

國學小叢書

中國親屬法溯源

徐朝陽著

著者 徐朝陽
主編者 王雲五

國學
叢書

中國親屬法溯源

商務印書館發行

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，史熾一時，髡髡羅馬之銅標十二律。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，恆扞戾而不相入；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，茲軼之作，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，并諸卷首，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。然苦秦火燔焚，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。

神州輿區，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，趨驚象胥之學，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，謬承痴嗜，力勸付梓。謂：夫世界法系，大別有五，即羅馬法系、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，摭拾羣言，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，蕪冗漏略，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·····	一七
第二節 親系及親等·····	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	一二二
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，實爲各種服親之通稱，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：

『嫺也。』

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。若於班固杜預諸人之解釋，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，最在上臯輅諸下也。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，當一一而認為親屬。情誼疏闊，等諸路人，與實際上不認為親屬，毫無所異，無寧從略。爾雅有來孫，舅孫，仍孫之名，劉熙所釋，謂為「皆為娶晚死壽考者言也。」（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：

『又鄭玄為昏，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，實酌量恩情為此規定，洵稱至當。民草亦與稽古典，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