

秩序与情感的冲突

解读清代的亲属相犯案件

魏道明◎著

中国社会科学出版社

013033452

D923.902
03

秩序与情感的冲突

解读清代的亲属相犯案件

魏道明◎著



D923.902

03



北航

C1639850

图书在版编目 (CIP) 数据

秩序与情感的冲突: 解读清代的亲属相犯案件 / 魏道明著. —北京: 中国社会科学出版社, 2013. 3

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1856 - 6

I. ①秩… II. ①魏… III. ①亲属—侵权行为—案例—研究—中国—清代 IV. ①D923. 902②D923. 82

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 294914 号

出 版 人 赵剑英
选题策划 李炳青
责任编辑 吴丽平
责任校对 林福国
责任印制 张汉林

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京市大兴区新魏印刷厂
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2013 年 3 月第 1 版
印 次 2013 年 3 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 16
字 数 265 千字
定 价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

前 言

清代遗留下来的各类刑事档案中，亲属相犯案件占有相当的比重。亲属相犯，不仅反映出亲属关系的真实面貌，揭示了亲属之间的道德情感与道德水准，也折射出社会关系的方方面面，有着极高的研究价值，应该是历史学界、伦理学界、社会学界及法学界共同关注的研究课题。

迄今为止，学界对于亲属相犯问题的研究，多集中于法律责任及法律关系，或比较亲属相犯与常人相犯不同的法律责任，或借以说明亲属间特殊的法律关系。20 世纪 40 年代，瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》一书中，选用以《刑案汇览》为代表的清代案例汇编，系统比较了亲属相犯与常人相犯不同的法律责任，认为古代法律以伦理为立法根据，在亲属相犯的法律规定及处罚方面完全以服制上的亲疏尊卑秩序为依据。^① 在此之后，类似的研究还有一些。郑定、马建兴通过梳理《唐律》中纯因亲属身份而致罪的情形和因亲属身份而致刑之加减的情形，认为服制原则是中国传统法律伦理法特征的集中表现，透过这些法律规定，不难观察到丧服制度对传统法律文化的重要影响，也从一个侧面反映中国传统法律文化的独特特征。^② 高学强也认为服制是刑事法中定罪量刑的前提和重要标准，服制案件也即亲属相犯案件的处理主要从亲属关系的远近出发，以“亲亲”和“尊尊”为基本原则，具体的表现就是以尊犯卑，处罚很轻甚至免除处罚；而以卑犯尊则处罚很重。这

① 参见瞿同祖《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版，第 27—55 页。

② 郑定、马建兴：《略论唐律中的服制原则与亲属相犯》，《法学家》2003 年第 5 期。

是中国古代法律引礼入法、礼法结合的重要体现，充分反映了封建法律维护尊卑等级秩序的主要特征和儒家化、伦理化色彩。^① 武志文的硕士论文，则主要考察了清代对亲属间相犯案件的处理原则，认为清代法律虽在亲属相犯方面以尊卑等级为指导原则，但由于清政府采取的是扶持以父权、夫权为表现形式的家长制家庭以分散宗族势力的政策，所以，总体上讲，尊卑等级性原则，多体现在服内亲属而非全部亲属。^②

过去我们一直以为“亲亲尊尊”是中国传统法律伦理化的典型体现，是中华法系与西洋法的最大区别所在。范忠信先生则另辟蹊径，在考察中西方法律规定之后发现，对于亲属之间的侵害案件，在确定法律责任时，奉行“亲亲尊尊”原则，并非中国古代的专利，西方法传统中也存在此类原则的应用，甚至现代欧美法中仍有大量体现“亲疏有别、尊卑有别”的刑事规范，其“亲亲尊尊”之程度实为我们想象所不及。虽然中国古代讲“亲亲尊尊”过了头，但有其一定的合理性。^③ 类似的研究还有马启华的硕士论文，文章将亲属之间的相互犯罪分为人身侵害、性侵害、财产侵害和其他侵害四类，并简单介绍了我国古代和外国刑法关于亲属相犯的处罚规定；同时认为基于亲属之间不同于常人的亲伦情感以及由此而产生的不同于常人之间的权利义务关系，对他们之间的犯罪给予特殊的处罚是合理的。^④

众所周知，清代遗留有大量的刑事档案，研究中国古代法律的学者往往以此作为研究素材。由于这些刑事档案中有着为数众多的亲属相犯案件，因此以清代刑事档案作为研究素材的论著，不可避免地要涉及亲属相犯问题。如美国学者德克·布迪和克拉伦斯·莫里斯在《中华帝国的法律》一书中，就曾选用《刑案汇览》中的190个案例作为研究素材，这190个案例，其中有不少属于亲属相犯的事例。但作者的研究旨趣在于通过案例具体分析《大清律例》在清帝国司法活动中的运用，故只是从法律适用的角度分析亲属相犯案例，并未特意与常人相犯案件

① 高学强：《丧服制度与中国传统刑事法：以亲属相犯为考察中心》，《中国刑事法杂志》2009年第6期。

② 武志文：《试论清代亲属相犯的法律責任》，硕士学位论文，西南政法大学，2004年。

③ 范忠信：《“亲亲尊尊”与亲属相犯：中西刑法的暗合》，《法学研究》1997年第3期。

④ 马启华：《论亲属容隐与亲属相犯》，硕士学位论文，中国政法大学，2003年。

区别开来进行研究。^①另一位美国学者步德茂也以清代刑科题本为素材,从经济结构变迁的角度,研究18世纪广东、四川、山东等地普通百姓的日常冲突,认为“田土产权和经济制度的变革要求加剧了暴力争端的潜在可能”。与德克·布迪和克拉伦斯·莫里斯不同,步德茂注意到这些暴力纠纷中,发生于同房同族的占到三分之一左右。至于亲属之间的暴力纠纷为何如此常见?步德茂先生认为由于伦理规范在日趋繁复的商品化经济中被侵蚀,故宗亲纽带并没有起到缓解暴力纠纷的作用。^②

在中国古代,由于聚族而居的传统以及亲属组织事业化的倾向,亲属间极易产生各种矛盾与纠纷,亲属相犯,实际上都是因为日常生活矛盾与纠纷未能得到有效化解而引起。为防范矛盾、纠纷升格为刑事相犯案件,古代社会也极为重视纠纷的化解,有着一套自己的纠纷解决机制。中外学者在这方面进行了富有价值的研究,有众多的研究成果。

在日本学者滋贺秀三看来,中国古代的民事诉讼是一种“父母官式的诉讼”或“教谕式的调停”,州县长官不是依据法律而是按照“情理”(中国式的良知)这种缺乏规范化和确定性的东西作为裁决依据。^③对此,华裔美籍学者黄宗智则提出不同看法。黄宗智以清代淡新、宝坻、巴县地方档案为依据,发现在清代州县自审的民事案件中,绝大多数都是依据《大清律例》作出判决的。故此,黄宗智认为中国古代对于民事诉讼实际上采取的是依法审判的做法,滋贺秀三所谓情理调停的说法并不能成立。^④其后的研究者,则折中了滋贺秀三与黄宗智的观点。如春杨考察了晚清乡土社会民事纠纷的调解制度,认为清代存在着民间调解、州县官调处及介于官方和民间之间的半官方性质调解等三种类型;纠纷调解依据也呈多元化的特征,除去国家制定法以外,儒家伦

① [美] 德克·布迪、克拉伦斯·莫里斯:《中华帝国的法律》,江苏人民出版社2010年版。

② [美] 步德茂:《过失杀人、市场与道德经济:18世纪中国财产权的暴力纠纷》,社会科学文献出版社2008年版,第225—234页。

③ 参见[日] 滋贺秀三《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》、《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,载[日] 滋贺秀三等著,王亚新等编《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第19—96页。

④ 参见[美] 黄宗智《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版,第76—107页。

理、家法族规、乡规民约、民事习惯等均发挥着重要作用。^① 里赞也以清代四川南部县档案为依据,指出所谓州县在审判时完全依律或完全依情都只可能是在个案中得出的结论,并不能全面反映州县裁断案件的整体情况。情理尽管构成了州县处理具体纠纷的基本价值准则,但这并不是对所有的案件和所有的当事人都同样适用的客观规范。在里赞看来,州县在处理案件时,一般不会单独选择情、理、律之一作为审断的依据,而是将三者结合在一起,裁决并没有脱离律例的规定,但也考虑具体案情,并在判词中引用经义加以说理。^②

纠纷解决机制,除了国家司法层面上的诉讼或审判以外,还有非诉讼层面上的调解机制。对此,学界也进行了探究。范忠信、胡旭晟、夏新华等人都从传统文化的价值导向来解释古代社会的调解机制,范忠信认为古代社会以“无讼”为理想,因而“贱讼”进而通过教化和调解来“息讼”;万不得已才提起诉讼,即使诉讼,也是重“名分”而轻“是非”,依照情、理、法等多元因素来判决。^③ 胡旭晟、夏新华也认为调解具有强大的理论体系和社会观念作为基石,是古代中国最具文化代表性和最富于文化韵味的争端解决形式,贯穿了“息讼”、“德化”以及“和谐”的原则与精神。^④ 毛国权则以宗法结构与宗法关系来解释古代社会的民事争议解决机制,认为中国古代社会是一种宗法社会,体现人与人之间关系的宗法结构不仅是历代王朝正统法律理论的学说,是帝制王朝法律运行的实践,也主导了纠纷解决机制。^⑤

除去对古代社会纠纷解决机制的整体性研究,还有不少对某一时期纠纷解决机制进行细致化研究的论著。主要集中于明清两代。如王日根考察了明清时期乡约的属性与变迁,民间社会秩序形成与变迁的基本概

① 春杨:《晚清乡土社会民事纠纷调解机制研究》,北京大学出版社2009年版。

② 里赞:《晚清州县诉讼中的审断问题:侧重四川南部县的实践》,法律出版社2010年版,第185—186页。

③ 范忠信:《情理法与中国人》,中国人民大学出版社1992年版。

④ 胡旭晟、夏新华:《中国调解传统研究》,《河南政法管理干部学院学报》2000年第4期。

⑤ 毛国权:《宗法结构与中国古代的民事争议解决机制》,法律出版社2007年版,第170—173页。

貌以及福建乡里械斗等纠纷解决的机制等问题。^① 卞利、韩秀桃等学者依据明初颁布的《教民榜文》或徽州地方档案、契约等对明清时期的纠纷解决机制进行了探讨。^② 陈会林考察和解读了明清时期各类地缘社会组织参与纠纷解决的历史实情，并分析了地缘社会组织广泛参与民间解纷的原因以及地缘组织解纷与国家司法之间的关系。^③ 国外学者在这方面也有许多研究论著。如日本学者寺田浩明对于明清时期的禁约、乡约、盟约等进行了解读，主要论述了法与约的关系、乡约的存在形态和内在结构、约与地域性秩序的关系等问题。^④ 另一位日本学者中岛美章则利用大量的徽州法律文书，深入探讨了以徽州为代表的明代乡村纠纷及秩序的形成与变迁过程，解析当时历史背景下的社会结构，复原了当时乡村社会纠纷解决机制和社会秩序的形成状况。^⑤

综上所述，学界虽对亲属团体之间的纠纷解决机制有着较多的论述，但对于亲属相犯问题本身，研究则局限于亲属相犯与常人相犯不同的法律责任或亲属间特殊的法律关系方面，因此还留有相当的研究空间，可供探究的问题还有很多。本书选择亲属相犯的原因进行分析。全书共分为五章，第一章主要是对亲属、亲属相犯等基本概念的界定以及《大清律例》中亲属相犯罪名的归类和特点分析；第二章是对亲属相犯行为的性质分类及起因分析；第三章主要叙述亲属相犯行为折射出的亲属关系；第四章为全书重点，着重说明在高度重视“亲亲”伦理的古代社会何以频繁发生亲属相犯案件的原因，进而讨论“亲亲”伦理的特点、价值及实际效用等问题；第五章为结论部分。

历史研究有两个层面，一是叙述过去发生的历史事实，也即说明“是什么”，二是分析、解读过去的历史事实，也即说明“为什么”。虽

① 王日根：《明清民间社会的秩序》，岳麓书社2003年版。

② 韩秀桃：《〈教民榜文〉所见明初基层里老人理讼制度》，《法学研究》2000年第3期；韩秀桃：《明清徽州的民间纠纷及其解决》，安徽大学出版社2004年版；卞利：《明代徽州的民事纠纷与民事诉讼》，《历史研究》2000年第1期。

③ 陈会林：《地缘社会解纷机制研究：以中国明清两代为中心》，中国政法大学出版社2009年版。

④ [日] 寺田浩明：《明清时期法秩序中“约”的性质》，载[日] 滋贺秀三等著，王亚新等编《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版。

⑤ [日] 中岛美章：《明代乡村的纠纷与秩序》，江苏人民出版社2010年版。

然，在不少人看来，“是什么”只是历史研究的初级层次，其目的是为分析“为什么”做好基础工作，“为什么”才是历史研究的高级层次和终极目的。但笔者对分析“为什么”，一直心存疑虑，敬而远之。心存疑虑是因为分析“为什么”不过是研究者个人对历史现象（事实）的一种解读和认识，主观色彩浓厚，观察问题的角度与目的，甚至个人的好恶、生活经历、健康状况等都会影响、制约分析与解读，故结论不能服众或经不起推敲的情形，时有发生。敬而远之是因为分析“为什么”对个人的学识素养、理论水平要求较高，而这正是笔者的软肋。所以，自己以往的一些研究工作，多以考实性研究为主。对亲属相犯案件产生兴趣，最初也只是想通过比较亲属相犯与常人相犯不同的法律责任来说明亲属间特殊的法律关系。但在搜集整理资料的过程中，却发现清代遗留下来的各类案例汇编中，亲属相犯案件占有相当的比重，如《刑案汇览》人命、斗殴类下共载有各类杀伤案例1337例，其中属于亲属间杀伤的就有625例，占到案例总数的47%左右。这一状况，颇出笔者的意料。众所周知，“亲亲之爱”是中国传统道德伦理的起点，也是最高的道德标准，直到今天，仍在我们内心深处占有极为重要的地位。所以，在笔者的想象中，亲属关系应是一种和睦、亲爱的情景。然而清代频频发生的亲属相犯案件，却告诉我们，亲属之间并不一定比常人关系融洽，生活实际与道德理想之间存在着巨大的反差。正是这种反差，使得笔者的研究初衷发生了改变，转而思考在高度重视“亲亲之爱”的古代中国社会，亲情为何如此淡漠？亲属关系为何沦落为常人关系？为什么频繁发生亲属相犯案件？本书就是笔者对这一问题的初步思考。

关于亲属相犯事件频繁发生的原因，学界尚无专论，本书在分析归纳大量亲属相犯案件起因的基础上，概括总结了导致亲属相犯的一般原因；在方法上，力求实证研究与理论研究的结合。这既给研究带来了新意和价值，同时造成了诸多的难点：

首先，本书虽然是从亲属相犯的角度反向研究儒家的“亲亲”伦理，但研究的主旨却是出于“同情理解”和“善意解读”。如何在反向解读中保持人文关怀精神，避免可能出现的扭曲批评或恶意中伤，也就成为我们必须认真考虑的问题。

其次，亲属相犯的起因极为复杂，将之全部纳入一个框架中进行解

释，可能会出现削足适履的情况。因此，在研究中，需要认真归纳、总结亲属相犯案件的特点，注意区分个别与一般、诱因与原因、表象与实质，从具体到抽象，渐次推进，保证逻辑关系的严密与清晰。

最后，本书是推究亲属相犯的一般原因，理论性、概括性较强，许多问题不易把握。如情感与秩序的关系、德性与权利的关系、亲属间道德的特殊性问题、儒家“亲亲”伦理性质的转变及其价值与作用问题、亲属相犯与常人相犯的异同，等等。这对笔者的学识和理论素养构成了严峻挑战。

正是因为有上列的诸多难点，本书的思考与撰写，让笔者着实费力不少，仅思考、论证方面，就历时两年左右，2008年，有幸获准国家社科基金项目，直至2011年底，最终完稿，前前后后也花费了五六年光景。除去个人的努力，师友也给予了很多的指导和帮助：课题组的成员伊敏副教授、白贤老师，在资料收集整理及课题论证方面，多有贡献；国家社科基金项目的匿名评审专家及参加本课题开题论证会议的白文固教授、何波教授、杜常顺教授、张礼萍教授、李少波教授、邓智华教授等提出了非常好的意见与建议；中国社会科学出版社的李炳青女士、吴丽平女士为本书的编校、出版颇费辛劳，她们精湛的专业知识和认真负责的工作态度，使得本书增色不少。在此一并致谢。

目 录

前言	(1)
第一章 亲属与亲属相犯	(1)
第一节 基本概念的界定	(1)
一 亲属	(1)
二 亲属相犯	(16)
第二节 《大清律例》中亲属相犯罪名的归类及特点分析	(23)
一 归类	(23)
二 特点	(37)
第二章 亲属相犯行为的性质及起因分析	(65)
第一节 亲属相犯行为的性质分类	(65)
一 特殊侵权行为	(65)
二 一般侵权行为	(76)
第二节 亲属相犯行为的起因	(90)
一 亲属间杀伤行为的起因统计	(90)
二 常人间杀伤行为的起因统计	(97)
第三章 亲属相犯行为折射出的亲属关系	(107)
第一节 亲属组织的事业化	(107)
一 亲属组织的事业化特征	(107)

2 / 秩序与情感的冲突

二 亲属组织事业化对于亲属关系的影响	(118)
第二节 难以化解的矛盾与纠纷	(129)
一 矛盾、纠纷引发的典型杀伤案例	(130)
二 亲属间杀伤行为的案发频率	(133)
第四章 秩序与情感	(141)
第一节 “亲亲”与“尊尊”	(141)
一 儒家亲属伦理的出发点	(141)
二 从“亲亲”到“尊尊”	(144)
三 法律对于“尊尊”秩序的强化	(150)
四 亲属间秩序为上的理由	(167)
第二节 秩序能否化解亲属间的矛盾与纠纷	(171)
一 亲属间矛盾、纠纷的特殊性	(171)
二 无效的秩序化解	(179)
三 秩序破坏亲情	(182)
第三节 缺失的德性	(187)
一 尊长缺乏对道德义务的敬重	(188)
二 卑幼缺乏道德动力	(192)
第四节 暴力解决纠纷的倾向	(197)
一 纵容尊长的暴力行为	(197)
二 暴力解决矛盾、纠纷的习惯思维	(205)
第五节 失控的尊长权力	(220)
一 尊长滥用权威	(220)
二 尊长威权引发亲属杀伤	(226)
第五章 结论	(232)
征引书刊目录	(239)

附表目录

表 1—1	《大清律例》中所见因身份而致罪的罪种一览表	(23)
表 1—2	《大清律例》中所见因亲属身份加重处罚一览表	(28)
表 1—3	《大清律例》中所见因亲属身份减轻处罚一览表	(32)
表 1—4	《大清律例》中所见亲属相犯同凡论一览表	(36)
表 2—1	《刑案汇览》所见特殊侵犯案件数量统计	(66)
表 2—2	《刑案汇览》所见一般侵犯案件(杀、伤、奸、盗)数量统计	(77)
表 2—3	《刑案汇览》所载乾隆五十五年(1790)亲属相犯案例统计	(78)
表 2—4	《刑案汇览》所载嘉庆五年(1800)亲属相犯案例统计	(78)
表 2—5	《刑案汇览》所载嘉庆十七年(1812)亲属相犯案例统计	(80)
表 2—6	《刑案汇览》所载道光二年(1822)亲属相犯案例统计	(85)
表 2—7	《刑案汇览·殴大功以下尊长》所见亲属杀伤行为的起因	(91)
表 2—8	《刑案汇览·斗殴及故杀人》所见常人杀伤行为的起因	(98)
表 3—1	《刑案汇览》所载杀伤类案件中亲属杀伤案件的数量统计	(134)

表 3—2 《刑部比照加减成案》所载杀伤类案件中亲属杀伤 案件的数量统计	(137)
表 4—1 《刑案汇览·殴大功以下尊长》所见暴力解决纠纷的 事例	(207)
表 4—2 《刑部比照加减成案》所载亲属间“杀一家三人”类 案件的起因	(217)

第一章

亲属与亲属相犯

第一节 基本概念的界定

一 亲属

亲属是因婚姻、血缘关系以及法律拟制而产生的人与人之间的社会关系，其外在表现是有亲属关系的人相互之间的身份称谓，这种关系一经法律调整，便在亲属之间产生法定的权利和义务。

论及亲属，首先需要明确的是亲属范围，而这一点恰恰又最困难。亲属本是自然存在的社会关系，凡沾亲带故皆可称亲属，因此，从社会学意义上说，亲属的范围可以无限扩大，乃至将社会中的一切人都视为亲属。以中国古代社会为例，由于家国一体的社会结构及家族本位的文化特色，亲属关系成为中国古代社会关系的基本模式，其他各种关系均是亲属关系的衍射，如君臣之间称“君父”和“臣子”，官民称“父母官”与“子民”，师生分称“师父”和“弟子”，全部的社会关系就可以看成各种各样亲属关系的社会化，^① 亲属范围得以无限扩大。^②

① 郑秦：《十八世纪中国亲属法的基本概念》，《比较法研究》2000年第1期。

② 中国人皆自称为“炎黄子孙”，国民称“同胞”，以至于“天下一家”、“四海之内皆兄弟”；两个同姓的中国人相见，都习惯说“五百年前是一家”；与自己父、祖同辈的人，我们一概称作“叔叔”、“爷爷”，与自己母亲、祖母同辈的人，也一概称作“姨姨”、“奶奶”；两个有通婚关系的国家，称“甥舅之国”，著名的“唐蕃会盟碑”又称作“甥舅会盟碑”。这些都是亲属概念无限扩大的例证。

法律意义上的亲属，虽然概念相对明确，但扩大的倾向依旧存在。最明显的莫过于古代各朝法律中“同姓不婚”的规定，^①这一规定的理由无非是基于凡同姓皆属于亲属的逻辑。即便是认为“同姓不婚”一般处于名禁而实不禁的状态，^②同姓事实上不能构成具有法律意义的亲属关系，但具备法律效力的亲属范围仍然相当广泛。在《大清律例》中，亲属从种类上可分为宗亲、姻亲、妻亲三类，分别称父（宗）党、母党、妻党；从亲等上可以分为斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻、袒免六等。

所谓斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻、袒免，原是指丧服，即居丧时的穿戴。在中国古代社会，服饰被看作区别尊卑等级的重要标志，不仅平常所穿的“吉服”有等级之别，居丧时生者为死者守丧所穿的“凶服”（即丧服）也有区别。

斩衰：斩，不缉、截布断之，即丧服以最为粗糙的麻布做成，丧服的边缘保留裁割原状，不加缝缉、锁边，兼含“痛甚”、“仓促”之义，故名之。丧服以三升麻布制成（古制，麻缕，八十根为一升，升数越少，布质越粗）。丧期为三年。子为父，妻为夫，臣为君，父为长子等，皆服斩衰。

① 一般认为，“同姓不婚”始于周代，《魏书》卷7上《文帝纪上》：“夏、殷不嫌一族之婚，周世始绝同姓之娶”（中华书局1974年版，第153页）。后世则遵循了这一原则，出现于汉代的《白虎通·德论》曰：“同姓不得相娶，以重人伦”；北魏对同姓而婚者以不道罪处治（《魏书》卷7上《文帝纪上》，第153页）；唐以后的各朝法律都有明确禁止同姓相婚的条文，参见《唐律疏议》卷14《户婚》“同姓为婚”条（中华书局1983年版，第262页）、《宋刑统》卷14《户婚》“同姓及外姻有服共为婚姻”条（法律出版社1999年版，第246页）、《大明律》卷6《户律·婚姻》“同姓为婚”条（法律出版社1999年版，第62页）、《大清律例》卷10《户律·婚姻》“同姓为婚”条（法律出版社1999年版，第208页）。

② 唐律中虽规定同姓不得为婚，但《疏议》曰：“同宗共姓，皆不得为婚”，意思是说，同姓不婚限于同姓又同宗者，同姓异宗者仍可为婚（参见《唐律疏议》卷14《户婚》“同姓为婚”条，第262页）；明、清律中一概禁止同姓为婚，同姓异宗也在禁止之列，但司法实践中，只处罚同宗为婚者。据瞿同祖先生的研究，在清代的案例汇编《刑案汇览》、《续增刑案汇览》及《新增刑案汇览》中，有不少夫妻同姓的例子，但没有一个案例是单纯为同姓为婚而涉讼的，因其他案件而被发现，官府也不加追问，并不强制离异，这说明清代事实上不处罚同姓为婚者，因此，《大清律例汇辑便览》注云：“同姓者重在同宗，如非同宗，当援情定案，不必拘文。”（参见瞿同祖《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第90—92页）

齐衰：齐，缉也，即丧服边缘加以缝缉，较之斩衰做工较细，麻布质量也好一些，以五升麻布制成。齐衰服的丧期最为复杂，有齐衰三年、齐衰杖期、齐衰不杖期、齐衰五月、齐衰三月五等。其中，子为母，齐衰三年；夫为妻、子为出母、嫁母，齐衰杖期。为祖父母、伯叔父母、在室的姑、姊妹、兄弟、侄等齐衰不杖期；为曾祖父母齐衰五月；为高祖父母等齐衰三月。

大功：丧服用熟麻布制成，根数为九升，质地较细，但加工较为粗糙，即“用功粗大”，故名大功。期限为九月或七月，服丧对象主要包括出嫁之姑母、姊妹、女儿、堂兄弟、庶孙、嫡（子）妇、夫之祖父母、伯叔父母和妾为妻之庶子。

小功：丧服以十一升麻布制成，用料为澡麻布，也即漂洗过的麻布，加工也比较细致，“用功细小”，故名小功。丧期为五月，服丧对象主要包括从祖父母、从祖昆弟、外祖父母、夫之姑姊妹等。

缌麻：丧服以十五升麻布制成。缌，同丝，即用精加工的麻布制作，类似于丝布，故名缌麻。丧期为三个月。服丧对象主要包括族曾祖父母、族祖父母、祖父母、族昆弟、庶孙之妇、从祖姑、姊妹适人者、外孙、乳母、曾孙、舅、甥、岳父母、女婿。

以上五个丧服等级称作五服，五服之外则为袒免，袒免则无丧服、丧期，遇丧时仅袒露左臂，去冠括发而已。服丧对象为同五世祖及以下的亲属。

由于丧服制度是根据血缘关系的远近及尊卑关系而制定的，丧服等级即是亲等的差别，故礼制中的丧服名称就转化为法律上的亲等名称。但丧服等级与亲等略有差异，不能完全对应。丧服制度中父、母不同制，分别有斩衰、齐衰三年、齐衰杖期，而法律中父母则并列，单用斩衰、齐衰不能包容，故法律中的亲等不直接使用斩衰、齐衰之名，而是将齐衰杖期以上的直接称至亲，其他属于齐衰服制的亲属（包括齐衰不杖期及齐衰五月、齐衰三月）统称为期亲。其余大功、小功、缌麻、袒免等丧服名称则直接转化为法律上的亲等名称。其具体的范围，至亲就是父母（包括祖父母、曾祖父母、高祖父母），其余者，大体上如《礼记》孔颖达注云：“同父则期，同祖则大功，同曾祖则小功，同高祖则