

0707

34

最新編

國民現行之法律

中華六法全書

453

第一章	總則	五
第二章	親屬	五
第三章	婚姻	五
第四章	親子	五
第五章	監護	五
第六章	和風會	五
第七章	扶養之義	五

上海棋盤街廣益書局發行

民律親屬編草案目錄

第四編 親屬

第一千三百二十七條至第一千四百五十九條

首章 定名

收義

第一章 通則

第一千三百二十七條至第一千三百三十二條

附族親圖

外親圖 妻親圖

羅馬法計算親等圖

第二章 家制

第一千三百三十三條至第一千三百三十九條

第一節 總則

第一千三百三十九條至第一千三百四十一條

第二節 家長及家屬

第一千三百四十二條至第一千三百四十四條

第三章 婚姻

第一千三百四十五條至第一千三百五十二條

第一節 成婚之要件

第一千三百五十三條至第一千三百五十八條

第二節 婚姻之無效及撤銷

第一千三百五十九條至第一千三百六十四條

第三節 婚姻之效力

第一千三百六十五條至第一千三百六十八條

第四節 離婚

第一千三百六十九條至第一千三百七十四條

第四章 親子

第一千三百七十五條至第一千四百九十九條

第一節

親權

第一千三百七十九條至

第二節

嫡子

第一千三百八十六條至

第三節

庶子

第一千三百八十七條至

第四節

嗣子

第一千三百九十二條至

第五節

私生子

第一千四百零三條至

第五章

監護

第一千四百零九條至

第一節

未成年人之監護

第一千四百三十一條至

第一款

監護之成立

第一千四百三十八條至

第二款

監護之職務

第一千四百三十九條至

第三款

監護之終止

第一千四百四十二條至

第二節

成年人之監護

第一千四百三十七條至

第三節

保佐

第一千四百三十八條至

第六章

親屬會

第一千四百四十九條至

第七章

扶養之義務

第一千四百五十九條至

民律親屬編草案

第四編 親屬

(定名)中國有親族無親族律之稱親族律之稱譯自日本日本親族律之稱又譯自歐美考日本親族律中之親族不專指同宗之血族即異姓之配偶者及姻族均包在內皆謂之親族然中國律例中凡親族兩字僅專指同宗族之親戶役立嫡子違法律門條例有曰於昭穆相當之親族內夫同宗然後有昭穆異姓無所謂昭穆是例文親族為專指同宗族親之用語可無疑義親族既為專指同宗族之親然則包括族親姻親之全體中國向來果用何語按中國律例凡指同宗族之親多用親族兩字其指族親姻親之全體時則多用親屬兩字試徵諸律例

一親屬相為容隱之律其曰親屬是包大功以上親及外祖父母外孫妻之父母女壻與小功以下及無服親之等而言

二親屬相盜律其各居親屬註有曰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夫統言小功總麻則母族在內又總麻之服則遂族在內

又可知

三親屬相奸律其曰親屬亦包同宗無服之親及無服親之妻與繼麻以上親及繼麻以上親之妻若妻前夫之女及同母異父姊妹而言

由是觀之吾國律例凡包括族親姻親之處均用親屬律中所云親族蓋專指同宗族之親而言親屬包括全體親族不過指親屬中之一種按諸律例文義顯明現擬定名為親屬律以從均用至於親族則為專指同宗親族之名不包姻族於其內

取義

親屬律者規定親屬與親屬關係之法律也此法律關係應屬於私法故各國多於民律中特設親屬一編以規定親屬關係然欲編纂親屬律應先研究親屬律中所規定之內容考各國親屬律其細目因國與國各異其大綱亦國與國未盡同有祇分親屬律為婚姻親族監護人等章者亦有先冠以家長及家屬一章次及婚姻親子監護人者同一親屬律其內容相異如此者以編纂親屬律時所取之主義不同故也

親屬律所取主義有家屬主義與個人主義之別個人主義者以個人為社會

之本位家屬主義者以家為社會之本位取個人主義者於法律上並不認家之存在於實際上雖亦有未必然既不認家之存在故由家而生一切家長家屬之權利自皆不認惟認夫婦親子之關係而已取家屬主義者非特認夫婦親子之關係而已法律上顯認家之存在故由家而生一切之家長家屬權利皆認之所取之主義不同因之親屬律規定之內容亦判然各異

兩大主義究孰優孰專從理論上言之家屬主義長處固多短處亦不能免個人主義短處固有長處亦非全無其短長得失寔難概論惟編纂一國法典者須實際與理論兼顧不得專就理論上絮較其短長夫法律上發生此箇人與家族兩種主義必先於社會實際上先顯存此兩種情形社會實有此情形法律始生此主義所謂法律祇能規律社會不能產生社會者也以個人制度之社會採用個人主義之法律則兩合以家屬制度之社會採用個人主義之法律則可謂兩離歐美各國親屬律多採個人主義以歐美各國近日社會盛行個人主義於家屬主義已經絕跡故也蓋自古時亦行家屬制度至羅馬東羅馬制度之原固雖多舉其甚者不外宗至日本親屬律則採家屬主義以日拜祖先之念與獨立自由之念感而已

本今日社會盛行家屬制度故也

中國編纂親屬律應取何主義乎中國今日社會實際之情形一身以外人人皆有家之觀念存同住一家者為家屬其統攝家政者為家長現行於社會者既全然是家族制度不是個人制度而家長家屬等稱謂散見於律例中頗多又歷代皆有調查戶口編查戶籍之舉凡所謂戶者即指家而言是於法律上又明認所謂家矣以十八行省盛行家屬制度之社會數千年之習慣如是微諸實際觀諸歷史中國編纂親屬律其應取家屬主義已可深信無疑矣

或曰取家屬主義其弊也徒增長人民依賴心思慮沒人民之獨立精神而已不知其說似是而非夫專從法律上著想即取個人主義其依賴心仍不能制他人之即取個人主義之法律對於親屬亦仍盡扶養之義務故也過人依賴他人之心思甚少之原因實由工為業發達故人民自無須依賴他人但此項由種種方面而來非可專歸功於親屬律上取個人主義之功也

中國親屬律應取家屬主義既如上所述但中國現行之家屬制度與日本現行之家屬主義又各有不同何則日本向來有家法無宗法其宗即寓於家寓宗於家者凡繼家之人即為繼宗之人所謂家督相續者惟嫡子可繼之且異姓之人入於其家者即棄其固有之姓而稱其家之姓日本嫡長之系統是因家而傳合宗於家也中國宗法自宗法家法自家法嫡子未必盡為家長為家長者亦不拘於長子是中國嫡長之系統不由家而傳由宗而傳也同一家屬

制度其實際又大有不同故日本繼父母之家者長子在惟長子得繼之中國繼父母之家者雖長子在次子亦得與長子分繼之此中國宗自宗家自宗承宗者須嫡長繼家者不以嫡長為限承祀與繼家別無兩事是與日本以家為宗相異之結果也

此次編纂親屬律其根本主義應取家屬主義不取個人主義於婚姻親子之前先冠以家制一章但雖取家屬主義須宗自為宗家自為家方於中國家屬制度相合

第一章 通則

第一千三百十七條 本律稱親屬者如左

一 四親等內之宗親

二 夫妻

三 親等內之外親

四 二親等內之妻親

父族為宗親母族及姑與女之夫族為外親妻族為妻親

理由親屬之分類親屬者包括一切之總名也然親屬之情誼有由同宗之血統而

生者有由婚姻之結合而生者其親屬發生之原因既不同則其命名自不能不異考各國法制有統名親屬不分類者有分為血族姻族二類者有分為血族配偶人及姻族三類者如日本各國多沿本國舊制以定稱謂今擬分親屬為宗親外親妻親三種說明如左

一宗親 指同宗親屬即同一祖先所出之男系血統之謂也如祖父子孫兄弟姊妹伯叔等均屬之然宗親之中又自有血統上宗親與擬制上宗親之別

血統上之宗親指男系之血統而言本宗婦女出嫁而生之女系血統雖有血統連絡不謂宗親以中國素重男系故也但既屬於男系之血統不問其為嫡子與庶子均屬宗親如私生子由母認知者應屬於男系是宗親為屬於血統上之同宗親屬既屬於同宗親屬範圍其後雖有承繼出嫁等事入於他家並不失其

宗親之關係

日本法入他家者則取得他家親屬關係大本宗親屬關係是與中國法擬承異處而

擬制上之宗親即非本於血統由法律之擬制而準諸親族之謂即嗣子與嗣母之親屬關係是也

二夫妻 妻為夫之親屬且取得夫對於宗親之身分觀於妻為夫族服圖自

明夫以妻為親屬妻以夫為親屬是法制上視夫婦為一體當然之結果也
三外親 由女祭血統而連續之謂也考律例服圖先本宗服圖次外親服圖
終以妻親服圖律意蓋以此三種包盡親屬關係因之外親者除本宗與妻
親外均可以外親括之不專指母之本生親族而言也依服圖注釋以母黨
為外親其言雖非無理然細繹服圖其間並載有姑之子姑之孫所謂姑者
父之姊妹姑之子孫者父之姊妹之子孫非母黨之親族非母黨亦載於外
親服圖中則外親不專指母之本生親屬並所有一切女系之血統亦包在
內試一推闡其理自明又外親服圖載有外祖父母然反面觀之從自己之
女子之而言自己夫妻兩人即女之子之外祖父母故從女之子而言已即
其外親也女之子對於女之子亦應為外親即又外親服圖中載有舅姨（母之兄
弟姊妹）自己姊妹之子既以已為外親（舅姨）內即自己亦應以姊妹之
子為外親蓋外親是總括名詞非專屬名詞已以彼為屬於外親範圍內者
即彼亦應以已為屬於外親範圍內故外親不以母黨之親屬為限以所有
女系血統均為包括在內較為妥當即母祖母之本生親族又女孫女諸姊
妹諸姪女其他諸姑之子孫均可以外親名之也

四妻親 由婚姻而生夫與妻之本身親族之關係即指妻之本身親族之謂

也夫對於妻有妻親對於妻則無妻親故妻之父母祖父母伯叔姑及兄弟姊妹非家長之親與家長不生親屬關係

如上所述宗親外親妻親其親屬之分類應如左

親屬之範圍

親屬之範圍云者即在範圍內之人法律上為親屬範圍外之人法律上不為親屬之謂也親屬關係從天然之情刑上著想原無一定之範圍其劃一定之界限為範圍在範圍內為親屬否則非親屬者實由法律之規定而起非於天然上本有此界限也故以血統之關係論由父而祖上推之於數千百世以前之鼻祖由于而孫下推之數千百世以後之雲乃既有血統相聯絡即世數遼遠似均可謂有親屬關係但於世數極遼遠之親屬雖名謂親屬其實實際上與非親屬毫不相異即於法律上認為親屬亦非必要故各國法律概設一定之限制以限定親屬之範圍如羅馬民法西班牙民法比利時民法日本民法皆以六親等為限意大利以十親等為限法國民法以十二親等為限惟德國新民法則偏重理論於定親屬範圍均不設限制統觀各國立法制度或六等或

十第或十二等或無限制同一親族範圍其差異如此者因親族原無天然界限其界限概由立法者而設中國民律中欲定親屬範圍遠稽古典旁稽時制惟有本律例所載喪服諸圖以為定親屬範圍標準之一法蓋喪服之有無輕重實以親屬之輕疎遠近為衡先有親屬之關係然後生喪服之關係故自喪服上觀之謂之服制圖從親屬上觀之又可謂之親屬圖也第據服制圖以定親屬之範圍其間有須注意者約有三事試附述之

一喪服圖中所載無服親亦應入親屬之範圍就服制圖之內容研究之各服圖均載有無服親若謂有服親是屬於親屬範圍無服親全屬於親屬範圍之外則如是親服圖所載凡為婿者惟對於妻之父母有服將惟對於妻之父母可謂於妻親其餘妻之兄弟及姊妹均不得謂之妻親矣是未免失諸過狹細繹妻親服圖於妻之兄弟及婦之下尚載有妻之兄弟之子然此四項之下均注以無服兩字夫對於妻兄弟及婦已無服則對於其子亦自無服初不待言對於妻姊妹已無服則對於其子更無服可知而知而服圖必並載者非示明服雖無服親猶是親之意乎服制圖既載有服親並載無服親其親屬之範圍不以有服親為限凡列於圖內者雖無服親均應謂之親

屬亦可想而知故據服制圖定親屬之範圍凡列於圖內者均應列入親屬範圍內不應以有服親為限蓋服制圖於無服而尚列諸圖者不外示明雖無服猶是親屬之意而已不然服制圖羅列無服親是成一無謂之贅文矣
觀諸妻親服圖則他圖之無服親概可類推

二同宗之曾祖姑族祖姑族姊妹再從姪女堂姪孫女曾姪孫女等在室中皆有總麻之服出嫁後則無服是出嫁之女既可以有服為無服則易起出嫁之女可由親屬變為非親屬之疑不知同宗之親族關係因天然血統而生天然之親屬關係凡既相聯絡者永久不可斷絕非若喪服制度可由尊卑恩義等名分而制定也故同宗之女於出嫁後雖或以有服為無服而天然之親族關係不因出嫁而斷絕凡向來在親族範圍內者出嫁後亦依然親屬也觀此則同宗之女因出嫁而祇降服者益可類推

三喪服圖如妻親服圖中妻之姊妹之子雖載圖內其對面母之姊妹之夫並不載圖內又服制圖係參尊卑之分際而定如子服父喪三年父對於子則期年然親屬關係與喪服關係實異其性質是彼此相對立所謂相對立者即此對於彼謂親屬彼對於此亦謂之親屬子對於父有扶養之義務者父

對於子亦有扶養之義務其所定之範圍但問親疎不問尊卑也

以上三者是喪服關係與親屬關係相異之處所以然者一為禮教上問題一為法律上問題故也然必先有親屬之關係在前而喪服關係始生既如前所述矣況定親屬之範圍非可臆造之事故宗親之範圍如何外親與妻親之範圍如何今一一依據服制圖定之

一宗親以九族為限

宗親之範圍考諸古來之經典歷代之法制皆以九族為斷尚書堯典以親九族九族既睦則古宗親已以九族為限可知但解釋九族意義有廣狹之別或以父族四母族三妻族二為九族者如白虎通是也自陳祥道李榕非始以本宗之高宗至元孫間為九族尚書註解及近世學者多從此說然明律與現行律之服制圖均以高祖至元孫之九族為同宗親屬之範圍其云九族者係以自己為本位直系親則由已上推至四世之高祖更由已下推至四世之元孫而止旁系親則由已橫推至三從兄弟而止蓋族兄弟再從兄弟堂兄弟及兄弟同為四世高祖之孫故也以九族定族親之範圍是中國法制之特色蓋各國於實際上不得並時生存之四世外直系親多列在親屬範圍內而於實際上得與自己並時生存之旁系親例如族兄弟則置

諸親親範圍外獨中國九族制度則專從實際着想於高祖以上五世之祖及元孫以下五孫之孫實際上與已不得並時生存者則略之其實際上得與自己並時生存者其親分雖稍遙仍列入親屬範圍內是中國以九族定親屬之範圍較為合於實際但宗親關係有由血統而生者如祖父子孫兄弟姊妹之宗親關係是至於嗣子與嗣父嗣母之親屬關係是由擬制而生擬制者非本於血統由法令擬於血統之宗親依本宗九族五服正服圖定之凡屬於圖內者彼此相互均有宗親關係血統宗親並不因出嫁出嗣而失其親屬關係此外有本非血族法律因其繼嗣特視如宗親者亦依正服圖以定擬制之宗親之範圍

二外親

外親之親屬範圍則依外親服圖而定但外親服圖雖祇示明母族之親屬範圍並不示明女之出嫁族之親族範圍實則母族與出嫁族均以自己為本位但一反觀其理自明如已對於母之父為外祖父即女之子對於已亦為外祖父但明母族之親屬範圍於出嫁族之親屬範圍可以隅反故依外親服圖而母族之親屬範圍與由出嫁之姊妹與女而生之親屬範圍均可

定矣

三妻親

妻親之範圍則依妻親服圖而定於直係親則妻之父母妻之祖父母及外祖父母於旁系親則妻之伯叔及姑妻之兄弟及其婦妻之兄弟之子妻之姊妹及妻之姊妹之子為其界限但妻親云者專指夫對於妻之宗親而言至於夫之宗親與妻之宗親間在法律上並不生親族相互之關係此亦推釋服制圖而斷也

第一千三百十八條 親等者直系親從己身上下數以一世為一親等旁系親從己身或妻數至同源之祖若父並從所指之親屬數至同源之祖若父其世數相同即用一方之世數世數不相同從其多者以定親等

凡己身或妻所從出或從己身所出者為直系親非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者為旁系親親等應持之服仍依服制圖所定

理由親等計算法

親等計算法者算定親屬等第之方法也一等親較二等親為近三等親較二等親為遠繼承之問題全依親等而定親等最近者最先繼承無最近親則及

於次近親故親等計算法親屬法中有必須規定者然親等計算有羅馬法計算法寺院法計算法兩枝依羅馬法計算法於直系親屬則算其間之世數而定親等故世代之數與親等之數正相脗合如親子間為一世則為一親等祖父母與孫之間為二世則為二親等以上以下均準此推之於旁系親屬則由同出之始祖下降於旁系親屬之各方合算其世數而定親等蓋由旁系親族之一方溯諸同始祖再由同始祖更下數至他方合算其世數以定親等如計兄弟姊妹間之親等先從一方溯諸同源之父母作為一等更由父母下至他方又加一等故兄弟姊妹為二親等之旁系親計伯叔與姪間之親等則先由姪溯諸父母作為一等更由父母溯諸同源之祖父母又加一等由祖父母更下至伯叔再加一等故伯叔與姪為三等親之旁系親從兄弟姊妹為四等親之旁系親其餘以此類推是羅馬法之計算法也寺院法之計算法於直系親屬間之計算與羅馬法同其異者惟旁系親之計算法而已其旁系親之計算法是不合算雙方之世數專算一方之世數而定親等從始祖下至旁系親之各方其世數雙方相等者雖無論從何方均不相異若雙方世數不相等則從其多者如兄弟姊妹從其同源之父母起算無論下至何方均是一世故不合