



法学新前沿 New Law Frontiers

Inheritance and  
Evolution

*Female Inheritance of  
Property Changes in  
Modern China*

# 传承与嬗变

中国近代女性财产继承权的变迁

温慧辉 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

Inheritance and  
Evolution  
*Female Inheritance of  
Property Changes in  
Modern China*

# 传承与嬗变

中国近代女性财产继承权的变迁

温慧辉 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

\*\*\*\*\*

## 图书在版编目(CIP)数据

传承与嬗变:中国近代女性财产继承权的变迁 / 温  
慧辉著. —北京:法律出版社,2015.11  
ISBN 978-7-5118-8461-9

I. ①传… II. ①温… III. ①女性—财产继承—研究  
—中国—近代 IV. ①D923.54

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第222487号

传承与嬗变:中国近代女性  
财产继承权的变迁

温慧辉 著

责任编辑 王 扬  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16  
版本 2015年11月第1版  
出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 21.5 字数 321千  
印次 2015年11月第1次印刷  
编辑统筹 独立项目策划部  
经销 新华书店  
责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8461-9

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 自序

马克思说：“每个了解一点历史的人也都知道，没有妇女的酵素就不可能有伟大的社会变革。社会的进步可以用女性（丑的也包括在内）的社会地位来精确地衡量。”[《马克思恩格斯选集》（第四卷），人民出版社1995年版，第586页]。其实，身为女性，求学期间就对妇女研究感兴趣，并于十几年前撰写硕士毕业论文“试论秦汉妇女的较高地位及其原因”，所幸获得了优秀硕士论文，为此大受鼓舞。读博时期，我想要进一步了解古代社会的运作模式，故而选取《周礼》为研究对象，修改之后的博士论文还获得了浙江省社科基金资助得以出版。于是，得到认可之后，研究兴趣倍增。但在忝为高校教师后，一直思索古今社会，女性为何际遇如此不同，转折时期又在何处？于是，我将目光转向了近代。当时的东方大国在西人胁迫下打开国门，西学渐次东来。天朝的精神和物质堤防开始被摧毁，整个社会呈现出旧与新、中与西交锋的拉锯战态势。对于社会的巨变，时人惊叹：“今日之世变，岂特春秋所未有，抑秦、汉以至元、明所未有也。”（张之洞：《劝学篇·序》）几千年来中国封闭的文化状态被打破，传统礼制受到严重的冲击和挑战。于是，女性群体的权益也伴随着中国向近代文明的过渡而被提到议事日程上。

昔日，郑板桥作《十六通家书小引》：“板桥诗文，最不喜求人作叙。求之王公大人，既以借光为可耻；求之湖海名流，必至含讥带讪，遭其荼毒而无可

## 2 传承与嬗变:中国近代女性财产继承权的变迁

如何,总不如不叙为得也。几篇家信,原算不得文章,有些好处,大家看看;如无好处,糊窗糊壁,覆瓿覆盎而已,何以叙为!”今不揣浅陋,聊备数语,略为交代,权以为序。

2015年6月

# 目 录

绪 论 .....	( 1 )
第一章 中国传统财产继承制度中相关概念的解释 .....	( 22 )
第一节 宗祧与财产继承 .....	( 23 )
一、“宗祧”释义 .....	( 23 )
二、“继承”释义 .....	( 27 )
三、宗祧继承与财产继承的关系 .....	( 30 )
第二节 中国传统的家族制度与女性的财产继承权 .....	( 35 )
一、传统家族制度 .....	( 36 )
二、家产的“同居共财”性质 .....	( 39 )
三、传统社会女性的财产继承权 .....	( 45 )
第二章 近代女性财产继承权变迁的历史背景 .....	( 61 )
第一节 近代的政治变革 .....	( 62 )
一、晚清的变法修律 .....	( 62 )
二、收回领事裁判权的努力 .....	( 66 )
三、民主共和政体的确立 .....	( 73 )
第二节 近代社会结构的变迁 .....	( 75 )
一、经济结构的变化 .....	( 76 )
二、传统家族制度的变革 .....	( 77 )
三、社会阶层的分化 .....	( 80 )

## 2 传承与嬗变:中国近代女性财产继承权的变迁

第三节 西方文化的冲击 .....	( 83 )
一、国外法律文献的翻译与引进 .....	( 84 )
二、有识之士对改革旧制的倡导宣传 .....	( 87 )
三、来华传教士所带来的男女平等观念 .....	( 90 )
第四节 女性的解放和觉醒 .....	( 92 )
一、近代中国男女平等思想的形成 .....	( 93 )
二、女学的兴起 .....	( 97 )
三、职业女性的出现 .....	( 100 )
四、风起云涌的妇女运动 .....	( 104 )
第三章 近代女性财产继承权的确立过程 .....	( 108 )
第一节 《大清民律草案》中女性财产继承权出现变动 .....	( 109 )
一、《大清民律草案》的修订过程 .....	( 109 )
二、《大清民律草案》有关女性财产继承的规定 .....	( 114 )
第二节 民国初期女性财产继承权的变化 .....	( 120 )
一、《现行律民事有效部分》的沿用 .....	( 120 )
二、大理院发布的民事判例、解释例 .....	( 123 )
三、《民律二草》中女性财产继承的变迁 .....	( 134 )
第三节 民国时期女性财产继承权的确立 .....	( 139 )
一、法制局“亲属法”“继承法”草案 .....	( 139 )
二、《妇女运动决议案》及最高人民法院解释 .....	( 145 )
三、《中华民国民法》的颁布 .....	( 153 )
第四章 近代女性实际的财产继承权益 .....	( 168 )
第一节 女儿实际的财产继承权 .....	( 169 )
一、清末民初女儿财产继承的司法实践 .....	( 169 )
二、民国时期女儿财产继承的司法实践 .....	( 175 )
第二节 妻财产继承的司法实践 .....	( 188 )
一、清末民初寡妻财产继承的司法实践 .....	( 188 )
二、民国时期妻(媳)财产继承的司法实践 .....	( 195 )
第三节 妾财产继承的司法实践 .....	( 198 )

一、清末民初妾实际的财产继承权益·····	(198)
二、民国时期妾财产继承的司法实践·····	(200)
第四节 母亲实际的财产继承权益·····	(206)
一、清末民初母亲财产继承的司法实践·····	(206)
二、民国时期母亲(祖母)的财产继承权·····	(208)
第五章 近代女性财产继承权传承与嬗变的原因·····	(214)
第一节 经济原因·····	(215)
一、传统经济结构的松动·····	(215)
二、城乡之间的巨大差距·····	(217)
三、女性经济地位的变化·····	(220)
第二节 政治原因·····	(222)
一、统治者的政治要求·····	(222)
二、立法者的因素·····	(225)
三、女权运动的影响·····	(228)
第三节 社会文化的因素·····	(231)
一、传统民事习惯的影响·····	(232)
二、固有法律观念的根深蒂固·····	(236)
结束语·····	(240)
附录 A·····	(243)
附录 B·····	(273)
附录 C·····	(305)
后记·····	(334)



## 绪 论

### 一、选题背景

#### (一) 现今法律法规中有关女性财产继承权益的规定

我国从1930年民法继承编颁行到1985年大陆继承法实施,逐渐完成了从传统继承制度向现代继承制度的转变。根据《宪法》《继承法》以及其他有关法律规定,妇女有与男子完全平等的继承权。如《宪法》第48条规定:“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”《中华人民共和国民法通则》规定:“妇女享有同男子平等的民事权利。”《继承法》第9条规定:“继承权男女平等。”这些法律条款为妇女享有同男子平等的继承权提供了充分的法律依据。依照上述法律明文规定的继承权男女平等原则,妇女无论已婚未婚,均享有与男子平等的继承权。

此外,《妇女权益保障法》中不仅对妇女权益作出了保护性的规定,还有75%的条文详细列举了侵权行为的后果和法律责任。<sup>[1]</sup> 中国政府还先后三次制定了“中国妇女发展纲要”(1995~2000年、2001~2010年、2011~2020年),为落实这些纲要,政府相关部门还分别制定了责任。十届全国人大四次会议通过的《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》,第十篇第三十八章第四节是专门规划妇女儿童权益保护的:“落实男女平等基本国策,实施妇

[1] 中华人民共和国国务院新闻办公室:《中国妇女的状况》,人民出版社1994年版,第9页。

女发展纲要,保障妇女平等获得……婚姻财产和参与社会事务的权利。”用一节的篇幅来专门规划妇女儿童权益保护,在共和国过去的十部“五年计划”中是从来没有过的,特别是把落实男女平等基本国策纳入“十一五”规划,在《规划纲要》史上也是第一次。

可以说,新中国成立后经过长期不懈的努力,已初步形成了以《宪法》为根据,以《妇女权益保障法》为主体,包括《婚姻法》《继承法》《劳动法》等法律、法规在内的一整套保护妇女权益、促进男女平等和社会发展的法律体系。

### (二) 女性财产继承权益的实际调研

伴随着社会的现代化,中国传统的宗法制度逐渐式微,限制女性继承财产的法律和意识形态因素已经不复存在。故而,从立法上看,欧陆继承法从制度、概念到原则、精神均已被我们所继受。另外,传统的社会心理也受到很大冲击,对于女性的社会歧视已经大大减弱。因此,随着中国社会现代化的进程,女性财产继承权呈现出快速增加的趋势。但是,任何一种社会进程都不可能是一蹴而就的,女性财产继承权的发展也不例外。

中国是一个经济和社会发展不平衡的国家,城乡、区域、群体之间妇女地位的提高也不平衡,现实中不同程度的侵犯、剥夺妇女家庭财产继承权利的现象和事例仍频繁出现,诸如“出嫁女儿对家庭财产的继承”“寡妇再婚的财产处理”等这些在法律上确定的问题在人们的观念与行为中尚未得到认同,立法与实际生活中人们的法律观念与社会现实中的具体表现尚有距离。例如,笔者在河南、东北所做的调查中,许多女性认同“嫁出去的闺女,泼出去的水”,分别有25%、21.74%、24.45%的人认为女儿远嫁他乡即丧失了继承的资格。<sup>[1]</sup> 同样,在2000年广东省一项针对妇女地位的调查中,面对“你认为已出嫁女儿(有兄弟的话)应怎样继承家里的遗产”的问题,仍有10.3%的人选择最好不要,30.7%人选择不应该要。<sup>[2]</sup> 而在上海做的调查中,合计有

---

[1] 笔者所做的数据参见附录A.《河南省濮阳地区女性财产继承状况的微观研究——基于调研数据的考察》。附录B.《河南省女性财产继承调查实证研究》。附录C.《东北地区朝鲜族女性财产继承状况的微观研究——基于调研数据的考察》。

[2] 广东省妇女联合会编:《广东妇女社会地位调查:1990~2000年》,中国妇女出版社2004年版,第430页。

10.9%的人选择最好不要,16.9%人选择不应该要。〔1〕实际上,在笔者所做的调查中,像传统文化比较浓厚的河南省有63.05%的被调查者周围的女子很少或者根本不享有继承权。此外,有26.81%的人认可女子出嫁之后,对父母的遗产不享有继承权,有12.68%的人迫于无奈而不得不放弃自己的继承权。〔2〕这说明传统观念在社会仍然发挥着极大的作用。在访谈笔录中,对于笔者设计的问题“您认为女子可以继承娘家财产吗?”,河南省濮阳市某乡村的一位44岁妇女说“不赞成继承。因为有兄弟在,按农村传统女儿是没有继承权的。”而且还把自己放弃平等继承权看成是一种谦让或高尚的举动。一位河南省安阳市某乡村的40岁妇女说“一般而言,由儿子继承,因为女儿已经嫁人了,已经属于别人家的人了,不应当继承父母的遗产”,这样的观念使得很多出嫁女性在财产继承问题上选择了自动放弃。也有很多被调查者认为只有是独生子女或者承担了赡养父母的责任才可以继承父母的遗产。〔3〕无独有偶,在1993年,一位云南农村的女儿这样回答社会学者的访谈,“虽然政府说男女都一样,但这是这里的传统——从封建社会到现在都是一样的……女儿嫁出去了——在这些条件下——她们就不能回去要任何东西了……我们不能盘算得到家庭的财产。”〔4〕

特别是在农村,随着家庭联产承包责任制的推行,女性拥有、处理和继承土地承包的权利成其安身立命的大事,但各地的村规民约和风俗习惯仍然经常侵害女性的土地权力,例如,虽然政府宣布农村的土地承包责任制“30年不变”,但农户之女一旦出嫁,其娘家承包的土地就会被收回,而出嫁女性能否在婆家村里分得一份土地,则取决于婆家村里有无机动土地或是否恰好遇到婆家村里调整土地。〔5〕笔者在河南濮阳所做的调查中,有34.48%的被调

〔1〕上海市妇联等编:《面向21世纪的上海妇女发展:1990~2000年》,中国妇女出版社2003年版,第42页。

〔2〕笔者所做的数据参见附录B.《河南省女性财产继承调查实证研究》。

〔3〕参见附录B.《河南省女性财产继承调查实证研究》。

〔4〕[加]宝森:《中国妇女与农村发展——云南禄村六十年的变迁》,胡玉坤译,江苏人民出版社2005年版,第291~292页。

〔5〕Tamara Jacka, *Women's Work in Rural China: Change and Continuity in an Era of Reform* (New York: Cambridge University Press, 1997); Laurel Bossen, *Chinese Women and Rural Development: Sixty Years of Change in Lu Village, Yunnan* (Lan-ham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2002).

查者选择由娘家村集体收回。<sup>[1]</sup> 2002年中国(海南)改革发展研究院对西部12省(区、市)农村作了综合调查,问到妇女对包括土地使用权在内的财产继承权时,妇女对承包土地的继承权明显小于男性。有13.9%的受访者认为“女孩”“妻子”不能继承土地使用权,而“男孩”和“丈夫”则可以继承。这种明显的性别歧视,表明乡村传统习俗对制度安排的强大影响。<sup>[2]</sup> 甚至在只有女儿缺乏儿子的情况下,女儿也很难继承家里的财产。如学者曹锦清在河南农村的调查中发现,当地将只生女儿不生儿子的家庭称为绝户,绝户的财产按照风俗习惯由侄子继承。村民也认为出嫁女儿应该将房产留给堂兄弟。<sup>[3]</sup> 少数民族也不例外,例如鄂伦春族的财产继承权一般仍属于男子;云南普米族实行大家庭制,分家产时女性没有财产继承权。<sup>[4]</sup> 笔者对东北地区朝鲜族所做的调查就发现被访者认为“儿子继承顺理成章”的占被调查者一半多,比例高达51.30%。<sup>[5]</sup>

从国家法的层面上来说,女性平等继承权的实施虽然已有80年,但法律的完善并不等同于观念的进步,从实际调查可知很多法律上确定的问题在人们的观念与行为中并未得到认同,因为在传统文化相当深厚的环境中,潜规则与民俗习惯往往是超法律和超时空的。有学者于2001年对浙江黄岩地区进行实地调查发现,寡妇再嫁时夫家对其财产依然会给予种种限制。因为在当地人看来,如果实在留不住人,为了照顾其前夫日渐老去的双亲及留在夫家尚未成年的孩子,只有限制再嫁寡妇的财产权利,尽可能让其多留下一些财物,让其多担些义务,多背走一些债务,这种看似违背国家法的乡村秩序,却是村干部们唯一能够做到的救济方法。在他们看来,这既合乎天理,又合乎人情。而为了显示公平,还会邀请乡政府驻村干部作为见证。<sup>[6]</sup> 可以说,村干部的做法蕴涵着对弱者生存与发展这些长远目标的更为周全的考虑。

[1] 参见附录A.《河南省濮阳地区女性财产继承状况的微观研究——基于调研数据的考察》。

[2] 中国(海南)改革发展研究院:《中改院 UNDP 项目研究成果集锦:中国农村改革》,中国(海南)改革发展研究院出版社2004年版,第390页。

[3] 曹锦清:《黄河边的中国》,上海文艺出版社2000年版,第40页。

[4] 杨震敏:“论中国妇女财产继承权的保障问题”,载民商法网[2003~10~15] <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13132>。

[5] 参见附录C.《东北地区朝鲜族女性财产继承状况的微观研究——基于调研数据的考察》。

[6] 田涛:《被冷落的真实——新山村调查手记》,法律出版社2005年版,第128~131页。

对此,梁治平先生提出这样的观点:“一个不同于正式制度所构想和构建的乡村社会的秩序是存在的。我把这种秩序称之为‘民间的’,并不是因为相信这种秩序是在国家正式制度之外而且是不受其影响独立存在的,而是因为这种秩序在很大程度上先于正式制度,并且多少是在其有效控制之外生成和发展的……民间调解所依循的原则,更多的不是出于国家的法律和政策,而是乡土社会日常生活的内在逻辑,是乡民们所了解、熟习、接受乃至视为当然的知识。事实上,主要是通过宣传和普及等方式自上而下灌输给乡民的国家法律,远未内化为乡民自己的知识,而这些令乡民感觉陌生的新知识,也未必都是指导他们生活和解决他们问题的有效指南。”〔1〕在这样的背景之下,如果将法律仅仅定义为国家制定的规则体,无疑是忽略了支配民众实践生活更为重要的方面。因为现实生活中,尤其是未进入现代化的村落中,习俗的力量往往会压倒法律的力量,而“法律渊源不仅包括立法者的意志,而且也包括公众的理性和良心(reason and conscience),以及他们的习俗和惯例”。〔2〕如亨利·莱维·布律尔说:“只要对社会生活简单地观察一下就可使我们相信,除了由政权强加的法律规则外,还存在着某些法律规定或至少是具有法律效力的规定。过去存在,现在仍然存在着一些并非从总体社会的组织权限中产生的法律。既有超国家法,也有亚国家法。”〔3〕所以,从落实女性平等财产权利的角度来分析,目前的中国不仅仅是要完善法律体系,更重要的是取决于整体社会在经济、政治、文化方面的发展以及民间社会法律意识的变迁。

## 二、选题目的

### (一) 理论意义

在以“父子一体”“夫妻一体”为核心的中国传统承继体系中,财产继承受制于宗祧继承,女性因此被排除在家庭财产继承之外,仅有对被继承财产的承受权、监管权和处分同意权。但从晚清末年开,伴随着西方列强在军

〔1〕 梁治平:《乡土社会中的法律与秩序》,载王铭铭、王斯福主编:《乡土社会的秩序、公正与权威》,中国政法大学出版社1997年版,第430~431页。

〔2〕 [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

〔3〕 [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社1987年版,第22页。

事、文化、政治、经济等方面的侵入,中国女性的财产继承权出现了前所未有的改变。首先,作为中国历史上第一部民法,《大清民律草案》虽然在某些具体规定中依然显示出宗祧继承与遗产继承的区分,体现着浓厚的家族传承观念,但至少在形式上实现了财产继承与宗祧继承的分离,尽管这部《大清民律草案》并未正式颁布施行。不过,其所确立的相关制度已经表明女性财产继承权嬗变的开始。其次,北洋政府时期迅速修订的《民国民律草案》,政治理念上则趋于保守,有关妇女财产继承权的规定更多是着眼于已有的民间习惯,但由于其应和现实生活的惯性力量,加上西方权利观念的引进,使得妇女财产继承权利在司法实践中得到了一定程度的实现。最后,1930年的《中华民国民法》在法律规范上全面确立了妇女的财产继承权。不过,在实际司法实践中,法律条文并没有起到其字面意图的作用。正如19世纪30年代费孝通在江村调查时就发现的那样,尽管7年前就颁布了新法律规定男女同等的继承权,以便促进男女平等,但在农村“尚未发现有向这一方向发生任何实际变化的迹象”。〔1〕“尽管民国的民法赋予女儿和儿子同等的权利(第1138条),直到四十年代,村庄里财产继承的原则还是原来的一套”。〔2〕总的来说,民国时期尤其在中国农村,遗产继承方面仍旧是按照传统习俗进行的。

其实,历代政府的变法只是为了自强、图存的政治目的,并没有针对国情积极明确地考虑到创建自己独特的民法典,其主宰精神始终是移植西方法律。毕竟,“对一个民族来说,规范其行为、支配其生活的法律应当从其心灵深处或生活习惯中长成”。〔3〕所以,晚清以来的历代政府所制定的民法必然会导致继承法的内容和社会现实之间存在一定的距离。加上社会变革时期,政权和统治的交迭,会使得法律规范所确立的法律意识发生突变,但此时民间社会法律意识仍然按照原有的途径发展。于是,两者间的冲突矛盾就会在司法实践中体现出来。而从当时的法律条文、司法实践以及社会实际等全方位来观察,则会发现女性财产的继承虽然在法律上获得了新的权利,但她们

〔1〕 费孝通:《江村经济——中国农民的生活》,商务印书馆2006年版,第83页。

〔2〕 [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第22页。

〔3〕 胡旭晟:“20世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义”,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)1999年第2期。

也丧失了某些传统社会所赋予的权利。这一切恰如学者所言：“法律是否有力量，取决于是否有相适应的社会价值，而这种价值恰恰又是无法从西方移植而来的，因而，不仅中国固有的价值系统或法律或习惯处于尴尬的境地，西方法律也处在进退两难之中。”〔1〕可以说，女性财产继承权的变化是随着社会文化以及民间法律意识不断发展的表现。因此，本书将从法律社会学的角度分析此问题，可以使我们在对女性问题的研究中获得更清晰的认识和更深刻的思考。

## （二）实际价值

晚清以来，传统财产继承制度一直被批判、被改造，西方的法律精神及其原则在中国的全面推行已是不争的事实，中国妇女的法律地位在法律条文上也取得了毫无疑问的确认和肯定。但父系家族的代际传承规则和秩序并没有因此而改变，沿袭数千年的继承习惯由于贴近传统而引发民众的内在认同感，依旧非常顽强地在中国社会中存在着。尤其是女性财产继承的实践常与法律法规相抵牾，即使是在西风美雨浸润已久的香港，依然如此。〔2〕可以说，女性的财产继承权无论是清末民国时期还是在今天仍旧问题多多，缺乏观念和习惯支撑的国家法并没有完全转化为民众的实践，“立法的表达与司法或纠纷解决的实践确实存在着明显的差距。因此，女性财产继承权的变迁告诉我们从法观念到法制度的转化，不是一种简单的置换，而是要受制于作为整体的法文化发展变迁的规律”。〔3〕

同时，“我们不能认为过去是旧习惯，今天是新习惯；我们不能认为在大清朝垮台的那一刻，中国所有的旧习惯和旧传统通通被埋葬了，我们只能说它存在的外壳可能不存在了，但是它的惯性会使它向前冲很久。几千年来传统习惯所依托的生存土壤仍然继续存在着”。〔4〕因之，女性财产继承权的变迁也必定会经历多次的渐变演化、曲折反复，经历一个由表及里、由少数人向

〔1〕 孔庆平：“关于习惯与法律关系的误会——民国立法中的一个争论”，载《北方法学》2008年第5期。

〔2〕 参见苏亦工著《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》第五章“继承”的相关内容，社会科学文献出版社2007年版。

〔3〕 马晓莉、赵晓耕：“论近代女子财产继承权的确立”，载《湖南社会科学》2005年第2期。

〔4〕 田涛：《第二法门》，法律出版社2004年版，第75页。

广大民众、由经济发达城市向乡村地区逐步推展的演变过程。古人曰:“故察己则可以知人,察今则可以知古。古今一也,人与我同耳。有道之士,贵以近知远,以今知古,以所见知所不见。”<sup>〔1〕</sup>所以,本文将依据实地调查材料,并利用近代以来的档案以及文献资料,结合前辈学者的相关成果来研究女性的财产继承权,不仅可以明确女性财产继承权利在近代中国的历史发展,探讨超前滞后的法律意识对制度原则不容低估的侵蚀作用,这也会对当今继承法律制度的修改、完善有一定借鉴意义。

### 三、研究范围和相关文献资料

#### (一) 研究范围

晚清—中华民国临时政府—北洋政府—中华民国南京政府,是中国近代史上连续发展的时代,也是西风东渐,中华文化遭遇前所未有的西方文明的强大冲击,与其碰撞和交融的过程。而作为调整和规范社会关系的中国传统法律制度,同样处于一个革故鼎新的过渡时期,并逐步在保守与新潮的冲突中嬗变。尤其是女性群体的法律权利也伴随中国由农耕文明向近代商业文明的过渡而被提到议事日程上,这对于备受千年压迫束缚的女性群体来说是经历了一个脱胎换骨、艰难渐进的过程。

本书对近代女性财产继承权的历史考察,在法律规范层面以《大清民律草案》(1911年)的修订开始,历经北洋政府时期的《民国民律草案》以及民国南京政府制定的《中华民国民法》(1930年)。之所以这样安排,因自清末民法草案修订至民国民法,其有一定的延续性,许多内容前后相续;在司法实践层面则涉及北洋政府大理院1913年至1927年和南京国民政府最高法院和司法院1927年至1949年间的判决例和解释例。

需要说明是,对于中国共产党领导的革命根据地内所创建的有关女性财产继承权的法律规定,只是偶有涉及,更多的是以比较的方式出现。当然,这不仅是受笔者的学术功力以及资料取材等因素所限,而略去分析还可使笔者避免顾此失彼,尽可能地集中笔力来研究近代民法的制定过程中与论题相关

〔1〕《吕氏春秋·察今》,载《诸子集成》,上海书店出版社1986年版,第177页。



的资料,这样也避免内容涉及过多而使问题复杂化。

## (二)资料的选择

第一类是相关的法典律令、法律解释。主要是《清末预备立宪档案史料》(中华书局1979年版)、《光绪朝东华录》(中华书局1989年版)中有关的民事法律材料,还有徐百齐编《中华民国法规大全》(上海商务印书馆1937年再版),台湾学者潘维和编著的《中国历次民律草案校释》(台湾汉林出版社1982年版)、杨立新点校《大清民律草案 国民律草案》(吉林人民出版社2002年版)、《中华民国民法制定史料汇编》(台湾“司法行政部”1976年版)、中国人民大学法律系法律史研究室编《中国近代法制史资料选编》(中国人民大学出版社1980年版)、谢振民编著《中华民国立法史》(中国政法大学出版社2000年版)中相关的资料。而蔡鸿源先生等根据中国第二历史档案馆所藏法律法令原件整理而成的《民国法规集成》(黄山书社1990年版),收录民国各时期各类法律、法令、条例、规则、章程。专门涉及女性继承权的法律法令有,张虚白《女子财产继承权详解》(上海法政学社1930年版),收集有女子财产继承权方面的法令。戴维卿《女子继承权法令汇解》(上海民意书店1929年版),收集有国民政府关于女子继承权的解释、条例和文件。

此外,自民初以来,中国社会风云变幻,为弥补法律法令的不足以适应动荡不堪的社会,最高司法机关即有统一解释法令之权,以至于其所颁布的判例要旨与法律解释可以直接适用,“承法之士无不人手一编,每遇讼争,则律师与审判官皆不约而同,而以‘查大理院某年某字某号判决如何如何’为讼争定讞之根据”。<sup>[1]</sup> 本文所利用的资料主要有郭卫编《大理院判决例全书》(上海法学编译社 会文堂新记书局1932年版)和《大理院解释例全文》(上海法学编译社1946年版),朱鸿达《大理院判决例全集》(世界书局1936年版)收集了民国元年至十六年的大理院判例,但《凡例》曰:“本书所集判例,以现行新法为准,凡与新法抵触者,概摈不录。”所谓“全集”也并未收全。姚震《大理院判例要旨汇览》(出版年不详)这些资料仅限于北洋政府时期。

涉及国民党执政之后的法律解释与判例要旨主要有梅仲协、罗渊祥编纂

[1] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第35~36页。