
瞿同祖著

中國法律與中國社會

社會學叢刊總序

吳文藻

本叢刊之發行，乃基於兩種信念及要求：一爲促使社會學之中國化，以發揮中國社會學之特長；一爲供給社會學上的基本參考書，以輔助大學教本之不足。叢刊內容暫分爲三集：甲集爲社會學理論及方法論；乙集爲國內鄉鎮社區之實地調查報告；丙集爲邊疆社區之實地調查報告。以後尙擬陸續增添，如丁集爲社會史等，俾可適應時代需要。中國社會學，尙在草創時代，故各集不得不兼收創作與譯述。茲就社會學之中國化，與基本參考書之供應，以及甲集社會學理論及方法論之編纂，三點略分論之。

（一）社會學之中國化 社會學誕生於中國，將近四十年，而大學之開講社會學，至多不過三十年。始而由外人用外國文字介紹，例證多用外國材料；繼而由國人用外國文字講述，有多講外國材料者，亦有稍取本國材料者。又繼而由國人用本國文字講述本國材料，但亦有人以一種特殊研究混作社會學者，例如有以社會學爲社會問題的研究者，亦有以社會學爲唯物史觀或辯證法的研究者。要之，當此期間，社會學在知識文化的市場上，仍不脫爲一種變相的舶來品。近十年來社會調查與統計的風氣頗爲流行，搜集事實及尊重事實的重要逐漸被人認識，此本爲科學進步極好的象徵。但不幸又有誤以「測量」爲科學者，甚至亦有誤以「在實地調查以前腦中應只有一張白紙」爲嚴守科學精神者。殊不知一切科學工作的進行，事前必須懸有一種可以運用的假設，假設與科學絕不可分，我們的立場是：以科學假設始，以實地證驗終，理論符合事實，事實啓發理論；理論與事實糅和一起，獲得一種新綜合。現實的社會學纔能在中國的土壤上生根。又必須有本此眼光訓練出來的獨立的科學人才，來進行獨立的科學研究，社會學纔算澈底的中國化。

（二）基本參考書之供應 在歐美各大學本科就學青年必讀之書，除了中外典籍外，至少尙有兩大類：一是標準教科書，一是基本參考書。前者較盛行於美國，後者則通行於歐洲各國。惟近年來美國先進學者已以教本內容包羅萬象，難免膚淺，使青年讀者在思想上得不到真正的修養，及嚴格的訓練。年來國內各大書坊，因迎合潮流，對於大學叢書——特別可

以採用爲教本者——頗爲提倡。此於大學教材標準之劃一及程度之提高，固不無小補。但一方面亦不免使讀者養成「教本蔽」的心理習慣，或竟驅使求知慾極強盛的青年沾染了「思想公式化」的流行病，在青年思想上，實潛伏着很大的危機。我們有鑒於此，就在適應當前環境需要的前提下，亦盡量介紹及發揮一派一家之言，俾使青年得有機會來鍛鍊「思想體系化」的頭腦，中國今日思想界所需要的刺激，是學派之爭，而不是門戶之見。這或許是糾正複雜錯誤思想最靈驗的藥劑。

(三) 甲集社會學理論及方法論之編纂 本叢刊的主旨是要在中國建立起比較社會學的基礎。所謂比較社會學，簡單言之，即係應用類似自然科學上的方法——即比較法，對於各地現存的社區，作系統而精審的考察。現代社區的核心爲文化，文化的單位爲制度，制度的運用爲功能。我們即本功能的與制度的入手法，來考察現代社區及其文化。因此，也可以說，社會學便是社區的比較研究，文化的比較研究，或制度的比較研究。這樣的比較社會學是包括了通常所謂的「農村社會學」與「都市社會學」，「社會人類學」與「文化人類學」，或「民族學」與「民俗學」的園地，因爲現在各國社會學與人類學所對付的題材，觀點及方法，實在完全是一樣的；並且這種看法與我國國情最爲吻合！

「社區」、「文化」、「制度」及「功能」，皆係比較社會學上的基本概念。這些以及其他一切概念，密切聯繫起來，組成一個體系，即是比較社會學上的「概念格局」(conceptual scheme)。這種概念格局是一切科學思辯工作上所必不可少的工具。爲要發展比較社會學的園地，凡關於社會與社區，文化與文明，組織與制度，以及結構與功能等等的基本學理，都想分別予以介紹及發揮。介紹雖以限於一派一家之言爲主體，但針鋒相對的理論具有獨特的貢獻者，亦在採納之列。

甲集徵稿的範圍，除普通社會學外，亦兼及特殊社會學：有關於文化的功能方面者，如經濟社會學，法律社會學，宗教社會學，道德社會學，藝術社會學等；也有關於團體的制度者，如家族社會學，民族社會學，階級社會學，專業社會學，國家社會學等。因爲必須在特殊社會學方面先行表顯了成績，普通社會學纔能立下根基；又必須在專刊(monograph)社會學發達以後，比較社會學纔有真正立足之地。

專刊社會學是重視社會學方法論以後的產品，故理論與事實之間必

須契合，一方面可給理論以健全的基礎，一方面可給事實以科學的結構。因此，社會學不僅僅是事實的科學，而乃是理論必須根據事實的科學。前面說過，本功能的觀點，以考察現代社區。所謂功能觀點乃是先視社區為一整個，就在這整個的立足點上來考察其全部社會生活，並視此社會生活的各方面為密切相關的一個統一體系的各部分。在社會生活的任何一方面，欲求得正當瞭解，必須就從這一方面與其他一切方面的關係上來探究。例如若欲瞭解某一村落的經濟生活，就必須考察它與家族或宗族的關係，與宗教及巫術的關係，乃至與社會裁認的關係。換言之，每一社會活動，不論是風俗，制度，或信仰，都有它的獨特的功能，非先發見它的功能，不能瞭解它的意義。任何活動的功能便是它在社區視作統一體系下的全部社會生活上所佔的地位。因此，站在方法論上講，比較社會學乃是應用功能的實地研究法以證驗假設的一種觀察。如果審慎應用控制後的觀察的比較法，則就等於實現自然科學的實驗法了。

最後，戰時紙張昂貴，印刷困難，人民購買力又極度低降。普通大學叢書，例必數十萬言，定價之高，端非一般讀者所敢問津，惟目今國內精神食糧之缺乏，已為大衆所公認。為欲迅速供給社會科學的讀物，只能採取小型刊物的叢刊方式，以應需要。海內君子幸留意焉。

民國二十九年十二月，陪都。

序

少時讀 H. Maine 之 Ancient Law 及 Early Law and Custom 等書，輒歎其淵博精深，頗有效顰之志，而力有未逮也。及讀 Malinowski, Hartland 諸人類學家初民法律之作，益歎西方諸哲爲學之精進，其說方日新月異也，因竊不自量，益有撰述中國法律史之意。

抗戰之翌年來滇，授課之餘，卽伏案寫讀，敵機不時來襲，有警輒匆匆挾稿而走，時作時輟，倍平日之力，始得竟其功。然而書籍缺乏，卽以主要之參考書而論，並宗刑統亦無之。自視其稿，殊不愜意，初擬束之高閣；第思戰時生活不定，原稿保守匪易，曷若付之剞劂，以爲他日修訂之本。若因拙作而拋磚引玉，海內賢達起而正之，並爲新作，他日中國法律之研究，得與西哲東西媲美，則區區介紹此新觀點與方法之目的，亦幸而達矣。

此稿甫成，卽有海外之行，竟不及復閱一過，其編排校勘等工作，皆由余妻佩瓊任其勞，此書之得以不因行色匆匆而廢其事者，皆其鼓勵襄助之功也。今以此書獻之。

又承何器袁文二君分任抄寫校對之煩，亦於此一併致謝。

三十三年護國紀念之前夕臨別昆明時自序

目 錄

序

導論

第一章 家族	1
第一節 家族範圍	1
第二節 父權	14
第三節 刑法與家族主義	21
一 親屬間的侵犯	21
殺傷罪	21
姦非罪	38
竊盜罪	40
二 容隱	42
三 代刑	46
四 緩刑免刑	48
第四節 血屬復仇	50
第五節 行政法與家族主義	65
第二章 婚姻	68
第一節 婚姻的意義	68
第二節 婚姻的禁忌	68
一 族內婚	68
二 姻親	71
三 姪親屬妻妾	73
第三節 婚姻的締結	75
第四節 妻的地位	78
第五節 夫家	88
第六節 婚姻的解除	96

一 七出	96
二 義絕	99
三 協離	100
第七節 妾	100
第三章 階級	105
第一節 生活方式	107
飲食	107
衣飾	107
房舍	113
輿馬	117
第二節 婚姻	129
一 階級內婚	129
二 婚姻儀式的階級性	135
第三節 喪葬	139
第四節 祭祀	150
第四章 階級(續)	155
第一節 貴族的法律	155
第二節 法律特權	163
一 貴族及官吏	164
二 貴族及官吏的家屬	171
第三節 良賤間的不平等	173
一 良賤	173
殺傷罪	174
姦非罪	175
二 主奴間	176
殺傷罪	178
姦非罪	187
第四節 種族間的不平等	191
第五章 巫術與宗教	197
第一節 神判	197
第二節 福報	201

第三節 刑忌	206
第四節 巫蠱	208
第六章 儒家思想與法家思想	214
第一節 禮與法	214
第二節 德與刑	227
第三節 調協	241
結 論	259

中國法律與中國社會

第一章 家族

第一節 家族範圍

中國的家族是父系的，親屬關係只從父親方面來計算，母親方面的親屬是被忽略的，她的親屬我們稱之爲外親，以別於本宗。^①他們和我們的關係極疏薄，僅推及一世，從母親上溯至她的父母，旁推至她的兄弟姊妹，下推及她的兄弟之子及姊妹之子，外祖父母、舅父、姨母、舅表及姨表兄弟是我們的遠際親屬，過此即無服。母之祖父母堂兄弟姊妹^②以及姪孫等與我們無親屬關係，外親親屬的範圍是異常狹窄的。同時，服制極輕，指示親屬關係之疏薄。外祖父母血親關係同於祖父母，但服不過小功，等於伯叔祖父母。舅姨的血親關係同於伯叔及姑，但服同於堂伯叔父母及堂姑，只小功。母舅之子及兩姨之子則關係更疏，僅服緦麻^③，同於族兄弟姊妹。據儀禮，『外親之服皆緦麻也』^④，外祖父母以尊，姨母以名緦麻至小功^⑤。舅本緦麻，唐太宗以舅之

①故爾強深親於父宗曰宗族，而異姓親自母黨，曰妻黨。

②唐玄宗以堂姨舅古今未制服，思敦睦九族，引而親之，始制堂姨舅祖兄弟（唐會要，三七，歷紀上），然止是一代之制。

③緦麻，衰服。參看元典章，三〇，禮部三，禮制三，喪禮，外族服圖；明會典，一〇二，禮部六十，喪禮七，衰服，外親服圖；清律例，二，喪服圖，外親服圖。

④儀禮，衰服。

⑤同上，開元二十三年，太宗教文獻紀之制有所未通，令禮官學士詳議具奏。太常卿韋瓘奏請外祖加至大功九月。太子賓客崔沔議曰：『正家之道，不可以二，總一定議，理歸本宗，父以崇尊，母以厭降，豈忘尊敬？宜有倫序，是以有齊衰，外親皆緦麻，尊名所加，不過一等，此先王不易之道也。』職方郎中韋達議曰：『聖人先天道而厚於風化，繫姓族而親其子孫，近則別於異姓，遠則異於禽獸，由此言之，母黨比於本族，不可同賈明矣。且家無二尊，喪無二斬，人之所奉，不可二也。……今若外祖及舅更加一等，堂舅及姨列於服紀之內，則中外之制，相去幾何？廢禮

與親疏相似而服紀有殊，理未爲得，始進爲小功^①。

姑雖屬於本宗，但嫁後歸於異宗，所以出嫁便爲降服，而適之子女與我們服只總麻^②。

以父宗而論，則凡是同一始祖的男系後裔，都屬於同一宗族團體，概爲族人。其親屬範圍則包括自高祖而下的男系後裔。以世代言之，包含自高祖至玄孫的九個世代，所謂九族是^③。以服制言之，由斬衰漸推至總麻，包含五等服制。禮記云，『親親以三爲五，以五爲九。上殺，下殺，旁殺而親畢矣』^④。又說，『四世而總，服之窮也，五世而相免，殺同姓也，六世而親屬竭矣』^⑤。很明顯的所謂親屬團體，是以四世爲限，總服爲斷的。服制的範圍即親屬的範圍，同時服制的輕重亦即測定親屬間親疏遠近的標準^⑥。服制實具兩種功用。本宗外親親屬關係之比較只須比較其不同的服制，便一目了然。

鞠情，所務耆耄。……其堂親舅既出於外曾祖，若爲之制服，即外曾祖父母，及外伯叔祖父母，亦宜制服矣。外祖如至大功九月，則外曾祖合至小功，外高祖合至總麻。若舉此而舍彼，事則不均，義難銓說，理則不類，然而廣之，是與族無異矣。』禮部員外郎楊仲昌亦以『竊恐外內事序，親疏奪會』爲言。戶部郎中楊伯成，左監門錄事參軍劉瑛並同是議，皆謂不可。查議遂寢。（唐會要，服紀上）。

①唐會要，服紀上。

②禮記，喪服；元典章，外族服圖；明會典，外親服圖；清律例，外親服圖。

③九族的解釋，流傳即有二說，一說以爲包括異姓有服親，夏侯晉陽等今學家主此說，謂父族四，母族三，妻族二（孔穎達，書經註疏）。其詳細內容，父族四：五族之內爲一族，父女昆弟適人者與其子爲一族，己女昆弟適人者與其子爲一族，己之女子子適人者與其子爲一族。母族三：母之父姓爲一族，母之母姓爲一族，母女昆弟適人者與其子爲一族。妻族二：妻之父姓爲一族，妻之母姓爲一族（孔穎達，左傳桓公六年註疏）。自唐通義以父之姓爲一族，不限五族之內，母族謂母之父姓一族，母之昆弟一族，母昆弟子一族，亦與孔疏異。杜預謂九族爲外祖父母，外祖母，從母子，妻父，妻母，姑之子，姊妹之子，女子之子，非己之同族（左傳，桓公六年註，今本『非』或作『并』義異）。以爲九族『皆外親有服而異族者』，又姑姊妹及女適人，但取其子而娶其母，皆與以上二說不同。

孔安國，馬融，鄭康成皆謂九族僅限父宗，上自高祖，下至玄孫（見尚書註疏，禮典，孔傳，陸德明音義，孔穎達疏，及左傳，桓公六年孔疏）。後儒如陳德明，賈公彥，顧炎武等皆從此說，日知錄禮制篇詳。一般多以喪服小記以三爲五以五爲九之說爲根據，幾爲定論。元典章及明清律明定本宗九族五服圖，九族專指父宗，更成爲定制矣。

④禮記，喪服小記。

⑤同上，大傳。

⑥父宗服制系統此文不述，可參閱元典章，三〇，五服圖；明會典，一〇二，喪服，本宗九族五服正服圖；清律例，二，喪服圖，本宗九族五服正服圖。

家應指同居的營共同生活的親屬團體而言，範圍較小，通常只包括二個或三個世代層的人口，一般人家，尤其是耕作的人家，因農地畝數的限制，大概一個家庭只包括祖父母，及其已婚的兒子和未婚的孫兒女，祖父母逝世則同輩兄弟分居，家庭只包括父母及其子女，在子女未婚嫁以前很少超過五六口以上的。古人說大功同財，所指的就是同祖的兄弟輩而言。秦時民有二男以上不分異者倍其賦，又令民父子兄弟同室內息者爲禁^①，可見那時兄弟與父母同居是很普遍的事。孟子說入以事其父兄^②，又有養其父母兄弟妻子及父母兄弟妻子離散一類的話^③，也可證明此點。韓元長兄弟同居至於沒齒，樊重三世共財，蔡邕與叔父從弟同居，三世不分財，鄉黨高其義^④，是則漢時一般的習慣，很少父母已沒仍兄弟同居至於三世的，所以鄉黨高其義而爲史家所書，其爲難能少見可知，一般人大約都如繆彤家兄弟原同財業，及各娶妻，遂求分異的情形。這還是士大夫之家，若爲尋常人家，自不會有人如彤之閉戶自縊，弟及弟婦聞而謝過的情形了。陶希聖以漢律夷三族罪及父母兄弟妻子，證明漢代的家以父母妻子同產爲普遍範圍^⑤，但我們須注意家族的連帶責任是不一定與家的範圍必然相合的，後代有誅九族的法律，九族決非同居的一家。即以夷三族而論，我們斷不能說這種連帶責任只限於父母在堂兄弟同居的時期。後代的法律只要求父母在時子孫不許別籍異財（詳後），但兄弟同坐的連合責任並不因父母歿後兄弟異居而取消。

自然歷史上也有累世同居的義門，包括數百人口的大家^⑥，在這種情形

① 史記，六八，商君傳。

② 孟子，梁惠王上。

③ 同上，梁惠王上，盡心上。

④ 趙翼，陔餘叢考。

⑤ 陶希聖，婚姻與家族，商務，民二三，頁 66—7。

⑥ 范梈七世同居，兄無常父，衣無常主（晉書，儒林傳，范曄傳）。楊播，楊隆兄弟一家之內男女百口，鄉鄰同爨。唐書戒子孫曰：「吾兄弟在家必同爨而食……吾兄弟八人今存者有三，是故不忍別爨也。又顧舉吾兄弟世不異籍異財」（魏書，五八，楊播傳）。博陵李氏七世同居同財，家有二十二房，一百九十八口（魏書，八七，節義傳，李几傳）。義興陳氏四世同居，家一百七十口（南齊書，五五，孝義傳，李几傳）。郭儼家門雍睦，七葉共居（隋書，七二，孝義傳，郭儼傳）。唐劉君良累代同居，兄弟雖至四從，皆如同叔，尺布斗粟人無私焉，其家六院唯一個（舊唐書，一八八，孝友傳，劉君良傳；新唐書，一九九，孝友傳，劉君良傳）。張公九世同居（舊唐書，劉君良傳），爲當時義門之最。宋代義門風氣更盛，江州陳氏南唐時家已七百口，宋時至千口，每食必畢坐廣堂，其後族中人口且增至三千七百餘人（新五代史，六二，南唐世家；宋史，四五六，孝義傳，陳氏傳，居陳西陳氏宗譜）。鄧州李氏十九世無

之下，同居範圍便擴大及於族，家族不分了。但這樣龐大的家實爲例外，只有着重孝弟倫理及擁有大量田地的極少數仕宦人家纔辦得到，教育的原動力及經濟支持力缺一不可，一般人家皆不易辦到。一般的情形，家爲家，族爲族。前者爲一經濟單位，爲一共同生活團體。後者則爲家的綜合體，爲一血源單位，每一個家自爲一經濟單位，如史書所說的薛安都世爲強族，同姓有三千餘家^①的情形。宋孝王關東風俗傳謂瀛冀諸劉，清河張宋，并州王氏，濮陽侯族，諸如此輩，一宗將近萬室，煙火連接，比屋而居，亦非同居合爨。

第二節 父權

家族的範圍已如上述，現在我們當進而討論此種親屬團體中的統率問題。中國的家族是父權家長制的，父祖是統治的首腦，一切權力都集中在他的手中，家族中所有人口——包括他的妻妾子孫和他們的妻妾，未婚的女兒孫女，同居的旁系卑親屬，以及家族中的奴婢，都在他的權力之下，經濟權法律權宗教權都在他的手裏。經濟權的掌握對家長權的支持力量，極爲重大。中國的家族是着重祖先崇拜的，家族的綿延，團結一切家族的倫理，都以祖先崇拜爲中心——我們甚至可以說，家族的存在亦無非爲了祖先的崇拜。在這種情形之下，無疑的家長權因家族祭司（主祭人）的身分而更加神聖化，更加強大堅韌。同時，由於法律對其統治權的承認和支持，他的權力更不可撼搖了。

異器。并州李湛十五世同居。河中姚崇十世同居，聚族百餘人。江州許桂八世同居，長幼七百八十一口。西州方綱八世同居，家屬五百口，居室六百區，每具鳴鼓會食。其他十世同居，八世同居，七世同居，六世同居，五世同居，四世同居者多家。少者累數百年，多者至三四百年（群宋史，四五六，孝義傳，許桂傳，裴承詢傳，方綱傳，姚崇傳）。元延安張間八世不異器，家人百餘口（元史，一九七，孝友傳，張間傳）。婺州鄭氏自南宋以來，累代同居，至明時同居已十世，歷二百六十餘年（宋史，四五六，孝義傳，鄭綱傳；元史，一九七，孝友傳，鄭文嗣傳；明史，二九六，孝義傳，鄭綱傳；宋濂，鄭氏規箴序）。石偉十一世同居（明史，二九六，孝義傳，石偉傳）。衢州王壽七世同居，家入二百餘口（明史，孝義傳，鄭綱傳）。其他四世五世六世七世八世同居，及五世同爨八世同爨者多家（明史，二九六，孝義傳）。

①宋書，八八，薛安都傳。按永嘉二十一年，安都與宗人薛永宗起義，擊拓拔。永宗嘗汾曲。安都襲得弘農，拓拔自率慶寧永宗滅其族，其勢力之雄大自非具三千家之強族不辦，而爲其族主者便爲宗豪，在家族中在社會政治上均具有強大潛勢力，故宋書稱安都之父廣爲臺宗，宋高宗以爲上黨太守。安都之所以得有政治勢力，先爲北朝都統，仕宋爲建武將軍者，蓋其族家之強盛有以致之。

我們已經說過親屬團體的範圍有家、族之分，我們說到父權或家長時也應分別其範圍。在一個只包括父母和子女兩個世代的家庭，父親是家長，在包括三個世代的家庭，則祖父為家長。家庭範圍或大或小，每一個家都有一家長為統治的首腦。他對家中男系後裔的權力是最高的，幾乎是絕對的，並且是永久的。子孫即使在成年以後也不能獲得自主權。

父字據說文，『矩也，家長率教者，从又舉杖』，字的本身即含有統治和權力的意義，並不僅止於指示親子的生育關係。子孫違犯父的意志，不遵約束，父親自可行使威權加以懲責。社會上承認父親這種權力，從法律的觀點來看，則可說他的權力是法律所給予的，呂氏春秋說，『家無怒笞則子嬰兒之有過也立見』^①，顏氏家訓亦云，『笞怒廢於家，則賢子之過立見，刑罰不中，則民無所措手足，治家之寬猛，亦猶國焉』^②。我們應注意父親對於子孫的笞責實際上是並不只限於嬰兒的，子孫成年以後依然不能堅持自己的意志，否則仍不能避免這種處罰。典型的孝子，舜和曾子受杖的傳聞^③，在人心上，尤其讀書人，有長久的影響。梁朝的大司馬王僧辯的母親治家極嚴，僧辯已四十餘，已為三千人將，母少不如意，猶箠之^④。典型的孝子受父母的扑責不但不能逃避，並且應當受之怡然，雖箠之流血，亦『不敢疾怨』，仍得顏色婉愉，『起敬起孝』^⑤。

扑責子孫有時便難免毆傷致死的情事，法律上究竟容許不容許父母殺死子孫呢？這是很值得注意的一個問題。羅馬時代父的生殺權（Jus vitae necisque）在中國是不是有相同的情形呢？宋司馬華費遂子多位與龜相惡，龜竊於宋公，公使人告司馬，司馬曰，『吾有讎子而弗能殺』，乃與公謀逐龜^⑥，似乎那時的父親是有生殺權的。那時是宗法時代，正是父權學說形成的時代，——或也是父權最盛的時代，同時也發現父親的生殺權，其巧合或不是偶然的。

秦二世嬴始皇詔賜蒙恬及扶蘇死，扶蘇說，『父而賜子死，尚安敢復

① 呂氏春秋，鬻兵篇。

② 顏氏家訓，一，治家。

③ 見孔子家語。

④ 顏氏家訓，一，教子。

⑤ 禮記，內則。

⑥ 左傳昭公，二一年。

請？」^①君之於臣，父之於子，都是有生殺權的，到了後來則只適用於君臣而不適用於父子間了。法律制度發展到生殺權完全操縱在國家機構及國君手裏，自不再容許任何一個人能隨意殺人，父親對兒子，也不能例外。他只能扑責兒子，斷不能殺死他，否則便要受國法的制裁了。白虎通云，『父煞其死，當誅何？以爲天地之性人爲貴，人皆天所生也，託父母氣而生耳。王者以養長而教之，故父不得專也。』春秋傳曰，『晉侯煞世子申生，直稱君者甚之也』^②。可見漢人的概念，父已無權殺子，北魏律，祖父母父母忿怒以兵刃殺子孫者處五歲刑，毆殺者四歲刑，若心有愛憎而故殺者各加一等^③。唐律不問理由如何，殺死子孫皆處徒罪，子孫違犯教令而殺之，也只能較故殺罪減一等，——毆殺徒一年半，刃殺徒二年。若子孫並未違犯教令而殺之，便是故殺了^④。而且所謂違犯教令也是指『可從而違』的正命^⑤。在正命之下可從而故違，子孫纔受違反教令的處治，否則子孫不成立違犯教令罪，而祖父母父母擅加殺害便不能委爲違犯教令，須負故殺的責任^⑥。

元、明、清的法律較唐律寬容得多，父母並非絕對不得殺子孫，除了故殺並無違犯之子孫外，子孫有毆罵不孝的行爲，被父母殺死，是可以免罪的^⑦。即使非理殺死也得無罪。

王起長子王潮極恨弟王潮相不會借錢，持刀起砍。王起將王潮棧拉回，縛其兩手，向其斥罵，王潮棧回罵。王起氣忿莫遏，將王潮棧活埋。吉林將軍照子孫違犯教令，父母非理毆殺律擬罪。刑部以子罵父，係罪犯應死之人，與故殺並未違犯教令之子不同，亦與非理毆殺違犯教令之子有間，依律勿論^⑧。

子孫違犯教令，祖父母原有權加以扑責，而無心致死，亦非不可能，所以

①史記，八七，李斯列傳。

②白虎通德論。

③魏書，一一一，刑罰志。

④唐律疏義，二二，關訟二，『毆罵祖父母父母』。

⑤唐律疏義，二四，關訟四，『子孫違犯教令』原註。故疏義云，『祖父母父母有所教令，於事合宜，即須奉以周旋，子孫不得違犯……若教令違法，行即有愆，……不含有罪。』

⑥同上，『毆罵祖父母父母』，疏義云，『若子孫違犯教令，謂有所教令，不限事之大小可從而故違者；而祖父母父母即毆殺之者徒一年半，以刃殺者徒二年。故殺者各加一等，謂非違犯教令而故殺者』。

⑦元史，一〇五，刑法志三，『殺傷』；明律例（本書所用係明會典本），十，刑律二，關毆祖父母父母；清律例，二八，刑律，關毆下，『毆祖父母父母』。明清律皆云若違犯教令而依法決罰邂逅致死者勿論，元律則云，『諸父有故毆其子女邂逅致死者免罪』。

⑧刑案彙覽 xxxiv. 1a-2a。

依法決罰邂逅致死是無罪的，非理毆殺有罪，罪亦甚輕。明清時的法律皆止杖一百^①。清現行刑律處十等罰，罰銀十五兩^②。處罰較唐律為輕。

非理毆殺自然指扑責以外的殘忍的虐待的殺害，例如勒斃活埋一類的事情，至於違犯教令則含義極抽象含混，像賭博姦盜一類的行為，父加訓責，不從，自然包括在內。

張二小子年十一，時常在外偷竊，其父張勇屢誨不悛，起意殺死，將二小子用麻繩勒斃，照子孫違犯教令，父母非理毆殺律擬罪^③。

但有時同樣的罪名，出入很大，例如同樣是竊偷，如果目為慣竊匪徒，則罪又重於違犯教令，雖非理毆殺，父亦無罪。

李增財因子李枝榮屢次行竊，央同外人幫忙，將李枝榮綁住，用鐵斧背連毆，致傷兩腰肋。李枝榮喊滾滾轉。李增財隨即將李枝榮兩腳筋割斷，身死。刑部以李增財因子屢次行竊，至使割斷腳筋身死，與非理毆殺不同，從寬免議^④。

又如子女犯姦，如聲明淫蕩無恥，玷辱祖宗，將其殺死，亦得免議。有三件案子，二人勒死犯姦之女，一人砍死犯姦之女，均免議^⑤。

在另一方面我們應注意所謂違犯教令往往是些細微的小事。

陳十子令其子陳存根同往地內和養，陳存根託故不去，訓罵之後，無奈同往，至地仍不工作，怒形於色，陳十子鞭罵，陳存根哭泣不止，陳十子忿激，頓起殺機，用帶將其勒斃。吞樵以係有心故殺，依父故殺子律杖六十徒一年，刑部擬以陳存根不聽教令，實屬違犯，應依子違犯教令而父非理毆殺律杖一百^⑥。

像這種案件，若不是非理毆殺，便可不論了。法律上所注意的不在是否違犯教令而在是否非理斃殺。這是客觀的問題，前者則是主觀的，只要父親說兒子違犯教令，司法是不會要求提出原因的，亦不須法官加以認定。有的毆死違犯教令之子的案件，咨文上根本不曾說明原因，只有因子違犯教令將子毆死的字樣^⑦。

子孫不肖，法律除了承認父母的懲戒權可以由父母自行責罰外，法律還給予父母以送懲權，請求地方政府代為執行。我們已經說過生殺權的被剝奪

①元史，刑法志，『殺傷』；明律例，『毆祖父母父母』；清律例，『毆祖父母父母』。

②現行刑律，毆辱下，『毆祖父母父母』。

③刑案彙覽，xxxxlv. 3a-4b。

④續增刑案彙覽，xll. 4ab。

⑤刑案彙覽，xxxv. 2a-3a。

⑥同上，5ab。

⑦同上，10a。

是父權的一種減縮，那麼，家庭懲罰權的移交於政府請求法官審判執行，如亨利梅因所提示我們的羅馬帝政時代晚期的情形，自也是父權的一種減縮。送懲的方式通常不外兩種。父母可以子孫違犯法令為理由送請懲戒。

唐、宋的處分是徒刑二年^①，明、清時代則杖一百^②。違犯教令的範圍上面已經說過，是很寬泛的，只要父母提出控訴，法司無不照准。尤其是明清的法律處分定得很輕。

除了違犯教令外，父母也可以不孝的罪名呈控子孫請求代為懲治。不孝的罪名顯然較違犯教令為重，所以法律上的懲處亦較後者為重。法律對於不孝的內容在名例（總則）上原已一一列舉，包括告言詛罵祖父母父母，祖父母父母在別籍異財，供養有缺，居父母喪自身嫁娶，作樂釋服從吉，聞喪匿不舉哀，及詐稱祖父母父母死等項^③，如何治罪在條文（分則）上也有明確的規定，受理時是不會感到困難的。但並不是說不在列舉範圍以內的子女對父母的不遜，便不算不孝，而父母便不能告他。法理上和事實上父母同樣地可以告勸，只要告子孫不孝，法司是不會拒不受理的。

而且還有一點可注意的是父母如果以不孝的罪名呈控，請求將子處死，政府也是不會拒絕的，雖然不孝罪的處分除告言詛罵處死外，其餘等項皆罪不至死。這裏我們可以看出法律對於父權的傾向，父親對子女的生殺權在法律制度發展到某種程度時，雖被法律機構撤銷，但很明顯地，却仍保留有生殺的意志，換言之，國家所收回的只是生殺的權力，但堅持的也只是這一點，對於父母生殺的意志却並未否認，只是要求代為執行而已。我們或可信此即昔時父親生殺權之遺跡。

劉宋的法律，父母告子不孝欲殺者皆許之^④。唐時李傑為河南尹，有寡婦告子不孝，其子不能自理，但云，『得罪於母，死所甘分。』傑察其狀，非不孝子，對寡婦說，『汝寡居惟一子，今告之，罪至死，得無悔乎？』寡婦道，

① 唐律疏議二四，顯慶四，『子孫違犯教令』；宋史，刑法志載真宗時，民家子有與人鬪者，其父呼之不止，顛覆死，法官處置罪。上曰，『呼不止，違犯教令，當徒二年，何謂善也？』知宋律同唐。

② 明律例，一〇，刑律二，訴訟，『子孫違犯教令』；清律例，三〇，刑律，訴訟，『子孫違犯教令』。

③ 唐，元，明，清律，名例，十惡不孝條。

④ 宋書，六四，何承天傳云，『母告子不孝，欲殺者許之。』杜云，『謂違犯教令，敬恭有虧，父母欲殺皆許之。』按宋時法律，子不孝父母原為棄市（宋書，八一，顧願之傳引律）。

『子無賴，不順母，寧復悔乎？』傑曰，『審如此，可買棺木來』^①。此寡婦但云，『子無賴，不順母』即處死，可見父母欲殺皆許之，原無需罪至死，亦無須提出確證。

但我們應注意並不是所有時代的法律對於被控不孝的人都處以死刑的。宋代即有例如此。真德秀知泉州時，有母告子不孝。審問得實，杖育於市，髡髮居役^②。

清代的法律與父母以呈送發遣的權利，只要子孫不服教誨且有觸犯情節便可依例請求。忤逆不孝的子孫因父母的呈送，常由內地發配到雲、貴兩廣^③，這一類的犯人向例是不准援赦的（常赦所不原），除非遇到特旨恩赦或減等發落，詢明犯親，情願伊子回家，纔有釋放的機會。如遇恩赦准即時釋回，若恩詔只係減等發落，則減徒之後照親老留養例，枷號一個月釋放^④。照例軍流人犯減等者，皆遞減為杖一百徒三年，滿徒之日方准釋回。呈送發遣之案辦理不同係體貼犯親迫不及待之意。父母呈送常出於一時氣忿，及子孫遠戍，又心存不忍，時時繫念，舐犢情深，所以許其呈請釋回，又恐近於兒戲，所以只能在指定情形之下辦理，不能隨意請求。立法原意原係曲體祖父母父母之心，並非為忤犯忤逆之子孫，意存寬宥。所以有時犯人發遣未久，遇恩旨查詢，而犯親氣忿未平，不願領回，年久月深，又想兒子回家，呈請釋放。雖與例不符，但為體念親心，仍准解交原籍，照例減徒折枷釋放^⑤。有時父母因兒子衆多，一子觸犯，即行呈送，後來除子死亡，無人侍養，又呈請釋放，也能激准，雖然與遇赦才能呈請的定例是不符的。道光時廣西有林某因長子窩銀花用，被父斥罵，出言頂撞，呈送發遣貴州，長子去戍，次子病亡，三子病廢，林某

①張鷟，朝野僉載，卷上。

②真德秀，西山政訓（寶顏本）。

③參看刑案彙覽，I. 64a 各案。

④清律例，四，名例律上『常赦所不原』嘉慶六年續纂，十一年，十五年，十九年四次修改，二十五年改舊例。

⑤刑案彙覽，I. 69b-71a，其源帖中查議之文有云，『……並無赦後再行查詢之例，惟查王法本乎人情，而送子發遣之案，遇赦得准向犯親查詢，則為子者之應否回歸，又明子犯親以經，使得自為專主，是施法外之仁，即寓委曲教孝之意……該氏惟念骨肉，顧子回歸，如仍全聽留配所，該犯不得遂鳥獸之私，若謂禁由自作，而犯親侍養無人，憂愁暮景，反無以自慰，揆之天理人情，似未為允協。該犯係曾經遇赦查詢之犯，似可擴廣皇仁，准其釋回……此後如有似此案情，均可照此辦理。』