

民初家制變遷下妾的受扶養權利¹

梁弘孟*

壹、前言

傳統中國的婚姻家庭制度在民初產生劇烈的變動，而妾制的廢除，以及家結構的轉變，是兩個值得注意的現象。

妾在傳統中國婚姻家庭制度中有相當特殊的地位。相較於妻，一方面，在宗祧繼承制度下，妾不如妻一般在家族的宗具有正式的地位，「妻者齊也，與夫齊體」，但「妾者，接也，以時見接，幸也」²，因此妾的地位低於妻。另一方面，在家庭的共同生活上，妾與妻卻有相當類似的作用，都是夫的生活伴侶，也會為夫傳宗接代，也不乏妻無子，而妾生下男孩，從而得以延續香火的。有鑑於此，中國法制史權威學者滋賀秀三教授便以「非正規的家族成員」指稱妾的角色。³隨著現行民法廢除妾制，妾已經不具有法律上的正式地位，但作為一個在社會上普遍存在的既存事實，國家法律仍然必須正視其存在，並在現有的制度下為其尋找出路。我們要問的是，一來，國家法律是如何為其尋找出路的？再者，在新的法律架構下，妾

的法律地位會有何變動？而上述這兩個問題則與法律上「家」結構的改變密切相關，固然在表面上，無論「正規」與否，妾身為「家族成員」的事實並不會因法律不再賦予其正式的地位而有不同，但法律對於「家」如何定義，卻可能會影響她與所在家族的關係，而這甚至決定了她能否向這個家主張受扶養的權利。

有見於此，本文擬探討民初家制變遷之下，妾與家的關係，以及妾受扶養權利的變化。

本文所使用的研究素材是北京政府與國民政府這兩個時期的司法判例與解釋。北京政府時期由大理院職司終審裁判以及解釋法令，到了國民政府成立後，大理院閉院，其原本的終審以及解釋法令的職權先是移交給最高法院，到了司法院成立，又改由司法院負責解釋法令。北京政府時期，民國新成，法制未備，大理院民事審判適用的法源為脫胎自大清現行律的現行律民事有效部分，由於原本的設計是作為刑法典適用，所以內容並不完整，必須由當時職司終審裁判任務的大理院藉由司法裁判來補充，以建構完整的

* 本文作者係國立中正大學法律系副教授

註1：本文之初稿曾以「論民初法制上妾的受扶養權利——兼論其『家屬』身分」為題於2019年3月10日之中國法制史學會年會中發表

註2：語出班固，《白虎通·嫁娶》。

註3：滋賀秀三（1975），《中國家族法の原理》，第551頁。

民事法律秩序。所著的判例就成為瞭解當時民事司法實踐最重要的素材。至於最高法院判例與解釋以及司法院解釋，則是研究國民政府時期妾的法律地位的第一手資料，蓋民法親屬編中固然對於妾並無規定，但國家法律對於民法施行前所產生的夫妻關係卻不得不處理，此時便有賴於司法判決與解釋，為妾這一於家庭與社會關係中仍扮演重要角色的身份，在新時代的法律關係中找到定位。

貳、妾之身份屬性在民法制訂前後的變與不變

妾既是夫的伴侶，又是家庭成員之一，因此其身份就可以從「配偶」以及「家屬」這兩個層面加以觀察。在民法制訂前，妾兼有這兩種身份。如5年上字第1534號判例，大理院在該判例表示，「妾之身分，凡以永續同居為其家屬之一員之意思，與其家長發生夫婦同類之關係者，均可成立，法律上並未限制其須備何種方式。」⁴又如其後的7年上字第186號判例，大理院表達出類似的意旨：

「須其家長有認該女為自己正妻以外之配偶，而列為家屬之意思；而妾之方面，則須有入其家長之家，為次於正妻地位之眷屬之合意。」⁵這兩則判例當中，大理院用了「與夫婦同類之關係」、「正妻以外之配偶」以及「次於正妻之地位」的語彙說明妾的屬性。另一方面為家屬，前述兩則判例中，大理院均指稱妾為「家屬」，而較早的4年上字第2052號判例，大理院同樣以「家屬」指稱妾在家庭中之地位：「為人妾者，現行法例上既認為家屬之一人，則其得有私產，此項私產自與公產有別，不能併入。」⁶可見在大理院的體系下，妾兼具配偶與家屬的身分。

到了現行民法施行之後，由於「妾之問題無庸規定」，⁷民法上便沒有「妾」這一身份，妾就不再具有「配偶」的身份屬性。「妻」就成為夫唯一的配偶，納妾甚至被視為是通姦。⁸而即使在現行民法施行前，致力於推行「一夫一妻」婚姻政策的國民政府，其所屬司法機構，無論是最高法院或是司法院，已經避免以「配偶」一詞形容妾的身分。

有別於對「配偶」身分的否定，大理院將妾定性為「家屬」的見解，本時期延續之。

註4：黃源盛纂輯，《大理院民事判例輯存》，親屬編，上，第105頁。

註5：黃源盛纂輯，同前註，第114頁。

註6：黃源盛纂輯，同前註，第87頁。

註7：在民法的制訂階段，國民黨中央政治會議於1930年7月23日函送立法院「民法親屬編繼承編立法原則」，在「親屬法先決各點審查意見書」第七點「妾之問題」指出，「妾之問題無庸規定」。根據該點之「說明」的說法，由於「妾之制度亟應廢止」，而「法律上不容承認其存在」，因此「無庸以法典及單行法特為規定」。引自黃源盛纂輯（2014），《晚清民國民法史料輯注》（四），第1973頁，犁齋社。

註8：1932年6月10日司法院院字第770號解釋表示：「民法親屬編無妾之規定，至民法親屬編施行後，自不得更以納妾為締結契約之目的，如有類此行為，即屬與人通姦。」論者則指出，將納妾歸類為通姦，反映出不論是社會通念或者國家法律，對於男性婚外性行為的態度都已經改變。See Lisa Tran, *Concubines in Court*, p.35.

如1928年9月15日最高法院解字第176號解釋表示，「查妾與家長之關係係發生於一種契約，法律上既認為家屬之一員，如妾請離異，自不適用離婚規定。」⁹後來的最高法院判例以及司法院解釋莫不肯認妾的「家屬」身分。如20年上字第1943號判例指出：「妾既為家屬，依民法第1114條規定，與家長相互間有扶養義務。」又如1932年6月7日院字第735號解釋指出：「妾雖為現民法所不規定，惟妾與家長既以永久共同生活為目的同居一家，依民法第一千一百二十三條第三項之規定，應視為家屬，則其遺腹子、女即受胎在妾與家長之關係存續中者，應認與經生父撫育者同。」

參、法律上「家」的結構轉變與「家屬」性質的變化

從前述的說明可知，民法制訂前後妾在法律上一直都具有「家屬」的身份。然而這兩個時期「家屬」的意義究竟有何異同？則值得進一步探究。

大理院並未直接對於「家屬」做出定義，但從與妾的家屬身分相關的判解中，可以嘗

試找出大理院將妾認定為家屬的理由。大理院與「家屬」有關的判例，被編排在親屬編第二章「家制」的第二節「家長及家屬」。¹⁰該節共有12則判例涉及妾的家屬身分。這些判例大部分均僅說明「妾為家屬」，如4年上字第1691號判例，¹¹開頭即指出「妾媵為家屬之一員」，而未進一步說明妾為何是家屬，僅有5年上字第1534號判例稍加說明：「妾之身分，凡以『永續同居為其家屬之一員』之意思，與其家長發生夫婦同類之關係者，均可成立。」¹²僅從這則判例來看，「永續同居」似可認為是大理院心目中家屬的要件。

至於「同居」的意義為何？根據5年上字第1281號判例的說法，「現行律卑幼私擅用財條所謂同居，乃對於分財異居者而言，並非僅以事實上居所同一者為限。」¹³如果套用中國法制史權威學者滋賀秀三教授的說法，傳統中國的家庭財產關係是「同居共財」。家庭成員共同經營這樣的生活型態，而維持一家生計的財產稱為家產。家產的來源包括一個家成立時既有的財產，以及家庭成員的勞力所得，其財政管理方式是統一收支，亦即家庭成員將各種收入繳交到相當於家庭的

註9：以下最高法院判例與解釋以及司法院解釋，取自司法院法學資料庫

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。如原始資料無新式標點符號，則由筆者自行加註。

註10：大理院整理與編排判例的依據是「大理院編輯規則」，根據該規則之規定，大理院的民法判例與解釋例，以條為單位，按照編、章、節的順序編排，而此處的編、章、節、條之順序應係依照清宣統三年草擬完成之大清民律草案的體系架構。該草案雖然因政權更迭未經立法程序，加以內容仍有明顯瑕疵，最終無緣成為正式公布施行的法典，但對民初大理院的司法實踐活動影響甚大，可謂大理院審理民事案件的「實質法源」。參考黃源盛，《民初法律變遷與裁判》，第75頁。

註11：本案詳見黃源盛纂輯，前揭註4，第81頁。

註12：引自黃源盛纂輯，前揭註4，第98頁。

註13：本案詳見黃源盛纂輯，前揭註4，第98頁。

「公庫」中，而在需要用錢時，再從家庭的「公庫」支取。¹⁴由此可知，家庭中成員的生活是由家產供給的。家產的管理者是家長，每個家都有一個家長，習慣上以男性最尊長為最優先，祖父在則祖父為家長，父在則父為家長，¹⁵除非家中沒有男性，才會由女性成為家長。家長在某個意義上也可以理解為持有者甚至為所有人。而這正好就是「分財異居」的相對詞，而且只要還沒分家，即使在別的地方另建住宅而將一部分家庭成員遷往該處，並未同住的家庭成員仍然不失為同居，以農村的說法是「同居隔宅居住」。¹⁶從上述大理院的見解來看，法律上的「同居」與事實上的「同住」不見得能劃上等號，反而可以認為是「同居共財」的家庭財產關係的簡稱或方便說。

綜上所述，如果5年上字第1281號以及5年上字第1534號兩則判例中的「同居」有相同的意義，則大理院所認定的「家屬」應當是與家長同屬一家，並未分財異居的家庭成員，至於是否實際與家長同住，則不影響其家屬身分。從而，只要妾並未與夫家分財異居，便維持「同居」，而仍為家屬一員，有

受夫家扶養之權利，即使夫死，只要妾守志，家屬身分並不消滅。如4年上字第940號判例：「為人妾者若仍為其家長守志，則其家長之承繼人或承夫分之婦，應負養贍之義務」¹⁷，以及4年上字第1691號判例：「妾媵為家屬之一員，若其家長亡故，則承繼人或其他管理遺產之人，當然對之負養贍之義務，不能逼令改嫁或逐出不顧」所示。而家屬身分既然不因是否與家長同住而受影響，則妾於夫死之後是否現實上與夫家其他成員同住，也無礙其獲得夫家之扶養的權利。

相較於大理院時期，現行民法的家屬，同樣須與家長同住。這由民法第1122條「稱家者，謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體」，以及第1123條第2項「同家之人，除家長外，均為家屬」的規定可知。21年上字第2238號判例也表示：「父之妾如非自己之生母，固與之無親屬關係，惟以永久共同生活為目的而與之同居一家者，視為家屬，自己為家長時，即有扶養之義務。」反之，如不同居，則無家屬身分，如1936年6月6日院字第1511號解釋表示：「甲在外納妾乙，（如在民法親屬編施行後所納者，不得謂之妾）

註14：根據滋賀秀三的分析，「同居共財」有三項基本要素：一、每個人的勞動所得，都必須歸入所有成員的單一會計，意即「家計」，為同居共財的核心要素。二、同居共財成員生活中必要的消費，全部由共同會計支應。三、共同會計在經過生產消費後所產生的剩餘財產，被當作全體成員的共同資產加以蓄積。因此，同居共財即指「收入、消費及保有資產等涉及各方面的共同計算關係」，而家產即為「共同會計的資產內容」。見滋賀秀三著（2003），張建國、李力譯，《中國家族法原理》，第56-63頁，法律；盧靜儀（2012），《清末民初家產制度的演變——從分家析產到遺產繼承》，第20頁，元照。

註15：戴東雄（1972），〈論中國固有法上家長權與尊長權的關係（上）〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第2卷第1期，第6頁。

註16：詳見滋賀秀三著，張建國、李力譯，前揭註14，第56-57頁。

註17：黃源盛纂輯，《大理院民事判例輯存》，親屬編，下，第1120頁。

生子丙方在襁褓，甲即死亡，則丙自應由其行親權之母乙為之指定住所。至甲妻丁對於丙，不過為直系一親等姻親尊親屬，而其對乙因不同居，自不生家長家屬關係，其請求乙、丙回籍同居，乙自可拒絕。」根據該解釋所顯示之案情，夫死後妻繼任家長，妻與妾因不同居，故雙方無家長與家屬關係。

然則現行法上的「同居」意義為何？按民法上的「同居」一詞，根據其所在條文所涉之情形，有以下幾種情況：

一、親屬之同居關係

(一) 為身心狀態有缺陷之人聲請監護或輔助之宣告之資格

最近一年有同居事實之親屬，得為本人聲請監護或輔助之宣告，如民法第14條與第15-1條之規定；

(二) 擔任法定監護人之資格，以及監護人之選定與順序

如民法第1094條，法定監護人之順序依序為同居之祖父母、同居之兄弟姐妹以及不同居之祖父母；以及第1111條，法院依職權選定監護人時，最近一年有同居事實之親屬為人選之一。

(三) 扶養權利義務關係

根據民法第1114條，夫妻之一方與他方之父母同居者，相互間有扶養義務。

(四) 家制

根據民法第1122條規定，家為以永久共同生活為目的而同居之親屬團體。又第1123條規定，雖非親屬與以永久共同生活為目的同

居一家者，視為家屬。

二、配偶之同居關係

(一) 同居義務：民法第1001條

(二) 民法第1010條，以夫妻不同居達六個月以上作為宣告分別財產之事由之一。

(三) 民法第1052條，以不堪同居之虐待做為法定離婚事由。

(四) 民法第1089-1條，父母不同居達六個月以上者，對子女權利義務之行使，準用民法第1055、1055-1、1055-2條關於離婚後子女權利義務行使之規定。

三、其他同居關係

(一) 承租人之同居人作為影響租賃契約效力之因素，如民法第424條與433條之規定；

(二) 根據民法第1198條規定意旨，為公證人或代行公證職務人之同居人助理人或受僱人，不得為見證人。

如果以上述條文的規範目的來看，立法者所謂的「同居」，應為現實上產生密切互動關係的共同居住。以做為法定離婚事由的「不堪同居之虐待」為例，根據判例所示之情節，無論施虐者為他方配偶或者他方配偶之親屬，均為與受虐者同居之人，而「不堪同居之虐待」的意義應為「虐待之程度足以使人不堪繼續同居」。¹⁸再如民法第424條與433條規定之承租人的「同居人」，其人之行

註18：如最高法院34年上字第3968號民事判例所示，「民法第一千零五十二條第三款所謂不堪同居之虐待，係指予以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致不堪繼續同居者而言」

為之所以會影響租賃契約之效力，應當是因為他們與承租人共同居住，亦即共同使用承租人所租賃之房屋，立法者因此令承租人對其同居人之行為負責。也因此民法第1122條會以「永久共同生活」做為同居之目的。

從上述的比較可以看出，同樣是「家屬」，在大理院時期以及現行民法時期已有不同的意義，而關鍵在於法律對取得家屬身分要件的「同居」行為有不同的詮釋。現行民法時期的「同居」須為現實上有密切互動關係的共同居住，而與家長有此「共同居住」狀態之人才能被視為家屬。如前述院字第735號解釋所說的：「妾雖為現民法所不規定，惟妾與家長既以永久共同生活為目的同居一家，依民法第一千一百二十三條第三項之規定，應視為家屬。」反之，不與家長共同居住之人就不能視為家屬。因此在民法施行前取得妾身分之人，即使在當時的法制下視為家屬，如果在民法施行後不與家長同住，便不具備家屬身分。如1936年6月6日院字第1511號解釋表示：「甲在外納妾乙，（如在民法親屬編施行後所納者，不得謂之妾）生子丙方在襁褓，甲即死亡，則丙自應由其行親權之母乙為之指定住所。至甲妻丁對於丙，不過為直系一親等姻親尊親屬，而其對乙因不同居，自不生家長家屬關係，其請求乙、丙回籍同居，乙自可拒絕。」「在外」所納之妾因不與妻同住，便不是家屬。

綜合上述的討論可知，在民法制訂後，妾雖然同樣有「家屬」的身份，但民法上「家」的結構已經不同於過去，改變了法律對於「家屬」的認定方式，而直接影響到妾與原本夫家的關係，也隨之影響到她受扶養的權利。

肆、扶養義務人

按民法上所謂的「扶養」，根據學者的定義係指「一定親屬間，有經濟能力者本於身分關係應扶助無力生活者」¹⁹。而妾在民法施行前具有的「配偶」以及「家屬」身份，以及民法施行後仍保有的「家屬」身份，就是她能享有受扶養權利的理由。隨著「家屬」定義的改變，妾的扶養義務人，在民法施行前後也有明顯的差異。

在民法施行前，妾身為配偶，當夫在世時自然應由夫負扶養義務，如7年上字第658號判例指出：「妾與家長未經合法離異以前，自應互有養贍義務。」²⁰當夫死後，只要守志，仍有受扶養權利，而原本由夫負擔的扶養義務就落到家族中的其他成員身上。6年上字第981號判例說明了這項規則：「為人妾者既為家長家屬之一人，苟未脫離關係，則其家長之親屬自應負扶養之義務。」²¹至於這裡的親屬為何人？根據大理院的判例，夫的承繼人、承受夫分之妻，²²以及管理夫遺產

註19：此定義引自高鳳仙（2013），《親屬法理論與實務》，14版1刷，第483頁，五南。另可參考陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著（2013），《民法親屬新論》，第493頁。

註20：引自黃源盛纂輯，前揭註17，第1181頁。

註21：黃源盛纂輯，前揭註17，第1167頁。

註22：三年上字第348號判例：「為人妾者或未與亡父為正式婚姻，而事實關係既可確認為家屬之一人者，若仍為其家長守志，其家長之承繼人或承夫分之婦等，應負養贍之義務。」引自黃源盛纂輯，

之人，²³都可能對妾負扶養義務，而其共同點為接收了原屬於夫的財產利益。由此可以認為，家長生前對於妾的扶養義務，在死後由承受其財產利益或權能之人代其繼續履行。而之所以有這種結果，是因為妾作為同居共財團體中的一員，本來就有權從家產中獲得供養，因此可以向任何目前掌管家產的人行使受扶養的權利。

這種扶養關係，到了國民政府時期發生改變。這種改變表現在兩個方面。首先，隨著現行民法的施行，扶養義務不再附著於財產利益，而是被定義為一身專屬義務，夫的繼承人、妻以及其他親屬，都不因為承受原本屬於夫生前之財產上利益，而對於妾負扶養義務。²⁴其次，妾唯一可能受夫家除自己子女以外之人扶養的原因，為其家屬身分。如21年上字第2238號判例表示：「父之妾如非自己之生母，固與之無親屬關係，惟以永久共同生活為目的而與之同居一家者，視為家屬，自己為家長時，即有扶養之義務。」反之，妾所生之子對於其他親屬也不當然負扶養義務，除非這些親屬與之有家長家屬關係。1935年3

月4日院字第1226號解釋指出：「前妻之子對其繼母。暨妾生之子對其嫡母。并非直系血親。如無民法第一千一百十四條第四款家長家屬關係。即不互負扶養之義務。」

伍、結論

本文梳理了妾在民國初期法律上地位的變化。在北京政府時期，妾具有配偶與家屬這兩種身份，到了國民政府時期，由於廢除妾制的立法政策，妾因此不再具有配偶身份，而只保留家屬身份。由於法律上「家」結構的重大變化，從「同財共居」轉變為「共同居住的親屬團體」，此一「家屬」身份的法律地位也與過去有了明顯差異。兩個時期的「家屬」雖然都以「同居」為要件，然而所謂的「同居」家屬的要件由原本的處於同一個家計單元下，不以共同居住為必要，轉變為須與家長實際上共同居住。而家屬的扶養義務人也從原本的承受家產財產利益之人，轉變為與家屬同住之家長。

（投稿日期：2024年3月11日）

前揭註17，第1067頁。

註23：四年上字第1691號判例：「妾媵為家族之一員，若其家長亡故，則承繼人或其他管理遺產之人，當然對之負養贍之義務，不能逼令改嫁或逐出不顧。」引自黃源盛纂輯，前揭註4，第81頁。

註24：但妾可能因此有遺產酌給請求權，見39年台上字第1751號判例。