

大學文庫
吳岐著

中國親屬法原理

中國文化服務社印行

日本東京帝國大學法學士
國立中山大學教授
國立武漢大學教授
國立政治大學教授

吳 岐 著

中國親屬法原理

中國文化服務社印行

中華民國三十六年四月滬初版

大學文庫

中國親屬法原理

每冊定價國幣 八元三角

(外埠酌加運費匯費)

版權所有
不准翻印

著 者 人 吳 岐

發 行 人 劉 百 閱

發 行 所 中 國 文 化 服 務 社

印 刷 所 中 國 文 化 服 務 社 印 刷 廠

上海福州路六七九號
電話：九一七〇五
電報掛號五一二二三

敬獻於

先妣在天之靈

例言

(一) 本著係就著者自民國二十年起至二十七年秋止，八年間繼續在國立中山大學武漢大學講授親屬法之講義稿，加以整理增訂而成。

(二) 親屬法多以民族性習傳統爲其基礎，故各國親屬法，各有特殊地方色彩，未易爲國際性的統一。我國親屬社會，數千年來受歷經演變的宗法思想之惰性的規律，在民法施行時，仍以男系承家，父權夫權爲中心之宗族組織爲其最高指導原則。故舊律在並世親屬法中爲最具民族特性而自成一獨立體系之法律。考現行親屬法之立法原則，如廢止男系本位之宗族組織；剷除男尊女卑之規範觀念；變更家制性質，改爲帶民主性的共同生活團體等等，對我國原有親屬生活，予以革命的改革。而此革命的改革之指導原理，蓋又多爲流貫於歐美親屬法中的個人主義之思想。對數千年來男系中心的宗族組織之親屬生活，驟加以個人主義的法律之規律，其在法律與現實生活之間，蓋有相當距離，殆爲不容諱言之事實。著者有鑑於此，於研究親屬法，必分就(1)現實生活——即受宗法影響之親屬生活，窮究其發展演變之原委，以明其根本觀念之所在。(2)對現行法，則推溯歐美先進國立法例之沿革，以明其立法指導原理之爲何。然後，於根本觀念與指導原理之間，研求可能統合兩者之最高理論觀念。而整個親屬法典，及其中每個制度，以至每條規定，即以此種最高理念，爲闡明法意詮釋律義之基準。亦冀以此而謀現實生活與親屬法所以啣接之道也。本著之所以名爲原理者，亦不外聊以表明著者研究本法所取之方針而已。

(三) 本書文中括弧內亞拉伯序列數字：如(一〇四七)者，謂民法第一千另四十七條第二項第二款。如(二〇〇但^I)者，謂民法第一千另二十條第一項但書。如(同條^{II})者，謂上出括弧內條文之第二項。餘類推。書中凡引用民法條文，多未註明民法字樣，因親屬法固爲民法法典之一部分故也。

如於條文序數之上冠有民訴，刑訴或刑，尊等字樣者，係爲民事訴訟法，刑事訴訟法或刑法等之略語。餘類推。

如於條文序數上冠有德民，瑞民或日民等字樣者，謂德國民法，瑞士民法，日本民法，餘類推。
如（大上字九五號）者，謂前大理院判決上字第九五號，餘類推。

（四）本著脫稿遠在民國廿三年，當時同類著作，尙不多覩，著者未能廣得觀摩之益，因而難免孤陋武斷之處。茲者接受中國文化服務社社長劉百閱先生之要約，付諸刊行者，亦無非拋磚引玉，以求海內賢達之指正云爾。

（五）凡當於我國親屬法各種術語之西文名詞，係由武漢大學法學士王燮荃君廣爲參考各國親屬法典及關此之著作，認爲涵義相當者，爲補附於各該術語之後，以供比較研究外國法者之助，爲本著生色不少，謹附此致謝

中華民國三十六年一月廿二日慈母忌日著者謹識

中國親屬法原理目次

緒論

第一節 親屬法之概念	一
第二節 親屬法之性質	二
第三節 親屬法與民法總則及其他法律之關係	三
第一款 親屬法與民法總則之關係	三
第二款 其他與親屬法有直接關係之法律	五

本論

第一章 通則	七
第一節 親屬之定義	七
第二節 親屬之分類	八
第一款 血親	八
第一項 自然血親	八
第二項 法定血親	九
第二款 配偶	一〇
第三款 姻親	一
第三節 親系 親等	三
第一款 親系	三
第一項 直系及旁系	三

第二項	父系及母系	一三
第三項	尊親屬與卑親屬	一四
第二款	親等	一五
第四節	親屬之範圍	一六
第五節	親屬關係之發生及消滅	一一
第一款	自然血親	一一
第二款	法定血親	一一
第三款	配偶	一二
第四款	姻親	一三
第二章	婚姻	一五
第一節	婚姻之意義	一五
第二節	婚姻之沿革	一八
第一款	結婚方法之沿革	一八
第二款	婚姻配偶數之沿革	一九
第三節	婚姻之種類	三四
第四節	婚約	三六
第一款	婚約之意義及性質	三六
第二款	婚約之締結	三九
第一款	締結之要件	三九
第二款	締結之方式	四一

第三款	婚約之效果	四二
第四款	婚約之解除	四二
第一項	解除之原因	四三
第二項	解除權之行使	四七
第三項	解除之效果	四八
第一目	普通效果	四八
第二目	損害賠償	五〇
第五節	結婚	五三
第一款	結婚之要件	五三
第一項	實質條件	五三
第二項	形式條件	六二
第二款	結婚之無效及撤銷	六五
第一項	結婚之無效	六五
第二項	結婚之撤銷	六六
第一目	公益上之撤銷	六七
第二目	私益上之撤銷	六九
第三目	撤銷之研究	七二
第三項	無效之結果及撤銷之效力	七二
第一目	無效之結果	七二
第二目	撤銷之效力	七三
第三目	無效及撤銷之損害賠償	七四

第六節	婚姻之普通效力	七五
第七節	夫妻財產制	八一
第一款	總說	八一
第一項	夫妻財產制之意義	八一
第二項	夫妻財產制之立法例	八二
第三項	民法之法定制及約定制	八六
第一目	法定財產制	八六
第二目	約定財產制	八七
第三目	法定善後制	九〇
第四目	法定制與約定制之關係	九三
第四項	財產制中之財產種類	九四
第一目	特有財產	九四
第二目	原有財產	九六
第三目	婚姻財產團	九六
第二款	分說	九七
第一項	聯合財產制——法定財產制	九八
第一目	婚姻財產團之組織	九八
第二目	婚姻財產團之管理	一〇〇
第三目	夫之使用收益權	一〇四
第四目	妻對聯合財產之權利義務	一〇五

第五目	家庭生活費用	一〇九
第六目	夫妻之債務	一一一
第七目	聯合財產之解散	一一三
第二項	共同財產制—約定制	一一六
第一目	婚姻財產團	一一六
第二目	共同財產之管理	一一七
第三目	共同財產之使用	一一九
第四目	共同財產之處分	一一九
第五目	妻對共同財產之權利義務	一二〇
第六目	家庭生活費用	一二〇
第七目	債務	一二一
第八目	共同財產團之解散	一二三
第三項	所得共同財產制—約定制	一二四
第一目	婚姻財產團	一二四
第二目	婚姻財產團之管理	一二六
第三目	婚姻財產團之處分	一二六
第四目	妻對婚姻財產團之權利義務	一二六
第五目	家庭生活費用	一二六
第六目	債務	一二七
第七目	婚姻財產團之解散	一二七

第四項 統一財產制——約定制.....二二八

第一目 婚姻財產團.....二二八

第二目 婚姻財產團之管理使用收益處分等.....二二九

第三目 妻對婚姻財產團之權利義務.....二二九

第四目 家庭生活費用.....二三〇

第五目 債務.....二三〇

第六目 婚姻財產團之解散.....二三〇

第五項 分別財產制——約定制兼法定善後制.....三三一

第一目 本制之意義.....三三一

第二目 家庭生活費用.....三三一

第三目 夫妻相互代理權.....三三一

第四目 妻財產之委任管理.....三三二

第五目 債務.....三三三

第八節 離婚.....三三三

第一款 離婚之意義.....三三三

第二款 離婚法之立法主義.....三三五

第一項 歐洲離婚法立法主義之變遷通觀.....三五

第二項 我國古來離婚立法主義.....三五六

第三款 兩願離婚——和離.....三三八

第一項 意義.....三三八

第二項	和離之要件	一三八
第三項	和離之無效及撤銷	一四〇
第四款	判決離婚	一四二
第一項	意義	一四二
第二項	判離之法定原因	一四二
第三項	離婚之訴	一四八
第五款	離婚之效果	一五二
第一項	關於身分上之效力	一五二
第二項	關於共同子女之效力	一五三
第三項	關於夫妻財產關係之效力	一五四
第四項	離婚之損害賠償及贍養費	一五六
第一目	損害賠償	一五六
第二目	贍養費	一五七
第三章	父母子女	一五九
第一節	親生子女	一五九
第一款	婚生子女	一六〇
第一項	意義	一六〇
第二項	婚生子女之推定	一六一
第一目	受胎期間之推定	一六一
第二目	夫之血統之推定	一六三

第三目 推定之衝突	一六三
第三項 婚生子女之否認	一六四
第四項 婚生子女之權利	一六六
第二款 準婚生子女	一六七
第三款 非婚生子女	一六八
第一項 意義	一六九
第二項 分娩	一六九
第三項 認領	一七〇
第一目 任意認領	一七〇
第二目 強制認領	一七二
第三目 認領之效果	一七五
第四目 認領之撤銷	一七五
第四項 非婚生子女之權利	一七六
第二節 收養子女	一七七
第一款 意義	一七七
第二款 養子制度之利弊	一七七
第三款 我國舊有養子制度	一七八
第四款 收養	一七九
第一項 收養之意義	一七九
第二項 收養行爲之要件	一八〇

第一目 實質要件	一八〇
第二目 形式要件	一八三
第三項 收養之無效及撤銷	一八四
第五款 收養之效力	一八五
第一項 積極效力	一八五
第二項 消極效力	一八六
第六款 收養關係之終止	一八七
第一項 同意終止	一八七
第二項 判決終止	一九〇
第一目 判決終止之法定原因	一九〇
第二目 終止收養之訴	一九二
第七款 收養終止之效力	一九三
第三節 遺繼子女	一九四
第一款 意義	一九四
第二款 遺囑立繼	一九五
第三款 遺繼之效力	一九七
第四節 親權	一九七
第一款 緒說	一九七
第二款 親權之意義	一九八
第三款 親權人	二〇〇

第四款 親權之內容	110
第一項 關於子女身上者	110
第二項 關於子女財產者	110
第五款 親權行使之糾正及停止	113
第四章 監護	115
第一節 監護之意義	115
第二節 監護制度變遷之概略	116
第三節 監護之開始	118
第四節 監護之機關	119
第一款 監護人	119
第一項 監護人之種類	119
第一目 未成年人之監護人	120
第二目 禁治產人之監護人	121
第二項 監護人之免除 缺格 撤退	122
第二款 監護之監督機關——親屬會議	124
第五節 監護事務	125
第一款 總說	125
第二款 監護職務之內容	126
第一項 關於受監護人身上之監護事務	126
第二項 關於受監護人財產之監護職務	127

第三項	關於法律行爲之監護職務	二一八
第三款	監護之報酬	二一八
第四款	親屬會議之監督職務	二一九
第六節	監護之終止	二二〇
第一款	終止之原因	二二〇
第二款	監護終止後監護人之義務	二二一
第三款	關於監護上請求權之特別時效	二二二
第五章	扶養	二二三
第一節	扶養義務之意義	二二三
第二節	扶養當事者	二二四
第一款	總說	二二四
第二款	扶養義務人	二二五
第三款	扶養權利人	二二六
第三節	扶養義務之要件	二二七
第四節	扶養權利之性質	二二八
第五節	扶養之程度及方法	二二九
第一款	程度	二二九
第二款	方法	二三〇
第三款	程度方法之變更	三三一
第六章	家	三三二

第一節 家之意義	一三二
第二節 家之組織	一三五
第一款 家屬	一三五
第一項 家屬身分之得喪	一三五
第一目 家屬身分之取得	一三五
第二目 家屬身分之喪失	一三八
第二項 家屬之權利義務	一三八
第二款 家長	一三九
第一項 家長之選任及免罷	一四〇
第一目 家長之選任	一四〇
第二目 家長之免罷	一四一
第二項 家長之權利義務	一四一
第三節 家之成立 廢滅及分離	一四三
第一款 家之成立	一四三
第二款 家之解散及廢滅	一四三
第三款 分家	一四三
第七章 親屬會議	一四六
第一節 總說	一四六
第一款 意義	一四六
第二款 沿革	一四七

第二節 親屬會議之組織	二四七
第一款 會員之人數	二四八
第二款 會員之資格	二四八
第三款 會員之種類	二四九
第四款 會員之辭任	二五〇
第三節 親屬會議之開會	二五一
第一款 親屬會議之召集	二五一
第一項 召集之議題事項	二五一
第二項 召集權人	二五三
第三項 召集之程序	二五三
第二款 親屬會議之議事	二五四
第四節 對親屬會議之決議不服之訴	二五五
附錄一	
服制 附服制圖	二五七
附錄二	
出征抗敵軍人婚姻保障條例	二六四

中國親屬法原理

緒論

第一節 親屬法之概念

人類在可用歷史的資料或根據蠻族生活之調查報告而推斷之上古社會，其生活式樣中必已有男女間因異性的合作關係，父母對子女之哺育關係，以及二者並存之混合關係，蓋可無疑。因此種生活關係，乃為人類之遺保種族本能——即生殖本能，育兒本能及社會的本能三者之自然發露，而人類種族固賴此以繁榮至今故也。泊人文進化後，對此等由本能而發展及發達之複雜的生活關係，乃予以法律的規律及維持。此種生活關係一經法律規律及維持者，即成為親屬法(德：Familienrecht. 法：Droit de famille. 英：Law of domestic relations.)基本對象之夫妻間關係，親子間關係，及由二者延長或擴大之親屬家屬間關係。此類法律關係之內容及範圍，雖各隨時代及地域而變異，然必以人類性能的差異，或血統連續的自然事實，為其發展及維持之基本要件，乃為亘古不變者。故親屬法所規律之對象關係，與其他私法之規律財產關係者不同，而以各人之特殊身分為其成立要件。從而親屬法者乃為規定親屬間身分及其關係之法規也，故可別稱之為身分法。例如夫妻父母子女之身分，及此類身分上之權利義務，均依此而確定是也。

夫婦父母子女之集團，在人類社會中蓋為最密切最自然的生活團體——所謂親屬團體，故夫婦父母子女各人財產相互間，必發生複雜關係，或必變更其參加團體以前固有的產權狀態。例如，父母對子女之特有財產，得行使某種權利(如一〇，一〇一，一〇二，一〇三，一〇四，一〇五，一〇六，一〇七，一〇八，一〇九，一〇一〇，一〇一七，一〇一八，一〇一九，一〇二〇，一〇二一，一〇二二，一〇二三，一〇二四，一〇二五，一〇二六，一〇二七，一〇二八，一〇二九，一〇三〇，一〇三一，一〇三二，一〇三三，一〇三四，一〇三五，一〇三六，一〇三七，一〇三八，一〇三九，一〇四〇，一〇四一，一〇四二，一〇四三，一〇四四，一〇四五，一〇四六，一〇四七，一〇四八等)。

等是。親屬間之產權關係，既有此特殊情形，凡關於普通私有財產關係之制度，自不能無條件適用。而親屬關係，又不能離財產關係而獨立，故凡關於特殊親屬財產關係者，同時亦有規定於親屬法中之必要。近世各國立法通例，於親屬身分關係之外，同時併規定其特殊財產關係，職此故也。民法亦仿通例，將特殊財產關係，均特爲較詳之規定。此外如爲管理無能力人之財產而設之監護制度，及爲監察監護人之職務，及監督父母對子女所行使之親權等而設之親屬會議，雖均不能歸屬於上述二者之中，然或爲親權之延長，或爲避免國家權力遇事干涉家庭生活之補充機關，均與親屬關係及家屬關係有密切關係，故亦規定於本法之中。最後應注意者，我國社會組織均曾經受宗法制度之支配，宗法制度雖與封建制度同時廢滅已久，但受宗法制度之影響，蛻化而成今日之家庭制度。此種家庭制度實爲我國數千年來社會之基礎組織。且在個人主義與家族主義之孰得孰失，尙待研究之今日，自不能遽將家庭制度摧毀，而易以個人主義的社會組織。所以親屬法規所應規定之範圍，自不能如歐美各國僅以父母子女夫婦等親屬關係而止，對於實際上存在之「家」，非有相當的規定不可。故現行法爲特設「家」之專章以規定之。綜上所述，我國親屬法之概念，可簡約之而爲左之定義：

「親屬法云者，規定親屬關係，家屬關係及由此等關係而生之各種權利義務之法規也。」

第二節 親屬法之性質

親屬法之性質，根據上述定義，可演繹之如左：

第一 親屬法爲私法

因其所規律者爲私人間之身分及其關係故也。

第二 親屬法爲普通法

凡中華民國人民均有適用，中華民國領土內一律施行。非專施於特殊一部分人民，或偏行於特殊一地方，故爲普通法。

第三 親屬法爲實證法

以規定身分及其權義關係之本體，爲其主要內容，故非程序法。

第四 親屬法之強行性

親屬團體爲社會之基礎組織，規律親屬關係之法律如何，可直接影響於社會秩序及風俗。一旦其所規律之法律立定後，首應強制的確保其必適用，以維社會基礎組織之有定型的安定，乃爲其社會機能上之必要。故親屬法之規定，其大部分爲有強行性之法規。

第五 親屬法之習俗性

親屬法上之法律關係，多以人類自然性習，爲其維持及發展之基底。然人之性習，多受其時其地之一般習俗影響而變化。故親屬間之法律關係，多以習俗之轉移，爲其進展之根據。從而在親屬法之立法，若對自身絕無崩潰破綻之習俗，而予以革命的指導規律，常不能收立法者所期待之效果。

第六 親屬法之倫理性

夫妻，父母，子女等相互間之關係，就其內容之性質言之，如愛慈孝悌等多爲道德規範所命令的本分。此等本分之實踐，以法律保障時，于是始轉變爲相互之權義關係。如虐待必以「不堪同居」，及「遺棄」之必以「惡意」爲標準（一〇五二）。「縱無過失亦應給相當之贍養費」（五一〇）。「懲戒」之「必要範圍」（八五）。親權之「濫用」（九〇）等，均爲由道德規範而成爲法律規範之過程也。

第三節 親屬法與民法總則及其他法律之關係

第一款 親屬法與民法總則之關係

民法分五編，債編物權爲財產法；繼承編爲以親屬身分爲基礎之財產繼承法；總則形式上應爲包羅各編所

共通之原則規定。親屬編既爲民法之一部分，則凡應於總則中規定事項，如行爲能力、意思表示等等，原則上應直接適用總則之規定。然實際上則不然。現在總則所規定者，多以財產交易爲對象，直接爲親屬法設立原則規定者極少。換言之，總則規定多不能直接無條件適用於親屬法。今試舉二者不同之主要點，以爲解釋之助焉：

第一 行爲能力

在財產法關係，是以當事人自己之行爲，引起財產上之複雜利害關係者，故必以行爲人之對利害關係有判斷能力——卽法律行爲能力爲要件。在親屬法關係則不然，其行爲之內容，僅爲直接使自己身分之變動。故行爲人對身分變動，能有認識能力——意思能力爲已足，不必俱有法律行爲能力。身分行爲既僅須意思能力，則如已有完全意思能力者之行爲，無論爲單獨行爲，雙方行爲或共同行爲，均可發生親屬法的效果。從而縱爲需要其他法律要件——如法定代理人之同意^(九七四、九八一)等——之行爲，其要件亦僅爲對行爲主體的當事人之意思，立於補助的關係，而非當事人行爲效力之發生要件。故在親屬法法定代理人之同意與總則中法定代理人之允許，亦不可同日而語。

第二 意思表示

在財產法關係，相對人之意思，及與第三人之關係，均爲決定其意思表示之效果時，所應顧慮之條件^(如八八七、九二)，在親屬法關係之契約行爲——如結婚收養等，以雙方之意思完全合致，爲最主要要件，至與第三人間之交易安全關係如何，則全無考慮之必要。如撤銷因被詐欺或被脅迫之結婚，及其撤銷權之時效等，不適用總則規定，而特爲第九百九十七條之規定者是。

第三 代理

親屬法之身分行爲，原則上既以當事者自身之意思爲要素，故除法定之代理外，不適用總則關於代理之規定。親屬法代理之法定者爲：收養之代諾^(七二)，認領之代請求^(一七〇)，家長權之代理^(二四)，親權之代理^(九二〇)

以及日常家務之代理（〇一〇）等。其代理權之行使，一以被代理人之利益為前提。如有不利於被代理人之情形時，應可以代理權之濫用為理由，使其行為歸於無效。

第四 其他

如撤銷之效果，在親屬法例無溯及效，且並非僅對特定當事人間，而對一切第三人均發生身分關係變更之效果。其撤銷權之行使，例須對法院為之。

總之，親屬法上之行為，以自然的行為能力為原則，而極端注重行為主體之意思者也。此即為與總則之財產法規定，根本不同之特質，亦即解釋親屬法時，首應體會之原則也。

第二款 其他與親屬法有直接關係之法律

親屬法在其運用上，除上述民法之其餘部分外，有賴其他特別法之援助者頗多。如國籍法，法律適用條例，戶籍法，人事訴訟程序等，均為其運用上有密切關係之法規也。

國籍法云者，為規定國民資格喪得之法規也。例如外國人之與中國人有親屬關係者與無親屬關係者，在歸化條件上發生差異等之規定，均直接與親屬法有密切關係者是。

法律適用條例者，關於規定身分法律行為的內外法規相抵觸時，用以為解決之準則法規也。例如，國籍不同之兩造當事人因離婚而涉訟，各造本國法律關於離婚原因之規定，適相抵觸時，依據是法解決之者是。

戶籍法者，規定以公證各人身分關係為目的的戶籍及其登記程序之法規也。

人事訴訟程序者，規定親屬關係中所發生之身分上爭訟，而為普通民事訴訟程序所不能應付的特別程序之法規也。

上述各種法律，均為直接或間接有助成親屬法運用之任務。親屬法對此等法律的關係，係在於主法對助法的地位。研究親屬法，對此等助法之研究，自不能忽諸。

本論

第一章 通則

第一節 親屬之定義

親，屬二語，據爾雅、禮記及說文等解釋，前者爲恩愛狎近不疎遠之意，後者爲骨肉連續之意。二語聯用合解，則正爲骨肉恩愛相連續之義也。故自禮記以來歷朝律例，遂沿爲術語，用爲表示骨肉恩愛相連續者之名詞（註）。民法仍襲用之。然一朝律例之親屬概念，不盡與現行法相同者，例如清律之「親屬相爲容隱律」律文「凡同居若大功以上親，及外祖父母；外孫，妻之父母，女婿，孫之婦，夫之兄弟，兄弟妻，有罪相爲容隱；皆勿論」。及「親屬相盜律」律文「凡各居親屬相盜，期親減凡人五等，大功減四等，小功減三等，總麻減二等，無服減一等」之律文中，其所指爲親屬者，係不分同姓異姓，包括宗親，外親，及妻親之全體而言。而民法所定爲親屬之種類及內容者，爲血親，配偶及姻親（九六七，九六九），二者關於親屬之名稱及範圍均各不同。前者因受宗法制度影響，重男輕女，一以男子爲本位。凡男系及得與男子同族者，謂之宗親（或宗族）。女系及不能與男子同族者，謂之外親（外姻）。而對於妻之親黨，特名之爲妻親。民法既廢除宗法的親屬組織，而代以男女平等原則，關於親屬之種類內容及範圍等，均予以更革。茲就民法所規定爲親屬者，試爲之定義如左：

「親屬云者，以血統或因配偶而連續，其相互間發生一定法定效果者之謂也。個人間此種連續關係，卽謂之親屬關係」。

【註】按「親」字之意義，在爾雅註疏之釋親中，蒼頡曰：「親，愛也，近也，然則親者恩愛狎近不疎遠之稱也」。書曰：「克明峻德，以親九族」。蓋親者，愛之近之之謂也。禮記大傳有曰：「服術有六，一曰親親」，鄭玄註曰：「親親

父母爲首」。言第一可親者祇惟父母，而後世遂以親子爲父母之代詞。故在說文解字「親，至也，从見，叢聲」，而段氏即註曰：「情意懇到曰至。父母者，情之最至者也」。又「屬」字，在禮記喪服小記中，「屬從者，所從雖沒也服」之疏曰：「屬者，骨肉連續以爲親」。儀禮喪服之疏亦曰：「屬，猶續也」。說文解字亦曰：「屬，連也，从尾，蜀聲」。則屬字者爲連續之義也。而親屬二字聯用，在文獻上始見於禮記大傳集說，曰：「罔姓，父族也（中略）合聚其族之親屬，則無離散陵犯之事」。又唐律疏義中，各例之疏義曰：「視品稍異正官，故不許蔭其親屬」。又曰：「應取議請減蔭親屬者，雖死亡皆同存日，故曰存亡同」。故親屬者，骨肉恩愛連續者之義也。

第二節 親屬之分類

民法親屬既包含血親配偶姻親之三者，則此三者實爲親屬之種類。今就此三者之意義，分款說明之。

第一款 血親（德：Vervandtschaft. 法：parenté. 英：Consanguinity or kindred）

血親依現行法之規定，可分爲自然血親及法定血親之二者。

第一項 自然血親

血親者，爲血統連續之親屬，卽出生於共同始祖者之謂也。如父母子女，兄弟姊妹等所謂骨肉親者是也。血親之發生，基於男女性的結合之自然事實，故謂之自然血親。發生血親之男女結合，是否基於婚姻關係，對於所發生之血親，不生任何影響（六五〇）。外國法律中，有完全否認非由婚姻而生之血親關係者（如英國）。又如法國，其血親關係僅止於父母子女之間者。此等法意，固爲出於禁遏私通風習之政策。而私通乃爲父母之不德，而使無辜的非婚生子女受此不德之制裁，實爲不宜。我國律例對此項非婚生子女問題，例如清律犯姦律「姦生男女責付姦夫收養」。又親屬相姦律「惟同宗姦生男女不得混入宗譜，聽隨便安插」。前者由生父收養，

乃公認其血親關係。後者同宗姦生男女，雖聽生父母隨便安插，承認其血親關係。然以墨守男系血統的宗法主義之法則，不許其混入宗譜，繼承宗祧，即不許使其血親親屬關係擴張至同宗宗族之間，其結果似近於法法。民法凡非婚生子女（即姦生男女），對於生父母之關係，視與婚生子女相同，除父須經認領之手續外，無任何限制（六五）。

第二項 法定血親

本非血統上的連續，依法律上的擬制，而生與自然血親相同之關係者，謂之法定血親。民法中養父母養子女之關係（七七），繼承人與被繼承人之關係（七一）即屬此種法定血親。養子女與養父母之間，雖無血統之連續，然一經收養後，法律上即取得婚生子女之地位，有與婚生子女同樣之權義。此種擬制血親制度，自古尚之。且擬制者不僅限於所謂「過房」（同宗）「乞養」（異姓）之關係，對於夫之妾生子女，夫、妻之子女，亦發生擬制的母子關係（五）。民法關於妻對夫前妻之子女，後夫對妻前夫之子女，及夫妻一方對他方之非婚生子女間，僅認爲配偶之血親，即止於姻親，而無血親關係之擬制。

【註】養子對養父關係，見於文獻者爲儀禮喪服章「爲人後者」之子夏傳曰：「何以三年也，受重者（謂繼承宗祧）必以尊服服之」。又曰：「爲所後者（養父）之祖父母，妻（養父之妻），妻之父母（養父岳父母），昆弟（養父之妻舅），昆弟之子（養父妻舅之子）若子」。又曰「爲人後者，於兄弟（生父之子）降一等，報於所爲後（養父）之兄弟之子若子」。又夏傳之疏曰：「不言死者（養父）總麻小功大功及期之骨肉親者，子夏作傳，舉疏以見親，言外以包內，骨肉親者如親子可知也」。據上傳疏，養子對養父母之關係，與親子雖微有不同，然大概與親子同一待遇。又擬制母子血親關係，見於清律者爲：「其嫡母繼母慈母養母（有犯）與親母律同（改嫁義絕及毆殺子孫不與親母同）」（清律稱期親祖父母律文）。妾所生之子女（民法所謂非婚生子女）稱父之正妻曰嫡母。前妻所生之子女，稱父所娶後妻曰繼母（或曰後母）。自幼過房與人者，稱其撫養之母曰養母。生母死亡，父令別妾撫育者，稱撫育之母曰慈母。爲子女者對此四母，應與親生之母同其關係。因其僅爲擬制而無自然血親關係，故此四母若改嫁，義絕或毆殺子孫，即可終止母子關係。

第二款 配偶（德：Ehegatte. 法：époux. 英：spouse）

配偶云者，因婚姻與己身成立夫妻關係者之謂也。卽妻爲夫之配偶，夫爲妻之配偶是也。配偶原非血統的連續，故其成立必經具備法律要件的結婚。否則，在法律上卽不得謂之配偶。例如，男女同居者，親友鄰舍均認其爲夫婦，而彼等實際上亦儼行其同居之愛，苟未正式結婚，具備法律要件，自不能發生親屬關係者是。

配偶是否親屬，立法例頗不一致，歐美諸國之法制，有謂夫婦乃爲同心一體之特別關係，並非親屬。有謂配偶爲親屬關係之源泉，既非血親，又非姻親，所以不是親屬。然我國自古卽認夫妻爲親屬。老子道德經中有曰：「大道廢有仁義，智慧出有大僞，六親不和有孝慈」。王弼注曰：「六親，父子，兄弟，夫婦也」。左傳六親註曰：「父子，兄弟，姑姊，甥舅，昏媾，姻亞」。又漢書禮樂志中「六親和睦」句，應劭註曰：「六親：父母，兄弟，妻子也」。又儀禮喪服斬衰章「爲夫」，子夏傳曰：「夫至尊也」。齊衰杖期章「爲妻」，子夏傳曰：「爲妻，何以期也，妻至親也」。觀上諸文獻，可知夫妻彼此互爲親屬。不過因宗法主義之影響，致夫妻間喪服互有等差耳。然喪服者正所以表示親屬關係之有無也。現行法對於配偶是否親屬無直接明文規定，解釋上不無問題（註）。從其規定配偶爲一切姻親關係連結之樞紐觀之（九九），其爲親屬，蓋無容疑。

【註】中央政治會議之親屬法繼承法立法原則中，首定親屬爲配偶血親姻親三類（見參照同上原則）。日本民法，認夫妻爲親屬，并在其親族法第一條首先明確規定之。（日本民法第七百二十五條：左列者爲親族：一，六親等內之血族，二，配偶者；三，三親等內之姻族。）

民法根據男女平等原則，採取一夫一妻制，不承認妾之存在。然在實際社會上，所謂妾者比比皆是。妾與其夫之關係，自非配偶關係。故現在之妾，除入夫之家同居爲共同生活者，僅取得家屬身分之外（一一二）在法律上別無其他地位。

又如配偶者而爲重婚時，其重婚，并非無效，僅得向法院請求撤銷（九九）。然婚姻之撤銷，其効力不溯及

既往(九九)。(在撤銷以前，仍爲有效婚姻。故重婚者一時得有二人之配偶，蓋亦法律上之一奇態也。

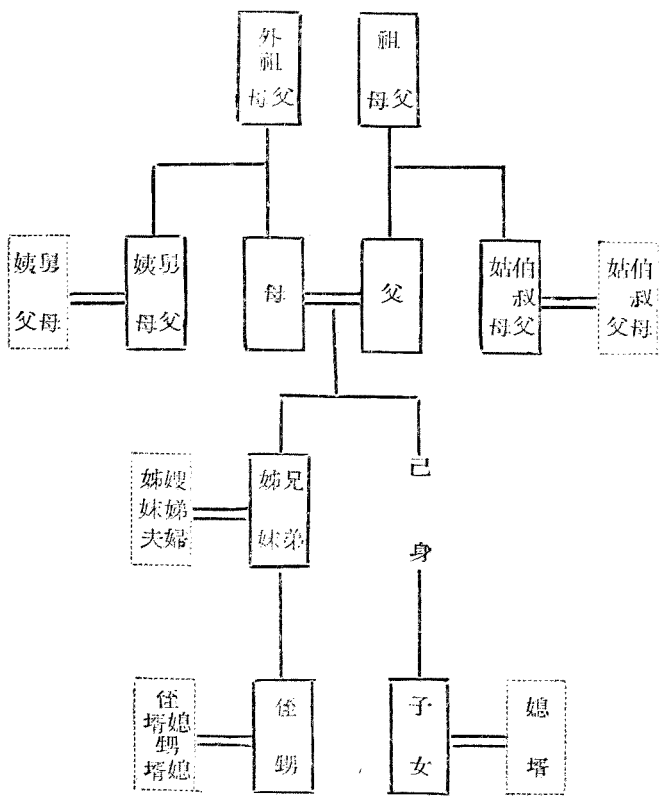
第三款 姻親 (德: Verschwagerschaft, 法: alliance, 英: affinity)

血親之配偶之姻親圖 (附圖一)

姻親云者，己身與血親之配偶，配偶之血親，及配偶之血親之配偶間所生之親屬關係之謂也(九六)。有此關係者之相互間謂之姻親。血親出於自然(擬制血親在外)，姻親出於人爲，蓋姻親之發生，完全基於人爲的婚姻故也。所以婚姻爲姻親關係之樞紐，已如前述。

一 血親之配偶

例如兄弟、姊妹、子女、叔、伯、舅、姑、姨、侄、甥、等爲己身血親，其配之嫂、姊婦、姊妹夫、媳培、伯叔母、舅母、姑姨夫、姪媳培、甥媳培等，對己身均互爲姻親是。餘此類推。(附圖一)



(注) 實線表示血親
雙線表示配偶
虛線表示姻親

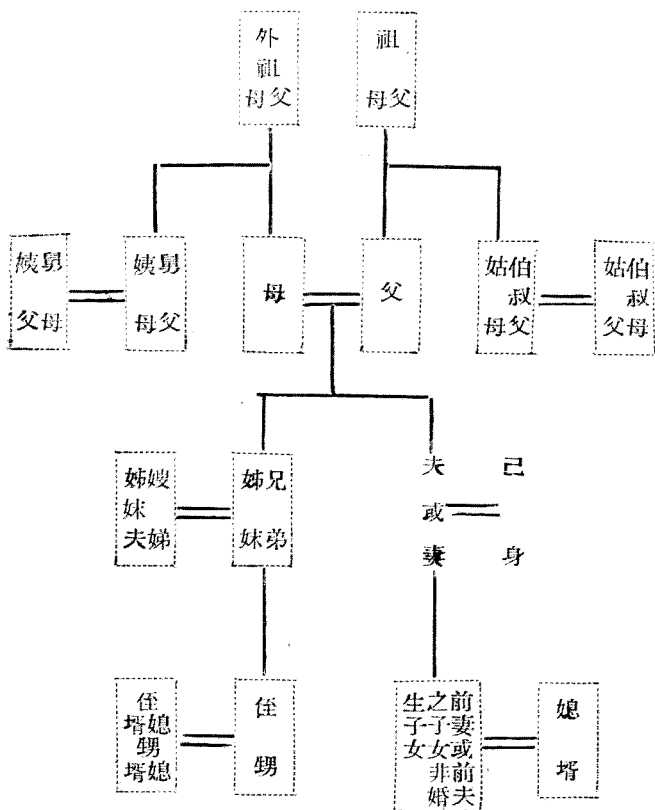
二 配偶之血親 夫婦之一方對他方之血親間之關係，亦為姻親關係。例如妻（或夫）對夫（或妻）之祖父母，父母，兄弟姊妹，伯叔姑，舅姨等，均為姻親是。

三 配偶之血親之配偶 夫（或妻）對妻（或夫）之血親，既為姻親，則對此等姻親之配偶，亦自非認為姻親不可。蓋夫妻為同心齊體之結合，對一方之姻親，自不可獨見疏遠也。列如妻（或夫）對夫（或妻）之嫂姊婦，姊妹夫，伯叔母，舅母，姑姨父，侄媳婿，甥媳婿等，均為姻親是（附圖二）。

然應注意者，民法所定為姻親者，限此三種，此外即不為姻親。例如血親之配偶之血親，及配偶之血親之配偶之血親，苟與己身原無血親關係者，均非姻親。對於嫂、姊婦、姊妹、媳、婿等（姻親）之父母兄弟姊妹等，（姻親之血親）在習俗上雖往往認為姻戚，而法律上則非姻親也。

然應注意者，民法所定為姻親者，限此三種，此外即不為姻親。例如血親之配偶之血親，及配偶之血親之配偶之血親，苟與己身原無血親關係者，均非姻親。對於嫂、姊婦、姊妹、媳、婿等（姻親）之父母兄弟姊妹等，（姻親之血親）在習俗上雖往往認為姻戚，而法律上則非姻親也。

配偶之血親及配偶之血親之配偶之姻親圖（附圖二）



(意 法)

實線表示血親
 雙線表示配偶
 虛線表示姻親

第三節 親系 親等

第一款 親系 (法 *Ligne de la parenté*)

親系云者，血屬姻屬相互間所連繫之系統也。親屬名色不一，所以其相互間所連繫系統，亦隨之而異。今爲分項說明之：

第一項 直系 (德：*Geradelinie*。法：*ligne directe*)及旁系 (德：*Seitenlinie*。法：*Ligne*

Collaterale)

直系云者，由己身直上或直下者間之關係，換言之，即從同一祖先垂直而下者間之相互關係之謂也。在此垂直線上之親屬，謂之直系親。父母，祖父母，曾祖父母，高祖父母等，爲由己身直上之直系親。子女，孫，曾孫，玄孫等，爲由己身直下之直系親。旁系云者，己身與由同一祖先分歧而下者間之關係也。此等分歧傍下親屬，謂之旁系親^(七九六)。如兄弟姊妹由父母分歧，伯叔姑由祖父母分歧，對己身均爲旁系親。以上係就血親而言者。

其在姻親，亦可分爲直系姻親與旁系姻親。即以配偶或所與配偶爲中心而定其親系之旁直。即己身之直系血親，在配偶即爲直系姻親。己身旁系血親，在配偶即爲旁系姻親。旁系血親之配偶，則爲己身及配偶之旁系姻親。例如父母，祖父母等，在配偶爲直系姻親。伯叔舅姑姨兄弟姊妹，爲配偶之旁系姻親。至其配偶之伯叔母舅母姑姨丈嫂姊婦姊妹夫等，則並爲己身及配偶之旁系姻親是。

第二項 父系 (德：*Vater—Linie*)及母系 (德：*Mutter—Linie*)

親系又可分父系及母系。父系母系與所謂男系（英：kinship through male only）女系（英：kinship through females only）之義意不同，後者爲僅依男子或女子而連續之血屬關係。即舊律所謂宗親與外親及妻親是也。由祖父子孫連繫者，謂之宗親。凡由女子連繫，如姑之族，女之族及母之族，均爲外親。由妻連繫者，特謂之妻親是。前者，不問其爲直系旁系男系女系，由父或母之一方所連結之親屬關係，謂之父系或母系親屬。現既廢以宗法制度爲基礎之舊律，男系女系宗親外親以及妻親之區分，失其效用。民法採取男女平等之原則，對父系及母系親屬，原則上不分輕重差異。惟親屬會議會員之資格，遇親等相同者時，父系親屬優先於母系親屬（一—三）。但此種例外，蓋僅爲立法政策上之從權規定，無特殊理由也。

第三項 尊親屬（德：Aszendent. 法：ascendant. 英：ascendant）與卑親屬（德：Deszendent. 法：descendent. 英：descendant）

親屬關係又可分爲尊親屬與卑親屬。尊親屬云者，不問直系旁系，親屬關係上，在己身或配偶之上位者之謂也。己身之父母，祖父母等，直系血親尊親屬也。在配偶方面言之，則直系姻親尊親屬也。伯叔姑舅姨，旁系血親尊親屬也。在配偶則爲旁系姻親尊親屬也。伯叔母舅母姑夫姨夫，亦旁系姻親尊親屬也。卑親屬云者，不問直系旁系，親屬關係上，在己身或配偶之下位者之謂也。己身之子女孫曾，直系血親卑親屬也。子女孫曾之配偶，乃直系姻親卑親屬也。前夫或前妻之子女孫曾，對現配偶之關係，按民法規定，爲姻親關係（即配偶之血親之一種）。則亦係直系姻親卑親屬也。姪甥等爲旁系血親卑親屬，姪媳姪婿甥媳甥婿乃旁系姻親卑親屬也。

尊親屬與卑親屬之區別，在法律上有種種實用。例如，妻對或受夫之直系尊親屬之虐待，均爲妻方離婚之原因（五三）。受扶養權利，除配偶外，直系尊親屬有優先權（一一六）。遺產繼承之順位，直系尊親屬後於直系卑親屬（三八）。此外如輩分不同之親屬間禁婚（三九）等是。

第二款 親等(德：Verwandschaftsgrad. 法：degre de parenté 英：Degree of consanguinity)

親等云者，爲測度系統上親屬關係之親疏遠近之法定標準單位也。親屬關係之效果，一隨親等之遠近而異。而測度之方法(註)，若非預有定規，親屬關係之親疏將無由確定。故民法特以第九百六十八條及第九百七十條規定之。

第一 血親親等之計算法：

一 直系血親 從己身上下數，以一世爲一親等。例如，己身與父(或與子)間爲一世，故爲一親等。己身與祖父(或與孫)間爲二世，故爲二親等。

二 旁系血親 從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至與之計算親等之血親，以其總世數爲其親等之數。例如，己身與兄弟係出同源血親之父，己身與父間爲一親等，父與兄弟間亦爲一親等，合之爲二親等。故己身與兄弟爲二親等旁系血親。餘類推。

第二 姻親親等之計算，準據血親親等之計算法。

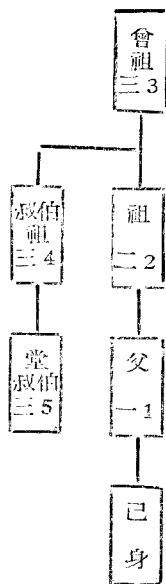
一 血親之配偶 從其配偶之親等。例如，姻親嫂，姊婦，爲旁系血親之配偶。計算嫂，姊婦，與己身之親等，以嫂，姊婦之配偶——即兄弟與己身之親等爲準。兄弟與己身爲二親等血親，則嫂，姊婦，與己身爲二親等姻親。

二 配偶之血親 從其與配偶之親等。例如，妻爲己身所與配偶者，妻之祖父母，即爲配偶之血親。計算己身與妻之祖父母間親等，則以妻與其祖父母間之親等爲準。妻與其祖父母爲二親等之血親，其與己身即爲二親等之姻親。

三 配偶之血親之配偶 從其與配偶之親等。例如，妻之嫂，姊婦，爲己身之配偶(妻)之血親(妻之兄弟)之配偶。計算己身與妻之嫂，姊婦間之親等，以與配偶者(妻)與其嫂，姊婦間之親等爲準。妻與其嫂，姊

婦爲旁系二親等姻親，則與己身亦爲旁系二親等姻親者是。餘可類推。總之姻親親等之計算，一以配偶者或與配偶者之親等爲依準。從而配偶與己身相互間之不發生親等，亦於此可見。爲附親系親等圖於後，以資參照。

【註】測度親屬親疏遠近之方法，大別之有三。一，羅馬法主義。卽爲民法所採取者。二，寺院法主義。其法計算直系親等與羅馬法同。亦以一世爲一親等。至旁系則否。由共同祖先至計算親等之二人間之世數，各別計算，若二方相同，以一方之世數爲親等數。如二方不同，則以較多一方之世數，爲親等數。羅馬法之計算，依血統之遠近，定親等之多寡，爲合乎情理，世界各國均採用之。至寺院法，其計算不盡依親疏之比例，例如，己身與祖父爲三親等，與曾祖父之他子卽伯叔祖，及伯叔祖之子卽堂伯叔，亦均爲三親等，其間不分尊卑遠近，爲不合於理。其與羅馬法之不同點，試以圖明之如左：



（亞拉伯數字表示羅馬法親等
中國數字表示寺院法親等）

採用是法者，現僅英國、耶穌教會中宗教上婚姻，亦用此法。三，中國服制。我國喪服，本所以表示親屬關係之親疏遠近。其原則初爲一世服期，二世大功，三世小功，四世緦麻。自儀禮以後，歷朝釐訂，迭有更動。於世次之遠近而外，並參酌地位之尊卑，恩情之厚薄，與夫男女之別，名義之微。於是各親屬間，各有其特殊親等。而律例且以喪服而名親屬，曰期親，曰大功親，曰小功親，曰緦麻親，曰無服親。而親屬之親疏遠近，亦藉此而定焉。其定親屬之遠近，既無一定計算標準，又非純以世數爲依準，故可名之爲法定別異主義。宗奉此制者爲日本之大寶令儀制令及明治新律綱領之五等親圖。今將清之服制錄於附錄，以供參考。

第四節 親屬之範圍

論理舉凡與己身有血統之連續者，均爲血親。則由父母而祖而曾高，推而上之，以至無窮高之始祖。由于

女而孫而曾玄，推而下之，以至億萬世之末孫，何莫非己身之血親。直系如此，旁系亦然。所以舉四萬萬五千萬人無非同胞，均爲黃帝之子孫也。又血親之配偶，配偶之血親之配偶，對己身均爲姻親，則凡配偶及血親之所至，蓋卽姻親所有之範圍也。然在實際上人情所成認爲血親姻親者，其範圍決不如斯其廣泛。族兄弟不若堂兄弟之親愛，更不若胞兄弟之親愛。世數漸隔，情誼漸疏。至遠親末戚，則相遇如路人，已不成認其爲親屬矣。法律若對此等如同陌路之親屬，亦課以法律上親屬關係之權利義務之效果，是不徒無益，且違于人情。論理應有標準親屬範圍之規定，如日本民法及我國舊律者。日本民法以六親等內血親及三親等內姻親爲範圍。我國舊律以服制定親屬之遠近，服所不及者，在禮制上固不認爲親屬，所謂「絕族無移服」是也。所以舊親屬之範圍原爲（1）四世以內之宗親；（2）二世以內之外親；（3）一世以內之妻親；（4）夫妻。然清律在用律之必要上，於外親妻親兩圖內，各加入所謂無服親者一世（參照附錄服制圖5.6.二圖）。所以其親屬範圍爲，（1）四世以內之宗親，（2）三世以內之外親，（3）二世以內之妻親，（4）夫妻。此爲原則的親屬範圍。至於婚姻繼承二項，其範圍往往擴大至全體宗族（註）。民法關於親屬之範圍，未爲概括的原則規定。其理由爲「各種法律關係，其情形各有不同，卽規定之範圍亦應隨之而異，則雖爲概括之規定，而遇有特種法律關係，例如民事上之親屬禁止結婚，親屬之扶養義務，及繼承權利……等類，仍以分別規定其範圍，爲合於實用。故親屬之範圍，無庸爲概括之規定」（中央政治會議親屬法繼承法立法原則）。今將現行民刑事法所規定，因特種法律關係，發生法律效果之親屬範圍，摘舉文於左：

（一）本法

甲 親屬禁婚之範圍

一 直系血親及直系姻親。

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

三 旁系血親之輩分相同，而在八親等以內者。但表兄弟姊妹，不在此限^(九八三)。

乙 親屬間家屬間有扶養權義者之範圍

一 直系血親相互間。

二 夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間。

三 兄弟姊妹相互間^(一一四)。

丙 得爲未成人及禁治產人之監護人之親屬

一 與未成人同居之祖父母。

二 不與未成人同居之祖父母。

三 伯父或叔父。

(二) 繼承法

甲 得爲遺產繼承人之親屬

一 直系血親卑親屬。

二 父母。

三 兄弟姊妹。

四 祖父母^(二八)。

乙 不能爲遺囑見證人之親屬

一 繼承人及其配偶或其直系血親。

二 受遺贈人及其配偶或其直系血親^(一一九)。

(三) 民事訴訟法

甲 法院職員如與當事人有親屬關係者，應爲迴避，其應迴避之親屬範圍。

- 一 推事或其配偶，前配偶，或未婚配偶，為訴訟事件之當事人者。
- 二 推事為該訴訟事件當事人七親等內之血親，或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者。
- 三 推事或其配偶，前配偶，或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人共同義務人或償還義務人之關係者（123, 3, 9）。

乙 得拒絕證言之當事人之親屬

證人為當事人之配偶，前配偶，未婚配偶或四親等內之血親，三親等內之姻親，或曾有此親屬關係者（170）。

(四) 刑法

親屬犯罪，親屬關係往往為加重或減免本刑，或告訴乃論之原因，或親屬為保護管束之責任人等。

甲 保安處分

保護管束交由警察官署，自治團體，慈善團體，本人之最近親屬，或其他適當之人行之（四）。

乙 妨害風化罪

一 對於因親屬監護教養救濟公務或業務關係，服從自己監督之人，利用權勢而姦淫，或猥褻之行為者，處五年以下有期徒刑（八三）。

二 直系或三親等內旁系血親相和姦者，處五年以下有期徒刑（二三〇）。

丙 妨害婚姻及家庭罪

一 有配偶而重婚，或同時與二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑。其相婚者亦同（二三）。

二 有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其姦者，亦同（三三九）。

丁 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪

對於直系血親尊親屬犯第二百四十七條至第二百四十九條之罪者，加重其刑至二分之一（二五〇）。

戊 殺人罪

一 殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑^(二七)。

二 母於生產時或甫生產後，殺其子女者，處六月以上五年以下有期徒刑^(二七)。

己 傷害罪

對直系血親尊親屬犯第二百七十七條或第二百七十八條之罪者，加重其刑至二分之一^(二八)。

庚 遺棄罪

對於無自救力之人，依法令或契約應扶助養育或保護而遺棄之；或不為其生存所必要之扶助養育或保護者，處六月以上五年以下有期徒刑^(二九)。

對於直系血親尊親屬犯前條之罪者，加重其刑至二分之一^(二九)。

辛 妨害自由罪

對於直系血親尊親屬，犯前條第一項或第二項之罪者，加重其刑至二分之一^(三〇)。

壬 竊盜罪

於直系血親配偶或同財共居親屬之間，犯本章之罪者，得免除其刑。

前項親屬或其他五親等內血親，或三親等內姻親之間，犯本章之罪者，須告訴乃論^(三一)。

癸 贓物罪

於直系血親配偶或同財共居親屬之間，犯本章之罪者，得免除其刑^(三五)。

(伍) 刑事訴訟法

甲 法院職員如為被告或被害人之親屬者，應為迴避，其應迴避之親屬範圍：

一 推事現為或曾為被告或被害人之配偶，七親等內之血親，五親等內之姻親，或家長家屬者。

二 推事與被告或被害人訂有婚約者^(一七)，^(二六)。

乙 得爲被告獨立選任辯護人之親屬。

被告之法定代理人配偶直系或三親等內旁系血親或家長家屬得獨立爲被告選任辯護人(七)。

丙 被告或自訴人有親屬法上之關係者，得絕拒證言。

一 現爲或曾爲被告或自訴人之配偶，五親等內之血親，三親等內之姻親或家長家屬者。

二 被告或自訴人訂有婚約者(一六)。

【註】例如：娶親屬妻妾條律：「凡屬同宗無服之親及無服親之妻者，處罰。同宗無服之親，係在服圖之外者。又尊卑爲婚條律：「娶同母異父姊妹若妻前夫之女者，各以親屬相姦論。其父母之姑舅兩姨，妹及姨若堂姨，母之姑堂姑，己之堂姨及再從姨，(己之)堂外甥女若女婿及子孫婦之姊妹，(雖無服)并不得爲婚姻，違者(男女)各處十等罰並異離(婦女歸宗財禮入官)」。此律所列者多爲無服者也。立嫡子違法律：「若立嗣雖係同宗，而尊卑失序者，罪亦如之」。無子者須令同宗昭穆相當之姪承繼，先儘同父周親，次及大功小功總麻，如俱無，方許擇立遠房及同姓爲嗣」。二律表明關於繼承者，如服內無人應繼，服外同宗昭穆相當者有權繼承。如無同宗者即同姓者亦可。同姓者蓋推定其爲同出於父系之同一始祖也。

第五節 親屬關係之發生及消滅

第一款 自然血親

血親關係發生於「出生」的自然現象。其發生既非基於人的行爲，則其消滅，除仍爲自然現象的「死亡」以外，亦決非人的行爲所能左右。然依「死亡」所消滅的血親關係，僅限於現實的生活關係。至血統之連續，雖有「死亡」的現象，仍不受任何影響。譬如，孫祖間血統，雖由父爲之連續，然不因父之死亡，而祖孫血統關係遂而中絕。祖孫間之血親關係自仍如故。不過父祖及子父之間，現實的血親關係消滅而已。故血統關係一旦依出生而成立後即永遠不致消滅。

第二款 法定血親

一 收養關係

養父母與養子女間法定血親關係之發生，基於所謂「收養」的法律行為。收養行為完成時，即為法定血親關係開始期。養子女於此時對養父母取得與婚生子女同樣之地位（七〇）。收養關係既以法律行為而創生，自仍得以法律行為消滅之。即收養關係得由養父母與養子女之雙方同意或由一方之訴請終止之（〇〇八〇）。養子女在收養期內所生子女，對養父母所發生之祖孫關係，於收養終止時，應如何處遇，法無明文。依理亦應同時消滅其關係。蓋收養關係純出於法律擬制，而養子女與其所生子女則為血統之連續故也。設養子女於收養期內亦收養子女，於收養終止時，其養祖孫關係如何，依理亦與養子女之親生子女的場合同斷。蓋養祖孫間之發生關係，係養祖與養父母間收養關係之效果，非直接與養祖成立收養契約故也。

二 繼承關係

被繼承人以遺囑指定繼承人者，則被繼承人與繼承人間，亦發生法定血親關係（七一）。此法定血親關係以繼承開始——即被繼承人死亡之時，為發生之期（四七）。自此時起，繼承人除依法應喪失其繼承權（四五），或為繼承之拋棄（七四）外，永久取得法定血親之地位，與自然血親相同。

第三款 配偶

夫妻之關係，既因結婚而發生，自仍依婚姻之解消而消滅。婚姻之解消有三：（1）離婚，（2）夫妻一方之死亡，（3）婚姻之撤銷。故此三者，均為消滅夫妻親屬關係之原因。然夫妻間除配偶關係外，如尚有其他親屬關係者，則此親屬關係，不因婚姻之解消而消滅。例如表姊妹為婚者，一旦因離婚，雖消滅其夫妻關係，而表姊妹之旁系血親關係，仍自存在者是。

第四款 姻親

姻親完全以配偶關係爲其發生之樞紐，故仍由配偶之離婚而消滅（九七一前段），婚姻之撤銷，爲自撤銷後失去婚姻效力（九九八），其爲姻親消滅之原因，與離婚同斷。

夫妻一方之死亡，雖夫妻之親屬關係因此消滅，然對於死亡方親屬間之姻親關係，是否亦隨之盡行消滅，不能作概括的斷語。緣民法所規定，因夫妻一方之死亡而消滅姻親關係者僅爲（1）夫死妻再婚，（2）妻死贅夫再婚（九七一後段）之二種。其對於

甲（1）妻死夫再娶，

（2）贅夫死妻再招贅，

乙（1）妻死夫出贅，

（2）贅夫死妻出嫁，及

丙（1）夫死妻不再婚，

（2）妻死贅夫不再婚，

（3）贅夫死妻不再婚，

（4）妻死夫不再婚。

等八種場合，則無明文規定故也。今爲分說於下：

先就第九百七十一條後段所規定，因生存配偶之再婚，而消滅其姻親關係之內容，分析研究時，吾人可得所以消滅姻親關係之要因有二，一曰再婚，二曰因再婚而脫離與已故配偶所組織的家。從而可知民法對於夫妻一方之死亡而消滅其姻親關係者，必其生存配偶之具備此二要件者也。否則，固不必爲第九百七十一條後段之例示規定。惟其特提示二種場合者，蓋卽示其所以消滅姻親關係之法因，以備例示以外場合之類推或反面解釋

也。故生存配偶雖再婚，若不脫離其與已故配偶所組成之家，是生存配偶者不但對此家未斷絕其情義，且將與新配偶共同努力以謀家之發展。故對此家所有之姻親關係，自可無庸消滅。民法不規定甲之（1）（2）場合消滅姻親關係，蓋職此故也。

若乙之（1）（2）場合，則不盡然。妻死而夫出贅，或贅夫死妻他嫁，是夫或妻均為入新配偶（之妻或夫）之家，與已故配偶所組織之家完全脫離關係。既與老家脫離關係，則以老家為中心之姻親關係，蓋有非消滅不可之勢矣。推其性質正與第九百七十一條後段之夫死妻再婚，妻死贅夫再婚相同。蓋夫死妻再婚（無論其出嫁或招贅），妻死贅夫再婚（無論其再娶或出贅），其結果均為捨却其與故配偶夫或妻所組織之家，則相同。故乙之（1）（2），依類推解釋，應與民法所規定者同斷，以消滅其姻親關係者為妥。

丙之（1）（2）（3）（4）場合，其性質完全與乙之場合及民法規定者為（1）再婚及（2）脫離已故配偶之家。而此則既不脫離其已故配偶之家，又不再婚，是完全相反。故從民法之規定，而為反面解釋，則丙之四種場合，其不能為消滅姻親關係之原因也甚明。蓋保持公共秩序善良風俗，為民法理想之一。對於個人不但不以所謂「再婚」的行為，表示脫離之意。且以纏綿之情，愛着戀守其與已故配偶所組織之家之間，法律固無強制干涉其原有關係，即消滅其由已故配偶而來之姻親關係之必要及理由也。

姻親關係之積極效果，雖因離婚或後死配偶者之再婚而消滅。然經一度發生姻親關係後，其消極效果，不即因此消滅。例如，姻親結婚，在離婚後，仍受已經消滅的姻親關係之限制是（九八）（二）。婚姻之撤銷亦同。

第二章 婚姻 (德: Ehe, 法: mariage, 英: marriage)

第一節 婚姻之意義

婚姻二字之語義，據禮記昏儀孔穎達註：「按鄭氏昏禮目錄云，娶妻之禮，以昏爲期，因名焉。必以昏者，取其陽往陰來之義。日入後二刻半爲昏。壻曰昏，妻曰媼（同媼），謂壻以昏時來，妻則因之而去也。」又白虎通德論嫁娶項亦曰：「婚姻者，何謂也，昏時行禮，故謂之婚也。婦人因夫而成，故曰媼」等之釋名，以及鄭氏昏禮註：「女氏稱昏，壻氏稱媼」，爾雅「壻之父爲媼，婦之父爲昏，又壻之黨爲媼兄弟，婦之黨爲媼兄弟」等。綜合觀之，則婚姻者，係包括定婚，結婚，及由夫妻所生關係之總稱也。故歷代律例，如唐、明、清律之婚姻律中所規定者，關於嫁娶上各種準則外，復包羅婚姻成立後之夫婦關係，蓋根據禮制也。民法關於婚姻規定之編制，雖仍同舊律，於婚姻章中包括婚約，結婚等等。然其涵義，僅爲結婚後之夫妻關係，與禮制對於婚姻命名之原意不同。何以見之，蓋（一），在婚約，結婚各節中之男女關係，不混稱婚姻。對於當事男女，亦祇稱當事人，不名夫妻。（二），至結婚後，對當事人始稱夫妻，其關係則名爲婚姻關係（本章第三節一、二、一〇一六、一〇二五、一〇二六、一〇二七、一〇二八、一〇二九、一〇三〇、一〇三一、一〇三二、一〇三三各條）。又（三），從第一千零六十四條之非婚生子女，至其生父生母結婚後，始得婚生子女之地位等推論，則在訂婚後結婚前固不認爲婚姻也。蓋婚約爲結婚之豫約，而結婚又爲所以發生婚姻關係之原因契約，皆非婚姻關係之本體故也。故民法之所謂婚姻者，僅指夫妻關係而言，復何疑耶。茲就民法規定，試爲婚姻之定義如左：

『婚姻云者，一男一女兩願以終身共同生活爲目的，依法結合（結婚）之夫妻關係也。』（註二）就此定義，更爲分項說明之。

第一 婚姻者，一男一女之結合也。

婚姻以男女兩性的生理差異，爲其結合之一基礎，故二當事人間必爲異性。反之，若二同性間，縱令依法履行結婚儀式，亦不能謂之婚姻。又一夫多妻，一妻多夫，雖在時代過程中，亦曾認爲婚姻者矣。然在今日文化程度，則以一夫一妻爲婚姻之天經地義。社會主義者及戀愛至上主義者對此一夫一妻主義雖肆加攻擊責難，然在今日社會觀念上均爲不足取之主張。又我國歷來禮律上亦均嚴守一夫一妻之鐵則。有妻再娶，通古至今懸爲禁例。唐律疏義所謂「一夫一妻不刊之制」是也。然其所謂「一妻」者，於夫之諸異性的結合者中，可稱爲妻者，祇限於一人之意。此外與夫爲「如夫人」的結合者，禮律上不許稱妻，而特名之爲妾媵。則在實際仍認一夫多婦爲制度也。民法由於婚姻外與異性結合時，即爲離婚之原因^(1, 2)（一〇五二條）觀之，則爲不許於妻外可有類似妾媵者之存在者。故民法法意在革除妾媵制度，而貫徹真正一夫一妻主義。然亦非絕對一夫一妻主義，故不禁再婚。

第二 婚姻者，以終身共同生活爲目的。

婚姻一經成立，則男女終身係之。即易恆卦所謂「夫婦之道，不可以不久也」。然其理由及目的何在？據禮記昏儀：「婚姻者，所以合二姓之好，上以事宗廟，下以繼後世也」。易咸卦程傳：「男先以誠感，則女說而應也」。同恆卦：「男動乎外，女順乎內，人道之常」。又白虎通：「夫婦者，何謂也。夫者扶也，扶以人道者也。婦者，服也，服於家事事人也」等觀之。我國古來對於婚姻目的之見解，不難窺知。釋言之，則其目的不外爲情愛之感說也，性慾之滿足也，生育子女也，夫唱婦隨以謀子孫之繁榮，以期祖先祭祀之綿綿不絕也。民法關於婚姻之目的，雖不盡同於此，要亦未加否認。然衆目的競存，而不確定其主要者，以爲統率，其結果將致婚姻本身之法律秩序，亦隨之浮動，此豈法之本意。故民法於婚姻之諸目的中，特以共同生活爲其主要目的，其餘則從屬焉。由第九百九十五條當事人一方之不能人道非結婚之絕對的缺格要件，以及第三節婚姻之普通效力，第四節夫妻財產制關於夫妻共同生活之規定，又第一千零五十二條之離婚原因，多以不堪或破壞

共同生活爲前提者等觀之，其意固甚明瞭也。蓋男女性能先天的各有差異，互有長短，必互爲補充，共同合作，而後各人方可遂其社會生活上之職能。性能之差異爲終身間所不變者，故欲達此項目的，必期終身合作，然後可也。職是之故，婚姻不能預定存續期間，或附解除條件，或終止期限。違者無效。然此種終身共同生活，乃爲結婚時之預期。如事實上中途偶因變故而終止（如一方死亡或離異），固仍無害於婚姻爲終身結合之性質也。

第三 婚姻，必出男女之兩願。

婚姻既爲男女之終身結合，自非出於男女兩願不可。苟男女兩方或一方本無白首自期之決心，偶因環境之誘迫，被動的而爲結合，則不但已背婚姻本旨，且勢必中途仳離，不能維繫以至終身。婚姻之必出於兩願，乃爲現代婚姻法之大原則。曩者婚姻專主於家長之意思，本人例屬被動。我國舊律及習俗，嫁娶均由父母祖父母主之。所謂發於「媒妁之言」，成於「父母之命」，本人之意思如何，轉非所問（註二）。舊習甚或「指腹」一割襟一定於胎兒或襁褓之中，婚於長大之後，其與本人意思，更屬風馬牛之不相關。民法對於未成人之婚姻，雖仍須經法定代理人之同意，但此所謂同意非主之之意，不過爲未成人智能上之補助而已。而主之者，仍爲未成年之本人。未成年人雖未經同意仍能爲婚。反之，毫無愛情之二未成年，斷不能以同意權而強使成婚也（見後）。

第四 婚姻爲依法律之結合。

依法結合云者，婚姻之成立，必備法定要件，履行法定程序——必經結婚者之謂也。若野合姘度，實際上雖亦爲男女之結合，然在法律上不生婚姻的效果，亦不能名之爲婚姻。婚姻不但於其成立之時須合乎法定要件，即正式成立取得夫妻之身分以後，亦不可離法律之規定，而爲身分上之自由更改。

第五 婚姻者，夫妻關係也。

男女結合，一成爲婚姻，即確定夫妻之名分。男者取得夫之身分，負擔夫之義務，行使夫之權利。女者取

得妻之身分，負担妻之義務，行使妻之權利。故婚姻者，蓋爲夫妻關係之代詞，所以表示夫妻生存結合關係之全體也。

【註一】各國立法例，關於婚姻之意義，例不設定義的規定。然多以羅馬五大法學者中一人摩台斯蒂奴斯 (Modestinus) 氏所創唱：「婚姻者，以男女終身共同生活爲目的的結合關係也」(Nuptiae sunt conjunctionis et feminae et consortium omnisvitae, divini et humani juris communicatio) 之婚姻觀念，爲婚姻立法之根據。如德民法瑞士民法之 Ehe, 民法法之 Marriage, 均基此也。

【註二】舊現行律男女婚姻條例：「嫁娶皆由祖父母父母主婚。祖父母父母俱無者，從餘親主婚。其夫亡攜女適人者，其女從母主婚。若已定婚未及成親而男女或有故者，不追財禮」。

同條例：「男女婚姻各以其時，或有指腹割衫襟爲親者，並行禁止」。

第二節 沿革

婚姻始與人類社會史同時開始，有極悠久複雜之沿革。今爲便利計，將其概略分爲結婚方法之沿革及婚姻配偶數之沿革述之。

第一款 結婚方法之沿革

人類在元始時代，婚制未立，人盡可妻，亦人盡可夫，男女離合絕對自由，無如今日之男女之離合各有分限。學者名之爲亂婚或雜婚 (Promiskuitat, Gemeinschaftsese; Promiscuite; Promiscuity, Communal marriage) 時代。由此時代稍爲進化，男女間之結合，漸帶固定時間性。然在此時代，各部落各自獨立，互相仇視，所謂老死不相往來，欲自外族得一女子長久保持之，非普通和平手段所能企圖。故常以暴力掠奪或詐術誘略得之，所以學者名此時代之婚姻爲掠奪婚 (Raubeh; marriage by capture)。社會再稍進步，向之閉關

自守之部族，漸始交通，有無相通，往來交易，逐漸頻繁，欲得女性，已無需暴詐。然女子當作貨財之一種，有以牛馬土地等交換者，有以貨幣購買者，故學者遂名之爲賣買婚 (Kaufhe, Frauenkauf, Brautkauf, Mädchenverkauf; marriage par achat; marriage by sale; marriage by purchase) 或交換婚 (Tauschehe; marriage by exchange)。稍後復變賣買爲贈與，女子之出嫁，往往以家長名義送贈與娶者之形式行之。此卽所謂贈與婚 (Schenkehe, marriage by gift)。其以女子爲物品之一種，正與賣買婚相同，惟在形式上稍爲變更而已。由此再進化，女子始得獨立的人格，與男子立於對等地位，而爲結婚。此卽今日之兩願婚 (Gegenseitigwilligungehe; Marriage by mutual consent)，文明諸國所採用者也。過此卽社會主義者所主張之妻國有 (Nationalization of Women) 及夫國有 (Nationalization of Husbands) 論，以及自由主義者所提倡之自由戀愛 (Freie Liebe) 自由離婚 (Freie Ehescheidung) 等，否認現在婚姻法律制度之過激論是也。此等思想是否適應於人類社會生活，或能否實現，以及此後婚姻制度將如何進展，姑不俱論。總之，男女結合，由亂婚歷掠奪交換賣買贈與，以至今日之兩願婚爲止，經過四期之演變，雖間多反對學說，要爲多數學者所公認者。

男女結合方法既歷上述四期以至今日，其間所應注意者，卽女子之地位亦隨之遞相改進者是。在掠奪及賣買婚時代，女子完全爲家長及配偶者之所有物，與牛馬等家畜，幾無區別。留之賣之，均出家長及夫之任意。女子初無獨立人格。至後妻之人格漸被尊重，爲夫者不能任意將妻賣買，同時國家亦爲制定離婚法，以整理男女夫妻之離合，妻在家庭間，亦取得相當地位，可得爲自己特有財產之主體。至現在兩願婚時代，法律上夫妻完全立於平等地位，諸文明國法律上雖尙有以妻爲限制行爲能力者，或無行爲能力者，然其理由僅爲期夫妻共同生活之圓滿，非爲夫妻人格上有所差異。且各國新近之立法精神及司法趨向，并此形式上之不平，亦努力於撤銷，以期完全實現「凡自然人有平等的權利能力」之近代法根本原則。

第二款 婚姻配偶數之沿革

結合方法歷四變以至兩願婚，已如前述。而配偶結合數，亦經過數次變遷，以至目今之一夫一妻制。在前述亂婚時代，男女離合絕對自由，並無所謂一定結合方式。有一定結合方式，則在亂婚時代以後。在亂婚末期，始稍稍限定相當範圍，例如某羣之男限與某羣之女可以交接，於無制限之中，在男女結合數上，稍稍發生範圍。此即學者所謂羣婚制或團體婚制 (Gruppenhe Group marriage)。爲由亂婚而演進至定婚制 (Bestimmthe; Individual marriage) 之最原始形態。此後漸漸變爲一羣之女以一男爲中心，或一羣之男以一女爲中心之團體婚，所謂一夫多妻 (Polygamie; Polygamische Ehe, Vielweiberei; Polygamy) 一妻多夫 (Polyandrie; Polyandrische Ehe, Vielmannerei, Vielmannerehe; Polyandry) 者是也。一妻多夫制，多基於祖先崇拜思想，恐祖先祭祀之中絕，糾合親族數人共娶一女，以爲各得子之地。西藏諸地所行之一妻多夫制，其夫多係兄弟者，職此故也。一夫多妻制，一半亦基於祭祖思想，以圖子孫之繁殖；一半則由於豪強者利用經濟上及家庭上之優勢，恣意情慾之結果。此種婚制，在現代文明國法律上已經絕滅，而代以一夫一妻制 (Monogamie, monogamische Ehe; monogamie; monogamy)。其所以至此之原因甚夥，其大者爲：人民一般知識之開發，道德思想之向上，人格之自覺，獨立精神之旺盛，生存競爭之劇烈，爲保持家內和平之必要，關於教養子女義務之加重，女子知識能力之增進以及買賣婢妾之禁止等。

我國婚姻制度之沿革在有史以前，是否亦經由上述二種沿革，不得而知。卽有史以後，所謂史乘者，多係帝皇爲中心之政治史，對實際社會制度變革，少有系統的紀述。在國故未整理之今日，無可據爲考論。惟在禮制上關於男女結合之形式，有詳密繁瑣之定則。儀禮士。究其結合之性質，似彷彿於買賣及贈與婚之間，而非

今日之兩願婚，殆無疑義。

如儀禮士書義復傳曰「陽倡陰和，男行女隨，男不自專娶，女不自專嫁，必由父母」。及參照前章第三

。故習俗有產階級間所行者，雖似多已進

至所謂贈與婚時代之形式；而在無產階級，多直以聘金爲嫁娶之代價，仍保留買賣婚之原形。然則，我國婚姻結合之方式，蓋尚在進化之途中耳。至一妻多夫，爲禮制所不許，律例所禁止者。然在實際上，或爲特殊部落之族制，或爲一部地方之慣行。(註)。皆爲研究我國實際婚制之絕好資料也。一夫多婦，爲禮律所共許之制度，

其普行於全國，仍示其有牢不可破之存在理由，蓋更非無因矣。今就民法施行前舊律及判例上實在之妾，略述之：

一 妾之性質及在家屬中之地位

妾之別稱爲側室，偏房，窻室，如夫人，小星，姨，小老婆等等。若由此等別稱之意義推之，其性質蓋已可思過半矣。故對於夫之關係，在實際上，如同居侍夜等，與妻不過正側，正副，大小，等名義上之分別而已。然在禮制律例上，則妻與妾爲有貴賤之差等。說文：「妾，言接也。彼聞而奔，得接見君子」。羣芳：「妾，接也，言得接見君子，而不得伉儷也」。清律妻妾失序律註：「妻，齊也，與夫齊體人也。妾，接也，僅與夫接見。貴賤有分，不得紊焉」。同律服制注：「妾則稱家長，明有別也」等，均所以明妾之賤別於妻也。因此等身分上有貴賤之分，故服制上妻妾迥然不同。妻對夫之親屬與夫同，而妾則率降殺一等。反之，夫之親屬對妾例無報服（但妾有子者，在家取得庶母身分，嫡子衆子對之服期。其大在刑事法上亦顯其貴賤之別，如清律妻妾毆夫律：「凡妻毆夫者處十等罰，夫願離者聽（須夫自告乃坐）若妾毆夫及正妻者，又各加一等」。同律：「其夫毆妻，非折傷勿論。至折傷以上，減凡人二等（須妻自告乃坐）。先行審問，夫婦如願離異者，斷罪離異。不願離異者，驗罪收贖（仍聽完聚）。毆傷妻至折傷以上，減毆妻二等」。

二 置妾之方法

置妾不復履行娶妻之儀式（六禮或三禮），禮記曲禮所謂：「娶則爲妻，奔則爲妾，六禮不備，謂之奔。」是也。奔者非正娶之謂也。其方法最標準者，則爲購買，曲禮所謂：「買妾不計其姓，則卜之」是也。其次，則以贈與形式相授受，所謂以姪娣從聘者是也。又妾家稍有身世，或置妾者係兼祧二房者，亦備婚書聘財等之條件，殆與正娶無別。在此等場合，則所謂「先入爲正」，至多以後娶者爲妾（妻妾失序律文「若有妻更娶者亦處九等罰（後娶之妻）離異」）

三 民法施行前判例上現在之一妾

1 妾身分之取得

妾身分之取得，係根據家長之納妾契約。妾身分上一切法律關係，均屬納妾契約之效果。納妾契約爲無名契約之一種。由家長認對手女爲自己正妻以外之配偶，而列爲家屬之意思，與對手女願入其家長之家，永續同居，爲次於正妻地位

之眷屬之意思，二者合致成立之。此外不須備任何方式。但此契約爲妾之所以次於正妻，及所以別於姘度及其他曖昧同居者之關鍵也。（大理院判例五年上字第一五三四號，六年上字第三一〇號，同年同字第八六號，七年上字第一八六號，八年上字第一〇六號），

2 妾之權利義務

妾對家長有同居之權義，與妻殆相同，據前述納妾契約之意義，已可概知。對家長有要求扶養之權，及得爲自己特有財產之主體，與其他家屬相同（七年上字第九二二號，四年上字第二〇五二號）。妾於家長故後，如不再嫁，或於夫家無義絕之情狀（如犯姦之類），仍不致喪失家屬身分。家長之承繼人或其他管理遺產之人，應對之負養贍之義務，不能逼令改嫁或驅逐不願（四年上字第一六九一號，六年上字第八五二號）。然亦不能更變其妾之身分（如扶正等）（三年上字六一〇號）。妾仍應與正妻同居（但有分居已久，又因訟嫌不能同居者之例外，十年上字第四四九號），受正妻之監督（六年上字第八五二號）。妾對家長之遺產，雖無當然承受或分析之權，然爲家長於自有財產相當範圍（指除特留分外）內，以遺贈行爲授與者，自得保有之（十年上字第五三九號）。

3 妾家屬關係之消滅

凡未生子之妾，無論何時，家長及妾有不得已之事由發生時，當然應認其得請求解除契約，消滅關係。而其不得已之事由，如因家長及其家人之故意或過失而發生者，依妾之請求，即不得任給與相當慰籍金之責。反是，如該事由妾之故意或過失而發生者，則家長固不應有何責任。若更於契約成立時，可認妾一方爲有欺詐情節者，則妾亦不能不負返還財禮之義務。至於當事人間所主張解除之事由，必須有不得已之情形，而其事由之發生，若在契約前者，必結約當時爲本人所不知者而後可（四年上字第九五一號）。然納妾契約之性質及效力，既與婚姻有別，則關於此種契約之解除，自不能適用離婚之規定（五年上字第八四〇號，八年上字第一〇六號）。妾於家長故後，有犯姦情時，爲當然喪失家屬身分之事由（六年上字第八五二號七年上字第一三七二號）。

【註】一妻多夫習俗間所通行之最冠冕別稱，謂之「招夫養夫」。此外如山西苛嵐縣之「幫夫」，浙江之「典妻」，福建光澤縣之「半邊門」，福安縣之「樸妻」，屏南縣之「幫腿」等等，不一而足。此僅見於司法行政部印行之「民商事習慣調查報告錄」者。其未會報告者，蓋尙多也。今就上記報告錄中所記載者歸納述之，以明此習之概略焉。

1. 通行區域

陝西，甘肅，浙江，福建，殆通行於全省。湖北，山西，次之。

2. 招夫養夫習慣發生之原因

原夫（指妻之第一夫）因年邁衰弱，或疾病殘廢，或家貧食繁，或滯陷失業，不能自謀生計，以養家屬。而妻本身以傳統的積習，只有要求扶養之權，而無扶養之義務及能力，致出此軼身求活之計。此為原夫及妻方之原因。幫夫（指所招之第二夫）第一亦為鬪子傳後。或因家貧無力正娶，或因妻無子，然悍妒而不許置妾，於是質與人妻，借壯生子，既於經濟上不費，而於家庭和乎上亦少齟齬。此蓋出於鬪子之變通辦法也。

3. 招夫養夫契約之成立

此種契約由原夫之允諾，妻之願意招夫入家之意思，與幫夫之願負擔對手方之生活費（一部或全部），入其家與其妻為有期限之夫妻生活之意思，三者合致成立之。大概必書立契據（即所謂招夫養夫據，典妻據，租妻據等各地不同）。

4. 契約之內容

契約必定有存續限期，三五年以至十一二年不等。契約之始，幫夫應付約定之成約金（數十元或百元不等）。此後在期內，應給約定之定期金，或穀食類（有以年計算者以月計算者）。原則上妻不離原夫之家，仍與原夫同居（但亦有離原夫之家，另行同居者。入幫夫家同居者較少）。與幫夫同居之間，妻應盡一切妻之義務，原夫應儘讓避，不得為任何干涉，期內生子，（無論男女），原則上均歸屬幫夫，然亦有將次子或三子歸原夫者。

5. 契約之消滅

契約約定期限屆滿時，雙方解除一切關係，妻歸原夫。期內妻死或幫夫死，亦為消滅契約關係之原因，妻死幫夫應負擔妻喪葬之費，往往有以所餘年限之定期金總給充之者。妻之遺骨仍歸原夫。幫夫死契約固因此消滅，如妻生子者，隨幫夫家之境地感情，有給一次的遺念金者。原夫死對契約本身之存在，不生影響，不過幫夫亦有負葬原夫之費用者。

6. 續約展期、

期滿可續約展長年期。續約展年例不再繳成約金。往往於續約時，更進而與原夫脫離夫妻關係，與幫夫正式結婚者，幫夫於前已給成約金定期金外，再找原夫妻之身價，行之於原夫死後者，亦同，即照孀婦再嫁例解決。

第三節 婚姻之種類

婚姻之意義，雖已如前述，然其形式及內容，依其國之法制及習慣，往往不盡相同，從而法學上常可為各種之分類。茲就民法及習慣上所見者，舉其類別，以為解釋之助焉。

一 族內婚姻 族外婚姻

前者為同族男女間所成立之婚姻，後者為異族男女間之婚姻。我國此前之婚制，不但嚴禁同宗血屬親間為婚，且亦不能娶同宗血屬者之妻妾（或曾為妻妾者為妻），（註）蓋為嚴格的族外婚制也。其理由無非為保持男系宗族之倫序，及防遏其血統之紊亂。故其結果成為：所謂姊妹間可以結婚，與此同樣近親之堂姊妹間則嚴禁之。又如妻死可娶妻之姊妹為繼室。反之，夫死不能嫁與夫之兄弟等等不平衡奇態。現行法剷除宗法遺制，此種嚴禁族內婚之積習，容可滌除矣。

二 初婚(Deerste Ehe, first marriage)(前婚)再婚(德 Wiederverheiratung, 法 remariage 英 remarriage)

再婚云者，男女第二次以後之婚姻也。如夫妻因仳離而解消婚姻，其後同一男女間復為結婚，或另與第三人結婚者是。再婚前之婚姻，謂之初婚或前婚（如九九二、九九九）（九九二、九九九）。我國古來本不禁男女之再婚，（九九二、九九九）惟帝制時代，命婦夫亡之例外必然。然自宋儒以來，講學家極力鼓勵女子之貞節，故律雖不禁，而民間所謂禮義之家，婦女夫亡例不

再嫁，殆為一種無文律。

三 嫁娶婚 招贅婚

嫁娶婚云者，妻因結婚而入夫家者之謂，即妻應夫之迎娶而嫁入其家之場合也。我國此前婚姻，以此種形

態爲常則。反之，夫因結婚而入妻家，換言之，夫應妻之招而入贅其家者，謂之招贅婚。在宗法遺制之社會，此種婚姻未得普行，乃爲當然之理。故在此前爲婚姻之變則，就婚姻本體之性質而論，本屬相同。不過關於婚姻之普通效力——夫妻間基本權義上，頗有出入耳（參照本章第六節等）。

又有所謂「過門守節」者，許婚女未婚而定婚男死亡時，仍入男家爲未婚夫守志者之謂也，此蓋爲前述女子負絕對貞操義務思想之產物。律雖無明文，但慣例上未婚守貞女例取得其未婚夫之嫡妻身分，與未婚夫家發生一切親屬家屬關係，初與孀婦守志者無異。蓋亦嫁娶婚之一種也。民法無此制，過門守節者，其僅能受第一千一百二十三條第三項所規定家屬之保護乎。

四 童養媳 養子婿

童養媳云者，稚幼女子預被收養於夫之家，待夫長大後結婚者之謂也。童養媳之法律上身分如何，清律雖無明文。然一經收養過門爲媳後，無論其成婚與否，即與其夫之家發生親屬家屬關係。洎至前大理院時代，判例對此種收養媳行爲，雖僅認爲婚約，然同時亦予以養女的身分保護。即「童養媳經兩造合意解除婚約者（中略），其解約後之主婚權：自屬於母家，與通常解除婚約者無異」（大理院判例八年）。然「童養媳未及成親而夫死，雖與孀婦有別，然苟非解除關係回歸母家者，其主婚權應先屬於養家祖父母父母」（大上字九五號）。民法對此無獨立明文，關於童養媳之法律關係，自應加以整理焉。例如童養媳未屆法定訂婚年齡者，收養媳行爲，自不能視作婚約。至是否爲普通之收養行爲，應隨其行爲之內容定之。如非普通之收養子女者，則童養媳亦祇能受第一千一百二十三條第三項家屬之保護而已。

養子婿云者，備爲他日長大後與自己女兒結婚，所預抱養他人之稚子也。其形式與招贅婚類似，而其法律性質，蓋與童養媳相同也。

五 原婚(德 *fruhere Ehe*, 英 *marriage anterior*) 重婚(德 *Bigamie*, *Doppelhe*, 法 *bigamie*, 英 *bigamy*)
現有配偶之人，再與第三人結婚時，後結之婚，即謂之重婚。重婚前原存之婚姻，姑名之爲原婚，或前

婚^(二九)。婚姻爲一男一女之結合，一人一時不能有二以上之配偶，爲現代婚姻法之大原則，已如前述。故原婚與重婚在理論上應不能並存。然婚姻是否爲重婚，一以原婚之存在及是否爲正式婚姻定之。若原婚雖具備婚姻之外形，在實際上係無效之婚姻時，則後之結婚即不能謂之重婚。反之，原婚雖爲正常無瑕疵之婚姻，而後之婚姻係無效之婚姻者，亦不能謂重婚也。(參照第五節第一項第六款)。又民法規定不以重婚爲無效，而僅爲可以撤銷，故在實際上，於確定其爲重婚，予以撤銷以前，原婚與重婚常可並存焉。

【註】參照後述第四節結婚第一款第一項第四「不違親屬結婚之禁」之註。

第四節 婚約 (德: Verlobniss, 法: promesse de mariage, 英: promise of marriage,

葡: Sponsalia)

第一款 婚約之意義及性質

婚約。卽舊律之定婚，或謂之訂婚。在婚姻法上占絕重要之地位。然其性質與民法之婚約，迥不相同。今於說明民法婚約之各項，同時附以舊律禮上定婚制之概略，用以明新舊制度之相異點也。民法之婚約，可得而定義之如左：

『婚約者，男女倆間所締結以將來正式結婚爲標的之契約也』。今就此定義，爲分項說明其性質。

第一 婚約以正式結婚爲標的

正式結婚云者，依法定程序，以發生夫妻身分關係爲目的之法律行爲也。婚約卽以此項法律行爲爲標的，由男女倆意思之合致成立之。如僅約爲同居或永久共同生活，而無依法結婚之初意者，卽不得謂之婚約。婚約爲結婚之預約，與婚姻截爲兩事，直接與婚姻不生關係。故不能因婚約之成立，卽可認爲婚姻關係之開始。例如，當事人一方于婚約成立後，與第三人結婚，不成爲重婚者是。

第二 婚約爲親屬法上之契約

婚約成立後，兩方當事人互負結婚之義務，已如前述，因其標的爲當事人雙方之結婚行爲，則其性質，實爲雙務債契約也。結婚行爲之標的爲當事人間之夫妻身分，而婚約乃此身分契約之預約，故其性質，又爲親屬法上之債契約。因其爲債契約，關於普通雙務契約原則規定，原則上均可適用。換言之，在其目的之可能，內容之可確定及不違背公序良俗之三大原則之下，如附加條件及期限等，自無不可。又因其爲親屬法上之契約，故同時又應受親屬法特殊性質之支配。凡抵觸親屬法者，雖爲普通契約自由原則所認許者，亦屬無效。例如，現有配偶者，或以現配偶之離婚，婚姻之撤銷，或其死亡爲條件或期限，與第三者締結婚約，在解釋上均爲無效者是。蓋婚約在事實上雖與婚姻截爲二事，無直接關係。而其締結之行爲，究以將來之結婚而取得夫妻身分，爲其效果意思。則在締結者有以再行結婚之意思，促進現存婚姻之解消，使其存續受脅迫之嫌，爲無可諱言。是不僅違背現行婚姻制度之根本精神，且違反公序良俗矣。關此親屬編雖無明文規定，應作如是解，爲合乎法理。

【註】出征抗敵軍人婚姻保障條例第三條第一項「出征抗敵軍人在出征期內，其妻與他人訂婚者，除婚約無效外……」。雖專就出征抗敵軍人之妻而爲規定，其實普通人民男女現有配偶而另與他人訂婚者其婚約均應解爲無效。

第三 婚約不得請求強迫履行（九七）

婚約標的之結婚行爲，仍以結婚時當事人之兩願——自由意思爲成立要件（見後述第五節結婚之要件）。如婚約當事人之一方，不願履行其結婚義務，若許他方請求現實的強迫履行時，是爲失滅結婚出於兩願之根本原則。且亦爲踐躡人格，違反公序良俗。故民法於第九百七十五條特爲明文禁止之。所謂不得請求強迫履行云者，不得訴請法院爲現實的直接強制履行，或請求履行遲延之賠償金，間接的逼迫其履行之意也。偶有違反本法而爲命令履行之判決場合，或在外國法院已得有履行之勝訴判決場合，其不能據此類判決而請求強制執行也，更無待言。

其次婚約上可否附以違約金等約款，法無規定。然依上述理由推論之，則此種附款，亦應無效。蓋違約金等附款者，爲違約時之消極制裁。使違約者憎於違約金之苛酷，甯違本意，勉爲履行。其爲違背結婚出於兩願之原則，仍屬相同故也。

近時各國關於本項——不得訴請履行及附違約金——均有明文詳密規定之（如瑞士民第九一條德民第一二九七條——塊民第四五條西班牙民第四三條等）。日民雖無婚約之制，然關於婚約之判例及學說，亦均傾向於否定婚約之強制履行及違約金等附款。舊律之定婚與嫁娶（即現行法之結婚）殆屬一體，換言之，定婚爲嫁娶程序中之前行部分，與現行法婚約與結婚截爲二事者不同。定婚後在實際上已發生嫁娶一部分之效力。故兩方除有法定解除原因及定婚行爲有瑕疵者外（見後），即不能無故悔盟解約。悔盟者除受刑事處分外，仍令履行婚約。即一方於悔約後已另嫁娶者。亦隨原定婚夫或妻之意思，仍可完婚（註一）。是與歐洲教會法及德國普通法之結婚可以訴請履行者較之，蓋更爲嚴格也（註二）。

【註一】男女婚姻律「若再許他人，未成婚者，（女家主婚人）處七等罰。已成婚者，處八等罰。後定娶者（男家）知情（主婚人）與（女家）同罪，財體入官。不知者不坐，追還財禮（給後定娶之人），女歸前夫。前夫不願者，倍追財禮給還，其女仍從後夫。男家悔（而再聘）者，罪亦如之。（仍令娶前女，後聘聽其別嫁），不追財禮」。

觀此律文，定婚之有強固法效，已不難窺知。但定婚後之聘嫁，雖可訴請強制履行，然對於悔盟之私力救濟，仍爲法所不許焉。如同律文「凡女家悔盟另許，男家不告官司強搶者，照強娶律，減二等。其告官，斷歸前夫。而女家與後夫奪回者，照搶奪律徒三年」是。

【註二】在羅馬法之原始觀念，將婚約與結婚，視作買賣契約與目的物之交付。甚至認婚約爲以嫁娶爲目的之訴權，後至市民法時代，除婚約者一方不得與他方親屬結婚等二三準親屬關係外，不認有訴權。此等婚約上效力之減削，蓋間接影響於後世諸國之立法也。至近世諸國之婚約法，初多傳襲中世 Canon 法。Canon 法分婚約爲未來約束（*Sponsalia de futura*）及現在約束（*Sponsalia de praesenti*）。前者即今之婚約，後者實即結婚也。婚約視爲一個單純債務關係，間亦許可以強制執行。至 Trent 宗教會議確立婚姻宣誓（*Sacrament*）之制後，婚約遂不爲所重視。法國至今仍襲此習，婚約不過爲民間慣行而已。德國則反是，嚴保 Canon 法之遺制。在普通法時代，更進一步，認婚約可以強制執行。迨入十八

世紀，直接強制執行之制始衰。至一八七七年之帝國民事訴訟法，始將此禁止。現在並請履行及違約金亦均行禁止矣。

第二款 婚約之締結

婚約之締結可分要件與方法二項說明之。

第一項 要件

婚約之締結要件爲（一）當事人限於男女本人，（二）須已達法定訂婚年齡（三）法定代理人之同意，分述於左：

第一 當事人限於男女本人^{（一九七）}

婚約之標的爲結婚，結婚之標的爲當事人間共同生活上之夫妻身分。夫妻間之相得與否，爲各人自身一生苦樂禍福之所係。而此終身苦樂禍福之發軔，即在於選定配偶——訂立婚約之時。然男女相互間情愛之感發及意趣之投洽，均爲兩人間主觀的特殊靈感作用。決非第三人所能揣擬窺摩，亦非可以越俎代謀，故婚約必由當事人自行訂定。近世界各國婚姻法，對於訂婚均取絕對男女自由意思主義，蓋基此理也。民法亦特以明文規定之。在舊律定婚之當事人爲男女兩方之尊長親屬。男女本身之意思如何，無關於訂婚契約之成立。即如男子自行定婚，苟非尊長親屬所許允者，無論其定時之先後如何。一以尊長親屬所定者爲主^{（註）}。至大理院時代，判例上已減削尊長主婚權之效力。即主婚人不能違反訂婚當事人本人之意思，而可專斷行使其主婚權。^{（大五年抗字六字二三六號，十五年上字九六二號）}。其性質殆近於現行法之同意權，所不同者，同意權僅對於未成年之當事人，而主婚權則無年齡上之限制而已。

【註】男女婚姻律：「嫁娶皆由祖父母父母主婚。祖父母父母俱無者，從餘親主婚。其夫亡攜女適人者。其女從母主婚」。

「若卑幼或仕宦或價買在外，其祖父母父母及伯叔父母，姑，兄弟（自卑幼出外之）後爲定婚，而卑幼（不知）自娶，已成婚，仍舊爲婚（尊長所之女，聽其別嫁）。未成婚者，從尊長所定（自定者從其別嫁）。違者處八等罰（仍改正）。

第二 當事人已達訂婚法齡^(九七)

婚約爲關係個人終身幸福，故由當事人自行決定，可免怨尤之愆，已如前述。爲貫徹此旨起見，對於當事人之意思能力，即不能不有所顧慮。個人能分別是非，孰權利害，自在智能已發育以後。而智能成熟年齡，因氣候，民族體質及教育關係等，各國不同。我國人民一般體質，男在十七歲前後，女在十五歲前後，普通可臻發育。故民法規定男滿十七歲，女滿十五歲，爲自行訂婚之最低標準年齡。即男滿十七歲，女滿十五歲時，始有自行訂婚之行為能力。舊律因主婚權在尊長親屬，當事人之年齡問題自無由發生。大理院判例對於成年當事人之訂婚能力，僅間接表示其較強於未成年人而已（參照前出註判例）。

第三 法定代理人之同意^(九七)

男滿十七歲，女滿十五歲，依前述規定，雖取得訂婚之行為能力，若未滿二十歲者，自仍爲未成年人^(一三)，未成年入——限制行為能力人之訂立契約，應得法定代理之允許^(七九)，婚約爲契約，且其要約或承諾等均爲非純獲法律上之利益，而爲負擔結婚義務之行為。其應得法定代理人之同意，爲理之當然，故民法特爲規定之。

然未經同意之婚約，其效力如何，法無直接規定，不無疑問。然推（1）婚約應由當事人自行訂定^(九七)，（2）未經同意之結婚仍爲有效^(九九)，（3）「同意」與總則之「允許」^(七九)二者性質不同等法意，蓋未經同意之婚約，並非不發生效力^(註)，不過其效力，在同意或拒絕同意以前。係浮動不確定，當事人可於同意與否表示以前撤回之。所撤回者爲效力未確定之婚約，故不能解爲第九百七十八條之無因解除。然如一方爲成年人，復因自己過失構成第九百七十六條之情由，而致對方撤回婚約者，成年當事人應負第九百七十七條之責

任。蓋因成年當事人之過失，而致婚約毀滅其可以接受同意之適格故也。

同意在現行法爲非要式行爲，同意權者對婚約當事人爲明示的意思表示，固爲常則。然明知婚約之訂立，而不表反對者，蓋即可認爲暗示的同意——默認也。

【註】最高法院判例則以法定代理人之同意，爲未成年人訂立婚約之效力發生要件。即：「前略故當事人於訂定婚約時未成年者，縱已達於同法第九百七十三條所定年齡亦，得法定代理人之同意，始生效力。」（二十三年上字三一八七號）

第二項 締結之方式

婚約之締結，原則上，祇須男女當事人自由意思之合致，即可成立，無任何形式之限定。用書面訂立，或通信定約均可。即兩人暗默契合，亦無不可，以兩人名義向親友宣布，或贈送紀念禮物（如指環等），尤爲婚約成立之有力證據。我國舊律及此前歐洲諸國，均曾採要式主義。例如普國等。訂立婚約，必須證人爲之居中，或在法院若公證人之前行之。及我國舊律以婚書或聘財爲婚約成立之法定要件者（註）是。近今文明各國概改爲無式主義，民法亦同。

【註】舊律關於定婚爲要式行爲，其律文如左：

「凡男女定婚之初，若（或）有殘（廢或）疾（病）老幼庶出過房（同宗）乞養（異姓）者，務要兩家明白通知，各從所願。（不願即止。願者，同媒妁）寫立婚書，依禮聘嫁（附註）。若許嫁女報婚書及有私約（謂先已知夫身殘疾老幼庶養之類）而輒悔者。（女家主婚人）處五等罰（其女歸本夫）。雖無婚書，但曾受聘財者亦是。」

【附註】按「依禮聘嫁」云者，依禮制程序而爲嫁娶之謂也。禮制程序本爲儀禮士昏義之六禮，即納采，問名，納吉，納徵，請期，親迎是也。先由男家使媒妁往來通言，俟女家許之，然後納采擇之禮以求之，禮用雁，是謂納采。納采時隨詢女子之年庚等，是爲問名。問名後乃爲卜婚姻之凶吉，卜得吉，再遣使者於女家致婚書，以表示迎娶爲望之意，是謂納吉。與此同時致聘財於女家，是爲納徵。徵者成也，先納聘財而後成婚。在春秋時謂之納幣。向女家詢請婚姻之期日，是謂請期。婚姻既屆，婿於黃昏時往女家親迎婦，是謂親迎。迎婦至家。導婦以入，婿婦交拜，就

坐，飲食畢，壻出，禮成。宋朱子家禮，將開名包括於納采中，略開名之目，合爲納采一禮。納吉與納徵本屬同時，復將請期亦附於納徵之時行之，三者合而爲一。以納徵——納幣一禮總括之。故六禮約爲納采，納幣，親迎之三禮。明清皆宗之爲婚姻禮制。

據右述禮律推論，當於現行法之「婚約」者，僅爲納采禮以前之「媒妁通言，女氏許之」，「各從所願」一段。禮之「納采」「納幣」，律之「婚書」「聘財」者，均爲禮律上婚約之定規的形式要件也。故「婚書」——「聘財」，有其一已足以資證明，不必二者俱備。

第三款 婚約之效果

婚約成立後，男女當事人間，第一，當然互負依約履行結婚之義務。因結婚爲有排他性及非代替性之行爲，故隨之又應互負不與第三者另訂婚約及結婚之義務。第二，互負貞操義務。如訂婚後與人通姦，卽爲違背此項義務。成破約之原因^(九七)。第三，民刑訴訟上以親屬待遇，得免證言之義務^(民訴三〇七一一·三〇八一)，或爲推事迴避之情由^(民訴三二一二三)。婚約之效果，在現行發上可條舉者，蓋僅此數端。且此數種之中，除第一種義務外，亦非婚約本身直接所發生者。因其標的之結婚行爲，爲有特殊性質，致締約者負契約外之責任耳。

此外如婚約男女之同居共姦，雖爲法所不禁，然亦非婚約之效果。婚約男女在結婚前仍非夫妻，共姦仍屬和姦。有對於婚約人之共姦，卽將婚約變爲婚姻之立法例者（如十二三世紀歐洲教會法）。然民法婚約人同居者，仍負結婚義務，不能謂同居卽成婚姻。

第四款 婚約之解除

婚姻之解除，可分爲有因解除及無因解除之二種。近代婚姻法，關於婚約者均取寬大態度；在可能範圍內予婚約之解除，以莫大自由。民法所定關於解除婚約之法定情由，較後述離婚原因，大爲寬鬆。然不取絕對無

因主義，而仍列舉解除原因者，一，使慎重婚約之訂解，以防濫用惡用婚約，而爲不正當行爲之手段，致影響於公序良俗。二，爲易於判別解除責任之所在，以免無謂之紛糾。有因解除云者，卽此種由法定情由而解約之謂也。無因解除者，無法定情由而解約之謂也，解約方當然負賠償損害之責任（見後）。今就有因解除之法定情由（六七），爲分述於左：

第一項 解除之原因

第一 婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者

婚約爲結婚之前提事項，其內容爲夫妻身分之預定，夫妻身分之有排他性及非代替性，已如前述，若訂婚後再與他人訂婚或結婚，是爲直接破壞上述二性之情事，當然爲婚約解除之原因，自不待言，反之，當事人一方於訂婚時本有配偶，或與第三人已有婚約而未解除者，雖非本款直接問題，前者爲有效無效之問題（參照第一），後者依本款法意逆推，自成解除之情由，不過在解釋上應歸入本條第九款，以重大事由推論（註）。舊律關於

本款者亦同。（參照第一）
（款註一）

【註】但據出征抗敵軍人婚姻保障條例第四條第二項規定，出征抗敵軍人在出征期內，其未婚妻另與他人訂婚者，其後訂婚約爲無效。

第二 故違結婚期約者

期約者，係指婚約上所約定結婚之期日。故違者，謂無正當理由又未經對方同意而違反之意。然約定期日如在婚約人之結婚年齡以前而爲雙方所未知者，或在成年以前而預期法定代理人能予以同意，屆期却拒絕同意，因而致延期者，自不能以故違期約論。所以本款所謂故違期約云者，婚約約定在成年齡以後，或在結婚年齡以後，成年以前，已得法定代理人之同意，猶故意違背約期，拒不履行結婚義務而言（註一）。又在兩方所約定之婚期以前，要求結婚，自亦爲違約之一種。若一方因被拒絕提前結婚後，卽要求解除婚約者，則要求者應

負違約之責。若訂約而未定婚期者，雖不涉本款，如雙方均在成年以後，無故固亦不能遲誤佳期。但此應就各種具體事實而為判斷，舊律關於提前或遲違期約，均有刑罰制裁。又關於遲後婚期者，對女子有五年之待婚期限之規定，蓋亦重男輕女精神之一發露也（註）。

【註一】出征抗敵軍人在出征期內，雖故違結婚期約，其未婚妻不能根據本款解除婚約（出征抗敵軍人婚姻保障條例第四條第一項）

【註二】律文：「其應為婚者，雖已納聘財，期約未至，而男家強娶，及期約已至，而女家故違期者，（男女主婚人）并處五等罰」。「期約已至，五年無過不娶者，并聽經官告給執照，別行改嫁，不追財禮」。

第三 生死不明已滿一年者

生死不明云者，係指自失踪後，無可證明其尚生存，亦無可證明其已死亡之場合而言。若僅因屍體所在不明，其死亡已有不易之鐵證；或人的確尚存，但已無生還希望，均非本款之問題。生死不明之狀態，祇需繼續滿一年，即成解約之原因（註）。定婚者多係情愛之結果，生死不明又多基於突發之不幸事變，為期僅一年，於人情似覺為短。然解除原因，為解除方法律主張之根據，如解除方對生死不明者，不忍經過一年遽行援用本款而為解約，仍屬自由。若為期過長，反轉背現代法婚約自由之精神。

【註】出征抗敵軍人之未婚妻，除出征抗敵軍人生死不明滿三年後，得向法院聲請為死亡之宣告外，不能援本款解除婚約（出征抗敵軍人婚姻保障條例第四條第一項第六條）

第四 有重大不治之病者

所謂重大云者，謂有生命之危險，或雖無生命危險，其結果有殘廢之危險性者均是。所謂不治云者在現在醫療學術，所不易治療者。雖重大而易治療，雖不易治療而非重大者，均非本款之問題（註）。

【註】出征抗敵軍人之未婚妻不能援用本款事由解除婚約（出征抗敵軍人婚姻保障條例第四條）

第五 有花柳病及其他惡疾者

花柳病，即普通所謂性病。蓋爲足以妨害婚姻生活的惡疾中之代表也。所謂惡疾云者，係指雖無生命危險，然頑固不易治療，且有礙於性能或生活活動，或爲恆情所嫌惡之疾病而言。此後能否治療，非所問也。以上二款疾病，無論其發病或發見在訂婚前或後，亦非所問。不過發病在訂婚以前，于訂婚時經對方明白告知。取得此方願意者，應當別論。

第六 婚約訂立後成爲殘廢者

所謂殘廢云者，係指凡人身五官四肢陰陽等之機能，有一失其作用者而言（註一）。殘廢特規定發生於婚約訂定後者，其義有二，一，訂婚時確已殘廢，然爲對方所明知者，各取所願，自無妨害。即爲陰陽機能之殘廢，亦不成問題。蓋婚姻之結合，在於男女之共同生活，初不專在性慾之滿足。二，殘廢在訂婚以前，當訂婚時爲對方所隱瞞，或僅憑通信而爲定婚，未曾親面認知者，則成爲第九款之重大事由，仍爲解除婚約之原因。蓋法律所以明定訂婚後成爲殘廢者，亦以表示訂婚時對方所未預期之殘廢，可爲解除之原因也。訂婚時對方所未知與對方所未預期者，實質上正復相同，其得據以爲解除婚約之理由，自屬正當。舊律明定「殘（廢或）疾（病）等務要兩家明白通知各從所願，不願即止」（註二）等，而現民法反無明文者。蓋昔時定婚多憑媒妁之牽引，訂婚前雖亦有相看婚約當事人之舉，間多情人代看，絕少如現時先由雙方交際，或通信，至情意投合，始行訂婚者。故昔時隱瞞殘疾，相見時又往往倩人妄冒，致情弊百出，紛糾迭起，舊律特用明文規定之。現時此種情弊自少發生之機會，故僅爲規定訂婚以後之殘廢。舊律之「殘疾」，隨解釋蓋亦可包括以上第四第五第六三款之原因。惟不同者，在舊律以殘疾成於訂婚以前，而未有私約者爲限。訂婚以後之殘疾，前大理院判例亦解爲應通知相對人，如相對人非所甘願時，應許解約，蓋已爲舊律新解者乎（註三）（註四）

【註一】前大理院判例七年上字九一〇號

【註二】參照第二款第二項註

【註三】前大理院判例四年上字二三五七號

【註四】出社抗敵軍人因傷成殘廢後，其未婚妻非取得其同意不得援用本款解除婚約（出社抗敵軍人婚姻保障條件第四條第一項第八條）

第七 婚約訂定後與人通姦者

婚約訂定後，當事人間互負貞操義務，已如前述。故於訂婚後，與人通姦，實為不履守貞操之義務，成解除之原因，乃理之當然。至訂婚前曾與人通姦，在訂婚後為對方所發覺者，非本款之問題。蓋貞操係對人之身分義務，即現有夫或有妻，或有夫妻之預約，而後始發生之。如獨身者或無夫妻預約者，則此項義務，即無由發生。本款所謂通姦蓋統括和姦及強姦而言。強姦他人者同時亦為次款之刑事問題。至被人強姦，均非本款及次款之問題，如必欲據以為解除婚約者，只有歸納於第九款重大事由之內。關於本款問題，舊律亦有文明規定（註）。

第八 婚約訂定後受徒刑之宣告者

受徒刑之宣告者，係受徒刑以上刑之宣告之意。拘役罰金之宣告，自不能為解除之原因。又祇以刑為標準，祇須有徒刑之宣告，其所犯何罪，均非所問。又注重在於宣告，所宣告之刑，有否執行，亦非所問。如刑雖宣告，因同時受緩刑之宣告，或遇大赦特赦等，致未執行等，亦為解約之原因。但訂婚後始發覺對曾受刑之宣告者，非本款之問題。舊律關於刑事者，僅為姦盜二類罪犯為解除之原因（註）。

【註】律文：「其未成婚男女有犯姦盜者（男子有犯，聽女別嫁，女子有犯，聽男別娶。如定婚未會過門，私下姦通，男女各處十等罰，免其離異）不用此律」。

第九 有其他重大事由者

所謂重大事由者，係包括當事人身上財產上以及名譽上發生或發見不能維持婚約之一切變故而言。民法對於婚約極注重當事人之自由意思，苟一方有前列八款以外之事由，於訂婚後發生，或在訂婚前發生，於訂婚時以普通社會觀念所不能知或預期者，且認為不能維持婚約乃至進而結婚者，法律自然無勉為維持之必要。例

如當事人一方，以對方之財產爲訂婚允許之一動機，訂婚後對方突受破產之宣告者。又如於訂婚時確爲誠實端方之人，訂婚後頓變放蕩，入爲下流（註一）等均是。又其他如訂婚出於強暴脅迫，詐欺，妄冒等，或訂婚後一方對他方之暴行，侮辱等，蓋均爲本款之重大事由。總之何者爲重大事由，足以爲解除婚約之原因者，應就各種具體問題，依照當時社會普通觀念，爲之判定而已。舊律關於隱瞞妄冒有明文規定（註二）（註三）。

【註一】司法院解釋例以未婚夫和同被人鷄姦者可爲解除婚約之原因（一六年統字第六〇九號）

【註二】隱瞞即所謂無私約，無私約云者，定婚男女之一造有殘疾老幼庶出過房乞養者，於定婚時，不明白通知對造，取得其願意之謂。對造發覺其隱蔽欺瞞時，蓋即可據以解約也。其詳參照第二款第二項註。

妄冒云者，定婚時相見之人，而非婚姻男女本人之謂也。此又可分二種：1，妄冒相見人未成婚者，即以此人爲婚姻當事人，強制成婚。2，如妄冒相見人自己已成婚者，則解除婚約離異。其律文：「若爲婚而女家妄冒者，（主婚人）處八等罰。（謂如有殘疾，却令姊妹妄冒相見，後却以殘疾女成婚之類）。追還財禮。男家妄冒者加一等。（謂如與親男定姻，卻與義男成婚。又如男有殘疾，卻令兄弟妄冒相見，後卻以殘疾男成婚之類），不追財禮。未成婚者，仍依原定（所妄冒相見之無疾兄弟姊妹及親生之子爲婚。如妄冒相見男女先已聘許他人，或已經配有室家者，不在仍依原定之限）。已成婚者離異」。

【註三】出征抗敵軍人之未婚妻不能接用本款解除婚約（出征抗敵軍人婚姻保障條例第四條第一項）

第二項 解除權之行使

解除無論其爲有因或無因，解除權人原則上應向他方婚約當事人爲解除之意思表示。而於此意思表示到達於他方當事人或他方當事人了解時，始發生解除之效力。與普通契約之解除，理無二致（九四，九五）。然在有因解除場合，如以他方當事人之生死不明等事由，在事實上不能向他方爲意思表示時，因婚約之特殊性質，可不必如普通契約解除，用公示送達程序若其他方法而爲意思表示。即自得解除之時起，可不受婚約之拘束（九七，六二）。

所謂「得解除時」云者，蓋法定情由客觀的成立時之謂也。故所謂「事實上」者，由上述法意推考時，有時

應解爲「情實上」。蓋在事實上雖可向他方爲意思表示，而人情上有不忍對對方而爲解約之意思表示者，自亦可自得解除時起，不受婚約之拘束也。譬如對方受長期徒刑之宣告，或罹重大不治之病，或成爲殘廢等場合，在本人亦已斷念於婚約之繼續，而此方復以解約告之，是於不幸之時，復得不幸之消息，在婚約當事人間之情分上，實所不忍也。如解除時尙有其他糾葛者，則自不能同論。

未成年當事人之解除婚約，是否應得法定代理人之同意，或僅向對方之法定代理人而爲意思表示，亦生效力，自屬疑問。然推婚約既允自行訂定，則解除之意思表示，雖未經法定代理人之同意，應爲有效（參照本節第二款）。不過未經同意之意思表示，得由法定代理人撤銷之而已。又解除既係以一方的意思表示引起法律效果之變動爲目的之法律行爲，如意思表示僅到達於對方之法定代理人時，依總則第九十六條之規定，其生效力，固無疑義。况婚約之解除有如上所述之「無須爲意思表示，自得爲解除時起」云云之特殊規定者乎。

第三項 解除之效果

第一目 普通效果

婚約解除之普通效果有三：

(1) 雙方當事人自解除時起，不受婚約之拘束。

(2) 回復雙方訂立婚約前之原狀。詳言之，不但因解除而消滅解除以後之效果，即未解除以前已發生之效果，依解除遡及効原則，亦因此而消滅。婚約既屬契約之一種，與普通契約解除，自無二致。

(3) 解除前所授受之婚約證據品（例如指環等）及婚約贈與物等，應互爲返還割清。

返還之法律性質如何，換言之，返還係根據何種法理，因民法無明文規定，解釋上將爲議論分歧之基因。證品贈物，均非訂婚契約之標的（即有特約，至少亦非主要標的），自不能適用回復原狀之原則（二五）九五。至其

授受行爲之本身（無論其動機爲出於增加愛情，或基于對方要約用以津貼對方者），係基于婚約之成立，換言之，婚約之成立爲其所以授受之原因，乃爲不能否認之因果關係。故其外形雖常類似贈與，而其性質，實非無因行爲。其不能適用贈與原則。亦無可疑。更就其效用及性質而言，授受品物若非約定者，則爲所以具體表示其婚約締結之表徵。若經約定爲婚約上之附款者，則爲附款之履行，均對於婚約本身爲在于從屬地位，而有輔佐之作用者。總上考論，吾人以爲授受品物行爲，爲有因行爲，爲婚約之從契約。一旦主契約婚約解除時，所以授受之原因已不存在；應依第一百七十九條不當得利之規定，受者將其所受之利益返還於授者，授者可請求其返還，以恢復其因授與所受之損害，於解釋上最爲合理。

然學者有將此項品物分爲「一方以爲婚約之證所交他方之物（例如聘財）」及「其他贈與之物」，前者依不當得利之原則返還，後者依贈與原則解決云云說明之者（余氏要論親繼第二七面）。現行法之婚約既爲非要式行爲，解約前所授受之諸品物，均非法定要件，然因婚約之締結而相授受，則相同。所以除有特約應依其特約外，法律上就不因其習慣上名稱之不同，而差異其法律性質。況在實際上所授受諸品物之中，何者爲婚約之證物，何者則否，亦往往難於區別。故在法律上均爲有因給付，給付原因（婚約）消滅（解除）時，一律成爲不當得利，同樣應返還於授者。分別解釋，在法律上固無根據，亦少實益。民法亦如前現行律及歐洲諸國立法例（註），將此種返還之法則用明文規定之者，自無議論分歧之餘地矣。

【註】一、舊律男女婚姻條例「……若已定婚未及成親而男女或有身故者不追財禮」

二、德民第一三〇一條，婚約解除時，各婚約當事人依不當得利返還之規定，對他方所爲之贈與或婚約之證據亦得請求返還之。

婚約因當事人一方之死亡而解消時，如有疑義應視爲不能請求返還，瑞士民第九四條，婚約當事人間相互之贈與物，婚約解除時得請求返還，如其贈與物不存在時，依不當得利之規定爲回復原狀。

婚約因當事人一方死亡解消時，不得請求返還。

第二目 損害賠償

因婚約解除而生之損害賠償問題，可分爲二項說明之。即賠償之責任者及損害賠償之範圍是。

第一 賠償責任者

在有因解除場合，係當事人之一方，向有第九百七十六條所列情由之他方面爲解除者。表面上觀之，負賠償責任者，似應爲有解除情由之他方。然法律不盡以事實上解除情由之所在方爲標準，而以對於解除情由之生成有過失者，爲賠償損害之責任者（九七）。蓋解除情由之生成，有基於情由所在方之過失者，有基於自然現象之結果，爲人力所無可如何者，亦有基於無情由方之過失者。如婚約訂定後再與他方訂定婚約或結婚或與人通姦者，此等解除情由之生成，顯係本人之過失，應負賠償責任。如婚約訂定後成爲殘廢者，殘廢之成係出於事之無可如何者，若他方因此解除婚約，自可不負賠償責任。又如訂婚前已有重大不治之病，而於訂婚時爲病者所隱瞞，訂婚後爲他方發覺者，病者似應負賠償之責。若初爲他方所容認，訂婚後翻悔者，則他方應有責任。諸如此類，在具體事件上一以在解除婚約時，對於解除情由之生成有過失者負賠償之責。

在無因解除即當事人之一方無第九百七十六條之理由而違反婚約的場合，其無故違反婚約，如出於訂婚時之預謀者，則爲侵權行爲之一種；其非出於訂婚時預謀者，則爲債務不履行，違約者均應負賠償他方因此所受之損害，自無待言（九七）。

如對於解除有過失之一方，或無故違反婚約之人，爲限制行爲能力人時，其法定代理人應否依第一百八十七條之規定負賠償責任，亦不無疑義。余意以爲如訂定婚約已得其同意者，則法定代理人應依法負連帶賠償責任，于情理爲妥。若未得其同意者，蓋當別論矣。

第二 損害賠償之範圍

損害有二種：（1）因婚約不履行後而生之損害，（2）因婚約之解除而生之損害。例如，如果與資產家某女

士結婚後，可取得其財產上莫大收益權。又因與某部長解除婚約之結果，消失爲部長太太之扶養等，爲屬於前者。即所謂履行利益者是。例如，本已與某女士（某先生）約定於明年元旦結婚，故在某大公司定製大宗禮服，并在某酒店預定禮堂筵席。且爲預備結婚之故，將月薪若干元之職務辭去等，爲當事人之一方信賴婚約之必履行而受之損害，爲屬於後者。即所謂信賴利益者是。民法關於賠償之範圍如何，應就第九百七十七條「因此所受之損害」之文字，而爲解釋。所謂「因此」，其爲「因解除」之意，換言之，即因解除所受之損害。甚屬明瞭。則其賠償之範圍，係僅止於信賴利益之損害，似無疑義。第九百七十八條之「因此」，其爲「因違反婚約」，亦可同斷。又所謂「所受之損害」係僅婚約當事人本人之所受者而言，抑并包括本人之父母，及其他代替本人或其父母之人，因信賴婚約爲代支出之金額或所負擔之債務之損害，不無議論餘地。依理應包括後者在內。蓋其損害之生，究爲基於信賴婚約，而成於解除婚約故也。關於此點外國之立法例有明文規定之者（註一）。又此種損害之程度——即賠償責任之範圍，無法定標準，蓋隨當事人兩造之身分，地位，財產，年齡及是否初婚，由法院就具體事實量定之耳。

又如上述本定明年元旦與某某結婚，禮服筵席等均已定備，親友亦已周知，一旦被解除婚約，被解除者種種精神上之痛苦，實有過於物質上之損害。如訂定婚約後曾實行同居生活，或曾爲性的允許者，爲受更大之無形損害。對於財產上損害，既與以求償權，則對此等非財產上損害，亦應予以賠償，爲理之當然。精神上之損害，多不能回復原狀，例以金額填償之。此即前大理院判例上所謂慰藉費（註二），民法第十八條之所謂慰撫金者是也。但此種損害之賠償，以受害人對於解除無過失者爲限。若對於解除有過失，是自孽自受。即他方有過失，亦屬過失相抵，自不得爲賠償之請求。

此地應研究者，第九百七十九條「前條情形雖非財產上之損害云云」，所謂「前條」，當然指第九百七十八條之無因解除而言。然第九百七十七條之有因解除的場合，亦有發生非財產上損害之問題（例如，乙女與甲男訂婚後，與甲男同居，或爲性上之允許。未幾甲男復與丙女結婚或通姦。乙女知覺後與甲男解除婚約。乙女

於請求甲男賠償財產上之損害外，因乙女對婚約解除並無過失，對於甲男所予精神上之痛苦——無形損害，亦應可要求甲男爲非財產上之損害賠償，自與第九百七十八條場合無別。而民法未爲同樣規定，殊不解其意之所在。意者第九百七十七條及第九百七十八條之區別，前者爲有因解除——法定解除，其損害賠償之責任者爲對於解除原因生成之有過失者。後者爲無因解除——違約解除，其損害賠償之責任專在於違約者。二者注重在於規定損害賠償之責任者，非對於損害賠償之內容有若何之區別也。損害賠償之內容既屬相同，則其關於後者賠償內容之補充規定，依理應可適用於前者。在實際上亦非如此不可，觀上例可明也。

非財產上之損害，係侵害被害人之身體健康名譽或自由等人格權時，所生之損害。人格權係專屬於主體個人，原則上無移轉性。且對於此項損害，請求賠償與否，應一依被害人之感情及意思決定之，非他人所可干涉（蓋由被害人之個人利益着想時，往往有以不請求賠償者，轉爲有利益的場合）。故民法規定不得將是項請求權讓與或繼承（九七）。但賠償非財產上之損害，多數祇能以相當金額爲之填償。如此項損害賠償，雙方已依契約約定賠償金額或其他賠償方法，或被害人已起訴者，則前者已變爲財產上之請求權或其他約定債權。後者被害人本人已公然表示其請求賠償之意思，自可以一般債權待遇，許允其讓與或繼承也（同上但書）。

【註一】德民「第一二九八條婚約當事人解除婚約時，對他方及其父母或代替其父母之第三人爲預備結婚所支出或因負債所生之損害，應賠償之。他方因預備結婚所爲影響於其財產或職業上地位之處置而受之損害，應賠償之。

前項之損害僅就其支出負債及其他處置情形之相當限度，負賠償之責。
婚約之解除有重大事由者，無賠償之義務。」

瑞士民法「第九二條 婚約當事人之一方無重大事由違反婚約，或因歸責於自己之事由，由自己或他方解除婚約時，對他方及其父母或代替其父母之第三人善意所爲對於結婚之準備，應爲相當之賠償。」

註二「慰藉」費固爲廣義賠償之性質，究與賠償物質有形之損害不同。賠償物質有形之損害，如醫藥，殮葬，扶養等費皆是。而慰藉費則係以精神上所受無形之苦痛爲準據。若僅就被害人或其家屬精神上所受無形之苦痛，判給慰藉，自應審

核各種情形。例如被告人之地位，家况及與該家屬之關係。并加害人或其承繼人之地位資力，均應加以斟酌」（大理院判例八年私上字七七號）。

第五節 結婚（德：Eingehung der Ehe，法：marriage，英：marriage）

結婚云者，正式成立婚姻關係之法律行為也。亦即婚約義務之履行行為。上以結束婚姻豫約，下以開始婚約當事人間正式夫妻關係之契約也，在婚姻法中爲最主要之部分。今就民法規定，分爲結婚之要件，與無效及撤銷二款述之。

第一款 結婚之要件

凡法律所定爲法律行為之成立要件有欠缺時，其欠缺有使其法律行為全無效者，有僅爲其撤銷之原因者。前者，爲關於法律行為之原因事項，缺此，則其行為之本質全被破壞，無由成立者也。後者，雖欠缺，亦不致全破壞其本質，不過不能認爲完全的法律行為而已。又法律行為之成立要件中，有關於實質上者，有關於形式上者。若事關社會公共秩序者，爲整理及維持公序計，對於一定法律行為，往往有強課以一定法定形式之必要者，此即所謂形式要件者是也。若事僅關於個人私益者，如已具備其實質上要件時。已可許其成立，不必須法定形式爲之繩律也。結婚既爲法律行為，其應受此原則之支配，自無待言。且結婚其關係於社會公益之大，絕非他比。故民法特設繁複條件，以限制當事人之自由。尤注重於形式要件，如形式要件之欠缺，即使結婚歸於無效，有如後述。茲將結婚之實質條件及形式條件，分項述之。

第一項 實質條件

民法定爲結婚之實質條件者有八。（1）當事人之備願。（2）已達結婚法定年齡（以後簡稱結婚法齡）。

(3) 法定代理人之同意。(4) 不違親屬結婚之禁。(5) 不違監護關係結婚之禁。(6) 非重婚。(7) 非相姦者。(8) 女子已過待婚期間者。

第一 當事人之倆願

結婚之成立。必基於當事人之倆願，蓋非此不足以貫徹兩人終身共同生活之目的，已如前述。故民法首先明示於第九百七十二條婚約必由男女當事人自行訂定之規定。婚約已須倆願，則結婚愈應出於倆願，爲理之當然。若訂定婚約爲倆願，至結婚時而中變者，則已爲解除婚約之情由，結婚自無由成立。然實際上雖非當事人之倆願，而結婚有時仍可成立者。此種場合，不外當事人之一方被詐欺或被脅迫而失其結婚意思之自由者。因其未備具法定條件之倆願，故法律認詐欺及脅迫，均爲撤銷結婚之原因^(九九)也。

第二 已達結婚法齡

法律關於結婚年齡所以設限制規定者，爲顧慮生理學上個人衛生之外，且亦爲通盤謀民族之繁榮及國家之發達也。若關於年齡，漫不加以限制，則在身心未發育之幼年男女可以結婚，在本人固爲蠱毒身體之發育，且其所生子女必羸弱癡呆而多夭亡，不爲社會之健全份子。又自身精神智能尚未成熟，其對於子女之教育，更無由期其良好成績。故各國對於結婚年齡，無不訂有限制。各人發育有遲早不同，若法律隨各個人發育，而定適合各個人之法齡，固爲理想，然爲事實上所不可能。然大體因一國風土氣候關係，及男女性之差異，對一般人發育之遲早，均大有影響。故各國均依其國之風土氣候以及男女之性，爲定其國之標準結婚法齡。然法定結婚年齡概爲概約的標準，而非確合各個人發育之遲早者。爲貫徹上述立法目的起見，似甯較遲於一般的發育年齡，爲可多包括遲發育之例外者。然若過遲，勢必抑壓多數已發育者不可制御之情慾，其結果，適足以助長私通淫奔之風，轉爲壞亂風化之因。故民法斟酌我國男女發育之年齡，及舊行之慣習，定男子滿十八歲，女子滿十六歲，爲法定結婚年齡^(九八)。此爲男女結婚之最低年齡。關於最高年齡，以及當事人間年齡上相差之間隔比例，均無限制。各國亦同。惟革命前之俄國有對於年齡逾八十歲之男女不得結婚之法例而已。

【註】我國古來文獻，關於結婚年齡之記錄如下：杜氏通典曰：「太古男五十而娶，女三十而嫁。中古男三十而有室，女二十而嫁。堯舜舜於民間曰：有鰥在民間，妻以其二女，二十而行之。」又禮記曲禮：「（男）二十曰弱冠，三十曰壯，有室」。內則：「（女）十有五年而笄，二十而嫁」。又周禮媒氏：「男三十而娶，女二十而嫁」。據上記錄，太古時（唐虞以前）結婚年齡男五十五女三十。中古（唐虞時）男三十女二十。周時亦同。然此均為結婚之理想年齡，非法齡。蓋據孔子家語：「哀公問孔子曰，男子十六精通，女子十四血化，是期可以生民。而禮男子必三十而有室，女子必二十而有夫也，豈不晚乎。孔子曰：夫禮言其極，無過是也。男二十而冠，爲人父之端。女十五許嫁，有適人之道。於此而往則自婚矣」。及白虎通：「男三十而娶，女二十而嫁何，曰，陽數奇陰數偶也。男長女幼何，曰，陽道舒，陰道促。男三十筋骨堅強，任人爲父。女二十肌膚充盈，任爲人母」。又周禮媒氏王氏註：「度其才品之賢愚，知識之早暮。氣體之強弱，則男自二十至三十皆可以娶，女自十有五至二十皆可以嫁，聖人斷爲中制。惟未成人者，則不可以嫁娶。過期則怨曠矣。」等文視之，其非法定最低年齡可知。唐以來用律令定結婚最低年齡者，爲唐開元令，男十五，女十三。宋嘉定令，男十六，女十四，明洪武令，男十六，女十四。清通禮承之。清末以來三次民法草案所擬法齡爲：第一次，男十八，女十六。第二次，男十六，女十五。第三次，男十八，女十六。

第三 法定代理人之同意

結婚當事人雖已達前項之法齡，而未滿二十歲者，自仍爲未成年人。因未成年人智能未全發達，缺少世故經濟。結婚爲一生大事，關係於一身一家之運否隆替者甚大。故民法特規定法定代理人之同意，爲未成年人結婚之條件。如未經此項同意者，卽爲非完固無瑕之結婚，爲保護未成年人之利益，可以撤銷之。未成年之法法定理人，第一當然是父母（八六）。父母既平等爲法定代理人，對於結婚之同意，自應父母雙方意思之合致。如父母贊否各持，不能一致時，由父單獨定之（八〇）（註）。如父母祇一方生存者，由生存者行使同意權。如父母均已亡故，或均不能行使親權者，由監護人行之（八九）。如監護人爲祖父母，而雙方均生存者，應準據第一千零八十九條規定，由祖父母其同行使同意權。總之，於結婚當時爲未成年人之法定代理人者，爲同意權者，是否未成年人之本生父母非所問也。

【註】清律父母祖父母對於子女嫁娶，有獨斷主之之權，不僅同意而已（參照婚約節）。且無子女年齡上之限制，即不問子女年齡如何長大，均得主之。又如祖父母尙在者，父母主婚復應得祖父母之同意，蓋基於家政統於一尊之宗法理論也（大理院判例七年上字二九八號）。由此理論推論，如父母雙方意見不相同時，其得由父單獨決之，自無疑問，大理院即據此裁判（大理院判例九年上字七七六號）。

第四 不違親屬結婚之禁

血屬結婚，所生子女類多羸弱癡呆夭癘不壽，爲近世生理學家之通說。我國自古固已闡明此理，例如左傳「鄭叔詹曰，男女同姓，其生不蕃」（僖公二十三年）。又「子產曰，僑又聞之，內官不及同姓，其生不殖，美先盡矣，則相生疾，君子是以惡之」（昭公元年）。蓋無不基於生理上理由，認血屬婚姻爲有害者也。又朝爲親子叔姪，暮爲齊眉夫妻。不但有紊血統，且與人之所以異於禽獸之倫常觀念，大相刺悖。故各國對於親屬結婚，其範圍雖有廣狹之不同，懸爲禁例，如出一轍。詳見後述各項之（註一）。我國清律，初爲禁同姓結婚（註二），至光緒末年改爲同宗不得爲婚。即凡有譜牒可稽之同宗，不問其血統關係之遠近，一律在禁止之列，此爲偏狃於宗法思想，及誤解古人所以禁婚之意所致也。民法取捨舊習，參酌各國法例，於第九百八十三條爲新定親屬禁婚之範圍焉，茲分述之如左。

【註一】我國清律關於親屬禁婚，例以列舉規定之，今錄律文于後，以資參照。

尊卑爲婚律：「凡外姻有服（或）尊屬（或）卑幼共爲婚姻。及娶同母異父姊妹若妻前夫之女者。各以親屬相姦論。○其父母之姑舅，兩姨，姊妹及姨，若堂姨，母之姑，堂姑，已之堂姨及再從姨，（已之）堂外甥女，若女婿及子孫婦之姊妹（雖無服），並不得爲婚姻。違者（男女）各處十等罰，並離（婦女歸宗，財禮入官）」。

【註二】娶親屬妻妾律文：「凡娶同宗無服（姑姪姊妹）之親（同宗謂同宗共姓，不論支派之遠近，籍貫之同異皆是），及無服親之妻者，（男女）各處十等罰。若娶（同宗）總麻親之妻及舅甥妻，各徒一年。小功以上（之妻），及父祖妻者，各以姦論。其（親之妻）曾被出及已改嫁而爲妻妾者，各處八等罰。○妾各減（妻）二等。○若娶同宗總麻以上姑姪姊妹者，亦各以姦論。○並離異」。

一 直系血親及直系姻親(同條第
一款)

親子祖孫不得結婚，人非禽獸，自屬當然(註二)。所成爲問題者，爲養父母與養子女間之結婚是。

收養關係成立於人爲的身分行爲，初非基於血統之連續，依理雖結婚，亦無害生理學上優生目的。然雖非血統的連續，而法律賦以血統連續的待遇(一七)，即所謂法定血親，已如前述。既爲法定血親，其不能結婚，無待辨證。若收養關係終止後，一切擬制關係，隨之消滅。可否結婚，又是問題。依理親子關係雖已消滅，向之尊卑身分觀念，依然留存於各人腦中，若允以結婚，不但對人所留存之倫常觀念，不無齟齬且易誘起在收養關係存續中，養父與養女，養母與養子，苟且私通之風。蓋一旦戀姦情熱，即可由雙方合意，變收養關係而爲夫妻關係，固甚屬便利。而其影響所及，將紊亂一般虔誠的倫常觀念。即由民法對姻親結婚之限制，其效力及於姻親關係消滅後者推之，亦以收養關係終了後，養親子間仍不能結婚者，於情理爲妥(註三)。

直系姻親爲配偶者之直系血親及己身直系血親卑親屬之配偶。前者，配偶既與己身爲同心齊體之結合，配偶之血親與己身之血親，情感上地位上均屬相同。後者，己身不得與子女之配偶結婚，自是人倫之當然(註三)

【註一】同意趣立法例：德民一三〇一，瑞民一〇〇一，法民一六一，那威民七，丹麥民十二，捷克斯羅物基民二五，蘇俄六九，日民七六九。

【註二】日本民法關於本問題者爲明文禁止之，即「養子，養子之配偶，直系卑屬及其配偶與養親及其直系尊屬間，雖依第七百三十條之規定而消滅親族關係後，仍不得爲婚姻」(日民七七二)。然歐洲立法例直系法定血親間之禁婚，多僅限於法定關係存續中。如法定親屬關係消滅後，不復加以禁止，如德民一三一，瑞民一〇〇三，法民三四八。

【註三】同意趣立法例：德民一三一〇一，瑞民一〇〇二，法民一六一，一六二。但蘇俄民法，則無是項禁文。

二 旁系血親及旁系姻親(同條第二款第
三款及第二項)

血統關係漸疏遠，則關於血統結婚之弊害，亦隨之減少。至遠親未戚，直無影響之可言矣。民法即以此爲基準原則。再參酌一般倫常觀念，以定旁系親屬禁婚之範圍焉。分述於后：

甲 旁系血親定爲八親等。

在八親等以內之旁系血親，無論其與己身輩分相同不相同，一概不得結婚。但表兄弟姊妹不在此限。(同條第二款但書)。夫中表兄弟姊妹爲旁系四親等血親，血統甚屬切近，其有違於優生學原則，自非例外。法律特設是項例外者，其理由不外積行既久，已牢固不拔，一時遽予禁止，恐亦無效，不如不禁，以免法與社會隔離過遠之弊。然同宗不婚，亦爲同有攸久歷史之法習，可革之於彼者，而謂不能禁之於此乎。不解者一。夫表者外也，表兄弟姊妹，在宗法社會所以表示其爲外親者也。乃者既撤廢宗親外親之別，將普行招婿入贅之制，向之中表內外之分，將漸歸泯滅，爲勢之必然。則將謂兄弟之子女與姊妹之子女及姊妹間之子女，可以結婚。而兄弟之子女間結婚，加以嚴格之禁，不解者二。總之此項但書規定，除於男系與女系，仍加以無謂之差別，稍留保宗法制度之殘骸外，實不能發見其他正當理由。八親等以外旁系血親，不分輩分同與不同，均可結婚(註一)。

又養子女與養親之旁系八親等內血親，是否亦應受此規定之適用，不無疑問。其與旁系親既無血統上連絡，除輩分不同者有礙上述之倫常觀念，似不應結婚者外。同輩之旁系親，依理應可除外。且實際上養子女與同輩之養親方旁系血親結婚，適足增進收養關係之穩固圓滿也。收養關係終止後，對於輩分不同之養方旁系血親，應如何處遇，亦屬疑問。從收養關係純基於養親子間之合意，而後法律予以擬制的地位推之，一旦關係終止後，其殘跡除上述直系親屬以外，自不必多使其第三人受收養關係之影響也，似以消極解釋者爲妥。(註二)

【註一】旁系血親間禁婚之範圍，自來各國不同。禁婚範圍最廣者爲教會法。舊教會法整上七親等旁系血親間之結婚。行之不久。新教會法改爲四親等以內之旁系血親(其親等依教會法計算)。近世諸國立法例均認教會法禁婚範圍爲過廣，減縮爲三親等以內之親屬間禁婚(其親等依羅馬法計算)。即(1)兄弟姊妹間，(2)同父異母或同母異父之兄弟姊妹間，(3)伯叔舅父與姪女甥女間，伯叔母姑與侄間，舅母姨母與甥間禁止結婚。法民一六三，義民五九三，葡萄牙一

九一〇年婚姻法八，瑞民一〇〇一，日民七六九等，均爲此種之立法例，至如德民一三二〇，那威一九一八年婚姻法七，丹麥一九二二年婚姻法十二，捷克斯羅物凱一九一九年婚姻法二五，蘇俄一九二一年法典六九等，則又減縮範圍，僅止於兄弟姊妹間禁止結婚，此外旁系血親間，概不在禁止之列。

【註二】關於本問題者，日本民法有明文規定，即「直系血族間及三親等內旁系血族間不得爲婚姻。但養子與養方之旁系血族間，不在此限」是。

歐洲各國闕此無直接禁止明文，其不禁止，蓋無容疑。而德瑞二國之學說，亦以養子與養親方旁系親結婚爲適法。

乙 旁系姻親在五親等以內，輩分不同者，禁止結婚。

其輩分相同及五親等以外者，則與普通無姻親關係者相同，不在禁止之列。此等姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦仍有效（同條第^二項）。即夫妻一方之死亡或離婚，雖依第九百七十一條之規定而消滅其隨婚姻而來之姻親關係。然生存者或離婚之一方，仍不能與已故配偶或離婚之他方之五親等以內輩分不同之親屬結婚。其理由爲純基於社會倫常觀念，自無待言。（註）養子女對養親之旁系姻親，無論收養關係存續中或廢止後，依理應均可與上述養親之旁系血親場合同斷。

【註】歐洲舊教會法亦曾以四親等以內之旁系姻親間禁止結婚。新教會法改爲寬大。後普魯士邦法首先盡撤旁系姻親間之婚禁。瑞典，諾威，丹麥，捷克斯羅物凱，以及日本均起而仿倣。法國雖未盡脫教會主義，位亦僅禁娶已離妻之姊妹。若亡妻之姊妹則所不禁。至蘇俄婚姻法則直系姻親間亦可結婚，無論其旁系姻親矣。其理由爲姻親既無血統關係，於生育子女無惡害故也。

第五 不違監護結婚之禁

監護人於監護關係存續中，不得與受監護人結婚（九八）。其立法意趣，與前款親屬禁婚之性質不同。前款禁婚之中心理由，在於倫常觀念及優生學目的。本款則爲保護受監護人之利益，及防制監護人之濫用職權。未成年人在受監護期間，爲限制行爲能力人，己身之權利義務，均由其法定代理人行之。換言之，財產以及其他利益，均操於監護人之手。而監護人又在親屬會議監督之下。若監護人在監護中，侵占受監護人之財產，或

其他有損害受監護人之行爲，而不能向親屬會議報銷時。正可利用對於受監護人之結婚同意權，誘使與自己結婚。如一結婚，不但即可免親屬會議之監督，且由監護權而變爲夫妻財產之使用收益權或管理權。將監護期中一筆糊塗帳，可不了而了之。是爲大背所以設監護制度之本旨。故民法特設明文禁止之。然對於子女之利益，最能顧慮周詳者，莫如父母。如監護人與受監護人之結婚，已得受監護人父母之同意者，則關係較疏之第三人，自無干涉之必要矣（同條但書）。

第六 非重婚

已有配偶者不得再與他人結婚，犯之者是謂重婚，是爲破壞民法一夫一妻制之原則。故結婚以現無配偶即非重婚者爲限。成立重婚，以前婚在法律上已經成立正式婚姻者爲必要條件。如前婚存有第九百八十八條之無效原因者，後婚可以有效成立，不得謂之重婚。如僅包有可撤銷之瑕疵者，則在前婚正式撤銷以前，不得再爲結婚。否則卽爲重婚（註）。

【註】清律關於重婚之規定如左：

妻妾失序律：「若有妻更娶妻者，亦處九等罰，（後娶之妻）離異（歸宗）」。又「妻在以妾爲妻者，處九等罰。并改正。」

逐婿嫁女律：「凡逐（已入贅之）婿嫁女，或再招婿者，處十等罰。其女不坐（如招贅之女通同父母逐婿改嫁者，亦處十等罰）。（後婚）男家知而娶（或後贅）者，同罪（未成婚者各減五等，財禮入官）。不知者不坐。其女斷付前夫同居完聚。」

外國立法例：法民一八四，德民一三二六，瑞士民一二一，瑞典民法，日本七六六。

第七 非相姦者

因通姦經判決離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚（九八）。本款專爲維持社會風化及公共秩序而設。（註一）通姦事實，以已經公的確定者爲限。所謂公的確定云者，因通姦受離婚之判決者，或因通姦而受刑之宣

告（本款亦祇需刑之宣告，其因緩刑或大赦特赦而未執行均非所問，與前節婚約解除原因相同）者之謂也。如雖通姦，而不會受刑之宣告，或雖會通姦，而非為審判上之直接離婚原因者，即不在此例。蓋通姦為一家之祕事，若未曾經公的確定，而即主張相姦結婚之應撤銷，是所定家醜重揚，不但徒滋不名譽之紛糾，且於善良風俗，亦無良好之影響故也（註二）。又祇需因通姦會受刑之宣告；其刑之宣告，是否直接為前婚解消之原因，非所問也。例如，夫妻之他方因通姦而受刑之宣告，當時不曾因此離異，其後仍以他故，而與他方和離或判離，他方仍不能與相姦者結婚者是。本款規定，在實際上仍難達其立法政策之目的，蓋相姦者雖不能結婚，而仍可妍度故也。

【註一】清律關於相姦婚有明文禁止之，且為強制離異之一種。其律文如左：「犯姦律：『姦婦給本夫聽其離異。若嫁與姦夫者，姦夫主婚之人，各處八等罰，婦人仍離異，財物入官。』觀此律文相姦者結婚之禁，僅及姦婦一方，有婦之夫與人通姦，固不為離異之法因，即離異後，與姦夫結婚（無夫之女）亦屬不禁，蓋亦重男輕女之一端也。」

【註二】外國立法例，對於相姦結婚之禁，頗不一致，今為略舉其大概，以資參考。教會法禁之之嚴如同清律。至近世法多取寬大或撤禁之方針。例如普魯士邦法，僅以通姦為直接受離異判決之主因者，禁其與相姦者結婚。法國在一八八四年會將相姦禁婚之規定，插於民法，行之不久，至一九〇四年即將此刪除。羅馬尼亞於一九〇六年，葡萄牙於一九一〇年，瑞典於一九一五年，挪威於一九一八年，捷克斯羅物凱於一九一九年，丹麥於一九二二年，均先後撤廢其禁。德國雖仍留其禁止規定，然能得官廳許可者，可與相姦者結婚（德民一三一二）。此外仍嚴禁者為日本，比利時，荷蘭，奧大利，波蘭等國。

第八 女子已過待婚期者

前婚因配偶之死亡或離婚或結婚撤銷而消滅後，再婚於理本所不禁（但清律有禁止之場合見註一）。然民法為防血統之混亂起見，如再婚者為女子時，應於前婚解消後，非逾六個月不得再行結婚（七八）。此六個月期間，即所謂待婚期間，亦即女子單方之待婚義務。待婚期間之起算點為婚姻解消時，即婚姻關係在法律上消滅時也。然此限制純基於防血統之混亂，非如清律之所謂德義恩情上之義務，故於前婚解消後，再婚前，已分婉

者，則即不俟待婚期間之終了，於分娩後，即行再婚，自無妨害（同條但書）。故從此規定推論，如女子於前婚解消時，能證明確無懷胎者（如在因惡意遺棄，或因三年以上生死不明而離婚場合。），應亦可同斷。若仍與前夫再婚者，其無待婚之必要，更無待言。法律所以定待婚期間為六個月者，蓋基於醫學上之理由。若前婚解消後無條件即許再婚，則於再婚後所生之子女，其為前夫所生，抑後夫所生，無由判別，因而難免混亂血統之虞。懷胎期間，通常為三百日。若以三百日為待婚期間，自屬萬全（有此立法例見註二）。然據醫學上之研究，受胎後百二十日以內，決不分娩。所以再婚後百二十日以內，所生子女，其非後夫之種，自易明確。故民法由全懷胎期間三百日除去最早分娩期之日數——一百二十日，以為待婚期間。不取三百日懷胎全期者，蓋亦以減少女子於長期待婚中，失再婚機會之痛苦也。

【註一】清律有絕不許再婚者，有許再婚而須經過一定期限之二種。如居喪嫁娶律：「若命婦夫亡（雖服滿），再嫁者罪亦如之」，蓋「命婦會受朝廷恩命，非凡婦之比，當守從一而終之義」也。此為絕對禁再婚之例，自不生待婚期之問題。至凡婦雖許再婚，其必俟對夫喪服滿後方可。是基於對亡夫應守之德義恩情義務。如同上律：「凡妻妾居夫喪而自身嫁娶者，處十等罰，並離異。」是。反之，夫居妻喪不受再婚之禁限，蓋尊男輕女之又一例也。

【註二】舊教會法絕對禁止再婚，猶如清律之命婦，故無待婚之制。羅馬法設待婚之期而許再婚。近世諸國多採羅馬法主義。德國為十個月，法國瑞士為三百日，奧大利一百八十日，日本六個月，均自前婚解消或撤銷時起算。最近新立法如瑞典，挪威，丹麥等期間為十個月，然以實際上前婚停止同居之日起計算。待婚之理由在於防避血統之混亂，故可以證明無混亂之虞者，即可不遵守此限制，歐洲諸國亦多同時設有此等例外規定者。

第二項 形式條件

民法規定結婚之形式條件有二，1 公開之儀式，2 二人以上之證人（九八）。今分述之於左：

第一 公開之儀式

結婚之主要效果，為當事人各取得特殊之身分。即結婚前素無親屬關係之當事人，由結婚各取得夫或妻之

身分，發生夫妻及其他複雜親屬關係。此種重大變更身分之行為，應有一定形式，以公示其成立及成立之時期，以便社會周知。即在當事人個人，因事關終身幸福，亦應隆重其儀容，莊嚴其禮式，使各自感知婚姻之鄭重，以隱毅結離隨便之觀念。此民法所以定公開儀式為要件也。我國舊習（註二）以及各國法習（註三），對於婚禮持虔誠態度，舉隆重儀式者，亦職此故也。然如何可謂公開，換言之，即如何方能使人周知乎。蓋公開云者，在社會普通觀念上可認為非秘密者之謂也。換言之，即儀式在普通一般社會人士即不特定之人欲知之者，容易共見之場所行之者之意也。此為結婚儀式之唯一要件。至於儀式之內容如何，民法未為限定，然考儀者，容易也，象也。有儀而可象謂之儀（左傳）。式者，法也，樣也。蓋所謂儀式者，在當場之婚約當事人，必有特殊態樣之舉動，而可象徵其為結婚行為者之謂也（註三）。

第二 二人以上之證人

法律於上述公開儀式之外，復須二人以上之證人為之作證。證人之職能何在，因法無明文，不無疑問。為證明其儀式是否公開耶？然公開云者，為一般社會人士欲知之者，容易共見之意，非僅二證人在場，即可將秘密而證為公開也。然則證人之使命，在於證明當事人之結婚是否出於兩願者，似無容疑。蓋舉行公開儀式，社會固可周知其結婚之成立矣。然當事人二人間，結婚究竟是否出於兩願者，是在普通社會人士，除善意的推測肯定以外，固不能確知其真相也。必使二人以上之證人為之作證，以確定其結婚之出於兩願，然後結婚之形式的要件，始得完備焉。故證人之任務，在確證當事人是否出於兩願。依此證人之任務推之，於結婚當時，應首先向當事人雙方順次詢問其結婚是否出於願意，雙方各為肯定之報答後，證人應向眾宣告，雙方兩願結婚之旨。如有結婚證書者，同時簽名蓋印之。上述雖非民法規定，在理論上及慣習上，似以此為妥。蓋此等程序，在外國立法例，多規定於戶籍吏或登記吏前由戶籍吏或登記吏行之者（註二）。民法既僅以二人以上之證人為形式的要件，證人之有此任務，自屬當然。證人必在二人以上，且必須到場，三四人自可，一人不生效力（註四）。

關於證人之資格，外國立法例多同時規定之者。例如未成年入（德註一三二一六條，瑞民一六〇條，日民七五條二項），褫奪公權未復權

者，及與結婚當事人有血屬或姻屬關係者（德民同上），均不得爲證人是。民法雖無規定，但未成年人禁治產人，自以不得爲證人者爲妥。（七〇）然結婚登記既非婚姻成立要件，故不贅及。

【註一】參照本章第二節第三款註之一「依禮嫁娶」

【註二】舊教會法以婚姻必成立於當事人間之要式的合意，故其方式爲於當事人一方之住所地所管轄僧侶之前，二人或三人之證人蒞場之下，表示傾願結婚之意思。近世諸國大概仍宗奉此項原則，不過將僧侶易以國家行政機關之身分吏（戶籍吏或登記吏）而已。即新郎新婦必偕同二人以上之成年證人親自至身分吏之前，由身分吏順次向新人之一方，詢問願否與他方結婚，經二人答應後，即向二人宣言，「汝等依法，已成爲夫妻」。宣言終了，即將二人之姓名及其他身世等詳細登錄於婚姻簿，使當事人雙方及證人等署名於其上，儀式以此完成。以上爲德國，瑞士，瑞典，挪威，丹麥，意大利，荷蘭，西班牙等婚儀之概略。日本亦略同。但新郎新婦不必親到，以面書呈報亦可。蘇俄於上述登錄婚以外，復許無登錄婚。只要當事人有同居，家計共同，相互扶養，共同養育子女，以及對第三人表示二人爲夫妻關係之事實時，法律認其爲夫妻。

【註三】司法院有例示解釋：

一、男女二人約證婚人二人及親友數人，在旅館之一房間內，舉行結婚儀式，其結婚既係在旅館之房間，自須有足使一般不特定之人，均可知悉之表徵，而得共見者，始得認爲公開。

二、男女二人約證婚人二人及親友數人，在旅館宴會廳，置酒一席，如其情狀，無從認爲舉行結婚儀式，雖其主觀以爲舉行婚禮，仍不得謂有公開儀式。

三、男女二人在某官署內舉行婚禮，如無足使一般不特定之人，均可爲知悉之表徵，而得共見者，縱有該署之長官及證婚人二人在場，仍不得謂有公開之儀式（二六年七月二四日
院字一七〇一號）

【註四】司法院有列舉解釋：

一、結婚時之證人，無論是否簽名於結婚證書之人，均以曾經到場者爲限，若未親到，雖委他人在結婚證書內代表簽名蓋章，仍不得認爲證人。

二、結婚證書列名之證人二人，僅有一人到場者，其未到場之一人，不得認爲證人。
三、前開未到場之一人，雖于事後自稱曾經到場證婚，亦不得認爲證人。（二六年七月二四日）
（院字第一七〇一號）

第二款 結婚之無效及撤銷

關於結婚之無效及撤銷，首應注意者，爲其無效及撤銷之原因，以親屬法中有特別規定者爲限（自九八八至九九七）。不適用民法總則關於普通法律行爲之無效及撤銷之規定（自一一一）。蓋結婚爲惹起當事人身份上最重要關係之行爲，有特殊性質故也。因而此外如撤銷請求權人，撤銷請求方法，請求權之消滅原因以及撤銷之效力等，亦均爲異於總則之規定。

第一項 結婚之無效

依第九百八十八條之規定，結婚無效之原因爲：（1）不具備第九百八十二條之方式者。（2）違反第九百八十三條所定親屬結婚之限制者。今分述之於左：

第一 不具備第九百八十二條之方式者

婚姻生活之所以異於普通男女私姘同居者，全在於會否履行法定之形式要件。蓋私姘同居，其同爲性的生活，亦實行財產上之合作，固與會結婚之夫妻無異。若法律亦予以與正式結婚者之同樣保護，則私姘同居者忽離忽合，甚屬自由，而蒙其害者爲善意之第三人。蓋第三人無由識別其是否正式夫妻，即不能與之安心往來交易。故對於有與婚姻同樣之事實，若不會俱備法定之形式要件「公開儀式」者，法律絕不認其爲夫妻。雖當事人其他實質的要件完具無缺，且堅決主張自爲夫妻，亦屬無効。又雖曾舉行公開儀式而無二人以上之證人，爲之證明者亦同。蓋證人爲所以證明當事人結婚之出於兩願。若當事人間無結婚意思者，證人自不願爲之證婚。如無二人以上之證人爲之證婚者，在形式上即可認作當事人無結婚意思，而法律亦隨之不賦予結婚効力。此不

但所以保護當事人之利益，亦所以防衛社會公序也。

第二 違反第九百八十三條所規定親屬結婚之限制者

本目之理由，純基於倫常觀念及優生原則，已如前述。不過外國之法例，多作為可撤銷之結婚（註），而民法獨規定為無效者，應為之考察。蓋撤銷者在法院有撤銷判決以前，雖為有瑕疵之婚姻，仍屬有效，可以存續。然此種亂倫及優生上有害之結婚，若予以存續之機會，則使社會倫常觀念，增長攪亂麻痺之時間，且使多生產羸弱子女之機會，故民法取毅然態度，自始不予以結婚之效力。

【註】但一九一八年那威婚姻法第三二條及英國一八三五年之婚姻法，與我民法同意趣。

第二項 結婚之撤銷

結婚之撤銷云者，使一旦已經成立之結婚意思表示，歸於無效之行爲也。與前項結婚之無效不同。結婚無效，爲自始不發生結婚之效力。本項之撤銷，在撤銷以前，結婚仍屬有效，撤銷後始失其效力者也。

茲就其撤銷與民法總則不同之原則，條舉之如左：

一 撤銷之意思表示，必經法院之判決而生效力。

二 結婚除法律有明文規定者外，無其他非法定之撤銷。因結婚之撤銷，多基於公私益上及風俗上之必要，故法律豫爲列舉可得撤銷之理由，不放任個人之自由專斷。

三 結婚之撤銷，非由法定撤銷權人之訴求，不得爲撤銷之宣告。蓋婚姻之存滅，均關係於社會公序，非對此有利害關係者，固無許其干涉之必要也。

四 結婚撤銷之效力，不遑及既往。蓋婚姻爲變更身分關係之大事，若與以遑及效，則當事人及其所生之子女之身分上及財產上將發生重大影響故也。

五 撤銷之原因，必於結婚當時已經存在者爲限。蓋唯此所以區別於後述之離婚也。

結婚之撤銷，所以必受上述原則之支配者，其理由統括之不外爲防衛社會公序利益，及保護個人之私益。從而其撤銷，可分爲公益上之撤銷（或曰絕對撤銷）及私益上之撤銷（或曰相對撤銷）之二者。分目述之於後。

第一目 公益上之撤銷

違反法齡之結婚。監護關係中之結婚，重婚，相姦者間之結婚以及違反待婚期間之結婚，均爲在公益見地上可撤銷之結婚。其撤銷之理由，既出於維持公益上之必要，凡對此結婚有利害關係之人，應有請求撤銷之權，固不限於結婚當事人。所謂利害關係云者，僅限於身分上所生之關係而言。蓋以財產上之利害關係，而使他人身分關係，受其牽累，非法律秩序之本意故也。而民法對結婚之撤銷，身分上有利害關係之撤銷權人，更爲指舉於各條，以限定之（註）。

又撤銷之時期，在原則上，無論何時均可爲撤銷之請求。惟撤銷之原因事項本身，僅屬一時性，非永久隨婚姻之繼續而存在者，則撤銷權之行使期間，不得有無限制。故民法於各種原因，應限制撤銷時期者，均爲各別規定之。今就上舉各種公益上可撤銷之結婚，分述於左。

【註】日本民法第七百八十條第一項

大理院判例七年上字第一五二七條

第一 違反法齡之結婚

撤銷權人，爲結婚當事人及其法定代理人（父母或其他依法設定之監護人）。本件撤銷原因在於結婚當事人未達法定結婚年齡。換言之，因當事人精神未充分發達，結婚非出於正確的利害判斷，故特予以撤銷之機會，以救濟之。若一旦而達法定年齡，則結婚時雖違法，而現在存續之婚姻已非違法，自再無撤銷之必要。若違反法齡之結婚當事人已懷胎者，結婚雖有害於公益而應撤銷，但所生子女將不能受婚姻父母之保護，其爲害之切急，有愈違法結婚之維持者，故民法權衡輕重，予以不得撤銷之例外，以擁護無辜子女之利益（九八）。

第二 監護關係中之結婚

本條撤銷理由，在於保護受監護人之利益，及防制監護人監護權之濫用，已如前述。其撤銷權人爲受監護人及其最近親屬。最近親屬云者，蓋爲受監護人之現存親屬中之親等最近者之意，依理自不嫌親等之多少，同親等之最近親屬有數人時，一人單獨爲撤銷之請求固可，數人共行之亦可。若結婚已逾一年者，則在此一年之中，最近親屬者爲受監護人之利益考慮，儘有機會。若不爲行使撤銷權者，蓋已認其結婚爲無害於受監護人者矣。故民法即消滅其撤銷權。且結婚一年，受監護人亦不爲撤銷之請求者，是亦已相安無事，法律固亦不必爲之延長期限，使結婚爲不安定之繼續也（九九）。

第三 重婚

重婚之應撤銷，爲其違反結婚之實質的要件（參照本節第一款第一項第六）。撤銷請求權人爲因重婚而身分權上發生利害關係之人。即與重婚者及其親屬，前婚配偶者及其親屬。撤銷期間，前婚存續者，無論何時均可。前婚消滅後，重婚之撤銷原因已消失（參照第二節婚姻之種類），自無再許撤銷之必要（九九）。

第四 相姦者之結婚

撤銷請求權人爲前配偶者。相姦者結婚後已逾一年，而前配偶未爲撤銷之請求者，是本人亦願於息事甯人者矣。且社會對此之惡憎觀念，亦漸消忘，故不必再長其撤銷之期限，多予以醜事重揚之機會也（九九）。

第五 違反待婚期間之結婚

撤銷權者爲前夫或其直系血親。所謂其直系血親者，自包括前夫之尊親屬卑親屬。蓋恐已身血統連續之子女，爲他人所冒奪，特予以防護之機會。如未滿待婚期間而再婚，再婚後繼續至自前婚關係消滅已逾六個月時，則爲已過待婚期間。又如已於再婚後懷胎者，則其非前夫之血統，已屬彰著，故均無再爲撤銷之必要。故撤銷權行使期間，特以但書規定限制之（九九）。

第二目 私益上之撤銷

結婚之繼續，僅對於結婚當事人之個人利益有侵害時，所爲之撤銷，謂之私益上之撤銷。因其目的在護保當事人之利益，故撤銷權人，除因欠缺同意之撤銷權屬於同意權人外（見後），原則上自限於當事人之本身。屬於本類者，爲欠缺法定同意之結婚。當事人一方不能人道之結婚。被詐欺或被脅迫而結之婚。當事人在無意識或精神錯亂中所結之婚是。

第一 欠缺法定同意之結婚

未成年人之結婚，所以應爲法定代理人之同意者，全爲保護未成年人之利益，已如前述（參照第一款第一項第三）。則對此種未經同意之結婚之撤銷權，屬於有同意權之法定代理人，爲自明之理。當事人之本民法既未規定，自無撤銷之權。其理由蓋爲應得同意而不經同意擅自結婚，即屬有害，亦咎由自得。若再予以自行撤銷之權，則將助長預存日後撤銷之心，苟且結婚，以快一時之惡德弊風也。

當事人之法定代理人容有變動，換言之，即同意時——結婚時之法定代理人，不必與撤銷時之法定代理人，爲同一人。例如，結婚時同意權者之母，不能爲意思之表示，而代母爲監護人之祖母亦未予同意。至母回復原狀時，而祖母已死亡。則母自己回復其法定代理人之地位，行使撤銷權者是。故民法所要求者爲撤銷當時法定代理人，不必限於結婚當時之同意權者。

未成年入經法定代理人之同意結婚後，法定代理人發覺其同意係受詐欺或被脅迫，因撤銷其同意時，未成年人之結婚應有何種影響，法無規定。然依總則規定，同意之撤銷，應溯及於同意時，失其效力。是則此種結婚應解爲自始欠缺法定代理人之同意者，故依本條規定，仍爲可撤銷之結婚。日本民法關此規定爲法定代理人之得直接請求撤銷其結婚（日民七八三）。

未經同意之結婚，同時實亦侵害法定代理人同意權之法益。故其撤銷權之消滅期間，亦基此理由，而爲特

別限制規定。(1)自法定代理人知悉有結婚事實起，已逾六個月，而不爲撤銷之請求者，可認爲法定代理人已承認其結婚，而消滅其撤銷權。(2)結婚以後已逾一年，不問法定代理人知與不知，消滅其撤銷權。(3)結婚後而已懷胎者，則爲保護胎兒之利益，優於保護同意權人之利益，應消滅其撤銷權，已如前述。

若撤銷權人，於結婚後，自行承認其結婚者，則雖未滿六個月以前，撤銷權亦應消滅。蓋事後之承認，卽爲撤銷權之拋棄也。對結婚之承認，明示或默示均可。默示承認，亦不限任何方式，能證明其默示承認者即可。例如，法定代理人與不曾同意而結婚之夫妻同居，爲共同生活而無異議時，卽可認其爲承認者是。

第二 當事人一方缺乏性的能力之結婚

結婚之目的爲夫妻之終身共同生活，性的生活雖非其目的之全部，要亦爲其共同生活之重要部分。如當事人之一方，於結婚時無性的能力，而其無能力，在現在醫學術上爲不能治療，而有永久繼續之虞，他方對此認爲不能繼續婚姻生活者，當然應予以撤銷之機會。故民法於九百九十五條規定之。其受害者僅爲當事人之他方，故撤銷權亦僅屬於他方。然他方當事人自知悉其性的無能力有永續性，在醫學術上屬於不治之時起，已逾三年，並不會爲撤銷之請求者，則是承認其性的無能力，爲無害於婚姻生活之繼續者矣。故逾三年而消滅其撤銷權(同條但書)。又雖有性的能力而無生殖能力者，非本條之問題，自無待言。

第三 當事人之一方在無意識或精神錯亂中所結之婚

在無意識或精神錯亂中所爲之意思表示，依總則第七十五條規定爲無效行爲之一種。然結婚之意思表示，雖在無意識或精神錯亂中爲之者，僅止於得撤銷，而非無効(九九)，不適用總則規定。蓋結婚爲變更身分關係之行爲，其影響之大，迥非其他財產關係可比。且一經結婚後，當事人亦已開始其夫妻生活。結婚時當事人之一方，雖在無意識或精神錯亂中，然其所表示之結婚意思，是否適在一時的意識明瞭或精神復常之中，換言之，其表示是否出於正常判斷，合乎本人之意，不得而知。故對於已開始進行之夫妻關係，不妨暫予維持。如出於無意識或精神錯亂者之亂意也，則待復常時撤銷之未遲。如其爲正真正本意也，卽以此繼續其婚姻，固可不

必使雙方起無謂之不安，亦可免後日重新履行結婚儀式之程序。而在此期間所生子女，亦可得婚生子女之身分。因僅爲保護無意識或精神錯亂者之利益，故撤銷權亦僅本人有之。因撤銷之原因，在於結婚之是否出於無意識或精神錯亂者之真意，故必於其恢復常態後，方可爲撤銷之請求。以六個月爲撤銷與否之考慮期間。如逾期限不爲請求撤銷者，撤銷權遂此消滅。

第四 被詐欺或被脅迫而結之婚

被詐欺結婚云者，當事人之一方，誤信對方或第三人爲掩飾對方之缺點所故意表示之虛構事實或故意隱默，基此誤信而爲結婚之決意者之謂也。被脅迫結婚云者，當事人之一方因畏怖對方或第三人所故爲將不利於己之通知，而決定其結婚意思之謂也。二者均非出於被詐欺者或被脅迫者本意之結婚，依總則第九十二條，亦得撤銷之。但民法特另爲規定於第九百九十七條者，蓋總則之規定，如詐欺係由第三人所爲者，以相對人明知其事實或可得而知者——惡意者——爲限，始得撤銷之。反之，如相對人爲善意者，即不得撤銷。而結婚之詐欺，無論其出於第三人或相對人之惡意或善意，均爲撤銷之原因，蓋亦因結婚有特殊性質，不能以普通法律行爲律之故也。又被詐欺或被脅迫，不必爲結婚決意之主因。即使僅有輔助作用者，亦爲構成撤銷原因。又詐欺或脅迫不必加之於本人，即使係加於法定代理人或其他親屬因而影響於其結婚決意者，仍得爲撤銷之原因。

本條之撤銷專爲保護被詐欺者或被脅迫者之利益，故撤銷權亦惟被詐欺者或脅迫者有之。撤銷之理由，在被詐欺或被脅迫者於結婚時，失意思之自由。若一旦其詐欺或脅迫已終止，則意思之自由已經回復，對於所結之婚，願否繼續，可爲正確之判斷，民法以六個月爲願否之考慮期間，過此期間即消滅其撤銷權。如滿期前，已爲承認者，則撤銷權亦隨之消滅。承認祇須證明其承認之事實者，明示默示均可（例如於發覺被詐欺或被脅迫後，憤而別居，旋復言歸於好，仍繼續同居者，即爲默示承認之一種）。

又在總則之普通場合，自意思表示後，經過十年者，消滅其撤銷權（九三）。本目無是項規定，不無問題。詐欺之發見及脅迫之終止，均係事實問題，如十年二十年不發覺或終止時，因撤銷權仍屬存在之故，婚姻亦將

隨之繼續其（隨發覺或終止即可撤銷之）不安定狀態。考婚姻之性質，固屬不可。亦非法序之常則。故結婚之詐欺及脅迫雖歷久不被發見或終止，其撤銷權至少亦應適用總則之十年期間之規定。

第三目 撤銷之研究

可撤銷之婚姻，經撤銷權人追認後，是否仍可撤銷？關此問題，判例雖有「有撤銷原因之婚姻，曾經追認者不得於追認之後復請撤銷」（二十一年上字二九六號）。然此判例是否可適用於一切撤銷原因，例如第九九一條監護關係中之結婚等，是否一經撤銷權人之追認，不能再請撤銷？法無規定。推究撤銷制度之法意，或就各個撤銷原因之性質——立法目的，分別處理之者為妥當乎。就大概言之，私益撤銷制，其目的在保護撤銷權人個人之私益，一旦經其追認，是自願拋棄其權利，自不應再允其行使撤銷權。至公益撤銷，其目的在保護公益，如有撤銷原因之結婚，其存續有害於公益時，則雖經撤銷權人之追認後，應仍得為撤銷之請求，於理為宜。

第三項 無效之結果及撤銷之効力

第一目 無效之結果

結婚無效之結果為：

一 無效的結婚，在法律上自始不認為婚姻之成立，故當事男女間之身分上及財產上，亦自始不發生任何婚姻關係上之効力。詳言之，當事男女仍非夫妻。其所生子女，仍非婚生子女。其財產關係，亦不受後述關於夫妻財產制規定之適用。

二 結婚因違反第九百八十三條規定而無効者，因同條為禁止規定（七），雖履行第九百八十二條儀式，自無解釋當事人意思之餘地，仍自無効（一一）。若僅因形式要件之有欠缺而致無効者，當事人必欲使其有

效時，應從新履行儀式，蓋亦無解釋當事人意思之餘地。然此種欠缺形式要件之結婚行為，解釋當事人意思，欲作為婚約行為者。則此種婚約行為自應認其有效成立也（二一）。

三 無效的結婚，既與自始無婚姻事實者相同，故無論何時何人均可主張無效。如因已舉行法定儀式，而發生疑問或爭執時，當事人及有利害關係之第三人，均可為無效宣告之請求。由第三人請求者，以雙方當事人為共同被告。其一方死亡者，以生存者為被告。一方當事人請求者，以對方為被告。請求法院為宣告無效之判決。判決僅為無效之宣告，非將結婚判為無效。故為確認判決。從而請求結婚無效之訴。為確認之訴（以上參照民訴五）。

第二目 撤銷之效力

結婚之撤銷與結婚之無效不同，自撤銷判決確定之日起，始發生撤銷之效力。且其效力不遑及於撤銷以前（八九）；換言之，撤銷以後始向後消失婚姻法上之效果。撤銷以前仍為有效婚姻，不因撤銷而受任何影響。此與後述離婚之效果相同。其所以排斥總則撤銷遑及既往之原則者，蓋亦基於親屬法之特殊性。假設結婚之撤銷亦有遑及效，而須消滅撤銷前已生之一切法效者；則首蒙其害者，為其子女消失婚生子之資格。其次，為當事人得不受姻親禁婚之限制，撤銷後仍得與輩分不同之對方近親結婚，等等。均為普通財產法上所鮮見之惡害故也。

但此原則對於當事人之財產關係，不無一二例外。今就撤銷之效力，條舉之於左：

- 一 撤銷判決確定以前所生子女為婚生子女。
- 二 贅夫（或妻）冠妻（或夫）姓者，回復其本姓，各脫離妻或夫之戶籍。
- 三 因結婚所生之姻親關係，自此消滅。但仍受姻親禁婚之限制。關此雖有反對說，然不足採。
- 四 結婚在撤銷前既為有效婚姻，則凡附隨夫妻身分權義而生之財產關係——夫妻財產制上所生之複雜財

產關係，依不遑及既往之原則，不因撤銷而受任何影響，如夫妻共同生活上所必需之家庭生活費用等是，然當事人對結婚之撤銷，應有善意惡意之分，因而對不遑及之原則，亦不能不承認有例外。如當事人雙方均信婚姻可以永續，不致有撤銷——善意場合，在撤銷前就夫妻財產制上關係，而受有利益者，可於撤銷時現存之限度內，返還於他方。若當事人之一方，明知或可得而知結婚之必撤銷而不告知對方，甚或以此為手段而取得對方財產上利益者——惡意，是其所得利益，不但為不當得利，且或為侵權行為。應將其惡意所得之利益，全部遑及於結婚時起返還之。關於本項者，民法雖無規定，然推撤銷之效力與離婚者相同者考之，蓋亦應準據第一千零五十八條所謂夫妻「各取回其固有財產」之規定，而為類推解釋也（詳參照後述離婚效力節）。

第三目 無效及撤銷之損害賠償

結婚無效及撤銷之損害賠償請求權人——求償權人為因此而受有損害之一方當事人，損害賠償之義務人為對方之當事人。對方之法定代理人依總則第一百八十七條之規定，亦應連帶負損害賠償之責任（參照前述婚約解除之損害賠償講義）。

求償權之成立要件有二：（1）求償權人因結婚無效或被撤銷而受有損害。（2）賠償義務人於結婚時，對於無效或撤銷之瑕疵知之或可得而知之者。具此二要件始成立損害賠償之權義。否則不然。

損害之範圍，不限於因信賴結婚而受之損害——信賴利益之損害，即結婚如非無效或不撤銷而繼續時，可享有之利益——繼續利益，亦包括在內。不僅限於財產上之損害，即非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額（九九）。且此項請求權除已依契約承諾或已起訴者外，不得讓與或承繼等（同條），均與婚約解除之場合相同，不復贅述。

第六節 婚姻之普通效力

男女結婚後法律上成爲夫妻，發生種種權利義務關係，此等權義關係即爲婚姻之效力。然此等權義關係有爲身分上者，有爲財產上者。關於財產上者，法律於法定財產制外，復爲各種約定財產制。俾夫妻自由選用，故其規定頗爲複雜，雖同爲婚姻效力之一部分，而與本節身分上的權義關係分節規定之。茲依法規編制，先就普通效力說明之，次節再及財產上的權義關係。

考民法中如第十三條第二項婚姻成年之規定，第一百四十三條夫妻權利消滅時效之規定，本編第一章關於姻親關係之規定，第五節關於離婚原因之規定，第三章關於父母對子女權利關係之規定，以及刑法妨害婚姻及家庭罪等，蓋均爲婚姻效力之發露。關於夫妻身分上之效力，本不限於本章第三節所列舉者。然因本節所列舉數端，爲夫妻關係上最直接最基本之部分，故特另設一節規定之，純爲立法技術上之便宜，非爲除此外即無所謂婚姻效力也。所謂普通效力云者，係指結婚後夫妻二人間，直接所發生之各種特殊義務而言。如夫妻應相互誠實互助合作等，均爲貫徹夫妻共同生活上必不可少之義務等是也。民法所規定者，爲（1）姓共同之義務，（2）同居之義務，（3）同住所之義務，（4）對於日常家務互爲代理人之權義等四項。茲說明之如下：

第一 姓共同之義務

夫妻同冠一姓之理論，係基於「夫妻二人而一體」(Husband and wife are one person...)之教會法思想，及我國儀禮所謂「夫妻一體也」之思想。然此等夫妻一體觀念之內容，與現民法所採之一體觀念不同。我國舊律及習俗受男系中心宗法主義之影響，歐洲諸國直接間接受教會法之遺風，使妻之人格沒入於夫人格之中，成爲主從的隸屬結合的一體 (... and that one is the husband)。其具體化第一着即單使妻有冠夫姓（或直用夫姓）之義務（註），此固不合男女平等之原則。且輒近女性之自覺，以及女權之發達，女子於社會上亦占得獨立地位，在社會活動上往往有獨立人格的表徵——本姓——之必要。例如女著作家，女事業家，女藝術家

家，女優等，若因結婚而從夫姓，則向在社會上已播植之名聲，將受影響而害及其地位利益。所以在實際上女冠夫姓之片面義務制度，亦有不能繼續維持之勢矣。然我國家制因有悠久歷史，在實際上不能根本推翻；是故民法對於家制，只加以整理而為改良的保存。對於夫妻共同之原則，雖仍予維持。然又為貫徹男女平等原則起見，對於基本問題的夫妻一體觀念之內容，則又不能不有所更革。故現民法所謂夫妻一體者，係夫妻平等的聯體結合；換言之，對內的因性能上之差異，而為分工的融協。對外的，因利害相同，禍福相共，而為統一的整個。故凡本節及其他關於夫妻關係之法律效果之規定，均以此為根本原則。蓋亦所以充實我國原有之「夫妻一體也」，及「妻者齊也，與夫齊體之人也」之思想。

今就第一千條之規定而為解釋之：（1）凡嫁娶婚即妻嫁入夫家者，是以夫家為本位，妻為從後參加者，則妻應於其本姓之上，冠以夫姓，以表明係屬夫姓家之一員。（2）凡招贅婚即夫贅入妻家者，是以妻之現家為本位，贅夫為參加者。故贅夫應冠妻姓於本姓之上，以表明係屬妻姓之一員。然如男或女在社會上已有相當地位及名聲，變更姓氏，對於生活有受損害之虞。而以各種精神上物質上的關係；又勢非出嫁或入贅不可的場合，若仍須嚴守上述冠姓之原則時，於嫁贅必生重大齟齬，是法非所以便民也。故民法復為但書之例外規定。如遇上述左右為難之場合或其他情由，可由當事人雙方之合意，另以契約訂定之。此種例外，固為遇特殊情形時，俾當事人得仍遂其願而設。非否認姓共同義務之原則。當事人未另有訂定者，當然各應依法冠姓。必經當事人之合意，而後始可不適用此原則，則此合意是仍以姓共同義務為其基礎也。否則即可不經雙方合意而各自由用姓矣。

【註】普魯西邦法第二部第一卷第一百九十二條，第一百九十三條，撒克遜邦法第一千六百三十二條，奧太利民法第九十二條，德意志民法第一千三百五十五條，瑞士民法第一百六十一條，日本民法第七百八十八條。

第二 同居之義務(99)

婚姻之主要目的，既在於夫妻之共同生活，則同居自為達此目的之第一要件。同居云者，為夫妻同住一處

之義。限於已經結婚而取得夫妻之身分者，始有此義務。尙未結婚之婚約當事人，則無此義務。反之，有瑕疵之結婚，在依法撤銷前，夫妻仍互負此義務。同居義務與婚姻共始終，不能以一方之疾病，遠離，愛情之缺乏等而免除之。然有正當理由者，仍可拒絕其義務之履行。如在徒刑，拘役之執行中。因兵役而入營等，蓋爲法律上之正當理由也。如對方招其妍頭來家同居，或爲不堪同居之虐待（包括夫直系尊親屬所爲之虐待）等，事實上更有正當理由之例也（但妻之矢志爲尼，不得認爲本但書所謂不能同居之正當理由。二十八年院字一八七八號）。有拒絕同居之正當理由者，方可請求別居。無正當理由之別居契約，爲違反本條之法意，法律上不能生效。故亦不能以有別居之合意而拒絕他方同居之請求。至別居期間，夫妻家庭生活費用關係如何，法無規定，關此司法院有補充解釋^(註一)。

【研究】當事人請求一定期限之別居，如法院判令於一定期限內別居，在現行法是否有效？依本條之法意推論，判決別居，似不能附一定期限，蓋在別居之正當理由存在時，雖有忍受別居之義務，但並不因此而消失本條之同居權利。如一且別居之正當理由不存在時，則自仍可要求同居，而不受期限之拘束。故在當事人間之同居契約或合意，亦同樣不能附期限，以否認本條之婚姻效力。

對命令同居之判決^(民法)，可否請求強制執行？現代之法例及通說均否定之^(註二)。蓋同居之執行，首應拘束身體之自由，拘束人身之自由，固爲法所不許。且同居必二人間感情融洽，出於兩願，方可充實同居之意義。而強制之力，不能迫使個人間感情之融洽也。至間接的強迫履行，在現行法亦取消極態度（強制執行法一二八五）

關於夫妻平等互負貞操義務之問題，民法雖無正面的規定，然由重婚及通姦即爲離婚之原因^(一〇五)推之，其有此義務，應無疑義。貞操平等之義務，爲近世新立法之趨勢^(註三)。但立法技術各有不同，有明白規定「夫妻互負貞操義務」者^(舊法)，有規定「配偶有相互誠實及扶助之義務」者^(瑞士)，有包括規定於「夫妻互負婚姻上共同生活之義務」^(德)之條文者。民法蓋亦仿後者立法例，包括於本條義務之中，不爲另條規定。觀次條

關於夫妻住所特另爲規定，則本條之同居，不僅爲同住一處之意，甚爲明瞭也。

【註一】民法親屬編無妾之規定，至民法親屬編施行後，自不得更以納妾爲締結契約之目的，如有類此行爲，即屬與人通姦，其妻自得依民法第一千零五十二條第二款請求離婚，如妻不爲離婚之請求，僅請求別居，自可認爲民法第一千零一條但書所稱之正當理由。惟民法親屬編施行前業經成立之納妾契約，或者該編施行後，得妻之明認或默認後爲納妾之行爲，其妻即不得據爲離婚之請求。但因此而有不能同居之正當理由，仍得請求別居。至妻別居後之生活費用，若妻無財產而無民法第一千零二十六條第一千零三十七條第一千零四十七條第二項第一千零四十八條之情形均應由夫支付之。倘按時支付而有窒礙時，妻得就夫之財產收益中請求指定其一部，以免支付（二十一年院字七七〇號）。

【註二】認同居可以直接強制執行者，爲一八七六年之葡萄牙民事訴訟法第六六五條。奧國民法及學說雖不承認直接強制執行，但間接強制則容認之。德國民法認回復共同生活之訴。經判決命令同居而仍不履行時，對方可提起離婚之訴。德民訴六〇六條以下，民法八八八條。瑞士民法第一六九條，配偶之一方違反共同生活義務，與對方以危險，污辱，損害者，對方得向法院請求救濟，法院應向違反義務者告戒其義務。如告戒無效，爲保護共同生活起見，應爲法定之必要處分。英法認 Restitution of Conjugal Rights 之訴（此訴於一八五七年及一八八四年之 Matrimonial Causes Act 認定之）。訴有理由時，爲命令同居之判決。一定期間內不服從判決時，違反者應對他方給付定期金。不給付時以強制執行拘留處分，強其支付。或作爲離婚之原因，提起離婚之訴。

【註三】關於貞操義務無論羅馬法或日爾曼法，均課之於妻一方，尤其日爾曼法如「夫發見妻之通姦，於現場殺之，不成爲罪」（刑法法亦爲同一旨趣之規定 Code Penal 324 一八八四年以來始改爲平等義務），所以夫方絕無所謂貞操觀念。教會法則極力主倡夫之貞操，如夫違反此類性上忠實義務者，即目之爲夫之不貞，不論與通姦者爲有夫之婦或無夫者，均以通姦論之。近世立法例首先將夫妻平等貞操義務規定于條文者，爲一千七百九十四年普魯西邦法。其後諸國均先後仿效採取此平等主義。

第三 同住所之義務 (I.C)

同居之結果，夫妻自成爲同一住所。故本條外觀上似與同居之規定重複。然前者爲關於同居以及同居上種

種誠實義務爲抽象的包括的原則規定。此條係規定同居之法定地點，亦以明示同居權義之行使及履行場所。譬如夫妻各依前條規定願履行同居義務，然夫妻各指定自己住所爲同居場所，要求對方來同居。因兩方均有同等權利及義務，固不得謂任何一方爲違法也。如各堅持不讓，則此糾紛將無由解決。故民法特爲本條規定之。即妻應在夫之住所履行同居義務，同時妻有要求夫使其住所同居之權利。反之，妻不能在自己住所要求夫來同居，夫亦應負在自己住所可以使妻同居之義務。在啓夫與妻之場合亦同，換言之，在嫁娶婚，夫對妻有住所指定權，即妻應入夫之家，取得夫之戶籍。在招啓婚，妻對啓夫有住所指定權，即啓夫應入妻之家，取得妻之戶籍（戶籍法四條）。而妻及啓夫之普通審判籍，亦以此而定之（民事訴訟法第一條）。蓋民法既以家爲夫妻共同生活之本據，則本條之規定，更爲不可少也。

【註】清律關於夫妻之同居及住所無直接規定。但在別籍異財條有「祖父母父母在者，子孫不得分財異居，其父母許令分析者聽」之律。據此規定其子孫之婦媳，亦應隨其夫之祖父母父母同住，自無待言。祖父母父母亡後，夫始有指定住所之自由及指定之權利。以宗法主義之拘束，妻除與夫有特別約定外，無是項指定權。大理院亦根據是項法意及歐日法例而爲判決。

第四 對於日常家務互爲代理人之權義（一〇二）

民法以對內融協對外一體之原則，爲夫妻共同生活之基準，已如前述。故夫妻對內之地位及能力，雖無主從優劣之別。然既以婚姻團體爲社會生活上之一活動體，則當夫妻爲婚姻團體之各種社會活動時，並立對峙的夫妻二個意思，即不能不定於一而統於一。否則，即爲共同生活之破滅。故民法關於夫妻財產生活，原則上以夫爲共同生活財產之管理人（一〇一八，一〇三二，一〇四二，一〇四三），或爲家庭生活費用之主負責者（一〇二六，一〇三七，一〇四三，一〇四七，一〇四八），以資統率。本條之規定，其理論亦不外此。即於指示夫妻間日常生活，應通融協作外，兼規定夫或妻對外爲家務活動時，所以代表團體之權能也。日常家務原則上必先有專責之人，而後他方乃有代理之可能。故本條代理之成立要件：（1）日常家務之負責人必爲被代理之他方。（2）所代理之行爲，必爲日常家務。負處理日常家務責

任者，對外自爲婚姻團體之代表。他方代理之者，卽爲此代表之代理人。故此項代理權，同時亦爲代表團體之權。處理日常家務專責之誰屬，乃爲夫妻間內部問題，無關乎第三者。而第三者卽可依本條規定，安心與夫妻之任何一方，爲日常家務上之來往交易，蓋兩方均可代表夫妻團體故也。此種代理爲婚姻之當然效果，無待乎授權委任，自屬法定代理之一種，與婚姻生活相始終。所謂日常家務云者，在夫妻日常生活上通常所必要之法律行爲也。例如油鹽柴米，衣服家什之購買，房屋莊園之修繕管理以至婚姻財產之處分（一〇二一，一〇三）等是。何者爲日常家務，何者則否，其範圍一以夫妻雙方之社會地位，家庭境况而定。然夫妻之一方因無經驗而誤用，或怙恃他方愛寵而濫用代理權，致他方損害，而違失共同生活之精神者，他方得將其代理權限制之（同條第二項）。但此類限制原爲謀家庭生活之圓滿，無使影響於交易安全之必要。故其限制之效力，僅止於對內關係，不得以之對抗善意之第三人（同項）。

關於本條之立法例，民法與前大理院判例及各國法例不同。各國多以妻在法律上爲無行爲能力或限制行爲能力人。妻之處理日常家務，爲基於對夫之代理權。反之，認夫爲婚姻之首長，夫之處理家務爲夫權當然作用之一，無所謂對妻之代理權。我國此前之妻，在法律上爲無能力人，與各國如出一轍。而其代理權始由前大理院以判例創定之（註）。民法蓋仿瑞士民法第一百六十三條以下等條之立法例，以貫徹對內融協對外一體之精神也。

【研究】立法例有於本節另爲「夫妻負互扶養義務」之規定者，本法缺之，論者有目爲係立法之遺漏者，有謂夫妻扶養應適用第五章規定者。然考本法第五章第一一七條及第一一一八條所規關於扶養權之構成要件：爲受扶養權利人須無謀生能力，而不能維持生活；負扶養義務人須爲能維持自己生活而有餘力者。而民法關於夫妻扶養權關係，與此不同。如第一〇二六條及第一〇四八條之家庭生活費用由夫負主責任，妻以夫無支付能力時始負擔之是。夫妻扶養關係既於夫妻財產制中詳密規定，自不必另爲設專條規定焉。

【註】德民一三五七條，一三九五條。法民二一七條，二二〇條，一四二〇條。日民一四條，一五條，八〇四條。普魯西

法第二部第一卷一八八條一八九條，三二〇條。撒克遜法一六三八條，一六四一條。

前大理院判例：妻惟關於日常家務有代理其夫之一般權限。至於與日常家務無關之處分行爲，則非有夫之授權，不得爲之。否則，非經其夫之追認，不生效力（五年上字第三六四號）。

第七節 夫妻財產制 (德·· eheliches Gutterrecht, 法·· des biens conjugaux, 英·· property

of the husband and wife.)

第一款 總說

第一項 夫妻財產之意義

夫妻財產制云者，規定夫妻各人所有之財產，在共同生活上，應如何而爲經濟的統制之制度也。

第一 夫妻財產制爲親屬法上之財產法：

夫妻因身分上之特殊效果，互負同居共姓等種種義務，以實現共同生活，已如前述。既營共同生活，則相互發生財產上各種交涉，乃爲勢所必至。此類財產交涉，不全依普通財產法規——債法物權法而爲處理，必設本節財產制以規律之者，其理由爲：(1) 婚姻爲各種共同生活中之最密切者，其財產關係之複雜煩瑣，罕有其匹。如亦須同普通交易，一一意識的而爲個別的法律行爲，在事實上爲不可能。(2) 此類財產交涉，多以夫妻之特殊身分爲其前提要件。因權義主體之夫或妻有特殊性質，故其財產關係，受主體特殊性之影響，而帶有普通財產法規所不能應付（或不具備特殊要件絕不能發生）之特殊性質。例如夫對妻之現在及未來原有財產之管理使用收益權，夫妻現在及未來原有財產之共有關係，夫妻對婚姻財產之處分權，以及夫包括的取得妻原有財產之所有權等，均爲類似物權之絕對的法律關係，及權利取得形式。因夫妻財產關係之有特殊原因及特殊

性質，故民法凡爲普通財產法規所不能規律者，視作婚姻之特殊效力，立爲制度，以爲婚姻財產生活之準據也。故夫妻財產制者，乃爲親屬法上之財產法，對普通財產法規，在於特殊法之地位。

第二 財產制之內容及對象

財產制中所規定者，爲：

一、家庭生活費用之負擔者。

二、婚姻財團之組織。

三、夫妻各人財產之分劃種類。

四、債務責任問題。

五、清算問題。

右述五項實爲夫妻財產關係之基本問題，民法隨各制之性質而爲分別規定之。以其效力間接或直接必及於夫妻財產之全體，故財產制所規定之對象，爲夫妻財產之全體。

第三 夫妻財產制之目的在謀夫妻團體之經濟的統制

夫妻共同生活上之物質基礎，在家庭生活費用之確立。欲確立此項費用，第一首須規定主從負責人。有主任負責人，然後物質生活上，對外有人代表負責，對內有人主持籌措，婚姻團體始可不因物質上專責無人，而致解體。此觀五種財產制，皆有是項規定可知也。各種財產制既以確立家庭生活費用，爲共通核心，則各種財產制上所發生之各種財產關係，均由此核心而發展，爲理之當然。故余以爲財產制之發生，固基於前述之身分上特殊關係，及其財產關係本身之特殊性質等。而各種制度之根本目的——基礎理論乃在所以謀夫妻共同生活團體之經濟的統制也。

第二項 夫妻財產制之立法例

我國社會受男尊女卑的因襲思想之支配，女子在家庭上及夫妻相互間，向來無行為能力。其得獨立為自己產權主體之資格，洎乎前大理院時代，由自覺女性之抗爭，判例上始稍稍予以保障（註）。故律例上無所謂夫妻財產制之條項，而民間亦鮮有定型契約習慣。民法立法之初，既無舊律可據，亦乏習慣資料，故祇採各國立法例，取長捨短，而為繼受的制定本節之財產制。今就各國立法例之概略述之，以為解釋財產制之助焉。

【註】「為人妻者，得有私財」（二年上字第三三號）。「嫁女妝奩，應歸女有。其有因故離異，無論何種原因離去者，自應准其取去。夫家不得阻留」（二年上字第二〇八號）。「妻以自己之名所得之財產，為其特有財產。妾亦當然得從此例」（七年上字六六五號）。

考各國關於夫妻財產制之立法例，種類繁多，內容複雜，形式又各不同，欲明確分類，作為系統的說明，頗非易事。茲為易於鳥瞰各國雜異制度之大概起見，姑以夫妻財產所有權之歸屬形態為標準，分為（1）分立主義財產制（別產制）（德：Gutergetrentheit），（2）結合主義財產制（合產制）（德：Gütervereinigungsnismus）之二大類說明之。前者凡夫及妻之財產，均各自保其所有權，各自獨立為財產之主體之制度也。後者大體除各人特有財產外，二人財產混合為一，成為一個財產體，夫妻共同或一方為其主體之制度也。然此二大類又各可分為數類，條敘之如左：

一 分立主義財產制之種類

在分立主義之財產制，夫妻雖各自獨立為己產之主體，然二個獨立財產體在共同生活上，必生複雜關係。隨其關係的全體所呈現態樣之不同，又可分為下列三種之財產制：

甲 分別財產制（德：Gutertrennung 法：régime de la Separation des Biens）

夫妻之財產，無論其婚前原有，婚後所得，各保其所有權及其他一切財產權。即其財產之占有，管理，收益，使用，處分等均不受婚姻關係之任何影響。對於共同生活費用之負擔，僅基於扶養義務之原則，而定其責任。故其財產關係，殆完全與普通他人——非婚姻者——相同。此之謂分別財產制。德民採為約定制並

法定善後制；瑞士民約定制並法定善後制；法民約定制；奧民法定制；英法夫妻財產原則，瑞典民約定制，伊民法定原則，葡萄牙法約定制，西班牙約定制，蘇俄夫妻財產法。

乙 奩產制 (德: Dotalsystem, 法: Regime Dotal)

夫妻仍各爲己產之主體，妻對於自己財產，仍保有其一切產權——所有權以下之管理，占有，收益，使用，處分等。關於財產之訴訟行爲，亦不受夫權之限制。不過妻在婚姻存續中，以供給夫所負擔之婚姻費用——家庭生活費用爲目的，將其財產中之一定部分——此一部分特名之爲奩產——歸夫所有，任聽夫使用，收益，管理以及處分。但此等歸夫之權利，於奩產契約中，得由妻自由限制之。此爲奩產制之標準內容。法民探爲約定制，伊民約定制，葡萄牙西班牙約定制，奧民法定契約內容。

丙 聯合財產制 (德: Güterverbindung, 瑞: union des biens)——管理共同制 (德: Verwaltungsgemeinschaft)

本制關於夫妻各爲己產之主體，保有其獨立產權，及夫妻之消極財產——債務，仍各自抵償清理，不生連帶關係，與前二者相同。不過將夫妻之財產各分爲原有財產及特有財產二種。由夫負擔婚姻費用——家庭生活費用，同時對妻之原有財產，有管理收益之權。妻對於原有財產之處分權，除受夫管理權之限制外，其他一切法律行爲以及訴訟行爲，即不受夫之任何牽肘也。德民探爲法定制，法民約定制，瑞士民法定制，奧民法定契約內容，日民法定制。

二 結合主義財產之種類

結合主義財產制，亦以結合之內容及結合之程度不同，立法例分爲共同財產制及統一財產制之二種。

甲 統一財產制 (德: Gütereinheit, 瑞: unite des biens)

妻之財產，除特有財產外，估定價額，以契約全體移歸於夫之所有，聽任夫使用收益管理及處分，對夫取

得該估定價額之返還請求權。以其產權統歸於一，故有是名也。瑞士民約定制。

乙 共同財產制（德：Gütergemeinschaft，瑞：Regime de la Communauté）
本制依所共同之財產範圍不同，又可分爲：

（A）一般共同財產制（德：allgemeine Gütergemeinschaft，法：régime de la communauté universelle）

夫妻之全財產，除各人特有財產外，合併爲一，由二人共同共有之制度也。德民約定制，和蘭法定制，瑞士民約定制，奧民法定契約內容，丹麥法定制，那威法定制，西班牙約定制。

（B）動產共同財產制（德：Fahrnisgemeinschaft）

夫妻之財產中僅以動產爲所共同之對象者，謂之動產共同制。德民約定制，法民法定制，瑞典法定制，瑞士民約定制。

（C）所得共同財產制（德：Erzungsgemeinschaft）

夫妻所公同共有之財產，僅限於婚姻存續中各人之所得者，謂之所得共同制。德民約定制，法民變更法定制之約款，瑞士民約定制，匈牙利法定制，伊民約定制，葡萄牙約定制，西班牙法定制。

以上爲見於歐洲各國立法例中之制度，而歸納其內容較爲標準者而言。實際上各國多以其特有習俗慣例爲其立法之基礎，初不以求適合於某種制度爲目標。即擬採用某種制度者，亦往往加以斟酌損益，或兼參雜別種制度。故在理論上殊不能謂同一名稱之制度，而其內容亦應完全相同也。

又各國立法例有指定一種或二種財產爲法定制，同時羅列數種不同之財產制爲約定制。夫妻如以契約選擇財產制時，祇就約定制中而爲選擇，不能越出約定制之範圍者（瑞士民夫妻財產制，和妻財產制）。有於約定制之外，夫妻得爲異於約定制之契約，且有廣泛之自由範圍者（德民夫妻財產制，法民夫妻財產制，和妻財產制，奧民夫妻財產制，匈牙利民法）。有夫妻雖可爲異於約定制之契約，但

其內容受法定原則之限制者（伊民法，羅馬民法，葡葡）。有於法定制外，祇認夫妻財產制契約，而不另立約定制者（丹麥民法，挪威民法，瑞）。有於法定夫妻財產原則外，聽任夫妻財產關係契約之自由者（英法）。有於夫妻財產原則外，絕不許夫妻訂立關於夫妻財產制之契約者（蘇俄婚法）。

第三項 民法之法定制及約定制

民法以聯合財產制爲法定制（本節第）。以共同財產制，所得共同財產制，統一財產制，分別財產制爲約定制（第三款）。而又以分別財產制爲法定善後制（第一款）。今就其性質及相互關係，分項述之：

第一目 法定財產制（德：Gesetzliches Güterrecht.）

法定財產制云者，夫妻未以契約就民法所定之約定財產制中選定其一時，除另有規定外，法律上直接支配夫妻財產關係之財產制也（一〇五）。

第一 法定財產制爲婚姻之原則效力

法定財產制，除有法定除斥原因者外，在婚姻存續中，無論何時，有直接支配夫妻財產關係之效力。換言之，夫妻財產關係，因結婚之結果，當然受法定制之規律。故法定制實爲婚姻之及於夫妻財產關係之原則效力也。此種原則效力，惟法定除斥原因得排除之。排除法定制之原因有二：（1）爲夫妻財產制之契約。（2）爲善後制之開始。

一 約定制之採用

夫妻財產制契約之成立，其結果雖排除法定制之支配，然財產制契約之訂立登記，若在婚前，或與結婚同時，固不發生問題。若契約之訂立及登記在結婚以後，則訂立及登記前之財產關係，卽爲時至暫，亦受法定制之支配。夫妻容或以契約訂定，使約定財產制之效力，遡及於訂立以前。然財產制之契約，以登記爲

對抗要件，善意第三人依法定制，於登記前，與夫妻所爲之交易，爲仍不受財產制契約之影響也（100）。
夫妻之約定財產制廢止登記後，另行選定其他財產制前，亦同。即廢止後同時法定制開始其支配力，以至
夫妻新約定制之訂立登記爲止。

二 善後法定制之開始

夫妻財產關係，本已受一定財產制之支配，因夫妻一方財產或財產行爲之破綻，致不能維持或繼續，依法廢止時，依理亦應以法定制接替之。然（1）現行法定制之性質，不足以善各種財產制之後。（2）法定制本身遭廢止之運命時，更無由解決。故法律特以適宜於善後之財產制——分別財產制——接替之，而排除法定制。然充善後制之分別財產制，同時又爲約定制之一種，得以夫妻財產制契約廢止之。若廢止後而又無他制之約定者，則廢止時蓋又爲法定制之開始或復活，與前項所述相同。

第二 法定制之適用終止均係法定

法定制之適用，爲婚姻之原則效力，已如前述。故原則上隨婚姻之成立，同時發生效力，無開始登記之必要。從而法定制之終止，除其前提要件婚姻之解消，爲當然消滅外，應以夫妻間之財產制契約訂立登記時，如由善後財產制接代者，爲破產之宣告或改用宣告時起，失其效力。如無法定原因（如契約制之選定，改用宣告或破產），夫妻間所爲單純廢止法定制之合意，爲無效。蓋不然者，夫妻財產關係固一時陷於無法序狀態。即由法定制作爲婚姻之原則效力，係屬強行法規之性質推之，亦所不許也。故在法定制亦無廢止登記之可能。適用依法，終止亦依法，此法定制之所以別於後述之約定制也。

第二目 約定財產制（德：Vertragliches Güterrecht）

約定財產制云者，夫妻於婚前或婚姻存續中，以契約就約定財產制中所選定之財產制也（100）。此種契約謂之夫妻財產制契約。以別夫妻間所訂立，不以財產制爲標的之普通財產上契約——財產契約。後者適用於普

通財產法上契約原則。前者爲婚姻法上之特殊契約，除適用普通契約原則外，又受夫妻財產制特別規定之支配。今就其特質述之：

第一 契約之締結時期

契約之締結時期，民法不設任何限制（註）。於結婚前或婚姻存續中之任何時期均可（一〇四）。惟財產制契約，以發生夫妻於婚姻中財產上之法定關係，爲其目的。換言之，財產制契約以婚姻爲其前提要件。故於婚姻解消後，自無改訂財產制契約之可能。即於婚姻解消時，或解消後，爲清理婚姻存續中之財產關係，而訂立之契約，雖或直接關係於財產制，已非財產制契約之本身。又婚約當事人間所訂之財產制契約，其效力如何，換言之，即婚前所訂之財產制契約，是否與訂立同時發生效力，及其登記後亦可對抗第三人，在解釋上不無問題。婚約對於當事人身上無積極效果，則以身分爲基礎之財產關係，自亦無由發生法定效力。故婚前之財產制契約，應作以結婚爲停止條件之契約論之，對第三人之對抗效力，亦同。財產制契約之變更及廢止之時期，在婚前，婚中均可，與訂立相同。

第二 契約之當事人

考夫妻財產制契約之最初發生，多爲雙方法定代理人間，或一方法定代理人對他方婚姻當事人（夫或妻）間之契約。洎乎近代，始隨婚姻自主之思想，確立財產制契約自主之原則。民法亦採此原則。契約之當事人爲夫妻或婚約當事人。唯（1）民法仍維持「家」制，（2）財產制契約爲直接決定夫妻間財產上複雜關係之行為，其影響所及，不僅止二人間之產權，且間接牽涉同家親屬及家屬之生活關係。故如當事人係未成年人或禁治產人者，一律加以法定代理人同意權之保護，以期夫妻及全家生活之美滿（一〇六）。如契約行爲係在結婚以後者，未成年之當事人，依結婚成年之規定（二一三），爲有行爲能力人，關係財產制契約之行爲，仍須法定代理人之同意，解釋上或生疑義。即已結婚之未成年人，對第三人有完全能力，對於配偶之契約行爲，轉須法定代理人之同意，衡情而論，似無此理者是。然依第一千零零六條之文字解釋，自屬包括結婚成年人者。其理由：

(1) 排除總則規定之適用，爲親屬法特性之通例，不止本項一端。(2) 爲上述家庭利益。

第三 契約之內容及種類

我國向無關於財產制之法制，又乏有系統若定型之慣例。夫妻以及第三人對於財產制之生活，自屬創行。故爲謀交易之安全，保護夫妻雙方之利益，及期夫妻財產關係之統一起見，對於財產制契約，特加以種種嚴格之限制及條件。即財產制之契約，第一，祇能就約定制中而爲種類的選擇合意。不能訂立全異於各約定制所定財產關係爲內容之契約。第二，對於所選約定制中之任意條項，欲爲變更者，亦祇能就任意條項及選定制之法式所允許範圍內爲之。不能爲足以推翻選定制及其他強制條項之變更。蓋非如此，不足以期夫妻財產關係之統一也。故約定財產制契約受此類限制之結果，祇能分二大類：(1) 夫妻就諸約定制中所選定財產制之種類，而爲合意者，是謂財產制之種類契約。如財產制之選定或廢止契約等是。(2) 僅就財產制上任意規定，而爲變更之合意者，是謂財產制條項契約。如財產制條項之變更或廢止變更契約等是。然因條項契約必以種類契約爲先存要件，故在財產制契約，自以種類契約爲主契約，而條項契約爲從契約。種類契約可獨立訂廢，條項契約之訂立，則以種類契約爲依從。例如，第一千零三十一條應有部分之約定，第一千零四十五條財產之管理權付與夫之契約等，以共同財產制及分別財產制爲前提等，與普通主契約從契約間之關係相同。但關於夫妻各人特有財產之條項契約，法定得離種類契約而獨立，隨當事人之意思可免受主從關係之影響者，自在例外(二四)。此外在不違背制度之根本精神，附以各種條件或期限等契約附款，亦爲法所不禁。

第四 契約之要件及效力

民法以法定制爲規律夫妻財產關係之原則的法規，如夫妻不以契約選定約定制以排除之者，則無條件的受法定制之支配。已如前述。然無論法定約定，各種財產制之內容互不相同，各內容又均屬強行性法規。而夫妻間日常財產生活，則多係情愛的道德情緒之流露，無法律的意識。夫妻如欲以契約對此軟性的關係，加以硬性的法律轉換時，其間不有一定的形式，以明確證明其合意之內容及時期者，因其事實係多屬軟性而有彈力之

故，一旦發生問題時，易爲糾紛之原因。故民法對於財產制契約之訂立變更或廢止，均須要式行爲，以書面爲其形式要件（一七〇）。缺此不生效力。又夫妻財產制契約行爲，雖具備形式要件而成立，然此僅就夫妻間之對內關係而言。若欲以此契約，對第三人有所主張時，必須登記而後始得有效。蓋夫妻財產制爲夫妻團體對內對外之經濟統制，而日常對夫妻團體，而爲財產上交易之第三人，非登記無由知其財產關係變動之內容也。況財產制上各種產權之變動，多帶有物權性及包括繼承性之特質，更有登記之必要者乎。關於登記之程序如何，係屬程序法規，且登記法亦尙未頒訂。其與本法之解釋上直接有何影響，無可據爲考論焉。

第三目 法定善後制（瑞：Separation de biens legale）

法定善後制云者，現存夫妻財產制，因夫妻雙方或一方之財產或財產行爲發生破綻，致不能繼續維持，依法或宣告廢止時，法律爲善後計，以一定財產制接替規律夫妻財產關係之財產制也。民法以分別財產制充作此種法定善後制。制度之適用爲法律所規定，非基於雙方之合意，故爲法定制之一種。然其適用亦非基於婚姻之直接效力，必俟一定法律要件之成立，是與約定定制相同。而其目的在於結束清理前行財產制，故其性質乃爲法定善一切夫妻財產制之後之制度也。學者或名之爲非常法定制，或準法定制。茲取其性質，姑名之爲法定善後制，以便說明。

第一 法定善後制之開始要件

善後制既爲法定善一切財產制之後之制度，則夫妻間現存之財產制，必因破綻已至不能存續狀態，而後始生接替善後之必要。現存財產制是否能存續之狀態，若任夫妻自行判定（如夫妻二方意思能合致者，則成爲廢止或訂立契約，非本項之問題），或由對夫妻財產制有直接利害關係之第三人判定時，則二人間因利害關係之不同，自難得主觀的一致。且許第三人得隨時有機會干與或檢查夫妻財產關係之內幕，亦爲婚姻生活之最不祥事。故民法關於夫妻現存財產制能否存續之客觀狀態，用明文限定之。以泯夫妻間爭執之隙，以杜第三人藉端

干預夫妻生活之弊焉。法定開始要件如左：

一 夫妻一方受破產之宣告（一九）

破產宣告之效力，為破產者全財產之破產扣押，財產處分能力之喪失，法律行為及權利行為之無効，雙務契約之解除等。此等效力均足破壞以婚姻財團為中心之各種財產制。故民法不俟改用之宣告，直接以善後制規律夫妻財產關係，與破產之宣告同時開始接替，以善其後。

二 改用之宣告

改用之宣告，又可分基于夫妻一方之請求者，及基於債權人之聲請者。

甲 基於夫妻一方之請求（二〇）

夫妻一方得向法院請求改用宣告之法定情由有三：

A 夫妻之一方依法應給付家庭生活費用而不給付時。

本項依法負給付家庭生活生產費用之義務者，自為第一〇二六條，第一〇三七條，第一〇四一條，第一〇四三條之夫及妻。但夫與妻之給付義務，有重輕之別。因此夫或妻不履行給付義務之實情，亦應分別而論。此即本項所謂「依法」之意也。即（1）在現行法家庭生活費用係先由夫負絕對責任。故夫之改用宣告之請求要件，為自己無支付能力，而妻有支付能力而不給付之場合。（2）妻之給付義務，以夫之無支付能力為前提要件，故僅負相對責任。從而其改用宣告之請求要件，僅為夫有支付能力而不給付。自己有無支付能力非所問也。又本項應注意者，為夫妻現在之財產制本為分別財產制者，是否亦有適用之問題，換言之，夫或妻違反第一〇四八條之義務（實際上無力履行義務者，自屬在外）時，應如何處遇是也。余以為夫妻至不履行第一〇四八條之義務時，其婚姻關係已至山窮水盡，其本身之存續，已成問題，遑論財產制之應否改用乎。故不履行第一〇四八條給付義務之問題，應在本項範圍之外也。

B 夫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。

本頃又可分二段說明：

1 夫或妻之財產不足清償其債務。

夫或妻之財產不足清償其債務云者，夫或妻所負之債務，超過其財產；換言之，其財產陷于破產狀態，而未受破產宣告之謂也。以其未受破產宣告，故必俟改用之宣告，為善後制開始之要件。請求人，夫妻任何一方均可。換言之，即財產有破綻方，亦可自行請求之。蓋財產有破綻方，自動請求改用宣告，先與對方財產分離，然後以和解或其他方法，整理自己財產，攤償一切債務，於婚姻生活轉為有益故也。

2 夫妻之總財產不足清償總債務

本段為夫妻之總財產陷於破產狀態，而未受破產宣告之場合。總財產中夫妻各人應有或所有之部分不同，各人債務額及性質，以及各方債權人之債權額及性質亦各不同。故欲清理各人債務，先應請求改用宣告，以分離各人財產。然後夫妻各方對各人之債權人，自行清理攤償，或聽任破產，於各方均為便利也。

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。

本項處分行為之對象，為婚姻財產團若夫妻一方之原有財產。若處分行為係出於管理上之必要者（三四〇，三四一，三四二，三四三），自非本項之處分。

拒絕同意之理由是否正當，應依何標準而判定，蓋為本項之核心問題。若憑拒絕者或要求同意方之主觀，則凡拒絕或要求，蓋均有其正當理由也，將何所適從乎。余意以為應以財產制之根本意趣而為判定正否之標準。蓋民法所以設處分同意之制者，於保護夫妻各人之產權外，同時亦謀夫妻共同生活之圓滿也。故一方對於財產之處分，為出於維持婚姻財產團，或籌措家庭生活費用所必要，除此外另彙他法時，他方又復拒絕者，乃其拒絕為無正當理由也。

乙 基於債權人之聲請(一〇)

債權人對於債務人夫或妻之財產已爲扣押，而仍未得其清償債權時，勢將更進而爲強制拍賣，強制管理或其他換價程序。實施此等執行程序，先須將夫妻財產分離，以便就債務人夫或妻之財產而爲執行。故法院可因債權人之聲請，而爲改用分別財產制之宣告。然本條之宣告，原爲便於債權人之取償債權，直接無關於夫妻財產制本身之存續問題。故在實施換價程序以前，如債務人清償其債務，或依扣押財產之情形，卽不經分離亦可執行者，則法院自不必爲改用分別財產制之宣告也。故民法關於本條之改用宣告，僅爲「得」之規定。

第二 法定善後制之廢止

善後制之開始雖爲法定，非基於夫妻雙方之合意。至其廢止，因其法定目的爲善他制之後，且其本身原爲約定制之一，如法定原因已不存在時，由夫妻之合意，依財產之契約之規定，自得廢止而易以其他財產制。

第四目 法定制與約定制之關係

一、民法夫妻財產制之支配夫妻財產關係，絕無排斥期間。夫妻不爲契約選用約定制者，則法定制爲夫妻財產關係之原則法規。至法定制或約定制發生破綻不能維持時，則以善後制接代之。使夫妻財產關係無一刻而暴露於無法序狀態。

二、夫妻財產制契約之訂立，雖爲夫妻之自由，然各約定制中關於夫妻財產關係之基礎綱領，均係強制性之規定，非夫妻間自由合意所得左右。卽在共同財產制中第一〇四一條「夫妻得以契約訂定，僅以所得爲限，爲共同財產」之規定，雖似可變更共同財產之強行條項者，然此爲所得共同財產制之約定，係另一約定制之開始，非就共同財產制之本身而爲更變。故該條第二項卽爲指明其所得之範圍。非謂可由共同財產制而變爲所得共同制，或更變爲動產共同制也。總之，現行一切財產制，從其內容之強行性而言，實均爲廣義的法定制。其

所異於狹義的法定制者，在其開始是否須當事人之合意而已。一旦選定以後，則其效力蓋與法定制正復相同。

三、民法既以法定制為原則的支配夫妻財產關係之基本制，其他約定制之內容又為同等有強行性之法規，故約定制之內容有缺陷或疑義時，應以法定制之規定為之補充。換言之，法定制對約定制之關係，猶普通法對特別法之關係也。此蓋為不許夫妻自由訂立異於財產制的契約之當然結論也。民法固於第一〇四一條三項，第一〇四三條明示之。即未明示之處，解釋上發生疑義時，亦自以法定制之規定補充之者為妥。例如第一〇四五條夫妻管理權是否同時負擔管理費用。同條對妻付與夫管理之財產，依使用之性質方法，可以抵充家庭生活費用者，可否由收益權而擴張至使用權等，均應依法定制之規定，而為補充者是。

第四項 財產制中之財產種類

財產制之目的，在謀夫妻共同生活之經濟的統制，已如前述。夫妻之全財產，即在此共同生活經濟的統制之下，開始其經濟活動。惟統制方式，各財產制不同。故各人財產參加於活動之方式及性質，亦隨之而異。有全部或一部直接提供其經濟效能者，有全部或一部消極的負擔其經濟責任者。又夫妻於共同生活之外，又有個人生活之範圍，故各人財產於負擔共同生活上責任之外，又有留為個人私用之部分焉。職是之故，故財產制於支配夫妻財產時，應將夫妻各人財產，先為分類部署，然後就各財產部類，定其參加經濟活動之方式範圍，及其效能若責任之性質焉。財產制將夫妻全財產，劃分為特有財產，原有財產，及婚姻財產團之三種。茲為分目說明之：

第一目 特有財產 (德: Sondergut, 法: Biens Reserves)

第一 意義

各人財產即屬各人所有，本無所謂特有原有之別。惟各種財產制除分別財產制外，以夫妻各人財產集合，

另組婚姻財產團者爲原則。而夫妻雙方或一方之特殊部分財產，例不參加於此種婚姻財產團。此種由各人留保，不加入婚姻財產團之財產，特名之爲特有財產，亦曰留保財產。蓋爲財產制部署上之相對的名稱也。

第二 性質

特有財產在各種財產制中，爲依法不加入於婚姻財產團者，故與婚姻財產團，直接即不發生任何關係，夫妻各保有其所有權，管理及使用收益權。同時於負擔各人在婚前及婚中所負債務之責任外，如婚姻財產團無力支付家庭生活費用時，夫之特有財產負其主責任，妻的負相對責任。對家庭生活費用之債務，亦同。如妻以其特有財產之管理權付與於夫者，夫受有以該財產之收益供家庭生活費用之權之推定。但此項管理權，妻得隨時取回之，取回權不得拋棄(四五)。

第三 種類

特有財產分爲法定及約定之二種：

一 法定特有財產(一三)

A 夫之法定特有財產：

- 1 專供夫個人使用之物，
- 2 夫職業上必需之物，
- 3 夫所受之贈物，經贈與人聲明爲其特有財產者。

B 妻之法定特有財產：

- 1 專供妻個人使用之物，
- 2 妻職業上必需之物，
- 3 妻所受之贈物，經贈與人聲明爲其特有財產者(註)。
- 4 妻因勞力所得之報酬。

二 約定特有財產(一〇)

夫妻於各人財產中，除法定特有財產外，復以契約訂定其一部分為特有財產者，謂之約定特有財產。其契約謂之特有財產契約。契約之標的，除法定特有財產外，夫妻所有任何財產均可。但其量的範圍則不能無限制，要以不妨害婚姻財產團之存立者為限。若其範圍擴大至各人全財產時，則婚姻財產團已無存立之餘地，是種特有財產契約，根本不能成立。蓋特有財產者，原對婚姻財產團而言，係相對的概念，以婚姻財產團為其概念之前提故也。如夫妻必欲維持此種契約者，乃係分別財產之成立，同時亦為現存原財產制之廢止。故應更改契約之名稱。換言之，此種契約之性質實為財產制種類契約，已非財產制條項契約矣，特有財產契約雖為財產制條項契約之一種，以其直接對婚姻財產團不發生關係，故民法予以獨立訂廢之地位。隨當事人夫妻之意思，可與其附屬之主財產制契約分離。

(註)要在結婚前尚未取得妻之身分，固無所謂妻之特有財產。惟贈與人聲明受贈人日後結婚為人妻時，贈物為其特有財產者，亦有本款之適用(二十七年上字五三九號)。

第二目 原有財產(德：Mannesgut und Frauengut, 瑞：eingebraechtesgut)

夫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，除去前目之特有財產外，均謂之夫妻之原有財產。夫妻即以各人之原有財產為組織婚姻財產團之基礎成分。各人原有財產，雖集合於婚姻財產團，然其對婚姻財產團之經濟的效能，以及對原主夫或妻之關係，又各有不同。故為統制上便利起見，特附以是名，以明成分財產之屬籍。同時亦所以別直接不參加於婚姻財產團之特有財產也。其在婚姻財產團之經濟效力，以及對原主之關係，隨各財產制之性質而異，不能為統括的說明，詳於各制，茲則止於釋名。

第三目 婚姻財產團

第一 意義

婚姻財產團云者，由夫妻各人財產所組成，直接爲共同生活的物質基礎之財產集團也。其成分財產原則上以夫妻之原有財產充之，例外亦有包羅夫之特有財產者（法定制，及約定制之統一制等）。

第二 種類

除分別財產制外，婚姻財產團爲各種財產制之基本組織，故隨其組織方式及其內容性質之不同，而能顯現各種財產制之特質。如聯合財產制之聯合財產；共同財產制之共同財產；所得共同制之所得共同財產；以及統一財產制之統一財產等，均爲此婚姻財產團之名稱，亦即其分類者是。

第三 性質

婚姻財產團既由夫妻財產合集組成，則其在夫妻間之關係，自屬公共性質，不過所公共之內容，隨各財產制而差異耳。有就管理上而爲公同者（聯合財產制）；有就其產權而爲共同者（共同財產制）；有就其產價而爲公共者（統一財產制）；此等均所以表示其在夫妻間公共之性質也。簡言之，婚姻財產團者，實卽婚姻團體之團體財產也。故其存立以婚姻團體爲前提。婚姻團體之存續，因其爲非財產法人性質的結合，固無關於團體財產之有無。而團體財產，則隨婚姻團體之解消而清理，自爲團體財產當然之運命。同時依團體財產之通性，應有專責管理人；民法以夫當此責任，有管理婚姻財產團之一切權責。然此財產團同時又爲共同生活之物質基礎，則凡共同生活上之物質需要，應首先取給於此，加負擔於此，爲自明之理。夫又爲共同生活經濟活動之主責任者，故夫於管理權之外，又應有使用收益以及有條件的處分權。妻爲團體成員之他方，雖直接不當管理責任之衝，其在共同生活上之利害關係，固無遜於夫，故凡日常家務有包括的代理夫對婚姻財產團所有一切權責之權。

第二款 分設

第一項 聯合財產制——法定財產制

本制之大綱

- 一 組織婚姻財產團——聯合財產。
- 二 夫妻各人保有各人財產之所有權，不受婚姻財產團組織之影響。
- 三 婚姻財產團由夫負管理責任，對妻之原有財產有使用收益權。
- 四 家庭生活費用由夫負主責任。
- 五 妻在日常家務上有代理夫在婚姻財產團所有一切權限之權。
- 六 妻對夫之管理自己原有財產有監察權。
- 七 夫妻各人債務由各人分別負擔。
- 八 婚姻財產團解散時，妻取回其原有財產。

第一目 婚姻財產團之組織

本制之婚姻財產團，由結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中夫妻所得之財產，除妻之法定特有財產外，聯合組成之（一六）。其組織財產團之目的，在於管理上之便利，各人財產之所有權，仍由各人獨立保有，不因組織財產團而受影響。故其組織為聯合性質；換言之，即在一個管理權之統制下聯合之意。其財產團因名之為聯合財產。若從其各組成財產之所有權仍各自獨立而論，實質上蓋為分離主義之財產制也。因其為別產主義性質之財產制，故各人在聯合財產團中所原有之財產，尤有明確界分之必要，如有所屬不明之財產，應為推定其所有權之所屬。然後在管理上方得有條不紊，兩財產主體間亦可消泯紛糾。聯合財產團中，民法所規定為夫妻各人所有之財產（一七）如左：

一 妻之所有者——原有財產

妻於結婚時所有之財產，及婚姻存續中因繼承或其他無償取得之財產。

二 夫之所有者

1 夫之原有財產

夫於結婚時所有之財產，及婚姻存續中因繼承或其他無償取得之財產。

2 夫之法定特有財產

3 聯合財產中所屬不明之財產

雖為聯合財產團中之財產，但究係夫所有者，抑係妻所有者，往往有不明場合。如債權者對該財產而為扣押時，應視作夫之財產抑或妻之財產執行之者，自成問題。民法以推定解決之。即「不屬於夫妻之原有財產之部分，為夫所有」。蓋從夫有管理財產團之專責上推論，為當然之理也。

4 由妻之原有財產所生之孳息

本制既以夫妻財產分離主義為基調，則財產之孳息，應各歸原主，為較合理。然民法雖以夫負家庭生活費用之絕對義務，蓋此僅就責任上之次序而言，非謂妻遂無任何義務，妻自仍負相對責任。又婚姻財產團之組織，實亦所以配定夫妻共同生活之財源，已如前述，則妻之移轉於婚姻財產團之財產上，應有所負擔，自為平衡之理。故民法特為本項之規定。然從後述夫對妻之原有財產，本有使用收益權。所謂收益者，蓋即為取得財產上之孳息之謂，似與此相重複。蓋本條為明確各人財產之所有權之規定。又後述根據收益權所取得之孳息，仍屬歸存於財產團，非夫之特有財產，則與原權之妻原有財產易滋混同。故本項特為原則的規定其所有權之所屬。

最後，本制之特有財產，祇限於法定特有財產（一〇一）六但，不認約定特有財產之存立。其理由：蓋約定特有財產制之效用，在於以各人財產所有權相同為本旨之財產制，各人於法定特有財產之外，復欲保持相當財產

之所有權時，始能發生之。本制之本質，既爲財產分離主義，各人均保有其所有權，固無更爲約定之必要。且本制之重心，在婚姻財產之共同管理，管理對象之財產範圍，自係法律明白確定者爲宜。否則，管理對象之財產範圍，任當事人自治者，則將何以別後述之分別財產制乎。

第二目 婚姻財產團之管理

第一 管理權之主體

聯合財產，蓋卽爲夫妻團體之團體財產。依團體之通性，對團體財產應有專責管理之人。民法以夫爲專責管理者。管理人之產生，不任團體之自治，而由法律規定者，蓋在現在實際社會生活上，經濟能力，夫較優於妻。且因性能上之差異，男亦較女便於負擔重恆久之事務。職此之故，民法對於維持團體之物質責任，首先課之於夫。爲遂行此項責任，應予以權責上之地位。故婚姻財產團之管理權專屬於夫。而夫之實際上在於婚姻團體之首長或代表地位者，蓋卽由本目之管理權，及家庭生活費用之主責任支持之。夫雖因種種實際原因，而有首長的地位，然其使命究在於謀共同生活之圓滿及統一，故爲立法政策之便宜規定，初非於男女平等原則，有何牴觸。妻雖不當主責之衝，然於共同維持共同生活之責任，固不應末減也。故妻在日常家務上有同等代理之權，妻妻固有管理上之副責任也。

第二 管理權之客體

婚姻財產團之成分財產，除妻之原有財產外，卽爲夫之所有。故夫於管理時，應討論者，爲對於妻之原有財產部分，因其所有權與管理權分屬於夫妻各方而相對立故也。然夫之所有財產，既係婚姻財產團之組成分，自不應因管理權與其中一部分財產之所有權同屬於一人之故。而遂可失却其爲財產團之成分性質也。如妻代理夫管理時，非謂僅管理自己所有之成分財產。而不及於夫之所有財產也。故管理權之客體自屬聯合財產全體。

第三 管理權之性質

管理權之發生，在於實際上為婚姻首長之夫便於統率共同生活之故，已如前述。所以其性質可視為親屬權之一種。其權利之取得，基於夫之身分，係法定，不必經妻之合意。其內容為種種之支配權，請求權，以及附隨此等權利之各種義務。即由此等權利義務結合混成之一種支配權也。而妻對此項權限之代理權，其性質亦同，自無待言。茲就其對妻之成分財產所及之效力，說明之：

一 對妻之原有財產實體支配之。有排斥妻及其他第三人之處分之效力

二 夫之管理權，因僅以妻之原有財產上所有權利，為其標的。如妻之原有財產已有某種限制或負擔時，則僅能在不妨害其原有限制或負擔之範圍內行使之。所以夫之管理權雖為支配權之一種，而不能有追及的效力。

三 祇要係第一千零十七條妻之原有財產，隨婚姻之成立，得無條件包括的管理之。自無各別的為設定管理權之必要。

四 同時妻雖無任何原有財產時，其附隨於管理權之義務，不因此而免除。

第四 管理權之內容

關於管理權之內容，無詳細規定。茲參酌民法婚姻法之立法精神，民法其他部分之規定，以及外國立法例而為釋明之，即為維持及改進共同生活，有保存，改良，利用妻之原有財產之必要範圍內，不論其為法律行為或事實行為，夫均有為之之權利及義務，分說如左：

一 占有權 德國民法關於此點，於一三七三條為「夫得占有妻之原有財產」之規定。民法無直接明文。但就第一千零二十二條「有隨時報告其狀況之義務」之規定推之，其原有財產原則上在夫占有之下，固甚明也。在事實上夫非直接或間接占有妻之原有財產，而可行使管理權之場合，實亦不多觀。

二 事實行為 夫之管理行為之範圍，自較普通管理權者之行為範圍為廣闊。因其管理之目的在於維持及改進共同生活，故於普通管理行為祇能就財產本體而為保存，改良若利用之外，猶應可變更物之本來用法

或物之本質。然其行為若逾越管理上必要限度，應得妻之同意，與次述處分行爲相同。否則，自生賠償責任。

三 處分行爲 處分行爲，本不屬於管理權範圍。惟夫之管理權性質與普通管理不同，故在管理上必要範圍內，夫得處分之（一〇二〇）。然何者爲管理上必要，何者則否，除就各種具體情形而爲判定外，初難概斷。要之，其處分之結果，爲合於維持及改進共同生活之目的，同時又爲捨此外無其他管理方法者，蓋即所謂管理上所必要者乎。夫於管理權外，對妻之財產原無獨立處分權（同條）。故凡逾越管理上所必要之處分行爲，應得財產所有權人妻之同意。未經妻同意者，即爲無權處分，夫應負責。然夫究爲聯合財產之現實支配者，且有相對的處分權（即爲管理上所必要之處分）。與之交易之第三人，（1）無由知其處分財產之誰屬，（2）難明其處分行爲是否逾越所謂管理上所必要之範圍，（3）難窺其是否曾經妻同意之内幕。故爲保護第三人及交易之安全起見，此項同意之欠缺，不能作爲對抗要件（同條）。設若絕對不能對抗，則妻之財產，將無由保障。蓋夫與第三人串通之下，爲任何之處分，第三人均可不負責任也。故民法規定第三人已知或可得而知其欠缺，或依情形可認爲該財產屬於妻者，不在此限（同條）。即惡意第三人應受同意欠缺之對抗，而負責任也。

管理上所必要之處分，係夫管理權之一效力。原則上可以夫之名爲之。若以妻之名爲之者，事前應得妻之同意。若純粹處分行爲，既應得妻之同意，自應以妻之名行之。

四 債務行爲 管理行爲蓋必包含債務行爲。例如，爲修繕妻之房屋；訂立承攬契約等，直接受契約之拘束者，自爲夫本人，與妻無關。若欲妻負擔此種義務，應先由妻授權，以妻之名爲之。否則，爲無權代理。其他債務亦同。即所謂管理費用是。若僅爲妻一人私用，代爲借債者，非本項管理上之債務行爲。

五 取得行爲 夫取得物及權利時，如非基於妻之授權，不以妻之名爲之者，則夫直接取得其物之所有權若債權。如夫以妻之名及其計算爲之者，夫依無因管理之規定，負將所取得之權利移轉於妻之債務（德民三三八）。

條(一三)。
八二條。

六 受領行爲 第三人之對妻原有財產所爲之法律行爲，夫有受領之之權。蓋爲夫管理權當然效力之一。例如，對妻之消費借貸上債權，欲解約之債務人，得向夫爲解約告知者是。

七 訴訟行爲 關於妻原有財產之訴訟，因夫無所有權，妻無管理權，依民訴之規定(四五)，非兩方共同，夫妻均不能獨立的爲訴訟行爲。然推夫管理權之特性，應在管理上所必要之範圍內，可以爲訴訟上之原告或被告。例如，關於妻原有財產占有之訴者，非有訴訟追行權，何能遂其管理之責乎。德國民法對妻之原有財產，原則上有訴訟權。

第五 夫之管理義務及附隨義務

一 管理費用

夫應負擔一切管理上所需之費用(一八)。妻房屋之修繕費，動物之飼養料，消費物之保存費，以及管理上所必要之處分費等等，均由夫包括的負擔之。因管理所負之債務，亦同。此種債務，蓋亦爲夫於婚姻關係存續中所負債務中之一也(三〇)。

二 注意義務

夫於管理婚姻財產團，應負何種注意義務，法無規定，不無疑問。推夫之所以管理妻之原有財產，雖爲法定，非基於妻之委任。但其性質究係處理他人事務，亦即爲處理自身一屬團體之公共事務。且未受妻之任何報酬。故應依委任理論，負與處理自己事務爲同一之注意義務(五三)。衡情而論，亦以如斯爲妥。蓋同爲自己所管理之財產團之各成分間，不應有彼此歧視也。如夫違反此項義務時，對妻自應負損害賠償之責(三一)。

三 管理狀況報告義務

夫既管理妻(他人)之財產，則同樣依委任之理論，關於財產之管理狀況，隨妻之請求，應爲報告之(〇一)。

(三)。財產清算時，尤應爲詳細報告其管理之顛末。

四 管理終止時之義務

夫之管理職務，除婚姻之解消外，因約定制及善後制之開始，以及夫受禁治產之宣告時，終止之。無論其因何種情由終止，總之，依委任終止之理論，(A) 管理終止時，如有急迫情形時，應由夫或其繼承人或其法定代理人，於妻或其繼承人或其法定代理人，能接受妻之原有財產前，繼續管理其事務(一五五)。(B) 如管理權終止之事由由夫方發生者，於妻知其事由或可得而知其事由前，夫管理之義務，視爲存續(二五五)。(C) 管理終止後，夫或其繼承人或其法定代理人應將妻之原有財產，返還於妻或繼承人或其法定代理人。如有補償義務者，亦同時履行之(五五一，二〇二)。

第三目 夫之使用收益權

夫之管理權，係根據於謀夫妻團體財產之統率，團體經濟活動之統一。夫之使用收益權，爲夫負擔家庭生活費用主責任之代價。二權發生之基礎理論雖不相同，而其終究目的在於具體實現夫妻互助合作精神，則正復相同。今就民法之意趣，而爲釋明使用收益權之法性如左：

第一 使用收益權之主體及客體

無論在嫁娶或招贅婚，使用收益權者爲夫(或贅夫)，與管理權之專屬於夫者相同。其客體爲妻之原有財產，其特有財產自屬在外。

第二 使用收益權之性質

夫之使用收益權，在德國日爾曼法之沿革上，本爲夫對妻支配權之一種，有絕對性質。在一定範圍之內，不但使用收益，並包括處分權。自羅馬法繼受後，以一般用益權處遇之，其內容始受限制。德民法學說，以用益權之帶有一定物權性者說明其本質。民法亦以同此解釋者爲妥。此種用益權係就妻之原有財產全部包括的成

立之。非就各個財產而爲設定行爲，蓋爲其特性之一也。

第三 使用收益權之內容

使用云者，不毀損滅失物若權利，而利用之之謂。收益云者，取得由財產所生天然果實（與原物分離時）法定果實（按其權利存續期間內之日數）之謂。夫之此種用益權，與其管理權以及孳息之當然所有權（七〇二）并存集合，成爲有極鞏固效力的權利。不但爲管理上之必要，可變更其用法，且可隨用益上所必要，而變更其管理方法。基此結果及理由，同時又可妨礙妻之減少收益的物之處分行爲。

第四 附隨於使用收益權之義務

甲 利息支付義務

使用收益權自與管理權同樣無追及的效力，凡妻之結婚前所負債務之利息，應由夫支付，爲自明之理。蓋（1）使用收益權僅能於不害其對象實體之限度内存立之。且（2）債務——消極財產，應由其積極財產負擔。同樣理由，消極財產之利息，例由積極財產之果實抵付爲原則。故夫收益權之實際利益，亦祇存於原有財產孳息中除去其債務利息之剩額而已。關於妻於結婚後之原有財產上債務利息，因其孳息在發生債務利息以前，已歸夫所有之故，不無疑問。然由第一〇二四條關於妻之債務規定推之，蓋夫之孳息所有權，固不能妨礙妻就其原有財產之債務行爲也。故應與結婚前所負之債務利息，同一處遇。即亦由夫負擔之。

乙 其他義務

負擔收益上所需費用。使用收益權消滅時，回復物體之原狀。取去其附屬物等。

第四目 妻對聯合財產之權利義務

妻既爲婚姻團體成員之他方，就團體財產所有之利害，自不亞於夫，依理應與夫有同等之權義。但民法爲謀夫妻財產生活之統一見，規定夫負財產統制上之主責任，而妻在補助地位，負副責任，已如前述。故妻對

團體財產，以團員及副責任者之地位，參與團體之一切經濟活動焉。今分其權利及義務，兩方面述之：

第一 權利方面

一 日常家務之代理權

甲 代理權之主體

民法於第一千零三條爲規定夫妻於日常家務，互爲代理人。就此規定而言，夫妻自是平等有代理權。然本節財產制，既以夫爲處理一切家務——尤其爲財產生活事務之主責任者，則在原則上，自僅妻有代理夫之機會。退一步言之，如以夫妻之合意，關於日常家務由妻負處理專責（事實上容或以此種場合爲多）。是蓋爲夫包括的授權於妻之特殊委任關係。夫對此種包括的委任於妻之事務，再爲妻代理處理之場合，雖非不能成立一種複代理關係。然究其性質，亦不過夫所代理部分之行爲，就妻之代理權中撤回之而已，固無所謂代理也。況妻之代理權係法定，非由夫之授權者乎。故對外——第三人自不發生任何效力，解釋上亦無實益。

乙 代理之性質及前提

妻之代理權爲法定，自屬法定的代理之一種——行爲能力人之法定代理。以婚姻爲前提，與妻取得妻身分同時發生之，在妻身分存續之間享有之。換言之，附屬於妻身分之特權，不因妻實際上未處理家務而消失，亦不以同居爲前提要件。

丙 代理行爲之範圍

妻所代理者——本人爲夫，所代理之行爲爲日常家務，則其行爲之範圍，自限於夫之處理日常家務上之權義。然夫之日常家務，自不限於家庭生活費用以及其對親屬家屬之扶養義務上之行爲。即純屬於夫管理權上之行爲，如破漏房屋之修繕，有霉爛之虞的消費物之處置等，亦自屬之。總之，凡社會一般通念上，可視爲日常家務之行爲，無論其性質如何，均得代理之。對內，則本於法定代理權而處理家務，對外，則

以夫之名代表婚姻團體。故在夫所負家庭生活費用義務之履行，或對其他親屬家屬扶養義務之履行上所必要，而非處分聯合財產不可者，自得以夫之名處分之（二〇）。蓋夫在日常家務上為履行此種義務，有處分聯合財產之行為，為可想像故也。然其結果妻以代理權單獨可以處分聯合財產，而夫之處分妻原有財產，除管理上所必要外，無單獨處分能力（二〇），似失平衡。然夫負財產上專責，且全財產均在夫支配掌握之中，不如是不足以保妻之利益也。又在同一目的及必要上之債務行為，妻亦得以夫之名為之（三〇）。反之，妻之代理權既以日常家務為範圍，則凡逾越此範圍之代理行為。隨其所逾越範圍之限度，對夫應負責任（五¹二）。

丁 代理權之限制

妻之代理權，夫得加以限制。夫之限制，以妻之濫用代理權為要件（二〇〇）。代理權之是否濫用，自以妻之代理行為是否以損害夫為主要目的為斷（八¹四）。換言之，雖為日常家務，而其性質實已超過夫所應忍受之義務者是。

限制之意思表示，由夫任意向妻為之，無任何要件，自表示時起發生效力。限制之範圍，雖無一定，但足以消滅代理權之存在者，在民法所以設代理制度之精神上自所不許也。蓋不但為限制權之濫用，亦為以個人行為而否認強行法規矣。對夫之濫用限制權，無具體法定救濟方法，除訴請撤銷限制外，無他法也。限制後，逾越所限制範圍妻之行為，成為無權代理，對夫負無權代理之責任。但此等僅係對內之效力，對外不能以妻之代理權受有限制，而對抗善意第三人，已如前述。

二 對夫管理原有財產之監察權

妻之原有財產，因結婚之結果，變為聯合財產之成分，服夫之管理權。妻之所以有容忍夫管理之義務者，原為共謀共同生活上經濟活動之便利，固非基於所謂夫權者之絕對義務。故妻對於夫之管理，自得以團體員之地位及所有者之資格監察之。欲知其管理之是否失當，有否危害原有財產之情形等，先須知其管理之實

狀。故得隨時請求夫爲關於原有財產管理狀況之報告(三〇)。然妻察覺其有失當情形時，依理應有更進一步而爲救濟或糾正之方法，方足以遂監察之功能。民法關此無任何規定。則妻雖有此項請求報告之權，除藉此消極的參加財產活動以外，具文而已。關於此二點，德瑞日等民法，均有救濟規定，以保障妻之權益。

第二 義務方面

一 因夫管理權而生之義務

妻原有財產移轉於婚姻財產團，受夫之管理，此卽爲妻之義務，蓋直接基于妻之身分者，已如前述。茲僅就其原有財產之所有權，因夫之管理權而受之限制述之。

甲 妻之處分原有財產應得夫同意

妻之處分其原有財產，其結果，爲變動管理權之客體。自管理權之性質而言，自應先得管理人之同意。否則，可由處分行爲而消失管理之本義。故妻之對原有財產之處分行爲，實受管理權之妨礙也。民法於第一千零二十一條爲反面規定之。卽除第一千零三條所定代理權限以外，卽不能對聯合財產中之任何財產處分之。所謂聯合財產，自包括妻之原有財產。故對其原有財產，無論動產不動產，動產之重要不重要，物權債權，苟在法定制繼續期間，如未經夫明示或默示之同意者(除日常家務之代理權限外)，卽不得爲任何之處分。

乙 妻之債務行爲上之限制

妻之債務行爲，無論其爲作爲不作爲，就其原有財產或特有財產所設定者，依理不受夫管理權之任何影響。然其履行債務之結果，有須允許債權人之使用收益其原有財產者，其應得管理權者夫之同意，蓋與前項場合，同其理由。故在此種情形之範圍內，其債務行爲亦間接受夫之限制也。未得同意之債務行爲，夫雖不能以之對抗第三人。但因其管理權之侵害，對妻請求損害賠償，自屬成爲理由。

丙 妻關於原有財產之訴訟行爲，受管理權之限制

其理由，與夫不能獨立爲關於妻原有財產之訴訟行爲者相同（見前）。

丁 妻之受領行爲

自不受夫之一理權任何限制。

二 因夫之使用收益權之限制

妻原有財產之孳息，歸夫所有，則妻之對原有財產之收益權，自是完全擯斥。使用權雖非完全擯斥，要之，在夫所使用範圍內受其限制，可無疑也。然實際上妻在日常家務代理範圍內，不但自己原有財產，即夫之所有財產，亦得直接使用收益之也。

第五目 家庭生活費用

第一 負擔責任人

民法關於家庭生活費用，於第一千零二十六條爲「家庭生活費用，夫無支付能力時，由妻就其財產之全部負擔之」之規定。就此規定推論，則夫爲負家庭生活費用之絕對責任者，可無疑義。蓋不論妻之有無支付能力，夫應先儘其所有負擔之，而妻之義務，至夫無支付能力時始發生之，則爲以夫之支付能力爲條件之相對責任也。妻之相對責任有二義，（一）至夫無支付能力時，而妻就其全財產負全責任。其結果兩人責任範圍，正復相同，不過負擔之先後而已。（二）如妻有原有財產者，其孳息原歸夫所有，則夫之支付能力，原包含妻原有財產之孳息。換言之，對夫之負擔家庭生活費用，妻實同時盡其補助之責任也。然民法對夫妻關於家庭生活費用之責任，所以設此差別之規定者，其理由蓋（一）婚姻之物質生活，第一先須負責有人。有確定專任負責人，然後以負責人爲中心，不但法序容易維持，且共同生活亦易期美滿。夫既以實際上種種原因，有統率團體財產活動之權，則本條家庭生活費用責其負絕對責任，蓋爲平衡之理。至其無支付能力時，然後由妻代負擔。如是責任分明，各人無由迴避。且權利與義務均各相抵，亦不失夫妻平等之原則。（二）如妻有原有財產者，因其

原有財產隨婚姻而移轉於夫管理收益，即可解為妻之家庭生活費用補助義務之提存。夫既享受此特權，其應負絕對義務，更無待言。况夫之對妻原有財產使用收益權，在其沿革上本由妻之對等的出資義務或主從的補助義務演化而來者乎。夫之支付能力，自包含其所有所得之財產全體而言。至其所有所得已盡，而非處分妻之原有財產不可時起，妻開始負就其全財產負擔之責。

第二 負擔義務之性質

此種家庭生活費用之負擔義務，可簡稱之為贍養義務。其性質如何，應為考察。義務人對權利人不但供給生活資料——履行債務，即可完事，且有使權利人得自由利用若調度，衣食住之資料，而不妨害之之義務。故其性質，乃為一種絕對的義務，非單純的債務。夫妻關於日常家務，互有代理之權，其理由蓋亦基於此。

第三 贍養義務之內容

贍養義務之內容如何，自隨各家庭之生活式樣，即夫妻之身分，地位，職業，趣味，嗜好，共同子女之多寡，財產及收入等之如何而異。應就各具體情形而為判定之。就抽象言之，乃為改進及維持共同生活，供給種種適應的生活資料，對此生活資料之調度及利用，而不加妨害是也。如夫妻及共同子女之生活資料醫藥費用，傭工之薪資，家具裝璜品之購買，以及應酬交際費等是。

第四 前提

家庭生活費用，自係以夫妻二人共同生活為中心之費用。換言之，即以婚姻為前提之費用也。妾及姘度者，無此項權義，蓋無待言。如已取得家屬身分成為家屬者，則為家屬之扶養問題（照第五章扶養）。

本項之贍養義務，應否以同居為前提，解釋上不無疑問。余以為原則上，不應以同居為前提。（一）既係婚姻為前提之義務，則同居不同居，固無關乎婚姻之存續（一〇〇）。（但書）。（二）若必以同居為前提時，則遺棄者於脫走被遺棄者之住所時起，即可不負贍養之責，是足以助長遺棄之風。然權利人違反同居義務不同居者，贍養義務人，可否免除贍養義務，自是問題。余以為在違反同居義務之期間，應可停止其義務之履行。在義務人雖

不能以權利人之不同居而免除其義務，然以此爲抗辯或作爲違反同居者之制裁，而停止其履行，蓋爲論理之正乎（註）。

第五 瞻養權利人之權利

瞻養權利爲物質共同生活上之最基本權利，優先於其他一切權利。故權利人可不顧義務人之其他一切義務，請求先履行其瞻養義務。如夫不履行此項義務時，妻可請求聯合財產之分離，取回其原有財產（〇一〇一）。如妻原無財產者，蓋卽爲被遺棄之開始也。反之，夫無支付能力，而有支付能力之妻不履行其瞻養義務時，亦同。

（註）一、婚姻關係存續中，妻拒絕與夫同居，而猶就別居期內之生活，向夫請求給付者，除能證明確有不能同居之正當理由外，尙須就自己之生活狀況，及其夫之經濟能力，分別證明，方能認爲正當（二四年上字一九二三號）。

二、夫妻互負同居義務者，妻並無正當理由，拒絕與夫同居，則在此不盡同居義務之期間內，自屬無權向夫求償其自身支出生活各費（二四年上字三六九號）。

第六目 夫妻之債務

夫妻各人之債務，亦猶其積極財產之所有權，各自分立，相互不負代償之責。此種債務分立之原則，不過各人債務，不因夫妻之身分，而生共同關係而已。如夫妻依普通財產法而爲共同債務行爲，或因共同侵權行爲所負之共同賠償債務，自非本目所謂債務不共同之意。

第一 夫妻對外——第三人之債務

一 夫之債務（二三〇）

- 甲 夫個人依普通財產法所負之債務。如結婚前所負之債務，以及婚姻存續中所負純粹個人之債務。
- 乙 夫因履行夫妻財產制上義務所負之債務

a 婚姻關係存續中所負之債務，如直接供給家庭生活費用，妻原有財產管理費用，及收益費用等所負之債務。

b 妻因第一千零三條所定代理行為而生之債務。即妻在日常家務代理權限內，以夫之名所負之債務。右各項債務，夫就其財產全部清償之。

二 妻之債務

妻之財產，在本制分爲原有財產及特有財產之二類。故其債務亦隨之可分爲完全債務及限定債務。前者，爲就其全財產所設定之債務。後者，爲僅就其財產之特定部分所設定之債務。

甲 完全債務^(二四)

a 妻在結婚前所負之債務。

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 妻因侵權行爲所生之債務。

右項債務妻就其財產之全部，負清償之責。先就原有財產，不足時再就其特有財產取償之。

乙 限定債務 係就其特有財產所設定，或其性質不應由其原有財產抵償者。

a 妻就其特有財產所設定之債務。

b 妻逾越第一千零三條代理權限之行爲所生之債務。

右各項債務，由妻僅就其特有財產負清償之責^(二五)

第二 夫妻對內之債務關係

一 聯合財產團中成分財產相互間之債務關係

夫妻對外債務，雖由各債務人自負清償之責。然抵償債務之各人積極財產，原已聯合成爲一財產團，由夫

一人管理收益。在一個管理收益權之下，通融挹注，自所難免。如以夫之財產，清償妻之原有財產所負債務。或以妻之原有財產而清償夫之債務等，蓋為財產團統制上恆有之事。然此不過為統制上之方便，初非有此權義。故凡因清償他方債務，財產上所受損失，自有向他方請求補償之權。否則，不足貫徹聯合財產係僅就管理為共同之本旨。故民法特於第一千零二十七條規定之。但此項補償關係，於本財產制存續期間實行時，（1）財產團全體，仍在夫管理收益之下，雖實行補償，於實際無益。（2）足以妨礙管理上之全盤計算。（3）聯合財產全體陷入於分割狀態。故民法又為但書規定補償請求權之行使期限，即在聯合財產關係消滅前，不得請求補償是（七但書）。

二 聯合財產對妻特有財產間之債務關係（二一〇）

在本財產制，係兩個財產體並立。即聯合財產及妻之特有財產是。聯合財產，係由夫管理用益之團體財產。妻特有財產，係個人財產，直接與團體財產，無任何關係。二者性質截然不同。故凡妻之特有財產所負債務，而以聯合財產清償（清償債務之財產，雖屬妻之原有財產，因管理用益權均屬於夫，妻自不能以其個人特有財產上之債務，而侵害夫之管理用益權）。或聯合財產所負債務，而以妻之特有財產清償（雖係清償妻原有財產所負債務，其理由與上述同）者，自應負補償之責。本項補償權之行使及其義務之履行，猶對第三人之債關係，無妨於聯合財產團之存立及其事務之進行，故無論何時，均可請求補償之。

第七目 聯合財產之解散

夫妻各人財產，本因統一管理用益而聯合。如此種統一管理用益權，一旦終止或消滅時，則所以聯合之機紐已消失，各人財產仍回復統一管理用益前，完全分離各立之原狀，為自明之理。此種統一管理用益權終止或消滅之現象，若由迄今聯合為一體之財產團方面觀之，蓋即為財產團之解散也。換言之，財產團之解散云者乃為統一管理用益權終止及消滅之客觀狀態也。今就統一管理用益權終止及消滅之態樣——解散之原因，列舉

之：

第一 解散之原因

一 管理用益權之消滅：

甲 配偶一方之死亡。

夫之管理權基於婚姻法身分效力，已如前述。故夫死亡，為權利主體之死亡而消滅。妻死亡，為權利客體之死亡而消滅。

乙 離婚或婚姻之撤銷。

婚姻之本身已遭否定，其附屬之權利，隨之消滅，自無待言。

二 管理用益權之終止：

甲 法定終止。

破產之宣告（一〇九）。善後制之改用宣告（二〇二〇）。

乙 約定終止

夫妻以契約，另行選定約定制時，同時即為夫之對聯合財產管理用益終止之合意（參照本節第一款第三項第一目）。

第二 聯合財產團之清算

妻之原有財產因結婚之結果，與夫之所有財產聯合，移轉與夫管理用益。今既因管理用益之終止或消滅而解散，則第一步，應由妻方從聯合財產團中，取回其原有財產。換言之，妻之原有財產，由聯合財產團分離劃清其聯合之關係。妻之原有財產，自包括積極消極之全體而言。故凡妻之原有財產所負債務，而以夫之財產清償；或夫之債務，而以妻之原有財產清償者，其補償額，無論其已未算定，統於此時，清算，實行補償。所謂取回原有財產者，即取回此項抵償劃清後屬於妻所有之財產也。

妻之原有積極財產，於抵償其所負於夫之債務後，較移轉於夫管理時有短少者，此係因受夫之管理而生之短少，在原則上管理人之夫，自應負補償之責。但聯合財產團之管理，妻在第一千零三條之代理權限內常得參與之，故在代理權限內亦應負與夫相同之重過失責任。且妻之債務行為，非絕對盡受夫之拘束。故其原有財產之短少，自不能由夫負單獨的絕對責任。職是之故，民法於上述原則外，復為例外的但書規定（一〇三〇但書）。

（一）因妻死亡而分割者，妻之責任，因其死亡往往不易證明，故祇就夫判定其責任之有無。夫如能證明其對短少無責任者，即可不負補償之責。（二）因夫死亡而分割者，夫之責任，雖亦以其死亡不易證明。然其曾為管理，為不可否認，故由其繼承人負補償之責。但可證明其顯由可歸責於妻之事由而生者，則雖夫之繼承人自可不必繼承無責任之義務。依婚姻法男女平衡之精神，自非如此解釋不可。但民法第一千〇二十九條無此項之但書規定，論者疑之。余以為第一千〇二十八條乃至第一千〇三十條均係規定聯合財產之解散原因，分割方法，以及行使補償權若免除補償義務之舉證責任者。法律上主張利益者，負舉證之責任，為民事法之原則。第一千〇二十八條係補償義務人夫生存之場合，故夫欲免除補償義務，自應負證明無責任之義務。第一千〇二十九條及第一千三十條均係補償權利人妻生存之場合。如夫或其繼承人已證明其短少係由可歸責於妻之事由而生者，則妻欲堅持是項權利時，自應負反證之責。二條情形相同，既總括規定於第一千〇三十條但書，故於第一千〇二十九條祇為「得」之規定焉。

第三 聯合財產團之分割

分割云者，謂妻之原有財產，由聯合財產團分離割清其關係之實行行為也。分離即為取回原有財產，割清即為請求短少補償之履行。民法規定者如左：

- 一 妻死亡者，其原有財產歸屬於其繼承人，由其繼承人對夫實行之。
- 二 夫死亡者，妻向其繼承人取回原有財產，及請求短少之補償。
- 三 因宣告或約定改用他制而分割者，係夫妻雙方均在生存中，自由妻向夫取回原有財產，及請求短少之補

償。

四 因離婚及婚姻之撤銷而分割者，亦由當事人自行分割，如涉訟者，自由判決行之。但在本項當事人間係向後消滅一切財產關係者（如互失財產繼承權等），與前項性質微有不同，故民法特為除外的規定也（一〇三前段）。關於婚姻之撤銷者，已詳於結婚節撤銷之效力目。關於離婚者，將於離婚節中詳述之，茲均不贅復焉。

第二項 共同財產制——約定制

本制之大綱

- 一 組織婚姻財產團——共同財產。
- 二 夫妻之財產，除特有財產外，合併為共同財產，屬於夫妻公同共有。
- 三 共同財產，由夫管理。其收益歸於共同財產團。
- 四 家庭生活費用。由財產團負擔。如財產團不足負擔時，由夫妻先後負擔之。
- 五 妻於日常家務有代理夫之管理權外。對共同財產，仍保持其公同共有人之權益。
- 六 夫妻各人就共同財產所負債務，由財產團清償。反是者，由各人自理。
- 七 共同財產解散時，各人依法定或約定取得應有分。

第一目 婚姻財產團

第一 組織

共同財產，由夫妻之財產及所得，除各人之特有財產外，組織之（一〇三前段）。夫妻之財產云者，係夫妻於結婚時或本制開始時所有之財產。所得云者，係夫妻於婚姻存續中本制開始後，因繼承或其他有償無償取得之財

產。但有償取得中，若以特有財產爲對價而取得者，是否亦以本條所得論，不無疑問，蓋既以特有財產之利權作對價而取得者，因特有財產之處分權，專屬於各人之故，似以消極解釋者爲妥。第一千零三十一條既混稱特有財產，其允許夫妻得以契約，於法定特有財產外，另爲約定特有財產，自無待言，本制在夫妻共同生活上有三個財產體，即共同財產團及夫妻各人之特有財產團（包括法定約定特有財產之全體）是。是在本制解釋上應注意者也。

婚姻財產團，於本制開始時，由夫妻之原有財產全體，無條件合併成立之。除約定制契約及約定特有財產契約，須登記外，原有財產之各個財產，無論其爲物或權利，無個別的面爲讓與或移轉等法律行爲之必要。又各人所得，自本制開始後，無論何時，隨取得而沒入於財產團。

第二 性質

夫妻各人之原有財產，合併成立共同財產團後，各人消失其對原有財產之個別所有權，同時對財產團全體各取得公同共有權（一〇二）（一）。換言之，財產團之所有權，由夫妻公同享有之。此種夫妻對財產團，公同享有一個所有權之關係，係基於法定，同時亦基於夫妻財產制契約，屬於公同共有之一種（七二）。凡關於公同共有之規定，除本制有特別規定外，自可適用之。公同共有關係之成立，既亦基於夫妻之契約，則關於公同共有財產上各人之應有部分，可不拘束於各人原有財產之多寡，自由約定之（八二）。然此種各人應有部分之約定，不過爲將來分割時之標準，初非爲各人行使權利之比率。蓋各公同共有人之權利及於公同共有物之全部，爲公同共有之基本原則（七五）故也。又公同共有關係之成立，係基於夫妻之契約，則夫妻於訂立契約時，容或依第八百二十八條第二項前段之規定，訂立關於一方或雙方得自由處分其應有部分之附款。然此爲違反本財產制之意趣，故特爲「共同財產夫妻之一方，不得處分其應有部分」之規定，禁止之（八二）。

第二目 共同財產之管理

第一 管理人

共同財產，雖屬於夫妻公共共有。然同時亦爲以謀婚姻生活之圓滿爲目的，自與法定制之聯合財產相同。故依婚姻團體之特殊性質，仍由實際上在首長地位之夫，負管理之責。

第二 管理權之性質

本制管理權之物體，與法定制聯合財產性質不同。夫之管理聯合財產中妻之原有財產，究係管理他人事務，其管理關係類似於普通委任關係。已於前述。本制之共同財產，係夫妻公共共有，財產團上祇有一個所有權存在，其管理權係直接根據於第八百二十八條第一項；換言之，即所謂法律規定之公共共有財產上管理權是也。二者所根據法理及其物體性質，均不相同，故其效力，亦隨之而異。本制之管理權，實際上極類似於委任合夥人之執行權，而管理之物體，則類似於合夥財產。故在解釋上，除以共同生活之目的，爲管理之基準外，應根據公共共有之規定，而酌以合夥人被委任執行合夥事務之理論。

第三 管理權之內容

一 占有權 同法定制。

二 事實行爲 同法定制。

三 處分行爲(一〇三三條但書)，同法定制。

四 債務行爲 同法定制。但逾越家庭生活費上管理權以外之債務行爲，依公共共有之性質，應得妻之同意，自無待言。

五 收益行爲 共同財產之孳息，係屬於共同財產。故收益在本制係保存行爲之一種，爲管理權之當然作用。

六 取得行爲 受領行爲 除前目孳息外，非屬於各人特有財產之物及權利之取得。以及第三人關於共同財產所爲法律行爲之受領，夫以第八百二十八條第一項之法定管理者資格，代表公共共有人行之，乃爲當然

之理。

七 訴訟行爲 除管理上所必要之訴（如占有之訴）外，應得妻之同意。蓋訴訟行爲以訴訟能力爲要件。而夫無單獨處分能力（三〇三），即無是項訴訟能力故也。

第四 夫之管理義務及附隨義務

一 管理費用 由共同財產負擔（二〇三後段）。夫個人不負責任。

二 注意義務 應根據合夥第六百七十二條之理論，夫負與處理自己事務爲同一注意之義務。

三 不得請求報酬（參照六）（七八五）。

四 管理狀況報告義務 亦應依合夥法理解釋。即有允許妻隨時檢查家務及其共同財產狀況，并查閱賬簿之義務（參照六）（七五）。

五 管理終了時之義務 與法定制同。

第三目 共同財產之使用

共同財產，既屬於夫妻之共同共有，則其使用亦應屬共同。夫固不能以管理權排除妻之使用。妻之使用亦非根據於對夫之代理權及家庭生活費用請求權，乃直接基於共同共有權。

第四目 共同財產之處分

共同共有，不能單獨處分共同共有物，本爲共同共有之特性（八二八）（二後段）。民法爲防夫妻以財產制條項契約，約定單獨處分權，特爲第一千零三十三條第一項「夫妻之一方，對於共同財產爲處分時，應得他方之同意」之規定禁止之。夫妻對於共同財產，除管理上所必要之處分外，一方不得他方之同意，不但不能爲直接任何處分。即各人之債務行爲，如其履行之結果，可使共同財產負等於處分之負擔者，亦所不許。如不得同意，而擅自

爲之者，對他方應負賠償之責。此等雖爲共同共有之當然性質，然夫爲管理權之法定專有人，且對外有代表他方共同共有夫妻之權。其性質之強固，爲其他共同共有制度所罕有，故特別爲此注意規定也。是項同意之欠缺，第三人自難窺知，故爲保護交易之安全，夫或妻均不能以之對抗善意第三人。如第三人惡意者，自不能同論（一〇三三其詳參照法定制）。

第五目 妻對共同財產之權利義務

妻既爲共同共有人之他方，對共同財產之權義，除應忍受夫之法定管理權之限制外，其他自與夫相同。茲就共同財產之管理權被夫獨占後，妻之對夫管理權所有對代權利述之於左：

第一 代理權

妻對共同財產，祇就夫之管理權，在日常家務範圍內，而爲代理之。夫之原管理權，除管理上所必要外，不能單獨爲任何之處分，故代理人之妻，自亦不能逾越原管理權及日常家務之範圍，而處分共同財產。但在日常家務範圍內，而代理處分共同財產以外夫之財產，自不在此限（參照法定制）。

第二 對夫管理之監察

關於本問題，民法雖無直接明文規定。然妻既爲共同財產之共同共有人，其關於共同財產之權利，除夫之管理權外，固未受任何限制。管理之失當，容或使財產受損害，或被失滅之危險。妻爲保持共同共有物上利益起見，自得監察之。故應依據共同共有之原則，及合夥人被委任執行合夥事務之理論，即所謂無管理權之共同共有人妻，縱契約有反對之訂定，仍有隨時檢查家務，及其共同財產狀況，並得查閱賬簿之權也（參照六七五條）。此蓋爲共同共有關係之通性，故民法不另爲如第一千零二十二條之規定。

第六目 家庭生活費用

共同財產之所以組織，其目的原爲謀夫妻共同物質生活之圓滿，故家庭生活費用。首應由共同財產負擔，乃爲理之當然（一〇三）（七前段）。如共同財產已無力負擔時，則夫以實際上婚姻團體首長之責任負擔之，而妻亦同時依法負相對責任（一〇三七後段）（詳見法定制）。

第七目 債務

第一 共同財產之債務

共同財產之債務，卽爲其消極財產，應由共同財產負擔清償，爲自明之理。然夫妻各人所負債務，除各就其特有財產所負者外，何者係共同財產之債務，何者則否，初難分別。而法律亦未爲明白標準規定，解釋上，自成問題。今依公同共有之原則及本制共同財產之特性，試爲說明應屬於共同財產之債務：（一）夫妻各人在本制開始前，就其原有財產所負之債務。因其原有各種財產，隨本制之開始，無條件合併成爲共同財產，其消極財產——債務，當然亦跟入於財產團。（二）本制存續中各人所得，亦無條件沒入於財產團，故其債務亦同。（三）本制存續中夫若妻就共同財產所負之債務，而經他方同意者，自爲共同債務，不成問題。蓋未經一方同意者，其債務行爲之本身，縱不直接妨害公同共有之性質，然其債務之利息債務，因其係就共同財產所負之故，應由共同財產之孳息撥付，乃爲債之原則。共同財產之孳息，卽爲積極共同財產之成分。撥付利息，在共同財產係處分行爲，同時亦非所謂基於管理上所必要者。故此種未經同意之債務，自不能爲共同債務。此外（四）夫在管理權範圍內若負擔家庭生活費用所必要之債務，以及妻在第一千零三條代理權範圍內之債務，屬財產制之特殊性，亦屬共同債務，蓋可無疑。茲就此原則，依民法第一千零三十四條及第一千零三十五條之規定，試爲列舉共同債務如左：

- 一 夫妻於本制開始前，就其原有財產所負之債務。
- 二 夫妻因職務或營業所生之債務。

三 夫妻因繼承財產所負之債務。本類及前類之財產或所得，以未經約定為特有財產者為限。

四 夫妻因侵權行為所生之債務，而其侵權行為係基於共同財產而起者。

五 夫妻各人就共同財產所負之債務，而經他方同意者。

六 夫於婚姻關係存續中，在管理權範圍內，及為負擔家庭生活費用所必要上之債務。

七 妻因第一千零三條所定代理行為而生之債務。

以上七類債務，既屬共同債務性質，自應由共同財產清償。又依公同共有之性質，各公同共有人之權利及於公同共有物之全體。其義務亦亦相同。換言之，各公同共有不能依其應有分而行使權利負擔義務。故共同財產上之債務，在實際上容或有超過其應有部分，而以他方之應有部分財產清償者，亦不能發生請求補償之問題（八一〇）。又共同債務超過其共同財產時，應依照合夥理論，由各人隨其法定或約定應有部分額數之比例，分別負擔之（參照六七七）。

第二 夫妻個人之債務

夫妻個人之債務云者，係非就共同財產所負者，或不應由共同財產清償之債務也。夫妻既得各保有特有財產，則夫妻於就共同財產而為經濟活動外，猶有就特有財產之活動。又雖為共同財產上之活動，其效力，依公同共有之性質，有不能拘束共同財產者。是類經濟活動上所負債務，自應由各人自行負責，蓋為自明之理。今試略舉之如左：

一 夫妻於結婚前或婚姻存續中，就其法定若約定特有財產所負之債務。

二 夫妻於婚姻關係存續中，就共同財產所生之債務，而未得他方同意者。

三 夫妻因侵權行為所生之債務，而其行為之原因，并非為管理或取得共同財產者。

四 夫逾越第一千零三十二條管理權所生之債務。

五 妻逾越第一千零三條代理權限之行為所生之債務。

右五類債務，均係夫妻個人責任，與共同財產並無關係，不應以共同財產清償。故凡此等債務，若由共同財產清償者，係代位清償之性質，債務人夫或妻對其共同財產負補償之責。反之，共同財產之債務，而以夫或妻之特有財產清償者，共同財產亦負補償之責，其理亦同。然此等補償之請求或履行，原有保持或整理共同財產之性質。故雖本制存續之中，無論何時，均得請求或履行之（八〇三）。

第八目 共同財產團之解散

第一 解散之原因

共同財產團之解散原因，亦可分爲：基於婚姻解消之解散，及基於財產制改用之解散。其詳見法定制項說明，茲不贅。

第二 清算

本制清算，係欲得於解散時，現存共同財產之確額。與法定制之清算，專就妻原有財產，而爲整理不同。因共同財產之分割，係就各人法定或約定之應有分而爲之，爲量的分割，而非種類的分割。故應就共同財產全部，無論其積極的人欠，或消極的欠人，而爲統盤之清理。清理後，其結果，無論其較固有財產已爲增加，或爲減損，或全部變爲消極財產——債務，總之爲現存之共同財產。按照各人法定或約定之應有分額，比例分配之。

第三 分割

一 基於財產改用之分割

共同財產分割時，若各人應有分未曾爲契約約定者，原則上，夫妻各方得現存共同財產之半額（四〇〇）。消極財產亦同。如有應有分契約者，依其契約。

二 基於婚姻解消之分割

1 夫妻一方死亡場合

如未以契約約定應有分者，生存配偶與死亡者之繼承人，各得其半數（一〇〇）。但此僅係死亡者繼承人，代死亡者分割共同財產而言。非摺斥生存配偶對死亡者所有遺產繼承權之意。故生存之他方仍有依法（四一）繼承死亡者遺產之權。如有約定應有分者，應依約定數額分割，自無待言（四〇）。如生存之他方，依法（四五）不得為死亡者之繼承人者，不但喪失其對死亡者之繼承權；且無論其應有分有否約定，只許取回其固有財產（一〇三九、一〇五八）。蓋生存方至喪失其對死亡方之繼承權，是對死亡方已在恩盡義絕之狀態，故民法予以與離婚者同一處遇，不使享受財產制終了效力上之種種利益，以期法序全體之平衡焉。

2 離婚及婚姻之撤銷場合

離婚時夫妻各取回其固有財產（一〇四〇、一〇五八）。婚姻之撤銷，亦應同斷。

第三項 所得共同財產制——約定制

本制之大綱

- 一 組織婚姻財產團——所得共同財產及聯合財產。
- 二 夫妻各人之所得，合併為共同財產。所得以外妻之原有財產及夫所有財產，為聯合財產。
- 三 二個財產團均由夫管理。聯合財產之收益，歸屬於共同財產。
- 四 家庭生活費用，先由所得共同財產負擔；如不足時，先由夫負擔，次及於妻。
- 五 妻對二個財產團之管理，有監察權。在日常家務上有代理夫之權。
- 六 所得共同財產團之債務，由共同財產負擔；各個人債務，各人自理。
- 七 本制廢止時，所得共同財產，夫妻依法定或約定應有分額分割。妻由聯合財產取回其原有財產。

第一目 婚姻財產團

以夫妻因勞力所得之財產及原有財產之孳息，組織共同財產團（一C^四），配作夫妻共同物質生活之第一次財源，乃為本制之根本概念，同時亦為其效用目的。但除此二項所得以外之夫妻財產，在婚姻生活上處於何種地位，自為組織所得財產團以後之第一問題。依理夫妻既僅約定所得為共同，則此外之財產，由夫妻各自分別保有，以分別財產制規律之者，或較徹底。然原有財產之孳息，即為共同財產之主要成分，且管理與收益在實質係相連之行爲。夫既為共同財產之管理人，則為管理上便捷起見，收取原有財產之孳息——即收受共同財產之組成分，亦由一人專責經手者為妥。故民法以夫有收益權之聯合財產制，處理所得以外之財產也。職是之故，本制蓋為介於聯合制及共同制二者間之折中混合制。一制之中包有二個（所得共同財產及聯合財產）性質不同之婚姻財產團，為解釋時應注意之特質也。今就此二財產團分項說明之：

第一 所得共同財產團

所得共同財產團，由夫妻因勞力所得之財產，及原有財產之孳息，組織之。勞力所得云者，以精神的或肉體的勞作所換得之報酬或代價之謂也。依前項共同財產制之規定，夫妻之特有財產——至少法定特有財產，不加入於共同財產團（二〇）。而妻因勞力所得之報酬，為其法定特有財產（三〇）。在本制則以夫妻勞力所得，為所得共同財產之主要成分（二〇^四）。除此外，又未為任何釋明的規定。在解釋上易滋疑義。茲姑就第一千零四十一條之文字，而為解釋之。依本制之性質，為僅就前項共同財產制，即一般共同財產制中之所得，而為共同者，故大體應同前項之共同財產制，而保留夫妻之特有財產。不過妻法定特有財產中之勞力所得，在本制既歸屬於所得共同財產團，則由第一千零一十三條妻之法定特有財產中除外之。其他三項仍為妻之特有財產。夫之法定特有財產，雖在本制之聯合財產團上不生分離之效用。然其孳息，若亦認為所得共同財產團之成分時，則在債務負擔分割應有分額上均有重大意。故依共同財產制之特性，實亦有留保之必要。然夫既負家庭生活費用之主責任，在實際上或轉以依照聯合財產制之規定，不留保者為妥。故原有財產之孳息云者，除妻法定特有財產（但中除勞力所得）外，夫妻於結婚時及婚姻存續中所原有全體財產之孳息也。所得財產團之性質，屬於夫

妻公共共有，并得以契約約定各人應有分額，與前項共同財產制相同。

第二 聯合財產團

聯合財產團，由結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻存續中，除勞力所得及妻之特有財產外，夫妻所得之財產，聯合組織之。其性質僅為管理上之共同。各人仍保有其所有權。與聯合財產制相同。其收益歸屬於所得共同財產團。是則與聯合財產制之歸夫所有者不同耳。

第二目 婚姻財產團之管理

本制中之二個財產團，均由夫一人負管理之責。管理權性質及內容，均與各財產團所屬原財產制相同。然聯合財產之收益，即為所得共同財產團之所得，故夫無獨立之收益權，不過為管理內容之收益行為而已。

第三目 婚姻財產團之處分

所得共同財產團為本制婚姻生活費用之第一財源，已於前述。故管理人之夫，在此目的及管理上所必要範圍以內，自得單獨處分之。聯合財產團之處分，僅限於管理上所必要，其詳各參照其原屬本制。

第四目 妻對婚姻財產團之權利義務

參照各財產團之原屬本制。

第五目 家庭生活費用

家庭生活費用，首由所得共同財產團負擔之。財產團不足負擔時，由夫就其所有財產負擔之。如再不足，則由妻之所有財產負擔之（一〇二六）。

第六目 債務

所得共同財產之債務，由所得共同財產團清償。聯合財產之債務，由聯合財產清償，自無待言。然所得共同財產團所負債務，除因謀勞力所得而生之債務外，蓋即爲負擔家庭生活費用所負者。此項債務，如所得共同財產無力清償時，雖應由夫妻按照約定或法定應有分額比例分負（參照共同財產制）。然本制之第二財產團爲聯合財產，依聯合財產之規定，夫應負家庭生活債務之主責任（二六）。故凡所得共同財產團所負家庭生活費用上之債務，應由夫就所有財產負責清償。夫不足清償時，然後由妻之原有財產負擔之。故本制所得共同財產團之債務，不能與前項共同財產團之債務相同，而適用關於公同共有中合夥財產之理論。其他債務，各人依照聯合財產制之規定，分別負責清償之責。

第七目 婚姻財產團之解散

第一 解散之原因

解散之原因與前二制相同，茲不贅述。

第二 清算

所得共同財產團之清算，爲就現存所得財產之結算；換言之，就現存所得財產而爲依法定或約定應有分額分割之。如僅存消極之債務時，除爲謀勞力所得所負之債務，依照應有分額分償外，由夫獨負責任。聯合財產團之清算爲就妻原有財產之整理（參照法定制）。

第三 分割

- 一 基於婚姻之解消分割者，各依所屬原財產制之規定。
- 二 基於財產制改用之分割者，亦各依所屬財產制之規定。

第四項 統一財產制——約定制

本制之大綱

- 一 組織婚姻財產團——統一財產，有時或有聯合財產。
- 二 於本制開始時，妻除其特有財產外，將財產全部或一部估定價額，移轉所有權於夫。妻取得該財產估定價額之返還請求權。
- 三 家庭生活費用，由夫負主責任。至夫無支付能力時，由妻負擔之。
- 四 妻對統一財產團有監察權，在日常家務上有代理夫之權。
- 五 無財產團上之共同債務。各人債務各自清償。
- 六 本制廢止時，妻收回其原有財產估定價額之全部。如有聯合財產團者，妻並取回原有財產。

第一目 婚姻財產團

統一財產團，於本制開始時，妻除特有財產外，將原有財產估定價額後，移轉所有權於夫，與夫之一切財產合併組成之。妻對統一財產團，取得原有財產估定價額之返還請求權^(四二)。本制之根本概念，為婚姻財產團之所有權，專屬於夫一人。換言之，夫之對妻原有財產支配權，由聯合財產制之管理用益權，而擴充至於整個所有權。妻之對原有財產，由所有權而退縮變為價格返還請求權。除此二點外，皆與聯合財產制相同。故民法關於本制之事項，均明定適用聯合財產之規定也^(四三)。

在本制應加入統一財產團妻之原有財產之範圍；即是否限於訂立契約時妻之原有財產，抑係契約成立以後，凡屬妻所得之財產，亦均包括在內，法律未予以明確規定；詳言之，後者於妻每得財產時，估定其價額，移轉所有權於夫，而妻取得累計估定價額之總返還請求權，於事可能，於理亦合。反之，前者於訂立契約時，

僅就現存妻原有財產中一部分，歸夫所有，而取得其估定價額返還請求權。此外及以後所得者，均自保其所有權者，亦自無不可。法律不明定此種範圍者，蓋任夫妻財產制契約之自定也乎。故本制婚姻財產團之形態，隨夫妻財產制契約之內容，可得有四種場合焉：

一 僅限於妻在訂立契約時所有原有財產之全部。此後任何財產，均自保有所有權，不參加統一財產團。但將此種保爲自己所有之財產移轉於夫管理收益，另構成聯合財產團。

二 不論訂立契約時妻之所有，訂立後所得，一切原有財產，包括的移轉於夫所有（但隨取得，隨估定價額）。如此者無存立聯合財產團之餘地。

三 僅就訂立契約時妻所有原有財產中之一部分，而不及其他若此後之所得者。自始幷成立聯合財產團。

四 僅就妻某種類之原有財產，訂立包括的移轉所有權於夫之契約，不論其訂立契約時所有或訂立後所得者。自亦同時幷成立聯合財產團。

總之，上舉四種場合，隨財產制契約約定，法律不加以干涉。故在本制於統一財產團外，有時又有聯合財產團。此二種財產團，與妻之特有財產合計時，共同生活上有時幷存三個財產團之現象。

第二目 婚姻財產團之管理使用收益處分等

統一財產團之管理使用收益處分，財產團係夫一人所有，自不生任何問題。聯合財產團則依法定制。

第三目 妻對婚姻財產團之權利義務

妻對統一財產團，雖喪失其所有權，然間接仍就其價格，而爲公同。故妻對原有財產之價額返還請求權，自應優先於夫之一切其他債務（參照本節第一款）。爲保障此項物權的請求權：妻對統一財產團，有監察之權，蓋爲自明之理。故民法爲規定準用第一千零二十二條之規定（四三）。日常家務上代理權，及對聯合財產之權義，

均同法定制。

第四目 家庭生活費用

家庭生活費用，夫負絕對責任。妻至夫無支付能力時，始負擔之(二六〇)。

第五目 債務

在本制各人債務，各自清償，就第一千零四十三條規定本制「準用關於法定財產制之規定」推之，蓋無容疑。即統一財產上債務，應由財產所有人夫負清償之責。妻之債務，由妻自行清償是也。然應研究者妻之就其原有財產所負債務，應如何而實行其清償是。(1)妻於移轉其原有財產所有權於夫前，就其原有財產所負債務，依理與其積極財產一併移轉於夫，於估定價額時，將其債務額，由返還請求額中扣除之，是則已完全為統一財產之債務，由夫直接清償，自無問題。(2)設若未為是項扣除，或妻於移轉所有權後始就該財產所負債務，如屆清償期時，應由夫代償耶，抑由妻直接自償，而向夫請求返還其一部分價額耶？推本制之性質，夫妻各人財產，原屬分立，不生積極的共同關係。統一財產為夫所有，夫對妻祇負返還估定價額之債務，除此外無代償妻債務之責任，故除夫妻間有特別約定者外，仍應由妻自行清償之。然妻之抵償其債務之原有財產，已變為價額返還請求權——債權，故妻欲清償第一千零二十四條之債務，除向夫請求返還其價額而為給付外，無他法也。又考本制妻價額返還請求權之行使，并無時間上之限制，妻於有必要時，任何時期，均可請求返還價額，以清償債務，乃為自明之理。如夫無正當理由而拒絕返還時，應成為妻方請求改用宣告之情由。蓋行使返還請求權之結果，間接實為對統一財產之處分故也(參照一〇三)。(3)聯合財產上債務，及統一財產與妻特有財產間之債關係等，均依法定制之規定，分別清理，自無待言。

第六目 解散

解散原因與各制相同。解散後，妻由統一財產團取回估定價額或原有財產。由聯合財產取回原有財產。估定價額及原有財產如有短少，向夫或其繼承人請求補償，補償之過失要件及舉證責任等，均依法定制規定。分割實行，亦同。

第五項 分別財產制——約定制兼法定善後制

本制之大綱

- 一 夫妻各人財產，完全分離獨立。
- 二 家庭生活費用，夫負主責任，妻負補助責任。
- 三 妻於日常家務上，有代理夫之權。
- 四 各人債務，除對家庭生活費用上所負債務，妻負相對責任外，各自清償。

第一目 本制之意義

夫妻各保有其財產之所有權，管理權及使用收益權（^{一〇}四），相互間之財產關係，與非婚姻人間相同，法律上不發生當然的共同管理收益等之關係，此蓋為本制之根本概念也。各人財產，雖完全分立，但婚姻本質之共同生活，究不能因財產之分離，而受其影響。故（1）因同居一處之結果，二人之財產難免時有混合，從而亦易發生所屬不明之財產。因所有權嚴分之故，此項所屬不明之財產，遇發生法律問題，而有勢非確定其所屬不可之情形時，應如何處理，民法未為規定，解釋上不無問題。余以為為家庭生活上之主責任人（其理由參照後述）；而約定制對法定制，為有特別法與普通法之關係，故依此情理（^{七〇}一），應推定為夫所有，以免為確定所有權而起糾紛者為妥。（2）夫妻各人財產，雖可嚴格分立，然共同生活上所必要之生活費用，不能謂亦各自為政，不相牽涉也。民法在本制亦仍以夫為家庭物質生活上之主責任者，妻為相對責任者，以貫徹各種夫

妻財產制上一貫主旨。故夫雖對妻財產無法定管理用益等權，然爲遂行此項責任，以及妻對此而履行協助義務時，相互間自不得不有財產上往來。其往來之內容及程度，與其他四制雖有簡複之不同，其結果仍爲發生財產關係，則猶相同也。茲就民法所規定者說明之於後：

第二目 家庭生活費用

在本制，夫仍負家庭生活費用之主責任，除前述民法之一貫主旨外，觀本制（一〇四五¹後段，一〇四六）之法意亦可明也。所謂主責任云者，其義有二：（1）家庭生活費用，由夫負責籌措（自包括爲此項費用之債務行爲）。（2）夫自己先履行此項義務，而後可對妻要求補助（如夫無支付能力者，自不在此限）。因在本制對妻財產，夫既無直接收益等權，可資津補。故得於上述兩義之下，可要求妻爲相當負擔（一〇八）。所謂相當云，適應於（1）妻之資力，（2）夫妻之生活程度及狀況，以及（3）夫已負擔之比額等三者之謂也。如夫已無支付能力者，則妻以其全財產負擔之（七二^四），自與其他財產制相同。

第三目 夫妻相互代理權

在本制夫仍爲婚姻物質生活之首長，故妻仍有代理權之發生（一〇四^三）。妻在日常家務上，就夫家庭生活費用之責任範圍內，有代理夫之權。爲支配日常家庭費用，得就夫之財產，爲管理使用收益等行爲。如必要時，亦應可爲相當處分行爲。爲此項目的，而爲債務行爲時，亦以夫之名及其責任，代理之，妻直接可不負責任。但如夫爲無支付能力者，對債權人及夫，就其財產，直接負補充責任（一〇四^四）。反之，夫已無支付能力，妻有財產，而不爲負相當負擔時，夫得根據第一千零三條之規定，代理妻，對其財產，而爲「相當負擔」上所必要之行爲，蓋爲夫妻互爲代理人之當然結論乎。

第四目 妻財產之委任管理

妻得以契約，將其財產之一部或全部，付與夫管理之（一〇四）。此項管理權之付與，完全係普通財產法上之委任關係，基於妻之授權，非財產制之當然效果。故妻得隨時撤銷委任，而取回其管理權（一〇四）。對所有財產，不得拋棄其管理權，蓋為當然之理，原無此種注意規定之必要。然民法特為此項注意規定者，恐夫妻對管理為期限上之合意，在其約定之期限內，變為法定制上之管理權，而消失本制以二人財產完全分立為根本精神之本旨也。妻對家庭生活費用既負相對責任，而夫負有籌措之主責任，故即將其所管理妻財產之孳息，直接充作妻之此項負擔，而不再經先將孳息移轉於所有人之妻，復由妻應夫之請求，而交付於夫等程序，似於情理均屬妥便。故民法特為「推定夫有以該財產之收益，供家庭生活費用之權」之規定（一〇四五）。既屬推定，妻自得以免證否定之。即不然，復可將管理權隨時收回也。

第五目 債務

在本制夫妻各人之積極財產既各自分離，則其消極財產之債務，亦應為分離主義，蓋無待言。民法於第一千零四十六條第一第二兩款之夫債務，及第一千零四十七條第一第二兩款之妻債務，由夫妻各自清償，乃當然之規定也。惟為充家庭生產費用所負之債務，因其有共同性質，且以夫為主責任人之故，故妻在日常家務代理權限內所負之債務，原則上仍應由夫負擔之。然對此項債務，夫已無支付能力，不能清償時，妻以相對責任者地位，就其全財產負擔之（一〇四）。蓋為家庭生活之統率上，責任容有先後輕重之分，在團體的互相合作之精神上，妻固不可有異於夫也。

第八節 離婚（德：Ehescheidung, 法：Divorce, 英：Divorce）

第一款 離婚之意義

婚姻之解消原因有三：（1）夫妻一方之死亡，（2）婚姻之撤銷，（3）離婚是也。（1）（2）已分別說明於前，茲就離婚解說之於后。

婚姻既係夫妻兩願終身之結合，故二人間理應敬愛和諧，猶水乳相融，輔車相依，然後始不悖兩願偕老之理想也。即不然者，雖無熱烈情愛，然亦各修各德，相安無事，固猶不違夫共同生活之意義。若乃情感乖張，意見參商，雙方或一方認爲已不能繼續維持時，猶復嚴守終身結合之原則，不予變動救濟者。是無異強吳越之共濟，容冰炭於一爐，即不潰決爆裂，亦陌路其情，寢離其心，蓋已消失婚姻之本意矣。况人生之慘禍悲劇，多緣惡緣怨耦而演展者耶。故雖經莊嚴程序而結合之完全無疵之婚姻，在夫妻雙方生存中，遭此種破綻時，勢非解消之不可矣。此種解消方式，即本節之所謂離婚是也。

對期以終身之婚姻，同時復爲人爲解消之規定，雖不無矛盾之嫌，然白首同穴，原爲當事人全人格結合之初意，亦即婚姻之本旨。猶人之初生，期其壽考，不能預定修短也。其因中途突發變故，致不能繼續，猶人之災病夭殤，同爲自然現象之一種。乃可諱避而不預爲善後之計乎。故離婚雖爲否定婚姻之不祥事，在社會秩序上係一種惡害。然婚姻乃社會之基礎組織，基礎組織之不良，寧能期社會之健全。况勉強維持不能繼續之婚姻，一旦潰決爆裂，其禍害之及於社會，蓋更有甚於離婚者乎。兩害相較避其重，離婚蓋爲避免由惡緣怨耦所生更大惡害之安全瓣也。今試爲其定義如左：

「離婚云者，於夫妻雙方生存中，以契約或因判決，解消一切婚姻關係之謂也」。

今爲摘抉離婚與其他二種婚姻解消情形——因配偶一方之死亡及婚姻撤銷之不同點，以爲釋明其性質之助焉。

第一 其與因配偶一方死亡而解消之不同點

一 離婚既係在夫妻雙方生存中，以契約或判決而消滅婚姻關係之謂，故與以配偶一方之死亡，即基於死亡的自然事實而消滅者不同。

二 離婚之結果，爲無條件向後消滅一切由婚姻所生之姻親關係，然婚姻因配偶一方死亡而解消者，其姻親關係爲有條件的消滅（見前）。

三 離婚之夫妻財產關係，無論其用何種夫妻財產制，各取回其固有財產（一〇），不生相互繼承問題。至夫妻一方之死亡，除依法喪失繼承權者（四五）外，生存配偶例與死亡方之繼承人，依照原用財產制分割，並爲共同繼承人。

第二 其與結婚撤銷之不同點

一 離婚係解消完全無瑕之婚姻。婚姻撤銷，則爲消滅結婚時有瑕疵之婚姻。

二 離婚之原因，係發生於婚姻成立以後者。婚姻撤銷之原因，則限於結婚時已存在者。

三 離婚之當事人，爲限於夫妻本人自身。婚姻撤銷，於夫妻以外，第三人亦得請求之。因此之故，離婚限於夫妻雙方生存中，婚姻撤銷，可行之於一方死亡之後。

第二款 離婚法之立法主義

第一項 歐洲離婚法立法主義之變遷通觀

在羅馬法學極盛時代（紀元二世紀時）。認婚姻既以各人自由之契合而成立，其解消亦應聽當事人之自由合意。故離婚在當時，不但認許兩願離婚，并認許由一方主張之單意離婚。然其單意離婚，實爲妻單方屈於夫權而離去，所謂男子專權離婚者也。至第六世紀時，受基督教思想之影響，對於自由離婚已加以相當限制矣。

基督教思想認婚姻爲神聖，離婚爲罪惡。除姦淫及信徒與非信徒之結婚，應許離異外，不准離婚。此卽爲基督教嚴格禁止離婚主義也。隨宗教勢力之普及，歐洲各國一時，均曾傾向於此主義。然神意究不敵人情，理想不敵實際，此種嚴格主義，在宗教勢力支配之下，亦不能維持久長。於是由教會另創「別居」制之救濟辦

法，以和緩之。別居云者，在婚姻中免除同居義務之謂也。通常由法院宣告之。別居中除免除同居義務外，其他一切仍受婚姻效力之拘束（別居中所生子女爲婚生子，通姦爲有夫姦，相互有扶養權義及繼承權利等。）（至今西、意二國祇認別居，不許離婚。德、比、英、匈、北美等國，別居與離婚並行。瑞典、挪威、瑞士之以別居爲離婚之序曲等，蓋卽爲此種沿革之殘跡也）。

其後經宗教改革，自由思想，自然法學，契約制度等之發展，至法國大革命時，宗教的禁止離婚主義，遂不能維持。而確立離婚之三種原則，（1）祇據夫妻雙方合意，而無須提出其體理由之兩願離婚。（2）由一方提出法定原因之法定離婚。（3）由一方主張性情不合，而無須法定原因之單意離婚是也。於革命過程中，幾經變更。拿破崙法典，乃取限制主義及嚴格的兩願主義離婚法。限制主義離婚法云者，離婚限於法定原因者之謂。至一八八四年復將兩願離婚刪去，施行至今。其後各國離婚立法，受其革命之影響，多以此法典爲藍本（於判斷外並許和離者，爲蘇聯、比、荷、瑞典、挪威、丹、希、葡、土、羅馬尼亞、日等。祇許判斷不認和離者，法、德、瑞士、英、北美、匈、等）。

隨文化之發達，人類之物質及精神生活，日趨複雜。在此複雜生活環境之下，夫妻間共同生活上之必須的適應條件，亦愈繁複，從而離婚之原因，亦有與日俱增之勢。適應此種趨勢，爲規定廣泛之離婚原因者，蓋爲普魯士之邦法。在此法不但認一方以過失所引起之有責原因，如通姦，惡意遺棄，拒絕性交，意圖殺害，重罪，品行不端，拒絕贍養等，並發於偶然事變之無責原因，如精神病，性交不能症等，均爲法定離婚原因。實爲近世寬大限制離婚主義立法之先驅也。

至一九一八年，蘇俄之婚姻法，乃否認一切維持婚姻繼續之強制力。祇要一方認爲婚姻已不能繼續時，卽可提出離婚，亦卽爲離婚之原因。故兩願離婚自不必論，卽由一方所希望之離婚，其希望離婚之動機如何，亦非所問也。此蓋爲現時僅有之絕對自由離婚主義之立法例也。

第二項 我國古來離婚立法主義

我國此前法律思想，對於離婚之態度，殆可以明「禕」夫婦之道以義合，以禮成者。其成也則納之以禮，不合也則去之以義」。及清錢大昕「夫父子兄弟以天合者也，夫婦以人合者也。以天合者，無所逃於天地之間。而以人合者，可制以去就之義」之言，代表古今。認婚姻爲以義結合者，應可以義離異之，以契約的理論，而說明男女之離合，蓋爲通中外不刊之論也。然其所謂「義」之涵義，蓋卽爲我國古來社會正義觀念之總代詞也。義者，恩也，宜也。故婚姻者，以恩合之，至不宜於社會正義觀念時，則應可離之，不必保持也。所謂社會正義觀念者何：（一）男性本位之宗族組織。（二）事宗廟繼後世之婚姻目的。（三）孝爲最高道德。（四）三從四德之女子義務。（五）夫義婦順之夫妻道德等是也。由此等理念所指示之離異原因，第一卽爲「孔子家語」之妻單方離異原因之「七出」。卽「一曰不順父母，爲其逆德也。二曰無子，爲其絕世也。三曰淫，爲其亂族也。四曰妬，爲其亂家也。五曰有惡疾，爲其不可與衾盛也。六曰口多言，爲其離親也。七曰竊盜，爲其反義也」（大戴禮記本命）。此類發生於妻方之情由，蓋均爲不合宜於上述正義觀念，故爲夫者有出之之權，妻有忍受被出之義務。然在妻方者於「七出一情由之外，又有合乎正義觀念之恩義存在者，則可以之對抗，而免於離出。卽所謂「三不去」：（一）有所娶無所歸不去，（二）與其更三年之喪不去，（三）先貧賤後富貴不去是也。此等「七出」禮制，蓋卽爲歷朝律例之立法原則，現存之唐明清律，雖略有出入，大概直接用爲條文。自唐律以後，於「七出」「三不去」外，復加「義絕」之條。義絕者，「謂於夫婦之恩情禮義，乖離違礙，其義已絕者也」。此爲夫妻平等之離婚情由，與七出之限於妻單方者不同。又妻之犯姦及有惡疾，雖有「三不去」之義，仍無阻卻離去之効力。

七出義絕，蓋爲近世所謂限制主義之一種。妻有七出原因，除有三不去者外，不問妻之願否，得由夫強制出之，亦卽學者之所謂專權離婚者也。義絕爲夫妻相互之離婚原因，然由「若犯義絕，應離而不離者亦處罰」（清律）及「諸犯義絕者，離之，違者徒一年」（唐律）之律意觀之，蓋不問夫妻兩方之意思如何，法在必離。故學者名之爲法律強制離婚。於此外又許夫妻之合意離異。如唐律之「義絕離之」條「若夫妻不相安諧而

和離者不坐」，又清律「出妻」條「夫妻不相和諧而願離者不坐」是。蓋卽近世所謂兩意自由離婚也。綜上考論，我國現行法前之離婚立法主義，爲以限制主義爲原則，而兼許兩願自由主義者也。而限制主義又不僅限於判決離，且并行夫之專權離及法律強制離。自由主義則僅兩願離，而不許單意離。

民法取比較寬大限制離婚主義，而廢除夫專權離及法定強制離。同時兼採兩願自由離，而不許單意自由離。茲依民法規定分款說明之於后：

第三款 兩願離婚——和離

第一項 意義

兩願離婚云者，夫妻兩願解消其婚姻關係之謂也。唐律謂之和離，清律與民法同。前大理院判例^(五年上七號)及著述，均仿日本民法稱爲協議（上之）離婚^(日民第八百零八條以下)。茲從民法之規定，或襲唐律簡稱之曰和離。

和離係解消婚姻之契約，異於普通債法契約之親屬法契約。婚姻本身既成立於當事人意思之合致，除此外不需任何原因。則其解消，亦應相同。卽除兩意合致外，亦不需其他任何原因。換言之，夫妻彼此情不相得，雙方均認離異，爲各人之幸福者，卽爲其離異之惟一原因。一方或雙方有否第一〇五二條所列之法定原因，非和離之直接成立要件。此卽爲與判離根本不同之點。

第二項 和離之要件

和離必備左列要件。蓋既許以二人之合意，解消其由合意成立之婚姻，則其解消亦應具有與其成立同樣意義之要件，然後方符合婚姻當事人自由意思主義之精神也。分述之如左：

第一 實質要件

一 夫妻之兩願

夫妻兩願離婚者，得自行離婚（四九〇）。此之所謂夫妻兩願，完全與第九七二條「當事人自行訂定」及第二節之結婚兩願相同。兩願云者，各人自願之意。以夫妻自己之真意爲要件。故離婚之意思表示，以無瑕疵者爲限，且爲不許代理之法律行爲。故不能由法定代理人或其他代理人代理之。若一方或雙方缺乏離異之意思，和離即根本不能成立（註一）。

二 法定代理人之同意

年少者任性使氣，往往因牙角之爭，睚眦之忿，冬趨極端，以致決裂仳離。是不但易貽當事人後日之悔，且或釀成一家之不幸。故民法對未成年人之和離，以法定代理人之同意權保護之（九一〇四）。此爲親屬法之不適用結婚成年規定之又一例也。同意權者之法定代理人，爲各方之父母。父母之意見不一致，或一方不能行使同意權時，由各方之父母或母一方行使之。父母均已亡故，或不能行使同意權時，則由其他法定代理人行使之。一叻或雙方均無法定代理人者，無同意之離婚行爲，從後述同意權之目的效用，及婚姻自主之理論推之，自屬有效（註二）。又本條祇謂未成年，而不及無行爲能力人。故禁治產人之和離，在其意思能力恢復常態中所爲者，應爲有效，不必經其監護人之同意也。

第二 形式要件

兩願離婚既係以夫妻之合意，而惹起離婚之效力者。則其成立，要以雙方明確意思表示之合致，爲唯一要件，已如前述。爲保障此種意思表示之確實起見，民法特以書面爲其形式要件。書面之效用，既在保證意思表示之合致，故祇須應以證明其出於兩相情願者已足，不必拘任何體裁。書面雖以二人之合意而成立，然究屬帷簿內幕，是否出於自由意思之兩願，猶難確實。故又以二人以上之證人，參加簽名，以證明之，然後始可發生效力（五〇〇）。關於證人之資格（註三），及和離之戶籍登記等，應與結婚場合相同，參照結婚節。

【註一】……兩願離婚爲不許代理之法律行爲，其由無代理權人爲之者，本人縱爲承認，亦不因之而生效力」（二十九年

上字一九〇四號)

【註二】「依民法第一千零四十九條但書之規定，未成年之夫或妻與他方兩願離婚，應得法定代理人之同意。民法就違反此規定之兩願離婚，既未設有類於同法第九百九十條之規定，即不能不因其要件之未備，而認為無效」(二十七年上字二〇六四號)

【註三】「……並無證人須與當事人素相熟識之限制，故簽名於離婚書面之證人，縱與當事人素不相識，兩願離婚之效力，亦不因此而受影響」(二十八年上字三五八號)

第三項 和離之無效及撤銷

關於和離行為之無效及撤銷，民法未為如結婚之特別規定。然和離既為法律行為之一種，其得有無效或得撤銷之情形，自無待言。況在男女經濟能力，未躋平等之目下情形，經濟的優強者之夫，利用其經濟上優勢，利誘威迫，使劣弱者之妻，不得不飲泣而去，蓋為習見不鮮之事。是則假和離之美名，而行單意專權離婚之實際，夫豈男女平等原則之本旨。故為保護經濟能力劣弱者起見，在司法立法政策上，尤應有多予無效及撤銷之機會及規定也。然和離為惹起複雜且特殊親屬法上關係之變化者。其影響所及，不僅止於夫妻二人，且間接及於親屬若其他第三人。民法既未為特殊規定，雖祇有準據總則法律行為之理論而為處遇。然亦不能無條件直接適用，自與結婚之場合無異。今試根據總則及參酌結婚撤銷之規定，而為說明之：

第一 無效

一 當事人缺乏意思

和離以兩相情願為唯一要件，如一方無離異之意思者，其無效自不待言。故在無意識或精神錯亂中所為之和離(五)，由他人代理之和離等，自屬無效。但在禁治產場合，因禁治產人關於婚姻行為有能力，故在和離時，能證明其在意識明瞭，或精神恢復常態中所為者，自不在此例。

二 形式要件之欠缺

和離係要式行爲，不具備書面之和離，自屬無效。又書面以二人以上證人之簽名爲要件，故雖具書面，若無二人以上證人之簽名者，仍屬無效。

第二 撤銷

一 被詐欺或被脅迫之和離

因被詐欺或被脅迫而爲之和離，是否爲無效抑得撤銷，不無問題。然形式要件固已俱備，且詐欺之發見或脅迫終止前，即被詐欺或被脅迫之本人，對行爲之效力，固亦未有否定之意思表示。故應依總則規定，以得撤銷論者爲妥^(一九)。若詐欺係由第三人所爲者，應依總則規定而爲處斷耶，或應依照結婚場合排除總則適用耶，自是問題。余以爲應依照後者處遇之。

二 同意之欠缺

未成年人之和離，而未得法定代理人之同意者，因總則無是項同意之規定，故不能根據總則（參照本章第三節第二款第一項）。然是否可依結婚撤銷之規定，予法定代理人以撤銷權，法亦無規定。同意權而無撤銷之救濟作用，是同意權爲等於虛設，自非同意制立法之本意。日本節同意權之效用目的，蓋亦爲保護未成年人之利益及家庭之和平，與結婚場合應理無二致。故余意以爲法定代理人應有撤銷之權。

三 撤銷之程序，效力，消滅時效等問題，法無規定應加研究

（1）和離之撤銷，是否僅依總則規定^(六二)，單以意思表示，即可生效。或應照結婚撤銷之理論，以訴之形式，而請求法院之判決。（2）和離撤銷之效果，依總則規定^(四一)，應溯及於和離成立時。則離異期間內所生關係，均應附以婚姻關係之效力，是否妥當。（3）撤銷權之法定期間如何等等，民法均未爲特殊規定，蓋爲缺憾。余意以爲（1）應依結婚撤銷之規定，訴請法院爲之。（2）應適用總則規定而有溯及效果。（3）被詐欺或被脅迫場合，應參酌第九百九十七條規定，欠缺同意場合，應依照第九百九十條規定之法意處斷之者爲妥。

第四款 判決離婚

第一項 意義

判決離婚云者，法院依夫妻一方之請求，以判決解消婚姻之謂也。簡稱之爲判離。對於離婚，夫妻雙方意思能合致者，卽成前款之和離，固無待乎訴訟判決也。設若夫妻一方，有重大情事而不願離婚，他方認此種情事爲婚姻繼續之阻障，必欲離婚。意見各執，和離既屬不能，勢必訴諸法院，法院若無條件尊重欲離方之意思，則實際上或成爲單意自由離婚主義。若聽許不願離方之意思，則已不能繼續之婚姻強爲保持，其結果除和離外，將無離婚之可能。兩者均非中庸之道。故民法對於此種既不能和離，而又不能繼續之婚姻，特爲列舉准許離異之理由，以爲法院審判之標準。同時亦所以限定單意請求判離者之主張。此種審判標準卽請求理由，卽所謂離婚之法定原因是也。夫妻一方有法定原因時，尊重請求方之意思爲之判離。反之者，尊重不願離方之意思，命其繼續婚姻。故判離必由夫妻之一方，對有法定原因之他方，提起請求離婚之訴（註）。由法院審查其情由，是否符合民法所規定者。審查確實後，始以判決離異之。此地應注意者，祇需被告方有法定原因，原告有否法定原因，非所問也。蓋判離之目的，在濟和離之窮，且原告之有否原因，仍無益於婚姻之能否繼續也。

【註】然出征抗敵軍人在出征期內，雖具有民法第一千零五十二條之法定離婚原因，其妻不得據以請求離婚（出征抗敵軍人婚姻保障條例第二條）

第二項 判離之法定原因

判離之法定原因，既爲以夫妻一方之意思，藉國家之強制力，而解消婚姻之要件。換言之，卽爲決定婚姻運命之關鍵。故探定判離原因，實爲立法政策上之重大問題。蓋法定原因之性質及多寡，卽爲離婚自由範圍之廣狹也。立法上探定離婚原因時，有以夫妻一方之責任——尤其婚姻義務之違反爲標準者；是爲有責主義。有以不能達婚姻目的之情事爲標準，而不問其責任之有無者，是爲目的主義。然此種分類說明，僅爲發生論的區

別。有責原因之結果，亦爲破壞婚姻之目的。故解釋論，應以認定有破綻之婚姻，在社會利益上，應否予以繼續。一方所有之情由，是否爲破壞婚姻之目的爲斷。換言之，一以目的主義爲歸宿。似不應以離婚，解爲情由責任之制裁。蓋離婚原因上之責任，雖爲損害賠償之要件，然非離婚之直接原因。離婚之直接原因，乃爲責任結果之事實，是則不可不辨之。且離婚與制裁，截爲二事，尤不能相混也。茲就民法第一〇五二條所列舉之法定原因，分項說明之。但左列原因，如發生在民法施行以前者，亦得請求判離（親施）。

第一 重婚

有配偶者再與第三人結婚，其結果爲一人同時有二人以上之配偶，是不但爲破壞一夫一妻主義原則，侵害原配偶之地位。且亦違反貞操義務，紊亂家庭秩序。故成爲離婚之理由。因其發生在婚姻存續中，原配偶或請求離婚或請求重婚之撤銷，有選擇之權。相與重婚者（即第三人）除得請求撤銷重婚外，不能請求離婚（註），已如前述（二十三年上字二六九六號）。

重婚之實際必附隨通姦，即以次款之通姦爲理由，請求離婚，其結果自屬相同。然重婚於通姦外，又爲配偶者地位利益之侵害，與通姦僅爲忠實義務違反者不同。從而其可宥恕之程度，亦不相同。蓋後者易於宥恕，前者殆在可宥恕範圍之外也。故民法特與通姦并列爲原因。重婚既爲獨立原因，即以重婚之事實爲理由，不必證明其曾否通姦，又可不問其重婚已否撤銷，或因重婚罪有否處刑，或曾否起訴。

【註】「……僅規定原配偶之一方得以他方之重婚爲理由請求離婚，並非認後配偶有離婚請求權。惟該後配偶爲民法第九百九十二條所稱之利害關係人，自得請求撤銷結婚」（二十七年上字一三一六號）

第二 通姦

通姦云者，與配偶外之異性爲性交之謂也。夫妻互負同居上之忠實義務，與人通姦即爲違背此種義務。在實際上亦爲配偶間所以維持婚姻之愛情之分失。其結果或爲婚姻之破滅，與重婚不分軒輊。足爲離婚之原因，屬自明之理。我國古來及日本民法，以通姦爲妻一方之離婚原因，而夫則以因通姦而或義絕或處刑者爲限。其

理由不外男系中心主義，及女子犯姦易於紊亂血統。在十九世紀以後歐洲立法例中，亦曾有男女不平等之法制。民法則男女平等，彼此不分輕重。祇需有與配偶外異性通姦之事實，即可成立。不能以媵妾等之已取得家屬身分爲理由，而阻却之（註）。曾否因通姦而受刑之處罰，亦非所問。

【註】「夫納妾而與之同居者，即屬與人通姦」（二十二年再字五號）

第三 虐待

虐待云者，對他方施以肉體上若精神上感受痛苦之待遇之謂也。例如殘忍暴行，肉體上之虐待也。冷酷侮罵，精神上之虐待也。然虐待原有輕重程度上之區別。而此輕重區別，又隨各人社會上身分地位，及社會道義觀念之不同而異。故虐待至如何程度，始構成離婚之原因，蓋有預定標準之必要。民法以不堪同居，爲虐待稱成離婚原因之客觀標準，而在解釋上尤應以虐待意思爲主觀要件也。不堪同居云者，蓋即不能繼續爲夫妻之共同生活之謂。虐待意思云者，行爲人意識的認識行爲之爲虐待而仍行之者之謂。故肉體上之虐待，不必以危害生命若健康之程度爲要件。例如迫使配偶爲不適應於身分之勞作，或慣行輕微毆打等，蓋均成虐待之一種。又雖爲危害身體及健康之暴行，而無妨害於同居生活者，自不成爲離異原因。例如，偶因酒醉，毆打配偶，而致負傷者是。至精神上之虐待，亦不必以構成刑事上之妨害名譽，爲程度要件。例如，同處常以冷面酷臉相向，繼續對配偶不答是。立法例中有於虐待外，復列侮辱爲離婚原因者（安民，義民，瑞士民，日民）。然民法以精神上之虐待，不必以刑法上之妨害名譽爲要件，一以妨害婚姻之繼續爲前提，猶如肉體上之虐待，不必以傷害爲要件也。故以虐待一語包括之（註），以避解釋上與刑法觀念混淆也。

【註】「……夫妻之一方受他方之重大侮辱，如夫誣稱其妻與人通姦，使之感受精神上之痛苦，致不堪繼續同居者，不得謂非不堪同居之虐待」（二十三年上字六七八號）

第四 妻對於夫之直系尊親屬虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待

虐待之意義，應與前款相同。虐待之程度，爲不堪共同生活。所謂共同生活，蓋指家屬家長間——父母祖

父母子媳間同居其財之生活也。父母以上之尊親屬，爲己身之所從出，己身所最敬愛者。方期娶妻，以共侍養。今而受妻之凌侮虐待，至不堪共同生活，是豈人情之所能忍。若仍維持婚姻之繼續，勢非己身與直系尊親屬離居不可矣。故民法爲保全骨肉之恩，准許離婚。

妻受夫之直系尊親屬之虐待，雖非夫之責任，若必與夫之直系尊親屬爲共同生活者，則至不堪爲共同生活時，蓋卽亦爲不堪與夫同居生活也。故民法亦許爲解消婚姻之理由。

然本款之規定，所不解者，祇就妻一方爲規定。而關於夫虐待妻之直系尊親屬，或受妻直系尊親屬之虐待，均付闕如，蓋爲立法之疏漏乎。如不然者，既許招贅婚，謂贅夫不爲虐待同家妻之尊親屬。而妻之尊親屬，亦不爲虐待贅夫，斷無是理也。既有虐待情形，而不許贅夫或妻請求離婚，亦斷無是理也。解釋上自應根據婚姻爲男女平等結合之原則，而爲類推之（註）。

【註】最近判例亦作同此解釋，如二十八年上字二一六號，二十九年上字二〇四三號是。

第五 惡意遺棄

遺棄云者，無正當理由，廢止或不履行共同生活上所必要義務之謂也。「如無不能同居之正當理由，拒絕與他方同居」（二十九年上字二五四號），「如無正當事由不爲支付，（家庭生活費用），以致他方不能維持生活」（二十二年上字三二〇號）等是。然遺棄必以遺棄方之惡意及在繼續狀態中爲要件。惡意云者，企圖惡害發生之心理也。與普通所謂

「知情」之惡意不同。故惡意遺棄云者，遺棄行爲之生成，非基於偶然或不得已之事實，乃爲遺棄方所有心企圖，而期其實現者之謂也。繼續狀態云者，至提起離婚之訴爲止，無任何事實，可以證明遺棄行爲之繼續，爲出於有正當理由者之謂也。惡意遺棄之繼續，實卽破壞夫妻共同生活之繼續。列爲離婚原因，自爲當然之理。

既謂之繼續狀態，蓋必有時間性。繼續時間之長短，法無標準規定，解釋上不無疑問。余以爲如已證明遺棄之出於惡意者，則時間之繼續，徒增被遺棄者之痛苦，且被遺棄者亦無是項耐守時間經過之義務。故本款之中心問題，實爲遺棄之是否惡意。而繼續狀態云者，蓋爲確證是否惡意之資料而已。除此外無任何意義也。

第六 意圖殺害

夫妻之一方，意圖殺害他方，是所謂恩盡義絕之峯極，應為離婚之原因，自無待言。所謂意圖，自包括殺害配偶之豫備、陰謀、着手、未遂等一切而言。知他人之意圖殺害配偶，而不告知配偶，雖非積極之意圖，要亦不失為消極的意圖。推婚姻之本旨，亦應類推肯定之為妥。（註）

【註】羅馬尼亞民法二一五條明定為離婚原因。

第七 不治之惡疾

所謂惡疾自與婚約解除情由之惡疾相同（見前）。不過本款之惡疾，必以不治為要件。不治云者，在醫學上不能醫療痊愈之謂。惡疾中之不能人道症，其發病必在結婚以後，或雖在結婚時而他方知悉其不能治之時起逾三年者為限，方能成為本目原因（同意趣判例二十九年上字一九一三號）。不然為婚姻之撤銷情由（九九）。

夫妻之肉體共同，為婚姻生活內容之一。終身非與身患恆情所厭惡的疾病之人，共同生活，蓋為人情所不能忍者也。且所謂惡疾之中，復多有傳染性，有直接予無病方及其共同子女以傳染之危險。故民法特定為離婚原因之一也。

第八 重大不治之精神病

精神病云，神經系統之疾病也。近世社會情形之複雜，生存競爭之劇烈，凡大都會之市民，蓋大多數為神經衰弱之患者。若以是為離婚之理由，殆盡人可以主張離婚矣。故民法特以重大不治之精神病為限。其理由蓋夫妻精神上之共同，為婚姻生活之一要素。精神病之劇者，為喪失意識，或錯亂神經——即消失其正常的精神作用。一方精神作用之失常，則夫妻間之情愛，已無由感通，實為婚姻生活致命的障礙。且精神病多有遺傳性質，在優生政策上，亦應使精神病患者，消失其遺種於社會上之機會也。故所謂重大云者，蓋即有此種之狀態或危險之謂者乎。然病情雖屬重大，僅係一時的偶發性者，或在醫學上可以治療者，自不在此限。故又以「不治」限定之。

在第七第八兩款係十九世紀末葉以來，新加之離婚原因。夫妻本爲禍福相共之結合，配偶一方偶患不治疾病，已屬不幸，復遭他方離棄，人生悲慘，實無以復加。故論者多以不治疾病爲離婚原因，不但違背人道，且有助長人情澆薄之嫌等，攻擊或阻止此種立法者。卒因上兩款中所述理由，各國多有排除反對論，而採爲離婚原因之傾向。最初兼採上述兩款原因者，爲普魯士邦法。後幾經波折，至德民法乃削除不治惡疾，僅保留精神病爲離婚原因。其他如瑞士、瑞典、挪威、丹麥、捷克斯羅物基，亦與德民法相同。於精神病外兼採不治不能人道症及其他重大惡疾者爲萊鐵蘭。兼採傳染性性病及重大惡疾者爲愛斯蘭。採不治不能人道症者爲希臘。

第九 生死不明已逾三年

配偶者生死不明，已亘三年之久。如其已死亡也，固已無守候之必要。如其尙生存也，則三年之間，曾無片字隻語，以報消息，卽推定其爲惡意遺棄，亦有過之無不及。故民法不問其生存若惡意遺棄與否，定爲離婚之原因。在普通法律關係，必待本人失蹤後滿十年，方爲死亡之宣告，予以整理或消滅。夫妻關係本亦可適用死亡宣告之規定而爲調整或消滅。然爲期過長，恐失誤再婚佳期，故爲此特殊規定也。本款不以失蹤者之過責，爲離因之構成要件，蓋在解釋上應注意者也。又本款既純以生死不明已逾三年之事實，爲判離之基礎，故如訴請離婚時，雖生死不明已逾三年，然至事實審辯論終結前，生死不明人安然歸來時，應以消失本款之原因論之。

第十 被處三年以上之徒刑，或因犯不名譽之罪被處徒刑

因犯罪而受刑，受刑者本人爲社會所唾棄，蓋咎由自得。然其配偶被人指呼爲囚犯者之夫或妻，亦連帶蒙其污辱，爲不齒於世，其精神上之痛苦，名譽上之損失，蓋更甚於犯罪者本人。况犯罪配偶以徒刑入監，夫妻之實際同居生活，亦被障礙者乎。與犯人爲夫妻關係之繼續，姑無論障礙同居生活之期間長短，其精神痛苦蓋永無由消除，損失亦無由恢復。故民法特許離婚，以資救濟。惟以救濟配偶者之精神痛苦及名譽損失爲所以允許離婚之原因，故犯罪配偶所犯罪之性質及刑期之長短，均爲構成原因之要素也。茲分述之：

一 配偶所犯之罪，係純出於個人無廉恥行爲，即所犯者爲不名譽之罪者，是在此方爲二重之痛苦及損失。即所處刑期極短，寧忍與所謂姦盜詐僞之徒，爲終身伴侶。故民法對犯不名譽之罪，而被處徒刑者，無論其刑期之長短，均得據爲離婚之理由。所謂不名譽之罪云者，例如瀆職、各種僞造、妨害風化、妨害婚姻及家庭、鴉片、賭博、竊盜、搶奪強盜及海盜、侵占、詐欺背信、恐嚇及擄人勒贖贓物等是。

二 被處刑期在三年以上者，所犯雖非不名譽之罪，然以犯情重大，刑期久長，配偶之痛苦損失亦隨之重大故也。且廢止同居生活，至三年以上，亦消失婚姻繼續之實質意義矣。又本款「被處徒刑」云者，係指判處徒刑之判決，已經確定者而言，其科刑之判決雖已宣示，而尙未確定者，不能成爲判離之原因。

第三項 離婚之訴

第一 性質

離婚之訴云者，以配偶之一方，因他方有上述法定原因之一，認爲不能繼續婚姻，請求法院以判決解消其婚姻關係之訴也。婚姻即因此判決之確定而解消。故此種判決，乃爲消滅現存完整婚姻之形成判決。離婚之訴，即爲請求形成判決之形成之訴。

第二 管轄

離婚之訴，專屬夫之普通審判籍所在地之第一審法院管轄（民訴五六四）。

第三 訴訟當事人

離婚之訴之當事人，爲限於夫妻本人。與和離場合相同。即夫或妻爲原告時，其被告必爲有法定原因之妻或夫（民訴五六五）。

此種對有法定原因之配偶。得請求離婚之權，謂之離婚訴權。離婚訴權，僅以對方之有法定原因爲成立要件。離婚訴權人自身有否離婚法定原因，無妨於訴權之成立。

配偶以外之人，如配偶之繼承人，或對離婚有利益之債權人，若其他利害關係人，均不得代配偶爲原告或

被告。有離婚訴權之夫或妻，雖爲未成年人，起訴無經法定代理人同意之必要。但禁治產人之請求離婚，應由其監護人代爲訴訟。如監護人卽爲其配偶者，應由親屬會議另選訴訟代理人代爲訴訟。監護人提起訴訟者，應得親屬會議之允許（民訴五）。以第三人參與離婚之訴，似於上述限於夫妻本人之原則不符。然既稱「代爲」，自不能違反本人之意思。在心神喪失或精神耗弱中之禁治產人之意思，是否正確，亦殊難斷定。民訴雖爲監護人提起訴訟時應得親屬會議允許之規定，以防監護人鑑定禁治產人意思之錯誤。然仍不能積極有裨於確定禁治產人本人意思之正亂也。民訴之所以特設「代爲」之規定者，蓋（一）爲代理禁治產人之意思能力。蓋複雜之訴訟行爲，初非禁治產人所能爲也。（二）禁治產人之配偶已有法定原因，若聽任繼續共同生活，固爲禁治產人之痛苦，亦非其家同居者全體之幸福。故使親屬會議審定客觀的可否繼續婚姻之狀態，與監護人共同保護禁治產人之利益云爾。

第四 訴訟程序

離婚之訴，得與請求履行同居義務之訴，合併提起之。或先行提起同居之訴，於第一審或第二審言詞辯論終結前，或變更若追加離婚之訴，或提起離婚之反訴。又如贍養之請求，及原因事實所生損害賠償之請求，亦得與離婚之本訴，合併提起或追加或以反訴主張之（民訴五）等，自均依民事訴訟法之人事訴訟程序，茲不贅述。

第五 離婚訴訟不受理原因

離婚之訴，以結婚時無瑕疵且現在存續中之婚姻爲前提。無效之結婚，得撤銷之結婚，以及配偶一方已死亡者，自無提起之必要及可能。又提起離婚之訴，民法第一千零五十三條規定以無左列情由者爲要件。否則，不能請求離婚。此種阻却離婚請求之情由，名之爲離婚訴訟不受理原因。蓋法律所以允許以法定原因爲請求離婚之要件者，因離婚訴權者，不能繼續共同生活故也，有如前述。若此種根本理由已消失者，則雖有法定離婚原因，亦無害於婚姻之繼續矣。故法院自得引以爲不受理之理由。茲據民法規定，分說之如左：

一 事前同意

配偶之一方，對他方之重婚及通姦，於其事前同意之者，不得請求離婚（一五〇）。同意云者，認許他方之行為，或知其行為而表示對此無制止若抗議之意之謂也。故同意不必明示，知而不言，即爲默示之同意。至對他方之重婚或通姦，係由一方教唆或幫助者，其爲已經同意，自更無待言。事前云者，行爲實施以前或與着手同時之謂。不得請求離婚云者，離婚訴權自始不使發生之意也。蓋同意者認識他方之行爲爲破毀自己權利，而仍自承認之，是則再無予以離婚訴權之理由故也。同意是否存在，雖爲被告主張及舉證事項。然法院得以職權斟酌當事人未提出之事實（民訴五七一），以駁回離婚之訴。

二 宥恕

配偶之一方，對他方之重婚或通姦，於其事後宥恕之者，不得請求離婚（一五〇）。宥恕云者，配偶之一方對他方之離因行爲，表示拋棄其惡感情之行爲；換言之，不復責問其責任之感情表示也。此種不念舊惡之意思狀態，應有明白表示，其爲明示或默示，均可不問。如明知配偶通姦，而仍與繼續同居生活，一若不曾有此事者，應認爲默示之宥恕者是。事後云者，重婚或通姦完全成立後之謂。不得請求離婚云者，與前目同意不同，離婚訴權雖已發生，因宥恕而始消滅之意也。

三 期間之經過（一五三、一五四）

配偶之一方，有第一〇五二條第一款第二款，以及第六款第十款之情事發生時，他方欲據以請求離婚者，應即可提起離婚之訴。明知離婚原因之已發生，聽任歲月之蹉跎，不爲離婚之請求。是蓋猶認婚姻之可繼續，而願於拋棄其訴權者乎。故民法酌量情由之性質，規定可以行使訴權之一定期間。其期間有二種，即：（一）第一款重婚，第二款通姦，自知悉後逾六個月。第六款意圖殺害，第十款被處徒刑，自知悉後逾一年，不得請求離婚。此爲離婚訴權者，知悉其情事，而不行使其權利之場合。其期間，自知悉離婚原因之事實發生時起算（註）。自原因發生後逾六月或一年後提起訴訟者，原告應負證明於提起訴訟時距其知悉原因發生時尙未逾六月或一年之責。知悉云者，只知離婚原因事實之發生，而無認識自己已取得離婚權之

必要。

(二)設若訴權人不知悉其情事，則離婚訴權，隨其知悉情事時爲止，繼續存在也。換言之，離婚情事經數十年不知悉，則離婚訴權亦數十年不消滅也。是則長使婚姻在於可解消之狀態，固於公序有害。且歷久而不感覺其婚姻之不能繼續，則離婚情由之對婚姻惡害性，亦已消失。即欲據爲離婚之理由，亦不過藉此爲口實而已。况年遠歲久，欲證明其情事之確實，亦極困難。故民法規定，無論訴權人對離婚原因知與不知。重婚及通姦發生後，已逾二年，意圖殺害及被處徒刑之情事發生後，已逾五年者，消滅其離婚訴權。本類期間自離婚原因事實完成日起算。依本類期間之經過而消滅訴權者，必於其行使離婚權以前，已經逾二年或五年者爲限。如在離婚訴訟提起後完結前，上述期間始行屆滿場合，離婚訴權不因此而消滅，仍自繼續以至訴訟完結。

對於民法施行前所發生法定離婚原因之離婚訴權，如其情事已經過前述民法所定期間者，亦同。(民法七條但書)

第一〇五二條之離婚原因，除前述重婚及通姦外，亦可有事前同意事後宥恕或時期經過之情形，而民法未爲同樣之規定者，蓋情事之性質不同故也。如第三款第四款第五款之情事，既名爲「虐待」，「遺棄」，無事前同意之可言。至事後之宥恕，蓋必有使「堪同居」，「堪共同生活」及「惡意遺棄不繼續」等具體事實之表現，然後可以消失其妨害婚姻繼續之惡害性。若如此者，則離婚原因已消失，固無待乎宥恕。否則，亦無由宥恕也。虐待遺棄之終止，既卽爲離婚訴權消滅之原因，故亦無期間經過之可言。第六款「意圖殺害」之事後宥恕，本可成立。然情事重大，必非立時宥恕所能和消。故雖宥恕亦必待一年期間之經過，然後消滅其訴權也。第七「不治惡疾」第八重大不治之精神病兩款情事之生成，多爲自然事實之無可如何者，非基於人爲之責任，同意宥恕，自無由成立。且均爲永久繼續之情事，故亦無期間經過之可言。第九款之「生死不明已逾三年」，如已死亡者，則判離同時亦爲婚姻因配偶死亡而解消之宣告。已逾三年後復有生存之消息，或於訴訟進行中，事實審辯論終結前歸還者，乃變爲是否惡意遺棄之問題。關於本款之訴權，則因之消滅。第十款之「被

處徒刑」情事。事前同意本亦可能，民法未爲規定解釋上自成問題。至宥恕，則因構成本款之離婚原因爲犯罪行爲之結果——處刑，非犯罪行爲之本體，且除犯罪行爲直接侵害配偶之法益者外，自無宥恕之餘地。

【註】夫之納妾爲與妾連續通姦之預備行爲，並非卽爲通姦行爲，納妾後實行與妾通姦者，民法第一千零五十三條所定六個月之期間，固應自妻知其夫與妾通姦時起算，惟夫連續與妾通姦，妻之離婚請求權亦陸續發生，故妻自知悉其夫與妾最後之通姦情事後，提起離婚之訴，尙未逾此項期間者，不得以其知悉從前之通姦情事後，已逾此項期間，遽將其訴駁回（二十九年上字一七二號）

夫知悉其妻與人通姦後，雖於六個月內對於相姦之男子提自訴，民法第一千零五十三條所定六個月之期間，亦不因此停止進行（二十八年上字二四三九號）

第五款 離婚之效果

夫妻間凡由結婚所發生身分上財產上一切法律關係，因離婚之成立，不但停止進行，且向後消滅之，此卽離婚之效力。離婚前爲夫妻，離婚後爲路人，夫妻關係之有無存滅，決於離婚，亦分於離婚。故離婚之成立時期——離婚效力之發生時期，爲離婚之最重要問題。在和離，以和離書面，由二人以上之證人簽名時；在判離，以離婚判決確定之時，爲離婚效力之發生時期。離婚依戶籍法，雖須於離婚後十五日內，爲離婚之登記（戶籍法七四），然此僅爲整理戶籍之公法關係，無關於離婚效力之發生時期。

凡由結婚所生之婚姻關係，因離婚而消滅之，問題本屬簡單。然婚姻究爲夫妻身心物質相共同之結合。其關係之複雜及密切，罕有其匹。一旦解散，如財產上關係及婚姻中遺留有自然事實之連結關係——雙方對共同子女間之關係等，應如何清理善後，均屬相當複雜之問題也。此等問題應如何解決，蓋卽爲離婚之效力問題。今試就民法之規定分項說明之：

第一項 關於身分上之效力

第一 夫妻身分關係之消滅

一 在嫁娶婚，妻脫離夫之戶籍，回復本姓。在招贅婚之贅夫，贅夫脫離妻家之戶籍，回復本姓。

二 免除相互同居同住所之義務。

三 消失互為日常家務上代理人之權義。

四 消失互為遺產繼承人之地位。

五 此後男婚女嫁各不相干。但仍受第九八六條「相姦者禁婚」，第九八七條「六個月待婚期間」之制限。

離婚之夫妻，可否再行結婚回復婚姻，即離婚有否妨害夫妻再婚姻之效力，法無規定。既無禁止之明文及法意，則祇需具備結婚之要件，再婚自屬無妨。且夫妻因一時意氣之爭，各趨極端，而致決裂化離者。泊時過境遷，忿消氣平，或雙方憫憐共同子女之失父或失母，陷於悲淒境遇，而欲破鏡重圓，蓋為人情之常，法律亦無禁止之必要也。惟離婚後，與第三人結婚，於其婚姻存續中，復因與前配偶通姦而判離。則雖為前配偶，仍屬第九八六條之相姦者，結婚其在禁止之例，自無待言。

第二 姻親關係之消滅，但仍保持第九八三條第二項姻親禁婚之消極效力。見前。

第二項 關於共同子女之效力

第一 和離場合

和離時關於子女之監護問題，未以契約約定者，原則上不問其為嫁娶婚或招贅婚均由夫任之。如另有約定者，從其約定（五〇）。約定之內容，不外子之監護，協定由母負責。或共同委託第三人任之。子女之監護責任，原則上課之於夫者，蓋恐離婚時，關於子女之監護，雙方均不肯負責（例如以妻之姦情敗露，疑子女非己血統，不願監護；或妻以生活困難，迫於謀生，無力監護等是）；又未為以契約協定委託第三人代為監護時，大非子女及社會之利益。故根據第一〇八九條父母對於權利之行使，不一致時，由父行使之法意，以貫徹夫為

責任上首長之精神也。但其結果，關於和離後子女之監護問題，有隨夫自由決定之弊。蓋協定不成立，夫卽有依法任監護之法定地位故也。

第二 判離場合（一五〇）

判離關於子女之監護，亦與和離相同。卽於離婚訴訟之事實審言詞辯論終結前，得爲子女監護之協定。協定不成，或未爲協定，原則上亦由夫任之。但法院爲其子女之利益起見，仍得爲異於上述協定或原則之處置。如依協定本由母任監護，而子女已屆青年期，隨父學習生活技能，較爲妥便者，則可改由父任監護之責。但因未爲協定，本應由父任監護者，但因子女尙在襁褓，以不離母懷爲便者，改由母任之。或認交配偶一方均爲不妥者，得代指定第三人監護之。

以上和離及判離關於子女監護之規定，係僅限於監護範圍以內之事項。若監護範圍以外夫妻對其共同子女之權利義務，卽不生任何變化。所謂人合可廢，天合不可廢。夫妻自身雖因離婚而消滅關係，然雙方對其子女之關係，仍爲父子女，母子女之關係。父子母子間相互扶養義務，不因此而免除。相互繼承權亦不因此而喪失也。

第三項 關於夫妻財產關係之效力

第一 夫妻財產制之失效

婚姻因配偶一方死亡而消滅，卽因一方死亡的自然事實而終了者，除生存配偶再婚離家者外，僅消滅其夫妻間實體關係，其他仍維持婚姻上之效力，或仍受婚姻終了效力之支配。如姻親關係之存續，生存配偶對死亡者之遺產有繼承權等是。離婚係向後消滅由婚姻所生之一切效力（前款共同子女係基於自然事實之連結者，自屬在外）。其消滅婚姻，係中途切斷性質。故婚姻之終了效力，亦無由發生。如姻親關係之消滅，相互繼承權之喪失是。其在夫妻財產制上之關係亦同。詳言之，在普通財產制因改用其他財產制，而廢止之場合，仍依財產

制之規定，完成其效力。例如共同財產制廢止，共同財產團解散時，夫妻仍依共同財產制之規定，照其約定或法定應有分額而爲分割之。必依此分割者，蓋卽爲共同財產制之終了效力也。因離婚之廢止，既係中途切斷，向後消失其效力，故其終了效力，自亦無由發生。同樣附隨於財產制之夫妻財產契約，如條項契約若委任管理契約等，亦失其契約之拘束力。例如離婚者對於共同財產團，不能依法定應有分額或約定應有分額分割是。其他財產制之婚姻財產團亦同。

夫妻財產制及關於財產制上之契約，既中途失效；換言之，夫妻之各人財產，因離婚之成立，而不受財產制之任何拘束力。則其結果爲各人財產，各歸原主，回復其財產制前之產權狀態是已。故民法爲「夫妻離婚時，無論其原用何種夫妻財產制，各取回其固有財產」之規定者（一〇五八條前段），職此理論也。固有財產云者，不問原用夫妻財產制上之產權關係如何，原屬於夫或妻所有之財產也。例如在統一財產制，妻原有財產之所有權，本已移轉於夫，而取得財產價額返還請求權者。離婚時，夫消失其對妻原有財產之所有權，妻則回復其移轉於夫所有之原有財產所有權者是。其他財產制亦同。然所謂取回固有財產云者，係指取回結婚時若財產制開始時之固有財產耶，抑指離婚時現存各人所有之財產而言耶。法文簡略，確解不易。然離婚之效力，以不遑及爲原則。關此法律雖無明文，蓋爲自明之理。故在離婚之切斷財產制效力以前，一切財產關係，固仍屬有效。若各人於結婚時或財產制開始時所原有之財產，在離婚以前，依財產制之規定，已合法消耗滅者，則此消耗滅部分之財產，自不能合計於所謂固有財產之內也。依此理推論，所謂固有財產云者，爲由結婚時或財產制開始時各人原有財產中，除去依財產制規定已合法消耗之財產後，所剩餘之財產也。例如，在聯合財產制，夫對妻原有財產之孳息，有所有權，妻此所有權，將孳息補充家庭生活費用而消費。此種消費蓋卽爲合法的消耗，依不遑及之原則，自不能仍謂妻固有財產之成分也是。何者爲合法的消耗，應由各人所原有財產中扣除；何者則否；應依各種財產制若關於財產制之契約，以及具體實際情形而定，不能概論。然因耗失他方所有財產，而受利益者，其耗失行爲雖根據財產制之規定，不能謂之非合法。然因離婚成立之結果，有變爲不當得利者，或抵觸侵

權行為之規定時，則對上述不遑及原則，即不能不認有例外也。在此場合，應分別受利益者，善意惡意論之。受利益人係善意者——即不知婚姻之將解消，而受利益者，於離婚時現存利益之限度內返還之。換言之，現存利益，即為對方固有財產之一部分，應由對方取回之。此即民法之所謂「但其短少係由非可歸責於夫之事由而生者，不在此限」之意也（一〇五八條後段）。例如，在聯合財產制，夫因不知離婚之將成立，將妻原有財產之孳息，收為己有。於離婚成立時，除抵充妻所應負擔之家庭生活費用外，尚有殘餘。此殘餘部分，即為妻於離婚時固有財產之一部分，應返還於妻者是。

受利益人係惡意者，即明知離婚之將成立，故意利用財產制上之權利地位，將他方原有財產為自己利益而處分之者，應將其基於惡意所得之利益，遡及的全部返還之。即全部利益為對方之固有財產，由對方取回之。例如，在統一財產制，夫知離婚之成立，將妻之原有財產，根據於財產制上之所有權處分之。此種處分實變相的侵權行為，應將其所受利益遡及的全部返還於妻是。

又此外雖未得有利益，因違反財產制上管理義務，致他方原有財產耗失者，因財產制迄離婚止，係仍有效，故基於財產制之規定，仍負賠償之責，自無待言。民法第一〇五八條所謂「如有短少，由夫負擔」之規定，蓋統括上述二類短少而言也。

第二 普通財產法關係

無關於財產制之夫妻間普通財產制契約，自應依其契約或契約法整理之。

第四項 離婚之損害賠償及贍養費

第一目 損害賠償

判斷之基礎理論，在於配偶一方，因他方有法定離婚原因之生成，以致不能繼續為婚姻生活，故允許其解

消，已如屢述。婚姻原期終身，今突遭變故，致中途非解消不可，則就婚姻繼續上之所有利益，因此損失，自無待言。解消原因之發生，若基於自然現象者，（如重大不治之精神病等），則雖損失，亦屬事之無可如何。若由於有原因方之責任行為所招致者，使他方受不能繼續為婚姻生活之損失，自屬侵權行為之一種，責任方應負賠償之責，蓋為民法之原則。此種情形，無論在判離或和離，應均相同。不過和離既任當事人自治，國家自可不問。故僅就判離，而為第一〇五六條之規定，以為審判上之標準也。

損害賠償之要件有二：（一）賠償義務者之有過失責任。（二）請求權利者之有損害。所謂損害亦有二：（一）因婚姻不能繼續而受之損害——即因離婚原因所生者。如贍養權利之侵害，同居權利之侵害，因虐待所受之損害等，因有責行為之結果，致婚姻關係上之權利，受侵害而生之損失也。（二）因離婚之損害。此為關於婚姻如繼續時應可享受之利益之損失。如對配偶所有遺產繼承權之喪失是。

又除上述財產上之損失外，有非財產上之損失者，亦得向有過失責任之他方，請求賠償相當之金額，即所謂慰撫金者是。如受精神上之虐待，蓋為因離婚原因而生之非財產上損害也（離因損害）。又離婚為社會上不名譽事，在個人一生為生活方針之變換，精神上為極大之痛苦，同時亦為極大之損失，此即所謂因離婚自身而生之非財產上損害也（離異損害）。但此種非財產上損害，以受害人自己無過失者為限。若受害人自己亦有過失者，則亦過失相抵，自無請求賠償之權。非財產上——精神上之損失，即為個人人格權之侵害。人格權上之請求權，除已依契約承諾而變為財產請求權，或已起訴發生繫屬力者，不能同論外，以不能讓與或繼承為民法之原則，此地之非財產上請求權，自亦不能例外也（第一〇五六條）。

第二目 贍養費

本款之贍養費，發生於離婚之成立，且係片面義務，與婚姻中之贍養權義關係，以婚姻之存續為前提，且為相互義務者不同。又與前款之賠償金及慰撫金，以權利者之損失及義務者之過失責任為要件者亦不同。本款

贍養費之發生，（1）以權利者之對離婚無過失，同時陷於生活困難者為要件。（2）而不以義務者之有無過失責任為前提。換言之，對離婚原因之生成無過失者，因離婚而陷於生活困難時，不問對方之有無過失，均得請求相當贍養費。其理由，蓋民法所探法定離婚原因，一以目的主義為歸宿，即以婚姻之能否繼續為定離婚原因之標準。不以原因之生成，配偶一方有否過失責任，為離婚之直接原因。則凡遇因非基於自己過失責任之原因，而被判離者，若己無生產能力且無恆產可資生活，又因離婚原因之在己身，無理由可以要求對方損害賠償之場合，其陷於困窮，概可想見。若不預為救護之方，是以離婚法而棄人於絕路矣。固非目的主義離婚法之本旨，亦非人情之常。故遇此種場合，特課他方於離婚後負擔贍養費之義務，以期情理之兼周也（註）。

關於贍養費之內容數量及方法，自隨權利者之生活程度，及義務者之資產能力而定。又權義之存續期間，亦隨所以設贍養費之立法主旨而定。如權利者之再婚，稍回復或完全回復生活能力時，自應消滅其請求權或減少其請求額。義務者之減失其負擔能力，或不能自給時，亦得減免其義務，自無待言。關於此等，外國法例均為鈔詳之規定，民法缺之，蓋屬自明之理，任法院之裁量也。

【註】判例對於下堂之妾，亦根據此理論，判給贍養費。「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，至於民法親屬編施行前之妾，與家長雖無婚姻關係，然就其脫離家屬關係，以致陷於生活困難之情形，則與夫妻離婚無異，故其脫離之原因，縱非由於家長之過失，亦應給與相當之贍養費，俾資生活（二十四年上字二五六二號）。

第三章 父母子女

父母與子女爲血統之連續，爲一親等之血親關係，在諸以血統連續之親屬間，爲最密切，亦最基本之關係也。此種基本關係，在親屬法上應如何處遇，蓋即本章之命題也。父母子女關係，雖細分之可爲父對子女之父女關係，母對子女之母女關係，以及子女對雙親之關係等，然不外親與子女之關係，故可簡稱之爲親子關係（民事訴訟法人事訴訟程序第二章目）。親子關係云者，自發生父母子女之關係起，以至其消滅爲止，父母子女間一切法律關係之總稱也。故本章所述之親子關係，一以親子間之法律關係爲主。有本爲血統之連續，而在法律上未取得親子之身分，發生親子關係者，即不以親子遇之。有本非實際上血統之連續，係法律之規定，已取得親子之身分者，亦不以無血統連續之故，而不認爲親子，不使發生親子關係也。其所以出此者，固爲法律秩序上之不得已，實亦實際社會生活上之要求也。其詳曾當於各項中述之。故法律上親子關係，可分爲二大類：（一）自然血統連續之親子關係。（二）法律上擬制血屬之親子關係。此種分類，全係於子女之是否父母親生或擬制。其爲父母之親生也，受親生子女之待遇。其爲擬制也，受擬制子女之待遇。爲說明便利起見，先就子女取得子女身分之原因，及各種子女之特質說明之，然後及於親子間之一般法律關係。

依上所述，在民法子女可分二大類，即（一）父母親生之子女，及（二）父母擬制之子女。親生子女又可分爲（1）婚生子女，（2）準婚生子女及（3）非婚生子女。擬制子女亦可分爲，（1）收養子女，及（2）遺棄子女。今試分節說明之於后：

第一節 親生子女

親生子女，依生之者之父母，是否在婚姻關係中受胎者，可別爲婚生子女及非婚生子女之二種。在生父母婚姻關係中受胎者，謂之婚生子女。在婚姻關係外受胎者，謂之非婚生子女。所謂婚姻關係中受胎云者，係指

在父母婚姻存續中所懷孕者，非必在婚姻存續中分娩之意。所以婚生非婚生，一決於受胎時父母之是否在正式婚姻關係存續中。

非婚生子女，其受胎時，父母間無正式婚姻關係，換言之，父母在婚姻關係外受胎而生之子女也。父母既非法律上之夫妻，故有時在法律上非婚生子女之父氏爲誰，有不明瞭場合。父氏爲誰明瞭時，或由其生父認領時，始爲其父之非婚生子女。然非婚生子女之父母，於後結婚時，或由其婚姻父母共同認領時，婚姻父母之非同非婚生子女，在法律上視爲婚生子女，得受婚生子女之待遇。此種本非婚生而得婚生待遇之子女，爲便於說明起見，姑特名之謂準婚生子女。

本來凡子女必有其生父母，萬無子女而無生父母之理。然此就自然現象而言者，至法律現象，則不盡然。蓋法律祇能爲關於受胎之推定，及關於認領子女之權利義務之規定。除此外即無其他整理父母子女連絡關係之方法故也。如其生父不認領或否認其受胎，或其生母否認分娩之實事時，則子女在法律上，即不能有生父生母，及親子關係之發生。故在法律上往往有無父或母之子女存在也。

第一款 婚生子女（德：eheliches Kind，法：enfant légitime，英：Legitimate child）

第一項 意義

婚生子女云者，謂由婚姻關係受胎而生之子女（六一〇）也，故主張爲婚生子女者，必具備左列四要件焉：

- 一 爲父爲母者間 有婚姻關係。
- 二 爲生父之妻所分娩。
- 三 其受胎係在婚姻關係存續中。
- 四 爲生母之夫之血統。

第二項 婚生子女之推定

子女之爲婚生子女，必具備四項要件，已如前述。然此四項要件中，（一）「父母間有婚姻關係」。因結婚必具備形式要件，即所謂公開之儀式及二人以上之證人，故其婚姻關係之有無，易於證明。（二）「爲妻所分娩」。分娩係具體生理上之事實，欲證明之亦非難事。然（三）「其受胎在婚姻關係存續中」。因受胎之初，非顯著之現象，不易確定；且受胎之時期，在醫學上，亦無確實判定方法。從而是否係（四）「生母之夫之血統」，即在婚姻中之父母（母如有外）（遇場合）本身，亦時有難於斷定者。蓋均屬造化之祕密，幽妙難明故也。在此種場合，若一任父之承認與否，則子女往往有犧牲於父之惡意否認之危險，殊非法序上妥善之道。然若有章明顯著之證據，可以證明其確非生母之夫之血統，徒以有婚姻關係之故，強使其生母之夫承認其爲親生之子女，亦非人情之常。故民法在此種場合，特爲左列二項之法律上推定，以期法序與事實之接近焉：

一 受胎期間之推定。

二 夫之子女之推定。

今分目說明之於左：

第一目 受胎期間之推定

「從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百〇二日止，爲受胎期間」（六一）。

子女之成孕及分娩，如均在父母婚姻存續中者，除其生母之夫否認爲其子女者（後述）外，自無發生疑義之餘地。然實際上，有子女之出生在父母婚姻消後者；有生出雖在婚姻中，而其受胎是否確在婚姻中不明瞭者。在此類場合，欲確定其受胎是否在婚姻中，往往成爲問題。換言之，如人類產生，自受胎起至分娩止，有一定不易之懷胎期間者，則依此一定期間，由分娩日起，回溯推算，其受胎是否適在婚姻中，因婚姻係章明事

實，自不難確定。然懷胎期間之長短，係造化神祕，隨各孕婦體質，不能一定。從而受胎之是否在婚姻中，亦難斷定矣。然在現在之醫學上，自受胎起至分娩之期間，最短者為二十八個來復，即一百九十日左右，最長者為三百日左右。受胎之確日，雖仍不得推知，要之，回溯此最短期間以前至最長期間之間，蓋有概然的確實性。故各國均以此種期間，為推定期間。然各國推定期間之長短，頗多出入。民法同德民法以回溯第一百八十一日起至三百二日止之間，即一百二十二日為推定期間。在此一百二十一日內，有一日，其父母在婚姻有效中，且有同居之事實者，即為婚生子女。懷胎一百八十一日即行分娩，在醫學上實為極稀之例外，探此例外為標準者，蓋多予婚前受胎之子女，以婚生推定之機會，同時亦以減短女子待婚之期間也。又三百二日雖為醫學上平均分娩期，然亦有於受胎後經過三百二十日始行分娩者。而民法不以此為標準者，蓋若以此例外長期為標準時，婚姻解消後受胎之子女，多有受此推定之虞，亦非所以保護夫之利益也。

反之，有實際上在婚姻中受胎，而其懷胎期間適超過三百二日以上者，若不予以例外之推定時，亦非所以保護妻及子女之利益。故在此種場合，欲主張例外之利益者，應負證明之責（二〇六）。

受胎期間以日計算，計算方法自依總則第一百二十一條之規定。結婚及和離之成立日，結婚撤銷及判離之判決確定日，夫之死亡日若死亡宣告日等，均於其翌日起算。依此受胎期間推定之原則，實際上及形式上不具備婚生子女之要件，亦得為婚生子女者如左：

一 婚姻前所懷孕之子女，在婚姻中所生者。但在父母結婚後，經過一百八十一日以後所生者，其實際受胎，雖在結婚前，應受本條之推定。

二 出生在父母婚姻解消後已經過三百二日，本已為非婚生子女；但能證明受胎確在三百二日以前者，應受本條第二項之推定。

三 婚姻前受胎，婚姻解消後出生者，原則上亦婚生子女。如出生時在父母結婚後一百八十一日以後，或在父母婚姻解消後三百二日以前者，應受本條之推定。

第二目 夫之血統之推定

「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其子女爲婚生子女」(三〇六)。

此係以已確定事實，而推定未確定之事實也。已確定事實者，受胎確在或依前項推定在婚姻關係之存續中。所謂未確定事實者，即子女是否母之夫之血統是也。妻雖與夫結婚同居，設若妻另有外遇者，則其受胎究由何人，即妻本人亦不能斷定。然婚姻乃爲一夫一妻之結合，妻即有與人通姦情事，亦非婚姻之常態。既係妻在婚姻中所受胎之子女，則推定其爲夫之血統，蓋爲論理上當然結論，此即羅馬人之所謂「婚姻所以示父」之原則也。各國立法例，殆無不有此推定之規定者。然既係根據大多數正常婚姻而得之推定，如有例外情形，即妻在婚姻中所受胎之子女，確非夫之血統者，夫自應有舉反證否認之權（詳後）。若不能舉反證者，則雖明非夫之血統，仍屬夫之婚生子女，自無待言。闕此點德法爲「但妻之受胎，有顯非由夫之事實者，不得爲婚生子女」之規定（德民一五九）（一）條但書，與民法之必以夫之否認，始可推翻推定者，不同。

第三目 推定之衝突

依前述之推定，雖得避免許多糾紛。然仍有究係何人之子女，而不能確定之場合有二。分述於后：

第一 婦女於前婚解消後，違反六個月待婚姻期間之規定，於未滿六個月以前再婚，於再婚後一百八十一日以後分娩，而其分娩在距前婚解消日，滿三百二日以前者，依前述推定，前婚雖已解消，但依三百二日懷胎最長期間之推定，其受胎尚在前婚存續中，應爲前夫之婚生子女。後婚雖爲違法，但在撤銷前，仍屬有效婚姻（九九），依一百八十一日最短期間之推定，應爲後夫之婚生子女。對此種依法推定仍不能斷定子女誰屬之場合，法無特別規定，其結果祇由法院就其事實而爲審查，以定子女之父也。此即民訴所謂確定其父之訴是也（民訴五）（八五）。此訴以確定其父爲目的，係屬確定之訴。蓋既非對父請求承認其爲父之訴（給付之訴），亦非請

求宣告非父者而爲父之訴（形成之訴），乃爲請求確定父子間之親子關係之訴故也。確定其父之訴，專屬於子女住所，或其死亡時住所之地法院管轄。在此訴，母之現配偶及其前配偶得互爲被告。由子女或母起訴者，以母之現配偶及前配偶爲共同被告。母之現配偶或前配偶死亡者，以生存者爲被告（民訴五八五，五八七）。

第二 妻與人重婚時，重婚後所生子女，均可適用受胎期間之推定場合，究係二夫中何人之血統，無法推定矣。

第三項 婚生子女之否認

妻在婚姻關係中，所受胎之子女，推定其爲婚生子女。既屬推定，自得以反證顛覆之。若不然者，則其結果爲明非己之血統，亦非冒認爲親生子女不可。是不但以法律強假爲真，且可助長妻通姦之風。蓋通姦之結果，所生子女有法定負責人故也。故民法對此項推定，予夫以推翻之權利。此即所謂夫之婚生子女否認訴權是也。否認訴權云者，在審判上否拒夫即爲父之權利也。其訴亦係確定之訴，與前述定父之訴相同。蓋推定本爲法律上之擬制，推翻擬制，對於原有權利無任何變更故也。審判管轄，亦與前項定父之訴相同。

第一 否認訴權之根據

欲否認法律上當然爲婚生子女，自須有充分之理由，足以推翻法律推定者方可。然法律所用爲推定之基礎者，無非以夫妻同居生活爲婚姻核心之故。今若能證明實際上在受胎期間，不曾同居者，則所以推定者，失其根據；自不能再以推測性之法律，而抹煞事實。故民法以「受胎期間內，未與妻同居」之事實，爲否認之根據（二〇六）。（二〇六）。所謂未與妻同居云者，有二義：（一）未同居。例如在妻全受胎期間，因職業或其他原因，與妻隔離，各居一方者（若在受胎期間，曾與妻同居一次者，原則上否認之根據，雖因此消滅。然若能證明同居日起至出生日止間之總日數，仍在懷胎最短期間一百八十一日以內者，自仍可據爲否認之根據也）。（二）未同居。此爲形式上雖屬同居，然絕無子妻受胎之機會者。如夫妻因反目分床別寢者，或夫患不能人道症等是。在

形式上雖不能據以爲否認之根據，然若有確鑿證據者，自亦應予以否認之機會也。總之，未與妻同居云者，係妻之受胎，非由於夫之意，能證明之者，自可主張否認也。此項否認，在民法施行前受胎之子女，亦適用之，與前項之推定相同（八親施）。

第二 否認訴權者

否認訴權者，既係夫否定其妻在婚姻中受胎子女非已親生之法律地位，故僅夫得有此權利。蓋子女之是否親生，亦僅夫能知之最稔也。妻與子女不能有否認訴權者，蓋妻及子女欲主張否認時，必以證明自己及生母之通姦爲前提。是不但於妻無益，且有害於善良風俗。其他第三人（如相姦者）之無是項權利者，蓋防第三人以虛構事實中傷婚姻及家庭之和安故也。

未成年之夫，行使此權利，不必經法定代理人之同意。禁治產人應由其監護人代爲訴訟，如監護人卽爲其配偶者，應由親屬會議另選訴訟代理人，代爲訴訟。由監護人提起訴訟者，應得親屬會議之允許等，與離婚訴權場合相同（九二民訴五）。如夫於法定起訴期間內死亡者，繼承權被侵害之人，得提否認之訴。但須於夫死亡之日起六個月內提起之。如夫於訴訟繫屬中死亡者，繼承權被侵害之人，得承受其訴訟（八六民訴五）。

第三 訴之相對人

訴訟之相對人，當然爲係爭之子女。蓋否認之成立，卽爲消失其婚生之資格，蒙其不利益者爲子女，非爲生母，故子女自在防衛利益者之地位。如子女爲未成人者，亦有訴訟能力，并可聲請法院選任律師爲其訴訟代理人（九二民訴五）。如夫爲子女之法定代理人者，則原被告兼於一身，一身兼爲訴訟上之攻擊及防衛，自屬不合。故在此種場合，依民事訴訟法第五九二條第二項規定，由生母或由親屬會議所指定之人代爲訴訟行爲。

第四 訴權之消滅

夫對於妻所生之子女，承認爲己所親生時，蓋卽爲否認訴權之拋棄，自應喪失其否認之權利。外國立法例，卽採夫之承認爲訴權消滅之原因（二四日民八）。然婚姻所以示父之原則，既用爲法定推定之基礎，夫之不起而

行使否認之權時，法律上當然發生婚生子女之效力，自無庸待夫之承認與否也。且承認必待一定形式爲之保證，然後曾經承認與否，方易證明。如係夫之親生也，固無須乎承認，亦不能惡意的否認之。如果非夫之親生也，夫既已不爲否認，必欲強其承認之表示，是豈人事情之所能堪者，且亦無益於公序良俗。故民法不取此種作僞愈拙之辦法。祇要夫對於否認有確鑿證據，在法定期間行使其否認權，任何夫之行爲，均不足阻却其否認權。惟否認權無期限許其繼續存在時，子女之身分權益，亦隨之繼續在不確定狀態，非所以保護子女之利益。且年遠歲久，關於否認上之證據，亦漸湮滅，雖欲爲合乎實情之判決，亦不可得。故民法以夫知悉子女出生日起一年內，爲否認訴權之繼續期間（一〇六）（三二二）。自知悉子女出生之日起一年內，不爲否認之訴時，不論其承認或仍欲否認，一律消滅其訴權。蓋一年之期，不爲不久，過此而仍不行使其否認訴權時，法律亦不必多爲保護矣。

第四項 婚生子女之權利

子女對父母之權利義務，同時亦卽爲父母對子女之義務及權利，後者有親權之專節規定，前者當於該節中說明之，茲不復述。然子女之權利中，有隨子女之種類而不同者，茲僅就其互異之特殊部分，先分別於各種子女之款中附隨說明之者爲妥。本項所說明者，爲婚生子女所特有之權利。

婚生子女得享受其他非婚生子女所不能享受之權利有二：一曰冠用父母婚姻姓之權。二曰取得父母婚姻戶籍之權，今分項說明之於后：

第一 用父母婚姻姓之權（五九）

妻冠夫姓，贅夫冠妻姓，或夫妻共冠於結婚時所協定之姓，乃爲婚姻效果之一，已於前述。婚生子女既爲婚姻上之共同子女，其直接受婚姻之支配，自無待言。故子女自應有用父母婚姻姓，以表徵其婚生子女之權利。在嫁娶婚，原則上以夫姓爲婚姻姓，其子女第一應有用父姓之權利及義務。在招贅婚，原則上以妻姓爲婚姻姓，其子女同樣有用母姓之權利及義務。如父母關於子女之用姓另有約定者，有從其約定之權利義務。婚姻

父母關於子女用姓之約定，不外別異於上述用姓原則。如嫁娶婚子女從母姓，招贅婚子女從父姓，或其他約定姓是。既由父母所約定者，雖仍不失爲婚姻上之姓，然如子女不願從其約定，而欲用原則上之婚姻姓者，則雖父母蓋亦不能強也。

第二 取得父母婚姻戶籍之權 (第100條)

夫妻同住所之權義，既爲婚姻普通效力之一，故臨生子女乃有受此種效力上之利益之權利。卽未成年婚生子女，有以其父母婚姻住所爲住所之權利是。在嫁娶婚以父之住所爲住所，取得父之戶籍，成爲父姓家家屬之一員。招贅婚之子女，以母之住所爲住所，取得母之戶籍，爲母姓家家屬之一員。此種關於住所之規定，同時亦所以指示父母對婚生子女住所指定權之誰屬，及其指定之範圍。然既爲子女之權利，父母亦不能違反此種規定及子女意思，將子女除籍或指定其他住所也。其在非婚生子女，則不同。經父認領者，原則上自以父之住所爲住所；若未經父認領者，則以母之住所爲住所。蓋純根據總則二十一條之規定而定其住所也。如父出贅，則隨父而之夫妻之住所。如母出嫁，則隨母而之母夫之住所。非婚生子女無主張父母婚姻住所之權利也。

第二款 準婚生子女

第一 意義

前述婚生子女四要件之中，如欠缺「爲生父之妻所分娩」，或「爲生母之夫之血統」，或「父母有婚姻關係」之要件者，其不能得有婚生之地位，自無待辨證。設若四要件中僅欠缺「在婚姻存續中受胎」之要件，其他三者皆俱備者，依法律規定之形式，仍不能爲婚生子女，亦無待言。然在實際上，同此婚姻父母之子女，其受胎適在婚姻中者，爲婚生子女，而適在婚姻前者，則蒙非婚生子女之惡名，衡情論理，皆非所宜。故民法對此種場合，特開方便法門，使受胎在父母婚姻前之子女，亦受婚生子女之待遇。因其非當然有婚生之地位之故，學者特名之爲準婚生子女，以資說明。所謂準婚生子女云者，非婚生子女，因其生父母結婚而取得婚生子女之

地位者之謂也(一〇)。
(六四)

英及美國諸州，多不承認此制度，謂對私通之結果，法律為追溯的是正之，不無勸獎私通之嫌。且夫妻同謀抱領他人之子，以為親生子女，是為破壞嚴格的養子制度法意。然既不能禁婚約男女之同居，則準婚生之制度，實為救濟婚約男女所生子女之便法，且亦可以促進相姦者或姘度男女之訂婚若結婚。故大陸各國雖有寬嚴不同，例多承認之。

第二 準婚生之要件

要件有二，分說如左：

一 父之認領

父對非婚生子女發生親子關係，必須經認領程序，為民法原則（詳見後）。母據一〇六五條之規定，因有分娩之事實，原則上無須認領。然設若母於分娩後與子女分離者，有時自亦發生認領之問題，詳於後述。

二 生父與生母結婚

本項無待說明。不過無效結婚，自不能成為要件。結婚之撤銷及離婚，均無害於結婚之效力。

第三 準婚生之效力

準婚生之效力，依第一千零六十四條之規定為「視為婚生子女」。所謂「視為婚生子女」云者，法律上受與婚生子女同樣待遇之謂也。然受婚生子女待遇之效力，以何時為發生時期乎，就法文「其生父與生母結婚者視為婚生子女」之意推之，蓋為其生父母結婚時起，取得婚生子女之地位，可無疑義。故其認領在生父母結婚前者，與結婚同時。在生父母婚姻存續中者，溯及至生父母結婚時發生效力。

第三款 非婚生子女（德：uneheliches Kind，法：enfant naturel 英：child born out of

wedlock or bastard)

第一項 意義

非婚生子女云者，其受胎及出生均在婚姻外者之謂也。普通謂之私生子，舊律謂之姦生子。又舊律所謂庶子者，則與非婚生子女性質上，微有不同。庶子係妾媵之子女，因妾媵雖與妻身分不同，究爲多婦主義法制上正式結合之一種，其出生時即依法取得庶子身分，不必由父認領，蓋與所謂嫡子相同故也。民法既廢妾制，故凡本編施行以前所出生之所謂庶子者，自以非婚生子女論之（親施條）。又民法關於親生子女，祇分婚生與非婚生二種，故凡禁婚範圍內之親屬男女間所生之所謂亂倫子，及有夫或有婦之男女間所生之姦生子女（判例二十九年上字第1832號）等，均包括於非婚生子女之內，受同一處遇。

非婚生子女既爲婚姻外之親生子女，其對父與母間之親子關係，在法律上應以何種情由，而爲其關係發生之機紐，關此點各國立法例不同，有非婚生子女對生母當然發生母子關係，對生父則以生父在其受孕期間有與生母同居之事實，或經生父之認領爲要件，如德民（一七〇五，一七一）是。有必經父及母之認領，然後始生父子及母子之關係者，如法民（三三四條以下）是。有父子關係，須經父之認領，母子關係則以分娩爲其發生之原因，毋須認領者，如瑞士民（二條）是。民法採瑞士法主義。非婚生子女，須經其生父認領，始生父子關係。對其生母之關係，即以分娩事實爲發生原因，毋須認領（六五）。

第二項 分娩

分娩云者，胎兒因出生而脫離母體之謂也。凡子女皆由母體分娩，子女之是否親生，即可決於是否由己體分娩。分娩之事實，既爲所以連絡母子之確實且顯著之自然現象，故法律即以此爲生母與非婚生子女間，母子關係之發生原因，原則上毋須經認領之程序（六一〇六五）。設若生母於分娩後遺棄其所生之子女，而湮滅其分娩事實者，子女欲對其生母，證明其分娩之事實，請求認領時，被認爲母者，對此應爲否認或承認之決定，故在母亦

應有認領之場合。立法例中亦有規定母之認領者，此即所謂非婚生子女之認母權或尋母權是也。民法僅云「母須認領」，蓋僅指分娩事實爲母所不否認或明確認識之場合而言乎。承認或不否認分娩之事實，則母子關係固儼然存在，毋再爲形式上認領之必要而已。非謂非婚生子女不能認母，亦非謂母不能否認分娩之事實也。故母之對非婚生子女之親子關係，以不否認者，卽爲成立。在分娩事實與現在非婚生子女間連絡不明之場合——所分娩者是否卽是現在之子女之場合，實際上母亦有認領之情事，自無待言。民法於第一〇六五條第二項，闕此雖無明文規定，然在戶籍法第五十九條（註）固有此種意義之規定也。

【註】戶籍法第五十九條，「棄兒之父或母承領棄兒時，應於十五日內依第五十一條之規定，爲更正登記之聲請」。

第三項 認領（德：Anerkennung，法：reconnaissance）

認領云者，爲父者承認非婚生子女爲自己親生子女之謂也。換言之，以確定父子關係爲目的之父方單獨行爲也。生父與非婚生子女，由認領行爲之結果，在法律上始發生父子關係。故在認領前之非婚生子女，在法律上乃爲無父之人也。

認領有二種：一，任意認領。二，強制認領或曰判認。任意認領云者，由生父自動承認爲親生子女之謂。強制認領云者，法院依子女方之請求，以判決代父之認領之謂也。茲分項說明之於后：

第一目 任意認領

第一 認領人

依理認領人限於生父本人。蓋非婚生子女，是否親生，此中秘密，除爲父者自己有確信外，他人固不得而知之。又認領爲身分行爲之一種，惟出於本人之意思者爲限，他人不能代理，亦不能干涉。又認領者祇須事實上有意思能力卽可，不必以完全行爲能力爲要件。故未成年入無得法定代理人同意之必要。禁治產人在本心回

復時間內，自得單獨爲之。

第二 被認領人

被認領人，限於無父之非婚生子女。有父或原爲婚生子女者，均不得爲被認領人。被認領之人已成年者，應否得其同意，不無疑問。余以爲認領既係單獨行爲，其無須子女之同意，蓋爲自明之理。且子女之認領否認權（六一〇），係對其已有效成立之認領而言者也。

又對胎兒可否認領，因無直接明文，或生疑問，由民法總則關於胎兒利益之保護，以將來非死產者爲限，視爲既已出生（七一）之規定推之，則胎兒亦應可爲被認領人，蓋可無疑。故復於戶籍法爲明確規定之（六三）。對胎兒之認領，立法例有須得母之承諾者（日民八三一條），民法在解釋上自無此必要。

對已死亡之子女可否認領，亦屬疑問。學說有贊否及折中三說。否定說，以謂認領所以爲子女之利益，子女死亡，認領已失目的。不過欲得子女之繼承權者，於子女生存中不爲認領，規避其教養義務，至死亡後，始認領之，是純爲射利目的，爲法律上所不應容許者。贊成說，則謂子女生存中不認領者，或因實際上有不得已情由之故。認領爲父之權利之行使，不能以射利等說否定之。折中說，以謂應限於死亡子女之有直系卑親屬場合。子女未留直系卑親屬而死亡者，是雖認領，除得子女之繼承權外，無任何意義。若有直系卑親屬者，則認領所以保護其利益，於情理並無不妥，應容許其認領。民法闕此點法意不明，或可或否，蓋任判例之量定也。然依認領制度之主旨，原所以保護非婚生子女之利益。已死亡非婚生子女，如尙有身後利益應保護者，生存父母出而認領承認，於情理固無所不合。余意應於此範圍內肯定之。

第三 認領之方式（一〇六）

一 意思表示 認領原則上由父直接向被認領人爲意思表示。認領之戶籍登記，雖爲認領之公證書（戶籍六二）但非成立要件。

二 撫育 非婚生子女由父撫育（註）者，即以撫育之事實，認爲認領之意思表示。

三 遺囑 認領人病危臨終，有不能直接向被認領人爲意思表示，或以自己社會上之地位身分，不願於生前爲認領者，得以遺囑行之（戶籍六四）。遺囑之方式及效力等，依繼承編第三章之規定。

第四 對認領之否認

認領成立時，認領人與被認領人間，發生親子關係之效果，在被認領人及其生母之身分，均發生絕大之影響。故在法律上自期認領之合乎親生真實者爲理想。設或認領人之認領，有其他作用，而出於虛構者，自非法律所應保護。且在被認領人及其生母，係屬身分上權益之侵害。故民法於違反事實之認領，得由被認領人及其生母舉反證否認之（六六）。即認領無效或撤銷之訴是也（民訴五八五），原告爲被認領人或其生母，被告爲認領人。

（註）解釋例以妾之遺腹子認爲經生父撫育同其要旨謂「妾爲民法所不規定惟與家長以永久共同生活爲目的同居一家應視爲家屬其遺腹子女認爲經其生父撫育同」（二十二年院字七三五號）

第二目 強制認領

第一 意義

強制認領云者，非婚生子女對於應認領而不認領之生父，請求法院以判決代認領之謂也。非婚生子女，由其生父認領，自不成問題。設其生父爲地位身分等利害關係，不但不爲認領，且對非婚生子女之生母及其他法定代理人之請求認領而拒絕時，請求者除仰國家之力而爲救濟外，無他法也。以此而請求法院判決者，即所謂認領子女之訴（民訴五八五）是也。以請求生父認領之給付爲目的，故其性質爲給付之訴。其判決爲給付判決。原告之勝訴判決確定時，以生父已認領論。其效力及於一般第三人（民訴五九二）。其他均依民事訴訟法之規定，與前述否認子女之訴相同。此種訴權普通稱之爲認父權或尋父權。

第二 請求認領之法定原因

非婚生子女與生父之血統連續，既非如分娩之顯著事實，故其證明不易。設有匪人用爲詐財之手段，串嚇

他人私生之子女，捏造事實，誣稱爲被告之非婚生子女，請求認領。則不但清白無垢之被告，因此而被通姦之污名，損毀其在社會之信譽。且神聖法院亦同時被利用爲作惡之工具矣。故各國多因此等理由而不許非婚生子女之認父權。然明爲自己非婚生子女，因種種利害關係，故不認領者，亦爲世情之常。是以姦生之過失，復濟之以不認領之故意，非婚生子女固將因此而充斥於社會矣。故民法取折中辦法，設認父權以保護子女之利益；同時，又爲限定得請求認領之原因，以防善良安分者不意被人主張爲非婚生子女的生父之危險。民法第一千零六十七條所定爲法定原因者如左：

一 受胎期間生父與生母有同居之事實者。

受胎期間之推定，適用第一〇六二條，自無待言。卽法定推定受胎期間一百二十二日之間，生父與生母有同居之事實者卽可，無須問同居期間之長短。同居自指男女共同生活，而非因各種社會生活之必要而同住一處之謂。姘度蓋其適例。

二 由生父所作之文書，可證明其爲生父者。

文書云者，紀錄思想之物也。本項之文書，以可證明其爲生父者爲要件。故凡俱備此要件之紀錄物，不論其內容如何，物質如何，均成本項之原因。

三 生母爲生父強姦，或略誘成姦者。

四 生母因生父濫用權勢成姦者。

三四兩項分別，實無意義。總之能證明成姦，自可成立原因。姦之強，誘，迫與否，在目的意義上不生軒輊。亦不能謂因有成姦之事實，而可不適用一〇六二條之推定規定也。蓋審判之目的，在確定被請求認領人與非婚生子女間，是否真實親生子女。非謂藉成姦之事實，強使認領非自己血統之子女也。

第三 訴之當事人

認領請求權人，爲非婚生子女之生母或其他法定代理人。被告爲生父（一〇六七）。關於行使請求權之性質，係

生母及其他法定代理人自身固有權利，抑權利本屬於非婚生子女，而由生母及其他法定代理人代表行使之者，學說分歧。但在民法之解釋上，其爲生母及其他法定代理人之固有權利，可無疑義。蓋（1）在本條不列非婚生子女爲訴權人。（2）如爲非婚生子女之固有權利者，則不應因其法定代理人之不行使，罹五年時效而消滅（本條第二項第）也。其理由：（1）在普通財產關係法定代理人之代表未成年子女行爲，蓋純爲保護子女之利益。在請求認領之場合，於保護子女之利益外，直接亦爲法定代理人自身之利益。（2）非婚生子女之舉證，亦屬由其生母或其他法定代理人授與。（3）至子女有思维能力時，已經相當年月，證據多已湮滅，即勉爲搜集，亦缺乏證據力。故直接將請求權屬於生母或其他法定代理人，轉爲簡捷有效。且子女對生父請求認領，勢必宜露生父與生母已往醜史，殊非倫常正道。况雖宣揚父母醜史，亦屬非身歷目擊之鐵證者乎。

總之，據上所論，請求權之專屬於生母及其他法定代理人者，爲易於舉證，同時亦爲保護請求權人之利益，故一旦受孕後，即可請求認領，不待子女生出之後也（戶籍六三）。

第四 請求權之消滅

一 時間之經過（一〇六）

請求權之所以專屬於生母及其他法定代理人者，爲易於舉證，於子女利益外同時亦爲自己利益，已如前述。故請求權人於子女受胎後，便於舉證起見，已可請求認領（戶籍六三）。即不然者，於出生後，爲確定所生子女之生父，自應着手請求認領。設有不得已之事故，不能實行，然亦不能長留請求之機會，使父子關係永久不確定也。故民法於子女出生後五年，爲請求權之存續期間。過此而不行使，則因此消滅。歷五年之久，爲子女及自己利益考慮，已可盡詳，搜索生父亦應可告一段落也。

二 毀滅受胎真實性之理由（一六八）

請求認領之理想，爲確定子女之生父，換言之，確定父子之血統連續。若從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百二日止間之一百二十二日受胎期間內，其生母曾有與第三人通姦事實。或雖無通姦之確證，

其放蕩之生活態樣，在社會普通觀念上足認爲不免有通姦情事者，則生母之胎，究由何人所授，欲判定已屬不可能之事，故消失其請求認領生父之權。

第三目 認領之效果

本來晦暗不明之生父與非婚生子女間血統連續，因認領之結果，在法律上明確顯現其連續之本態。故其效力應溯及於非婚生子女出生之時（九〇六），蓋爲當然之理。在胎內認領之子女，則以其非死產時，始發生認領之效力。對於已死亡者之認領，亦同樣溯及於死亡者出生時。蓋必如此，而後認領者對於死亡者之直系卑親屬間，始可循祖孫血統之連續也。認領効力溯及於被認領人出生時之原則，若無條件適用時，在認領前，第三人因不知有非婚生子女，而已得之權利，勢將蒙不測之損害。故民法對此原則，又爲例外之規定，即第三人已得之權利，不因此而受影響（九〇六）是也。

第四目 認領之撤銷

認領爲明確父子女間血統連續之行爲，非有確實信念，固不應輕率爲之，若一旦自行承認確爲親生之子女後——認領成立後，即不許由認領者任意撤銷之（七七〇）。蓋（1）既經確信其爲親生子女，而出於認領。若復許撤銷，無論其理由如何，是以認領爲活殺子女身分之具，豈所以設認領制度之本旨。（2）因認領而取得親子關係上身分權利之子女，因撤銷而受剝奪，其爲重大損失，固不待言；且第三人亦蒙其影響，實爲法序上最可厭惡之事。故民法取甯缺毋濫之方針，爲認領後不許撤銷之規定。然認領既爲意思表示之一種，則關於意思表示無效或撤銷之總則規定，應仍有適用。故如欠缺認領之意思，或意思表示之有瑕疵，因而無效或得撤銷者，自不在此例。然以遺囑爲認領者，仍得以遺囑撤銷之。蓋遺囑認領，須至遺囑發生效力時，始發生效力，且前後遺囑有相抵觸者，其抵觸部分之前遺囑視爲無效（二〇三）故以遺囑爲撤銷之場合，其所撤銷者爲尙未發生

效力之認領意思，與前述撤銷已發生效力者，不能同論也。

第四項 非婚生子女之權利

非婚生子女經其生父認領者，視為婚生子女^(一〇)。與其生母之關係，自始即視為婚生子女^(一〇)。所謂視為婚生子女云者，對其生父若生母，仍保持親生子女之親子關係之謂也。換言之，不因非婚生而影響其親生之親子關係之謂。非謂完全與婚生子女相同。蓋婚生子女，直接享受父母婚姻關係上之效果及利益，而非婚生子女則不能有此也。今試說明之於左：

一 非婚生子女，因分娩之事實，第一次的應從母姓。蓋戶籍法上登記義務者，為其生母或其他法定代理登記義務人^(戶籍五二)故也。如經生父認領者，則從父姓，或由生父母協定，仍從母姓。不能適用第一〇五九條子女用姓之規定。例如贅夫之非婚生子女，不能從生父現配偶之姓者是。蓋生父之現配偶非婚生子女之母故也。

二 未成年非婚生子女之住所，亦第一次的以母之住所為住所。經生父認領者，原則上根據第一〇六九條及第一〇八九條之理論，以父之住所為住所。同樣不能適用第一〇六〇條關於子女住所之規定。例如嫁娶夫妻之非婚生子女，不能直接以生母現配偶夫之住所為住所是。

總之，親生子女在民法可分三類，一，父母婚姻上所生之子女。二，雖為婚姻外之子女，因父母之結婚而取得婚生子女之地位者。三，生父生母始終無婚姻關係之子女。故前二者，對生父生母直接發生親生子女之關係，兼享受父母婚姻效力上之利益。後者對生父若生母，雖亦同樣發生親生子女之關係，但不受父母婚姻效力之影響，亦不能享其利益。兩者顯有不同之點，而民法於二三兩者，均混稱之視為婚生子女，不分區別，蓋用語上殊有未盡也。其他親子間權利義務關係，與婚生子女均屬相同，將總述於親權節中，茲祇舉其不同者如上。

第二節 收養子女(德: *angenommenes Kind*, 法: *adopté, fils adoptif*, 英: *adoptive child*)

第一款 意義

養子女云者，收養他人之子女作為自己子女，法律上如同親生子女者之謂也。本非直系血統連續的他人之子女，使對己身發生親生子女之關係，是全出於法律上之擬制，故在法律上謂之法定血親。其收養者為養父或養母，被收養者為養子或養女(七二〇)，以別自然血親之父母子女。養父母與養子女間之關係，謂之養親子關係，亦曰收養關係。

第二款 養子制度之利弊

關於養子制度之存立，歷來學者贊否紛紜，約舉其正反二論之大要如左：

一 反對論者謂：

- 1 以骨肉為路人，以路人為骨肉，違背天倫，紊亂血統。
- 2 收養多於養子幼少童稚之年，以養子之人格，為契約之標的，是為蹂躪人權，違反道義。
- 3 養子制度為紊亂繼承關係，侵害親生子女之繼承利益。
- 4 養子制度使養子女生依賴養親之心，助長少年遊惰之風。
- 5 養子制度可免養育稚童之勞，而得成年後嗣之便。有鼓勵獨身生活，助長厭忌婚姻之弊。

二 贊成論者謂：

- 1 養子制度可使無子者，免祖先祭祀及家統之斷絕。
- 2 慰藉無子者之暮景寂寞。
- 3 有事業者，得適當養子，輔佐繼續經營，事業不至廢敗。

4 使收養孤兒棄兒，予以相當保護教養，在社會政策上，有莫大利益。

右述贊否二論之大意，其利弊得失，雖不能遽下終極的論斷。總之，養子制度之所以為通中西亘古今普行之制度者，蓋於人類之摹仿本能及保種本能，有其發生之原因者乎。其在家族制社會上，為保持家之繼續繁榮，更有存立若發達之理由。在盛行個人主義之歐美諸國社會，其養子制之立法理由，與家族制社會者，自不能盡同。然個人主義愈發達，收養子女愈感累贅，於是零仃無告之孤兒棄兒愈益充斥而為社會之累矣。而現在國家之力及設備，又不足以盡量救護之。故晚近諸國，多基於間接的使人民救護孤兒棄兒之消極的社會政策，注力於養子制之立法或修正。如英國於一九二六年特新制定養子法 (The adoption of children act)。法國原有養子法，條件嚴格，於一九二三年特以法律修改之，以謀收養之便易。德國亦根據同樣理由，而草成民法中私生子關係法規之修正案。蘇俄革命後曾將養子制廢止，禁止收養，於一九二六年法。以「養子之禁止，實為妨礙所以減少無監護的兒童之政策；且在新經濟政策諸條件上，已得此種非合目的的經驗」之理由，而以「養子為所以補充農業家族勞動力之不足，為增大農業生產計」之積極目的，復活其經禁止之養子制。其他美國及捷克等國，亦均有是項立法趨勢。

綜上立法趨勢觀之，近世所謂養子立法，蓋隨社會進化，均以「養子利益」「社會利益」為前提，而期待將保護孤兒棄兒之責任，轉嫁於個人，為其根本理念。故養子制之解釋論，亦自以養子利益本位為重心焉。

第三款 我國舊有養子制度

我國古來法律上擬制血親範圍頗廣，如對生父之後妻為繼母，其妻為嫡母，其妾為庶母，對生母之後夫為繼父，對繼母之後夫，隨繼母嫁者亦為繼父等，均為擬制上之親子關係(其詳參照第一章第二節第一款第二項註)。而其親子關係之發生，為直接基於生父或生母現在婚姻關係之效果。民法對此等法定擬制血親關係均已廢止。或變為一親等姻親(繼父繼母)，或摺斥於親屬之外(父妾)。古來擬制血親中與民法養子制度酷似者，為「立嗣」「乞養」

「收養棄兒」等。然其發生親子關係之條件及其範圍，均有嚴格限制，與民法迥異其趣。如立嗣者，有「無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼，先儘同父周親，次及大功小功總麻，如俱無者，方許擇立遠房及同姓爲嗣」（舊律立嫡子違法律文）之嚴密規定。而此等規定均屬強行法規，故立嗣有時爲有強制收養之性質。至乞養異姓，收養棄兒，雖亦發生親子關係，然收養與否聽收養者之任意。其收養條件，亦不若立嗣之嚴格。且其效果範圍頗爲狹少，如（1）收養者雖無子，亦不得繼家嗣宗。（2）僅能酌分收養者之財產，不能完全繼承等之限制，不能發揮收養之本旨。考舊律所以有此種嚴狹之養子制度者，蓋即受宗法之宗祧承繼思想之支配。而宗祧思想之根本理念，則爲（1）「祖祀不可絕」，「血統不可斬」之祖先崇拜思想，及（2）「神不歆非族」之迷信觀念。故舊養子制度，以血統之接繼，祖祀之不斬爲目的。而以異姓不得亂宗，昭穆不能失序爲經緯。

民法既廢宗法之宗祧繼承等制度，故所謂養子制度之效用，性質等，自亦變更。詳言之，（一）條件上之變易。宗祧繼承既廢止，則其此而來之一切限制，如同姓，同宗，男性，收養者之無子女等法定要件，自屬廢撤。同時國家對此之強制力，亦無存在餘地。關於遺產上之繼承者亦同。（二）目的上之變易。向來養子制度，以家統祖祀之繼續爲目的，立嗣者往往驅迫於此種目的，致違反本意而爲收養嗣子。其出於自身願望之收養，又受嚴格法律限制，不能自由。在民法之收養，可完全出於收養人之自由意思，以滿足本能欲望，所謂爲收養人利益之收養是也。同時被收養者亦得以自由意思離合，故亦可謂爲被收養人利益之收養。如被收養人爲孤兒棄兒時，既得受收養人之教養，復有法律上之保障者是。今就民法所規定者，分款解釋之於后：

第四款 收養（德 Annahme an Kindesstatt, 法·adoption 英·adoption）

第一項 收養之意義

收養云者，以當事人之一方取得他方之婚生子女身分爲目的之要式行爲也。說明之於左：

第一 收養爲法律行爲

收養爲當事人間，以發生養親子關係爲目的之意思表示。此種意思表示，法律上直接發生效力，故爲法律行爲。此種法律行爲，成立於當事人間之合意，故爲契約。因規定於本編，以發生親屬身分效力爲本質，故又爲親屬法上之契約。

第二 收養爲要式行爲

收養爲發生一親等血親關係之行爲，其性質及效果之重大，自無待言，故其意思表示之內容及時期，有以一定形式保證之必要，民法特定爲要式行爲。

第三 收養之當事人受法律特殊限制

在普通契約當事人之人格及人數，原則上初無限制。在收養契約，因以發生養親子關係爲目的之故，當事人猶如結婚之場合，加以特定限制。

第二項 收養行爲之要件

第一目 實質要件

第一 關於當事人人格上之要件。

分收養者及被收養者二項說明之。

一 收養者。

甲 「收養者年齡應長於被收養者二十歲以上」(一七三)

收養關係既爲模仿血親子之關係者，則收養者與被收養者年齡相差間隔，亦應符合可以親生之狀態，爲最合理，否則老子幼父，呈爲奇態怪象。不但有妨倫常觀念，且亦非法序之本意。故民法特爲此年齡上間隔之規定。同時收養者之最低年齡，亦以此規定限定之。蓋收養者既應長於被收養者二十歲以上，則收養

者即收養初生赤兒之場合，亦以己身必已滿二十歲時，方合上述要件故也。

又對於輩分不稱，或尊卑顛倒之親屬間之收養，如收弟作子，認姪爲父等，法律上既無明文禁止，應無不可。然由上述年齡間隔之法意及我國淳風美俗推之，其應禁止，蓋無待言。然亦有問題焉，卽如應禁止者，則其應禁止之親屬範圍如何是也。民法既未立標準的親屬範圍，則數十親等以外之血親或姻親，對己身均屬親屬，且有輩分可稽者，其將一概禁止乎。在宗法剷除後之社會，一概禁止，固甚無謂。然則在一定範圍內禁止乎，則其範圍又何如，蓋又爲立法疏漏乎。司法院二十一年院字七六一號，闡此點爲「旁系血親在八親等以內，旁系姻親在五親等以內，輩分不當者，自不得爲養子女」之解釋，蓋推據親屬禁婚之理論及其範圍，以資解決本項之問題，在現行法上爲當然的結論也。

乙 「有配偶者收養子女時，應與其配偶共同爲之」(一七四)

養親子既爲血親之擬制，在可能範圍內，自以貫徹其擬制之本旨者爲宜。如有配偶者收養子女時，應與其配偶共同爲之者，在養子爲有養雙親，在養親爲有共同養子女，更適合於模擬親子之要件。且養子女多係入收養者之家，爲共同生活者，在家庭生活之統一及和平，亦有應得其配偶同意之必要。有配偶者收養子女，他方不予共同者，單方自不能獨立爲之。

然配偶之一方因禁治產等，不能爲共同收養時，他方可否單獨爲收養行爲，自是問題。按在配偶一方無行爲能力場合，他方多在於其法定代理人之地位，且共同收養既係共同性質，非有能力配偶之單獨關係，故依理應以肯定論者爲妥。

若收養配偶之直系血親卑親屬者，推究上述配偶必共同收養之理論，應無須乎配偶（被收養者之直系血親尊親屬）之共同，得單獨爲之。蓋配偶者與被收養者，既爲自然血親之連續，自無重爲擬制行爲之必要也。

二 被收養者

甲 (一人不得同時爲二人之養子女) (七五)

考收養之效力，爲被收養者與其本生父母脫離親子關係，視作養父母之婚生子女（見後），法律所以規定此種效果者原爲貫徹擬制性之精神，同時亦爲避免親權與養親之親權衝突。茲若許親子女再爲第三人之養子女時，乃爲破壞上述所以擬制之性質。蓋一人不能有二人以上養親者，猶一人不能有二對以上之親生父母。故民法禁止之，即一人祇許爲夫婦或一人之養子女是也。

乙 「有配偶者被收養時，應得其配偶之同意」 (七六)

夫妻各別被他人收養爲子女，猶夫妻各別收養子女，其不合理，正復相同。如在嫁娶婚之妻，被人收養時，妻應入養親之家。然同時妻有以夫之住所爲住所之義務。入養親之家，違反婚姻義務。留夫之家，無以實現收養之功效。故凡有配偶者，被人收養時，事先應得其配偶之同意，蓋爲當然之理也。

第二 關於契約當事人意思表示之問題
亦分收養者及被收養者二項述之。

一 收養者

前述收養者既應長於被收養者二十歲以上，則收養者之收養子女，至早應在滿二十歲時方可，故收養者之行爲能力，自不成問題。收養既爲身分行爲之一種，亦應與結婚離婚等相同，由收養者本人自行爲之。如有配偶者爲收養時，應與其配偶共同爲之。所謂共同云者，自係共同爲收養之意思表示之謂。其目的無非使被收養者因收養之結果，而成爲共同子女也。依此推論，則在收養配偶之直系血親卑親屬場合，因被收養者與配偶已爲自然血親的親子之故，即不經配偶之共同行爲，應已可符合此種目的，而以單獨行爲成立之。民法對此種場合，無例外規定，解釋上不無疑問。因爲自明之理，故不另爲規定者乎。又如配偶一方爲行爲無能力者，他方得以代表雙方之名義爲之。

二 被收養者

被收養行爲，依理應由被收養人自行爲之者，爲最合乎身分契約之原則。若必由被收養者親自爲被收養之決意時，至少必至被收養者有意思能力之年齡方可。換言之，即被收養者之最低年齡，應有限定。然養子女爲親生子女之模擬，在可能範圍內，以能得情同親子者爲理想。欲使養子發生孺慕情感，自以自幼少時養育者爲易。又從間接使個人負擔保育孤苦無告的稚童之社會政策着想，更不能有被收養者年齡上之限制。故立法例多未以被收養者之行爲能力若意思能力爲要件。

我國關於立嗣，乞養異姓，收養棄兒，多在被收養者之幼年，由其尊親屬代表，或逕由收養者單方意思爲之，爲攸久慣行，民法亦仍襲之。被收養者爲幼少者，由其法定代理人直接爲收養契約之當事人。如其父母均不能爲意思表示者，由其他法定代理人。無法定代理人者，則由收留孤兒棄兒之救濟機關或區鄉鎮公所代行之。

以上爲被收養者幼少無意思能力之場合，若被收養者已屆有意思能力之年齡，如已屆訂婚若結婚年齡，應否須經其法定代理人允許；或猶如訂婚結婚，得自行爲之，不過須法定代理人同意者，法無規定。其應依總則規定而爲解釋乎。又如未成年人已因結婚成年或已成年，依理應可獨立爲之。然被收養行爲，同時爲對本生父母脫離親子關係之行爲，具體的言之，爲相互消失扶養權義及繼承權之行爲，衡情而論，無論被收養者成年後年齡如何，似應得本生父母之同意者爲妥。關此點民法亦無明文，解釋上自成問題。

又收養子女欲轉養於第三人時，其契約代締權或同意權，仍屬於養子之本生父母，而非養父母。因於轉養之前，依第一〇七五條之規定，應先廢止現存之收養關係。現存收養關係，既經廢止，則與養親已消滅親子關係，仍回復其本生親子關係故也。

第二目 形式要件

收養契約之形式爲書面或撫養事實(七九)

第一 書面

收養行爲以書面爲形式要件。考書面爲所以保存收養合意之紀錄，其內容但能明白確認雙方關於收養意思之合致者已足，無須如離婚書面以二人以上證人之簽名爲要件。但必須合於總則第三條之要件，自無待言。戶籍法第六十七條之證明人，蓋爲關於收養事實之普通口證人，而非書面上不可缺少要件，亦無容疑。

第二 撫養事實

雙方以成立收養關係之意思，收領他人之子女，自幼撫養之者，則即以此種撫養事實，代書面之效用，可無需另立書面。

第三 收養之戶籍登記爲公證要件，而非收養行爲之成立要件，自與其他身分行爲相同（戶籍六七）。

第三項 收養之無效及撤銷

收養既係法律行爲，其有無效及撤銷之情事，自無待言。又爲關於身分上之行爲，其有特殊性質，與其他身分行爲，亦應理無二致。但民法關於本題者，曾無任何規定。其意（1）蓋應適用總則關於法律行爲之規定乎，（2）因其性質爲身分行爲之故，不聽當事人自治，而任法院之處理乎。尤其關於收養之撤銷者，因其所撤銷者，爲當事人間親子關係，其重大不亞於婚姻、婚姻之撤銷，既專限於判決，則收養之撤銷，亦以經判決爲妥者乎。且撤銷之效力，依理不能溯及既往，應與後述收養終止之場合相同（三〇八）。故撤銷之意思表示，如能得對方之同意者，即爲後述同意終止。否則，撤銷即其必爲判決終止。撤銷之實際及效果既與收養終止相同，故民法不另爲撤銷之特別規定者乎。今試依總則之規定，爲述應無效及撤銷之場合，其他將於後述收養終止款中包括述之：

- 一 收養者之年齡，不長於被收養者二十歲以上者。
- 二 養子女再被人收養者。

右一二兩類。因第一〇七三條及第一〇七五條，均爲強行法規，故根據第七十一條前段應爲無效。

三 親屬間輩分不稱或尊卑顛倒之收養，乃爲違背我國善良風俗者，依理亦應無效。但在親屬禁婚範圍外之親屬間，既不論輩分尊卑允許結婚，則同此範圍外之親屬間收養，卽爲輩分不稱，蓋已爲法序所允許者乎（參照前述）。

四 收養者或被收養者若其法定代理人原無收養或被收養之意思者，據第七十五條後段解釋，自屬無效。

五 有配偶者爲收養或被收養時，未由其配偶共同或未得其同意者，爲無效乎，抑爲撤銷乎，若認第一〇七四條第一〇七六條爲強行法規者，則爲無效之收養，自無待言。

六 其他如意思表示之瑕疵——詐欺、脅迫等，自應依總則之規定。

第五款 收養之效力

第一項 積極效力

第一 關於身分者

收養制度之效用，在於素非直系血統連續之雙方當事人間，發生親子關係，故其效力之最主要者，當爲被收養者對收養者取得婚生子女之身分（七七）。以此婚生子女之身分爲基礎，與養親方之親屬，發生與婚生子女同樣親屬關係。卽養親之血屬姻屬，亦爲養子女之血屬姻屬是。關此雖無明文規定，但就「與婚生子女同一之意推之，自無疑義（舊律及習慣亦同此處遇）。故凡婚生子女之對生父生母以及其親屬之權利義務等，在養子女除法律另有規定者外，亦應相同。如親屬相互扶養義務，相互繼承權利以及親屬間禁婚義務等是。但養親於養子外，如復有直系卑屬血親者，則養子對養親遺產之應繼分，爲養親之親生子女二分之一（一四），乃爲擬制血親不自然血親之例外。

關於養子女身分效力之發生時期，法無規定。若爲貫徹擬制之精神，自應溯及於養子女出生時發生效力或較理想。然收養之目的效用，多在於收養以後，自無溯及於被收養者出生時之必要，亦因已成法序不應以擬制行爲而紊亂之也。故應解爲收養關係成立之日即養子女取得婚生子女身分之日，視爲在養家出生，向後發生婚生子女身分上效力。

第二 關於用姓及住所

被收養者，法律上既擬爲收養者之婚生子女，故必從收養者之姓。蓋姓之效用，所以「識所生別婚姻」故也。若收養者係有配偶者，則從收養者之婚姻姓。未成年養子女應服養父母之親權，故應以養父母住所爲住所。即入養父母之家，取得其戶籍。

第二項 消極效力

收養成立後，被收養者對其本生父母之關係，應如何處遇，即收養之消極效力如何，亦應討論之問題也。關此除第一〇八三條爲「回復其本姓，並回復其與本生父母之關係」外，無正面積極之規定，今根據此規定之反面解釋，試條舉之如左：

第一 (一) 脫離本生父母之戶籍及住所。(二) 廢棄本生父母之姓(註)。蓋一人不能有二個姓及二個住所，爲當然之理。又(三) 脫離本生父母之親權。此亦爲收養之當然效力。

第二 (一) 與本生父母之血親的身分關係，(二) 與本生方之親屬間身分關係，雖被收養爲他姓他族之子女，因此等係天合關係，自不能消滅也。

第三 (一) 對本生父母及其他親屬間之相互扶養義務，在本法及繼承法中無任何限制的或否定性之規定，又(二) 相互遺產繼承權，除由第一〇八三條但書之反面推論，對本生父母之遺產繼承權，因被收養而喪失者外，餘均無積極規定，解釋上自是疑問。依舊律及慣例，嗣子養子除兼祧者外，喪失對本生父母之繼

承權及免除扶養義務，民法之解釋亦以消極者爲妥。

（註）解釋例「養子女從收養者之姓，既爲民法第一〇七八條所明定，則養子女自不得兼用本姓，如以本姓加入姓名之中，其本姓只能認爲名字之一部，而不得視爲複姓，至兼承兩姓宗祧，雖無禁止明文，但參照同法第一〇八三條之趣旨，仍不生法律上之效力」（二十五年院字第一六〇二號）

第六款 收養關係之終止

養親子關係，既係人爲之擬制，得仍由人爲之合意或判決解消之，蓋與離婚相同。故終止收養關係云者，以合意或判決解消養親子關係之謂也。

親子關係爲各人終身間之關係，則其擬制之收養關係，自亦以終身間繼續者爲本則。惟期其終身，各方始能發揮慈孝之真情，以充實所以收養之意義。然世態複雜，人情無常，血親骨肉之間，尙難免意見衝突，感情齟齬。況在本非直系血統連續之假親假子間，而使模擬最親密之生活，其易生誤會而致感情乖異，蓋轉爲人情之常。或由輕蔑之心，而冷遇虐待其養子女，或因誤會，而違拗養親之意等，違失其所以收養之初意者，爲習見不稀之事。在此等場合，若不許解消關係，以資救濟之，其貽害於社會秩序，蓋亦與禁止離婚相同。故民法特爲設終止收養關係之規定也。

終止收養關係，即舊律之所謂歸宗。歸宗有兩願歸宗及判決歸宗之別，民法亦分爲同意終止及判決終止二者，分說於后：

第一項 同意終止

同意終止云者，收養關係由養親與養子兩相情願解除者之謂也。其理由蓋與和離相同。關於同意終止之法律要件，應與收養要件相似，今就民法所規定者述之。

第一 養親子雙方之同意

養父母與養子女之親子關係，既基於兩願之擬制，係身分契約之一種，故仍得由雙方同意終止之（二〇〇），蓋為當然之理。所謂同意云者，養親方與養子方對於終止收養關係之意思相一致之謂。故依此推之，終止收養之當事人，以限於養親及養子本人者為原則。又有配偶之養親或有配偶之養子，未得配偶共同或同意之單獨意思表示，自不能成立所謂終止之同意。此與收養要件之理論，應無異致。然應考察之問題有二：

一 養子方之終止行為，如養子為無行為能力或限制行為能力人時，應由何人為代理之是。法文簡略，不無疑問。當無行為能力養子為終止行為時，其法定代理人，固仍為養親。若由養親單獨而為雙方之意思表示，是不但顯與得由「雙方同意」之法意相牴觸，亦非兩願終止之本旨。考無行為能力人之被收養行為，既由其本生方之法定代理人為代表一切，則關於同一收養契約之解除，仍由能充分保護被收養者利益之本生方法定代理人為代理之，即由原契約當事人解除契約，蓋為論理之正乎。且一旦終止成立後，未成年被收養者之護養義務，仍依法轉移於本生方法定代理人，則從本生方法定代理人之利害着想時，終止行為實即為負擔義務之行為，應由其直接參與終止行為，較為合理也。民法關此雖無直接明文規定，然依民事訴訟法第五百八十二條之法意推論，作如此解釋，最為妥當。設未成年養子，既無本生父母，亦無其他法定代理人者，則終止同意在法律上為不可能。在社會政策之見地上，亦不應聽許養父母之自由放逐其養子。故在此種場合，養親雖欲終止，亦屬不可能也。

二 收養配偶之直系血親卑親屬為養子女者，一旦欲終止收養關係時，應否得配偶之共同，亦是問題。配偶對被收養者，既為自然血屬之親子，必使其共同終止收養關係，在理論及實際均未為合理。然依民法解釋，非共同實難以成立收養終止。在此種場合合理應有例外規定，已如前述。考普通有配偶者收養子女或終止收養，應由其配偶共同者，其立法目的在使其共同得擬制子女，或共同喪失擬制子女。在收養配偶之子女，其性質自屬不同。收養或終止收養，對配偶原有血親子關係，固仍無影響。故在本問題，對「應與配偶共同為之」文意，

毋庸解爲「應得配偶之同意」較爲妥當也。

又如養親死亡後，因收養爲親子關係之擬制，故其收養關係，自仍存在，且收養之一部分效果——如遺產繼承等，正由養親之死亡而發生也。若養子欲於養親死亡後，終止收養關係時，以已無終止契約之對手人，故同意終止絕無成立可能。設若養子女之在養家，僅維繫於養親之情愛。一旦養親死亡後，失所依倚。甚或受養親方其他親屬之歧視，不能繼續留住者，若不許脫離養家消滅其收養關係者，其不合人情，蓋與配偶死亡後，不許再婚者相同。然養親死亡後，若無條件可以自由脫離，亦非所以保護已死者之利益。故在此種場合，蓋祇以第一〇八一條第六款所謂重大事由爲理由，請求終止之宣告，以資救濟乎。日民關此有「養親死亡後，養子欲離緣（終止收養）時，得經戶（家長）之同意爲之」^(一八六)，但「養子已爲戶主者不得離緣」^(一八七)。此蓋以戶主爲家產繼承人之家族法制，當然規定也。在我國之家族制，雖不與日本者相同。然舊律及習慣關於養子歸宗者，例不能將所得養家財產帶去，而現行法解釋，終止收養之效力，不溯及既往。若許允養子於繼承養親遺產後，終止收養時，是與舊律習慣及養親方之利益，必多齟齬。故民法特略而不規定，以待法院之裁量乎。余意以爲如許允養子於養親死亡後，終止收養者，其終止收養之請求，應有一定期間上之限制。最妥善者，使終止收養與拋棄遺產繼承權，有連帶關係。養子拋棄繼承權者，同時并應終止收養。請求終止收養者，應以拋棄其對養親遺產繼承權論。而請求終止收養之期間，亦可與拋棄繼承權期間，同一處遇。如是則養親方及養子之利益，均得保全。然此已非解釋問題，而爲立法問題矣。

終止收養，既屬普通法律行爲之一種，如終止意思在無意識或在精神錯亂中所爲者爲無效，因被詐欺或被脅迫而爲者可撤銷，應適用總則規定，自無待言。

第二 終止書

同意終止必書立契據，其理由蓋與和離相同。其應依照第三條規定，亦與收養書面無異。不過在收養時，可以以撫育之事實代書面，終止則不能以離居代之。蓋親子因事離居，原爲常事。且無書面，無以明確保證

終止意思之合致及其日期也。又戶籍法之同意終止登記，及登記時須具證人等規定，非終止之成立要件，與收養登記同（戶籍法六八）。

第二項 判決終止

判決終止云者，法院以判決解消收養關係之謂也。收養關係之終止，能由雙方同意者，即成前項同意終止，不必經法院之判決。而必經法院之手而解消之者，第一，當然為雙方對終止意思顯著的不一致場合。第二，為一方之意思，願否解消，不明瞭場合。由法院審查繼續收養關係之是否適當若可能。如認為不可能或不適當也，於是以判決代不同意方或同意與否不明瞭方之同意，而終止收養關係，以濟同意終止之窮，此即判決終止之所由設也。

第一目 判決終止之法定原因

民法關於單方欲終止收養關係者，須經法院之判決。然法院之受理若審查終止之是否適當，必有所依據之準則方可，故民法特為列舉得宣告若請求終止之情形，以為請求及宣告終止之準則。此類所列舉情形，即為判決終止之法定原因。今就第一〇八一條所列舉者說明之。惟本法施行前所發生之件事，而依本法之規定，得為終止收養關係之原因者，亦有適用（民觀施一二）。

第一 虐待或重大侮辱

養父母養子女之一方，對他方為虐待或重大侮辱時，被虐待或被侮辱方得請求法院為終止收養之判決。本款與離婚之場合不同，有虐待之外復加重重大侮辱。故本款之所謂虐待者，蓋僅指對肉體上所加之酷暴行為而言。關於肉體的虐待之內容，亦與離婚場合不同。蓋養親對養子既屬親子關係，養子服養親之親權。即養親對未成年養子，在必要範圍內行使其懲戒權，加以管責，在夫妻間或已可成為虐待，在親子間或不能謂為虐待。

也。反之，養子對養親所加之虐待，由倫常尊卑觀念律論，其成爲虐待之暴行，程度上蓋應與前者有別矣（註）。至侮辱必以重大爲條件者，其理由亦同，蓋訓叱子女，即在大庭廣座中行之，亦不能謂之已成侮辱。故所謂重大侮辱云者，蓋指逾越訓責所必要範圍者也。反之，養子對養親即未至所謂公然侮辱，已爲爲人親者不能忍受之程度時，蓋已可成爲重大者乎。總之，本款之虐待與侮辱，以施者受者之身分地位等，異其內容，蓋爲自明之理也。

（註）判例：「養子無故將其養母鎖在門內一日，不得謂非對於養母爲虐待」（二十九年上字一〇二七號）

第二 惡意遺棄

養親子間亦猶血親子互負扶養義務。一方對他方以惡意拒絕此項義務時，即爲本款之遺棄。養親子關係純基於擬制，如一方已能證明他方拒絕扶養義務之出於惡意，則此種擬制已消失其存在之理由。不如婚姻場合，夫妻於精神肉體二方，曾有實際的連絡，可冀他方回念前情或有轉圜餘地，故加以繼續狀態爲要件也。

第三 養子女被處二年以上之徒刑時

養子女之被處徒刑，在養親首被教子無方之惡名，名譽精神兩受損失痛苦，自不待言。故特爲養親方請求終止之原因。被處徒刑之罪，不問其爲不名譽罪或其他罪。總之，刑期在二年以上，即構成本款原因。故與離婚場合不同。其理由蓋收養子女所以慰暮景，繼後，或助理家業。今養子女因犯罪而處徒刑，養親之收養目的，蓋已毀滅無餘。又從養子女而論，因不安分守己而遭羈縻，使養親受累，亦已無再主張繼續恩養之義理矣。然應注意者，因處徒刑而有請求權者，祇爲養親一方。如養親被處徒刑時，養子女無請求終止之權利。蓋養子女多受養親養育之恩，今因養親被處徒刑，遽主張終止收養而離去，是於倫常觀念不宜，亦爲我國淳風美俗所不許也。

第四 養子女有浪費財產之情事

養親之收養子女，原意在視作親生子女，以慰暮景，或使助習家業，繼承家產，已如前述。如養子女性喜

浪費，揮霍無度者，不論其所浪費者爲養親之財產，抑或自己特有財產，其不能勤儉爲家，繼親立業，蓋已不難預卜。是爲遠失所以收養之本意，故爲養親方請求終止收養關係之原因，本款之重心在養子女浪費性情及行爲，其所浪費財產之誰屬，非所問也。

第五 養子女生死不明已逾三年時

模擬膝前有子，所以收養他人子女，今養子女失蹤後生死不明至逾三年之久，是已失滅所以收養之意義，故列爲養親方請求終止之理由。反之，若養親生死不明已逾三年時，養子女無此項請求權，其意云何，難於索解。其爲在普通場合，養親爲有資產者，所以收養子女，使承家繼業。故養親雖生死不明，養親之親屬及家產均在，正可由養子繼續維持，故不予請求之權。然若在無資產無親屬之養親則何如。故在養親生死不明之場合，養子欲終止關係者，解釋上除能證明其出於惡意成爲遺棄外，祇有認爲次款之重大事由之一種而已。

第六 有其他重大事由時

除前述五款以外之事由，其性質情節足以破滅收養關係之根本意義者，蓋卽爲本款之所謂重大事由者乎。事由之是否足以破滅收養關係，自隨法院斟酌社會通念，審查具體情形而定（註），不能爲括概的揣論。不過應注意者，重大事由之爲請求理由，不限在於任何一方，換言之，得以重大事由爲理由而請求終止者，爲養親子雙方平等之權利是也。

（註）有例示判例：「嗣子意圖使嗣父受事處分，而爲虛偽之告訴，經檢察官爲不起訴處分後，復聲請再議，自係所謂重大事由」（二十八年上字八四三號）

第二目 終止收養之訴

終止收養之訴權，爲專屬於收養關係當事人本人，與判離場合相同。蓋非養親子自身，不足以知收養關係之能否存續故也。有配偶之養親，由養父或養母一人代表爲原告或被告。一方死者以生存配偶爲原告或被告

(五八) 有配偶之養子爲原告時，應得其配偶之同意。以有配偶之養子爲被告者，則僅以養子爲被告。養子女雖不能獨立以法律行爲負擔義務者，亦有訴訟能力(五八)，得聲請受訴法院之審判長選任律師爲其訴訟代理人(一五八)或由其本生父母或由親屬會議所指定人代爲訴訟行爲(二五八)。終止收養之訴，專屬養父母之住所地或其死亡時住所地之法院管轄(九七)。

關於終止訴訟，民法未另爲規定不受理原因。蓋收養關係，不如婚姻關係之有密切的結合性，故其離合，亦不必如離婚多予妨礙之規定，在可能範圍內設法保持之也。

第七款 收養終止之效力

第一 在養親方之效力

一 關於身分上者

收養終止，卽爲消滅養親子關係之謂，故收養終止時，凡擬制上之關係，向後消滅之。其效力發生時期，(1)同意終止，爲終止書面成立時。(2)判決終止，爲終止判決之確定日。收養終止之戶籍登記，非效力發生要件，與其他身分行爲相同。

收養終止後，擬制上一切關係雖因此消滅，然至可滋疑者，曾有收養關係者之間，可否通婚是，其詳參照婚姻節。

二 關於財產者

收養終止之效力，原則上不溯及既往，蓋爲自明之理。故凡終止前養親子間之財產關係，應仍有效，如養子在養親方既得之特有財產，養親關於教養養子所費之資金費用等，以及養親就未成年養子之特有財產上，已使用收益之利益等，自無返還或補償之必要是。

三 給與金

收養之成立，非純基於收養者單方之利益，被收養者之承諾或要約，自亦有其功利的目的，已如前述。且收養之成立，直接間接均影響於各人生活式樣之決定。此種因收養關係已決定之生活式樣，一旦因終止中途突遭變更，其有重大影響於各方生活方針，自無待言。如一方因此而陷於生活困難者，他方應負社會共同生活活上之無過失責任，蓋為近代法律思想上所必要之推論乎。故民法為「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」之規定也（八二〇）。其要件為：陷於生活困難者，對於受判決終止而無過失。所謂相當云者，適應於應給與方之資力及請求方之困難程度者之謂也。在同意終止，自亦相同。不過同意終止，既屬當事人之自治，故法律無另為規定之必要耳。

第二 在本生父母方之效力

養子既與養親方消滅一切關係，則其對本生父母之自然血統連續關係中，向被收養關係所排除者，今因此種排除力之消失，仍回復自然原狀，蓋為自明之理。第一，當然回復所以表所由生之本性，第二，同時回復其對本生父母之一切自然親子關係。如為未成年者應入本生父母之家，即仍以本生父母之住所為住所（三〇八）等，凡對本生父母所有權利義務，均於收養關係終止日起一切回復之。但在回復前第三人對本生父母已得之權利，不因此而受影響（但書）。如本生家兄弟，因父母死亡，已開始之遺產繼承權，不因出養兄弟之歸宗而受其影響者是。

第三節 遺繼子女

第一款 意義

遺繼子女云者，謂繼承無直系卑親屬者以遺囑所指定之遺產，而取得遺囑人之婚生子女身分之人。故遺囑人為繼父或繼母。被指定繼承者為繼子或繼女。其關係，稱之為繼親子關係。無直系卑親屬之人，以遺囑指定

遺產繼承人，使發生與親生子女相同（110）之關係，蓋與收養制度同為擬制血親之一種。然收養之功用雖多，要不外收養者欲於生前得擬制子女，使發生現實的親子關係，以慰娛暮景，或助理家業，俾繼已志等，已如前述。若無是項需要，或在生前不願收養子女者，或因突發變故不及為收養者，而對於遺產又無繼承之直系卑親屬時，於是以遺囑指定繼承遺產之人，以充直系卑親屬。故遺囑立繼之特點，在繼親與繼子之間，於繼親之生前，不發生現實的擬制親子關係。

第二款 遺囑立繼

遺囑立繼（以後簡稱之遺繼），其目的在使指定繼承人，繼承其遺產，同時使對被繼承人發生親子關係。其關係之成立與否，一係於遺囑有效與否，及繼承人之對遺囑繼承承認與否。關於遺囑行為之要件，以及繼承人之承認或拋棄，詳於繼承編，姑不贅述。茲應研究者，為關於發生親子關係上所應考慮諸點，試說明之於後：

第一 關於被繼承人之資格

一 被繼承人與繼承人之年齡，是否應準用第一〇七三條之規定，自是疑問，就與收養同為親子關係之擬制論之，應理無二致。然（1）不於生前收養，而以遺囑立繼，蓋在實際上必有種種困難情形。（2）且在被繼承人生前，與繼承人不發生現實的親子關係，則繼親與繼子，年齡不相稱，亦少影響於正常之倫常觀念。法律既未有直接限制規定。故關此點者，似應可聽當事人之自由。而舊律及習慣除昭穆不相當者外。亦無明確年齡相差間隔之規定，詳細參照收養節。

二 親屬間遺繼應否顧慮尊卑分

舊律關於無子立嗣者有「若立嗣雖係同宗，而尊卑失序者處六等罰，其子歸宗，改立應繼之人」之規定，則尊卑失序之遺繼，是為無效之行爲。民法闕此無直接規定，然就第一一四三條之「無直系卑親屬者，得以

遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人。但以不違反關於特留分之規定爲限。規定推之，其目的不僅止於使得遺產繼承人，同時亦使被繼承人得擬制的直系卑親屬。蓋遺產繼承除直系卑親屬外，尚有第一一三八條之法定親屬繼承人。直系卑親屬之有無，固無重大關係也。既以得擬制的直系卑親屬爲遺囑制目的之一，即在我國倫常觀念，即善良風俗上凡輩分不稱若尊卑顛倒之親屬遺囑爲所不許，蓋無待辨證矣。(參照二十一年院字七六一號之解釋例)。

三 被繼承人如有配偶者應否得配偶之協同

遺囑既屬獨立的制度，原則上自不應適用收養之規定，亦不受收養規定之影響。故遺囑上明白指定爲遺繼承者，生存配偶之同意與否，自不生任何影響。繼承人對生存配偶，亦不發生親子關係。不過後者既爲繼親之配偶，而前者爲已故配偶之直系卑親屬，互相間發生一親等直系姻親關係而已。生存配偶欲與繼承人發生親子關係，應另爲收養，自無待言。

第二 關於繼承人者

一 繼承人之年齡輩分

已述於被繼承人項，茲不贅。

二 繼子有配偶者應否得其配偶之同意

遺產繼承之拋棄或承認，蓋爲繼承人之自由。法律亦未有應得其配偶同意之規定，自不成問題。不過遺產繼承之承認，即爲惹起身分變動之行爲，繼承人身分之變動，直接影響於其配偶對其他親屬間身分之變動。故對遺繼之拋棄與承認，事前應得其配偶之同意，蓋與收養場合，固無顯著不同。然無準用收養或另爲其他規定，解釋上固有問題也。

三 繼子可否再承認第三人之遺繼

若僅從遺產繼承着論，一人接受數人之遺產，於理應無妨害。但由繼承人取得婚生子女之地位論之，則一人不得爲二人之繼子，蓋與養子場合相同。舊律雖有兼祧之制度，即一人得繼二父以上之謂，但亦有限於同

父周親之條件。民法直接無任何規定，蓋保持模稜兩可之態度乎。

第三款 遺繼之效力

指定遺產繼承人承認繼承後，遺繼於以成立。自繼承開始時起發生效力。繼承人於繼承開始時，取得被繼承人婚生子女之身分。同時對被繼承人之其他親屬發生親屬關係。改用被繼承人之姓。入被繼承人之家，取得其戶籍。對本生父母及其親屬，除仍保持其血統連續的事實關係外，消失親子關係及其他親屬關係。

自遺繼關係成立後，其關係可否由繼子單意終止之，法無規定，自是疑問。余意以為指定繼承人，不接受被繼承人之遺意，自屬繼承人之自由，遺繼亦無由成立。一旦接受以後，依理應不能由繼承人單意廢止之，蓋為遺意契約之一般原則。法律雖無規定，慣例及社會通念，亦以如此解釋者為妥。

第四節 親權 (德語: *Elterliche Gewalt*, 法語: *Puissance paternelle*, 英語: *Rights and duties of the parents*)

第一款 緒說

民法自第一千零八十四條至第一千零九十條，為規定父母對子女間之權利義務。關於此類權利義務之規定，在普通立法例，均自成一章，冠以「親權」之節目，民法則否。茲為說明便利計，亦統括稱之親權。夫關於父母子女間之法律關係，本不限於本節親權所規定者，如第一百九十四條，本編第四章第一節，第五章，以及第五編之各種規定，蓋均為規定親子間之法律關係者也。然親權中所包括之法律關係，乃以父母保護教養未成年子女之權利義務為中心，與普通親子關係不同。其關係之內容為片面的非對等的。故親權法云者，實際上為父母保護教養子女之法也。換言之，為子女利益之法也。至子女成年後之親子關係，雖不復以子女之保護教

養爲中心，而變爲相互的對等的關係，然仍有異於其他親屬間關係之特性者（如後述扶養權義務繼承權之先順位等是），乃爲本節保護教養關係之反射效果。明乎此，然後父母子女之法律關係可得而理解也。

親權法之成爲現今「保護子女利益之法」，其間蓋有相當沿革。有史以後之家族組織，大概以強固的家父權爲中堅，子女之養育，係家長之責任，故對家中子女之權利，亦均操於家長之手。子女之養育，一以家之繼續繁榮爲標準，故可謂「以家利益爲中心之子女法」。古時羅馬家父對家子女，有生殺予奪之權。其所謂家父者，謂在家有權力之人，非子女之生父之謂，卽其例也。我國在封建時代有宗子別子，嫡子庶子之別，子女完全以承宗繼家爲本位，固無待釋明。卽唐律「諸祖父母，父母在，而子孫別籍異財者，徒三年」之律文觀之，亦爲有家長在者，雖父不得私其子女之意也。歐洲泊乎中世時，上述之家父權，漸移轉於生父，生父對子女直接有生殺予奪之權。我國清律「有祖父母，父母在者，子孫不得分財異居。其父母許令分析者聽」之規定，蓋同樣由「家利益之子女法」，而漸變爲生父母利益之子女法矣。至近世各國立法例，大概均一變其中世以來之態度，卽由生父之手，褫奪其對子女之生殺權，易以子女利益爲中心之法制。民法除於家制有關係之一二特別規定外，亦與各國大概相同。

故近世之親權法，乃爲子女保護法，以謀子女利益之增進爲根本原則。此種原則本基於所謂「父母之愛子無所不至」的人類本能，應無待於法律之規定。然子女爲第二世之國民，關係於民族者甚大。所謂頑父惡母，不能謂現世獨無。且以牴牾之情而誤子女之利益者，亦習見不稀。故特爲父母對子女之權利義務之規定，以爲父母保護子女之規範也。

第二款 親權之意義

親權云者，以保護子女身上及財產上之利益爲目的，法律上所賦於父母之權利義務之總稱也。

第一 親權係父母之權利亦爲父母之義務

權利同時即爲義務，爲親屬法之特性；已如屢述。此種特性在親權，尤爲顯著。親權不如普通債權可以自由拋棄，拋棄親之權利，即爲違反親之義務。如父拋棄其對子女保護及教養之權利，其結果子女陷於無人保護教育之境況，固爲子女之不利，同時實爲嚴重的社會問題是。

第二 親權者權利義務之集合也

人類在未開化時代，所謂家長權家父權者，其內容係包括的絕對的，換言之，有生殺予奪之效力。至現今之親權，既經前述進化過程，變爲子女利益之保護法，其核心在於子女利益之保護，故其內容之構成，一以子女之利益爲前提。何者爲子女利益，即何者爲父母對子女之權利及義務。換言之，父母親權利之行使，同時受其親義務之限制。故其內容成爲個別的。而非包括的。近世立法例及民法（一〇八四—一〇八八）關於親權之內容，均爲列舉的規定者，職此故也。故親權云者，即係此種以保護子女利益爲前提之各個權利義務集合之總稱也。

第三 親權者爲基於父母身分之權利義務

親權爲專屬於父母之權利義務；發生於父母之身分。故凡所以得喪父母身分之權利義務行爲，如婚生子女之否認，非婚生子女之認領等，均非親權之內容也。

第四 親權原則上係專對未成年子女之權利義務

未成年者，智能未全發育，不能獨立與世競存，故特責成其父母保護之。此蓋爲保護子女利益爲核心之制度，必然的結論也。子女成年者，除禁治產者仍須受監護外，已能獨立與世，自可由親權解放。若仍須事事受親權之牽制，不但非子女利益，抑亦非社會上交易安全之道。立法例關此多爲「子在未成年時服於親權」（德民一六二六，瑞士民二七三，但法民法三七三條以未成年子女結婚時爲止。）之明示規定，民法缺之。但觀第一〇八四條至第一〇八八條之規定，除第一〇八五條（其理由詳後述）外，餘均指明爲未成年子女，而在第一〇八九條總括稱爲「對於未成年子女之權利義務」，是則親權在原則上僅存立於子女成年以前之法意，不難窺知也。

第五 親權以對子女住所指定權爲要件

親權既以保護子女身上及財產上利益爲目的，則親權人欲實現此種保護之使命，首應有指定所以保護教養場所之權能。關此德法日立法例均有明文規定（德民一六三一，法民三七四，日民八八。但瑞士民雖非直接明文，然有「亦不得違法的使其父母分離」（二七三）之規定，蓋亦含有同意義也）。民法雖無此種明文，然父母既爲未成年人之法定代理人（八六），則據總則第二十一條已可包括，無另爲規定之必要乎。

第三款 親權人

親權人當然爲父母。爲服於親權之人現所同戶籍之父母。其爲服親權人之親生父母，抑爲收養父母均非所問也。祇需法律上在於實際支配子女之地位者，卽爲親權父母。如本生父母與收養父母，形式上雖均爲親權人，然收養成立後，子女轉入於養父母之戶籍，與養父母同住所，故實際上可支配子女者，爲收養父母，而非本生父母。從而親權人，爲養父母，而非本生父母者是。

親權既爲屬於子女雙親之權利義務。故原則上，自由父母共同行使之或負擔之。但（一）關於子女特有財產之管理，及（二）父母對於權利之行使意思不一致場合，均由父單獨行使之。蓋前者因家庭生活費用，既由父負主責任，故爲統制之貫徹起見。後者父母對子女所有之親權，雖屬平等，不分優劣，若關於行使上意思不能一致時，是爲一事兩意，子女將無所適從，非所以保護子女之道。故對於父母平等原則，爲此例外之從權規定也。立法例亦多相同（註二）。若父母之一方行蹤不明，或旅居在外，或喪失行爲能力等，不能行使權利時，由他方單獨行使之（註三）。其關於負擔義務者，亦同。卽父母之一方，已無共同負擔義務之能力時，由有能力方單獨負擔之（八九）是。

【註一】德民一六二七，一六三四，一六八四——一六九八。瑞士民二七四，法民三七二，三七三，日民八七七。

【註二】民法規定父母爲未成年子女之法定代理人，故父已死亡而母再婚者，揆諸男女平等之原則，固與母死而父再婚者

無異，自不能謂其對於所生子女因此遂喪失其父母之身分，即亦不能僅因此而謂其不能行使或負擔對於其子女之權利義務（二十三年抗字一七二號）。

第四款 親權之內容

親權之存在，全爲子女之利益，已如屢述。故親權人之行使權利，即一以子女之利益爲歸宿，不放任於權利人之自由意思，而爲無限制擴張，或無條件放棄之。今就民法規定，分爲關於子女身上者及關於子女財產者，二項說明之。

第一項 關於子女身上者

第一 保護及教養之權義

父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務（八四）。保護云者，排除危害，使子女身心處於安全之謂。教養云者，誘掖培植子女身體精神使健全發育之謂也。前者爲消極作用，後者爲積極作用，二者相須而成。父母之護養子女，本爲保種本能之一，無待於國家之干涉。然若不認爲父母之權利時，則不能排除他人之妨害，因而不能充分遂其護養之職能。若不認爲父母之義務時，則放任子女與匪類爲伍，感染不良習性，均非子女之利益。故特爲本條之規定。凡遇不法誘拐子女，使脫離親權時，父母便得以侵害親權爲理由，請求其子女之返還。又教養之方法，隨父母之身分地位及資力定之。或自行教養，或委託第三人行之，均屬自由。

第二 代理權

父母爲未成年子女之法定代理人（八六）。非死產之子女，一離母體卽爲人格者，有權利能力。對此無行爲能力或限制行爲能力之人格者，能代表其在法律上之利益者，厥惟其父母。故法律以父母爲未成年子女之當然代理人，以代表子女之一切利益。其代表子女利益，毋庸子女之授權，故謂之法定代理人。法定代理人之爲被

法定代理人子女處理事務，應負重過失責任。即父母處理子女之事務，應爲與處理自己事務一樣之注意（詳見總則規定）。

第三 懲戒權（一〇八五）

父母既負保護及教養子女之義務，如子女馴良孝謹，遵從親命，自不成問題。若頑劣成性，或年幼無知，不服教訓者，父母欲遂行此項護教義務，自非有制裁之方，以資糾正懲創者不爲功。故法律特予父母以懲戒子女之權。懲戒云者，以使子女改過遷善爲目的，直接所加於子女肉體上之制裁也。如笞責，監禁等是。年幼者思維簡單，染惡不深，隨時加以懲戒，易收矯正之效，實爲護教子女所必不可少者。然因其行使容易，世間父母往往逾越其必要範圍而濫用之。尤其在「爲父母利益之親權」時代，懲戒子女，往往爲父母肆性洩憤之具，子女之健康，生命爲此犧牲，亦習見不稀。現在親權既已變爲子女利益之制度，故凡逾越必要範圍之懲戒，卽爲違法。受親權人最近尊親屬，或親屬會議之糾正，或停止其親權之一部或全部。若濫用程度之尤甚者，雖爲親權人，亦負刑事責任，自無待言。所謂必要範圍云者，蓋爲遂行護教子女之義務上所必要之程度也。然此仍非具體之標準，在實際上欲定具體標準，亦屬不能。惟隨各地之風俗習慣，子女之體質性格，以及各種實在情形，斟酌量定而已。然應注意者，爲懲戒權客體之子女，不以未成年爲限者是。其他親權之客體，皆限於未成年之子女，而懲戒權既如上述爲所以遂行親權之補助權力，其他親權既因子女成年而終止，則其補助權力之懲戒權，自無保留之必要。惟舊來慣習，父母對子女懲戒，初無年齡上之限制，今若驟加以限制，則父母對成年子女，偶加以懲戒，亦應負刑事責任矣。是與我國倫常不合，故特暗昧其詞，以爲緩衝之地者乎。

第二項 關於子女 財產者

第一 對子女特有財產之管理權

子女離母體後，卽爲獨立人格者，有權利能力。故凡由子女之名，而取得之財產，如子女因繼承贈與或其

他無償取得之財產，自屬其所有。惟子女在與父母分家以前，係與父母爲共同生活。爲免在共同生活上，與父母財產相混同，故特名子女之財產爲子女之特有財產，獨立自爲會計，不直接參加於父母婚姻財產團。既爲獨立財產體，不加入父母之婚姻財產團，則其管理上之關係，亦不能直接適用父母之婚姻財產制，故復爲第一〇八八條之規定。即子女特有財產之管理，原則由父單獨任之。父如以事故，實際不能管理時，始由母任管理之責。原則上由父管理者，蓋家庭生活費用及父母財產制，均由父負責，則爲家庭生活費用之權利人子女之財產，亦由父管理，在家庭統制上，蓋爲當然之理。母之管理子女財產係直接根據於親權，非爲對夫之代理權。管理之內容，自與普通之管理權相同。即財產之保存利用改良以及管理上必要之處分等是。其他關於管理終了之規定，亦有適用，與夫妻財產制上之管理權相同。

第二 對子女特有財產之使用收益權

對子女特有財產之使用收益，蓋爲父母對未成年子女之特權，由父母共同享有之，與管理權之專屬於一方者不同。但前項既未明言管理費用之負擔者，原則上管理費用，應由特有財產負擔，蓋無待言。故父母之平等使用收益權，同時應除去管理上所必要之費用。從而現任之管理權人，有收益上之優先權，亦爲自明之理。

第三 處分權

除上述管理上所必要之處分外，父母對子女財產有否獨立處分權，觀第一〇八八條但書「但非爲子女之利益，不得處分之一」之規定觀之，其有獨立處分權，蓋可無疑。不過父母之處分子女財產，應以子女之利益爲前提。何者爲子女利益上之處分，何者否則，自就各種具體情形判定之。

第五款 親權行使之糾正及停止

親權非絕對權，係以子女之利益爲前提之相對權，已如屢述。若父母之行使親權，不以子女利益爲前提時，即屬親權之濫用。父母之濫用親權，若無法以糾正之者，則所以保護子女利益之親權，轉爲頑固父母酷虐

子女之利器。然親子間之生活，爲各種生活之最密切接近者，且濫用親權，酷虐子女，多係家庭內幕，國家雖欲爲周密監視，隨時加以糾正，亦有鞭長莫及之憾。且動以國家之力，干涉骨肉關係，所謂疎不問親，亦難得良好成果。故民法特將此項監視糾正之權，賦之於父母之最近尊親屬，或子女之親屬會議。因此二者均爲切近於親子雙方者，熟知親子雙方之性情素行，易爲是否濫用親權之判斷也。且以切近之故，隨發覺其濫用，隨予糾正，易收糾正之效。蓋是非明確，濫用親權者，亦易得其折服故也。糾正云者，指摘其行爲之錯誤，使改易或終止濫用之謂也。雖經糾正。而仍不改悛，是非藉國家之力，不足以保護子女之利益者矣。于是得由父母之最近尊親屬，或子女之親屬會議，請求法院宣告停止其權利之全部或一部。此項請求權，爲關於保護子女之利益者，亦應專屬於子女之普通審判籍所在地之第一審法院管轄。

法院於受理後，應爲調查證據，及審問當事人，並得酌量情形，而爲全部或一部停止親權行使之裁定。自裁定送達之日起，發生停止之效力。自停止裁定發生效力日起，受停止裁定之父或母，其停止爲全部者，喪失一切親權。僅一部分者，喪失該一部分之親權。其經停止部分之親權，由他方單獨行使之。如父母雙方均受停止裁定，其所停止之部分相同者，則就該部分之親權，開始監護。由監護人代之。如親權人，本祇一人或父母同時受全部停止之裁定者，則完全開始監護。

親權之停止，既係因濫用由法院裁定而成立。如其所以停止之原因終止，或確實無再發之情形時，父母對子女究屬骨肉，長使喪失對子女之權利，殊非人情之常。應可仍由請求權者向法院請求停止之撤銷。停止撤銷後，仍開始其原來之親權。但須經法院之撤銷裁定，及適用撤銷無溯及效之原則，蓋爲理論上自明之理者乎。法律關此點，雖無規定，但就停止之意義推之，本屬暫時不行使親權之意，並非根本撤銷父母之身分資格。故如一旦所以停止之原因消滅時，自可使其復活也。

又因裁定而停止者，係親權中之權利部分，而與義務部分無關。故凡父母對子女所有義務，不因停止而受影響也。

第四章 監護 (德·Vormundschaft, 法·tutelle, 英·Guardianship)

第一節 監護之意義

監護云者，爲保護不服於親權之未成年人及禁治產人之身體財產，法律課於能力人之社會的職務也。今就此定義說明之：

第一 監護爲保護無能力人身體財產之職務

未成年人年幼無知，無保身治產之能力，故應服於父母之親權，受其保護，已如前述。若無父母或父母均不能行使親權時，未成年人之須人保護，自仍如故。於是設監護人代行父母職務，教護其身體，管理其財產。禁治產人係在於精神喪失之常況者，其須人保護，殆有過於未成年人，亦同樣應設置監護，爲之看護其身體，醫治其疾病，兼管理其財產。故監護云者，純爲保護無能力人之身體財產的職務之總稱也。

第二 監護爲能力人之職務

因未成年人及禁治產人，均係無能力者，不能獨立治產，自行保身，故特設監護制度保護之。則充監護之任者——執行監護職務之人——監護人。自身非有完全行爲能力者，不能遂行此項職務。故充當監護人者，必有限有行爲能力人。蓋監護人之對無能力人所爲之保護行爲，係直接自負其責。非如普通委任代理場合，受代理行爲之結果者，爲委任者本人，而非代理人。故在委任代理，可以非完全能力者充當代理人，在監護則不可也。

第三 監護爲社會的職務

監護職務之內容，如保護無能力者之身體及管理其財產等，雖純爲私法上之事務。然監護人之所以負擔此種職務之義務，乃爲一種社會法的強制負擔。蓋個人不能離社會而獨存，無能力者亦爲社會組織之一份子，本社會互相扶助之精神，將此種保護無能力人之職務，特課之於與無能力人有瓜葛關係之能力人，以期社會之健

全發達，爲近世社會觀念上當然之理。故凡對無能力人，在於有履行此種義務地位之人，一旦依法律被任爲監護人時，非有正當理由，卽不能辭其職務者（九五〇），職此故也。

第二節 監護制度變遷之概略

在宗族家族制社會，宗長家長常以強大支配權統制其宗家全體屬員。同時屬員之生活，亦由其一手保障。屬員卽有年幼白癡瘋癲等情，應如何保護問題，自無獨立考慮之餘地。然宗長家長自身若係幼少或有癡癲疾患時，欲遂行其統制及保護屬員之職務，轉成爲問題。蓋當時宗長家長係直系卑屬世襲，宗長家長之幼少不經事，不但有關全屬員之休戚，亦爲宗家衰替之基因。故關於幼少宗長家長之保護，在當時社會組織上，爲最重要之立法問題。亦卽監護制度所由發生之原始理由也。故在當時監護制度之特色，爲（1）監護人常爲幼少之宗長家長。（2）監護之職務，專爲家長權之代行使是。此卽監護制度之第一期形態也。在羅馬法上不服家長權（*Patria Potestas*）之未滿十四歲男子，日爾曼法不服父權（*munt*）之未滿十二歲男子，應設置監護者，卽此種制度之留形於法條者也。

洎後家長的統制漸趨弛廢，親權與夫權相繼由家長權遊離，無形中潛移默變爲未成年子女專由親權保護，妻由夫權保護之狀態。在此種狀態之下，新發生問題有二：（一）幼少者如無親權人時，應如何保護。（二）不能受夫權保護之女子，應如何處遇是。家族制之統制力，既已式微，家屬成員各人已保有特有財產，親權夫權已至相當程度之生長，固不能再依靠家長權，以解決此項問題，自無待言。故監護制度至此亦自非隨時勢蛻變其內容不可矣。此爲第二期形態。在此期爲受監護人者，凡無親權人之幼少者及無夫權保護之女子均是。是否家長已非受監護人之資格要件。又家長權雖已衰削，家屬間共同生活，尙未完全崩潰。雖不如舊時之大規模，然家屬間經濟共同生活，依然存在。故監護制度仍以家族制度爲其背景，監護關係原則上仍以家族法的身分爲其基礎。監護人對受監護人身上有支配權，對受監護人之財產有收益權，同時對受監護人負扶養之義務。

故第一第二兩期之監護制度，可總稱之爲家族法的監護法。

至近世家族制度日益崩壞，家產愈益分化，家屬間共同協作之範圍，亦日趨狹小，從而監護制度亦愈消失其家族法的背景。監護人不但不必限於有家屬身分關係者，且有時亦不限於有親屬身分關係者。監護人已不能有如家族法的監護制度時代之強大權利，同時對受監護人免除其扶養之義務。監護人在實際上已變爲財產管理人員矣。此爲監護制度之第三期。

至此期之監護既漸次消失其家族制度之背景，替家族制度之思想而爲其基礎理論者，蓋爲人類社會的相互扶助觀念及國家職能觀念是也。故如法法認監護職務爲社會的公務，德法以保護幼少者之職務屬於國家，特由監護法院行使其職務，親屬會議除極少例外外，無參與監護事務之權利者等，蓋即此類思想之具體化者也。監護制度既蛻變爲國家的職務或社會公益的制度，故法律對監護人之職權，例爲周密的規定及嚴格的限制。如監護人對受監護人免除其扶養義務，對受監護人消失其專斷的支配權，財產收益權。同時增課以開具財產清冊，報告財產管理狀況之義務。且有時亦可有請求報酬之權利等是。

又女子監護制之廢滅及禁止產監護制之急進的發達，亦爲本期不可忽視之特色也。前者因女權向上進步之結果，自無殘留之餘地。後者雖亦胚胎於羅馬及日爾曼古法，但其發生較遲，發達滯緩，其效力微弱，不能與幼少者監護並論。至今則殆與幼少者監護無異矣。蓋由上述監護制度之發生理由及至近世之變遷過程上，當然之趨勢也。

我國舊律並無關於監護制度之規定。而習慣上有所謂「托孤」「管家」等，實質上雖近似於現行法監護。因無一定法律規定之故，管家人與幼少者間之權利義務關係，混淆不明，弊端叢生，能充分遂保護之功能者，亦惟保護人之有特高人格者之場合而已。民法監護制所取爲根據者，自係上述第三期監護理論，然因維持家制之故，故仍參和以家制背景（如第一〇九四條及第一一二條之祖父母爲監護人時，以同居爲先順位之要件者等是）。茲就民法規定解說之於后。

第三節 監護之開始

監護之開始云者，在一定人發生須受監護制度保護之法定情由之謂也。監護既爲社會公務性質的制度，故除部分的委託監護可聽親權人之自由意思外，即不能由當事人之任意設置或廢止之。簡言之，應開始監護之情由，必須法律規定是也。關此民法特爲規定應設置監護之場合如左：

第一 未成年人場合

一 未成年人無父母或父母均不能行使負擔對其未成年子女之權利義務時（九一〇）。未成年人原則上本受父母親權之保護，如父母雙亡，或生死不明，或未爲認領，或成爲無行爲能力，或親權已受停止之宣告等場合，子女必被遺棄於無保護狀態，是在社會上爲最不妥善之現象，故特於此種狀態成立之時，設置監護人，開始監護之職務，以代親權者保護未成年人利益也。但未成年人已結婚者，雖無親權保護，因有配偶互助合作，已無受監護之必要，故在例外（九〇九）。

二 父母對其未成年之子女，得因特定事項，於一定期間，委託他人行使監護之職務（九二〇）。本項監護之設置，完全基於親權人之委任。係任意性質，與其他監護不同。如父母雖非如前項之不能行使全部親權，因種種情由，一時的部分的事實上不能履行其親權時，因親權爲父母之權利同時亦爲其義務，爲履行其義務應即委託第三人代之。故事實上父母不能行使親權時，蓋即爲本項委託監護之應開始時也。從而自其委託第三人代行使親權，係父母之履行法定義務觀之，蓋亦多少帶有相對的強制性質也。

第二 宣告禁治產場合

禁治產人應置監護人（一一〇）。禁治產成立於法院之宣告，故監護應隨法院禁治產宣告時開始之。未成年人如亦在心神喪失或精神耗弱之狀態者，亦得爲禁治產之宣告，同時亦應設置監護人。然受監護人一人，同時不能有二監護人，爲監護制度之原則。故在此種場合，如不更易前監護人者，應仍由前監護人——未成人之

監護人兼之。

第四節 監護之機關

關於實行監護上所必要之組織，稱之爲監護之機關。民法所規定爲監護機關者有二，一，監護人。二，親屬會議。前者爲監護之實施機關。後者係監護之監督及決議機關。分述於后：

第一款 監護人

監護人云者，行使監護職務之人也。被監護之無能力人，謂之受監護人。每一人受監護人，除父母及祖母爲監護人之場合外，祇能置一監護人。反之，一人不妨爲數人受監護人之監護人。

第一項 監護人之種類

第一目 未成年人之監護人

未成年人之監護人可分爲：（一）委託監護人，（二）指定監護人，（三）法定監護人，（四）選定監護人。

第一 委託監護人（一〇九二）

對未成年人設置監護，本以第一〇九一條之場合爲原則，本項之委託監護即爲對此之例外也。在本項情形父母不但生存，且能行使其親權者。不過因種種實際情形，對一定事項，在一定期間，不能若不宜行使而已。故基其對子女之義務，而須委託第三人代之。既屬委託，自由由親權者隨時撤銷其委任。又既限於一定事項，則對於此一定事項應即委託監護人之監護外。其他事項自仍服於親權也。在外觀上似一人受監護人而服二人之監護，然其實際上監護人僅就一定事項而爲父母之代理人，其全體監護 思之決定權，仍統一於父母，非

完全獨立二個監護意思之並存也。

第二 指定監護人

未成年人之監護，係代替親權人，保護未成年人之身體財產者，故其實質，乃為親權之延長。然能為未成年入選擇誠實可靠之監護人者，亦惟未成年人之父母最為適當。故法律特允死之父或母，以遺囑指定保護其未成年子女之監護人（九三）。後死之父或母之指定範圍，即被指定人之資格，無任何限制。未成年人之家屬親屬或非家屬非親屬均可。又後死父或母要以現在行使親權者為限。預以遺囑指定監護人，所以謀未成年入保護之不中斷。如父母之一方受全部親權停止之宣告，他方於臨終時，以遺囑指定監護人者，雖非後死亦自應有效也。

監護人之指定，係指定權人之單獨行為，不以先得被指定人之承諾為要件。指定限於遺囑行為。指定與否係指定權人之自由。如指定權人未為指定而死亡時，監護仍自開始。法定監護人或選定監護人依次開始執行監護職務。

第三 法定監護人

法定監護人云者，依法律規定應執行監護職務者之謂也。法律之所以預為排定應充當監護之人者，蓋斟酌親子夫妻之關係及一家之安甯和平，以期符合於監護制度之本旨也。本項法定監護人之設置，以父母均不能行使負擔對於未成年子女之權義，或父母死亡而無遺囑指定監護人之場合為限（九四）。在此種場合，應充任監護人者，其順序如左：

一 與未成年人同居之祖父母。

二 家長

三 不與未成年人同居之祖父母。

四 伯父或叔父

右一三兩款之祖父母，共同行使監護職務，如意見不一致時，應準用第一〇八九條之規定取決之。蓋監護為

親權之延長，而祖父母則與父母相同故也。第四款僅列舉伯父或叔父，依照舊俗親屬稱呼例，僅爲父系旁系三親等血親尊親屬。然必將其他旁系三親等血親尊親屬，如姑母舅父姨母等除外者，實莫名立法理由之所在也。考親屬法之根本原則，在廢除宗法遺蛻的宗親外親之分，本款規定，實與相違。又親屬會議與監護人對受監護人同爲監護機關，職能相同。親屬會議會員資格，既不分家親外親，則有監護人資格之親屬，亦不應只限於父系男系而不及母系女系。故依理本款之監護人應與第一千一百三十一條第三款同其範圍，即應規定爲「三親等內旁系血親尊親屬」方合乎我親屬法意也。

第四 選定監護人

在後死父或母未爲指定監護人而死亡，又無前項之法定監護人時，其監護人應由親屬會議選定之。被選定者即謂之選定監護人。被選定資格亦無限制，親屬家屬非親屬非家屬均可。

第二目 禁治產人之監護人

禁治產人之監護人亦可分爲三類，（一）法定監護人，（二）指定監護人，（三）選定監護人。

第一 法定監護人

禁治產之未成年者，應服於親權，其監護由父母兼之。但雖未成年而已結婚者，依第一〇九一條之規定，已可不服親權。故對禁治產人之法定監護人順序，配偶先於父母。蓋結婚後由配偶保護禁治產人，或較其父母爲便妥故也。今列舉其順序如左：

一 配偶

二 父母

三 與禁治產人同居之祖父母。

四 家長（一—一—一） （1 2 3 4）

第二 指定監護人

如禁治產人除其父或母外，無前項一三四款之法定監護人者，則後死之父或母，為預防自己一旦死亡時，禁治產人陷於無監護狀態起見，得以遺囑預為指定繼已而為監護之人（一一一¹⁵）。本項禁治產人之指定監護人，與未成年人之指定監護人之順序不同。未成年人之指定監護人之順序前於法定監護人，而本項則後於法定監護人。其理由，蓋未成年入而兼禁治產者，因其尙服親權之故，自依未成年人之監護制，而定監護人之順序。如禁治產人為成年人者，則已不服於親權，且已成年而尙未與家分離者，已成爲獨立的家屬，為全家之福利上，應先由其他同家家屬若親屬擔任監護，較爲妥便故也。

第三 選定監護人

無前二項之法定或指定監護人，或雖有其人，而不能負擔監護職務時，由法院徵求親屬會議之意見，為禁治產人選定其監護人（一一二）。本項監護人之選定，必由法院者，蓋禁治產人之監護，除兼為未成年人應適用未成年入監護制外，為對成年人之保護。且關於其身體保護等，其職務之性質，亦較保護未成年人者為重大。故民法特由法院參與之，以昭慎重也。

第二項 監護人之免除 缺格 撤退

第一 監護人之免除

監護人之監護職務，係社會的公務，同時亦為法律上強制負擔，故除委託監護外，無論其指定，法定或選定，依法已被定為監護人者，非有正當理由，不能辭其職務（九五¹⁰）。反之，如有正當理由者，得辭其職務，自無待言。得辭職云者，即所謂監護職務之免除是也。然其辭職之理由是否正當，應以何者為標準，法無規定，不無問題。余意以為理由之正當與否，應以實際上能否執行監護職務者為準。如被定為監護人者以其他公務，須在外居住，不能與受監護人常在一處者。或年邁衰弱，不能負擔職務等是。遇有此種情形時，被定為監護人

者，應向何人辭之，即其理由是否正當，應由何人判定之者，亦無明文。然親屬會議既爲監護人之監督機關，且有選定或對法院之選定監護人有陳述意見之權（一〇九^四一^五），應由親屬會議審查其理由，而定其去就，蓋可無疑乎。又監護人如有正當理由，欲免除監護之義務時，依理應不限於監護開始時，即其監護中途，亦應可辭任也。

第二 缺格

監護制度無非所以保護無能力者，故爲監護人者，自以有充分行爲能力，爲唯一要件。若自身無行爲能力者，自身之利益，尙須他人保護，何論保護他人。故無能力者，即不能爲監護人，此之謂監護人之缺格。民法之監護缺格者，爲禁治產人及未成年人（九六）。

第三 撤退

監護人如有抵觸或危害監護制度根本權義之行動及狀態，而猶復聽其繼續執行職務時，是將以監護作爲侵害受監護人利益之護符矣。故遇此種情形，應得撤退其監護職務，蓋爲當然之理。民法規定得撤退監護人之場合，爲左列三者（一〇六）：

一 違反法定義務時

法定義務云者，指法律所規定監護上之一切職務義務也（詳見監護事務之內容）。

二 無支付能力時

無支付能力者，往往卽爲財產上缺乏信用者，缺乏財產信用之人而爲監護人時，消極的不利於受監護人之社會信用。積極的有侵害受監護人財產之虞。故亦爲撤退原因之一。然本項不列爲缺格原因，而且限於監護關係繼續中變爲無支付能力者，由此二點推解，蓋僅爲相對的撤退原因。若使有高尚人格忠信誠懇爲受監護人謀利益者，則亦何嫌其個人支付能力之有無也。

三 違反親屬會議之指示時

監護人直接由親屬會議選定者，蓋惟受監護人爲未成年人且無第一〇九四條第一款乃至第四款法定監護人之場合。在此種場合，最能切實爲受監護人利益考慮者，亦惟由其最近親屬所組織的親屬會議。故親屬會議不僅爲監督監護人之監督機關，實對監護職務負全責也。而監護人之執行監護職務，應直接秉承其指示，蓋爲當然之理。若違反其指示，卽爲違反監護義務，故亦列爲撤退原因之一。

然對本項之規定不能無疑義者，爲禁治產人之選定監護人，是否亦有適用是。依文字解釋。違反親屬會議之指示，而得撤退之監護人，明定爲由親屬會議所選定者，而禁治產人之選定監護人，則係由法院選定，兩者顯屬不同，蓋不能同一處遇者也。然（1）依第一千一百十三條規定，撤退禁治產人之監護人，亦準用第一千一百零六條。（2）禁治產人之監護人之選定，雖由法院行之，但其選定之根據，爲親屬會議所提示之意見——卽法院選定受親屬會議意見之拘束，則其與直接由親屬會議選定者，形式上雖屬不同，實質上蓋相差無幾。（3）監護人對禁治產人身體財產上重大監護行爲，應得親屬會議之同意（二二一），則未得同意或如徵求同意必遭拒絕之行爲，雖非積極的違反親屬會議之指示，要爲消極的無視其意見，其結果實質上亦殆相同。又（4）從親屬會議監督監護人之職責論之，依理卽無第一千一百十三條之規定，亦應有撤退之監督作用也。故余以爲文字上雖不無疑問，理論上應與未成年人之選定監護人場合同論。不過其撤退應聲請法院爲之而已。

第二款 監護之監督機關——親屬會議

受監護人因無能力自行保護其身體財產，故特設監護人保護之。是受監護人之身體財產上利益，全操於監護人之手。且構成監護職務內容之各種權利及義務，其性質係包括的，而非個別的，與親權相同。監護人在監護職務範圍內之一舉一動，卽爲受監護人身體財產上之利害得失。以血統連續爲基礎之親權，尙復有糾正其濫用或終止其行使之組織，現在不必以血統連續爲要件之監護職務，其濫用職權，侵害受監護人利益之情弊，更

較親權場合爲多發生之可能者乎。此於監護人之上，所以必有監督監護人之機關也。民法以親屬會議爲監護之監督機關，使監察監護人之執行監護職務。立法例有設監護法院直接干預監護事務，以遂其監督監護事務之職能，不另設監護監督人（如瑞士民法），或以特殊情形之必要始設之者（如德民法）。有以親屬會議爲監護監督之決議機關，於其下再另設監護監督人，以執行監督職務，而排斥遇事干涉私生活之法院監督主義者（如日民法）。民法大體與後者相同，不取法院監督監護主義，而以親屬會議爲監督之決議機關。然亦不另設常設監督人，遇監督事務中有須專人執行之者，由會議臨時指定一人（如一〇九九，一一〇七等），代表會議執行之而已。

第五節 監護事務

第一款 總說

監護之性質，雖爲親權之延長。然其事務之內容，與組成親權之權利義務，多有不同之點。蓋親權以天倫至情爲其基礎，法律在可能範圍內，避忌干涉。監護純爲法律技術上制度，不必以天倫至情爲基礎，用制度之機械的作用，以保護無能力人之利益者，其不能全信賴人情義理，蓋爲當然之理。故法律對於監護事務本身多爲杜防弊端之規定外，復爲設監督機關以監督之，今試先將與親權不同之主要點，列舉於左：

- 一 監護人全服親屬會議之監督。親權人除濫用親權場合外，不服其監督。
- 二 監護人對受監護人之財產，於監護開始時，有開具財產清冊之義務。親權人無之（一〇九九，一一一三）。
- 三 監護人有將受監護人財產狀況，向親屬會議每年至少須詳細報告一次之義務。親權人無之（一一〇三，一一一三）。

四 監護人得受報酬（一〇四），而無財產收益權（一〇二）。親權人對未成年子女財產有收益權（八八），而不受報酬（一一〇五、一一〇三）。

五 監護人關於受監護人身體財產為重大行為時，須生經親屬會議之允許或同意（一一〇二）。親權人可以專斷獨行（一一〇五、一一〇二）。

右述各點兩者之差異，完全以是否有天倫至情且同居共財者為準。故如監護人對受監護人而有親子關係或準親子關係者，不因親權之已失效，而與普通監護人受同樣待遇也。如第一一〇五條與未成年人同居之祖母，及第一一二條之父母或與禁治產人同居之祖父母為監護人時，不適用關於普通監護人之規定者是（一一三）。

第二款 監護職務之內容

關於監護職務之內容，無一定準則，隨各地之風俗習慣及正義公道而定。各國立法例固少統一成例，民法亦僅為綱領的規定。然應注意者，即委託監護之有特殊性質者是。委託監護人係完全受未成年人父母之委託，其事務以所委託者為限。且有一定期間。其處理事務係委任代理性質，直接對未成年人父母負責，不受親屬會議之監督。故不能與本章其他一切監護人同論。今就民法所規定關於一般監護人之事務，分述之如左：

第一項 關於受監護人身上之監護事務

第一 未成年人場合

關於未成年人身上監護事務，除第一款所述與親權不同者外，殆與親權相同（九七）。故監護人對受監護人有保護教養之權利義務，住所指定權及懲戒權等。其他如監護人係由親屬會議選定，而親屬會議對此等權義之範圍及行使方法，預有指示者，應受其指示之限制，自無待言。

第二 禁治產人場合

關於禁治產人身上監護，其中心在於其身體之護養醫治。故監護人首應按受監護人之財產狀況，而為適應的護養醫治，自無待言。然禁治產人在於心神喪失之常況，欲為充分護養醫治起見，有須送入精神病院或監禁於私宅之必要者。然此種監護事務，因事關受監護人身體之自由及其所需費用等，均為較重大之問題。除父母或與禁治產人同居之祖父母為監護人者外，監護人應先徵求親屬會議之意見，得其同意後行之，不能獨斷專行也（一一）。

第二項 關於受監護人財產之監護職務

第一 開具財產清冊

監護人於開始監護職務後，如受監護人生活，教育，護養，醫治，以及管理財產等，在在需費。至其用費之方法及內容，又須適應於受監護人之財產狀況。故監護人就職之始，首應調查受監護人財產狀況，製成財產總目錄。監護人可據此確知受監護人於監護開始時所有財產之總數，並可決定適應於受監護人財產之監護方針及方法。同時監護人所負責經手之收支，可基此計算，以明確其責任範圍。親屬會議亦可按此檢察財產管理之狀況。監護人編造財產清冊時，應會同親屬會議所指定之人，共同為之（九九）。監護人不於監護開始後即先造清冊，或不會同親屬會議所指定之人獨擅編造，均為違反法定義務。但有急迫情形，非先處理，不足以保全受監護人之利益者，則不在此例。又如在編造清冊以前，監護人與受監護人間有債關係者，應將此項債關係報告於親屬會議，同時應一併列入於清冊等，蓋均為公務的管理他人事務者，應有之義務也。

第二 財產之管理

受監護人之財產由監護人管理，其管理之內容，為保存改良等，與普通管理相同。管理上所需之費用，由受監護人財產負擔之。監護人為管理受監護人財產時，應與處理自己事務為同一之注意（一一〇）。此外監護人管

理財產上之法定義務，爲左列數端：

一、對受監護人之財產不得使用及處分

管理之作用，在保全財產。監護人之職責，既在管理，故原則上監護人不能處分及使用受監護人之財產。然在管理之必要上或其他情由，處分若使用，轉可增進財產價值者，則雖處分使用，仍爲不悖上述原則，故應在例外。惟不動產之處分，事情重大，事前應得親屬會議之允許，而後始可處分之（〇一）。以上以處分財產之繼受人係第三人場合而言。若處分財產之繼受人爲監護人本人者，是授者受者均屬本人，其易滋弊竇，自無待言，故民法特禁止之（〇二）。

二、財產狀況之報告（〇三）

監護人既受親屬會議之監督，應將財產狀況詳細報告於親屬會議，以明其管理之經過，蓋爲受監督人應有之義務。每年至少一次。報告期日如何，隨親屬會議定之。所謂每年至少一次云者，蓋係不必限於一次之意。且同時亦所以示親屬會議有臨時檢查財產狀況，或檢閱帳簿時，監護人應有忍受查閱之義務意也。

第三項 關於法律行爲之監護職務

未成年人禁治產人爲無行爲能力或限制行爲能力者，不能獨立爲有效法律行爲，原則上應均由監護人代理之，或以允許權保護之。然後監護制度始可完成其保護之功能。故民法以監護人爲受監護人之法定代理人（二〇九八，二〇九九）。其性質與父母之爲未成年人法定代理人者相同。故監護上之法定代理權，亦祇限於關於財產關係上之行爲。至身分關係上之法律行爲，祇能有同意權，不能有代理權。如關於婚姻關係之行爲等是（九七四，九八一，九〇四）。

第三款 監護之報酬

監護人負擔監護職務以無報酬爲原則。但隨監護人之家境及監護事務之勞逸，有受報酬之必要者，監護人可請求之。除委託監護，直接向未成年人之父母外，應向監護之監督機關——親屬會議請求之。由親屬會議酌量其勞力及受監護人財產收益之狀況，決定其報酬之數額（一〇四）。

第四款 親屬會議之監督職務

監護人執行監護事務，受親屬會議之監督。然親屬會議爲合議組織，監督意思雖可由會議決議定之，至監督事務中有須專人執行者，則須由會議臨時指定一人，代表執行之，已如前述。茲將監督事務中之主要者，列舉之於左：

第一 關於監護人之任撤者

甲 選任

1 未成年人場合 直接選定監護人（一〇九）

2 禁治產人場合 聲請法院選定監護人。同時對法院之選定，陳述其意見（一一二）

乙 撤退

1 未成年人場合 監護人有第一一〇六條之情形時，得直接撤退之。

2 禁治產人場合 如監護人係由法院選定，應仍聲請法院撤退之。關此點雖無直接規定，然選定既由法院，則撤退亦應由法院，蓋爲自明之理。

丙 決定辭任

審查辭任理由是否正當，而決定其去留，關於本項者，亦無直接明文，然既有選任監護人之確責，則審查辭任理由是否正當，蓋爲選任權之應有作用乎。

第二 關於監護職務者

- 甲 對監護人重大監護行為之允許或同意(一一〇二)。
- 乙 對選定監護人監護行為之指示(一一〇六三)。
- 丙 會同監護人開具財產清冊(一一〇九九)。
- 丁 檢閱受監護人財產狀況及監護人財產管理報告(一一〇三)。
- 戊 決定監護人之報酬(一一〇四)。
- 己 會同監護人清算受監護人財產(一一〇七)。
- 庚 承認或拒絕承認財產清算之結果(一一〇七II)。
- 辛 監視新舊監護人之移交或交還財產於受監護人或其繼承人(一一〇七一)。

第六節 監護之終止

第一款 終止之原因

監護終止，絕對的與相對的之別，分舉之如左：

第一 絕對的終止

所謂絕對的終止云者，監護與受監護同時終止之場合也。

- 一 未成年人成年或結婚時。
- 二 受監護人死亡時。
- 三 禁治產宣告撤銷時。
- 四 受親權停止宣告之父母，回復其親權時。
- 五 未成年人被人收養為養子女時。

第二 相對的終止

所謂相對的終止云者，應置監護之狀態，仍屬繼續，而監護人終止其職務之謂也。此係就監護人方面之終止而言，在實際上不過為舊新監護人之交替而已。

一 監護人死亡時。

二 監護人之辭任成立時。

三 監護人喪失其資格時（如監護人中途受禁治產宣告是）。

四 監護人被撤退時。

第二款 監護終止後監護人之義務

監護終止後，監護人之監護職務，雖亦隨之終了。但所有監護關係之結束義務，不因此而免除。結束義務維何，即財產之清算，移交或交還，及如有損害賠償義務者，則其履行是也（〇七）。

監護關係終止時，監護人即應會同親屬會議所指定之人，為財產之清算。財產之清算云者，將所經手關於受監護人財產上收支清理，而下以總結算之謂也。必會同親屬會議所指定之人，共同為之者，以防偽造賬目，隱蔽弊竇也。清算之結果，應經親屬會議之承認，而後始能成立。清算後，並應會同親屬會議所指定之人，將財產移交於新任監護人。如受監護人已成年時，交還於受監護人。如受監護人死亡時，交還於其繼承人。必會同親屬會議所指定之人移交或交還者，蓋恐後任監護人或初成年之受監護人或其繼承人，因不明此前財產實況，為其混蒙，至後日不能明財產上損害責任之誰屬故也。將財產移交或交還完了。清算之結果，亦經親屬會議承認。監護人如對受監護人財產致有損害，而負有賠償債務者，則於其損害賠償之履行後，於是監護人之責任，始得完全免除。如監護人死亡場合，前述清算等之結束義務，應由其繼承人繼承之（〇八）。應注意者，所謂監護結束義務者，非監護職務之本體，乃為監護職務之終任義務。故得由監護人之繼承人繼承之。非謂繼承

監護職務之本體也。又本項之義務，不問監護人之原爲受監護人之父母或祖父母，均一律不能免除。

第三款 關於監護上請求權之特別時效

監護人對於受監護人財產致有損害，已成立賠償債務之場合，受監護人或其法定代理人或親屬會議之此項賠償請求權，自親屬會議對於清算結果，拒絕承認之時起二年間不行使時，依時效而消滅（〇九）。此之謂監護上請求權之特別時效。普通請求權之消滅時效爲十五年（五二），本條之請求權特以二年間不行使而消滅者，蓋監護職務本爲強制負擔，係義務性質的公務，若亦適用普通時效，長使監護人負荷責任，似覺苛酷。且監護人及由親屬會議所指定之人，不外與受監護人有瓜葛者，故準情酌理特爲特別的短時效也。

第五章 扶養（德：Unterhaltsgewährung，瑞：verwandtschaftliche Unterstützung）

第一節 扶養義務之意義

扶養義務云者，謂特定人對特定不能維持生活亦無謀生能力之人，爲必要的經濟供給之親屬法上義務也。老幼相養，災疾相救，本爲人類惻隱心之流露，亦卽我國淳風美俗之精華。況在親屬同家之間，基於骨肉之恩，發於親愛之情，其相互扶助，更爲倫常當然之誼，固無待乎法律爲之規範，予以督課之也。然世風季瀆，人情澆薄，復加之個人主義之流行，權利思想之激盪，衣錦飮羞，曾不顧父母之飢寒者有之。任讒惑譖，恬不恤子女之凍餒者亦有之。天良德性旣已喪失於其中，則社會譏評亦何能匡糾於其外耶。此民法所以於近親同家之間，特爲互負扶養義務之規定也。

民法所責以互負扶養義務之親屬，其範圍極狹，且復有以同家共居爲要件。此蓋前者若人各能親其親，子其子，老其老，幼其幼，則扶養範圍之狹，適足使各人能充分遂行扶養義務。後者因民法仍以家制爲親屬生活之一中心，經濟活動之一組織故也。故現行扶養制度，其性質（1）以近親爲要件，不問其是否同家共居，是爲個人主義性質的制度。有時（2）復以同家爲要件，蓋又兼家制性質的制度也。

扶養義務，旣爲基於親屬關係兼家屬關係之身分上義務，同時亦具有財產上義務之性質者，故與父母對子女之保護教養義務，自屬不同。今試舉其差異之要點如左：

- 一 扶養義務，無一定期限。護養義務，以子女成年爲終止期。
- 一 扶養義務係相互的。護養義務則不然。

一 扶養義務通常以扶養費等名目爲一定金錢之給付。護養義務通常不能以金錢的價格履行之。

我國舊律關於扶養事項，而直接見於條文者，爲訴訟門子孫違犯教令律「凡子孫違犯祖父母父母教令及奉

養有缺者處罰」。又該律所附條例「子孫游惰，不營生養贍父母，因致父母自盡者，流三千里」。此蓋就直系血親卑親屬對直系血親尊親屬之扶養義務而為規定者也。反之，尊親屬對卑親屬之扶養，雖無直接規定。然由「若養同宗之人爲子」，「乞養異姓義子」（立嫡子違法律文），「姦生男女，責付姦夫收養」（犯姦律文）等律文推之，法律上尊親屬有扶養卑幼之義務，蓋可無疑。不過因認爲尊親屬者之當然義務，故未爲直接規定乎。亦因尊親屬卽有違反是項義務，不如前者之場合（卑親屬違反扶養義務）有刑事制裁故歟。但除夫妻外似僅限於直系血親屬之間者。蓋由「凡祖父母父母在，子孫別立戶籍分異財產者處十等罰」（別籍異財律文）之「家統於一尊」的家制思想結果，祇有縱的扶養關係，而家屬相互間不能發生橫的扶養關係乎。至祖父母父母喪亡，兄弟別立戶籍分異財產後，各自爲家，因之亦無發生互養之必要乎。故親屬間之扶養義務，除直系血親屬外，似以同家共居爲要件，與民法不同。又在家長地位之人，對同家親屬應負扶養義務，似不論親等之多寡者，則與民法相同者也。

第二節 扶養當事者

第一款 總說

在法律上應爲扶養之人，謂之負扶養義務人。被扶養之人，謂之受扶養權利人。其關係卽謂之扶養關係。然何人對何人負扶養之義務，何人對何人有要求扶養之權利，其範圍應有一定，然後其關係始可整理。故各國立法例例先爲規定扶養當事人之範圍。但其範圍之廣狹，各隨其民情風俗而定，初無一定準則。民法斟酌我國實際親屬生活之情形及家制之性質，而定扶養當事人之範圍如左（一四一）：

一 直系血親相互間

直系血親自包括自然血親及擬制血親而言。但不必以同家共居爲要件。亦無親等上之限制。

二 夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間

直系姻親間，原則上，無扶養權義。但同家共居者，（1）因家爲社會經濟生活組織之一，本團體生活之本旨。（2）推對配偶或子女之恩愛情誼，而及其直系血親尊親屬或其配偶。故亦互負扶養義務。然應注意者，本項直系姻親屬之間，祇限於一親等姻親屬。一親等以上者，無此權義。理論上是否妥當，自是疑問。如祖姑與孫媳，妻祖與孫婿間是。

三 兄弟姊妹相互間

外國立法例多不認此類親屬間之扶養義務。然在我國現在之家制組織及倫常習慣，自屬必要。本項亦不以同家共居爲要件。

四 家長家屬相互間

本項純以家制爲扶養權義之基礎。祇須依第一一二二條之規定而取得家屬之身分者，不論其原爲親屬非親屬若親等之多寡，均非所聞也。

此外夫妻間自亦有相互扶養權義。然夫妻生活根本以共同生活爲核心。其相互扶養自爲當然之誼。已詳細規定於關於家庭生活費用條項（參照婚姻章），故無另爲複列之必要。

總之，右述扶養當事者之範圍，除直系血親間，家長家屬間及夫妻間外，旁系親屬相互間，僅以二親等爲範圍。此固因範圍過廣時，轉不足以保扶養權義確實性之故。然伯叔姪甥間，依我國舊習慣應在扶養範圍以內者。例如孤貧幼弱姪甥，多賴胞伯叔母舅爲之扶養者是。民法斬釘截鐵不爲有條件的例外規定者，蓋不無論議之餘地乎。

第二款 扶養義務人

扶養義務者有數人時，應依左列順序定其履行義務之人（一五）。

一 直系血親卑親屬。

二 直系血親尊親屬。

三 家長。

四 兄弟姊妹。

五 家屬。

六 子婦女婿。

七 夫妻之父母。

右記扶養義務人先後順序之排列，即爲義務人實地履行扶養義務之先後。第一順位之義務者，應儘先履行其義務。如無經濟能力負擔義務時，然後由第二順位者履行之。如第二順位者亦無負擔能力時，然後由其再次順位者承接之，依次遞下，以至最後順位者爲止。順位排列之先後，蓋斟酌親親之誼及家制統率等理論，非漫爲羅列也。同爲直系尊親屬或同爲直系卑親屬者，則親等近者應先履行扶養義務。如子孫對父祖，應先由子扶養父，然後再由孫扶養祖。反之，父祖負扶養義務者，亦同。即父先扶養子，然後祖扶養孫（五一—五二）。

如在先順位之人，雖非全無負擔能力，然亦不能獨立完全負擔者，則應由其次順位者，按權利人之需要，酌量分負之。列如權利人爲子女，對子女負擔扶養義務之首順位，自爲直系尊親屬父母或祖父母。而尊親屬無完全負擔能力時，應由其次順位之家長，爲酌量分負之。如家長亦無充分分負之能力者，遞由再次順位之兄弟姊妹分負之等，依順位次序，遞爲分負者是。非謂因有無負擔能力之先順位者存在，次順位者即可免除一切義務也。又在同一順位而親等又相同之義務者有數人時，原則上，各人平均分負之。例如，扶養權利者有四個子女場合，應由其全體子女分負者是。然若四個子女之經濟能力不同者，則按各人經濟能力之程度，參差分負之（五一—五二）。

第三款 扶養權利人

扶養權利者有數人，而負擔義務人之經濟能力，不足以扶養其全體權利人時，自亦發生履行義務之方法問

題。若按扶養權利人之數，儘其經濟能力所能負擔者，分攤扶養，亦未始非一方法。其結果父母祖父母將與其他親屬或家屬受同樣扶養程度，固非親親之道也。故民法亦爲預排定應先扶養權利人之順序，俾義務人，依順序儘其經濟能力而先對先順位者扶養焉。其順序如左：

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

同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者爲先，與前條相同（六一一）。在同一順位而親等又相同之扶養權利者有數人時，原則上應受平等之扶養。然因各人自身分，生活式樣，不一定相同，從而其所需要之生活費用，亦應有差異。故義務人應按各權利人之需要狀況，分別酌量扶養之。

第三節 扶養義務之要件

扶養義務以左列二項，爲其存立要件。無之者，或二者缺一，即無扶養義務之可言。

第一 扶養權利人以不能維持生活而無謀生活能力者爲限（六一一）

扶養義務本由老幼相養，災病相救之道德義務，而變爲法律義務者。故在權利人必先有需要相養相扶之情形，然後義務人始發生養扶之義務。故民法以扶養權利人之不能維持生活而無謀生能力爲受扶養之要件也（六一一）。不能維持生活云者，有二義：（一）身邊現無生活資料——無資財之謂，如赤貧。（二）雖有資

財，不能爲維持生命上必要的利用之謂——如疾病。無謀生能力者，無勞動能力可以換取生活資料之謂。既無資財，復無能力獲得生活資料，是蓋除束手待斃外，無他方法矣。於是國家課有資財若有謀生能力者，以扶養之責任也。凡故有資財而利用能力者，或雖無資財而有謀生能力者，均不能構成本項之要件。但扶養權利人爲直系血親尊親屬之場合，不能同論（一一二）。蓋我國歷來既以孝爲道德規範之最高理念，則直系血親尊親屬之受扶養權利，不受此種限制，乃爲當然之理。從法律的理論言之，乃係對未成年子女的親權義務之反射的權利也。

本項應注意者，扶養權利人所以至不能維持生活若無謀生能力者，係基於本人之過失場合，對於本項要件之效力，是否發生影響之問題是。換言之，凡基於權利人之過失，而至不維持生活及無謀生能力，如放蕩生活之結果，不但蕩盡資產，且因此成爲殘廢而消失謀生能力者，是否仍有請求扶養之權利者是。外國立法例關此點原則上不生任何影響，即仍有受扶養之權利。不過有例外規定，即兄弟姊妹間之扶養，如權利人之扶養要件係由自身過失所招致者，義務人即得免除其義務（日民九）。民法關此無任何規定，蓋純以權利人是否已成立本項之要件爲準，不問要件之構成是否基於權利者之過失者乎。

第二 扶養義務人之負擔能力

扶養權利人雖已在於上述受扶養之適狀，若扶養義務人因負擔扶養義務，而不能維持自己生活時，則自救之不暇，何論救人。在此種場合，義務人得免除其義務，自無待言（一一八）。所謂不能維持自己生活云者，其資產及謀生能力均不足以自贍之謂也。

第四節 扶養權利之性質

前述扶養義務之要件，由權利人方面言之，亦即爲其權利成立之基礎。換言之，必自身不能維持生活而無謀生能力者，始生對法定有扶養能力者要求其扶養上必要的給付之權利也。此種權利就其性質言之，爲一

種財產的請求權。然因其以身分的關係爲其成立要件，故與其他一般債權物權不同。又因其以法律的保證一定人最低生活爲其存立目的，故又與其他親屬權以及身分權，亦有區別。故此權利以最低生活之保證爲根本觀念，而以一定身分爲從屬要件之特殊權利也。今根據此特性，而舉其與一般權利不同之點如左：

第一 扶養權利不得處分

普通關於財產上之權利，係純基於權利人個人之利益，故權利人得以個人意思，自由讓與賣買或拋棄，不受他人任何牽肘。然扶養權利則不同。蓋扶養權利爲保障個人生存之權利，同時亦所以維持社會公共利益者。若可由權利人自由拋棄處分時，是爲拋棄處分其生存權，其違反公序利益，自無待言。扶養權利人對現實的扶養義務之履行，雖得拒却之。但其基礎之扶養請求權本身，則不能預訂拋棄之契約。其他處分行爲，亦同。又自受扶養之要件成立後，權利人未爲扶養之請求時，則請求前已往部分之扶養，不能追溯的再爲請求。蓋扶養權利人之不請求，即所以表示無扶養之必要故也。若經權利人請求後，義務人遲延迄未實行扶養時，則自請求後積欠部分之扶養費，義務人應負清償之責任。

第二 扶養權利不能繼承

受扶養之權利，係基於親屬或家屬之身分，爲親屬若家屬身分權之一種，專屬於權利人本身，隨權利人身分之消失（如死亡，婚姻解消，收養終止等）而消滅。不能由其繼承人繼承之。其繼承人之扶養，應另根據其本人之身分定之。與被繼承人之扶養係另一問題。不過被繼承人在消滅權利以前，已屆履行期而尙未受給付之部分，因其已成爲純粹債權的請求權之故，應可由其繼承人繼承請求之。

第五節 扶養之程度及方法

第一款 程度

當實行扶養義務之時，在權利人自希望愈豐厚愈好，在義務人自以愈輕少愈好。此蓋人之常情，同時實亦爲爭執之因。故民法特預爲標準的原則（一九），俾當事人之依準酌定。

第一準則 扶養權利人之需要。

扶養義務之程度，應隨扶養權利人之需要定之。其需要程度之內容如何，則應斟酌扶養權利人之年齡，身體強弱康健病疾，及其社會上之身分地位等定之。例如，老者與幼者，病者與殘廢者，其需要自各不同。有須完全受扶養者，有祇須受一部分津貼者，亦各不同者是。

又對於幼少者之扶養，應否於維持其生活外，復爲相當教育。換言之，扶助扶養權利人使受相當教育，是否亦爲扶養之內容。民法未爲明文規定，解釋上自成問題。然教育爲所以增進生活技能之方法，在幼少者更爲需要。扶養義務人對幼少者僅維持其現在之生活，實不能謂之已盡扶養之能事。又國民有受國民教育之義務，在此義務教育期間，不能自謀其生，自無待言。故依理至少在此範圍內，扶養義務人在其能力所能，對幼少權利人，於維持其生活外，似應有扶助其受相當教育之義務也。以此爲當然之理，故民法未爲規定者乎。

第二準則 扶養義務人之經濟能力及身分

扶養義務人固應斟酌受扶養權利人之需要，而定其扶養之程度。然同時亦應審察自己之經濟能力及身分，能與權利人之需要相配合方可。若單方儘力應扶養權利人之需要，而供給其衣食住以及教育上所需之資料後，自己轉陷於飢寒，甚至需仰第三人之扶養時，雖或爲淳風美俗所值贊揚之事，然非法律義務的扶養制度之本旨。又扶養義務人自己養尊處優，豪奢一世，對扶養權利人僅給濟勉可禦寒果腹之生活資料者，亦不能謂之已盡法律義務之扶養責任。受扶養權利人，對自己一至親卽爲同家生活者，故其扶養程度，亦必以適應於自己身分地位者爲要件。

第二款 扶養之方法

扶養之方法，民法爲籠統的大綱外，無具體之規定。即第一先由當事人協議定之。協議不成，由親屬會議定之（二〇）。如親屬會議亦不能決定，或雖決定而不能得當事人之同意，則除請求法院判定外無他法也。至其實行扶養之具體方法者，不外二端。一，招迎扶養權利人來家共同生活。二，支給一定生活資料或費用而已。支給生活資料或費用之方法，亦不外定期給或不定期給，一次給或分次給，或設定特定贍養財產供扶養權利人使用收益而已。

第三款 程度方法之變更

考扶養義務人應隨自己之經濟能力及身分，而爲適應於扶養權利人需要之扶養，爲扶養制度之根本原則，已如上述。如所用爲扶養程度準則之情事，發生變更時（如權利人需要之減增，義務人能力及身分之異動等），則依扶養制度之根本原則，扶養之程度方法，亦隨之變更，乃爲理之當然。然在一次給付扶養費用之扶養關係，於一次給付後，情事發生變更時是否可請求變更之問題在解釋上殊難爲一般的論斷，要在就各個具體情形論定之（註）。此種變更第一應先由雙方當事人協議定之。雙方意見一致者，依其所協議者變更之。如協議不成立時，由親屬會議議定之。如原由親屬會議議定或由法院判定者，仍應請求親屬會議變更或由法院以判決變更之（二一）。

【註】「扶養之程度及方法，當事人得依法因事情變更而請求變更者，係指在繼續扶養中情事有所變更者而言。若其扶養費已經一次給付，扶養關係業已終了，自不能再以情事變更而請求全部或一部之返還」（二十二年上字七七八號）。按本判例係就扶養權利人之利益所爲者。若情事之變更，對扶養權利人爲極度不利益時，依扶養制之根本精神，自不能以此例斷也。

第六章 家

第一節 家之意義

關於家之意義，民法於第一千一百二十二條特爲定義的規定，即「稱家者，謂以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體」也。良以迄今之所謂「家」者，涵義廣泛，而法律性質則殊屬模稜，固有整理之必要。同時亦所以示政治方式及經濟方式在劇烈的蛻變過程之中，使數千年來爲國民第二天性之家的生活，在適應於新社會的條件之下，保持之改良之之指針也。今試分釋之於左：

第一 家者親屬團體也

家之字義，在說文解字，「家，尻也，从一也，豶省聲」。段氏解謂「本義乃豕之尻也，引伸假借以爲人之尻，字義之轉移多如此云云」。據此解義，則家者人所居之處之謂也。周時文獻中之所謂家者，如易之「家人」，大學之「齊家」，詩之「宜其家室」，周禮小司徒之「上地家七人，中地家六人，下地家五人」等之家，蓋爲指人的集合體而言者也。又鄭氏之周禮註釋家之義曰「有夫有婦，然後爲家」。又六書中，家作爲守，「乎者三人，即古之族字，从乎者，三人聚於宀下之象也」云云等，又爲學者解家爲團體之例也。故家者可得二義，一謂有形的建築物或一定地點，一即無形的團體也。而民法之稱爲家者，即指後者而言。

團體云者，複數人之有統一性及恆常性的結合體也。稱爲家的團體之團體員，以親屬爲原則，換言之，以親屬間之結合，爲其特徵，故又名之爲親屬團體。所謂親屬團體，自包括血親，姻親及配偶之三者。然此之所謂親屬團體云者，亦僅就家之基本團員爲親屬之意，非家的團體中，不容許非親屬者爲團員也（參照第一一二三條第二項）家云者既爲一種團體之別稱，則凡稱爲家者，至少必爲二人以上之結合。即所謂有夫有婦，然後爲家之意是也。故家團員之最大數，雖無一定限制，而最少數則至少二人。若祇一人，此外別無結合之親屬

者，即不能稱爲家，不受家制法規之支配。仍有稱之爲家者，蓋純指有形的建築物或一定地點而言也。學者有對家屬全行死亡，只剩一人。或家屬一人由家分離之場合，解爲成立單身家長之家者。夫家既明定爲團體，卽萬無一人而能名之爲團體之理。姑無論其所基理由若何，其在論理上，已爲不攻自破之論。在日本民法惟家得有戶籍，一戶必一家。又有所謂家督繼承之制度，以謀家之不廢絕。故其家之性質，往往偏重於形式，而不重實際。其例外有單身家長之場合，蓋爲制度上之不得已也。民法自不能同論。若一家之人只剩一人時，所謂家者因之消滅。或一人由其家分離時，亦無由自稱爲一家。戶籍法第八條之一家爲一戶云者，一家原則上一戶籍之意也。故同條後段卽謂雖屬一家而異居者，各爲一戶云云，蓋亦所以釋明非一戶卽代表一家之意也。卽一人得獨立爲一戶籍，非一人得稱之爲民法上之一家也。

第二 家以永久共同生活之目的而同居爲要件

凡團體必有其所以組織之目的，而家團之目的，則爲共同生活。此地之所謂共同生活云者，不僅日常飲食起居上所需要之生活資料，團體員間在統盤計算之下，共通負擔，共通分配已也。所謂休戚相關禍福相共，精神生活上，在一定範圍內，亦相共同之意。所謂永久云者，當當事人爲共同生活之契約時，或共同生活之實事（如出生，收養，認領，結婚等）開始時，不爲其終期之合意，或關於終期的意思表示之謂也。換言之，共同生活終期之到來，非基於開始時當事人間所預定的存續期間之屆滿之意也。家之成立，既維繫於是項目的。故雖爲近親親屬，其相互間，若無是項目的上之合意若原因時，卽不發生家團員之關係。又親屬間既以共同生活之目的而組成家團時，祇要不違失共同生活目的之範圍內，團員間初不必以始終斷守一處爲要件。且爲貫徹是項目的起見，分工合作，尤有四出謀得共同生活上所必需的生活資料之必要。而民法復以同居爲要件，此其故何耶。同居云者，就字義解，係聚住一處之謂，蓋無待說明者。若必以事實上之同居爲要件者，則家團之存立，將隨團員事實上偶爾離合而浮動。此豈一般所謂團體者之通性耶。例如，由祖父子孫三世所組織之家團，子爲仰養俯畜起見，留祖孫於家，自己帶其妻出外謀生之場合，不能遽謂之與祖孫分家者是。余意以爲「同

居」者，一，所以限定兼釋明所謂共同生活之意義。卽謂此地所謂共同生活者，爲一般的以同居爲原則及程度之生活也。二，則爲所以確定家團之所在地。換言之，同居者在法律上同一本籍之謂也。理論上家既爲有目的的人類之組織體，無論其在法律上有人格——爲法人與否，應有其團體活動之本據地。而家之本據地，蓋卽家團員應履行其同居之處所也。生活活動之本據地——住所，無論其爲個人或團體，祇許一個，家自不能獨異。故形式上一家祇許一個本籍，家籍地卽家之所在地也。就上例言之，子媳雖在他處得設寄籍，獨立一戶（戶八）（後段），其仍爲由祖孫所留守的家之家團員，固不能以寄籍別居而受影響焉。

第三 家之法律性質

家在法律上是否爲人格者，卽是否法人，民法祇云家爲團體，而未及其他，則依第二十五條之規定，其非法人，固可無疑。然既爲團體，且有法定的組織，則雖非法人，其得有訴訟當事人之能力，應與其他非法人之團體相同（四〇）（民訴）。既得有訴訟當事人之能力，則家在社會生活中，以團體的資格活動時，應認其團體活動之效力。換言之，家與他家或個人發生交易關係時，不論其家之實際代表活動者爲何人，總之，其效果應由家受之也。卽家在社會實際交易上得爲權利若義務之主體也。必作如是解，而後始符民法之以家爲團體之法意。不過在法律上既非人格者，且無關於家產之特別規定，故家所有不動產之登記及金錢之存儲等，須由家之代表人或管理人（如家長）個人名義行之耳。同樣，對於家債務履行之請求，及以家團爲被告之訴訟，原告勝訴之場合，其形式上雖亦僅能就其代表人或管理人個人名義，而爲請求或強制執行。然實際上自以由名義人所代表的家之團員全財產爲標的也（註）。此種團體的理論，在僅由夫婦及未成年子女所組織之家，對外發生糾葛時，可依夫妻財產制及關於親權等之規定，易於解決，故實用尙少。若家之組織稍爲複雜，如父母與數多成年子媳及其他非親屬之家屬，家之使用人等所組織之家。卽其一部分相互間，除扶養權義外，純以共同生活之目的，爲結合之機紐，或僅爲以家爲僱用人之傭僱關係等場合。其家團員或使用人因執行家之事務，對外發生糾葛時，則親權及夫妻財產制等，固已不足以應付關於全家團之糾葛。若僅就家務執行人個人之行爲責任，而爲解決之

標準。則以共同生活上之行爲，而使個人負責，在執行家務之家團員固屬過酷。且僅就個人經濟能力而爲担保，交易對手方之第三人，將不能安心與家團安全交易，其結果將消失家團活動之機會，是豈民法所以認家爲團體之本旨耶。惟家爲團體，故其家團員或其使用人對外可爲家團的活動。如有侵權行爲時，被害人亦得依第二十八條之理論及第一百八十八條之規定，而易受損害賠償也。

【註】「管理家務之代理全家所負債務應由家屬全員負責償之責，債權人自得就其未分之全部家產請求執行不容以自己非債務主體或家產應行分析爲藉口主張異議（二十年上字二〇四號）」

第二節 家之組織

家既爲由複數人結合之團體，則家團員至少應有二人以上，如已前述。此種團員特名之爲家屬。家屬云者，家團所屬之團員也。又依團體之通性，應有代表若統率團體之機關，家之機關卽爲家長（一三）。故家者又可解之爲由家長及家屬所組織之團體也（同上）。今就其法律關係，分家屬及家長二款說明之。

第一款 家屬

第一項 家屬身分之得喪

第一目 家屬身分之取得

在普通團體之團員取得其團員的資格，或依團體之設立行爲（結社），或依個人與團體間之契約（入社），或據對故團員之繼承權等。家屬之取得其身分，雖亦有同於上述三者之方式（如姪度，入籍，遺繼）者。然以其他契約，單獨行爲或自然事實而間接取得者爲多。換言之，契約，單獨行爲及自然事實之本體，雖非以取得家屬身分爲其主目的，而其效力，必生取得身分之結果者也。今略舉述之如左：

第一 出生

婚生子女一出生即取得其父母家之家屬身分。此蓋純依出生之事實，而取得家屬身分，此外無任何取得行為之必要者也。出生時生父母因婚姻解消而異家，或本無婚姻關係亦不同家者，理論上子女兼為父家及母家之家屬。然一人同時不能有兩家籍，故出生後一個月內父母及其家長等不為子女出生登記於父家戶籍者，原則上由母負出生登記於自家之責，即暫時先為母家之家屬（戶籍五一、五二）。嗣後如依關於子女監護之法規，應由父負監護之責者，則轉籍於父家，為父家之家屬。其不知生父之非婚生子女，則為母家或母所屬家之家屬（戶籍五一、一二₂），自無待言。

第二 認領

未成年非婚生子女，經其生父認領（如其生母尚在，而與生父無反對之特約）時，則認領之結果，當然取得父家之家屬身分。但若非婚生子女已成年者，則又應以子女無反對之意思者為限。蓋成年子女依民法第一一二七條第一一二八條之規定，已非絕對無條件應與父同家故也（見後述）。

第三 收養

收養之結果，養子女取得養親婚生子女之身分（七一〇_七），故同時入養父母之家，取得其家屬身分。然養子女之已成年者或有配偶者，是否取得養家家屬身分，應依收養時是否有反對之約定定之。蓋收養契約不必定以同家共居為要件，與認領場合相同也。

第四 婚姻

男女結婚後，開始同居生活，即所謂「有夫有婦然後為家」是也。妻以夫之住所為住所，成夫家家屬，贅夫以妻之住所為住所，成妻家家屬（一〇二）。隨父母贅嫁之子女，是否亦隨之取得父贅家或母嫁家之家籍，解釋上不無疑義。其為未成年子女者，則依所謂「以法定代理人之住所為住所之規定」（二），蓋無條件可取得其家屬身分。若子女已成年者，則似應對贅家嫁家獨立的另為入籍之契約也。

第五 遺繼

被指定繼承人承認遺囑繼承後，是否取得被繼承人家家屬身分，應與收養場合同論（參照本目第三）。

第六 復籍

未成年養子女終止收養關係後，當然回復本生家家屬身分（八三〇），本生家不能拒絕其復籍。然已成年若已結婚者，則其回復本生家家屬身分，應另須獨立的為入家之合意也，其理由與本目第二第三相同。

第七 入家——入籍

入家云者，由一定人以共同生活及同居之目的，願加入一定家團，取得其家屬身分之意思，與一定家團對此承諾之意思相合致之契約也。入家之人，同時取得其家戶籍，即以其家籍為本籍，故又可謂之入籍。本項與前六項不同者，前六項或依自然事實，或依其他親屬契約或單獨行為之法效，直接或間接取得家屬身分者。本項則直接以取得家屬身分為目的之契約也。本項可分為親屬入家及普通入家之二種。

親屬入家云者，原有家屬身分之資格，不過本人已屆可與家分離之時期或狀態，願否入家為共同生活，應經過一度合意，法律上非當然發生入家之效力者也。如第二之被認領人，第三之收養子女，第五之遺繼子女之已成年或已結婚者等是。但此等親屬如願入家時，在家團方面如無正當理由者，即不能拒絕其入家（一一二八之反面解釋），此與下述普通入家不同之點也。

普通入家者，原無家屬身分之資格，純以當事人間之契約而取得家屬身分者也。素無家屬資格之人，入家而為共同生活，依理自應得家團全體之同意——實際上至少應由家長代表承諾之，反是者，自難免失滅共同生活目的之本意也。

第八 創家

創家云者，素無家屬關係之數人，各以永久同居共同生活為目的，組織家團之共同行為也。各人之取得家屬身分，即基於創家之共同行為。以當事人現均無家籍者為要件。前述第一乃至第四及第六之事由，如其此要

件者，同時亦可謂之創家。但純以共同行爲而創家者，事不常有，如姘度蓋其適例也。

第二目 家屬身分之喪失

家屬身分既爲家的共同生活上之地位，與親屬身分之以血統的自然事實爲基礎而發生者，自異其趣。原則上如不能達同居及共同生活之目的，應可自由拋棄其身分，而脫離家團。但因家同時爲親屬團體之故，故於因正式脫離行爲，而喪失其家屬身分外，復因親屬身分之喪失，而同時發生家屬身分喪失之效果也。今舉其喪失原因之主要者如左：

第一 死亡

除自然現象之死亡外，自包括宣告死亡。

第二 收養終止

第三 婚姻之撤銷及離婚

第四 出繼出養

以上第二乃至第四爲親屬身分上法律行爲之效果，而致喪失家屬身分者。

第五 出籍

出籍爲入籍之反面。如成年子女，或已結婚子女，由家分離。或非親屬之家屬，解除家屬契約而去家等是。

第二項 家屬之權利義務

家屬雖爲家團之組織分子，固仍爲獨立人格者，不因加入於家之故，其私法上所應享受之權利義務，而受任何影響也。故本項所說明者，係家屬在家團之下所得享受或負擔之特殊權利義務也。特殊權利義務維何，試舉之如左：

第一 維持共同生活之權利義務

家團既以共同生活爲存在目的，則凡爲家屬者，應有維持團體目的之義務。詳言之，消極的不應有破壞行爲，積極的應謀所以增進共同生活之福利。如家屬違反此種義務時，應解爲可由家長除籍之。第一一二八條但書之所謂正當理由者，蓋即指此乎。

第二 同居之權利義務

同居既爲構成家團之一要件，則家屬自有與家團同居之權利及義務。如無正當理由而拒絕，或被拒絕同居者，自爲違反此項義務或侵害此項權利。

第三 扶養之權利義務

家屬有扶養家長之義務，同時有要求家長扶養之權利，已述於扶養章，茲不贅。

第四 服家長權之義務

家長於管理家務上有使家屬處理之必要時，家屬應有受家長之指揮而執行之義務（一五），及接受家長之命代理家長職務之義務（一五）。

第二款 家長

家長云者，爲家之首長，負管理家務專責之家的機關也。

第一 家長者，家之首長也

家長，係相對的名詞，非在任何意義上均爲絕對的最高地位之謂也。不過在團體的共同生活事務上，立於統率的代表的地位而已。非於年齡，輩分均必具備最高性質之義也。

第二 家長者，管理家務之機關也

家既爲團體，則必有機關，家長蓋即其機關也。所謂家務云者，家團目的之共同生活上所必要的一切事務

之謂也。而家長即負處理一切家務之責任者也。

家長在沿革上本會爲絕對的權威。家者家長之家，與所謂朕即國家者，同其趣旨。有公法性質的權力。洎後雖因時勢之變遷，隨個人主義之發展，家屬漸由家長權而解放。其結果或爲家族制度之總崩潰，或仍雖保持家制，而家長權已不復如昔矣。我國民法既對歷來家制，予以革命的整理，而家長者則僅爲家團共同生活事務上所必要範圍內之存在矣。換言之，家長者僅係團體之機關，其管理家務以義務爲前提——親屬法上義務之一種。其對家屬有優越地位，係基於團體機關之職權，而非純粹特殊身分權也。

第一項 家長之選任及免罷

第一目 家長之選任

家長之選任方法有二：一、推定，二、輪值（二四）。

第一 推定

民法關於家之性質，儘可能以普通團體理論處遇之，已如屢述。故其機關之家長，原則上儘先由家屬中自行推定之。被推定人之資格，祇需有家屬身分，其是否親屬或是否尊輩年長均非所問。家長之必限於有家屬身分者，蓋基於家爲親屬團體之特殊性質，與普通團體之機關，不必限於團員者不同之點也。被推定後可否辭其職務，法律既無如監護人場合，「非有正當理由，不得辭其職務」之規定（九五）。不能作否定解釋，蓋可無疑。且在實際上如辭而不就時，其結果即爲等於無推定。無推定時，則有次項輪值之辦法，家務亦不致一時陷於無管理之狀態。故應解爲被推定，可辭其職務。然被推定者既係家屬，則對共同生活原負有維持之義務者，故雖可辭任，自以有正當理由者爲限也。

第二 輪值

家屬推定家長，被推定者辭而不就。或於新家組織後，或因前家長死亡或因故離籍後，未爲推定家長時，則由現存家屬中之親屬法上輩行最尊者任之。尊輩相同有數人時，則以其中之年長者充之。

如最尊輩或最年長者，輪值應當家長，然因年齡健康知識等，無能力或不願管理家務之場合，則選任之方法既窮，而家務又不可無實際主持之人，故民法特許由輪值家長指定家屬一人代理行使家長之職權。

第二目 家長之免罷

家長除因一定事由而免罷者外，蓋爲無一定終任期之職務也。今舉其免罷事由之主要者如左：

第一 死亡

第二 辭任

其就任出於推定者，自得因故辭職。其輪值者如家屬願另推定一人繼任時，自可辭任。否則，除得指定代理人外，不能推卸也。

第三 離家

如家長因贅嫁養繼而脫離家籍時，則家長之任務，因喪失家屬身分而免除。

第四 代理之撤銷

代理家長由家長本人撤銷其代理時，代理因此終止，蓋無待言。

第二項 家長之權利義務

家長本係由家屬所充任者，故保有其家屬應享有之權利義務，自無待言。茲就家長特有之權利義務，分項說明之。

第一 管理家務之權利義務

管理家務，即爲家長職權之內容，故其管理應以職務義務爲前提；而家務者，爲家團目的之共同生活上一切事務，故換言之，應以家屬全體利益爲前提者也。家長在此範圍內。對外代表全家利益，對內應有最後決定之權。實際處理家務雖以家長親自爲之者爲原則。有必要時得將家務之一部，委託家屬處理之，此蓋爲家務統率上應有之職權也（二五）。家長之有此種特權，無非使謀共同生活事務之圓滿發達。然共同生活固爲各家屬有平等的共同利害關係者，故在管理家務上於注意家屬全體共同利益外，又應顧慮各個家屬間之平等利益。即分配利益或使分負義務，應持公平，不能偏重側輕也。管理家務上應負何種注意義務，法無規定，自成問題。余意以爲家團究以親屬爲中心之團體，家屬無非父母子女夫妻，若亦律以普通委任理論，未免過酷。故似以負與處理自己事務爲同一注意之義務爲宜乎。

第二 允許或命令家屬分家之權

家屬間之團結，除共同目的之共同生活外，有另依婚姻，親權以及迎養扶養關係而聯絡者。此種聯絡，自各依特殊法規之規定，而決其續廢。惟純以家目的而爲維繫者，一旦感覺已無團結之必要，或已不能繼續團結者，則依家屬個人之意思，固可請求由家分離。而依家之便益上，亦可命家屬分離。而家之此種對家屬進退決定權，一操於家長之手。家長之得專操此權，固因親屬法之特殊理由。亦以家團組織以各家屬合作義務爲樞紐，若家屬而不願合作或違反共同生活義務時，家長係代表其他家屬全體之利益者，爲保護全體共同生活上之利益，應有專斷決定之職權也。即爲被命分離家團之家屬個人着想時，有時亦有使其分離家團，獨立謀生，轉爲個人前途之利益之場合也。故家長之允許或命令家屬之分離，應以全家及其個人之利益，應兼顧並慮，不能以一己之情感爲標準。

第三 指定家屬一人代理家長職務之權

本項爲輪值家長之特權。關於指定，無須特別法定原因，一任家長之任意。故被指定人有違反家長職務，而不能保護家屬之利益，或顯有私偏行爲時，亦得任意撤銷其代理。或更爲指定其他家屬，或親自執行家長職務，

務，亦屬任意也。

第四 對家屬扶養之權義

家長有請求家屬扶養之權利，同時對家屬負扶養之義務，已述於扶養章，茲不贅。

第三節 家之成立 廢滅及分離

第一款 家之成立

家之成立現行法既無一定法定方式，如獨身男女結婚場合，則於結婚成立時，即爲家之成立。獨身女人之分娩子女及獨身男子之認領未成年私生子，獨身男或女收養未成年子女等場合，認領收養成立時，即爲家之成立。以上爲依一定事實之結果或法律行爲之效果而成立家者。其他如不經結婚而同居之獨身男女，或獨身男子間或獨身女子間，以共同生活之目的，爲同居，同一戶籍之登記時，蓋純以組家契約而成立家者也。

第二款 家之解散及廢滅

二人以上之人爲結合時，始得謂之家。若一家之人祇剩一人時，則家者自因此而消滅也。現行法對家之解散廢滅，亦無一定方式，亦隨各種事實之結果或法律行爲之效果，間接廢滅之，參照前款。惟後述第三款因分家之結果，而須消滅分前之原家者，則此種分家契約，蓋同時即爲家之解散契約也。

第三款 分家

擁千百口共爨，累十餘世同居，原爲儒者欲挽孝親睦族之教化於季世澆俗，所倡道之一禮治政策也。然因政治方式經濟方式之變易，此種政策成果之留於今者，已發生價值上之動搖，爲適應於政治經濟變動後之新

生活，應予以附條件的整理，或至少予以整理的指針，已如前述。故民法首於第一一二七條第一一二八條爲宣言的規定。即在不否認孝親睦族的固有國民道德之範圍內，不助長若維持貌合神離，爲禮教之形式，而違失共同生活本義之大家庭是也。今就民法規定說明之。

第一 家屬已成年或雖未成年而已結婚者，得請求由家分離。

家屬在服親權時期內，其不能由家分離而獨立，蓋無待言。一旦成年或雖未成年而已結婚，則已有與世之獨立能力。仍願與其他家屬繼續同居，固無不可。若因種種關係，而不願繼續者，則因共同生活非單享受權利，亦非單負擔義務之故，自應聽個人之自由。若子女成年或結婚後，即可棄父母等而離家時，在我國社會或不無認爲不合於國民道德之行爲者。子女雖分家，然而對父母自仍負優先的扶養義務，固不因分家而稍受影響。若欲盡孝道，亦不必限於同家而後可也。若祇有單身年老且不能自度的父若母之家，子女欲由家分離時，則或成爲次項之問題，或成爲遺棄問題，非本項之所謂分家者也。

分家家屬應向家長請求之。家長對此種請求，有否否拒之權，不無疑問。若從家之成立基於各家屬就共同生活上之合意推之，則似以消極解釋者爲妥。蓋家屬之請求，即爲表示不願爲繼續共同生活故也。

第二 家長對於已成年或雖未成年而已結婚之家屬，得令其由家分離。

家長得令分家的家屬之普通適格，與前項請求分家者相同。即家屬已成年或雖未成年而已結婚者。蓋已成年或已結婚之家屬已有獨立能力，即由家分離，在理論上已不爲社會之累故也。家屬團體，既係以共同生活爲其唯一維繫目的，則各家屬在共同努力於共同生活之繁榮之間，家長自不能違抑家屬個人意思，而令其離家也。故家長雖有令家屬離家之權，但此係職權，非身分上特權。即家長在家務管理上認一定家屬之離家爲必要者，換言之，即一定家屬之離家，在一定家屬本身及其他家屬共同生活上均爲利益者，而後始得命令之也。民法同條但書所謂正當理由者，蓋即指此項意義而言者乎。故命令一定家屬離家之結果，雖於其他全家家屬有利益，而同時違反公序良俗，或有遺棄之嫌者，仍不能謂爲理由之正當也。如前項年老獨身尊親屬，令其離家者

是。命令之效力如何，即家屬對家長之命令係應絕對的抑相對的服從，換言之，家長之命令是否以家屬之同意為要件，不無疑問。余以為家屬雖可以命令分家為無正當理由抗辯之，但無經其同意之必要。

第七章 親屬會議 (德·Familienrat, 法·conseil de famille)

第一節 總說

第一款 意義

親屬會議云者，爲保護特定親屬之利益或處理特定親屬身後事務，而負特定任務，由其親屬數人所組織之合議機關也。

第一 親屬會議者爲保護特定親屬之機關。

民法親屬會議所應保護之特定親屬，卽親屬會議之命題人——以後簡稱本人，爲未成年人，禁治產人，及被繼承人之三者。前二者因其爲無能力人。後者爲於其死亡後，無法定繼承人若遺囑繼承人，或有繼承人而拋棄其繼承時，其身後陷於無人管理之狀態者。親屬會議卽本親屬扶助合作之精神，爲共同保護其身心上或身後之利益，所特別組織之機關也。

第二 親屬會議爲合議機關

親屬會議以其會員多數之意見，經決議之形式，作成團體的意思，依此意思，以保護特定親屬之利益者也。然親屬會議因非法人之故，其權利主體，常爲各個人會員。不過各個人會員之獨立意思，若使其直接發生法效時，各人意思偶爾一致者固不成問題，若有出入者，則贊否各持，無所適從，將不能遂其保護親屬利益之使命。故由各會員集組爲合議體，以多數決之方法，而採定其關於保護上之統一意思也。

第三 親屬會議非常設機關

親屬會議遇有會議必要之特定事項發生時，隨時召集之，俟其議決會議目的事項之任務終止時解散之。無常設的恆久性。但爲無能力人若被繼承人而設者，則迄無能力之狀態終止，或遺產及身後事務處理完了時，繼

續存在，蓋其例外也。

第二款 沿革

古有「族燕」「族飫」之禮，族燕者，居無事，則爲燕以申好，即所謂「以飲食之禮，親宗族兄弟，以賑膳之禮，親兄弟之國」（周禮大宗伯）者也。族飫者「因國而飫，有大疑謀，則有飲以圖事」（陳氏禮書）。又「王召士季曰，子弗聞乎。禘效之事，則有全蒸。王公立飫，則有房蒸。親戚宴饗，則有殺蒸。夫王侯諸公之有飫也，將以講事成章，建大德，昭大物也」（國語周語）。族燕純爲敦睦邦族之社交的會合。至族飫雖爲有議事性質之會合，但與民法之所謂親屬會議，其性質蓋有間也。我國歷來政治方式，以教化爲重心，國家庶政偏於消極，人民親屬生活，更多賴禮教之力，聽任宗族自治。故關於親屬間問題，多由宗族自治的解決之。律例雖有以解決權賦之於宗族之規定，如「取其闔族甘結」，「須憑族長擇昭穆相當之人繼嗣」，「應聽戶族另行公議承立」（見於清律「立嫡子違法」）等，蓋爲指示其積極的權限者。又「不許宗族指以次序告爭」（同上）等，蓋爲其消極的權限也。但宗族處理事務時，應有如何組織等，迄無準則的規定也。其亦因聽任宗族自治之故歟。後世儒者所倡道禮治的自治規約中，多有具體的關於內容之條款，實爲窺知此前之所謂親族會議大略之資料者也。今摘「講宗約會規」周咨族衆條，以資參考焉。

「一，先問會中諸族人有家難處之事，內外難處之人，即對衆請教，衆隨所見，與細心商榷。凡可解免其患難，裨益其身心者，無不具告。乃見家人一體之意，此會不爲空設云云」。

同此類性質之自治規約上會議，殆普行各地，爲親屬生活上之一種無文法。惟因無統一國法之故，故其組織任務，權限，議決之方式及效力，均無統一的準則及性質而已。

第二節 親屬會議之組織

親屬會議由會員五人組織之（三一〇），今就此說明之。

第一款 會員之人數

組織親屬會議之會員爲五人，此爲法定數，有強行性，不能任意增減。民法之所以定此不變數者，良以會員人數，若有伸縮性時，則依親屬意見之不同，就決定會員之數時，即可起無謂之爭執，招致會議進行之遲延。若謂關於會員數，可臨時由法院決定，則每遇會議之召集，必聲請法院，亦徒繁程序，而對會議任務之應決議事項本體，仍無直接裨益也。且爲一親屬之事項，由親屬五人之智能，爲之考量顧慮，亦可期其萬全，固亦無須乎多於此者矣。若少此者即爲三人，依理三人亦未始不可，然三人往往可以一人之意見，左右持反對意見之其他二人意見，亦易生流弊也。

第二款 會員之資格

會員之法定適格有三，一 親屬，二 能力者，三 非監護人。

第一 親屬

得爲親屬會議之會員者，必限於本人之親屬（一一三二），如後述指定會員解釋上雖可包括血親，姻親及配偶。若法定會員則必限於血親。此蓋爲親屬會議性質上當然之理論，亦爲立法例之通則（但有例外如日民）。

第二 有行爲能力

親屬會議之決議，對於遺產之管理及監護行爲之監督等，均直接發生法律效力，且各會員對會議之決議，直接自負其責任者。爲會員者應以有完全行爲能力者爲限，蓋無待言。故凡未成年人及禁治產人，均不能有會員之資格也（一一三三）。然本項之未成年人是否限於未結婚者，不能無疑問，余意以爲以消極解釋者爲妥。

第三 非監護人

監督監護人職務，爲親屬會議的使命之一。若現爲本人之監護人者，亦有親屬會議會員之資格，加入於監督自己之會議時，是以自己監督自己，其爲消失監督之本義，復待言乎。故監護人不能爲親屬會議之會員（三三）。但本條之監護人自係本人之監護人，非謂現爲其他無能力人之監護人之故，而剝奪會員資格也。

第三款 會員之種類

會員可分爲法定會員及指定會員二種。

第一 法定會員

親屬會議既係由本人（會議之命題人）之親屬所組成之會議，例如，某某未成年人或禁治產人之親屬會議，又如爲某某被繼承人之親屬會議等，已如前述。則所謂法定會員云者，即爲本人之血親屬而依法律規定有充會員資格者之謂也。本人之血親屬，其取得會員資格之法定順序如左（三一）：

一 直系血親尊親屬。

二 三親等內旁系血親尊親屬。

三 四親等內之同輩血親。

右血親中充當會員之順序，係儘先順位之全體親屬充任之。如第一順位血親不足法定數時，然後由第二順位親屬中有先充任之資格者充任之。以次而及於第三順位焉。盡第三順位之親屬，仍不足法定會員數時，則即爲會員不足法定數，發生次項指定會員之問題，非謂盡第三順位不足數時，依親等之近遠順序，而遞次及於四親等以外之旁系血親也。

上述法定順序之親屬，如在同一順位之人已超過法定會員數時，則以親等近者爲先，例如，本人不但父母俱在，且父系及母系之祖父母曾祖父母亦均健存，則其第一順位之直系血親尊親屬總數已有十四人，超過法定會員數者九人。在此種場合，親等最近之父母，固儘先爲會員，次及於較近之父系母系之祖父母者是。

親等相同者，以父系之親屬爲先。即如前例，合父母及父系母系祖父母已有六人，超過法定會員數者一人，則父系祖父母先得會員之資格者是。

又同系而親等同者，以年長者爲先。如前例，合父母及父系祖父母僅四人，尙不足一人。此一人自應由母系祖父母中一人充之。然母系祖父母固爲同親等者也，於是以其中年長者充之者是。在其他順序之親屬，發生同樣問題時，亦依此類推。

本項之所謂血親係包括自然血親及法定血親，自無待言。

第二 指定會員

無前條規定之親屬或雖有而不足法定人數時，不能依親等近遠順序，遞次及於四親等以外之旁系血親，已如前述。在此種場合，應因召集（親屬會議）權人之聲請。由法院於其他親屬中指定之（三二）。法院之指定何人，雖爲法院之自由裁量，但第一必限於本人之親屬。然是否包括姻親及配偶，不無疑問。就法文推之，自應作肯定解釋。關於親等之近遠——即是否可置親等較近之親屬，而指定其較遠者——亦無限制。夫親屬會議之目的，原在保護本人之利益，故祇須認定其個人對本人平素關係如何（素有親密交情或向相反目等）而定之，不必以親等之近遠爲標準也。

第四款 會員之辭任

會員之担任會議職務，係基於親屬間扶助合作義務，即爲一種強制負擔，與監護人之監護職務，同其性質。故親屬之依法應爲親屬會議會員者，即不能辭其任務（三四）。然如因居住異鄉，與本人住所相隔甚遠，爲出席會議，往返須費相當費用及時日者，若仍強其負擔，而不許辭任時，在有會員義務之親屬，固屬過酷。而在會議事務之進行，亦多不便。故民法對有正當理由者，特許例外的辭任焉。所謂正當理由云者，蓋指事實上實在不能執行會議職務之謂也乎。理由之是否正當，應由何人判定，即辭任應向何人爲之及由何人准之，法律雖

無明文，但在法定會員，因會員義務係法定且有強行性之故，其辭任似以向法院爲之爲妥乎。至指定會員本係法院所指定者，其得辭任與否，應由法院判定，蓋更無論矣。此種辭任程序，係屬於非訟事件，應於非訟事件法中有詳細規定焉。立法例對准許辭任之裁定，任何人不能聲明不服，但辭任會員對駁斥辭任之裁定，可爲即時抗告。

第三節 親屬會議之開會

第一款 親屬會議之召集

親屬會議每遇須開會議決之事項發生時，由當事人法定代理人或其他利害關係人召集之（二九）。今分應召集事項，召集權人及召集程序三項，述之於左：

第一項 召集之議題事項

親屬會議每遇議題事項之發生時，召集開會。然何者爲議題事項，何者則否，固可隨利害關係之不同而異其解釋。故應召集之議題事項，若非定有一定標準者，將無由明確親屬會議之責任範圍矣。民法之所謂應開親屬會議之場合，依本法之規定（九前段）云者，蓋即所以限定召集之議題事項乎。民法中所規定爲應開親屬會議之事項者，僅將其條文序數及其事由，舉之於左：

一 親屬編

1. 第一千零九十條，關於糾正親權濫用事項。
2. 第一千零九十四條，關於未成人之監護人選定事項。
3. 第一千零九十九條，第一千一百零一條，第一千一百零三條，關於監護人之管理受監護人財產之監督事

項。

4. 第一千一百零四條，關於決定監護報酬事項。
5. 第一千一百零六條，關於撤退監護人事項。
6. 第一千一百零七條，第一千一百零九條，關於監護人終任時之監督事項。
7. 第一千一百一十一條，關於選定禁治產人之監護人陳述其意見事項。
8. 第一千一百一十二條，關於監督禁治產人之監護人監護行為事項。
9. 第一千一百一十三條，關於監督禁治產人之監護人管理受監護人財產及其終任任務，決定報酬，撤退監護人等事項。
10. 第一千一百二十條，議定扶養之方法事項。

二 繼承編

1. 第一千一百四十九條，決定遺產酌給事項。
2. 第一千一百七十四條，受理繼承人拋棄繼承之書面事項。
3. 第一千一百七十七條，選定繼承人有無不明之遺產的管理人事項。
4. 第一千一百七十八條，第一千一百七十九條，第一千一百八十條，關於呈報及監督遺產管理事項。
5. 第一千一百八十三條，決定遺產管理人報酬事項。
6. 第一千一百八十五條，監督遺產移交國庫事項。
7. 第一千一百九十七條，認定口授遺囑真偽事項。
8. 第一千二百一十一條，選定遺囑執行人事項。
9. 第一千二百一十二條，第一千二百一十三條，認定普通遺囑及開視密封遺囑事項。
10. 第一千二百一十八條，改選遺囑執行人事項。

第二項 召集權人

親屬會議之召集權人，法定爲左列三種（二九）：

第一 當事人

本目所謂當事人者，蓋指議題事項之當事人也。如在濫用親權場合，爲未成年之子女。監護場合，爲未成年及禁治產之本人，監護人，及親屬會議所指定之監督執行人。繼承場合，爲繼承人，遺產管理人。遺囑場合，爲繼承人，受遺贈人及遺囑執行人。以及各種會議之會員本身。蓋會員爲討論決議議題之當事人故也。

第二 法定代理人

法定繼承人，遺囑指定繼承人及受遺贈人之法定代理人是。

第三 其他利害關係人

如濫用親權場合之直系尊親屬，受監護人之債權債務人，監護人之繼承人，無人繼承或拋棄繼承場合之遺產債權債務人，受遺贈人，或次順位之法定繼承人等是也。

第三項 召集之程序

親屬會議直接由召集權人召集之，不必聲請法院。在會員不足法定數場合，於召集前，須先聲請法院爲補缺指定。但此與召集無關，蓋雖聲請法院經指定補缺後，親屬會議之召集與否，仍爲召集權人之自由也。

召集應對各個會員發召集通知，明記會議日期，場所，議題及召集人姓名等，蓋爲合議機關開會時應有之程序要件也。欠缺此種要件時，自成爲影響於決議效力之原因。召集於通知會員外，應否通知當事人，法定代理人及其他利害關係人等之有召集權而非本會議之召集人，法無規定，不無疑問。就第一一三七條「有召集權之人對於親屬會議之決議，有不服者，得於三個月內，向法院聲訴」之注文，若將「三個月」解爲除斥期間，

且自決議之日起計算者，則如不於同時而爲通知時，上述有召集權而未預聞該決議之會議者，將受不測之損害。故依此解釋時，對此等人亦應通知之者爲妥。退一步言之。即將此項期間，解爲自不服人知悉有決議之日起算時，亦以通知之者爲妥。蓋不然者，決議將繼續其因不服而遭撤銷之狀態，固非以決議而保護利益之道也（參見後述）。惟拋棄繼承及無人繼承之場合，就遺產有債關係之利害關係人，依法有一定公示催告程序者，自在例外。

第二款 親屬會議之議事

親屬會議之議事，應分左列各項說明之：

第一 議題

議題限於民法有規定，已如前述，茲不贅。

第二 日期及會場

會議之繼續日期，法無限定，蓋隨議題事項之簡複而定其日程也。

會議地點，法亦無限定。蓋以本人之住所地爲原則，而由召集權人及會員酌量情形定之乎。

第三 參與議事者

參與議事者，限於會員，蓋無待言。然召集權人及其他對議題事項有利害關係人，可否列席，法無規定。依理召集權人及其他利害關係人應有出席及向會議報告其事實或陳述其意見之權利。在會議關於議題之研究討論上，亦有是項之需要也。否則會議將因不明事實及當事人之意見，不易爲適當的決議。故應解爲有列席於會議，相機陳述意見之權。但其意見不能拘束會員之決議，及不能參加表示，蓋無待言也。

第四 開會及決議之方法

會議非有會員三人以上之出席，不得開會。非出席會員過半數之同意，不得爲決議（三一五）。出席會員雖已

有三人。但其中一人於所議事件有個人利害關係，依第一一三六條規定，不得加入決議，而餘二人意見又相反。或出席會員四人，關於議題之意見，贊否適各二人，則成爲議而不能決之僵局。然此蓋必待未出席會員之出席後，從新會議也。又出席會員爲四人，其中一人亦以第一一三六條之情由，而不能加入決議。議題雖以其他三人中二人之多數決議，但仍非出席會員過半數之同意，其決議是否有效。依文字解釋，蓋亦須未出席會員之出席，從新會議乎。最後，出席者爲會員全體，設其中一人亦以第一一三六條情由，不能加入決議，其他四人贊否對峙，則如何處遇乎。此卽所謂「決議不能」之情形也。在親屬會議本身已無解決方法矣。民法亦未規定救濟方法，蓋除向法院請求爲代決議之判決外，無他法也。又會員應避忌加入決議之情由，卽對「所議事件有個人利害關係」者，蓋指所議事件與本身有直接利害關係者而言也。

第四節 對親屬會議之決議不服之訴

親屬會議之決議，雖經會員周詳考慮而決定者，然會員固猶人也，人之判斷自難免有錯誤，則其決議，又安能期其萬妥。若或狃於感情，囿於偏見，其判斷之錯誤，係出於故意者，則更無論矣。故其決議雖有最後決定的效力，如有不服者，仍予以救濟之機會焉。若不然者對議題有利害關係者之利益，固無由保護，而會議本身，亦失所以存立之本旨矣。民法特於第一一三七條予不服者以聲訴之權利。此卽所謂不服之訴者也。今分項說明之。

第一 不服之訴之性質

所謂不服者，係專對親屬會議決議之違法無效者而言乎。卽如參加決議者係無會員資格者；開會決議均不足法定人數，決議違反公秩良俗等是。抑係專對其決議實質上失當者而言乎。如決議之成立完全合法，而其內容雖非違反公秩良俗，但顯有偏頗不公平之嫌等是。違法無效之決議，本不能謂決議，盡人可主張其無效，不待不服者之聲訴也。故爲不服之訴之標的者，僅爲實質上失當之決議乎。其聲訴之目的，爲失當決議之撤

銷，而非更變其決議，或請求代決議之判決也。

第二 聲訴權人

不服之訴之訴權人爲有召集（親屬會議）權之人。卽當事人，法定代理人，或其他利害關係人，詳見前述。

第三 聲訴期間

聲訴期間法定爲三個月，係除斥期間。然有疑問者，此期間之起算點，爲決議之日乎，抑爲不服者知悉有決議之日乎，法文頗不明瞭。推親屬會議開會本非公開，其決議亦多係非可公示者，而對非現會召集人之外有召集權人，法無應通知之規定。則其他有召集權人，知悉決議案之前，自無由對此決其服與不服也。依此推論，似應解爲自有召集權人知有決議之日起算也。

第四 不服之訴之相對人

關於不服之訴之相對人爲何人，法亦無規定。關此應分二項研究之。一，爲監護人監督機關之親屬會議。因其迄監護終了止，繼續存在之故，對此項決議有不服者，應以親屬會議全體會員爲相對人。不問其中個人會員會否出席，或曾爲贊成或反對決議，或於前決議時尙非會員。此蓋以整個監督機關之監督意思爲標準。其組織分子如何變動，不能左右其整個意思之存在也。反是者，若因單純的一回的事項而召集會議，決議後會議即隨之解散者，則於爲不服之訴時，會議已不存在，依理已無相對人，若是者將不能貫徹民法所以設不服之訴之制度矣。故在此種場合，應以決議當時之會員爲相對人。若起訴時決議會員已有死亡者，則以殘存者爲相對人。若已全體死亡時，則訴權因相對人死亡而消滅。蓋親屬會議之會員身分，係專屬於一身，非可繼承故也。若在訴訟進行中死亡者，可否由其繼承人繼承之，法無規定，解釋上自有疑問也。

（完）

親屬法原理附錄一

服制

斬衰三年

子爲父母，女在室并已嫁者及已嫁被出而反在室者同，子之妻同。子爲繼母爲慈母爲養母，子之妻同（繼母父之後妻，慈母謂母卒父命他妻養己者，養母謂自幼過房與人者）。庶子爲所生母爲嫡母，庶子之妻同。爲人後者爲所後父母，爲人後者之妻同。嫡孫爲祖父母及曾高祖父母，承重嫡孫之妻同。妻爲夫，妾爲家長同。

齊衰杖期

嫡子衆子爲庶母，嫡子衆子之妻同（庶母父妾之有子女者，父妾無子女不得以母稱矣）。子爲嫁母（親生母父亡而改嫁者），子爲出母（親生母爲父所出者），夫爲妻（父母在，不杖）。

齊衰不杖期

祖爲嫡孫。父母爲嫡長子及嫡長子之妻，及衆子，及女在室，及子爲人後者。繼母爲長子衆子。前夫之子從繼母改嫁於人爲改嫁繼母。姪爲伯叔父母及姑姊妹之在室者。爲己之親兄弟，及親兄弟之子女在室者。孫爲祖父母，孫女在室出嫁同。爲人後者爲其本生父母。女出嫁爲父母。女在室及雖適人而無夫與子者爲其兄弟姊妹及姪與姪女在室者。女適人爲兄弟之爲父後者。婦爲夫親兄弟之子及女在室者。妾爲家長之正妻。妾爲家長之長子衆子與其所生子。爲同居繼父而兩無大功以上親者。

齊衰五月

曾孫爲曾祖父母，曾孫女同。

齊衰三月

玄孫爲高祖父母，玄孫女同。爲同居繼父而兩有大功以上親者。爲繼父先會同居今不同居者（自來不會同居者無服）。

大功九月

祖爲衆孫，孫女在室同。祖母爲嫡孫衆孫。父母爲衆子婦及女已出嫁者。伯叔父母爲姪婦及姪女已出嫁者（姪婦兄弟子之妻

也，姪女兄弟之女也。婦爲夫之祖父母。婦爲夫之伯叔父母。爲人後者爲其兄弟及姑姊妹之在室者（既爲人後則於本生親屬服皆降一等）。夫爲人後其妻爲夫本生父母。爲己之同堂兄弟姊妹在室者（即伯叔父母之子女也）。爲姑及姊妹之已出嫁者（姑即父之姊妹，姊妹即己之親姊妹也）。爲己兄弟之子爲人後者。出嫁女爲本宗伯叔父母，出嫁女爲本宗兄弟及兄弟之子。出嫁女爲本宗姑姊妹及兄弟之女在室者。

小功五月

爲伯叔祖父母（祖之親兄弟）。爲堂伯叔父母（父之堂兄弟）。爲再從兄弟及再從姊妹在室者。爲同堂姊妹出嫁者。爲同堂兄弟之子及女在室者。爲祖姑在室者（即祖之親姊妹）。爲堂姑之在室者（即父之同堂姊妹）。爲兄弟之妻。祖爲嫡孫之婦。爲兄弟之孫及兄弟之孫女在室者。爲外祖父母（即親母之父母）。（爲在堂繼母之父母。庶子嫡母在爲嫡母之父母。庶子爲在堂繼母之父母。庶子不爲父後者爲己母之父母。爲人後者爲所後母之父母。以上五項均與親母之父母服同。外祖父母報服亦同。其母之兄弟姊妹服制及報服，亦與親母同。姑舅兩姨兄弟姊妹服亦同。爲人後者爲本生父母之親屬降服一等。再庶子不爲父後者，爲己母之父母服一項，若己母係由人家所生女收買爲妾，及其父母係屬賤族者不在此例。爲父母之兄弟姊妹（兄弟即舅，姊妹即姨）。（其義服詳載爲外祖父母條下）。爲姊妹之子（即外甥）。婦爲夫兄弟之孫（即姪孫），及夫兄弟之孫女在室者（即姪孫女）。婦爲夫之姑及夫姊妹（在室出嫁同）。婦爲夫兄弟及夫兄弟之妻。婦爲夫同堂兄弟之子及女在室者。女出嫁爲本宗堂兄弟及堂姊妹之在室者。爲人後者爲其姑及姊妹出嫁者。嫡孫衆孫爲庶祖母，孫女在室者同。生有子女之妾爲家長之祖父母。

總麻三月

祖爲衆孫婦。會祖父母爲會孫玄孫，會孫玄孫女同。祖母爲嫡孫衆孫婦。爲乳母。爲會伯叔祖父母（即會祖之兄弟及會祖兄弟之妻）。爲族伯叔父母（即父再從兄弟及再從兄弟之妻）。爲族兄弟及族姊妹在室者（即己三從兄弟姊妹所與同高祖者）。爲會祖姑在室者（即會祖之姊妹）。爲族祖姑在室者（即祖之同堂姊妹）。爲族姑在室者（即父之再從姊妹）。爲族伯叔祖父母（即祖同堂兄弟及同堂兄弟妻）。爲兄弟之曾孫及兄弟之曾孫女在室者。爲兄弟之孫女出嫁者。爲同堂兄弟之孫及同堂兄弟之孫女在室者。爲再從兄弟之子及女在室者。爲祖姑及堂姑及己之再從姊妹出嫁者（祖姑即祖之親姊妹堂姑即父之堂姊妹）。爲同堂兄弟之女出嫁者。爲姑之子（即父姊妹之親子）。（其義服詳載爲外祖父母條下）。爲舅之子（即親母兄弟之子）。（其義服詳載爲外祖父母條下）。爲妻之父母。爲婿。爲外孫男女同（即女之子女）。（其義服詳載爲外祖父母條下）。爲兄弟孫之妻（即侄孫之妻）。爲同堂兄弟之

子妻（即堂侄之妻）。爲同堂兄弟之妻。婦爲夫高曾祖父母。婦爲夫之伯叔祖父母及夫之堂姑在室者（夫之堂姑即夫之伯叔祖父母所生也）。婦爲夫之同堂兄弟姊妹及夫同堂兄弟之妻。婦爲夫再從兄弟之子，女在室同。婦爲夫同堂兄弟之女出嫁者。婦爲夫同堂兄弟子之妻（即堂姪婦）。婦爲夫同堂兄弟之孫及孫女之在室者。婦爲夫兄弟之會孫（即曾姪孫），會孫女同。婦爲夫之小功服外姻親屬。女出嫁爲本宗伯叔祖父母及祖姑在室者。女出嫁爲本宗同堂伯叔父母及堂姑在室者。女出嫁爲本宗堂兄弟之子，女在室者同。

今將服制圖附之於后，以供研究新舊親屬範圍變動之參考焉。

1. 喪服總圖

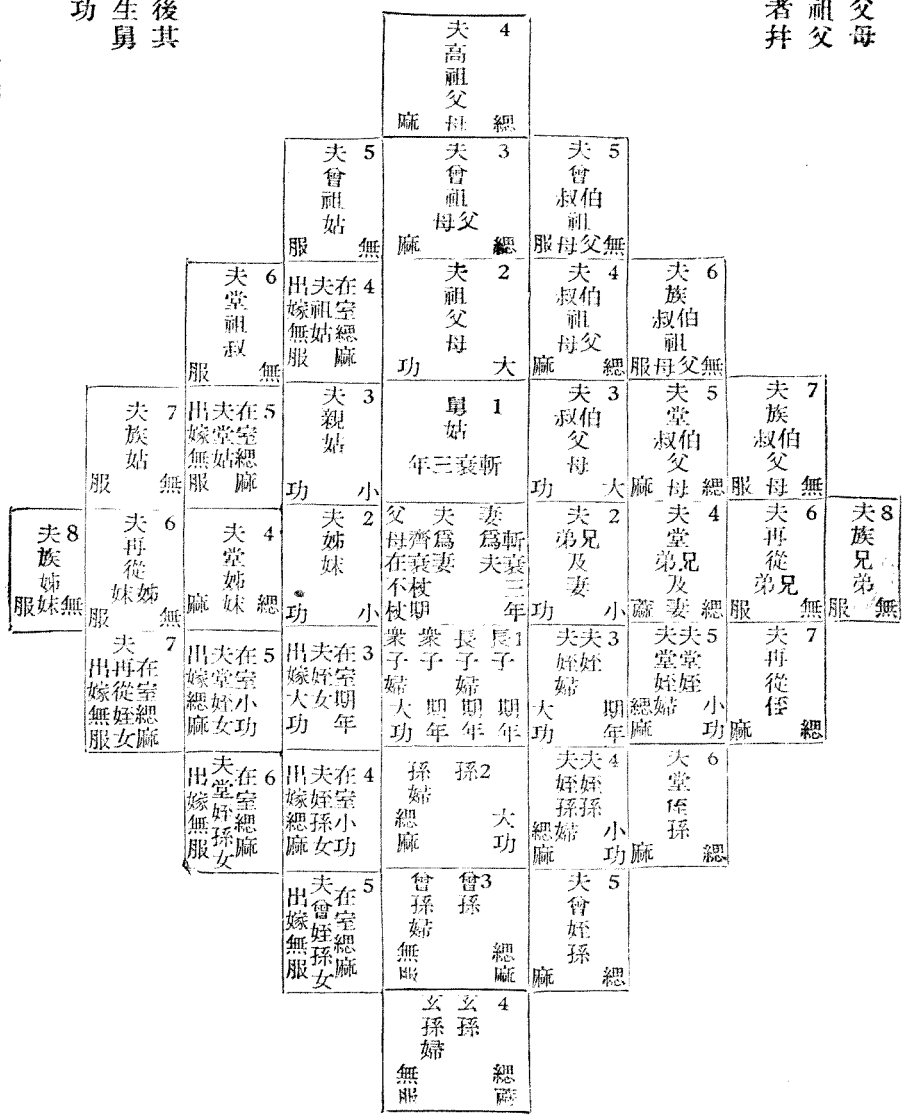
斬		
年	衰	三
邊下縫之爲布麻麤至用		
齊衰		
三	不杖	五
月	杖期	月
邊下縫之爲布麻麤稍用		
大功		
月		九
之爲布熟麤用		
小功		
月		五
之爲布熟麤稍用		
緦麻		
月		三
之爲布熟細稍用		

2. 本宗九族五服正服之圖（圖中亞拉伯數字表示民法親等）

3. 妻爲夫族服圖 (圖中亞拉伯數表示民法親等)

夫爲祖父母
及曾高祖父
母承重者并
從夫服

夫爲人後其
妻爲本生舅
姑服大功



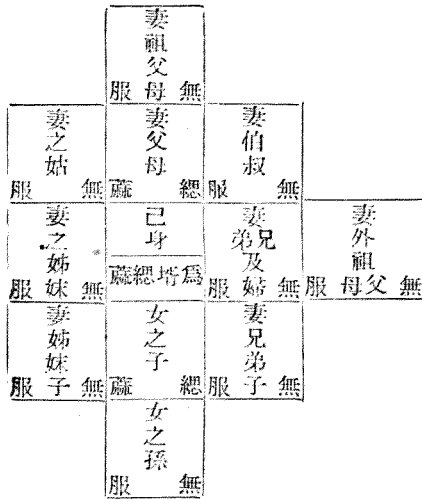
4. 出嫁女爲本宗降服圖

齊衰 高祖父母 三月		齊衰 曾祖父母 五月		祖父母 期		祖兄弟 總	
在室總麻 祖姊妹 出嫁無服		在室大功 父姊妹 出嫁小功		父母 年		伯叔父母 大	
在室總麻 父堂姊妹 出嫁無服		在室大功 姊妹 出嫁小功		己 身		兄弟 大	
在室總麻 堂姊妹 出嫁無服		在室大功 兄弟女 出嫁小功		兄弟子 大		堂侄 總	
在室小功 堂姊妹 出嫁無服		在室小功 堂姊妹 出嫁無服		堂姊妹 出嫁無服		堂姊妹 出嫁無服	

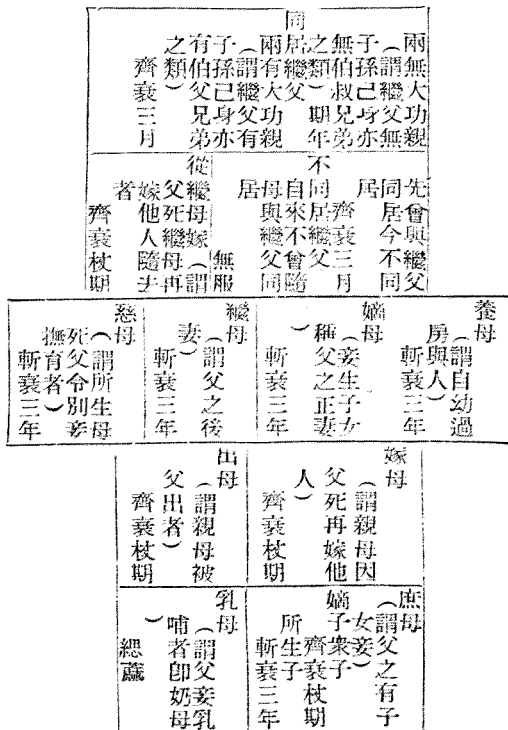
5. 外親服圖

母祖父母 無服		母之兄弟 小		母之姊妹 小		堂舅之子 無服	
母之兄弟 小		母之姊妹 小		兩姨之子 總		己身 總	
母舅之子 總		兩姨之子 總		己身 總		母舅之子 總	
母舅之子 總		兩姨之子 總		己身 總		母舅之子 總	
母舅之子 總		兩姨之子 總		己身 總		母舅之子 總	

6. 妻親服圖



7. 三父八母服圖



附錄一

出征抗敵軍人婚姻保障條例

三十二年八月十一日
國民政府公布施行

第一條 本條例稱出征抗敵軍人，謂優待出征抗敵軍人家屬條例第二條第一項各款（註）所定之軍人軍屬。

【註】優待出征抗敵軍人家屬條例三十二年十二月二十日國民政府公布施行
三十二年四月二十七日第二次修正

第二條 合於左列各款之一者，其家屬得享受本條例所定之優待。但少校以上軍人家屬，不給與本條例所定之優待物品。

一 直接參與作戰之軍人家屬。

二 調回後方休養整訓之軍人家屬。

三 空軍勤務人員及對空作戰之部隊。

四 準備撥補前方服役之運輸士兵。

五 國民兵團常備隊之備補兵及補充團隊之新兵。

凡編入戰鬥序列或担任戰地助手任務之警察及地方團隊，準用前項之規定。

第二條 出征軍人在出征期內，其妻不得請求離婚。

第三條 出征軍人在出征期內，其妻與他人訂婚者，除婚約無效外，處六月以下有期徒刑，拘役，或一千元以下罰金。其相與訂婚者，亦同。

元以下罰金。其相婚者亦同。

第四條 出征抗敵軍人在出征期內，其妻與他人重行結婚者，除撤銷其婚姻外，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。其相婚者亦同。

第四條 出征抗敵軍人在出征期內，其未婚妻，除依民法第九百七十六條第一款、第五款、第七款或第八款規定外，不得解除婚約。

不依前項規定而與他人訂婚者，除其婚姻無效外，處拘役或五百元以下罰金。與人結婚者，除撤銷其婚姻外，處一年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。

第五條 對於出征抗敵軍人之未婚妻，以脅迫引誘或詐術相與訂婚或結婚者，處三年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

第六條 出征抗敵軍人生死不明，滿三年後，其妻或未婚妻，始得向法院聲請爲死亡之宣告。

第七條 出征抗敵軍人之妻，自其夫死亡逾六個月後，始得再婚。

第八條 出征抗敵軍人因傷或殘廢後，其妻或未婚妻非取得本人同意，不得離婚或解除婚約。其以脅迫利誘或詐術取得本人同意離婚或解除婚約之證據者，處三年以下有期徒刑或拘役。

第九條 出征抗敵軍人在出征期內，其妻與人通姦者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。其相姦者亦同。

第十條 本條第三條第一項第四條第二項或第九條之罪，須本夫或未婚夫告訴乃論。如因障礙無法告訴時，該管檢察官得依利害關係人之聲請，指定代行告訴人。但不得與本夫或未婚夫明示之意思相反。

第十一條 依本條例所處罰金，應由司法機關撥交當地之出征抗敵軍人家屬優待委員會充作優待資金。

第十二條 本條例自公布日施行。

中國親屬法原理

刊誤表

面	行	句	誤	正
九， 十一，	七， 二，	二， 二，	繼承人與被繼承人 Vorsolwig, Gruchhaft	指定繼承人與被繼承人 Vorsolwig a Gruchsch, th
十二， 十三，	十一， 十二，	四， 一，	叔，伯， 姑，姨，姪，甥， 爲己身血親	伯叔， 姑姨，姪甥， 爲己身之血親
十九，	十二， 十三，	三， 三，	嫂，娣婦，姊妹，媳，婿， Collateralis	嫂娣婦，姊妹夫，媳婿 collateral
二〇，	四，	一，	(三二，三一，二，三九) (一七，二六)	(三二—二八，二九) (一七，二八，二六)
三〇，	二〇，	二，	(Grupp keine Group Marriage)	(Grupp keine; Grupp Marriage)
三二，	四，	二，	同年同字	同年上字
三四，	二，	四，	或曾爲妻妾	或娶曾爲妻妾
三六，	九，	二，	婚約。	婚約，
	十，	一，		

三七	四一		四二	四四	四七	五一	五二	五五	五五	五六	五七	五九
五	八	五	九	二〇	十一	三	五	十四	十九	十六	十	五
一	一	二	三	四	三	二	一	六	一	六	五	四

不違背公序良俗
 效者是
 亦，得
 亦無不可
 例如普國等。
 婚姻既屆
 現行發上
 註
 司法院解釋例
 以未婚夫和同被人鷄姦者
 可為解除婚約之原因（十六年統
 字第六〇九號）
 不能接用
 損害，甚屬
 慰籍，費固為
 未成年之法定
 為同意權者
 拜見後述各項之（註一）
 不無齟齬且
 立法例，至

不違背強行法規公序良俗
 效者是（註）
 亦須得
 亦無不可。
 例如普國等；
 婚期既屆
 現行法上
 註二
 司法院解釋例，
 以未婚夫和同被人鷄姦者，
 可為解除婚約之原因（十六年統
 字第六〇九號）。
 不能接用
 損害，甚屬
 一慰籍費固為
 成年人之法定
 斯為同意權人
 詳拜見後述各項之註
 不無齟齬，且
 立法例。至

六一，	三，	四，
六九，	八，	三，
七四，	七，	二，
七四，	十三，	二，
七四，	一，	三，
七九，	二，	一，
七五，	十一，	三，
七五，	十，	四，
七九，	八，	二，
八三，	十七，	一，
九二，	十，	一，
九二，	一，	一，
九三，	十，	四，
九六，	十二，	二，
一一二，	十三，	一，
一一二，	七，	二，
一二〇，	十八，	一，
一二五，	一，	五，
一四七，		

刊誤表

是所定家醜
其律文如左：
所以應爲法定
同意權者
影響；
是，
參照前述婚約解除之損害賠償講
義
特殊義務
更爲不可少也。
(10118,)(10042,)
(10111,)(10043,)
Gütergemeinheit
本項可分
依財產之契約
eingetragenes Gut
右項
所有對待權利
均有重大意。
卽所處刑期

是所謂家醜
其律文如下：
所以應得法定
同意權人
影響。
是。
參照前述第四節婚約第四款第三
項第二目損害賠償
特殊權義
更爲不可少也(註)。
(10018,)(0311,)
(10042,)(0043,)
Gütergemeinheit
本項可分
依財產制契約
Eingetragenes Gut
右各項
所有對待權利
均有重大意義。
卽使其所處刑期

一五八，
一五九，
一六〇，
一七二，

十四，
九，
十，
八，

二，
六，
三，
二，
一，
二，
三，
四，
五，
一，
二，
三，
四，
五，
二，
三，
四，
五，
三，
二，
一，

而言，
俾資生活
其詳會
否認其受胎
遺腹子
撫育同
其要旨謂
所不規定
同居一家
家屬
腹子女
七三五號
故凡具備
配偶非婚生
有虐待之
所由生之本姓
負主責，

而言。
「俾資生活」
其詳容
否認其授胎
遺腹子，
撫育同。
其要旨謂：
所不規定，
同居一家，
家屬，
腹子女，
七三五號。
故凡具備
配偶非婚生
於虐待之
所由生之本姓
負主責任，

未成年原則上……應另起一行
特允後死之父
既不分宗親

既不分家親

特允死之父

二一〇，
二一〇，
二一〇，
二一〇，
一九四，
一九〇，
一七六，
一七三，

四，
四，
六，
五，
十，
十六，
九，
十二，

四，
三，
二，
四，
五，
二，
四，
五，
三，
二，
一，
五，
四，
三，
二，
一，
二，
三，
四，
五，
三，
二，
一，

而言，
俾資生活
其詳會
否認其受胎
遺腹子
撫育同
其要旨謂
所不規定
同居一家
家屬
腹子女
七三五號
故凡具備
配偶非婚生
有虐待之
所由生之本姓
負主責，

而言。
「俾資生活」
其詳容
否認其授胎
遺腹子，
撫育同。
其要旨謂：
所不規定，
同居一家，
家屬，
腹子女，
七三五號。
故凡具備
配偶非婚生
於虐待之
所由生之本姓
負主責任，

未成年原則上……應另起一行
特允後死之父
既不分宗親

既不分家親

特允死之父

