

民律親屬編

民律繼承編

朝陽大學法律科講義

民律親屬編目錄

緒言

第一 親屬編之重要

第二 親屬編之內容

第三 親屬編之性質

第四 親屬編之編纂

本論

第一章 通則

第一節 親屬之範圍

第一款 總說

第二款 宗親

第三款 夫妻

第四款 外親

第五款 妻親

第二章 家制

第一節 總則

第一款 家之意義

民律親屬編 目錄

民律親屬編 目錄

第二款 家之組織

第一項 家長

第二項 家屬

第二節 家長及家屬之權利義務

第一款 家長之權利義務

第二款 家屬之權利義務

第三章 婚姻

第一節 婚姻之界說

第二節 婚姻之條件

第一款 實質條件

第二款 形式條件

第三節 婚姻之無效及撤消

第一款 婚姻之無效

第二款 婚姻之撤消

第一項 絕對的撤消之原因

第二項 相對的撤消之原因

第三項 撤消之效力

三〇	三〇	三五	三七	三七	三九	四〇	四〇	四六	四七	五七	五九	六〇	六三	六四	六七	七一
----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----

第四節 婚姻之効力

第一款 關於夫妻本身之効力

第二款 關於婚姻當事者財產關係之婚姻効力

第五節 離婚

第一款 合意之離婚

第二款 呈訴離婚

第一項 離婚之原因

第二項 離婚之訴

第三項 離婚之効力

第四章 親子

第一節 親權

第一款 親權之効力

第二款 親權之移轉及其終止

第二節 嫡子

第一款 嫡子之推定

第二款 不認訴權

第三節 庶子

民律親屬編 目錄

第四節 嗣子

第一款 立嗣之條件

第二款 嗣子之擇立權

第三款 立嗣之撤消

第四款 歸宗

第五節 私生子

第五章 監護

第一節 未成年人之監護

第一款 監護人之成立

第二款 監護人之職務

第三款 監護人之終止

第二節 成年人之監護

第三節 保佐

第六章 親屬會

第一節 親屬會之意義

第二節 親屬會之組織

第三節 親屬會之招集

四

一一六	一一七	一二二	一二五	一二八	一三一	一三七	一三九	一三九	一四四	一五〇	一五一	一五四	一五五	一五五	一五七	一五九
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----

第四節	親屬會之議事	一六〇
第五節	對於親屬會不當議決之救濟	一六二
第七章	扶養義務	一六二
第一節	扶養義務者	一六三
第二節	扶養義務者之順序	一六三
第三節	扶養權利者之順序	一六四
第四節	扶養之程度方法	一六五
第五節	扶養權利義務之消滅	一六六



民律親屬編講義

陳滋鎬講述

崔學禮疏

緒言

第一 親屬編之重要。親屬編者爲民律之一部而處於重要之地位者也。在研究是律者其初或不免有乾燥無味之思。而細按之。則親屬編者。非特與他種法律絕無軒輊。有時且更爲重要。蓋親屬之關係。根於個人之接構。由自然而成立。經立法者參酌於一國之民俗習慣。而井然條列於法典之上。與他種法律有深博精遠之法理者。固自有間。然社會成立之基礎。以家族爲其原素。而家族組織之託始。以親屬爲其淵源。是故親屬關係之確定。小之不過爲家族之平和。大之實影響於社會之秩序。苟一國之國民。於親屬之組織與其權義。深知灼見。而各守本分。不越範圍。即足爲維持社會秩序之一助。而親屬編中之規定。又多發端於道德上之本能。故倫常之道。於此編亦示其適用。是研究親屬律者。並足爲國民教育之前驅。况夫人生不能離社會而獨立。即不能脫離親屬以爲高。是親屬編之應用。直人民所生死以之。而不可須臾離者。以視民律之他部。如買賣賁借諸規定。非吾人身入此法律行爲之範圍中。此律卽等於綴旒。然則親屬編者。實比他種法律實用爲較多也。

連廣雅近世說文至也父子兄弟情義至近从見業聲李斯刻石文左省一書也釋名親也言相隱親也屬釋名續也恩相連續說文連也從尾蜀聲取尾之連於體也凡異而同者曰屬如抗曰稻屬是也故父族毋黨妻黨婦姻與本身之恩義相連續所謂異而同也本案案說釋引用親屬二字之理由謂本於舊律親族兩字指同姓而言親屬兩字兼異姓言之云云

日本名本律曰親族。爾文族失縫也。東之族族也。五小矢爲東引伸爲凡族類之稱。後乃專用此字以名父族之關係。意義上故所以本律不名親族而曰親屬。中國舊有親戚之稱。前文戚也。戊大宰也。大雅云。下戈戚揚。傳云。戚斧也。揚鉞也。依毛傳。戚小於戊。揚乃得戊名引伸之義。爲追從親戚亦取切近爲言。非有異義也。

大中華雜誌異質因有論文一篇。痛言家制制度缺。獨立精神極宜改良。並舉有多妻重男輕女及不肯遠行等弊。端如孟子云。不孝有三。無後爲大。因欲有後而多妻之制。出妻既多矣。而男尊女卑之弊。生其弊一也。家處倚賴家長而生活失個。人獨立之精神。家長之負擔。既重元後不免流其弊二也。歐洲人口過多。非洲又被人占。德國欲破壞各國之殖民政策。故釀成歐洲大戰。我國雖無殖民地。而家處主義實爲妨礙之原。孔子云。父母在不遠遊。因有天倫之樂。不肯遠行。其弊三也。家長發明一種工藝。荷爲人所歡迎。即傳之子孫。久失其真。不求進少。實足阻滯文明之發展。其弊四也。我國自古觀念個人之外。有家家之上。即國毫無社會觀念。只求一家之愉快。不問他家之困苦。故個人對於社會。每因家之觀念。而有不公德之事。其弊五。

家處主義之弊。既如上。定然亦有所長。如華僑每年匯贍養費回國。頗屬不貲。又試觀俄國。此次變亂。全國騷然。皆由於社會奔潰。我國自辛亥以至於今。社會較之俄國。爲安謐者。未始非家處主義維持於其間也。周禮爲周代官制。即現今之行政法規。禮記爲家族規則。後禮爲禮記之施行。則愚民違禮始繼以刑。歷代相沿。法日繁而禮日削。以反法者爲違禮。視禮爲一種專制。不用之於實際。亦可視世變矣。

第二 親屬編之內容 親屬編中規定之事項。果如何乎。曰以其本義言之。則身分法是已。即親屬編者。規定親屬之身分及其相互關係之法規也。親子也。夫婦也。是身分也。親子有其權利義務之關係焉。夫婦有其權利義務之關係焉。是相互間之關係也。千差萬別。莫不於此編定之。則

親屬編之爲身分法可知矣。不寧惟是。親屬關係。其勢力有時且及於財產之下。親子夫婦之資格。或使個人之財產。生重要之變動。例如男女相爲婚姻。則夫婦婚姻前之財產權。因之互有張弛。親權一經實行。則其子所有之財產權。因之加以制裁。是因親屬關係而生一種財產關係矣。是故近世各國立法之實際。親屬編中不獨親屬之身分關係也。即其財產上之關係。亦必於此

編中規定之。我國親屬編亦猶是耳。故有嚴密劃分。則上述財產之關係。及親屬間扶養之義務。誠不能以身分視之。維是等財產之關係。及扶養之義務。實由身分關係而生。使必截然分離。則親屬編中之規定。卽不能完全無缺。而於編制之本旨。亦終戾而不宜。故綜合親屬編之意義。可爲之下一語曰。

親屬編者。規定親屬之身分及由身分而生權利義務之關係者也。

疏 中國從前祇言禮制不言法律。尙書有以親九族之語。爾雅亦言身分。宗族、(二)母黨、(三)妻黨、(四)婚姻禮記則言子之上曰父母。曰祖父母等。其相互之關係雖有父慈子孝等語。然不能成爲系統。且所言多屬喪祭等事。未嘗

言法也。至有律例則與以前不同。然均關於公法而非私法。及民律草案出有親屬相互關係之規定。始成爲私法也。

身分法如父母夫妻嫡子庶子私生子及某親等是有親屬斯有關係。有關係卽不可無法規親屬法卽規定此關係者也。

瑞士民法一九〇五年公布爲世界最新之民法。關於夫婦財產之規定甚爲詳細。

親屬法如不規定財產則不完全。蓋本法非如爾雅禮記等書。祇言禮制。乃定其相互關係者也。財產亦與其身分有關。故不可無規定。

綜上所述親屬之變遷可分三時期。(一)定親族者祇有禮制並無法律。(二)雖有法律祇定身分之名稱。並不規定其相互之關係。(三)定其身分並定其相互關係。

第三 親屬編之性質。親屬編既如上述。規定親屬之身分及其權義關係。則親屬編之屬於私

法也。固不容疑。然亦有以親屬編中之所規定。有時爲國家機關所應干與者。而認親屬編爲公法。則是於親屬律尙未知之悉也。蓋親屬編中雖不乏公法之規定。如婚姻立嗣之須呈報也。撤消婚姻之應呈訴也。然此不過以關係公益之故。而成立國家機關與當事者間之關係。不得以

此種事項之干與。而即認為公法之規定。顧或者曰。親屬編中之規定。如家長權親權夫權種種。皆有強制服從之性質。故亦可以公法視之。然公法除權力關係之規定。學者雖有此主張。究不免為一種疑問。且公法之觀念。要以國家之關係為前提。斷不能以親屬之規定。強為比例。然則據種種理論。實不能置親屬編於公法範圍之內矣。雖然。若以我國古來沿革言之。則公法實包含夫親屬。試觀上古宗法社會之習慣。家長政治之盛行。其見諸經籍者。九族既睦。為中天之至治。親親長長。致天下之太平。固無容深論。即以法典徵之。凡所謂戶役婚姻者。實已綱舉而條列。然中國舊律。謂之為私法。毋寧謂之為公法。蓋公法為國家之關係。而此種舊律。實純然以國家之關係而編制者也。故如所有權質權之屬於物權。買賣貸借受寄財物之屬於債權。均是私法之範圍。皆羅列於一編。而無所分別。晚近始編制草案。以親屬編為私法之一部。而次於債權物權之後。是蓋由外國學說之輸入。以致法律思想之變遷也。

附 有謂親屬法為公法非私法者。其言曰。婚姻關係非呈報戶籍吏不生效力。若係私法。何以必須國家之干涉。耶。此論殊為不當。蓋物權編中不動產之讓與移轉。亦非經登記不生效力。果如彼學者所言。則物權法亦為公法乎。必無是理也。由此觀之。親屬法為私法無疑。

婚姻之形式有二。一登記。二書據。中國之婚姻與外國不同。從前有妾制。其後無之。自刑律補充條例出而妾制又為回復。是其身分因時變動也。有學者謂公法規定權力之關係者也。親屬法中之家長權親權夫權等。皆言權力。應認為公法。不應認為私法。殊不知以權利關係為公法之定義。是否得當。尚無定論。縱屬妥當。亦為與國與國之關係。或國與人民之關係。非人民與人民間之關係也。故親屬編中之家長權親權夫權等。雖有強制服從之性質。亦非公法也。

古代以宗法爲國法認家長制度視一國爲一家現今雖尙有家族主義實不如古代範圍之廣彼時之君主即放天之家長也

九族者自高祖以至玄孫是(高曾祖父)已子孫曾玄(一)說也父族四(甲)五屬之內(乙)父女昆弟之適人者及其子(丙)己女昆弟之適人者及其子(丁)女子適人者母族三(甲)母之母姓(乙)母女昆弟妻族二(甲)妻之父姓(乙)妻之母姓今之爲九族(五屬者五服也父女昆弟即始也己女昆弟即姊妹也母女昆弟即親也)此又一說也現今則定爲前說就第二說以言則本法可謂九族法然九族之解釋以前說爲正當即不能以此爲本法之命名也中國舊律祇設禁止或勒令之規定故爲公法不俱親屬關係之規定在內即債權物權亦規定在內故全律公法占十之九私法占十之一可視爲刑法不能視爲民法也及民律草案出將國家與人民相互間之關係剔出另定始爲私法草案之主義與精神尙佳惟條文有彼此矛盾處本講隨議時指示之

第四 親屬編之編纂 以中外法律思想之不同而親屬編編纂之主義亦因之而各異歐美以

個人爲社會之本位故家長家屬之規定自疏東洋以家族爲社會之本位故家屬家長之規定自切個人主義誠足以絕依賴之根性而養成獨立自由之風然此在歐美諸邦家族主義完全衰歇之國爲有利而無弊至如中國數千年來以家族主義立國苟效法歐美而趨重個人主義則其利益未見而社會之組織或因之破壞即社會之秩序亦因之而紊亂且法律之爲物必與一國之風俗習慣歷史道德互相翕合方足以措施適當若必虛慕文明之美名盡棄其所有而以他國之步趨爲步趨則阻害國情迷惑民生而已耳其何以濟是則我國草案所以有取於家屬主義也至親屬編編制之形式亦復因主義之不同而各國互異有所謂羅馬式者以家屬制爲其基礎以人之身分關係爲私權所從出故置親屬編於民法之部首其屬於此系統者以法國民法爲最著其法典首列人事編關於人之資格及民法全體共通之事項均於此規定之最

近公布之瑞士民法。亦仿其例。此一種也。有所謂德意志式者。以個人制為基礎。其親屬之內容。限於純粹之親屬關係。而位置則列於財產法之次。德國民法為最完全而可模範者。此又一種也。日本民法之編制。舊民法以法國為式。而新民法則以德國為式。特不能脫離家屬制度。而於親屬編中。別設一家及戶主家族之規定。我國親屬編編制之形式。亦復仿之。固亦有取於德國式者也。

○羅馬式為三編分列法。一人事編。二物件編。三訴訟編。法國民法仿羅馬式。惟去訴訟編。分為三編。一人事編。二財產編。三財產取得編。法國民法為拿破倫於一八〇四年公布。乃歐洲統一法典。

○德意志式為五編分列法。一總則。二債權。三物權。四親屬。五繼承。其民法於一九〇〇年公布。起草時間約二十年云。

○法國民法第一編人。二親權。三遺產。四失蹤。五婚姻。六離婚。七親子。八養子。九親權。十幼年。後見。十一禁治產。

○瑞士民法。一人格編。二婚姻編。三相續編。四物權編。無債權編。另有債權法。不入於民法。中國債權債務法。於人身最切。故先公布。

日本從前有大寶令。乃沿襲中國唐律。故內容與唐律相同。理明治二十三年舊民法成。一人事編。二財產編。三財產取得編。四債務擔保編。五證據編。雖分五編。實取法於法國民法。然一面公布。一面即着手修改。至二十九年新民法告成。其分列法。與我草案同。惟債權編居第三物權編居第二耳。

本論

第一章 通則

易云。有男女。然後有夫婦。有夫婦。然後有父子。蓋由男女兩性之結合。而夫婦之名分成立。子孫之

繁殖可期。故維繫於夫婦親子之間。即爲親屬之關係。此固成立於自然而發生於國家以前法律以前者也。特國家必制定法律。以確定此種關係者。則以親屬爲一家所託始。卽爲社會之成。因荷國家對於親屬。無適切國情之法律。以規律其相互之間。則國家社會之秩序。或不免因之紛擾。此蓋中外各國共同之觀念。而如我國素以家屬主義爲重。所尤宜審慎周詳而出之者也。

國中國太古時代。祇知有母不知有父。因當時母爲一人而父不一也。吳質因謂在瓊養婚姻時代。乃掠奪他姓女子爲妻。其自己之子孫。則冠以姓。以免爲他人所掠奪。此其詮釋姓字之由來也。實則並不如是。蓋當時夫多婦少。其所生之子。不知究爲誰屬。乃冠以姓。以示區別也。姓字從女。從生。女生之意。卽先知有母之意。

第一節 親屬之範圍

第一款 總說

第一 親屬之意義。我國古時宗盟之烈。先同姓而後異姓。喪服之記。重本屬而輕外親。爾雅一書。於同宗曰族。於母妻則曰黨。既有所畸輕畸重於其間。自無相互關係之可記。然人道親親。迄今乃盛。故古時雖不以親屬爲言。而後世編訂法律。親族親屬。自各有其內容。而不可混。而新刑律先民律而公布。其文例中。解釋親屬二字之範圍。亦根據於舊律。是本律不取名於日本法之親族。而定名曰親屬。固可謂至當不易者也。特是既曰親屬。必有關係。其關係成立之原因。不外婚姻與血統之二者。因婚姻而夫婦外親妻親之關係生。因血統而宗親之關係生。然亦非不問其關係之遠近親疎。而一謂之爲親屬也。法律於是定其範圍焉。曰宗親。以四親等爲止。外親。以

三親等爲止。妻親則以二親等爲止。(民草第一三二七條一項)

左傳隱公十一年滕薛爭長隱公曰周之宗盟異姓爲後蓋重親宗盟也故曰宗法社會一國之中惟皇帝爲宗子他人皆服從之非同姓不能稱宗也

禮記喪服小記(服制圖從小記來)曰五服之內五服之外舊律亦曰服內親服外親服輕宗親服重草案所謂親屬乃本於大清律按字義解證也清律中同姓曰親族兼言異姓則曰親屬親屬遠親族近

日知錄解經義言九族說最詳九族之外有三族說一謂父子已爲三族一謂父之兄弟已之兄弟子之兄弟爲三族又有謂三族者爲父族母族妻族說各不同

第二 親系。親系者連繫親屬之間之系統也。其區別如下。

一 直系及旁系。直系者即由同一祖先而直下之關係也。父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母。

是由我直上之直系親。子、孫、曾、玄。是由我直下之直系親。旁系者由同一祖先分歧而下之關係也。自己之兄弟、姊妹。則由自己之父母而分歧者。伯叔與姑。則由祖父母而分歧者。是皆旁

系親也。外親妻親亦然。外祖父母及女之子孫爲直系親。而姑之子及母之兄弟爲旁系親。夫婦一方之父母爲直系親。其兄弟姊妹伯叔與姑則旁系親也。

直系旁系之區別。其適用散見於法律。舉其著者。如外親妻親之直系不得爲婚姻。(民草第一三三四條) 扶養之權利義務。先在直系。(民草第一四三二四三四條) 立遺囑之證人。

不得以遺囑人受遺人公證人直系親屬爲之。(民草第一四九九條) 等諸規定是也。

二 尊屬及卑屬。宗族之中又有尊屬卑屬之區別。尊屬者系統上居於自己之上位。如自己之父母祖父母。是直系而居於尊屬者。伯叔與姑。是旁系而居於尊屬者也。卑屬者系統上在

於自己之下位。如子孫曾玄直系而居於卑屬者。甥姪旁系面居於卑屬者也。特尊屬卑屬之區別。理論上旁系親固亦有之。而據本律之規定觀之。則似只限於直系。而不及旁系。蓋如本律等一三六二條第一三九四條第一三九五條第一四五一條第一四五三條第一四六六條第一四六七條第一四六八條等諸條。僅有直系尊屬系直卑屬之規定。而無旁系尊卑屬之區別。即第一三九一條中。亦確指為姊妹之子及妻兄弟姊妹之子。而不言旁系卑屬。即以他法律證之。暫行新刑律文例。稱尊親屬者。列舉祖父母父母等。而不及伯叔父母。惟修正新刑律。有直系尊屬旁系尊屬之規定（見三十號司法公報司法部呈文）。然則謂旁系親有尊卑屬。在法律固尚無根據也。至於妻親。則妻於夫之宗親。其親屬關係與夫同。（民草第一三一九條）而刑律之稱尊親屬者。又特聲明妻於夫之尊親屬與夫同。則夫之尊卑屬。即妻之尊卑屬。又無分別於其間也。

【附】三六二條第六項妻虐待夫之直系尊屬或重大侮辱第七項受夫之直系尊屬虐待或重大侮辱者。一三九四條出為嗣子無父母者須經直系尊屬之允許。一三九五條規定立嗣。一四五一條負扶養之義務者以直系卑屬為第一。一四六六條規定繼承。一四六七條規定複繼承。一四五三條受扶養之權利者以直系尊屬為第一。一三九一條規定嗣子即本宗無人時以下列之人為之（一）姊妹之子（二）姪（三）妻兄弟姊妹之子此數種人皆旁系卑屬不直曰旁系卑屬而直曰姊妹之子等云云因旁系卑屬四字範圍太寬恐滋爭議舊律加害伯叔父母者亦加重其刑新刑律文例中所謂尊親屬祇有祖父母父母而已修正案則添旁系尊親屬字樣

尊屬親屬之區別其實用見諸法文者或以之為繼承之順序（民草第一四六六條一四六七條）或以之為離婚之條件（民草第一三六二條）均是

第二 親等。親等者。表示親屬關係之遠近。即親屬間世代之標志也。中國古無親等名目。所以表示關係遠近者。惟在服制喪服小記。所謂親親者。以三爲五。以五爲九。上殺下殺旁殺。而禮畢者。不過略示其端倪。至後世服制有圖。而區別乃更著。然究不能以親等名之。惟日本舊時之大寶令。始有親族表。而律疏殘篇。有（親族謂五等以上及二等以上）之文。而其計算。則仍無一定之標準。親等有計算方法。始於歐俗。有所謂羅馬式計算法者。於直系親屬。算其間之世數。而定親等。故世代之數。與親等之數。正相吻合。如親子間。爲一世。則爲一親等。祖父母與孫之間。爲二世。則爲二親等。以上。以下。均準此推之。於旁系親。則由同出之始祖。下降於旁系親屬之各方。合算其世數。而定親等。蓋由旁系親屬之一方。溯諸同始祖。再由同始祖。更下數至他方。合算其世數。以定親等。如計兄弟姊妹間之親等。先從一方。溯諸同源之父母。作爲一等。更由父母。下至他方。又加一等。故兄弟姊妹。爲二親等之旁系親。計伯叔與姪間之親等。則先由姪。溯諸父母。作爲一等。更由父母。溯諸同源之祖父母。又加一等。由祖父母。更下數至伯叔。再加一等。故伯叔與姪。爲三親等之旁系親。從兄弟姊妹。爲四親等之旁系親。此羅馬式也。有所謂寺院式計算法者。於直系親屬間之計算。與羅馬法同。其旁系親之計算法。不合算雙方之世數。專算一方之世數。而定親等。從始祖下至旁系親之各方。其世數雙方相等者。雖無論從何方。均不相異。若雙方世數不相等。則從其多者。如兄弟姊妹。從其同源之父母起算。無論下至何方。均是一世。故不合算專

依其一方之世數。定爲一親等之旁系親。至伯叔與姪。從其同源之始祖起算。下至伯叔。爲一世。下至於姪。爲二世。則從其多者。定爲二親等之旁系親。從兄弟姊妹。亦爲二親等旁系親。其餘以此類推。此寺院式也。此式惟英國用之。而其他各國。則皆用羅馬式。我國草案。亦採用寺院式。其理由以爲直系親之親等計算。二式相同。而與中國之言九族者。亦符合。蓋五世親盡。古誼炳然。歷世既多。族不止九。經文以九族爲言。亦斟酌於恩義而爲此限界。此後世服制圖。所以亦以高曾曾玄。示本家直系之範圍也。至以旁系言之。則中國服制圖。旁系親之最遠者。止於族兄弟姊妹。苟依此以推。羅馬式之計算。族兄弟實在八等之列。直系親有四等。而旁系親有八等。殊非正確。故不如用寺院式計算法。旁系親亦認爲四等。於中國親屬之範圍。方爲適合。今將中國舊律之服制圖及草案之親等圖。分列於下。

〔圖〕 爲親屬其範圍以親疎爲準

三者即三族父己子是以三爲五者自己之父自己之子視之則爲祖因是以及於己之祖自己之子自己之父視之則爲孫因是以推及己之孫以五爲九者自己之祖從自己之孫視之則爲高祖自己之孫從自己之祖視之則爲玄孫
 喪服小記爲後世服制圖之所根據父母之喪爲三年祖父母之喪爲期年曾祖父母之喪爲大功高祖父母之喪爲小功然大功小功乃對於旁系親所持之服因而爲齊衰五月齊衰三月即上殺也上殺者世遠則漸減之謂下殺之理同此如子爲期年嫡孫亦期年曾孫總麻即下殺也旁殺有五(一)發父旁殺(祖父母母期伯叔父母母恩大功而服期者以與父爲一體也)(二)發祖旁殺(祖之兄弟小功曾祖兄弟總麻高祖兄弟無服)(三)發兄弟旁殺(同父期同祖爲從大功同曾祖爲再大功同高祖爲三從)族(總麻)(四)發子旁殺(父子宜九月而亦期者以其猶子而進之也)(五)發孫旁殺(祖爲孫大功兄弟之孫小功再從兄弟之孫總麻)

中國服制圖根據於儀禮中之喪服小記喪服之制自周公始井然有條喪服之源流於禮非如西洋之源於親等法也

中國服制有三加報降是也。孫為祖父母服。父在齊衰期承重則斬衰三年。所謂加也。曾祖服為齊衰五月。如曾孫死則總麻五月。此以上報下也。為在室之姑。服期年。出嫁則減為大功。日本大寶令係根據於中國唐律而成。就其後改為新律。綱領又後有舊民法。現今為新民法。大寶令以五等親為止。中國曰一親等。日本則曰一等親。總舉如下：(一)父母。養父母。父子。養子。(二)祖父母。嫡母。繼母。妻。妾。(三)曾祖父母。從祖伯叔。(四)高祖父母。(五)妻妾之父母。其所列之親等如是。並無詳細理由。不過由其歷上之觀念而定。如父母既為一等親。嫡母。繼母。何以列入二等。妻妾既以夫為一等親。夫為何以妻妾為二等親。妻妾既列二等。其父母應列三等。何以列入五等。蓋其俗賤視婦女也。

寺院式現在耶穌教會人之婚姻多用之名為寺院式者。即以此故。婚姻與親等有關係。如三親等內不許結婚。按之羅馬式則從兄弟姊妹為四親等。可以結婚。按寺院則為二親等。不可以結婚。

(一) 服制圖。

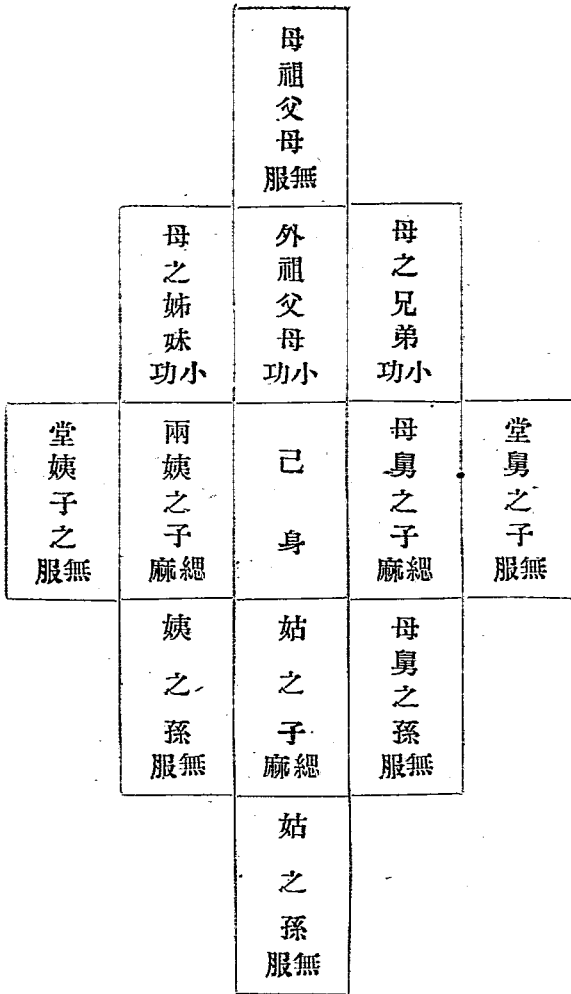
(甲) 本宗九族五服正服之圖。

族伯總麻 叔父母	族伯總麻 叔父母	族兄總麻 兄弟弟
堂伯小功 叔父母	再從兄弟 無服	再從兄弟 無服
堂兄大功 兄弟弟	再從兄弟 無服	再從兄弟 無服
堂兄大功 兄弟弟	再從兄弟 無服	再從兄弟 無服
堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻
堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻
堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻
堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻	堂侄小功 總麻

						父高 三月 母齊 祖衰		
					出嫁無服	曾祖姑 在室總麻	父齊 母衰	曾伯祖 叔父母
			出嫁無服	族祖姑 在室總麻	出嫁無服	祖姑 在室小功	祖齊 母衰	伯祖 叔父母
		出嫁無服	族姑 在室總麻	出嫁無服	堂姑 在室小功	出嫁大功	母父 年三衰斬	伯叔 父母
	出嫁無服	族姊妹 在室總麻	再從姊妹 在室小功	出嫁小功	堂姊妹 在室大功	出嫁大功	己身	兄弟 小期 弟妻 年
			再從姪女 在室小功	出嫁總麻	堂姪女 在室小功	出嫁大功	衆婦 大功	姪 大期 婦年
				出嫁無服	堂姪孫女 在室總麻	出嫁總麻	衆孫 總大功	姪 小期 總孫 麻功
					出嫁無服	侄會孫女 在室總麻	曾孫 無服	曾侄 孫麻
							支支 無孫 服婦	支支 無孫 服婦

民律親屬編

(乙) 外親服圖



(丙) 妻親服圖。

妻祖父母服無	妻叔伯服無	妻外祖母服無
	妻父母麻總	
妻之姑服無	己身	妻兄弟及婦服無
	麻總婚為	
妻之姊妹服無	妾之子麻總	妻兄弟子服無
妻姊妹子服無	女之孫服無	

吾國喪服自唐宋以後代有變更此固因時勢人情之遷移而有厚薄損益之等差然其服制則自古迄今未有變更者茲將儀禮中關於服制之解釋以及各家之說錄之于后以備參考 編者識

斬衰服 斬衰裳、苴經、杖、絞帶、冠繩纓、菅屨者、按衰不緝為斬、斬之義象其絕而無所屬也、古者以為三綱之服、凡正為喪主皆杖。

齊衰 疏衰裳齊牡、麻經、冠布纓、削杖、布帶、疏屨、三年者按衰之緝者為齊、言三年以有期與無受

者凡齊衰之義象其同己所屬也故同居皆齊衰象其不可得而散也（三年者重之使同于斬）

齊衰杖期 疏衰裳齊牡麻經冠布纓削杖布帶疏屨期者按此服與齊衰并同惟月算異凡至親非爲其祭主者皆以期斷哀死之義從乎大道而易也杖期者祭之道未成也

齊衰不杖期 不杖麻屨者按此服與前亦同惟異其屨此條皆同居服不爲主故不杖

齊衰無受 疏衰裳齊牡麻經無受者按無受者既葬而除凡爲正體除服必于其喪節葬而虞期而小祥喪之節也非是節而自以其月算除不可施于正體

大功殯 大功布衰裳牡麻經無受者按喪服無變節以葬速也方葬即除則不忍已葬則無喪節可除故殺其月算凡殯無至期以其不成廟也此由期降一等用大功之月算其長殯皆九月纓經中殯七月不纓經

大功九月 大功布衰裳牡麻經纓布帶三月受以小功衰即葛九月者按斬衰齊衰皆有受服之節章首不言于大功言之以別于殯服之無受者大功小功從主人而變自終其月算而除凡大功之服皆始同居後不同居者故與朞爲一等

小功殯 小功布衰裳澡麻帶經五月者按小功服輕雖正服亦無受故直舉其月算

小功 小功布衰裳牡麻經即葛五月者按小功與緦麻同等皆外喪服有除無變既葬變其經之重者與大功既葬受服同也以其猶有內喪之義故爲之加一等云爾凡大功小功之除不俟齊節故不可以爲尊者服

總麻 總麻三月者按不言衰絰者總衰君大夫以為弔服士以服之終月算為重爾總與朝服布皆十五升此為卑遠通服雜著之無服位

斬 說文截也截者斷也从車斤蓋古用車製後人法其意而用鉄鉞本謂斬人引伸為凡絕之稱

衰 篆文作縗說文喪服衣長六寸博四寸直心說服記注廣衰當心也前有衰後有負板左右有辟領孝子哀戚無所不在按經典多假衰為之衰行而縗廢矣衰之本義為草雨衣俗謂衰衣

齊 說文縗也縗者縗衣也說服記注衣衣下曰齊正說曰齊裳之下辟說服記疏衰裳齊疏云衰裳既就乃始緝之故言齊在衰裳下不比言斬在衰裳上也

緦 交案也謂以案交辦之交絲為緦交案為緦緦緦衣也說服記斬者何不緦也齊者何緦也緦即緦之假借聽者緦其邊也

裳 篆文作常說文下率也釋名上曰衣下曰裳裳障也以自障蔽也裳行而常廢矣

苴 說文履中草賈誼禮冠雖敵不以苴履引伸為包苴

經 說文喪首戴也說服記注曰經之言寔也明孝子有忠寔之心按直經即草紩之三梁冠粗白布縗其外前左右共有四纒角蔽眼耳以示于喪中不見不聞也

絞 說文縗也謂兩緦相交也說服記絞帶者緦帶也緦名麻總為帶也按用草兩股絞成帶外用粗白布縗之

菅 說文茅也說文白華菅兮毛曰菅已滙為菅是以菅別于茅野菅又別于菅也按菅履即草履內用草外縗白布

麻 說文案也从麻从广麻人所治也在屋下未治謂之案已治謂之麻

緦 說文績也凡治麻先分其莖與皮次析其皮為絲而撚之而績之而後為縗是曰績亦曰緦

牲 說文畜父也从牛土聲取土為水牲之意

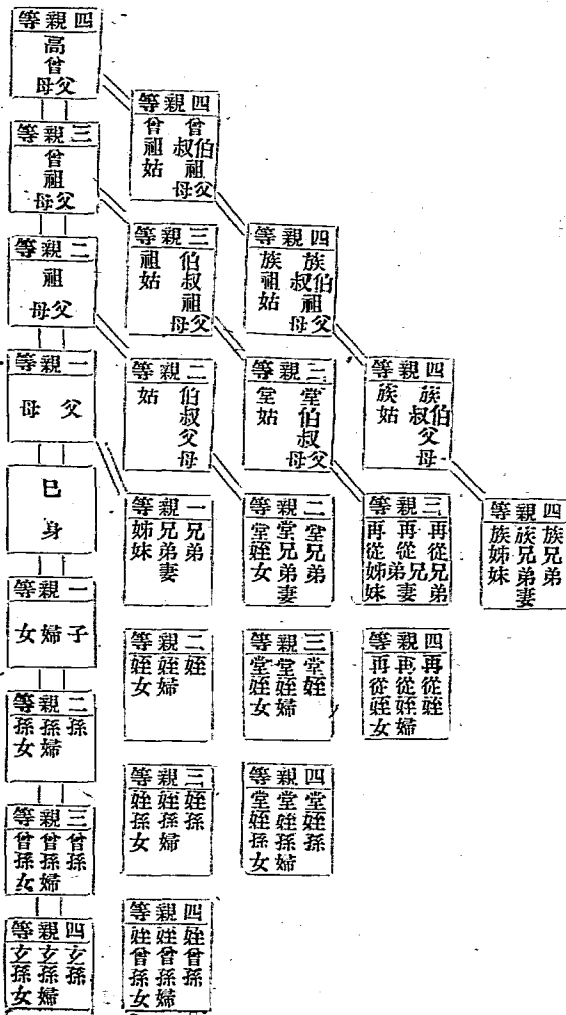
殤 說文不成人也人年十九至十六死為長殤十五至十二死為中殤十一至八歲死為下殤說服記注殤者男女未冠笄而死可傷者也

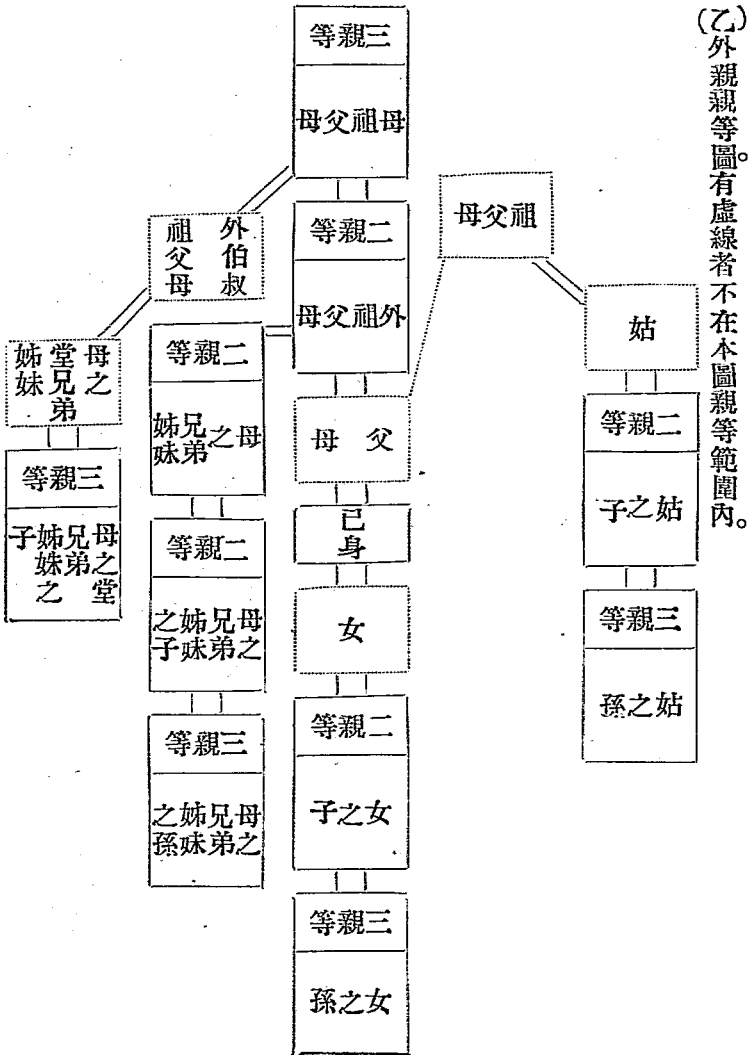
縗 說文十五升抽其半布也經云總麻三月者注云總麻縗布衰裳而縗經帶也八十縗為升斬衰三升齊衰四升大功八升若九升小功十升若十一升縗布朝服之縗七升有半升數各不同而皆合二尺二寸之度朝服用角十五升其布密縗用其半其布疏謂之總者治其縗細如絲也

袒 說文衣縫解也免說文免逸也免不見足會意免不見獲于人謂之免引伸凡逃逸者皆謂之免引伸為袒免言親至此而服解除也

(二) 親等圖。

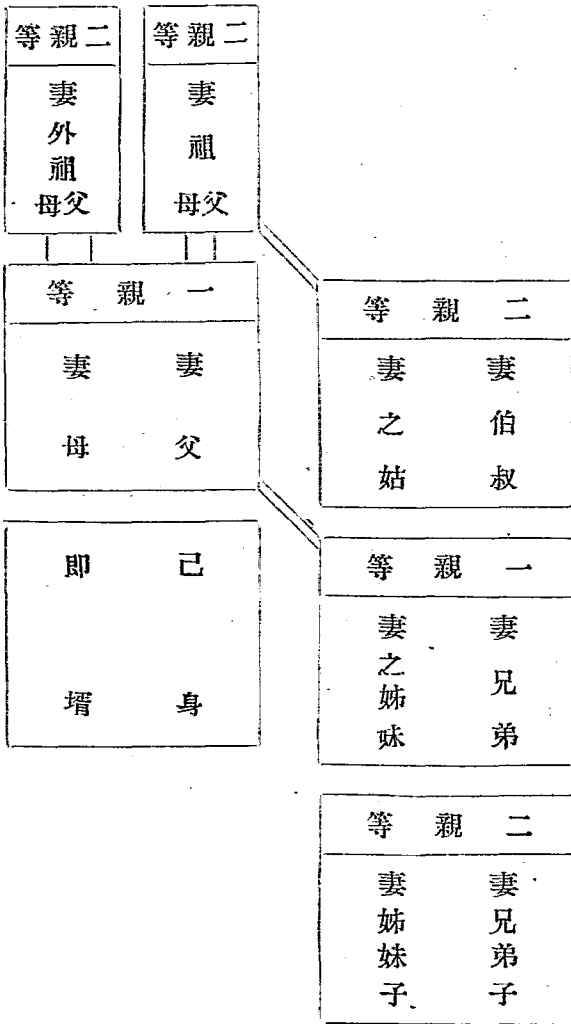
(甲) 宗親親等圖。





(乙) 外親親等圖。有虛線者不在本圖親等範圍內。

(丙)妻親親等圖。



觀上列諸圖。知草案所取之親等計算法。與中國舊時服制圖所定。初無差異。或謂中國服制圖。爲禮教而設。此次表不親等。殊難根據。且如本宗之堂姪孫婦曾孫婦。外親之堂舅之子及妻親之妻兄弟及婦。圖均註明無服。中國以服制爲親屬關係之標識。既無服矣。親於何有。而親等均列入其間。殊非正當。不知舊時律例。並列服圖。而服制圖爲喪服而設。以喪服之輕重。爲親屬之親疎。其所以註明無服者。不示其關係之疏遠。而服制則依然親屬。固不得以此疑之也。

〔圖〕外國親屬分爲三種。一血族。二配偶者。三兩族將外親包括於血族之中。中國則分爲四種。1)宗親。2)夫妻。3)外之子。則爲外親。論上不無可議。然本於服制圖而來。亦固未可厚非也。

第二款 宗親

宗親者。謂同一祖先所出之男系血統也。宗親有成於自然者。有成於人爲者。成於自然者。謂之血統上之宗親。成於人爲者。謂之擬制上之宗親。

第一 血統上之宗親。血統上之宗親者。出於同一祖先。其血統互相連結。而又屬於男系者也。故如本宗婦女宗親也。以其在男系之下也。至出嫁而生子女。則就本宗觀之。爲女系血統矣。是但得爲外親。而不與於宗親之列。若其既屬於男系血統。則無論其親屬關係。爲適法之婚姻所結合者。爲非法之婚姻所結合者。而法律上。則均爲宗親。不加區別於身分財產之間。略示軒輕。(民章第二二八七條第一四〇三條第一四七四條第一四七五條)至於私生子。苟爲父所認

領即得為宗親(民草而一四〇四條)若無父之認領而為母所認領者則但對於母有親屬關係不能以宗親視之。

宗親(尊也)祖親也(以下示示坤也)一也(親屬小記)別子為祖親別為宗繼嗣者為小宗凡言大宗小宗皆謂同所出之兄弟也(尊也)祖親會通父子昆弟人道之至親也至親之道同居以終其世沒猶知其廟宗族之名由此立焉弟以昆為宗宗者上同事其祖昆以弟為族族者下兼屬其子孫昔之同祖為宗者後則同姓亦為宗矣又宗廟(禮記)宗尊也廟貌也先祖形貌所在也別子為祖(禮記)初來此居之祖或初得爵命者曰始祖曰太祖曰鼻祖(禮記小記)注諸侯之無子別為後世為始祖也(天傳)別子謂於子共始來在此國夫後世以始祖也(禮記)一世謂之別子二世別子沒三世別子為祖繼別為宗有四世始有氏族

大宗小宗(禮記)服會通一說曰小宗繼祖大宗繼祖上之繼王父者即大宗也所謂五世而遷者亦大宗也又曰弟之事昆以爲事父也(禮記)而其子自爲廟然其昆弟猶有存者故大宗之適不可不祭及其主父小宗得助祭焉昆弟雖亡猶同於事父也夫是之謂有終祭及其王父則適之曾孫與小宗之末有祖免之窮自是以下親之屬乃竭其長者又自爲大宗其無者又自爲小宗

公羊傳(生稱父死稱考入廟稱祖)禮記(下在廟曰禰在禰本親廟之稱亦即以禰亡考凡經)典言祖禰者皆是禰著遠也近也視祖曾商為親近也 祖說(文始)廟也(禮記)祖始也

甲家之女嫁於乙家其所生之子女屬於乙家之男系血統非屬於甲家之男系血統也

一三八七條非妻所生之子為庶子(一四)三條(出符合或無效婚姻所生之子為私生子此即身分關係也蓋由正式婚姻所生之子為嫡子與庶子私生子顯有區別也)

一四七四條遺產承繼(庶均得一分)私生子得半分(一四七五條私生子外無子立嗣後與私生子均分其無應嗣者私生子始得承繼其全分)一四〇四條私生子由父認領後始得為父之私生子此由一四〇四條之反對解釋而來也

一四〇九條私生子之母與父成婚後(兩為男系血統)故由母認領者不得認爲宗親(一四〇九條私生子之母與父成婚後私生子於婚姻成立時為嫡子蓋因其父母有夫妻關係而私生子亦變為嫡子也)

由理論上言之緣攻有衝突之處(一三八七條)非妻所生之子為庶子則符合或無效之婚姻亦包括於非妻之內而又使私生子立於所謂庶子之外此項區別初無根據蓋立法者以妾之名稱不雅不宜置於條文中而又因社會之習慣不能絕對不認以非妻為妾之代名詞始有此歧異之條文也

能絕對不認以非妻為妾之代名詞始有此歧異之條文也

以男系血統爲宗親。既如上所述。然苟就有血統關係者。而悉認有宗親。則本支百世。其關係將與世無盡。古代以族制立國。宗親之親屬關係愈擴大。而權力亦愈大。此時誠不能加以限制。迄於近世。族制雖未盡衰歇。而經訓法例。無不以九族爲歸。故稽諸中國往籍。既非如法之以十二親等爲親屬。意之以十親等爲親屬。則立法者。非以九族爲根據。直無所從事。若必上溯族制。擴太親屬之範圍。世遠代湮。稽考無從。固無待論。即於各種法令。如繼承遺產之順位。竊盜免刑之規定。殺傷罪之加重。審判時之迴避。其窒礙蓋不知凡幾。此則雖在宗親。亦必限以四親等之理由也。

疏 當宗法社會時代。排斥他族聚有血統關係者。爲一大族。其家室之擴大者。有族長。族規與祠堂。族長爲一族之元首。族規爲族之憲法。祠堂即其政府也。今安徽福建等省。尙有此遺風。往往聚族械鬥。

一四六八條。繼承遺產。先直系卑屬。次直系尊屬。刑律三八一條。對尊親屬配偶及同居親屬犯第三六七三七七之罪者。免除其刑。對其他親屬犯前項之罪者。須告訴。乃論刑。律第三百十二條。第三百十四條。第三百十七條。第三百二十一條。均爲殺傷尊親屬加重處刑之規定。民訴律四二條。法律應迴避者。四親等血族。三親等姻族。一血族姻族。爲日本名詞。因民訴律草案成立。在親屬編以前。故用此名詞。民訴律三八六條。得拒絕證言者。爲當事人之配偶。或四親等內之親屬。法律規定亦須與事實相符合。事實上五世同堂者。或有之。六世同堂者。則無之。高祖與玄孫。謀面實爲難能之事。故以四等爲合宜。而各種法律之規定。亦復如此。

第二 擬制上之宗親。擬制上之宗親者。本無血統連絡之關係。因法律之規定。而與血統上之

宗親有同一地位者也。法律由習慣而生。而宗親擬制之規定。實淵源於國性。孟子云。不孝有三。無後爲大。所患夫無後者。爲祖先祭祀嗣續之無人也。法於是定。嗣子之關係焉。以彌其無子之缺憾。易言家道。禮記家齊。一家之利平。即爲社會秩序所由出。嫡庶分爭。繼母肆虐。在中國社會。

實爲數見不鮮之事。法於是定嫡母庶母之關係焉。以保持其家室之和氣。此擬制之宗親存在之理由也。

附 易家對家人有嚴君焉。父母之謂也。父子兄弟家道正而天下平。

從前中庸大學爲禮記之一部。分朱子始取而列於四子書。

日本民律擬制宗親。謂之法定血族。故雖非血族。而以法律之擬制。認爲血族。擬有所謂養子緣組者。他姓之子。因緣組而亦得爲血族。中國民律繼承編草案第一四六九條。雖有乞養義子收養遺棄小兒之規定。然該條僅爲財產關係而設。於親屬關係無與。且異姓爲嗣。自唐迄今。懸爲厲禁。蓋非類不歆。古有明戒。故中國雖有養子之名。而不得加入擬制宗親之內。至擬制宗親。可分別之爲二。

附 日本之養子緣組。即取他人之子以爲子。不必論其同族與非同族。故其對於血統上之宗親。謂之自然血族。擬制親。謂之法定血族。我民草一四六九條。乞養義子及收養三歲以上遺棄小兒。養婿相爲依倚者。得酌給財產。此沿舊律中之規定也。惟此規定。重在財產。非定親屬關係。若定親屬關係。則宜定於親屬編。庶子私生子以下也。又唐明律對於養子。皆有罰則。

外國養子之目的。有(一)年老無子爲娛晚景。(二)含有慈善性質。我國則爲祀典計。恐祖先血食由是而斲。故必擇同宗之子以承其後。此亦中國迷信之一非有充分理由。

(甲) 嗣子與嗣父母之關係。此種親屬關係。發生於立嗣之日。而消滅於歸宗之時。其關係一經成立。則嗣父母之親屬。嗣子對之亦生親屬關係。(民草第一三三〇條一項)

(乙) 庶子繼子與嫡母繼母之關係。嫡母者。由庶子言之。繼母者。由繼子言之。雖非所親生。而其親屬關係。與其所親生者同。(民草第一三二〇條二項)

闕世有繼母然有繼父否乎如王甲之妻生子王丙其後王甲死其妻再嫁於李乙王丙對於李乙有父子關係否為一問題民律草案無規定舊律有三父八母說二父者同居繼父不同居繼父隨繼母嫁後之父是八母者嫡母嗣母慈母庶母嫁母出母養母乳母是前四者為三年喪次二者為期年餘則數刀

大理院解釋所謂父母包含養父養母在內惟其權義則無規定繼父
親屬記子從母適人謂所適者曰繼父同居則服齊衰期異居則齊衰三月未嘗同居則不服必嘗同居然後為異居未嘗同居則不為異居按不隨母嫁者直無繼父之名
親屬記妾子謂女君曰君母曰適母後乎已母為母者曰繼母(即嗣母)後母假母凡庶母為父母母已者曰慈母其慈養已者亦曰慈母曰乳母母為父出曰出母改適人者曰嫁母父妾曰庶母庶父保抱已者曰保母慈養已者曰食母(即養母)妾子謂生已者曰母又曰生母

第三款 夫妻

男女兩性之結合。謂之婚姻。因婚姻之成立。於是有夫妻之名。然則夫妻者。蓋於婚姻之後。而發生一種親屬關係也。君子之道。造端夫婦。夫婦成而家道正。其關係之密切。除宗親外。以是為最。然中國向以男系為重。故夫妻之親屬。雖曰平等。而法亦明示區別。曰妻對於夫之親屬關係與夫同。(民草第一三一九條) 而不言夫對於妻之親屬關係與妻同也。至夫妻之關係。以婚姻而成立者。則當以離婚而解消。固非如自然之宗親。其親屬關係。絕無終止之一日也。(民草第一三二二條)

闕本法不用夫婦字樣而曰夫妻蓋妻對夫言夫丈夫也
闕从宀一以象簪形也東髮之物也周時以八寸為尺一丈即八尺人普通長八尺故曰丈夫婦字从女从帚言女持帚帶灑掃主服事人也儀禮士喪禮言婦謂妻妾子姓則婦之範圍甚廣故親屬法不言夫婦而曰夫妻妻者齊也即婦之中與夫敵體者之謂从男从又持事妻職也

以順序言外親宜較夫妻爲先蓋外親由母一方面來也但一家中陰祖與父外與已最有關係者卽非是故以之置於外親之前中國舊習慣亦然

自然之宗親以自然成立者則以自然消滅然父死之後尚有子子死之後尚有孫不若夫妻離婚之後視同陌路也 一三二三條由婚姻承嗣而成立親屬關係者自歸宗或離婚而消滅

第四款 外親

宗親關係成立於男系血統外親關係則成立於女系血統此蓋中國之特例本律參酌之而規定者也蓋自爾雅有母黨之明文而言禮者據之以立說繼而訂定律例又復以母黨爲外親別立服制之圖則父之所從出者與母之所從出者亦遂歧而爲二母之所從出者女系也引而申之則凡爲女系所出者均以外親概之故舊律服制圖之外親圖不僅限於母黨而姑之子姑之孫亦與焉姑爲何人父之姊妹也卽祖父母之女也依其地位言之則宗親也然而姑之子姑之孫何以不入於宗親而入於外親以其爲姑所生是女系之所出也然則已之女亦宗親也女之子孫爲女所生亦女系之所出也故本律於己身之女之子孫亦列入於外親之內是則外親中又可分爲二種曰母黨曰非母黨而由女系血統而連續者至其範圍之限界亦以外親服制圖爲根據而親屬關係之繼續則以三親等爲限

附 西洋與日本父母同視故父之父母與母之父母同列父之祖與母之祖同列無宗親外親之分草案分而爲二蓋未於中國重男系之觀念乃特例也

外親 遠也 从夕卜卜尙平且今若夕卜於事外矣於宗親較遠一層故曰外親

稱曰女系者即女系之血統由母而成也蓋無母則無外祖父母而女之系位無由成立故凡在已之上母之所從出始之所生養及自己之女之所出皆爲外親因其屬女系也

第五款 妻親

妻親。古名妻黨。因婚姻而夫妻之關係成立。而妻對於夫之親屬關係亦成立。至夫對於妻之親屬關係。究如何乎。則妻親之規定。自不容緩。故法定妻親之範圍。亦以服制圖爲根據。而以二親等爲限。頗有可注意者二。

(一)妻親之範圍。不及於夫之宗親。夫之宗親。自妻視之。亦爲宗親。以其關係同也。妻之宗親。自夫視之。爲妻親。而不以宗親待。故夫之宗親與妻之宗親。並不生親屬相互之關係。

(二)有妻親。而無妾親。娶妾爲中國古來習慣。至暫行新刑律適用。而妾乃失法律上之地位。然本律規定。非妻所生之子。謂之庶子。而理由中且以妾解釋之。則妾之名稱。又似可據。且服制圖中。又有妾爲家長持服之圖。故既有妻親。似亦宜有妾親。然妾之關係。非由正式婚姻而發生。法理上自無親屬關係之可述。即云庶子立嫡母。以子貴。然其效力。只及於一身。不能影響於其親屬也。

新刑律成立後有人反對無夫姦不爲罪及不認妾制二種光復之後妾始失其地位刑律補充條例又增入之

公羊傳隱公元年子以母貴母以子貴草案一三八九條妻年逾五十無子者得立庶長子爲嫡子於是生庶長子之母亦取得嫡母地位

妾(圖文)有罪女子給事之得接於君者從子女字讀若德考妾之變遷有三(一)上古時代以掠奪而成婚者(二)中古時代女子有罪給事者男有子罪曰童亦此義也不盡出於掠奪矣(三)周以後春秋傳曰女爲人妾妾不聘也內則云聘

則爲妻奔則爲妾是不必有罪矣近世則爲婦女之謙稱
 第一章之問題六(一)親屬編之內容(二)法文中是否有旁系尊卑屬(三)宗親外親妻親之親等何
 以必限於四等親(二)親等(四)始爲宗親何以始之子孫不爲宗親而爲外親(五)宗親之區別
 (一)養子在法
 律上之地位

第二章 家制

本編有家制之規定。是爲我國民律中之特色。而不可求之於個人主義之歐洲諸國者也。立法踴貴參酌於外邦。要不可違反於國俗。我國自古以家屬主義立國。故一家之親睦。擴充之。即爲一國之治平。苟必以個人主義爲善。而家屬主義爲不良。則法律施行之日。即爲風俗激變之基。以法律規律社會。而社會反因之生秩序紊亂之結果。其亦奚貴於此法律乎。故本編有取於家屬主義。而有家制之規定。亦以法律必適合於國體。而不能以他國之成法爲藉口也。雖然。家屬主義。非獨中國有之也。其在歐洲。亦有可追溯者。蓋太古時代。以種族爲社會之單位。至社會稍形發達。則種族乃分裂而爲數小團體。此小團體者。即由各人集合之家屬而成。而以此一家爲社會之本位。一家之中。又有獨立人與附屬人之關係。獨立人者。家長是。附屬人者。家屬是。富此時也。政治機關既不完備。則一家之家長。其權力直上超於君主。即如羅馬。其家長蓋有生殺與奪之全權。家屬所取得之財產。悉歸家長。家屬一物不能自私。甚至以家屬視同財產。迨其後。政治社會互相進步。而家屬家產之分限。因以分歧。此羅馬家制之沿革。可披歷史而得之者。特其後。經幾多之改革。一變而趨

於個人主義。而以爲善耳。其初固無最高之標準。故個人主義與家屬主義之利弊。究無一定界限。而要以一國之主觀爲依歸也。

〔疏〕日本謂家長爲戶主。無家制一章。中國取家族主義。其理由蓋本於自來之習慣。如在外者一聞家中消息不佳。便須回籍。以期同居。因家族觀念重也。中國從前之家長與羅馬之家長相同。羅馬家長由宗教而來。以進化之階級言之。人由猿進化而成。太古時代對於異種人力排斥之。其後人漸繁衆。同種中分數小團體。而家以成。黃帝與蚩尤戰於涿鹿。即異種相擊也。而當時之中國人皆爲黃帝子孫。十四子分爲十四姓。各成一姓。即一家。一家中有獨立人與附屬人。蓋與羅馬無異也。近世都會之家族。則稍見衰微。而鄉村則不然。家族規模甚大。就中國現在之趨勢而言。仍以家族主義爲要。應繼財產自應歸應繼之人。承受惟父亡母在者。應繼之人不能反乎其母之意。思與之異。兩析居。二年上字三四號判例。一國之政治對於個人無直接之法律。祇對於家長有法律。而家長對於家屬與君對於臣。同此太古之家族制也。在宗法社會時代。宗子爲一國之君。有採誦一宗安寧之義務。對外代表一家。一家中之財產不准自私。又對於家族可以用刑。與羅馬相同。現今又趨於個人制度。

第一節 總則

第一款 家之意義

家之意義有二。其一爲有形者。即中國舊訓家爲居之意義也。其二爲無形者。則本編所謂一家是也。本編之所謂家。乃指家長權所及之區域而言。故其家之存在。非依戶籍。幾無以證明。然則又可稱之曰家者。屬於戶籍無形之團體也。中國舊律戶役門。曰一家爲戶。以籍爲定。故欲表示家長權所及之區域。苟非以屬於同一戶籍考爲斷。則茫漠而無所從考。且家長之權利義務。法雖規定。而無可施行矣。（民草第二三三條一項）

家 家說文居也从宀猥省聲古文作冢冢文作家本義乃冢之居也假借以為人之居冢冢之生子最多故人聚集處借用其字如半牛之居也引伸為所以拘罪人之隲牢引伸之天子諸侯曰國大夫冢曰人家冢又引伸之引伸也名詞分抽象名詞與實質名詞因後世一居中人甚多乃以實質名詞變而為抽象名詞即人家之家之意

第二款 家之組織

第一項 家長

家長者為一家之長而統率其家屬以主持一家者也。善在家屬主義極盛時一家為社會之單位。國家之權力僅及於家長。家長則統轄一家對於國家而負其責任。一家之利害榮辱屬於孫長之一身。故家長之權力自然趨於強大。迨其後家長之權力雖漸縮小而對於國家尚有其責任。如吾國舊律罪坐家長之規定時或見之然則家長者實為家屬主義所不可少之制也。

疏 宗法社會未消滅時無家長或自宗子宗子之權利與家長同有時反較家長權為大南省有宗長之名無家長之名於此所謂家長與日本戶主略同當定草案時以中國有家長名稱乃沿用之

家旗制度盛行時代國家無有接寄於個人之權力蓋家長為一家之代表責成家長自可對於個人加以刑賞也故家長之權力與國之元首同如律中出命盜案件家長亦不能免責從前訴訟事件皆由家長處理當時公法私法不分即刑事案件亦嘗委之而家長實有一部分之司法權也舊律中有隱匿戶親律之條文俗所謂家有百口主事一人家長權限之大可見一斑此所謂家指法律上之家非指事實上之家也
家長之意義有三(一)家長即父父謂文作父巨也家長率教者學記曰夏楚二物收其威也故从父舉杖本律明定最尊長之人為家長則不限於父矣(二)對妻而言因舊律有妾為家長持服圖也(三)對婢僕而言舊律親屬相為參隱律文奴婢雇工人為家長隱者皆勿論是也本律之誘尊為一家之長固不限於何種人也

吾國所謂家長在日本謂之戶主。然日本民法於戶主之規定甚詳。是蓋以吾國家制與日本家制不同。日本之戶主混合吾國家長宗子之資格而為一。故有家督相續遺產相續之分。家督相續即

爲戶主身分之相續，而吾國自宗法衰歇以後，所謂家長者，僅爲一主持家政之人，而於繼承物無關係。故日本於戶主取得身分之故，必詳細規定，而吾國僅以一家之最尊長者爲家長之資格而已。

疏 宗子之法以嫡長相傳，其諸弟諸兄不能僭越我國宗法。起於周禮，宗有大小之別，長子爲大宗，餘爲小宗。大宗不可無後，小宗可以無後。大宗乃繼始祖，而小宗承繼四代而止。故大宗廟中之主百世不遷，小宗廟主交祖曾

高而外五世則遷。其主於大宗子於其族有特別身分權力，一族皆當服從之。在宗法時代，則然至宗用商君分異之說，其體乃破現在之承重孫繼治宗法之制，然專繼承宗子非即家長也。

遺產相續分財產也。家督相續承續戶主也。家督乃一家之權力者，戶主有死亡隱居等事實發生，其家督相續即開始。故戶主實含有二義，就其統攝言，有似吾國之家長，就其繼承身分言，有似吾國已往之宗子。其權甚大，中國祇有遺產相續制，並無家督相續制。如祖母在父向非家長，蓋中國之家長祇賦主持家政一方言，與繼承身分問題無關。

第一 家長資格之取得。家長既爲主持一家之人，非以一家尊長之人爲之，則與設定家長之法意相背。然僅曰尊長，雖與舊律家政統於尊長之大義相同，而一家之中，尊長不限於一人，自子言之，父爲尊長，而祖父亦同，自弟言之，兄爲尊長，而父亦同，故非明定其一尊，則殊無所標準。故法必確舉之曰最尊長之人，明乎爲一家中最爲尊長之人，可以有家長之資格也。（民草第一三三四條）

疏 日本養子亦可取得戶主之資格，中國惟最尊長者有此資格。

第二 家長資格之變例。一家最尊長之人，或因年邁力衰之故，而不能統攝家政，或因自己之意，不欲統攝家政，此爲尋常習見之事，使法文不明爲規定，則他日果有此種事實，一家無統

攝之人即不免有紊亂之虞。日本民法有隱居之規定。即為家長者。退隱而居於家屬之地位也。然此在日本。則為法律之所示。而在吾國。則非習慣之所許。故民律於此。不取隱居主義。而取代理主義。代理者。非代理家長之資格。乃代家長行使家長之權。此在中國社會。實最為適合也。至代理之順序。則如下。

(一) 由次長者代理。於最尊長者不能或不願統攝家政時。以次長者代理。此為情理之常。無可言者。(民律第一三二五條)

(二) 由成年之卑輩代理。最尊長者不能或不願管家政時。以次長者代理。既如前所述矣。然此次長者。非必有代理家長之能力也。例如次長者未成年時。則在民律。實居於無能力或限制能力之地位。使必泥於卑幼尊長之名分。則家政因而有廢弛之虞。况代理者。并非代理其資格。即卑屬亦無所窒礙。故法又規定云。一家中尊輩尙未成年時。由成年之卑輩代理之。(

民律第一三二六條)

雖然。上述家長之資格。以一家之最尊長者為之。是限於在戶籍之內。而為法文之所明舉者。至其最初取得之原因。有雖非法文之所列舉。而亦可分別言之者。

(一) 分家。在一戶籍之內。謂之一家。苟別立戶籍。即非一家矣。吾國尚重家屬主義。故於分財別居之事。社會上視為過舉。而法律亦有禁條。然家屬之團合。以恩義為先。恩義既衰。無謂之團聚。

究有何益。不如許其分析。轉得維持其情愫。故法於別立戶籍者。但有父母允許之條件。即得成立爲一家。既經別立戶籍。爲一家。自有其一家。最尊長之人爲家長者。故因分家而取得家長之資格者一也。(因出籍而分立之一家者亦屬之)(民草第一二二三條第二項)

國 上古分居之風。氣未盛。行至秦時始行之。史記商鞅治秦。令民有二男以上不分異者。倍其賦。家富子壯。則出分家。貧子壯。則出贅。其後遂盛行矣。蓋商君以富強爲宗旨。人既分家。則各有獨立志。自有此法令。而秦國百姓各能自謀。生計。流風所播。世俗靡然。至漢。桓帝時有舉秀才。不知書。舉孝廉。父別居之謬。蓋因蘇倫。攸道人引爲恥。唐宋之時。父在而別居者。十有七八。故唐玄宗。宋太祖。均以詔令禁止。重者乃以死論。宗法雖不能復。別居者較少矣。

舊律祖父母。父母。在。子孫欲別籍分居。異財產者。杖一百。(律)祖父母。父母。在。子孫不得分居。但有父母允許者。乃可。(例)民草一二四二條亦採此義。

嫡親不和。則兄弟不免反目。強使同居一家之和平。難保。此就內部言也。就外部言。同居則養成其依賴性。分家則各爲自己之綿長計。而家政不廢。故民草亦主張之。

南方分家。謂之分房。如父有四子。則分爲文行忠信四房。文房有子四人。則分爲松竹梅蘭四房。分家之外。有所謂出籍。掛籍者。因其人不良。而排斥之於本家之外也。南省有祠堂與支祠。兒子被逐於本家後。不能復歸本祠。其後嗣繁衍。乃另立祠支。

(二)

一家之創設。前記之分家。乃就原有之一家。分離而別爲一家。茲所謂一家之創設者。本無是家。從習慣法律之結果。而自然成立爲一家也。此種事實。大抵規定於戶籍法者爲多。吾國雖無戶籍法。然其法理。則無不如是者。茲述其情形如下。

甲) 不知父母之子。子爲父母之子。入於父母之家。此常理也。然有不知父母者。例如棄兒。藉他人以養成。卒不知父母之所在。一經成立。乃自創設一家。迨其後。子孫繁殖。家室以興。而家長之資格。乃取得矣。

(乙) 歸化。外國人從國籍法之規定而歸化於我國。則亦足以創設一家。

國 國籍法第四條外國人無國籍人經內務總長之許可得歸化中國如父

為中國人子生於外國來歸中國則非一家之創設而妻亦同方例外也
中國昔時有皇帝賜姓者亦為一家之創設如漢賜其敬姓劉與賜金日磾(匈奴人)之姓是鄼成功亦然迨前清時已無此項辦法又有賜姓者起於五胡之後漢人有改胡姓者胡人有改漢姓者當時姓趙者有曰天水郡姓王者有曰太原郡又有清河河張西李等蓋五胡亂華後任於中原以漢人之姓為姓真偽幾至不辨故真漢人皆加郡名以示區別所以防胡族擾難也今則已同化矣通典姓氏略中述此類事甚詳以上二種亦可創設一家但為中國過去之事今則無之

雖然有一問題焉。即家長是否限定以男子為之也。日本民法有女戶主之規定。而我國法文無之。似家長必限於男子。方與中國三從之學說相符。且家政為一家之事。其易簡而可處理者。固屬不少。其煩重而難料量者。未必不多。故以本律之一三五五條證之。妻惟於尋常家事。視為夫之代理人。亦正以女子能力薄弱。法文必限以尋常家事。若使女子亦有統攝家政之權。則叢脞將不能幸免。以是言之。則家長固無取於女子也。雖然三從之說。至為陳腐。而女子能力薄弱。亦非今日所能言。本律第一三五五條為夫婦間之規定。與家長之問題無涉。且家長權之與親權。其名雖異。而性質則大致相同。法既規定親權由父或母行之(民草第一二七〇條)安見家長權之必限於男子。故本律之理由。亦謂如祖父母父母同居。應以祖父母為最高尊長。即應以祖父母先為長家。是則法文雖無女家長之規定。而一家之最高尊長。固包括乎男女而言之也。尙何疑於法無明文乎。

國 親權之行使在外國法例於子成年後即行停止中國則無限制此亦立法者所當注意也

第二項 家屬

家屬云者。所以組織一家。而處於家長以下之地位也。法律既以一家之最尊者。定爲家長之資格。伊不定家屬之範圍如何。則家制又未爲完備。故本律亦明定其範圍如下。(民草第一三二八條)

第一 家屬與家長同一戶籍。屬於同一戶籍者。爲一家。既如前所述。而家屬者。實與家長爲一家。故家屬非與家長同一戶籍。即不得爲家屬。(民草一二二八條)

第二 家屬與家長有親屬關係。親屬爲家制之內容。家制由親屬而成。故有親屬而不爲家屬者。未有家屬而非親屬者也。(參照民草第一三二九條)在中國古時。法律思想未盡完全。或以一家之雇傭及婢女。視爲家屬者。今則人權之說既行。而政治亦以法治爲標職。故雖同居於一家。祇認爲雇傭關係。而不認爲家屬。然則家屬云者。非與家長有親屬關係。即不得爲其家屬也。雖然。有問題焉。家長之親屬。是否限於與家長直接有親屬關係之人是也。依法文觀之。似僅限於家長之親屬。而不及其他。然親屬包括外親妻。親既爲法文所明定。則於宗親。尙無問題。而對於外親妻。家長與家屬。各有其親屬關係。而不能混。使家長之親屬。謂之家屬。而家屬之親屬。不得爲家屬。則於法於情。均失其平。故解釋本條法文。先須認定與家長同一戶籍云者。即與家長同居。而親屬云者。則統與家長有直接關係。有間接關係。而合言之也。

疏 凡非與亡父爲正式婚姻而事實關係既可確認爲家族之一員者。則法律上固亦認爲家族除嗣子仍應負扶養義務外。繼承人並得自由以其遺囑爲財產之贈與。(二年上字一七六號大理院判例)

家屬之範圍。既因此而確定。然家屬身分取得之原因。有不可不一言者。試分列之於下。

第一 出生。此爲當然之原因。假如子女生而爲父之子女者。即爲父之家屬。是也。然私生子未經父之認領。及女子出嫁而異居者。則不能以家屬視之。

附 女雖出嫁而同居者仍爲家屬

第二 婚姻。妻因婚姻而入於夫之家。即爲夫之家屬。是因夫妻有同居之義務。(民草第一三五〇條)而又有親屬之關係。故妻親之同一戶籍者。亦在家屬範圍之內。

第三 入籍。異居之親屬。或因自己之意思。欲入戶籍。而爲家長之家屬。經家長之允許。而取得同一戶籍者。亦以家屬視之。

以上爲家屬身分取得之原因。固已。然有可注意者。即養子贅婿。是否列入於家屬之內也。依本條之法意。家屬必限於親屬。非親屬。即不能以家屬論。而養子贅婿。在本律中。實無親屬之地位。(參照民草第一四六九條)故法律既無明文。即無視爲家屬之根據。雖養子贅婿。同居於一戶籍之中。而祇有同居之關係。無家屬之可稱也。雖然。此特以法理言之耳。若以事實言之。有不能不視爲家屬者。家長與家屬。各有其權利義務。養子贅婿。既如法律之規定。有承受酌分財產之權利。則即不能無對待之義務。况同居相爲依倚。其關係之接近。可知。故必斤斤焉。謂爲非家屬。則於家長統攝家政之行爲。或不免因之而生阻礙。故養子贅婿。不妨視爲例外之家屬。庶於情法。兩無所戾也。

附 法律上家長家屬有扶養之義務。若不認爲家屬。即無互相扶養之義務。亦無服從家長之義務。雇傭關係本於契約。而養子贅婿等。則非雇傭關係(如奴婢)可比。若祇有權利而不負義務。待之未免太優。

第二節 家長及家屬之權利義務

第一款 家長之權利義務

家長有統轄家屬整理一家之責任。故不可不有其相當之權利。其在古昔。家長對於家屬之身體財產。有莫大之權利。而不負其義務。迨於今日。雖仍有取於家屬主義。而個人制之精神。亦已納入於其間。故在昔無家長權利義務之可分。而今日則不然。試先述家長之權利於下。

國 古代羅馬之家長有權利而無義務對於家屬之生命財產可以自由處分。但家長以其家屬售與他人。至三次時其家屬即與之脫離關係。其後羅馬帝國滅亡。宗尚個人自由。家長之制遂因而消滅。我國宗子之權利大致與之相同。對於小宗有祭祀權。即承祀始祖之權。有財產權。小宗之財產皆存於宗子之手。有刑罰權。小宗有不法者。宗子可以處分其生命。其所異者。宗子之權利範圍及於一族。家長之權利範圍以戶籍為限。自周末秦始。宗制漸衰。小宗之財產不必存於宗子之手。然宗子尚無義務可言也。

第一 統攝家政之權。家長既為一家之最尊長者。即為一家之主宰。故家政自應由家長統攝。無疑義也。(民草第二二二七條)

第二 允許異居親屬入籍之權。異居之親屬欲入籍而為家屬者。須得家長之允許。蓋家長為一家之主宰。非經允許。而可入籍。則家政仍有不統一之弊。而既為家屬。家長對之。即有扶養之義務。其能否擔任義務。法又當許家長以自由斟酌之餘地也。(民草第二二二九條)

家長既有允許異居親屬入籍之權。依反對解釋。應亦有允許同居親屬異籍之權。然本律第一三三條第二項之規定。則父母在者。但須有父母之允許。即可別立戶籍。而無家長允許之明文。似

家長並無此種同意權。且本律精神。大抵取之舊律。舊律戶律中別籍異財門例文。祖父母父母在者。不許分財異居。其父母令分析者聽云云。似亦可爲解釋法文之一助。雖然。此指父母在者而言之也。若父母均死亡。而祖父母在者。則如何乎。依舊律。祖父母在。不許分居。依本律。又無家長允許之規定。苟本律施行。則舊律已死。無適用之必要。而接之習慣。終有不適之嫌。故吾謂不如與家長以允許異籍之權之爲得也。

同家長既有允許異居。親屬入籍之權。依此權之作用。所以規定者。尚有二種。(一)允許同居親屬出籍之權。(二)使同居親屬出籍之權(日本謂之離籍權)我國習慣。對於子孫不宰教者。有使出族之制裁。即離籍權之意。家長若無允許同居親屬出籍之權。若感父母在。而子孫任意出籍。祖父母不能自存者在。民法上有要求扶養之權利。刑法上則犯遺棄之罪名。本律未有規定。亦一缺點。

第三 爲死亡者擇立嗣子之權。死亡者。無妻無直系尊屬時。家長有爲死亡者擇立嗣子之權。此爲本律一三九五條所規定者。

第四 撤銷嗣子之權。立嗣違法。則除所嗣父母。嗣子或所嗣父母。嗣子之法定代理人外。家長亦有聲請審判衙門撤銷之權。蓋中國向例。以宗祀爲重。而嗣續實與有密切之關係。故法又以此種權利付諸家長。而使之得爲整理一家之事也。(民章第一三九七條)

以上所舉。爲家長之權利。至家長之義務。則何如乎。家長既爲一家之最尊長者。而家屬有服從之義務。則家長對於家屬。當然有扶養之義務。然此種義務。非絕對。而爲相對。家長而有資力也。以家長扶養家屬。固爲情之當然。家長無資力。而不能自存也。則家屬非但不得責家長以扶養。而且

扶養家長之必要矣。(民草第一三三二條)

附 家族制盛行時代家長祇有權利並無義務近世法律發達則不如是蓋家屬既有服從家長之義務故家長亦須負扶養之義務但非絕對的義務也

第二款 家屬之權利義務

家長之權利因身分而發生家屬之權利有不盡然者如特有財產之權此卽家屬主義中之個人主義也。蓋人生而有獨立之人格即有所有之權能非古昔家屬主義極盛之時不得私有財產也。故家屬以自己名義勞動或經營或依法律行為所得之財產斷無不得諸家屬已身之理因此種權利爲個人當然之權而非由爲家長之家屬始取得此權也。(民草第一三三〇條)

附 家長之權利由家長之資格而取得家屬之權利祇有特有財產一種此種權利實由人權而來並非從家屬之資格取得乃當然之權利此二者之別也 民草一三三〇條家屬以自己之名義取得之財產爲特有財產

家屬之義務則有二。

一 服從之義務。家政既爲家長之所統轄則凡關係一家之事家屬自有服從家長命令之義務此絕對之義務也。

二 扶養之義務。此種義務爲相對之義務即由家長負扶養義務言之則家屬有受家長扶養之權利而於家長受扶養時言之則卽爲家屬擔負扶養之義務故法文明示之曰相互負扶養之義務者蓋以此也。(民草第一三三一條)

設問(一)家屬之範圍(二)家長之權利義務(三)親屬編中無家長允許同居親屬別立戶籍之規定其理由如何

第三章 婚姻

第一節 婚姻之界說

人性有男女之情。故先王爲制婚姻之禮。男女以正。婚姻以時。則爲王化之所基。婚姻禮廢。則夫婦之道苦。而淫辟之罪多。誠以男女正。而夫婦義。夫婦義。而父子親。昏禮爲禮之本。是中國古昔對於婚姻之觀念也。然中國古籍之言婚姻者。或注重於禮儀。如士昏禮昏義等是。或解決其名稱。如爾雅釋親之婚姻是。而以婚姻著之於禁令條教中者。惟司徒不嫺之刑及媒氏不用令之罰而止。迨其後。法令滋章。而戶婚乃有成文。然亦不過爲刑律之一部。而於夫婦間之權義。婚姻時之條件。或散見而無系統。或疏略而難鉤稽。夫夫婦爲一家所託始。社會之成因。使非以法律明定其關係。則親屬間無完全之法式。此本律所以規定婚姻之理由也。

疏 不曰夫妻而曰婚姻者。以夫妻係夫婦成立後之名稱。而婚姻則自夫妻未成立前。以迄夫妻關係消滅止。皆包括之。其範圍較廣也。

婚說文 婦家也。禮娶婦以昏時。婦人陰也。故曰婚。郊特牲。

昏禮 不用樂。幽陰之義也。今娶親者。儀尙執燈。猶有古風焉。

姻說文 婿家也。女之所因。故曰姻。因者就也。凡上云云皆。

舊日之解釋 以今言之。婚姻者。表明男女兩性之結合者也。

動物自擇配偶 人由猿猴進化而來。故古時亦然。

迨後世制禮漸革 自擇之風。以妨秩序之紊亂。

士昏禮爲昏禮之一章 與今之章程相似。故在十三經中。爲最難。

讀昏義爲禮記之一篇 乃解釋章程者。如言何謂親迎。故曰義。

爾雅釋親婦之父母 婿之父母。相謂爲婚姻。兩婿相謂曰亞。亞。婦之黨。爲婿兄弟。婿之黨。爲姻兄弟。日本民法。謂妻黨爲姻。族然。妻黨爲婿家。應曰婚姻。曰姻族。爲不合。

周禮所謂不姻者不以親戚之禮相待也。又周官媒氏掌萬民之判（合）男女自成名以上皆書其年月日名合男子二十而娶女子二十而嫁。古時二十而冠行冠禮後始有字。中春之月令會男女於是時也。奔者則不成禮者非淫奔之謂。不禁其無故不用命者罰之。

周律首有戶婚。後周改名婚姻。唐律仍曰戶婚。明清曰戶律而戶律中則包婚姻而有之。然不過刑律而已。夫妻權譎不在律中有散見於經傳者。

雖然婚姻之性質則何如乎。其在禮曰昏禮者。將以合二姓之好。上以事宗廟而下以繼後世也。似亦可為婚姻之性質。然此仍就禮教上言。非法律上之意義。苟以法律上言之。則可為之下一語曰。婚姻者。依法律之規定。終身締合一男一女之身分關係也。就此語而分析之。

第一 婚姻者。定身分關係者也。親屬編為身分法。故婚姻亦以定夫妻之身分關係為主。此毋庸疑者。然其間亦有區別。僅以夫婦間關係言之。則婚姻為定夫婦之身分。若以創設夫婦身分關係之行為言之。則婚姻者。又為依法定方式。以創設夫婦關係為目的之意思表示。故民律中之婚姻。既可謂為夫婦身分之關係。又可謂為創設夫婦身分關係之法律行為也。本律第一三五四條第一三五六條第一三五八條第一三八二條為前說之例。本律第一四〇九條則後說之例也。

疏 一三五四條夫妻間之契約可以撤消。一三五六條婚姻所生之一切費用。一三五八條特有財產。一三八一條嫡子推定。一四〇九條私生子於父與其母成婚後為嫡子。

第二 婚姻者。限於一男一女間所生之關係也。上世同部男女。旁午交會。初無夫婦之名。故實際有數夫而一妻者。亦有一夫而數妻者。迨其後。思想漸進。而知男系之可貴。則數夫一妻之制。遂

為社會之所棄。而以重視嗣續恣情肉慾之故。一夫多妻之制。終不可得而驅除。故中國此制。不能謂為盡無。然法律所以規律社會。既以一夫一妻為美風。自不能取社會間少數之行為。著為條款。且一夫多妻之弊。足以阻害獨立之精神。加重俯畜之責任。擾亂家室之平和。長助奴視之風俗。積此諸因。此制更宜擯絕。故婚姻為一男一女之行為。實中西共同之觀念也。

疏 新刑律補充條例頒行後妻在法律上又有地位故現今仍為一夫多妻制

古時無姓習好相同者合為一部為自然的配偶無夫妻名目故夫子指普通丈夫言今則夫對妻言而以丈夫為大丈之意當時軍女系故有姓姓者所以表示女系也自擄奪婚盛行後據他部女子為妻視女子為財產其遺風相傳至今而有重男輕女之習又祖先主義衛次發達尤知男系之可貴

第三 婚姻者不可不期以終身也。婚姻之事。非情慾之為先而以愛情為重。蓋男女共同之生活。因之而遂。人類不完全之性。因之而弭。其生有子女者。監護教育之職分。亦因之而盡。綜此諸目的。而無不以愛情連絡之。使朝夕離。則只有情欲之可言。而於前述之目的。去之實以千里。故一與之齊。終身不改。雖發端於妻。要可為夫婦共同一箴言也。

疏 禮部特許妻者齊也一與之齊終身不改

第四 婚姻不可不依法而成立也。婚姻成立。則關係叢生。故婚姻非法律之所公認。則其因婚姻所生之關係。法律上即無根據。雖或遷就習慣。著有專條。而地位既已不同。則效力即因之殊異。故正式之婚姻。非依法定之方式而行之。雖有其事實。而於法律上不生效果也。

〔疏〕 遠統習慣之條文如一三八七條非妻所生之子爲庶子一四〇三條而苟合或無效婚姻所生之子爲私生子然仍不認爲正式婚姻

以上所述爲近世之思想。其在上古有不然者。攬其沿革。可得而言。一曰掠奪婚。在此時代。酋族爲盛。防他族之襲擊。不得不使己族生殖力之強盛。故不獨同族之女。不嫁於他族。而且掠奪他族之女子。以達其生殖之目的。以暴力爲前驅。初無秩序之可言。二曰賣買婚。在此時代。其社會已稍發達。交通市易。有其萌芽。故視女子亦爲賣買之財物。此其思想。由掠奪婚姻時代。遞嬗而來。蓋掠奪時代。其所奪得之女。卽與玉石重器同視。而賣買婚姻者。視女子爲財物。則同。不過以掠奪之手段。易而爲賣買之手段耳。三曰聘娶婚。在此時代。酋族制已漸變而爲家屬制。故凡男子之欲取妻者。必經其父母之許可。以禮物爲聘娶之具。中國往籍之所記載。以聘娶婚爲多。四曰自由婚。此爲近今各文明國所行之制。婚姻之成立。不以聘娶爲事。以男女間允諾爲先。蓋婚姻大事。非男女自爲主持。則不獨有害於兩姓之感情。而家室之和平。亦恐無望。故首重於男女間之共諾。而後乃依法定之形式。雖間有父母允許者。而大部則固以允諾爲歸也。

〔疏〕 譯義所謂自由婚卽草案理由書所謂之允諾婚在外國自行結婚後亦與父母同意草案理由書所謂之自由婚必在無法律時方可出現

中國姓子起源有二原因(一)一部中數夫一妻而與所生之子以姓以示區別(二)由他部掠奪之女子亦與以姓以期與本部女子所生之子有別

古時掠得之男子曰臣曰童女子曰妾故此等字樣皆代表太古以前之狀態

番夷除例中妻與人通姦罰姦夫出牛半若干交與本夫不受則罰本夫其數以九計

史通山東人重閨閨嫁娶論資人謂之
賈婚詩經捩梁出下亦即賈婚之意

黃帝以後周以前尙有古時遺跡周後
有六禮始有聘娶婚日本名爲贈與婚

日氏七七二條子爲婚姻須特在家父母之同意但男年滿三十女年滿二十五不在此限
民法一四六條婚姻由男女之同意而成立一四八條男在二十五歲以前女在二十一歲以前須經父母允許蓋以不經父母允許爲原則也我草案一三三

三八條曰婚姻須由父母允許並無但書其範圍
太寬而允許須終身行之親權過重未免失當

綜觀上述掠奪買賣以女子爲財產殊有違於人道。聘娶雖中國自古迄今之通例。而奉行不善。必有斤斤以財禮爲爭者。其結果乃同於買賣。至允諾純任男女間之自然。非男女識別明敏。意志堅定。則亦有弊而無利。本律之所規定。略聘娶之節目。而又須經父母之所允許。殆兼聘娶允諾而一之者也。

婚姻既如前所述。爲法律行爲。故有以婚姻爲契約之說者。亦以個人主義既經確立。契約之思想。足以包括乎行爲。婚姻爲男女間允諾之行爲。其允諾即可視爲契約。此說要不可謂非。特民律之契約。以物權債權爲目的。而身分權。則不在其內。以婚姻爲契約。即以夫妻之身分爲其目的。是亦奚可。况以契約之通常法理言之。而婚姻之非契約。有更明瞭者。(一)契約者。得依當事者之意思。而定相互之權義關係。由婚姻所生之權義。則爲法律所規定。不得變更。(二)契約因當事者間有欲達之目的。纔生權義關係。迨目的既達。則權利關係消滅。契約即因之終了。婚姻則不然。夫婦身分關係之目的。雖因婚姻而既達。而身分繼續者。婚姻即永遠存在。(三)通常契約。得以其事項爲預約之

目的。婚姻之預約。於法律初無根據。由是觀之。則婚姻非契約明矣。

雖然。婚姻之預約。中國應否認此制爲可行。是亦一問題也。依本律之規定。婚姻之預約。既毫無痕跡可尋。而以他國之法例言之。日本民法。雖不認有預約。而瑞德之民法。則有制限之承認。（德一二九七瑞九一條）亦以婚姻之預約。其目的即男女間爲將來之婚姻。此種義務。可以強要。則人身之自由。即不免受其拘束。人身之自由。非如通常之財產。此爲近世公理。故瑞德雖有預約規定。而不得提起不履行之訴。且無違背契約之罰則。言其結果。收效甚微。似婚姻之預約。確無存在之價值。然以我國之舊習慣言之。納采問名。爲六禮所成。序次昭昭。見諸往籍。而許婚重嫁。則亦爲舊律所禁止。鄉黨所羞稱。是婚姻之預約。實成立於不知不覺之間。但使非指腹割襟。即不妨視爲成約。其有違反預約之行爲。不妨如瑞德之民法。從損害賠償。贈物返還諸規定。以救濟於其間也。否則社會有數千年之習慣。而並非不良。法律無適當之條文。以規律於後。則悔婚者踵起。而夫婦之道苦矣。

附 契約中與婚姻最近者爲備婚契約。但備婚契約非以身分爲目的也。

婚姻預約制度在羅馬共和時代已有之。惟限於七歲以上之男女。婚約成立後。男女有於適當期間成婚之義務。如有違約者。除有特別原因外。則當婚約成立時所有贈物。應各返還。理直之一方。其後限定預約期間。與成婚期間。不得過兩年。所以防流弊也。

契約說在中國並無問題。大理院判例以正式行婚禮後爲婚姻之成。立若先聘於乙。在未正式行婚禮之前。違反預約者。並無救濟之法。

德民法二九七條婚約不得提起締結婚姻之訴預約違反設有罰則者無效瑞士民法第九十一條與德民法二九七條同

婚約之約不能強制執行蓋夫婿同居義務多數判例均謂不能強制執行以其妨害人身之自由也雖有謂凡法律規定之義務皆可強制執行者然關於婚姻成立後之一切義務均能執行與否究屬疑問况在婚姻未成立前之義務乎

六禮者納采問名納吉納徵請期迎是也。有加入議昏於納采之前者。納采與問名每同時行之。納采用雁。今有用鵝者。問名即問生辰也。納吉者問卜也。卜吉而後。續行其禮。納徵即納幣也。必親迎。後合。漆。廟。見。而後。婚。如。方。為。成。立。

舊律戶律婚約門曰男女婚約各有其時。凡指腹割襟為親者。並行禁七指腹。即於子女未分媿時定親割襟。則於子女已分媿或未分媿時割衣襟以定親約也。南方有所謂搖籃親。即小兒常搖籃時為之定親也。

第二節 婚姻之條件

凡法律行為之成立。必先具法定之條件。一有欠缺。則或以之為無效之原因。或以之為撤消之標準。無效云者。法律行為之本質。全然破壞。而不能成立。撤消云者。則非本質之破壞。法律上不認其為完全之行為也。而法定條件之中。又有實質條件與形式條件之區別。形式條件。為社會之秩序起見。而不能任當事者之自由。至實質條件。則惟以當事者之私益為主。此其大較也。

附 親屬編之重要者。以婚姻立嗣兩種為最。因其與人生之關係密切。故規定亦較詳細。他如家長家屬之類。實際上少有用者。

舊律定婚之形式要件有二。(一)有時帖。即謂有通親。報寫立者。無論報告有案。或僅係私約。皆可。(二)曾受聘財。者。此二要件。苟具備其一。即發生定婚效力。至於時帖。應否填寫。年庚八字。法律並無明文。不能認為法定之要件。

婚姻既如前所述。亦為法律行為之一。而關係於人生者為尤切。故其條件。有不可不規定者。今先即實質條件形式條件而分言之。

第一款 實質條件

婚姻之實質條件有八。(一)當事者有結婚之同意。(二)婚姻達於適齡。(三)非同宗間之結婚。(四)在法律

規定親屬範圍之外。(五)非有配偶而重婚。(六)前婚解消或撤消後經過十個月。(七)非相姦者之結婚(八)經父母之允許是也。

附 德國民法瑞士民法以無生殖能力為取消婚約之一原因日本民法則規定此方知彼方無生殖能力而結婚者仍為有效蓋結婚目的不專以生殖為歸且在維持共同生活也近年來閩人娶婦其婦有與之離婚者殊為不合蓋既知而為之不宜再離婚也舊律男女定婚之初若有殘疾志弱過房乞養者兩方明白通知各從所願故謀人若隱匿其無生殖能力偽謂有生殖能力者得取消之據民法總則詐欺為撤消原因之法理實宜如此

第一、當事者有結婚之同意。婚姻為法律行為須有雙方之同意。蓋婚姻為夫妻間共同生活之起基。終身不改之舉動。其須雙方合意者。乃公認之情理。法文初無明示之必要。然以我國向來之習慣。婚姻大事。一以委之父母之主持。為子女者。斷難干與。今日個人思想。逐漸發達。凡百行為。均以同意為前提。苟於婚姻。而無同意之規定。則或有欠缺同意者。亦或有為不完全之同意者。法律終無救濟之明文。婚姻乃為人生恨事。故以本律第一三四一條第一項之法意推之。則男女兩方有結婚之同意。實為婚姻條件之首端也。

附 民草一千三百四十一條云結婚無效以左列各項為限第一項云當事人無結婚之意思者即雙方未有合意也雖其他條件具備其婚姻亦無效

第二、婚姻須達於適齡。法律所以規定成婚年齡。其故蓋在於禁止早婚。吾國中人之家。無不為其子女早日婚娶。一則注重於後嗣。而願切抱孫。一則自以為體面。而及早完姻。不知早婚之弊。不獨影響於個人之生理。以身體機關未完全發達之男女。結為婚姻。則其所生育之子女。脆弱而夭死者居多。即不夭死。而其他日之衰微可想。一家子女之衰弱。即為一國國民衰弱之徵。况夫青

年子女。知識未周。意志未定。一爲早婚。則纏綿悱惻於牀第之間。而立身處世之巨節。且莫之顧。家有餘資。固不妨養此贅民。優游沒世。一旦遭遇意外。平素無具。將何以出而圖謀。故早婚之弊。小之影響於個人之生理。大之實影響於社會之經濟。國家之元氣。使非法律確定其標準。其弊將不可勝防也。

然則婚姻年齡之標準。果何如乎。徵之吾國故籍。媒氏有男子三十而娶。女子二十而嫁之令。內則有男子三十。有室。女子二十而嫁之文。在古昔樸誠之風未泯。混沌之鑿較遲。故禮但示婚姻年齡之極限。迨後世智識之啟發較速。使必依極限以爲婚姻之年齡。則怨望之餘。斷以斲喪。其隱患亦殊可慮。故如貞觀之詔。以男二十。女十五爲限。而洪武之制。則以男十六。女十四爲歸。蓋斟酌於男女之個性發育之遲速。與夫風土氣候之宜。本律所以有男十八。歲。女十六。歲之規定也。(民草第一三三二條)

〔釋〕媒氏掌萬民之判(即辨合)令男子三十而娶。女二十而嫁。於仲春之月。令會男女。奔者不禁。會即會計男女若干以判定之。願奔則爲妾。即不經六禮之謂。非私奔也。

曰男子三十而娶者。乃指其最遲之期而言。即謂年至三十。非娶不可。若在三十歲以前而娶者。法亦不禁。女子二十而嫁之解釋。仿此。

今人雖較古人聰明。而蠢較促。鄉村人民其壽較城市爲高。所謂不見所欲。其心不亂是也。

男二十。女十五。男十六。女十四。男十八。女十六。等限制。乃指最低限而言。與古時之最高限不同。

結婚年齡。各國法典均有規定。以德爲最遲。英爲最早。德男滿二十一歲。女滿十六歲。而英則爲男

十四歲女十二歲。法意兩國。男十八歲女十五歲。瑞典男二十歲女十五歲。荷蘭與俄。均爲男十八歲女十六歲。日本男十七歲女十五歲。依各國風土氣候之不同。而結婚之年齡亦各異。土地溫和者。男女肉體之發達較速。故婚期早。不然者則反。是英之婚姻年齡較早者。則有尊重個人自由之特別原因。其他實無大出入。而法國之學者。且有咎現行制度之太早者。以法國社會狀態觀之。則又未足爲通論也。

○ 俄國法律規定男女過八十歲者不得結婚此種規定殊爲可笑

法自拿破侖後一般人民純取快樂主義其墮胎藥最精故人日日見減少其國之學問惟文學美術頗優其他則少有進步

第三、非同宗者間之婚姻。中國古重宗法。周禮謂宗以族得民。故以宗爲一族之總稱。而其後同祖爲宗者。同姓亦爲宗。婚姻不得以同姓爲之。非特男女同姓。其生不蕃。爲生理學上之真理。亦以同部雜婚。爲太古野蠻之風俗。不可使之復生。故古昔有此限制。本律第一三三三條規定。同宗者不得爲婚。雖以沿襲舊律。同姓爲婚之禁令而來。然既不曰同姓。而曰同宗。則雖異姓。而源出於一祖者。實亦在範圍之內。蓋中國姓氏混淆。於今已久。苟一爲探究其根源。實歷歷可言。嚴之與莊也。劉之與婁也。疎之與束也。馮魏萬之出於畢萬也。或因避難而改稱。或因勳勞而賜姓。寔至後世。各爲望族。故支派雖有不同。而自出之源則一。中國尊重祖先。已爲國性。自不得不有此特別之規定也。(民草二二三三條)

疏 婚義注疏五帝以前為婚不限同姓異姓三王以來夏商以同姓為婚周以異姓為婚北史魏文帝詔夏殷不嫌一族之婚周世始絕同姓之娶

同姓為婚是以生殖力分而為二其氣脈不充分則其結果可知異姓則加入外來之生殖力並二而為一宜其生息較著

古以宗子代表一族周官太宰以九兩辨邦國之民五

信公二十三年傳男女同姓其生不蕃昭公元年傳同姓其生不殖當時生理學等科學並未發達此語蓋由

經驗上得來試以植物證之凡同一花中之雌蕊雄蕊相交者其植物不能茂盛此植物學上之研究也

嚴光(漢人)本姓莊妻敬姓賜劉球廣孫孟達避難沙鹿改姓束管畢萬封於魏而為魏萬唐明皇時高力士本姓馮遺孫為高延福養子遂姓高茶怡以妻兄王膳子煮為子明本朱姓清初明裔改姓張姓察者甚多見私家筆記何與韓為同姓見韓

文

第四、非近親之結婚。近親結婚。為婚姻之弊制。各國均有禁止之明文。亦以近今文明進步。科學發達。生理學上研究之結果。近親結婚。其所生之子女。體質卑弱。夭折居多。與吾國所謂其生不蕃者。統計上實有其經驗。故我國民律。既示以同宗不婚之限制。而於近親之結婚。又設第一三三四條第一項之禁條也。(民草第一三三四條第一項)

疏 近親間男女自幼相接觸兩方之弱點彼此互知若結婚而感情不易鞏固

雖然近親之範圍則如何乎。各國立法例。如德國以直系親屬間父母雙方或一方相同之兄弟姊妹及直系姻族為限制。(瑞士亦然)法國則以直系宗親直系姻親旁系宗親之旁系姻親為限制。日本則以直系血族三等親內之旁系血族及直系姻族為制限。日本旁系親等之計算與我國不同。故從兄弟姊妹為四等親之旁系。親法規判例。均認其得為婚姻。雖此為日本向來之習慣。而以

學者之經驗。則從兄弟姊妹之結婚。實爲子女聾啞不具之原因。故學者亦多詆斥。我國親屬範圍之標準。既與各國稍有不同。故即以本律規定之親屬範圍。爲近親之範圍。然必嚴密限定。亦有不適於國情者。我國姑舅姨之兄弟姊妹。妻之姊妹。互相爲婚。爲素來之慣例。社會上實際所習見。且同是外親妻親。又於男系之血統無關。即在舊律。亦云姑舅兩姨姊妹。爲婚者聽從民便。故第一三四條第一項。又有但書之規定也。

日本關於從兄弟姊妹婚之婚姻調查之結果如何。民事局曾有回答民事局者。司法省中之一局。如各級法院有法律上之質問。由民事局局長之名義回答之。與我國關於部內事務。由總長出名者不同。

本律親屬範圍內。不得爲婚姻。既如前述。然親屬範圍。有因血統而成立者。有因承嗣婚姻而成立者。本於血統。固無問題。其本於承嗣及婚姻者。依歸宗離婚而其關係即可解消。使可解消後。即視同常人。可以結婚。則於禁止近親結婚之宗旨。猶未貫徹。而風俗倫紀。即不免受其影響。故本律亦依各國之通例。設第一三三四條第二項之規定者。以此也。

如子婦與子離婚在法律上已無親屬關係。然翁若納已離婚之子婦爲妻。殊背倫紀。故法律禁止之。

抑猶有宜注意者。舊律云女婿之姊妹及子孫婦之姊妹。並不得爲婚姻。又云娶同母異父姊妹。各以親屬相姦論。夫以前所舉。均不在服制圖之內。而舊律有此規定。固配于百。已成習慣。一旦變其反滋疑駭。故本律保存舊律之遺意。復設第一三三四條第三項之規定。

第五。非重婚。一夫一妻。爲文明國之所公認。而婚姻之性質。則又以一夫一妻爲歸。蓋一人而

有數夫一夫而有數妻。初不過悖於人情之德義。繼且妨害社會之秩序。故刑律既科以刑責者。民律自又不可不嚴爲禁止也。然重婚云者。必以其前婚依法成立爲要。苟前婚而有一三四一條之情形。即不能謂爲重婚。若前婚僅有撤消之痕跡。而既已依法成立。尙未經撤消之手續。則仍當以重婚論之。其前婚雖已成立。而一方有死亡時。再爲婚姻。亦不得爲重婚也。（民律第一三三五條）

大理院判例自民國四年五月以後兼祧而娶二妻者仍以重婚論

普通法律無人數之限制惟婚姻則有之中國之弊一夫多妻西藏之弊一妻多夫

第六 前婚撤消或撤消後經過十個月者。婚姻撤消之後。即行成婚。妻苟受胎。則他日所生子女。究爲誰出。必有爭議。而血統不免有混雜之憂。故各國法例。大抵限以三百日。法德亦以十個月分娩。通常之期限過久。又滋弊害。故爲此適當之制也。惟日本民法七六七條。規定六個月。其原因一則恐妨害女子之再婚。二則依醫學上之研究。自受胎後經過百八十日。胎兒已有生活力。故自婚姻撤消起。經過六個月。其懷胎事實。即可明白。而是否前婚受胎。亦可推定。然此爲本律所不取。至於十個月內已分娩者。則受胎必自前婚。而血統無混雜之慮。自無庸適用此種限制也。（民律第一三三六條）

撤銷須備一定條件經審判衙門之判斷解消如一方死亡或協議離婚等是

或謂婚姻解消有由於死亡者。夫死未久。喪服未滿。舍而改適。於情太忍。舊律亦有夫喪服滿之明文。故本律草一三三六條之規定。亦與喪服有關。然此非篤論也。服制圖夫爲妻喪一年。妻爲夫喪爲三年。果如所云。其期限應爲三年。而不得以十個月概之。况法文明言若於十個月內分娩者。不在此限。固明明指妻而言之乎。

圖 舊律夫喪服滿自願改嫁者聽同一男女離婚後未滿十個月結婚不得謂爲再婚不受一三三六條之限制

第七 非相姦者間之結婚。此規定爲禁止相姦者不得結婚而設。蓋因姦通而被離異。事所常有。使法許相姦者之結婚。則是間接獎勵淫亂之風。而破壞廉恥之道。又何可者。况舊律亦云和姦者男女同罪。姦婦從夫嫁賣。其夫願留者聽。其嫁賣於姦夫者。姦夫本夫。各杖八十。婦人離異歸宗。於相姦者之制限亦嚴。故本律第一三三七條亦婚制度之不可廢者也。雖然離婚云者。指裁判上離婚而言之。抑並指協議上之離婚而言之乎。依本律第一三六二條之規定。妻與人通姦。夫因姦非罪被處刑者。得提起離婚之訴。似第一三三七條之所指。乃屬裁判上之離婚。而與協議上之離婚無涉。蓋協議離婚。出於兩願。人爲保持體面。姦通者亦或出於此途。第一三三七條如果包含及之。則利害關係人不得不爲姦通事實之證言。而家內之陰私。赫然外暴。亦非善策。至裁判上之離婚。則事已彰著。無所用其掩飾。毫無前述之虞。故謂本條單指此而言之也。雖然在日本民律七六八條云因姦通而被離婚。又受刑之宣告者。相姦者不得爲婚姻。與受刑宣告棄舉並列。前述之

解釋自可適用。至本律第一三三七條僅云因姦而被離婚者。則範圍應較為擴大。且此條法意。只為禁相姦者之婚姻。而設。若於相姦者。因協議而離婚者。許其婚姻。其因裁判而離婚者。即不許其婚姻。則固未為正當也。(民草第一三三七條)

第八 得父母之允許。婚姻須由父母允許。為各國立法通例。然各國均有年齡之制限。滿若干年者。即無父母同意之必要。如德。嫡子以二十一歲。須父之許諾。私生子須母之許諾。(德一三〇五條) 法則男滿二十五歲以前。女滿二十一歲以前。須有父母之許諾。(法一四八條) 瑞士則未成年者。限於得父母監護人之同意。時得為婚姻。(瑞九七條) 日本則男未滿三十。女未滿二十五。須得在家之父母同意。(日民七七二條) 統觀諸國之法例。其年齡之制限。以日本為最遲。蓋緣日本舊民事法。無年齡之限制。新民法沿襲而來。未免過嚴。夫婚姻之事。為人生終身之大事。一或不慎。後悔可虞。而年輕者。大部智識淺薄。僅圖目前。使之自為主持。必不能熟思其利害。且也家屬制度之國。結婚後之子婦。多與父母同居。苟取放任主義。而不須父母之同意。則或意見不協。勃谿時生。一家之和平難保。故本律(第一三三八條第一項)有此規定也。(民草第一三三八條第一項)

〔附〕草案為前清時編定。婚姻年齡男為十八。女為十六。新編定之草案男為十六。女為十四。

婚姻須經父母同意。各國法律皆同。而中國家族制度未破。此為尤要。蓋中國觀念。娶妻之目的。一為繼續宗祀。二為代事父母也。

雖然有可注意者一事。即第一三三八條第一項之父母允許。無年齡限制是也。各國同意權之規

定大抵恐子女之青年無識。貽誤終身。故苟其子女有獨立之智識能力。自能慎為選擇。即無庸父母之過慮。與之同意。而如我國之舊習。婚嫁之事。向以父母為主。持故若限以年齡。即與固有之習慣不免鑿柄。雖法理以限制年齡為善。而本律則亦舍而不從。窺立法者之初心。蓋出於此。然或者高年老悖。言語多出於意外。或者精神昏亂。舉動一聽之兒孫。當此之時。有因此種規定。而適形其弊者。亦有有。此種規定。而終同贅文者。固不如限以年齡之為得也。

附 依草案規定。即年至五六十歲之人。苟有父母者。其結婚亦須經父母之同意。夫子女既長。有知識。有判斷力。就法律上言。父母之同意。權應加以限制。當編定草案時。亦曾思念及此。但以與中國習慣不合。未設限制。因中國子女婚姻。向由父母主持也。即父母為主婚人。然不能太遷就習慣。蓋年老者昏聩。其知識有時與少年相等。其為子擇婦。也不審賢愚。徒以富貴人家之子女為高者。往往有之。故新草案規定。曰子女在家時。結婚須得父母之允許。但成年人得獨立營業者。不在限此。

父母允許云者。父母同時允許之謂也。法律必以同時允許為前提。則嫡母繼母故意不允許之間。題乃起。故意不允許者。指挾惡意。阻撓子女之婚姻而言。有此情形。而不為例外之規定。則婚姻之道亦苦。故第一三三八條第二項規定。苟有此種事實。子得經親屬會之同意。而結婚。以防其弊。（民草第一三三八條二項）

附 法文不曰須得父或母之允許。而曰須得父母允許。既無或字。則僅有父一方或母一方之允許。亦不能結婚。

如父死。母在。或母死。父在。欲得父母允許。殊為難。設嚴格解釋。直無結婚之機會。若從寬解釋。以得一方允許為已足。而法文上。殊無根據。日民法七七二條。言結婚須得在家父母之同意。第二項云。父母之一方或死亡。或去家。或不能為意思表示。時子但須有一方之同意。亦可結婚。所以防爭議也。我新草案亦有此規定。蓋較本草案為周密也。

雖然當結婚之時。父母在者。固可得其允許。苟父母不在。則何如乎。依法文嚴格解釋。爲子者自可自由結婚。無所顧慮。然以婚姻大事。一任之年青子女自爲主持。於立法之精神。不免背馳。而欲加以限制。則又無可根據之法文。或者謂第一三三八條第二項。有親屬會同意之規定。於此情形。亦可適用。然第一三三八條第二項之規定。以繼母嫡母不允許爲前提。而非以父母不在爲前提。殊無適用之餘地。似不如仿諸國之通例（日民七七一條第三項。未成年者得後見人親族會之同意。瑞士九十八條。未成年者得後見人之同意。法民一五〇條。祖父母可代父母爲允諾）設爲規定。則於事實可以補濟。而於舊律之精神。亦未爲戾也。（舊律婚姻例文嫁娶皆由祖父母父母主婚。俱無者從餘親主婚。故不如採用法制）

（疏）所謂餘親者。指宗親而言。與親屬會相當。新草案仿諸國通例。設有規定。陳先生主張。有祖父母者。由祖父母代。父母允許無之者。應由親屬會允許。現行律載嫁娶應由祖父母主婚。祖父母俱無者。從餘親主婚。是婚姻不備此條件者。當然在可以撤消之列（二年上字一號判例）

第二款 形式條件

所謂形式條件者。即須呈報於戶籍吏是也。法律以前款所舉爲婚姻之條件者。欲使婚姻達其善良之目的也。而婚姻之必須呈報者。其原因有二。（一）婚姻既具備實質之條件。又不可不確保婚姻當事者間。有真實爲婚之意思。婚姻之呈報。即所以表示其意思也。（二）按民律之規定。人之行爲能力。因爲妻而即受限制。故婚姻若不與人以共知。則第三者或因法律行爲受其影響。婚姻之呈報。

所以公示人以婚姻之事實與夫身分之變更也。

爾 婚姻條件計共九種八為實質條件一為形式條件二至八尚可調查若第一當事者須有結婚之意

非呈報於戶籍吏無以明斷蓋呈報於戶籍吏時必夫婦兩人至戶籍吏處言其有結婚之意始可
民章二十六條妻之行為能力依後四條規定限制之是結婚以後妻之行為能力
受有限制當為妻以前能力毫無限制也其行為能力有變更即有公示之必要

婚姻之呈報。必於戶籍吏為之。此所以達公示之目的也。我國古來婚姻之事。毫不受官吏之干涉。大都服從社會之制裁。即有顯刑禁令。苟非出首於公庭。則亦一歸於放任。是蓋各種法律。並未完全。既無牽制之時。即不妨無為而治。降及今日。社會之變態愈多。法令之需用複雜。故戶籍法雖未規定而婚姻之必呈報之戶籍吏者。則為各國法例之所同。故不可無此規定。特其管轄如何。程序如何。本律則一付諸戶籍法中。而不加德法諸國之同時規定之耳。（德民法一三二〇條至一三二二條規定管轄法民法六三至七六條規定管轄程序瑞士民法一一八條婚姻證書由戶籍吏交付日民法七七五條第二項婚姻屆出以當事者雙方及成年之證人二人以上由口頭或書面為之）（一三二九條）

爾 南方風俗民間定婚以婚書至於教諭訓導蓋此即證明方法也浙

江蘇有典妻之習慣大清律例禁止之蓋典妻所生之子究為誰氏之子乎此種陋習禁之甚宜查實際情形典妻

與人者大都為窮困之人典入者多係富有妻祿與後久而安富尊榮往往不歸本夫因此與訟官署亦置而不理
民法之規定凡法律行為均可用代理人呈報婚姻是否能以代理人為之日本戶籍法一〇八條規定不適用五八條之規定即不得用代理人呈報也我國因無戶籍法固無問題以理論之呈報為表示當事人有結婚之同意當然不能以他人代

理

中國現在婚書之證明用貼印花之方法
去歲曾公布人事證憑貼用印花規則

婚姻既經呈報。受此呈報之戶籍吏。即有其應盡之職務。職務如何。即調查對於婚姻之法定條件是否完全具備是也。其有違反前款之實質條件者。則戶籍吏即不得受理其呈報。然其職務亦以是而止。至對於婚姻究竟為無效之原因。或為撤消之標準。則戶籍吏並無審查之權。其並未違反前款所舉之實質條件者。則戶籍吏即應受理其呈報。而婚姻之效力。即於是發生。由前之說。則本律第一三四十條之規定。由後之說。則第一三三九條之規定也。

疏 審判衙門調查之後其條件不具備者或歸無效或歸撤消若戶籍吏則祇可駁回不能以之為無效或撤消也

雖然。有一問題焉。即婚姻不具備前款之實質條件。而戶籍吏故意拒絕其呈報。於此之時。婚姻之效力。果何如乎。依第一三三九條之規定。嚴格解釋之。婚姻從呈報於戶籍吏而生效力。則前舉之例。不失其為呈報者。即不失其效力。此一說也。法文所謂婚姻。乃指正式婚姻而言。法定條件不具備。即無婚姻之可言。雖曰呈報。然其婚姻既為法律所不認。何有於效力。此又一說也。此二說者。雖各有其理由。均未足為定論。蓋婚姻而欠缺條件將來終為無效撤消之基。故不如以應撤消之婚姻。自呈報時起至撤消時止。認為有效。而無效之婚姻。則以法律上本未成立。視為無效。至對於戶籍吏之故意過失。為違法之受理。則與以相當之處分。然此為戶籍法上之問題。而非今日所能研究者。若夫後舉之例。則其呈報被拒絕。

之時。固絕對不生效力也。

〔附〕中國人在外國結婚者。宜呈報於公使或領事官。日民法七七七條之規定。即爲此旨。中國去年（四年一月七日）頒布領事館職務規則第九條。在外人民生死婚娶事宜。由領事證明者。該領事得給以證明書。

第三節 婚姻之無效及撤消

法律行爲之無效及撤消。民律總則編有詳密之規定。婚姻之無效及撤消。則不適用總則。而特定之於親屬法中。是非特以婚姻之事。重在身分。與尋常法律行爲不同。而婚姻之無效及撤消。既爲當事者個人之不幸。又且影響於家室之平和。故必分條列舉。周密規定。使不得泛然以他種法律行爲之無效及撤消爲例。此則立法者之精意。而爲各國法例之所同然者也。

〔附〕民律總則之無效有三：（一）無能力人之行爲無效（八條）（二）法律行爲無效（甲）絕對無效（子）以違反公共秩序之事項爲目的（一七五）（丑）以違反法律禁止事項爲目的（一七六）（乙）相對的無效以違反法律或裁判因保護他人利益而禁止事項爲目的對於當事人無效（一七七）（三）意思表示之無效（1）心裏保留（一七八）（2）預期他人可認爲非真實而爲意思表示者（一七九）（3）與相對人通謀欲誤第三人而爲虛偽之意思表示者（4）缺法定方式（一八八）（5）缺約定方式（一九二）

第一款 婚姻之無效

依本律之所規定。婚姻之無效。其原因有二。一爲當事人無結婚之意思。二爲不呈報於戶籍吏。分述於左。

第一 當事人無結婚之意思（民草二三四一條一款）

婚姻以男女同意爲條件。則無同意之結婚。自不能認爲婚姻之有效。此本律第一三四一條第一

欵立法之意也。然婚姻爲男女間一生大事。斷不容輕易變更。苟非萬不得已。不得作爲無效。第三四一條第一款無結婚之意思云云。僅爲抽象之規定。究不免失之寬泛。雖草案理由中有當事人無結婚意思。以事實錯誤爲限。其他事故。不得援引之文。然事實錯誤範圍綽綽。解釋稍誤。流弊滋多。日本民法第七七八條規定。婚姻無效。第一爲因人違及其他事由。當事者間無結婚意思時。第一三四一條第一款法意。似有取於彼。然彼則例示人違及其他事故。而我則僅言無結婚意思。二者相較。疏密顯分。即云事實錯誤。可以包括一切。然人之錯誤。究難以事實之錯誤解之。彼邦學者。以人違爲有形的錯誤。如以與甲男爲婚之意而誤與乙男爲婚是也。其關於人之品行身分性質貧富。則爲無形的人格之錯誤。人違固爲無效之原因。而無形的人格之錯誤。則不然。是蓋因人違可謂爲無結婚之意思。而無形的人格之錯誤。則不得謂爲與其人無結婚之意思也。草案第一三四一條第一款僅云無結婚之意思。而理由中則云以事實錯誤爲限。依此解釋。人違無效也。即無形的人格之錯誤。亦當無效。何則。以關於其人之品行性質貧富。固錯誤也。婚姻大事。輕易變更。若此。故謂第一三四一條第一款之規定。不免失之寬泛者此也。（日本民法法律行爲）（日九十五條）表示意思錯誤者其法律行爲無效。故親族法中人違者（七七八）其婚姻亦無效。我國草案（第一百八十一條）法律行爲表示意思錯誤者得撤消之。而親屬編中事實錯誤者。則無效。似亦不相應。

〔附〕日民法七七八條無結婚之意思者(一)人違即因人而致錯誤(二)其他事由其理由書中解釋其他事由句有二限(制)(甲)精神喪失中(乙)被強迫而呈報於戶籍吏日本從前婚姻之無效尙有身分違如平民與華族結婚是(日本

人分四級一皇族二華族三士族四平民此外尙有新平民係專爲中國人入籍者而設)此在明治四年以前尙無之
依草案解釋之人違爲有形的錯誤(本條之錯誤)固爲無結婚之意思即品行身分性質貧富無形的錯誤亦當解釋爲無結婚意思查實際情形爲配婚者多虛飾以期婚姻成全苟無形的錯誤亦可無效則婚姻甚不穩固此項條文將來須修

之正
無生殖能力者其婚姻有效否乎以舊日之言之在於求嗣若配偶者之一方無生殖力而婚姻之目的不能達於中國舊律訂婚時知其有殘疾之事實者其婚姻爲有效若待後日始知之者婚姻可以解除在西洋寺院法以無生殖力之孀婦爲無效(寺院法者僧尼之所製也其效力等有國家之法律以普通信教者其業皆隸於教會之下也)而不分結婚之前後德民(一)(二)(三)條婚姻時配偶者隱秘其無生殖力者其婚姻無效但限於原因在婚姻以前者德民(二)(四)條除實際上之錯誤不得享共同生活者其婚姻可以取消

日民法總則九十五條意思表示於法律之要素有錯誤時爲無效我草條第一八一條意思表示之內容錯誤或表意人不欲爲該內容之意思表示者表意人得撤消之

第二 不爲第一千三百二十九條規定之呈報者(民草第一三四一條二款)

婚姻爲要式行爲。因呈報於戶籍吏而生效力。今者既未爲適法之呈報。則法律上自不得認爲婚姻之存在。此爲當然之解釋。無可疑者。雖然。依民律通則。以違公共秩序之事項爲標的。其法律行爲無效。(民草第一七五條)則重婚(近親結婚)相姦者之結婚。均屬違反公共秩序。似即可以無效例之。故日本舊民法。亦以近親結婚。爲婚姻無效之原因。然婚姻一事。於人之身分關係。最爲重要。假使已經成立之婚姻。動輒得視爲無效。則不獨置當事人之身分於不確定之地位。而且影響於其所生子女之身分。而剝喪無辜者之利益。故立法者於婚姻無效。嚴定限制。者蓋以此也。

無效者根本無效也。而撤消則否。若認爲無效則婚姻成立後財產之關係及其子之身分必須變更。不如認爲得撤消之婚姻爲愈也。

無效之婚姻只限於無結婚意思及不呈報兩種其餘在總則中視爲無效之行爲在親屬編中只視爲可以撤銷之婚姻。與人生關係最切者從始視爲無效則所生子女必視爲私生子。身分適其權利受損甚非立法之精神。故特爲限制。

無效之婚姻。法律既嚴定限制。其無效之結果。亦有可言者。

(甲)無效之婚姻。當事人不得追認。(民章第二五四條參照)依民律總則編之規定。無效之法律行爲。若當事人知其無效而追認者。視爲新法律行爲。無效之婚姻。若當事人知其無效而爲追認時。似亦可認爲新婚姻之成立。然婚姻之事。與他法律行爲異。卽有其共同之意思。尙須從法定之程序。蓋婚姻不獨以當事人意思而成立者。故法文無追認之規定也。

(乙)無效之婚姻。根本的未曾成立。故夫婦之身分及財產之關係。與未成婚時。初無所異。當事人間既無夫婦之權義。其所生之子。卽不得取得嫡子之身分。而但得以私生子之待。(瑞氏民一三三於無效婚姻所生之子則視爲嫡子)

(丙)無效之婚姻。不必經審判廳之宣告。無效之婚姻。須經宣告與否。立法例不一。其取宣告主義而必以訴主張無效者。德瑞是也。(瑞士民法第一二二條德氏一三三九條)無效之婚姻。隨時可以主張者。法日(法民一八〇條日民七七八條)是也。唯日本民法無效婚姻之已經呈報者。對於當事人及第三者。有宣告無效之必要時。亦得提起無效之訴。而求審判衙門之判決。(日人事訴訟手續法第十八條參照)吾國草案理由。已謂不採用宣告制度。而於民訴律婚姻事件程序中

亦未有此種規定。然則謂爲不取宣告主義也。亦無不可。

第二款 婚姻之撤消

婚姻之有撤消原因者。其撤消權所屬之人及撤消權行使之時與其方法。本律於第一三四二條以下規定之。其不依此規定而爲婚姻之撤消者。則爲法律所不許。按厥規定。婚姻撤消之原因。首在違反婚姻條件中第二款至第八款之時。其他則從通常法則。於合意之有瑕疵者。如因詐欺及強迫所爲之婚姻。亦然而以各本條立法之意旨言之。撤消之原因。又可分爲二種。其一爲絕對的原因。即本於公益之觀念。無論何人得爲撤消之主張者。其二爲相對的原因。則其撤消原因。惟爲特定私人之利益計而存在者。其根本實在私益之保護也。絕對的原因。如不達年齡。同宗結婚。近親結婚。重婚。前婚解消或取消後。未過十個月之婚姻。相姦者之婚姻是。相對的原因。如未得父母之允許。詐欺。強迫之結婚是。

〔疏〕得撤消之人按條文規定第一爲當事人第二爲當事人之親屬第三爲檢察官然檢察官有撤消權凡人盡可呈報於檢察官則解爲無論何人亦無不可

第一項 絕對的撤消之原因

絕對的撤消之原因。基於公益之必要。故此時可以行使撤消權者。不限於特定之人。不獨對於婚姻之撤消有利益之私人已也。即國家亦得以維持公益之故。使其代表之檢察官行使之。特法律必先列舉有身分之利益關係人。如當事人及其親屬者。亦以當事人及其親屬。於地位爲近於情

事為悉。此而呈訴撤消。則無待於檢察官之干涉。不然。則即以檢察官干涉之。然違背第一三三七條之規定者。法又有前夫亦得撤消之規定。是非限於前夫之法意。乃因前夫有特別之關係。恐人以不能行使撤消權疑之耳。日民法七八〇條第二項違反第七六六條（重婚）七六七條（未滿期限之再婚）七六八條（相姦者結婚）規定之婚姻。當事者之配偶者及其前配者。亦得請求取消。是前夫之規定適用範圍為廣。而法國民法僅有百八十四條違背一四四條以下所為契約無效。得由夫婦或關係婚姻者或檢察官為其取消之訴。無特別之規定。我國民法前夫之撤消權。僅限於一三三七條不免掛漏。（民草第一三四三條）

隨一三三五條一三三六條一三三七條其情形均有前夫草案祇限有一三三七條不免掛漏又有關於他條之印本其原稿如何未悉按一三三四三條之規定改為違反一三三五條至一三三七條前夫亦得撤消之方為完全但如法民法百八十四條規定前夫二字不明言亦可

撤消婚姻之訴可否以代理人行之此一問題也按法律行為可以代理之通則苟為無行為能力人當然有法定代理人則此等人之撤消婚姻似可代理如不能由代理人行使撤消權則撤消婚姻之訴無從發生是不妥也然婚姻事件與通常法律行為不同不能適用法律行為之通則而不經允許之婚姻雖有允許權者得撤消之惟有云者即限定此人而他人不得撤消之意按德民法一三三六條云婚姻撤消之訴不得以代理人為之限制能力人之有撤消權不經法定代理人之同意得為撤消無行為能力人限於婚姻須由法定代理人同意代理人得撤消之在德民法有明文規定故無疑義中國瑞士法國日本等民法關於婚姻之撤消權能否用代理人行之既無消極禁止之規定又無積極許可之明文自可按照民法通則以許用代理人解釋之

婚姻當事人一方之死亡可否為撤消婚姻之原因此又一問題也（如甲與有夫之婦乙結婚是犯重婚罪也甲死亡其婚姻未經撤消在法律上觀察之其為夫婦固仍舊也）日民法七八〇條但檢察官於當事人一方死亡時不得請求取消是其他親族尚可取消限於檢察官不得取消其他親族得以取消者蓋與死亡者有親族關係之人不欲取消者檢察官無取於干涉也蓋以關係當事人親屬之事如財產等甚多也中國草案既無規定祇可認為死亡不能為撤消權消滅之原因

至行使撤消權之期間。則立法例不一。日本民法以無制限爲原則。其於某種婚姻。瑕疵僅在一時。而非繼續不息者。則又限制其期間。德國民法取消婚姻。惟得在六個月以內爲之。而某種婚姻。以何時起算。亦均明白規定。我國民草第一三四六條之規定。以上之撤消權。以六個月爲限。則似有取於德制也。（民草第一三四六條一項）

對於有絕對撤消原因之婚姻。行使撤消權。既以六個月爲限。然此所謂六個月。自結婚時起算乎。抑自知有婚姻時起算乎。起算之點不明。則法文猶未爲完備。故法文又復規定前項期限。以知有婚姻時起。以免紛惑也。（民草一三四六條第二項）

雖然前之所言。行使撤消權期限之起點也。法文既明示其起點。則過此期限者。其撤消權即消滅。然某種婚姻之撤消權行使。又有特別限制者。則爲未達年齡之婚姻及違再婚期限之婚姻是也。

日本民法有絕對撤消原因之婚姻無期間限制惟不適齡者至適齡時再婚逾六個月或已懷胎時則否德民一三三九條撤消婚姻之訴於六個月內爲之其起算點與我草案略同瑞士民法一二七條知有撤消原因及強迫經過六個月後及他原因經過五年者罹於時效（即不能撤消也）

第一 未達年齡之婚姻。其撤消權以年齡至及格時而消滅。蓋法律於未達及格年齡之婚姻。而予其父母等以撤消權者。實深慮未達於及婚年歲而結婚之人。其意思能力。尙未完全。無審決婚姻善良與否之識。故法予其父母等以撤消權。所以保護未達及婚年歲者之利益也。若既達於及婚年歲。則有判斷利害之能力。且得爲追認之行爲。可以認爲適法之婚姻。而撤消權者。自應消

滅其撤消權也。(制限婚姻年齡之理由有謂關係於生殖力者故日本舊民事編(五七)以懷胎為撤消權消滅之原因新民法則無之惟當事人有三個月之猶豫耳)(民草第一三四七條第一項)

附未達年齡之婚姻為一時之環與疵重婚等犯罪行為及其他妨害公益之行為為永久之瑕疵者不同故撤消權之消滅時期亦不同

結婚後既已懷胎其生殖力即為完全無須撤消然今則不能專講生殖力蓋中國早婚之聲景多且極能生育往往有十三四歲即有生殖力者如以有生殖力為不能撤消之標準則結婚者雖屬年幼亦不患不能懷胎若是則更助長早婚之風故在中國不宜有此通融之條文

未及年齡法當撤消一以保護婚姻者之利益一以防遏早婚之弊日舊民法之規定未及時之婚姻而有孕者撤消權消滅若然則有孕者幸無孕者不幸立法本意甚非劃一

第二 前婚解消或撤銷後未逾十個月之婚姻其撤消權以經過十個月及再婚後已懷胎而消滅。夫不經十個月後之再婚。法所以特予撤消權者。蓋為防混亂血統起見。若自前婚撤消或離婚或夫亡之日起。已經過十個月。則可無混亂血統之慮。故公益上撤消之原因。既不存在。則反以保護私益為必要。撤消權即應於是消滅。又雖未經過十個月。若婦人再婚後已經懷胎。且其懷胎期係在再婚以後者。則其非前夫之子。既已明瞭。自無混亂血統之虞。故再婚後已懷胎者。雖再婚在十個月內。亦不得撤消其婚姻也。(民草第一三四七條第二項)

附日民法七八二條未滿再婚期限之婚姻經過六個月或再婚後已懷胎者不得撤消日
本民法此等規定仿自我國舊律蓋出於注重血統觀念也西洋各國民法皆無此規定

草案一三四七條用已分娩字樣而理由書中曰已懷胎是蓋以日本民法七八二條之解釋直作為草案一三四七條之解釋也若條文中已分娩字樣改為再婚後已懷胎則理由書中之解釋方可適用溯思之以懷胎為是而分娩則非例如一月

十五日解消婚姻三月十五日再婚九月二十日分娩此分娩之子爲何人之子乎按民法推定生子其期至少者爲六個月（一百八十日）則此再婚後所生之子距再婚之日已有六個月此子究爲何人之子殊難斷定故以懷胎爲是若解爲分娩係在再婚以前又與條文不符

第二項 相對的撤消之原因

婚姻之相對的撤消原因。專以保護私益爲理由。故有撤消權之人。限於因婚姻而害其利益之特定私人。而其撤消之期限。亦在本律第一三四六條規定範圍之內。如未經同意之婚姻。詐欺脅迫之婚姻是也。

第一 不得法律所定者允許之婚姻。依本律第一千三百三十八條之規定。婚姻須經父母之允許。是父母有法定之婚姻允許權也。故苟不得允許之婚姻。則允許權者之權利。即被侵害。是爲個人之私益計。固不得不認其有撤消權。然此允許權者。僅父母有之。則其撤消權。亦惟父母得行使之。雖他國法例。有規定婚姻之當事人。亦得爲撤消者（法國民法一八一條及日本舊民法）然爲我國草案之所不取。蓋應受允許之婚姻。當事人既已不得允許而爲婚姻。而法仍認其有撤消之權。恐有輕視婚姻之弊也。（本律第一三三八條第二項尚有須經親屬會之同意者。則不經同意之婚姻。是否可以撤消此問題。即以第一三四四條解決之。第一三四四條謂。惟有允許權者得撤消之。則同意權自不包括在內。）（民草第一三四四條）

○**國** 民法一八二條以父母及法定代理人或親屬會之許諾爲必要。不得其許諾而爲婚姻時。非許諾權人及被許諾之當事者。不得爲撤消之訴。日本舊民法爲法國人編定。係襲取民法之規定。故亦與民法相同。

既以不得允許或同意而結婚又以此為理由而撤消婚姻則男女恒陷於不道德之地位

日本七八三條謂為同意權不謂為允許權又曰撤消權惟同意權者有之則彼所謂有撤消權者則親族會當然在內我草案分同意與允許為兩事夫同意與允許不過各稱不同而實質則無不同然法文上既有分別按形式上言之允許自不能包括同意在內

不得親屬會之同意其婚姻可否撤消此有二說(1)一三三八條之同意因繼母嫡母故意不允許而發生此項同意權實與允許相違(反此條當然可以撤消)(2)同意與允許明有區別一三四四條惟准有允許權者得撤消允許權云云專指父母而言於親屬會無與法律用語既有區別自以採第二說為宜

撤消此種婚姻之期限依法文規定亦為六個月而其起算之點則自有允許權者知有婚姻之事實始故苟於知婚姻之時起至六個月以後有允許權者不行使其撤消權則撤消權固應消滅而有允許權者於此六個月中將此可撤消之婚姻特行追認則撤消權即因追認而消滅蓋追認即為拋棄撤消權也或者婚姻雖未追認而成婚已逾二年則不問此二年中有允許權者知有此婚姻與否其撤消權亦即消滅蓋結婚既逾二年之久其效力已大都發生一經撤消則於私人之分財產關係固甚重大即於公共之秩序其影響亦不能謂少故法不如許其婚姻繼續使得確定其效力也(民草第一二四六條第二項第一三四八條第一項)

第二 因詐欺或脅迫而成之婚姻 依民律總則之規定凡法律行為之由詐欺或脅迫而成者均得請求撤消(民草第一八五及一八六條)本律又有第一三四五條之特定條文者以婚姻比諸他種法律行為其關係於人生者尤為重要故也然婚姻之關係僅限於婚姻之當事人故詐欺

脅迫之婚姻。其撤消原因。亦僅在婚姻之當事人。而與他人無與。例如甲男欺乙女。甲女欺乙男。而為婚姻者。男女兩方之被詐欺者。固可請求撤消。若其詐欺出於第三人。即不適用民律總則第一八五條第二項之規定。而請求撤消。何則。吾國婚姻之事。需媒妁者居多。貧富賢愚。大都出於游揚隱飾。使法律以第三者之詐欺。亦得為撤消之原因。則舉世之婚姻。無不可以撤消。而婚姻乃無確定之日。故吾國草案理由。亦斤斤於是。而不敢寬。至婚姻之由脅迫者。則無論脅迫之出於當事人及第三人。均好以之為撤消之原因。此又詐欺與脅迫之分也。(民草第一三四五條)

此種婚姻撤消之期限。亦為六個月。而其起算之點。則從發見詐欺或免離脅迫時起。故苟發見詐欺。免離脅迫之後。經過六個月。而不請求撤消者。其撤消權即消滅。以此種事情。詐欺固容易發覺。脅迫又難於持久。過六個月。而未為撤消之請求。法律即無再認其撤消權存在之必要。以紊家庭之秩序。若其於六個月內。當事人自為婚姻之追認時。則當事人拋棄其撤消權。自亦應歸撤消。而不容疑也。(民草第一二四六條第二項第一三四八條第二項)

此男用催眠術使女同至戶籍吏處呈報者其婚約可以撤消也然其為詐欺乎為脅迫乎就意思不能自由言之為脅迫就其心理上受有壓迫一依男人之命是聽待呈報後始知為男人之婦之方面言之是受男人之詐欺也此特指用催眠術使女同為呈報而言若用催眠術使婦人與之同居則實刑事上責任

雖然有一問題。即婚姻允許之出於詐欺脅迫者。其婚姻是否有效是也。依法律規定。父母有允許婚姻之權。而此允許出於詐欺脅迫之時。法律上認為允許乎。抑認其撤消乎。認為允許。則長不德

譽之澆風。認爲可以撤消。則詐欺脅迫之允許。究非詐欺脅迫之婚姻可比。日本民法第七八三條之規定。同意因詐欺脅迫者。亦得請求撤消。似不可不採取。而爲適宜之規定也。

附 按理論上言之。被詐欺脅迫之允許其婚姻可以撤消。然法文無規定。即不能撤消其婚姻之規定。甚爲嚴密。法無明文。自以解爲不得撤消。爲當新草案。則仿日本民法設有規定。

以上所舉婚姻撤消之原因。撤消權行使之期間。與夫行使撤消權者之人。均爲法律之所規定。固已。然其撤消之方法。又當一言者。依民律通則。法律行爲之撤消。向相對人以意思表示爲之。(民草第二五六條)而婚姻之撤消。則不適用。蓋法律行爲之僅關係於私益者。可以當事人之意思表示爲之。如有爭端。以審判衙門之判決撤消之。固爲不易之理。而婚姻則不僅關係於私益。苟放任之於當事人間之意思。則不法之撤消。或將不免。故法必限以向審判廳呈訴撤消也。(民草第一三四二條)

附 撤消婚姻與離婚乃創設之訴。非確認之訴。乃使法院爲之回復。未始以前之狀態。非如某人不認某權之存在。而請求確認之也。

第三項 撤消之效力

法律行爲之可以撤消者。視從始無效。(民草二五七條)此法律行爲之通則也。婚姻之撤消。則不適用此種原則。其效力不溯及既往。蓋婚姻關係於人之身分者。至爲重要。使撤消之婚姻。其效力溯及既往。則已經成立之身分。必因撤消而有所變更。當事人固不必言。當事人間所生之子。必無辜而蒙私生子之名。於人情固覺不堪。即於一家之秩序。社會之公益。不得謂爲無妨。故本編設

此特例。意蓋在是。

關於婚姻撤消之效力各國立法例均不相同有以遯及既往爲原則而於特定事項設爲例外者如德國是有以不溯及既往爲原則而於財產之特別事項設爲例外者如日本是有分別當事人之善意惡意而或溯及既往或不溯及既往者如法國是本律之不溯及既往蓋採第二主義即無論當事人之關係當事人之子之身分與夫當事人之善意惡意均非所問而無不可以不溯既往之原則概之也。(民章第一三四九條第一項)

疏 德民法一三四三條可取消之婚姻被取消時自始即視爲無效日民法七八七條結婚撤消之效力不遯及既往
法二〇一條婚姻取消後其婚姻係誠意成立者夫婦及子女之私權仍可享有之(若一方誠意則誠意者一方之私權可享有惡意一方則遯及既往法國條
文祇規定誠意一方惡意一方無之)

惟婚姻之撤消不溯及既往故撤消之當事人及其子女於撤消時止。法律上仍有其效力。如夫婦之身分。其子之權利。固依然如故。即夫婦之財產。於撤消時止。法律上亦仍有效力。如夫婦相互間所訂結之財產契約。亦依然有效。其或於婚姻之際。所爲贈與之行爲。或夫妻因婚姻所得之財產。縱使婚姻撤消。此種贈與或取得之財產。斷不能爲返還之請求。此其原則也。然取得財產之出於不當利得。或不法行爲者。法律又爲例外之規定。於當事人不知有撤消之原因者。其所得利益。於現存之範圍內。有歸還之義務。(婚姻既撤消則由婚姻所得之利益自應歸還然法既曰不溯既往故歸還限於現存之範圍而不及於已費消者)若當事人知有撤消之原因。則爲當事人之惡

意其取得之財產。自宜歸還全部。（利息婚姻費用等亦應歸還）不問其是否現存。是否費消。及其費消之爲何種原因也。至於撤消之原因。一方知之。而一方不知者。則知者一方對於不知者之一方。不但歸還全部利益。而於不知者一方之受有損害時。且須負賠償之責。（賠償不限於財產並包含名譽貞操自由）此又本律規定。與不法行爲不當利得之原則相符合之點也。（民草一三二四九條第二項）

當事人知其原因雙方俱屬惡意自宜歸還全部利益此基於不當利得之原則也一方知之
一方屬於惡意故於全部利益歸還之外且須爲損害之賠償此基於不法行爲之原則也
瑞士民法婚姻撤消後
人不得用男家之名號

第四節 婚姻之效力

法律既規定婚姻要件於婚姻成立之先。自應規定婚姻效力於婚姻成立之後。婚姻之效力云者。即因婚姻成立後所生之夫妻權義是也。此種權利義務。可分別而言之。

我國婚禮古書言之甚詳至婚成後之效力及其權義則未之或其原因有二（一）輕女重男之習慣如夫唱婦隨。夫爲妻綱云云是也（二）以夫妻之權義委之道德以法律不可規定此種事項也然道德不過爲社會上一種條規無明確之規定如云夫夫婦婦而家道正亦權義究屬模糊刑律上雖間有妻不得爲某行爲之規定然究非民事上責任今則法律道德分爲二途夫妻之權義乃大分明

第一款 關於夫妻本身之效力

婚姻當事者。因婚姻之成立。取得夫妻之身分。固無論矣。因婚姻而發生親屬關係。如夫對於妻。妻對於夫之宗親外親是也。因婚姻而發生家屬關係。如夫入夫家爲夫之家屬是也。此外夫妻應

相互和睦也。相互扶掖也。夫應保護其妻。妻應從順其夫也。凡此皆婚姻最初之目的。而爲男女所應共守。爲道德之所要求。而無法律規定之必要。然一任之於道德。則又有不免放任之嫌。故法律亦基於道德之本念。而設強行之規定焉。如同居之義務扶養之義務。即原因於相互扶掖之中。夫爲妻之監護。妻之能力被限制。卽由保護從順之目的而生。可知法律上之義務。卽道德上義務之結果也。今試就法後所規定者。歷述如下。

〔附〕妻至夫家爲家屬本草案無明文規定。日民七八八條妻因續姻而入夫家。第二項云。入夫婿養子因續姻而入妻家。蓋因規定第二項乃規定第一項也。中草雖不規定亦無妨礙。因日本之家長爲戶主。與中國之家長不同。戶主可以相傳。如父死傳子。嫡子死傳於庶子。無子傳女。是爲女戶主。若與女戶主爲婿。則入於女家。爲入夫婿。夫者乃對於女戶主而言也。婿養子者乃對於養子而以女妻之也。中國雖有養子。婿婿然。民草中並無地位不能入於妻家。既無如日本七八八條之第二項。亦自無如日本該條之第一項也。德與法亦無之。

日本養子甚多。乃木希典小將破金州時。其二子此外亦無他子。明治天皇死。行大葬式時。乃木夫婦兩人自剖其腹以殉。遺書言。學使絕家。不要養子。自有此書。日本法學家乃研究養子制度之利弊。其結果乃知此風從中國流入。今則較古已希。相互扶掖。法國民法二一二條亦有其規定。夫婦須真實互相扶養。法民法二二三條妻須服從其夫。須保護其妻。乃禮節上之規定也。

第一 同居之義務。 婚姻之目的。在依共同之生活。以補救不完全之個性。同居者。卽所以達婚姻之目的。是夫妻各有同居之義務。固無可疑也。然夫爲一家之主宰。而女子之責在無違。且婚姻之成立。通常爲妻入夫家。故必謂夫妻互有同居之義務。則夫可以要求妻之同居。妻亦可以要求夫之同居。兩者對等。於法理固不得爲偏。而於一家之秩序。社會之習慣。誠恐有所扞格。故法文規

定。夫有使妻同居之義務。妻負與夫同居之義務。主從分明。不使當事人多無謂之爭端。此蓋立法者之初意也。(民草第二三五〇條)

疏 中國與日本民法均謂同居。德瑞民法則謂共同生活。德民法一三五三條。婚姻當事人互負婚姻上共同生活之義務。瑞民法一五九條。因婚姻而配偶者互負婚姻共同生活之義務。日民法七八九條。妻負與夫同居之義務。第二項夫妻要

使妻為同居。法民法二一四條。妻應與夫同居。妻隨夫所居之地為同居。我草案與日民法同。

兩相同居。雖係對待債。則妻不能指一地。監使夫就已故法文規定。使主從分明。又使同居云者。使字一方即為權利。

夫既有使妻同居之義務。其一方即為使妻同居之權利。故決定之事務。其權一屬之於夫。住址之選擇也。房屋之租賃也。夫定之而妻隨焉。妻不得以意志之不合。而拒絕夫之同居。夫亦不得以己之不便。而拒絕妻之同居。蓋法律之昇夫以此權者。無非以婦人智識淺薄。見聞不多。使亦得決定同居之事務。究不能計出於萬全。擇隣故事。昔有是言。今固罕違。此一三五一條規定之理由也。雖然。依法文言之。妻負與夫同居之義務。解釋上固非絕對。蓋夫所以能使妻同居者。必其事務之決定。出於正當之行為。苟決定之居所。而有碍於身分或其品行者。則妻其自有拒絕同居之餘地。例如蓄妾之居。賣春之館。使夫亦得強要妻之同居焉。固非人情之所能堪。抑亦法律之所不許。或者同居之後。夫對於妻。而為有形無形之虐待。則妻固不妨不踐此義務也。抑又未也。夫使妻同居之義務。亦非絕對之規定也。男兒志在四方。誰則甘於家食。出仕經商。旅行遊學。凡在奮鬪之生涯。不免冷落於衾枕。當此之時。使妻而以同居之義務責之。在家有餘資。室無

他人者。固屬不妨。苟其父母在堂。資斧不足。而爲之妻者。爲一己之晏安。置家庭於不顧。則不特於社會習慣不適。卽於法律之精意。亦豈有合。是又當分別而觀者。

德民一三五四條夫處決關於婚姻共同生活之事務如住址及同居尤有特定之權第二項云夫之處決出於濫用夫權者妻得不服夫之處決

夫妻各有其同居之義務。固如上所述。苟其義務不履行。妻不肯與夫同居。夫不肯使妻同居。此時救濟之法。爲法文之所未定。學者卽不免因之致疑。然夫妻同居。既非意思之表示。又非財產之給付。卽使審判確定。亦終無執行之途。蓋人。身。自。由。不。得。漫。焉。加。以。拘。束。法。理。所。在。不。容。異。言。且。夫。妻。同。居。斷。不。以。形。體。的。共。栖。爲。終。竟。苟。其。間。無。共。同。生。活。之。意。思。固。猶。不。能。爲。同。居。義。務。完。全。無。闕。故。謂。夫。妻。不。肯。同。居。僅。得。就。不。肯。者。之。一。方。課。以。遺。棄。之。責。而。以。之。爲。離。婚。之。條。件。耳。不。能。謂。同。居。義。務。可。以。公。方。強。要。也。日本民法理由雖有可以公方強要之文。而判例學說傾向於反對者居多。

不盡同居之義務者其救濟之方法約有二端(一)認爲債權法上作爲義務不履行請求損害賠償(二)惡意遺棄請求離婚

日本民法理由書謂妻不肯同居時以命令使之同居如有稽遲逃亡者可以搜索拘引卽以公力強要也同居義務不能爲強制執行其理由有二(一)同居義務並無可以執行之性質(二)同居義務無執行之方法

第二 扶養之義務。扶養之義務。卽由夫妻互相扶掖之義務而生其程度及其方法。有第七章之規定。卽無說明之必要。特此時可以一言者。卽扶養權利者。不肯履行同居之義務時。則扶養義務者。尙存此義務與否是也。此雖非法文之所明示。要不失爲討論之問題。夫夫妻扶養之義務。由

夫妻之身分發生，非因離婚或有其他無效撤消之原因，而解消其夫妻關係時，縱使一方不有同居，亦不容以違背同居義務為理由，而免扶養之義務。故一方之義務不履行，而責一方以獨行，雖似於情理不平。然同居扶養，本非因果相生之條件，即無互為取舍之理由也。（民草第一二五二條）

國妻有受扶養之權利，而不肯與夫同居，夫可以不扶養否？此問題驟觀之，似可不扶養。實則扶養義務由夫婦之身分關係而生，非本於同居義務。故同居與否，與扶養義務無關。即二種義務并行不悖，非相為條件也。若因不同居而請滾離，雖離婚之後，無夫婦關係，自亦無扶妻之義務也。

第三、妻未成年時，夫有護監之職務。夫有保護其妻之義務，故對於未成年之妻，夫有監護人之職務。蓋無行親權之未成年人，須置監護人（民草一四一〇條）未成年之妻，既入夫家，其父母已不能再為親權之行使（民草一二七九條），故以夫行監護人之職務，而保護其妻，是固當然之理也（民草第一二五三條）。但夫未成年時，其自身尚須監護，對於其妻，即不得行監護之職務，而僅得以行親權人或監護人之同意，而行使其夫權（民草第二九條參考），而成年之妻，對於未成年之夫，亦不得行其監護。此以互相扶掖之一點言之，似不相當。然以妻為監護人，而行其權力，則即與夫權有衝突之虞。故在日本民法第九〇二條，限於夫為禁治產者時，事實上已不能行使夫權。妻得為監護人（後見人），而吾國民草第一四三三條之法意，不採取之也。雖然，夫妻均未成年之時，夫有監護人者，固不必說。妻之未成年者，夫既不能為監護人，則其妻是否有別設監護

人之必要乎。依監護通則。未成年人無行親權之人。或行親權人不得行其親權時。即爲監護之成立。(民草第一四一〇條)則未成年之妻。其父母既不能行其親權。即有別設監護人之理由。此一說也。依總則第二九條之規定。夫未成年時。對於其妻之行爲。非經行親權人或監護人之同意。不得擅行允許。所謂其妻。法文並無未成年之分。則對於未成年之妻。即可以未成年之夫之監護人爲其監護人。而且夫有夫權。監護人亦有其監護權。一經衝突。易起爭議。以此言之。實無別設監護人之必要。此又一說也。夫法文界限至嚴。監護制度。關於未成年者尤切。民草第二十九條之規定。爲夫而言。非爲妻而言。固無間接監護之效力。而監護之成立。實以無親權及不能行使親權爲前提。則爲未成年之妻。別設監護人。實爲法之所許。而夫權既依法律可以行使。亦斷不慮監護權有侵越範圍之時。似前說較勝於後說。特此爲純粹之法理論。而以事實言之。我國家制。素重統一。苟其子未成年。有父母以行親權。或有祖父母及其他之監護人。以行其監護權。而於未成年之子。婦。更設一人焉。以爲保護之計。政出二孔。固亦不得謂之適應之制度也。

第四 妻之能力受制限之義務。婚姻成立。妻之行爲能力。即應受夫之制限。是妻須服從其夫之結果也。蓋夫妻爲共同生活之主體。而此共同生活。非有一人爲之主持。則意見衝突。即不免於不安。故法文又必詳爲規定。以示之標準。即總則二十六條以下之規定是。當此種規定。并非以婦女智識劣於男子。而爲此制限。特以妻之行爲之重要者。其影響必及於其夫。不如未婚之女。已寡

之婦。其行為之結果。影響只及於一人。故法律假夫以允許之權。即以保護共同生活之利益也。

法 民法規定如妻與人因債務

成訟其訴訟之結果與夫無關
日本舊民法九十九條婦女有守操之義務俄民法亦規定婦女有貞操之義務夫此等天經地義之原則似可無庸規定
我草案觀之並無積極之規定然就一三六二條之反面觀之（一三六二條乃規定離婚之原因）（一）重婚（二）通姦（三）
男子犯姦罪（非罪）男女皆有守貞操之義務
故法雖無明文規定然不可謂無此義務

第五 解除契約之權 前款所舉。妻於婚姻成立後。夫有制限其能力之權。然此為妻對於第三人所為之行為也。夫妻間所為之行為。則何如乎。依外國法例。夫妻間所為之契約。惟買賣贈與兩行制限者。如法國是。（法民一〇九一條以下及一五九五條）認其成立。而得許撤消者。如日本是。（日民七九二條）揆厥制限之理由。以夫妻間之契約。大都不出於夫妻間之恩愛。即被脅於夫之威力。失意思之自由。而為不利益之契約。法律為弭此缺陷起見。乃有此種限制之法。雖然此種理由。夫妻間無論何種契約。均所存在。斷非限於買賣贈與之行為。故我國草案。亦採取日本新民法之法意。認夫妻間之契約。得自由訂定。而不加以特別之制限。惟許夫妻之兩方。無論何時。得撤消其契約而已。

法 民法一〇九一條夫妻間得互為贈與惟須依下列規定又一五九五條夫婦間之買賣應依左揭各款為之

（規定於財產私得編因無親屬編故也）日舊民法夫婦間禁止買賣而贈與後可以取消交換行為後不能取消其後
知辦法不一
新律改之

雖然其所撤消者。則必以限於婚姻中也。婚姻解消之後。夫妻間之契約。既當然認為完全有效。

自無撤消之餘地。且法荷尙許其撤消。則夫妻間因婚姻撤消解消之故。或有不必撤消之契約而撤消之者。是又不可不防也。

疏 一三四條夫婦間所訂立之契約在婚姻中各得撤消甚難解釋日本大審院判例及學說以爲得撤消之契約須備有二條件(一)訂立之契約限於婚姻中(二)契約之撤消期限於婚姻中法律所以許其撤消者蓋恐其契約因恩愛及威脅而成也若婚姻解消後則已無恩愛及威脅之可言故此對成立之契約不准撤消又一三五七條云夫婦於成婚前關於財產有特別契約者從其契約故婚姻前之契約亦不能撤消蓋(一)爲法律所承認(二)無恩愛威脅之可慮也

撤消契約之效力。本編既無規定。自應適用總則。而本編又有一限制焉。即不得害及第三人之權利是也。蓋使第三者因夫妻間之契約撤消。而受其影響。則足以遭不測之損害。而妨礙交易之安全。故法又必保護之。而不得以夫妻間之撤消權。妨害第三人之權利也。(民草第一三五四條)

疏 據總則規定撤消向相對人以意思表示爲之。又撤消溯及既往。若妻將夫贈與之物。贈與他人。其夫婦間之契約撤消。後是妻贈與他人之物。仍應還之於夫也。然他人已得權利。苟如此保護。夫婦兩人之目的雖達。而第三人不免受損害。矣。
不准

總則二五七條撤消之行爲。自始視爲無效。假令在婚姻中有與契約後。經夫撤消。然登記尙爲妻之名義。如妻利用此點。將贈與目的物。轉贈他人。是否有效。日本大理院於此情形。探無効說。以此契約乃夫婦片面契約。不能對抗他人。夫雖意於撤消。登記不能以此遂喪失其所有權也。

第六 妻之日常家事代理權。夫爲一家之主宰。有支配一切之權。然必不分鉅細。事事躬親。則勢亦有所不給。故妻對於日常家事。亦有處理之權。此種權利。其性質上實爲夫之所委任者。惟每事必受夫之委任。則事亦有所不能。故民律依通常之習慣他國之法律。於尋常家事。與妻以法律上之代理權。無論妻之行爲。爲得權利。爲負義務。而對於其夫。均能發生效力。而其所謂尋常家事

者。則爲應於身分地位通常必要之行爲。如衣服之裁製也。米鹽之購買也。房屋之小修理也。均屬之。至於其程度如何。價格如何。則爲事實上問題。而一任之於審判官之判斷矣。（民草第一三五五條第一項）

附 妻之日常家事代理權就性質上言之。應由於天之委任。然實際上。一事悉經夫之委任。未免太煩。故法律定明妻當然有代理權。亦主中餼。據非白者之應爾也。瑞民法一六三條。德民法一三五七條。妻於家政上職權內之事務。有代夫管理之權。

所謂尋常家事者。當家之家與真寔之家。其情形不同。一任審判官之認定。

抑此種代理權。雖爲法律之規定。而非出於夫之委任。然夫對於其代理權。仍得爲全部或一部之限制。蓋使其妻無家事之經驗。則委以一切家政。或不免於墮弛。故法有此特例也。但顧一家之家政者。亦不得妨交易之安全。夫之制限。於善意之第三者。固不生其效力也。（民草第一三五五條第二項）

第二款 關於婚姻當事者財產關係之婚姻效力

婚姻論財。薄爲夷虜。吾國習慣。婚姻之效力。決無財產關係之可言。故凡婦人一入夫家。其食息。惟夫是賴。即其嫁資。亦在混合之列。而無特有財產之名。而婚姻中之費用。當然由家長之負擔。故夫婦間之財產關係。非特法律所不認。亦爲習慣所不容。特因時事之變遷。法律之觀念。亦漸以明確。故丈夫以用妻財爲羞。而婦人亦無不以私蓄爲重。而且習俗奢侈。富貴之家。一有嫁娶。服飾奩資。

無不誇多而鬪靡。使其間無適應之規定。則爭端不免發生。而感情或以之扞格。而且他國成例。規制畫然。雖不必事事模仿於他人。究宜略師其制。以爲矯正習俗之具。此又關於財產規定之理由也。

國 中國從前父母在子不得有私財內訓云子婦無私貨無私蓄不敢私假不敢私與子女所得之財產均歸於家長在宗法時代均歸於宗子(今喪禮中之承宗孫仍帶有宗法時之遺跡)及宗法衰廢子女財產收益歸於父母嫁資亦歸其夫在婚姻之前未嘗有財所謂納幣寢應者亦不過禮節而已其後始有聘金相習成風似以聘金與女相交換者而嫁資亦甚豐漢時嫁一公主予金萬斤然此皇室也現今一般人民皆有嫁資

第一 關於婚姻中一切費用之負擔 婚姻中一切費用。即由婚姻而生之一切費用也。夫妻之生活。子女之教育。是種經用。均由婚姻之結果而來。其性質實以夫妻共同負擔爲原則。然夫妻間爲輻銖之較量。計算既屬困難。且恐易生意見。而社會習慣。俯畜又委諸於夫。故自當以夫負擔之也。特夫之無力負擔者。則妻苟有資力。依扶妻之結果。妻仍當負擔之。然而此種負擔。非即扶養義務也。此種負擔。即妻有自活之資力時。夫亦仍應負擔。以夫爲一家之主宰。不容爲棄置之行爲。而扶養之義務。苟權利者有資力可以自存。即無扶養之必要。此其要點。有應行研究者。(民草第一三五六條)

國 中國實際上關於婚姻中一切費用由家長負擔非由夫負擔草案所以規定由夫負擔者立法之意思蓋爲使家族主義漸變爲個人主義也日民法七九八條關於婚姻中一切費用由夫負擔妻爲女戶主時由妻負擔又七九九條妻之財產夫有收益使用之權此蓋爲夫負擔費用之交換條件也我草案規定與中國實際上習慣不合蓋習慣上由家長負擔法文則曰由夫負擔也雖親屬法中家長有扶養之義務然扶養義務乃於被扶養者無力生活時始能適用且此規定並非費用之負擔也日民法明定由家長負擔較爲適合然我草案之規定亦自有益於中國早婚弊大其婚姻之費用有所依賴是亦原因之一有此規定可使人知非能獨立生活者不敢作娶妻之想則早婚之風自可杜絕

負擔婚姻費用與扶養義務不同因扶養義務必被扶養者不能自活有義務者始負扶養之責婚姻費之負擔則否縱令妻有財產荷夫力能負擔此種費用時仍須負擔之

第二 關於夫妻財產之特別契約。我國婚姻之目的以嗣續爲前提。但使或立室家。其他即非所問。且主婚一憑之父母。子女無置喙之時。其契約已難成立。雖使婚姻自由。而夫妻之結合。大抵主於恩義。故夫妻財產契約之名詞。實從來所未有。然以現在權利思想之發達。人已界限之分明。故夫妻間財產之問題。似亦不無研究價值。荷其訂立契約。則既爲法律行爲。又非法律之所能禁止。是以法文規定夫妻間之有特別契約者。應從其契約也。民草第一三五七條第一項

疏 嫁女妝奩無論携自母家抑甲夫給與均應歸女所有其自因故離異無論何種原因離去者自應准其取去夫家不得阻留之大理院上字二〇八號判例

中國婚姻大抵父母主婚子女年少多有不知者亦無從締結財產契約也

雖然夫婦間財產契約之有效。既如前所述。而其契約之時期則如何乎。是又有一定之制限焉。即須於婚姻呈報時登記之是也。蓋婚姻既以呈報而生效力。苟於呈報後。登記契約。則夫妻之關係已經成立。其契約之是否出於自由意志。究不可知。或由熱情。或出威迫。非真意之契約。終貽悔恨於終身。故法文限之於婚姻呈報時。則必其契約在婚姻前可知也。此又民草一三五七條第二項之意也。(日本民法七九四條夫妻財產契約非於未爲婚姻呈報之前呈請登記不得對抗第三者依此規定則夫妻間當有效力我國草案僅云須於呈報時登記之則非於此時呈報其契約即不生效力而不得不依次條之所規定矣(民草第一三五七條第二項)

〔圖〕夫婦財產契約之限(一)契約之時期限於呈報婚姻時登記(二)契約之效力因登記而發生必因登記而生效力即可有致則第三人不免受意外之損失矣在法德等國由裁判所或公證人證明其契約我國由戶籍登記即生效力

中國草案關於夫婦財產僅有數條日本則有法定財產制與約定財產制一切均規定於法律中我新草案(第一草案)亦祇有此數條解釋上不發生疑問也

(一)夫婦財產契約是否為獨立契約即除登記及時期外能皆通用總則契約之規定與否課視之似為獨立契約以其為財產契約也然此約係附隨於婚姻之特別契約婚姻解除其契約亦隨之消滅其非獨立契約可知也惟婚姻可以追認(未經父母允許者由父母之追認)當為婚姻時訂立財產契約婚姻追認為有效此契約是否同時有效亦一問題此當視有同意權人之同意與否若一併追認者固皆為有效若僅承認婚姻而不承認其契約者其契約仍為無效

(二)婚姓有無效撤消原因而契約無之契約有無效撤消原因而婚姻無之

(三)夫婦財產契約附有停止條件而條件未成就或附有解除條件而條件已成就時則何如此實為一三五八條之規定

(四)契約訂明以夫管理財產而夫之管理失當時亦應依一三五八條解除關於此問題有二說(甲)謂妻當受契約拘束縱使夫管理失當若最初無特別聲明時亦無可如何(乙)謂夫管財產由一三五八條之精神推之全為保護妻而設故夫當時妻可自行管理二說相授以後者為優即破產律草案六

○條九三條之規定於夫破產時妻可請求自行管理其財產

(五)契約可否變更凡締結契約係自由性質當然可以自由變更毫無疑義

第二 妻之特有財產。夫妻財產關係之有契約者。固應從其契約。然無此種特別契約時。使法文無一定之規定。則又仍多爭執。而外國法例。關於大妻之財產制度甚多。皆與我國舊來習慣不大相適。故我國雖不能法定財產制之名。不能不有畫一之科條以定其關係也。(民草第一三五八條)

〔圖〕法定財產制各國不同

(一) 共產證 法和等國行之可分為全部共產制與一部共

產制一部共產制又可分為動產共產制與不動產共產制

(二) 所得其產制 西班牙行之此制夫妻財產各

各獨立惟在姻婚中夫妻所得之財產則為共產

(三) 無共產制 奧日與德國之一部行之我草案亦之此

制夫妻財產不共同但妻之財產夫有管理使用收益同權

(四) 別產制 俄國行之此制夫妻

財產各自管理使用收益不相干

(一) 嫁資制 德國之大部行之此制因夫負擔婚姻費用妻提出財產之一部或全部於夫

夫有管理使用收益之權夫妻均不能處分中國南方有此風婦死作為祖田傳及子孫

(二) 無嫁資制 意大利行之此制原無嫁資惟

可定嫁資契約夫婦均不得處分與別產制相類

就理論上言之共產制甚善蓋夫婦對於子女均負扶養之義務也惟婚姻消時分析財產計算甚難於實際上未安別產

制於婚姻消時計算不虞困難但夫婦間之財產顯有界限亦未得當嫁資制與無嫁資制則各因其習慣而生不能抽離

的斷定是非最善者惟無

共產制故草案採用之

瑞士新民法關於夫婦間之財產規定最詳中國習慣夫婦間惡言財產若採他國法例又遭老儒之議

評且草案採家族主義而西洋個人主義之法例又難相合故草案之規定不容瑞士等國之詳且盡也

在成婚後因成婚前之財產所得之利息亦為特有財

產然夫有收益之權故變為夫之收益權之所得也

(甲) 妻於成婚時所有財產及成婚後所得之財產為妻之特有財產。成婚時所有財產如妻於出

嫁時由母家携來之妝奩及其他財產是成婚後所得財產即妻因受他人贈與或因正當勞動所

得之酬金均是此種財產與夫毫無關係故得許其為特有財產以免他日無謂之爭端也

(乙) 妻之特有財產夫有管理使用收益之權。夫妻既有特有財產則管理收益使用之權屬於何人

又不能無所規定。法特予夫以管理使用收益之權者一則夫權所在妻應有服從之義務一則婦

女管理財產。恐有失常。而危及其特有財產也。世亦有謂收益使用之權。乃對於負擔婚姻費用之報酬。在本案殊非正論。

管理有保存利用
改良三種行為

日民法夫擔負婚姻中之費用使夫管理使用收益妻之財產為一種報酬。如妻之房屋租賃於人夫收房租即為收益然修理房屋之費用歸誰負擔法無明文又使用之範圍與方法亦無限制。如以妻之地種植鴉片。將如何救濟法亦未有規定。此皆草案之缺點也。

(丙)夫之管理財產有損害之虞時。妻得請求自行管理。此為保護特有財產之結果。蓋夫而管理妻之財產。或有出於不當。而損害其財產者。使無自行管理之辦法。則妻雖有特有財產。與未有等耳。特管理財產。為夫之法定權利。故此時欲自行管理。非請求於審判衙門不可。

從寬解釋則使用收益亦可包括在管理之內。然此在習慣上如此。若嚴格從條文上解釋則使用收益並不能包括於管理之中。

妻請求自行管理有二情形。(一)有損害之虞時(民草一二五八條)(二)夫破產時(破產法草案九三條)又夫之管理非本於契約乃本於法律之規定。故妻欲自行管理非請求審判衙門不可。日民法變更管理非經登記不得對抗第三管及其繼承人。中國民草無此規定。乃規定於破產法中。中國民草關於夫婦財產制度只有數條未免過於簡單。其效力頗有薄弱將來宜詳定之。

第五節 離婚

離婚云者。以人為的解消婚姻關係之謂也。茲之所謂解消婚姻。與前節所述撤消婚姻不同。蓋撤消婚姻其原因發於婚姻前。而茲之原因。則發生於婚姻後。撤消婚姻。婚姻當事者以外之人。可以

真謂此則限於婚姻當事人故法所以別設離婚之規定也(中國古無離婚之名惟家語有七出之言至唐接始有義絕離婚之制草案理由引禮會子問不免誤解)

家語

家語之七出乃由於子之出妻禮而子思爲出母喪是有出妻必有出母想見出妻之名更在出母前也七出者(一)不事舅姑(二)不順公婆(三)無子(以五十歲爲限)(四)淫辟(五)盜竊(六)多言(七)惡疾(如不名與之症)一又有三不去(一)會更三年喪(二)賤妻貴不去(三)有所受無所歸(娶時有家其後無家)舊律中之七出大部分根據家於語然無不順父母一語蓋不事舅姑爲不盡婦道故可出若不順父母於夫家無干也莊公二十七年公羊傳何休註七家(一)(二)(三)(四)(五)(六)(七)皆同惟(一)之不順父母改爲嫉妬由嫉妬二字觀之則古人大都有妻可知也公羊傳又有五不娶(一)喪婦長女不娶(婦謂作父)(二)父長女不娶者善惡(惡謂不良也)(三)世有惡疾不娶(棄於天也)(四)世有刑人不娶(棄於人也)(五)亂家不娶(五)逆家女不娶(皇帝無所謂出妻妻有不良或殺之或與之別居至律爲民設皇帝不受其拘束也)

世有刑人不娶(棄於人也)(四)亂家不娶(五)逆家女不娶(皇帝無所謂出妻妻有不良或殺之或與之別居至律爲民設皇帝不受其拘束也) 查妻理由書謂唐律出妻(一)七出(二)義絕夫初七出有實跡可徵且有理由可言若義絕則無一定等因唐律疏議曰義絕謂夫毆妻之至奪服(父母祖父母)殺妻之父母祖父母伯叔令兄弟姊妹若夫妻之而系會屬外祖父母等自相殺及欲害其夫者及與夫之繼嗣以上親姦者 等及欲害其夫者及與夫之繼嗣以上親姦者 出妻之外尚有妻自願去者考之古語有晏子御者之妻(見韓非子)又朱買臣之妻下堂求去(見漢書)

禮記會子問有吉日而婿有喪者何如孔子曰婿已葬婿之伯父致命女氏曰某之子有父母之喪不得獨爲兄弟(即不得結婚之謙詞)使某將命女氏許諾而非葬嫁禮也婿免喪女之父使使人請婿弗娶而後嫁之禮也禮學家關於上文有兩解釋一謂弗娶者婿夫別娶也此時仍屬嫁於原婿一謂弗娶者婿始免喪心中尚有尊戚而後字樣其中有多少手續經過比若於平仍嫁於原婿故謂禮也若謂既待三年不娶以致另娶則不近人情也草案引此謂中國許嫁之起源與此兩種解釋均爲不合蓋此則並未離婿也(黃以周先生著禮書通考其中有斷案卷五禮通考禮通考爲優)

有自由離婚制度有禁止離婚制度有限制離婚制度初民之思想視女子爲財產不欲者則棄之其後始有七出即所以限制也然謂之出妻並無出之文可之夫權甚大草案所謂婚姻乃就兩方而言也 離婚制度共有三種(一)絕對禁止離婚此在西洋古代宗教勢力最大時以婚姻乃由神所命不可以人力移轉(二)自由離婚此乃受前者影響之反動爲少數國家所採用乃野蠻惡習夫婚姻爲人生之幸福社會之成因自由脫離弊害實大現無採用之者(三)限制離婚如我草案之規定 雖不能絕無弊端就比較上言可謂差勝一籌

第一款 合意之離

合意離婚者。即夫妻兩願解消其婚姻關係。此種制度。是否可許。雖學說不一。然吾國舊律。既有夫妻不相和諧而兩願離異不坐之條。則合意離婚。已為我國法律之所公認。本律不妨沿襲。然離婚一舉。為婚姻當事人間。最不祥之事。故法又必嚴定條件。以示之準則。其條件則如下。

兩願離婚之弊(一)遠永久之目的(二)政理視婚姻之漸(三)妨害子女之利益兩願離婚之利(一)有益於子女(二)免受其父母反目之害(三)防意外之變故(四)保一家之平和名譽(因茲而兩願離婚人皆不知若起訴於法庭則人皆知之矣)

離婚之外有所謂別居制者。各國法例如下(一)以夫婦之合意為離婚之原因。比利時羅馬尼亞那威丁抹等國是也。(二)不以夫婦之合意為離婚及別居之原因者。法於一八一六年。普魯士王室再興(即拿破崙)廢離婚制。至一八八四年以後。離婚與別居併行。(三)以夫婦之合意為別居之原因。不為離婚之原因者。意大利行之。中國及日本採第一例。本草案只有離婚制。無別居制。自我國習慣言之。雖認別居制為宜。自古皇室已有別居之事。如皇后及妃嬪之失寵。貶入冷宮是也。且一般人之觀念。凡曾為己妻者。不願其再嫁別人。致失體面。如認別居制。則兩姓之體面。可以顧全。夫妻反目。妻歸母家。為事實上所常有。若認別居制。可保夫婦關係之存在。而為和好之餘地。况吾國對於貞操觀念。視為重要。再醮之婦。多為世人所不恥。若有別居制。則人格不至掃地。以盡離婚與別居之別。(一)離婚後妻之能力。回復別居。則仍受限制。(二)離婚後扶養義務。即行免除。別居則仍不能免。(三)別居後繼承財產之權利。仍在離婚則否。離婚與撤銷婚姻。亦有區別。一為向將來發生效力。一自撤銷後。即視為從始無效。一則一方死亡。他方即不能再為離婚之請求。一則尚有撤銷原因存在。雖當事者一方死亡。仍可撤銷也。撤銷婚姻。不限於當事人有允許權之人。亦得撤銷之。離婚則否。撤銷婚姻。其原因發生於婚姻成立後。此其大別也。

第一 夫妻之兩願。兩願云者。夫妻意思之一致也。故不獨當事人父母親屬不能起離婚之議。

即夫妻之雙方或一方。缺離婚之意思者。其離婚亦無效。而離婚呈報之出於心神喪失中者。或出

於強暴詐欺者其離婚亦自可撤消而不容疑也。(婚姻之無效及撤消法有特設之規定離婚之無效及撤消法無規定蓋即適用總則之法意特不得依二五四條之文而為追認此又以婚姻為要式行為推知之)(民草第一三五九條)

第二 得法律所定者之同意。依民草第一三三八條之規定婚姻須經父母允許故離婚亦須經父母允許但法必限於男子未及三十歲女子未及二十五歲者亦恐少年夫妻智識未周感情用事不無輕易離婚之弊故必限定年歲須經父母之允許以便父母實行觀察果使義絕恩離不妨與之同意此立法之理由也(民草第一三六〇條)

〔疏〕 草案於結婚須得父母之允許無年歲之限制而離婚須得父母之允許則於年歲之限制乃立法未能一貫也

第三 呈報於戶籍吏。法律既許合意離婚即須保證其離婚意思之確實並公示其身分之變更此離婚所以亦須呈報於戶籍吏也故婚姻由呈報而生效力離婚亦由呈報而生效力而離婚之違反第一三六〇條規定者(即不經父母允許之離婚)戶籍吏即不得受理其呈報也。(民草第一三六一條)

〔疏〕 未得父母允許戶籍吏不得受理離婚之呈報蓋離婚以呈報戶籍吏為要件與結婚時同也若呈報本得戶籍之受理而事實上已離婚者仍無救濟之途婚姻雖為有關公益之事件違反公益者似應撤消然雙方已願離婚若以未得同意之故兩相勉強使之同居則一身一家均難保其和平故未得允許之離婚戶籍吏雖不為登記與離婚之本體無關不能解為有碍公益得行撤消也

〔疏〕 婚姻之實質條件乃婚姻成立不成立之條件若呈報戶籍吏乃形式條件即有效無效之條件也離婚亦然故離婚之呈報亦為形式條件即呈報者乃所以公示離婚且使其親屬關係消滅者也

第二款 呈訴離婚

呈訴離婚者。有法律所定之原因。雖非夫妻兩願。亦得以裁判強制離婚之謂也。所謂法定之原因。即夫妻一方違反因婚姻所生之義務。而不能達共同生活之目的。故不得不以國家機關之力。解除其夫妻之關係。以謀保一家之安甯。然此所謂呈訴離婚之權利。則又平等而無軒輊。夫可以請求者。妻亦可以請求。特強制離婚。係反於一方之意思。而為根本之解消。稍一放任。生事即多。故法於其原因訴權。又有嚴密之規定也。

附 呈訴離婚分兩種。一絕對的有事實之存在。毋庸裁判官之判決。二相對的。雖有事實。須經裁判前者如重婚後者如一方不扶養是也。

第一項 離婚之原因

夫妻之一造。非有左列情事。不得提起離婚之訴。(民草第二三六二條)

第一 重婚。婚姻之性質。以一夫一妻為前提。重婚者。違背婚姻之性質。且違法之行為也。故刑律既科以罪責。民律又許其解消。而重婚之婚姻。已經撤消。或夫妻之一方。已被處刑。均不能妨害離婚之原因也。

附 如甲夫乙妻。甲又與丙女重婚。則乙可請求離婚。雖甲與丙之重婚。取消時。乙離婚之訴權。仍未消滅。只要一造有重婚之事實。即可為離婚之原因。即甲丙既處刑罰。亦不能妨及離婚之原因。有謂重婚與姦通。有因果關係。故不必以重婚為獨立之原因。祇以姦通為離婚之原因。可也。然在刑律上。姦通與重婚。各有處罰之條文。不能僅以姦通為離婚之原因。又所謂重婚。必其婚姻已經成立者。方可大理院之解釋。以經過正當之禮式。為婚姻之成立。若僅為約定。則不能為婚姻之成立。

從前德意志一部之民法只許夫有請求離婚之權妻不能請求離婚現行民法及瑞士民法除
法輕女重男之習取平等主義即無論夫妻之何方有重婚之行為其一方即可請求離婚

第二 妻與人姦通。姦通之事一為違法之行為。二足污辱良人之名譽。故一有此事實法即許
其離婚。

舊律出妻律妻犯七出之狀而有三不去之理不得輟絕但犯姦者不在此限。此所謂姦
通指和姦而言強姦不在其內若妻被人強姦則非出於妻之意志不得為離婚之原因

第三 夫因姦非罪被處刑。姦非罪者暫行新刑律第二十三章各條所規定者均是。是亦違背
操守之義務。理宜解消其婚姻也。雖然夫之姦非僅限於被處刑時。方得為離婚之原因。不如妻與
人通姦。無論其處刑與否。均得為離婚之原因。

刑律姦非與姦有別姦非二字舊律無此
名稱實源於元史刑法志卷三元與章無之

夫因姦非被處刑云者嚴格解釋刑律二八三條二八四條不在其內係指二八五條至二八九條之罪而言蓋姦姦罪其稱
度與淫質較差也然在日民法可以如此解釋蓋日民法該條第一二三款與我同第四款以下為賄賂罪姦姦罪等如此解
釋之並無不宜我草案未單列姦姦罪為一款
故解釋姦非罪宜取廣義將姦姦罪包括在內

夫僅與人姦通不能為離婚之原因須被處刑方可此與妻不同之處若以守操之義務而論夫妻宜無軒輊如此規定方得
公平而法文如此規定者其理由以為妻與人姦通姦亂血統故不必被處刑始為離婚之原因至夫被處刑則擾亂社會之
秩序與公益有關故得為離婚之原因也又處刑云者須受刑之執行否此一問題也易刑在法上非不執行以刑之執行論
毫無問題矣若緩刑則刑律六五條規定過緩刑之期而未撤消緩刑之宣告者其刑之宣告為無效此時雖宣告姦非之
刑並不執行似不可為離婚之原因然公法私法為兩種問
題在公法雖無處刑之必要而私法上離婚之原因自在也

日本第三十四次議會開會時有多數女子請願於議會謂妻與人姦通即為離婚之原因
而夫與人姦通亦當為離婚之原因上書凡三然因日議員皆為目挂(妻)之故未予通過

第四 彼造故謀殺害自己者。夫妻相合以義相聯以恩若兩方忍而出於故謀殺害。則恩意斷

絕斷無繼續婚姻之可望。故不如許其離婚。以保全其生命也。

疏 此款導源於德民法德民法一五六條配偶者一方謀害他一方時得提起離婚之訴中國謂之義絕依唐律疏議彼造故謀殺害亦為義絕之一是此款規定又沿襲舊律也中國視離婚之事為不名譽常有夫妻不合而強為隱忍者故以救濟日法瑞等民法則無之

謀害親夫之案時起有此規定可
日本民法離婚原因第四款之規定犯破廉恥罪如偽造猥褻詐欺強盜竊盜等處三年以上之刑者亦得離婚我新草案亦採用之

第五 受彼造不堪同居之虐待與重大之侮辱者。虐待為身體上之痛苦。侮辱為精神上之痛苦。故亦許其請求離婚。然此二者均為事實問題。其程度如何。與夫妻間之品位身分。社會之習慣。道義相關。一待審判官之決定。而非具體可以說明者。

疏 虐待有積極行為與消極行為。積極行為如打罵是消極行為如不與衣食是然皆為對於身體上之痛苦也。侮辱如言性者始可若夫有偶因酒醉打其妻不過暫時的不得以此為離婚之原因

第六 妻虐待夫之直系尊屬或重大侮辱者。夫之直系尊屬。即妻之舅姑及其以上之親。於禮妻宜孝事。乃非但不孝。從而加以虐待。或為重大之侮辱。則又安容此妻為乎。

第七 受夫之直系尊屬虐待或重大侮辱者。婦人有孝事舅姑之義務。而無容忍其虐待侮辱之義務。故夫之直系尊屬。加妻以虐待或重大侮辱者。其妻亦得為離婚之請求也。

疏 第六與第七皆舊律所謂義絕

第八 夫妻之一造以惡意遺棄彼造者。夫妻以共同生活為目的。若夫妻之一造無故遺棄。是

一方先違背義務。故法亦許其離婚。然其遺棄。必以惡意為限。故因故意或無正當之理由。而為遺棄之行爲者。皆得爲離婚之原因也。

疏 是否惡意其標準有二：(一)主觀說以遺棄之意思為標準。(二)客觀說以反於相對人之意思為標準。二說皆通。

拒絕同居拒絕扶養均為遺棄。但以惡意為限。惡意有二：一對於善意而言。一對於故意而言。於此則指對於故意而言者。故意為預見行為結果之行為。惡意為要求行為結果之行為。例如犯罪者為逃避捕而逃亡。則其結果必致共同生活之廢止。然其逃亡之原因在逃避捕而非在廢止共同生活。故不得為離婚之原因。蓋此為故意遺棄而非惡意遺棄也。又如因公務而出洋及無資力而不能扶養與妻。因虐待而不能同居等。雖為故意。但非惡意。不能為離婚之原因。

第九 夫妻一造逾三年以上生死不明者。夫妻一造生死不明逾三年之久。使必繼續夫妻之關係。而不許其再婚。則亦悖於人情。故法許其離婚。(生死不明在總則本有宣告死亡之規定。然

為對於失蹤人及遇危難人之規定。且其期限較長。故本律規定三年之限。以便易於再婚也)。

疏 舊律居喪嫁娶律。凡居父母及夫喪而身為嫁娶者。杖一百。夫喪滿果願守志及女之祖父母母強其改嫁者。杖八十。由反面言之。則夫喪滿後可以改嫁。然此則祇就妻之一方面而言也。草案則就夫妻雙方而規定之。且不限於一方死亡之一

種原因。

中國習慣上以夫為天。閣及有精神病為離婚之原因。而草案則無規定。瑞士民法一四一條。精神病為離婚之原因。但有條件。(一)繼續三年。(二)不能繼續共同生活。(三)經鑑定為不治。與民法六五、六六條。夫妻不和。睦者亦得呈請離婚。但有和睦之希望者。審判衙門得駁回之。日本制定新法時。關於夫妻不和。睦得為離婚之原因。與否。成一問題。以反對者為多。謂夫妻不和。睦既有兩願離婚之規定。自無再許其為呈請離婚之必要也。

第二項 離婚之訴

依以上所述。有離婚之原因。即可提起離婚之訴。然離婚之訴權。屬於何人。其訴權之發生消滅。又在於何時。凡此皆為實體規定之內容。又應有規定者。試列述之如下。

第一 有離婚訴權之人。婚姻關係之解除。其利害得失。惟夫妻受之。故離婚之訴權。專屬於夫妻之兩造。此按諸一三六二條之規定。而不容疑者。然苟有訴權之人為無能力者。時法又不得不設保護之途。故既不須得法定代理人及保佐人之同意。而又許審判衙門得選任律師以為之代理也。(民訴律第七六九條第二項參照)而夫若妻或為禁治產人時。則由其監護人代為訴訟行為。若禁治產人之配偶者。為監護人時。則由監護監督人代為訴訟行為。以上均須歸親屬會之同意。民訴律第七七〇條是其訴訟行為。雖由監護人或監護監督人代為之。而其訴權。則固專屬於夫妻之一造也。

附 人事訴訟程序有雙單行法者。有附於民事訴訟程序中者。日本民事訴訟法外。有單行之人事訴訟手續法。我草案採
單行
法
限制人事訴訟附民於訴之後。強制執行作為單行法。與民訴計分三類。一管轄法。二民訴法。三強制執行法。三者均為

第一 離婚訴權之發生。民草第一三六二條所舉之事實存在時。離婚之原因。即於是發生。而其原因之事實。則不可不為確定者。若其事實必然可以發生。而尚未發生者。即不得提起離婚之訴。例如同條第三款。夫有姦非之事實。非受刑之宣告。而判決確定者。即不得以之為離婚之原因也。

附 離婚成立前。夫已被處姦非罪之刑。婚姻成立之後。亦不能提起離婚之訴。蓋以被處刑之罪人所盡知。既甘願結婚。自
不可再使之離婚。此解釋上當然之事也。至姦非原因在婚姻之前。而處刑在婚姻之中者。亦可提起離婚之訴。蓋法未
有限定也。若官告判決在婚姻前。而判決確定在婚姻中者。亦同。對此二者。尚有
持反對之說者。謂可以重入侮辱為理由。與之離婚。然此皆無關重要之爭論也。

第三 離婚訴權之障礙。有民草第一三六二條第一款至第三款所揭情形。而配偶者之一方。於其事前而為同意者。則離婚訴權因同意之障礙。而不能發生。此之同意云者。實包含刑法上之教唆造意共同正犯從犯之行為。及雖無刑法上之罪責。而知有此種行為。或縱容不加制止之行為而言之也。(民草第一三六三條)

第四 離婚訴權之消滅。其原因有三。
〔疏〕 積極的同意即為造意在刑法上有罪責消極的同意即為縱容若妻與甲姦通得夫同意是不能提起離婚之訴若又與乙姦通則仍可起訴蓋目的已異也

(甲) 死亡。離婚以婚姻關係之解除為目的。而訴權又專屬於夫妻之一方。故夫妻之一造。苟有死亡。則婚姻關係自然解除。而且相對人亦已欠缺。(參照民訴七六八條) 則其訴權自不得不消滅也。(民訴律第七八四條)

〔疏〕 日本人事訴訟法第二條配偶者一方死亡他方即以檢察官為相對人(第三者對於配偶者一方為訴訟亦以檢察官為訴訟當事人)但此與中國觀念不合蓋如此不啻以檢察官居其夫之地位矣故不採用之

(乙) 期間之經過。有民草一三六二條所列原因。有訴權者。可即時提起訴訟。今知有此種情事。而不為離婚之訴。可推定其有拋棄訴權之意。故法律規定行使訴權之期間。其知有離婚原因事實者。以其時起。於六個月內。須為呈訴。其不知有離婚原因之事實者。於其發生時起。經過十年。即不得再為離婚之訴。蓋為保全一家之和平雙方之關係計也。(民草第一三六四條)

〔疏〕 日本民法有宥恕規則即事後同意我草案無之然宥恕期間之限制亦無耳。經過十年為期已久調查證據其為困難且子女成羣亦不便再使之得為離婚之訴也

(丙)生死分明。夫妻之一方生死不明。雖為離婚之原因。然於訴之提起前。或提起後。而未經判決確定前。夫妻一方之生死分明者。則離婚訴權亦消滅。即夫妻一方生存時。婚姻之關係。可以繼續。無他之原因。不得請求離婚。夫妻之一方死亡時。則婚姻當然解消。無行使離婚訴權之必要也。(民草第一二六五條)

附以夫婦一造生死不明為起訴原因者。若生存分明原告未撤消離婚之訴者。審判衙門應以訴權消滅為理由。而以判決駁回其訴。若死亡已分明者。應依民法之規定。而駁回其訴。視為訴訟終結。關於離婚有兩帶之問題。(一)童養媳受虐待時如何。第七款所謂直系尊屬指夫之父母。或夫之嗣父母而言。法律上無童養媳之地位。而習慣上甚多。且其來大家也。為婚姻來耶。抑為其他目的來耶。宜研究之。(二)受養子之父母之虐待如何。(即其夫為養子。其養子之父母之虐待)(三)受養女之父(即其夫為養子。其養子之父之虐待)之虐待如何。(即受其妻之養父母之虐待)

第三項 離婚之效力

離婚為婚姻關係之絕對的解消。故夫妻自離婚後。親屬關係。家屬關係。同時消滅。(民草一二三二八條一二三二二條)均為離婚之效力。而法文於此又有重要之規定焉。即對於子之監護及妻之財產是也。

附民法全部關於離婚之效力。(一)離婚後妻之能力回復。(二)離婚後夫妻均可別為婚姻。但妻須受一二三二六條一二三二七條之限制。(三)離婚後夫妻之權利義務均消滅。(四)離婚後夫妻所生之子。為私生子。(五)應撤消之婚姻。於離婚不得再為撤消之訴。

離婚後所有家屬財產等一切關係均變更。惟所生子女對於父母之關係則不變。更故父母對其子女所應盡之職責依然存在。是以有生子監護之規定。

第一 離婚效力之及於子之監護者。

(甲)兩願離婚。養護教育之責。為親權之作用。有親權者。即有監護之責。此其常也。然至於離婚。則

果誰行其親權乎。近不能無疑者。故法律規定。於兩願離婚時。離婚後。子之監護由父任之。是以監護之責。觸諸其父為原則。然其子未及五歲者。則飲食之噢咻。行動之扶持。所需於母者尤切。故以監護之責。歸諸其母。苟夫妻兩造。尙有特別之契約。或囑託戚親。或別雇乳母。則以父母之協議。為子女計者。必切實可行。當從其契約。無需乎法律之干涉也。(民草第一二六六條)

(乙)呈訴離婚。此時子之監護。亦與兩願離婚同。因是為法定之監護責任也。然兩願離婚者。夫妻

得協議以訂立契約。茲之離婚。必無從容協議之可言。而離婚原因之足以影響於其子者。如因母之姦通被離婚。時則其夫對於其子。必有非我族類之嫌。而未必有親愛周摯之厚意。小子何辜。遭此不測。斯時審判衙門。不得不為其子之利益計。而酌定監護之人。以為保護之地也。(民草第二三六七條)

疏民訴七八條審判衙門於婚姻訴訟得因聲請於訴訟繫屬中命為扶養或監護其子及其他假處分此為訴訟未解決時為其子之利益計也至離婚之訴解決後自當依雙方之協議但如左列情形審判衙門得酌定監護(一)協議以妻監護而審判廳認為當以夫監護時或協議以夫監護審判廳認為當以夫監護時(二)夫妻未協議時

第二 離婚效力之及於妻之財產者。

(甲)兩願離婚。法既有特有財產之規定。則離婚後。妻之財產。自應仍為妻之所有。然苟因夫妻間之契約而財產共通時。則既為契約之解除。即可為共有物之分割。法文有此規定。蓋恐妻有親

親而夫有乾沒也。(民草第一三六八條)

(乙)呈訴離婚。呈訴離婚時。妻之財產亦與兩願離婚同。然其離婚原因之應歸責於夫者。則夫應

給妻以與妻牛計相當之賠償之權。而因歸責於妻之原因而離婚。則法又不認夫有請求賠償之權。是蓋因女子能自食其力者少。離婚後易致失所故也。(民草第一三六九條)

〔疏〕離婚之效力自何時發生。法文雖無規定。然一三六一條規定準用一三三九條則自呈報於戶籍而生效力。毫無疑義。然此指兩願離婚而言也。若呈訴離婚則自判決確定之時發生效力。

離婚後可否再為夫婦。即得再結婚否。為一問題。法無禁止之規定。若兩方均有結婚之意。思時自可再行結婚。惟法國民法二九五條言。無論因何原因離婚。離婚之夫婦不得再為婚姻。於一八八四年乃廢止此條。夫婚姻以永久為目的。既許其脫離永久之關係。又何不可以永久脫離之目的而許其合且離婚之後。或追念舊情。翻然悔悟。亦正有重為結合之必要。吾國無限制之規定。當然許其再婚。但有一種情形。不得再為婚姻。如甲與乙女離婚。乙女又與丙男結婚。復與甲男有姦通之事。其後乙女又與丙男離婚。仍願與甲結婚。按草案一三三七條規定。不得與姦者結婚。則甲男與乙女不得再為婚姻也。明矣。

離婚後再為夫婦。可否訂立與前次財產契約不同之財產契約乎。如第一次契約夫妻財產分有第二次契約夫妻財產。其有。學者有不許者。謂欲變更財產契約。而離婚再結婚。則為相異之財產契約。是以離婚之方法變更契約。必長而婚之聲也。有謂可以另訂相異之契約者。蓋財產契約。隨婚姻契約為消長。前約不能束縛後約。前婚既已解除。而前之財產契約。即為失效。若前次契約能拘束後約。則不能結離婚矣。以吾人觀之。今次之婚姻。非前次之婚姻。其財產契約亦無妨另訂也。

第四章 親子

親屬關係之發生。以婚姻契約與血統為其基礎。親子者。即由血統而成立者也。故既規定婚姻者。自不得不有親子之規定。此本章之所以設也。

〔疏〕親屬。指生養也。

第一節 親權

吾國古無親權之名。而嚴君之稱。見於周易三綱之義。著於禮緯。則父母之對於其子。其權力自可想見。然此不過為一種事實。而初未見諸法律也。法律有親權之名。始於歐洲之羅馬。然亦不曰親權。而曰父權。其內容。則與今日之家長權相同。是蓋羅馬以家族主義立國之結果。至後世家族主義。漸漸衰歇。趨重於個人主義。故歐洲各國。認有親權。而不認有家長權。至吾國則依舊來之習慣。既不得不得重家長權。而依舊有之道德。亦不能不認有親權。故本章之次序。先設親權。蓋亦斟酌於國情而出之者也。

國 易家人卦家人有嚴君焉父母之謂也。有史以前。乃為雖婚。知有母而不知有父。自有史以後。父母並重。即易言父母為嚴君。是厥後重男系而不重女系。如父為子綱之說是。見白虎通。

父家文作。圖。巨也。家長率教者。學記曰。夏楚二物。收其社也。故以手。持杖。一清。獨笑。喬金石致釋。入。从。古。文。為主。从。主。密。即家。有嚴君之意。从。手。入。者。象。子。扶持。奉侍之意。此就字面解釋。今則多依說文。母。國。區。牧也。牧。訓。為。為。養。國。劉。父。甫。也。始。生。已。也。壯。胃。也。含。生。已。也。

我國每日之親權。雖無明文規定。然實際上。則不能不認之。乃因身分關係而取得。並非如羅馬法之親權為法律所賦也。由今日言之。即我國親權法律上。亦宜規定。

日本關於親子規定之次第。首為嫡子。次為私生子。次為養子。最後為親權。德民法則以親權列於嫡子之次。意謂親權僅能施之於子。無子則無親權可言。而我草案則首為親權。次為嫡子。等。蓋我國情。以親權為重。與東西各國不同。以次序言。先婚。姻。次。生子。生子後。有親權。以是法。例。為。順。然。實。際。上。無。關。重。要。

尊敬父母在中國實為道德上之義務。違反義務法律未有制裁。舊律所以有違反敬令之規定。歐洲則有以道德上之義務規定於法律中者。瑞士及法國及英法是也。

雖然親權之由來。果何如乎。其觀察之點有二。一以倫理上言之。則報德之說是。乳哺保抱以迄於

成立。人子蓋終身受父母之恩。而以孝報之。所謂孝事父母者。即父母對於其子親權之淵源也。以法律上言之。則爲人子利益之說是。蓋人生幼稚。衣食之所資。教育之需要。舉非人子本身所能爲。不得不有藉於保護之者。保護之任。舍所自出之父母。其誰與歸。父母既有大任。則法律既以親權賦予之。此二說者。其觀察之點不同。則立論亦異。然以法律言。則固以後說爲得親權之性質也。

疏 瑞士民法二七五條。人子有服從尊親父母之義務。民法二七二條。人子不問其年須尊親父母。是皆以倫理上之義務規定於法律中也。

孝者善事父母也。按倫理上孝有二說。即報恩說與八子之義務說。是中國舊俗。父母死時。人子每用僧道誦經。有所謂恩報懺者。夫報恩猶可說也。懺者悔罪也。爲父悔罪。是置父母有罪人矣。殊無意味。可言至親權與子之報恩。有無關係。而法律之問題。乃起於親權之內容。以言蓋爲子之利益。而設與報恩無涉。且法律與父母以親權者。不過爲私人之利益計。並爲國家之公益計也。蓋國家有教育國民之責。凶不能悉教育之。乃使其父母代負斯責。故爲父母者在私法上有親權之權利。在公法上有行親權之義務。如子屆學齡。其父母不使就學者。即須受公法上之制裁。

關於親權之行使。法例不同。一有分別父之親權與母之親權者。德民法一六二七條。規定父之親權。一六八四條。規定母之親權。二有規定共同行使親權者。如瑞士民法二七四條。規定父母在婚姻中共同行其親權。三有規定一人行使親權者。如本草案之精義。父在母不能行親權。嫡母在生母不能行親權。

親權既爲保護子之利益而設。而保護之任。非父母莫屬。故法文規定親權。以父母行之。然父母並行親權。則家政既不統於一尊。則爭議或將不免。故法文規定。由父或母行之。由父或母云者。即父在。以父行其親權。父亡母在。或父不能行其親權時。或不知其父之爲何人時。即以母行其親權也。

(民草第一二七〇條)

雖然各國立法通例。服從親權者。大都只限於未成年之人。吾國則無此限制。揆立法者之意。親權

有一定之期限。似與吾國古昔之教義不合。然法律期於實行而非苟為美觀。使成年之子亦必服從親權。則有時父母高年老悖。反如其子之幹練清通。萬一事關重要。而行親權之父母。掣肘於其間。反不足為人之利益。則又何如先為限制之為愈乎。

〔附〕本草案親權之規定有二缺點。一親權之行使無年齡之限制也。如此則子有能力時謀事本能精密。後以親權之條條及二七四條關於親權之行使均以未成年為限。我草案亦宜仿效之。二親權無喪失之規定也。夫親權為強大權利。其內容觀之權利種種。設父母所為之事與子之利益相反。或於子之權利有顯著之損害時。如無限制。實非妥善。在他國法例。常用親權者（如妄行懲戒）可以請求裁判衙門為親權喪失之宣告中。國則無此規定。刑法上有科以致輕微傷害之條。而民法上實無救濟之途。

父母可否拋棄其親權乎。曰不能。蓋親權為身分權之一種。與物權債權不同。且一方與子之利益有關。一方與國家之公益有關。故不能拋棄。及讓與。且為強行之規定。不得以契約限制。

親權既由父或母行之。然有行親權者為嫡母繼母時。則其子既非身之所自出。其情愛較淺。其利害關係亦較輕。小之不過保護之未周。大之恐不免為虐待之起因。故法文規定準用第一四一七條（監護監督人）第一四二二條（監護人於被監護人之財產有重要關係須經親屬會允許）第一四二二條（監護人對於被監護人之財產須依法定程序）之規定。蓋名分所關。法既不得不予以親權。而流弊所在。法亦不得不嚴其制限也。（民草第一三七一條）

〔附〕父死亡生母與嫡母俱在時。應由誰行親權乎。按名分言。應屬於生母。此當視法文之規定。如何按草案親權由父或母行之。一語觀之。其立法之精神。是蓋欲親權統於一尊。准其用意。應屬於嫡母。

瑞士民法二七四條規定父母婚姻中共同行其親權。此為特例。然其第二項有父母意見不同時。以父為準之規定。

繼父可行親權否乎。法文未有規定。如張某尤其妻適於李某。帶其子以去。李某對於張某之子。有無親權。此一問題也。又養父母對於養子。行親權否乎。此亦一千三百七十一條中應生之問題也。

雖然親權與家長權之區別又不可不一言及之者。家長權者爲保護一家之利益計以家長之資格對於家屬所行之權利。親權爲保護個人之利益計以父母資格對於其子所行之權利。故有家長權者不必有親權。有親權者不必有家長權。如祖父母爲家長行其家長權。孫爲其家屬。即應服其家長權。而其父母雖曰爲家屬。服從家長權。對於其子仍得獨立行其親權。此不必贅言也。親權之內容而即可知者。試歷述如下。

親權內容規定於總則之中者：(一)義務行爲允許權(第十四條) (二)處置財產允許權(第十五條) (三)營業允許權(第十六條) (四)勞務允許權(第十七條)

親權規定於家屬編及繼承編者：(一)婚姻撤消權(一三四六條) (二)婚姻允許權(一三三七條) (三)監護人選定權(一四一二條) (四)監護監督選定權(一四一七條) (五)親屬會員選定權(一四四二條) 其規定於本章者如下

第一款 親權之效力

親權之效力可分別之爲對於子之身上之效力及對於子之財產之效力。

甲 對於子之身上之效力。

對於子之身上親權之效力可總括之爲教育養護二者。養護者以身體之發育爲目的。教育則以精神之發達爲目的。故以父母當養護教育之責不獨父母之天職。宜然並得爲國家作育良民之根本。故一方見爲父母之權利者一方即見爲義務。日民八七九條權利義務並舉最爲明顯也。(民草第一三三二條)至養護教育之方法。法律無特定之條文。其判斷自當委之於實際。今試就親權之見於法律者述之。

此條條文乃採德日之制法民法無此規定但條文云行親權之父母須養護並教育其子女須之一字實偏於義務一方不認爲義務則恐一切放任而使其子流於淫蕩無賴之惡習也惟此種教育義務乃私法上之義務若教育會中之義務方爲公法上之義務

第一千三百七十二條爲親權之概括的規定民法無之此蓋沿襲德日兩國者也日本民法八七九條行親權之父母利義務之規定也養護教育之方法視其家境身分地位如何而定故不能有具體的規定示明其方法如何也

第一 居所指定權 指定其子居所之權利。是爲養護與教育當然之結果。而爲親權效力之一種。使子得以自由選擇居所。則易於比匪之傷。而流入遊蕩。故法律與父母以指定居所之權利。苟其子之居所。未經指定者。固可自由居住。而一經指定。即當以指定之處所爲歸。其子苟不遵守。則可以請求審判衙門。爲強制居住之處分也。草案理由謂可請求巡廳誤。(民草第一三三三條)

附 居所之指定所包括者甚廣。(一)特定住所之指定(二)特定地域之指定(三)委任第三人之指定(特
定住所之指定如住在其某學校寄宿舍是其範圍甚狹特定地域之指定如住在北京其範圍較廣
總則第四十七條服從親權人以親權人之住址爲住址即住所之
規定也惟此指父子同住時而言親屬編規定則不限於同住也
上述三種之指定爲明示其自由居住者爲默
示之指定(即父母信其子賦與以自由居住之權)

按本條理由未云其子若不遵守則其父母可用強制方法請求巡廳行之此不免誤會蓋警察廳所得爲之事須以警察法
規爲根據按現在警察法規並無干涉人子不服從親權人住所指定之權蓋此爲違反親權其性質爲民法上親權之侵害
應規定於實體法祇可向審判衙門請
求強制執行非警察機關所當問也

第二 懲戒權 父母對於其子有增進利益排除弊害之責任。苟人子浸染惡癖。訓戒無功。則欲
矯正其過惡。非有形之強力不爲功。則懲戒是已。故懲戒權者。亦爲親權效力之一。然此種權利在

親權中爲最有力而最易行。稍一不慎。即有濫用親權之弊。故法文規定懲戒權之條件有二。(一)有懲戒權者。惟行親權之父母。故歸宗後之嗣父。再嫁後之母。無懲戒權。以其親權消滅也。(二)於必要之範圍內。始得懲戒其子。所謂必要之範圍。即於養護及教育上所必要。蓋非是。則不能達其養護及教育之目的也。以杖率教。扑作教刑。對於不受教訓之子。而勸導教告無所施其技者。則不妨以鞭扑從事。然因懲戒而傷其肢體。則即踰必要之範圍。而非法之所許矣。

此條規定與民法八八二條相同。考日民法八七九條。子須服從在家之父之親權。但能獨立營生計之成年者。不在此限。八八二條。則規定行親權之父母。於必要範圍內。得懲戒其子。而八八三條。八八四條。亦均有未成年字樣。獨八八二條。無之。日人解釋謂。成年者。亦可懲戒。有反對之者。謂懲戒權。係親權而來。依八七九條之規定。明言能獨立營生計之成年者。不在此限。八八二條。無未成年三字。是立法時之遺漏也。不能謂父母對於成年子。亦可行懲戒權也。我草案二二七〇條。無成年與未成年之分。是與日本同也。

懲戒權爲國家公權之一。私人何得行之乎。曰。國家不能直接懲戒。或惟親權人對於子。得直接懲戒。懲戒乃本於國家公法特別之規定。以其懲戒權委諸一私人。故也。至懲戒之方法。雖未明定。要不過責打禁閉等。在常人有此行為。即爲刑事上犯罪。而親權人。則否。夫權家長權。雖爲私人。親眷個人之自由者。當然不能直接懲戒。以其經國家之委任也。惟此種權利。最易感情所激。常至過當。故又不能無限制焉。外國有父再婚後。不能行懲戒權之規定。蓋防父聽後妻之讒言。或虐待其子女故也。我草案無此規定。但一七四條之規定。有懲戒權。惟管領上。則每父母。其行親權。若母亦行懲戒權時。非受刑法上之制裁。即受民法上之制裁。必限於有親權之人。父母俱在時。行親權者。爲父。故從嚴格解釋。此時母不能行懲戒權。民法上之制裁。我國無規定。前已言之。

懲戒所施。須在必要之範圍內。行之。所謂必要之範圍。須視其子之教養上所必須者而定。如聰明之子。以責言爲已足。稱鈍者。須鞭撻。方能醒悟。再愚者。必儆饒之。始能悔改。亦各隨其子之所必須。而不同耳。蓋用親權之制裁。如何。外國法律。多有規定。瑞士民法二八五條。由管轄官。應到奪其親權。民法四四三條。四四九條。華用監護人之規定。即得停止親權。德民法一六七條。由後見審判衙門。停止其親權。日本民法八九六條。審判衙門。因其子之親屬檢察官之請求。得爲親權喪失之宣告。此皆私法上之制裁也。至公法上同時亦。資刑法上。傷害罪各條之責任。我國無喪失親權之規定。尊卑之分。太嚴。仍重禮教也。

以上為父母之親自懲戒而言之也。若父母不親自懲戒而呈請審判衙門送入懲戒所時則審判衙門當允其父母之請求。但與普通犯罪應行懲戒者不同。故其懲戒時期亦應有一定之限制。不得逾六個月。而且應許其父母得請求縮短期限。限是蓋審判衙門之懲戒。乃本於父母之請求而來。故父母亦得縮短其期限也。(民草第一二七四條)

〔疏〕此種懲戒非公法之作用乃本於親權而來是為私法上之作用。審判衙門如認父母之請求有理由時可以將其子入於懲戒所若認為無入懲戒所之必要者得就其請求而為駁回其父母對於此駁回亦可為抗告請求審判衙門之懲戒關係重大其期限為六個月中國親屬法未規定其程序訴訟法中亦無明文蓋屬於非訟事件程序法也日本非訟事件手續法第九十二條關於懲戒其子之事件由子之住所地初級審判衙門管轄之為調查便利計也又檢察官對於審判衙門前項許可之裁判得為抗告蓋為保護子之利益也經審判衙門管懲戒而再犯者仍得請求審判衙門懲戒每次以六個月為限舊律中子孫違反教誨者杖一百亦與請求審判衙門懲戒同者

第三 職業許可權。子營職業之可否與養護教育有關故亦須經父母之許可。蓋父母得酌量於其子之身體精神之狀況而使為相當之業務也。其不經許可而由于自由營業者則對於此種職業。父母即可以撤消之。(參照民草第一六條第二項)此條不免與民總一六條矛盾。蓋民總以未成年為前茲則並未限制。提雖草案理由有未成年入云云。而依一三七〇條觀之。未成年三字實無根據。(民草第一二七五條)

〔疏〕職業者以得收入為目的。非以此行為常業之謂。若徒以收入為目的而非常業者如受贈等之權利行為則依總則第十四條之反對解釋行親權者可不過問。本草案為日本人所擬雖未得親原稿想其中必有未成年三字或發刊時刪去之。(因中日兩國習慣父母對於子無論年齡如何皆嚴遇之)而理由書仍用原文故不免矛盾也不獨此處為然他亦有之

(乙) 對於子之財產之效力。

子之財產云者。即子因遺產承繼遺贈贖與及以自己之名義所得之財產均。是行親權之父母。對於此種特有財產。有管理代表之權。管理之權。凡財產之利用改良保存行為均屬之。代表之權。則即對於子之財產之一切法律行為。包含訴訟行為。行親權之父母。以法定代理人之資格。而代表之也。(本條亦與民總一六條矛盾草案理由亦有子未成年之言理由則是而條文實無未成年之限制實為本案之大缺點)(民草第一二七六條)

附關於子之財產在日本民法有詳細規定如曰子之財產之收益可以與行親權之費用相抵銷又曰父對子之財產應用善良管理人之注意我國草案祇此一條蓋我國舊習慣父子間不能言財產也惟關於此有爭論時而裁判上之適用法律甚為困難

按草案規定(一二五八條)夫於於妻之財產有管理權與收益權而父對於子之財產無論已未成年皆有管理代表之權夫其子既不能管理自己之財產則對於其妻之財產安能管理之乎兩項條文自相矛盾新草案有未成年之字樣安為至當一二五八條云夫管理妻之財產顯有足生損害之虞者審判應得因妻之請求命其自行管理而本條又無之又德日等民法有父對於子之財產須為與自己財產用同一之注意及父子利害相反父不得以己意行之等規定草案並無詳密之規定由以上所言草案有二缺點(一)無未成年之限制(二)缺乏詳密之規定是也

本條如無未成年三字乃講不遑蓋子得有特有財產為法所明認如此處之規定則直不認特有財產之規定也親權人關於其子之財產有代表權而身分上之資格則不能代表(如繼承是)親權人管理代表其子之財產有例外四種如下

- (一)允許其子自由處分
- 之財產(民草第十五條)
- (二)允許其子營業時關於營業之財產(民草第十六條)

(二)子因無償行為所得之財產。民草第十四條取得財產不用同意。而第三人表示反對之意見者(即表示反對親權人管理收益之意見本段爲日本民法八八七條之規定)

(四)子因勤勞所得之財產(名爲自由財產德民法一六五條民法三八七條均有規定)

以上四種例外前二者中國有完全之規定第三種上牛有規定下半無之第四種未有規定於親子間之財產上規定未免簡略也

第二款 親權之移轉及其終止

父母對於其子行親權。此爲本律之所規定。然有因法律上之原因。而親權因而移轉或從而終止者。試分述之於下。

第一 親權之移轉。行親權之父母。必爲其所親生之父母。此通例也。然子爲人承嗣時。既依法律之規定。與所親生者有同一關係之效力。則斯時行親權者。自不得不爲其所嗣父母。故法文規定曰。所嗣父母行其親權。明乎親生父母。不得行其親權也。(民草第一三七七條)

瑞士民法第二六八條第二項規定親之權利義務移轉於養親也。國養父行親權乃當然之理。中國法律關於養子之地位無規定。只有嗣子就親度之起源而言。養子與嗣子無大差異。故嗣子出嗣於人。亦可謂親權之移轉。子當出嗣於人時。須得本生父母之同意。所謂同意。即同意其親權之移轉也。故不必特爲規定。又親權果於何時移轉乎。按一三九六條規定。承嗣於呈報戶籍吏發生效力。則嗣父母之行親權亦始於此時。嗣子之親權何以不曰消滅而曰移轉。因子既出於他家。其生身父母之親權不能隨之以俱往。當然隨其身分而易主。一旦歸宗。其親權仍復還之於生父。故曰移轉。若視爲消滅。萬一子復歸宗。將無親權之可言矣。

第二 親權之終止。親權終止之情形有二。

甲 行親權之母再嫁時。法文設立親權之本旨。大都爲保護其子利益之計。母而再嫁。則必有後夫。於後夫之情愛也切。即於其子之保護也疏。且或因財產之問題。而致有與其子利害相反。

之事實。則此時為其母者。兩難顧全。反不如終止其親權。較為有益。故法規定。母從再嫁時起。不得行其親權。以保護子之利益。即以免其母之為難也。(民草第一三七八條)

附 有父者。父行親權。父不在時。母行親權。此段蓋指母行親權而言。母行親權。而再嫁者。何人行親權乎。此時有兩種情形。(一)其子隨嫁。母帶去者(隨繼父之姓)由繼父行之。(二)其未帶去而子又未成年時。則設監護人若再嫁而家有庶母者。亦須設監護人。蓋庶母在法律上無地位也。草案所謂母再嫁不得行其親權。蓋指(二)之情形而言。

乙

行親權之父母。於女出嫁時。女未出嫁。應服從父母之親權。女若出嫁。則不在父母之家。即無服從親權之必要。此蓋吾國三從之舊說。而以法定之夫權觀之。亦有不得不不然者。否則對於已出嫁之女。尚得行其親權。而女入夫家。又須服從夫權。夫權親權兩相衝突。又豈立法之本意。(民草第一三九九條)

附 對於出嫁之女之親權。何以不云消滅。移轉而云終止。因女入夫家。居於權夫之下。自無移轉之可言。消滅之後。即不能復生。女不幸而離婚。仍復回家。則將何如。故只得視為終止。然大歸親權仍復發生。

法律上所謂子有專指子而言者。有兼及女而言者。子從出生。以至父母死亡。親權無間斷之時。而女則不然。親權與夫權有類似之處。茲列表於左。以比較之。

	親	夫
關於財產者	管理代表權	管理使用收益權
關於職業者	許可子為營業之權	允許妻為營業之權
關於居住者	指定居所權	使妻同居之權

依上表如兩權同時存在實不免有衝突之虞又如日本戶主有指定家屬居住之權其與親權衝突之時恆有之我國家長無此權故與親權衝突之時少

統民法全部觀之親權之消滅有數原因(一)子之死亡(二)父母之死亡(三)父母受禁治產之宣告(四)成年子受禁治產之宣告(五)父母受準禁治產之宣告成年子受禁治產之宣告時其父母以監護人之資格而行監護非以父母之資格而行親權也在他國法例無論成年與否凡受禁止產之宣告者均設監護人之國則監護人之設置有二種情形(一)未成年子無親權可服從者(二)成年子受禁治產之宣告時如父母在者即以父母為監護人故在外國未成年人之監護與親權分立在中國則未成年子受禁治產之宣告而父母在時即無監護問題發生

在外國濫用親權者得宣告親權喪失中國則祇涉及刑事時褫奪公權然與私權無干不過事實上不能行使親權時由監護人監護之而已

第二節 嫡子

第一款 嫡子之推定

嫡子云者。父母正式婚姻繼續中所生之子也。民草第一三八〇條謂妻所生之子為嫡子。蓋即正式婚姻中妻所生之意。故嫡子與他子。權義既各有不同。則區分之規定。自亦不可不從嚴密。今試就法文所規定者言之。

疏 嫡親因嫡也。嫡。謹也。古文作適。適者之也。所之必有一事也。天位設適。傳曰。紂居天位而設之。正適也。爾雅。適。妻所生第一子。曰元子。曰冢子。曰適子。注。冢。子及孫以下。凡為適長。皆加適字。視此。後不再出也。國圖。賈公彥疏。適妻所生皆名適子。是疏。適妻所生之子。而言又。鄭注。立適以長。此適子。猶云適出也。本草。案採。或服之義。

考之古書。不重嫡子。其原因蓋恐非已所生也。漢書。元后傳。王章語。匈奴殺首子。所以益腸。正世意。謂婦人之腸。從此潔淨也。又。鑿子節葬下。越東有侯沐之國。長子生。則割而食之。謂之宜弟。又。左傳。文公元年。楚國之選。恒在少者。擯傳位也。漢高祖欲廢惠(帝)后所生之子。韓更不愛舜而愛象。皆是至今世人尚有愛少子之風。自世界文明進化。此風漸革。而長幼有序。大宗較重。誠至當也。

第一 推定之條件。

(甲)妻之受胎在婚姻有效中。正妻所生之子爲嫡子。然亦有正妻所生。於法律上不得謂爲嫡子者。如懷胎在婚姻前。而出生在婚姻後。從其出生言之。則在有效婚姻中也。而以其實際言之。則是子由何人受胎。固有莫能顯言者。故不獨出生須在有效婚姻中。即受胎時期。亦必在有效婚姻中。此其一也。(民草第一二八一條前半)

(乙)夫於受胎時期。曾與妻同居。受胎時期。雖在有效婚姻中。然受胎係夫妻共同之行爲。而非一人所能成就。苟於受胎時期。夫妻無同居之事實。則孤陰孤陽。即無化生之望。是人是我。終有異種之嫌。故必於受胎時期。曾與其妻同居。此其二也。(民草第一二八一條後半)

子之果否係其父之真傳。難得真確實據法亦無可如何只得推定之所謂彼善於此也

第二 受胎時期之確定。觀以上推定之條件。其最要者。即爲受胎時期。然則受胎時期。果何如乎。受胎時期者。即據胎兒在母腹中。最短之日數。與最長之日數。兩相比較。而即以其差數。爲受胎時期也。依醫學家之所言。胎兒在母腹中。止有經過百八十日。而即生者。最長期有經過三百日。而始生者。其最長期與最短期相去之百二十日。即爲受胎時期。故本法適用此說。欲知何時受胎。從胎兒出生之日逆數至百八十一日起。以至三百二日止。即以其間之百二十二日。爲受胎時期。此受胎時期者。有一日在婚姻有效中。而夫曾有同居之事實者。即推定其爲夫之嫡子。然法律爲此推定。不過舉最普通之例爲標準。若事實有與此異者。苟能將事實證明。即不適用前舉原則。如結

婚不滿百八十一日與婚姻解除後逾三百二日而生之奇胎。間亦有之。夫不滿百八十一日與逾三百二日而生之胎。是出乎前述受胎時期之外。故必須將事實證明後始得以其時期爲受胎時期。如不滿百八十一日而生之子。經醫生檢查其胎兒發育之程度。在母腹中實不滿百八十一日。逾三百二日而生之子。經醫生檢查胎兒發育之程度。在母腹中實已逾三百二日。者則即以其時期爲法定受胎之時期。而於此時所生之子。亦得推定爲嫡子也。(民草第一三二八二條)

〔附〕在中國有五月生子者又有三年始生者。曩日南省曾有實例。夫死後三年始生一子。有繼承希望者。堅持異議。竟至起訴。後經種種證明。卒不能不認爲親子。當其夫初死時。因病延醫診視。皆謂爲懷胎。且親族相識者。亦皆確信其真節。其所以分疑遲者。蓋因夫喪哀毀過當。衛生不講。以致胎兒營養不足。未能自然發育故也。西國有經驗之醫生。亦言彼國嘗有此情形。此種證明。非醫生不可以其有特別之知識也。法律之推定。乃不得已之辦法。即於無可解決之際。不得不求一解決之方法也。故事實與推定不合者。必須證明始可。

第二款 不認訴權

前述嫡子之推定。不過爲法律上之推定。故苟法律上之推定。有可以事實上之理由否認之者。則法律亦斷不能強人承認他人之子爲己子。直接以害一家之平和。間接以獎婦人之非行。此法所以又有不認訴權之規定也。

第一 可以行使不認訴權之情形。法文雖無具體之規定。而依草案理由所解明者有(一)成婚後經過百八十一日所生之子。而其實於百八十一日前已經受胎。(離婚後三百二日內所生之子。而其實則離婚後始受胎者)。(二)夫於受胎時期。雖曾與妻同居。而夫因疾病衰老不能

人道。」則此時所生之子。固法律上所應推定爲嫡子。而事實上夫有不認（即撤消嫡子身分）之權也。（受胎明在婚姻前及夫於有效婚姻中並無同居之事實此時所生子法律上當然不能認爲嫡子固不待論）（民章第一二八三條）

〔疏〕婚姻前已受胎者則不須提起否認之訴。夫於此時表示否認之意思即可。

德國學者對於不認訴權之情形分爲三種（一）夫婦同居之有不能妻受胎期間之因隔離及其他事實而不能同居。但此須爲間斷的。（二）夫婦同居之無形不能夫妻反目此不能爲否認之原則必妻有姦通行爲及隱秘懷胎事實。（三）子之早生。

否認原因以不列條爲是故本草案不採用之。

第二行使不認訴權之人。不認訴權僅屬於夫。而妻與子及第三者均不得有之。蓋於法律所推定之嫡子而否認之。非爲其父而深知子之是否其所生者。不能容喙。故其訴權。非屬之於夫不可。妻之所以無此權者。妻而主張其子非夫之子。則與自己毫無利益。而且有表暴姦通事實之嫌也。子之所以無此權者。恐暴露其母之非行。而有害於倫紀也。第三者之所以無此權者。恐徒多播造事實。壞亂風俗。而害夫妻子孫之利益也。此種訴權。爲撤消嫡子之身分。非向審判衙門提起訴訟不可。故其撤消。不得以其夫之意思表示爲之。又必有待於審判衙門之判決也。（民章第一三八四條）

〔疏〕第三者若有否認訴權蓋恐第三者欲奪死者之財產時將以否認其子爲嫡子之手段達其目的也。

遺腹子出生後其受胎日期確在夫之生時本可解為其夫之子然推定受胎之時夫有疾病不能人道則人將多持異議第三者未有否認訴權與此情形尙未適合法律上對於遺腹子當有規定

夫為禁治產人時得不經法定代理人之同意而提起訴訟(民訴七四一條)若監護人同意時由監護人代行訴訟(民訴七七〇條)夫於子之出生前不提起不認之訴而於法定起訴期間內亡故者繼承權被害之人及夫之三親等內之宗親得提起不認之訴夫於提起訴後而亡故者前舉之人得受繼其訴訟(民訴七九四七九五條)此又為民訴律中之規定而不可不知者

民訴草案第七四一條禁治產人欲為訴訟行為者受訴審判衙門審判長因聲請選任律師為訴訟代理人於此可準用之

夫為未成年時訴訟由何人提起本法及民訴法皆無規定如由本人提起則未成年無訴訟能力者俟其成年則法定起訴期間(二年)已過不得再行提起若以法定代理人起訴則父子關係使他人代為主張亦於理不合若有此種事實發生不得不準用民訴七四一條之規定

第三 不認訴權之消滅 此種情形有二

(甲) 經夫承認為嫡子於子出生後經夫承認為嫡子者則已拋棄其不認訴權故法不許其再為撤消以害其子之確定身分然承認亦一法律行為其承認而由於強迫詐欺者則不在法文不得撤消之限(民草一二八六條)

日本民法八二四條子出生後經夫承認為嫡子者不得撤銷若未出生前解釋上自不得承認德民法一五九八條亦然實際上倘有偽為有孕而抱他人子以為己子者(家族制度之國家往往有之)夫苟當承認時並不知情其後始知之者亦不許其撤銷承認未免不合也瑞士民法二七條不分明出生前後與本案相同解釋上亦以出生後為限蓋一經承認即不能撤銷若於懷胎時即可承認將來或產期不對又有種種嫌疑欲撤銷則為法所不許默認又於夫不利也惟承認即子在於何時法律不予預之此為法律行為有明示承認默示承認二種如呈報戶籍吏登記乃明示承認也默示者則全為事實問題憑法官之判斷就自然事實而斷定其是否承認也又承認不論受胎在婚姻前抑在婚姻後皆得為之蓋此係人之私事無於社會公益法律不必干涉即使願以他人子為己子者法亦聽之而已

子者。以社會既有此習慣。則法律不能不有此條。然妾之制度。既為文明國所不取。吾國亦斷不宜存此弊制。以為文明之障物。乃渾曰非妻所生之子之由來也。然此特以立法之意言之耳。至以法理論。則實有不能自圓其說者。一三公○條既云妻所生之子為嫡子。妻者由正式婚姻而取得身分之人。其他非由正式婚姻者。即謂之非妻。故本條所謂非妻。與一四○條無效婚姻或苟合。實非二義。乃分別其所生者。曰庶子。曰私生子。實屬矛盾。不能自解。故雖為維持舊習慣計。不如直認有妾之制度。否則不如並庶子之名。而廢之。為得也。至本案對於庶子之規定。則如下（民草第一三七八條）

疏 先妾者為妻妾以下在天子謂之妃庶人謂之妾妾所生之子為庶子團圓注庶子者妾子之號

第一 庶子之推定與其不認訴權。嫡庶身分。雖有不同。然此以其母為別。非以其父而異。故其父對於嫡子之規定。於非妻所生之庶子。亦準用之也。（民草第一三七八條）

第二 庶子之立嫡。妻年逾五十並無嫡子。則此時夫有立嫡之權。以庶長子為嫡子。然條件至嚴。不容通融。妻有嫡子。而年未逾五十者。固無立嫡之原因。即妻無嫡子。而年未逾五十。亦無立嫡之理由。至立嫡之庶子。亦只限於庶長子。是又法文之規定。不得以夫一己之意見為取舍也。（民草第一三八九條）

疏 黃帝內經云女子七月而齒生七歲而齒壯二九而天癸生七七而天癸絕故依中國醫理言婦人年逾五十無再生子之望又云婦人八月而齒生八歲而齒壯二八而陽道閉故男子年過六十四亦不能人事矣其身體強

健攝養得法者不在此例

第四節 嗣子

嗣子者。本非親子關係。由法律之擬制。而生親子之關係者也。在我國曰立嗣。而在他國則謂之養子。是蓋因目的之不同。故其制度。亦因而有異。羅馬時代。養子之目的。在家長權之取得。其後則又加之。以慰藉孤獨。救護貧困。扶助遺孤。獎勵戰士之觀念。故養子不限於同姓。及其他有親屬關係之人。吾國立嗣制度。首在為後。為後者。即為人之子。而以繼續其宗祀也。故我國立嗣。限於同姓。及其他有親屬關係之人。而以異姓之毫無關係者。紊亂家族。律有明禁。不稍寬假。此我國立嗣制度之特質也。

疏 嗣字國函從口從册。可辟小徐曰。册必於廟史讀其册。故从口者。天子之命册者。策令司者。職守總而言之。嗣者。諸侯嗣國也。引伸為凡繼嗣之稱。古文加字作

中國宗法而申庚主於戊。廟由於嗣。天子七廟。即太祖一廟。東西各三廟。太祖之外。有甲乙丙丁戊己等六祖。祀享如庚。當廟則甲廟主。選於太廟之內。宗法亦然。大宗與太祖。後百世不遷。小宗則五世而遷。故大宗不可無。後小宗則五世而漸。大宗繼祖。小宗繼高曾祖。父為後者。為大宗。與太祖。後百世不遷。小宗則五世而遷。故大宗不可無。後小宗則五世而漸。大宗繼能為官。故也。其後封建既衰。無世祿。即無宗法。然亦有痕跡可尋。如承重孫。是承重孫者。即長孫。繼祖也。人死恐無後。以為不祀。則立嗣子。故現今之立嗣。純為祭祀置念。乃重死不重生也。與外國養子之着眼在生時者不同。

草案亦許異養為嗣。但與習慣不合。新草案則加以限制。茲將古禮關於立嗣之義。意義述之於下。(一)立嗣為後起之禮也。殺人尚質。允終。弗及。尚。葬。止。嗣之事。國。國。本。紀。湯。子。太。丁。不。立。而。弟。外。丙。仲。王。繼。之。仲。王。死。太。甲。繼。之。是有後立後無後。即不為立後也。伯邑考死。武王殺。武王。武。王。不。以。子。思。為。之。後。猶。是。也。披。制。周。公。制。禮。乃。有。為。人。後。之。文。是。立。嗣。之。制。實。始。於。周。蓋。亦。封建之餘意也。(二)禮經為人後之文。非必限定為之也。闕。闕。闕。闕。何。如。而。後。可以。為。人。後。文。子。可。也。而。當。次。宗。解。釋。以。為。為。人。後。之。文。不。云。為。所。後。之。子。所。後。其。人。不。

定或後祖父或從曾高祖故闕之也。爾聞荀顛傳頭無子以元徽為嗣何琦之從父以孫紹族祖此可證明為後不專為子也。大宗不可無後小宗可以無後也。應氏喪服傳曰大宗曰收族者也不可以絕因詳傳。注小宗無子則絕大宗無子則不絕重適之本也。小宗者繼嗣者也。爾聞國生曰父死曰考在廟曰禰。大宗者繼其始祖者也。爾聞國初來此唐之祖或初得爵命者曰始祖。爾聞國別子為祖。氏德。國別子謂公子者始來在此國者後世以為祖也。爾聞國曰何如而後可以為人後支子可也。又曰何如而後可以為之後同宗則可為之後明乎宗子之族人皆可以後宗子也。故立嗣專為大宗言之。以上云云皆古禮也。近世則人死必立嗣立嗣必為其子且無論大宗小宗皆可立嗣去古遠矣。

第一款 立嗣之條件

立嗣以後服制名稱均成問遺服制一節。嗣子為嗣父母三年為所生父母期禮有可稽惟於所生及所生父母之名稱古多聚訟宋之儀禮明之大禮議演成黨爭嗣中國家關係甚大然此惟皇室有之民間少見。立嗣之條件。有實質條件與形式條件之別。試分言之。

第一 實質條件。立嗣之實質條件。因立嗣者被立者之地位不同而有異。

(甲) 立嗣子之條件。此為民草第一三九〇條之所規定者。

(子) 成年。立嗣制度。重在為後。未成年者。尚有後顧之憂。而立嗣行為。關係家政。未成年者。能力尙受制限。何得為重要之法律行為。此以未成年者之生存言之也。若未成年者死亡時。則殤者弗為後。禮有明訓。亦無立嗣之理由也。故法以成年為訂嗣之第一條件。

禮記曾子問宗子殤無子弗為後殤之解釋見喪禮喪服傳(子夏語)十九至十六曰長殤十五至十二曰中殤十一至八歲曰幼殤喪服小記(孔子語)男子冠而不為殤女笄二而不為殤冠二十歲也殤者無後雖死不為立後二十而殤有為人父之道見家語(冠後可以結婚即未結婚而死亦可立嗣故古代立嗣以二十歲為限四十九歲以下者不能立後無論宗子庶子皆然也現行律例凡天亡者不為立嗣二十歲以下死者為天亡與殤同本案規定為成年只差一歲也。

(丑) 男子。中國親屬。重在男系。故立嗣。亦限於男子。婦女從夫。夫有嗣子以為嗣父。則妻即有嗣

子爲嗣母矣。故無論女子之已未出嫁。均不能自爲立嗣也。是故法以男子爲立嗣之第二條件。

疏 第二條件非謂夫死不能立嗣方謂不能單爲妻立嗣也。爲女子立嗣中國習慣無之。習慣上男子生時立嗣夫死後妻以爲夫立嗣之名義得行使立嗣權。故分別言之。男子有立嗣權。女子無立嗣權。對自已無立嗣權。爲夫則有立嗣權。惟有特須依家長或親屬會之同意。方可蓋天妻一體見於律例。妻不能獨立立嗣也。

(寅) 已婚 得子爲婚姻之結果。立嗣乃不得已之行爲。若身未婚姻。得立嗣子。則不獨啟壯男不婚之弊。而且有人口減少之憂。於社會政策上。實非適當。故法以已婚爲立嗣之第三條件。

疏 第三條件舊律亦有之。惟以宗子爲重。法國人近來只圖目前不顧後故。其墮胎藥最精中國之婚姻爲共同生活之念。尙輕求嗣之念。爲重者未嫁可立嗣。則其人可不要妻。靜候立嗣也。

(卯) 無子 已婚而有男子者。既屬親生。親愛自篤。若舍親生而別立嗣子。則其已生之子。置之何地。故非所親生者爲女子。而無益於宗祀時。不得舍親生而立嗣子。是故法以無子爲立嗣之

第四條件。

疏 立嗣之後。又生子。則如何舊律云。立嗣後即生子。以其財產與原立子均分。而本案一四〇條所規定。父母生有男子。子所生父母無子者。得請求歸宗。而於立嗣後復生子者。無所規定。繼承亦無之。惟一四六六條規定。所繼承人之直系卑屬。關於遺產繼承人。以親等近者爲先。若親等則同。爲繼承人。第二項曰。前項規定。於直系卑屬係嗣子者。適用之。按此規定。嗣子亦可平均分配。然此條係指被繼承人無子立嗣者而言。與此情形不同。乃應研究者。若按照現行律。而均分其財產。亦可蓋繼承雖爲宗祧關係。實際上多爲爭財計也。如無規定。則被繼承人必私其親生之子。不肯分財產與嗣子。而嗣子所生一支。亦將排斥之。於嗣子甚爲不利。故不可無規定。新草案亦無之。

雖然以上爲立嗣之原則。亦有例外焉。即依左列規定。得爲無子而死亡者立嗣是也。(民草第一

九二條)

(一) 成年者。依民草第一三九〇條之規定。成年男子已婚無子者。方得立嗣。然既已成年而死亡。

則有為父之道。故無謂其已未成婚。並得立嗣。此其一也。

此實為原則。並非例外。蓋男子二十而冠。冠後方可立嗣。自古已然。而一三九〇條言成年可以立嗣也。惟此指死亡時而言。而一三九〇條則指生時而言。故變為例外。

(二) 未成年未婚而死亡者。此情形亦有二。

(子) 出兵陣亡。為國家而死。應有特別之待遇。因鋒鏑之委身。而即無嗣續之可望。殊非獎勵戰士之意。故出兵陣亡者。雖未成年未婚。亦得立嗣。

(丑) 獨子天亡。而宗親內無應為其父之嗣子者。未成年而死。本無立嗣之理。然天亡者為獨子。而同族中又無應為其父嗣子之人。若泥於立嗣之原則。其父即有絕後之憂。故不如許其立嗣。為天亡者之子。即得為天亡者之父之孫也。

應者不為後古有明言。禮檀弓下公叔禺人與童子。即未成年人在時因敵而死。魯及齊人戰於郎。魯人欲勿殤。孔子曰。能執干戈以衛社稷。雖欲勿殤。不亦可乎。現今有國處之名。即為國而殤也。可以立後。新草案將此刪除。謂宜規定於徵兵法中。不宜規定於民法親屬編中。然現行律立嫡子違法。

例文中。有規定而親屬編草案。多以舊律為準。以規定於親屬編為宜。

一三九二條第二款有宗親二字。不知宗親二字。係專指四親等內而言。而立嗣之順序。同宗兄弟之子。及異姓親屬亦在其內。獨子天亡。應為其嗣子者。(一)宗親(二)同宗之兄弟(三)異姓親屬。均可擇立。本款僅限宗親。則同宗及異姓親屬。不包括在內。與一三九一條似有齟齬。宜改為同族字樣。舊律中有若獨子天亡。同族中實無昭穆。相當可為其父之繼者云云。可知非同宗而為族矣。而一三九二條之理由書。亦曰族中與條文亦不一致。
獨子天亡。准子立嗣。此為中國固有之習慣。然既有一三九〇條之規定。不得不視為例外。其實亦重要也。

(三) 未成年已婚而其妻孀守者。此蓋從婦人之志。為其夫立嗣。俾得有所依賴。即舊律婦人夫亡。

守志得擇昭穆相當之人繼嗣之意。

嗣夫死妻嫁在男子則成年條件未備不得立嗣者妻志則可立嗣惟舊律有已聘未娶媳以女身喪志者亦許立嗣蓋為獎勵婦女守節起見也草案無此規定而習慣上甚多現在幾用舊律固屬有效將來草案公布舊律即失其作用因此而不待立嗣甚非尊重女子之本意而與習慣不合矣古稱婚姻有納采問名等儀式而婚姻之成立若任納采時起則已聘未娶夫妻之名分已定若為夫守志者則為之立嗣可也惟自古婚姻成立之時期在親迎而不在納采則未娶之前夫妻名分尚不存在既不得為夫之妻即不得為嗣子之母舊律雖有此規定與古禮亦不適也歸有光氏嘗論及之舊律之規定不過從社會之習慣而已草案為新法律妻孀守得立嗣者以已婚為限未娶之前為婚姻之預約其預約之目的在約明以後為夫妻尚無夫妻之名分也。

(乙) 為嗣子之條件。立嗣之條件既如上述為嗣子之條件則如下。

(子) 男子。無男子為立嗣條件之一。則凡為嗣子者自非男子不可。蓋中國立嗣重在承祀。宗祧之事固非女子所能參與也。

(丑) 同宗或有親屬關係者。神不歆非類。鬼不祀非族。古語炳然。不可或背。我國宗祀既嚴族類而立嗣之制實由祀制而生。故非同宗或有親屬關係自不能立為嗣子也。

嗣同宗源於一祖為一本之親舊律為嗣子者限於同宗而姊妹之子及妻兄弟姊妹之子與婿皆女系血統得為嗣子與舊習慣上立法之標準上適合與否為一問題新草案則將妻兄弟姊妹之子劃除。

(寅) 輩分相同。親屬既有尊卑則輩分自不可紊。舊律尊卑失序罪同亂宗。若輩分不相同得互相為後。則伯叔兄弟直無謂之名稱。而親屬法規乃等於虛設。故法又斤斤於此也。

嗣輩分相同者即親等相同之子也。兄弟次也。乃形容同胞之在後者謂之弟。不專限於男子。此最初之義也。其後同胞中男之出生。在已後者始謂之弟。失本義矣。妻分既須相同而年齡有限制。否即嗣父須大於嗣子若干歲。否乎如二十歲之父立三十歲之子。在形式上頗為不雅。然條文祇言輩分相同而無年齡之限制。故在本草案之解釋上。尚不失昭穆倫序。即子大於其父亦無不可。而法瑞等國養子制度則養父須長於養子十八歲以上。如父二十八歲。

始可養十歲之子是

(卯) 經父母同意。

出為嗣子。則舍所親生而以他人為父母。在父母固有不忍分離之苦。在子亦有忍置之嫌。故子有出嗣之意者。亦必經父母之同意。而不委之於人之自由。庶幾人子無覬覦財產。爭為人後之弊。而法文但謂經父母同意。是父母但有同意之權。無委棄所生。強子出嗣之理。然此以子已成立者言之也。吾國習慣。立嗣恆係嬰孩。蓋欲以養育之施。聯其恩意。此時子未成年。意思能力。可謂全無。故父母無同意之可言。但得代為允許。此又法律之遷就習慣者。至嫡母對於庶子。繼母對於繼子。類多嫉視。其甚者。乃至借出嗣之名。行驅逐之計。故法又必明示。非得親屬會之同意。不得為出嗣之允許也。(民草第一三九四條)

疏 父母之同意以子有出嗣之意思為前提。若子無出嗣之意思。則父母不得強使之出嗣。外國法律亦有此規定。惟無親屬會同意之規定耳。

草案一三九四條第二項十五歲以下云。此十五歲在中國舊律無根據。乃採日本民法八四三條而來。他國法例如民法三六四條以二十五歲為限。德民法一七四七條以二十一歲為限。瑞民法二六五條以未成年為限。須得父母同意。本案之十五歲既無根據。故不如以未成年為限。嗣之為愈也。至若干歲可以不經父母之同意。草案無規定。蓋注重家族算親權。故也。舊律純探家族主義。雖子不欲出嗣。苟父欲其出嗣。亦不得違反之。本案則於家族主義中帶個人主義。須子有出嗣之意思。而後同意。方生效力。法雖明文規定。就同意之反面推之。則如此。惟限於一定年歲。得由父母代為允許。

繼母親屬國後乎。已母為母者曰繼母。國後。晉書王祥性孝。養喪親繼母朱氏不慈。

(辰) 非獨子。

立嗣既為宗祀之計。則獨子出嗣。即非人情所願。舊律既有禁條。本案自不能不加限制。然所生雖不可棄。而絕後亦應補救。故法既以獨子不得出嗣。示禮之經。而仍以許其

兼祧濟禮之窮也。

〔疏〕舊律兼祧之條件凡四(一)獨子(二)同父周親(三)兩願(四)闔族甘結第一條件即限嗣繼承祧之人必係昭穆相當之獨子所謂獨子者即兼祧一方無子被兼祧一方亦無子是第二條件即承祧之父與所生之父須係同祖所謂同父者即被兼祧人之同父也第三條件即當事者間同意之謂第四條件即經親屬會同意是也草案兼祧範圍太廣似凡獨子均可兼祧而不限於同父周親抑知兼祧為不得已之舉不可無限濶而舊律限於同父周親者一以取親近之意一以防非同父周親者爭祧之弊也新草案有同父周親之限制較為進步(大理院判例上字四八號參照)

舊律兼祧條件雖有四種然又有絕對相對之別如被兼祧人(被繼承人)夫婦均故事實上本無同意之可言即法律上當然消失其要件之效力也若闔族不肯具結而無法律上正當理由者他之條件實屬適合者更得以裁判代之(二年上字一〇九號判例)

兼祧者限於兼雙方之祧乎抑三祧四祧亦可以兼乎如甲乙丙兄弟三人乙有子甲丙無之乙之子已兼甲祧對於丙仍得兼祧否乎按草案祧曰兼祧並無限制舊律曰兩方乃指兼祧之時而言並非指以後而言故解為可以兼三祧以上兼祧辦法古時未有始於前清乾隆年間變祧而娶二妻以上者先者為妻後者為妾見大理院解釋

第二 形式條件 立嗣之形式條件即呈報於戶籍吏是也蓋立嗣行為關係於人之身分者至

切非經鄭重之方式以公告之則父子之身分關係之變更仍屬無從稽攷故必於呈報戶籍吏經登記後立嗣行為方始發生效力也(民草第一三九六條)

〔疏〕一三五條以遺囑擇立嗣子者從其遺囑一五二〇條遺囑以遺囑人死亡時起發生效力一三九六條立嗣自呈報戶籍吏不同時者則其效力何時發生是一疑問若自呈報戶籍吏時發生效力則嗣子以前所為之行為將悉歸無效若自遺囑人死亡時發生效力又與此處規定相矛盾此草案疎漏之處也應加以補正規定曰以遺囑擇立嗣子者其呈報之效力溯及遺囑當時如此規定則兩項條文免其衝突

第一款 嗣子之擇立權

民律親屬編

擇立嗣子。為嗣父母身後最切要之行為。法既規定立嗣為嗣之條件。則擇立嗣子之權。有不可不一言者。試歷述之於下。

第一 擇立權之所屬。立嗣條件。其一為無子。則擇立權之所屬。專在無子之人。固無可疑。然無子者一經死亡。並未立嗣。其權利即應消滅。而非他財產權之可移轉於人。必謂擇立嗣子之權。乃專屬一身之權。揆之法理。無子者之妻。又不得自立嗣。則絕後之憂。仍屬難免。故法於第一三九五條。特設規定。許無子而死亡者。其妻得擇立嗣子。無妻者。由其直系尊屬或家長或親屬會。得擇立嗣子也。至於遺囑立嗣。則遺囑為死亡者之行為。以遺囑擇立嗣子。與死亡者自行擇立。初無二致。故應從其遺囑也。(民律第一三九〇條第一三九一條第一三九五條)

闕 舊律夫死亡無子。憑族長擇立嗣子。大理院判例以擇立嗣子之權。屬於其妻。草案則為通融之規定。即妻之擇立。乃為夫擇立。非為自己擇立也。蓋無子者。未經擇立嗣子。死後妻若不能再為擇立。則無子者。終於無子矣。故由妻擇立之。但妻不過擇立而已。非其權屬於妻也。

草案所謂遺囑為何人之遺囑乎。曰當然為無子者之遺囑。然無子者死亡。並未為遺囑。其妻亦死亡時。無子者之尊親屬。得為遺囑否乎。按大理院判例。謂無子者之直系尊屬。為其子。為擇立之遺囑。亦為有效。蓋尊親屬代行擇立權也。然擇立與被繼承人。素有嫌隙之人。則有效否乎。曰繼承與被繼承之關係。不能以有嫌隙之人充之。況此為代死亡者擇立。必推死亡者之意。思方可故。苟有嫌隙之確據。其擇立為無效。

第二 擇立權之範圍。此可分為三項。

(甲) 宗親。立嗣意在承祀。必取血統最近。氣脈相通者而立之。宗親則源同高曾。其血統氣脈。自異他人。故無子者。首立宗親中親等最近之兄弟之子為嗣子。然宗親中親等同者。不止一人。則應

由無子者擇立。以爲已後。若親等最近之人。均非無子者所願立。使必限以親等。則人屬庸愚。勢必敗壞家業。或素有嫌隙。終必釀成爭端。於法律雖不肯。而於人情則已傷。緣情立法。豈宜有此。故又許其於宗親兄弟之子中。自由擇立賢能。或親愛者爲嗣子。又不限以親等最近之人也。
(民草第一二九〇條)

附 舊律有擇賢擇愛
聽從其便之文

(乙) 同宗。同宗爲後。禮有明文。雖遠祖所分歧。要無不出於一本。故亦可以擇立同宗兄弟之子爲嗣子也。然以同宗兄弟之子爲嗣子者。亦必有其限制焉。就法文言之。(一)爲無宗親親屬。(二)爲有宗親親屬。而不能出嗣。(三)爲有宗親親屬。而無子者。不欲立其爲嗣。(民草第一三九一條第一項)

附 族中宗親內者爲宗親。宗親件者爲同宗。儀禮
喪服傳曰。何如可爲人後。同宗則可爲之後。

凡立異姓之子以亂宗者。爲律所不許。此種禁令。自係強行法規。不問當事人意思如何。其應繼當然有效。(二年大理院上字二〇〇號判例)

(丙) 異姓親屬。異姓亂宗。自唐迄今。皆干例禁。誠以族類既殊。不可承祀也。雖然尋常異姓。本屬路人。無骨肉之親。以其爲嗣。誠大不可。至異姓而爲近親。則微有不同。論血脈。則彼此姻婭。同根一本。較同宗之人。或猶近。論親誼。則往來親密。自幼團聚。較宗親或尤切。故不如許其以異姓親屬爲嗣。而嚴限制。(一)爲姊妹之子。以有似於兄弟之子姪。可承伯叔甥。亦不妨承嗣舅也。(二)爲婿其

妻為親生之女。較他人為親也。(三)為妻兄弟姊妹之子。自妻言之。為以姪承姑。亦有血族關係也。

故法許無子者。不欲立同宗兄弟之子為嗣子者。得以前舉三者為嗣子。此草案第一三九一條

第二項之理由所說明也。(民草第一三九一條第二項)

嗣 為人後者有二。一為同宗之後。即妻服傳所謂為人後(繼子)二為他人之後。即射義為人後者勿入所謂為他人後以他人父母為父母為聖門所絕嗣射義孔子射於矜相之圃。觀者如堵。射至於司馬使子路執弓矢出。延射曰。

敗軍之將亡國之大夫。與為人後者勿入。同是為人後。一則喪服上規定其詳。一則斥為不恥。蓋一為同宗之後。有血統關係。固自無妨。若為異姓之後。則並無血統關係也。

殺梁傅襄公六年。傳。吾人滅。猶非滅也。立異姓以蒞宗祀(繪立其甥為世子)滅亡之道也。公羊傳亦同。因繪國立吾國之人為嗣。書之曰。滅亡亦深惡之也。史記商尙。賀周尙文。故在商時無子者。不為立嗣。自周時始許之(創於周公)蓋為保其宗祀計也。孔子行商道。故亦深惡之。迨其後以他人之子為子者。數見不鮮。不但庶人已也。周那或曾以柴榮為子。至今此問題亦須研究。舊律異姓為後在禁止之列。儒道尤為不耻。當定草案時。因各處習慣上有以姊妹之子及婿與妻兄弟姊妹之子為子之事。取而規定之。然此一小部分之習慣。不能定於律中。如近世同姓為婿者。頗有王王氏李李氏之稱。不能據為規定同一理也。新草案認婿及姊妹之子得為後。而撤去妻兄弟姊妹之子。然此皆女系與中國重男系之風。亦不適也。

立嗣之效力本節法未規定。當然以一三二〇條為準。一三三二〇條云。嗣子自承繼日起。其親屬關係與所嗣父母之親生者同(繼承編一四六〇條則曰。繼承以所繼人死亡時開始。則一三三二〇條應曰。嗣子自立嗣之日起。而承繼二字在本編毫無根據。故一切法律關係悉以親子關係為準。

第二款 立嗣之撤消

法律於立嗣之條件。規定甚嚴。立嗣既為法律行為之一。苟違反法律。自不可不予以撤消。然立嗣之撤消。於嗣子家庭上社會上之地位。影響極大。故又不能適用他法律行為撤消之規定。而別設特別規定也。

第一 撤消之原因及有撤消權之人。立嗣條件。其規定有為保護嗣子利益而設者。有為保護嗣父母本生父母及其直系尊屬及公益而設者。故法文因撤消原因之不同。而撤消權所屬之人亦異。違背第一三九〇條至第一三九二條規定者。其撤消權屬之所嗣父母。嗣子或所嗣父母為子之法定代理人家長或利害關係人。違背第一三九三條及第一三九四條第一項規定者。其撤消權屬之嗣子之本生父母或直系尊屬。違背第一三九四條第四項規定者。其撤消權屬之嗣子或親屬會。(民草第一三九七條)

附利害關係人為繼承權被侵害之人如甲之親等較乙為近而乙為繼承人是所嗣父母自己。不按法定方式立嗣而自可予以撤消權也。
附已復可請求撤消似法文多此一舉。然婚姻當事人既可撤消婚姻則所嗣父母其初含糊立嗣其後知其不安未始不可予以撤消權也。

立嗣必須成年何以又有法定代理人之規定細按之所嗣父母於禁治產時不能不用代理人為之然法定代理人無選擇嗣子之權而於撤消時有撤消之權法文亦有不能貫徹之弊也。
因保護公益亦許家長有撤消權大理院判例立嗣如尊卑失序(輩分不遵)法院可宣告撤消本案則祇以家長為之陳先生以為此係公益問題倫紀攸關利害關係人及檢察官均宜有撤消權。

第二 撤消之方法。通常法律行為之撤消。當事者以表示意思為已足。而立嗣之撤消。則不可不向審判衙門聲請撤消。蓋以此種行為。關係身分。使非有嚴重之形式。終不免陷於輕率之弊也。(民草第一三九七條第一項下段)

附此聲請依訴之方式乎抑依聲請之方式乎對於此聲請之裁判用判決之形式乎抑用決定之形式乎民訴法人事訴訟一章親子事件中無立嗣訴訟之規定惟此事件關係甚重應與撤消婚姻之訴訟同一律其聲請當以訴之方式行之其裁判當以判決之形式行之至撤消之效力應自判決之時發生固不待言。

一三九七條第二項第三項得撤消之一語其意義自以向審判廳聲請為是但此條設裁頗有可議本案第一三四二條云婚姻惟依後三條所定始得向審判廳呈訴撤消以此為綱而一三四三至一三四五條之得撤消之一語乃有着落此條第一項末謂得聲請審判衙門撤消第二項末云得撤消之第三項末亦當使人疑二三四兩項所謂得撤消之一語與第一項不同也

(第三) 撤消權之消滅。立嗣之撤消原因有絕對的撤消原因與相對的撤消原因之別。絕對的原因如非宗親同宗兄弟之子及有親屬關係之尊卑輩分相同者及非依第一三九二條之規定而立嗣者則立嗣之撤消權永久存在隨時可由有撤消權者向審判衙門聲請撤消。至相對的撤消原因其影響較淺其利益之被損害者亦較微。故法又設有相當之期間以保護嗣子嗣父母間之利益也。

附 一三九〇條至一三九三條為關於公益之規定一三九四條為關於私益之規定關於公益者為絕對的撤消原因與各國養子緣組及離緣之制度而定有撤消一種惟立嗣行為以呈報於戶籍吏而生效力則撤消亦當以呈報於戶籍吏而生效力草案於撤消立嗣無呈報戶籍吏之規定實一缺點蓋婚姻與立嗣均為要式行為而婚姻之撤消須呈報於戶籍吏立嗣亦宜如此也又違反婚姻形式條件者(呈報戶籍吏)為無效之原因於此則無規定未免疏漏

(甲) 立嗣者成年或成婚時。據第一三九零條規定立嗣必為成年已婚而無子故違反此條規定未成年未婚而立嗣者法宜撤消然此種行為其瑕疵僅在一時若立嗣者已經成年或已經婚姻則於立嗣之條件已具有撤消權者自不得再行使其撤消權也(民草第一三九八條一項)

(乙) 經過法定期間。出為嗣子不得父母或直系尊屬之同意其父母或直系尊屬得行使其撤

消行於知有出嗣行為之日起六個月內。或於登記後二年內。而不聲請審判衙門之撤消。直可推定爲追認出嗣行為而拋棄其撤消權。故過此期間後。亦不得再行使其撤消權也。(民草第一三九八條二項)

附 明示追認外。逾法定期間而不行使撤消權。則爲默示追認。惟明示追認本節法無明文。應依總則之規定爲之。

依一三九七條第三項規定。違背一三九四條第三項規定。爲親屬會得撤消之。即嫡母繼母允許其子出嗣。須得親屬會之同意。未經其同意者。即侵害親屬會之同意權。親屬會得撤消。然此未有消滅之規定。將認爲永久存在。耶抑認爲消滅。耶不無疑。問惟親屬會之同意權。較父母之同意權。與直系尊屬之同意權。爲輕。父母之同意權。與直系尊屬之同意權。均能消滅。認爲默示之承認。而親屬會之同意權。何獨不可認爲消滅。若認爲永久存在。未免輕重失宜。然認爲消滅。而其期間。又無從計算。此其缺點也。查一三三八條規定。繼母嫡母故意不允許結婚。若違此規定者。是一方侵害母之允許權。一方侵害親屬會之同意權。惟按第一三四四條規定。惟有允許權者得撤消。之是同意。未經於允許權也。在婚姻如是。於此則親屬會撤消。前戚之期間。自應於父母直系尊屬等撤消權消滅之期間。不能使之永久存在。蓋永久存在。不但於所嗣父母不利。於嗣子。亦有不利。如甲乙兄弟二人。甲有二子。曰龍曰虎。以龍爲乙嗣。甲已死。其出嗣並未得親屬會之同意。乙有甘肅。而甲家其貧。若親屬會忽然撤消。是乙仍無子。而龍將受貧矣。且於繼承上。亦受有不利。而第三人。亦或受有影響。是各方面均不利。益也。草案於此。疏漏之點。急宜補正之。按一三四九條。婚姻撤消之效力。不追溯既往。而立嗣撤消之效力。則無規定。依解釋。上言之。本編既無規定。應適用總則撤消。從始視爲無效之規定。然如此。則撤消前之遺贈。及其他嗣子與第三人所爲之行爲。均須回復原狀。一家之和平。及交易之安全。均不能保。是以私益而害及公益也。草案於此。未有規定。是亦疎漏之點。

結本節條文之缺點有三。(一)違反第一三九六條之規定。而立嗣者何如。(不呈報戶籍吏)(二)違反第一三九四條第三項之立區。其撤消權消滅期間。法無規定。是否永久存在。(三)撤消之效力。法無規定。是否適用民總第二七五條規定。始無效。

第四款 歸宗

上款所述。立嗣撤消。乃使違法之立嗣行爲。歸於無效。茲之歸宗。乃將有效之立嗣行爲。加以解消。

之謂也。歸宗之請求。有由於所嗣父母者。有由於嗣子者。是蓋之原因之不同。故請求之人亦異。試列述之於下。

第一 所嗣父母得請求以其嗣子歸宗情形。(民草第一三九條)

(甲) 嗣子不孝有據者。立嗣重在爲後。一則以順事餘年。一則以繼承宗祀。嗣子而有不孝情形。則既與順侍目的背馳。安得復有繼承之權利。故法以不孝爲歸宗之原因。但所謂不孝者。爲事實問題。故又必限以有確實證據。始得請求。否則恐以一時之感情。致嗣子之地位。易於變動。亦非所以保持家室之平和也。

附 孝者善事父母也。孝字下加以順字。大約爲善事父母先意承志之意。然其情形不能列舉。悉由法院判斷。從前告忤逆者。毫無範圍。當以一人之意見加以重罪。殊爲不當。

嗣子不孝。有據即舊律條例。繼子不得於所後之親。聽其告官。別立之意。

(乙) 嗣子行爲放蕩。足爲家門之玷者。嗣子行爲影響於所嗣者之一家者。甚大。顯姓揚名。昔人所重。故嗣子而有放蕩之行爲。始之冶游賭博。浪費無度。致有家財耗盡之憂。大之廉恥道喪。犯罪受刑。更爲一室門楣之辱。不孝不過對於所嗣父母個人之行爲。而玷辱家聲。乃關於所嗣者一家之行爲。法故以此爲歸宗之原因。

附 (甲) (乙) 二款。即舊律所謂繼子不得於所後之親 (甲) 欲爲一身之關係 (乙) 欲爲一家之關係。在舊律聽其告官別立。又不得於所後之親。一語太爲抽象。故本案將具體的事項列舉之。

(丙) 嗣子逃亡三年不歸者。嗣子對於嗣父母。有扶養之義務。對於所嗣之家。有維持發達之責任。

嗣子不得嗣父母之命而出亡三年不歸其有惡意者固難逃惡意遺棄之罪責其無惡意者亦得推定爲不願歸家之表示故嗣父母得爲歸宗之請求也。

(丁) 嗣子生死不明在三年以上者。人因無子而立嗣。若嗣子生死不明至三年以上則爲期已久。有子已等於無子。此時欲別立嗣子而限於原立嗣子之名義勢亦有所不能。故法亦許其爲歸宗之原因也。

嗣 嗣子生死不明在三

南方習慣可以立二嗣子即一應一愛也(一爲應繼一爲愛繼愛繼祇盡分不錯即可查律無之)

律載無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼先繼同父周親次及大功小功總屬如俱無方許擇立遠房及同姓爲嗣又婦人夫亡無子守志者合承夫分須憑族長擇昭穆相當之人繼嗣又若繼子不得於所後之親聽其告官別立或擇立賢能及所親愛者若於昭穆倫序不失不許宗族指以次序告爭並官可受理又若應繼之人平日先有嫌隙則於昭穆相當親族內擇賢擇愛聽從其便又如可繼之人亦係獨子而情屬同父周親兩相情願者取其合族甘結亦準其承繼兩方宗親各等語可知應繼次序本有定期惟例外許其擇賢擇愛不依次序且必以嗣子不得於所後之親或應繼之人平日先有嫌隙者爲條件(二年上字)○九號判例)立同姓子爲嗣若尊卑不失序並無強行法爲之限制若官法定次序舍近立遠者告爭之權亦僅以應繼人或宗族有利害關係者爲限(二年上字二〇號判例)

第二 嗣子得請求歸宗之情形(民草第一四〇〇條)

(甲) 所嗣父母虐待不堪者。虐待爲受身體上之痛苦所嗣父母虐待嗣子而至於不堪則恩義既絕其親子間之關係斷難永久維持故嗣子得請求歸宗也。

嗣 虐待不堪即舊律所謂義絕之行爲一三九二條關於離婚條件虐待與重大侮辱對舉而日本養子繼緣之原因亦復如是本案於此祇言虐待並無重大侮辱且虐待亦必至不堪始可(虐待爲身體上之痛苦侮辱爲精神上之痛苦)

苦)立法者蓋本於舊觀念中小杖則受大杖則走之意故非至不堪不為歸宗之原因至侮辱未
有規定者蓋因父子一體侮辱其子即侮辱自己既於子之身體無重大關係故不以為歸宗原因

(乙)所嗣父母生有男子而本生父母無男子者本生父母有子其子始得出嗣乃自由出嗣後而本

生父母之子均已死亡所嗣父母生有男子者則使本生父母絕後於心固有所不忍而所嗣父

母又無嗣子之必要故嗣子於此情形亦得請求歸宗

爾舊律立適子違法條所養父母生有親子而所生父母無子願歸宗者聽與此路同惟若甲有三子以長子嗣乙厥後
其二子均死乙若生有親子嗣子固可歸宗若乙未生親子則此時以乙之嗣子兼甲親子抑另有他法乎草案理由
書言應設法兼祧不免過早蓋須先視甲之幼子二人合於立嗣之條件否若具有立嗣條件則應為死亡者立嗣若不具
備立嗣之條件由出嗣之子兼甲之祧(甲之子出嗣於乙始可即為乙之子再兼祧乃以乙之子兼甲之祧也)如此方
無害於應繼已死亡之二子之繼承權此外縱有
繼承權者應為甲之繼承人時亦不能有所異議

姦女與所養人(領家)之間并不發生養親養子之關係姦女對於所養
人若有不願共同營業之意思苟備法定原因因聽其所適不能拘束之

以上二者嗣子年在十五歲以上方得表示歸宗意思若在七五歲以下則不然故法許其本生

父母或直系卑屬請求之也

第三 歸宗之決議 請求歸宗若僅由嗣父母或嗣子一方之意思為之則恐有濫行歸宗之弊

故請求之權雖屬於所嗣父母及嗣子(嗣子之本生父母直系尊屬)法仍規定須有親屬會之議

決也(民草第一四〇二條)

爾中國歸宗與外國養子關係相當雖緣多請求法究為之草案以家事不使使官懸干涉定為由親屬會決議然舊律
云嗣子不得於所後之親聽其言官別立是出官廢干涉也且親屬會會員多與嗣父母或嗣子有感情關係其議決
難得公平仍不如由法院干與之為愈也况立嗣之撤消歸於法院歸宗何獨不然又此所謂請求者請求法院開親屬
會耶抑逕向法院請求耶耶請求開親屬會亦須向法院為之且須開具理由仍是由法院干涉何如逕使法院干涉也

第四 歸宗之呈報。嗣子歸宗。則所嗣者親子關係。已經脫離。而本生之親子關係。依舊回復。其身分變更者。其他因身分所生之權利義務。亦無不變更。故歸宗亦必呈報於戶籍吏而生效力。蓋立嗣撤消。經由審判衙門。故不必經過呈報程序。立嗣歸宗。乃私人間之行為。故必須呈報也。（民草第一四〇二條）

國 呈報戶籍吏乃使第三者知其身分關係變更之制度也。若由審判衙門判決者。審判衙門須通知戶籍吏。自不必經過呈報程序。此應在戶籍法中規定者也。

歸宗之效力如何。法無明文。申言之。即歸宗之效力。是否溯及既往也。草案既無規定。而舊律中有乞養。養子歸宗時。不得將財產移歸本宗之文。但此指養子而言。非指嗣子而言。如嗣子與此適用同一之規定。則非所以保護嗣子利益之道者。聽其多歸財產。則以後之嗣子。直無財產。可以繼承。亦為不當。草案於此。不可不有適當之規定也。又立嗣之撤消。本編雖無關於其效力之規定。解釋上。可適用總則撤消及既往之規定。而歸宗非撤消可比。在總則中。並無歸宗之名。稱尤不能適用總則之規定。故立嗣撤消之效力。本編雖不規定。尚無大害。而歸宗之效力。不為規定。則實際上。易生問題。今本編既無規定。只有賴推總則撤消之規定而用之。

第五節 私生子

第一 私生子之意義。私生子者。由無效之婚姻。或苟合所生之子也。蓋人因婚姻而有夫妻之名分。則其子即生父子之關係。私生子者。其父母間既無夫妻之正式名分。其子實無關係之可言。然使盡取無效婚姻。或苟合所生之子。揜諸法律之外。則以父母情欲上之罪惡。加諸無辜之小子。人孰無情。焉能堪此。且舊律亦有姦生子。依子量與半分之例。是其尊重人道之微意。亦不無可探。故本案又有私生子之規定也。（民草第一四〇三條）

國 舊律名為姦生子。草案改為私生子。按中國舊日所謂私。與現在公私之私不同。有盜竊謂之私者。有襟兄弟謂之私者。爾疋女子謂姊妹之夫為私。詩碩人篇諱公維私是也。爾國私不名。今則假為公公。姦也。韓非曰。查諱作字自

蓋為人背人爲公姦奸也奸止法也私也又姦
姦也是姦生子與私生子無論用何者均可

他國法例對於私生子有分別而規定之者如法國分私生子爲普通私生子及亂倫犯姦之三種而瑞士亦分私生子爲私生子及依姦通與血族婚姻所生之三種後二種均不得認領本案統無效之婚姻或苟合者而言之則其間自無區別也。

法民法三三一條及三三五條私生子除亂倫犯姦者外得爲認領瑞士民法三〇四條依普通或血族婚姻所生者
子不得認領法國私生子占百分之二十三日本次之當日俄戰後日本之私生子甚多因該二國宜實行徵兵制女
子獨居者多也

普通私生子指無夫之女與無妻之男或有妻之男所生之子至血族婚姻所生
之子爲亂倫之私生子有夫之婦與有婦之夫相姦所生之子爲犯姦之私生子

第二 私生子之認領。認領有爲確定親子關係之法律行爲也。認領私生子之法例亦有二其一以私生子爲不知父母之人故並許父母之認知如日本是其一以私生子與其母由分娩及出生已可確定其關係惟父母間須爲認知如德國是本草案則採取德國主義故於母無認領之文以私生子自出生後即爲母之子也故非經其父認領後不得爲父之私生子而既經認領其身分已經確定即不得再爲撤消以杜輕易認領之弊而其認領也又須呈報於戶籍吏以免異日之翻悔也。(民草第一四〇四條)

日民法八二七條父母均得認知
私生子法民法三三七條亦同

德民法一七〇五條私生子對於母及母子親屬有嫡出子之法定地位瑞士民法
三〇二條私生子自出生即發生母子之關係對於父之關係依認知之判決定之

認領之方式法國用公正證書日本呈報於戶籍吏瑞士用判決公告周知使利害關係人均悉

私生子當未出生(尙爲胎兒)時可否認領按中國法律無此規定不能認領又私生子已死亡可否認領按人死已無人格之原則不能認領然日民法八三二條有規定曰胎兒可以認領又私生子雖死亡苟有子嗣亦可認領蓋胎兒未出生前其父遇戰爭而出征時於此時認領雖戰死不歸亦可得一脈之傳者私生子死亡而生有子女者使其得爲認領者爲子女得有男系親屬關係故也德法等國均無規定中國私生子甚少亦不必有此規定

胎兒可認領之理由有三(一)保護胎兒之權利(胎兒在民法上有特定之權利如債權九一七條加害時子爲胎兒者一四六一條胎兒有繼承權)(二)安慰死者之心(三)使不至爲絕戶

雖然認領爲法律行爲之一。苟其父未成年。則依民律通則。亦應得法定代理人之同意。然認領私生子之行爲。惟其爲父者身親其事。乃爲真知灼見。法定代理人又何從容喙。故雖父爲無能力人。得不經法定代理人之允許而認領之。(民章第一四〇五條)

第二 私生子認領之效力 認領私生子者。認領之行爲。雖於認領時行之。而其效力則溯及於出生之時。以親子關係。本於生出時發生。認領不過爲法律上之一種表示。故認領之效力。不獨對於將來。而且溯及既往。然認領後親子關係既生。則一切關於身分之權利義務。亦應溯及於出生之時。因之而害及他人之既得權利。則他人之權利。既不確定。而又非公平之道。故又明示不得害及第三人之權利也。(民章第一四〇六條)

凡子可姓父之姓父子間有互相扶養之權義

私生子認領後之效力本編無具體規定而繼承編則有之但關於財產事耳

私生子認領之效力與立嗣子之效力不同嗣子乃自出嗣日發生親子之關係而私生子則自出生之時即生親子關係故認領者不過如訴訟上之自白而已法律上既有私生子之地位故認領亦有溯及力以免私生子有無父之時然不得

妨害第三人之既得權如其父有嫡子已分得財產不能因認知之故再令其分與私生子也例如私生子於去年正月生其父於今年正月認領其父已於去年十月將產業分配甲乙兩嫡子若認領之效力溯及出生則此私生子亦可與於分財之數使甲乙已得之權利為不確定法所以設限制藉免爭端也

第三 私生子之權利

(甲)呈請撤銷 認領之行為。由其父單獨之意思。故父有認領時私生子不必有何等之行為。即當然生親子之關係。係然有時往往反於真實。認領他人之子。而為自己之子。侵害私生子之利益。而並惠及利害關係人之利益。故法許私生子及利害關係人。(身分上之利害關係人財產上之利害關係人)得舉反對之事實。呈請審判衙門撤銷其認領也。(民草第一四〇七條)

(乙)呈請認領 認領為父任意行為。故父不為認領。則私生子實際上雖有親子關係。而法律上終不能取得身分。故法許私生子及私生子之法定代理人。向審判衙門請求認領。然使無一定之制限。則有任意妄攀之弊。故必限以確實之事實也。(依民訴律七九三條規定則私生之子女不得法定代理人之同意而為認領之聲請本條法定代理人是否必要尚須研究)(民草第一四〇八條)

各國法律有規定對於母當然可以行使搜索權(搜索即呈請認領之意)對於父則不許搜索者如法民法三四〇條意大利民法一八九條荷蘭民法三四二條皆是德瑞等民法則以出生時私生子與母之關係已確定毋庸搜索

乃允許搜索其父與法意等國不同蓋法國當革命以前許私生子搜索其父以母所言舛媿時之情形爲確實之證據然流弊橫生如其母有姦夫數人其子祇擇最貴之人請求認領甚至對其母毫無關係之人亦請其認領常致有金錢有勢力之人因而喪失名譽故拿頗命所制定民法第三四〇條禁止請求其父認領也又第二項云如女被入誘拐舛媿時有確證亦可請求認領蓋對於父不能請求認領則子終身爲無父之人如其父認領則又有流弊故又以有確實證據爲限得以請求認領也

關於婚姻訴訟程序於親子訴訟程序準用之而婚姻夫婦均有訴訟能力可知無須得法定代理人之同意亦可提起訴訟若須得法定代理人同意則法定代理人即可以左右其認領甚爲不當惟此時尚無其父母爲法定代理人得母之同意尙無不可除母之外無取於此項規定也（日人訴法凡婚姻及

親子關係雖未成年者不經法定代理人之同意得提起訴訟）
未經認領之私生子已死亡生有子女本案既不以日本民法已死之私生子可以認領（日民八三五條參照）則其子女即爲無祖之孫以法言固非對於私生子可以認領本身不能認領然以情理言私生子由於苟合者尙有認領之保護若私生子之子女並無不道德之行爲更宜使在法律上有其地位

父任意認領時須呈報戶籍吏若強制認領則法院之判決代認領之意思而判決對於第三人有其效力故不用呈報戶籍吏蓋呈報戶籍吏之意思有二（一）意思之確實（二）身分關係之確定（三）使第三人知悉強制認領時則無須也
一三九五條遺囑立嗣者從其遺囑而認領私生子無許以遺囑認領之明文日民八二九條有之夫人於生前多不肯言不道德之事而臨終無所忌諱得以遺囑爲之故遺囑認領應設規定

第四 私生子之得嫡。私生子地位與嫡子不同。因其父母之已否爲正式婚姻而分也。苟其父母已爲正式婚姻。則其父母已生夫婦之關係。其子自不能再加以薄待。故法許以私生子爲嫡子。而設一擬制之規定。然此亦有必要條件二焉。一爲父母成婚。一爲經父認領。然認領在婚成前與認領在成婚後。此二者又自有別。成婚前認領者。則自成婚時起。即取得嫡子之身分。成婚後認領者。則必自認領時有其效力。蓋此種問題。與繼承之順序。有至要之關係。法不得不規定之。以杜爭議也。（民草第一四〇九條）

圖如甲男與乙女兩姦生子丙其後結婚生子丁若婚姻前所生之子為私生子成婚後所生之子為嫡子則同是親兄弟而地位不同殊非情理之平法律乃作為嫡子變其原有之身分此項身分本於法律他人不得以意思變更之日本古代私生子於父母結婚時用長紗罩於父母子三人頭上即取得嫡子身分

第五章 監護

吾國古無監護之制。其幼年喪失怙恃者。家有尊長。則教護之。賁。自有所歸。否則或撫養於異族。或託付於戚友。於是而有託孤之名。與他國所謂監護者。固亦相同。然此不過習慣上所認許之行為。而非法律上所規定之權義。本章所謂監護。則採取他國之法律。參酌於吾國固有之習慣而定之者也。

圖監護日本謂之後見取其在後能見之意名稱不雅故中國改用監護詞切監臨下也護救視也其意與後見略同詩云天監於周此監字帶權利性質有居高臨下之意其後天子侍者曰太監即監視皇帝之意也然只有義務而無權利護則非權利問題乃能方問題

周公居攝即監護之意其後霍光亦然周公之前有伊尹惟無攝政之名然此猶指皇家而言若平民則有託孤論語可以託六尺之孤朱註謂此為為國事實則為人民間之事若皇家則為攝政矣然受託者不過本於仁慈之心既無法律責任故無權義可言也法因其有益於人也故採而用之

然則監護之意義。果何如乎。監護者。蓋為保護無父母之未成年者及禁治產者之身體財產計。所設立之私法上制度也。故分析言之。

第一 監護者。為管理保護未成年者及禁治產者財產身體之職務也。羅馬時代。監護之制。純為家長權之繼續。故監護人者。乃代未成年及禁治產者。行使其家長權。而於本人之利益則不顧。

至後世則以此制爲基於公益而設立。而注重於被監護人之利益。吾國立法之意。亦復同之。

〔羅馬監護制度分爲二期〕(一)家長之下有家屬數人。家長死亡則此數人皆可爲家長。惟年幼者及精神病者不能行使家長權。時有監護人代其家長權。與皇帝之有攝政者略同。故此期之監護人純爲權利。(二)無論有家長權否。係年幼者與精神病者即可設監護也。其監護人之職責一管理其身體二管理其財產三補助能力而監護人又可分为三種一指定監護人二選定監護人三法定監護人。此時期之監護乃爲一種義務。近世各國法律皆沿襲之。惟有以監護爲公法上之職務者厥後始知其誤。

第二 監護者。私法上之職務也。 羅馬法稱監護爲公職。即德瑞亦復有此觀念。然以實際言之。監護雖法律所規定之任務。蓋不得以公法上之職務視之。雖其間規定不無公法上之性質。而全體則不謂之私法上職務不得也。

〔德民法一七七四條瑞士民法三六條皆視爲公職。又德國特設監護法院。瑞士亦然。〕監護審判衙門監護人保佐人均爲監護機關。日本從前以監護爲公權。舊刑法三一一條云。剝奪公權者不得爲監護人。新刑法無此規定。蓋視爲私法上之一種地位也。實際上監護人行監護之義務爲私法上義務。監護就職之義務乃公法上義務。參看本案一四一五條。然我法上亦有剝奪公權者不得爲監護人之規定。其理由何歟。曰以剝奪公權者喪失信用。非以監護爲公權也。

第三 監護者。能力者之職務也。 監護人之職務關係於被監護人者甚大。被監護人既以無能力或喪失能力而須置監護。則監護人自不得以無能力者爲之。

〔監護制度肇自羅馬。且在羅馬法中規定於親屬編。各國皆公認之。學者有謂監護不僅爲身分上關係。尚有財產上之關係。宜規定於債權編中者。有謂宜分別規定於各編中者。如代理宜規定於總則。編財產宜規定於債權編。其餘則規定於親屬編。然此不過學說而已。尚無此立法例也。惟法國因其民法編別之方法不同。置於人事編中。〕

第一節 未成年人之監護

第一款 監護人之成立

監護為保護未成年者最要之制度。則監護成立之原因及其他各種有不可不規定者。試列述之。

第一 監護成立之原因。(民草第一四一〇條)

(甲) 未成年人無行親權之人。未成年人若有父母以行親權。則其父母自應擔負保護之責。苟父母俱無。則監護乃為必要。

附 總則十一條規定未成年無親權可服從者應置監護人。則此處似可不必再有規定。然總則為貫徹全部之法律。為便宜計。仍以本編有規定為妥。未可謂為重複也。

(乙) 行親權人不得行其親權。父母之一方。已經死亡。其存者。或已失蹤。或依法律之規定不能行

親權。(例如民草第一三七八條)

附 他國法律有喪失親權之規定。本案無之。如行親權之父母宣告禁治產後。是否喪失親權。尚待解釋。不得謂喪失親權。即宣告禁治產當然之結果也。

行親權之父母。被處徒刑時。則母行親權。此解釋也。

一三七八條。女出嫁後。其父母即不能行親權。

第二 監護機關。監護機關者。即行監護之職務及監察其職務之人也。屬於此機關者有二。一

為監護人。二為監護監督人。

附 監護機關有四。(一)審判衙門。(二)監護人。(三)監護監督人。(四)親屬會。是日民法依法國民法以親族會專為監護機關。現今各國法律親屬會兼有其他種職務。故本案亦將親屬會另定一章。又各國民法有以審判衙門為監護機關者。本案則以監督之權歸諸監護監督人。故純粹之監護機關祇有監護人及監護監督人二種。

(甲) 監護人。

(子) 監護人之員數。監護人之員數。在他國有二人以上者。本法律不取。蓋恐意見不能統一。反致擾亂家室和平也。(民草第一四二一條)

致擾亂家室和平也。(民草第一四二一條)

○ 羅馬法監護人為二人。法民法四一七條分監護人為二種。一監護人。二準監護人。若被監護人與其財產均在巴黎。則僅置監護人。若被監護人在巴黎。其財產在殖民地(如安南)則於殖民地設準監護人。管理其財產而在巴黎之監護人。則仍舊存在也。

○ 瑞民法三七九條有特別情由得任數人為監護人或共同行其職務或分擔行其職務(德民法一七七五條一七七九條與此同)所謂分擔者如一人管理其身體一人管理其財產是德學者之解釋與此同。印度以監護定於繼承編中監護人亦得用數人蓋均沿襲羅馬法也。而本案不採用數人主義(一)以意見不一被監護人之身體財產有危險之虞(二)一人則責任既專無可推諉若二人以上則彼此推諉必至互相不負責任。即前者病在兩人均取積極態度後者病在兩人均取消極態度也。然恐監護人一人不敷用或知慮不周時又有民律總則二二三條以預其缺該條規定法定代理人得選任複代理人並無其他限制故無論事務若干選任複代人均可處理也。如一家有兄弟四人其父母死亡而四人均未成年則此四人可否共設一監護人乎。德民法一七七五條規定被監護人之團體可以選任監護人一人然各別選一監護人即每人選一監護人法亦不禁我國習慣。監護由親權而來親權向由一人行之父行親權母即不得行親權而監護不過為親權之延長無論被監護人若干只得設一監護人。

(丑) 監護之種類。據本法所規定。監護人之種類有三。

(A) 法定監護人。法定監護人依下列次序充之。即(一)祖父(二)祖母(三)家長是也。(民草第一四二二條一款二款三款)

○ 一四一二條蓋指男子而言非指女子而言。據一三三七九條規定行親權之父母於女出嫁不得行其親權又一三三條妻未成年時其監護人之職務以夫行之可知夫亦法定監護人之一。女子之監護人夫實在內蓋女子出嫁其父母尚不能行親權而祖父母及家長更不待論故於此雖不言夫並非夫不得為監護人也。

關於監護人之順序羅馬十二表法等五表第三款規定遺囑監護人第五款規定法定監護人各國之以遺囑監護人列首者實根據於此蓋羅馬法中雖有五階級說以至二階級說之不同大都以遺囑監護人居先德民一七七六條日民九一六條亦然我國尊重親屬故以法定監護人在先

五階級說(一)遺囑(二)法定(三)任托(四)讓與(五)付與 四階級說(一)遺囑(二)法定(三)保安官選(四)信託 三階級說(一)憲定(二)依元老院議決(三)習慣 二階級說(一)遺囑(二)非遺囑 以上四說以三階級說最見

(B) 遺囑監護人。此種監護。亦有二。即一最後行親權之父或母。以遺囑指定之人。及父於臨終時。因子之母不能行親權之遺囑指定之人也。(民草第一四一二條四款及第一四一三條)

(C) 選定監護人。無法定監護人及遺囑監護人時。由親屬會選任相當之人為監護人。(民草第一四一四條)

附 一四一四條規定(一)無法定監護人並無指定監護人(二)雖有監護人而因法定原因終結時此二情形均須選定

(寅) 監護人之義務。監護為保護無能力者而設。故其義務為國民之義務。法律所強制。而不可以任意辭職。然法律不强人以所難。有時亦許其辭職。其情形如下。(民草第一四一五條)

(A) 有正當之事由。正當事由。如旅行宦遊。均不能盡監護之職務。不如許其辭職另選一人

遺囑(即指定)監護人之情形(一)指定之原因即監護成立之原因(二)指定權利者即行親權者(三)指定之時期行親權者死亡前(四)指定之方式以遺囑行之

選定監護人有二法例有由法院選任者如德民法一七七四條一七七九條瑞士民法三八五條是有由親屬會選任者如法國與日本是中國習慣關於家務不願受法院之干涉故由親屬會選任

之爲得。然正當事由爲事實問題。故必以親屬會認定。如親屬會之認定與監護人之自信者不合。則監護人得依一四四八條之規定呈訴審判衙門。請求審判。而未經判定之前則監護監督人存暫行接理職務也義務也。

〔四〕辭職事由各國多列舉規定。日民法九〇七條分爲五款。一爲軍人者。二住所離去。三前監護人已辭職後復能任事者。四爲監護人逾十年者。五其他正當事由。由德民法一七八六條分八款。瑞士民法三三八三條分六款。法國民法四一七條。四三六條。各國雖皆採列舉規定。然未必將辭職事由包舉無遺。故日民法九〇七條第五款於列舉之外又設概括之規定。本案具體之規定甚少。而以正當事由一語概括之。其事由完全由法廳及親屬會認定。致列舉者爲當辭職向何人爲之乎。法未明定。學說有二。梅謙博士曰辭職爲一方之行為。僅有意思表示即可。有學者謂普通代理人辭職之原因法律未設一定限制。故其辭職得以單獨行爲爲之。至有監護人爲法定代理人其辭職之原因法律有一定之限制。以防其濫行辭職。則其辭職亦不可不得親屬會之同意。解釋本案則有正當事由之辭職。須經親屬會之允許。雖無明文。而依一四一五條第二項之立法精神上言之。則在審判廳判定之前。須經親屬會之一階級。而辭職亦宜向親屬會爲之也。若婦女及年逾六十者之辭職。其情形甚爲顯著。一望即知。故不必向親屬會爲之。

(B) 婦女。婦女之性質。不宜於管理財產。而強婦女以監護之義務。在中國又不適於國情。故雖無正當事由。亦受其辭職也。

〔四〕此項在他國法例僅德日有之。德民法一七八六條第一款有曰。可以拒絕監護。日本亦同。

(C) 年逾六十年。年逾六十。則精力已衰。責以監護。反恐貽誤。故亦許其辭職。

〔四〕日民法四三三條第一項。年逾六十歲。可以辭職。第二項。於未逾六十歲時。被任爲監護人者。逾七十歲。可以辭職。日民法九〇七條第四款。監護已逾十歲。蓋本於日民法四三三條第二項之規定。該條第一項。日本無之。

(D) 監護人之缺格。監護人以管理他人之身體財產爲其職務。非有完全之能力。完全之品性。自不能負此重大之責任。故法於此復特設規定。以左列之人。不得爲監護人。(民草第一四

一六條

缺格原因發生於選任以前即不得選任發生於選任之後則為監護中止之原因惟未成年之原因不能發生於選任之後法民法四四二條云除父母外之未成年者蓋法以父母為監護人如父母未成年而其父母亦有監護人故不另覓監護人即以其父母之監護人為其監護人以免父子間之利害衝突

(A) 未成年人

(B) 禁治產人或準禁治產人。此二款在民法均謂之無能力者其自身尚須監護或保佐。自不得為他人之監護人也。

在未宣告前(即有禁治產準禁治產之原因)而法律規定之效力尚未發生然親屬會亦不必選此精神不健全之人也若誤為選任則仍得為監護人必宣告之後方為缺格

(C) 破產者。破產人於自己之財產已無管理處分之能力。違論他人之財產。

(D) 褫奪公權人。褫奪公權。其人已受國家之刑責。安得復有監護之信用。

日舊刑法三十一條以監護為公職故剝奪公權之人不得為監護人現在觀念以監護為私法上之職務惟因剝奪公權之人喪失名譽故亦不為監護人

(E) 對於被監護人現為訴訟或曾為訴訟人或其直系親屬及其配偶。此種人與被監護人之感情利害均屬相反其不能為被監護人完全圖利益也無疑。

此等節有二一監護人方面為原告被告被監護人方面為被告二被監護人方面為原告監護人方面為被告但此項原因若發生於被選之後只能停止職務蓋訴訟非顯其資格之原因也

(F) 審判廳認為不勝監護之任者。審判衙門既認為不勝監護之任自不當再為監護人。

(乙) 監護監督人

關於監護監督人有三法例、(一)不設監護監督人者(瑞士民法三六一條羅馬尼亞民法三三八條)(二)或設或不設者(德民法一七九條一八三條日舊民法)(三)必設監護監督人者(法民法四〇二條日民法九一條)按德民法關於財產關係互設監護監督人若監護人有數人時推一人爲之蓋視情形如何而定日舊民法同本案於祖父母爲監護人時則無須設監護監督人此蓋因監護人之身分而異

(子) 監護監督人之選任。 監護監督人爲常設之機關。 所以監察監護人之行爲。 而保護無能力者於安全之地位。 其選任之情形如下。(民草第一四一七條)

(A) 指定監護監督人。 遺囑指定監護人時。 並得指定監督人。

(B) 選定監護監督人。 遺囑指定監護人。 並未指定監督人者。 監護人須於任事前。 呈請審判衙門。 招集親屬會選定之。 此其一也。 若監護人由親屬會選定者。 於選定監護人時。 並須選定監護人之監督人。 此其二也。 監護監督人有出缺時。 監護人須即招集親屬會補選之。 此其三也。

指定監護監督人必爲指定監護人之人。 但不必同時指定之。 若監護人由親屬會選定時。 須同時選定監護監督人。 此亦手續上不同之點也。

監護人呈請審判衙門招集親屬會爲權利耶抑義務耶。 草案理由書似認爲權利。 日民法九百十一條視爲監護人之義務。 故違反此義務者。 親屬會得撤退之。 法民四二一條亦然。 日本蓋分監護人之義務爲三時期。 即就職前就職中終任後。 是呈請之義務。 即就職前之義務也。 本案既視爲權利。 則不行使其權利。 亦自無妨。 然不呈請招集而就職時。 將如之何。 此不可不討論者也。

(丑) 監護監督人之義務。 監督人之義務與監護人之義務同。 故準用監護人之規定。(民草第一四一八條)

(寅) 監護監督人之缺格。 是亦準用關於監護人之規定。(民草第一四一八條)

第二款 監護之職務

監護人為監護之執行機關。監護監督人為監護之監察機關。故執行監護事務。雖祇監護人之一人。而監護監督人自亦包括在內。今試將監護之職務列論之。

第一 監護人之職務。監護人之職務大別有二。

(甲)對於被監護人身上之職務。監護制度。因無行親權人或行親權者不能行使親權而成。立

故對於被監護人。一方為親權之補充。一方亦得為親權之延長。是故監護之性質。雖與親權不同。而監護之權義。則與親權無異。具述之如下(民草第一四一九條)

(子) 護養教育被監護人

(丑) 指定被監護人之居所。

(寅) 懲戒被監護人。

(卯) 允許被監護人之營業。

圖 監護人之職權依一九一四條之規定。與行親權人初無所異。但有別者：(一)監護人須服從監督人行親權人。則無此義務。(二)須調查財產。調查目録。行親權人則否。(三)須報告財產狀況於親屬會。行親權者則否。(四)監護人受報酬而無收益之權。行親權者則純與之相反。

父母行親權時。對於上列四種事項。未有限制。然懲戒其子。尚不得請求法院。為六月以上之監禁。況在監護人乎。不可不有限制之規定。日民法九二一條。則規定變更其父母已定之教育計畫(如父母命學商業。而監護人變為使學法政。或取消已得父母許可之營業。或使入懲戒場等。均須得親屬之認可。德民法一八六一條。監護人變更父母教育方法。監護衙門有取消之權。本察並無限制。若祖父母家長等為監護人。尚無問題。若以外之人為監護人。與被監護人關係未切。如

不限制恐不利於被監護人也

(乙)對於被監護人財產上之職務。此種職務。可分為三種。

(子)管理被監護人之財產。因管理被監護人之財產。監護人之應有義務如下。(民草第一四二〇條前段)

(A)開具被監護人財產清冊。監護開始。監護人須速即邀同監督人開具被監護人之財產清冊。(民草第一四二二條第一款)

即日民法九一七條於監護開始後一個月內開具財產清冊若財產過多不及開具時親屬會得延長之本案曰速即乃概括規定則財產多時一月半年開具均可然法律用語宜確定或為十日或十五日或一個月定明方可

草案第一四二二條第一款之規定與理由書第一款後半段之說明不相應蓋後半段之說明日本有其規定我草案中無之查日民法九一八條規定清冊未經開具以前惟遇有急迫情事監護人有其權限但不得對抗善意之第三人(即監護人於財產清冊開具後於被監護人之財產方有動支全權在開具前惟限於急迫情事得為動支其所謂不得對抗者非指處分財產不得對抗乃指監護人未遇急迫情事對於第三人所為之行為第三人不知其無權限而親屬會不得提出異議也)草案為日人所擬理由書中有之而條文則無想見本案以前必別有與日民相似之條文後經刪除也似宜增入否則監護業經開始因尚未造冊便不能支用財產於監護之進行殊多窒礙

(B)報告債權債務。監護人對於被監護人有債權或負債務時。須於開具清冊前報告監督人。(民草第一四二二條第二款)

報告債權債務者防其有債時時受二次之清償有債務時為消滅也

(C)開具歲出預算。監護人每年須開具被監護人歲出之預算。經親屬會指定後始得開支。此其常也。若遇有急需時。不在此限。(民草第一四二二條第三款)

親屬會有決議預算權與立法機關相似惟遇有急需不在此限所謂急需有二情形(一)預算外之支出(二)預算前之支出此兩項支出事後須經追認否法無明文而條文曰不在此限是否指不必經親屬會承認而言殊不明瞭按解釋上須經親屬會之追認如親屬會不承認時祇可按照一四四八條規定向法院呈訴並證明其為緊急之事實請求決定至不在此限云者係專指用款時而言非指用款以後而言也

(D) 存放金錢。 監護人須商同親屬會將被監護人所有之金錢除歲需出款外概為妥行存放(民草第一四二二條第四款)

存放前之行為管理所謂管理其範圍甚廣保存改良收益等均包括在內

存放金錢有二法例(一)由親屬會預定數額即須提存如法民四五五及四五六日民九二七條是(二)無一定數額限於不供費之金錢均須提存德一八〇六瑞四(一)是本案探此

(E) 報告財產情形。 監護人須將被監護人之財產情形向親屬會每年至少報告一次(民草第一四二二條第五款)

以上五者為監護人當然之職務。監護人如違反上述規定則親屬會即得撤退監護人。被監護人如受有損害者。監護人並須賠償。然監護人僅違反報告債權之規定。則被監護人並未有何等之損害。故僅以喪失債權為止。(此指監護人對於被監護人有債權者而言)民草一四二三條)

民法監護人準用委任契約之受任人之規定須以善良管理人之注意而任其責本案監護人之責任有三(一)撤退(二)賠償損害(三)喪失債權是為債權消滅之特別原因若監護人侵占被監護人之財產則犯侵占罪但其祖父母為監護人時有此情形則免除其刑是蓋本於刑律之規定也

(丑) 代表被監護人關於其財產之法律行為。 監護人既為被監護人之法定代理人。則關於其

財產之法律行爲自可代表。然其代表僅以關於其財產者爲限。(民草第一四二〇條後段)而又非盡監護人所得自尊。故監護人於被監護人之財產有重大關係時。須經親屬會之允許。始得代表。其於被監護人之行爲。有財產上之重大關係者。須經親屬會允許。監護人始得允許之。(參照總則十四條至十七條)如不依此項規定。被監護人得撤退之。(民草第一四二一條)

兩代表限於財產上之行爲而身分上之行爲則不能代表如婚姻遺囑等是
夫婦財產契約雖爲財產上之行爲亦不得爲之蓋本於身分關係故也

本段所述監護人之行爲有二一爲代表行爲一爲允許行爲亦由代表行爲而來代表行爲關係重大本案無具體的規定查日民法九二七條規定適用總則十二條如訴訟營業變賣不動產等者須經親屬會允許蓋採列舉主義也德民法一七九五條亦然
就理論上言之親屬會可以撤退條文
僅曰親屬會人得撤退之恐有錯誤

(寅)讓受行爲之禁止。監護人讓受被監護人之財產。非經親屬會允許。不得爲之。蓋恐監護人利用監護之地位而謀自己之利益。監護人若違此規定。則被監護人他日尙得撤消之也。(民草第一四二五條)

兩讓受行爲凡買賣贈與交換均包在內惟拍賣被監護人之財產時監護人可否投票採積極說者謂拍賣以多數爲利投票人多價格必大故不在禁止之列撤消極說者恐監護人利用其地位使種種方法妨害他投票人而自圖賤價收買應以後說爲當

一四二五條乃沿襲日民法九三〇條該條云監護人不得讓受被監護人之財產及對於被監護人之債務本案以竊對不准讓受未免太過故以經親屬會允許得爲讓受然不經親屬會允許者親屬會亦應有撤消之權蓋監護人每年

報告財產狀況於親屬會親屬會知其情形儘可為撤消之行爲尤以親屬會允許得讓受之條件親屬會亦應甘潤
裁於其高草案僅曰被監護人得撤消之夫被監護人之撤消必待成年始能爲之則監護人於其未成年前數年間所
得之利益雖可從始視為無效但監護人無資力時被監護人即不
免受損害矣(日民法不須經親屬會之允許故無親屬會字樣)

監護人既有以上之職務。即予以一定之報酬。亦不爲過。故得由親屬會準監護人之勞力及被監
護人之財力酌定之也。(民草第一四二四條)

〔附〕監護人之報酬爲經常費時則應列入預算若此報酬可有可無則不應列入預算且列入預算亦不無流弊如本年
中子圓即可足用而監護人列入預算者爲千五百圓而親屬會如疏忽通過則被監護人太不利益矣法國以無報
酬爲原則德國則管理困難者方予報酬西班牙瑞士則必須予報酬中國
與日本報酬非監護人之權利不過親屬會可酌予而已故在不預算之內

第二 監護人之職務民草第一四二六條

〔附〕監督之方法(一)開具財產清冊時之監視(二)受償權債務之報告(三)結清帳目之監視以上爲特定者又有不
特定者(一)曠職與否(二)違反法律與否(三)有損害於被監護人之利益與否關於不特定者如監護人有此種
情形時監護人當報知於親屬會請其
議處雖未載之明文實例當然如此

監督監護人之事務。是爲監督人職務之本體。

(甲) 監護人出缺時。須即招集親屬會補選。

(乙) 請求審判衙門招集
親屬會非自行招集

監護人之曠職時。須暫行代理其職務。

〔附〕曠職二字不專指有意之曠職而言監護
人不能行其職務或死亡等均包括在內

第三 祖父母爲監護人時。特別情形。祖父母爲監護人。則誼屬祖孫。既無危險之虞。又無報酬

之要。故關於一般之規定。於此情形不適用之也。(民草第一四二七條)

第三款 監護之終止


監護終止。其原因有為絕對原因者。有為相對原因者。試列舉之。

第一 監護之終止。此為絕對的終止原因。其情形有三。(民草一四二八條)

未成年入達於成年時。

被監護人死亡時。

(丙)(乙)(甲) 被監護人受死亡之宣告時(民律總則五七條參照)

 上述情形監護主體已不在。故曰絕對終止之原因。


第二 監護人之職務終止。此為相對的終止原因。其情形有四。(民草第一四二九條)

監護人死亡時。

監護人遇第一四一六條第二款至第六款之原因。而喪失資格時。

經親屬會撤退時。

依第一四一五條而辭職時。

 上述情形監護主體尚在。故曰相對終止之原因。因須另選他人為監護也。

上舉第一第二兩款。監護監督人亦準用之。蓋監護監督人亦監護之機關。與監護人固無大異也。

【民草第一四三二條】

第三 監護終止時。監護人之義務。監護人於監護終止或職務終止時。須速即邀同監督人結清賬目。將所管財產交還。若監護人荷有死亡。則此項義務。應由其繼承人負之也。（民草第一四三〇條）

三〇條）

〔疏〕 監護監督人之期。本案未有規定。在日民一三條。監護人有更迭時。應由會須行改選。監護監督人。但不妨再選前監督人。法民四二五條。監護監督人之職務與監護人之職務同時終了。云云。本案似應採取。至於監護監督人之員數。本法亦無明文。依一四一條之。法意推之。當然以一人為限。日民法九三〇條。限二個月為之。本案則曰。速即。

曰。交還者。交還於何人。平若我監護人死亡。則交還於其繼承人及遺產管理人。被監護人若成年時。則交還該成年人之本人。若有後任之監護人時。則交還於後任監護人。

第二節 成年人之監護

第一 監護成立之原因。未成年。人無論宣告禁治產與否。但使無行親權人。或行親權者。不能行親權時。即應置監護。成年人之監護。則祇限於宣告禁治產時。蓋宣告禁治產者。必常有心神喪失之情形。（民草第一九條）其身體既須療養。其財產又不能任其管理。故宜置監護人以保護之也。（民草第一四三二條）

〔疏〕 成年人監護成立之原因。各國大都相同。瑞士稱其瑞士民法監護開始之原因。一。未成年。瑞民三六七條。二。成年者之無能力。甲。精神病及精神耗弱。瑞民二六八條。乙。放蕩酒癖。行止不檢。瑞民二六九條。丙。處一年以上之自由刑。瑞民二七〇條。丁。因老衰不具本人之呈請。瑞民二七一條。按甲與我之禁治同。乙與我之準禁治產同。丙為刑法上之監護。日本亦有之。丁乃自請者。故我國保佐制度與瑞士不同。我草案之保佐制度。

乃對於宣告準禁治產者瑞士則準禁治產亦為監護開始之原因而我草案則以宣告禁治產為成年人監護開始之唯一原因蓋民訴律規定宣告禁治產以決定送達於檢察官及其法定代理人而生效力故監護之開始亦自在其效力之時

第二 監護機關。成年人之監護機關與未成年人同。故未成年人監護之規定均得準用（民

草第一四三七條）但因被監護人之不同而有特異之規定。試列舉如左。

（子）
未成人之監護僅伏養教育為已足若精神病
人其身體不健全故醫治為監護之重要職務

（甲） 監護人之種類

（子）法定監護人。法定監護人之順序如下（民草第一四三三條）

一夫。妻受禁治產之宣告時。夫為其監護人。蓋依第一二七九條父母於出嫁之女。不得行其親權。而夫之於妻。較之父母更為切近。故應先以夫為監護人。（民草第一四三三條第一款）

（孫）
草案第一四三三條第一款曰夫或妻是妻與夫均可互為監護人然理由書則限於夫得為妻之監護人妻對於夫則不得為監護人此一文與理由書不相應之處就中國習慣而言夫倡婦隨妻為夫之監護人與習慣不合以夫之父母為之較得其當

妻受禁治產之宣告夫不能為監護人時應以何人為監護人乎草案理由書以妻之父母祖父母為先然在家從父出嫁從夫夫死從子為中國之格言此時若使妻之父母至夫家為監護人未免有妨翁姑之權利且監護為親權之延長在中國親權未有成年未成年之限制固無問題若在親權有限制之國家未成年人之監護為親權之延長而成年之監護則非親權之延長妻既成年則親權人即不得為其監護人况女已嫁後再使本家父母行其親權是以外人干預家事也與中國之習慣亦不合故夫若不能為監護人應以夫之父母為監護人草案理由書謂宜使妻之父母祖父母先為監護人殊覺未妥

二祖父。

三祖母。本條言祖父。而不言父母者。父母在。則行使親權。對於其子之身體財產。自有保護管理之責。則法律上當然為監護人。毋庸別有其規定。惟父母不在時。則先以祖父母為

監護人。故本條規定之。而夫及祖父母為監護人時。則不必用監護人。蓋一則親為夫妻一

則諸屬祖孫。固無需乎他人以干涉於其間也。(民草第一四二五條)

四家長。

(丑)指定監護人。成年人若無父母祖父母家長。而父母於死亡時。指定監護人。則應從其所指定者。是雖非法文之所規定。然以第一四三七條及第一四一二條參核之。亦為當然之結果。

民法未有規定。而理由書中載之中國親權之行使。無年齡限制。日舊民法亦然。惟判例及解釋上。以未成年為限。新民法則限於未成年。在我草案亦可解釋為以未成年為限。然於習慣上。不堪適合。故以無限制說為宜。親權既無限制。則成人之監護。即可作為親權之延長。當父母死亡時。子受禁治產之宣告。則其父母指定監護人。即為親權之行使。此就草案解釋之也。而在親權有年齡限制之國家。對於成年人之監護。約有二說。一謂成年人之監護。不逾為補助其知能。非親權之延長。乃保護機關也。按此說。則父母不能指定監護人。一說謂成年之監護。雖非親權之延長。然於父母死亡時。為子之利益起見。指定監護人。亦不為過。在中國則無此問題矣。

(寅)選定監護人。無前舉之監護人時。應由親屬會選相當之人充之。(民草第一四二四條)

(乙)監護人之職務。成年人監護之職務。為保護管理成年人之財產。依第一四三四條之規定。

準用未成年入監護之規定。固無庸言。然成年人之監護。由於受禁治產之宣告。此時成年人心神喪失。非護養療治其身體不可。故法又規定之。然亦有條件二焉。一曰監護目的必要之範圍。

內二曰準被監護人之財力。蓋一則恐被監護人自由有過受束縛之苦。而一則恐濫費療治之資也。對於被監護人之身體既有此特定條文則自不準用第一四一九條之規定（民草第一四三六條）

附 將精神病人幽閉室內不准外出或使赴精神病院或延醫診視均爲監護人之職務。必要之範圍內者如精神病

人無殺人放火之行爲不逾精神錯亂而已則不必幽閉室內若幽閉之則適必要範圍矣又在必要之範圍內所需之費用動用原本或滋息均可苟非必異縱動用滋

息亦爲不違法雖無明文規定解釋上當如所也
日民九二二條使禁治產者入瘋人院或留置私宅與否須得親屬會之同意本案并無規定恐有流弊

第二節 保佐

保佐與監護異。監護爲對於未成年及禁治產者之保護。保佐則對於準禁治產人之保護機關也。故被保護之人不同。其名自異。而所謂準禁治產者。即民總第二十二條之規定。對於心神耗弱聾人啞人盲人及浪費人所爲之宣告。以精神耗弱。其識別力即不完全。聾盲啞人亦復猶然。浪費人則對於一己之財產處分管理。自亦異於他人。故非有保佐人爲之管理不可。此保佐制度之所以設也。故保佐與監護。名雖不同。而其保護之目的。則無非求被保護人之安全。故其職務。除民總第二十五條所列舉者外。並得準用本律成年人監護之規定也。（民草第一四三八條及一四三九條）

附 各國保佐之開始其原因甚多。日民三九二條以下。日民一九九條以下。日民四八八條以下。日民則保佐對於準禁治產者施之。我民草即採此制。

保佐與親屬無關不宜置於本編惟就保佐被保佐人一點與監護人相似為便宜上規定於本編實則宜規決於總則編

保佐與監護不同之點有三、一、監護人保護被監護人之身體財產保佐人則祇保護其財產二、監護人對於被監護人之身體積蓄保佐人則對於被保佐人祇補充其知能即同意是也三、監護人可以代表被監護人而保佐人只

有同意權監護人為代理行為管理財產行為故雖同有報酬其意義自不相同

瑞士以本行保佐之原因歸於監護中故其保佐有關於管理財產之行為者不獨對於個人財產為然對於公共財產亦然關於代理者即未成年人之法定代理人與其利益相反或法定代理人不能行其職務或本人祇能為之之時是關於財產之管理者即被保佐人死不明或管財之人不能自行代理或無法定代理人或承繼人不明(指胎兒未生時而言與本案之遺產管理相似)時是保嗣凶養也以人采省聲實誼說太師太傅太保曰保者保養其身體按保全保守皆引伸之義也佐嗣凶作左謂以左手相左也十者今之左字以手助手曰左以口助手曰右

第六章 親屬會

第一節 親屬會之意義

親屬會者為保護無能力者之一人或一家之利益。依法律所設之合議機關也。吾國習慣。遇有親屬關係之重要事項。大都以宗族親戚會議處理。而官廳受理此項訴訟。亦均以親屬理處為前提。是習慣上實隱然認有親屬會之存在。特如何組織。如以決議。法律既無一定條文。則流弊自所不免。故本案亦參照他國成例。斟酌習慣。而有親屬會之規定。今即以本案之規定言之。則親屬會之性質蓋如下。

會國肉合也。以今(三合也)會省會益也。三合而會之也。禮經器之蓋曰會為其上。下相合也。

他國法律多無親屬會之規定。然在中國日本應實際上之需要。法律上不能不認許之。有以親屬會專管未成年之監護事務。而規定於監護章中者。如法民法及日舊民法。是欲親屬會又可謂監護機關。惟親屬會之職權有涉及立

嗣婚姻者故草
案獨立第一章

歐洲親屬會議自羅馬古代即已有之但範圍甚狹僅於濫用者長權時干涉之而已其後此制亦不多見即有之亦有種種區別(一)以親屬會爲保護未成年而設者(法民四〇七)(二)以爲親屬監護於被監護人爲工業或公司繼續有利益而設者(瑞三三二至三六四)(三)以爲保護一家人之利益而設者(日民九四四)本案採此法例

第一 親屬會爲保護機關。僅以親屬會爲保護無能力者之機關。爲法國民法之所規定。(法民四〇七條)而本案則不僅限於無能力者。關於一家之利害。如婚姻立嗣。(民草第一三三八條第一三九四條第一四〇一條)亦須親屬會之干與。故親屬會之任務。乃保護一家或一人之任務也。

第二 親屬會爲合議機關。以會員多數之意思。爲團體之意思而發表之。斯即合議之所以名也。然親屬會非法人。不得爲權義之主體。僅會員各人於親屬會名義之下。而爲決議。蓋恐親屬各自干涉。則有意見抵觸之虞。而不能達保護之目的也。

附 本草案於親屬會無會長之規定。新草案則有之。惟議決權發言權與他會員同。本案既無會長。則開會時。臨時選定會長。與有會長者。同法國與意大利。以審判長爲會長。

第三 親屬會非永久機關。親屬會以特定之事項而招集。無永久之性質。雖有時爲無能力人限制能力人所設立者。其期間較長。然亦但以成爲能方人時爲止。故亦不得謂之永久機關也。

第二節 親屬會之組織

第一 親屬會之員數。親屬會爲決議機關。其員數自不可不定。然過少則恐有專斷之弊。過多

則有妨會議之進行故法定為三人以上七人以下(民草一四四一條)

各國法例有僅設最少限度者日民法九四五條曰以三人以上為之並無最高限度且無會長他國有設會長者有規定以審判官充會長者會長以下有會員德民法一八六〇條會長以下之會員意大利民法規定會長以下設會員四名法民法會長以下設會員六名又德民法未規定會員之資格法民法則須三人以上而無會長三人為女系外親(四七條)以上諸國法例多數有最少限與最高限本案仿之規定為三人以上七人以下而無會長之規定若其選定之人數為奇數時尚無問題(合議制多取奇數以便決定數之多少)若為偶數時則四人對於議決事件二人同意一人反對則不能議決此時不能不求救濟之方按一四四九條規定可請求法院以裁判代決議決無論奇數偶數均可有謂法文之最少限與最高限均為奇數即有奇數為限之意思然其說無甚價值蓋親屬會非法人機關無限於奇數之必要也

第二 親屬會員之選定

(甲) 有指定監護人之權利者之選定。 有指定監護人之權利者得以遺囑選定親屬會員其所選定者則法不加以限制無論何人均可為之。(民草第一四四二條第一項)

(乙) 審判衙門之選定。 無指定監護人之權利者之選定時審判衙門可以選定然亦非由審判衙門之任意必須從親屬中及與本人相關切者之中選定之至親屬及與本人相關切者法文初無一定之限數則會員中親屬多而相關切者少固屬不妨即親屬少而關切者多亦不妨也而相關切與否則又一任審判衙門之選定而非法文可以預定者(民草第一四四二條第二項)

法民法四〇七條會員以須半為男系親半為女系外親而草案則否所謂相關切者親友會員屬主均可日本曰有緣故者其解釋與相關切之義同

選定效力何時發生法未規定一五〇二條規定選定關於被繼承人死亡時發生效力則遺囑指定會員者亦自當於死亡時生效力至審判衙門之選定如何其選定之情形如何應定於非訟事件程序中通例宜以決定為之蓋非訟事件所為之裁判以決定為多(日本非訟事件手續法第十八條參照)又日本裁判因告知而生效力現今中國尚無非訟事件程序法然亦宜用決定以告知於被選定者時發生效力

(丙)補選及臨時會員之選定。補選者。於親屬會員因死亡及缺格等事情而出缺時。則其他會員須呈請審判衙門補選之。臨時會員之選定。則於因一時事故。不能到會時行之。蓋會員僅因一時事故不能到會。不能以一人之故。將會議停止。故其餘會員。應呈請審判衙門。選定臨時會員也。(民草第一四四六條)

附 德民法一八六、四條臨時會員之選定名爲候補親屬會員(一八六二條規定指定補充議員)惟又有預先選定二名之候補會員以便補缺本案則於出缺後方選定蓋專採德民法候補會員之一種又會員可否用代理耶爲一問題德民法無候補會員臨時會員之規定故許之(四一二條)德民法有候補會員等規定不准用代理本案亦不准用代理故會員本人不到場則爲親屬會不成立或決議不成立之原因(參照日民法九五(做出缺補選)或謂依一四四條之規定如七人之會議缺席者三人尚有四人仍不失爲會何必補選此則不可蓋一四四二條之七人以下三人以上云云乃親屬會員額之標準非指示親屬會有效成立之最小限度也

第三 親屬會員之缺格。選定親屬會員。既如前述然亦有不得爲親屬會員者如下。(民草第一四四三條)

(甲)監護人保佐人。此種人對於職務上之行為。應受親屬會之指揮監督。故不得兼爲親屬會會員。

(乙)一四一六條所列之人。此種人品行身分皆不足勝親屬會員之任。故不得爲親屬會員。

附 以遺囑指定親屬會員法文本無限制如竟指一四一六條之人當然無效以此種人爲法所禁止也此時當由審判衙門補選

第四 親屬會員之義務。被選定爲親屬會員者。不得辭職。以此爲強制之義務也。然有正當事由如疾病遠行及職務繁劇等情形。則亦許其辭職。蓋法不強人以所難也。(民草第一四四四條)

附 親屬會員之義務有二種法(一)實民法一八六條無論何人無承諾為親屬會員之義務故對於被選之人不得強制既許其不承認即無職之規定審視此為雙方行為非經其承諾不生效力也(二)充親屬會員為一種強制之義務一經選定即生效力無須得其承諾惟絕對對此義務既無報酬又不准代理則被選者受其束縛不能遠離未免背乎人情故法律規定有正當理由可以辭職惟辭職不論為法院選定遺囑選定均應向法院辭職若法院認為無理由不准辭職而彼堅稱有正當理由者非訟事件程序中應有規定參照日本非訟事件手續法百條法院許可之決定不准聲明不服駁回之決定則可即時抗告將來我國立法想亦不出乎此

第三節 親屬會之招集

第一 呈請招集親屬會之原因。親屬會為保護一人一家之利益而設。其關係重要。故不能任意招集。必依本律之規定及其他法令應開親屬會時。方得呈請審判衙門招集之。

第二 呈請招集親屬會之人。應開親屬會時。呈請招集之人。(一)為要會議事件之本人。(二)親屬。

(三)監護人。(四)監護監督人。(五)保佐人。(六)檢察官。(七)利害關係人。

第三 審判衙門之招集。審判衙門招集親屬會。非職權之行為。應依有呈請招集權者之呈請行之。蓋法所以與審判衙門以招集及上舉選定會員之權者。恐將此等事項委諸親屬等之自由。則親屬中有意圖謀私利者。皆集合便於自己之人而會議之。其會議決無公平之希望。也。然又恐審判之依其職權濫行招集。故又以有呈請為前提。(民草第一四四〇條)

第四 本人法定代理人等之招集。招集親屬會之權。既在審判衙門。然為無能力人限制能力人而設之親屬會。則須繼續存在。至成為有能人時為止。其期間既長。其會議事項亦較多。使必每次由審判衙門招集。則程序又嫌其太煩。故此項親屬會。除第一次由審判衙門招集外。後次之

會儘可由本人法定代理人監護人保佐人會員等招集之也。(民草第一四四七條)

附 開會之場所法未規定然第一次由審判衙門招集則其開會場所一任審判衙門依便宜指定之故不論審判衙門內外均可(法民四一五條無地地方可以為會所時當時在治安裁判所)

第四節 親屬會之議事

第一 會議之列席者。親屬會議之列席者。以會員為限。固無待論。而會議中之事項。與會員自己之利害有關係者。則此會員。雖經列席。亦不得加入議決之數。以避嫌疑。(民草第一四四二五條)

附 本人保佐人監護人亦可以到場陳述意見(法民九四八條)有規定蓋以議決之事項與此等入有利害關係許其陳述意見方可得事實之真相本案無此規定則本人等不得陳述意見遇會員不知事之顛末時其常有不利於本人等之決議雖有不服晚得請求法院審判然審判為訴訟行為不如依日民法規定使之出席陳述意見庶不至動輒承認而內部感情亦可融洽也

如會員六人取過半數決議之制則四人五人均可若其中有一人應迴避則有三人決議即可若應迴避者而加入議決之數日本大審判例認為無效梅謙博士反對之謂法祇言不得加入而已若六人中已有五人決議雖除去該一人尚餘四人仍為過半數不能認為無效其後判例從之

所謂利害關係指有直接利害關係之人而言若兼間接利害關係而言時則會員多為親屬各會員皆可謂與本人等有間接利害關係也

第二 會議之議決。親屬會員之議事。以會員過半數之同意決之。此蓋取多議決之原則。然

法文謂會員之過半數。則是指全體會員之過半數。而非指列席會員之過半數而言之。(民草第一

一四四五條)

附 按此規定以言非過半數會員出席不能開會蓋不到過半數縱令出席人全體同意其議決亦不及過半數故也然法民法四一五條四一六條規定須有四分之三以上會員之出席出席會員過半數之議決可否同數取決於會長中國

因無會長之故亦無取決會長之規定

會員不到場以書面表示同意者可否加入議決之數曰親屬會為會議所謂議者以口頭討論也以書面表示意見並非會議應認為無效仍以未到場論本案既無會長規定則主席者可由會員臨時推定而德民法一八七四條與德民法四一四條四一五條則有會長並可同數取決會長之規定

第三 會議事項之審判。親屬會不能決議如到會會員無過半數。或意見分為數派。各派均不

足過半數。此時會員不能決議。而又不能以無決議終。則會員得呈請審判衙門。以審判代決議。

（民草第一四四九條）

〔關〕會議不成立與議決不成立呈請審判衙門審判時則審判衙門以決定裁判之對此決定可否聲明不服應定於非訟事件程序法中若對於不當決議之救濟則應以判決為之

如議決之事項違反公共秩序則當然無效無待明文規定茲則指已成立之決議反對者以其決議為不當而提起訴訟者而言此訴為創設之訴因其以取銷決議為目的也故法院不得變更其議決之事項僅取銷之已足取銷之後須再由親屬會議決也本條規定與日民法九五一條同惟日民法以一月內為提起訴訟之期問草案無之而理由書中則有之或者草案原文有期間之規定耶宜更正之

不服親屬會之議決而起訴者若為會員則以他會員為被告若非會員則以全體會員為被告所謂全體會員則不贊成該議決之會員及議決後新任之會員均包含在內故此訴訟須以判決之形式裁判之此為通常訴訟非屬於非訟事件程序也法

會議不成立亦有數法例（一）延期法民四一四條有定日延期不定日延期之規定（二）廢止 法民一八七九條議

員數不足無補充會員時監護審判衙門應當廢止該會而另召集（三）以審判代決議日民九五一條及本案採之

第五節 對於親屬會不當議決之救濟

親屬會之決議。原有拘束本人監護人等之效力。然其決議。若出於不當。使必強之服從。則於設立親屬會以保護一人一家之利益之宗旨。不能貫徹。故法律許其呈訴於審判衙門。以為救濟之法。

（民草第一四四八條）

親屬會議決之事項限於其職務範圍內職務如下(一)為補充意思效力之機關即二三三八一三九四一四〇一四五〇條是(二)為監督之機關即一四二二至一四二五及一五二四條是(三)為選舉之機關如一四一四一四二七五五條是

第七章 扶養之義務

扶養義務者對於不能以自己資產勞力求生活。不能以自己資產求教育之人所應盡之義務也。博施濟眾。堯舜猶有未竟之功。老安少懷。孔門用為論志之具。凡在形氣之中。均有救濟之責。是蓋道德上之義務。而非法律上之所能規定者。然一以委之於道德。則過德初無何等有形之制裁。故不如定之於法律。以強制其履行義務。此本法所以為扶養義務之規定也。或謂以扶養之義務。為法律上之義務。則非法律所規定者。人將視同路人。漠然而不加之意。其結果猶未盡善。然厚薄先後。要有區分。法律規定扶養之義務。蓋指其最切近者而言之。至於法律所未規定者。則又有道德之義務。以隨其後。人非盡無情之物。法自宜有先務之規定。

附 中國舊律無扶養義務之規定。蓋於親屬以內習慣上視為固然。親屬以外。又視為道德上之事也。扶養義務在中國習慣上自古有之。似無庸規定。然各種親屬已定於本編之中。則因親屬關係而發生之義務。亦以規定於本編為得也。蓋法律所規定之義務。為強制之義務。如不規定。全恃道德。不但疏遠者不扶養。時無可如何。親近者不扶養。時亦無可如何也。

第一節 扶養義務者

扶養之義務。直系宗親兄弟姊妹妻之父母及增相互有之。此民章第一四五〇條所規定者也。相互云者。即彼此同有扶養之義務。彼此同有扶養之義務。即彼此同有受扶養之權利也。家長家屬間夫妻間之義務。既有第一三三二條第一三五二條之規定。本條自毋庸贅述。本條所謂直系宗

親有相互之義務。別無何等之限制。則以尊屬言之。親生父母之與繼母。嗣父母無別也。以卑屬言之。嗣子私生子庶子之與嫡子無別也。所謂兄弟姊妹。則從兄弟姊妹無與也。妻之父母及婿。則妻之祖父母婿之子女無與也。蓋無非斟酌於愛情之親。疏關係之遠近而規定之耳。

附 西洋之扶養義務不及於兄弟姊妹。惟東洋風俗以兄弟姊妹為一體。不能與西洋盡同也。

法律以命令世人。不害他人。原則不命令世人。利益於他人。扶養義務是命令為利益於他人也。實為例外之規定。故其範圍宜狹。若過於推廣。則人皆希望扶養。長助。長國人之俗。類心社會。亦且日流於忘情之途。故英法德各國之制。以配偶者直系血族及一親等之直系姻族。相互間為止。義民始推及於兄弟姊妹間。東洋係家一五三族主義。故家長家屬間亦有義務。其範圍較西洋猶廣。至其規定。西洋多附於民法。總綱章中。本律別為一章者。以家長家屬均有扶養義務故也。

第二節 扶養義務者之順序

何人負擔義務。既如前述。然使義務者有數人時。則何人先盡義務。或義務者平等分擔。法應有其規定。以免無益之爭論。故本法規定其順序如下。(民草第一四五一條)

- 第一 直系卑屬。子孫須孝養父母祖父母。而孝實為道德之本原。故列之首位。
- 第二 夫或妻。夫妻係共同生活之主體。一造須扶養時。應先扶養之。
- 第三 家長。為統率家政之人。對於家屬。應先盡扶養之義務。毋庸疑者。
- 第四 直系尊屬。父母祖父母對於子孫。應相互盡扶養之義務。
- 第五 兄弟姊妹。是為同體之親屬。有扶養之義務。
- 第六 家屬。家長對於家屬。既有其義務。則家屬對於家長。自亦宜然。

第七 妻之父母及婿。

國關於兄弟姊妹有二法例(一)不扶養如法民一六一〇條是德
國亦然(二)扶養有條件者如瑞民三二九條日民九五九條是

此以義務者之順序言之也。尙有二種情形。法律須規定之者即

一 義務者同一順序時。義務者同係直系尊屬直系卑屬者以親等近者爲先如子孫同一順序而以子爲先。父母祖父母同一順序則以父母爲先(民草第一四五一條第二項)

二 義務者同一親等時。同一順序既以親等近者爲先同一親等則須準其資力分擔義務。如

甲乙丙丁四子同有扶養其父之義務。而甲乙丙各有二千元之資力。而丁則有四千元之資力。扶養費年須一千元。則甲乙丙應各分担二百元。丁則分担四百元是(民草第一四五二條)

第三節 扶養權利者之順序

受扶養之權利者有數人時。使義務者之資力。盡能扶養。則無問題。如義務者不能盡爲扶養時。則亦不可不定順序如下(民草第一四五三條)

第一 直系尊屬。

第二 夫或妻。

第三 直系卑屬。

第四 家長或家屬。

第五 兄弟姊妹。

第六 妻之父母及婿。

以上順序之理由亦與義務者之順位相同。而（一）順序相同時以親等近者爲先。（民草第一四五條第二項）（二）親等相同時則各準其需要而受扶養。如有子甲乙二人甲之需要年六十元乙之需要年四十元則各依其需要而扶養之也。（民草第一四五四條）

第四節 扶養義務之要件

第一 義務者之要件。負扶養之義務人以有扶養之資力爲限。蓋負扶養之義務者苟無資力其自己尙不能生存。法律雖責以扶養。究有何益。故惟限於有資力者始有其義務也。（民草第一四五五條）

第二 權利者之要件。受扶養之權利人以不能自存者爲限。（民草第一四五六條）蓋受扶養之人苟其自己資產自己勞力尙可生活。則與以扶養之權利間接增長權利者怠惰之心。直接增加義務者之勞苦。是烏可者。故法必以不能自存爲限。然其不能自存而出於自己過失。如浪費破家怠荒失業。則除直系宗親夫妻兄弟姊妹有特別之親愛關係外。其餘則奪其受扶養之權利焉。（民草第一四五六條後段）

第五節 扶養之程度方法

第一 扶養之程度。扶養義務之範圍。及於各人生存所必須之事項。故衣食住無論矣。其他如疾病時之醫藥。少年時之教育費。均應爲義務者之所負擔。然其扶養之程度。則不可不因人而異。或者扶養權利者得自己之資力勞力。足籌生計費之半額。則其餘半額。即爲義務者之義務。或者全不能籌。則義務者乃任全額。此其一也。或者扶養權利者。平素之需要。較通常爲高。而義務者之義務。僅能準通常而爲供給。或者義務秩雖有巨資。而權利者則所須甚微。此其二也。故法謂扶養之程度。以受扶養者之需要及扶養者之資力爲準。(民草第一四五七條)

第二 扶養之方法。定扶養之方法。法所規定者有二。其一。扶養義務者定之。其二。則權利者有正當理由時。如權利者欲同居。而與義務者素有不洽。或義務者欲異居。而權利者願切團聚。義務者欲供給現金。而權利者難於購買。義務者欲供給現物。而權利者又嫌於紛煩。種種問題。不無紛議。則權利者可呈請審判衙門。定其方法也。(民草第一四五八條)

第六節 扶養權利義務之消滅

扶養之義務權利。由一人身分而生。既不得爲處分。亦不能以之承繼。故權利者或義務者死亡時。其權利義務。即因之而消滅。然扶養權利者死亡時。其承繼人不能支付喪葬費用者。則義務者尙須負擔此種之責任。(德民一六五一條同)而不得以權利義務消滅爲藉口。蓋養生送死。人之大。事。喪葬未全。責固未盡。此又因我國固有之習慣。而設此規定也。(民草第一四五九條)

德民法一六五條喪葬費用有規定惟以扶養權利者之繼承人無資力時為限日民法無此規定

夫締之扶養義務因婚姻解消而消滅父子之扶養義務因出嗣而消滅此因身分變更而消滅者也又受扶養之要件欠缺時則亦消滅

失養權利為一種債權得按債權編規定請求之

親屬法中立法上應研究之問題有種種茲列於左

(一) 族制應酌設規定草案有家制而無族制所謂一家以隸一戶籍者為限然實際情形四親等內之宗親決無自高祖至玄孫同住一家者最多不過四五代同居者亦甚少故有族之組織中國古代言宗法宗子有其財產宗子死無論尊卑均有服春秋之世卿亦即宗法之護周後無世祿制度而宗法亦因之衰歎然承重孫之制至今仍有遺跡清代法律雖無承重之名而習慣上則存而不廢現今族之組織即由族中公舉族長以遺尊而年長者充之族中有事曾於祠堂

由家長處理之中國南方族長之權限甚大蓋以官府不願與人家事多有家事多由族長取決也中國既有此習慣故族制亦應規定於本編否則四親等內之親屬決無同隸一戶籍下者如無族制則四親等內之親屬直毫無關係也

(二) 養子之地位應為認許 養子之習慣為我國所固有且帶有慈善性質(收養遺孤)不得為有害善良風俗加以擯斥故養子在養父家其地位若何其權義為何本編宜設規定又本律繼承編養子可以分得遺產則對於養父似亦宜負

扶養之義務雖養子不能繼承宗祧而家族關係上不可不設規定也

(三) 童養媳之地位宜設規定 未娶之婦先養於夫家若認為養女則不甚合然其來夫家也為本於婚姻預約否那又與夫之關係及夫之父母之關係為何等關係其扶養之義務若何法律不可不有規定蓋實際既有此情形而法律上自

應予以保護也

(四) 親權宜有喪失之規定 本律親權終身行之永無喪失之時然與總則不合如父母宣告禁治產進禁治產時豈能再行親權耶

(五) 法宜規定妻得用夫之名 姓名本為一種權利且須登記結婚之後妻得用夫之名瑞士民法法國民法結婚後妻名上得冠夫姓查我國女人有氏然姓與氏一耶二耶在古時姓與氏有別如周姬姓也其下分為若干氏若魯之孟孫氏

仲孫氏季孫氏等是今則混曰姓氏其區別漸行泯滅姓名宜定於人格法即總則編中而本編宜規定妻從夫姓

(六)妻之地位法律不可不加保護中國自古天子有后妃民間有妻妾此種習慣恐歷數百年亦不能掃除淨盡事實上既有此種情形法律即應加以保護直接規定曰妾當如何如何亦無不可何必含糊其詞曰非妻云云蓋東洋人自應有東洋人之法制也

親屬法參考書列左

中國

- 讀禮通考 (徐乾學著)
- 五禮通考 (秦蕙田著)
- 禮書通考 (黃以周著)
- 喪服小記
- 喪服大傳
- 禮
- 唐律疏議
- 宋刑統賦解
- 明律
- 清律
- 說文 (段玉裁注)
- 儀禮 (鄭玄注)
- 喪服會通 (吳嘉賓著)
- 親屬記 (貴州鄭子尹著)
- 釋名 (鎮洋畢沅撰)
- 爾雅 (郭璞注)
- 方言箋疏 (嘉定錢繹箋)

日本

- 親族法相續法論 仁井田益太郎著
- 中央大學親族法講義 奧田義人著 (我草案理由本此)
- 明治大學親族法講義 島田鐵吉著
- 日本大學親族法講義 牧野菊之助著
- 法學大家論文集 (民法部)
- 京都法學會刊家族主義之沿革

民律親屬編

一六八

民律親屬編講義終