

使用大字体察看本文

阅读次数：192

南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制比较研究

欧阳曙

婚姻家庭法是调整婚姻家庭关系的法律规范的总和，在我国一般称之为婚姻法¹。本文先是简要介绍南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制建设的基本情况，而后从法规形式、立法技术、立法原则、立法内容等方面对南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制加以比较，最后通过这种比较得出有关中国近现代历史以及今天我们进行法制建设的几点认识与启示。南京国民政府与根据地婚姻家庭法制渊源众多，这些渊源有：南京国民政府与根据地政府颁布的专门用于调整婚姻家庭关系的法律法规，如南京国民政府颁布的民法典《亲属编》以及根据地政府颁布的一些婚姻法、婚姻条例等；一些宪法、民事、刑事等法律法规，在这些法律法规中也涉及到有关婚姻家庭方面的一些事项；法律解释、解答²；判例³；此外，「司法机关认可的习惯、法理以及蒋介石的手令、国民党中央的决议」，也都是南京国民政府法律体系的重要渊源⁴。「由于根据地法制与党的纲领、路线、方针和政策性质相同、内容相近，因此，在法律制度不完备或缺乏相应的法律规定的某些时候，党的纲领、路线、方针和政策也就具有法律效力，这在战争环境下不可避免的。」⁵另外，习惯也是革命根据地婚姻家庭法制的一种渊源⁶。在本文中南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制主要以二者颁布的专门用于调整婚姻家庭关系的法律法规即南京国民政府颁布的民法典亲属编及其施行法⁷和根据地政府颁布的婚姻法、婚姻条例为根据，并辅之以一些法律解释解答、判例等。革命根据地婚姻家庭立法繁多而又分散，不同时期不同地方的根据地政府颁布了众多的单行婚姻家庭法律法规及一些法律解答，这些法律法规及法律解答现今散见于各种各样的革命根据地文献资料中。在本文中，有关革命根据地婚姻家庭法制的规范性法律文件主要以《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》第四卷中婚姻法规一编中所收录的法律文件为依据⁸，并参考了一些该选编婚姻法规编未收入、存在于其它一些根据地文献资料中的规范性法律文件⁹。

南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制建设情况简介

1927年4月，南京国民政府成立。1927年6月，经国民党中央政治会议第100次会议决议，南京国民政府设立法制局，着手起草各重要法典。因民法总则、债、物权各编暂时可以援用民间习惯及历年判例，而亲属、继承编的习惯及判例「皆因袭数千年宗法之遗迹，衡之世界潮流，既相背驰，揆诸吾党政纲，尤其龃龉」¹⁰，法制局先行起草民法亲属、继承二编，并相继于1928年10月完成，并附说明呈送国民政府以移付立法院核议。由于此时立法院尚未成立，法制局起草的民法亲属、继承二编便搁置起来，未曾发生效力。该民法亲属编分通则、婚姻、夫妻关系、父母与子女之关系、抚养、监护人、亲属会议七章，共八十二条，由法制局秘书燕树棠起草。草案参考英美法系、大陆法系及苏联的有关法律，受旧有法制影响较少，承认男女平等，注重种族健康，奖励亲属互助而去其依赖性。¹¹在近代中国社会背景下，该草案是具有一定进步意义的。

1928年10月，南京国民政府改组，实行五院制，立法院成为法定「最高立法机关」。1928年12月，南京国民政府立法院成立。立法院成立后在民法典起草上采取了分编起草、分别通过的方式：根据国民党中央政治会议第168次会议决议的「《民法?总则编》立法原则」，立法院起草、通过了《民法?总则编》，并于1929年5月23日公布，会同《民法总则编施行法》于10月10日同日施行；根据国民党中央政治会议第183次会议决议的「《民法?债编》立法原则」，起草通过了《民法?债编》，并于1929年11月22日公布，会同《民法债编施行法》同于1930年5月5日实施；根据国民党中央政治会议第202次会议决议的「《民法?物权编》立法原则」，起草通过了《民法?物权编》，并于1929年11月30日公布，会同《民法物权编施行法》于1930年5月5日同日施行。¹²

对于民法亲属、继承二编，南京国民政府立法院院长胡汉民、副院长林森认为「惟亲属、继承二编，对本党党纲及各地习惯所关甚大，倘非详加审慎，恐多所扞格」，特地于1930年7月就立法上最有争议的各点提请国民党中央政治会议先行决定，并由中央政治会议第236次会议决议了民法亲属编继承编的起草原则。又商同立法院统计制订多种调查表，发交各地征求习惯；后又将北洋政府司法部的习惯调查报告

加以整理；同时，将亲属、继承的各种重要问题分别交给民法起草委员会各委员、顾问、秘书、编修等，比较各国法制详加研究。1930年初秋民法亲属继承二编开始起草，并与同年冬先后完成。该二编皆于1930年12月3日由立法院通过，并于12月26日同日公布，并与1931年5月5日会同《民法亲属编施行法》、《民法继承编施行法》同日实施。¹³

民法亲属编分通则、婚姻、父母子女、监护、扶养、家亲属会议七章，共171条（第967条至1137条）。依据国民党中央政治会议通过的《民法亲属编立法原则》和南京国民政府民法起草委员会委员史尚宽在其《亲属法论》中的概括，民法亲属编的立法原则有：改进亲属分类及亲等计算法，「我国旧律分宗亲、外亲、妻亲三类，系渊源于宗法制度，揆诸现在情形，有根本改革之必要。查亲属之发生，或基于血统，或基于婚姻，故亲属之分类，应定为配偶血亲姻亲三类。」¹⁴在亲等计算上亲属编采罗马计算法；男女平等，亲属编在「亲权之行使，家长之担任，夫妻财产制之自由选择等，莫不承认男女平等之地位」¹⁵；注重种族健康。如规定最低结婚年龄和亲属结婚范围，以限制早婚、近亲结婚¹⁶；改善非婚生子女地位，「非婚生子女经生父认领或自幼抚养者（包括庶子），视为婚生子女，其待遇与婚生子女无异」¹⁷；规定家制，「家制之规定，应以共同生活为本位，置重于家长之义务」¹⁸。

南京国民政府民法亲属编吸收了世界各国在婚姻家庭上的立法经验，能较自觉地顺应时代发展的潮流和中国社会中的进步要求，在近代中国社会，其进步意义是不可否认的，一些规定甚至走在世界的前列。但在继承中国传统习俗、立足法律实施现实的口号下，一些旧的婚姻家庭陋习也得以保留下来¹⁹。所以，民法亲属编的落后性和局限性也是显然的。南京国民政府颁布亲属编后直至其灭亡，既未对亲属编加以修改，亦未另行颁布其它单行婚姻家庭法律法规。国民党败退台湾后继续沿用民法亲属编，直至1985年因台湾社会的发展变化作出部分修改。时至今日，该部民法亲属编已走过70年的历史，作为中国近现代史上第一部颁布实施的、至今仍在生效的民法典亲属编，其在中国近现代婚姻家庭法制史乃至近现代中国法制史上的重要地位是不可忽视的。

革命根据地的婚姻家庭法制是指在新民主主义革命时期，在中国共产党的领导下，由建立在革命根据地的革命政权所创建的婚姻家庭法律制度。按照中国近代史研究中的惯常分期，革命根据地婚姻家庭法制建设历程可分为第二次国内革命战争时期、抗日战争时期以及解放战争时期。在三个时期中，由于国际国内政治军事形势以及根据地发展情况不同，三个时期根据地的婚姻家庭法制在形式、内容等方面都有所变化，根据地的婚姻家庭法制也在这种变化中得到不断发展和逐步完善。

1927年至1936年，第二次国内革命战争时期。大革命失败后，以毛泽东、朱德为代表的中国共产党经过不懈探索，走上农村包围城市、武装夺取政权的革命道路，开展武装斗争、土地革命、根据地建设三位一体的革命斗争活动。到1930年上半年，全国建立了湘赣、赣南、闽西、湘鄂西、鄂豫皖边、湘鄂赣边等大小十几块农村革命根据地²⁰。各革命根据地纷纷成立了自己的各级政权机关，并颁布了一些地方性的单行婚姻家庭法律法规²¹。这些婚姻家庭立法遵循了婚姻自由、一夫一妻、反对封建婚姻制度、保护妇女儿童、保护军婚等原则，对婚姻基本原则、结婚、离婚、离婚后财产处理与子女抚养等问题作出了初步规定，但这些法律法规在形式内容上都较简陋²²，个别规定不合理²³，政治色彩较浓²⁴。1931年11月，各根据地、白区和红军代汇聚江西瑞金召开中华苏维埃第一次全国代表大会，宣告中华苏维埃临时中央政府成立。中华苏维埃共和国中央执行委员会相继于1931年12月1日和1934年4月8日公布实行了《中华苏维埃共和国婚姻条例》和《中华苏维埃共和国婚姻法》。这两个法律都确立了婚姻自由、一夫一妻、废除封建婚姻制度的原则，对结婚、离婚、离婚后财产与小孩的处理、非婚生子女的处理等作了较为细致的规定，在结构上采取章条结构，语言亦较规范，在一些问题上《中华苏维埃共和国婚姻法》对《中华苏维埃共和国婚姻条例》作出改进²⁵。以中华苏维埃临时中央政府成立为界，这一时期革命根据地婚姻家庭法制建设经历了一个从立法比较分散到立法比较统一、法律条文比较简陋到比较规范、完备的过程。但在第二次国内革命战争时期后期，由于红军反围剿斗争的失利，革命根据地近乎损失殆尽²⁶，革命根据地婚姻家庭法制建设也无从谈起。第二次国内革命战争时期是革命根据地婚姻家庭法制建设的初创时期。

1937年至1945年，抗日战争时期。抗日战争爆发后，为适应抗战形势的需要，按照《中共中央为公布国共合作宣言》中提出的中共的四项保证²⁷，中共中央所在地陕甘革命根据地成立了陕甘宁边区政府，成为统一于南京国民政府的地方自治政权；中国工农红军以及活动在南方八省的红军和游击队分别先后改称国民革命军第八路军（后改为第十八集团军）和国民革命军陆军新编第四军，统一于南京国民政府军队的编制。按照洛川会议的战略决策，中国共产党领导下的武装力量深入敌后开展游击战争，开辟敌后抗日根据地，到1940年底，已在华北、华中、华南创建了大小十六块抗日根据地²⁸。各根据地大力开展政权、经济、文化、法制等各方面建设，进行了大量的婚姻家庭立法，大大发展了新民主主义革命时期革命根据地的婚姻家庭法制建设。这一时期颁布了众多婚姻家庭法律法规及一些法律解答²⁹，同第二次国内革命战争时期相比，这一时期根据地婚姻家庭法制建设的特点有：（一）立法技术大有改进。在结构上多按章、条排列，一般分为总则、婚约（有的分解为订婚、解除婚约两章）、结婚、离婚、婚姻与子女及财产关系或夫妻之权利义务或子女、附则等章，有的还设有罚则章；在立法语言上亦更规范³⁰，更符合简洁、明确、

严谨、庄重等立法语言的一般要求；在内容上亦更全面，对婚姻家庭关系中的基本问题都作出较为细致的规定，在字数、条数上比上一时期都大有增加，在附则部分多对法规的修改、解释、公布实施等问题作出规定。（二）具体内容同上一时期相比亦有不少变化。如在立法原则上明确提出男女平等原则³¹，增加关于婚约、夫妻间权利义务的规定，在结婚上婚龄的规定趋向低龄化、结婚的法定手续比过去复杂、限制亲属间结婚的规定更为严格化，在离婚上离婚条件具体化、离婚程序更加完善、对婚后财产与子女处理更加合理。（三）不仅在婚姻法规中写入保护抗日军人婚姻的内容，而且单独颁布一些保护抗日军日婚姻的条例、办法等³²。（四）这一时期革命根据地婚姻家庭法制一个鲜明的特征是受南京国民政府民法亲属编的较大影响，表现在，这一时期大多婚姻家庭立法开篇即指出依据民权主义之精神或民法亲属编之立法精神而制订，有的在条文中援引亲属编的规定³³，有的法规还在附则中规定部分承认民法亲属编在根据地的效力³⁴；在内容上，不少法规在许多方面同亲属编的规定一样，如以独立的章对婚约进行规定、有关最低结婚年龄的规定³⁵、限制亲属结婚范围的规定、一方提出离婚的事由等，一些条款和整章不仅在内容规定上甚至在语言表述上和亲属编相对应内容近乎完全一样³⁶，这些条款和整章显然直接取自亲属编。抗日根据地婚姻家庭法制中的上述规定既是适应巩固国共合作共同抗日的需要，同时也有利于提高根据地婚姻家庭立法水平。但民法亲属编也对根据地婚姻家庭法制产生负面影响，致使根据地婚姻家庭立法中出现一些不合理的规定，如有的法规规定，「结婚应有公开之仪式及二人以上之证人」、「因奸经判决离婚，或受刑之宣告者，不得与相奸者结婚」，这些规定就不够合理³⁷。（五）由于各抗日根据地一直比较分散，未曾建立统一的政权机关，亦未曾颁布统一的婚姻家庭法规，这一时期的婚姻家庭立法不存在较为统一的时期，立法数量较大³⁸。抗日战争时期是革命根据地的婚姻家庭法制得到重大发展的时期。

1946年至1949年，解放战争时期。这一时期的革命根据地经过了一个从防御到进攻、从收缩分散到不断壮大连接成片的过程。这一时期各解放区多由原抗日根据地发展而来，所以这一时期的婚姻家庭法制多沿用原抗日根据地制订的婚姻家庭法规，同时也制订少数几部新的婚姻家庭法规（包括新建立的根据地颁布的法规³⁹和原根据地重新颁布的婚姻家庭法规⁴⁰）。另外还颁布一些婚姻家庭方面的解答、命令等。这一时期根据地婚姻家庭法制的特点有：对原抗日根据地婚姻家庭法制的继承性强，不少抗日根据地的婚姻家庭法规仍有效力，新制订的婚姻家庭法规在立法原则和主要内容上也沿用了前一时期的精神和规定；对婚姻家庭领域新出现的一些特定问题作出规定，提出了处理城市婚姻问题的基本政策，规定了干部离婚的原则和程序⁴¹；随着解放战争的胜利推进，各解放区不断扩大并联接成片，形成大行政区，大行政区政权机关开始发布一些婚姻家庭方面的法律解答、指令通令等，婚姻家庭立法开始出现统一趋势；1949年2月中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，南京国民政府的婚姻家庭法制在新老解放区完全失去效力⁴²，也预示着南京国民政府的婚姻家庭法制在中共大陆的完全失效。这一时期革命根据地的婚姻家庭法制得到进一步发展。

在第二次国内革命战争、抗日战争、解放战争三个时期，根据地婚姻家庭法制虽有所变化，但由于三个时期根据地婚姻家庭立法的环境、条件大致相同，并坚持了相同的立法原则，后一时期婚姻家庭立法对前一时期的立法有很大的继承性，从形式到内容三个时期的立法又都有共同特征，所以三个时期的婚姻家庭法制可以作为一个整体同南京国民政府的婚姻家庭法制相比较。革命根据地婚姻家庭立法在形式上虽较简陋，内容上亦不完备，个别规定亦有不合理之处，但革命根据地的婚姻家庭法制从一开始便彻底遵循了婚姻自由、一夫一妻等进步的婚姻家庭立法原则，坚决废除封建婚姻家庭制度，并在实践中不断吸取经验，使根据地婚姻家庭法制从形式到内容上都获得不断发展，从而为新中国的婚姻家庭立法提供了最直接最基础的准备，固定了新中国婚姻家庭立法的基本风格及其发展轨道。但同时，建国后新中国婚姻家庭立法的一些缺陷，也都可在根据地的婚姻家庭法制中找到其发端。

南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制之比较

从法规形式、立法技术上看，南京国民政府婚姻家庭法制比较完善，民法亲属编在立法技术上远远高于革命根据地的婚姻家庭立法。民法亲属编是作为民国民法典中的一编存在，正文部分在结构上分为章、节、款、目、条五个层次⁴³，语言较规范，使用大量的法律术语并基本符合立法语言的一般要求，在内容上细致完备，全编共171条，对亲属分类及亲等计算、婚约、结婚条件及程序、夫妻财产制、离婚条件及程序、父母子女（包括婚生子女、非婚生子女、养子女）关系、未成年人及禁治产人之监护、抚养、家制、亲属会议等问题做了详细的规定。而革命根据地的婚姻家庭立法皆采用单行法规的形式，有的分章，有的则不分章，仅按条数排列，语言上法律术语较少，不少法规的语言生活色彩浓厚⁴⁴，内容上都较概括，法规篇幅简短⁴⁵，不少法规内容极不完备。根据地婚姻家庭立法在时空上都较分散，缺乏统一性。南京国民政府的婚姻家庭立法之所以在形式上能达到一个较高的水平，原因在于南京国民政府需要完备的法律维护其统治区的社会秩序及其统治，立法上大量借鉴近代以来中国历次婚姻家庭立法及世界各国婚姻家庭立法的经验，南京国民政府成立之初局势较安宁、社会经济发展较快，有较丰富的立法人力资源，较为健全的立法机构及立法程序，出现法学家的政治领袖人物⁴⁶等等。而以上条件的相反方面则决定了根据地的法制不可能达到一个较高的水平。在革命战争年代，根据地不需要完备的法制⁴⁷，也制订不完备的法制。

在立法原则上，南京国民政府与革命根据地婚姻家庭立法多少都体现了男女平等、一夫一妻、婚姻自由、反对封建婚姻家庭制度等原则。革命根据地在贯彻这些原则上是彻底的。《新民主主义时期根据地法制文献选编》收入的第一部根据地婚姻家庭法规《闽西第一次工农兵代表大会婚姻法》在其发布公告中就宣称，「望各级政府、各地群众站在自由婚姻原则下，与旧礼教作坚决的奋斗，以解放被欺压的青年男女群众，而彻底肃清封建的残余制度。」⁴⁸各时期的婚姻家庭立法都在法规中明确写入婚姻自由、男女平等原则，并在具体条文中严格彻底地贯彻这些原则。民法亲属编从其由国民党中央政治会议通过的立法原则及其具体条文中也可看到其婚姻自由、男女平等、一夫一妻、废除封建婚姻制度等立法原则的存在，但民法亲属编并未明确写入这些原则，在其具体条文中又有不少规定和做法有违以上原则⁴⁹。应当说，民法亲属编是一部封建色彩非常浓厚的婚姻家庭法⁵⁰。

在具体内容上，二者有不同亦有相同之处。由于革命根据地婚姻家庭立法较为分散且南京国民政府与各根据地婚姻家庭立法中细节性规定又较多，所以在此只能选择婚姻家庭制度中的基本内容对二者作较为概括的比较。

（一）关于基本原则的规定。民法亲属编第一章通则只是规定了亲属的分类及亲等计算方法，并未写入婚姻家庭基本原则的相关内容。而根据地的婚姻家庭法规全部开篇即明确提出婚姻自由等原则⁵¹。在这一点上也反映根据地婚姻家庭法制追求进步的彻底性和废除封建婚姻制度的坚决性。

（二）亲属分类及亲等计算方法。民法亲属编在第一章对此做了详细的规定，对直系血亲、旁系血亲、姻亲进行明确界定，在亲等计算上采用罗马算法，并规定了姻亲关系消灭的情形。根据地婚姻家庭法规对亲属分类及亲等计算都没有明确的规定，有的全篇都未涉及亲属分类及亲等计算问题，有的则在限制亲属结婚范围的条款中对此做了间接的规定⁵²。据其限制亲属结婚范围条款判断出其亲属分类方法的法规多在抗战及解放战争时期制订，在条款中出现的「血亲」、「姻亲」、「直系血亲」、「旁系血亲」等词表明在亲属分类上这些法规仿用了民法亲属编的规定。在这些法规的限制亲属结婚范围条款中多同时出现了「亲等」一词，表明这些法规亦采用了罗马亲等计算法⁵³。在其它一些法规中，虽从其限制亲属结婚范围条款不能判断其亲属分类，但这些条款中却出现了「五代以内」等字样，表明其在亲等计算上采用世代计算法⁵⁴。亲等计算及亲等计算需要一定的婚姻家庭立法方面的知识，在这个问题上表明了根据地立法技术的欠缺。

（三）婚约。民法亲属编在第二章婚姻中设有婚约一节，对婚约订立的条件、一方解除婚约的情形、婚约解除后的损害赔偿作出规定。可见，民法亲属编承认婚约的法律约束力。根据地的婚姻家庭立法大多涉及到了婚约问题，但在具体规定上又多种多样，有的仅以一句话进行规定，有的则以一章甚至两章进行规定，有的不承认婚约的任何效力，规定「婚姻不以订婚为必经之手续」、婚约可随时解除，有的则要求婚约的成立与解除需具有一定的条件和程序、违约者需负一定损失赔偿责任。总起来看，根据地婚姻家庭立法不提倡婚前订立婚约，但又正视婚约现象的存在，在不承认婚约法律约束力的前提下对婚约有关问题作出规定⁵⁵。革命根据地婚姻家庭法制对婚约问题的一些规定和做法，对我们今天的婚姻家庭立法仍有借鉴之处。

（四）结婚条件。在法定结婚年龄上，民法亲属编规定是男18岁女16岁，而根据地婚姻家庭法规的规定则不尽相同，有男20女18、男18女17、男18女16三种，从整体来看根据地对法定结婚年龄的规定要高于民法亲属编的规定。在限制亲属结婚的范围上，民法亲属编的规定明确而又较严格，而在根据地的立法中有的未作规定，有的规定必较概括，有的作了同亲属编相比较宽松的规定，有的则作了同亲属编相似或相同的规定。但整体来看根据地婚姻家庭法规的规定不如亲属编明确，亦不如亲属编严格。民法亲属编允许中表婚，革命根据地的婚姻家庭法规对此多未作明确规定⁵⁶，有的明确规定不禁止中表婚⁵⁷，有的则规定，「亲姑表姨应尽量避免缔结婚姻」⁵⁸。整体来看革命根据地婚姻家庭法制并不禁止中表婚，而新中国1950年颁布的婚姻法亦不禁止中表婚⁵⁹。民法亲属编并未规定患一定疾病的人禁止结婚，只是在995条规定，「当事人之一方于结婚时不能人道而不能治者，他方得向法院撤销之」。而根据地婚姻家庭立法则多以例示与概括相结合的方式对此作出规定，这些规定中的禁婚疾病主要指精神类疾病、性病、传染性疾病、遗传性疾病、生理缺陷等重大不治之恶疾。应当讲，根据地婚姻家庭立法中的这些规定有利于优生优育，但并不是以上所有重大不治之恶疾都有必要列入禁婚疾病行列。亲属编和根据地的婚姻家庭法制都规定有配偶者不得重婚，但亲属编的这个规定是虚伪的⁶⁰，而根据地婚姻家庭法制则明确规定了禁止一夫多妻、禁止纳妾等。根据地法规多明确规定寡妇可再婚，任何人不得干涉，亲属编无明确规定。另外，民法亲属编还禁止相奸者结婚，并对监护人于被监护人婚姻、妇女待婚期、未成年人结婚等问题作了规定，这都是根据地婚姻家庭立法中没有或较少作出规定的。

（五）结婚程序。民法亲属编采用仪式制。亲属编第982条规定，「结婚应有公开之仪式及二人以上之证人」。而根据地之法规多采用登记制。受民法亲属编的影响，也有几部抗战时期的法规采用仪式制⁶¹，

还有的采用登记与仪式相结合的双轨制⁶²。在结婚程序上，登记制在近代中国更具合理性，更有利于打破旧的婚姻陋习。

（六）婚姻无效制度。民法亲属编第二章婚姻的第二节结婚的下半部分对无效婚姻及其撤销作了具体规定，而根据地对此违作规定。

（七）夫妻人身关系。民法亲属编对夫妻之姓名权、夫妻间同居义务、夫妻之住所、日常事务代理权等问题作了规定，亲属编规定，「妻以基本姓冠以夫姓。赘夫以基本姓冠以夫姓」，「子女从夫姓。赘夫之子女从母姓」，「夫妻互相负同居义务」，「妻以夫之住所为住所」，「夫妻于日常家务，互为代理人」。根据地婚姻家庭立法对夫妻间人身关系基本未作规定，只有个别法规对夫妻间同居义务作了同民法亲属编相类似的规定。

（八）夫妻财产制。民法亲属编对夫妻财产制较为关注。国民党中央政治会议通过的民法亲属编立法原则有一半篇幅是讲夫妻财产制，而亲属编171条中夫妻财产制一节则占了45条。亲属编的财产制主要有法定财产制和约定财产制两种，法定财产制未联合财产制，约定财产制有共同财产制、统一财产制、分别财产制。另外亲属编还规定了适用约定制（除分别财产制外）或法定制后，当然或依法院之宣告，改用分别财产制的特定情形。亲属编还设立了特有财产制。民法亲属编关于夫妻财产制的规定，形式上看其特征是详细、全面，在立法技术上达到较高水平，从内容上看，其特征有：具有较浓厚的「夫妻别体主义」色彩，如出现了约定财产制，设立了特有财产制度，约定财产制中出现了分别财产制，规定了一些其它财产制改用分别财产制的情形，法定财产制（联合财产制）中规定夫妻仍保有对各自原有财产的所有权，等等。同中国传统的「夫妻一体主义」（实质是夫权主义）的婚姻家庭制度下的夫妻财产制度相比，具有一定进步意义；亦具有较浓厚的封建夫权主义色彩。亲属编在法定财产制中规定，「联合财产由夫管理」，在共同财产制中规定，「共同财产由夫管理」，在统一财产制中规定，「夫妻得以契约订定将妻之财产，除特有财产外估定价额，移转其所有权于夫，而取得该估定价额之返还请求权」，在分别财产制中亦规定妻可以其财产之管理权付与夫。值得注意的是，亲属编在赋予夫在夫妻财产关系中更多权利同时，亦使夫负担更多责任，并对妻之财产权益给予一些特殊保护。如法定财产制中规定「联合财产由夫管理」的同时规定「其管理费用由夫承担」，「联合财产之分割，除另有规定外，妻取回其原有财产，如有短少，由夫或其继承人负担」。但赋予夫在夫妻财产关系中更多权利同时亦使其负担更多责任，仍是把夫当作家庭的重心，仍是维护夫在家庭事务中的主导地位，仍是夫权意识、男尊女卑思想的一种反映⁶³。革命根据地的婚姻家庭立法关于夫妻财产关系的规定可分为三种：一种是对夫妻财产关系未作或几乎未作规定，一种是设有专门的章或条款对夫妻财产关系作出规定，再一种是在离婚后夫妻财产处理的条款中对夫妻财产关系作出一些规定。根据地婚姻家庭法规对夫妻财产关系的规定都较简少而又概括，各个法规的规定又不尽相同，但综合起来看，根据地婚姻家庭法规在夫妻财产关系上的基本精神是婚前男女双方原有之财产及债务得各自处理，婚后双方共同经营所得财产及所负债务得共同处理，离婚后双方原有之财产各自取回，共同经营所得之财产平分，有小孩的按人口平分。在夫妻财产关系上，根据地婚姻家庭法规并未赋予男方更多的权利。

（九），离婚条件和程序。南京国民政府民法典亲属编和革命根据地婚姻法制都把离婚分为两愿离婚和单意离婚⁶⁴两种情形。对两愿离婚，亲属编和根据地婚姻法规都规定双方同意者可以离婚，但由于亲属编准许未成年人经父母同意可结婚，故在两愿离婚条件上又规定，未成年人之离婚，应得法定代理人之同意。在程序上，亲属编规定「应以书面为之，并应有二人以上证人之签名」。根据地婚姻法规在两愿离婚程序上多采登记制⁶⁵，抗战及解放战争时期制订制订的法规还多规定要领取离婚证。对单愿离婚，亲属编列举十种一方可向法院请求离婚的情事，并对其中四种情事规定了一方据以请求离婚的时效。根据地婚姻法规以大多以例示方式列举一方可请求离婚的情况⁶⁶，根据地法规关于一方请求离婚条件规定的特点是：一，抗战及解放战争时期制订法规所列举的一方请求离婚事由多数事由和亲属编雷同，显借鉴了亲属编之规定；二，离婚条件规定有较强政治色彩，如土地革命时期制订的《闽西第一次工农兵代表大会婚姻法》中规定，「反动豪绅妻妾媳妇要求离婚者，准予自由」，抗战时期法规多规定一方提出充当汉奸者，另一方可向有关部门提出离婚，解放战争时期一些法规也规定了带有政治色彩的离婚请求事由⁶⁷；三，许多法规明确把夫妻感情破裂当作一方请求离婚的事由，这显然遵循了马克思主义的爱情婚姻观，并为新中国的婚姻立法所继承；四，对军人婚姻加以特别保护，对军人配偶提出离婚条件加以更严格限制；五，个别法规对女方怀孕生育期间男方提出离婚的时间提出限制。在单愿离婚程序上，根据地法规大多规定应向政府部门请求，但关于具体何种政府部门，有的规定「司法机关」，有的规定「县政府」，有的未明确规定。这种管辖机关上的混乱主要是当时革命环境下政府机关设置的不完备造成的。另外亦有少数法规显受亲属编之影响对某些情事下一方据以请求离婚的时效作了同亲属编雷同的规定。对民法典亲属编与根据地婚姻法规关于离婚条件、离婚程序的比较，可发现在离婚事由、离婚程序、请求时效等方面根据地法规都受到亲属编或多或少的影

（十），离婚的法律后果。亲属编对离婚后子女监护、离婚损害赔偿、一方因离婚而生活陷于困难他

方所负扶助义务、财产处理等问题作了简单规定。亲属编对离婚后子女之监护作了「由夫任之」的原则性规定，仍含有男女不平等的因素。关于离婚后子女、财产处理问题是根据地法规着力加以规定的内容。综合起来看，根据地法规对离婚后子女、财物之处理多采以下规定：一，以一定岁数为界（如5岁、6岁、7岁等），之前的子女归女方抚养，之后的子女归男方抚养，或尊重子女意见决定；二，有子女抚养的女方未再婚且无法维持生活时，男方应给付一定抚育费用；三，离婚后无力维持生活的女方，男方应负一定扶助义务，但同时又多规定了对该规定的限制。通过亲属编和根据地法规关于离婚法律后果规定的比较，显见根据地法规给予女方更多的关心，既以平等态度对待男女，同时又对妇女给予较多的保护，而这一点也一直为我国当今的婚姻法所继承、遵循。

（十一）亲子制度68。亲属编第三章为「父母子女」。该章共31条，对父母与婚生子女69、非婚生子女70、养子女关系以及亲权（即父母对未成年子女之权利义务）作了较为详细的规定。根据地法规关于父母子女关系之规定较少，多未涉及，但亦有一些法规对一些问题作了类似的规定，如对继父与继子女之关系，土地革命时期法规规定离婚后女方再婚的，所带去子女新夫愿意抚养的才抚养，而抗战及解放战争时期法规规定，女子再婚带去子女由新夫负责抚养；非婚生子女经生母提出证据，证实生父者，得强制生父认领；非婚生子女与婚生子女享有同等权利。显见，亲属编对父母子女关系之规定更详细、更完备。

（十二）抚养制度。亲属编以第五章设立了较完备的抚养制度，对抚养范围、抚养义务人与权利人之顺序、抚养义务之成立、抚养之程序方法及其变更等问题作了规定。而根据地法规未涉及抚养问题。

（十三）监护制度。亲属编第四章以较大篇幅设立了监护制度，分别对未成年人及禁治产人之监护问题作了详细的规定。值得注意的是，在监护一章中亲属编抚育亲属会议一些权力。根据地法规对监护未涉及。

（十四）家制及亲属会议。亲属编第六、七章分别为「家」和「亲属会议」，对家、家长、家属之含义、家长之权利义务以及亲属会议之召集、组成、议事程序等问题作了规定。虽然国民党中央政治会议第236次会议通过的《民法亲属编立法原则》声称「家制之规定，应以共同生活为本位，置重于家长之义务」。但亲属编设立的家制实际上是对传统的带有统一集权色彩的家庭制度的维护，同时也使中国社会一些传统陋习得到合法存在的法律空间和外衣71。亲属编还设立了亲属会议制度，这也是对传统家族观念、家族制度的维护72。从亲属编有关家制、亲属会议之规定可看出，南京国民政府立法者既想对传统家庭、家族制度有所触动，同时又想维护中国传统的家庭、家族制度，以维护社会稳定73。根据地法规对家制与亲属会议没有涉及74。

比较后的启示与思考

通过以上较细致的介绍与比较，我们可以初步得出关于革命根据地与南京国民政府法制建设的一些结论，并可以通过这种分析与比较，为中国近现代史中一些问题作出也许不严密但也不无道理的判断，并可以对我国当前的法制建设有所启发。以下是通过以上比较后形成的几点思考与启示。

一，从立法形式上看，南京国民政府法制水平远远高于革命根据地；但从实质内容上看，根据地法律比南京国民政府法律更进步，反封建更彻底。南京国民政府在法律文件的结构安排、语言表述、内容完备性等方面以及在立法程序、立法机构设置等方面都要比根据地规范、完备。这显然是和南京国民政府的立法条件（如人力、财力、物力等各方面条件）有关，但却也反映出南京国民政府对法律较为重视。应当说，南京国民政府的「六法全书」是近代中国法制发展的最高点，也是中国法制近代化的一个结晶。革命根据地法规对打破中国传统社会制度，促进广大民众觉悟与解放起了重大促进作用。但不容否认，在20世纪上半叶的中国，南京国民政府之法制亦具有一定进步性，民法典亲属编许多规定不仅超越中国以往婚姻家庭法规，一些规定还走在世界前列，是当时世界上很进步的一部婚姻家庭法律。马克思主义法律观认为，法律是统治阶级意志的表现，由此我们可不可以得出推论，南京国民政府在20世纪上半叶之中国具有进步性，但这种进步性要远逊于中国共产党75。但在20世纪上半叶之中国并不是越进步越适宜，越有利于中国社会的改造和中国的现代化。革命与改良、激进与保守、理想与经验的竞争与交织是中国近现代史的主题，但孰优孰劣，只有放在20世纪上半叶的中国历史中进行细致、全面考虑才能得出尽量不偏颇的结论。

二，两党竞争对各自法制建设的影响。第一次大革命失败后，中国共产党与国民党处于互相斗争，同时也是互相竞争的状态76。两党都需要，同时也都希望能够得到民众的更多支持以巩固自己的社会根基，并削弱对方的社会根基。而这种以民心民意为导向的竞争必然迫使双方调整自己攸关民众生活、对民心民意有重大影响的政策与法律，以顺应民心民意，换取民众的支持。1942年7月13日陕甘宁边区高等法院对赤水县询问买卖婚姻价款应否没收问题的意见中说：「尤其在边区的环境，与顽区相接近，政府取缔检查如果过严，一般无知的人民，容易对政府引起不满，无形中发生一种远心力，离避边区，去到顽区作婚姻

买卖行为，所谓为丛驱爵，是值得注意的。」⁷⁷可见，为革命斗争，同时两党竞争的需要，边区政府已考虑到政策法规过严会引起民众的不满。而在国民党方面，中华书局印行《中华民国法规汇编》（十七年十月至二十二年）第三册收入民国十七年七月内政部通飭的《改良婚姻制度令》则反映了国民党方面为与共产党竞争而欲改良婚姻制度。现将该令中部分内容摘录如下，「夫我国婚姻制度于今尚甚黑暗，在女子一方面，则为婚姻中之商品，且为父兄之一部分之财产」，「海外华侨背乡离井，积数十年所得金钱，而欲回国娶一妻尚难偿愿，其在国无力娶妻之贫民子弟艰难忿怨可想而知矣。共产党徒因之乘机运动民众，大倡婚姻自由，倘不改入共党，难投所好，于是一般民众心理薄弱者流，遂误认是种办法方得解除其痛苦，倡其所愿，故甘为之牺牲。共党滋蔓亦因此而难图矣。今者外侮日迫，军阀未尽，倘对此婚姻买卖制度不根本改良，恐共产滋蔓，其后方祸患在在堪虞。」值得注意的是，在这两个事例中两党竞争对双方的婚姻制度的影响却是相反的：两党竞争使共产党方面收敛其较激进的婚姻政策，而促使国民党改良其婚姻政策。

三，关于南京国民政府法制对根据地法制以及新中国法制之影响与渗透。通过上面的介绍与分析可看出，根据地婚姻家庭法规，尤其在抗战时期，严重受民法典亲属编之影响。可以推断，根据地法规的其它部门法必然也会受到南京国民政府法制之影响。而关于南京国民政府对新中国法制之影响，中共中央虽于1949年2月发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区司法原则的指示》，并在建国后开展司法改革运动，以废除旧法制，批判旧法律思想。但如果说新中国之法制是在革命根据地法制基础上制订发展而来，那么南京国民政府法制就可能通过根据地法制对新中国法制产生影响。另外，南京国民政府法规制订出来以后，也会通过各种方式（法学教育、法制宣传、个案适用等）影响人们的思想观念，塑造人们对一些法律问题的思维习惯，这些方式可以以隐性但同时又具有韧性的方式影响新中国乃至当今的法制建设。历史不应也不能割断，人类的文化可以通过各种方式保持其内在的连续性。

四，通过以上比较对当前我国婚姻家庭法制建设的启示。去年4月28日我国婚姻法已作出修改，但现在我国又开始了民法典的起草工作，民法起草工作小组委托我国民法学者梁彗星教授草拟的《中华人民共和国民法典大纲（草案）》拟设立亲属（婚姻家庭）一编。由于我国当前民法典起草同南京国民政府民法典同样主要取法德国民法典模式，南京国民政府民法典亲属编对我们今天的民法典起草工作就具有较重要且直接的借鉴意义⁷⁸。如婚约制度、婚姻无效制度、夫妻财产制、亲属编之结构等方面。当然革命根据地婚姻法规的借鉴作用亦存在，根据地法规的一些基本精神，如废除封建婚姻家庭制度、保护妇女儿童权益等仍应沿袭下去。

本文写作的基本思路是要对革命根据地和南京国民政府婚姻家庭法制进行比较，以得出关于中国近现代史以及当前中国法制建设的一些启示与结论。但这种仅仅停留在法条上的比较显然是浅薄的，如果能对法规起草前的立法考虑、立法意图以及颁布后法规的具体实施情况进行立体、全方位的切实观察和比较，也许能够对双方的婚姻家庭法制可以有一个更全面深刻的认识，并得出一些更具意义的结论和启示。但这样作的工作量肯定是庞大的，仅仅是本文所作的纯法条的比较已超出写作前的想象，而成一篇较长的论文。孟德斯鸠说：「用法律阐释历史，用历史阐释法律。」这也许便是本文的最好写照。

注释

1 婚姻法有广义狭义之分。狭义的婚姻法只调整婚姻关系，而广义的婚姻法不仅调整婚姻关系而且调整家庭关系。我国建国后颁布的两部婚姻法以及建国前革命根据地人民革命政权颁布的婚姻法、婚姻条例都使用的是广义的婚姻法概念。近现代大陆法系各国沿袭罗马法传统，将婚姻家庭方面的法律法规置于民法典的亲属编中。南京国民政府在立法上效仿德国、日本等大陆法系国家，故其婚姻家庭立法集中于其民法典《亲属编》中。参见巫昌祯编：《婚姻法论》（北京：中央广播电视大学出版社，1986），页1；张贤钰主编：《婚姻家庭继承法》（北京：法律出版社，1999），页20。

2 由梅仲协、罗渊祥编纂1947年出版的《六法解释判汇编》收录了大量的有关国民民法亲属编的法律解释与判例。《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》（韩延龙、常兆儒主编，中国社会科学出版社1984年版）第八编婚姻法规编也收录了一些根据地政府发布的有关婚姻家庭方面的法律解答。

3 见上。但革命根据地不承认判例的法律效力。

4 张晋藩主编：《中国法制史》（北京：中国政法大学出版社，1999），页48。国民党中央有关婚姻家庭方面的决议笔者见到一些，如民国十九年七月国民党中央政治会议第236次会议议决的《民法亲属编立法原则》（谢振民编着：《中国民国立法史》[上海：正中书局，1948，页945-56]，本文作者看到的是上海书店出版、列入《民国丛书》的影印本），至于有关婚姻家庭方面的司法机关认可的习惯、法理以及蒋介石手令，笔者尚未发现，故尚不敢确定这句话在南京国民政府的婚姻家庭法制上也完全适用。

5 张晋藩主编：《中国法制史》（北京：中国政法大学出版社，1999），页515。

6 如，《修正陕甘宁边区婚姻暂行条例》第三条规定：「少数民族婚姻，在遵照本条例原则下，得尊重其习惯法。」韩延龙、常兆儒主编：《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》（第四卷）（北京：中国社会科学出版社，1984），页808。

7 南京国民政府自成立到灭亡所颁布的专门调整婚姻家庭关系的法律法规只有民法亲属编及其施行法，颁布后在此期间亦未曾修改过。参见下文关于南京国民政府婚姻家庭法制建设基本情况的介绍。

8 该选编婚姻法编亦收入有关继承方面的法律法规和法律解答。继承法是一种与身份法相联的财产法，其所调整的继承关系多在亲属之间发生，与婚姻家庭法存在密切关系。但在一般教学中多把婚姻家庭法与继承法当作两个相互独立的法律部门，在大陆法系中婚姻家庭法（亲属法）与继承法同是民法典独立的两编。所以在本文中只对南京国民政府与革命根据地婚姻家庭法制进行比较，而不涉及继承方面的内容。

9 《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》婚姻家庭编虽收入了革命根据地主要的绝大多数的婚姻家庭方面的规范性法律文件，但仍有少量的规范性法律文件未收入，如，1932年2月中华苏维埃作出的《关于婚姻条例质疑与解答》（厦门大学法律系、福建省档案馆选编：《中华苏维埃共和国法律文件选编》[南昌：江西人民出版社，1984]，页212-14），等等。

10 注4《中华民国立法史》，页905。本文作者看到的是上海书店出版、列入《民国丛书》的影印本。

11 参见注4《中华民国立法史》，页906-07。

12 参见叶孝信主编：《中国民法史》（上海：上海人民出版社，1993），页610-12。

13 参见注4《中华民国立法史》，页944-67。

14 《中华民国立法史》，第945页。

15 史尚宽著：《亲属法论》（北京：中国政法大学出版社，2000），页7。实际上亲属编在许多方面都流露出明显的夫权意识。亲属编允许妾制的存在便是最显然的例子。

16 而亲属编并不禁止中表婚。可见亲属编在增进种族健康上并不彻底。

17 注15《亲属法论》，页7。

18 引自《民法亲属编立法原则》，注4《中华民国立法史》，页956。

19 如在保留家制的考虑下，童养媳、妾等现象得到合法化的外衣。参见注15《亲属法论》。

20 沙健孙主编：《中国共产党通史》第三卷（长沙：湖南教育出版社，1997），页92。

21 《新民主主义时期根据地法制文献选编》第四卷婚姻家庭编收录的第二次国内革命战争时期中华苏维埃共和国政府成立前各地苏维埃政权机关颁布的婚姻法、婚姻条例有1930年3月《闽西第一次工农兵代表大会婚姻法》、1931年7月《鄂豫皖工农兵第二次代表大会婚姻问题决议案》以及湘赣省苏维埃第一次代表大会制订的《湘赣苏区婚姻条例》。《中国共产党发展事典》（廖盖隆等主编，辽宁教育出版社1991年6月版，页238）亦记载湘鄂赣根据地也曾制订婚姻法规，但笔者查阅有关文献资料却未找到。

22 如《闽西第一次工农兵代表大会婚姻法》，全篇不分章节，逐条排列，共九条，不到400字，语言也都是般生活用语。

23 如《鄂豫皖工农兵第二次代表大会婚姻问题决议案》第六条规定，「男女主谋提出离婚不得过三次」，有违于婚姻自由原则。

24 表现在：运用政治色彩浓厚的语言，如白色恐怖、反动豪绅等；法律规定同政治阶级因素相联系，如《湘赣苏区婚姻条例》规定，「男女因政治意见不合或阶级地位不同，无论男女可以提出离婚。」

25 如增加关于红军之妻要求离婚的有关规定，对离婚后女方土地的分配与处理、离婚后男方维持女方生活的义务等方面规定有所改进。

26 只剩下陕甘革命根据地，即后来地陕甘宁边区。

27 四项保证之四是「四，取消红军名义及番号，改编为国民革命军，受国民政府军事委员会之统辖，并待命出动，担任抗日前线之职责。」《周恩来选集》（上卷）（北京：人民出版社，1980），页77。

28 胡绳：《中国共产党的七十年》（普及本）（北京：中共党史出版社，1991年版，第169页）。

29 参见：《新民主主义时期根据地法制文献选编》（第四卷），张希坡主编，第804 - 874页。亦有一些法律法规和法律解释该选编未曾收入，可在其它一些抗日根据地文件选编中找到。如《陕甘宁边区政府文件选编》第六辑（北京：档案出版社，1998）收入的《严禁买卖婚姻办法》。

30 开始大量使用「男方」、「女方」、「所有权」、「权利」、「义务」、「血亲」、「姻亲」等法律色彩浓厚的词语，而这些词语在第二次国内革命战争时期的婚姻家庭立法中根本未曾出现。

31 第二次国内革命战争时期根据地的婚姻家庭立法虽也遵循了男女平等精神，但并未明确提出男女平等原则。

32 《新民主主义时期根据地法制文献选编》第四卷婚姻家庭编收录的有《山东省抗日军人婚姻保障条例》和《修正淮海区抗日军人配偶及婚姻保障条例》。

33 《淮海区婚姻暂行条例》第十二条规定，「因通奸判决离婚者，适用民法第九百八十六条之规定。」

34 《晋察冀边区婚姻条例》附则部分（第二十条）规定，「关于婚姻除本条例别有规定者外，民法亲属编关于婚姻之规定仍适用之」。

35 《新民主主义时期根据地法制文献选编》中收入的第二次国内革命战争时期的4篇婚姻家庭法对最低结婚年龄的规定只有1篇规定是男18岁、女16岁，而该选编收入的11篇婚姻家庭法规（其中一篇未规定）有5篇规定为男18岁、女16岁。亲属篇的规定也是男18岁、女16岁。

36 如《晋绥边区婚姻暂行条例》、《晋西北婚姻暂行条例》中的婚约（订婚）、离婚两章。

37 这些规定和民法亲属编相对应条款完全一样。这样的规定可能是抗战时期社会各阶层及国共两党之间政治上的合作团结与互相妥协在婚姻家庭立法中的表现，在解放战争时期制订的几部婚姻家庭立法中便未出现这样的规定。这样的规定也和根据地婚姻家庭立法中一贯的婚姻自由、废除封建婚姻陋习等原则不相符。

38 第二次国内革命战争时期和抗战时期的根据地数都在十五块左右，但《新民主主义时期根据地法制文献选编》中收入的第二次国内革命战争时期的婚姻家庭法规有四篇，而收入的抗战时期的婚姻家庭法规有11篇（不包括一篇施行细则）。

39 如《辽北省关于婚姻问题暂行处理办法（草案）》。

40 如《陕甘宁边区婚姻条例》（1946年4月23日陕甘宁边区第三届参议会第一次大会通过）。

41 抗战胜利后和解放战争后期，干部离婚的现象较为突出。

42 在政策宣示上失去法律上的效力并不必然等于旧法律在实际案件裁决中完全失去规则的作用。

43 民法亲属编中的款、目和我们今天立法中的款、目概念不同。亲属编的款、目在章之下、条之上，而我们今天所讲的款、目则在条之下。

44 一些法规出现「送肉」、「散伙」、「浪漫」、「姑娘出门」等生活用语。

45 《新民主主义时期根据地法制文献选编》中收入的婚姻家庭法规多在20条至30条之间，平均23条，而民法亲属编共171条。

46 如胡汉民、孙科等

47 根据地需要法制，但不需要完备的法制。

48 《新民主主义时期根据地法制文献选编》第四卷，第788页。

49 如，亲属编第972条规定，「婚约应当男女当事人自行订定」，而974条又规定，「未成年之男女，订定婚约，应得法定代理人之同意」，第981条又规定，「未成年人结婚，应得法定代理人之同意」，而这样的规定在近代中国的传统社会形态下，只能是父母包办子女婚约习俗在法律上的一种反映。亲属编第985条规定，「有配偶者，不得重婚」，而亲属编中规定的家制又可以使妾以家属身份获得合法性。亲属编虽在亲等分类、亲等计算上体现了废除封建宗法制度的精神，但有关家属会议的规定又使家族势力得到一次在法律上展现自己的机会。

50 亲属编又对夫妻财产制做了详细的、个体主义色彩浓厚的规定，则反映亲属编对新兴资产阶级在婚姻家庭上的要求的响应。

51 并不是各个时期各地的婚姻家庭法规都完整地提出婚姻自由、一夫一妻等原则，有的较简单，有的较全面。

52 并不是所有的限制亲属结婚范围的条款都对此做了间接规定，有的条款比较概括且用语模糊，看不出其亲属分类及亲等计算方法。如有的条款规定，「有直接血统关系者禁止结婚」。有的法规在限制亲属结婚范围条款使用「亲族」、「戚族」等词，这些词似乎含有一定宗法色彩，但含义又不太明确，不能断定这些法规在亲属分类上仍采用中国传统的分类方法。

53 仅凭出现「亲等」一词尚不能断定这些法规采用罗马计算法。但考虑到这些法规在亲属分类等许多方面仿效民法亲属编以及这些法规在限制亲属结婚范围的亲等数上皆和民法亲属编相同，便可断定这些亲等是罗马计算法上的亲等。可参见《晋察冀边区婚姻条例草案》后所附的《关于我们的婚姻条例》的说明。

54 我国现行婚姻法仍采用世代计算法。另外有的条款出现「五服以内」的字样，不知在此「服」用「代」同义，还是表明这些法规在亲等计算上使用服制图。

55 但也有几部法规承认婚约的法律约束力，无故违约要负一定损害赔偿 responsibility。

56 按一些法规中的关于禁止亲属结婚范围的规定，中表婚应属禁止之列。但这些法规并没有明确声明禁止中表婚，尚不能断定这些根据地对中表婚到底持何种态度。《晋察鲁豫边区婚姻暂行条例》中规定八亲等以内之旁系血亲不得结婚，但又在其施行细则中规定，「但表兄弟姐妹除外」。

57 《晋察冀边区婚姻条例》第七条规定，「与下列亲属不得结婚：一、……二、八亲等以内之旁系血亲，但表兄弟姐妹不在此限。」

58 《山东省婚姻暂行条例》第十条。

59 参见刘素萍主编：《婚姻法学参考数据》（北京：中国人民大学出版社，1989），页61。

60 按南京国民政府婚姻家庭法制的逻辑，妾不是妻，正妻才是妻，这是继承了中国传统的妻妾观。

61 如《淮海区婚姻暂行条例》第十一条规定，「结婚应有公开仪式及二人以上之证明」。

62 《晋察冀边区婚姻条例》第五条规定，「结婚应有公开之仪式及二人以上之证人，向结婚所在地之村公所或县市政府登记，领取结婚证书。」

63 在近代中国，夫在家庭事务中居主导地位由其必然性，但必然的并等于是合理的并要用法律加以确认。在婚姻家庭立法上不应强求在家庭实际生活中夫妻双方都现实地发挥同样的作用，但在法律上应承认夫妻双方在家产上的平等权利，至少不应在立法上确认夫妻一方在家产上的更多权利。民法亲属

编的这些规定是以有所改进的方式延续着中国传统的夫权意识、男尊女卑思想。

64 所谓两愿离婚，即双方都同意的离婚，单意离婚即一方向有关机关提出的离婚。

65 亦有个别法规采用亲属编的规定，如《淮海区婚姻暂行条例》14条规定：夫妻协议离婚者，应以书面为之，并二人以上之证明。在具体登记机关上规定亦各不一致且多不明确。

66 亦有采用概括式表明一方请求离婚的条件，亦有采概括、例示结合的方式。

67 解放战争时期制订的《辽宁省关于婚姻问题暂行处理办法》（草案）规定，恶霸、地主、富农或有反革命活动者，政治思想立场观点发生对立、不能维持夫妻关系者，一方得向当地司法机关提出离婚请求。

68 亲即父母，子即子女，亲子制度即规定父母子女法律地位和相互间权利义务的法律制度。

69 即在婚姻关系存续期间受孕或出生的子女。

70 即没有婚姻关系的男女所生的子女，俗称「私生子」。

71 按照南京国民政府的法律，且、童养媳被视为家属而合法存在。参见注15《亲属法论》。

72 对此似也不宜一概否定，亲属会议形式也可以发动民间力量以使民事问题灵活、恰当且有效的解决。

73 国民党中央政治会议通过的《民法亲属编立法原则》称，「个人主义与家属主义之在今日，孰得孰失，固尚有研究之余地，而我国家庭制度，为数千年来社会组织之基础，一旦欲根本推翻之，恐窒碍难行，或影响社会太甚，在事实上似以保留此种组织为宜，在法律上自应承认家制之存在，并应设专章详定之。」

74 按照中国共产党的革命精神，对传统的家庭、家族制度只会废除，至少不会维护。有趣的是，亲属编第一千零九十四条规定，当未成年人无法律规定的亲属担当监护人时，可由亲属会议选定。而按照我国现行民法规定，在相同情况下应由未成年人父、母所在单位或由未成年人住所地的居民委员会、村民委员会指定。可见中国共产党的政策倾向是由其所控制的组织代替民间家族势力在一些问题上的影响力。

75 由此得出推论虽有「瞎子摸象」之嫌，但也可以有「一叶知秋」之效。在具体事项上对两党进行细微的比较得出的结论可能比带有意识形态色彩的理论臆断更可信。

76 这种竞争与斗争在此以前便存在，但无疑大革命失败后这种斗争与竞争更激烈、更显然。

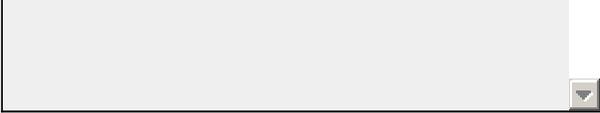
77 参见注29《陕甘宁边区政府文件选编》（六），页296。

78 虽然民国民法典亲属编自颁布至今已70余年，但由于亲属编的超前性以及社会变化虽巨但仍未达致要废除亲属编的程度，民国亲属编在1980年代做了少量修改后至今仍在台湾地区适用。所以，70年的历史并不能否定民国亲属编对今天我国婚姻家庭法制建设的借鉴作用，当然这种借鉴仅是借鉴，对这种借鉴也不能夸大，毕竟存在时间间隔、社会变化、倾向差异、对有关法律问题认识深化等因素。

来源：《二十一世纪》网络版

发表评论

用户名： (3 - 20个字符)
电子邮件：
用户评论：



发表评论

重置

用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720