

家产制视野下的遗嘱（一）

2011-03-11 访问量：访问量：485

俞江

【内容提要】 秦以后的各种财产制度，包括养老制、祀产制、分家制、立继制（汉代为“后户制”）、拨产制等，均属家产制的范畴。用所有权、共有权等现代法学概念去理解家产制，殊有不妥。在家产制下，财产的传承和分配都受强制性的安排。在个人尚未解放之前，遗嘱还不能发挥其重要性。只有托孤遗嘱，以指定监护人和委托管理家产为内容，承担了维护家产和延续家庭的功能，从而成为家产制的重要子系统。

【关键词】 家产制/个人财产制/遗嘱自由/托孤遗嘱EE2116UU1715667

笔者在《论分家习惯与家的整体性》一文中，对清代遗嘱曾作粗略的论述。该文利用已公开出版的《徽州千年契约文书》和自藏的文书档案，认定清代遗嘱有两类，即阍书遗嘱（或分家遗嘱）和立继遗嘱（或立嗣遗嘱）。①在此基础上，笔者得出了“清代的遗书不以财产处分为主要内容”的结论。②现在看来，这个结论仍然有效。但随着进一步挖掘档案文书，特别是针对清代遗嘱文书进行系统的鉴别之后，笔者发现以前的分类尚有重大缺陷，不足以呈现清代遗嘱的全貌。另外，关于古代中国遗嘱的性质，也有进一步探讨的必要。

中国古代遗嘱的性质，是涉及如何认识古代中国财产制的重要问题，在学界争论较大。《历史研究》曾发表过两篇观点对立的论文，其中，魏道明的《中国古代遗嘱继承制度质疑》（以下简称魏文）对中国古代存在遗嘱继承制度持否定态度。③姜密的《中国古代非“户绝”条件下的遗嘱继承制度》（以下简称姜文），④随即反驳了魏文的观点。虽然观点对立，但二文均同意，认识古代中国的遗嘱，必须以正确认识古代中国财产制为基础。对此，笔者亦深表赞同。财产制是认识古代中国社会的核心问题之一，如果对财产制产生误解，将无法解读中国史。

不过，关于二文对中国古代财产制的定性，仍可商榷。笔者认为，要了解中国古代遗嘱制度的性质，必须先对古代遗嘱行为进行类型研究，再以分类为基础，结合遗嘱的历史，分析遗嘱与其他财产制度的关联，最后才能定性分析。而要进行类型研究，遗嘱文书是最佳史料，一件遗嘱文书就是一项遗嘱行为的载体，尽可能多地掌握遗嘱文书，辨别异同，剔除重复，才能得到有效的分类。然而，其他朝代虽有个别遗嘱文书保留下来，却是吉光片羽，且同类重复的情况较严重，难以作为类型研究的基础。幸好清代遗嘱文书保留较多，如果仔细甄别，可以帮助我们完成这一任务。因此，本文首先对清代遗嘱进行分类，继而考察清代遗嘱与秦汉以来遗嘱制之变化，再分析古代中国遗嘱的性质，最后讨论古代财产制之性质。

一、清代遗嘱的种类

前已提及，在《论分家习惯与家的整体性》一文中，笔者将清代遗嘱分为两大类型，一种是阍

书遗嘱，一种是立继遗嘱。此后，刘道胜先生利用新发现的徽州文书，提出将明清遗嘱分为三种，即阉书遗嘱、立应继者为嗣的遗嘱和择异姓为嗣的遗嘱。⑤这既证实了前两种分类的有效性，又提出了新问题，即能否将立异姓子为嗣的遗嘱作为一大类。

按《大清律例·户律》“立嫡子违法”律的规定，立异姓为子又称“乞养异姓义子”，俗称“养子”或“义子”，不能称为立嗣。⑥同条律文又说：“其遗弃小儿，年三岁以下，虽异姓，仍听收养，即从其姓。”紧接的律注曰：“但不得以无子，遂立为嗣。”可见，即使是收养“三岁以下”小儿，改从父姓，仍不能称“嗣子”。不过，按照“立嫡子违法”律下的条例，“若义男、女婿为所后之亲喜悦者，听其相为依倚”，“仍酌分给财产”。可见，明清时期，民间收养异姓子的目的是养老和承受家业。刘道胜发现的择异姓为嗣的遗嘱文书，丰富了清代遗嘱文书的内容，这种遗嘱或可称为“收养异姓子遗嘱”。但按照国家法的规定，酌分义子财产须符合以下任一条件：(1)义子须与养父母“相为依倚”。(2)须由养父母将义子抚养成人。若不符合这两个条件，仅凭临终指定义子，义子很难酌分家财。宗族内人并可通过议立亲房中昭穆相当者为嗣子，阻止遗嘱所立义子酌分家产的愿望。也就是说，遗嘱收养有两方面的阻碍，一是国家法不允许；二是受到立继习惯的阻扰。由于这两方面的障碍，这类遗嘱能否在明清社会普遍地存在，尚有疑问。笔者的初步判断是，对于这种既违法，又受习惯阻扰的遗嘱，暂应看成是民间在特殊情况下处理财产归属的例外方法，它们的存在，为我们了解社会变迁提供了重要线索，但不宜将其单列成一种正常的遗嘱类型。像这类遗嘱，下文还将举洪兴迁设立祀产遗嘱文书为例，加以详析。

如果暂将“乞养遗嘱”排除在外，根据以前清代民间文书档案的公开出版物和新发现的遗嘱文书，笔者将清代遗嘱分为以下四类：(1)阉书遗嘱(或分家遗嘱)。(2)立继遗嘱(或立嗣遗嘱)。(3)托孤遗嘱。(4)养亲遗嘱。增加的(3)、(4)两种遗嘱类型的实例，是在整理自己搜集的五千余件徽州文书中发现的，目前公开的出版物中尚无从得见。这些新发现的清代遗嘱文书，真正促动了笔者去深入思考清代的遗嘱行为。这四种遗嘱文书分属不同的家庭，且为陆续发现，但若放在一起考虑，它们正好涉及了古代社会中主要的家产关系，这样看来，它们又不是孤立的，而是有内在联系的。

(一) 阉书遗嘱

阉书遗嘱，在徽州文书中往往又称遗嘱阉书、遗嘱分书、分关遗嘱、分家遗嘱阉书等。其实质含义是，父母年老或病笃，预感将不久于人世，决定主持家产析分。既然分家与遗命有关，就在阉书开头申明“遗嘱阉书”等语。阉书遗嘱是现在看到的清代遗嘱中数量最大的。因为分家是每个多子且稍有财产的家庭都要面临的事务，其存世量较大是可以理解的。

在前引关于分家制的论文中，笔者曾引用过阉书遗嘱原文，并列举了在《徽州千年契约文书》中收录的阉书遗嘱实例加以印证，故本文不再收录阉书遗嘱的原文。笔者对遗嘱阉书的定性是：

“第二种清代遗嘱文书(即遗嘱阉书)其实就是分书或阉书，只是以遗书来称呼而已。”⑦这个看法仍可坚持。

阉书遗嘱与一般分家阉书相比，尽管时机不同，但在遵循规则、写立格式、基本内容等方面都是一致的。遗嘱阉书只是阉书的子类，“遗嘱”二字除了昭示郑重和表明事态外，并不改变分家的实质涵义。比如，不能因为它是遗嘱，就不再坚持“诸子均分”的原则，更不会由父母随意地处分财产。“遗嘱”并没有实质性地影响分家的原则和后果。这些在《论分家习惯与家的整体性》一文中已有详论，不再赘述。总之，所谓的阉书遗嘱，实以分家为实质内容，遗嘱仅可算是装饰品。

(二) 立继遗嘱(含交业遗嘱)

立继遗嘱，也称立嗣遗嘱。其内容以确立嗣父子关系为主，又常附带申明将家产交付给继子，因此，若严格按照法律关系理论来分类，立继遗嘱可分为两个小类，一是立继遗嘱，二是交业遗嘱，后者俗称遗嘱交单。

交业遗嘱，其内容主要是家长在临终前将家产交与继子的遗嘱文书，这种遗嘱，往往是继子的身份已定，内容重在交产。关于交业遗嘱，笔者也曾举例加以说明，⑧本文不详录。立继遗嘱与交业遗嘱只是在内容上的侧重点不同，立继是家产交与继子的先决条件，无立继则无从交业，所以二者又有紧密的联系。故两种遗嘱文书可统称为立继遗嘱。

以前笔者并不区分立继和交业，因为立继与交业可同时发生，立继时一定会申明将来把家业交与继子，立继与交业是因果关系。但在实例中，二者是可以分开的。比如下录之《凌炳金遗命承祀

书》,就是只立继,无需交业的情况:⑨

立遗嘱承祀人凌炳金,缘身所生六子,其第三子名唤森梅,第四子名唤正文,均已受室,未有著代,而遽早夭,二媳亦皆更适。窃思在前发有六子,而今仅存四房。人家只宜愈发而愈多,诂可日增而日减。探怀自问,实有不甘。所以邀请亲族,与长、二、五、六数子,一同商确。命长男百好将次子成源拨与森梅为己儿,令次子百善将长男如鉴拨与正文为后裔。缙承门户,祭扫坟莹。仍教有六叶之荣,毋使有一枝之缺。流传百世,孝享千秋。所有两房祀产,立有分单,照单管业。毋得逆前人之命,怀一己之私。倘萌背义之心,当以不孝之罪。恐口无凭,故立承祀文书一样两纸,永远存公为据。

光绪十一年九月 日 立遗嘱承祀人凌炳金(下略)

这份遗嘱继书是凌炳金以祖父的身份,要求长、次二房各拨一子,出继给绝嗣的三、四房。而三、四房均曾参与分家,立有分单。故继子确定后,只需执分单管业。这样,立继一旦完成,交业也自然完成,故可说是无需交业。

总的来说,立继遗嘱的存世量已远少于闾书遗嘱,因为现实中,无子并不必然立继。首先,无子但有女儿时,可用招赘来养老。其次,虽欲立继,因家族人丁不旺,没有应继人,而迟迟不能确立继子,产业可能被人侵吞。最后,虽有应继人,或因人继家庭财产不多等缘故,应继人不愿出继。所以,能够立继实为无子家庭之大幸。这就难怪在继书中常常看到立继一方感谢出继方的话了。

立继遗嘱实质上仍是立继的外在形式。法律对于立继关系有严格的规定,包括昭穆相当、亲疏依序以及“爱继”条件等,立继必须在法定条件和程序下进行,不会因为继父母处于临终状态,就会赋予他有任意突破立继规则的权力。在立继和交业文书中加上“遗嘱”二字,只表示该项行为在家长临终前主持下举行,具有相当的权威性,其遗嘱将成为继子管业的重要凭据。所以,在立继遗嘱中,遗嘱仍只是件装饰品。

(三)托孤遗嘱

在清代徽州文书中还发现更为少见的遗嘱,若不是亲见这些遗嘱文书,凭空万难想象。其中最重要的就是托孤遗嘱。先摘录一份,以示大略:⑩

立遗言托抚恤孤寡人王云樟,原身承父,家业淡薄,拳拳膺服。生予凡弟二人。长云相,娶洪氏,得生侄辈四人,长、二、三俱各婚配,实指望添丁进产。何期祸起萧墙,三位侄辈壮年早逝。继丧兄嫂。仅存四侄腾富,年未至而事未谕。不犹人惨极悲号,猿闻肠断。不特已也,即予娶吴氏,亦只育得男女各一。女适程鹤林为妻。男娶洪氏,喜生孙辈,取名世荣,寄育段莘上山头江,取名江保。何期不幸,男腾周年卅六早世,别下三岁呱呱,何时冀其成立。今孙七岁,幸媳苦守扶养。予妻不时抱病,予今六十有九,屡年康健,诚喜相扶。今自秋徂冬,灾曜临身,倦枕泪流,湿透裳衾。想来人生谁不有死,自恨予生不辰,受尽艰辛,无苦不吃。族内邻人谁不怜悯。观予年将古稀,岂是惜死。恐旦暮死,有恨于九泉,而有虑于尘世。惟愿皇天庇佑,推苦命之心,心叨眷族之相扶。嘱媳之矢志,孝顺老姑,抚养幼子,以全宗祧。不得违悔,否则以不孝罪论。诚能如此,庶予死亦瞑目。是以爰及眷族,托笔将身苦置之屋宇、田地、山场、竹园、菜园并承祖屋地,逐一开明。一样登定四本,交族一本,女婿一本,世荣育父一本,家存一本。藉诸位执此,以免内外人等侵削。倘有侵削之徒,望秉公呈究,亦不得听其私售。非予一人感戴,即我之先人一同感德于含笑矣。恐后无凭,立此遗言托抚恤孤寡苦墨一样四本,各执一存据。

乾隆五十六年十一月 日 立遗言托抚恤孤寡人王云樟(下略)

这份遗嘱文书出自婺源县十四都洪氏文书,立遗嘱人是王云樟。从遗嘱中看,王云樟有一兄名王云相,生有四子,但因“祸起萧墙”,仅存幼子王腾富。王云樟自己生有一儿一女。女儿嫁给程鹤林为妻,儿子王腾周娶妻洪氏,生有一子王世荣。世荣3岁时王腾周去世。现世荣才7岁。一旦王云樟去世,家里只有老妻和儿媳两个女流,侄儿王腾富尚未成年,也不能有所照应。幸好儿媳洪氏矢志守寡,于是王云樟立遗嘱将所有产业托付洪氏,嘱咐她“孝顺老姑,抚养幼子”。

另外,婺源县十七都一图的洪氏文书中,又见一件托孤遗嘱。(11)与王云樟托孤遗嘱不同的是,这件托孤遗嘱是将孤子托付女婿照管,两份遗嘱正可相互参看。兹摘录文字于下:

立遗嘱人洪廷勳,愿(缘)吾生运不辰,幼历艰辛,父经营颇置微产。殊有三弟廷劲,乐享安然

之福，以致世故不谙。阉分产业，废弃殆尽。入于下流，结匪窝赌以为正务，蟹横作中以聊生。吾谊手足情，不得已惇诚有之。不期迷而不悟，反与吾仇，常怀以象报舜之心。二弟廷勳，细密洞悉，默而不语，且见如斯之徒，避免招尤，兼之尚有成壮二子。三弟心略倜然，莫甚敢侮。乃吾之不幸也，仅有一子，娶媳汪氏。虽生一孙，媳即云亡。继娶胡氏，又产一男，谁知子半岁抱病物故。乾隆三十三年又遭回禄，复穿节舍，尚未椽瓦，装垫倾颓，祸及汪甥被压毙命。继媳再醮，长孙又亡。重重灾险，闻者伤心，见者堕泪。吾心刀割，郁成痼症。又加年老痼疾相攻，气息奄奄，命如丝悬焉。知本年五月念三，又被三弟拳伤胸前。随投药族，殊药族莫不敢撻，默默不言。奈病症渐加，缠绵床第。一段冤情，无可报雪。吾今之死，十无一生。孙儿福荣年仅十龄，茕茕一线。犹恐遭其荼毒。左思右想，无以寄托。惟吾长婿林君阳，为人中正，朴质至诚。且共一村，深知吾苦。惟恐迁仇，畏不肯任，族不敢前。是以央集眷戚，将吾微产开列于后，所有契约俱托长婿收执，代为调剂。倘得幼孙成立，匪惟吾感九泉，则吾祖亦当衔结。其田地、山场，每年出息，听吾喜与幼孙自收度活。本家内外人等倘有欺孙强夺，务望执此阉公拯救。是嘱。（下略）

从洪廷勳遗嘱看，洪廷勳本有两个弟弟，三弟洪廷劲与其不睦，曾拳脚相向。二弟和族人不敢直之。家里长孙夭折，仅存幼孙洪福荣，年仅10岁。廷勳临殁前，担心幼孙“遭其荼毒”。无奈将所有产业及契据托付给女婿林君阳，嘱咐其“代为调剂”。

第三件托孤遗嘱是起草时留下的底稿，(12)有删改文字，且破损较重，兹录校释文字于下：

立遗嘱托孤人曹以玉，蹇遭不辰，自幼失恃，蒙父遗我一经，毕生训蒙，苦难得志。曾自娶游氏，不幸早逝。恨未育男，仅遗一女。今出适开邑下汪宅上，颇为可安。继娶江氏，未育，随带一子，婚书载明，永承曹姓宗祧。今虽年已十二，无如童性未除，未谙世故。前月江氏物故，而余自旧以来，尝抱呃症，拖延至今。况复江氏已亡，少于支持提点。病日渐瘳，料难在世日久。然死生定数，不能强求，所虑余继子兆亨，设余身故，无所依归。意托二兄嫂代为关照，詎料不能领受。今恳托余房侄元里带去扶持照应，蒙已应承。此子倘第能卓志(立?)，自欲回家创立，旺兄不能担阻。余一生大节不能细表。今将父所遗分得余股屋业、山场、家伙等件，逐一缮开于后，并恳托余房长近前，一并托元侄照应。日后本家亲房兄弟子侄，不得藉口外□□□□□□。(中或脱一行)银两俱是会上，未曾上□。曾托里侄□瑗代为料理。倘兆亨自能成立，将此项候会交清之日，付兆亨娶亲，承余门户。而娶亲之日，元侄检点，原物交还，不能阻挡。再余本门清明年头神会等件，亦托其经理，余愿贴谷廿八秤，今秋付元侄收。恐后无凭，立此遗嘱为据。

嘉庆十九年六月 日 立遗嘱托孤人曹以玉(下略)

这份遗嘱文书虽文字有所脱落，但基本内容清楚。是曹以玉将继子兆亨托付侄儿曹元里照管，并将家产俱托付元里。约定兆亨成婚之日，元里应将家产“原物交还”。并将家产中二十八秤田租作为照管的报酬，当年秋收后交元里管业。

以上三份托孤遗嘱的背景，都是家里没有成年男子，但又有未成年子孙。这是托孤遗嘱的要旨所在。如果子孙已成年，只需交付家产，无须托付外人。而如果家里没有子孙，则无所谓托孤，只能通过立继、招赘等来延续家业。所以，托孤遗嘱需要解决的，不是家产的归属问题，而是指定未成年子孙的监护人和委托管理家产。

受托人的身份，按常理来说，应该是本房亲族，如兄弟和成年侄儿等。但洪廷勳遗嘱是托付给女婿，王云樟遗嘱则是托付给儿媳，可见，受托人的身份没有亲族和性别的限制。另外，曹以玉遗嘱显示，托孤遗嘱可以明确约定归还家产和支付报酬等事宜。

(四) 养亲遗嘱

以赡养母亲为内容的遗嘱原件，仅见一例。这件遗嘱出自婺源县十六都一图余氏。这套归户档中有四套阉书，分别立于乾隆三十五年(1770年)、道光十四年(1834年)、同治二年(1863年)和光绪十五年(1889年)，是研究清代中晚期家庭变迁的难得史料。其中，光绪十五年立阉书人为父亲余超远，同时，余超远又写立了一份遗嘱，现摘录如下：(13)

立遗嘱父超远，吾继室许氏，归予卅年，未尝所出。然抚育儿辈，任劳任怨。维持家务，克俭克勤。予晚年薄置产业，均与有力焉。切思人生如白驹过隙，予今六十有奇，而许年未及花甲。设恐先许而逝，不无后顾。兹存产若干，开述于后，以作许暮年口食。俟其百岁之后，或二子瓜分，或存祀祭扫，再作良图。其在之日，二子不得妄生觊觎。如有不遵，以不孝论。今央族叔受周，立

此遗嘱，付许执据。尔二子其勉焉。（下略）

据遗嘱可知，余超远原配早亡，两子年幼。继室许氏无出，扶养儿子成人。余超远在分家之际，担心许氏乏养，故用遗嘱为自己和许氏设立养老产业，约定自己去世，这份产业仍作许氏的“暮年口食”。根据余超远的阉书和遗嘱所列产业细目，养老产与儿子所分家产的份额相当。且阉书和遗嘱均言明养老产待二老身后由儿子们瓜分，是以养老产的归属已定。也就是说，养老产发挥的是赡养老人的功能，并非处分家产。

用遗嘱为遗孀设定养老产是较为特别的情况。许氏若是儿子们的亲生母亲，养老方式或设定养老产业只需写于阉书末尾的批语中，余超远遗嘱其实是养老批语的特殊化。其实，设定养老产只是家产在家属中正常分配的形式之一，除设定养老产业外，为扶养女性家属，如未出嫁女或出嫁后归家的女儿等，均可在阉书批语中注明。如一份阉书在批语中专门为未出嫁女儿设定了扶养的财产：

“新屋下园地，六坝里至路外，至沟，坐与愚女领娣膳食。叮嘱二房在生供食穿衣，亡故后，香烟追远。又批：新屋前步西边楼上房一步，领娣在生安宿，亡故归与二房经管。长、三不得争论。”

(14)给家庭中的女性成员设立一份固定财产，是因为她们不能承继家产。正常情况下，儿子们对于承担赡养或扶养女性家属是无异议的，只有特殊情况下，儿子们才会对这类义务有所懈怠。懈怠与否，端视儿子们与这些家属的亲疏关系了。比如，对亲生父母的赡养，一般是不会有问题的，所以只需通过阉书批语加以明确即可。甚至很多阉书并未约定赡养父母的内容，这不意味着儿子们可推卸赡养义务，相反，恰恰说明赡养义务在这些家庭中不成问题。但对于姐妹，或者像余超远遗嘱中这样的继母，儿子们是否会尽心履行自己的赡养或扶养义务，就要打个问号了。为了更好地保障这些女性家属的利益，才有必要明确她们生前对某些家产的使用权限。笔者认为，这种“拨与”或“坐与”女性家属的财产，并没有脱逸出家产的范畴，更不是什么“女子继承权”。它们的存在，反映了家产的某种重要目的和属性，即家产是服务于整个家庭的，家产负有照顾所有家属包括女性家属的责任。当家产有可能无法共享时，则在家产中设定一份特定财产，以保护女性家属的利益，女性家属去世后，所设定的特定财产会重新回到家产中去。

我们暂且将这种遗嘱定名为养亲遗嘱。所谓的亲，既包括父母亲，又包括其他家属，特别是女性家属。所谓的养，则包括赡养和扶养。这类遗嘱的实例不多，但它的内容可以与阉书批语相互印证，体现了家产关系中的重要内容，是将来综合分析家产性质的重要依据。

(五)例外的遗嘱

本节开始时，笔者曾质疑了刘道胜先生的“收养异姓子遗嘱”可以单独归类的观点。理由是，异姓子收养遗嘱受到清代国家法和立继习惯的阻碍，难以成为普遍的遗嘱行为。这类例外的遗嘱，还有其他的实例，兹摘录原文并加以分析：(15)

立遗嘱人洪兴迁，念兄弟四人，怡怡相处，并无雀角之争。自父见背，弟兄各立田产分均。但今年来长兄故后，家运颠连，命途多舛。恨我生不辰，妻、子独无。年当念六，旧岁以来，灾病临身，百药难效，日见沉重，竟难活命。只得承父阉分之业，面恳庾先叔、汝坚叔、仰泉叔、希彭兄，念我生前亲有兄弟，歿后恐作孤坟。除殡事用，所余之业派分三股，付榜兄、富弟、崇弟三人执业，为我日后挂扫之计，免坟墓之失。遗立合墨三张，并各派分得产业，书此各执一张为照。（下略）

从遗嘱内容看，洪兴迁年方26岁，正值青年，尚未娶妻生子，忽染重病，临终前担心死后无人祭祀，立遗嘱将以前分家所得的产业析为三股，分别给三个亲兄弟管业，嘱咐三兄弟用这些产业祭祀自己，并保护自己的坟墓。

洪兴迁遗嘱反映了古代社会中普遍存在的“事死如生”的祭祀信仰，(16)正是这种死者仍需供养的信仰，构成中国古代宗族制度、家产承继制度、立继制度、祭祀制度的观念基础。所以，这类遗嘱在民间肯定是受尊重的。但清代设立祀产的习惯，要么是父母在分家阉书的批语中设定，要么是子孙以合同形式为祖先设定。一个人没有子孙就设定祀产，是很奇怪的事情，因为没有子孙意味着祭祀无人，要祀产何用？但洪兴迁青年染病，仓猝之间，可能亲房中没有应继人，又不愿在远房中立嗣。他一定是希望将来亲兄弟有了儿子后，可将亲侄立为他的嗣子。同时，他又不希望在立嗣之前祭祀有缺，故不得不采取变通手段，暂时约定由兄弟祭祀他。

值得注意的是，这份遗嘱是以合同（合墨）形式订立的。清代的合同适用范围极广，它既可适用

于一些特定的民事关系，如调换产业、共有产业、合股、分家、禁约等；也可在不特定情形时，用以约定双方或多方之间的解决方案。保障合同得以履行的是古代中国社会特有的信用观念。(17)正因为合同的这一内在价值，使其能够承载各种不特定的民事关系。打个比方说，古代合同就像一个口袋，任何不确定的、无法归类的交易或身份关系都可以装进去。洪兴迁碰到的就是特殊情况。在正常情况下，一个人如果无子，会在年老时预先选立继子，家产、家祀均归继子承受。即使生前未曾立继，只要有遗孀，也可以母命立继。再不然，本房“户绝”后，亲房族人会为其选立继子。但洪兴迁等不及，他怕死后成冻馁之鬼，于是采用了合同加遗嘱的形式来约定兄弟们的祭祀义务。

从礼法的角度看，这一祀产遗嘱是不受承认的。《大清律例·户律》“卑幼私擅用财”律下条例规定：“户绝财产，果无同宗应继之人，所有亲女承受。无女者，听地方官详明上司，酌拨充公。”洪兴迁无儿无女无妻，兄弟与他昭穆不相当，并非“应继人”。若较真起来，须适用上引例文后段的规定，将洪兴迁的家产充公。但实际上，清代适用该条例后段的情况极少，民间的习惯是尽量为绝嗣者立继。所以，这一祀产遗嘱不过是解决了立继前过渡时期的祭祀问题，家祀和家产的归属均处于待定状态。

洪兴迁遗嘱和“异姓子收养遗嘱”一样，都是清代社会中的例外遗嘱，它们之间看似处理不同的事务，但笔者觉得在这两件遗嘱之间存在某种内在的联系，甚至可以将这两份遗嘱归为一类。理由是，这两份遗嘱都是因亲族中无应继人，为避免家的断绝，临终前采取了应急办法，一种是收养异姓子，一种是将家产分送给兄弟，以维持祭祀。维持家产和祭祀这两个理由，是受古人尊重的，只要没人因为争产等原因闹到官府去，这种遗嘱就可维持下去。

这些例外的遗嘱给我们很大的启示，如果把祀产遗嘱和“异姓子收养遗嘱”结合起来看，这类遗嘱明显地与国家法和立继习惯相冲突，但已在民间得到某种程度的承认。它们是否普及尚须确认，但即使作为个案看待，也说明清代社会中已经出现了一种突破旧习的观念形态。这种观念形态还处在或明或暗之中，其中有许多值得注意的一致性，比如，都是与旧的立继习惯相对立；都在试图摆脱国家法对家产的限制，等等。这一突破性质的观念形态究竟有何意义，还需结合更多的材料才能得到阐释。

二、秦汉以来承继制与遗嘱制的变迁

通过整理清代的遗嘱文书实例，对清代遗嘱行为有了基本的分类。通过分类又基本呈现了清代遗嘱的概貌。但是，清代社会仅可视为古代社会的最后一个环节，清代遗嘱究竟在多大程度上可以代表古代中国的遗嘱形态，还是一个问题。为此，需要对秦汉以来的承继制和遗嘱制进行梳理。

“承继”与“继承”不同。“继承”是1911年前后引进的现代法概念。“承继”则是固有法的概念，它是指家产承受和身份继受。(18)二词虽然只是把同样两个字颠倒次序，但继承属于个人财产制范畴，承继属于家产制范畴。讨论中国古代史时，用“承继”一词较妥。而且，即使“承继”也只是统称词，具体到不同朝代，也不一定准确。比如汉代的立后制，常用的是“立嗣”、“立后”、“置后”、“户后”等词。甚至在同一时期，用词也不见得统一，如明清表达“承继”时常用“承受”、“承分”、“应继”、“有分”等，并常单独用“承”、“继”二字。所以，使用“承继制”只是在古代众多专用词中挑选一个作为统称。

(一) 秦汉的立后制与遗嘱

秦汉时期的承继制度主要包括分家制和立后制。秦国颁布“分异令”后，在国家制度层面确立了分家制。学界对“分异令”已很熟悉，“分异令”标志着中国古代财产制进入家产制阶段。理由是，如果把有子家庭算作正常家庭的话，那么，只要分家制有效，中国的家庭形态就只能以二至三代的小家庭为主。(19)可以说，“分异令”是先秦宗族社会开始向秦以后小家庭社会演变的标志。到了汉代，出土的《二年律令·户律》表明，国家继续推行分家制，(20)民间不但在父母死后分家，且流行“生分”即生前分家的习俗。(21)因此，讨论秦汉承继制重在立后制，即规范无子家庭的家产承继制度。张家山二四七号汉墓竹简显示了汉代国家对无子立后有严格的制度，大致可分为两种：一是为有爵者“置后”，也称“立嗣”，因与本文联系不紧密，暂略；二是无爵者的“户后”制。

汉代的“户后”制，可称“代户”制。“户后”是从户的传承角度，“代户”则是从户籍上代名的角度。《二年律令·户律》中规定“为人妻者不得为户”，(22)可知有丈夫时，汉代户籍制不允许妻子单独立户。关于“户后”制的律文有二，一在《二年律令·置后律》中，一在《奏谳书》中。两处内容可相互印证。其中，《置后律》中“户后制”的规定集中在第三七六至第三八三简：(23)

“死，其寡有遗腹者，须遗腹产，乃以律为置爵、户后。”(三七六)

“父母及妻不幸死者已葬卅日，子、同产、大父母、父母之同产十五日之官。”(三七七)

“同产相为后，先以同居，毋同居乃以不同居，皆先以长者。其或异母，虽长，先以同母者。”(三七八)

“死母子男代户，令父若母，毋父母令寡，毋寡令女，毋女令孙，毋孙令耳孙，毋耳孙令大父母，毋大父母令同产子代户。同产子代户，必同居数。弃妻子不得与后妻子争后。后妻母子男为后，乃以弃妻子男。”(三七九—三八一)

“死母后而有奴婢者，免奴婢以为庶人，以庶人律□之其主田宅及余财。奴婢多，代户者毋过一人，先用劳久、有□□子若主所言吏者”(三八二—三八三)

《奏谳书》中所引律文极重要，摘录如下：(24)

“故律曰：死夫(?)以男为后。毋男以父母，毋父母以妻，毋妻以子女为后。”

《奏谳书》援引的律文，很可能是《户律》律文的佚文。文字虽短，却应视为“户后”制的大原则，即户主死后，“以男为后”，“男”是指亲子；无亲子时，父母在，父母均“户后”；无父母以妻子；无妻子，则以“子女”，此处“子女”指女儿。

《置后律》的律文则是对《奏谳书》所引律文的有效补充，规范的是原则以外的情形。最重要的是第三七九至第三八一简，其中，“死母子男代户，令父若母，毋父母令寡，毋寡令女。”这一段与《奏谳书》所引律文小有差异，但意思相同。后面接着说如果连女儿也无，则由孙子代户；无孙则由耳孙(曾孙及其以下)；无耳孙由大父母；无大父母由“同产子”即兄弟之子代户。但“同产之子”必须曾经同居过。到这里，汉代的代户次序就算结束了。下面一句“弃妻子不得与后妻子争后。后妻母子男为后，乃以弃妻子男。”是又回头来交代以“子男”代户的规则，意思是，当“弃妻”(休弃之妻)有子和“后妻”(同居之妻)也有子时，“弃妻”之子不得与“后妻”之子争后。但是“后妻”无子，则以“弃妻子”为后。所谓“弃妻子”当是亲生子，而非“弃妻”与他人所生之子，否则难以享有与“后妻子”争后的资格。

除此以外，《置后律》还补充规范了一种情形，即“同产相为后”。“同产”即同母兄弟，(25)同母兄弟谓之“同产”，是他们曾经“同居”且“同产”。同母兄弟又分“同居”与“不同居”。“不同居”是指已分家的兄弟。

《二年律令》中反映的汉代“户后”制与后世立继制相较，差别极大。后世立继制的大原则是下辈对上辈的承继。同辈如兄弟，上辈如父母、大父母，均非“应继人”。而“户后”制则彻底贯彻“同居共财”原则，是中国国家产制的原型。看似杂乱的“户后”资格人，其实都以“同居”人为标准范围。超出这个范围，就不再有“代户”资格。比如，“同产”可以“相为后”，因为“同产”必定同居过。但“同产子”则未必，所以，律文规定“同产子代户，必以同居数”。“数”即户籍文簿，秦汉时又称“名数”，(26)曹魏时徐干《中论》又称“民数”。(27)据此，必须是在国家户籍上显示同居的“同产子”，才有代户资格。总之，“代户”资格人有三种：一是直系血亲，如子(含“弃妻子”)、孙、耳孙、女、父母、大父母等；二是配偶；三是旁系血亲，但仅限于“同产”和“同居数”的“同产子”。以上三种“代户”资格人，均以“同居”为准。可见，要把握这个制度，核心是“同居”概念。相较于“户后”制，后世虽仍声称以“同居共财”为原则，但已偏离较远。故要理解古代中国国家产制，还须以汉代为原型。

之所以要详细阐述汉代的户后制，是因为户后制直接关联着“母后”制。“母后”即无后，故也可称“无后制”。汉代所谓“无后”类似唐代的“绝户”，但适用范围不同。汉代“户后”制以“同居”为原则，能够为“户后”的，到“同产子”就划断了，再以外的人，即使有服制关系，也不能为“户后”。故所谓“无后”，并非宗族内无人，而是小的家户内无人了，这与后世因宗族内无“应继人”而“绝户”是不同的。按照上引《置后律》的最后一条，汉代无后者的家产，由奴婢免为庶人以代户。

我们都知道，汉代有“遗令”、“遗教”、“遗命”等称谓，既然有子的家庭通过分家来承继家产，无子家庭通过立后来承继家产，无后时又以奴婢为后。那么，汉代的“遗令”究竟处理哪些事务呢？以《后汉书》为例，可以发现，这些“遗令”、“遗教”大多用以表达个人志向或个人安葬事宜等，(28)一般不用来处理财产或身份的事务。(29)

认为汉代有遗嘱继承制度的学者，一般也不将正史中的“遗令”、“遗教”等看作汉代遗嘱继承的例子，但因为江苏扬州胥浦出土了“先令券书”，(30)遂把“先令”一词视为汉代遗嘱继承的证据。其实，这是进了另一个误区。“先令”一词在《汉书》中多见。如《景十三王传》记载，平干王刘元“病先令，令能为乐奴婢从死，胁迫自杀者凡十六人”。师古注：“先令者，预为遗令也。能为乐，做乐之人也。从死，以殉葬也。”可知，仅就“先令”一词而言，涵义与“遗令”相当，也不一定就是专门处分财产的文书形式。从平干王的先令来看，内容也与财产处分无关。这还可与《汉书》中其余两个“先令”的例子相印证。其中，杨王孙的先令是要裸葬；(31)何并的先令则是不受“法贖”和“葬为小棺”。(32)这些“先令”与赵嘉的遗令、穆姜的遗教等相比，没有太大的差别。

即使胥浦出土的“先令券书”，经魏道明先生的研究，已经指出“这份文书自然也非朱凌处分己身财产的遗嘱，只是归还公文产业的见证书。若以此例认定汉代有遗嘱继承制度，无疑是指鹿为马。”(33)曹旅宁先生在同意这一结论的基础上，进一步分析了用以印证“先令券书”的东汉光和五年的四川云阳《金广延母徐氏纪产碑》，“也只是一块家产析细见证碑，根本不是什么遗嘱。”(34)

事实上，对于“先令券书”的内容，最权威的印证材料应是《二年律令·户律》：“民欲先令相分田宅、奴婢、财物，乡部嗇夫身听其令，皆参辨券书之，辄上如户籍。”(35)由此可知，汉代的“先令”作为法律规范用语时，紧接的就是“相分”一词，是指户主生前主持分家的情形。“先令相分”也可视为是汉代允许生前分户的国家制度。所以，田昌五、安作璋的《秦汉史》修订本仅将“先令相分”解释为遗嘱分家制度，(36)这就与通常意义上的遗嘱继承制度区别开来了。

在汉代是否有遗嘱继承的问题上，笔者同意曹旅宁先生的结论：“总的说起来，从张家山汉律中我们可以窥见秦汉时期法定身份继承以及以析产均业为办法的财产继承制度，但是未见到遗嘱继承制度。”(37)

需要强调的是，虽然其他史料或事例可以说明汉代没有遗嘱处分财产的情形，但最重要的是，按照汉代“毋后”制的规定，已可排除这种可能。汉代户后制以“同居”为原则，没有辈分和性别的限制，看起来立后的范围很宽松。但这个制度也有它严格的一面，就是禁止在不“同居”的人中“立后”。所以，只要“同居”家属均亡故，就会面临类似后代“绝户”的问题。如何处理无后家庭的家产，则取决于国家的态度。汉律以奴婢免为庶人“代户”，可能也是因为“奴婢”曾与死者“同居”，这就堵住了遗嘱处分家产的可能。所以，只要理解汉代制度的内在逻辑，即可得出汉代不存在处分家产的遗嘱的结论。

(二)唐宋承继制与“户绝”遗嘱制

汉代以“生分”为陋习，至曹魏“除异子之科，使父子无异财”（《晋书·刑法志》），仅允许父母死后分家。故魏晋以后，分家制较严。至唐，“生分”之禁稍弛，仍允许父母亡后兄弟别立户籍。《唐律疏议·户婚》“相冒合户”条疏议：“‘应别’，谓父母终亡，服纪已阕，兄弟欲别者。”不过，唐代虽不允许父母在世“异财”，但父母令“异财”者不限，(38)这与汉制相通。如果不是父母令“异财”，则父祖亡后异居分炊3年以上，兄弟始能均分家产。(39)宋沿唐制。到元代，民俗以父母在而分家为常态。《通制条格》卷三《户令》“亲在分居”：“如祖父母、父母在，许、令支析者，听。违者治罪。”其中“许令”二字为明清律文所沿袭。(40)与《唐律疏议》“令异财”相比，仅一字之差，却可证元明清分家制宽于唐代。因为“许”字是对子孙的请求而言，有请求才有许可。唐律惟有“令”字，则父母不令异财，子孙不敢自请。不过，虽有这些差别，自秦汉经唐宋至明清，分家制是一贯的。

后汉至晋之间法令亡佚太多，国家何时允许民人立嗣，暂不可考。唐代立嗣制与汉代立后制的差别很大。汉代的立嗣制，指的是为有爵者或大宗立嗣，如《汉书·文帝纪》：“立嗣必子，所从来远矣。高帝始平天下，建诸侯，为帝者太祖。诸侯王、列侯始受国者亦皆为其国祖。子孙继嗣，世

世不绝，天下之大义也。”这是为帝王诸侯立嗣或置后。又《汉书·宣帝纪》有：“大毋嗣，择支子孙贤者为嗣。”至东晋，令文有：“无子而养人子，以续亡者后。”(41)这是较早允许平民养子为后的令文，但晋代“养人子”关于血缘、身份、姓氏等限制已不详。唐令无子时养子，已明确以“同宗”和“昭穆相当”为原则，《户令》曰：“无子者，听养同宗于昭穆相当者。”(42)可见，唐代所谓的“养子”就是后来之嗣子。此令明确针对平民，已经突破了汉律严守的“同居共财”原则。

唐代的立嗣制限制辈分和性别，与汉代限制“同居”相比，效果相当。但唐律有“养杂户男为子孙”律，禁止以部曲、奴、杂户为子孙，这就严于汉制了。再从后世来看，明代近亲中若无“应继人”，“许择立远房及同姓为嗣”，也宽于唐代。这些都说明，唐代处于户后制向立嗣制转型的初期，其制严于前后时代。可想而知，在这一严格的立嗣制下，“户绝”现象自然较为普遍。因此，唐《丧葬令》允许“户绝”遗嘱，也在情理之中了。

不过，唐宋的分家制与立嗣制均严于前后时代，又是唐宋时期看重家产的明证。既然如此，说唐宋法令允许家长置家庭成员于不顾，去世时可以用遗嘱把家产赠与外人，则断不敢信。姜文在唐宋遗嘱史料方面搜罗细致，借这些事例，可对唐宋遗嘱再作考察。

姜文列举了《敦煌契约文书辑校》中遗书样文5道。(43)经核对原文，辨析如下：

1. 斯6537背。编者定名为“遗书样文”。内有“对兄弟子侄诸亲等遗嘱”和“一一各支分数”等语。显然是分家遗嘱。

2. 斯0343。编者定名为“析产遗书样文”。内有“所有家产，田庄、畜牧、什物等，已上并以分配”等语。编者定名甚是。

3. 伯4001。编者定名为“遗书样文”。内容有“对兄弟子侄诸亲等”和“抄录支分如后”等语；且末尾又有“某年月日，某甲遗书一道。分书一道”。确是分家遗嘱。

4. 斯6537背。编者定名为“慈父遗书样文”。内有两道遗书。第一道是书信体，想是儿子不在身边，内容是嘱咐儿子“但自努力”和“卖买切莫执定”等语，不涉财产事；第二道有“谨例舍田、家产、畜牧等，及忆念录依后耳。长男△甲，次男△甲，某女。右通前当自己内分配”。显然是分家遗嘱，并涉及安顿一女。

5. 斯5647。编者定名为“遗书样文”。内有遗书两道。第一道，内容有“今对六亲，分割为定。及男女记数。右件分割，准吾遗嘱，分配为定”是分家遗嘱无疑；第二道是书信体，内容是嘱咐儿子“庭训立身，汝须莫忘”和“汝等若有孝道之心，多修福力，以荐亡人”等语，不涉家产处分。

以上五件文书，共录七道遗嘱。其中两道为书信体，是嘱咐儿子好自珍重，不涉家产事。另五道均为分家遗嘱，可视为汉代“先令券书”即分家遗嘱之遗制。从汉之“先令券书”，经唐之分家遗嘱，到清代阉书遗嘱，性质均属一贯。对此类文书，若忽略分家制则无法理解。另外，这五道遗嘱样文，确可说明唐五代时期流行遗嘱分家的习俗。依唐律，子孙不敢自请分家，唐代又有禁止子孙服丧期间分家的明文，故父母临终前遗嘱分家定然普遍。

姜文又举史料中七条事例，证明家长自由遗嘱的七种情形：一是用遗嘱剥夺儿子遗产；二是“遗嘱中诸子均分一部分财物，而其余财产嘱与他人”；三是“除承分人外，将部分财物嘱与非承分人的侄子”；四是“因承分人不孝，将承佃权嘱与婿”；五是“有子，将部分财产以嫁资的形式遗嘱与婿”；六是“有养子，将部分财物遗嘱与女”；七是“妻在，夫将财产遗嘱与妹和女”。

第一、二、三例都有诸子，均适用分家制无疑。但分家制与道德行为不冲突。石苞分家“独不及崇”，重点在于石崇让产，是儿子虽应分得家产，却主动放弃。与著名的薛包让产，属同一性质。第二例，刘弘基散施家财，其重点不在遗赠而在施赈，但前提是保证了“诸子奴婢各15人，良田五顷”。施赈在汉时已有，自魏晋以迄隋唐，其性质正如日本学者谷川道雄所说的，赈恤乡里是名望家之家政，(44)也可视为名望家的正常馈赠，而非遗嘱继承的例子。第三例姚崇主持子侄分家，姜文判断其“在遗嘱中指定继承人包括诸侄儿，超出法定继承人的范围”。其实要解释这个故事，需弄清姚崇兄弟曾否分家。兄弟分家后不再共财；反之，则仍属“同居共财”，此所谓“兄弟亡者，子承父分”（《唐律疏议·户婚律》“同居卑幼私擅用财”条疏议），若姚崇并未分家，侄子是当然的承分人，谈不上指定继承。

第四至第七的案例，均出自《名公书判清明集》。第四例，王万孙因儿子不孝，夫妻二人只好“依栖女婿”，并将职田承佃权嘱与女婿。此案看似将家产遗赠外人，其实只是将部分家产拨分女婿。儿子不奉养父母，已违刑律。父母依倚女婿，是与女婿同居而组成了新的小家庭，酌分财产给女婿，并不违反“同居共财”原则。清代有类似规定可参看。(45)

第五例不属遗嘱处分财产问题。该案中，牛大同葬母之山是妻子嫁奁。原文说“居茂既以遗嘱与之”，又说“况将遗嘱辨验，委是居茂生前撰拨与女舍娘充嫁资”以及“令牛大同凭遗嘱管业”等语，均说明所拨财产乃嫁奁，遗嘱提到嫁奁，是为女婿留下管业的书面证据。

第六案是郑应辰无嗣，过房一养子，遗嘱将少量家产拨与亲生二女。判词中未明示亲女出嫁否，但确知该案无法律可依。依宋代法律，在室女和赘婿均可分得家产，此亲生二女既然不能依法继承，必是出嫁女无疑。姜文认为出嫁女应分家产，依据是“遗嘱财产，养子与赘婿均给”的条文，其实“赘婿”是“同居”之人，与出嫁女不同。判词说：“县丞所断，不记其家业之厚薄，分受之多寡，乃徒较其遗嘱之是非。”可知县丞依法否定了遗嘱的效力。但《名公书判清明集》所收判词，特点在于体现“法意、人情实同一体”，(46)这个判决是在考虑“义利之去就”后，违法意而顺人情的结果。故此案恰恰反证了，宋代律法不允许用遗嘱将家产分给出嫁女。出嫁女尚不能遗赠家产，其他外人更可想而知了。

第七例属“户绝”案例。判词中“徐二宜立嗣而不立嗣者”一语是明证。这种情况正该适用唐宋“户绝”遗嘱的条文，即唐代《丧葬令》：(47)“诸身丧户绝者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、资财，并令近亲(亲依本服，不以出降)转易货卖，将营葬事及量营功德之外，余财并与女(户虽同，资财先别者，亦准此)；无女，均人以次近亲；无亲戚者，官为检校。若亡人存日，自有遗嘱处分，证验分明者，不用此令。”

徐二将家业遗嘱给亲女和亲妹，并“经官投印”，既符合“余财并与女”，又符合“自有遗嘱处分，证验分明者，不用此令”，官府当然承认这份遗嘱的效力。姜文不引此令，转引日本《养老令》，判断寡妻应承受家产的三分之二，实有不察。

考察唐宋事例，无法得出家长能用遗嘱自由处分财产的结论，反而证明唐宋法令不许遗赠家产给出嫁女(“户绝”除外)。《丧葬令》虽允许死者遗赠“户绝”财产，但“户绝”就是“断子绝孙”。“户绝”遗嘱是没有应继人时，死者“散尽家产”的无奈之举。姜文认为“户绝”遗嘱体现了遗嘱自由，这是对遗嘱自由的错误认识，下文还将详论。

(三)明清立继制与遗嘱制

明代立继，必须“昭穆相当”，严禁“尊卑失序”。(48)《大明律》“立嫡子违法”律文“附考”有增例曰：“军民无子立嗣，务要遵照律例，其间有择立贤能或亲爱者，亦要昭穆相当，伦序不失，如违者，令改正。”可见，“昭穆相当”和“伦序不失”是明清立嗣的大原则。“昭穆相当”指“应继人”须是下辈。“伦序不失”是指必须按次序选立“应继人”。《明令》和清代条例(《大清律例》“立嫡子违法”)规定的立继次序为：“无子者，许令同宗昭穆相当之侄承继，先尽同父周亲，次及大功、小功、缌麻。如俱无，方许择立远房及同姓为嗣。”此外，相同服制中选立“应继人”，则另有次序规则。(49)立嗣依照“昭穆相当”和“伦序不失”的原则，就叫“序立”，否则就是“抱继”或“换继”。

在“序立”之外，明清允许“爱继”和“兼祧”，仍必须“昭穆相当”，所以虽宽于唐宋，但还是可能无“应继人”。同时，明清两代均不许“存养奴婢”(“立嫡子违法”律)，也是从身份上限制了“应继人”的范围。宋代中期开始，推行“官为检校”之法，将“户绝”财产没收，“召佃收租”或“尽行出卖”，以应对财政困难。(50)元明清沿用之。(51)也就是说，当“户绝”发生后，家长已没有资格“散尽家产”。这样，唐代的“户绝”遗嘱条文，已经失去了依据，故从制度的内在逻辑已可知，元明清绝无“户绝”遗嘱制。

综上，秦汉时期，“毋后”时由奴仆“代户”；元明清时期，“户绝”财产原则上“入官”。仅唐与宋初，有“户绝”遗嘱制。观察承继制的发展脉络，可以发现基本原则贯彻其中。这个基本原则包括两个方面，一是家产的目的在于保障家和家人的生存与发展；二是在没有“同居”人或家人时，外人不能承受家产。围绕着这两个基本原则，承继制的具体内容代有增损。汉代是严格以“同居”为标准来定义家人，没有“同居”人时称“毋后”，此时，家在事实上已消亡。剩余的家

产，国家让奴婢“代户”，这一措施主要是为了保证国家的户数和税赋不至于减少。由于户后制在家人的定义上过于严格，汉晋之间在民间发展出立嗣制或立继制，就是要把未同居的族人用拟制的方式转化为家人，这看似突破了“同居”原则，实际仍受“同居”原则的约束，由于唐代对嗣子资格定义过严，“户绝”现象很普遍，国家开始同意“户绝”遗嘱，但到宋代则逐渐取消“户绝”遗嘱，转而采用“检校”制，实际是通过没收“户绝”家产来增加国家收入。

立继制一旦独立出来，就有了自身发展的逻辑。它强化男性子孙在家中的重要性，逐渐排除了女性家属承家的资格。但是，即使立继制发展到它烂熟的阶段，“同居”原则仍然时隐时现地体现其中。比如，明清时，无“应继人”，亲女承受家产，不问亲女是否出嫁。一般认为，这应该算是女子享有继承权的证据了。其实《大明令》说得很清楚，亲女只是“承分人”，而非“应继之人”。只剩亲女时，就算“户绝”了，也就是家作为一个实体已经消亡。但自汉代以来，家一旦消亡，家产就从家中分离出来，成为“无主物”，其归属端视国家法如何规定。亲女所承的只是“户绝财产”，而不是承受的家。(52)但即使如此，亲女何以享有“承分”资格呢？只有一个理由，因为她是或曾经是“同居”人，这又让人再次想起了汉代盛行的“同居共财”制。

下一页

(编辑: 张洁)