

民法親屬篇修訂的曲折

陶 希 聖

一、本文的主旨

莊子說：「寓言十九，重言十七。」孟子言必稱堯舜，墨子言必稱禹湯。那都是重言。現在我們言必稱英美或美英，要這樣纔夠重呀。

英國歷史法學家亨利梅因（Sir Henry J.S. Maine, 1822-1888）一鳴沖天的著作「古代法」（Ancient Law, 1861），至今仍是英美大學法科研究生必須參究的典籍。這本名著的名言有兩句，其一是東方法律是家族制，西方法律是契約制；其二是法律進化的原則是由身分制到契約制（From status to contract）。

我這一生——現在可以說一生——從法學到史學，最得力的兩本書，一本是英國梅因的古代法，一本是績溪胡培暉的儀禮正義。從此研析中國社會與法律演變的趨向或原理，尚有一些心得。

本文的題目是「民法親屬篇修訂的曲折」，主旨便是研析中國法律由家族制到契約制，或者說是由家族主義到個人主義的演變，而以民法親屬篇修訂的經過為例證。

二、日本明治變法的波瀾

我在北京大學法科法律系一年級，是民國八年。民法總則教授是余戟門（榮昌）先生，民法物權教授是屠先生。屠先生是清末變法時期，起草民律草案的松岡義正博士的繙譯。余先生留學日本，講習民法，回國參加修訂法律館編纂事務，民國初年任大理院民事庭庭長，後來升任大理院院長。他們二位講說日本明治維新時期，民法編訂的經歷，略如左記：

日本民法最初的草案是箕作祥麟博士起草的。當年箕作奉命往法國考

察並研習法學。他求得拿破崙民法法典，回國後，譯述為日本民法草案。日本法學界不滿意這個草案，遂至廢置。此時梅謙次郎博士先往法國，轉往德國求學，適值德國民法第一草案公布，他帶回日本，以為藍本，編纂日本民法草案。

日本民法草案公布之時，法學界為了親族與相續兩篇有悖於民俗，羣情譁然，主張延期實施這部民法。

其後親族與相續兩篇草案幾經修改，方纔付諸公布實施。

三、清末變法的風潮

清廷變法原是處於列強不平等條約壓力之下，不得已而為之；也是在國民救國運動，由立憲到革命的要求之下，非有所為不可，纔下變法之詔。但是援引西方個人主義的法制，加課於家族主義社會之上，其所激起的反響之重大，是必然與必至的。

拙著「清代州縣衙門刑事審判制度及程序」一書，敘述民律草案奏進及其延期的經歷，無須復述。我在此只指出下列的事實。

當年（清末）民律草案由日本大理院判事松岡義正及商法學者志田鈿太郎協同草擬，計分總則、物權、債權、親屬、繼承等五篇。修訂法律館先將前三篇呈覽。其親屬繼承兩篇雖極意遷就中國親屬組織與家族制度，仍不敢遽然進呈。至清廷召開資政院，內閣大臣咨送民律草案，也只提出總則、物權、債權三篇，已引起議員勞乃宣等激烈反對。其親屬繼承兩篇更是不敢提出。沈家本為此去職。前三篇審議未畢，而辛亥革命起義，清室也退位了。

民國八年，戟門先生講到清末民法延期論，說道：「余亦主張延期論

之一人」。這句話至今仍在我記憶之中。

四、家族主義與個人主義

清末修訂法律館起草民律草案諸人，學識見聞不比今日修訂民法諸人為差次。修訂法律大臣俞廉三劉若曾「呈民律前三篇奏」有這樣一段話：

「各國民法導源於羅馬邱司基尼恩人民法典，其後有拿破崙民法法典。其編纂配置，有主張人事法與財產法之別者，如拉丁派與日耳曼派所爭之主意是；有主張物權債權前後之別者，如日耳曼派中所爭之主意是。而法系之異同，復分拉丁系、日耳曼系、折衷系、俄羅斯系四種。法義荷蘭屬拉丁系；德屬日耳曼系；瑞士日本屬折衷系；折衷者如日本民法以財產法為先，瑞士民法以人事為先；而物權先於債權，則為二法之所同。」

「各系以形式論，皆依羅馬，不過大同小異；以實質論，各按己國之民族，不無彼此之殊。凡此皆中外民法源流之大較也。」

民律親屬法草案總則說明，「取義」章又有這樣一段話：

「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之謂也。」

「惟編纂一國法典者，須實際與理想兼顧，不得專以理論上之長短為長短。法律上發生此個人與家族兩種主義，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。所謂法律祇能規社會，不能產生社會者此也。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，則可謂兩背。」

「中國編纂親屬律，應取何主義？……以十八行省皆盛行家屬制度之社會，數千年來慣行家屬制度之習尚，是徵諸實際，觀諸歷史，中國編纂親屬法，其應取家屬主義，已可深信無疑矣。」

清末變法時期，修訂民律草案諸人，於立法政策有瞭亮的省察與豁達的領悟，已如右述。

五、羅馬法與日耳曼法

前節說到邱司基尼恩人民法典，就是東羅馬帝國（首都君士但丁堡）邱司基尼恩大帝在位，整理羅馬萬民法而成的大法典。羅馬法原來是以市民法為法源，為適應羅馬商業發達，萬民羣集的情況，經法官與法學家援引自然法，為解釋與審判，而發達為萬民法。及羅馬帝國衰，東羅馬帝國起，遂整理為大法典。

法官及法學家所稱自然法，質言之，就是希臘哲學。希臘哲學與其參合而成的羅馬法，一以貫之，即是個人主義。十七世紀歐洲文藝復興運動，是希臘哲學與羅馬法的復興，也就是自由意志與自由主義的奮發。

法國大革命反反覆覆八十年而後有第三共和。在這八十年間，拿破崙征服歐洲，他訂定的民法法典也相隨征服歐洲。拿破崙法典是整理羅馬法而編成的，其所取的原則就是私有財產絕對與契約自由，也就是個人主義與自由主義的法制。

至十九世紀，德國統一，而日耳曼法復興。日耳曼法與羅馬法不同。羅馬法是個人主義的，日耳曼法却是家族主義的法制。德國法學家，籍爾克諸人倡導日耳曼法，鼓吹全體主義，以抗衡羅馬法的個人主義，這是十九世紀末與二十世紀初的事情。

當此時期，德國民法第一草案採取羅馬法制，至德國民法法典成立公布，便參合社會連帶主義，也就是日耳曼法的精神。

其後瑞士民法，由侯布納博士一手起草，更加顯明，採取家族主義而趨向契約制。由十九世紀末至二十世紀初，德國民法與瑞士民法兩法典相繼成立，直教世界各國法學界為之震動。

土耳其凱穆爾革命成功，採取瑞士民法為藍本，制頒民法法典。如此明智的立法政策亦震動了世界各國法學界。

清末民初，民律草案的制定，就是在這個時期。

六、現行刑律與大理院判例

辛亥革命，民國開基。暫行新刑律雖已實施，民法仍援據現行刑律民事有效部分，而將民律草案作為法理，為法庭審判之參考。於是大理院判例構成各級法院民事審判的準則。

民國十年，北京政府修訂法律館着手擬訂民法草案，事前提出問題，懸賞徵求意見。當時我是北京大學法科三年級學生，應徵提出債篇十七個問題的答案。我與王鳳瀛，許藻鎔三人得獎。後來許一度任朝陽大學教務長，王任江蘇省地方及高等法院推事。我畢業後，在安徽省立法政專門學校教親屬繼承法。

民國十四年，北京修訂法律館公布民律草案。但在國民政府從廣州北伐的聲威之下，這個草案未得一般法學界重視。

七、中國社會的變革

辛亥革命建立亞洲第一個民主國家。政治制度雖有更換，社會的影響尚不顯著。民國三年至七年，歐戰打了四年。俄國革命，蘇維埃政府崛起，而因於內戰。德國戰敗，英法諸國在中國的勢力也衰退了。惟有日本乘機逞其獨霸中國的野心，激起全國國民的反抗。在這個形勢之下，國民經濟得以發達，民族自尊自信的精神更見蓬勃。

這時候，人口流動化與都市集中的趨勢已有見端，社會組織隨工業革命的進步而發生變動。民國八年五四運動之後，新文化運動接踵而起。這個運動在實質上就是個人主義對家族主義的沖激。

這個時期，婚姻問題，婦女問題，家庭問題，衝挾家族倫理的藩籬，演成知識青年思想、意志與行動集中尋求解答的課目。

自民國八年北京學生的五四運動，至民國十四年上海勞工界的五卅運動，是個人主義轉向社會主義的歷程。這一轉向，更增強社會變革的速率，且擴張其幅度。

八、宗法遺制之改革

民國十五年，北伐之役是戰爭，更是革命。北伐成功，國家統一。國民政府着手擬訂民法法典。先是國民政府法制局編纂親屬法與繼承法兩草案。繼而立法院將總則、債權、物權三篇制定，由國民政府公布實施，然後制定親屬與繼承兩篇，付諸頒行。

民國十七年，法制局編纂親屬法，計有兩種草案：其一採取改革策，

其二採取整理策。

整理策的親屬法草案，沿襲清末民初的民律草案及大理院判例，參訂為完整系統。其起草人是黃右昌先生。黃先生為此致函上海商務印書館，索取民十五拙著親屬法大綱一書，為其參考。

改革策的親屬法草案則以廢除宗法主義的遺制為宗旨。即如廢除宗親與外親的區分，改取羅馬法的親系親等計算法，廢除家制，禁止中表婚等。

民國十九年，國民政府立法院制定民法親屬篇，取法制局的改革案，略予折衷。即如保持家制，容許中表婚等。

現行民法即是民國十七年至十九年立法院制定，國民政府公布實施的民法法典。綜計其立法政策，是從個人主義轉向社會連帶主義的中道。親屬篇顯然是個人主義與家族主義中道的折衷。

九、法的固定性與適應性

社會是什麼？社會是法律加經濟。經濟是社會生活的實質，法律是社會組織的形式。

隨工業革命的進展，而人口集中都市的趨勢愈見顯著。家族制度瓦解的傾向也漸見普及。親屬法改制，適用於都市雖然合理，適用於鄉村仍然格格難通。因為都市裡的家所向伴侶式的小家庭；鄉村裡的家仍是生產、職業、教育、敬天尊祖的組織之大家族。

民法親屬篇有其固定性，也有其適應性，却少強制性。新親屬法未嘗頒發命令，強要鄉村農夫分家與離婚以仰體民法。反之，新親屬法以明文定家制，以適應小家庭，也寬容大家族。正因為新親屬法不願拆散民間通行的中表婚，所以保留中表婚的禁令，明著寬容的但書。

其法條不能適應民俗之情事，更有賴法院的判決與判例，為之調和與調整。民國二十年，我在南京司法官訓練所講授親屬法，解說法的固定性與適應性，特別指出親屬法不盡符合社會組織的條款，只是抽象的公平，必須審判官在判案時，力求其無悖於民俗與民情，加以調和與調整，方纔可得具體的公平。

十、國之本在家

至民國三十八年，匪勢披猖，政府為繼續作戰，待機反攻，而遷到台灣。台灣的建設事業與工業革命，從苦難中獲得長足的進展。人口之都市集中，是顯著的趨勢，制度的家族分解為伴侶的家庭的傾向，也漸見顯明。

總統 蔣公手著「民生主義育樂兩篇補述」，分析中國家族制度及其演變的歷程，指出人生自出世至喪亡，從前一切都屬於家族問題，今後一切都成為社會問題。剴切明晰，為立法與用法各方所當鄭重參證。

總統 蔣公在分析由大家族分解為小家庭的趨勢的時候，再三申明國之本在家的宗旨。今日民法特別是親屬篇修正案，對於家為國本的宗旨，未知其注意否。我們今日評論親屬法修正案，似可援引這個旨趣為立論的準繩。

核子兵器與世界地略

胡小池 著
定價：二二〇元

一千世紀以來，人類逐漸征服天空，戰略地理學家對於陸權及海權的思想，隨著世界地略形勢，產生許多革命性演變。核子武器的發展，加上發射具不斷增加速度的快捷，以往地理學的觀念，已有許多缺點。即如作者在書中強調，過去教授地理方法，最致托地圖的扭曲下，我們腦子裡將這個世界分成許多大陸和海洋，而忘却地球整體性、統一性。

作者介紹德國卡爾、法斯霍佛博士的地略學主義，將全球的政治地理學、歷史學、種族學、地質學、經濟學、社會學、心理學及其它許多科學，綜合研究探討，從而分章討論太平洋、印度洋、地中海、波羅的海、蘇伊士運河、土耳其海峽、大西洋、加勒比海、北極海、東南亞、蘇俄、西伯利亞的地略價值。書後并附核子兵器與美蘇戰略的分析，深入淺出，易讀易懂，誠為現代人不可或缺的參考知識。

臺灣商務印書館 發行

楊亮功等四十五位集體創作！

我所認識的王雲五先生

初版瞬告售罄 再版繼續供應

當代傳奇人物之真人實事！

啓示人生歷程之追求方向！

本書初版發行不及三月，瞬告售罄，足見 雲五先生之學識、品德、成就廣為讀者所敬仰。讀畢全書可體會雲五先生成功之關鍵，並啓示對人生追求之方向。本書初版問世後，續奉大作三篇，茲補刊發行，合共四十九篇，皆從各種不同角度，據實撰述一位苦學成功偉人的寫照，亦為一部創業奮鬥的寶鑑。

精裝本二一六元 平裝本 一六八元

—全國各大書店均有出售—

臺灣商務印書館 發行

臺北市重慶南路一段卅七號
郵政劃撥帳戶一六五號