

我国“亲属”法律概念的变迁探析

金 眉

内容提要 古代中国亲属概念最本质和最鲜明的特点是宗法,它基于血缘的亲疏远近、地位的尊卑高下、名分、归属的家庭、年龄大小、婚姻媒介等因素划分亲属的范围和亲疏远近,确定相互之间的法律地位和权利义务关系。近代以来,清末、民国和中华人民共和国的立法都曾规范亲属制度,中国法律的亲属概念发生了巨大的改变,亲属从宗法的意义回归到了纯粹的、初始的自然意义;但是现行法律过度缩小亲属范围的做法不是理性地对待社会关系现状的应有反映。亲属是先于国家的事实存在,这决定了亲情伦理具有独立于政治伦理的价值和正当性。在摒弃了宗法因素之后,传统的亲情及其伦理也是我们今天的道德和法律需要珍视的价值。

关键词 亲属概念 宗法性 亲情伦理

金 眉,中国政法大学民商经济法学院教授 100088

社会学家费孝通先生说过:“亲属并不是血统的社会印版,而是为了生活的需要,在因生育与婚姻所联系的许多人中,划出一个范围来,认为是亲属。”^[1]这一说法事实上也是法律确定亲属的理由:在存在生育与婚姻联系的人群中,法律赋予一部分人相互之间具有一定的权利义务关系,他们就是彼此的亲属。自古到现代,中国法律中的亲属概念发生了本质上的改变,从宗法的意义回归到了纯粹、初始的自然意义,即亲属是指既具有婚姻、血缘、法律拟制的血亲关系,又具有法律上的权利义务的人。基于此,本文将围绕中国法律中的亲属概念的变迁展开探析。

一、古代中国礼、法中的亲属概念

古代中国的经典在言及“亲属”时,是以亲为主,属为从的,所以《礼记·大传》言“亲者,属也。”^[2]

本文为教育部人文社会科学2014年一般项目“新中国婚姻家庭法的历史与理论研究”、中国政法大学校级科研项目“中国特色亲属法的哲学基础研究”(20116058)阶段性科研成果。

[1]费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第269页。

[2]相关的解释还见之于《说文》释亲:“至也”,释属:“连也”(见[汉]许慎撰,[清]段玉裁注:《说文解字注》,上海古

“亲”最狭的意义是指父母,如《公羊传·庄公三十二年》:“君亲无降。”何休注:“亲,谓父母。”^[1]但是古代人往往又在更广的意义上使用“亲”,与今天意义上的亲属意同,属于广义:

《礼记》“儒有内称不辟亲,外举不辟怨。”^[2]

晋时“(王)敦平,有司奏彬及兄子安成太守籍之,并是敦亲,皆除名。诏曰:司徒(王)导以大义灭亲,其后昆虽或有违,犹将百世宥之,况彬等公之近亲,乃原之。”^[3]

汉时,“广陵王有罪,帝以至亲,悼伤之。”^[4]

按照礼制,诸亲之中还区分有至亲,即《礼记》所言:“至亲以期断。”^[5]因此,期亲以上的亲属就是礼制所言的至亲。

古代中国的法律自魏晋以后开始儒家化,自唐时更是达到礼法合一的高度,服制则成为调整亲属之间权利义务关系的准则。唐宋时期,律法大多用“亲”,但也有用“亲属”一词的,如唐律:“诸监临之官,娶所监临女为妾者,杖一百;若为亲属娶者,亦如之。”此处的亲属,《唐律疏议》是这样定义的:“亲属,为本服缌麻以上亲及大功以上婚姻之家。”(亲属,指本初服制中缌麻以上的亲属及己之大功以上亲与之联婚的家庭。)

显然,在唐律中,亲属是一个比“亲”范围更广的概念,包括本宗亲和姻亲,前者通常指本宗九族的亲属(出嫁女不在其中)。因此,在唐律中,当“亲”与服制相联时,它首先是在父系同宗血缘的意义上使用,可见下列条文:

不睦,“谓谋杀及卖缌麻以上亲,殴告夫及大功以上尊长、小功尊属。”

议亲,“谓皇帝袒免以上亲及太皇太后、皇太后缌麻以上亲,皇后小功以上亲。”^[6]

“皇后荫小功以上亲者,降姑之义。小功之亲有三:祖之兄弟、父之从父兄弟、身之再从兄弟是也。此数之外,据礼内外诸亲有服同者,并准此。”^[7]

“八议之人,荫及期以上亲及孙,入请。”^[8]

疏议曰:“义取内睦九族,外叶万邦,布雨露之恩,笃亲亲之理,故曰议亲。袒免者,据礼有五:高祖兄弟、曾祖从父兄弟、祖再从兄弟、父三从兄弟、身之四从兄弟是也。”

上述律法中的“亲”显然是宗亲的意义。除此之外,唐律还在至亲的意义上使用它:

《唐律疏议》:“犯流罪者,权留养亲”^[9]此处的“亲”指祖父母、父母,曾、高祖父母。

《唐律疏议》议曰:《礼》云:“孝子之养亲也,乐其心,不违其志,以其饮食而忠养之。”其有堪供而阙者,祖父母、父母乃告。^[10]此处的“亲”则指祖父母、父母。

上述律法所用“亲”的范围是随具体情形而定,有时指祖父母、父母,曾、高祖父母,有时仅指祖父

籍出版社1981年版,第409、402页);《尔雅·释亲》疏谓亲为“恩爱狎近,怒疏远之称也”;刘熙《释名·释亲属》言:“亲,衬也,言相隐衬也”;“属,续也,恩相延续也。”转引自陶毅、明欣:《中国婚姻家庭制度史》,〔北京〕东方出版社1994年版,第282、283页。

有学者言,“亲属”一词来源于《礼记·大传》中“亲者,属也”,见于法律始于明代(《中国大百科全书》(法学卷),〔北京〕中国大百科全书出版社1984年版,第476页)。此说谬也。早在唐宋律之前,《后魏律》就有“亲属”一词(《后魏律》:“卖子一岁刑,五服内亲属在尊长者死,卖周亲及妾与子妇者流。”见程树德《九朝律考·后魏律考》,〔北京〕中华书局2003年版,第347页。

[1]转引自牛志平、姚兆女:《唐人称谓》,〔西安〕三秦出版社1987年版,第113页。

[2][5]陈戌国点校:《四书五经》,〔长沙〕岳麓书社1989年版,第660页,第655页。

[3][4]程树德:《九朝律考·晋律考》,〔北京〕中华书局2003年版,第267页,第165页。

[6][7][8][唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,〔北京〕中华书局1983年版,第17页,第17页,第33页。

[9][10][唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议·名例》,〔北京〕中华书局1983年版,第70页,第13页。

母、父母,但都是就直系的尊血亲而言。所以唐代法律中的“亲”,虽然也在至亲的意义上使用,但更广泛的则是在父系宗亲的意义上使用,而“亲属”在唐律中则是包括了“亲”和姻亲的概念。

明清之时,法律已广泛使用“亲属”的语词,如《大清律例》中有“亲属相为容隐”、“亲属相盗”、“亲属相殴”、“娶亲属妻妾”、“亲属相奸”等诸多条文。从其内容看,这些条文中所称的“亲属”,不仅包括同姓的宗亲,还包括异姓的外亲和妻亲^[1],实则与唐律所言的“亲属”大致相同。

至于“亲”的概念,明清律与唐律相同,通常指父系宗亲^[2],但有时又在至亲的意义上使用,仅指祖父母、父母^[3]。除此之外,在清代人的法律观念中,小功、大功亲属也被认为是至亲^[4],范围似乎比唐宋时期更广。

将宗亲称为亲是古代中国人的传统,若是母亲方面的亲属和本宗女系亲属的子女以及妻子的本宗亲属,我们就要在“亲”前加“外”字,以区别于本宗的亲。所以我们看明清律,异姓的亲属都归之于外亲服图中。因此,与近现代法律上的亲属内涵有很大不同,古代中国法律上的亲属是立足于宗法的意义而建立亲属体系,依据六大原则确定是否属于亲属以及彼此的亲疏远近,这就是《礼记·大传》所言的:“服术有六:一曰亲亲,二曰尊尊,三曰名,四曰出入,五曰长幼,六曰从服。”^[5]由此确定的亲属包括宗亲 and 外亲,前者是源自同一男性祖先的血亲,包括同一宗族内的男性成员及其配偶,以及未嫁或因离异而返的女性,后者则是与女性相关的亲属,广义的外亲包括母亲方面的亲属和本宗女系亲属的子女以及妻子的本宗亲属。宗亲与外亲不仅在称谓上繁简不同,更为重要的是在亲等上轻重大不一样。外亲不仅表明亲属的来源是源自女性系统,同时也代表着相互关系上的疏远和隔膜。宗亲是全部亲属体系的中心,男性子嗣是这一体系的核心,它的范围按照礼制所言“亲亲以三为五,以五为九,上杀,下杀,旁杀,而亲毕矣”^[6]的原则确定,其中的“亲亲以三为五,以五为九”,是指以己身为中心,上至父母,下至子女,即为三;由父母而上推至祖父母,由子女而下推至孙子女,即为五;再由祖父母而上至曾祖父母、高祖父母,由孙子女而下推至曾孙、玄孙,即为九。“上杀,下杀”则指上至高祖而止,下至玄孙而止,上下共九代,都是直系血亲。至于“旁杀”,是指旁系血亲的范围,也是以三为五,以五为九,即以己身为中心,右至兄弟,左至姊妹,即为三;而后由兄弟旁推至从父兄弟(即堂兄弟),由姊妹旁推至从父姊妹(即堂姊妹),即为五;再由从父兄弟旁推至再从兄弟(也称从祖兄弟)、三从兄弟(也称族兄弟),由从父姊妹旁推至再从姊妹(从祖姊妹)、三从姊妹(族姊妹),就为九。右至三从兄弟,左至三从姊妹,左右为九就是旁系血亲的范围^[7]。所以从直系看,由己身上推至父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母,向下推至子、孙、曾孙、玄孙,上下共九代;从旁系看,从己身推至兄弟、姐妹、堂兄弟姐妹、从祖

[1]《大清律例·刑律·贼盗下》“亲属相盗”条就明确亲属包括本宗与外姻亲属:“凡各居(本宗外姻)亲属,相盗(兼后尊长、卑幼二款)财物者,期亲,减凡人五等;大功,减四等;小功,减三等;缌麻,减二等;无服之亲,减一等。并免刺。”见田涛、郑秦点校:《大清律例》,〔北京〕法律出版社1999年版,第400页。

[2]“凡同居,(同谓同财共居亲属,不限籍之同异,虽无服者亦是),若大功以上亲,(谓另居大功以上亲属,系服重。)及外祖父母、外孙、妻之父母、女婿,若孙之妇、夫之兄弟,及兄弟妻,(系恩重。)有罪,(彼此得)相为容隐。”《大清律例·名例律》“亲属相为容隐”条,田涛、郑秦点校:《大清律例》,〔北京〕法律出版社1999年版,第121页。

[3]《大清律例·礼律》“弃亲之任”条:“凡祖父母、父母,年八十以上,及笃疾,别无以次侍丁,而弃亲之任,及妄称祖父母、父母老疾,求归入侍者,并杖八十。”田涛、郑秦点校:《大清律例》,〔北京〕法律出版社1999年版,第295页。

[4]见《大清律辑注》“关于亲属相奸”条注:“此皆小功、大功亲属,而不同于缌麻以上者,以其分为至亲,义亦至重,奸淫内乱,罪在十恶之条,故于缌麻以上中,分出此各项,另置重典也。”〔清〕沈之奇撰,怀效锋、李俊点校:《大清律辑注》(上),〔北京〕法律出版社2000年版,第920页。

[5]陈戌国点校:《四书五经》,〔长沙〕岳麓书社1989年版,第557页。

[6]《礼记·丧服小记》,见陈戌国点校:《四书五经》,〔长沙〕岳麓书社1989年版,第552页。

[7]见丁凌华:《中国丧服制度史》,上海人民出版社2000年版,第116页。

兄弟姐妹、族兄弟姐妹,这样以己身为中心,上下为九、左右为九形成的亲属,称为本宗九族宗亲。

九族宗亲只是宗亲的核心亲属,除此之外还有祖免亲(后世称为无服亲,但范围有所不同)。按照礼制:“四世而缌,服之穷也。五世祖免,杀同姓也。六世,亲属竭矣。”^[1]因此,祖免亲是指本宗五世亲属。本宗五世之外的亲属虽然在服制上已出五服,礼制为无服,但在法律上仍属亲属范畴,相互之间在特定情形下仍存在权利义务关系。据研究,唐宋时期五服以外亲一律称“祖免”^[2],实际上包括了先秦的祖免和无服。元时改“祖免”为“无服”,范围上与唐宋相同。明清虽沿用元代“无服亲”名称,但在法律适用上无服亲的范围大为扩大,甚至远超礼制的祖免亲范围,凡五服之外的同姓都为无服亲^[3]。这正如清代律家所言:“无服之亲,所包者广,凡五服之外,谱系可考,尊卑长幼名分犹存者,皆是,所谓祖免亲也。”^[4]事实上,法律也是如此适用的^[5]。

除了宗亲,古代法律上的亲属还有外亲,只是相对于宗亲,外亲的范围要狭窄得多。母亲方面的亲属仅推及上下两世,且同样远近的血亲,其亲等远不及宗亲,例如祖父母为二等亲,外祖父母为四等亲;伯叔父为二等亲,舅姨则为四等亲。妻亲的范围则更为窄小,亲属关系也更为疏远,如夫与妻的父母为五等亲,与妻的祖父母、伯叔父母则无服。

依据血缘关系的存在和远近来划分亲属和确定彼此之间关系的亲疏远近,这只是服制的一个基本原则。在此之外,身份地位的尊卑高下、名分、归属的家庭、年龄大小、婚姻媒介等也是划分的准则,这就导致了自然血缘同等的亲属在亲等上却居于不同的等级:尊卑不同服、夫妻不同服、妻妾不同服、父母不同服、嫡庶不同服、在室与出嫁不同服、宗亲外亲不同服。

所以在古代中国法律的亲属概念里,最本质和最鲜明的特点是宗法,它基于血缘的亲疏远近、地位的尊卑高下、名分、归属的家庭、年龄大小、婚姻媒介等因素划分亲属的范围和亲疏远近,确定相互之间的法律地位和权利义务关系^[6]。正是基于这样的宗法伦理,相对于其它古代社会,中国古代法律中的亲属拟制显得十分繁复,因家族血缘伦理高度发达而尤显精细和复杂。其中,立嗣是将旁系血亲拟制为直系血亲,而子女与名义上的三父(同居继父、不同居继父、后继母嫁)、八母(养母、嫡母、继母、慈母、嫁母、出母、庶母、乳母)在礼俗和法律上都存在一定的权利义务关系。

需要指出的是,尽管古代中国的礼制与法律所确认的亲属概念有着迥然不同于今天的宗法性,但若撇开具体的意义和制度不论,礼、法所称的亲、亲属,都是指既具有婚姻、血缘、法律拟制血亲关系,又具有法律上的权利义务的人,相互之间具有固定的身份和称谓,这一上位概念又决定了古代亲属概念与今天的时代能够沟通的意蕴。

[1]《礼记·大传》,陈戌国点校:《四书五经》,〔长沙〕岳麓书社1989年版,第557页。

[2]《唐律疏议·户婚》“诸尝为祖免亲之妻”条规定:“高祖亲兄弟、曾祖堂兄弟、祖再从兄弟、父三从兄弟、身之四从兄弟、三从侄、再从侄孙,并缌麻绝服之外,即是祖免。”见〔唐〕长孙无忌等撰:《唐律疏议》,〔北京〕中华书局1983年版,第264页。

[3]丁凌华:《中国丧服制度史》,上海人民出版社2000年版,第186页。

[4]〔清〕沈之奇撰,怀效锋、李俊点校:《大清律辑注》(上),〔北京〕法律出版社2000年版,第269页。

[5]可见《大清律例·斗殴》“同姓亲属相殴”条:“凡同姓亲属相殴,虽五服已尽,而尊卑名分犹存者,尊长,(犯卑幼),减凡斗一等,卑幼,(犯尊长)加一等。”田涛、郑秦点校:《大清律例》,〔北京〕法律出版社1999年版,第461页。古代法律在涉及亲属相犯时类似的条文还有许多,在此不赘举。

[6]这就是《礼记·大传》所言:“服术有六:一曰亲亲,二曰尊尊,三曰名,四曰出入,五曰长幼,六曰从服。”见陈戌国点校:《四书五经》,〔长沙〕岳麓书社1989年版,第557页。

二、近代以来法律中的亲属概念

近代以后,古代中国固有的法律体系解体,转而接受对西方法律的移植,表现为形式上从诸法合体向法律部门分类转型,内容上从尊卑、性别等差向人格平等转型,性质上从家族权利本位向个人权利本位转型。在此转型过程中,清末、民国和中华人民共和国的立法都曾规范亲属制度,成为中国历史上三个重要的阶段。

1.《大清民律草案·亲属编》中的亲属概念

在《大清民律草案·亲属编》第1317条中,法律对亲属是如此定义的:“本律所称亲属者如下:一、四等亲内之宗亲;二、夫妻;三、三等亲内之外亲;四、二等亲内之妻亲。夫族为宗亲,母族及姑与女之夫族为外亲,妻族为外亲。”显然,法律规定的亲属不仅包括同姓的宗亲,还包括异姓的外亲,即母亲方面的亲属、本宗出嫁女的亲属和妻亲。因此从法条的内容看仍然是传统宗法观念的继续沿用,内中包含的“亲属”概念、亲属的类别和亲疏远近的确定仍然是以宗法为根基,这也决定了《亲属编》的立法基础仍然是血缘宗法伦理。即便如此,我们还是要公正地说,《大清民律草案·亲属编》关于亲属的定义相对于传统礼法仍然具有革新的意义,因为按照该法关于亲等计算法的规定^[1],宗亲的范围较从前的律法已经大为缩小,仅仅是本宗九族宗亲,超过五服的同姓无服亲已经不再是法律上的亲属,彼此也就不具有法律上的权利义务关系。

2. 民国时期民法典中的亲属概念

北洋政府执政后,废弃《大清民律草案》,规定继续援用大清现行刑律中民商事部分的规定,以此作为民事基本法;同时,大理院通过发布民事判例、解释例创制法律规则,弥补民事制定法之不足。至1926年,修订法律馆完成了《民国民律草案》,但由于政权变更,该草案并未公布,但随后作为条约为各级审判机关援用。该草案在《亲属编》中设总则一章作为亲属制度的通则性规定,内容涉及亲属的范围、分类和亲等计算法等。草案第1055条规定:“本律称亲属者如下:一、四亲等内之宗亲;二、夫妻;三、三亲等内之外亲;四、二亲等内之妻亲。父族为宗亲,母族及女子之出嫁族为外亲,妻族为妻亲。”显然,草案基本上是对清末修律成果的继承,所称的亲属仍然建立在宗亲、妻亲、外亲的类别划分基础上,对亲属概念的界定在性质上与《大清民律草案》一脉相承,仍然具有封建宗法意义。

南京民国政府的民法典在体例结构上继承了清末以来修法的传统,采总则、债、物权、亲属、继承五编制,其中亲属编专设通则一章规定亲属的范围、分类和亲等计算法。与清末和北洋时期所制亲属法不同,法典首先是对宗法家族主义的否定,亲属的类别已经从历次民律草案中的宗亲、外亲、妻亲转变为血亲和姻亲^[2],前者又分为直系血亲与旁系血亲,后者则分为血亲之配偶、配偶之血亲及配偶之血亲之配偶,分别规定于亲属编第967条:“称直系亲属者,谓己身所从出或从己身所出之血亲。称旁系血亲者,谓非直系血亲,而与己身出于同源之血亲。”第968条:“称姻亲者,谓血亲之配偶、配偶之血亲及配偶之血亲之配偶。”这部法律将亲属划分为血亲与姻亲的根据是彼此之间是否存在血缘联系,这是一个纯粹自然的意义,而血亲,这一直系血亲和旁系血亲的上位概念对宗亲和外亲的取代意味着以“己身”为中心、以男女双系血缘来确定直系亲和旁系亲,这是对西方民法之亲属制度的继受,本质则是男女在法律上的地位平等。因此,与己身有直接或者间接血缘关系的尊亲属与卑亲属,不论男女,都属于法律认定的血亲。在此,曾经支持宗法的长幼、性别因素都被法律排除在外,血亲回归到了它

[1]《大清民律草案·亲属编》的亲等计算法采用的是寺院法的计算方法,可见该法1318条的规定。

[2]亲属编只分别对血亲和姻亲作出定义,但对配偶是否属于亲属,法律未作规定,以至于学者争议不休。

的自然之意。

不仅如此,有关旁系亲的定义,南京民国政府的民法典弃《大清民律草案》《国民律草案》所采用的“与己身出于同祖若父者”的表述方式,用“与己身出于同源之血亲”的表述方式,同样贯彻了亲属制度上男女双系平等的西方亲属制度原则。

至于姻亲,法律规定指己身与血亲之配偶、配偶之血亲及配偶之血亲之配偶,有此关系者,彼此称为姻亲。因此,姻亲是以婚姻为中心,包括三类:(1)血亲之配偶:如嫂、弟媳、姐夫、妹夫、儿媳、女婿、伯叔母、姑父、舅母、姨夫、侄媳、侄女婿、甥媳、甥女婿等,与自己互为姻亲;(2)配偶之血亲:如夫或妻之父母、祖父母、伯叔父、妻或夫之兄弟姐妹;(3)配偶之血亲之配偶:如妻对于夫之嫂、弟媳、姐妹之夫、伯叔母、舅母、姑父、姨夫、侄媳、侄女婿、甥媳、甥女婿等,互为姻亲;同理,夫对于妻之嫂、弟媳、妻之姐妹之夫、伯叔母、舅母、姑父、姨夫、侄媳、侄女婿、甥媳、甥女婿等,互为姻亲。

依照古代法律上的姻亲概念,夫较之于妻、夫族较之于妻族拥有优越的法律地位,但现在法律基于男女平等原则,给予法律上的姻亲平等的地位,夫与妻族之关系、妻与夫族之关系,均为姻亲。至此,宗法的因素也退出了姻亲的内涵,转变为适用与西方亲属法能够沟通的概念。当然,在制度的改造中也存在与中国传统习惯不符的问题,例如法律不认可血亲配偶的血亲如儿女亲家之间不存在姻亲关系,这显然是不符合中国人的生活逻辑的。

无论如何,经过了上述制度改革之后,法律上的亲属已经不以宗亲来区别内外和远近,而是以亲属产生的来源为标准将亲属划分为血亲(内分直系血亲与旁系血亲)、姻亲,同时采用基于父母双系平等的罗马法亲等计算法来计算亲属的亲疏远近,至此,宗法为法律所摒弃,亲属立法也完成了它的彻底革新,而现代亲属的概念也由此确立,那就是既具有婚姻、血缘或者法律拟制血亲关系,又具有法律上的权利义务的人,才是现代法律所称的亲属。

三、中华人民共和国法律上的亲属概念

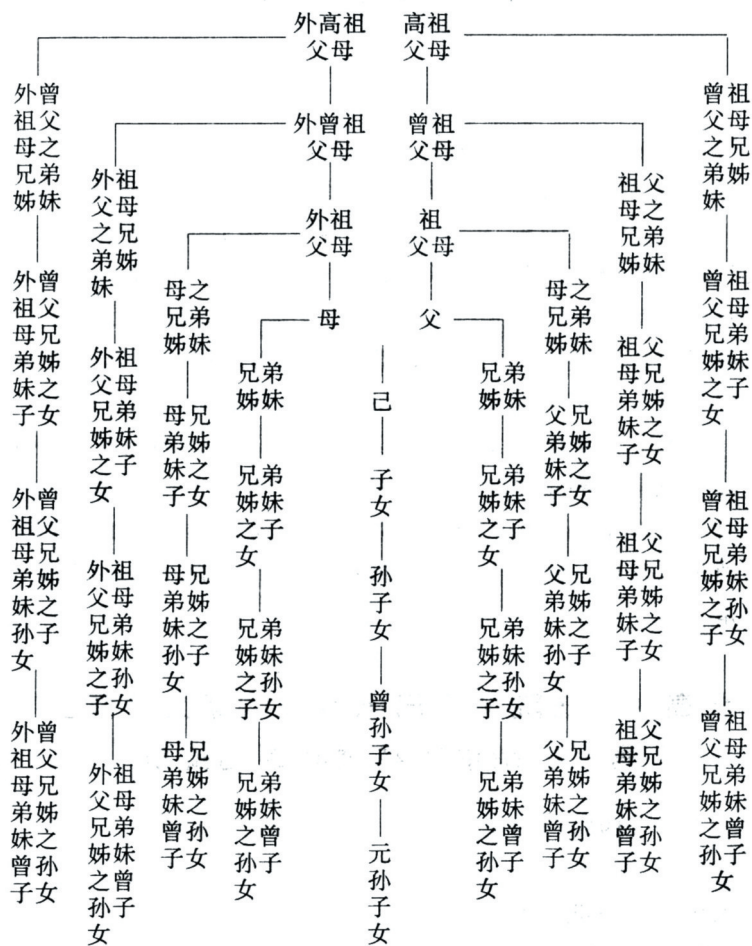
中华人民共和国成立后,1950年的《婚姻法》在反封建宗法上与南京民国政府民法典的取向相同,但不同的是,这部法律没有系统的关于调整亲属关系的制度规定,有关亲属之间权利义务的规定基本上只是在两种语境场合使用:一是关于父母子女相互权利义务的规定(1980年《婚姻法》增加了特殊情形下兄弟姐妹、祖孙和外祖孙的权利义务关系),一是有关禁婚亲的规定。作为亲属关系法基本内容的亲属的范围、种类、亲系、亲等以及计算方法等等,《婚姻法》都没有涉及。就《婚姻法》所规定的亲属看,显然只言及血亲,而没有包括配偶与姻亲。当然,也许有人会说在《最高人民法院关于适用〈民法通则〉若干问题的意见》第12条的规定中,近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女,而《法官法》和《检察官法》也都规定了近姻亲属于任职回避的亲属,如果从实质意义上的婚姻法而言,法律上的亲属显然包括了配偶与姻亲。但在笔者看来,若从逻辑上讲,作为规范亲属关系源头的《婚姻法》都未将配偶与姻亲纳入亲属范围,则其他法律(包括法律性文件)的根据又何在呢?

值得注意的是,虽然《婚姻法》对亲属没有规定,但最高法院在解放初期曾经针对地方法院的问题多次解释亲属的范围,其所确认的五代以内旁系血亲的范围,是以同源于一高祖的亲属为界的。对此,最高法院、司法部1953年《关于“五代内”的解释的复函》是这样解释的:“据中央法制委员会1952年6月13日检字第7号及同年8月25日普字第2067号的解释:所谓旁系血亲,是指直系血亲之外在血统上和自己出于同源之人。例如自己的叔伯、姑母、兄弟姊妹等。所谓‘五代’,是指从己身往上数,己身为一代,父母为一代,祖父母为一代,曾祖父母为一代,高祖父母为一代,旁系血亲如从高祖父母同

源而出的,即为五代以内。”^[28]按照这样的解释,解放后所称“五代以内旁系血亲”的范围不论高祖父母亲系还是外高祖父母亲系,旁系血亲的范围都远至族兄弟姐妹,这又与古代中国五服的边界相同。(可见图表)

显然,《婚姻法》通过继受苏联法摈弃了传统的宗法因素而接受了近代以来西方民法关于男女、长幼亲属平等的理念。事实上,最高司法机关的法律解释对宗法亲系所作的改造就是改变传统亲属制度中的男尊女卑的属性,在保持原宗亲亲属的同时,增加母系亲属和后代女系亲属,在对旧亲属制度的改造上,它与南京民国政府的民法典取向一致,都建立了现代亲属制度。但二者之间很大的一个不同是,虽然民国政府曾经推行过近代家庭改革,但只是局限于受过教育的城市人群,并不曾触及中国社会的基层,并未真正实现改造宗法中

五代以内直系及旁系血亲表



国的历史任务。而中华人民共和国成立以来,执政党和政府多次发动了改造中国社会的运动,特别是50年代围绕着新《婚姻法》贯彻执行所开展的自上而下的大规模的婚姻制度改革运动,在全社会强制推行婚姻自由、男女权利平等的制度和观念,其成果是新的婚姻制度和观念已经占据了社会主流,婚姻自由、男女平等的新观念通过政治教育、宣传机器、娱乐活动等众多方式进入了乡村,与此同时,伴随着土地改革,国家用新的行政机构与干部系统取代了过去以血缘与地方士绅为基础的民间权力体系,而集体化运动的开展结束了家庭拥有土地和其他生产资料的历史,生产由生产队组织的方式直接导致了父家长权威的衰落。城市工资制和农村工分制的实行,使得家庭收入的主要来源是独立的劳动力而不是传统意义上的土地等不动产。男女并肩工作,同工同酬,男女平等具有了经济基础,直接导致了在现实婚姻家庭生活中,夫妻关系逐渐成为家庭关系的主轴,核心家庭成为社会的普遍形式,个人也就摆脱了家族和家庭的束缚变得日渐独立和自主^[1]。至此,古代亲属制度赖以存在的政治、经济、家庭和社会基础全面瓦解,新时代的法律以社会个体的独立和自由为自己的立法依据,这不仅意味着男女双系平等、长幼平等的现代亲属制度得以建立,同时也意味着法律上的亲属较古代亲属制度

[1]马原:《婚姻法继承法分解适用集成》,〔北京〕人民法院出版社2001年版,第14页。

[2]详细可见阎云翔:《私人生活的变革:一个中国村庄里的爱情、家庭与亲密关系》,上海书店2006年版,第102、206、239-258页。

范围上有较大的缩小。

存在的问题是,现在的法律只是在三代直系和二代旁系(若按罗马法则是直系二亲等、旁系二亲等)的范围内确定亲属,但在传统礼法和普通中国人的观念中,这是“至亲”的范围,却不是“亲属”的范围。到目前为止,曾经有三种因素削弱了亲属关系的重要性:一是组织的异常强大,取代家族成为人们工作和生活的基本单位,从宗法血缘中解放出来的个人不再隶属于家族亲属关系,但却被纳入各种类型的组织之中,由这些组织满足他们的各种需求,维护他们的利益,同时也控制他们的行为,因此,曾经在相当长的一段时期内,个人对组织的依恋取代了对亲属关系的依恋。与此同时,公共教育取代儒家礼教成为主要的教育方式,但其偏重政治思想教育的倾向导致我们的教育体系中缺少亲情伦理的内容,自五四以来至今,在与传统断裂之后,中国社会的主流意识形态并没有形成适合现今社会的亲情伦理哲学和规范。亲属关系受到削弱的另一因素还来自于家庭结构的核心化。在家族血缘社会解体之后,社会的基本结构从过去的扩展家庭转变为核心家庭成为社会的普遍形式,与此同时,夫妻关系成为了家庭关系的主轴,传统的家庭同居共财制为夫妻财产制所取代。特别是七十年代计划生育政策的实行,在城市,由父母和独生子女组成的核心家庭直接导致了亲属范围的缩小。

亲属关系受到削弱的另一个因素是,自改革开放以来,中国社会开始转型,以全球消费主义为特征、强调个人享受与个人欲望的资本主义道德观正在深刻影响着国人,削弱了亲情存在的物质基础和精神基础,有时甚至导致家庭正常亲情伦理的破裂,这不仅表现在各类抚养、赡养、扶养纠纷案件中,更表现在极端的杀亲案件中。

综上所述,从古代到现代,中国法律的亲属概念发生了巨大的改变,亲属从宗法的意义回归到了它纯粹的、初始的自然意义,即亲属是指既具有婚姻、血缘、法律拟制血亲关系,又具有法律上的权利和义务的人。但是,现行法律过度缩小亲属范围的做法不是对社会关系现状的理性反映。在中国,核心家庭的普遍存在并不意味着家庭成员只是在父母子女的范围才保持亲缘往来,研究发现,“家庭成员间虽然各自组织核心家庭,但并没有减低其与扩展式家庭成员的联系,而且更涉及相互的协助、一同娱乐、经济上的支援、一同解决问题及在节日及喜事和丧事时出席活动以显现他们属于同一个家庭。”^[1]这表明,在传统宗族解构的同时,核心家庭仍然保持着与原来的扩展家庭的联系,保持着一定范围的团聚、互助。这种对扩展家庭的情感,也将是当今亲属关系立法需要面对的现实。如果法律只是将亲情伦理的正当性限制在狭小的亲属范围内,只将亲情伦理的作用限制在抚养(包括抚养、赡养)的层面,偏重于物质、现世而忽视精神、世系,那么法律离实用主义已经不远。在人类历史上,亲属是先于国家的事实存在,这决定了亲情伦理具有独立于政治伦理的价值和正当性。传统中国的政治伦理都是从亲情伦理开始并以此为基础建构,即古人所言的:“人人亲其亲、长其长,而天下平”。自古到今,存在于中国文化中的一个普遍认同是,脱离了亲情的个体是没有意义的,因此,在摒弃了宗法因素之后,传统的亲情及其伦理也是我们今天的道德和法律需要珍视的价值。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]郭康健:《社会转变下的家庭》,见刘锡霖、郭康健主编:《蜕变中的中国家庭》,〔香港〕广角镜出版社有限公司1997年版,第61页。