

表解叢書

民法親屬法表解

居

行印



民法親屬法表解

溧陽 蔣筠 編輯

第一章 親屬

甲 總論

1

一、親屬之定名

中國有親屬而無親族法之稱。親族法之稱。譯自日本。日本親族法之稱。又譯自歐美。考日本親族律中之稱族。不專指同宗之血族。即異姓之配偶者及姻族。均包在內。中國律例中。則親族兩字。僅專指同宗族之親。而指族親姻親之全體時。多用親屬兩字。試徵諸律例。一、親屬相為容隱之律。其曰親屬。乃包大功以上親、及外祖父母、外孫、妻之父母、女婿、與小功以下及無服親之等而言。二、親屬相盜律。其各居親屬注有曰。各居親屬。不分同姓異姓。自期親大功小功。總麻以至無服之親皆是。三、親屬相奸律。其曰親屬。亦包同宗無服之親。及無服親之妻。與總麻以上親。及總麻以上親之妻。若妻前夫之女。及同母異父姊妹而言。

二、親屬法之意義

親屬法即規定親屬與親屬關係之法律。此法律關係。應屬于私法。故各國多於民律中特設親屬一編。以規定親屬關係。

三、親屬法之主義

1. 親屬法之主義之種類

關於親屬法之主義有二種。一、家屬主義。二、個人主義。個人主義。以個人爲社會之本位。家屬主義。以家爲社會之本位。取個人主義者。於法律上並不認家之存在。既不認家之存在。故由家而生一切家長家屬之權利。自皆不認。惟認夫婦親子之關係。取家屬主義者。非特認夫婦親子之關係。法律上且顯認家之存在。故由家而生一切之家長家屬權利皆認之。所取之主義不同。因之親屬律規定之內容。亦判然各異。

2. 個人主義及家屬主義之優劣

就理論言之。家屬主義。長處固多。短處亦不能免。個人主義。短處固有。長處亦非全無。其是非得失。實難概論。惟編纂一國法典。須實際與理論兼顧。不得專主理論。夫法律上之所以發生此個人與家族兩種主義者。乃因社會上先存此兩種情形。所謂法律。祇能規律社會。不能產生社會也。以個人制度之社會。採用個人主義之法律。則兩合。以家屬制度之社會。採用個人主義之法律。則兩離。歐美各國。近日社會盛行個人主義。故親屬法多採個人主義。日本今日社會盛行家族制度。故親屬法採家屬主義。

3. 中國親屬法採家屬主義之理由

中國今日社會實際之情形。一身以外。人人皆有家之觀念存。同住一家者爲家屬。其統率家政者爲家長。現行於社會者。既全爲家屬制度。而非個人制度。且歷代皆有調戶口編查戶籍之舉。凡所謂戶

乙
通
則1. 宗
親

即同一祖先所出之男系血統之親屬。如祖父、子孫、兄弟、姊妹、伯叔等、均屬之。然宗親之中。又有血統上宗親。與擬制上宗親之分。前者指男系之血統而言。本宗婦女出嫁而生之女系血統。雖有血統連絡。不謂宗親。以中國素重男系也。但既屬於男系之血統。不

4. 中國家
屬制度
與日本
家屬制
度之差
異

者。即指家而言。是於法律上又明認所謂家矣。以盛行家屬制度之社會。則編纂親屬法。安得不採家屬主義。中國親族法雖採家屬主義。然與日本現行之家族主義不同。蓋日本向來有家法無宗法。其宗即寓于家。繼家之人。即爲繼宗之人。所謂家督相續者。惟嫡子可繼之。且異姓之人。入於其家者。即棄其固有之姓。而稱其家之姓。日本嫡長之系統。是因家而傳合宗于家也。中國宗法自宗法。家法自家法。嫡子未必盡爲家長。爲家長者亦不拘于長子。是中國嫡長之系統。不由家而傳。由宗而傳也。同一家屬制度。其實際又大有不同。故日本繼父母之家者。長子在惟長子得繼之。中國繼父母之家者。雖長子在。次子亦得與長子分繼之。此中國宗自宗家自家。承宗者須嫡長。繼家者不以嫡長爲限。承祀與繼家別無兩事。是與日本以家爲宗相異之結果也。

一、親屬之分類

2. 夫 妻

問其爲嫡子爲庶子。均屬宗親。此類宗親。雖因承繼出家等事。入於他家。並不失其宗親之關係。後者乃指非本于血統。由法律之擬制而準諸親族者而言。即嗣子與嗣父母之親屬關係是。

妻爲夫之親屬。且取得夫對於宗親之身分。觀於妻爲夫族服圖自明。夫以妻爲親屬。妻以夫爲親屬。是法制上視夫婦爲一體當然之結果也。

3. 外 親

由女系血統而連續者。謂之外親。親屬除本宗與妻親外。均可以外親括之。並非僅專指母之本生親族而言。故若姑之子孫。姊妹之子等。皆屬外親。

4. 妻 親

由婚姻而生夫與妻之本生親族之關係。故凡妻之本生親族。皆爲妻親。然夫對於妻。雖有妻親。對於妾則無妾親。故妾之父母祖父母等。不生親屬關係。

1. 親屬之範圍之意義

親屬之範圍。即在範圍內之人。法律上爲親屬。範圍外之人。法律上不爲親屬之謂。親屬關係。從天然之情形上著想。原無一定之範圍。其劃一定之界限爲範圍。在範圍內爲親屬。否則非親屬者。實由法律之規定而起。並非天然上有此界限也。

以理論言。凡數十百世以前之鼻祖。數十百世以後之雲祚。既有血統相聯絡。皆可謂之親屬。然此等親屬。實際上與非親屬無異。即

2. 各國親屬之範圍

法律上亦無認爲親屬之必要。故各國法律。皆設一定之限制。以限定親屬之範圍。如羅馬民法、西班牙民法、比利時民法、日本民法、皆以六親等爲限。意大利以十親等爲限。法國民法。以十二親等爲限。惟德國新民法。則偏重理論。於定親屬範圍。均不設限制。

3. 中國民法中親屬之範圍標準

中國民法中所定親屬之範圍。以喪服諸圖爲標準。蓋喪服之有無輕重。實以親屬之親疏遠近爲衡。先有親屬之關係。然後生喪服之關係。故自喪服上觀之。謂之服制圖。從親屬上觀之。又可謂之親屬圖。惟據服制圖以定親屬之範圍。其間有須注意者三事。一、喪服中所載無服親。亦應入親屬之範圍。二、同宗之曾祖姑、族祖姑、族姑、族姊妹、再從姪女、堂姪孫女、曾姪孫女等。在室中皆有緦麻之服。出嫁後則無服。然不因此而變爲非親屬。三、喪服圖如妻親服圖中。妻之姊妹之子。雖載圖內。其對面母之姊妹之夫。並不載圖內。又服制圖係參酌尊卑之分際而定。而親屬則但問親疏。不計尊卑。以上三者。爲喪服關係與親屬關係相異之點。所以然者。一爲禮教上問題。一爲法律上問題也。

宗族之範圍。考諸古來之經典。歷代之法律。皆以九族爲斷。九族即以自己爲本位。直系親則由己上推之四世之高祖。更由己下推至四世之元孫而止。旁系親則由己

4. 中國親屬之範圍

一、宗親

橫推至三從兄弟而止。以九族定族親之範圍。可謂中國法制之特色。蓋各國於實際上不得並時生存之四世外。直系親多列在親屬範圍內。而於實際上得與自己並時生存之旁系親。例如族兄弟。則置諸族親範圍外。獨中國九族制度。則專從實際著想。於高祖以上五世之祖。及元孫以下五世之孫。實際上與己不得並時生存者則畧之。其實際上得與自己並時生存者雖親分稍遙。仍列入親屬範圍內。是中國以九族定親屬之範圍。較爲合於實際。外親之親屬範圍。依外親服圖而定。但外親服圖。雖祇示明母族之親屬範圍。並不示明女子出嫁族之親族範圍。實則母族與出嫁族。均以自己爲本位。苟一反觀。其理自明。

二、外親

妻親之範圍。依妻親服圖而定。于直系親則妻之父母祖父母及外祖父母。于旁系親則妻之伯叔及姑。妻之兄弟及其婦。妻之兄弟之子。妻之姊妹及妻之姊妹之子。爲其界限。但妻親專指夫對於妻之宗親而言。至于夫之宗親與妻之宗親間。在法律上並不生親族相互之關係。

三、妻親

親等計算法。即算定親屬等第之方法。一等親較二等親爲近。

1. 親等計算法之意義及其規定之必要

三等親較二等親爲遠。繼承問題。全依親等而定。親等最近者最先繼承。無最近親則及于次近親。故親等計算法。親屬法中不得不規定者。

2. 親等計算法之種類

親等計算法有羅馬法計算法。寺院法計算法二種。依羅馬法計算法。於直系親屬。則算其間之世數而定親等。故世代之數。與親等之數正相脗合。于旁系親屬。則由同出之始祖下降於旁系親屬之各方。合算其世數而定親等。依寺院法計算法。于直系親屬間之計算。與羅馬法同。其異者惟旁系親之計算法。此計算法乃不合算雙方之世數。專算一方之世數而定親等。歐美各國親屬法。多係用羅馬法。日本亦然。

3. 中國採用寺院法計算法之理由

直系親等之計算法。羅馬法與寺院法相同。固可不論。旁系親等之計算法。則兩者大異。中國之直系親。上至高祖。下至元孫。均以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪。亦認其在親屬範圍內。若取羅馬計算法。其直系親以一世爲一等。應以四等親爲限。至旁系親則須依八等親爲限。直系親只認爲四等。而於旁系親反認八等。於理甚爲不順。按諸中國親屬實際之範圍。亦有不合。故惟有棄羅馬法計算法。採寺院法計算法。庶服制圖內所載之宗親。均可以四等括之。蓋依寺院計算法。以定中國親等。則直系旁系。均以四等親

三、親等計算法

而止。而旁系親依寺院計算法。亦適有四等。以寺院計算法之旁系親計算法。乃由同源之祖。下至旁系親屬各方。專依一方世數定親等。不合算雙方也。

4. 妻與夫之宗親親屬關係

妻與夫之宗親、外親之親屬關係。千三百十九條云：「妻於夫之宗親外親。其親屬關係均與夫同。」其理由蓋以夫婦爲一體。故妻於夫之親屬上。立于同一之地位。但夫之妻親。妻對之仍係宗親或外親。因之妻之宗親外親各有二。一爲己之宗親外親。一爲夫之宗親外親。

5. 嗣子之親屬關係

嗣子之親屬關係。千三百二十條云：「嗣子從承繼日起。其親屬關係與所嗣父母之親生者同。」蓋嗣子與嗣父母既生親屬之關係。則嗣子與嗣父母之宗親外親等。自亦應生親屬之關係。不過其關係從承嗣之日始發生耳。

6. 親屬彼此之關係

親屬彼此之關係。千三百二十一條云：「親屬彼此互有同一親等之關係。」蓋親等祇論親疏。不問尊卑。故親屬之關係。彼此易地而相同。例如父以子爲一親等。子亦以父爲一親等。子有扶養其父之義務。父亦有扶養其子之義務是也。

7. 親屬關係之解

親屬關係之可解銷者。千三百二十二條云：「由婚姻或承嗣而生之親屬關係。於離婚或歸宗時即解銷。」蓋由婚姻或承嗣而生之親屬關係。

係。乃由法律上擬制之親屬。而非天然血統上之親屬。故其婚姻關係或承嗣關係解銷。則其親屬關係。自當然隨之解銷。

丙 家 制

一、關於家制規定之依據

親屬法既採家屬主義。不取個人主義。則由家而生私法上之權利義務。有必須規定者。惟中國家屬制度。與日本家屬制度不同。蓋中國宗法發達在前。宗者指系統上之關係。家者指實際上之組織。宗自爲宗。家自爲家。關於家之規定。宜從家之實際組織入手。即從家長家屬之關係上著想。其系統上之關係。不應闖入於家之中。

二、一家之界限及創立新家

千三百二十三條云。「凡隸于一戶籍者爲一家。」蓋家長家屬之名目。均由家而定。同在一業者爲家屬。否則非家屬。對於家屬負扶養義務。否則無扶養義務。故一家之界限。不可不釐然確定之。吾國定一家之界限。向以戶籍爲定。而新戶籍法亦不久即須頒行。因之定一家之界限。應以戶籍爲憑。至創立新家。同條第二項云。「父母在。欲別立戶籍者。須經父母允許。」分家之條件。固以兄弟間之協議爲定。然父母在時。子之行動與父母有關者。不得不稟命於父母。此道德上應有之義也。現行法別籍異財門例文。祖父母父母在者。子孫不許分財異居。其父母令分析者聽。本項之規定。與此意正同。

千三百二十四條云。「家長以一家中之最尊長者爲之。」所謂最尊長

三、家長及家屬

1. 得爲家長者

者。係指對於全家皆有最尊長者之身分者而言。如祖父母父母同居。應以祖父母爲最尊長。即應以祖父母先爲家長。又既居一家中最尊長之地位。則嫡長與否。直系與否。均非所關。

2. 家長不能統攝家政時之代理者

就于家長不能統攝家政時之代理者。千三百二十五條云。最尊長者于不能或不願管家政時。由次長者代理之。所謂代理者。即于家長年老。不能或不願統攝家政時。以次尊長者代理家政是。但雖代理。其家長之資格。仍屬於最尊長。其次尊長者。不過假最尊長之名。代攝家政而已。

3. 家長未成年時之代理

就于尊輩未成年時之代理者。千三百二十六條云。一家中尊輩尙未成年時。由成年之卑輩代理之。據此則代理者當屬之成年之卑輩。蓋以未成年者統攝家政。實際上殊多窒礙。故當以已成年者代理之。就于家長之職權。千三百二十七條云。「家政統于家長。」蓋家長爲一家之主宰。則家政自當由家長統攝。家長既有統攝家政之權利。則家屬對於家長。即生服從之義務。

4. 家長之職權

與家長同一戶籍之親屬爲家屬。係千三百二十八條所規定。定家屬之範圍。有二條件。一、須同一戶籍。二、須親屬。但所謂親屬者。不以族親爲限。即異姓之外親妻親。亦包在內。又所謂親屬者。不專指與家長有親屬關係。即與家長之家屬有親屬關係者。亦得爲家

5. 家屬之範圍

專指與家長有親屬關係。即與家長之家屬有親屬關係者。亦得爲家

丁 婚 姻

屬。至雇工人在家乃雇傭關係。自不得爲家屬。奴婢買賣。既經禁止。則在家之奴婢。亦視爲雇傭關係。而非家屬。

6. 異居親屬之入戶

異居之親屬。欲入戶籍者。須經家長允許。係于三百二十九條所規定。蓋一經同居而爲家屬。則家長對之。有扶養之義務。其究竟能負義務與否。不可不與家長以酌奪之權。

7. 家屬之財產

家屬以自己之名義所得之財產。爲其特有財產。係于三百三十條所規定。所謂家屬以自己名義而得之財產者。如家族由職業而得之財產。及其他因遺贈或贈與所得之財產皆是。

8. 家長家屬相互之義務

家長與家屬互負扶養之義務。係于三百三十一條所規定。蓋家政統于家長。既爲同居之家屬。則家長扶養家屬。自屬當然之理。反是家長不能自存。而家屬有扶養之資力時。亦應使之扶養家長。

古今中外婚姻之方法。約分五種。一、掠奪婚。二、買賣婚。三、聘娶婚。四、允諾婚。五、自由婚。掠奪婚即專用暴力掠奪他人婦女。據爲己妻是。徵諸古代歷史。及近代野蠻人中。尙多有此習俗。其暴惡固不待言。買賣婚即以金銀財帛送給女之父母。因而買得其女是。以婦女爲買賣。大背乎人道。亦不足論。聘娶婚即易金錢買賣爲禮物聘娶是。婦女之父母。以得禮物故。遂將婦女許配之。是婦

一、婚姻法之沿革及種類

女終身婚姻大事。尙專由父母主持。嗣因文化進步。而允諾婚以起。允諾婚即不問起允諾者禮物略備與否。惟須男女兩造情願。與其父母同意。近世泰西諸國。雖行允諾婚居多。然抱社會主義者。尙不滿足。于是盛倡自由結婚之說。自由結婚。即凡關於婚姻。專由當事人自由契約而定。不用國家與教會干涉。是泰西諸國婚姻制度。在今日已爲由允諾婚而進於自由婚時代。

二、本法所采之婚姻法

本法所采之婚姻法。係折衷聘娶婚與允諾婚二者而定之者。蓋吾國現今社會之狀態。于掠奪婚一種。早已懸爲厲禁。買賣婚雖下流社會有行之者。而中流以上之社會。則兩家議婚。只言聘禮。不言聘金。是聘娶婚一種。已爲吾國社會所公認。法律爲統一全國習慣起見。自以認定聘娶婚爲宜。第聘娶一種。其於婚姻之成立。尙專重在父母之意思。男女之意思如何。概置不問。夫婚姻爲男女終身大事。若重拂其意。強爲結合。將生夫妻反目之憂。雖望家室和平之福。是以本法既專認聘娶婚。復兼采允諾婚主義。于父母之命。媒妁之言外。尙須男女兩造之同意。以崇禮教而重人情。

及婚年歲。即法律上所認之成婚年歲。及此年歲者。始得婚嫁。法律規定及婚年歲。係爲防過早婚計。早婚之弊甚多。其最著者有五。一、有害於男女身體之健康。

二、男女之體格。尙未十分充健而結婚。則所生之子女體格亦多羸弱。三、一國之國民精神。均由一家之子女

1. 及婚年

一、及婚年之理由

所積而成。家庭既多羸弱之子女。則將來必多羸弱之國民。四、婚姻爲男女終身大事。須有立身治家之智識時。方可謀及家室。否則年歲過稔。其智識未充。即謀慮亦必有限。五、教養子女。乃父母之責任。故成婚時。於財產上固須有養育子女之能力。于道德上亦須有教育子女之材智。若結婚過早。已身方且仰給父母之教養。如何能教養子女。

二、各國之及婚年

各國之及婚年。德國爲男滿二十一歲。女滿十六歲。法國爲男滿十八歲。女滿十五歲。意大利比利士均與法同。荷蘭瑞士俱爲男滿十八歲。女滿十六歲。日本爲男滿十七歲。女滿十五歲。各國之所以互殊者。以及婚年。須視國民身體發育遲早而定之也。

三、本法規定之及婚年

本法千三百三十二條云。「男未滿十八歲。女未滿十六歲者。不得成婚。」與荷蘭瑞士相同。蓋參酌古今之宜而定之者。若未達于及婚年歲之婚嫁。可以撤銷。又習慣中所謂養媳。與夫指腹爲親者等。均爲法律所不許。

2. 非同宗者

千三百三十三條云。「同宗者不得結婚。」所謂同宗者。即指同宗共姓者而言。其支派之遠近。籍貫之同異。皆所不問。又雖係異姓。而

三、成婚之要件

3. 非有配偶者

系出同源者。亦在禁例。惟外親或妻親中之旁系親。其輩分同者。不在此限。

千三百三十五條云。有配偶者。不得重婚。蓋一妻多夫。與一夫多妻。皆為法律所不許。故既有夫者。不得重有夫。既有妻者。不得重有妻。惟前婚無效。或撤銷。或離婚。或一造死亡時。再行婚嫁者。不在重婚之例。

4. 離婚再婚須經過十個月

女從前婚解銷或撤銷之日起。非逾十個月。不得再婚。若於十個月內已分娩者。不在此限。此係千三百三十六條所規定。蓋于婚姻解銷或撤銷後。若遽許其再婚。則後日所生之子。果為前婚之子。抑為後婚之子。易生疑義。故規定非經過十個月後。不得再婚。所以防制血統之混亂也。但于十個月內因前婚所懷之孕。若已經分娩者。則許其于十個月內再與人結婚。亦無混亂血統之弊。

5. 因姦而離婚者不得與相姦者結婚

此係千三百三十七條所規定。蓋姦婦因與人通姦。致被離婚。改嫁原為法所不禁。若仍許其與姦夫結婚。是潰廉恥之防。而長邪淫之風。故為法律所不許。

此係千三百三十八條所規定。蓋婚姻為男女終身大事。理宜慎重。然年輕子女。閱歷未深。血氣未定。往往有祇顧目前。不知計及將來之利益。而率貽後悔者。法律故規定結婚須由父母允許。以父母

6. 須由父母許

愛子之情。必能爲子熟權利害也。況家屬制度。子婦于結婚後。仍多與父母同居。則姑媳間之感情。亦宜先行籌及。但父母允許者。須經父母雙方均行允許。若祇得父允許。或祇得母允許者。仍不得結婚。然其母若爲嫡母或繼母。則有例外。即繼母或嫡母。雖亦應有允許權。若故意不爲允許時。子得經親屬會允許而結婚。以繼母或嫡母對於非己所親生之子。雖保無故意阻撓其結婚之事也。若其不允許實有理由者。不得援用此例。

7. 必呈報于戶籍吏

呈報爲婚姻應履行之方式。必踐此方式。而後婚姻始生效力。故本法千三百三十九條云。婚姻從呈報于戶籍吏而生效力。至呈報之要件與式序。于戶籍法中規定之。若違千三百三十二條至千三百三十八條之規定而結婚。戶籍吏不得受理其呈報。(千三百四十條)

1. 婚姻之無效及撤銷之條件

關於婚姻之無效及撤銷條件。各國法律。多嚴密規定。本法所規定婚姻無效之條件有十。一、無結婚之意思。二、不爲呈報婚姻撤銷之條件。三、未達結婚年齡。四、同宗結婚。五、親屬結婚。六、重婚。七、違再婚期限。八、相姦者結婚。九、未經有允許權者之允許。十、因詐欺或脅迫而爲婚。

2. 婚姻無效之種類

婚姻之無效者有二種。一、當事人無結婚之意思。二、不呈報于戶籍吏。惟當事人無結婚意思。以事實錯誤爲限。其他事故。不得援

類

引。(千三百四十一條)

3. 得撤銷之婚姻

得撤銷之婚姻有三種。一、違背千三百三十二條、千三百三十六條所規定者。得由當事人及其親屬或檢察官撤銷之。然若違背千三百三十五條所規定者。前夫亦得撤銷之。二、違背千三百三十八條所規定者。惟有允許權者得撤銷之。三、因詐欺或脅迫而婚姻者。惟當事人得撤銷之。撤銷時須向審判廳呈訴。撤銷權以六個月爲限。(千三百四十二條至四十六條)

四、婚姻之無效及撤銷

4. 撤銷權之消滅

千三百四十七條云：「違千三百三十二條而生之撤銷權。至年齡及格時即消滅。」蓋未達于及婚年歲之婚姻。凡有撤銷權者。欲撤銷其婚姻。當于未達及婚年歲之前撤銷之。若既達于及婚年歲。則有撤銷權者之撤銷權。自應銷滅。又同條第二項云：「違千三百三十六條而生之撤銷權自前婚解銷或撤銷之日起。經十個月。或已分娩者。即已消滅。」不經十個月後之再婚。法律特予以撤銷權者。乃爲防混血統起見。若自前婚撤銷、或離婚、或夫亡之日起。已經過十個月。則可無混亂血統之慮。故撤銷權即應于是時銷滅。又雖未經過十個月。若婦人再婚後。已經懷胎。且其懷胎期在再婚以後者。則其非前夫之子。既已明瞭。自無混亂血統之慮。故再婚後已懷胎者。雖再婚在十個月內。亦不得撤銷其婚姻。又千三百四十八條云：「千三

5. 婚姻撤銷之效力

百四十四條之撤銷權。于六個月內。經有允許權者追認其婚姻。或成婚已逾二年者。即銷滅。蓋撤銷權之行使。以六個月爲限。若有允許權者。于六個月中將可得撤銷之婚姻。特行追認。則于追認時。撤銷權自應因之而銷滅。或未經追認。而結婚已逾二年。其撤銷權亦即銷滅。以婚姻已經二年之久。從公益上起見。使其婚姻繼續之必要。較諸保護私益。更爲密切也。又同條第二項云。『千三百四十五條之撤銷權。於六個月內。經當事人追認其婚姻者。即消滅。』蓋撤銷權既以六個月爲限。而當事者于發見詐欺或免離脅迫之後。六個月中自行追認此婚姻。則追認之時。撤銷權自應銷滅。

關於撤銷之效力。千三百四十九條云。『婚姻撤銷之效力。不追溯既往。』蓋婚姻之撤銷。與普通法律行爲之撤銷不同。普通法律行爲之撤銷。其撤銷之行爲。從始即作爲無效。然婚姻。與人之身分上直接之影響。既立之婚姻。從而撤銷之。並使其效力溯及既往。則在婚姻中所生之子。有因撤銷而一朝變爲私生子者。甚非保護私人利益之道。故其撤銷之效力。僅及于將來。又同條第二項云。『當事人于成婚時。不知存有撤銷之原因。其因婚姻而得之利益。惟以現存者爲限。須歸還相對人。若知存有撤銷之原因。須歸還所得利益之全部。如彼造善意者。並任損害賠償之責。』蓋由婚姻而生之夫婦財

產關係。實甚複雜。若于婚姻撤銷後。一一使之回復舊狀。勢必擾累不堪。故亦以不溯既往爲原則。然效力雖不溯既往。而其不應得而得之財產。仍須歸還。因之法律特明爲區別有撤銷之原因存在與否。以定歸還之程度。

1. 婚姻效力之綱要

有三。一、因婚姻而生之親屬關係。如夫婦間之關係。夫對妻親及妻對於夫之宗親外親之關係是。二、因婚姻而生之家屬關係。如女入夫家。則爲夫家之家屬是。三、因婚姻而生夫婦間之權利義務。如同居、扶養、監護、夫婦間之契約、財產、債務是。第一第二之關係。前已述之。本節所論。屬於第三者。

2. 夫妻同居之義務

係千三百五十條所規定。蓋夫妻若不同居。則婚姻之目的不得達。故夫有使妻同居之義務。妻亦負與夫同居之義務。但夫爲正當之事外出。或其力不能携妻同居。及爲法律所禁阻者。不在此限。

3. 關於同居事務之決定

係千三百五十一條所規定。蓋夫妻同居。即不能不指定住址。或租賃房屋。若夫指定某處爲住址。而妻抱反對之意見。彼此各執一是。將終無定議。故當以一切裁決之權。專之于夫。以免爭執。且同居之費。歸夫負擔。夫亦自應有裁決之權也。

4. 夫妻互負扶養

係千三百五十二條所規定。蓋夫應扶養其妻。固不待言。至于夫無資力。不能生活。而其妻實有足以扶養其夫之資力者。則妻亦應扶

五、婚姻之效力

之義務
養其夫。

5.

妻未成年時其監護人之職務由夫行之

係千三百五十三條所規定。蓋無行親權之未成年人。須監護人。然有夫之妻。雖未達於成年。若其夫已達成年者。自應以其夫為其妻之監護人。

6.

夫妻間訂立契約之撤銷

係千三百五十四條所規定。原文云：「夫妻間所訂立之契約。在婚姻中各得撤銷之。但不得害及第三人之權利。」蓋夫婦非他人可比。其所訂之契約。大抵偏於畏愛者為多。實缺意思之完全自由。難免有不公平之虞。故當令夫婦兩造。各有撤銷之權。至其撤銷以在婚姻中為限者。因至婚姻撤銷或解銷後。則夫婦間之契約。即當然成為完全有效之契約也。又撤銷之效力。其契約從始即作為無效。然不得因此害及第三者之權利。如妻以財產贈與夫。夫即以其財產贈與第三人時。其後妻對於夫。雖將贈與契約撤銷。而已歸于第三人所有之財產。不得取回。

7.

妻子尋常家事之代理人

係千三百五十五條所規定。原文云：「妻子尋常家事。視為夫之代理人。」又同條第二項云：「前項妻之代理權。夫得限制之。但不得與善意之第三人對抗。」蓋尋常家事。如薪米油鹽等。以妻為之為便利。故法律規定妻為夫之代理人。然妻之代理權。夫欲加以限制。仍得限制之。以夫有管理家事全部之權也。不過不得以限制與善意第三

人對抗而已。但夫先以限制妻代理權之事。通知于第三人時。仍得對抗之。

8. 由婚姻而生一切費用之負擔

係于三百五十六條所規定。原文云。由婚姻而生一切之費用。歸夫擔負。但夫無力擔負者。妻擔負之。由婚姻而生一切之費用。即因婚姻後所有應用之一切費用。此種費用。固應由夫擔負。惟夫無力擔負。而妻有擔負之力時。亦應由妻擔負。與夫妻互相扶養之義務同。

9. 關於財產之契約

係于三百五十七條所規定。原文云。夫婦于成婚前。關於財產。有特別契約者。從其契約。又同條第二項云。前項契約。須于呈報婚姻時登記之。蓋吾國現在習慣。于成婚時訂立夫婦財產契約者雖甚少。然近來外國交通。日益繁多。將來必有模倣外國之習慣。而訂立夫婦財產契約者。苟訂立契約。即應依其契約辦理。惟此契約不予呈報婚姻時登記。脫後日兩者有所爭執。將無從證明。故呈報婚姻時之登記。亦為必要。

10. 妻之財產之管

係于三百五十八條所規定。原文云。妻子成婚時所有之財產。及成婚後所得之財產。為其特有財產。但就其財產。夫有管理、使用、及收益之權。夫管理妻之財產。顯有足生損害之虞者。審判廳因妻之請求。得命其自行管理。所謂成婚時所有之財產者。如妻出嫁時。

理

1. 規定離婚 由

携來之一切妝奩、及財產皆是。至成婚後所得之財產。如妻子嫁後。因贈與或勞動而得之財產是。此等財產之管理、使用、及收益之權。規定歸于夫者。以吾國習慣如是也。惟既認妻得有特有財產。法律即應與以保護之道。故又規定妻得請求自行管理。

夫婦之倫。聯之以恩。合之以義。持之以禮。三者具備。而後無媿於正始之道。一與之齊。終身不改。離異之說。誠非君子所忍言。惟夫婦究由人合。本殊于天屬之親。時處其常。固不容有仳離之歎。事逢其變。亦難保無情意之睽。不應離而離。固于禮有悖。應離而不離。亦于義有乖。禮之許離婚。唐律之不坐因不和諧而離婚。良有以也。本法之規定離婚制。蓋本此意者。

歐美各國。關於離婚之法制有三種。一、自由離婚。即許以當事人之意思自由離婚是。此制度又分二類。甲、以配偶者一造之意思。即可離婚。此種離婚。羅馬時及猶太教中許之。近世文明諸國。均不認此制度。乙、須配偶者兩造同意。始為離婚。此制度日本及奧比等國認之。二、呈訴離婚。即須呈請審判廳。待其宣告始得離婚是。此制度亦分二類。甲、既認呈訴離婚。並認夫婦兩願離婚者。日本、丁抹、挪威等國是。乙、于呈訴離婚外。不認兩種離婚者。如英法德俄瑞典荷蘭等國是。三、禁止離婚。兩願離婚。固所不許。

2. 關於離婚 之制 類

3. 離婚與婚姻撤銷之區別

即呈訴離婚。亦必不認。此制度西曆千八百八十四年以前之法國。及葡萄牙意大利之屬于加力特敦者行之。但雖禁止離婚。仍認別居制度。別居制度者。夫妻之關係。並不解除。不過除去法律上同居之義務而已。

有二。一、婚姻撤銷之原因。須于結婚時已經存在。而離婚之原因。則須於結婚後發生。二、婚姻之撤銷。婚姻當事人以外之人。亦可呈請。而離婚則惟兩造得呈請之。

4. 夫妻不和諧之兩願離婚

夫妻不相和諧而兩願離婚者。得行離婚。係千三百五十九條所規定。所謂願者。係指夫婦兩造之同意而言。若一造願離婚。彼造不願意時。雖不和諧。亦不得離婚。以結婚既本于兩造之情願。離婚亦須本于兩造之情願也。又千三百六十條云。前條之離婚。如男未及三十歲。女未及二十五歲者。須經父母允許。蓋兩願離婚。若漫無限制。易啓濫行離婚之弊。故男子未及三十歲。女子未及二十五歲時。其結婚既須有父母允許。其離婚自亦須經其允許。

夫婦之一造。以下列情事爲限。得提起離婚之訴。一、重婚者。二、妻與人通姦者。三、夫因姦罪被處刑者。四、彼造故謀殺害自己者。五、夫婦之一造受彼造不堪同居之虐待。或重大之侮辱者。六、妻虐待夫之直系尊屬。或重大侮辱者。七、受夫直系尊屬之虐待。或

5. 夫婦一
造之訴
求離婚

重大侮辱者。八、夫婦之一造。以惡意遺棄彼造者。九、夫婦之一造。逾三年以上。生死不明者。(千三百六十二條) 惟夫婦之一造。于彼造犯前條第一款至第三款之行爲。同意在前者。不得提起離婚之訴。(千三百六十三條) 蓋始既同意于其所爲。後乃以其所爲爲離婚之原因。是近于故縱其非。故應剝奪請求離婚之權。

因千三百六十二條第一款至第八款所列情事。而有主訴離婚權之人。須于明知離婚之事實時起。于六個月內呈訴之。若離婚原因發生後。已逾十年者。不得呈請。(千三百六十四條) 蓋夫婦間之恩義。非常人可比。故一造即有不法行爲。彼造或明知而曲恕。或雖不知而經過數年後。其和睦一如從前者亦有之。故當短縮其離婚訴權消滅之期間。又千三百六十五條云：「因千三百六十二條第八款之情形。于生死分明後。不得呈請離婚。以生死既分明。呈訴權即應歸消滅也。」

6. 離婚訴
權之消滅

關於離婚後子之監護。千三百六十六條云：「兩願離婚者。離婚後子之監護。由父任之。未及五歲者。母代任之。若訂有特別契約者。依其契約。」蓋子之于父。有承繼之關係。故父母離婚時。當以父任監護之事。惟其子年幼不滿五歲。則甫離襁褓。尙難離母而獨存。此時自不得不使母任監護之事。但若訂特別契約者。則依契約。如離婚後

7. 子之監護人

兩造訂定年幼之子至幾歲時止。別托乳母養育等類是也。又千三百六十七條云。「呈訴離婚者。離婚後子之監護。準用前條之規定。但審判衙門。得計其子之利益。酌定監護之人。」蓋呈訴離婚。審判衙門有准駁之全權。故關於離婚後監護其子之事。見為有利益于其子時。得別行選任監護其子之人。總以有利益于其子為主。

8. 離婚後財產之關係

關於離婚後財產之關係。千三百六十八條云。「兩願離婚者。于離婚後。妻之財產仍歸妻。」夫夫妻之財產。在婚姻有效時。既不併入夫婦共有財產中。則至離婚時。自應仍為妻之所有。固不待言。但其所以必須規定者。以若無規定。則妻于其財產外。對於夫婦共有財產。或至多所覬覦而夫對於妻之財產。至離婚時。亦易生乾沒措留之念。惟明為規定。則離婚後關於財產之紛議可免。又千三百六十九條云。「呈訴離婚者。得準用前條之規定。但依千三百六十二條應責于夫者。夫應暫給妻以生計程度相當之賠償。」蓋妻雖或與人通姦。或加侮辱于夫之直系尊屬等。夫亦祇能請求離婚。不得乾沒其財產。以妻之咎在于違背婚姻之信義。于財產上毫無關係也。然夫既不得乾沒妻之財產。妻亦不得向夫要求離婚後生計之費用。反是若離婚之原因。由夫構成。則夫應給妻以生計程度相當之賠償。以女子能自食其力者少。離婚後易至失所也。至所謂生計程度相當之賠償者。

戊 親子

1. 行親權者

須從夫妻之身分而定。但尙須兼顧夫之財力能給付否。若不能給付相當之賠償額。審判官可適宜定其賠償額。

親權由父或母行之。係千三百七十條所規定。但父母雖同有此親權。而不能同時行使。故父母俱存時。由父獨行親權。所謂統于一尊也。若父有死亡。或不知爲誰。或不能行其親權時。則由母行之。又若行親權者爲繼母或嫡母時。準用千四百十七條、千四百二十一條、及千四百二十二條之規定。(千三百七十一條)蓋繼母對於夫前妻之子。與嫡母對於夫妻所生之子。既非其所自出。則愛養未必盡同于所生。往往有加以虐待苛待者。如法律亦全與以懲戒、養護、教育、管理財產等權。萬一繼母嫡母借此行使親權之名。而陰行其刻待之實。則于子之利益上。必生絕大之危險。故本法于行親權者爲繼母與嫡母時。須有監督人。以監督其行使親權。使不至濫用其親權。

行親權之父母。須護養並教育其子。係千三百七十二條所規定。護養指一切保護與養育而言。保護其子之利益。非僅實在利益。凡免除其不利益者。亦爲保護。如慮其

一、子之護 養及教 育

子流于不肖。禁止其與狎朋曠友往來。或折閱其與友朋往來之書信。皆可爲保護其子之利益。教育非必使之入學堂。始謂教育。即使之學習工商業亦是。今世界各國。凡人均以自立不依賴他人爲尙。然非有相當智識。與專務職業。雖欲自立。必有所不能。故文明國法律。于保護外。多課其父母以教育之責。是教育其子。爲親權者之權利。亦爲親權者之義務也。惟爲其權利。故對于不願受教育之子。可施鞭扑。又惟爲其義務。故應以財力教育其子。

二、子之居 所之指 定

千三百七十三條云。「子須于行親權之父或母所指定之處。定其居所。」蓋行親權者。既須護養並教育其子。即不可不指定其子之居所。否則聽其自由選擇。將不免比匪而流入游蕩。法律有鑒于此。因與行親權者以指定居所之權利。各國皆然。故父母未指定居所時。子或可由居住。一經指定。子即須遵從。居所指定。有僅限定某地方。于其地方之界域內。任其子自由選定居所者。有非僅限定某地方。並于其宅舍亦行限定者。

千三百七十四條云。「行親權之父母。于必要之範圍內。

一、親

權

2. 親權之效力

三、子之懲戒權

可親自懲戒其子。或早請審判衙門。送入懲戒所懲戒之。」又同條第二項云。「審判衙門定懲戒時期。不得逾六個月。但有定時期後。其父或母仍得請求縮短。」蓋父母既有護養與教育其子之責。若不與以懲戒權。則其目的必不可達。矯邪歸正。雖亦可藉教育之力。漸為感化。然至教育之力窮。則有非懲戒不足神其用者。此懲戒權之所由起也。懲戒權之要件有二。一、有懲戒權者。惟行親權之父母。故悔繼後之嗣父。與再嫁後之母。無懲戒權。嗣父母對於嗣子。嫡母對於庶子。繼母對於夫前妻之子。則亦有懲戒權。以其為行親權之父母也。二、須于必要之範圍內。始得懲戒其子。所謂必要之範圍者。即于護養及教育上所必要。以非是不能達其護養及教育之目的也。若父母不願自為懲戒。則呈請審判衙門。送入懲戒所以施懲戒亦可。但此時審判衙門。對於其子所行之懲戒。係從其父母之請求。且與普通罪犯應行懲戒之事有異。故其懲戒時期。應有限制。其父母請求縮短期限時。亦應允許。

千三百七十五條云。「子營職業。須經行親權之父或母允

四、子營職

許

許。蓋未成年之人。其智識多未十分完全。若許其徑任己意。自營職業。則利害得失之計慮。必不能周。法律爲保護起見。故規定關於營職業。必經父母允許。

五、子之財

代理權及代表權

千三百七十六條云。子之財產歸行親權之父或母管理之。關於其財產上之法律行爲。由行親權之父或母爲之代表。蓋行親權之父母。對於其子之財產。有管理權及代表權。所謂管理權者。如子因遺產繼承、遺贈、贈與、或以自己之名義而得之財產。均由行親權之父母代爲管理是。以子尙未成年。對其財產無管理之能力也。所謂代表權者。如子有資本。其父代爲之營業。則由營業而生之利益損失。直對於其父而生效果是。

3. 嗣子之
行親權者

千三百七十七條云。子爲人承嗣者。所嗣父母。行其親權。蓋生父母對於其子。雖得行親權。然子既爲人承嗣。則親權即歸于嗣父母。而當由嗣父母行之。生父母不能仍行親權。是不特習慣使然。抑亦理所應爾。

千三百七十八條云。行親權之母。于再嫁後。不得行其

親權。蓋行親權之母。于再嫁時。必有後夫。既有後夫。

一、再嫁之
母

則于保護其子之心思。多不能專精周摯。故法律規定再

4. 不能行親權者

出嫁之
二、女之父
母

嫁之母。從其再嫁時。不得行其親權。
千三百七十九條云。「行親權之父母。子女出嫁。不得行其親權。」蓋女既出嫁。即應從夫。故父母不能向之行使親權。否則親權夫權。將不免兩相衝突矣。

1. 嫡子之定義

千三百八十條云。「妻所生之子爲嫡子。」此即嫡子之定義。其理甚明。無庸贅述。

2. 嫡子之身分

千三百八十一條云。「嫡子以妻之受胎時期。在婚姻有效中。並夫于受胎時期內。曾與妻同居者推定之。」蓋嫡子雖由正妻所出。而正妻所出之子。依法律上嚴正解釋。有時亦不得爲嫡子。如子之出生雖在結婚後。而受實胎在結婚前。及婚姻解銷後。妻與他男私通受孕而生之子皆是。夫嫡子之權利。在法律上與他子既全然不同。故其身分在法律上不可不明確規定。此本條之所以規定妻之受胎時期。必須在婚姻有效中。且夫于受胎時期內。曾與同居者。始推定其爲嫡子也。

千三百八十二條云。「從子出生日回溯。第百八十一日起。至第三百二日止。爲受胎時期。」法律之所以規定受胎時期者。以受胎不可測而知。而受胎之時期。則可推而定。所謂受胎時期者。據胎兒在母腹中最短之日數與最長之日數。兩相比較。即以其差數爲受胎時期。

二、嫡

子

3. 受胎時期

也。據醫學家言。胎兒之在母腹中。有經過百八十日而即生者。有經過三百日而始生者。其最短與最長期相去之百餘日。即爲受胎時期。本法之規定。從子出生日回溯。第百八十一日起。至三百二日止。爲受胎時期。蓋本于此者。然此規定。不過舉人間最普通之例爲標準。若事實有與此異者。又不可無特別規定。故本條第二項云。「受胎時期與前項異者。若能證明事實。以其時期爲受胎時期。」所謂受胎時期與前項異者。如結婚後不滿八十一日。與婚姻解銷後逾三百二日而生之奇胎是。此等奇胎。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。或逾三百二日。則以其時期爲法定受胎之時期。因之所生之子。亦可爲嫡子。

4. 嫡子身
認分之否

千三百八十三條云。「千三百八十一條之推定。若事實與之相異者。夫得不認之。」蓋千三百八十一條之推定。不過法律之推定。若其事實有與推定相異者。不可不與其夫以否認權。所謂與法律推定相異之事實有二。一、受胎時期在婚姻有效中。法律因而推定其爲嫡子。而實際有與之相反者。如子雖于成婚後八十一日出生。其實于八十一日以前已受胎。或子雖于離婚後三百二日內出生。其實受胎在離婚後。如此情形。其子實非其父之嫡子。故此時法律應與其夫以否認權。二、夫于受胎時期內。曾與妻同居者。法律亦即推定其爲嫡

5. 否認之 起訴之提

子。而實際有與此相反者。如受胎時期之一百二十二日內。夫雖曾與妻同居。而或因疾病衰老。不能人道。在此時法律亦與其夫以否認權。否認者。即撤消其子之嫡出身分也。若受胎時期在婚姻前。或夫于受胎時期內。未與妻同居。則在本律推定之外。不待夫之否認。即非嫡出子。

千三百八十四條云。「前條之不認。夫須提起訴訟。」蓋夫既否認其子。其子即變為私生。是否認與子之身分上實有重大關係。其事實究竟與推定相反與否。必須俟審判官之判斷。始為無弊。故夫雖有否認權。亦只向審判衙門提起否認之訴而已。經審判衙門確定判決。始生效力。若經審判衙門審判後。以為不應否認。則其子依然有嫡子之身分。

6. 否認之 起訴之時期

千三百八十五條云。「不認之訴。自夫知子之出生時起。于一年內為之。」嫡出否認權之行使時間。不適用普通之時效。而為特別規定者。以嫡出子之身分。急須確定。故為夫者既知有可以否認之事實。即不可猶豫。須為否認之訴而否認之。否則經過長時期之後。證據將湮滅。而判定極難矣。且嫡出之身分不確實。繼承亦因而生障礙。于公益上又有關係。故各國之立法例。關於嫡出否認權。均用特別規定。

三、庶

子

7. 經夫承認之嫡子不得撤銷

係千三百八十六條所規定。原文云。「經夫承認爲嫡子後。不得撤銷。」蓋法律之與其夫以否認權者。深恐事實與法律推定相異時。若仍依法律所推定。未免拂乎其夫之意也。苟子之出生後。其夫自行承認之。是自放棄其否認權。法律即不許其再行撤銷。以不能出爾反爾也。但因欺詐及強迫而爲承認者。不在此限。

1. 庶子之定義

千三百八十七條云。「非妻所生之子爲庶子。」此即庶子之定義。蓋嫡子與庶子。在法律上其權利既有不同。則庶子之身分與嫡子區別處。在親屬法亦急應明確規定。本法規定非妻出之子爲庶子。即所謂妾出是也。歐美各國。一夫只有一妻。于正妻外。既無所謂非正妻之名。則于嫡子外。亦無所謂庶子之名。故泰西各國親屬法。祇有嫡子私生子之別。吾國社會習慣于妻外有妾者尙多。故親屬中不得不有嫡子庶子之別。但本法所稱庶子。與日本民法中之庶子不同。以日本民法。經父承認後之私生子爲庶子也。

2. 庶子得準用關於嫡子之規定

千三百八十八條云。「千三百八十一條至千三百八十六條之規定。關於庶子亦準用之。」其所以得準用關於嫡子之規定者。以嫡子與庶子之分別。以其母爲分別。不以其父爲分別也。既不以其父爲分別。則在親屬法上。凡其父對於嫡子之規定。關於庶子。即亦可準用。千三百八十九條云。「妻年逾五十無子者。夫得立庶長子爲嫡子。」夫

3. 庶子可 取得嫡 子之身 分

嫡子與庶子名分割然。在有嫡子時。自萬無以庶子爲嫡子之理。若妻年逾五十尙無子。即不妨立庶子爲嫡子。但條文明曰得立。是夫之權利。並非義務。故夫若不願立爲嫡子之時。庶子與庶子之母。無要求立爲嫡子之權。且庶子有數人時。應先立庶長子。

嗣子即法律擬制之子。嗣子與所嗣父母。本無親子關係。法律模擬自然親生子。假定其爲所嗣父母之子。而親子關係始生。欲立嗣子。必有立嗣行爲。立嗣行爲者。使非自然親生子與自然親生子。生同一親屬關係之法律行爲也。立嗣制度。發源最古。中國不必論。即在歐西。于羅馬時代。即已盛行。惟歐洲立嗣制度精神。與我稍異。其注意惟在慰藉孤獨。救護貧困。扶助遺孤。獎勵戰士。而于繼續宗祀一層。則殊非所重。我國古重宗法。大宗爲一尊之統。大宗無後。族人應以支子後大宗。故惟大宗得立後。而小宗則不立。至于近世。無所謂大宗與小宗。人各稱其親。暮年無子者。不能聽其孤獨零丁。無所依倚。身後有遺產者。更不能任其貨財房屋。無所歸屬。于是而立嗣。是其立嗣之精神。已大與古異。本節折衷古今。于我國特有習慣之必應維持者。悉保存之。外國制度之不宜于中國者。不採用之。于我國舊制之不能實行者。則變通之。蓋庶幾斟酌至當者矣。

1. 立嗣之 精神

我國嗣子制度精神。與外國異。

外國嗣子。重在養生。我國嗣子。

重在慰死。重養生。則立嗣爲慰

藉之具。而年齡之限制。不得不

嚴。此歐西各國所以有非年滿五

十或六十。不得立嗣之制也。重

慰死。則立嗣爲似續之計。而年

齡之資格。不妨稍寬。此日本所

以有成年以上。即得立嗣之制也。

本法使成年人得爲嗣父。亦猶古

昔冠而生子之義。然必成年。始

得爲嗣父。未成年則否。蓋立嗣

行爲。必由嗣父自爲之。未成年

人爲法律行爲。須得法定代理人

許可。若必待許可而後可許其爲

人父。是父子關係。亦得以他人

意思干涉之矣。若不待許可。聽

其爲人父。是意思能力不完全之

一、須爲成
年人

1. 嗣父之要件
二、須爲男子

人。亦得任意爲重要之法律行爲矣。立嗣非婚姻可比。既無情慾迫促之威。更無家政代理之慮。故未成年人。不妨許其爲婚姻。而決不許其爲嗣父。

歐西各國之于立嗣者。初無男女之別。即未嫁之女。亦得立嗣。已嫁之婦。得不爲其夫立嗣。而爲自己立嗣。但我國則大不然。不獨未嫁之女。無立嗣之例。即已嫁之婦。亦不得爲自己立嗣。蓋婦人從夫不從身。立後後宗非後己。因其夫有後。而已亦有後。不得第使已有後。而令其夫無後。我國專用男統。不用女統。其結果自不得不然。既不認女統。女子即不離男子而有嗣子。故非男子不得立嗣。

一、實質上
之要件

三、必爲已
婚之男子

得子爲婚姻結果。欲子而婚。人之常情。若不婚亦可得子。啓壯男不婚之弊。有人口減少之慮。且世風日薄。鄉曲細民。每以立嗣爲分析財產之計。但使無子者有屋數楹。有田數畝。族黨即羣起爭執。強欲以其子弟爲嗣。甚非平安之道。故限制不可不嚴。

四、必爲無
子者

無子者即無男子者是。故有女子者。仍不妨立嗣。若既有男子。則不得立嗣。蓋先已有子。更以他人之子爲子。不特有害其先有之子之權利。且足以釀家庭之變故。況立嗣之制。所以濟人事之窮。本出于不得已。有子而更立嗣子。于義何居。此法律之所以必限于無子者也。

我國嗣子制度。重在承祀。且又

2. 立嗣行爲之要件

一、必爲男子

專重男統。不用女統。女子不能承嗣。即不得爲嗣子。但民間習慣。有豫養童媳。俟長大之後。以爲子妻。而未成婚以前。爲其養女者。有因無子。養他人女。備日後招婿養老之圖者。有購買貧女。作爲養女。教以歌舞。使從事賤業者。第一第三種。流弊至大。其應禁止。自不待論。第二種雖略近人情。然實非必需。蓋無子者。于法得養男子爲嗣子。自不必舍男子而養女子。故養女制度。不妨廢棄。

我國嗣子制度。重在承祀。鬼猶求食。須求所歸。立嗣精義。實基于此。傳曰神不歆非類。民不祀非族。誠以血不相屬。則氣不相通。氣不相通。則祭無由格也。

2. 嗣子之要件

二、族或同宗

外國立法例。無此制限。以彼此素無瓜葛之人。一經立約呈報。即生父子關係。朝爲路人。暮爲骨肉。不無可議。故本法于此。仍維持我國舊制。以親族或同宗爲限。

三、屬中輩分相當之人

親族有尊屬親卑屬親之別。尊卑有序。不可凌亂。嗣子爲法律擬制之子。立嗣行爲發生效力後。父子之名遂定。若輩分不相當。亦得爲其嗣子。極其弊必至伯叔甥舅。可以易位。昆季姊妹。可互相爲後。親等變亂。名分乖違。而一切親族關係。悉混淆而不知所極。故無論古今中外。皆不之許。

四、必爲有兄弟者

即獨子無兄弟者。不能出嗣。其詳俟後說明之。

四、嗣

子

二、形式上之要件

形式上之要件。即無論生前立嗣。死後立嗣。均須報名戶籍吏登記之。非登記不生效力是。其詳俟後說明之。

一、關於父及嗣子要件之規定

關於嗣父及嗣子之要件。千三百九十條之「成年男子。已婚而無子者。得立宗親中親等最近之兄弟之子爲嗣子。親等相同。由無子者擇立之。」所謂成年、男子、已婚、無子。皆嗣父之要件也。所謂宗親、兄弟之男子。皆嗣子之要件也。蓋嗣子制度。與繼承制度相同。繼承須先儘親等最近之人。嗣子亦然。故首宗親。以其爲高曾之族。血脈最近也。但無子者若不欲立近親。亦許擇立遠房。同條第二項云。「若無子者不欲立親等最近之人。得擇立賢能或所親愛者爲嗣子。」蓋親等最近之人。爲數無幾。然人之常情。皆欲得賢者能者爲嗣子。既許擇立。而又以最近親等爲限。設最近親等者祇一二人。雖至不肖。亦不能不以其爲嗣子。揆諸情理。尙未盡協。法律特擴張擇立之範圍。但使其爲宗親兄弟之子。俱可擇立。

關於擇立同宗及異姓外親之法。千三百九十一條云。「無前條宗親親屬。或雖有而不能出嗣。或不欲立其爲嗣者。

擇立同
宗及異
姓外親
之法

無子者得擇立同宗兄弟之子爲嗣子。」又同條第二項云。「若無子者不欲立同宗兄弟之子。得由其擇立下列各人爲嗣子。一、姊妹之子。二、婿。三、妻兄弟姊妹之子。」蓋同宗不論親疏。皆可擇立。至異姓爲親。雖爲歷來法律所禁。然至親近屬。論血脈則彼此姻婭。同根一本。較同宗之人或猶近。論情誼則往來密切。自幼團聚。較宗親或猶親。宗親同宗。俱可承嗣。而異姓親屬。獨斷斷然以爲不可。似非人情所近。古人以異姓親族承嗣者。不可勝數。近世民間習慣。以二姓兼稱者亦甚多。故法律于此。特明定專條。以資引用。而仍嚴定範圍。一爲姊妹之子。以其有似昆弟之子姪。可承伯叔。甥亦不妨承舅也。二爲婿。其妻爲親生之女。究較他人爲親也。三爲妻兄弟姊妹之子。自妻言之。爲以姪承姑。亦有血族關係也。

千三百九十二條云。「遇有左列各款情形。得準用前條之規定爲無子而死亡者立嗣子。一、成年者。二、未成年未婚而出兵陣亡。或獨子夭亡。而宗親內無應爲其父之嗣子者。三、未成年已婚。而其妻孀守者。」蓋未成年而

三、前二條之例外

死亡者。謂之孀。孀無爲人父之道。此未成年者之所以不得立嗣也。若成年者則有立嗣之資格。故成年者得立嗣。未成年未婚而出兵陣亡者。非忠義性成。奮死不顧。自甘爲國效力者不能。國家對於此可愛可敬之軍人。不可不有特別待遇。使無後顧之憂。本款無論成年與否。已婚與否。凡出兵陣亡者。准與立嗣。亦猶勿殤汪錡之意也。若未成年未婚而夭。本無立嗣之理。然夭者係獨子。而族中又無應爲其父之嗣子者。此時若不爲夭者立嗣。則其父之後絕矣。準情酌理。亦不可不准其立嗣。至未成年已婚。而其妻孀守。實屬苦節可嘉。自宜爲其夫立嗣。俾有所依倚。

四、兼祧

千三百九十三條云。獨子不得出爲嗣子。但兼祧者不在此限。夫獨子之所以不許出嗣者。以所生必不可棄也。然有時所生雖不可棄。而長房或他房亦不可無後。于是法律設爲兼祧之制。以濟禮之窮。至兼祧者親等之遠近。則非所問。

千三百九十四條云。出爲嗣子者。須經父母同意。無父母者須經直系尊屬同意。又同條第二項云。年在十五歲

五、出嗣之
同意及
代允許

以下。出爲嗣子者。得由其父母代爲允許。」又同條第三項云。嫡母繼母非得親屬會同意。不得爲出嗣之允許。」蓋父母于子。恆終身相依。不忍分離。老年尤甚。若出嗣一聽人子自由。不經父母同意。必有覬覦貨財。爭爲人後。而棄親勿顧者。殊爲人心風俗之害。法律鑒于此弊。故規定以須經父母同意爲出嗣之要件。然幼小之子。不能發表出嗣之意思。故當令其父母代爲允許。至嫡母繼母。與庶子繼子恆多齟齬。苟對于幼小之子。有代爲允許出嗣之權。必有設計驅逐庶子繼子者。故法律設非得親屬會同意。不得爲出嗣之允許之規定。以保護之。

六、爲死亡
者立嗣
時行使
之權

千三百九十五條云。「依千三百九十二條規定立嗣子時。若死亡者有妻。由其妻行之。無妻由其直系尊屬或家長或親族會行之。」又同條第二項云。「以遺囑擇立嗣子者。從其遺囑。」蓋生前立嗣。由嗣父擇立。至死後立嗣。嗣父既不能擇立。自不能不指定有擇立權之人。而死亡者之妻。應爲被擇立者之嗣母。擇定後即與嗣子相依。故應聽其擇立。以期母子相得。若無妻者。則應由爲其立嗣者爲其擇立。而能爲其立嗣者。以其直系尊屬、家長、

3. 關於立嗣之規定

八、嗣子之撤銷

親屬會爲限。故由其擇立焉。至以遺囑擇立嗣子。各國立法例。雖有否認之者。然吾國以宗祀爲重。遺囑立嗣。自應有效。

千三百九十六條云。出嗣自報名戶籍吏登記之日發生效力。此卽立嗣行爲形式上之要件。蓋立嗣行爲。關係至重。其行爲發生效力後。父子之名分遂定。身分能力。因是變更。故須用嚴重之方式行之。

千三百九十七條云。違背千三百九十條至千三百九十二條規定者。所嗣父母嗣子。或所嗣子之法定代理人、家長、或利害關係人。得聲請審判衙門撤銷之。又同條第二項云。違背千三百九十三條及千三百九十四條第一項規定者。嗣子之本生父母或直系尊屬。得撤銷之。又同條第三項云。違背千三百九十四條第三項規定者。嗣子或親屬會。得撤銷之。蓋千三百九十條至千三百九十二條之規定。有保護所嗣父母之利益者。有保護嗣子及第三人之利益者。亦有關於公益者。故所嗣父母、嗣子、及法定代理人等。法律皆使其有撤銷權。千三百九十三條及千三百九十四條第一項之規定。專爲嗣子本生父母或

七、出嗣效力發生之時期

九、撤銷權 時效

其直系尊屬之利益而設。故其撤銷範圍極狹。千三百九十四條第三項。爲保護嗣子之規定。故惟嗣子有撤銷權。至撤銷之方法。皆須向審判衙門聲請。不得僅向相對人以意思表示爲之。

千三百九十八條云。「違背千三百九十條規定。未成年未婚而立嗣子者。其有撤銷權人之撤銷權。自立嗣子者成年或成婚而消滅。」又同條第二項云。「違背千三百九十四條第一項規定者。其父母或直系尊屬之撤銷權。自知其出嗣之日起。逾六個月而消滅。自登記之日起。逾二年而消滅。」蓋撤銷權永久存在。其嗣子嗣父母間之關係。永不確定。反致有害公益。故當有以規定之。

千三百九十九條云。「遇有下列各款情形。所嗣父母。得請求以其嗣子歸宗。一、嗣子不孝有據者。」不孝如忤逆不順不肯扶養皆是。蓋嗣子有繼承遺產權。當父母在時。既不能盡孝養之道。及嗣父母生後。反得繼承其財產。于倫理風教。實有未合。故特以此爲歸宗原因之一。二、嗣子行爲放蕩。足爲家門

十、嗣子之歸宗

1. 嗣父之請求歸宗

之玷者。行爲放蕩如浪費無度。家財消費殆盡。而家業因以衰落。又如寡廉鮮恥。犯罪受刑。辱及門庭是。三、嗣子逃亡。三年不歸者。逃亡即未得嗣父母許可。去嗣父母指定之居所。或違嗣父母意。不復歸家是。嗣子逃亡不歸。其不願長居嗣父母家可知。故嗣父母可請求使之歸宗。四、嗣子生死不明。在三年以上者。嗣父母所以立嗣子之故。在因侍奉無人。或因抱孫情切。若嗣子生死不明。爲期甚久。亦不許歸宗。則是嗣父母有子。等于無子。且因名義上有子之故。不得另立他人爲嗣。殊屬不當。故亦以其爲歸宗原因之一。

千四百條云。遇有下列各款情形。嗣子請求歸宗。一、所嗣父母虐待不堪者。嗣父母既虐待其嗣子。仍維持其父子母子間之關係。匪惟無益。徒增苦累。故許嗣子自行請求歸宗。二、所嗣父母生有男子。而本生父母無

1. 私生子之定義

由苟合或無效之婚姻所生之子。爲私生子。係千四百三條所規定。所謂苟合者。即指夫妻而外。男子之私合而言。所謂無效之婚姻者。即指不具婚姻要件之婚姻而言。苟合既非夫妻。無效之婚姻。

2. 嗣子之請求歸宗

男子者。本生父母先有數子。及出嗣後。數子皆亡。此時縱令嗣父母無子。尙須兼祧以嗣所生。況嗣父母已有子乎。其得請求歸宗。實屬當然之理。但嗣子年在十五歲以下。欲請求歸宗者。當由其本生父母、或直系尊屬代爲發表之。(同條第二項)以十五歲以下。尙無發表歸宗意思之能力也。

3. 親屬會議

千四百一條云。「歸宗須由請求者請開親屬會議決之。」蓋請求歸宗。若由嗣父母或嗣子一方之意思爲之。恐有濫行歸宗之弊。故須由親屬會議決行之。各國立法例。有使其向審判衙門請求者。吾國習慣。家事多不願經官。故以不採用爲是。

4. 歸宗效力發生之時期

歸宗自報名戶籍吏登記之日。發生效力。與立嗣同。(千四百二條)

2. 私生子之認領

法律亦不認其爲夫妻。故其所生之子。均爲私生子。

千四百四條云。『私生子經父認領。始爲父之私生子。父子認領後。

不得撤銷。』又同條第二項云。『前項之認領。須呈報于戶籍吏。』考私

生子之親子關係。各國立法例不同。有以私生子須經其父母之認知

始生親子之關係者。如日本民法是。有以私生子對於其母之親子之關

係。不待認領而定。惟對於其父之親子關係。必須其父認領後始定

者。如德國民法是。本條規定。係採用德國法。以私生子對於其母。

由分娩及出生顯然之事實。即可確定其爲母之子。故母子之關係。

不待認領而始定。至父子之關係。則必須認領後始定。以無顯然之

事實也。但一經認領後。即不得再撤銷。以認領于私生子之身分上。

有重大關係也。認領既爲確定父子之身分。其意思表示時。必須十

分明確。以免異日之反悔。故應呈報於戶籍吏。又千四百五條云。

『父雖爲無能力人。亦得不經法定代理人之允許。而認領私生子。』

蓋認領者爲自己所出之子。其果爲自己所出與否。惟其父知之最確。

自不須經他人之允許。故其父即未成年。若既爲認領。即生效力。

且其父雖爲禁治產人。若于本心回復中所爲之認領。亦生效力。

關於認領之效力。千四百六條云。『認領私生子之效力。溯及出生時。

不得害及第三人已得之權利。』蓋私生子對於其父之親子身分。雖自

五、私生子

3. 認領之效力

認領時確定。並非于認領時發生。故認領當溯諸其子之出生時。發生效力。惟認領之效力。溯諸其子之出生。則易損及第三人之權利。故本法更明白規定。不得損害第三人之權利。

4. 認領之撤銷

私生子或其他利害關係人。得舉反對之事實。呈請撤銷其認領。係千四百七條所規定。蓋認領不過由其父一方之意思表示而生效力。若其父並非真正私生子之父。故意將他人之子認領爲自己之子。則非特毀損私生子之利益。其與利害關係人之利益。有時亦將被毀損。故認領與事實相反時。法律特與私生子及其他利害關係人以撤銷權。

5. 認領之請求

私生子及其他法定代理人。得據事實請求其父認領。係千四百八條所規定。請求其父認領。即尋覓父係之謂。關於尋覓父係。各國之立法例互異。奧大利西班牙葡萄牙等國。皆許尋覓父係。其理由以不許尋覓父係。足助狡獪淫蕩之風。長殺害私生子之習。故宜許尋覓父係。法蘭西意大利荷蘭等國。則不許尋覓父係。其理由以許尋覓父係。徒爲不德之女。開尋覓之門。甚且有誣攀者。故不宜許尋覓父係。二者各有得失。不可單採。故本法折衷其制。予私生子及法定代理人以尋覓之權。但雖予以尋覓之權。仍須有確實證據。始得向審判衙門呈訴。果有確實證據。則其父不得不認領。無確實證據

己 監 護

一、監護人之起源

各國監護之制。昉自羅馬。羅馬之初制。凡家長死。其在家長權下之子。各獨立而爲家長。惟女子及十四歲以下之男子。須服從監護權。其後增定十五歲以上至二十五歲以下之男子。須服從財產管理權。大抵家長死。子女未成年。得以遺囑指定監護人。是爲遺囑監護人。遺囑未指定者。以血族關係最近者爲監護人。是

6. 私生子之得嫡

據。則其母亦不得妄爲攀指。千四百九條云。「經父認領之私生子。父與其母成婚後。即爲嫡子。成婚後認領者。從認領時起爲嫡子。」法律之所以規定私生子得爲嫡子者。蓋不欲以其父母之過失。而累及于子。且父母既悟野合之非禮。而就婚姻之正道。是已能修蓋前愆。法律爲獎勵人之改過計。因特與其子以取得嫡子之身分。取得之條件有二。一、爲父母成婚。二、經父認領。認領在成婚前者。從其父母成婚時。始取得嫡子之身分。認領在成婚後者。從其父認領時。始生效力。但其成婚與認領。須合乎法律。如成婚無效。則得嫡亦無效。成婚後復撤銷者。其未撤銷前之得嫡。不隨而取銷。至得嫡之效力。即從父母成婚與父爲認領之後起。私生子與嫡出子。有同等之權利義務。故認領之效力溯既往。得嫡之效力。祇問將來。

二、本節所採之立法例

爲法定監護人。遺囑監護人法定監護人俱無。特別由裁判所選定之。是爲選定監護人。監護人之職務。大別爲二。一、財產之管理。二、能力之補助。

本節之規定。係採德國民法。凡分三項。一、未成年人之監護。二、成年人之監護。三、保佐。未成年人之監護。指上無親權之人。或行親權者失其親權或管理權者而言。成年者之監護。指受禁治產之宣告者而言。保佐指受準禁治產之宣告者而言。監護包括財產之管理及能力之補助。保佐則祇關於財產而不及身體。

一、監護之開始

未成年人無行親權之人。或行親權人不得行其親權時。須置監護人。係千四百十條所規定。蓋未成年入上有父母者。其父母須擔任保護其身體財產之職務。若上無父母。即須置監護人以監護之。又或父母之一先亡。其存者或不知其所在。或已受禁治產之宣告。或不能行其親權者。監護亦即開始。

二、監護人之數

千四百十一條云：「監護人以一人充之。」考羅馬法許有二人以上之監護人。各國現行民法如法蘭西等國。亦有許用二人以上者。然監護人係爲保衛無能力人之身體財產而設。其職務須與親權相等。若監護人有二人以上。則意見不統一。恐轉致家庭之紛擾。故應以一人爲限。

關於監護人之次序。千四百十二條云：「監護人須依下列

三、監護人之次序

之次序充之。一、祖父。二、祖母。三、家長。四、最後行親權之父或母以遺囑指定之人。」考德國民法及日本民法。監護人之次序。皆以遺囑監護人爲先。法定監護人次之。選定監護人又次之。但依吾國習慣。父母亡而祖父母尙在。或父母亡而爲家長之伯叔兄尙在。則未成年之子。未有不由祖父母或家長監護者。設使遺囑監護人在法定監護人之先。則遺囑所指定之人。或較祖父母家長爲疏。以疏間親。甚非人情。故當以祖父母家長爲法定監護人。而列于父母遺囑指定者之前。

千四百十三條云。『父子臨終時。因子之母不能行親權者。得以遺囑指定監護人。』蓋未成年人之父死。其母應爲行親權人。若其母因特別事故不能實行親權。此時即應許其父指定監護人。猶之父母臨終時。因已死後不復能行親權。而以遺囑指定監護人也。

千四百十四條云。『無千四百十二條所規定之監護人時。由親屬會選相當之人充之。』蓋既無祖父祖母家長等之法定監護人。又無父或母遺囑指定之監護人。則非別行選定監護人不可。德國設監護審判廳之制。凡遇遺囑監護

1. 監護之成立

四、監護人之選任

人法定監護人俱無時。即由監護審判廳選定監護人。日本不設監護審判廳。且因審判廳之干涉。不合于習慣。故予親屬會以選任監護之權。吾國習慣。家庭之事。亦皆不願經官。故本條不採德制而採日制。惟所謂選相當之人者。應注意于監護人之財產情形。及監護人與被監護人之個人情誼。及親屬關係。

五、監護人之辭職

千四百十五條云：「監護人非有正當之事由。不得辭其職務。但婦女年逾六十者。不在此限。」蓋為監護人之義務。乃法律上之強制負擔。故必有正當之事由。乃可辭其職務。所謂正當之事由者。或于職務開始之時。業已存在。或于職務繼續之中。隨後發生。均得據以辭職。惟婦女年逾六十。筋力已衰。不能任艱鉅。故雖無正當之事由。亦許其辭職。至監護人果確有正當之事由與否。以親屬會承認為斷。若親屬會不認為正當之事由。而監護人自信其有正當之事由。則監護人可依親屬會章程。呈訴于審判廳。在審判廳未經判決以前。其責任仍在監護人之身。故同條第二項云：「監護人自信為有正當之事由。堅不肯任事者。于審判廳未經判決以前。應由監護

六、無爲監 護人之 資格者

人之監督人暫行接理其職務。」所謂暫行接理其職務者。不過暫行爲其職務之代理。並非即移其職務于監督人。以此時監護人之身分。尙未取消也。

據第四百十六條所規定。下列之人。皆不得爲監護人。
 一、未成年人。雖未成年人自己尙在親權或監護之下。更安能有監護他人之能力。
 二、禁治產人或準禁治產人。禁治產及準禁治產人。其無能力與未成年人同。故亦不得爲監護人。
 三、破產人。破產者不可托以他人之財產。自不得爲監護人。
 四、褫奪公權者。褫奪公權之人。爲國家所認爲無德義心者。不可托以他人之身體財產。亦無待言。
 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者。對於被監護人爲訴訟或曾爲訴訟之人。以及其人之直系親屬或配偶者。皆與監護人處于利害相反之地位。故亦不可使爲監護人。
 六、審判廳認爲不勝監護之任者。既爲審判廳所認。其不當使爲監護人。更無疑義。

第四百十七條云。遺囑指定監護人時。並得指定監護人之監督人。若未指定監督人。須由監護人于任事前。呈

七、人之監護人

請審判衙門招集親屬會選定云。」又同條第二項云。監護人由親屬會選定者。于選定監護人時。並須選定監護人之監督人。」又同條第三項云。前二項之監督人出缺時。監護人須即招集親屬會補選之。蓋監護人爲執行之員。若別無監察之員。則被監護人之身體財產。尙未處于安全之地。法律有見於此。特更設監督人以監察監護人。其最先應爲監督人者。爲遺囑指定之監督人。遺囑未指定監督人時。則被指爲監護人者。勢不可聽其獨自擔任。故法律予監護人以呈請審判廳。招集親屬會選定監督人之權。親屬會選定監護人時。亦須同時選定監督人。此項監督人爲常設機關。故遇有出缺時。監護人又須即招集親屬會補選之。惟監護人爲祖父母家長等法定之監護人時。則無需用監督人。至監督人之辭職。得準用關於監護人之規定。(千四百十八條)以監督人責任之重要。與監護人同。不得受法律上強制之負擔。及資格之限制也。

與行親權者。同共四種。一、須護養並教育被監護人。

對於被

二、須指定被監護人之居所。三、于必要之範圍內。可

三、未成年人之監護

一、監護人身體上之職務

親自懲戒被監護人。或呈請審判衙門。送入懲戒所懲戒之。四、被監護人營職業。須經監護人之允許。(千四百十九條)

1. 管理財產及爲法律上之代表

被監護人之財產。歸監護人管理之。關於其財產上之法律行爲。監護人爲之代表。(千四百二十條) 若監護人于被監護人之財產。有重大關係時。須經親屬會之允許。始得代表之。其于被監護人之行爲。有財產上之重大關係者。須經親屬會允許。監護人始得允許之。若違反此規定。被監護人得撤退之。(千四百十三條)

監護人對於被監護人之財產。須依下述之規定。一、監護起始時。須速即邀同監督人。開具被監護人之財產清冊。監護人之爲此。其目的有二。甲、監護人欲證明其擔任管理財產之額。以便監護事畢時。計算正確之交替。乙、監護人欲查明被監護人財產之多寡。以便預定被監護人應受教養之程度。二、

2. 監護之 職務

2. 監護人 應爲之 事項

監護人對於被監護人有債權或負債務者。須于開具財產清冊時。報告監督人。監護人自己對於被監護人。既有債權債務關係。其于開列清冊時。易啓乘機濫混隱匿之弊。故當令其于開具清冊之前。先向監督人聲報。俾賢者藉以避嫌疑。不肖者無從圖私利。三、監護人每年須開具被監護人歲出之預算。經親屬會指定後。始得開支。但遇急需時。不在此限。歲出之預算。以被監護人之生存、教育、療養、看護所需。及管理財產之費爲率。其必經親屬會指定後始得開支者。所以防監護人之濫用也。惟遇急迫之事情。不及由親屬會指定者。亦可便宜支出。四、監護人須商同親屬會。將被監護人所有之金錢。除歲需出款外。概爲妥行存放。蓋一則免空行儲藏之不利。一則防監護人漫然消費之危險也。五、監護人須將被監護人之財產情形。向親屬會每年至少報告一次。其理由有

3. 監護人之報酬

三。甲、被監護人之財產情形。非由監護人逐年報告。則監護人有私曲之行爲。親屬會無從裁制之。其爲害于被監護人者非淺。乙、監護人非時時報告財產之狀況。則監護人終止之時。或因閱時過久。證據失滅。致有難以自爲辨護之慮。丙、預算既須由親屬會核定。非報告本年財產上之情形。則親屬會無從核定次年之預算。(千四百二十二條)若監護人違反上述之規定。親屬會得撤退之。被監護人因而受損害者。並須賠償。其竟不報債權者。以喪失債權爲止。(千四百二十三條)

監護人之報酬。得由親屬會準其勞力。及被監護人之財產酌定之。係千四百二十四條所規定。考各國民法。于監護人之報酬。有以給與爲原則者。如法意是。有以不給與爲原則。而由裁判所酌定者。如荷蘭是。有以給與爲原則者。如葡萄牙是。夫禁其給與報

4. 監護人
讓受被
監護人
財產之
要件

酬。雖基于以監護人之職務爲對於國家強制負擔之思想。然即爲強制負擔。亦無必禁其受報酬之理。故本條之意。不以受報酬爲監護人當然之權利。惟以親屬會之決議。給以相當之報酬。

千四百二十五條云。監護人非經親屬允許。不得讓受被監護人之財產。」又同條第二項云。「違背前項規定者。被監護人得撤銷之。」蓋監護人若許其讓受被監護人之財產。則監護人或有利用其地位。而以不當之廉價占用財產之弊。然使竟禁止其讓受。則于監護人或亦有失利之慮。故法律特聲明以親屬會允許爲條件。如未經親屬會允許。擅自接受者。則被監護人俟有能力時。即得撤銷之。又所謂讓受。即被監護人處于第三人之地位時。亦包在內。

監護人之監督人。其職務有三。一、監督監護人之事務。

二、監護人出缺時。須即招集親屬會補選。三、監護人

3. 監護之 終止

三、監護人 之職務

贖職時。須暫行代理其職務。(千四百二十六條)惟祖父母爲監護人時。于千四百二十一條至千四百二十六條之規定。不適用之。(千四百二十七條)蓋此等規定。皆爲防範監護人損害被監護人之財產起見。若祖父母爲監護人。則誼屬祖孫。因無所用其防範。自無報酬之可言。亦無可加以監督。故不適用此等規定。

一、監護終 止之事 由

監護終止之事由有三。一、千四百十條之條件解銷時。二、被監護人死亡時。三、被監護人受死亡之宣告時。(千四百二十八條)

二、監護人 職務終 止之事 由

監護人職務終止之事由有四。一、監護人死亡時。二、監護人遇千四百十六條第二款至第六款之原因。而喪失資格時。三、經親屬會撤退時。四、依千四百十五條之規定而辭職時。(千四百二十九條)

千四百三十條云。「監護人于監護終止或職務終止時。須速即邀同監督人結清帳目。將所管財產交還。」又同條第二項云。「監護人死亡時。前項之職務。由其承繼人任之。」蓋監護人于監護終止或職務終止時。應負清結帳目之義務。故監護終止之原因中。如係未成年人達于成年。

三、監護終止及監護人職務終止之事項

則監護人須對於被監護人負清帳之責。如係審判廳撤銷。或不能行使親權或管理權喪失之宣告。則監護人須對於行親權之父或母。負清帳之責。又監護人職務終止之原因。如係喪失資格或經親屬會撤退或辭職。則監護人當自為清帳之事。或由其代理人為之。如係監護人死亡。或宣告失蹤。則由其承繼人或其遺產管理人為之。本條第二項所稱承繼人。即包遺產管理人而言。乃皆對於後任監護人負責清帳之責者。

四、監督終止或監督人之職務終止

關於監督終止或監督人職務之終止。得準用關於監護人之規定。

1. 成年人置監護人之原因

千四百三十二條云：「成年人受禁治產之宣告時。須署監護人。蓋受禁治產之宣告者。必係居恆心神喪失之人。雖已成年。而其身體財產。均屬他人為之保護管理。故其必需監護人之處。與未成年同。監護人須依下列之順序充之。一、夫或妻。二、祖父。三、祖母。

2. 監護人之順序

四、家長。(千四百三十三條)蓋未成年而置監護者。必係父母俱亡。或不能行其親權者。故父母不在監護人之序。已成年而受監護者。其父母若尚存在。自應先以父母為監護人。惟父母不在。始依此順序而任監護人。

四、成年人之監護

3. 監護人之選任

千四百三十四條云：「無前條規定之監護人時。由親屬會選相當之人充之。」此條之理由。與千四百十四條之理由同。惟遇父母為監護人時。父母死亡而祖父母已不在。又別無家長者。設使後死之父或母。于臨終時指定一監護人。則應以指定之人為監護人。無須親屬會更選。由夫或妻及祖父母依千四百三十三條之規定而為監護人者。不用監督人。（千四百三十五條）惟由親屬會選任之監護人。則須置監督人。關於監督人一切之事項。準用未成年人之監護人之監督人之規定。

4. 監護人之監督人

5. 監護人之職務

關於監護人之職務。千四百三十六條云：「監護人于監護目的上必要之範圍內。須準被監護人之財力。護養療治其身體。」蓋成年之被監護人。係心神喪失者居多。故監護人對於其身體。自以護養療治為主。要以監護目的上必要之範圍為限。而不可使其于身體之自由。受過甚之束縛。又未成年監護之規定。除與成年人監護之規定抵觸外。于成年人之監護人準用之。（千四百三十七條）

1. 置保佐人之理由

千四百三十八條云：「受準禁治產之宣告人。須置保佐人。」受準禁治產之宣告者。如心神耗弱者、盲者、聾者、啞者、浪費者、皆是。此等人無自保護其利益之能力。故須置保佐人以代之保護。

五、保佐

準用于

關於成年人之監護人之規定。于保佐人準用之。（千四百三十九條）

庚 親屬會

2. 保佐人之規定

蓋保佐人雖非監護人。然其性質與監護人相同。故得準用監護人之規定。

一、親屬會之意義及精神

親屬會即就監護及其他法律所規定應行會議之事件。因本人並親屬及其他利害關係人之呈請而成立之議決機關。吾國習慣。因有重要事件。則邀同族中及親戚會議處理。但此不過為習慣上之事實。並非法律上之制度。夫親屬會所會議。重大之事件居多。若一任諸習慣之自然。必不免流弊。故歐洲各國現行之法律。皆設親屬會之規定。即日本亦然。惟各國民法。凡親屬之招集組織決議等事。均認審判官之干涉居多。此與吾國現行之習慣不合。故本法于招集及組織等事雖認審判官之干涉。而于決議一層。則不取審判官干涉主義。

關於親屬會之招集。千四百四十條云。依本律及其他法令之規定。應開親屬會議時。審判廳須因本人、親屬、監護人之監督人、保佐人、檢察官、或利害關係人之呈請招集之。據此則親屬會招集之原因有二。一、為本律所規定。如婚印章、親子章、及監護章等所規定。須開親屬會是。二、為他律所規定。至于得呈請招集者有六。一。本人。即要會議事件之人也。二。親屬。三。監護人與監護人之監督人。四。保佐人。五。檢察官。與檢察官以呈請招集權者。以親屬會之招集。與公益有時亦有關係故也。六。利害關係人。若招集之權。則全屬諸審判廳。

二、親屬會之招集

三、親屬會員之員數

關於親屬會會員之數。千四百四十一條云：「親屬會會員。三人以上，七人以下爲限。」蓋親屬會員數過少。易流于偏私。過多則議論意見又易涉于紛岐。故至少須有三人。至多不得逾七人。至三人以上七人以內。究應用若干人。則任招集者斟酌事情。隨時而定。或四五人或五六人均無不可。

四、親屬會員之選定

千四百四十二條云：「親屬會會員。得由有指定監護人之權利者。以遺囑選定之。」又同條第二項云：「無前項選定時。審判衙門須從親屬內、及與本人相關切者內選定之。」此條係爲規定親屬會員選定權而設。選定權有二種。一、有指定監護人之權利者。即最後行親權之父或母是。以父母于保護子之利益。既有完全之權利。即應有指定爲其子而開之親屬會員之權限也。但其選定。須于臨終時以遺言選定之。二、爲無遺書選定時。親屬會員則由審判廳選定。審判廳選定會員之時。須先徵檢察官及司法警察之報告。然後決定。審判廳選定之異于遺書選定者。一則可隨意選定。一則須從親屬內及與本人相關切者之中選定也。又遺書選定。若不滿三人時。審判廳因可選定補缺。即遺書選定滿三人時。審判廳仍以選定增加之。

五、親屬會員之資格

監護人、保佐人、及千四百十六條所列之人。不得爲親屬會會員。（千四百四十三條）蓋法律對於親屬會員之資格。特有二種之限制。一、因會議之事。常與其人有關係。法律資格限制之不許其爲會員。如監護人保佐人是也。二、因其人之身分、地位、品行、道德、難勝親屬會員之任。法律亦限制之不許其爲親屬會員。

六、親屬會員之辭職

即千四百十六條所規定之不得爲監護人者是也。親屬會會員。非有正當事由。不得辭職。係千四百四十四條所規定。蓋親屬會員之義務。亦如監護人及監護人之監督人之義務。均含有強制性質。故一蒙選定爲親屬會員。即不得隨意辭職。然若經選定後。即無推辭之路。則非特爲會員者不便甚多。而于設立親屬會之目的。或反不能達到。故有正當之事由者。則許其辭職。所謂正當之事由者。如身罹疾病。遠隔地方等皆是。

七、親屬會員決議之方法

千四百四十五條云。「親屬會員之議事。以會員過半數之同意決之。」又同條第二項云。「會員於所議之事。有關係自己利害者。不得加入議決之數。」所謂過半數者非僅就到會會員過半數而言。乃指總會員之過半數而言。故總會員有七人時。必須有四人。方爲過半數。若到會者雖有五人。五人之意見不一致。即不得決議。然所議之事。若與會員有利害之關係。則不得與于議決之數。以與自己有利害關係之事。其議決難望其公平無私也。

八、會員出缺之補選

千四百四十六條云。「親屬會會員出缺時。會員須呈請審判廳補選之。」又同條第二項云。「會員因一時之事故。不能到會者。須由其餘會員。呈請審判衙門選定臨時會員。」蓋會員之選定。既由審判廳。則出缺時之補選。自亦應由審判廳。而不得由會員互相推薦推選。會員出缺之原因。如會員之死亡或先爲親屬會會員。後爲無能力者之監護人或保佐人等皆是。若會員並非出缺。不過因一時之事故而不到會。則暫選臨時會員代之。設因會員一時有事故。即將會議事件停止。待其事故

九、常設親屬會

完畢後。始行開議。則是以一會員之事故。可牽動會議。殊為不合。設聽其不到會。暫由到會者會議。雖非違法之會議。然終不如暫選臨時會員之為愈。

千四百四十七條云。「為無能力人限制能力人而設之親屬會。須繼續存在。至成為有能力人時止。又同條第二項云。「前項親屬會。除初次招集外。得由本人、法定代理人、監護人、監督人、保佐人、或會員招集。」此條係為規定常設親屬會而設。親屬會有臨時親屬會與常設親屬會之分。臨時親屬會。為特別事件而設。常設親屬會。則為無能力人或限制能力人而設。其應會議之事件。時時發生。若第一次會議事件完畢。即將親屬會解散。至第二次有會議。再行續選會員。則選定之事。不勝其煩。故為無能力者而設之親屬會。為常設親屬會。其選定之會員。于無能力者未達于成年或能力未回復之前。當繼續存在。又開第一次之常設親屬會。固須由審判廳招集。開第二次之常設親屬會。即由本人、法定代理人、監護人、監督人、保佐人、或會員、招集之。以省再向審判廳呈請之煩。

十、對於親屬會之決議不服之訴之提起

會員或千四百四十條所列各人。有不服親屬會之決議者。得呈訴于審判衙門。(千四百四十八條)蓋親屬會之決議。雖有拘束監護人及其他之效力。然遇其決議有不正當時。亦當許不服者呈訴于審判廳。而撤銷其決議。其得提起不服之訴者。本人、親屬、監護人、監護人之監督人、保佐人、檢察官、利害關係人、及會員是。會員提起不服之訴時。以他會員為被告。會員以外之人提起不服之訴時。則以全體會員為被告。其呈訴時期。以一箇月為限。從決議之日起算。

十一、親屬會不能議決時之救濟方法

辛 扶養之義務

親屬會有不能議決者。得呈請審判衙門審判之。(千四百四十九條)所謂不能議決者。如到會之會員無過半數。或意見分爲數派。無論何派。均不得過半數是。在此時會員既不能決議。而又不能無決議以終。故當呈請審判廳。以審判代決議。

一、扶養之義務之意義

扶養之義務。即法律所特定對於不能存活無力求教育之人。而與以生活之資教育之費是。其受人之扶養者。謂扶養權利者。其與人以扶養者。謂扶養義務者。人生世間。原貴自立。不可依傍他人。然鰥寡孤獨。衰病乘除。以及意外之變故。亦爲人世處境不可免之事。夫爲身死而不受。惟志行高潔者能之。博施濟衆。惟博愛大仁之人能之。均非所望於常人。故全然不受他人之施濟。與欲舉天下之人而施濟之者。此係道德上之事。與法律無關。法律所問者。在于一方處于應受救助之勢。在他方處于應救助此人之地位。且有救助之實力者。法律命以救助之義務。

二、法律規定扶養義務之理由

三、扶養之範圍

法律以命令世人不可害他人爲原則。不命令世人利益于他人。今扶養之義務。是命令世人利益于他人。故屬一例外之事。既屬例外之事。則其範圍宜狹。考英國法國德國之制度。扶養義務。以配偶者、直系血族、及一等親之直系姻族相互之間爲止。意大利民法。始擴充至于兄弟姊妹間。中國與日本。均行家族主義。故家長對於家族。亦負扶養之義務。是以扶養之範圍論。東洋實較西洋爲廣。

四、互負扶養之義務者

千四百五十條云：「凡直系宗親、及兄弟姊妹。互負扶養之義務。妻之父母及婿亦同。」蓋扶養義務。爲相互之義務。即此對於彼負扶養之義務者。彼對於此亦負扶養之義務也。家長家屬之扶養義務。與夫婦之扶養義務。規定于家制及婚姻章中。本條所規定者。惟家長及夫婦以外之扶養義務。互負扶養之義務者有三。一、直系親屬。如父母之於子。祖父母之於孫是。二、兄弟姊妹。三、妻之父母及婿。負扶養義務者有數人時。須依下列之次序而履行義務。一、直系卑屬。二、夫或妻。三、家長。四、直系尊屬。五、兄弟姊妹。六、家屬。七、妻之父母及婿。如同係直系尊屬、或直系卑屬者。以親等最近者爲先。（千四百五十一條）蓋負扶養義務者祇一人。自無順位之問題。若有數人。則何人應先履行此義務。不可無明瞭之規定。故法律定扶養義務之順位。一、爲直系卑屬。以孝爲道德中本原。子孫有孝養父母祖父母之義務也。二、夫或妻。夫妻爲共同生活。至一造需扶養時。自應先行扶養之。三、家長。對於同在一家之家屬。則家長應負扶養之義務。四、直系尊屬。但父母應先祖父母負扶養之義務。五、兄弟姊妹。同氣連根。非尋常可比。故亦列入。六、家屬。家長既扶養家屬。故使家屬亦扶養家長。七、妻之父母及婿。惟于同一順位中負扶養義務者有數人時。則以親等最近者爲先。如子與孫同居于第一位之列。同爲直系卑屬。父母與祖父母同居于第四位之列。同爲直系尊屬。而子之親等較孫爲近。父母之親等較祖父母爲近。則其扶養之義務。即應以子及父母爲先。

五、負扶養義務者之順位

六、扶養義務之分擔

同一親等之負扶養義務者有數人時。須準其資力分擔義務。(千四百五十二條)所謂分擔者。即各按其力以爲支配是。如有甲乙丙丁四子。負扶養其父之義務。其父年需扶養費千元。然甲乙丙祇有二千元之資力。惟丁有四千元之資力。按其資力分擔。則丁一人每年應分擔四百元。甲乙丙三人每人分擔二百元。

七、受扶養權利者之順位

受扶養權利者有數人時。負扶養義務者須依下列次序扶養之。一、直系尊屬。二、夫或妻。三、直系卑屬。四、家長或家屬。五、兄弟姊妹。六、妻之父母及婿。如同係直系尊屬。或直系卑屬者。以親等最近者爲先。(千四百五十三條)蓋受扶養權利者有數人時。負扶養義務者之資力。若舉數人悉能扶養之。自不生順位之問題。惟受扶養權利者有數人。而負扶養義務者。不能悉爲扶養之時。則何人應先受扶養。不可不設一順位之次序。此順位亦由自然之情理而定。與負扶養義務者之順位同。其同一順位中親等有異者。亦以親等最近者爲先。如父母先于祖父。子先于孫是也。

八、扶養之分受

同一親等之受扶養權利者有數人時。各準其需要而受扶養。(千四百五十四條)所謂各準其需要而受扶養者。如有數人之子。其對于父之親等同。則應各準其需要而受扶養。如長子甲每年需扶養費六十元。即有受六十元之權利。次子乙每年需扶養費四十元。即有受四十元之權利。不必從同是也。

千四百五十五條云。「負扶養之義務人。以有扶養之資力者爲限。」蓋無扶養之資力者。法律雖課以扶養之義務。亦屬無益。故惟有扶養之財力者。始使之盡扶養之

九、應負扶養義務者及應受扶養權利者

義務。又千四百五十六條云。受扶養之權利人。以不能自存者爲限。但千四百五十三條第四款至第六款所列各人。因過失致不能自存者。無受扶養之權利。所謂不能自存者。即以自己之財產不能度日。與以自己之操作仍不能糊口也。然必以不由自己過失而致者爲限。如罹疾病水火災厄是。若因游蕩而破家。坐懶惰而失業。則皆爲自己之過失。故除夫婦兄弟姊妹外。即無受扶養之權利。

十、扶養之程度

扶養之程度。以受扶養權利者之需要。及負扶養義務者之資力爲準。(千四百五十七條)蓋生活之需要。因人而異。或以自己之資力與勞力。足籌生活費之半額。其他半額。須仰給于人者。或有全不能自籌者。又男女老幼健康疾病。其需扶養之程度既異。則扶養自難盡同。然扶養之程度。不可專從受扶養權利者一方面著想。尙須兼顧負扶養義務者之財力何如。如受扶養權利者。每月需五十元。而扶養義務者之財力。每月祇能出二十五元。則每月與以二十五元已足。

扶養之方法。得由負扶養義務者定之。但有正當之事由時。審判衙門得因受扶養權利者之呈請。定扶養之方法。(千四百五十八條)蓋扶養之方法。或扶養義務者爲節省與便利起見。邀請扶養權利者同居者有之。或不邀請同居。給以日用費者亦有之。其究竟採何種方法。自不可不任扶養義務者之選定。但一任扶養義務者之選定。有時或不便于扶養權利者。如扶養義務者欲邀請同居。而因感情素不融洽之故。扶養權利者不願。又如扶養義務者。願每月支出日用費。不願邀請同居。而扶養權利者或因嫖老計。願與扶養義務者同居之時。皆爲有正當之事由時。在

十一、扶養之方法

十二、扶養之解銷

此時審判廳得因扶養權利者之呈請。而定扶養之方法。

千四百五十九條云。扶養之權利義務。因受扶養權利人或負扶養義務人之死亡而消滅。蓋扶養權利義務之消滅。與停止異。如受扶養權利者。由貧而富。負扶養義務者。由富而貧。則扶養之權利義務停止。若受扶養權利者死亡。或負扶養義務者死亡。則權利義務因之解銷。以扶養之權利義務。乃附著于人之身分。其人既死亡。則其權利義務自隨之而俱去也。但尙有一例外。即受扶養權利者死亡時之喪葬費是。同條第二項云。受扶養權利人死亡時。其承繼人不能支付喪葬費用者。由負扶養義務者任之。蓋生養死葬。原屬同一理由。不得以其死亡而置之也。惟負扶養義務者之任此費用。必以死亡者之承繼人不能措辦爲條件。否則不負此責任。

中華民國二年五月排印
中華民國二年六月發行

版權
所有

編輯所

上海科學書局編輯所

發行者

上海科學書局

印刷所

上海科學印局

分發行所

廣東北京
奉天漢口
科學分局

代售處

各省大書局

總發行所

上海棋盤街北段九十至九十一號
科學書局

定價大洋二角

法政經濟學解叢書每冊價洋二角

法學通論表解 (各論)	憲法汎論表解	比較憲法表解	政治學表解	行政法表解 (各論)	地方自治制度表解	經濟學原論表解	經濟學各論表解	財政學表解	民法 總則 親屬 繼承 物權 債權	商法 總行 商社 海商
三冊	一冊	一冊	四冊	二冊	二冊	二冊	二冊	一冊	五冊	五冊

刑法各論表解	民事訴訟法 各論表解	刑事訴訟法 要論表解	裁判所構成法表解	監獄學表解	破產法表解	警察學表解	警察實務表解	平時國際公法表解	戰時國際公法表解	國際私法表解	外交史表解	政治地理表解	統計學表解	貨幣學表解
二冊	三冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	二冊	一冊

社會學表解	鐵道學表解	公債論表解	預算決算論表解	銀行學表解	銀行實務學表解	銀行簿記學表解	論理學表解	每冊定價大洋貳角
一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	

上海科學書局總發行所

增訂 普通學表解叢書每冊價洋二角

◎附實業學表解	算術表解	代數學表解	三角法表解	平面幾何學表解	立體幾何學表解	解柝幾何學表解	微分學表解	積分學表解	動物學表解	植物學表解	礦物學表解	實用動物學表解	實用植物學表解	地文學表解
一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊
英文典表解	東文典表解	漢文典表解	中國歷史表解	中國當代史表解	西洋史表解	西洋史年表	東洋史表解	東洋史年表	世界史表解	世界地理表解	中國地理表解	日本地理表解	商業地理表解	
一冊	一冊	四冊	二冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	二冊	三冊	三冊	三冊		
物理學表解	化學表解	心理學表解	教育學表解	教授法表解	生理衛生表解	家政學表解	倫理學表解	商業學表解	商業算術表解	農業學表解	肥料學表解	養畜學表解	論理學表解	
二冊	二冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	二冊	一冊	一冊	一冊	

上海科學書局總發行所