

萬有文庫

第一集一千種

王雲五編

中國親屬法溯源

徐朝陽著



商務印書館發行

萬有文庫

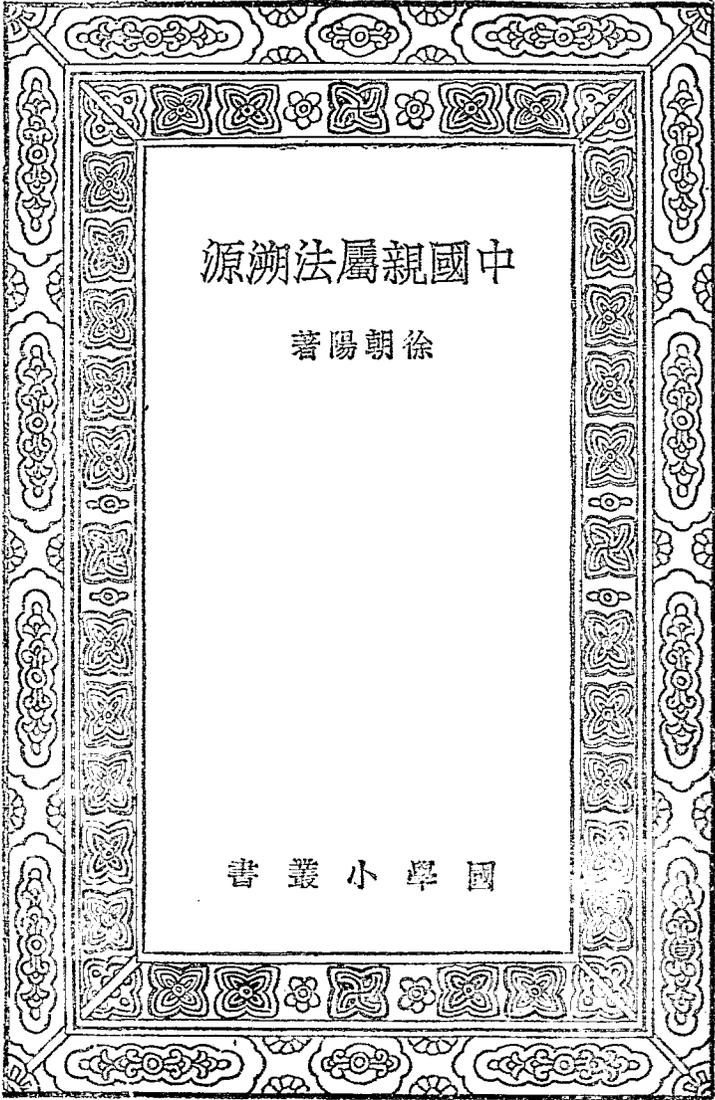
第一集一千種

總編纂者

王雲五

2121.6

w) 7/255 039591



中國親屬法溯源

徐朝陽著

國學小叢書

鍾序

古之法律，其發達最早者，刑法而外，厥爲親屬法。誠以人類社會，實以家爲基礎；親屬者，又卽家之基礎也。試就虞書觀之，協和萬邦，先親九族，司徒立教，首重人倫，降至姬周，典章益備，舉凡父子之親，長幼之序，夫婦之別，莫不斟酌悉當，立有常經；雖係禮制之範圍，而具有法之性質焉。是以吾人修習親屬法，對於東西各國最近之立法例，固當廣搜博採，以求進步；而本國歷史上已往之法制，尤須窮原竟委，以明其遞嬗之由來。蓋親屬法者，與物權債權法異，各國不能勉強從同，皆有不得已之故，非稽之古籍，其特殊性質，必不能瞭如指掌也。否則不審國情，舉他國制度，貿然移植，所謂橘踰淮而爲枳者，轉且爲紊亂風俗之源矣。同學徐君朝陽有鑒於此，特編成中國親屬法溯源一書。旁徵博引，闡發無遺。吾知此書付梓，必能風行一時，其予助力於研究法學者，豈淺鮮哉！讀竟，故樂爲之序。

中華民國十五年八月江寧鍾洪聲

自序

人事事項，歐美各國恆執法律以相繩。我國則讓諸禮制。如周禮、儀禮、禮記、諸書，條分縷舉，言之綦詳，後世式遵，遞遺勿替。洎唐有六典，明有通典，清有通禮會典，於尊卑名分之防，上下等級之辨，以及婚姻喪祭之儀文，益復詳細規定，以爲朝野共由之法則；雖名禮制，實亦有法律之性質存焉。考我國自有史以來，禮樂兵刑之制，田賦學校之規，上起唐虞，下迄近代，史乘所載，粲然可觀。惟憾私法之觀念獨爲幼稚，究其原因，良由我國民族特性側重刑法使然。蓋自虞舜之世，皋陶作士，粗定法制；其後夏有禹刑，商有湯刑，周有九刑。降及春秋，齊有軌里連鄉之法；晉有被廬之法；楚有茅門及僕區之法。刑書之鑄，更熾一時，髣髴羅馬之銅標十二律。其時如管子、鄭僑、李悝、鄧析、商鞅、韓非之徒，均能用法而得法外意者。秦漢而後，法律漸臻詳備，遂日新月異而歲不同。惜均屬刑罰法一門，而於私法略而不定，或定而不詳，識者慨之。夫我國之私法早具雛形，特混於禮制之中，而未獲獨樹一幟。夫是以法家言法禮家言禮，二派排軋，自相水火；致令國家人民所共同遵守之法規，遂歧而爲二：一偏於法

律，視禮教爲繁文；一偏於禮教，視法律爲末務，涇渭異流，恆扞扞而不相入；遂使包藏富有私法性質之禮制，久淪爲社會法規，未克早成國家規則，坐視刑法成名，外邦景慕，私法雖早發達，隱而不彰。謂民法爲非我國古代之產物，深可慨矣！愚懷憾至久，謹按現行法之編制，考古代之遺規，非敢云摘發數千載之蘊藏，實欲藉以引起大衆之研究，茲畱之作，職此之由。

考各國民法法典之編制，不外羅馬式與德國式二種。羅馬之編制，係以家族制爲基礎，以人之身分關係爲私權所從出，特將親屬關係編入民法卷首，與私權享有及能力失蹤等法規合併而爲人事編；卽以此編爲民法全體共通之事項，不另有總則之規定。迨後德意志等國編纂法典，始改其制，以親屬別爲一編，列諸債權物權之後，繼承之前，僅私權享有及能力失蹤事項等法規，弁諸卷首，名爲總則，由是民法法典遂有兩種編制焉。日本現行民法採用德國式。我國民律草案亦然。至如古代，愚本擬仿照草案編制，稽考古時法規，分總則，債權物權，親屬，繼承五編。然苦秦火燬焚，書多灰燼；粵稽古籍，考證爲難。禮書所載，親屬較詳，衡諸茲制，包羅備有，故先草此編，餘惟俟諸異日。

神州奧區，開化獨早，政治學術，炳然稱盛，持較域外，縱長短互著，得失懸殊，要亦一代之精英也。

世之急功利者，儀型西邦，夷毀舊藝，弁髦六經之冊，趨鶩象胥之學，流風所煽，海內皆然。然物極必反，剝極必復，國故之學，至今日漸形復活，國內諸儒，研究宏多，伊予小子，學識淺陋，門奧未窺，奚敢侈談國故，竊取美名，遺譏大雅。但以既習法律，攻苦於斯，暇輒翻閱典籍，涉覽禮經，鉤稽所謂有法律性質者，筆之於書，久而哀然成帙，用備自覽，不敢示人。丙寅秋，道經武林，學友阮毅成、錢英夫、婦見之，謬承伽嚙，力勸付梓。謂：夫世界法系，大別有五，卽羅馬法系、回教法系、印度法系、英法系；及中華法系是也。回教、印度兩法系，迄今衰微不振，英法系爲不成文法國，無論矣。羅馬法系自法德兩國繼受於後，成法法德法兩系，至今繁榮於歐亞諸國。誠能比較研究，棄其糟粕，摘取精華，藉以灌輸吾國民之智識，並以供改革設施之方針，尙矣！至若以西歐治學之方法，搜討吾國之文獻，參稽諸制，撫拾羣言，考古昔之禮制，溯法律之淵源，俾知吾先哲所艱難締造者，影響於近世爲何若，而謀有以發揮光大之，又吾儕之職責也。今吾子於讀律之暇，肆力於斯，既有成矣，宜付殺青，以公衆覽，並藉以求正於當世，收攻錯於他山，縱個人思想時有變更，不妨異日再加修正，奚愧慙爲？爰誌其言，將原稿呈舅氏陳夢九先生鑒定，用付手民，冀冗漏略，自知不免，幸海內君子進而教之，中華民國十五年秋月徐朝陽識。

中國親屬法溯源

鍾序

自序

目次

第一章 親屬之名稱	一
第二章 親屬	三
第一節 親屬之範圍	三
第一款 宗親	三
第二款 外親	一
第三款 妻親	一
第二節 親系及親等	一七
目次	一九

第三節 親屬關係之發生及消滅	五五
第三章 家制	六四
第一節 總說	六四
第二節 家長	六八
第三節 家屬	七四
第一款 家屬之權利	七四
第二款 家屬之義務	七六
第四章 婚姻	七九
第一節 總說	七九
第二節 婚姻之形式	七九
第三節 婚姻之成立	八四
第一款 實質上之要件	八四

第二款	形式上之要件	一〇二
第四節	婚姻之限制	一〇二
第五節	婚姻之儀注	一一二
第六節	婚姻之效力	一一八
第一款	關於身分上效力	一一八
第二款	關於行爲上效力	一二一
第三款	關於財產上效力	一二三
第七節	婚姻之解除	一二五
第五章	親子	一三三
第一節	總說	一三三
第二節	嫡子	一三三
第三節	庶子	一四二

第四節 私生子……………一四六

第五節 嗣子……………一四七

第六節 養子……………一五二

第六章 宗法考證……………一五七

中國親屬法溯源

第一章 親屬之名稱

嘗考日本親族法以族通稱於各種親類，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。歐美亦然，日蓋仿自歐美也。中國有親族無親族律之稱。律例中凡親族二字，專指同宗族之親而言；若包括族親姻親之全體，則用親屬二字。所謂親族者，不過親屬中之一種而已。親屬二字，確有所本，試溯言之，如明律妻與夫親屬相毆條注，於親屬兼指本宗外姻，所謂本宗，即五服以內之宗親，雖夫婦亦得包括在內；所謂外姻，則統指母黨之親，妻黨之親，是舊律用語，實為各種服親之通稱，可無庸疑。若徵諸經史，則禮記有親屬二字並言者，如：

『六世親屬竭矣。』（大傳）

茲就親屬二字之意義，於吾國書籍所言者，舉之如左：

劉熙釋名云：

『親，襯也，言相隱襯也。』

增韻云：

『媯也。』

禮記云：

『親者，屬也。』（大傳）

次釋屬。說文云：

『連也，從尾。』徐曰：『屬相連續，若尾之在體，故從尾。』

劉熙釋名云：

『屬，續也，恩相連續也。』

鄭箋云：『屬者，昭穆相次序也。』

鄭箋所云，似專指同宗親屬而言；蓋同宗然後有昭穆，異姓無所謂昭穆。不若禮記賈疏謂有親者各以其屬而爲之服，可包括一切也。

第二章 親屬

第一節 親屬之範圍

親屬關係成立之原因，由於婚姻與血統。因血統而宗親之關係以生；因婚姻而外親、妻親之關係以生。故民律草案分親屬之種類，爲宗親、外親、妻親。實則爾雅釋親，亦分宗族、母黨、妻黨數種。古今相同，分款述之。

第一款 宗親

宗親者，指同一祖先所出之男系血統也。宗親之範圍，考諸經典，暨歷代之法制，皆以九族爲斷。
尙書云：

『克明俊德，以親九族。』（堯典）

集傳謂：明明之也，俊大也，九族高祖至元孫之親。則古代宗親之規定，與近世脗合，可無疑義。若於固杜預諸人之解釋，則有異乎是。如孟堅云：

『尙書曰：「以親九族。」族所以九何？九之爲言究也；親疏恩愛究竟也。謂父族四，母族三，妻族二。父族四者，謂父之姓一族也，父女昆弟適人有子爲二族也，身女昆弟適人有子爲三也，身女適人有子爲四族也。母族三者，母之父母一族也，母之昆弟二族也，母昆弟之子三族也。母昆弟者，男女皆在外親，故合言之。妻族二者，妻之父爲一族，妻之母爲二族。』（白虎通九族）

則所云九族，不以同姓爲限。杜預亦解：

『九族謂外祖父，外祖母，從母子，及妻父，妻母，姑之子，姊妹之子，女子之子，并己之同族，皆外親有服，而異族者也。』（左傳桓公六年注）

班杜二氏之解釋，與尙書所註迥殊。然後人賈公彥陳祥道李格非諸人均以本宗之高宗至玄孫爲九族，顧炎武亦贊成尙書孔傳，而痛駁元凱所云。（參看顧炎武日知錄九族）誠正論也。且九族之爲同姓，於左傳亦有所證，特元凱疏忽而未之思耳。左傳云：

『二華，戴族也。司城，莊族也。六官者，皆桓族也。』（成公十六年）

他如周禮小宗伯掌三族之別名，喪服小記說族之義曰：『親親以三爲五，以五爲九。』以此言之，可

知高祖至玄孫爲九族，更屬顯然。又考左傳襄公十二年杜注云：

『同族謂高祖以下。』

是九族爲本宗，更無庸疑義。元凱抑何矛盾如此！

細釋古書記載，堯典九族之制，確爲古代所同遵。尊屬自高祖，卑族迄元孫，若元孫以下其情已疏，不能認爲有親屬關係。試先閱爾雅云：

『父之考爲王父，王父之考爲曾祖王父，曾祖王父之考爲高祖王父，子之子爲孫，孫之子爲曾孫，曾孫之子爲玄孫，玄孫之子爲來孫，來孫之子爲昆孫，昆孫之子爲仍孫，仍孫之子爲雲孫。

——宗族。』（釋親）

劉熙釋名釋親屬云：

『祖，祚也，祚物先也。又謂之王父，王睢也，家中所歸往也。……曾祖從下推上，祖位輪增益也，高祖高臯也，最在上臯輶諸下也。孫，遜也，遜在後也。曾孫義如曾祖也。元孫，元懸也，上懸於高祖，最在下也。元孫之子曰來孫，此在無服之外，其意疏遠，呼之乃來也。來孫之子曰昆孫，昆貫也，恩情

輸遠，以禮貫連之耳。昆孫之子曰仍孫，以禮仍有之耳，恩實遠也。仍孫之子曰雲孫，言去已遠，如浮雲也。」

故自己而下推之玄孫爲有親屬關係。若玄孫之子來孫，則在無服之外，雖有親之名，實不能認爲有親屬關係也。茲舉其證，史記孟嘗君傳云：

「承間，問其父嬰曰：『子之子爲何？』曰：『爲孫，』「孫之孫爲何？』曰：『爲元孫，』「元孫之孫爲何？』曰：『不能知也。』」

則元孫之子不認爲親屬關係，確無可疑。故爾雅稱元孫之子爲來孫，劉熙釋名謂在無服之外，來孫之下，更無待言。夫親屬之有無親屬關係，純由禮俗或法律所擬制，而親屬本體上，初非有天然之界限。九族固爲親屬也，然再由高祖以上溯至數十世，數百世；玄孫以下，推至數十世，數百世，又何嘗非同一血系？則卽不能不認爲親屬。真有如顧炎武所云：

「九廟之子孫，其族五十有九；光皇帝一族，景皇帝之族六，元皇帝之族三，高祖之族二十一，太宗之族十有三，高宗之族六，中宗之族四，睿宗之族五，此在元宗之時，已有七族。中睿二宗，同爲

一世。若其歷世滋多，則有不止於九者。」（日知錄九族）

若於旁系親屬更擴充無已，將同國之人，無一非黃帝之子孫，當一一而認爲親屬。情誼疏闊，等諸路人，與實際上不認爲親屬，毫無所異，無寧從略。爾雅有來孫，暵孫，仍孫之名，劉熙所釋，謂爲「皆爲娶晚死壽考者言也。」（釋名釋親屬）而孔穎達爰引古代三十而娶之義，斷高祖玄孫無相及之理。是族不得而九，須減二族矣。

其言云：

「又鄭玄爲昏，必三十而娶，則人年九十，始有曾孫。其高祖玄孫無相及之理；則是族終無九，安得九族而稱之？」（左傳桓公六年疏）

經言三十而娶，孔子云言其極也。故三十而娶之制，實際上未必遵行。則如三十而娶，以云高祖玄孫無相及之理，不知高祖之兄弟與元孫之兄弟，固可以相及也。總之，經典以九族定宗親之範圍，實酌量恩情爲此規定，洵稱至當。民草亦輿稽古典，遠仿遺規，較諸各國堪稱特色。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，則置諸族親範圍外。若九族制度，則專從實際著想也。

以上所述，僅就血統上之宗親言之。若本無血統連絡之關係，而因法律之規定，與血統上之宗親有同一地位者，是謂之擬制上之宗親。茲所舉者，共有二種，述之如左：

一 嗣子與嗣父母之間

立嗣之制度，當於親子章論之。嗣子與所嗣父母，本無親子關係，法律模擬其親生子，假定其爲所嗣父母之子也。即人的作用，而爲法律所認，故亦稱法定之宗族。現代民草親屬編，嗣子與嗣父母間之關係，規定於一千三百二十條。在古代爲何如？儀禮喪服云：

『爲人後者。傳曰：何以三年也？受重者，必以尊服。……爲所後者之祖父母妻，妻之父母昆弟之子若子。』

疏釋云：何以三年者，以生已父母三年，彼不生已，亦爲之三年，故發問。傳云：受重者必尊服，服之者答辭也，云爲所後者之祖父母已下之親。至若子，謂如死者之親子，則死者祖父母，則當已曾祖父母齊衰三月也。妻謂死者之妻，即後人之母也，妻之父母，昆弟，昆弟之子，並據死者妻之昆弟昆弟之子，於

後人爲外祖父母，及舅，與內兄弟，皆如親子，爲之著服也。據此，可知嗣子與嗣父嗣母固生親屬之關係，至若嗣父之宗親，外親等，嗣子對之，亦應生親屬關係。與現代民律草案一千三百二十條之所規定云：「嗣子從承繼日起，其親屬關係，與所嗣父母之親生者同。」又何以異？

二 繼子與繼母之間

繼子繼母間，認爲有準血族之關係。蓋夫婦一體，於夫爲何等親屬者，卽於妻爲何等親屬；夫婦間不能有所歧異，則爲夫之子者，自不可不爲妻之子也。如儀禮喪服云：

「繼母如母。傳曰：繼母何以如母？繼母之配父，與因母同，孝子不敢殊也。」

疏釋云：傳發問者，以繼母本是路人，今來配父，輒如己母，故發斯問。答云：繼母配父，卽是拌合之義，既與己母無別，故孝子不敢殊異之也。就此衡諸民律草案第一千三百二十條第二項所云：「子於繼母嫡母之親屬關係，與其所親生者同。」又何以異？

繼母云者，先妻之子於父之後妻所發生之名分也。繼父云者，父死後，母爲再嫁，率其子入於後夫之家，子於母之後夫所發生之名分也。日本民法規定，繼父與繼子之間，亦與親子間生同一之親

屬關係。(日民七百二十八條)若我國古代於繼父間，不生宗親關係，所云同居服齊衰期，異居服齊衰三月者，蓋以恩深之故。如儀禮喪服云：

「繼父同居者，傳曰：何以期也？傳曰：夫死妻穉子幼，子無大功之親，與之適人，而所適者亦無大功之親，所適者以其貨財爲之築宮廟，歲時使之祀焉，妻不敢與焉，若是則繼父之道也。同居則服齊衰期，異居則服齊衰三月。」

鄭氏注謂：妻穉，謂年未滿五十；子幼，謂年十五已下。子無大功之親，謂同財者也。爲之築宮廟於家門之外，神不歆非族，妻不敢與焉，恩雖至親，族已絕矣。故子隨母出嫁，子與繼父不生宗親關係，已可明瞭矣。而同居異居之解釋，則又何如？賈疏云：

「子家無大功之內親，繼父家亦無大功之內親；繼父以財貨爲此子築宮廟；此子四時祭祀不絕，三者皆具，卽爲同居。子爲之期以繼父恩深故也。云異居，則服齊衰三月，必嘗同居，然後爲異居者。此一節論異居繼父。言異者，昔同今異，謂上三者若闕一事，則爲異居；假令前三者仍是具，後或繼父有子，卽是繼父有大功之內親，亦爲異居矣。如此父死爲之齊衰三月。」

同居異居，儀禮喪服特書規定云：

『必嘗同居，然後爲異居；未嘗同居，則不爲異居。』

禮記亦云：

『繼父不同居也者，必嘗同居，皆無主後，同財祭其祖禰爲同居；有主後者，爲異居。』（喪服小

記）

就此若未嘗同居，子對於繼父無服可知。如賈疏喪服云：

『云必嘗同居，然後爲異居者；欲見前時三者具爲同居；後三者一事闕，卽爲異居之意。云未嘗同居，則不爲異居；謂子初與母往繼父家；或繼父有大功內親；或已有大功內親；或繼父不爲己築宮廟，三者一事闕，雖同在繼父家，亦名不同居繼父，全不服之矣。』

第二款 外親

外親指由女系血統相連續者，言別於宗親與妻親也。歐美與日本父母同視，無宗親外親之分。我國重男統，而不重女統，男統名之爲宗親；女統別之爲外親，實我國之特例也。稽考其自，推究淵源，

蓋自爾雅有母黨之明文，言禮者據之以立說；言律者因而訂定律例，以母黨爲外親，別立外親服制之圖。而細繹服圖，其間並載有姑之子孫，自非專屬母黨可知。質言之，凡女系血統相連續者，除宗親與妻親外，均包含之。參閱民草第一千三百二十一條而可知也。茲將古書之言外親者，拉雜考之如左：

爾雅之言母黨者如左：

「母之考爲外王父，母之妣爲外王母。母之王考爲外曾王父，母之王妣爲外曾王母。母之舅弟爲舅，母之從父舅爲從舅。母之姊妹爲從母，從母之男子爲從母舅弟，其女子爲從母姊妹。」

母黨。（釋親）

實古代亦已有外親之名。服制之如何，又明文別於宗親。如儀禮云：

「外親之服皆總也。」（喪服）

曷以外親之服皆總？因：

「以其異姓，故云外親。以本非骨肉情疏，故聖人制禮無過總也。」（賈疏）

外親之服，既無過總，而閱禮經所載，凡在己尊統上者，又曷以言小功？蓋以有母名，故加至小功。若母之姊妹，如儀禮云：

『從母丈夫婦人報，傳曰：何以小功也？以名加也。』（喪服）

若母之父母，則以母之所生，情重而尊，亦加至小功。如儀禮云：

『爲外祖父母，傳曰：何以小功也？以尊加也。』（喪服）

若母之兄弟爲舅。（爾雅）漢劉熙釋名亦云：

『母之兄弟曰舅。舅，久也，久老稱也。』（釋親屬）

母之姊妹爲小功，注稱以母名加也。若然，母之兄弟，應小功，外親服圖亦定小功，而儀禮乃云總。如喪服云：

『舅（鄭註母之昆弟）傳曰：何以總？從服也。』

若舅之子，亦與舅相同，此不可解者也。如云：

『舅之子，傳曰：何以總？從服也。』（喪服）

舅之子，與姑之子同名曰甥。如爾雅云：

『姑之子爲甥，舅之子爲甥。』（釋親）

故姑之子亦總。如儀禮云：

『姑之子。傳曰：何以總報之也。』（喪服）

若從母之子，卽俗謂兩姨之子，亦爲之總。如喪服云：

『從母昆弟。傳曰：何以總也？以名服也。』

漢劉熙釋名云：

『母之姊妹曰姨，亦如之。禮謂之從母。』（釋親屬）

至若姊妹之子曰甥，服總。如儀禮云：

『傳曰：甥者，何也？謂吾舅者，吾謂之甥。何以總也？報之也。』（喪服）

爾雅名甥爲出。如釋親云：

『男子謂姊妹之子爲出。』

劉熙釋名亦云：

『姊妹之子曰出，出嫁於異姓而生之也。』（釋親屬）
故可知外甥，在古代亦名之爲出。古書之言出者，如左傳云：

『陳厲公，蔡出也。』（莊公二十二年）

『申侯，申出也。』（僖公七年）

『康公，我之自出。』（成公十三年）

『我周之自出。』（襄公二十五年）

『桓公之亂，蔡人欲立其出。』（同上）

『晉平公，杞出也。』（襄公二十九年）

『莒去疾奔齊，齊出也；展與吳出也。』（襄公三十一年）

『徐子，吳出也。』（昭公四年）

公羊傳云：

第二章 親屬

「接當，晉出也。纓且，齊出也。」（文公十四年）

「叔孫豹鄆世子巫……叔孫豹則曷爲率而與之俱蓋舅出也。」（襄公十五年）

史記云：

「晉襄公之弟名雍，秦出也。」（秦本紀）

禮記論從服有六種，第一爲屬從。如大傳云：

「從服有六，有屬從。」

鄭注屬從云：

「子爲母之黨。」

子於母黨爲從服，故母在則從服；若母不在，則不服矣。如儀禮云：

「君母之父母從母。傳曰：何以小功也？君母在，則不敢不從服；君母不在，則不服。」（喪服）

不在云者，死或被出也。若君母死，如禮記云：

「爲君母後者，君母卒，則不爲君母之黨服。」（喪服小記）

君母係卽父之適妻，非生母（鄭注）從母，前已言之。此言庶子爲君母，蓋與適子同。（鄭注）而嫡子於母之父母，從服與不服，從可知矣。若爲人嗣子，則與外祖父母及母之兄弟母之姊妹消滅親屬關係，當然不爲服。如儀禮云：

『庶子爲後者，爲其外祖父母從母舅無服。』（喪服）
蓋與出母從同。參看親屬關係之發生及消滅章。

第三款 妻親

妻親爲夫由婚姻而與妻之本生親屬間所生之親屬關係也。考歐美與日本之法律，夫婦關係，既經成立，其夫婦一方，對於配偶者之本生親屬間所發生之親屬關係，均稱之爲姻親。我國現代法例因採夫妻一體主義之結果，故與各國不同。以愚考之，實蓋淵源於爾雅妻黨之文。爾雅云：

『妻之父爲外舅，妻之母爲外姑。姑之子爲甥，舅之子爲甥，妻之舅弟爲甥，姊妹之夫爲甥，妻之姊妹同出爲姨。女子謂姊妹之夫爲私。男子謂姊妹之子爲出。女子謂舅弟之子爲姪，謂出之子爲離孫。謂姪之子爲歸孫。女子之子爲外孫，女子同出謂先生爲妯，後生爲娣。女子謂兄之妻爲

嫂，弟之妻爲婦。長婦謂稚婦爲娣婦，娣婦謂長婦爲姒婦。——妻黨。』（釋親）
爾雅所云妻黨如此。其中有無不合於今日所謂妻親，姑不具論。茲略舉其服制如左：
爲妻父母總服如儀禮云：

『妻之父母。傳曰何以總從服也。』（喪服）

妻爲其父母齊衰，而夫從妻乃總服，是從重而輕也。故禮記云：

『有從重而輕，爲妻之父母。』（服問）

壻既從妻而服妻之父母，妻之父母亦報之。如儀禮云：

『壻。傳曰何以總也報之也。』（喪服）

禮記載有聞妻兄弟之喪，而未往弔時之禮。如檀弓云：

『妻之昆弟爲父（妻之父）後者死。哭之適室，子爲主袒免，哭踊，夫入門右，使人立於門外告來者，狎則入哭。父在（己之父）哭於妻之室；非爲父後者，哭諸異室。』

古代公認納妾制度，與現代法例認一夫一妻制者不同。妾之地位，雖較妻爲卑，然既有妻親，即

應有妾親矣。考之禮經，實屬不然。妾爲夫家持服，如爲妻，則

「妾爲女君。傳曰：何以期也？妾之事女君，與婦之事舅姑等。」（儀禮喪服）
爲其子，則：

「公妾大夫之妾爲其子。傳曰：何以期也？妾不得體君，爲其子得遂也。」（同上）

若爲其父母，則：

「公妾以及士妾爲其父母。傳曰：何以期也？妾不得體君，得爲其父母遂也。」（同上）

而無爲妾之父母，妾之兄弟，持服之記載，則無親屬關係，可無疑義。細繹民律草案雖有妾名之可據，而無認爲親屬之規；蓋因妾之關係，非由正式婚姻發生，於法理上自無親屬之可言，古今一體也。

第二節 親系及親等

親系者，連繫親屬間之系統也。親系由本支而有直系旁系之分；直系者，卽由同一祖先而直下之關係；父母，祖父母，曾祖父母，高祖父母，是由我直上之直系親；子孫，曾元，是我直下之直系親。旁系親者，由同一祖先分歧而下之關係也。禮記喪服小記有上殺下殺旁殺之文，則上殺下殺之爲直系

親；而云旁殺，即指旁系親而言，亦無庸疑義也。

在宗族之中，又有尊屬，卑屬之區別：尊屬親者，系統上居於自己之上位，即爲自己所自出之血族；如父母，祖父母是。卑屬親者，系統上在自己之下位，即由自己所出之血族；如子，若孫是。以上所舉，係就直系親者言之。其他若旁系之尊卑屬，可以類推而知也。禮經有上殺下殺之文，孔疏喪服小記云：

『上殺者，據已上服父祖而減殺；下殺者，謂下於子孫而減殺。』
則上殺者之爲尊屬；下殺者之爲卑屬可知矣。

親等者，爲定親系之遠近，及親疏之標準者也。考歐洲親等計算，有羅馬法計算法，寺院法計算法兩種。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；如親子間爲一世，則爲一等親；祖父母與孫之間爲二世，則爲二等親，餘可類推。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。寺院法之計算法，於直系親屬間之計算，與羅馬法同。其旁系親之計算法，不合算雙方之世數，專算一方之世數而定親等，蓋與羅馬式異。

現代英國採用此法，而其他各國皆用羅馬式。我國民律草案則採用寺院式，規定第一千三百十八條。然我國古代規模亦已早具。如禮記云：

『親親以三爲五，以五爲九，上殺，下殺，旁殺，而親畢矣。』（喪服小記）

孔穎達疏稱：此一經廣明五服之輕重，隨人之親疏，著服之節。親親以三者，以上親父，下親子，并己爲三，故云親親以三爲五者。又以父上親祖，以子下親孫，鄉者三，今加祖及孫，故言五也。以五爲九者，己上祖下孫，則是五也。又以曾祖故親高祖，曾孫故親玄孫，上加曾高二祖，下加曾玄兩孫，以四籠五，故爲九也。上殺者，據己上服父祖而減殺；故服父三年，服祖減殺至期，以次減之，應曾祖大功，高祖小功，而俱齊衰三月者；但父祖及於己是同體之親，行依次減殺。曾祖，高祖，非己同體，其恩已疏，故略從齊衰，重其衰麻，尊尊也，減其日月，恩殺也，不可以大功小功，旁親之服加至尊，故皆服齊衰也。下殺者，謂下於子孫而減殺。旁殺者，世叔之屬，父是至尊，故以三年。若據祖期斷，則世叔宜九月；而世叔是父一體，故加至期也。從世叔既疏，加所不及，據期而殺，是以五月。族世叔又疏一等，故宜總麻，此外無服。此是發父而旁漸至輕也。又祖是父一體，故加至期，而祖之兄弟，非己一體，故加亦不及，據於期之斷殺，

便正五月。族祖又疏一等，故宜總麻。此外無服，是發祖而旁漸殺也。又曾祖據期本應五月，曾祖之兄弟，謂族曾祖，既疏一等，故宜三月。自此以外，及高祖之兄弟，悉無服矣。又至親期斷兄弟至親一體，相爲而期。同堂兄弟疏於一等，故九月。從祖兄弟，又疏一等，故小功。族之昆弟，又殺一等，故宜三月。此外無服。是發兄弟而旁殺也。又父爲子期，而兄弟之子，但宜九月，而今亦期者，父於子本應報以三年，特爲尊故，降至期。而兄弟之子爲世叔，本應九月，但言世叔，與尊者一體，而加至期。世叔旁尊不得自比。彼父祖之重，於義相降，故報兄弟子期；且己與兄弟之子，不宜隔異，欲見猶子之義與己子等，所以至期。故檀弓云：兄弟之子，猶子也，蓋引而進之是也。又同堂兄弟之子，服從伯叛無加，則從伯叔亦正報五月也。族兄弟之子又疏，故宜總耳。此發子而旁殺也。以上係孔疏所言。其云旁系親等較詳。吾人於此可知我國所認旁系親屬之最遠者，莫如族兄弟。然以寺院法旁系親計算法數之，則族兄弟亦得爲四等親。何也？由高祖遞降而下，曾伯叔祖父，族伯叔祖父，族伯叔父，族兄弟，以一世爲一等，其間本過四等；又由高祖遞降而下，曾祖祖父，父，己身以一世爲一等，其間亦不過四等。然寺院法親等相同時，只用一方之數定親等，不用雙方，故族兄弟爲四等親，旁系親盡此四等。若取羅馬法計算法，則須

依八等親爲限，如由族兄弟上溯至族伯叔，又爲一等；更由族伯叔父上溯至族伯叔祖父，復上溯至曾伯叔祖父，比至同源之高祖，已有四等；復由高祖下至曾祖祖父，比至己身，又爲四等，合算之，已與族兄弟是爲八等之旁系親。直系親只認四等，而於旁系親，反認八等，揆諸理論，豈得爲順。至直系親如前舉禮記喪服小記所載，親親以三爲五，以五爲九上殺下殺，均以四世爲止。則我國古代親等，直系旁系均以四等親爲止，於歐洲寺院式之親等計算法。在我國古代亦已具備其精神，可無疑義。降洎清代，服制有圖，區別更著；民律草案明規親等，斯義大明。以愚觀之，舊律服制圖，衍自喪禮；草案則遠採歐西，取處雖殊，其義惟一。溯自修訂新律，分途起草，法典未成，刑律先行實施，關於親屬之範圍，仍依據服制圖，規定於刑律第八十二條，不外求合社會習慣之意。卽草案用寺院法計算，因之宗親以四等爲限，亦未始與九族之制不相合，蓋古人定法，後世同遵，流傳數千年，遞遺勿替，去古雖遠，精意猶存。茲摘錄服制圖，及草案附圖所載，臚舉如左，以備考鏡焉。

服制圖

圖 總 服 喪

中國親屬法溯源

		斬衰 年 三			
邊 下 縫 不 之 爲 布 麻 麤 至 用					
		齊衰			
三 月	不 杖 期	杖 期	五 月		
邊 下 縫 之 爲 布 麻 麤 稍 用					
		大功 月 九			
之 爲 布 熟 麤 用					
		小功 月 五			
之 爲 布 熟 麤 稍 用					
		緦麻 月 三			
之 爲 布 熟 細 稍 用					

二十四

妻親服圖

妻為家長族服之圖

		妻祖父母 服無				家長祖父母 功小		嫡孫衆孫為庶 祖母小功五月	
妻之姑 服無		妻父母 麻總		妻伯叔 服無		家長父母 年期			
妻之姊妹 服無		己身為 總麻為婿		妻兄弟及婦 服無		妻外祖父母 服無		家長 三年斬衰	
妻姊妹子 服無		女之子 麻總		妻兄弟子 服無		為其子 年期		家長長子 年期	
		女之孫 服無				為其孫 功大		家長嫡孫 服無	
								家長衆子 年期	
								家長衆孫 服無	

三 父 八 母 服 圖

中國親屬法溯源

	兩無大功親謂繼父無子孫已身亦無伯叔兄弟之類齊衰期年	同居繼父	兩有大功親謂繼父有子孫自己亦齊衰三月							
	先曾與繼父同居	今不同居齊衰三月	不同居繼父	自來不曾隨母與	繼父同居無服	謂父死繼母再嫁他人隨去者	從繼母嫁	齊衰杖期		
謂自幼過	養母三斬年衰	房與人	謂妾生子女	嫡母三斬年衰	稱父之正妻	謂父娶	繼母三斬年衰	之後妻	謂所生母死父	慈母三斬年衰
			謂親母因父	嫁母一杖齊衰期	死再嫁做人	謂親母被	出母一杖齊衰期	父出者		
	謂父有子女妾嫡	庶母一所生子斬衰三年	子衰子齊衰杖期	謂父妾乳哺	乳母一麻總	者即奶母				

圖服親外

		母祖父母 服無			
	母之姊妹 功小	外祖父 功小	母之兄弟 功小		
堂姨之子 服無	兩姨之子 麻總	己身	母舅之子 麻總	堂舅之子 服無	
	姨之孫 服無	姑之子 麻總	舅之孫 服無		
		姑之孫 服無			

圖之服降宗本爲女嫁出

		高祖父母 齊衰 三月			
		曾祖父母 齊衰 五月			
	祖出 嫁無 服	祖在 室總 麻	祖父 母 年	祖兄 弟 總	
父堂 出 嫁無 服	父在 室總 麻	父出 嫁小 功	父在 室大 功	伯叔 父兄 功	父堂 兄 弟 總
堂	姊在 室小 功	姊出 嫁小 功	姊在 室大 功	己身	兄 弟 大 功
堂	姪在 室總 麻	出 嫁女 無 服	弟在 室大 功	兄 弟 子 大 功	堂 姪 總

徐乾學曰：古民質無有喪期，後代聖人因天地萬物有終始，而爲之制；有斬衰齊衰大功，小功緦麻之服，古今不能損益，百王不能同異，聖人所以經緯萬端，皆從此始也。（見讀禮通考）昔人之重視喪服之制可知矣。儀禮於服制條章縷舉，不厭繁典，規定服術有六，如禮記大傳云：

『服術有六：一曰親親，二曰尊尊，三曰名，四曰出入，五曰長幼，六曰從服。』

賈疏稱此經明服術之制也，一曰親親者，父母爲首，次以妻子爲伯叔，二曰尊尊者，君爲首，次以公卿大夫。三曰名者，若伯叔母及子婦，并弟婦兄嫂之屬也。四曰出入者，若女子子在室爲入，適人爲出，及出繼爲人後者也。五曰長幼者，長謂成人，幼謂諸殤。六曰從服，從服者，因婚姻之事實發生，其等有六，如禮記大傳云：

『從服有六：有屬從，有徒從，有從有服而無服，有從無服而有服，有從重而輕，有從輕而重。』

賈疏云：從服有六者，從術之中別有六種：有屬從一也，屬謂親屬，以其親屬爲其友黨，鄭云子爲母之黨是也，鄭舉一條耳，妻從夫，夫從妻，並是也。有徒從二也，徒空也，與彼無親空服彼之支黨，鄭云臣爲君之黨，鄭亦略舉一條，妻爲夫之君，妾爲女君之黨，庶子爲君母之親，子爲母之君母，並是也。有從有

服而無服三也。鄭引服問篇云：公子爲其妻之父母，其妻爲本生父母期，而公子爲君所厭，不得從服，是妻有服而公子無服，是從有服而無服，嫂叔無服亦是也。有從無服而有服四也。鄭亦引服問篇云：公子之妻爲公子之外兄弟也，公子被君厭爲己外親無服而妻猶服之，是從無服而有服，娣姒亦是也。有從重而輕五也。鄭引服問篇云：夫爲妻之父母，妻自爲其父母期爲重，夫從妻服之，三月爲輕，是從重而輕也。舅之子亦是也。有從輕而重六也。鄭引服問云：公子之妻爲其皇姑，公子爲君所厭，自爲母練冠，是輕其妻猶爲服期，是從輕而重也。就此可知古代服制變化，至爲奧妙。徐乾學曰：『先王之制禮也，將立大防，明大分，別嫌明微，其指遠，故用意不厭深眇；其慮周，故條章不厭繁典。於是貴貴之制，天子諸侯絕旁期，大夫是也；有嚴父之訓，父在不爲母爲三年是也；有尊統之制，父爲長子三年大夫不降其宗子是也；有從一之制，婦人不貳斬是也；有辨分之制，庶公子厭降其所生母是也；有示別之制，叔嫂無服是也。』（見讀禮通考）所謂有恩，有理，有節，有權，載有儀禮，唐宋以還，代有損益，或重而輕，或輕而重，或古有而今省，或昔略而後詳。貞觀之律，開元政和之禮，司馬氏之書儀，朱子之家禮，與夫明之集禮，孝慈錄，會典，莫不稱情立文，各有其義。徐氏乾學以分見諸書，考辨爲難，做國史

之表，列行排屬，釐然不棼，（見讀禮通考喪期表）實考禮者不可不一覽也。顧吾人今茲以古禮而考親屬制度，於本節尤不可不亟爲說明者，吾人不可完全以喪服之隆殺，而定其親屬關係之等級與其範圍。蓋古代爲宗法社會，家長權，親權，夫權至大，因此之結果，親屬間服制之規，遂有許多之變例，已如上舉。如若以父在不爲母三年，與父不爲衆子三年，則子於母之間與父於衆子之間，均非爲一等親，叔嫂無服，則無親屬關係，此其誤解，豈可道里計耶？故喪服關係與親屬關係相異之處，不可不亟究明也。草案臚列注意之點凡三事，茲摘於左：

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；則如妻親服圖所載：凡爲壻者惟對於妻之父母有服，將惟對於妻之父母可謂之妻親，其餘妻之兄弟及姊妹，均不得爲之妻親矣，是未免失諸過狹。細釋妻親服圖於妻之兄弟及婦之下，尙載有妻兄弟之子，然此四項之下，均注以無服二字。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，可想而知。而服圖必並載者，非申明服雖無服親，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，不以有服親爲限。凡列於圖內者，雖無服親，均謂之親屬，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，不應以有服親爲限。蓋服制圖於無服而尙列諸圖者，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，在室中皆有緦麻之服，出嫁後則無服；是出嫁之女既可以有服爲無服，則易起出嫁之女可由親屬變爲非親屬之疑。不知同宗之親族關係天然血統而生，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，雖或以有服爲無服，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，如子服父喪二年，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，卽此對於彼謂親屬，彼對此亦謂之親屬；子對父有撫養之義務者，父對於子亦有撫養之義務，其所定之範圍，但問親疏，不問尊卑也。

以上三者是草案標明喪服關係，與親屬關係相異之點。考所以然者：一爲禮教上問題，一爲法律上問題故也。二者之間，亟宜析辨，未可混淆。然必先有親屬之關係在前，而後生喪服之關係。蓋喪服之有無輕重，除上述諸種變例外，實以親屬之輕疏遠近爲衡也。茲將服制及民律草案親等圖，分列於後，以資參證。

服制

斬衰三年

子爲父母女在室并已許嫁被出而反在室者同子之妻同

子爲繼母爲慈母養母子之妻同（繼母父之後妻慈母謂母卒父命他妾養己者養母謂自幼過房與人者）

庶子爲所生母爲嫡母庶子妻同

爲人後者爲所後父母爲人後者之妻同

嫡孫爲祖父母及曾高祖父母承重嫡孫之妻同

妻爲夫妻爲家長同

齊衰杖期

嫡子衆子爲庶母嫡子之妻同（庶母父妾之有子女者父妾無子女不得以母稱矣）

子爲嫁母（親生父亡而母改嫁者）

子爲出母（親生母爲父所出者）

夫爲妻（父母在不杖）

齊衰不杖期

祖爲嫡孫

父母爲嫡長子及嫡長子之妻及衆子及女在室及子爲人後者

繼母爲長子衆子

前夫之子從繼母改嫁於人爲改嫁繼母

姪爲伯叔父母及姑姊妹之在室者

爲己之親兄弟及親兄弟之子女在室者

孫爲祖父母孫女在室出嫁同

爲人後者爲其本生父母

女出嫁爲父母

女在室及雖適人而無夫與子者爲其兄弟姊妹及姪與姪女在室者

女適人爲兄弟之爲父後者

婦爲夫親兄弟之子及女在室者

妾爲家長之正妻

妾爲家長父母

妾爲家長之長子衆子與其所生子

爲同居繼父而兩無大功以上親者

齊衰五月

曾孫爲曾祖父母曾孫女同

齊衰三月

元孫爲高祖父母元孫女同

爲同居繼父而兩有大功以上親者

爲繼父先會同居今不同居者（自來不曾同居者無服）

大功九月

祖爲衆孫孫女在室同

祖母爲嫡孫衆孫

父母爲衆子婦及女已出嫁者

伯叔父母爲姪婦及姪女已出嫁者（姪婦兄弟子之妻也姪女兄弟之女也）

婦爲夫之祖父母

婦爲夫之伯叔父母

爲人後者爲其兄弟及姑姊妹之在室者（既爲人後則於本身親屬服皆降一等）

夫爲人後其妻爲夫本生父母

爲己之同堂兄弟姊妹在室者（卽伯叔父母之子女也）

爲姑及姊妹之已出嫁者（姑卽父之姊妹姊妹卽己之親姊妹也）

爲己兄弟之子爲人後者

出嫁女爲本宗伯叔父母

出嫁女爲本宗兄弟及兄弟之子

出嫁女爲本宗姑姊妹及兄弟之女在室者

小功五月

爲伯叔祖父母（祖之親兄弟）

爲堂伯叔父母（父之堂兄弟）

爲再從兄弟及再從姊妹在室者

爲同堂姊妹出嫁者

爲同堂兄弟之子及女在室者

爲祖姑在室者（卽祖之親姊妹）

爲堂姑之在室者（卽父之堂姊妹）

爲兄弟之妻

洵爲嫡孫之婦

爲兄弟之孫及兄弟之孫女在室者

爲外祖父母（卽親母之父母）爲在堂繼母之父母庶子嫡母在爲嫡母之父母庶子爲在堂繼母

之父母庶子不爲父後者爲己母之父母爲人後者爲所後母之父母以上五項均與親母之父母

同服同外祖父母報服亦同其母之兄弟姊妹服制及報服亦與親母同姑舅兩姨兄弟姊妹服亦

同爲人後者爲本生母之親屬降服一等再庶子不爲父後者爲己母之父母服一項若己母係由人家所生收買爲妾及其父母係屬賤族者不在此例

爲母之兄弟姊妹（兄弟卽舅姊妹卽姨）其義服詳載爲外祖父母條下

爲姊妹之子（卽外甥）其義服詳載爲外祖父母條下

婦爲夫兄弟之孫（卽姪孫）及夫兄弟之孫女在室者（卽姪孫女）

婦爲夫兄弟之孫（卽姪孫）及夫兄弟之孫女在室者（卽姪孫女）

婦爲夫之姑及夫姊妹（在室出嫁同）

婦爲夫兄弟及夫兄弟之妻

婦爲夫同堂兄弟之子及女在室者

女出嫁爲本宗堂兄弟及堂姊妹之在室者

爲人後者爲其姑及姊妹出嫁者

嫡孫衆孫爲庶祖母（女在室者同）

生有子女之妻爲家長之祖父母

總麻三月

祖爲衆孫婦

曾祖父母爲曾孫元孫曾孫元女孫女同

祖母爲嫡孫衆孫婦

爲乳母

爲曾伯叔祖父母（卽曾祖之兄弟及曾祖兄弟之妻）

爲族伯叔父母（卽父再從兄弟及再從兄弟之妻）

爲族兄弟及族姊妹在室者（卽已三從兄弟姊妹所與同高祖者）

爲曾祖姑在室者（卽曾祖之姊妹）

爲族祖姑在室者（卽祖之同堂姊妹）

爲族姑在室者（卽父再從姊妹）

爲族伯叔祖父母（卽祖同堂兄弟及同堂兄弟之妻）

爲兄弟之曾孫及兄弟之曾孫女在室者

爲兄弟之孫女出嫁者

爲同堂兄弟之孫及同堂兄弟之孫女在室者

爲再從兄弟之子及女在室者

爲祖姑及堂姑及己之再從姊妹出嫁者（祖姑卽祖之親姊妹堂姑卽父之堂姊妹）

爲同堂兄弟之女出嫁者

爲姑之子（卽父姊妹之親子）其義服詳載爲外祖父母條下

爲舅之子（卽親母兄弟之子）其義服詳載爲外祖父母條下

爲兩姨兄弟（親母姊妹之子）其義服詳載爲外祖父母條下

爲妻之父母

爲壻

爲外孫男女同（即女之子女）其義服詳載爲外祖父母條下

爲兄弟孫之妻（即姪孫之妻）

爲同堂兄弟子之妻（即堂姪之妻）

爲同堂兄之妻

婦爲夫高曾祖父母

婦爲夫之伯叔祖父母及夫之祖姑在室者

婦爲夫之堂伯叔父母及夫之堂姑在室者（夫之堂姑即夫之伯叔祖父母所生也）

婦爲夫之同堂兄弟姊妹及夫同堂兄弟之妻

婦爲夫再從兄弟之子女在室同

婦爲夫同堂兄弟之女出嫁者

婦爲夫同堂兄弟子之妻（即堂姪婦）

婦爲夫同堂兄弟之孫及孫女之在室者

婦爲夫兄弟孫之妻（卽姪孫之妻）

婦爲夫兄弟之孫女出嫁者

婦爲夫之曾孫元孫及曾孫女之在室者

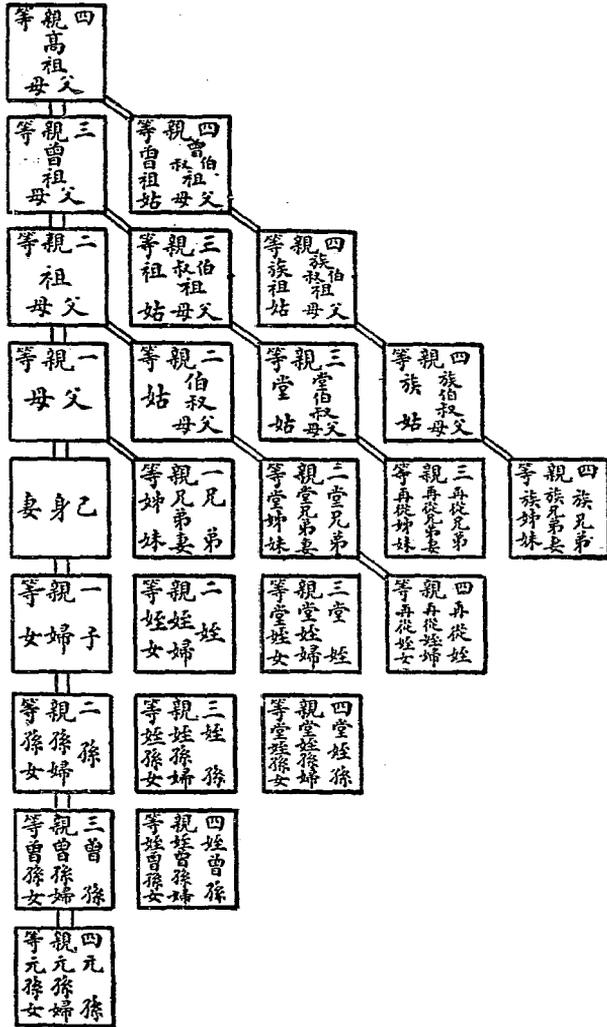
婦爲夫兄弟之曾孫（卽曾姪孫）曾孫女者

婦爲夫之小功服外姻親屬

女出嫁爲本宗伯叔祖父母及祖姑在室者

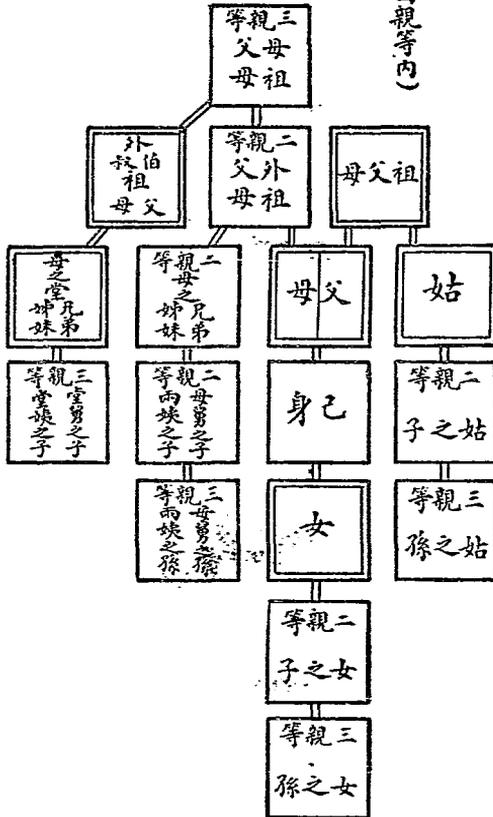
女出嫁爲本宗堂兄弟之子女在室者同

民律草案親等圖
(一) 族親親等圖

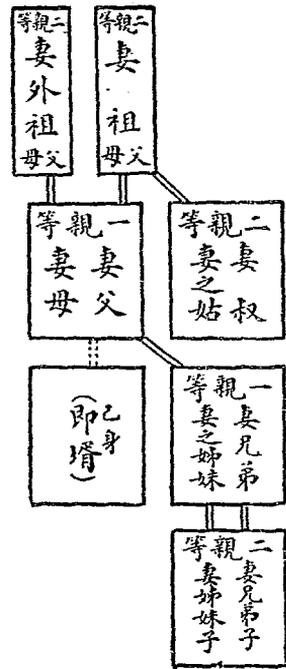


(二) 外親親等圖

(雙線格不在本圖親等內)



(二) 妻親等圖



茲就草案附圖內所載之親屬，列舉如左：

第一宗親

(一) 直系親

(甲) 父母

一等親 子女及子之妻同

(乙) 祖父母

二等親 孫及孫女又孫婦同

第二章·親屬

(丙) 曾祖父母

三等親 曾孫曾孫女及曾孫婦同

(丁) 高祖父母

四等親 玄孫玄孫女及玄孫婦同

(二) 旁系親

(甲) 同父母之旁系親

(子) 兄弟

一等親 姊妹及兄弟之妻同(己身亦為兄弟妹)

(丑) 姪

二等親 姪女及姪婦同(己身為伯叔及姑)

(寅) 姪孫

三等親 姪孫女及姪孫婦同(己身為伯叔祖祖姑)

(卯) 姪曾孫

四等親 姪曾孫女及姪曾孫婦同(己身為曾伯叔祖及曾祖

姑)

(乙) 同祖父母之旁系親

(子) 伯叔父母

二等親 姑同(己身為姪)

(丑) 從兄弟

二等親 從姊妹及從兄弟之婦同(己身亦為從兄弟姊妹)

(寅)從姪 三等親 從姪女及從姪婦同(己身為從伯叔及從姑)

(卯)從姪孫 四等親 從姪孫女及從姪孫婦同(己身為從伯叔祖及從祖

姑)

(丙)同曾祖父母之旁系親

(子)伯叔祖父母 三等親 祖姑同(己身為姪)

(丑)從伯叔父母 三等親 從姑同(己身為從姪孫)

(寅)再從兄弟 三等親 再從姊妹及再從兄弟之婦同(己身為再從兄弟姊

妹)

(卯)再從姪 四等親 再從姪女及再從姪婦同(己身為族伯叔及族姑)

(丁)同高祖父母之旁系親

(子)曾伯叔祖父母 四等親 曾祖姑同(己身為從曾孫)

(丑)族伯叔祖父母 四等親 族祖姑同(己身為從姪孫)

(寅)族伯叔父母

四等親 族姑同(己身為再從姪)

(卯)族兄弟

四等親 族姊妹及族兄弟之婦同(己身亦為族兄弟姊妹)

第二外親

(一)母族

(甲) 二等親

(子)外祖父母

(己身為女之子)

(丑)舅姨

(己身為姊妹之子)

(寅)舅姨之子及女

(己身為姑之子兩姨之子)

(乙) 三等親

(子)外曾祖父母

(己身為女孫之子)

(丑)舅姨之孫及孫女

(己身為祖姑之子祖母姊妹之子)

(寅)從舅從姨之子及女

(己身為從姑之子)

(二) 姑族

(甲) 二等親 姑之子女 (己身為母兄弟之子)

(乙) 三等親 姑之孫及孫女 (己身為祖母兄弟之子)

(三) 女族

(甲) 二等親 女之子 (己身為外祖父母)

(乙) 三等親 女之孫 (己身為祖母之父母)

第三妻親

(甲) 一等親

(子) 妻父母 (己身為女之夫)

(丑) 妻兄弟姊妹 (己身為姊妹之夫)

(乙) 二等親

(子) 妻祖父母 (己身為孫女之夫)

(丑)妻伯叔及姑

(己身爲女姪之夫)

(寅)妻兄弟姊妹之子

(己身爲姑之夫兩姨之夫)

(卯)妻外祖父母

(己身爲女之女之夫)

細釋草案外親妻親兩圖所載，揆諸外親妻親之範圍，不無缺漏。茲依照草案第一千三百十八條之計算，而列舉其種類如左：

第一外親

(一)與父同源者

(甲)與祖父同源者

(子) (祖姑三等親) 祖姑之子及男子之妻三等親 祖姑之孫及男孫之妻三等親

(丑) (從姑三等親宗親) 從姑之子及男子之妻三等親

(乙)與祖父母同源者

祖母父母三等親 父祖母兄弟姊妹及兄弟之妻三等親 祖母兄弟姊妹之子及男子

之妻三等親 祖母兄弟姊妹之孫及男孫之妻三等親

(丙) 祖父母所出者

(子) (姑二等親宗親) 姑之夫二等親 姑之子及其配偶者二等親 姑之孫及男

孫之妻三等親

(丑) 從姊妹二等親宗親 從姊妹之夫二等親 從姊妹之子及男子之妻三等親

(二) 與母同源者

(甲) 外祖父母二等親

(乙) 與外祖父同源者

母祖父母三等親 母伯叔姑及母伯叔之妻三等親 母伯叔姑之子及男子之妻三

等親 母伯叔姑之孫及男孫之妻三等親

(丙) 與外祖母同源者

母外祖父母三等親 母之舅父母及姨母三等親 母舅姨之子及男子之妻三等親

母舅姨之孫及男孫之妻三等親

(丁) 外祖父母所出者

母兄弟姊妹及其配偶者二等親 母兄弟姊妹之子及其配偶者二等親 母兄弟姊

妹之孫及男孫之妻三等親

(三) 父母所出者

(甲) (姊妹一等親宗親姊妹之夫一等親) 姊妹之子及其配偶者二等親 姊妹之孫

及男孫之妻三等親

(乙) (兄弟之女子二等親宗親) 姪女之夫二等親 姪女之子及男子之妻三等親

(四) 己身所出者

(甲) (女一等親宗親) 女之夫一等親 女之子及其配偶者二等親 女之孫及男孫

之妻三等親

(乙) (孫女二等親宗親) 孫女之夫二等親 孫女之子及男子之妻三等親

第二妻親

(甲) (妻父母一等親) 妻兄弟姊妹及其配偶者一等親 妻兄弟姊妹之子及其配偶

者二等親

(乙) (妻祖父母二等親) 妻伯叔姑及其配偶者二等親 妻伯叔姑之子及其配偶者

二等親

(丙) (妻外祖父母二等親) 妻母兄弟姊妹及其配偶者二等親 妻母兄弟姊妹之子

及其配偶者二等親

第三節 親屬關係之發生及消滅

親屬關係之發生，究其種類，蓋有四端：如因於血統所生者；因於婚姻者；因於法律擬制者；因於恩義名分者。茲述其發生及消滅如左：

第一 因血統所生之親屬關係

有血統相連絡之關係者，即所謂血族關係。血統之連絡，本出於造化自然之作用，始於出生，終

於死亡，無論如何之人爲之方法，不能使消滅，此自然之關係，理之當然者也。故血族關係，除因死亡而自然消滅外，不論如何之原因，決不消滅。在古代外國法制中，有所謂準死之刑者，既受刑之宣告，卽視爲死亡者，而使消滅一切之親屬關係。我國古代有無準死之制，惜經典中未有明示吾儕，未敢臆說。然雖有血統之連絡，而親屬關係有因人的作爲，而消滅者，有如出母。出母者何謂親母被父所出者。子於出母，僅伊母子雙方仍保持其親屬關係；而子與母之本生親屬及母與子之直系卑屬間，皆消滅其親屬關係。如儀禮喪服云：

『出妻之子爲母。傳曰：出妻之爲母期，則爲外祖父母無服。傳曰：絕族無施，服親者屬。』

禮記服問大全云：

『母出亦己母被出，而父再娶。己母義絕，子雖不絕母服，而母黨之恩則絕矣。』

至若嫡子卽於母子雙方，亦消滅其關係。如禮記云：

『爲父後者，爲出母無服。』（喪服小記）

蓋嫡子承重，不得爲出母著服之事，不敢以己私，廢父所傳重之祭祀（鄭注）。儀禮喪服亦云：

「出妻之子爲父後者，則爲出母無服。傳曰：與尊者爲一體，不敢服其私親也。」

子思認出母，與伊子亦消滅其親屬關係。如禮記云：

「子上之母死而不喪。門人問諸子思曰：『昔者子之先君子喪出母乎？』曰：『然！』「子之不使白也喪之，何也？」子思曰：『昔者吾先君子無所失道，道隆則從而隆，道污則從而污，伋則安能爲伋也妻者，是爲白也母；不爲伋也妻者，是不爲白也母。故孔氏之不喪出母，自子思始也。』」

（檀弓上）

上述係就出母言之，至於嫁母，於子間雙方，仍保持其親屬關係。嫁母者何母？因父死而再嫁他人之謂也。古禮規定爲之服期，如儀禮云：

「父卒，繼母嫁從之爲服報。傳曰：何以期也？貴終也。」（喪服）

疏釋謂：父卒繼母嫁者，欲見此母爲父已服斬衰三年恩意之極，故子爲之一期，得伸禫杖。對於繼母嫁者如此，而親母之嫁者，亦自可推想而知。

第二 因婚姻所生之親屬關係

男女因六禮而告成，發生夫妻之關係。因夫妻之關係，發生母黨妻黨之關係。爾雅言之甚詳。禮記大傳言服術有六，其六爲從服。從服是專因婚姻之事實發生。換言之，是因各個人間受婚姻之影響，而負有一種相當之任務，用服表式也。

外親妻親關係，本因婚姻而生，故亦因婚姻解消，而消滅其關係。婚姻解消以何爲原因乎？配偶者之死亡，或離婚是也。離婚，除嗣子與本生母雙方尚有親屬關係外，均消滅一切之關係。前款中，略已舉及，故：

「婦當喪而出，則除之。爲父母喪未練而出，則三年。旣練而出，則已。未練而反，則期。旣練而反，則遂之。」（喪服小記）

然夫婦之一方已死亡時，雖使消滅夫婦之關係，而非因此卽消滅外親妻親關係。例如：夫雖死亡，其婦尙然存在，而不去其家，則其婦與亡夫之父母兄弟之間，亦不消滅親屬關係，此不待證引經典，而後可知。列子記有衛人因大父死，卽將其大母而棄諸河，不爲扶養一則。如：

「衛人大父死，負其大母而棄諸河。曰：『鬼妻不可與共處。』」

文本寓言，固不足以此推證一方之死亡，而親屬之關係，即歸消滅也。

第三 因法律擬制所生之親屬關係

嗣子與所嗣父母之親屬間之親屬關係，因繼嗣成立而發生。其消滅原因，在近世即有歸宗，與撤銷立嗣二者。古代於此種親屬之消滅，未見歸宗之明文。而撤銷立嗣，細繹古籍所載，似確已行之。如既有嗣子而廢之，另立嗣子，此其明證也。

第四 因恩義名分所生之親屬關係

關於此種親屬關係，分四項述之：

一、繼父與妻前夫之子 此種親屬關係，因同居而發生。（同居之定義看親屬之種類宗親）若不同居，繼子與繼父，不生親屬關係。

二、慈母與乳母 何謂慈母？即衆子所生母死，其父令別妾撫育之者。此種關係，全由於恩義而生，蓋與庶母有別。禮言慈母，凡有三條：

一則妾子之無母，使妾之無子者養之，命爲母子，服以三年。如儀禮云：

『慈母如母。傳曰：慈母者何也？傳曰：妾之無子者，妾子之無母者，父母命妾曰：女以爲子；命子曰：女以爲母，若是則生養之，終其身。如母死，則喪之三年如母，貴父之命也。』（喪服）

二則嫡妻之子無母，使妾養之，慈撫隆至，雖均乎慈愛；但嫡妻之子，妾無爲母之義，而恩深事重，故服以小功。喪母小功章所以不直言慈母，而云庶母慈已者，明異於三年之慈母也。如儀禮喪服云：

『君子子爲庶母慈已者。傳曰：君子子者，貴人之子也。爲庶母，何以小功也？以慈已也。』

其三，則子非無母，正是擇賤者視之，義同師保，而不無慈愛，故亦有慈母之名。即禮記之所舉者是也。內則云：

『擇於諸母與可者，必求其寬裕慈惠溫良恭敬慎而寡言者，使爲子師，其次爲慈母；其次爲保母。』

上舉三則，惟第三則之慈母，不生親屬關係。若儀禮所云之慈，其一曰：如母喪之三年。其二則曰：服以小功五月。至內則所云之慈，於諸禮書中，未見有服制之規定，則無親屬之關係，殆可無疑。蓋擇諸母是擇他人而爲此師慈保三母，非謂擇取兄弟之母也。何以知之？若是兄弟之母，其先有子者，則是長

妾，長妾之禮，實有殊加，何容次妾生子，乃退成保母，此必無之事也。又有多兄弟之人，於義或可，若始生之子，便應三母俱闕耶？由是推之，內則所言諸母，是謂三母，非兄弟之母明矣。既非兄弟之母，自是路人，不生親屬關係。故子游問師保之慈，孔子謂爲無服。如禮記云：

「子游問曰：『喪慈母如母禮與？』孔子曰：『非禮也。古者男子外有傅，內有慈母，君命所使教子也。何服之有？』」（曾子問）

鄭元不辯，三慈混爲訓釋，引彼無服，以注慈已，後人致謬，實此之由。（參看禮記儀禮鄭注）然喪師保之慈者，古代亦已行之。蓋師保之慈，雖取之他人，而非父妾，但慈愛鍾至，因恩愛名分，而爲之服者，亦人之常情也。喪慈母者，自魯昭公始，如禮記云：

「昔者魯昭公少喪其母，有慈母良，及其死也，公弗忍，欲喪之。有司以聞曰：『古之禮，慈母無服，今也君爲之服，是逆古之禮，而亂國法也。若終行之，則有司將書之以遺後世，無乃不可乎！』」公曰：『古者天子練冠以燕居，吾弗忍也。』遂練冠以喪慈母，喪慈母，自魯昭公始也。（曾子問）子於慈母之親屬，全由於恩義而生，故其關係，祇限於雙方之一身。如子於慈母之本生父母，不生親

屬關係。如禮記云：

『爲慈母之父母無服。』（喪服小記）又云：

『慈母與妾母不世祭。』（同上）

陳注謂：不世祭者，謂子祭之，而孫不祭也。由此可知衆子直系卑系與慈母關係，仍爲普通衆孫與祖妾之關係。若照內則師保之慈，曾子問謂爲無服，則係取之他人，更不能發生普通衆孫與祖妾之關係，是無待言也。次就乳母言之，何謂乳母？有二說：一說謂父妾哺乳者，一說謂自小乳哺，即可不限於父妾。現行律服制圖內三父八母圖，乳母旁註謂：父妾乳哺者，則限於父妾，可無疑義。古代何如？以愚觀之，古代實不限於父妾。如儀禮云：

『乳母。傳曰：何以總也？以名服也。』（喪服）

疏謂：爲養子者，有他故者，謂三母之內，慈母有疾病或死，則使此賤者代之養子，故云乳母。因有母名，卽爲之服總，所謂以名服也。卽因恩義名分而生之親屬關係也。乳母之不限於父妾者，更可得而證。如禮記云：

『國君世子生，卜士之妻，大夫之妾，使食子。』（內則）

故國君生子，不使君妾爲乳母，而使士大夫之妻妾者，其理由何在蓋？

『食子不使君妾，適妾有敵義，不相褻以勞辱事也。』（內則鄭注）

此種制度，於春秋時確經實行。如左傳桓公六年文云：

『九月，丁卯，子同生，以大子生之禮舉之，接以大牢，卜士負之士妻食之。』

所不云有大夫妾，文略也。（內則孔疏）對於雇使乳母限制頗嚴，國君諸侯之外，惟大夫之子，有乳

母，若士則不得雇使乳母，有子須士妻自養。如禮記云：

『大夫之子有食母，士之妻自養其子。』（內則）

觀此所謂雇使乳母者，實貴族階級自圖安逸耳。而爲乳母者，類皆貧賤之流，經所謂賤者也。貴族有子不自乳，而使人棄其子而乳之，卑族有子不得自乳而棄之，以乳他人之子。『食己子而殺人子，非道。』（朱子近思錄）非本文範圍，不多論。

第三章 家制

第一節 總說

家之制度有二：卽家屬制度，與個人制度是也。家屬制度者，認家爲國家基礎之制度；卽以家爲構成國家之原素及單位也。個人制度者，不認家爲國家基礎；而以個人爲國家基礎之制度也。古時各國皆行家屬制度，歐洲自羅馬末葉，家屬制度始漸衰微。今日歐美各國，殆已全行個人制度。我民律草案親屬編規定，採家屬主義，不取個人主義。蓋以我國上古時代，家屬制度卽已發達。歷代法制上關於家之規定，由來甚久。漢蕭何於魏李悝法經六編之外，更益以事律與廐戶三篇，成律九章。史稱撫拾秦法，取其宜於時者。則秦代，或秦以前，早有各戶律之法制，可推測而知。自蕭何首設戶律，歷代律例悉行沿用，唐律有戶籍一門，凡登錄公證依親屬家制及國民籍之各人身分事項者，此種簿冊。曰戶籍簿，身分事項，有關於公益秩序，又有爲施行各項行政事務之依據者；故須行強制登錄，規定其手續者，爲戶籍法。（唐會要）現行律戶役門脫漏戶口及人口，以籍爲定，各律亦照唐律之舊；

其表面固爲關於公法上賦役之規定，而其實質顯爲私法上家屬制度之基礎。是我國古今同採家屬制，實無疑義。東方日本亦以習俗關係，不步武歐美，而採家屬制度。惟我國家屬制度，與日本家屬制度，迥然不同。蓋我國宗法發達在先，宗者指系統上之關係；家者指實際上之組織。承繼宗祧者，爲嫡長；統攝家政者，爲家長。宗自爲宗，家自爲家，故有大宗小宗之別，無本家分家之名。是我國系統向來以宗傳，不以家傳，與日本根本不同，無庸疑義也。家之制度既明，進而研究家之沿革。

鴻荒初闢，人民生活，至爲簡陋，晝逐水草，夜宿木巢，渾渾噩噩，不知父母，無家屬之可言也。迨人文漸進，因感孤立之不能生活，以血統之連續爲團體之組織，此則部落制之所由起也。

部落爲酋長與其親屬，及服從者所組織。故酋長有主宰部落一切事務之權力，其地位至高，無與倫比。迨後部落相互間，衝突事生，并吞以起，國家之制，於是以成；酋長之權力，由此喪失，因之部落漸分化而爲多數之家屬。此則家族制度之所起也。

家族之制度，蓋由是以生，而其發達之原因：（一）我國自神農黃帝而還，卽入於純粹之農業時代。農業生活基於土地，既無遷徙靡定之勞，又不必有隻身遠客之舉，與游牧生活，商業生活，迥不相

倅。大田多稼，適彼南畝，井臼之操，餉食之饁，勢難兼理，咸資內助，則不可無夫婦之組織。耕稼負戴，全仗人力，若衰老力弱，須仰弟子之服勞，則不可無父子兄弟之組織。家屬之團結，因是愈固。(一)古代思想謂人類死亡，靈魂不滅，感祖先之穀貽，因維持己之生活；報德之念既深，崇拜祖先之思想愈堅，家屬團結，亦因而愈形強固。(二)古代行封建制度，爵祿世襲，貴族平民階級甚嚴，亦為家族制發達之原因。

家族之制，日以發達，經三代而至春秋戰國，國家政治恆操乎貴族。其事實載於春秋左傳戰國策二書，不勝枚舉。貴族大權在握，或驕奢淫佚，恣所欲為；或廢立君主，如置奕棋，勢饒萬丈，惟己獨尊。父子無別，同室而居，大家制度，隨貴族制度而更熾。家長之對乎子弟，對乎妻妾，對乎奴僕僮婢，有無上之威權。生殺鬻棄，惟家長所為，家屬人格，殆無可言。即就家子而論，如孝經云：

「身體髮膚，受之父母，不敢毀傷。」

故

「身也者，父母之遺體也。」（禮記祭義）

是必須

『父母全而生之，子全而歸之。』（同上）

其不承認個人之存在，實無疑義。物極必反，列子遂倡一種反對論調。如云：

『子孫非汝有，乃天地之委蛻也。』（見列子）

現行律傷害子有罪，蓋子孫同屬國民，應受法律保護。列子言子孫非汝有，天地之委蛻；與今日之觀念，子孫爲國家之國民，非家長可得而隨意殺害者正同。實已有個人主義之趨向矣。商鞅相秦假法律以破大家之制度。下令曰：

『民有二男以上不分異者，倍其賦。』（史記商君列傳）

用強制執行之手段，使父子異室，男女有別，大家之種種積弊，摧陷而廓清之，實行個人制度，其迹雖涉刻薄，然商子實具改革之苦心，欲期人民趨於平等，革依賴之積習。故令曰：

『大小僇力本業，耕織致粟布多者，復其身。』（同上）

不寧惟是，當日之足爲貴族之憑藉，助大家之聲勢者，尤莫如封建井田之制。封建不改，則貴族擅土

地之特權；井田不改，則大家占兼井之優勢，平民既無制產之自由，而小家至無可耕之土地。除惡務本，必須廢封建而設郡縣，夷井田而開阡陌，使貴族大家之所憑藉者，一掃而空之，此其精神之強固。魄力之偉大，洵屬空前絕後，莫能與京也。惟是商子所處之社會，爲僻處西戎之秦；卽爲其政策所實施之區域者，惟秦，而齊楚諸國如故也。愚讀史有憾於秦之對商子，不永其信；并爲惜商子生於孝公僻處西秦之時，而不行法於秦政統一之世，使『二男分異』之政策，普及神州，則家族制度早可存於中國矣。

第二節 家長

一家之代表，及其統率者，稱之家長。家長以一家中之最尊長者爲之，故祖死父襲，父死子襲，此我國數千年來之習慣也。民律草案於家長，包括男女而言。其理由如謂祖父母同居，應以祖父母爲最尊長，卽應以祖父母先爲家長。父母並言，不限男系。（第一千三百二十四條）在古代限於男系，若女系絕對無統屬家屬之權；卽絕對不能取得家長之身分。蓋：

『女子者，順男子之教而長其禮者也。是故無專制之義，有三從之道，幼從父兄，既嫁從夫，夫死

從子。言無再醮之端，教令不出於閨門，事在共酒食而已，無閭外之儀。」（家語本命解篇）

古代女子之獨立人格剝取淨盡，奚能統率家政，取得家長之地位？若有統率家政之女子，目爲妖孽，陰陽反常，而家道索然盡矣。如書經云：

「古人有言曰：『牝雞無晨，牝雞之晨，惟家之索。』」（牧誓）

牧誓尙云古人之言，女子不能取得家長身分者殆甚古。蓋以夫唱婦隨，情理之正，妻不得與夫爭政。不然，夫妻相爭，子無適從，如韓非云：

「夫妻持政，子無適從。」（揚權篇）

且男尊女卑之觀念甚深，人人樂於生男，而不喜生女。如晏子春秋云：

「男女之別，男尊女卑，故以男爲貴。吾旣得爲男矣，是二樂也。」（天瑞篇）

惟其如此，女子蟄伏男子勢力之下，外事外物，概不予聞。故周易云：

「家人女正位乎內，男正位乎外，男女正，天地之大義也。」（家人）

故母親而不尊。如禮記云：

『母親而不尊。』（表記）

以此推之，則母親雖桑榆晚景，猶是家屬，子若取得家長身分，縱弱冠未及而立，亦家長也，此制與羅馬古法頗屬相同；而與現行律迥異。無庸贅述。夫家政統於家長，（民草一千三百二十七條）若家長之身體精神上，有種種障礙，事實上不能管理家政之時，或並無何等障礙，但不願留理家政，各國於此設有種種制度：一曰靜養，二曰代理。民草取代理主義，規定一千三百二十五條，一千三百二十六條。我國古代於家長之代理亦已有之。如史記孟嘗君傳云：

『初，田嬰有子四十餘人，其賤妾有子名文……於是，嬰乃禮文使主家待賓客。』

文之**主家**，不外假嬰之名義，攝行家政而已。家長之資格，仍屬於最尊長與尊長。田嬰並未失其家長之身分也。故後諸侯欲以文爲太子，仍請於嬰。（孟嘗君傳）與現代律例之蘊義，庸豈有間。此爲家長代理之制，初不能謂爲一家而有二長也。一家而若有二長，實缺統率指揮之功，難收家庭和平之效，故家長不得有二。禮記云：

『家無二主。』（坊記）

家語云：

『天無二日，國無二君，家無二尊。』（本命解）

荀子學說，尊崇君權，其對於家，亦贊成主權一統，家長不得有二，在致仕篇云：

『父者，家之隆也。隆一而治，二而亂。自古及今，未有二隆爭重，而能長久者。』

羅馬古代家父權非常重大，毫無限制。我國古代家長權亦甚重大，蓋不止包有私權之全部，並具有公法上性質，其對於家屬，握有生殺與奪之權。茲言其權利如左：

（一）家長有指定家屬居所之權。家長有董督家屬之責，家屬之居所，須由家長隨意指定之。茲引其證，如左傳云：

『宮之奇，以其族行。』

左傳中類此載者，不勝枚舉。則古代家屬之居所，須由家長指定，實無庸疑。

（二）家長於家屬之婚姻有主婚權。家族制度之結果，婚姻必待父母之命，實無庸疑。留於婚姻章婚姻之成立節論之。

(三)家長有司一家審判之權 羅馬古代一家之有家長，猶一國之有國王。我國古代，蓋亦如此。如

荀子云：

『君者，國之隆也；父者，家之隆也。』（致仕篇）

故家之有刑罰，猶之國之有刑罰也。亢倉子云：

『怒咎不可偃於家；刑罰不可偃於國。』（君道篇）

怒撻之加，雖至流血，不敢疾怨。如禮記云：

『父母怒不說而撻之流血，不敢疾怨。』（內則）

羅馬十二表法，家父對於家子有生殺之權；至共和時代家父濫殺其子，有科以重罰之規定。我國古代有齊易牙者殺其子而爲羹，時論以爲殘，而桓公不以爲罪；一若父之殺子，無傷於義。故扶蘇曰：

『父而賜子死，尙安復請。』（史記李斯傳）

(四)家長有賣卻家屬之權 古代羅馬家父有賣卻家子之權；迨十二表法實施，有家父三度賣其

男子，則喪失家父權之規定。較之古昔，稍有制限。我國古代賣卻家屬之有制限與否，典籍無載，不得而稽。於賣卻家屬之事，則如左傳有：

『臣雖鬻妻子』

之記載，則當時之賣卻家屬，而爲國法所不禁，無庸疑義矣。

(五)家長有管理一家財產之權。家長爲一家之主宰，統攝家政，舉一家之權利義務，悉由家長爲代表；故家屬無須更有財產也。依羅馬法原則，凡一家之財產屬於家屬全體之所有；而支配之權，則歸諸家父一人掌握，家子無置喙之餘地。我國古代非特不准家屬之有財產，且家屬之讓與借債之舉，亦一併禁止之。如禮記云：

『子婦無私貨，無私畜，無私器，不敢私假，不敢私與。』(內則)

又云：

『父母存，不許友以死，不有私財。』(曲禮)

蓋『家事統於尊也。』(鄭注)與羅馬帝政時代家子握有『特有產』及民律草案第一千三百

三十條之所規定，迥然不同。後代遵從，垂爲定例。卽俸祿之收入，亦不能歸諸私有，須呈諸父母。如已有所需，請於父母賜給，以濟需用。如司馬光云：

『凡爲子者，毋得蓄私財。俸祿及田宅所入，盡歸之父母。當用則請而用之，不敢私假，不敢私與。』（涑水家儀）

第三節 家屬

家屬者，處於被家長董督之地位者也。民律草案規定第一千三百二十八條。古代家屬身分之得喪，亦如民草之所規定。若取得之原因，如出生、嫡子、庶子入父之戶籍爲家屬；私生子之認領爲家屬是；立嗣，卽嗣子入於所嗣父母之戶籍爲家屬是；婚姻，卽妻入夫之戶籍爲家屬是。若喪失，如死亡、出嗣、出嫁、離婚，別立戶籍是。散見各章中，不難參稽互證也。至如古代，則又何若？茲分權利義務二款述之。

第一款 家屬之權利

（一）代理家長之權 民草規定於第一千三百二十五條，一千三百二十六條。古代之家長代理，引

證已詳前節中，於此不贅。

(二) 受家長扶養教育之權 關於教育之語，各書記載甚多。如：

晏子曰：

『父慈而教，子孝而箴。』（左傳文）

關尹子曰：

『人之少也，當佩乎父兄之教。』（七釜篇）

至如育養，諸書所載，尤不勝枚舉。詩云：

『生我育我，恩斯勤斯。』

(三) 遺產繼承權 歐美各邦法例，概採個人主義，不認有家屬制；故其所謂繼承，祇有遺產繼承。我國古代宗法制度，實與繼承制度息息相關，是為宗祧繼承，當於親子章論之。於此所研究者，即所謂遺產繼承是也。稽之典籍，古代遺產繼承，實已有之。如列子書載：

『衛端木叔子貢子也，藉先資累千金。』

女子享有妝奩之權利，古代亦已有之。如左傳載：

『初轅頗爲司徒，賦封田以嫁公女。（哀公十一年）』

杜注謂封內之田，悉賦稅之，則以賦稅充妝奩之資，可無疑矣。

第二款 家屬之義務

現今之法制，不論家長與家屬，均有人格，而爲權利義務之主體；卽家屬之身分於人格無所損害。惟親屬法上，家長爲一家之主宰者，有統率家屬之任務；家屬爲一家之一員，而隸屬於家長。故家長對於家屬有特別之權利義務；而家屬對於家長亦有特別之權利義務也。民律草案家屬之義務，祇見於第一千三百三十一條云：『家長家屬互負扶養之義務。』家長扶養家屬，本屬當然之事。然於家長不能自存，而於家屬有扶養之資力時，亦應使之扶養家長，方合事理，此本條之所規定也。就法律規定家長權利之反面以觀，在家長一方爲權利，在家屬一方爲義務，其義甚明，無待繁言。古代不認家屬有人格，愚前已數言之。故從禮書以觀，家屬之最大義務，端在於孝；實則家屬之義務，概已包括『孝』之中矣。曾子云：

「孝有三：大孝尊親，其次弗辱，其又能養。」（禮記祭義）

此言孝之範圍，試略釋言之：一爲尊親，尊親者何？第一，是增高自己之人格，孝經所謂「立身行道，揚名於後世，以顯父母」是也。第二，是增高父母之人格，所謂「先意承志，諭父母於道」是也。二爲弗辱，弗辱云者，其卽孝經所謂「身體髮膚，受之父母，不敢毀傷」之意。禮記祭義所謂「父母全而生之，子全而歸之」，意旨亦同。概括言之，是不敢玷辱父母，傳與我的人格。曾子言此旨甚暢。如禮記云：「身也者，父母之遺體也。行父母之遺體，敢不敬乎？居處不莊，非孝也。事君不忠，非孝也。涖官不敬，非孝也。朋友不信，非孝也。戰陳無勇，非孝也。五者不遂，戕及其親，敢不敬乎！」（祭義）

三爲能養。能養者何？孔子有言云：

「今之孝者，是謂能養。至於犬馬，皆能有養。不敬，何以別乎？」（論語）

以上所言雖多屬道德問題，而與現代風俗習慣認爲家屬之義務者，大旨所在，要皆相同。禮書所載家屬於家長間，定有許多繁文縟禮。如家子於家長卽：

「子事父母，雞初鳴，咸盥漱，櫛縱，笄總，拂髦，冠綏纓，瑞鞶紳，搢笏。左右佩用，左佩紛，說，刀，礪，小觴，

金燧，右佩玦，捍管，遘，大觶，木燧，偃屨著綦……以適父母之所，及所，下氣怡聲，問衣燠寒，疾痛疴癢，而敬抑搔之。出入，則或先或後而敬扶持之。進盥，少者捧盤，長者捧水，請沃盥。盥卒，授巾。問所欲而敬進之。」（禮記內則）

若家屬之未冠笄者，卽：

「雞初鳴，咸盥漱，櫛縱，拂髦，總角，衿纓，皆佩容臭。昧爽而朝。問何食飲矣，若已食，則退；若未食，則佐長者視具。」（同上）

家屬扶養家長，屬事理之當然。而如禮書所云許多儀注，成爲刻板之文字，喪失孝之真意。然猶可言其束縛太過者。如：

「在父母舅姑之所，有命之，應唯敬對，進退周旋，慎齊。升降，出入，揖遊，不敢噉，噎，欠伸，跛倚，睥視，不敢唾洩。寒不敢襲，癢不敢搔。不有敬事，不敢袒裼。不涉不蹶，褻衣衾不見裏。父母唾洩不見。」（同上）

總之，諸多之緦禮繁文，均爲鞏固家長之權威而設。在古代家族制度之下，實當然之結果也。

第四章 婚姻

第一節 總說

粵稽周易序卦稱：有天地，然後有萬物；有萬物，然後有男女；有男女，然後有夫婦；有夫婦，然後有父子，君臣。孔子亦言：君子之道，造端乎夫婦。（中庸）第質實言之，則曰夫婦；而法律之規定，則曰婚姻。婚姻者，固組織社會之根本，而於秩序風俗大有影響者也。故法律對於婚姻有種種之規定。各國概同其揆。我民律草案親屬編規定於第三章，自第一千三百三十二條，迄第一千三百六十九條，規定甚詳，包羅備有。夫以近代法律上婚姻之性質，衡諸古代之制度，固不能謂爲甚屬融洽。而婚姻者，爲夫婦身分成立之原因，因之產生親子，兄弟，姊妹，以及其他各種親屬關係；於社會發生種種權利，及種種義務，實不僅私益之關係，兼有公益之關係者，蓋無不相同也。禮言婚姻之禮廢，則夫婦之道苦。其所謂禮，實有法律之性質焉。茲稽考禮書，及陳顧遠中國古代婚姻史（十四年版）分述如次：

第二節 婚姻之形式

羅馬古代市民法規定結婚之方法有三：(一)爲共食式。凡結婚者最後之手續，夫婦共食之一種麥製食物，此之謂共食婚姻。但此種方式，須分爲三段：第一段之手續，女子當其于歸之時，必陳俎豆，供犧牲，祭祀祖先，虔告于歸某門爲某男之妻。及其歸于夫家，亦必陳俎豆供犧牲，祭祀祖先，虔告新婦入于祖先之血統，爲家屬之一人。第二段之手續，女子于歸，男子必親迎之。第三段之手續，即共食麥餅是也。(二)賣買式。於五證人之前，以一人持秤而立，新夫以貨幣載之。(三)使用式。男子誘致女子於其家，起居與共，爲婦人之待遇，經過一年，法律上卽生夫婦之關係。此羅馬之婚姻方式也。我國自古至今，婚姻皆注重聘娶，故可謂聘娶式。聘娶爲婚，創自何人？諸籍皆謂伏羲。如史記補三皇本紀云：

『太皞庖犧氏始制嫁娶，以儷皮爲禮。』

通鑑外紀云：

『上古男女無別，太昊始設嫁娶，以儷皮爲禮。正姓氏，通媒妁，以重人倫之本，而民始不瀆。』

路史云：

『太昊伏羲氏正姓氏，通媒妁，以重萬民之麗。麗皮薦之以嚴其禮，示合姓之難，拼人情之不瀆。』

禮記世本及外傳云：

『伏羲制嫁娶，以儷皮爲禮。』

白虎通云：

『古之時，未有三綱六紀，民但知有母，不知其父；臥之誅誅，行之吁吁，於是伏羲仰觀象於天，俯察法於地，因夫婦，正五行，始定人道。』（號篇）

綜觀諸書所載，聘娶爲婚，創自伏羲，似可無疑。現行律例以定婚係要式行爲，其形式要件有二：（1）婚書（2）收受聘財二者具備其一，即爲合法。大理院四年上字第一千四百十七號判例明文言之。婚書即謂有媒妁通報寫立者，無論報官有案，或僅係私約皆可。又見於二年上字第二百十五號判例。古代婚姻有無婚書之制，未見記載，以愚觀之，似未曾有。惟於聘爲婚姻之最大要件，禮記云：

『聘則爲妻，奔則爲妾。』（內則）

蓋不聘則缺少婚姻之要件，其婚姻爲非正式，實無疑義。現代『聘財之種類，及其輕重厚薄，無一定之限制。』見諸大理院四年上字第六百一十一號判例。在古代因政治上地位之關係，聘儀之種類重輕，各有差異。若天子之聘女，如周禮云：

『大宗伯之職……典瑞，穀圭，以和難，以聘女。』（春官）

『玉人之事……穀圭七寸，天子以聘女。』（考工記）

若諸侯之聘女，亦見於周禮。卽：

『玉人之事……大璋亦如之，諸侯以聘女。』（考工記）

若士之聘女，如儀禮士昏禮云：

『納徵，玄纁束帛，儷皮，如納吉禮。』

『某有先人之禮，儷皮束帛，使某也，請納徵。』

若庶人，如周禮云：

『凡嫁子娶妻，入幣純帛，無過五兩。』

又禮記云：

『納幣一束，束五兩，兩五尋。』（雜記）

因身分之不同，定聘財之厚薄，係古代禮法精神。然現律雖未規定聘財之優寡，而社會習慣，各以其身分如何，聘財因而大有差異，無待言也。考現行律例『所謂依禮納送者，必憑媒納送禮儀。若贄物巾帕，自不得謂合法。』見於大理院四年上字第二百四十七號判例。則巾帕之物，不得爲聘禮，無待說明。古代聘禮於前述各項外，又有『雁』爲聘禮中不可少之物。如儀禮士昏禮云：

『昏禮……納採用雁……賓執雁請問名……納吉用雁，如納采禮……納徵……請期用雁……如納徵禮……期初昏……賓執雁從至於廟門。』

聘禮用雁，後儒謂取其隨時南北不失其節，明不奪女子之時之意。真確與否？不必深論。吾人當作聘定之符號可矣。又左傳載：

『鄭徐吾犯之妹，美，公孫楚聘之矣。公孫黑又使強委禽焉。』（昭公元年）

是『委禽』亦是聘定之符號，與雁相同，蓋無疑義。此公孫黑與公孫楚爭婚，依照現律公孫黑之委

禽，應認無效；蓋因公孫楚之聘在先，委禽在後，參看大理院統字第八百七十號解釋而可知也。

論者謂我國古代婚姻，實購買之形式，根據曲禮「買妾不知其姓則卜之。」爲理由。愚以爲此說所持理由已屬錯誤；蓋妾爲非正式之婚姻，經典既有買妾之明文，妾可以購買而得，固毫無可疑，究不能卽以比擬正式婚姻之妻也。難者又謂婚姻必待父母之命，是父母把女作物件同觀；婚姻必待媒妁，有同賣買物件，拉絳中牙，因此，肯斷古代婚姻爲購買式。愚以爲不然，何也？蓋其說固無存在之理由也。

第三節 婚姻之成立

有男女之配合，而後有綿延不絕之社會。故婚姻實爲生存上不可須臾分離。善乎羅馬優司悌尼中央法學階梯之言曰：「正式婚姻者，異性兩市民間，其生存上結成不可分離之共同體也。」關於婚姻之成立，無論古今中外，法律上均有規定種種之要件。茲將我國古代之法制，分款述之。

第一款 實質上之要件

分五項述之如左：

(一) 及婚年齡

早婚之弊，爲類甚多，貽患國民全體之精神，其尤著者也。各國法典皆明文規定及婚年歲，所以禁止早婚也。夫及婚年歲須視國民身體發育遲早而定；身體發育之遲早，與一國之土地氣候，大有關係。故各國法典及婚年歲之規定，未能一致，事勢使然，無足爲怪。民草規定於第一千三百三十二條云：『男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得成婚。』與瑞士民法相同，我國古代如何？具見禮書。如禮記云：

『男子二十而冠，……三十曰壯有室。』（曲禮）

『男子二十而冠，始學禮，三十而有室，始理男事。女子十有五年而笄，二十而嫁；有故，二十三年而嫁。』（內則）

則規定男年三十，女年二十，爲及婚年齡。周禮地官媒氏爲管理婚姻之行政，亦明文規定，如云：

『令男三十而娶，女二十而嫁。』

穀梁傳亦云：

「男子二十而冠，冠而列丈夫，三十而娶；女子十五而許嫁，二十而嫁。」

是此制確爲古代所遵行，實無疑義。蓋婚姻所以育人民，失之過早，或失之過晚，均非所宜，故必須有相當之年齡爲婚。夫然智力體力，均臻健全，上足孝養舅姑，下足以事夫養子。故孔子曰：

「男三十而娶，女二十而嫁，通於織紵紡績之事，黼黻文章之美。不若是，則上無以孝於舅姑；而下無以事夫養子。」（尙書大傳）

古代規定男三十，女二十爲及婚年齡。稽考現代各國法典，無有如此之遲者。不知古代此種規定，所以言其極也。試閱家語

「公（魯哀）曰：『男子十六精通，女子十四而化，是可以生民矣；而禮男子三十而有室，女子二十而有夫也，豈不晚哉？』孔子曰：『夫禮，言其極也，不是過也。男子二十而冠，有爲人父之端；女子十五許嫁，有適人之道，於此而往，則自婚矣。』」（本命篇）

或有謂此語是後人所假託，實屬推測之詞，不足爲信。但在古代貴族階級，因承繼尊位之關係，有不受滿二十歲之限制者。如

左傳載：

「晉侯曰：『……國君十五而生子。』」（襄公十年）

蓋

「國不可久無儲貳，故天子諸侯十五而冠，十五而娶，娶爲先冠，以夫婦之道，王教之本，不可以童之道治之。」（左傳譙周語）

所以不合於普通之法條矣。茲將現代各國法典之規定及婚年齡，列表於下，以備參考。

德國	男	滿二十一歲	女	滿十六歲
法國	男	滿十八歲	女	滿十五歲
伊大利	男	滿十八歲	女	滿十五歲
比利時	男	滿十八歲	女	滿十五歲
荷蘭	男	滿十八歲	女	滿十五歲
瑞士	男	滿十八歲	女	滿十六歲

日本 男 滿十七歲 女 滿十五歲

(二) 配偶者之數

羅馬自共同婚消滅，而定婚開始以來，男女配合，常採用一夫一妻制。民草規定於第一千三百三十五條云：『有配偶者，不得爲重婚。』蓋一夫多妻，與一妻多夫，皆係法律所不許，本條規定，所以禁止重婚也。我國古代婚姻在貴族固然一夫多妻；即在平民，依純理解釋，似乎與近代法典規定相同。然在事實上，經典無禁止重婚之明文；粵稽典籍，多娶之事，其例甚多，故學者皆謂古代係一夫多妻制。

但從實際觀察，我國古代確是一夫一妻制。蓋古重宗法，最忌嫡庶無別，宗族以亂；欲嫡庶之有別，首在明妻妾之分，故嫡妻惟一，不得有二。如

左傳杜注云：

『諸侯無二嫡。』（隱公五年）

可知古代雖有多娶，而具有妻之資格者，仍僅一人。其餘就是後世所稱爲『小星』，其地位下於妻

一等。於此吾人可知古代係是一夫多妾制。茲就各方面而究考之如左：

先就天子方面言之；天子應妻多小，代不相同，稽之禮記，名稱孔多，如曲禮云：

『天子有后，有夫人，有世婦，有嬪，有妻，有妾。』

各種數目，均有規定。如

禮記昏義云：

『古者天子后立六宮，三夫人，九嬪，二十七世婦，八十一御妻，以聽天下之內，以明章婦順，故天下內和而家理。』

又周禮云：

『王者立后，三夫人，二十七世婦，八十一女御，以備內職焉。』

於此可知多妾制中一夫一妻制，因其中惟后有妻之資格，其餘爲妾，無待說明。后之地位較嬪御爲高，握有指揮監督之權，以備內職。

次就諸侯言之；諸侯遜於天子，祇有九女。如

公羊傳云：

『諸侯一聘九女。』（莊公十九年）

九女之中，居在妻之地位者僅有一人。不然，如

『齊桓公內嬖如夫人者六人。』

左氏則加貶詞。辛伯亦云：

『並后匹嫡，兩政耦國，亂之本也。』（桓公十八年）

而其所以多娶之原因，亦爲『治內。』與天子同如

管子云：

『國君聘妻於異姓，設爲姪娣，命婦宮女，蓋加法制，所以治其內也。』

多娶之原因，是否爲真正之治內？抑發生於性慾？姑不具論。茲所研究者，則媵及姪娣二問題。媵者何？

『媵，送也。言妾媵行。』（劉熙釋言）

『姪者何？兄之子也。娣者何？弟也。諸侯娶一國，則二國往媵之，以姪娣從。』（公羊傳莊公十九

年)

則媵之爲媵，姪婦之爲姪婦者，從可知矣。諸侯娶一國之女，其他二國隨同而嫁，春秋所載，其例實多。如：

成公八年載：

「衛人來媵，共姬，禮也。」

成公九年載：

「晉人來媵，禮也。」

成公十年載：

「齊人來媵。」

諸侯嫁女，同姓來媵；若異姓則無媵之資格，如左傳云：

「凡諸侯嫁女，同姓來媵之，異姓則否。」（成公八年傳）

不然，便不是禮。如左傳載：

「晉將嫁女於吳，齊侯使析歸父媵之。」

故疏謂今晉嫁女於同姓，齊以異姓爲媵，皆非禮也。

又次就卿大夫言之，卿大夫又遜於諸侯，無所謂「媵」，惟有姪娣。該舉其證，如禮記云：

「大夫撫室老，撫姪娣。」（喪服大記）

至於士，白虎通云：

「士一妻一妾，不備姪娣。」

至於庶人，惟有一妻，故論語云：

「匹夫匹婦之爲諒也。」

可推想而知也。然在事實殊有未然，前已言之矣。請再究考，以資證佐。劉覽記載，庶人納妾，實多其例，如孟子載齊人妻妾事，且饒有興趣，茲摘於左：

「齊人有一妻一妾而處室者。其良人出，則必壓酒肉而後反。其妻問所與飲食者，則盡富貴也。其妻告其妾曰：「良人出，則必壓酒肉而後反，問其與飲食者，盡富貴也；而未嘗有顯者來，吾將

「矚良人之所之也。」蚤起，施從良人之所之。徧國中無與立談者；卒之東郭墦間之祭者，乞其餘不足，又顧而之他；此其爲鑿足之道也。其妻歸告其妾曰：「良人者所仰望而終身也。今若此！」與其妾訕其良人，而相泣於中庭。而良人未之知也，施施從外來，驕其妻妾。」（離婁下）

則在古代墦間乞者，亦蓄有妾，可無庸疑。

又如列子黃帝篇韓非子說林上篇均載：

「宋逆旅人有妾二人，其一人美，其一人惡。惡者貴，而美者賤。楊子過宋問其故。逆旅小子對曰：『其美者自美，吾不知其美也；其惡者自惡，吾不知其惡也。』」

又如戰國策所載：

「楚人有兩妻者，人詭其長者，長者詈之；詭其少者，少者許之。居無幾何，有兩妻者死。客謂詭者：『汝取長者乎？少者乎？』」取長者！客曰：「長者詈汝，少者和汝；汝何爲取長者？」曰：「居彼人之所也，則欲其許我也；今爲我妻，則欲其爲我詈人也。」」（秦策）

以上所舉，可謂確切證據。惟其中所謂兩妻者，係一妻一妾之誤稱；蓋在多妾制時代，絕對不容有兩

妻平等之存在。總之，在多妾制時代，庶人縱僅有一妻，亦因限於經濟之能力，若經濟充裕，飽暖思淫，依然可以買妾，初無不合於社會規範，蓋已成爲當代風尚矣。韓非子載有一事，頗饒興趣，卽：

「衛人有爲夫禱者，而祝曰：『使我無故，得百來束布。』其夫曰：『何少也？』對曰：『益是，子將以買妾。』」（內儲說下篇）

(三) 再婚

研究此問題，須就男女二方分別言之：請先述男方方面，男子再娶，現行法除非重婚，律所不禁。而在古代以各人在社會上之身分不同，因而差異；蓋古代天子雖可一娶十二女，諸侯雖可一娶九女，而不能再娶。惟此之由，故天子一次卽娶大羣妻妾，免得妻死子無，天命不保，故一娶多女與諸侯同。

白虎通云：

「天子諸侯一娶九女何重國廣繼嗣也。適也者何法地有九州承天之施無所不生也，娶九女亦足以成君施也。九而無子，百亦無益也。或曰：天子娶十二女，法天有十二目萬物必生也。必一娶何防淫佚也。爲其棄德嗜色，故一娶而已，人君無再娶之義也。」

又如公羊傳云：

『諸侯一聘九女，諸侯不再娶。』（莊公十九年）

可知天子與諸侯娶妻雖多，而有不再娶之限制。但此種制度，至魯齊打破，何以見之？如朱子語錄云：『天子諸侯不再娶，亡了后妃，只是以一娶十二女，九女者推上，魯齊破了此法，再娶。大夫娶三士二，都得再娶。』

故知魯齊之後，不特天子諸侯，可以再娶；即大夫及士，均可再娶，見於語錄，無待細贅。在多妾制時代，而有不再娶之限制，使婚姻之次數，限於一，誠屬良策。限制之方法如何？限於其妻死或出。如儀禮云：

『繼母如母。』（喪服）

疏謂：『繼母謂己母早卒，或被出後，續己母也。』是再娶必於其妻或死或離，方合法理。與現行律例相同。若其妻不死，或未離而再娶，在現在謂爲重婚；在古代亦大爲譏議。如：

『不思舊姻，求爾新特。』（詩小雅我行其野）

故景公欲嫁女於晏子，晏子寧願『老且惡』之老妻，不願享少姣之豔福。如晏子春秋云：

「景公有愛女，請嫁於晏子。公迺往燕晏子之家。飲酒酣，公見其妻，曰：「此子之內子耶？」晏子對曰：「然是也。」公曰：「嘻！亦老且惡矣！寡人有女少且姣，請以滿夫子之宮。」晏子違席而對曰：「乃此則老且惡，嬰與之居故矣，及其少而姣也。且人固以壯託乎老，姣託乎惡，彼嘗託而嬰受之矣！君雖加賜，可以使嬰倍其託乎？」再拜而辭。」（內篇雜下）

次就女子方面言，女子再婚，民草規定於第一千三百三十六條，所以防制血統之混亂也。女子再婚，法律僅加一種時間限制，其承認再婚，無待說明。古代女子不再嫁，實係古人所主張，惟是夫死不嫁，固古代所公認為高尚之人格；而夫死再嫁，經典中並無攻擊誹毀之明文。可知古代雖積極提倡貞操，獎勵不嫁，而初無賤視再醮，限制再嫁之舉。有之，惟秦世為然。史記秦始皇本紀云：

「有子而嫁，倍死不貞。」（三十七年）

若以為秦代以前之觀念即如此，愚實未敢贊同，請舉其證。如禮記云：

「公叔木有同母異父之昆弟死，問於子游……狄儀有同母異父之昆弟死，問於子夏。」（檀弓）

如若鄙賤再嫁，視同淫奔，公叔木與狄儀尙何敢詢問於孔氏之門乎？吾閱管子，更得一證。如：

『凡國都皆有掌媒，取鰥寡而和合之，此之謂合獨。』

若是女子不得再嫁，又安能合獨耶？

以上所述，係就夫死再嫁言；若夫妻義絕離婚被出，亦得再嫁。所以七出不書明其故，曾子去妻，託言藜蒸不熟，蓋令可嫁也。是棄婦可得再嫁，無庸疑義。儀禮喪服禮記檀弓喪服小記言『出母』服制綦詳，故再嫁於當時禮法，實無相違也。但於此所宜注意者，古代女子之嫁，止可再，而不得有三。法律於此，定有裁制。如

管子小匡篇云：

『女三嫁，入於春穀。』

以女子三嫁，則女子之人格可知，若不加以刑事處分，殊非維持善良風俗之道也。至若

『男秉義程，妻爲逃嫁。』（史記秦始皇本紀二十七年）

有干法條，無庸細述。

(四) 媒妁之言

婚姻之有媒妁，據通鑑外紀所載，似創自太昊，然未敢臆斷。但古人因男女遠嫌之觀念，用媒妁爲發生男女婚姻關係，實無可疑。後遂相沿成爲法制，於婚姻之發生，萬不可缺。禮記載：

『男女非有行媒，不相知名。』(曲禮)

『男女無媒不交。』(坊記)

所以在男一方面，則

『取妻如之何？匪媒不得。』(詩齊風南山)

在女一方面，則

『處女無媒，老且不嫁。』(戰國策燕策)

蓋

『婦人之求夫家也，必用媒而後家事成；求夫家而不用媒，則醜恥而人不信也。』(管子)

所以：

『聲伯之母不聘，（杜註無媒禮）穆姜曰：「吾不以妾爲妣，（昆弟之妻相謂爲妣）生聲伯而出之。」』（左傳成公十一年）

就是因無媒，比同妾媵，而且被出。故無媒之婚姻，其婚姻不能稱爲確定。無怪乎太史敷以其女無媒自嫁，不認爲有親屬關係。如史記田敬仲完世家載：

『潛王之遇殺，其子法章變名姓，爲莒太史敷家庸。太史敷女奇法章狀貌，以爲非恆人，憐而常竊食食之，而與私通焉。淖齒旣以去莒，莒中人及齊亡臣相聚求潛王子，欲立之。法章懼其誅已也。久之，乃敢自言我潛王子也。於是，莒人共立法章，是爲襄王，以保莒城，而布告齊國中：「王已立在莒矣。」襄王旣立，立太史氏女爲王后，是爲君王后，生子遼。太史敷曰：「女不取媒，因而自嫁，非吾種也。汙吾世。」終身不覩君王后。君王后賢，不以不覩故，失人子之禮。」

無怪乎：

『匪我愆期，子無良媒。』（詩氓）

因爲無媒，所以愆期，其於媒之重視，可想而知。惟於此所宜注意者，媒妁之言不和，不得當事人之家

長同意，仍無強制成婚之理。如詩召南行露章：

「誰謂雀無角，何以穿我屋？誰謂汝無家，何以速我獄？雖速我獄，室家不足！」

鄭玄謂：「室家不足，謂媒妁之言不和，方禮之來，疆委之。」故在媒妁通婚之制，女子雖「因媒而嫁」，但不「因媒而成」。（淮南子說山訓）也。

（五） 父母之命

婚姻爲男女終身之大事，迥非尋常契約所可比擬，理宜慎重。若一任諸當事者之自由，誠恐年輕子女閱歷未深，血氣未定，祇計目前，不慮遠大，致貽後悔。故法律規定結婚，須由父母允許，民律草案規定於第一千三百三十八條，現行律婚姻門男女婚姻條例，亦定有明文。稽閱典籍，相同無間。蓋在家族制度男女之主婚權，在於家長，實當然之結果也。論語公冶長章載：

「子謂公冶長可妻也。雖在縲絏之中，非其罪也，以其子妻之。」

「子謂南容邦有道不廢，邦無道免於刑戮，以其兄之子妻之。」

查現行律婚姻條例云：「嫁娶皆由祖父母父母主婚。」據此，若祖父母俱在，而又係同居者，揆諸條

理，應由父母主婚。但既云祖父母，則亦應得祖父母之同意，可無疑義。否則，祖父母有訴請撤銷之權，則主婚之權，仍在家長（祖父母）亦可無疑。民律草案家長包括男女而言。古代家長限於男系，若女系實不能取得家長之身分，愚前已言之矣。故如孔子有嫁其姪女於南容之權，假使當時孔子之兄已死，亦不能由兄嫂主持，而孔子毅然決然。

『以其兄之子妻之。』

是可見古代婚姻，家長實握有主婚權，當事者之意思如何，可不必問。即有重當事者意思之家長，詢諸當事者意見，當事者亦以婚姻問題，從父所制，寧放棄自由之決意。如家語載：

『叔梁紇有九女而無子。其妾生孟皮，孟皮一字伯尼，有足病。於是乃求婚於顏氏，顏氏有三女，其小曰徵在。父問三女曰：「陳大夫雖父祖爲士，然其先聖王之裔，今其人身長十尺，武力絕倫，吾甚貪之，雖年長性嚴，不足爲疑，三子孰能爲之妻？二女莫對，徵在進曰：「從父所制，將何問焉。」父曰：「即爾能矣。」遂以妻之。」』

以上所述婚姻成立之實質要件，係就其犖犖大者。他如親屬之關係，婚姻之儀式，均莫非婚姻

成立之實質要件也。愚以其內容較富，不述於此，另節研究。前者詳婚姻之限制節；後者詳婚姻之儀節，不難參稽互證也。

第二款 形式上之要件

形式上之要件，民律草案規定於第一千三百三十九條，即須呈報於戶籍吏是也。古代如何？諸周禮地官云：

『媒氏，掌萬民之判，凡男女自成名以上，皆書年，月，日，名焉。令男三十而娶，女二十而嫁，凡娶判妻入子者，皆書之。』

正式之婚姻，固須呈報矣。而媵，姪，娣，不聘之者（鄭注入子者）亦須呈報，是可見古代對於婚姻之註冊亦甚嚴。

第四節 婚姻之限制

婚姻之有限制，古今所同，惟在古代其限制較諸後世爲嚴厲，甚或因政治上地位之關係，更有所歧異，茲不具論。而其普通方面之限制，實與民律草案規定頗多相同之點，茲考其要，分述如左：

(甲) 近親不婚

近親結婚之禁止，中外所同。各國雖異姓近親輩分相同者，亦在禁止之列。吾國民律草案爲社會習慣，酌量權衡，異姓親屬亦得結婚，止限於直系間及輩分不同者間，不得結婚也。規定於第一千三百三十四條。古代如何述之於左。

禮記有言：

『夫惟禽獸無禮，故父子聚麀。』

聚麀之事，卽子淫乎母，古今認爲大犯禮法，蓋屬一致。而春秋之世，子淫乎母者，頗有其人。如「衛宣公烝於夷姜。」（左傳桓公十年）「晉獻公娶於賈無子，烝於齊姜。」（莊公二十八年）「昭伯烝於宣姜。」（閔公二年）子而淫乎母，其名爲「烝」。則人子絕對不能與母通婚，無庸疑義。至其母爲眞母假母，在所不問；清刑律關於民事有效部分娶親屬妻妾條例載：「及收祖父妾者，各以姦論。其（親之妻）曾被出及已改嫁而娶，各處八等罰。」律意蓋與古昔法制相同。此母子不能通婚從可知矣。

詩齊風南山章序云：

『南山刺襄公也。鳥獸之行，淫乎其妹，大夫遇是，惡作詩而去之。』

其文云：

『南山崔崔，雄狐綏綏，魯道有蕩，齊子由歸；既曰歸止，曷又懷止。葛屨五兩，冠綏雙止；魯道有蕩，

齊子庸止；既曰庸止，曷又從止。』

尚有敝笱章刺文姜，不更摘證。是兄妹不能通婚從可知矣。詩鄘風新臺序云：

『新臺，刺衛宣公也。納伋之妻，作新臺於河上而要之。國人惡之而作是詩也。』

伋爲宣公之子，伋妻尚未婚，宣公之於伋妻，係屬名義上之翁媳，猶不能擁爲己有，何況實在之翁媳耶？是翁媳不能通婚從可知矣。

考唐律諸嘗爲祖免親之妻而嫁娶者，各杖一百，總麻及舅甥妻，徒一年，小功以上以姦論，妾各減二等，並離之。又按大清律例凡同宗無服（姑姪姊妹）之親，及無服親之妻者，男女各杖一百。若娶同宗總麻親之妻及舅甥妻，各杖六十，徒一年。小功以上之妻，各以姦論，自徒三年至絞斬。曾被出

及已改嫁，而娶爲妻妾者，（無服之親不與）各杖八十，若收父祖妾，及伯叔母者，不問被出改嫁，各斬。若兄亡收嫂，弟亡收弟妻者，不問被出改嫁，各絞。妾各減妻二等。若娶同宗總麻以上姑姪姊妹者，亦各以姦論，除應死外，並離異。又附例，凡收伯叔兄弟妾者，卽照姦伯叔兄弟妾律，減妻一等，杖一百，流三千里。吾人不必批評兩律之適當與否。摘舉於篇者，用以推證先秦與近古之法制，於同宗之妻妾，俱絕對禁止婚姻云爾。

清律例所稱之外姻，包轄外親與妻親二者。唐律若外姻有服屬，而尊卑共爲婚姻以姦論。其父母之姑舅而姨姊妹，及姨，若堂姨，母之姑，堂姑已之堂姨，及再從姨，堂外甥女並不得爲婚姻，違者杖一百，並離之。明律清律均同。先秦以前之法制如何？古代對於母黨亦不得通婚。如左傳云：

『譏娶母黨也。』

可推證而知也。

由此以觀，古代禁止近親間之結婚，可無疑義。且近親之關係，不必限於骨肉，卽有名義上之關係，概在禁止之列，證引如前，無庸贅述。

(乙) 同姓不婚

禮記大傳謂：『四世而總，服之窮也；五世祖免，殺同姓也；六世親屬竭矣。』則親屬之範圍，限於五世。殷人以五世以外，既不爲親屬，故可以通婚。如大傳孔疏云：

『殷人五世以後，可以通婚。』

殷代以前，度亦如是。不然，堯舜同祖黃帝，何以堯嫁女於舜，未見有人攻擊。同姓絕對不婚之制，蓋始自周代。禮記大傳云：

『繫之以姓，……雖百世而婚姻不通者，周道然也。』

則周代以前，未有此禁，可無庸疑。

姓者何？白虎通云：『姓者，一本之稱也。』詩杖杜傳：『同姓，同祖也。』禮記大傳疏：『姓者，生也。以此爲祖，令之相生，雖下及百世，而此姓不改。』古者受姓命氏，因彰功德，邑居官爵，事非一端。通志氏族序論得姓受氏，其類三十有二：一曰以國爲氏，二曰以邑爲氏，三曰以鄉爲氏，四曰以亭爲氏，五曰以地爲氏，六曰以姓爲氏，七曰以字爲氏，八曰以名爲氏，九曰以次爲氏，十曰以族爲氏，十一曰以

官爲氏，十二曰以爵爲氏，十三曰以凶德爲氏，十四曰以吉德爲氏，十五曰以技爲氏，十六曰以事爲氏，十七曰以諡爲氏，十八曰以爵系爲氏，十九曰以國系爲氏，二十曰以族系爲氏，二十一曰以名氏爲氏，二十二曰以國爵爲氏，二十三曰以邑系爲氏，二十四曰以官名爲氏，二十五曰以邑諡爲氏，二十六曰以諡氏爲氏，二十七曰以爵諡爲氏，二十八曰代北複姓，二十九曰關西複姓，三十曰諸方複姓，三十一曰代北三字姓，三十二曰代北四字姓。原夫姓之與氏，本有區別。左傳有言「天子建德，因生以賜姓，胙之土而命之氏。」戰國以下，以氏爲姓。司馬遷史記姓氏混同。自是而後，姓氏遂無分焉。考同姓不婚，實爲有周一代之重大制度。私毫不許有所假借。故禮記云：

「娶妻不娶同姓，買妾不知其姓，則卜之。」（曲禮）

不然，

「男女辨姓，子不避宗何也？」（左傳襄公二十八年）

不遵法制，爲人詰責。蓋「不娶同姓者，重人倫，防淫佚，恥與禽獸同也。」（白虎通嫁娶篇）故論語：

「君娶於吳爲同姓，謂之吳孟子。君而知禮，孰不知禮？」（述而章）

責難良深。故孟子之卒，其禮迥殊。如春秋載：

「夏五月，昭夫人孟子卒。昭公娶於吳，故不書姓。死不赴，故不稱夫人；不反哭，故不言葬小君。」

（哀公十二年）

是可見同姓不婚，垂諸法制，天經地義，靡可偷假。考其原由，實有數端，述之如左：

我國古代爲宗法社會，親子之有各種關係發生，莫不基於宗法制度。婚姻爲人倫之大本，亦受宗法制度之支配，莫能或逃。茲摘禮記大傳一則，以爲佐證：

「同姓從宗，合族屬；異姓主名，治際會；名者而男女有別，四世而總，服之窮也；五世而袒免，殺同姓也；六世統屬竭矣。其庶姓別於上，而戚單於下，婚姻可以通乎？繫之以姓而弗別，綴之以食而弗殊，雖百世而婚姻不通，周道然也。」

孔子家語內載一則，與此相同，無多贅引。可見六世統屬已竭，殷法已可通婚。周道重宗法，百世不能。此同姓不婚制基於宗法之觀念者也。

詩經鄭箋云：

「振振公姓，天地之化，專則不生，兩則生。」

與白虎通云：

「不娶同姓者何法？法五行，異類乃相生。」（嫁娶篇）

其旨正同。蓋異類乃繁，同姓不殖，古今學說，實無二致。古籍中言此實多，摘舉於篇，用資參證。左傳載：公孫僑曰：「僑聞之，內官不及同姓，其生不殖，美先盡矣，則相生疾，君子是以惡之。故志曰：『買妾不知其姓則卜之。』」違此二者，古之所慎也。男女辨姓，禮之大同也，今君內實有四姬焉，其無乃是也乎？」（昭公元年）

鄭叔詹曰：「男女同姓，其生不繁。」（僖公二十三年）

國語晉語載：

「同姓不婚，懼不殖也。」

又如鄭語載：

「氣同則不繼。」

此同姓不婚制，基於生理之觀念者也。

我國男女之間，防閑素著，同姓結婚，非所以遠嫌，禮法特垂限制，所以重人倫也。如禮記云：

『取於異姓，所以附遠厚別也。』（郊特牲）

又云：

『取妻不取同姓，以厚別也。』（坊記）

白虎通謂不娶同姓，所以重人倫，防淫佚，與此意相同。蓋

『人所以有姓者何？所以崇恩愛，厚親親，遠禽獸，別婚姻也。故紀世別類，使生相愛，死相哀，同姓不得相聚，爲重人倫也。』（白虎通姓名篇）

此同姓不婚制，基於倫常之觀念者也。

同姓不婚制，基於生理之觀念，確有重大理由。而在現時更有存在之價值。蓋生物學發明花蕊異本，其植乃繁。人亦生物，故同姓不婚。瀏覽詩杜杖傳及禮記大傳疏同姓同祖，雖下及百世，而此姓不改，是同姓卽屬同宗，初無有同姓不宗者。慨自姓氏不分，王者授姓命氏，人民又改易自由，以氏族

遂紊，混淆雜亂，世系不能明，譜牒不能辨，若爰周代同姓不婚之制，而盡禁其爲婚，非特有背於實際，抑亦違周制而遠於禮意矣。故唐律諸同姓爲婚者，各徒二年。疏議謂同宗共姓，皆不得爲婚，違者各徒二年。是其所謂同姓，專指同宗共姓者而言，其姓同而宗不同者，自不在禁例之內，無待繁言。民律草案一千三百三十三條之規定，蓋亦行周道而仿唐制也。理由謂同宗共姓，不論支派之遠近，籍貫之同異，雖百世而婚姻不通。若同姓不宗之婚姻，自作有效。大理院七年統字第九百零九號解釋於此，亦有明文言之。但愚主張行殷法，五世以後，便可通婚。將來制定法典，於此亦應加注意。暇當更爲文以申愚見。

除上述三種觀念外，更有基於利害之觀念。此說發生甚早，以爲同姓結婚，必災禍臻至。以愚觀之，實怪誕而無根據。茲亦摘於篇，聊備一格。

如易云：

「同人於宗，吝。」

言同姓相娶吝道也，卽犯誅絕之罪。又如國語載：

『司空季子曰：……異姓則異德，異德則異類；異類雖近，男女相及以生民也。同姓則同德，同德則同心，同心則同志，同志雖遠，男女不相及，畏黷散也。黷則生怨，怨亂毓災，災毓滅性，是故取妻避其同姓，畏災亂也。』

第五節 婚姻之儀注

我國婚姻爲聘娶式，於第二節言之詳矣。聘娶爲婚，必有種種之儀注，是本節所由述也。考殷世尙質，周代尙文，其婚姻之儀注，互有不同，自無疑義。淮南有言曰：『三王不同俗，五帝不共樂。』則各代之婚制，各不相同，亦自可推想而知。吾人欲研究各代之婚姻儀注，而有所條縷舉述，殊屬難能。禮士婚禮一章言婚姻儀注較詳，但偏重於『士』；其他階級，書缺有間，無得而詳。茲就普通之儀注，縷述於左，他不多陳。

管子云：『昏禮不謹，則民不修廉。』（八觀篇）荀子曰：『男女之合，夫婦之分，婚姻聘納送逆無禮，如是則人有失合之憂，而有爭色之禍矣。』（富國篇）是古代對於婚姻儀注之重視，從可得知。而婚姻儀注之最要者，實爲六禮。六禮之制，創自周代，如禮記云：

「昏禮者，將合二姓之好，上以事宗廟而下以繼後世也。故君子重之。是以婚禮納采，問名，納吉，納徵，請期，皆主人筵几於廟，而拜迎於門外，揖讓而升，聽命於廟，所以敬慎重，正昏禮也。」

(昏義)

請期之下，即士昏禮所謂：「父親醮子而命之迎，」之親迎之禮。茲就六禮逐次述之於左：

(一) 納采 儀禮士昏禮云：

「昏禮下達，納採用雁。」

爲定婚之第一種手續。『將欲與彼合昏姻，必先使媒氏下通其言，女氏許之，乃後使人納其采擇之禮。』(鄭注)蓋「言納者，以其始相采擇，恐女家不許，故言納。」(賈疏)

(二) 問名 納采禮行使畢，即行問名禮。士昏禮云：

「賓執雁，請問名。主人許，賓入，授如初禮。」

故納采問名是一使所行。疏謂：此之一使，兼行納采問名，二事相因，故共一使也。疏釋謂：言問名者，問女之姓氏。

(三) 納吉 問名以後之手續爲納吉。儀禮士昏禮云：

『納吉用雁，如納采禮。』

問名之後，『歸卜於廟得吉兆，復使使者往告，昏姻之事，於是定。』(鄭注) 凡卜筮皆於禰廟，未卜時恐有不吉，婚姻不定(疏) 故雙方通婚待納吉而確定。

(四) 納徵 納徵爲六禮中最重要之部分，又云納幣。如禮記云：

『幣必誠。』(郊特牲)

『非受幣不交不親。』(曲禮)

『無幣不相見。』(坊記)

是納幣在婚姻上之重要可知。儀禮士昏禮云：

『納徵，玄纁束帛，儷皮，如納吉禮。』

故納徵亦用使者，可無疑義。親納非法所許，所以春秋莊公二十二年冬，公如齊納幣。杜注就云：『公不使卿，而親納幣，非禮也。』

公羊傳亦云：

『納幣不書，此何以書？譏。何譏？爾親納幣非禮也。』

穀梁傳亦云：

『公之親納幣，非禮也。』

所以諸侯納幣之使者爲大夫。如穀梁傳云：

『納幣，大夫之事也。』（莊公二十二年）

（五）請期 請期是告女家以迎娶之日。儀禮士昏禮云：

『請期用雁，主人辭，賓許告期，如納徵禮。』

主人辭者，陽倡陰和，期日宜由夫家來也。夫家必先卜之得吉日，乃使使者往辭，即告之。（鄭注）

（六）親迎 親迎亦爲六禮中最重要之部分。親迎之禮，儀禮士昏禮言之甚詳，不外壻親往婦家迎婦，既奠雁，御輪三周而先歸，俟婦於門外，婦至，則揖以入，共牢而食，合卺而醕。（禮記昏義）其對於親迎之禮，重視可知。魯哀公以親迎之禮太重，孔子大不爲然。如禮記哀公問載：

『公曰：「寡人願有言。然冕而親迎，不已重乎？」孔子愀然作色而對曰：「合二姓之好，以繼先聖之後，以爲天子宗廟社稷之主，君何謂已重乎？」……孔子遂言曰：「昔三代明王之政，必敬其妻子也，有道，妻也者，親之主也，敢不敬與？」』

是可見親迎之原因，不外出於敬，惟天子爲天下至尊，不親迎。如左傳孔疏云：

『天子不親迎。』（襄公十五年）

所以天子之婚，必使卿代迎，若他人代迎，則屬非禮，如襄公十五年劉夏逆王后於齊，而左氏云：

『官師（杜注官師劉夏也，天子官師非卿也）從單靖公逆王后於齊，卿不行，非禮也。』天子

既如上述，諸侯何如？諸侯以親迎爲原則，若不親迎，如春秋『紀履緌來逆女。』公羊傳就云：

『譏始不親迎也。』

若代理亦於法不合。如春秋公子翬如齊逆女。穀梁傳云：

『逆女，親者也，使大夫非正也。』

若并代理而無之，則古人所斥爲『賤逆』，『家必亡。』如左傳載：

「逆婦姜於齊，卿不行，非禮也。君子是以知出姜之不允於魯也。曰：貴聘而賤逆之，君而卑之立而廢之，棄信而壞其主，在國必亂，在家必亡。詩曰：『畏天之威，於時保之。』敬主之謂也。」（文公四年）

諸侯已如上述，大夫何如？大夫亦須親迎，與諸侯同，惟不能越境迎女，如

公羊傳云：

「大夫越境逆女，非禮也。」

至若士之必須親迎，儀禮士昏禮言之綦詳，是無待述。但亦有不親迎，婦人三月後，行壻見之儀注者。如士昏禮云：

「若不親迎，則婦入三月，然後壻見。」

故可知以親迎爲原則，而不親迎爲例外，與諸侯同。

至於庶人，有無親迎，禮書未載，惟戰國策魏策載有一則如：

「衛人迎新婦，婦上車，問驂馬誰馬？御曰：『借之。』婦謂曰：『拊驂，無答服！』」

則庶人亦須親迎，足可推證而知。

第六節 婚姻之效力

由婚姻而生之效力，大別有三：親屬關係一也；家族關係二也；權利義務關係三也。親屬關係已見親屬章中，家族關係已見家制章中，均無贅述之必要。本節所述，係就權利義務關係而加之研究也。

近代各國法制，關於婚姻之效力，於夫妻本體上所採之主義有二：甲爲夫妻同體主義，乙爲夫妻別體主義。兩種主義，夫妻間之權利，大有不同。代表夫妻同體主義者爲英國法，代表夫妻別體主義者爲羅馬法。我民律草案以同體主義爲原則，然稽閱條文，夫妻間之權利義務，頗有平等之處，雖不能謂爲別體主義，而要非純粹之同體主義，殆無容疑。古代何如乎？分款述之於左：

第一款 關於身分上效力 分二項言之

(一)同居之效力 妻有隨從夫之義務，故夫妻同居，實爲婚姻性質上所生當然之結果。民律草案規定於第一千三百五十條，而關於同居之事務，當然由夫決定，又規定於第一千三百五十

一條。蓋夫妻若不同居，則婚姻之目的不得達，故夫有使妻同居之義務，妻亦負與夫同居之義務；夫妻間相互負此義務，妻不與夫同居，固非法律所許，夫不與妻同居，亦非法律所許也。古代如何？左傳載：「孟僖子會邾莊公盟於祿禚，修好禮也。泉丘人有女，夢以其帷幕孟氏之廟，遂奔僖子，其僚從之，盟於清丘之社，曰：『有子無相棄也。』僖子使蘧氏之箴，反自祿禚，宿於蘧氏，生懿子及南宮敬叔於泉丘。人其僚無子，使字敬叔。」杜注云：

「箴，副倅也。蘧氏之女爲僖子副妾，別居在外，故僖子納泉丘人女，令副坐之。」

據此以推證當時正式婚姻之妻不能別居，可無疑義也。

(二) 貞操之效力 夫妻間相互之貞操，爲由婚姻而生當然之結果，各國均有明文規定。草案採夫婦同體主義，無論何方有破倫之行爲，均得提起離婚之訴。（按民草第一千三百六十二條第三款云：「夫因姦非被處刑者。」換言之，雖有姦非事實，而不成立犯罪時，罪已成立而未經有親告權人告訴時，及判決處刑未確定時，妻不得提起離婚之訴；而妻與人通姦，即可提起離婚，規諸同條第二款，是法律規定亦不平等。）古代爲別體主義，男方之貞操與否，屬諸道德；即男方有破倫行

爲，女方提起離婚，實行「請去」者，殊乏其例。若女子不守貞操之義務，七出明條，例可離棄，故法律至不平等，蓋在古代觀念，祇有貞女，而無貞男，故娶女所以吉者，亦端在乎貞。如易經云：

「咸，亨，利貞，娶女吉。」（咸卦）

女子既嫁，當負誠實之義務，而繼之以恆。易恆卦云：

「六五，恆其德，貞，婦人吉。」

然秦之法制，且認男子亦應守貞操之義務，如男子不守此義務，而與他人姦通，其妻可得而殺之，法律上且不爲罪，其對於夫妻互負貞操義務一點，實與現代夫妻同體主義者相同。至其刑事責任問題，則非本書範圍，茲不具論。史記秦始皇本紀載：始皇上會稽，祭大禹，望於南海而立石，刻頌秦德，其文有云：

「防隔內外，禁止淫佚，男女絜誠，夫爲寄緹，殺之無罪。」（三十七年）

司馬貞云：「言夫淫他室，若寄緹之豬也。」（索隱）直比犯姦之男子爲豬豕矣。妻之於夫之犯姦非，既有殺之不爲罪之明文，即妻因夫犯姦通與爲離異者，當不俟論。

第二款 關於行爲上效力

妻之行爲能力，各國法律規定，原則上有認爲無能力，及認爲完全能力，限制能力三者之差異。近世以文明進步，尊重婦女之人格，採用完全能力者，日見其多，如美英是。而尊崇夫權，妻被認爲無能力者，如法是。法律以認妻之有能力的爲原則，又於其能力加以限制者，如意日是。我國草案第二十六條規定，採用限制主義，而第二十七條云：『不屬於日常家事之行爲，須經夫允許。』依此規定，妻於法律行爲，毫不許有所作爲，與法國民法第二百十三條之規定，實無稍異。是名爲採用限制能力主義，而實質上實與法民同爲無能力主義。古代不認女子爲有人格，愚於家制章會略及之，於此請再舉其證，如禮記郊特牲云：

『出乎大門而先男帥女，女從男，夫婦之義，由此始也。婦人從人者也，幼從父兄，嫁從夫，夫死從子。』

人不幸而身爲女子，則終身無行爲能力，不特在妻爲然，可勝浩嘆。法民法二百十三條云：『夫當保護其婦，婦當聽從其夫。』蓋與我國相同。故禮記云：

「夫也者，以知帥人者也。」（郊特牲）

所以

「婦之言服也，服事於夫也。」（爾雅釋親）

既須服事於夫，應當：

「無違夫子。」（孟子）

在家屬制時代，妻之於夫，猶之家子於家父；家父之於家子，不僅有私權之全部，並具有公法上性質。夫之於妻，蓋亦如是。儀禮喪服傳云：

「故父者，子之天也；夫者，妻之天也。」

禮記郊特牲云：

「婦人無爵，從夫之爵，坐以夫之齒。」

總之古代「婦人有三從之義，無專制之道。」（儀禮喪服傳）認妻爲絕無行爲能力，實無疑義。古代既創此制，後代遂循守前型，莫能或革。民草規定，亦儀型古制，不模英美，尊崇夫權，蟻視婦女。查總

則編規定未成年能力之限制，蓋因其能力之不備，而加以保護也。若妻之限制能力，徒使其權利無故供男子犧牲，揆諸情理，豈得謂平？愚以爲下次修正，應完全革除舊制，採用最文明主義，認妻爲完全能力，庶男女權利完全平等。若必謂限制妻之能力，然後能達婚姻目的，實非完全理論。且如英德所行最文明制度，亦未見其國內家政，有如何紊亂之虞。我國男女同胞，幸注意焉！

第三款 關於財產上效力

近世各國於夫妻財產制，規定甚嚴。德國民法特設夫妻財產制一事，日本民法亦規定財產。我國草案規定於第一千三百五十七條，及第一千三百五十八條，蓋採管理制度也。考妻之財產，不外出嫁時攜來之一切妝奩，及財產而言。嫁資制度起源甚古，春秋以前，雖無記載，而春秋哀公十一年，左傳有：

『賦封田以嫁公女。』

是可知古代早有嫁奩之制。但雖有妝奩之制度，而不認爲妻之財產，即於婚姻成立之後，凡妻之所有，皆受夫之支配，與『爲人妻者得有私財』（大理院二年上字第三十三號判例）之制度不同。

蓋夫妻財產歸一主義也。羅馬市民法亦採用夫妻財產歸一主義，且夫對於妻所負債權，不負債還責任，故妻立於極不利益之地位。妻之於夫，其財產上關係，頗與家子之於家父同。我國古代於夫之上有舅姑直接支配財產，為家族制度當然之結果，無足為怪。禮記云：

『子婦無私貨，無私畜，無私器。』（內則）

既無財產私有之可言，并不能債借讓與。故

『不敢私假，不敢私與。』（內則）

即有他人贈與，亦當獻諸舅姑，不得歸於己有。如內則云：

『婦或賜之飲食，衣服，布帛，佩帨，蒞蘭，則受而獻諸舅姑；舅姑受之，則喜如新受賜。』

若舅姑以賜婦，亦當保藏，以待舅姑之用。如內則云：

『若反賜之，則辭，不得命，如更受賜，藏以待乏。』

若婦欲贈與親兄弟，須得舅姑之許可。如內則云：

『婦若有私親兄弟，將與之，則必復請其故，賜而後與之。』

非子說林篇載：

古代之妻絕無財產可言，如上所述。若夫私有財產，則犯七出中「竊盜」之條，例可離棄。如韓

「衛人嫁其子而教之曰：『必私積聚，爲人婦而出常也，其成居幸也。』其子因私積聚，其姑以爲多私而出之。」

第七節 婚姻之解除

婚姻之解除者何？即撤銷與離婚是也。先就離婚言之，夫婚姻者，爲男女營共同生活之生存結合，其目的在於夫妻之和好，畢世相依。故：

「夫婦之道，不可以不久也，故受之以恆。」（易序卦傳）

惟恆乃能：

「與子偕老。」（詩鄭風女曰雞鳴）

斷不期爲中途之離異。然使不相和好，夫婦道乖，直接影響於家庭，間接影響於社會，無寧與以解除之道，此古今中外所以又有離婚法之規定也。考各國關於離婚之法制，大略有三：即（1）自由離

婚：因當事者之意思，許其自由解除其婚姻者也。此種制度，更得細別爲：（甲）僅許夫得任意離婚。（乙）夫或妻之一方，得任意離婚。（丙）夫妻雙方合意始許離婚，即協議離婚是也。（2）禁止離婚：此種制度，或發端於宗教，或基因於道德，理論上雖屬允當，然揆諸實際，此種制度，斷不容存在。（3）裁判離婚制：謂有法律上一定原因，得呈訴於法院，經判決後許其離婚，始可解除其婚姻；即呈訴離婚是也。我國古代爲自由離婚制，僅許夫得『出妻』，即反於妻之意思，亦不妨強制執行；若婦則無論如何，不能自絕於夫。（史記管晏傳載：晏子御者之妻請去事甚詳，但其例蓋寡。）此實爲男尊女卑制度之結果，無足爲怪也。離婚之法條如何？大戴禮記本命云：

『婦人七去：不順父母，爲其逆德也；無子，爲其絕世也；淫，爲其亂族也；妬，爲其亂家也；有惡疾，爲其不可與共粢盛也；口多言，爲其離親也；竊盜，爲其反義也。』

民律草案規定離婚之原因，於第一千三百六十二條，共有九款，不能盡以揆合古法，無待說明之必要。然古法在現行律且率認爲有效，殊深駭異，參看現行律婚姻出妻條律。

古代對於被出不稱出，蓋深惡之也。於其姊妹被出，稱爲來歸，他人之姊妹被出，稱爲大歸。如春

秋載：

「夫人姜氏歸於齊。」左傳云：「大歸也。」（文公十八年）

「秋，鄭伯姬來歸。」左傳云：「出也。」（宣公十六年）

「春王正月，杞叔姬來歸。」穀梁傳云：「婦人之義，嫁曰歸，反曰來歸。」（成公五年）

古代婦人被出者蓋甚多，如前舉韓非子說林上篇云：

「爲人婦而出常也；其成居幸也。」

七出之條，如前所述，婦人一有所犯，即受離異。但在一種情形，乃絕對不能受出之處分，所謂三

不去是也。孔子家語云：

「三不去者，謂有所娶無所歸，與其更三年之喪，先貧賤後富貴。」（本命解）

如此婚姻乃能較爲穩定。若祇消極方面想免除「出」之處分，不爲積極方面設立「不去」之條規；則男女之生存結合，太不安穩確定。所以前清現行刑律關於民事有效部分於此亦有明文規定。

婚姻門出妻條律云：

「……處六等罰，雖犯七出有三不去而出之者，減二等，追還完聚。」

不寧惟是，古代不特對於女之再婚，加以限制；而於男之出妻，亦定有限制之明文。如管子小匡篇云：

「十三出妻，逐於境外。」

則士若三次離其妻，須受自由刑之處分，流逐於外，不與同中國。

男女嫁娶，古今皆由家長主婚，愚於婚姻之成立節已言之矣。至若離婚，在民律草案規定，協議離婚，必出於爲夫妻者之兩相情願，家長不能代爲主持。大理院六年上字第七百三十五號判例明文謂：「據現行律載：嫁娶皆由祖父母父母主婚，祖父母父母俱無者，從餘親主婚。又載夫妻不相和諧，兩願離異者不坐各等語。是男女婚姻之主婚權，雖屬於祖父母父母等，而協議離婚，則因有明文規定，必出於爲夫妻者之兩相情願而後可；自不得牽引主婚之律條，以爲口實。」又七年上字第一百三十二號判例亦謂：「夫婦協議離異，應由自身作主，他人不能代爲主持。」由此以言，則無論何人，均不能代爲主持，亦可無疑。至若古代，家長權至大，操離婚之權。如前舉韓非子說林上篇載：

「其子因私積聚，其姑以爲多私而出之。」

不云其子，而曰其姑。則此之離棄，由姑主持，當無疑義。尤有甚者，家子與其妻甚相和諧，如父母不喜，便應離棄；設卽與其妻恩義已乖，如父母以爲善，子雖欲離，亦不能離。如禮記內則云：

「子甚宜其妻，父母不說，出子不宜其妻，父母曰是，善事我子，行夫婦之禮焉，沒身不衰。」

家長權之大，寧非可驚。蓋亦屬「不順父母」條件之運用，爲家族制度之結果。至若無親屬之關係者，古代亦絕不許有所主持。如春秋載：

「齊人來歸子叔姬。」（文公十五年）

當時均不爲然，因叔姬之出，並非由於其夫，乃商人越俎代庖也。

古代於夫妻間之離婚權，祇夫所有，而妻無之固然矣。離婚之原因亦如前所舉。至若撤銷之例證，則又何如古重喪禮，尤是特別注重「三年之喪」。若婚姻值喪，亦得爲撤銷；且不限於男子一方面，蓋與前述離婚不同。大抵已經納幣尙未迎娶，無論男子方面，或女子方面，遇有三年之喪，經過一種儀式後，其婚姻卽可解除，另自與他人通婚。如禮記曾子問云：

「曾子問曰：「婚禮既納幣，有告曰女之父母死，則如之何？」孔子曰：「壻使人弔。如壻之父母，

則女之家亦使人弔。父喪稱父，母喪稱母。父母不在，則稱伯父世母，及已葬，壻之伯父致命女氏曰：「某之子有父母之喪，不得嗣爲兄弟，使某致命。」女氏許諾，而弗敢嫁，禮也。壻免喪，女之父母使人請，壻弗娶而後嫁之，禮也。女之父母死，壻亦如之。」

現代律例離婚以戶籍吏受理以呈報而發生效力；其方式無殊於婚姻之呈報。民律草案第一千三百六十一條第二項，著有明文；日本民法亦規定於第八千零十條。我國古代此種制度亦已有之。周禮地官媒氏云：

「娶判妻……皆書之。」

鄭鐔注云：

「民有夫妻反目至於仳離，已判而去，書之於版，記其離合之由也。」

近世夫妻不睦，提行離異，極肆詆毀；古人離婚且不言犯何條件，令其可嫁，實是古人之忠厚處。

如：

「傳曰：『曾子去妻，』梨蒸不熟。問曰：『婦有七出，不蒸亦預乎？』曰：『吾聞之也，絕交令可友，

棄妻令可嫁也。梨蒸不熟而已，何問其故乎？」

非惟本夫不揚妻之過，卽妻姑亦爲之隱。如禮記內則云：

「子婦未孝未敬，勿庸疾怨，姑教之……不可怒，子放婦出，而不表禮焉。」

鄭注：「表，猶明也；猶爲之隱，不明其犯禮之過也。」不孝其姑，合於七出第一款。子出其婦，本姑猶不揚其罪惡，則其犯他款被出，均同守祕密，良無疑義。在古代上級社會之諸侯，其於出婦，且有普遍之儀注。如：

「諸侯出夫人，夫人比至於其國，以夫人之禮行，至以夫人入。使者將命曰：「寡君不敏，不能而事社稷宗廟，使使臣某敢告於執事。」……妻出，夫使人致之曰：「某不敏，不能從而共粢盛，使某也，敢告於傳者。」」（雜記）

非惟不責妻之罪過，反自稱爲不敏，婚姻雖經解除，而未嘗變爲仇讎，此古人之忠厚處，爲今人不可及也。

離婚之效力，不僅消滅夫妻關係；凡由婚姻而生之親屬關係，及家屬關係均因是而解消。民律

草案於親子關係，規定於第一千三百六十六條及第一千二百六十七條。若古代想即不及五歲，亦未嘗由出母任監護之責。出母之喪滅至服期，均見親屬章親屬之發生及消滅節，並見家制章，不贅述。

第五章 親子

第一節 總說

親子關係者，一方對於他一方有直系一等親之宗親關係時，指於雙方間之親屬關係者也。爲次於婚姻構成一家之基本。故此關係，實屬於親屬間重大之事項。考其發生之原因，可別爲二：(1) 因血統連絡，(2) 因法律擬制，例如：嗣子對所嗣父母，及子之對於繼母或嫡母，皆法律擬制之準血族也。民律草案分嫡子，庶子，私生子，嗣子，四種。茲依照草案體例，用考古代遺規，述之如左：

第二節 嫡子

嫡子者，正妻所生之子也。民律草案親屬編規定於第一千三百八十條，至第一千三百八十六條。其第一千三百八十一條，爲規定嫡出子之身分而設。爲嫡子在普通之觀念，則必以正妻所出爲嫡子。夫嫡子雖由正妻所生，而正妻所出之子，依法律上嚴正解釋，有時亦不得爲嫡子；如出生雖在結婚後，而受胎實在結婚前者，雖爲婚姻有效中，所生之子，其實因妻與夫以外之男姦通而受胎者；

及婚姻解銷後，妻與他男私通受孕而生之子皆是。此等子雖亦爲正妻所生，由法律上嚴正解釋之，並不得爲嫡子。蓋以嫡子之權利，在法律上與他子既全然不同，故關於嫡子之身分，在法律上必有明確規定。嫡子須爲正妻所出，固不待言。然妻之受胎時期須在婚姻有效中，且夫於受胎時期內，曾與同居者，始推定其嫡子。觀此則在婚姻無效時受胎，及雖在婚姻有效中受胎，而其夫並未與同居者，其妻所生之子，均不得爲嫡子，實無疑義。至何者爲受胎時期？規定於第一千三百八十一條云：「從子出生日回溯第一百八十一日起，至三百二日止爲受胎時期。」蓋以證明此事，極爲困難，故各國法律多設爲受胎時期之規定。以受胎不可測而知，而受胎之時期，則可推而定。所謂受胎時期者，據胎兒在母腹中，最短之日數，與最長之日數，兩相比較，而卽以其差數，爲受胎時期也。據醫學家言，胎兒之在母腹中，有經過一百八十日卽生者；最長期有經過三百日而始生者，其最短期與最長期相去之百餘日，卽爲受胎時期。蓋欲知何時受胎，從胎兒出生之日，逆數自百八十一日起，以至三百餘日爲止，總不外此百餘日內受胎，故卽以此百餘日爲受胎時期。是卽法律上所謂受胎時期也。受胎時期與懷胎時期不同，受胎時期，指在母腹中最長日數與最短日數之兩差數而言；懷胎時期，

是由受胎時起分娩時止而言。故懷胎時期，或有長至三百餘日，或短至百八十日之差。而受胎時期則總不外此百餘日中也。古籍稱懷胎日期有以十五個月者，有云二十個月者，不可徵信。史稱老子母孕八十一年，從脅而生，更屬荒誕無稽，姑不詳引。漢劉熙釋名釋親屬云：

「嫡，敵也，與匹相敵也。」

增韻釋嫡云：

「正室曰嫡。正室所生之子曰嫡子。一曰嫡敵也，言無與敵也。」

就此觀之，則古籍規定嫡子之定義，亦可明矣。嫡子之權利在法律上與他子各有不同，故其生之儀式，亦與庶子有別。如禮記云：

「凡接子擇日，冢子則大牢，庶人特豚，士特豕，大夫少牢，國君世子大牢，其非世子，則皆降一等。」（內則）

若其既長，則：

「適子冠於阼以著代也。醮於客位，加有成也。三加彌尊，喻其志也。冠而字之，敬其名也。」（郊

（特牲）

若其喪，則父爲之三年。如儀禮云：

「父爲長子。傳曰：何以三年也？正體於上，又乃將所傳重也。」

此言長子，卽嫡子也。註云：「嫡子通上下也，亦言立嫡以長。」疏云：「亦言立嫡以長者，欲見嫡妻所生，皆名嫡子。第一子死也，則取嫡妻所生第二長者立之，亦名長子。若言嫡子，唯據第一者；若云長子，通立嫡以長故也。」於此嫡子之意義，更可明矣。母亦爲喪三年。如云：

「母爲長子。傳曰：何以三年也？父之所不降，母亦不敢降也。」（喪服）
庶昆弟爲之服期。喪服云：

「大夫之庶子爲嫡昆弟。傳曰：何以期也？父之所不降，子亦不敢降也。」
服制有升降之規，而諸禮書所云諸侯大夫，均不降嫡殤者何也？蓋重嫡也。如：

「大夫之庶子，爲嫡昆弟之長殤中殤，公爲嫡子之長殤中殤，大夫爲嫡子之長殤中殤，其長殤皆九月纓經，其中殤七月不纓經。」（喪服）

對於嫡子之儀禮，既如上述。而嫡子之異於庶子者，當然不特此也。嫡子在家屬中有特別之權利，則古代之所謂立嫡是已。嫡庶之別，由於母不由於父，如爲嫡出也，爲嫡子，如妾出則庶子矣。故欲家室之安，必先明妻妾之分，欲宗族之和，必須有嫡庶之別。不然，則：

『妻妾不分，則家室亂；嫡孽無別，則宗族亂。』（呂氏春秋慎勢）

嫡妻惟一，不得有二。左傳隱公五年杜注云：

『諸侯無二嫡。』

惟其如此，諸侯不再娶。如桓公五年胡傳云：

『古者諸侯不再娶，於禮無二嫡。』

程子云：

『春秋之時，嫡庶僭亂。聖人猶謹其名分，男女之配，終身不變者也。故無再娶之禮。』

所以明妻妾之別，正所以正嫡庶子之位。春秋之世，嫡庶僭亂，妾母而稱夫人，亂倫易紀，無復識辨。駢惟成風，實階之厲。春秋大書特書，以示貶，而公羊穀梁各傳尤多聲討之詞，良有以也。自是而後，妾

母而陵正妻，竊取名義者，更繁有徒，不勝枚舉。然愚考之，古代之妾，實可能取得妻之身分；而子之嫡庶，當然由母之身分爲轉移，若在妾之身分時所生者，爲庶子；若已得妻之身分後所生者，則爲嫡子矣。試舉其證。如呂氏春秋云：

『紂之同母三人，其長曰微子啓，其次曰中衍，其次曰受德，受德乃紂也。甚少矣。紂母之生微子啓與中衍也，尙爲妾。已而爲妻而生紂。紂之父，紂之母，欲置微子啓以爲太子，太史據法而爭之。曰：「有妻之子，而不置妾之子。」紂故爲後。」（當務篇）

故史記亦載：

『帝乙長子曰微子啓，啓母賤，不得爲嗣。少子辛，辛母正后，辛立爲嗣。帝乙崩，子辛立，是爲帝辛。天下謂之紂。」（殷本紀）

夫嫡子者，所以承父之重也。若是廢嫡立庶，卽爲大背禮法；而春秋之世，廢嫡立庶之事，書不勝書，不惟春秋之世爲然，如殷自中丁以來，廢嫡更立諸弟子，遂致大亂。史記云：

『帝陽甲之時，殷衰自中丁以來，廢嫡而更立諸弟，或爭相代立，比九亂，於是諸侯莫朝。」（殷

本紀)

當西曆紀元前七百二十二年，我國周平王四十九年魯隱公立，經不言即位，公羊傳云：

「公何以不言即位，成公意也。何成乎公之意？公將平國而反之桓，曷爲反之桓？桓幼而貴，隱長而卑，其爲尊卑也微，國人莫知，隱長又賢，諸大夫扳隱而立之，隱於是焉而辭立，則未知桓之將必得立也；且如桓立，則恐諸大夫之不能相幼君也。故凡隱之立，爲桓立也。隱長又賢，何以不立？立嫡以長不以賢，立子以貴不以長。桓何以貴？母貴也，母貴則子何以貴？子以母貴，母以子貴。」（隱公元年）

是春秋之初，傑梟之諸侯，猶不敢公然廢嫡立庶，違背「立子以貴」之法條，隱桓而後，魯及諸國廢嫡立庶之爭，起骨肉相殘之禍，典籍記之，更僕難數。

設無嫡子，則將若何應之？曰立孫。茲摘禮記所載，以證我說。如：

「公儀仲子之喪，檀弓免焉。仲子舍其孫，而立其子。檀弓曰：「何居？我未之前聞也。」趨而就子服伯子於門右。仲子舍其孫，而立其子何也？」伯子曰：「仲子亦猶行古之道也。昔者文王舍

伯邑考而立武王，微子舍其孫贖而立衍也。夫仲子亦猶行古之道也。」子游問諸孔子。孔子曰：「否，立孫。」（檀弓上）

故儀禮喪服云：

『嫡孫傳曰：何以期也？不敢降其嫡也。』

設若既無嫡子，又無嫡孫，以及嫡曾孫，又將若何則應之曰：古代亦有准正之方法，即近代所謂之準嫡子是也。父無嫡子，而僅有妾出子者，得認庶子爲嫡子，即使庶子取得嫡子之身分。民律草案規定於第一千三百八十九條，及第一千四百九條。古代如左傳載季武子立適事云：

『季武子無嫡子，公彌長而愛悼子，欲立之。訪於申豐曰：「彌與紇吾皆愛之，欲擇才焉而立之。」』

若庶子均賢，則爲何如？『義均則卜，古之道也。』（左傳文）卜用龜。如禮記云：

『石駘仲卒，無嫡子，有庶子六人，卜所以爲後者曰：「沐浴佩玉則北。」五人者皆沐浴佩玉。石祁子曰：「孰有執親之喪，而沐浴佩玉者乎？」不沐浴佩玉。」石祁子兆，衛人以龜爲有知也。』（檀

（弓）

又有一種選嫡之法。如左傳云：

「初共王無冢嫡，有寵子五人，無適立，乃大有事於羣望，而祈曰：『請神擇於五人者，使主社稷。』乃徧以璧見於羣望曰：當璧而拜者，神所立也，誰敢違之！……乃與巴姬密埋璧於大室之庭。」

（昭公十三年）

以上所舉，均不外以神道思想，選擇嫡子之身分者也。而在古代中又有一種請諸侯認正之方法。如左傳云：

「狄人歸季隗於晉，而請其二子。文公妻趙衰生原，同屏括樓嬰。趙姬請逆盾與其母。子餘辭。姬曰：『得寵而忘舊，何以使人？必逆之。』固請，許之。來，以盾爲才，固請於公，以爲嫡子，而使三子下之。」

考羅馬優司悌尼央帝之新勅法第七十四號規定云：「凡父對於妾出之子，得向皇帝請願認正之許可。」實與「請於公以爲嫡子」之制相同。

古代關於準嫡子之事，不勝枚舉。最具陰謀之手段者，莫如呂不韋謀立子楚爲秦嫡事。如史記所載。茲摘於後，用資稽閱。

「子楚母夏姬母愛，子楚爲秦質於趙。秦素攻趙，趙不甚禮子楚。……居處困，不得意。呂不韋賈邯鄲見而憐之，曰：「此奇貨可居。」乃往見子楚。……呂不韋曰：「秦王老矣！安國君得爲太子。竊聞安國君愛幸華陽夫人無子，能立嫡嗣者，獨華陽夫人耳。……不韋雖貧，請以千金爲子西遊，事安國君及華陽夫人立子爲嫡嗣。……不韋因使其姊說夫人曰：「吾聞之，以色事人者，色衰而愛弛。今夫人事太子甚愛，而無子；不以此時蚤自結於諸子中賢孝者，舉立以爲嫡而子之。……今子楚賢而知，中男也。次不得爲嫡。其母又不得幸自附夫人，夫人誠以此時拔以爲嫡，夫人則竟世有寵於秦矣。華陽夫人以爲然。承太子間，從容言子楚質於趙絕賢，來往者皆稱譽之。乃因涕泣曰：「妾幸得充後宮，不幸無子，願得子楚立以爲嫡嗣，以託妾身。」安國君許之，乃與夫人刻玉符約以爲嫡嗣。」（呂不韋列傳）

第三節 庶子

庶子者，非妻所生之子，謂妾所生之子也。古代通婚，最重婚儀，明媒正娶，纔爲正室；若不經過婚姻之程序，就不能認爲正式婚姻。妾之階級，於是而生。關於妾之種類，及其地位，非本文範圍，不具論。茲所述者，即妾所生之子也。妾子名爲庶子，含有輕視之意。如劉熙釋名釋親屬云：

『庶，撫也，拾撫之也，謂拾撫微陋待遇之也。』

民律草案關於庶子規定於第一千三百八十七條，至第一千三百八十九條，是我國雖認一夫一妻制，而因社會習慣於妻外有妾者尙多，故親屬中不得有嫡子庶子之別。考各國法律除妻所生之子謂之嫡子，非妻所生之子謂之私生子外，實不容有庶子名詞之存在。若日本民法雖有庶子之名，而實際則爲私生子被認知後之特稱，其地位與我草案所規定有異也。夫以法理言，我草案庶子之規定，實不能自圓其說。蓋第一千三百八十八條既云：『妻所生之子嫡子。』妻者由正式婚姻而取得身分之人，其他非由正式婚姻者，即謂之非妻。故一千三百八十七條所謂非妻，與一千四百零三條所謂苟合或無效婚姻，實非二義。乃分別其所生者，曰庶子，曰私生子，實屬界限不清，下次修正，應當廢庶子之名稱，不能維持惡習慣，而認有妾之制度也。雖然，庶子名稱，在吾國經傳律例爲數見不鮮

之事，我民草之規定，蓋淵源古昔，實基乎一妻多妾制，而產生此種名稱也。

庶子之地位，較嫡子爲低，自不待言。若庶子之生，如禮記云：

『公庶子生，就側室。三月之末，其母沐浴朝服見於君。』（內則）

若大夫之妾生子，則：

『妾將生子，及月辰，夫使人日一問之。子生，三月之末，漱澣夙齊，見於內寢，禮之如始入室。』

（內則）

大全慶源輔氏曰：『妾生子而禮之如始入室，所以使之知大分已定於其初矣。』若嫡子之生，則不就側室，並不始入室之禮。考古代適士立二廟，祭禰及祖；若兄弟二人，一嫡一庶，俱爲適士，其嫡子之爲適士者，固祭祖及禰，其庶子雖適士，止得立禰廟，而不得立祖廟而祭祖，蓋明其宗有所在也。如禮記云：

『庶子不祭祖者，明其宗也。』（喪服小記）

然若宗子因病不能預祭事，則庶子可有代攝之權，但必先告於宗子。故云：

「支子不祭祭必告於宗子。」（曲禮）

若父母之喪，嫡子得執杖進階，哭位，庶子至中門外則去。故云：

「庶子不以杖即位。」（喪服小記）

何以至中門外則去之？蓋：

「門內之治恩，揜義；門外之治義，斷恩。」（儀禮喪服）

若庶子之喪，則：

「父不爲衆子次於外。」（同上）

如嫡長子死，則父爲之居喪，次於中門外。若庶子則父不爲主喪，故庶子之子，得以杖即位。如：

「父不主庶子之喪，則孫以杖即位可也。」（同上）

若嫡子之喪，嫡子之子不得以杖即位，以父主喪避祖之尊也。庶子不得立父廟，故不得祭殤與無後者。如：

「庶子不祭殤與無後者。」（同上）

第四節 私生子

考民律草案第一千四百零三條規定云：『由苟合或無效之婚姻所生子爲私生子。』私生子之意義，可以明矣。法國民法別私生子爲單純之私生子，與亂倫或姦通之私生子二種。我國律例於嫡子庶子之外，有私生子，已如上舉。故私生子者，又非妻所生之子也。春秋之世，廉恥喪亡，或子而烝乎其母，或兄而淫乎其妹，跡同禽獸，此『中冓之言，不可道也。』（詩鄘風）無寧從略。惟舉一則，以爲本文之證。如左傳載：

『晉獻公娶於賈，無子，烝於齊姜，生秦穆夫人，及太子申生。』

若以現代私生子之定義言，則申生爲獻公之私生子，立爲太子，則獻公認申生爲嫡子而立之也。私生子之認領爲嫡子，在現代法律必父母成婚後，乃能取嫡子之身分。獻公與齊姜子母而苟合，當然不能成婚，既不能成婚，即不能取得嫡子之身分。參看民律草案第一千四百零九條。

私生子之親子關係，近代各國法例不同。有以私生子須經其父母之認知，始生親子之關係者，如日本民法是。有以私生子對於其母之親子之關係，不待認領而定，惟對於其父之親子關係，有須

其父認領後始定者，如德國民法是。民律草案規定係採德國法。蓋私生子對於其母由分娩及出生顯然之事，即可確定其爲母之子；故母子之關係，不待認領而始定。至父子之關係，則須有認領後始定者，規定於第一千四百零四條。古代關於私生子之認領，有明確之記載，其所含意義，實與民律草案所規定相同。如左傳載：

『魯叔孫穆子初避僑如之難，奔齊，及庚宗遇婦人私爲食而宿焉。適齊，娶國氏生孟丙仲壬。後庚宗婦以私子來見，名曰牛，使爲豎。』

是認領私生子爲子，從可知矣。

第五節 嗣子

嗣子者，法律擬制之子也。立嗣制度，發源最古，於親屬章略述之矣。卽在歐西於羅馬時代亦已盛行，且與我國同一趣旨，蓋均所以承祭祀綿血食也。近世各國除英美荷蘭不採此制外，若法、若意、若德，無不有之，卽遠東日本亦採此制。惟歐洲立嗣制度之精神，祇在慰藉孤獨，救護貧困，扶助遺孤，獎勵戰士，而於繼續宗祀一層，非其所重。故與我國立嗣之主旨，迥然不同。卽我國古昔與近今亦稍

異。我國最初立嗣制度，基於宗法；蓋古重宗法，大宗爲一尊之統，大宗無後，族人應以支子後大宗。故惟大宗得立後，而小宗則不立。如儀禮云：

『爲人後者孰後？後大宗也。曷爲後大宗？大宗者尊之統也。尊者尊統上，卑者尊統下。大宗者，尊之統也。大宗者，收族者也，不可以絕。故族人以支子後大宗也。』（喪服）

若小宗五世則遷，不得爲尊統領族人，故不得立嗣。如何休云：

『小宗無後當絕。』

小宗無後不得立嗣，則小宗若無後，便祭祀斬除耶？曰：否，無後從祖耐食。如禮記云：

『殤與無後者，從祖耐食。』（喪服小記）

『凡殤與無後者，祭於宗子之家。』

羅洪先言之尤暢，其言云：

『小宗無爲後也，勢也。祖遷於上，宗易於下，五世易無復續矣。其族統於大宗，而其親分於宗四，喪主於其親，祭耐於其祖，又何後之有？』（宗論中篇）

支庶不得立嗣之理由，更可瞭然，無庸細述。若支庶而立後，便是觸犯禮制。如羅虞臣云：

「非所後而後焉，是曰誣禮。」（羅集爲人後議）

立嗣制度，原所以承祭祀。若嫡子有承重祭祀之義務，故不得爲嗣子。如儀禮云：

「嫡子不得後大宗。」（喪服）

嫡子不得爲嗣子，與民律草案第一千三百九十三條規定相同。蓋獨子而出嗣，自嗣子言之，是不忍於人之父母，而忍於己之父母，不孝之尤也。自所嗣父母言之，是奪人之子以爲子，不忍於己之不祀，而忍於人之不祀，非仁也。故均爲律所不許。孔子有言曰：

「絕嗣而後他人，於禮爲非。」（家語）

禮經稱嫡子不得後大宗，明乎絕父以後人之不可也。故惟支庶可以爲嗣，以支庶不祭祖與稱也。如喪服云：

「何如而可以爲人後，支子可也。」

傳云：神不歆非類，民不祀非族。誠以血不相屬，則氣不相通，氣不相通，則祭無由格。雖曰迷信，然立嗣

之精義，實基於此，遠非歐制所比擬。羅馬古代，未有限制，不問宗親屬與否。近今外國立法例亦然。朝爲路人，暮爲骨肉，揆之情理，不無可議。我國古代異姓之子不得爲嗣，故立嗣必取於同宗。如儀禮云：

「何如而可爲之後，同宗則可爲之後。」（喪服）

民律草案以親屬或同宗爲限，不以同姓異姓爲限。故若姊妹之子，壻，妻兄弟姊妹之子，均可立其爲嗣，規定於第一千三百九十一條，蓋與古異。

宗族有尊親屬卑親屬之別，尊卑有序，不可凌亂。嗣子爲法律擬制之子，立嗣行爲發生後，父子之名遂定，若輩分不相當，亦得爲嗣；則親等變亂，名分乖違，而一切親族關係，悉混淆不知所極。故無論古今中外皆不許親族中輩分不相當之人爲嗣子也。在中國如民律草案第一千三百九十條，及第一千三百九十一條之所規定。若古代，如禮記月令：

「無子者，聽養同宗於昭穆相當者。」

故魯僖公以兄繼弟。公羊傳祇得以臣繼君，猶子繼父之說況之。不敢竟以僖公爲閔公子也。（公羊傳僖公元年）現行律例立嗣而尊卑失序者，杖六十，其子仍歸本宗。

禮記月令謂無子者，聽養同宗於昭穆相當者。換言之，即非無子者，不得爲嗣父，此大原則也。蓋無子者，無男子之謂也。故有女子者，仍不妨立嗣。所謂婦人從夫不從身，立後後宗非後已，重男統不用女統之結果，固不認女可得立嗣。此與現今認嗣子制度之國，得立嗣之人初無男女之別者迥異。而與民律草案相同。若夫先已有子，更以他人之子爲子，亦爲古今所不許。故禮謂無子者，在民律草案第一千三百九十條亦云。大理院五年上字第六百八十二號判決亦謂：現行律載無子者，許令同子立穆相當之姪承繼，先儘同父周親，次及大功小功總麻。如俱無，方許擇立遠房及同姪爲嗣。又無宗昭嗣，除依律外，若繼子不得於所後之親，其告官別立，其或擇立賢能及所親愛者，若自昭穆倫序不失，不許宗族指以次序告爭。又無子立嗣，若應繼之人，平日先有嫌隙，則於昭穆相當親族內擇賢擇愛，聽從其便各等語。是無子立嗣，自以依照法定次序，擇立應繼之人爲原則。而例外雖許擇賢擇愛，然仍須具備相當之條件。

三代以降，宗法破壞，無大宗小宗之別，人各親其親，各稱其稱，暮年失子者，既不能聽寥獨零丁，倚倚無恃；身後有遺產者，更不能任其廢棄，無所歸屬。故三代後之立嗣精神，不能盡與古代相同，自

無疑義。禮記曰：『無子者，』則凡無子是皆可立嗣，無大宗小宗及爲嫡爲庶之分也。法律思想之進步，其速如此。

第六節 養子

養子卽義男，乃乞養他人之子也。與親子有別，茲特於此，附加研究。考養子制度隨家族制度而發生，在古代封建時代尤形重要；蓋在家族制度之上權利義務，悉以家爲本位，所忌者爲家之斷絕，故家以繼承爲必要。如其無子勢不得不以他人之子，爲其繼承之人。歐美諸國封建制度，家族制度，雖經消滅，而此制尙存。蓋年老無子者爲娛悅晚景計，亦嘗收他人之子爲養子，法律上猶有養子之規，認爲擬制之血族。至於日本則有所謂養子緣組者，亦卽他姓之子，因緣組而得爲血族也。我國民草第一四六九條規定云：『乞養義子，或收養三歲以下遺棄小兒或贅婿，素與相爲依倚者，得酌給財產，使其承受。』是本條僅爲財產關係而設，於宗親關係無與也。理由亦明謂：『本條係規親屬外，得承受遺產之人。』養子不能認爲宗親，實無疑義。查現行律戶役門立嫡子違法條內載：義男女婿爲所後之親喜悅者，聽其相爲依倚，不許繼子。並本生父母用計逼逐，仍酌分給財產。又凡乞養異姓

義子有情願歸宗者，不許將分得財產攜回本宗。其收養三歲以下遺棄小兒，仍依律卽從其姓；但不得以無子遂立爲嗣，仍酌分給財產，俱不必勒令歸宗各等語。總釋例意，其於乞養義子及收養遺棄小兒不許以之立嗣者，以宗祀之重，不容混亂也。左傳有云：

「非其族類，神不歆其祀。」

故鄆國立異姓爲嗣，便深受攻擊。如左傳襄公六年秋，莒人滅鄆。穀梁傳云：

「非滅也。家有旣亡，國有旣滅，滅而不自知，由別之而不別也。莒人滅鄆，非滅也，立異姓以莅祭祀，滅亡之道也。」

其不認養子爲宗親可知，與現代法律所規定，可云無間。如現行律戶役門其乞養異姓義子，以亂宗族者處罰，其主義與古相同。故禁止異姓爲嗣，古昔已然，降洎李唐垂爲厲禁。迄於今日，我國雖有養子之名，而不得加入擬制宗親之內也。

我國古籍中關於養子之紀載，如呂氏春秋曾有一段記收養他人之子爲己子事，其文云：

「夏后氏孔甲田於東陽蒼山，天大風，晦盲，孔甲迷惑入於民室。主人方乳，或曰：『後來見良日也，

之子是必大吉；或曰：不勝也，之子是必有殃。后乃取其子以歸，曰：以爲余子，誰敢殃之。」（音初篇）

典籍所載收養義子，其例甚多，不爲多舉。至若遺棄之孤兒，呱呱幼稚，不能自生，收而養之，在古代有免征之權利，其規定各有等差。如管子云：

「所謂恤孤者：凡國都皆有掌孤士，人死子孤，幼無父母所養，不能自生者，屬之其鄉黨知識。故人養一孤者，一子無征；養二孤者，二子無征；養三孤者，盡家無征。掌孤數行問之，必知其食飲饑寒，身之臍臍，而哀憐之，此之謂恤孤。」（入國篇）

民草第一千四百六十九條之所規定，爲財產關係而設，既已言之。古代收養義子，法律特垂免征之明文，實爲優恤養子計也。大理院判例關於財產之關係者甚多，茲摘如下，藉供參證。凡收養義子與立繼不同，其有無親生子，或立有繼子，在所不問。（四年上字第一千九百七十一號）就原則言，異姓養子不能繼承宗祧，故不能充當族長。（五年上字第七百七十八號）又不有承值祭產之權利。（四年上字第九百二十二號）但例外，以異姓養子爲嗣，歷久亦屬有效，要非族人所得訴請

撤銷。（統字第八百十四號解釋）又宗族對於養子，亦不能爭承繼權。（七年上字第三十五號）養子不能爲遺產繼承人，只可聽養家酌量給予財產，不得要求均分；至酌給之程度，則視其對於養家盡力之如何以爲斷。（七年上字第二百八十三號）異姓養子如不爲所後之親喜悅，則所後之親自有令其歸宗之權。（三年上字五百六十七號）歸宗之時，於養親財產如何，應聽養親之意思，酌量給予，不得指定應繼之額，強令分給。（九年上字三百八十八號）乞養養子情願歸宗，依律雖不許將分得財產攜回本宗；但養子與義父夥置產業，而以其有人之資格，分得共有財產之一部，自與律載養子之分得財產不同，不應適用不許攜回之規定。（三年上字第一千二百五十五號）總此以觀，則養子與親生子權利關係不同之點，可推想比較而知也。歷觀史乘，收領養子，且以爲嗣者甚多，於禮法固所不取，然習慣風俗牢不可破。昔范寧與謝安書有云：

『稱無子而養人子者，自謂同族之親，豈施於異姓。今世行之甚衆，是謂逆人倫昭穆之序，違經紹繼之義也。』（杜氏通典異姓爲後議）

禮法所非，行之仍衆，迨莫可如何。然今日亦有例外之明文。（大理院統字第八百十四號解釋）民

草於養子特訂財產關係之條，（第一千四百六十九條）在古代且定親疏之服。茲將杜氏通典異姓爲後議一文，摘錄如左，以便參考：

『後漢吳商曰：「或問以異姓爲後，然當還服本親，及其子當又從其父而服耶？將以異姓，而不服也？」答曰：「神不歆非族，明非異姓所應祭也。」頃世人無後，並取異姓以自繼，然本親之服，骨肉之恩，無絕道也。異姓之義，可同於女子出適，還服本親，皆降一等。至於其子應從者，亦當同於女子之子從於母而服其外親。今出爲異姓作後，其子亦當從於父母服之也。父爲所生父母，周，子宜如外祖父母之加也，其昆弟之子父雖服之大功，於子尤無尊可加，及其姊妹爲父小功，則子皆宜從於異姓之服，不過總麻也。……所養之父自有後而本親絕嗣者，應還本宗，主其宗祀，服所養父母，依繼父齊衰周。若二家俱無後，則宜停所養家，依爲人後，服其本親，例降一等，有子以後其父未有後之間，別立室以祭祀之是也。』

第六章 宗法考證

梁任公有言：「凡國家皆起源於民族，此在各國皆然，而我國古代，於民族方面之組織，尤極完密，且能活用其精神。故家與國之聯絡，關係甚圓滑，形成一種倫理的政治。」（見先秦政治思想史）
第四節政治與倫理之結合（抑吾人尤可知古代其於異族相互間，及同族相互間，各有嚴密之組織。異族相互間之組織，於親屬婚姻兩章中均已舉證，無再贅述之必要。同族相互間之維繫方法如何？所謂宗法是已。

我國古代之社會，實一宗法之社會也。以是一切倫理政治完全建築於宗法上，而產生宗法之倫理與政治。而親屬之組織及其制度，尤其完全建設於宗法上，無庸詳述。即今日之親屬律採取家屬主義，蓋亦因乎數千年之遺規，順社會之習俗，所謂法律產生於習慣人情也。近東如日本親族法亦取家族主義，惟其精神與中國大相迥殊，何也？日本向來有家法無宗法，其宗即寓於家，其嫡長之系統，是因家而傳，合宗於家。我國則宗法自宗法，家法自家法，嫡長之系統由宗而傳，不由家而傳。同

一家屬制度，其實際之迥異如此。於家制章會已言之。故吾人欲研究中國親屬法，應當研究宗法之制度；若研究中國古代之親屬法，尤應加之研究也。作宗法考證殿於篇。

宗法者，古人分別嫡庶統系之制度也。白虎通云：「宗者何謂也？爲先祖主也；宗人之所尊也。禮曰宗人將有事，族人皆待。聖者所以必有宗何也？所以長和睦也。大宗能率小宗，小宗能率羣弟；通於有無，所以紀理族人者也。」（宗族）何謂大宗小宗？考禮記喪服小記云：

「別子爲祖，繼別爲宗，繼禰者爲小宗，有五世而遷之宗，其繼高祖者也。」
大傳亦云：

「別子爲祖，繼別爲宗。繼禰者爲小宗，有百世不遷之宗，有五世則遷之宗。百世不遷者，別子之後也，宗其繼別子之所自出者，百世不遷者也。宗其繼高祖者，五世則遷者也。」

據上所舉，分解如次：

- (一) 大宗別子爲祖 別子者，謂諸侯嫡子之弟別於正適也。爲祖者，別與後世爲始祖也。
- (二) 繼別爲宗 謂別子之適長子繼別子與族人，爲百世不遷之宗也。

小宗之宗人，共宗其小宗；羣小宗各率其家人以宗大宗；大宗又率羣小宗以宗國君。故大宗率小宗；小宗率羣族；族人之所事者祇此二宗。其道爲何？大宗之嫡通夫百世，故百世之小宗宗之；小宗之嫡止夫五世，故五世之羣兄弟宗之；五世之內無二嫡，猶大宗也。庶子不得禰父以長子繼己爲小宗，故繼禰之嫡，諸弟宗之；五世之嫡，其父之諸弟曰叔叔之子，曰同堂兄弟共宗之；三世之嫡，其再從伯叔兄弟共宗之；四世之嫡，其三從之伯叔兄弟亦共宗之；而同父同堂再從之伯叔兄弟從可知矣。小宗至於五世，四從兄弟視小宗之高祖爲高祖兄弟無服，故可謂各祖其祖爲宗。其得各自爲宗也，何也？宗之言尊也，尊無二，所以明無二嫡。服者，昔人所用爲宗子聯屬族人之具也。小宗以五世限，服盡也，服盡則親盡，親盡則廟毀。禮記有言：『祖遷於上，宗易於下。』（大傳）其此之謂也。而孔穎達謂『族人一身事四宗，并大宗爲五。』此不可解者也。羅虞臣因作小宗辯一文，批駁至宏，茲摘於左，以資考鏡：

『孔穎達曰：「族人一身事四宗，并大宗爲五。」考諸禮經原無四宗之說，假令四宗爲之宗法，親子孫互有異同，族人以一身事之，將誰適從？此決知其不能也。四宗之說，起於班固。固之言曰：

「宗其爲高祖後者爲高祖宗；宗其爲曾祖後者爲曾祖宗；宗其爲祖後者爲祖宗；宗其爲父後者爲父宗。」此固臆說也。夫大宗以始祖爲宗；小宗以高祖爲宗；宗至四世，族人雖各有曾祖及祖禰之親，然視之高祖彼皆支子，支子不爲宗，得爲宗者，高祖所傳之嫡而已。是宗安有四乎？或曰：「禮經所稱曰繼禰，曰繼高祖，何謂也？」曰：據其初言，則爲繼禰；自其終言，則爲繼高祖之傳下及元孫，推而上及於禰，然後爲小宗者備矣。夫小宗以五世爲率，五世之內，雖父子祖孫相承，然世止一嫡耳，序之以昭穆，別之禮義，而後族人尊之爲宗，故曰宗子有君道焉。如固之說，則宗有四嫡，廟有二主，喪有二孤，土有二王，甚非古者所以定名分，防僭奪之義。或又曰：「人之族類蕃庶，有高祖同而曾祖不同者；有曾祖同而祖不同者；有祖同而禰不同者；吾爲嫡可以主吾曾祖之祠，不可以主曾祖叔之祠；可以主禰之祠，不可以主諸叔之祠，謂其各有子孫也，則宗安得不分爲四？」曰：夫羣族之有宗子，猶裘之有領也；五世之族無二宗，猶裘之無二領也。故嫡子可以宗父，而宗子之嫡，不得爲其父宗；嫡孫可以宗祖，而支子之孫，不得爲其祖宗；嫡之曾孫，可以宗曾祖，而支子之曾孫，不得爲其曾祖宗。何也以義屈也，服未斬，則尊不可貳也。五服之外支之

嫡始得爲宗者，謂高祖已遷也。故尊其曾祖爲高祖，可以自宗，尊有所伸也。五世未竭，則高祖在上，曾祖以下，皆子孫也。子孫同享高祖之廟，統於尊也；祭同廟，享同時，羣族之兄弟同在也。宗之嫡主高祖及其曾祖祖禰之獻，而兄弟各佐獻其祖禰於同堂之上，是故無奪嫡之嫌，而一廟同享，子孫曷常不各盡其孝思哉？曰：「內則有云：『夫婦皆齊而宗敬，終事而後敢私祭。』」若子之說，庶子無私祭乎？曰：「此小宗事大宗之禮也。小宗雖有嫡子，然要諸大宗則庶也。小宗雖奉四代之祭，然要諸大宗則私也。故祭先公而後私；先大宗後小宗，尊卑之義也，非庶子私之謂也。大傳曰：『庶子不祭，明其宗也。』」斯先王所以重嫡庶之分，而謹僭僭之防者也。曰：「然則老泉宗法非歟？」曰：「洵以高曾祖禰之嫡，分爲四項，是惑於四宗之說也。」其言曰：繼高祖之嫡，祈死而無子，故其宗亡而虛存，繼曾祖者曾祖之嫡，宗善，宗善之嫡，昭圖，繼祖者之嫡，序，序之嫡，澹，夫洵之曾祖祖皆庶也；高祖之嫡，祈死而無子，則當以祈之弟，福，福之子，竄爲宗，以繼高祖，不應自爲其曾祖立宗。既爲曾祖立宗，則洵祖當宗善，洵父當宗昭圖，不應復舍曾祖之嫡，而又自爲其祖立宗。今人孰不欲尊祖而私禰，然充洵之說，是率天下亂嫡庶之分也。何者？大宗之

嫡，通夫百世，故百世之小宗宗之；小宗之嫡，止夫五世，故五世之羣兄弟宗之；五世之內無二嫡，猶大宗也。故曰大宗率小宗，小宗率羣族；族人之所事者，此二宗耳。不然，則先王之宗法猶官多而令煩，求欲其致理也得乎？（羅虞臣集）

宗法不惟國內行之，諸國相互間亦行之。如滕開國之君叔繡爲魯開國之君周公之弟，周公爲武王母弟，諸姬共戴之爲大宗，故孟子記滕之父兄百官稱：

『吾宗國魯先君。』（滕文公上）

故諸侯又各率其宗，以宗天子。如荀子云：

『天子……聖王之子也……天下之宗室也。』（正論）

宗法又不惟行於王侯大夫之支庶而已，一般平民亦有之。羅洪先乃謂宗法爲公族卿大夫而設。以爲諸侯之始封，有人民社稷之寄；有朝覲聘享祭祀省助之政，勢不能自領其宗，而公族無統，國人不可得而治也；諸侯絕宗，大夫不可得而祖也，故設宗法繫之。別子者，始封始徙之諸侯之嫡；次子繼別者，嫡次子之世嫡也。世嫡相傳廟祀別子，百世不遷，謂之大宗。大宗百世廟祀別子，則聯屬別子

之子孫亦百世而不改，宗者大，故曰此大宗也。繼禰者，世嫡之弟，及其次子，或嫡或庶者也。生則從世嫡以祭，沒則其子禰之，至於五世則遷，謂之小宗。小宗祀禰則聯屬者止於禰之子孫，五世親盡，祖遷於上，宗易於下，宗者小，故曰此小宗也。是皆自始封諸侯言之者也。又謂有小宗而無大宗，有大宗而無小宗，有無宗亦莫之宗者，公子是也。公子有宗道，公子之子其爲士大夫之庶者，宗其士大夫之適者，公子之宗道也者，蓋言諸侯之適，世居君位，而世世又有嫡庶次子，所謂公子也。公子不比於始封之別子爲祖，無二統也。一君必立一宗，使領羣公子及公孫，而其宗亦有大小焉。其嫡者爲大宗，宗其庶者爲小宗。大宗小宗，皆五世而遷者也。有嫡無庶則宗嫡，是謂有大宗而無小宗；有庶無嫡則宗庶，是謂有小宗而無大宗；嫡庶惟一，是謂有無宗而亦莫之宗。嫡庶惟一者，無羣公子也，已無宗，亦莫爲人宗，多嫡與庶，卽所謂以其庶宗其嫡，乃公子宗法之正也。是皆自繼世諸侯言之也。宗法盡於此，則庶人以下無宗法，又可知矣。（見羅洪先宗論上篇）以愚考之，羅氏此解未免錯誤。禮經於士庶人之事，略無所見。羅氏之言宗法止於卿大夫之有采地者，以禮斷之也。然禮固未嘗言士庶人無宗也，且使大夫或有廢而爲士庶人者，其宗法亦將隨而廢乎？抑否乎？使士庶人有升而爲卿大夫者，則於

法宜得立宗矣，而族之嫡子有宗之道乎？抑自爲後世之宗乎？可不待煩言而決矣。胡翰與許門諸友論宗法，於此亦振振有辭，實獲我心。（見胡翰集）茲引左傳所記，以證我說。

左傳隱公六年載：

「翼有九宗。」

定公四年載：

「懷姓九宗。」

哀公四年載：

「楚人執戎蠻子，致邑立宗，以誘其民。」

昭公二十九年載：

「梗陽人有獄，魏戊不能斷，以獄上其大宗也。」

於此可見一般平民皆各有宗，且可隨時增立。周官大宰云：

「以九兩繫邦國之民……五曰宗以族民。」

鄭康成云：「宗繼別爲大宗，收族者。」故宗之所在，卽民之所歸也。周官五曰宗以族得民。言宗達於上下也。古者建國立宗，其事相須。詩公劉曰：

『君之宗之。』

言君與宗相待而成治也。春秋之末，晉執蠻子以畀楚。楚司馬制邑立宗焉，以誘其遺民，而盡俘以歸。當典刑廢壞之時，暫爲詐僞之計，猶必立宗，則前乎此者更可知也。

秦漢以來，無世卿，大宗之法不可以復立。而其可以收拾人心者，有小宗之法存而莫之行，此甚可惜也。有旨哉章潢是言歟！（見圖書編）夫宗法失傳，由來已久。禮經記之，可以稽考。左傳所載，雖寥寥數則，亦可推知當時狀況。其他典籍則渺焉無聞，欲詳細考證無遺，則力有所不逮，不遑言矣。惟茲所當附帶研究者，爲宗法可否行之於今一問題。明儒羅洪先於此，暢有所言，摘舉如左：

「宗法不可行於今者有三：封建不復舉，學校不復修，井田不復制，其不可行者勢也。古者風氣醇穆，蠻哲彙生，故聖人之立極也，必分土置牧，以共天位，而封建之典行焉。是故諸侯世其國，別子世大夫；於是立三廟，設壇墀，得干祿，祭有圭田，食有采邑，有家老以治其事，有僕圉臺輿以供

其役。夫物備而後禮嚴；禮嚴而後義立；義立而後勢行；勢行而後法可盡。故名之宗子，而族人莫不聽焉；期功以下，莫敢戚焉，此名實之應者也。今之大夫起於白屋，非有尺寸之籍也；載符而出，受代而旋，非有定位可以長子孫也；致其事，卽食其力，非有禮貌之隆於族類也。故統禘之後，同於隸斷，至不自給，則轉徙而流亡，其或懷賄敗官，又皆怙惡汙俗，其身之不自淑，而又遑恤其他，此其不可行者一也。畢命曰：世祿之家，鮮克由禮，敝化奢麗，萬世同流。蓋自成周之時有然，其不至陵蕩者，維持之素耳。是故師氏正其行，保氏授其文，成均養其和，司諫考其過，司馬正其財。不幸而族人罹刑，王曰：宥者三，有司曰：辟者三，而卒致於甸人，此豫道諭而防禁之，故其教易尊，而後爵可命也。及其風俗既成，耳目不雜，則蒸瀆優游，餘韻不殄，雖以春秋之衰，僭亂已極，而名卿大夫國不乏人，如魯之孟獻，晉之子犯，齊之平仲，鄭之子產，秦之蹇叔，吳之季札，楚之叔敖，何易哉？是皆禮教之效也。漢承秦制，郡縣破滅，世家二千石皆以鋤治彊宗豪右爲政；又懼其勢未易解也，遷其宗於近郊以離貳之。於是景屈諸田之族，皆爲關內編氓，不復續其世業。其後經術盛而禮教衰，功利熾而爭奪起。淮南七國連從以畔，而功臣得侯封者不數傳，皆以罪惡國除。此皆

奉朝請天子所親治猶且爾，況令其分土得專制哉？此其不可行者二也。夫人之爲惡，非必其性成也，要亦有以驅之矣。古之選士不於商賈，爲所計者卑，而所存者薄。志分則業不精，力敏則慮不遠，故爲善者貴有賴也。三代之制，必有夫田業定食足，然後責其不肖，雖有非僻之心，不敢肆矣。夫饕餮不至，父子不能保其親，況衆人乎？是故行劫起於攘伐，攘伐起於聚積，聚積起於慮不足，無不足則亂國之民，可使由禮。今士聞非不尊也，象魏憲典非不異也，撻掠烙黥，刀礮燔剔之器，非不慘且毒也，卒不能使游食者，外無異謀，乃欲假服制，聯親屬，抗宗法，以復古道，豈不謬哉？此其不可行者三也。」（宗論下篇）

羅氏所言，旨暢而流，洞中肯綮。但吾人欲下肯定，尤須先明宗法制度之立法精神。奚在？禮記有云：「人道，親親也。親親故尊祖，尊祖故敬宗，敬宗故收族。」（大傳）人莫不親愛其父母，因父母而尊父母所自出之祖先，因祖先而敬及代表祖先之宗子，終以宗子之關係，聯絡全族。故曰：

「同姓從宗合族屬。」（禮記大傳）

總之於君，故曰：

『君有合族之道。』（大傳）

初由大家族之組織，成爲政治上主要之原素。擴而推之，可以認全人類爲一大家族。故孟子云：

『天下之本在國，國之本在家。』（孟子）

故若

『欲治其國者，先齊其家。』（論語大學）

據上所舉，則宗法精神，當可明瞭。宗法制度在當時確爲必要；蓋古代國權作用，未能普及，爲圖各人之生命身體等安全計，不得不以國權一部之行使，委之宗子。如左傳所記梗陽人有獄，魏戊不能斷，以獄上其大宗，其明證也。至若後代國權作用既漸普及，人民生活，國家得以直接保護之，宗子實無再得行使國權一部之必要。故宗法制度之破壞，與家族制度實同其原因。家族制度發達之原因，家制章中曾已舉述。而其家族制進化爲個人制之原因者，約有數端：國權作用漸就普及，一也；國家對於家屬認有人格，二也；封建制度之廢除，三也；崇好祖先思想之衰微，四也；家產以外認家長及家屬

得特有財產，遂至無家產之必要，五也；交通便利，生活困難，一家之人無集合之必要，是亦爲家族制衰微之一原因，六也。夫社會組織，由家族制度推移而爲個人制度，既爲自然之規則，而宗法制度隨家族制度而變遷，亦爲天然之公例。近代歐西法制均採個人主義，我國民律草案規定，家長對於家屬，並無如何之權力，實已有個人制度之傾向。故宗法制度，當然不能容其復活。梁任公亦云：「社會組織既已全變，則其精神亦適爲殭石而已。」（見先秦政治思想史第四節政治與倫理之結合）特標其言，作吾文結案。

編主五雲王
庫文有萬

種千一集一第

源溯法屬親國中

著陽朝徐

路山寶海上
館書印務商 者刷印兼行發

埠各及海上
館書印務商 所行發

版初月四年九十國民華中

究必印翻權作著有書此

The Complete Library

Edited by

Y. W. WONG

THE ORIGIN OF THE LAW OF DOMESTIC
RELATION IN CHINA

By

SÜ CHAO YANG

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

1930

All Rights Reserved

039591



7121-6