



婚姻法

前沿问题研究

HUNYINFA
QIANYAN WENTI YANJIU

徐静莉 王 坤 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

婚姻法

前沿问题研究

HUNYINFA
QIANYAN WENTI YANJIU

徐静莉 王 坤 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

婚姻法前沿问题研究 / 徐静莉, 王坤著. —北京:

知识产权出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-5130-4231-4

I. ①婚… II. ①徐… ②王… III. ①婚姻法—研究—中国

IV. ①D923. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 134318 号

责任编辑: 彭小华

责任校对: 董志英

特约编辑: 郭广通

责任出版: 刘译文

封面设计: SUN 工作室

婚姻法前沿问题研究

徐静莉 王坤 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8115

责编邮箱: huapxh@sina.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 10.125

版 次: 2016 年 6 月第 1 版

印 次: 2016 年 6 月第 1 次印刷

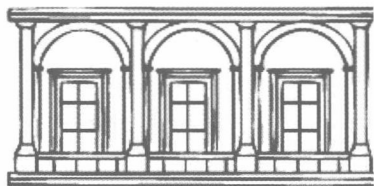
字 数: 278 千字

定 价: 38.00 元

ISBN 978-7-5130-4231-4

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

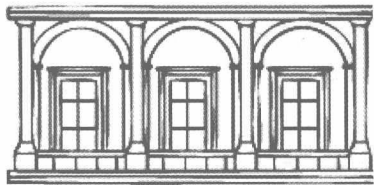


目 录

第一章 中国婚姻家庭法百年回眸	/ 1
一、传统婚姻家庭法的基本精神	/ 1
二、婚姻家庭法近代转型的开端——《大清民律草案》(亲属编)的制定	/ 10
三、民国初年民法(亲属法)的被动近代化(1912—1928 年)	/ 14
四、婚姻家庭法的进一步推进:《民国民律草案》(亲属编)(1926 年)的制定	/ 20
五、婚姻家庭法的革命性变革——《民法典》(亲属编)的制定	/ 22
六、共产党领导的革命根据地时期的婚姻家庭法	/ 24
七、中华人民共和国成立后三部婚姻法的制定与反思	/ 32
第二章 婚约法律问题研究	/ 51
一、婚约法律问题概述	/ 51

二、婚约期间财物馈赠纠纷的处理	/ 59
三、婚前购房纠纷的处理与把握	/ 73
四、婚前财产协议纠纷的处理与把握	/ 76
五、我国婚约法律制度构建的必要性	/ 81
六、我国婚约法律制度的构建	/ 83
第三章 事实婚姻问题研究	/ 94
一、典型案例引发的思考	/ 94
二、事实婚姻的概念及特征	/ 95
三、我国法律对事实婚姻立法态度的发展	/ 97
四、国外对事实婚姻的态度	/ 100
五、我国事实婚姻的现状及存在的原因分析	/ 106
六、我国事实婚姻立法的现状及不足	/ 111
七、重构我国事实婚姻制度的设想	/ 115
第四章 非婚同居问题研究	/ 122
一、典型案例引发的思考	/ 122
二、非婚同居关系的界定及构成	/ 124
三、非婚同居与其它相关概念的区别	/ 126
四、世界主要国家非婚同居的发展情况及立法趋势	/ 128
五、我国立法规制非婚同居关系的法理基础	/ 142
六、我国现有关于非婚同居的立法及不足	/ 151
七、我国非婚同居立法的构想	/ 156
第五章 同性婚姻问题研究	/ 165
一、典型案例引发的思考	/ 165
二、同性恋的认识发展	/ 167
三、同性恋存在的历史和现实考察	/ 171
四、同性婚姻关系合法化的正当性	/ 175
五、世界主要国家同性婚姻的立法情况	/ 184

附 1	《大清民律草案》(亲属编)	/ 205
附 2	北洋政府的《民国民律草案》(亲属编)(1926)	/ 217
附 3	《中华民国民法》(亲属编)	/ 239
附 4	《中华苏维埃共和国婚姻法》	/ 259
附 5	《中华人民共和国婚姻法》(1950)	/ 262
附 6	《中华人民共和国婚姻法》(1980)	/ 267
附 7	《中华人民共和国婚姻法》(2001)	/ 272
附 8	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉 若干问题的解释(一)》	/ 280
附 9	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉 若干问题的解释(二)》	/ 286
附 10	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉 若干问题的解释(三)》	/ 292
附 11	最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何 认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》	/ 296
附 12	最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记 而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》	/ 298
附 13	最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理 财产分割问题的若干具体意见》	/ 301
附 14	《婚姻登记条例》	/ 305
附 15	民政部《关于贯彻执行〈婚姻登记条例〉若干问题 的意见》	/ 310



第一章 中国婚姻家庭法百年回眸

一、传统婚姻家庭法的基本精神

(一)从婚姻的功能看——重在人口繁衍与祭祀

1. 从婚姻的意义及功能来看——强调婚姻的继嗣功能

我国传统社会重宗法伦常,受其影响,婚姻重视家族的延续与祖先的祭祀而非男女之间的个人意愿与情感。所谓“婚姻者合二姓之好,上以祀宗庙,下以继后世也”^①,就是对传统婚姻特点的精确表述。传统的婚姻上以承先祖、供祭祀,则必下以继后世。如果继嗣匮乏,则宗系斩绝,祭祀也就没有办法实现。故孟子曰:“不孝有三,无后为大”。^② 所以结婚为求后续有人,历来观念,大抵如此。《白虎通·嫁娶篇》也云:“人道所以有嫁娶何?……重人伦,广继嗣也。”^③

① 《礼记·昏义》。

② 《孟子·离娄上》。

③ 《白虎通·嫁娶》。

所以,传统婚姻的目的与功能重在香火的延续,对上能实现对先祖的祭祀,对下能将祖宗的血脉传承。在古代宗法社会,婚姻不是当事人的个人行为,而是关乎两姓宗族利益的大事,因此,男子与其说是为个人娶妻,不如说是为宗族娶妇。就婚姻的目的而言,首先是传宗接代。婚姻是构成家族、产生亲族的基础,宗法观念支配下的婚姻以广家族、繁子孙为首要目的。^① 孔子说:“大昏,万世之嗣也。”^②有夫妇而后有子嗣,由合法婚姻所生之长子才是嫡子,在实行嫡长子继承制的宗法社会,传宗接代关系到家族的延续,“继后世”自然成为娶妻的首要目的。

2. 强调对祖先的祭祀功能

宗法社会重视血缘,把祖先血脉不绝视为家族的头等大事。所以,古时家族制度,一家之权,统于父祖;子孙崇先报本,生养死葬。所谓孝也,故娶妻者,父母在,则奉事舅姑;舅姑歿,则供祭祀。^③ 所以《礼记·礼器》曰:“太庙之内,敬矣。君亲牵牲,大夫赞币而从。君亲制祭,夫人荐盥。君亲割牲,夫人荐酒。卿大夫从君,命妇从夫人。洞洞乎其敬也,属属乎其忠也,勿勿乎其欲其飨之也。”^④《仪礼·少牢馈食礼》也有记载:“有司赞者取爵于筐以升,授主妇赞者于房户。妇赞者受以授主妇。主妇洗于房中,出,酌,入户,西面拜,献尸。尸拜受。主妇主人之北西面拜送爵。尸祭酒,卒爵。主妇拜。祝受尸爵。尸答拜。”^⑤《礼记·礼运》也言:“作其祝号,玄酒以祭,荐其血毛,腥其俎,孰其肴,与其越席,疏布以冪,衣其澣帛,醴盞以献,荐其燔炙,君与夫人交献,以嘉魂魄,是谓合莫。”^⑥贾公彦疏:“君与夫人交献,第一君献,第二夫人献,第三君献,第四夫人献,是君与夫人交

① 陈鹏:《中国婚姻史稿》,中华书局2005年版,第7~8页。

② 《孔子家语·大婚》。

③ 陈鹏:《中国婚姻史稿》,中华书局2005年1月版,第6页。

④ 《礼记·礼器》。

⑤ 《仪礼·少牢馈食礼》。

⑥ 《礼记·礼运》。

错而献也。”^①《朱子家礼·祭·四时祭》也言：“主人升，主妇从之，执事者一人以盘奉鱼肉，一人以盘奉米粢食，一人以盘奉羹饭从升，至高祖位前。主人搢笏，奉肉，奠於盘盞之南。主妇奉粢食，奠於肉西。主人奉鱼，奠於醋碟之南。主妇奉米食，奠於鱼东。主人奉羹，奠於醋碟之东。主妇奉饭，奠於盘盞之西。主人出笏，以次设诸正位，使诸子弟妇女各设祔位。皆毕，主人以下皆降复位。”^②这些记载均标明，男女共同祭祀的例子比比皆是，上至后妃下至民妇，无不例外，都要随夫参与祭祀。女子不仅仅“事前准备祭品”，祭礼场合更可以担当亚献，出入于太庙家庙。所以古代婚礼常在祖先牌位前举行，叫作“庙见”，表示新婚夫妇共承祖先，同奉宗庙。《唐律疏议·户婚》也说：“妻者，传家事，承祭祀。”传统婚礼仪式中的夫妻拜堂，就包括拜公婆、拜天地及拜祖先的内容。这其实体现了传统婚姻的功能和目的。

总之，在中国传统的观念中，婚姻具有十分神圣的意义，男女婚姻是“承天体之性”配合而成，当时的婚姻观基本上都属于生育型。封建社会的纲常伦理注定使婚姻不能走上“自愿”“结合”式的爱情型道路。春秋时期，齐桓公下令“男二十而室，女子十五而嫁”；越王勾践曾下令“男二十，女十七不婚，其父母有罪”；汉惠帝时为了发展经济，增加国库收入，下令“女子十五以上不嫁者，五算（增收五倍的人头税）”；而至今农村依旧流传有“早种稻子早得谷，早娶媳妇早得助，早生儿子早得福”的谚语，反映了婚姻在当时的主要作用在于繁衍人口。只有人口的繁衍，才能实现“上以事宗庙，下以继后世”的目的。

（二）从观念到法律：男尊女卑

中国历经几千年的父系氏族社会，男尊女卑、重男轻女的思想一直传承至今，婚姻中的重男轻女的情况可以分为两种：一种是在婚姻

^① 贾公彦的《周礼疏》。

^② 《朱子家礼·祭·四时祭》。

观念上强调男主女从；另一种情况是在法律上确定男女之间的不平等地位。

1. 在观念上,从成婚到夫妻关系:强调男主女从

首先,成婚不仅强调行媒妁,即“男女非有行媒,不相知名,非受币,不交不亲”^①。而且明确“昏礼者,将合二姓之好,上以祀宗庙,下以继后世也”^②。就男女成婚的目的而言,更重要的是男方家的利益,他们认为婚姻是两个异姓家族结为友好的象征。男子娶妻一则是为了宗庙祭祀,二则为了传宗接代;这是事关宗法血缘传承的大事,因此马虎不得,必须严格按照六礼(纳彩、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎)的程序进行。而六礼产生的基础是以妇女交换为目的的婚礼程序,成婚意味着妇女从父亲所有转移给丈夫所有。从婚姻的仪式来看,所有的仪式必须经过族中男性长辈的过问,女子出嫁的时候,父母会告知:“必敬必戒,无违夫子。”

其次,成婚后,强调要严守男女之别。如《礼记·曲礼上》云:“女子许嫁,纁,非有大故,不入其门”。郑玄注:“女子许嫁系纁,有从人之端也。”^③女子许嫁以后系纁,表示她已经有了归属,因此她的房间其他人不能随便进入。《礼记·内则》也云:“礼始于谨夫妇,为宫室,辩外内。男子居外,女子居内。深宫固门阍寺守之,男不入,女不出。男女不同橐枷,不敢县于夫之军橐,不敢藏于夫之篋笥,不敢共湑浴”。“男不言内,女不言外,非祭非丧,不相授器。其相授,则女授以篋,其无篋,则皆坐。奠之,而后取之。外内不共井,不共湑浴,不通寝席,不通乞假,男女不通衣裳。内言不出,外言不入……道路,

^① 《礼记·正义》卷四三《杂记下》,中华书局影印阮元十三经注疏本 1980 年版,第 1567 页。

^② 《礼记·正义》卷六一《昏仪》,中华书局影印阮元十三经注疏本 1980 年版,第 1680 页。

^③ 《礼记·正义》卷二《曲礼上》,中华书局影印阮元十三经注疏本 1980 年版,第 1240~1241 页。

男子由右,女子由左。”^①这些规定强调男女之别,将女性安排在内室之中,男性安排在宫室之外,男主外女主内,男不入女不出,以此达到防嫌的目的。即便在内室之中,夫妻也要谨守男女之别,衣物洗浴都要分开,就是走在路上也要男右女左分开而行。

在先秦宗法制社会里,这些源于原始禁忌的男女之别已然成为维护父权宗法制稳定的有力工具。因为礼只有源于谨夫妇,别男女才能实现父子亲的宗法社会,即“男女有别,然后父子亲。父子亲然后义生,义生然后礼作。礼作然后万物安”。

此外,礼记也强调男主女从,夫权至尊。如《礼记·郊特性》曰:“天地合,而后万物兴焉。夫昏礼,万世之始也,取于异姓,所以附远厚别也。……信,事人也;信,妇德也,一与之齐,终身不改,故夫死不嫁。男子亲迎,男先于女,刚柔之义也……出乎大门而先,男帅女,女从男,夫妇之义,由此始也。妇人从人者也,幼从父兄,嫁从夫,夫死从子。夫也者,夫也。夫也者,以知帅人者也。”^②《礼记·丧服》也云:“妇人有三从之义,无专用之道。故未嫁从父,既嫁从夫,夫死从子。”^③这些规定强调妻子一定要顺从丈夫,并强调妻子一定要对丈夫守贞与守节。尤其是西汉以后,随着儒家三纲五常思想的确立,两性关系也由先秦的男女有别与男主女从发展为汉代的父权至上、夫为妻纲,妇女从精神到肉体都被男性控制,从一而终、夫死不嫁、三从四德,变成了女性的道德规范。礼仪制度就是这样通过对男女关系的定位而建立起传统社会的性别等级,进而通过礼法结合影响了历代的法律,又构建了男女两性不平等的法律制度。

① 《礼记·正义》卷二七《内则》,中华书局影印阮元十三注经疏本1980年版,第1462页、第1468页。

② 《礼记·正义》卷二六《郊特性》,中华书局影印阮元十三注经疏本1980年版,第1456页。

③ 《仪礼注疏》卷三十《丧服》,中华书局影印阮元十三经注疏本1980年版,第1106页。

2. 法律上,强调两性法律地位上的不对等

(1)从成婚到夫妻关系:强调男女地位的不对等。既然婚姻承载的是合男女两家之好,自然婚姻要依“父母之命,媒妁之言”^①的安排,强调成婚“男不自专娶,女不自专嫁,必由父母,须媒妁”。传统法律吸收礼教的精神,明确规定:“嫁娶皆由祖父母、父母主婚,父母俱无者,从余亲主婚。”^②按照这一规定,婚约以父母、祖父母(尤其父、祖父)或尊长为主体,婚约成立以父母之意愿为实质要件。这样的规定使妇女完全丧失了婚姻自主权,由于妇女在家要“从父”,所以婚姻大权就落到了父亲手里,通过“父母之命”、“媒妁之言”决定女儿的终身大事,女儿自己完全没有选择的余地,父母为了家族的利益,婚姻往往从财产和权势上考虑。妇女成了被买卖的客体,彩礼成了买卖妇女的象征。

因为礼经认为婚姻是合二姓之好,其目的是“上以祀宗庙,下以继后世”,所以婚约订立后,法律的着重点强调的是正常婚姻秩序的维持。悔婚行为被认为是对传统婚姻秩序的破坏,“不仅法律而且习惯上也明显地有一旦定了婚就不得取消的法律意识”。^③所以历代法律都严惩悔婚行为,并同时要求女方强制履行婚约。例如唐律户婚律第175条规定:“诸许嫁女,已报婚书及有私约,而辄悔婚者,杖六十。虽无婚书,但受聘财亦是。但男家自悔者,无罪,财礼不追。若更许他人者,杖一百,已成者,徒一年半,后娶者知情,减一等,女追归前夫,前夫不娶,还聘财,后夫婚如法。”^④明律、清律于此均有相同之规定,只是处刑稍微减轻而已。可见婚约之效力在传统法律上非

① 吴树平等点校:《十三经》《孟子·滕文公下》,北京燕山出版社1992年版,第2197页。

② 田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,第204页。

③ 当时江苏江北各县民间习惯认为:“婚约一经双方主婚者交换婚书,即发生婚姻效力,纵他日配偶者之一方有因事悔婚、亦难撤消婚约、盖退婚之举、一般社会认为丑事,故宁可牺牲夫妇一生幸福、不肯轻率请求离婚。”见南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2005年版,第686页。

④ 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1009~1010页。

常强大,婚约一旦订立,就有了国家强制力来保证其履行即成婚,这种强制性有力地约束着男女双方,尤其是女方。^①

传统礼经上认为夫妻是一体的,强调妻对夫的服从,即“既嫁从夫”。故妻结婚后,其自有之人格即为夫所吸收,妻完全丧失其独立性,无行为能力,也无财产所有能力,一切身份上和财产上的行为均受夫支配。历代法律因受礼经影响,也均采夫妻一体主义,不承认妻独立的法律主体资格。

在法律上,夫妻关系义同尊卑,这是唐律的明确规定,“夫者,妇之天也。”^②“妻之言齐,与夫齐体,义同于幼。”^③夫的地位如尊长,妻的地位如卑幼。如《唐律·斗讼》关于夫妻相殴相斗的规定:“诸殴伤妻者,减凡人二等;死者,以凡人论。……过失杀者,各勿论。”而对于妻殴杀夫者,《唐律》规定:“诸妻殴夫,徒一年;若殴伤重者,加凡斗伤三等;死者,斩。”^④可见在夫妻同犯、斗伤情况相当的情况下,与普通人相比,一个是加刑,一个是减刑。妻只要殴夫即为有罪,而夫殴伤妻才为有罪;妻殴伤夫要加重三等,而夫殴伤妻却要减凡人二等。显然,对妻的处罚远重于夫。同样,在《唐律·斗讼》篇中,还有一条关于妻告夫的规定:“诸告期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母,虽得实,徒二年;其告事重者,减所告罪一等。”^⑤在这一条规定中,又把妻子归入到卑幼之列,妻子告夫虽然所告属实,也要处罚。但关于夫告妻的规定是:“其妻虽非卑幼,义与期亲卑幼同。夫若诬告妻,须减所诬罪二等。”^⑥这说明夫只有在确定是诬告妻的情况下才受罚,而且还是要减刑的。此外,在礼制贞洁观念的影响下,对于男女通奸罪的规定也显示了明显的夫妻不平等。如唐律规定:“诸奸者,徒一

① [日]滋贺秀三著:《中国家族法原理》,张建国、李力译,法律出版社2003年版,第381页。

② 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1543~1547页。

③ 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1544页。

④ 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1543~1547页。

⑤ 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1629页。

⑥ 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1634页。

年半;有夫者,徒二年。”^①明清律犯奸条也规定:“凡和奸,杖八十;有夫,各杖九十。奸妇从夫嫁卖,其夫愿留者,听。若嫁卖与奸夫者,奸夫本夫各杖八十,妇人离异归宗,财物入官。”^②由此可见,与人通奸的妇女,不只是接受杖责而已,其命运主要掌握在丈夫的手中。而且,特别强调不能嫁卖给奸夫,否则有“违断纵淫”之嫌,这似乎也是对妇女的一种处罚。如果是有夫之妇与人通奸,要比有妻室的男子与人通奸罪加一等……即便是未嫁之女、寡居之妇的性自由也要受到无夫奸罪名的制约。相反,男性不但可以纳妾、嫖妓,而且不受法律的处罚。传统法律所规定的这些男女不平等的原则,使妇女不仅失去了人身自由,而且没有了独立人格,充分体现了夫妻关系中“夫为妻纲”的伦理准则。

(2)从七出到义绝:夫妻离婚权利的不对等。礼经关于夫妻关系的解除,主要是“七出三不去”的规定。如《大戴礼记·本命篇》载:“妇有七出:不顺父母,去;无子,去;淫,去;妒,去;有恶疾,去;多言,去;窃盗,去”。按照周礼的这一规定,不孝顺父母,属道德沦丧;无子,会使丈夫断绝后嗣;淫乱,不仅破坏伦理纲常秩序,还会混乱男方家的血统;妒忌,影响夫妻及妻妾之间的家庭关系;有严重疾病,影响丈夫或后代子孙健康;多嘴多舌,影响家庭和睦;偷盗,则属背信弃义。凡妻子有此类行为的,丈夫或夫家有权将其休弃。“三不去”是对丈夫或者夫家休弃妻子的三个限制,即“有所取无所归,不去;有更三年丧,不去;前贫贱后富贵,不去”。^③ 即一是妻子无家可归,二是为公婆养老送终并服过三年大丧,三是丈夫婚后由贫贱上升为富贵,凡有这三种情况之一的,丈夫或夫家不应休弃妻子。虽然三不去是对七出的某种限制,但并非基于对妇女权益的保护,而是为了符合礼

① 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1836页。

② 怀效峰点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第197页。田涛,郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,第521页。

③ 《大戴礼记·本命篇》,转引自张晋藩主编:《中国法制史》,高等教育出版社2007年版,第36页。

的要求,巩固礼所提倡的伦理道德秩序。总之,无论是七出还是三不去,都是保障丈夫单方面利益的法律规定,是维护夫权和男尊女卑等级制度的离婚原则。

传统法律吸收礼教精神,也将这种不平等的离婚原则规定在法律之中。如《唐律疏议》曰:“七出者,依令:‘一无子,二淫佚,三不事舅姑,四口舌,五盗窃,六妒忌,七恶疾’。”明确丈夫在这七种情况下均可出妻。从上述七出的各项内容来看,属于女子主观过错的有淫佚、不事舅姑、口舌、盗窃、妒忌五项,而无子、恶疾则是女子根本无法把握的客观事由,与女子主观无丝毫关系。由此可见,七出之条完全是从维护夫权的地位出发的,男方可以以“七出”为由任意休弃妻子,而女性却“无去天之理”。《唐律》对休妻也做了一定的限制。如《疏议》解释曰:“三不去者,谓:一,经持舅姑之丧;二,娶时贱后贵;三,有所受无所归。”^①即只要具备“三不去”的条件之一,丈夫就不能休妻。但是“三不去”并不完全排除七出适用的效力,妻犯恶疾及奸,虽有“三不去”的条件,夫仍可以出妻。因而有学者认为“七出”与“三不去”这一套复杂的休妻制度,与其说是要解决两性之间的对抗,不如说是靠牺牲女方利益来维护宗法统治秩序。

传统法律除了维护确认礼经中的“七出三不去”不平等的离婚原则外,还规定了非常不平等的“义绝”离婚制度。义绝是我国封建社会特有的一种强制离婚制度。《唐律》对其做出了完整的解释,其具体规定如下:“夫殴妻之祖父母、父母;夫杀妻之祖父母、父母、伯叔父母、兄弟姑姐妹;夫与妻母奸;妻殴詈夫之祖父母、父母;妻杀伤夫之外祖父母、伯叔父母、兄弟姑姐妹;妻与夫之缌麻以上亲奸;妻欲害夫;夫妻之祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母自相杀。”^②以上所列五项原因,除第一项尚属平等外,其余几项妻所负的责任都重于夫,如

① 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1055~1056页。

② 刘俊文:《唐律疏义笺解》,中华书局1996年版,第1055~1056页。

夫殴妻至折伤以上,妻才可以请求离婚;而妻殴夫却不问有伤无伤及伤之轻重,即属义绝,夫即可主张离异。又妻与夫之缌麻以上亲奸通,即属义绝;夫与岳母奸才属义绝。妻欲害夫为义绝,夫欲害妻则不在此限。夫殴妻之祖父母、父母才属义绝,而妻詈(骂)夫之祖父母、父母就属义绝。

由此可以看出,传统的离婚制度无论是“七出”离婚还是“义绝”强制离婚,显然都吸收了礼经上男女不平等的精神,都集中地体现了男尊女卑、夫权至上、男女不平等的特点。尤其是在丈夫专擅离婚的“七出”制度下,妇女根本没有离婚权可言,离婚的专权归之于夫。妻子在离婚中完全是一个任丈夫或夫家处置的客体,没有丝毫人格可言。法律虽然也规定妻子在丈夫“逃亡三年”“夫殴妻至折伤以上”“夫典雇妻妾”及“抑勒或纵容妻妾与人通奸”的情况下,可以提起离婚,但由于传统的礼俗对妇女再嫁存在偏见,所以“官方所赋予已婚妇女的离婚权利很少为妇女用来保护自己的利益。她们即使在利益受到侵害时,如被嫁卖等,多数妇女表现出对丈夫安排的屈从。即使有不满,也多借助于民间手段来解决,妇女社会地位之低在这些方面充分显现出来”。^①

可见,在宗法制度里,一切制度的设计都是为了推崇父权、夫权,而压抑女权。这样的价值理念也影响了历代的法律,各代的法律制度,也明显体现了张扬父权、夫权,压抑母权、妻权的特点,使男尊女卑进一步定型化、法律化。

二、婚姻家庭法近代转型的开端——《大清民律草案》(亲属编)的制定

(一)《大清民律草案》(亲属编)的制定背景

严格地讲,在《大清民律草案》修订之前,中国并没有近现代意义上的民法,传统的“中国律例,民刑不分,而民法之称,见于尚书,孔

^① 王跃生:《清代中期婚姻冲突透析》,社会科学文献出版社2003年版,第27页。

传。历代律文,户婚诸条,实近民法,然皆缺焉不完”^①。当然也没有专门的亲属法,用来调整亲属关系的法律主要是传统法律中有关户役、婚姻中的相关规定。清末制定的亲属法草案作为《大清民律草案》的组成部分,是以民律草案的制定为背景的。

清朝进入 20 世纪初,在内忧外患、国势衰微的情况下,为了图谋收回领事裁判权、实现救亡图存的政治目的,于 1901 年逃亡西安的慈禧太后下诏,提出“世有万古不易之常经,无一成罔变之治法……大抵法久则弊,法弊则更”,“法令不改,锢习不破,欲求振作,当议更张”。^②并要求大小臣工结合中西政要,各抒己见谋求改制更法。随后于光绪二十八年(1902 年)谕派沈家本和伍廷芳“按照交涉情形,参酌各国法律,细心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理”的原则,^③修订现行律例,从此揭开了清末变法修律的序幕。

民律的修订作为清末法律变革的一部分,其修订始于光绪三十三年民政部奏请厘定民律为标志。于 1907 年 9 月,清廷遂派定沈家本、俞廉三、英瑞等为修订法律大臣主持修订民律。其中民律中的前三编总则、债权、物权由修订法律馆聘任的日本法学博士志田钾太郎和松冈义正专任起草。亲属、继承两编关涉礼教,所以由修订法律馆商同礼学馆编订,并于宣统三年八月脱稿。这就是我国历史上的第一部民律草案《大清民律草案》。

关于《大清民律草案》中的亲属、继承两编的立法宗旨,可从 1911 年的《奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折》中提出的 4 条编辑宗旨:“一、注重世界最普遍之法则。二、原本后出最精确之法律。三、求取最适于中国民情之法则。四、期于改进上最有利益之法则”中的第 3 条窥见一斑。而对于第 3 条宗旨“最适于中国民情之法

① 《光绪朝东华录》(五),总第 5747 页。

② 《光绪朝东华录》,总第 4655 页。

③ 《大清法规大全》,卷首第 1 页。