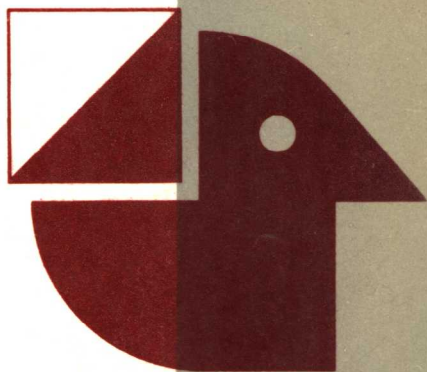


編主總 波玉鄭

④ 輯選文論學法

輯選文論 屬親法民
承繼

編主 雄東戴



行印司公版出書圖南五

50週年紀念
1973-1988
中南圖書公司

④ 輯選文論學法

輯選文論屬親法民
承繼

編主 雄 東 戴

士博學法學大滋茵邁德西
長所所研法兼授教系律法台大

行印司公版出書圖南五

法學論文選輯 ④
民法親屬繼承論文選輯

中華民國73年 7月初版

總主編 鄭 玉 波

主 編 戴 東 雄

發行人 楊 榮 川

發行所 五南圖書出版公司

局 版 臺 業 字 第 0598 號

臺 北 市 銅 山 街 1~1 號

電 話：3916542 號

郵政劃撥：106895 號

基本定價：精裝 8.89 元
平裝 7.78 元

印刷所 茂 榮 印 刷 廠

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

V923

D152

——編主總波玉鄭——

法學論文選輯

書目及各冊主編

本選輯聘請
鄭大法官玉波先生擔任總主編，分別敦聘權威學者，
各就專攻，擔任各冊之主編。書目及主編姓名如左：

- | | |
|-----------------|-------|
| 11. 國際私法論文選輯 | 馬漢寶教授 |
| 10. 刑事訴訟法論文選輯 | 陳樸生教授 |
| 9. 刑法分則論文選輯 | 蔡墩銘教授 |
| 8. 刑法總則論文選輯 | 蔡墩銘教授 |
| 7. 強制執行法破產法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 6. 民事訴訟法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 5. 商法論文選輯 | 林咏榮教授 |
| 4. 民法親屬繼承論文選輯 | 戴東雄教授 |
| 3. 民法物權論文選輯 | 鄭玉波教授 |
| 2. 民法債編論文選輯 | 鄭玉波教授 |
| 1. 民法總則論文選輯 | 鄭玉波教授 |

Yue-boloff

法學論文選輯

總序

民主、法治，國家「現代化」之特徵也。吾國廣土衆民，將來完成統一，堂堂大國，而欲現代化，則舍民主、法治而外，別無捷徑。惟民主須賴法治以為運作，亦即法治為民主之基礎。故吾人今日當務之急，在乎推動法治。法治不僅指國家依法行政及依法審判而言，人民之依法生活尤為切要。蓋人無論個人團體，事無論大小公私，彼此關係之處理，相互問題之解決，苟能悉以法律為其準繩，則正義伸，紛爭息，社會和諧，經濟繁榮，國家焉有不現代化者乎？

其次，法治須以人人有守法精神為前提；而守法精神則建築於法律知識普及之上；法律知識之普及，又以法學之昌明為後盾。法學昌明之途甚多，出版法學書籍，供法學之研究，不失為要道。多年來，吾國出版業已蓬勃發展，出版物之數量，亦日益增多，固屬可喜之現象，然而出版物中，有關法學者，則比率甚少，足徵法學之不受重視，法律知識之未能普及，則法治云者，豈不徒託空言耶？

五南圖書出版有限公司以出版法學書籍為主，近年來已刊行甚多，對於法學界研究參考上頗有貢獻。民國七十二年春，其總經理楊榮川先生擬出版「法學論文選輯」十一冊，囑余

擔任總主編。余雖從事法學有年，但對於編輯一道，經驗不足，原不敢承乏斯任，但念及出版法學刊物，為法學昌明之手段，亦為國家法治之原動力，個人既忝列法學界之末，又為國民之一份子，則又責無旁貸，不得不勉盡棉薄矣。爰商諸法學先進及友好，欣承惠允擔任各冊之主編，共襄斯舉，計：1. 民法總則編，2. 民法債編，3. 民法物權編，由本人擔任。4. 民法親屬編及繼承編，由戴東雄先生擔任。5. 刑法總則，6. 刑法分則，由蔡墩銘先生擔任。7. 商事法，由林咏榮先生擔任。8. 民事訴訟法，由楊建華先生擔任。9. 刑事訴訟法，由陳樸生先生擔任。10. 強制執行法及破產法，由楊建華先生擔任。11. 國際私法，由馬漢寶先生擔任。於是著手研訂「編輯要旨」，開始蒐集論文，迨選稿初定，乃由五南圖書出版有限公司，函徵各論文原作者同意轉載，歷時一年，現已定稿，共選論文五二五篇，除選輯要旨，詳見「凡例」及各冊「編輯說明」，於此不贅外，茲當出版之際，應敘明編輯緣起及經過，并向各冊主編先生及各篇論文原作者，致最大之敬意與謝意。同時因本選輯篇幅有限，總主編個人所見不廣，不無遺珠之憾。至於本選輯設計之未週，校讐之疏漏，均所難免。倘蒙斯學宏達，不吝賜正，則無任企幸！

中華民國七十三年四月二日

鄭玉波

序於台大法學院研究室

法學論文選輯

凡 例

一、本選輯旨在提供司法界、律師界以及從事法學研究者，進一步深入研究參考之用。尤可作爲各大學法律系、所學生研修各法之補充教材。

二、本選輯收錄之論文，始自民國三十八年，以迄民國七十二年止。舉凡發表於國內著名之法學期刊中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學期刊中之法學論著，若其內容翔實、見解精闢，確有參考價值者，亦予輯入，以免遺珠之憾。

三、本選輯係依下列標準，選其重要而有價值之法學論文，加以輯成：

1. 對向來之法學論爭點，提出精闢獨到之見解者。
 2. 發掘法律新問題，加以探討分析而有創見者。
 3. 分析闡述現行法之規定，而內容新穎，鞭辟入裏，深得法律真義者。
 4. 介紹外國立法例或判解、學說，而有助於本國法律問題之解決者。
- 四、本選輯依法律別編輯成冊，共計十一種，每種書名如下：

1. 民法總則論文選輯（上、下）；
2. 民法債編論文選輯（上、中、下）；

3. 民法物權論文選輯（上、下）；
 4. 民法親屬·繼承論文選輯；
 5. 商事法論文選輯（上、下）；
 6. 民事訴訟法論文選輯（上、下）；
 7. 強制執行法·破產法論文選輯；
 8. 刑法總則論文選輯（上、下）；
 9. 刑法分則論文選輯（上、下）；
 10. 刑事訴訟法論文選輯；
 11. 國際私法論文選輯（上、下）。
- 五、本選輯論文之編排，按其探討主題，依各法之編章次第、法條順序，列其先後，不考慮論文發表時間，以利讀者之研究，並便理論系統之建構。
- 六、本選輯所收論文中，其所引用之法令條文，間或已有修正者，爲了保存原文面貌，在編排時一仍其舊，不加更動。

七、本選輯於每篇論文文末，均註明該論文出處，發表之年、月以及期刊之卷、期，俾便讀者查考，並示不敢掠美之意。

八、本選輯所收之論文作者中，有現任司法院大法官，有在各大學法律系、所擔任教席，有從事司法審判工作，亦有從事律師業務者，均爲研究斯學之學者專家，爲使讀者讀其文而得識其人起見，

遂於每篇論文之後附上「作者簡介」，對該文作者之學經歷及現職，略作介紹，藉此可知各學者專家之學術有所專精，或可供讀者進一步研究之參考。

九、本選輯所收論文，除已故及旅居國外者外，均已獲得原作者之同意准予刊載，部分作者甚至就原論文再作潤飾或修訂，在此謹誌謝忱。至於少數作者或用筆名發表，或因地址異動等因素以致無法取得連繫，在此深表歉意。

十、本選輯各冊之後附錄各該法重要論文索引，舉凡登載於法學專業期刊之論文均在網羅之列，編成索引，以供參考。

民法親屬繼承論文選輯

編輯說明

一、我國民法親屬與繼承兩篇係清末民初仿效歐陸法體系及參酌我國傳統思想所編纂而成的。該兩篇自民國二十年公布實施，迄今已幾近五十年。在這五十年中，我國社會之發展，家庭結構之變遷甚大。尤其自政府遷臺以來，由於勵精圖治，臺灣在近三十年來之建設發展，幾近創造了奇蹟。諸如交通發達、工商業進步、人民教育普及、女性就業率之增加，在在說明我國現階段之社會環境，非立法當時所能想像。其影響所及，親屬法與繼承法所規定之內容，常有不能因應社會實際之需要。

有鑑於此，大學法科教授或從事實務之推事及律師，在各期刊雜誌發表專著，討論親屬與繼承法之疑難問題。例如法令月刊、法律評論、軍法專刊、法學叢刊、政大法學評論以及台大法學論叢等。有鑑於此，本書係將歷年來親屬、繼承篇在各專門刊物發表較具代表性之論著，匯集一冊，俾讓有志於身分法之研究者，能瞭解目前各國立法趨勢、學者研究之方向及實務上疑難解決之途徑。

二、有鑑於我國身分法立法時期，仍以農業社會及家族主義為其背景，故其內容係新舊思想相激相盪所折衷之產物。經五十年來社會結構之演變，家庭組織之變遷，一如學者專家在論著所提出，現行身分法之規定有很多不能因應當前社會的需要。有的內容過時而窒礙難行，有的應規定而未規定，

或有的雖有規定，但互相抵觸者。解決此法律疑難，僅賴司法上之解釋或判決，仍嫌不足，却須依賴立法上之改絃更張。政府透視此問題之嚴重性與迫切性，於民國六十三年起在司法行政部（今改稱法務部）主持下，毅然開始進行民法修改工作。迄今雖已歷十年之久，修正工作在極慎重之下仍在進行中。蓋此次修正可謂五十年來第一次民法之修改，其所牽涉問題自然廣而多。其次，這次修正工作由於全面性之修正，無法五篇一次修正公布，却採分篇修正公布。總則篇爲民法各篇之首，對其他四篇內容有相當之影響，故最先修正，並於民國七十二年一月一日正式實施。接着理應修正第二篇債，但立法院認爲目前身分法之親屬與繼承篇，因社會結構之急遽變遷，有迫切先行修正之必要，故法務部應其所求，先行修正。該兩篇之修正工作歷五年之久後，現已完成修正草案，正送請立法院審議中。由於此次修正之幅度甚大，尤其所涉及者不乏基本問題，故各方面莫不寄以重視。

依筆者之見，此次修正內容顯較現行條文合理而進步，惟因修正之結果，必然產生新的問題。有鑑於此，修正內容之得失利弊如何，仍有待於學者專家進一步的探討。

三、筆者一向執教於台大法律系，講授身分法課程，並爲法務部民法研究修正委員會委員，實際參與民法修改工作。有鑑於此，筆者不自量力，願將親屬、繼承所發生之重要疑難提出，以供有志於身分法研究者之參考，期能使我國身分法之體系與內容更臻完善。

I 親屬編

一、通則

在通則上，規定有關親屬之基本概念。其中值得檢討者有三：

(一) 血親之配偶之血親是否列入親屬之概念

我國現行民法第九六九條將血親之配偶之血親摒除於親屬概念之外，而引起學者間之爭論。蓋其不列入親屬概念之理由係親屬概念不宜擴大，致禁婚親之適用困難，尤其血親之配偶之血親在計算親等上將遭遇實際困難。

惟如不將其列入姻親之範圍，則在禁婚親之規定上無法避免父子成連襟，母女成妯娌之違背倫常輩分之婚姻。此次民法親屬篇修正草案對此問題，並未提出修正。

(二) 夫妻是否為親屬

夫妻是否為親屬，依我國民法之規定，甚難將其列入親屬之範圍。惟在法律上或習俗上，夫妻關係頗為密切，因此學者間不乏主張將其列入親屬之範圍。依我國舊律例之規定，妻為夫之宗親，又依第一次民律草案第一三一七條第二款明定夫妻為親屬。

這次親屬篇修正草案未提出修正。依筆者之見，我國民法就親屬概念，雖有定義性的規定，但親屬之範圍，以親等加以列舉的限制，而配偶間是否發生法律上之效果亦在各本條有特別規定，例如民法第一〇〇一條、第一一三八條。因此配偶不必列入親屬範圍，亦能解決問題。

(三) 姻親關係是否因夫死妻再婚或妻死贅夫再婚而消滅

我國現行民法第九七一條之規定係基於我國傳統家族主義之遺物。蓋我國傳統社會姻親是否維繫，端賴住所有無因再婚而變更。變更者姻親關係消滅，否則仍繼續維持。如此規定，不符男女平等原則，蓋夫死妻再婚或妻死贅夫再婚，姻親關係消滅；反之，妻死夫再婚或贅夫死妻再婚，姻親關係不消滅。其次，現行民法上之家制，成年人或未成年而結婚之家屬，是否與家長共同生活乃任意規定，不得強制，故以生活中心有無變更而決定姻親是否消滅，不甚妥當。

有鑑於此，親屬篇修正草案將姻親消滅之原因加以修正，即無論夫死妻再婚或妻死夫再婚，更不論妻死贅夫再婚或贅夫死妻再婚，姻親關係均不消滅。簡言之，配偶一方死亡後，他方之再婚，不影響前婚所成立之姻親關係。

依筆者之見，姻親在於因配偶之共同生活而發生法律上之實益。如因再婚而與新配偶發生新的姻親關係者，原存之舊姻親實無存在之必要，否則有成立多方面姻親之可能。因此再婚宜規定為姻親關係消滅之原因。

二、婚 姻

在婚姻上分為婚約、結婚及婚姻普通效力三方面檢討。

(一) 婚約

在婚約上值得檢討之處有二：

1. 婚約之解除是否發生非財產上之損害賠償 我國現行民法第九七七條婚約之解除，祇准請求財

產上之損害賠償，但不包括非財產上之損害賠償；反之，民法第九七八條之違背婚約，不但得請求財產上之損害賠償，而且尚得請求非財產上之損害賠償。通說認為民法第九七九條未規定婚約解除時之非財產上之損害賠償請求權乃立法上之疏漏。有鑑於此，修正草案從通說之見解，在民法第九七九條規定無論解除婚約或違背婚約，均得請求非財產上之損害賠償。

依筆者之見，民法第九七七條之婚約解除與民法第九七八條之違背婚約，因性質不同，其損害賠償之範圍亦應有差異。婚約解除者，解除權人因他方之過失而不願結婚，故立法者允許權利人不但解除婚約，而且得請求財產上之損害賠償。此表示權利人已行使二種不同之權利。反之，違背婚約者，權利人對於婚姻之履行為其所不願，他仍堅持要履行婚姻；換言之，在違背婚約，權利人行使婚約之解除非其所願。因此，立法者允許權利人請求財產上及非財產上之損害賠償，故他亦行使二種不同之權利，以示二者之公平。

2. 婚約禮物之返還 婚約因解除、無效或撤銷而解消時，當事人一方贈與之禮物，是否得依關於不當得利請求返還。我國現行民法對於婚約互贈禮物，應如何處理，並無規定。依德、瑞立法例及我國司法院二十八年指令第一四六二號均認為禮物宜獨立於過失原則，而依不當得利之規定請求返還。親屬篇修正草案從該立法例，已規定於民法第九七九條之一。

(二) 結婚

在結婚上，值得檢討之處有二：

1. 結婚之形式要件 我國民法第九八二條規定結婚之形式要件：「結婚，應有公開之儀式及二人以

上之證人。」此結婚爲當事人進行主義之儀式婚。儀式婚對於現代人際關係複雜之社會生活，已無法保障利害關係人之權益。蓋何謂「公開」，何謂「儀式」，因公權力未能事先介入，又無法律上之明文規定，故當事人所舉行之結婚有無合於法定之公開與儀式之標準，祇能事後依訴訟認定。惟事後之認定對於子女之婚生性、對於配偶之身分以及對夫妻財產制之利害關係人均已造成無法彌補之損害。有鑑於此，婚姻是否有效成立，宜有確切客觀之標準，尤其力求對第三人之公示性。此所以外國立法例，如德、瑞、日之結婚形式要件，無不採公權力介入之法律婚主義，而具高度之公示性。

親屬篇修正草案對於民法第九八二條並未作重大之修正，仍以公開儀式及二人以上之證人爲結婚之形式要件；但增加第二項規定：「經依戶籍法爲結婚之登記者，推定其已結婚。」

依筆者之見，此修正草案頗爲不當。蓋推定者，可以反證推翻，使該婚姻自始無效，故男女當事人要成立確實有效之婚姻，仍非有公開之儀式及二人以上之證人不可。其次，以推定之方法決定身分關係，尤其夫妻身分尤覺不當。現行民法第一〇六三條雖將婚生子女以推定方法產生，但其推定之立法意旨在於受胎牽涉生理之變化，不易從外觀確悉受胎之時間，故祇好以民法第一〇六二條爲受胎期間之推定。至於夫妻身分關係之成立，完全以有無公開之儀式及二人以上證人爲斷。此純爲外在之事實，而該情形之有無，極易認定。惟認定該事實宜在結婚前爲之，以免結婚後始認定，而造成無法彌補之損害。欲採結婚前之認定，最好採公權力監督之方法。有鑑於此，筆者贊成我國民法上之結婚形式要件，宜採法律婚主義，由戶政機關主持結婚儀式，並登記於結婚登記簿。如此始能使結婚有充分之公示性，而保護所有利害關係人。

2.表兄妹之禁婚 親屬篇修正草案將民法第九八三條之禁婚親有關第二款之但書刪除，即表兄妹一如堂兄妹禁止結婚。此禁止引起大衆廣泛之爭論。

依贊成表兄妹結婚之見解，我國固有社會一向不禁止表兄妹結婚，又表兄妹之結婚在醫學上無確切統計數目表示其後代之缺陷，尤其外國立法例均不禁止表兄妹之結婚，故修正草案不宜禁止表兄妹結婚。

依筆者之見，我國固有法並非不禁止表兄妹結婚，至少明代及清初禁止表兄妹結婚。祇是其處罰較堂兄妹之結婚大爲減輕而已。依明律規定，堂兄妹結婚，處絞刑，並入十惡；反之，表兄妹結婚，祇杖一百而已，清律亦同。表兄妹之禁婚至雍正八年始告解禁，即以條例聽從民便。又現代社會生活優生學之血統關係較倫常名分重視。由於醫學之發達，已確知近親結婚而所生之後代，其缺陷較常人結婚所生之子女爲多。從外國立法例來說，他們雖不禁止表兄妹結婚，但也不禁止堂兄妹結婚；換言之，德、瑞、日立法例，不分父系與母系，而祇以親等來區分親疏遠近，堂兄妹與表兄妹均爲四親等的旁系血親，故以外國民法解釋表兄妹可以結婚而堂兄妹不得結婚，並不妥切。

昔日社會，堂兄妹乃共同生活之一家人，因爲舊律有子女不得別籍異財之條，否則列入十惡之不孝。因此堂兄妹不但受同姓不婚之禁令，而且有同家屬兄妹之情誼，從而其結婚受到流刑或絞刑之禁止。至於表兄妹爲異姓，不抵觸同姓不婚之禁令，又非共同生活之家屬，而無兄妹之情誼，故其結婚不受禁止，如禁止其處罰亦輕。由以上分析，舊社會堂兄妹與表兄妹係截然不同之親屬概念，故一則嚴禁結婚，一則不禁止結婚。惟現代社會生活人際關係複雜，男女異性之交際非昔日關閉自守之宗族社

會所能相比，尤其男女平等之原則下，父系之堂兄妹不得結婚，母系之表兄妹得結婚，似有不當。其次，這次修正親屬篇，不僅禁止表兄妹結婚，而且子女之稱姓，基於人口政策亦加以修正，即父母得任意約定子女之稱姓。準此以解，堂兄妹與表兄妹如何區分，似有困難。其區別之標準係以同居？抑或以同姓？抑或以父系血統？在固有社會，堂兄妹必為同宗、同姓及同居一處；反之，表兄妹僅為外姻，不同姓，更無同居之可能。此所以舊社會可區分堂兄妹與表兄妹為完全不同之親屬，而前者不得結婚，後者得結婚。惟修正草案從男女平等之觀點觀之，堂兄妹與表兄妹之區分不但無必要，而且事實上更有困難。有鑑於此，本人贊成表兄妹宜與堂兄妹同樣看待。簡言之，禁婚親宜以親等規定，不宜分父系與母系。

3. 重婚之效力 我國現行民法第九九九條將重婚規定為可得撤銷，却不為無效，但其撤銷期間並無限制。此規定引起學者二點批評。其一，有撤銷權人如不行使撤銷權，將產生一夫多妻或一妻多夫，甚至多妻多夫之婚姻，其違反公序良俗莫此為甚。其二，身分關係貴在安定，尤其夫妻關係，蓋夫妻為一切親屬關係發生之總源。在撤銷權無期限之前提下，重婚有撤銷權之人，隨時得行使其撤銷權，使夫妻身分消滅，此舉影響利害關係人之權益甚大。

有鑑於此弊，在親屬篇修正草案上第九八八條第二款，將重婚自可得撤銷改為無效，以期貫徹一夫一妻之制。惟此修正必產生新之弊病。蓋婚姻之無效，我國現行民法採自始無效，當然無效及絕對無效，故因重婚所生之子女勢必成為非婚生子女。

依筆者之見，重婚不必為無效，仍宜保留為可得撤銷。但宜仿效我國舊律例強制離異之規定，將