

论“准五服以治罪”

应 珊

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年2月16日; 录用日期: 2023年3月1日; 发布日期: 2023年3月28日

摘 要

中国古代社会是一个注重等级秩序的封建社会, 服饰通常被作为区别尊卑等级的重要标志, 丧服便是其中一种。这种丧服制度又称五服制。在封建统治“亲亲”“尊尊”的思想下, 五服制与法律结合起来, 在儒家以礼入法, 礼法结合的大背景下, “准五服以治罪”应运而生, 成为封建统治政权的工具, 该制度延续了两千多年, 对维护封建君主专制制度和维护礼法结合的封建法制思想具有重要作用, 本文拟通过对“准五服以治罪”的研究, 阐述其主要内容、主要体现和主要作用, 使大家对该制度有更深入的了解。

关键词

五服制, 治罪, 封建统治, 礼法结合

On “Quasi Wu Fu to Punish Crimes”

Shan Ying

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Feb. 16th, 2023; accepted: Mar. 1st, 2023; published: Mar. 28th, 2023

Abstract

Ancient Chinese society is a feudal society that pays attention to the order of hierarchy. Clothing is usually regarded as an important symbol to distinguish the rank of superiority and inferiority. Mourning is one of them. This system of mourning is also called the five service system. Under the thought of “kinship” and “respect” of feudal rule, the combination of the five service system and the law, under the background of the combination of Confucianism and the law, the “quasi Wu Fu to punish crimes” came into being and became the tool of the feudal ruling power. The system lasted for more than 2000 years, and played an important role in maintaining the feudal legal system of the combination of the monarchy and the law. Through the study of “quasi Wu Fu to punish crimes”, this paper expounds its main content, main embodiment and main role, so that everyone has a deeper understanding of the system.

Keywords

The Wu Fu System, Punish, Feudal Rule, Combination of Etiquette and Law

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

在中国几千年的法律文明中，存在着许多特有的法律制度，其中“准五服以治罪”曾长时期存在，其充分体现礼制与法制的结合，是封建统治政权的重要工具。该制度在从古至今流传的法律文献有大量的体现，也有许多学者对“准五服以治罪”制度进行了研究，该制度背后体现的古代法律思想和对当时封建统治的作用十分值得探析。本文将研究和探索在礼法融合的封建等级制度社会下五服制如何治罪，深入研究不同时期“准五服以治罪”的具体体现，了解“准五服以治罪”的历史意义及其与当今时代的相关性。

2. “准五服以治罪”概述

2.1. “准五服以治罪”的内容

2.1.1. “五服”的含义

中国古代社会是一个极其传统的封建社会，其中最明显的特点即是以长幼尊卑等级制度为基础。服装通常被认为是区分尊卑的重要标记，丧服便是其中一种[1]。因其有五种类型的丧服，这种丧服制度又称五服制[2]。

斩衰，“五服”制度当中处于最高等级的丧服。斩衰服是用剪刀将极粗的生麻布直接斩断做成，衣服断处都不缝边。居丧期三年。

齐衰，相比斩衰，齐衰在剪裁上是有缝边的；另外，制作齐衰服的麻布比斩衰更细密一些。

大功，其丧服用熟麻布制成，稍稍地对丧服的布料进行加工，加工后就变得柔软。大功服丧期为九个月。

小功，其加工比大功更精致，布料较大功服更加柔软舒适。服期为五个月。

缌麻，“五服”制度当中最低也是最轻的一等，服期为三个月。缌麻之外，就没有亲属关系了。

2.1.2. “准五服以治罪”的含义

中国古代社会十分注重等级秩序、家族伦常，因此礼法结合是中国法律的一大特色，服制作为能区分尊卑等级的重要标志自然开始融入法律。在中国的传统法律中，对于亲属之间的互相犯罪，以当事人之间服制关系的亲疏远近来决定案件的性质和定罪量刑，这就是“准五服以治罪”[3]。《晋律》首次确立了“准五服以治罪”这一原则，从此，这一法律制度持续了两千余年之久，是中国法律史上一项极其重要的法律制度[4]。

2.2. “准五服以治罪”形成背景与基础

首先，中国古代家族和国家是息息相关的，也就是说血缘关系和宗法关系是中国古代社会的核心。其中，维护正常的宗法关系必须要求严格的区分尊卑等级关系。而统治者就是将“准五服以治罪”用来

维护等级尊卑的国家和社会秩序。

再来说准五服以治罪的思想基础。汉代法律和司法的儒家化已经为“准五服以制罪”的出现埋下了伏笔。为统一思想、巩固皇权、实施仁政，汉武帝刘彻首次实行“罢黜百家·独尊儒术”的文学政策，儒家思想学说渗透到社会生产、生活与上层建筑的各个领域。汉代法律制度也极力维护强化封建纲常礼教，以确立起以三纲五常为核心的封建等级秩序和社会关系。自汉代以后，直至明清，法律的儒家主义是一个突出的现象。“亲亲”和“尊尊”是该制度的核心，因此，服制制度对于“卑”的人履行对“尊”的人的义务至关重要。对于体现儒家“同罪异罚”的思想具有充分的代表性。

3. “准五服以治罪”在不同时期的体现

3.1. “准五服以治罪”在秦汉时期的体现

“准五服以治罪”原则在秦汉时期的法律文献中并没有明确规定，但是家族犯罪之间的同罪异罚原则在秦汉的法律中有许多体现，服制已经在潜移默化地影响到秦汉的各种法律制度中。在与家族犯罪有关的法律规定中，维护家族伦理仍然是其一贯的精神。

汉代法律有明确规定侵犯宗法伦理犯罪，其中对不孝罪尤为重视。不孝入罪始于先秦，到了汉代，汉以孝治天下著称，才真正把不孝作为重罪。秦律中有着许许多多的关于严厉惩罚以下犯上的“不孝”行为的规定，张家山汉简《奏谏书》中就有廷尉等人辩论杜县女子是否不孝的案例¹。到了汉代不孝罪涵盖的内容越来越多，处置也越来越重。西汉初期不孝入罪的行为只包括殴打、辱骂、伤害、杀害尊长亲属、诬告陷害尊长亲属、不听从尊长亲属的教诲命令。到了西汉中期，随着儒家文化的正统化，不孝养父母、轻慢父母的行为也被入罪。严惩不孝行为，在社会上形成一种父慈子孝，家庭和谐的氛围，有利于维护孝道和家族伦理。

在中国古代社会，家族身份主要是尊长与卑幼，主要是父(母)与子、夫与妻、主与奴等。秦汉法律规定父母有权殴打、扑责子孙，殴打至死从轻处置。《二年律令》：“父母殴笞子孙及奴婢，子及奴婢以殴笞辜死，令赎死”[5]。秦简《法律答问》云：“擅杀子，黥为城旦舂。其子新生而有怪物其身及不全而杀之，勿罪。”在实际生活中，经常会发生父母伤害孩子的事情，而子女是不可以打骂父母的，殴骂者“弃市”。杀伤父母的，杀伤者“梟其首市”，并且不论自告还是遇赦，均不得减免；若是把父母杀死了，则更是严重的悖逆人伦之事，是被认为犯“大逆不道”的大罪的。由此可以看出在秦朝尊长侵犯卑幼的处罚远远低于卑幼侵犯尊长。

秦汉时期关于夫与妻之间的犯罪处罚原则也可以看出同罪异罚。我们都知道古代妇女的地位远不如男子，男尊女卑是普遍存在的，二年律令规定丈夫殴打凶悍的妻子，只要没有用兵刃，即使妻子折肢、决耳丈夫也没有罪。但妻子是不能殴打丈夫的，否则“耐为隶妾”。

3.2. “准五服以治罪”在三国两晋南北朝时期的体现

三国两晋南北朝是一个特殊又复杂的时期，在这短短几个字中包含了几十个国家，因为在这个时期长期战争不断，政权更替频繁，王朝兴灭更是常事。在这些王朝交替兴灭的过程中，法律的修改和废立自然是常事。但由于长时期的封建主义割据和持续的战争，许多新文化开始在中国得到发展，比如佛教和道教的输入，这些文化互相交织渗透，儒家文化因此也受到了影响，但由于儒学服务于政治权力的集中，使儒学一直处于不可动摇的地位，佛教和道教对儒教宗法伦理的认同逐渐形成以儒教思想为核心的三教融合的趋势，一些知识分子不断的改革、发展和补充儒学。而修改法律的任务大多是由知识分子完成的，这些知识分子自然会抓住机会，将自己改革发展的儒学发挥的淋漓尽致，把儒家的核心“礼”不

¹ 张家山汉简《奏谏书》案例二十一。

断地与法律交融，让礼在法律中得到进一步的渗透[6]。可以说，存在三百多年的三国两晋南北朝时期为中国古代儒家与法律的融合做出了巨大的贡献。

《晋律》是中国封建社会法律与儒家充分融合的典型标志性的法典，其对其最明显的特点即是引礼入法，“准五服以治罪”在晋律中首次被正式确立，自此以后“准五服以治罪”这一法律原则就被历朝历代所传承，体现在一部又一部的法典中，并因此得到不断地完善。

这个时期也就是早期，“准五服以治罪”最主要的体现便是亲属株连。《晋书·潘岳传》中有个案例大概讲的是：孙秀是侍奉潘安父亲的小吏，孙秀狡黠奸诈，潘安十分讨厌，常常找借口鞭打他，孙秀对潘安是恨之入骨。后来，孙秀成为了司马伦的心腹，便陷害潘安与石崇等人谋反，司马伦于是对这些人夷三族。于是潘安的母亲，兄弟释、豹、据、诜，以及兄弟的孩子、自己已经出嫁的女儿，无论男女长幼老少均被处死。

这里可以看到被潘岳株连而被处死的亲属主要是宗亲亲属，包括自己的母亲，兄弟，侄子(女)，出嫁女。从服叙上来看，最低的是大功。而最后潘豹的女儿与他的母亲抱着头痛哭流涕无法分开，后来一纸诏书饶恕了她们²说明兄弟之妻并不在株连亲属的范围内，因为兄弟之妻只是小功的关系。

亲属株连发展到后来，范围不断缩小，《晋律》中还出现了对已嫁妇女宽大的规定；到了东晋，皇上取消了对任何情况下对妇女的株连从坐致死之累。北魏时期，凡是涉及株连的，不论是夷五族、夷三族还是门房之诛，男子年级在十四岁以下处的以宫刑，这一点相对南朝的“无少长，皆弃市”就仁慈宽大的多。对于女子的处理，南北朝一样，也是都不处死，而是配没为官奴。

3.3. “准五服以治罪”在唐朝的体现。

“准五服以治罪”对唐代的刑法制度，民法制度都有很深的影。

第一，在亲属相伤方面。

男尊女卑的思想在中国古代封建社会是坚不可摧的。《唐律疏议》规定，如果丈夫殴打妻子，刑罚比正常刑罚轻二等；如果丈夫殴打妻子导致妻子死亡，刑罚是正常刑罚³；此外，如果丈夫殴打妻子，官府没有收到其妻子对丈夫的控诉，丈夫的行为不构成犯罪。但是，如果其他同居者如妾室殴打丈夫，则应判处一年徒刑；如果丈夫严重受伤，应判处三倍于普通人的徒刑；如果丈夫被杀害，应处以死刑。由于在古代社会正妻的地位要高于妾室，所以在法律上正妻和妾室也是有区别的。《唐律疏议》规定，丈夫就算殴打侍妾，只要没有打残，丈夫就无罪；而正妻殴打侍妾导致其受伤，就相当于丈夫殴打侍妾，刑罚与之相同。

除了男尊女卑，长幼尊卑有序也是唐律的一大核心思想。凡是卑幼辱骂尊长的，都要依法定罪，有的还会被处以极刑，更别说卑幼殴打尊长，更是要受到严惩，比如《唐律疏议》中规定，侮辱祖父母的子女被处以绞刑，殴打祖父母的子孙被处以斩刑⁴，但是，尊长光是殴打卑幼，没有造成危害后果，比如残疾或死亡的，不视为犯罪。例如《唐律疏议》只规定了因为子孙违反宗教秩序而将其殴打致死的，该父母、祖父母将受到一年半徒刑的刑罚；祖父母、父母将子孙殴打致残的，将受到杖刑一百的刑罚。而没有规定殴打子孙该受到什么样的刑罚。以上这些都能体现出唐律中尊卑长幼的区别对待。

第二，在亲属相盗方面。

在亲属盗窃方面，“准五服以治罪”的主要原则是，偷盗者与被偷者之间的服制越紧密，即亲属关系越近，刑罚就越轻[7]。唐朝法律规定，同居亲属私吞财物不算犯罪，只能从轻处罚，最严厉的处罚是杖刑一百；与他人合伙盗窃自己家财物的，不以盗窃罪定罪处罚，但与未经许可盗窃财物的相比，加二

² 晋书·潘岳传：“豹女与其母相抱号呼不可解，会诏原之。”

³ 《唐律疏议》卷第二十二斗讼凡一十六条 325 殴伤妻妾。

⁴ 《唐律疏议》卷第二十二斗讼凡一十六条 329 殴骂祖父母父母。

等刑罚，其他合伙人减一等刑罚⁵。非同居亲属盗窃：盗窃缌麻亲属、小功亲属财物的，比照普通人减刑一等；盗窃大功亲属财物的，与普通人相比，减刑二等；盗窃期亲亲属财物的，减刑三等⁶。

第三，在亲属相奸方面。

亲属的通奸行为违背封建的道德观念，有可能破坏父权制社会中长子的继承制度，对中国古代封建社会的统治秩序也有一定的影响[8]。因此唐律对男女家庭关系的不正常性规定了严格的限制和标准，十恶中的“内乱”一词就包括亲属通奸。根据《唐律疏议》，与亲属、妻子和前夫的女儿或同父异母的姐妹通奸可被判处三年徒刑；如果通奸者是妾，则处罚应低于前者。

第四，在亲属特权方面。

“亲属相隐”可以减轻处罚，也就是说，他们可以被法律不受处罚或者处罚减轻。《名例律》中规定，关系在大功亲以上的亲属与关系在大功亲以下但是关系密切的亲属之间，可以不追究他们相互隐匿、包庇犯罪的责任。对在小功、缌麻亲属中藏匿、包庇犯罪的，将比普通人减轻三等处罚⁷。

4. “准五服以治罪”的作用与对当代的意义

4.1. “准五服以治罪”对古代社会的作用

4.1.1. 维护封建君主专制制度

自秦始皇灭六国，完成统一中国的大业，废除分封制，由郡县制取而代之，秦始皇采取了一系列措施来建立和健全君主专制的中央集权制度，更进一步实现对全国上下全面的管理和统治，巩固皇帝至高无上的地位。我们都说家国为一体，家族是一个国家最重要的社会基础，只有调整规范好一个家族内部的伦理秩序，才能更好的管理整个国家，维护整个封建等级秩序社会的统治。父权在家族中的重要性就相当于君权在一个国家中的重要性，维护家族中的父权才能维护好一个国家的君权，从而维持政治社会秩序，君主专制制度才可以得到进一步的巩固。“准五服以治罪”规范了家族范围内亲属的犯罪，明确指明了家族内部成员的身份尊卑和地位高低，极大程度上维护了与君权息息相关的父权，被国家认可及保障，该原则以君主专制制度为政治基础，维护了中国古代社会封建等级秩序，巩固了中央集权。

4.1.2. 维护礼法结合的封建法制思想

儒家思想作为中国传统思想，虽然在秦朝因“焚书坑儒”遭受到冲击，但其独特的优越性仍然使其具有极大的历史生命力。自汉代确立儒家为正统思想后，儒家思想深入人心，法律儒家化是必然的趋势，礼法结合则成为中国古代社会的法制思想之一。“准五服以治罪”既是礼制也是法制，是由礼入法的代表性产物，其实质是同罪异罚。在中国古代，家庭成员和社会成员被划分为不同的层次和等级。法律作为调节社会的重要手段，自然要为维护宗法统治提供保障。对同一罪行的不同惩罚就是这种封建等级制度的产物。“准五服以治罪”制度符合儒家的尊卑有序、老少有序、贵贱差异的思想。它极大地维护了礼法结合的封建法律思想，使礼与法更加密不可分。

4.2. “准五服以治罪”的对当代的意义

4.2.1. “准五服以治罪”与“法律面前人人平等”原则的冲突

如前文所述，“准五服以治罪”实质上是同罪异罚原则，而在当今社会我们倡导在法律面前任何人的地位都是平等的，任何人违反法律都要平等的受到惩罚，这样看来这两个原则似乎是矛盾的。要了解这个问题必然要先了解这两个原则的区别。首先，两者社会基础不同。在中国古代人们是以自给自足的

⁵《唐律疏议》卷第二十贼盗凡一十五条 288 卑幼将人盗己家财。

⁶《唐律疏议》卷第二十贼盗凡一十五条 287 盗缌麻小功亲财物。

⁷《唐律疏议》卷第六明例凡一十三条 46 同居相为隐。

小农经济过活，再加上社会结构、专制王权和封建保守思想等因素。丧服制度的出现是适应当时社会的。而对于后者，新中国成立以来，推翻了殖民统治和封建社会，经济形式也发生了转变，人民当家做主的信念更强烈。其次，两者伦理基础不同。丧亲制度是以亲属血缘关系为基础的，体现了中国传统道德伦理关系。法律面前人人平等原则的制定并不以血缘亲属关系为载体，平等不是指个人或者集体在法律面前的特权，而是法律面前权利和义务的相对平等。最后，在文化体制方面。我们都知道儒家思想占中国古代思想的主导地位，丧服制度很好的体现了儒家文化中的尊卑观念，三纲五常等思想。而我国从近代以来受西方的法律文化影响比较大，大都为宣扬人权，宣扬平等。法律面前任何人的地位都是平等的这一说法自然被越来越多的人认可，由此看来在现代社会中，“准五服以治罪”制度似乎已不再值得适用，其实不然，“准五服以治罪”原则的当代意义下文会做更详细的解释，在这里笔者想说的是，我们现在倡导的“平等”并不等同于“同等”，如果再像古代社会那样分男尊女卑，长尊幼卑，这是不合理的。但是我们也要知道，身份不同，其权利义务也是不同的，不然就不会分长幼，父子，夫妻等身份。因此，在摒除尊卑的思想下对身份有别的犯罪适当的区别对待，是不会违反平等原则的。所以这两个原则的冲突并不是绝对的。我们应当在贯彻落实“法律面前人人平等”原则的基础上，借鉴古代法制中精华的部分。

4.2.2. “准五服以治罪”对当代的借鉴

“准五服以治罪”在现代已不被适用，但其所含内涵仍有许多借鉴之处

第一，五服的说法在现代社会尤其是农村仍广为流传，它对亲属的范围作出界定。古代时，五服的范围比较广，一般包括了本宗九族。到了现代，刑事诉讼法中的近亲属只包括丈夫、妻子、父亲、母亲、儿子、女儿、同胞的兄弟姐妹，而这些人一般都是长期共同生活在一起的。我们可以看到现代社会尽管其他亲属间的关系没有古时亲密，但是父母子女和夫妻仍然是大多数人最重要的亲属，而且亲属之间的犯罪最大概率也是最为方便地发生在家庭成员内部。因此将亲属范围界定在共同生活的家庭成员是比较合理的[9]。

第二，关于亲属间的人身犯罪，包括亲属间的生命侵犯和性侵犯，封建传统的“准五服以治罪”的定罪量刑原则显然已经不符合现代我们追求的平等的要求了，但在有些案件中仍有借鉴意义，比如在子女谋害父母的案件中，其主观恶性大，世界上最伟大无私的便是父母的爱，中国最重要的传统美德便是孝，一个不孝的人尚且要被社会唾弃，更何况一个企图谋杀父母的人，这类犯罪对社会造成的影响力也可想而知，对此类犯罪处以更严重的处罚是人心所向。又比如在亲属间的性侵犯，相比于一般的性侵犯，加害者与受害者的关系更亲近，空间上更为便利，受害者更难料想到，更难防范。与此同时，对受害者造成的伤害更大，受到的创伤更难愈合。出于这些考虑，让亲属间的性侵犯的加害者受到更为严厉的处罚似乎更能让社会的公平正义得到体现。

第三，亲属间的财产犯罪，对于这个问题，查看我国《刑法》可以看出，我国目前并没有对亲属间的财产犯罪做出相关规定，即使出台了很多司法解释，但司法解释的权威性和系统性仍比不上法律，所以我国法律在这一块的规定趋向于空白，“准五服以治罪”中主要是亲属相盗，其主要处罚原则是“无论尊卑，服制愈近，即亲属关系越近的，处罚越轻”，这个原则只要稍加变化便可以为今所用。一般来说在中国互帮互助的传统美德下，亲属间都会相互扶持帮助，彼此之间的财产并不会分的十分清楚，此类案件犯罪人的主观意念没有那么坏，对社会造成的危害和影响力都较小，因此，这类犯罪的犯罪分子应比一般财产犯罪的犯罪分子的处罚更轻。

5. 结语

“礼法结合”作为我国古代法律最大的特点，研究“准五服以治罪”这一法律制度对研究我国古代

法律有着重要的作用。“准五服以治罪”在秦汉的法律中体现为家族犯罪之间的同罪异罚原则；在三国两晋南北朝时期，“准五服以治罪”在晋律中首次被正式确立；在唐朝时期，“准五服以治罪”的影响进一步加深，在刑法制度和民法制度都有大量的体现。虽然本文只介绍了该制度在三个时期的体现，但其在每个朝代中都有大量的应用，其对维护封建社会的统治和思想有着至关重要的作用。现如今，虽然“准五服以治罪”与“法律面前人人平等”原则存在一定的冲突，但“准五服以治罪”制度仍有其值得适用的部分，对当代某些领域法律的适用有着借鉴意义。

参考文献

- [1] 丁凌华. 中国丧服制度史[M]. 上海: 上海人民出版社, 2000.
- [2] 丁鼎. 《仪礼·丧服》考论社会[M]. 北京: 科学技术文献出版社, 2003.
- [3] 蒋来用. “准五服以制罪”的确立[N]. 法制日报, 2016-01-06(010).
- [4] 焦现恩. 准五服以制罪在中国法律传统上的地位[J]. 社科纵横, 2006, 21(2): 91, 98.
- [5] 张家山二四七号汉墓竹简整理小组. 张家山汉墓竹简(二四七号)释文修订本[M]. 北京: 文物出版社, 2006.
- [6] 沈蕾. “准五服以治罪”在两晋司法中的应用[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2011.
- [7] 焦阳宁. 探析唐律中的服制[J]. 法制与社会, 2014(18): 11-12.
- [8] 张伯晋, 福津. “准五服以制罪”于唐代法律中之流变[J]. 法律经纬, 2007(2): 244-245.
- [9] 于巧辉. 论“准五服以治罪”历史传统及其当代借鉴[D]: [硕士学位论文]. 苏州: 苏州大学, 2011.