則爲姻親耳。

二，配偶之血親。從其與配偶之親系及親等。如妻兄弟與妻爲二親等之旁系親。與己亦然也。

三、配偶之血親之配偶。從其與配偶之親系及親等。如妻兄弟婦與妻爲二親等之旁系親。與己亦然也。考各國姻親之範圍甚狹。即僅以夫妻之一方與他方之血親間之關係爲限。故配偶之血親之配偶。在日德瑞均不認爲姻親。（日舊民法人事編二四條一項其新民法雖無明文規定而解釋亦然德民一五九〇條瑞民二一條）民法則認之。蓋從習慣也。

茲宜注意者血親中除法定血親外。其關係之成立。本於天然。絕無終止之一日。而姻親則由於人爲。即因結婚而發生。因離婚而消滅。非能長存也。又夫死妻再婚。或妻死贅夫再婚時。其姻親關係亦歸消滅。（民法九七一條）惟婚姻撤銷。亦爲姻親關係消滅之原因。民法並無規定。殊屬遺漏耳。

第二章 婚姻

婚姻者。親屬之源泉也。夫妻之身分。親子之關係。皆本之而生。由夫妻親子而成家。由家而爲國。故婚姻小之爲親屬之發端。大之實國家之始基。古今東西社會組織之根本。蓋莫逾於婚姻矣。吾國婚姻制度。發達最早。杜氏通典曰。遂皇始有夫

婦之道。通鑑稱伏羲之時。制嫁娶。以儷皮爲禮。正姓氏。通媒灼。是其明證。降逮成周。創定六禮。而婚制燦備。後世師之。然中國古時之所謂婚姻。類注重於禮儀。如士昏禮昏義等是。而以婚姻著之禁令條教中者。惟司徒不嫻之刑。及媒氏不用令之罰而止。厥後法令滋章。戶婚乃有成文。然亦不過爲刑法之一部。而於婚姻時條件。夫妻間權義。或散見而無系統。或疏略而難以鈎稽。夫夫婦婦爲一家所託始。爲社會之成因。苟非以法律明定其關係。則親屬間無完全之法式。而詩小序所謂婚姻之道缺。陽倡而陰不和。男行而女不隨者。詎非人道之大戾乎。此民法所以規定婚姻之理由也。

第一節 婚姻之變遷

婚姻之變遷。因其觀察點不同。分爲左列三端述之。

(一)自婚姻人數上觀察之。人類原始。男女雜然。自由會合。無異禽獸。夫婦之名分未定。父子之關係難稽。婚姻人數。漫無限制。所謂亂婚時代是也。文明漸啓。始由亂婚進於定婚。然其初進於定婚時代也。婚姻人數。但限於團體。卽甲團體

之各男子與乙團體之各女子。乙團體之各女子與甲團體之各男子。均得自由交會。惟甲團體之各男子不得與乙團體以外之女子交會。乙團體之各女子亦不得與甲團體以外之男子交會。所謂團體婚是也。文明益啓。於是一妻多夫婚。一夫多妻婚。一夫一妻婚。次第進步焉。而婚姻人數。遂漸次減少。由複而趨於單矣。

(二)自婚姻方法上觀察之。人類最初婚姻之方法。憑藉暴力。掠奪女子。強其配合。所謂掠奪婚是也。蓋古代種族爭鬪。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。即於族內亦有行之者。社會進步。鑑於暴力掠奪之非。乃給付代價。以爲獲取女子之方法。而有償婚生焉。然婚娶論財。夷虜之道。文明漸啓。遂易代價爲聘禮。男女雙方。交換飾物。聊以將意。聘禮多寡。則非所計。於是進於聘娶婚矣。然尙蔑視女子之人格。不徵求其同意。揆諸婚姻性質。仍有未合。故近世文明各國婚姻方法。均以男女雙方之合意爲要件。蓋婚姻大事。非男女自爲主持。則不獨有害於兩性之感情。而室家之和平。亦必擾亂。此共諾婚爲今日所風行也。自古迄今。婚姻方法之變遷。略具於此。至將來之趨勢。有倡自由

婚者。謂共諾婚雖已注意於兩造之意思。然關於婚姻之成立及效力與夫撤銷等事。均由法律規定。不許以夫妻自由意思爲變更。終多不便。於是盛倡自由戀愛之說。凡關於婚姻之事。專由當事人自由契約而定。不用國家法律之干涉也。

總觀上述。掠奪有償。以女子爲財產。實大背於人道。聘娶雖中國自古迄今之通例。而奉行不善。必有斤斤以財禮爲事者。其結果乃同於有償。至自由婚。理論上雖無可非議。而實際流弊滋多。（舉其著者有三，（1）妨害社會之秩序，（2）爲花柳病盛行之原因，（3）引起人口減少社會之衰落，蘇俄因傾向自由婚之結果，弊害叢生，乃於一九三〇年七月特頒離婚法，以資救濟）惟共諾婚比較適當。民法採之。

（民法九七二一條）

（三）自婚姻目的上觀察之。婚姻之目的。自古逮今。凡經三變。古時曾族爲盛。防他族之襲擊。以膨脹己族勢力爲必要。而已族勢力之膨脹。首在人種之蕃殖。故當時婚姻目的。不外蕃殖人種。以期生聚教養。而圖其生存發展耳。及家族制興。祖先祭祀。邱墓掃除。責在後嗣。而嗣續延綿。端賴婚姻。故又以繼承宗祀爲婚姻之

目的焉。禮曰。婚禮者。將以合二姓之好。上以事宗廟。而下以繼後世也。其明證矣。晚近家族崩頹。個人主義盛行。婚姻目的。純屬於男女雙方精神上之結合。而謀共同生活之圓滿。蓋人性有男女之情。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。庶幾精神有所寄托。而人生幸福。不致虛懸耳。

第二節 婚姻之意義

婚姻之意義。古今異致。卽今世學者之主張。亦不一其說。茲據余所信者。述之如左。

婚姻者。因一男一女間雙方之合意。以終身共同生活爲目的。使發生身分關係之要式法律行爲也。

茲就右意義。分晰說明之。

(一) 婚姻者一男一女間之關係也。一夫一妻。爲今世文明各國之通例。我民法亦採之。故並偶匹敵不獨爲民事上離婚之原因。且構成刑事上重婚之罪名。吾國向來。雖妾制流行。然其地位。尊遜於妻。間有兼祧娶兩妻者。而法律上之待遇亦異。

(清道光元年例案前大理院八年判例，兼祧而娶兩妻者後娶之妻爲妾)至民法施行後。妾之名稱已不存在。實際上雖未能卽行革除。然僅能視爲私通關係。尤無婚姻之可言。故婚姻爲一男一女間之關係。考之於古。(我國舊律亦採一夫一妻主義，唐律諸有妻更娶妻者徒一年，女家減一等，若欺妄而娶者徒一年半，女家不坐，各離之，明清因之)驗之於今。皆無疑義也。

然自社會主義者觀之。則以一夫一妻制。實不外男子之婦人獨占制。或女子之男人獨占制。與財產之獨占制。同屬不當。而主張公夫公妻。以期解放。歐戰後學者爲補充傷亡之人口計。又有倡一夫多妻制以爲蕃殖之法者。更自東西社會之實情考之。男有外家女有外遇者。數見不鮮。則所謂一夫一妻制者。僅於法律上爲然耳。

(二)婚姻者成於雙方之合意也。婚姻方法。近世各國。已群趨於共諾婚之一途。則婚姻之成立。須有雙方之合意也。自不待言。惟此等合意。是否可視爲契約。學者之主張不一。有認爲親屬法上之契約者。如德人 Engelmann 日人奧田博士仁井田博士岡村博士和田學士是。有不認爲契約者。如德人 Jacobi 牧野博士柳川學士

穗積博士是。即以各國立法例考之。德國民法。揭契約之一般通則於總則中。而關於債權契約事項。則揭於債權法中。其認債權契約外。尚有關於婚姻之身分契約也。固自可通。至英法奧瑞等國。則契約僅限於債權關係。我民法從之。但列契約於債編。而於總則中並無規定。其不認婚姻爲契約也明矣。

(二) 婚姻者男女雙方終身之結合也。夫妻之結合。雖由於人爲。而一旦結合後。要當期之以終身。若朝秦暮楚。離合無常。則形同苟合。婚姻謂何。故男女之結合附條件或有期限者。不得目爲婚姻也。惟既云終身。自係限於生存。若配偶一方有死亡。致生變更。如夫亡再嫁。妻死繼娶。則無妨也。又終身結合云者。以當事人當結婚時有白首偕老之意爲已足。至結婚後因情事之變更。致違初衷。而出於離婚。則事屬意外。情非得已。固當別論矣。(但自由主義學者，則反對婚姻爲終身之結合，謂應隨愛情爲轉移，持論亦當，)

(四) 婚姻者以共同生活爲目的也。婚姻目的。在精神的結合。以維持共同之生活。爲近世一般之趨勢。蓋男女成婚。共同生活。於焉開始。男以女爲室。女以男爲

家。室家之好。膠固不解。精神係屬。伉儷益篤。民法於夫妻之一方。受他方不堪同居之虐待者。得請求離婚。(民法一〇五二條第三款)亦有取於此也。然有以生理的結合爲婚姻之目的者。殊爲民法所不採。蓋吾國男女婚媾。重在恩義之連屬。非以情慾爲先驅。自昔已然。於今爲烈也。

(五)婚姻者使生身分之關係也。男女因婚姻而發生夫妻之關係。因夫妻關係而發生權義之關係。所謂夫妻關係。即身分關係也。男因結婚。對於女子。取得夫之身分。女因結婚對於男子。取得妻之身分。此等身分。均因婚姻而始發生也。至夫妻權義關係。雖與身分無直接關係。然實附屬於身分而發生也。况婚姻爲親屬法之一章。而親屬法爲身分法。則婚姻以定夫妻之身分關係爲主也。尤無容疑。

(六)婚姻者要式之法律行爲也。婚姻爲法律行爲之一。然與普通法律行爲異。卽其成立也。既須具備法定之方式。而其成立之條件。尤須依法律之所定。無論形式上或內容上。均不許當事人之自由。苟或違之。則法律或視爲根本的無效。或認爲有瑕疵而撤銷之。此婚姻之特質。非普通法律行爲所能比擬也。

第三節 婚姻之預約

婚姻預約者。即男女雙方。訂定婚約。以爲結婚之預備是也。歐洲古代。認婚約爲有效。十八世紀因自由思想勃興之影響。以婚約妨害婚姻之自由。乃認爲無效。然近世如德瑞意大利瑞典等國民法。均設婚約之規定。吾國習俗。久行此制。凡男女結婚前。類皆經過訂婚之程序。在男家謂之聘定。在女家謂之許嫁。而以具備(1)婚帖或(2)曾受聘財爲形式之要件。惟其婚約。係由男女雙方之父母代爲訂立。非出於當事人之意思。與今之婚約稍異耳。民草無訂婚之規定。新草則規定之。民法亦然。茲就民法所定。分述如左。

(一)婚約之訂結 民法以訂結婚約。爲單純契約關係。故以男女本人雙方合意自由締結爲原則。(民法九七二條)舊律婚帖或聘財之要式行爲及父母代爲訂婚之大權。均所不採。但男女訂婚年齡。若無限制。則髮齡黃髮。智慮未周。輕於許諾。貽患堪虞。故規定男未滿十七歲女未滿十五歲者。不得訂定婚約。(民法九七三條)以杜流弊。

(二) 婚約之同意 未成年人之辨別力。尙不完全。其所爲法律行爲。按諸民法通則。應加限制。以資保護。訂結婚約。亦法律行爲之一。而衡其情形。尤爲重大。自須審慎。故民法對於未成年男女所訂之婚約。須經其法定代理人之同意。俾能考慮周詳。免貽後悔。(民法九七四條)

尙宜研究者。未經同意之婚約。係侵害法定代理人之同意權。然民法並無准許法定代理人請求撤銷之規定。則九七四條實等具文也。

(三) 婚約之解除 婚約既經成立。男女雙方。自應恪守。若小有齟齬。任意翻悔。固屬不合。然解除條件。限制太嚴。亦多流弊。蓋婚姻爲男女終身大事。若情感決裂。難期白首。與其強令隱忍。而致結婚後夫婦反目。實不如事前救濟。使其易於繼絕之爲愈也。故新草關於婚約之解除原因。只規定正當理由爲概括的限制。不設列舉條款。以便法院有酌量之自由。(新草一一條)民法雖採列舉主義。而規定亦甚寬泛。茲舉如左。

婚約當事人之一方。有左列情形之一者。他方得解除婚約。(民法九七六條一項)

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。

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。(民法九七六條二項)

(四)婚約之賠償 婚約因具備法定原因解除時。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。(民法九七七條)婚姻當事人之一方無正當理由而違反婚

約者。對於他方因此所受之損害。應負賠償之責。(民法九七八條)惟他方僅以請求損害賠償爲止。不得請求強迫履行婚約也。(民法九七五條)

茲宜注意者。無正當理由違反婚約者。其賠償範圍。不限於財產上之損害。且其賠償請求權。但限於因婚約違反受損害無過失之當事人得行使之。不得讓與。或繼承。但已依契約承諾。或已起訴者。則不在此限也。(民法九七九條)

尙宜研究者。德民一三〇二條賠償請求權以婚約解除後二年內爲限。民法並無規定。則應適用普通時效。(民法二一五條參照)未免過長。

第四節 婚姻之要件

婚姻之成立。影響於人生幸福及社會秩序者甚巨。始謀不臧。後患堪虞。故法律特定成立之要件。以資防範。倘或違背。即爲無效或撤銷之原因。當事人無自由取舍之餘地也。茲就民法所列要件分述之。

(一)達於婚齡 所謂婚齡者。男女得爲婚姻最低限度年齡之謂也。婚齡高低。由法律特定之。男女非達於婚齡。不得爲婚。其目的在於禁止早婚。蓋青年男女。精神

肉體之發達。俱未完全。苟相配合。不獨有害個人健康。且爲後嗣衰弱之徵。況夫智識不周。血氣未定。眷戀私情。灰心上進。既重家事負擔之費。尤啓文化衰落之漸。流弊所極。胡可勝言。吾國舊律。無婚姻年齡之規定。民間競以早婚爲得意。黃髮乳臭。輒爲人父。恣情肉慾。兒女成行。而不知所以教養之者。比比皆是。民法婚齡之設。誠屬必要也。

婚姻年齡。各國因風土氣候習慣之殊。而高低不一。德國爲男二十一歲。女十六歲。瑞士男二十歲。女十八歲。法意比荷葡匈男十八歲。女十五歲。日本男十七歲。女十五歲。奧大利男女均爲十四歲。蘇俄男女均爲十八歲。英國西班牙希臘男十四歲。女十二歲。大抵氣候溫暖者。男女身體之發育速。而婚期宜早。寒冷者不然。至英奧之婚期較早者。則爲尊重個人自由之特別原因也。印度向來盛行早婚。男女十歲左右。率多結婚。病國弱種。莫此爲甚。一九三〇年始頒兒童禁婚法。於翌年四月一日實施之。凡未滿十八歲之男子及未滿十四歲之女子。俱認爲兒童。禁其爲婚。違者處以徒刑及罰金。其父母或監護人同意者僧侶及其他人等參加兒童婚禮者

。並受處罰。矯正早婚之法。可謂嚴厲矣。

吾國婚姻年齡。應如何規定乎。要視國情以爲斷。過低固不無早婚之弊。過高亦易啓私通之患。禮內則曰。男子二十而冠。三十而有室。女子十五而笄。二十而嫁。是爲吾國言婚姻年齡之最古者。惟係就婚齡之極限立論。與今世之規定婚姻最低年齡者不同。至唐貞觀之詔。以男二十女十五爲限。明洪武之制。以男十六女十四爲歸。則係就婚齡低限而言。民法參酌古今之宜。及我國風土氣候之狀。規定男未滿十八歲。女未滿十六歲者。不得結婚。可謂適當也。(民法九八〇條)

(二)得法定代理人之同意。吾國舊制。男女結婚。皆由父母或尊長主婚。當事人不得自專。此蓋家屬制度之結果。與近世父母對於子女婚姻之同意權。用意各殊。蓋前者在家長利益之保護。故無年齡之限制。後者則爲子女之利益計。均設年齡之限制。如德婚生子以二十一歲須父母之許諾。非婚生子須母之許諾。(德民一三〇五條)法則男滿二十五歲以前。女滿二十一歲以前。須有父母之許諾(法民一四八條)瑞士則未成人限於得父母或監護人之同意時。得爲婚姻。(瑞民九七條)日本則男

未滿三十。女未滿二十五。須得在家之父母同意。（日民七七一條）蓋婚姻爲人生終身之大事。青年男女。智慮未周。輕於配合。後悔堪慮。故須由法定代理人代爲審酌。以昭慎重。民法採取瑞制。亦限於未成年時爲然。至成年後。智慮老練。自無須法定代理人之干涉矣。（民法九八一條）

（二）須舉行婚式。舉行婚式。爲婚姻效力發生之起點。而正式婚姻與非正式婚姻之區別。亦於此決之。惟歐美各國。以婚姻爲公的制度。須經公共機關之干與。如英國須於寺院僧侶前行之。德國須於身分登記官前行之。法瑞亦然。係採形式婚主義也。（形式婚主義又細分爲宗教婚主義與法律婚主義，歐洲中世以前，係事實婚，自一五六三年脫連脫宗教會議後行宗教婚，十八世紀婚姻還俗運動起，宗教婚顛覆，而法律婚生焉，現今僅美國南加諾加伊州採事實婚，法德意瑞俄皆行法律婚，舊俄採宗教婚，英美奧西瑞典那威則爲宗教婚法律婚選擇主義）吾國婚姻。其結婚地點類在家內。而來賓均係親友。尤無公吏參加。蓋純然私的制度。苟非發生爭執。未有出首於公庭者。民草妄師各國通例。規定婚姻須呈報於戶籍吏始生效。（民草

一三三九條）實屬失當。新草改爲僅須相當公開之儀式及二人以上之證人。程序簡便。且適國情。乃採事實婚主義也。（新草一四條）民法從之。（民法九八二條）

（四）非近親之結婚 近親結婚之可否。學說不一。然近世各國。皆根據生理的理由。加以禁止。惟所謂近親者。究應以何爲範圍乎。考各國法例。直系血親間。皆絕對禁婚。（日民七六九條德民一三一〇條一項瑞民一〇〇條一號法民一六一條蘇俄婚姻親屬及監護法六條）傍系血親。則限於在三親等內者。不得結婚。（日民七六九條德民一三一〇條一項瑞民一〇〇條一號法民一六二條一六三條）姻親則直系不得結婚。（日民七七〇條瑞民一〇〇條二號法民一六一條）旁系不加禁止。據日本學者調查。其從兄弟姊妹間之婚姻。多爲聾啞不具及虛弱之原因。而主張擴充旁系血親禁婚之範圍。以謀救濟者。（奧大民法六五條禁從兄弟姊妹間之結婚，西班牙匈牙利羅馬尼亞亦然）頗不乏人。

夫血親通婚。遺害子嗣。人類經驗。覺察最早。各民族各國家之習慣及法律。雖限制之範圍。廣狹攸殊。然莫不兢兢致謹。懸爲厲禁。近世生理學醫學發達。亦以血

親通婚。易遺傳劣點於子嗣。但血統關係若較疏遠。則其影響亦即至微。甚或毫無惡影響之可言。我國向禁同姓結婚。民草改爲同宗不得爲婚。即不論支派之遠近。籍貫之同異。互爲婚姻。皆干禁例。範圍過廣。徒增紛擾。無裨實際。且所謂同宗。只限於男系。而女系不在其內。故姑舅兩姨之子女彼此通婚。習慣法律俱所不禁。然就血統之遠近而言。親姑親舅及親姨之子女。與親伯叔之子女。均屬同等之血親。特以中國習慣及法律。向來重視男統。輕視女系。遂致對一方極端限制。而他方則極端放任。不惟立法輕重失宜。抑且顯違科學上劣點遺傳之公例。新草力矯此失。關於男系血親依舊有五世親盡之說。規定在四親等內者。不得結婚。其在五世以外者。則法所不禁。關於女系血親。對於姑表及兩姨方面之兄弟姊妹間通婚。予以禁止。藉挽弊俗。(新草一五條一項)民法從之。規定直系血親及旁系血親在八親等內者。不得結婚。可謂至當。但又聲明表兄弟姊妹不在此限。則未免固執弊俗。不但違反劣點遺傳之公例。尤有背男女平等之原則矣。(民法九八三條一項，本項二三兩款，原文極屬費解，余擬修正爲二旁系血親在八親等內者，但表兄弟姊妹不

在此限，三旁系姻親在五親等內輩分不相同者，以期顯豁，)

姻親間禁婚。完全根據習慣。揆諸科學原理。原無禁止必要。我國舊律。妻對夫之宗親視同己之宗親。故妻與夫之宗親。無論輩分尊卑。絕對不得爲婚。但夫與妻之姊妹。則向例不禁通婚。即夫妻妻之姑母或姪女者。習俗雖不謂然。而法律並不禁止。此種男女不平等之舊制。衡諸學理。亟應剷除。民法關於姻親禁婚。不取嚴格之規定直系姻親及旁系姻親在五親等內輩分不相同者。不得結婚。而夫妻間所受之待遇。均屬同等。不存歧視。以重女權。(民法九八三條一項)

茲宜注意者。姻親結婚之限制。不第於姻親關係存續中爲然。即在其關係消滅後。

亦適用之。(民法九八三條二項)考日本民法。於養親子之關係消滅後。仍不得爲婚。(日民七七一條)我民法并無規定。實大缺點。又血親之配偶之血親。法律上雖無親屬關係。但有切近之尊卑輩分可稽者。亦應禁婚。而民法亦無規定。故與子孫婦之姊妹。在現行民法上。可以結婚。是朝爲姊妹。夕成姑媳祖孫。豈非駭人聽聞乎。

(五)非在監護關係存續中。受監護人於監護關係存續中。易爲監護人所誘迫。而

違厥本意。故法特禁其通婚。以杜流弊。但經受監護人父母之同意者。則不在此限。有謂在監護關係存續中。可以定婚者。余不謂然。因既定婚。將來即受婚約之拘束。於受監護人亦不利也。（民法九八四條）

（六）非重婚 重婚之禁止。爲各國共同之法例。且刑法上皆認爲犯罪而處罰之。我國法律及現行刑法亦然。蓋有配偶而重婚。不但有違人情德義。抑且妨害社會風紀。惟重婚云者。須前婚係依法成立。苟前婚而有民法九八八條之情形。即不能謂爲重婚。但前婚僅有撤銷之瑕疵。而現已依法成立。尙未經撤銷程序。則仍當以重婚論之。又前婚成立後。一方有死亡時。再爲婚姻。亦不在重婚之列也。（民法九八五條）

（七）非相姦者間之結婚。男女結婚後。應互負貞操之義務。若背本夫本婦。與人通姦。已屬不合。矧復舍舊迎新。締結永好。人情習俗。均難寬恕。故民法特設因姦經判決離婚或受刑之宣告者。不得與相姦者結婚之禁條。（民法九八六條）以防淫亂。然法文所稱因姦經判決離婚者。則因姦而兩願離婚。或非因姦而判決離婚者

。自不在此限也。所稱受刑之宣告者。即因通姦判處罪刑。故雖通姦。而未受刑之宣告者。亦不在此限也。惟刑事判決與民事判決異。並不發生離婚之效力。是因受刑之宣告者。其婚姻仍存在也。除重婚外。相姦者間事實上不得爲婚。法律上自不生相姦者禁婚之問題。然因姦受刑之宣告後。有因左列情事。而致婚姻解消者。

(甲)因配偶者一造之死亡而婚姻解消。

(乙)刑之宣告後。爲協議上之離婚。

(丙)以通姦爲原因而生裁判上之離婚。

(丁)以通姦以外之事實爲原因而生裁判上之離婚。

因以上情事。致婚姻解消時。雖不必即與通姦有關係。然曾因姦受刑之宣告。通姦事實既已昭著。姦夫姦婦。無待質證。自不得與相姦者結婚也。惟依民法九九三條。與相姦者之結婚。僅前配偶得請求撤銷。如甲項情形。前配偶者既已死亡。殊無由請求之耳。

民法相姦者禁婚之規定。實淵源於舊律。惟舊律僅云。和姦者。男女同罪。姦婦從

夫嫁賣。其夫願留者聽。其嫁賣於姦夫者。姦夫本夫。各杖八十。婦人離異歸宗。重於責女。而輕於責男。至民法則男女平等而無軒輊耳。歐洲古代之寺院法。對通姦者之限制甚嚴。即終生間絕對禁其與任何人結婚。逮九世紀頃。稍加變通。僅禁與相姦者之結婚。惟此種禁條。不但理論上有違婚姻尊重當事人自由意思之本旨。而事實上尤足獎勵非正式婚姻之增加。故現今尙繼承之者。僅日德丹麥及我國耳。其他文明各國。概無規定也。

(八)非在再婚期間內。再婚期間。多數法例。皆僅對女子而設。蓋女子自婚姻關係消滅後。如即與人再婚。則將來所生子女。究爲誰出。易生疑義。故法律特設再婚期間。非經過此期間後。不得再行結婚。以資辨別。而防血統之混亂。至男子則無此虞。故無限制必要也。關於再婚期間之長短。各國法例不一。德法瑞皆定爲三百日。誠以十個月分娩。爲生育通例。達乎此時。是非立辨。限制自可撤銷也。惟日奧則定爲六個月。以女子當婚姻關係消滅時。如懷胎孕。經過六個月。雖未必即能出生。然胎兒在母腹中已有生活力。識別甚易。故法應縮短其期間。以便女子易於

再婚。民法從之。但於六個月內已分娩者。則其受胎。必由前婚。自無庸適用此限制也。（民法九八七條）

法律設立再婚期間之理由。既在防止血統之混亂。則雖在再婚期間內。苟有不致生血統混亂之情事者。自應特設例外。不受限制。以期周密。然民法僅於六個月內分娩者。立爲但書。而於（1）前婚消滅後。復由前婚同一當事人間成立再婚時。（2）前夫受死亡宣告時。（民法八條）（3）前夫生死不明已逾三年。而判決離婚時。（民法一〇五二條九款）（4）前夫因犯罪被處六個月以上之刑。於其刑之執行完畢後。而判決離婚時。（民法全條十款）（5）前夫不能人道而撤銷婚姻時（民法九九五條）等情事。不致有血統混亂之虞者。並無例外規定。實屬疏漏。故民法九八七條但書。一於六個月內已分娩者。一應加列「或離婚當事人間再爲婚姻者。或前婚有不能懷胎之情事者」等句。庶足補法文之缺失也。

以上婚姻之要件。係民法參酌舊制及各國通例而規定者。然自優生學上觀察之。頗多缺點。蓋輾近因人口之過庶。而起優生學之立法的運動。始於德國。盛行歐美。

即欲於婚姻法上。嚴定結婚條件。以謀人種之改良。而防劣種之蕃殖。據一九一八年之那威婚姻法。凡有精神病及梅毒者。不得結婚。美國更加入重症肺病。傳染病。常習犯人。濫酒家。被救貧者等項。稱爲劣種婚禁法。凡有花柳病者結婚時。處五百美金至一千美金之罰金。或五年以下徒刑。媒妁亦受重罰。此尙屬歐美之情形也。其在東亞如日本新婦女協會。曾向國會請願。結婚時男子隱秘其有花柳病者。得呈請撤銷其婚姻。結婚後罹花柳病者。得提起離婚之訴。並要求慰籍費。又結婚時。須提出健康證明書於戶籍吏。雖未見諸實行。亦足徵其運動之一斑。惟法律無論何時。決無萬能之力。而人性不分智愚。皆有情慾之私。此等禁婚法。能否實行。而實行後。有無流弊。殊屬疑問耳。（其詳見拙著論文集人口過庶論人口過庶後論兩文）

第五節 婚姻之無效及撤銷

婚姻爲法律行爲之一。其成立也。須具備法定之要件。苟或欠缺。即爲無效或撤銷之原因。然民法總則編。關於法律行爲之無效及撤銷。已有規定。親屬法中似無再

行規定之必要。惟婚姻爲重要之法律行爲。其成否。影響人生幸福。社會秩序者甚巨。故親屬法中關於婚姻之無效及撤銷。特設專條。以昭慎重。而不適用總則。但親屬法中所未載者。則總則之規定。仍能適用也。

第一款 婚姻之無效

普通法律行爲之無效範圍頗廣。而婚姻之無效。則限制甚嚴。其無效原因有二。一爲不具備法定之方式者。二爲違反親屬結婚之限制者。分述於左。（民法九八八條）

（一） 不具備法定方式者

婚姻爲要式行爲。須具備法定方式。始生效力。此各國之所同也。惟所謂法定方式者。各國程序。多失繁瑣。吾國則僅須有公開之儀式及二人以上之證人。頗爲簡易。故事實上雖已同居。苟未具備此方式者。即不得爲正式婚姻而生法律上之效力也。

（二） 違反親屬結婚之限制者

近親結婚。不但有違強制規定及公序良俗。（民法七一條七二條參照）抑且妨害種

族健康。法律自應認爲無效。以杜流弊。

無效之婚姻。法律上既認爲根本的未曾成立。故男女當事人間。絕不發生夫妻之分關係。而由身分所生之權義。如扶養義務。夫妻財產契約。繼承權利等。俱不能主張。其生有子女者。亦不能取得婚生子女之身分。而但視爲非婚生子女。至與男女一造之血親。不發生姻親關係。更不待言矣。

第二款 婚姻之撤銷

婚姻之撤銷。與普通法律行爲之撤銷不同。凡撤銷原因及其效力。親屬法中皆有特異之規定。其不依此規定而爲婚姻之撤銷者。則爲法律所不許。茲分述如左。

第一項 撤銷之原因

(一)不達婚姻年齡之結婚。當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之。但當事人結婚後已達法定年齡或已懷胎者。不得請求撤銷。限制婚齡之理由。有謂係關於生殖力者。故日本舊民法人事編五七條以懷胎爲撤銷權消滅之原因。新草採之。(二條)民法亦然。(民法九八九條)

(二) 未成年人不得法定代理人同意之結婚。法定代理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事實之日起。已逾六個月。或結婚後已逾一年。或已懷胎者。不得請求撤銷。
。(民法九九〇條)

(三) 監護人與受監護人於監護關係存續中之結婚。受監護人或其最近親屬。得向法院請求撤銷。但結婚已逾一年者。不得請求撤銷。(民法九九一條)

(四) 重婚。利害關係人得向法院請求撤銷。但在前婚關係消滅後。不得請求撤銷。德瑞皆認重婚爲無效。(德民一三二六條瑞民一二〇條) 惟日則僅認爲可以撤銷。

(日民七八〇條二項) 但其親族法改正要綱則採無效主義。民法於重婚但許撤銷。不特有違多數法例。抑且破壞一夫一妻制度。殊有未當也。(民法九九二條)

(五) 與相姦者之結婚。前配偶得向法院請求撤銷。但結婚已逾一年者。不得請求撤銷。(民法九九三條)

(六) 違再婚期間之結婚。前夫或其直系血親得向法院請求撤銷。但自前婚關係消滅後。已滿六個月。或已在再婚後懷胎者。不得請求撤銷。(民法九九四條)

(七)當事人之一方於結婚時不能人道而不能治者。他方得向法院請求撤銷。但自知悉其不能治之時起已逾三年者。不得請求撤銷(民法九九五條)

(八)當事人之一方於結婚時係在無意識或精神錯亂中者。得於常態回復後六個月內向法院請求撤銷之。依民總七五條無意識或精神錯亂中所爲之意思表示無效。此則僅許撤銷。以婚姻之行爲。關係重大。不宜輕易無效也。(民法九九六條)

(九)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(民總九三條定爲發見詐欺或脅迫終止後一年內爲之，但自意思表示後經過十年，不得撤銷，此則期限較短，且無但書，以婚姻撤銷時效，不宜過長也，)向法院請求撤銷。(民法九九七條)

詐欺之要素有三。卽行詐欺者。須有(1)詐欺之故意。及(2)欺罔之行爲。而被害者。則由於行詐欺者之欺罔行爲。而發生(3)錯誤是也。故詐欺爲原因。而錯誤則結果也。然婚姻之詐欺。究與普通之詐欺不同。其範圍。應嚴加限制。否則婚姻大事。輕易變更。影響綦巨。殊非得計。其限制之方。法文雖無規定。然法院解釋。

應有標準。如關於（1）當事人之錯誤。及（2）當事人性質之錯誤。固可爲撤銷之原因。至關於當事人身份地位職業之錯誤則不然。以此等錯誤。彰顯於外。易於調查也。又詐欺關於財產。亦不得撤銷。以婚姻論財。昔賢所譏。有違愛情結合之本旨也。若詐欺由於第三人所爲者。以相對人明知其事實或可得而知者爲限。始得撤銷之。（民法九二條參照）此雖係民法總則之規定。而親屬法中。亦可適用也。（德民親屬編中一三三四條，關於此點，亦有明文規定，實與其總則一二三條重複，未免畫蛇添足矣，）日民總則九六條二項。亦有此規定。而親屬編中。則不之及。與我民法同。似亦可適用總則。然據其學者解釋。則總則之規定。不能適用。即詐欺出於第三人時。不問相對人知情與否。被害人均得撤銷之。（和田學士婚姻法論三五九頁）余殊不贊同。

茲宜注意者。因詐欺或脅迫而同意婚姻者。日民亦許撤銷。（日民七八三條）民法親屬編中雖無規定。然可適用總則九二條撤銷同意。再依九九○條請求撤銷其婚姻也。

第二項 撤銷之效力

婚姻撤銷之效力與普通法律行爲異。查普通法律行爲經撤銷者。視爲自始無效。（民法一一四條）而婚姻之撤銷。則不適用。其效力不溯及既往。（民法九九八條）蓋婚姻一經成立。各種身分。相繼發生。苟因瑕疵而歸撤銷。即使其根本不生效力。不獨當事人間。諸多不便。且致所生之子。喪失婚生子之身分。擾亂秩序。累及無辜。實非得策。故瑞日民法。設此特例。（瑞民一三二一條日民七八七條）以資補救。民法從之。

撤銷婚姻之效力。不溯及既往。其目的既在防止身分關係之混亂。故當撤銷前由婚姻所生之身分關係。並不因撤銷而受影響。即男女當事人間之夫妻關係。家屬關係。姻親關係。及相互繼承關係。均自婚姻撤銷後。始歸消滅。其生有子女者。雖婚姻撤銷後。仍保持婚生子女之身分也。又因婚姻所生財產上之關係。如夫妻財產契約。法定財產制度。迄撤銷時止。法律上亦仍有效。惟當事人之一方。因婚姻撤銷而受有損害者。得向他方請求賠償。但他方無過失者。不在此限。若受害人並無過

失。則雖非財產上之損害。亦得請求賠償相當之金額。至此項請求權。不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者。則不在此限也。又當事人一方因結婚無效而受損害者。亦適用同一之規定。(民法九九九條)

第六節 婚姻之普通效力

男女結婚後。種種效力。於以發生。就其性質。大別爲二。一爲因婚姻所生身分上之效力。一爲因婚姻所生財產上之效力。前者如夫妻關係。家屬關係。姻親關係。相互繼承關係及夫妻間權義關係。皆因婚姻而生之身分效力也。此等效力。多散見其他各條之規定。茲不具論。本節僅就夫妻間之權義述之。至財產上之效力。已詳於次節夫妻財產制內。此亦不贅也。

關於婚姻效力之立法主義有二。一爲夫妻同體主義。一爲夫妻別體主義。前者法律上夫妻視爲一體。而不認夫妻兩個人格之對立。即以妻之人格納入夫之人格中。而不認其獨立。惟服從夫權耳。後者則法律上夫妻各有獨立之人格。而夫妻相互間各有其權利義務也。羅馬法之初期。勵行極端之夫妻同體主義。其後英國普通法亦採

之。近世各國法制。皆從夫妻別體主義。英國於一九〇八年制定妻之財產條例。遂認妻有財產上之權利。我國昔爲夫妻同體主義。今則進於夫妻別體主義矣。夫妻間之權義。據民法所定者。有左列數種。

(一)冠姓之義務 夫妻姓氏問題。各國立法例不一。法國夫妻各得用他方之姓。似合於男女平等之義。然實際上法國妻用夫姓。有從有加。夫則僅有加用妻姓。無從妻姓者。且係由於地方之特別習慣。甚不多見。固非男女真能平等也。德瑞日則妻用夫姓。而喪失其本姓。重男輕女。自不足採。蘇俄則夫妻得用公姓。或用夫姓。或用妻姓。或各保持其結婚前之姓。委任當事人之自由。惟須於婚姻登記時聲明之。即採用協定之姓。合於男女平等之旨。惟婚姻苟有變動。則姓亦隨之。殊多不便。且其子孫爲婚後。亦各用協定之姓。則父子祖孫皆異姓矣。實亦不足爲良制也。民法則斟酌習慣。規定妻以本姓冠以夫姓。贅夫以其本姓冠以妻姓。尙屬適當。但又聲明當事人另有訂定者。不在此限。妄師俄例。未敢苟同。(民法一〇〇〇條)

(二)同居之義務 婚姻以夫妻之共同生活爲目的。故夫妻應同居一處。休戚與共。互相扶掖。以謀不完全個性之補救焉。吾國舊習。夫倡婦隨。認爲美德。一家之內。夫爲主體。而妻則附屬焉。故夫妻同居義務。有所偏重。今則男女平等。共同生活。不分主從。故法定夫妻互負同居之義務。即夫不得置妻於不顧。妻亦未可背夫而他適。夫妻齊體。各循本分。無所軒輊也。(民法一〇〇一條)

夫妻雖互負同居之義務。然住所之選擇。則屬於夫。即妻應以夫之住所爲住所也。凡房屋之華陋。地點之通塞。由夫就其經濟狀況。職業便否。相機決定。妻不得以意志之不合。而拒絕夫之同居。夫亦不得以一己之不便。而拒絕妻之同居。此於男女平等之義。似有未協。然意見參差。無所取決。則糾紛莫解。遺患安窮。故法律不能不略有偏重也。况贅夫則以妻之住所爲住所。是妻亦有決定住所之權。特其機會較少耳。(民法一〇〇二條)

住所決定權。既專屬於一方。然他方並無絕對服從之義務。如一方生活放浪。並未設定相當住所。或雖設定。而於他方身分地位名譽身體顯有妨碍者。自可不踐此義

務也。又因出仕經商留學游歷。或從事軍旅。或囚蟄囹圄。致不能同居者。則具有正當之理由。亦不能謂其有背此義務也。(民法一〇〇一條但書)

夫妻一方。無正當理由。而違背同居義務時。他方能否訴之法院。強制執行。學者之主張雖紛。然多數意見。均認爲不能強制。蓋人身自由。既非可任意拘禁。縱使能之。而情感決裂。強其同居。各懷異志。亦不能收同居之實效。故夫妻反目。非法律權威。所能使之融洽。惟有勵行和解。曉以大義。俾漸悔悟。若終無效。則認爲惡意遺棄。請求離婚。別尋佳偶。是亦不失爲解決之一法耳。(但司法院院字七五〇號解釋，謂僅拒絕同居，尙不能指爲惡意遺棄，余殊不贊同，)

茲宜注意者。夫妻同居。爲婚姻共同生活之要素。法律上係強制規定。不容當事人之自由。而住所設定權。一方爲權利。一方又爲義務。不得拋棄之。故限制住所設定權之契約。或夫妻別居之契約。均屬無效。此雖非法文之所明定。而法院判例及學者之解釋。皆如是也。(日本東京地方法院大正四年判決仁井田博士親族法相續法論一五三頁島田學士親族法二三一頁)

(二)日常家務代理權 夫妻於日常家務。互爲代理人。無論一方之行爲。爲得權利。爲負義務。而對於他方。均能發生效力。其所謂日常家務者。則爲應於身分地位通常必要之行爲。如衣服之裁製。米鹽之購買。器具之添置等均屬之。至其分量多寡。價格高低。是否逾越日常家務之範圍。則爲事實問題。而有待於法院之認定矣。(民法一〇〇三條一項)

此種代理權。雖爲法律所規定。然夫妻之一方濫用時。他方得爲全部或一部之限制。是其性質爲意定代理。而非法定代理明矣。但其限制事由。須通知第三人。否則不生效力。蓋爲謀交易之安全。於善意之第三人。不能不加以保護也。(民法一〇〇三條二項)

以上夫妻間之權義。係因婚姻而生之普通效力。爲民法所規定者。至他國法例。尙有扶養義務及撤銷契約權兩種。爲一般立法之通例。而民法則不之及。夫扶養義務。由夫妻互相扶掖之義務而生。因夫妻同居。休戚與共。關係倍切。不但道德上有此義務。即法律上亦有此義務也。德法瑞日俄民法。(德民一三六〇條法民二一二

條二一四條瑞民一五九條日民七九〇條蘇俄婚姻親屬及監護法一四條）俱有規定。新舊民草亦然。（民草一二五二條新草六二一條一項）惟民法獨無明文規定。殊不可解。或以負擔家庭生活費用之義務。在民法夫妻財產制中已有規定。故此不之及。然彼爲給養義務。如義務者生活放浪。致給養義務不履行時。則不能生活之配偶。應有請求扶養之權利也。法無規定。豈非缺點。蓋有給養義務者。不問對方有無資力。均須担負其義務。而扶養義務則限於對方無資力時。始担負之。二者性質殊異。未可混同也。至撤銷契約權之規定。爲保護夫妻雙方意思之自由而設。蓋當婚姻存續中。男女兩方。易爲威力所壓迫。或受愛情之迷惑。致違本意。而訂不利之契約。故各國法制。均設特別之限制。以資保護。如羅馬法夫妻間之贈與。以無效爲原則。法國則贈與得撤銷之。（法民一〇九六條）除特種買賣外。概禁止之。（法民一五九五條）瑞士夫妻間雖有訂約之自由。然須得官廳之承認。（瑞民一七七條）德國則夫妻間之贈與。概行禁止。（德民一五八四條）惟夫妻間無論何種契約。均能存在。決非限於賣買贈與之行爲。故日民定爲夫妻間得自由訂結契約。但無論何時。得由夫

妻之一方意思撤銷之。(日民七九二條蘇俄婚姻親屬及監護法一二條亦然)新舊民草從之。(民草一三五四條新草三三條)民法亦付缺如。則夫妻間所爲之契約。不受特別之限制。(但如後述之夫妻約定財產須依法定之標準制爲之蓋此係因婚姻關係所結之財產契約，與通常契約，非以夫妻之資格而爲之者不同也)與普通人無異矣。

第七節 夫妻財產制

夫妻財產制者。規定婚姻共同生活中夫妻財產上關係之制度也。即夫妻各自之固有財產。因婚姻發生。其所有權應生何種變動。婚姻中取得之財產。應歸何人。其管理使用收益。應如何規定。夫妻所負債務。應如何清償。及共同生活費用。應如何負擔是也。然夫妻財產制之名稱。係沿用於日本。而實不當。應改稱爲婚姻財產制。其理由有四。

(一)此種財產關係。不獨於夫妻間生效。即夫妻一方或雙方於第三人間亦生效。僅稱夫妻財產制。意義過狹。

(二)此種財產契約。不僅夫妻得訂立。即約婚者亦能之。若稱爲夫妻財產契約。將

何以包括婚約者之所訂乎。

(二)此種財產契約。係附屬於婚姻而生。與夫妻間之普通契約如贈與買賣等。無關婚姻者不同。然若以夫妻財產契約言之。均可包括在內。而稱爲婚姻財產契約。則無此弊矣。

(四)考德文 *eheliches Güterrecht* 應譯爲婚姻財產制。

我國向來。家制盛行。一家之中。家長爲主。群從子弟。仰首聽命。受其羽翼。凡事不敢自專。而於財產尤然。禮記內則曰。子婦無私貨。無私畜。無私器。不敢私假。不敢私與。清律同居卑幼。不由尊長私擅用本家財物者處罰。禮法拘束。旣如此嚴厲。文中子曰。婚姻論財。夷虜之道。學者持論。亦斥爲非行。蓋我國婚姻。敦崇恩義。財產出入。非所較量。且聘嫁之事。悉由尊長主持。而婚姻費用。亦由家長負擔。爲夫者。經濟上尙無獨立之能力。況於妻乎。間有成年以上。父母見背。自營生計。舉行婚娶者。然女子根本上不能自食其力。終其身依夫爲生。視爲當然。而男子煦育其妻。亦以不能贍養爲恥。是夫妻財產制度。非第吾國法律所不認

。尤爲社會習慣所未有也。

職是之故。新舊民草。於夫妻財產規定。皆從簡略。以他國成例。端緒紛繁。不適國情。既難移植。而習俗流衍。委諸德義。無取詳贍也。民法則師承瑞制。特設專節。細密規定。就世界立法通例觀之。誠無可非議。然在吾國社會。能否推行。實屬疑問耳。

各國夫妻財產制。概分爲二。一爲法定財產制。一爲約定財產制。前者由法律明定婚姻中之財產關係。以便當事人之遵行。惟非強制規定。當事人有取舍之自由。即限於無特約時。始適用之也。後者由當事人以契約規定婚姻中之財產關係。而不適用法定財產制也。民法亦然。(民法一〇〇四條一〇〇五條)茲分述之。

第一款 法定財產制

第一項 總說

各國之夫妻法定財產制。頗不一致。有採分別財產制者。如奧大利，捷克，匈牙利，羅馬尼亞，土耳其，英國，希臘，及美國之數州等是。有採共同財產制者。如荷

蘭，葡萄牙，法，比，那威，丹麥，西班牙，等是。有採聯合財產制者。如德，瑞，意，日，等是。諸制瑕瑜互見。中政會諸公獨謂聯合財產制適合我國情形。（中央政治會議親屬法先決各點審查意見書第六點參照）故民法採爲法定制焉。然果否適合國情。余殊不能無疑。蓋吾國習俗。妻用夫財。視爲當然。如聯合制之夫用妻財。不但爲習俗所耻。且爲妻之所不願也。

第二項 聯合財產制

聯合財產制之內容。各國法例攸殊。民法則因襲瑞制。除於原有條款。略加刪節外。無甚更易。茲述如左。

（一）聯合財產制之意義 夫妻雙方之財產。互相聯合。而爲一個之經濟上集合體。舉其占有管理處分及使用收益之權於夫。而妻則但保留其所有權。就財產聯合之點觀之。似共同財產制。就各自所有之點觀之。又似分別財產制。蓋爲介乎二者之間。而折取其中之制度也。

（二）聯合財產之範圍 依民法規定。結婚時屬於夫妻之財產。及婚姻關係存續中。

夫妻所取得之財產。爲其聯合財產。此其範圍也。但依法應屬於妻之特有財產。不在其內。(民法一〇一六條)

民法關於特有財產之規定。分左列二種。

(甲)法定特有財產 卽(1)專供夫或妻個人使用之物。(2)夫或妻職業上必需之物。(3)夫或妻所受之贈物。經贈與人聲明爲其特有財產者。此款係做瑞典婚姻法夫妻財產第八條二款之規定。蓋爲受贈人之利益計也。瑞民一九一條無此款。僅有其餘三款。(4)妻因勞力所得之報酬是也。(民法一〇二三條)

(乙)約定特有財產 卽夫妻得以契約訂定。以一定之財產。爲特有財產是也。此係根據瑞典婚姻法第六章第八條之規定。德民一三六八條亦然。瑞士民法無之。(民法一〇一四條)

以論理言之。此二種特有財產。既均適用關於分別財產制之規定。(民法一〇一五條)自俱不屬於聯合財產之內。而民法僅將法定特有財產除外。不及約定特有財產。殊有未合。或謂特有財產之除外。在保護妻之權利。若並約定特有財產亦除外。

恐保護太過。不知此種約定財產。尙須經夫之同意。妻不能獨斷也。何保護太過之足慮乎。

(三) 聯合財產所有之劃分 夫妻雙方財產。雖相合而爲聯合財產。然其所有權。仍各自保留。蓋所以免婚姻關係消滅時之爭執也。其劃分所有權之標準如左。

(甲) 妻之所有權 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。爲妻之原有財產。保有其所有權。(民法一〇一七條一項)

(乙) 夫之所有權 聯合財產中。夫之原有財產。及不屬於妻之原有財產之部分。爲夫所有。夫之所有。採概括的規定。較妻之所有採列舉者範圍爲廣。故凡不屬於妻之所有者。均可概括於夫之範圍內也。日民八〇七條二項。財產應屬何人不分明時。推定爲夫所有。亦採概括規定。

(四) 夫對聯合財產之權義。

(甲) 權利

(1) 取得孳息之權 妻之原有財產。雖由妻保有其所有權。然其所生之孳息。其所有權則歸屬於夫。以供家庭生活費用。(民法一〇一七條三項)

(2) 管理聯合財產之權 夫妻對於聯合財產。雖各自有其所有權。然究應由何人管理之乎。自理論言之。以由夫妻分別管理。或共同管理爲當。而法則規定聯合財產。由夫管理。(民法一〇一八條前段)此不但於男女平等之義未協。而亦非夫妻別體主義之所許矣。

夫因法律上事實上之原因。不能管理聯合財產。或管理失當。致危害其財產時。應如何救濟。民法並無規定。日本則前者由妻管理之。後者妻得請求法院自行管理也。(日民八〇一條二項七九六條二項)

(3) 對妻原有財產使用收益之權 妻之原有財產。本屬於妻之權利。而法特規定夫有使用收益之權者。蓋婚姻中之一切費用。係由夫負擔。不能不以此權。以資弭補也。(民法一〇一九條)

夫對妻之原有財產。雖有使用收益之權。然其使用收益也。須從其財產之用法

。如擅自違反。致財產之性質生變更。必置財產於危地。或減少其價值。是蔑視所有者之意思也。倘因此發生損害。則足構成侵權行爲。應負賠償之責任焉。

(4) 對妻原有財產處分之權 夫不特有管理使用收益其妻原有財產之權利。且得處分之焉。惟須徵求妻之同意耳。但爲管理上所必要之處分。並可以不得妻之同意而爲之。(民法一〇二一條一項)

夫處分妻之原有財產。如未徵求同意。或徵求同意被拒絕。而仍悍然行之。固屬不合。然不得對抗第三人。但第三人已知或可得而知其並未同意。或依情形可認爲該財產屬於妻者。則不在此限也。(民法同條二項)

(5) 補償請求權 其情形有二。

(A) 妻之原有財產所負債務。而以夫之財產清償者。夫有補償請求權。但在聯合財產關係消滅前。不得請求補償。蓋妻之原有財產。係在聯合財產之內。於聯合財產關係消滅前。既歸夫管理。無急於清償之必要也。(民法

一〇二七條一項)

(B)妻之特有財產所負債務。而以聯合財產清償者。雖於婚姻關係存續中。亦得爲補償之請求。蓋妻之特有財產。係在聯合財產範圍之外。與原有財產不同。故其補償請求之時期。亦無限制。(民法同條二項)

(乙)義務

(1)負擔聯合財產管理費用之義務 夫既有管理聯合財產之權利。自應負管理費用之義務。庶幾權利義務。互相對立。無所偏頗也。(民法一〇一八條後段)

(2)報告財產狀況之義務 妻之原有財產。由夫管理使用收益。其狀況如何。倘妻認爲有知悉之必要時。得請求其夫隨時報告之。夫因妻之請求。有報告之義務。不能拒絕也。(民法一〇二二條)

(3)債務清償之義務 左列債務。由夫負清償之責。(民法一〇二三條)

(A) 夫於婚姻前所負之債務。

(B) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

(C) 妻因日常家務代理行爲而生之債務。

(4) 家庭生活費用支付之義務 家庭生活費用者。即夫妻於婚姻共同生活中所生一切之費用也。如夫妻之生活費。子女之養育費教育費。夫妻及子女之娛樂費療養費等均屬之。此等費用。其性質上以由夫妻共同負擔爲當。然日常瑣屑。一一計算。不但實際不便。且於夫妻情誼有碍。況在聯合財產制。夫對妻之財產。既享使用收益之權利。自應負此義務。以爲代償也。故民法規定夫有支付家庭生活費用之義務。惟夫無支付能力時。妻亦不能免其責耳。

(民法一〇二六條)

家庭生活費用支付之義務。學者稱爲給養之義務。瑞民二〇七條二項日民七九八條德民一三八九條亦有此規定。然是否以夫妻之共同生活爲前提。解釋上頗不一致。德國法院判決以夫妻共同生活爲前提。而學說反之。如 *Torget* 卽其代表。但余則贊成德之判決。倘妻拒絕與夫同居。則夫可免此義務。惟

妻分居後不能自活。而向夫要求扶養。則爲另一問題。然民法無夫妻扶養義務之規定，是此時夫並可免除扶養義務也。

(5) 補償妻原有財產短少之義務 妻死亡時。其原有財產。應歸屬於妻之繼承人。(妻之特有財產，當然歸其繼承人，無須明定)如有短少。夫應補償之。但其短少原因。非由夫之行爲而生者。則不負補償之義務也。(民法一〇二八條)

(五) 妻對聯合財產之權義

(甲) 權利

(1) 對夫處分其原有財產時同意之權。(民法一〇二〇條)

(2) 處分聯合財產之權。 妻對於聯合財產。在日常家務代理權限內。有處分之權。蓋日常家務。事極零細。法既予以代理權。自可相機而行。無一一徵求夫意之必要也。(民法一〇二一條)

(3) 請求夫報告原有財產狀況之權。(民法一〇二二條)

(4) 補償請求權 其情形有二。

(A) 夫之債務。而以妻之原有財產清償者。妻有補償請求權。但在聯合財產關係消滅前。不得請求補償。(民法一〇二七條一項)

(B) 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。(民法同條二項)

尙宜研究者。瑞民二一〇條夫破產或財產被扣押時。妻得對其屬於夫管理已不存在之財產。行使補償債權。民法未採之。殊不足以保妻之利益也。

(5) 取回原有財產之權 妻之原有財產。雖爲聯合財產之一部。然因左列情形。得取回之。

(A) 夫死亡時。妻有取回其原有財產之權。如有短少。並得向夫之繼承人請求補償。其短少原因。應以由於人爲者爲限。如遺產不足補償。則須無限繼承時。繼承人始負全責也。(民法一〇二九條)

(B) 聯合財產分割時。妻有取回其原有財產之權。如有短少。由夫或其繼承

人負擔。但其短少係由可歸責於妻之事由而生者。不在此限。(民法一〇三〇條)

民法此條規定之缺點有二。(1)瑞民二一四條一項聯合財產分割後尚有剩餘。以其三分一歸妻或其直系卑屬。餘則歸夫或其繼承人。民法則妻僅能取回原有財產。不能分配其剩餘。似欠公平。(2)如由自然原因而生短少。則夫妻雙方均無可歸責。乃民法規定仍由夫負短少之責。殊屬不當。

尙宜研究者。妻之財產由夫管理。如管理不當。必生損害。故德民一三九一條瑞民二〇五條二項日民八〇三條均規定妻對夫有請求提供擔保之權。民法不採之。殊不足以維其利益。

(乙)義務

(1)債務清償之義務 因其債務之性質不同。而清償之義務亦異。茲舉如左。

(A)左列債務。由妻就其財產之全部。負清償之責。(民法一〇二四條)

(a) 妻於結婚前所負之債務。

(b) 妻因職務或業務所生之債務。

(c) 妻因繼承財產所負之債務。

(d) 妻因侵權行為所生之債務。

(B) 左列債務。由妻僅就其特有財產。負清償之責。(民法一〇二五條)

(a) 妻就其特有財產設定之債務。

(b) 妻逾越日常家務代理權限之行為所生之債務。

(2) 家庭生活費支付之義務 家庭生活費用。以由夫支付為原則。但夫無支付能力時。妻有就其財產全部負擔之義務。即其原有財產。不敷支付時。並應出其特有財產以備用也。(民法一〇二六條)

第二款 約定財產制

第一項 總說

約定財產制者。締結婚姻之男女。以契約定其在婚姻中相互財產關係之制度也。此

種契約。一稱夫妻財產契約。隨個人主義之發達。而契約之重要益見。民法雖採家屬主義。而於夫妻財產契約規定特詳者。亦受此影響也。茲就約定財產制一般之特質。分述如左。

(一) 契約之允否 古時希臘羅馬。不認夫妻有締結財產契約之自由。逮中世紀日耳曼法系。始允許之。近世各國。雖師承日耳曼主義。然如墨西哥，蘇俄則不然。即墨以分別財產制為唯一之制度。俄以共同財產制為唯一之制度。均不許夫妻於法定制外。締結財產契約。瑞士固以規定夫妻財產契約妥善著稱者。然其聯邦中如 *Nidwalden, Glarus, Appenzill*，等州。仍不認之。夫夫妻既有締結普通契約之自由。獨於因婚姻而生之財產契約。加以禁止。不特有背契約自由之原則。且使經濟關係歧異之男女。強受法定同一之範圍。削足適履。尤為不合也。民法採多數立法例。認夫妻財產契約之存在。蓋甚適當。

(二) 契約之當事人 夫妻財產契約。既由婚姻之關係而出。則契約之當事人。自限於為婚姻之兩造。即在結婚前締約時。其當事人為婚約者。結婚後締約時。其當事

人爲夫妻。循名核實。夫妻財產契約。應改稱婚姻財產契約爲當也。民法一〇〇四條規定契約之當事人。僅有夫妻。而不列舉婚約者。既屬疏漏。而一〇〇六條至一〇〇八條。均稱夫妻財產制契約。亦嫌未能概括。

(三) 契約締結之時期 中世之夫妻財產契約。無論婚前或婚後。均得爲之。逮十八世紀末葉。夫妻財產契約之締結。則但限於婚前。以法爲首倡。(法民一三九五條) 意葡萄等國繼之。(意民一三八一條以下葡民一〇九六條一一〇五條荷民一九四條) 然夫妻財產契約之締結。但限於婚前。殊屬不當。蓋對於財產契約。感其必要者。實爲婚後之夫妻。而在婚約時代。尙無財產上之自覺。於契約之如何。固甚漠然也。乃法國民法。於婚前無財產上之自覺者。許其締約。於婚後有財產上之自覺者。反加禁止。揆諸事理。詎可謂當。故十九世紀中葉以來。漸覺其非。奧大利學者盛倡復古之說。一八四〇年之 Württemberg 草案。乃認夫妻有締結財產契約之能力。德瑞從之。(德民一四三一條瑞民一七九條) 民法亦然。(民法一〇〇四條)

(四) 契約之改廢 中世紀頃。男女於結婚後。不但可以締結財產契約。而所結之約

。並能隨時變更廢止之。然自法民以來。一方既禁婚後之締約。同時復不許締約後之改廢。意荷比日西葡及南美等國從之。其理由有二。(1)男女結婚後。易受威力之脅迫。及愛情之迷戀。而違厥本意。不能熟權利害。而爲自由之改廢。(2)夫妻財產契約經登記後。得以之對抗第三人。(民法一〇〇八條)故其內容之如何。常影響於第三人。若許自由改廢。必使第三人蒙不測之損害。然當婚姻生活中。爲期甚長。夫妻間之經濟關係。決難固定。若一旦締結之契約。即不許改廢。實不足以審時應變。而期契約當事人利益之周全。故德奧瑞士等國。既認夫妻間締約之能力。並許締約後之改廢。民法從之。(民法一〇一二條)惟瑞民於婚後改廢契約者曾嚴加限制。(瑞民一八一條二項一七九條三項)民法不然。殊有未當。

(五)契約之同意 夫妻財產契約之訂立變更或廢止。民法雖不設何等限制。而許當事人自由爲之。然使當事人係未成人或禁治產人時。則行爲能力。尙不健全。故須得其法定代理人之同意。以昭慎重。但依民法一三條二項規定未成年人已結婚者有行爲能力。則結婚後之未成年人訂約時。自無得法定代理人同意之必要矣。(民法

一〇〇六條

(六) 契約之方式 夫妻財產契約。如前所述。既與第三人有利害關係。故法律爲使第三人易明瞭契約之內容。以資保護起見。常立一定之方式。俾當事人之遵守。考中世之法律。夫妻締結財產契約時。須會同親屬會爲之。近世之方式。雖有變更。然舉其要者。有下列數種。(1) 須以書面爲之者。(2) 須一定之證人者(3) 須經法院或行政官廳之認可者。(4) 須經登記者。(5) 須以公證證書爲之者。現今如法奧探公證人主義(法民一三九四條奧一八七一年七月二十五日之法律)德瑞日探登記主義。(瑞民二四八條以下德民一五五八條以下日民七九四條)民法亦然。(民法一〇〇八條) 並規定其契約之訂立變更或廢止。應以書面爲之。(民法一〇〇七條) 皆所以使契約之內容。宣示於世。以謀第三人之便利也。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。而徒爲法定制張其猷耳。

(七) 契約之限制 各國立法例。雖許夫妻有訂立財產契約之自由。然有加以限制者

。有不然者。大約可分二種。

(甲)自由的約定制 即以法律列舉數種之夫妻財產制爲標準。而任當事人之選擇。若當事人不欲選擇。而自行另定他種財產制。法亦不禁。即法定之標準制。僅以供當事人之參考。而不強以必從也。德法比荷日本西葡及南美諸國採之。

(乙)限制的約定制 即以法律列舉數種之夫妻財產制爲標準。當事人除於法定標準制中選擇其一以締約外。不得自行另定他種之財產制。瑞士採之。民法亦然。

(民法一〇〇四條)

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。各有所長。然乙制徒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疇範之中。不但有削足適屨之嫌。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。若恐智識不充。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。民法妄襲瑞制。殊爲無取。

(八)契約之內容 夫妻財產契約。就其名稱觀之。所包甚廣。即凡夫妻間所訂之財

產契約均屬之。而細考其內容。則大不然。僅限於以夫妻身分所訂之特別財產契約。始得稱爲夫妻財產契約。而非以夫妻身分所訂之普通財產契約如賣買贈與等。則不在其內也。茲舉夫妻間所訂之特別財產契約與普通財產契約之區別如下。(1)前者因婚姻而成立。係附屬於身分者。故夫妻之身分消滅。其契約亦歸消滅。(奧民一二一七條係屬例外)後者不然。即其契約雖亦出於夫妻之所爲。然非以夫妻之資格而爲之者。與身分無關。故身分消滅後。其契約仍能獨存也。(2)前者爲親屬法上之契約。故適用親屬法之規定。須具備特定之方式。後者則爲債權契約。故適用債編之規定。不須具備特定方式。(3)前者除依法定標準制外。當事人不能自由商酌契約之內容。後者不然。(此點係就民法立論，採自由約定制之國則異是)

夫妻財產契約之特質。既如右舉。則更就民法上所採約定財產之標準制。即共同財產制。統一財產制。及分別財產制等。分論如左。

第二項 共同財產制

共同財產制者。因婚姻成立。使夫妻各自之財產爲共有之制度也。共有財產之管理

處分。原則上屬於夫之一方。而夫妻債務。則由共有財產清償之。此制又可細分爲三。

(一)一般共同制 此制係舉夫妻財產之全部。悉爲共有是也。採此制爲法定制者。爲芬蘭，荷蘭，那威，葡萄牙等國。採此制爲約定制者。爲德，瑞，土，法，比等國。民法亦然。(民法一〇三二條一項)

(二)所得共同制 此制僅就婚姻存續中之所得共有之是也。至雙方現有之動產不動產。及將來無償取得之一切財產。則不在共同財產之內。採此制爲法定制者。爲蘇俄西班牙及南美諸國。採此制爲約定制者。爲德，法，瑞，土等國。民法亦然(民法一〇四一條)

(三)動產所得共同制 此制係以夫妻各自之動產。及婚姻存續中夫妻雙方之所得爲共有財產。而不動產。則不在其內。採此制爲法定制者。爲法，比，瑞，典，那威，丹麥。採此制爲約定制者。爲德，瑞，土等國。

共同財產制之利。在易使夫妻關係。臻於圓滿。蓋男女婚姻。以愛情爲先驅。乃精

神上之結合。若於財產。較量錙銖。劃分彼此。必因物質上之盈絀。而致情感之破裂也。惟在此制之下。婚姻永續。不生變動。固無問題。倘或不幸。而致離異。則分割困難。紛糾叢生。乃其弊也。民法僅採爲約定制。則慎取善用。責在個人。法律既未強人以必從。固不失爲參考之一助耳。茲就民法關於共同財產制之規定分述之。

(一)共同財產之範圍 夫妻之財產及所得。除特有財產(民法一〇一三條參照)外。合併爲共有財產。屬於夫妻共同共有。無論何方。不得處分其應有部分(民法一〇三一條)

(二)共同財產之管理 共同財產雖由夫妻共同共有。而其管理權。則屬於夫。此爲多數之立法例。民法亦然。法國更不許以契約變更之。至其管理費用。則由共同財產負擔。與聯合財產之管理費歸夫負擔者不同也。(民法一〇三二條)

(三)共同財產之處分 夫妻雙方對於共同財產。均有處分權。惟一方爲處分時。除屬於管理上所必要者外。應得他方之同意。但不得以之對抗善意第三人。(民法一

〇三三條

(四) 夫妻債務之分擔 共同財產制實行中。夫妻各自應如何分擔債務。而負清償之責。茲析言如左。

(甲) 夫債務之分擔 左列債務。由夫個人並就共同財產負清償之責。(民法一〇三四條)

(1) 夫於結婚前所負之債務。

(2) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

(3) 妻因日常家務代理行為而生之債務。

(4) 除前款外。妻於婚姻關係存續中。以共同財產為負擔之債務。

(乙) 妻債務之分擔 其情形有二。

(I) 左列債務。由妻個人並就共同財產負清償之責。(民法一〇三五條)

(A) 妻於結婚前所負之債務。

(B) 妻因職務或營業所生之債務。

(C) 妻因繼承財產所負之債務。

(D) 妻因侵權行爲所生之債務。

(2) 左列債務。由妻僅就其特有財產。負清償之責。(民法一〇三六條)

(A) 妻就其特有財產所負擔之債務。

(B) 妻逾越日常家務代理權限之行爲所生之債務。

(五) 家庭生活費用之負擔 家庭生活費用。由共同財產內支付之。此爲共同財產制當然之結果。惟民法規定共同財產不足負擔時。妻個人亦應負責。即妻應以其特有財產補充之也。自理論上言之。夫個人不負責。而獨責於妻。未免失平。但自法律上言。妻因勞力所得之報酬爲特有財產。(民法一〇二三條四款)而夫不然。或以此示其調劑耳。然究屬未當。如夫素無職業。或夫妻均無職業。不勞坐食。當家用不足時。妻應出其特有財產。以資補助。而夫則無與。詎可謂平乎。(民法一〇三七條)

(六) 補償請求權 共同財產之債務。而以特有財產清償。或特有財產之債務。而以

共同財產清償者。有補償請求權。雖於婚姻關係存續中。亦得請求。但共同財產所負之債務。而以共同財產清償者。夫妻間不生補償請求權。(民法一〇三八條)

(七)共同財產之分割 其情形有二。

(甲)因死亡而分割 夫妻之一方死亡時。共同財產之半數。歸屬於死亡者之繼承人。其他半數。歸屬於生存之他方。但有左列二例外。(民法一〇三九條一項)

(1)另有契約定其分割之數額者。則從其契約之所定。而不依法定平均分割。
(民法同條二項)

(2)生存之他方。依法不得為繼承人時。亦不依法定平均分割之規定。惟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。(民法同條三項)

(乙)因共同財產關係消滅而分割 因此項情形而分割時。除法律另有規定或契約另有訂定外。夫妻各得共同財產之半數。(民法一〇四〇條)

尙宜說明者。共同財產消滅之原因。民法雖無明文規定。然就余所推知者有四。

(1)因法定原因而消滅。即依民法一〇〇九條至一一〇一條改用別產制時。

(2) 因改用他種約定制而消滅。

(3) 因廢止共同財產契約。適用法定制而消滅。

(4) 因離婚而消滅。

以上爲民法採取一般共同制之規定。此外並兼採所得共同制。茲更述之。

(一) 所得共同財產之發生 夫妻得以契約訂定。僅以所得爲限。爲共同財產。(民法一〇四一條一項)

(二) 所得共同財產之範圍 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。爲所得共同財產。適用共同財產制之規定。(民法同條二項)

(三) 所得外財產之規定 所得財產。法既許其因契約而成爲共同財產。然所得以外之財產。如特有財產。其適用分別財產制之規定。固無問題。(民法一〇一五條)而夫妻之原有財產。則如何乎。民法於此。定爲適用法定財產制之規定。蓋約定制與法定制。並行不悖也。

第三項 統一財產制

統一財產制者。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。即妻之財產。爲夫之財產所併吞。無論經濟上法律上合爲一體之制度也。此制過於偏重夫權。而蔑視女子之人格。雖法律上保留其返還請求權。然僅爲事後之救濟。其效力甚微也。古時羅馬曾行此制。英國當一八七〇年以前亦然。現今各國無以此爲法定制者。惟瑞士爲保存數州舊法起見。採爲約定制耳。民法倣之。(民法一〇四二條)

統一財產制雖爲約定財產制之一種。然與其他約定財產制不同。而與法定財產制則相類似。所異者僅妻之所有權。是否移轉耳。故統一財產。除所有權外。準用關於法定財產之規定。(民法一〇四三條)

第四項 分別財產制

分別財產制者。無論婚前或婚後。夫妻一切之財產。悉使各自獨立存在之制度也。即夫妻財產之所有權，管理權，使用收益權及處分權。均各獨立。不相干涉。夫對妻之財產。並無何等特權是也。故在此制之下。夫妻相互間及對於第三人之關係。

殆與未結婚時無異。惟因在共同生活之中。彼此須互負家用。稍有不同耳。

分別財產制。在個人主義盛行之今日。誠能應合時勢之要求。而夫妻財產上一切之糾紛。亦可不致發生。此其利也。惟通財之義。朋友且然。況在夫妻。恩誼倍篤。休戚與共。若徒重金錢。顯分畛域。情感聯合。云胡可能。斯其弊害。固非吾國人民夙執德義者之所能堪也。現今各國採此爲法定制者。爲奧國，捷克，羅馬尼亞，意大利，希臘，土耳其，英國，及美國數州。採此爲約定制者。爲法國，德國，瑞典，瑞士。民法從之。（民法一〇四四條）

茲就民法分別財產制之規定。分述如左。

（一）分別財產之管理 分別財產之管理權。原係由夫妻各自保有。（民法一〇四四條）惟妻願以其財產之管理權付與於夫者。法亦不禁。並推定夫有以該財產之收益。供家庭生活費用之權。（民法一〇四五條一項）但此項管理權。係出於妻之委任。非夫法律上應有之權利。故妻得隨時取回之。且不得拋棄其取回權焉。（民法全條二項）

(二)分別財產債務之清償 在此制之下。夫妻債務。以各自清償爲原則。茲述如左。

(甲)夫債務之清償 左列債務。由夫負清償之責。(民法一〇四六條)

(1) 夫於結婚前所負之債務。

(2) 夫於婚姻關係存續中所負之債務。

(3) 妻因日常家務代理行爲而生之債務。

(乙)妻債務之清償 左列債務。由妻負清償之責。(民法一〇四七條)

(1) 妻於結婚前所負之債務。

(2) 妻於婚姻關係存續中所負之債務。

(3) 夫妻因家庭生活費用所負之債務。如夫無支付能力時。由妻負擔。

(三)家庭生活費用之負擔 在分別財產制之下。夫妻財產。既各自獨立。自無相互關係之可言。然家庭生活費用。則係共同開支。有不能分別辦理者。究應如何負擔乎。其數額多寡。各國法例。雖有差異。而大抵以平均爲原則。民法師承瑞制。(

瑞民二四六條一項）規定夫得請求妻對於家庭生活費用爲相當之負擔。即不問夫有無支付能力。均得請求妻負擔之。至其負擔數額。僅以相當爲足。固不必平均也。或者夫之儲蓄豐厚。獨肩巨任。而不欲妻之分擔。竟不爲請求。法亦聽其自由也。是於較量夫妻權義之中。尙能兼顧伉儷之情感焉。（民法一〇四八條）

（四）分別財產制之發生 其發生原因有三。

（甲）因婚姻當事人之契約而發生者。此爲民法上分別財產制普通發生之原因也。

（乙）因特種之情形而發生者 有左列二種。

（1）受破產之宣告 夫妻之一方。受破產宣告時。其夫妻財產制。當然成爲分別財產制。（民法一〇〇九條）

（2）因法院之宣告 又細分爲二。

（A）法院因夫妻一方之請求而宣告時 有左列各款情形之一時。法院因夫妻

一方之請求。應宣告改用分別財產制。（民法一〇一〇條）

（a）夫妻之一方。依法應給付家庭生活費用。而不給付時。

（a）夫妻之一方。依法應給付家庭生活費用。而不給付時。

(b) 夫或妻之財產。不足清償其債務。或夫妻之總財產不足清償總債務時。

(c) 夫妻之一方為財產上之處分。依法應得他方之同意。而他方無正當理由。拒絕同意時。

(B) 法院因債權人之聲請而宣告時 債權人對於夫妻一方之財產。已為扣押。而未受清償時。法院因債權人之聲請。得宣告改用分別財產制。(民法一〇一一條)

(丙) 因特有財產之適用而發生者。依民法規定。特有財產分為法定及約定二種。無論何種。均適用關於分別財產制之規定。前已述之。是特有財產之適用。為分別財產制發生之原因也明矣。

第三款 民法外之財產制

民法倣瑞士成例。以聯合財產制為法定制。共同財產制統一財產制及分別財產制為約定制。其內容規定。具如前述。然世界各國所行之夫妻財產制度。除民法所採者

外。尚有左列二種。茲更述之。以供參考。

第一項 嫁資財產制

嫁資財產制者。因夫負擔家庭生活費用。妻或第三人特提出一定之財產爲嫁資。使夫管理使用收益之。以資彌補之制度也。嫁資財產與夫之財產及妻之財產。鼎足而立。即夫之財產。由夫管理之。妻之財產。由妻管理之。就此點以觀。頗似分別財產制。惟嫁資財產之所有權。雖屬於妻。而管理使用收益權。則歸之夫。是又近於聯合財產制焉。所不同者。嫁資財產在婚姻存續中。無論夫妻何方。俱不得移轉所有。亦不能爲扣押之標的。實毫無處分權之可言耳。

嫁資財產於婚姻關係解消時。夫須如數返還於妻。然在未解消前。既不得移轉。復不能扣押。實足妨財產之融通。且使第三人。因嫁資財產之固定。而蒙不利影響。在今日經濟發達之社會。殊非良制也。往時羅馬曾行此制。今則除南美諸國。參雜他制。取爲法定制外。其他國家。僅有採爲約定制者耳。吾國中人之家。每有婚嫁。服飾奩資。輒夸多而鬪靡。積習相沿。視爲固然。似亦吾國嫁資財產制存在之明

證。然此由於昔時女子無繼承權所使然。今則男女繼承平等。殊無採取此制之必要也。

第二項 婚權財產制

婚權財產制者。因婚姻成立。夫妻之一方。於他方成婚時原有財產。及成婚後獲得之財產。除特有財產外。有婚權。即此方之財產。受彼方婚權支配。彼方之財產。亦受此方婚權支配之制度也。婚權財產之所有權管理權。仍爲夫妻各自所保有。至處分權。則夫妻均有之。惟須得他方之同意。若一方欲處分或抵押婚權財產中之不動產時。尤須得他方書面之同意。並有兩名證人之證明。倘一旦因婚姻解消析產或別居。而致婚權財產繼續不能時。則夫婦各方或其繼承人。各取得現存婚權財產之半數焉。

此制爲瑞典一九二〇年新婚姻法之創制。與聯合財產制同係折衷共同財產制及分別財產制而生者。即其各自保有婚權財產之所有權管理權。類似分別財產制。而夫妻一方得他方同意時。均得處分婚權財產。則又近於共同財產制。此制綜貫群制。撮

取其中。無所偏倚。而劃分夫妻權義。尤爲均衡。實合於男女平等之原則。較諸聯合財產制。舉管理處分各大權。歸屬於夫。致不免重男輕女之誚者。實爲優勝也。中政會諸公。不此之顧。獨有取於聯合財產制。謂其既便於維持共同生活。復足以保護雙方權利。折衷得當。（中央政治會議親屬法先決各點審查意見書第六點參照）此其言。用以稱贊婚權財產制。誠屬不誣。而於聯合財產制何有焉。張冠李戴。頌譽失倫。良可哂耳。

第八節 離婚

第一款 總說

婚姻關係。既成於人爲。自亦得以人爲方法而解消之。此離婚制度所由生也。然夫妻爲人倫大本。一與之齊。終身不改。半途離異。詎所忍言。惟恩絕義斷。強其脾合。則情感不屬。變起蕭牆。是亦可慮。故各國法例。有但任一方之自由者。有不許離婚者。有雖許之而加以限制者。蓋人情反覆。不可方物。既難持一律以相繩。而因人民程度之文野。宗教信仰之厚薄。亦不能無異也。茲分述如左。

(一)自由離婚 即由當事人一方之意思解除婚姻關係是也。古時文化未開。重男輕女。法律上女子毫無人格。視同財產。掠奪賣買。任意取捨。故斯時離婚之權。惟夫有之。而妻則俯首聽命焉。學者或稱爲專權離婚。蓋所謂自由者。僅專屬於夫之一方耳。與今學者所倡之自由離婚。夫妻雙方。均有此權者。固負殊也。

(二)禁止離婚 文化稍進。人民知婚姻之可重。且因宗教思想之發達。道德觀念之進步。並爲子女利益。社會秩序計。乃禁止離婚。歐洲當十世紀以前皆然。現今如意奧葡。仍沿襲之。惟夫妻反目。琴瑟不調。法雖不許改絃更張。而情實難於通力合作。故另設別居制度。即法律上並不解消婚姻關係。而事實上則免除同居義務。以濟其窮焉。

(三)允許離婚 禁止離婚。既違人情。尤滋弊害。故近世各國多數法例。均加解放。而允許離婚焉。惟其程度有寬嚴之殊耳。茲更細分爲二。

(甲)判決離婚 即凡欲離婚者。以法律所定之原因爲限。且須經法院之判決是也。一稱限制離婚。或有因離婚。德瑞法英美等國採之。實受中世禁止離婚之餘波。

。美國各州其離婚之限制。寬嚴不同。夫妻欲離婚者常至程序簡易之州請離。所謂離婚旅行是也。與新婚旅行相對立。不過悲歡不同耳。

(乙)兩願離婚 不論有無法定之原因。僅由當事人雙方之合意而離婚是也。一稱協議離婚。或無因離婚。更有稱爲自由離婚者。然兩願離婚。苟非經雙方之合意。即無由而成。則所謂自由者。安在耶。希臘，比利時，荷蘭，瑞典，那威，丹麥，土耳其，羅馬尼亞，日本，等國。於判決離婚外。兼許兩願離婚。

中國古無離婚之名。惟孔子家語。有七出之言。唐律採之。更立義絕之狀。但其權專屬於夫。沿及有清。仍以婦人義當從夫。夫可出妻。妻不得自絕於夫等語。見諸律註。是皆專權離婚之明證也。然夫毆妻至折傷以上。及夫逃亡三年不還者。律均准妻請求離異。而夫妻不相和諧。兩願離異者不坐。是又判決離婚與兩願離婚之明證也。惟我國昔聖垂教。不以出妻爲非。孔子三出其妻。然亦聒不爲異。買臣負薪。其妻下堂。蘇武被虜。生妻去帷。雖爲千古特例。而當時法亦不禁。故禁止離婚。禮俗法制。均所未聞。可謂我國婚姻史上之特質矣。民法遙承古法。旁採外制。

特設專節。規定離婚。茲以次述之。

第二款 兩願離婚

第一項 總說

兩願離婚者。以夫妻雙方之合意。解消婚姻關係之謂也。此種離婚。贊否不一。其贊成之者。謂(1)婚姻因男女之合意而成立。則中途發生變故。致不能達婚姻之目的時。乃以合意而解消之。自屬當然。(2)離婚原因如犯姦等。苟必須訴經法院判決。則事實公開。有害風紀。而在兩願離婚。可免此弊。(3)夫妻間僅因情感不睦者。並不構成法定離婚之原因。然共同生活。則勢難維持。應許其兩願離婚。以資救濟焉。舊律有夫妻不相和諧。兩願離異不坐之條。亦職是故也。惟婚姻關係。究非普通契約可比。過於放任。流弊滋甚。多數法例。不認此制者。蓋亦有故。民法沿襲舊律。特是認之。並加限制。以防其弊。茲分述如左。

第二項 兩願離婚之要件

(一)夫妻之兩願 即須出於婚姻當事人雙方之合意。而兩願解消其關係。非他人所

能參與也。苟當事人之一方或雙方。缺離婚之意思。則其離婚之不能成立。不待言矣。惟日民規定。禁治產人爲協議離婚時。不須得監護人之同意。(日民八一〇條)夫禁治產人既無自由意思。何能從容協議。而監護人格於法律。又不能參加。其結果僅由當事人一方之意行之。實非兩願也。故民法不採之。但得據爲判決離婚之原因耳。(民法一〇四九條前段)

(二)得法定代理人之同意 青年男女。易受一時感情之衝動。而輕於離異。故法定未成人應得法定代理人之同意。以昭慎重。免遺後悔。(民法一〇四九條但書)

(三)須具備法定之形式 婚姻爲要式行爲。其成立也須具備法定之形式。而離婚也亦然。至法定形式。日本及民草採呈報主義。(日民八一〇條民草一三六一條)民法則規定應以書面爲之。并應有二人以上證人之簽名。而無須呈報。蓋爲避免行政上干涉之煩瑣也。(民法一〇五〇條)

第三項 兩願離婚之無效及撤銷

兩願離婚之無效及撤銷。親屬編中並無規定。自應適用總則。日本學者之通說亦然

。惟和田學士反對之。其理由有二。(1)民法總則之規定。以適用於財產法上之法律行為為主。而身分法上之法律行為。殊難適用。兩願離婚係身分法上之法律行為。自不應適用總則之規定也。(2)兩願離婚之由於詐欺脅迫者。理論上似得撤銷之。而實際不然。蓋一旦兩願離婚後。當事人必確信已生效力。而更與他人再婚。迨再婚後。曩所爲之兩願離婚。忽又撤銷。則前婚依然存在。如是必致法律關係之擾亂。而破壞社會生活之安全。甚不可也。(和田學士婚姻法論五七四頁及五八三頁)

然總則規定。雖以適用於財產法上之法律行為為主。而於身分法上之法律行為。並非概不適用。僅限於身分法中有特別規定時。始不適用耳。兩願離婚之無效及撤銷。親屬法中既無特別規定。自以適用總則爲宜。蓋親屬法爲民法之一部。當然受總則之支配。此第一理由之不足據也。普通法律行為。苟受詐欺脅迫。尙許被害者之撤銷。而於離婚之法律行為。關係人生尤爲切要者。獨不許其撤銷。豈得謂平。且徒顧慮法律關係之擾亂。而使兇險之輩。得以逞其暴行。售其奸詐。權量輕重。尤非得計。此第二理由之不足據也。

第三款 判決離婚

第一項 總說

判決離婚者。限於有法定之原因時。由夫妻之一方。請求法院審判。因判決確定。而解消婚姻關係之謂也。夫夫妻反目。由雙方合意。解消婚姻關係。而爲兩願離婚。固無問題。惟一方願離。一方則否。情詞各執。糾紛莫解。自應請求法院審判。以定曲直。而泯爭端。歐美各國承中世禁止離婚之餘波。特採此制。嚴加範圍。雖有夫妻雙方之合意。仍須經法院之判決。民法則僅以意見不一致時爲限耳。

第二項 離婚之原因

依民法規定。夫妻之一方。以他方有左列情形之一者爲限。得向法院請求離婚。(民法一〇五二條)

(一)重婚 重婚行爲。破壞一夫一妻之制度。不但有背德義。抑且顯違刑章。雖依法重婚應在撤銷之列。然原婚配偶之一方。因他方之非行如不願繼續其婚姻。法律自應許其有請求離婚之權也。

(二)與人通姦者 男女結婚後。應互負貞操之義務。苟與人通姦。實屬不當。而使共同生活。難於繼續。故許他方請求離婚。此欵規定。男女雙方。皆屬一致。惟民草倣日制。夫與人通姦。非被處刑後。妻不得請求離婚。殊違男女平等之原則。考德法瑞皆以男子犯姦爲離婚原因。英國雖採漸進主義。然至一九二三年亦承認之。

(三)夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者。 虐待者。待遇殘酷之謂也。凡與肉體以苦痛之積極的行爲及消極的行爲均屬之。其行爲一時的或繼續的。亦所不問。如危及生命之毆傷。反覆繼續之暴行。或不予日常生活必要之衣食。或不爲疾病之看護。或強制過度之同衾。或無故而拒絕同衾皆是也。惟其程度。須至不堪同居。始得爲離婚之原因。且其果否不堪。則因夫妻之身分地位。社會之習慣道德如何。而不一致。應待法院之認定也。

(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。致不堪爲共同生活者。 民法採家屬主義。娶妻後。類與舅姑同居。於禮妻宜孝事。苟加虐待。夫曷以堪。反之而受舅姑之虐待。亦非人情所許。故法均認爲離婚原因。惟其程度。

亦須以不堪同居爲限也。

尙宜研究者。民法既有贅夫規定。而依一〇〇二條。贅夫以妻之住所爲住所。則贅夫結婚後。自與妻之直系尊親屬同居。苟加虐待。或受虐待。亦應准其請求離婚。始合於男女平等之原則。而民法並無規定。實屬失當。故此欺應改爲。「夫妻一方。對於他方之直系尊親屬之虐待。或受他方之直系尊親屬之虐待。致不堪共同生活者。」以期概括。而昭平允也。

(五)夫妻之一方以惡意遺棄他方。在繼續狀態中者。夫妻以恩義相結合。而營共同之生活。苟棄之如遺。則形同路人。恩義何存。而共同生活。亦自解體矣。惟遺棄須出於惡意。且其狀態在繼續中者。始得爲離婚之原因。

(六)夫妻之一方意圖殺害他方者。意圖殺害行爲。施之他人。尙且不可。矧在夫妻。同居一室。朝夕相隨。苟有此事。險象環生。何以共處。且暗劍難防。隱患無窮。自應准其離婚。以消弭於未然焉。但日法瑞無此規定。德民一五六六條則有之。

(七) 有不治之惡疾者。夫妻一方。染有花柳病及其他惡疾。不僅妨害婚姻之目的。抑且危及他方及其子女之健康。其病症苟至不治之程度。亦應搆成離婚之原因。

(八) 有重大不治之精神病者。精神病可以使婚姻關係。不能繼續。並足以遺傳子嗣。為種族為個人。均應使精神病人斷絕性交之機會。但精神病在現時科學上。並無確定之標準。一時的或部分的喪失常態為普通恆有之病象。若漫無限制。亦非所宜。故應以重大不治為此項離婚之限度。

(九) 生死不明已逾三年者。生死不明。在總則本有宣告死亡之規定。死亡宣告後。自可再婚。似無另行規定之必要。然總則定期過長。使他方失再婚之機會。致生活之困難。殊非人情。故親屬法特定為三年。以期便利。

(十) 被處三年以上之徒刑。或犯不名譽之罪被處徒刑者。陷罹刑網。聲名玷污。既難匹偶。而囚繫囹圄。期限過久。在男子有室家無主之憂。在女子有生計艱匱之虞。強令坐待。情非所堪。法許離異。實所以懲惡行而保良善也。若夫妻情感素篤。甘守寂寞。不為請求。自聽其便。

判決離婚之原因。應如何規定。各國立法例所採之主義有二。

(甲)有責主義 即以配偶者一方之非行。違背婚姻之義務。應負離婚之責任爲原因也。如以重婚，通姦，其他犯罪行爲，虐待，遺棄等。爲離婚之原因。日民及民草採之。(日民八一三條民草一三六二條)

(乙)目的主義 不問當事人有無責任。惟以不能達婚姻目的之事實存在爲原因也。如以惡疾，及精神病。爲離婚之原因是。德瑞採之。新草及民法亦然。(德民一五六九條瑞民一四一條新草二七條民法一〇五二條)

茲宜注意者。目的主義於人倫道義。不無可議。故德民一五八三條規定配偶者之一方。因精神病原因。被他方離婚時。他方對之。須負扶養之義務。以資救濟。民法雖無此條。然應依一〇五七條給與贍養費也。

第三項 離婚之訴

具備法定離婚之原因。則離婚之訴。即可發生。然離婚訴權。屬於何人。其訴權何時發生。何時消滅。是亦親屬法上應研究之問題也。至關於離婚訴訟之方式程叙。

則屬於民事訴訟法之範圍。非本項之所及也。茲分述如左。

(一)有離婚訴權之人 因離婚而解消婚姻關係者。夫妻也。是解消婚姻關係而生之利害得失。惟夫妻受之。故離婚訴權。自專屬於夫妻。而他人如其父母繼承人債權人及其他利害關係人等。均無此權。此考之民法一〇五二條之規定而可明也。

(二)離婚訴權之發生 有法律所定之離婚原因。離婚訴權。雖可發生。然須其原因起於結婚以後者。如第二款與人通姦者。其通姦行爲。倘在結婚以前。則離婚訴權不能發生也。蓋男女未結婚前。並不互負貞操之義務。自不能於結婚後。追溯以前之行爲。而輕易變更婚姻關係也。又第十款被處刑者。苟其判決確定在結婚前。亦不得提起離婚之訴。蓋他方爲刑餘之人。事已彰著。乃明知之而不計較。或漫不加察。仍與結婚。法律無再行保護之必要也。

(三)離婚訴權之障礙 夫妻一方雖有法律所定離婚之原因。而因他方之行爲。致訴權不能行使。卽離婚訴權之障礙也。依民法規定。夫妻一方重婚或與人通姦。而他方曾於事前同意。則不得請求離婚。而遂爲訴權進行之障礙焉。茲所謂同意者。其

義有二。(1)積極的同意如刑法上之教唆共同正犯從犯之行爲是。(2)消極的同意。雖無刑法上之罪責。而知有其事。縱容不加制止之行爲是。(民法一〇五三條前段)

(四)離婚訴權之消滅 此項消滅原因。有左列各種。

(甲)死亡 離婚之目的。在解消婚姻。而夫妻雙方或一方有死亡。婚姻自然解消。訴權即隨之消滅。在離婚之訴未提起前而死亡。固勿待論。縱使於訴訟進行中死亡。訴權亦歸消滅。死者之繼承人。不能繼續其訴訟。蓋離婚訴權。惟夫妻有之。他人不能參與也。

(乙)宥恕 依民法規定。夫妻一方重婚或與人通姦。而他方事後宥恕者。不得請求離婚。是因事後宥恕。而離婚訴權即歸消滅也。然宥恕二字。自普通言之。乃夫妻一方對他方之非行。不爲追究之謂也。但直以之爲離婚訴權消滅原因。尙有未當。故嚴格解釋。應以有拋棄訴權之意思爲要。如妻與人通姦。夫雖一時顧全體面。宥恕其罪。不爲告訴。然不得即視爲拋棄離婚訴權。因其不爲告訴後。苟

尙惡妻之非行。羞與同居。而提起離婚之訴。固爲法所許也。（民法一〇五三前段）

（丙）期限之經過 有離婚訴權者。雖得隨時請求之。然使漫無限制。亦非所宜。故法定相當之期限。以杜流弊。因期限之經過。其訴權即歸消滅。蓋一以逞權利者之怠慢。一以維社會之秩序。依民法規定。其期限有二。

（一）對於一〇五二條第一款第二款之情事。有請求權之一方。知悉後已逾六個月。或自其情事發生後已逾二年者。不得請求離婚。（民法一〇五二條後段）

（二）對於一〇五二條第六款第十款之情事。有請求權之一方。自知悉後已逾一年。或自其情事發生後已逾五年者。不得請求離婚。（民法一〇五四條）

（丁）生死分明 夫妻一方生死不明。已逾三年者。雖得發生離婚訴權。然在離婚訴訟提起前。或提起後而未經判決確定前。夫妻一方生死分明時。則離婚訴權。自歸消滅。蓋生存分明時。婚姻關係。可以繼續。苟無惡意遺棄之情事。固不得請求離婚。而死亡分明時。婚姻當然解消。亦無請求離婚之必要也。

第四項 離婚之效力

離婚者。係以人爲的方法。解消婚姻之關係。故由婚姻所生之效力。自因離婚而歸於終止。惟離婚之效力。乃向將來發生。而不及於既往。故離婚以前所生之效果。並不因離婚而受何等影響也。茲就我民法規定離婚之效力。分述左如。

(一) 離婚及於身分上之效力 因離婚而及於身分上之效力。有左列三種。

(甲) 夫妻關係之消滅 離婚以夫妻關係之解消爲目的。故離婚之效力。首在夫妻關係之消滅也。曩因婚姻關係發生所有之權利。固歸喪失。而應負之義務。亦得免除。蓋回復通常之狀態焉。

(乙) 家屬關係之消滅 依民法一一二三條三項。以永久共同生活爲目的同居一家者。視爲家屬。夫妻離婚後。自不能再營共同生活而同居一家。則其家屬關係。當然歸於消滅也。

(丙) 姻親關係之消滅 姻親關係因離婚而消滅。此爲民法九七一條前段之所明定。惟關於姻親結婚之限制。則不因姻親關係消滅而失效也。(民法九八三條二

項)

(二)離婚及於財產上之效力 因離婚及於財產上之效力。有左列三種。

(甲)固有財產之取回 夫妻財產關係。乃以夫妻身分之存在爲前提。即附屬於夫妻身分而生之關係也。離婚後。夫妻身分既不存在。則夫妻財產關係。自歸消滅。不問法定財產或約定財產。均因此失其效力。而各自取回其固有財產。以清糾葛。茲宜注意者。夫之固有財產如有短少。妻不負責。而妻之固有財產如有短少。則夫應負擔。蓋在各種夫妻財產制中。其管理使用收益之權。多屬於夫。責有攸歸。法難旁貸。但其短少係由非可歸責於夫之事由而生者。則不在此限也。(民法一〇五八條)

(乙)損害賠償之請求 離婚之出於兩願者。當事人雙方或均無過失。或雖有過失。而不欲訴之法庭。自無損害賠償之問題。惟夫妻之一方。因他方有過失而判決離婚。致受損害者。則得請求賠償。(民法一〇五六條一項)此項請求權。僅以他方有過失爲要。而受害人有無過失不問也。若受害人並無過失。則雖非財

產上之損害。亦得請求賠償相當之金額。以資慰藉。（民法同條二項）至此項請求權。僅限於受害人得主張之。不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者。則不在此限也。（民法同條三項）

（丙）贍養費之給與 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。（民法一〇五七條）至兩願離婚者應否給與贍養費。則一任之當事人之協議。法無明定之必要也。

尙宜研究者。賠償慰籍金及贍養費。如係一次交付者。固無問題。若係分期交付。則依瑞民一五三條。義務者因權利者之再婚而歸於停止。且義務者因資力困乏。難於交付贍養費。或權利者之生活漸裕。或困難程度減輕時。並得聲請廢止或減少其額。民法雖無明文規定。然解釋上自可適用也。

（三）離婚及於子女之效力 夫妻關係之發生。由於人爲。故得以離婚之人爲手段而解消之。至子女對於父母之關係。則出於自然。不因其父母離婚而生變動也。惟男女離婚後。各自分居。其對於子女之監護責任。究宜誰屬。有應加研究者。茲述如

左。

(甲)兩願離婚 此時子女之監護。由夫任之。但另有約定者。則從其約定。(民

法一〇五一條)

(乙)判決離婚 此時子女之監護。亦可適用兩願離婚之規定。但法院認為於其子女之利益有妨害者。得另行酌定監護人。以資保護。(民法一〇五五條)

最後尚宜注意者。夫妻離婚後。可否復行結婚。法無規定。惟法國民法二九五條無論如何原因離婚之夫妻。不得復行結婚。民法不採之。但甲乙離婚後。甲已與丙結婚。復與乙通姦。因而被丙呈訴法院離婚後。則不得再與乙結婚。以違反九八六條禁止相姦者結婚之規定也。

第三章 父母子女

親屬關係之發生。以婚姻為源泉。而父母子女。則又親屬關係之中堅也。蓋其親等之近。情誼之密。不第為他親屬所莫及。且其他親屬。更類由父母子女推衍而出者也。其地位在親屬法上之重要可想矣。故於敘述婚姻之後。次及父母子女。易曰。

有夫婦然後有父子。亦此意也。

父母子女關係之發生。有由於血統之連絡者。有由於法律之擬制者。而同屬於血統連絡者之中。又有由於正式婚姻而生者。與非正式婚姻而生者。故在現行民法上。子女之種類。得分爲婚生子女。非婚生子女。及養子女三種。茲歷述如左。

第一節 婚生子女

第一款 婚生子女之意義

民法一〇六一條云。稱婚生子女者。謂由婚姻關係受胎而生之子女。此婚生子女法定之意義也。其名詞係譯自德文 *Eheliches Kind* 略當於吾國從前嫡子之義。指妻所生之子而言也。惟吾國昔之稱嫡者。乃以別於庶出。其目的在嚴宗祧繼承之防。禮曰。庶子不祭。明其宗也。陳祥道禮書辯嫡曰。木之正出爲本。傍出爲枝。子之正出爲嫡。旁出爲庶。故伐枝不足以傷木。伐其本。則木斃矣。廢庶不足以傷宗。廢其嫡。則宗絕矣。本固而枝必茂。嫡立而庶必寧。此天地自然之理也。民草一三八九條規定。妻年逾五十無子者。夫得立庶長子爲嫡子。理由書云。夫正妻所出爲嫡。

非正妻所出爲庶。其間名分割然。故有嫡子在。萬無以庶爲嫡之理。皆其明證也。既置重於宗祧。故惟嚴男子嫡庶之界。而女子非所較量。至民法之所謂婚生。則在表示尊重正式婚姻之意。而與宗祧無關。故概括男女而言。無所軒輊也。

第二款 婚生之推定

所謂婚生者。不僅以正妻所出爲要件。且須爲其本夫之血脉而受胎在婚姻中也。然果爲本夫之血脉與否。及是否在婚姻中受胎。實爲易起紛爭而難於證明者。故民法特設推定之條文。以資解決。

(一) 推定之條件 妻所生之子女。具備下列二條件者。推定爲婚生。

(甲) 妻之受胎須在婚姻關係存續中 普通觀念。類以妻所出者爲婚生。然苟其出生雖在結婚後。而受胎乃在結婚前。則是子究由何人受胎。實屬疑問。安能強其夫撫爲己子。并令其子謂他人父乎。故必以受胎時在婚姻中。爲推定婚生之第一條件也(民法一〇六三條一項)

(乙) 夫於受胎時期曾與妻同居 受胎係雙方行爲。斷非一人所能成立。故受胎時

期。雖在婚姻中。苟於其間。夫妻並未同居。則孤陰孤陽。既無化生之望。似人似我。終有異種之嫌。故以夫於受胎時期。曾與妻同居。爲推定婚生之第二條件也。（民法同條二項前段）

尙宜研究者。夫於受胎時期未曾與妻同居者。則妻所生子女。係妻之非婚生子女。固屬無疑。然前述推定規定。是否仍能存在。各國法例不一。依日本大正五年六月法曹會決議。此時推定規定。依然存在。妻不得以其子爲己之非婚生子而呈報。應以夫之婚生子而呈報之。必俟其夫行使法定之否認權後。始確定爲妻之非婚生子焉。但德民則規定。妻顯有不能由其夫受胎之事情時。則子非婚生。而不適用推定之規定。（德民一五九一條一項但書）民法一〇六三條二項前段云。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。則未經否認者。仍得推定爲婚生。是採日例。殊不如德民之妥善也。

（二）受胎期間之推定 依前所述。子女之受胎時期在婚姻中者。推定爲婚生。然受胎期間。究應如何規定乎。法民從出生日回溯至百八十日起至三百日爲止。以其間

之百二十一日間爲受胎期間。(法民三二二條三三條)德民則從出生日前百八十一日至三百二日止。即以其間百二十二日間爲受胎期間。(德民一九九二條)日民從婚姻成立之日起二百日後。從婚姻解消或撤銷日起三百日內。即以其相差之一百一日爲受胎期間。(日民八一〇條二項)期間長短。殊不一致。民法則採德制。蓋據醫學家言。胎兒在母腹中最短之時期爲百八十一日。最長爲三百二日。其最短期與最長期相差之百餘日。即爲受胎期間。此受胎期間若有一日在婚姻有效中。即推定其爲婚生。(民法一〇六二條一項)

受胎期間之推定。係就普通情形而言。苟事屬例外。如結婚後不滿百八十一日而生之子。經醫生檢查。其胎兒發育之程度。在母腹中實不滿百八十一日。婚姻解消後逾三百二日而生之子。經醫生檢查。胎兒發育之程度。在母腹中實已逾三百二日者。則法律之推定。自因事實之反證而歸無效。故民草規定即以其時期爲法定受胎之時期。(民草一三八二條二項)以資救濟。而於其時所生子女。亦得推定爲婚生也。民法倣之。惟僅以能證明受胎回溯在三百二日以前者。以其期間爲受胎期間。(民

法一〇六二條二項）而在百八十一日以後者。則未之及。殊屬失當。

尙宜研究者。女子自婚姻關係消滅後。尙未經過六個月之再婚禁止期間。（民法九八七條）卽行再婚。而其分娩在再婚後百八十一日以外。前婚關係消滅消後三百二十日以內者。則受胎期間之推定。因之發生重複。即得推定爲後夫之子。同時亦得推定爲前夫之子也。此等推定重複之發生。應如何解決。各國法例有二。（1）德民於此情形。其子生於前婚消滅後二百七十日以內者。視爲前夫之子。生於其後者。視爲後夫之子。（德民一六〇〇條）方法簡明。極易分辨。惟於實情。難免齟齬。（2）日民則規定由法院審察事實。酌定其子究爲誰屬。（日民八二一條）較爲適當。民法雖無明文規定。而解釋上應以參照日制爲妥也。

第三款 婚生之否認

前述婚生之推定。乃由立法家就普通情形設想而生。苟有特殊之事實。足以否認之。則法律自難強人承認他人之子爲己子。直接以害一家之和平。間接以獎婦人之淫行。故民法爰訂否認之條。以期法律與事實之調和。茲述如左。

(一)否認之原因 否認之原因。日德均採概括主義。(日民八二二條德民一五九三條)即本夫苟能說明非婚生之事實。以反證與法律之推定相異者。均得爲否認之原因也。民草從之。(民草一三三三條)依民草理由書所說明者。如(1)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經受胎。離婚後三百二日內所生之子。而其實則離婚後始受胎者。(2)夫於受胎時期。雖曾與妻同居。而因疾病衰老。不能人道。凡有此原因所生之子。法律上雖可推定爲婚生。而事實上夫得否認之。此等立法。本無不合。乃民法反之。竟採列舉主義。並僅以夫能證明於法定受胎期間內。未與妻同居者。始得提起否認之訴。(民法一〇六三條二項前段)夫夫於法定受胎期間內。既未與妻同居。則所生子女。自在法律推定之外。固不待夫之否認。即非婚生也。然民法獨斤斤於此。舉無待於否認者。仍定爲否認原因。至民草所列二原因。夫應有否認之權者。民法反付闕如。任意出入。是誠可怪矣。

(二)否認權之所屬 否認權僅屬於夫。而妻子女及第三人。均不能行使之。蓋於法律所推定之婚生子女而否認之。非爲其父而深知其子之是否所生者。不能容喙。故

其訴權。應專屬於夫。妻之所以無此權者。以妻苟主張其子非夫之子。則必爲姦通事實之表暴。不特有害夫之名譽。亦於己甚不利也。子之所以無此權者。恐暴露其母之非行。而有害於倫紀也。第三人之所以無此權者。恐因遺產之覬覦。虛構事實。紊亂風俗。致滋紛擾也。（民法全條二項前段）

（二）否認權之訴訟 否認權之行使。關係子女之身分及其權利者甚巨。故夫雖舉出反證之事實。而究屬一面之詞。是否足信。尙待第三者爲公正之判斷。以免偏頗。而能負此判斷之責者。固莫善於法院。故民法規定應向法院提起否認之訴。倘經法院駁斥。則其子仍爲婚生也。（民法全上）

（四）否認權之消滅 夫之婚生否認權。若使永久存在。不獨子女之地位。常不確定。且證據漸歸湮滅。判定尤難。故法特定一相當期間。以示限制。苟經過此期間。否認權卽歸消滅。至其期間。法國定爲數種。夫在出生地者。於出生後一個月。不在出生地者。其歸來後二個月。將出生隱蔽者。從明知之後二個月。（法民三一六條）然未免過短。且分別種類。亦失煩瑣。故德日均規定爲一年。且以自夫知悉其

子女出生之日起算。(德民一五九四條日民八一五條)較爲適當。民法從之。(民法全條二項但書)

茲宜注意者。德日民法及民草。均規定子出生後。經夫承認爲婚生者。不得撤銷。(德民一五九八條日民八一四條民草一三八六條)蓋以婚生之承認。即表示其否認權放棄之意。亦爲否認權消滅之原因也。民法既未做之。則承認後。自仍得撤銷。卽不能以承認婚生爲否認權消滅之原因也。

第二節 非婚生子女

第一款 非婚生子女之意義

非婚生子女者。無婚姻關係之男女私通所生之子女也。卽德文 *uneheliche Kinder* 之譯稱。凡非正式婚姻之所出者皆屬之，吾國舊律稱妾所生者爲庶子。苟合而生者爲姦生子。民草雖不認妾制。而仍存庶子之名。並易姦生子爲私生子。夫妻在現行法上。既失其地位。則與家長之結合。係屬私通關係。而所生之子。亦自與苟合而生者無異。安能再有庶子之名。故民法統稱之曰非婚生子女。而無復庶子與私生子之

別也。

第二款 非婚生子女之認領

由正式婚姻而生之子女。自爲其父母之子女。固無問題。由非正式婚姻而生者。爲其母之子女。亦甚明瞭。然其父究爲何人。則實難言。故民法特設認領之制。以資證明。茲述如左。

第一項 認領之種類

非婚生子女之認領。因其生父之是否自動。或曾否經由法院。得分爲左列兩種。

(一)任意認領 任意認領者。生父對於非婚生子女自動的承認其爲己之子女之謂也。茲就民法之規定述之。

(甲)認領之主體 各國法例。對於認領之主體。有僅限於父。而無須母之認領者。有兼須母之認領者。法民非婚生子女。由父或母認領之。無母之認領。僅其父認領者。則惟對其父有效。日民亦然。(法民三三六條日民八一七條)德民則僅規定父之認領。(德民一七一八條一七二〇條二項)而母無認領明文。以非婚生子女

對於其母。由分娩顯然之事實。即可確定其爲母之子。故母子關係。不待認領而始定。自常情觀之。以德制爲當。故民法從之。（民法一〇六五條二項）然如棄兒。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。固未可厚非也。

（乙）認領之客體 多數法例。僅對於出生後之子女。得認領之。而胎兒不能爲認領之客體也。然日民八三一條一項規定。在胎內之子。其父亦得認領。惟須得其母之承諾。夫胎兒未有人格。似不能認領。然苟其父因病垂危。殊難待胎兒之出生而認領。故法應特加變通。許其認領。庶死者得以瞑目。而生者亦可取得繼承權。實屬兩有裨益也。民法雖無規定。而戶籍法則明定未出生之子女。亦得認領（戶籍法六三條）

（丙）認領之表示 非婚生子女之認領。自須有其父明白之表示。以資證明。但苟經生父撫育者。雖無明白表示。已足證明其認領之意。亦可視爲認領也。（民法

一〇六五條一項）

(丁)認領之方式 各國法例。認領非婚生子女。均係要式行爲。如法德皆須具備公證證書。(法民三三四條德民一七一八條一七二〇條二項)日本及民草。且須呈報於戶籍吏。(日民八二九條民草一四〇四條二項)蓋認領爲確定父子之身分。關係重大。故其意思表示。須極明確。庶免翻悔。自應以要式行爲出之。以昭慎重也。民法雖未採取。然戶籍法則有非婚生子認領登記聲請之規定。(戶籍法六二條)惟此等法條。乃關係權義之實體。民法上當有表示。不應僅由程序法中規定之耳。

(戊)認領之限制 普通法律行爲。可以撤銷。而認領非婚生子女之行爲。則不得撤銷。蓋非婚生子女經生父認領後。其身分即已確定。故法特禁止撤銷認領。以資保護。而示限制。但認領之出於詐欺或脅迫者。自不在此限也。(民法一〇七〇條)

(己)認領之否認 認領係單獨行爲。故非婚生子女經其生父認領時。不須有何方之合意。當然生親子之關係。惟認領者。如非非婚生子女之眞父。而冒認他人之

子爲己子。則不特毀損非婚生子女之利益。抑且妨害其生母之名譽。故法許非婚生子女或其生母。對於生父之認領。得否認之。(民法一〇六六條)

(二) 強制認領 強制認領者。由非婚生子女之生母或其他法定代理人。向其生父請求。或訴之法院。不問生父是否願意。而強其認領之謂也。強制認領。亦稱父母之尋認。各國法例。皆許母之尋認。而於父之尋認。有亦許之者。如奧大利、西班牙、日本、瑞士是。有禁止之者。如法國、荷蘭、意大利、希臘、羅馬利亞、比利時、摩洛哥、葡萄牙是。惟父母本無軒輊。既許母之尋認。而獨禁父之尋認。未免失平。且考禁止父之尋認之理由。以無耻女子。不嫁私通。及其育子。常認攀名貴以圖利。敗壞風俗。增長淫行。莫此爲甚。故法宜防止之也。然漁色之徒。引誘良善。恣行獸慾。比至有孕。則棄而不顧。孀孀弱女。襁負雛息。適人不能。獨維生計。必瀕危殆。則法律之禁止尋認其父。是使狡猾淫蕩之人。蕭然事外。而陷無辜之非婚生子女於死地也。立法主旨原在抑強扶弱。彰善癉惡。而此則適得其反。詎非大謬。故摩洛哥於一九〇七年。比利時於一九〇八年。葡萄牙於一九一〇年相繼許

父之尋認。法國亦於一九二二年十一月十六日之法律。改正民法三四〇條之規定。希臘亦於一九二七年十一月十三日之新民法。變革舊制。均許父之尋認焉。民法從之。(民法一〇六七條)茲分述如左。

(甲)請求認領之人 得請求認領者。各國法例。範圍頗廣。如瑞士希臘爲非婚生子女之母，或監護人。及滿十四歲後之非婚生子女。(瑞民三〇七條希臘新民法一〇條)日本更擴充爲子及其直系卑屬或此等人之法定代理人。(日民八二五條)民法則範圍甚狹。僅限於非婚生子女之生母或其他法定代理人。得請求生父認領。(民法一〇六七條一項)而非婚生子女本人。則無此權。夫父子關係之尋認。固影響於其母之利害。而關係於子之利害也尤切。故意人 *Cosentini* 謂認領訴權屬於子女本人。其時效永不消滅。不能因母之和解或放棄而失效。(見所著父子關係尋認法草案五條六條)民法竟剝奪其請求認領權。實屬失平也。或謂母爲顧全廉耻。不欲請求。而子竟請求之。必暴露其母之非行。而破壞倫紀。故法特禁之。此自吾國昔日禮教觀念上言之。良亦不謬。然非所論於近今法律進步。保障人

權之時代也。

(乙) 請求認領之條件 如何情形。始得請求認領。各國法例不一。有爲概括的規定。即無論何種情形。皆得請求。而由法院自由判斷之者。如日本及民草是。(日民八三五條民草一四〇八條) 有列舉條件。限於法定範圍內始得請求者。如巴西是。(巴民三三三條) 民法採巴例。而列舉四條件。凡具備其一者。即可請求認領。茲舉其條件如次。(民法一〇六七條二項)

(1) 受胎期間內生父與生母有同居之事實者。

(2) 由生父所作之文書可證明其爲生父者。

(3) 生母爲生父強姦或略誘成姦者。

(4) 生母因生父濫用權勢成姦者。

列舉主義。易生罣漏。如有事實情形出於列舉之外者。父子關係。即不能尋認。殊多不便。似以概括的規定。由法院酌察實情而判斷之。較爲得當耳。

(丙) 請求認領之障礙 具備法定條件時。雖得爲認領之請求。然因左列之障礙。

而請求權不能行使也。

(1) 有請求權者。自子女出生後經過五年。延不請求認領。(民法一〇六七條三項)

(2) 生母於受胎期間內。曾與他人通姦或爲放蕩之生活者。(民法一〇六八條) 左列第(1)時效之障礙。瑞士定爲一年(瑞民三〇八條)希臘定爲三年。(希民一四條三款) 似嫌短促。日民則無規定。又屬漫無制限。民法定爲五年。固不失爲折衷。至第(2)行爲之障礙。雖係倣自德民(德民一七一七條但書)一九一二年之法國法律，及一九二七年之希臘新民法。(一四條)而實屬不當。蓋生母既未與生父成婚。自不負貞操之義務。何能因此剝奪其請求權。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。已不只一人。若許請求。易起紛糾。然俄民於此情形。由法院判決。就中認定一人爲子之父之規定。(蘇俄婚姻親屬及監護法三二條) 足資採用。民法獨舍此就彼。未可云當也。

茲宜注意者。法國民法分非婚生子女爲三種。(1) 普通非婚生子女。(2) 犯姦之非

婚生子女。(3) 亂倫之非婚生子女。後兩種之非婚生子女。其父母之結合。不但無民法上婚姻之根據。且須負刑法上犯罪之責任。故法民均不許認領。亦不得請求認領。(法民三三五條三四二條) 瑞士亦然。(瑞民三〇四條) 其意蓋欲防止淫亂。以維倫紀也。然此等行爲。固屬重大。法律爲懲治惡性。於刑法上加重其父母之罪責。無可非議。惟不能因此波及無辜之非婚生子女。因其父母之犯姦或亂倫。屬於其父母自身之不德。彼固茫然也。若法竟令其長爲無父無母之人。豈不冤哉。然其學者如 Stohri 頗反對之。謂姦生子女與亂倫子女。在法律上應有區別。即前者應較後者加以保護也。法國於一九一九年及一九二四年採其說修改民法。准許以其父母嗣後之結婚而認領姦生子女。然亂倫子女仍摺之法律保護之外。至奧德英美及希臘民法。則一視同仁。待遇平等。民法~~後~~之。凡屬非婚生子女。均許認領。或請求認領。可謂得當矣。

第二項 認領之效力

親子關係本發生於子女出生之時。認領行爲雖於認領時行之。非在出生之初。然不

過承認親子關係之存在。而爲一種明確之表示耳。故其效力不但對於將來。而且溯及既往。即由親子關係所生之一切權利義務。應溯及子女出生時而生效。不僅以認領後爲限也。（民法一〇六九條前段）然此係就普通情形而言。若認領者尙屬胎內之子女。固亦自出生時而生效。惟不可云溯及也。蓋一係出生在前。認領在後。一係認領在前。出生在後。時期既異。用語自不能混同耳。

茲宜研究者。非婚生子女認領之效力。雖溯及於出生時。然依民法一〇六九條但書規定。第三人已得之權利。則不因此而受影響。蓋以認領行爲。不特於認領者與非婚生子女間有效力。亦且及於第三人。若使認領效力完全溯及出生時。殊有侵害第三人既得權之虞。民法爲保護第三人權利享有之確實。及避免法律關係之紛亂。故特設此但書也。惟考民法此項但書。係抄襲民草。（民草一四〇六條）民草則做自日本。（日民八三一條）在彼因特殊情形。實有規定之必要。而民法貿然從之。殊覺無謂。蓋民草恐認領前贈與於婚生子之財產。非婚生子女主張溯及既往。欲行均分。致起糾紛。故設但書。以示限制。（民草一四〇六條理由參照）因民草子於父生前所

受之贈與。當繼承開始時。不必歸還。(民草一四七八條)此項但書。自屬必要。日本雖於子之贈與採歸還主義。(日民一〇〇七條一項)在保護子之財產既得權上。無此項但書規定之必要。而爲維持家督繼承之秩序。在保護子之身分既得權上。殊不能不有此項但書。否則如女子因父之隱居而爲戶主後。其父認領男子。則女子戶主之地位。必因男子之認領而被奪矣。(日人和田于一親子法論八九頁參照)民法關於子之贈與。既採歸還主義。(民法一一七三條)則此但書。殊不能貫徹保護第三人權利享有之確實。及避免法律關係紛亂之主旨。且民法上不第無家督繼承之規定。即類似家督繼承之宗祧繼承。亦已廢止。(中政會繼承法先決各點審查意見書第一點參照)是此項但書。尤屬無的放矢也。

第三款 非婚生子女之擬正

非婚生子女之擬正者。使由非正式婚姻所生之子女。取得與正式婚姻所生子女同等地位之謂也。夫非婚生子女與婚生子女之身分。自其出生時。卽已確定。而於出生後尙得變更其身分者。蓋出於法律之擬制。考歐美各國及日本法例。皆卑視非婚生

子女。如名稱及待遇。(家籍扶養，及繼承等關係)均與婚生子女不同。以其父母僅有野合之關係。若法律優遇之。實獎勵野合。而紊亂社會之秩序也。故卑視非婚生子女。以期防止野合。獎勵婚姻。然男女相悅。根於人性。其有妨害秩序及倫紀者。刑法特科重罰。彼尙不畏。豈民法卑視其子。所能制止乎。觀採卑視主義之各國。其非婚生子女之數日增可明矣。

更自他方觀之。卑視非婚生子女。不當之點有四(1)因父母之非行。而使子女代承其過。殃及無辜。顯違情理。(2)人至不幸而爲父母之苟合所產生。則境遇悲困。法律將方哀憐保護之不暇。乃從而卑視之。落井下石。豈有人心。(3)非婚生子女亦猶是人也。其聰明才力。並非惡劣。徒因法律卑視。不齒人數。遂甘暴棄。淪於邪僻。不特蹂躪人權。阻其上進之路。尤非社會政策上所宜出。(4)非婚生子女既爲法律所卑視。則其母苟舉而育之。徒增贅累。必墮胎於生前。或斃殺於產後。長殘忍之風。違好生之德。職是之故。近代立法趨勢。漸由非婚生子女卑視主義。而進於保護主義。如蘇俄根本撤廢婚生子女與非婚生子女之區別。而以親子間之相互

的權利。僅基於血統而發生。不問其父母有無婚姻關係。皆屬同等。（蘇俄婚姻親屬及監護法二五條）其特徵矣。

吾國習慣。向來卑視非婚生子女。而舊律待遇。亦不平等。如宗祧繼承權。固不能享有。即遺產繼承。只能量與半分。（舊律卑幼私擅用財門條例）且認領後。仍不能取得婚生之身分。種種苛待。殊不適於今日之潮流。民法力主革新。雖未能如蘇俄即廢除非婚生子女之名稱。而於非婚生子女之擬正條件。特加寬大。以便易於取得婚生子女之地位。亦不失為最進步之立法矣。

民法規定非婚生子女擬正之情形有二。

（一）因認領而擬正者 非婚生子女在未經其生父認領前。僅事實上相互間有血統關係。而法律上並不發生親子關係。認領後雖生親子關係。然多數立法例。仍為非婚生。（法民三三一條日民八二七條民草一四〇四條）民法不然。苟經認領者。即視為婚生子女。（民法一〇六五條一項）至其認領之屬於任意或強制。皆所不論也。惟非婚生子女與其生母之關係。母須認領。故自其出生時。即為母之婚生子女也。（民

法全同條二項)

(二) 因其父母結婚而擬正者 其理由有二。(1) 婚姻前所生者與婚姻後所生者。既同係一父母。而婚姻後所生子女。已取得婚生之身分。自不能令婚姻前之子女。獨爲向隅。(2) 非婚生子女之父母。既悟野合之非行。而就婚姻之正道。是能修蓋前愆。法律爲獎勵人之改過計。特嘉惠其子女。俾因以取得婚生之身分也。職此之故。苟其父母一旦結婚。即當然生擬正之效力。不須當事人之意思表示。或何等之方式。(但古代有須經過某種方式者，即當婚姻儀式之際，置非婚生子女於父母蔽頭布片之下，以爲擬正之方式，) 惟其父母之婚姻無效時。則不生擬正之效力。但僅因瑕疵而被撤銷。則擬正效力。依然存在。離婚後亦然。

茲宜注意者。法日及民草擬正條件。須認領與結婚二者皆備。始生效力。(法民三三一條日民八三六條民草一四〇九條) 民法則只須具備其一。故認領後。其父母雖未結婚。固可視爲婚生。(民法一〇六五條) 即未經認領。苟其父母結婚者。亦視爲婚生(民法一〇六四條) 其擬正條件甚寬。凡以使非婚生子女易於取得婚生身分也。

又因父母結婚而擬正之非婚生子女。有(1)出生於婚前者。有(2)受胎於婚前而出生於婚後者。更有(3)受胎於婚前而出生於婚姻消滅後者。均得視爲婚生。如第(3)項之胎兒出生後。其父不得藉口與其母離婚。而免除扶養義務。亦不因其父之早死。而喪失繼承權也。

德瑞兩國民法之擬正情形有二。(1)因其父母之結婚而擬正者。(2)因婚生宣告而擬正者。凡非婚生子女因其父母死亡。及罹難治之精神病。或已與他人結婚。致爾後不能互爲婚姻者。在德國由政府之宣告。在瑞士由法院之宣告。而取得婚生身分。以資救濟。法國則僅認因其父母之結婚而擬正。且對於姦生及亂倫子女。不許擬正。德國古代法及英美法律。更根本上不認擬正之制度。謂其消極的既足破壞養子制度。而積極的又足獎勵私通也。然此等理由。均欠完善。故爲多數各國所不取。况英國於一九二七年改革舊制。已實施擬正法。尤足徵此制之風行世界矣。

第三節 養子女

第一款 養子女之意義

養子女者。收養他人之子女以爲子女之謂也。其收養者爲養父或養母。被收養者爲養子或養女。(民法一〇七二條)養父母於養子女之關係。并非所親生。特由法律之擬制。以弭人類無子之缺恨耳。吾國自古即行此制。惟其名稱。既紛然不一。而意義亦各攸殊。茲略述如左。

(一)嗣子 一稱繼子或過房子。即收養同姓者爲己子以承嗣續之謂也。其目的在繼承宗祧。古者大宗無後。族人應以支子後大宗。所以俾其祖宗祭祀延綿於無窮也。惟禮記云。神不歆非族。論語曰。非其鬼而祭之諂也。故立嗣必限同姓。取其與廟神血脉氣類相同。足以承先祀也。女子出嫁從夫。生子屬其夫系。不能繼承本宗。故立嗣與被立者均限於男子。且須昭穆相當。倘尊卑失序。則法所不許也。(舊律立嫡子違法門)

(二)義子 一稱養子或螟蛉子。即不問是否同姓。而以雙方之恩義爲結合之基礎也。其目的或在慰藉孤獨。或在救濟孤兒。唐陸廣微吳地記。載餘杭山有夫差義子之墳十八所。則義子制度。當春秋時代。已自盛行。後漢時宮中聽養義子。世襲封爵

。五代時收養之風頗張。如李克用王建等。皆樂爲之。然溼渭不分。血統混雜。流弊滋甚。唐律遂嚴異姓亂宗之禁。（顧亭林日知錄云，異姓爲後，見於史者，魏陳矯本劉氏，子出嗣舅氏。吳朱然本姓施，以姊子爲朱後，亦爲唐以前異姓可以承嗣之一證，）明清因之。凡異姓義子。不得承嗣。雖可爲養家之家屬。而仍用其原姓名。收養棄兒年三歲以下者。則雖異姓。然許從養父之姓。但不得以無子遂立爲嗣。（舊律立嫡子違法門）然此等禁例。實屬不當。蓋姊妹之子與兄弟之子。姓氏雖異。血統則同。姪旣可以承伯叔。甥亦不妨承舅也。故社會習慣。立甥爲嗣者。頗不乏例。如清陸祁孫建陽知縣陸費君墓誌銘曰。君之宗。本費氏。舅氏陸。撫爲子。凡五傳。始兼姓。兩不忘。誼之正。其明徵矣。

民草沿襲舊律。雖略加變通。然不澈底。新草則以立嗣必限同姓。不第爲宗法之遺制。應加廢除。卽揆之實際。亦難適用。且嗣子非己之所自出。與養子之收自他人者。其性質實屬相同。強加區別。殊覺無謂。故凡收養他人之子以爲己子者。其被養之人。不問是否男女。及是否同姓。概稱爲養子。（新草四五條）民法從之。實足

矯正舊弊矣。

第二款 養子女之沿革

養子女之沿革。得自法制與目的兩方面觀察之。分述如左。

(一)自養子女之法制上觀之。養子制度。起源甚早。世界最古之法典。首推巴比倫王漢莫那比之法典。(紀元前二二五〇年)其中已有養子之規定。羅馬繼之。亦設此制。近世如德法瑞(德民一七四一條至一七七二條法民三四三條至三六〇條瑞民二六四條至二六九條)均遙承羅馬緒餘。意比等國倣之。英美向無此制。然近年英國主張養子制度有規定之必要者甚盛。政府鑑於大勢。特設養子委員會。從事調查研究。其一九二一年之報告書。謂法律上應公認養子制度。并須使養親子間之權義與親生者相同。政府採之。遂於一九二六年公布養子法。於翌年一月一日施行之。美國各州中邇來相繼採用養子制度者。亦漸增多。俄國本行養子制度。自一九一七年革命後。立法主旨。以排斥一切擬制相號召。惟認實際的親子關係。故遂廢止養子制度。(一九一八年九月十六日親屬法第一八三條云，本法施行後，禁止以自己之

子，或他人之子爲養子，）然實施以來。非議漸起。一九二六年爰將舊法改正。恢復已廢之養子制度。於翌年一月一日施行之。（蘇俄婚姻親屬及監護法五七條至六七條）至吾國養子法制之沿革。前款已略及之。茲不復贅。要之。養子制度在今日。殆爲世界所風行也。

（二）自養子女之目的上觀之。養子制度之初生也。其目的在祖先祭祀之繼續。與宗教思想有密接之關係。蓋當神權時代。迷信二元論。謂人死不過軀壳之消滅。而靈魂依然存在。須其子孫。歲時致祭。俾先人靈爽。式憑有所也。苟死而無後。則立血脉氣類相近者以承嗣。冀以人力補自然之缺憾焉。及家屬制興。養子制度於祖先之祭祀外。復以家系之維持爲目的。蓋家族系統。爲社會團結之基礎。而領導家系者厥惟家長。家長苟亡。必有繼人。以免家系之中斷。倘無嗣續。則立養子承其乏焉。近世家族崩壞。個人制度起而代之。養子目的亦隨以變。即自私益言之。在老境之娛慰與遺產之托付。自公益言之。在孤兒之救濟。蓋就人類切身之利害及慈善的心理爲立法之準據。而與宗教思想及家系之維持無關也。故養子制度雖爲古今中

外所風行。而目的則因時變遷。沿革夔殊也。

第三款 養子制度之利弊

養子制度風行今世。已如前述。推尋其故。自有其所以存在之利益。然其弊害。則殊彰著。具陳於後。以便立法者棄瑕錄瑜之參考焉。

(一) 養子制度之利益

(甲) 足以繼續家系。免祖先祭祀之滅絕。此不僅昔時爲然。在家屬制度尙存之中國。仍見其必要也。

(乙) 俾無子者得以人爲方法。免其門庭蕭索之憂。而娛慰老境。

(丙) 家產付托有人。以免散逸。俾死者得瞑目而逝。

(丁) 貧兒孤子。得所收養。不致流離瑣尾。以爲社會之累。

(二) 養子制度之弊害

(甲) 以他人之子爲己子。破滅天倫。紊亂親屬之關係。羅虞臣曰。捨天性之愛。而父他人。孝子所不忍爲也。是曰抑本。苟有田產。則爭爲之後。無則雖猶子於

世父棄也。是曰懷利。吳殿麟曰。今夫恩之不可解者父母也。易父母而伯叔焉。易伯叔而父母焉。君子以爲此人道之大變也。孝子處此。必有隱忍負痛終其身者。

(乙)養子多收養於幼年。謂可籍撫養之恩。而增親子之愛也。然并未得養子之同意。竟強其爲後。是蔑視養子之人格。而有違人道也。

(丙)養子依賴養親之遺產。長遊惰之風。阻上進之路。且妨害婚生子女之利益。

(丁)使人無絕後之憂。則競行獨身主義。致爲婚姻之障礙。而生人口之衰減。

以上養子制度之弊害。雖甚彰著。然並非無相當防止之法。如蘇俄與英德法瑞。均不承認養子關係爲當事人個人間之契約。而由國家機關決定其可否。(俄國由監護保佐局決定之，英德法則由法院決定之，瑞士由主管官廳決定之)且蘇俄立滿十歲者爲養子時。須得其承諾。則甲項濫用養子制度以破滅天倫。及乙項蔑視養子人格之弊可防止也。於繼承法上限制遺產之數額。如新繼承法草案(五六條二項)以一萬元爲度。民法(一一四二條二項)養子之應繼分爲婚生子女二分之一。則丙項之弊可

防止也。如民草明定已婚無子者始得立嗣。(民草一三九〇條)則丁項之弊可防止也。惟民法狃於習俗。昧於成法。未能悉防其弊。實有待於將來之改正耳。

第四款 收養關係之成立

收養關係之成立。茲據民法所規定者。述之如左。

(一)收養關係成立之條件 收養行爲。雖爲法律行爲之一。然非如普通法律行爲僅由當事人之合意而成立也。因其關係身分之變更。影響家庭之秩序者甚大。法特嚴定成立條件。以資遵守。

(甲)實質條件

(1)年齡之間隔 收養者之年齡。應長於被收養者。即養親與養子須有年齡之間隔也。否則年齡相若。或子長於親。則尙何親子之可言乎。故羅馬法。及德、瑞、奧、意、西班牙等。均定爲養親須較養子長十八歲。英國爲二十一歲。德國爲十五歲。民法從之。(民法一〇七三條)

茲宜研究者。吾國舊制。立嗣只須尊卑輩分相當。而年齡長幼不問也。故有以

長姪出嗣幼叔者。以其有血統關係。尊卑輩分。可考而稽。因立嗣必限同姓。範圍過狹。故不論年齡。俾其易於擇立也。民法破異姓亂宗之禁。所收養者不必同一血統。自不能不有年齡之間隔。然於有尊卑輩分可稽者。不問是否相當。亦得成立收養關係。而不加限制。則長姪可收養幼叔爲子矣。豈非駭人聽聞乎。故余擬於民法一〇七三條之後。增加「依前項規定外。收養八親等內之血親或五親等內之姻親爲養子女者。須其尊卑輩分相當」一項。以示限制。總之。舊制立嗣。只論尊卑。不問年齡。固屬失當。而民法反之。亦有不合也。

（本文脫稿後，近閱司法院二十一年院字七六一號解釋云：「旁系血親在八親等以內旁系姻親在五親等以內輩分不相當者，自不得爲養子女，」似足補法文之缺，惟直系親不在限制之列，則祖父可以孫爲養子，岳祖父可以孫壻爲養子矣，是仍有未當也，）

（2）行爲之共同 有配偶者收養子女時。應與其配偶共同爲之。（民法一〇七四條）蓋因收養行爲而生親子之關係。苟夫妻各別爲之。必致被收養者於偶配

之一方爲子女。於他方則否。同居一室。而夫妻各私其子女。不但有違養子制度之精神。尤足妨害家庭之和平。故德瑞法意比等。均認夫妻以共同之行爲收養子女。惟非強制的。夫妻亦得單獨收養。但須得他方之同意。日本則爲強制規定。與我民法同。（日民八四一條一項）至有配偶者被收養時。日民亦須夫妻共同爲之。（日民八四一條一項）其結果必至由夫妻而兼兄妹。殊不適於吾國國情。德民則由夫妻單獨爲之。但須得他方之同意。（德民一七四六條一項）較爲妥洽。民法從之。（民法一〇七六條）

尙宜研究者。日民八四一條二項規定。夫妻之一方。以他方之子爲養子時。以得他方之同意爲足。不須共同爲之。蓋此時之養子。本係配偶者他方之子。其親子關係。早已存在。自無再與配偶者之一方共同爲收養行爲之必要也。惟爲保持夫妻之和睦起見。僅須徵求其同意耳。民法無此規定。殊屬缺點。

（。）養親之限制 舊律立嗣。必限同姓。倘係獨子。則兼祧以濟其窮。而以一子兼祧一房之後。再行兼祧者。法亦不禁。（前大理院三年上字一二四九號判

例)是養親人數。並無限制。然流弊所極。將使一人而同時有無數父母。不但親子之關係複雜。情誼不免散漫。且家庭之組織困難。權義尤屬紛歧也。故民法力矯其失。規定養父養母。只限一人。且除養父養母係配偶外。一人不得同時爲二人之養子女。如以甲配偶之夫爲養父。乙配偶之妻爲養母。則法所不許也。(民法一〇七五條)

(乙)形式要件 收養行爲。於養親子之身分。關係重大。其意思表示既須明確。而行爲方式。尤須鄭重。故各國法例。皆須以書面爲之。且須經國家機關之核准。(日民八四七條德民一七四一條一七五〇條二項瑞民二六七條法民三五三條至三六〇條蘇俄婚姻親屬及監護法五九條)民法雖參酌吾國習慣以收養行爲。僅屬於一家之私事。不願經國家機關之干涉。惟應以書面爲之。以資證明。其僅以言詞表示者自屬無效。但自幼撫養爲子女者。從其撫養事實。已可證明。則不須書面也。(民法一〇七九條)

具備上述實質及形式要件。收養關係即可成立。然他國法例。尙有各種條件。或擴

張同意之範圍。如日本收養與被收養者均須得其在家父母之同意。或爲養親年齡之限制。如德法養親年齡均須在五十以上。且限於無子者。日本則僅限於成年。或爲養子年齡之限制。如法國養子須在成年以上。而意大利及蘇俄則限於未成年者。英國女子未成年時。男子不得收養之。（但法院認爲適當者不在此限）至吾國舊律。惟男子有立嗣及承嗣之權。且以同姓爲限。民法均不採之。故收養關係之成立。甚爲易也。

茲宜注意者。收養行爲如違反法定條件時。其爲無效或可以撤銷。自不待言。惟民法親屬編中。並無特別規定。（日民則於八五一條至八五九條有詳細之規定）則因當事人或利害關係人之請求。應由法院依照民法總則關於法律行爲之規定並參照他國法例判斷之。如違反形式要件者應認爲無效。而違反實質要件者。則可以撤銷也。

（二）收養關係成立之效力

（甲）取得婚生身分之效力 自收養關係成立之日起。養女子之於養父母。與其婚生子女有同等之身分。（民法一〇七七條）凡養親之親屬。皆視同己之親屬。（但

德民一七六三條，則收養之效力，不及於養親之親屬，）如養親之父母。則視爲己之祖父母。養親之子女。則視爲己之兄弟姊妹是也。惟養子之直系血親卑親屬。是否與養親發生親屬關係（養子之其他親屬不與養親發生親屬關係，自不待言，）民法無明文規定。殊不失爲研究之問題。余意養子之直系血親卑親屬生於收養關係成立後者。應與養親發生親屬關係。即養子之子。應爲養親之孫也。其生於收養關係成立前而與養親同居者亦然。惟生於收養關係成立前而未與養親同居者。則與養親應不生何等親屬關係也。

（乙）與收養者同姓之效力 因收養關係之成立。養子女之身分。既有變更。則其姓氏。亦自不能仍舊。然究應如何變更。各國法例不一。有仍保存本姓而於其上冠以養親之姓者。如法國是。（法民三四七條）有須從養親之姓。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。（德民一七五八條）有於從養親之姓外。如得養子承諾。並得附加養親之名。以爲養子之父名者。（俄國習俗於己名之後，向例附以父名，以表示繼承某人之意，故有此規定）如蘇俄是

。(蘇俄婚姻親屬及監護法六〇條)民法則養子女從收養者之姓。(民法一〇七八條)而無其他例外之規定。蓋我國向來之習慣原如此也。

茲宜注意者。男女各無配偶。而單獨收養子女時。則被收養者各從其收養者之姓。固無問題。若有配偶而共同收養時。則被收養者應從養父之姓。蓋子女從父姓。爲民法一〇五九條第一項之所明定也。惟養父若係養母之贅夫。則被收養者應從養母之姓。但另有約定者。又當從其約定也。(民法一〇五九條二項)

以上效力。爲法律所明定者。此外因收養關係之成立。養子女與其本生父母之家。脫離家屬關係。其相互間之權義。亦生停止之效力。雖法無明文。而按之民法一〇八三條收養關係終止後養子女回復其與本生父母之關係之規定。可以從反面推知也。

第五款 收養關係之終止

收養關係之終止者。以人爲的方法。解消親子間因收養關係成立所生一切效力之謂也。日本謂之離緣。民草稱爲歸宗。其與收養關係因有瑕疵而撤銷者固屬不同。卽

與因養親子死亡之自然原因。而解消收養效力之一部者。亦復覓殊也。

收養關係。可否終止。各國法例不一。有採禁止主義者。如法意是。有採許可主義者。如德瑞是。(德民一七六八條瑞民二六九條)比較論列。則以許可主義爲當。其理由有三。(1)收養關係既係以人爲方法而成立。自得以人爲方法而終止之。與法律之允許離婚者。其理正同。(2)養親子間。情感苟已破裂。則強爲維繫。必生變故。不如許其分異。轉得保持家庭之和平。免紊社會之秩序。(3)舊律嗣子不得於所後之親者。聽其告官別立。蓋吾國習慣。收養關係。原可終止。故舊律有此規定。民法自應本之。

第一項 收養關係終止之種類

收養關係。有因當事人之合意而終止者。有因法院之判決而終止者。茲分述如左。
(一)兩願終止 即因當事人相互間之合意。終止其收養關係之謂也。其應具之條件。有左列二項。

(甲)實質條件 即須當事人有兩願終止其關係之意思。蓋收養關係之終止。影響

於當事人之利害甚巨。自應由當事人自行決定之也。(民法一〇八〇條一項)惟有應研究者二點。

(1) 養子女未成年時。其意思表示。或須由其法定代理人之代理。或須得其法定代理人之允許。(民法七六條七七條)此在普通法律行爲。固可依此爲之。而在終止收養關係之行爲。其法定代理人。即爲其對方之養父母。利害衝突。自難適用。故日民規定。養子未滿十五歲時。其離緣。以有代養子爲緣組承諾之權利者。(即養子之本生父母)與養親之協議爲之。(日民八六二條二項)以資救濟。民法既無此項規定。則必俟至養子女成年時。始得爲兩願終止之行爲。殊多不便也。

(2) 婚姻因配偶者之死亡。當然解消。故無再主張離婚之必要。至收養關係。則養親雖死。而已生之親屬關係及家屬關係。並不消滅。故當養親死亡時。仍有終止其收養關係之必要。因是日民規定養親死亡後。養子仍欲離緣時。苟經戶主之同意。亦得爲之。(日民八六二條三項)民法既無此項規定。則養子女於

養親死後。苟與養家之家長不睦。（如養祖父母爲家長時）而不能終止其關係。亦於人情有違也。

茲宜注意者。如前所述。有配偶者收養子女時。既須與其配偶共同爲之。（民法一〇七四條）則收養關係終止時。自亦須夫妻雙方意思之一致。否則收養關係。一方終止。一方仍存。不但有礙室家之和平。亦且顯違立法之精神。故德民夫妻共同爲養子時。關於廢除。須兩配偶者之協同。（德民一七六八條四項）民法於此。雖無明文規定。而解釋上固應如是也。

（乙）形式條件 即須以書面爲之。以昭鄭重。與前述收養關係成立時之必以要式行爲出之者。同一用意也。（民法一〇八〇條二項）

（二）判決終止 即因養親或養子女之一方。具備法定原因。經他方訴經法院判決。終止其收養關係之謂也。茲就民法之規定述之。

（甲）判決終止之原因 因當事人之合意。而兩願終止收養關係。固無請求法院判決之必要。惟當事人一方願意終止。而他方反之。則非請求法院。不能解決。但

法院判決時。苟無一定之標準。亦易生流弊。故民法特列舉判決終止之原因。以資遵守。茲述如左。（民法一〇八一條）

（1）對於他方爲虐待或重大侮辱時。有此原因。則親子關係。自難維持。應准請求終止之。惟判決離婚之原因。其虐待須至不堪同居之程度。而此項虐待。則不然。即不問程度輕重。皆爲構成判決終止之原因。蓋親子非如夫妻有同居之義務也。侮辱者。以毀損名譽之行爲。使人精神上受痛苦之謂也。惟須情節重大。如養親僞令養女爲娼妓是。而尋常辱罵之詞。固不在此限也。

（2）惡意遺棄他方時。所謂惡意遺棄者。即故意違反扶養義務是也。蓋親子互相扶掖。理所當然。棄置不顧。情誼已絕。自應終止其關係。然惡意遺棄亦爲判決離婚之原因。惟其解釋不同。即彼係指違反同居義務而言也。故夫妻雖互相扶養。而違反同居義務者。仍爲惡意遺棄。親子則本無同居義務。故但以違反扶養義務爲惡意遺棄也。

（3）養子女被處二年以上之徒刑時。養子女被處徒刑至二年以上。則其行爲。

實屬有玷家聲。自應構成終止收養之原因。

(4) 養子女有浪費財產之情事時。收養目的。或在生前之養老。或在死後遺產之付托。倘養子女浪費財產。則此目的必不能達。自應准其終止收養。以絕後患也。

(5) 養子女生死不明已逾三年時。三年之久。渺無音信。存亡莫卜。則有子等於無子。即使尙在人間。而書問缺然。情誼疎遠。已可概見。自不如終止其關係之爲愈也。

(6) 有其他重大事由時。日民關於判決終止原因。採完全的列舉主義。(日民八六六條) 易生罣漏。民法則採例示的列舉主義。以便包括無遺。即爲法律列舉條款所未盡。而情事屬於重大者。亦得爲終止收養之原因。至何謂重大事由。則由法院判斷之。

茲宜注意者。無論何方具備前列各款之一者。他方即得請求法院終止其收養關係。固不必全具也。至法院認請求爲無理由。而加以駁斥。則收養關係。依然存在。

。自不待言矣。

(乙)判決終止之賠償 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。(民法一〇八二條)蓋因他方行爲之不當。致無過失之一方。不能繼續其收養關係。而陷於生活困難。則準情酌理。責有攸歸。故法加他方給與金額之制裁。以賠償無過失一方之損失焉。如養子女虐待養親。或爲重大之侮辱。原可爲終止收養關係之原因。然養親因年老受養女子之扶養。而顧慮收養關係終止後。生活益陷困難。不敢請求。必忍淚含垢。以圖苟全。若可援此條得相當金額之賠償。自可毅然行之。實於保障人權上裨益匪淺也。

第二項 收養關係終止之效力

收養關係終止之效力者。即終止因收養關係成立所生一切效果。而回復其原有身分之謂也。故養女子自收養關係終止時起。回復其本姓及其與本生父母之關係。但第三人已取得之權利。則不因此而受影響。如收養關係終止時。養子女之本生父母已

死亡。其遺產早經他人繼承。養子女不得以繼承人之資格。主張回復繼承也。（民法一〇八三條）

尙宜研究者。收養關係終止之效力。是否及於養子之直系血親卑親屬。即養子之子女。是否與養親及其血親脫離親屬關係是也。日民養子之直系卑屬。與養親及其血族間之親族關係。非僅因離緣而當然消滅者。須與養子共離養親之家時。始歸消滅。（日民七三〇條三項）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本其姓。不再用養親之姓。則養子之子女。亦當然隨從養子回復之本姓。而取消養親之姓。夫姓既變更。則親屬關係亦自不能復存矣。

最後尙應說明者。以上民法關於養子女之規定。係就生前收養者而言。尙有以死後處分收養者。即以遺囑指定繼承人。日本所謂遺囑養子是也。近世多數立法例。不認遺囑養子。僅法日民法規定之。（法民二六六條日民八四八條）惟法民限於無子者始得爲之。日民則無此限制。民法採法制。並規定此項養子女亦與婚生子女有同等

之地位。(民法一一四三條一〇七一條)蓋收養子女者。大抵皆因已無所出。然又慮收養後已復生子。情誼密切。但無法排斥被收養者使去。爰姑緩以俟之。及一旦遭懼不幸。染病垂危。莞然子立。後顧茫茫。而欲遵照普通收養程序。又迫不及待。故法許以遺囑爲之。以彌其無子之缺恨焉。

第四節 父母子女之權義

第一款 總說

父母子女之關係。其發生原因。無論爲自然之血統。或法律之擬制。而要皆有其相互之權利與義務焉。各國民法關於此項規定。統稱爲親權。(德民第四編第二章第四節第二款法民第一編第九卷日民第四編第五章)民草亦然。(民草第四編第四章第一節)吾國古時嚴君之稱。見於周易。三綱之義。著於禮緯。故爲父母者。對於子女。但有權威。而法律上不能課以何等義務。爲子女者對於父母。順從孝謹外。尤不能主張何等之權利。則親權之名。自可成立。歐洲往者。盛行家屬制。以一家爲社會之單位。而不認個人之權義。家長權獨爲強大。而親權即歸納其中。對於家

屬及家產。生殺與奪。恣所欲爲。家長之利益外。他非所計也。則親權之名。固亦適當。及近世個人制興。法律上認個人之人格。父母對於子女。不但有其權利。尤有其義務焉。而權利之行使。不特爲保護子女之利益而然。更以爲社會陶鑄良民爲目的。故一方見爲權利。而他方又可視爲義務。與債權法上之權利。僅止單純之權利者迥異也。是親權名稱之在今日。殊不足以概括親子關係所生之效力。故蘇俄婚姻親屬及監護法第二章第二節。題爲親屬間之權利與義務。（但其範圍頗廣親子外其他親屬如兄弟姊妹祖父母之權義亦包括之）較爲適當。民法倣之。不沿襲親權之名。而以父母子女之權義。規定於第四編第三章中。茲爲研究便利起見。爰設本節說明之。

第二款 父母之權義

父母對於子女之權義。茲據民法所規定者分述如左。

（一）權義之種類。

（甲）權利之種類。

(1) 懲戒權。父母對於子女。有保護及教養之責任。倘子女性行惡劣。不受訓誡。則爲完具責任起見。施以懲戒。自屬必要。故懲戒者。乃與子女之身體上或精神上以苦痛。俾其改過遷善爲目的之行爲也。至懲戒方法。法律並未具體規定。應由父母就其子女之性質體格。斟酌行之。或鞭笞其身體。或減少其飲食。或禁閉於幽室。均無不可。惟自嚴格言之。惟國家對於人民始有此權。今法律亦許父母有此權者。蓋因國家稽查之難周。姑假手於父母以代之耳。然又恐任意行使。弊害叢生。故限於必要範圍內。方可懲戒之。即(1)須以懲戒爲手段。以達保護教養之目的。(2)不可傷害其肢體。倘逾此範圍。則非法之所許矣。(民法一〇八五條)

茲宜注意者。父母之懲戒其子女。多數法例。均限於未成年之子女。蓋子女苟達成年。父母已無保護教養之責任。(民法一〇八四條)固無懲戒之必要。且或已自年子女。忝爲人親。若復受懲戒。亦爲體面上所難堪也。惟日民不加未成年之限制。(日民八八二條)民法從之。於吾國習慣上。尙無不合。而事實上

究等於具文耳。

(2) 爲法定代理人之權 子女未成年時。如有法律行爲。須由其法定代理人代爲之。或得其允許。(民法七六條七七條)以資保護。而能勝此法定代理人之任者。固莫父母若矣。然其法律行爲有關於財產者。有關於身分者。財產上之法律行爲。應由父母以法定代理人之資格代理或允許。固無問題。至身分上之法律行爲。是否亦然。法例不一。日民則僅限於財產上之法律行爲。(日民八八四條)以財產上之法律行爲。屬於物質的。暴露於外。其利害容易較量。無論何人。皆得判斷之。而身分上之法律行爲。屬於精神的。蘊藏於內。利害複雜。較量爲難。應由本人依自己心靈之感應決定之。非他人所能妄測也。(日本多數學說及判例均如此主張)然法定代理人之設。原所以保護未成人一切之利益者。若其保護範圍。僅限於財產方面。而不及身分。則未成人身分上之利益。必因無保護而受損失。殊有未當也。故民法不採日制。凡未成人人之一切法律行爲。均須其父母之代理或允許也。(民法一〇八六條)如非婚生子女之請

求認領。未成年男女之訂定婚約。皆係關於身分之法律行爲。而依民法規定。或須由其生母代爲之。（民法一〇六七條）或應得法定代理人之同意。（民法九七四條）其明徵矣。

尙宜研究者。未成年人認領非婚生子女。亦身分上法律行爲之一。是否須得其法定代理人之允許。自理論言之。非婚生子女。是否己之血脉。惟本人能判斷之。殊非他人所能容喙。自無得法定代理人允許之必要。故日民八二八條爲非婚生子女之認領者。雖係無能力人時。亦不須得其法定代理人之同意。以免掣肘。民法親屬編中無此規定。未成年人認領非婚生子女時。自應適用前述規定及總則第七七條。應得父母之允許也。

（3）子女特有財產管理使用收益權 子女未成年時。智慮未充。自行管理財產。殊不適宜。故各國法例。皆使父母有管理使用收益之權。至其財產範圍。各國皆採概括主義。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。（法民三八五條德民一六四九條日民八八四條蘇俄婚姻親屬及監護法四

三條) 而例外特列舉數種財產爲特有財產。歸子女自行管理使用收益之。(民法三八七條德民一六五〇條一六五一條日民八九二條) 蓋爲保護子女之利益計。不能不擴張父母之權能。而限制子女之行爲也。乃民法反之。以未成年子女自行管理使用收益其財產爲原則。而委任父母爲例外。故僅列舉因繼承贈與或其他無償取得之財產爲未成年子女之特有財產。(民法一〇八七條) 俾由父管理之。父不能管理時。由母管理。(民法一〇八八條一項) 而其他財產。則非父母所能過問也。權衡輕重。似欠允當。

茲宜注意者。父母對於未成年子女財產之管理權。其本來意義。僅限於保存行爲利用行爲及改良行爲等。然日本學說判例。(和田學士阪本氏仁井田博士牧野博士島田學士及大審院明治三十三年才第四九一號判決) 均謂包含處分行爲在內。範圍極廣。民法則父母對於子女之特有財產。雖有使用收益之權。苟欲處分。除爲其子女之利益外。不得爲之也。(民法一〇八八條二項)

(乙) 義務之種類。

(1) 護養教育之義務 護養者。以子女之身體及精神之發達爲目的之消極行爲。而教育則屬積極行爲也。一在排除危害。維其生存。一在啓迪智識。陶育技能。語意夙殊。方法各異。乃民法則稱爲保護教養。(民法一〇八四條)用語含混。不易分辨。故從民草。改爲護養教育。(民草一三七二條)以期妥善。(日民八七九條稱爲監護及教育，惟監護二字，易與第四章監護名稱混同，不如護養較佳也，)當子女未成年時。能力薄弱。不能自食其力。智識未充。尤易陷於非行。故非由父母負護養教育之責。不能期其成立也。

抑有進者。護養教育。不但爲父母之義務。且爲其權利焉。故各國民法條文。均權利與義務並舉。(法民二〇三條德民一六二七條日民八七九條)民法亦然。(民法一〇八四條)日本學者且因此而稱爲監護教育權。(和田于一親子法論五五三頁五五六頁)蘇俄竟以爲權利而規定之。(蘇俄婚姻親屬及監護法四五條)惟比較觀之。父母對於未成年子女之護養教育。究以屬於義務方面者爲多。故應列諸父母對於子女之義務中也。

(2) 清算管理財產之義務 如前所述。未成年子女之特有財產。由父母管理者。因其在法律上尙無完全行爲能力也。然子女苟達成年。或雖未成年而已結婚者。法律上已有完全行爲能力。(民法一三條二項法民四七六條意民三一〇條瑞民一四條) 則其特有財產。自應收回自行管理。而父母從子女之成年或結婚時起應負清算管理財產之義務焉。日民八九〇條但書規定。當清算時。其子之養育及財產管理等費用。應視爲與其子財產之收益相殺。即清算結果。父母曩爲養育子女及管理其財產所用之經費。法律上認爲已由其財產之收益中撥還。不得再求補償焉。蓋親子關係。至爲密切。自不應斤斤較量財產之盈絀也。民法無此規定。特述之供法院之參考耳。

(二) 權義之行使負擔 父母對於子女同有權利。並同負義務。固不待論。然其權利之行使。義務之負擔也。應共同爲之乎。抑分別爲之乎。法例不一。有先父後母並於法律上列舉一定之範圍而分別爲之者。如德民是。(德民一六二七條至一六八三條規定父之權義一六八四條至一六九八條規定母之權義) 有共同爲之者。如瑞俄是

但意思不一致時。瑞民以父爲準。（瑞民二七四條）蘇俄則由監護局邀同父母解決之。（蘇俄婚姻親屬監護法三八條三九條）有原則上由父一人爲之。父有死亡或不知爲誰或有碍窒時。則由母爲之者。如日本及民草是。（日民八七七條民草一三七條）民法則做瑞制。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。行使權利意思不一致時。由父行使之。父母之一方不能行使權利時。由他方行使之。不能共同負擔義務時。由有能力者負擔之。（民法一〇八九條）

（二）濫用權利之制裁 父母對於未成年子女之權利。如前所述。甚爲廣大。且此等權利。係根於其護養教育之義務發生。苟非有此權利。則義務必無由克盡。故不得拋棄。亦不得以契約限制之。惟父母天性暴戾。或物欲充塞。任意濫用其權。致子女之健康安全德義及財產發生危險。若法無制裁之道。實不足以維人道而盡國家作育良民之天職也。故民法特定父母濫用其對於子女之權利時。其最近尊親屬或親屬會議得糾正之。糾正無效時。得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。（民法一〇九〇條）實屬適當也。

吾國往者。家制盛行。一家之中。不認個人有獨立之人格。子女服從親權。終身以之。含泣忍痛。無所逃虐。且天下無不是底父母一語。古訓昭垂。深入人心。自無敢主張制裁親權之濫用而停其行使者。然在今日。不但個人主義蔚興。而社會本位思想。亦漸崛起。子女一方具獨立之人格。一方爲社會組織之一員。非父母所得而私。父母之管束子女。不過爲社會代負責任。是其權利。固由社會所賦與。苟有濫用。則法律自應加以制裁也。

茲宜注意者。權利之停止。如僅屬於父母之一方時。則他方自仍得行使之。惟父母雙方俱被停止。或僅一方能行使而被停止時。則其權利應歸何人行使乎。德國則由監護法院送其子女於相當之家族。或養育院或懲戒所。(德民一六六六條)蘇俄則由法院轉送於監護局。並得仍令其父母負擔養育費用。(蘇俄婚姻親屬及監護法四六條)民法並無此項規定。則當此之時。應視爲監護開始之原因。爲之設監護人焉。

(民法一〇九一條一〇九四條參照)

第三款 子女之權義

一) 權利

(甲) 受護養教育之權利 父母對於未成年子女。既負有護養教育之義務。則未成年子女對於父母。自有受護養教育之權利。乃當然之解釋也。倘父母能負擔此義務而故意不負擔時。爲子女者且得請求之。雖此爲事實上所稀見。而理論上則不可不使爲父母者有此覺悟焉。

(乙) 繼承遺產之權利 依民法規定。被繼承人死時。無直系血親卑親屬者。始得以遺囑就其遺產。指定繼承人。(民法一一四三條)其以遺贈方式將遺產移轉他人者。亦須受法定特留分二分之一之限制。(民法一二三三條一欸)倘或違反。繼承人有扣減之權。(民法一二二五條)凡此皆爲子女對於父母之遺產有繼承權利之明證也。惟父母對於子女遺產。亦有繼承之權利。(民法一二三八條二欸)是繼承遺產權。似爲父母與子女間相互之權利。不得僅就子女論也。然繼承云者。乃由上而下。即以卑繼尊。係屬順勢。方爲正辦。而以尊繼卑。則屬逆勢。乃爲變例也。觀父母之繼承子女遺產。須限於子女無直系血親卑親屬時。(民法一一三八條一

款二款）可知矣。故繼承遺產權以就子女方面言之爲較當也。

(二) 義務

(甲) 從父姓之義務 白虎通曰。姓者生也。所以崇恩愛。厚親親。遠禽獸。別婚姻也。潛夫論卜列篇曰。古者有陰陽。然後有五行。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。太昊木精承歲而王。夫其子孫。咸當爲角。神農氏火精承燮惑而王。夫其子孫。咸當爲徵。黃帝土精承填星而王。夫其子孫。咸當爲宮。少昊金精承太白而王。夫其子孫。咸當爲商。顓頊水精承辰而王。夫其子孫。咸當爲羽。號雖百變。音行不易。由是觀之。則子女必從其父姓。固自古然矣。惟子女之所以生者。固資始於父。尤受形於母。若僅從父姓。在昔男系宗法主義盛行時代。誠無不合。然非所論於男女平等之今日也。故蘇俄婚姻親屬及監護法第三四條規定父母使用共同之姓時。則此姓亦定爲其子之姓。若父母不稱共同之姓者。其子之姓以父母之協議定之。父母不協議時。其子之姓由監護局核定之。父不分明時。子稱母之姓。以期適合男女平等之原則。惟

程序紛煩。且其結果。必致父母兄弟。各異其姓。尤多不便。民法不採之。而又無完善辦法。故依習慣。定爲子從父姓。然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。但另有約定者。則不在此限也。（民法一〇五九條）

（乙）從父母住所之義務 父母對於未成年子女。既有護養教育之責任。則爲盡責起見。自應俾其子女與父母同住。以便監察。此當然之理也。故各國法例。皆規定子女有從父母住所之義務。（法民一〇八條三七四條德民一一條瑞民二五條意民一八條）民法倣之。凡未成年子女。應以其父之住所爲住所。贅夫之子女。則以其母之住所爲住所。（民法一〇六〇條）

尙宜研究者。德日民法。皆規定未成年子女有服從父母指定居所之義務。（德民一六三一條日民八八〇條）民草從之。（民草一二七三條）蓋子女之在襁褓也。衣食起居。需人照料。自與其父母同住。泊乎漸長。或出外就學。或習商異地。則不能不與父母異其居址。監察難周。易流非行。故法特畀父母以居所指定權。以

資防範。如使其子女寄居某學校。或定居某商店。或委托第三者便宜指定。皆生效力。子女若不服從。並得訴經法院強制執行也。民法未能採取。殊屬缺點。

以上所舉義務外。學者有主張宜做瑞民二五七條法民三七一條規定。子女對於父母須負孝敬之義務者。惟此係道德上之義務。凡屬橫目方趾之倫。皆莫能外者。固不待法律之規定始知其應爾也。況當法律與道德分趨之今日。尤不應屢入此類條文。以淆其範圍耳。

最後子女對於父母。尙有扶養之義務。惟此係親子間相互之關係。即父母對於子女。亦有此義務是也。且此義務爲普通親屬所互負者。非僅限於父母子女。(民法一一四條)容俟於第五章說明之。茲不贅也。

第四章 監護

監護制度。昉自羅馬。然僅在代行家長權。與近世之以保護幼弱爲職志者不同。吾國論語有托孤之言。而社會習慣。夙敦風誼。故人子弟。喪失怙恃。煦育教養。俾其成立。不假法律之督責。而人自競於義舉。無其名而有其實。足爲吾國監護制度

之明徵也。民法沿襲舊俗。酌採外制。特設本章。庶幾質文相生。而保護幼弱之效用。於以丕著焉。

第一節 監護之意義

監護之意義。因古今東西立法之歧異而夙殊。未可概論也。茲但就民法之規定。述其義如次。

監護者。對於無父母或有父母均不能行使負擔其權義之未成年人。或禁治產人。設置有能力者爲監護人。使負監督保護其身體財產之責。乃屬於私法上之制度。而在親屬法中有特異之性質者也。

右定義。更分析說明之。

(一)監護者。乃以監督保護未成年人或禁治產人之身體財產爲目的也。未成年人智能未充。其身體之撫育。財產之管理。動輒需人。不幸父母見背。或雖存。而因故不能行使負擔其權義。自應有監護人代負其責。至禁治產人。精神喪失。斗室幽居。行止茫然。其沉疴應如何治療。財產應如何經紀。所須於監護人也尤切。即監

護之成立。純爲謀未成年人或禁治產人之利益也。昔在羅馬。以監護職務。係家長權之繼續。即代幼弱之家長。行使家長權。而於受監護人本身之利益。則非所問。殊有違監護設立之本旨矣。

(二) 監護者。乃有能力者之職務也。監護之職務有三。監督保護及代理是也。凡受監護人之身體財產。固由監護人負監督保護之責。而一切私法上之行爲。亦由監護人代理之。然普通代理不限於有能力者。即限制行爲能力人。亦得爲之。(民法一〇四條參照) 而監護人則與普通代理人異。係代表受監護人私法上一切之行爲。責任既巨。且行使負擔父母對於未成年子女之權義。(民法一〇九七條) 權限尤廣。矧受監護人因無能力或喪失能力。始設監護人。則不得以無能力者充之。彌爲顯然。觀於民法第一〇九六條云。未成年人及禁治產人不得爲監護人。益足徵矣。

(三) 監護者。私法上之制度也。羅馬法謂監護爲公職。德國以幼者之保護。係國家之責任。特設監護法院處理之。雖亦設親屬會議。分擔其責。然屬例外。故權限極狹。至蘇俄之監護機關。係以最小行政區爲單位。遍設各地。專門保護未成年人

精神病人之健康教育及財產。蓋其認此等人之保護爲國家自身之職務。而不屬於私人之責任。故其監護人之產生。概採官選主義。是以監護制度含有公的性質。應由國家機關直司其任。而無親屬會議之設置焉。吾國不然。監護職務雖係依據法律之規定。與公益不無關係。然非公法上之職務。而純粹私法上之制度也。故監護人之產生。則採私選主義。避免國家機關之參與。且特設親屬會議。賦與進退及監督監護人重大之職權焉。此雖有違近今一般立法之趨勢。而以吾國社會習慣考之。固屬如是也。

(四) 監護者在親屬法中有特異之性質也。親屬法爲身分法。其所規定。皆與親屬之身分。有密接之關係。而監護不然。非必以親屬關係爲基礎。蓋幼弱之保護。無論何人。均有此責。不僅限於親屬。吾國從前之所謂托孤。固多交付於情誼素密之朋友。即在現行民法。除法定監護人外。如指定監護人選定監護人。僅以其能力足以勝任者即可充當。至其有無親屬之身分。則非所問也。職是之故。學者遂有反對以監護制度隸屬於親屬法之中者。如德人 Puchta 主張置監護於債權法中。Windscheid

則擬二分監護制度。以財產部分置債權法中。其他部分置親屬法中。蘇俄一九二六年竟廢除親屬法名稱。改爲婚姻親屬及監護之法律。此雖非多數通例。而監護規定之不得與其他親屬事項相提並論。則甚顯然。世之爲多數法例辯護者。謂監護之重要部分。屬於未成年人之監護。其性質有似親權。故納諸親屬法中。然此不過便宜之規定。非有學理上之根據也。我民法置監護於親屬編。亦實爲便宜計。要其性質之特異。未能與親屬法中其他規定等量齊觀。則不可不知也。

第二節 未成年人之監護

第一款 監護之成立

監護成立之原因。依民法一〇九一條一〇九二條之規定。有左列三種。

(一) 未成年人無父母。此係當然原因。蓋有父母。自有負監督保護之責者。而監護無成立之必要也。但所謂無父母。係指父母俱亡而言。若父死母存。或母死父存。則生存之一方。自應獨任其責。不能爲監護成立之原因。惟法國民法三九〇條。父母之一方死亡時。監護亦當然成立。是爲特例。

(二)有父母而均不能行使負擔其權義。父母雖存。或遠在遐方。行蹤不明。或身染重症。精神喪失。或經法院宣告。停止權利。則監護之成立。亦屬必要。惟權利停止依民法一〇九〇條規定。有屬於全部者。有屬於一部者。全部之停止。固無問題。而一部之停止。是否亦爲監護成立之原因。考日本民法九〇〇條行親權者無管理權時。(依日民八九七條，行親權之父或母，因管理失當，致危及其子之財產時，法院因子之親族或檢察官之請求，得宣告其管理權之喪失，是爲親權一部之喪失，與其八九六條之全部喪失不同，)亦得開始監護。民法雖未明定。然解釋上亦屬當然。蓋父母之權利一部被停止時。倘不爲設置監護人。以資保護。則未成年人之利益。必因之受損。非立法政策上所宜出也。

茲宜注意者。依民法一三條二項規定。未成年人已結婚者。有行爲能力。故未成年人苟經結婚。法律上即認其能力健全。雖具以上原因。不得成立監護也。

(三)經父母之委託。父母就特定事項。於一定期限內。委託他人行使監護職務者。則監護亦因之成立。如未成年子女。就學異地。其父母委託所在地之親友。代負

監護之責。固爲吾國習俗所經見。實足補親權鞭長莫及之失也。

第二款 監護之機關

監護職務。於未成年人及禁治產人之利害。關係甚大。法律自應慎重規定。以杜流弊。通覽多數法例。對於完成監護職務所設置之機關有三。第一監護人。第二監督監護人。第三親屬會議是也。監護人直接當無能力者保護之任。屬於執行機關。監督監護人則在監視監護人事務之執行。是否適當。屬於監察機關。親屬會議則以決議之方法。指揮監護人之行爲。屬於議事機關。三者備而後監護之職務盡焉。惟民法規定。監護機關僅有監護人及親屬會議。而無監督監護人。考監督監護人是否設置之法例有二。羅馬法不設監督監護人。僅於幼者與監護人間之利害衝突時。特設管財人。日本舊民法倣之。然其新民法則師承法德之例。以監督監護人爲監護之必要機關。但如羅馬民法(二六八條)仍不設置。而以監護人之監督。委諸法院。蘇俄最近立法。亦無監督監護人。係由地方執行委員會內所組織之事務委員會爲監視指導監護人行動之機關。(蘇俄婚姻親屬及監護法七三條)民法之不設監督監護人。

自有先例可援。且十七年新親屬法草案。已無監督監護人之規定。其理由以爲對監護人固有監察之必要。惟不設監督監護人。以其權歸之親屬會議。易個人的監察爲團體的監察。期減流弊（見新草說明書）民法立法。多襲新草。此亦其一端歟。至親屬會議當於第七章詳之。故本款監護之機關。僅就監護人一種述之如左。（民草於監護人外。尙有保佐之規定，係對於準禁治產人之保護機關，以民草二二條，對於心神耗弱人、聾人、啞人、盲人及浪費人，得由法院宣告準禁治產故也，民法未採之，故亦無保佐之規定）

（一）監護人之種類。 監護人因其產生方法之不同。得分爲左列數種。

（甲）指定監護人 即由後死之父或母。以遺囑指定之也。（民法一〇九三條）故一稱遺囑監護人。但宜注意者。（一）後死之父或母指定監護人時。須其對未成年子女之權利未經法院宣告停止者。否則監護早已成立。後死之父或母。雖經指定監護人。自不生效也。（二）指定監護人須以遺囑爲之。而遺囑係死後處分。必俟至立遺囑人死後。方生效力。故後死之父或母指定監護人時。對於未成年子女之權

利。雖未經法院宣告停止。但其後若經停止。則監護即因之成立。而死後遺囑所指定之監護人。亦不生效也。(3)指定監護人之產生。既須根據遺囑。故只能於父母死亡時。呈其效用。若父母並未死亡。僅因不能行使負擔對於未成年子女之權義而成立監護者。自不適用也。

法國民法對於再婚之母。欲就前婚子女指定監護人時。須經親屬會議之承認。(法民三九九條四〇〇條)蓋恐其受後夫威權之影響。而指定不得其當也。但再婚之父。亦易受後妻愛情之迷惑。何以不加限制乎。是於男女平等原則。不無可議。故民法不採之。

(乙)法定監護人 依民法規定。法定監護人適用之情形有二。(1)父母均不能行使負擔對於未成年子女之權義時。(2)父母死亡無遺囑指定監護人時。具備此項情形之一。則依下列順序定其監護人。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。此種監護人既係依法產生。非任何人之意思所能左右故一稱自然的監護人。(民法一〇九四條一欸至四欸)

(丙)選定監護人 無指定監護人及法定監護人時。則由親屬會議選定適當之人爲監護人。至親屬會議之選定權。係屬自由。凡行爲能力完全之人。皆可入選。其與受監護人有無親屬關係。及曾否充當監護人。均可不問也。又監護人之指定及選定。皆係單獨行爲。不須得監護人之承諾。卽指定之遺囑生效時。或有選定之決議時。在法律上監護人已屬產生。惟事實上有因監護人之辭職而不就任耳。(民法一〇九四條五款)

(丁)委託監護人 卽父母對其未成年之子女。因特定事項。於一定期限內。委託他人行使監護之職務是也。此爲民法採取新草六八條之規定。在他國殊無其例。(民法一〇九二條)

(二)監護人之人數 關於監護人人數之法例有二。(1)得在二人以上者。羅馬法印度繼承法比利時民草均然。法國監護人雖以委諸一人爲原則。然爲便利計。後死之父或母或親屬會議。得以財產之管理委託甲監護人。以監護及教育委託乙監護人。而同時設二人以上之監護人。法亦不禁。日本明治十五年以前之法律亦許之。其理

由以受監護人若財產衆多或散在各地時。殊非一名之監護人所能盡其管理之責也。

(2) 但限於一人者。日德及民草採之。(日民九〇六條德民一七七五條民草一四一一條)其理由有二。(A) 監護人倘有數人。則意見衝突。有害受監護人之利益。(B) 各監護人間。相互推諉。責任不專。不克誠實盡其職務。然德民任用監護人限於無特別理由時。始設一人。(德民一七七五條前段)日民則監護人經親屬會議之同意。得使用財產管理人。(日民九二六條)均非絕對限於一人者。蓋人數多寡。要以實際情形爲斷。法律殊無預加限制必要。民法於此。雖無明文規定。而解釋上自係採用法制。

(三) 監護人之辭職 監護職務。責任重大。且有關係公益。故被任爲監護人者。卽有就職之義務。不得輕易言辭。惟具有正當理由者。法律若仍加強制。反多不便。故應准其辭職也。至所謂正當理由。法德皆採列舉主義。(法民四二七條至四三六條德民一七八六條) 易生罅漏。限制未免過嚴。日民則於列舉條款外。附以其他正當之事由。(日民九〇七條)以示概括。較爲完善。民法僅有概括規定。卽以有正當理

由者得辭其職。至果否正當。應由親屬會議認定之。如有爭執。更得請求法院判斷焉。(民法一〇九五條)

尙宜研究者有二。(一)監護人辭職之限制。各國法例。均係指一切之監護人而言。民法則僅限於法定監護人及選定監護人。而其他監護人如指定監護人及委託監護人等。雖無正當理由。亦得辭職。同屬監護人。而妄加軒輊。殊有未當(2)德民對於無正當理由拒絕監護職務之擔任者。受監護人因此所受之損害。須令其負賠償之責。縱無損害。監護法院亦得藉罰金以強制監護人之就任。(德民一七八七條一七八八條)蓋法既限制監護人無正當理由不得任意辭職。倘竟違背。而別無制裁之道。將視同具文矣。故德民課以賠償之責。示以罰金之刑。以資警惕。而增法效。民法未能師其法意。爲相當之採取。不無缺點。

(四)監護人之缺格 監護人負保護無能力者身體財產之責。關係重大。苟非選擇經驗宏富。信用昭著。行爲能力完全之人。不能勝任愉快。故法律宜嚴定監護人之消極資格。凡具此資格者。卽不得爲監護人也。依民法規定。未成年人及禁治產人不

得爲監護人。(民法一〇九六條)蓋此兩種人。均無行爲能力。其自身尙須他人之監護。何能有監護人之資格乎。惟法國以父母之愛情。足補年齡之缺點。故由父母爲監護人時。(法民三九〇條父母得爲監護人)依法民四四二條第一款規定。不限於已否成年。自理論上言之。未成年人智能未充。雖對其子女。愛情較切。然能否勝任。實屬疑問。且未成年人對於普通幼者。無爲監護人之資格。而獨對於其子女有之。似亦可議。但爲實際便利計。法民規定。固尙得當也。

茲宜注意者有二。(1)未成年人已結婚者雖有行爲能力。(民法一三條二項)並免除監護關係。(民法一〇九一條但書)然仍不得爲監護人。因民法一〇九六條只云未成年人不得爲監護人。而未明定已結婚者可以通融之例外也。(2)已結婚之未成年人。雖無監護他人之權。而對其子女。依民法規定。(一〇八四條)當然得行使負擔其權義。與法國民法之許未成年之父母有監護權者。同一結果。即均認其有保護幼年子女之能力也。

尙宜研究者。民草關於監護人消極資格之規定。有下列六款即一未成年人。二禁治

產人或準禁治產人。三破產人。四褫奪公權人。五對於被監護人現爲訴訟或曾爲訴訟人或其直系親屬及其配偶。六審判廳認爲不勝監護之任者。(民草一四一六條)而法德日民法所列條款尤多。(法民四四二條至四四四條德民一七八〇條至一七八四條日民九〇八條)蓋監護人職責重大。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。

(五)監護人之職務 監護人之職務有三。對於受監護人身體上之職務其一也。對於受監護人財產上之職務其二也。代理受監護人法律行爲之職務其三也。茲分述如左

(甲)對於受監護人身體上之職務。羅馬法監護人之職務。僅以關於受監護人之財產爲限。而不及於其身體上。然監護職務。學者謂爲父母對於子女職務之延長。夫父母對於未成年子女。有養護教育之責。法律爲使完其責任起見。而且賦與懲戒權。故監護人於保護增進受監護人利益之範圍內。亦得行使負擔父母對於未成年子女之權義。俾其身體發育滋長。以至成立。此實監護人首要之職務。凡與受監護人身體之保護有關者。皆屬責無旁貸。初無一定之標準。但由父母暫時委

託者。則應以委託之職務爲限也。(民法一〇九七條)

(乙)對於受監護人財產上之職務。此項職務。更分述如左。

(1)開具受監護人財產清冊 監護開始。監護人應會同親屬會議所指定之人。開具受監護人之財產清冊。藉藉此可以確知受監護人財產之總額。俾定監護職務執行之方法及範圍。且於監護終止時。得憑爲清算交代之根據。而因以審查其有無侵蝕浪費等弊。以期受監護人利益之保全焉。(民法一〇九九條)

(2)管理受監護人之財產 監護人負保護受監護人之責。自應有管理其財產之權。而管理費用。則由受監護人之財產內開支之。且管理時。須與處理自己事務爲同一之注意。此係法文之所明定者。(民法一一〇〇條)至其管理方法。更得推論如左。

(A)財產之利用 如出租房屋土地。而收其租金。或自行耕作土地。而取其出產。不可任其荒閑致損滋息也。

(B)財產之保存 如於適當時期收回資金。以免危險。隨時修繕房屋用具。

以免損壞。注意爲時效中斷之程叙。以免失效。即於事實上及法律上爲防止受監護人財產之滅失起見。而努力保存之也。

(C) 財產之增殖 費用開支。力從撙節。儲其餘款。以事生產。務使受監護人之財產日益增殖焉。

(3) 財產使用處分之限制 監護人對於受監護人之財產。雖得使用或處分。但須以受監護人之利益爲前提。否則無此權利。至爲不動產之處分時。並應得親屬會議之允許。蓋所以防監護人濫用職權。致受監護人財產發生損害也。(民法一一〇一條)

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)借財或保證，(4)以不動產或關於重要動產之得喪爲目的之行爲(5)訴訟行爲，(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負擔付之贈與或遺贈，(9)新築改築增築或大修繕，(10)逾越第六〇二條所定期間之貸借等行爲。均須徵求親屬會議之同意。

所以防範監護人之獨斷致損害受監護人財產者。甚爲周密。民法較之。殊嫌過寬。

(4) 受讓財產之禁止 監護人不得受讓受監護人之財產。至其受讓行爲。爲無償抑係有償。均非所問。否則監護人易利用其地位。而以不當之廉價。占用財產。致害受監護人之利益。然有當研究者。即受監護人之財產付拍賣時。監護人是否能拍賣之也。或謂監護人可以拍賣。蓋拍賣時。應使有多數之拍賣人。互相競爭。以增高其物之價格。監護人果願出最高之價格。固無妨受讓其物也。然監護人自身既居於代行拍賣之地位。而法又許其拍賣。則必憑藉權勢。隱圖私曲。而妨他人之拍賣。使其物終歸已有。其不利於受監護人。豈不大乎。故縱於拍賣時。監護人亦不得受讓其物。始能貫徹法律保護受監護人利益之旨焉。但日人柳川學士謂監護人就與受監護人共有之物件拍賣時。則得爲拍賣人。(日本親族法要論四五二頁) 夫此說爲監護人之便利及財產之融通計。理論固當。然核之民法條文。仍應在禁止之列也。(民法一一〇二條)

(5) 報告財產狀況 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。蓋親屬會議爲監察監護職務之機關。監護人是否能盡其職務。非據其財產報告。無從考查。或謂監護終止時。監護人對於受監護人之財產。如有損害。自應負賠償之責。似無逐年報告之必要。抑知年深月久。證據湮滅。調查既難。且與其責償於損害之後。補救不易。曷若監察於事先。苟親屬會議查其報告。顯有弊竇。直行撤退。以杜後患之爲愈乎。(民法一一〇三條)

茲宜注意者。監護人如係與未成年人同居之祖父母。則關係較切。愛護甚深。自能爲受監護人籌畫周全。固毋須法律嚴密之干涉。致滋紛擾。而戾人情。故前列職務中(1)(3)(4)(5)等款之規定。不能適用也。(民法一一〇五條)

(丙) 代理受監護人法律行爲之職務。 受監護人能力欠缺。自不能爲法律行爲。故應由監護人以法定代理人之資格代爲之。但以關於財產者爲限。至關於受監護人身分上之行爲。非有法律特別之規定。(如民法九七四條對未成年人訂定婚約之同意行爲九八一條對未成年人結婚之同意行爲一〇六七條代非婚生子女請求其

生父認領之行爲是) 則監護人無代理權。即關於財產之行爲。如夫妻財產契約遺囑等。均應由未成年人自爲之。非監護人所能干與也。(民法一〇九八條)

(六) 監護人之報酬 監護人應否給與報酬。各國法例不一。有絕對禁止之者。如法意是。有以不給與爲原則而由法院酌定得與之者。如荷德是。有以給與爲原則者。如葡萄牙是。有由親屬會議酌給之者如爲日本是。夫主張不給報酬者。以監護人之職務。乃關於公益。爲國家所強制。且監護人多係與受監護人關係素切之人。均不應有報酬也。然監護職務。極爲繁重。監護人犧牲精力。任勞任怨。倘不予以報酬。不但不足以弭其損失。更何能期其忠於所職耶。故法民雖認監護爲無給職。而事實上親屬會議常給與報酬。法院判例亦承認之。惟因其顯違法條。乃假管理費用之名義。暗與監護人以報酬。即管理費用實際雖僅需要千元。而名義上則使開支千五百元。而以所餘之五百元給與監護人。以酬其勞。名實不符。致等法律於具文。此亦法民徒重理論之過也。民法採取日例。規定由親屬會議按監護人之勞力及受監護人財產收益之狀況。酌定其報酬。殊屬適當。惟監護人爲與未成年人同居之祖父母

時。則關係較切。不應給與報酬。即由其他之人爲監護人時。如不自行請求報酬。親屬會議亦不應酌給之也。(民法一一〇四條一一〇五條)

(七)監護人之撤退 有監護人之資格者。於就任監護職務後。發生不稱職之情事時。應由親屬會議撤退之。以資警戒。而杜後患。至撤退之原因。依民法所列舉者有三。(1)違反法定義務時。(2)無支付能力時。(3)由親屬會議選定之監護人。違反親屬會議之指示時。具此原因之一者。親屬會議即得撤退之。(民法一一〇六條)惟監護人對於親屬會議撤退之決議。如有不服。則得於三個月內向法院聲訴也。(民法一一三七條)

尙宜研究者。監護人先有支付能力。就職後始無支付能力者。親屬會議固得依法撤退之。然就職前即係無支付能力者。是否得就職乎。若云不得就職。而民法一〇九六條關於監護人缺格之規定。僅有未成年人及禁治產人。並未列入無支付能力一欸。將何所根據而禁其爲監護人耶。若云可以就職。則就職後無支付能力者。尙須由親屬會議撤退之。而就職前即無支付能力者。安能許其就職乎。或曰。不妨任其就

職後再由親屬會議撤退之。似此則監護人之就職與親屬會議之撤退。皆屬兒戲矣。故余以爲民法一〇九六條不得爲監護人之消極資格中。應增加無支付能力一款。庶足與此條相貫注也。

第三款 監護之終止

監護成立後。因他種情事。有致其終止者。茲將終止原因及終止時監護人之責任分述之。

(一) 監護終止之原因 此項原因。民法雖未詳細規定。然可推測而知者。有左列二種。

(甲) 絕對的終止之原因。卽監護職務因此歸於消滅之謂也。更細分爲五。

(1) 受監護人達於成年時。

(2) 受監護人死亡。或受死亡之宣告時。

(3) 父母因不能行使負擔其權義成立監護者。其不能原因消滅時。

(4) 委託監護人經受監護人之父母解除其委託。而自負責任時。

(5) 受監護人被他人收養爲養子女時。

(乙) 相對的終止之原因。即監護職務。並不消滅。僅因監護人之更迭。而終止其職務。移轉於他人耳。更細分爲五。

(1) 監護人死亡。或受死亡之宣告時。

(2) 監護人受禁治產之宣告時。

(3) 監護人經親屬會議撤退時。

(4) 監護人辭職時。

(5) 委託監護人經受監護人之父母。解除其委託。另選他人時。

(二) 監護終止時監護人之責任。此項責任有三。分述如左。

(甲) 清算之責任。監護終止時。不問其終止之原因如何。監護人均應即爲財產之清算。此爲完成其監護職務必要之方法。雖於監護終止前。每年已向親屬會議爲財產狀況之報告。然不過監護職務進行中一時之清算。以備稽核。與此之所謂清算。屬於最後之決算者。不可混同也。茲更就民法之規定。分述之。

(1) 清算之方式 清算責任。甚為重大。自應由監護人自負之。若監護人死亡時。則由其繼承人爲之。然均不得單獨進行。須會同親屬會議所指定之人。俾其從旁監視。以昭慎重。而保清算之正確。故欠缺親屬會議指定之人蒞場之方式。其清算即無效也。(民法一一〇七條一項前段一一〇八條)

(2) 清算財產之移交 監護人爲清算後。應將財產移交。以卸其責。惟應移交何人乎。則因監護終止之原因而異。由於相對的終止原因者。移交於新監護人。由於絕對的終止原因中之第(1)款者。交還於受監護人。第(2)款者。交還於其繼承人。(民法一一〇七條一項後段)惟由於第(3)至(5)之原因者。應移交何人。法無規定。然解釋上。應以分別交其父母或養父母爲當也。

(3) 清算責任之免除 監護終止時。監護人之責任。依然存在。必俟清算後。始免其責任。然清算結果。是否適當。尙待親屬會議之審查。故親屬會議對於清算之結果未爲承認前。監護人不得免其責任也。(民法一一〇七條二項)

尙宜研究者。清算之費用。歸何人負擔。法無規定。然解釋上。此項清算。係屬

監護人管理受監護人財產結束之決算。其所需費用。實不外管理費用之一種。自應由受監護人之財產負擔之。(民法一一〇〇條一項)惟監護終止原因。由於監護人之過失而生者。則應歸監護人自行負擔。故監護人被親屬會議撤退而終止監護職務時。其清算費用。不得動用受監護人之財產也。

(乙)賠償之責任 監護終止時。監護人對於受監護人之財產。如有損害。宜任賠償之責。此項請求權。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。不適用普通請求權較長之时效。(依民總一二五條普通請求權因十五年間不行使而消滅)以免有苛待監護人之嫌也。(民法一一〇九條)

第三節 禁治產人之監護

(一)監護之成立 禁治產人監護之成立。其原因與未成年人監護之成立異。即前者僅以宣告禁治產時爲限。後者凡無父母。或有父母不能行使負擔法定之權義。或委託其權義於他人時。均爲監護成立之原因也。或曰。成年人宣告禁治產者。固應成立監護。而未成年人宣告禁治產者。如有父母。當然由父母負保護之責。其無父母

者。亦已成立未成年人之監護。似無再成立禁治產人監護之必要。然禁治產人之監護。係因受監護人心神喪失或精神耗弱。致不能處理自己事務而生。則其保護方法。自與未成人之監護不同。且未成年人之滿七歲以上者。並非全無行為能力。不過須受法定代理人之限制耳。（民法一三條及七七條以下）禁治產人則完全無行為能力。（民法一五條）尤難併爲一事也。故禁治產人無論已否成年。均應成立監護。爲之設置監護人焉。（民法一一一〇條）

（二）監護之機關 未成年人之監護。以監護人爲其監護機關。已如前述。而禁治產人之監護亦然。故禁治產人之監護。得準用關於未成年人監護之規定。（民法一一三條一項）惟因受監護人之不同。尙有特殊之規定。茲舉如左。

（甲）監護人之種類

（一）法定監護人 未成年人之監護人。以指定監護人居首。而法定監護人次之。蓋未成年人本在父母保護之下。倘因父母死亡。則繼續負擔保護責任者。應屬何人。自以尊重父母意見。由其遺囑指定之爲當也。至禁治產人多係已成年

者。原不在父母保護之下。其監護職務。應由何人負擔。自以法律明定爲當。而不得直委其權於父母也。故禁治產人之監護人。以法定者居首。而指定者次之。其法定順序如左。(民法一一二一條一項一欸至四欸)

(A) 配偶 配偶情誼最密。關係最切。而疾病之相扶持亦爲最便。故應首先互爲監護人。雖有父母在。不能與爭焉。

(B) 父母 成年人宣告禁治產時無配偶者。自應以父母爲監護人。未成年人宣告禁治產者。有父母時。亦應以父母爲監護人。均無問題。惟未成年人父母俱亡。已置有監護人。是否因其宣告禁治產之故。又爲置一監護人乎。依法文(民法一一一〇條)觀之。似應另置一監護人。然政出多門。轉失法律保護之意。故余以爲自立法之精神上解釋之。應以其已置之監護人兼行禁治產人監護之職務。固不必另置。以省紛擾也。

(C) 與禁治產人同居之祖父母

(D) 家長

(2) 指定監護人 無法定監護人時。則後死之父或母。得以遺囑指定監護人。

(民法全條一項五款)

(3) 選定監護人 無指定監護人時。應由法院徵求親屬會議之意見選定之。(民法全條二項)

(乙) 監護人之職務 禁治產人監護之職務有二。首在保護管理受監護人之財產。此時依民法一一三條一項。應準用關於未成年人監護之規定。但第一〇九九條及一一〇一條至一一〇四條之規定。於父母爲監護人時。亦不適用之。(民法一一三條) 次則護養療治其身體。蓋受監護人既因心神喪失或精神耗弱而宣告禁治產。則其身體上已有重大之疾病。自須由監護人負護養療治之責。以期康復。惟應按受監護人之財產狀況爲之。自消極言。不應爲過度之開支。使其財力不勝。自積極言。監護人法律上亦無斥舍己財。代爲療治之義務也。(若監護人對受監護人係有扶養義務者，則爲另一問題，) 療治結果。如不收奏。監護人更可將受監護人送入精神病醫院。以昭慎重。或監禁於私宅。以防意外。惟均應得親屬

會議之同意。蓋一則恐濫費療治之資。一則恐受監護人自由有過受束縛之苦也。但父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人時。則不在此限。（民法一一二二條）

第五章 扶養

第一節 扶養之意義

扶養云者。自廣義言之。乃對於社會共同生活上之弱者。加以救助保護之謂也。然親屬法之所謂扶養。則涵義較狹。茲舉如左。

扶養者。有資力人。對於不能依自己資產或勞力謀生活。或不能依自己資產受教育之人。負養護教育之義務。而屬於親屬法上之制度也。

右定義。更分析說明之。

（一）扶養者。有資力人之義務也。拯濟困乏。扶植衰弱。非有資力者。不克勝任。苟無資力。則自身尙須他人之扶養。安有扶養他人之能力。法律縱課以此義務。亦等具文矣。

(二)扶養者。以養護教育不能依自己資產或勞力謀生活。或不能依自己資產受教育之人爲目的之行爲也。人貴自立。然貧困衰弱。交徧環撓。勢難圖存。扶養乃生。大抵年力衰殘。資產匱乏者。所需於扶養之費用。以維持生活爲已足。至幼年之人。不但生活有待維持。而智識尤須開發。故更應俾其受相當之教育焉。否則將來成人。罔所憑藉。亦難自活。必永爲社會家庭之贅累矣。(日民九五九條一項，明定不能依自己資產受教育者，亦得受扶養，民法一一一七條，雖未明定，然解釋上，亦屬當然，蓋不能受教育者，將來即無謀生能力，故該條無謀生能力者一語中，自包括不能受教育者在內也)

(三)扶養者。親屬法上之制度也。扶養制度。以救濟衰弱貧困爲目的。其範圍甚廣。固不限於親屬法上之規定。然親屬法上之規定。實能執兩用中。而得中庸之道焉。孟子曰。惻隱之心。人皆有之。故拯孤恤鰥。社會所尙。凡屬橫目方趾之倫。均有不容旁貸之責。惟博施濟衆。堯舜猶病。老安少懷。實效難徵。蓋此爲道義上之扶養制度。只可任諸仁人賢士之自爲。非能強凡民以必從也。與親屬法上之扶養

制度屬於強制規定者不同。刑法三一〇條云。對於無自救力之人。依法令或契約應扶助養育保護而遺棄之。或不爲其生存所必要之扶助養育保護者。處六月以上五年以下有期徒刑。因而致人於死或重傷者。比較故意傷害罪。從重處斷。而對尊親屬犯之者。更加重其罪。（刑法三二二條）此爲刑法上之扶養制度。對於違情害理之人。所加之嚴厲制裁也。與親屬法上之規定亦異。此外尙有因當事人之契約而成立扶養關係者。是爲普通私法上之扶養制度。其效力與親屬上之規定略同。惟爲扶養與受扶養者。不限於有特別身分之人。且其效力之發生。非根據法律而由於契約。則有異耳。總之。親屬法上之扶養制度。以親屬之身分爲存在之前提。其效力位於道義的扶養制度與刑法的扶養制度之間。自未可混同也。然須先有道義的扶養制度。以固其始基。後有刑法的扶養制度。以督其進行。而親屬法上之扶養制度。始能收其實效焉。是三者固相輔而相成也。

第二節 扶養之範圍

吾國古者。宗法盛行。宗子有世守罔替之爵祿。士夫懷敬宗收族之思想。吉凶相及

。有無相通。敦睦親誼。視爲固然。而舊律收養孤老條例。載有凡鰥寡孤獨及篤廢之人。貧窮無親屬依倚。不能自存者。由所在官司收養。釋其文義。所云無親屬依倚者。反面卽係有親屬時。其親屬須負扶養之義務也可知。惟其範圍。廣者推及同宗。狹者亦在服制圖列舉之內。此在昔日大家族主義之時代。固屬當然。殊不能適用於今日。且法律主旨。僅在禁人作惡。不能強人爲善。而扶養規定。則以樂善好施爲依歸。故其範圍。尤應嚴格。否則侵入道德領域。致強凡民以所難。有失法律之本色矣。民法參照古制。審酌時宜。爰定扶養之範圍如左。(民法一一一四條)

(一)直系血親相互間。所謂直系血親者。法既無親等之限制。則自理論言之。上至高祖以上。下迄玄孫以下。皆可推至無限世。然實際上言之。曾祖能見及曾孫者。已屬不易。故因人壽所限。直系血親間之扶養。不過及於四五世耳。五世以外。旣不能同時并存。自無扶養之可言也。

(二)夫妻之一方與他方之父母同居者。其相互間。此爲直系姻親間之扶養。卽女婿與岳父母同居時。或子婦與翁姑同居時。其相互間。始生扶養關係。較諸直系血

親間之扶養。可推至父母以上。且不問是否同居者。多數法例。皆不認姻親間之扶養。惟法日有此規定。(法民二〇六條二〇七條日民九五四條二二項)

(三)兄弟姊妹相互間。兄弟姊妹。雖爲旁系血親。然誼屬同氣。關係甚切。自應互爲扶養。瑞日民法。皆有規定。(瑞民三二八條日民九五四條一項)惟德法及英國法不認之。(德民一六〇一條法民二〇五條至二〇七條)

(四)家長家屬相互間。此爲民法採取家屬主義之結果。在個人主義之國家。法律上並無家長家屬之規定。安有扶養之可言乎。惟日本亦採家屬制。故亦有規定。(日民九五五條一項四款九五七條一項六款)

凡在以上範圍之內者。均相互負扶養之義務。亦即相互有受扶養之權利也。蓋義務中含有權利。而權利中亦包括義務。二者相雜。未能顯分。故民法親屬編第五章標題。僅稱扶養。實較德日民法稱爲扶養義務者爲當也。(德民第四編第二章第三節日民第四編第八章)

尙宜研究者。夫妻相互間。亦應有扶養關係。各國法例。皆有規定。而民法獨不之

及。實屬不當。前於第二章第六節婚姻之普通效力中已論之。茲不再贅。

第三節 扶養義務者之順序

對於一應受扶養之人。而只有一負扶養義務者。則直使其履行義務而已。別無問題之發生。然負扶養義務者有數人時。則應由何人先履行其義務乎。苟非法律明定其順序。必生無謂之紛爭。故民法定其順序如左。(民法一一一五條一項)

(一)直系血親卑親屬 子孫應供養其父母祖父母。實爲孝道之始基。人倫之大本。故列之首位。以示責無旁貸也。

(二)系直血親尊親屬 父母祖父母對於子孫。所負扶養之義務。亦較他人爲重。故次於第二位。

(三)家長 爲主持家務之人。對於家屬。自應先盡扶養之義務。故次於第三位。

(四)兄弟姊妹 兄弟姊妹雖屬同氣。然屬旁系親。故次於第四位。

(五)家屬 家屬雖有扶養家長之義務。然係變例。故次於第五位。

(六)子婦女壻 子婦對於翁姑。女壻對於岳父母。關係均比較疏遠。故次於第六位。

。惟在吾國習慣。子婦之孝養翁姑。女婿之供奉岳父母。常較對於兄弟姊妹爲親切。而民法列其順序於後者。殆以其爲姻親之關係歟。

(七) 夫妻之父母 夫妻之父母對於子婦女婿所應負扶養之義務。自比子婦女婿所應負者爲輕。故其順序爲最末也。

以上所定扶養義務之順序中。尙有應發生之問題。而有待於法律之明定。以資解決者二端。茲更分述如後。

(一) 義務者同一順序時 義務者有數人而同係直系尊親屬或直系卑親屬者。則應以親等近者爲先。如祖父母父母同一順序。則以父母爲先。子孫同一順序。則以子爲先是也。(民法同條二項)

(二) 義務者同一親等時 義務者有數人。不但其順位同一。而且親等同一。則無分別先後之可能。應各依其經濟能力分擔義務。如甲乙丙丁四子。同有扶養其父母之義務。而甲乙丙各有二千元之經濟能力。丁則有四千元。扶養費年需一千元。則甲乙丙應各分擔二百元。丁則分擔四百元。分擔數額。雖有多寡。而依其經濟能力爲

標準。固不失爲公平之辦法也。（民法同條三項）

第四節 扶養權力者之順序

受扶養權利者有數人。而負扶養義務者之經濟能力。又不足以扶養其全體時。則依左列順序。定其受扶養之人。（民法一一一六條一項）

（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）子女及潛

右列順序。皆係就扶養權利者與扶養義務者關係之親疎遠近而定。其理由與前述扶養義務者順序之說明可對照而知也。此外同係直系尊親屬或直系卑親屬者。則以親

等近者爲先。(民法同條二項)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。如長子甲已入學校。生活費外。尙需教育費。次子乙尙未入學。則僅需生活費。因各人之需要不同。而扶養費用之多寡自異。不必一致也。(民法同條三項)

第五節 扶養之要件

法律上規定扶養制度。本屬變例。故不但其範圍未可失之寬泛。即在範圍之內者。亦應具備相當之要件。始能適用扶養之規定。庶免法律獎勵依賴。而強人以難堪焉。茲就民法所定之要件。分別述之。

(一)義務者之要件 即須有相當之經濟能力。足以自活外。尙有餘資。可以濟人。倘係資力匱乏。則自身尙需他人之扶養。何能負擔扶養之義務。縱法律加以強制。亦屬徒勞。又或資力頗裕。而僅足自活。責其扶養。事類從井以救人。必致兩敗而俱傷。故無經濟能力者。自不負扶養之義務。而有經濟能力者。因負擔扶養義務。致不能維持自己生活時。亦得免除其義務也。(民法一一一八條)

(二)權利者之要件 卽須以不能維持生活而無謀生能力者爲限。否則阻上進之路。長遊惰之風。非法律所宜出也。至其不能維持生活而無謀生能力之原因。是否由於過失。則非所問。故因嫖賭遊蕩而破家者。仍得享受扶養之權利。惟日民兄弟姊妹間之扶養。以權利者之不能自活。須非由於自己之過失。(日民九五九條二項)蓋以兄弟姊妹之關係較疏。多數法例。並不在扶養之範圍內故也。民法不但無此規定。且於無謀生能力之限制。不適用於直系血親尊親屬。蓋敦尙孝友。爲吾國家屬制度之美風。法宜保存之也。(民法一一一七條)

第六節 扶養之程度及方法

(一)扶養之程度 扶養之程度。欲期其適當。應就義務者與權利者雙方之情形。公平酌量。故首須按照受扶養權利者之需要。如權利者家徒四壁。或完全不能勞動。則其需要爲生活費之全部。或稍有資產。或略能從事勞動。則其需要以補充生活費之一部爲足。即在生活費之中。通常所需者。爲數雖少。而因疾病。急需治療。因求學有待籌畫者。費亦不貲。且求學並不以小學卒畢爲限。苟其人身分智能。足以

入大學者。其教育費亦在所需要之列也。次則審察負扶養義務者之經濟能力。能否勝任。其身分應否負擔。如權利者之需要。每月雖爲百元。而義務者僅能負擔半額。則以月支五十元爲足。又或義務者之經濟能力及身分。能月出二百元。而權利者需要之程度。僅只百元。則亦不必爲過度之負擔。總之。扶養程度之測定。應就雙方情形。統籌兼顧。俾毋偏倚也。(民法一一一九條)

(二)扶養之方法 扶養之程度確定後。則更應定扶養之方法。以便義務者按照履行焉。其方法如何。雖因人而異。然舉其要者。不外二種。或使權利者與義務者同居。以盡扶養之責。或由義務者給與權利者以生活費。任其自爲生活。究應如何決定。均由當事人自行協議。以期妥善。但意見紛歧。不能協議時。則由親屬會議定之。(民法一一二〇條)

抑有言者。扶養之程度及方法。因情事而常有變更。如權利者因受他人贈與或繼承遺產。而困難之情形減輕。或義務者因營業失敗。而個人之資產虧耗。此扶養程度有變更也。或權利者初因孤獨。頗感寂寞。願與義務者同居。繼嫌喧擾。又好清靜

。欲與義務者分居。此扶養方法有變更也。因此變更。應如何另定新規。自應許當事人請求之也。至請求之權利。權利者與義務者雙方均有之。惟須得他方之同意。始可變更。如意見不一。仍應由親屬會議決定之也。(民法一一二二條)

第七節 扶養之消滅

扶養消滅之原因有三。分述如左。

(一)當事者之死亡 當事者全歸死亡時。扶養固因以消滅。若僅一方死亡時亦然。如權利者死亡。受扶養之主體已無。扶養自應消滅。而義務者死亡。如尙有其他次順序之法定義務者時。雖可由其繼續進行扶養。然就原義務者觀之。亦爲扶養之消滅也。

(二)扶養原因之消滅 如甲因貧不自存而受扶養。乃其後忽然富厚。則扶養之原因消滅。而扶養自隨之消滅矣。

(三)當事者身分之消滅 扶養關係。以身分之存在爲前提。即權利者與義務者因係親屬或家屬。始能請求扶養。若親屬或家屬之身分消滅。則扶養亦隨之消滅。如甲

因爲乙養子之故而受扶養。其後收養關係終止。則養父子之身分。已不存在。扶養關係。自歸消滅矣。抑有言者。扶養關係係附麗於身分而存在。故權利者生前不得以之移轉於他人。死後亦不能由其繼承人繼承之也。

尙宜研究者。因權利者之死亡而消滅扶養時。依民草及德民規定。義務者尙須負擔其喪葬費用。(民草一四五九條二項德民一六一五條二項)不得藉口扶養消滅而卸責。蓋養生送死。人之大事。喪葬未終。責固未盡。民法雖無明文規定。而解釋上亦屬當然也。

第六章 家

第一節 家之意義

家之名稱。其義有三。茲舉如左。

(一)自建築物上觀察之。所謂家者。類指房屋而言。如爾雅云。牖戶之間謂之房。其內謂之家。日本稱房屋爲家屋是也。

(二)自生活關係上觀察之。所謂家者。乃住居或家庭之意。如說文解字訓家爲居是

也。

(三)自家屬制上觀察之。所謂家者。乃指以永久共同之生活爲目的而同居之親屬團體也。

民法採家屬制度。故有家之規定。而家之意義。則屬於第三種。(民法一一二一條)然在個人制度之國家。如第三種之家。事實上亦非無之。惟法律上則不承認而加以規定耳。

第二節 家之組織

第一款 家長

家長者。統轄家政。而居於家屬團體首長地位之人也。如羅馬之家父 *pater familias*。日耳曼之元父 *Stamm vater*。日本之戶主。皆家長也。吾國舊律。有妾爲家長持服圖。是家長乃妾對其丈夫之稱謂。然此爲別義。而普通皆係指統轄家政之人而言。如舊律戶律戶役脫漏戶口條之輯註有曰。一家之事。由家長爲主。欺隱田糧之輯註有曰。一戶人口。家長爲主。所有田糧。家長主之。別籍異財之輯註有曰。家政

統於家長。皆其明証也。

吾國古者。宗法盛行。而宗有大小。家亦隨之。凡屬於大宗之系統者。爲本支之家。屬於小宗之系統者。爲分支之家。家與宗合。而宗子即爲家長焉。其後宗法衰歇。宗與家分。所謂宗者。僅指系統上之關係。家則指實際上之組織。繼承宗祧者爲嫡長。統轄家政者爲家長。故舊律之家長。僅爲一統轄家政之人。而於宗族系統之傳續無關也。民法家長之規定。亦復同之。故僅云家置家長。（民法一一二三條一項）而於其資格之取得。尤爲易易。即凡能勝統轄家政之任者。皆得充當。並不限於嫡長。且不論性別也。茲述如左。

（一）家長身分之取得 原則上。由親屬團體推定家長。凡被推定之人。即取得家長之身分。至輩分之尊卑。年齡之長幼。性別之差異。均所不問也。惟所云親屬團體。自係限於同居者。苟爲異居。則法所不許。無推定時。以家中之最尊輩者爲之。如家中父之外。尙有祖父。則祖父爲最尊輩。應以祖父爲家長。尊輩同者。以年長者爲之。如兄弟同居。輩分雖同。而兄爲年長。應以兄爲家長是也。（民法一一二

四條一項)

(二)家長身分之變例。最尊或最長者。雖依法取得家長身分。應爲家長。然因年力衰邁。不能管理家務。或年力富強。而因家務瑣屑。不願管理。則法律亦難相強。應由其指定家屬一人代理之。即其家長之身分仍存。不過由其家屬代行其職務耳。惟日本於此。則採隱居主義。由家長退隱而居於家屬地位。且因之開始家督繼承焉。此於吾國習慣及近代立法趨勢。均有未合。故民法不採之。而用代理主義。但亦僅能適用於法定家長。而於推定家長有此情形時。則應另行推定。不能由其指定代理也。(民法全條二項)

第二款 家屬

家屬者。隸屬於家長權之下。而爲組織一家之分子也。一家之中。家長只有一人。而家屬則可至無數焉。夫家屬之人數。既屬衆多。則其範圍。及其身分取得之原因。均應加以研究。茲分述爲左。

(一)家屬之範圍

(甲)與家長同居一家者。家屬與家長。均爲組織家之分子。而以永久共同之生活爲目的而結合者。苟非同居一家。不但組織無從。而共同生活。亦難進行矣。故民法明定同家之人。除家長外。均爲家屬。以示家屬係在家長所居之家內之人也。(民法一一二二三條二項)

(乙)與家長有親屬關係者。家之意義。依民法一一二二條規定。係以永久共同之生活爲目的而同居之親屬團體。則爲其組織分子之家長家屬。不但應屬同居。而且須有親屬之關係明矣。惟舊律親屬相容隱條云。奴婢雇工人爲家長隱者勿論。瑞士民法三三一條云。凡在一家共同生活之內者。無論血親姻親。或由契約關係之僕婢徒弟使用人。及其他類似之關係。均爲家長權之所及。是奴婢雇工徒弟等。雖與家長無親屬關係。而均可認爲家屬也。夫舊律固屬已陳之芻狗。而瑞民規定。則爲嶄新之法例。關於家屬範圍。屏棄親屬主義。而採共同生活本位之同居主義。實能打破昔日之形式的立法。而謀實際之便利。(日本現尙墨守親屬主義，故其內緣之夫妻，未經認領之子女，雖久處一家，爲共

同生活，而法律上仍非家屬，實多不便也，故民法倣之。規定雖非親屬。而以永久共同生活爲目的同居一家者。亦視爲家屬。（民法全條三項）特近代法制。係由身分而進於契約。此則更由契約而返於身分。殊屬堪研究者耳。

（二）家屬身分取得之原因

（甲）出生 子女出生而與父同居者。即爲父之家屬。若父爲贅婿而與母同居者。即爲母之家屬。惟非婚生子女未經父認領。及女子出嫁而異居者。則不得視爲家屬也。

（乙）婚姻 夫妻有同居之義務。故妻因婚姻應入於夫之家。自爲夫之家屬。贅夫因婚姻應入於妻之家。亦爲妻之家屬。但因離婚而各自回其本家時。則復取得本家家屬之身分矣。

（丙）收養 養子女因被收養而入於養父母之家。自亦爲養父母之家屬也。但因收養關係終止。而回其本家時。則復取得本家家屬之身分矣。

（丁）入籍 異居之人。因實際便利。欲與家長爲永久共同生活。經家長之允許而

入籍者。自取得家屬之身分也。

第三節 家長之權義

家長之權義者。因家長之身分所享之權利及所負之義務也。古代羅馬之家父權。極爲強大。對於家屬。不但總轄其財產。并得生殺與奪其身體。然家屬所加於第三人之損害。家父亦負賠償之責任。吾國昔時。宗法盛行。家長權義。亦極重大。關於權利者。如主持祭祀，管理財產，計家受田。關於義務者。如教育子弟，負擔賦役。史冊所載。皆可考稽也。降及有清。宗法凌替。然家長權義。除受田一項。隨井田制廢而消滅外。其他依然存在。清律同居卑幼。不由尊長。私擅用本家財物者。及祖父母在。子孫欲別籍異財者。均有處罰。則家長之總攬財權也可知。凡脫漏戶口，隱蔽差役，欺隱田糧。皆坐罪家長。則負擔賦役之義務。亦惟家長任之也。此外如主持祭祀。教育子弟爲家長之專責。實社會所習見。更無待於證明也。民法雖仍採家屬制。而有家長之規定。惟其權義。則大形削減。蓋人群之結合。就私的方面言。由氏族制而大家屬制。而小家屬制。而個人制。其團體之分子。隨時代

之進步而漸次減少。故爲其團體首領之權義。亦不得不縮小焉。自公的方面言。由部落制而封建制。而國家統一制。而國際聯合制。其團體之分子。隨時代之進步而漸次增加。故爲其團體首領之權義。乃因之強大焉。以歷史考之。人羣結合。在古代多注重私的方面。而人民生命財產之保護咸賴之。故不能不使家長之權義臻於強大也。洎世運漸進。而公的團體發達。其保護人民生命財產之效能。實駕前者而上之。復受外力之壓迫。非弘大公的團結。尤不足以排萬難而圖存。於是國權日高而家長之權義。乃見衰頹。由是觀之。家長權義之興衰。實與國群之進化成反比例。而文明之通塞。亦於此足徵矣。茲就民法規定。分述於左。

(一) 家長之權利

(甲) 管理家務之權 家長爲一家之主宰。故家務自應由家長管理之。但爲便利計。亦得以家務之一部。委託家屬處理也。(民法一一二五條)

(乙) 令家屬分居之權 家屬已成年。或雖未成年而已結婚者。其能力已足獨立。故家長得令其由家分離。以輕負擔。或因意見紛歧。藉此避免爭端。總以有正當理

由時爲限。否則不得濫用此權。致妨家屬之利益也。（民法一一二八條）

（丙）受家屬扶養之權（民法一一一六條一項五款）

尙宜研究者。民草一三二九條規定。家長有允許異居親屬入籍之權。蓋爲保持家庭之秩序。及審量扶養之負擔。自應予家長以此權。民法雖無明文。然解釋上亦應如此也。

（二）家長之義務

（甲）注意家屬利益之義務 家長雖有管理家務之權。然不得圖謀個人之利益。應注意家屬全體之利益。蓋家庭之組織。係由家長專制進於家屬共和制。即前者注重家長之權利。後者則注重家屬之利益是也。（民法一一二六條）

（乙）扶養家屬之義務（民法一一一五條一項三款）

尙宜研究者。依瑞民三三三條規定。無責任能力之家屬。對第三人有侵權行爲時。家長尙須負賠償之義務。惟以監督上未能爲普通必要之注意者爲限。日民雖無規定。而其親族法改正要綱第六則採取之。此爲家屬制民法中應有之通例。我民法並未

之及。則家長之義務。殊失之輕微矣。

第四節 家屬之權義

家屬之權義。亦因家屬之身分而生。身分苟歸消滅。而權義亦即隨之。且其權義。均係對於家長者。至家屬相互間。既皆屬於一團體之分子。則同舟共濟。休戚相關。固亦應有其權義。而民法則概未之及。茲分述如左。

(一) 家屬之權利

(甲) 請求分居之權 家屬已成年。或雖未成年而已結婚者。均宜獨立門戶。以減少大家屬制之流弊。故法許其向家長請求分居。蓋近代家屬制之組織。已由複雜而趨於簡單。不但九世同居五世同居之大家屬團體。不適於現代之生存。即以親子為中心之小家屬團體。亦漸進於以夫妻為中心焉。(民法一一二七條)

(乙) 受扶養之權(民法一一一六條一項三款)

(二) 家屬之義務

(甲) 服從家長之義務 家長居於家屬團體首領之地位。有管理家務之全權。則家

屬對之。自應服從其指揮。庶免家務墮弛。秩序凌亂之弊焉。民法於此。雖無明文規定。而自家務由家長管理（民法一一二五條）之法文推之。家屬之有此義務。固毋庸置疑也。

（乙）扶養家長之義務（民法一一一五條一項五款）

第七章 親屬會議

親屬會議。起源羅馬。近世大陸諸國倣之。吾國古時。亦有類似之組織。周禮大宗伯以飲食之禮。親宗族兄弟。依五禮通考。飲食之禮有二。即族燕族飫是已。蓋古者合族之禮。方其平居無事。則有燕以申好。及其有大疑謀。則有飫以圖事。可謂吾國親屬會議之雛形矣。又考之社會習慣。家庭紛糾。亦常邀集親長。會議處理。惟或屬禮制。或爲習慣。均無法律上之根據。不便遵循。民法近觀固有禮俗。遠採他國法例。特設本章。然此制運用不善。常至徒具形式。或引起紛爭。而難收預期之效果。故其流弊所滋。亦不可不慎也。

第一節 親屬會議之意義

親屬會議之意義。因各國法例不同而各異。茲就民法之規定。而定其義如次。

親屬會議者。爲處理監護及繼承事務。而非常設之合議機關也。

右意義。更分述如左。

(一)親屬會議以處理監護及繼承事務爲目的。法比意及日本舊民法。均以親屬會議爲保護無能力者之機關。即僅以處理監護事務爲目的。民法則不以監護事務爲限。且有干與繼承之權。(民法一一四九條一一七四條二項一一七七條一一七八條一一七九條二項一一八〇條一一八三條一一九七條一二一一條至一二一三條一二一八條)與日本新民法。凡關於一家利害之事務。均使親屬會議得參加者。同屬於廣義之規定也。

(二)親屬會議爲非常設之機關。親屬會議因有特定之事務而隨時召集。迨其會議之事務完畢。則歸解散。故無恒久之性質。自非常設之機關。其爲無能力人所設立者。存在期間雖較久。然亦僅以成爲能力人時爲止。仍不得謂爲常設機關也。

(三)親屬會議爲合議機關。親屬會議係由數人之會員組織而成。其處理事務也。

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。且既係機關。自非法人。故法律上不能爲權義之主體。僅由各會員於親屬會議名義之下爲決議。而共同行使權利負擔義務耳。

第二節 親屬會議之組織

親屬會議由親屬會員組織之。其員數多寡。會員種類。及其資格與辭職等項。均應加以研究。茲依民法規定。分述如左。

(一)親屬會員之員數。關於親屬會員員數之立法例不一。有僅限定最少額者。如日本須在三人以上。(日民九四五條)有於最少額外。並規定最多額者。如德國除會長外。須在二人以上六人以下(德民一八六〇條)有但限於一定之員數者。如法國除會長外。以六人爲限。(法民四〇七條)民法採取法例。定爲五人。夫親屬會員過少。易生專斷之弊。過多又不無濫竽之嫌。故日民僅定最少額。而不設最多額。以便應實際之必要。自由伸縮。既可免濫竽充數之弊。並能收集思廣益之效。實屬適當。民法竟舍之而取法例。員數固定。殊多不便也。(民法一二三〇條)

(二) 親屬會員之種類

(甲) 法定親屬會員 此項會員。應就未成年人禁治產人或被繼承人之下列親屬與順序定之。(1)直系血親尊親屬。(2)三親等內旁系血親尊親屬。(3)四親等內之同輩血親。同一順序之人。以親等近者爲先。親等同者以父系之親屬爲先。同系而親等同者。以年長者爲先。(民法一一三二條)

(乙) 指定親屬會員 無法定親屬會員。或不足法定人數時。法院得因有召集權人之聲請。於其他親屬中指定之。(民法一一三三條)

尙宜研究者。親屬會員理論上自應完全由親屬充當之。方能名副其實。惟未成人禁治產人或被繼承人門祚衰微。親屬寥落。或瑩然子立。並無親屬。則法應顧全事實。略予變通。以濟其窮。如日民規定與本人或其家有緣故者。(日民九四五條) 民草與本人相關切者。(民草一四四二條二項) 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當。然或親屬中無一誠實可靠之人。或有之而遠處他鄉。或親屬寥落。不足法定人數。或竟無親屬。此時親屬會員若仍以

親屬爲限。必使親屬會議無法成立。即成焉亦不能舉其實效也。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。

(三)親屬會員之缺格 親屬會員。責任重大。故非任何親屬。悉能充當。如左列各人。縱係親屬。亦不得有親屬會員之資格也。(民法一一三三條)

(甲) 監護人 其職務上之行爲。應受親屬會議之指揮監督。且常與親屬會議立於利害衝突之地位。若許兼爲親屬會員。將不勝其弊害矣。

(乙) 未成年人及禁治產人 此等人並無行爲能力。自不足勝親屬會員之任。

(四)親屬會員之辭職 法定親屬會員。非有正當理由。不得辭職。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。苟聽其任便辭職。亦非所宜。民法之漫無限制。殊有未當也。(民法一一三四條)

茲宜注意者。親屬會議係公益上設立之保護機關。各會員之行其職務也。宜慎重注意。而克盡厥職。故日民規定。親屬會員宜注意之程度。與代理之受任者同視。即須從委任之本旨。以善良管理者之注意。負處理委任事務之義務。（日民九五三條六四四條）倘怠於注意。而致利害關係人受損害時。應負賠償之責。民法於此。雖無明文規定。而解釋上亦屬當然也。

第三節 親屬會議之召集

（一）召集之原因 親屬會議。既為處理監護及繼承事務而設之機關。故依民法親屬編中監護之規定。民法繼承編中之規定。應開親屬會議時。應即召集開議。行使職權。故其召集原因。以法律所明定者為限。若在法定範圍之外。則不得開會。倘或為之。亦不生法律上之效力。此與吾國習慣。凡家庭一切紛糾。均得隨時召集親長計議者。固迥異也。

（二）召集權之所屬 親屬會議為合議機關。雖依法應開會議。苟無人召集之。則各會員不能自行集合也。然召集權應何屬乎。依日民及民草規定。則屬於法院。（日

民九四四條民草一四四〇條）以親屬會議決議事件。多屬重大。若選定會員召集會員等事。一任親屬等之自由。則親屬中有圖謀私利者。皆集合便於自己之人而會議之。其會議決無公平之望。（見民草一四四〇條理由）立法慎重。固屬不謬。然吾國家事。素以不經官廳干涉爲原則。若召集親屬會議。須呈請法院爲之。程序煩難。殊非人民所便。故民法規定由當事人法定代理人或其他利害關係人召集之。以期簡易。（民法一一二九條）

第四節 親屬會議之議事

親屬會議之議事。以會員之決議行之。而決議之方法限制。及決議不當之救濟。有應研究者。茲依民法之規定。分述如左。

（一）決議之方法 親屬會議之議事。應取決多數。以昭慎重。故非有會員三人以上之出席。不得開會。非有出席會員過半數之同意。不得爲決議（民法一一三五條）尙宜研究者。會員意見紛歧。均不能過半數時。則無法決議。故日民及民草規定。得呈請法院判斷之。（日民九五二條民草一四四九條）以資解決。民法並未採取。殊

欠完善。

(二)決議之限制 親屬會員出席親屬會議時。均得自由發抒意見。表示贊否。惟所議事件。與其自身有利害關係者。則不得加入決議。以避嫌疑。而示限制。(民法一一三六條)

(三)決議不當之救濟 親屬會議之決議。如有不當。則有召集權之人。得於決議之日起。三個月內。向法院聲訴不服。以資救濟。但此係指親屬會議之合法決議而言。若其組織並未依法辦理。或決議違反公序良俗。則根本上已屬違法。自當然歸於無效。無聲訴不服之必要也。(民法一一三七條)

親屬法要論終

親屬法要論附錄

一 論新親屬法草案採取個人制之當否 民一八載法律評論 郁 嶷

親屬法之編纂，考諸各國立法例，有採家屬制者，有採個人制者。吾國歷次舊親屬法草案，均根據社會固有之習慣，採取家屬制；而有家制之規定。及去歲國民政府法制局纂擬新親屬法草案，則斟酌世界之潮流，採取個人制，而無家制之規定。自新草公表後，中外學者，對於此點，頗多非議，如北大教授黃右昌既以專唱高調，不合黨義相譽。（原文題爲「對於國府法制局親屬繼承兩草案的批評和希望」曾載北平新晨報及新民法一束）而日人中島玉吉博士亦云：「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。」（原文由胡君長清譯載法律評論二八九期）不佞近在北平朝陽大學講授親屬法，曾以新草採取個人制之當否爲題，徵集學生答案。總其結果，贊成者固居多數，反對者亦不乏人。暑假得暇，爰就此題，申以鄙見，期與海內明達一商榷焉。

不佞嘗謂立法家所當致謹者有二，（1）須內審國情。（2）須外察大勢。蓋法律爲社會之反映，凡一國之禮俗習慣，足以表彰其民衆之美德者，宜設法維繫之，以圖光揚固有之精神。倘舍己以耘人，必踰淮而爲枳。然國於今日，勢難孤立，異邦良制，足資取法者，亦應擇善而從，期以立法手段，促國家之進步。若徒固故步，千載一轍，則刻舟求劍，庸有當乎。歷次舊草，均採家屬制，可謂能內審國情矣。然世界大勢，罔知

順應，古調獨彈，遺害安窮。新草雖採個人制，而於吾國家屬制度固有之優點，亦曾爲相當之容納，頗能擇長棄短，調劑適中，茲將新草採個人制未可非議之點，就三方面觀察之。

一 自兩制利弊上觀之。家屬制與個人制之利弊，學者之主張雖紛，然就膚見所及，則如左舉。

(甲)家屬制之利有二。

(1)得互助之益。家屬制之特點，有家長以主持家政，提挈綱領，振導於上。而羣從子弟，協力合作，拱衛於下。指臂相聯，脈絡貫通，內外雍睦，門楣浸盛，社會基址，於焉鞏固。管子所謂少相居，長相游，祭祀相福，死喪相恤，禍福相憂，居處相樂，行作相和，哭泣相哀者，蓋其情誼感孚之有素，則其團結互助自彌篤也。

(2)有天倫之樂。一家之內。以夫婦親子及兄弟姊妹爲其構成分子。或異性相愛，誓偕白首，或血統連屬，休戚與共，或同氣一本，情殷手足。朝夕聚處，精神感召，心意暢適，匪言可喻。昔朱琦爲姚湘坡作北堂侍膳圖記曰：「天下之至樂，無有逾此者矣。」又曰：「猶記琦少時，侍先大夫飯，有饋蒸豚者，琦方自塾歸，先大夫謂琦曰，汝今日書熟乎？以啖汝，回顧吾弟牽衣立母旁，先大母年八十，扶杖相視而笑。」其狀人生骨肉歡然聚處，極天倫之樂事也，情景如繪。吾人居今讀之，猶低徊感慕，不能自己，矧身當其境者乎？

(乙)家屬制之弊有三。

(1) 經濟上之弊 家族財產，彼此共同，影響經濟，頗爲重大。自消極言之，足以減少生產力。自積極言之，足以增加消費力。蓋故家巨族，席豐履厚，生之者寡，用之者疾，轉瞬中落，比比皆然。試例證之，子弟成年，本可自食其力，乃以父兄所入豐饒，庇廕卵翼，生計無虞，遂自儕於執袴闊少之列，游手好閑，不執一業，此其減少生產者一。又或年未衰老，事業功勳，尙可努力，乃以子弟顯達，甘旨之奉，恣所求取，遂自居封翁，夸耀鄉里，優游坐食，頹其天年，此其減少生產者二。抑有言者，人性自私，賢哲不免，專有之物，慎取慎用，倍加保愛。倘屬公共，則漠不關心，任情揮霍，易流侈靡。夫家族財產，既爲維持家屬共同生活之資，非任何一人所專有，則浮支浪費，何所顧惜，其足以增加消費力也，彰彰然矣。

(2) 政治上之弊 政治附麗於國家，有健全之國家，始有完美之政治。然在家屬制之下，個人爲家之直接構成分子；而對於國之關係，乃屬間接。故愛家之心，厚於愛國，一家興衰，痛癢切膚，努力維護，務振家聲。至國有急難，則視同秦越，忽然安之。顏氏家訓曰：「孝子忘國而安家」。家事紛心，不遑其他，國政叢脞，緣以益甚。試覽吾國前乘，國勢岌危，政治腐敗，而人民酣嬉積薪，罔知顧惜，謂非家屬制之作梗也耶。

(8) 社會上之弊 家爲社會之中堅，各家之秩序井然，則社會之安謐可保。若使骨肉寇仇，變起蕭牆，斯社會無寧歲矣。然在家屬制之下，禁止分家，獎勵同居，故家之分子複雜，情感維繫，極非易

易。即以吾國之簡單家庭觀之，其包含分子，已有親子，夫婦，兄弟姊妹，婆媳，姑嫂，妯娌，等。若稍加擴充，如三世同居，五世同居，其分子之複雜，尤難名狀。坐是姑婦勃谿，室人交謫，怨氛瀾漫，社會以紊矣。昔張公藝九世同居，時論美之，或問何以相安，張公藝答曰：惟能忍耳。故今世張氏子孫，僉書百忍堂以自矜異。夫既云忍矣，則其不能無爭端也可知，特力行退讓，幸免於亂耳。然茹痛含忿，相忍爲家，即在賢哲，已覺難堪，矧屬庸愚，安能忍與終古乎？星火燎原，蟻穴潰堤，抑之也深，則其暴發也烈，影響社會，非細故矣。

(甲)個人制之利有三。

(1)經濟上之利 個人獨立，空絕依傍，衣食逼迫，凍餒堪虞，非奮其才力，從事職業，不足以圖存。而歲俸所入，無論豐嗇，皆幾經劬勞而得之，非倍加撙節，不足以善後。故一國之生產可增，而消費能得其當焉。昔商鞅之謀強秦也，下令國中，凡二男以上不分異者，倍其賦，家富子壯則出分，家貧子壯則出贅，使其民衆，僇力本業，秦用富庶，此蓋深知個人制經濟上之利，而毅然行之，功效立著，其智勇誠遠在歐美政治家之上矣。

(2)政治上之利 希哲亞里士多德曰，人類爲政治的動物，議論國政，本其天性，往者因家族之中阻，致其天性之汨沒。自家屬制廢，個人制興，個人與國家直接，關係密切，愛護自篤。庶政張弛，視乎民意，奸猾之輩，罔能操縱，平潮發展，有軌可循，國勢蒸騰，不難立期矣。

(3) 社會上之利 個人制之國家，法律上雖無家制之規定，然人民聚處，實際上固亦不能無家焉。惟其分子，不過夫妻親子等耳。情感本甚融洽，組織又極簡單，秩序整飭，鼠雀不爭，社會平和，交受其利矣。

(乙) 個人制之弊有二。

(1) 缺互助之益。大抵個人制之國家，多為經濟發達之社會，子女成年，各自分飛，從事工商，海角天涯，不相聞問，其無由互助也，自不待言。即同處一隅，而因生計之壓迫，惟權利之角逐，父子不相顧，兄弟不相恤，人欲橫流，但圖其私，天性涼薄，良增浩歎。試觀歐美人，其子女為父母服務，亦須計較工資，蓋其權利義務之劃分甚嚴，不因親疏而有所假借也。

(2) 無天倫之樂。個人制之國，獎勵分居，同堂共爨，非所願聞，兄弟姊妹，視等路人，雖夫婦親子之關係，不能間離，而實際上尚有所謂家焉，情誼感孚，頗慰孤獨。然近來受經濟壓迫，男女各從事社會工作，致夫婦之關係漸疏。而子女養育，亦不暇顧及，兒童公育問題，應運以生，致親子之關係日薄。益以獨身主義及離婚之盛行，而實際上之家，遂有不能維持之勢。流弊所極，使人重物輕人，悉為物質之奴隸，奔走營謀，供其犧牲，而天倫樂趣，索然盡矣。此覽泰西今日社會之狀況者，所為不勝其隱憂也。

夫制度無絕對之美，類瑕瑜而互見，何去何從，端在立法者，擇長棄短，權衡輕重，因時制宜耳。個人

制與家屬制，如右所舉，雖各有其利弊。然比較論斷，究以個人制爲利餘於弊。新草之毅然採取個人制，實亦兩利相權取其重，兩害相權取其輕，出於無可奈何耳，謂其未盡善美則可，謂其不及舊草則不可也。

二 自吾國國情上觀之。夫法制爲應付社會環境而生，有如何之社會，斯生如何之法制。故立法者於本邦社會之組織，國家之情形，未可忽略。彼反對新草者，輒以家屬制爲中夏數千年立國之基礎，今棄而不顧，有違國情，其持論固未嘗不當也。然細考之，國情非歷久不變者，舊草脫稿於清季，其採取家屬制，誠可謂適合當時之國情矣。然二十年以來，門戶大開，世界潮流，滔滔輸入，鼓蕩振撼，爲時雖暫，而其變動之劇烈，有非歷史上數百千年之遞嬗所能比擬者。自政治觀之，昔之政尙簡略，以不擾民爲天職者，今則積極興作，以福利及民爲要圖矣。昔之聚族而處，深居簡出，以不談國事爲良民者，今則游行朝市，張脈憤興，侈論時政矣。此政治之變動，致國家思想之發達，而家制漸圯者一。自經濟上觀之，昔之薄田數頃，子孫世守，安土重遷，家人團聚者，今則離鄉背井，漸趨都會，改業工商，骨肉分飛矣。此經濟之變動，致工商之勃興，而家制漸圯者二。此等變動，今已肇端，自斯以往，進行必烈。而吾國昔日之家屬制，無法維繫，蓋可斷言。徵之西乘，彼羅馬人亦以家制立國，後因政治經濟之嬗化，家制廢絕，遂進於今日歐美各邦之個人制。以彼例此，正復相類。新草審酌現在之國情，盱衡將來之趨勢，採取個人制，以資應付，良有由也。

三 自新草內容上觀之。新草雖採個人制，然細釋其內容，並非絕對。即於家屬制之弊害，固盡力排除，而於家屬制之利益，亦相當容納。觀其總說明第三原則，聲明立法主旨，在獎勵親屬互助而去其依賴性云云

，足以證之。茲更舉數條，分述如左。

(I) 家產共同。子女於成年後，對父母財產有貢獻時，該項財產視為共有財產，由父母管理使用之。(新草五四條一項) 未曾分居之親屬，於成年後，對維持共同生活之財產有貢獻時，該項財產視為共有財產，由年輩最高者管理使用之。但該親屬間別有協議者，從其協議。(新草五六條一項)

(2) 扶養義務。兄弟姊妹間，以未成年而無生活能力者為限，得請求扶養。(新草六一條) 子婦於其夫死亡後，與翁姑同居者，互負扶養之義務。(新草六二條二項)

(3) 立嗣制度。無子女者，得以遺囑立嗣子，無遺囑時，他人不得代立嗣子。(新草四八條一項)

以上三端，均係新草斟酌吾國習慣，於相當範圍內，容納家屬制之處。蓋在個人制之下，子女成年，財產獨立，各自管理，其他親屬，更勿待論，所謂特有財產者是也。新草則設家產共有之規定，且由父母尊長管理使用之。扶養義務之範圍，英德兩國，僅限於直系血族間，如法國之認岳父岳母與女婿間亦有扶養義務，乃為特例。其他諸國，雖範圍廣狹，各有不同，而不認兄弟姊妹間之扶養義務，則皆出一轍。蓋其以個人主義立國，不得不然也。新草則不僅兄弟姊妹間，互負扶養義務，且擴充範圍而及於翁姑子婦間。凡此立法，皆係採吾國向來家屬制親屬互助之美風，救個人制之偏失也。至立嗣制度，原為宗法遺跡，而家屬制賴以不廢者也，新草既以個人制立法，本不應加以規定。惟國人習性，最重嗣續，年屆垂暮，顧盼無後繼者，輒惴惴然不勝其殷憂，而擇立嗣子，以彌其缺恨焉。苟舉而革之，則一棺附身，血食以斬，廣蓄貲財，將焉

用之，失望之餘，必縱欲敗度，流於侈靡。故新草酌採舊制，以重國俗，並加以不得代立之限制，藉杜紛爭。此等法例，爲歐美各國採取個人制者之所無，而新草容納家屬制之明證也。學者不察，輒以不採家屬制爲新草病，殆於其內容未加深考耳。

昔柳子厚作封建論，謂封建非聖人意也，勢也。不佞亦謂新草之採個人制，實時勢有以致然。曩余少時，蟄伏鄉里，父母健存，兄弟無故，戚鄰團聚，歡然無間。及長游學四方，情勢大更，迄今二十餘年，久客他鄉，欲歸不得，祖宗邱墓，母能掃祭，骨肉分處，鮮能存問，追維前狀，恍如隔世，欲復舊觀，詎可得乎？然苟非軌近物質之撐逼，交通之進步，潛移默化，決不至此。以余所經，則知家屬制之在今日，實難維繫，立法者沉機觀變，因勢利導，而建應乎潮流之新制，固未可囿故見而非之也。

二 家制餘論

民一九載法律評論

郁 巖

不佞曩於法律評論三〇六期，著『論新親屬法草案採取個人制之當否』一文，推論個人制比較上優於家屬制即按諸吾國情近二十年來之變遷，親屬法上亦以採用個人制爲善，而家屬制無維持之必要。乃頃閱中政會民法親屬編先決各點審查意見書第八點，謂『家制應設專章規定之』，是已不承認前法制局所纂新親屬法草案爲當，而欲恢復前清民法草案之舊觀矣，揆諸鄙衷，深有未愜，爰再論之。

審查意見書所根據之理由，甚爲簡單，僅曰『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。』夫家制應否保存，關係社會組織，誠親屬法上重要之問題。其正

負兩面，俱有詳贍繁複之理由，似不應僅因其爲我國數千年社會組織之基礎，而遂保留之也。苟卿曰，法後王，謂其俗變近已，議卑而易行也。李斯曰，五帝不相復，三代不相襲，各以治，非其相反，時變異也。蓋法制所以應付社會之環境者，而社會環境，則與時變遷，法制興廢，於焉隨之。家制雖爲我國數千來社會之基礎，然揆諸我國社會今日之變遷，及後此之趨勢，是否適合，實大疑問。以不佞觀之，因政治思想經濟情況之銳進，及世界潮流之震撼，我國社會，近二十年來，變動綦巨，家庭制度，受其影響，漸形崩圮，嗣是以往，決難維持，欲以法律之力，強加保留，刻舟求劍，非智者所宜出也。不觀乎君主制度乎？非我國數千年來立國之基礎耶？曷以辛亥而後，卒然革之，人無異詞，苟如中政會意見書所云，則君主制度，亦當在保留之列矣。故制無善惡，適時爲宜，家制之應否保留，不問其是否爲我國數千年來社會之基礎，當視其能否順應今後之趨勢以爲斷，中政會諸公不此之務，而斷斷焉炫示家珍，是亦不可以已乎？

審查意見書第九點又謂「家制之規定，應以共同生活爲本位」。以「承認家制存在之目的，原爲維持全家共同生活起見，故應以家人共同生活爲本」。夫家人共同生活，誠爲家制存在之目的，然此共同生活，果有以法律維持之必要乎？縱有必要，法後果能收維持之實效乎？以不佞觀之，家人在共同生活之下，養成依賴性，長遊惰之風，阻上進之路，減少生產，增加消費，此及於經濟上之惡影響也。重家輕國，勇於私鬥，怯於公戰，此及於政治上之惡影響也。集素昧生平，情感違異之人，強相結合於一室，變起蕭牆，糾紛莫解，此及於社會上之惡影響也。據此三端，則家人共同生活，弊害彰著，法律方革救之不遑，而何維持足云。且

因政治思想發達，外力壓迫，昔之恃家族團結，足以捍禦患難者，今非托庇國家，不能圖存。經濟進步，昔之割土奠居，子孫世守，家人團聚者，今則懋遷有無，天涯分飛。共同生活，徒勞夢想。縱使法力廣大，安能起已死之魂而肉白骨乎？

夫共同生活之維持，須以感情輯睦爲要素。然一家之中，分子複雜，情感維繫，極非易易。蓋家庭分子，以婦人孺子占多數，而婦人孺子之情感，變動飄忽，不主故常，無可諱言。情感苟協，一切均可相讓，互助美風，固堪引重。情感違迕，即屬細故，亦釀巨爭，糾纏紛囑，不可理喻，諺謂清官難斷家務事者此也。昔張公藝九世同居，而以忍爲要訣，其舍垢茹苦之隱痛可知。民國四年，不佞曾撰「記傅氏姑婦」一文，紀先外舅家庭之變。足爲家人共同生活易生禍亂之實例，茲錄如後：

室家之變，爲士大夫所難言，而纏屣之氣之鎖於女子也，尤酷極慘。女子適人，爲之父母者，固皆慎擇佳婿，勾福倍兢。顧見寵於其婿矣，或不嫌於翁姑。翁姑驩悅矣，或不和於妯娌，叶此違彼，疊置扇發，爲恒人所不勝。而女子往往恬靜處之，以恭以謹，蚤莫將順，而終不免於患，忍氣公庭，啜泣私室，計無復之，引毒自戕，此宜行路所共歎惜，而爲之夫者，周旋於骨肉至愛間，又曷以堪耶？彼晰人子壯則析炊，門楣麻立，貌若不情。而歲時往還，極屬賤遺，恩誼隆於共食，翁翁怡怡，豈非吾俗所能及矣。余近觀於傅氏姑婦之死，益悼吾國家庭之禍，窮百世而未艾也。傅氏姑徐孺人，爲余外舅子丞先生德配，事姑余太孺人，和順柔怡，賢孝著於閭里，余太孺人歿，移其事姑者，事繼姑何氏。何故稱解文義

，而秉心狠戾，數扇調詞，逐其子婦，孺人勸夫母校，含垢益謹，未幾翁逝，何覲遺業，矯遺命責膳養費六百緡，又陵弟婦黃氏詐索膳費五百緡。更與其叔翁某相專於惡，詭假逆辭，誣控子丞先生暨孺人子圖南於官，盡役闔庭，舉室惶囂，孺人震傷家門，顧念後禍，夜分仰藥，且卒，召長子圖南至榻，泣謂曰，遭家不造，骨肉構亂，余不忍見汝父子無辜嬰刑辱，聊以一死，白汝父子冤，賴祖宗之靈，彼無端相倡者，庶或稍殺乎？言已長嘔，圖南大哭，具狀以聞。州牧鄭公，廉得實，訟始解。越某年，又有其家婦周孺人之禍，先是子丞先生有子五人，長圖南，次若楚，若品，若嘉。一門之內，姒姊衆多，孺人以長嫂，左右調劑，頗相寧謐。而弟婦周氏，時與鬪訖，且構蜚語，孺人引與剖析，周氏遽糾同母兄弟數人共毆之，漬血盈體，孺人悲不欲生，飲毒瘖焉。圖南僑外未歸，聞耗過犇，已無及矣。尋懇於官，得和直五百圓，圖南不敢私，移其款辦女學，藉償孺人夙志，自是亦不更娶，示不忘孺人也。夫翰調奇癘，萃集一門，此其家必素行非義，而悖類之氣，鬱蟠闔抑，泯不得伸，一遇疵隙，蹈襲潰發，遂以戕賊其子婦，怨氣感昭，固宜有是也。以余觀於傅氏父子，誠竺厚長者，里巷販鬻，燕居雜語，苟及子丞先生，未有不曰善人者，今年且七十，而步履健武，容止慤慤，日至佛舍，虔修頂禮，振孤恤嫠，匪懈匪怠。圖南嗜學能文，不御二色，啟牖後進，諄誦懇惻，顧羅蓄若此，豈天道橫積，於人世賢惡，曼不訾省，抑吾國家庭組織，義不勝情，有以致然耶。圖南感念家故，既求得唐君次舫所爲傳，至纖且悉，復徵余文，表彰貽烈，余乃攝其大凡，別爲記以歸之。

不第此也，時賢對於家人共同生活之弊，多有言及者，茲錄數則如左，亦足爲吾說張目也。

- (1) 胡適曰：……友人羅賓生 (Fred Robinson) 之妻兄金君，(F. King) 邀余往餐其家，金君有子女各三人，兩女老而不字，其已婚之子女，皆居附近村中，時時歸省父母。今日星期，兩老女皆在，其一子率其妻及兩孫女歸省，羅君及其妻亦來，天倫之樂盎然，令人生妬。余謂吾國子婦與父母同居以養父母，與西方子婦婚後遠出，另起家庭，不復問父母，兩者皆極端，過猶不及也。吾國之弊，在姑婦妯娌之不能相安，又在於養成倚賴性，西方之弊，在於疏棄父母，兩者皆非。執中之法，在於子婦婚後，即與父母析居，而不遠去，時相往來，如金君之家，是其例也。如是則家庭之齟齬不易生，而子婦與父母，皆保存其自立之性，且親子之間，亦不致疏棄矣。古人夫婦相敬如賓，傳爲美談，一家之中，父母之於子，舅姑之於婦，姑嫂妯娌之間，皆宜以相敬如賓爲尚明矣。家人婦子同居一室，敬字最難，不敬則口角是非生焉。析居析產，所以重個人之人格也，俾不得以太親近而生狎慢之心焉，而不遠去，又不欲其過疏也，俾時得定省父母，以慰其遲暮之懷，有疾病死亡，又可相助也。(見新青年二卷六號藏暉室劄記)
- (2) 古澤生曰：……二女同居，其志不同行，姑婦妯娌姑嫂之間，易生嫌隙，家庭幸福，因之而消耗無餘，不如分居之各得其所也。禮有父子異宮之訓，亦有見於此，爲父母者不宜強其子婦與之同居，爲兄弟者亦不宜慕九世同居之美名，致其家人受無形之痛苦，人情多厚於妻子，而薄於兄弟姊妹，賢者或矯枉過正，厚於兄弟姊妹，而使其妻忍辱受氣，亦爲不近人情之事。西洋人尚質，故明明置重於夫婦

之倫，而不以爲嫌，亦吾輩所常深思也。』又曰：『余久知家族主義之弊，故族人欲辦族學，余不願與聞，蓋家族團體，與普通團體異，派有尊卑，尊者若以私害公，卑者常勉爲容忍，正義不得而伸也。各親其親，私本房而疎他房，公平不得而保也。門內之治，恩不揜義，諸事徇情，諸事不能認真。故家族團體，共同祭祀，聯絡情誼，如是止已，欲以之辦事，難於收效，不如其已也。』

又曰：『族人有公共財產，易生嫌隙，管理之人，多侵吞，困迫之人，多強索，如投骨於地，適以召羣犬之爭，不如無此爭端，反足以保同宗之和氣也。』（以上均見甲寅雜誌一卷六號改良家族制度劄記，CZ學生，不知何人，但據甲寅社記者所稱，係吾國宿儒，又治學日本英倫柏林逾十年，篤實輝光，當今無輩。）

(3) 日本中島玉吉博士曰：『吾人立身處世，各有一獨立之人格，一切行動，均以自我爲前提，故爲弟妹之謀安全幸福也，常不如自己及其子孫之篤，此人情之所不能免者。因是兄弟姊妹間，常有利害之衝突，而暗鬪與悲劇，層出不窮焉。兄弟間之溫情，以父母在世或無遺產可爭時爲最濃，苟有財產問題之發生，則冰炭不相容矣，故欲兄弟聯爲一家，以營共同生活，實甚困難。』（見所著親族相續法改造論三一〇頁）

又曰：『或謂日本長子繼承法，能使兄弟和合以共維一家之繁榮，此實皮相之見。蓋兄弟輯和，多以在親權之支配下爲然，一旦見背，互謀獨立，此人類之至情也，既謀獨立，則其間競爭之起，偏見之生，

亦不得已也。據余觀之，兄弟間之關係，其性質與他人間之關係無異，即皆屬利害關係也。利害相同，固甚和美，苟其相反，競爭即起，以余所知，兄弟和睦，多係分居各營生計者，而共處一家，則恒生齟齬，此非議論，乃余於現代社會常目擊之事實也，而家族制度之理想，安得實現乎？」（見同書四四三頁）

中外學者，於家人共同生活之弊，言之剴切若此，則法律上無規定家制之必要，彰彰然矣。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，互助之益，亦自可珍。惟此於少數之賢哲有然，非所論於凡氓，法律為衆生說法，不能持少數之例，強多數以必從也。且不佞之反對家制，謂不宜由法律規定以獎勵之耳，若人民情願結合，則事實上之家，自為法所不禁，決不致因法無規定，而拂戾民情也，中政會諸公又何為總總然慮其「窒礙難行」耶？

三 繼母在現行民法上之地位

二〇年載法律評論

郁 疑

據北平世界日報七月十二日電訊，國府文官處印鑄局長周仲良之女春暉，因不堪繼母虐待，手持冤單，在國府大禮堂自殺未遂。電文簡略，其詳情雖不得知，而是非曲直，亦非余所欲論。惟繼母與繼子間所生之變故，實為中國社會屢見而不一見者，國人習而安之，恬不為異。此次周春暉因係印鑄局長之女，且在國府圖謀自殺，其人其地，頗聳聽聞，遂為報紙所特載耳。

夫繼母與繼子（有以所後之母為繼母，承嗣之子為繼子者，然余以為此應稱為嗣母及嗣子，至本文所謂繼

母，則如舊律三父八母服圖註，謂父娶之後妻也，繼子即夫前妻所生之子也，何以常生變故，則由中國之舊律及社會習慣，拂戾人情，有以致之。以實際言之，繼母與繼子關係之發生，不過偶然之湊合，即凡爲其父之配偶者，當然爲其子之繼母，既與親生母子有血統關係者不同，亦與嗣母嗣子由於雙方之合意（年幼承嗣者，嗣子方面，雖不能自由表示意思，然在嗣母對於嗣子，必有願其爲子之意，始能承嗣，）者有異，萍水相逢，情感不屬，其關係之疏遠也可知。然舊律服制圖，繼母喪服，定爲斬衰三年，與親母同，而社會習慣，亦莫不視繼母與親母有同等之地位。繼子對之，菽水承歡，孝養盡禮，鄉鄰所嘉，稍有違言，忤逆罪名，人所共棄，民草因之，規定繼子與繼母之親屬關係與其所親生者同，（民草一三二〇條二項）法律習俗，徒重形式，欲強以人力，舉所薄者厚之，所疏者親之，違反自然，拂戾人情，宜其變故百出，爲家庭之禍水也。

日本受我國舊制之影響，亦於其民法七二八條規定。繼父母與繼子間之親族關係與親子間之親族關係相同，即認繼父母爲繼子之直系血親也。此等立法，顯違人情，故其學者，羣起非難，而倡繼親子關係廢止論，如穗積博士岡村博士中島博士，其尤著也。且據其學者調查，凡繼子多爲社會之危險人物，因其受家庭之抑鬱，窮途末路，計無復之，激而生變，志行薄弱者，或飲鳩以自戕，性情剛烈者，遂挺身而走險，擾亂室家，遺患社會，不可謂非立法不善階之厲矣。

泰西各國，雖亦有繼子制度，然法律上僅承認繼親子之關係，爲一親等直系姻親，不得互通婚姻耳，此外

并無相互扶養之義務，亦無繼承權，而繼子更不服從繼親之親權，較諸親子間之關係，疏密顯分；權義攸殊，實能順乎人情之自然，而傾軋爭鬥之患，無自而生矣。

民國十七年國府法制局纂擬之親屬法草案，力矯夙弊，毅然廢除繼母子之關係視同親母子關係之規定，民法從之，實爲我國法制上之一大革新。故繼母在現行民法上之地位，僅爲一親等之直系姻親，與泰西各國繼母之地位相同，即按之民法第九六九條規定，以『血親之配偶』之地位，與繼子發生姻親關係耳，除依民法第九八三條一款規定，不得彼此結婚外，其他并無何等關係，即繼母對於繼子，既無管理財產，同意婚姻，施行懲戒之權利，繼子對於繼母，亦無菽水承歡，孝養盡禮之義務，而死後不得相互繼承遺產也，更不待言。地位不變，情勢大更，繼母虐待繼子之事，宜可消滅，而今竟不然者，則由人民對於新法，未加研考，與社會習慣，遼難變革，故余因周春暉之事，不憚詞費，特著此文，以爲世之爲繼母繼子者告焉。

尙宜附論者有二事

(一) 既有繼母，自應有繼父，故日本民法七二八條，稱爲繼父母，民草一三二〇條二項，則僅規定繼母，而不及繼父，然吾國舊律三父八母服圖，對於繼父，亦有服制，惟分列(1)同居繼父(2)不同居繼父(3)從繼母嫁之繼父三種，而喪服各殊，最重者，不過期年，其地位實迥遜於繼母，且所謂不同居繼父者，乃謂先會同居，今不同居，若根本上未同居者，并不發生父子關係，即繼父子關係之發生，須會同居而有撫養之恩，與繼母子關係，僅因爲其父之配偶而發生，不問有無撫養之恩者大異也。夫繼父母與繼子之關係，事實上

并無軒輊，而舊律有此區別者，蓋由重男輕女之結果，因繼母爲父之配偶，係屬男系，故地位高，繼父則爲母之配偶，係屬女系，故地位低。現行民法，則不立差別，無論繼父或繼母，既均屬血親之配偶，故皆爲一親等直系姻親，法律上之地位，趨於一致，足滌重男輕女之積弊矣。

(二)舊律服制圖，嫡母喪服，亦爲斬衰三年，即嫡母與庶子之關係，亦與所親生者同，民草一三二〇條二項之規定亦然，此其不當，與前述繼母子之關係同，無俟復贅。惟現在妾制既廢，妾在法律上已無地位，實際上雖仍有妾，然其與家長不過私通關係耳，所生之子，(舊稱庶子)與非婚生子同，(舊稱私生子)經父認領後，雖得視爲婚生子，(民法一〇六五條)而對於嫡母，只能發生姻親關係，即在現行民法上，嫡母與繼母，同屬一親等直系姻親，不復如昔之尊爲血親矣。

以上兩點，均爲現行民法對於親屬分類之大革新，與繼母地位之變更，同堪注意者也，故連帶及之。



朝陽學院出版書籍目錄

海商法要論	保險法要論	公司法要論	中華刑法論	刑事訴訟實務	刑事訴訟法通義	民法債編各論	民法債編總論	民法通義總則	民法要論	民法要論物權	民法要論總則	新民事訴訟法評論
全	全	全	全	全	全	全	全	全	全	全	全	全
上	上	上	上	上	上	上	上	上	上	上	上	上
定價八角	定價七角	定價一元	定價四元六角	定價一元八角	定價二元八角	定價二元五角	定價二元五角	定價二元五角	定價二元二角	定價二元二角	定價二元五角	定價一元四角
郵費一角	郵費一角	郵費一角	郵費三角	郵費二角	郵費二角	郵費二角	郵費二角	郵費二角	郵費二角	郵費二角	郵費二角	郵費二角
		李浦先生著	王觀先生著					陳瑾昆先生著	親屬繼承		余榮昌先生著	石志泉先生著

錄目籍書版出院學陽朝

法學論文集	許藻鎔先生著	定價一元	郵費一角
郁嶷論文集	郁嶷先生著	定價五角	郵費一角
中國法制史	全	定價一元	郵費一角
繼承法要論	全	定價七角	郵費一角
法律評論社各種叢書			
刑事訴訟法要論	夏勤先生著	已售罄	
民法物權精義	胡長清先生著	定價六角	郵費一角
民法論叢	吳學義先生著	定價一元	郵費一角
各國民法條文比較	胡長清先生輯	定價一元	郵角一角
(總則編)			
中國婚姻法論	全	定價一元四角	郵費一角
婚姻法之近代化	全	定價八角	郵費一角

上海圖書館藏書



A541 212 0008 88768

郁嶷叢著目錄

中國法制史 定價一元

法學通論 定價六角

貨幣綱要 洋裝定價一元
平裝定價六角

郁嶷文集 集錄卅前銘傳序記之文
定價四角

郁嶷論文集 集錄卅前政法及其他論文
定價五角

繼承法要論 定價七角

親屬法要論 定價一元

政治學 刊印中

比較憲法 刊印中

法苑叢談 刊印中

四存日記 刊印中

郁嶷續集 刊印中
集錄三十至四十銘傳序記之文

民國二十一年九月初版

親屬法要論全一冊

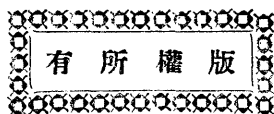
定價壹圓

著述者 禮縣 郁 嶷憲章

發行者 朝陽大學出版部

印刷者

和記印書館
西長安街八十二號
電話南局六七七號



版權所有

2760