

## 南京國民政府與革命根據地

### 婚姻家庭法制比較研究

◎ 歐陽曙

婚姻家庭法是調整婚姻家庭關係的法律規範的總和，在我國一般稱之為婚姻法<sup>1</sup>。本文先是簡要介紹南京國民政府與革命根據地婚姻家庭法制建設的基本情況，而後從法規形式、立法技術、立法原則、立法內容等方面對南京國民政府與革命根據地婚姻家庭法制加以比較，最後通過這種比較得出有關中國近現代歷史以及今天我們進行法制建設的幾點認識與啟示。南京國民政府與根據地婚姻家庭法制淵源眾多，這些淵源有：南京國民政府與根據地政府頒布的專門用於調整婚姻家庭關係的法律法規，如南京國民政府頒布的民法典《親屬編》以及根據地政府頒布的一些婚姻法、婚姻條例等；一些憲法、民事、刑事等法律法規，在這些法律法規中也涉及到有關婚姻家庭方面的一些事項；法律解釋、解答<sup>2</sup>；判例<sup>3</sup>；此外，「司法機關認可的習慣、法理以及蔣介石的手令、國民黨中央的決議」，也都是南京國民政府法律體系的重要淵源<sup>4</sup>。「由於根據地法制與黨的綱領、路線、方針和政策性質相同、內容相近，因此，在法律制度不完備或缺乏相應的法律規定的某些時候，黨的綱領、路線、方針和政策也就具有法律效力，這在戰爭環境下不可避免的。」<sup>5</sup>另外，習慣也是革命根據地婚姻家庭法制的一種淵源<sup>6</sup>。在本文中南京國民政府與革命根據地婚姻家庭法制主要以二者頒布的專門用於調整婚姻家庭關係的法律法規即南京國民政府頒布的民法典親屬編及其施行法<sup>7</sup>和根據地政府頒布的婚姻法、婚姻條例為根據，並輔之以一些法律解釋解答、判例等。革命根據地婚姻家庭立法繁多而又分散，不同時期不同地方的根據地政府頒布了眾多的單行婚姻家庭法律法規及一些法律解答，這些法律法規及法律解答現今散見於各種各樣的革命根據地文獻資料中。在本文中，有關革命根據地婚姻家庭法制的規範性法律文件主要以《中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選編》第四卷中婚姻法規一編中所收錄的法律文件為依據<sup>8</sup>，並參考了一些該選編婚姻法規編未收入、存在於其他一些根據地文獻資料中的規範性法律文件<sup>9</sup>。

#### 南京國民政府與革命根據地婚姻家庭法制建設情況簡介

1927年4月，南京國民政府成立。1927年6月，經國民黨中央政治會議第100次會議議決，南京國民政府設立法制局，著手起草各重要法典。因民法總則、債、物權各編暫時可以援用民間習慣及歷年判例，而親屬、繼承編的習慣及判例「皆因襲數千年宗法之遺跡，衡之世界潮流，既相背馳，揆諸吾黨政綱，尤甚齟齬」<sup>10</sup>，法制局先行起草民法親屬、繼承二編，並相繼於1928年10月完成，並附說明呈送國民政府以移付立法院核議。由於此時立法院尚未成

立，法制局起草的民法親屬、繼承二編便擱置起來，未曾發生效力。該民法親屬編分通則、婚姻、夫妻關係、父母與子女之關係、撫養、監護人、親屬會議七章，共八十二條，由法制局秘書燕樹棠起草。草案參考英美法系、大陸法系及蘇聯的有關法律，受舊有法制影響較少，承認男女平等，注重種族健康，獎勵親屬互助而去其依賴性。<sup>11</sup>在近代中國社會背景下，該草案是具有一定進步意義的。

1928年10月，南京國民政府改組，實行五院制，立法院成為法定「最高立法機關」。1928年12月，南京國民政府立法院成立。立法院成立後在民法典起草上採取了分編起草、分別通過的方式：根據國民黨中央政治會議第168次會議議決的「《民法·總則編》立法原則」，立法院起草、通過了《民法·總則編》，並於1929年5月23日公布，會同《民法總則編施行法》於10月10日同日施行；根據國民黨中央政治會議第183次會議議決的「《民法·債編》立法原則」，起草通過了《民法·債編》，並於1929年11月22日公布，會同《民法債編施行法》同於1930年5月5日實施；根據國民黨中央政治會議第202次會議議決的「《民法·物權編》立法原則」，起草通過了《民法·物權編》，並於1929年11月30日公布，會同《民法物權編施行法》於1930年5月5日同日施行。<sup>12</sup>

對於民法親屬、繼承二編，南京國民政府立法院院長胡漢民、副院長林森認為「惟親屬、繼承二編，對本黨黨綱及各地習慣所關甚大，倘非詳加審慎，恐多所扞格」，特地於1930年7月就立法上最有爭議的各點提請國民黨中央政治會議先行決定，並由中央政治會議第236次會議議決了民法親屬編繼承編的起草原則。又商同立法院統計制訂多種調查表，發交各地徵求習慣；後又將北洋政府司法部的習慣調查報告加以整理；同時，將親屬、繼承的各種重要問題分別交給民法起草委員會各委員、顧問、秘書、編修等，比較各國法制詳加研究。1930年初秋民法親屬繼承二編開始起草，並與同年冬先後完成。該二編皆於1930年12月3日由立法院通過，並於12月26日同日公布，並與1931年5月5日會同《民法親屬編施行法》、《民法繼承編施行法》同日實施。<sup>13</sup>

民法親屬編分通則、婚姻、父母子女、監護、扶養、家親屬會議七章，共171條（第967條至1137條）。依據國民黨中央政治會議通過的《民法親屬編立法原則》和南京國民政府民法起草委員會委員史尚寬在其《親屬法論》中的概括，民法親屬編的立法原則有：改進親屬分類及親等計算法，「我國舊律分宗親、外親、妻親三類，系淵源於宗法制度，揆諸現在情形，有根本改革之必要。查親屬之發生，或基於血統，或基於婚姻，故親屬之分類，應定為配偶血親姻親三類。」<sup>14</sup>在親等計算上親屬編採羅馬計算法；男女平等，親屬編在「親權之行使，家長之擔任，夫妻財產制之自由選擇等，莫不承認男女平等之地位」<sup>15</sup>；注重種族健康。如規定最低結婚年齡和親屬結婚範圍，以限制早婚、近親結婚<sup>16</sup>；改善非婚生子女地位，「非婚生子女經生父認領或自幼撫養者（包括庶子），視為婚生子女，其待遇與婚生子女無異」<sup>17</sup>；規定家制，「家制之規定，應以共同生活為本位，置重於家長之義務」<sup>18</sup>。

南京國民政府民法親屬編吸收了世界各國在婚姻家庭上的立法經驗，能較自覺地順應時代發展的潮流和中國社會中的進步要求，在近代中國社會，其進步意義是不可否認的，一些規定甚至走在世界的前列。但在繼承中國傳統習俗、立足法律實施現實的口號下，一些舊的婚姻家庭陋習也得以保留下來<sup>19</sup>。所以，民法親屬編的落後性和局限性也是顯然的。南京國民政府頒布親屬編後直至其滅亡，既未對親屬編加以修改，亦未另行頒布其他單行婚姻家庭法律法規。國民黨敗退台灣後繼續沿用民法親屬編，直至1985年因台灣社會的發展變化作出部分

修改。時至今日，該部民法親屬編已走過70年的歷史，作為中國近現代史上第一部頒布實施的、至今仍在生效的民法典親屬編，其在中國近現代婚姻家庭法制史乃至近現代中國法制史上的重要地位是不可忽視的。

革命根據地的婚姻家庭法制是指在新民主主義革命時期，在中國共產黨的領導下，由建立在革命根據地的革命政權所創建的婚姻家庭法律制度。按照中國近代史研究中的慣常分期，革命根據地婚姻家庭法制建設歷程可分為第二次國內革命戰爭時期、抗日戰爭時期以及解放戰爭時期。在三個時期中，由於國際國內政治軍事形勢以及根據地發展情況不同，三個時期根據地的婚姻家庭法制在形式、內容等方面都有所變化，根據地的婚姻家庭法制也在這種變化中得到不斷發展和逐步完善。

1927年至1936年，第二次國內革命戰爭時期。大革命失敗後，以毛澤東、朱德為代表的中國共產黨經過不懈探索，走上農村包圍城市、武裝奪取政權的革命道路，開展武裝鬥爭、土地革命、根據地建設三位一體的革命鬥爭活動。到1930年上半年，全國建立了湘贛、贛南、閩西、湘鄂西、鄂豫皖邊、湘鄂贛邊等大小十幾塊農村革命根據地<sup>20</sup>。各革命根據地紛紛成立了自己的各級政權機關，並頒布了一些地方性的單行婚姻法律法規<sup>21</sup>。這些婚姻立法遵循了婚姻自由、一夫一妻、反對封建婚姻制度、保護婦女兒童、保護軍婚等原則，對婚姻基本原則、結婚、離婚、離婚後財產處理與子女撫養等問題作出了初步規定，但這些法律法規在形式內容上都較簡陋<sup>22</sup>，個別規定不合理<sup>23</sup>，政治色彩較濃<sup>24</sup>。1931年11月，各根據地、白區和紅軍代彙聚江西瑞金召開中華蘇維埃第一次全國代表大會，宣告中華蘇維埃臨時中央政府成立。中華蘇維埃共和國中央執行委員會相繼於1931年12月1日和1934年4月8日公布實行了《中華蘇維埃共和國婚姻條例》和《中華蘇維埃共和國婚姻法》。這兩個法律都確立了婚姻自由、一夫一妻、廢除封建婚姻制度的原則，對結婚、離婚、離婚後財產與小孩的處理、非婚生子女的處理等作了較為細緻的規定，在結構上採取章條結構，語言亦較規範，在一些問題上《中華蘇維埃共和國婚姻法》對《中華蘇維埃共和國婚姻條例》作出改進<sup>25</sup>。以中華蘇維埃臨時中央政府成立為界，這一時期革命根據地婚姻家庭法制建設經歷了一個從立法比較分散到立法比較統一、法律條文比較簡陋到比較規範、完備的過程。但在第二次國內革命戰爭時期後期，由於紅軍反圍剿鬥爭的失利，革命根據地近乎損失殆盡<sup>26</sup>，革命根據地婚姻家庭法制建設也無從談起。第二次國內革命戰爭時期是革命根據地婚姻家庭法制建設的初創時期。

1937年至1945年，抗日戰爭時期。抗日戰爭爆發後，為適應抗戰形勢的需要，按照《中共中央為公布國共合作宣言》中提出的中共的四項保證<sup>27</sup>，中共中央所在地陝甘革命根據地成立了陝甘寧邊區政府，成為統一於南京國民政府的地方自治政權；中國工農紅軍以及活動在南方八省的紅軍和游擊隊分別先後改稱國民革命軍第八路軍（後改為第十八集團軍）和國民革命軍陸軍新編第四軍，統一於南京國民政府軍隊的編制。按照洛川會議的戰略決策，中國共產黨領導下的武裝力量深入敵後開展游擊戰爭，開闢敵後抗日根據地，到1940年底，已在華北、華中、華南創建了大小十六塊抗日根據地<sup>28</sup>。各根據地大力開展政權、經濟、文化、法制等各方面建設，進行了大量的婚姻家庭立法，大大發展了新民主主義革命時期革命根據地的婚姻家庭法制建設。這一時期頒布了眾多婚姻家庭法律法規及一些法律解答<sup>29</sup>，同第二次國內革命戰爭時期相比，這一時期根據地婚姻家庭法制建設的特點有：（一）立法技術大有改進。在結構上多按章、條排列，一般分為總則、婚約（有的分解為訂婚、解除婚約兩章）、結婚、離婚、婚姻與子女及財產關係或夫妻之權利義務或子女、附則等章，有的還設有罰則

章；在立法語言上亦更規範<sup>30</sup>，更符合簡潔、明確、嚴謹、莊重等立法語言的一般要求；在內容上亦更全面，對婚姻家庭關係中的基本問題都作出較為細緻的規定，在字數、條數上比上一時期都大有增加，在附則部分多對法規的修改、解釋、公布實施等問題作出規定。

（二）具體內容同上一時期相比亦有不少變化。如在立法原則上明確提出男女平等原則<sup>31</sup>，增加關於婚約、夫妻間權利義務的規定，在結婚上婚齡的規定趨向低齡化、結婚的法定手續比過去複雜、限制親屬間結婚的規定更為嚴格化，在離婚上離婚條件具體化、離婚程序更加完善、對婚後財產與子女處理更加合理。（三）不僅在婚姻法規中寫入保護抗日軍人婚姻的內容，而且單獨頒布一些保護抗日軍人婚姻的條例、辦法等<sup>32</sup>。（四）這一時期革命根據地婚姻家庭法制一個鮮明的特徵是受南京國民政府民法親屬編的較大影響，表現在，這一時期大多婚姻家庭立法開篇即指出依據民權主義之精神或民法親屬編之立法精神而制訂，有的在條文中援引親屬編的規定<sup>33</sup>，有的法規還在附則中規定部分承認民法親屬編在根據地的效力<sup>34</sup>；在內容上，不少法規在許多方面同親屬編的規定一樣，如以獨立的章對婚約進行規定、有關最低結婚年齡的規定<sup>35</sup>、限制親屬結婚範圍的規定、一方提出離婚的事由等，一些條款和整章不僅在內容規定上甚至在語言表述上和親屬編相對應內容近乎完全一樣<sup>36</sup>，這些條款和整章顯然直接取自親屬編。抗日根據地婚姻家庭法制中的上述規定既是適應鞏固國共合作共同抗日的需要，同時也有利於提高根據地婚姻家庭立法水平。但民法親屬編也對根據地婚姻家庭法制產生負面影響，致使根據地婚姻家庭立法中出現一些不合理的規定，如有的法規規定，「結婚應有公開之儀式及二人以上之證人」、「因奸經判決離婚，或受刑之宣告者，不得與相奸者結婚」，這些規定就不夠合理<sup>37</sup>。（五）由於各抗日根據地一直比較分散，未曾建立統一的政權機關，亦未曾頒布統一的婚姻家庭法規，這一時期的婚姻家庭立法不存在較為統一的時期，立法數量較大<sup>38</sup>。抗日戰爭時期是革命根據地的婚姻家庭法制得到重大發展的時期。

1946年至1949年，解放戰爭時期。這一時期的革命根據地經過了一個從防禦到進攻、從收縮分散到不斷壯大連接成片的過程。這一時期各解放區多由原抗日根據地發展而來，所以這一時期的婚姻家庭法制多沿用原抗日根據地制訂的婚姻家庭法規，同時也制訂少數幾部新的婚姻家庭法規（包括新建立的根據地頒布的法規<sup>39</sup>和原根據地重新頒布的婚姻家庭法規<sup>40</sup>）。另外還頒布一些婚姻家庭方面的解答、命令等。這一時期根據地婚姻家庭法制的特點有：對原抗日根據地婚姻家庭法制的繼承性強，不少抗日根據地的婚姻家庭法規仍有效力，新制訂的婚姻家庭法規在立法原則和主要內容上也沿用了前一時期的精神和規定；對婚姻家庭領域新出現的一些特定問題作出規定，提出了處理城市婚姻問題的基本政策，規定了幹部離婚的原則和程序<sup>41</sup>；隨著解放戰爭的勝利推進，各解放區不斷擴大並聯接成片，形成大行政區，大行政區政權機關開始發布一些婚姻家庭方面的法律解答、指令通令等，婚姻家庭立法開始出現統一趨勢；1949年2月中共中央發布了《關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示》，南京國民政府的婚姻家庭法制在老解放區完全失去效力<sup>42</sup>，也預示著南京國民政府的婚姻家庭法制在中共大陸的完全失效。這一時期革命根據地的婚姻家庭法制得到進一步發展。

在第二次國內革命戰爭、抗日戰爭、解放戰爭三個時期，根據地婚姻家庭法制雖有所變化，但由於三個時期根據地婚姻家庭立法的環境、條件大致相同，並堅持了相同的立法原則，後一時期婚姻家庭立法對前一時期的立法有很大的繼承性，從形式到內容三個時期的立法又都

有共同特徵，所以三個時期的婚姻家庭法制可以作為一個整體同南京國民政府的婚姻家庭法制相比較。革命根據地婚姻家庭立法在形式上雖較簡陋，內容上亦不完備，個別規定亦有不合理之處，但革命根據地的婚姻家庭法制從一開始便徹底遵循了婚姻自由、一夫一妻等進步的婚姻家庭立法原則，堅決廢除封建婚姻家庭制度，並在實踐中不斷吸取經驗，使根據地婚姻家庭法制從形式到內容上都獲得不斷發展，從而為新中國的婚姻家庭立法提供了最基礎的準備，固定了新中國婚姻家庭立法的基本風格及其發展軌道。但同時，建國後新中國婚姻家庭立法的一些缺陷，也都可在根據地的婚姻家庭法制中找到其發端。

### 南京國民政府與革命根據地婚姻家庭法制之比較

從法規形式、立法技術上看，南京國民政府婚姻家庭法制比較完善，民法親屬編在立法技術上遠遠高於革命根據地的婚姻家庭立法。民法親屬編是作為民國民法典中的一編存在，正文部分在結構上分為章、節、款、目、條五個層次<sup>43</sup>，語言較規範，使用大量的法律術語並基本符合立法語言的一般要求，在內容上細緻完備，全編共171條，對親屬分類及親等計算、婚約、結婚條件及程序、夫妻財產制、離婚條件及程序、父母子女（包括婚生子女、非婚生子女、養子女）關係、未成年人及禁治產人之監護、撫養、家制、親屬會議等問題做了詳細的規定。而革命根據地的婚姻家庭立法皆採用單行法規的形式，有的分章，有的則不分章，僅按條數排列，語言上法律術語較少，不少法規的語言生活色彩濃厚<sup>44</sup>，內容上都較概括，法規篇幅簡短<sup>45</sup>，不少法規內容極不完備。根據地婚姻家庭立法在時空上都較分散，缺乏統一性。南京國民政府的婚姻家庭立法之所以在形式上能達到一個較高的水平，原因在於南京國民政府需要完備的法律維護其統治區的社會秩序及其統治，立法上大量借鑒近代以來中國歷次婚姻家庭立法及世界各國婚姻家庭立法的經驗，南京國民政府成立之初局勢較安寧、社會經濟發展較快，有較豐富的立法人力資源，較為健全的立法機構及立法程序，出現法學家式的政治領袖人物<sup>46</sup>等等。而以上條件的相反方面則決定了根據地的法制不可能達到一個較高的水平。在革命戰爭年代，根據地不需要完備的法制<sup>47</sup>，也制訂不出完備的法制。

在立法原則上，南京國民政府與革命根據地婚姻家庭立法多少都體現了男女平等、一夫一妻、婚姻自由、反對封建婚姻家庭制度等原則。革命根據地在貫徹這些原則上是徹底的。《新民主主義時期根據地法制文獻選編》收入的第一部根據地婚姻家庭法規《閩西第一次工農兵代表大會婚姻法》在其發布公告中就宣稱，「望各級政府、各地群眾站在自由婚姻原則下，與舊禮教作堅決的奮鬥，以解放被欺壓的青年男女群眾，而徹底肅清封建的殘餘制度。」<sup>48</sup>各時期的婚姻家庭立法都在法規中明確寫入婚姻自由、男女平等原則，並在具體條文中嚴格徹底地貫徹這些原則。民法親屬編從其由國民黨中央政治會議通過的立法原則及其具體條文中也可看到其婚姻自由、男女平等、一夫一妻、廢除封建婚姻制度等立法原則的存在，但民法親屬編並未明確寫入這些原則，在其具體條文中又有不少規定和做法有違以上原則<sup>49</sup>。應當說，民法親屬編是一部封建色彩非常濃厚的婚姻家庭法<sup>50</sup>。

在具體內容上，二者有不同亦有相同之處。由於革命根據地婚姻家庭立法較為分散且南京國民政府與各根據地婚姻家庭立法中細節性規定又較多，所以在此只能選擇婚姻家庭制度中的基本內容對二者作較為概括的比較。

（一）關於基本原則的規定。民法親屬編第一章通則只是規定了親屬的分類及親等計算方法，並未寫入婚姻家庭基本原則的相關內容。而根據地的婚姻家庭法規全部開篇即明確提出

婚姻自由等原則<sup>51</sup>。在這一點上也反映根據地婚姻家庭法制追求進步的徹底性和廢除封建婚姻制度的堅決性。

（二）親屬分類及親等計算方法。民法親屬編在第一章對此做了詳細的規定，對直系血親、旁系血親、姻親進行明確界定，在親等計算上採用羅馬計算法，並規定了姻親關係消滅的情形。根據地婚姻家庭法規對親屬分類及親等計算都沒有明確的規定，有的全篇都未涉及親屬分類及親等計算問題，有的則在限制親屬結婚範圍的條款中對此做了間接的規定<sup>52</sup>。可據其限制親屬結婚範圍條款判斷出其親屬分類方法的法規多在抗戰及解放戰爭時期制訂，在條款中出現的「血親」、「姻親」、「直系血親」、「旁系血親」等詞表明在親屬分類上這些法規仿用了民法親屬編的規定。在這些法規的限制親屬結婚範圍條款中多同時出現了「親等」一詞，表明這些法規亦採用了羅馬親等計算法<sup>53</sup>。在其他一些法規中，雖從其限制親屬結婚範圍條款不能判斷其親屬分類，但這些條款中卻出現了「五代以內」等字樣，表明其在親等計算上採用世代計算法<sup>54</sup>。親等計算及親等計算需要一定的婚姻家庭立法方面的知識，在這個問題上表明了根據地立法技術的欠缺。

（三）婚約。民法親屬編在第二章婚姻中設有婚約一節，對婚約訂立的條件、一方解除婚約的情形、婚約解除後的損害賠償作出規定。可見，民法親屬編承認婚約的法律約束力。根據地的婚姻家庭立法大多涉及到了婚約問題，但在具體規定上又多種多樣，有的僅以一句話進行規定，有的則以一章甚至兩章進行規定，有的不承認婚約的任何效力，規定「婚姻不以訂婚為必經之手續」、婚約可隨時解除，有的則要求婚約的成立與解除需具有一定的條件和程序、違約者需負一定損失賠償責任。總起來看。根據地婚姻家庭立法不提倡婚前訂立婚約，但又正視婚約現象的存在，在不承認婚約法律約束力的前提下對婚約有關問題作出規定<sup>55</sup>。革命根據地婚姻家庭法制對婚約問題的一些規定和做法，對我們今天的婚姻家庭立法仍有借鑒之處。

（四）結婚條件。在法定結婚年齡上，民法親屬編規定是男18歲女16歲，而根據地婚姻家庭法規的規定則不盡相同，有男20女18、男18女17、男18女16三種，從整體來看根據地對法定結婚年齡的規定要高於民法親屬編的規定。在限制親屬結婚的範圍上，民法親屬編的規定明確而又較嚴格，而在根據地的立法中有的未作規定，有的規定必較概括，有的作了同親屬編相比較寬鬆的規定，有的則作了同親屬編相似或相同的規定。但整體來看根據地婚姻家庭法規的規定不如親屬編明確，亦不如親屬編嚴格。民法親屬編允許中表婚，革命根據地的婚姻家庭法規對此多未作明確規定<sup>56</sup>，有的明確規定不禁止中表婚<sup>57</sup>，有的則規定，「親姑表姨應儘量避免締結婚姻」<sup>58</sup>。整體來看革命根據地婚姻家庭法制並不禁止中表婚，而新中國1950年頒布的婚姻法亦不禁止中表婚<sup>59</sup>。民法親屬編並未規定患一定疾病的人禁止結婚，只是在995條規定，「當事人之一方於結婚時不能人道而不能治者，他方得向法院撤銷之」。而根據地婚姻家庭立法則多以例示與概括相結合的方式對此作出規定，這些規定中的禁婚疾病主要指精神類疾病、性病、傳染性疾病、遺傳性疾病、生理缺陷等重大不治之惡疾。應當講，根據地婚姻家庭立法中的這些規定有利於優生優育，但並不是以上所有重大不治之惡疾都有必要列入禁婚疾病行列。親屬編和根據地的婚姻家庭法制都規定有配偶者不得重婚，但親屬編的這個規定是虛偽的<sup>60</sup>，而根據地婚姻家庭法制則明確規定了禁止一夫多妻、禁止納妾等。根據地法規多明確規定寡婦可再婚，任何人不得干涉，親屬編無明確規定。另外，民法親屬編還禁止相奸者結婚，並對監護人於被監護人之婚姻、婦女待婚期、未成年人結婚等問題作

了規定，這都是根據地婚姻家庭立法中沒有或較少作出規定的。

（五）結婚程序。民法親屬編採用儀式制。親屬編第982條規定，「結婚應有公開之儀式及二人以上之證人」。而根據地之法規多採用登記制。受民法親屬編的影響，也有幾部抗戰時期的法規採用儀式制<sup>61</sup>，還有的採用登記與儀式相結合的雙軌制<sup>62</sup>。在結婚程序上，登記制在近代中國更具合理性，更有利於打破舊的婚姻陋習。

（六）婚姻無效制度。民法親屬編第二章婚姻的第二節結婚的下半部分對無效婚姻及其撤銷作了具體規定，而根據地對此違作規定。

（七）夫妻人身關係。民法親屬編對夫妻之姓名權、夫妻間同居義務、夫妻之住所、日常事務代理權等問題作了規定，親屬編規定，「妻以基本姓冠以夫姓。贅夫以基本姓冠以夫姓」，「子女從夫姓。贅夫之子女從母姓」，「夫妻互相負同居義務」，「妻以夫之住所為住所」，「夫妻於日常家務，互為代理人」。根據地婚姻家庭立法對夫妻間人身關係基本未作規定，只有個別法規對夫妻間同居義務作了同民法親屬編相類似的規定。

（八）夫妻財產制。民法親屬編對夫妻財產制較為關注。國民黨中央政治會議通過的民法親屬編立法原則有一半篇幅是講夫妻財產制，而親屬編171條中夫妻財產制一節則佔了45條。親屬編的財產制主要有法定財產制和約定財產制兩種，法定財產制未聯合財產制，約定財產制有共同財產制、統一財產制、分別財產制。另外親屬編還規定了適用約定制（除分別財產制外）或法定制後，當然或依法院之宣告，改用分別財產制的特定情形。親屬編還設立了特有財產制。民法親屬編關於夫妻財產制的規定，形式上看其特徵是詳細、全面，在立法技術上達到較高水平，從內容上看，其特徵有：具有較濃厚的「夫妻別體主義」色彩，如出現了約定財產制，設立了特有財產制度，約定財產制中出現了分別財產制，規定了一些其他財產制改用分別財產制的情形，法定財產制（聯合財產制）中規定夫妻仍保有對各自原有財產的所有權，等等。同中國傳統的「夫妻一體主義」（實質是夫權主義）的婚姻家庭制度下的夫妻財產制度相比，具有一定進步意義；亦具有較濃厚的封建夫權主義色彩。親屬編在法定財產制中規定，「聯合財產由夫管理」，在共同財產制中規定，「共同財產由夫管理」，在統一財產制中規定，「夫妻得以契約訂定將妻之財產，除特有財產外估定價額，移轉其所有權於夫，而取得該估定價額之返還請求權」，在分別財產制中亦規定妻可以其財產之管理權付與夫。值得注意的是，親屬編在賦予夫在夫妻財產關係中更多權利同時，亦使夫負擔更多責任，並對妻之財產權益給予一些特殊保護。如法定財產制中規定「聯合財產由夫管理」的同時規定「其管理費用由夫承擔」，「聯合財產之分割，除另有規定外，妻取回其原有財產，如有短少，由夫或其繼承人負擔」。但賦予夫在夫妻財產關係中更多權利同時亦使其負擔更多責任，仍是把夫當作家庭的重心，仍是維護夫在家庭事務中的主導地位，仍是夫權意識、男尊女卑思想的一種反映<sup>63</sup>。革命根據地的婚姻家庭立法關於夫妻財產關係的規定可分為三種：一種是對夫妻財產關係未作或幾乎未作規定，一種是設有專門的章或條款對夫妻財產關係作出規定，再一種是在離婚後夫妻財產處理的條款中對夫妻財產關係作出一些規定。根據地婚姻家庭法規對夫妻財產關係的規定都較簡少而又概括，各個法規的規定又不盡相同，但綜合起來看，根據地婚姻家庭法規在夫妻財產關係上的基本精神是婚前男女雙方原有之財產及債務得各自處理，婚後雙方共同經營所得財產及所負債務得共同處理，離婚後雙方原有之財產各自取回，共同經營所得之財產平分，有小孩的按人口平分。在夫妻財產關係上，根據地婚姻家庭法規並未賦予男方更多的權利。

（九），離婚條件和程序。南京國民政府民法典親屬編和革命根據地婚姻法制都把離婚分為

兩願離婚和單意離婚<sup>64</sup>兩種情形。對兩願離婚，親屬編和根據地婚姻法規都規定雙方同意者可以離婚，但由於親屬編准許未成年人經父母同意可結婚，故在兩願離婚條件上又規定，未成年人之離婚，應得法定代理人之同意。在程序上，親屬編規定「應以書面為之，並應有二人以上證人之簽名」。根據地婚姻法規在兩願離婚程序上多採登記制<sup>65</sup>，抗戰及解放戰爭時期制訂的法規還多規定要領取離婚證。對單願離婚，親屬編列舉十種一方可向法院請求離婚的情事，並對其中四種情事規定了一方據以請求離婚的時效。根據地婚姻法規以大多以例示方式列舉一方可請求離婚的情況<sup>66</sup>，根據地法規關於一方請求離婚條件規定的特點是：一，抗戰及解放戰爭時期制訂法規所列舉的一方請求離婚事由多數事由和親屬編雷同，顯借鑒了親屬編之規定；二，離婚條件規定有較強政治色彩，如土地革命時期制訂的《閩西第一次工農兵代表大會婚姻法》中規定，「反動豪紳妻妾媳婦要求離婚者，准予自由」，抗戰時期法規多規定一方提出充當漢奸者，另一方可向有關部門提出離婚，解放戰爭時期一些法規也規定了帶有政治色彩的離婚請求事由<sup>67</sup>；三，許多法規明確把夫妻感情破裂當作一方請求離婚的事由，這顯然遵循了馬克思主義的愛情婚姻觀，並為新中國的婚姻立法所繼承；四，對軍人婚姻加以特別保護，對軍人配偶提出離婚條件加以更嚴格限制；五，個別法規對女方懷孕生育期間男方提出離婚的時間提出限制。在單願離婚程序上，根據地法規大多規定應向政府部門請求，但關於具體何種政府部門，有的規定「司法機關」，有的規定「縣政府」，有的未明確規定。這種管轄機關上的混亂主要是當時革命環境下政府機關設置的不完備造成的。另外亦有少數法規顯受親屬編之影響對某些情事下一方據以請求離婚的時效作了同親屬編雷同的規定。對民法典親屬編與根據地婚姻法規關於離婚條件、離婚程序的比較，可發現在離婚事由、離婚程序、請求時效等方面根據地法規都受到親屬編或多或少的影響。

（十），離婚的法律後果。親屬編對離婚後子女監護、離婚損害賠償、一方因離婚而生活陷於困難他方所負扶助義務、財產處理等問題作了簡單規定。親屬編對離婚後子女之監護作了「由夫任之」的原則性規定，仍含有男女不平等的因素。關於離婚後子女、財產處理問題是根據地法規著力加以規定的內容。綜合起來看，根據地法規對離婚後子女、財物之處理多採以下規定：一，以一定歲數為界（如5歲、6歲、7歲等），之前的子女歸女方撫養，之後的子女歸男方撫養，或尊重子女意見決定；二，有子女撫養的女方未再婚且無法維持生活時，男方應給付一定撫育費用；三，離婚後無力維持生活的女方，男方應負一定扶助義務，但同時又多規定了對該規定的限制。通過親屬編和根據地法規關於離婚法律後果規定的比較，顯見根據地法規給子女方更多的關心，既以平等態度對待男女，同時又對婦女給予較多的保護，而這一點也一直為我國當今的婚姻法所繼承、遵循。

（十一）親子制度<sup>68</sup>。親屬編第三章為「父母子女」。該章共31條，對父母與婚生子女<sup>69</sup>、非婚生子女<sup>70</sup>、養子女關係以及親權（即父母對未成年子女之權利義務）作了較為詳細的規定。根據地法規關於父母子女關係之規定較少，多未涉及，但亦有一些法規對一些問題作了類似的規定，如對繼父與繼子女之關係，土地革命時期法規規定離婚後女方再婚的，所帶去子女新夫願意撫養的才撫養，而抗戰及解放戰爭時期法規規定，女子再婚帶去子女由新夫負責撫養；非婚生子女經生母提出證據，證實生父者，得強制生父認領；非婚生子女與婚生子女享有同等權利。顯見，親屬編對父母子女關係之規定更詳細、更完備。

（十二）撫養制度。親屬編以第五章設立了較完備的撫養制度，對撫養範圍、撫養義務人與權利人之順序、撫養義務之成立、撫養之程序方法及其變更等問題作了規定。而根據地法規則未涉及撫養問題。

(十三) 監護制度。親屬編第四章以較大篇幅設立了監護制度，分別對未成年人及禁治產人之監護問題作了詳細的規定。值得注意的是，在監護一章中親屬編撫育親屬會議一些權力。根據地法規對監護未涉及。

(十四) 家制及親屬會議。親屬編第六、七章分別為「家」和「親屬會議」，對家、家長、家屬之含義、家長之權利義務以及親屬會議之召集、組成、議事程序等問題作了規定。雖然國民黨中央政治會議第236次會議通過的《民法親屬編立法原則》聲稱「家制之規定，應以共同生活為本位，置重於家長之義務」。但親屬編設立的家制實際上是對傳統的帶有統一集權色彩的家庭制度的維護，同時也使中國社會一些傳統陋習得到合法存在的法律空間和外衣<sup>71</sup>。親屬編還設立了親屬會議制度，這也是對傳統家族觀念、家族制度的維護<sup>72</sup>。從親屬編有關家制、親屬會議之規定可看出，南京國民政府立法者既想對傳統家庭、家族制度有所觸動，同時又想維護中國傳統的家庭、家族制度，以維護社會穩定<sup>73</sup>。根據地法規對家制與親屬會議沒有涉及<sup>74</sup>。

### 比較後的啟示與思考

通過以上較細緻的介紹與比較，我們可以初步得出關於革命根據地與南京國民政府法制建設的一些結論，並可以通過這種分析與比較，為中國近現代史中一些問題作出也許不嚴密但也不無道理的判斷，並可以對我國當前的法制建設有所啟發。以下是通過以上比較後形成的幾點思考與啟示。

一，從立法形式上看，南京國民政府法制水平遠遠高於革命根據地；但從實質內容上看，根據地法律比南京國民政府法律更進步，反封建更徹底。南京國民政府法律文件的結構安排、語言表述、內容完備性等方面以及在立法程序、立法機構設置等方面都要比根據地規範、完備。這顯然是和南京國民政府的立法條件（如人力、財力、物力等各方面條件）有關，但卻也反映出南京國民政府對法律較為重視。應當說，南京國民政府的「六法全書」是近代中國法制發展的最高點，也是中國法制近現代化的一個結晶。革命根據地法規對打破中國傳統社會制度，促進廣大民眾覺悟與解放起了重大促進作用。但不容否認，在20世紀上半葉的中國，南京國民政府之法制亦具有一定進步性，民法典親屬編許多規定不僅超越中國以往婚姻家庭法規，一些規定還走在世界前列，是當時世界上很進步的一部婚姻家庭法律。馬克思主義法律觀認為，法律是統治階級意志的表現，由此我們可不可以得出推論，南京國民政府在20世紀上半葉之中國具有進步性，但這種進步性要遠遜於中國共產黨<sup>75</sup>。但在20世紀上半葉之中國並不是越進步越適宜，越有利於中國社會的改造和中國的現代化。革命與改良、激進與保守、理想與經驗的競爭與交織是中國近現代史的主題，但孰優孰劣，只有放在20世紀上半葉的中國歷史中進行細緻、全面考量才能得出儘量不偏頗的結論。

二，兩黨競爭對各自法制建設的影響。第一次大革命失敗後，中國共產黨與國民黨處於互相鬥爭，同時也是互相競爭的狀態<sup>76</sup>。兩黨都需要，同時也都希望能夠得到民眾的更多支持以鞏固自己的社會根基，並削弱對方的社會根基。而這種以民心民意為指向的競爭必然迫使雙方調整自己攸關民眾生活、對民心民意有重大影響的政策與法律，以順應民心民意，換取民眾的支持。1942年7月13日陝甘寧邊區高等法院對赤水縣詢問買賣婚姻價款應否沒收問題的意見中說：「尤其在邊區的環境，與頑區相接近，政府取締檢查如果過嚴，一般無知的人民，容易對政府引起不滿，無形中發生一種遠心力，離避邊區，去到頑區作婚姻買賣行為，所謂

為叢驅爵，是值得注意的。」<sup>77</sup>可見，為革命鬥爭，同時兩黨競爭的需要，邊區政府已考慮到政策法規過嚴會引起民眾的不滿。而在國民黨方面，中華書局印行《中華民國法規彙編》（十七年十月至二十二年）第三冊收入民國十七年七月內政部通飭的《改良婚姻制度令》則反映了國民黨方面為與共產黨競爭而欲改良婚姻制度。現把該令中部分內容摘錄如下，「夫我國婚姻制度於今尚甚黑暗，在女子一方面，則為婚姻中之商品，且為父兄之一部分之財產」，「海外華僑背鄉離井，積數十年所得金錢，而欲回國娶一妻尚難償願，其在國無力娶妻之貧民子弟艱難忿怨可想而知矣。共產黨徒因之乘機運動民眾，大倡婚姻自由，倘不改入共黨，難投所好，於是一般民眾心理薄弱者流，遂誤認是種辦法方得解除其痛苦，倡其所願，故甘為之犧牲。共黨滋蔓亦因此而難圖矣。今者外侮日迫，軍閥未盡，倘對此婚姻買賣制度不根本改良，恐共產滋蔓，其後方禍患在在堪虞。」值得注意的是，在這兩個事例中兩黨競爭對雙方的婚姻制度的影響卻是相反的：兩黨競爭使共產黨方面收斂其較激進的婚姻政策，而促使國民黨改良其婚姻政策。

三，關於南京國民政府法制對根據地法制以及新中國法制之影響與滲透。通過上面的介紹與分析可看出，根據地婚姻家庭法規，尤其在抗戰時期，嚴重受民法典親屬編之影響。可以推斷，根據地法規的其他部門法必然也會受到南京國民政府法制之影響。而關於南京國民政府對新中國法制之影響，中共中央雖於1994年2月發布了《關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區司法原則的指示》，並在建國後開展司法改革運動，以廢除舊法制，批判舊法律思想。但如果說新中國之法制是在革命根據地法制基礎上制訂發展而來，那麼南京國民政府法制就可能通過根據地法制對新中國法制產生影響。另外，南京國民政府法規制訂出來以後，也會通過各種方式（法學教育、法制宣傳、個案適用等）影響人們的思想觀念，塑造人們對一些法律問題的思維習慣，這些方式可以以隱性但同時又具有韌性的方式影響新中國乃至當今的法制建設。歷史不應也不能割斷，人類的文化可以通過各種方式保持其內在的連續性。

四，通過以上比較對當前我國婚姻家庭法制建設的啟示。去年4月28日我國婚姻法已作出修改，但現在我國又開始了民法典的起草工作，民法起草工作小組委托我國民法學者梁彗星教授草擬的《中華人民共和國民法典大綱（草案）》擬設立親屬（婚姻家庭）一編。由於我國當前民法典起草同南京國民政府民法典同樣主要取法德國民法典模式，南京國民政府民法典親屬編對我們今天的民法典起草工作就具有較重要且直接的借鑒意義<sup>78</sup>。如婚約制度、婚姻無效制度、夫妻財產制、親屬編之結構等方面。當然革命根據地婚姻法規的借鑒作用亦存在，根據地法規的一些基本精神，如廢除封建婚姻家庭制度、保護婦女兒童權益等仍應沿襲下去。

本文寫作的基本思路是要對革命根據地和南京國民政府婚姻家庭法制進行比較，以得出關於中國近現代史以及當前中國法制建設的一些啟示與結論。但這種僅僅停留在法條上的比較顯然是淺薄的，如果能對法規起草前的立法考慮、立法意圖以及頒布後法規的具體實施情況進行立體、全方位的切實觀察和比較，也許能夠對雙方的婚姻家庭法制可以有一個更全面深刻的認識，並得出一些更具意義的結論和啟示。但這樣作的工作量肯定是龐大的，僅僅是本文所作的純法條的比較已超出寫作前的想像，而成一篇較長的論文。孟德斯鳩說：「用法律闡釋歷史，用歷史闡釋法律。」這也許便是本文的最好寫照。

- 1 婚姻法有廣義狹義之分。狹義的婚姻法只調整婚姻關係，而廣義的婚姻法不僅調整婚姻關係而且調整家庭關係。我國建國後頒布的兩部婚姻法以及建國前革命根據地人民革命政權頒布的婚姻法、婚姻條例都使用的是廣義的婚姻法概念。近現代大陸法系各國沿襲羅馬法傳統，將婚姻家庭方面的法律法規置於民法典的親屬編中。南京國民政府在立法上效仿德國、日本等大陸法系國家，故其婚姻家庭立法集中於其民法典《親屬編》中。參見巫昌禎編：《婚姻法論》（北京：中央廣播電視大學出版社，1986），頁1；張賢鈺主編：《婚姻家庭繼承法》（北京：法律出版社，1999），頁20。
- 2 由梅仲協、羅淵祥編纂1947年出版的《六法解釋判彙編》收錄了大量的有關國民民法親屬編的法律解釋與判例。《中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選編》（韓延龍、常兆儒主編，中國社會科學出版社1984年版）第八編婚姻法規編也收錄了一些根據地政府發布的有關婚姻家庭方面的法律解答。
- 3 見上。但革命根據地不承認判例的法律效力。
- 4 張晉藩主編：《中國法制史》（北京：中國政法大學出版社，1999），頁48。國民黨中央有關婚姻家庭方面的決議筆者見到一些，如民國十九年七月國民黨中央政治會議第236次會議議決的《民法親屬編立法原則》（謝振民編著：《中國民國立法史》[上海：正中書局，1948，頁945—56]，本文作者看到的是上海書店出版、列入《民國叢書》的影印本），至於有關婚姻家庭方面的司法機關認可的習慣、法理以及蔣介石手令，筆者尚未發現，故尚不敢確定這句話在南京國民政府的婚姻家庭法制上也完全適用。
- 5 張晉藩主編：《中國法制史》（北京：中國政法大學出版社，1999），頁515。
- 6 如，《修正陝甘寧邊區婚姻暫行條例》第三條規定：「少數民族婚姻，在遵照本條例原則下，得尊重其習慣法。」韓延龍、常兆儒主編：《中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選編》（第四卷）（北京：中國社會科學出版社，1984），頁808。
- 7 南京國民政府自成立到滅亡所頒布的專門調整婚姻家庭關係的法律法規只有民法親屬編及其施行法，頒布後在此期間亦未曾修改過。參見下文關於南京國民政府婚姻家庭法制建設基本情況的介紹。
- 8 該選編婚姻法規編亦收入有關繼承方面的法律法規和法律解答。繼承法是一種與身份法相聯的財產法，其所調整的繼承關係多在親屬之間發生，與婚姻家庭法存在密切關係。但在一般教學研究中多把婚姻家庭法與繼承法當作兩個相互獨立的法律部門，在大陸法系中婚姻家庭法（親屬法）與繼承法同是民法典獨立的兩編。所以在本文中只對南京國民政府與革命根據地婚姻家庭法制進行比較，而不涉及繼承方面的內容。
- 9 《中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選編》婚姻家庭編雖收入了革命根據地主要的絕大多數的婚姻家庭方面的規範性法律文件，但仍有少量的規範性法律文件未收入，如，1932年2月中華蘇維埃作出的《關於婚姻條例質疑與解答》（廈門大學法律系、福建省檔案館選編：《中華蘇維埃共和國法律文件選編》[南昌：江西人民出版社，1984]，頁212—14），等等。
- 10 注4《中華民國立法史》，頁905。本文作者看到的是上海書店出版、列入《民國叢書》的影印本。
- 11 參見注4《中華民國立法史》，頁906—07。
- 12 參見葉孝信主編：《中國民法史》（上海：上海人民出版社，1993），頁610—12。
- 13 參見注4《中華民國立法史》，頁944—67。
- 14 《中華民國立法史》，第945頁。
- 15 史尚寬著：《親屬法論》（北京：中國政法大學出版社，2000），頁7。實際上親屬編在許多方面都流露出明顯的夫權意識。親屬編允許妾制的存在便是最顯然的例子。
- 16 而親屬編並不禁止中表婚。可見親屬編在增進種族健康上並不徹底。
- 17 注15《親屬法論》，頁7。
- 18 引自《民法親屬編立法原則》，注4《中華民國立法史》，頁956。

- 19 如在保留家制的考慮下，童養媳、妾等現象得到合法化的外衣。參見注15《親屬法論》。
- 20 沙健孫主編：《中國共產黨通史》第三卷（長沙：湖南教育出版社，1997），頁92。
- 21 《新民主主義時期根據地法制文獻選編》第四卷婚姻家庭編收錄的第二次國內革命戰爭時期中華蘇維埃共和國政府成立前各地蘇維埃政權機關頒布的婚姻法、婚姻條例有1930年3月《閩西第一次工農兵代表大會婚姻法》、1931年7月《鄂豫皖工農兵第二次代表大會婚姻問題決議案》以及湘贛省蘇維埃第一次代表大會制訂的《湘贛蘇區婚姻條例》。《中國共產黨發展事典》（廖蓋隆等主編，遼寧教育出版社1991年6月版，頁238）亦記載湘鄂贛根據地也曾制訂婚姻法規，但筆者查閱有關文獻資料卻未找到。
- 22 如《閩西第一次工農兵代表大會婚姻法》，全篇不分章節，逐條排列，共九條，不到400字，語言也都是一般生活用語。
- 23 如《鄂豫皖工農兵第二次代表大會婚姻問題決議案》第六條規定，「男女主謀提出離婚不得過三次」，有違於婚姻自由原則。
- 24 表現在：運用政治色彩濃厚的語言，如白色恐怖、反動豪紳等；法律規定同政治階級因素相聯繫，如《湘贛蘇區婚姻條例》規定，「男女因政治意見不合或階級地位不同，無論男女可以提出離婚。」
- 25 如增加關於紅軍之妻要求離婚的有關規定，對離婚後女方土地的分配與處理、離婚後男方維持女方生活的義務等方面規定有所改進。
- 26 只剩下陝甘革命根據地，即後來地陝甘寧邊區。
- 27 四項保證之四是「四，取消紅軍名義及番號，改編為國民國民革命軍，受國民政府軍事委員會之統轄，並待命出動，擔任抗日前線之職責。」《周恩來選集》（上卷）（北京：人民出版社，1980），頁77。
- 28 胡繩：《中國共產黨的七十年》（普及本）（北京：中共黨史出版社，1991年版，第169頁。
- 29 參見：《新民主主義時期根據地法制文獻選編》（第四卷），張希坡主編，第804—874頁。亦有一些法律法規和法律解釋該選編未曾收入，可在其他一些抗日根據地文件選編中找到。如《陝甘寧邊區政府文件選編》第六輯（北京：檔案出版社，1998）收入的《嚴禁買賣婚姻辦法》。
- 30 開始大量使用「男方」、「女方」、「所有權」、「權利」、「義務」、「血親」、「姻親」等法律色彩濃厚的詞語，而這些詞語在第二次國內革命戰爭時期的婚姻家庭立法中根本未曾出現。
- 31 第二次國內革命戰爭時期根據地的婚姻家庭立法雖也遵循了男女平等精神，但並未明確提出男女平等原則。
- 32 《新民主主義時期根據地法制文獻選編》第四卷婚姻家庭編收錄的有《山東省抗日軍人婚姻保障條例》和《修正淮海區抗日軍人配偶及婚姻保障條例》。
- 33 《淮海區婚姻暫行條例》第十二條規定，「因通奸判決離婚者，適用民法第九百八十六條之規定。」
- 34 《晉察冀邊區婚姻條例》附則部分（第二十條）規定，「關於婚姻除本條例別有規定者外，民法親屬編關於婚姻之規定仍適用之」。
- 35 《新民主主義時期根據地法制文獻選編》中收入的第二次國內革命戰爭時期的4篇婚姻家庭法對最低結婚年齡的規定只有1篇規定是男18歲、女16歲，而該選編收入的11篇婚姻家庭法規（其中一篇未規定）有5篇規定為男18歲、女16歲。親屬篇的規定也是男18歲、女16歲。
- 36 如《晉綏邊區婚姻暫行條例》、《晉西北婚姻暫行條例》中的婚約（訂婚）、離婚兩章。
- 37 這些規定和民法親屬編相對應條款完全一樣。這樣的規定可能是抗戰時期社會各階層及國共兩黨之間政治上的合作團結與互相妥協在婚姻家庭立法中的表現，在解放戰爭時期制訂的幾部婚姻家庭立法中便未出現這樣的規定。這樣的規定也和根據地婚姻家庭立法中一貫的婚姻自由、

廢除封建婚姻陋習等原則不相符。

- 38 第二次國內革命戰爭時期和抗戰時期的根據地數都在十五塊左右，但《新民主主義時期根據地法制文獻選編》中收入的第二次國內革命戰爭時期的婚姻家庭法規有四篇，而收入的抗戰時期的婚姻家庭法規有11篇（不包括一篇施行細則）。
- 39 如《遼北省關於婚姻問題暫行處理辦法（草案）》。
- 40 如《陝甘寧邊區婚姻條例》（1946年4月23日陝甘寧邊區第三屆參議會第一次大會通過）。
- 41 抗戰勝利後和解放戰爭後期，幹部離婚的現象較為突出。
- 42 在政策宣示上失去法律上的效力並不必然等於舊法律在實際案件裁決中完全失去規則的作用。
- 43 民法親屬編中的款、目和我們今天立法中的款、目概念不同。親屬編的款、目在章之下、條之上，而我們今天所講的款、目則在條之下。
- 44 一些法規出現「送肉」、「散夥」、「浪漫」、「姑娘出門」等生活用語。
- 45 《新民主主義時期根據地法制文獻選編》中收入的婚姻家庭法規多在20條至30條之間，平均23條，而民法親屬編共171條。
- 46 如胡漢民、孫科等
- 47 根據地需要法制，但不需要完備的法制。
- 48 《新民主主義時期根據地法制文獻選編》第四卷，第788頁。
- 49 如，親屬編第972條規定，「婚約應當男女當事人自行訂定」，而974條又規定，「未成年之男女，訂定婚約，應得法定代理人之同意」，第981條又規定，「未成年人結婚，應得法定代理人之同意」，而這樣的規定在近代中國的傳統社會形態下，只能是父母包辦子女婚姻習俗在法律上的一種反映。親屬編第985條規定，「有配偶者，不得重婚」，而親屬編中規定的家制又可以使妾以家屬身份獲得合法性。親屬編雖在親等分類、親等計算上體現了廢除封建宗法制度的精神，但有關家屬會議的規定又使家族勢力得到一次在法律上展現自己的機會。
- 50 親屬編又對夫妻財產制做了詳細的、個體主義色彩濃厚的規定，則反映親屬編對新興資產階層在婚姻家庭上的要求的回應。
- 51 並不是各個時期各地的婚姻家庭法規都完整地提出婚姻自由、一夫一妻等原則，有的較簡單，有的較全面。
- 52 並不是所有的限制親屬結婚範圍的條款都對此做了間接規定，有的條款比較概括且用語模糊，看不出其親屬分類及親等計算方法。如有的條款規定，「有直接血統關係者禁止結婚」。有的法規在限制親屬結婚範圍條款使用「親族」、「戚族」等詞，這些詞似乎含有一定宗法色彩，但含義又不太明確，不能斷定這些法規在親屬分類上仍採用中國傳統的分類方法。
- 53 僅憑出現「親等」一詞尚不能斷定這些法規採用羅馬計算法。但考慮到這些法規在親屬分類等許多方面仿效民法親屬編以及這些法規在限制親屬結婚範圍的親等數上皆和民法親屬編相同，便可斷定這些親等是羅馬計算法上的親等。可參見《晉察冀邊區婚姻條例草案》後所附的《關於我們的婚姻條例》的說明。
- 54 我國現行婚姻法仍採用世代計算法。另外有的條款出現「五服以內」的字樣，不知在此「服」用「代」同義，還是表明這些法規在親等計算上使用服製圖。
- 55 但也有幾部法規承認婚約的法律約束力，無故違約要負一定損害賠償責任。
- 56 按一些法規中的關於禁止親屬結婚範圍的規定，中表婚應屬禁止之列。但這些法規並沒有明確聲明禁止中表婚，尚不能斷定這些根據地對中表婚到底持何種態度。《晉察魯豫邊區婚姻暫行條例》中規定八親等以內之旁系血親不得結婚，但又在其施行細則中規定，「但表兄弟姐妹除外」。
- 57 《晉察冀邊區婚姻條例》第七條規定，「與下列親屬不得結婚：一、……二、八親等以內之旁系血親，但表兄弟姐妹不在此限。」

- 58 《山東省婚姻暫行條例》第十條。
- 59 參見劉素萍主編：《婚姻法學參考資料》（北京：中國人民大學出版社，1989），頁61。
- 60 按南京國民政府婚姻家庭法制的邏輯，妾不是妻，正妻才是妻，這是繼承了中國傳統的妻妾觀。
- 61 如《淮海區婚姻暫行條例》第十一條規定，「結婚應有公開儀式及二人以上之證明」。
- 62 《晉察冀邊區婚姻條例》第五條規定，「結婚應有公開之儀式及二人以上之證人，向結婚所在地之村公所或縣市政府登記，領取結婚證書。」
- 63 在近代中國，夫在家庭事務中居主導地位由其必然性，但必然的並等於是合理的並要用法律加以確認。在婚姻家庭立法上不應強求在家庭實際生活中夫妻雙方都現實地發揮同樣的作用，但在法律上應承認夫妻雙方在家庭財產上的平等權利，至少不應在立法上確認夫妻一方在家庭財產上的更多權利。民法親屬編的這些規定是以有所改進的方式延續著中國傳統的夫權意識、男尊女卑思想。
- 64 所謂兩願離婚，即雙方都同意的離婚，單意離婚即一方向有關機關提出的離婚。
- 65 亦有個別法規採用親屬編的規定，如《淮海區婚姻暫行條例》14條規定：夫妻協議離婚者，應以書面為之，並二人以上之證明。在具體登記機關上規定亦各不一致且多不明確。
- 66 亦有採用概括式表明一方請求離婚的條件，亦有採概括、例示結合的方式。
- 67 解放戰爭時期制訂的《遼北省關於婚姻問題暫行處理辦法》（草案）規定，惡霸、地主、富農或有反革命活動者，政治思想立場觀點發生對立、不能維持夫妻關係者，一方得向當地司法機關提出離婚請求。
- 68 親即父母，子即子女，親子制度即規定父母子女法律地位和相互間權利義務的法律制度。
- 69 即在婚姻關係存續期間受胎或出生的子女。
- 70 即沒有婚姻關係的男女所生的子女，俗稱「私生子」。
- 71 按照南京國民政府的法律，且、童養媳被視為家屬而合法存在。參見注15《親屬法論》。
- 72 對此似也不宜一概否定，親屬會議形式也可以發動民間力量以使民事問題靈活、恰當且有效的解決。
- 73 國民黨中央政治會議通過的《民法親屬編立法原則》稱，「個人主義與家屬主義之在今日，孰得孰失，固尚有研究之餘地，而我國家庭制度，為數千年來社會組織之基礎，一旦欲根本推翻之，恐窒礙難行，或影響社會太甚，在事實上似以保留此種組織為宜，在法律上自應承認家制之存在，並應設專章詳定之。」
- 74 按照中國共產黨的革命精神，對傳統的家庭、家族制度只會廢除，至少不會維護。有趣的是，親屬編第一千零九十四條規定，當未成年人無法律規定的親屬擔當監護人時，可由親屬會議選定。而按照我國現行民法規定，在相同情況下應由未成年人父、母所在單位或由未成年人住所地的居民委員會、村民委員會指定。可見中國共產黨的政策傾向是由其所控制的組織代替民間家族勢力在一些問題上的影響力。
- 75 由此得出推論雖有「瞎子摸象」之嫌，但也可以有「一葉知秋」之效。在具體事項上對兩黨進行細微的比較得出的結論可能比帶有意識形態色彩的理論臆斷更可信。
- 76 這種競爭與鬥爭在此以前便存在，但無疑大革命失敗後這種鬥爭與競爭更激烈、更顯然。
- 77 參見注29《陝甘寧邊區政府文件選編》（六），頁296。
- 78 雖然民國民法典親屬編自頒布至今已70餘年，但由於親屬編的超前性以及社會變化雖巨但仍未達致要廢除親屬編的程度，民國親屬編在1980年代做了小量修改後至今仍在台灣地區適用。所以，70年的歷史並不能否定民國親屬編對今天我國婚姻家庭法制建設的借鑒作用，當然這種借鑒僅是借鑒，對這種借鑒也不能誇大，畢竟存在時間間隔、社會變化、傾向差異、對有關法律問題認識深化等因素。

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第十三期（2003年4月30日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。