

書叢法政

網大法屬親

編會彙陶

行發館書印務商

政 法 叢 書

陶彙曾編

親 屬 法 大 綱

商務印書館發行

政 法 叢 書
親 屬 法 大 綱

此書有著作權翻印必究

中華民國十七年六月初版

每冊定價大洋壹元捌角

外埠酌加運費匯費

編纂者 陶 彙 曾

發行兼 印刷者 上海 寶山 路 商務印書館

發行所 上海 及各 埠 商務印書館

Political Science Series

A TREATISE ON CHINESE FAMILY

By

TAO WEI TSENG, LL. B.

1st ed., June, 1928

Price: \$1.80, postage extra

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

SHANGHAI, CHINA

ALL RIGHTS RESERVED

親屬法大綱

自序

一 言中國親屬法者，莫不知中國之婚制及家制自有史以來歷數千年，變遷殊少，至婚制及家制變遷殊少之故，或曰：君權與宗法相維繫使然也。（註一）是誠能闡發中國歷史之一面，而於親屬制度則猶有未盡者焉。

二 問嘗謂說明中國親屬制度，應以宗法爲綱領，數年來屢試爲之，覺婚制與家制，舍宗法外，實無以作系統之說明。是編之成，卽數年來尋求所得者也。

三 然而宗法惟能作「說明」親屬法之綱領已耳。至宗法之制度，促成之者何因？維持之者何力？尙不能一言及之焉。宗法亦惟能說明歷代律例乃至據以

（註一）嚴覆譯社會通詮夏曾佑序。

起草之民律草案親屬篇已耳。歷代律例乃至民律草案親屬篇，其間雖相距數千年而仍得以宗法說明之，此言中國親屬法者所以能下「變遷殊少」之論定也。然而律例及草案所載者，果爲社會實際親屬生活之規範歟？則本編殊愧未能答。

四 社會實際親屬生活之規範果與律例與草案所載者相符，則律例與草案所根據之系統，必有左列二條件，二者失一，則律例與草案縱可因其方執行於法院而以 *Law in action* (註1) 呼之，決不可謂其皆存在於民間而以 *Living law* (註2) 呼之。條件維何？

- (1) 中國民族之社會組織均曾經宗法社會之時期。
- (2) 今日之社會組織均由宗法蛻化而來，變遷殊少。

(註1) Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action," (1910) 44 Am. L. Rev. 12.

(註2) Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1913) 參看法學協會雜誌

乃一考諸史實及斷鱗片爪之習慣調查，即知此二事者，始終固未嘗全備。蓋中國民族之構成，殊爲複雜，故中國民族之文化亦殊非單一之文化，其社會組織未可一概以「宗法」律之也。

五 宗法，周制耳。有周稱王以前及有周諸族而外，殊難觀宗法之特徵。謂宗法制度至周大備，（註一）謂宗法社會沿自古昔，（註二）而不加時代與民族之區別者皆誤也。在周室稱王以後，宋猶內娶，楚猶立少子，士大夫如公儀仲子猶舍孫而立子，伊洛之戎，猶居近郊，商鞅相秦，始別男女。孰謂宗法爲中國古代民族通行之制乎？喪服以表示親疏也，而及於外親。婚嫁以族爲分界也，而譏娶母黨。五胡猾夏之後，唐始加舅服爲小功。元室北遷之餘，明乃改母服爲斬衰。在律例則外祖且得主婚，在習慣則胞弟且須娶嫂。此非民族混和及文化混和之影響與徵象歟？抑「父母何算」之平民，在禮制盛行之時，已爲禮制所不及矣。

（註一）劉師培中國歷史教科書。

（註二）社會通詮夏曾佑序。

六 然歷代帝王仍折衷於禮而立法，以宗法理論爲綱領，定婚制與家制，命其官吏曰：民有爭焉，應準是以裁之，始合於萬世不刊之禮制！此真 Ehrlich 所謂 *bureaucratic law* 而已。

七 此 *bureaucratic law* 實以宗法爲綱領，除迫於非宗法之習慣之要求而設變例以外，其系統乃顛撲不可破。故由此系統所流布之法規，自不能一一衡量，定其善惡，決其去取。必有所改革於今時，亦惟有就全系統衡量之。時至今日，已有就全系統衡量之必要。是編之作，乃所以闡明全系統以備衡量者也。

十六年一月一日於上海

親屬法大綱目次

緒論

第一章 親屬共同生活……………一

第二章 親屬法……………一一

第一節 親屬法之範圍……………二

第二節 親屬法之性質……………四

第三節 親屬法之形式……………六

第四節 親屬法之執行……………一〇

第三章 親屬法之本位……………一二

第一節 義務本位與權利本位……………一三

第二節 家族本位與個人本位……………一八

前論

第一章 宗法……………二二

第一節 緒言	二二
第二節 宗法之理論	二八
第二章 現行之族制	四五
第一節 引言	四五
第二節 族之組織	四七
第三節 族之職能	四八
第四節 族之機關	四九
第五節 族之稱號	五〇
第六節 族之紀錄	五〇
第三章 服制	五一
第一節 引言	五二
第二節 喪服之本則	五三
第三節 喪服之變則	五九
第四節 喪服之變遷	六八

第四章 舊律之服圖……………七二

第一節 舊律之服圖……………七二

第二節 服制在今日之意義……………七八

本論

第一章 親屬……………七九

第一節 親屬之範圍……………七九

第二節 親屬關係……………八二

第三節 親屬之種類……………一〇一

第二章 家……………一二一

第一節 總論……………一二二

第二節 家之身分關係……………一三九

第三節 家之財產關係……………一五一

第四節 扶養義務……………一六三

第三章 婚姻……………一七六

第一節 婚姻制度	一七六
第二節 婚姻之意義	一九六
第三節 婚姻之種類	二〇三
第四節 婚姻之成立	二〇七
第五節 婚姻之效力	二八九
第六節 婚姻之解消	三三〇
第七節 變例之婚姻	三七三
第八節 妾	三七九
第四章 親子	三八二
第一節 親子關係	三八二
第二節 親權	四〇九
第五章 監護	四二五
第一節 監護制度	四二五
第二節 監護之開始	四三一

第三節	監護之機關	四三二
第四節	監護之事務	四四一
第五節	監護之終止	四四四
第六節	保佐人	四四六
第六章 親屬會		
第一節	親屬會之地位	四四八
第二節	親屬會之組織	四五一
第三節	親屬會之招集及議事	四五三

親屬法大綱

緒論

第一章 親屬共同生活

籍爾克(Otto Gierke)有言：「人之所以爲人，在人與人之結合」(Was der menschlich, verdankt er der Vereinigung von mensch und mensch.) 我人類惟能結合，故號爲「萬物之靈。」結合之最密切最自然者，厥爲以夫婦親子爲中心之親屬團體，其在古昔，親屬團體之範圍頗廣，宗法社會蔚爲構成軍國之基，甚或在觀念上徑認國家爲親屬團體焉。卽在國家成立以後，所謂宗，所謂家，在握有大權

之宗子家長之下，仍不失爲政治團體及事業團體也。洎社會愈進，交通便利，商工鼎盛，都市生活日臻繁榮，國家之權力，因以日益伸張，個人之價值，因以日加尊重，於是國家即以個人爲其直接構成分子，而親屬團體遂漸減其範圍，疇昔爲政治組織經濟組織之中心者，今則隨個人主義之勃興而日就衰頹矣。

個人主義興，則家族制度微，已如上述，然而時至今日，個人的自覺益加澈底，吾人因而有社會的自覺焉，蓋個人完成與共同生活之完成，本屬相須相待者也。若然，則親屬團體即所謂「家」者，當有其縮小之範圍，與更新之意義，所謂家者，乃社會的組織，所謂家者，應以各個人人格之互相尊重爲內容，然後足以發揮完成「人之所以爲人」耳。

第二章 親屬法

第一節 親屬法之範圍

親屬共同生活之規範，爲社會共同生活之規範之一部。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律，爲民法之一部。顧親屬法所規定之權利義務，皆本於夫婦親子家長家屬諸特別身分，與普通之人格權財產權異致。故親屬法者，民法之一部，規定親屬家屬之身分關係及本於此諸關係之權利義務者也。

(一) 親屬關係與家屬關係 親屬法爲親屬生活之規範，故親屬關係爲其當然之內容，而家屬關係則否。然我國社會組織尙以家爲單位，親屬的共同生活團體之中夫婦親子而外，又有家長與家屬之特殊身分存焉，此家屬關係所以構成親屬法之一部也。

(二) 純正親屬法與親屬財產法 親屬法爲規定親屬家屬關係及本此而生之權利義務之法規，已如前述，然其內容頗含有財產上之權利義務，如家產，如夫婦財產制是，學者或分親屬法爲純正親屬法與親屬財產法，而主張親屬法中應置後者於不論。然其爲說，偏於理論，實際上頗多不便。

(三) 監護 關於監護之規定，嚴格言之，本不屬親屬法之範圍，然自來學者均以「監護爲親權之延長」立法上加入親屬法，久視爲當然之舉。本講義因亦及之。

第二節 親屬法之性質

學者言法律，常分爲公法與私法，強行法與任意法，普通法與特別法。試就此諸分類言之：

(一) 親屬法者私法也。論公法私法之區別，學說之重要者有三，卽目的說、關係說及主體說是也。吾人從第三說，且更由實質觀察之，以爲公法者國家生活之法律，私法者社會生活之法律。親屬生活爲社會生活之一端，故親屬法爲私法。惟其中頗有涉及國家機關之公法規定耳。

(二) 親屬法者，大體言之，強行法也。何謂強行法？法律所規定之法律關係，不許當事人以意思變更其內容者也。親屬法之規定，大部分有關於公共秩序

善良風俗，故有强行法之性質。

(三) 親屬法者，普通法也。普通法與特別法之區別，意義有三：

(甲) 依法律所適用之人而區別之：適用於一般人者為普通法，僅適用於某階級者為特別法。親屬法乃適用於一般人之民法之一部，故為普通法，惟依法律適用條例及中外條約而有例外。

(乙) 依法律所適用之地而區別之：適用於中華民國全領土者為普通法，適用於特殊區域者為特別法。親屬法乃適用於中華民國全領土之民法之一部，故為普通法，惟以現狀言之：左列兩端，實為例外。

(a) 番地不適用普通之親屬法。蓋「番地民情風俗，迥異內地」，自不能一律繩以內地施行之法律，且「前清現行刑律向不適用於番地」，暫行新刑律亦然（註一）。以現行刑律為根據之親屬法更無論矣。

(b) 蒙古不適用普通之親屬法。蒙古向以前清之理藩院則例為準

（註一）大理院解釋一〇一號。