



民初女性权利变化研究

——以大理院婚姻、继承司法判解为中心

徐静莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学研究项目基金资助
项目编号 09YJA820012



民初女性权利变化研究

——以大理院婚姻、继承司法判解为中心

徐静莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民初女性权利变化研究:以大理院婚姻、继承司法
判解为中心 / 徐静莉著. —北京:法律出版社, 2010. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0684 - 0

I. ①民… II. ①徐… III. ①女性—权利—研究—中
国—民国 IV. ①D929. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 059720 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2010年5月第1版

印张/10.625 字数/266千
印次/2010年5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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0684 - 0

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

自从汉武帝罢黜百家、独尊儒术,以儒家学说作为正统官学及社会主流意识形态,儒家所主张的“三从四德”、“男尊女卑”,就成为传统中国界定女性权利和女性社会地位的一项基本原则,并具体落实在家庭、教育、政治、管理、商业等领域。传统法律确认儒家关于女性权利和社会地位的原则,并以法律强制力加以维持、保护。

女性,既不是一个职业群体,也不是一个区域群体。就女性整体而言,实际上并没有基于职业或区域而形成的共同利益。中国古代,家庭是社会构成的基本单位,也是权力、利益的最终承受平台。官僚的特权、商人的利润,最终主要由承受主体及其家庭成员共同享用。因此,对于官僚特权、商业利润等利益的追求,得到与该项权利、利润相关的家庭的支持。进而言之,中国古代多数特权、利益,最终均以承受主体本人及其家庭作为承受平台,因而它在制度设计之外,始

终得到一定范围的、以家庭为核心的力量支持和维护。

而女性权利则不然。女性权利仅仅以性别为受益群体的划分标准。作为女性权利承受主体,绝大多数情况下,仅仅是女性本身,其背后没有家庭力量的支持。实际上,女性权利的扩大,必须以突破家庭界限为前提,以破坏现有的家庭关系均衡为代价。而耐人寻味的是,这种家庭界限、家庭关系,也为绝大多数女性所习惯、所认同。实际上,我们很难想象,在传统中国,一位女子会因为抽象的女性权利或社会地位,而站到眼前活生生的父亲、丈夫、儿子的对立面。

男尊女卑原则无论是在家庭内部还是在家庭外部都不是一项得到完整执行的原则,或者说,它只得到有限实施。在家庭内部的某些关系中,男尊女卑原则与儒家所倡导和维护的家长权、父母子女关系相冲突。根据儒家的家庭观,子孙必须孝敬父母、祖父母,包括对于父母、祖父母的供养、服从。传统法律设置“不孝罪”,强力维护子孙与父母、祖父母的这种关系。这样,就产生一种两难境地:母亲与儿子,在两者的利益或者意见相冲突的时候,儒家家庭观及传统法律,应如何既维护男尊女卑、三从四德原则,又保持以子孙对父母、祖父母的服从、供养为主要内容的“孝”的维护。

在家庭之外也有类似情况。与男性相比,女性不享受受教育、参与国家与社会管理的权利;不得通过科举考试或者继承、荫庇等方式获得某种身份。但普通民众之间的男女相犯,行为主体之间并不会受到基于男尊女卑原则之上的区别处理。依据法律规定,平民男性与贵族女性之间的纠纷,不得援引男尊女卑原则而区别处理;即便是平民男女之间的纠纷,一般也仅视作普通个体之间的纠纷,而不会引入男尊女卑原则。

中国传统社会关于女性权利、女性社会地位在设计与实施方面的特殊性,使得女性权利、女性社会地位问题与中国家庭观念、家庭制度紧密相联。而男尊女卑原则在家庭内外的有限实施,也使得女性权利和地位问题,在漫长的历史发展过程中,没有作为一项突出

的社会问题而凸显。

近代中国,西方平等思想的传入,尤其是男女平等思想的传入,极大地刺激了中国社会。女性权利和社会地位问题得到女性世界以及整个社会的关注和重视,这种关注和重视也演变为制度性力量,在近代中国社会转型和法律变革过程中逐步体现。

徐静莉攻读博士学位期间,专注于女性权利和社会地位在近代中国的变化,并致力于通过民国初年大理院判例、解释例,具体而细致地梳理女性权利和社会地位在国家司法活动中的实际变化。这一探讨,既有助于客观展示女性权利在近代中国的演变脉络,也进一步证实在法律与社会的关系方面“立法远,司法近”现象的存在。

朱 勇

2010年3月于北京

目 录

导 论 /1

一、问题的提出 /1

二、学术史的回顾 /5

三、研究方法与应用 /11

第一章 民初有关女性权利的民事法源 概述 /13

第一节 《现行律民事有效部分》/16

一、《现行律民事有效部分》的修订背景 /16

二、《现行律民事有效部分》有关女性
权利的主要内容 /18

第二节 民事习惯 /24

第三节 条理及其主要表现形式 /27

一、条理的含意 /27

二、条理的表现形式之一：《大清民律
草案》/31

三、条理的表现形式之二：大理院司法判解 /36

第二章 婚姻司法判解中女性权利的变化 /40

第一节 婚约判解中女性权利的变化 /41

一、婚约定立中女性权利的变化 /42

二、“许嫁女悔婚再许”中女性权利的变化 /52

三、孀妇改嫁权利的变化 /61

四、婚约解除中女性权利的变化 /66

第二节 夫妻关系判解中妻权利的变化 /74

一、妻人身权的变化 /75

二、妻财产权的变化 /83

第三节 离婚判解中女性权利的变化 /92

一、传统离婚法中女性的地位 /92

二、民初女性离婚理由的变化 /94

三、女性离婚权变化的不同视角分析 /112

小结：由客体而主体：女性婚姻权利的变化 /126

第三章 继承司法判解中女性权利的变化 /130

第一节 寡妇立嗣权的变化 /131

一、寡妇立嗣的源起及其权利化 /131

二、寡妇立嗣专权的强化与保护 /145

第二节 女性财产继承权的变化 /169

一、女儿财产继承权的变化 /169

二、寡妇财产继承权的变化 /186

小结：由义务而权利：继承判解中女性权利的变化 /205

第四章 司法判解中“妾”之权利的变化 /208

第一节 妾之身份的变化 /210

一、妾之身份的界定 /210

二、妾之身份的变化：扶正为妻 /211

第二节 司法判解中妾之权利的变化 /216

一、妾的财产权 /216

二、妾的养贍权 /218

三、妾在亲子关系中的权利 /224

四、妾在立嗣中的权利 /225

五、妾对“家长”遗产的权利 /238

六、妾与家长关系解除时的权利 /242

小结：由身份而契约：民初妾之权利的变化 /249

第五章 民初女性权利变化的实证分析

——以统计数据为基础 /252

第一节 女性权利行使的实证考察——以离婚为例 /252

一、女性提起离婚的比例分析 /253

二、女性主动提起离婚的理由分析 /257

第二节 女性权利的司法实现考察——以继承为例 /270

一、寡妇立嗣权的司法实现考察 /270

二、女儿财产继承权的司法实现考察 /273

第六章 民初女性权利变化的基本轨迹：“变”“守”权衡、曲折演进 /276

第一节 民初女性权利变化的主导性因素 /276

一、社会变革：女性权利变化的根源 /277

二、法律近代化：女性权利变化的路径 /284

第二节 民初女性权利变化的特点 /290

一、立法层面：曲折进退、反复未竟 /291

二、司法层面：“变”“守”权衡、演进缓慢 /296

第三节 民初女性权利变化的制度影响 /300

一、对随后民事立法的影响 /300

二、对最高法院初期司法实践的影响 /305

结 论 /308

参考书目 /315

后 记 /325

导 论

一、问题的提出

中华法制文明未曾中断地延续了数千年,但在近代被迫发生了转型。在转型过程中,中国传统法律在理念 and 实践中都经历了剧烈的阵痛与艰辛。虽然近代已经成为过去,但由于其中仍然蕴涵着许多关乎我们当代法律选择、发展的问题,所以,中国法律近代化近年来成为法律史学界及部门法学界研究的重点课题。

中国民法近代化是中国法律近代化的一个重要组成部分,民法近代化的研究近年来也相当活跃。部分学者从中国民法史的整体出发纵向梳理中国民法的历史源流,在此过程中对民法的近代转型进行叙述考证;^①部分学者集中从民法

^① 该类著作有:潘维和:《中国民事法史》,台北汉林出版社1982年版;叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版;孔庆明:《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版;张晋藩主编:《中国民法通史》,福建人民出版社2003年版。

法典化层面对民法的近代化进行研究。其中既有宏大叙事型的过程描述,^①也有立足具体理念、制度的分析阐述。^②许多研究成果在方法论上也有了很大的突破,不再仅仅停留于制度层面,作静态的律文诠释与条文沿革考证,而是开始应用大量司法档案,对动态的司法实践活动进行考证分析。^③以上这些研究成果对于我们全面认识和把握民法近代化过程中传统民法理念、制度与近代民法的理念、制度之间的冲突与兼容,以及传统法律中的身份差等、义务本位等身份伦理特点在近代西方民法理念的浸润下所发生的蜕变无疑具有极大的基础性作用。

然而,在民法近代化研究的众多热门问题中,女性法律制度并没有得到足够的重视。笔者认为,由于中国传统法律文化及法律制度所固有的特点,女性法律制度在中国民法整体近代化的过程中,必然面对更加剧烈的冲突和挑战。所以,研究女性法律近代化的课题必然能够从一个独特的维度反映中国民法近代化的艰辛历程。

① 张生:《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》,中国政法大学出版社2002年版;张生:《中国近代民法法典化研究》,中国政法大学出版社2004年版;朱勇主编:《中国民法近代化研究》,中国政法大学出版社2006年版;李显东:《从“大清律例”到“民法典”的转型:兼论中国固有民法的开放性体系》,中国人民公安大学出版社2003年版。

② 俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版;李倩:《民国时期契约制度研究》,北京大学出版社2005年版;王新宇:《民国时期婚姻法近代化研究》,中国法制出版社2006年版;卢静仪:《民初立嗣问题的法律与裁判——以大理院民事判决为中心(1912—1927)》,北京大学出版社2004年版;周伯峰:《民国初年“契约自由”概念的诞生:以大理院的言说实践为中心》,北京大学出版社2006年版;黄章一:《中国近代法人制度的萌芽——以民初大理院判决为中心》,北京大学2005年博士学位论文。

③ 卢静仪:《民初立嗣问题的法律与裁判——以大理院民事判决为中心(1912—1927)》,北京大学出版社2004年版;周伯峰:《民国初年“契约自由”概念的诞生:以大理院的言说实践为中心》,北京大学出版社2006年版;黄章一:《中国近代法人制度的萌芽——以民初大理院判决为中心》,北京大学2005年博士学位论文;白凯:《中国的妇女与财产》,上海书店出版社2003年版。

那么,女性法律制度在民法近代化的整体进程中,经历了怎样的变迁?近代化以何种方式实现?具有哪些特点?法律史学界必须对这些问题予以全面而准确的回答。但令人遗憾的是,既有法律文献对这些问题却一直语焉不详。尤其是在民国初年女性法律地位问题上,由于民初民事基本法律仍然适用传统的《现行律民事有效部分》,学者们一般认为女性权利在这一时期“因袭多,变化少”。当然这样的推断通常较符合一般人的逻辑想象,所以受到的质疑并不多。也许正是基于这样的一般性的认识,故较少有学者进行深入细致的研究。这样,民初女性权利的流变就充满了迷雾。

笔者对此种状况充满疑窦。诚然,由于民初民事基本法律仍然适用传统的《现行律民事有效部分》,民初女性权利在制度层面不会有什么变化。但是,应该指出,民初是一个社会运动此伏彼起、社会观念剧烈变化的时期,在这种社会背景下,我们有理由质疑女性权利保持不变的可能性。民初女性权利是否没有任何变化?难道大理院在司法活动中真能面对风起云涌的女权运动及民事法律近代化的潮流而置身事外?笔者认为,只有对民初大理院的相关司法判解进行详细考察,才能拨开重重迷雾,还原民初女性权利变化的真实情形。

基于以上原因,笔者选择民初女性权利为研究对象,以大理院司法判解为中心展开研究。

需要说明的是,笔者之所以选择民初司法判解为研究载体,主要基于以下考虑:其一,从法律角度来看,民事司法判解作为民事法律制度在实践层面的表达,其价值取向必然与民事法律近代化甚至整个法律体系总体近代化的价值取向一致,即其必然受民法近代化甚至整个法律体系近代化的制约和影响,同时也必然反映其价值取向;其二,从社会角度来看,司法判解作为社会制度实践方式之一,必然受到社会变革及社会总体近代化趋向的影响,也更能灵活多变地适应社会变革的要求,弹性地回应社会近代化过程中观念意识的

变革呼声,并逐渐与之趋于一致。由此可见,司法判解是研究女性权利的最佳维度,通过对司法判解中女性权利的研究,我们不仅可以发现女性权利变化本身的发展脉络,而且可以观察到民初民法近代化乃至整个法律体系近代化对女性权利的价值取向,进而还可以观察民初社会对女性权利的整体价值取向。

诚然,全面考察民初民事法律各个领域司法判解的情况得出的结论会更加科学、全面。但由于篇幅及笔者精力有限,全面考察民事司法判解显然不太可能,故研究仅以大理院的婚姻、继承判解为中心展开,而不涉及财产法领域。之所以如此,主要因为婚姻、继承法律制度与女性权利关系最为密切,而且与传统法律文化的渊源最深。所以,对民初婚姻、继承领域的司法判解进行考察,将能最大程度地反映当时女性权利变化的轨迹及特点。笔者着重研究以下问题:

(1)女性在婚姻、立嗣、财产继承中的权利变化。研究思路为:民国初年,涉及女性权利的法律文本基本保持不变,但社会观念却发生了翻天覆地的变化。在这种背景下,大理院如何对婚姻与立嗣及财产继承方面的法律纠纷进行裁判?裁判对女性在婚姻中的权利、在立嗣中的权利、在财产继承中的权利产生了哪些影响?

(2)妾的权利变化。研究思路为:面对近代西方民事法律“一夫一妻”制度及社会舆论主张废除奴役女性的“妾制”的双重压力,大理院如何认识“妾制”?面对传统“一妻多妾”普遍存在的社会现实,与近代西方民法“一夫一妻”制理念的尖锐矛盾,司法裁判怎样实现对“妾”制的调整?这些调整对妾的权利产生了哪些影响?

(3)女性权利的行使及实现。研究思路为:大理院通过判解言说赋予女性的权利在实践中是否为女性积极行使?女性在婚姻、立嗣、财产继承中的权利是否在司法实践中得到了普遍的实现?笔者将以统计数据为基础进行实证考察。

二、学术史的回顾

关于女性问题的现有研究成果,大多是从女性史、专门史、社会史的角度展开的。就研究的内容而言,多数学者集中对女性在婚姻家庭中的地位进行研究,并积累了最为丰富的研究成果。^① 这些研究成果虽然并非属于法律史范畴,但对于我们研究女性的法律地位也有一定帮助。

从法律史角度对妇女法律地位、妇女权利进行研究的成果很少。就现有的成果看,主要集中在以下几个方面:

1. 关于女性总体法律地位的研究

从法制史角度研究妇女法律地位的代表性成果,早期有赵风喈的《中国妇女法律地位之研究》(商务印书馆 1928 年版)。该书立足于不同身份的女性,分别就在室女的法律地位、已嫁妇之法律地位(包括妻和妾)及为人母之法律地位几个角度,从传统礼俗和封建法律的规定出发,对女性在婚姻家庭、财产继承等方面的地位进行了纵向描述与分析,并对民国初年大理院相关司法判解的变化进行了

① 这些研究成果主要对妇女的婚姻家庭生活及妇女社会地位进行了描述,代表性的成果集中对两个时段的女性问题进行了研究:一是偏重对古代妇女问题的研究;代表成果有 20 世纪二三十年代陈东原的《中国妇女生活史》,商务印书馆 1928 年版;陈顾远的《中国妇女生活史》,商务印书馆 1937 年版等。近年来的研究成果主要有:史凤仪的《中国古代婚姻与家庭》,湖北人民出版社 1987 年版;田家英的《中国妇女生活史》,中国妇女出版社 1982 年版;王玢玲的《中国婚姻史》,上海人民出版社 2000 年版;祝瑞开主编的《中国婚姻家庭史》,上海学林出版社 1999 年版。这些著作从婚姻家庭史、女性史、社会史的角度对妇女在婚姻的自主选择、择偶方式、再婚情况、初婚年龄、婚后居住方式、离婚等几个方面的权利与地位进行了探讨。二是集中对近代女性观念的变化、妇女解放及妇女争取权利的历史事实进行考证研究。代表作有:刘巨才的《中国近代妇女运动史》,北京中国妇女出版社 1989 年版;计荣主的《中国妇女运动史》,湖南出版社 1992 年版;全国妇联妇女运动历史研究室的《中国妇女运动史》,春秋出版社 1989 年版;罗苏文的《女性与近代中国社会》,上海人民出版社 1996 年版;夏晓虹的《晚清女性与近代中国》,北京大学出版社 2004 年版;陈文联的《冲决男权传统的罗网——五四时期妇女解放思潮研究》,中南大学出版社 2003 年版;何黎萍的“中国妇女争取财产权和继承权的斗争历程”,载《北京社会科学》1998 年第 4 期等。

列举式的阐述和勾勒。这一研究成果是随后研究中国妇女法律地位的学者大量引用的权威性著作。另我国台湾学者刘良纯的《妇女法律地位之研究》(台湾商务印书馆1976年版),也集中对我国台湾现行民法制度层面下的女性法律地位进行了分析。特别是其在论及个别问题时,不仅对传统法律的相关规定进行了考证,而且对民初大理院涉及女性婚姻家庭、财产继承及收养立嗣案件所做的转折性判解也进行了简单的梳理和解释,使民国女性法律地位的研究有了一个基本的框架。以上两部著作对女性法律地位的研究主要是从法律条文的诠释与沿革出发进行一般意义上的静态分析和纵向比较,对于民国女性法律地位的变化虽有提及,但很粗浅。

此外,日本著名中国法制史学者滋贺秀三的《中国家族法原理》(法律出版社2003年版)从中国传统的家族入手,就妇女在家族中的身份及基于这种身份而享有的权利进行了考察。虽然考察时段为唐以后到民国,但他在介绍中国传统的家、立嗣、妇女的地位、家族成员的特有财产和妾的内容中,专门就民初大理院在涉及女性权利纠纷时所持的态度进行了对比性的研究,同时结合判例及民事习惯调查对于女性在婚姻、家庭及继承中的权利进行了立体的分析。

近年,也有一些博硕论文开始关注女性法律地位的研究,但研究的时间段限不是集中在古代^①就是集中研究民国民法典颁布后女性法律地位的革命性变革,偶有人论及民初女性之法律地位,^②笔墨也更多地花在一般性的描述上,无论研究方法还是内容均没有太大

① 研究古代妇女法律地位的博士论文有:王扬:《宋代女性法律地位研究》,中国政法大学法律史专业2001年博士论文。硕士论文有:孙向峰:《唐代女性的法律地位》,吉林大学2005年硕士研究生论文;朱海琳:《宋代妇女的民事法律地位研究》,湘潭大学2006年硕士生论文等。

② 研究近代或民初女性法律地位的硕士论文有张茂梅:《论清末民初妇女的法律地位》,广西师范大学2001年硕士论文;纪庆芳:《近代中国女性法律地位的嬗变》,河南大学2003年硕士论文等。

突破。

2. 关于女性财产继承权的研究

关于女性财产继承权的研究最具代表性的成果是加利福尼亚大学中国法律史学者白凯的《中国的妇女与财产》(上海书店出版社2003年版),其研究的时间断限上自公元960年的宋代,下限至1949年中华人民共和国建立。她以妇女财产权利的历代变迁为主线,结合具体案例,考察了宋至民国结束这一时间段内不同朝代关于女性财产继承权规定的微妙变化。尤为突出的是,她在妇女的财产权研究中,用大量的笔墨深入细致地分析了民国前后女性财产继承权的变化,而且充分利用了北京、上海等地的诉讼档案资料,研究了妇女财产权在司法实践中的变化。但白凯没有就民初(1912~1926年)司法判解中女儿财产继承权的变化进行深入研究。

另外,赵晓耕、马晓莉的“于激变中求稳实之法——民国最高法院关于女子财产继承权的解释例研究”(载《山西大学学报》2005年第3期)对1926年《妇女运动决议案》通过后最高法院对女子财产继承权的解释进行了研究,并指出,为了在激变中求稳实,最高法院对女子财产继承权进行了限制性解释。此外,张佩国的“近代江南农村妇女的‘财产权’”(载《史学月刊》2002年第1期)对近代江南农村妇女的财产权进行了分析,他指出:女性在家庭结构健全的情况下,根本无权获得家产份额,即使是出嫁女获得的“奁田”,其母家也有随时收回的权利。最近一两年也有一些硕士论文及学术论文开始关注民国期间或近代妇女财产继承权的研究,^①但重点集中对民国民法典颁布后妇女财产继承权的考察,对于民初女儿财产继承权的变化关注很少,因此也没有明显突破。

^① 赵宏:《民国时期妇女财产继承权的变动》,南京师范大学2006年硕士论文;郑全红:“论民国时期女子的财产继承权”,载《社会科学辑刊》2005年第2期;刘一:《民国时期财产继承权的肇端》,华东政法学院2006年硕士论文。