

中青年法学文库

唐代婚姻家庭继承法研究

——兼与西方法比较

金 眉 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

唐代婚姻家庭继承法研究

——兼与西方法比较

金 眉 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

唐代婚姻家庭继承法研究 / 金眉著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2009. 7

ISBN 978-7-5620-3511-4

I. 唐... II. 金... III. ①婚姻法-研究-中国-唐代 ②继承法-研究-中国-唐代 IV. D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第105125号

- 书 名 唐代婚姻家庭继承法研究
——兼与西方法比较
- 出 版 人 李传敢
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230 32开本 15.125印张 400千字
- 版 本 2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3511-4/D·3471
- 定 价 32.00元

- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史始终使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20 世纪 70 年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展，为法学的发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开

II 唐代婚姻家庭继承法研究

深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外法学界的鼎力相助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

一时代有一时代的问题，一时代亦有一时代的法律，但不同的时代自有相通的法律和法理。作为中华法系的代表，唐代婚姻家庭继承法律制度既是对夏商以来历代法律的总结、继承和发展，又是后世法律的楷模。发展到宋代，婚姻家庭继承法律制度已经相当完善，成为中国古代民事法律的重要构成部分，其规范之详密，位居当时世界法制发展的前列。隋唐以后，随着中国文化的对外输出，中国的婚姻家庭继承法律制度也开始为近邻的东亚诸国和地区所效仿。东亚不同的民族和国家有关婚姻、家庭、亲属、继承的立法都曾经以唐律所体现的高度人文性和伦理性为立法价值追求，接受唐律以血缘伦理、礼教等差为法律关系调整准则的理念。而对中国婚姻家庭继承法律的移植意义是深远的，它使得东亚诸国摆脱了婚姻家庭领域长期依靠习惯和习惯法调整的历史，在法律精神上开始摆脱原始宗教和习俗的影响而融入了儒家人文伦理的精神，推动了东亚社会的伦理化和人文礼仪化，也是一定程度上塑造了东亚民族共同的个性和气质。即便在西方文化渗透世界的今天，对婚姻、家庭价值的看重仍然是中华民族的文化传统。就此而言，研究

IV 唐代婚姻家庭继承法研究

唐代婚姻家庭继承法律制度的意义也就不限于中国，其意义也不只在古代。

这本论著是作者在原博士论文的基础上精心修改而成的。作者充分利用了唐代典章、律令、判牒、诗文以及考古发掘的材料，运用不同的分析方法，展开了从思想到制度、从制度到社会生活的全面考察，在此基础上，又与古代世界其他典型的婚姻家庭继承法律进行比较，从而揭示了传统中国婚姻家庭继承法律不同于其他民族法律的特点、精神和价值追求。全书分析论断既有新意，又深刻透辟，我为此而感到欣慰。故援笔为序，并期望作者百尺竿头更进一步。

张晋藩

2009年7月

目 录

I	总序
III	序/张晋藩
1	绪论：礼制世界的婚姻家庭继承法律精神 ——中国古代婚姻家庭继承法的意义追问
21	第一章 古代中国人的婚姻家庭法律理念 ——由自然秩序到社会法律秩序的统一
21	第一节 关于结婚成家的观念
29	第二节 婚姻家庭法律的思想基础
39	第二章 婚姻的成立
41	第一节 结婚的必备要件
46	第二节 禁婚要件及法律责任
81	第三节 婚约制度
92	第三章 婚姻的法律效力
92	第一节 法律上的人身关系和财产关系
121	第二节 一夫一妻多妾制

2 唐代婚姻家庭继承法研究

130	第四章 婚姻的终止
132	第一节 离婚类型
160	第二节 离婚的效力
164	第五章 唐代婚姻法律制度的演变及成因
164	第一节 增补禁外姻无服尊卑婚
168	第二节 唐代婚姻法律与唐代社会
198	第六章 唐代家庭法律制度
198	第一节 唐代家庭的结构、意义和法律原则
214	第二节 家长的权利与义务
227	第三节 父母子女
235	第七章 唐代亲属法律制度
235	第一节 亲属语言与类别
244	第二节 亲等制度
250	第三节 拟制血亲
260	第四节 亲属关系在法律上的效力
288	第八章 析产与继承的法律
288	第一节 关于分家析产与继承、承继
293	第二节 身份继承
299	第三节 财产继承
335	第四节 唐代妇女与财产
339	第九章 唐代婚姻家庭继承法的历史地位
339	第一节 士族婚制的衰亡

351	第二节 承前启后
401	第三节 唐代婚姻家庭继承法的世界意义
408	附论：中西婚姻家庭继承法比较
	——以唐律为中心
408	第一节 中西婚姻家庭法观念
	——以近代以前宗法伦理与
	宗教伦理的影响为线索
416	第二节 中西亲属与亲等制度
435	第三节 中西长子继承制度
451	第四节 关于婚姻决定权的比较
457	第五节 法律对婚姻主体身份的限制
464	参考文献
472	后 记

绪论

礼制世界的婚姻家庭 继承法律精神

——中国古代婚姻家庭继承法的意义追问

—

在古代中国，婚姻更像是一项伟大的事业，是为继嗣和联姻而缔结。婚姻的意义和功能一直被界定为“合二姓之好，上以事宗庙，下以继后世”，^{〔1〕}这是一个宗法的观念。中国的婚姻从观念形态到制度设计、从婚姻生活到价值取向都是宗法性的。之所以这样讲，是因为宗教对婚姻的形成和解构基本上不发生作用。在古代中国人的观念中，婚姻最根本的价值和意义与宗教无关，所以婚姻的成立是通过两个家族的联姻方式来实现，目的则是祭祀祖先和延续后代。类似的说法广泛出现于礼书、皇帝的诏令、官吏的奏章以及民间的习俗和俗语中。远观往昔和未来，婚姻是将已逝的祖先和未来的后人连结起来的不可或缺的一环，将继嗣与婚姻相连的一个直接后果就是个体在婚姻中沦为婚姻价值实现的工具，而失去主体的地位，所以我们古代的法律将婚姻存废的权利赋予家长，处罚的对象也是家长。与此相关的一

〔1〕《礼记·昏义》，见陈成国点校：《四书五经》，岳麓书社1990年版，第665页。

个定则是,只有在婚姻中出生的子女^[1]才为社会认可,即只有身处婚姻关系中的女子才有生育子女的权利,也就是说,婚姻为子女确定了得到礼法认可的社会性的父亲与母亲。与之相异,在婚姻之外出生的子女就被视为另类而受歧视。近观婚姻的现世意义,联姻的做法,在血亲之外成功地建构了人类建立亲属网络的另一途径,发展出了一种新的人际交往模式和文化。但是继嗣和联姻相比,前者才是婚姻的价值取向和终极目标,后者只是实现这一目标的方法而已。

宗法的婚姻决定了女子在家庭中只是作为依附而存在。古代中国的婚姻以聘娶婚为主要的婚姻形态,男子迎娶女子到男家成婚,新妇以夫家为居所生活,因而又被称为妇从夫居。对男子而言,娶妻意味着他因成婚而成为妻的尊长,但他仍居住在本家,他与本家的关系没有改变。女子的情况则大为不同。女子未出嫁时,在家中服从父母,她在家中的长幼名分并不因性别而受影响。^[2]在法律上,兄姊的法律地位高于弟妹。^[3]出嫁后,女子与其本家的关系在服制上降一等,对父母及祖父母的服制由斩衰三年降为期年,对其他亲属也从原服制降一等。不仅如此,这种降等还延及其后代:孙为父母服斩衰三年,为祖父母服齐衰不杖期,而外孙对外祖母只是小功亲,对母亲的祖父母,则无服可言。这种降等意味着女子及其所生育的子女与女子本家

[1] 妾与夫的关系具有准婚姻的意义,受到法律的保护,所以妾所生育的子女是符合古代法律制度的。古代法律中所称的孽子,显然是指在婚姻、准婚姻之外所生的子女,在古代法律和社会中是受到歧视的一类。

[2] 对此前辈学者赵凤喈有专论:“中国的礼教,素重视伦常,而‘长幼有序’,即五伦之一。故女子在家庭中地位,虽较同辈男子为卑逊,而长幼之名分,仍然保持。因此年长之女子,不特对于同辈年幼之女子享有优越之待遇;且对于同辈年幼之男子,有时亦立于较优于之地位,毫不受‘男女异长’说之影响”。见赵凤喈:《中国妇女在法律上的地位》,商务印书馆1928年版,第8~10页。

[3] “称子者,男女同。”见《唐律疏议·名例律》“称期亲祖父母等”条疏,中华书局1983年版,第137页。同时,唐律根据在室女在家中的尊卑、长幼之序来决定其量刑轻重。典型的例子是殴兄姊的处罚重于殴弟妹。见《唐律疏议·斗讼》“殴兄姊等”条,中华书局1983年版,第413页。

家族的疏远和夫家中心地位的确立。但女子嫁进夫家后的地位却没有得到同等的转换，因此从本家到夫家，这是妇女地位的再次下降。出嫁从形式上看是女子从一个居所转移到另一个居所，但实质上却是女子离开父母家而嫁入夫家，这种改变从礼法意义上讲，是让女子从父家长权的统治下，转移到夫宗家长权和夫权的统治下。这也带来了许多变化：嫁入夫家的女子，其姓名要于本姓之上，冠以夫姓，以示身份已属夫家。与此同时，女子本家不再拥有女子的劳动权和由此带来的收益，这种劳动能力和报酬也随同出嫁一同转移到了夫家。只有当女子离异，回归本宗后，一切才恢复如前。

婚姻的宗法性将亲属划分为宗亲、外亲和妻亲。宗亲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。外亲则是与女性相关的亲属，广义的外亲包括母亲本宗的亲属和本宗女系亲属的子女。妻亲在广义上指妻子的本宗亲属，但在五服制内仅指妻的父母。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不一样。标“外”的称谓无非是要表明这一亲属的来源是源自女性系统，当然，它同时也代表着疏远和隔膜。宗亲则是全部亲属体系的中心，男性子嗣是这一体系的筋骨，它的范围从直系看，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、左右为九形成的宗亲，称为九族宗亲。相对于宗亲，外亲的范围要狭窄得多。母亲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，例如祖父母为期亲，外祖父母为小功三月亲；伯叔父为期亲，舅则为小功五月亲。妻亲的范围更为窄小，亲属关系也更为疏远，如夫与妻的父母为缌麻三月亲，与妻的祖父母、伯叔父母则无服。

在古代中国，计算亲属关系远近的制度是服制，它用服丧时着衣的规格式样和穿着期限长短来表示。由于服制实行尊尊、亲亲、长幼和男女有别的宗法伦理原则，这就使得自然血缘同等的亲属在亲等上

4 唐代婚姻家庭继承法研究

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。奉行宗法精神的结果使得宗亲被严格局限在男系血亲的范围，女性婚后可以因配偶的身份进入夫系宗族，成为夫族的一员，但同时也因结婚而以自己的本宗疏远，表现为服制上的减等。对其本宗而言，女子一旦出嫁就不再是本宗的成员，只有在离异而返后才重新成为本宗的一员。古代中国亲属关系法中对女性出与入的排斥与接纳贯穿于世系的每一代，因而形成其亲属关系中最具特色而又最为彻底的男尊女卑宗法性。

古代中国的长子继承制从一开始就是作为宗法制度的一部分而存在，作用在于消除继承中的无序和混乱。我们看到中国历史演变的轨迹是在血亲中不断地增加区分的因素，逐渐地排除，而后人为地在同样远近的血亲中划分出尊卑贵贱高低。先是以性别为界，将血亲中的女性全部排除在家族继嗣之外，形成以父子为主轴世代相传的世系传承体系。但这一体系内还存在造成混乱的因素，因为在古代中国人看来，任何一个儿子都是父亲的血脉，他们从父亲那里继承的血统是相同的。继之而起的区分办法是利用母亲的身份，在父系血亲中划分出嫡庶这样具有本质差异的身份。来自母系的因素将父系的血亲划分成贵贱两个亲属人群，凡是正妻所生之子，为嫡子，庶妻（妾）所生之子则为庶子，母亲在婚姻中的地位决定了子女在家庭和继承中的地位。嫡贵而庶贱在古代世界的意义主要不在财产，而在身份。庶子虽是父亲的血脉，但已被剥夺家祭的权利，从血统上讲是非正宗的支系。但是在排除庶子之后的嫡子中，仍然还存在纷争的因素，这时长幼之别成为决定继承先后的关键。最后，嫡长子在父系血亲中显赫胜出，成为家族传承的正宗，称为“后”。古代中国人常用承继、承、继、继嗣一类语词表示某人的后继者或者设立这样的关系（立嗣）。这类习语不同于近现代民法上的继承含义，只用于表示嫡长子（嫡长孙）担当起门户延续的重任，所以它首先是一个宗法的概念。而嫡长子（嫡长孙）之外的诸子（诸孙）只取得财产却不能分享祖先的身份，他们取得的财产并不具有宗法继统的意义。因此，有关身份的继

承独属于嫡长子，而财产则实行诸子均分，结果是嫡长子（嫡长孙）集继后、祭祀、继产为一体，家产只是作为宗祧继承的附庸而存在。

二

婚姻的宗法性决定了婚姻家庭继承制度的世俗性。早期中华文明从夏以前的巫覡文化发展为继嗣文化，又由继嗣文化的殷商高峰发展为西周的礼乐文化，这一文化理性化的过程，是与对天神文化的逐渐淡化和对人间文化和价值的关注增长联系在一起的。在古代中国人的观念中，那些已故的祖先，与今人的区别只是身处的场所改变而已，他们的功德和恩泽通过子孙的延续和祭祀作用于现世。这样的理念决定了人们的婚姻观念中并不存在外来超自然、超人类的神灵，婚姻只是人间的俗事，它由人来选择，由人来操纵，为着人的利益而进行，婚姻只对人的利益负责，不对超人类的神灵负责。所以普通人家，按照习俗，要为祖先奉上供品，将家庭情况禀报祖先，遇到重大事情还要请祖先指点。民间的结婚程序中也不乏原始宗教的仪式，比如卜婚、测算五行与属相，有关姻缘和月下老人的传说似乎也在表明冥冥之中存在对婚姻控制的超人力量。但是，古代中国思想的主流和婚姻家庭继承制度并没有给宗教留下存在的空间。原因在于以儒家思想为主流的中国文化认为人生的价值根源在人的生命之中，生命存在本身就是人的最大价值。在儒家看来，人是一切价值的中心，^{〔1〕} 这种视生命为人生价值基础的思想，在肯定生命价值的同时也肯定了现世的价值。^{〔2〕} 儒家思想并没有将人的情感、处世态度引向神秘境界，而是消融在以家族为中心的世俗关系和现世生活中。这种积极入世的人生观，让人们关注的是现世而不是来世，也使得制度的创制和变迁

〔1〕 “天之所生，地之所养，惟人为大。”见朱熹：《四书集注》，岳麓书社2004年版，第306页。

〔2〕 参见李维武编：《中国人文精神之阐扬——徐复观新儒学论著辑要》，中国广播电视出版社1996年版，第132～133页。

都是围绕着现世社会伦理关系的演进而展开。在国家政治领域,法律强调的是君王的至高无上;在社会家庭领域,法律强调的是父慈、子孝、妇顺、友信,总之,一切都是现世性的,我们在观念和制度中看不到超自然、超人类的力量对婚姻家庭法律制度进行干预和控制,也看不到制度下的人类应对神灵承担的责任。在这样的观念和制度中,男性祖先所具有的与后人相通、相互作用的属性让中国文化消解了祖先崇拜的宗教意义。^{〔1〕}这种世俗性甚至还表现在婚礼所用物品的特殊意义上。以唐代为例,婚礼纳彩所用的九样东西各自所代表的意义不同,^{〔2〕}但都是为了现世的利益:胶和漆比喻结合的牢固;绵絮比喻双方情意绵绵,温柔和顺;菖蒲和朱苇比喻双方能屈能伸;嘉禾是吉利、幸福的意思;而一对坚硬的石头,则表明夫妻恩爱天长地久,牢不可破。

世俗的婚姻观造就了古代中国人对婚姻生活的肯定和憧憬。对男女结合的肯定,曾是早期儒家和道家的主张。^{〔3〕}一个人只要长大成人,就有权利且应当结婚,这是自古以来中国人抱定不移的信念,正如俗语所言:男大当婚,女大当嫁。中国古典诗文、传奇故事所津津乐道的士子人生的佳境便是:洞房花烛夜,金榜题名时,成婚与功名并举,缺少哪一半人生都不完满。这种文化显然与佛教修行来生和脱

〔1〕 这是就制度这样的大传统而言的。在民间习俗这样的小传统层面,宗教的因素是存在的。旧式婚俗,订婚成亲先要“合八字”。“八字”的说法源自阴阳五行。它的做法是将一个人的出生年、月、日、时,与各自的天干、地支相配,每项用两个干支代替,合为八字。男家在向女家求婚时,要请媒人询问女方的姓名和生辰八字,然后与男方的生辰八字一道,请阴阳先生占卜,看是否相合。八字相合,亲事便成;八字不合,婚事就此了结。此外,男女成亲还要选择黄道吉日。

〔2〕 段成式:《酉阳杂俎》,浙江古籍出版社1987年版,第165页。

〔3〕 孔子编修诗经,并不避男女之爱。孟子更是言:“丈夫生而愿为之有室,女子生而愿为之有家。父母之心,人皆有之。”见《孟子·滕文公下》,陈成国点校:《四书五经》,岳麓书社2003年版,第90页。从道家所传的房中书看,不仅视男女结合为符合道的自然行为,而且将此看作个人养生长寿的途径。见〔荷〕高罗佩:《中国古代房内考》,李零等译,上海人民出版社1990年版,第59~60页。

离尘世出家的主张以及基督教厌恶现世原罪的独身倾向存在差异，也成为中国人不能接受其原旨教义的原因。从人类历史看，一切宗教都是厌世的，对人类欲望的罪孽感成为宗教主张抛弃尘世的原因。在佛教文化中，婚姻、家庭是需要放弃的一种价值，个人需要从家庭中脱身，摆脱围绕家庭形成的一切，是个人脱离尘世修行的第一步。在基督教文化中，婚姻总是与亚当和夏娃相连，与原罪相连，两性之欲似乎是人类一切罪恶之源。所以在早期基督教看来，独身和禁欲是人的最高境界，结婚是不得已的做法。受到基督教影响的西方婚姻观念对婚姻生活持消极、怀疑甚至否定态度，结婚是退而求其次的不得已做法。这种对婚姻价值的否定可以追溯至古希腊时代的二元论。传统西方哲学的二元论在中世纪基督教哲学中表现得尤为明显，导致了上帝与人、天国与俗世、灵魂与肉体的一系列对立。尘世被认为是堕落，人因为“原罪”只能禁欲。强制用宗教信仰取代科学理性，用天国理想来否定现世生活，这种灵与肉的二元对立导致了基督教婚姻家庭制度的内在分裂和解体，最终表现为婚姻和婚姻制度的还俗运动，也宣告了近代婚姻制度的形成。

三

在中国，婚姻是为有德性的人类所作的一种制度设计，以区别于野性的动物。人与动物（禽兽）的区别使得礼仪性成为中国式婚姻制度和婚姻家庭生活的外在特征。由于性爱是先于文化的一种本能，它的原始冲动性严重威胁着社会身份的秩序，容易导致社会结构的解体。^{〔1〕}正是基于这种忧虑，古往今来的思想家和法律都尽力想将生育规范到夫妇关系中，设立了种种禁条，特别是在身份社会，对生育和性的禁忌更是严厉。在古代西方，宗教和宗教法在相当长的时期内担当了贬低和规范婚姻家庭的作用。在古代中国，夫妇的结合被视为

〔1〕 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版，第140页。