

中國民法親屬編論

中國民法親屬編論

曹 傑 著

緒論

第一章 親屬法之研究法

吾民法——即現行民法——親屬編，於民國十九年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行，在吾國文化史上，乃一重要事實也。於一方，此事實既足呈吾國文化發達之證據；而於他一方，欲運用此新民法於適當以全現代文化之意義，又爲吾人所負重大之責任。愚以新民法此編之研究甚感興趣，同時又極重要，試對此新民法之精神——又可稱其爲文化的意義——一爲考察。

新民法親屬編之研究，可從兩方面論之：其第一點，即明其種種規定之內容及與其他諸

法令之關係，所謂定義及區別論，屬於解釋論之範圍者。其第二點，則爲法理論，考察新民法何故應有如斯規定？應如何而運用之？換言之，從時代之趨勢乃至要求觀察以求理解新民法之精神。

此兩種研究法實互相關聯者也。若單論新民法之精神，而不說明其實際上之適用，自非所許；同時若不從新民法之精神出發而論其運用，則法律之解釋，字句之訓詁，畢竟有歸於形式論理之兒戲，此二種方法，不容偏廢，爲研究新民法所不可忽者也。

抑又言之，關於新民法親屬編之基本理論，所謂理論之爭者，即舊理論與新理論之爭是也。而自舊理論入於新理論之進化階段，依於新民法始得認爲明瞭，愚嘗考之矣。從進化之過程言，舊理論雖沒却，尙不能以全然新理論代之，於此意義，新民法猶認舊理論有存在餘地者，愚亦深信不疑。雖然，於一方，既不得不顧全舊理論之過去文化的意義，同時，在他一方，於新理論將來所可占的地位，則應爲適當之了解。立法者畢竟妥協，而其妥協之裏面，實有進化之大潮流在焉。（此固就進化之趨勢而言，若於科學，斯不許妥協。）愚對於新民

法之研究，實探此種態度。

所以探此態度者，並非謂舊理論有可取，新理論亦有可取，於其間擇其長者而屏其短者。雖吾新民法內容多少含有類此意味，然此爲立法者本於其實際上之理由，若從理論上觀察，於兩者之間，擇其長者屏其短者，實爲不可能之事。唯實際上新理論者之論理的推度，往往逾其常軌，吾人依於舊理論多多暗示而有節制之事實，則不容諱言。又妥協云者，即舊法全然基於舊理論，新法有輸入新理論之意味，單依妥協爲一平面事實，則新理論有可重之理由，舊理論有不可排除之基礎，然就妥協與未妥協以前，爲立體的比照觀察，吾人實認爲一重大進化之事實^九猶無疑也。徵表此進化之事實而批評其文化的價值，爲吾人當前之責任。

第二章 親屬法之命名

歷次民法草案均定名親屬編，現行民法第四編因之，其所以不採日本民法『親族編』之命名者，蓋以吾國舊律所用親屬二字，則包括族親姻親全體而言，至云親族，則專指同宗之親

而言。如清律戶役立嫡子違法門條例有曰：『於昭穆相當之親族內。』夫同宗而後有昭穆，異姓則否，是例文親族爲專指同宗族親之用語可知。又如親屬相爲容隱律，實包括大功以上親，及外祖父母，外孫，妻之父母，女婿，與小功以下及無服親而言。親屬相盜律，各居親屬，不分同姓異姓，自期親大功小功總麻，以至無服之親皆是。由此觀之。律例中之親屬，實包括異姓親在內，至言親族，不過爲親屬之一種，前者範圍廣，後者範圍狹。本法稱爲親屬，蓋亦沿用律例此種區別觀念而來也。

雖然，清律源始，由於唐律，夷考唐律，曾無親屬二字，如親屬相爲容隱律，在唐律僅曰：『諸同居若大功以上親，及外祖父母，外孫，若孫之婦，夫之兄弟及兄弟妻，有罪相爲隱云云。』又如親屬相盜律，在唐律僅曰：『諸盜總麻小功親財物者，減凡人一等，大功減二等，期親減三等云云。』足見親屬二字，用於律例，並非古義。卽在日本民法所用親族二字，亦由吾國經典，詮釋而出，非其臆造。廣韻曰：『親者愛也，近也。』孟子曰：『親親而仁民。仁民而愛物。』皆訓親而爲愛，由愛之轉注，凡父母姻婭之間，皆得以親稱之。白

虎通曰：『族者湊也，聚也，生相親愛，死相哀痛，有會聚之道，故謂之族』傳曰：『族類也。故凡相聚而爲類者，皆曰族』，其尤著者，則爲尚書堯典以親九族之文，白虎通釋之曰：『九之爲言究也，親疏恩愛究竟也。九族者，父族四，母族三，妻族二也。』曰母族妻族，均係異姓，亦在親族之列，足見親族專指同姓，已非古義，是親屬法名稱殊無與親族法嚴立界別之必要，不待煩論矣。

尤有進者，表現立法精神，本不在法典編名，而在其規定內容，則雖名爲親屬，或名爲親族，均無不可。民法親屬編所規定之事項，如監護及家制，以嚴格意義論，並不限於親屬法範圍，欲求名稱與內容相適應，如蘇俄以『關於婚姻親子及監護之法』命名，亦不失爲別開生面者也。

第二章 親屬法之性質

親屬共同生活之規範，爲社會共同生活之一部，社會共同生活之原則的法規，乃民法也

，故親屬生活規範之法規，爲民法之一部；惟親屬法所規定之權利義務，皆本於夫婦親子之特別身分，與通常之人格權財產權異致，故曰：親屬法者規定親屬之身分關係及本於此關係之權利義務之法也。茲依此論據，闡明親屬法之性質如左：

(一)親屬法者根本法也。從來學者多分法律爲公法與私法，親族法之內容，既爲規定由私人身分所生之權利義務，列爲民法之一部，故爲私法，此一般學說所主張也。按公法私法之區別，自羅馬法以來，聚訟紛紜，迄無定說，舉其重要者有三：卽目的說，關係說，主體說是也，然此三者均不能爲親屬法特質之說明，卽以第三說(卽主體說)而論，謂規定國家與國家及國家與私人之法律關係者爲公法，專規定私人與私人間之法律關係者爲私法，故認親屬法爲私法，卽以此爲區別標準，殊不知親屬法所規定者雖爲親屬關係，家屬關係，然此等關係，關於公之秩序者實非淺鮮，因是國家恆以強力干涉之，尤以蘇俄現行親屬法(名曰關於婚姻親子及監護之法)具此色彩，爲最顯著，故本書不採此種區別，而以根本法與附屬法之名詞代之。(註)所謂根本法者，卽指人類所生存之基本條規而言，蓋人類生存於社會，

如親子關係，夫婦關係，均屬自然存在，（按夫婦關係，雖原因於契約，但夫婦關係與發生夫婦關係之原因行為，仍爲二事，可參照本書第二章第三節第一款之說明。）且爲無論何人，無問貧富，均具此關係，非如財產關係必俟人爲而始發生，財產法規，亦爲一部分人所適用之條規也。故謂親屬法爲根本法，毫無疑義。

（註）參閱黃右昌著「現代法律分類之我見」（載中華法學雜誌第二卷第八號）

（二）親屬法者強行法也。法律有強行法與容許法（一稱任意法）之別；強行法者，命令或禁止之法規也，容許法者，雖有法規之規定，而得從其契約或習慣之法規也。親屬法之對象，如夫婦親子關係，家屬關係，監護關係，均爲社會組織之基礎，與一國道德風教之良窳，互相消長，故不許當事人之自由取舍，庶幾社會公益，得以保全。然其果能強行與否？則今日一重要問題也。夫所謂強行者，在乎令出維行與禁之則止已耳，以吾國現狀而論，關於親屬法之助法，多未頒行，社會間之積習，牢不可破，人民智識之幼稚，法律教育之未能普及，在在使人民玩法避法，則強行云者，亦僅徒託空言，惟此種問題，殆屬親屬法之實行問

題，易言之，即以國權執行親屬法，應委諸何種機關，出以何種程序之問題，要不足否認親屬法爲強行法之理由也。

(三)親屬法者普通法也。普通法者，適用於國內一切之人者也；特別法者，僅適用於特別之人與特別之地者也。普通法與特別法之區別，本屬對待名詞，若以嚴格意義詮之，親屬法既爲民法之一部，而民法總則之規定，適用於親屬法之場合又甚鮮，(註)故親屬法對於民法總則，似亦爲特別法，但從另一方面言之，凡一國人民均有取得親屬法上身分之資格，故仍不失爲普通法，此多數學者所持之理論也。

(註)參閱胡長清著「論民法總則之無總則性」(載法律評論)

(四)親屬法者實體法也。凡法規之性質，關於規定權利義務之實體者爲主法，關於實行此權利義務之方法者爲助法；但此亦不過相對之區分，實則主法之中，未嘗無關於助法之規定，如親屬法中監護與親屬會議等章，多涉及程序部分，在德瑞民法規定一切程序尤爲詳盡。若就純理論言，關於親屬生活規範之執行，實賴於各種助法，如戶籍法及非訟事件程序

法其最著者，至親屬法編中僅能示其大綱而已。

第四章 親屬法之編制

親屬法所居之地位，立法例不一：有以親屬事項爲一種單行法，不列入於民法法典以內者，如蘇俄現行之婚姻親子監護法是也。有以親屬法列入於民法法典以內者，其中又分爲羅馬式與德意志式兩種：前者將私權享有能力與親屬身分關係合併規定，名曰人事編，冠於民法卷首，法國法系之立法例從之。後者卽以親屬獨立爲一編，置於總則債權物權之後，日本民法從之，此外如瑞士民法，則以人格法爲第一編，親屬法爲第二編，繼承法爲第三編，物權法爲第四編，債務法則另訂單行法，論其精神固採法國法派，論其形式，則仍近於德意志派，誠爲晚近法典中之別開生面者。吾國現行民法法典列親屬法爲第四編，蓋從德日之立法例，依愚所信，羅馬法式置重人之身分，固較德意志式置重財產關係爲優，然以親屬事項與關於人格及能力事項之規定相混，殊無足取。反之，在德例以關於人格及能力之事項設爲總

則編，以爲全部民法共通適用之通則，是其所長，但將親屬編列於債物權之後，亦未免有冠履倒置之嫌，誠以親屬制度，不問有產無產，同一適用，故其編次不應後於財產法。若然，則以瑞士民法之編制爲最合理，至瑞士將債務關係另訂單行法者，因先於其國民法而頒行，故形式上垂爲單行法，乃一特例，吾民法即採瑞士式，不妨以債法列於親屬法之後，而爲民法法典之一部也。

吾國第一次民律草案第四編親屬，成於清季宣統三年，內分第一章通則，第二章家制，第三章婚姻，第四章親子，第五章監護，第六章親屬會，第七章扶養之義務。第二次民律草案於民國十四年完成，其第四編親屬亦分七章，與上述大體從同。自國民政府奠都南京，成立法制局，於十七年夏間着手起草親屬繼承兩編，歷時五月脫稿，計親屬編分七章，第一章通則，第二章婚姻，第三章夫妻關係，第四章父母與子女之關係，第五章扶養，第六章監護人，第七章親屬會議，按與以前兩次草案區別最著之點，即廢除家制一章。至民國十八年一月立法院成立，組織民法起草委員會，先成立總則，債，物權三編，十九年初着手起草親屬

編，計七章：第一章通則，第二章婚姻，第三章父母子女，第四章監護，第五章扶養，第六章家，第七章親屬會議，共一百七十一條，同年十二月二十六日國民政府明令公布，以二十年五月五日爲施行期，同法之施行法，亦於二十年一月二十四日公布，與親屬編同時施行，即現行親屬法，雖本法之內容，有採瑞士法例之處，然編制之體裁，仍一貫之德日法例也。

第五章 親屬法之淵源

通常所謂法律淵源之語，其意義頗泛，或指法律所由出之權力，如君主之命令，人民之意思是也。或指法律所由發生之原因，如經濟條件之具備，社會意識之表見是也。此所謂親屬法之淵源，僅指構成法規內容之材料而言，可分爲四種以說明之。

第一節 律例

吾國親屬關係之規定，詳於律例之戶婚，並散見於各門，清季設修訂法律館刪改律例，

成所謂『現行刑律』，後復延聘日人起草民律，其中親屬一編，仍成於國人之手。嗣後迭次修訂民律草案，迄未施行，以故『現行刑律』關於民事各條，除制裁部分及與國體有抵觸者外，在本法頒行以前，仍然繼續有效，所謂現行律民事有效部分是也。大清律內列戶役，田宅，婚姻，倉庫，錢債，市廛，禮制，廐牧，賊盜，鬪毆，犯姦，河防等類，就中戶役婚姻二卷規定關於親屬共同生活者尤多，而婚姻一卷尤與各國之親屬法相類似。現行親屬法亦有相當部分，係因襲律例而來，（參照第九八六條第一〇五二條第一第二第九等款第一〇四九條第九七六條第一第二第五第七等款）故謂律例爲親屬法之淵源，非無據也。

第二節 禮制

吾國夙以禮教立國，人事事項，更納諸禮制範圍以內，所謂長幼有序，夫婦有別，禮也，親親之殺，尊賢之等，亦禮也，舉凡教養喪祭諸事，無一不準之於禮。周禮儀禮，爲一代帝王之制，典章文物，燦然具備，唐之六典，明之通典，清之通禮會典，於尊卑名分之防，

上下等差之別，以暨婚姻喪祭之文，無不詳爲規定，以爲朝野共由之法。此尙就國家有成文之編制者而言，至私家之著述考據，如朱子家禮等書，更難指數，其中屬於儀文末節者固去其半，而因此儀文之別，父子兄弟夫婦以及姻婭間之權義關係，即可推測而知，如民律草案定親等遠近之區分，親屬關係之組織，均從服制一項而爲標準，是其明證。現行親屬法固欠有濃厚之禮制色彩，然禮制之浸入人心已久者，究未可悍然不顧，故認婚約之效力猶存，婚姻之儀式宜備，妻冠從夫之姓，親有懲教之權，如斯規定，均與禮制息息相關者也。

第三節 習慣

民事以習慣爲重，民事本法所未規定者，得依習慣，又爲民法第一條所明定，是習慣有補充效力可知，又親屬關係，恆與一國之社會組織有關，各國之親屬法，彼此頗多互異之處者，類多側重其特殊之國情與固有之習慣，未能強爲從同也。惟應注意者，習慣事實固有於制定成文時，而爲採用之根據，習慣法每足以補充成文法之未及，但在親屬法之立場上，絕

不許習慣變更成文法之效力，則不待言，因親屬法爲具強行法之性質，自不容當事人主張習慣以變更成文法之適用，蓋不能認許習慣法有超出強行法之效力，乃法律上一原則也。（參照前大理院三年上字第70號四年上字第1276號判例）

第四節 法理

國家制定法律，絕不能網羅社會一切複雜生活現象而無遺，於是法規有所不及者，習慣尙矣；習慣無可準據者，法理尙矣。法理爲物，外之則本諸中外學家之理論，內之則證諸自由判斷之經驗的法則，而以社會實況爲外觀內審之對象，以期得事理之公平，卽所謂客觀的妥當性是也。至判例與外國法均可容納於法理範圍之中，從來學者多以法理與判例及外國法例並舉者，此種區別，愚實不取，蓋判例內容本得先後相異，外國法例，亦僅足供參考之資，且親屬法既與一國禮教習俗有密切之關係，中外立法旨趣互異，亦未可強爲規隨，是判例法與外國法爲法理淵源之一部則可，爲成文法之淵源，則難允當，故吾人所認法理，應以判

例，外國立法例，學說作爲考察社會實際生活之資料，若其內容與社會實際生活相適應者，自可採爲法理，溝而通之，此亦社會法學研究方法之一論據也。

第六章 親屬法之主義

第一節 義務本位主義權利本位主義與社會本位主義

權利之觀念與人俱存，此西人之所論也。間嘗考之，此種論據之發軔，在歐西亦係契約論派以後之事，前乎此者，並此觀念而無之，吾輩攻西學，浸淫其思想既久，蓋以爲權利之爲物果自原始時代即已存在者，實屬大誤。其在西方文化輸入以前，吾輩更不感覺權利之爲何物，數千年來，治國之機關備存，禮樂刑政燦然，從未聞有以權利之事與人相角逐者，此其故何歟？曰吾國儒家論治，夙重禮而薄刑名，禮之職在定分，所謂父慈子孝，兄友弟恭，貴賤有別，長幼有序，人人各守其分而立身行事，自可謀家室之和平，齊社會之倫紀，此其

有義務而無權利，不待多言，故吾國法律素爲義務本位。自海禁宏開，新法輸入，已漸進於權利本位，顧自法律之趨勢觀之，時至今日，權利本位之思想已漸起動搖，蓋權利本位，實爲個人主義之產物，而個人主義，又爲資本主義之精髓，貧富之階級形成，衝突之現象漸顯，識者憂之。其在法學方面所謀圖補救者，即欲以社會本位以代權利本位，誠以法律之所以強制實行義務及擁護權利者，非以此爲達最終目的，不過以達最終目的之手段，其最終目的，即社會生活利益之保護與促進是也。故法律非爲義務本位，亦非爲權利本位，必須爲社會本位，方爲最理想之法，吾國現行親屬法之內容，果已超脫權利本位之境地乎？此應注意之點一也。

第二節 家族本位主義與個人本位主義

親屬法所採之主義有二：一爲家族本位主義，於親屬關係外，並規定家屬關係，法律上承認家之地位，由個人而成家，由家而成國。其言曰：國者，家之集合體也，家者，個人之