

部定大學用書

現行親屬法論

李宜琛著

國立編譯館出版
商務印書館發行

部定大學用書

現行親屬法論

李宜琛著

國立編譯館出版
商務印書館印行

自序

本書初稿之成，去今已逾十稔。在昔都講舊京，以任教科目，偏於民法債物二編，故稿藏篋笥，未遑改削。事變既作，學校播遷。奉吾師余戟門夫子之命，于役西北，並爲代授總則親屬繼承各編。乃取初稿，印作講章。課餘讀書，間有所獲，輒於講述之際，口授諸生，使爲劄記，然猶未自著錄也。三十年夏，奉調入川，心身稍閒，得事學問，於是重理舊稿，將歷年教學所得，參稽損益，就正有道。日爾曼法概說及民法總則，均經先後付諸剞劂。親屬法論，國內不乏佳構，然於戰時蒐求不易，朋輩頗促將稿梓行。乃於今春，再取前稿，加以修正。歷時三月，粗可觀覽。編章體系，雖仍舊作；內容增補，差與昔異。如法曹判解，足覘法律之用，本書對此，徵錄頗詳（最高法院判例截止二十九年，司法院解釋則截止三十一年，國外判例，有可供解說之助者亦附及焉）。又欲闡明法律義蘊，必須就類似制度，比較研討。故本書對於各國法例，多所論列。卽德國自納粹竊政，典章不變，亦就側聞所及，取以參證。且余以爲治民法者，非僅就現行法制，詮釋分析，卽可盡其能事，尙須兼採社會學之方法（參看拙著民法總則緒論第八章民法之研究方法）。故於親屬法上，各種制度，必溯其沿革，明其體用，庶可融會貫通，理解其對於社會之意義。全書於此三致意焉。是或卽愚者一得之慮也。海內弘遠，庶有以正之。爰識原委，以爲之序。

中華民國三十二年八月時客北齊李宜琛。

第一章 親屬法總論	一
第一節 親屬法之概念	一
第二節 親屬法之編制	二
第三節 親屬法之沿革	四
第四節 親屬法之性質	五
第五節 親屬法之權利	六
第六節 親屬法之行爲	七
第二章 親屬	一
第一節 親屬團體之變遷	二
第二節 親屬關係之範圍	四
第一款 總說	五
第二款 親屬範圍之沿革	五
第三款 現行民法之親屬	一七
第三節 親系及親等	一三
第一款 親系	一三
第二款 親等	一四
第四節 親屬關係之變動	一七

第五節 親屬關係之效果	二九
第三章 婚姻	三一
第一節 婚嫁制度之沿革	三一
第二節 婚姻之意義	三四
第三節 婚姻預約	三六
第四節 婚姻之成立	四三
第一款 總說	四四
第二款 實質之要件	四五
第三款 形式之要件	五一
第四款 婚姻之變例	五二
第五節 婚姻之無效及撤銷	五五
第一款 總說	五五
第二款 婚姻之無效	五六
第三款 婚姻之撤銷	五七
第四款 損害賠償	五九
第六節 婚姻之效力	五九
第一款 總說	五九
第二款 身分上之效力	六一
第三款 財產上之效力	六五
第四款 總說	六五

第二項	約定財產制	六六
第三項	法定財產制	七四
第七節	婚姻之消滅	七九
第一款	總說	七九
第二款	離婚制度之沿革	八〇
第三款	離婚之立法主義	八一
第四款	我國離婚之舊制	八三
第五款	兩願離婚	八五
第六款	判決離婚	八七
第四章	父母子女	一〇六
第一節	總說	一〇六
第二節	親子關係之種別	一〇七
第一款	總說	一〇七
第二款	婚生子女	一〇八
第一項	婚生子女之意義	一〇八
第二項	婚生之推定	一〇九
第三項	婚生之否認	一一〇
第三款	非婚生子女	一一二
第一項	非婚生子女之意義	一一二
第二項	非婚生子女之認領	一一四

第三項 非婚生子女之準正	一一一
第四款 養子女	一一三
第一項 總說	一一三
第二項 養親子關係之發生	一二五
第三項 養親子關係之效力	一二九
第四項 養親子關係之終止	一三〇
第五款 指定繼承人	一三四
第三節 親子關係之效果	一三七
第一款 總說	一三七
第二款 親權之概念	一三七
第三款 親權之內容	一三九
第一項 關於子女身體上之權利義務	一三九
第二項 關於子女財產上之權利義務	一四一
第四款 親權之消滅	一四二
第五章 監護	一四七
第一節 監護之性質	一四七
第二節 監護之開始	一四九
第三節 監護之機關	一五〇
第一款 總說	一五〇
第二款 監護人之類別	一五〇

第三款	監護之缺格	一五三
第四款	監護人之免除	一五三
第五款	監護人之撤退	一五三
第六款	監護之事務	一五四
第一項	總說	一五四
第二項	對於受監護人身體上之事務	一五四
第三項	對於受監護人財產上之事務	一五五
第四項	監護人之法定代理權	一五七
第七款	監護之終止	一五八
第六章	扶養	一六〇
第一節	總說	一六〇
第二節	扶養之當事人	一六一
第一款	扶養之範圍	一六一
第二款	扶養之順序	一六三
第三款	扶養之程度及方法	一六五
第一款	扶養之程度	一六五
第二款	扶養之方法	一六六
第四節	扶養之終了	一六七
第七章	家	一七〇
第一節	總說	一七〇

第二節	家之性質	一七二
第三節	家之構成	一七三
第一款	家長	一七三
第二款	家屬	一七五
第四節	家務之處理	一七五
第八章	親屬會議	一七七
第一節	總說	一七七
第二節	親屬會議之組織	一七九
第一款	親屬會議會員之人數	一七九
第二款	親屬會議會員之資格	一七九
第三款	親屬會議會員之辭職	一八一
第三節	親屬會議之召集	一八一
第四節	親屬會議之決議	一八一
研習問題		一八六

現行親屬法論

第一章 親屬法總論

第一節 親屬法之概念

禮運曰：『飲食男女，人之大欲存焉。』心理學者，亦恆謂食慾性慾，爲人類之大本能，前者爲維持個人之生存，後者則在企圖種族之保持。而吾人之私生活，亦可因之大體分爲二面：其一，爲以財產之生產流通爲目的之經濟生活；其一，則以種族之生產存續爲目的之保族生活是已。民法之規定，既係以吾人之私生活爲其對象，是以民法法規中，遂亦從而而有二大部門之對立。規定經濟生活關係者，謂之財產法；而規定保族生活關係者，則謂之身分法。

身分云者，吾人於保族生活關係上所有之社會地位也。因其所有之此種社會地位不同，而人類之身分，遂可分爲四種。卽所謂婚姻、親子、家屬、親屬四者是已。規定此四種身分關係之發生、變更、消滅以及因身分關係而發生之權利義務等事項之法規，卽吾人所謂之親屬法。至如所謂監護，原非親屬關係，似未應爲親屬法之內容，但監護爲親權之延長，原與親屬關係，極形密接，故亦屬於親屬法之範疇。

雖然，規定上述四種身分關係之法規，固爲親屬法，但親屬法之概念，尙未可與身分法完全同視。蓋所謂身分法，於親屬法而外，更有所謂繼承法者在。繼承云者，於有一定之身分關係者之間，因一方之死亡，而他方遂承繼其法律上之地位之謂也。其與親屬法關係之密切，蓋不待言；但繼承法與財產法之關係，要亦甚切，故遂失去純粹身分法之色彩，而更有特殊的技術之規定。民法之所以使其於親屬法而外，別爲一編者，職

此之故。此外，則遺囑之規定，雖非身分法，但與繼承制度，關聯極夥，故民法亦規定之於繼承編中。

親屬法爲規定身分關係及因身分關係而生之權利義務之規定，雖如前述。但因身分關係而發生之權利義務，復可分爲身分上之權利義務，與財產上之權利義務，故學者恆將規定前者之親屬法爲純正親屬法 (Das reine Familienrecht)，而規定後者之親屬法，則謂爲親屬財產法 (Das Familienvermögen)。立法例上，且有因親屬財產法爲規定財產關係之法規。故規定於一般財產法中，而不規定於親屬法內者，如法蘭西民法，意大利民法及日本舊民法皆是。但此等財產上之權利義務，原係因於特別之身分關係而發生，與一般之財產關係，自有區別，若嚴予區分，別置編章，不唯至難，且多不便，故現行民法，遂做法瑞日本之立法例，仍規定之於親屬法中焉。

親屬法一語，復有實質上之意義，與形式上之意義。以上所述，要指實質上之親屬法而言。形式上之親屬法云者，則純指現行民法親屬編之規定。形式上之親屬法，固以實質上之親屬法爲其內容；但民法親屬編之規定，亦有不屬於實質上之親屬法者，亦有雖爲實質上之親屬法而未定於親屬編中者。且民法之規定多爲實體法之規定，程序法之規定，則恆讓諸特別法規。故親屬關係發生消滅之各種程序，自應別依戶籍法及人事訴訟程序法等之規定，唯親屬法之規定，必與程序之規定相輔，始能見諸實施，故從事親屬法之研究者，自須更就各種程序法，加以探討也。

第二節 親屬法之編制

人類之親屬關係，恆因社會組織之不同，其所表現之形態亦異，自屬當然。蓋在古代社會，爲多數家之聚合 (Aggregation of Families) 而非多數個人之集合 (Collection of Individuals)。(註一)是以人類之權利義務，恆繫屬於其身分，一切法律關係，亦皆因其身分關係而定。財產之得失變更，皆視其身分地位之移動；故於此種時代，親屬法實占私法之首位，且爲其中最大之部分。然社會漸由單純而趨於複雜，家族制度，日行衰

類，而爲個人制度所替代，財產之移動變更，遂改因契約而定。梅恩 (H. S. Maine) 所謂由身分而契約者 (From status to contract)，蓋即指此。契約之範圍既經擴大，而親屬範圍，亦漸因而減縮，其位置乃漸趨財產法之下位焉。

親屬法編制之立法主義，可大別爲三種：其一，以之列爲民法與中之一編者；法德瑞日等大多數之親屬法，皆採此種主義。其二，係由多數個別之特別法構成者，英法系之親屬法屬之。其三，以之爲特別之單行法者，採此種主義者，現唯蘇俄之親屬法而已。蘇俄民法係一九二二年九月所公佈，於民法公佈之先，一九一八年時即製定蘇俄共和國第一法典 (The First Code Laws of the Russian Federal Republic of Soviets)，規定關於戶籍婚姻親屬監護之法制。故民法典之內容，僅有總則物權債權繼承等四編。一九二六年婚姻親屬法雖經改正，而其編制，則一仍舊貫，未予變更者也。

多數立法例雖皆將親屬法列爲民法之一編，但同樣採此種主義者，復因其親屬法位置之不同，而可分爲兩種立法主義。其一，爲羅馬式編別法 (Institutionensystem)，分民法爲：(一)人事編，(二)物件編，(三)訴訟編三編。親屬關係與私權之享有及能力等規定，同包括於人事編中，法蘭西民法及日本舊民法即採此種主義。其二，爲德意志編別法 (Pandektenystem)，以親屬法爲獨立之一編，而私權之享有及能力等項規定，則別設總則編，爲各編共通之原則的規定，德國民法日本民法瑞士民法及我國現行民法皆採此種主義者也。

親屬法之編制，既如上述。茲更就現行各國親屬法之內容，列舉於左，以資比較：

(一) 法蘭西人事編

法蘭西人事編，分爲：(1) 婚姻，(2) 離婚，(3) 親子，(4) 養子及監護，(5) 親權，而夫婦財產制契約則規定於財產取得編之第五章。

(二) 日本親屬編

日本親屬編，分爲：(1) 總則，(2) 戶主及家族，(3) 婚姻，(4) 親子，(5) 親權，(6) 後見 (監護)，

(7) 親族會(親屬會議)，(8) 扶養義務。

(三) 德國親屬編

德國親屬編，分爲：(1) 婚姻，(2) 親屬，(3) 監護三者，而扶養及親子皆包括於親屬章中焉。(註二)

(四) 瑞士親屬編

瑞士親屬編，分爲：(1) 婚姻法，(2) 親屬關係，(3) 監護關係，於親屬關係中包括親子及家庭生活。

(五) 蘇俄親屬法

蘇俄親屬法，分爲：(1) 婚姻，(2) 親子親屬間之相互關係，(3) 監護及保護，(4) 身分登錄簿。

(六) 我國親屬編

我國親屬法，分爲：(1) 通則，(2) 婚姻，(3) 父母子女，(4) 監護，(5) 扶養，(6) 家，(7) 親屬會議。

綜上所述，其要點有可記者如左：

(一) 親屬法之要點，殆皆在於婚姻，親子，及監護三者，蓋以此三者爲中心而發展者也。

(二) 「家」之制度，唯日本及我國親屬法有之，瑞士民法雖無家之規定，但於親屬關係中含有家族生活焉。

(三) 一般民法類將戶籍及身分登錄簿之屬，讓諸特別法之規定，唯蘇俄法則規定之於親屬法中。

第三節 親屬法之沿革

親屬法有實質上之意義，與形式上之意義，既如前述。實質上之親屬法，在我國古代，即已存在，固無疑義；而形式上之親屬法，則以現行民法親屬編爲其嚆矢。蓋我國原爲不文法之國家，而親屬關係又爲法律與道德禮儀混淆之所。如周禮、儀禮、禮記諸書，條分縷舉，言之綦詳。洎唐有六典，明有通典，清有通禮會

真，就親屬尊卑之分，上下等級之別，以及婚姻喪祭，儀文服制，規定極備，朝野式遵。雖名禮制，以今日法律觀念言之，實皆親屬法之淵源。故我國固有法上，親屬關係，除少數規定，散見於律例戶籍婚姻各門而外，殆咸受禮俗之支配也。

親屬法之編纂，昉自前清修訂法律館之舊民律草案，未及施行，而清室已屋。民國五年之親屬法草案及民國十五年之新民律草案，亦均未見諸實施。國府奠都南京後，首由法制局起草親屬法草案，亦未付之施行。民國以還，凡親屬關係之訴訟，皆適用現行律民事有效部分，前大理院及最高法院判例解釋，亦擁有相當之拘束力。迨民國二十年五月五日，現行民法親屬編施行，始有形式上之親屬法存在焉。

第四節 親屬法之性質

一般學者，恆就法律爲公法私法，普通法及特別法之區分；試從其分類，則親屬法爲私法及普通法，蓋不待言。茲更就親屬法之性質，摭拾其重要之數點，臚列說明於左：

(一) 地方色彩之濃厚

親屬法之規定，原以夫婦間親子間之權利義務爲內容，自以人類自然之關係爲基礎。此等自然關係，係受各國氣候風俗道德禮儀之影響，經長年月日社會歷史之變遷，始行發達成長者，故各國親屬法規，因之亦皆富於固有地方色彩 (Local colour)，且有保守性與倫理性。一般私法雖有日漸國際化之影響，而親屬法則最難於爲國際的統一，即職此故。

(二) 個人主義色彩之稀薄

現行各國民法，大多數皆以資本主義爲其基調，個人主義之色彩，極其鮮明，自屬當然。但比較言之，則民法中，身分法之部分，其個人主義之色彩，實較財產法部分爲稀薄。蓋親屬法所規定者，多非個人之關係，或爲數人之結合——例如夫婦，親子——或更及於家族、親屬等團體；立法之際，勢必於個人利害而外，更就

其全體之禍福，慎重考慮。蓋財產法部分既純爲個人主義之立法，雖未便於身分法部分，即行改變其立法主義，而由於上述原因，其個人主義之色彩，勢不得不略爲稀薄也。

(三) 多爲強行之規定

親屬法所規定者，爲夫婦親子等身分關係。此等身分關係，實爲國家組織之重要基礎。此等身分關係之發生消滅以及其權利義務之內容，若一任當事人間自由規定，則影響於公序改俗，自非淺尠，故親屬法大半有強行法之性質，不得適用私法自治之原則焉。但如夫妻財產制之屬，原非強行之規定，自可因當事人之意思而左右也。

第五節 親屬法之權利

第一 親屬權之概念

親屬法上之權利，即因親屬關係或家屬關係而生之權利，謂之曰親屬權；亦曰身分權，蓋因親屬權之發生、行使及消滅，恆與人之身分地位密接而不可分離故也。例如取得兩親或監護人之身分，因其身分地位，在法律上遂當然發生一定之權利，其身分喪失，則其權利亦即消滅。換言之，則親屬權之得喪，恆與其身分相終始，其身分之得喪，即爲其權利得失之基因。因此，學者恆謂親屬權爲一身專屬權，但勿寧謂爲身分專屬權，或更得當。

雖然，親屬權之概念，應與人格權嚴於區別。蓋所謂人格權者，係維持爲人之資格所必要之權利，例如生命、身體、名譽、自由，皆人生於世不可缺少者。倘不具備，則人格即行消滅，故稱生命權、身體權、名譽權、自由權爲人格權。親屬權則爲維持一定身分所必要之權利，非維持爲人之資格之權利也，換言之，則人格權爲與權利人其人不可分離之權利，而親屬權則係與權利人之身分不得分離之權利也。

親屬之爲權利也，一方面因係爲權利人之利益而存在，同時亦係爲其相對人之利益而存在。例如第一八四

條規定，父母對於未成年之子女有保護及教養之權利義務，即其實例。實則親屬法上之權利，皆一面具有義務的性質，是蓋親屬權之社會的性質之表現也。

第二 親屬權之內容

親屬權之內容，至極紛歧，有爲人身之支配權者，例如親權人之保護教養權（一〇八四條），懲戒權（一〇八五條），夫婦之同居權（一〇〇一條七條）；有爲請求權者，例如扶養請求權（一二四條以下）；有爲形成權者，例如同意權（九七四條），婚姻撤銷權（九八九條以下），婚生子女否認權（一〇六三條），非婚生子女認領權（一〇六五條），認領請求權（一〇六七條）；亦有爲期待權者，例如繼承權（一一四〇條）。因此欲根據其性質作用而爲親屬權之內容，加一定義，自屬難能。

第三 親屬權之絕對性

一切之權利皆有絕對性，親屬權亦然。親屬權因受他人之妨害，其事實上之狀態已與親屬權之內容不相適合時，得對妨害人請求排除妨害，回復固有之狀態，此種請求權謂之親屬權的請求權。換言之，即親屬權人因其妨害事實之不同，而對妨害人有種種之請求權，例如於其親屬權之客體被侵奪時，則有返還請求權；原狀變更時，則有原狀回復之請求權；親屬權現被妨害時，則有妨害停止之請求權；有妨害之虞時，則有妨害預防之請求權是也。

此種親屬權的請求權，原係因親屬權之妨害始行發生之權利，故學者頗有以之爲獨立存在之權利者。但予則以爲權利救濟法之一種，係因一般權利之不可侵性而流出之救濟權，其性質蓋與物權的請求權極相類似，故親屬權之請求權不得自親屬權分離獨立而處分之也。

第六節 親屬法之行爲

第一 親屬法上之法律行爲

親屬法上之法律行為云者，以身分之設定喪失變更爲標的之法律行為也。親屬編中所規定之各種行為，非皆茲所謂之親屬法上之法律行為，或爲單純之財產法上之行為（例如一〇〇四條以下一二〇條一二二條），或爲公法上之行為（例如一〇一〇條一〇五二條一〇八一條），亦均散見於親屬編中，所謂親屬法上之法律行為者，分類例示，有如下述：

（一）契約 婚約（九七二條以下）婚姻（九八〇條以下）及離婚（一〇四九條以下）……等。

（二）單獨行為 親屬法上行爲之撤銷（九八九條以下各條），親屬法上行爲之同意（九七四條一〇四九條等）……等。

（三）合同行為 親屬法上之合同行為，僅有親屬會議之決議（一一三〇條）。但親屬會議之決議，不常關於身分之設定喪失變更，親屬會議之決議有關於身分之設立喪失變更者，始爲親屬法上之合同行為也。

親屬法上之法律行為係以身分的變動爲內容，與財產法上之法律行為係以財產之交易爲內容者，顯有差異。是以民法總則編中對於法律行為之諸種原則的規定，是否可以適用，洵爲研究親屬法時所不可忽視之問題也。

第二 行爲能力

親屬法上之法律行為既係以身分之變動爲目的，故原則上苟有識別能力，可以認識其行爲之意義，即可單獨爲之，雖在無行爲能力人，亦無庸法定代理人之同意，且須本人自爲意思表示，法定代理人，亦不得爲之代理，皆與財產法上之法律行為不同。蓋因財產法上之法律行為，係與追求利益之相對人爲交易，動輒有財產上之利害關係，故必須有計算能力，始許其單獨對外交易；反之，親屬法上之行爲類皆出於自然之愛情，非出於利害之計算；加之，身分關係多爲嚴格的強行法規所規律，更無庸要求較高之計算能力故也。例如禁治產人於本心回復中，亦得爲有效合法之婚姻，卽其一例。

雖然，以上所述，要不過一般的原則。身分行爲亦有必須他人之同意者。例如未成年人訂婚結婚及離婚，

實須法定代理人之同意（九七四條九八一條一〇四九條），然此種規定不過在使思慮半熟之子女，就其配偶之選擇及離別之決意，不敢率意獨行，故已結婚之未成年人，雖有行為能力，就其離婚，仍須法定代理人之同意。故其同意權並非能力之補充，而為企圖家庭親子生活之圓滿也。此外，法律就身分行為之能力，往往設有一定年齡之限制，例如婚姻須男滿十八，女滿十六（九八〇條），收養者須為成年人（一〇七三條參照），又各有其理由，非由於識別能力之不足也。

第三 意思表示

財產法上意思表示之效果。恆視相對人之意思及與第三人之聯繫若何而定之，親屬關係則不然，雙方當事人意思若不完全合致，即屬無效，是否害及第三人間交易之安全，則毫無過問之必要。是以身分法上之意思表示倘係出於心中保留或通謀之虛偽意思表示，概應無效，是蓋為嚴格意思主義之表現。因財產法上所以採取表示主義，非出於當事人真意之意思表示亦給與效力者，原在保護相對人之利益及交易之安全，但在親屬法上若不出於當事人之真意，即使其發生一定之身分關係，其為害蓋尤甚於犧牲相對人之利益及一般交易之安全故也。

次之，親屬法上之法律行為如依錯誤或詐欺脅迫而為之者，其行為之效力若何？解釋上，亦屬疑問。學者之間，約有三說：第一說，親屬法上之法律行為通常亦應適用民法總則之規定，僅於親屬法有特別規定者，始從其規定；第二說，親屬法上之法律行為與財產法上之法律行為，迥然不同。民法總則之規定，係以財產行為為對象，對於親屬法上之法律行為，完全不能適用。親屬法上之法律行為是否無效或可得撤銷止能適用親屬法之規定，親屬法無規定時，即無承認之餘地。第三說，則謂親屬法上之法律行為，不能適用民法總則之規定，應應用親屬法上之規定，但無規定時，亦不應解為有效，應類推適用親屬法上無效撤銷之規定，承認其行為為無效或得撤銷。以上三說，當以第三說較為穩妥。最近學者，多從是說，余亦云然。我司法院會就收養行為，著有解釋，其主張介於上述第一說及第三說之間，是否妥當，似不無討論之餘地也。（註三）

第四 代理

親屬法既以行為當事人之意思爲要素，故若無明文，概不適用民法總則編關於代理本規定。蓋因身分法上之行為，多爲所謂不許代理之行為，其意思表示原以個人完成之爲原則也。然所謂不許代理者，不過謂其意思表示自身，須由本人爲之，不得使他人代理而已。若本人決定意思，使他人爲之傳達，是不過爲單純之使者，不啻爲本人之手足，自非法所不許也。（註四）

第五 無效撤銷

關於無效撤銷，親屬法亦多設有特則，不適用總則編之規定（九八八條以下參照），其撤銷權之行使，既須依訴訟之方法爲之，其撤銷之效果不溯及行爲成立之當時，皆與民法總則之規定不同，且身分行爲之撤銷無效，均得對抗一般人，不僅於當事人或特定人間發生身分關係變更之效果已也。

第六 條件期限

親屬法上之行為以無附款爲原則，如附有任何條件期限，則爲違反公序良俗之行爲，在所弗許，（註五）例如以成立後二年爲終期之婚姻無效是也。

第七 方式

親屬法上之法律行爲皆以要式行爲爲原則，必須具備一定之方式，一則期乎當事人意思之確實，一則身分之變動得爲一般人所共悉，藉可避免來日之紛爭也。

次之，有須附記於此者，民國三十二年二月三十一日公布公證法。該法第四條第三款規定：關於婚姻、認領、收養或其他親屬關係之行爲，當事人或其他關係人得請求公證人作成公證書，或就私證書加以認證，則依其具有之證據力，當可防止爭端於未然，俾得達成所謂『預防的司法』（*jurisdictio cautelarum*）之目的也。

（註一）梅恩(H. S. Maine)著古代法(Ancient Law)第五章參照。家族制度之變遷，參看本書第七章第一節。

（註二）德國於一九三八年七月六日頒布關於結婚證離婚之統一的法律，亦簡稱婚姻法。對於民法規定，多所修正。

(註三) 司法院三十年院字二二七一號解釋：「收養子女違反民法第一千零七十四條之規定者，民法雖未設有關於撤銷結婚之規定，惟由一定之人向法院請求撤銷，但結婚與收養子女，同為發生身分關係之行爲，關於撤銷違法結婚之規定，在違法之收養，亦有同一之法律理由，自應類推適用，況民法施行後頒行之民事訴訟法第五百七十九條以下，就撤銷收養之訴，規定特別訴訟程序，實以民法上認有撤銷收養之訴爲前提，所謂撤銷收養之訴，係指請求法院以判決撤銷收養之形成訴訟而言，收養子女，因有民法第八十八條，第八十九條，第九十二條等情形，得撤銷者，依民法第一百十六條之規定，其撤銷祇須以意思表示爲之。確認此項意思表示有效與否之訴訟，爲確認收養關係成立或不成立之訴，並非撤銷收養之訴，民法上既別無關於撤銷收養之訴之規定，則關於撤銷結婚之規定，於違法之收養，應類推適用，按諸民事訴訟法就撤銷收養之訴，規定特別程序之法意，尤無疑義，故有配偶者，收養子女，未與其配偶共同爲之者，其配偶得向法院請求撤銷之，並非當然無效。」

(註四) 最高法院二十九年上字一六〇六號判例：「兩願離婚固爲不許代理之法律行爲，惟夫或妻自行決定離婚之意思，而以他人爲其意思之表示機關，則與以他人爲代理人，使之決定法律行爲之效果意思者不同，自非法律所不許。本件據原審認定之事實，上訴人提議與被上訴人離婚，託由某甲覺得被上訴人之同意，被上訴人於訂立離婚書面時，未親自到場，惟事前已將自己名章交與某甲，使其在離婚文約上蓋章，如果此項認定，係屬合法，且某甲已將被上訴人名章，蓋於離婚文約，則被上訴人不過以某甲爲其意思之表示機關，並非以之爲代理人，使之決定離婚之意思。上訴理由就此指摘原判決爲違法，顯非正當。」

(註五) 身分法上之行爲例如婚姻、離婚、收養行爲、非婚生子女之認領、婚生之否認等，皆爲不得附條件限期之行爲，學者對此，殆無疑義。然司法院二十三年院字一三五七號解釋：「查民法親屬編關於夫妻協議離婚，並無不適用附條件法律行爲之規定，如果其離婚條件確載明某某須賠償財禮一百元與某甲收領，始能離異字樣，自應於其條件成就後，發生效力」。直謂離婚亦可附加條件，顯違法理，似非的論。

第二章 親屬

第一節 親屬團體之變遷

第一 總說

人類親屬關係之變遷，恆視其生產關係爲轉移，因生產力之發展，吾人獲得生活資料之方法既有變更，而親屬關係，遂亦因之而異。原始時代，人類究應以何種物質爲其資料，雖不了了，但爲天惠之自然產物，則可斷言。因之，於此時期，人類多爲孤居生活，而不爲集合生活。何則，蓋因苟營集合生活，則食物將告缺乏，頗爲不利故也。此種時期，學者恆稱之爲個人探索食料時代。雖然，有應注意者，則茲所謂之孤居生活，實非個人孤獨之生活，蓋在極端原始之社會，爲保護養育其子孫，亦必有簡單之團體生活，由男女及其生產之幼兒組成之。此蓋爲人類本能之所必然，故縱謂爲個人探索食料時代，然至少亦必有此等團體員之共同探索存於其間。特在原始人類，於此種簡單團體生活而外，別無集合共營之社會生活，故不妨名之曰孤居生活或個人探索食料時代也。其後因各種武器及捕獲採取食料方法之發明，人類共同使用此種獲得生活資料之新方法，不唯無食物缺乏之虞，且可增加食物獲得之分量。加之，因營集合生活，可對外敵之侵略，共同加以防衛，生存之危難，更易避免，於是人類生活狀態，遂由孤居生活進化而爲集合生活，是爲共同探索食料時代。於此時代，其集合生活之存續，原係由於羣集生存之便利，故因以戰防禦，獲取食料，而成團體；因有不利於羣集生存之事實時（例如食餌之缺乏），其團體即行解散。但因人類智識之進步，血統觀念發生，此種團體遂更以血統關係爲其結合之基礎；加以祖先崇拜之風習發生，此種團體之集合，愈行堅固，於團體生活之中，更加以秩序組織之觀念。人類社會生活，乃漸開發達之端緒。

人類之集合生活，原造始於血族團體（親屬團體）。此種團體，一面有政治之性質，對內維持團體中之和平秩序，對外則共同防禦外敵之侵略；一面復有經濟上之意義，從事於團體之生產消費患難扶持。此等親屬團體相集而成一部落（Tribe），諸部落更集合成一國家，於此時代，其國家之構成分子實非個人而為親屬團體焉。其後因勞動生產力之發達及生產物之增加，私有財產制度因而確立。而個人主義之思想，遂風靡一時，國家團體亦因之愈行發達，親屬團體乃漸失其重要地位。降至今日，親屬團體不唯非國家之構成分子，即其政治的以及其經濟的意義亦皆喪失無餘。雖然，骨肉相親，人之常情，夫婦親子之共同生活，原為人類生理上及心理上所必然之要求。是以家族制度存在之我國無論矣，即在個人制之歐美亦有夫婦與其未成年子女所集合而成之團體，故親屬團體於社會組織上尚不失為重要之基礎焉。

第二 親屬團體之起原

親屬關係之基礎，在於血統之連絡，古今中外，莫不皆然。但所謂親屬關係，純以適法之婚姻為基礎，男女兩系，咸置於同等之地位，無分偏倚者，則實為近代之所有事，不能謂非社會進步，倫理觀念發達，學術昌明，婦女地位增進之結果。在此以前，則親屬之構成，純為男性中心之社會耶，抑或尚有女性中心之社會？換言之，上古之親屬團體係純依父方系統親屬構成之邪？抑純由母方系統親屬構成之邪？此則尚有待於人類學者、社會學者、歷史學者之研究，非我輩治法學者，所敢輕易置喙。本書所述，要亦摭拾羣說，就其可信者數陳一二已耳。

歐西學者間，於十九世紀中葉前，原以父權說為有力，如古代法（Ancient Law）之著者梅恩（Maine）即其代表，梅恩曾就羅馬、希伯來、希臘、愛爾蘭、印度各民族間之諸種法律制度，加以比較研究，而其結論則謂親屬之構成，最初即皆以男系為基本。其大意曰：人類之親屬構成，自始即具備嚴正之形體，血親姻親相集成一團體，其上有一酋長統御之，其酋長蓋以一族中最年長之男子經驗豐富孔武有力者當之。同族之人皆服其權力，受其保護。惟梅恩氏之研究，其取材僅局限於羅馬希臘等開化民族，而劣等民族之習慣，則未顧及，故

反對學者，恆以此非之。第左祖梅恩者，則恆以現存愛爾蘭土人之中尙有此種組織，用爲父權說之論據焉。

其後至一八六一年瑞士法學者巴喬芬 (Baehofen 1815-1887) 氏著母權論 (Das Mutterrecht) 一書，以神話傳說之研究爲基礎，主張多數古代民族間皆有母權制度，此種母權制度，且係先於父權制度而發生，迨一八七六年復有馬克羅南 (McLennan) 氏於古代史研究 (Studies in Ancient History) 書中，基於人種學之研究，與巴喬芬氏，發爲同一之論斷，巴喬芬以爲女權制度爲原始時代女性優越之結果，而馬克羅南，則首先肯定原始時代亂婚制度之存在，於此種狀態之下，人類咸知有母而不知父，故親屬團體之構成，自屬以母系爲中心焉。母權說既出，學者間從之者甚衆，(註一)更進而主張原始時代親屬團體之酋長亦非父而爲母，有所謂母權的親屬團體之存在焉。

雖然，對於上述之母權說，學者間頗多持反對論者，如威思退馬克 (Edward Westermarck) 氏於其所著之人類婚姻史 (The History of Human Marriage, 1891) 及來圖諾 (G. H. P. tonneau) 於其所著婚姻及親屬進化論 (L'evolution du Marriage et de la Famille) 等書中，就各種動物進化之原理及多數原人社會之自然狀態加以比較，認爲母權論者之觀察，完全錯誤。蓋以人類及其他哺乳動物皆有性的嫉妬之感情，縱在原始社會，亦不克有亂婚制度之存在。原人社會中縱有女系的親屬團體，亦非亂婚之結果，且在母系制度之下，其親屬團體之酋長，對於子女有權力者，仍爲男子，卽母之兄弟，子之伯叔父也。

綜上所述，則上古親屬結合之狀態，學者主張，尙未一致。竊以爲人類社會之發達，原因其住居之土地、形勢、氣候以及其他各種外在之環境，而有差異。原始時代之社會生活，自亦因民族之差別而有不同，是以原始社會之親屬構成，亦未克就人類全體，加以概括的論斷。吾人所可斷言者，則有史以後，各優勝名族，殆已成爲父系親屬制度，其家族制度，係以父子關係爲基礎矣。

第二節 親屬關係之範圍

第一款 總說

親屬關係者，人與人之間，於法律所定之範圍內，具有親屬之關係之謂也。吾人之親屬關係原以配偶關係及血統關係爲基礎。配偶關係及血統關係本爲社會現象自然現象之一種。此種社會現象自然現象究應以如何之方法，於如何之程度，在法律制度中容認保護之邪？換言之，此種社會現象自然現象於如何之方法程度可使之與法律事實相一致邪？此種問題之解答，原非容易。蓋有男女則有親子，有父母則有祖父母。子孫之綿繁無窮，祖先之聯絡靡既。社會現象自然現象上之此種血統聯絡關係，倘一概認許爲法律上之親屬，失之過廣，不爲無益，抑且有害，故各國立法例，對於親屬之範圍，皆加以相當之制限焉。

關於親屬範圍之制限，立法主義有個別的限定主義及總括的限定主義之不同。個別的限定主義云者，對於親屬關係之本身，並未限定其範圍，僅就各別特殊之事項（如繼承權、扶養義務、親屬會議、近親結婚之限制），應其必要，一一限定其範圍。例如法蘭西民法就繼承設有十二親等之規定是也。總括的限定主義云者，非就各個事項，個別的限定親屬之範圍，乃係總括的就親屬的範圍定有最大之限度，然後對於各個事項法律上之效力，遂使之因親屬之種類，親等之遠近而有不同。日本民法，即採此種主義。而我民法則斟酌古來之習慣及實際之便宜，採取個別限定主義。（註二）

第二款 親屬範圍之沿革

第一 外國親屬範圍之沿革

古代羅馬，對於親屬關係，向有兩種不同之觀念：其一稱之爲阿古拉求（*Agnatio*），其一稱之謂孔古拉求（*Cognatio*）。阿古拉求者，蓋謂服從同一家長權者間之關係。此種關係，於家長死亡後，亦復存續，故阿古拉求實爲家屬關係，有此家屬關係者，謂爲阿古拉其斯（*Agnatis Agnati*）。此種阿古拉求蓋爲市民法（*Jus civilis*）承認之家屬關係，其血統關係之有無，則非所問。反之，孔古拉求則爲萬民法（*jus gentium*）所承認，蓋爲血統關係之意，凡有血統關係者，即謂之孔古拉其斯（*Cognatis Cognati*），並有直系血統關係及傍系血

統關係之分焉。故羅馬所謂之親屬，原爲阿古拉求之觀念，其後則專用於孔古拉求之觀念焉。

日爾曼古法之所謂家屬關係 (Familie) 則不問血統關係之有無。血親則謂之基培 (Stippe)，基培中復有劍族 (Schwertmagen) 與紡錘族 (Spindelmagen) 之分。前者謂男系之男子，後者則謂男系之女子及女系之男子女子也。但近世德國民法之所謂親屬，則僅限於血親，不承認家屬關係之存在者也。

第二 我國親屬範圍之沿革

我國古代法制，對於親屬範圍之規定，素有九族三族之稱，九族一詞，昉自尙書。堯典曰：『克明俊德，以親九族。』大禹謨曰：『惇敘九族。』唯九族之意云何，則學者間聚訟紛紜，莫衷一是。但大別之，可分爲廣義狹義二說。持狹義說者，謂九族爲上自高祖，下迄玄孫，並己身謂之九族。此說爲古文尙書派鄭玄孔安國等首倡，唐之韋述，宋之孔祥道，清之王鳴盛顧炎武等皆從之。持廣義說者，則謂九族爲父族四，母族三，妻族二，『父族四者，謂父之姓一族也；父女昆弟適人有子爲二族也；身女昆弟適人有子爲三族也；身女子適人有子爲四族也。母族三者，母之父母一族也，母之昆弟二族也，母昆弟之子三族也。——母昆弟者，男女皆在外親，故合言之。——妻族二者，妻之父爲一族，妻之母爲二族。』(白虎通宗族篇) 此說見於漢班固等編纂之白虎通，今文尙書家歐陽和伯、夏侯勝、夏侯建、杜預等皆持是說。近世則陸榮、俞樾等，皆從之。此二說也，雖各有其短長，但竊以狹義說爲適合法制之實際。古文家之說，蓋本於禮記之喪服小記。喪服小記曰：『親親以三爲五，以五爲九，上殺，下殺，傍殺，而親畢矣。』鄭玄註曰：『已上親父，下親子，三也。以父親祖，以子親孫，五也。以祖親高祖，以孫親玄孫，九也。殺謂親益疏者，服之即輕也。』是所謂九族者，蓋指本宗直系之九世親也。明律，清律之喪服表，首揭『本宗九族五服正服之圖』，可見法律所規定之親屬範圍，實限於本宗九族之直系焉。

九族而外，復有三族之稱。三族之意云何，學者間亦多爭訟。第一說，見於儀禮鄭注，『三族謂父昆弟，己昆弟，子昆弟。』蓋爲本宗最近親之稱。宋陳祥道祖述是說，據所著禮書中云：『書與詩序，皆言九族，特

周禮小宗伯，饗禮士昏禮，禮記仲尼燕居，特言三族。三族者，父子孫也。九族高祖至玄孫也。三族舉其始，九族齊其末。舉三族，則九族見矣。『是蓋以三族與九族爲同一義者也。第二說則見於史記秦本紀『法始有三族之罪』註。張晏曰：『父母，兄弟，妻子也。』其範圍爲最狹。第三說爲白虎通之說。以九族爲父族，母族，妻族三者，與今文家所謂之九族同。此說卽爲三國如淳氏之所本。如淳註史記『法始有三族之罪』曰：『父族，母族，妻族也。』後世殆皆以此爲定說。

綜上所述，則我國古法親屬之範圍，著限於九族及三族。歷代之法制，卽以此爲標準，分親屬爲宗族外姻之二類。外姻中又分爲外親，妻親二者。如現行律喪服圖，本宗九族五服正服圖，卽宗族之服制。外親服圖，則限於女系親。妻親服圖，則指示妻族之喪服。蓋宗族外姻喪服之所及，卽親屬規定之範圍也。民律草案分親屬爲：(1)宗親，(2)外親，(3)妻親，及(4)夫妻之四類（民草一三一七條），蓋卽本於舊有之法制，純爲男系本位之規定也。

第三款 現行民法之親屬

現行民法所規定之親屬關係，得分類如后：

(一) 配偶（註三）

因婚姻而結合之男女——卽夫妻——相互謂爲配偶。蓋爲血親關係及姻親關係之基本親屬關係也。配偶之關係，因婚姻之成立而發生，因當事人一方之死亡，婚姻之撤銷及離婚而消滅。是以訂婚人，及未依法取得夫妻之身分者，皆非茲所謂配偶，蓋不待言。

(二) 血親

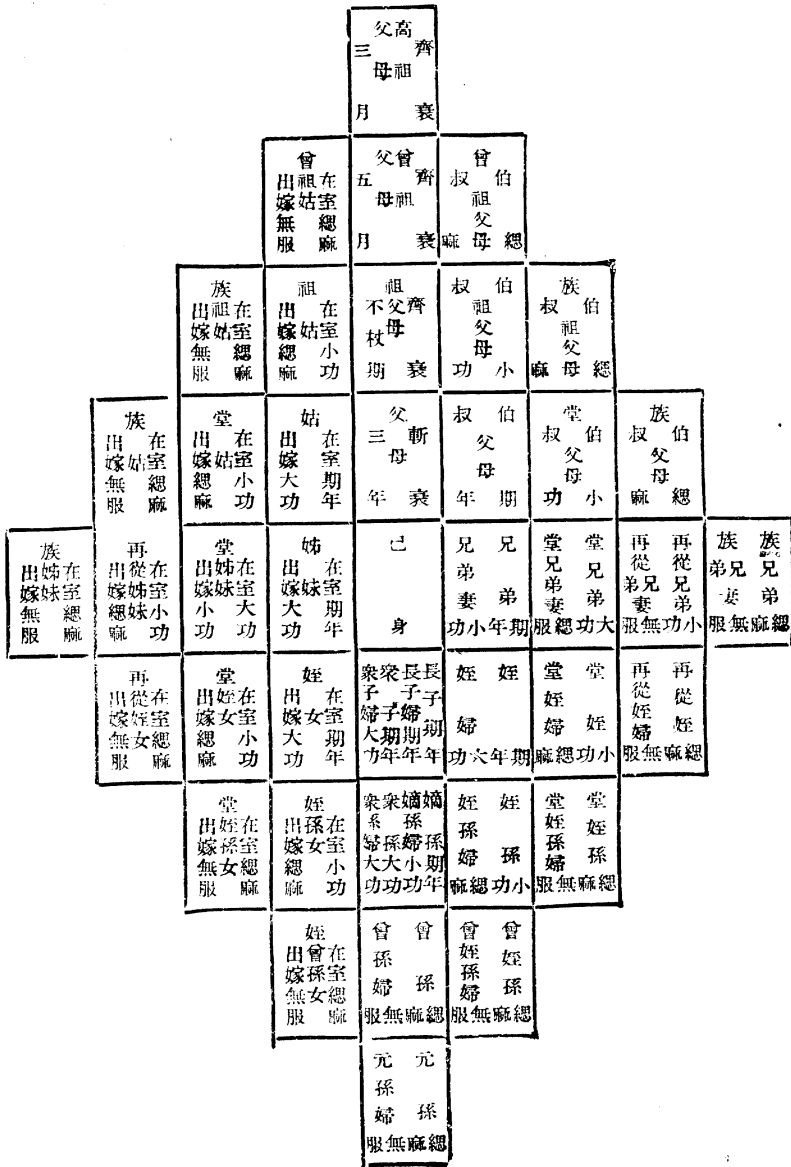
血親云者，依血統爲連絡之親屬關係也。復可爲下列之分類：

(1) 直系血親

(a) 己身所從出之血親 例如父母，祖父母，曾祖父母，外祖父母。

闕 總 服 喪			
	年	斬 衰	三
邊 下 縫 不 之 爲 布 麻 麤 至 用			
		齊 衰	
三 月	不 杖 期	杖 期	五 月
邊 下 縫 之 爲 布 麻 麤 稍 用			
	月	大 功	九
之 爲 布 熟 麤 用			
	月	小 功	五
之 爲 布 熟 麤 稍 用			
	月	緦 麻	三
之 爲 布 熟 細 稍 用			

宗九族五服正服圖



妻 爲 夫 族 服 圖

現行親屬法論

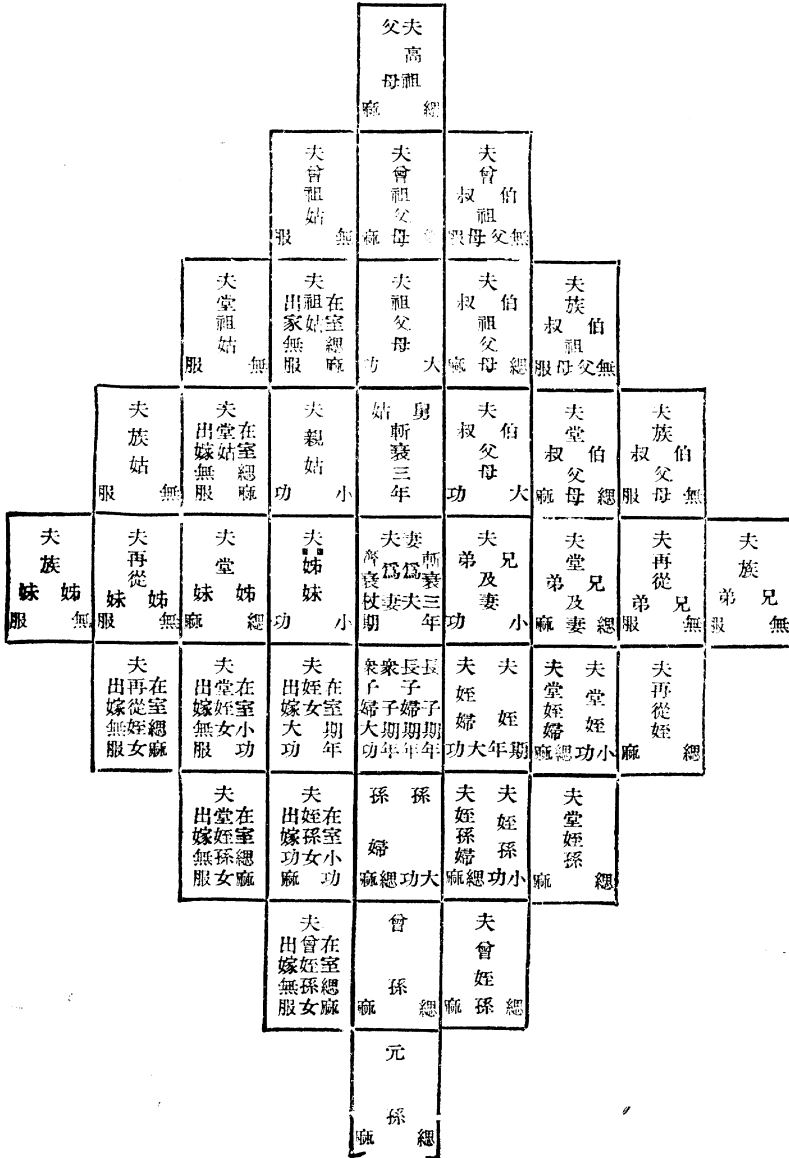
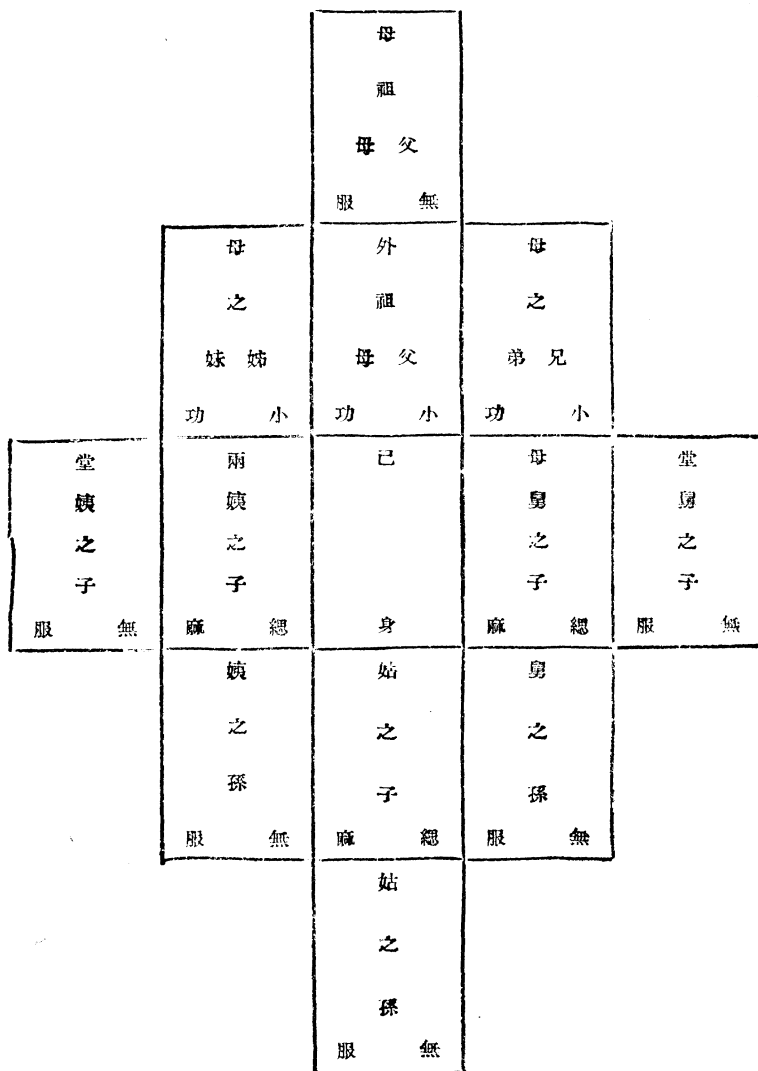
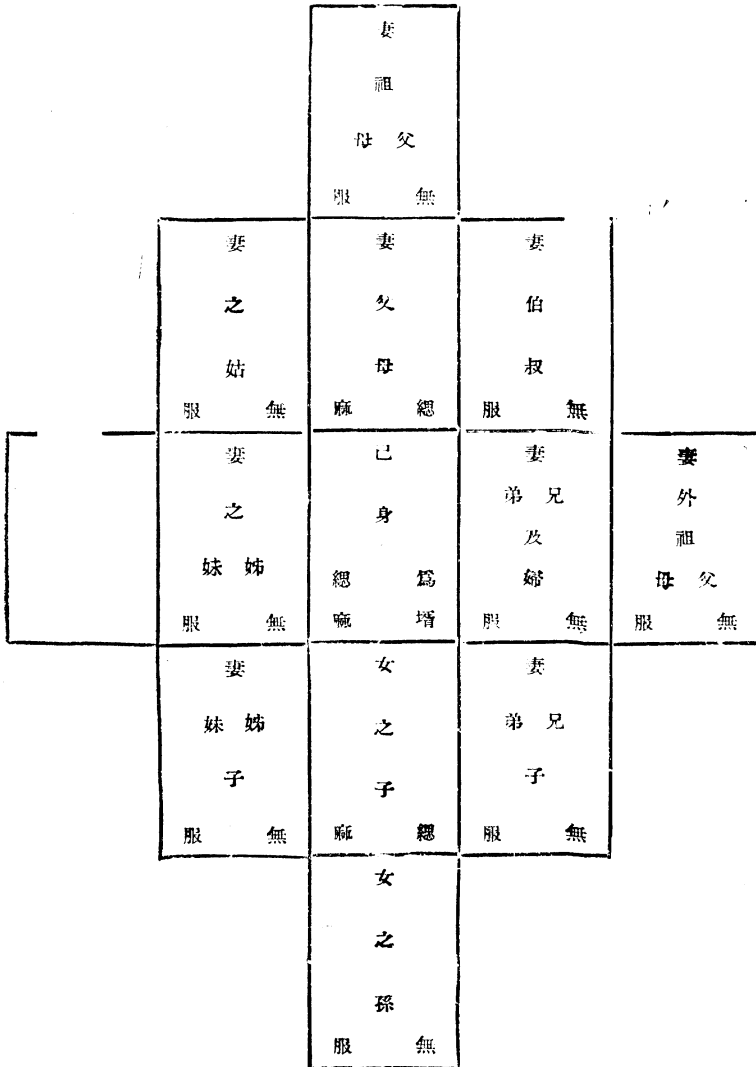


圖 服 親



妻親服圖

現行親屬法論



(b) 從己身所出之血親 例如子女，孫男女，外孫男女（九六七條）。

(2) 旁系血親

民法稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親者也（九六七條二項）。例如兄弟雖非直系血親，而與己身出於同源之血親（父母），故為旁系血親。他如伯叔姑舅，堂兄弟，姊妹，莫不如是。

(三) 姻親

(1) 血親之配偶 例如兄弟伯叔之妻，姑姊妹之夫。

(2) 配偶之血親 例如配偶之父母兄弟。

(3) 配偶之血親之配偶 例如夫之兄弟之妻，妻之姊妹之夫（九六九條）。

民法上所稱之姻親，既以上述之三者為限，故血親之配偶之血親，自不在民法第九六九條所定姻親範圍之內，例如甲之女乙嫁與丙為妻，甲與丙之父丁，自無姻親關係也（司法院三〇年院字二二〇九號解釋參考）。民法承認配偶之血親之配偶為姻親，而不承認血親之配偶之血親，固不免為學者所非議。然親屬關係之範圍，不宜過於廣泛。此種規定，雖與社會習俗，或有未合，究不能謂非適當也。

第三節 親系及親等

第一款 親系

親系云者，血統連絡之謂也。血親間有血統之連絡，固屬當然。即姻親間亦因其為配偶一方之血親，自亦不無血統之連絡。故親屬關係中，除配偶關係外，皆可承認有親系之存在。因其親系觀察標準之不同，而親屬關係，遂又可為以下各種之分類。

(一) 直系親，傍系親。

直系親云者，謂己身所從出或從己身所出之親系也。其非直系親而與己身出於同源者，則謂為傍系親。姻

親關係，亦可做照血親關係，設有同樣之區別（九七〇條）。此種區別，於民法上極為重要。法典中固屢見直系傍系之字樣，且往往與後述之尊親屬、卑親屬之區別，結合使用之焉。

（二）男系親，女系親。

某人間與某人間之血統關係，依男子而連絡者，謂之男系親。反之，依女子而連絡者，則謂之女系親。我國古代法制，於二者間，顯然歧視，但現行民法由於男女平等之原則，對之全然同視，二者之權義，殆無差異。故此種區別，僅於法制沿革上，有其重大之意義而已。

（三）父系親，母系親。

父系親云者，不問其為直系傍系，依父方而連絡之血親關係者也。反之，依母方而連絡者，則謂為母系親。亦曰父方，母方。父系親、母系親與男系親、女系親之意義不同。例如父之姊妹之子，雖為父系親，但不得謂為男系親也。在古代社會，父系親與母系親之區別，頗有重要之意義；我國固有法，因為宗法社會之法律制度，故有宗親與外親之分，二者差別極嚴。現行民法採取男女平等之原則，對此已無何等之差異；然於例外之場合，亦未始無多少之區別。例如親屬會議會員順序及親等僉同者，以父系之親屬為先（一一三一條二項），即其一例。

（四）尊親屬，卑親屬。

親屬關係間，與自己之父母同輩以上之直系親傍系親，皆謂之尊親屬，與自己之子女同輩以下之直系親傍系親，皆謂之卑親屬。與自己同輩者，則既非尊屬，亦非卑屬焉。此種區別，於現行法上，亦頗重要。

第二款 親等

親屬關係，於親屬之區別而外，更可因其親疏遠近，而為區別。測定此種區別之尺度，謂之親等。親等計算之立法主義，有階級親等制與世數親等制之不同。

（一）階級親等制

階級親等制者不盡以血統之遠近爲標準，並參酌親屬間地位之尊卑，情誼之厚薄，蓋承認親屬間之階級而定之親等計算法也。因此，親屬二人相互間，其親等未必同一，且配偶間亦有親等，是爲此種主義之特色。此種主義，爲我國古代法制所採用。我國固有法，親屬之親疏，恆以喪服爲指示之標準。喪服又有五等：卽（一）三年之服，（二）期服，（三）大功（九月）服，（四）小功（五月）服，及（五）緦麻（三月）服是已。惟因宗法社會，有尊卑之義及男女之別，故親屬間之喪服，多因名分而定，獨舉喪服，尙難知其世數隔離之遠近也。日本及朝鮮古法，均倣我國法例。

（二）世數親等制

世數親等制者以世——卽出生之數——爲標準，依一般的計算法而定其等之主義也。依此種主義——則親屬二人相互間親等同一，姻親亦可計算親等，配偶間則無親等之差別焉。此種立法主義，原爲歐西之制度。其中，復有羅馬法主義與寺院法（Canon Law）主義之不同。

（1）羅馬法主義

羅馬法主義者，無論直系傍系親皆以其親屬間之世數定其親等之主義也。換言之，其親等悉依其親屬間世代之數定之。故直系親之親等，依其相互間之世數定之；傍系親之親等則自其一人溯至其同源之始祖，更由其始祖，下溯至其他之一人，依其世數而定其親等。例如父母及子女爲一親等，祖父母及孫爲二親等，兄弟姊妹亦爲二親等；伯叔與姪則爲三親等。

（2）寺院法主義

寺院法主義實淵源於古代日爾曼法。古代日爾曼人爲表示親屬之遠近，恆模擬人體，繪製系譜。詳言之，卽於人體圖之頭部，記入父母，頸部記入自己及兄弟姊妹，兄弟姊妹之子則書之於臂，更次一代之子，則書之於肘，再次，則書之於手腕。然後由中指之第一節，第二節，至第三節。第三節以下，已無關節可書，親屬關係，卽止於此。父母與兄弟姊妹，書於頭部及頸部，故謂之爲軀幹（Rumpf），兄弟姊妹之子以下，則謂之爲

關節 (Knie)，以第一節，第二節……以表示其親屬之遠近。至寺院法時代取羅馬法之親等制，並參酌古代日爾曼法之計算方法，制定一種特殊之親等計算方法，是為寺院法主義。

寺院法主義計算直系親之親等時，亦與羅馬法主義同，依其相互間之世數而決定之。但計算傍系親之親等時，則僅計算自其一人溯及其同源之始祖時之世數而決定其親等，不再自其同源之始祖，下溯及於其他一人。而其一人溯及其始祖，與其他一人溯及其始祖，其世數不同時，則從其多者。故兄弟姊妹為一親等。伯叔及姪則為二親等焉。

近世之立法，除英國法外，殆皆採取羅馬法主義（民法法七三五至七三八條，德民法一五八九條至一五九四條，瑞民法二〇條至二一條，日民法七二六條）。我國民律草案及法制局所擬親屬法草案，以寺院法主義，與我國之五服制度暗合，故均以寺院法計算親等。（註四）但現行民法因親屬範圍，根本改革，故親等之計算，亦改採羅馬法主義，茲列舉民法之規定如左：

（一）血親親等之計算

血親親等之計算，直系血親，從己身上下數，以一世為一親等。旁系血親，從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親，數至與之計算親等之血親，以其總世數為親等之數（九六八條）。

（二）姻親親等之計算

姻親間本無血親之連續，故其親等之計算，恆以其與我配偶之親等，或其配偶與我之親等如何而斷。即

（1）血親之配偶，從其配偶之親系親等（九七〇條一款）。例如兄弟之妻，從兄弟之親系親等，故為傍系二等親。

（2）配偶之血親，從其與配偶之親系親等（九七〇條二款）。例如妻與妻之父母為直系一等親，則己身與妻之父母亦為直系一等親。

（3）配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系親等（九七〇條三款）。例如己身與妻之兄弟之妻之親等，

應從妻之親系親等。而妻與妻之兄弟之妻，則從妻與兄弟之親系親等，即旁系二等親也。

第四節 親屬關係之變動

第一 親屬關係之發生原因

親屬關係之發生原因，大別之有下列之二種：

(一) 自然之事實

(1) 婚姻 配偶關係及姻親關係皆因婚姻而發生。

(2) 出生 親子關係及其他血親關係，皆因出生而發生。唯非婚生子女與其生母之關係，雖自始即為婚生子女，與出生同時發生血親關係，但對於生父一方，則非經其生父之認領、撫育、或生父與其生母結婚，不發生法律上之親子關係（一〇六四條，一〇六五條參照）。不過非婚生子女認領之效力，溯及於出生時而已（一〇六九條本文）。

(二) 法律之擬制

(1) 收養 養親子關係因收養行為而發生（一〇七二條）。

(2) 指定繼承人 我民法規定，無直系血親卑親屬者，得以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人（一四三條）。指定繼承人與被繼承人之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同（一〇七一條）。

現行民法對於因法律之擬制而生之親屬關係，止有以上二種。而舊律上則素有三父八母之稱，於收養而外，並承認有諸種法律擬制之親屬關係。現行民法既不承認宗祧繼承及納妾制度，則繼嗣嫡生之關係，皆無由發生，似無特別規定之必要。（註五）唯現行民法既對於家族制度尙未廢除，則繼母與夫前妻之子之關係及妻與夫所認領之子之關係，似不能僅認為姻親關係。又，隨母再嫁，亦為事實上所恆有。此種子女，似亦有令其與繼父發生父子關係之必要，迺民法對此，皆未規定，似不免有漠視事實之譏也。

三父八母服圖

現行親屬法論

齊衰三月		兩行大功親謂繼父有子孫自己亦有伯叔兄弟之類		同居繼父		兩無大功親謂繼父無子孫已身亦無伯叔兄弟之類		期年															
齊衰杖期		從繼母嫁		隨去者		謂父死繼母再嫁他人		同居自來不曾隨母與繼父無服		不同居繼父		先曾與繼父同居今不同居		齊衰三月									
令別妾撫育者	慈母 斬衰三年	謂所生母死父	之後妻	繼母 斬衰三年	謂父娶	稱父之正妻	嫡母 斬衰三年	謂妾生子女	房與人	養母 斬衰三年	謂自幼過	父出者	出母 齊衰杖期	謂親母被	死再嫁他人	嫁母 齊衰杖期	謂親母因父	父出者即奶母	乳母 總麻	謂父妾乳哺	子衆子齊衰杖期	庶母 所生子斬衰三年	謂父有子女妾嫡

第二 親屬關係之消滅原因

(一) 死亡

所謂親屬關係者，原爲生存者間之法律關係，故因當事人之死亡，其曾經發生之事實，雖不消滅，而其親屬關係因而消滅，自屬當然。無論血親關係姻親關係，莫不皆然。其因出生而發生之血親關係，除死亡而外，別無消滅之原因。日爾曼古法之平和剝奪 (Trielicsbkeit) 及一八五四年前法民法所承認之準死 (mort civile)，固爲現行各國法律所未認許者也。唯須注意者，因死亡而消滅者，僅爲死亡者與生存者間之親屬關係；其因死亡者而連絡之親屬關係，並不消滅也。

(二) 婚姻關係之消滅

姻親關係因離婚而消滅，夫死妻再婚，或妻死贅夫再婚時亦同（九七一條）。此外，結婚之撤銷之效力，不溯及既往（九九八條）。故亦與離婚同爲親屬關係之消滅原因。唯有須注意者，卽於姻親關係消滅之後，仍受姻親結婚禁止之限制耳（九八三條二項）。

(三) 收養關係之終止

因收養而發生親屬關係之養親子，其關係因收養關係之終止而消滅（一〇八〇條，一〇八一條）。。現行民法，親屬關係之消滅原因，盡於以上三者。社會風習，血親反目，往往有一方或雙方協議聲明脫離親屬關係者，原非法之所許。其不能發生效力，所不待言。最高法院就此著有判例，可供參考。（註六）

第五節 親屬關係之效果

親屬關係法律上之效果，卽爲民法親屬繼承二編所須規定者。此外，親屬關係之效果，見於其他法令者，亦復不尠。例如，在刑法上則爲刑之加重減免之原因，於訴訟法上則爲法院職員迴避之原因（民訴三二條以下，刑訴十七條以下）並爲證人拒絕證言之理由（民訴三〇七條、刑訴一六七條）焉。

(註一)女權說之代表的著作，於上舉書外，尚有莫爾根著古代社會 (Morgan, *Ancient Society*) 盧勃克文化之起源及人類之原始狀態 (Sir John Lubbock, *The Origin of Civilization and The Primitive Condition of Man*) 等書。我國學者亦有持此種主張者。如郭沫若氏中國古代社會史論，陶希聖氏中國政治思想史論。

(註二)親屬法先決各點審查意見書第二點理由第一段：「親屬之範圍，無庸爲概括之規定」。

(註三)配偶是否親屬，我國民法，未設明文。學者對此，有二說焉。其一，以配偶爲親屬之一種；其二，配偶非親屬，不過爲親屬關係之源泉而已。但親屬法先決各點第二點云：親屬應分爲配偶，血親，婚姻三類。本書之分類，即以此爲根據。

(註四)陶希聖著親屬法大綱九〇頁至九三頁云：喪服小記：「上殺，下殺，旁殺，而親畢矣。」所謂旁殺者，以己身或直系親爲起點，溯昭穆之相同者，由親及疏遞降一等之謂也。試以宗親言之：「四世而總」，凡總皆四世也。族兄弟服總，故爲四世。溯其昭穆相同而推及之，則再從兄弟爲三世，堂兄爲二世，兄弟爲一世。子，一世也。溯其昭穆相同者而遞殺之，則姪爲二世，堂姪爲三世，再從姪爲四世。再從姪，四世也。——依此法計算所得之親等，適與寺院法相同。而古代日爾曼人之計算法，尤與我國近似，亦研究法制史者一富有興趣之問題也。

(註五)司法部二十八年院字一九二五號解釋：「繼母嫡母依民法第九百七十條第一款之規定，係直系尊親屬。依舊法立嗣者，所後之母，亦爲直系尊親屬。」

(註六)最高法院二十二年上字二一四三號判例：「現行法例對於血親關係，並無准許當事人同意消滅之明文，自應認爲非當事人所能以同意使其消滅。即令當事人間有此協議，亦屬不生效力」。

第三章 婚姻

第一節 婚姻制度之沿革

第一 總說

中庸謂「君子之道，造端乎夫婦。」蓋男女之共同生活原係出於人類保種之要求及男女生理上之性質。是故吾人如謂男女之共同生活即爲婚姻，則有人類之始，卽有婚姻制度。但以婚姻爲一男一女之共同生活，且其共同生活係基於男女雙方之自由意思，是則純爲近世之法律思想。於此種制度實現之先，實具有悠久之歷史。婚姻制度之史的檢討，原爲社會學者及法制史學者所應論究之問題，而本書所述，原以現行婚姻制度爲中心，要僅就其沿革，撮述大意已耳。

第二 婚姻制度之沿革

婚姻制度因時代地方之不同，人種民族之差別，自未可就人類全體，概予論斷；但多數學者，則恆謂人類婚姻制度之歷史，係自亂婚制度進化而爲定婚制度者。亂婚（雜婚 Promiscuity）云者，蓋謂原始人類間男女關係頗爲雜亂。部落之男女，悉爲共同之夫妻，雜亂結合，初與禽獸無異。其後始進化而爲定婚制度。定婚者，僅限於一定男女間，始能發生夫婦關係者也。是爲持雜婚說之主張。（註一）其主要之論據有二：（一）現在之野蠻民族間尚有亂婚制度，足徵婚姻制度係由亂婚進化而來。（二）因有若干特異習慣（例如初夜權及祭禮時許可亂交之類），可以推測原始時代，確有亂婚之存在。（註二）

學者間主定婚說者，則恆謂亂婚說爲偏激不當。如達爾文（Darwin）一派之生物學者，謂亂婚制度，因動物之性的嫉妬心理，縱在禽獸之間亦不存在，而況人類？故人類進化之始，固卽爲定婚狀態也。威思退馬克

(Westermarck)亦謂亂婚制度之存在原因，對於全人類絕無普遍的性質，自不能斷定全人類間會有亂婚制度。自生物學，心理學乃至社會學而論，定婚制度實為原始人類間，普遍的存在之制度也。

亂婚說與定婚說之是非，原難加以論斷。蓋以此兩種主張，要皆不外為一種假設，除推測而外，別無可信之根據。威思退馬克嘗言；此等見解之不同，並非由於資料(Material)之不同，實為對其資料，解釋方法之不同耳。誠哉是言！雖然，亂婚制度既僅為少數野蠻民族間之事實，則在有力論據發見之先，自難武斷全原始人類，皆曾經過亂婚之階段。故竊信定婚制說為更可信也。

其次當更述婚姻形式之沿革。多數學者，恆以亂婚制為婚姻制度之起點。其次，則有團體婚(Group Marriage)，一夫多妻制(Polygamy)，一妻多夫制(Polyandry)，然後始進化而為一夫一妻制(Monogamy)。對此，學者間自又有諸種之異說。但婚姻制度原因時、地、民族而有不同，自不能遽就全體人類，加以論斷。但除某種種族間之特殊階級(例如王公貴族富豪貴紳)以及某種種族，因有特殊之情形(例如男女人口之不均，或因地處山岳，食料不足，預防人口之增殖之類)，始有特殊之形式而外，自古迄今，多數民族，固皆以一夫一妻制為原則也。

復次，當更就婚姻之方法，觀察婚姻制度之進化，最初，為掠奪婚(Marriage by Capture)，即男子掠奪婦女以其為妻也。蓋為人類婚姻之原始方式。至今澳洲美洲土人，仍有行此俗者。次於掠奪婚發生者，而有償婚(Marriage by Consideration)，蓋不以暴力掠奪，而以和平支付對價，從而獲得女子者也。其支付之對價為金錢者，則為買賣婚(Marriage by Purchase)，其對價為金錢以外之土地物品時，則為交易婚(Marriage by Exchange)，其對價為勞務時，則為勞役婚(Marriage by Service)。婚姻制度更進化則為贈與婚(Marriage by Gift)，即由父兄尊長將子女贈與對方，使為婚姻之制也。在此種時代，女子之人格，仍未是認，不過為贈與之標的物而已。易有『匪寇婚媾』之句，以婚媾與寇並稱，即有掠奪之意。我國婚禮，親迎必以黃昏。說文謂『禮，娶婦以婚時，故曰婚』。論者謂古時掠奪婦女，必黃昏時，乘其不備行之。後世禮俗，因而未改。即

爲掠奪婚之明證。我國古代所謂儷皮之禮，則爲買賣婚之證明。其後雖進步而爲贈與婚，但六禮中之納采納吉，猶不失買賣婚之遺俗，不過非顯然用爲買賣之對價而已。而社會間之公然以婦女爲婚姻買賣之標的物者，時至今日，固猶爲事實上所恆見也。至法律制度，自己與文明各國同進化至共諾婚 (Marriage by Mutual Consent)。共諾婚者，因男女雙方之合意而締結之婚姻也。蓋因社會進步，女子之人格，既經確認，遂得與男子以同等之人格，締結婚姻之契約。換言之，在其諾婚制度實現以前，女子之人格，未經確認，無論掠奪、有償、贈與，殆皆以婚姻爲財產取得之方法，迨其諾婚制度確立後，婚姻制度始進化而爲夫妻身分取得之制度焉。

第三 婚姻制度之將來

關於婚姻制度之將來，顯然對立者，殆有二種不同之傾向。其一，爲自由結合論之主張，以兩性之離合，爲個人之私事，根本否認婚姻爲法律制度。最低限度，結婚離婚之要件，應行寬大，而結婚離婚之程序，則應趨於簡易。此種思想，表現於法律上者，爲蘇俄親屬法。對於結婚之拘束，較之其他各國法制顯有趨於緩和之趨向。如一九一八年九月十六日之親屬法典，廢除婚姻之宗教的色彩，使之爲純法律的；迨一九二六年十一月十九日之親屬法典，則婚姻之法律的色彩，亦行稀薄。但婚姻之法律上要件及婚姻登記，尙未廢除，固仍未達自由結合論之極端也。

其二，則爲婚姻之社會立法論，爲基於卡爾頓 (Sir Francis Galton 1822-1911) 所主張之優生學 (Eugenics) 而立論者。(註三) 北美合衆國瑞典挪威之各婚姻法規定生理的條件，例如非有花柳病、癩病、結核症及有犯罪習癖者，亦爲婚姻實質的要件，卽爲此種理論之實行。(註四) 德國於一九三五年十月十八日頒佈婚姻健全法，以保護德國民族遺傳之健全，預防產生有疾病之子孫，亦出於同樣之理由。是蓋純認婚姻爲社會制度，故應就社會團體利益之立場，加以嚴格之制限，俾能達到「一種改良」之目的也。

雖然，婚姻制度爲男女之共同生活關係，不能不顧及當事人之利害，無愛情之婚姻，而強其繼續，自屬人情之所難堪，是故自由結合論者，亦未始無一面之真理。然而，夫婦之結合離散，若概任其自由之意思，就

主動之個人而言，固屬極端自然，但更爲其相對人設想，則此種制度之爲反社會的，要亦不待煩言。反之，結婚之實質的形式的要件，倘皆複雜困難，則於結合之先，當事人自有慎重考慮之必要，同時，離婚之誘因，或亦因而減少。是雖似限制個人之自由，實在保護個人真正之自由及其福祉者也。若自由結合者之主張，是乃絕對的個人主義，絕無與他人之意慾調合之理，倘依其主張，慾望之一時的滿足，固可取得，而慾望之保障，則絕對難能。社會生活之安全與發展，更無詒矣。

吾人之社會生活，可分爲經濟生活與保族生活，而法律上亦因之顯然有財產法與身分法之對立——吾人固已論列及之矣。經濟生活係以所有關係爲基礎，而保族生活則係以男女關係爲根本。二者各構成社會生活之半面，而實互有密接之關係。試回顧過去之歷史，則二者之進化，實皆採取同一之步調。故在現代，一方爲私有財產制度，他方則爲一夫一婦之共諾婚制度。而自由結合論之主張，殆亦與私有制度廢止論出於同樣之旨趣。今後之財產法，既不能全然廢止私有財產制度，而應趨向於所有權之社會化以增進社會之安寧，俾使社會之全員，皆得享幸福之生活。則婚姻制度之將來，既非維持現在之個人主義，亦不能純依自由結合論而規律，要應由社會立法的精神，加以改善，俾使個人之慾望，獲得合理之滿足，而社會之全體，亦可期健全之發達也。

第二節 婚姻之意義

婚姻制度，既因時因地，而有變遷，則婚姻之意義，自亦因婚姻制度之不同，而顯然差異。自現行親屬法之立場而言，吾人得爲界說如左：

『婚姻者以終生的共同生活爲目的之一男一女之適法結合關係也』。茲更分析說明之於下：

(一) 婚姻爲適法結合關係。適法云者，具備法定之要件，且依法定之形式而爲之者也。蓋我民法上婚姻之成立，固須有當事人之合意，但僅有合意，尙苦不足，必依法定之方式，表示其意思，始爲適法，故兩性之同居生活，不得皆謂爲婚姻。但如具備法定之要件，且經依法定之形式爲之，卽已充分，不必須要其他之事實關

係。是故事實上之同棲生活，並非婚姻成立之要件也。（註五）

（二）婚姻須爲一男一女之結合關係。蓋在婚姻制度史上是否有亂婚制之存在，固屬疑問，但多夫一妻制及一夫多妻制則爲事實上所恆見。唯一夫一妻制既經公認爲最適合現代社會狀態之婚姻，故民法上亦有同樣之要求。是以禁止重婚，法有明文（九八五條），違反規定者不特爲民法上婚姻撤銷及離婚之原因（九九二條一〇五二條），抑且構成刑法上重婚之罪名（二五四條）。雖然，茲所謂一夫一妻者，自非絕對的一夫一妻主義，故於婚姻關係消滅後再婚者，自非法之所禁。

（三）婚姻係以終身的共同生活爲目的。蓋婚姻成立之際，原以當事人生存間永久存續爲目的而結合者也。是以婚姻不得附有條件或期限（德民法一三一七條二項）。但雖以終身的共同生活爲目的而結合，中途因不得已之事由發生，半道離別者，自亦不失爲婚姻。

（四）婚姻以夫妻之共同生活爲目的。共同生活云者，男女生活全範圍（精神，肉體，經濟）之結合，不僅以性的生活關係爲目的者也。是故我民法上，婚姻年齡雖有最低限度之限制（九八〇條），而高年之婚姻，則不禁止，同時，亦不以生殖無能力爲離婚之原因焉。復次，我國舊慣恆認婚姻爲取得祖先祭祀繼承者之方法，故無子爲離婚之原因，現行民法之規定，自與此異。

（五）婚姻須因當事人意思之合致而成。蓋在婚姻制度上曾有掠奪婚，有償婚等制度之存在，且在我國習慣，婚姻亦多由於家長父母之意思，當事人毫無決定之自由；但現行民法上之婚姻，則必須當事人之合意，始能成立。法定代理人之同意，不過對於未成年人有補充其判斷之作用而已（九八一條參照）。雖然，婚姻關係之設定，固由於當事人之合意，而其關係之內容，則法律上皆有一定，除夫婦財產關係而外，當事人皆不得任意變更之焉。

雖然，有應注意者，蓋婚姻一語，於法律上有二種意義。其一，蓋爲上述之法律關係；其二，則指設定上述法律關係之法律行爲而言者也。

婚姻爲法律行爲之一種，固爲學者所公認，但究爲契約與否，尙不無爭議。學者間有主張婚姻爲以創設夫婦關係爲目的之意思表示——卽法律行爲——但非契約者。（註六）然法律行爲通常皆分爲單獨行爲、契約及合同行爲三者，殆爲人所公認，而婚姻非單獨行爲，及合同行爲，又無疑義，則非契約而何？學者之此種主張，係就契約之意義，限於狹義，蓋以爲僅限於以債權之發生，變更爲標的之契約，始得謂爲契約也。顧自薩維尼（Savigny）主張以發生債權以外之法律上效力爲標的之合意亦得謂爲契約以來，學者已承認債權契約而不，更有物權契約，親屬法上之契約及繼承法上之契約等契約存在，然則，婚姻既係因雙方當事人意思之合致而成立，自屬契約。且發生親屬法上之效力，自爲親屬法上之契約也。（註七）

第三節 婚姻豫約

第一 婚姻豫約之沿革

婚姻豫約者將來爲婚之當事人之契約也，現行民法簡稱之曰婚約。羅馬法上謂爲同朋撒尼亞（*Sponsalia*）。男女年達七歲以上，卽許其口頭爲此預約。其男女在父權之下者，則須得其父之同意。尤在女子，對其父選擇之夫，除有惡疾者外，概不許申述異議。但此種婚約不唯不許強制履行，卽毀約時亦不得爲損害賠償之要求。至中古寺院法時代，則對於婚約極爲重視。男女一經訂結婚約，當事人之一方卽有要求他方締結婚姻之權利，此種權利，並得以訴主張。於訂婚之後，法律上卽爲準夫妻身分，互負貞操之義務。他方不履行婚約時，並許其爲損害賠償之請求。近世歐洲諸國之法，對於婚約，雖皆設有若干之規定，但依其規定，則婚姻預約對於當事人雙方之身分，皆不發生任何之效果。因此，縱有婚約，不特未足爲別與他人結婚之障礙，卽在定婚人之一方與他方之血親間，亦不發生姻親之關係。縱定婚人繼續同居，亦不能認爲婚姻之成立。但對於當事人違反婚約時之救濟方法，則有三種不同之立法例：其一，全然不許爲損害賠償之訴者，例如意大利民法（意大利民法）（意民法）五三條）。其二，因違約而實際受有損害，始許爲損害賠償之訴者，例如奧民法（奧民法四五及四六條）。法民

法對此雖無規定，但多數學者及判決例，亦同採此種解釋。其三，倘違反婚約，不問實際上有無損害，概許爲損害賠償之訴者，例如英國法即是。而德國民法對此之規定，尤稱詳密焉（德民法一二九八條——一三〇二條）。

我國舊慣，亦素有婚姻預約之制。唐律戶籍篇許嫁女報婚書之條，規定：『諸許嫁女已報婚書，及有私約而輒悔者，杖六十。雖無許嫁之書，但受聘財時亦是。』明律之規定，蓋即純做唐律。其戶律婚姻篇男女婚姻之條，曰：『凡男女定婚之初，若有殘疾，老幼，庶出，過房，乞養者，務要兩家明白通知，各從所願，寫立婚書，依禮聘嫁。若許嫁女已報婚書，及有私約而輒悔者，笞五十。雖無婚書，但曾受聘財者亦是。』清律之規定，則與明律之規定全同。唯清律之附例，並附記云：『嫁娶皆由祖父母父母之主婚，祖父母父母俱無者，由餘親之主婚。』是雖爲舊有之習慣，而經法文明白規定，則自此始。綜上所述，則我國舊律所謂定婚，其事入實爲法定之主婚人——即男女雙方之祖父母父母或其他親屬——而非男女雙方之自身，其定婚亦爲要式契約，因作製婚書，或收受聘財而成。一經定婚，雙方即互負爲婚之義務，不得改悔者也。至舊民律草案，雖對婚約，未加規定，迨其後之新民法及現行民法，則皆斟酌舊慣，並參照近代之立法例，設有詳密之規定。

第二 婚姻預約之成立

婚姻預約之成立，依現行民法之規定，應具備下列之要件：

（一）須由男女當事人自行訂定 我國舊慣，婚姻預約皆由男女之法定主婚人，代爲主持，既如前述。而現行民法則基於近代之法律思想，認婚姻爲人身上之行爲，應由男女當事人自行訂定（九七二條）。且此種婚姻爲諾成契約，一經雙方當事人意思表示合致，即行成立。不似舊律規定定婚爲要式契約，必須寫立婚書，收受聘財，始行有效者也。（註八）婚約既須由男女當事人自行訂定，則苟非由男女當事人自行訂定者，自不發生法律上之效力。但依判例法解釋，父母代子女所訂之婚約，子女成年後，如已表示同意，即應對於子女本人，發生拘束效力（最高法院二十一年三月二日上字第三九五號婚姻涉訟判例）。其當否誠屬疑問，反之，未成年子

女，不同意於父母代訂之婚約，其婚約當然無效，不生解除問題（二十二年院字一一七四號解釋），自無庸疑。

(二) 男女當事人須達婚約之適齡 婚姻預約，關係男女終身之幸福，故民法上特定有一定之限制，男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約（九七三條），以免少年男女，激於一時之衝動，率爾訂婚，致貽他日之後悔。至其以男滿十七女滿十五為訂婚最低年齡者，蓋因民法規定男滿十八女滿十六為結婚適齡，訂婚年齡與結婚年齡相差一歲，恰可銜接，以免相隔過久，情事變更，易有悔婚之弊也。

(三) 未成年人訂定婚約應得法定代理人之同意 現行民法雖規定自行訂婚之原則，但同時復規定未成年之男女，訂定婚約，應得法定代理人同意（九七四條）。蓋恐未成年人思慮未周，率爾訂婚，則始合終離，不唯個人幸福，因而犧牲，即社會公益，亦受影響，故規定須得法定代理人之同意，以補助其判斷力之不足焉。是以未成年於訂定婚約時，縱已達婚約適齡，亦須得法定代理人之同意，始生效力（最高法院二十三年上字三一八七號判例）。反之，其已達成年而締結婚約者，無庸取得法定代理人之同意，固不待言（二十一年上字一六號判例）。然所謂應得同意者，祇認法定代理人於未成年人與行訂定婚約時有同意權，並非認其有逕為未成年代人訂婚約之權（最高法院二十二年上字二八七九號及二十九年上字一一九三號判例），自無庸疑。

婚約成立之要件，既如上述。唯須注意者，婚約之內容，必須適合法律之規定。例如近親屬間禁止締結婚姻（九八三條），則其婚約亦應解為無效。至有配偶者，以離婚或撤銷婚姻為條件，與第三人訂立婚約，則係以違反善良風俗為目的之法律行為，均應解為無效者也（德國最高法院判例集一〇五卷二四五頁及日本大正九年五月二十八日大審院民事判例參考）。

第三 婚姻預約之效力

(一) 為婚姻之義務

婚姻預約之各當事人，因婚約之締結，遂對於相對人負有為婚之義務。而訂婚人所負擔之義務，蓋亦僅

。良法上不承認訂婚人之身分，故各當事人自不能因婚約而爲配偶（最高法院二十九年上字七三七號判例），亦不發生親屬關係。（註九）於婚約期間出生之子女，仍爲非婚生子女，俟結婚以後，始取得婚生子女之身分焉。

（二）婚約之履行

訂婚人雖因婚約而互負爲婚之義務，但有應注意者，則其義務之履行，不得請求強制執行是也。依舊律之規定，則定婚之後，當事人卽有請求相對人履行之權利，凡已許嫁之女再許他人，或已聘定有妻之男，再聘他人者，概屬無效。此種拘束力，過於強大，實際施行，殊多窒礙。故現行民法做多數立法例，設有婚約不得請求強迫履行之規定（九七五條）。依此規定，則義務人倘甘受後述違反婚約時之制裁，則履行已否，概委之其義務人之自由意思也。（註一〇）

（三）違約之制裁

訂婚人對其爲婚之義務，既有履行之自由，則當事人如不欲履行其義務時，自可任意解除婚約，無庸徵求相對人之同意。婚姻既可自由解除，則是婚約之效力，概等於零。對於相對人之保護，未免失之過疏。故民法規定，凡婚姻無正當之理由——卽不具備法定之解除理由時——而違反婚約者，對於他方因此所受之損害，應負賠償之責（九七八條）。第於損害賠償而外，卽不得再加以何等制裁。（註一一）其所以承認損害賠償責任者，蓋因被解除人因婚約之解除，所受痛苦，極爲深酷，應爲救濟，自屬當然。至其損害賠償之範圍，不唯財產上之損害（例如當事人一方支出之準備婚禮之費用及預期婚姻成立所爲關於財產職業之處置等）可以請求賠償；（註一二）卽非財產上之損害——例如處女貞操之損害或名譽上之損害——以受害人無過失者爲限，亦得請求賠償相當之金額（九七九條）。此種請求權，係專屬一身之權利，原則上不得讓與或繼承，但已依契約承諾或已起訴者，則已變爲財產上之權利，仍許其讓與繼承焉（同條二項但書）。至其損害賠償額之算定，自應斟酌雙方當事人之家庭狀況，財產狀態，社會地位，職業年齡，是否初婚……等具體的情事，以爲決定，固不待言。

第四 婚姻預約之終了

婚姻預約之關係，因左列之事由而終了：

(一) 婚姻之成立

婚姻預約之當事人適法婚姻成立時，則婚姻預約關係，因而終了，蓋不待言。但其成立之婚姻，因有瑕疵而致無效或被撤銷時，則婚姻預約關係，仍不終了，當事人依然有更爲無瑕疵之婚姻之義務焉。

(二) 當事人之死亡

婚姻預約上之權利義務，其性質上原爲專屬一身之權利義務，自不許其承繼讓與，故因當事人一方之死亡，婚姻預約關係，從而終了，蓋不待言。但爲婚姻之義務，因一方當事人之無故不履行，變爲損害賠償義務之後，且經契約承諾，或已起訴，則係以金錢給付爲內容之單純之債務，依一般之原則，其權利義務，皆不妨讓與繼承，已如前述。

(三) 合意解除

婚姻關係得因雙方當事人之合意解除（一〇四九條參照），則婚姻預約自亦得由雙方當事人之合意而解除之，蓋不待言。

(四) 一方之解除

(1) 解除權人

訂婚人之爲婚義務，既不得強制履行，則因一方當事之不履行義務無論相對人所蒙之損害，如何重大，而強其義務存續，亦屬徒然。故婚姻預約當事人之一方，皆有自由解除之權利，不過其解除無正當理由時，對於相對人負有損害賠償之義務而已。至婚約之解除權人，以婚約之當事人爲限，當事人之法定代理人並無解除婚約之資格也。

(2) 解除正當事由

依民法之規定，婚約得由當事人一方解除之正當事由如左（九七六條一項）：

一、婚約訂定後再與他人訂定婚約或結婚者 於此種情形，他方顯無結婚誠意，故得解除婚約，但對於他方之婚姻，則不得請求撤銷（司法院二十四年院字三七一號及三十年院字二一九一號解釋參考）。祇可向對方解除婚約或請求損害賠償，要不得謂其後訂之婚約或結婚當然無效（最高法院二十九年上字一五三九號判例參考）。倘未與之解除婚約仍與之正式結婚者，則後結婚者為重婚（司法院二十四年院字二二二三號解釋參考）。

二、故違結婚期約者 所謂故違結婚期約，依判例法解釋，為對於既定之結婚時期故意違背者（最高法院二十二年上字三〇二五號判例參考）。其有不得已之事由，自不得謂為故違期約，例如當事人之一方遭遇母喪，延緩結婚時期（同二十二年上字三六七四號判例），抗戰軍人因出征而不能依期結婚（司法院二九年院字二一〇三號及三一年院字二三三一號解釋參考）之類是。

三、生死不明已滿一年者 生死不明云者，其人究為生存抑或死亡，不分明之謂也。其義與民法第八條所謂「失蹤」，大體相當。故訂婚人之一方雖離去其向來住所，如確尚生存，自不得據以解約。反之，如確已死亡，則婚約當然消滅，亦無再行解除之必要，必其生死不明，本條規定，始有適用。然所謂生死不明，祇須當事人之一方不明，即可據以請求，固不必客觀的一般人皆不明其生死也。

四、有重大不治之病者 我國舊律，凡男女定婚之初，若有殘疾，必須明白通知，否則，即屬妄冒，不特可以解除婚約，且有一定處罰（現行律婚姻男女婚姻條律參照）。現行民法引申其義，凡有重大不治之病者，即為解除婚約之原因。如何始為重大不治之病，自應依社會之通念決之，不必全以醫學上之鑑定為標準也。

五、有花柳病或其他惡疾者 惡疾為人情通常所嫌惡之疾病，例如瘋癲病為惡性之傳染病，非短時期所能治癒者（最高法院二十三年上字四〇五一號判例），即其適例。

六、婚約訂定後成為殘廢者 舊律嚴禁妄冒，定婚時如有殘疾即得據以解約，既如前述。前大理院判例更就此為擴張解釋，當事人之一方「殘疾之生於定婚後者，亦須通知相對人，為所甘願，始可使婚約繼續有效」

（前大理院四年上字第二三五七號判例參考）。現行民法即依此種趣旨，規定婚約訂定後成爲殘廢者爲解除婚約之原因。所謂殘廢，依前大理院判例解釋，係指人身五官四肢陰陽之機能有一失其作用而言（七年上字第九一〇號判例參考）。

七、婚約訂定後與人通姦者 我國舊律，未成婚男女犯姦盜者得爲解除婚約之原因，現行民法之規定，蓋即本此。惟以通姦爲限，其犯盜罪者，則可斟酌情形，適用次款之規定。所謂通姦，凡與異性爲性交者皆屬之，固不以構成犯罪爲要件。蓋因夫妻間原應互負貞操誠實之義務，定婚之後，即經發見其有此種行爲，則婚後生活，能否圓滿，誠屬疑問，自應許其請求解約也。

八、婚約訂定後受徒刑之宣告者 婚姻以永久共同生活爲目的，訂婚之後，如當事人之一方，受徒刑之宣告，自不免有損於他方之名譽，或且影響結婚之期約，故亦爲解除婚約之原因。凡受徒刑之宣告者，即有本條之適用，刑期之久暫，是否因犯不名譽之罪，皆非所問，與後述離婚之原因不同。

九、有其他重大事由者 有無重大事由，自應參酌各種具體的情事，就婚姻之本質以決定之（日本昭和七年七月八日大審院民事判例參考）。就日本低級法院判例所見者言之，則「家風不合」，「病弱」，「婚禮籌備不足」，「父之遺囑」，「相對人之父親曾受刑罰」，皆不得謂爲重大事由。我國判例，亦以「婚姻當事人之一方喪失右臂一部機能久爲他方所明知」（最高法院十九年上字一七三五號判例）及「年齡已大」（同二十二年上字三〇二五號判例），皆不得謂爲解除婚約之重大事由也。

（3）解除之方法

婚約之解除，自以由一方向他方以意思表示爲之爲原則。如事實上不能向他方爲解除之意思表示時，無須爲意思表示，自得爲解除時起，不受婚約之拘束（九七六條二項）。

（4）損害賠償

民法規定，「依前條之規定婚約解除時，無過失之一方得向有過失之他方，請求賠償其因此所受之損害」

(九七七條)。於此所謂過失，與民法之一般用語例，略有差異。蓋通常所謂過失係指注意義務之違反而言；反之，於此所謂過失，則指對於相對人予以解除之正當理由者而言也。此種規定之理由，蓋因自己之有責行為，致使他方解除婚約則對於他方應負損害賠償責任，與違反婚約者無異；否則，狡黠之徒，意圖違約，大可蕩檢逾閑，引誘他方解除，自己即可卸除責任，不為賠償，自屬不當也。至本條所謂之損害，專指財產上之損害而言（九七九條一項參照），故不發生精神損害之慰撫問題。

(5) 贈與物之返還

現行民法與舊律不同，定婚原不以收受聘財為要件。然在社會習慣，男女與當事人及其親屬之間，於定婚之際，往往仍有贈與紀念物品者，此等因定婚而贈與之物品，於婚約解除時，是否可以請求返還？解釋上不無疑問。德瑞民法規定，得依不當得利之規定，請求返還。但因婚約預約人一方之死亡，解除婚約者，不得為返還之請求（德民法二三〇一條，瑞民法九四條參照。）日本民法亦無明文，但據判例解釋：授受聘禮之當事人意思表示之內容非僅以無償移轉財產權為目的，係證明婚約預約之成立，並以將來成立之婚姻關係為前提，敦睦因親屬關係而生之情誼。婚約預約解除，婚姻不能成立，則依此而證明之預約消滅，親屬關係無由發生，給付聘財之目的，不能達到，因此，受領給付之人，遂缺乏自己應保留之何等法律上之原因，應構成不當得利，返還給付人（日本大正六年二月二十八日大審院民事判例參考）。我國司法院亦有解釋：訂婚之聘財，依民法只能視為贈與之一種，子女訂婚後，未及成婚而死亡者，其聘財不得請求返還（司法院二十年十二月三十日院字八三八號解釋參考）。然則，其非因一方死亡而解除婚約者，其贈與之聘財等物，似亦應依不當得利之規定，請求返還，與前述之德瑞民法達到同樣之結果，最近則司法院已有指令明示應依不當得利之規定，返還其所受之利益矣。（註一三）

第四節 婚姻之成立

第一款 總說

婚姻之成立，不特爲人生之大事，抑且與社會之秩序，亦有重大之關係。是故當事人間是否有婚姻關係之存在，若有婚姻關係，則其成立之時期如何等項問題，皆有明白公示之必要。因此，而婚姻立法之問題，遂行發生。

婚姻立法主義有二：其一，爲事實婚主義；其二，爲形式婚主義。事實婚云者，倘有社會習慣上得認爲婚姻之事實關係，法律上即當然認爲婚姻，從而賦與法律上之效力者也。所謂社會習慣上得爲婚姻之事實關係云者，即夫妻共同生活關係存在之謂。例如，從我國古來之風習，舉行結婚之儀式者，固可認爲婚姻之事實關係矣，即未採任何儀式，而事實上共同起居，世間公認其爲夫婦者，法律上亦認爲夫婦。英法即有此制（*Marriage by reputation*）。形式婚主義則反是，形式婚云者，不問其有無事實上之婚姻關係，由法律規定一定之形式，履踐其形式者，即認爲婚姻；若不履踐其形式，縱有婚姻之事實關係，而法律上亦不承認其爲婚姻者也。形式婚主義，又可基於其要求履踐之形式，分爲二類。要求履踐宗教的形式者，謂之宗教婚主義。要求履踐法律的形式者，謂之法律婚主義。

自立法沿革而言，則古代婚姻，皆爲事實婚。羅馬法上，宗教婚（*confentio*）法律婚（*coemptio*）及事實婚（*usus*）三者併用。迨基督教發達以後，宗教婚主義乃因而盛行。即非依基督教儀式結婚者即不成立有效之婚姻也。確立此主義者，爲一千五百六十三年之托崙托（*Trent*）宗教會議。因基督教勢力之強大，教會干涉國家之政治，關於親屬關係問題，寺院法之勢力，迺遠駕國法而上，宗教婚主義一時遂風靡全歐洲焉。其後國家之權力，次第強大，政教分離之運動發生，同時，個人之自由思想發達，亦多不欲盲從教會之專制。教會之勢力，因而漸殺。宗教婚主義，亦即因而廢止，是即所謂「婚姻還俗運動」（*Secularisation du Marriage*）。蓋謂婚姻原爲人生之俗事，非教會之盛典，固無勞教會之照拂也。法國大革命成功，宗教婚主義，遂行顛覆。法國革命憲法即宣言「法律承認婚姻僅爲民事契約」。宗教婚主義衰廢後，代之者爲法律婚主義。法國民法首採此種

主義，現代各國，大都從之。如德意志、意大利、瑞士、日本，皆爲純粹之法律婚主義。英吉利、西班牙則爲法律婚宗教婚併用主義。近世各國，採宗教婚主義者，僅有俄羅斯一國。革命後一九一八年之親屬法典，廢止宗教婚主義。至一九二六年親屬法典則已漸有趨於事實婚之傾向矣。要之：採形式婚主義者，其婚姻關係，是否存在，其成立之時期如何，皆易明瞭，其公示之方法，亦極完備，是其優於事實婚主義者。但同時，往往發生婚姻事實關係與法律關係矛盾之結果。故事實上有婚姻關係而法律上不得謂爲夫婦者有之。（如單純之同居關係及日本之所謂內緣），具備法律上之婚姻關係而無事實關係者，如所謂照像結婚，（註一四）亦有之也。

我國古代，以婚姻爲五禮之一，儀制甚嚴。後世亦以婚姻爲禮制之行爲，無敢異議，立法者且以禮制爲根據，擁護其效力焉。婚姻之儀式，以周禮六禮爲最古。六禮者，一曰納采，二曰問名，三曰納吉，四曰納徵，五曰請期，六曰親迎。宋時，併問名於納采，併請期於納徵，六禮僅存其四。至朱子家禮，且併納吉於納徵，則僅存其三，卽無問名，納吉，請期，祇有納采，納徵，親迎而已。倘不具備，婚姻卽不成立，禮記內則，「聘則爲妻，奔則爲妾」，蓋卽此義。然在我國舊制，復有成妻與成婦之別。婚禮旣成，是爲成妻；必俟拜見舅姑而後，始爲成婦，可以加入夫宗。通常皆先成妻而後成婦，卽舅姑存者，於當夕同牢之明日，卽見舅姑，以成婦禮；舅姑亡者，來歸三月之後，以禮見舅姑於廟中。然魏晉之際，亦有先成婦而後成妻者。蓋當時有所謂「拜時婦」者，遇有危難，急於嫁娶，因拜舅姑，便成婦道，不具六禮。因此種成婦與成妻之辨，可知我國婚姻，實重家統，而不重男女之結合。近世習俗，雖仍遵守朱子家禮，而現行民法之規定，則純採法律主義，固不取乎繁文縟禮矣。

依現行民法之規定，婚姻之有效成立，必須具備公益上及私益上若干之條件，是謂之婚姻之要件。倘缺一，則卽成爲婚姻無效或撤銷之原因。婚姻之要件，可分爲二種，一爲實質之要件，一爲形式之要件，分別說明於下。

第二款 實質之要件

婚姻之實質要件如左：

(一) 須達適婚年齡

適婚年齡云者，非謂男女結婚最適當之年齡。蓋謂男女得為婚姻之最低限度之年齡也。換言之，男女達適婚年齡後，即許其為婚姻，其實際上結婚之年齡，則非所問。故夫妻年齡，相去懸殊，或續娶後妻，較其子女年少，均非法之所禁。我現行法規定以男滿十八歲，女滿十六歲為適婚年齡（九八〇條）。是蓋就最低年齡所設之制限，至最高年齡，則無限制。舊俄民法規定八十歲以上之老人不許結婚，但婚姻既為男女全生活之結合，原不限於性的生活，自無設此種限制之必要也。法律所以對於適婚年齡設有規定者，原在挽救早婚之弊。蓋在身心尚未發育健全之男女而為婚姻時，一則害及當事人自身之健康，二則子女體質陷於劣弱，三則男女亦無完全履行保育幼兒之能力故也。早婚之流行不唯使國民之精力趨於衰頹，同時社會之活動力，亦有重大之惡影響；我國早婚，素成陋習，更有嚴行限制之必要。雖然，早婚之弊，固如上述。同時，適婚年齡規定過高，養成晚婚之風，則私通盛行，私生子增加，亦非維護社會善良風俗之道。故各國法制，皆斟酌本國之氣候、風土、習慣，參照道德、經濟、衛生之需要，而為規定。茲列舉適婚年齡之比較法例如左：

(1) 羅馬法	男滿十四	女滿十六
(2) 寺院法	男滿十四	女滿十六
(3) 英吉利	男滿十四	女滿十六
(4) 西班牙	男滿二十一	女滿十六
(5) 希臘	男滿二十一	女滿十六
(6) 德意志	男滿二十一	女滿十六
(7) 瑞士	男滿二十	女滿十八

(8) 日	本	男滿十七	女滿十五
(9) 法	蘭西	男滿十八	女滿十五
(10) 意	大 利		
(11) 比	利 時		
(12) 羅	馬 尼 亞		
(13) 荷	蘭		
(14) 葡	牙 牙	男滿十八	女滿十八
(15) 匈	牙 利		
(16) 俄	羅 斯		
(17) 奧	大 利	男滿十四	女滿十四
(18) 瑞	典	男滿二十一	女滿十八
(19) 丹	麥	男滿二十	女滿十六
(20) 挪	麥	男滿二十	女滿十八

(二) 須爲一夫一妻之結合

現行民法既採取一夫一妻之制度，則婚姻自應以一男一女爲原則。故民法規定有配偶者不得重婚焉（九八五條）。唯所謂重婚，須前婚及後之婚姻皆於法律上有效存在，且是否重婚應依客觀的標準決定之，不依主觀的標準，故在離婚判決未確定前再婚者，亦爲重婚。婚姻既爲一男一女之異姓結合，是以男子相互之婚姻，女子相互之婚姻，以及多數男女之婚姻，皆屬當然無效者也。唯婚姻既非純以子女之出生爲目的，亦非僅以性的

生活爲範圍，是故當事人苟爲一男一女，其當事人縱因生殖不能，交接不能及患其他性病者，亦不妨成立婚姻，不過得以爲婚姻撤銷之原因而已（九九五條）。

(三) 須非近親結婚

各國民法，類皆對於近親結婚，設有一定之限制。此種近親相婚禁止 (prohibitions of marriage between near relatives) 之理由如何？學者間之議論，極爲分歧。(註一五)要言之，則不外出於生理上之理由及保持人倫之必要而已。我國古代，對於近親結婚，原不深咎，周代以後，始絕對加以禁止。故孔子家語曰：『同姓爲宗，有合族之義。……雖百世而婚姻不得通，周道然也。』魏書高祖紀曰：『夏殷不嫌一姓之婚，周制始絕同姓之娶。』又御覽引禮外傳云：『夏殷五世之後，則通婚姻，周公禮制，百世不通，所以別禽獸也。』足徵周代以前，倘經五世，則疏親屬間，即可通婚。同姓禁止爲婚，固出於倫理之觀念，但生理上有害子孫之繁殖，固亦爲重大之理由。左傳鄭叔詹曰：『男女同姓，其生不繁。』蓋卽自生理繁殖而言。周代以降，直至清末，同姓爲婚，莫不厲行禁止。編戶小民，猶以爲恥，但其後因姓氏混亂，同姓者未必卽爲同宗，對於制裁，逐漸寬大，光緒之改定律，遂削同姓禁婚之條，併合於親屬禁止之條，同姓而非同宗者不罰。姻親爲婚，周制甚簡，不得其詳。春秋傳曰：『外甥小功以上不娶』，可知服喪三月之親以上者，卽禁通婚。舊律則外姻有服，尊屬卑幼共爲婚姻，及娶同母異父姊妹若妻前夫之女者，亦以親屬相姦論罰，嚴予禁止焉（現行律尊卑爲婚律參照）。現行民法，則規定左列親屬間，不得結婚（九八三條一項）。

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當者，但旁系血親在八等之外，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。

依此規定，可爲分析說明如左：

(1)直系血親 直系血親，禁止通婚，德、瑞、法、意、日、俄、英諸國法律，莫不同然。第所謂直系血親，亦包含法定血親在內。德、瑞民法固亦禁止養親與養子結婚，但一旦結婚，則婚姻不撤銷，而養親子關係終止（德民法一三一一條，瑞民法一〇〇條一二九條參照）。蓋因婚姻之後，欲求回復原狀，事實上殆不可能，且養親子通婚，亦於優生學並無妨害故也。其立法可供參考。

(2)直系姻親 直系姻親關係，例如翁媳，岳母與婿，禁止通婚。此亦為德、法、瑞、意、日本諸國民法之所同，但蘇俄民法則不設此種限制。

(3)旁系血親 旁系血親間，兄弟姊妹禁止結婚，殆為各國民法所同一。除此以外，有全不禁止者，如德、俄民法是。有禁止叔姪姑姪通婚者，如日民法是。有須經特別許可者，如法、意民法是。我國舊例，同宗禁止為婚，現行民法則以血親關係之遠近為標準，以八親等為限制。在八親等以外者，雖同宗共姓，亦可為婚。八親等以內，則一律禁止。表兄弟姊妹之血統關係，原與堂兄弟姊妹無異。我國古代因有兩族世婚之制，中表通婚，殆為常例，魏晉以降，始著禁令。而習俗盛行，迄未少改。清末禁令始除。現行民法因邊就社會習慣，亦許中表通婚。至於同一人之養子與養女，亦為擬制之兄妹關係，但依司法院解釋，則可通婚，其理論是否妥當，不無疑問。（註一六）

(4)旁系姻親 旁系姻親結婚，各國民法，大都不設限制。唯與前婚配偶之兄弟姊妹結婚，即寡嫂與亡夫之兄弟結婚，所謂逆緣婚，與亡妻之姊妹結婚，所謂順緣婚者，則法、意、英諸國，皆所不許。最近英國法，始除禁令（一九〇七年之 *Deceased Wife's Sister's Marriage Act* 及一九二一年之 *Deceased Brother's Widow's Marriage Act* 參照），此種情形，原為我國若干地方普通習慣，故法律亦未予以限制。但旁系姻親之輩分不同，且在五親等以內者則不許其通婚。

其中關於姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之（九八三條二項）。是亦出於維護人倫道德之必要，舊律上即有同樣之限制者也（現行律娶親屬妻妾律文）。（註一七）

(四) 須當事人間無一定結婚之限制

當事人間雖無一定之親屬關係，但因特殊之關係，亦有爲法律禁止其結婚者。依民法之規定，此種限制有二：

(1) 監護關係存續中婚姻之限制 監護人與受監護人於監護關係存續中不得結婚（九八四條）。蓋因監護制度以受監護人尙未成年，或爲禁治產人，故爲保護其利益，而爲之設置監護人。如在監護關係存續中，許可監護人與受監護人結婚，則受監護人難免爲監護人所左右，顯有遭逢不測損害之虞，故特設此種限制。但經受監護人父母之同意者，不在此限（同條但書），是蓋對於上述原則所設之例外也。

(2) 相姦者間婚姻之限制 因姦經判決離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚（九八六條）。蓋因姦通爲違反道德法律之行爲，既經以裁判確認其有此行爲，倘再許可其互相結婚，以遂其非，則不惟有傷風紀，抑且違反法律之尊嚴故也。民法第二一九八條對此亦曾設有同樣之規定，其後一九〇四年十二月十五日之法律，加以削除。德國婚姻法規定相姦者不得結婚（二十六條），但特別許可者，不在此限。非有重大理由，且不得拒絕許可（同法九條二項及施行法五條六條），衷考其理由，蓋謂法律之所以設有此種限制，原爲維持風化，並對姦通行爲，加以抑壓。實則姦通者對此，多未嘗加以考慮。法律上縱不許爲婚姻，但其實關係，依然繼續，不過不能取得夫妻身分而已。此種野合私通關係，長此繼續，其間所生之子女，遂永久爲私生子，既屬有傷風紀，人道上亦有非難之餘地。是以毋寧不咎既往，使其成爲夫婦與以自新之路之爲愈也。蓋亦言之有故，立法論上，誠大可研究之問題也。瑞民法規定以姦通爲理由之離婚判決，得由法院禁止其於一年至三年之期間內再婚（一五〇條）。是則既就其姦通行爲，有所制裁，復予以改過自新之機會，其立法亦可供吾人之參考。

(五) 須女子已逾再婚禁止期間

女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚（九八七條）。現行民法非採絕對的一夫一妻主義，

婚姻關係消滅後，自可再婚。其所以特對女子設有再婚禁止期間者，非出於道德之要求，(註一八)亦非由於懲罰之目的(瑞民法一五〇條參考)，蓋爲預防血統之混亂，故就前後兩婚姻間，設有相當之時間隔耳。於婚姻關係消滅六個月內，已行將分娩者，既無血統混亂之虞，故自其分娩日後，此種限制，即行解除(同條但書)。此外，於再婚禁止期間內，倘有特殊情事，可認爲無血統混亂之虞者，自可解爲許其再婚。例如，因前夫生死不明已逾三年，或因犯罪被處六個月以上之徒刑而致判決離婚者皆是也。然再婚禁止期間，只能阻止法律上之再婚，而事實上之再婚，則不能禁止。立法論上，不如不設再婚禁止期間，於父之不明時，由法院認定之，例如英、法規定父不明者，俟子達十六歲時選擇之。其立法亦可供參考也。

(二)須有婚姻之合意

婚姻既爲當事人間發生夫婦關係之契約，當事人雙方自應有締結婚姻契約之意思，且其意思表示，必須合致，自與一般之契約無異。不過當事人尙未成年，則其結婚應得法定代理人之同意，始能有效(九八一條)。是蓋爲補助未成年人判斷之不足，故畀與法定代理人以此種同意權也。我國舊律，婚姻係由主婚人(父母及其尊屬)爲之，不以婚姻當事人之合意爲要件，自與現行民法之規定不同。但在周代以前，則皆以當事人之合意爲前提。徵之易之咸卦，蓋即可知。三百篇中，自由結婚之例極多，不遑枚舉。不過於禮制止須有父母之承諾，及媒妁之介紹而已。杜氏通典曰：『娶妻必告父母』。詩曰：『娶妻如之何，必告父母！』足徵必經父母之承諾。禮典禮曰：『男女非行媒則不相知名』。詩曰：『娶妻如之何，非媒不得。』則又娶妻必經媒妁之例。是則與現行民法之規定未成年婚姻必須父母之同意，及須有二人以上之證人者相近似矣。

第三款 形式之要件

現行各國民法，既多採法律主義，故於婚姻之成立，必須履行法律上一定之方式，依據法、瑞士及歐洲諸國之立法例，則其婚姻程序須先將婚約呈報戶籍吏，經其公告，以確定是否適法，於是，雙方當事人同時至戶籍吏處爲婚姻之意思表示，宣告其取得適法的夫婦身分，然後婚姻遂行成立。(註一九)(註二〇)(註二一)我國舊

制，婚禮儀式，極爲繁重，周之六禮，雖僅存其三，而民間習俗，殆都遵守，不過現行民法所要具備之形式，則極簡單。卽；

(一) 必須有公開之儀式。

(二) 必須有二人以上之證人(九八二條)是也。公開之儀式云者，於多數人前舉行結婚之儀式之謂也。無論新舊婚禮，皆可謂爲公開儀式，自不待言。(註三)至必須二人以上之證人者，要亦必通媒妁之舊制。要言之，現行民法之規定，蓋準據固有之習尚，不似各國以呈報戶籍吏爲要件。殆係取法日本舊民法之規定者也。(日本舊民法四十七條第一項參考)。

次之，依上所述，婚姻之成立，本應具備一定之方式。然事實上男女兩相愛好，實行同居者，比比皆是。「國難期間，一切從簡」。未履行結婚之儀式而實行共同生活者，實繁有徒。此等同居之男女，於社會上固羣目爲正當之夫婦，而法律上則猶視爲陌路之他人。我國法律與社會之遠離，此亦一端。我判例法對此曾認爲已發生家屬之關係。(註三)此種解釋，較諸墨守法文視同陌路者，自屬進步，與日本判例法謂內緣爲婚姻之預約者(日本大正四年一月二十六日大審院民事判例參考)，均係煞費苦心，誠有異曲同工之妙。然同房男女間，法律關係之困難，尙不能因此完全解決。例如(1)同居男女不受近親結婚之限制，與相對人之父母兄弟弟亦可通婚；(2)同居之一方與其他異性遺姦，不構成通姦罪；(3)相互無日常家事代理權；(4)相互無繼承財產之權利；(5)男子死亡時，其同居之女子不得以遺族資格請求撫卹；(6)一方被他人不法侵害致死者，他方無損害賠償請求權。凡此種種，皆有待於我立法及司法機關之爲修正補充。(註三)而日本法學界關於婚姻預約判例之研究解釋，亦頗有足資吾人借鑑者也。

第四款 婚姻之變例

以上所述婚姻之要件，自僅就通常之婚姻關係而論。變例之婚姻云者，蓋卽別夫通常之婚姻而言也。我國舊例及日常所習見之變例婚姻，有下列之數種：

(一)重婚

我國禮俗，就婚姻制度，原採一夫一妻制主義。故現行法律規定『有妻更娶妻者，後娶之妻，雖異歸宗』（現行律妻妾失序條），『逐婦嫁女或女再招婿者，其女斷付前夫，出居定娶』（現行律逐婦嫁女條）。唯在宗法社會，在嗣爲重，故習慣上遂允許一子兼祧，並娶二妻，嚴然敵體。然前大理院判例祇兼祧並妻，後娶之妻，應認爲妾（前大理院五年上字一六七號及八年上字一七七號判例參考）。是於法律上仍不許可二妻同時存在。現行民法亦採一夫一妻制度，故以明文規定『有配偶者不得重婚』（九八五條）。重婚者不特於刑法上構成犯罪（刑法二二七條），即於民法上，前婚則其配偶可據以請求離婚（一〇五二條），後婚則利害關係人均可請求撤銷（一九九二條）。然依現行民法規定，重婚並非無效之婚姻，而爲得撤銷之婚姻，如前一婚姻既未離婚，後一婚姻，又未撤銷，則此前後二婚姻，是否均爲合法之婚姻，抑其效力有何限制，解釋上洵屬疑問。依最近判例法之解釋，則有妻而重婚者，在其重婚未撤銷時，自亦不失爲妻之身分，不得遽指爲妾。（註三五詳言之，即重婚在婚姻關係之當事人，未依法請求撤銷或離婚以前，其婚姻關係，尙屬存在，則其已成立婚姻關係之當事人，均取得法律上配偶（即妻）之身分」（司法院二四年院字二二二三號解釋參考）。其後妻既與前妻同爲夫之配偶，故於其夫死亡繼承開始時，後妻與前妻有一同繼承遺產之權，而其應繼分則後妻前妻各爲配偶應繼分之二分之一焉。（註二六）依此解釋，則前妻與後妻之特留分，亦應各爲配偶之二分之一（二二三條參照），自無庸疑。

(二)納妾

我國舊制，雖素採一夫一妻主義，而於納妾，則爲禮法所不禁。如白虎通嫁娶篇云：『天子諸侯，一娶九女……大夫功成受封，得備八妾……卿大夫一妻二妾……不過因男子之年齡身分，娶妾之人數，略有區別（明律名例間刑條例五刑條參照）。即庶人如四十以上無子，亦聽娶一妾（明律婚姻，妻妾失序條參照）。蓋在宗法社會，娶妾之目的，在廣繼嗣。妾者於法制上雖亦與妻之身分大致相同，但視妻之身分賤賤，大潛律

例妻妾失序條註云：「妻者，齊也。與夫齊體之人也。妾者，接也。僅與夫接見而已。貴賤有分，不可紊也。」可窺舊制之一斑。此種制度，原不適合於現代，故現行親屬法起草之際，即經中央政治會議決定：「妾之問題，無庸規定」（親屬法先決各點第七點參考）。其理由云：「妾之制度，極應廢止，雖事實上當有存在者，而法律上不容承認其存在。其地位如何，無庸以法典及單行法特為規定」。故現行親屬法遂無妾之規定，至親屬法施行後，自不得更以納妾為締結契約之目的。如有類此行為，即屬與人通姦。其妻自得請求離婚（最高法院二十二年上字六三六號判例參照）。然於社會習慣上，納妾行為並不以親屬法無規定而減少。據判例法之解釋，則妾與其夫如同居一家，即應視為家屬。（註二七）夫對同居之妾，負有扶養義務。（註二八）夫之納妾行為如得妻之明認或默認者，其妻即不得據為離婚之請求。（註二九）妾對於夫，固得隨時自由脫離，無須訴諸法院為准許脫離之形成判決，惟如男方不許脫離，則可提起確認同居義務不存在之訴。（註三〇）反之，夫若令妾脫離，則必須有正當理由。（註三一）妾因脫離關係至陷於生活困難，夫並應酌給相當之贍養費，俾資生活。（註三二）夫死時，妾雖無遺產繼承權，但既為夫生前繼續扶養之人，自得請求酌給遺產（一一四九條）。至妾之子女之地位，因自幼受其夫撫育，應視為婚生子女（一〇六五條一項），其權義關係，均與婚生子女無殊，是又「無須另行解決」者已（親屬法先決各點第七點說明）。

（二）童養媳

童養媳云者，在女子年幼未能與夫舉行婚禮時，即就養夫家，俟達相當年齡時，再行成婚（俗謂之圓房），但在其成婚以前，就養之始，即與夫家發生親屬及家屬關係，自與尋常之婚約，迥然有異。此種制度，雖為中國社會中所習見，然流弊極多，故現行民法對之未予規定。唯童養媳如以永久共同生活之目的，就養夫家，則依法應視為家屬。（註三三）故依現行法解釋，童養媳與其夫家，雖不發生親屬關係，但不失為家屬關係也。

（四）過門守貞

過門守貞云者，定婚之女子未及成婚，而其定婚之男，即行亡故，而仍入夫家為其守節者也。即現行律戶

從門立嫡子違法條例，所謂「聘未娶，媿能以身守貞者」也。通常婚姻因成婚始入男家，此則因過門而取得其未婚夫之嫡妻身分，與其夫家發生親屬及家屬關係。此種制度，原本於貞烈之思想，實則顯然違反人道，自爲現代法律思想之所不取，現行民法對之未加規定，其爲否認，蓋不待言。然女若因是而入男家，解釋上亦應視爲家屬。（註三四）

（五）贅婿

贅婿云者，男子因婚姻而入於女家之謂也。我國素採男系親屬制度，通常婚姻，皆係女子因婚姻而入男家，成爲男家之家屬，而贅婿則獨反是。贅婿制度，由來已久。如史記云：「淳于髡，齊之贅婿也」。漢書亦云：「秦人，家貧子壯則出贅」。社會習慣，亦皆是認。俗所謂「坐堂招夫」及「上門漢」者是已。就事實及法理而言，此種制度，皆無廢除之必要，故現行民法就之亦不否認。法文稱爲贅夫者即是也（一〇〇〇條參照）。

第五節 婚姻之無效及撤銷

第一款 總說

民法就婚姻之成立，既基於公益上及私益上之必要，定有若干之要件。倘不具備此種要件，則其婚姻有自始無效者；亦有僅可撤銷者，其輕重原不一致。夷考諸國法制之沿革，則往昔之立法，對於要件之輕重，並不區別，苟缺其一，則其婚姻即屬無效。但近世法制，對此竭力避免。除具有重大之瑕疵者外，則僅得撤銷，並非自始無效，且其撤銷之效力，亦不溯及既往焉。蓋以婚姻雖爲法律行爲，但與事實關係，極行密接，婚姻一旦成立，縱使其效力消滅，而既已發生之事實關係，亦無從使其消滅復原。是以婚姻縱有瑕疵，與其使之無效，亦不若任其存續，爲害較輕。故非有當事人及利害關係之請求，皆無庸法律之干涉焉。至於婚姻要件，缺乏何者，始爲無效，缺乏何者，即可撤銷。是則各國法制，多不一致，即在一國法制，亦因時勢變遷，時有差

異。我民法鑑於近世法制之傾向，除重大之瑕疵而外，其婚姻皆僅得撤銷，並非當然無效者也。

第二款 婚姻之無效

婚姻之無效云者，婚姻不發生法律上效力之謂也。依我民法之規定，婚姻無效之原因，僅有下列之二種（九八八條）：

(一) 不具備法定方式者

依民法規定，結婚須具備法定形式，應有公開之儀式及二人以上之證人（九八二條）。是故不具備上述之方式者，其結婚為無效。是為採取法律婚主義之當然的效果。故事實上雖已營同居生活，且具備其他實質的要件，若不具備此種方式，即不得謂為法律上之婚姻也（最高法院十八年上字二〇七二號及二十年上字四五二號判例參考）。

(二) 違反近親結婚之限制者

近親結婚之限制，原係本於生理之必要及人倫之觀念，是故違反第九百八十三條所訂親屬結婚之限制者，其結婚亦為無效。

倘有上述無效之原因時，則其婚姻在法律上為不存在。詳言之，即其當事人間自始不發生夫妻之身分關係，所有因身分關係而發生之權利義務（如夫婦財產制契約，同居義務），自亦無從主張矣。其間所生之子女，亦為非婚生子女，不能取得婚生子女之身分也。

關於婚姻之無效，素有二種不同之立法例。其一，婚姻之無效，並非當然無效，不過得以訴主張其無效而已。其二，婚姻之無效，為當然無效，非依訴主張，始為無效者也。瑞士民法，採用第一主義（一百三十二條），德國民法亦大體採此主義。倘採此種主義，則無效之婚姻（Nichtige Ehe）於無效宣告言判決確定前，不過為得無效之婚姻（Die vernichtbare Ehe）。蓋與得撤銷之婚姻（Die aufhebbare Ehe）於撤銷前之關係完全相同。至採第二主義，則其婚姻自始無效，固無庸以訴主張者也。（註三五）英、美法及法、日民法皆採此

種主義，我民法亦然（民法法一百四十六條，日民法七七八條）。

第三款 婚姻之撤銷

第一 撤銷之原因

婚姻之撤銷云者，其婚姻固有瑕疵，故使其將來喪失效力者也。依民法之規定，婚姻之撤銷原因有九，其所以規定爲撤銷之原因者，有以保護公益爲目的者；亦有以保護私益爲目的者。茲分別說明於下：

(一) 以保護公益爲目的之撤銷原因

(1) 違反適婚年齡之規定者 違反第九百八十條之規定，未達適婚年齡而結婚者，當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之（九八九條）。但當事人已達該條所定年齡或已懷胎者，不在此限（同條但書）。

(2) 違反禁止重婚之規定者 違反第九百八十五條之規定，已有配偶而重婚者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷（九九二條）。（註三六）

(3) 違反禁止相姦者結婚之規定者 違反第九百八十六條之規定，即相姦者結婚者，其前配偶得向法院請求撤銷之，但結婚已逾一年者，不得請求撤銷（九九三條）。

(4) 違反禁止女子再婚期間之規定者 違反第九百八十七條之規定，即女子未滿再婚期間而結婚者，前夫或其直系血親得向法院請求撤銷之，但自前婚姻關係消滅後，已滿六個月，或已在婚後懷胎者，不得請求法院撤銷（九九四條）。

(二) 以保護私益爲目的之撤銷原因

(1) 未成年人未得法定代理人同意而結婚者 違反第一百八十一條之規定，未成年人未得法定代理人同意而結婚者，法定代理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事之日起，已逾六個月，或結婚後已逾一年，或已懷胎者，不得請求撤銷（九九〇條）。（註三七）

(2) 違反監護人與受監護人不得結婚之規定者 違反第九百八十四條之規定，受監護人或其最近親屬得

向法院請求撤銷之。但結婚已逾一年者，不得請求撤銷（九九一條）。

(3) 當事人之一方不能人道者 當事人之一方於結婚時不能人道而不能治者，他方得向法院請求撤銷之（九九五條）。蓋婚姻為男女全生活之結合，不僅限於性慾方面，雖如前述，但於婚時始發見對方不能人道及其他重大不治之性病而強他方與之為婚，自亦難期共同生活之圓滿，故特定為婚姻撤銷之原因。但自知悉其不能治之時起，已逾三年者，不得請求撤銷（同條但書）。

(4) 當事人之一方係在精神錯亂中者 結婚契約須因當事人意思表示之合致始行成立，既如前述，是則婚姻時當事人之一方係在精神錯亂中者，依民法七十五條一般通則之規定，其意思表示，自應無效。但因婚姻為親屬法上之契約，關係於個人生活者極鉅，遽以之為無效之原因，恐更不利於當事人。故僅為撤銷之原因，許其於常態恢復後六個月內向法院請求撤銷之（九九六條）。若六個月內不使其撤銷權，則其婚姻，依然有效成立，蓋不待言。

(5) 因被詐欺脅迫而結婚者 因被詐欺或脅迫而結婚者，因其意思表示之瑕疵，本已構成撤銷之原因，但婚姻契約與一般法律行為不同者，其被詐欺或被脅迫僅得於發見詐欺或脅迫終止後六個月內撤銷之，俾使其身分關係早日確定故也。且其撤銷須以訴之方法為之，亦與一般之撤銷不同（九九七條）。

第二 撤銷之效力

一般法律行為之撤銷，如相對人確定者，應以意思表示向相對人為之（一一六條）。而婚姻之撤銷則不問基於何種原因必以訴之方法為之，已如前述，故因判決之確定始發生婚姻撤銷之效力焉。

普通法律行為之撤銷，皆有溯及效。凡法律行為經撤銷者視為自始無效（一一四條）。但婚姻撤銷之效力，是否溯及既往，立法例頗不一致。有採溯及主義者，如英國法及德民法是（德民法一三四三條）；有採不溯及主義者，如瑞、日民法是（瑞民法一三二條，日民法七八七條）；有採折衷主義者，如法民法是（法民法二〇一條、二〇二條）。我民法則做瑞、日民法之先例，採取不溯及主義，規定婚姻撤銷之效力，不溯及既往

（九九八條）。是故婚姻撤銷之效力，與離婚全然相同。於撤銷前，其有效之婚姻依然存在，僅對將來，發生撤銷之效力。蓋因婚姻為親屬法上行爲，與一般財產上之法律行爲不同。其內容之事實關係，不可無視，一經發生，即不能「視爲」自始無效，回復原狀者也。加之，因婚姻關係所生之子女，一經撤銷，即成爲私生子，尤爲殘酷，故立法者特使其無溯及力焉。

婚姻之撤銷，只就將來生其效力，是故婚姻撤銷前，當事人自不失爲夫婦。婚姻成立後，撤銷前取得婚生子女之身分者，婚姻撤銷後亦不喪失其身分。反之，撤銷以後，則男女當事人間之配偶關係、家屬關係、姻親關係，皆因之而歸消滅。此外，因婚姻關係而生之財產關係，亦自撤銷而後，始行消滅，而撤銷前之財產關係，則法律上依然認爲有效者也。

第四款 損害賠償

當事人之一方因婚姻無效或被撤銷，而受有損害者，得向他方請求賠償，但須以他方有過失者爲限，他方如無過失，則不得請求賠償（九九九條）。蓋法律所以規定結婚之無效或撤銷者，或爲維持人倫之道義，或爲保護公私之利益，但當事人之一方倘因結婚之無效或撤銷，顯有損害，則情殊可憫，加之，又係出於他方之過失，自應許其請求賠償，始適合公平之原則也。

上述之損害，蓋指財產上有形之損害而言。雖非財產上之損害——例如精神之痛苦，名譽之毀損——受害人亦得請求賠償相當之金額。不過此種場合須以受害人無過失者爲限耳（九九九條二項）。

此項請求權，係因特定之身分關係而發生，與一般財產上之權利不同，故不得讓與或繼承（九九九條三項）。但如已依契約承諾或已起訴者，則已變爲財產上之權利，仍可讓與或繼承焉（同條同項但書）。

第六節 婚姻之效力

第一款 總說

婚姻之效力，大別之得分爲三項。即（1）親屬關係之發生，（2）家屬關係之發生，（3）夫妻間權利義務之發生是也。因婚姻而發生之親屬關係，不唯當事人間發生配偶關係，且當事人之一方與他方之血親或姻親間亦發生姻親關係。此外，舊有之親屬關係，亦有因婚姻而變更者，例如，因當事人結婚，而非婚生子女遂取得婚生子女之身分是也。因婚姻而發生家屬關係者，即當事人之一方必因婚姻入於他家而爲家屬是也。妻因婚姻入於夫家，爲夫之家屬，贅婿則因婚姻入於妻家，爲妻之家屬。凡此，則或已經說明，無庸重述；或留待後章，再行解釋。本節所欲研究者，蓋僅夫妻間之權利義務而已。

夫妻因婚姻而生之法律的效果，從來之立法主義，大別之有下列之二種：

（一）夫妻同體主義

夫妻同體主義云者，非謂夫妻雙方之人格，成於法律上消滅，而新發生一合成之人格也，蓋不外妻之人格於婚姻成立後，遂被夫之人格所吸收而已（*Husband and wife are one person, and that one is the husband*）。故妻於法律上不得有任何之財產，不問其爲婚姻前所取得抑爲婚姻繼續中所取得者也。於此種法制之下，一切之法律行爲訴訟行爲能力，妻皆無之。以其無獨立人格故也。

（二）夫妻別體主義

夫妻別體主義云者，夫妻各於法律上有其獨立之人格也。故妻亦可所有財產，且得單獨爲法律行爲及訴訟行爲焉。

婚姻之效果，因其立法主義之不同，自有顯著之差異。英國及日本舊慣，皆採夫妻同體主義，而繼承羅馬法之各國法律，則皆採夫妻別體主義。但在英國則衡平法及近世諸條例，皆有依據羅馬法之傾向，而日本民法頒布以來，亦顯然採取夫妻別體主義，是夫妻同體主義，殆已完全沒落矣。我國舊制，向不承認妻有獨立自主之人格，蓋亦採取夫妻同體主義者，如儀禮喪服傳云：『夫婦一體也』。何謂一體，禮記郊特牲云：『女從男，夫婦之義，由此始也。婦人從人者也。幼從父兄，嫁從夫，夫死從子。』爾疋亦云：『婦之言服也，服事

於夫也。』故孟子所謂『無違夫子』，至今猶爲人所稱引。然而現行民法既確認男女平等原則，則應採取男女別體主義，蓋屬當然。

雖然，有應注意者，我民法關於夫妻間之權義關係，法律規定，頗爲簡略。徵之外國民法，則法國民法規定有從順義務，夫有保護義務，夫妻相互有貞節扶助之義務（法民法二二二三條參考）。德民法規定妻有管理家政助理夫之職務之義務，夫有決定婚姻生活一切事務之權利，夫有敬愛妻之義務（德民法一三五四條，一三五六條）。我民法皆未設有類似之規定。蓋因法律所支配者爲表面之事實，以上所述，既非法律所能干涉，自不若認爲道義上之問題。然夫妻關係，於其兩情和諧之際，所謂法律也者，殆可完全無視；一旦反目，則夫妻之間，往往發生微妙複雜之紛爭，遠非立法者所可預期。是以法律上關於夫妻關係之規定，無寧力求簡單，就立法技術而言，則以設置空白規定，昭示夫妻規律之基本的原則，最稱上選。德民法規定：『配偶互負婚姻生活與同居義務（Heirliche Le bens gemeinschaft）』（一三五三條），即可解爲關於基本原則之空白規定；其內容得因夫妻所屬之社會階級、經濟狀態、職業、身分而異。日本學者，嘗以民法規定之同居義務解爲此種意義，雖不無牽強附會之嫌，而其立論同屬新穎可喜也。

我民法所規定夫妻相互間之權利義務，復可分爲身分上之效力及財產上之效力二方面，以下卽就此分別說明之焉。

第二款 身分上之效力

第一 同居之義務

婚姻以夫妻之共同生活爲目的，故夫妻互負同居義務，自爲婚姻性質上當然之結果（一〇〇一條前段）。同居云者，住所或居所同一之謂也。是故於夫之一時滯在地（例如軍營學校），妻固無同居之義務，卽夫之旅行，妻亦無同行之義務也。但苟爲住所居所，則縱在外國設定，亦有同居之義務。得撤銷之婚姻，固得訴請撤銷，但在撤銷以前，仍不失爲夫妻，亦負同居義務。（註三八）

夫妻雖互負同居之義務，而住所之設定，則屬諸夫之權利。妻以夫之住所爲住所（一〇〇二條前段）。至贅夫之住所，立法例雖有仍讓諸夫之指定者（日民法七八八條參照）。而我民法則以明文規定，贅夫以妻之住所爲住所焉（一〇〇二條後段）。妻應以夫之住所爲住所，自應在夫之住所，與之同居，不得藉口父母在堂，主張應在其母家所在地與夫同居（最高法院二十七年上字一四四〇號判例參考）。但其夫若並無一定住所，其妻自得獨立設定住所，自不許其夫藉口同居義務，而強其妻隨同游浪也（前大理院民國七年第八六三號判例參考）。

夫妻雖互負同居之義務，而事實上異其居所者，亦爲事實上所恆見。蓋凡有不能同居之正當理由，則可不必負同居之義務（一〇〇一條但書）。何謂正當理由，自應就具體的情形以決定之。試舉日本低級法院所見之實例，則（一）夫虐待妻，使之不堪同居，（二）妻患歇斯底里病，因夫寄寓他家無充分看護之設備與資力而回母家時妻無同居義務。反之，（一）夫不得因妻妨礙其社會的活動爲理由拒絕妻之同居要求；（二）妻不得以夫無撫養自己之資力爲理由拒絕夫之同居要求。我國司法院解釋曾以「民法施行後之納妾行爲即爲妻請求別居之正當理由」（司法院二十一年六月十日院字七七〇號解釋）。而妻矢志爲尼，則不能認爲有所謂不能同居之正當理由（司法院二八年院字一八七八號解釋）。最高法院亦曾以：（一）不堪同居之虐待，（二）受姑虐待，（三）納妾爲正當理由。（註三九）反之，（一）不能人道及（二）夫無常識則非所謂正當理由。（註四〇）相對人有不能同居之正當理由而請求其同居者，是爲同居請求權之濫用。反之，如有不能同居之正當理由，既不負同居之義務，自得爲別居之請求。此種請求，且可以訴之方法爲之。唯別居之訴，民事訴訟法未有明文規定，依司法行政部訓令，於此種情形，「法院應就其請求有無正當理由，依普通事件程序，爲實體上之裁判」。（註四一）

反之，夫妻之一方非有不能同居之正當理由而拒絕同居時，則又如何？依現行民法之規定而論，則他方自有拒絕扶助之權利，並可以惡意遺棄爲理由，請求離婚；同時，更可請求法院判令他方履行同居之義務。唯此種判決可以請求強制執行與否，則立法論上，頗多爭議。然同居之義務若竟許其強制執行，則人之身體自由不

免受其拘束，自屬不當。至於現行民法之解釋，不得肯定此說，更不待言（強制執行法一二八條參照）。（註四二）
（註四三）（註四四）

次之，夫妻間別居之契約，是否有效，解釋頗不一致。日本低級法院曾有判例，謂夫妻同居義務之規定，為強行規定，故以當事人之意思為違反上述規定之契約，當然無效（日本大正四年十二月十三日東京地方裁判所判例參考）。反之，我國最高法院判例以為夫妻雖有同居義務，但苟有正當理由，即不堪同居之事實，則夫妻間之別居之合意，亦為法之所許。（註四五）司法院就此亦有解釋，並謂妻別居後之生活費用，原則上應由夫支付之；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，以充支付（司法院二一年院字七七〇號解釋參考）。余以為夫妻雖互負同居義務，然遇有不能同居之正當理由，其同居義務即不存在。於此種場合，別居契約，自應解為有效。最高法院判例及司法院解釋所主張，不得謂非正當也。

第二 冠姓之義務

妻因結婚而入夫家，為夫家之家屬；而贅夫則因結婚而入妻家，為妻家之家屬，既如前述。故於結婚後，妻應以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓，冠以妻姓（一〇〇〇條前段）。是本據我國舊慣而為規定者，原非強行規定，夫妻另有訂定者，亦可從其訂定（同條但書）。是故結婚以後，夫妻仍各用其本姓，固無不可，即同用協定之公姓，亦屬無妨。（註四六）

第三 誠實之義務

夫妻因婚姻而互負誠實之義務，誠實云者，嚴守貞操之謂也。違反此種義務最盛者，則為通姦，我國法律採取男女平等主義，不問男女，凡夫妻之一方有與人通姦之情形時，依民法規定即構成請求離婚之原因（一〇五二條二款）。並於刑事上應受一定之制裁（刑法二三九條）。此種義務為絕對的，即對方長期旅居在外或纏綿病榻或愛情欠缺，其義務亦不因而免除也。

第四 互助之義務

互助之義務云者，夫妻應互出財產以相養，各竭心力以相助也。唯心力上之扶助，如苦樂與共，患難扶持之屬，非法律所能強制，故一任之道義，已如前述。若違反財產上之扶助，以惡意遺棄他方在繼續狀態中者，則我民法定爲請求離婚之原因，以示制裁（一〇五二條五款）。

第五 日常代理權

我民法採取夫妻別體主義，既如前述。唯婚姻原以夫妻之共同生活爲目的，共同生活中又以日常家務，爲最繁瑣密切。倘夫妻間於日常家務，亦必躬自爲之，否則，卽非有特別之授權行爲不可。是不唯於共同生活之維持，諸多障礙，卽在第三人之與夫或妻爲法律行爲者，亦有不勝其煩之感。是故我民法規定，夫妻關於日常家務得互爲代理人焉（一〇〇三條）。依此規定，其代理權之範圍，要僅限於日常家務，其他一般法律行爲，各有其意思之自由，自不待言。何謂日常家務？通說以其實際收入爲標準。但其實際收入如何，非第三人可得而知，如以實際收入爲決定之標準，則第三人不免蒙受不測之損害。故最近學者以保護善意第三人爲理由，主張以其表見的生活程度，判斷其是否屬於日常家務，自較合理。雖然，縱爲日常家務，但因夫妻之一方濫用此項代理權，亦不免有害於他方財產之虞。於此種場合，法律規定，他方得加以限制，但其限制不得對抗善意第三人（一〇〇三條二項）。蓋因此種規定之旨趣，原在保護夫妻之一方之私益，但若使之能對抗善意第三人，則不免有害於交易之安全故也。

此外，各國立法例多就夫妻間之契約設有特別之規定，例如羅馬法規定夫妻間之贈與以無效爲原則；法國民法則規定夫妻之贈與得撤銷之，夫妻間除得爲特種買賣外，概行禁止（法民法一〇九六條，一五九五條）。瑞民法則規定夫妻間雖有訂約之自由，必須得官廳之承認（瑞民法一七七條）。日民法則規定夫妻間之契約於婚姻中隨時得由夫妻之一方撤銷之（日民法八七二條）。蘇俄婚姻法亦有同樣之規定（蘇俄婚姻法十三條）。是蓋爲夫妻間之共同體的特質的表現，以別夫利益對立之一般契約觀念也。但就夫妻之實質的關係而言，此種規定，實對妻有不利利益。現行民法對之未設規定，亦未始無相當之理由也。

第三款 財產上之效力

第一項 總說

婚姻之目的，既在夫妻間之共同生活，是故夫妻間之財產關係，究不似一般個人間之關係，僅依債法之規定，即可解決，是以各國立法例皆於親屬法中設有夫妻財產之規定。夫妻財產制云者，規定婚姻共同生活中夫妻財產關係之制度也。詳言之，則夫妻各自財產之歸屬因婚姻而發生何等之變更否耶？夫妻婚姻中取得之財產歸屬何人耶？以及夫妻財產之管理人，管理方法，婚姻生活費用之負擔人，負擔方法等，皆為夫妻財產制所應加以規定者也。

夫妻財產制之規定，因採取夫妻同體主義及夫妻別體主義而顯有不同。英國往昔之法律，素採夫妻同體主義，結果，妻之財產因結婚而屬於夫之所有，妻於婚姻中所得之財產，亦悉屬諸夫之所有。其後因經濟制度之變遷，自由思想之發達，遂漸感其不當，加以紡織及其他機械工業之發達，婦女已得出入工場從事勞動，乃愈感有財產分別之必要，一八七〇年遂有既婚婦人財產法 (Married Women's Property Act) 之制定，而妻之獨立財產權，遂經法律之承認保護焉。現今各國法殆皆採夫妻別體主義，承認夫妻人格之對立，分別所有其財產，並力謀其各自財產權與其共同生活之調和焉。即在我國，亦向採夫妻同體主義，素不承認女子之獨立地位，禮記內則云：『子婦無私貨，無私蓄，不敢私假，不敢私與』。朱子家禮亦云：『凡爲子爲婦者，勿得蓄私財。俸祿田宅所入，悉歸之舅姑，當用則請而用之』，故粧奩而外，未聞有所謂獨立財產者；律例對之，自更無從規定。至前大理院判例，始承認女子婚後可以享有私產（一年上字三三號及二〇八號前大理院判例參考）。現行法律，既經確認男女平等之原則，而財產繼承權，亦得同等享受，則夫妻財產制，當然有改採夫妻別體制，明白規定之必要。故我民法亦倣外國立法例，於婚姻之效力中，特就夫妻財產制，設有縝密之規定焉。

夫妻財產制之目的既在夫妻財產權與其共同生活之調和，則就理論言之，由婚姻當事人以契約訂定，自最便宜妥善。以婚姻當事人間之契約訂定其財產關係者，謂爲約定財產制；其規定夫妻財產關係之契約，則謂爲

夫妻財產制契約。雖然，在法律知識尚未普及之際，當事人間締結此種契約者，實屬少數。縱經締結，但因當事人缺乏法律知識，其契約多不完全。因此，現行立法例多於法律規定有一定之夫妻財產制，當事人間若無約定財產制之存在，即以之規律夫妻間之財產關係，是謂之法定財產制。多數立法例，並於法定財產制而外，制定數種約定財產制之典型，以供當事人之選擇。但其中又有兩種不同之立法主義：其一，則列舉之約定財產制，僅用作當事人之參考，當事人若不選擇其一，而另行締結契約，亦無不可。其二，則當事人必就數種典型中選擇一種，不得締結他種夫妻財產制契約。德國民法及法國民法採取第一主義（德民法一千四百三十二條以下，民法一三九四條以下），而瑞士民法（瑞民法一七九條）及我國民法則採取第二主義。第一主義純在尊重當事人之意思，而第二主義則預防當事人間締結不完全之夫妻財產制契約。蓋不完全之夫妻財產制契約有引起各種困難問題之虞故也。至日本親屬法採用法定財產制與約定財產制，雖與歐洲一般之立法例相同。但關於約定財產制則全任當事人意思之自由，未定有模範財產制以供當事人之選擇。是又一種之立法主義也。

雖然，現行民法因採夫妻別體主義，關於夫妻財產制有明文規定之必要，固如前述。然是否必須如此縝密規定，誠屬疑問。如日本自民法頒布以來，採取約定財產制，申請登記者，不過寥寥百數十起。最近德國學者，對於夫妻財產制規定之過於詳盡，亦多非難。我國法律智識，尙未普及。民法頒行後，依照規定，訂立夫妻財產制契約者，似尙未有所聞。結果法律規定，徒成具文。似亦有待立法者之從事修改也。

第二項 約定財產制

第一 總說

約定財產制者，夫妻以契約訂定婚姻繼續中相互財產關係之制度，規定約定財產之契約謂之夫妻財產制契約。夫妻財產制契約之當事人限於夫妻。夫妻之一方與第三人所締結之契約，縱以婚姻之成立或存續為條件亦不得謂為夫妻財產制契約。例如妻之父以婚姻之存續為條件約定對夫為一定之給付，是其當事人並非夫妻，自不得謂為夫妻財產制契約，而學者別稱之為親屬財產契約焉。以下更就夫妻財產制契約之要點，列舉說明於

左：

(一) 夫妻財產制契約之沿革

羅馬法之夫妻財產制爲嫁資制度。蓋在羅馬法上夫妻全然別產，僅就嫁資設有特別之規定。換言之，即以嫁資制爲法定夫妻財產制。嫁資制之規定有強行性，不許當事人有反對之意思表示，自無從發生所謂夫妻資產制契約。當事人間對於嫁資制自身認容之一二點，雖可締結所謂嫁資契約，對於嫁資制略予修正。但嫁資契約既係位於嫁資制原則之下，對於嫁資制不能加以改廢，自不克謂爲夫妻財產制契約。例如嫁資於婚姻中以移歸夫之所有爲本質，故以特約將所有權保留於妻者其特約爲無效；又如婚姻關係消滅，嫁資應返還與妻，故不返還之特約爲無效是也。

日爾曼法中則有多種之法定夫妻財產制，且大抵有任意法的性質，故夫妻財產制契約之締結，自屬可能。且其締結，亦極頻繁。僅有東部薩遜地方，其法定制（收益管理制）有強行法的性質，不得締結夫妻財產制契約焉。至近世之立法，類皆採取日爾曼法主義，允許夫妻有締結夫妻財產制契約之自由，現代法制不許夫妻締結夫妻財產制契約者，要僅蘇俄及墨西哥等少數國家而已。

(二) 夫妻財產制契約之種類

承認夫妻財產制契約之國家，復有二種不同之立法主義，吾人前已言及之矣。申言之，則德、法民法雖有數種約定財產制之典型，但當事人仍可於模範的夫妻財產制契約而外，從其所欲，締結契約，以規律其相互間之財產關係。於此種場合，當事人既可締結契約創設新內容之法律關係，以排斥法定制之適用，故學者名之曰排斥的夫妻財產制契約。反之，瑞士民法之立法例，則不許當事人創設新內容之法律關係，僅能就數種模範的夫妻財產制契約中，選擇其一。換言之，即無創作的自由，僅有選擇的自由而已。此種夫妻財產制契約謂之是認的夫妻財產制契約。而我民法之規定係做自瑞士之立法主義，已如前述。

(三) 契約締結之時期

歐洲中世，夫妻財產制契約雖在婚姻中亦可締結，但至十八世紀末葉，則立法傾向皆限於婚前。其理由蓋謂婚後締結夫妻財產制契約則不免為感情感壓所左右，難期乎夫妻雙方之公平。法民法規定結婚後締結夫妻財產制契約者無效（法民法一三九五條）。意大利、荷蘭、日本等國，皆採此種主義（意民法一三八二條以下，荷民法一〇九六條，日民法七九三條）。實則此種規定殊有未當。何則？蓋婚前各當事人皆無財產上之自覺，亦不感財產契約締結之必要；而婚姻中始漸感有締結之需要。若婚姻中不能締結，是於不感必要時，許其締結，迨感覺必要時，則反不許其締結也。故在十九世紀中葉以後，婚姻中亦應許可締結財產契約之思想，遂又復出。是以德、瑞民法無論婚姻前後，皆允許締結夫妻財產制契約焉（德民法一四三二條，瑞民法一七條）。我民法之規定，蓋即倣自德、瑞之立法例者也（一〇〇四條）。

（四）財產契約之改廢

中古世紀，允許婚姻中締結夫妻財產制契約，但其契約締結後，於婚姻中即不許其變更廢止。其禁止婚姻中締結財產制契約者，如法、意諸國，自更禁止婚姻中契約之改廢。但此種規定，實無理由。何則，蓋於長期婚姻生活中，夫妻間之經濟關係，自不免多所變動，而契約廢改之必要，自不在少。故德、瑞民法承認婚姻中訂立財產契約，同時亦承認婚姻中契約之變更廢止焉。我民法第一〇一二條之規定亦然。

（五）財產契約之方式

各國法制，對於夫妻間之契約，有以之為無效者，有以為得撤銷者（見前），獨對夫妻財產制契約，規定有特別的保護。並為與通常夫妻間之契約加以區別起見，恆使夫妻財產制契約，履行一定之方式。中世法律，締結夫妻財產制契約，必須親屬到場；否則不發生財產制契約的意思表示之效力。至近世法制，則有須作成文書者，有須公證人到場者，頗不一致。但大致則由私文書主義趨向公文書主義，須在公證人或法院前締結之焉。申言之，則由要式主義趨於公式主義（或認可主義），夫妻財產制契約依無式之合意而成立，而欲其有效，則必須於成立後經法院之認可，或經登記。現代法制，法國採取公證人主義（法民法一三四九條），德、

瑞民法則採登記主義（德民法一五五八條，瑞民法一八一條）。依我民法之規定，則夫妻財產制契約之訂立、變更或廢止，應以書面爲之（一〇〇七條）。但非經登記，不得以之對抗第三人（一〇〇八條）。蓋未經登記公示則僅於當事人間發生效力者也。其登記，另以法律定之（一〇〇八條二項）。

（六）法定代理人之同意權

夫妻財產制契約之訂定、變更或廢止，當事人如爲未成年人，或禁治產人時，則應得其法定代理人之同意（一〇〇六條）。未成年人既經結婚，依法原應有行爲能力，似無得其法定代理人同意之必要。不知民法十三條之規定，原爲財產法上之通則，於身分法上，殊難適用。此蓋與未成人之兩願離婚者須得法定代理人同意之規定（一〇四九條參照），出於同樣之趣旨。而禁治產人如得法定代理人同意，亦可訂定或廢改夫妻財產制契約，與民法總則規定，全無行爲能力者不同。

（七）夫妻之特有財產

夫妻財產制契約原應以夫妻之一切財產爲對象。但法律於夫妻之聯合財產或其共同財產外，尙規定夫妻各有其特有財產。特有財產云者，夫妻對之各有其獨立所有權之財產也。特有財產有二：其一，爲由於契約之訂定者，蓋以夫妻皆得以契約訂定以一定之財產爲特有財產也（一〇一四條）。其二，爲由於法律之規定者，我民法規定左列財產爲特有財產：

一、專供夫或妻個人使用之物。

二、夫或妻職業上必須之物。

三、夫或妻所受他人之贈與經贈與人指明爲特有財產者。（註四七）

四、妻因勞力所得之報酬（一〇一三條）。

凡特有財產——不論其爲法定抑爲約定者——夫妻既有獨立使用權益處分之權能，故適用關於分別財產制之規定（一〇一五條）。

第二 共同財產制

(一) 共同財產制之意義

共同財產制云者，夫妻之財產及所得，除特有財產外，合併爲共同財產，屬於夫妻共同共有者也（一〇三一條）。所謂夫妻之財產，包括夫妻現有及將來取得一切動產不動產，而所得則兼指精神上及勞力上之所得。立法例有對不動產設有特別條件者（例如芬蘭），亦有對於妻之勞力所得，定爲例外者（例如瑞士），我民法則除特有財產外，皆合併爲共同財產，別無何等之例外焉。共同財產既屬諸夫妻二人之共同共有，則除共同財產之規定而外，更應適用共同共有之規定，自不待言（八二七條以下參照）。公同共有不得自由處分其應有部分，原屬當然。民法並特於一〇三一條二項，設有注意之規定，以免有權利濫用之虞焉。

(二) 共同財產之管理權

共同財產既爲夫妻二人之共同共有物，則其管理權，似應屬諸夫妻之雙方，但民法做多數立法例，定爲由夫管理（一〇三二條前段）。民法之規定，僅限於共同財產之管理權，其用益權雖無明文，自亦可作同樣之解釋。共同財產之管理權雖屬之於夫，但其管理自係出於夫妻雙方之利益，故其管理費用仍由共同財產負擔（一〇三三條後段）。

(三) 共同財產之處分

共同財產之處分，原爲共同財產之權利行使中最重要之事項。立法例對此，規定亦多分歧。德、法二國民法共同財產之處分權，原則上皆屬之於夫，但關於無償之處分，則須得妻之同意（德民法一四四六條，法民法一四二二條）。德民法之規定不問動產不動產皆能應用，法國民法則分動產不動產而爲規定。瑞士民法則限制夫妻之處分權僅屬於管理事項，此外則須雙方共同處分，或得他方同意始能爲之（瑞民法二一七條）。我民法之規定，即係倣自瑞士。夫妻之一方對於共同財產爲處分時，除管理上所需之處分而外，皆應得他方之同意（一〇三三條一項）。但其同意之欠缺，若非第三人已知或可得而知，或依情形可認爲該財產屬於共同財產

者，皆不得對抗第三人（一〇三三條二項），蓋非此不足以保護交易之安全也。

（四）家庭生活費用之負擔

共同財產制下之家庭生活費用，應由共同財產負擔，自屬當然。但共同財產不足負擔時，妻個人亦應負責（一〇三七條）。民法之所以規定妻亦應負責者，蓋以妻因勞力所得之報酬為特有財產，而夫之勞力所得一概組入共同財產，故於共同財產不敷支出時，妻亦應負責以免家庭生活之渙散也。雖然，夫妻於法定之特有財產外，並可以特約訂定特有財產，是則享受特有財產便宜者，原不只妻個人，而獨於此種場合，責妻個人負擔，似不得謂為法理之平也。

（五）夫妻對於債務之責任

共同財產制下之夫妻，對於債務之責任，我民法設有下三列三種之規定：

（一）左列債務由夫個人並就共同財產負責清償之責：

- 一、夫於結婚前所負之債務。
- 二、夫於婚姻關係存續中所負之債務。
- 三、妻因第一千零零三條所定代理行為而生之債務。
- 四、除前款規定外，妻於婚姻關係存續中以共同財產為負擔之債務（一〇三四條）。

（二）左列債務由妻個人並就共同財產負責清償之責：

- 一、妻於結婚前所負之債務。
 - 二、妻因職務或營業所生之債務。
 - 三、妻因承繼財產所負之債務。
 - 四、妻因侵權行為所生之債務（一〇三五條）。
- （三）左列債務由妻僅就其特有財產負責清償之責：

一、妻就其特有財產負擔之債務。

二、妻逾越第一千零零三條代理權限之行為所生之債務（一〇三六條）。

（六）夫妻間之補償請求權

共同財產所負之債務而以共同財產清償者，夫妻間不生補償請求權。共同財產之債務而以特有財產清償，或特有財產之債務而以共同財產清償者，有補償請求權，雖於婚姻關係存續中，亦得請求（一〇八三條）。

（七）共同財產之分割

依我民法規定，共同財產之分割，有下列兩種不同之場合：

（一）由於夫妻之一方死亡者 依照一般共同共有之規定，公同共有物之分割，原應以各公同共有人之應有部份為標準。共同財產雖為夫妻二人之公同共有，但民法以夫妻原為感情的結合，故獨採平等分割主義，凡夫妻之一方死亡時，共同財產上半數歸屬於死亡者之繼承人，其他半數歸屬於生存之他方（一〇三九條一項）。但該生存之他方如依法不得為繼承人時（民法一一四五條參照），則夫妻間情義既乖，自無復予以半數之理，故其對於共同財產得請求之數額不得超過於離婚時應得之數額（一〇三九條三項）。換言之，即得取回其固有財產者息（一〇五八條參照）。至於民法之採取平等分割主義，原屬任意的規定，故當事人間就分割之數額另有規定者，仍從其約定（一〇三九條二項）。

（二）由於共同財產關係消滅者 共同財產消滅時，除法律另有規定或契約另有訂定外，夫妻各得共同財產之半數（一〇四〇條）。所謂法律另有規定者，例如一〇〇九條及一〇五八條之規定皆是也。

（八）所得共同制

民法一般共同財產制而外，並承認所得共同制。所得共同制云者，夫妻以契約訂定僅以所得為限，為共同財產者也（一〇四一條一項）。茲所謂所得者，蓋指婚姻關係存續中夫妻因勞力所得之財產及原有財產之孳息而言（一〇四一條二項前段）。與第一〇三一條規定之所得包括無償取得者，顯有差異。凡夫妻間以契約訂定採取

所得共同制者，則僅其所得適用關於共同制之規定（一〇四一條二項後段），其結婚時及婚姻關係存續中屬於夫妻之原有財產則仍適用法定財產制之規定焉（同條三項）。

第三 統一財產制

（一）統一財產制之意義

統一財產制云者，夫妻以契約訂定將所有之財產除特有財產外估定價額，移轉其所有權與夫，而取得該估定價額之返還請求權者也（一〇四二條）。此種規定，係倣自瑞士民法（瑞民法一九九條參照），蓋於夫權之目的之下，規定婚姻繼續中之財產關係者也。

（二）統一財產制之效力

統一財產，除第一千零四十二條之規定外，皆準用關於法定財產制之規定（一〇四三條）。統一財產制之內容與法定財產制頗相近似，故使之依法定財產制之原則而支配，自無不當。但妻之債務依第一〇二五條之規定，就其特有財產或因逾越第一〇〇三條代理權限所生之債務，固可由妻個人就其特有財產負責清償之責，此外之債務，則似應由夫負擔，不能準用法定財產之規定。民法對此未設規定，似不無疏漏之譏也。（註四八）

第四 分別財產制

（一）分別財產制之意義

分別財產制云者，夫妻各保其財產之所有權，管理權，及使用收益權者也（一〇四四條）。分別財產制除依夫妻財產制契約而發生外，於特殊情事之下，並用爲法定財產制以支配夫妻財產關係焉（一〇〇九條以下參照）。分別財產制下，夫妻財產之管理權雖分由夫妻個人保有，但妻亦得以其管理權付之與夫（一〇四六條一項前段參照）。不過其管理權，法律規定妻得隨時取回，其取回權不得拋棄（一〇四五條），俾適合分別財產制之獨立精神焉。

（二）家庭生活費用之負擔

在分別財產制下，夫妻財產雖仍分別屬諸夫妻個人，但家庭生活，自仍共同經營，始能達到婚姻共同生活之目的。此種家庭生活之維持費用，多數立法例皆以由夫妻分擔為原則，現行民法則倣自瑞士民法，以夫負擔為原則，不過夫得請求妻對於生活費用為相當之負擔而已（一〇四八條瑞民法二四六條參照）。至妻以其財產之管理權付之與夫者，則推定夫有以該財產之收益供家庭生活費用之權（一〇四五條），無庸再向妻請求負擔。

（三）夫妻對於債務之責任
分別財產制下之夫妻，對於債務之責任，我民法設有下列之規定：

（一）左列債務由夫負擔之責：

一、夫於結婚前所負之債務。

二、夫於婚姻關係存續中所負之債務。

三、妻因第一千零零三條所定代理行為而生之債務（一〇四六條）。

（二）左列債務由妻負擔之責：

一、妻於結婚前所負之債務。

二、妻於婚姻關係存續中所負之債務。

夫妻因家庭生活費用所負之債務如夫無支付能力時，由妻負擔（一〇四七條）。

第三項 法定財產制

第一 法定財產制之意義

法定財產制云者，婚姻當事人間未訂定夫妻財產制契約時法律所規定之夫妻財產制度也。蓋以一般人民通曉法律訂定夫妻財產制契約且經依法登記者，實占少數，故各國法律多採取適合國情，弊害較少之制度，訂為法定財產制。如芬蘭、法蘭西、蘇俄等國，以共同財產制為法定財產制；英、利、奧、大、利等國，以分別財產制

爲法定財產制；而德意志、瑞士、日本諸國，則以聯合財產制爲法定財產制。我民法亦係以聯合財產制爲法定財產制者。良以在共同財產制下，夫妻財產制屬諸夫妻之共有，雖最適於婚姻爲共同生活之本旨，但實際上往往因夫之負債浪費，有危及至財產之虞，對於婚姻生活，反爲不利。倘採分別財產制，則夫妻財產關係不因婚姻發生何等影響，夫妻固有之財產以及婚姻中之收入各自歸屬於其個人，自行管理，而其共同生活費用，則由雙方分擔。此種制度，其財產關係固極整然，但就共同生活而論，似不無非難之餘地。聯合財產制則介於二者之間，財產之所有，收入之歸屬，雖仍分別保有；而其管理權則屬之於夫。此種制度，能防止二者之弊害，不失爲現代最適宜之制度，故採爲法定財產制焉。

聯合財產制者，除妻之特有財產外（一〇一三條參照），凡結婚時屬於夫妻之財產及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產皆爲其聯合財產者也（一〇一六條）。

聯合制下之夫妻財產，雖成爲聯合財產，妻對於聯合財產中妻之原有財產，仍保有其所有權（一〇一七條一項後段）。是爲聯合財產制之特質。妻之原有財產云者，聯合財產中妻於結婚時所有之財產及婚姻關係存續中因繼承或無償取得之財產之謂也（一〇一七條一項）。聯合財產中，夫之原有財產及不歸妻之原有財產之部分，爲夫所有。由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫（一〇一七條二項三項）。質言之，聯合財產中除妻就其原有財產保有其所有權外，其他財產之所有權，皆屬於夫者也。

第二 法定財產制之內容

（一）聯合財產之管理權

聯合財產之管理，依民法規定，屬之於夫（一〇一八條前段）。管理云者，財產之保存，及於不變更財產性質之範圍內爲其利用改良之謂也。聯合財產即由夫管理，且依第一千〇九十條之規定，夫對於妻之原有財產，復有使用收益之權利，故管理費用，自應由夫負擔（一〇一八條後段）。

聯合財產之管理權，既屬之於夫，則其保管方法自應由夫定之，原不待言。唯妻之原有財產既亦由夫管

理，則因其管理程度之如何，自與妻之利害，關係甚鉅。日民法規定，夫管理妻之財產有與自己財產爲同一注意之義務（日民法八〇五條），我民法視爲當然，故未另設訂定，僅做瑞民法，規定夫有應妻之請求隨時報告其財產狀況之義務（一〇二二條），俾使於夫管理失當時，妻得有阻止之機會也。

（二）聯合財產之利益權

聯合財產中夫之原有財產，其收用收益權，固應屬之於夫，即妻之原有財產，夫亦有使用收益之權者也（一〇一九條）。蓋妻之原有財產雖仍屬於妻之所有，其使用收益，亦應爲妻之權利，但因婚姻中之一切費用，皆由夫負擔，如後所述，故特許其有使用收益權，俾得補足其費用焉。至其使用收益，應依財產正常之用法爲之，自不待言。

（三）聯合財產之處分權

聯合財產制下之夫妻財產，其所有權原仍由夫妻各自保有。故夫雖有管理使用收益權，而其對聯合財產所有之處分權，則僅限於夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分。若對於妻之財產爲處分，則應得妻之同意（一〇二〇條一項前段）。至妻之同意欠缺時，其處分行爲雖屬無效，但除第三人（一〇二〇條一項）。蓋以妻之利益，固有保護之必要，而一般交易之安全，亦不得因而犧牲也。至管理必要之處分，則無庸得妻之同意（一〇二〇條但書）。蓋以其原爲管理權之行使故也。

此外，妻對於聯合財產於第一千零零三條所定代理權限內有處分之權（一〇二一條）。蓋以就日常家事既可爲夫之代理人，則於其權限內，自應有處分之權，否則不足以期日常生活之便利也。至代理權限外，妻就聯合財產別無處分之權，蓋不待言。

（四）家庭費用之負擔

聯合財產之使用收益管理權，既皆屬之於夫，則家庭生活之維持費用，自應一概由夫負擔。但夫無支付能

力時，則由妻就其財產之全部負擔之（一〇二六條）。其所以規定妻亦有負擔之義務者，良以婚姻之成立，原以共同生活爲目的，妻若不爲負擔，則家庭生活卽行渙散，自違共同生活之本旨也。

(五) 夫妻對於債務之責任

民法就聯合財產制下，夫妻對於債務之責任，設有規定如左：

(1) 左列債務，由夫負清償之責：

- 一、夫於結婚前所負之債務。
- 二、夫於婚姻關係存續中所負之債務。
- 三、妻因第一千零零三條所定代理行爲而生之債務（一〇二三條）。

(2) 左列債務由妻就其財產之全部負清償之責：

- 一、妻於結婚前所負之債務。
- 二、妻因職業或業務所生之債務。
- 三、妻因繼承財產所負之債務。
- 四、妻因侵權行爲所生之債務（一〇二四條）。

(3) 左列債務由妻僅就其特有財產負清償之責：

- 一、妻就其特有財產設定之義務。
- 二、妻逾越第一千零零三條代理權限之行爲所生之債務（一〇二五條）。
- (4) 夫妻間之補償請求權

妻之原有財產所負債務而以夫之財產清償，或夫之債務而以妻之原有財產清償者，夫或妻有補償請求權，但在聯合財產關係消滅前不得請求。妻之特有財產所負債務而以聯合財產清償，或聯合財產所負債務而以妻之原有財產清償者，雖於婚姻關係存續中，亦得爲補償之請求焉（一〇二七條）。

(七) 聯合財產之分割

依民法規定，聯合財產之分割，有下列兩種不同之場合：

(1) 由於當事人一方之死亡者 此又因死亡者之一方為妻或夫而有不同。妻死亡時，妻之原有財產歸屬於妻之繼承人。如有短少，夫應補償之，但以其短少係因可歸責於夫之事由而生者為限（一〇二八條）。反之，夫死亡時，妻取回其原有財產，如有短少，得向夫之繼承人請求補償（一〇二九條）。

(2) 由於其他之事由者 聯合財產非因夫妻一方之死亡而分割者，除另有規定外，妻取回其原有財產，如有短少，由夫或其繼承人負擔，但其短少係因可歸責於妻之事由而生者，不在此限（一〇三〇條）。

第三 法定財產制之特則

夫妻財產制原為維持夫妻間之共同生活而設，若因發生特種情事，其平素之夫妻財產關係，已屬不能維持，則一律改以分別財產制為其法定財產制，其平素所適用者為法定財產制或約定財產制，任所不問；但若原採分別財產制，其無改用之必要，自不待言。換言之，我民法就通常情形，固以聯合財產制為夫妻之法定財產制；但若有特種情形，則改以分別財產制為法定財產制者也。是為我民法就法定財產制所設之特則。依民法規定，又有二種不同之情形：

(一) 基於法律之規定者

夫妻之一方受破產宣告時，其夫妻財產制當然成為分別財產制（一〇〇九條）。所謂當然成為分別財產制者，即與後述之情形不同，無庸法院宣告，逕依法律之規定，成為分別財產制者也。依此規定，破產分別財產制時，以其受破產宣告之時，為其始點。

(二) 基於法院之宣告者

此中又有二種情形：

(1) 夫妻一方請求宣告者

依民法規定，如有下列各款情形之一者，法院因夫妻一方之請求，即應宣告改用分別財產制：

- 一、夫妻之一方，依法應給付家庭生活費用而不給付時；
 - 二、夫或妻之財產不足清償其債務或夫妻之總財產不足清償總債務時；
 - 三、夫妻之一方為財產上之處分，應得他方之同意，而他方無正當理由，拒絕同意時（一〇一〇條）。
- 如有上述情形之一，夫妻之一方即可請求法院，宣告採用分別財產制，而法院因其請求，應即為之宣告，不得拒絕也。至其改用分別財產制，應自法院宣告之時為始，固無庸疑。

（2）債權人聲請宣告者

債權人一方對於夫妻一方之財產已為扣押而未得受清償時，法院因債權人之聲請，得宣告改用分別財產制（一〇一一條）。依本條規定，法院遇有債權人聲請時，「得」為宣告，是其宣告與否，尚有職權裁量之自由，與前條規定，「應」為宣告者不同。至其改用始點，亦為法院宣告之時，則與上述情形無異。

夫妻改用分別財產制時，關於其財產之清算，我民法未設明文（瑞民法一八九條參考）。解釋上自應依其從來之財產制定之。

第七節 婚姻之消滅

第一款 總說

夫妻間之婚姻關係，有因自然的事實之發生而消滅者，亦有因人為的事實之發生而消滅者。前者為當事人一方之死亡，後者則為離婚。

婚姻契約原以當事人終生間之共同生活為目的，當事人一方死亡時，則共同生活無從繼續，婚姻關係自不得不因而消滅。所謂死亡，又有自然的死亡與法定的死亡之別。於此所謂死亡，是否兼指法定之死亡而言，學者所見，並不一致。余則以為當事人一方受死亡宣告者，其婚姻關係亦即因而消滅，不過於死亡宣告撤銷時，

則其婚姻關係又因而復活而已。雖然，有須注意者，當事人一方之死亡，僅能使夫妻共同生活關係——夫妻間之身分關係及夫妻財產關係——趨於消滅。其因媳姑而發生之親屬關係家屬關係並不因而消滅。申言之，夫妻一方與他方之血親姻親間所生之姻親關係，並不因他方之死亡而消滅。須俟夫死妻再婚，或妻死贅夫再婚時，始因而消滅者也（九七一條參照）。

婚姻既以當事人間之永久共同生活為目的。故於當事人一方死亡以前，自應維繫其關係。但夫婦共同生活之繼續，原以相互間皆有愛情存在為必要，若感情已乖，而猶強其結合，則同床異夢，禍起枕席，實非維持社會家庭平和之道。是以法律於當事人死亡之外，雖在當事人生存中，亦許其因婚媾而消滅其婚姻關係焉。因婚媾發生之一切親屬關係，皆以因離婚而消滅為原則。

離婚與婚姻之撤銷，似同而實異。即

- (1) 性質 婚姻之撤銷在消滅有瑕疵之婚姻，而離婚則在消滅完全之婚姻。
- (2) 原因 婚姻撤銷之原因，於婚姻成立之時，即行存在；離婚之原因，則在婚媾成立後，始行發生。
- (3) 權利人 得為離婚者，限於夫妻，但婚姻之撤銷則夫妻以外之人亦得為之。
- (4) 遯及效 就離婚之性質而論，其效力當然只向將來發生。而婚姻撤銷之效力，則原應遯及婚姻成立之當時，不過法律基於特別之理由，始使其效力不溯及既往者也。

婚姻消滅之原因，為死亡及離婚二者，既如上述。是以於婚姻關係成立之後，苟無法律上之消滅原因，其婚姻關係，仍應認為存在，固不待言。（註四九）（註五〇）

第二款 離婚制度之沿革

羅馬時代，對於婚姻，素主張自由婚姻，當事人間既得純以合意而使之成立，故當事人間亦得純以合意使之消滅。換言之，婚姻關係之創設，既由於契約，則婚姻關係之消滅，亦可以契約為之。成立之際，既無庸官署之協助，則其消滅自亦無庸官署之協助。以合意合者，以合意離，不似近代法律尚須具備一定之要件，經過

特別之程序也。羅馬法固承認自由離婚主義，而寺院法則全然禁止離婚。蓋性的制限原爲寺院法之根本動機，離婚既爲再婚之前驅，自無承認之理。重婚爲同時之一夫多妻，再婚則爲異時之一夫多妻，若許可離婚，是間接獎勵一夫多妻矣。而況教會之婚姻多在神前締結，原非私的結合。『神所結者非人類所得解』。妻縱有姦通之大罪，亦不許離婚，以貫徹其婚姻禁止主義焉。此種教會法律於歐洲中古世紀，固嘗風靡一時，但以十六世紀之宗教改革爲轉捩點，寺院法主義，日漸衰落。而羅馬法之自由離婚主義，遂又因而復興。馬丁路德首先主張姦通爲離婚之原因，宗教改革之新教徒等憬然從之，皆努力擴大離婚原因，於是遺棄虐待侮辱等重大之婚姻義務之違反，皆認爲離婚原因。現代法之離婚，實以此爲濫觴。雖然，現代歐洲各國之離婚法制，雖就舊教之離婚禁止主義，加以改正，而仍未脫退寺院法之羈絆。現代歐洲各國，類就離婚權之發生原因，嚴密規定。倘具備法定之離婚要件，始許其離婚，否則當事人間縱有合意，亦不得離婚。且必須經過法定程序，以訴之方法爲之，蓋猶爲寺院法之師承也。歐西諸國，承認自由離婚者，實始自蘇俄。一九一八年之親屬法典，即規定夫妻得以協議離婚，倘有正當之事由，夫妻之一方皆得爲離婚之請求。至一九二六年之親屬法典見諸實施，則殆已承認完全自由之無因離婚制度矣。一九三六年三月二十七日頒布新法，離婚登記費用，採取累進制度（第一次離婚，收費五十盧布，第二回一百五十盧布，第三回以上則爲三百盧布，）以努力於婚姻之倫理化，而其離婚程序，則依然一仍舊貫也。

第三款 離婚之立法主義

離婚法制之沿革，既如上述。本款則更就現行法制之離婚立法，爲橫斷的敘述。

離婚之立法主義，大別之得爲二種。即離婚主義及離婚禁止主義是也。前者爲許可夫妻於生存間消滅婚姻之主義，後者則不許離婚之主義也。

反對採用離婚主義者，每自各種立場，對於離婚制度，加以非難。有基於宗教觀念者，其所持之理由，吾人固已於上節論述及之，茲不復贅。有基於道德觀念者，蓋以婚姻爲人倫之大本，許其中途離析，是助長婚姻

輕視之風，有害夫妻和諧之誼，認爲道德上之罪惡。有以離婚爲有害子女之利益者。蓋以婚姻生活中原有教養子女之義務，若許其離婚，則幼稚子女，或就養於他人之手，或受所繼父母之虐待，不無加入不良團體，日趨下流之虞也。亦有認爲離婚有害社會秩序者，故反對採取離婚主義。雖然，夫妻關係原以愛情爲基礎，若琴瑟失調，情感既乖，則彼此憎惡，或更甚於仇敵，而猶強其所難，勉令同居，其爲弊害，當更甚於離婚，蓋離婚固爲弊害，爲避免其弊害而陷於更大之弊害，自非立法政策之所宜取。故現代各國之法律，已無採取絕對的離婚禁止主義者，不得謂非由於歷史經驗之教訓焉。絕對採用離婚禁止之國家，現代雖已無之。但尚有緩和禁止主義之弊害，採取別居主義者。

別居主義云者，雖不許可離婚，但允許夫妻別居以免除夫妻共同生活之義務者也。別居主義既不過免除夫妻之同居義務，是婚姻效力，依然存續，當事人間自不得再婚。故一旦誤結惡緣，而爲婚姻，則終不克獲得充分之救濟。加之，夫妻之身分關係，依然存續，復不同棲，自不免惹起諸種之弊害焉。

別居主義復可分爲二種。其一，爲終身別居主義，其二，爲有期別居主義。終身別居主義者，停止夫妻終身間之共同生活，繼續別居，以代離婚者也。有期別居主義者，則限定一定期間內，停止共同生活，於期間經過後，則或恢復共同生活，或俟其期間經過後，許其離婚焉。只承認別居，不承認離婚之法制爲意大利、西班牙、葡萄牙諸國；併認別居及離婚二種制度者，則又有兩種之立法主義。其一，許其自由選擇其一者，德意志、法蘭西、比利時、荷蘭、匈牙利、英國、美國皆是。其二，以別居爲離婚之預備處分者，瑞士、瑞典、挪威皆是也。

採取離婚主義之國家，又可大別爲自由離婚主義與限制離婚主義之二種。自由離婚主義者，得由當事人之意思，自由離婚之主義也。其允許由夫妻一方之意思而離婚者，謂之單意離婚。因當事人雙方之合意而離婚者，謂之兩願離婚，亦云協議上之離婚。自由離婚主義，不限於有法定離婚原因存在時，始能離婚，故亦稱無因離婚。

限制離婚主義者，限於夫妻之一方有法律所定之事由發生時，始允許他方提起離婚之訴，經勝訴之判決，始得離婚之主義也。苟係認許離婚之國家，無不採用限制離婚主義者，不過其法定事由之範圍，各有廣狹之差耳。此種離婚，必須以訴之方法爲之，故曰判決離婚，亦曰裁判上之離婚。又因其限於法定事由存在時，始能離婚，故亦曰有因離婚。

採取離婚主義之法律，有僅承認裁判上之離婚者，亦有於裁判上之離婚外，更承認協議上之離婚者。前者之立法例，如德、瑞、法、英、美皆是。後者之立法例，則有日本、希臘、荷蘭、瑞典、挪威、丹麥等國。至採取單意離婚之國家，則僅有蘇俄一國而已。

第一次大戰以後，德國離婚運動，盛極一時，馬克斯主義政黨及民主主義政黨，皆主張離婚法制，應力求簡明易行。一般國民，亦多主張，凡婚姻客觀的破壞時（即配偶之一方縱無主觀的責任而不適於共同生活時），即應解消其婚姻關係。若維持此種不健全之婚姻，致使其配偶或兒童苦痛不幸時，更應許其離婚。迨納粹秉政以後，基於民族社會主義之立場，以爲婚姻關係不特爲夫妻個人利益之所繫，且爲民族一般的維持存續之前提要件，故凡婚姻關係客觀的破壞時，皆應許其解除。其理由不在夫妻間之心情及個人利害，而應以「民族共同體之客觀的道德價值」爲決定標準。故新婚姻法規定凡對於民族共同體無價值者及正常的婚姻生活不能維持者，皆得以正當方法，解除婚姻關係。此種婚姻法之規定，固以民族社會主義爲根據，但尚不得謂爲走入極端。蓋在立法之當時，頗有人主張，凡婚姻不合上述價值判斷時，得由檢査官依其職權提起婚姻無效之訴，不問夫妻個人意思如何，逕使其離婚。此種職權主義之主張，原未見諸實施，且於立法論上，亦非吾人所敢苟同，第於各種離婚之立法主義中，不得謂非一種最新穎之理論也。

第四款 我國離婚之舊制

我國舊制，原以道德倫禮爲基礎。婚姻制度，禮法尤嚴，以防輕易離婚之弊。倘具備一定之要件，婚姻成立，則即以恆久不變爲本義。但我國往昔之婚姻，原非以一夫一妻間之結合爲目的，蓋上在繼承祖先之祭祀，

下防後嗣之斷絕。故禮儀曰：「婚禮者，將以合兩姓之好，上以事宗廟，下以廣繼嗣也」。是以於所謂害及一家和平，玷辱家門名譽之場合，且有強其離異者。此所以禮有七出之餘，法有義絕之律也。錢大昕曰：「夫父子兄弟以天合者也，夫婦以人合者也。以天合者無所違於天地之間，而以人合者宜制以去就之義。」古代法制所以承認離婚之理由，從可知矣。

我國舊制之離婚，亦可大別爲兩類：強制離婚及強制離婚二種。兩類離婚，舊制謂之和離。蓋以當事人之情願爲要件，原因如何，在所不問。如唐律義絕離之條載：「若夫妻不相和諧而和離者不坐」。清律出妻之條，亦有規定曰：「若夫妻不相和諧而兩願離者不坐」。唯在古昔男系中心之社會，則雖曰和離，而以夫方主動者，占其多數，蓋不待言。女之棄男，如漢之朱買臣，唐之楊志堅，妻以夫貧告離者，究不多觀也。

強制離婚則又有由官強制者及由夫強制者之二種。由夫強制者，則有七出及義絕。七出之義，首見儀禮喪服「出妻之子爲母」疏云：「七出者，無子一也，淫佚二也，不事舅姑三也，口舌四也，盜竊五也，妬忌六也，惡疾七也。」大戴禮本命篇則謂之七去，云：「婦有七去，不順父母去，無子去，淫去，妒去，有惡疾去，多言去，竊盜去。」公羊傳莊二十七年何注則謂之七棄，並舉其理由云：「婦人有七棄三不去。無子棄，絕世也。淫佚棄，亂類也。不事舅姑棄，悖德也。口舌棄，離親也。盜竊棄，反義也。嫉妒棄，亂家也。惡疾棄，不可奉宗廟也。」然七出亦有例外，即所謂三不去是。三不去者，曾爲夫之父母服三年之喪者，不去；先貧賤而後富貴者，不去；離婚後妻無所歸者，不去是。其理由前引公羊傳何注云：「嘗更三年喪不去，不忘恩也。賤取貴不去，不背德也。有所受無所歸不去，不窮窮也。」七出三不去原爲禮教上之離婚原因，唐以前之法典，採用與否，已不可考。唐律既根據以規定，明清律從之。但犯惡疾及姦者，唐律規定，雖有三不去，仍在必出之列，清律則僅就姦姦，設有例外。

義絕云者，蓋亦仿自唐律。（註五）唐律義絕離之條載：「諸犯義絕者離之，違者徒一年。」明清律出妻之條，亦有規定曰：「若犯義絕，應離而不離者，亦杖八十」。其所以規定義絕爲離婚之理由者，唐律疏義，證

釋極明。疏義曰：『夫妻義合，義絕則離。違而不離，合得一年徒罪。離者既無名字，得罪止在一人。皆不肯離者坐，若兩不願離時，卽以造意爲首，隨從爲從』。是徵妻犯義絕者夫更得據以爲強制離婚之原因。卽夫犯義絕者，妻亦當然去夫家。如兩不願離，官署亦應強制其離婚者也。

妻除義絕外，不唯絕對無離婚請求權，且不得違反夫之意思，逃出夫家，蓋以古代法制，謂妻有三從之義，故曰：『婦人義當從夫，夫可出妻。妻不得自絕於夫。』（清律注），唐律義絕離之條載：『妻妾擅去者徒二年。因而改嫁者，加一等』。明清律及現行律亦皆規定：『若無夫願離之情，妻輒背夫在逃者，杖一百，從夫嫁賣。其妻因逃而自改嫁者，絞監候。其因夫棄妻逃亡，三年之內，不告官而逃去者，杖八十，擅改嫁者杖一百』。不過夫逃亡三年不還，經官許可，始得改嫁耳。

民國肇造之始，關於離婚制度，一仍清律，沿用未改。迨民律草案完成，做照新立法例，設有兩願離婚及判決離婚之規定，我國法律對於離婚之態度，爲之一變。但其規定，就男女之間，多欠公允。如認妻與人通姦者，夫可提起離婚之訴，而夫與人通姦，則非因姦非罪被處刑者，不能成爲離婚原因，則其一例。論者對此，諸多訾議。迨現行民法公佈實施，而我國離婚法制，遂行確定。蓋在昔日之離婚，多爲 *repudium* (putting away)；而今日之離婚，始得所謂 *divortium* (parting with) 也。

第五款 兩願離婚

第一 兩願離婚之意義

兩願離婚云者，夫妻使其婚姻關係消滅之契約也。亦曰協議上之離婚。兩願離婚由於雙方當事人間之合意，故爲契約。且係由於親屬法之規定，故爲親屬法上之契約，與其他債權法上之契約，要件效力，皆有不同，蓋不待言。兩願離婚，須具備一定之方式，是又爲要式契約也。

婚姻既係因當事人之合意而成立，故亦得因當事人之合意而消滅。法律承認兩願離婚之根據，蓋卽在此。凡夫妻不能完成其共同生活者，卽可使其婚姻關係消滅，苟有夫妻之合意，卽得爲離婚之原因，無須法律特定

原因之存在。故當事人間無庸互揭醜行，暴之於世，即可平和解除其結合也。

第二 兩願離婚之要件

夫妻兩願離婚者，必須具備一定之要件，其所以定有一定之要件者，原期當事人之審慎，與結婚定有要件，出於同一之旨趣，否則，朝爲夫妻，夕即離異，其弊害可勝言哉。依我民法之規定，兩願離婚之要件如左：

(一) 實質的要件

(1) 當事人須爲夫妻

兩願離婚係夫妻消滅其婚姻關係之契約。故婚姻當事人以外之第三人不得以契約使其婚姻消滅，蓋不待言。故雖夫妻之父母親屬亦不得爲當事人離婚者也。

(2) 須有當事人之合意

兩願離婚既爲契約，故須當事人互爲離婚之意思表示，其意思表示且須一致，自不待言。當事人之一方或雙方缺乏離婚之意思者，其離婚不能成立，原屬當然。但當事人之一方若爲未成年人，則應得法定代理人之同意（一〇四九條）。蓋男女結婚雖就一般法律行爲，已有行爲能力，無庸得法定代理人之同意（十三條），但離婚之行爲，關係於當事人一方之利害，家庭之幸福者，皆非淺鮮，故設有特別之規定，以昭審慎，而免其違於意氣，率爾仳離也。民法既違反此規定之兩願離婚，既未設有類似同法第九百九十六條之規定，即不能不因其要件之未備，而認爲無效也（最高法院二十七年上字二〇六四號判例參考）。

(二) 形式的要件

日本民法關於兩願離婚，須經呈報戶籍吏，始生效力。蘇俄親屬法則未規定何種方式。現行民法關於結婚既不採登記要件主義，故就離婚，自亦不以登記爲要件。但若全不規定何種方式，則又不免輕率之譏。故民法規定，兩願離婚，應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名（一〇五〇條）。俾使其身分關係，得期明確，

且可促使當事人加以慎重之考慮故也。兩願離婚既爲要式行爲，是以「夫妻間雖有離婚之合意，如未依此方式爲之，依民法第七十三條之規定自屬無效」（最高法院二十八年上字一三〇六號判例參考）。但民法上之規定，就證人之資格，並無何等限制「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」（同二十八年上字三五三號判例），自屬當然。

第三 兩願離婚之效力

兩願離婚之效力，得就三方面，分別說明之。

(一) 身分上之效力

兩願離婚之契約，既在以消滅婚姻關係爲目的，故離婚之後，夫妻間之身分關係，自因而消滅。即夫妻之一方與地方之血親或姻親關係，亦即因而消滅（九七一條）。且妻因離婚而去夫家，贅夫因離婚而去妻家，其家屬關係，自亦因而消滅。不過，既經發生親屬上之關係，雖於離婚之後，仍應受結婚之限制耳（九八三條二項）。

(二) 財產上之效力

夫妻離婚時，就其財產關係，無論其原用何種夫妻財產制，各收回其固有財產。如有短少，曰夫負擔。但其短少係因非可歸責於夫之事由而生者，不在此限（一〇五八條）。

(三) 子女間之效力

離婚而後，夫妻關係因而消滅。但親子關係，則不因此而變更。夫妻離婚之後，其子女對之，固仍爲血親。（註五）因此子女之監護責任，究應誰屬，實爲立法上之困難問題。我民法斟酌舊慣，以由夫任之爲原則（一〇五一條前段）。但此種規定，原非強行的規定，當事人間因事實上之便宜，另有約定者，則仍從其約定（一〇五一條但書）。

第六款 判決離婚

第一 判決離婚之意義

判決離婚者，基於法定之原因，當事人一方對他方向法院爲離婚之訴，因其判決之確定而消滅其婚姻關係者也。亦曰裁判上之離婚。蓋因兩願離婚原以當事人之合意爲要件，夫妻雙方如皆有願爲離婚之意思表示，則即可爲協議上之離婚，無更爲裁判上之離婚之必要。但如夫妻一方並不承諾離婚，當事人一方之意思既絕對不得離婚，則離婚之可能，因之顯然減少，而法律認許離婚之趣旨，亦從而不能貫徹。故法律於兩願離婚而外，更規定特定之離婚原因，倘有法定原因存在時，即許其當事人之一方對法院提起離婚之訴，以法院之判決，消滅婚姻關係焉。

第二 判決離婚之原因

判決離婚之原因，如何規定，原爲立法政策上之困難問題。大別言之，則有兩種立法主義。其一，爲有責主義，以配偶一方違反婚姻義務爲要件，換言之，即必須當事人之一方有非行，有責任時，始得爲判決離婚者也。其一，爲目的主義，不問當事人有責與否，苟有不能達到婚姻目的之事實存在時，即得以其事實爲離婚原因。就有責主義立場而論，則重婚、姦通、虐待、侮辱，悉爲離婚原因，此等事實皆爲配偶一方之婚姻。義務之違反，他方配偶勢不能再與之繼續共同生活，以此爲離婚原因，自屬適當。雖然，有時配偶之一方雖無責任，但因有一定事實之發生（例如不治之精神病），其婚姻生活亦難繼續者，此則非於目的主義之立場，不能列爲離婚原因，故決定離婚原因時，不得不於有責主義而外，兼採目的主義焉。

復次，則爲離婚原因之規定體例。立法例對此，有採包括主義者，即不列舉何等離婚原因，苟有正當之理由，法院即可命其離婚者。一九一八年之蘇俄離婚法，即採此種主義。有採限定列舉主義者，於法文中列舉若干種離婚原因，僅限於其備列舉原因時，始許其提起離婚之訴者。各國民法，多採此種主義。此外，復有所謂例示的列舉主義者，列舉重大之數種離婚原因，用爲例示，復於最後規定，『苟有其他正當事由亦得爲離婚之訴』。包括主義之規定方法，過嫌漠然，不易給於人民以適切印象，是其缺點。反之，限定列舉主義又苦無

彈力性，列舉事項，易有脫落，加之社會生活日新月異，自有增加離婚原因之必要。唯例示列舉主義，折衷二者之間，堪稱最優秀之規定方法。如日本民法原探限定的列舉主義，而親屬法改正網則採取例示的列舉主義（親族法改正要綱第十六之一）。德國民法亦探限定的列舉主義，而一九三八年之新婚姻法，則趨向例示的列舉主義，雖仍採取有責主義，但顯然已失其支配的地位，較之舊法，自屬富於彈性。（註五三）至我民法之規定，則係做自多數立法例，採取限定列舉主義者也。我民法規定之離婚原因，計有下列十種，此外則不得據爲離婚之訴矣（一〇五二條）。（註五四）

（一）重婚者

配偶之一方重婚者，他方得提起離婚之訴。蓋以婚姻關係原以一夫一妻之共同生活爲目的，其配偶既經重婚，則婚姻之目的，自屬無法達成，應許其他方請求離婚，自屬當然。配偶之一方，一經重婚，他方即得請求離婚。其後婚撤銷與否，重婚者處罰與否，皆非所問。但夫與人重婚時，唯其前妻得請求離婚，若其重娶之妻，祇得請求撤銷婚姻，而不得請求離婚（最高法院二十二年上字二六九六號判例參照）。至娶妾並非婚姻，自無所謂重婚；如妻請求離異，祇得依其他理由，而不得據用民法第一〇五二條第一款之規定（司法院二〇年院字六四七號解釋參考）。

（二）與人通姦者

夫妻相互負有誠實之義務，通姦行爲蓋違反此種義務之最甚者也。民法定爲離婚原因之一，自屬當然。日本民法妻通姦時夫得請求離婚，而夫之通姦則限於犯姦淫罪處刑時，妻始得請求離婚（八一三條）。此種規定，顯然違反男女平等之原則，自爲現行民法所不採。不寧唯是，民法親屬論無妾之規定，民法親屬編施行後，自不得更以納妾爲締結契約之標的，如有類似行爲，即屬與人通姦，其妻自得請求離婚，惟在民法親屬編施行前業經成立之納妾契約，或在該編施行後得妻之明認或默認而爲納妾之行爲，其妻即不得據爲離婚之請求（最高法院二十二年上字第六三六號判例又二十二年再字第五號判例參照）。唯妻以夫納妾與之通姦爲理由請求

離婚，並不以夫已因通姦罪被處刑罰爲要件，妻不爲告訴，而請求離婚，自無不可（最高法院二十八年上字二四七七號判例參考）。

（三）夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者

虐待云者殘酷的待遇之謂也，凡使精神肉體深感痛苦之積極行爲及消極行爲，皆得謂爲虐待，其行爲一時的，繼續的，反覆的，則非所問。其虐待係單純之虐待抑或由於變態之性慾，在所不論。唯欲以配偶一方之虐待爲離婚原因，必須達於不堪同居之程度。不堪同居之虐待云者，即不堪更爲夫妻共同生活之殘酷待遇也。例如危及生命之毆打創傷，反覆相加之暴行，日常必需之衣食概不供給，病者不予看護……等等，皆其適例。蓋夫妻之間原有敬愛扶持之義務，不堪同居之虐待，自爲義務之違反，故以之爲離婚原因之一焉。（註五五）（註五六）

（四）妻對於夫之直系尊親屬爲虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者。

我國採用家族制度，則妻與夫之直系尊親屬同居者，自任多數。妻對於夫之直系尊親屬爲重大之虐待，則夫因親子之情，自不能再與其妻繼續共同生活關係，致使自己之直系尊親屬，重感痛苦，故法律列爲離婚原因之一。反之，妻受夫之尊親屬之虐待，若仍繼續其夫妻關係，亦苦於不得爲圓滿之共同生活，故亦許其請求離婚焉。雖然，所謂虐待，必其事實在一般客觀上足以認其確有。不能共同生活之情形，方能准許離婚，自不待言（最高法院二十一年上字七六二號判例）。

次之，民法第一〇五二條第四款，本「係就妻以夫之住所爲普通情形而爲規定。其以妻之住所爲住所之贅夫，對於妻之直系尊親屬爲虐待或受妻之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者，按諸民法採用男女平等原則之本旨，實與該款規定，有同一之法律理由，自應類推解釋，許其請求離婚」（最高法院二十八年上字二二六號判例參考又司法院二六年院字一六五四號解釋，亦同趣旨。）反之，夫非贅夫，與妻之直系尊親屬本不同居一家爲共同生活者，自無就同條款類推適用之餘地（同二十九年上字二〇四三號判例參考），亦不待言。

（五）夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者

遺棄云者，共同生活之廢止，同居義務之不履行之謂也。凡遺棄之出於惡意且在繼續狀態者，即構成離婚原因。唯茲所謂惡意者，與一般之民法用語不同。通常民法所謂惡意，僅爲知情之意，而茲所謂惡意則爲所謂不正之害意（*malice*），有道德上之意味，蓋謂其對於某種行爲結果之企圖也。（註五七）

（六）夫妻之一方意圖殺害他方者

夫妻之婚姻關係，原以情感結合，若夫妻之一方，意圖害他方，則不唯情感乖違，義難同處，抑且變起床第，生命堪虞，自應許可他方請求離婚。唯所謂意圖殺害，原以有謀害之意圖爲已足，無須確有謀害之事實，自不待言。

（七）有不治之惡疾者

不治之惡疾云者，惡疾之已至不可治療之程度者也。配偶之一方染有性病或其他惡疾，而猶強其結合，則不唯危害他方之健康，抑且影響及於後嗣之幸福，自應許他方請求離婚。若其惡疾尙未至不治之程度，則雖暫時不能同居，亦不構成離婚原因（最高法院二十一年上字三一〇號判例參照）。其非通常嫌惡之疾病，自更不適用此種規定，例如結婚後雙目因病失明，自非所謂不治之惡疾（最高法院二十七年上字二七二四號判例）。

（八）有重大不治之精神病者

婚姻之目的，原在夫妻間全生活之結合，若配偶之一方，患有重大不治之精神病，則精神的結合，自屬難能，故法律許其他方請求離婚，自屬至當。（註五八）唯一時的或部分的喪失精神上之常態，原爲通常恆有之現象，故限於重大不治之精神病，始構成離婚原因耳（最高法院二十二年上字一七一〇號判例參照）。此種規定之旨，原在保護非精神病之一方，良以配偶之一方，因他方之患有重大不治之精神病，而猶竭力扶持，毫不怨尤，是誠難能可貴，爲人情道德之所嘉尚，但非法律所敢預期，故特許其請求離婚。雖然，因此規定，非精神病者固可得相當之救濟，但在精神病者之一方，則洵屬極殘酷之制度，且置然而去，亦不免違反道義，故德國

民法第一千五百八十三條規定，配偶一方爲精神病離婚時，其一方負有扶養精神病配偶之義務。蓋於救濟非精神病者之外，仍不忘精神病者之救濟，尤爲最善之立法例，我民法未予規定，不無遺憾！

(九)生死不明已逾三年者

配偶之一方失蹤滿十年後，他方因得請求爲死亡之宣告(八條)，然後消滅其婚姻關係，更爲再婚。但非滿十年則婚姻關係不能消滅，是使其配偶喪失再婚之機會，違反人情之自然。故民法規定生死不明已逾三年者，其配偶即得請求離婚焉。但依此規定請求離婚時，「如其生死已分明時，他方無再行離婚之必要，其離婚請求權，當然消滅」(最高法院二十二年上字一一一六號判例參考)。

(十)被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者

夫妻之一方被處上述之刑罰者，其他方不特共同生活，勢難繼續，其名譽亦連帶蒙受侮辱，爲世所恥，故許其得請求離婚焉。但其處刑，須在婚姻關係存續中，始得爲離婚之原因，若在婚姻成立前，當事人之一方縱曾因此處刑，亦不得以爲理由請求離婚也。(註五)所謂不名譽之罪，例如意圖營利和誘有配偶人脫離家庭(最高法院二十七年上字五〇六號判例)及侵佔罪(同二十七年上字三一九六號判例)自皆包含在內。至所謂被處徒刑，係指判處徒刑之判決已確定者而言，其諭知科刑之判決已宣示而未確定者，尙不得據以請求離婚也(同二十六年上字七九七號判例參考)。

第三 離婚之訴

(一)離婚之訴之性質

凡判決離婚之法定原因存在時，當事人之一方即得主張其離婚之原因，向法院提起離婚之訴。法院認其訴爲有理由時，得以判決爲消滅當事人間之婚姻關係。此種判決既有消滅有效成立之婚姻之效力，故爲形成判決。離婚之訴爲請求形成判決之訴訟，故亦爲形成之訴。離婚之訴，其當事人須爲夫妻，則爲法律所明定，無待煩言。離婚之訴，須限於有效成立之婚姻，始得爲之。若就無效或得撤銷之婚姻，自不得爲離婚之訴。配偶

之一方如已死亡，則婚姻關係業經消滅，亦無提起離婚之訴之必要焉。

雖然，有須注意者，凡離婚之訴，於起訴前，應經法院調解（民訴法五七三條）。法院認當事人有和諧之望者，得於六個月以下之期間內，命中止訴訟程序，但以一回為限（民訴法五七四條）。其立法理由蓋因婚姻一經成立，即應設法維持，期勿破壞；且夫妻之爭，多出於一時之感情衝動，經過相當時間，未始無恢復之可能故也。

(二) 離婚不受理之原因

當事人間雖有判決離婚原因之存在，但於左列各種場合，則仍不得為離婚之訴。是為離婚不受理之原因。

(1) 同意

於上述諸種離婚原因中，對於夫妻之一方與人重婚或通姦之情事，其他方於事前同意者，不得請求離婚（一〇五三條）。同意云者，是認其行為，或知情而防止其行為之謂也。同意限於事前為之，行為以後，自無同意之餘地也。

(2) 宥恕

對於配偶一方之重婚或通姦，其他方於事後宥恕者，亦不得請求離婚（一〇五三條）。宥恕云者，拋棄其對於相對人非行所有之惡感，不復究問其責任之謂也。故宥恕須於事後為之。事前不得為宥恕，蓋與同意之觀念，正相反對也。有無宥恕，應就諸種情事決定之。例如自他人聞知妻姦通事實後，繼續同居相當期間，不能因此即謂為宥恕也（日本昭和三年五月九日大審院判例參考）。

(3) 期間之經過

期間經過，亦為離婚不受理之原因。民法就此，定有二種期間：第一種期間，自有請求權人知悉其情事起算，經過相當期間，其離婚訴權即行消滅。蓋因其既知有此情事，而不行使離婚訴權，不妨視為拋棄其訴權也。第二種期間，則不問有請求權人知其情事與否，經過一定期間，其訴權即消滅。蓋以權利人雖不知其事實

之發生，但無限制許其行使離婚權，則婚姻關係永不安定，實有紊亂社會秩序之虞也。唯我民法僅就十種離婚原因中之四種，設有時間經過之規定。即（A）對於重婚及通姦之情事，有請求權之一方，自知悉後已逾六個月，或自情事發生已逾二年者，不得請求離婚（一〇五三條）。（B）由於夫妻之一方有殺害之企圖或被處三年以上之徒刑，或因不名譽之罪被處徒刑者，有請求權之一方，自知悉後已逾一年，或自其情事發生後已逾五年者，不得請求離婚（一〇五四條）。

第四 判決離婚之效力

判決離婚之效力，亦得就三方面分別說明之。

（一）身分上之效力

離婚之訴之判決，既在消滅當事人之婚姻關係。故因判決之確定，夫妻間之身分關係以及夫妻之一方與他方之血親及姻親間之姻親關係，概因之而消滅，與兩願離婚者同。此外，妻因離婚而去夫家，贅夫因離婚而去妻家，皆與兩願離婚無異，其離婚後，應受結婚之限制，亦同。

（二）財產上之效力

（1）夫妻財產關係之終了

夫妻離婚時，就其財產關係，無論其原用何種夫妻財產制，各取其固有財產，如有短少，由夫負擔，但其短少係因非可歸責於夫之事由而生者，不在此限（一〇五八條）。再粧盜為妻之特有財產，故離婚之婦，無論其離婚由何原因，自應聽其攜去（最高法院十九年上字第九三七號判例參考）。

（2）離婚過失者之損害賠償義務

夫妻之一方因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方，請求賠償。雖非財產上之損害，受害人亦得請求相當之賠償，但以受害人無過失者為限。此項請求權不得讓與或繼承，但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限（一〇五六條）。民法上所以規定過失者有損害賠償義務者，因離婚問題關係當事人之身分財產者極鉅，

其兩願離婚，出於協議，固屬不成問題，但其離婚如係出於一方之過失，因法院之判決而發生者，則相對人所蒙受之精神上之痛苦，財產上之損失，自不在少故也。各國立法例，亦皆對此設有規定焉（德民法一五七八條至一五八三條，瑞民法一五〇條至一五三條，法民法二九九條至三一一條）。

(3) 贍養費之給與

夫妻無過失之一方，因判決離婚而致生活陷於困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費（一〇五七條）。蓋在有過失者，對於無過失之他方，負有損害賠償義務，固如上述。但雖無過失而對於同無過失之他方因判決離婚而致生活無從維持者，亦有給與贍養費之義務。是固由於夫妻之舊情，不忍坐視其陷於飢餓，同時亦係基於「富生債務」之原則，使其負擔無過失損害賠償責任者也。其贍養費之數額，自應斟酌雙方之身分、年齡、財產及自營生計之能力與其生活程度定之（最高法院十九年上字三六號及二十二年上字七〇〇號判例參考）。第民法之所謂應給與，係指無過失之他方，確有能給與之資力而言。若他方並無資力，或且同一困難，自無應行給與之理（同二十二年上字二五九〇號判例參考）。再若夫妻有過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難，不得請求給與贍養費，更不待言（同二十二年上字二七五八號判例參照）。

(三) 子女間之效力

親子關係，出於自然，不因其父母之離婚而影響，已如前述。夫妻判決離婚後，其子女監護責任，亦適用於關於兩願離婚之規定，以由夫任責為原則，另有約定者，則從其約定（一〇五五條）。此外，法院並得為其子女之利益，酌定監護人（同條但書）。例如夫妻離婚後，關於子女之監護，雙方未有約定者，該子女在原則固應由夫，即該子女之父，任其監護之責。但該子女如果確因年幼而有不能離母或其父尚有遺棄之情形，法院亦得為該子女利益計，酌定其母，即離婚之妻，為該子女之監護人（最高法院二十一年上字二三三號判例參考）是也。

(註一)學者間主張離婚說者，據威思退馬克氏列舉，其重要者有下列諸氏：

Bachofen—Das Mutterrecht.

Melzmann—Studies in Ancient History

Morgan—Systems of Consanguinity and Affinity

Avahny—Origin of Civilisation

Bloch—Sexual Life of Our Time

Bebel—Woman in the Past, Present, and Future

Reclus—Primitive Folk

Lippert—Kulturgeschichte der Menschheit

Post—Die Geschlechtsgerossenschaft der Urzeit

Kohler—Ein Beitrag zur ethnologischen Jurisprudenz; in Zeitschr. Verfl. Rechtswiss

Engels—Der Vreprung der Familien, des Privateigentums und des Staats

Girard—Toulon-les origins du mariage et de la famille

(註二)我國學者，亦頗有持亂婚說者。如商君書開塞篇云『天地開而民生之，當此之時，民知其母，而不知其父。』又如呂氏春秋恃君篇亦云：『其民衆生羣處，知母不知父，無親戚兄弟夫婦男女之別。』

(註三)關於優生學與婚姻法之關係，參照穗積重遠博士優生學與婚姻法論文，東洋學雜誌三七卷四三六號一〇九頁。

(註四)關於瑞典、挪威之婚姻法，參照穗積重遠博士挪威之離婚法論文，國家學會雜誌三五卷十二號以下。

(註五)司法部三十二年院字二三七二號解釋：「男女滿七歲後有結婚之意思，經其法定代理人主持舉行婚禮，並具備民法第九百八十二條之方式者，自應發生婚姻效力，縱未合登同居，但該配偶之一方，如於婚姻關係存續中，復與他人結婚，仍應成立重婚罪，惟須注意刑法第十八條第一項第二項之規定。」

(註六)奧田義人博士親族法卷二四八頁，牧野菊之助博士日本親族法論二〇六頁二〇七頁，穗積重遠博士親族法大意六〇頁，外國法十郎教授親族法概論一三七頁，柳川勝二氏日本親族法要論一四四頁參照。

(註七)仁井田益太郎博士親族法相續法論一一九頁以下，和田千一氏婚姻法論七頁以下，野上久幸氏親族法一一七頁，余肇昌先生民法要論親屬二一頁。陶希聖氏民法親屬論二八頁參照。

(註八)婚約之性質，在德國民法施行時，向有(一)事實說及(二)契約說二種不同主張。事實說以為婚約既不能強制履行，故止為純然的事實關係。但現今則以契約說為通說，現德國最高法院判例亦採是說。

(註九)德國於有效之婚約存續中，訂婚人相互為刑法典(德刑法五二條、五四條、二五七條)上所謂之『家族』(Angehörige)，對於

他方於民事訴訟或刑事訴訟上有拒絕證言之權利（德民訴三八三條、四〇八條及德刑訴五二七六條）。我民事訴訟法第三十二條及刑事訴訟法第一七條以訂有婚約，為履行迴避之情事；又民事訴訟法第三百零七條及刑事訴訟法第一六七條以訂有婚約為拒絕證言之情事。然此種規定，係法律基於未婚夫妻之情誼而設，於民法上，尚不能謂因婚約而生一定之身分關係也。

（註一〇）最高法院十九年上字一五五號判例：「結婚義務，於法本不能強制履行，故法院遇有悔婚案件，自應以和平方法，盡力勸諭當事人。與其不能達強制執行之目的，執若聽其解約，而就其因他逃悔約所生之損害，依法要求賠償，較為得計」。

司法院二十三年院字一三五號解釋：「婚約當事人之一方，無民法第九七六條之理由，而違反婚約者，僅得依同法第九七八條，對之為損害賠償之請求，其訴請履行婚約，既有同法第九七五條之限制，自應予以駁回」。

最高法院二十七年上字六九五號判例：「婚約不得請求強迫履行，民法第九百七十五條定有明文，故婚約當事人之一方違反婚約，雖無民法第九百七十六條之理由，他方亦僅得依民法第九百七十八條之規定請求賠償，因此所受之損害，不得提起履行婚約之訴」。

（註一一）司法院三十一年院字二三三號解釋：「出征抗敵軍人之未婚妻，違反婚約與他人結婚時，應受如何之制裁，修正條待出征抗敵軍人家屬條例，並未設有特別規定，仍應依一般規定辦理。故出征抗敵軍人，對於違反婚約之未婚妻，除依民法第九七八條之規定，請求賠償損害外，不得請求法院加以其他之制裁。再出征抗敵軍人之未婚妻違反婚約，如有民法第九七六條之理由，本不負民法第九七八條所定之賠償責任；但依修正條待出征抗敵軍人家屬條例第三〇條之規定，則在該軍人服役期內，雖有民法第九七六條之理由，亦以無此理由論，應負民法第九七八條所定賠償責任。是該條例第三〇條關於禁止解除婚約之規定，非無實益。」又二十九年院字二一〇三號解釋亦謂：「婚約當事人之一方，無民法第九七六條之理由，而違反婚約與他人結婚者，依民法第九七八條之規定，對於他方因此所受之損害，應負賠償之責；他方或其直系尊親屬，並無請求法院撤銷其與他人所結婚約之權。抗敵軍人之直系尊親屬，請求法院撤銷該軍人之未婚妻與他人所結之婚約，自屬無從准許。」

（註一二）最高法院二十一年上字一四三九號判例：「女子出嫁前不必購置粧奩，惟女子一方因已訂婚而購置粧奩，他方若違反婚約，致將婚約解除，則其購置粧奩所費實際上之損害，究不得謂非因他方與之訂婚，所受之損害」。

（註一三）司法院二十八年七月二十九日指令一四六二號：「查訂定婚約而受聘金禮物者，自屬一種贈與，惟此種贈與，並非單純以無償轉移產權為目的，實係預想他日婚約之履行，而以婚約之解除或違反為解除條件之贈與，嗣後婚約經解除或違反時，當然失其效力，受贈人依民法第一百七十九條，自應將其所受之利益返還於贈與人。至訂定婚約後，未結婚而一方死亡者，除有明白之意思表示外，依歷來一般之習慣，不能解為當事人有以此為解除條件之意思，離婚為結婚以後之事，尤與婚約之解除或違反不同，院字第八三三號解釋及二十四年上字第八三號判例，均非解除婚約或違反婚約時所可援用」。

（註一四）在美國之日本男子，自其本國迎娶妻子時，因未婚女子不許入境之故，遂互相交換照像，同意後，在日本履行法律程序，然後渡美，謂之照像婚約。是在法律程序終了後，法律上固已取得夫妻之身分，而事實彼此尚無一面之雅也。此種制度，經過多少波折，現已廢

止。

(註一五)適婚年齡之規定，雖如前述，但立法例有因特別情事，許其減低者。如德民法二千三百條二項規定女子得免除年齡之限制；而民法第九十六條第二項規定男子之適婚年齡得減至滿十八歲，女子得減至滿十五歲是也。

(註一六)司法院二五年院字一四四二號解釋：「民法第二〇七七條所謂養子女與婚生子女同者，僅就養子女與父母間之關係而設之規定。乙男丙女，雖均為甲之收養子女，但並非同法第九六七條所稱之血親，則乙丙結婚，自不受同法第九八三條之限制」。此與二九年院字二〇三七號解釋謂嗣子「與其前後父母之他子女當然有兄弟姊妹同一之親屬關係」者，頗相矛盾。

(註一七)關於近親相婚禁止之理由，學者間說極多。馬克爾南(McLanahan)謂原始時代之人類，往往有將本部之女兒殺害之風俗，結果，部落內之女子缺乏，掠奪婚之風以生，遂養成禁止近親相婚之習慣焉。斯朋塞氏(Herbert Spencer)則謂於原始人類相互敵視之時代，掠奪婚得之妻(Foreign wife)較諸部落中之妻(Native wife)可用作個人之戰勝紀念標(Trophy)，故養成近親為婚之習慣。愛巴萊氏(Lord Abbot)則以其同婚之存在為前提，蓋在其同婚時代，皆不能獨占部落內之女子，故皆自他部落掠奪女子，俾能獨占。遂促成個別婚與禁止近親為婚之風習也。摩爾根(L. H. Morgan)則謂近親為婚之起源，在於生理上害惡之認識。威思特馬克(F. Westmarch)則謂自人類性的本能而言，皆嫌惡與幼小時共同起居之人，發生性的關係，此項特性，即為近親為婚之起源。而因自然淘汰之法則(Law of Natural Selection)，此種習慣，遂行鞏固確立焉。

(註一八)清律：「妻於夫之死亡及夫失蹤而再婚者，均須經過三年，否則杖一百或八十，」規定女子再婚，必須經過三年喪服期間，否則即為負義，純出於昔日之倫理觀念也。

(註一九)德國新婚姻法規定結婚之程序如下：(一)婚姻締結之前，應為婚姻預告(婚姻法十六條)，俾便利害關係人有聲明故障之機會。但婚姻預告得特別免除之(同條三項)。不為預告逕行結婚，亦屬完全有效。(二)結婚當事人同時親至戶籍吏面前，並自行陳述不附期限條件之結婚意思表示(婚姻法十七條)。(三)須有證人二人到場，戶籍吏對當事人發問，然後由戶籍吏宣告當事人適為結合，夫婦並登記於家屬登記簿(婚姻法十八條)。以上三種程序，唯第二項為強行規定，違反者其婚姻無效(婚姻法二十一條)。(一)及(三)二項則不過為訓示規定而已。此種程序與德國民法之規定，頗有出入。依德民法規定，在履行第二項程序時，戶籍吏應為意思表示受理之準備，新婚姻法則因婚姻既在戶籍吏前締結，此種要件，自無明示之必要矣。

(註二〇)法國民法規定結婚之程序如下：(一)結婚當事人應呈遞種種證書於戶籍吏。例如證明雙方年齡及性別之誕生證書，以及父母允許之證明書。若係貧民，則須具備貧民證明書，呈遞於戶籍吏，以免繳納登記費印花稅。(二)戶籍吏須於公署前為婚姻預告，公告結婚當事人姓名、職業、住所或居所，當事人若未成年或其父母之姓名、職業、住所，又須公告當事人出生之年月日(第六三條)。(三)此項預告，須公示十日。當事人在十日之內，不得舉行婚禮。如預告後，當事人不在本年內結婚者，非再行預告，不得結婚(第六四條第六五條)。(四)利害關係人，得於預告期內陳述異議。於此情形，非經異議駁斥之後，戶籍吏不得舉行婚姻(第六八條)。(五)婚禮，在當事人住所地戶籍

吏前公開發行之（第一一六條）。

（註二）瑞士民法規定結婚之程序如下：（一）婚約當事人應陳述婚姻之約束於戶籍吏之前，此項陳述，須當事人自己爲之，或以簽字之書面爲之。並須呈遞出生證書，及父母或監護人之同意證書，當事人一方前婚配偶死亡之證書，前婚撤銷或離婚之判決（第一〇五條）。此項陳述，須早遲於夫之住所地之戶籍吏（第一〇六條）。若陳述不合法，或當事人無結婚能力，或婚姻有障礙存在，戶籍吏得拒絕爲預告（第一〇七條）。（二）預告期內，利害關係人得陳述異議。此項陳述，須以書面向戶籍吏爲之。異議之無效於當事結婚能力或障礙者，得即時駁斥（第一〇八條）。於有撤銷原因存在時，該官署得爲異議（第一〇九條）。戶籍吏於有人陳述異議時，須在預告期間經過以前，通知婚姻當事人。若當事人不服，則須通知陳述異議人（第一一〇條）。若陳述異議人不願，須向該管法院起訴（第一一一條）。陳述異議及起訴之期限爲十日（第一一二條）。（三）若無異議，或有人陳述異議而經法院駁斥者，戶籍吏因當事人之請求，應須給預告證書。當事人領到預告證書後，得於六個月內，在瑞士任何戶籍吏之前舉行民事婚禮（第一一三條）。民事婚禮，應在結婚禮堂內公開舉行之。並須有成年八二人作證（第一一六條）。戶籍吏應向雙方詢問其願否結婚？經肯定答覆以後，身分更即宣示因此共諾而婚姻爲有效（第一一七條）。四已婚當事人，應於成婚後向戶籍吏領取結婚證書。宗教婚禮，非經早示該證書後不得舉行，否則宗教婚禮仍不妨礙民事婚禮之規定（第一一八條）。

（註三）關於結婚之形式，依司法院二二年院字八五九號解釋：「民法第九八二條，所謂結婚公開之儀式及二人以上之證人云者，在結婚儀式未規定以前，無論其依舊俗或依新式，但使其舉行結婚儀式，係屬公然，一般不特定之人均可共見，即爲公開之儀式。至於證人雖不必聲明於婚書，但必須當時在場親見，並須負證明責任之人。」頗富彈性，適用上尙稱允妥。至二二年院字九九五號解釋，謂「依民法九五二條，結婚固應有公開之儀式及二人以上之證人，但儀式及證人之身份如何，法律不無限定，若於除夕日舉行拜祖，或其他公開之儀式，並有家族或其他二人以上在場，可爲證人，却不能不認爲與該條所定之要件相符。」就儀式及證人，亦無何等限制。然二六年院字一七〇二號解釋，則極嚴厲。認爲「（一）男女二人約證人二人，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一房間內，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）男女二人約證人二人，及親友數人，在旅館之宴會廳，置酒二席，如其情狀無從認爲舉行結婚儀式，聽其主觀以爲舉行婚禮，仍不得謂有公開之儀式。（三）男女二人，在某一富麗內舉行婚禮，如無足使一般不特定之人均可知悉之表徵而得共見者，縱有該署之長官及證人二人在場，仍不得謂有公開之儀式。（四）結婚時之證人，無論是否簽有於婚書證書之人，均以曾經到場者爲限，若未親到，而委託他人在結婚證書內代表簽名蓋章，仍不得認爲證人。（五）結婚證書列名之證人二人，實有一人到場者，其未到場之一人，不得認爲證人。（六）前開未到場之一人，雖於事後自稱曾經到場證婚，亦不得認爲證人。」按我國婚約，既未規定，自應會當當，則自應加易。國難以來，賭風險約，婚證多不備張。倘依此解釋，必有多數婚姻，不能有效成立，似非立法之本意也。

（註三）最高法院二十一年上字第一〇七號判例：「男女同居已久，縱不能謂已發生夫婦之關係，而共有以永久共同生活爲目的而同居

一家之事實，固極明顯。第二審及第一審因認已發生家屬之關係，即不爲無據」。

(註二四)依司法院三〇年院字第一三九號解釋：「(一)陸軍撫卹條例係以妻未再醮爲其應受卹金條件。妻未再醮者，雖事實上與人同居，亦難謂妻與前夫離合之遺棄。(二)陸軍撫卹條例所謂再醮，係指通俗觀念之再婚而言，不以民法上之再婚爲限。妻於夫死亡後，以永久共同生活爲目的而與他男爲類於夫妻之同居者，雖未具備結婚之法律上條件，亦應認爲再醮，其與他男同居而生有子女者，如係以永久共同生活爲目的而與之爲類於夫妻之同居，即不得謂非再醮。」依此解釋，則事實上之同居(即所謂臨時併度)，不生婚姻之效力；至其以永久生活爲目的而爲類似夫妻之同居者，則可認爲「通俗觀念」之婚姻，於法律上有類似婚姻之效力矣。

(註二五)最高法院二十七年上字一七〇九號判例：「有配偶者不得重婚，固爲民法第九百八十五條之所明文規定，惟結婚違反此種規定者，依民法第九百九十二條之規定，僅得由利害關係人請求法院撤銷，不在民法第九百八十八條所謂結婚無效之列。故有妻者重婚時，在其重婚未撤銷前，不得否認其後妻之身分，而指爲妾。」

(註二六)二十八年上字六三一號判例：「結婚違反民法第九百八十一條之規定者，依民法第九百九十二條之規定，僅得由利害關係人向法院請求撤銷，不在民法第九百八十八條所謂結婚無效之列。故有妻之人，於重婚後死亡時，如後婚未經撤銷，其後婚亦不失爲配偶。依民法第一千一百四十四條之規定，有與前妻有一同繼承遺產之權。惟其應繼分應與前妻各當民法第一千一百四十四條所規定配偶應繼分之二分之一。」

(註二七)司法院二十一年院字七三五號解釋：「妾雖爲現行民法所不規定，惟妾與家長既以永久共同生活爲目的同居一家，依民法第一二二條第三項之規定，應視爲家屬。」

(註二八)最高法院二十二年上字第二五九六號判例：「妾之制度，於親屬編施行時業已廢止。在親屬編施行後，非有親屬關係，而以永久共同生活爲目的而同居一家者，依法得視爲家屬。其家長與家屬相互間固應互負撫養義務。但不同居一家，即欠缺視爲家屬之要件，自不得主張扶養之權利。」

(註二九)最高法院二十二年再字第五號判例：「凡納妾在民法親屬編施行後，而未得妻之明認或默認，均構成離婚之原因。」

最高法院二十二年上字第六三六號判例：「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，如有與此行爲，即屬與人通姦，其妻自得請求離婚。惟在民法親屬編施行前業經成立之納妾契約，或在該編施行後得妻之明認或默認而爲納妾之行爲，其妻即不得據爲離婚之請求。」

(註三〇)司法院二十年院字第一九三五號解釋：「妾與男方依民法第一千一百二十三條第三項所有之家屬關係與其相互間之結合關係，不可混同，此與夫妻間家屬關係與其婚姻關係之區別，頗有類似，故妾與男方脫離結合關係，不適用民法第一千一百二十七條第一千一百二十八條之規定，妾之身分，既爲民法所不認，則妾不願繼續爲妾時，自得自由脫離，無須訴請法院爲準許脫離之形成判決，惟其訴訟如由男方不許脫離而起，可認爲確認同居義務不存在之訴者，應即予以確認。」

註三一 最高法院二十年上字第一四三七號判例：「妾之制度，雖爲從前習慣所有，然究與男女平等之原則不符。基於此原則，如該女不願爲妾時，即應許其隨時與其家長脫離關係，不以有不得已之事由爲限。」

最高法院二十一年上字第一〇九七號判例：「家長令妾脫離關係，須有正當理由，與妾之對於家長，得自由離異者不同。」
最高法院二十一年上字一〇九八號判例：「爲人妾者不願爲妾時，准其自由離異，係基於男女平等原則，俾向處不平等地位之女子，得脫離其繼續爲妾之拘束。至若家長欲與其妾脫離關係，則仍須有正當理由，方能准許。」

註三二 最高法院二十二年上字第一六三號判例：「妾因判決脫離關係，而陷於生活困難者，他方縱有過失，亦應準用民法第一千零五十七條規定，給與相當之贖費。」

註三三 司法院二十二年院字第九五九號解釋：「男女訂有婚約，當未結婚時，對於其父母，不生親屬關係。設女因事故來居男家，未行婚禮，男若死亡，其婚約當然消滅。惟女與男之父母若原有永久共同生活之意思，即應視爲家屬。」

註三四 司法院二十年院字五六〇號解釋：「丙與甲之子雖未成婚，甲子死後，丙既以永久共同生活爲目的，與甲同居一家，自爲甲之家屬。」

註三五 所謂無庸以訴主張者，蓋謂其無起訴之必要也，自非禁止起訴。故當事人或利害關係人爲確定其婚姻之無效，自得提起訴訟。爲婚姻無效之訴，民法第五六四條號以下參照。其婚姻既係自始無效，並非訴訟判決之效果，故婚姻無效之訴爲確認之訴，而非形成之訴。

註三六 司法院二十四年院字一二一〇號解釋：「重婚原爲現行法律所禁止，但依現行法律不以其行爲無效。雖經判處徒刑，在未有利害關係人依民法第九百九十二條規定向法院撤銷以前，其婚姻關係仍屬存在。」

註三七 司法院二十七年院字一七八三號解釋：「民法第九八九條但書所謂已達結婚年齡之當事人，係包括雙方而言。故須雙方當事人均達結婚年齡，方受不得撤銷之限制。若有一方未達結婚年齡，則雙方當事人均不得受其拘束。」

註三八 最高法院二十九年上字九一六號判例：「未成年入結婚雖未得法定代理人之同意，然在法定代理人依民法第九百九十九條之規定，訴經法院撤銷其結婚以前，仍不失爲夫妻。依民法第一千零零一條之規定，自亦負同居之義務。」

註三九 最高法院二十二年上字三一八五號判例：「民法載稱夫妻互負同居之義務，但有不能同居之正當理由者，不在此限。所謂正當理由，凡一方受他方之虐待，已達於不能同居之程度者，當然包括在內。」

最高法院二十三年上字一〇六一號判例：「民法上已不認妾之身分，納妾未經妻明示或默示之同意者，如使妾與妻同居一家，自應認妻有民法第一千零零一條但書所經不能同居之正當理由。」

最高法院二十九年上字二四五號判例：「妻因不堪其姑之虐待，回母家居住，而其與夫同居，必將受姑虐待之情狀，現尙存在者，不得謂非有不能同居之正當理由。」

註四〇 最高法院二十八年上字二四六九號判例：「當事人之一方，於結婚時不能人道，而不能治者，依民法第九百九十五條規定，他

方固得提起撤銷婚姻之訴，而在婚姻未撤銷前，究不能以此爲拒絕同居之理由。」

最高法院二十九年上字九一六號判例：「夫乘性愚鈍，缺乏常識，並非民法第一千零零一條所謂不能同居之正當理由。」

(註四一)司法部二十九年八月十七日訓令第二七三一號訓令：「別居之訴，雖爲民事訴訟法第五百六十四條所未列，唯民法第一千零零一條但書，既明定夫妻有正當理由得不受同居義務之拘束；而法院二十一年院字第七七零號解釋，及最高法院二十二年上字第九三八號判例且准許別居之請求；法院自應就其請求有無正當理由，依普通事件程序，爲實體上之裁判。」

(註四二)最高法院二十七年抗字六三號判例：「命夫妻之一方同居之判決，既不得拘束身體之自由，而爲直接之強制執行，民事訴訟執行規則第八十八條第一項所定，間接強制之執行方法，依同條第二項之規定，又屬不能適用，此種判決，自不得爲強制執行。」

(註四三)同居義務之判決，既有明文規定，不得請求強制執行，然則，此種訴訟及判決之目的。果何在乎？見所及，當有二端：其一，在使對於負有同居義務之人，以法院之職權，強調其義務；其二，判決之後，仍不履行，則相對人得藉此以惡意遺棄爲理由提起離婚之訴也。

(註四四)日本牧野菊之助博士謂於解釋論上同居義務固不得強制執行，但於立法論上則應探極極說。見其所著日本親族法論二二四頁。

(註四五)最高法院十七年上字二八號判例：「夫婦間雖有同居之義務，但有不堪同居之事實，經雙方同意分別居住，亦非法所不許。」
最高法院十八年上字二一九號判例：「妻有與夫同居之義務，在婚姻關係存續中，非證明有不堪同居之虐待，或其他正當理由，不得請求給養分居。」

最高法院十八年上字二六四一號判例：「夫妻固有同居之義務，唯果有正當原因，亦非絕對禁止別居。若妻因受夫之家屬虐待，願與夫同居而不願與夫之家屬同居，虐待果屬真實，即不能謂絕無斟酌准許之餘地。」

(註四六)一九二七年蘇俄法典第七條規定，夫妻各有保守其婚姻前姓氏之權利。

(註四七)司法部三十二年院字二三四一號解釋：「陸軍傷亡官佐兵之父母，雖以法定財產制爲其夫妻財產制，而其依陸軍撫卹暫行條例第二十條應受之卹金，既有應予計口均分之明文，即與聲明爲各人之特有財產無異，依民法第一千零三十三條第三款第一千零三十六條之規定，不在聯合財產之內，夫對妻應受之卹金，無權管理。妻自得就其應受之部分，自行具領，而夫所應受之部分，妻亦無具領之權。」

(註四八)余聚昌先生民法要論編第六八頁參考。

(註四九)最高法院二十一年上字一〇九三號判例：「婚姻關係成立後，苟無法律上可認其婚姻關係爲已消滅之原因，其婚姻關係，自應存在。故夫於結婚後出家爲僧，縱依僧之教律，不得有妻，而其夫妻關係，若無法律上可認爲已消滅之原因，自仍應認其存在。」二十二年上字一八一九號判例亦同趣旨。

(註五〇)司法部三十二年院字二三七五號解釋：「夫妻之一方，外出已逾三年，生死不明，如其未經受死亡之宣告，或他之一方，亦未徵法訴訟，經准於離婚者，其配偶關係仍在存續中。若與他人結婚，自應成立重婚之罪。」

(註五)何謂著絕，依唐律疏義所揭，計有左列五種原因：

- 一、夫毆妻之祖父母，父母及殺妻之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；
- 二、夫毆祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相殺；
- 三、妻毆舅夫之祖父母、父母、父傷夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；
- 四、妻與夫之總麻以上親姦，或夫與妻母姦；
- 五、妻欲害夫。

明清律雖無明文可考，但其律文相同，當採同一解釋。前大理院解釋著絕，即根據唐律疏義（前大理院統字五七六號解釋參考）。

(註五二)最高法院二十一年上字一九八二號判例：「母離與父離婚，亦不過姻親關係，因而消滅。母子間之血親關係，法律上並無因此消滅之規定，自屬仍舊存在」。

(註五三)德國新婚姻法所規定之離婚原因，可分為有責之離婚原因（四七條——四九條）及其他之離婚原因（五〇條——五五條）二者。

(一)有責之離婚原因為：(1)通姦；(2)頑強拒絕生子或受胎及為不法防止出產之手段；(3)有其他重大婚姻上之過誤及不名譽不道德之行為者。(二)其他之離婚原因，則為：(1)上述(3)之行為，係基於精神障礙而非由於婚姻上之過誤者；(2)精神病；(3)傳染病及惡疾於最近將來無治愈之可能者；(4)無遺傳健全之子孫或遺傳健全之共同養子而配偶中之一方早期患不妊症者；(4)家庭共同生活廢止已達三年婚姻生活因重大之破壞無回復之望者。

(註五四)最高法院十九年上字二四〇號判例：「男女婚姻，一經成立，苟無法律上之原因，即不得由一方任意請求離異」。

最高法院二十年上字一九一六號判例：「結婚，於法固有一定制裁，而以爲離婚原因，究有未合」。

最高法院十八年上字一〇九七號判例：「夫婦兩造尊親屬間之衝突，與婚姻當事人無關者，不得據爲離婚原因」。

最高法院十八年上字九六〇號判例：「夫婦間偶有勃谿，不得據爲離婚原因」。

(註五五)何謂不堪同居之虐待？事實認定，不無困難。茲就我國最高法院判例中所見之實例，列舉若干，以供參考。

- (1) 閨中互扯鬚髻，且事後指語，生有子女，不能爲虐待之憑證（十八年上字第一九四三號）。
- (2) 夫婦因尋常鬧故，迭次毆打，即有不堪同居之痛苦（十九年上字第一二八號）。
- (3) 慣行毆打，即爲不堪同居之虐待，且以構成離婚之原因（二十年上字第三七一號）。
- (4) 夫婦間偶爾失和毆打他方，致令受有微傷，如按其情形，尙難認爲不堪同居之虐待者，不得認他方之請求離婚，爲有正當理由（二十年上字第二三四一號）。
- (5) 夫慣行毆打妻，即爲使受有不堪同居之虐待，已構成離婚條件（二十一年上字第一一〇號）。
- (6) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚。其事實發生在民法親屬編施行前者，依民法親屬編施行法第七條之規定

定，亦得請求離婚。所謂不堪同居之虐待云者，即其虐待之情形，達於不堪同居之程度爲已足；若慣行毆打，致不堪同居，自亦可認爲不堪同居之虐待，不以毆打成傷爲限（二十一年上字第七九七號）。

(7) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待，固得請求離婚。但不堪同居云者，係指其虐待出於慣行，或已達不能忍受之程度而言。若僅因一時細故致行毆打，既非出於慣行，而又未致不能忍受之程度，即不合於離婚之條件，自不得據爲請求離異之理由（二十二年上字第二十七號）。

(8) 夫誣告其妻與人通姦，其妻雖可指爲受不堪同居之虐待，向法院請求離婚；但所謂誣告通姦，係指虛構事實，意圖其妻受刑事處分者而言（二十二年上字第一七三號）。

(9) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待，固得向法院請求離婚；惟所謂不堪同居之虐待者，須精神上或身體上現受有虐待而致不堪同居者言（二十二年上字第五三〇號）。

(10) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚。所謂不堪同居之虐待云者，不僅以身體爲限，即其精神上感有不堪同居之痛苦，亦不能謂非受不堪同居之虐待（二十二年上字第九七七號）。

(11) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待，固得請求離婚。惟所謂虐待者，須達於不堪同居之程度，若僅因一時細故毆打，經人勸慰，業經諒解，即不得謂有不堪同居之情形，自不能更據以請求離婚（二十二年上字第一〇一八號）。

(12) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者，依法得向法院請求離婚。所謂不堪同居之虐待者，以其虐待已達不堪同居之程度爲已足，不以受有較重之傷害爲限（二十二年上字第一八五四號）。

(13) 夫妻之一方，因一時憤激致成訴訟，其指摘對方之事實，無論爲誤會抑爲眞像，要與平時捏詞侮辱可視爲虐待行爲者有別（二十二年上字第二〇七一號）。

(14) 民法規定夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚。所謂不堪同居之虐待云者，係指精神上或肉體上受有虐待而致不堪同居者而言（二十二年上字第二五三三號）。

(15) 民法第一千零五十二條第三款所謂不堪同居之虐待，係指與以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致不堪繼續同居者而言。故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（二十三年上字第六七八號）。

(16) 夫因口角細故毆打其妻，致其妻左肩胛、右腰、右內膀及左外膀、左肘、右外臂受腳踏傷三處，扯傷六處，自應認爲不堪同居之虐待（二十九年上字九九五號）。

(17) 夫於三個月間三次毆打其妻成傷，其虐待自己達於不堪同居之程度（二十七年上字二二一號）。

(18) 妻自願爲娼，其夫並無抑勒情事者，妻不得指爲不堪同居之虐待，據以請求離婚（二十一年上字第八三四號）。

(19) 夫妻之一方受他方不堪同居之處待，固得請求離婚，惟因一方之行爲不檢，而他方一時忿激，致有過當之行爲，不得即謂爲不堪同居之處待(二十八年上字二一一六號)。

(註五六) 司法院三一年院字二二八五號解釋：「夫妻之一方參加僞組織後，他方若仍與之同居，精神上所受之痛苦，實與受不堪同居之虐待無異。自得請求離婚。」此種解釋，能活用法律之規定，適合社會之要求，殊可稱道。蓋我民法就離婚之原因，既採取限定列舉主義，適用之際，自易發生困難，不得不力求活用也。

(註五七) 何謂惡意遺棄？最高法院二十一年上字二五九號判例謂：「所謂惡意遺棄，基於夫妻互負扶養之義務，自係指一方有負擔家庭生活費用之資力與義務，而故意不肯支付，因而他方不能維持相當生活者而言」，似專指扶養義務不履行而言。但二十二年上字六三六號判例，則解爲「係指夫與妻無正當理由不盡同居或扶養之義務而言」，二十九年上字二五四號判例亦謂「履行同居義務爲惡意遺棄。自以後說爲正當」。

(註五八) 司法院二十四年一三五五號解釋：「聾、盲、啞，非民法第一〇五二條第八款所謂之精神病」。

(註五九) 最高法院二十二年上字第九〇七號判例：「民法第一千零九十二條關於離婚原因之第十款所載，因犯不名譽之罪被處徒刑一語，並不包含通姦在內。蓋與人通姦在同條第二款另有規定，即僅有此款事實，不待論罪處刑，已足據以離婚。若因以後之論罪，刑罰爲屬於第十款，是使一種事實可成爲兩種離婚原因，按之立法本旨，當不如是。故凡夫妻之一方，以他方與人通姦並經判處徒刑爲理由請求離婚者，其判處徒刑之主張，僅可視爲與人通姦之立證方法，而不得視爲訴之原因。如關於行使請求權之法定期間有所爭執，亦應以同法第一千零五十三條，就前開第二款所定六個之期間爲準。而同法第一千零一十四條，就前開第十款所定一年之期間已否逾越，則可不問」。

第四章 父母子女

第一節 總說

親屬間之權利義務，或因婚姻取得夫妻之身分而變更，或因父母子女之關係而移動。易曰『有夫婦然後有父子。』父母子女之關係蓋次於婚姻，而為一家構成之基礎。故民法於婚姻之後，復設有父母子女之規定焉。

雖然，民法上所謂之父母子女關係者，不盡與一般所謂父母子女之意義相一致。其規定之主旨，實在成熟之子女與其兩親之養育監護關係。徒因其所謂成熟期既因情事而異，且成熟子女與其兩親之間，亦曾有養育監護關係之存在。故民法之親子關係遂多有特殊之規定，為其他親屬關係中所得見者。形式的言之，自不妨謂親子關係之規定，係以子女之一生為對象，但親子關係之特質，實在其養育監護而已。

父母對於子女有直接加以養育監護之義務，是固今日法律觀念上，視為父母之當然地位而加以保障者。但在古代家族法優越之時代，親子關係亦純受家族法之支配，養育子女者乃其家長而非其父母，蓋其規律純為「家族本位」者也。其後，兩親之權能，漸次解放，親子法遂自家族法分離，而取得獨立之地位，於是，父母雖非家長亦有其固有之教養權，就其對於子女之關係而論，其父母之地位實凌駕家長而上之焉。於此時期，其親屬法之規律，殆純為「父母本位」者，此後，復因時代潮流之變遷，親子法之重點，亦由父母而趨於子女。父母之教養權，實同時為其義務。因教養義務之被認識，而親子法遂由「父母本位」變為「子女本位」焉。

古代羅馬法上，對於子女有生殺與奪之權能者，為 *Pater Familias*。 *Pater Familias* 之譯語，雖為家父，實為「在家有權力者」之義，非謂「家中之父」也。當時稱生父之語，恆用 *Genitor* 而不用 *Pater*。中世以

後，此種強大之權能，遂由 *Pater* 移至 *Gauntar*。父母殺其子女或加以變賣之實例，數見不鮮。但降近世，則父母之權能迺僅爲其子女之福利而存在矣。

更以我國法制之沿革證之。我國古代，素採家族主義，爲祖尤崇拜之國家。尊祖先，重血統。故承傳血統，繁殖子孫，營宗廟之祭祀，祈祖先之冥福，蓋爲人子人孫之絕對的義務。足徵古代親子法調，純爲「家族本位」。其後，唐律以降，法律之規定，關於親子關係，純以孝道爲根本，唐律及明清律，皆以不孝罪爲十惡之一，並於脚註中列舉構成犯罪之事項，違反教令，奉養有缺者，律有明刑。是又爲「父母本位」者矣。至現行民法，對於父母子女之關係，原係基於近代法律思想，而爲規定者。故純以子女之養育監護爲主旨，以增進子女之福利爲目的，是已由「父母本位」進步爲「子女本位」，蓋不待言。

要之，現代之親子法，係子女本位，而父母子女關係，亦即爲養育監護之關係，以增進子女之福利爲目的者也。人莫不愛其子女，爲人親者，因增進其子女之福利，雖犧牲其自身，亦所不惜。故親子法以增進其子女之福利爲根本原則，實不外以人類天性爲基礎。雖然，人類固皆有愛護子女之天性，但由於惡意或善意，危害及於子女之福利者，亦社會上所恆有。故民法親子關係，於此固亦有其存在理由焉。

第二節 親子關係之類別

第一款 總說

民法上之所謂親子關係者，蓋謂一方與他方間之直系一親等之血親關係也。民法上之所謂親子關係與自然之親子關係不同。雖爲自然之親子，而民法上不認爲親子者有之；反之，雖非自然之親子而民法上認爲親子者，亦有之也。

民法上之親子關係，可大別之分爲二種：其一，爲自然之親子關係，即造化自然之作物，由於血統之連絡者也。其二，爲擬制之親子關係，即由於法律假設 (*Fiction*) 之結果，而發生親子關係者也。

自然之親子關係中，因父母之婚姻而出生者，爲嫡親子關係，其所生之子女，謂之婚生子女。反之，非夫妻者間所生者爲私親子關係，其所生之子女，謂之非婚生子女。不過非婚生子女，依法律之規定，得因認領或父母嗣後之婚姻，取得婚生子女之身分耳。

擬制之親子關係，舊律之規定頗多。而現行民法之規定者，則僅有養子女及指定繼承人二項而已。

第二款 婚生子女

第一項 婚生子女之意義

婚生子女云者，謂因婚姻關係受胎而生之子女也（一〇六一條）。依此定義，則婚生子女應具備左列之要件：

（一）父母間須有婚姻關係之存在

是爲婚生子女與非婚生子女區別最重要之一點。即因婚姻而出生之子女爲婚生子女，非婚姻關係之男女間所生之子女爲非婚生子女。所謂婚姻關係，自指結婚而言，僅有婚約者，不得謂有婚姻關係，所不待言。

（二）其受胎須由夫之所爲

婚生子女自須爲夫之子，雖係婚姻中妻懷胎所生之子女，但係由於夫以外之男子之所爲者，不得謂爲婚生子女，自不待言。然婚姻中妻之懷胎，是否由於夫之所爲，其辨別原極困難。故民法設有後述之推定條件，以爲救濟焉。

（三）其子須爲母之所生

是亦無待煩言者，蓋其子若非母之所生，則母子之間，自無發生嫡親子關係之餘地也。

（四）其懷胎須於婚姻中爲之

婚生子女既爲因婚姻而出生之子女，則其懷胎須於婚姻中爲之，自屬當然之要件。但此種要件，原屬原則的規定。民法更就若干場合，雖非婚姻中懷胎而生之子女，亦有使其取得婚生子女之身分者，其詳容後述。

之。

倘具備上述之要件，即當然取得婚生子女之身分。唯有應注意者，則民法所謂之婚生子女與舊律所謂嫡子者不同。我國舊制，嫡庶之別極嚴，妻所出者為嫡子，妾所出者為庶子。二者之待遇懸殊，現行民法，既不承認納妾制度，則自無所謂嫡庶之分矣。

第二項 婚生之推定

婚生子女應具備四種要件，既如前述。其中（一）父母之間須有婚姻關係之存在，及（三）其子須為母之所生，皆不難由事實而得證明。唯其受胎是否由於夫之所為，其懷胎是否在婚姻存續期間內，則雖在醫學進步之今日，亦苦無證明之方法，若讓之於夫妻之認定，婚生子女之關係，悉依夫妻之意思如何而左右，自不正確。若任之法院之認定，則不唯陷於錯雜，且有法官專恣之虞。故民法對此，設有兩種推定：

（一）妻之受胎係在婚姻關係存續中推定其所生子女為婚生子女（一〇六三條一項）。

妻於婚姻成立以後，其所懷胎之子女，固多為其夫之所出，但亦不能斷言即為其夫之子。因妻與夫以外之男子姦通而懷胎者，自亦非事實上所無有。但夫妻既有同居之權義，且互負貞操之義務，則於婚姻關係存續中懷胎而生之子女，自應推定為夫之子，於其出生後，即應發生嫡親子關係。蓋若不為此種推定，而推定婚姻關係存續中懷胎之子女皆為因姦通而懷胎者，則是違反倫理，輕視婚姻，其為失當，蓋不待言。故各國法律，皆推定婚姻中懷胎之子女，為婚生子女（民法法三一二條，德民法一五九一條，瑞民法二五二，日民法八二〇條）。此蓋與羅馬法所謂『父與婚姻之所指示者無異。』（*Pater is est quem nuptiae demonstrant*）之原則，同其趣旨者也。唯就本條之適用，有須注意者，即「其子女究係妻在婚姻關係存續中受胎而生，抑係妻收養他人之子女，有爭執時，仍應以妻有無分娩之事實為斷。自無適用該條推定為婚生子女之餘地」也（最高法院二十八年上字一四四號判例參考）。

（二）從子女出生日回溯第一百八十一日起，至第三百零二日止為受胎期間（一〇六二條一項）。

依上述之推定，妻之受胎係在婚姻關係存續中，即推定其所生子女爲婚生子女。然其受胎確在婚姻關係存續中否，其證明亦頗困難。據醫學家之研究，則自懷胎至分娩所經過之期間，通常最短爲一百八十日，最長則爲三百日。其最短期與最長期間之百餘日，即爲通常之受胎期間。各國民法爲免除舉證之困難起見，多就受胎期間，據醫學家之研究，設有上述之規定。然其受胎期間之規定，各國民法，多未一致（法民法三一、二條，德民法一五九、二條，日民法八二〇條）。而我民法之規定，則係倣自德國民法者也，此種推定，原以通常狀態爲標準。據產科專門家之實驗報告，則受胎期間亦有長至三百二十二日以上者。故如能證明受胎回溯在三百〇二日以前者，以其期間爲受胎期間（一〇六二條二項）。

復次，有應注意者，即子女往往有違反再婚限制，前婚消滅後，未滿六個月即行再婚者。民法規定，女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚（九八七條），原爲防止血統之混亂。而事實上違反此種規定而爲再婚，復未經撤銷權人之撤銷者，自不在少。於此種場合，自其再婚一百八十日以外，前婚消滅三百二日以內分娩者，則其子依第一〇六二條之規定，既可推定爲其前夫之子，復可推定爲後夫之子，得爲二種互相抵觸之推定。德國民法對此規定，婚姻關係消滅後二百七十日以內所生之子爲前夫之子，其後所生之子，則爲後夫之子（德民法一六〇條）。此種規定，既有背戾事實之虞，且違反推定受胎期間之規定。故日民法規定由法院爲事實之調查，以定其父爲何人（日民法八二一條），自較妥善。我民法對此未設明，但民事訴訟法中規定有「就母再婚後所生子女確定其父之訴」（民訴法五八五條，五八七條），自亦爲讓諸法院之認定者也。

第三項 婚生之否認

第一 總說

民法第一〇六三條規定，婚姻關係存續中妻所受胎之子女推定爲婚生子女，既不過爲避免舉證之煩所設之推定，故得舉反證以顛覆之，自不待言。然而子女之是否爲婚生子女，對於子女固有重大之關係，即就社會公益而論，亦不失爲重要事項。夫若得任意顛覆上述規定，否認其爲婚生子女，則弊害自不在小。此所以民法於

許夫以否認權利之外，並同時使其須以訴之方法爲之，以免有輕視之虞焉。夫之否認其子女爲婚生子女之權利，稱爲否認權。爲行使否認權而提起之訴訟，謂之否認之訴。

第二 否認之原因

依民法規定，夫能證明於受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴（一〇六三條二項）。故受胎期間之未曾同居，自爲否認之原因。此種原因，依法國醫學者之解釋，復可分爲二種：其一，爲夫妻同居之有形的不能，蓋謂於法定受胎期間內，因有形之障礙不能與妻同居者也。例如於受胎期間內因旅行事變未克與妻爲有形的同居者是。但因此種原因而爲否認者，必須於全受胎期間內，未曾與妻爲一日之同居。苟有一日與妻同居即不得推翻一般之推定。何則，蓋以此期間中無論何日，皆有受胎之可能故也。其二，爲夫妻同居之無形的不能，是蓋因有妨害夫妻接近之無形障礙而生者也。例如夫妻之不和是也。我民法之規定，自亦可作同樣解釋。

第三 否認權之所屬

否認權係專屬於夫之一身，妻子及第三人皆不得有之者也。（註一）蓋所生之子女究爲自己之子女與否，唯夫妻本人始能知之。妻雖知之，而不給與訴權者，以妻主張其子女非其夫之子女，是主張自己之不利利益，自不合理；加之，若許妻有此訴權，是公言自己之通姦，有紊亂社會風紀之虞故也。若子有此訴權，則是直暴母非，違反人倫，故亦爲法所不許。至第三人之不給與此種權利者，則恐其捏造事實，壞亂風紀，併有害夫妻子女之利益故也。但夫於法定起訴期間內或期間開始前死亡者，繼承權被侵害之人，例外得起否認之訴（民訴法五八六條一項）。夫於提起否認之訴後死亡時，繼承權被侵害者，並得承受其訴訟焉（同條三項）。

第四 否認權之行使

子女之否認非依訴之方法，不得爲之。實言之，非依法院之判決，不能確定其非婚生子女者也。此種判決之效力爲宣言之而非創設的。故爲確認之訴而非形成之訴，蓋不待言。

否認之訴之相對人爲其子女，蓋子女因否認而直接受有不利利益，故對於否認之訴當然立於對抗之地位也。子女於判決確定前死亡者，訴訟即視爲終結（民訴法五九二條）。

否認之訴專屬於子女住所地或其死亡時住所地之法院管轄（民訴法五八五條）。

第五 否認權之消滅

夫之否認權之行使，應於知悉子女出生之日起一年內爲之（一〇六三條二項但書）。逾期而不行使，則其否認權即因期間之經過而消滅。（註二）民法上所以設有此項除斥期間者，良以若知其出生之子女非己之血統時，則就常情而論，自應即時否認。若知其出生經過一年而不否認，自可視爲承認其爲自己之子女，即應使其訴權歸於消滅。加之，一年以後，距離子女之出生，爲日已久，否認之資料，業經湮滅，易生濫訴之弊，同時，子女之身分，永不確定，亦非社會公益之所許故也。

夫知悉上述一年期間而徒過時，則縱可能證明夫於妻之受胎期間未與之同居，或妻之受胎非夫之所爲，甚至已有此種證明，全部利害關係人皆無異議，其子仍自始即爲夫之婚生子女（德國最高法院判例集一二三卷二六二頁）。是爲夫之權利，非人之身分之轉撰也。

第六 否認之效果

否認之訴被駁斥時，則其子依然有婚生子女之身分，其判決對於任何人皆有既判之效力。（註三）反之，若因判決確定其非婚生子女時，則親子關係之不存在，即行確定，其判決，對於任何人亦有效力。蓋以人之身分，原不可分，若忽而認其爲婚生子女，忽而否認其爲非婚生子女，實不合理也。

第三款 非婚生子女

第一項 非婚生子女之意義

非婚生子女云者，未爲適法婚姻之男女間所生之子女也。亦曰私生子。私生子與其父母之法律關係，究竟如何規定，原爲社會之重大問題，亦爲立法者論爭之所繫。

私生子之待遇，原因各國之禮俗宗教而異。嘗考西洋法制，古代社會，對於私生子之待遇，尙屬寬大，其後因受基督教尊重婚姻之影響，不特對於姦通之女子，極爲蔑視，其所私生之子女，亦不以人齒。加之，素採均分繼承制度，恐害婚生子女之利益，對於私生子之繼承權，亦多否認。因此，遂危脅私生子之生存。在中古世紀，嬰兒殺戮之風極盛，基督教會，且爲之不得不有託兒所之設備焉。

西洋各國法制，因受基督教之影響，對於私生子，待遇極爲苛刻。如英國普通法上，私生子呼爲「無親之子」(Nobody's child)，對於其生父，固無法律上親子關係，卽對於其生母，亦不得承認其有法律上之母子關係。大陸法系各國，對於私生子亦極歧視。此種觀念，固因重視婚姻，遂將婚姻以外之性交，視爲罪惡，對於因此受胎之子女，亦從而予以虐待。然於私生子事件之三當事人中——生父，生母及其私生子——，唯有私生子自身實不應負何等責任，且對於私生子加以虐待，亦不能防止私生子之發生。不寧唯是，因社會法制之虐待私生子，私生子之死亡率，高出婚生子女，豈止數倍，而犯罪少年之增加，據各國司法統計，亦大都造因於是。故自第一次世界大戰以後，論者多謂虐待私生子於人道及社會政策上，僉屬不當。而私生子法律上地位之改善，遂成各國立法政策上之重大問題。如德國魏瑪憲法一二一條規定：「對於非婚生子應依據法律使其身心之發育，有與婚生子女同一之條件」。納粹秉政以後，論者因其重視民族血統，頗懷疑其將對於私生子改取歧視態度，結果亦不盡然。英國則陸續頒行準正法(一九二六年)，養子法(一九二七年)，救貧法(一九三〇年)，皆有救濟私生子之意義。美國雖與英國法制，屬於同一系統，而關於私生子之保護，立法則遠較英國爲進步。然於上述傾向之中，其最極端者，爲蘇俄之親屬法。一九一八年九月十六日之親屬法第一三三條規定：「親子關係之基礎，應爲真實之血統。私生子血統與嫡生血統間不應有何等之區別。」遂斷然將嫡生子與私生子之藩籬，將以撤廢。一九二六年十一月十九日之親屬法第二五條，亦維持同樣之旨趣焉。以父母之失德，罪及無辜之子女，原非人道之所宜出；且因私生子之失所，尤與社會公益有重大之關係。故我國舊制，雖對私生子極形歧視，(註四)而現行民法則使其得因一定要件，取得婚生子女之身分焉。

復次，有應注意者，則我民法所謂之非婚生子女，蓋就子女與父之關係而言，非婚生子女與其生母之關係，則因其有分娩之有形的事實，母須認領，自其出生時，即爲婚生子女（一〇六五條一項）。此蓋倣諸瑞士民法之規定者也（瑞民法三〇二條一項）。非婚生子女與其父母之關係，各國立法例，素不相同。大別言之，則有下列三種：

（一）非婚生子女因分娩而發生生理上之親子關係，同時法律上亦當然與其父母之間發生親子關係。換言之，即完全廢除非婚生子女與婚生子女之區別者也。現唯蘇俄一國，採取此種主義而已。

（二）非婚生子女非因分娩而與其父母間當然發生親子關係。俟其父或母認領以後，始行發生父子，或母子關係者也。法國民法即採此種主義。

（三）非婚生子女與其生母間之親子關係，依分娩而當然發生，非婚生子女與其生父間之法律上親子關係並非依分娩而發生，須俟父之認領或判決始行發生者也。瑞士民法及我國民法皆採此種主義者也。

非婚生子女與其生父之關係，與其父母間無婚姻關係之存在，無從推定；復不似母子關係，有分娩之事實，可得知悉。故必須認領後始發生父子關係。反之，其生母與非婚生子女之關係，則有分娩之有形的事實，足資證明；故與婚生子女與其母之親子關係別無歧視之必要也。

第二項 非婚生子女之認領

第一 認領之性質

認領云者，非婚生子女之生父承認其子女爲其所出之謂也。非婚生子女即因認領，遂與其生父發生父子關係焉（一〇六五條一項前段）。認領行爲，其法律上性質若何，學者頗多爭議。予則以爲單獨行爲，蓋非婚生子女之認領非經認領者（父）與被認領者（子女）之合意，始行成立；非婚生子女倘有生父之認領即當然發生父子關係，故爲單獨行爲（但非婚生子女及其生母得爲認領之否認，其詳當容後述）。認領爲表明親子關係之行爲，關係甚大，故多爲要式行爲焉。

認領復有兩種：其一，爲任意認領，其二，爲強制認領。任意認領云者，本人承認其子女係出於自由之意思者也。反之，強制認領則係於未爲任意認領之場合，由非婚生子女之生母或其他法定代理人，向其請求認領，或訴請法院強其認領之謂也。蓋就認領之本質而論，自須由於當事人之任意，但在外國立法例，多設有強制認領之規定，故我民法亦承認認領有兩種之區別焉。

第二 任意認領

(一) 認領者

我民法既做瑞士民法之規定，非婚生子女與其生母之關係，自始卽爲婚生子女，毋須認領。則認領者僅限於非婚生子女之生父，認領爲生父一身上之行爲，且父之分限，非生父本人，無從知悉，故認領之行爲，他人不得代表爲之（民法五八六條參照）。認領既係一身上之行爲，他人復不得爲之代表，故法國學者主張非其相當智能得爲利害判斷者，不許其爲認領行爲。但日本民法則因其爲一身上之行爲，應一任本人自由意思之判斷。故父母雖爲無能力者時，亦得爲認領，無庸得其法定代理人之同意（日本民法八二八條參照）。是以未成年人已達相當年齡能考量利害時或禁治產人回復本心時，皆不妨單獨爲認領行爲者也。我民法對此雖無規定，解釋上亦可從同。蓋以認領雖爲單獨行爲，但爲親屬法上之行爲，故不能全行適用一般通則之規定也。

(二) 被認領者

被認領者須爲認領者之非婚生子女，故婚生子女，不得認領，固不待言。苟爲非婚生子女，則無論其出生之原因如何，皆得認領，自無庸疑。立法例有就姦生子禁止認領者（法民法三三五條，三四二條，瑞民法三〇四條參考）。日民法對此未設規定，解釋上，則姦生子亦許可認領。我民法之解釋，亦應從同。惟於此有應注意者，則胎兒之認領及已經死亡之非婚生子女之認領是已。胎兒既未出生，尙無人格，其可認領與否，原屬疑問。但爲胎兒之父，病已瀕危，苟非待胎兒出生，不得認領，則胎兒生後，已無從取得父子關係，胎兒不幸，莫此爲甚。故日本民法特殊許爲胎兒之認領（日民法九三一條一項）。我民法雖無明文，然戶籍法六十三條，

則明載有認領未出生之子女等語，是亦認許胎兒爲認領之對象者也。至已經死亡之非婚生子女，既無人格，則就純理而論，原屬不得認領。且就實際上之必要而言，似其認領，亦無何等實益。然而，已經死亡之非婚生子女倘有直系卑親屬存在時，則因其認領與否，與其直系卑親屬之繼承權，實有重大利害關係。故日本民法規定，已經死亡之非婚生子女，以有直系卑親屬者爲限，得認領之（日民法八三一條二項）。我民法未爲規定，似嫌疏忽也。

（三）認領之方式

認領之目的，既在使非婚生子女與其生父間發生親子關係，與身分財產上之影響，皆極重大，法律爲保障其意思表示之確實，且免因身分變更，害及第三人之利益，故各國民法皆規定認領爲要式行爲。德、法民法規定，須具備公證書（法民法三三四條，德民法二七一八條），日民法則規定須呈報戶籍吏（日民法八二九條一項，日本戶籍法八一條至八七條），我民法未設明文，然戶籍法六十二條亦有關於非婚生子女認領登記聲請之規定，是登記雖不得即謂爲認領之方式，但不失爲重要之證據方法也。認領多依生前行爲爲之，但其父母若愛重名譽，不欲暴露其有姦通之行爲，於生存中未爲認領，瀕死時復無呈報之暇。故日本民法特許認領並得以遺囑爲之（日民法八二九條二項），是既適合人情之要求，並可保護子女之利益，立法殊稱正當。我民法雖對此未設規定，然戶籍法六十四條亦有「遺囑爲認領」之規定，自亦出於同樣之旨趣者也。

復次，我民法就婚生子女之認領，固以出於認領行爲爲原則，但非婚生子女，已經其生父撫育者，即視爲認領（一〇六五條一項後段）。無須再經認領之程序。妾之遺腹子，即受胎在妾與家長關係存續中者，依司法解釋，亦應視爲與生父撫育者同，可視爲認領。（註五）典妻所生之子，亦然。（註六）

（四）認領之否認

認領行爲原爲生父之單獨行爲，無庸被認領之子女承諾即可發生效力，但非婚生子女或其生母，對於生父之認領得否認之（一〇六六條）。蓋若非私生子之生父，而加以冒認，以達其詐取財貨之目的者，固亦爲事

實上所恆有；加之，生母及子女爲保持其名譽，不欲將此種事實，曝露於衆者，亦復不少。故法律特許其有拒絕認領之權利焉。

(五) 認領之撤銷

非婚生子女之認領，關係於子女之身分財產者，固極重大，同時亦影響及於社會之公安，故民法規定，生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領（一〇七〇條）。蓋以認領爲親屬法上之法律行爲，故與一般之法律行爲，當事人可以任意撤銷者不同。但其認領倘係出於詐欺脅迫時，則認領者仍得撤銷，但其撤銷須以訴爲之耳（民訴法五八五條參照）。若心神喪失中之認領，因其意思之欠缺，其認領當然無效，亦得提起認領無效之訴也（民訴法五八五條參照）。

第三 強制認領

非婚生子女之認領，通常固出於其生父之任意，但因有利害關係，不欲認領者，自亦爲事實上之所恆有。於此種場合，立法例有許非婚生子女或其生母得請求其生父認領者。是謂之強制認領，亦曰『父之搜索』（La recherche de la paternité）。父之搜索之法制，實濫觴於寺院法，而中世之法國法，繼承寺院法，對於父之搜索，極爲自由容易。其舉證之方法，極爲簡單，即一任生母之陳述是也。故當時有法諺曰：『懷胎之處女可信』，在法國革命以後，私生子之地位雖經提高，但強制認領之規定，則反廢止。至法國民法公布，雖允許私生子爲『母之搜索』（La recherche de la maternité），而父之搜索，則爲法之所禁（法民法三四〇條，三四一條參照）。其他與法國民法出於同一系統之荷蘭、意大利、希臘、比利時、摩樂哥，亦與法國民法設有同樣之規定。但既許可爲母之搜索，則父之搜索亦當然有允許之必要。故摩樂哥（一九〇七年）比利時（一九〇八年）先後許可父之搜索，法國亦於一九一二年十一月十六日以法律改正民法第三百四十條之規定，允許爲父之搜索焉。此外，多數之立法例，如德、奧、瑞士、英、美、日本諸國，則皆承認爲父之搜索者也。

於立法論上，對於強制認領，持反對論者，頗不乏人。有自倫理上立論，謂父子關係不似母子關係，得依

自然事實而爲直接證明，則無正確之證明，而認定其爲父之身分，於法理實屬未當者。有就社會政策上立論，謂禁止父之搜索，則可以尊重婚姻，防止苟合，以保全一家之秩序和平，維持社會之善良風俗者。雖然，此種理由，實皆未當，何則？蓋父子關係之直接證明，原屬絕對不能，此不特非婚生子女如是，即婚生子女，亦何嘗不爾；若許可爲間接之證明，雖屬困難，要非絕對不能，自不足持爲禁止強制承認之理由。若就社會政策而言，則就法國禁止強制承認時期之史實證之，私生子之出生率且因此日形增多，而墮胎棄兒，殺死嬰兒等犯罪行爲，以及不良少年犯罪者，亦皆有加無已，足徵禁止強制認領，不能制止婦女之苟且行爲。反之，此種制度且可保護男子之放縱，使其無後顧之憂，得充分發揮其獸行焉。由此觀之，自以承認強制認領之立法主義爲正當也。（註七）茲分述我民法之規定如左：

（一）強制認領請求權之所屬

強制認領請求權之所屬，各國民法之規定，頗不一致。如瑞士民法規定爲：（1）非婚生子女之母，（2）監護人及（3）已滿十四歲之非婚生子女（瑞民法三〇七條參照）。日民法規定爲：（1）非婚生子女自身；（2）非婚生子女死亡時其直系卑親屬；（3）法定代理人（日民法八三五條參照）。依我國民法規定，則僅非婚生子女之生母及其法定代理人，有此強制認領之權（一〇六七條一項）。而非婚生子女之本人，反無之。蓋因我民法對於請求權之行使期間，規定極暫，子女出生後五年間不行使，即行消滅（同條二項）。斯時非婚生子女，尙屬孩提，自無從請求認領，故不得不以認領請求權，畀諸生母或其他法定代理人也。立法之當否，誠屬疑問。

（二）強制認領請求權之相對人

強制認領請求權之相對人，即認領之訴之被告，爲非婚生子女之生父。且非婚生子女請求認領者，僅能對於生存之父爲之（司法院院字一一二五號解釋）。生父已死時即不得爲認領，蓋因認領之訴，係對於生父請求承認爲其子女之意思表示，非以親子關係之確定爲標的，故只能對於生存者爲之也。然則於其認領以前，生父已死亡者，其子女於法律上即永久不得有父，未免有抱恨終天之憾。瑞民法規定，父已死亡或繼續無識別能力

者，得對父方之祖父請求認領（瑞民法三〇三條參考）。其立法例可供吾人之參考。且徵之吾國社會習慣，亦應設有類似之規定也。

（三）強制認領請求權之發生

各國法律對於強制認領請求權之發生，有取列舉主義者，規定須有何種事實，有請求權人，始得據以請求。若係規定以外之事實，自無請求認領之權利。有取概括主義者，即不為列舉規定，無論何種情形，皆得由請求人請求認領者也。我民法就此採取列舉主義，似不若概括主義之更富於彈力性也。依民法之規定，有下列情形之一者，得請求認領：

- 一、受胎期間生父與生母有同居之事實者。
- 二、由生父所作之文書可證明其為生父者。
- 三、生母為生父強姦或略誘成姦者。
- 四、生母為生父濫用權勢成姦者（一〇六七條）。

（四）強制認領請求權之限制

具備民法第一〇六七條規定要件之一者，非婚生子女之生母或其他法定代理人，固可請求生父之認領。但生母於受胎期間內曾與他人通姦或為放蕩之生活，則不得請求認領（一〇六八條），是為強制認領權之限制。亦所謂「多數同姦者之抗辯」，亦曰「不貞之抗辯」。設民法之特設此種限制，意者或因倘有此種情形，即不得確定其有無父子關係。但民法所以承認強制認領者，原在保護非婚生子女之利益，此種限制，實苦未當。德國民法與我國民法同有類似之規定（德民法一七一七條一項），近亦頗為彼邦學者之非難，僉擬加以修改。有主張凡與生母有關係之男子，皆應作為連帶債務人共同負責者；有謂應由一人扶養之責，但得對於其他之人為償還之請求者。議論紛紜，莫衷一是，尚有待於立法者之修正。蘇聯親屬法則規定，於此種場合，得由法院就與其母有關係之男子中，決定其最適宜扶養之一人，定為扶養義務人（蘇俄一九二六年親屬法三二條），頗適合強

制認領之立法精神，可供吾人之參考。

(五) 強制認領請求權之消滅

強制認領請求權自子女出生後五年間不行使即行消滅（一〇六七條）。此種規定，雖較瑞士民法規定其行使期間爲一年者略長（瑞民法三〇八條）。但爲充分保護非婚生子女本人之利益起見，似以日本之立法例之不設限制者爲更妥善也。

(六) 認領請求權之拋棄

非婚生子女認領請求權不得拋棄，是始爲學者之通說。蓋因認領請求權爲身分上之權利，且若許其拋棄，則非婚生子女之母倘身處貧困窘迫之境，不免爲絕少之金錢，輕易拋棄其請求權，與保護非婚生子女，承認認領請求權之法律精神，顯有不合故也（日本昭和六年十一月十三日及昭和七年四月二十二日大審院民事判例參考）。第學者亦有對於此種通說表示懷疑，謂若一律不許其拋棄，事實上反不足以保護私生子者。例如親子關係是否存在，舉證不無困難，勝訴並無把握，非婚生子女因此反致失其保護，故認爲此種通說，當有考慮之餘地。余以爲此種主張，純就事實立論，固亦不無見地；然就認領請求權之性質而言，似仍以通說爲正當也。

第四 認領之效力

認領之效力即爲其非婚生子女與其生父間發生法律上之親子關係。因此，其子女得基於親子關係，取得身分上財產上之一切權利義務，蓋不待言。

親子關係，始於子女出生之時期，認領云者，不過承認親子關係之存在，更行確定之而已。故認領雖係出生後爲之，而其效力，則溯及於出生時，自屬當然之規定（一〇六九條前段）。然而認領不特於認領者與被認領者間發生效力，即對於第三人，亦有效力。是故認領之效力，溯及出生時，自不無侵害第三人既得權益之虞，不免因之侵害權利享有之確實性，使法律關係，趨於紊亂。是以民法規定，雖以有溯及效爲原則，但第三人已得之權利，不因此而生影響（一〇六九條但書）。

第三項 非婚生子女之準正

第一 總說

準正云者，非婚生子女因其父母之婚姻關係而取得婚生子女之身分者也。婚生子女與非婚生子女之區別，原以其父母間之有無婚姻關係爲斷，但同一父母所生之子女，因其出生前後之偶然的事實，而身分即顯有軒輊，自不得謂爲合理。論者恆謂，準正制度之目的原在補正私通之缺陷，而實則更有獎勵私通之傾向。孰不知縱無此種制度，私通行爲，亦未必因而減少，自不若承認此種制度，俾使私通苟合之男女，得因正當之婚姻，補償其過失，而非婚生子女，亦可因此而脫離其不幸之地位焉。

準正制度，始自羅馬，羅馬法上對於一般之私生子，雖有 *Legitimatio per oblationem curiae* 之制度，即私生子得因充當地方保甲長，視爲適法之子，但所謂準正，則僅對因準婚姻 (*concubinatus*) 而生之子 (*liberi naturales*) 行之而已。準正復有二種：其一爲 *Legitimatio per subsequens matrimonium* 其二爲 *Legitimatio per rescriptum principis*，前者爲因父母之婚姻而準正，康士坦丁大帝 (*Constantine*) 以來，僅對因準婚姻而生之子承認之，因其父子關係極爲明瞭故也。至寺院法及德國普通法則對一切私生子皆承認此種之準正。後者則爲申請皇帝爲嫡出宣告之制度，爲優帝以來所承認者，而此種制度限於其父母之婚姻不可能或父母無嫡子時始得因準婚姻而生之子承認其準正焉。 *Legitimatio per testamentum* 亦爲後者之一種。即父因遺囑認領，且指定爲繼承人時，其子始取得其父死後之準正許可焉。

法國民法則僅承認因婚姻而準正之一種 (*法民法三三一條*)。且非一切私生子皆得準正者。婚姻違反之子——即因姦通而生之子及因近親婚姻而生之子——皆不得承認準正者也。德國民法則承認二種準正，其一爲因父母之婚姻而準正 (*德民法一七一九條*)；其二爲因國家之處分而準正 (*德民法一七二三條*)——一七四〇條及一九三八年四月十二日法律第六項參照)。且一切私生子皆可準正，不似法民法之設有例外。因父母之婚姻而準正者，縱違反父母或其子女之意思，亦當然發生效力，因國家之處分而準正者，則因父

之中請爲之。必須父之配偶同意，其子已達二十一歲時，並須得其母之同意。嫡出宣告原爲國家之恩惠行爲，故屬於關係官廳之裁量事項，雖具備法律上之全部要件，亦得駁斥。因其父母死亡或有重大不治之精神病，或其父母已別爲婚姻等，不能再爲婚姻時，始適用嫡出宣告之準正者也，其管轄官廳依一九三四年五月三十一日之命令第十五條爲地方法院院長。此二種準正之效力，皆在付與其子以婚生子女之地位。不過嫡出宣告之效力僅及於子之卑屬，不及於父之親屬，父之兩親及子之配偶耳。瑞士民法之準正亦有父母婚姻之準正及法官宣告之準正二種。後者爲父母已有婚約而其一方死亡或成爲婚姻無能力不能爲婚姻時，他方或其子得對其住所之地法院申請爲嫡出之宣告。子成年時則須子之同意，子死亡後，子之直系卑親屬亦得申請。因嫡出宣告，私生子及其直系卑親屬對於其父母及其親屬與婚生子女取得同一之地位焉（瑞民法二六〇條——三六三條）。

準正制度既可救濟非婚生子女，且可獎勵不正當結合之男女成立正式之婚姻，故現行法制，類皆承認，即素來反對準正制度之英國，因鑑於社會政策上之必要，亦於一九二六年頒布準正法（The Legitimacy Act）矣。我國舊制，對於私生子女，素極卑視，民國八年，始承認其因父母嗣後之正式婚姻，取得嫡子之身分（前大理院民國八年統字一〇二號解釋參照）。至現行民法則已就準正制度，設有明文之規定矣。

第二 準正之性質

外國法制，準正制度，原有因父母之婚姻而準正，及因國家宣告而準正之二種。而我民法則僅承認因婚姻而準正之一種者也。

依民法之規定，非婚生子女其生父與生母結婚者，視爲婚生子女（一〇六四條）。是故準正以非婚生子女之生父與其生母結婚爲唯一要件。父母何時結婚，結婚以前，曾否另與他人結婚，在所不問。其婚姻無效者，則準正之效力自無發生之餘地，但婚姻被撤銷者，則已經發生之準正之效力並不因而失效。生父與生母結婚後又行離婚者，對於準正效力，更無影響，自不待言。

準正無須當事人之意思表示，亦無庸經過何等程序，苟有其生父生母結婚之事實存在，即當然發生效力。

當事人縱不欲其效力發生，亦復當然發生者也。

第三 準正之效力

非婚生子女因準立而取得婚生子女之身分，是爲準正之當然的效力。申言之，非婚生子女因準正而與婚生子女同，取得爲子之一切權利，並負擔一切義務者也。

第四款 養子女

第一項 總說

第一 養子制度之存在理由

養子制度，起源極古。據人類學者之報告，即在未開化之社會，亦有養子存在，可資證明。考之法制沿革，則號稱世界最古法典之巴比倫王哈姆拉比法典，即有養子之規定。（註八）羅馬法亦承認養子（*Adoptio*）制度，而有家長養子（*adrogatio*）與狹義養子（*tatio in adoptionem* 或 *Adoptio*）及完全養子（*Adoptio plena*）與不完全養子（*Adoptio minus plena*）等項區別。日爾曼古法亦素承認養子制度，而實出於繼承上之目的。蓋日爾曼法不承認遺囑制度。故有使家屬以外之人繼承遺產之必要時，則以爲養子，迎入自己之家屬中。至近世法制，對於養子制度之規定，雖有出入，而殆莫不承認者（德民法一七四一條以下，瑞民法二六四條以下，法民法三四三條以下。）英國素不承認養子制度，但最近亦於一九二六年八月四日頒布新養子法（*The Adoption of Children Act, 1926*）。至俄羅斯於革命前原承認養子制度，因就各種階級設有各種規則。一八九一年並頒佈養子之基本法律，一九〇二年加以修正，成爲各階級共通之養子法。迨革命以後，蘇俄政府，廢止養子制度，而一九二六年乃又使之復活。

依上所述，則養子制度之存在，古今中外，莫不同然。其存在理由，果何在？養子制度之利弊若何，學者之間，主張紛歧，姑不具述。茲請略述蘇俄養子制度之廢與經過。

蘇俄禁止養子之理由，原易索解。蓋蘇俄原欲破壞舊有之家庭制度，基於真實之血統，設定親屬關係，則

承認擬制的血統關係，自與其本來之目的不合。加之，防止依養子之法，迴避勞動法上之限制，固亦爲立法者之一理由。其後之所以使養子制度又形復活者，立法者所持之理由，固基於社會政策之意義，因養子制度可以救濟孤兒及非婚生子女，似純爲子女之利益而存在；而養子制度之存在理由，實則尙不止此。養子制度於社會政策上可以達到救濟孤兒之目的，固不待言。但若純爲子女之利益，則僅可別爲他種之社會設施，何以必使養子制度復活爲哉？養子制度固出於子女之利益，但亦出於養親之利益。其利益，由於經濟上之理由者言之，由於獲得繼嗣之希望者亦有之，但皆寓有滿足父母情愛之希求者也。倘無此種希求，則親子關係即將無從成立。蘇俄之養子制度復活之故，如已明瞭，則養子制度之存在理由，亦可思過半矣。

第二 我國養子制度之沿革

我國古代之社會組織，素以家族制度爲本位，祖先崇拜之風極盛。上營祖宗之祭祀，下傳血統於後嗣，爲子孫職責之所在。而其祭祀也，必盡謹慎恭敬之精誠，致哀恭追敬之至情，始克得精神之感應，有肅蒿悽愴之驗焉。祭祀者必以與廟神血氣相通者爲之。禮記曰：『神不歆非族』。論語曰：『非其鬼而祭之，諂也。』故承繼宗祧者必爲男系之近系血親，無近系血親時，始聽立嗣，但以宗親中之直系卑親屬爲限。唐律及明清律皆申明此義。如現行律規定，無子者應令同宗昭穆相當者承繼。雖係同宗而尊卑失序者，律有明禁。其乞養異姓養子，以亂宗族者，斥爲異姓亂宗，尤非法之所許。（註九）雖然，實際上乞養異姓，蓄爲養子者，則爲史所恆有，如後漢時聽中宮養義子，世襲封爵。五代時，養子之風尤盛，李克用王建之屬，皆喜爲之。明太祖起時，好畜異姓兒，稱爲某令等，史不絕書。蓋一方貧者既困於多子之累，遺棄不顧者甚多，富者適之後胤，遂乞養他人之子女，立爲子嗣。唐代，異姓亂宗之弊，卽已甚盛，故唐律對之，特予禁止。但爲救護棄兒，三歲以下，雖異姓亦聽收養，卽從其姓，但不得以無子遂立爲嗣耳。明清律亦皆因之。

綜上所述，則我國之養子制度，素有立嗣乞養之分。立嗣之目的，原爲繼承宗祧，故非同姓之尊卑相當者不可，且非無子不得立嗣。而乞養則或出於情愛，或爲恤孤，不似立嗣之有各種限制也。現行民法，既已廢止

宗祧繼承，嗣子之名稱，已無存在之餘地。而又別有指定繼承之制度，達到類似之目的，故親屬法上僅就養子女設有若干之規定焉。

第二項 養親子之關係之發生

第一 收養行爲之性質

養親子關係因養親與養子間之收養行爲而發生。收養行爲云者，即養親與養子間以發生養親子關係爲標的要式法律行爲也。茲更分析說明其性質如次：

(一) 收養行爲爲法律行爲

收養行爲者，當事人間有以發生養親子關係爲標的之意思表示，而由法律賦與其效力者也。故爲法律行爲，自無異議。此種法律行爲因當事人間之合意而成立，故爲契約，亦無庸疑。此種契約規定於民法親屬編中，發生親屬法上之效力，故爲親屬法上之契約。

(二) 收養行爲爲要式之法律行爲

收養行爲之目的，在發生親子關係重大身分上之效力，其意思表示是否成立，何時成立，皆須期其明確，故民法規定收養行爲爲要式行爲，與婚姻同。

(三) 收養行爲之當事人須適合法律之規定

通常之法律行爲，其當事人爲誰何，當事人有幾人，皆以不設限制爲原則。然收養行爲既係以發生親子關係爲目的，關係於當事人之身分極鉅，故法律特就當事人設有特別之限制焉。

(四) 收養行爲以發生親子關係爲標的

收養行爲以當事人間發生親子關係爲標的。是以當事人間因收養行爲之成立，遂發生親子關係，即與婚生子女及其兩親取得同樣之身分關係者也。

第二 收養行爲之要件

收養行爲之要件得分爲實質的要件與形式的要件二者說明之。收養行爲之實質的要件有五：

(一)當事人間之合意

收養行爲既爲法律行爲，且爲親屬法上之契約，故收養者與被收養者間，須就收養行爲，皆有意思表示之合致。民法就此雖未設規定，但依契約之通則，自屬當然。當事人間倘已合意，第三人自不得就被收養者關係之親疏遠近妄加干涉。(註一〇)唯收養行爲既爲親屬法上之法律行爲，則關於法律行爲之一的規定，究應如何適用，實屬疑問。唯收養行爲既爲生前行爲，自應由收養者生前自爲之，他人不得於其身後，代爲收養，固無庸疑。(註一一)

(二)收養者之年齡之間隔

收養者與被收養者之間既以發生親子關係爲目的，收養行爲成立後，一爲父母，一爲子女，則年齡相去不遠，自屬不當。故各立法例，對於收養者，年齡間隔，皆設有一定之限制。如德國民法及瑞士民法規定收養者須長於被收養者十八歲以上(德國民法一七四條，瑞士民法二六四條)，法民法則規定爲十五歲以上(法民法三四四條)，英國養子法(一九二六年八月四日)亦規定爲二十一歲以上，而我民法規定收養者須長於被收養者二十歲以上(一〇七三條)。此外各國民法並就養親之最低年齡，設有限制。而其立法理由，則又各有不同。如德國規定收養者須在五十歲以上(德國民法一七四四條)，法國、瑞士規定須在四十歲以上(法民法三四四條，瑞民法二四六條)。蓋以四五十歲以前，尙有產生親子之可能，在四五十歲以後，生殖機能已趨衰微，故許其收養養子也。我民法之承認養子制度，既非以無親生子女之故，自無設此限制之必要。(註一二)此外，則日本民法規定滿二十歲之成年人始能收養養子(日民法八三七條)。此蓋以未成年人意思想力尙未完全，倘使其爲收養行爲，恐多不當，反致引起家庭風波，且未成年收養子女亦無實益故也。我民法雖未設此種限制，但既規定養親須長於養子二十歲以上，則養親自爲成年人，無意思能力不足之虞也。

(三)收養者須與配偶共同爲之

有配偶者收養子女時應與其配偶共同爲之（一〇七四條）。蓋被養者既因收養入於收養者之家，經營共同生活，若許可夫妻各別收養子女，則家庭和平秩序，自難保持。且收養者與被收養者，因收養而發生親子關係，與真實之血親無殊，則夫妻分別收養子女，尤與收養制度之本旨不合。故有配偶者爲收養時必須與其配偶共同一致爲之。既云共同，則他方不同意時，一方不能強行收養，蓋不待言。唯所謂配偶之有無，自就收養之際而論。故收養之時，如爲獨身，其後結婚或其配偶已經死亡，對於收養行爲自無影響。此種規定，原係斟酌我國舊慣而設，與日本民法之規定，同其趣旨（日民法八四一條二項），而與西洋各國之立法例，僅異配偶以同意權者不同也（德民法一七四六條一項，瑞民法二六六條一項）。

（四）被收養者應得其配偶之同意

收養行爲成立，收養者與被收養者間即發生親子關係，於其身分上有重大之影響。故被養者如爲獨身者，固可任其一己之意思爲之。反之，如有配偶時，則應得其配偶之同意（一〇七六條）。蓋以夫爲養子，一被收養固須入收養者之家，即被收養者之妻，因有與夫同居之義務，亦應入收養者之家，共同生活，事先未得配偶之同意，自難期乎家庭生活之圓滿。反之，妻爲養子時，夫固無與其養親同居之義務，但事先未經同意，則事後不滿，在所不免，亦反乎親親之誼。故各國民法多予被收養者之配偶以同意權焉（德民法一七四六條一項，瑞民法二六六條一項）。

（五）一人不得同時爲二人之養子女

養子與養親間之身分關係，雖爲擬制的親子關係，但其法律上之地位，則與自然之親子關係，大致相同。故德、瑞民法皆規定非兩配偶不得共同以一人爲養子（德民法一七四九條一項，瑞民法二六六條二項）。我民法規定，除第一千〇七十四條之規定外，一人不得同時爲二人之養子女（一〇七五條），蓋亦出於同樣之趣旨者也。

具備上述五項要件，即可成立適法之收養關係，其養子與養親是否同姓，自非所問。（註一三）當事人間於收

養前有無親屬關係，亦以不設限制爲原則。唯被收養者如爲收養者之尊親屬，則縱年齡少於收養者二十歲以上，因其違反社會的妥當性，自亦不應許可者也（七十二條參照）。（註一四）

以上所述爲收養之實質的要件。收養行爲關係於當事人之身分財產者，極爲重大，故各國法制皆定爲要式行爲，使其具備形式的要件。唯其形式的要件若何，則各國法制，皆斟酌其地方習慣，而予規定，未盡一致。德國民法規定，收養契約之當事人雙方須同時親身至法院前締結之，不得代理（德民法一七五〇條）。民法規定當事人須同至治安法院推事或公證人前爲收養之意思表示，並作成收養證書，其證書並須經養親住所地之法院認許（民法三六二條）。瑞士民法規定，收養行爲須以公證書爲之，並須得養親住所之管轄官廳之許可，並在出生登記簿登記（瑞民法二六七條）。日本民法規定收養行爲須由當事人雙方及成年之證人二人以上呈報市町村長（日民法八四七條，七七五條）。蘇俄親屬法則規定須由監護保佐局決定之（蘇俄婚姻親屬及監護法五九條）。英國養子法亦規定由養親申請法院決定之。其所以規定，雖皆不同，而其爲要式行爲，則無二致。我國舊慣，立嗣收養，雖皆作成書據，但皆無庸呈報官署，故現行民法就收養行爲，亦僅以作成書面爲形式的要件（一〇七九條前段）。如未以書面爲之，則是法定之方式有未具備，「依民法第七十三條之規定即屬無效，自不能發生收養關係」（最高法院二十九年上字一八一七號判例）。至自幼撫育爲子女者，我民法因其親子關係，業已明確，規定無庸另立書面（同條但書）。何謂自幼撫育，原無一定之標準。依司法院三十一年院字二二三二號解釋，則第一〇七九條但書之所謂幼，係指未滿七歲者而言。

雖然，有須注意者，歐西法制關於收養行爲，不特定爲要式行爲，且多由國家機關，予以積極的干涉與統制。如德國民法收養行爲須經法院之認許，但法院之認許，限於缺乏法定要件，始可拒絕。近時納粹政府則凡當事人間有不能發生適當親子關係之虞時或當事人之發生親子關係不利於養親之家或違反公共利益時，皆得拒絕之（德民法一七五四條之改正規定）。卽由形式的審查進而爲實質的裁量。法國民法則規定由法院審查其是否具備要件，有無正當理由，是否有利於養子，然後聽取檢察官之意見以決定其許可與否（法民法三六三條，三

六四條。)英、瑞、蘇諸國之規定，亦莫不以養子之利益爲前提，且須經國家之許可。考其立法理由，蓋皆恐當事人濫用養子制度，以達其非法之企圖也。我國社會，本有不良習慣，如養女其名，蓄婢其實，而倡優之屬，亦往往以收養子女爲手段，倘不由國家機關，積極加以干涉，其爲弊害，不知將伊於胡底。而法院判例，且不惜爲此輩張目，(註一五)尤屬遺憾。爲尊重我國習慣，收養行爲固不必盡爲養子女之利益，然亦不能長此放任，使奸宄之徒，可以任意摧殘弱小。如何做照歐西法制，使國家機關得爲積極的統制，誠立法上所可注目之問題也。

第三項 養親子關係之效力

養親子關係之效果，有如左述：

(一) 養親子間與婚生子女發生同一之關係

養父母與養子女間之關係，雖爲擬制的親子關係，但自收養行爲成立後，養子女與養父母之關係，與婚生子女同(一〇七七條)。換言之，即自收養之日起，養子女遂取得養父母之婚生子女之身分者也(德民法一七五七條一項，日民法八六〇條)。故自收養之日起，養子與養親之血親間遂與血親發生同一之親屬關係。(註一六)養子與養親間發生繼承權，養子應服從養親之親權，以及結婚之禁止，相互間扶養之權利義務，皆與婚生子女全然相同者也。但法律另有規定者，則屬例外。爲養子女關於財產繼承其應繼分爲婚生子女二分之一，即其一例(一一四二條參照)。(註一七)

(二) 養子女因收養而入養親之家

養子既因收養而與養父母間發生親子關係，則因此而入養親之家，服從其養家之家長權，原屬當然。養子女既入養家，則自應改從養親之姓，原不待言。(註一八)但我國舊律，則僅收養遺棄小兒年在三歲以下者得從其姓(現行律戶役門立嫡子違法條參照)，餘則仍得用其原姓。故民法特設明文，免有異議(一〇七八條)。

養子女既因收養而入養家，與其養親發生親子關係，同時即與其本生父母脫離關係，非俟其收養關係終

止，不得恢復者也（一〇八三條）。（註一亦詳言之，因收養關係之發生，養子女與其本生父母間，以子女之身分所能取得之權利，即因爲他人之養子女而喪失；其因子女之身分所能負擔之義務。亦因爲他人之養子女而消滅（司法院三〇年院字二二二〇號解釋參考）。但關於近親禁止結婚之規定，則仍有其適用，無待明言。至於獨子獨女之爲他人養子者，固爲法所不禁，但在收養關係終止以前，與其本生父母之關係，未能回復，自無所謂兼充（同二一年院字七六一號解釋參考）；且宗祧繼承，業已廢止，兼承兩姓宗祧，雖無禁止明文，但參照第一〇八三條之趣旨仍不生法律上之效力』者也（同二五年一六〇二號參考）。

第四項 養親子關係之終止

第一 總說

婚姻關係原以當事人間之共同生活關係爲目的，當事人一方死亡時，因其目的消滅，婚姻關係亦即因而消滅。故婚姻消滅之原因有自然的及人爲之二種。而收養行爲係以血統連續之擬制爲目的，故於當事人之一方死亡時，其效用愈能發揮，而尤以養親死亡時，其效用最爲顯著。故養親子關係不因自然的事實（當事人一方之死亡）而消滅，僅因於人爲之離異而終止焉。養親子離異，則養親與養子間解除其收養關係之謂，我民法稱之爲收養關係之終止。

收養行爲原以當事人間發生親子關係爲目的。則此種關係原應存續久遠，與自然之親子關係，保持同樣之親愛，始不負當事人之預期。雖然，人事渺茫，原難逆料。養親子間如違預期，情感日惡，而猶強其維繫，不許解除。則小之，關係一身一家之休戚利害；大之，影響及於社會國家之秩序安寧。自不若許其離異，另結良緣，或更適合風俗公益之要求。故法律之許可終止收養關係，蓋亦有其不得已之理由在也。

養親子之離異，亦與離婚同，有出於當事人之合意者，有基於裁判上之宣告者。前者謂爲同意終止，亦曰協議上之離異。後者謂爲判決終止，亦曰裁判上之離異。

第二 同意終止

同意終止云者，因收養者與被收養者之合意終止其收養關係者也。法律承認同意終止之根據，與允許夫妻之兩願離婚，全然相同。蓋養親子間情感既乖，勢難共處，則依同意而合者，自應許其以同意而離也。

同意終止，不問其由於如何之原因，亦不問其由於如何之動議，苟有收養者與被收養者之合意，即可許其離異，但須具備左列之二要件：

(一)當事人之合意

同意終止須有當事人間意思表示之一致；且其意思表示，須無瑕疵，自屬當然。若當事人之雙方或一方不為意思表示，自無從為同意終止。若其意思表示有瑕疵時，自屬無效，或得撤銷。唯同意終止為親屬法上之法律行為，不盡適用法律行為之一般的規定。例如未成年人之意思表示，原須由其法定代理人為之代理，或應得其法定代理人之允許，始得為之（七六條，七七條）。但養子女若係未成年時，則其法定代理人即為其養親，自不能由其代理，或得其允許為之。日民法對此，規定養子未滿十五歲時其離異由其本生父母與養親為之（日民法八六二條二項，八四三條，八四六條）。滿十五歲者，即可由其本人與其養親與同意終止，不過未滿二十五歲，尚須得其本生父母之同意耳（日民法八六三條）。我民法對此，未予規定，而習慣上固亦皆由本生父母與養父母為之者也。

(二)其意思表示須以書面為之

養親子關係之終止，與其身分財產上皆有重大關係，故其意思表示須以書面為之，以昭審慎。故「同意終止之書面，自須由養父母與養子女依民法第三條之規定作成之，始生效力」（最高法院二十八年上字第一七二三號判例參考）。

倘具備以上之二要件，養親子間之收養關係，即行終止。此外，養親死亡後，生存之養子，是否可以離異？立法例有以明文規定，得經家長之同意為之者（日民法八一四二條三項）。我民法對此，未予規定，解釋上自不許可以養子女一方之意思，終止收養關係也。

第三 判決終止

判決終止云者，於有法律所規定之原因時，當事人一方對他方提起離異之訴，因法院之判決而終止收養關係者也。蓋當事人間合意成立，得為同意終止時，則當事人一方自無請求判決終止之必要。倘當事人一方心欲離異，他方堅不同意時，成立同意終止，既不可能，始有請求判決離異之必要。判決終止原出於不得已之場合，故法律亦與判決離婚，同就判決離異原因特予限定焉。

我民法規定，判決終止原因，有下列之六種（一〇八一條）：

（一）對於他方為虐待或重大侮辱時

養親子間雖為擬制之親子關係，但究為情感之結合，為養親子之一方對他方為虐待或重大侮辱時，則相互之親愛，勢已無從保持，自應許其終止。判決離婚之原因，須為不堪同居之虐待（一〇五條三款），而判決終止之原因，則不以達於不堪同居程度為必要。無論何種虐待，皆構成離異原因，蓋以親子不似夫妻有同居之義務故也。如何謂為虐待及重大侮辱，為事實問題。如「強要養女從事藝妓或為金錢破其節操」（日本明治三十八年十一月二日大審院民事判例）「當眾直斥其養母為瞎子」（同昭和二年四月二十日判例）「養父對於養女強迫其為性交」（同昭和七年二月十二日判例）「養子無故將其養母鎖在門內一日」（最高法院二十九年上字第二〇二七號判例）皆其實例也。

（二）惡意遺棄他方時

惡意遺棄，構成判決之離婚原因，同時復構成判決離異之原因。唯離婚時所謂遺棄，蓋謂同居義務之違反，而此則為扶養義務之不履行也。

（三）養子女被處二年以上徒刑時

養子女被處二年以上徒刑時，則養父母之名譽，既因而毀損，同時，自更感精神上之痛苦，故特許其有離異之權。唯養父母之犯罪，對於養子女之名譽精神，自亦有重大之影響，而不許其離異，似不得謂為公平

(反對立法例日民法八六六條四款參照)，意者其包含於第六款其他重大事由之中，得由法院裁量決定之邪？

(四) 養子女有浪費財產之情事時

茲所謂財產者，蓋謂收養者之家產，不包含養子女之特有財產在內者也。子女既浪費家產，揮霍無度，則養父母舉家生活，勢將限於窘迫，故許可養親請求終止其收養關係焉。

(五) 養子女生死不明已逾三年時

收養行為原以發生親子關係為目的。養子女生死不明，已逾三年，則預期之目的，自難達到，故許養親請求離異焉。

(六) 有其他重大事由時

民法對於判決離婚之原因，雖採限制的列舉主義；而於判決終止之原因，則採例示的列舉主義。凡有列舉以外之重大事由，皆可為請求終止之原因。至如何始得謂為重大事由，自應由法院自由酌量決定之。例如養子意圖養父受刑事處分，而為虛偽之告訴經檢察官為不起訴之處分後，復聲請再議，即可謂為重大事由也（最高法院二十八年上字八四三號判例參考）。

凡具有法定判決終止原因之一者，當事人之一方即得對他人提起離異之訴。此種訴訟係養父母養子女於生前以消滅收養關係為目的之訴訟，故為形成之訴。蓋以從來有效存續之收養關係因判決遂向將來消滅故也。離異之訴專屬於養父母之住所地之第一審法院，或其死亡時住所地之第一審法院（民法五七九條）。養子女雖不能獨立以法律行為負義務者，亦有訴訟能力（民法五八〇條）。但受訴法院之審判長得選任律師為其訴訟代理人，於認為必要時，並得依職權為之選任（民訴法五八一條一項）。

養父母與養子女於收養期間，經營共同生活，互相扶倚，一旦經法院判決，終止其收養關係，則當事人間，自不免有因之陷於生活困難者，民法於社會政策之立場，特許無過失之一方得請求他方給與相當之金額（一〇八二條）。唯生活之是否困難，給與金額如何始為相當，自不外由法院依據具體的情形，斟酌決定之

也。(註二〇)

第四 終止之效力

收養關係終止之效力即在使因收養行為而生之一切關係皆向將來而消滅者也。申言之，即養子與養親及其血親間之親屬關係，因離異而消滅，因收養而生之親子間之權利義務，亦因離異而消滅者也。同時，養子女自收養關係終止時起，回復其本姓，並回復其與本生父母之關係（一〇八三條）。回復云者，即非因此而從新取得其姓及其與本生父母之關係，乃與其未經收養前，位於同一身分關係者也。養子女自收養終止時，雖不經任何程序當然回復其本來之身分關係，但第三人已取得之權利，不因此而受影響（一〇八三條但書）。

第五款 指定繼承人

第一 總說

我國民法，關於繼承制度，僅承認有遺產繼承一種；而繼承人之繼承權，則又以法定繼承為原則。唯我國原為宗法社會，所謂「不孝有三，無後為大」，自古奉為明訓，迄今深入人心，猶未少改。一似人而無後，上不足以對祖宗之先靈，下無以慰身後之寂寞。暮年無子，必以擬制之方法，獲得後嗣，以免若放氏之鬼諛耳。故在我國固有法制，向有立嗣制度。現行民法因否認宗祧繼承，嗣子制度，遂失其法律上之根據。然為顧全社會習俗及滿足個人有後之慾望，於法定繼承人而外，復承認有指定繼承人。即於被繼承人無直系血親卑親屬時，於不侵害特留分之範圍內，就其遺產之全部或一部，得以遺囑指定其繼承人（一一四三條）。被指定人與被繼承人間亦與婚生子女之關係相同（一〇七一條）。指定繼承人制度，在西洋法制，由來已久。羅馬法中已認為普通繼承方式，日爾曼法上，亦有類似制度。近代各國法制，亦莫不予以承認（法民法九六七條，德民法二〇八七條以下，瑞民法四八三條，日民法九七七條以下參考）。我民法之規定，蓋即模倣外來之法制，以存固有立嗣制度之實者也。

指定繼承人之存在理由，約如上述。然其法律的構成，實與收養及立嗣，各有不同。茲略予比較說明於

次：

(一) 指定繼承人與收養行爲

指定繼承與收養行爲同爲擬制之親子關係，與婚生子女，發生同樣效果。故學者有稱之爲遺囑收養或準收養者。(註二)然收養爲收養者之生前行爲，且爲當事人間之契約，故應有被收養者之承諾，始因當事人間之合意而有效成立。反之，指定繼承人則以遺囑爲之，故爲死後行爲，且爲單獨行爲，無庸被指定人之承諾。指定繼承之效力，因繼承開始當然發生，不過指定繼承人亦得爲承認或拋棄而已。指定繼承既由被繼承人以遺囑爲之，故亦得以遺囑撤回之，與終止收養之須雙方同意者不同。

(二) 指定繼承人與立嗣制度

指定繼承在我民法上原用以代替固有之立嗣制度，則二者之間，自多類似之點。然立嗣制度原以宗祧繼承爲前提，故爲男系一人繼承之制，且其立嗣，限於同宗男子，並有一定之順序，如清律立嫡子違法條例規定：「須令同宗昭穆相當之姪承繼，儘先同父周親，次及大功小功總麻，如具無方許擇令遠房及同姓爲嗣」。現行法之指定繼承，自不受此等限制。倘合於法律規定，可以任意指定，非他人所得妄加干涉。又，立嗣得以生前行爲爲之；並得依遺囑之方式爲之；更可於本人死後由他人代爲立嗣。而指定繼承則限於本人以遺囑爲之也。

次之，立嗣制度以宗祧繼承爲前提，而宗祧繼承又爲現行民法所不承認，則在現行法制，所謂嗣子自無存存之餘地。但「意思表示之解釋，原應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句」(九十八條)，然則生前立嗣者，應解爲收養行爲；以遺囑指定立嗣子者，應解爲指定繼承人，使之有效。第於被繼承人死後，他人自不得代其指定立嗣子也。(註三)

第二 指定繼承人之要件

指定繼承人，依民法第一一四三條之規定，須具備以下之各要件：

(一) 須被繼承人無直系血親卑親屬

指定繼承之目的，在使被指定人與被繼承人發生法定血親之效果，故限於被繼承人無直系血親卑親屬時，始得爲指定。是以被繼承人如已有直系血親卑親屬時，不同其爲自然血親，或法定血親；男性或女性；其指定皆不生效力。此與立嗣制度已有女或外孫，仍可立嗣者不同。

(二) 須於不侵害特留分之範圍內

特留分之規定原爲強行法規，當事人不得任意左右，自屬當然。故被繼承人指定繼承人須不違反特留分之規定。至其指定違反特留分之規定時，究有如何效果？當讓諸繼承法之著述，茲不多贅（一二二五條及第七一條下段但書）。

(三) 須以遺囑指定

指定繼承人不止爲財產之繼承人，且與被繼承人發生一定之身分關係，故其指定，必須依遺囑之方式爲之，以確保當事人之真意。指定繼承人既須以遺囑爲之，故被繼承人死後，他人自不得代爲指定。即被繼承人之配偶，固能自行指定繼承人，亦不得代被繼承人指定也（註二三）。

指定繼承人之要件，民法所明文規定者，固止有以上三者。故指定繼承人是否被繼承人之親屬，性別若何，皆非若問。然指定繼承人既與被繼承人發生法定血親關係，則依社會的妥當性而言，親屬中之輩分不相當者，應解爲不得指定爲繼承人。前述司法院之親屬收養禁止範圍之解釋，於此似亦可類推適用也（司法院院字第七六一號解釋參照）。

第三 指定繼承人之效果

指定繼承人與被繼承人之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。此爲民法第一〇七一條所明定。故指定繼承人不僅因遺囑之規定有繼承遺產之權利，且與被繼承人發生法定之血親關係。指定繼承係依遺囑之方式爲之，因被繼承人之死亡而發生效力，是其關係發生時，已在被繼承人之身後，與被繼承人自不獲現實共同生

活之可能；然在法律觀念上，仍視爲法定血親關係。且與被繼承人生存之親屬（如其生存配偶、父母、兄弟等），亦從而發生法定血親關係，可以享有一定之權利，負擔一定之義務。關於近親結婚之限制，亦將有其適用，自不待言。指定繼承人如因此以永久共同生活爲目的而入於被繼承人之家時，則與其家屬發生家屬關係，亦無庸疑。至其遺產繼承關係，則當讓諸繼承法詳爲說明，茲不多贅。

第三節 親子關係之效果

第一款 總說

父母子女間之關係，雖有自然之親子關係及擬制之親子關係之分，民法上關於親子關係之效果，則除少數例外的規定，大體皆付與共通的效力焉。

親子關係之效果，原有種種。例如親子間有繼承財產之權利（一一三八條），親子間有扶養之權利義務（一一一四條）等等。凡此皆散見於各處之說明。而於此種種親子關係效果外，更有親子間所生之最大之效力，卽所謂親權是已。本節所謂親子關係之效果，蓋卽欲就親權詳加說明者也。

第二款 親權之概念

第一 親權之意義

親權云者，父母對於其家中之子女以監督保護其身體財產爲內容之權利義務之集合也。是故親權之性質，最值注意者，卽其同時爲權利，復爲義務是也。民法第一千零八十四條之規定：『父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務』。學者對此，恆解爲未成年之子女，尙未達於成立，必須畀父母以保護教養之權利，責父母以保護教養之義務，而後子女之利益可保者。此於法文之解釋，固無不當。第就親權之本質而論，則勿寧謂親權之本身，既爲權利，復爲義務，或更適切。申言之，則親權實爲行義務之權利，行權利之義務也。權利而爲義務，義務而爲權利，就今日之法律思想而言，原爲權利義務一般的性質，如德國魏瑪憲法所規定：

『所有權利同義務』。蓋即明申此旨，而親權其尤著者也。蓋父母對於子女之保護收養，原為精神上及物質上之負擔，對於為父母者，實為愉快之負擔，內心欲盡上義務。排斥他人之妨害，以遂行其義務之權利，即親權是已。子女之保護收養，原非直接由父母之利益，而實直接基於子女之利益，良以子女之監護教育，原由父母任之為最適當也。雖然子女云者，固一面為父母之子女，但同時復為未來之國民，此等未來國民之發育如何，實與國家前途，有重大利害關係。故國家對於親權自不得不加以若干之限制、干涉及援助焉。

第二 親權人

親權為父母對於子女之權利義務，雖如上述，然非一切之父母對於一切之子女，皆為親權人者也。親權關係之存在，蓋限於同在一家之父母子女者也。例如本生父母對於出嫁之女或由他人收養之子女，皆不能復有親權。

親權不必父母雙方同時為之。古代法制，親權即為父權，專屬於父。其後因親權之觀念，由父母本位，而趨向子女本位，以子女之利益為中心，於是母之親權，遂經承認。但如德、日民法皆以父為第一次親權人，而以母為第二次親權人（德民法一六二七條，一六八四條，一六八五條，日民法八七七條）。此種規定，於人情實際，皆有未合。蓋愛護子女之情，原不因父母而有差別，子女所須之保護，亦不因父母而有異同，且在最須親權保護之幼兒，與其母之關係，或更較其父為密接，未可知也。是以瑞士民法規定『婚姻繼續中，父母共同行使親權』之旨（瑞民法二七四條一項）洵屬最新立法。但『父母之意見不一致時，則仍從父之意思』（瑞民法二七四條二項）。是猶不脫舊日之窠臼者也。我民法之規定『對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之』（一〇八九條）。蓋即純做瑞士立法例者。（註二）蘇俄法典規定，亦以由父母共同行使為原則，父母之意見不一致時，則應由專司監護之機關決定之（蘇俄一九二七年法典三九條）。唯蘇俄法上，夫妻原不以同棲為必要，兩親別居時，則子之教養監護由兩親

協議定之，協議不能時，則依訴訟程序，以裁判決定之（同法典四〇條）。我國民法上夫妻互負同居之義務，此種問題，自不多見。而前者之規定，則不失為足資參考之立法例也。

第三 服從親權人

服從親權人須同在一家之未成年子女。蓋親子關係雖於親子生存期間，無時或失，而民法上之親權，則純不外乎子女之養育監護關係。成年人已無保護教養之必要，故民法規定，親權只對於未成年子女有之也。

第三款 親權之內容

第一項 關於子女身體上之權利義務

第一 保護教養之權利義務

父母對於子女有保護及教養之權利義務（一〇八四條）。保護者監督子女心身之發達以防衛有危害及不利益發生之謂；教養者教導養育，企圖其心身發育完成之謂也。換言之，則保護為以子女心身發達為目的之消極的行為，而教養則係以子女之心身發達為目的之積極的行為。二者固互為表裏，相輔而行者也。其保護教養之程度方法以適應其親權人身分資力之方法為之，且以此為已足。第現行民法既以男女平等為原則，則就服從親權人之性別，自不應更有差別之待遇。最高法院曾就女子教育費，著有判例，可供參考。（註二五）

與子女之保護教養最有關係之問題，厥惟子女之請求返還權（德民法一六三二條參考）。即親權人於實際行使其保護教養時如有人違反親權人之意思抑留其子女者，得對之請求返還。此種實例徵之於德國判例，最常發生者，為子女之父對子女之母方祖父母或其母請求返還。即妻與夫別居時，其子女亦隨至母家，夫可對其岳父母請求返還。於此種場合，子女之外祖父母交出子女時固可請求返還扶養費及其所支出之其他費用，但不得主張留置權者也。親權人固有子女之返還請求權，但如親權人行為不檢，其請求權之行使純出於利己之非法企圖（如意在虐使其子女或出賣使為賤業），則為親權之濫用，自非法之所許（日本大正十二年十一月二十九日大審院民事判例參照）。幼兒返還請求權是否亦可強制執行？對此問題，因與夫妻同居請求權皆為非財產的行

爲，故學者之間頗有爭議。近時學者因尊重人格意思之自由，已由肯定說趨向否定說。但我國強制執行法則就夫妻同居之判決，不許爲強制執行；反之，交出子女之判決，則得用直接強制之方法爲之者也（強制執行法一二八條三項參照）。

第二 懲戒權

父母得於必要範圍內，懲戒其子女（一〇八五條）。民法上對於此種之懲戒權，雖未規定爲未成年之子女，但懲戒云者，原不過保護教養之手段，懲戒本身，自非目的之所在，固與保護教養權同爲未成年子女而設，蓋無庸疑。教養子女之際，最感困難者，厥維子女頑冥，不遵教誨。親權云者，勢將徒擁虛名，毫無實益。於此種場合，遂有懲戒之必要。然所以許其懲戒子女者，原在匡正子女之非行，期冀其改過遷善而已。而世間往往有毆打拷責，屏絕衣食，以懲戒其子女者，自屬權利之濫用，故民法特以明文規定，限於必要範圍內焉。至何謂必要範圍，自屬於事實問題，應依子女之年齡、體質、性格等具體的情形決定之。

第三 同一住所之義務

父母對於未成年子女既有保護教養之權利義務，則爲保護教養上之便宜起見，未成年子女應以其父母之住所爲住所，自屬當然。且依民法規定，無行為能力人及限制行為能力人，以法定代理人之住所爲住所（二一條）。而父母又爲其未成年子女之法定代理人（一〇八六條），則未成年人之住所，似無規定之必要。但依民法第一〇〇二條規定，妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所。故立法者就未成年子女之住所，亦特予分別規定，未成年之子女以其父之住所爲住所，贅夫之子女以其母之住所爲住所（一〇六〇條），以免爭議。實則夫妻互負同居之義務，第一〇〇二條復就夫妻之住所，設有明文，則未成年子女之住所，縱不另予規定，亦不致發生疑義也。

第四 從姓之義務

子女從父姓，贅夫之子女從母姓。但另有約定，從其約定（一〇五九條）。子女因父爲贅夫而從母姓時，

該子女與其父之血親間之血親關係，並不因從母姓而受影響，固不待言。(註二六)

第二項 關於子女財產之權利義務

第一 財產管理權

古代羅馬法，家子之地位，原與奴隸相等，於家父生存期間，毫無積極取得財產之能力。家子所取得之財產，皆為家父所得，屬於家父之所有。其後子之財產能力，漸行擴張。最初，子為士兵，從軍所得之財產為戰陣特有財產 (*peculium castrense*)，其後從事公務及因皇帝恩惠而得之財產，認為戰陣特有財產 (*peculium quasi castrense*)。至優帝時，則子由其母之親屬或他人無償繼承之財產，為子之外來特有財產 (*peculium adventitium*)。子之此種特有財產，所有權雖屬於家子，但管理用益之權，則仍屬諸家父，家子死後，當然屬於家之所有，不得任意遺贈，家子固尚未有完全之權利也。但第三人出捐之際，得排除父之管理用益權，於此遂有所謂不規則外來特有財產，為對於家子更有利之例外。蓋因子於公私方面，活動之天地，漸行擴大，故子之取得獨立財產機會，乃愈行增加焉。現代立法例，既承繼後期羅馬法之制度，復採用日爾曼之古法，莫不承認子之財產者，父母之管理子女財產，殆純係基於子之利益而為之保護行為，與其謂為權利，毋寧謂為義務之為愈也。

我國古時，家產係屬於家長之所有，非家屬所得私有。禮記內則云：『子婦無私貨，無私蓄，不敢私假，不敢私與。』朱子家禮云：『凡為子為婦者毋得蓄私財。俸祿由宅所入，悉歸之於父母舅姑。當用則請而用之，』即其確證。舊律就直系尊親屬而在別籍異財及卑幼私種用財者，均有明刑。但現行民法，因社會情事之變遷，子無私蓄之觀念，已不適用。故依照各國立法例，規定未成年子女因繼承贈與或其他無償取得之財產為其特有財產(一〇八七條)。此外，因勞力或其他有償取得之財產，則仍奉歸父母，以維持全家之共同生活(瑞民法二九五條參照)。(註二七)

依上所述，未成年子女，既得有其特有財產，唯未成年智慮未周，自尚無管理之能力。故為子女之利益

起見，遂許與父母以管理之權利義務。依民法規定，子女之特有財產，以由父管理為原則，父不能管理時，始由母管理（一〇八八條）。是蓋鑑於男女兩性間之特性而設之規定。外國立法例對此，亦不一致。瑞士民法規定，由其父母共同管理（瑞民法二九一條）；德民法規定，以由父管理為原則，例外母始有管理之權利義務者也（德民法一六二七條以下，一六八四條以下）。我民法規定之旨趣，與德民法之規定，略相近似。是以未成年子女於父死以後，其財產當然由母管理，毋庸另行設置財產管理人，自不待言。（註二八）

次之，父母對於子之特有財產是否有使用收益及處分之權能，立法例亦不一致（瑞民法二九二條以下，德民法一六三八條以下，日民法八八六條以下）。我民法則規定，父母對於子女之特有財產有使用收益之權，但其處分權利僅限於為子女利益之範圍，始得為之者也（一〇八八條二項）。蓋以對於子女財產之運用，每有濫用親權之虞，不得不特於警戒也。

第二 法定代理權

依民法規定，未滿七歲之未成年人無行為能力，滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力（十三條）。無行為能力由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許（七六條，七七條）。對於未成年人就人情而論，自以其父母為其法定代理人，為最適當。故我國民法亦做各國立法例，規定父母為其未成年子女之法定代理人（一〇八六條）。良以親子之情，由於天性，以父母為其法定代理人，自可充分保護子女之利益也。（註二九）唯法定代理人原以財產上之行為為原則，身分上之法律行為，則非法律特別規定，蓋不許代理者也（日民法八四三條，八四五條參照）。

第四款 親權之消滅

親權因其要素之消滅而消滅，親權消滅之原因，約有左列之數種：

（一）親權人或服從親權人之死亡。

（二）親權人與服從親權人已不同在一家，例如子女為他人收養，女之出嫁。

(三)子女之成年或結婚。

(四)親權人不能行使親權時。親權人之不能行使親權，有爲事實上之不能者，有爲法律上之不能者。前者例如一〇八九條之規定，後者則爲親權停止之宣告。

親權停止之宣告云者，法院宣告停止其親權全部或一部者也。親權制度，原基於子女之利益而設，若親權人之行使親權，反有害於子女之利益，自應停止其親權。蓋父母之於子女，愛護入微，固屬恆，但濫用其對於子女之權利者，亦復不少。於父母濫用其親權之場合，其最近尊親屬(註三〇)或親屬會議得糾正之。糾正無效時得請求法院宣告停止其權利之全部或一部(一〇九〇條)。親權全部停止時，則全部消滅；一部停止者，則僅其一部消滅，未經停止之權利，固猶存在。例如父因管理不當有危及子女財產之虞時，得請求法院停止其財產管理權，其他之親權，並不因而消滅。(註三一)

權利之拋棄，原則上屬於權利人之自由。權利人拋棄其權利時，其權利即因拋棄而消滅。然權利之性質，亦有不得拋棄者，親權人之親權，即屬此類。蓋因親權之本身，既爲權利，復爲義務，既如前述。則親權之享有，實基於子女之利益，故不得許其自由拋棄也。最高法院就此，著有判例，可供參考。(註三二)

(註一)司法院二五年一四二六號解釋：「否認權既已專屬於夫，自不得由妻提起否認之訴。」
(註二)司法院二五年一四二六號解釋：亦同趣旨。云：「妻在婚姻關係存續中而未與其夫同居時受胎所生之子女，如其夫未於知悉子女出生之日起一年內，提起否認之訴，即應依民法第一〇六三條第一項規定，推定爲婚生子女。」

(註三)最高法院二十三年上字三四七三號判例：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，民法第一千零六十三條第一項推定其所生子女爲婚生子女。受此推定之子女，惟受胎期間內未與妻同居之夫得依同條第二項之規定以訴否認之。如夫未提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決，則該子女在法律上不能不認爲夫之婚生子女，無論何人皆不得爲反對之主張。」

(註四)依舊律之規定，庶子之地位雖視嫡子懸殊，但與嫡子有平等之財產繼承權，其例外亦有繼承宗祧之機會。若姦生子則絕對無宗祧繼承權，且於父母之遺產，僅得依子量與半分者也。現行律戶役早幼私擅用財條例參考。

(註五)司法院二十一年院字七三五解釋：「妾雖爲現行法所不規定，唯妾與家長，既以永久共同生活爲目的而同居一家，依民法第一一三條第三項，應視爲家屬。則其遺腹子，即受胎在妾與家長關係存續中者，應視爲與生父撫育者同。」

(註六)最高法院十九年上字第三二〇號判例：「典妻不爲正式結婚，其所生子，雖不能與婚生子同論；而既由其父撫育成入，即應視爲認領。而其親子關係，即早已確定」。

(註七)高井博士選解親屬論文「繼養博士之父之搜索」論文參照。

(註八)早稻田法學第一卷選解博士「哈爾濱民法」之研究參照。

(註九)現行律戶役門立嫡子遺法條參照。

(註一〇)最高法院二十二年上字第一七三四號判例：「民法並無宗祧繼承之規定，惟許收養他人子女爲子女。此種收養關係，自可由收養人一方，與被收養人之一方，依法爲之，無他人干涉之餘地」。

(註一一)司法院九〇七號解釋：「收養子女應由收養者自爲之，親屬及配偶，不得於其身後代爲收養，但其配偶得自爲收養」。

最高法院二十六年上字第四八六號判例：「收養他人之子女爲子女，惟本人始得爲之。若其人業已死亡，則不得由其配偶爲之收養。故夫死亡後，由妻爲之收養者，不能認爲夫之養子女」。

(註一二)司法院二十二年上字九〇七號解釋：「本有親生子女者，得收養他人之子女爲養子女，但將來遺產之繼承，依民法第一一四二條第二項規定，養子女之繼承分爲婚生子女之二分之一」。

(註一三)最高法院二十六年上字四九五號判例：「收養他人之子女爲子女，依民法第一千零七十二條以下之規定，並無收養者與被收養者必須同宗之限制。收養者雖爲子女，而其收養異姓他人爲子女，不收養同宗之人，自非收養者之姪輩所得干涉」。

(註一四)司法院二十一年上字七六一號解釋：「旁系血親在八等親以內，旁系姻親在五親等以內，輩分不相當者自不得爲養子女」。

(註一五)最高法院二十二年上字第三二〇號判例：「鴉母對於所蓄之妓女，雖不能即謂有養親養女關係，而養親若以養女爲娼妓，其養女不反對者，亦不遽謂其有親女之關係，因而終止」。

(註一六)養子與養親之親屬，是否發生親屬關係？各國立法例不同。德民法一七六三條規定收養之效力不及於養父母之親屬；反之日民法七七條則規定與血親發生同一親屬關係。我民法未設明文，學者間則與日本民法取同一解釋。徵之社會習慣，似亦宜同。然司法院二十五年院字一四四二號解釋則謂「民法第一〇七七條所謂養子女與婚生子女同者，僅就養子女與父母間之關係而設之規定。」是否允洽，不無疑問。

(註一七)最高法院二十二年上字第五五號判例：「收養者與姓不同者，係以當時法律，不認收養對姓之子，與養父母間有親子關係。自民法施行後，依該法第一〇七七條之規定，養子與養父母之關係，法律另有規定外，與婚生子同。婚生子既應入譜，法律上視同婚生子之養子，自不得更援前說，拒絕入譜。惟養子法律上之地位，另有規定時，亦與婚生子全然同一。故養子入譜，應依其譜例之本旨，表明養子字樣，以別於真正之婚生子」。

(註一八)司法院二十五年一六〇二號解釋：「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，其本姓只認爲名字之一部，而不得視爲複姓。」

〔註一九〕最高法院二十年上字第一三〇五號判例：「養子與養親之關係，以有收養關係爲前提。在收養關係未經廢止以前，則對於養子之權利義務，當然應由養父履行使或負擔，而無其本生父母置喙之餘地。」

〔註二〇〕最高法院二十年上字第二三八號判例：「民法第一千零八十二條所謂無遺失之一方者，係指養父母或養子女之本身而言，若養子女之配偶及其子女，並不包含在內。」

〔註二一〕余榮昌先生民法學說第五頁參照。

〔註二二〕司法院院字第七八號解釋謂：「民法既不採用宗祧繼承，故繼承開始在親屬繼承後者，即不生立嗣問題」。其解釋原極正當。最高法院亦有類似判例，然最高法院二十二年上字第一八七三號判例：「現行民法關於宗祧繼承無規定，但選立嗣子，原屬當事人之自由，亦未加以禁止。故繼承開始在民法繼承人無直系血親卑親屬，或因被繼承人之遺囑，或由其親屬個人，或多數之意見，仍依舊慣例爲立嗣子，其立嗣獨之當事人間，苟已互相表示意思一致，依契約自由之原則，不得謂其契約爲不成立。惟關於遺產之繼承，除嗣子係在民法繼承編施行前爲被繼承人人生前所立，依民法繼承編施行法之規定，得與民法繼承編所定之婚生子女之繼承遺產，同其順序，及應繼分外，倘被繼承人未以遺囑指定其爲財產全部或一部之繼承人，該嗣子即不得援民法繼承編施行前之慣例，爲應繼承遺產之主張」。仍承認嗣子之存在，民法學者，亦有類似見解，鄭其森未敢苟同也。

〔註二三〕司法院院字二二九年九〇七號解釋：「無直系血親卑親屬之人，生前未以遺囑指定繼承人，其親族及配偶不得於其身後代爲指定」。

〔註二四〕最高法院二十年上字第四〇五號判例：「未成年之子於父亡之後，於法應由其母行使親權。」自屬當然。即母於父死之後，再婚者，亦然。最高法院二十三年抗字一七一號判例：「父死亡而母再婚者，與母死亡而父再婚者無異。母再婚時，對於未成年子女之權利義務，並非當然不能行使負擔」。

〔註二五〕最高法院二十年上字一二三號判例：「關於女子教育費之給付，應與男子受同等之待遇」。

〔註二六〕最高法院二十年上字一七一號判例：「子女因父爲贅夫從母姓時，父之直系血親卑親屬仍不失爲已身從出之血親。父之旁系血親，仍不失爲與已身出於同宗之血親。是該子女與其父之血親間之血親關係，並不因該母姓而受影響」。

〔註二七〕最高法院十九年上字第六七號判例：「子孫自以勞力或其法律關係所得私財，非已奉歸於父母者，自可認爲子孫所私有」。

〔註二八〕最高法院十九年上字第一九一號判例：「孤子未成年時，其財產當由行親權之母爲管理。除其母有不能行使親權或品行不檢，與管理失當而危及其子財產之情形，應另爲指定監護人外，依通常原則，自無指定監護管理人」。

〔註二九〕最高法院二十八年上字一六九八號判例：「母於父死亡後，招贅他人爲夫時，其爲未成年子女法定代理人之資格，並不因此喪失」。

〔註三〇〕司法院院字一三九八號解釋：「民法第一〇九〇條所稱，其最近尊親屬之其字，係指父母本身而言，且僅稱最近尊親

屬，則凡父母之最近尊親屬，自均包括在內，不以直系爲限，故父母濫用權利時，現尙存在之尊親屬最近者，均得依該條規定糾正。」

（註三）最高法院二十年上字第一九七四號判例：「父母濫用其對子女之權利（卽有危及其子女財產情形），如經其尊親屬或親屬會議糾正無效者，卽在民法親屬編施行以前，而依從前慣例，法院亦得依最近親屬之請求，宣告喪失其管理之權利。則其父母苟有品行不檢，顯不足勝管理財產之任，縱加糾正，亦必難望有效者，法院亦自得本於上述旨趣，不認其有管理之權利。」

最高法院二十年上字九五四號判例：「行親權之母，爲其未成年之子管理財產，苟有失當之嫌，可認爲利益相反，不能行使管理權時，法院自可因利害關係人之請求，依法另定監護人，以保護未成年人之利益。」

（註三）最高法院二十八年上字一八號判例：「父母對於未成年之子女雖有保護及教養之權利，同時亦有此項義務。此在民法第一千零八十四條規定甚明。其權利義務既有不可分離之關係，卽不得拋棄其權利。」

第五章 監護

第一節 監護之性質

第一 監護制度之目的

監護制度者以保護無行為能力人爲目的之制度也。蓋以無行為能力人既不能處理事務，自行防衛，故法律對之，不得不特予保護焉。監護制度，濫觴羅馬法制。但羅馬法上監護人之職務，其始原爲家長之繼續。應爲家長者如爲幼年或爲白癡瘋癲精神上之不具者時，則由監護人代之行使家長權，故監護制度之始，與其謂爲保護，毋寧謂爲支配，實出於監護人之利益，而非謀本人之利益而設。降至羅馬後代，則監護爲基於公益之制度，以由監護人代幼年人及精神上之不具者，保護管理其身體財產爲目的，幼年人如在七歲以下時，則監護人對其身體財產有專斷之權。如爲七歲以上，則監護人僅就法律上之交易，有參加認可之權而已。日爾曼法亦有封建監護制，蓋在封建社會，諸侯之家臣死亡，其子尙未成年，不能服封建的勤務時，則諸侯得收回其土地及其他封物，俟其成年，再行發還。迨封建制之後期，王權強大，國王可賦與其近親以監護未成年人之特權，其後遂成爲監護人之固有權。監護人於受監護人成年以前，就受監護人之封物，有管理用益之權，被監護人之利益，反居次位。其後各國法制，類皆倣照後期羅馬法，設有監護制度以保護無行為能力人爲目的。如德國民法對於監護人設有種種限制。一九二五年之英國監護法更明示監護係爲受監護人之利益而存在焉。我國素採家族制度，則家屬向在家長保護之下，自無承認監護制度之必要。僅有幼孤失恃，寄養人家，其情形或與幼年監護，略相近似而已。現行民法既倣新立法例，設有無行為能力制度，則爲保護無行為能力人之利益，從而有採用監護制度之必要。自屬當然。

第二 監護之意義

監護云者爲監督保護無父母或父母不能行使親權之未成年人或禁治產人之身體財，產法律所加予有能力人之任務也。依此定義，分析說明於左；

(一) 監護爲監督保護未成年人及禁治產人之任務

未成年人無父母或父母均不能行使親權時，則未成年人，方在幼弱，自無修身自治之能力，故特置監護人以監護教育之，並管理其財產，以保護其利益。蓋監護人者，卽代未成年人之父母，行使負擔其對於未成年子女之權利義務者也。故學者恆謂監護爲親權之延長焉。至禁治產人雖非幼弱，但既在心神喪失之常況，故亦爲之置監護人，就其身體爲適當之看護，以圖療其宿疾，並同時管理其財產，以免有減損之虞焉。

(二) 監護爲私法上之任務

監護雖爲法律所加之任務，關於公益甚鉅，但就現行法之規定而論，自屬私法上之任務，而爲純粹私法上之制度。在羅馬法上，則以監護爲公職，乃有關於公權之組織，寓有政治的性質，德國法中，亦有此等觀念，其幼者之保護，屬於國家，由監護裁判所行之。親屬會議之有此種權利，則屬例外，且其權限極狹。蘇聯之監護裁判所，亦遍設各處。自亦爲公法上之任務；但我民法則做日本民法立法例，以監護爲私法上之任務者也。

(三) 監護爲有行爲能力人之任務

監護制度爲保護無行爲能力人之身體財產而設，監護有代表受監護人爲私法上一切行爲之權限，自須爲有行爲能力人。蓋未成年及禁治產人自身尙無爲私法上行爲之能力，有待他人之監護，其不能監護他人，自不待言（一〇九六條）。

第三 監護法之地位

監護人與受監護人之關係，並非契約上之權利義務關係，而爲一種身分關係，但監護人原非以受監護人之

親屬爲要件，則其身分關係，自不得謂爲親屬的身分關係。因此，監護似不應納諸親屬法中。但未成年人之監護，既爲親權之延長，而禁治產人之監護，又多以父母夫妻爲之，且與其他親屬關係，多有連絡。故學說及立法例通常皆以之包含於親屬法中，自不得謂非適當。

第二節 監護之開始

監護之開始云者，監護任務發生之時期也。監護之任務，在保護無行爲能力人之身體財產，故監護之開始，非得任意爲之者。必有左列法律原因之一時，始得開始監護焉。監護開始之原因有三：

(一) 未成年人無父母或父母均不能行使負擔其權利義務時

未成年人之監護，既爲親權之延長，故非無行使親權人時，不得開始監護。無行使親權人云者，父母因死亡失蹤不能行使親權時無論矣，即父母因疾病或其他理由事實上均不能行使負擔其權利義務時，亦有開始監護，由監護人代親權人繼續監督保護其身體財產之必要也。然如未成年人父死而母尙存者，不問其母是否改嫁，均應由之行使親權，已如前述，如對於未成年人等無不能行使權利負擔義務之情事，自無爲之設置監護人之必要（最高法院二十二年上字一一二三號判例參考）。至未成年人已結婚者，縱無行使親權人，但已有行爲能力，故無爲置監護人之必要（一〇九一條）。

(二) 父母對其未成年子女委託他人行使監護職務時

父母對其未成年子女得因特定事項於一定期內委託他人行使監護之職務（一〇九二條）。蓋父母對其未成年子女雖有親權，但有時因事實上之必要，不若委託他人，代之監護，更爲妥當，故民法特許於一定期限內，委託他人，行使監護職務焉。例如父母遠居故里，而子女就學他鄉時，自不若委託當地之親友，代爲監護也。但其委託行使職務，須限於一定期限，自不待言。

(三) 受禁治產之宣告時

不問爲成年人或未成年人，凡心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己之事務者，得由法院宣告禁治產（十四條）。禁治產人受宣告後，即爲無行為能力人（十五條）。故法律特爲設置監護人（一一一〇條），以監督保護其身體財產。因其受禁治產之宣告，即爲監護之開始焉。

具有上述監護開始原因之一時，自應依法開始監護。其中，未成年人之監護與禁治產人之監護，既皆爲保護無能力人之利益而設。則其執行之事務，大致相同，原屬當然。唯因其無行為之能力之原因，既有不同。則監護之事務，自亦不無多少之出入。監護開始之原因，限於上述之三種，故因其未成年而開始監護後，受監護人未滿成年又受禁治產之宣告，或受禁治產之宣告後，未滿成年，忽無行使親權人，則原有再行開始監護，選任監護人之必要。但對於同一受監護人而有二種監護人，自非法之所許，且既有監護人之存在，亦無再行設置之必要。故於此種場合，其從前之監護人，雖因前後不同之原因，而開始爲二種之監護，而其監護人則固唯一不許有二者也。

第三節 監護之機關

第一款 總說

監護之機關云者，執行監護事務之機關也。監護之機關有二：其一，爲執行機關，其二，爲監督機關。監護之執行機關，自爲監護人，而監護人之監督機關，則各國立法例，多不一致。有爲監督監護人及親屬會議者，有爲法院者，我民法則以親屬會議充之。但親屬會議不僅爲監護之監督機關，別有專章，詳予規定，故本節僅就監護人加以論列焉。

第二款 監護人之類別

第一 總說

監護人因其任命方法之不同，得分爲數種：即（一）指定監護人，（二）法定監護人，（三）選定監護人，（四）

委託監護人是也。茲分述之。

第二 指定監護人

指定監護人云者，由後死之父或母以遺囑指定之監護人也（一〇九三條，一一一一條五款）。蓋監護云者，原為親權之延長，代親權人監督保護受監護人之身體財產者也。故監護人自須忠實誠篤適於管理財產者，始得為之。而指定此種適當人物者，自莫若受監護人之親權人。故法律信賴親權人賦與指定監護人之權利焉。至其指定之範圍，則法律上未設何等之限制，自不妨由親屬及其他人中指定之也。

指定監護人之權利，屬諸後死之父或母。換言之，則指定權利人，不唯須為完全行使親權人，且須為最後行使親權之人也。故經法院宣告停止其親權者，固不得行使指定之權利，即非最後行使親權人時，則於其死後尚有行使親權者在，亦無開始監護之理也。

指定監護人之範圍，法律上未設何等限制，自得由指定權利人，斟酌情形，任意決定其人選，非第三人所得妄加干涉。（註二）但其指定須積極的指定一人，不得為消極的指定，即排斥一定之人為監護人也。

監護人之指定為指定權利人之單獨行為，無庸得被指定人之承諾。其行使指定權利與否，亦屬於權利人之任意，法律對之，未設拘束。但其指定之方式，須以遺囑為之。故指定監護人亦曰遺囑監護人，蓋親權人於其生存中非得任意指定他人代其監護子女者，故規定自己之後繼者時，自以遺囑為最相當。指定監護人之遺囑，因遺囑人之死亡而生效力，於是時，即為監護之開始，而被指定人即當然取得監護人之身分焉。

第三 法定監護人

法定監護人云者，因法律之規定當然為監護人者之謂也。蓋法律考量一家之秩序安寧，基於承認監護制度之本旨而規定者也。

（一）未成年人之法定監護人

父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務，或死亡而無遺囑指定監護人時，依左列順序定其監護

人：

一、與未成年人同居之祖父母。(註二)(註三)
二、家長。

三、不與未成年人同居之祖父母。

四、伯父或叔父(一〇九四條)。

(二) 禁治產人之法定監護人

禁治產人之監護人，依左列順序定之：

一、配偶。(註四)

二、父母。(註五)

三、與禁治產人同居之祖父母。

四、家長(一一一一條)。

第四 選定監護人

選定監護人者，由法院或親屬會議選任之監護人也。未成年人無指定監護人及法定監護人時，以由親屬會議選定之人為選定監護人，執行監護職務(一〇九四條五款)。禁治產人無法定監護人及指定監護人時，則由法院徵求親屬會議之意見選定之(一一一一條二項)。其選定之範圍，並無限制，選定何人，皆屬無妨。

次之，未成年之子女，於父母死亡後，如無民法第一〇九四條所定監護人時(即應由親屬會議選定監護人而無親屬時)，依司法院解釋，得由利害關係人聲請法院指定之(司法院二三年院字一一〇七號及二四年院字一二七九號解釋參考)。蓋因子女尚未成年，勢不能無人為之監護故也。於此所謂指定，實與第一〇九四條及第一一一一條所稱之「選定」，同一意義；與前述之指定監護人係後死之父或母以遺囑指定者，迥有差異，固無庸疑。

第五 委託監護人

委託監護人者，父母對於其未成年子女因特定事項於一定期限內委託行使監護職務者也（一〇九二條）。委託監護人既係由於臨時之委託，故其監護之事務，僅以所委託者為限，自屬當然（一〇九七條但書）。

第三款 監護之缺格

監護之缺格云者，缺乏為監護人之資格者也。蓋監護人既為保護無能力人而設，自須具有相當之能力，且忠於被監護人之利益者，始得為之。各國立法例基於監護制度之立法本旨，多就顯然缺乏為監護人之資格者，逐一列舉，不許其為監護人，是即所謂監護缺格之規定。凡監護缺格者縱當法定監護人之順位，當然不得就位，亦不得指定或選定其為監護人。各國民法，對於監護缺格者，規定頗詳（德民法一七八一條，瑞民法三八四條，日民法九〇八條）。我民法則病其繁瑣，不尙實際，僅規定未成年人及禁治產人不得為監護人焉（一〇九六條）。

第四款 監護人之免除

監護之任務，原基於公益而設，故為監護人之義務，原為法律上之強制負擔，負其任務者，原以不得拒絕為原則。蓋若不定為法律上之義務，則厭其事務之繁鉅，懼其責任之重大，勢將無人承諾，甘願荷此重負，則無能力人之保護機關，自必因而缺乏也。但若確有不得已之事由而猶強其就任，則又過於苛酷。故民法規定，凡依第一千〇九十四條之規定為監護人者，非有正當理由，不得辭其職務（一〇九五條）。所謂正當理由者，例如年老多病不勝監護之任，或已身兼多數監護任務不能再為照拂是也。此項規定，所以僅限於法定監護人及選定監護人者，良以監護人之法定或選定，必有一定之理由，自不許其任意辭職，若指定監護人則僅由親權人之片面指定，未曾得其同意，必使其就任，未免強人所難，且指定監護人縱行辭職，尙不患無法定監護人為之補充故也。

第五款 監護人之撤退

非具備為監護人資格者，不得為監護人，已如前述，故監護之缺格者，縱被選定或指定為監護人時，亦當然無效，固不待言。但縱非監護之缺格者，然於其就職之後，因發生之事由，顯然不能勝任愉快者，則得廢止其職務，是謂之撤退。有撤退監護人之權限者，為親屬會議。但撤退之事由以法律所規定者為限，依民法規定，監護人有左列情事之一時，親屬會議得撤退之：

- 一、違反法定義務時。
- 二、無支付能力時。

三、由親屬會議選定之監護人違反親屬會議之指示時（一一〇六條）。

第六款 監護之事務

第一項 總說

監護為親權之延長，故監護之本旨，實與親權出於同一之目的。故監護事務之規定，與親權之規定，殆多近似，但親權係以親子間之天然情愛為基礎。而監護則非純依人情之常誼，故對於兩者之事務，法律干涉之程度，亦因而不同，自屬當然。今試就二者差異之點，列舉數項如左：

- (一) 監護人服從親屬會議之監督，遠過於父母（一一三條二項）。
- (二) 有調查財產開具清冊之義務（一〇九九條）。
- (三) 有報告財產狀況之義務（一一〇三條）。
- (四) 得請求報酬；但非為監護人之利益，對受監護人之財產，無用益權（一一〇四條，一一〇一條）。
- (五) 管理財產須以與自己之財產同一之注意為之（一一一〇條二項）。
- (六) 監護關係終止時有清算財產之義務（二〇七條）。

第二項 對於受監護人身體上之事務

第一 未成年人之監護人

監護親權之延長，故未成年人之監護人對於受監護人之身體，殆與親權人有同一之權利義務。如保護教養懲戒等權利義務，監護人自亦有之。是以民法規定，除另有規定外，監護人於保護增進受監護人之利益範圍內，行使負擔父母對於未成年子女之權利義務，但由父母暫時委託者，以受委託之職務為限（一〇九七條）。

第二 禁治產人之監護人

禁治產人之監護人就被監護人之身體，負有監護之責，自不待言。唯民法就禁治產人之監護，特別注重其身體之療治，即監護人爲受監護人之利益，應按受監護人之財產狀況，護養療治其身體（一一二條一項）。禁治產人往往因療養看護必要，或應送入精神病醫院，或應監禁私宅，因所採方法之不同，所需要之費用自有差異。法律對此，不能讓之監護人之專斷，規定應得親屬會議之同意。但父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人時，則與受監護人之關係極深，故不在此限制以內（一一三條二項）。

第三項 對於受監護人財產上之事務

第一 開具財產清冊之義務

監護開始時，監護人對於受監護人財產，應會同親屬會議所指定之人開具財產清冊（一〇九九條）。蓋以監護人爲教養看護受監護人及管理其財產之便宜，皆有確知其財產額之必要，加之，監護終了時復有財產之清算移交義務，故於監護開始時，自有開具財產清冊之必要；其必需會同親屬會議指定之人爲之者，所以期公正而免流弊也。唯此種規定於與未成年人同居之祖父母爲監護人時，不適用之（一一〇五條）。

第二 財產管理之義務

監護既爲親權之延長，故受監護人之財產，應由監護人管理，其管理費用則由受監護人之財產負擔（一一〇一條一項）。茲所謂財產，非僅就受監護人之特有財產而言，即非特有財產——因勞力或其他有償取得之財產——亦應包括在內者也。監護人之管理財產，應從左列之規定。

（一）注意程度

監護人管理受監護人之財產，應與處理自己事務爲同一之注意（一一〇〇條二項）。蓋僅就具體的輕過失，負其責任者也。然監護人既有請求報酬之義務（一一〇四條參照），則僅就具體的輕過失任責，其注意程度，似嫌過輕。於立法論上，竊以爲就抽象的輕過失，亦應任責。換言之，即應以良善管理人之注意爲之者也（日民法九三六條，六四四條參照）。

（二）財產使用處分之限制

監護雖被親權之延長，然監護人與受監護人之親誼，自多不及親權人之密切。故關於受監護人財產之使用處分，各國民法類皆予以限制，以防濫用其職權。我民法之規定，監護人對於受監護人之財產，非爲受監護人之利益，不得使用或處分。爲不動產之處分時，並應得親屬會議之允許（一一〇一條）。此與第一〇八八條第二項父母使用收益及處分未成年子女之財產之限制，固顯有寬嚴之差者也。是以未成年人之監護人爲不動產之處分，未得親屬會議之允許者，不生效力（最高法院二十八年上字第四四七號判例參考），自無庸疑。

（三）受讓財產之禁止

監護人不得受讓監護人之財產（一一〇二條），蓋受監護人之財產，既由監護人管理，而監護人同時又爲受監護人之法定代理人。倘許其自由受讓受監護人之財產，自多流弊，故設此種限制。就雙方代理禁止之原則而言（一〇六條參照），原屬當然的規定也。

（四）財產狀況之報告

監護人應將受監護人之財產狀況向親屬會議每年至少詳細報告一次（一一〇三條）。是亦出於防止監護人之專肆，避免受監護人不利益之趣旨也。至其報告須向親屬會議爲之者，蓋以親屬會議爲監護之監督機關，依此可知監護人之是否忠於職責也。

（五）報酬之請求

監護人應否給與報酬，各國立法例素不一致。有全然禁止給與者，例如法國民法、意大利民法及日本舊民

法是。有以不與報酬爲原則，例外得請求報酬者，如德國民法、日本民法及蘇俄親屬法是。有以有償爲原則者，如瑞士民法是。報酬之數額，各國立法例亦不一致。德、日民法規定爲「相當報酬」；蘇俄民法則規定財產收益之百分之十爲報酬之最高限度；瑞士民法則以勞力及收益爲酌定報酬之標準。我民法第一一〇四條規定：「監護人得請求報酬，其數額由親屬會議按其勞力及受監護人財產收益之狀況，酌定之」。則是純做瑞士民法之立法例者也（瑞民法四一六條）。唯瑞民法就報酬給與之時期，設有明文規定，應於計算年度爲之（同條但書）；我民法則未設此種限制，應解爲無論何時均得請求報酬。監護人於在職中死亡者其報酬應向其繼承人給與之（日本昭和三年二月六日大審院民事判例參考）。

監護人之爲受監護人管理財產，原則上因應依上述之規定爲之；但此等規定（除一一〇〇條之規定外），「於與未成年人同居之祖父母爲監護人時，不適用之」（一一〇五條）。蓋因祖父母之於孫男女，其結合本於自然，其親疏之誼，僅略次於父母，故不應使之受上述之限制也。

第四項 監護人之法定代理權

受監護人爲未成年人及禁治產人。依民法規定未滿七歲之未成年人及禁治產人皆爲無行爲能力人，應由法定代理人代爲法律行爲；滿七歲以上之未成年人則爲限制行爲能力人，雖得自爲法律行爲，但應得法定代理人之允許。是以禁治產人爲受監護人時，固應有人爲之代理；即未成人之受監護，亦因其父母俱亡或皆不能行使親權，須另有法定代理人。故我民法做瑞、日民法之先例，規定以「監護人爲受監護人之法定代理人」（一〇九八條瑞民法四〇七條日民法九二二三條）。第在外國立法例有就監護人之法定代理權，設有特殊限制者，如瑞士民法規定須監護官廳共同爲之；俄及日本民法則規定於一定情形之下不得代理。我民法就此未設明文，自不能遽爲同樣解釋。唯法定代理權原以財產上之行爲爲原則，身分上之行爲，則非法律設有特別規定，不得代理。此在父母爲其子女之法定代理人時，即應如此解釋，已如前述；監護人之法定代理權，更不待言。日本民法就此設有明文，可供參考。

第七款 監護之終止

第一 監護之絕對的終止

監護之絕對的終止云者，監護關係之本身歸於消滅者也。其原因如左：

- (一) 受監護人死亡時。
- (二) 受監護人已達成年或雖未成年而已結婚時。
- (三) 受監護人之禁治產宣告撤銷時。
- (四) 受監護人之父母自行行使親權時。
 - (1) 未成人之喪失親權人不能行使其親權之原因消滅時；
 - (2) 委託監護人經受監護人之父母解除委託自負責任時；
 - (5) 未成人因收養行為而服從親權時。

第二 監護之相對的終止

監護之相對的終止云者，監護關係之本身並未消滅，不過某一監護人之職務終止者也之更迭是已。其原因如左：

- (一) 監護人死亡，辭職，或經撤退時。
- (二) 監護人受禁治產之宣告時。
- (三) 委託監護人經受監護人之父母，解除委託，另任他人時。
- 第三 監護終止後之義務

因監護關係之終止，監護人之任務，亦即終止。但監護人之義務，並不因此完全免除。監護人於監護關係終止時，應即會同親屬會議所指定之人為財產之清算，並將財產移交於新監護人，如受監護人已成年時，交還於受監護人，如受監護人死亡時，交還於其繼承人（一一〇七條一項）。對於此項清算之結果，親屬會議有審

核承認之權，於親屬會議未爲承認前，監護人仍不得免其責任者也（一一〇七條二項）。至監護關係如係因監護人之死亡而終止時，則其清算由其繼承人爲之（一一〇八條）。

監護人對於受監護人財產之管理，原有一定之限制。倘監護人違反義務，致受保護人之財產發生損害時，則親屬會議於清算結果自有拒絕承認之權，而監護人對之，遂負有損害賠償義務。唯此項損害賠償請求權如隨時皆能行使，則監護人之責任，未免過重，故民法設有特別消滅時效之規定，自拒絕承認之時起，二年間不行使即行消滅（一一〇九條）。

（註一）最高法院十八年上字二三〇八號判例：「父母指定監護人，原不以同宗爲限」。

（註二）最高法院二十一年上字第一〇九三號判例：「父母子女間之權利義務，自民法親屬編施行之日起，應依親屬編之規定，父母對於未成年之子女有保護及教養之權利義務。至於與未成年同居之祖父母，則惟於未成年人之父母不能行使其權利義務時，或未成年父母死亡，而無遺囑指定監護人時，始得依法定順序定其爲監護人。若夫妻兩願離婚，則關於子女之監護，於兩造未有約定時，固應由夫任之，倘約定不諧，致生爭執，或由判決離婚者，法院自得爲其子女之利益，酌定監護人」。

（註三）最高法院二十七年上字第六九號判例：「民法認父系與母系之直系血親尊親屬，有同一之地位。故第一千〇九十四條第一款，第三款所稱之父母，不僅指父之父母而言，母之父母亦包含在內」。最高法院二十八年上字一一七九號判例：「被上訴人爲夫甲妻乙之養子，尙未成年，甲乙先後死亡，並未以遺囑指定監護人。乙之母丙，即爲被上訴人之祖母，雖不與被上訴人同居，而被上訴人並無與之同居之祖父母及家長，依民法第一千〇九十四條所定監護人之順序，自應由丙爲被上訴人之監護人」。

（註四）司法院院字第九六〇號解釋：「如其權利顯與禁治產人利害相反，仍以第二順位之父母，爲其監護人」。

（註五）最高法院二十八年上字第五〇〇號判例：「婦人夫亡後改嫁者，仍可爲其子之監護人」。

第六章 扶養

第一節 總說

第一 扶養制度之變遷

家族制度頽廢，個人制度勃興，此種現象，試就財產關係之方面言之，即財產權自家而移於個人是已。蓋在家族制度之下，財產權之主體，爲家而非個人，所有家產屬於家族之共有，而無個人之特有財產。從而家屬苟有所獲，即爲家產之利益，家族苟有所失，亦卽家產之損害。同時，對於缺乏自活能力之家屬，一家全員，皆應任保護之責，其保護扶養，悉以家屬關係爲基礎，是爲家族的扶養制度。然社會構成之單位，既由家而變爲個人，財產權之主體，亦因之由家之本身，變爲其構成分子之家之各員。故於一家之內部，家屬皆有其獨立之財產權及其利害關係。而保護扶養之制度，亦改以個人爲本位，其基礎亦由家屬關係變爲親屬關係，是所謂親屬的扶養制度之確立。我國往昔宗法社會，宗子有世襲爵祿，出其資力，贍養族人，蓋卽爲家族的扶養制度之表現。其後，宗法既壞，宗子收族之風雖熄，然一族之中，猶有義田公產，以爲族人喪祭衣食耕讀之助，亦不失爲家族的扶養制度者也。現行民法，雖於親屬編中仍維繫舊有之家族制度，但自大體言之，自係以個人主義爲其基礎。故民法所訂之扶養，亦已確立親屬的扶養制度之精神，唯承認家長與家屬間，亦互負扶養之義務，則仍爲家族制度者也。

第二 扶養之性質

扶養者，特定人對特定人於不能維持生活或受教育時，負有經濟上之供給義務之謂也。扶養義務之性質如次：

(一) 扶養義務爲私法之義務。民法上扶養一章所規定者，乃關於扶養權利人與扶養義務人間之權利義務關係，非扶養義務人對於國家所負之義務也。

(二) 扶養義務乃以一定之親屬關係爲基礎而負擔之義務，故爲身分上之義務，但扶養義務係以生活教育費之供給爲目的，故同時亦具有財產上之義務之性質。於此一點，自與因契約或其他之意思表示而發生之扶養義務有別。(註一)

(三) 扶養義務以扶養之必要爲要件。換言之，受扶養權利者，須不能維持生活而無謀生能力者爲限也(一一七條一項)。第此種限制，於直系血親尊親屬之扶養，不適用之(同條二項)。此蓋敦尙孝道，原爲我國淳風美俗之表現。扶養義務通常既以扶養之必要爲要件，於此一點，與親權人與其未成年子女間之養育費負擔之義務，顯有差別。蓋未成年子女縱能以自己勞力資產維持生活，而養育費負擔之義務，依然存在者也。

(四) 扶養義務以有扶養資力爲要件。扶養義務人，若無扶養資力，即因負擔扶養義務而不能維持自生活者，依法應免除其扶養義務(一一八條)。此亦扶養義務與親權人之養育負擔義務所差異之一點也。

(五) 扶養義務雖爲私法上之義務，但係基於公益上之必要而設。故受扶養之權利，專屬於其人之身，不得自由處分，亦不得爲繼承之客體，且不得扣押者也。

(六) 扶養義務，爲當事人間相互的義務，此亦其特質之一點也。

依上所述，是扶養義務係於有一定親屬關係者之間，因一定情事之發生而當然發生；因其關係及情事之消滅而消滅；其情事變更時，則義務之範圍及內容，亦即從而變更。故扶養義務及與此相對待之受扶養之權利，實爲親屬法上一種特殊權利義務關係也。

第二節 扶養之當事人

第一款 扶養之範圍

法律上扶養之範圍有明確規定之必要。蓋以扶養之範圍過廣，則一方既養成倚賴他人扶養之傾向，而他方之負擔亦苦過重；反之，範圍過狹，則血性涼薄者，無論親屬如何窮困亦將坐視不救。故各國法制，皆就扶養範圍，設有明文。唯以國情民俗，各有不同，致未免趨於一致耳。（註二）現行民法參照人倫情義，及實際情況，規定扶養之範圍如左（一二四條）：

（一）直系血親相互間

所謂直系血親者，不僅限於自然之親屬關係，即擬制之親屬關係，亦皆包含在內。故父母子女，祖父母孫子女間，固互負扶養義務，即養子與養親及其直系尊親屬間亦相互負有扶養義務者也。民法採男女平等之原則，男系女系，自無差別。是否同居，亦所不問。唯前妻之子對其繼母，妻生之子對其嫡母，並非直系血親，如無後述之家長家屬關係，即不互負扶養之義務（司法院二四年院字一二一六號解釋參考）。養子女與本身父母及嗣子女對於本身父母在其關係尚未回復之間（一〇八三條參照），自亦不負扶養義務。（註三）

（二）夫妻之一方與他方父母同居者，其相互間此等關係，雖為法律上之姻親，但既同居一家，則就人情而論，自應與直系血親，同樣處置，故妻與夫之父母，贅夫與妻之父母，相互間皆應負有扶養之義務者也。但因離婚而去其家時，即不再負此種義務，蓋不待言。

（三）兄弟姊妹相互間

兄弟姊妹間，立法例雖有不承認其有扶養義務者，民法則基於國情，以為既屬同胞，骨肉至親，自難坐視其陷於凍餒，故明定其互負扶養義務焉。唯所謂兄弟姊妹解釋上係指同父母之兄弟姊妹而言，同祖父母之兄弟姊妹，即不包含在內（司法院二十二年院字八七八號解釋）。

（四）家長與家屬相互間

民法既以維護家族制度為本旨，故家長與家屬相互間，應使其互負扶養義務，自屬當然。是以雖非親屬而同居一家者，其家長家屬間，仍互負扶養義務。雖然，家長家屬相互間，於法固應互負扶養義務；然若家屬已

由家分離，卽失其家屬之身分，不得向已分離之家長，爲扶養之請求。（註四）妾在現行民法之解釋，固可視爲家屬，家長應負扶養義務；（註五）然妾不同居，卽失去家屬之要件，不得再請求扶養矣。（註六）

此外，各國法律，皆就夫妻間扶養義務，設有規定，蓋基因夫妻既因婚姻而共同生活，自應休戚與共，患難扶持也。我國民法以夫妻財產制中，對於家庭生活費用之負擔，既經詳予規定，故於扶養章中，不再另設明文。雖然，夫妻間之應互負扶養義務，則固無異議之餘地也。

次之，扶養之範圍，既限於上述一定身分關係者之間，除此以外，自不互負扶養義務。例如「兄弟之妻與夫之姊妹相互間，則除有家長家屬之關係外，」卽不在互負扶養義務之列（最高法院二十九年上字四三七號判例參考）。家屬相互間，則除夫妻間應依關於負擔家庭生活費用之規定辦理外，如無同條第一款至第三款所列親屬關係，自不負扶養義務（同二十七年上字一四一二號判例參考）。

第二款 扶養之順序

扶養之義務，爲相互的，各當事人，或爲扶養義務人，或爲扶養權利人，其權利義務之所歧，卽視其是否在於不能維持生活之狀況中而斷。然而，扶養權利人與扶養義務人，往往有數人同時存在者。於此種場合，究應何人先爲扶養，何人先受扶養，法律上皆有明白規定之必要，否則權利義務云者，勢將有其名而無其實矣。茲就扶養義務人之順序，及扶養權利人之順序，分別說明於左。

第一 扶養義務之順序

負扶養義務者有數人時，應依左列順序，定其履行義務之人：

- 一 直系血親卑親屬 孝爲人倫之本，故直系血親卑親屬，應首負扶養義務者也。
- 二 直系血親尊親屬 父母愛護子女，亦屬人情之常，故以之列於第二位。（註七）
- 三 家長 無上列之扶養義務人，或雖有而不能扶養時，則家長既屬一家之長，自無坐視之理，故列爲

第三位。（註八）

四 兄弟姊妹 兄弟姊妹，情同手足，爲旁系血親中之最親者，故列於第四位。

五 家屬 家長既應扶養家屬，則家長陷於窮困時，家屬自亦有扶養之責，故列於第五位。

六 子婦女婿 子婦女婿，雖屬姻親，而其關係密切，自不待言。故列於第六位。

七 夫妻之父母 夫妻之父母雖非血親，但於姻親關係中，情誼最厚，故亦使之負擔扶養義務焉。

扶養義務人之順序，雖如上述，但於此復有應說明者二事：
(一) 同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者爲先（一一一五條二項）。例如某人有子有孫，則其扶養義務，子應先於孫是也。

(二) 負扶養義務者，有數人而其親等同一時，應各依其經濟能力分擔義務（一一一五條三項）。是以扶養義務人之經濟能力不平等時，則依其經濟能力，比例負擔，而不按其人數平均分擔者也。

第三 扶養權利之順序

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

一 直系血親尊親屬

二 直系血親卑親屬

三 家屬

四 兄弟姊妹

五 家長

六 夫妻之父母

七 子婦女婿

蓋在受扶養權利者有數人而義務人之資力不足扶養其全體時，法律上自有明定其順序之必要。此種順序之

規定，係以情義之本，人情之自然為標準，與上述扶養義務人之順序，對照視之，即可知其差異之所在矣。對此，亦有應行說明者在：

(一)同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者為先（一一一六條二項）。例如某人有祖與父同待扶養時，則父應先於祖受扶養是也。

(二)受扶養權利者有數人而其親等同一時，應按其需要狀況，酌為扶養（一一一六條三項）。例如對於父母之扶養，因其需要之不同，故可不必同一是也。

第三節 扶養之程度及方法

第一款 扶養之程度

扶養義務以扶助扶養權利人之生活為目的，然究應以如何程度之扶養，為扶養義務人之義務邪？法律對此，恆以左列三者為標準（一一一九條）。

(一)扶養權利人之需要 於此一點，應先就受扶養者之年齡、性別、身證、身分定之。扶養權利人或全無資產，且全無謀生能力時，則有供給其全部生活費用之必要。反之，若多少尚有資產，或尚能為多少之勞作，能以其收入為其生活費用之一部，但不能充分維持生活者，則其需要，不過生活費用之補充而已。此外，扶養權利人如為幼年人，則有供給教育費用之必要；如為病人，則有供給療養費用之必要是也。（註九）

(二)扶養義務人之經濟能力 扶養義務以扶養之資力為要件。扶養義務人無扶養之資力時，得免除其扶養義務，既如前述（一一一八條）。扶養義務人縱於自給之餘，尚有餘力，負擔扶養義務時，其扶養之程度，亦因其能力之強弱而異。其能力若能負擔權利人生活費用之全部者，則負擔其全部，若僅能負擔其一部，則負擔其一部為已足，其不足之部分，扶養權利人得轉以請求次順位之扶養義務人焉。

(三)扶養義務人之身分 身分一語，義素分歧。於此所謂身分者，蓋包含扶養義務人之社會地位及對扶養

權利人之身分關係二者而言者也。雖同謂給與扶養之全部費用，而扶養義務人爲士紳豪富與販夫走卒，自應異其程度；同時，父子間之扶養，與兄妹間之扶養，亦自有厚薄之差者也。

扶養之程度，既係依上述之標準而決定，若其根據之情事，發生變更時——例如扶養權利人需要之增減，扶養義務人資力之異動——則扶養之程度，自亦有變更之必要。於此種場合，當事人得因情事之變更，請求變更之（一一二一條）。蓋不唯扶養權利人，得請求變更，即扶養義務人，亦得請求變更者也。

依上所述，則扶養義務人對於扶養權利人應給付之扶養費數額，已經判決確定後，若確能證明社會上經濟狀況，發生重大變動，一般人日常生活所必需之費用，急劇增加，致以前判定之數額，顯行不足者，自得請求增加（最高法院十八年上字九八號及十九年上字二三八五號判例）。至其更定之標準，仍應以受扶養權利者之需要與負扶養義務者之經濟能力及身分爲衡，此就民法之規定，實爲當然之解釋也（同二十二年上字第九〇號判例）。

第二款 扶養之方法

扶養之方法，原有種種。有爲直接之扶養者，即扶養義務人迎養扶養權利人於其家之扶養方法也。有爲間接之扶養方法者，即以給與金錢或生活資料而爲扶養者也。各國立法例，對於扶養方法，有以明文規定之者（德民法一六二一條，日民法九六〇條至九六二條）。然扶養方法，原應適合實際需要，法律若預爲規定，反多障礙。故民法規定，由當事人協議定之，不能協議時，由親屬會議定之（一一二〇條）。故就扶養之方法，必須對於親屬會議之決議有不服時，始得依民法第一百一十三條之規定向法院申訴，固不能逕請法院定之者也。（註一〇）

扶養之方法，既得由當事人自由定之。故扶養權利人對於扶養義務人，請求指定扶養財產，如有必要情形，自爲法之所許（最高法院十八年上字第九五七號判例）。如指定一定之田畝爲扶養財產時，扶養權利人對之祇有用益之權；未得指定扶養財產人或其後嗣之同意，不得擅自處分（同十八年上字第二三三號，後同二十二

年上字第三〇七八號判例）。反之，若已得指定扶養者之同意，亦得爲變賣或其他處分（同十七年上字第二八五號判例），固不待言。

第四節 扶養之終了

扶養關係之終了原因如左：

（一）身分關係之消滅

爲扶養義務發生之基礎之身分關係消滅時，扶養義務即行終了。其消滅係由於當事人一方之死亡，或由於離婚離異，非所問也。扶養之權利義務，不得繼承。例如某甲於其子死後，改由其孫負扶養義務，但其孫之扶養義務實基於其個人之身分，非承繼其父之扶養義務也。扶養義務因身分關係之消滅終了者，與後述之場合不同，決不再行蘇生者也。

雖然，扶養之權利義務，不得繼承，固如上述。然我民法規定「被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議，依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產」（一一四九條）。換言之，即受扶養權利人於扶養義務人死亡時，就其遺產有酌給請求權也。例如，妾於家長死亡時，雖無遺產繼承權，但亦得基於其與家長之關係，按其平日所受扶養義務之程度，向親屬會議請求酌給若干財產，以維生計是也。

（二）扶養之必要之消滅

扶養義務以扶養之必要爲要件（一一一七條）。扶養權利人倘已離去扶養之必要之狀態者，則扶養義務，即行消滅。但其必要再行發生時，扶養義務，亦即因而復活。

（三）扶養之不可能

扶養義務以扶養義務人之有實力爲要件（一一一八條）。扶養義務人倘失去其經濟的餘力時，則扶養義務，即行終了。但其餘力再行回復時，則自其時起，即應再爲扶養。是以扶養義務人如無負擔家庭生活費用之

資力，並非故意不肯扶養，自不得謂爲遺棄也（最高法院二十一年上字第一六二七號判例）。

（註二）最高法院二十年上字二九九號判例：「念同宗之誼，而給與津貼，此種應惠施與行爲，乃本於雙方之感情而生，於法原不能援爲要求扶養根據」。

（註三）扶養範圍德、民法以配偶、直系血親及一親等之姻親關係爲限，英國法亦同。瑞民法及蘇俄親屬法則更推及於兄弟姊妹間；日本民法因採家族制度，故家長家屬間亦有扶養義務。我民法之規定則與日本民法之立法例，最爲相似。

（註四）最高法院三〇年院字二二二號解釋：「嗣子女與本身父母之關係如何，應依民法所定養子女與本身父母之關係決之。民法第一〇八三條但書所謂第三人已取得之權利，即爲養子女因收養關係之發生而喪失之權利。以子女身分所能取得之權利，既因爲他人之養子女而喪失，則以子女之身分所應負擔之義務，自亦因爲他人之養子女而消滅。故民法第一一四條第一款所謂直系血親相互間，不包含養子女與本身父母在內。嗣子女對於本生父母，自不負扶養義務。」

（註五）最高法院二十年上字第四三六號判例：「家長與家屬間應互負扶養之義務，惟家長對於已成年或未成年而已結婚之家屬，固有正當理由，而令其由家分離，則由家分離之家屬，即失其家屬之身分，自不得向已分離之家長，爲扶養之請求」。

（註六）最高法院二十年上字第一九三四號判例：「妾既同居一家共同生活，即爲家屬之一員，家長對於家屬，亦應負扶養義務」。

（註七）最高法院二十年上字第八八號判例：「妾如不願與其家長同居，原屬其自由，在法律上本無何種限制，固不必以訴請求別居。惟妾之所以得爲家屬，原以與其家長以永久共同生活爲目的，而同居於一家之故，若欠缺同居之條件，即不得謂之家屬，更何得於不同居之後，而請求給付扶養費」。

（註八）最高法院二十二年上字第二五九六號判例：「妾之制度，於親屬編施行時，業已廢止。在親屬編施行後，非有親屬關係而以永久共同生活爲目的而同居一家者，依法得視爲家屬。其家長與家屬相互間，固應互負扶養義務，但不同居一家，即欠缺視爲家屬之要件，自不得主張扶養之權利」。

（註九）最高法院二十一年上字第二〇九三號判例：「與夫之父母同居，甚或夫之父母爲家長時。夫之父母固負扶養之義務。惟民法第一千一百十五條所定履行扶養義務之順序，直系血親尊親屬在家長及夫之父母之先，苟自己之父母或其他履行扶養義務之順序在先之人，有充分之資力，足以扶養不得逕向夫之父母請求履行扶養義務。即使順序在先之人，資力不甚充分，亦僅得請求夫之父母，就不足部分，履行扶養義務」。

（註十）最高法院二十九年上字第八九七號判例：「民法第一千一百一十四條固規定家長家屬相互間負扶養之義務。惟依民法第一千零零五條及第一千零二十六條之規定，夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，家庭生活費用，夫有支付能力時，應就夫就其財產負擔之。是夫有支付家庭生活費用之能力時，妻即非不能維持生活，依民法第一千一百一十七條第一項之規定，自無更受其家長扶養之權利」。

（註九）最高法院二十九年上字第一二二一號判例：「受扶養權利者患病時，必須支出之醫藥費用，以維持生活所需要之費用。定扶養之程度，依民法第一千一百十九條之規定，既應斟酌受扶養權利者之需要，則此項費用之供給，自在扶養義務範圍之內」。

（註一〇）最高法院二十六年鄂上字第四〇一號判例：「受扶養權利者，應否與負扶養義務者同居一家，而受扶養，抑應彼此另居，由負扶養義務者，按受扶養權利者需要之時期，陸續給付生活資料，或撥給一定財產，由受扶養權利者，自行收益，以資扶養，係屬扶養方法之問題。依民法第一千一百二十條之規定，應由當事人協議定之，不能協議時應由親屬會議定之，對於親屬會議之決議，有不服時，始得依民法第一千一百三十七條之規定，向法院申訴，不得因當事人未能協議，逕向法院請求裁判」。

第七章 家

第一節 總說

第一 家族制度之變遷

家族制度云者，以家爲社會組織單位之制度也。家族制度成立之原因有三：其一，由於祖先崇拜之心理，要求祭祀之繼續。其二，基於共同經濟上之必要，遂集合組織，成一團體。其三，則以血統關係，近者相親，本爲人類之天性，生活上之接觸既多，則使其感情趨於融洽，此種心理的傾向，亦爲血統集團發生之一原因。此三種原因之優劣先後，姑置不論，唯經濟的要素，於家族制度發展上所有之重大影響，則爲吾人所不可忽視者也。

家族組織，發生雖久，唯於氏族制度之下，則爲氏族所掩沒而不彰。蓋在氏族存續間，家族權利，大受局限，卽家長亦不得掌握一家統御之全權。各家屬與其謂爲從屬於家，毋寧謂爲從屬於氏族之爲愈也。迨氏族制度崩解之後，家族制度始得完全團結，得占充分獨立之地位焉。氏族制度崩潰後，得占獨立地位之家族組織，爲所謂父權的家長制之大家族制度。此種家族制度，以其家長有絕對的統御權，以支配其族人爲特徵。家族者，不特爲親屬團體，且同時爲獨立的政治經濟團體，儼然爲國家內之國家。其家長爲一家之統治者、立法者、司法官且爲經濟上之代表者。換言之，卽其一家於社會上自有其確固獨立之地位，家長對外爲一家之代表，對內則指揮家屬之勞動，分配家屬之生活，其家屬殆與奴隸無異，可由家長任意虐使出賣，且在一家內執行死刑者，亦不罕見，如羅馬法上之家長(Pater familias)，及日爾曼古法之 Stammvater，莫不皆然。

於上述大家族制度之時代，個人與物無異，毫無所謂人格之觀念。但其後因個人自由思想之發達，國家權

利之增大，生產關係之進展，大家族制度，遂行崩壞。現今歐洲之所謂家，咸係以夫妻之婚姻關係爲中心，並包括未成熟之子女之養育關係而已。及其子女既長，則別爲婚姻，另成家室，是爲個人的小家族制度。蓋因各個人皆係自主獨立，各有其人格，個人相集合，係直接形成社會國家，個人與國家之間，別無何等團體的組織單位者也。

第二 我國家族制度之沿革

我國古代，家族制度，卽已詳明，卽所謂宗法是也。秦漢以後，宗法制度，漸行廢弛，而家族制度，則仍不失爲社會組織之中心，降至今日猶未全然崩壞。蓋古代之家，實爲國家之重要組織，對內則主持祭祀，教育子弟，對外則計家受田，供給賦役，負代表全家之責任。從前律例所有之家制，雖與古制，未盡相侔。而對內爲家政之統理，對外爲賦役之供應，其立法之趣旨，仍係以家長制爲本位，則固與古無殊者也。

降至今日，家族制度，是否仍應存在，原不失爲研究之問題。但在我國，家族制度既有數千年之歷史，一旦根本推翻，事實上自多窒礙。故現行民法，仍就家制，設有規定（親屬法先決各點審查意見書第八點參考）。唯現行民法上之家制，純以永久共同生活爲目的。凡親屬之以永久共同生活爲目的而同居者卽得共組一家。家長係親屬團體所推定，負管理家務之責任。既無公法上之性質，對家屬亦無絕對無限制之支配權。故既非家長的家族制度，亦非個人的家族制度，而係位於其中間者也。

第三 現行民法之家族制度

現行民法，原爲十九世紀個人主義之產物，故立法例上承認家族制度者，唯日本及瑞士二國而已。日本民法採形式主義，凡隸屬於同一戶籍者，卽謂之家。瑞士民法採實質主義，以經營共同生活之親屬團體，謂之爲家。是以瑞士民法雖亦設有家長，而與日本民法上之戶主，大異其趣。第一，瑞士民法之家長家屬關係爲實質的，故其家長自應爲實際上之家族共同生活之主持者。反之，日本民法之家長，家屬關係純爲形式的，雖無家屬，僅有單身戶主，亦所恆有，且戶主居於鄉間茅舍，家屬寓於通都廣廈，其間縱毫無何等經濟的共通，亦屬

無妨者也。第二，日本民法之家既爲形式的，故全國國民，必皆屬於某一家，爲其家之戶主或家屬；而瑞士則非全國國民皆有組織其家之必要。換言之，瑞士民法上之家長制度，原非一般的，必然的者也。第三，日民法之戶主權，係因繼承而輾轉相傳；反之，瑞士民法之家長權（*Die Hausgewalt*）則係隨時發生者也。我國民法原以保存家族制度爲目的，但鑑於家之社會的機能，故做瑞士民法，採實質主義，規定以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體爲家（一一二二條）。然對於家長家屬間之權利義務，及家之經濟共同關係，規定殊苦未詳，欲期其充分發揮家之機能，自屬難能者也。

第二節 家之性質

普通之觀念，恆稱人類住居之建築物爲家。建築學上，則以木石所造之家屋，稱之爲家。此等有形之家屋，稱之爲家，固無不可，然非法律上之所謂家也。法律上之所謂家者，蓋謂於單純之親屬關係以外，更限定其範圍，對於經營共同生活之團體，承認其爲所謂家之組織者也。依民法之定義，則稱家者，蓋謂以永久共同之生活爲目的而同居之親屬團體也（一一二二條）。析言之，則

（一）家爲親屬團體也。親屬團體云者，依親屬關係而結合之團體也。家之構成分子，原以親屬爲原則，不過例外亦許非親屬附屬其中而爲家之一員耳（一一二三條一二項）。既曰親屬團體，則所謂家者，非法律上之人格者，自不待言。蓋在往昔家族制度盛行時代，恆以家爲經濟生活，政治生活之單位。宛然以家爲一種法人，具有權利能力及行爲能力者。但現行民法則不承認其爲權利義務之主體焉。

（二）須以永久共同生活爲目的而同居者也。永久云者，相當期間之繼續之謂，不似夫妻關係必期以終身的結合者也。所謂以共同生活爲目的而同居者，即分擔家族集團生活收支之義。瑞士民法對此，恆以共同家計一語以表現之。是以雖同居於同一家屋而分財異爨者，自不得謂爲一家。但家屬仍各有其特有財產，自屬無妨。復次，家既爲家屬之結合，故其經營共同生活也，自須有尊卑長幼之秩序，於一家中，設有家長，由其統率一

家之家屬。否則，縱係共同起居，亦不得構成一家者也。

第三節 家之構成

第一款 家長

家者由一家長及無數之家屬構成者也。故一家中而無家長，自非所許（一一二三條一項）。家長身分取得之原因有二：

（一）親屬團體之推定

家也者既爲以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體，故爲達到共同生活之目的，自有設置家長，統率家屬之必要。且爲適合實際上之需要，以由家之構成各員之自由決定之爲最妥善。民法規定，家長由親屬團體中推定之（一一二四條一項前段）。被推定者之性別、年齡、輩分，皆非所問。惟推定之方法如何，民法上未設規定，似屬未當。

（二）法律之規定

家長雖已由親屬團體推定爲原則，無推定時，依法律之規定，則以家中最尊輩者爲之，尊輩同者，則以年長者爲之（一一二四條一項後段）。尊輩云者，對卑輩而言。唯一家之中，尊輩不止一人時，例如父母對於子女固爲尊輩，但父母之外，尚有祖父母者，則其尊輩更在父母之上，此時，其家長即應以祖父母爲之。若兄弟同居，其上並無尊輩時，則應以年長之兄爲家長者也。

依法律之規定，親屬團體無推定時，固應以最尊者，或最長者爲家長。但最尊者或最長者不能或不願管理家務時，由其指定家屬一人代理之（一一二四條二項）。既曰代理，則家長之身分，仍屬該最尊者或最長者，蓋不待言。不過於其不能或不願管理家務之期間內，由其指定之家屬代爲執行事務而已。

第二款 家屬

家屬者，一家之構成分子而非家長者也。同家之人，除家長外，均爲家屬（一一二三條二項）。民法上之家屬，復有二種。其一，爲自然的家屬；其二，爲擬制的家屬。自然的家屬者，家長之配偶及血親與血親之配偶以永久共同生活爲目的而同居者也。擬制的家屬者，雖非親屬而以永久共同生活爲目的，同居一家，依法視爲家屬者也（一一二三條三項）。例如家長之妾，既非家長之配偶，自不得謂爲親屬，但如經妻允許同居者，則實際上係以永久共同生活爲目的而同居一家者，自屬事實。故依法視爲家屬（司法院二十一年院字第七三五號解釋）。父之妾，如非自己之生母，固與之無親屬關係，惟以永久共同生活爲目的而與之同居一家者視爲家屬（最高法院二十一年上字第二二三八號判例）。此外，例如過門守貞之女子（司法院二十年院字第五六〇號解釋），童養媳（司法院二十二年院字第九五九號解釋），及子之未婚妻（最高法院二十三年上字第三〇六九號判例），雖不與所養之家發生親屬關係，但發生家屬關係，故皆爲擬制的家屬。男女之同居關係在我國判例法亦認爲家屬關係，既如前述（最高法院二十一年上字第一〇七號判例）。

家屬身分之得喪原因如左：

（一）出生 子女因出生即入父家，爲父家之家屬；父爲贅婿者，爲母家之家屬；未經父認領之非婚生子女，亦爲母家之家屬。

（二）死亡 家屬之身分因死亡而消滅，蓋不待言。

（三）婚姻 妻因婚姻之成立，入夫之家，爲夫家之家屬；贅婿則因婚姻之成立，入妻之家，爲妻家之家屬，婚姻關係消滅後，則各回本家，復爲其本家之家屬矣。童養媳於童養之日雖未與其童養之家，發生親屬關係，但因入所養之家，而取得其家屬之身分。於其關係消滅同時，復歸其本家。

（四）收養 養子女自其收養關係成立之日起，入其養父母之家，爲養家之家屬。收養關係消滅，則復歸本家，爲其本家之家屬。

（五）入籍 異居之親屬或非親屬，以永久共同生活爲目的，欲與家長同居一家，經家長允許而入籍者，取

得家屬之身分。

(六)同居 男女之間，以永久共同生活爲目的，發生同居關係者，自其同居之日，取得家屬之身分。

(七)分家 家屬已成年或雖未成年而結婚者，得請求家長，由家分離（一一二七條）。家長對於已成年或雖未成年而已結婚之家屬，如有正當理由，得令其由家分離（一一二八條）。其家屬之身分，即因由家分離而消滅。何謂正當理由，自應就具體的情形決定之。例如家長之故父所遺之妾品行不檢，與男子互通情書（最高法院二十六年上字五四四號判例），姑爲家長媳爲家屬，媳於夫故後，與人通姦（同二十九年上字二〇〇八號判例），皆其例也。

(八)脫離 男女脫離同居關係者，其家屬之身分，因而消滅。

第四節 家務之處理

我民法之家制，係採實際主義，以經營共同生活爲目的。故家長遂爲實際上家屬共同生活之主宰。則一家之家務，應由家長管理，自屬當然（一一二五條前段）。但一家之內，事務繁多，如必須家長躬自爲之，自屬難能。故家長得以家務之一部委託家屬處理（同條但書）。例如家長，得委託家屬一人，專司庶務之責是也。既曰委託處理，則其責任自由家長負之，蓋不待言。至家長如不能或不願管理家務，得指定家屬一人代理之，已如前述（一一二四條二項）。於此種場合，則家務之管理，悉由代理家長爲之，家長不過徒擁虛名而已。家以永久共同生活爲目的，則爲維持家屬之共同生活，由各個家屬醱集其財產之全部或一部，設定爲一家之家產，自爲事實上之必要。家爲親屬團體，非法律上之人格者，故此種家產，爲屬於家屬全體之共同共有（八二七條）。一家之家務，既由家長負責管理，則家產之管理、處分、均應由家長負責爲之。（註一）家長對外代理全家所負之債務，應由家屬全體，負清償之責，債權人自得就全部家產，請求執行。（註二）倘此種解釋爲不謬，則家長因管理一家之家務，對內就一家之家產，有管理處分之權限；而對外則可以家長資格代表全家爲法

律行為者也。唯家長如以家務之管理，委諸其家屬，而於管理權未有限制之表示，則其家屬於概括的委任範圍以內，自得就家產爲必要處分。其處分可推定已得家長同意，嗣後不得再行主張無效，自屬當然。（註三）

民法之家制，既着眼於實際共同生活之經營，故特以明文規定，家長管理家務，應注意於家屬全體之利益（一一二六條）。蓋置重於家長之義務，此其所以異於舊日之家制也。唯瑞士民法對家長權，規定甚詳，如家內規則之制定施行，家屬財產保護之義務，以及需要監護家屬之監護義務，皆爲家長之義務。民法對此，咸付闕如，則家之規定，其不失爲具文者幾希。此誠我立法諸公所應反省者也。

（註一）最高法院十八年上字第一九六號判例：「公同共有人未得共有人全體同意，雖無擅自處分共有物之權，然一共有人若係他共有人家長，事實上確係以家長資格代表共有人全體所爲之法律行為，則不能概謂爲無效」。又司法院二三年院字一〇六九號解釋亦云：「家長管理家務，如爲家屬全體之利益，自得處分家產；但家屬所已繼承或係其私有之財產，須得家屬同意。」

（註二）最高法院二十年上字第二〇四號判例：「管理家務之人，代理全家所負之債務，應由家屬全員負擔清償之責；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」。

（註三）司法行政部二十九年八月二十九日指字第八七六四號指令：「查父以管理家務委諸其子，而於管理權並未爲限制之表示，則子於概括的委任範圍以內，就父之財產，自得爲管理家務所必要之處分。其處分可推定已得父之同意，嗣後其父自不得爲無效之主張」（前大理院五年上字第三一〇號及六年上字第一一二五號判例參照）。

第八章 親屬會議

第一節 總說

第二 親屬會議之意義

親屬會議者，由會員數人組織而成，爲處理親屬間一家或特定人之事項之親屬間合議機關也。親屬相聚，協議家事，原爲我國舊有之風習。周禮大宗伯，以飲食之禮，親宗族兄弟。飲食之禮有二。一曰族燕，一曰族飫。陳氏禮書曰：『古者合族之禮，方其平居無事，則有燕以申好；及其有大疑謀，則有飫以圖事。』足徵親屬會議，濫觴已久。唯皆以爲單純之事實關係，未嘗認定爲法律上之制度也。但歐洲法制，則遠在羅馬，卽有親屬會議之組織，所謂 *Concilium domesticum* 者是也。現行歐洲諸國之法制，莫不倣此，設有親屬會議。良以親屬間之問題，其性質極爲機微，究非嚴格形式的，可以劃一整理。法諺所謂：『法不入家門』，蓋卽此義。雖然，法非全然不入家門也，不過於可能範圍內，其法律之運用，得不由於國家之手，而讓諸親屬自身耳。

第二 親屬會議之性質

現親屬會議之性質，有應說明者如次：

(一) 親屬會議非法律上人格者也。親屬會議未經賦與法律上之人格，故非法人，其自身亦無權利義務。其存在也，僅爲一定會員之集合，故親屬會議之行爲，常依親屬會員之決議爲之，蓋由親屬會員全體共同行使權利負擔義務者也。

(二) 親屬會議非常設機關也。於特定事態發生有親屬會議存在之必要時，乃依一定之程序，設定親屬會議；俟其事態終了，遂行消滅。其因無能力人而設定者，存在期間，雖較長久，但無能力人成爲能力人時，卽

行消滅。仍非常設機關，自不待言。

第三 親屬會議之權限

親屬會議之權限，法律就各種場合，分別設有規定。於其權限以內之事項，親屬會議有為決議之權。權限以外，親屬會員縱經協議，亦不得謂為親屬會議之決議者也。親屬會議之權限如左：

一、親權行使之監督（一〇九〇條）。

二、監護之監督。

- (a) 監護人之選定（一〇九四條五款）。
- (b) 開具財產清冊之監督（一〇九九條）。
- (c) 財產使用處分之允許（一一〇一條）。
- (d) 財產狀況報告之受理（一一〇三條）。
- (e) 監護人報酬之酌定（一一〇四條）。
- (f) 監護人之撤退（一一〇六條）。
- (g) 財產清算之監督（一一〇七條一項）。
- (h) 財產清算之承認（一一〇七條二項）。
- (i) 禁治產監護人選定之參加意見（一一一條）。
- (j) 禁治產人監置之同意（一一二條）。

三、繼承之干與

- (a) 遺產之酌給（一一四九條）。
- (b) 繼承權拋棄之受理（一一七四條二項）。
- (c) 遺產管理人之選定（一一七七條一一七八條）。

- (d) 遺產變賣之同意(一一七九條)。
 - (e) 遺產狀況報告說明之請求(一一八〇條)。
 - (f) 遺產管理人報酬之酌定(一一八三條)。
 - (g) 口授遺囑之認定(一一九七條)。
 - (h) 遺囑執行人之選定(一二一一條)。
 - (i) 遺囑提示之受理(一二一二條)。
 - (j) 密封遺囑之監視(一二一三條)。
 - (k) 遺囑執行人之改選(一二一八條)。
- 四、扶養方法之決定(一一二〇條)。

第二節 親屬會議之組織

第一款 親屬會議會員之人數

親屬會議會員之人數，各國立法例，未盡一致。有就其會員之人數，設有限制者；亦有不設限制者。其設限制中，人數亦不一致。如德國民法於會長之外至少須有二人，至多達六人。意大利民法則會長之外，以四人為限。法國民法則會長之外，以六人為限。日本民法則以三人為會員人數之最少限度，最高限度則未予規定，使法院順應實情隨時決定。我民法以親屬會議既為親屬間之合議機關，則人數過少，易致專斷，人數過多，復涉分歧。斟酌損益，規定親屬會議以會員五人組織之(一二三〇條)。

第二款 親屬會議會員之資格

第一 親屬會議會員之選定

親屬會議會員之資格如何，立法例亦不一致。德國民法對此僅設消極的限制，日本民法則親屬而外，與本

人或其家有關係者，均得爲親屬會議之會員。然親屬會議既爲維護未成年人、禁治產人或被繼承人之利益而設，則關係疏淺之人，自難期其謀慮周詳。故民法規定親屬會議之會員，以未成年人、禁治產人或被繼承人一定之親屬爲限。其法定之親屬及其順序如左（一一三一條一項）：

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

親屬會議會員之程序，雖如上述。然如同一順序中，不祇一人時，則以親等近者爲先。親等同者以父系之親屬爲先。同系而親等同者以年長者爲先（一一三一條二項）。例如被繼承人之父母、祖父母同爲直系血親尊親屬，則以親等近者之父母爲先。祖父母與外祖父母同一親等，則以父系之祖父母爲先。再如伯叔父同爲三等親，且同爲父系，則以年長之伯父爲先是也。

第二 親屬會議會員之指定

親屬會議之會員，固應由上述之順序中，加以選定。然未成年人、禁治產人或被繼承人如竟無第一千一百三十一條所規定之親屬或親屬不足法定人數時，法院得因有召集權人之聲請，於其他親屬中指定之（一一三二條）。

第三 親屬會議會員資格之限制

親屬會議原爲維護未成年人、禁治產人或被繼承人之利益而設，故民法特就親屬會議會員之資格，設有二種之限制。左列之人，皆不得爲親屬會議會員（一一三三條）：

（一）監護人 監護事務之執行，原爲親屬會議之所應監督者。以一人而兼兩種職務，自皆無從完成其目的也。

（二）未成年及禁治產人 未成年人及禁治產人，年事智能，皆苦不足。故監護人之資格，尙不具備，自

更不得爲親屬會議會員，以當監護最高機關之任矣。

第三款 親屬會議會員之辭職

親屬會員之職務，與監護人之職務，同爲法律上之強制負擔。依法應爲親屬會議會員之人，一經選定指定，即當然爲親屬會議會員，應從法律所命，盡其職責。非有正當理由，不得辭其職務（一一三四條）。所謂正當理由者，如身在他方，不能列席會議是也。唯親屬會議會員辭職之理由，應較監護爲嚴格，蓋以親屬會議不似監護人爲常設機關，任務不甚繁多故也。

第三節 親屬會議之召集

親屬會議非常時設立之機關，必依召集而成立。召集云者，對親屬會議會員命其集會之處分也。親屬會議召集之原因，須依民法之規定。即民法規定應開親屬會議時，始得召集之者也（一一二九條）。所謂民法之規定，即前舉關於親屬會議權限諸規定是。其召集權人則爲

（一）當事人 例如爲無能力人而開之親屬會議時，即爲無能力人。

（二）法定代理人 當事人而外，法定代理人與當事人有重大利害關係，故亦有召集之權。

（三）其他利害關係人 親屬會議之召集，關係公益頗鉅，故民法不僅將召集全權，委之於少數特定人，一切利害關係皆許與請求召集之權。何謂利害關係人？民法並未具體的規定，解釋上稍嫌含混。據學者通說，則不限於物質的，金錢的利害關係，即與有精神的無形的利害關係者，亦包含在內，但以於法律上有利害關係者爲限。故凡證明其與親屬會議之集會，有法律上之利害關係者，皆得請求召集者也。

第四節 親屬會議之決議

第一 決議之方法

親屬會議非法人也，故其行動必以決議爲之。親屬會議之決議，亦非以親屬會議一個人格爲主體之行爲，而係構成親屬會議之會員各自意思表示集合，以決議之形式，發生一個法律上之效力者也。

親屬會議之決議，自應於適法召集之親屬會議爲之。但親屬會議乃最高決定機關，故民法規定，非有三人之出席，不得開會（一一三五條前段），以資慎重。至親屬會議之決議，如全部意見一致，自無問題。因其一致，而決議即行成立。如不一致時，則非有出席會員過半數之同意不得爲決議（同條後段）。過半數云者，即出席者之多數決也。

第二 決議之限制

親屬會議之會員，於所議事件，有個人利害關係者，不得加入決議（一一三六條）。所謂個人利害關係即與自己有直接利害關係之謂。蓋關係個人利害者，自難期其爲公平之表決，是蓋爲會議之一般原則，無待煩言。然其利害關係須爲直接之利害關係，例如親屬會議決議，將受監護人之不動產出賣（一一〇一條參照），而不動產之買受人如爲親屬會議之會員中之某人是。

第三 決議不服之訴

民法一一三七條規定：「第一一二九條所定有召集權之人，對於親屬會議之決議有不服者，得於三個月內，向法院聲請」。此種規定之立法趣旨，即在親屬會議之決議不當時，得有救濟之方法。換言之，親屬會議之決定，並非最後之決定，其決意之當否，尙得由法院爲終局的解決之謂也。學者有謂不服之原因係指決議之不合法而言者。倘依此種解釋，則親屬會議之決議成立三個月內如未提起不服之訴，其決議縱不合法，亦應認爲有完全效力，因其決議而爲之一切處置，遂皆確固不可動搖，似不合理。余以爲決議之不合法者，當然無效，自決議之日起，無論經過若干年，不論何人，皆得提起無效確認之訴。反之，決議不當時，則限於一一二九條所定有召集權之人，始得於三個月內向法院聲請者也。（註）一一二九條所定有召集權之人，即當事人，法定代理人，其他利害關係人，固不待言。至其三個月出訴期間，應自何時起算，法無明文，不無疑義。余以爲應

自決議之翌日起算，非自有聲訴權人知有決議之日起算也（日本昭和十一年三月十三日及昭和四年五月二十三日大審院民事判例參考）。唯民法第一一三七條所謂向法院聲訴，既指提起不服之訴而言，則法院對於此項聲訴之裁判，自應依民事訴訟法所定判決程序辦理，固不得以裁定行之者也（最高法院二十九年抗字一〇號判例參考）。

（註）決議之不法與決議之不當，區別上似頗困難。日本因判例法之解釋補充，已漸有一定之標準。大體言之，決議之不法有二種情形：（一）違反親屬繼承法之強行規定者，例如有適法之監督人而加以選定；不應開始監護，而為之開始監護並選定監護人；選定缺格者為監護人之類是。（二）親屬會議之構成不合法者，例如無表決資格者參加表決；親屬會議有缺額不請求補充而逕為決議之類是。決議之不當亦有二種情形：（一）召集及決議之程序有瑕疵者，例如對於親屬會員之一部未發召集之通知，於法院指定之時日及場所以外為開會決議；（二）決議之內容實質不當者，例如並無必要而同意未成年入出賣不動產是。其解釋頗可供吾人之參考。

附錄

出征抗敵軍人婚姻保障條例（民國三十二年七月三十日立法院第二百四十三次會議通過）

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所定之軍人家屬

第二條 出征抗敵軍人在出征期內其妻不得請求離婚

第三條 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

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約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利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

出征抗敵軍人在出征期內其未婚妻與人通姦者處六月以下有期徒刑拘役或千元以下罰金其相姦者亦同

第十條 本條例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

研習問題

第一章

- 一、親屬法地位之變遷與社會組織之關係如何？
- 二、試比較說明我國歷次親屬法草案之異同。
- 三、試述現行親屬法之特色。
- 四、說明親屬權之性質
- 五、民法總則編中對於法律行為之各種規定，是否可以適用於親屬法上之法律行為？試申述之。

第二章

- 一、關於親屬範圍之限制，現行親屬法採取何種立法主義？
- 二、配偶是否親屬？
- 三、問左列各種親屬，其親系親等若何？
 - (1) 繼母
 - (2) 嫂
 - (3) 翁，姑
 - (4) 妻弟
 - (5) 妯娌
 - (6) 連襟
- 四、隨母改嫁之子女，與其繼父，依現行親屬法爲何種親屬關係？於其繼父死後，有無繼承財產之權利？
- 五、夫死，妻與其夫家之親屬關係是否因而消滅？妻再婚時，如何？

第三章

- 一、近日我國歷史學者，多謂殷商以前，係在亂婚狀態，試論其當否。
- 二、優生學與婚姻立法有何影響？
- 三、父母代子女所訂之婚約，有何效力？
- 四、婚約解除時，其訂婚之聘財，是否應行退還？
- 五、相姦者不得結婚，其立法理由何在？最近立法之趨勢若何？試申論之。
- 六、何謂結婚之公開儀式？
- 七、男女同居關係，於法有何效力？又同居關係與單純之姘度，應如何區別？
- 八、甲男原與乙女爲夫婦，其後又與丙女重婚。重婚未經撤銷，甲已死亡，問丙女於法律上身分如何？有無繼承財產之權利？設甲乙間原有子一人丁，現丙又懷孕，問甲之遺產應如何分配？
- 九、典妻於法律上有何效力？典妻所生之子女是否爲婚生子女？
- 十、甲之妻乙，因欲詐取丙之財物，僞爲與丙結婚，即俗所謂打虎。乙丙已舉行法律上儀式，問其婚姻有無效力？
- 十一、甲男納乙女爲妾，其妻丙以此爲理由，拒絕與甲同居，問其理由是否正當？
- 十二、何謂日常家務？是否以其家庭之實際收入爲標準？又同居男女間是否亦可類推適用日常家務代理權之規定？
- 十三、夫妻財產制有無詳細規定之必要？最近立法趨勢若何？
- 十四、離婚與婚姻之撤銷有何區別？
- 十五、論自由離婚主義之得失利弊。

十六、甲男與乙女兩願離婚，於報端刊載啓事，聲明無條件脫離夫妻關係。問其離婚於法是否有效。

十七、甲男以其妻乙與丙通姦爲理由，請求離婚，乙謂甲亦與丁女有染，彼此過失可以相抵。問其論據依法是否可以成立。

十八、甲男於戰時囤積居奇，操縱金融，爲人發覺，畏罪逃匿，其妻乙因此請求離婚，其理由是否正當？

第四章

一、婚生子女應具備何種要件？

二、甲男死後其妻乙即與丙男再婚。婚後二百日即生一子丁，問丁究應推定爲甲之子，抑推定爲丙之子？

三、非婚生子女，與其父母之關係，立法例有幾？我民法之規定若何？試申述之。

四、依現行法規定，非婚生子女如何得與其生父發生父子關係？

五、甲男收養其非婚生子女乙爲其養子，於法是否有效？

六、有配偶者，收養子女，未與其配偶共同爲之者，其配偶是否得向法院請求撤銷之？

七、試說明指定繼承人與養子之區別。

八、親權之內容是否因服從親權人之性別而有差異？

九、親權是否可以拋棄？

十、父母對於子女之身分行爲有無法定代理權。

第五章

一、試說明監護之性質。兒童保育院與托兒所是否爲兒童之監護人？

二、監護之開始原因有幾？

- 一、試述扶養之性質。
- 二、家屬相互間，有無扶養義務？
- 三、扶養之程度應依何種標準決定之？
- 四、扶養之權利義務是否可以繼承？

第七章

- 一、試述家族制度之存在理由。
- 二、試述我國民法上家之特色。
- 三、家屬之種類有幾？試舉例以說明之。
- 四、說明家長之權利義務。

第八章

- 一、試述親屬會議之性質。
- 二、說明親屬會議之權限。
- 三、親屬會議召集之方法若何？
- 四、親屬會議決議之不合法與決議之不當有無區別？其效力有何不同？

中華民國三十三年二月重慶初版
中華民國三十五年五月上海再版

聯

部定大
學用書
現行親屬法論一冊

定價國幣伍元

印刷地點外另加運費

著 者 李 宜 琛

發 行 人 朱 經 農

上海河南中路

印 刷 所 商 務 印 書 館

發 行 所 商 務 印 書 館

各地

* 有 所 權 版 *
* 究 必 印 翻 *

