



HAL
open science

毁家建国-中法“共和时刻”家庭法改革比较

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 毁家建国-中法“共和时刻”家庭法改革比较. 中国法律评论 [Zhongguo falu pinglun] / China Law Review / Revue de droit de la Chine, 2017. <hal-03856249>

HAL Id: hal-03856249

<https://hal.science/hal-03856249>

Submitted on 4 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

毁家建国： 中法“共和时刻”家庭法改革比较^{*}

朱明哲^{**}

内容提要：作为私法之重要组成部分的民法往往很难避免政治风潮的影响。19世纪初的法国共和派和20世纪初的中国共和主义者都希望通过摧毁传统家庭模式巩固政权。法国第三共和的缔造者希望改变以天主教道德观为蓝本的法律制度，从而实现社会的世俗化，以此作为打击天主教会的战略。但立法本身对父权制家庭的改变并不积极，学说更进一步限制了改革的幅度，真正推动家庭模式变革的力量来自于判例。中国的共和主义者则希望贯彻个人主义和性别平等原则实现国家现代化，也希望通过把个人从家庭中解放塑造共和国的公民。因为当时中国法学教师和司法官员并未如法国的同行一样形成对立法者的制约，反而更乐于把立法者宣扬的价值观念贯彻在自己的作品之中。这种差别形成的原因是我国法律人并不享有独立于政治权力的地位。

关键词：家庭法 父权制 共和国 婚姻财产制 离婚

目次：

- 一、 导论
- 二、 政治语境中的家庭与共和
 - (一) 法国的共和时刻：以世俗化捍卫共和国
 - (二) 中国的共和时刻：以共和实现国家现代化
- 三、 法律适应社会：法国19世纪亲属法演变
 - (一) 摇摆于革命和保守之间的立法
 - (二) 法律学说捍卫旧家庭
 - (三) 司法判决回应社会变迁
- 四、 以法律改造社会：民国亲属法的社会意义
 - (一) 激进与保守并存的《中华民国民法典》
 - (二) 进步主义主宰的法律学说
 - (三) 以司法能动削弱传统家庭
- 五、 结论

一、 导论

我国民法典编纂过程中出现了关于民法与公法关系的讨论。其中讨论的一个面向是我们认为属于私法的民法，到底是否与政治制度选择以及制度背后的政治理念相关联？代表性的观点大致可以分为肯定说与否定说。肯定说认为，民法规范应当体现宪法精神，所以必然与政治制度与政治理念有关；而且从历史经验上看，法典化也总是伴随着把一定价值追求固定于法典之中的努力。¹ 否定说认为民法应当坚守私人自治的基本价值，在法典化过程中努力实现价值中立，以融贯性和普遍性为首要追求的体系建构。² 就法律理想而言，一时一地的法律是否真的能做到价值中立非无疑问，而且“价值中立”的追求是否本身也是一种价值选择，仍值得探讨。³ 但本文不拟从法哲学上探讨这一问题。本文只想以私人生活最后的庇护所——家庭为切入点，对比法国第三共和时期与我国民国时期的家事法律变迁，考察政治制度建设时民法所经受的改革。本文想要论证的是，不论理念上民法是否应该保持相对政治价值的中立性，在政制变迁的时刻，想要避免为新制度背书的新价值的影响——从经验上说——很难。

法国在八十余年时间经历反复复辟和革命后，终于在1871年建立起了稳定的共和国。其间，共和派为了确立国家垄断组织社会的权力、避免教会等倾向于旧制度的机构借传统家庭组织反对

共和制度从而试图瓦解旧家庭。类似的情节也出现在20世纪初共和政体刚出现在中国的时候。今人不妨认为法律上的“家”是维护家庭自治、父权之下的和谐，和成员之间相互照顾的场所。⁴ 但无论在共和时刻的法国还是中国，新政体的拥护者普遍把家庭描述成压制个人自由、威胁国家权威的社会组织，似乎只有在个人直接面对国家的关系中，个人才能自由，国家才能令行禁止。⁵ 因此，1931年婉容主动与溥仪离婚具有双重象征意义：一名现代女性和公民从遭到滥用的夫权与皇权中自我解放的同时，以纲常伦理为背书的旧社会制度也因此崩塌。不过，在制度层面，共和主义理论在两国实现的变革却因为两国法律职业的结构差异而颇有不同。从1870年开始的三十年是法国共和制度确立的重要时期，此时的立法机构虽然重新确定了离婚，并且逐步扩大对已婚妇女财产权和非婚生子女的保护，但总体上并未触动沿袭罗马法的父权制家庭结构。此时的学说极力批评改革家庭制度的立法，法院则在面对工业化和都市化的挑战时更自由地解释法定离婚的条件，扩大已婚妇女的财产权利，加强非婚生子女的保护。而在20世纪初的中国，《中华民国民法典》中已经采取了较其他国家更为个人主义的亲属法，又因为学术和司法并未真正取得相对于政治权力的独立性，所以立法者以法典改革社会的意图在法学和司法中也得以贯彻。

中法两国支持共和的法政人共同选择拿家庭

* 本文是国家社科基金项目“中法法律交流档案研究”（17CFX007）的阶段性成果。

** 中国政法大学比较法学研究院讲师。

1 代表性观点参见刘征峰：《家庭法与民法知识谱系的分立》，载《法学研究》2017年第4期；韩大元：《宪法与民法关系在中国的演变——一种学说史的梳理》，载《清华法学》2016年第6期；谢鸿飞：《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》，载《清华法学》2014年第6期；薛军：《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型——以欧洲近现代民法的发展轨迹为中心》，载《中国法学》2010年第1期。

2 代表性观点参见苏永钦：《现代民法典的体系定位与建构规则》，载《交大法学》（第1卷），上海交通大学出版社2011年版，第59—93页。

3 强调法律与道德分离之当代分析实证主义往往认为法律不必然包括某种价值，但该主张的主要支持者却是牛津大学一些明显持新自由主义立场的学者。

4 参见张龔：《论我国法律体系中的家与个体自由原则》，载《中外法学》2013年第4期。

5 参见[法]宝道：《中国亲属法之改造》，张毓昆译，载《法学季刊》1936年第1卷1号。

开刀带来两方面的思考。(1)为何家庭的组织形式对于他们的政治方案如此重要?本文将通过中法两种语言的文献重现改革的支持者如何讨论家庭问题。(2)如果突破“比较法史学”(comparative legal history)角度的框架,从“跨国法史学”(transnational legal history)角度,是否有可能从家庭问题的讨论反思启蒙理想的实践,进而重新考虑东西之别?尽管法国家庭制度分明在19世纪以摇摆不定、碎片化、渐进式的姿态艰难地摆脱了建立在父权制、禁止离婚和子女合法性三大基础上的传统家庭模式,⁶但当它在20世纪初与其他欧洲成文法一起成为中国法制现代化的参考时,却以无可争辩的方式自我宣示,也令人相信它是“现代”的制度。相比之下,尽管中国的法律人在许多个案中比他们的欧洲同行更倾向于激进的改革,中国所取得的各种成就仍然以欧洲作为标尺得以衡量。如果改编普罗泰戈拉斯的名言,或许可以说“欧洲是万物的尺度”。⁷对我国法律现代化进行的讨论几乎都不加批判地接受了类似的欧洲中心主义观念,似乎中国仅仅是被动接受外国影响的容器。本文则试图以更加中立、避免过度简化的方式还原欧洲法律理念在中国传播过程中的复杂性,从而指出这些理念不仅有其历史,更有其世界史。

然而需要首先讨论的是,欧亚大陆两端的激进改革派所希望击碎的对象到底有没有可比较性。如果说法国的共和派和中国的革命党根本对“传统家庭”持有完全不同的观念,那么鲁德亚

德·吉卜林(Rudyard Kipling)《东西方之歌》(*The Ballade of East and West*)的开篇应当为我们敲响警钟:“东方是东方,西方是西方,两者永远不应相遇。”但恰恰在家庭问题上,中法两国的改革派分享着类似的认识。在20世纪初的辩论中,人们把家庭看作传统中国社会赖以维系的基本单位和传统价值的体现。⁸中国传统社会倾向于承认家族具有比个人更高的价值。⁹历代法律都至少在原则上承认,家长不仅具有处分家产的权利,也有权干预家族成员婚丧嫁娶一类涉及身份的事务。类似地,确立于16世纪并延续至大革命的法国婚姻法最主要的理念乃是:“对家产之要求的正当性只能来源于婚姻,因为它是唯一一种符合社会体神圣义务的结合形式。”¹⁰家庭法由是需要妥善处理两种不同的关系:第一种乃是家庭与外界的关系,第二种则是家庭内部的关系。第一种关系的核心乃是正当性,实际上便是在何种条件下人能基于身份关系对他人主张财产的给付,而在历史上核心情况便是婚生子女和非婚生子女对父母(主要是父亲)的抚养请求权。而第二种关系,则表现为家父对家产的处分权和对子女、妻子所为法律行为同意、追认、撤销等权利的行使。相应地,不管在罗马法还是在教会法上,又借由家庭内外两种关系,把传统的家庭组织模式稍加具体化为围绕着不可撤销的婚姻建立起来的家父制。所以,虽然家庭在中法两国社会中的地位和重要性并不完全一致,却都可以抽象化为一种赋予家父在财产权和人身权两方面相对于其他

6 Cf. Jean-Paul Sardon, « L'évolution du divorce en France », *Population*, 1996, vol.51, n° 3, pp.717-749; Max Rheinstein, "Trends in Marriage and Divorce Law of Western Countries", *Law and Contemporary Problems*, Vol.18, no.1 (1953): 3-19.

7 Cf. Enrique Dussel, Javier Krauel, and Virginia Tuma, "Europe, Modernity, and Eurocentrism", *Nepantla: Views from South*, Vol.1, No.3 (2000): 465-478; Immanuel Wallerstein, "Eurocentrism and Its Avatars: The Dilemma of Social Sciences", *Sociological Bulletin*, Vol.46, No.1 (1997): 21-39; Cornel West and Bill Brown, "Beyond Eurocentrism and Multiculturalism", *Modern Philology* Vol.90 S1 (1993): 142-166.

8 参见[法]宝道:《中国亲属法之改造》,载《法学季刊》1936年第1卷1号,张毓昆译;胡长清:《中国民法亲属论》,商务印书馆1936年版,第7页;并参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第6页。

9 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第386页。

10 David Deroussin, *Histoire du droit privé: XVIe-XXIe siècle*, Paris, Ellipses Marketing, 2010, p.5.

成员的特殊地位的父权制家庭。在这一意义上，东西方革命者面对的是同一种家庭，同一场斗争。正如吉卜林在诗歌最后感叹东西方毕竟会相遇一样。

本文选择了婚姻财产制和离婚两项制度作为管窥中法两国家庭改革的切面。下文将借这两项制度的变革说明，重要的家庭改革在法国主要随着社会发展依靠法院判例逐步实现，而中国则采取了通过立法、学说和司法的协同作用彻底改革社会的途径。关于本文的内容选择和结构安排，需要说明两点：第一，本文出于篇幅的限制，主要考虑离婚和婚姻财产两项制度，但在讨论法国家庭改革的时候，会简单涉及非婚生子女问题。继承法总体来说不在讨论的范畴内。第二，本文假定读者对中国近代婚姻变革的理解较为深刻，所以对法国法律变革情况的介绍会相对多一些。我国关于婚姻变革的研究已经汗牛充栋，所以重点会放在对立法、判例、学说互动的分析上，而不是细节的介绍。

二、政治语境中的家庭与共和

（一）法国的共和时刻：以世俗化捍卫共和国

“敌人乃教权主义也！”（« Le cléricisme ? Voilà l'ennemi ! »）1877年5月4日甘必大（Léon Gambetta）以如此铿锵有力的句子作为自己下议院演讲的结语。¹¹如果说这位出色的机会主义者还有什么政治信念的话，反教权主义肯定是其中

之一。¹²天主教会在法国大革命的宣传和延续到19世纪末的政治话语中，表现为旧制度精英和贵族密谋复辟的机构。其他建立第三共和国的共和派政治家也和甘必大一样相信，一个共和政体只能在把教权彻底扫清后才能建立。¹³时至今日，人们仍然不得不承认：“英美式的宗教自由主义更多保护个人免于国家干预，法国式的则希望同时保护国家，因为它更倾向于认为时刻准备在政治上反戈一击的宗教组织就隐藏在个人宗教和思想自由的背后。”¹⁴出于把确立政权凌驾于教权之上的考虑，1880年的两份政令从法国领土上驱逐了耶稣会和其他不愿申请政府特别许可的教会，1882年的《费里法》（Loi Ferry）则在全国范围内贯彻了公立学校免费、世俗的义务教育。从此未来公民的启蒙教育只能由那些由深受共和主义思想影响的师范学院毕业生来承担了。¹⁵

在法律的意义，法国的世俗化于1905年《国家与教会分离法》生效时达到高潮。国家停止给付神职人员薪酬，停止对宗教机构的拨款，教堂收归国有，神学院关停，从公立机构中清除宗教标识……该法通过一系列安排，把以天主教会为首的宗教机构在日常公共生活中的地位边缘化到了无足轻重的程度，并借以确立了国家对社会和政治组织的垄断。在宣传领域，贬低教权主义和天主教会的言论一直是第三共和国公民教育的重要部分。官方的历史课本把皈依天主教的法兰克国王克洛维描述为野蛮人，又把天主教贬低为比

11 Cf. Jacqueline Lalouette, « Laïcité, anticléricalismes et antichristianisme », *Transversalités*, janvier 2013, n° 108, pp.69-84. 似乎很难找到合适的句式来翻译这句话。《法国史》相关章节（第25章）的译者沈衡选择了“教权主义就是敌人”。（[法]杜比主编：《法国史》（中卷），吕一民等译，商务印书馆2010年版，第1155页）彭小瑜教授使用的是“教权主义？这就是我们的敌人！”见彭小瑜：《利奥十三世〈政教关系通谕〉与19世纪法国宗教政治》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）2010年第6期。两者倒也都都不失为一个可行的译法，所以一并列出，以便参考。需要强调的是，甘必大此处用的不是“一个敌人”或者“我们的敌人”，而是说如果只有一个敌人、所有人的敌人的话，那么就是教权主义，其他的敌人仿佛都不值一提了。

12 Cf. Herbert Fisher, *The Republican Tradition in Europe*, New York and London : G.P. Putnam's sons, 1911, p.299.

13 Cf. Roger Magraw, *France, 1815-1914: The Bourgeois Century* (Oxford University Press, 1983), p.212.

14 Géraldine Muhlmann et Claire Zalc, « La laïcité, de la IIIe à la Ve République », *Pouvoirs*, 2008, vol.126, n° 3, p.101.

15 关于法国共和政府与世俗化立法，参见朱明哲：《论法国“世俗性”原则的斗争面向》，载《欧洲研究》2016年第6期。

高卢文明低劣的文明形式。¹⁶

法国共和主义的世俗性原则本来已经极力把宗教的影响限制在私人生活空间之中，但第三共和国时期打击教会的政治需求使共和派甚至不愿止步于此，而是进一步通过立法手段继续消除私人生活领域仅存的宗教影响。于是，长期以来得到天主教道德原则背书的家庭法制度就成了最需要改革的领域。这也解释了为什么法国家庭法与传统的决裂发生在第三共和国时期，而非大革命之后。

改革的主线是性别平等的逐步实现，而已婚妇女与她们丈夫的权利日渐平等也就意味着家父制的式微。天主教会恰恰一直是捍卫家父权利的最重要的社会力量。考虑到大部分的法国人是天主教徒，起草并通过1804年《法国民法典》的法学家和政治家也以法典为天主教的家庭观念背书。¹⁷对比民法典生效时的文本和此前的草案便不难发现，父权制的家庭形式随着时间的推移逐渐战胜了更加平等主义的选择。尽管康巴塞雷斯（Jean-Jacques-Régis de Cambacérès）本人认为丈夫应当管理已婚妇女的财产，¹⁸他提出的最初

两份草案仍然选择了共同财产制作为法定婚姻财产制，在两性平等的名义下规定夫妇在处分财产方面享有相同的权利。出售共同财产需要双方的同意，而单纯的财产保全行为则可以由一方单独完成。从“热月党人”政变后的康氏的第三份草案开始，民法典的起草者连夫妻平等的外衣都放弃了。根据这份草案，处分共同财产的权利由夫独享，¹⁹妻连处分自己特有财产都必须经过夫的特别同意。²⁰最后生效的民法典中，夫有保护妻的义务，但是妻必须服从夫；²¹妇女必须随夫迁徙；²²共同财产由夫一人管理；²³妻若不是商人并且为商业目的的行为，除非经夫同意，否则纵得法院许可亦不影响共同财产；²⁴妻的一切个人财产由夫管理之。²⁵民法典各个草案的起草者都用启蒙思想为自己的主张辩护，却仍然设计出了和旧制度无异的婚姻财产制度。²⁶

值得一提的是，法国共和主义传统本身非但不关心性别平等，²⁷反而热衷于强调男女之间的德性差别。大革命之后成为画坛领袖的达维德（Jacques-Louis David）多次以他的画笔表现共和主义美德，《贺拉斯兄弟之誓》（Le serment

16 Cf. Patrick Cabanel, « Compromis historique et déceptions démocratiques : la laïcité républicaine », in Marion Fontaine, Frédéric Monier et Christophe Prochasson (dir.), *Une contre-histoire de la IIIe République*, Paris, Devouivre, 2013, pp.285-297.

17 Cf. Jean-Etienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an VIII, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, vol.I, pp.463-524.

18 Cf. Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, vol.I, pp.140-177.

19 第293条。本文所引之法国民法典条文，除非特别说明，皆为1804年生效的文本。且文字的使用均参考李浩培、吴传颐、孙鸣岗诸先生所译之《拿破仑法典》，商务印书馆1997年版。

20 第295条。

21 第213条。

22 第214条。

23 第1421条。

24 第1427条。

25 第1428条。

26 更为详尽的研究，参见朱明哲：《“民法典时刻”的自然法——从〈法国民法典〉编纂看自然法话语的使用与变迁》，载《苏州大学学报》（法学版）2016年第2期。

27 Cf. David Deroussin, *Histoire du droit privé*, op.cit., p.205.

des Horaces)最形象地表现了共和主义对性别的观念:父亲紧绷的身体把大尺幅的画布分成两个区域,左边处于光线下的区域属于男性,是他们彰显为了共同的善不畏牺牲之美德的公共领域;而右边处于阴影中的区域则属于女性,是她们释放情感、表现柔弱的私人领域。但女性属于家庭的说法并没有让妇女在家庭内部事务上有更多的发言权。相反,在19世纪50年代亲属法改革之前,大部分的民法学家都会同意,丈夫作为一家之主,决定婚姻内部事务,无论对于公共秩序还是家庭关系都是至关重要的。就连现在意思为“女学生”的词“étudiante”,在19世纪末刚出现的时候含义也不过是男大学生的情人,而不是他们的女性同学。²⁸在大革命时期还以积极的公民形象出现在政治宣传中的女性,在革命后迅速变成了医学的研究对象和保护对象。²⁹已经成了研究客体的女性,当然不能成为学习/研究(étudier)的主体。

但形势比人强,现实的政治需要往往会迫使为政者喊着他自己并不相信的口号,从而打击敌对的力量。很简单的逻辑是如果让女性继续留在家庭中,教会就可以继续向她们灌输反对共和的政治观念,而未来公民的母亲们还会继续把这些观念传递给下一代。既然共和派已经选择了把小学建设成灌输共和派价值观的场所,³⁰似乎没有什么理由不做得更彻底一点。第三共和的立法者终于决定在1880年向女性开放中等教育。³¹虽然

一直到1923年,博纳卡斯(Julien Bonnecase)在写给他所青睐的年轻学者的信中仍坦白“您的这位女学生在律师事务所里没有地位”,³²然而法学家队伍中也毕竟开始出现了女性。1887年,来自罗马尼亚的比尔切斯库-阿利马内什泰亚努(Sarmiza Bilcescu-Alimăniteanu)从巴黎法学院毕业,成为法国第一位女法学学士,并在1890取得法学博士学位,成为法国大学历史上第一位女法学博士。1892年,肖万(Jeanne Chauvin)则在男学生一片喧哗中通过了博士论文答辩,成为第一位法国籍的女法学博士,并走上了职业律师之路。³³肖万在她的博士论文中强调,正是在《圣经》和天主教的影响下,男女之间的不平等才在法律中不断强化。但是随着时代的进步,女性将会证明“除了母亲和妻子外,她们还是理性的人、公共生活的一员,可以做出与男性一样的社会服务”。³⁴类似的主张,显然既坚定了共和派政府通过降低法律中的性别不平等来打击教会的信心,又为这样的立法提供了进步主义的合法性。

(二) 中国的共和时刻:以共和实现国家现代化

在20世纪初的中国,尽管重塑国家的愿望和法国共和主义者类似,中国的法学家却更关注政治的现代化。对于中国的共和派而言,建立共和国是通往现代性和富强的重要一步。帝制时期以家庭为基本组织单位的社会形态看上去成了迈

28 Cf. Carole Lécuyer, « Une nouvelle figure de la jeune fille sous la IIIe République : l'étudiante », *Clio*, novembre 1996, vol. 2, n° 4, pp. 166-176.

29 Cf. Yvonne Knibiehler, « Les médecins et la "nature féminine" au temps du Code civil », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1976, vol. 31, n° 4, pp. 824-845.

30 Cf. Francine Muel-Dreyfus, « Les instituteurs, les paysans et l'ordre républicain », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1977, vol. 17, n° 1, pp. 37-61.

31 La loi du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles.

32 Julien Bonnecase, « Lettre de Julien Bonnecase à René Savatier (26 décembre 1923) ».

33 Cf. Anne-Laure Catinat, « Les premières avocates du barreau de Paris », *Mil neuf cent*, 1998, vol. 16, n° 1, pp. 43-56.

34 Jeanne Chauvin, *Étude historique sur les professions accessibles aux femmes : Influence du sémitisme sur l'évolution de la position économique de la femme dans la société*, Paris, A. Giard & E. Brière, 1892, p. 285.

向现代国家的道路上的阻碍。所以，代表着“传统”的家庭组织形式在中国也成了希望实现国家现代化者口诛笔伐的对象。甚至彼时尚支持君主立宪的杨度也在《帝国日报》上高调谴责家族主义：

国家主义之国，必使国民直接于国家而间接于国家。以此眼光观今中国，乃直接者至少而间接者至多，虽有四万万人，而实无一国民也。一国之人但可分为二级：一曰家长，一曰家人。家人之中又分二种：一为男家人，乃家长之所豢养而管束之者也；一为女家人，又家人中之附属品，无丝毫之能力以坐食者也。此二种家人皆与国家无丝毫之关系，义务不及其身，权利不及身，但无生计无能力，以为社会之蠹、国家之蠹而已。而其家长则为家人生计所迫，出而谋食于外。其为商为工不论矣，至于为官，则不仅于国家有权利义务之关系，且为国家治理人民而与以权利义务之人。然以服官之心则自始即为家族而来，虽曰有职务，而其心则非对国家负义务者，而实为对家族负义务者……今欲转弱为强，则必自使官吏能尽心国事始；欲官吏尽心国事，则必自去其家人之累始；欲去其家人累，则必自使有独立之生计能力始；欲使有独立之生计能力，则必自与之以营业、居住、言论各种自由权利，及迫之以纳税、当兵之义务始。欲与之此种权利，迫之以此种之义务，则必自使之出于家人登于国民始。假令如此，是与国家主义日行日近，而与家族主义日行日远也。³⁵

杨度对家族主义的批判实际上也是对旧式家庭的批判，而且他对这种旧式家庭的认识其实也恰恰和法国共和主义者所理解的传统家庭一

样，就是那种建立在家父制之上的家庭模式。拿破仑曾经评论：“民法中关于人的规定只有三个大类。关于每个人在公民社会中地位的规定，关于夫妻关系的规定，关于父亲与孩子关系的规定。”³⁶ 应该没有读到过这段话的杨度却正好按照类似的分类来总结了家族主义和国家主义的区别。按照他的说法，家族主义规定每个个体在社会上的地位必须透过家庭而表现，在夫妻之间、长幼之间的秩序牢不可破，如此个人就无法享有权利、履行义务，也不可能成为平等的公民。于是民法上关于个人和家庭的人格以及家庭内部关系的规定，终究会演化为一个公法上的问题。反之，能否建立起公民的概念，进而以公民为基础建立强大的国家，简直取决于民法上如何规定家庭。

杨度的主张在 20 世纪初的中国知识精英中绝非特例。王伯琦也曾强调新的民法已经用个人平等的理念取代家庭主义理念：

至于我们现行法律上，则充满了个人独立人格观念，而且可以说，抽去了这一独立人格观念，我们的现行法律制度整个的必然垮台……这是中国四万万五千万的人，这是国本之所以立的“人”，亦就是民族主义的“民”，民权主义的“民”，更是民生主义的“民”。这个“人”字的精义倘不予以发扬，我敢说三民主义不会有真正实现之日。³⁷

所以，无论是在共和国建立之前还是之后，家庭都绝非一个民法上的问题，可以交由私人自治来决定。相反，家庭组织很大程度上是一个关乎国家繁荣的政治问题。无论是国家主义还是三

35 杨度：《论国家主义与家族主义之区别》，载刘晴波主编：《杨度集》，湖南人民出版社 1985 年版，第 529—533 页（原载《帝国日报》1910 年 12 月 5 日）。

36 Pierre-Antoine Fenet, « Précis historique sur la confection du Code Civil », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, vol.I, p.xxxv-cxxxviii.

37 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社 2004 年版，第 77 页。

民主义，如果不通过个人主义式的家庭立法率先摧毁旧式家庭，都无从实现。因为在旧式家庭中，“个人难有地位，人格难于伸张，自己不觉知自己在法律上的独立人格和地位，必然就不能尊重他人的人格和地位，现行法律的秩序，亦就难能建立，而在今天这样复杂流动的社会中，想要恢复家族核心的社会组织，以礼教为政治的手段，显见其为不可能之事”。³⁸

申言之，在建设现代国家的道路上，首先通过把个人从家庭中解放出来变成公民就成了相当重要的任务。正是在这一语境下，中国开始了包括家庭法在内的现代民事立法活动。前人的研究已经清楚地指出，在清末、北洋政府和南京国民政府三个时期，亲属法——特别是其中的婚姻法——立法指导思想有一定区别。³⁹清末立法偏向于对家长权和夫权的保护，北洋政府延续了清末的草案。如果按照家庭成员之间地位是否平等、特定身份的亲属之间支配关系作为标准判断，那么甚至可以认为直至1928年的法制局草案，家族主义仍是占上风的。⁴⁰然而在南京国民政府时期，则进行了根本性地改变和应对。至少让法律文本展现为对个人自由的保护，降低了家父的权威。

所以，无论是中国还是法国，在推翻帝制、建立共和的关键时刻，家庭改革都有重要的政治意义，要想建立和稳固新政权，就不得不先通过法律改革原有的家庭模式。而且在话语层面，两国的法律人都把个人描述成在家庭中受限制和压

迫的人。国家一方面有责任把这些人从家庭中解放出来，另一方面本身也是父权制家庭的受害者。区别仅仅在于，第三共和国需要的是通过降低家庭的重要性以打击教会作为社会组织的影响力，⁴¹而中国需要的是打破家庭本身来保护国家。只不过，看上去相似的政治策略在实现的过程中展现出不同的样态，因为不同法律职业之间的关系在各个语境下大相径庭。

三、法律适应社会：法国19世纪亲属法演变

上文提出，虽然第三共和国的政治家与大革命之后的民法学家一样对性别平等无甚兴趣，他们却意识到家庭领域的革命有助于实现反教权主义的纲领。所以，第三共和国的立法者决定在1884年于民法典中重新引入离婚制度。虽然婚生子女和非婚生子女的区别远远没有取消，立法者却增加了推定子女为婚生的情况，并且加强了对非婚生子女的保护。1881年贯彻公立、世俗的义务教育的法律取消了监护人在子女教育方面的自主权。在传统家庭的捍卫者眼中，第三共和国不仅把家庭看作管制的对象，⁴²更决定要让公共权威侵入家庭生活。⁴³虽然在社会经济的发展面前，这些立法的改变还是太保守了，却还是招致了以天主教徒为主体的法学教授的强烈批评。反而是法官群体在个案中不断通过解释改变法律。

（一）摇摆于革命和保守之间的立法

财产权方面的男女平等首先是经济发展的要求。19世纪中期的工业化让女性劳动力成了社会

38 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2004年版，第77页。

39 参见王新宇：《民国时期婚姻法近代化研究》，中国政法大学2005年博士学位论文，第二章。

40 参见许莉：《家族本位还是个人本位》，载《华东政法学院学报》2006年第6期。

41 参见朱明哲：《论法国“世俗性”原则的斗争面向》，载《欧洲研究》2016年第6期。

42 Cf. Gavouyère, « Le mariage entre chrétiens (III) », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1884, vol.12, n° 1, pp. 38–61.

43 Cf. « Consultations relatives à la liberté d'enseignement, aux droits des Pères de famille et des Congrégations religieuses, et à la loi Jules Ferry », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1879, vol.7, n° 9, pp. 277–283 ; « Liberté d'enseignement. Les vrais principes et les vrais moyens de défense », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1879, vol.7, n° 12, pp.357–373.

上相当重要的组成部分。在城市，越来越多的妇女可以通过劳动从工厂中取酬，而在农村，越来越多的妇女需要在丈夫进城务工的情况下通过买卖商品获利。旧民法典第 1421 条所规定的丈夫在法定婚姻财产下对包括妻子收入在内的全部共同财产享有的排他性管理权变得不合时宜。同样备受批评的还有关于妻子处分自己特别财产需要得到丈夫特别同意的规定。毕竟当妻子可以取得收入，经济地位也有所提高时，她们根据自己的意志保留和处分财产的要求也就变得不可避免。关心政治和社会变革的人们把“妇女问题”作为“社会问题”的一部分广泛讨论，从 19 世纪末持续到两战之间。⁴⁴肖万本人也出版了小册子呼吁立法赋予女性支配其收入的权利。⁴⁵然而即便有如此明显的社会压力，第三共和国的立法者依然在夫妻财产权平等方面表现得相当迟缓。《已婚妇女工资法案》直到 1907 年才由左派政府通过。该法案赋予妻子保留工资收入作为特殊财产而不与共同财产混合的权利，借此在一定程度上削弱了丈夫的经济支配。该法案同样减少了妻子处分其工资时必须得到丈夫许可的限制，但是丈夫仍然可以以妻子的工资清偿因家务所需而负担的债务。民法典中关于丈夫对于婚姻财产之支配权的原则性规定仍然没有改变。第三共和国立法的特点之一就是往往吊诡地结合了进步主义的规定和保守主义观念，1907 年的法案也不例外。⁴⁶直到 1938 年，夫权才正式从民法典中消失。

第三共和国在非婚生子女权利保护方面同样犹豫。虽然人们还是认为婚姻是生育的必要条件，但在 1909 年，至少有 9% 的新生儿在他们父母结婚前就出生了，还不包括奉子成婚和亲子关系推定的情况。⁴⁷虽然越来越多的社会福利提供给了亲生父母所抛弃的儿童，但成规模的社会抚养体系还远远没有建立。从 1897 年强制在出生证明上发誓新生儿为婚生子女，到不断降低门槛的亲子关系推定，再到 1912 年规定生父必须承担其子女的抚养和教育义务的法案，共和国仍然没有突破传统民法对子嗣合法性的顽固观念，只是想方设法把更多的儿童重新纳入传统亲属法上的监护关系之下，绝对无法真正把两种不同的儿童一视同仁。而且，我们还没有考虑继承上的巨大差别。如果用今天的眼光看，当时应该做的是抛弃亲子关系合法性的观念，如同 1970 年的立法者所做的那样。第三共和国政府通过把更多的儿童纳入“婚生子女”的范畴，当然为这些孩子提供了更好的生活，却反而让合法性观念本身受到的批评与冲击大幅减小。

真正证明共和派政府进步主义决心的是 1884 年重新建立起了曾于 1816 年废除的离婚制度，尽管相比大革命时代的自由离婚而言增加了不少限制。1908 年，立法进一步规定，在夫妻分居（*séparation de corps*）满三年后，只要其中一方提出离婚的要求，婚姻关系自动解除。允许人们选择结束一段婚姻是打击教会至关重要的一步。

44 Cf. Élie Blanc, *La question sociale, principes les plus nécessaires et réformes les plus urgentes : conférence aux Facultés catholiques de Lyon; suivie d'une Esquisse d'un programme électoral; et de l'Examen de quelques opinions économiques*, Paris, V.Lecoffre, 1891; Maurice Deslandres, « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », in Robert Beudant, Henri Capitant et Edmond Eugène Thaller (dir.), *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1914, pp.241-273; Albert Michel, *La question sociale et les principes théologiques : justice légale et charité*, Paris, G.Beauchesne, 1921.

45 Cf. Jeanne Chauvin, *Proposition de loi sur la capacité des femmes mariées de disposer du produit de leur travail ou de leur industrie personnelles*, Paris, impr. de May et Motteroz, 1893.

46 Cf. Jean-Louis Halpérin, « Un modèle français de droit républicain? », in Annie Stora-Lamarre, Jean-Louis Halpérin et Frédéric Audren (dir.), *La République et son droit, 1870-1930*, Presses universitaires de Franche-Comté, 2011, pp.479-495.

47 Cf. Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Presses Universitaires de France, 2001, p.222.

不能忘记,在第三共和国时期,大部分的法国人仍然是天主教徒。尽管确实有很多夫妇憎恨彼此,离婚在人们道德观念中仍然是可谴责的。然而,世俗化的国家立法把它变成一个合法的选择,而且工业化和城市化带来的人口流动性确实让很多夫妇无法生活在同一个地方。19世纪多个教皇通谕反复强调家庭的重要性、婚姻的永久性,谴责离婚,⁴⁸恰恰从侧面佐证了信徒的焦虑与挣扎。也正因如此,离婚问题激起了保守派学者的大规模讨论,我们将在下一个部分作一概览。

(二) 法律学说捍卫旧家庭

在进入正题前首先要说明的是,从19世纪中期开始,法国语境下的“学说”就很少指某一个学者个体的观点,而是法学家共同体作为一个整体对实在法的理解。⁴⁹不能认为法律学说仅仅是对实在法的重述和整理。实际上,大体上尊重实在法秩序的法国法学家批评立法者决定的情况并不少见。第三共和国的民法学家对离婚制度几乎众口一词的批评就是一例。

法学教授们反对引入离婚的一个重要理由是保护家庭。最早的现代比较法研究成果之一便是巴黎大学私法学教授格拉松(Ernst Glasson)的《欧洲主要国家民事婚姻与离婚》。他在著作中把离婚描述成一个“问题”,需要得到解决,而且就算在新教国家没有引起混乱,也断然不该重新引入法国。他甚至使用了在当时看来相当新潮的研究方法,用统计数据说明只要离婚的口子一开,家庭的彻底解体就会变得不可避免。⁵⁰另一位重

要的民法学家惹尼(François Gény)甚至要捍卫婚姻之绝对永久性。这位从未动摇的天主教保守派法学家与第三共和国的立法者针锋相对,强调婚姻的神圣属性。不过他也利用功利主义式的后果论证,强调离婚至少会对子女的教育造成极大的损害,而教育和照顾子女才是婚姻的首要目的。不仅如此,离婚的妻子还会因此流离失所、名誉受损、得不到救济。⁵¹但更倾向于离婚的却偏偏是妇女们,19世纪末超过六成的离婚是由妻子提出的。

就连共和派的法学家也对离婚充满怀疑。巴黎大学私法学教授的卡皮唐(Henri Capitant)直到1930年还在他流传甚广、多次再版的教科书中抨击大革命后单方宣告即可离婚的法律:“就算婚姻是一种契约,也绝对不能允许单方声明就发生离婚的法律后果,因为这种便利会让婚姻契约比其他那些原则上需要双方意思表示才能解除的契约更加脆弱。”⁵²波塔利斯在对民法典草案的说明中高度评价了家庭和婚姻。此后的民法学家显然也相当看重家庭和婚姻对个人和社会的价值。⁵³然而从他们似乎不相信其他的自然人也能认识到这一点,所以才需要不断地谴责离婚,至少为离婚制造更多的障碍,仿佛大部分的婚姻都令人感到如此的不幸以至于社会上为数众多的人都在热切地盼望着离婚一样。

除了这些供职于公立法学院的“国家教授”(Professeurs d'Etat)之外,还有一些学者任教于由宗教团体和个人出资建立的“自由法学院”

48 比如 *Acerbissimum* (1852), *Arcanum Divinae* (1880) 和 *Rerum novarum* (1891)。

49 Cf. Philippe Jestaz and Christophe Jamin, "The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers", *Legal Studies* 18, n° 4 (1998): 415-37.

50 Ernest-Désiré Glasson, *Le Mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, précédé d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne, étude de législation comparée*, G. Pedone-Lauriel, 1879, p.273.

51 Cf. François Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1915, Vol.IV/II, p.241.

52 Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français. Tome 1er*, Paris, Dalloz, 1930, p.114.

53 Cf. Jean-Etienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an VIII, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », *op.cit.*

(*Facultés libres*)。他们在学说的生产上处于较为边缘的位置，却也因为放弃了体制内的财政、影响力等好处，反而受到较少的政治限制，可以更加自由地表达自己的观点。相反，公立大学的教师要时刻考虑学监和教育部官员的意见。这些自由法学院的学者主张法律允许离婚本来就是对自然法的亵渎，至少国家应该尊重基督教徒之间婚姻的神圣性。⁵⁴至于那些非基督教徒的婚姻，国家愿意如何治理倒是无关紧要。⁵⁵只是考虑到在19世纪末的法国，认为自己不是基督教徒的人大概比例不会很高，他们的主张也没有看上去那么宽容。除此之外，他们还主张义务公立教育就是对家长权威的无端干涉。⁵⁶更引人注目的是，就连这些坚定而且较少受到国家限制的天主教徒，也熟练地引用着达尔文、边沁、孔德的作品来说明离婚对个人和社会都不啻为一场灾难。一名观点可以说从来不与共和国妥协的作者也写道：“孔德对离婚问题的判断跟教皇利奥十三世没有任何的区别。”⁵⁷实证科学与宗教权威奇妙地并存于同一份文本，让人不难想象国家世俗化的进程已经推进到了如此地步，连写给天主教读者的作品都不得不考虑对方更愿意接受科学证据的可能性。

(三) 司法判决回应社会变迁

一般认为，第三共和国时期的法学家在教学与研究比中比以前更加重视判例，并借由掌握在判

例之中作出区分的权力实际上把判例置于学说的规训之下。⁵⁸但是在家庭改革问题上，法官走得比立法者和学者更远。因一方过失而通过诉讼离婚是1884年《纳凯法》(*Loi Naquet*)唯一许可的离婚方式。正是在对“过失”的解释上，判例向我们展示，法官们确实不像学者那样乐于劝和不劝分。法官认为不可忍受之虐待不仅限于肉体伤害，也包括精神伤害。而且也不需要反复发生，严重的伤害哪怕只在私人场所发生了一次，也可能构成虐待。⁵⁹在个别场合，甚至完全不需要有肢体的接触也可以判定虐待的存在，如婚姻之内关于宗教实践的重大分歧。一方拒绝举办宗教婚礼，⁶⁰或者拒绝子女接受洗礼，⁶¹都可以是归为“虐待”的过失，从而导致婚姻结束。当然，上举判例吊诡之处在于无论是提出诉讼的一方还是法官本身，都认为家庭在宗教问题上的一致性至关重要，都相信一种认为婚姻应该永存的宗教，却偏偏选择了违背教义的方式解决问题。除了宗教以外，肉体的需求也在司法中得到尊重。如果婚姻的一方拒绝行房而且造成了另一方的痛苦，拒绝的一方同样有过失。⁶²不过，如果房事不和谐的痛苦仅仅来源于一方不能人事，那么只有在不能人事的一方于婚前拒绝告知或因为过失而没有接受治疗的情况下可以构成离婚的理由。⁶³

甚至在整个19世纪，司法的大趋势就是已婚妇女的财产权保护其实高于立法者所希望的标准

54 Gavouyère, « Le mariage entre chrétiens (III) », *op.cit.*

55 Charles Boucaud, *Les droits de l'État et les garanties civiques du droit naturel*, Paris, Bloud, 1908, p.72.

56 Cf. Plessis De Grenédan, « L'école unique et les principes généraux du droit naturel, du droit canonique et du droit civil », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1926, Vol.64, n° 1, pp.1-22; « Liberté d'enseignement. Les vrais principes et les vrais moyens de défense », *op.cit.*

57 Gavouyère, « Le mariage entre chrétiens (III) », *op.cit.*

58 Cf. Pierre-Nicolas Barenot et Nader Hakim, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, Vol.42, pp.251-297.

59 David Deroussin, *Histoire du droit privé*, *op.cit.*, pp.226-228.

60 Rouen, 29 avril 1910.

61 Req.30 novembre 1898, *D.*1899, 1, 358.

62 Cass.12 novembre 1900, *D.*1901, 1, 21.

63 Req. 25 janvier 1922.

准。从事商业活动的妇女在管理婚姻共同财产时只要丈夫没有明示反对，她的行为就有效。那些需要丈夫特殊许可的行为，只要丈夫缔约时在场，哪怕对交易一无所知，法官仍推定他做出了默示同意。总而言之，尽管法官都是从法学院毕业，而法学院又是一个在道德和社会问题上相对保守的机构，他们还是既独立于政治权力，又独立于学术权威，从而在解决具体法律问题的时候寻求既不失为合法，又能适应社会需求的方案。1884年之后，离婚的数量确实在逐渐增多，并在第一次世界大战结束后达到顶峰。在“一战”的影响下，1920年全法国共有34079起离婚，达到了“二战”前的峰值。但是大规模的家庭解体并没有发生，离婚的数量在1920年后回落，并在维希政权之前一直维持在每年25000起左右。⁶⁴女工人的财产权保护状况也差强人意，所以“二战”前的法国并未出现大规模的妇女运动——也有可能是这些妇女运动都已经吸收进工会运动中了。

四、以法律改造社会：民国亲属法的社会意义

总体而言，进步主义的语言在中国关于家庭的讨论中占据支配地位。在中国亲属法改革中，立法、学说和判例之间的合作与对抗并存，但合力还是占了主流。与法国的立法者一样，中国第一部现代民法典《中华民国民法典》的起草者希望通过婚姻财产制和离婚制度的安排，一方面强化性别平等，另一方面把家庭法律人格的重要性降到最小的地步。尽管家长仍然在家之内部事务上享有决定权，法律人仍然视《中华民国民法典》为一现代的法典，并希望把它施加于传统社会，从而实现社会和国家的现代化。学说与判例对《中

华民国民法典》中关于离婚和家庭管理之规则的解释也基本上倾向于传统父权制家庭的解体。

（一）激进与保守并存的《中华民国民法典》

《中华民国民法典》的“亲属编”总体而言体现了共和政府的革命立场。其内容与此前自晚清以降各民法典草案关于婚姻家庭部分的内容相当不同，尤其体现在对男女平等的坚持和最低限度的“家”观念上。然而就和法国的革命者一样，中国的立法者也保留了传统罗马民法上的家父制。

如果用罗马法的术语来表达中国传统民事法律制度，人们会说“家”是最重要的法律主体，是权利的享有者和义务的承担者。虽然围绕父权建立的家庭结构是中国古代法、罗马法、《拿破仑民法典》的共同特征，但传统法制对家的强调还是和法国大革命以来民法个人化的现代潮流格格不入。所以，只要中国的法律改革仍然希望借鉴欧洲的制度设计，让位于一种建立在个体自然人之想象上的民法制度似乎是围绕家观念展开的法律体系难以逃脱的宿命。⁶⁵于是，从清末到民国的立法趋势是个人作为民法首要主体的制度化。在1928年法制局草案中，甚至彻底取消了家的法律主体地位。虽然这份草案饱受诟病，而且没有通过，但最终的《中华民国民法典》还是采取了最小化家庭的立场，把家定义为家庭成员以长久共同生活之目的而为之结合。⁶⁶所以，家长的权利仅得出于共同生活之目的而行使，在内容上限制在了部分财产性权利⁶⁷和要求成年已婚家属离家之权。⁶⁸至少在立法层面而言，1930年的《中华民国民法典》标志着个人主义在家庭法领域的暂时胜利。其起草者确信，即便在关于亲属与继承习俗和判例中仍有守旧的成分在，那

64 Cf. Jean-Paul Sardon, « L'évolution du divorce en France », *op.cit.*

65 《法国民法典》所建立的个人形象表面上是理性的个人，其背后实际上是生活在乡村的手工业者、农业用地所有者、城市生产者等熟悉自己生活的环境和生意的人。Cf. André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1973.

66 第1122条。

67 第1152条、第1125条。

68 第1128条。

也不过是千年以来的古老法律和礼教之见证，与世界的大趋势和执政党的政治计划并不相容。⁶⁹

在婚姻制度上，新的民法典也和中国传统相去甚远。婚姻如今成了纯粹契约性的法律行为。立法者采取了《瑞士民法典》的法定共同财产制。⁷⁰虽然夫在没有夫妻协议的情况下可以处分共同婚姻财产，但妻可以保留特别财产。⁷¹两愿离婚和诉讼离婚都在民法典中得到规定，而且在离婚问题上彻底体现了两性平等。夫不再是唯一能让婚姻关系归于消灭的主体。类似的变化也体现在继承权分配不问性别上。⁷²

（二）进步主义主宰的法律学说

民国时期大部分重要的民法学家都拥护共和主义关于性别平等的主张。与那些远离政治权力中心，并因此无法形成对立法的制衡力量的法国民法学家不同，⁷³中国的学术权威往往身居要冲，成为立法的起草者或出任行政部门长官职位。⁷⁴一方面，他们处于规范创造的中心；另一方面，他们对于在学说之中贯彻立法者的政治意图发挥了重要作用。

以胡长清为例，他既曾执掌 30 年代最具影响的法学杂志之一《法律评论》，又是南京政府民法典起草委员会成员，他明确捍卫新亲属法的个人主义精神。胡长清认为，民法典中的家来自于瑞士的“家庭共同体”（Familiengemeinschaft），和我国家庭主义支配下的古代法毫无关系。他甚至还说，只要了解了家庭法背后的个人主义精神，就理解了民法典的一半。⁷⁵从这一统领一切的意

识形态出发，他很快指出了包括重建家庭秩序、建立性别平等、民族健康考虑、已婚妇女财产保护、婚生与非婚生子女逐步平等化、鼓励独立等数项新家庭立法之特色。⁷⁶其中，对家庭秩序的重构、非婚生子女的照顾和鼓励独立性等原则的确立都撼动了否认家庭成员之独立与平等的传统父权主义家庭法基础。至于性别平等和已婚妇女权利的平等保护则进一步试图消除夫权。另一名起草委员会成员、首位完成整个民法体系教科书的史尚宽也重复着同样的思想。⁷⁷

在关于家庭立法的众多制度之中，又以诉讼离婚最能为现代观察者提供一个检验上述抽象原则如何通过学说解释而体现在具体规则之中。《中华民国民法典》在取消离婚方面的性别区分上，就首先远离了我国传统的婚姻制度。其第 1052 条罗列了诉讼离婚之理由，学说和判例则对虐待、遗弃、不可治愈之恶疾等采较宽泛解释，以至于事实上让离婚变得更加便利。从立法技术角度说，罗列离婚之原因而不设一般条款本身是立法对解释的一种限制。此种情形下，包括教授和法官在内的法律的解释者仍然从较为宽泛的术语中找到了解释空间，更能体现他们的真实想法。

在两个独特的方面，中国法学家展现了他们便利离婚，从而从事实上推动家庭解体的心态。其一是对婚内性行为的法律干预。令人不悦的性行为可以归于“虐待”，从而构成起诉离婚的理由。最高法院的司法解释就提到过无正当理由拒绝性交、“过度的”强制性交和“不自然”的性交，⁷⁸法学家

69 谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 749 页。

70 第 1005 条。

71 第 1016 条、第 1025 条、第 1026 条、第 1027 条。

72 参见陈新宇、陈煜、江照信：《中国近代法律史讲义》，九州出版社 2016 年版，第 227 页。

73 关于法国法学家的政治参与，参见 Jacques Chevallier et Danièle Lochak, « Les juristes dans l'espace public », *Droit et société*, juillet 2016, n° 93, pp.359-374。

74 参见朱明哲：《东方巴黎——略论二十世纪上半叶法国法学在中国的传播》，载《北大法律评论》2014 年第 2 期。

75 胡长清：《中国民法亲属论》，商务印书馆 1947 年版，第 7 页。

76 胡长清：《中国民法亲属论》，商务印书馆 1947 年版，第 7—10 页。

77 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 6—8 页。

78 二十一年院字第 650 号。

把这些一律视为虐待。⁷⁹ 史尚宽认为出于民族繁衍考虑,永久性不能人事的情况也应当作为恶疾考虑,所以也是诉讼离婚的合适原因。其二则是对羞辱的引入。羞辱在《法国民法典》中是独立的离婚原因,而在中国则不是。但史尚宽等重要学者则在解释虐待时认为包括了广泛的精神方面的折磨,从而得以在事实上包括了法国法上羞辱的情形(虽然以“精神折磨”替代了法国法上对名誉的保护)。

以上学说解释体现了法学家以法律改造社会的雄心。他们完全乐意用先进的法律改变固执的社会实践和心态。对婚内性行为的司法介入主要为妻子提供了从婚姻中脱身的可能性。毕竟当时还是20世纪上半叶,妻子有与丈夫性交之义务的想法在世界上大部分国家还都相当流行。就连英国也是在21世纪行将到来时,才从司法上认可了妻子并无与丈夫交欢之概括同意。⁸⁰ 类似的现象也体现在对羞辱的事实承认上。当时的法律对精神损害的认识相当有限,学说在保护家庭暴力之受害者方面向前迈进了一大步。另一个明显的现象是,学者们用来为自己立场辩护的甚至是外国判例而非本国的判例。这种做法不难理解,毕竟新的立法需要时间才能提供充分的判例以供参考。不过,在司法党化的背景下,当时司法推进家庭变革的力量也同样不可小觑。

(三) 以司法能动削弱传统家庭

在王宠惠时期成型、⁸¹ 居正时期深化的司法党化,不仅意味着法官入党、党员进入司法机关,还意味着所有法官都必须以执政党的政治指导为主臬,在每一个具体个案中贯彻其政治意图。⁸² 张知

本进一步将其系统化为对司法权力的政治审查,并认为所有的法学家都不应脱离政治方向。⁸³ 这显然是理解国民政府时期司法活动的必要背景。就连人们认为最远离政治生活的家庭,一旦进入司法场域,也绝逃不过政党意识形态的干预。从大城市不断攀升的离婚案可见一斑。

实际上,甚至在《中华民国民法典》生效之前,北京的离婚数量便缓慢上升。根据时人吴至信的统计,1917年到1928年,北京一地离婚数量从28件增长到64件。⁸⁴ 而1928年开始,随着诉讼离婚制度建立,离婚数量迅速增加。仅在1929年10月到1930年9月,司法机关便受理了974件离婚案,其中离婚判决达611例。⁸⁵ 而在上海,1929年的离婚数量为645件,到了1930年则增长到了853件。⁸⁶ 不仅在京津沪这样的大城市,发展较为落后的广西省到了1936年也有627件由妇女提出的离婚。实际上,尤其是在大城市,大部分的离婚是由妻子提出的。在北京和天津,女方提出离婚的比例总体上维持在六成以上,有些年份甚至达到八成。⁸⁷

民国时代的女权主义宣传在妇女主动摆脱不幸福婚姻方面固然发挥了重要作用,但也要承认法院至少成为妇女追求平等与解放的场所。30年代的经济对于性别平等意识、女性劳动力需求的提高等方面的因素自然都有促进作用,但1930年出现的离婚潮无论如何是法律改革的结果。因为从事实而言,20世纪中期的中国都还是一个男女极不平等的社会,离异女性也往往还是遭受经济不利和社会压力。于是,法律成了一个所有男女都是平等国民的想象空间。法律的起草

79 史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第474—475页。

80 *R.v.R.*[1991] 2 W.L.R.1065; *CR v.United Kingdom*, (1996) 21 E.H.R.R.363.

81 王宠惠:《今后司法改良之方针一》,载《法律评论》1929年第6卷21号。

82 居正:《司法党化问题》,载《东方杂志》1935年第32卷10号。

83 张之本:《中华民国法学会之使命》,载《中华法学杂志》1936年第1卷1号。

84 吴至信:《最近十六年之北平离婚案》,载李文海主编:《民国时期社会调查丛编——婚姻家庭卷》,福建教育出版社2005年版。

85 朱汉国:《从离婚诉讼案看民国时期婚姻观念的演进》,载《河北学刊》2013年第6期。

86 同上注。

87 同上注。

者、学说解释者和法律的适用者协力在一个仍然带有深刻家庭主义、性别主义的社会中，建立了以摧毁传统家庭体系、建设现代国家为目标的家庭制度。诚然，未必所有的家庭矛盾都最终转化成法律问题，并成为政治意识形态宰制的对象。甚至可以说，大部分的社会矛盾可能都在社会内部消化了，并未经法律干预。但只要一个矛盾进入法律场，以法律改造社会的机制就开始运行了。在这一意义上，中国的法律人形成了一个比他们的法国同行紧密得多的共同体。

五、结论

无论在19世纪末的法国共和派还是20世纪初的中国共和主义者的眼中，摧毁传统家庭都是建立共和政体必须完成的一步。传统家庭意味着家庭比个人更重要，其中一些个人比另一些个人更重要，家庭的存续比个人的自由与幸福更重要。但他们反对传统家庭的原因是不同的。第三共和国的缔造者们本身并不反对男女有别、父权至上的家庭建构，只不过他们需要通过摧毁作为天主教最后阵地的传统家庭和以天主教戒律为蓝本的传统家庭制度，从而实现社会的世俗化，并因此打击与他们竞争权力的天主教会。中国的共和主义者则认为需要把个人从家庭中解放出来才能成为公民，有了公民才能建立一个共和国，而且个人自由和两性平等的意识形态追求也必须一以贯之地落实在家庭制度上。两国的共和派出于不同的目的选择了相似的斗争策略。不论家庭法是否为私法，也不论家庭是否是个人私生活的堡垒，历史中不断重复的现象是，只要政治权力的掌握者认为有必要，改变家庭模式并非无法想象的事情，而且总会有各种不同的意识形态为此背书。家庭法改革则成了实现政治变革的有效工具。这或许可以回答本文一开始提出的“公与私”的问题。

然而，“想做什么”“做了什么”和最后“做成了什么”三者之间有重要的不同。两国的共和主义者无疑都想要摧毁旧式家庭，他们无疑也

都为此改革了法律。但这种努力到底取得了多大成功，则见仁见智了。在法国，立法者本身看上去只犹豫地进行一些小修小补，学者又把本来就有限的法律改革进一步向他们所熟悉的那种传统家庭模式解释，反倒是司法在回应社会对流动性之需求方面更为果断。在中国，执政党看似可以把意志贯彻于立法、法学、司法之中，但当时法律在中国社会中本身的作用当不可高估，所以法律改革是否真的在1949年以前促进了妇女解放、家庭解体也还需要进一步讨论。

在中国的共和时刻，西方的法律思想和法律制度确实都移植到了中国。但该过程不能视为一种被动的继受。首先，常常作为中西之别典型例证的家庭制度方面，其实以法国为代表的“西方家庭法”在19世纪晚期仍仅仅徒具个人主义之外表，与进步主义者常诟病为保守、腐朽的中国家庭共性多于区别。其次，作为法律的继受国，中国在家庭制度上其实比包括法国在内的许多欧洲国家都更“现代”——如果说个人主义和性别平等是现代的标志。法国大革命确实提供了一种关于现代的理想和标准，但理想的宣扬者未必能实现理想，标准的提供者也未必能符合标准。反倒是继受了关于现代家庭关系之理想和标准的一方在规则与规则的实践中更一以贯之。再次，在家庭法制度和学说的继受上，中国法学界明显表现出高度的选择性。正是为了贯彻执政党的意识形态，在选择民法典关于家庭制度的蓝本时才选择了《瑞士民法典》而非更保守的《德国民法典》，而且在解释时倾向于接受法国判例便利离婚的解释。最后，如果我们不是仅关心立法文本而是进一步考察实践的全貌，不难发现中国法学职业群体独特的结构所产生的合作态势与法国等欧洲国家也大不相同。所以，对于“东与西”的问题似乎不妨作如是回答：东方与西方的相遇和相知确实带来了融合、支配、模仿的意愿，然而他们终究有各自独立的命运，不为对方所决定。■