



华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

法律史的世界（中）

华东政法大学法律史研究中心/编



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目

华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

法律史的世界（中）

华东政法大学法律史研究中心/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律史的世界/华东政法大学法律史研究中心编.
—北京:法律出版社,2011.8
ISBN 978-7-5118-2393-9

I. ①法… II. ①华… III. ①法制史—世界—文集
IV. ①D909.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 160228 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙北梅	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/财税出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京彩虹伟业印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/720 毫米×960 毫米 1/16	印张/50.75 字数/1053 千
版本/2011 年 9 月第 1 版	印次/2011 年 9 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 978-7-5118-2393-9	定价(全三卷):353.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

1981年,经国务院学位办批准,华东政法大学开始招收第一届法律史专业硕士研究生;2001年,又开始招收第一届博士研究生。至今已过去了整整30年,我们为 国家培养了244位硕士和180位博士,这一批高层次的法律人才,现分布在全国各地,工作在法学教育、法学研究、法律实务及其他各个领域,为我国的法治建设、理论 研究和社会经济发展做出了重要的贡献。

为了纪念华东政法大学招收法律史专业硕士研究生30周年和博士研究生10周年,同时,为了让本专业团队在法律史研究方面的成果保留下来,为以后的学科 发展做一些学术积累,经过商议,我们尝试编辑出版三个系列的著作。

第一系列是出版本学科之奠基人王召棠、徐轶民和陈鹏生三位教授的法学文集。自1981年本学科获准招收硕士研究生后,三位教授培养了一批又一批法律史 专业的研究生,为学科的发展壮大做出了巨大的贡献。在此过程中,他们著书立说, 出版和发表了大量有重大学术价值的研究成果,我们将其收集汇编,以三本法学文 集的方式予以出版,在彰显他们业绩的同时,方便读者查阅、引用以及研究。

第二系列是出版自2001年本专业招收博士生以来一直工作在教学和科研第一 线的三位中年老师何勤华、王立民和徐永康的文集。华东政法大学法律史博士,主 要出自此三位老师的门下。这三本文集收录的有已经出版和发表了的作品,也有 部分新创作的论著,虽不是系统的专著,但将分散出版和发表的文章按相关专题汇 集在一起,可以为读者阅读和引用提供方便,这既是一个纪念,也是一种学术的积 累。

第三系列是出版本专业新人即硕士和博士的论文集。考虑硕士人数比较多, 且刚从本科上来,成果不是很多,故这次编集仅收录已经毕业的硕士的论文(主要是 硕士毕业论文)。这些论文由于是在学校全脱产的状态下,花费3年时间潜心学 习、研究完成的,故基本上具有较高水准,有些已在核心刊物上公开发表。现将其汇 编在一起,分为上、下两卷,取名《法律史的成长》。

本专业的博士,因其学习时间相对较长,且是在硕士毕业之基础上进入博士生的 学习,发表的成果相对较多。因此,这次收集论文时,不仅包括已经毕业的,也包 括了在读的博士生的成果。我们让每位博士选择一篇自己认为比较满意的文章 (不管是新作,还是已经发表的文章),予以汇集出版。这些论文基本上都发表在中 文核心期刊,有些还是权威期刊上,具有相当的学术理论价值。由于字数比较多,文

集分为上、中、下三卷。经过大家讨论,书名定为《法律史的世界》。

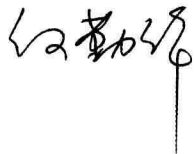
这次纪念活动,也得到了本专业博士后流动站研究人员的认同和追捧,他们也希望能够加入进来,有一个展示自己成果的平台。华东政法大学法律史专业自2003年开始招收博士后,至今已经培养了39位博士后(大部分已经出站)。他们每人精选了一篇自己的得意之作,编成一本文集。由于博士后大部分都是跨学科、跨专业的,除了法律史之外,还有各部门法的,以及文、史、哲、社、经、管的,因此,将此文集定名为《法史学与社会科学》。

出版上述三个系列12本文集,对我国法律史学科的发展,具有很重要的意义。学术要靠积累,也要靠经常性的梳理,而将分散的论文汇编在一起,对学术积累和学术发展是有价值的。到目前为止,在国内学术界,还没有一个学科或专业做过这一工作。而我们这么做,对学说史的梳理和研究意义尤为重要。我们这一代人,年龄尚不算大,完成硕士论文、博士论文,或出版、发表一些论文、文章的时间也不太长,但现在为了做进一步研究,想找一本(篇)出来翻阅查看,有时却发现已经很难,家里找不到,甚至图书馆里也没有。此时,往往会埋怨自己,当初为何不把它们汇编在一起呢?因此,编纂上述三个系列的论文集,史料价值也是不容忽视的。

参与上述文集的整理、编辑、校对的,主要是华东政法大学法律史专业的青年老师和博士生、硕士生,由于他们辛勤的、出色的劳动,使得各个系列的文集能够顺利出版。因为在每一卷的序或者后记中,我们对做出贡献者会有专门的说明,故这里就不再一一列举了。

在华东政法大学法律史专业硕士点招生30周年、博士点招生10周年之际,我们出版12本学术文集,感到十分欣慰。华东政法大学法律史学科这30年的发展,事实上也是我国法学乃至整个社会科学30年发展的一个缩影,它表明,随着我国经济腾飞、社会进步,学术研究也获得了迅速发展,虽然这种发展中还隐含着不少问题和缺陷,但毕竟我们的学术成长已经步入了正常的轨道。

当然,上述各文集的出版,只能说是向国内学术界同行以及广大读者做出的一份初步报告,我们的研究还在继续进行,文集中如有错误和缺点,也恳请读者诸君批评指正。



于华东政法大学
2011年8月15日

目 录

私 法 篇

- 略论妇女财产继承中的宗祧因素 尹伟琴 / 3
- 清律对商人的保护与控制 沈大明 / 22
- 清代刑讯在民事案件中的适用 于晓青 / 32
- 论中国古代商事登记法律制度 韦 浩 / 39
- 我国近代关于民商立法模式的三次论争 季立刚 / 48
- 《大清民律草案》的编订及其评价 曲玉梁 / 56
- 家族本位还是个人本位
- 民国亲属法立法本位之争 许 莉 / 69
- 试论民国初期大理院判例中不动产物权变动模式的进化
- 兼论民国初期“物权契约理论”的发展 姜茂坤 / 81
- 南京国民政府《劳资争议处理法》述评 周卫平 / 95
- 民国时期钱业习惯法与国家法的冲突
- 以三十年代银行立法为视角 李 婧 / 105
- 南京国民政府时期劳动契约制度的成因分析 张周国 / 114
- 依法保护死者名誉的原因及方式 孙加锋 / 127
- 弹性的法学移植
- 以侵权行为法学中“法益”学说之发展为个案
的考察 孙维飞 / 131
- 民法典的政治与政策解读 韩 强 / 149
- 自然血亲的法律归宿
- 简论自然血亲拟制化的历史渊源与现代

特征 方 砚 / 161

论交易安全视野下的夫妻日常家事代理权 熊玉梅 / 173

论民事权利的私力救济

——历史与现实之间 周小明 / 181

浅析让与担保立法之可行性 赵 亮 / 189

试论环境法上的社会连带责任 郑少华 / 199

上市公司关联交易制度的演变与比较 夏 雪 / 211

论我国合伙企业所得税制的完善

——以域外经验的借鉴为中心 任 超 / 219

中国外汇管理立法现状评析 林华昌 / 230

中国技术秘密转移的若干法律问题 黄武双 / 239

海上货物留置权:在物权法定和合同自由之间 姜振坤 / 249

我国金融体制之 60 年变迁回顾

——以银行业和银行法为视角 虞 瑾 / 258

著作权转让制度理论学说及其发展研究 段宝玖 / 270

演员自雇制度研究 翟旭丹 / 277

对民法始于古罗马的质疑 魏 琼 / 285

根据上帝的意志而结合

——希伯来的婚姻家庭制度 徐 菲 / 294

从继受到自主创新

——19 世纪美国法上共谋与联合限制贸易概念

之解说 陈 兵 / 301

英国地产权登记制度的起源 于 霄 / 312

“准合同”理论在英美法律中的发展与适用 陈 融 / 323

东方民法现代化的移植与转型

——以中韩两国的异同为例 郑现喆 / 333

试论大陆法系物权法规则在证券上的瓦解

——兼评证券法财产保护规则的独立性 颜晓闽 / 340

试论普通法中投邮主义的适用范围 夏秀渊 / 349

倾销是真的伪问题,反倾销是假的真措施 熊建明 / 353



司 法 篇

传统刑事侦查中的“不立案”

——以禁止性要件为研究中心 倪 铁 / 361

中国传统调解制度溯源 洪冬英 / 370

论中国古代传统的“无讼”价值取向及其根源 倪万英 / 384

无为而治与中国古代民间纠纷解决范式 丁德昌 / 391

儒家民本思想与中国传统司法论析 张 莉 / 401

中国传统司法解读述评 杜军强 / 408

中国判决理由的历史分析 胡 桥 / 418

中国传统社会治安思想研究及展望

——以盗贼治理为考察对象 王瑞山 / 437

包山楚简司法术语集释数则 王 捷 / 454

唐律中的量刑机械化及其程序补救

——以一例“斗杀”案为中心的分析 李耀跃 / 465

论明清调解制度及其在基层社会治理中的作用 翟 芳 / 471

清代基层长官司法角色分析 张海峰 / 480

中国 19 世纪基层司法文化中的“抑讼”与“厌讼”之辨

——以《汝东判语》文本为中心 李孝猛 / 489

清末检察厅批词研究 谢如程 / 498

近代宁波司法制度的变迁 邹剑锋 / 513

英租威海卫时期的诉讼制度及现实思考 邵宗日 / 522

上海会审公廨中外审判官裁判冲突研究 洪佳期 / 532

会审公廨司法审判权的攫取与让渡

——会审公廨移交上海总商会调处民商事纠纷的
分析 王红梅 / 550

论上海公共租界审判权力变迁 姚 远 / 560

教育刑理念的彰显与背离：近代中国假释制度

考论 王素芬 / 570

论近代中国的少年感化院 张东平 / 583

古代雅典的陪审法庭及其评价 孔 晶 / 594

司法主权与欧陆民族国家的肇建

——以中世纪中后期的法国为中心 陈 颐 / 602

马克思、恩格斯论司法独立 胡玉鸿 / 632

英国检察制度在近代的发展 解 铨 / 663

司法的大众化与平民化

——英国治安法官制度管窥 刘显娅 / 669

司法能动与司法自制之间

——罗斯福新政与联邦最高法院司法理念的

变迁 蔡东丽 / 680

司法克制理论的内涵及其现实意义 马 聪 / 694

美国集团诉讼的要件、类型、运作机制及其修正 潘申明 / 704

论人身保护令状在美国的确立与发展 屈文生 / 721

论美国陪审团的运作 郭光东 / 733

侦审体制改革研究 郭春莲 / 740

论我国社区矫正惩罚机制的完善 刘 强 / 746

保安处分制度的预防犯罪价值探究及其本土化构建

设想 虞 浔 / 762

中国律师的职业定位 张进德 / 773

仲裁机构性质和定位的完善 袁忠民 / 783

附 录

华东政法大学法律史专业博士点招生十周年名录 / 793

后 记 / 801

私 法 篇



略论妇女财产继承中的宗祧因素

尹伟琴*

一、民国时期宗祧继承和财产继承的分离 ——以女儿^①的祭田权利为例

(一) 民国前期(1912~1927年)的宗祧决定财产继承模式

1. 法律条文的明确规定

自南宋以来,有经济条件的家族(庭)分拨专门的田产,以其收益供给祭祀活动,这类田产被称为祭田。祭田的继承包括宗祧继承和财产继承两个方面,两方面互相结合,不可分割。关于民国时期祭田的继承,2008年夏天,笔者曾组织浙江龙泉籍学生进行了数十次访谈,访谈的对象全部是时年70岁以上的老人,所有受访对象无一例外地告诉我们:祭田权利由亲生儿子或嗣子继承;只有在无亲生儿子或嗣子的情况下,养子或赘婿才可能拥有继承权;无论已嫁还是未嫁,女儿没有祭田继承权。

清末以降修订的多部民法典中,关于宗祧继承和财产继承问题的规定内容不一。最早的《大清民律草案》中,胡长清评价它“虽无宗祧继承之规定,然已隐示宗祧继承与遗产继承之区别”。^②然而事实上,《大清民律草案》“亲属编”的内容处处维护着严格的宗法等级制度,如子分“嫡子”、“庶子”、“嗣子”三类,“妻为限制行为能力人”。这部草案修订时,立法者们预设的辩护之一是,财产继承由国家法律规定,而宗祧继承由国家“礼制”规定。^③在此背景下,与其说已经区别了宗祧继承与财产继承,还不如说它默认了宗祧决定财产的传统继承规则,甚至某种程度上已经将这一规则视为“公理”——无须说明而当然存在的规则。

1925年到1926年修订的《民国民律草案》中,立法者们设立了内含28条的“宗祧继承”专章,并将它放在“遗产继承”前面。这并非所谓“历史的倒退”,而是立法

* 尹伟琴,2007级法律文化专业,指导老师:徐永康。现工作于杭州师范大学法学院。

① 在中国式继承模式中,女儿和媳妇的继承权有所区别,本部分仅就女儿的权利进行讨论,其他身份妇女的权利将另文论述。

② 胡长清著:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第24~25页。

③ 俞江:“《中华民国暂行民律草案》简析”,载《近代中国的法律与学术》,北京大学出版社2007年版。

者们理性选择的结果。他们进一步明晰了礼与法的关系,确立了传统礼制中应归入法制的一些内容。

以上两部草案未能实施,故仅能反映立法意图。民国成立伊始,孙中山于1912年颁布总统令,下令除与国体抵触各条应失效力外,其余前清法律仍然有效。因此1928年以前,有法律效力的继承法条文实即清朝法律,不足之处由大理院以判例和解释例加以补充。由于相关民法条文较为散乱,“大理院庭长余荣昌、李祖虞及司法部次长余绍宋诸先生合辑”《现行律民事有效部分》一书,此书比较系统地编辑了当时有效清律中的条文,并对照大理院判例和解释例进行解释。^①根据该书第二章“承继”的规定,相对于儿子的“受产人”身份,女儿仅为“酌分产人”。同时,这一章的大量法条都强调宗祧继承的重要性,并将宗祧继承凌驾于财产继承之上,财产继承无非是宗祧继承的附属结果。

2. 大理院判例和解释例的巩固

1912~1927年,大理院作为最高审判机关,它的判例和解释例被全国各级法院和各级政府机关“奉为圭臬,用作准绳”。^②彼时尚无民法典,民事审判的成文法依据为《现行律民事有效部分》,因其条文比较简单,大理院通过大量的判例和解释例进行了补充。关于宗祧继承和财产继承的关系,大理院在五年(1916年)上字第一九九号判例中明确表态:“宗祧承继与遗产承继有两不可离之关系,故不合法之继嗣,经审判衙门依有告争权人之告争,宣告无效者,其遗产除依律所应酌给者外,即亦不得由不合法之宗祧继承人承继。”^③此判决以立嗣问题为切入点,将宗祧继承和遗产继承合二为一。其后,大理院在十二年(1923年)上字第八九五号判例中,根据《现行律民事有效部分》引申出:“现行承继法系注重宗祧之不绝,而不仅在遗产之虚悬。”^④

至于祭田的继承,大理院早在四年(1915年)上字第二六二二号判例中即已规定:“嫡庶子男分析家财田产不问妻妾所生,只以人数均分。苟系庶子,就共有祀产自能主张均分收益之权利。”^⑤这一判例认可了嫡子和庶子平等的宗祧和财产继承权的同时,否定了女儿的祭田继承权。

3. 裁判中的体现——以1920年谢宜凤案为例

在笔者查阅的1912~1949年浙江龙泉法院档案和1939~1942年浙江杭县地

① 郑爱淑编:《现行律民事有效部分集解》,世界书局1928年版,序言。

② 黄源盛:“民初大理院(1912—1928)”,载《民初法律变迁与裁判》,台湾政治大学法学丛书编辑委员会2000年版。

③ 郭卫编辑:《大理院判决例全书》,成文出版社1972年版,第288页。

④ 郑爱淑编:《现行律民事有效部分集解》,世界书局1928年版,第47页。

⑤ 同上,第10页。

方法院档案中,仅见到一例女儿请求祭田权利的诉讼。1920年,浙江省龙泉县17岁未婚女子谢宜凤自幼随母改嫁,长大成人后提起诉讼要求轮管其生父房份的祭田。龙泉县知事判决驳回起诉后,浙江永嘉地方审判厅维持原判,其理由为:

创设祭田原供祭祀之需用,必须具有与祭之身份者始得享祭田之利益,吾国嗣子制度重在宗祀,而宗桃之承继专属男系,非女子所能享有,是控诉人无论已嫁未嫁均不得认为谢忠选之承继人,即不得与闻谢姓之祀事,则系争祭田当然非控诉人所能过问。

判决书认为祭田作为一项特殊的财产,其与户内私有财产有所不同。亲女仅有承受户绝财产的权利,户绝财产作为无主财产归于亲女,而不包含祭产在内。审判厅就祭产与户绝财产的区别作了详细的论述:

(一)现行律规定,如招婿养老者仍立同宗应继者一人承奉祭祀,家产均分等语。是异姓养婿可以依倚养老而不克奉承祭祀,寻绎律意,甚为明了,若果共有祭产亦认为户绝财产之一种,准由亲女承受,则是异姓女婿亦可奉祀,与律载条文颇有抵触。(二)异姓乱宗,律禁甚严,若祭产可由亲女承受,则凡继亲女而享有该产者,无论何人,均可奉祀,混乱宗系,莫此为甚,自应为法所不许。(三)户绝财产系属无主财产,法律为顺人情计,因将是项财产归属于亲女,故律文不曰继承,而曰承受(宗桃承继与遗产承继有两不可离之关系,亲女不得为宗桃承继人,故不得为遗产之承继人),观下文无女者拨充公字样,与无主财产应归国库之现行法例相吻合,更可推知其字义之所在。至祭产为共有物而非无主物,当然不得认为户绝产之一种。综上各点,亲女不得承受祭产,事甚明显。

永嘉地方审判厅的判决结果体现了《现行律民事有效部分》中宗桃决定财产的继承原则,它援引《现行律民事有效部分》的条文,认为普通的户绝财产和无子继承的祭田是不同类型的财产,着重强调祭田的维系宗桃功能,以此认定祭田的继承应建立在宗桃继承的基础上。判决书进而以亲女无宗桃继承权为由否定了亲女的财产继承权,指出户绝亲女只是“顺应人情”而“承受”遗产,这种承受与继承有着本质的区别。

随后,浙江第一高等审判厅撤销原判并发回重审,裁定书中也认可亲女无祭田继承权,只是考虑在应轮房份嗣子尚未选定的情况下,可以暂由亲女管理该祭田份额。这份裁定书显示了比较谨慎的态度,“在继续有效之前清现行律例要属毫无规定”,而大理院的判例和解释例也“付之阙如”的情况下,运用了类推的法律解释方法。它援引了四年上字第八四三三号判例规定的已经出嫁之女,除其娘家为绝户外,在法无承继娘家遗产之权,及七年统字第七九四号解释“按中国家庭主义发达之结果,此种遗产自有其家长家族或亲戚为之管理,实际上不生争论”,认为“未经出嫁之女,其于管理家长所有遗产尚非绝对无权亦不难以断定,由是而论,则上告

人谢宜凤能否收取其父遗应轮值明德公祭田之租者,当以已未出嫁为先决问题”。

此外,高等审判厅认为临时性地分享祭田收益与享有祭田共有权是不同的法律概念,本案诉讼标的“系在收取民国八年祭田之租息,并非取得祭田之共有权”。“原审认为所有权之争执牵涉宗祧问题,未免误会”。原审适用法律也有错误,“适用共有人之一人抛弃其应有部分或死亡而无继承人者,其应有部分属于其余之共有人之民事诉讼通例,核与本案情形尤嫌未洽”。进而表达了自己的观点:“本件上告自非全无理由,即不能不认为有发还更审之原因”。1921年,双方在永嘉地方审判厅和解,和解结果以被告出洋30元与谢宜凤收受了事。^①

本案中,永嘉地方审判厅的判决显得比较保守,它严格维护了宗祧决定财产的继承原则,而且,是一种决绝的、毫无余地的维护。它彻底否定了事关宗祧的女儿财产继承权,不论这种权利的权能范围。传统习惯中,祭田是以宗祧为基础的宗族赖以存续的经济基础,^②揆诸法理,地方审判厅根据祭田的功能确定权利继承结果的判决无可厚非。

而浙江第一高等审判分厅的裁定认为,谢宜凤固然无祭田的共有权,但在其父的嗣子没有选立前,作为未出嫁的女儿,她可以代替她将来的兄弟(即她父亲的嗣子)管理祭田,并收取祭田的租息。这种裁判意见实际上在原来女儿毫无权利的基础上小心地进行了突破,因为裁定的结果使谢宜凤有了祭田权利中的收益权,也就是说,有了部分祭田权利。

浙江第一高等审判分厅在此过程中极尽了谨慎之能事。即以裁定书内容而论,在进行详细的论证过程中,语气也是探讨的成分居多。而采用裁定发回重审,也说明了他们的谨慎态度,因为根据司法通例,一般只有事实不清的案件才会裁定发回重审。

案件最终的和解结果也符合浙江第一高等审判分厅的意见,即谢宜凤无祭田的共有权,而补贴给她的30元相当于认可她的祭田收益权。

笔者认为,浙江第一高等审判分厅的意见其实也符合中国传统社会的习惯。民国时期,女儿的继承权利在习惯上有所变化,根据民商事习惯调查结果,有的地区女儿有继承绝户财产的优先权,有的地区则没有,总的来说,未见有女儿继承非绝户财产的习俗。^③因此,对女儿来说,只有当子嗣缺席时,她对家产才可能有权

① “谢宜凤诉谢宜俊祭田产业纠纷”,浙江永嘉地方审判厅九年控字第五九三号民事判决书,浙江第一高等审判分厅九年上字第四〇八号民事判决书,永嘉地方审判厅十年控字第二号和解笔录,浙江省龙泉市档案局藏,档案号:797。

② [日]清水盛光著:《中国族产制度考》,宋念慈译,台湾中国文化大学1986年版,第二章。

③ 前南京国民政府“司法行政部”编:《民事习惯调查报告录》,胡旭晟、夏新华、李交发点校,中国政法大学出版社2000年版,第781页。

利。女儿的“权利是因缺席而继承,但同时,她的权利还取决于她父亲的愿望和国家的现行政策。她的权利因此可以最恰当地定义为有条件的因缺席而继承”。^①至于宗桃继承,清末和民国时期的历次民事习惯调查中均未设置相关问题,一个合理的推测是,调查问卷的设计者们认为男系子孙的宗桃继承专有权在全国范围内都是确立无疑的,故此无须再作调查。

事实上,从传统家庭结构的角度来看,祭田权利的主体是“房”,借用我国台湾地区社会学者陈其南的研究结果来表述,这里的“房”指的是所谓“基础房”,即男子及其妻子和儿子们,相对于该男子之父亲而形成的“房”。^②“如所周知,一男子之出生,即于其父所代表之家族内自动构成一房。相反地,女儿永远无法奢望在其父所代表之家族内自动构成一房。所以,她没有权利继承她父亲家族之财产。她不具有对其父亲献祭的资格”。^③由于强调男系子孙之宗桃继承,按习俗,女儿出嫁后应祭祀夫家祖先,因此,即使对于娘家的财产,女儿可能以某种形式享有一定的权利,但因不再祭祀娘家的祖先而无祭田继承权。

民国以前,女儿无任何祭田权利几乎被当作类似于公理的社会准则,也不可能有女儿会来告争祭田权利。因为此类案件不可能出现,所以国家法中无须就此现象进行规范。进入民国以后,女权的觉醒使这类案件成为可能,并实际发生了。然而,类似案件毕竟是少数。“龙泉人民昔本好讼,今为尤甚,虽系争标的仅值数元之微,亦必穷审级而后已,甚或子孙相继结讼累世不绝,纵荡产倾家所不惜也”。^④但是,在笔者查阅的1912~1949年的龙泉司法档案中,已嫁或未嫁女儿(招婿女儿除外)争讼祭田权利的案件仅此一例。

(二) 民国后期(1928~1949年)宗桃继承与财产继承的分离

1. 国民党及《民法典》排除宗桃继承

1926年,国民党第二次全国代表大会通过的《妇女运动决议案》最早提出女子应享有平等继承权。1926年10月,国民政府司法行政委员会发布命令,要求在国民党实际控制的广东、广西、湖南、湖北四省实施女儿继承权,其他省份待光复后实施。1929年7月31日,国民党中央政治会议决议通过了《已嫁女子追溯继承财产施行细则》,确认自1926年10月起已婚女子和未婚女子享有同等的财产继承权。^⑤

① [美]白凯著:《中国的妇女与财产:1960—1949》,上海书店出版社2007年版,第15页。

② 陈其南:“‘房’与传统中国家族制度”,载陈其南著:《家族与社会——台湾与中国社会研究的基础理念》,台湾联经出版事业公司1990年版,第135页。

③ 同上,第169页。

④ 浙江省龙泉县法院学习检察官陈首明撰述:“司法验录”,载《法令周刊》第213期,上海法学编译社1934年版,第5页。

⑤ 张虚白著:《女子财产继承权详解》,上海法政学社1930年版,第14~21页。

1931年5月生效的《民法典》第1138条进一步规定：“遗产继承人，除配偶外，依下列顺序定之。一、直系血亲卑亲属。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。”而直系亲属在第967条中的定义为：“称直系血亲者，谓己身所从出，或从己身所出之血亲。”“他们包括儿子、女儿以及他们的直系后裔。”至此，在成文法层面上女儿的财产继承权利与儿子完全平等。也就是说，如果一个男人在1931年5月以后去世，他的财产便可平均分配给寡妇、儿子和女儿。如果他没有儿子只有女儿，母女可以共同继承遗产。父系侄子和其他男性亲属一概无权继承。^①

国民党主持制定的《民法典》没有明确改变传嗣原则，立法者们把注意力集中在承祧制度上，在他们看来，这一制度是“封建”理念和实践的根源，正是它剥夺了妇女的继承权。他们相信，如果他们能摧毁承祧而代之以个人财产（与家产相对立）和男女平等（与儿子独享继承相对立）的权利原则，他们就能对旧的继承制度给以毁灭性的打击，而妇女就能因此得到和男子一样的平等权利。新民法承认女儿出嫁后，仍像她兄弟一样是她父母的后嗣（第967条），作为后嗣，她有义务供养娘家的父母（第1115条）。因此，每个家庭的夫妻双方都有供养双方亲属的义务。但同时又规定了“妻以其本姓冠以夫姓”（第1000条），“妻以夫之住所为住所”（第1002条），除非她父母为她招赘，她的子女将“从父姓”（第1059条）。除另有协议外，未成年之子女以其父之住所为住所（第1060条）。

新民法在规定了男女财产继承权利平等的同时，也事实上确立了单系承祧的原则。^② 据此，如果将祭田作为纯粹财产继承的标的物来继承，那么女儿和儿子享有同等的继承权。而如果将它作为附属于宗祧的财产，那么女儿因无宗祧继承权而失去继承权，也因此事实上否定了女儿的祭田继承权。

2. 最高法院坚持宗祧影响财产继承

1928年，最高审判机关由大理院改名为最高法院。1928年国民党第二次全国代表大会确定了男女继承权平等原则后，浙江金华地方法院随即请求最高法院解释。1928年3月23日，最高法院作出解释：“女子继承财产系指未出嫁女子而言，不问有无胞兄弟，应认为有同等承继权，至出嫁之女子对于所生父母之财产不得主张承继权，业经本院解字第三四号解释有案。”^③不久，又根据福建阳县县长的请求作出了最高法院解字第四十八号解释：“嫡庶长幼男女在现行法令并无差别，自应认为有同等承继权，唯出嫁女子不得主张承继所生父母之财产。女子既有承继财

① 费孝通著：《江村经济》，江苏人民出版社1986年版，第82页。

② [美]白凯著：《中国的妇女与财产：1960—1949》，上海书店出版社2007年版，第158页。

③ “最高法院解字第四七号解释”，载《司法公报》1928年第8期。