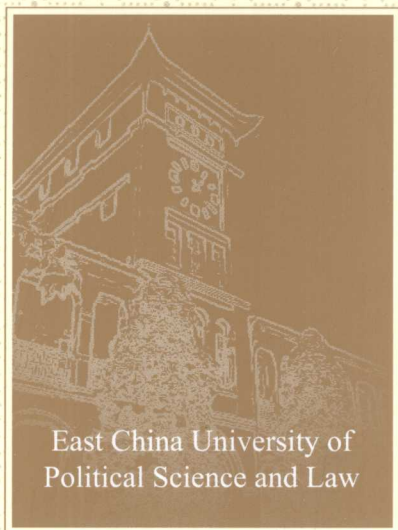




复校三十周年庆典文丛



《中华民国民法·亲属》研究

许莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



复校三十周年庆典文丛

《中华民国民法·亲属》研究

许莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《中华民国民法·亲属》研究/许莉著. —北京:法律出版社, 2009. 9

(华东政法大学复校三十周年庆典文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9894 - 1

I. 中… II. 许… III. 民法—研究—中国—民国
IV. D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 155439 号

《中华民国民法·亲属》研究

许莉著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.25 字数 198 千

版本 2009 年 9 月第 1 版

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9894 - 1

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

纪念,以学术的名义

——华东政法大学复校三十周年庆典文丛总序

忆往昔,桃李不言,自有风雨话沧桑。1952年6月,经华东军政委员会批准,华东政法学院由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因,于1958年和1972年两度停办,1979年经国务院批准复校。2007年3月,经教育部批准,华东政法学院正式更名为华东政法大学。2009年系华东政法大学复校三十周年。

自20世纪50年代从华政的红墙绿瓦中走出新中国第一批政法干部开始,五十多年来,学校在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市建筑保护单位”、“上海市花园单位”、“国家司法考试阅卷基地”。学校设有22个

本科专业,18个硕士点,2个专业学位点,10个博士点,1个博士后流动站;拥有法学一级学科硕士、博士学位授予权;1个国家重点学科、1个国家级教学团队,3门国家级精品课程。学校在教育部的教学评估中两次获评优秀,毕业生司法考试通过率在全国名列前茅,被誉为“法学教育的东方明珠”。

复校三十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。而华政的莘莘学子,也见证着学校各方面的长足发展。硬件方面,从帐篷办学到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美轮美奂;软件方面,从实现上海市法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白,2009年国家社科基金课题法学类立项数名列全国第一。而2007年3月,华政更名大学的成功,更标志着学校从此踏上了多科性特色大学的新的征程。

此番出版复校三十周年庆典文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之机会。故而,入选本文丛的,绝大多数是并不拥有教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政复校三十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学复校三十周年庆典文丛编委会

2009年9月

目 录

导论 001

第一节 选题的意义和现有研究成果 001

一、选题的意义 001

二、研究成果及研究方法 003

第二节 亲属、亲属法及《中华民国民法·亲属》 006

第三节 家族本位与个人本位之辨析 009

一、法律本位的内涵 009

二、家族本位与个人本位辨析 012

第四节 我国传统社会亲属制度的特点 017

一、传统亲属立法的形式 018

二、传统亲属制度的主要内容——以《大清律例》为例 019

三、我国传统亲属立法的特点 021

第一章 《中华民国民法·亲属》的立法背景 023

第一节 清末民初的亲属立法和司法 023

一、清末修律中的亲属立法 024

二、北洋政府时期的亲属立法 026

三、北洋政府时期大理院的司法活动 028

第二节 《中华民国民法·亲属》的法律本位选择 030

一、法制局草案及其特点	031
二、家族本位与个人本位之争	033
第三节 《中华民国民法·亲属》的立法原则	037
一、《民法·亲属》的制订过程	037
二、“先决意见”与《民法·亲属》的立法原则	038
第四节 《中华民国民法·亲属》的社会背景分析	043
一、政治方面,男女平等和婚姻自主符合当时国民党的政治诉求	043
二、经济方面,女性经济地位的提高是确立男女平等原则的基础	047
三、文化思想方面,男女平等和婚姻自主观念得以张扬	050

第二章 《中华民国民法·亲属》的制度分析 053

第一节 传统亲属制度的废弃	053
一、亲属类型和范围的变化	054
二、家制的废存之争与家长权的削弱	057
三、继母法律地位的变动	061
四、妾的法律地位的变动	064
第二节 结婚制度中的变革与妥协	068
一、从订婚到婚约	069
二、禁婚亲的范围之争	074
三、法定婚龄的确定	076
第三节 残留夫权色彩的别体主义夫妻关系	080
一、夫权向配偶权的不彻底转变	080
二、全面移植的夫妻财产制度	092
第四节 从专权离婚向平权离婚的转变	097
一、专权主义的传统离婚制度	097

二、平权主义离婚制度的确立 099

第五节 家长权向亲权的转变 102

一、传统亲子关系的特点 103

二、“亲本位”亲权制度的确立 104

第三章 《中华民国民法·亲属》的审判实践和实施效果 110

第一节 中华民国最高法院审理婚姻家庭案件概况 111

第二节 婚约判例的实务分析 113

一、父母代订婚约的效力 114

二、婚约的效力 119

第三节 离婚判例的实务分析 126

一、诉请离婚理由的认定 127

二、离婚的法律后果 137

第四节 特殊婚姻案件的实务分析 146

一、诉请同居案 146

二、别居之诉是否成立 148

三、法定夫妻财产制度的适用 152

四、妾与家长的关系 156

第五节 《中华民国民法·亲属》的实施效果分析 161

一、离婚现象增多,女性权利意识增强,但男女平等观念未普及 161

二、婚姻自主权得到城市青年的普遍认可 165

三、法定婚龄的适用效果不明显 167

第四章 《中华民国民法·亲属》的比较研究 171

第一节 《中华民国民法·亲属》与清末民初亲属法草案的比较 171

- 一、清末民初历次亲属法草案的立法本位分析 172
- 二、《中华民国民法·亲属》的立法本位辨析 177
- 第二节 《中华民国民法·亲属》与《中华苏维埃共和国婚姻条例》
之比较 182
 - 一、立法原则的比较 183
 - 二、立法技术的比较 189
 - 三、具体制度的比较 191
 - 四、实施过程和社会效果的比较 198

第五章 “中华民国民法·亲属”在台湾地区的修改 202

- 第一节 “中华民国民法·亲属”在台湾地区的第一次修正(1985年
的修正) 203
 - 一、修正的背景和经过 203
 - 二、修正的原则和主要内容 205
 - 三、对1985年修正的评价 209
- 第二节 “中华民国民法·亲属”在台湾地区的第二次修正(1996年
及1998年的修正) 211
 - 一、修正的背景和过程 211
 - 二、修正的原则和主要内容 213
 - 三、对1996年及1998年修正的评价 216
- 第三节 “中华民国民法·亲属”在台湾地区的第三次修正(2002年
夫妻财产制的修正) 217
 - 一、修正的背景和过程 217
 - 二、修正的基本原则和主要内容 219
 - 三、对部分修改内容的质疑 223
 - 四、对2002年修正的评价 225

五、与 2001 年《婚姻法》修改的比较 226

第四节 “中华民国民法·亲属”修正的启示——兼论亲属法
发展的新动向 228

一、“中华民国民法·亲属”修正的启示 228

二、亲属法发展的新动向 231

结论与启示 234

附录 240

参考文献 245

导 论

第一节 选题的意义和现有研究成果

一、选题的意义

《中华民国民法·亲属》由南京国民政府于1930年12月26日颁布,1931年5月5日施行,是我国第一部正式颁布实施的亲属法,至今仍在我国台湾地区适用,在我国亲属法立法史上无疑占有举足轻重的地位。新中国成立后,在特定的历史条件下,人民政府全盘否定了国民党时期的法律,创建了全新的社会主义法律体系。此后的相当长时期内,大陆地区法学界对包括《中华民国民法·亲属》在内的民国时期法律,通常只是作为批判对象而加以引用,缺乏系统、全面的研究。

近年来,民国时期的法律开始引起法学界的关注,成为中国法律史学研究中的热点。从清末修律到民国时期全面移植西方法律,我国法律近代化的历程曲折艰难。如何评价这一时期的立法和司法活动,我国法律近代化过程中的得失如何,这些问题的解答在

今天仍有重要意义。

就民法而言,近代化的主要形式就是民法典的制订。在民法典的制订过程中,关于身份权的立法备受争议。由于身份法与本国的传统习俗相关密切,移植国外立法与本土习惯法之间的冲突更为明显。“亲属法系规律身份结合关系为主之规范,而此结合之因素乃本质的、自然的社会关系。中国固有社会关系身份规范之思想,以宗族团体生活而男性优越于女性为基础。”^①而推动中国制订民法典的近代欧陆法律思想,却建立在独立人格与两性平等之基础上,不分尊长与卑幼,更不分男性与女性,法律地位人人平等。二者的冲突显而易见。《中华民国民法·亲属》是否解决了这一冲突?学界评价不一。批评者认为其不符国情,全盘西化,属超前立法,与中国现实生活脱节;称道者认为其是“当代最完善的法典之一,取舍及折中,考虑颇见周详”。^②近年来对民国时期民法的研究虽然不少,但一般均是对民国民法典作整体上的分析,且多侧重于财产法,对其中的身份法未给予足够的重视,少有专门的研究。因此,客观、全面地评价《中华民国民法·亲属》仍有学术上的价值。

新中国成立后,关于婚姻家庭关系的立法主要借鉴了苏联的经验,将规范身份的婚姻法从民法中独立出来,在立法理念上有值得重视的理由,但在立法技术上却存在明显的不足。近年来,随着我国民法典制订工作的推进,将婚姻家庭法重新纳入民法体系的呼声很高,而对作为民法组成部分的亲属法的研究,在我国大陆地区还很不成熟。《中华民国民法·亲属》于1945年以后在我国台湾地区适用至今,其后虽有修

① 戴东雄:“民法亲属编七十年回顾与前瞻”,载谢在全等编:《民法七十年之回顾与展望纪念论文集》(三),中国政法大学出版社2002年版,第144页。

② 黄静嘉:“20世纪两岸法制之殊途及今后之归趋”,载张晋藩主编:《20世纪中国法制的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2002年版,第87~108页。

改,但均坚持沿用大陆法系亲属法的理论和体系,也始终受德国、瑞士等国亲属法的影响,立法技术较为成熟。可以说,《中华民国民法·亲属》的制订和修改,在一定程度上反映了大陆法系亲属法的发展轨迹。因此,对《中华民国民法·亲属》的研究具有现实意义。

二、研究成果及研究方法

对《中华民国民法·亲属》的研究成果主要可以分为三类。^①

第一类是民国中后期学者的研究成果。亲属编颁布实施后的一段时期,当时的学者给予了较多的关注。这一时期的研究成果主要表现为以大陆法系民法亲属编为基本体系的亲属法著作以及对《中华民国民法·亲属》中具体制度分析的文章。前者如屠景山的《亲属法原论》、郁嶷的《亲属法要论》、李谟的《民法亲属新论》、李宜琛的《现行亲属法论》、罗鼎的《亲属法纲要》、赵凤喈的《民法亲属编》(部定大学用书)、胡长清的《中国民法亲属论》等。其中以胡长清、赵凤喈的著作最具代表性。这些著作均立足于民法亲属编,按照亲属编的基本体系,对条文加以解释、分析和评价,阐述亲属法的历史沿革,引述日、德、瑞士等外国法加以比较,以注释法学和比较法学为特征,形成了一种固有的亲属法研究模式,建立了近代亲属法的基本理论体系。这一时期的文章多是关于《中华民国民法·亲属》中具体制度的分析,比照我国固有法律,阐述制度取舍的利弊,多刊载于《法律评论》、《中华法学杂志》等刊物上。总体来看,当时学者对《中华民国民法·亲属》的立法原则和制度设计基本持肯定态度,但对一些具体规定存在争议,或认为过于保守(如夫妻姓氏);或认为过于超前,与我国国情有所不符(如继母的法律地位)。与立法相比,大多数学者的观点更为激进。这部分的研究成果

^① 研究资料详细情况见参考文献部分。

是本文对民法亲属编进行制度分析的重要资料。

第二类是1949年以后台湾学者研究《中华民国民法·亲属》的成果。第二次世界大战以后,欧美国家的亲属法先后修改,男女法律地位不平等的现象在亲属法中得以消除。受此影响,台湾学者对民法亲属编的研究多集中在制度完善方面,主要针对亲属编中残留的男女平等条款加以分析批判,并提出修改意见。学者们普遍认为,由于历史的局限性,民法亲属编具有保守、落后的色彩,随着社会经济的发展和人民观念的变化,民法亲属编中原有的具有保守色彩的规定应予以改变,如戴东雄的《民法亲属编七十年之回顾与前瞻——从男女平等原则谈起》、陈惠馨的《台湾百年来婚姻家庭相关法规的变迁及未来的展望——从尊卑走向平等的婚姻家庭关系》等。台湾学者的研究中多涉及对民法亲属编的整体评价和历次修法背景分析,对本文研究民法亲属编的演变过程有很大帮助。

第三类是大陆学者研究《中华民国民法·亲属》的成果。新中国成立后的相当长时期,因为全盘否定了国民党时期的法律,所以对民法亲属编几乎不再有以研究为目的的涉及,一般仅在研究婚姻法时作为对比,通常是批判的对象。近年来,对民法亲属编的研究开始受到关注,主要成果体现在民法近代化历程中的身份法变动部分,如张生的《中国近代民法法典化研究》、肖爱树的《20世纪中国婚姻制度研究》等。另有一些从比较角度研究民法亲属编的文章,如欧阳曙的《南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制比较研究》。还有一些对民法亲属编具体制度研究的文章,如蒋贤平的《论南京国民政府1930年离婚法》等。这些研究成果的共同之处是,肯定民法亲属编对改造我国传统婚姻制度所起的积极作用,肯定该部法律在立法技术方面比较成熟,但也都指出了其存在的不足,包括未能考虑国情而全面移植西方法律,适用性有欠缺;对传统制度有所妥协,具有保守性等。这些研究多是用民法亲属编

的某些具体规定来印证对民国民法的评价,一般不作制度及实施情况的具体分析。

此外,亦有少量博硕论文以民法亲属编或相关内容为研究对象。与本文选题接近的有中国政法大学王新宇的博士论文《民国时期婚姻法近代化研究》和河南大学李刚的硕士论文《南京国民政府〈民法·亲属编〉研究》。前者将研究对象限定在民国时期婚姻立法的变动,以清末、北京国民政府和南京国民政府时期的婚姻立法及司法变动为主线,研究了我国婚姻法近代化的过程;后者以民法亲属编为研究对象,此点与本文相同,但研究角度和侧重点不同。这两篇论文对本文的写作有一定的启发和借鉴作用。

除了上述提及的主要研究成果外,本文的研究资料还包括民国时期历次亲属法草案及相关立法说明,北京政府时期大理院的判解例,南京国民政府时期的判解例,南京国民政府时期最高法院涉及婚姻家庭方面的案例,民国时期关于婚姻家庭方面的社会学调查报告、我国台湾地区历次修法的一些背景资料等。

本文以法律文本本身为主要研究对象。研究的基本思路和方法是:对《中华民国民法·亲属》的具体制度采用了文本分析和比较分析的方法,指出其兼具改造与妥协双重特征,但总体上已经完成了从家族本位向个人本位的转变;对当时最高法院的相关案例进行梳理分类并加以分析,指出《中华民国民法·亲属》在司法实务中受到重视并已经成为婚姻案件的主要判决依据;而借助于社会学调查报告对民国后期社会状况的分析,有助于客观评价《中华民国民法·亲属》的实施效果。本书将《中华民国民法·亲属》在我国台湾地区的修改纳入研究范围,主要目的是既可以通过修法的内容来反观《中华民国民法·亲属》制度设计的利弊,也借此论证亲属法在近现代的演变过程,就是从身份不平等到身份平等的过程;反映在立法上,就是由家族本位到个人本位再到

社会本位的过程。本书对《中华民国民法·亲属》与1931年《中华苏维埃共和国婚姻条例》的比较研究,对我国近代亲属立法的得失有所反映。

第二节 亲属、亲属法及《中华民国民法·亲属》

虽然我国传统律例中一直有“亲属”一词,但“亲属法”并不是我国固有的法律用语;新中国成立后,对调整婚姻家庭关系的法律又以“婚姻法”命名。因此,在研究《中华民国民法·亲属》之前,有必要对相关的概念予以界定,以免引起误解。

“亲属”一词由来已久。汉代刘熙在《释名·释亲属》中称:“亲,衬也,言相隐衬也”,“属,续也,恩相连属也”。说明亲属之间具有不同于常人的、相衬相续的密切关系。在中国古代典籍中,“亲”、“属”两字有不同的含义,各有所指。一般以亲为主,以属为从。《说文》中解释“亲”为“至也”,解释“属”为“连也”,从中不难看出两者有亲疏远近之别。就法制而言,中国封建时代前期、中期的法律中称亲之处较多,如期亲、大功亲、小功亲、缌麻亲等。但也有将亲属二字连用的,如《唐律·户婚》中规定:“诸监临之官,娶所监临女为妾者,杖一百,若为亲属娶者亦如之……”;疏议中的解释是:“亲属,谓本服缌麻以上亲及大功以上婚姻之家”。及至明清,亲属二字连用始于律例,如“妻与夫亲属相殴”条,“同姓亲属相殴”条、“亲属相奸”条等。此处的“亲属”已与近代意义的“亲属”基本一致。

但“亲属法”并不是我国传统法律所固有的概念。我国传统律例中虽然有许多关于亲属身份及权利义务的规定,却并没有近代意义的“亲属法”一词,可以说,我国传统法律中,只有实质意义的亲属法而无形式

意义的亲属法。关于家庭、婚姻和继承方面的内容大多规定于各种礼制之中,以习惯法的形式存在,国家的成文法律(律、令)只对其中较重要的内容加以规定。^①即使是这些关于亲属关系的律令,也是混同于其他内容之中。“我国向无亲属法之专名,所有关于亲属各规定,大都散见于其他律例中,如唐宋明清诸律中关于婚姻户役部分。自光绪三十三年编辑民律迄宣统三年,称第一次草案第四编为亲属,为我国亲属法之所始。”^②可见,“亲属法”(“亲属编”同)作为一个法律概念,首次出现在我国清末制订的《大清民律草案》之中。《大清民律草案》于1911年完成,仿效《德国民法典》的五编体例,在总则、债权、物权三编后,独立编制了亲属、继承两编,而这两编以宗法伦理色彩浓厚的日本民法为参考。当时,日本民法第四编被翻译为“亲族法”,但考察日本的亲族制度,实为中国固有的亲属制度,合族亲、姻亲为一体,^③故以“亲属编”命名。

民国学者赵凤喈在《民法亲属编》一书中对“亲属编”的命名有比较详尽的解释。英美法中所称 Law of Family 或 Family Law,法文中所称 Droit de famille,德文所称 Familienrecht,实际上是“家族法”或“家属法”,不能译为“亲属法”。我国民法第四编以亲属命名,并不是由他国移译而来,而是本于我国以往律例中之用语。如大清律例名例门有亲属相为容隐条,贼盗门有亲属相盗条,斗殴门有同姓亲属相殴条,犯奸门有亲属相奸条。这里所称的亲属,不仅以同姓之宗亲为限,异性之外亲妻亲,皆包括在内,与近代意义的亲属含义一致。“以故历次民律草案均以‘亲属’名编,现民法亦仍旧惯。”^④

① 戴炎辉:《中国法制史》,台湾三民书局1979年版,第189页。

② 李谟:《民法亲属新论》,大东书局1934年版,第9页。

③ 徐朝阳:《中国亲属法溯源》,台湾商务印书馆1973年版,第1页。

④ 赵凤喈:《民法亲属编》,“国立”编译馆出版1945年版,1974年(台)修订4版,第1页。