

書叢律法用實

屬親法民

著編曾彙陶

者編主

齊百徐 五雲王

行發館書印務商

584.14
399
3

書叢律法用實

屬親法民

著編曾棠陶

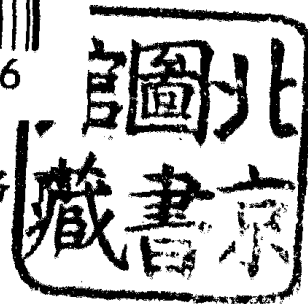
者編主

齊百徐 五雲王



3 0600 9625 6

行發館書印務



A513582

實用法律叢書例言

(一) 本叢書主旨，在使中等以上學校學生及一般民衆獲得吾國現行重要法律之知識，並供從事法律職務者及應文法官考試者之參考。

(二) 本叢書包括下列各書：(1) 中華民國訓政時期約法，(2) 民法總則，(3) 民法債，(4) 民法物權，(5) 民法親屬，(6) 民法繼承，(7) 公司法，(8) 票據法，(9) 海商法，(10) 保險法，(11) 刑法，(12) 民事訴訟法，(13) 刑事訴訟法，(14) 土地法，(15) 破產法，(16) 違警罰法，(17) 法院組織法，(18) 民事訴訟強制執行法，(19) 商標法，(20) 公司登記規則。

(三) 本叢書各書，係依據現行法律條文，綜合編述，以期系統井然。

(四) 本叢書各書，對於現行法律，釋義力求周詳，論列力求正確；對於法律術語及立法理由，扼要闡明；對於疑難條文，詳舉事例，惟因但求實用，學說及立法例，概從省略。

(五) 本叢書各書，文筆務求淺顯。

目錄

緒論

一 親屬法的内容·····一

二 親屬法的形式·····二

第一章 親屬·····五

第一節 親屬制度的略史·····五

第二節 親屬的種類·····八

第三節 親系及親等·····一

第一款 親系·····一

第二款 親等·····二

第四節	親屬關係的發生消滅原因	一七
第五節	扶養	一九
第一款	通論	一九
第二款	扶養權利義務的發生及免除	二一
第三款	扶養當事人的範圍及順序	二一
第四款	扶養的程度與方法	二四
第六節	親屬會議	二五
第二章	婚姻	二九
第一節	婚姻的形式	二九
第一款	確定婚制及其保障	二九
第二款	婚姻之各種形式	三〇
第二節	婚姻之意義及法理	三四

第三節 婚姻的成立	三五
第一款 婚約	三六
第二款 結婚	四一
第一 形式要件	四一
第二 實質要件	四三
第四節 婚姻的無效及撤銷	五〇
第五節 婚姻的效力	五四
第一款 夫妻的身分關係	五四
第二款 夫妻財產制	五六
第一項 總說	五六
第二項 夫妻財產契約	五九
第三項 法定財產制	六九

第六節 離婚	七五
第一款 離婚制度略史	七五
第二款 兩願離婚	七七
第三款 判決離婚	七九
第三章 父母子女及監護	八六
第一節 通論	八六
第二節 父母子女	八七
第一款 父母子女關係的種類	八七
第二款 婚生子女	九〇
第三款 非婚生子女	九二
第四款 擬制的父母子女	九八
第五款 父母子女關係的內容	一〇四

第三節 監護·····	一〇七
第一款 通論·····	一〇七
第二款 監護的開始·····	一〇八
第三款 監護的機關·····	一〇九
第四款 監護的終止·····	一一五
第四章 家·····	一一八
第一節 舊來的家制·····	一一八
第二節 現行的家制·····	一二一

民法親屬

緒論

一 親屬法的內容

親屬法乃規定親屬的身分關係及本於此諸關係的權利義務之法，吾人的身分關係有四：

其一爲由於婚姻所生的夫妻關係。兩性結合不必皆爲婚姻。其爲婚姻者，男女之間即有確定的身分關係及由此所生的種種權利義務。

其二爲由於婚姻所生的父母子女關係。父母子女關係本爲一般親屬關係中的一種，並無特殊的法理可言。惟是父母與在親權之下的子女則存有教養關係，而生特殊

的法理與法則。

其三爲家屬關係。在親屬之中，有一部分的近親，構成小範圍的共同生活團體，稱之爲家。在家之內有家屬關係。

其四爲一般的親屬關係，夫妻及父母子女之外，一定範圍以內的親屬，有種種權利義務存於其間，此亦親屬法的一內容。

二 親屬法的形式

一 制定法

親屬法的主要形式，爲規定親屬身分關係及由此所生的權利義務的法典。清代以前，婚姻家屬之制，大抵屬於「禮」之範圍。禮之外，又多見於「令」。其繫以刑罰者，則歸於「律」。清末設法律館刪定律例，成所謂「現行刑律」，其中戶婚各律例，實爲親屬法規。民律草案既成，親屬爲第四編。民國五年，修訂法律館又訂定親屬法草案。民國十二年的民律草案亦以親屬爲第四編。凡此諸草案皆未施行。故民國以來，親屬法的主要形式，

仍爲現行刑律戶婚各條。至民國二十年五月五日，始施行立法院所草的民法親屬篇。親屬法的法典始備。

二 判例法

在援引現行刑律時代，法院每暗援民律草案的法理。而名之曰「條理」；又對現行刑律的條文，予以自由的解釋。凡此條理與解釋之形於判決者，積成判例。大理院的判例，不啻爲親屬法最重要的法源。民法親屬篇施行以後，重要法則既明定於法典，判例的地位自有變遷。雖然，法官固非僅以論理的方法適用法文於具體案件。彼具體的案件非皆合於立法者所預想；且社會常有變遷，彼法官對於立法者所預想的案件，亦難以恰相一致的法理相繩。所謂社會學的方法，與論理的方法有同等的重要性，且時或過之。故判例法終不失爲親屬法的重要形式。

● 例如大理院統字五七六號解釋即明言此意。

● B. N. Cardozo, The Nature of the Judicial Process.

三 習慣法

民法第一條：「民事，法律未規定者，依習慣。」故習慣亦為親屬法的一法源或形式。習慣非皆為法，習慣之成為法，乃以「多年慣行之事實，及普通一般人之確信」為條件。●

● 最高法院十七年上字六一三號判決。

四 法理

民法第一條：「民事，法律未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」法理即前所謂條理，即法官如自居於立法者的地位所當下的判斷。●

● 此依瑞士民法第一條之意而為解釋。

第一章 親屬

第一節 親屬制度的略史

一 自然的親屬與法律上的親屬

何謂親屬？若以生物學的意義言之，凡有血統及兩性結合的連環者，皆為親屬，如此則親屬實可計算至無限之多。然而社會組織不容如此的計算。親屬團體常隨一般的社會組織而有種種不同的成分與範圍。故生物學上的親屬與法律上的親屬，常有不能一致之事。生物學上的親屬，法律不認為親屬者有之。●生物學無血統的關係，而法律認為親屬者亦有之。●且親屬關係的所以規定於法律，乃以其生有法律上效果之故。各國法制因之莫不限制親屬於一定範圍之內。

●如未經認領的私生子。

●如養子。

第一章 親屬

二 氏族制

我國過去法律上的親屬，其分類與範圍，與自然親屬大不相同。吾人欲尋繹此特點，必略觀親屬制度的歷史。

此種歷史最早的原始時期，似以平等的雙系的①親屬羣為社會的主要組織。隨社會技術的進化，財富公有之中，私有制度漸起萌芽。此平等雙系的親屬羣漸發展為氏族。②最初的氏族，包容女系親即以婦女為連鎖的親屬。③父子不同族，子女隨母而居住於母之村。我國古代，遺留這種氏族的痕跡不少。④隨私有制的發育，氏族之內漸有家族的萌芽。妻隸於夫，而子隸其父。其時氏族之內，包容男系親即以男子為連鎖的親屬。⑤「婦女為親屬終點」之諺，蓋起於此。⑥

① 雙系的親屬制，即男女兩個系統無分別之制。氏族制為單系的，母系氏族只以母系親為構成員，父系氏族則以男系親為構成員。

② Sib, Clan.

③ 母系氏族。

④ 周族崇拜始祖姜嫄，秦族崇拜始祖女修，皆爲母系氏族的遺迹。在漢代齊俗「長女不嫁，命曰巫兒，嫁者不利其家。」商、秦、吳行兄終弟及之制，也都是母系氏族的遺迹。（參看清華學報十卷三期拙著「周代諸大族之信仰及組織。」）

⑤ 父系氏族。

⑥ 羅馬法諺。

三 父權家族制

隨私有財產的發達，而氏族分解爲家族。家族與同宗的家族之間，雖有強固的社會關係，而實際的共同生活團體，則爲以家長爲至尊之家。●此至尊之家長以下，有五口或八口的家屬。●其富貴豪家，則尙有多數的奴婢，門客，或部曲，家兵。●東漢以後，又有累世同居之風，集數代宗人於一堂。④凡社會之內，家之人口雖有多少的不同，而其同隸於家長則一。這種家族制度在中國存留實甚長久。

① 儀禮喪服傳：「父，至尊也。」清律輯注：「家事統於一尊。」

② 孟子常稱「數口之家。」「八口之家。」李惲云：「今一夫挾五口，治田百畝。」

③ 奴客同爲家族中的成分，爲兩漢常見的現象。門生部曲，參看食貨半月刊二卷十二期鞠清遠兩書南
北朝之客，門生，義附，部曲。

④ 趙翼陔餘叢考累世同居條。

四 夫婦制家族制

父權家族制仍爲單系的組織，蓋一家的構成，無論人口的多少，悉以祖若父傳來的
男系親爲根本。此宗統如斷而不可復續，則其家縱尙有他人，亦爲絕家。

時至現代，隨都市工商業及自由職業的發達，家族制度漸染歐風。夫婦制的家族制
以起。此種家族雖多數難脫舊來宗統的羈維，但當其在都市獨存之時，固帶有雙系的親
屬制的傾向。現行民法即本於此個人本位的傾向而立法的。

① 立後的宗祧繼承制，即爲延續宗統而設。

② 戶絕時，其財產歸公，清例著有明文。

第二節 親屬的種類

一 舊來的分類

在宗統或宗法影響之下，親屬的分類，以「男女有別」及「尊尊」爲大經。於血統連絡的親屬，分爲宗族及外姻二類。宗族者男系親；外姻者女系親。其依婚姻而連絡者，夫族與妻黨又自不同一類。卽如清律喪服圖中，「本宗九族五服正服圖」卽表示宗族的關係；外親服圖則限於女系親。妻親服圖，指示夫對於妻黨的喪服。

民律草案依此分親屬爲四類：一爲宗親，卽宗族；二爲外親，卽外姻；三爲妻親；四爲夫妻。此其去自然的親屬的分類，蓋甚遠可知。

● 民律草案一三一七條，第三次草案第一條。

二 現行民法的分類

現行民法，一變此宗法影響之下的分類。其所定的親屬有三：

一 配偶

二 血親

三 姻親

依血統而連絡的親屬皆爲血親。從前的宗族與外姻皆併爲此類。依婚姻而連絡者，男女本人爲配偶；配偶的雙方血親彼此之間爲姻親。從前的夫族及妻黨，依今法皆是姻親。

三 三種親屬的例示

民法於血親及姻親又有詳細的規定。今分說如下：

(一) 配偶 即夫與妻。

(二) 血親 又分二類：

(甲) 直系血親

(1) 己身所從出的血親 例如父母，祖父母，外祖父母。

(2) 己身所出的血親 例如子女，孫，外孫。

(乙) 旁系血親 即與己出於同源的血親。例如兄弟姊妹與己身出於同源的

父母。又如伯叔姑舅姨與己身出於同源的祖父母外祖父母。

民九六九
條

(三) 姻親 又有三類：

(1) 血親的配偶 例如兄弟妻，姑姊妹夫，舅甥妻。

(2) 配偶的血親 例如夫族，即夫的父母兄弟姊妹等；又如妻親，即妻的父母兄弟姊妹等。

(3) 配偶的血親的配偶 例如妯娌，又如連襟。

第三節 親系及親等

第一款 親系

一 男系親與女系親

依血統而連絡的血親，其間血統的連繫為親系。親系可分為男系及女系。其依男子而連繫者為男系親。依女子而連繫者為女系親。民法於此二者殆同視，與舊律加以差別者不同，已如前述。

二 直系親與旁系親

直系者，上溯己之所從出，下溯己之所出的親系。旁系者，由己所從出的親系分衍的

民九六七條 親系。己所從出或從己所出的血親爲直系血親。如父母，祖父母，外祖父母，子女，孫，外孫皆

直系血親。與己身出於同源的血親，爲旁系血親。如與己同出於祖父母的堂兄弟，又如與己同出於外祖父母的中表姊妹，皆旁系血親。

三 尊親屬與卑親屬

尊親屬者，與父母同輩或父母之輩以上的親屬。如父母，伯叔父母，姑，舅與姨，皆尊親屬。卑親屬者，與子女同輩及子女之輩以下的親屬。如子女，姪，皆卑親屬。

第二款 親等

一 親等

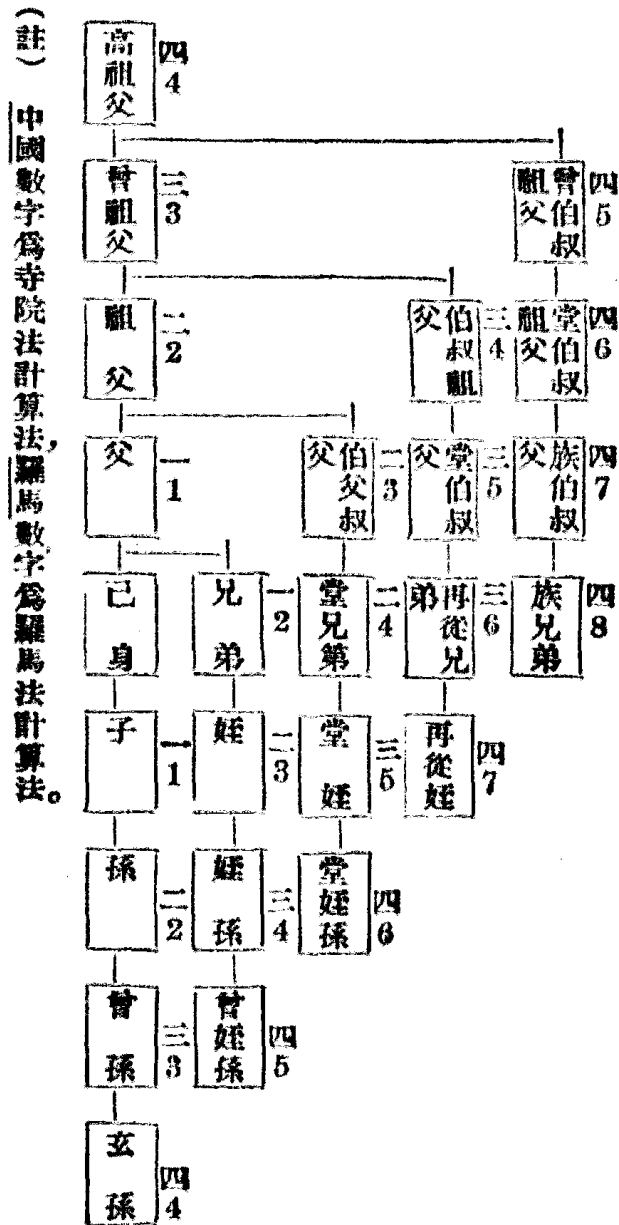
測定親屬親疏遠近的尺度，曰親等。以兩親屬間所隔離的世數多少而計算親等的制度，曰世數親等制。世數親等制，又有二種方法：

(一) 羅馬法主義 羅馬法計算親等的方法：直系血親以一世爲一等。旁系血親，從己身數至同源的直系血親，再由同源的直系血親數至所指的親屬，以其總數爲親等之數。

(二) 寺院法主義 日耳曼法計算親等的方法，爲寺院法所採用。其方法：直系血親以一世爲一等。旁系血親，從己身數至同源的直系血親，又從同源的直系血親數至所指的親屬；世數相同卽用一方的世數；世數不同卽從其多者，以爲親等之數。

茲將兩計算法，例示如左：

(以男系親爲例)



二 舊來的親等計算法

我國舊來無明顯的親等計算法。親屬的親疏以喪服指示之。喪服有五等：三年之服，期服，大功（九月）服，小功（五月）服，緦麻（三月）親屬所當服的喪服多因名分而定，以致獨舉喪服，尙難知其與世數隔離的遠近。雖然，我國對於親屬決非無計算世數之

法。禮：「四世而總，服之窮也。」由此而推，三世爲小功，二世爲大功，一世爲期，其間非無一定的配合。惟因宗法「尊尊」之義及「男女之別」之故，加重減輕，以致難於尋繹而已。●

● 拙著親屬法大綱（商務版，現已停）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，溯其昭穆相同者而反推之，則再從兄弟爲三世，堂兄弟爲二世，兄弟爲一世，子，一世也。溯其昭穆之相同者而遞殺之，則姪爲二世，堂姪爲三世，再從姪爲四世，再從姪固四世也。（其餘類推，依此法所得之計算，與寺院法計算相同，可按前圖而推之。）

三 現行民法的親等計算法

（一）血親親等的計算法

民法取羅馬法主義以計算親等，其結果與舊來的計算法大不相同。血親親等的計算，直系血親從己身上下數，以一世爲一親等。旁系血親，從己身數至同源的直系血親，再由同源的直系血親數至於與之計算親等的血親，以其總世數爲親等之數。例如我欲知族伯叔父的親等：從己身上數至同源的高祖父爲四世，再從高祖父數至族伯叔父爲三

民九六八條

世，以其總數七世爲親等之數，卽七親等。又如欲知堂姨的親等：從己身數至同源的外曾祖父爲三世，再從外曾祖父數至堂姨爲二世，故堂姨爲我的五親等旁系血親。●

● 如從舊法，族伯叔父爲父之二輩，從父算起，父爲一世，則伯叔父爲二世，堂伯叔父爲三世，卽小功親。其計算結果與寺院法同。堂姨爲母黨，母黨爲外親的一種，外親之服止於姨，故堂姨爲無服親。

(二) 姻親親等的計算法

姻親者，依於婚姻而連絡的親屬，彼此之間既無血系之可言，應如何計算親等？惟姻親與我之間，既有婚姻的連絡，其親等，只有依其配偶與我之親等，或依其與我之配偶的親等而定之。試分別言之：

民九七〇
條一款

(A) 血親的配偶，從其配偶的親系親等。例如兄弟之妻與我爲姻親，其親系親等卽依兄弟的親系親等，卽旁系二親等。又如堂舅母與我爲姻親，其親系親等以堂舅爲衡，卽旁系五親等。●

同條二款 (B) 配偶的血親，從其與配偶的親系親等。例如妻姪，依其與妻的親系親等，卽旁

系三親等。又如夫的曾祖父母，依其與夫的親系親等，即直系三親等。①

同條三款

(C) 配偶的血親的配偶，從其與配偶的親系親等。例如夫的兄弟妻（妯娌）依其與夫的親系親等，其與夫的親系親等又以夫的兄弟與夫的親系親等為衡，即旁系二親等。又如內姪女的夫，依其與妻的親系親等，而其與妻的親系親等又以內姪女與妻的親系親等為衡，即旁系三親等。②

① 血親的配偶，在舊律，只有宗族的配偶，對於自己有與宗族相等的關係。至於外姻的配偶除有服者外，只有關係顯然可指者，時或有法律關係而已。

② 配偶的血親，在舊律上，妻與夫族的關係與夫族略等。至夫對妻黨，除外舅與內兄弟姊妹外，別無何等關係可言。

③ 此一類中，在舊律上，妻與夫的宗族的妻有與夫相等的關係外，夫與妻族的妻，可謂無何種法等關係。

第四節 親屬關係的發生消滅原因

一 親屬關係發生的原因

親屬關係，因左列原因而發生：

(A) 事實的存在

(一) 出生 血親關係由於出生而發生。

(二) 結婚 姻親關係由於結婚而發生。

(B) 法律的擬制

(三) 收養 養父母與養子女的關係因收養而發生。

二 親屬關係消滅的原因

親屬關係因左列原因而消滅：

(A) 死亡 血親姻親的關係，均因死亡而消滅，但僅限於死者，其死者以外的

親屬不因而消滅親屬關係。例如夫雖死，而妻與夫族的姻親關係不因而

消滅。父母雖死，兄弟的血親關係不因而消滅。

(B) 離婚 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。夫

死，妻與夫族的姻親關係不因而消滅，前項既言之；但夫死而妻再婚者，則妻與前夫之族的姻親關係消滅，而妻與後夫之族的姻親關係發生。又妻死，夫與妻黨的姻親關係不因而消滅，但夫若再婚，則其間姻親關係消滅。最顯著者為贅婿，贅婿再婚則與妻黨的姻親關係消滅。

(C) 離異 此即養子女與養父母解除其收養關係之謂。在我民法稱為養親子關係的終止。

第五節 扶養

第一款 通論

一 扶養制度

在昔氏族社會，人無私產，財富由族人依身分而均分。於此時期，氏族擔保族人的生活。

氏族分解爲家長本位的家族，於時家族的互爲扶養，乃以家產爲基礎。於此時期，政府對人民的救貧制度，亦自氏族對族人的扶養制度蛻化而來的。

比及莊園制起，而主人與客戶之間的扶養以起。雖然，此爲公共的制度，非私法範圍之所及。

由此演至個人主義時期，政府及莊主的扶養制度流爲公法上國家賑濟。氏族家族的互爲扶養制度流爲私法上親屬的扶養。後者乃本節所當說明的。

社會演進的最高理想，爲社會擔保個人生活的時期，則私法上的扶養將消滅了。

二 扶養權利義務的性質

扶養權利及義務乃依於親屬的關係而發生，爲身分上權利義務，亦財產上的權利義務。

扶養的權利義務既爲身分的權利義務，故爲專屬的權利義務，不得轉讓，亦不許拋棄。

第二款 扶養權利義務的發生及免除

扶養與給養不同。親屬之間有給養的權利義務者，如夫妻及父母子女之間，固不必一方迫於困窮而他方始籌養贍。扶養則不然，乃親屬間的救貧制度。故：

民一一七條

(一) 受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限。民法於此設一例外，即無謀生能力的限制，於直系血親尊親屬不適用之。換言之，直系血親尊親屬如不能維持生活，縱尚有謀生能力，亦有受扶養的權利。此外的一般親屬，則必須不能維持生活而又無謀生能力，始有此權利。

民一一八條

(二) 因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。扶養既為親屬間救貧制度，故法不強制貧者使扶養貧者。因之，無力扶養者，免除扶養義務。

第三款 扶養當事人的範圍及順序

一 範圍

親屬之中，誰有扶養的權利義務，固不能無所限制。民法規定左列親屬互負扶養義務

務。

民一
二一
四條

- 一，直系血親相互間；
- 二，夫妻的一方與他方的父母同居者，其相互間；
- 三，兄弟姊妹相互間；
- 四，家長家屬相互間。

二 順序

(一) 扶養義務人的順序

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；
- 二，直系血親尊親屬；
- 三，家長；
- 四，兄弟姊妹；

民一
二
五條

- 五, 家屬;
- 六, 子婦女婿;
- 七, 夫妻的父母。

同係直系尊親屬或直系卑親屬者,以親等近者爲先。如父先於祖父,子先於孫是。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。如有子女數人,此數人各依能力分擔扶養其父母是。

(二) 扶養權利人的順序

受扶養權利者有數人而負扶養義務者的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, 直系血親尊親屬;
- 二, 直系血親卑親屬;
- 三, 家屬;

民法親屬

- 四，兄弟姊妹；
- 五，家長；
- 六，夫妻的父母；
- 七，子婦女婿。

同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者爲先。同親等者有數人時，應按其需要的狀況，酌爲扶養。

民一
六條

第四款 扶養的程度與方法

一 程度

扶養的程度有二標準：

(一) 扶養義務者的經濟能力及身分；

(二) 扶養權利者的需要及身分。

民一
九條

二 方法

○民一二
條

扶養的方法由當事人協議定之。不能協議時，由親屬會議定之。

三 程度方法的變更

民一二
一條

扶養的程度與方法，當事人得因情事的變更，請求變更之。

第六節 親屬會議

一 總論

古代有族飫以「講大事，成文章。」^①蓋族人會議為氏族的最高權力機關。女真與蒙古族在未入中原以前，均以族人會議為最高權力機關，與周代同。^②

① 國語周語

② 女真的族人會議，見大金國志。蒙古的族人會議名庫勒里台，凡君主之立，及軍事計劃的決定，皆由此為之，見元史諸本紀。

國家發達以後，在公務方面，族飫流為朝議。在私事方面，族長的權力，仍支配族人。直至今日，族有族規，有族譜的譜例，仍為一族的自治法。而族有族產，以為一族的公共事務。

費用所由出焉。

其在歐洲，羅馬法以國君爲最高監護機關。蓋亦吾國「天子爲天下之大宗」之意。法國革命時期，自由主義者欲限制政府的權力於最小限度以內，乃廢國家爲最高監護之制而代以親屬會議。日本民法因之。我國民法亦因之，且將權限擴大。②

② 族長政治的弊害，於今應加考慮。

二 親屬會議的人數

○民一三
一條

民法規定親屬會議以會員五人組織之。此五人者，應就未成年人禁治產人或被繼承人①的左列親屬與順序定之：

- 一，直系血親尊親屬；
 - 二，三親等內旁系血親尊親屬；
 - 三，四親等內的同輩血親。
- 順序同者，以親等近者爲先。親等同者以父系親爲先。親系同者以年長者爲先。

民一三
一條

● 親屬會議的重要職務為未成年人禁治產人監護事務的監督及繼承事務的干與，故以此等人的親屬為會員。

無此種親屬或有而不足法定人數時，法院得因有召集權人的聲請，於其他親屬中

民一三
二條 指定之。

即在得為親屬會議會員的親屬範圍內，若為監護人，未成年人及禁治產人，仍不得

民一三
三條 為會員。

三 親屬會議的召集

有召集權者如左：

(一) 當事人，

(二) 當事人的法定代理人，

(三) 其他利害關係人。

民一三
九條

四 親屬會議會員的辭職

四民一三
條

依法應爲親屬會議會員者，非有正當理由，不得辭職。

五 決議

親屬會議非有三人以上的出席，不得開會。非有出席會員過半數的同意，不得爲決

五民一三
條

六 迴避

親屬會議的會員，於所議事件有個人利害關係者，不得加入決議。

六民一三
條

七 聲訴

有召集權人對於親屬會議的決議不服者，得於三個月內向法院聲訴。

七民一三
條

第二章 婚姻

第一節 婚姻的形式

第一款 確定婚制及其保障

兩性關係不必即為婚姻。太古的兩性生活，除氣候，糧食供給的季節，及其他生理上的限制外，別無確定的婚制。其後隨私有財產及氏族家族組織的發達，而有種種的規律。羣婚，一妻多夫，一夫多妻，以至於一夫一妻，結合漸趨於確定，人數漸趨於單數。此最後的一夫一妻制度，在個人主義時代，實視若自然的秩序而為法律所保障。

婚姻雖有法律的保障，然事實上不必排除婚外的兩性關係。如今日「天經地義」的一夫一妻制，常與妾制娼制並行。蓋兩性之間，社會經濟的地位不平等，則平等自由的結合，尚屬理想。

確定婚制既已發達，則婚外的兩性結合，如破壞婚姻關係，亦常受刑事民事的制裁。惟歷史的事實昭示吾人，法律制裁常嚴於弱者而其於強者則寬。如姦非的刑罰，往往加於妻而放任於夫，即最顯著的一例。最近我國的刑法，始破除此種不平。

並偶匹嫡，自古不許，故有妻更娶，常觸刑章。今之刑法所謂重婚罪，即屬於此。今所異於昔者，在重婚罪平等加於夫婦的雙方而已。

姦非與重婚在民事上的制裁為離婚。離婚在父權家族時代，其權專屬於夫，謂之「出妻」。若贅壻亦有為妻所逐而謂之「出夫」者，然事屬變例。妻若離婚，是為逃嫁，為背夫在逃。故此種制裁祇加於妻。今則於夫妻兩方均適用之。

第二款 婚姻各種形式

一 當事人的人數

婚姻自當事人的人數觀之，有羣婚，一妻多夫，一夫多妻，及一夫一妻的四種。羣婚的遺迹，古代有之。一妻多夫制行於西藏。古來普遍實行者為一夫多妻制，不過多妻之中

漸有一人爲正妻，餘皆列爲旁妻，小妻，或妾而已。②現行民法取一夫一妻之制。

① 漢書地理志載燕之賓客相過，以妻女侍，此卽羣婚的遺迹。

② 多妻之中以一人爲正妻之制，乃隨長子繼承制發達而發達者。春秋時代，頗見此制的萌芽，然未能確定。周漢時代，常見小妻次妻之稱。至於妾，原爲婢類。以妾稱旁妻次妻，則儒家之意。（可看白虎通「妾者側也，得侍乎側也」的解釋。）

二 擇偶的範圍

擇偶的範圍，古狹而今廣。在氏族時代，有限於族內者，有限於族外者。族外婚制又常限定擇偶之族。如周代的姬姜兩姓世世爲婚，少有擇偶於他姓。遼的耶律與蕭二姓亦然。亦有限制八族互婚者，如金國之俗是。①

最古的婚姻爲血族婚，如我國南蠻的傳說，其始祖妣有子女六人互爲婚姻是。②最近的婚姻則適相反，卽除直系血親及兄弟姊妹以外，皆得爲擇偶的對象是。③

古有同族爲婚，但須在近親以外者，如禮記所傳的商俗是。④最近則民法亦取近親以外擇婚的制度。

古有必使中表爲婚者，後世又禁止中表爲婚，然事實則禁令不行。●民法特使中表可以爲婚，但毫無義務的意義。

中世行階級外婚制，近世在法律上不然。●但世俗的門楣觀念仍極濃厚。

●參看食貨半月刊一卷十二期及二卷三期拙著「十一世紀至十四世紀各種婚姻制度」，又前引拙著「周代諸大族之信仰及組織」。

●後漢書南蠻列傳，

●如蘇俄民法，詳待後述。

●禮大傳謂商代不同高祖者可以爲婚。

●姬姜兩姓世婚，皆爲中表婚。中古大姓如崔盧李鄭以及王謝世婚，亦多中表婚。自唐律起至清律止，皆載禁止中表婚的文明，然實際上中表婚並不少數。嘉慶中廢此律。

●魏晉以後，士庶爲婚，爲法律及道德所不許。隋唐以後無此法令。但門楣的選擇仍流行於俗，所謂「門當戶對」是。

三 承諾的主體

最古的兩性結合，似甚自由。●氏族與父權家族發達以後，族長家長主婚之制遂盛。

今日此制尙廣行於社會，惟民法則取當事人自爲承諾之制。

- 詩之溱洧各詩，又周禮媒氏「仲春之月，令會男女，奔者不禁」，皆明證。然古代亦有全不待於承諾的掠奪婚。

四 結婚的方法

結婚的方法可分爲三：掠奪婚，交易婚，與共諾婚是。共諾婚在最古與最近行之。掠奪婚在我國今昔頗行。● 其最通行者則爲家長主婚的交易婚。交易婚又有嫁娶論財的買賣婚，相互以宗女交換的交換婚，以及暫時入贅的服役婚。●

- 掠奪婚後世名爲搶親，在古代爲氏族時代常見的方法。如易所謂「匪寇婚媾」即其事。
- 兩姓世婚起於交換婚，蓋其時以女子爲勞力，須交換也。買賣婚的嫁娶論財，古今皆所常見。贅婚類近於服役婚，男子對於女家服勞，以抵聘財的方法。

五 同居的處所

同居的處所，亦依社會組織的變遷而不同。在母系氏族，或夫從妻居，● 或夫妻分居。父系氏族及父權家族則使妻從夫居。此種法則直傳至個人主義的現代。

●贅婿在我國古代似頗流行。齊多贅婿。而秦亦以嚴刑禁贅婿，至父權家族時代則此不過例外的現象而已。

第二節 婚姻的意義及法理

一 婚姻的意義

繼續的兩性結合，在法律上不必皆為婚姻。兩性結合經法律保障者，其成立必具備法律所要求的條件。故婚姻的意義，惟有依現行法而定之。現行法上婚姻的意義如左：

婚姻者，具備法定要件的一男一女結合，以終生的共同生活為目的。

二 婚姻的法理

如上述意義的婚姻，決非一朝一夕所演成。今略述婚姻法理的變遷以明之。

(一) 婚姻的目的，在歷史上有重大的變遷。宗族或父權家族時代，婚姻以妻的勞役及子的生育為目的。今則婚姻的本身即為目的，別無目的的存在。此婚姻的共同生活，包含生理、精神及財產的三面。換言之，婚姻乃男女的生理關係、道德關係，而又為財產關

係。

(二) 婚姻對外為統一體。在昔宗族及父權家族時代，家為對外的集團，婚姻結合實隱沒於家族之內。故所謂「夫婦一體」者，乃妻依結婚而為夫的附屬物而無獨立的存​​在之意。個人主義的法律，用意殊不如此。彼以為夫妻純係以個人而自由結合。然夫妻的共同生活既為一財產關係，則財產的處置，處處與一般的財富流通有關。故法律仍認此二人的自由結合，在對第三人的一點上為統一體。

(三) 婚姻對內為錯綜體。婚姻對外雖為統一體，然其內部的結構仍為兩個的個人。此兩個的個人非自始即處於平等的地位。在宗族及父權家族時代，男子常居於絕對的優勢。自個人主義勃興以後，女子始以弱者而對法律作平等的要求。夫妻的內部關係實兩種潮流交錯而成的。

第三節 婚姻的成立

第一款 婚約

一 婚約的性質

婚約的性質，有三種立法例。

(一) 婚約創造一定的身分關係。男女雙方雖尚未結婚，已取得一定的身分，而不得再與第三人訂定婚約或結婚。換言之，婚約有排他的效力。我國舊律卽是此例。

(二) 婚約有債權契約的性質，一經成立，當事人卽負履行的義務，否則負不履行賠償及違約金之責。寺院法及英國法卽是此例。

(三) 婚約只生道德的義務，不履行者雖有時負賠償損害的義務，但契約的性質本不容強制履行。德瑞兩民法卽是此例。我現行民法從之。

二 舊法的婚約

(一) 婚約的當事人

舊律的婚約名曰定婚。在男曰聘，在女曰許嫁。定婚由主婚人訂立，亦有由男女本人

訂立者，是爲例外。民國成立以後，大理院判例漸趨重於男女本人的意思。定婚由於主婚權人者，須得男女本人的同意。①定婚由於男女本人者，亦須得主婚權人的同意。②

(二) 婚約的性質

定婚爲婚姻成立的要件。未經定婚，或定婚無效或撤銷，則婚姻不得成立。③

定婚有債權契約的效力。在主婚權人之間發生促使男女本人履行婚姻的請求權。

在男女本人之間，創設一定的身分關係，已定婚的男女不得再許他人。④

(三) 婚約的形式及效力

定婚須有一定的形式，即交換婚書或收受聘財，二者僅有其一，則定婚即爲成立。⑤
不履行定婚者，追還財禮，並得由無責的一造，要求他造賠償其因此所生的損害。⑥

① 大理院十一年上一〇〇九號判決

② 同上十二年上一六五號判決

③ 同上九年統三五七一號解釋

④ 俱見「現行刑律」男女婚姻條及嫁娶違律條

● 大理院八年上二二七號判決

● 同上七年上六二三號判決

三 民法的婚約

(一) 婚約的當事人

條 民九七二 如上所述的定婚制度，已由家族主義漸進於個人主義。民法更進一步，將婚約改歸

男女本人自行訂定，不復任雙方家長主持。

(二) 訂婚年齡

條 民九七三 男女自行訂約，當須對婚約的意義有了解能力。故民法規定訂婚年齡，男為滿十七歲，女為滿十五歲。不及訂婚年齡的婚約不生效力。

條 民九七四 男女雖滿訂婚年齡，而尙未成年，法律以為其意思能力尙未完全，使其須得法定代理人的同意。否則法定代理人得撤銷之。

(三) 婚約的道德的義務

民九七五
條

由婚約所生的義務乃道德的義務。一造如不履行，他造不得請求強迫履行。婚約不履行的違約金附款，解釋上為無效。●

● 德民二二九七條瑞民九十條九一條參考。

(四) 婚約的解除

為使結婚純出於男女的自由意思，法律使男女當事人得隨時將婚約解除，不令其受婚約的約束而致失自由意思。

惟婚約為最大善意的契約。兩造雖不負必須履行的法律的義務，然既有婚約，兩造自互相信賴相對人的終必履行。故法律於解除婚約時，與當事人以救濟的途徑，有如下述。

(甲) 有重大事由的解約

法律於當事人一方發生重大事由時，許他方自由解約而不負破約的責任。法律於此種事由的規定，取例示主義，其事由如左：

民九七六
條一項

- 一 婚約訂定後再與他人訂立婚約或結婚；
- 二 故違結婚期約；
- 三 生死不明已滿一年；
- 四 有重大不治之病；
- 五 有花柳病或其他惡疾；
- 六 婚約訂定後成爲殘廢；
- 七 婚約訂定後與人通姦；
- 八 婚約訂定後受徒刑的宣告；
- 九 有其他重大事由。

上列各款之中，一二五七八等乃由於當事人一方的過失。三四六等則非由於過失。

第九款的重大事由或由過失，或則非由過失。凡一方有過失行爲致令他方不得不出於
解約者，他方得請求其賠償因信賴婚約所受的損害。

民九七七

解除婚約，應以意思表示爲之，是不待言。然解約的相對人無從接受意思表示（例如其人生死不明已滿一年時）解約人無須爲意思表示，即自解約人得爲意思表示時起不受婚約的拘束。

民九七六
條二項

（乙）無重大事由的解約

即當事人一方無上述的事由，他方仍得解除婚約。但解約人對於他方因信賴婚約所受的損害，應賠償之。

民九七八
條

物質上損害固須賠償，即精神上的損害，亦應賠償，此即慰藉金是。惟受害人請求慰

民九七九
條

藉金，須自己對損害的發生無過失而已。

● 德國民法一三〇〇條規定頗爲具體：若純潔的女子允許訂約的相對人與之同居而相對人破約者，得請求非財產的衡平賠償。

民九七九
條二項

已依契約承諾時，此請求權即變爲財產上的債權，自得移轉。

慰藉金的請求權專屬於受害人，不得轉讓或繼承。● 但受害人已經起訴，或相對人

● 民法一九五條參看。

婚約不成立或已解除時，當事人依於婚約所交換的贈與或紀念物，解釋上應各歸還之。

● 德民二三〇一條 瑞民九四條。

第二款 結婚

第一 形式要件

一 宗教婚與法律婚及事實婚

確定婚制發達以後，結婚必有禮儀，其用意不外公示婚姻的成立於社會，或在於優勝。歐洲中古時期，基督教會認結婚為聖典，必須由教會主持，是可謂為宗教婚主義。

法國革命後，一七九一年憲法宣佈婚姻為民事契約。自此以後，各國多以法律定婚姻的形式，由戶籍吏主持之，是可謂為法律婚主義，亦可謂為官僚婚主義。

我國的婚禮，雖富於宗教性徵，然我國的宗教乃尊祖教，由宗子或家長司之。中古以

來，佛道教雖更迭鼎盛，彼既標榜出世，未嘗干涉婚姻之事。我國舊來以合卺及盟饋或奠菜爲成妻成婦的禮節，甚且規定於官定的禮典，然既不由官吏主持，終非所謂法律婚或官僚婚，是可謂爲事實婚主義。

二 民法的結婚形式

舊來的判例即以舉行相當禮式之日爲婚姻成立之日，民法稍加變更，結婚應有公
民九八二 條 開的儀式及二人以上的證人。

第二 實質要件

一 當事人的同意

民九七二 條 婚約須由男女當事人自訂之，結婚亦然。當事人無結婚意思，則結婚契約不成立。
民九九七 條 結婚意思如有瑕疵，即因被詐欺或被脅迫而結婚者，當事人得撤銷之。
民九九六 條 當事人一方在精神錯亂中的結婚，得於常態恢復後六個月內向法院請求撤銷之。

(註) 禁治產人在心神恢復中所爲的承諾有效，而無須得監護人同意，此爲舊來判例所承認者。(大理院

十一年上一二七七號判決）德瑞民法於禁治產者的結婚須得監護人的同意（德一三〇四瑞九
九）此蓋慮及婚姻所生的身分財產上的重大效果而設的規定。舊來判例則係從日本民法（七七
四條）今民法七五條，禁治產人的意思表示無效，至於禁治產人的身分上法律行為如結婚則民法
未明為規定。九九六條的規定得有兩種解釋：其一，所謂精神錯亂者包含禁治產人的精神錯亂時期
在內，如此則禁治產人的結婚非無效，不過得撤銷而已。其二，所謂精神錯亂者相當於民法七五條下
半，非禁治產人而精神錯亂者，如此則禁治產人的結婚應仍援七五條的規定而為無效。通觀法律意
思，以第一說為適合。

二 當事人的異性及人道能力

婚姻為一男一女的合法的結合，故二人必須異性，民法不承認同性婚。

當事人於結婚時必須有人道的能力，如不能人道而不能治者，他方得向法院請求
撤銷之。但自知悉其不能治之時起已逾三年者，不得請求撤銷。

民九九五
條

三 適婚年齡

民九八〇
條 男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚。否則當事人或其法定代理人得向法院請

民九八九 求撤銷之，但當事人已達適婚年齡或已懷胎者，不得請求撤銷。至已滿適婚年齡後，則不

間經過幾年，均可結婚，民法不設最高年齡的限制。

● 德國民法女子的限制得免除之（一三〇三條二項）瑞士民法，男女均得由法院減低其適婚年齡

（九六條二項）

四 法定代理人的同意

我國舊律，男女爲婚，須有人爲之主，不問其年齡何若。今民法一從通常法律行爲之

民九八一 例，祇未成年人結婚，須得法定代理人的同意。如不得其同意而結婚，法定代理人得向法院請求撤銷之，但自知悉其事實起已逾六個月，或結婚後已逾一年或已懷胎者，不得請

民九九〇 求撤銷。已成年人得獨立自主爲婚。

五 非近親

（甲）舊制

自周代同姓不婚，後世法律均沿禁例。然姓氏混淆以來，或宗同而姓異，或宗異而姓

同，唐洎清律兩皆禁止爲婚。民國以後，同姓不宗者始不在禁婚之例。●

● 大理院八年上一〇九三號判決。

同宗親屬之妻亦禁爲婚。外姻及其他親屬或非親屬而尊卑倫次不侔者同，如舅甥妻，父之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨，母之堂姑，己之堂姨再從姨，己之堂外甥女，妻前夫之女，女婿之姊妹及子孫媳之姊妹均不許爲婚。

中表爲婚爲古之常例。魏晉以降著爲禁令。然習俗則盛行，有如宋洪邁及明朱善之所說，故清代末葉禁令始除。

（註）見杜佑通典婚禮章，洪邁容齋筆記，明史朱善傳。

（乙）今制

宗族及外親的分類，爲民法所廢。故同宗不婚之禁不復可用。民法對血親除直系外予以八親等的限制。八親等外的旁系血親，雖同宗共姓亦可通婚。八親等內的旁系血親固一律禁婚，然中表則不在禁例。

直系姻親固不可爲婚，旁系姻親則五親等以內而輩分不同者始禁之。五親等外者固勿論，卽五親等內輩分若同，亦不禁婚。

民九八三條

凡禁婚的姻親，卽因離婚改嫁而姻親關係解消，亦仍禁婚。

六 無監護關係

監護人與受監護人之間，有權力關係的存在，故監護人對受監護人易施不正當的影響，使之同意結婚。民法因禁止其在監護關係存續中結婚。但受監護人父母予以同意者，法律卽無干涉的必要了。如未經同意而結婚，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。

民九八四條

民九八一條

七 非重婚

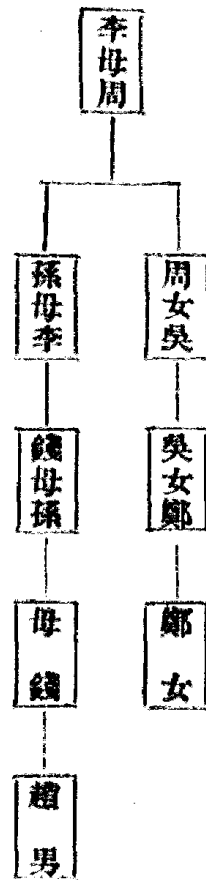
民九八五條

爲保障一夫一妻制，法律禁止重婚。凡重婚，刑法科以妨害婚姻罪，前婚得出於離異，後婚得由利害關係人向法院請求撤銷。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷。

民九九二條

(註)近親婚爲無效，重婚止於撤銷，是立法的大錯誤。茲先舉一七親等的旁系血親，民法使其間婚姻無效

者如左：



趙男與鄭女在習慣上隔離七宗，渺無系統之可尋，而乃結婚，竟為無效。及之，重婚者假使不行撤銷，遂使兩婚並時存在。此所謂大誤。

於此有成爲問題者，失踪人宣告死亡後，配偶再婚，是否重婚。配偶的一方生死不明已逾三年，他方本可以離婚。不然則一方失踪十年後得爲死亡的宣告，而法律視爲死亡，其婚姻關係因而消滅，他方自得再婚。即失踪人如未死亡，亦得再婚。但若失踪人生還而死亡宣告撤銷，則生重婚問題了。解釋上，失踪人的配偶再婚時，後婚不因撤銷死亡宣告而失效。反之，失踪者本人的再婚爲重婚。

八 非相姦者

寺院法嘗禁止通姦人的再婚，後改爲相姦者不得結婚。法國民法二九八條同，一九

○四年廢止。德國民法（一三一—二條）有此限制。瑞士民法只許法院對於以再婚爲目的而離婚者禁止其再婚一年至三年。（一〇四及一〇五條）我民法從日本民法設此禁律。

民九八六條

民法於相姦者結婚的禁止，有如下的條件，（一）因姦判決離婚或（二）受刑的宣告，故因姦而協議離婚者，及其通姦而未受刑的宣告者，皆不受禁止。法律之意，蓋以爲通姦者既由法院以民事或刑事判決宣告於社會，而乃又以公開的儀式宣告其與相姦者結婚於社會，是有妨於善良風俗。此種相姦婚，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。

民九九三條

九 再婚限制期間

舊律禁止命婦再婚，民國以來無之。舊律又禁妻於居夫喪期內的再婚。民國以來判例以爲法院不得妄行此律，新法並此法文而廢之。惟爲使血統不致紊亂計，女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚。但（一）前婚因夫生死三年不明而離異者，（二）前婚因夫宣告死亡而消滅者，（三）前婚因夫處三年以上的徒刑而離異者，（四）前婚因

民九八七條

夫無人道能力而撤銷者，(五)前婚因夫有重大不治之病而離異且其病顯為不能生殖者，(六)六個月內已分娩者，均不必俟六個月期限滿了，即可再婚。如無此種情事而在期限內再婚，前夫或其直系血親得向法院請求撤銷之，但自前婚關係消滅後已滿六個月，或已在再婚後懷胎者，不得請求撤銷。

民九九月，或已在再婚後懷胎者，不得請求撤銷。

第四節 婚姻的無效及撤銷

一 婚姻的無效

(一) 婚姻無效的原因

民九八八
婚姻無效原因有二：

(1) 不具備結婚方式 如此則婚姻外形上不成立，其婚姻自不生效力。

(2) 近親結婚而違反法律限制 如此則婚姻外形上雖成立，而法律上不生效力。

效力。

(二) 婚姻無效的主張

婚姻無效應否以訴主張，立法例有二；一須以訴主張，如瑞士民法是；一無須以訴主張，如英法日諸法是。我民法從後者，婚姻無效無須以訴主張之，但如有爭執，得向法院起訴。

(三) 婚姻無效之訴

婚姻成立不成立及無效之訴爲人事訴訟，應依人事訴訟程序進行之。此訴爲確認之訴。

(四) 婚姻無效判決的效力

婚姻無效之訴的判決，對第三人亦有效力。婚姻一經宣告無效，自始即不生婚姻的效力。

(註) 瑞士民法婚姻無效宣告的效力不溯及既往，自宣告後，依離婚的規定處理當事人間的事務。(民一三三條) 立法論以此爲當。

二 婚姻的撤銷

(一) 婚姻撤銷的原因

婚姻撤銷的原因如左：

民九八九條 (1) 當事人未達結婚年齡

民九九〇條 (2) 未成年人結婚未得法定代理人的同意

民九九一條 (3) 監護人與被監護人結婚

民九九二條 (4) 重婚

民九九三條 (5) 相姦者結婚

民九九四條 (6) 女子未滿再婚禁止期限的結婚

民九九五條 (7) 當事人無人道能力

民九九六條 (8) 無意識或精神錯亂中結婚

民九九七條 (9) 因被脅迫或詐欺的結婚

(二) 撤銷權的行使

婚姻撤銷權的行使，有法定的限制：

(1) 撤銷權人以最有關係者為限；

(2) 撤銷權行使期間大抵不長；

(3) 撤銷權的行使每有特殊的限制，如當事人已懷胎者則婚姻不得撤銷。

(三) 婚姻撤銷之訴

婚姻的撤銷須以訴為之。此訴為形成之訴，蓋其判決使有效婚姻喪失效力。此訴依

人事訴訟程序進行之。

(四) 婚姻撤銷的判決的效力

婚姻撤銷的判決對第三人亦有效力。

婚姻撤銷的效力不遡及既往。

三 婚姻無效撤銷時的賠償責任

民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日
民九九年九月九日

民九九年九月九日

婚姻宣告無效或撤銷時，當事人受有損害者，得請求財產上或非財產上的賠償，但
民九九九條若相對人無過失者不在此限。

第五節 婚姻的效力

第一款 夫妻的身分關係

夫妻的身分關係，得從兩方面言之。從夫妻內部而言之，妻的地位漸由隸屬而趨於獨立；從夫妻外部而言之，夫妻是一體的。

一 夫妻內部關係

在家長本位的家族制下，妻的地位幾無以異於奴婢。母的地位則隋唐以後漸漸提高。今民法雖傾向於夫妻的平等，但於其身分關係的規定，仍他留過去之跡。

(一) 夫妻的姓

夫妻對外爲一體，則姓的同一尙有必要。民法規定妻以本姓冠以夫姓，贅夫以本姓

民一〇〇〇條 冠以妻姓。但當事人亦得別定「婚姻姓」或別有相反的訂定。

(二) 夫妻的同居義務及住所

民一〇〇一條

夫妻別居，爲今法所不承認。民法雖規定夫妻互負同居的義務，但除贅夫以妻的住

民一〇〇二條

所爲住所外，妻以夫的住所爲住所，則同居的義務仍偏在於妻。

民一〇〇一條

妻須從夫的住所而與之同居，但如有正當理由，亦得拒絕同居。所謂正當理由，爲相

對不確定原因。如夫無住所，有不堪同居的事實，皆足爲正當理由。（九年私訴上五九號
大理院判決）

夫妻同居之訴爲給付之訴，但不得強制執行。（大理院解釋統七二三號五一〇號
參看）

二 夫妻的外部關係

共同生活事務由誰主持？過去夫對外，妻主內爲社會所公認的原則。爲使妻得服勞
於內，則其在內所生的權義，夫應承認之。故德瑞日法均定妻於日常生活事務，有代表其

民一〇〇
三條

夫之權。●我民法則改爲相互平等的原則，使夫妻於日常生活互有代理權。夫妻的一方濫用此項代理權時，他方得限制之，但不得對抗善意第三人。

● 德一三五七，瑞一六三，日八〇四。

第二款 夫妻財產制

第一項 總說

一 由家族主義向個人主義

在家長本位家族制之下，不獨夫妻爲一體（即妻無獨立的存在）且夫妻的一體又淪於家族組織之中。子且無私畜無私財，不私與不私假，何論妻婦？●故習慣上雖有家庭與私房之分，而無所謂獨成一體的夫妻財產制。●

家族主義漸趨於解消，而夫婦財產制的規定爲必要。蓋夫妻內部既有抗爭，兩方的財產由統一而漸趨分立。夫妻外部復影響於第三人在財富流通過程中，兩個個人因結婚而生的財產關係的變動，固非法律明爲規定不可。

● 禮內則，司馬溫公家範等家族法規均不許子與婦有私產。

● 漢律規定「棄妻界所齋」，嫁奩雖得由夫管理處分，然離婚時仍由妻攜去。

二 由統一制向分離制

此影響財富流通過程的夫妻財產制，隨家族主義向個人主義轉變的趨勢，而有種種的形式。詳言之，其最保守者為夫妻婚後二人財產併合為一體的制度，最急進者為夫妻婚後二人財產一如未婚以前分離獨立的制度，而嫁奩制實為二者的折衷，分述如左：

一 婚後兩方財產合併的制度有兩種：

(a) 財產共同制 即婚後兩方財產由二人共有，而共有財產的管理權歸夫。債務由共有財產清償。此可分為四種：

一 共同財產制 兩方財產全歸共有。荷蘭及葡萄牙民法以此為法定財產制。

二 動產共同制 財產各自保有，惟動產歸於共有。

三、所得共同制 婚姻中兩方所得歸於共有。西班牙瑞士以此爲法定財產制。

四、動產所得共同制 動產與所得在婚姻中歸於共有。法蘭西比利時瑞典諾威丹麥以此爲法定財產制。

(b) 統一財產制 婚後兩方財產合併而歸於夫。妻離婚時得要求價格的償還。

(二) 婚後兩方財產分立的制度可分爲二種：

(a) 分別財產制 財產的所有權、占有、管理、處分權皆分屬於雙方，所得亦歸於所得人。夫對妻的財產無特權。共同生活費用分擔之。英國採行此制。

(b) 聯合財產制 兩方財產分離獨立，但其占有、管理、處分及使用收益之權歸於夫。妻的財產收益歸於夫。婚姻解消時，妻產歸妻。德意志及意大利以此爲法定財產制。

(三) 嫁奩財產制

妻或第三人為減輕婚姻生活費用而為夫設定嫁奩財產。嫁奩財產歸於夫，近於統一財產制。此外兩方財產仍分屬於兩方，明為分別財產制。瑞士民法設此規定。

三 現行民法的夫妻財產制

現行民法以聯合財產制為法定財產制，而以共同財產制，所得共同制，分別財產制及統一財產制三種，列為約定財產制。夫妻於結婚前或結婚後，得以契約就此三種約定財產制擇取一種為其夫妻財產制。如夫妻未曾訂立契約，選定財產制，則除本法另有規定外，以法定財產制為兩人間財產關係的準則。今更分說於下。

民一〇〇
四條

民一〇〇
五條

第二項 夫妻財產契約

一 由身分向契約

在舊法，夫妻的財產關係，實淪沒於家族財產關係之中，而無獨立的地位。至夫妻的財產關係，強為分別言之，不外極端的統一制。妻的財產淪沒於夫的家產或「私房」(特

有財產)之內,夫妻兩人固未能以自己的意思變更之。現行民法於夫妻財產制,有契約者從其所約定的財產制,無契約者從聯合財產制,即兩方財產仍然分立的制度。故由舊制向新制的變遷,即由身分制向契約制的變遷。●

● 所謂身分制者,人與人的關係決定於人的地位而不決定於其意思。所謂契約制者,人得以其意思決定其生活關係之謂。

二 夫婦財產契約

(一) 契約的性質及訂立時期

夫婦財產契約為債權契約,故與一般債權契約同,兩方得自由訂立,變更,及廢止。

民一〇〇
四條

夫婦財產契約為結婚契約的附從契約。故其訂立雖可在結婚前或結婚後行之,●而其有效,無效或撤銷,則純以結婚的有效,無效或撤銷為衡。

● 法意、葡萄牙等國民法限於結婚前訂立,而德、瑞民法則無論婚前或婚後均許訂立。我民法從後者。

(二) 契約自由的限制

民一〇〇的準則。●
四條

● 德法日等民法均不加如此的限制。瑞士民法則有之。現行民法從後者。

從此種債權契約的訂立與否言之，固一任當事人的自由，然契約所規定的夫妻財產制，則民法加以限制。民法規定三種的財產制，當事人須選定其一以爲其間財產關係

(三) 未成年人禁治產人的契約

結婚年齡較成年爲低，且民法不禁精神錯亂人的結婚。不過未成年人與禁治產人的夫妻財產契約，其訂立變更或廢止，與其他債權契約同，乃對於財產的處分，故必須取得法定代理人的同意，可不待言。●

● 未成年人因結婚而成年，(民十三條)然則婚後訂立夫妻財產契約，應否取得法定代理人的同意？於此有兩說：一說以爲仍須取得此種同意，一說無須。余以爲前說較爲適當。

(四) 契約的方式與公示

夫婦財產契約的訂立變更或廢止，影響夫婦兩方的財產者甚大，爲使明確計，民法

民一〇〇七條 規定應以書面爲之。

夫婦的財產關係，影響第三人者亦甚大。若欲以夫婦財產契約向第三人主張，必須先向第三人公示，庶可不致使其受意外的損失。民法因之規定，此種契約的訂立變更廢止，非經登記，不得以之對抗第三人。至如何登記，則從規定人事關係登記的法律。

（五）契約的變更

夫婦財產契約一經訂立之後，如當事人主觀的意思或客觀的情形有所變更，則其所約定的財產制得以變更與否？民法規定如次：

（1）當事人的一方不得任意解除或變更或廢止之。

（2）當事人的雙方得以書面契約變更或廢止之。

（3）如有下列情形，當然變更或廢止：

（一）一方宣告破產時，其夫妻財產制當然成爲分別財產制。

（二）有左列各種情形之一時，法院因一方的請求，宣告改用分別財產制：

民一〇一
二條

民一〇〇
九條

民一〇〇
〇條

(a) 夫妻的一方不履行法定給養義務時；

(b) 一方或雙方總財產不足清償債務時；

(c) 一方為財產上的處分，依法應得他方的同意，而他方無正當理由拒

絕同意時。

(三) 債權人已扣押一方的財產而未得受清償時，法院因債權人的聲請，得

民一〇一
一條

宣告改用分別財產制。

三 約定財產制(一)共同財產制

共同財產制的特點已如前述。現行民法列為約定財產制的一種，規定的要點如下：

(一) 共同財產的構成及性質

夫妻的財產及所得，除特有財產外，均為共同財產的構成分。特有財產即左列的財

民一〇三
一條一項
民一〇一
五條

產，應適用關於分別財產制的規定。

(a) 專供夫或妻個人使用之物；

(b) 夫或妻職業上必需之物；

(c) 夫或妻所受的贈物，經贈與人聲明為其特有財產者；

(d) 妻因勞力所得的報酬。

(e) 經夫妻以契約訂定為特有財產的財產。

共同財產為夫妻所共同共有。各共同共有人的權利，及於共同共有物的全部，故夫妻的一方，不得處分其共同財產中的應有部分。

(二) 共同財產的管理處分

共同財產由夫管理。其管理費用由共同財產負擔。

共同財產，依共同共有的原則，非經夫妻雙方的同意，夫妻的一方不得處分，但為管理上所必要的處分，不在此限。如一方未得他方同意而處分之者，其處分在夫妻的內部固為無效，對於第三人則不得主張其無效。但若第三人已知或可得而知其未經同意，或依情形，可認為該財產屬於共同財產者，不在此限。

民一〇一
三條

民一〇二
四條

民一〇三
一條二項

民一〇三
二條

民一〇三
三條

民一〇三
七條

(三) 家庭生活費用的負擔

家庭生活費用，由共同財產負擔。如共同財產不足負擔，夫固應負責，妻亦應負責。

(四) 夫妻的債務的清償

此種債務分爲三類：

(a) 由夫個人負責，而共同財產亦同負擔者：

(一) 夫於結婚前所負的債務；

(二) 夫於婚姻關係存續中所負的債務；

(三) 妻因日常家務所爲代理行爲而生的債務，

(四) 此外妻於婚姻關係存續中，以共同財產爲負擔的債務。

民一〇三
四條

(b) 妻個人負責而共同財產亦同負擔者：

(一) 妻於結婚前所負的債務；

(二) 妻因職務或營業所生的債務；

民一〇三
五條

(三) 妻因繼承財產所負的債務；
(四) 妻因侵權行為所生的債務。

(c) 妻就其特有財產負責者：

(一) 妻就其特有財產所負擔的債務；

民一〇三
六條

(二) 妻逾越日常家務代理權的行為所生的債務。

民一〇三
八條一項

共同財產所負的債務，以共同財產清償時，夫妻之間不生補償請求權。例如夫以共同財產清償妻在結婚前所生的債務時，夫不得請求妻由其特有財產補償。

民一〇三
八條二項

但共同財產的債務而以特有財產清償，或特有財產的債務而以共同財產清償者，有補償請求權。雖在婚姻關係存續中，此項補償請求權亦得行使。例如夫以特有財產清償妻在結婚前所負的債務時，夫得請求妻補償之。又如夫以共同財產清償妻就其特有財產所負擔的債務時，夫亦得向妻請求補償。

(五) 共同財產的分割

共同財產的分割，有二種情形：

民一〇三
九條

(a) 夫妻的一方死亡時，民法依於夫妻的情義，採平等分割主義，以半數歸死者的繼承人，以半數歸生存的他方。但

(一) 夫妻曾以契約約定共同財產分割的比例或辦法者，從其約定。

(二) 生存的一方依法不得為繼承人，如喪失其繼承權時(民一〇四五條參看)，只可取

得離婚時所應得的數額。即只可取回其固有財產。(民一〇五八條參看)

民一〇四
〇條

(b) 共同財產關係消滅時，民法亦取平等分割主義，使夫妻各得共同財產的半數。但若共同財產關係的消滅乃由於離婚，則須從民法一〇五八條的規定。若由於夫妻的契約則須從其契約。

四 約定財產制 (二) 所得共同制

民一〇四
一條一項

夫妻得約定所得共同制為其間財產關係的準則。於此制之下，夫妻之間有下列三種財產的存在：

民一〇一
三及一〇一
一四條
民一〇四
一四條
一三項
一四項

(一) 特有財產 仍各保有之。

(二) 原有財產 在婚姻關係存續中，適用關於法定財產制的規定。

(三) 共同財產 此有二種：即婚姻關係存續中夫妻因勞力之所得，及夫妻原有財產的孳息。兩種所得，構成夫妻的共同財產，適用關於共同財產制的規定。

民一〇四
一條二項

五 約定財產制 (三) 統一財產制

統一財產制的特點已如前述。詳言之，除特有財產外，妻的財產完全移轉於夫，歸於夫之所有；妻所保持者，只是該財產的價額返還請求權而已。民法於此制使其準用法定財產制的規定。

六 約定財產制 (四) 分別財產制

分別財產制的特點，前亦言之。茲分別說明如下：

(一) 財產的所有權及管理使用收益權

民一〇四
二條
民一〇四
三條

民一〇四
四條

在分別財產制下，夫妻的財產，仍各保有其所有權，管理權，及使用收益權。

民一〇四
五條

如妻以原有財產的管理權付與於夫者，推定夫得以其財產的收益供家庭生活費用。而妻亦得隨時取回該項財產的管理權。此項取回權，不得拋棄。

(二) 家庭生活費用

民一〇四
八條

家庭生活費用雖由夫負擔，夫得請求妻為相當的分擔。

(三) 債務的清償

民一〇四
六條及
七款

夫妻的財產既全分立，則夫妻的債務自應分別清償。故一方結婚前及婚姻關係存續中的債務均由自己負擔。

民一〇四
二款及
三條

其成爲問題者，惟有因日常家務及家庭生活費用所生的債務。民法於此規定由夫負擔，但夫如無支付能力時，由妻負擔。

第三項 法定財產制

一 法定財產制的性質

夫妻之間，無約定財產制的契約者，民法規定聯合財產制為其財產關係的準則。聯合財產制的特點前已一言及之，今分說於後。

二 法定財產制的要點

(一) 聯合財產的構成

在聯合財產制之下，夫妻的各種財產，何者加入聯合財產，何者不予加入？分述於左：

(1) 妻的特有財產，不在聯合財產之內。

(2) 夫妻結婚時所有的財產，此為聯合財產的構成分。

(3) 婚姻關係存續中夫妻所取得的財產，此為聯合財產的又一構成分。

(二) 聯合財產的所有權

與統一或共同財產制不同，構成聯合財產的各種財產，並非夫妻的共有物，其所有

權的歸屬如下：

(1) 夫妻結婚時所有的財產，仍各歸本人所有。

民一〇一
七條一項

民一〇一
七條三項

民一〇一
七條二項

(2) 婚姻關係存續中取得的財產，此又須分別言之：

(a) 妻因繼承或其他無償取得的財產，由妻保有其所有權。

(b) 妻的原有財產所生的孳息，其所有權歸夫。

(c) 不屬於妻之所有者，均歸夫之所有。

(三) 聯合財產的管理使用收益處分

聯合財產的所有權雖分屬於夫妻，而與分別財產制不同，即其管理使用收益及處分權，夫均有之。分說於左：

民一〇一
八條

(1) 聯合財產的管理權屬於夫，其管理費用由夫負擔。

民一〇一
九條

(2) 聯合財產的使用收益權屬於夫，即妻的原有財產亦然。

民一〇二
〇條二項

(3) 聯合財產的處分權屬於夫，但夫對妻的原有財產為處分時，應得妻的同意。如夫未經妻同意而處分妻的原有財產時，其處分得撤銷之，但除第三人已知或可得而知其未經同意，或依情形可認為該財產屬於妻者外，不

民一〇二〇條

得以之對抗第三人。惟其處分爲管理上所必要者則無須得妻的同意。

民一〇二一條

妻在日常家務代理權限內，亦得處分聯合財產。

民一〇二二條

夫對妻的原有財產有如此的權利，爲保護妻的利益計，民法對妻予以請求其夫隨時報告其狀況之權。

民一〇二六條

(四) 家庭生活費用

家庭生活費用由夫負擔。夫無支付能力時，由妻就其財產的全部負擔之。

(五) 聯合財產的債務清償

在聯合財產制下，夫妻的債務，依下列三項定負擔之人：

(1) 由夫清償者：

(a) 夫於結婚前所負的債務；

(b) 夫於婚姻關係存續中所負的債務；

(c) 妻行使日常家務代理權所生的債務。

民一〇二三條

(2) 由妻以其全部財產清償者；

(a) 妻於結婚前所負的債務；

(b) 妻因職務或業務所生的債務；

(c) 妻因繼承財產所負的債務；

(d) 妻因侵權行為所生的債務。

民一〇二
四條

(3) 由妻以特有財產清償者。

(a) 妻就其特有財產設定的債務；

(b) 妻逾越日常家務代理權所生的債務。

民一〇二
五條

在聯合財產之中的夫妻財產，民法使其有無相通。故妻的原有財產所負債務而以夫的財產清償，或夫的債務而以妻的原有財產清償者，夫或妻雖有補償請求權，但在聯合財產關係存續中，不得行使，以免聯合財產於分裂。

民一〇二
七條一項

聯合財產與妻的特有財產的相互償債則不然。妻的特有財產所負債務而以聯合

民一〇二
七條二項

財產清償，或聯財產所負債務而以妻的特有財產清償者，夫或妻雖在婚姻關係存續中，亦得行使補償請求權。

(六) 聯合財產的分割

聯合財產的分割有二種情形：

(1) 夫或妻一方的死亡 於此又有二種情形：

民一〇二
八條

(a) 妻死亡時——妻的原有財產歸屬於妻的繼承人，如有短少而其短少係由於可歸責於夫的事由者，夫應補償之。

民一〇二
九條

(b) 夫死亡時——妻取回其原有財產，如有短少，妻可向夫的繼承人請求補償。

民一〇三
八條
民一〇五

(2) 聯合財產關係消滅 於此情形，原則由妻取回其原有財產。如有短少而其短少非由於可歸責於妻的事由者，由夫或其繼承人負擔。但聯合財產關係的消滅係由於離婚者，從離婚的規定。

第六節 離婚

第一款 離婚制度略史

一 婚姻的解消

夫妻關係的解消有二原因：一爲死亡，二爲離婚。死亡雖使夫妻本人的關係解消，而死亡並不消滅因結婚所生的一切關係。如妻與夫家的家屬關係，及一方與他方血族的姻親關係，皆不因此而消滅。至於離婚，則消滅因結婚所生的一切關係，故在法律上殊爲重要。

二 我國舊來的離婚制度

我國氏族及父權家族時代的婚姻，以妻的勞役及子的生育爲目的。若此種目的不達，則出妻隨之。大戴禮記始著「七出」的限制，而首列「無子」。小戴記內則尤重視「不事舅姑」，子雖與其妻相得，而爲舅姑所不容者仍出之。雖有「七出」而有「三不

去」者，則不得出妻，此又重要的例外。唐律著七出三不去爲律，又著義絕應離之條，宋元明清律相沿不變。●家族主義的離婚制，亦即男子本位的自由離婚制，可以推知。至於妻則無離婚權。妻若離夫，除贅夫外，稱爲「背夫在逃」，法律定有罰則。

●現行律載：凡妻於七出無應出之條及於夫無義絕之狀而擅出之者，處罰。雖犯七出（即無子，淫佚，不事舅姑，多言，盜竊，妒嫉，惡疾）有三不去（與更三年之喪，前貧後富貴，有所娶無所歸）而出之者，減二等。追還完娶等語。是出妻於律有一定之條件，與條件不相合者，即不容擅出。（四年上字一七九三號大理院判決）

在習俗上，夫的出妻亦不盡自由。即如北宋時期，社會頗反對此舉。蓋佛教的影響，幾使社會取離婚禁止主義。然父權家族制度終使佛教的影響不能終大。程朱道學遂又倡男子的自由離婚。●

●北宋時代離婚禁止的風俗，見三程遺書。佛教講因果報應。世俗以因果報應之說，制裁離婚，其事頗有力。可看紀昀灑陽消夏錄等筆記。

三 歐洲的離婚禁止與離婚自由

中古歐洲的教會取禁止離婚主義。依基督教義，除姦淫之外而出妻者，爲姦淫；娶被出之婦者亦爲姦淫。教會雖不能禁止夫婦的乖異，然只許分居，不許離婚。

自由主義打破中古的封建的束縛。禁止離婚主義亦隨之動搖。英吉利亨利八世的宗教改革，推翻離婚的禁制，法蘭西大革命潮流的起伏，殆可以離婚的自由與否測之。法國大革命宣布婚姻爲民事契約的一種，不復受教會的支配。然絕對的自由離婚，只出現於一七九四年恐怖政治時期。復辟時代，又禁止離婚。一八八四年以後，始確立離婚限制主義。中歐民法在拿破崙民法影響之下，大抵所定略同。惟東歐的俄羅斯，尙嚴限離婚。一九一七年的革命亦解放離婚的限制。蘇聯的離婚法乃歐洲最自由的離婚法。

第二款 兩願離婚

一 不自由的自由契約

天賦人權論者，主張契約的自由。男女以契約結婚，卽可以契約離婚。強弱相懸的夫妻雙方的契約，果盡自由嗎？自由的美名之下的兩願離婚，有時徒使強者放縱自恣而已。

二 舊法的兩願離婚

前大理院擴張解釋現行律，演成兩願離婚制度。①夫妻的兩願離婚，無一定的方式。無論作成休書，或立契贖身，或僅有言詞聲明，只須事實已為離婚的協議，確有實據者，皆為有效。②至離婚以後子女的監護等問題，如有協定，即從其協定。③其自由與簡易為如何，可以推知。

① 五年上字一四七號判決。

② 三年上字四六〇號。

③ 六年上字一一九四號判決。

三 民法的兩願離婚

(一) 未成年人的法定代理人同意權

民法的兩願離婚，成年人均得自主為之。未成年人須得法定代理人的同意。

(二) 兩願離婚的方式

民一〇四
九條

民一〇五
〇條

民法對兩願離婚的方式，略有限制：其一，須以書面爲之，故以言詞聲明者無效，然書面的方式爲休書，爲贖身契約，固無不可；其二，須有二人以上證人的簽名，故單由夫簽名，或單有雙方的簽名，皆爲無效。

(三) 兩願離婚後子女的監護

兩願離婚後，子女的監護，有約定者，從其約定，如無約定，由夫任之。

民一〇五
一條

第三款 判決離婚

一 無因離婚與有因離婚

前述兩願離婚制度爲無因離婚的制度，即夫妻所以兩願離婚的原因，不出現於表面，而法律亦不要求其提出原因。至於判決離婚，則舊法新法均取有因離婚制度。

二 離婚的原因

不取得對方的同意而單方強制離婚者，民法使其必須有法定的原因，而向法院提出離婚的請求，判決確定而後生效。如舊日的夫得以單方出名的休書從事者，蓋迥不同。

民一〇五 民法所定的離婚原因如下：
二條

(一) 重婚者

清律載「有妻更娶者後娶之妻離異」之律。民國以來，大理院判例仍守此律。●民法以此為離婚的第一原因。夫妻的一方重婚時，他方得請求離婚。但他方如事前同意或事後宥恕者，不得更作請求。他方知悉重婚後已逾六個月，或重婚發生後逾二年者，離婚

民一〇五 請求權亦消滅。●
三條

● 七月上八四號判決。

● 此點使吾人想及夫對於妻的強制力。如夫重婚，妻能否行使離婚請求權，實一疑問。

(二) 與人通姦者

舊律於此苛責妻而寬容夫。民法始為平等的規定。然夫有通姦情事，妻能如願提出離婚的請求否，亦多受事勢的限制，可不待言。離婚請求權消滅原因，同於前項。

(三) 夫妻的一方受他方不堪同居的虐待者

不堪同居的虐待，爲一種不確定原因。蓋如何始爲不堪同居的虐待，由於法院的認定，非如重婚及通姦之事，爲確定之事。

● 例如一方一時氣忿將他方致傷而事屬輕微者，即不得爲不堪同居的虐待。（前大理院七年上二六四號判決）

（四）妻對於夫的直系尊親屬爲虐待，或受夫的直系尊親屬的虐待，致不堪爲共同生活者。

此蓋因家族制度的存在而設的規定。夫與妻的直系尊親屬鮮有共同生活；即有共同生活亦無永久性，故本款只對於妻與夫的直系尊親屬之間規定之。

（五）夫妻的一方以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者

如何爲惡意遺棄，亦待法院的認定。然不得已而違背扶養義務或同居義務，以及暫時不盡此種義務者，皆不合本款的規定。

（六）夫妻的一方意圖殺害他方者

民一〇五
四條

舊律以夫妻雙方相殺爲義絕，義絕爲離婚的原因。民法規定夫妻一方意圖殺害他方者，他方得請求離婚。至一方實行殺害他方，他方自亦得爲同樣的請求，可不待言。此請求權的行使期限，爲知悉後一年或發生後五年。

(七) 有不治的惡疾者

舊律「七出」的惡疾，指致妻不能參與神鬼的祭祀的惡疾而言。民法所謂不治的惡疾，則指花柳病等歸責於患者的重大疾病而言。一方有此種惡疾，他方在生理及精神上感受不堪同居的痛苦，故得請求離婚。

(八) 有重大不治的精神病者

精神病爲離婚原因，乃目的主義的立法。一方有重大不治的精神病，使雙方精神上共同生活爲不可能，故得請求離婚。然法律應對精神病的診斷及離婚後精神病者的扶養或賠償，有所規定，始爲周密。

● 一〇五七條有一般的規定，然精神病患者即不致生活困難，似亦應受某種程度的贍養或賠償。

(九) 生死不明已逾三年者

舊律有夫逃亡三年，妻得告官別嫁的規定。民法改爲相互平等的離婚原因。

(十) 被處三年以上的徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者

此種情形皆妨礙夫妻的共同生活，故使其發生離婚請求權。此請求權，亦自請求權人知悉後已逾一年，或自其事發生後已逾五年，而不得再行使。

三 客觀相對原因的不存在

舊律的「義絕」在前大理院解釋之下，幾成爲廣泛的相對原因，即凡一方有過失的破壞共同生活的重大事由，大抵可認爲義絕而許他方請求離婚。現行民法未設廣泛的相對原因，更未設客觀相對原因。故前列十款以外，夫妻的共同生活，若由於歸責或不能歸責於一方的重大事由，他方即不得請求離婚。

● 客觀相對的離婚原因，即不必由於一方的過失的重大事由。凡是使共同生活不能繼續的客觀事由，均可使當事人請求離婚。

四 判決離婚的效力

(一) 子女的監護

判決離婚後，子女的監護，原則由夫任之。但如夫不適於擔任監護者，法院爲子女的利益，得酌定監護人。

民一〇五
五條

(二) 損害賠償的請求

由於夫妻的一方有過失的事由而判決離婚者，他方財產或精神上因此所受的損害，得向其請求賠償。但精神上所受的損害，更以受害人無過失者爲限，方得請求賠償。此項請求權專屬於受害人，故不得讓與或繼承。但如已起訴或已依契約承諾者，得移轉之。

民一〇五
六條

● 有過失的原因，一〇五二條各款除八九兩款外皆是。

(三) 贍養費的請求

由於無過失的事由而判決離婚時，無過失的一方對於無過失的他方不得請求

民一〇五
七條

損害賠償。但如此無過失的一方因離婚而陷於生活困難者，他方縱亦無過失，民法亦使其得向他方請求相當的養贍費。

● 如一〇五二條八九兩款，第四款中亦可以有此情節。如夫的父每虐待妻，妻與夫皆無過失。

(四) 夫妻財產的解散

民一〇五
八條

夫妻離婚時，無論其用何種夫妻財產制，各取回其固有財產。如有短少，由夫負擔。但其短少非由於可歸責於夫的事由者，夫不必補償其短少。

第三章 父母子女及監護

第一節 通論

父母對子女的關係，不外親屬關係的一種。但父母對子女，除通常的親屬關係外，有教養及監護的權利義務。故民法特設規定。

教養監護在昔為家族的職能，其行使由於尊長，而所謂尊長固非即為父母。父母的教養監護職能離家族而存在，乃近代個人主義社會之事。

在個人主義時代，教養監護分屬於父母，然此種職能非為子女的利益而存在，乃為父母的利益而存在。今後的親權乃為子女的利益而存在，且兒童的教養監護職能，更將屬於社會，而不專任諸父母。

在私有制度之下，教養監護常需相當的經濟力。家族主義時代，此經濟力依賴於家

族共有的家產。個人主義時代，此經濟力依賴於父母的私產。然此兩時代的財產，常以男子爲掌握者。故名義上父母並稱，實際上教養監護子女的經濟力，父常優於母，因之父權亦常優於母權。

父權既優於母權，則父的確定爲必要。在婚生子女則須確定其是否父母結婚生活的產物；在私生子女則須確定其父之究爲誰氏。

教養監護的職能昔在於家。家爲一永久延續的集團，故兒童鮮有缺乏教養監護人之事。在個人主義時代，父母若不能行使職能，卽有歸之於監護人的必要。此監護制度所以受民法重視。

第二節 父母子女

第一款 父母子女關係的種類

一 舊法上父母子女關係的種類

在父權家族制時代，父母子女の種類至爲繁複。略分言之。

(一) 父

稱父者得有多種：其一，通常意義所謂父。其二，過繼的子稱其本生父爲生父，稱其所承繼的父爲父或嗣父。其三，同宗的子受收養者，稱其收養的人爲養父。其四，異姓義子稱其養父爲義父。其五，母再嫁的夫爲繼父。

(二) 母

凡爲父的妻者均爲子女的母。其一爲通常意義的母。其二爲過繼的子稱其本生的母爲生母，稱其所承繼的母爲母或嗣母。其三爲同宗過房的子稱其收養的母爲養母。其四，異姓義子稱其養母爲義母。其五，子女稱父再婚的妻爲繼母。其六，妾的子稱父的正妻爲嫡母。正妻的子稱父妾之有子女者爲庶母。其七，子女稱受父命養育自己者爲慈母。其八，子女稱父妾乳己者爲乳母。其九，父離棄的母爲出母，父死母嫁者爲嫁母。

元典章至清律的三父八母圖，固不足以盡父母的種類。

(三) 子

子得分爲多種：其一爲通常意義的子，又可分爲嫡子庶子兩類。其二，過繼的子爲嗣子。其三，同宗過房的養子。其四，異姓的義子。其五，收養三歲以下遺棄小兒。其六，姦生子。其七，妻前夫的子爲繼子。

總之，過去律例上的父母子女，有血統的與擬制的兩大類。擬制的父母子女關係之多，至爲可驚。

二 民法上父母子女關係的種類

民法的父母子女關係，則甚爲簡單。茲就子女言之：

(一) 婚生子女，又可分爲二：

(1) 由婚姻關係受胎而生的子女；

(2) 生母之於私生子女。

(二) 非婚生子女，亦可分爲二：

(1) 因父母結婚而準婚生子女者；

(2) 經父認領者。

(三) 養子女

第二款 婚生子女

一 意義及條件

婚生子女爲由婚姻關係受胎而生的子女。分析言之：

(一) 父母之間有婚姻關係存在

一夫一妻制度的確立，須排斥婚外的性交。婚外所生的子女因之遂不得與婚生子女同論。

(二) 須爲父的子女

有夫之婦與他人結合受胎所生的子女，仍非婚生子女。婚生子女須爲父的子女。子女是否父的子女，民法設有一種推定，容後述之。

(三) 須爲母所生

(四) 原則上受胎須在婚姻關係之中

於此有須說明者：

(1) 婚前受胎而在結婚後出生者，爲準婚生子女。但其出生若在父母結婚後一百八十一日以後，則推定其受胎係在婚姻關係中。

(2) 婚姻關係中受胎而在婚姻解消後出生者，仍爲婚生子女。

3) 婚前受胎而在婚姻解消後出生者，依(1)定之。又若其出生在婚姻解消後三百〇二日以前，亦推定其受胎係在婚姻關係中。

(4) 婚前受胎而在婚前出生者，爲準婚生子女。

二 婚生的推定

子女是否爲婚姻關係之中受胎，民法設立「推定。」凡在婚姻關係存續之中受胎者，推定爲婚生子女。如夫能證明其在受胎期間以內未曾與妻同居者，得以訴否認所生

民一〇六
三條

子女爲婚生子女。

三 受胎期間

受胎期間定爲子女出生前一百八十一日至三百〇二日。如子女出生前三百〇二日以前，其父母不有婚姻關係，卽不能推定爲婚生子女。於此情形，母或子女須證明其受胎確在三百〇二日以前，始可主張其爲婚生子女。

民一〇六
二條二項

四 婚生子女的否認

如夫能證明其在子女受胎期間以內未與妻同居者，得以訴否認子女爲婚生子女。

民一〇六
三條二項

- (一) 此訴爲形成之訴，因其判決將變更婚生子女的身分爲非婚生子女的身分。
 - (二) 此訴須於夫知悉子女出生後一年內爲之。此所以求子女身分的迅速確定。
- 第三款 非婚生子女

一 意義

凡在婚姻關係以外受胎的子女，爲非婚生子女。又可分爲二種：其一爲本無婚姻關

係的男女結合所生子女，其二為有婚姻關係而在婚姻關係外與第三人結合所生子女。妻的子女為非婚生子女，此因民法否認妾制。

二 準婚生

本無婚姻關係的男子結合所生子女，既出生後，其父母結婚者，民法視此子女為婚生子女。於此應說明者如左：

(一) 子女的取得婚生子女的身分，無須其父有認領行為。換言之，子女因父母的結婚而當然取得婚生子女的身分，無須別有意思表示的存在。

(二) 非婚生子女生前，其父母結婚，固當然取得婚生子女的身分，即父母結婚在子女既死以後，此已死的子女亦當然取得婚生的身分。

三 認領

(一) 非婚生子女與其父母的關係

非婚生子女與其父母的父母子女關係，立法主義有三：

(1) 宣言主義 非婚生子女依出生而與其父母有父母子女關係。父之認領行為，不過此既成關係的宣言而已。德國民法從之。(德民一〇五七條)

(2) 創設主義 非婚生子女與其父母之間，非經認領，無父母子女關係。法國民法從之。(法民三三四以下)

(3) 折衷主義 母對非婚生子女無須認領，即有母子或母女關係；父則須經認領，始生父子或父女關係。瑞士民法從之。我現行民法亦從之。

民一〇六
五條

(二) 非婚生子女與其父母的血族的關係

非婚生子女與其父母血族之間有無血族關係？德國民法認為並無血族關係。我民法未設規定。解釋上，子女與母的血族之間自出生時始，與父的血族之間自認領時始，有血族的關係，與婚生子女同。

民一五六
九條

(三) 非婚生子女的地位

非婚生子女的地位，有二種：一為冷遇主義，即非婚生子女的權利較婚生子女始終

民一〇六
五條

減低，各國民法多從之。二爲平等主義，即非婚生子女有與婚生子女相同的權利，大革命時的法國法及大革命後的俄國法從之。我國舊法，姦生子雖責付姦夫收養，但姦生子不得繼承宗祧，蓋冷遇主義。民法則趨於平等主義。

(四) 認領行爲

認領行爲乃單獨行爲，故無須被認領者的同意，即可生效。此種單獨行爲，目的在承認爲非婚生子女之父。此種單獨行爲乃不要式行爲。於此應說明者如左：

(1) 條件

認領行爲的條件有二：(a) 須認領者爲非婚生子女之父。如認領者爲限制行爲能力人，須得法定代理人的同意。如爲無行爲能力人，須由法定代理人爲之。(b) 被認領者須爲非婚生子女。無論其由通姦所生，或其他關係所生，皆得被認領。胎兒得被認領。

(2) 認領與撫養

非婚生子女雖必經認領而後與其父生父子或父女關係，但如子女受其父的撫養

民一〇六
五條 者，無須別有認領行為，即可視為其父的婚生子女。

(3) 認領的否認

民一〇六
六條 認領雖為單獨行為而無須得被認領人的同意，但民法為保護被認領人的利益，予被認領人或其生母有否認認領之權。

(4) 效力

關於認領的效力，須說明者如下：

民一〇六
九條 (a) 效力的發生，溯及非婚生子女出生之時。但第三人已得的權利不因認領效力的溯及而受影響。

民一〇七
〇條 (b) 效力的內容，為父子或父女關係的成立。為使關係確定不移計，認領不得撤銷。

(5) 強制認領

民法設「父之追尋」的制度，使非婚生子女得於其父不予認領時，強制其認領之。

七條一〇六
七條一項

七條一〇六
七條一項

七條一〇六
七條二項

八條一〇六
八條

(a) 條件 強制認領須有左列四條件之一：

(一) 受胎期間，生父與生母有同居的事實者；

(二) 由生父所作的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) 生母因生父濫用威勢成姦者。

(b) 強制認領無須以訴為之。此項請求權，由非婚生子女的生母或其他法定代理人行使之。

(c) 法定期間 強制認領的請求權，須於子女出生後五年內行使，否則消滅。

(d) 不貞的抗辯 如生母在受胎期間內，雖與他人通姦或為放蕩的生活者，不得請求生父的認領。故生母不得同時請求二人以上的男子分擔其產費或養贍費用。●●

● 惟蘇俄親屬法許生母作如此的請求，該法否認不貞的抗辯的制度。

● 設有紳士蹂躪貧苦的女子而棄之。此女子既受社會的唾棄而無以為生，勢不得不度不貞的生活以自存，則此無辜的非婚生子女即不得追尋其父。故此種抗辯乃保護紳士的利益，可以斷言。又五年的不婚期間，亦有不近情者。若有女子受有力者的威脅而成姦，五年的期間，未能脫離有力者的威脅，則此女子終不能為其無辜的子女請求認領了。

第四款 擬制的父母子女

一 民法上擬制的父母子女關係

民一〇七
一條

民法上擬制的父母子女關係，凡有兩種：一為指定繼承人與被繼承人的關係。此種關係除法律另有規定外，與婚生子女同。所以使其與婚生子女同者，蓋繼承法既廢止宗祧繼承制度，而習慣上立嗣之事正多，故以此濟其窮。二即養父母子女關係，當分說於下。

二 舊法的養子制度

舊法的養子制度至為繁雜。大體分之，有承繼宗祧與不承繼宗祧的兩類。

(一) 承繼宗祧的嗣子，或由被繼承人生前所立，或由被繼承人以遺囑立嗣，或由

守志之婦或被繼承人的尊長或親屬會議於被繼承人死後爲其立嗣。總之，嗣子與嗣父母之間雖有承繼宗祧的關係，而不必有收養關係。

(二) 不承繼宗祧的養子女，又有三種：

(a) 過房 卽收養同宗之子而不承繼宗祧。

(b) 異姓義子 卽收養異姓之子，依法不得承繼宗祧。以上二種皆由於嫖老或恩情，或甚至由於勞力的收奪，忠勤義務的榨取，未可一例而論。

(c) 收養三歲以下遺棄小兒，此則爲一種救貧制度，其與異姓義子不同者，收養異姓義子須雙方同意，而此則不必。此種養子雖從養父之姓，亦不得遂立爲嗣。

● 均根據「現行律」

三 民法的養父母子女

收養他人的子女爲子女時，其收養者與被收養者之間發生養父母子女的關係。收

民一〇七
二條

養行為須具備如下的實質與形式要件：

(一) 實質要件

收養的實質要件如左：

(a) 收養者方面

民一〇七
三條

(1) 須長於被收養者二十歲以上。●●

民一〇七
四條

(2) 有配偶者，須與其配偶共同收養。

● 德國民法規定收養者須年在五十歲以上（一七四四條）法國民法亦同（三四三條）我民法無此限制。

● 收養者不須無子，故與舊來的立嗣不同。收養者不論男女，至舊法只限於男子始能立嗣子以爲己後，至守志之婦雖可立嗣，但仍爲其亡夫之後，故不同。

(b) 被收養者方面

(1) 被收養者有配偶時，須得配偶的同意。

(2) 須非收養者的尊屬，此在民法雖無明文規定，在解釋上卻應如此。●

民一〇七
六條

(3) 須非同時為他人的養子女。

● 德國民法一七四四條，法國民法三三三條，瑞士民法二四四條均有此項明文。

● 被收養者不限於男女，與舊法嗣子須為男子不同。被收養者不限年齡，亦不限與收養者同宗，與舊法立嗣過房均不同。

(c) 收養者與被收養者的同意。

(1) 成年人被收養者，須自為同意。

(2) 自幼撫養者，須得被收養者法定代理人的同意。此皆解釋上所當然的。

(3) 須養父母生前為之。死後收養應為法所不許，與舊法死後立嗣不同。

(4) 須養子女生前為之，如舊法的虛位繼承，法所不許。

● 死後立嗣在現行民法依指定繼承的規定解決之。

● 虛位繼承者，死者無後，又無輩分相當之人可以為後，乃立一已死之親為後，由此已死之親之子代位繼承宗祧之制。

(二) 形式要件

民一〇七
九條

收養子女應以書面爲之。但自幼撫養者不必用書面。

(三)效力

收養的效力如左：

民一〇七
七條

(a) 被收養者與收養者間，除法律另有規定外，發生與婚生子女相同的關係。

民一〇七
八條

(b) 被收養者從收養者之姓。

(c) 被收養者脫離其與本生父母的關係。(民一〇八三條參看)

(d) 被收養者入於收養者之家。

(e) 被收養者對於收養者有遺產繼承權。(民一一四二條)

(四)收養的終止

民一〇八
〇條

(a) 同意終止 養父母與養子女的關係得由雙方同意終止之，其同意應以書面爲之。

(b) 強制終止 養父母子女的一方如有左列各款情形之一，他方得請求終止。

院終止其收養關係

- (一) 對於他方為虐待或重大侮辱時；
- (二) 惡意遺棄他方時；
- (三) 養子女被處二年以上的徒刑時；
- (四) 養子女有浪費財產的情事時；
- (五) 養子女生死不明已逾三年時；
- (六) 有其他重大事由時。

民一〇八
一條

此項請求，須向法院以訴為之，其訴為人事訴訟，為形成之訴。

法院判決收養關係終止時，無過失的一方因收養關係終止而陷於生活困難者，得

民一〇八
二條

請求他方給與相當的養贍金。

(五) 收養終止的效力

收養關係經雙方合意或法院判決而終止後，養子女回復本姓，並回復其與本生父

民一〇八 母的關係，但第三人已取得的權利不因此而受影響。
三條

第五款 父母子女關係的內容

一 子女的姓

民一〇五 子女從父姓。贅夫的子女從母姓，但另有約定者，從其約定。
九條

二 子女的住所

爲使父母得以盡教養監護的義務，父母有指定子女住所之權。父母的住所由父定之，故子女以父的住所爲住所。贅婚的父以母的住所爲住所，故贅夫的子女，以其母的住所爲住所。於父母的住所以外，父母得指定子女的住所。如學校，商店，工廠等，皆得指定爲子女的住所。

民一〇六
〇條

子女違背父母的住所指定，父母得以訴請求履行，但不得強制履行。

第三人若從父母所定的住所奪取或誘引而去，在刑法上構成略誘或和誘罪，在民法上父母有請求歸還之權。但此請求權的發生，不必第三人有故意或過失而構成略誘

和誘罪，只須第三人妨害父母教養監護職能的行使即可。

三 父母的保護教養權利義務（親權）

民一〇八
四條

父母對於未成年的子女有保護教養的權利義務。此種權利義務有三種性質：（一）權利義務為一體而不可分；（二）此一體的權義包含積極消極的兩面；（三）此權義當適應父母的身分與能力而行使，並無客觀絕對的限度。由此一體的權義所發生的職能如左：

（一）對於身體上的權義

民一〇八
五條

（1）懲戒權 父母得於必要範圍內懲戒其子女。所謂必要的範圍，由於法院的認定，未可一概而論。父母的懲戒權得請求法院代行之。

民一〇八
六條

（2）法定代理權 父母為其未成年子女的法定代理人。

（二）對於財產上的權義

民一〇八
七條

未成年子女因繼承贈與或其他無償取得的財產，為其特有財產。子女的特有財產

由父管理，父不能管理時，由母管理。父母於管理權外，有使用收益之權。至於處分，則非為子女的利益不得行使。

民一〇八
八條

四 行親權人

父母對於子女的一體的權義，由誰行使負擔？古代的歐洲與我國，均由父行使親權。現行民法規定，除法律另有規定外，此項權利義務，

- (一) 由父母共同行使或負擔之；
- (二) 父母對於權利的行使，意思不一致時，由父行使之；
- (三) 父母的一方不能行使權利時，由他方行使之；
- (四) 父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。
- (五) 養父母與本生父母同時存在時，由養父母行使負擔之。

民一〇八
九條

五 親權的糾正及停止

父母濫用其對於子女的權利時，其最近尊親屬或親屬會議得糾正之。糾正無效時，

○民一〇九
○條

得請求法院宣告停止其權利的全部或一部。

第三節 監護

第一款 通論

在氏族及家族時代，族人家人的監護者爲族長家長。故非族長家長的族人家人，卽喪失父母，亦不生監護問題。惟若族長或家長未達一定的年齡或有重大的疾病時，始須爲之設定監護人。羅馬法與日耳曼法所定監護，均限於不服親權的幼年男子（家長）卽是此意。我國的託孤，最顯著者爲君主垂死時對於其後繼的幼君，設立攝政或輔政之人。私人的託孤，亦多在父死子幼而無親近的尊長之際。這是家長的家族制度的結果。此爲第一期。

家長的家族制度初弛，家長權與父權及夫權三者分化而爲三。家屬從家長，妻從夫，而子女從其父。於個人主義的社會組織之下，任何未成年人或禁治產人而無父母，皆生

誰爲監護之人而繼續行使家長權及父權的問題。此爲第二期。

馴至家族制的遺跡肅清，而監護人只不過未成年人或禁治產者的財產管理人，無復過去代行家長或父權的形式。此爲第三期。

至社會本位的社會，而子女的教養監護，漸不由家庭行使。監護職能乃屬於國家。所謂監護法的公法化，蓋第四期的所有事。

現行民法的監護制，乃在第二三期演化之間。法律仍認監護人爲親權人的延長，不過較重視財產管理的職能而已。

第二款 監護的開始

監護開始的原因如左：

民一〇九
一條
限。
(一) 未成年人無父母，或父母均不能行使親權時，但未成年人已結婚者，不在此

○民一
一條
(二) 成年人宣告禁治產時。

第三款 監護的機關

一 監護的機關有二：

(一) 監護人

(二) 親屬會議

親屬會議乃監護人的監督機關，其監護事務的執行則由於監護人

二 監護人

監護人由誰充任？分別言之：

(一) 未成年人的監護人

(1) 指定監護人 此又有二：

(a) 由於父母生前的委託 父母對其未成年的子女，得因特定事項，於定期限內，委託他人行使監護的職務。

(b) 由於父母遺囑的指定 後死的父或母得以遺囑為其未成年的子女

民一〇九
二條

三民一〇九
條

指定監護人。

(2) 法定監護人 父母均不能行使親權時，或父母死亡而無遺囑指定監護

人時，監護事務由法定監護人行使。法定監護人依左列順序定之：

(一) 與未成年人同居的祖父母；

(二) 家長；

(三) 不與未成年人同居的祖父母；

(四) 伯父或叔父；

(五) 由親屬會議選定之人。

(二) 禁治產人的監護人

(1) 法定監護人 禁治產人的監護人依左列順序定之：

(一) 配偶；

(二) 父母；

四民一〇九
條

民一〇一
一條

- (三) 與禁治產人同居的祖父母；
- (四) 家長；

(五) 後死的父或母以遺囑指定之人。

(2) 選定監護人 不能依前項規定定監護人時，由法院徵求親屬會議的意見選定之。

三 監護人的辭職

民一〇九
五條
民一一一
三條

法定監護人非有正當理由，不得辭其職務。蓋其職務為法所畀予，若任意辭職，將使未成年人或禁治產人失所依庇了。

四 監護人的失權

民一〇七
六條
民一一一
三條

未成年人禁治產人不得為監護人，蓋其自身亦尚須受監護。
破產人，褫奪公權人，與被監護人曾進行訴訟者，皆不宜於為受監護人管理財產，解釋上亦不得為監護人。

五 監護的事務

除第一〇九二條父母生前委託的監護人，祇在其所指定的期間以內，行使其所指定的特殊職務外，(民一〇九七條)監護人的職務大體與行親權人相同，然法律則特加以嚴重的干涉，以防止其濫用權力。分述於左：

(一) 監護人職務的範圍

監護人於保護增進受監護人利益的範圍內，行使負擔父母對於未成年子女的權利義務。但由父母暫時委託者，以受委託的職務為限。

民一〇九
七條
三條

(二) 法定代理權

監護人為受監護人的法定代理人。

民一〇九
八條
三條

(三) 關於受監護人財產的權利義務

監護人關於受監護人財產的權利義務，民法特多干涉的規定，分述於左：

(a) 財產請冊的開具

民國一九一五年
條一〇九
條一〇九
條一一九

除同居祖父母為未成年人的監護人及父母或同居祖父母為禁治產人的監護人時，法律信任其對於受監護人財產的處理外，監護人於監護開始時，應會同親屬會議所指定之人，就於受監護人的財產，開具財產清冊。

(b) 財產的管理

民國一九一五年
條一一〇
條一一〇
條一一〇

監護人應以與處理自己事務同一的注意，管理受監護人的財產。管理費用由受監護人的財產負擔之。

(c) 財產使用及處分的限制

民國一九一五年
條一一〇
條一一〇
條一一〇

除同居祖父母為未成年人的監護人及父母或同居祖父母為禁治產人的監護人時，對於受監護人的財產有與行親權時同樣的使用處分權外，監護人對於受監護人的財產，非為受監護人的利益，不得使用或處分。處分不動產時，並應得親屬會議的允許。

(d) 財產受讓的禁止

除未成年人以同居祖父母為監護人及禁治產人以父母或同居祖父母為監護人

一〇二民
一五條一
一三條一
條一〇

的情形以外，監護人不得受讓受監護人的財產。

(e) 財產狀況的報告

除未成年人以同居祖父母為監護人及禁治產人以父母或同居祖父母為監護人的情形外，監護人應將受監護人的財產狀況向親屬會議每年至少詳細報告一次。

(f) 報酬的請求權

除未成年人由同居祖父母為監護人及禁治產人由父母或同居祖父母為監護人外，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的狀況酌定之。

一〇四民
一五條一
一三條一
條一〇

(四) 對禁治產人的特殊職務

上述監護職務以外，禁治產人的監護人尚有一種特殊職務，即應按照受監護人的財產狀況，為受監護人的利益，護養療治其身體。若須送入精神病院或監禁於私宅，除監護人為禁治產人的父母或同居祖父母外，須得親屬會議的同意。

二民
條一一

第四款 監護的終止

一 終止的原因

監護人監護的終止，有二種情形：

(一) 絕對終止 卽受監護人無須再受監護，故監護終止。其原因如左：

(1) 未成年人已屆成年者；

(2) 未成年人雖未成年而因結婚視爲成年者；(民一〇九一條但書)

(3) 未成年人的行親權人能行使親權者；

(4) 禁治產人的禁治產宣告撤銷者；

(5) 受監護人死亡或宣告死亡者。

(二) 相對終止 卽受監護人雖仍須受監護，而特定的監護人職務終止。其原因如左：

(1) 監護人死亡者；

民一六條一
一三條一
一〇

民一七條一
一一條一
三項〇

- (2) 監護人辭職者，
 - (3) 監護人失權者；
 - (4) 監護人有下列事由，為親屬會議撤退者：
 - (a) 違反法定義務時；
 - (b) 無支付能力時；
 - (c) 由親屬會議選定的監護人，違反親屬會議的指示時。
- 二 監護終止時的職務及責任
- 監護終止時，監護人應執行左列職務：
- (一) 會同親屬會議所指定之人清算財產；
 - (二) 將財產移交於新監護人，（舊監護人辭職或因其他原因去職時如此）或受監護人；（受監護人成年或結婚或撤銷禁治產時如此）；或受監護人的繼承人（受監護人死亡時如此）或受監護人的行親權人。（行親權人能

行使親權時如此)

監護人死亡者，清算事務由其繼承人爲之。

監護人責任的解除，須待親屬會議承認其清算的結果。

監護人對於受監護人財產如有損害，應負賠償的責任。其賠償的請求權自親屬會議拒絕承認其清算的結果時起，二年間不行使而消滅。

民一八條一〇
民一三條一〇
民一七條一三項〇
民一九條一〇
民一三條一〇

第四章 家

第一節 舊來的家制

一 由氏族到家族

在第一章第一節中，曾略述氏族向家長的家族演化的過程，這裏無須復敘。自戰國以降，家長之下有妻妾子女奴客。奴客在豪宗巨室爲數甚多。唐宋以後，僱傭制度漸代奴隸制度而鼎盛。所謂「家人」者，奴與傭兼有之。清代以來，奴制漸歸弛廢。家族如有僱工，漸不以家人相視。自民國建立，契約制更盛而身分制更就衰頹。家族云者，惟指父母兄弟妻妾子女的共同生活團體而已。

二 舊法的家

(一) 家的意義

舊法所謂家者，可有二義：

(甲) 實質意義的家 此所謂家，由兩種家族構成：其一為基本的家族，即同一祖或父所出的宗族及其妻妾是。此種家族如宗統歸於斷絕，則家為絕家。如有此種家族的存在，雖人數少至於一人，仍為一家。其二為附屬的家族，如招婿，義子，妻前夫之子隨母來歸者，本宗婦女的私生子之類。此種家族，非一家的必要人口，即家無一人，仍不失為家。即令家有此種人，如基本家系中斷，家仍廢絕。

(乙) 形式意義的家 凡同一戶籍者為一家，此是家的形式意義。秦漢至清初，賦役的徵收，多以戶或家為單位。故政府對於戶籍的清查，極為注意；而對於戶或家的分合，亦統制之。自一條鞭法將賦稅的單位改為田畝，而「籍」的清理漸弛。同籍的家人在實際上不必即為同居。法律之於別籍，雖嚴加禁制，而於分居，予以寬容。故形式意義的家與實質意義的家不必即為一事。

(二) 家的成立消滅

(a) 成立 由既存的家分出而新成一家者，有二種情形：

(1) 分家 父母死後分家或生前分家，皆使舊家分爲新家。

(2) 創家 由舊家分出的附屬家族，因無宗可歸，遂新立家者是。

(b) 消滅 家的消滅原因如左：

(1) 絕戶 卽基本家族的宗統斷絕，因而家爲絕戶。

(2) 合家 因兼祧而二家合爲一家，或已分的家再合爲一家，皆使既成的

家消滅。

(三) 家長

於家長須說明者有三：

(a) 一家的最尊長者 清律輯註所謂「祖在則祖爲家長，父在則父爲家長」是。

(b) 統攝家政 清律輯註所謂「家事統於一尊」是。

(c) 家長死亡或不能理家政時，由次尊長者繼之，並無特殊的繼承法。

(四) 家屬

家長以外的家族，是為家屬。

(五) 家產

家產者，由祖或父遺留的財產，及家族所取得的財產，而歸屬於家族共有者。家產有

二種情形：

(a) 家長即為一家的祖或父者，於此情形，家長之於家產，同於一己的私產，管理處分均屬自由。

(b) 家長雖為一家最尊長者而非一家的共同直系尊屬者，於此情形，家產的
公共共有的性質，即甚顯著。家長對於家產必須公平處理。●

● 依清律例，卑幼私擅用財者有罰，家長處理家產不公平者亦有罰。

第二節 現行的家制

一 由身分向契約

依於上述，可知舊法的家，純為身分制；蓋一切皆決於家族的身分。民法上的家制，則傾向於契約制，即家可以依契約而成立，亦可以依契約而解散。分述於下：

二 家的意義

民一一三
二條

家者，以永久共同生活為目的的同居親屬團體。分言之：

(一) 共同生活 分居而同籍的家，為法所不認。凡家，必為現實的共同生活團體。
(二) 永久性 永久的共同生活云者，與婚姻的以永久共同生活為目的，同其意義，非不得解散者。然初設家時，須有此目的始可。

(三) 同居親屬團體 同居團體由兩種人構成之：

(a) 家屬(民一一三條二項)

(b) 準家屬(民一一三條三項)

三 家長

民一
三條
二
四條
二

(一) 資格

家置家長。家長的資格，有三種：

(a) 推定的家長 由同居親屬團體推定的家長，為民法所提倡而列於第一位，所謂契約制者是。推定的家長自不限於輩分與年齡。

(b) 法定的家長 無推定家長時，由家中的最尊輩者為之；尊輩同者以年長者為之。簡言之，以一家的最尊長者為之。

(c) 代理家長 法定家長不能或不願管理家務時，由其指定家屬一人代理之。

(二) 職務

民一
五條
二
家長的職務為管理家務。但家長得以一部分的家務，委託家屬處理。

民一
六條
二
家長的管理家務，非基於固有的權力，乃對於親屬團體的勞務。民法規定其應注意於家屬全體的利益，與舊法以家長對家屬的關係為權力關係者，大不相同。

三 家屬

家屬有二種：

民一三三條

(一)同居親屬團體中之非為家長者。

三條

(二)雖非親屬而以永久共同生活為目的，同居一家者。

四 家屬的分離

民法既取契約主義，故許予家屬與家長以分離的自由。

民一三三條

(一)家屬已成年者，或未成年而已結婚者，皆得請求由家分離。此由家分離的請求，無須有出現於表面的原因。故已成年或雖未成年而已結婚的家屬，可以自由行使分

離請求權。

民一三三條
八條
分
離
命
令
權
，
必
須
有
正
當
理
由
，
始
可
行
使
。
蓋
所
以
保
護
家
屬
，
使
不
致
受
家
長
權
力
的
抑
制
。

(二)家長對於已成年之家屬，或未成年而已結婚的家屬，得令其分離。但家長的



2.3
3.544

(0,20