

部定大用學書

現 行 親 屬 法 論

---

李 宜 琛 著

國 立 編 譯 館 出 版  
商 務 印 書 館 印 行

## 自序

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

中華民國三十二年八月時客北燕李宜琛。

# 目錄

第一章 親屬法總論	一
第一節 親屬法之概念	一
第二節 親屬法之編制	二
第三節 親屬法之沿革	四
第四節 親屬法之性質	五
第五節 親屬法之權利	六
第六節 親屬法之行爲	七
第二章 親屬	一
第一節 親屬團體之變遷	二
第二節 親屬關係之範圍	四
第一款 總說	一五
第二款 親屬範圍之沿革	一五
第三款 現行民法之親屬	一七
第三節 親系及親等	一三
第一款 親系	一三
第二款 親等	一四
第四節 親屬關係之變動	一七

第五節 親屬關係之效果	二九
第三章 婚姻	三一
第一節 婚姻制度之沿革	三一
第二節 婚姻之意義	三四
第三節 婚姻預約	三六
第四節 婚姻之成立	四三
第一款 總說	四四
第二款 實質之要件	四五
第三款 形式之要件	五一
第四款 婚姻之變例	五一
第五節 婚姻之無效及撤銷	五五
第一款 總說	五五
第二款 婚姻之無效	五六
第三款 婚姻之撤銷	五七
第四款 損害賠償	五九
第六節 婚姻之效力	五九
第一款 總說	五九
第二款 身分上之效力	六一
三款 財產上之效力	六五
第一項 總說	六五

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

第三項 非婚生子女之準正.....一三一

第四款 養子女.....一三三

第一項 總說.....一三三

第二項 養親子關係之發生.....一二五

第三項 養親子關係之效力.....一二九

第四項 養親子關係之終止.....一三〇

第五款 指定繼承人.....一三四

第三節 親子關係之效果.....一三七

第一款 總說.....一三七

第二款 親權之概念.....一三七

第三款 親權之內容.....一三九

第一項 關於子女身體上之權利義務.....一三九

第二項 關於子女財產上之權利義務.....一四一

第四款 親權之消滅.....一四二

第五章 監護.....一四七

第一節 監護之性質.....一四七

第二節 監護之開始.....一四九

第三節 監護之機關.....一五〇

第一款 總說.....一五〇

第二款 監護人之類別.....一五〇

第三款	監護之缺格	一五三
第四款	監護人之免除	一五三
第五款	監護人之撤退	一五三
第六款	監護之事務	一五四
第一項	總說	一五四
第二項	對於受監護人身體上之事務	一五四
第三項	對於受監護人財產上之事務	一五五
第四項	監護人之法定代理權	一五七
第七款	監護之終止	一五八
第六章	扶養	一六〇
第一節	總說	一六〇
第二節	扶養之當事人	一六一
第一款	扶養之範圍	一六一
第二款	扶養之順序	一六三
第三節	扶養之程度及方法	一六五
第一款	扶養之程度	一六五
第二款	扶養之方法	一六六
第四節	扶養之終了	一六七
第七章	家	一七〇
第一節	總說	一七〇

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



# 現行親屬法論

## 第一章 親屬法總論

### 第一節 親屬法之概念

禮運曰：『飲食男女，人之大欲存焉。』心理學者，亦恆謂食慾性慾，爲人類之二本能，前者爲維持個人之生存，後者則在企圖種族之保持。而吾人之私生活，亦可因之大體分爲二面：其一，爲以財產之生產流通爲目的之經濟生活；其一，則以種族之生產存續爲目的之保族生活是已。民法之規定，既係以吾人之私生活爲其對象，是以民法法規中，遂亦從而有二大部門之對立。規定經濟生活關係者，謂之財產法；而規定保族生活關係者，則謂之身分法。

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

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

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

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

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

## 第二節 親屬法之編制

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

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

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

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

#### (一) 法蘭西人事編

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

#### (二) 日本親屬編

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

(7) 親族會(親屬會議)，(8) 扶養義務。

(三) 德國親屬編

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

(四) 瑞士親屬編

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

(五) 蘇俄親屬法

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

(六) 我國親屬編

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

綜上所述，其要點有可記者如左：

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

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

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

### 第三節 親屬法之沿革

親屬法有實質上之意義，與形式上之意義，既如前述。實質上之親屬法，在我國古代，即已存在，固無

疑義；而形式上之親屬法，則以現行民法親屬編爲其嚆矢。蓋我國原爲不文法之國家，而親屬關係又爲法律與道德禮儀混淆之所。如周禮、儀禮、禮記諸書，條分縷舉，言之綦詳。洎唐有六典，明有通典，清有通禮會

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

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

#### 第四節 親屬法之性質

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

##### (一) 地方色彩之濃厚

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

##### (二) 個人主義色彩之稀薄

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

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

### (二) 多爲強行之規定

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

## 第五節 親屬法之權利

### 第一 親屬權之概念

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

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

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

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

## 第二 親屬權之內容

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

## 第三 親屬權之絕對性

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

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

## 第六節 親屬法之行爲

### 第一 親屬法上之法律行爲

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

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

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

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

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

## 第二 行爲能力

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

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



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

### 第三 意思表示

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

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