

抗战前十年间民事诉讼中的 女性权利与家庭关系

谭志云 著

南京出版传媒集团

南京出版社

013066461

抗战前十年间民事诉讼中的 女性权利与家庭关系

D923.9
28



D923.9
28



北航

C1673573

南京出版传媒集团

南京出版社

图书在版编目(CIP)数据

抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系 /
谭志云著. —南京:南京出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5533 - 0204 - 1

I. ①抗… II. ①谭… III. ①女性—权利—案例—中
国—民国 ②女性—家庭关系—法律关系—案例—中国—民
国 IV. ①D923. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 082441 号

书 名: 抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系

作 者: 谭志云

出版发行: 南京出版传媒集团

南 京 出 版 社

社址: 南京市老虎桥 18-1 号

邮编: 210018

网址: <http://www.njpbs.com>

电子信箱: njpbs1988@163.com

淘宝网店: njpress.taobao.com

联系电话: 025 - 83283864(营销) 025 - 83283883(编务)

出 版 人: 朱同芳

责任编辑: 严行健 吴新婷

装帧设计: 周 勇

责任印制: 杨福彬

排 版: 江苏凤凰制版有限公司

印 刷: 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本: 787×1092 毫米 1/16

印 张: 10.75

字 数: 196 千字

版 次: 2013 年 5 月第 1 版

印 次: 2013 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5533 - 0204 - 1

定 价: 32.00 元

上架建议: 社科 法律

序

《抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系》(以下简称《女性权利》)是谭志云在南京大学就读时撰写的博士论文。研究者突破单一法律史抑或社会史的学科囿圈,采用跨学科研究视角、案例分析的方法,对抗战前十年(1927—1937)间中国女性在婚姻中实际享有的权利作了专题研究。选择这样一个时段,这样一个群体、这样一种权利,自然有着研究者独特的视角和深邃的思考。

其一,1927—1937年是民国年间相对稳定的时期,也是现代资产阶级的国家制度设计以及法律付诸实践的比较显著时期。这一时期无论是立法还是法律实践状况,较北洋军阀时期更为清晰、明朗一些。就本专题的文献资料看,这一时期民事诉讼的案例比较突出和充分。诸多案例能够体现出社会转型背景下的新旧制度的更迭变化、新旧法制交替转换、新旧思想的冲突磨合等时代特点。

众所周知,1911年,以孙中山为首的资产阶级领导的辛亥革命,推翻了清王朝,结束了2000余年的封建帝制,建立了资产阶级的共和制度。1912年1月,孙中山在南京建立了中华民国临时政府,颁布了中国历史上第一部具有民主共和性质的国家的大法——《中华民国临时约法》。从一定意义上说,南京临时政府全面勾画了现代民主共和国的雏形,开始了中国改旧迎新的社会变革,指明了中国未来社会的美好前景。从理论上讲,《中华民国临时约法》的颁布是中国社会进入现代法制时代的开始,但是,由于剧烈的社会动荡,诸多的新型社会制度设计以及现代法律制度未及实践。中华民国自南京临时政府成立到1949年,先后不过38年时间,短短的时间之内政府更迭却像走马灯式的十分平繁,政治舞台上是你方唱罢我登场。就在共和的旗号下先后有过:中华民国南京临时政府、中华民国北京政府、广州国民政府、武汉国民政府以及后来的南京国民政府。中华民国北京政府是一个北洋军阀统治下的政府。它自1912年4月—1928年6月止,先后经历了5个时期:1. 袁世凯时期,(1912年4月—1916年6月);2. 皖系军阀段祺瑞统治时期(1916年6月—1920年7月);3. 直系军阀曹锟、吴佩孚统治时期(1920年7月—1924年10月);4. 临时执政府和摄行执政时期(1924年10月—1927年6月);

5. 奉系军阀张作霖统治时期(1927年6月—1928年6月)。1926年10月北伐军攻克武汉,然后挥师东下,于1927年3月攻占南京。为了更好地指挥北伐,广州国民政府于1927年北迁武汉,史称武汉国民政府。4月18日蒋介石在南京另立国民政府,以与武汉国民政府相对抗,史称南京国民政府。7月15日汪精卫发动了“七一五”事变,在武汉实行分共,8月即宣布迁都南京,与南京国民政府合并,武汉国民政府即告结束。政府的更迭深刻地反映了当时中国社会的动荡。在如此纷繁动荡的社会中,具有现代性的共和制度设计以及现代法律制度则要想真正得到有效实践,自然也是极其困难和曲折的。比较而言,抗战前的民国十年,社会的相对稳定为现代法律初步实践提供了有利的社会环境和条件,立法开始增多、法律实践初步展开。

其二,中国女性是中国社会转型或变革中最具代表性的群体。在一定意义上讲,女性权利的多寡是体现社会文明进步程度的鲜明标志。在封建社会长达2000多年的中国,在男尊女卑的社会文化传统中,女性总是弱势的一方。传统社会向现代社会的转型是全方位的,女性的权利的“现代化”是一个不可或缺的方面。女性能否在婚姻自由、家庭、社会中的男女平等地位等方面得到法律保障,是社会现代化的一项重要评价指标。《女性权利》选择这样一个群体进行研究,其意义是不言而喻的。而且,《女性权利》并没有直接将法律条文的社会变迁作为研究的对象,而是以小见大,从一个个民事诉讼中的女性个体的具体境遇来透视十年间的女权实际状况。我比较认同研究者这样的选择。以往对女性权利的研究往往重视社会法律制度的设计,青睐于制度的规定如何,这样的研究自然有着恪守学科本性的合理性,但也有其“只见历史不见人”的学术缺憾。正如研究者所言:“我发现,在1979年以来的中国近代法律史研究中,研究法律文本的多,研究法律实践的少;研究精英人物的多,研究下层人物的少,法律史成为法律文本的历史,成为精英人物的法律史,作为历史主体的人在研究中缺席了。在这种情况下,作为广义历史概念中的法律史研究却恰恰缺少了历史感、缺少了法律感、缺少了历史主体”。《女性权利》应该说弥补了这种缺陷。

其三,婚姻自由是女性最基本的权利。中国传统社会的联姻形式一直奉行“父母之命,媒妁之言”,女性当事人的权利可以说是微乎其微。极其可怜的一点权利也是在庞大固化的婚姻习俗的夹缝中存在。女性在婚姻中的权利的张扬应该说起始于明末清初,一些带有民主色彩的启蒙思想家,面对严峻的社会现实,在猛烈抨击封建专制制度及程朱理学的同时,对封建礼教,家庭伦理和女性在家庭及社会上的地位问题发表了许多很有见地的言论,揭开了中国婚俗婚制的根本性变革的序幕。在清末至民国年间,尽管世事纷扰,但伴随着女性解放思想的日益深入人心,

婚俗的变革在更广阔的范围中展开,婚姻革命说开始盛行。有识之士在鼓吹改良政治的同时,也发表了许多反对缠足、穿耳、守节和从一而终的见解。伟大的辛亥革命使封建礼教遭到毁灭性打击,妇女解放运动进入一个高涨时期。《中华女子竞进会宣言》说:“权利所应立争,自是当仁不让。将见女权日广,女智日昌,扬平等之休风,享共和之幸福。”在新文化运动之中,有关妇女解放、婚姻革命的学说已经为一种时代思想的主流。其代表李大钊、胡适、鲁迅、周作人、毛泽东等人。《新青年》创办之初,陈独秀连续发表文章,猛烈批判孔孟之道和封建伦理。他指出:“西人孀居生活,或以笃念旧好,或尚独身清洁之生涯,无所谓守节。妇人再婚,决不为社会所轻。中国礼教有‘夫死不嫁’之义。男子之事二主,女子之事二夫,遂共目为失节,为奇辱。礼又于寡妇夜哭有戒,友寡妇之子有戒,国人遂以家庭名誉之故,强制其子媳孀居。不自由之名节,至凄惨之生涯,年年岁岁,使许多年富有为之妇女,身体精神俱呈异态者,乃孔子礼教之赐也。”^①胡适也曾先后发表《贞操问题》、《我之贞节观》、《易卜生主义》等文章,对寡妇再嫁、烈妇殉夫、男女平等、女权争取等问题发表了不少真知灼见。毛泽东则明确指出:“最要紧的是,‘婚姻命定说’的打破。此说一破,父母代办政策便顿失了护符”^②。由此可见,女性解放、争取在婚姻上所享有的权利是近代社会转型(社会革命)中极其重要的内容。需要指出的是,婚姻的权利的现代法律保护,无论是立法还是法律实践方面都是一个历史发展的过程。民国时期将其纳入法制轨道,其法律设计虽有历史的局限但代表着进步。民国早期的婚姻立法虽有1915年制定的《民律亲属编草案》作参考,但有时仍沿用1910年颁布的《大清现行律》。国民政府法制局起草的《亲属法草案》于1930年12月6日以《中华民国民法亲属编》的名义公布,对当时婚姻的礼俗礼制的变迁曾经起到过一定的积极作用。

总之,《女性权利》将“民国十年”“女性群体”“婚姻权利”作为研究范围及对象,主题突出,思路清晰。研究者将女性权利置于婚约、婚约履行、离婚实际过程中来研究婚姻自主权的问题,同时也从“寡妇、妾、女儿”等不同女性角色来研究女性的家庭社会地位和权利问题,颇有层次感。特别要提及的是,把研究范围确定为抗战前十年间的婚姻、家庭和继承类案件,并以案件中反映的妇女权利为切入点,探讨此时期的女性在不同家庭关系和诉讼案情中的地位与权利。直接贴进到社会生活中,对抗战前十年女性权利的实际状况作出了合情合理的研判,避免了对女性权利的推理式的“空泛”,这一点值得充分肯定。

① 陈独秀:《孔子之道与现代生活》,载《新青年》二卷四号。

② 毛泽东:《婚姻上的迷信问题》,载1920年(长沙)《大公报》。

我与谭志云忘年之交,又长期一起共事。自然也是《女性权利》最早的读者之一,回想起他在南大宿舍小桌旁堆放的等人高的民国档案,回想起他在夏天炎热的日子里埋头于资料中的场景,感动之情油然而生,感想之中溢美之词多一点也在情理之中,但读者自会判断其学术分量、价值。值此《女性权利》出版之际,我对他所取得的学术成果写下一点感想,以表示我发自内心的祝贺。

赵德兴

2013年5月5日

目 录

引言	001
第一章 婚约存废之争中的女性权益	011
第一节 婚约成立之争中的女性权益	011
第二节 婚约解除之争中的女性权益	019
第三节 婚约履行之争中的女性权益	029
第二章 离婚诉讼中妻子的利益	035
第一节 离婚诉讼中的妻子	035
第二节 妻的妆奁和赡养费问题	058
第三章 民事纠纷中的寡妇	066
第一节 寡妇的财产权利和养膳问题	066
第二节 寡妇与立嗣问题	085
第四章 妾在家庭中的地位与利益	105
第一节 夫妻关系中妾的地位与利益	105
第二节 寡妾的地位与利益	117
第五章 女儿的财产继承权	128
第一节 姐妹与兄弟的财产纠纷	128
第二节 女儿与嗣子的财产纠纷	137
结论	147
参考文献	151
附录	158
后记	162

引言

一 研究缘起

在学科专业分化与综合化两种趋势同时增强的今天,研究者单纯守着某一狭窄的领域或者专业,势必影响到其学术的视野开阔以及研究广度,而这两者又必将影响到研究深度。基于此点认识,我结合自己的知识结构和学术偏好,一直试图在法学、历史学和社会学之间寻找一个交叉领域,做为自己学术探索的一个新起点。

经过一番摸索,我发现,在1979年以来的中国近代法律史研究中,研究法律文本的多,研究法律实践的少,研究精英人物的多,研究下层人物的少,法律史成为法律文本的历史,成为精英人物的法律史,作为历史主体的人在研究中缺席了。在这种情况下,做为广义历史概念中的法律史研究却恰恰缺少了历史感、缺少了法律感、缺少了历史主体,同时我也意识到自己的选题将同样无法避免此类的缺陷。

我以最贴近社会生活的民法为突破口,以民事诉讼案卷为重点收集对象,以期将自己的研究建立在第一手司法案例资料的基础上。根据有关线索,我在江苏省档案馆收集到了一批民国时期最高法院、江苏省高等法院、江苏地方法院等法院的案例,时间为1927至1949年,其中,从1927到1936年的档案最为集中。

通过对这批档案的阅读与整理,我最终把研究范围确定为抗战前十年间的婚姻、家庭和继承类案件,并以案件中反映的妇女权利为切入点,探讨此时期的女性在不同家庭关系和诉讼案情中的地位与权利。

二 研究现状

近代以来,对于中国女性研究的相关成果可以说是汗牛充栋。臧健、董乃强的

抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系

《近百年中国妇女论著总目提要》(北方妇女儿童出版社 1996 年出版)、刘文明的《“新妇女史”在中国大陆的兴起》(《史学理论研究》2003 年第 1 期)、周蕾的《近五十年中国近代妇女史研究综述》(《妇女研究论丛》2004 年第 5 期)等著作对相关成果已经有了初步的总结,在此不再赘述。当然,女性权利与中国社会和婚姻家庭问题是分不开的,因此,费孝通的《乡土中国·生育制度》和《江村经济》、吕思勉的《中国婚姻制度史》(中山书局 1929 年版)、陈东原的《中国妇女生活史》(上海文艺出版社 1990 年版)、赵凤喈的《中国妇女在法律上地位》(商务印书馆民国二十六年版)、陈顾远的《中国婚姻史》(岳麓书社 1998 年版)、陈鹏的《中国婚姻史稿》(中华书局 1990 年版)等著作也为研究提供了很好的基础。

本文主要回顾以诉讼案卷为基本史料的相关研究成果。诉讼案件作为一种独特的史料,包含了当时社会经济状况、法律实践等丰富的信息,因此,如何利用诉讼案件,如何解读诉讼案卷,见仁见智。回顾 20 世纪以来从诉讼案件出发的研究,已有的学术成果主要采用三种解读方法:

一、法律史的方法。即从诉讼案卷出发,来研究当时法律的实际运作问题。早在上世纪 40 年代,瞿同祖便提出,“研究法律自离不开条文的分析,这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的,我们也应注意法律的实效问题。条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。”^①因此,在他的《中国法律与中国社会》(中华书局 1981 年版)一书中,除利用古人的有关记事以外,还引用了个案和判例作为讨论法律实效问题的依据。该著作从家族、婚姻、阶级、巫术与宗教、儒家思想与法家思想等方面探讨了中国古代法律的基本精神和主要特征。台湾卢静仪的《民初立嗣问题的法律与裁判》(北京大学出版社 2004 年版)主要利用了南京中国第二历史档案馆所藏的 111 件大理院民事判例以及《大理院解释例全文》和《各省审判厅判牍》中的有关案件,讨论了民初的寡妇立嗣和异姓承嗣问题,并在此基础上探讨了大理院有关立嗣判决的特色及时代意义。从国外来看,日本滋贺秀三的《中国家族法原理》利用了官员判词、司法案件、惯行调查等资料,分析了中国围绕家庭和家族而形成的有关法律规定,尤其是以经济权利为核心的法律与民间习惯。美国 D. 布迪和 C. 莫里斯的《中华帝国的法律》(江苏人民出版社 2004 年版)的第二篇使用了清代《刑案汇览》中所收 7,600 多件案例中的 190 例,系统分析了清代法律的运作情况。

二、社会史的方法。即从诉讼案卷中解读出当时社会的基本情况。上海大学

^① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局 1981 年版,导论,第 2 页。

社会学系的张佩国在2002—2004年先后发表了《近代江南乡村的宗祧继承与家产纠纷》(《中国社会历史评论》第四辑,商务印书馆2002年版)、《近代江南乡村妇女的“财产权”》(《史学月刊》2002年第1期)和《口述史、社会记忆与乡村研究》(《史学月刊》2004年第12期)等文章。其中,在《近代江南乡村的宗祧继承与家产纠纷》中,他利用民事诉讼案例,详细地分析了出嗣、螟蛉、赘婿等三种无子家庭承继的变通方式,指出了宗祧继承的伦理、经济一体化倾向。在《近代江南乡村妇女的“财产权”》一文中,作者通过民事诉讼案例,分析了近代江南地区的妇女财产权问题,他指出,在家族共财的农业社会中,妇女的财产权是残缺的。在《口述史、社会记忆与乡村研究》一文,作者主要提出了一个如何解读诉讼案例的方法论问题,即“在阅读法律卷宗的过程中产生了一个很大的困惑,那就是诉讼当事人双方在提出权利主张时所表达的事实,常常是‘公说公有理,婆说婆有理’,而且都会提供相关的人证、物证,这使人产生无所适从的感觉。”他认为,“民事诉讼档案中当事人的表达有诸多相互抵牾之处,我们也无法以法官的角色去做法律事实的剪裁,以公平的判决分清是非,更何况在实际的纠纷中根本无法分清谁是谁非。因此,研究者的任务不在厘清是非,而在于透过当事人的表达来揭示地方社会秩序的逻辑”。^①

另外,中国社会科学院郭松义的《伦理与生活——清代的婚姻关系》一书,利用方志、族谱、年谱、诉讼案卷等资料,分析了清代的婚姻地域圈、婚龄、童养媳、赘婿、妾等问题。其《清代403宗民刑事案例中的私通行为考察》(《历史研究》2000年第3期)一文,利用了清代档案、《刑案汇览》、地方官员判词等资料,对其中的403个私通案例进行了详尽的考察。

三、社会史与法律史交叉的方法。黄宗智在《中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究》一文中便呼吁,“多使用诉讼案件档案这个发掘不多的资料,结合所谓‘旧’经济史和社会史以及所谓的‘新’文化史的研究,来进行一种也许可以称为‘新法制史’的研究”。^② 其著作《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》(上海书店2003年版)利用了875宗地方案件的档案记录,从典、田面权、债、赡养、妇女在婚姻奸情中抉择等方面探讨了清代民法与民国民法的主要差别,系统考查了20世纪初到新中国成立之前,中国民事法律制度经历的变化。同时,作者在文中也注意到了法典规定、习俗以及司法实践之间的差异与相互纠缠的关系。白凯的《中国的妇女与财产:960—1949年》(上海书店出版社2003年版)主要利用68件

^① 张佩国:《口述史、社会记忆与乡村研究》,《史学月刊》,2004年第12期。

^② 黄宗智:《中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究》,《比较法研究》,2000年第1期。

抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系

清代关于财产继承案件的原始档案、370件民国时期的原始法庭档案、清代以前的法庭判决词集以及地方官员日记和自传中的诉讼案件。该著作以案件中的妇女财产继承为切入点,探讨了从宋代到民国时期中国妇女财产继承的一个长时间段的变迁,并进而探讨了中国财产权利变迁的一般情况。

大陆也有众多学者利用清代及以前的官员判词、中国第一历史档案馆所藏的诉讼案卷,来分析当时的法律与社会,如张小也的《从分家继产之讼看清代的法律与社会——道光、光绪年间陕西相关案例分析》(《清史研究》2002年第3期)、“吃醋始知酸,有妾始知难”——清代一夫多妻家庭的矛盾与狱讼》(《中国社会历史评论》第四辑,商务印书馆2002年版)、吕宽庆的《从清代立嗣继承个案看清代地方官对法律正义的救济》(《清史研究》2004年第1期)等。

三 所用资料

1. 江苏省档案馆藏民国时期的民事诉讼案卷

由于种种原因,民国时期的案卷档案仍然很难看到。^①根据有关记载,1964年7月到1966年4月,江苏省高等法院将民国时期属于江苏高等法院与检查处的刑民案卷及行政档案共268,373卷,按照“先有用后无用,先近年后远年,先案件后行政,先刑事后民事”的原则进行清理,清出保留48,666卷,占总数的18.13%。其中刑事案件原为98,011卷,保留43,678卷,占44.55%,民事案卷原为49,061卷,每年每个案由仅保留1—2份,行政案卷原为112,373卷,保留4,196卷,占3.72%。各县档案8,898卷,保留712卷,占8%,杂乱案卷570麻袋,全部未保留。此时期的法令汇编、司法公报、江苏省政府公报6,000余册,基本未保留,所留部分于1968年8月11日移送江苏省档案馆。^②

我在江苏省档案馆收集了1927—1937年江苏省高等法院的民事诉讼案卷共134本。案件内容主要包括物权、债权、亲属和继承4个方面,共2,982个案例。由于档案编纂和法院名称变更的原因,案卷内除江苏高等法院的民事判决外,还包含了部分最高法院、江苏高等审判厅、上海地方法院等法院的民事判决。本文使用了其中有关婚姻、家庭和继承的295个案例。

必须明确指出的是,这些以江苏省高等法院为主体的民事诉讼案例并不足以反映当时整个中国社会甚至江苏省在亲属继承方面诉讼情况的整体面貌。首

^① 黄宗智也谈到,“尽管民国时期的案件档案记录仍然不甚容易得到,但广泛利用它们的日子肯定为期不远。”参见其著作:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版,序,第5页。

^② 江苏省地方志编纂委员会:《江苏省志·审判志》,江苏人民出版社1997年版,第311页。

南京国民政府初期沿用的四级三审制还是后来采用的三级三审制

先,无论是南京国民政府初期沿用的四级三审制还是后来采用的三级三审制,江苏省高等法院都处于法院等级体系的中间,大量的民事诉讼在初级法院已经解决,并没有上诉到高等法院。其次,由于档案整理和保存的原因,大量的诉讼案例在建国后被销毁或者至今尚未开放。因此,在使用这些案例进行的过程中,必须充分考虑到它们的固有缺陷及其特点,并以其他的资料进行相应的补充与修正。

2.《民国时期社会调查丛编·婚姻家庭卷》

民国时期,社会学传入中国,并在中国兴起。当时国内外各主要政治力量和政治派别、各地政府、各学术团体、学校以及学者个人进行了大量的社会调查,留下了极其珍贵的第一手资料,然而,从目前研究来看,对这批资料的使用远远不够。

2005年3月,福建教育出版社出版了一套由李文海、夏明芳、黄兴涛主编的《民国时期社会调查丛编》,其中的婚姻家庭卷共有社会调查15个,包括《学生婚姻问题之研究》(陈鹤琴)、《燕大男生对于婚姻态度之调查》(葛家栋)、《燕京大学60女生之婚姻调查》(梁议生)、《婚姻调查》(楼兆燧)、《中国青年婚姻问题调查》(甘南引)、《中国女子对于婚姻的态度之研究》(陈利兰)、《华北农村社会的婚姻状况——定县的大王村》(张折桂)、《中国之家庭问题》(潘光旦)、《家庭问题的调查——与潘光旦先生的调查比较》(周叔昭)、《最近十六年之北平离婚案》(吴至信)、《成都离婚案之分析》(萧鼎璜)、《鼓楼医院中75位妇女之调查》(金陵女子文理学院社会学系)、《一个村镇的农妇》(潘玉梅)、《成都市妇女活动调查》(刘臻瑞)和《昆明职业妇女生活》(章珠)等。

这些社会调查不仅反映了当时社会的部分现状,也保留了时人对社会现象的分析及其看法,特别是其中的《最近十六年之北平离婚案》利用了自1917年到1932年北平所有曾经法院手续的离婚案例,《成都离婚案之分析》利用了1937年3月至1938年11月成都地方法院的70件离婚案例,部分弥补了本文资料中初审法院案例不足的缺陷,并提供了江苏以外地区民事诉讼情况的参照物。

由于法律与习俗的密切关系,本文还使用了前南京国民政府司法行政部编的《民事习惯调查报告录》,内有南京国民政府司法行政部于1930年整理的民国初年民商事习惯调查,包括民法总则、物权、债权、亲属继承四个部分。^①此外,大理院的判例、解释例、南京政府时期的最高法院判例和司法院的解释例也具有重要的史料价值,特别是司法院的解释例,在对法律条文进行解释的同时,还附有具体案例,

^① 参见前南京国民政府司法行政部编,胡旭晟等点校:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2000年版,序,第1—10页。

抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系

详述案情事实和判决理由,有助于了解民法规定的整体面貌。

四 案例所涉及的民事法律制度和法院体系

1. 民法与民事诉讼法

清末法制改革中制定了《大清民律草案》,未及颁行,清已灭亡。民国初期制定的《民国民律草案》也没有颁行,以致从民初到南京国民政府民法颁行之前,民事法律一直处于纷繁杂乱的状态。1911年1月成立的中华民国南京临时政府仍继续援用清末的法律。4月3日,参议院二读会(省去三读会)同意援用清末的法院编制法、刑事民事诉讼法、商律、违警律和新刑律。只是由于民律草案,前清时并未宣布,无从援用,因此,有关民事案件,仍照前清现行律中规定各条办理。同时,关于清政府颁布的禁烟条例、国籍条例,亦准暂时适用。^①1912年3月,北洋政府司法部曾提请临时大总统咨由参议院认可援用《大清民律草案》。同年4月1日参议院成立,3日即议决:民律草案,前清时并未宣布,无从援用。嗣后凡关民事案件,应仍照前清现行律中规定各条办理。大理院在三年民事上字第三〇四号判例中规定,“民国民法典尚未颁布,前清之现行律除制裁部分及与国体有抵触者外,当然继续有效。至前清现行律虽名为现行刑律,而除普通刑事部分外,关于特别刑法、民商事及行政法之规定,仍属不少,自不能以名称为刑律之故,即误会其已废。”^②八年上字第八三二号判例亦称,“民国民律未颁布以前,现行律关于民事规定,除与国体有抵触者外,当然继续有效。即其制裁部分,如民事各款之处罚规定(例如处某等罚罪,亦如之等语)亦仅不能据以处罚。关于处罚行为之效力,仍应适用,以断定其为无效或得撤销,故若引用该律文以判断行为之效力,而不复据以制裁当事人,则其适用法律,即不得谓为错误”。^③

除民法之外,习惯法、民事判例和民事解释例也是当时可以适用的法律渊源。清末修订《大清民律草案》之际,修订法律馆为使草案不违背国情民俗,曾进行过民商事习惯调查,但调查所得之民事习惯并未对《大清民律草案》产生太多直接的影响。及至北洋政府时期,由于民事法律尚不完备,民事习惯也成为地方审判机关重要的裁判准据。对于习惯的适用,大理院二年上字第六四号判例称,“判断民事案

① 直隶高等审判厅编,何勤华点校:《华洋诉讼判决录》,中国政法大学出版社1997年版,前言,第6—7页。

② 大理院书记厅编:《大理院判决录》(民国三年五月份)。

③ 郭卫主编:《大理院判决例全书》,会文堂新记书局1931年版,第31页。

件,应先依法律所规定,法律无明文者,依习惯法,无习惯法者,依条理。”^①从1912年到1927年,大理院民事各庭共审断民事案件2万余件,其中有1,757则判决或明确解释了某一现行法的内容,或对某一现行法进行扩张解释,或在现行法之外创制了新的民事法律规则,大理院民事审判庭将这些判决著为判例,不但对本案当事人有拘束力,而且对同类法律关系有普遍的规范效力。民事解释例是由其他机关(如司法部、交通部等行政机关)、下级司法机关或民众团体(如商会、律师公会等)就民事法律解释问题提请大理院解释,由大理院批复形成的民事法律解释。大理院民事解释可分为两类:第一类是只具有特定拘束力的解释,例如大理院对某省高等法院就某一特定案件适用法律问题的解释,可能只对该案件具有指导作用,并不具有普遍效力;第二类是具有普遍拘束力的民事法律解释,该解释构成一个新的或更明确的民事法律规则。此外,北洋政府初期将《大清民律草案》作为条理加以援用,1926年民国《民律草案》制定完成以后,并未正式公布实施,也是作为条理在司法审判中加以适用。

南京国民政府成立以后,在新民法没有颁布之前,仍旧沿用北洋政府时期的民法。最高法院十七年解字第三五号复浙江高等法院函称,“在未颁布新法以前,从前法例与党纲义及现行法令不相抵触者,均得暂援行用”。^②司法院二十年院字第四〇六号解释称,中国民法关于亲属、继承两编施行之前,除与中国国民党党纲或主义或与国民政府法令抵触各条外,应以前此已有之法令为依据。为了从根本上改变这种情况,南京政府加快了民事立法的步伐。1928年12月,南京政府立法院成立。1929年1月,由傅秉常、焦易堂等组成民法起草委员会根据国民党中央政治会议第168会议决议的“《民法·总则编》立法原则”19条,首先开始《民法·总则编》草案的起草。4月20日,立法院通过《民法·总则编》,由国民政府于5月23日公布,同年10月10日施行。1929年11月5日,《民法·债编》草案经立法院通过,11月23日由国民政府公布,1930年5月5日施行。1929年11月19日《民法·物权编》草案经立法院通过,11月30日由国民政府公布,1930年5月5日施行。1930年12月3日,《民法·亲属编》和《民法·继承编》经立法院通过后,同年12月26日由国民政

① 郭卫主编:《大理院判决例全书》,第29页。如大理院三年上字第一一九八号判例称,“适用习惯必须法律无明文规定者而后,可,家产应按自属均分,现行律例既有明文,自无主张习惯之余地(现行律户役门卑幼私擅用财条例第一)”。六年上字一一五六号称,“承继法规概为强行之规定,不容有反对习惯之存在”。七年上字九五七号称,“承继之法律,系有强行之性质,不容有相抵触之族规存在”。八年上字第二三四号判例称,“独子出继,法律既有禁止明文,自不得援引惯例。”参见郭卫主编《大理院判决例全书》,第29—31页。

② 郭卫主编:《最高法院解释法律文件汇编(第一集)》,上海会文堂新记书局1930年版,第54页。

抗战前十年间民事诉讼中的女性权利与家庭关系

府一并公布,1931年5月5日同日施行。^①

在民事诉讼法方面,北洋政府初期曾援用清末制定的《民事诉讼律草案》中关于管辖的部分内容。至1921年,为废除领事裁判权,北洋政府积极从事民事诉讼法典的编纂。同年7月,修订法律馆在清末《民事诉讼律草案》的基础上,修订完成了《民事诉讼法草案》。后来该草案被改称《民事诉讼条例》,于1922年7月施行。《民事诉讼条例》虽名为条例,但是实际上是北洋政府后期的民事诉讼法典。而在广东的广州军政府于1921年公布、实施了《民事诉讼律》和《刑事诉讼律》。因此,南京国民政府建立之初,北洋政府后期南北两部诉讼法同时生效的局面被保持。设在南京的最高法院以及西南各省继续适用《民事诉讼律》和《刑事诉讼律》,而北方各省则适用北洋政府的《民事诉讼条例》和《刑事诉讼条例》。为改变一国适用两法的局面,国民政府迅速开始新的诉讼法的起草工作,1928年和1931年先后公布、实施《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》。^②

2. 法院体系

北洋政府初期施行的《暂行法院编制法》到1922年颁布的《民事诉讼条例》,均实行四级三审制,包括(1)最高审判机关为大理院,设在首都;(2)高等审判厅设在各省省会,为第三级审判机关;(3)地方审判厅设在地区行政官署所在地,为第二审级;(4)初级审判厅设在各县,为第一审级。但是,北洋政府时期实际上没有普遍设立初级审判厅。根据1913年公布施行的《县知事审理诉讼暂行章程》,多数县以县知事兼理司法,即由行政官负责民事审判。又根据1917年施行的《暂行各县地方分庭组织法》和《县司法公署组织章程》,少数县设立了地方审判厅分庭,有一定数量的县设立了司法公署,作为取代初级审判厅的审判组织,1922年北洋政府颁布了《民事简易程序暂行条例》,规定县一级的审判事务统归地方审判厅所附设之简易庭管辖。

1927年以后,国民政府的官制多所更张,但是司法制度除了改审判厅名称为法院,将检察厅改为检查处外,没有什么大变更。1928年11月17日公布《最高法院组织法》,明定最高法院为全国终审审判机关,确定了三审制度。1932年10月28日立法院制定《法院组织法》,由国民政府公布,于1935年7月1日起先后施行。该法遵照政治会议决定的原则,规定法院分三级:一、地方法院;二、高等法院;三、最高法院。^③

江苏高等法院的前身是宣统二年十一月在苏州设立的江苏高等审检厅。南京

① 参见朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,法律出版社1998年版,第639—640页。

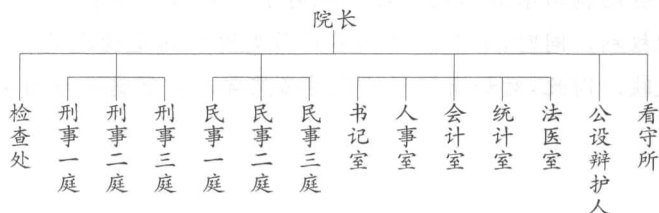
② 参见朱勇主编:《中国法制通史》第九卷,第655页。

③ 吴绂征:《中国司法制度的改造》,《民国法学论文精萃》,第五卷,法律出版社2004年版。

临时政府成立后,在江宁(今南京)、清江浦(今淮阴)分别建立江苏省高等审判厅的派出机构第一、二审判分厅。不久,江苏将第一、二分厅撤销,民国6年(1917年)12月,恢复江苏省高等审判厅一分厅于淮阴。

1927年南京国民政府成立后,同年10月,江苏省高等审判厅及其分厅改称江苏省高等法院及其分院。高等法院设在苏州,第一分院设在淮阴。1937年后,迁往苏北农村。

国民政府江苏高等法院内部机构图



按照清末和北洋政府时期的法院编制法,高等审判厅下设地方审判厅。1927年10月,南京政府命各地方审判厅改称地方法院,江苏共设江宁、上海、吴县和丹徒4个地方法院。此后,又陆续增设。截止1937年抗战前,江苏地方法院共有16个,即吴县、上海、首都(江宁改)、无锡、铜山、南通、镇江、松江、江都、武进、常熟、泰县、如皋、东台、淮阴、兴化等县。

除地方法院外,还有兼理司法法院(即县司法处)和兼理司法县政府。据统计,1945年前,江苏县司法处1个,即高淳县司法处,兼理司法县政府共42个,包括吴江、昆山、崇明、奉贤,南汇、青浦、宝山等。^①

五 研究思路

如前所述,从已有研究成果来看,对于司法案卷的使用上,目前主要有三种分析方法,这些分析都给我的研究提供了非常有益的启示。从社会史学科角度出发,我更关心的是案卷中所反映的社会状况。在这一点上,可能与张佩国等人的思路比较接近。然而,与之不同的是,在本书的研究中,我以妇女为切入点,把妇女在婚姻、家庭与继承中的角色看做家庭关系网络和社会关系网络中的一个节点,通过对这一节点的分析,透视整个家庭结构和社会结构。我主要运用个案分析法,以295

^① 参见曹余濂编著:《民国江苏权力机关史略》,《江苏文史资料》编辑部1994年版,第120—141页。《江苏省志·审判志》,第2—14页。