

民国时期婚姻法 近代化研究

料，我们不能排除《妇女运动决议案》的通过与共产党的积极推动存在某种关联性；从而也就说明，婚姻法近代化所取得实质性进展，并不完全是国民党及国民政府的作用。但是以立法和司法的形式对婚姻自由、男女平等（包括女子继承权的获得）原则的肯定和确认，在某种程度上确实反映了国民党政府的积极态度，同时也说明，权利的获得过程是一个斗争过程。不单中国，国外也是如此……

王新宇
■ 著

民国时期婚姻法 近代化研究

料，我们不能排除《妇女运动决议案》的通过与共产党的积极推动存在某种关联性；从而也就说明，婚姻法近代化所取得实质性进展，并不完全是国民党及国民政府的作用。但是以立法和司法的形式对婚姻自由、男女平等（包括女子继承权的获得）原则的肯定和确认，在某种程度上确实反映了国民党政府的积极态度。同时我们也看到，权利的获得过程是一个斗争过程，不单中国，国外也是如此……

王新宇
著

责任编辑：罗洁琪

图书在版编目 (CIP) 数据

民国时期婚姻法近代化研究/王新宇著.
—北京：中国法制出版社，2006.9
ISBN 7-80226-525-8

I. 民... II. 王... III. 婚姻法-研究-中国-
民国 IV. D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 114251 号

民国时期婚姻法近代化研究

MINGUO SHIQI HUNYINFA JINDAIHUA YANJIU

著者/王新宇

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2006 年 9 月第 1 版

印张/9 字数/170 千

2006 年 9 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-525-8

定价：18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66022958

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

序

制度是理性的产物。构建人类社会的制度，以理性的设计和运行为基础；随着社会的演进和发展，其理性的成分愈发加重。在以理性为主旋律的近现代社会之中，惟独家庭成为情感的绿洲，保持着些许非理性的设计，保留着些许人类情感的原始风情。在社会变革过程中，家庭领域始终是制度理性需要占领但又难以攻克的最后一个堡垒。

婚姻、家庭、继承法是法律体系中最具民族特色、与国国情民风联系最为直接、密切的部分。无论是法律制度的渐进式演变、革命性变革，还是移植式引进，婚姻、家庭、继承制度都最大限度地保留本国文化中的传统因子，并展示其保守性、稳定性。传统中国，重宗法血缘，讲伦常关系，婚姻、家庭、继承制度尤其受到宗法文化的影响而具有独到的坚韧性。清末、民国时期发生的法律变革，表现为固有法律体系逐渐解体，基

于西方近代法律理论和法律原则并结合部分本国法律传统，构建新型法律体系。

中国近代法律变革，体现了不同文明之间法律移植所具有的典型特征：在公共活动及公民关系中，注重引进外来制度；在家庭关系和亲属身份中，则更多地保留本国传统。从清末到民国，与宪法、刑法、司法体制、诉讼程序等领域在理性主义大旗下实施的大刀阔斧、轰轰烈烈的制度变革不同，涉及婚姻、家庭、继承等关系的法律变革，则更多地表现为对固有文化和传统情感的眷念，因而保持一种缓慢的节奏和凝重的步伐。但即便是集中体现文化传统和民族情感的婚姻、家庭、继承制度，也必须在社会革命、法律变革过程中面临并接受外来文化的冲击。深入研究社会革命和制度变革过程中的婚姻、家庭、继承法律，能够更清晰地揭示近代法律改革的真实全貌，而且，也能揭示变革年代民族文化、民族情感和民族心理的变迁和归宿。

王新宇攻读博士学位期间，致力于中国近代婚姻法的学习与研究。其在完成学位论文《民国时期婚姻法近代化研究》的时候，运用其法理学功底，注重对中国近代婚姻立法、婚姻司法在社会变革、制度转型期历史变迁的理论探讨。出版之际，欣然作序。

朱 勇
2006年6月

目 录

引 言	1
第一章 中国婚姻法近代化的前奏	6
第一节 清末婚姻法草案探源	7
一、立法准备	9
二、“务期中外通行”之立法原则	15
三、政治因素与立法目的	17
第二节 清末婚姻法草案介评	18
一、清末婚姻法草案的内容	19
二、婚姻法草案的特性	32
三、婚姻法草案的历史地位	35
第二章 传承与变迁：民国婚姻立法的两面性	40
第一节 民国时期婚姻法草案沿革	42
一、北洋政府时期的因循守旧	42
二、南京国民政府时期的现实应对	48
三、历次草案差异	65
第二节 南京国民政府婚姻法的制度导向	71
一、由身份而契约：婚约及其效力	72
二、以变为守：婚姻及其效力	76

三、传统整合：离婚及其效力	83
第三节 南京国民政府婚姻法特性分析	93
第三章 泥守与权变：北洋政府时期的婚姻司法	105
第一节 定婚的因袭与突破	108
一、主婚	108
二、定婚构成要件	119
三、定婚效力	123
第二节 婚姻旧例的墨守	128
一、婚姻制度	129
二、婚姻效力	141
第三节 夫权特征的离婚制度	144
一、离婚方式	145
二、夫权离婚制度与离婚原因	148
三、离婚效力	152
第四章 护持与变通：南京国民政府时期的婚姻司法	154
第一节 契约化的自由导向：婚约	155
第二节 婚姻形式进化与制度变例	169
一、婚姻成立要件及其实效考证	170
二、婚姻制之变例	183
三、财产效力	198
第三节 司法中的离婚条件与离婚效力	206
一、通奸、通奸罪和不名誉之罪	209
二、不堪同居	214
三、离婚后财产分割、赡养及监护	220

第五章 近代婚姻法的流变与反思	226
一、婚姻法近代化的表象与实质	227
二、从婚姻法近代化看法律与社会事实之和谐	232
三、婚姻法近代化的催化剂：妇女运动	236
四、婚姻法近代化后的走向与启示	242
附录一：民国时期九省订婚习惯概览	246
附录二：东方玉箫撤销婚姻案	254
参考文献	270
后 记	278

引 言

民国以前，中国没有近现代意义上的私法，也没有专门的婚姻法。本书中所要研究的对象，实际上是民国时期颁布的《民法典·亲属编》及历次草案中关于婚姻的章节。书中所称草案，也是民律或亲属法草案的组成部分。

婚姻法一词的使用，并非独创。胡长清在其著作《中国婚姻法论》中所论述的婚姻法，其内容界定与笔者的研究范围相同。所著《中国婚姻法论》，^①是胡长清根据其在国民党中央政治学校亲属法讲稿中的婚姻法部分编写的。有学者对上个世纪二十年代到四十年代的有关婚姻家庭的学术研究作了总结，认为：那一时期有相当一批法学家致力于该研究。但民国时期的研究，写作体例基本上遵循民法亲属编的体系；在内容上更

^① 胡长清著：《中国婚姻法论》，法律评论社，民国二十年十二月版。

偏重于对法律条文的诠释。^①

除了民国时期的研究以外，当代学者对民国时期的亲属、继承虽有涉猎，但尚有很多问题尚待专门和深入的研究。民国时期婚姻法的近代化研究，也有许多问题需要进一步的探讨和揭示。因而，这一课题，无论是从断代法史、还是部门法史的角度，都有一定的研究价值。

本书的婚姻法近代化研究，以近代男女平等、婚姻自由和一夫一妻制三大婚姻法原则作为标准。研究分为三个层面：一是制度层面，分析这一时期法律体系的完善和法律制度的确立与演进；二是实践层面，表现为司法机关以其司法理念对法律文本和社会事实所作的沟通，司法机关的实践过程，也是婚姻法进化的社会化过程；三是意识层面，表现为社会主体包括司法主体对新法的承受、适应以及遵守程度。南京国民政府的婚姻法，作为近代化的改革成果，首先意味着某些传统的断裂和流失，新生成的婚姻法，更需要籍靠官方力量予以强力推行，才能使社会主体形成新的行为方式和习惯，使婚姻法萌生一定的社会适应力。本书的研究，有两条线索：一是理论研究，以历次草案作为研究对象，以南京国民政府颁行的婚姻法为落脚点，来探寻近代化的轨迹。二是实证分析，以司法机关的实际操作为研究对象。对司法机关进行研究的原因有两个方面：一是民国时期，由于立法的缺省，有将近二十年的时间司法机关援用的是前清律例，即：现行刑律的民事有效部分。在政体发

^① 参见马忆南：“二十世纪之中国婚姻家庭法学（之一）”，<http://freelaw.myrice.com/lunwen/008.htm>。

生变革以后的近代社会适用前一政权的法律，如何进行法律和社会的协调，是很值得学界关注和研究的。笔者在研读资料的过程中发现，北洋时期大理院的婚姻司法和南京国民政府时期最高法院的婚姻司法，出现了极大的转折。所以将实证分析又分成了两部分，在对比中，更能清晰地探寻婚姻法的演进过程。二是民国时期属于判例法时期，审判机关也具有立法机关的性质；司法机关的叛例在某种程度上已经改变或废除了原有的法律规定。

研究所使用的材料，大体上分为三种：一是不同时期的法律草案文本，主要用于对比说明和理论分析；二是民国北京政府时期大理院的判例、解释例，南京政府时期司法院的解释例、最高法院的判例，以及笔者所收集到的少数地方判决，主要用于实证分析；三是民国时期学者的著述与学说，通过那一期学者们对婚姻法的理解和认识，来加强理论论证。

人类自古至今，所经历的群婚制、对偶婚制和个体婚制（一夫一妻制）是与当时的社会历史条件，特别是经济基础相联系的，是以具体的历史形态存在于社会发展的一定阶段。正如恩格斯曾经指出的：“这三种主要的婚姻形式在大体上与人类发展的三个主要阶段相适应。群婚制是与蒙昧时代相适应，对偶制是与野蛮时代相适应的。……一夫一妻制是与文明时代相适应的。在野蛮时代的高级阶段，在对偶制和一夫一妻制之间插入了男子对女奴隶的统治和多妻制”。^①

^① 参见潘晓梅、严育新著：《婚俗简史》，中国社会科学出版社2004年版，第4页。

中外婚姻沿革，根据婚姻成立方式大致分为五个时期^①：

(一) 掠夺婚时期（暴力掠夺女子为妻室）。

(二) 有偿婚时期（婚姻必须是男子对于女子或其父母支付一定财物而成立），有学者称之为买卖婚，如陈顾远（详见氏著《中国婚姻史》）。

(三) 聘娶婚时期（男子对女子或其父母纳送聘财所成立的婚姻，以主婚权人主婚为特征），胡长清先生称这种聘娶婚为我国特有的婚姻方法，这种婚姻形式也为我国现代社会所保留。

(四) 允诺婚时期（婚姻结合须男女本人双方合意而兼得其父母许可）。

(五) 自由婚时期（其结合本于当事人自由意思表示，父

① 这种分类，是笔者在对比、总结各学者观点的基础上得出的。胡长清在其《中国民法亲属论》中，分为四个时期：（一）掠夺婚时期（以暴力掠夺女子以为妻室）；（二）有偿婚时期（婚姻必须是男子对于女子或其父母支付一定财物而成立），有学者称之为买卖婚，如陈顾远。（三）聘娶婚时期（男子对女子或其父母纳送聘财所成立之婚姻）（四）共诺婚时期（以男女双方合意为主所成立的婚姻）。

民国时期，法官训练所所用培训教材中分为六个时期：（一）掠夺婚时期，古昔部落时代往往以暴力掠夺他人之妇女以为妻室；（二）买卖婚时期，以金钱财帛为妇女之代价因而取得该妇女；（三）聘娶婚时期，虽将前此之金钱买卖易为礼物纳聘似较进步，然往往计较聘金之多寡仍不啻变相买卖；（四）赠与婚时期，由父母或其他主婚权人任意以女子赠与他人为其妻室，其赠与目的虽无意于得其代价，但婚姻男女本人竟不得参加意思于其间，仍不免视妇女如物品；（五）允诺婚时期，婚姻结合须男女本人双方合意而兼得其父母许可。此种制度虽是进步，但仍受他人干涉未能完全出于当事人意思；（六）自由婚时期，其结合本于当事人自由意思，父母家长并无所谓主婚权。

母家长并无所谓主婚权)。除了保护公共利益及个人福利法律设有相当限制,当事人有充分的婚姻自由权。

根据当事人的自主程度不同,民国时期的婚姻状态,经历了聘娶婚时期、允诺婚时期、自由婚时期的演变与混杂;婚姻人数上,主要体现为从一夫多妻婚(包括一夫一妻多妾婚)向一夫一妻婚的转变。本书的研究,以上述婚姻沿革的阶段特征为对照分析的基点,并以此作为研究背景,描述近代化轨迹。

本书力图以一个完整、全面的立体布局,对民国时期的婚姻法近代化进行多层次、多方位的揭示。本书的尝试,也希望通过比较法学、历史法学及法律社会学的方法来探讨婚姻法的演进,并希望历史的经验和教训能给现代立法以启示和参考。

第一章 中国婚姻法 近代化的前奏

鸦片战争，拉开了中国社会近代化的序幕。但这种近代化，却是被动之下的社会变迁，既缺少内在驱动力，也缺少足以适应变迁的社会基础。中国法律近代化正是发生在这种社会背景之下。如何向近代法制演进与转化，如何扬弃传统法律文化，如何吸收西方法律理论和法律原则，又如何使制定的法律规范合乎本国事实并最有效地付诸实施等诸多问题都是中国法律近代化所要面临和解决的，这些问题的存在也决定了中国法律近代化是一个艰难、曲折的过程。“中国法律近代化，……最终体现为由国家最高统治者发动、通过自上而下的行政程序推行的全方位法律改革”；“就时间而言，中国法律近代化，始

自清末改革，完成于南京国民政府‘六法体系’的确立”。^①清末改革，是中国法律近代化的开端，那么对作为中国婚姻法近代化前奏的清末婚姻法草案^②，我们有必要进行详细探究。

第一节 清末婚姻法草案探源

清末婚姻法草案，作为清末民律草案的的组成部分，其修订是以清末的变法修律为背景。但清末的变法修律，则并非清廷当局所自愿。“戊戌变法”就曾遭到了慈禧集团的血腥镇压，以失败而告终。

太平天国运动爆发和八国联军入侵，使得清庭内外交困，晚清当局在政策上不得不进行了重大转变，提出：“世有万古不易之常经，无一成罔变之治法。穷变通久，见于《大易》。损益可知，著于《论语》。盖不易者三纲五常，昭然如日星之照世；而可变者令甲令乙，不妨如琴瑟之改弦——大抵法久则弊，法弊则更”，“法令不改，锢习不坡，欲求振作，须议更新”。并要求臣下，“各就现在情形，参酌中西政要，举凡朝章国故，吏治民生，学校科举，军政财政，当因当革，当省当并，——如何而国事始兴，如何而人才始出，如何而度支始

① 参见朱勇主编《中国法制史》，第十五章，“传统与变革：中国法律近代化”，法律出版社1999年版。

② 本书所称婚姻法草案属于民律草案之亲属编中有关婚姻的章节；所称婚姻法为民法典之亲属编颁行后其关于婚姻的相关规定。文中法条序号，按照台湾司法行政部印行的《中华民国民法制定史料汇编》予以引用，其中的《大清民律草案》亲属法法条单独计算，未与其他三编合计。引用时，条文前面分别加以编属，以示区分。

裕，如何而武备始修，各举所知，各抒己见，通限两个月内悉条文议以闻”。^①

光绪二十八年（1902年）二月，清廷再次下诏：“中国律例，自汉唐以来，代有增改。我朝《大清律例》一书，折衷至当，备极精详。惟是为治之道，尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善。——著各出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部。并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞，慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆编纂，请旨审定颁发。总期切实平运，中外通行，用示通变宜民之至意”，^②后“著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，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”。^③

光绪三十三年（1907年）四月，民政部根据“预备立宪”谕旨明确提出厘订民律并条陈理由如下：“查东西各国法律，有公法私法之分。公法者定国家与人民之关系，即刑法之类是也。私法者定人民与人民之关系，即民法之类是也。二者相因，不可偏废。……各国民法编制各殊，而要旨罔纲，大略相似。举其萃萃大者，如物权法定财产之主权，债权法坚交际之信义，亲族法明伦类之关系，相续法杜继承之纷争，靡不缕晰条分，著为定律。临事有率由之准，判决无疑似之文，政通民

① 《光绪朝东华录》，总第4655页。转引自张晋藩总主编，朱勇主编《中国法制通史》（第九卷 清末·中华民国），法律出版社，第160页。

② 《清德宗实录》，卷495。转引自张晋藩总主编，朱勇主编《中国法制通史》（第九卷 清末·中华民国），法律出版社，第161页。

③ 《大清法规大全》卷首，第1页。

和，职由于此。中国律例，民刑不分，而民法之称，见于尚书孔传。历代律文，户婚诸条，实近民法，然皆缺焉不完，……窃以为推行民政，澈究本原，尤必速定民律，而后良法美意，乃得以挈领提纲，不至无所措手。拟请飭下修律大臣斟酌中土人情政俗，参照各国政法，厘定民律，会同臣部奏准颁行，实为图治之要。”^①

同年九月，清廷派沈家本、俞廉三等人作为修订法律大臣，参考各国成法，体察中国礼教民情，主持修订民律。沈家本于次年十月奏请聘用日本法学家志田钾太郎、松冈义正主编民律总则、债权、物权三编。亲属、继承二编因“关涉礼教”，由修订法律馆会同礼学馆编订。但作为私法的民律，中国向无旧体，“历代律文，户婚诸条，实近民法，然皆缺焉不完”，民政部奏请以三年为限，完成各项草案。

一、立法准备

虽然时间紧迫，但为慎重起见，草案修订前，清廷还是着重进行了两项颇费时力的准备工作：一是翻译外国民法，二是大规模的调查民商事习惯。

1. 外国民法的翻译

前文已多次提及“查取各国通行律例”、“参照各国政法”、“参考各国成法”等，但参酌外国法律，其前提条件是必须有可供立法者参考阅读的外国法律、法学译品，“欲明西法

^① 《光绪朝东华录》（五），总第5682页。