

清代民法综论

张晋藩 著

官契

同治四年

立契

契人

管中人

押

中国政法大学出版社

清代民法综论

张晋藩 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

清代民法综论/张晋藩著. —北京:中国政法大学出版社, 1998
ISBN 7-5620-1611-9

I. 清… II. 张… III. 民法—研究—中国—清代 IV. D929.49
中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 264D8 号

责任编辑 杜学亮
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 国家统计局印刷厂

850×1158 32 开本 11 印张 248 千字
1998 年 2 月第 1 版 1998 年 2 月第 1 次印刷
ISBN 7-5620-1611-9/D·1570
印数:0001—5,000 册 定价:20.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

绪 论

一、中国古代的法律体系与重刑轻民的原因

在丰富而又悠久的中国古代法律史中,虽无现代民法的概念,但却存在着财产关系与人身关系和相应的法律调整。中国古代的社会历史环境,决定了法律从产生之时起就以“刑”为主要的表现形式。进入封建社会以后,历代代表性的法典从《法经》到《大清律例》,都采取以刑为主、诸法合体、民刑不分的编纂体例,其中也包括少量纯粹民事条款和民事法律纠纷的裁判规定。这种编纂体例曾经被认为是中华法系的一个特点,由此而产生了一种看法,即中国古代除刑法外,其它部门法律大都属于子虚乌有,尤其是民法更是如此。有人甚至断言:中国古代没有民法,只有刑法。显然这是不符合中国法律历史的实际的。

任何一种类型的法律都是特定的社会关系的产物。社会关系是复杂多样的,因此,反映社会关系的法律规范的内容,也是复杂多样的,而对于复杂的社会关系所进行的法律调整方式,也决不可能是单一的。任何一个国家的现行法律规范,一方面具有内在的统一性,形成不可分割的整体;另一方面基于调整对象的差别,又划分成若干不同的法律部门。这些既有区别而又不可分割的若干法律部门,便构成了法律体系,这个法理学上的共同理论基础,也适用于中国古代的法律体系。中国古代的法律体系,同样是由刑法、行政法、民法、诉讼法、经济法等各种部门的法律所构成的。如果说中国封建社会基本法典的编纂体例是“诸法合体、民刑不分”,那么,中国封建的法律体系则是“诸法并存、民刑有分”的。前者是立法者立法经验的体现,是主观能动性的产物;后者是基于法律调整

DA/K68/03

方式的多样而形成的有机联系的整体,是不以立法者主观意志为转移的客观实在。

纵观世界法律的发展史,诸法合体、民刑不分在法律发展的早期是带有共同性的,罗马十二铜表法便是如此。所不同的是中国古代法律以刑为主,刑罚是基本的制裁手段,而罗马法从十二铜表法起,民事法律便在法典中占有主导地位,并逐渐摆脱了用刑法手段来调整民事纠纷的传统,以至私法是罗马法中最具有代表性的部分。不仅如此,以罗马十二铜表法为代表的西方诸法合体的立法体例,很快便随着商业与海外贸易的发展而引起了相应的变化。至11世纪,开始出现了保护商业活动的单行通例。13世纪,又制定了大量的贸易法令、航海法规和海商法典。从而表明西方在中世纪时期诸法合体、民刑不分的法典编纂体例,已经开始解体。近代民族国家的独立、统一运动和法典编纂运动,更导致了近代部门法概念的形成和部门法的划分。

然而在中国,直到19世纪中叶海禁大开以后,随着西方法文化的输入与晚清按部门法修律,才最终打破了诸法合体的体例,分别起草了民法、刑法、商法、宪法与诉讼法。由此可见,在历经二千余年的中国封建社会,虽然不乏盛世,但法律的发展却是极其迟缓的,无论形式与内容都充满了保守性、因袭性和排它性,这不是偶然的,是由中国古代的特定历史条件所决定的。

第一,从地理环境上看,中国是地处东北亚大陆的内陆性国家,虽有漫长的海岸线,但海上交通不发达,基本处于与外界相隔绝的状态。这种封闭的地理环境,形成了与海洋国家不同的大陆民族特有的心理与观念。在中国古代人的意识中,认为群是人与动物相区别的本质特征之一。《荀子·王制》中说:“人能群,彼(指动物)不能群也。”由于古代中国人强调群的利益,并以集团、家庭、宗族、村社为本位,因而私权观念淡薄,而私权观念正是民事法律发展的重要思想基础。

中国古代专制政府所执行的闭关锁国的海禁政策,不仅禁锢了海上贸易发展的可能性,也维护了中国的封闭状态,历数千年而没有较大的改变。如果说西方私法发展的重要条件是海上贸易与开放的环境,那么在中国古代是不具备这个条件的。

第二,中国古代占统治地位的经济结构是自然经济,丰富的物资资源与勤劳俭朴的生活习惯相结合,足以维持自给自足的生产方式和居民日常的需要,而无需依赖于市场。中国古代的商业虽然起源很早,但在法家奖励耕战思想的影响下,秦汉以降,封建政府都推行重农抑商的政策,尤其是以专营专利为目的的禁榷范围,由盐铁而不断扩大为茶、酒、矾、丝织品等生活必需品,从而严重妨碍了商业的自由竞争和发展。以至商业资本不得不转而经营土地,使商业利润地租化,而不能转化为工业资本。在这样的背景下,自然经济形态始终没有实质性的变化,其统治地位也从没有发生过动摇,这就必然地阻滞了民事法律的发展。因为民事法律关系是商品经济生活的一般要求在法律上的体现,罗马法之所以成为私法的典范,就在于它“对简单商品所有者的一切本质的法律关系(如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等等)所作的无比明确的规定”^①。

第三,中国古代的社会构成是以等级特权性为特征的,贵贱之间无论社会地位、权利义务关系都有如天壤之别。位列贱籍、“律比畜产”的奴婢,自然无任何民事权利可言。即使是位列良籍的普通劳动者,也对地主、雇主、官僚、贵族存在着严格的人身依附关系。被奉为社会统治思想的儒家三纲五常的教条,也从各方面辩护君臣、父子、兄弟、夫妇、长幼以及主仆的等级社会结构的合理性。以至个人的权利来自于主体的特定的社会地位和身份,来自于对某种职责和义务的充分履行。他们之间的财产关系也依等级特权原

① 《马克思恩格斯全集》,第4卷,第248页,北京,人民出版社,1958年版。

则进行调整。譬如自庶民以上的财产处分,依家长的意志为准,子孙私擅用财,不仅是无效法律行为,而且要受到法律制裁。这一切都说明,中国古代缺乏民事法律上的“私人的平等”,这无疑阻碍了民事法律的发展。罗马正是由于具备了“私人的平等”这个条件,才造就了繁荣的罗马私法。

第四,中国古代的政体是专制主义政体,从秦统一天下建立皇帝制度起,二千年来专制皇权不断膨胀,尤其是明代废除宰相制度以后,皇帝更加雄踞于一切权力的顶峰。为了维持专制制度,封建国家极力维护其借以矗立的自然经济基础,强化国家对工商重要领域的垄断,严厉打击一切危及国家统治与皇帝安全的行为,并在思想文化上实行严格的控制。然而对于民间的财产纠纷则视为“细事”、“细故”,尽管它对当事人说来是百分之百的大事。统治者们所关注的是公权益不受侵害,这决定了他们制定政策与法律的倾向。由此不难理解为什么中国古代公法被特别强调,为什么刑事法律、行政法律较为发达,而民事法律始终未能法典化、系统化的原因。

第五,中国古代是以宗(家)族为社会本位的,宗(家)族以血缘为基础,因而具有很强的稳固性。宗族组织是严密的,宗族的习惯法——形形色色的家法、宗规,是国法的补充形式和调整族内关系、制裁违反宗法行为的根据。族(家)长则是法定的族内统治者,“举宗之事,责成宗主”。他奉宗法为主臬,凡祭祀、田宅、租赋、户婚、立嗣等民事纠纷与轻微的刑事伤害,或由族长亲断,或由族长召集宗族会议解决,禁止擅兴词讼。族长又是执行国家职能的基层政治代表,他向族人“陈朝纲,立法纪”,约束族人奉公守法,因此,他的决断就是权威性的裁决。由于宗族习惯法对于族内的民事行为起着实际的调整作用,它所覆盖的方面又极为广阔,因此也成为阻碍立法者去思考制定民事法律的一种惰性力量。

第六,中国古代在思想文化上的百家争鸣仅见于春秋战国,而更多的是“学在官府”,是文化上的专制主义,是层出迭见的惩罚自

由思想的文字狱。专制主义文化以巩固封建统治为主旨,以维护纲常名教为己任,以强调团体本位、义务本位为重要特征,以保全构成古代中国的诸因素,如大一统的专制制度、宗法精神支配下的家族组织、农本主义的自然经济等等,为自己的职能,结果不仅窒息了思想文化的生机,也压制了平权形的民事法律关系的发展。

就法学而言,其基本内容是注释刑法与刑事诉讼法,其主要任务是探讨刑的适用与解释,至于纯粹的法理学的研究,则得不到国家的支持。尤其是罢黜百家、独尊儒术以后,以礼入法、补法,使伦理道德与法律相融合,法学成为经学的附庸,更加不利于法学的自由发展,造成了中国古代法学的简单与贫乏,对于法理学上的一系列问题包括法的体系在内,都缺乏应有的研究,自然也就谈不到去发展它、完善它。不仅如此,法学家社会地位的低下和被专制制度所扭曲了的个性,也摧残了他们的创造性和主动性。与此相反,罗马私法之所以发达,是和罗马法学家人格上的自由与社会地位的崇高分不开的,著名的《查士丁尼法典》就是由十名法学家组织的编纂委员会撰著成的。

二、中国古代民法的发展阶段与相应的特征

中国古代社会虽然重刑轻民,始终未能制定出一部单一的民法典,但这并不能说明统治者忽视财产关系,特别是与统治阶级利益攸关的财产关系。相反,从西周时期的民事法律规范与民事法律纠纷的裁决,大都铭刻在铜器上的事实,便足以说明统治者对于涉及贵族之间的财产关系是何等的重视。因为在奴隶制时代鼎彝等铜器是国家权力的象征,称为重器,“惟名(铭)与器,不可假人”是统治者不可动摇的观念。基于铭文在中国古代民事立法中具有突出的重要地位,因此一些学者常以“西周金文民法”来概括奴隶制时代的民法。

由于人身关系和财产关系是构成民事权利义务关系的主要内容,因此根据中国古代家族制度和个人在社会上的地位,以及以土

地为主要内容的土地财产关系的发展变动情况,可将中国古代漫长的民事法律的发展过程,划分为以下三个阶段:

(一)雏形阶段——夏、商、周

夏、商、周是中国奴隶制社会的三个王朝,由于社会的主要生产资料土地国有,使得财产关系较为简单,民事法律处于雏形阶段。其特点如下:

1. 土地由国有向私有过渡,债权较物权发达

建筑在井田制基础上的土地国有制,使得国王拥有对全国土地和奴隶的最高所有权,所谓“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣。”^① 中国奴隶制时期土地的国有形式,虽属古东方国家的共同特征,但它的成因却不是源于治水,而是由氏族公有制逐渐转化来的,但在舆论上则渲染为“天赐”。国王所拥有的最高所有权,表现为由他将土地分赐给奴隶主贵族,受封诸侯只享有土地的占有权和使用权,而无所有权,国王可以随时收回封地。如同《诗经·大雅·瞻卯》所说:“人有土田,女反有之。人有民人,女覆夺之。”

西周中叶以后,地方经济的发展与诸侯的逐渐强大,使得王权衰落,宗法制度松弛,土地所有权关系也发生了明显的变化。以井田制为主干的土地国有向着贵族土地私有过渡,在贵族之间出现了以土地作为抵押、交换、赔偿、租赁和赠与等一系列新的民事法律关系。由此也产生了民事法律纠纷和相应的法律规范,据《周礼·地官·小司徒》:“地讼,以图正之”,按郑玄注:“地讼,争疆界者。图谓邦国本图。”这种地讼,在周初严格维护土地国有的条件是不可能发生的。至公元前594年鲁宣公实行“初税亩”,承认土地的私有权,而一律收税,标志着土地国有制已被打开一个缺口。从鲁“初税亩”至秦“初租禾”的180余年间,东周列国一直沿着这个方向发展,反映了历史潮流的不可阻挡。

① 《诗经·小雅·北山》。

除土地外,所有权的客体还包括奴隶、牛马及其它动产,法律均给予所有权人以保护。如同《尚书·费誓》所载:“逾垣墙,窃马牛,诱臣妾,汝(你)则有常刑。”

由于奴隶或其他动产,是允许买卖的,因此为了适应动产产权转移的需要,债法发展起来了,它所达到的程度,可以和巴比伦的汉穆拉比法典相提并论。譬如当时已经出现了买卖契约、借贷契约,无论“人民、牛马、兵器、珍异,凡卖债者质剂焉。”^①按郑玄注:“质剂者,为之券,藏之也。大市人民、马牛之属,用长券。小市兵器、珍异之物、用短券。”西周时的契券一分为二,各执其半。据《周礼·秋官·士师》:“凡以财狱讼者,正之以傅别约剂”,按郑注:“若今时市买为券书以别之。各得其一,讼则案券以证之”。如违背契约要服墨刑,在西周的国家机构中专设“司誓”、“司约”、“司盟”等官职,监督契约的履行。在市场上还设立“质人”之官,监督买卖双方成交时订立的“质剂”。以契约为法定凭证,表现了以私有权为基础的民事法律关系的发展。

2. 婚姻与继承体现了宗法制度的强烈影响

奴隶制时期的宗法制度,在性质上是以血缘关系为外貌的国家制度。宗法、等级、分封三者密切联系,形成了亲贵合一的国家组织原则与结构形式。宗法制度所确认的“尊尊”、“亲亲”、“长长”、“男女有别”的等级秩序,是奴隶制“礼”的核心,也是奴隶制民法必须遵循的指导原则。在宗法制度的支配下,实行嫡长子继承制,“立嫡以长不以贤”是任何权威也不得改变的,目的是保持贵族们的政治特权、爵位和财产权不致因继承无序而招致分散和削弱。与嫡长子继承制相适应的是提高了妻的法律地位,以妾为妻者为国法所严禁。为了表示娶妻的严肃性,早在西周时期婚姻的成立便必须有

① 《周礼·地官·质人》。

“父母之命，媒妁之言”^①和“六礼”：纳采、问名、纳吉、纳币、请期、亲迎的仪式。

宗法制度也影响着对于土地和奴隶的所有权的取得，譬如，国王是天下的大宗，同时又是全国土地、奴隶的最高所有者，由他向诸侯“授民授疆土”。民事方面的纠纷，也依宗法血缘的亲疏而有不同的制裁。

3. 开始以礼对民事行为进行实际调整

进入奴隶制社会以后，礼由祭神祈福的仪式，演变成确认宗法等级名分与秩序的行为规范，涉及到政治、经济、军事、司法、教育、婚姻、家庭等各个方面。所谓“礼，经国家、定社稷、序民人、利后嗣者也。”^②在周初制定的礼典中，就包含有较多的民事法律规定。由于礼也是以国家为后盾，以法律来保证其推行的，因此以礼来调整社会的等级秩序和人身关系，解决各种各样的民事纷争，实际上已经对民事法律行为进行了调整。礼的这种功能始见于奴隶制社会，也贯穿于整个封建社会，成为重要的民事法律渊源。

4. 神权法思想的某些影响

在奴隶制时代，统治者利用当时由于生产力水平低下而形成的人们对于自然界各种现象的迷信和畏惧，极力鼓吹神权政治，把宗教的欺骗和现实的统治结合起来，从精神上威慑广大奴隶和平民。在民事法律方面则表现为用“神意”来辩护国王最高所有权的来源。所谓“皇天既付中国民，越厥疆土于先王肆。”^③此外，契约关系的订立和执行也要求双方对天明誓。著名的西周青铜器《卫鼎（甲）》和《散氏盘》都载有立誓之辞，以示信守。

（二）确立阶段——秦汉至唐

① 《孟子·滕文公下》。

② 《左传》隐公十一年。

③ 《尚书·梓材》。

自秦汉至唐是中国封建社会由确立趋向于兴盛时期,民事立法也随着财产关系的日益复杂化而得到发展。这个时期的民事立法多见于户婚律和杂律,同时也颁布了一些单行的法令、法规。因而是中国古代民法的确立阶段。其特点如下:

1. 土地的私有权得到国家的普遍承认并与政治特权密切联系

马克思曾经说过:“法律的精神就是所有权”。^①这一时期土地私有权逐步确立,与此相适应的土地买卖也成为常见的现象。《史记·廉颇蔺相如列传》有以下记载:“今括一旦为将……王所赐金帛,归藏于家,而日视便利田宅,可买者买之。”秦大将王翦出征前,也一再向秦王索取金钱为子孙购买良田美宅。土地买卖的盛行,在客观上促进了民事法律的发展,据《汉书·食货志》所载:“至秦则不然,用商鞅之法,改帝王之制,除井田,民得买卖。”这说明承认土地买卖是商鞅变法的基本内容,也是土地私有权得到法律保障的重要表现。由此而产生了侵犯所有权的法律观念和法律制裁,孟子说:“非其有而取之者,盗也”。^②《云梦秦简》也有“盗徙封,赎耐”的法律条款。”至秦统一以后,颁布“令黔首自实田”之法,在全国范围内普遍承认土地的私有权。

秦以后,西汉实行名田;东汉西晋实行占田;隋唐实行均田,表明这一时期法律对土地私有权的调整已趋于制度化。

从汉代名田以来,贵族高官凭借政治特权取得了对土地的所有权。但田宅逾制是汉武帝时期刺使监察地方豪强的重要内容。汉代公田,也以“出假”的形式,不断转化为民间私有。晋代“占田”和唐代“均田”,进一步确认了贵族官僚按等级差别占田、受田的制度,从而使政治特权和经济特权一体化。例如,晋太康年间实行占田制,职官一品至九品,占田 5000 亩至 1000 亩不等。至于均田制

① 《马克思恩格斯全集》第 26 卷,第 358 页,北京,人民出版社,1958 年版。

② 《孟子·万章下》。

度,根据唐武德七年(624年)的均田令,官僚贵族受田的数量高于一般农民。此外,还有职务田和公廨田。他们所拥有的奴婢也可以“依良丁受田”。

这一时期,地租剥削与超经济剥削结合在一起,三国曹魏时曾颁发“赐公卿以下租牛客户各有差”的法令。晋时占田兼占佃客,并可庇荫衣食客和亲属,多者至九族,实际是允许合法地占有依附农民。作为“荫人”的佃客,没有自己的户籍,对主人保持严格的人身依附关系。

2. 对所有权的法律保护较前加强

随着私有权的发展,保护私有权的法律也逐渐细密。南北朝时期是中国历史上割据动乱时期,北方流徙之民还乡以后发生了大量的土地所有权纠纷,以至“争讼迁延,连纪不判。良畴委而不开,柔桑枯而不采,侥幸之徒兴,繁多之狱作”。为此,北魏李安世提出以下对策:“所争之田,宜限年断,事久难明,悉属今主”。^①这个建议得到高祖的认可,由此确立了民事法律关系中的“时效”原则,使流徙者不得根据几代以前的产权,提出土地要求,以保护田土的实际占有人。

晋时,对遗失物的所有权按律应还原主,否则以赃论。在《晋律》的影响下,南齐王敬则为吴兴太守时,“有十数岁小儿于路取遗物”,竟然“杀之以徇”。^②但埋藏物的所有权则随不动产的转移而转移。

唐初,鉴于隋末战乱,对于无主荒田“并许认识,各还本主”,但严禁妄认公私田为己田,及官员侵夺私人田地。根据唐律,凡属侵权行为,无论公私都要受到刑法的制裁。例如,占田过限,“一亩笞十,十亩加一等,过杖六十,二十亩加一等,罪止徒一年。”盗耕种

① 《魏书》卷五三,《李安世传》。

② 《南齐书》卷二六,《王敬则传》。

公私田，“一亩以下笞三十，五亩加一等，过杖一百，十亩加一等，罪止徒一年半”。妄认盗卖公私田，“一亩以下笞五十，五亩加一等，杖一百，十亩加一等，罪止徒二年。”在官侵夺私田，“一亩以下杖六十，三亩加一等，过杖一百，五亩加一等，罪止徒二年半，园圃加一等。”盗耕人墓田，杖一百。卖口分田，“一亩笞十，二十亩加一等，罪止杖一百，地还本主，财没不追。”

除此之外，唐律对无主物先占有者的所有权予以保护。《唐律·贼盗律》规定：“诸山野之物，已加功力，刈伐积聚，而辄取者，各以盗论。”于他人地内得宿藏物者可与地主均分；拾遗物及漂流物的获得者，也在一定条件下取得部分所有权。

3. 契约关系明显发展

随着商品经济的发展，契约的形式日益复杂化，出现了买卖、租佃、借贷契约，以及有关债务担保、时效、损害赔偿等一系列规定。以汉为例，汉代土地“卖买由己”，但要订立契约，发生争讼以券书为凭，“讼则按券以正之”。^①在出土汉墓中，发现有刻于砖、石之上的“买地券”，其中含地界、证人、不得侵犯等项内容。汉代禁止一物两卖，否则无效，并按窃盗论。出土的杨绍买地砖，所载“民有私约如律令”，^②反映了民间土地买卖契约的法律效力。在居延简中还发现有买卖布袍、长裤所订立的契约简文。^③

魏晋南北朝时期，契约成立的要件是双方合意，所谓“二主先和后券”，“券成之后，各不得反悔，悔者一罚二人不悔者”。^④唐时，买卖田宅，“一卖千休”，“寸土木石不留。”唐初，御史王义方购买宅第后，发现庭中桐树甚佳，拟另付卖主树款。宾客们以树当随宅，制无酬例。但王义方坚持招来原主说：“此佳树得无欠偿，又予之钱。

① 《周礼·秋官·士师》注。

② 钱大昕：《十驾斋养新录》。

③ 《吐鲁番出土文书》，第一册，第191页，北京，文物出版社，1987年版。

其廉不贪类此”。^①

在买卖契约中,卖主的担保责任进一步法律化。一为瑕疵担保。《唐律疏议·杂律》中明确规定:“诸买奴婢、马牛驢骡驴……立券之后,有旧病者,三日内听悔,无病欺者市如法,违者答四十”。《疏议》中强调:“若立券之后,有旧病,而买时不知,立券后始知者,三日内听悔。三日后无疾病,故相欺罔而欲悔者,市如法。违者答四十”。

二为违约担保。现存唐文书契纸中明书“若先悔者,出绢五疋”。

租佃契约虽不如买卖契约发展,但仍可见于文献记载和实物凭证。汉代的租佃关系除“或耕豪民之田,见税什伍”^②的民间租约外,官府的公田也假于民而收取田税。吐鲁番文书中发现隋大业年间的租佃契约,以及唐高宗龙朔三年(633年)与武则天天授二年(691年)的两件租佃契约,说明尽管在隋唐均田制下,民间仍然存在着租佃关系。

在借贷契约中值得提出的是:

第一,规定月利息率,不得过六分,“积日虽多,不得过一倍”。取息过律则被认为是“为政之弊,莫过于此”,并要受到惩罚,但实际上的月利息率往往超过10%。

第二,家资耗尽,无力偿债,可以“役身折酬”,计庸抵债。

第三,负债者逃亡,保人代偿;如身死,则亲属继续偿债。

第四,“诸公私以财物出举者,任依私契,官不为理。……若违法积利,契外掣夺,及非出息之债者,官为理”。^③

第五,公私债违契不偿,应牵掣者,“皆告官司听断;若不告官

① 《新唐书》卷一百一十二,《王义方传》。

② 《汉书》卷二十九,《沟洫志》。

③ 《唐令拾遗·杂令第三十三·开元二十五年》。

司而强牵掣财物,若奴婢、畜产、过本契者,坐赃论。”^①

第六,“京城内有私债,经十年以上,曾出利过本两倍,本部主及原保人死亡,并无家产者,宜令台府勿为征理”。^②

由汉迄唐,债权法的发展,反映了社会经济生活的日益复杂和多样,特别是“民间私约如律令”的规定,显示了契约在民事法律关系中的重要地位和作用。

4. 全面确立封建的婚姻家庭制度

自汉武帝罢黜百家,独尊儒术以后,儒家三纲五常的伦理学说,不仅构成了汉律的思想基础,而且在实践中起着调整婚姻家庭关系的民事法律的作用。

由汉迄唐,婚姻家庭制度以确保父权和夫权为基点,贯穿封建宗法制度的原则和精神,严格维护尊卑的伦常次序。

魏晋南北朝时期,在上族门阀制度的统治下,士庶良贱之间严禁通婚,否则被认为是“失类”。至唐代,制定了全面确认封建婚姻家庭制度的法律。唐律中详列婚姻的订立、婚姻的限制以及离婚等各项条款。例如,婚姻关系的成立以尊长同意为最重要的条件,同时强调婚书和聘财。至于婚姻的限制,仍以门第匹配为主,所谓“人各有偶,色类须同,良贱既殊,何宜配合”。^③此外,禁止同姓为婚;监临官如娶其所部百姓为妻妾者,杖一百,虽会赦仍须离异。

在离婚方面,汉律规定了丈夫休妻的“七出”之条,即不顺父母、无子、淫、妒、有恶疾、多言、窃盗与“三不去”之法,即有所取无所归、与更三年丧、前贫贱后富贵。但如属“义绝”,即夫妻杀对方直系、旁系尊亲属,或“违律结婚”,则由官府强制离异,并给予刑罚制裁。唐律中也规定了“若夫妻不相安谐而和离者,不坐”的条款。

① 《唐律疏议·杂律》。

② 《唐会要》卷八八,《杂录》。

③ 《唐律疏议》卷一四,《户婚》。

在封建时代纳妾是合法的,唐律规定:“婢女为主所幸,因而有子,听为妾。”但不得“以妾为妻”,以维护宗法嫡庶秩序。由于法律严格保护男尊女卑的夫权统治,因此夫妻在家庭中的地位是不平等的。已嫁从夫,夫为妻纲,是严格的道德教条,也是不可动摇的法律规定。

唐律也以法律的形式确认封建家长制家庭,“凡是同居之内,必有尊长”^①。家长被赋予家内财产的支配权、对卑幼的主婚权和教令权。在“导民以孝,则天下顺”^②的思想支配下,卑幼对尊长只有应尽的义务,至于其基本权利则受到漠视。

在继承方面,严格维护嫡长子继承制,“立嫡违法”者治罪。至于一般财产则诸子平分。女儿出嫁时从父母处所得妆奁是一种生前继承。其父母身死后,也可以继承部分家产。如系户绝亡家,无论在室女、已嫁女都享有继承权

以上可见,在婚姻家庭中所反映出的尊卑男女在法律上的不平等,这是封建时代人身隶属关系在家庭领域的具体体现。法律以其强制力全面维护这种不平等关系,无疑有利于维护封建的统治秩序。因此礼法结合虽然全面贯穿于封建法律体系之中,但表现在婚姻家庭制度方面尤为突出。

(三)发展阶段——宋、明、清

宋、明、清是封建经济发展时期的三个王朝。在这一历史时期内,地方豪强占有大量庄园的土地所有制,在农民起义的沉重打击下瓦解了。中小地主与自耕农民随着封建地主经济的发展而得到显著增加。由于土地买卖完全合法化,因此土地的转移加快,特别是商品货币经济的发展引起了人们义利观念的变化。自汉以来“贵义贱利”、“讳言财利”、“重农抑商”的传统观念受到了冲击。李觏首

① 《唐律疏议》卷一三,《户婚》。

② 《汉书》卷八,《宣帝纪》。