

部定大學用書

民法親屬編

趙鳳喈編著

國立編譯館出版
正中書局印行

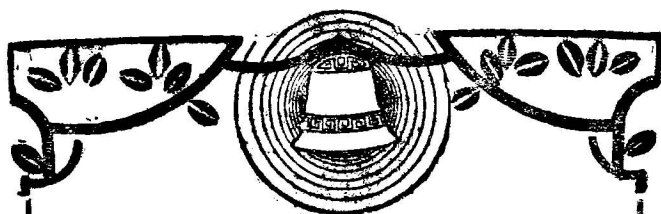
部定大學用書

民 法 親 屬 編

趙 鳳 喈 編 著



國立編譯館出版
正中書局印行



版權所有
翻印必究

中華民國三十四年七月渝初版
中華民國三十五年九月滬一版

民法親屬編

全一冊 定價國幣六元四角

(外埠酌加運費匯費)

編	出	發	印	發
著	版	行	刷	行
者	者	人	所	所
趙	國	吳	正	正
鳳	立	秉	中	中
喈	編	常	書	書
館	譯	局	局	局

校：整
：勤
：德

(1944)

自序

我國自北伐完成後之立法事業，輒有左右爲難之勢，常立於新舊夾攻之間，此於親屬法尤爲顯著。蓋一國之民法，如物權、親屬、繼承等編，對於其本國固有之風習，多少有採納之必要，而中國固有之家族制度與婚姻習尚，一以周代之宗法爲中心，即君爲臣綱，父爲子綱，夫爲婦綱，是爲三綱，與五常相併，爲立國之大經。此不僅爲儒家所提倡，歷代君主且以強力執行之，因而形成整個社會之意態與事實，歷數千年而勿變。辛亥革命後，自理論言，君綱已墮，父夫之綱，即應失其存在。然而政體雖有改革，整個社會組織未有變更。迄十七年，革命軍北伐完成，立法院始本於中國國民黨之政綱及三民主義，爲立法之最高原則。凡涉及社會組織，均以廢棄封建制度而代以民治平等之規則爲鵠的。如於民法繼承編，廢除宗祧繼承，並承認男女平等享有財產繼承權，皆其顯著之例。惟於民法親屬編中，又欲保持我國固有之習慣，如家制之類，則立法本身即自陷於矛盾地位，縱欲力求其折中，頗難得一適當之辦法。（見後緒論〔四〕所述）。無怪乎激進之士嫌其維新而不足，保守輩責其爲忘本之立法。著者嘗有下列言論，企有以慰兩方之憾：

「此項立法趨勢，自然多基於國民黨之黨綱和政策而來，要其實一方受現代思潮之鼓盪，一方爲以往舊社會組織之反動，此爲革命過程中應有現象之一。無煩歌頌，亦不必咒咀。法律條文，本難求其與一般社會之意態或事實相契合。其後於社會意態或事實者，固遭思想激進人士之唾罵，而先於社會意態或事實者，又必遭社會上大多數保守分子之咒咀。國民政府之立法，在北伐完成以後，革命高潮未退之時，論其趨勢，自然站在一般社會意態之先。但中國社會上經濟組織及中下層之風俗習慣，於革命後並未有根本或激烈之變更。革命時代之法律，在社會上未必能立時發生若大之效果，必待社會環境改造以後，此項立法方能充分適用。明乎此，歌頌現代立法者，或不致因期望過奢而感失望；咒咀立法者，亦不致因厭惡新法而趨於反動。」（見拙著中國婦女在法律上之地位再版序言）

雖然，不佞亦有微辭也。竊謂法律爲規定社會事實者，立法雖不能求其一一合於社會之實情，但亦不可徒務理論之膾炙人口，而離開社會以立法。如夫婦在我國一般社會，多認係至親，現民法緣以血親與姻親爲親屬之系統，而遂屏夫婦於親屬之外，誠屬有悖於國情。夫婦財產制，即在中國都市社會中，亦罕有採行之者；而民法對此之規定則反復不厭其詳，是亦有輕重倒置之嫌。再一國之地域遼闊，風土氣候因南北而迥異，如中國者，各地之風習自難求其一致。苟其在理論上無抵觸，不妨使其並存而不悖。又法律之便於都市人士者，未必適合於農村；而暢行於農村者，又未必適合於都市。此須立法者之潛心考究，務在可能範圍內創一制，使其能適應雙方

之環境，方爲良法。如禁治產人之監護人，以配偶占先位，父母次之。（民法第一一一條）此乃歐西小家庭之規範，間可行於我國之都市社會；於農村中，以父母爲家長之大家庭，則扞格難行。設使立法者於第一一一條第一項第一款「配偶」之下，加以「但禁治產人有父母爲家長者，以父母爲第一位監護人」之規定，則此條足可適應都市及農村中大家庭或小家庭之環境而無虞。如必謂配偶之愛情甚於父母子女，則徒尙理論之爭，無當於社會之情況者。此乃愚者千慮一得之言，甚願我國立法家舉一隅而反三焉。

關於研究本編之方法，則注重比較。於橫的方面，如英、美、法、德、瑞士、日本、蘇俄等法例，苟有能補救我之缺陷者，或其制較我爲優良者，則盡力徵引，期供國內同好者探討之資，且企爲司法界作補充解釋之備。於縱的方面，羅馬法上之遺規固時加引論，而於我國固有之制度與習尚尤必詳爲論列，蓋一方便讀者得明某種制度變遷之跡，一方期在數典而不忘祖。此又著者之微意也。

對於篇中各部之論究，雖理論與事實兼顧，而其間有詳略不同者，則以環境是否需要爲依歸。其爲人生日常易見之問題，若「婚姻」、「父母子女」、「扶養」等章，則討論不厭其詳。其於目前無大實用者，則僅作一簡單之說明，如「夫婦財產制」是已。此則有望於讀者之原諒也。

着手編著此書，在二十八年之秋。蓋是年得國立清華大學國內研究機會，除調查雲南一部分法律習慣外，有餘暇則整理講稿，迄二十九年夏，方完成此編。因值國家遭空前大難，人民流離，機關播遷，典籍喪失者大半，其

未散逸者，又以交通梗塞，搜集不易，即平時曾經過目之必需參考書，亦告缺如。知此篇之成，遺漏必多，未敢公諸同好。三十年八月應教育部大學用書編輯委員會之聘，約以編著民法親屬，繼承兩編，乃依部定大學用書體例，先將此編酌加修改，以答盛意。只期盡其職責，於抗建大業未必有涓埃之助，思之漸慙矣。

又本書編述之際，承李士侗先生供給德國新婚姻法之材料，又承同學陳蔭常君代編條文索引，並代校用語索引，同學張挹材、張乾泉、鄧明容君代為繪填現行民法親屬圖，特併此誌謝！

中華民國三十一年五月趙鳳喈敘於雲南呈貢縣三台小學並記抗戰四年又十月

例言

一、本書之分篇，除篇首之緒論外，章節悉從民法典之規定，計分七章，惟次序略有變更。蓋「家」原列第六章，位在監護扶養之後，立法者殆一面仿瑞士法例（將家置於親子章內）一面欲避免家族主義色彩之濃厚。其實瑞民法上之家，其家屬不以親屬爲限，學徒傭工亦包括在內，我民法上之「家」，既以親屬共同生活之團體爲原則，自應從歷次民草之例，將家置於婚姻父母子女之上。況依社會學家之推論，亦認「婚姻起源於家族，不能謂家族起源於婚姻」。（註）故本書將家列爲第二章，其編制如下：（一）通則，（二）家，（三）婚姻，（四）父母子女，（五）監護，（六）扶養，（七）親屬會議。

二、本書中所稱「舊制」係指辛亥革命（一九一一年）前之法典及其他典籍中所記載之典章制度而言。稱「以往法制」者亦同。若稱「舊律」則僅指大清律例而言。

（註） "We may thus say that marriage has its origin in the family and not the family (as with us today) its origin in marriage" (M. F. Ninkoff, The Family, New York, 1934, p. 7).

三、本書中所稱唐律、宋律、明律、清律（有時連稱唐宋明清律）係指唐律疏議、宋刑統、明律集解附例、大清律例而言。

四、本書中所稱歷次民律草案（或簡稱歷次民草）係指第一次第二次第三次民律草案而言。至民國十七年國民政府法制局所編定之親屬法草案，則稱法制局親屬法草案或簡稱法制局草案。

五、蘇俄一九二七年一月一日施行之婚姻家族監護法（*Les Lois sur le Mariage, la Famille et la Tutelle*）以其用語太長，在本書中，按其部位之相當，時或稱蘇俄婚姻法，時或稱蘇俄家族法，或蘇俄監護法。

六、德國一九三八年七月六日所頒行之德境與奧省（即前奧國）之統一結婚與離婚法，亦以其用語太長，在本書中簡稱德國新婚姻法。

目次

緒論

(一)親屬編之命名

(二)親屬編之編制及地位

(三)親屬編之內容及特質

(四)親屬編中重大之改革

本論

第一章 通則……………七

第一節 親屬之組織與分類……………七

(一)往昔親屬之組織與分類

目

次

一

第一節 概說	五一
--------	----

(一) 婚姻之概念及性質

(二) 婚姻制度

第二節 婚約	五六
--------	----

(一) 婚約意義及立法例

(二) 中國舊制下之「定婚」

(三) 婚約之成立要件

(四) 婚約之效力

(五) 婚約之解除

(六) 破壞婚約的損害賠償及贈與物之返還

第三節 結婚	六六
--------	----

(一) 婚姻之實質要件

(二) 結婚之儀式(亦稱婚姻之形式要件)

(三) 結婚之制裁

第四節 夫妻關係……………九二

(一) 夫妻在刑事法上之關係

(二) 夫妻在民事法上之關係

(三) 夫妻在訴訟法上之關係

附論 妻之行爲能力與侵權責任

第五節 離婚……………一〇二

第一款 概說……………一〇二

(一) 離婚之用語及意義概說

(二) 關於離婚之沿革及立法例

(三) 中國以往之離婚制度及其概況

(四) 離婚與別居

(五) 離婚之種類

第二款 兩願離婚……………一〇九

(一) 兩願離婚之用語及意義

(一)兩願離婚之要件

(三)兩願離婚之無效及撤銷

第三款 裁判離婚

(一)裁判離婚之意義及原因

(二)離婚請求權的限制

第四款 離婚之效果

(一)關於當事人間之效果

(二)關於子女之監護與教養

(三)關於第三人之地位

附論 妾與童養媳

(甲)妾

(乙)童養媳

第四章 父母子女

第一節 親子關係之發生

目

次

五

一三一
一三二
一三三

一二二

一一一

第一款 婚生子女	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：	一三四
----------	---	-----

(一) 婚生子女之意義

(二) 婚生子女之推定

(三) 婚生子女之否認

第二款 非婚生子女	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：	一四二
-----------	---	-----

(一) 非婚生子女之意義

(二) 非婚生子女之地位

(三) 非婚生子女取得婚生身分

第三款 養子女	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：～	一六〇
---------	---	-----

(一) 收養意義及立法例

(二) 收養原因與目的之演進

(三) 收養之要件

(四) 收養之效力

(五) 收養之無效及撤銷

(六)收養關係之終止

第四款 遺囑指定繼承人	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：	一七八
-------------	---	-----

(一)指定繼承人之性質及立法例

(二)指定繼承人與被繼承人之關係

第五款 嗣子	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：	一七九
--------	---	-----

第二節 親子關係之效力	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：：～	一八〇
-------------	---	-----

(一)父權與親權問題

(二)子女之姓氏與住所

(三)父母對於子女之權義

第五章 監護	：：：：：：：：：：：：：：：：：：：～	一八九
--------	----------------------	-----

第一節 概說	：：：：～	一八九
--------	-------	-----

(一)監護之意義

(二)監護之沿革及立法例

第二節 未成年人之監護	：：：：～	一九〇
-------------	-------	-----

