

親屬、繼承法基本問題

陳 棋 炎 著

D923.501

國立臺灣大學法學叢書(四) C 456

# 親屬、繼承法基本問題

陳 棋 炎 著

國立臺灣大學法律學系教授

(教育部民國六十五學年度「法科」學術獎得獎著作)

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

版權所有  
翻印必究

國立臺灣大學法學叢書(四)

## 親屬、繼承法基本問題

著 作 者 陳 棋 炎  
發 行 人  
叢書編輯 國立臺灣大學法律學系法學叢書編輯委員會  
印 刷 者 瑞 明 印 刷 廠  
總 經 銷 三 民 書 局  
臺北市重慶南路一段六十一號  
電 話：3 3 1 5 9 6 9  
經 售 處 國立臺灣大學法學院事務組  
臺北市徐州路二十一號  
定 價 平裝 新臺幣 貳佰五十元  
精裝 新臺幣 叁 佰 元  
一九八〇年一月第一版第三次刷

## 自 序

民法親屬、繼承兩編，學者或謂之爲身分法，而身分法又有純粹親屬的身分法，與身分財產法之分。惟因身分財產法，原來就是財產法規範，而僅以親屬的身分法關係爲其媒介外，其餘則與一般的財產法關係毫無不同。譬如：夫妻財產制、親子間之財產關係、家長家屬間之財產管理，又如扶養、監護人與受監護人間之財產關係，以及繼承等有關問題，無一不是身分財產法上問題。故有關財產法之基本的法律規範與範疇（包括其爲實體法之民法總則及有關法理），不唯在一般財產法上有其適用，而且於身分財產法，亦應受其規律。反之，於純粹親屬的身分法關係則不然。譬如：親子關係（包括收養關係）、夫妻關係以及家長家屬關係等，均爲人倫秩序上關係，乃是法律以前之存在。惟因外來必要，雖漸被法律秩序化，而終被編入於民法典之中，但仍帶有人倫秩序色彩甚爲濃厚，即須以人倫秩序上事實存在爲其前提，且又不應違反人倫性，純粹親屬的身分法關係始能成立，至於法律或身分人之效果意思，則僅具有就該已存在關係加以確認之意義而已，而絕無創設或形成該關係之功能。純粹親屬的身分法關係，既與財產法關係（包括身分財產法關係）不同其本質，則於解釋或適用有關親屬的身分法關係之法律時，切勿站在財產法關係立場與看法，反而非由純粹親屬的身分法關係固有本質，而作獨特處理不可。至於身分財產法雖與一般財產法，其性質相同，但既以親屬的身分法關係爲媒介始能成立，則難免受到該關係之影響，故於解釋或適用身分財產法時，理應注意：親屬的身分法關係對之所應有之或多或少之影響（譬如：父母對其未成年子女特有財產之管理、使用、收益以及處分權），始謂正當，不過財產法上基本原則（譬如：交易安全之保護），固不應隨而有被忽略。

本人對親屬、繼承兩編，向來一直甚感興趣，乃是受到 恩師司法院戴副院長炎輝先生學問上影響殊深之結果，故自本人任教於臺灣大學以來，一直從事於這一領域之法律教學與著作，二十七年來，倘

## 2 親屬、繼承法基本問題

若有點成就，乃全係出於 吾師之恩賜，本人沒齒難忘。這一次，本人從民國三十八年以來所寫有關親屬、繼承論文中，選出二十一篇刊載於此，訂為一冊，名曰「親屬、繼承法基本問題」，一則以此書答謝 師恩深似海於萬一；二則全盤的、系統的整理本人舊稿，以謀求前後稿上見解之統一，作為本人研究上之一里程碑，並期能作為民法親屬、繼承兩編修改時之參考。

本書分為三編：即一為「有關親屬法部分」，二為「有關繼承法部分」，以及三為「有關程序法部分及其他」，而就整個身分法體系上重要基本問題，作一系統的論述。惟在本書上所載文章，雖經刊載於「法學叢刊」、「法律評論」、「社會科學論叢」、「薩孟武先生七十華誕政法論文集」、「輔仁學誌」、「臺大法學論叢」等學術性法學雜誌之上，但因這些二十一篇論文，或有在一、二十年前就已問世者，又有在晚近始為著論者，故見解難免稍有出入。於是，本人乃費時將近半年，悉心加以整理與修改，始編成本書，隨即本書各篇內容，與先前在上開各法學雜誌上所刊載原文內容，難免有所差異，希請寬恕諒解。惟事雖如此，但本人對親屬、繼承法之學問上基本立場與看法，即以純粹親屬的身分法關係，為法律以前之關係，而是人倫秩序上之存在，以此作為出發點，所作身分法基本理論，則自始至終貫徹全書，未曾因局部修改而動搖其根基，是可告慰於本人學問上良心，又可向讀者諸賢有所交代者，敬希諒察。

因本書較預期篇幅增加不少，致使排印在體裁上不甚雅觀，故若因此而增添讀者視力上及精神上負擔，則本人罪過罪過！

本書校對工作，煩請臺灣大學法律學研究所碩士班研究生許樹林、林菊芳、莊淑娟、林世華、陳時提、戴偉華諸君效勞，又託新近榮獲日本國立大阪大學法學博士學位而回國服務之黃宗樂君作最後一次校對，則理應誌此銘謝。參加校對工作諸君，均係正在參加或曾參加本人在該研究所所開「身分法專題研究」一課，而對身分法具有特殊興趣者，本人願與諸君共勉，而為身分法學之研究開拓一新境界。

民國六十五年一月一日

著者誌於臺北市舟山路臺大新宿舍。

# 親屬、繼承法基本問題

## 總 目 次

|       |                             |       |
|-------|-----------------------------|-------|
| 第一編   | 有關親屬法部分                     | 1 頁   |
| 第 一   | 親屬、繼承法與民法總則間之礙難問題           | 1 頁   |
| 第 二   | 親屬、繼承法與財產法互相比較時，應先解決之若干法律問題 | 17 頁  |
| 第 三   | 民法總則與身分法互相比較時，應先解決之若干法律問題   | 41 頁  |
| 第 四   | 什麼範疇才能算是財產法體系上之基礎範疇         | 55 頁  |
| 第 五   | 關於親屬的身分人及親屬的身分之研究           | 79 頁  |
| 第 六   | 關於親屬的身分行爲之研究                | 115 頁 |
| 第 七   | 近代法上婚姻之法律性質                 | 153 頁 |
| 第 八   | 待婚期間之商榷                     | 175 頁 |
| 第 九   | 關於婚生推定之比較法的研究               | 191 頁 |
| 第 十   | 非婚生子女法律地位之比較研究              | 211 頁 |
| 第 十 一 | 論吾國民法非婚生子女認領之法律上性質          | 241 頁 |
| 第 十 二 | 認領權及認領請求權能否拋棄？              | 273 頁 |
| 第二編   | 有關繼承法部分                     | 299 頁 |
| 第 十 三 | 論吾國民法上之繼承回復請求權              | 299 頁 |
| 第 十 四 | 共同繼承法理之法源的研究                | 337 頁 |
| 第 十 五 | 共同繼承法理之比較法的研究               | 357 頁 |
| 第 十 六 | 關於吾國民法共同繼承法理之研究             | 389 頁 |

2. 親屬、繼承法基本問題

|      |                              |      |
|------|------------------------------|------|
| 第十七  | 繼承拋棄法理之研究                    | 419頁 |
| 第十八  | 關於吾國民法所規定的特留分之研究             | 433頁 |
| 第三編  | 有關程序法部分及其他                   | 497頁 |
| 第十九  | 論民事訴訟程序上有關親屬的身分關係訴訟之<br>訴之性質 | 497頁 |
| 第二十  | 在吾國成立家事法庭之私見                 | 549頁 |
| 第二十一 | 關於修改民法親屬、繼承兩編之管見             | 581頁 |

# 第一編 有關親屬法部分

## 第一 親屬、繼承法與民法總則間

### 之礙難問題

#### 目 次

##### 一、礙難發生原因

###### (一)序 言

###### (二)礙難發生原因

(1)民法編別上之礙難發生原因

(2)民法條文上之礙難發生原因

(3)民法解釋上之礙難發生原因

##### 二、礙難之所以為礙難

###### (一)身分財產法關係與民法總則

(1)親屬編上之身分財產法關係

(2)繼承編上之身分財產法關係

(3)身分財產法關係與民法總則

(二)純粹身分法上之特別規定與民法總則

(1)純粹身分法上之無效與撤銷之特殊性

(2)純粹身分法上之能力與同意

(三)身分法關係之特殊性格

(1)「人」與「身分人」

(2)「物」與「身分」

(3)「法律行為」與「身分行為」

(4)身分法之基本課題

##### 三、解決礙難之方案

(一)身分法基本課題之研究

(二)身分財產法之研究

(三)純粹身分法與身分財產法間關係之研究

#### 一、礙難發生原因

##### (一)序 言

民法第一編「總則」，有無適用於第四、第五兩編之「親屬」與「繼承」？換言之，衆皆目之為財產法總則規定之民法總則，對其規



## 2 親屬、繼承法基本問題

範對象為親屬的身分共同生活關係之親屬法和繼承法，究竟有無其適用？如果有其適用，則其適用範圍如何？此等問題，大大苦惱了民法學者，尤其對研究親屬、繼承法者，堪可稱為迎面就壓得透不過氣來的學問上重大壓力。筆者在臺大法律學系擔任親屬、繼承法教席，時間雖不及十載（民國四十八年當時），但是上述學問上壓力，與年俱增，愈覺困擾，如不再予以掙扎，則有無法解脫之感。然因筆者才疏學淺，故對此等問題，尚不能為全面的解決，反而在此論文，僅舉「礙難發生原因」，進而分析「礙難之所以為礙難」，最後提出「解決礙難之方案」，留作自己日後作進一步研究時之備忘錄，希請寬諒。筆者作成此文，所負於日本東北大學教授中川善之助先生所著「身分法の總則的課題」及九州大學教授山中康雄先生所著「市民社會と親族身分法」者頗多，謹誌銘謝。

為了進行檢討之方便起見，對檢討此問題之方法，應先作一個決定。詳言之，如能對此問題，獲得否定的答案（至少，部分否定亦可），即不能全面的肯定：「民法總則編之規定，理應適用於親屬、繼承兩編」時，上述困擾問題，也就可以迎刃而解。至於部分否定，應限於甚麼程度，乃是另外一個問題罷了。然應將民法總則適用於親屬、繼承兩編這一肯定的說法，也不是無法存在的，它也有它存在之牢固根據，而且這也就是親屬、繼承法與民法總則間礙難問題所以發生之最大原因。

### (一) 礙難發生原因

(1) 民法編別上之礙難發生原因：民法總則是民法典之總則，而且因位居於民法典之第一編，故民法第二編以下之各編，儼如總則編之分則而分別存在。於是，從形式理論看，民法總則應為親屬編及繼承編之「總則」，而後二者則僅擁有「分則」之地位而已。

不但在吾國現行民法編別上如此，縱從民法典編別之立法沿革看，也可為同一之解釋。在民法編別上，素有所謂羅馬式編別法（Institutionensystem）與德意志編別法（Pandektensystem）之分。羅

馬式編別法者，係按照羅馬法學者葛由斯（Gaius）所著之「法學提要」（Institutiones）及優帝（Iustinianus, 527—565）時所編製之「法律學提要」（Institutiones, Elementa）所作之編別法，乃將民法典分爲「關於人之法律」（Personae）、「關於物之法律」（Res）以及「關於訴權之法律」（Actiones）之三種。羅馬式編別法傳入於德國以後，德國學者<sup>1</sup>，特對優帝法典中之「學說彙纂」（Digesta, Pandectae）發生興趣，而從法學論理的立場，整理此法典中之法律名詞、概念以及原則，爾後另行創設所謂德意志編別法，而與羅馬式編別法分庭抗禮，乃將民法典分爲總則、物權、債權、親屬以及繼承等五編<sup>2</sup>。德意志編別法與羅馬式編別法所不同者：①實體法與訴訟法完全分開；②雖同爲有關「物」之法律，但債權逐漸取得法律上之重要地位，而終由物權編分開獨立，自成爲一編「債權編」；③另又創設總則編。德意志編別法創設總則編之一舉，意義甚爲重大，當時德國法律學者皆認爲：對各種法律關係共同事項，另有謀設一般的共同規定之必要<sup>3</sup>。故乃另闢一編民法總則編，爲民法典各編之總則。吾國民法既做德意志編別法，而將民法典分爲第一編總則、第二編債、第三編物權、第四編親屬、第五編繼承等五編，故第一編總則，固爲第二、第三兩編之一般的共同規定，同時也應解釋爲第四、第五兩編之總則的規定。於是，對上述肯定說法，我們也就不能一概加以否認。

(2)民法條文上之礙難發生原因：在民法明文上，親屬、繼承兩編所規定之法律範疇及法律概念，與民法總則編所規定者，殆無二

1 學者以爲：德國學者 Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 1789; Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts, 1807 爲德意志編別法之始祖。請參照原田慶吉著「日本民法總則編の史的素描」（法學協會雜誌，五七卷，五九三頁以下）。

2 薩克遜（Sachsen）民法（一八五二年草案，一八六三年施行），最先採用德意志編別法，白蘭恩（Bayern）民法草案（一八六一年）做之，唯將債權編與物權編之順序，加以遷換。德國民法採用白蘭恩式，吾國民法做之；日本民法採取薩克遜式。請參照李宜琛著「民法總則」十四頁。

3 Dernburg, Bürgerliches Recht des Deutschen Reich, Bd. 1 § 7. 1.

致。於是，主肯定說者，也就依據此點證明：民法總則同時也應該是親屬、繼承兩編之總則的規定。舉例言之：民法總則關於「人」與「人」間之關係，除設有「無行為能力人」、「限制行為能力人」、「禁治產人」以及「法定代理人」等法律上之概念外，又爲了展開此等概念，同時設有「允許」<sup>4</sup>、「承認」<sup>5</sup>及「撤回」等概念，與之配合。親屬、繼承兩編與總則編，殆無二至，亦設有「無行為能力」（民一一八六Ⅰ）、「限制行為能力」（一一八六Ⅱ）、「成年」（民一一〇七一、一一二七、一一二八）、「未成年」<sup>6</sup>、「未成年人」<sup>7</sup>、「禁治產人」<sup>8</sup>、「法定代理人」<sup>9</sup>、「同意」<sup>10</sup>、「撤銷」<sup>11</sup>、「承認」（民一一〇七Ⅱ、一一〇九）、「宥恕」（民一〇五三、一一四五Ⅱ）等概念，以便於規律其有親屬的身分之「人」相互間之關係。除此而外，民法總則在其第四章「法律行為」一章中，設有「無效」、「撤銷」、「代理」、「條件」等概念；親屬、繼承兩編，也對「身分行爲」置設「無效」（民九八八）、「撤銷」、「代理」<sup>12</sup>、「條

4 允許，係法定代理人於限制行為能力人未行為前或行為時，表示同意其行為之補助行為。請參照洪遜欣著「中國民法總則」二七五頁。

5 承認，係對限制行為能力人之法律行為，於其行為後，表示同意之補助行為。請參照上揭洪著「中國民法總則」二七六頁。

6 民法第一〇六〇、一〇八四、一〇八六、一〇八七、一〇八九、一〇九一、一〇九二、一〇九四、一〇九七、一一二七、一一二八等條。

7 民法第九七四、九八一、一〇〇六、一〇四九、一〇九一、一〇九四、一〇九六、一一〇五、一一一三、一一三三、一一九八Ⅰ、一二一〇等條。

8 民法第一〇〇六、一一一〇、一一一一、一一一二、一一一三、一一一三三、一一九八Ⅰ2、一二一〇等條。

9 民法第九七四、九八一、九八九、九九〇、一〇〇六、一〇四九、一〇六七、一〇八六、一〇九八、一一八六Ⅱ等條。

10 民法第九七四、九八一、九八四、一〇〇六、一〇四九、一〇五三、一〇八〇Ⅰ、一一一二Ⅱ、一一七一、一一七九Ⅱ等條。

11 民法第九八九條至第九九九條、第一〇七〇、一一四五Ⅰ3、第一二一九條至第一二二二等條。

12 民法第一〇〇三Ⅰ、一一二四、一一六六Ⅱ、一一八四、一二一五Ⅱ等條。

件」(民一二〇〇)等概念，與之呼應。而且民法總則上之「住所」「期間」、「時效」等概念，在親屬、繼承兩編上，亦係時所恒見者

13。

(3)民法解釋上之礙難發生原因：不但民法典本身，將民法總則編上之概念及範疇，援用於親屬、繼承兩編，尚且學者於解釋親屬、繼承兩編時，亦持同一之態度。譬如：所謂「身分行為」與總則編之法律行為，在學者解釋上，其性質殆無區別；又關於認領、監護人或繼承人之指定、繼承之承認或拋棄、以及關於各種身分行為之同意等，亦無不依總則編「意思表示」之規定而為解釋。至於婚姻與收養，通說都以之為因雙方當事人合意而成立之契約<sup>14</sup>，即與一般財產法上之契約概念，殊無區別。

由此觀之，在親屬、繼承兩編裡面，的確含有與財產法（包括民法總則）共同的範疇與概念。姑且不問此共同部分是否涉及於親屬與繼承兩編之所有部分或僅及其一部分；如僅及其一部分，那麼，是否尚有身分法特殊的範疇與概念？如有身分法之特殊部分時，該特殊部分與共同部分，於規律身分法秩序時，那一個部分為重要？類此問題，皆暫不予檢討。不過無論如何，大家都無法否認：親屬、繼承兩編與民法總則之間，的確存有共同範疇和概念。因此，以總則編應為親屬、繼承兩編之總則的規定這一看法，似無不妥，甚且具有相當的根據。於是，在此論文上所謂「親屬、繼承法與民法總則間之礙難問題」，也就因此而發生了。

## 二、礙難之所以為礙難

從民法編別上，及從條文規定上，又從學說解釋上看，民法總則

13 住所：民法第一〇〇二、一〇六〇等條，期間：民法第一〇六二、一〇六三Ⅱ、一〇六七ⅠⅠ、一〇六八、一一五六Ⅱ、一一五七ⅠⅡ、一一五八、一一五九、一一六二、一一七九Ⅰ3、一一八二等條；時效：民法第一一四六條。

14 婚姻是否契約，請參照下揭第七文拙著「近代法上婚姻之法律性質」一五六頁以下。

編應該也是親屬、繼承兩編之總則的規定，已如上述。惟如從親屬的身分共同生活關係之實質，即從其內容，加以觀察時，上述肯定的結論，仍有很多值得檢討的地方。茲指摘其「礙難之所以為礙難」者如次：

#### (一)身分財產法關係與民法總則

民法總則是財產法上之總則，故其應為債編（第二編）及物權編（第三編）之總則的規定，殆無容疑餘地。惟在親屬、繼承兩編裡面，其所規定者，不僅有關於「純粹親屬的身分共同生活關係」之部分，尚且又有與該共同生活關係，有密切關聯之所謂「身分財產法關係」之部分<sup>15</sup>存在。因此，關於民法總則編是否為親屬、繼承兩編之一般的基本法這一問題，亦理應從此觀點，即應按照如上述將身分法關係分為兩個部分之辦法，分別加以檢討，才算正當。筆者將依照此方法，進行檢討。

(1)親屬編上之身分財產法關係：親屬編雖是直接規定「人」之親屬的身分共同生活關係之法律規範，但其中仍有不少規定，難於肯定是關於「純粹親屬的身分共同生活關係」之規定。譬如：監護人，縱為民法第一〇九四條第一款至第五款和民法第一一一一條第一款至第四款之法定監護人，也不過是財產法上之一個資格，而以一定的夥

15 因時月推移，個人就自己人格漸有自覺；且又因經濟生活單位漸形個別化，於是，兩者互為因果，竟導致社會上之各種結合關係，逐漸變為目的的结合關係。實言之，身分法之主宰範圍縮小，而終由財產法取而代之。譬如：現代法上之親子關係，則必有親子財產法；婚姻關係，亦應有夫妻財產制為其基礎；至於繼承、親權、監護等法律關係，與其謂為身分法，寧可謂為財產法上規範，不過間接的以身分法關係為其前提而已。Sohm 以有關此等法律關係之法規，為「身分財產法」（Das Familienguterecht），而與「純粹身分法」（Das reine Familienrecht）相區別。甚且有人（譬如：Endemann）主張：羅馬末期之身分法，在其本質上，業已變為純粹財產法矣。請參照拙著「民法親屬」十四頁；Sohm, Institutionen, 12 Aufl., S. 442；Endemann, Familienrecht, S. 17。

屬身分爲其媒介者已耳<sup>16</sup>。至於指定監護人（民一〇九三、一一一一—I 5）或選定監護人（民一〇九四 5、一一一一-II），則未必有一定親屬的身分之人始能擔任。次如關於親權之規定，其本身雖爲關於純粹親屬的身分關係之規定，但爲其內容之財產管理權或法定代理權等規定，則與其說爲身分法規定，寧可說爲財產法規定，故在此部分，民法總則及其他財產法理論，自應有其適用。又如親屬編中關於扶養的規定，雖以親屬的身分共同生活關係之親疏，爲決定扶養權利義務發生順序之標準，但當事人將要實現扶養關係之實質時，則非依據財產法原理加以辦理不可。此外，譬如：夫妻財產制（民一〇〇四至一〇四八）；親屬會議得監督監護人之權限等（會同開具財產清冊：民一〇九九；允許監護人處分受監護人不動產：民一一〇一；聽取財產報告：民一一〇三；酌定監護人之報酬：民一一〇四；承認財產之清算：民一一〇七II；其他：民一一一三），則非爲財產法上規定莫屬，固應適用民法總則之規定。

(2)繼承編上之身分財產法關係：至於繼承編上之規定，大多數都是屬於身分財產法關係之法律規範。關於「繼承」之概念，筆者以爲：因親屬的身分共同生活體內之一構成員死亡，爲了避免其他構成員之生活陷於絕境，而使與此共同生活體有關係，且有一定親屬的身分之特定生存人，承繼該死亡人遺產之制度<sup>17</sup>。換言之，繼承制度可以說是一種死後扶養。故親屬的身分關係，僅爲決定繼承順序時之一基準而已，而與親屬編中所規定之（生前）扶養，殆無不同。至於遺囑，也不過是意思表示之特殊形態已耳。

(3)身分財產法關係與民法總則：親屬、繼承兩編規定中，除有關於親子、夫妻、家長家屬等共同生活關係即純粹身分法關係之規範

16 在現代監護制度下，監護人與受監護人間，因無經濟上之共同生活關係，而且彼此間既無親子之感情，又無家屬關係之利害（法定監護人除外），故監護人僅有受監護人之保護人身分而已。關於監護制度之演變，請參照拙著「民法親屬」二七七頁以下。

17 請參照拙著「民法繼承」六頁以下。又請參照中川善之助責任編集「註釋相續法」上（註釋民法全書3）六頁以下。

部分外，又有屬於財產法關係之身分財產法規範部分。然鑒於民法總則編爲債編及物權編之一般的基本法；而且身分財產法亦有財產法關係之性格，故將民法總則視爲身分財產法關係之一般的基本法，則無不可。但形式論理上，再進一步，若要肯定民法總則編，可爲純粹親屬的身分共同生活關係之總則的規定，則堪可疑。換言之，在親屬、繼承兩編中，雖有與民法總則編共同之概念與範疇，但此共同概念與範疇，是僅限於身分財產法關係部分，始有其適用，蓋因民法總則爲財產法之一般的通則之故，至於民法總則一定應適用於純粹親屬的身分共同生活關係，在理論上則未必然，縱站在形式論理的立場看，亦不能作肯定之解釋。於是，學者或有主張：民法總則僅具有債編與物權編總則之實質，惟此主張亦嫌過於偏袒，蓋因親屬、繼承兩編裡面，也有與民法總則共同的概念與範疇，而且該共同部分又相當之多，即因親屬的身分共同生活體內之財產法關係部分，占據很大的範圍而使其然故也。總而言之，以民法總則爲親屬、繼承兩編之總則的規定，而爲全面的肯定之看法，則有未妥。

### (二)純粹身分法上之特別規定與民法總則

親屬、繼承兩編中，關於純粹親屬的身分共同生活關係（純粹身分法關係）之各種法律規範裡面，有的業已排除了總則編有關規定之適用，而另外定立了內在於親屬的身分共同生活關係之固有原理。茲敘述其內容如次：

(1)純粹身分法上之無效與撤銷之特殊性：民法關於婚姻無效及撤銷，另設有第九八八條與第九八九條至第九九七條之規定。詳言之，婚姻非依民法第九八八條之規定，不爲無效；非依民法第九八九至第九九七條之規定，則不能撤銷，其排除民法總則有關無效與撤銷之規定，甚爲明顯。因此，或可解釋：民法第九八八條與第九八九條至第九九七條，爲民法總則有關意思表示無效與撤銷規定之例外規定，故民法總則自不適用於婚姻無效與撤銷<sup>18</sup>。惟如從親屬的身分共同生活

18 請參照日本大審院民事判決，大正十一年二月二十五日。

關係之實質觀察時，上述見解，則頗值得檢討。詳言之，婚姻為親屬的身分共同生活關係，其實質自與財產法上生活關係之實質，有所不同，故其不應適用民法總則之規定，非無其理由。要之，婚姻無效與撤銷不適用民法總則之有關規定，與其說為因親屬編另有特別的明文，寧應說為因婚姻關係有純粹身分法之特殊性格使其然也。

民法總則關於法律行為之各種規定，皆對交易安全之保護，甚為注重。其有如此性格之總則編規定，雖可全面地適用於身分財產法上之各種關係，但對具有純粹「身分」意義之「婚姻」、「協議離婚」、「收養」以及「收養之協議終止」等純粹身分法關係，則注重「交易安全保護」之意旨，是否仍應予以維持？頗有疑問，譬如：依據民法總則編之規定，而作次述例示時，其不符合於大家的法律常識，顯而易見。①婚姻當事人之一方「無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示不因之無效」（請參照民八六本文），「但其情形為他方當事人所明知者不在此限」（請參照民八六但書）；②收養當事人「與相對人通謀而為虛偽」收養「意思表示者，其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人」（請參照民八七一）。

(2)純粹身分法上之能力與同意：民法總則規定：禁治產人無法單獨為任何一種法律行為；限制行為能力人為法律行為時，則應得法定代理人之允許。反之，在親屬編，雖無明文規定：禁治產人得單獨為身分行為，然判例與學說皆主張：禁治產人已回復常態者，自得有效結婚，更無須法定代理人同意<sup>19</sup>。蓋因婚姻關係，為自然的「本質

19 十一年度上字第一二七七號判例：（禁治產人）關於婚姻之法律行為，不必得監護人同意，亦為有效。

戴炎輝著「中國親屬法」六七頁；曹傑著「中國民法親屬論」一二八頁；羅鼎著「親屬法綱要」九〇頁；拙著「民法親屬」八三頁。

日本民法第七三八條以明文規定之；判例、學說皆維持此說：日本大審院民事判決，大正十五年六月十七日；中川著「身分法の總則的課題」一〇三頁以下、一六二頁以下；山中康雄著「市民社會と親族身分法」十七、十八頁。

德國民法第一三〇四條第一項規定：「行為能力被限制人，將要結婚時，應得法定代理人之同意」；瑞士民法第九九條第一項規定：「禁治產人應得監護人之同意，始得結婚」。為要保護禁治產人婚姻關係（本質的社會結合關係：請參照拙著「民法親屬」二頁以下）之圓滿，在立法政策上，似以德國、瑞士民法之立法為上策。請參照拙著「民法親屬」八三頁，又請參照本文有關「同意」之敘述。



的社會結合關係」(Gemeinschaft)，故結婚能力既不能由他人能力加以補充，又不應許他人予以代理，其與財產法關係，為打算的「目的的社會結合關係」(Gesellschaft)，既可補充能力，又可代理者，大不相同。禁治產人回復常態時，能否協議離婚或裁判離婚，學說皆主肯定說<sup>20</sup>；至於禁治產人回復常態者，亦應解釋：得單獨為收養人或被收養人，或得協議終止或裁判終止收養關係，自不待言<sup>21</sup>。禁治產人之身分行為，在學者解釋上雖然如此，但民法親屬編，對未成年人之身分行為，乃另設有須得法定代理人同意之明文規定。譬如：未成年人訂定婚約時(民九七四)；結婚時(民九八一)；兩願離婚時(民一〇四九)是<sup>22</sup>。此種同意規定，在成文上，與民法總則編之同意規定，別無二致，但其立法意旨，則兩者迥異。總則編之同意規定，具有「能力補充」之意義，而親屬編之同意規定，係為「本質的社會結合關係」之圓滿而存在，即係基於身分行為之特殊性格而所以然也<sup>23</sup>。

### (三)身分法關係之特殊性格

上述親屬編上之各種規定，係排除民法總則之規定，而僅於身分法關係始有其適用，但切不可因有此等親屬編上之特殊規定，而解釋：民法總則為基本法，親屬、繼承法為特別法，故特別法中既設有

- 20 請參照戴著「中國親屬法」一五二頁、一七九頁；曹著「中國民法親屬論」二七五頁；吳著「中國親屬法原理」一三九頁；拙著「民法親屬」一五一頁、一六六頁。又請參照日本民法第七六四條。關於裁判離婚，夫或妻為禁治產人時，吾國民事訴訟法(五七一)規定：應由其監護人代為訴訟行為，如監護人，即係其配偶時，應由親屬會議所指定之人，代為訴訟行為，不問是否回復常態。
- 21 請參照拙著「民法親屬」二二一頁、二四一頁、二四八頁。關於判決終止收養，收養當事人為禁治產人時，民事訴訟法第五七一規定仍有其適用(民訴五八八)。
- 22 未成年人被收養時，若已具有意思能力者，應解釋為須任其自己決定，但須得其本生父母或監護人之同意。民法雖無明文，但在解釋上，似應如此。請參照拙著「民法親屬」二二一頁。
- 23 請參照中川著「身分行為に於ける能力と同意」(「身分法の總則的課題」第六)；山中著上掲「市民社會と親族身分法」十八頁。