

高明士◆主編
中國法制史叢書



民初立嗣 問題的法律 與裁判



盧靜儀 著

民初立憲
問題的
法律

與
政治

民初立嗣問題的 法律與裁判

高 明 士 主 編

日 本 東 京 大 學 文 學 博 士
國 立 臺 灣 大 學 名 譽 教 授
玄 奘 大 學 講 座 教 授

盧 靜 儀 著

國 立 臺 灣 大 學 文 學 碩 士 (歷 史 學)
北 京 大 學 法 學 博 士 生

五南圖書出版公司 印行



五南

凝煉知識・品味閱讀

國家圖書館出版品預行編目資料

民初立嗣問題的法律與裁判／盧靜儀 著．— 初版．

— 臺北市：五南，2005[民 94]

面：公分．（中國法制史叢書）

參考書目：面

ISBN 957-11-4178-X（平裝）

1. 法制史—中國—現代（1900-）

580.928

94022615

中國法制史叢書

1WAX

民初立嗣問題的法律與裁判

主 編 高明士
作 者 盧靜儀（395.4）
責任編輯 王兆仙 蔣和平



發行人 楊榮川

總編輯 王秀珍

企畫主編 黃惠娟

出版者 五南圖書出版股份有限公司

地 址 台北市大安區(106)和平東路二段 339 號 4 樓

電話：(02)2705-5066 傳真：(02)2706-6100

台中市駐區辦公室 台中市東區中山路 6 號

電話：(04)2223-0891 傳真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室 高雄市新興區中山一路 290 號

電話：(07)2358-702 傳真：(07)2350-236

網 址 <http://www.wunan.com.tw>

電子郵件 wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號 01068953 戶名：五南圖書出版股份有限公司

法律顧問 財團法人資訊工業策進會科技法律中心

出版日期 2006 年 2 月初版一刷

定 價 新臺幣 350 元

※版權所有・欲利用本書全部或部分內容，必須徵求本公司同意※

《中國法制史叢書》總序

法制史的定義為何？歷來學界有許多不同說法，此處無意討論該項問題，但以歷代法律及其制度、思想為基本範圍，大致無異議。本叢書所選取的研究成果，主要也是屬於這一類。法律是基於社會的需要而產生，所以法制史也是歷史學研究的範疇之一，這一點在學界也無異議。但因法律與政治關係密切，尤其中國二千餘年的專制統治，更是史無前例。在這個意義下的法律如何理解，實是史學研究很嚴肅的課題。

歷史是過去所發生的事，歷史學研究就是在解明過去的真相，進而為人類累積智慧，減少錯誤。不幸在歷史上可發現許多事物常被野心家或政客利用，而成為政治的工具，尤其是法律格外明顯。於是歷史的演變常陷入一種弔詭的發展，此即歷史不斷在教訓不知歷史教訓的人。這種悲劇，本來是可以避免的，終於無法避免，是因為人們不重視歷史及其研究而導致的後果。

《大戴禮記·禮察篇》說：「禮者，禁於將然之前；而法者，禁於已然之後。」（參看《漢書·賈誼傳》）這是漢以來常被引用說明禮刑合一的名言。到後漢更有所謂「禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相為表裡者也。」（《後漢書·陳寵傳》）這意思是說一個人的行為，在禮刑約束下，是無所逃於天地之間。禮刑交互為用的規範，的確影響此後二千年間的國家社會秩序。其間的變化，祇是在於禮刑二者的輕重而已。在法制史上，唐律被認為引禮入律最具體且最有代表性的法典，也是自古以來保存最完整的文獻。因此，將唐律視為中國法制史研究的基礎典籍，並不為過。

我個人於一九七六年從日本歸國任教後，即於大學部、研究所課程穿插若干法制史教材；一九九四年以後，更以校際整合方式組成「唐律研讀會」，進行解讀《唐律疏議》，迄今該團隊已經在五南圖書出版公司出版兩冊研究專書，同時有多位成員以法制史作為學位論文，而獲得甚高評價。因此，本叢書擬選取若干冊刊行，以饗讀者。同時邀請著名法學者國立政治大學法律學系陳惠馨教授，討論有關法制史教學與身分法研究；而

拙著則為關於隋唐禮律的研究，藉以貢獻學界。

五南圖書出版公司楊榮川先生宏揚法律與教育研究之熱心，不遺餘力，使本叢書得以順利出版，由衷感謝。是為序。

高明士 謹識

二〇〇五年二月

自序

中國悠久的歷史文化，不僅僅是自中土孕育發展，更是不同文化交流的成果。特別是清末鴉片戰爭以後，西方文化思想滲入的規模之大、勢頭之猛更是前所未有，中西文化大規模碰撞、交流，迫使中國不得不面對世界的挑戰。所謂「千古未有之奇變」，舉凡西方的政、教、技、藝等思想，都於此時系統地傳入中國，對中國傳統文化既構成巨大的威脅，卻也同時帶來空前的轉機。在一連串的救亡圖存的運動中，法制改革是在晚清最後十年展開（1902~1912），可說是此系列運動的末流。但這場艱辛的改革並未隨著滿清覆沒而結束，迨辛亥革命、民國肇建後，仍由北洋政府所延續進行。

近百年來西方文化在中國的影響，其廣度及度，均已超過歷史上任何時期，甚至是撼動中國舊有文化之根基。以法制的改革而論，由於自始即背負著撤廢「領事裁判權」的使命，故為求法律與審判辦法「皆臻妥善」，與東西各國「改同一律」，主事者特別強調要以西方先進法律文化為依歸。但不論是傳統的法制形式與法律思想，均非一朝一夕所能改變，近代法律與傳統文化交會之際所造成的衝突，在晚清即已因《大清新刑律》而引發激烈的禮法爭議。如何在歐西法制與固有法律文化間尋求平衡？一直是自清末民初以來所面臨的重要難題。

法律繼受所造成的衝突與適應問題，表現在諸多不同的面目，本書選擇以「立嗣」制度作為研究的切入點，乃因其為傳統中國一種特殊的血脈相承制度。「立嗣」是在無直系血親的情況下，為求延續父系的血統，達成家族綿延不絕的理想，而以人為的方式設立後代，作為彌補血緣關係缺憾的一種替代方式。以現代法律概念來理解立嗣制度時，往往會套用繼承法的概念，但事實上以立嗣所選定的承繼人即嗣子，其所取得的主要是祭祀權與身分權，財產繼承權僅為附隨的效果，這與西方法律概念的單純財產繼承，存在相當程度的歧異性。正由於立嗣具有此等獨特性，同時又與西方法律概念有某種程度的類似性，故在法律繼受的過程中，可以想像必

然會發生相當有趣的互動。此外，立嗣是一套在中國社會相沿已久的制度，民間習慣的操作與法制的改革的關係如何？亦有賴深入研究立嗣制度在立法政策及司法實踐的變化。此不僅僅是為了還原當時的歷史現象，也為印證法律繼受過程中，傳統與現代、中國與西方的頡頏與適應關係。

本書同時採用「立法史」與「裁判史」的研究方法，除分析歷代律典，特別是清末民初幾部重要的民事法律草案外，主要著重於民事審判紀錄的考察。大理院是自一九一二年到一九二七年閉院為止，中國最高的司法審判機關，其解釋例及判例具有舉足輕重的地位，在某種程度上彌補了當時民、商法的闕漏。因而大理院的審判紀錄，實為討論民國初年法制現象所不可忽視的研究史料。本書共蒐集大理院民事判決中有關立嗣案件共一一一件，由於案情普遍相當複雜，歸納分類上並不容易，且考慮到自身能力有限，故最後決定以「寡婦立嗣」及「異姓承嗣」案件為主要討論課題，剖析大理院在案件上所呈現的審判特色及其所反映的時代意義等。同時在國民黨的國民政府成立後，立法者將立嗣規定排除於法典明文外，這是一項相當重要的變革，本書也分別從立法者、司法者及社會輿論的不同角度，來探討當時的立法考量及轉變因素。

本書的內容原為我的碩士論文，在撰寫的過程中，高明士教授及黃盛源教授均給我相當多的指引與建議，使論文終於能夠順利完成。同時，胡平生教授、陳惠馨教授及歐陽正教授，在論文口試時，提出許多寶貴的意見，對我有相當多啟發。而在就讀碩士階段，有幸同時在黃靜嘉先生所主持的聯合法律事務所執行律師業務，其豐富的實務經驗與學術涵養，使我獲益匪淺。此外，那思陸老師及邱澎生學長等，更時常提供建議，並給我相當多的鼓勵。在此均致上我最誠摯的謝意，並期許自己能夠更加努力，以不辜負前此所受到的關愛與支持！

盧靜儀

二〇〇五年七月於北京

在知識的殿堂裡，學術的傳播不分國界，
每個靈感、每道聲音、每個思想、每個研究，
在「五南」都會妥善的被尊重、被珍視
進而
激盪出更多的火花，
交融出更多的經典！

五南文化廣場

橫跨各種領域的專業性、學術性書籍，在這裡必能滿足您的絕佳選擇！

台中總店

台中市中山路6號【台中火車站對面】

電話：(04)2226-0330 傳真：(04)2225-8234

海洋書坊

基隆市北寧路二號【國立海洋大學內】

電話：(02)2463-6590 傳真：(02)2463-6591

台北師大店

臺北市師大路129號B1

電話：(02)2368-4985 傳真：(02)2368-4973

逢甲店

台中市河南路二段240號【近逢甲大學東側門】

電話：(04)2705-5800 傳真：(04)2705-5801

嶺東書坊

台中市嶺東路1號【嶺東學院內】

電話：(04)2385-3672 傳真：(04)2385-3719

高雄店

高雄市中山一路290號【近高雄火車站】

電話：(07)235-1960 傳真：(07)235-1963

屏東店

屏東市民族路104號2樓【近火車站】

電話：(08)732-4020 傳真：(08)732-7357

* 凡出示教師識別卡，皆可享9折優惠。(特價品除外)

* 本文化廣場將在台北、基隆、桃園、中壢、新竹、
彰化、嘉義、台南、屏東、花蓮等大都市，陸續佈
點開店，為知識份子，盡一份心力。



五南文化事業機構
WU-NAN CULTURE ENTERPRISE

台北市106 和平東路二段339號4樓 TEL: (02)2705-5066 FAX: (02)2706-6100
網址: <http://www.wunan.com.tw> E-mail: wunan@wunan.com.tw

目 錄

《中國法制史叢書》總序 i

自 序 iii

第一章 緒 論..... 1

- 第一節 問題意識 1
- 第二節 主要取材資料 6
- 第三節 本書的章節架構 11

第二章 中國立嗣制度的發展.....17

- 第一節 立嗣制度的源起 18
- 第二節 傳統法制上的立嗣制度 21
- 第三節 清末立嗣制度之蛻變（1902~1912）
——兼論大理院時期的審判根據 44
- 小 結 57

第三章 大理院民事判決中的寡婦立嗣案件.....59

- 第一節 守志寡婦的擇嗣權 61
- 第二節 家政統於一尊 84
- 第三節 審判衙門的被動立場 90
- 小 結 95

第四章 大理院民事判決中的異姓承嗣案件……97

第一節 異姓承嗣的習慣與裁判 97

第二節 遺產繼承與遺產承受 106

第三節 名為爭繼實為爭產 112

小 結 127

第五章 大理院立嗣裁判的特色及時代意義…… 131

第一節 大理院立嗣裁判的審判特色 132

第二節 大理院立嗣裁判對民法修纂的影響 151

第三節 現行民法與宗祧繼承的廢除 160

小 結 173

第六章 結 論…… 175

附 錄 …… 183

參考書目…… 225

圖 表 目 錄

- 圖 2-1 大宗、小宗關係圖 20
- 圖 3-1 寡婦立嗣案件類型分配圖 60
- 表 2-1 立嫡順序表 23
- 表 2-2 死後立繼表 35
- 表 3-1 守志寡婦與直系尊長的立嗣爭議表 89
- 表 4-1 大理院有關酌給財產之裁判表 110
- 表 5-1 大理院裁判中以無告爭權駁回案件表 133
- 表 5-2 大理院裁判中援引立嗣習慣案件表 139
- 附表一 大理院繼承編判例表（民國三年～民國十五年） 183
- 附表二 拙文引用大理院民事判例一覽表（民國三年～民國十五年）
194
- 附表三 拙文引用大理院解釋文案（民國五年～民國十六年） 211
- 附表四 《大清現行刑律》「立嫡子違法」條例全文 216
- 附表五 清末民初歷次民律草案之比較表 218

第一章

緒論

第一節 問題意識

傳統中國是一個以「家」為本位的社會，在血緣與婚姻的基礎上，延續父系的血統，以達成家族綿延不絕的理想。¹此種理想的達成，是以具有男姓子嗣為保證，所謂「不孝有三，無後為大」，²不僅老年生活堪慮，自己死後及祖先也將無人祭祀。唐代柳宗元慨嘆，「嗣續之重，不絕如縷，每當春秋時饗，子立捧奠，顧盼無繼者，慄慄然歔歔惴惴。」³可知「無後」一直是中國人最深的恐懼。正常取得男性子嗣的管道，是透過婚

1 中國家庭的特色是由父系嗣續、孝道及祖先崇拜三者組成，以祭祀祖先達到整合家族的目的，而祖先崇拜又是嗣系制度的基礎。參考謝繼昌，〈中國家庭的文化與功能〉，收入漢學研究中心主編，《中國家庭及其倫理研討會論文集》（臺北：漢學研究中心，1999年6月），頁74。謝繼昌並強調祭祀制度在中國家庭的功能，其謂：「祭祀是中國家族的整合力量，祭祀在中國可稱為祖先崇拜，祖先崇拜是中國嗣系制度的基礎，嗣系制度是家庭制度的根本，因此可說若無祖先崇拜則無中國的家族制度。」參考謝繼昌，〈中國家族研究的檢討〉，收入楊國樞、文崇一主編，《社會及行為科學研究的中國化》（臺北：中央研究院民族學研究所，1982年），頁276。

2 孟子曰：「不孝有三，無後為大。」漢代趙岐注曰：「於禮有不孝者三事，謂阿意曲從，陷親不義，一不孝也；家窮親老，不為祿仕，二不孝也；不娶無子，絕先祖祀，三不孝也。三者之中，無後為大。」正義曰：「此章言量其輕重，無後為不孝之大者也。孟子曰：『不孝有三，無後為大者』，言不孝於禮有三，惟先祖無以承後世，無以繼為不孝之大者。而阿意曲從陷親於不義，家貧親老不為祿仕，特不孝之小而已。」均強調無後而絕祖祀，是不孝之最嚴重者。

3 參考柳宗元，〈寄許京兆孟容書〉，收入《柳河東全集》（臺北：河洛圖書出版社，1974年12月臺景印初版），頁481。

姻，以達到「上以事宗廟，而下以繼後世」的目的。⁴但若仍不幸無子，或有子卻夭折，傳統中國創造出變通辦法，即以人為的方式設立後代，以彌補血緣關係的缺憾，此即「立嗣」。⁵

立嗣是基於孝道及對祖先的崇敬觀念而形成。⁶自古以來，在禮制、習慣及法律等方面，所累積的運作規則，到清代已成為一套完善且嚴密的制度，並根深柢固地深植於尋常百姓的日常生活中。透過立嗣所選定的承繼人，取得的是祭祀權與身分權，故「嗣」含有使被承繼者的人格延長的意味。清末的法律近代化，將立嗣以「承繼」的概念來理解，其謂：

人死而承繼之事以生，此古今東西所同者也。承繼之歷史，承繼人所得權利，或祭祀權，或身分權，或財產權，雖不一定，其為承繼一也。……古者承繼法不成獨立之法制，故其範圍亦不確定，而承繼祭祀權、身分權、財產權，事隨時代而相變遷。……本案第將關於承繼宗祧者定之，此本案承繼之種類，所以僅有承繼宗祧與承繼遺產之別也。⁷

若以現行民法概念來分析立嗣，嚴格來說，立嗣應兼俱「收養」與「繼

4 《禮記·昏義》。費孝通根據他在中國農村的調查認為，「婚姻的法定行為儘管先於生孩子，但結婚總是為了有後代。生孩子的期望先於婚姻。在農村中，結成婚姻的主要目的，是為了保證傳宗接代。」參考費孝通，《江村經濟：中國農民的生活》（香港：中華書局香港分局，1987年10月初版），頁37。

5 安·沃特納（Waltner, Ann Beth）稱「收繼」（即立嗣）引出的另一個問題，即自然界在多大程度上受制於人類的操縱，收繼作為一種合法的虛設，人們能夠影響自然本質的一種方式，以之彌補自然的不足與缺陷。參考（美）安·沃特納（Waltner, Ann Beth），曹南來譯，《煙火接續：明清的收繼與親族關係（*Getting An Heir: Adoption And The Construction Of Kinship In Late China*）》（杭州：浙江人民出版社，1999年第一版），頁4。

6 大理院三年上字第一八六號判例、三年上字第二二六號判例均明認，宗祧承繼根本之本意為「祀祖主義」，參考郭衛編輯，《大理院判決例全書》（臺北：司法院祕書處，1978年），頁256～257。

7 參考《大清國繼承法草案理由書》（出處不明，臺灣大學圖書館藏），一冊二～一冊三。於此特別說明，《大清國親屬法草案理由書》及《大清國繼承法草案理由書》為筆者借自臺灣大學法學院圖書館，並無出版資料，形式上僅頁首以日文書寫題名，內容則均為中文。而自法律的規範內容來看，比《大清民律草案》更接近《大清律例》的規定，筆者推測應當是先於《大清民律草案》。遺憾的是，臺灣大學法學院似乎祇有此二部草案，其餘包括民法總則、債、物權編等均無，故缺乏其他藉資判斷的參考，故仍待進一步的考證。

承」的性質，屬於「身分法」的範疇。⁸因此，早期親屬法的著作，在討論養子女制度時，往往追溯傳統的立嗣制度；繼承法著作，亦多開宗明義地介紹「宗祧繼承」制度的內涵與演進。⁹而我們考察自清末民初以來的歷次民法草案，基本上均採行「遺產繼承」與「宗祧繼承」並行的「二元主義」，立嗣被納入承繼宗祧的範疇，為宗祧繼承的下位概念。¹⁰

清末修纂《大清民律草案》時，企圖於歐西法制與傳統文化間尋求平衡點，尤其親屬、繼承，或本諸經義，或參諸道德，或取諸現行法制，以求最適於中國民情的法則，維持數千年的民彝於不敝。立嗣制度在歷次的民法草案中，大體上均保留《大清律例》的相關規定，特別是民國十五年（1926）的《民律第二次草案》，吸納了不少民間習慣及前此大理院所形成的判例，是與社會現實較為切近的一部草案。此種情形到了民國十六年（1927）國民政府成立後，發生翻天覆地的變化。法制局起草的《親屬繼

8 「身分法」是相對於「財產法」而言，現行民法是規範人民私法權利義務，可大分為前述兩者，親屬及繼承編屬於身分法的範疇，而債及物權編則為財產法的範疇，總則編則兼有財產法與身分法的內容。參考王海南等著，《法學入門》（臺北：月旦出版社，1994年），頁234～236。

9 如郁癡的《繼承法要論》（出版地不詳：朝陽大學出版部，1932年）、劉含章的《民法繼承編實用》（南京：瓊琦書屋，1936年）、郝朝俊的《民法要義繼承編》（上海：王秋泉，1937年）、胡長清的《中國民法繼承論》（重慶：商務印書館，1945年）、鄭國楠的《中國民法繼承論》（上海：中華書局，1945年）、趙鳳喈的《民法親屬編》（臺北：國立編譯館，1974年）、黃右昌的《民法親屬釋義》（臺北：三民書局，1956年）、羅鼎的《民法繼承論》（臺北：三民書局，1956年）、戴炎輝的《中國繼承法》（臺北：作者，1957年）、史尚寬的《繼承法論》（臺北：作者自刊，1966年）、《親屬法論》（臺北：史吳仲芳、史光華，1974年）等。這些著作均為早期的身分法著作，除詳細說明傳統中國的特殊制度外，前述郁癡、胡長清、羅鼎、黃右昌等人的著作，與民法頒布時間接近，甚至有直接參與親屬法或繼承法之起草者，更有助於當時的立法與司法實務的運作情況的瞭解。

10 傳統中國宗祧繼承的原則是「有子立嫡，無子立嗣」，有子時依一定的順序，由男系之嫡長子孫世世相承。若無男系子孫，則採取擬制性的補救措施，擇立嗣子以達到血統繼承的目的。「立嫡」因為有嚴格的順序，較不易產生爭執，而且通常發生在官員廢襲，與一般庶民百姓較無關聯，故本文僅討論立嗣的問題。不過，由於立嗣是宗祧繼承的下位概念，包括在大理院裁判或其他材料，常常暹稱之為「宗祧繼承」，因此，在本書以後的行文上，若無特意的區隔，「宗祧繼承」即指「立嗣」而言。不過，「宗祧繼承」與現代法律的「繼承」概念，是「以一定親屬的身分為基礎之財產法規範」，「繼承法」以身分關係作為媒介，僅純粹獲得死者的財產的「身分財產法」，並不相同。參考陳棋炎、黃宗樂、郭振恭著，《民法繼承新論》（臺北：三民書局，1993年8月三版），序1、頁23。

承法草案》（1928）及嗣後正式頒行的現行民法，宗祧繼承被視為「宗法遺跡」、「封建餘毒」，正式被摒棄於法典明文以外。《民律第二次草案》與《親屬繼承法草案》，時間相差不過二年，對於宗祧繼承的存廢，卻有截然不同的立場，其立法考量為何？所反映的社會現實為何？著實令人感興趣。大理院是民國元年到民國十六年（1912~1927）間全國最高司法審判機構，對立嗣問題作出許多的解釋例與判例，其呈現何種特點？對於歷次民法的修纂，產生何種影響？能否從中發現前述轉折的蛛絲馬跡？這是本書首先想要討論的問題。

雖然宗祧繼承在國家法律的層面被廢除，但民間社會仍受長期生活習慣的支配，甚至民國三十八年（1949）以後，兩岸法律制度雖走向截然不同的路徑，但無論在中國大陸或臺灣，立嗣的情況在民間並未消失，法院也不乏受理立嗣糾紛的案件。以大陸而言，最高人民法院於一九六四年九月十六日批復一件由江蘇省高級人民法院詢問關於立嗣書繼承的問題，¹¹一九九六年山東省嘉祥縣仍又發生類似的案件。¹²至於臺灣，相關糾紛多

11 本案係江蘇省南通市人民法院受理顏趾祥與顏翠弟繼承糾紛案件，原告顏趾祥的堂叔為被告顏翠弟的養父顏俊良，於1929年遺留大批遺產（包括房屋十六間、駁船五隻），由於顏俊良並無親生子女，故原告的父親即與顏俊良妻袁氏爭執「立嗣」問題。袁氏邀集親族調處，立「嗣書」議定待袁氏亡故以後，將財產分給顏翠弟與其贅夫及顏趾祥各一份。顏趾祥結婚時，袁氏曾撥給房屋一間及一些家具，但因雙方相處不睦，原告放棄撥給的房屋、家具，雙方各自相安無事。直至1961年袁氏病故，遺留財產仍多，顏趾祥乃要求分給一半房屋，但顏翠弟堅持不給，親戚調解之意見是分給顏趾祥三分之一。南通市人民法院認為此案是「舊」社會遺留下來的繼承問題，因此擬在接近調解的基礎，由顏趾祥得遺產的三分之一，顏翠弟得三分之二，故向上級法院請示意見。而江蘇省高級人民法院則有兩種不同的意見：其一，認為顏趾祥要求分析遺產，是基於「宗祧繼承」關係，並非收養，而「嗣書」亦非遺囑。但認為可將袁氏在世時曾撥給的部分財產，仍返還給原告顏趾祥。其二，承認此種情況，同意原審法院的分配原則，但要用調解的方式解決。江蘇省高級人民法院仍具案向最高人民法院報請核示。最高人民法院以該嗣子在世時，與嗣父母並未共同生活，又未盡贍養義務，「僅以幾十年前基於封建宗法關係所立的嗣書，要求繼承其遺產，是不合理的。」甚至袁氏在世時曾經給與房屋、家具等，亦因顏趾祥自動退還，故根本毋需考慮。梁治平直接將本案解為「最高人民法院……對以因封建宗法關係所立『嗣書』而主張繼承者，不予承認。」參考梁治平，〈傳統及其變遷：多元景觀下的法律與秩序〉，《二十一世紀》47（1998年），註24，頁1580。但筆者認為，最高人民法院之意見仍與大理院的見解無異，不以繼書作為立嗣成立的唯一條件，而是必須具備共同生活及負擔養義務等其他具體的事實，始得主張為合法嗣子，此容後詳述。

12 本案為馬某膝下無子，惟有一已出嫁之養女，故立一族人為繼嗣孫，並立「繼單」寫明，

發生在祭祀公業派下權之爭執，此因派下權之享有，是以具備男性的子嗣身分為前提。¹³ 追溯回現行民法修訂、頒布之際，輿論對於宗祧繼承的存廢有熱烈的討論，如民法學者羅鼎雖同意宗祧繼承存在弊病，但對廢除宗祧繼承則持保留的態度：

國人以無後為不孝，已成牢不可破之思想。而孝稱百行之先，舊有之倫理觀念，幾完全以孝為其本源，此種倫理觀念是否具有普遍之妥當性？是否違背現代之潮流？自屬另一問題。而其深入民間由來甚久，則為不容否認之事實。今遽易弦而更張，不認無子立後之制，與一般民眾心理是否相合？¹⁴

他評論中央政治會議毅然決然地廢止宗祧繼承的立場，謂「吾人固甚佩其勇。至其實際上之利害得失如何，猶有待於將來事實上之證明也。」¹⁵

民國十七年（1928）國民革命軍完成北伐，統一全中國，國民黨的權力達到最高峰，立法以國民黨的政綱為最高的指導原則，「凡涉及社會組織，均以廢棄封建制度而代以民治平等之規則為鵠的。」但事實上，卻常是處於左右為難、新舊夾攻的情況，「激進之士嫌其維新而不足，保守輩責其忘本之立法。」¹⁶ 事實上，在法律繼受的過程當中，最常受人詬病者，即為法律與社會實際的「貌合神離」，清末民初面臨新舊、中西的對抗衝突，立嗣作為傳統中國相當特殊的制度，在法律、司法與社會的互動情況如何？即國家可以藉著立法的手段，來達到促使社會變遷的目的，但其實效性究竟如何？人民的接受程度如何？亦為本書所關切的問題。

「馬某膝下無子，為承祖禮、衍後代，特立某為繼嗣孫，一切房產財物盡為某所有，馬某身後事亦全部由某辦理。」但馬某死後，已出嫁之養女與繼嗣孫為遺產發生糾紛而起。法院認為，馬某所立「繼單」及繼嗣孫為馬某出殯「摔盆打幡」之行為，均係「封建舊俗，法律不予認可」，養女為合法繼承人，得以繼承馬某之遺產。《人民法院報》1996年12月5日第二版，轉引自前引梁治平，〈傳統及其變遷：多元景觀下的法律與秩序〉，註24，頁1580。

13 不過，由於臺灣自甲午戰爭割讓日本之後，即受日本之殖民統治，因此在目前所見之法院判決中，大多引述日據時期之法律規定或臺灣民間舊習。

14 參考羅鼎，《民法繼承論》（臺北：三民書局，1956年1月臺一版），頁1~2。

15 參考前引羅鼎，《民法繼承論》，頁4。

16 參考趙鳳喈，《民法親屬編》（臺北：國立編譯館，1974年7月），自序1。