

· 译林 ·

日唐两令的婚姻法比较*

[日]仁井田陞著 郑奉日**译

唐代的法律中有刑罚法规的律和非刑罚法规的令。我想律令在当时法律中的核心地位是众所周知的。虽然唐令和唐律一同,在武德、贞观、永徽、开元等时期经历了多次编纂,但与开元时代的唐律流传至今不同,唐令却毁灭得几乎没有留下。尤其是,将近期从中国甘肃省敦煌发现的唐令(《永徽令》等)的零散片段除外,从目前看唐令已经灭绝。与此不同的是,我国的《养老令》却一直传到了千年后的今日。现在的唐律——与刚才所述唐令一同制定的唐律,虽说传了下来——是比我们一直认为的年代晚八十年的唐玄宗开元二十五年的编纂物,晚于我国《养老令》。这是我们近期的研究结果,照此考虑的话,无疑我国的《养老令》才是东亚现存最古老的法典。关于此点在此次报告的伊始特此声明。

那么在比较日唐两令的婚姻法的时候,首先必须要做的一件事就是恢复遗失的唐令。恢复唐令的计划并非由我开始于今日,而是前辈们早已着手的事项。我的恩师中田[薰]博士的《唐令与日本令的比较研究》应该说是拙著《唐令拾遗》的起点,而中田[薰]先生对前记唐令的研究,又来自于宫崎[道三郎]^①先生。作为唐令复原的成果我虽姑且发表了《唐令拾遗》,但这之后也仍一心扑在唐令的复原中。因此通过此次的报告,希望大家知道《唐令拾遗》之后的更多的材料。

将我国的《神祇令》和唐的《祠令》进行比较,便可知我国的大宝、养老《令》并非只是模仿唐令的产物。我国的《神祇令》是祭祀我国固有神灵的有关规定,不同于中国的祭祀天地的做法。还有在比较日唐两令时需要注意的是,日本令并不包含中国式的变革思想。在中国承认取决于天命的朝代的交替,唐律令,例如《公式令》中就有这方面的内容。在对日唐两令进行比较时,我认为应该事先了解两令的这些显著差异。另外还应该注意的,有的时候会出现文字上完全相同,但意思差异很大的情况。

*该文原题为“日唐两令の婚姻法比较”,译自1997年3月由东京大学出版会出版发行的池田温等编《唐令拾遗补》(初版)第159~167页。后附“编者附记”为池田温等所加。译文的章节编排与原稿完全一致。

**译者简介:郑奉日,沈阳师范大学法学院讲师,法学博士。

①名字部分系译者加注。下同。——译者注

二

我国《养老令》的婚姻法,大部分都规定在其《户令》中。即其中该法集中了八条规定。然而与之相当的《唐户令》的原文,目前为止所知道的仅有三条。经过不断地深入调查研究,不仅前述八条日本令中的七条,找到了相应的唐令或与之相当的遗文,而且还从其他的条文中类推出了剩余的一条。尤其是日本令中没有的与婚姻法有关的三条唐令也逐渐清晰了。今天的报告以这些规定作为基础,不过对于资料和唐令复原技术方面的内容,将在近期刊行的拙著《中国身份法史》中发表,因此不准备涉及。

三

中田[薰]博士和三浦[周行]博士等很早以前就开始了对于日唐两律令的比较研究。作为婚姻法的比较论,其核心问题时至今日已经得以确定。尤其是诸如所谓的同姓不婚、妾的地位问题等,都彰显了两国国民习俗或者是法律感情的差异,很早就得到先辈们的关注。同姓不婚,是指不允许在相同祖先的同族内选择配偶,配偶应当在同族以外选择的外婚制度的一种。在中国,该同姓不婚制度古代就有,虽然现在的中华民国民法的法律条文上已经看不到,但其悠久的传统和习俗我想不会马上就消失。此点也是满洲国的立法中的问题之一。那么为什么要回避同姓结婚呢?关于这一点,在《左传》或《国语》等古文献中有“男女同姓、其生不繁”“同姓不昏、惧其不殖也”等。这里的“不繁”与“不殖”被解释为“妇人的不孕”。不过此处的“妇人的不孕”是否具有生理学上的根据成为问题。按中国人的说法,那是人伦,道德上的问题,认为像日本人那样的同姓通婚是违背人伦、是不道德的。然而这个并不是道德或不道德的问题,即便在中国母方的亲族需要回避的范围也及其有限,因此如果考虑这一点的话,所谓道德论是不能成立的。另外,在中国人之间还有一种说法,即同姓婚是文化尺度;不过未开化民族,比如澳大利亚的民族之间,也实行同姓不婚,所以我想不能说成是文化问题而得意扬扬。关于此点姑且说到这里,在唐代同姓不婚是铁律,这在唐律里也有所体现。对此因日本的律没有能够完整地得以承继,虽不能断言,但是日本的律中似乎没有同姓不婚的禁止性规定。就算考虑律令之后的法律,我想其结果也是一样。也就是说,与中国的习俗或法律感情相异的,日本是不容接受的。

接下来说说刚才提到的妾的问题,从婚姻关系的形式来讲,日本也曾实行过一夫多妻制度。然而尽管存在一夫多妻制,但在法律上还是以一夫一妻的单婚制作为基本形式,因此夫与妾的关系被看作是从属关系。于是如果是妾的话另当别论,在有一名妻子的基础上再娶妻,即娶两名或三名同格的妻子是被禁止的。然而日本令中的妾与唐令中的妾,文字上完全相同,乍一看好像没什么区别,但实际上相差甚远。唐律令虽然没说,但在中国一提到妾,就如同奴隶和家畜一般,甚至堪称儒教经典的《礼记》,在注解里也把妾说成了“接近禽兽的东西”。于是,妾不仅要给丈夫服丧三年,而且还要给丈夫的妻子服丧一年,但是丈夫及其妻子都不需要给妾服丧。(话虽如此,但在中国,妾只要生下儿子,实际生活中其地位就会大幅提高。特别是当她的儿子成为家长时,其地

位就会进一步提高。)同样的问题,从日本的令上看,妾既不是贱奴,也不类似于禽兽,而与妻子一样是丈夫的二等亲。在我国古代,妾与妻子相比,的确在法律地位和实际社会中的地位上多多少少会倾向于劣势,但差别并没有那么显著。另外,为了避免话题变得复杂,在这里我虽然只说了妻子与妾的问题,但事实上婚姻关系的形式相当复杂。就我国而言,奈良时期有次妻,其地位在妻子和妾的中间,奈良时期之前,也有与正妻——“嫡妻”相对应的“后(次)妻”,这些在中田[薰]博士的研究就能看到。另外,正如中国的唐律中所见,有禁止有妻者再娶(日本律也相同)之规定,但这些只不过是法律的书面形式而已,在习俗上从古到后世,除一个妻子外,不算妾,常常还有两三个妻子。尤其唐代的官方文书户籍中就有登记有两三个妻子的情况。另外,中国的资料上也出现了其地位在妻和妾中间的次妻。尽管称作一夫多妻制,但比普通的丈夫与妻妾的关系更加复杂。在这个复杂的婚姻关系的形式某点上,日本和中国之间曾有过相类似的时期。然而我想这一切的发生并不是因为相互之间有联络,而是缘自各自的习俗。

正如前述,不应该将我国的律令和唐的律令放在同列上看,按其传统和习俗是完全不同的事物,我想应该深刻地认识到这点。但是彼此之间的传统和习俗并不一定会必然矛盾冲突,在其不冲突时,彼此的法律也应以用同样的语句来表现。接下来,就日唐两令,特别是其中的婚姻法,我想从上述点进行思考。

四

首先看一下婚姻的成立要件问题。关于结婚年龄,日本令中男子为十五岁,女子为十三岁。与之相当的唐令,虽然原文不详,但经过不断地调查,发现唐令也与此相同。关于结婚年龄,很难想象会有致使日唐两令之间形成必然差异的日唐在习俗上的不同——也就是说日唐两令以用同样的语句表现出来,我想也不奇怪。

其次,缔结婚姻,如果有父母(健在)必须得听从其命征得其同意。此点在日本令中有明确的记载,作为婚姻法尽管与前述的结婚年龄相关的内容一同,都是重要的规定,但唐令的原文一直都不详。不过对此,此次弄清了唐令的原文。原来,日本不用说,在中国父母具有很高的权威,且是永久的。日唐两令同样,将母亲也和父亲作为亲权的主体,即规定了共同亲权,对违背双亲教诲的子女加以惩戒,假如惩戒的结果,给子女的身体造成了伤害,法律也不会过问。这个与只有父亲拥有权力的某一时期的罗马法不同,同父亲一样,母亲也是亲权的权利主体。讲究孝顺父母的日本以及中国,在其法律中同时出现共同亲权,我认为也不是什么特别不可思议的事情。婚姻中的父母之命当然与父母的这种权威相关联。

再次,在日本的令中,婚姻必须是非所谓的奸后的——通奸关系后的婚。也有与之相当的唐令,只是在从前的研究范围内不得而知而已。在日唐律令中,合法婚姻外的男女关系是通奸,且原则上是可处罚的。

从婚约成立后,取消婚约的相关规定中也能发现日唐两令的相类似性。另外顺便

说一下,按唐律及日本律中的规定,授受聘礼或婚书,婚姻就会成立。

复次,与离婚相关的规定中,日唐两令中有名的是七出、三不去以及义绝。七出正如众所周知,无子者,去;品行恶劣者,去;不孝顺父母者,去;多口舌——妇女多言,去;盗窃——有偷窃癖者,去;嫉妒——爱吃醋的女子,去;其他恶疾,解释为癩病,有此疾病的女子,去。即如果符合这七种法定情形之一的,丈夫可以随意分手即弃妻。不过,附有所谓三不去的限制,糟糠之妻等除非是品行恶劣者或者恶疾者,否则就算符合前述法定情形,也不可去。还有所谓的义绝,即不论何种理由,都必须离婚的情形。比如殴打祖父母父母,或者杀死外祖父母等情形。在日本,制定律令之前,离婚权就只属于丈夫,中国古代也是如此。比如,在令制上,在丈夫失踪等情形下,允许妻子再婚,虽然从结果上看先前的婚姻得到解除,但妻子并不能根据单方意思与丈夫离婚,即弃夫。在中国,也有因弃夫而出名的汉代朱买臣的故事。可能很多人不知道朱买臣,他是与典故“富贵不归故乡,如衣锦夜行”和“覆水难收”有关的人物。朱买臣是现在的浙江省会稽人,尽管家境贫穷,但喜欢读书,背着砍柴也不忘大声读书。于是他的妻子提出了分手,并说道:“和你一起走太丢人了。像你这样的人绝对不可能出人头地,我们离婚吧。”对此朱买臣说道:“不久的将来我一定会出人头地让你享福,所以暂且忍耐一下吧。”可是妻子却不答应,因此只能按妻子的要求离了婚。这起码是协议离婚(合意离婚),我觉得这样解释会更好些。即使是这里所说的“弃夫”,也绝不是与“弃妻”意思相对应的“弃妻”——并非是妻子单方决定的离婚。后来朱买臣,如他所愿出人头地,当时的天子赐他衣锦还乡,回到故乡会稽当了太守,他的前妻知道后很震惊,遂恳求复婚,可是覆水难收,遂羞愧难当自缢而死。像这样的协议离婚即合意离婚另当别论,不论是日本还是中国从古代开始离婚是丈夫的特权。因此,在日唐之间出现相同的法律也不足为怪。不过作为法定离婚原因,如前所述,连日本令也凑齐了七出即七个离婚原因和三不去的事由,我想这些大部分参考的是唐令。

最后,离婚即七出时,丈夫的祖父母、父母健在的话,必须征得他们的同意才行。这些一直以来只为日本令所知,但调查研究的结果,弄清了与此日本令相同内容的唐令原文。这种条文与前述之婚姻需要父母同意的规定宗旨相同,这样的规定即使日本令中存在也不是什么不可思议的事情。

五

在日唐两令的比较研究中,复原遗失的唐令原文是不或缺的,此次的日唐两令的婚姻法比较,也是在复原大量唐令原文的基础上进行的,就其结论而言,日本令中的婚姻法在参考唐令时,来自我国传统和习俗的东西,并没有被唐法所替换,也是不可替代的,因此日唐令的婚姻法中相同的条款,我想可以肯定的一点就是它并不是单纯的移植,在它的背后有着很多的传统和习俗的一致性。不过不能认为法律的制定公布和法律的实效性一定会一样。就前述的中国的离婚而言,正如古代的七出,离婚原因是法定的。这虽是有因离婚制度,但几乎等同于无因离婚,丈夫不问法定原因,按其一方的意愿就可

与妻分手,这在古代并非罕见。我想同样的事情在日本也存在,就算律令制定颁布出来,也不能轻率地说每一条都具有实效性。

(《日本诸学振兴委员会研究报告》一四篇,1942年3月)

编者附记:有关本文所涉内容,还可参考《日本思想大系三律令》(岩波书店,1976)户令补注第562~565页(吉田孝执笔),关口裕子的《日本古代婚姻研究》上、下(塙书房,1993)等。

[责任编辑:张田田]

法史问答录

问曰:王老师好!刚才有学生问我,古代对“聚众淫乱”有明确的法律规定吗?妓院卖淫是合法的吗?我印象里应该有的,好像百姓更自由些,但是对官员有明确限制,而各个朝代可能还有区别,但是我真的无法确切回答,不知该去哪儿查更权威。每当有了困难,我总会一如既往地想到您,特向您请教,请您点拨一二,不胜感激!

答曰:中国古代将“聚众淫乱”称为“朋淫”或“朋奸”,此罪名出现较早。《尚书·益稷》:“朋淫于家,用殄厥世。”《尚书·伊训》:三风十愆:“敢有恒舞于宫,酣歌于室,时谓巫风。敢有殉于货色,恒于游畋,时谓淫风。敢有侮圣言,逆忠直,远耆德,比顽童,时谓乱风。”都有聚众淫乱的意思。后世虽无“聚众淫乱”的罪名,但“和奸”即为犯罪,轮奸即为死罪。依“举轻以明重”的原则,聚众淫乱则为重罪。关于妓院的规定,可参看《中国娼妓史》,现有多种版本。官员嫖娼,为历代所禁止。唐代官员,监临主守于所监守内犯奸罪者,加奸罪一等处罚。但唐代官员可自家养娼。明清法律明确规定:“凡文武官吏宿娼者,杖六十。挟妓饮酒,亦坐此律。”其官吏子孙宿娼,罪亦如之。妓院既然合法,平民百姓嫖娼则不为犯罪,而官吏嫖娼则构成犯罪,说明百姓比官员在这方面更自由些。雍正修律时,有说明立此法的原因:“此慎官方,而戒淫佚也。凡官吏皆有治人之职,而奸宿娼妇,则荡闲越矩,有玷官方,故杖六十。”(王宏治)