



2018年·华东政法大学博士精品文库

民国时期婚约无效法律制度研究 (1929—1949年)

——兼以沪赣两地司法档案为例证

周阿求 著



2018年·华东政法大学博士精品文库

民国时期婚约无效法律制度研究 (1929—1949年)

——兼以沪赣两地司法档案为例证

周阿求 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民国时期婚约无效法律制度研究：1929—1949年：
兼以沪赣两地司法档案为例证 / 周阿求著. -- 北京：
法律出版社，2020

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3925 - 6

I. ①民… II. ①周… III. ①婚姻法—研究—中国—
民国 IV. ①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 216878 号

民国时期婚约无效法律制度研究(1929—1949年)

——兼以沪赣两地司法档案为例证

MINGUO SHIJI HUNYUE WUXIAO FALU ZHIDU YANJIU
(1929 - 1949 NIAN)

—JIAN YI HUGAN LIANGDI SIFA DANG'AN WEI LIZHENG

周阿求 著

责任编辑 刘琳

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 A5

印张 9.125

字数 241 千

版本 2020 年 8 月第 1 版

印次 2020 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400 - 660 - 8393

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400 - 660 - 8393/6393

第一法律书店/010 - 83938432/8433 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3925 - 6

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学博士精品文库

编委会

主任

叶青

副主任

应培礼 顾耕耘 刘晓红 林燕萍 唐波

委员

(以姓名拼音为序)

陈金钊	程金华	丁绍宽	董保华	杜志淳
范玉吉	高富平	龚汝富	何敏	何益忠
黄武双	李秀清	刘宁元	刘宪权	马长山
屈文生	孙万怀	童之伟	王戎	王月明
吴弘	杨正鸣	易益典	张明军	赵劲松

总 序

我们组织“华政博士精品文库”丛书,每年遴选若干部优秀博士学位论文出版,以期助推博士生学术发展,鼓励博士生精心治学。我们希望“华政博士精品文库”能够像一川清流,如一缕烛光,展现新时期学术青年的深思与创造,为我国的法学研究和法治实践事业注入自己的理想与力量!可以说,文库的每一本著作都满含着博士们的追求、志向与期望。这种志气和期望,体现着青年学子对我们国家法治建设的期许和信心,是博士们品德修养和科研底蕴的展现。他们将这种底蕴和情怀幻化为一种博大的向往,包含着对法治和真理的不懈追求,并将其内化为一种既定的生活方式。正如彼得·德恩里科所说,“每个人都有一个博大的襟怀:通过法治来构建并维系一个和谐社会,通过彼此努力和共同参与来解决社会冲突。这不仅是我们的襟怀,也是我们寻求的生活方式”。

——摘自《2014年·华东政法大学
博士精品文库》总序

序

婚姻是以法律、经济、社会等各种力量为后盾，由社会赋予的权利。马克思认为，婚姻具有自然属性和社会属性，而社会属性是其本质属性。婚姻是一种特殊的社会关系，是家庭建立的基础。在经济社会不发达的时代，不仅存在人对物的依赖，还存在人对人的依赖，因此，婚姻的主体基本没有自主选择婚姻的权利，导致婚姻有很多类型。《中华文化通志》称，在古代中国，婚姻类型多达数十种，该书选择了二十种类型，将其分为普通婚姻类型与特殊婚姻类型。其中，普通婚姻类型中有聘娶婚、掠夺婚、入赘婚、服役婚、表亲婚、交换婚、转房婚、续嫁婚、指腹婚、自主婚，特殊婚姻类型中有尚公主婚、童养媳、招夫婚、典雇婚、冥婚、选婚、赠婚、罚婚、阿注婚、戴头婚等。这些类型的婚姻，大概只有自主婚可以自己做主，可在中国数千年历史中，西汉卓文君与司马相如私奔、东汉梁鸿与孟光相爱这样的美谈毕竟少之又少，更多的人被各种诉求裹挟着缔结婚姻，遑论什么权利义务。

至近现代，随着经济社会的进步，婚姻关系也

发生了变化,上述婚姻类型中有些渐渐地消失了。但在民国时期,婚姻不自主仍是普遍情况,父母代订婚约较流行,未成年人订婚现象较常见。婚姻所赋予的责任性、婚姻所具有的现实性,使婚约的内容丰富多彩、五花八门,缔结婚约的程序差别很大,婚约的效力差别也很大。针对现实生活中存在的大量婚约以及由此引发的社会矛盾,中华民国民法亲属编设专节予以规定,其虽没有明确规定婚约无效,但也不能据此认为没有婚约无效法律制度,实践中,也的确有通过诉请依法解除无效婚约的做法。

基于民国时期婚约无效法律制度的复杂性,周阿求在攻读博士学位期间,花很大工夫查阅、收集了上海、江西两地的司法档案,就1929年至1949年的相关情况进行研究,得出了一些颇有价值的结论。

关于婚约的法律性质,周阿求在分析了非契约说与契约说,特别是比较了契约说中的债法上之契约说、亲属法上之契约说,以及亲属法上兼债法上之契约说之后,认为婚约是身份行为,也是债权契约,其前提为婚约是法律行为,更是身份法律行为。于是,认同亲属法上兼债法上之契约说。民国时期有学者将婚约视为一般债法上之契约,也有视为亲属法上之契约的。周阿求经过比较分析,认为婚约就其实质来说是一种亲属法上之契约,但其还兼有债法属性。在他看来,婚约的性质不易确定,是因为民间社会还流行着像“典妻”与“租妻”那样的陋习,模糊了亲属法领域和债法领域的界限。而且,在此所用的“契约”一词,与债法上的契约不尽相同,作为婚约之契约是不得请求强迫履行的。婚约的性质决定了婚约的效力。周阿求分析了婚约效力的四种组合状态,提出需探讨婚约无效的应然文义与实然图景,以及婚约无效的外延拓展,并就法律对婚约无效虽有刚性规定,但司法实践中有事后追认的柔性设计进行了阐释,从而证明了婚约无效法律制度的存在及其作用。

关于婚约无效诉讼的诉前运作及诉讼样态分析,是周阿求着力论述较多之处。确认之诉对于平息婚约有效无效的争执十分重要。周阿求分析了诉前救济的多种举措,尤其对声请法院调解或备案、自行和解撤诉,以及法院敦促庭外和解息讼等举措逐一作了分析,揭示了婚约无

效诉讼的运作情形,也透露出当事人希冀借助法院公信力化解矛盾。周阿求论述了牵连反诉的提起、后位诉讼请求的提出、刑民交叉案件,以及败诉救济及诉外裁判等司法实践中的各种情形,使读者对婚约无效法律制度有了更直观的认识。

周阿求在论述婚约无效法律制度的同时,也对制度背后的法律文化进行了一定的探究,力求通过透视官贵民贱森严的等级差别,以及草根小民朴素而又狡黠的乡土智慧,加深对制度的认识。其就婚约无效案件庭审之中的博弈进行了分析,肯定了在当时庭审中推事运用自由心证已占主流,成为当时新潮。其也告知读者当时学术界对于自由心证有着清醒的认识,在发挥自由心证之利的同时,力求明确这种权力行使的边界,以去除自由心证之弊端。周阿求还探讨了诉讼中的法外因素,这些分析是很有文化含量的。法外因素包括战争、陋俗旧规的影响、诉讼理念与诉讼技巧等。战争致使局势动荡,军人婚姻受到战争冲击,为了稳定军心增强部队战斗力,司法对军人之未婚妻毁约解约不予支持,而对无事后追认情节的专制的军人婚约作为无效婚约处理。周阿求对这两种情形细加分辨,阐明了相关法律制度的立法宗旨。战争导致信息不通,配偶生死不明,也会对婚约效力产生影响。至于陋习旧规,其分析了传统法律意识陈迹,列举了童养婚约纠纷与抢亲强迫同居婚约纠纷,以及司法实践与国家立法不同步的情形,展示了这些因素对婚约无效法律制度所产生的负面影响,并进一步分析认为,这种状况源于国民党当局对民法亲属编的宣传和普及工作没有实质性推进,国民心理之中传统意识一时半会还难以根除。我认为,在这方面,周阿求可结合经济社会发展的状况做些更深入的研究,探究其深层次原因。

周阿求对相关诉讼败诉的原因在技术层面做了些分析。他认为败诉方败诉往往是因为证据不足、主体不适格、程式为不合法、诉讼理念中的陋俗旧规,等等。我认为,诉讼理念上的陋俗旧规可能更重要些。当然,退婚改约会大大降低对当事人的社会评价,减损个人及家族名誉;与他人有过失败婚约,即使没有同居过,再择配偶时也会有障碍。这导致明明不幸福,但当事人还是不愿意退婚改约。

周阿求就婚约无效法律制度有序实施中的诉讼乱象做了梳理,他认为,存在这样一些乱象:家长代庖、媒妁受累;案由拿捏不准;裁断未判如所请。然后,从制度层面、观念层面以及社会层面分析了原因,所述观点颇有理论价值。书中还从理论与实践的双重角度,全面剖析婚约无效之时的损害赔偿概况,逐节分析了无效时的财产返还、无效时的庚帖婚书的返还、无效时的损害赔偿。在此基础上,周阿求就中华民国民法亲属编婚约无效法律制度的进步性以及局限性作了评述,字里行间可以感受到,他期望这些分析能对当代婚约立法有所帮助。

纵观全书,我认为,周阿求大体廓清了民国时期婚约无效法律制度,对其历史作用包括先进性和局限性都作了论述,这些成果具有一定的史料和学术价值,对我们当前的社会建设和法治建设也有一定的参考价值。周阿求本人是律师,长期在法治建设一线工作,很接地气,相信今后的工作实践和持续的学习会不断丰富和提升他的相关认识,促使他进一步思考全面依法治国,尽自己所能,自觉投身于建设社会主义法治国家的宏伟事业中。

沈国明

2018年5月

前 言

中华民国民法亲属编专节规定了婚约制度,虽法无明文规定婚约无效字样,但婚约无效法律制度在法律层面业已建立。但该法颁布施行之后,在司法实务之中婚约无效制度并未应声而出,对此可归因于应为无效范畴之婚约在定型期前依然套用传统诉请解除之陈旧套路加以处理之故。婚约无效制度历经蒙昧期及过渡期至定型期的缓性演变。

民国时期父母代订婚约较为流行,加之未成年人订婚现象较为普遍,因此法律规定婚约无效制度亦是顺理成章。中华人民共和国成立以来,立法将婚姻法从民法体系之中剥离开去,使之成为独立法律部门之一。婚姻法貌似地位有所提升,但同时其与民法联系之脐带亦被斩断,遂致婚姻法难以得到博大精深的民法理论的有效浇灌,以致婚姻法理论研究难以得到实质性突破。更由于政策层面对于婚约问题存在片面认识,亦使婚约问题难入法律研究人士的法眼。

经笔者检索发现,到目前为止专题研究民国时期婚约问题的论著只有拙著《民国时期婚约法律

问题研究》，另有部分博士、硕士学位论文及其他期刊论文对此专题有所涉及，但研讨内容较为零散且深度不够。高校法制史教材及婚姻家庭法教材之中，对于中华民国民法亲属编及民国时期婚约法律制度的介绍并不多见。

若对民国时期婚约法律制度加以考察，可知既有丰硕的学者专著类研究成果，又有海量的最高法院和地方各级法院判例，同时还有刊登于报纸杂志之上的启事声明及编者读者间互动的法律问答。通过对这些碎片的打捞，可从理论和实务上初步还原20世纪三四十年代婚约无效法律制度的大致框架。本书试图打通婚约法律在民国与当代之间的内在逻辑联系，使之展开隔空对话。通过史学考证、规范分析、案例深描、比较研究及观念建构等进路，注意应然与实然结合以拓宽研究视野。

基于对20世纪三四十年代婚约无效法律制度的深度剖析，本书拟以婚约无效法律制度为切入点透视婚约法律制度整体。全书除导论之外列有六章，另加上结语部分。每章要点及结语要点分述如下：

第一章略论近现代婚约的转型流变与立法变迁。本章从家长权的削弱、挣扎的婚姻自由等四个剖面分析近现代婚约法律层面的转型问题。同时，简述自《大清民律草案》至中华民国民法亲属编之立法沿革，且将民法亲属编规定之婚约制度与传统之订婚制度作一简要述评。

第二章论述近现代婚约的法律构造与制度演进。对于婚约的法律性质，本书更倾向于同意亲属法上兼债法上之契约说。婚约效力的构造逻辑指婚约效力可呈现四种组合状态。婚约无效的应然文义与实然图景及婚约无效的外延拓展值得探讨。法律对婚约无效虽有刚性规定，但司法实践中亦有事后追认的柔性设计。在研究婚约无效法律制度演进之时拟对其进行纵横剖切的坐标式分析。

第三章详论婚约无效诉讼的诉前运作与诉讼样态分析。诉前救济的多种举措，可揭示婚约无效诉讼的诉前运作情形。声请法院调解或备案，自行和解撤诉以及法院敦促庭外和解息讼，上述举措无不透露出当事人希冀对法院公信力的借助。对于婚约无效及婚约有效来说，确

认之诉是此类诉讼的不二法门。牵连反诉的提起,后位诉讼请求的提出及并不罕见的刑民交叉案件,体现着诉讼对抗的冲突及整合问题。败诉救济及诉外裁判在司法实践之中亦可见到。

第四章涉及婚约无效制度之中法律文化的碎片化考论。体会状纸之中的弦外之意,透视官贵民贱森严的等级差别以及小民煽情的乡土智慧。婚约无效案件庭审之中对抗方式更为便捷的莫过于基于无效婚约的抗辩。庭审之中诉、辩、审三方的博弈亦是饶有兴趣的话题。推事审断案情抑或探求真意抑或自圆其说,推事审查判断证据之时自由心证与揆诸情理可谓相辅相成。探讨诉讼中的法外因素得以剖析战争因素及陋俗旧规对婚约无效制度的潜在影响。败诉原因分析在诉讼理念与诉讼技巧上可引起深度思考。

第五章讨论婚约无效制度总体有序中的局部乱象。司法实践的千变万化导致其与理论研究不能并进同步,致使司法实践在总体有序之中出现局部乱象。陋俗旧规残留在诉讼主体上主要表现为父母代庖与媒妁受累。案由局部乱象表现为案由交互混淆。诸多的诉讼乱象导致与婚约无效关联的裁断并不必然判如所请,究其根源在于官方话语与民间意识之间的冲突与调适,司法与理念之间的落差导致诉判不一致的错位与断裂。

第六章介绍婚约无效之时的善后与救赎。婚约若被认定为无效则涉及聘礼及庚帖婚书的返还。婚约无效损害赔偿是否存在,一直是一个尚需探讨的话题,本章拟从理论与实践的双重角度剖析婚约无效之时的损害赔偿概况。

结语部分主要论及中华民国民法亲属编婚约无效法律制度的进步性、局限性及对当代婚约立法的启示。平心而论,民法亲属编实为不可多得之良法,且婚约无效法律制度其可圈可点之处颇多。结语主要论及民国时期婚约无效法律制度的进步性兼及婚约法律制度的进步性。在探讨其进步性之时,又择要提及其不可不说的局限性并对之展开分析。通过对其进步性和局限性的分析,希冀对当代婚约立法有所启迪与借鉴,并重点讨论其对当代婚约立法及婚姻立法的启示。

目 录

导 言 / 1

第一章 转型流变与立法变迁 / 12

第一节 近现代婚约的转型 / 12

第二节 立法沿革与立法述评 / 22

第二章 法律构造与制度演进 / 31

第一节 婚约范畴的解读 / 32

第二节 婚约无效的应然与实然 / 39

第三节 婚约无效的外延拓展 / 50

第四节 事后追认的柔性设计 / 69

第五节 制度演进的断面解读 / 84

第三章 诉前运作与诉讼样态分析 / 128

第一节 讼不可长:诉前救济的多种举措 / 128

第二节 调和处理:法院公信力的借助 / 139

第三节 确认之诉:无效诉讼的不二法门 / 151

第四节 衍生诉讼:对抗的冲突与整合 / 160

第五节 败诉救济与诉外裁判 / 168

2 目 录

第四章 法律文化的碎片化考论 / 171

第一节 状纸之中的弦外之意 / 171

第二节 诉辩与审判更具体的观察 / 177

第三节 诉讼中的法外因素 / 186

第四节 因何而败:败诉的深度思考 / 195

第五章 总体有序中的局部乱象 / 202

第一节 读例存疑:有序中的诉讼乱象 / 202

第二节 错位与断裂:诉判何以不一致? / 220

第六章 无效之时的善后与救赎 / 233

第一节 法律边缘化:无效时的财产返还 / 233

第二节 尚需探讨的话题:无效时的损害赔偿 / 243

结 语 / 254

参考文献 / 263

后 记 / 274

导 言

一、问题的提出

传统社会只有订婚概念,且订婚是成婚的必经程序,一旦订婚,除非有法定的解约事由发生,否则就是朝着成婚发生不可逆转的定向转化。西风东渐舶来了近现代婚约概念,传统的订婚制度渐行瓦解,近现代的婚约制度逐步成型。至中华民国民法亲属编施行,现代婚约制度业已在法律层面全面确立,至此法律对婚约的规定较为系统规范。

中华民国民法亲属编专节规定了婚约法律制度,最高法院及各地司法机关在司法实践之中也处理了不少婚约纠纷案件,其中的成败得失值得总结与反思。考察 20 世纪三四十年代婚约法律制度,知晓其立法条文只是较为粗浅的第一步,我们更需要了解的是这些纸质的法律规定在当时鲜活的司法实践和社会实践之中如何得以实施,且其实施的社会效果究竟如何。各地档案部门保留了不少民国时期与婚约相关的诉讼档案,为我们研究 20 世纪三四十年代婚约法律制度提供了详尽的第一手资料。

中华人民共和国成立后虽曾先后颁布两部婚姻法,但均未对婚约问题作出规定,使得婚约这一固有之社会现象因失去法律调整从而出现法律真空。现行法律除《未成年人保护法》第15条提及父母或者监护人不得为未成年人订立婚约之外,在国家立法层面上没有规定婚约制度。当代婚约纠纷相关处理依据仅散见于中华人民共和国成立后历年所颁布的政策、文件及司法解释之中。在本书出版之前夕,适逢《中华人民共和国民法典》颁布,但民法典除将婚姻法及收养法汇编至法典之中外,对婚约问题并无条文涉及。^[1]

而在现实之中,因婚约问题产生的法律纠纷并不因为法律的不予规制而有所减少。国家立法层面没有相应规定,司法解释虽有零星规定但欠缺系统性且在法理上也难以取得让人信服的理论依据,法律的社会调整功能在婚约问题上打了折扣。对于婚约,我国目前的状况较为尴尬,处于法律规制有疏漏、道德约束太乏力、习俗调整又无奈的境况。无法可依的法官们只能依据法理并参照有限的司法解释审案,这势必导致审判活动中因法官个人的知识结构、教育背景、审判经验、情感意识等差异而导致同案不同判现象时有发生。

尤其是中华人民共和国成立后,婚姻法与民法长期背离,使婚姻法与民法之间的天然纽带割裂,婚姻法看似独成一派,地位似乎更高,但事实正好相反。历史已经证明,没有民法理论土壤的有效滋润,婚姻法无法枝繁叶茂。鉴于此,民法典颁布之前不少学者呼吁让婚姻法回归民法,这种呼吁不无道理。若让婚姻法回归民法,成为民法典中亲属编之一部分,这才是婚姻法发展的最终归宿。婚约制度是婚姻法中一项重要的法律制度,不能任其自生自灭,而应让婚约制度在婚姻家庭法领域中占据一席之地。

因而,亟须加强婚约法律问题的理论研究,以用于指导司法实践,并为将来民法典配套司法解释及司法裁判适用权作些许理论探讨。关

[1] 《中华人民共和国民法典》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议于2020年5月28日表决通过,自2021年1月1日起施行。

于婚约,民国以前之传统立法几乎没有借鉴意义,对国外婚约立法可以兼收并蓄但又难免有水土不服之嫌,唯有民国时期关于婚约的立法和实践,若剔除其意识形态的因素考量,尚有诸多可资借鉴之处。所谓借鉴,当然不能照搬照抄,但20世纪三四十年代婚约理论与实务的成功与不足,倒是值得我们深入研究,以便为当代婚约立法提供丰富养料。本书便是对这一问题的初步尝试,并以婚约无效法律制度作为研究的切入点,以期抛砖引玉,兹以引发理论界对此有更多关注。

二、研究现状

民国中后期学者的研究专著较为丰硕。研究婚姻史的著作,其中涉及传统订婚内容的介绍,有陈顾远著《中国婚姻史》、吕诚之著《中国婚姻制度史》及徐朝阳著《中国亲属法溯源》等。研究中华民国民法亲属编的著作较多,兹以民法亲属编施行前后及婚约无效制度定型为界加以简单介绍。

在民法亲属编施行前择其要者有:陶汇曾著《亲属法大纲》,该书谈及民律三次草案,涉及订婚无效内容。屠景山编著《亲属法原论》,该书有三次草案比较及全文附录,正文部分有订婚专节。艾森编著《婚姻问题》强调新旧婚姻制度的过渡。陆思红著《新中国的婚姻问题》,该书正文部分以照本宣科的问答为主。罗敦伟著《中国之婚姻问题》提出无效婚约可撤销之说。

民法亲属编施行后至婚约无效制度定型前择其要者有:汪波著《亲属法ABC》写得浅显实用。上海法学编译社编印《民法亲属继承问答》为问答式的考试必备用书。屠景山著《亲属法原论》修订版对婚姻章节部分略有改动。郁疑著《亲属法要论》可圈点者较多。余荣昌著《民法要论:亲属、继承》对未经法定代理人同意之婚约其法律上效果之解说较有特色。钟洪声著《中国亲属法论》对于代订婚约处理依然为诉请解除。吴之屏著《依照最新法制编纂民法亲属编论》提到婚约无效。李谟著《民法亲属新论》亮点较多。宗惟恭著《民法亲属要义》提出婚约行为学说。

及至婚约无效制度定型,其相关理论探讨更为精致。相关著作均