

2012年

黑龙江省社会科学学术著作出版资助项目

中国婚姻法文化考论

ZHONGGUO HUNYINFA WENHUA KAOLUN

李 懋 著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

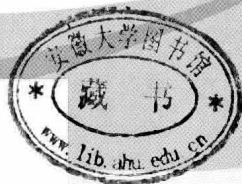
2012年

黑龙江省社会科学学术著作出版资助项目

中国婚姻法文化考论

ZHONGGUO HUNYINFA WENHUA KAOLUN

李 懋 著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国婚姻法文化考论 / 李憺著. -- 哈尔滨 : 黑龙江大学出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 81129 - 552 - 8

I. ①中… II. ①李… III. ①婚姻法 - 文化 - 研究 - 中国 IV. ①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 234580 号

中国婚姻法文化考论

ZHONGGUO HUNYINFA WENHUA KAOLUN

李 憺 著

责任编辑 张怀宇 曲丹丹
出版发行 黑龙江大学出版社
地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号
印 刷 哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本 787 × 1092 1/16
印 张 19.75
字 数 354 千
版 次 2012 年 11 月第 1 版
印 次 2012 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 81129 - 552 - 8
定 价 46.00 元

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

叶林先生的评议^①

从文化或文化类型角度分析婚姻和婚姻法现象,既是十分必要的,又是极度困难的。之所以说必要,在于婚姻是多种性格的集合,若不从文化角度观察,则难解婚姻的真实社会意义。之所以说极其困难,不仅在于要求研究者具备丰富的“文化”素养,还要具备以文化或文化类型角度分析婚姻和婚姻法的广阔视野。本文作者选择具有如此难度的论题,其理论勇气可嘉。

论文的论据扎实。本人未曾阅读如此众多的文化性资料,而作者能从中国历史角度出发,精选诸多有史料价值的资料支撑自己的观点,并展开相当清晰的评述,足以证明作者在广泛阅读和分析的基础上,形成了自成一体的婚姻理论。文章大量引注、引用和分析了历代的资料,其史料部分具有极强的说服力。

论文的出发点和论证具有很高的参考价值。论文从类型角度出发,在尊重史料的基础上,能够从横向分析角度提炼出婚姻法文化的三种类型,尤其是在比较研究的基础上,得出我国现有的婚姻文化“处于形成门槛的个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化”的基本判断,从而为整理既有的婚姻法理论,提供了新的视角和研究平台。^②这无疑是具有创新价值的。论文在论及婚姻法文化之时,最终落实到建设中国特色的个体平等婚姻法文化的目的上,其现实价值也是巨大的。

论文选题具有创新性,结论正确且具有启发性,论文结构严谨,逻辑性强,引证规范且多从学术大家的作品中寻找主导性思想,具有强的说服力。文章文笔流畅,思路清楚,表达准确、精练,说明作者具有很强的科研能力。

文章将核心注意力放在对历史的分析中,对我国现行婚姻法(广义)的实证体现关注有所欠缺。但,既然为“考”,似乎也不能说它欠缺现实性。

① 这是李播同名博士学位论文匿名评审时叶林先生的评议。

② 这些问题本书进行了更为细致的论证。

序

《中国婚姻法文化考论》即将出版,作为从事婚姻家庭法研究的同道和李讦的导师,实感欣喜和欣慰。欣喜的是,十年磨一剑;欣慰的是,梅花香自苦寒来。

以两周秦的法文化核心结构为渊源,探寻婚姻模式与婚姻制度的原初形态和功能建构无疑是一个全新的视角,其中蕴含的资料价值、考据价值、文化价值和研究价值又着实令人钦佩。毕竟在中国婚姻家庭法学研究领域,还未曾见到相同选题的研究成果,也还未曾关注过有关中国初民社会积存的婚姻模式与婚姻制度的搜寻和挖掘。《中国婚姻法文化考论》既让我们感受到与特定历史时态相吻合的婚姻模式的流动——男女对等共偶制类型、一夫一妻制类型、平民一夫一妻制与贵族一夫一嫡制并存类型及一夫一嫡制类型,也让我们领略到有关与身份建构同步的婚姻法制的原初形态和对文化简史的描述及展现。

追根溯源、抚今追昔是人类社会前行的思想方法与研究理路。《中国婚姻法文化考论》言说着中国婚姻法文化的时间断层、历史责任与价值期待。当前中国婚姻法文化的定位与建设,离不开祖先留下的传统与教益;而当代中国婚姻法律的结构性、制度性、功能性的建构既离不开对婚姻文化信仰的追求与塑造,也离不开对地球村上的各种形态、各种特质的婚姻制度的比对、借鉴与交集。毕竟,文化是逻辑原点;考论是自由路径。“以自由看待发展”既是社会前行的核心标准,也是学术研究的助推力量。

让我们借用休谟在《道德原则研究》中的话语来共勉:“无论我们从什么眼光来考察这个主题,所赋予社会性的德性的价值看来仍然是始终如一的,这种价值主要产生于天然的仁爱情感使我们对人类和社会利益所怀抱的那种尊重。”

王歌雅

2012年9月10日于黑龙江大学

目 录

绪 论	1
-----------	---

考 证 篇

第一章 两周秦的法文化核心结构	13
-----------------------	----

第一节 西周法文化核心结构	13
第二节 春秋战国秦的法文化核心结构	36
第三节 法文化类型化方法的中国化	67

第二章 男女对等共偶制类型与一夫一妻制类型	70
-----------------------------	----

第一节 一夫一妻制存在的文献证据	70
第二节 海岱中原五组婚姻岩画反映的男女对等共偶制与一夫一妻制	74
第三节 海岱中原新石器时代聚落反映的一夫一妻制	85
第四节 新石器时代海岱中原婚姻法文化的传播	91
第五节 整体性一夫一妻制在金石并用时代青铜时代的遗存	101
第六节 正体礼乐文化简史	103

第三章 平民一夫一妻制与贵族一夫一嫡制并存类型	109
-------------------------------	-----

第一节 成年男女合葬墓反映的配偶制度	109
第二节 甲骨文金文所见殷商西周春秋贵族一夫一嫡制	111
第三节 传世先秦文献所见殷商西周春秋贵族一夫一嫡制	112
第四节 平民阶层一夫一妻制	117

第四章 一夫一嫡制类型	138
第一节 战国进入一夫一嫡制类型的证据	138
第二节 战国王侯一夫一嫡制的变化	142
第三节 秦汉至清平民妾制	145
第四节 秦汉至清贵族阶层妻妾等级制	146
第五节 一夫一嫡制婚姻法	148

比 论 篇

第五章 当前中国婚姻法文化状况的定位与建设方向	159
第一节 个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化的判断标准	159
第二节 中国当前婚姻法文化的定位	163
第三节 中国婚姻法文化的建设方向	166
第六章 婚姻法律结构性比较	168
第一节 整体结构的比较	168
第二节 规范结构的比较	170
第三节 西方当代的爱情法律绝境与中国传统的破解	177
第四节 深度比较与借鉴	180
第七章 婚姻信仰与组织性质比较	195
第一节 中国传统个体平等婚姻信仰与组织性质论	195
第二节 西方的婚姻信仰与组织性质论	201
第三节 比较与借鉴	216
第八章 婚姻的法文化地位功能比较	223
第一节 中国传统婚姻的法文化地位功能	223
第二节 西方婚姻的法文化地位功能	225
第三节 比较与借鉴	249

附 录

西周基本政治体制考证	263
第一节 权力架构和配置	263
第二节 勉励制度	274
第三节 荣誉制度	280
参考文献	287
跋	307

绪 论

本书以中国传统婚姻法文化的考证为基础,通过中西比较,取精用宏,为中国当前婚姻法文化的建设探索方向并提供资源。

并由此初步解决了意义更为重大的中国婚姻法文化暨礼乐文化(法文化)暨中华文明的起源问题,将中华文明的可靠连续史上推到距今 10,000 多年前。

一、国内外研究现状

(一)关于中国传统法文化

1. 国外的研究

总体而言,西方对中国传统法文化的研究有两个特点,一是采取法文化类型化方法,二是以三纲类型代表中国传统法文化。其中最具代表性的是日本的滋贺秀三^①、德国的韦伯、美国的昂格尔。滋贺秀三与国内研究中国传统法文化的路数比较接近,这里主要介绍韦伯、昂格尔的观点,以及西方对中国先秦法律性质认识的一些新突破。

(1)韦伯对中国传统法文化的类型定位

韦伯首先将他视野中的法文化分为两大类型:法律形式理性化的法——世俗法、实质理性化的法(即实质—不理性的法^②)——宗教法。^③中国传统法文化自然属于后者。“在中国,反之,踞独占支配地位的官僚体制,将巫术性泛灵论的种种义务限制在纯粹仪式性的领域里。……不过,在中国,裁判的非理性,是家产制的结果,而非神权政治的结果。正如一般的先知预言,法律的先知预言,至少进入历史

① 滋贺秀三:《中国家族法原理》,张建国、李力译,北京:法律出版社 2003 年版。

② 参见林端:《中西法律文化的对比——韦伯与滋贺秀三的比较》,载《法制与社会发展》2004 年第 6 期。

③ 参见[德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社 2005 年版,第 216 ~ 257 页。

时代后,并不存在于中国。那儿也没有负责解答法律问题的专家阶层存在,并且,相应于政治团体的家产制性格,亦即对形式法律的发展毫无兴趣,所以似乎没有任何特殊的法律教育可言。有关巫术仪式上的顾问,是‘巫’与‘覡’(‘道教’的巫术祭司)。团体成员中,通过科考的人,亦即具有学识教养者,扮演起家族、氏族及乡村里关于仪式和法律问题的顾问角色。”^①在《中国的宗教》中,韦伯将儒学定位为“儒教”,还总结了其生活取向的13个特点:官僚制与教权制、自然法与形式的法理想之阙如、自然科学思维之阙如、“完全是入世的俗人道德伦理”的儒教的本质、形而上学的摆脱与儒教的人世本质、“礼”的中心概念^②、恭顺(孝)、儒教的精神心态、君子理想、经典的重要性、正统教义的历史发展、早期儒教的“激越”、儒教的和平主义性格。^③美国汉学家高道蕴指出:“韦伯不是汉学家,他的分析只是基于他写作时被翻译过去的少量中国古代典籍。不过,尽管自韦伯以后西方汉学研究有了进展,也有更多的新文献可供利用,西方汉学家却常常继续重复着韦伯19世纪关于中国的观点,这一点着实令人吃惊;费正清在《东亚:伟大的传统》中对中国法的描述可以作为这方面的例子……”昂格尔“曾沿袭了韦伯对中国法律传统缺陷的批评”。^④

(2) 昂格尔对中国传统法文化的类型定位

昂格尔按照进化论的观点,将法律划分为习惯法、官僚法、法律秩序三大类型。^⑤昂格尔认为法律秩序出现的两个主要条件是多元集团和自然法。

昂格尔将中国官僚法阶段(秦汉至清)之前分为两个阶段,一是封建时期(公元前1122年~公元前464年),二是改革时期(公元前463年~公元前222年)。他将封建时期称为习惯法时期,标志就是“礼”;将改革时期称为习惯法向官僚法的过渡时期。他给“礼”下的断言是:“第一,‘礼’(复数)是等级性的行为规则,它们根据个人相对的社会地位而支配人们之间的关系。”“第二,‘礼’是内在于特定社会状况和地位的习惯性的行为形式,而且,期待某一等级成员在特定情况下如何

① [德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社2005年版,第231~232页。

② 韦伯几乎将“礼”等同于“仪”。参见[德]韦伯:《中国的宗教 宗教与世界》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社2004年版,第216~257页。

③ [德]韦伯:《中国的宗教 宗教与世界》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社2004年版,第207~243页。

④ 高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统》,北京:清华大学出版社2004年版,导言第9、15页。

⑤ 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,南京:译林出版社2001年版,第45~55页。

行为与关于他们应当如何行为的认识之间并没有严格的界限。”“第三,‘礼’不是实在的规则,的确,从某种意义上讲,它甚至根本就不是规则。”“‘礼’的第四和最后一个主要特点就在于它们不是公共的规则。”^①实际上,西周的“礼”只有信仰、礼仪的意义,至春秋始在此之外获得严格的法律意义,那是平民阶层、贵族阶层交互影响的一个结果(参见本书第一章、第二章)。

不管韦伯、昂格尔对中国传统法文化有何误解,他们使用的法文化类型研究方法还是非常具有启发意义的。

(3) 新近对中国先秦法律性质认识的一些新突破

新近,随着对中国传统法文化理解的加深和新资料的出现,一些西方学者据之得出一些相对客观的看法。

郭锦的《法律与宗教:略论中国早期法律之性质及其法律观念》、皮文瑞的《儒家法学:超越自然法》、罗凤鸣的《出土文献:战国的法律与哲学》^②是其中的代表。罗凤鸣指出:“包山的证据指出,与楚国特有的独裁主义政治文化的历史肖像相反,这个逐步扩张的国家获得整合,更多的是依靠执行王室公平的程序规则,而较少通过自上而下的命令。”^③越来越多的证据表明,后儒们篡改了先秦的历史!

2. 国内的研究

(1) 中国传统法文化的专门研究

一些前辈学者,如梁漱溟、瞿同祖等已经为中国传统法文化的研究奠定了一定的基础,但自觉地进行中国传统法文化的研究,则是近几十年来的事,主要代表是:张晋藩^④、武树臣^⑤、梁治平^⑥、张中秋^⑦、范中信^⑧、霍存福^⑨。

① [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,南京:译林出版社2001年版,第89~91页。

② 高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统》,北京:清华大学出版社2004年版,第52~179页。

③ 高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统》,北京:清华大学出版社2004年版,第176页。

④ 张晋藩、林中:《中国古代法律文化论纲》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)1991年第5期;张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,北京:法律出版社1997年版。

⑤ 武树臣:《比较法律文化研究的对象和方法》,载《中外法学》1992年第1期;武树臣等:《中国传统法律文化》,北京:北京大学出版社1994年版。

⑥ 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,北京:中国政法大学出版社1997年版。

⑦ 张中秋:《中西法律文化比较研究》,北京:法律出版社2009年版。

⑧ 范忠信:《中国法律传统的基本精神》,济南:山东人民出版社2001年版。

⑨ 霍存福:《中国传统法文化精神论纲》,载《吉林公安高等专科学校学报》2009年第5期;霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期。

这些学者的研究有一些共同的特点:一是在研究框架上有一定的相似性,基本上都是特征列举式,也都不同程度地看到了这种方式的局限,有的研究力图发现中国传统法文化的理论。^①二是就某些问题达成了共识,其中最重要的一个就是礼法结合^②,这无疑是一个巨大的进步。然而,这里面也存在着几个严重错误:一则,对于战国至清来讲,刑(律)实际上处于根本法的地位,口头上的“礼主刑辅”改变不了专制第一的现实;二则,用“礼法”这个提法指“礼”、“刑”存在严重缺陷,先秦“法”指“刑”不是普遍状况,甚至不是基本用法,“礼”、“刑”结构也仅存在于春秋,西周是“井(彝)”、“刑”,战国以降是“刑(律)”、“令”、“礼”;三则,“礼”、“法”分别指“礼”、“刑”只是法家的用法之一,“礼”也属于“法”的范畴(参见本书第一章)。这些错误认识导致不能正确把握中国传统法的核心结构。三是都以西方法话语体系为样板,过分依赖其理论、术语描述中国传统法文化,这使得中国传统法文化始终难现真身。

(2) 徐复观对西周“彝”的研究

徐复观不是专门研究法律的,但他对西周“彝”的研究却很精深,可惜未引起足够的注意,很多人在谈论西周的时候,仍使用“周公制礼”这样的追称,而不知道“礼”、“刑”结构中的“礼”是在春秋才出现的,西周的“礼”没有这种用法。

鉴于徐复观“彝”研究的重要性,文字也不长,照录如下:

不过这里有两个问题。第一,《左》文十八年,有“先君周公制周礼”的话,而《左》闵元年“犹秉周礼。周礼所以本也……鲁不弃周礼,未可动也”。《左》僖公二十一年“崇明祀,保小寡,周礼也”;《左》昭二年晋韩宣子聘鲁,“观书于太史氏,见《易象》与《鲁春秋》,曰,周礼尽在鲁矣;吾乃今知周公之德,与周之所以王也”。由此可知,春秋时代认为周公所制之周礼,其内容非仅指祭祀的仪节,实包括有政治制度,及一般行为原则而言。但在周初文献中,为什么只出现五个礼字,而且皆指的是祭祀中的仪节呢?其次,礼既是指祭神的仪节而言,但礼字的流行,不在宗教气氛浓厚之周初及其以前;而如后所述,乃在《诗经》的晚期,即在宗教观念已经很薄弱之后,这又当作怎样的解释呢?

这里,我们试注意在《洪范》中有“彝伦攸斁”、“彝伦攸叙”的话。而《尚书》周初文献中,大约一共出现有十个“彝”字;如《康诰》“汝陈是臬事,罚蔽

① 如范忠信:《中国传统法律文化的哲学基础》,载《现代法学》1999年第2期;霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期;等。

② 持此观点的还有曾宪义、马小红等,参见曾宪义、马小红:《中国传统法的结构与基本概念辨正——兼论古代礼与法的关系》,载《中国社会科学》2003年第5期。

(断)殷彝”；“王曰，封、元恶大憝，矧惟不孝不友……惟吊兹不于我政人得罚，天惟与我民彝大泯乱，曰，乃其速由，文王作罚，刑兹无赦”；“勿用非谋非彝”。《酒诰》“无彝酒”；“聪听祖考之彝训”；“诞用厥纵淫泆于非彝，用燕丧威仪”。《召诰》“其惟王勿以小民淫用非彝”。《洛诰》“厥若彝及抚事，如予”；“朕教汝于棐(辅)民彝”。《君奭》“无能往来，兹迪彝教，文王蔑德降于国人”。《说文解字》以彝为“宗庙常器”，即凡重器之通称。而古者“德善勤劳，铭诸鼎彝”（桂馥《说文解字义证》）；《洪范》的两个彝字，及上面的十个彝字，皆由此引申而来。上面十个彝字，归纳起来，包括有常字的意义；如“彝酒”“彝训”“彝教”者是。有的是法典、规范的意义，如“殷彝”“非彝”者是。而《酒诰》的“非彝”，系以上文的“纵淫泆”及连同下文的“用燕丧威仪”为其内容，则是一般生活中的威仪亦称为彝。就《康诰》“民彝”的上文“矧惟不孝不友”观之，则孝友之德，也包括在彝里面。由此可以得出这样的结论：周初的所谓彝，完全系“人文”的观念，与祭祀毫无关系。周初由敬而来的合理的人文规范与制度，皆包括于“彝”的观念之中。其分量远比周初的礼的观念为重要。这是远承《洪范》的“彝伦”观念而来的。春秋时代所称的“周公制周礼”，惟“彝”观念足以当之；而周初以宗教仪节为主的礼的观念，决不足以当此。

到了《诗经》时代，宗教的权威，渐渐失坠，则由宗教而来之礼，应亦失其重要性。但祭祀早成为生活传统中的重大节目，不会随宗教权威之失坠而遽归堕替。且周初对祭祀已在宗教的意义中，加入了道德的意义；自幽厉开始，在祭祀中的宗教意义的减轻，亦即意味着在祭祀中道德的人文的意义的加重；于是礼的内容，也随之向这一方面扩大。……到了《诗经》时代末期之所谓礼，乃是原始的“礼”，再加上抽象的“彝”的观念的总和，而成为人文精神最显著的征表。这便成为新观念的礼。后人即以此新内容新观念的礼，追称周公的制作，乃至古代王者的一切制作。^①

（二）关于中国婚姻法文化的类型化方法

以前对中国婚姻法文化进行类型研究的方法，大体分为三种：一是套用人类社会阶段的划分。套用原始阶段、蒙昧阶段、野蛮阶段、文明阶段模式的有之，套用原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义（共产主义）社会模式的更多。这种方法虽有意义，但对于研究中国传统婚姻法文化类型的不适用性也是毋

^① 徐复观：《中国人性论史》，上海：华东师范大学出版社2005年版，第27～28页。

庸置疑的。举例来说,西方奴隶社会(古希腊、古罗马)、封建社会的婚姻法文化都采取一夫一妻制,拿到中国来则是不适用的。二是套用婚姻阶段的划分。套用血婚、普那路亚婚(群婚、伙婚)、对偶婚、专偶婚的模式。且不说这种进化序列的依据脆弱和强设^①,仅就中国万余年来的婚姻法文化资料(详见后文)看,外婚制一直是原则,并且没有遵循这一序列。三是以朝代进行划分。严格说来,这种方法仅具有形式上的意义,算不得对中国传统婚姻法文化的真正的类型化研究。以上三种是最基本的,有的研究者综合其中的两种或三种。

以上的方法,或非实证,或非真正的类型化,为本书所不取。

(三)关于先秦婚姻法文化的离析

战国秦汉以后已经是一夫一嫡制聘娶婚婚姻法文化一统天下,毫无疑问,离析一夫一妻制自由婚婚姻法文化只能立足于先秦战国以前的资料。

上博简《孔子诗论》^②:“《关雎》以色俞(逾)^③于礼……其四章则俞(逾)矣。以琴瑟之悦拟好色之愿,以钟鼓之乐……好,返纳于礼。”《论语·为政》:“《诗》三百,一言以蔽之曰,‘思无邪’。”《荀子·大略》:“《国风》之好色也。其《传》曰:‘盈其欲而不愆其止,其诚可比于金石,其声可内(纳)于宗庙。’”可见,在孔子、《荀子》引《传》看来,《诗经》中的自由恋爱都是“发乎情,止乎礼”的,都是“思无邪”的。这表明在西周、春秋,平民阶层是通行自由婚的。之所以判定在平民阶层,是因为根据传世文献和西周、春秋金文,可以判定贵族阶层通行一夫一嫡制聘娶婚,共媵制是其中的一种典型形式。班固在《汉书·艺文志》中论及齐、鲁、韩三家诗,指出:“或取《春秋》,采杂说,咸非其本义。”^④后儒不是将《诗经》婚恋诗后妃之德化,就是淫诗化,把西周、春秋受到赞美的平民阶层自由婚给消解了,这一思路在今天仍有重要影响。近代以降,《诗经》中的自由恋爱现象得到承认,但又都以近现代标准给文学化了,其中本来的礼乐法文化意义又给消解了。有论者提出《诗经》分贵族婚姻、平民婚姻的主张^⑤,但终究没有系统地离析出平民婚姻法文化。近二十年来,《诗经》与婚姻的关系引起持续的关注,也有论者注意到了《诗经》婚姻具有

① 摩尔根本人也是部分承认的,参见[美]摩尔根:《古代社会》,杨东莼、马雍、马巨译,北京:中央编译出版社2007年版,第273~284页。

② 简文参见马承源主编:《上海博物馆藏战国楚竹书》一,上海:上海古籍出版社2001年版;编联取李学勤先生说,参见李学勤:《〈诗论〉简的编联与复原》,载《中国哲学史》2002年第1期。

③ “俞(逾)”指(超越式)进益。

④ 《汉书》卷三十,北京:中华书局1962年版,第1708页。

⑤ 王守华:《从婚制看〈诗经〉里的情歌》,载《思想战线》1979年第3期。张启成则区分为民间婚姻、非民间婚姻,参见张启成:《试论〈郑风〉的情歌》,载《文学评论》1982年第6期。

自由婚向聘娶婚过渡的性质^①,但对于两者的关系并未澄清。

涉及平民婚姻的还有周初的《周易》,但研究者迄今尚未认识到其中的婚姻也分为贵族婚姻、平民婚姻。

先秦时代反映平民婚姻的文献主要有《诗经》、《周易》、《仪礼·士昏礼》,甲骨文、两周金文等出土文献与《左传》等传世文献反映的基本都是贵族婚姻,就谈不上什么离析了。《仪礼》、《周礼》、《礼记》中,有的受到“咸非其本义”的三纲化污染,有的干脆就是三纲化的产物,不能直接作为西周现实的依据。

国外亦然。

总体而言,对先秦存在自由婚基本上已成共识,之所以没有离析出来,主要是因为受那些“咸非其本义”的后儒学说影响太大。另一个就是盲目接受摩尔根、恩格斯的婚姻演变理论。摩尔根、恩格斯并没错,依据他们掌握的资料只能得出那样的结论。然而,其中不包括中国先秦的相关资料,中国婚姻演变是否遵循同样的路线,得由资料说了算。

本书考证篇主要解决以上三方面的问题。

(四) 关于西方当代个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化

近代以来,西方夫妻关系长期处于不平等状态。“自第二次世界大战后,随着国际人权运动包括妇女运动的发展,许多国家先后修改了调整夫妻关系的法律,以期反映男女平等的理念和公平、正义的原则。尤其是1979年12月联合国大会通过了《消除对妇女一切形式的歧视公约》。该公约第2条第(f)款规定,应采取一切适当措施,包括制定法律、修改或废除构成对妇女歧视的现行法律、规章、习俗和惯例。这为各缔约国提供了立法和司法准则。”^②本书原则上以1979年联合国大会《消除对妇女一切形式的歧视公约》为起点标志,将西方婚姻法文化界定为“西方当代个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化”(判断标准详见本书第五章)。该文化经历了三四十年,正在向纵深发展,尚未定型。但由于发展不平衡,时间上难免有参差。

西方当代个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化初步完成了法律的构建,正

① 程京:《从〈诗经〉中的爱情诗寻我国婚恋的历史源头》,载《道德与文明》1987年第1期;翟振业:《诗经婚俗文化比较》(上),载《吴中学刊》(社会科学版)1996年第3期;曲杏春:《〈国风〉婚俗论》,载《徐州师范大学学报》(哲学社会科学版)1999年第2期;何保英:《〈诗经〉与婚恋风俗》,载《五邑大学学报》(社会科学版)2001年第2期;左洪涛:《论〈诗经〉时代的婚俗》,载《西北工业大学学报》(社会科学版)2002年第3期;易思平:《〈诗经〉远古婚俗透视》,载《北方论丛》2002年第6期;等。

② 陈苇主编:《外国婚姻家庭法比较研究》,北京:群众出版社2006年版,第29~30页。

在深入探索夫妻关系(婚姻)的组织性质,以投资模型论、信托模型论、盟约模型论、关系契约模型论为代表(参见本书第七章),尚未将之作为一个婚姻法文化类型来研究。^①

中国的相关研究,主要是追踪西方的变化,也集中于法律构建与夫妻关系的组织性质,探索对中国当前婚姻法建设的借鉴意义,最具代表性的是陈苇主编的《外国婚姻家庭法比较研究》^②、康娜的《关系契约视野下的婚姻和婚姻立法》^③、王薇的《非婚同居法律制度比较研究》^④。

(五) 中西两种个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化的比较、借鉴

这是本书的主要工作之一。

二、选题说明

(一) 方法思路与主要内容

以文献考证法和跨学科研究法为基础采取法文化类型化方法和比较方法。

考证篇具体考证中国传统婚姻法文化的四大类型。首先通过对中国两周秦法文化的核心结构——法律论、社会论、信仰论及其嬗变的考证,判断出孝友类型(西周春秋)、三纲类型(战国至清)两种法文化类型,完善法文化类型化方法并为将中国婚姻法文化类型化奠定基础。接着探讨中国传统婚姻法文化的四大类型——男女对等共偶制类型(下限距今10,000年左右,上限不详)、一夫一妻制类型(个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化,距今10,000~4,600年)、平民一夫一妻制与贵族一夫一嫡制并存类型(距今4,600~2,500年)、一夫一嫡制类型(一夫一嫡制聘娶婚婚姻法文化,距今2,500~100年)。

比论篇以马克思、恩格斯个体平等婚姻观为指导,提出建设中国特色个体平等婚姻法文化的任务。然后以中国传统、西方当代两种个体平等婚姻法文化为主,分别在婚姻法律结构性、婚姻信仰与组织性质、婚姻的法文化地位功能三个方面进行比较研究,探索借鉴与启示。

① 西方当代婚姻法的研究有三大焦点,除同性“婚姻”外(本书不作研究),一是关于婚姻组织性质的探讨,以关系契约、身份契约、盟约、女性主义等理论的运用为主导,二是关于同居的研究。在后两个方面,大陆法系的理论创造力明显逊英美法系一筹(女性主义方面不分伯仲)。参见本书参考文献之英文文献。

② 陈苇主编:《外国婚姻家庭法比较研究》,北京:群众出版社2006年版。

③ 康娜:《关系契约视野下的婚姻和婚姻立法》(博士论文),西南政法大学,2008年。

④ 王薇:《非婚同居法律制度比较研究》(博士论文),西南政法大学,2007年。

(二)重点难点

重点是在马克思、恩格斯个体平等婚姻观的指导下,通过中国传统与西方当代两种个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化的比较,为中国当前婚姻法文化建设探索方向。

难点是先秦法文化、婚姻法文化的考证。

(三)意义

1. 采取法文化类型化的方法,可以揭示中西婚姻法文化甚至法文化最深刻的同异及其原因,建立一个更好的沟通平台,实现优势互补

中国早期传统以“顺帝之则”的“礼”与“因人之情”的“乐”为信仰(其中的“情”是具有法律意义的伦理性的情),以理情相得为知识。西方则主要以自然为信仰,以理性为知识。这是两者最深刻的同异。由此出发,产生了各自的社会论和法律论,不同的社会治理方式和生活方式。中国早期婚姻法文化在理情相得方面做得比较好,即得益于其信仰论及其内含于其中的知识论。西方婚姻法文化始终在理性与爱情之间存在鸿沟,最根本的原因就在于自然信仰论及其内在的知识论,法律被归入理性的范畴,爱情则一般被归入非理性的范畴。无论如何,西方发达的理性是人类最宝贵的财富之一。

2. 通过两种个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化的对比,可以深化对两者的理解,为汲取两者精华奠定基础

中国传统个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化以礼乐明德懿德为信仰论,以理情相得为知识论,以人化的一男一女爱情结合的个体平等胖合平等兼备共同体为婚姻组织,以元伦、他伦、具体规范为法律论,具有法意义的伦理优先,主要是社会强制力保障的软法,软硬兼备,以法律生活方式转化为日常生活方式为理想。西方当代个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化以自然为信仰论,以理性为知识论,以物化的一男一女结合的个体平等共同体为婚姻组织,以法律原则、具体规范为法律论,具体规范优先,主要是国家强制力保障的硬法,以法律生活方式为理想。

3. 可以更加明确当前中国婚姻法文化建设的方向

以马克思、恩格斯个体平等婚姻观为指导,利用好中国传统、西方当代两种个体平等婚姻法文化资源,建设中国特色个体平等一夫一妻制自由婚婚姻法文化是当前中国婚姻法文化建设的基本方向。

(四)创新

1. 以对具有独特点画组配模式及帝—北斗(婚姻神)、天(日月配偶神)、地(男