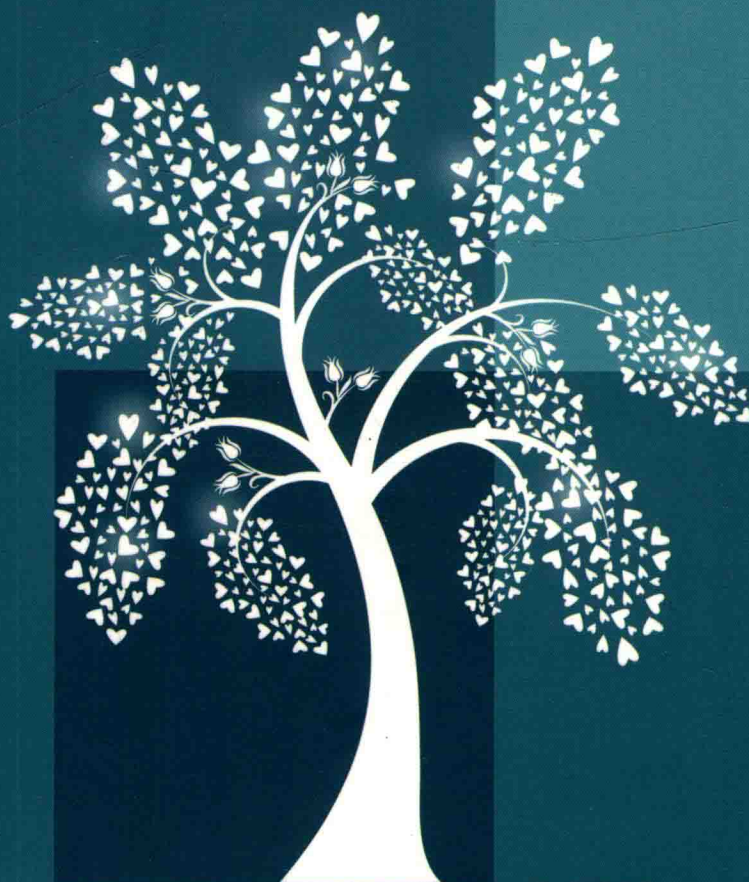


親屬法

理論與實務

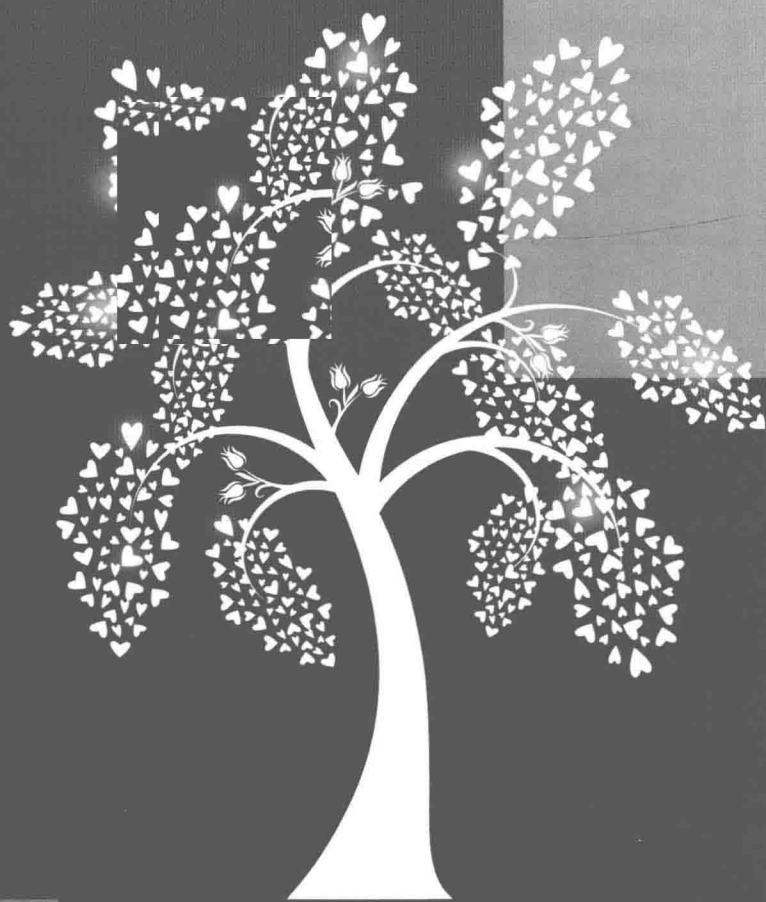
◆2011年最新版◆



高鳳仙◆著

親屬法

理論與實務



國家圖書館出版品預行編目資料

親屬法：理論與實務／高鳳仙著．——十二

版．——臺北市：五南，2011.08

面：公分

ISBN 978-957-11-6317-8（平裝）

1.親屬法

584.4

100011132



1S52

親屬法—理論與實務

作 者 — 高鳳仙（193.1）

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇葵

封面設計 — 斐類設計工作室

出 版 者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2006年9月六版一刷

2008年3月八版一刷

2008年9月九版一刷

2009年8月十版一刷

2010年8月十一版一刷

2011年8月十二版一刷

定 價 新臺幣500元

※版權所有，欲利用本書內容，必須徵求本公司同意※

自序

PREFACE

民法親屬編由國民政府於民國19年公布後，逾五十年始為第一次修正。惟因近年來我國社會快速發展，人民之社會習慣及價值觀念有了重大改變，兩性平權問題不僅日受重視，而且成為婦女團體推動修法之主要訴求，民法親屬編之修正因而更為頻繁。

作者赴美攻讀親屬法期間，正值美國各州已完成或正進行普遍修改離婚法。回國後，見我國雖完成民法親屬編之第一次修正，但修正後仍有許多男女不平等條文，因而參與民間團體民法親屬編修正委員會，嗣獲聘為法務部民法親屬編第一階段及第二階段修正委員會之委員，針對親屬編之不平等條文再做修正，只覺修法之事不僅爭議極多，而且難有止境。後來又有感於家庭暴力問題嚴重，再赴美從事家庭暴力專題研究，返國後草擬家庭暴力防治法，在立法委員潘維剛及現代婦女基金會之推動下順利完成立法，此法對於親屬法有許多特別規定，也引進監督探視權等外國制度。

本書係以作者在大學講授親屬編之心得及從事家事及民事審判工作之經驗撰寫而成，對於外國之各家學說理論及實務見解，均盡量翔實摘錄，使讀者能深入了解法律之規範精神與實際適用。

由於法律之修正越來越快速，實務見解亦不斷增多，本書對於新舊法之適用，以及實際案例之解析，務求掌握最新修法與實務動態，隨時更新資料。

由於親屬法之法源不限於民法親屬編，其他法律如有關於親屬之重要規定者，例如兒童及少年福利法、民事訴訟法等法規，以及87年6月公布之家庭暴力防治法，本書均加以論述，期使讀者對於親屬法有整體概念。

作者學識淺薄，因本於一股對於親屬法之熱愛，故願繼續努力研究親屬法，將本書呈獻社會，難免有謬誤之處，敬祈法界前輩先進多多指正。

陳教授棋炎先生，是作者之親屬法啓蒙恩師，雖與世長辭，感懷其教導恩深，令人難忘。馬大法官漢寶先生與林教授文雄先生對於作者之教導提攜更是不遺餘力，承蒙兩位恩師推薦，作者始得以進入美國加州大學柏克萊分校接受親屬法名教授即法學院院長Herma Hill Kay之指導，奠定研究親屬法之根基，本書才得以問世。師恩浩瀚，謹在此獻上衷心感謝！

高鳳仙 謹序
中華民國87年8月

目錄

CONTENTS

自序	i
----	---

第一章 親屬法之意義與沿革	1
---------------	---

第一節 親屬法之意義	1
------------	---

第二節 親屬法之沿革	1
------------	---

第二章 親屬	7
--------	---

第一節 親屬之種類	7
-----------	---

第二節 親系、輩分及親等	10
--------------	----

第三節 親屬關係之發生、消滅及效果	14
-------------------	----

第三章 婚姻	17
--------	----

第一節 婚姻制度	17
----------	----

第二節 婚約	19
--------	----

第三節 結婚	33
--------	----

第四節 夫妻財產制	83
-----------	----

第五節 離婚	139
--------	-----

第六節 分居制度	188
----------	-----

第七節 妾與童養媳	191
-----------	-----

第八節 婚姻事件與保護令事件之訴訟程序	196
---------------------	-----

第四章 父母子女

213

- | | | |
|-----|-------------|-----|
| 第一節 | 親子關係概說 | 213 |
| 第二節 | 婚生子女 | 225 |
| 第三節 | 非婚生子女 | 233 |
| 第四節 | 收 養 | 246 |
| 第五節 | 親 權 | 292 |
| 第六節 | 親子關係事件之訴訟程序 | 316 |

第五章 監 護

333

- | | | |
|-----|-----------|-----|
| 第一節 | 概 說 | 333 |
| 第二節 | 未成年人之監護 | 336 |
| 第三節 | 成年人之監護及輔助 | 375 |

第六章 扶 養

395

- | | | |
|-----|--------------|-----|
| 第一節 | 概 說 | 395 |
| 第二節 | 扶養之範圍與順序 | 397 |
| 第三節 | 扶養義務之消滅 | 413 |
| 第四節 | 扶養權利及扶養義務之特性 | 415 |

第七章 家

417

- | | | |
|-----|---------|-----|
| 第一節 | 家族制度之變遷 | 417 |
| 第二節 | 家之意義 | 417 |
| 第三節 | 家之構成份子 | 419 |
| 第四節 | 家長之權利義務 | 424 |

第五節 家屬之權利義務

429

第八章 親屬會議

433

第一節 概 說

433

第二節 親屬會議之組織

434

第三節 親屬會議之權限

437

第四節 親屬會議之召集

439

第五節 親屬會議之開會與決議

440

第六節 決議無效與決議撤銷之訴

442

主要參考資料

447

第一章 親屬法之意義與沿革

第一節 親屬法之意義：

親屬法，就實質意義而言，係指規定親屬關係或家長家屬關係及由此等關係所生各種權利義務之法規；就形式意義而言，係指民法法典中親屬編之規定。亦即，我國親屬法之基本法源係民法第四編親屬之規定，學者稱之為形式上之親屬法或形式的親屬法。除民法親屬編外，兒童及少年福利法、家庭暴力防治法、涉外民事法律適用法、國籍法、戶籍法、姓名條例、民事訴訟法、非訟事件法等法規，以及習慣法、法理、判例、解釋例等，亦均為親屬法之重要法源，學者稱所有之法源為實質上之親屬法或實質的親屬法。

親屬法之性質，因其為關於私人間身分生活之法，故屬於私法；因其對於一般中華民國人民均有適用，故屬於普通法，又因其內容有許多關於公序良俗之規定，故大部分為強行法¹。

第二節 親屬法之沿革：

第一項 民法親屬編之制定

清末民初，民法親屬編制定之前，我國親屬間之法律關係，主要係適用宣統2年頒布之「現行刑律」中關於親屬之規定。嗣滿清政府與國民政府陸續擬定親屬相關法律，如大清民律草案（宣統3年）、民律親屬編草案（民國4年）、民律草案親屬編（民國14年）、親屬法草案（民國17年），惟均未見施行。民國19年，中央執行委員會政治會議議決親屬法先決審查意見書九點送立法院作為立法原則，立法院遂依據該原則，且參考外國立法例，並審酌我國國情，制定民法親屬編，由國民政府於民國19年12月26日公布，自民國20年5月5日施行。國民政府復於民國20年1月24日公布「民法親屬編施行法」，該施行

¹ 史尚寬著，親屬法論，1-4頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著，民法親屬新論，20、22頁。

法自民國20年5月5日施行。

民法親屬編凡一百七十一條，共分七章：第一章通則，第二章婚姻，第三章父母子女，第四章監護，第五章扶養，第六章家，第七章親屬會議；民法親屬編施行法共十五條。民法親屬編之立法特點包括採用男女平等原則、廢除納妾及立嗣制度、建立夫妻財產制等，對於以宗法之祭祀祖先及男權至上為前提之舊社會，具有某程度提高女權及賦予獨立人格之作用²。

第二項 民法親屬編之第一次修正

民法親屬編自公布施行後，逾五十年始為第一次修正。由於我國社會在施行後之半個世紀中已經歷重大變遷，為因應社會之快速發展以及人民生活習慣與價值觀念之改變，民法親屬編做了相當大幅度的修正。此次共修正三十三個條文，增訂十個條文，刪除四個條文，及刪除第二章第四節第二目第三款目名（統一財產制），修正、增訂及刪除條文總數額（47條），占原條文總數額（171條），逾四成（27.5%）。第一次修正條文於民國74年6月3日總統令公布施行，依中央法規標準法第13條規定，自公布之日起算至第三日即民國74年6月5日起發生效力。

民法親屬編第一次修正之基本原則與民法總則相同，其要點為：

- 一、促進三民主義及憲法所定基本國策之實踐。
- 二、加強社會公益之維護。
- 三、因應國家社會發展之需要。
- 四、規定有欠明確或窒礙難行者，修正之。
- 五、特別民事法之規定，性質上得納入本法者，增訂之。
- 六、司法院解釋、最高法院判例或學說上有爭執之事項，性質上得以條文規定者，參酌研究修正或增列之。

此外，並特重下列諸點：

- 一、維護固有倫理觀念。
- 二、貫徹男女平等原則。
- 三、修正夫妻財產制，使其兼顧夫妻平等、婚姻共同本質生活及交易安全。

² 史尚寬著，同前註，5-7頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，12-13頁。

四、加強對於未成年人、非婚生子女及養子女權益之保護³。

第三項 民法親屬編之第二次修正

民法親屬編在制定及第一次修正時雖然均採用男女平等原則，但修正後之規定仍有許多男尊女卑的規定，這些不平等的規定使一些婚姻不幸福之婦女（尤其是離婚婦女）受害特別深刻。台北市晚晴婦女協會、財團法人婦女新知基金會及台北律師公會婦女研究委員會共同發起修法運動，自民國79年10月20日組成民間團體民法親屬編修正委員會，於民國82年5月間提出修正草案，惟政府機關對於修法運動並未有積極回應。直至司法院大法官於民國83年9月23日作成釋字第365號解釋，宣告民法第1089條「父權優先」條款違背憲法第7條及憲法增修條文第9條第5項關於男女平權之規定，自該解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力⁴，法務部始於民國83年10月5日首次向立法院提出三階段修改民法親屬編之計畫。

第一階段之修正範圍為第1089條及父母離婚後未成年子女監護之規定，第二階段之修法以男女平權相關規定為重心，第三階段之修法則對於親屬編之所有條文做全盤修正。

法務部第一階段之修正工作已經完成，並於民國84年4月間將修正草案送立法院審議，立法院順利完成三讀，民法親屬編共增訂四個條文（民§1055-1、1055-2、1069-1、1116-2）、刪除一個條文（民§1051）、修正三個條文（民§999-1、1055、1089），民法親屬編施行法增訂第6-1條，均於民國85年9月25日總統令公布施行。

第四項 民法親屬編之第三次修正

法務部第二階段之修法工作於民國84年5月間完成後，送立法院審議。草案之修正要點如下：

³ 高鳳仙著，中美離婚法之比較研究，附錄一，204-206頁。

⁴ 司法院釋字第365號解釋：民法第1089條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，與憲法第7條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第9條第5項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。

- 一、修正近親結婚之限制範圍。
- 二、修正女子待婚期間限制之規定。
- 三、修正夫妻冠姓之規定。
- 四、增訂夫妻冠姓後回復本姓規定。
- 五、修正夫妻住所之規定。
- 六、關於子女稱姓規定之修正。
- 七、修正提起否認之訴期間計算之規定。
- 八、修正強制認領制度。
- 九、刪除不貞之抗辯規定。
- 十、修正親權濫用時糾正制度。
- 十一、修正法定監護人之順序及增訂法院得選定監護人制度。
- 十二、修正解除監護人職務之規定。
- 十三、有關施行法部分⁵。

立法院於民國87年5月28日通過民法親屬編部分修正條文，共修正三個條文（民§983、1000、1002）、刪除四個條文（民§986、987、993、994），均於民國87年6月17日總統令公布施行。

第五項 民法親屬編之第四次及第五次修正

民法親屬編之第四次修正，係為配合刑法妨害性自主罪章及妨害風化罪章之修正，於88年4月21日總統令修正公布第1067條，除將條文用語略做修正外（例如：「強姦」改為「強制性交」、「成姦」改為「性交」等），條文內容並未修正。

民法親屬編之第五次修正，係為因應民國88年間「921大地震」所衍生之孤兒照護問題，在民間團體及立法委員之推動下，立法院於89年1月15日三讀通過民法第1094條修正條文及民法親屬編施行法第14-1條增訂條文，均於89年2月2日總統令公布施行。

⁵ 參閱法務部民法親屬編及其施行法務部分條文修正草案總說明。

第六項 民法親屬編之第六次修正

民法親屬編之第六次修正，係針對夫妻財產制做全盤修正。在民間團體及立法委員之推動下，立法院於91年6月4日三讀通過民法親屬編有關夫妻財產制部分條文修正草案，共增訂八個條文（民§ 1003-1、1018-1、1020-1、1020-2、1030-2～1030-4及1031-1）；刪除二十一個條文（民§ 1006、1013～1016、1019～1021、1024～1030、1035～1037、1045、1047～1048）；修正十九個條文（民§ 1007、1008、1008-1、1010、1017、1018、1022、1023、1030-1、1031～1034、1038、1040、1041、1044、1046及1058），民法親屬編施行法增訂第6-2條，均於民國91年6月26日總統令公布施行。

第七項 民法親屬編之第七次修正

民法親屬編之第七次修正，主要係針對結婚、離婚、父母子女等章節加以修正。立法院於96年5月4日三讀通過修正條文，共修正二十餘個條文（民§ 982、988、1030-1、1052、1059、1062、1063、1067、1070、1073～1083、1086及1090），增訂十餘個條文（民§ 988-1、1059-1、1076-1、1076-2、1079-1～1079-5、1080-1～1080-3、1083-1及1089-1），並刪除一個條文（民§ 1068）。民法親屬編施行法增訂第4-1條及第8-1條條文。修正條文於96年5月23日總統令公布施行，但修正之民法第982條依民法親屬編施行法第4-1條規定，自公布後一年即97年5月23日施行。

第八項 民法親屬編之第八次修正

民法親屬編之第八次修正，僅針對法定離婚原因及扶養方法作小幅度修正。立法院於96年12月19日及21日分別三讀通過修正條文第1052條及第1120條，修正條文於97年1月9日總統令公布施行。

第九項 民法親屬編之第九次修正

民法親屬編之第九次修正，係針對監護章節加以修正。立法院於97年5月2日三讀通過修正條文，修正第1092～1101、1103、1104、1106～1109、1110～1113條條文及第二節節名，增訂第1094-1、1099-1、1106-1、1109-1、1109-2、1111-1、1111-2、1112-1、1112-2、1113-1條條文；刪除第1103-1、1105條條文，

均於97年5月23日總統令公布，並自公布後一年六個月即98年11月23日施行。

第十項 民法親屬編第十次修正

民法親屬編第十次修正，僅增訂第1052-1條，於98年4月29日總統令公布施行。

第十一項 民法親屬編第十一次修正

為配合監護專章中關於「禁治產」等用詞之修正，98年12月30日總統令修正公布1131及1133兩條文，依98年12月30日修正之民法親屬編施行法第15條第2項規定，自98年11月23日施行。

第十二項 民法親屬編第十二次修正

對於曾為不法侵害行為或未盡扶養義務之受扶養權利者，使負扶養義務者可以請求法院減輕或免除其扶養義務，增訂民法第1118-1條，於99年1月27日總統令公布施行。

第十三項 民法親屬編第十三次修正

此次對於子女姓氏再為修正，僅修正第1059及1059-1條兩條文，於99年5月19日總統令公布施行。

第二章 親 屬

第一節 親屬之種類：

我國傳統法律因重男輕女並以父爲本，故親屬之分類悉依宗法觀念：先將親屬分爲宗親（男系血族）、外親（女系血族）兩種；及至民律，則從外親分離，獨立成立妻親（妻之血族），成爲三種親屬；及至民律草案，再加上夫妻，成爲四種親屬。

民法親屬編採取男女平等原則作爲立法基礎，不再依宗法觀念而爲親屬之分類。惟民法親屬編並未明文規定親屬之種類，在第一章通則中，便就血親及姻親有所規定，故引起爭議。有人認爲配偶並非親屬之範圍，有人認爲親屬之種類包括血親、姻親及配偶三種，有人則認爲討論配偶是否爲親屬並無實益，但有時爲維護配偶之利益，必須將其包括在親屬中¹。

第一項 血 親

血親依是否有血統連絡，可分爲自然血親與法定血親兩種。

一、自然血親

自然血親又稱天然血親，係指源於同一祖先，血統有連絡之血親而言，不以同姓爲要件²。故半血緣（同父異母或同母異父）兄弟姊妹間³、非婚生子女與生母間、非婚生子女與生母血親間（民§ 1065 II）⁴，均爲自然血親關係。

¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著，民法親屬新論，43頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，24頁。

² 最高法院27年滬上字第117號判例：子女因父爲贅夫從母姓時，父之直系血親尊親屬仍不失爲己身所從出之血親，父之旁系血親尊親屬仍不失爲與己身出於同源之血親，是該子女與其父之血親間之血親關係，並不因從母姓而受影響。

³ 司法院院解字第2989號解釋：同父異母或同母異父之兄弟及養子與養父母之婚生子，均爲同胞兄弟。

⁴ 最高法院17年上字第269號判例：妾對於親生子女，自係具有直系尊親屬資格，其與通常之妾對於家長之其他子女者，顯有不同。

至非婚生子女與生父間，非經準正（民§1064）或認領（民§1065 I、1067 I）等法定程序，則不具自然血親關係。

雖非親生子女但依法律應推定為婚生子女者，該婚生子女與法律上之父間，非經法律上之父或母或子女提起否認之訴（民§1063）獲勝訴判決確定，仍為自然血親關係。

二、法定血親

法定血親又稱擬制血親，係指血統無連絡，經法律擬制之血親而言。故養子女與養父母間、養子女與養父母血親間（民§1077）、民法親屬編施行前所立之嗣子女與其所後父母間（民法親屬編施行法§9）、民法親屬編施行前所立之嗣子女與其所後父母血親間⁵，均為法定血親關係。至繼父母與繼子女間⁶、妻與夫準婚生子女間（民§1065 I）、夫與妻準婚生子女間（§1065 II），非法定血親關係，而係姻親關係。民法親屬編施行後所立之嗣子女與其所後父母間，因民法已廢除宗祧制度，故依法不生任何親屬關係。

關於養子女相互間是否為血親關係之問題，司法院雖於民國25年作成院字第1442號解釋，認為養子女間並非民法第967條所稱血親⁷，但嗣後於民國34年所作成之院解字第3004號解釋，則認為養父母之血親亦即為養子女之血親⁸，而大法官於民國43年所作成之釋字第34號解釋，亦認為母之養女與本身之養子係輩分不相同之旁系血親。事實上，最高法院於民國32年7月19日所做之決議，即認為養女與養父兄弟之子，亦有旁系血親關係，司法院院字第1442號解

⁵ 司法院院字第2037號解釋：嗣子與其所後父母，依民法親屬編施行法第9條規定，既有與婚生子女與其父母同一之親屬關係，則與其所後父母之他子女，當然有兄弟姊妹同一之親屬關係。

⁶ 司法院院字第2241號解釋：依民法第970條第2款、第967條之規定，續娶之妻為前妻所生子之直系姻親，續娶後所生子女為前妻所生子之旁系血親，均非前妻所生子之直系血親。

最高法院28年上字第2400號判例：父所娶之後妻為父之配偶，而非己身所從出之血親，故在舊律雖稱為繼母，而在民法上則為直系姻親而非直系血親。

⁷ 司法院院字第1442號解釋：民法第1077條所謂養子女與婚生子女同者，僅就養子女與養父母之關係而設之規定，乙男丙女雖均為甲收養之子女，但並非同法第967條所稱之血親，則乙丙結婚自不受同法第983條規定之限制。

⁸ 司法院院解字第3004號解釋：養父母係養子女之直系血親尊親屬（參照本院院字第2747號解釋），養父母之血親亦即為養子女之血親。

釋已因後之解釋而變更，不得再行援用⁹。因此，實務上已採取養子女相互間有血親關係之見解，學者亦多採此種看法。

第二項 姻 親

所謂姻親，係指因婚姻而生之親屬關係而言。民法第969條對姻親之定義如下：「稱姻親者，謂血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶。」依此規定，姻親之種類有下列三種：

一、血親之配偶：例如兄弟姊妹之配偶（嫂嫂、弟媳、姊夫、妹婿）、伯叔舅父及姑姨母之配偶（伯母、嬸嬸、姑丈、舅媽、姨丈）、甥姪甥女姪女之配偶等。

二、配偶之血親：例如配偶之父母（岳父母、公公婆婆）、配偶之兄弟姊妹（大伯、小叔、大姑、小姑）、配偶之祖父母、配偶之伯叔舅父、配偶之姑姨母等。

三、配偶之血親之配偶：例如配偶之兄弟姊妹之配偶（連襟或妯娌）、配偶之伯叔舅父或姑姨母之配偶等。

上開民法所定之姻親範圍，已較許多外國立法例僅規定「血親之配偶」及「配偶之血親」者為廣，故未將「血親之配偶之血親」納入姻親範圍，以免姻親範圍太廣¹⁰。然而，因血親之配偶之血親並非姻親，故可能發生有違倫常觀念之近親結婚，例如，繼父母之兄弟姊妹並非繼子女之姻親，如繼子女與繼父母之兄弟姊妹結婚，為法所不禁，但一對父子若與一對姊妹結婚，則將發生姊妹成婆媳、父子成連襟之奇異現象，而一對母女若與一對兄弟結婚，則將發生

⁹ 最高法院民國32年7月19日決議：民法第1077條所謂養子女與養父母之關係與婚生子女同者，自亦指養子女與其養父母有與婚生子女與其父母同一之親屬關係而言。婚生子女與其父母之親屬關係，為直系血親關係，養子女與其養父母當然同為直系血親關係。司法院院字第2037號又載：嗣子與其所後父母既有與婚生子與其父母同一之親屬關係，則與其所後父母之他子女，當然有與兄弟姊妹同一之親屬關係等語，是已認嗣子女與其所後父母之他子女有旁系血親關係，依民法第983條第1項第3款（19年12月3日公布之舊法）之規定，不得結婚。司法院院字第1442號解釋已因後之解釋而變更，不得再行援用。

¹⁰ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，前揭書，26頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭合著，前揭書，45頁。