

林鼎章著

親屬法

司法院法官訓練所主編  
商務印書館印行

林鼎章著

親

屬

法

司法院法官訓練所主編  
商務印書館印行

中華民國三十三年六月重慶初版  
中華民國三十五年十二月上海再版

(·30730 滬報紙)

親屬法 一冊

定價國幣壹元肆角

印刷地點外另加運費

\*\*\*\*\*  
版 翻  
權 印  
所 必  
有 究  
\*\*\*\*\*

著 者 林 鼎 章

主 編 者 司 法 院 法 官 訓 練 所

上海河南中路

發 行 人 朱 經 農

印 刷 所 商 務 印 書 館

發 行 所 商 務 印 書 館

各地

# 目錄

緒論	一
本論	一八
第一章 通則	一八
第二章 婚姻	三一
第一節 婚約	三四
第二節 結婚	五一
第三節 婚姻之普通效力	七八
第四節 夫妻財產制	八四
第一款 通則	八五

# 親屬法

## 緒論

### 親屬法之性質

親屬編爲民法之一部分。乃規定親屬之身分及因身分所生之權利義務關係之私法也。

親屬法所規定者爲親屬間之關係。皆私人間之關係。而非有國家之關係相對立於其間。故爲私法。而非公法。至於親屬事項雖間有須由法院干預之規定。（例如婚姻之撤銷。須向法院請求之。又如停止父母對於其子女之權利。應由法院宣告之。）究皆不過因其與公共秩序及善良風俗有關須由國家機關參預之。而於親屬法之爲私法性質無傷也。惟因親屬編所規定既多由維持公共秩序及善良風俗而設。故其大部分輒有強行法之性質。較諸債編物權編之能容許當事人自由意思或地方特別習慣者大有不同。且就親屬法之大體而言。自係身分法。但因身分之變更而其財產之關係亦遂不同。例如結婚前與結婚後。或婚姻關係存續中。與婚姻消滅後其財產關係之不同。又如父母對於未成年子女之財產。以及受扶養權

利人與負扶養義務人間各規定。是皆因親屬之身分關係而發生財產關係之不同。亦爲親屬編所規定。或有主張關於財產之規定。不應列於親屬編之中。其說蓋謂純粹親屬法與親屬財產法應分爲兩編。惟此項財產關係。既由身分關係而發生。自有不能截然分別規定之勢。故祇可合爲一編。以關於身分之規定爲主。而以關於身分之財產規定爲從而已。

又親屬法乃規定親屬間權利義務之實體法。規定於實行此權義之方法及其程序如何則屬於程序法。例如親屬編施行法。又國籍法。或國際私法。以及民事訴訟法中關於人事訴訟程序之部分。皆爲親屬法之程序法。凡研究親屬法者。尤不容不併與合觀參考也。

#### 各國民法關於親屬編之位置

親屬法自係民法之一部分。但各國立法例有以之列於民法法典之內者。亦有不列於民法法典之內。而另爲單行法典者。

(一)單行法之親屬法。例如俄國於一九一八年九月公布之親屬法卽爲一種單行法規。故其後俄國於一九二三年一月所公布之新民法。其中並無關於親屬之規定。至於一九二六年十一月雖廢除親屬法之名稱。而另頒布婚姻親屬及監護法。然仍獨立於民法典之外。而爲一種單行法規焉。又如英美法系本無民法法典。其關於民法各規定。悉由數萬件之判決例及數千百種之單行法規以資援用。蓋彼所以不編成大法典。不特以其事實爲困難。抑實相信各種單行法規之適用。固有優於大法典之處。所以英美法系各國關於親屬法之事項。概

以習慣法或單行法爲根據焉。

(二) 列於民法法典之親屬法。此種立法例又可大別爲二：(甲) 羅馬編制式。此項編制式以人之身分關係乃私權之所從出。故置親屬規定於民法之最首編。屬於此種編制式之立法例。以法國爲最著。其民法首列人事編。凡關於人之資格能力以及共通於民法全體之事項。均規定於此編。而西班牙意大利荷蘭比利時葡萄牙奧地利等國民法暨日本之舊民法均仿此編制者也。(乙) 德意志編制式。此種編制式。則以純粹之親屬關係另爲親屬一編。列於債編物權編之後。日本之新民法仿之。我國民法亦即仿此編制。首編爲總則。以債編物權編次之。而親屬編又次之。其繼承編則爲殿焉。瑞士民法亦屬於此種立法例。惟將親屬繼承兩編置於物權編之前爲不同耳。羅馬式係採家族制度。德意志式係採個人制度。我國之編制雖仿德意志式。但因國內大部分仍屬農村組合之社會。故認有保存家族制度之必要。而不採個人主義。惟我民法所採之家族制度。與舊學說所謂父爲子綱。夫爲妻綱者迥不相同。蓋一面雖顧及舊習慣。其可保存者。固仍予保存。不爲與社會懸殊難行之高論。而一面兼採用新學理以期促進社會之逐漸改良也。

### 我國親屬法之沿革

我國向無親屬法之專名。所有關於親屬各規定。大都散見於其他律例之中。如唐宋明清諸律關於婚姻戶役各規定是其權輿至清末光緒三十四年。修訂法律大臣沈家本等。將大清律例重行修

訂。以爲推行新律之基礎。名曰大清現行刑律。於宣統二年四月頒行。民國成立後。因新民法尙未制定。故該現行律內關於親屬部分之規定。仍暫行援用。直至民法親屬編施行後。始行廢止。然查民法親屬編施行法第一條規定。親屬事件發生在前者。以不適用民法親屬編爲原則。因之迄今審理訴訟。關於親屬事項適用舊法之處尙復不尠。自不容以不注意也。

遜清光緒季年一面重修舊律。一面亦即決心厲行新法。爰設修訂法律館編輯民律。其編纂親屬律者。爲該館主任纂修員朱獻文高种。是爲第一次之親屬編草案。其草案多採用舊律。不足促進社會之改良。於是有第二次草案之編訂。其起草親屬編者。仍爲該館總纂高种。於民國十五年完成。稱爲新民律草案。稍採男女平等爲原則。較之第一次草案雖有進步。而宗祧制度尙未完全打破。其親等之計算仍從寺院法。究尙未能趨向世界新潮流。使漸接近。迨國民政府定都南京後。前法制局復有親屬編草案之擬訂。起草者爲該局祕書燕樹棠。於民國十七年六月與繼承編同時脫稿。其內容於親屬之分類則分爲夫妻血親姻親三項。凡有血統關係之親屬。統稱爲血親。不復爲宗親外親之區別。至於配偶之血親。或血親之配偶。以及配偶血親之配偶。則概爲姻親。不復有宗親妻親之區別。純粹採用男女平等之主義。凡無親生子者。得卽以養子爲子。若俱無者。他人亦不得代爲立嗣。是已完全廢止宗法矣。惟該草案於親屬則定其範圍。例如血親以四親等爲限。姻親以三親等爲限。均不及現行法不規定範圍之爲適當。又該草案廢除家之規定純粹採取個人主義。與我國組織社會之基礎不免動搖。故現行親屬編不採之。



### 現行親屬法編纂之經過情形

國民政府自立法院成立後。首先爲民法之編定。其前三編（卽總則編。債編。竅權編）次第於十八年十月。及十九年五月施行。而親屬及繼承兩編。亦卽積極爲起草之準備。而此兩編在國民黨綱及歷來各地方習慣關係甚距。苟非詳加斟酌。必有流弊。故立法院民法起草委員會先將各重要問題分別交付各委員及顧問。比較各國法制。詳加研究。輯成關於民法親屬編。繼承編參考資料兩冊。藉資參證。旋就應行先決各要點。提出特別研究。計親屬法先決問題有九點。並由立法院徵求司法院之意見。當時司法院院長王寵惠乃召集該院參事暨最高法院院長及各庭長連日會集討論。經月餘之久。始將意見擬定。送交立法院。經立法院採納。爰由立法院以院長胡漢民及副院長林森之名義。提出於中央政治會議。於民國十九年七月議決通過。作爲親屬編之立法原則。乃交由立法院遵照原則著手起草。共開會三十餘次。擬成草案。復經大會討論通過。計親屬編凡七章。共一百七十一條。於十九年十二月二十六日公布。至二十年五月五日始施行焉。

茲將當時親屬法先決各點審查意見書原文錄後：

#### 第一點 親屬分類

親屬應分爲配偶。血親。姻親三類。

（說明）我國舊律。分宗親。外親。妻親三類。係淵源於宗法制度。揆諸現在情形。有

根本改革之必要。查親屬之發生。或基於血親。或基於婚姻。故親屬之分類。應定爲配偶。血親。姻親三類。而於血親、姻親更分直系、旁系。如此分類。不獨出於自然。且與世界法制相合。

第二點 夫妻及子女間之姓氏

(一) 以妻冠夫姓。夫入贅妻家時冠妻姓爲原則。但得設例外規定。

(二) 子女從父姓。

(三) 贅婿之女子從母姓。但得設例外之規定。

(說明) 本問題可假定爲下列六項辦法而研究其短長。

(一) 夫妻均以協定之姓(夫姓妻姓或第三姓)爲姓。子女亦從之。

(二) 夫妻各用本姓。子女併用父母之姓。

(三) 夫妻各用本姓。子從父姓。女從母姓。

(四) 妻從夫姓。子女從父姓。

(五) 夫從妻姓。子女從母姓。

(六) 妻冠夫姓。子女從父姓。

第一、第二、第三三項。與男女平等之旨相符。此其長也。然用第一項辦法。夫妻既有擇姓之自由。而子女結婚亦復有此自由。則其結果恐有代易其姓之弊。則姓之所以爲姓

者僅矣。此其短也。如用第二項辦法。在子女併用兩姓。原無不可。然子女之子女。即有二以上之字爲姓。每遞下一世。卽增其字數。世無窮。而姓之字數增多亦無窮。扞格難行。此其短也。如用第三項辦法。則兄弟姊妹間各異其姓。未免奇異。此其短也。第四項辦法。妻不存本姓。專從夫姓。似有所偏。第五項辦法之偏亦相等。均不足取。第六項辦法。妻得保存本姓。而夫亦不致易姓。在實際上似較爲易行。至子女之姓。因別無完善之辦法。故擬仍從父姓。惟此係就妻嫁入夫家時而言。若夫人贅妻家時。則夫冠妻姓。所生子女。亦從母姓。略示男女平等之意。故擬一併定爲原則。至應否另設例外。(例如夫妻另有協定)可由負責起草條文者。從長討論。總之。本問題欲求男女完全平等。殊無圓滿辦法。已如上述。而男女平等。似應注重實際。如經濟平等。政權平等。及私權平等。不必徒驚虛名。若關於姓氏必使銖兩悉稱。殊屬難能。惟當於可能範圍內。企合於平等之旨而已。

### 第三點 親屬之範圍

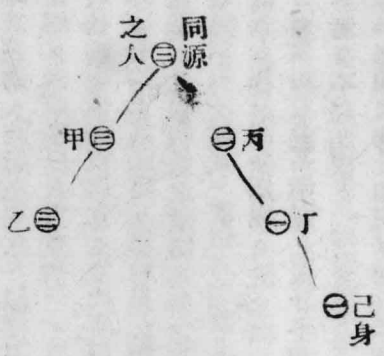
親屬不規定範圍。而規定親屬之定義及親等之計算方法。

(說明)人類發生親屬之關係。有血親、姻親之別。而血親姻親之範圍。原難確定。以血親言。由父母而祖。推而上之。由子女而孫。推而下之。既有血統相聯絡。雖輩數遼遠。謂之非親屬。不可得也。直系如此。旁系亦然。以姻親言。其無確定之範圍。猶如

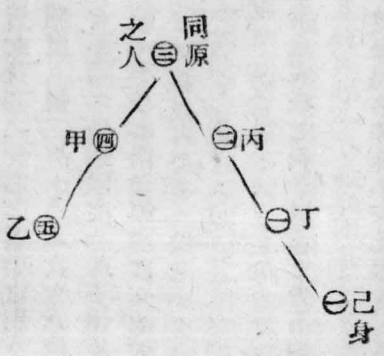
血親。然則法律所以定親屬範圍者。乃因親屬相互間有時發生一種法律關係。在事實上不可漫無限制。故規定之以資適用耳。然而各種法律關係。其情形各有不同。即規定之範圍。亦應隨之而異。則雖強爲概括之規定。而遇有特種法律關係。例如。民事上之親屬禁止結婚。親屬間之扶養義務。及繼承權利。刑事上之親屬加重。及親屬免刑等類。仍以分別規定其範圍爲合於實用。故親屬之範圍。無庸爲概括之規定。惟親屬之分類。既改用血親。姻親之名稱。則其定義如何。自非以明文定之不易明瞭。且血親姻親。關於特種法律關係。既須分別。以其親疎爲據。則關於親疎。自須以親等計之。故應規定親屬之定義及親等之計算法。

又按計算親等之方法。分羅馬法與寺院法兩種。羅馬法之計算法。直系親從己身上下數以一輩爲一親等。旁系親從己身上數至同源之人。再由同源之人下數至所指之親屬。以其總輩數爲親等之數。寺院法之計算法。直系親與羅馬法同。旁系親則否。蓋從己身數至同源之人。再從所指之親屬數至同源之人。其輩數同者。以一方之輩數定之。輩數不同者。從其多者定之。此與羅馬法相異之點也。世界各國。用羅馬法者居多。羅馬法之計算。依血統之遠近定親等之多寡。合于情理。寺院法源于歐西宗教遺規。其計算親等不盡依親疎之比例。蓋兩系輩數不同。從其多者定親等之多寡。則輩數較少之系。往往不分尊卑。同一親等。于理不合。試爲圖以明之。

寺院法



羅馬法



依上圖。己身與甲或乙之親等。如以寺院法計算。均以輩數較多之一系定之。即從己身至同源之人為三親等。因之己身與甲及乙同為三親等。如以羅馬法計算。則己身與同源之人為三親等。與甲為四親等。與乙為五親等。兩相比較。自以依羅馬法之計算為合理。我國從前所以採用寺院法者。以其與昔日之宗親服制圖相對勘。凡五等服以內之宗親。可以寺院法四親等包舉之而無遺。故自前清民律草案以迄最近各種草案。均以寺院法計算親等。今親屬之分類。既從根本上改革分為血親與姻親兩大別。已與所謂服制圖者不生關

係。自應擇善而從。改用羅馬法。

第四點 成婚年齡

成婚年齡男十八歲女十六歲、

(說明)各國所定成婚年齡。以氣候風俗之異。頗不一致。故男子最高有二十一歲者。最低有十四歲者。女子最高有十八歲者。最低有十二歲者。而男子成婚年齡略高於女子。則為大多數國之通例。惟奧國定為男女一律十四歲。最近蘇俄民法亦有男女一律十八歲始許為婚姻。註冊之規定。似符平等之義。然男女身體之發達之遲早之別。乃出於生理之自然。無取乎以人力強劑之。平茲折衷各國制度。規定男十八歲女十六歲為成婚年齡。於我國國情亦尚適宜。惟此所規定者。為男女年齡之最低限度。即不達此最低限度者。應絕對禁止其成婚。至於男女婚姻之自主年齡。不在本問題範圍內。故從略。

第五點 近親結婚之限制

與左列親屬不得結婚。

(一)直系血親及直系姻親。

(二)旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者。但旁系血親在七親等以外。旁系姻親在五親等以外者。不在此限。

(三)旁系血親之輩分相同。而在六親等以內者。但表兄弟姊妹不在此限。

(說明)直系血親之禁止結婚。中外一律。即直系姻親雖有例外。(蘇俄及美國數洲)而以禁止者爲多。至旁系血親與旁系姻親。各國禁止範圍不一。較我國甚爲狹小。按我國舊律。凡屬宗親。皆在禁止之列。幾無範圍可言。而對於外親。妻親則較宗親爲狹。懸殊已甚。今斟酌損益於中外法制之間。對於我國向不禁止者。仍不禁止。例如原則第三款但書。表兄弟姊妹是也。對於我國禁止過廣者。縮小其範圍。例如原則第二款旁系血親及旁系姻親輩分不相同者。從前不問遠近。均禁止之。茲擬加以但書之限制。蓋以解放之意也。至關於血親結婚之限制。於非婚生之子女及其子孫亦適用之。又關於姻親結婚之限制。於姻親關係消滅後。亦適用之。均爲多數國立法例之所同。此外基於其他原因。而應禁止通婚者。尙不止一端。其中有雖非親屬。而略相彷彿者。則(一)爲養親與其所養子女之關係。(二)爲監護人與被監護人之關係。似應略仿外國立法例規定。在關係存在期間或監護之責任終了前。不得結婚。凡此諸端。皆屬於詳細條文。故不列入原則。

#### 第六點 夫妻財產制

- (一) 夫妻財產制應定爲法定制及約定制兩種
  - (二) 法定制定爲聯合財產制
  - (三) 約定制定爲左列三種
- 一 共同財產制

二 統一財產制

三 分別財產制

(四) 夫妻得以契約。於約定制中。選擇其一為其夫妻財產制。

(五) 夫妻未以契約訂立夫妻財產制者。當然適用聯合財產制。

(六) 適用約定制(除分別財產制外)或法定制後。遇有特定情形。當然或依法院之宣告。改用分別財產制。

(七) 適用約定制後。在婚姻存續期內。夫妻得以契約改用他種約定制。但須加以適當之條件。(說明) 各國民法。關於夫妻財產制度。規定甚詳。標準殊不一致。我國舊律。向無此種規定。配偶之間。亦未有訂立財產契約者。近年以來。人民之法律思想。逐漸發達。自當順應潮流。確定數種制度。許其約定。擇用其一。其無約定者。則適用法定制。按各國民法。關於夫妻財產制之規定。皆因其本國情形而異。種類不一。利弊互見。且有條文複雜。適用困難者。茲就所有權、管理權、處分權、用益權、及負債關係各規定。將夫妻財產制。大別為左列五種：

(一) 統一財產制

(二) 共同財產制

(三) 聯合財產制



(四) 區產制

(五) 分別財產制

右各制之內容。可就其特質略述於左。

(一) 統一財產制 雙方財產均集中於夫之一方。妻所帶入財產之所有權。均移轉於夫。而妻祇有請求返還權。(各國現行法制惟瑞士民法第一九九條以此為約定制)

(二) 共同財產制 此制之特質。為設定一種夫妻之共有財產。於共有財產外。各許獨有財產。夫對於其有財產有管理權及處分權。(關於處分權有數例外)於共同財產關係終了時。雙方或其繼承人。得將共有財產分析。至共有財產之範圍大小不同。故此制可細別為左列三種。

(甲) 一般共同財產制 (以此為法定制者如那威芬蘭荷蘭葡萄牙等)

(乙) 動產及所得共同制 (以此為法定制者如法國比國等)

(丙) 所得共同制 (以此為法定制者如蘇俄西班牙南美洲數國及美國數洲等)

(三) 聯合財產制 妻之財產。除保留者外。集中於夫之一方。而無夫妻共有之財產。蓋各別保存其原有之財產。特均歸夫一方管理耳。夫對於妻所帶入之財產。有用益權。及在特定範圍內。有處分權。此其特質也。(以此為法定制者如德國瑞士日本及美國數洲等) (瑞士兼以所得共同制包涵於中詳見瑞士民法第一九四條)