



民初立嗣问题的 法律与裁判

卢静仪 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

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）

卢静仪 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

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)/卢静仪著. —北京:北京大学出版社, 2004. 12

(法史论丛)

ISBN 7-301-08063-8

I. 民… II. 卢… III. 继承法-案例分析-中国-民国 IV. D923.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 104000 号

书 名: 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)

著作责任者: 卢静仪 著

责任编辑: 宁 杰 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-08063-8/D·0989

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 15 印张 238 千字

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序 一

黄静嘉*

若以 1902 年,沈家本受清廷之命修律之际,作为我国法制改革即现代化之起点,则时至今日,已整整百年且有余矣!对于这段法制改革之历史,素为法制史学界所关注。而卢静仪女士的新作《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)》一书,其研究方法严谨,见解精辟,值得吾人推荐、为她喝彩。

自沈家本受命修律始,两千年来深受儒家意识浸润之我国传统法律,开始了其继受经工业革命洗礼、市民社会之建立已有相当水准的西欧法制之过程。西欧现代法制乃是以平等主义、契约自由原则为基础,而我国传统法制则强调身份伦理,因身份上之尊卑亲疏的差异,赋予一定的法律效果。我国固有之传统法制,与所继受之西欧法制两者间,其新旧对立,发生龃龉,甚至发生冲突或抗颡,尤其于亲属、继承之领域中,为不可免。而其如何调协与过渡,俾规划之改革之理念得以落实,当为观察重点所系。

这段法制现代化之路,漫长而崎岖。清末宣统二年(1910),大清新刑律经公布以“备”施行,而民商各律尚在起草阶段。翌年(1911),清室遂屋。如以此为始点,至 1930 年代中期,南京国民政府立法院完成六法之制定并次第施行前,凡约十六年间,在北京的北洋政府体系下的大理院仍持续运作。而大理院在该时期所作成之判例、解释例,更对我国法制,尤其是其中民事生活之法秩序,产生了维系、过渡及在一定程度上型塑的作用。

卢女士就这一段历史之探讨,选择以立嗣问题之法律及裁判为切入点,并使用大理院有关立嗣方面之裁判为其研究题材,足以看出她独具慧心与

* 作者为台湾联合法律事务所所长,曾任台湾中国法制史学会会长。

眼光独到之处。良以在引进并落实西欧现代有关身份之法制时,当时我国之法律人所面对的具迫切性之问题之一,是如何解决宗祧继承及立嗣之问题。虽然如同嗣后历史演进所证实的,宗祧继承终被废除,但如卢女士在该书所指出,于1912以迄1927年间,在宗祧继承制度仍然存续之前提下,大理院在面对明为立嗣、实为争产之立嗣案件时,实表现了高度的法律专业水准、智能与能力。

卢女士之新作现已呈现在各位读者面前,而关于大理院对于立嗣问题之见解,及其各该判决在民事规范上之涵义,可由阅读其书内容,即可获知,于此毋庸赘述。本文仅就卢女士在其新著作中所展示于法学研究方法及其见解之特别值得吾人重视之处,略陈数义:

一、卢女士大量使用了大理院之判决要旨及判决原文

其所使用者包括有:

(一)大理院判例:卢女士所引据者,为郭卫所编之《大理院判决例全书》一书。该书所刊载之大理院判例,仅有判决要旨,而就相关具体事实及所涉及之法律争点,均予省略。此项要旨之“撰制”,则系出于法律名家之手。承在台担任法曹多年之杨大器兄告知,其于上海时,曾在当时的上海特区法院任推事,时任院长者为浙江玉环籍之郭云观氏。郭氏毕业自北洋大学法科,乃哥伦比亚大学法学博士,曾任大理院推事,并在编制判例时,曾躬与共事,据郭氏对大器兄所述,其于编制大理院判例时,乃是先将案件事实与判决理由融会贯通,方重新撰出判决要旨。郭氏深通中外法律,具有良好的法学水准,且其制作时,反复推敲,力求完美。

(二)《大理院民事判例全文汇编》:此一资料,乃是在台湾“国科会”之资助下,由台湾政治大学黄源盛教授赴南京抄录、编辑而成。此一汇编,不仅揭载判决之全文,便利使用者能以之与判决要旨参证,庶几充分掌握要旨之涵义;且因各该判决原文,对当年重大判决之立嗣、争产案件之经过,均提供了详实的记录,不啻当时相关领域之社会学史料。故该书不仅有助于法学研究,并有助于历史社会学者对当时社会之研究。

二、卢女士依其慧眼,注意到当时大理院已能够利用程序上关卡,以收筛选案件之效,以避免因当事人之滥行诉讼,而受理该当事人无应受判决之利益之诉讼

当时之中国虽已引进西方法制,然相对应于法律制度之审判文化尚在

萌芽阶段。而藉由卢女士此一著作,我们发现到,大理院曾利用诉讼程序,对于案件加以筛选。其在诉讼程序上设下了关卡,以筛选案件,其目的即在于避免当事人滥诉,即当事人就其无应受判决之法律之利益之事件,滥行提起诉讼。如过多涉入此类案件,足以有损终审法院之形象与威望,亦为司法资源之浪费。关卡之一,即为“告争权”。若经认定原告无“告争权”,则径行驳回告诉,无须进入事实面或法律面之审理。而就当事人“告争权”之有无,大理院乃是以“利害关系”存在与否为判断标准,而有无利害关系,则审酌当事人是否有“承继权”。就此,由筛选之过程及方法所显示之司法技巧,存续不久径属稚龄的大理院之表现,较之先进国家终审法院似乎并不逊色。

三、卢女士依其慧眼,注意到作为一个终审法院,在是否需就特定的法律问题,当即作成决定及宣示上,大理院所显示的自我制约(judicial self-abstention or judicial self-restraint)

从卢女士之论述中,读者可以注意到大理院选择避免积极而主动地干预嗣子之选立,而仅于必要之情形,为被动、消极性的参与,以促使民间先行尽量自谋解决立嗣问题。如就寡妇立嗣之问题,由于尚涉及财产继承之复杂的利益维护问题,致使抱有私心之族人企为操纵并强力介入,而寡妇则多势单力孤。就此,大理院原则上极力维护寡妇之择嗣权,对于究竟择谁为嗣,采取完全不予介入的态度。仅于直系尊长无正当理由而滥行其对立嗣之同意权时,寡妇可请求大理院介入,而以裁判代替同意。大理院在当时之此自我制约,为一非常明智的态度,也使用了成熟而上乘的(state of art)司法“技巧”。

四、卢女士指出了我国民法中最关重要之原则,即民事习惯不得抵触法律(即制定法)之原则,在民法典制定及施行前,系由大理院确立并宣告

当时,在尚犹无完整之民法典的情形下,大理院于其二年上字第64号判例中,宣告:“判断民事案件,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。”即就立嗣习惯而言,须是与法律不相抵触者,方可适用(此之所谓民事方面之法律,当时系指《大清现行刑律》之民事有效部分而言)。以异姓承嗣为例,虽然我国民间向来有立异姓为后之习惯,但对之现行法律已有明文“嗣子重在宗祀,不得以异姓为后。”而观大理院关于异姓承嗣之裁判(例如大理院三年上字第304号),其确实皆以律已有明文不得以异姓乱宗为由,拒绝适用异姓承嗣此一民间习惯。如果就当时之社

会环境而言,制定法排除异姓入嗣,为对被认为不良陋习之导正,则大理院此种将制定法优先于习惯适用的做法,足以贯彻并导正不良陋习之立法政策。在彼一时空环境下,这是极其不易的,足以展示大理院法曹具有促进法制进步之襟抱。

五、卢女士就当年大理院法曹之水准及表现,提供吾人重新评价的机会

卢女士搜集了大理院所判决之立嗣相关案件共 111 件,并客观、细腻地予以分析。依其分析所得,我们已可以对大理院作出公正之评价。多年以来,因北洋政府系长期由军阀所主导,而遭受世人负面之评价,大理院或亦因而多少受到此“污名”之沾染,吾人于此可以肯定指证者,其实当时大理院之法曹及其判决,仍系具有相当水平。相关资料显示,当时大理院之推事,有科举出身别历刑部部曹且已晋身郎官、堂官者,亦有因科举废止,发奋改习法律者,此外,亦有如郭云观氏负笈欧、美、日留学者。其于学识上,可谓一时之选。虽然我国引进西欧的法制,为时尚短,但当时已能出现不少有水准且有使命感的法律人才。就此,我们应注意者,在清末废除科举之后,甚多曾读过古代典籍,或曾取得秀才、举人或进士之功名者,遂改习法律并选择从事法律专业。“人能弘道,非道弘人”,这些新的法学人才,纵是为仅具法律速成科之学历者,因他们熟读传统经典,已对人情世故练达,并有逻辑思考之能力,乃成颇为称职的法曹。基于沈家本、伍廷芳等人之高瞻远瞩而建立之法政学堂,亦适时地提供了他们修习法学之机会。他们基于旧时士大夫所具备以天下为己任的使命感,并凛然于作为一个现代法律人所具备之专业精神与职业道德,他们之间且“声气相求”,互相策勉,在一定的意义上,已形成了并无组织形式的新法律人集团。在当时之大理院法曹中,不乏此类人才之翹楚,致能有此表现。卢女士此书,亦还原了当时若干法律人之富有专业精神、贴近社会、力求事理之平的真实形象。使吾人在百年之后,得以对这些先进的法律人,作出公平的评价。

观现今之法学潮流,受学术上讲求科际整合之影响,诸如法律社会学、法律经济学、法律人类学、法律心理学,等等,不一而足,而法史学亦属其中之一。法史学主要是整合了法学与史学,故而是一个优秀的法史学家,至少必须兼具法学与史学之基本知识与深厚学养。卢女士毕业于政治大学法律系,并曾执行涉外律师业务,因而通晓理论及实证法学,又曾于台湾大学历

史学研究所深造,故而亦具有史学方面的训练。由此可知,卢女士已具备作为一名优秀的法史学家的条件。吾人于此可以期待,卢女士在本书之后,将有更多佳作陆续问世,以灌溉法史学这块日趋欣荣的园地。

静嘉与卢女士曾有同事之谊,对其志行之高洁,襟怀之恳挚,能力之卓越、治学之认真及已有之成就素表钦佩,兹承其以新著见示,并嘱作序。爰于拜读之际,略述所感,并表郑重推荐之忱。

序 二

黄源盛*

1994年到1998年间,静仪在台湾的政治大学法律系本科学习,当时,我已在政治大学执教。据她告知,在大学期间即对中国法制史发生浓厚的兴趣,嗣又选修我所讲授的中国法律思想史等课程,上课用心的情景,依稀记得。不过,真正认识静仪,是在她成为台湾大学历史系的硕士生之后。有一天下午,她突然来我的研究室问学,谈到由于对历史的特别偏爱,才决定转换科系的因缘。在台湾,由于科际间的自我设限,特别近年来法律系一直是最热门的科系,像她这种“由热趋冷”转换专业的情况,并不常见。

静仪进入研究所后不久,即决定要以法史为专业,鉴于历史学界与法学界对法史的钻研各有所长,也各有所偏,为兼顾两者,常见她往返奔波于台大文学院与政大法学院间听课的瘦弱身影。她对于自我的要求甚高,善于生涯规划并倾全力以赴,在研究所就读期间,又通过极其严格的律师高等考试,顺利取得执业律师的资格。为获取司法实务方面的经验,我推荐她到黄静嘉先生所主持的联合法律事务所工作一段时间,黄先生是此行资深业者,也是法史学界的杰出研究者,此期间,静仪一方面执行律师业务,同时也协助黄先生出版台湾殖民地法史《春帆楼下晚涛急》大作,她一丝不苟的敬业态度,颇受黄先生的青睐。

1999年间,正值我着手整编大理院判决例全文与平政院裁决录的忙碌期,静仪是研究团队的成员,积极参与裁判文书的标点与校对,她的细心与效率,使得工作进行顺遂许多。当然,静仪也藉此机会阅读了大量的裁判史料,或许这是她最终选定以大理院裁判作为研究主题的缘故。在撰写硕

* 作者为台湾政治大学法律学系教授。

士论文过程中,她也加入了由我主持的政大研究生论文写作方法研讨会,透过同侪间定期的相互辩难,论文架构与内容渐趋成熟。难得的是,在工作与课业的双重压力下,并未使她对学术研究稍生懈怠,反而愈加精进,论文答辩时,五位口试委员一致给予高度肯定。该篇论文后来经由台湾大学历史系的推荐,获选为2003年度“国科会”最佳百篇硕士论文奖之一,此项殊荣,得来诚属不易。

在清末民初继受外国法的过程中,法律规范与社会实际的“貌合神离”,是最常受人诟病者。其间,新与旧、中与西颀颀的痕迹,随处可见,而“立嗣”本是传统中国社会相当特殊的一种制度,在法律规范、司法实践与社会现实间的互动面,动辄引人关注,是个深具历史与时代意义的课题。本书就是静仪在台湾大学历史学研究所的硕士论文,主要是以大理院民事判决例为素材,并佐以大理院解释例、各省审判厅判牍以及民事习惯调查报告等,以“寡妇立嗣”及“异姓承嗣”案件为研究主轴,善用她在法学及历史学双方面的专长,对诉讼个案进行深入的分析,探讨纠纷的成因、争执的焦点等,并利用统计数据、绘制图表,以彰显立嗣争讼的特质。藉由传统中国此一具有代表性的身份课题,可以看到在新旧法制递嬗之际,大理院是如何尝试以西方近代的法律概念来诠释并转化“权利”的观念;此外,也可以藉此观察大理院是如何灵活地运用当代法学的解释方法,以阐明法律的疑义,并填补当时民事法规范的缺漏。

在台湾,近几年来,年轻学子多人相率投入清末民初的法史研究,这是可喜的现象。而静仪的硕士论文能够在大陆出版,相信对于两岸学术的交流,会有相当程度的裨益。虽然这是她学术研究生涯的啼声初试,我还是乐意为她写序并祈盼能更上层楼!

2004.11.5 写于木栅犁高

CONTENTS 目 录

第一章 绪 论	1
第一节 问题的提出	1
第二节 研究方法与研究取材	5
第三节 研究文献回顾	10
第四节 本书章节架构	16

第二章 中国立嗣制度的发展	18
第一节 立嗣制度的源起	19
第二节 传统法制上的立嗣制度	22
第三节 清末立嗣制度之蜕变(1902—1912)	
——兼论大理院时期的审判根据	45
小结	58

第三章 大理院民事判决中的寡妇立嗣案件	60
第一节 守志寡妇的择嗣权	62
第二节 家务统一尊	85
第三节 审判衙门的被动立场	91
小结	95

CONTENTS 目 录

第四章 大理院民事判决中的异姓承嗣案件	97
第一节 异姓承嗣的习惯与裁判	97
第二节 遗产继承与遗产承受	106
第三节 名为争继实为争产	113
小结	127
第五章 大理院立嗣裁判的特色及时代意义	129
第一节 大理院立嗣裁判的审判特色	130
第二节 大理院立嗣裁判对民法修纂的影响	148
第三节 现行民法与宗祧继承的废除	156
小结	169
第六章 结论	171
参考书目	216
后记	227

图 表 目 次

表一	大理院继承编判例表	179
表二	引用大理院民事判例一览表	188
表三	引用大理院解释文案	205
表四	大宗、小宗关系图	21
表五	立嫡顺序图	24
表六	死后立继表	35
表七	《大清现行刑律》“立嫡子违法”条例全文	210
表八	寡妇立嗣案件类型分配表	61
表九	守志寡妇与直系尊长的立嗣争议表	89
表十	大理院有关酌给财产之裁判表	110
表十一	大理院裁判中以无告争权驳回案件表	131
表十二	大理院裁判中援引立嗣习惯案件表	137
表十三	清末民初历次民律草案之比较表	211

第一章 绪 论

第一节 问题的提出

传统中国是一个以“家”为本位的社会,在血缘与婚姻的基础之上,延续父系的血统,以达成家族绵延不绝的理想。^①此种理想的达成,是以男姓子嗣为保证,故“无后”一直是中国人最深的恐惧,所谓“不孝有三,无后为大”^②,不仅老年生活堪虑,自己死后及祖先将无人祭祀。唐柳宗元曾慨叹:“嗣续之重,不绝如缕,每当春秋时飨,子立捧奠,顾盼无继者,懔懔然歔歔惴惴。”^③取得男性子嗣,通常是通过婚姻,以达到“上以事宗庙,而下以继后世”的目的。^④但若仍不幸无子,或有子却夭折,传统中国所创造出的变通办

① 中国家庭的特色是由父系嗣续、孝道及祖先崇拜三者组成,以祭祀祖先达到整合家族的目的,而祖先崇拜又是嗣系制度的基础。参见谢继昌:《中国家庭的文化与功能》,载汉学研究中心主编:《中国家庭及其伦理研讨会论文集》(台北:汉学研究中心,1999年6月),第74页。谢继昌并强调祭祀制度在中国家庭的功能,谓“祭祀是中国家族的整合力量,祭祀在中国可称为祖先崇拜,祖先崇拜是中国嗣系制度的基础,嗣系制度是家庭制度的根本,因此可说若无祖先崇拜则无中国的家族制度。”见谢继昌:《中国家族研究的检讨》,载杨国枢、文崇一主编:《社会及行为科学研究的中国化》,台北:“中央”研究院民族学研究所,1982年,第276页。

② 孟子曰:“不孝有三,无后为大。”汉代赵岐注曰:“于礼有不孝者三事,谓阿意曲从,陷亲不义,一不孝也;家穷亲老,不为禄仕,二不孝也;不娶无子,绝先祖祀,三不孝也。三者之中,无后为大。”正义曰:“此章言量其轻重,无后为不孝之大者也。孟子曰:‘不孝有三,无后为大者’,言不孝于礼有三,惟先祖无以承后世,无以继为不孝之大者。而阿意曲从陷亲于不义,家贫亲老不为禄仕,特不孝之小而已。”均强调无后而绝祖祀,是不孝之最严重者。

③ 柳宗元:《寄许京兆孟容书》,载《柳河东全集》,台北:河洛图书出版社,1974年12月台景印初版,第481页。

④ 《礼记·昏义》。费孝通根据他在中国农村的调查认为,“婚姻的法定行为尽管先于生孩子,但结婚总是为了有后代。生孩子的期望先于婚姻。在农村中,结成婚姻的主要目的,是为了保证传宗接代。”参见费孝通:《江村经济——中国农民的生活》,香港:中华书局香港分局,1987年10月初版,第37页。

法,即以人为的方式设立后代,弥补血缘关系的缺憾,此即“立嗣”。^⑤

立嗣是基于孝道及对祖先的崇敬观念而形成的^⑥。自古以来在礼制、习惯及法律等方面,所累积的运作规则,到清代已成为一套完善且严密的制度,并根深蒂固地深植于寻常百姓的日常生活中。立嗣所选定的承继人,取得的是祭祀权与身份权,故“嗣”含有使被承继人人格延长的意味。^⑦清末的法律近代化,将立嗣以“承继”(即“继承”)的概念来理解,其谓:

人死而承继之事以生,此古今东西所同者也。承继之历史,承继人所得权利,或祭祀权,或身份权,或财产权,虽不一定,其为承继一也。……古者承继法不成独立之法制,故其范围亦不确定,而承继祭祀权、身份权、财产权,事随时代而相变迁。……本案第将关于承继宗祧者定之,此本案承继之种类,所以仅有承继宗祧与承继遗产之别也。^⑧

立嗣是属于承继宗祧的范畴,自清末以来到民国二十年(1931)民法正式施

^⑤ 安·沃特纳(Waltner, Ann Beth)称“收继”(即立嗣)引出了另一个问题,即自然界在多大程度上受制于人类的操纵,收继作为一种合法的虚设,人们能够影响自然本质的一种方式,以之弥补自然的不足与缺陷。即李渔戏曲《巧团圆》第十出结尾所云“善人无嗣易商量,何用天公作主张。”参见[美]安·沃特纳(Waltner, Ann Beth),曹南来译:《烟火接续:明清的收继与亲族关系》(Getting An Heir: Adoption And The Construction Of Kinship In Late China)),杭州:浙江人民出版社,1999年第1版,第4页。

^⑥ 大理院三年上字第一八六号判例、三年上字第二二六号判例均明认,宗祧承继根本之本意为“祀祖主义”,参见郭卫编辑:《大理院判决例全书》,台北:司法院秘书处,1978年,第256—257页。

^⑦ 根据滋贺秀三的说法,中国以往文献中出现的“继”或“承”,其所支配的“宾语”(object)有下列三种,即人(即继承某人或为某人后)、祭祀、财产,但祭祀或财产必然意味着某人的祭祀或某人的财产,故“中国的继承,实在就是被继承人的人格继承。继承人(即所谓‘嗣’)含有被继承人人格的延长的意味。”参见滋贺秀三:《中国固有家产均分制度与传统社会结构之相互关系》,载谢冠生、查良鉴主编:《中国法制史论集》,台北:中华法学协会、中国文化学院法律研究所,1968年8月初版,第454页。

^⑧ 参考《大清国承继法草案理由书》(出处不明,台湾大学图书馆藏),一册二——一册三。于此特别说明,《大清国亲属法草案理由书》及《大清国承继法草案理由书》为笔者借自台湾大学法学院图书馆,并无出版资料,形式上仅页首以日文书写题名,内容则均为中文。而自法律的规范内容来看,比《大清民律草案》更接近《大清律例》的规定,笔者推测应当是先于《大清民律草案》。遗憾的是,台湾大学法学院似乎只有此二部草案,其余包括民法总则、债、物权编等均无,故缺乏其他藉资判断的参考,故仍待进一步的考证。

行以前,法律上采取的是“遗产继承”与“宗祧继承”并行的“二元主义”。^⑨

由于清末的法律近代化,自始即背负着撤废领事裁判权的使命,为求法律与审判办法“皆臻妥善”,与东西各国“改同一律”,率皆以西方“先进”法律文化为依归。在修纂《大清民律草案》时,立法者记取礼法争议的前车之鉴^⑩,企图于欧西法制与传统文化间寻求平衡点。尤其亲属、继承,或本诸经义,或参诸道德,或取诸现行法制,以求最适于中国民情的法则,维持数千年的民彝于不敝。因而,清末民初的历次民法草案,大体上均保留《大清律例》中立嗣制度的相关规定,甚至采纳民间习惯,略作修正,以符合社会的现实。这样的情况,到民国十六年(1927)国民政府成立后,发生翻天覆地的变化,由法制局起草的《亲属继承法草案》及嗣后正式颁行的民法,宗祧继承被视为“宗法遗迹”、“封建余毒”,正式被摒弃于法典明文以外。民国十五年(1926)的《民律第二次草案》与民国十七年(1928)年的《亲属继承法草案》,时间相差不过二年,对于宗祧继承的存废,有截然不同的立场,其立法考量为何?所反映的社会现实为何?大理院是民国元年(1912)到民国十六年间(1927)全国最高的司法审判机构,对立嗣问题作出许多解释例与判例,其裁判呈现何种特点?对于历次民法的修纂,是否产生影响?及能否从中发现如此转折的蛛丝马迹?是本书想要讨论的第一个问题。

虽然宗祧继承在国家法律的层面被废除,但民间社会却仍受长期生活习惯的支配,甚至1949年以后,两岸法律制度走向截然不同的路径,但无论在中国大陆或台湾地区,民间立嗣的情况并未消失,法院仍不乏受理立嗣纠纷的案件。最高人民法院于1964年9月16日批复一件由江苏省高级人民

^⑨ “宗祧继承”与现代法律的“继承”概念,是“以一定亲属的身份为基础之财产法规范”,“继承法”以身份关系作为媒介,仅纯粹获得死者的财产的“身份财产法”,并不相同。参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法继承新论》,台北:三民书局,1993年8月三版,序1、第23页。

^⑩ 有关礼法争议的始末,参见黄源盛:《大清新刑律的礼法争议》,载黄源盛:《中国传统法制与思想》,台北:五南图书出版有限公司,1998年,第337—367页。

法院询问关于立嗣书继承的问题^⑪，一九九六年山东省嘉祥县又发生类似的案件。^⑫至于我国台湾地区的相关纠纷，则多发生祭祀公业派下权之争执，因派下权之享有，是以具备男性的子嗣身份为前提。^⑬追溯二十世纪初期，对宗祧继承存废的激烈争论，如民法学者罗鼎虽同意宗祧继承确实存在弊病，但对于废除宗祧继承制，则持保留的态度：

国人以无后为不孝，已成牢不可破之思想。而孝称百行之先，旧有之伦理观念，几完全以孝为其本源，此种伦理观念是否具有普遍之妥当

⑪ 本案系江苏省南通市中级人民法院受理颜趾祥与颜翠弟继承纠纷案件，原告颜趾祥的堂叔为被告颜翠弟的养父颜俊良，于1929年遗留大批遗产（包括房屋十六间、驳船五只），由于颜俊良并无亲生子女，故原告的父亲即与颜俊良妻袁氏争执“立嗣”问题。袁氏邀集亲族调处，立“嗣书”议定待袁氏亡故以后，将财产分给颜翠弟与其赘夫及颜趾祥各一份。颜趾祥结婚时，袁氏曾拨给房屋一间及一些家具，但因双方相处不睦，原告放弃拨给的房屋家具，双方相安无事。直至1961年袁氏病故，遗留财产仍多，颜趾祥乃要求分给一半房屋，但颜翠弟坚持不给，亲戚调解之意见是分给颜趾祥三分之一。南通市中级人民法院认为此案是“旧”社会遗留下来的继承问题，因此拟在接近调解的基础，由颜趾祥得遗产的三分之一，颜翠弟得三分之二，故向上级法院请示意见。而江苏省高级人民法院则有两种不同的意见：其一，认为颜趾祥要求分析遗产，是基于“宗祧继承”关系，并非收养，而“嗣书”亦非遗嘱。但认为可将袁氏在世时曾拨给的部分财产，仍返还给原告颜趾祥。其二，承认此种情况，同意原审法院的分配原则，但要用调解的方式解决。江苏省高级人民法院仍具案向最高人民法院报请核示。最高人民法院以该嗣子在世时，与嗣父母并未共同生活，又未尽赡养义务，“仅以几十年前基于封建宗法关系所立的嗣书，要求继承其遗产，是不合理的。”甚至袁氏在世时曾经给予房屋、家具等，亦因颜趾祥自动退还，故根本毋须考虑。梁治平直接将本案解为“最高人民法院……对以因封建宗法关系所立‘嗣书’而主张继承者，不予承认。”参见梁治平：《传统及其变迁：多元景观下的法律与秩序》，《二十一世纪》47（1998年），注②④，第1580页。但笔者认为，最高人民法院之意见仍与大理院的见解无异，不以继书作为立嗣成立的惟一条件，而是必须具备共同生活及负养赡义务等其他具体的事实，始得主张为合法嗣子，此容后详述。

⑫ 本案中，马某膝下无子，惟有一已出嫁之养女，故立一族人为继嗣孙，并立“继单”写明：“马某膝下无子，为承祖礼、衍后代，特立某为继嗣孙，一切房产财物尽为某所有，马某身后事亦全部由某办理。”但马某死后，已出嫁之养女与继嗣孙为遗产发生纠纷。法院认为，马某所立“继单”及继嗣孙为马某出殡“摔盆打幡”之行为，均系“封建旧俗，法律不予认可”，养女为合法继承人，得以继承马某之遗产。《人民法院报》1996年12月5日第二版，转引自前引梁治平：《传统及其变迁：多元景观下的法律与秩序》，注②④，第1580页。

⑬ 不过，由于台湾自甲午战争割让日本之后，即受日本之殖民统治，因此在目前所见之法院判决中，大多引述日据时期之法律规定或台湾民间旧习。