

## 第一章 序論

從法史學研究的角度來看，中國的歷史，按照其運行的法制系譜，至少可以區隔為傳統法和繼受法兩個時期，而以晚清的變法修律作為分水嶺。在晚清至民國初年之間，官方開始全面性地進行以近代歐陸法為師的法律繼受，中國的法制發展，進入了歷史上擺盪最劇烈的變革期。

所謂的「法律繼受」(Reception of Law)，最廣義地說，乃指一個社會基於外在壓力或內部需求等因素，而接受其它社會之法律規範、法律制度乃至法律思想、法律意識的過程，亦即特定法律文化自某一社會移轉到其它社會的一種現象。<sup>1</sup>晚清民初時期的法律繼受，主要即是由當時的政府透過立法與司法的途徑，將源起於近代歐西的法律制度引進中國。在清之季，是以沈家本(1840-1913)等人領銜的修訂法律館為核心，大量地擬訂新式法典及草案。迨至民國初年，除有法典編纂會、法律編查會、修訂法律館等專責機構持續編修法律外，<sup>2</sup>另有最高審判機關——大理院(1912-1928)<sup>3</sup>——透過判決例與解釋例，以先行者的角

<sup>1</sup> 參閱黃源盛，〈晚清與日本刑事立法近代化的比較〉，收錄於氏著，《法律繼受與近代中國法》(台北：元照出版社，2007年3月)，頁348；木村敬郎，〈法の継受〉，收錄於伊藤正己編，《外国法と日本法》(東京都：岩波書店，1966年3月)，頁115-116。

<sup>2</sup> 參閱楊幼炯，〈中國司法制度之縱的觀察〉，載於中華民國法學會編，《中華法學雜誌》(上海：大東書局)，第1卷第5、6號，1937年，頁34-35。

<sup>3</sup> 光緒三十二年九月，清廷釐定官制，發布上諭將原大理寺改為大理院，專掌審判。迨宣統元年十二月(1910年2月)，《法院編制法》正式頒行，復明訂大理院為掌管全國民、刑事訴訟的最高審判衙門。民國肇建後，根據元年三月十日發布的大總統令，前述《法院編制法》得到沿用，晚清設立的大理院及下級司法審判機關亦繼續維持。同年五月十八日，袁世凱又發布大總統令，改大理院正卿名稱為大理院院長，並任命許世英為首任院長。雖然民國初年的政局頗為混亂，多股地方勢力各自盤踞，不過，各省的高等審判廳在政治分裂的情況下，基本上仍奉大理院為民、刑審判的終審機關。直到民國八年三月五日，南方的護法軍政府設立廣州大理院，與北京遙遙相抗，廣東、雲南等地才逐漸中斷了和北京大理院的審判業務往來。民國十六年，國民政府遷至武漢，三月間，於武漢設置最高法院，而廣州大理院則改制為最高法院廣東分院。嗣國府定都南京，於十六年十一月十七日成立南京最高法院，並於十二月接收武漢最高法院。十七年六月北伐成功後，北京大理院為國民政府接收，自此，乃在中國司法的舞台正式閉幕。詳參閱居正，《三年來之最高法院》(北京：北京大學法學院圖書館館藏，出版者及出版時間不詳)，頁1；耿文田，《中國之司法》(北京：北京大學法學院圖書館館藏，出版者及出版時間

色，共同推動中國法律的近代化。這些繼受外國法制的工程，非但規模浩大，並且影響深遠，迄今台灣社會所運作的法律制度，其雛形大抵成就於此期。<sup>4</sup>為了能夠通盤地瞭解現行法制的來龍去脈，並且進一步提供自我反思的經驗資源，就這些相關的課題加以探究，實有其重要性。

## 第一節 研究動機與問題意識

在晚清民初法律繼受的諸多現象裡，最引本文關注的，是當中親子法律規範的變化，尤其是近代歐陸親權制度被引進中國的情形。箇中原因，係由於親子規範在傳統中國的法制裡，具有關鍵的地位，其變革牽涉重大。茲詳述如下：

### 第一項 研究動機

按照學者的研究，傳統中國法制發展到唐代時，確立了「禮教立法」的傳統。所謂的「禮教立法」，意指禮教是法制施行的終極目標，律法僅被視作實現禮教的手段，正如《唐律疏議》所云：「德禮為政教之本，刑罰為政教之用。」<sup>5</sup>律法

---

不詳)，頁 12、33；黃源盛，〈民初大理院（1912-1928）〉，收錄於氏著，《民初法律變遷與裁判》（台北：國立政治大學法學叢書 47，2000 年 4 月），頁 15-23；胡震，〈南北分裂時期之廣州大理院（1919-1925）〉，載於《中外法學》（北京：北京大學出版社），第 18 卷第 3 期，2006 年 12 月，323-336。本文研究之大理院相關司法檔案，其審理機關指北京大理院而言，不包括民國八年三月以後設立之廣州大理院。

<sup>4</sup> 例如：從立法的層面來看，台灣現行「六法體系」中的許多重要法律，如民、刑法與訴訟法等，乃是在晚清民國時期編訂的各部草案基礎上，輾轉修訂而來。再以司法的層面而言，民國初年大理院的許多判例見解，為後來成立的最高法院所遵循，而最高法院沿襲自大理院的見解中，若干內容仍影響今日的學術界和實務界。舉例而言，關於民法上習慣法的成立要件，大理院二年上字第三號民事判例要旨謂：「凡習慣法成立之要件有四：（一）有內部要素，即人人有確信以為法之心。（二）有外部要素，即於一定期間內就同一事項反覆為同一之行爲。（三）係法令所未規定之事項。（四）無背於公共之秩序及利益。」此項見解，至今仍為學說和實務所接受。上述判例要旨內容，參閱郭衛編輯，《大理院判決例全書》（台北：司法院秘書處重印，1978 年 4 月），頁 29。

<sup>5</sup> 參閱唐·長孫無忌，《唐律疏議》（台北：台灣商務印書館，1990 年 12 月），頁 11。

的內容與精神，無一不受到禮教的支配，於是形成了「出禮入刑」的禮法觀。<sup>6</sup>

禮教即「綱常名教」，包括三綱、五常及聖賢透過經典所傳達的道德教喻，在最廣泛的意義下，其所指的其實就是作為一個人在社會生活中，所應當要循守的一切行為準則。倘若進一步地歸結，禮教的核心，乃是「君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱」的三綱人倫。<sup>7</sup>而在三綱當中，「父為子綱」常被視為「君為臣綱」與「夫為妻綱」的樞紐，具有相當重要的地位。由於傳統法制的首要目標在於維繫三綱人倫，而三綱中的「父為子綱」涉及的是親子之間的互動，故傳統法中的親子規範，成為整體法制中極為核心且不能輕易動搖的部分。

然則，晚清民初時期對於歐陸親權制度的繼受，即是就既有親子法規範進行的一項變革。由於這項變革直接挑戰傳統法制的核心價值，因此，其間所呈現出的現象究竟為何，不免令人感到好奇。

## 第二項 問題意識

一八四〇年以後，清廷面對中英鴉片戰爭及接下來的幾場重要戰役連連失利，導致多國勢力接踵而來，強簽不平等條約。中國被迫開放通商口岸，並接受割地賠款、劃定租借地、協定關稅稅率以及設定領事裁判權等不合理要求。在此情勢下，國家的主權、經濟與司法等多方面皆遭受嚴重的打擊，民族自信心亦跌落谷底。為挽救風雨飄搖之國勢，清廷不得不模範列強，展開法政的全面革新。在法律規範方面，於光緒二十八年（1902）下詔變法，<sup>8</sup>命沈家本、伍廷芳

---

<sup>6</sup> 不過，這並非指律的內容除了禮教規範外，別無其它，也不是說所有禮教道德全部都會成為律的內容，而是指禮教主導著律的精神，律典中瀰漫禮教的色彩。參閱黃源盛，〈唐律中的禮教法律思想〉，收錄於氏著，《中國傳統法制與思想》（台北：五南圖書公司，1998年10月），頁181-182。

<sup>7</sup> 參閱瞿同祖，《中國法律與中國社會》（台北：里仁書局，1994年10月），頁361-371；甘懷真，〈《唐律》「罪」的觀念〉，載於《中西法律傳統》（北京：北京大學出版社），第6卷，2008年1月，頁88-89。

<sup>8</sup> 關於晚清變法的動因，法史學界向來將撤廢領事裁判權的目的視為其中最重要者。這種主張的依據，乃光緒二十八年《中英續議通商行船條約》中約定：「俟查悉中國律例情形及其審斷辦法，及一切相關事宜皆臻妥善，英國即允棄其治外法權。」其後各國先後許有相同的承諾。此

(1842-1923) 主持新律之修訂。<sup>9</sup>

沈、伍二人銜命之後，仿效當時的歐陸與日本法制，從事刪訂舊律及研擬新式法典的工作，在短短數年間，編修法律的成績斐然。一方面，其以《大清律例》為底本，刪修完成帝制中國最後一部正式施行的刑法典《大清現行刑律》<sup>10</sup>，作為新舊兩時期暫時過渡之用；同時間，又至少編訂了《刑事民事訴訟法》、《大清商律》、《大清民律》、《大清刑事訴訟律》、《大清民事訴訟律》等多部新法的草案，並使清室得以陸續頒布《破產律》(1906)、《違警律》(1908)、《法院編制法》(1910) 以及《大清新刑律》(1911)<sup>11</sup>等重要的法律。

關於親子法規範的革新，修訂法律館在草擬的《大清民律草案》中設置了「親權」的專節規定，試圖引進近代歐陸的親權制度。不過，由於新律的修訂遭到禮

---

外，法理派的言論中，亦輒以廢除領事裁判權作為新律必須通過的理由。不過，近來中國大陸學者高漢成先生重新釐清史料，主張以廢除領事裁判權作為變法主因的傳統說法並不可採，因為早在《中英續議通商行船條約》簽訂之前，慈禧就已經下達了變法修律的詔諭，而且從正式的官方文件中，也看不出清廷果真相信變法能廢除領事裁判權。高氏進而認為，沈家本等法理派人士，其推動變法的目的，乃在於「折衝樽俎，模範列強」，推進中國法律的近代化。而「修律以廢除領事裁判權」的說法，只是要以愛國主義作為旗幟，減少來自反對改革陣營的阻力。有關晚清變法原因的詳細討論，參閱黃源盛，〈晚清法制近代化的動因及其開展〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》，頁 47-65；李啓成，《晚清各級審判廳研究》（北京：北京大學出版社，2004 年 6 月），頁 32-46；高尚，〈清末修律變法與法律移植——移植與變法的具體分析〉，收錄於何勤華主編，《法的移植與法的本土化》（北京：法律出版社，2001 年 5 月），74-76；高漢成，《簽註視野下的大清刑律草案研究》（北京：中國社會科學院出版社，2007 年 2 月），頁 14-37。

<sup>9</sup> 晚清擔任修訂法律大臣者，自光緒三十二年（1906）起，除沈家本與伍廷芳二人外，另加入俞廉三與英瑞。光緒三十三年八月以後，伍廷芳因奉旨充任美國、墨西哥、秘魯、古巴大臣，是以去職。至宣統三年（1911）二月之際，沈家本復由劉若曾取代。參閱張禮恒，《從西方到東方——伍廷芳與中國近代社會的演進》（北京：商務印書館，2002 年 6 月），頁 201、405；錢實甫，《清季新設職官年表》（北京：中華書局，1977 年 9 月），頁 57。

<sup>10</sup> 《大清現行刑律》於宣統二年四月（1910 年 5 月）頒行，關於其編修之詳細情形，參閱黃源盛，〈帝制中國最後一部傳統刑法典——兼論晚清刑事法近代化的過渡〉，收錄於《刑事法學之理想與探索（四）——甘添貴教授祝壽論文集》（台北：學林出版社，2002 年 3 月），頁 509-533；秦尚志，《中國法制及法律思想史講話》（台北：水牛出版社，1966 年 11 月），頁 156-163。

<sup>11</sup> 經學者考證，《大清新刑律》的正式名稱，應為《大清刑律》，而中國政法大學圖書館亦典藏有宣統三年六月刊印的《欽定大清刑律》。但本文考量目前學界的習慣用語，故行文中，仍以《大清新刑律》稱之。有關《大清新刑律》名稱的辨正，參閱朱勇，《中國法制史》（北京：法律出版社，1999 年 9 月），頁 482，註 1。

教派人士的反對，且嗣後辛亥革命爆發，清室未久旋告覆滅，故民律草案最終未能正式公布施行。因此，晚清對於近代歐陸親權制度的繼受，僅止於標示出一個可能的方向，卻始終沒有機會具體實現。

民國成立以後，政府曾經咨請參議院承認《大清民律草案》有效，以備審判民事案件之適用。然參議院作成決議：「民律草案前清時並未宣布，無從援用。嗣後凡關民事案件，應仍照前清現行律中規定各條辦理。」<sup>12</sup>於是，《大清民律草案》在民國時期終究亦未能頒行。按照參議院決議的意旨，脫胎自《大清律例》，隸屬傳統法制的《大清現行刑律》中與民事相關的條文，在不牴觸民國國體的前提下，得以在審理民事案件時加以援用。由於民國政府雖曾幾次草擬民法典，但始終未能頒行，因此，《大清現行刑律》中民事有效部分條文即成爲民事裁判的成文基本法，自民國元年起，施行至中華民國現行民法諸編陸續公布施行後，方始廢止。

雖然如此，但是民國初年親子法規範的實際運作情形，卻非僅僅侷限在《大清現行刑律》民事有效部分的文義之內。當時的最高審判機關「大理院」，在審理民事案件的過程中，突破了《大清現行刑律》的規範界限，不斷地操作「親權」的概念以及相關的法律原則，透過判例和解釋例，逐步地實踐了親權法制。然而，頗堪玩味的是，依照當時的憲法<sup>13</sup>規定，法院必須依據「法律」審理民、刑事訴訟，<sup>14</sup>關於親子間法律關係的安排，所根據的法律明文規定當是《大清現行刑律》

<sup>12</sup> 參閱司法行政部民法研究修正委員會主編，《中華民國民法制定史料彙編》（台北：司法行政部印行，1976年6月），下冊，〈參議院咨〉，頁2。

<sup>13</sup> 就北洋政府遵行的憲法而言，《臨時約法》於民國元年三月十一日頒行，爲其根本大法。不過，民國三年五月一日至五年六月十九日間，以及十二年十月十日至十四年曹錕退位，由於分別實施《中華民國約法》（或稱《新約法》）和《中華民國憲法》（即「曹錕憲法」），故《臨時約法》在此期間內失其效力。參閱朱方，《中國法制史》（上海：上海法政學社，1931年12月），頁286。

<sup>14</sup> 《臨時約法》第四九條規定：「法院依法律審判民事訴訟及刑事訴訟。但關於行政訴訟及其他特別訴訟，別以法律定之。」《中華民國約法》第四五條規定：「法院依法律獨立審判民事訴訟刑事訴訟，但關於行政訴訟及其他特別訴訟，各依其本法之規定行之。」《中華民國憲法》（曹錕憲法）第九九條規定：「法院依法律受理民事刑事行政及其他一切訴訟，但憲法及法律有特別規定者不在此限。」參閱蔡鴻源主編，《民國法規集成》（合肥：黃山書社，1999年2月），第6冊，頁5、15、42。

中的民事有效條款。換言之，大理院係於立法機關做出改弦易轍、擬訂新法的決定前，即先行透過司法實踐，展開了親權法制的具體建設工程。

在前述親子規範從傳統法模式逐步朝向近代親權法制遞轉的過程裡，存有許多值得深入釐清及探討的問題。其中，本文最為關注並且嘗試處理者，略有以下幾點：

第一，近代中國對於歐陸親權制度的繼受，不僅展現於新制度的引進，同時也涉及舊制度的逐漸解體。由於不同法律制度的背後往往聯繫著相異的價值取向，因此新舊制度的汰換，也意味著兩種價值理念的競逐。為了完整地掌握民國初年親權制度開展的歷史脈絡，並且體察其間規範內容與價值取向的變遷情形，首先必須要釐清的是：中國固有親子法規範的內涵為何？又其與歐陸親權制度之間，係如何開啓了交替的歷程？

第二，民國初年期間，主要的民事成文法律，乃是隸屬於傳統法制系譜的《大清現行刑律》民事有效部分。這些規定在相當的程度上，也反映了當時社會所普遍接受的價值觀與秩序觀。因此，大理院的法官們對於親權概念的操作，乃是在傳統法典與社會觀念的框架之下進行的。既然如此，大理院是否有可能將歐陸親權制度神貌俱全地植根在中國的法制土壤裡？為了釐清此點，則有必要整理出大理院有關親權論述的具體內容。如此，我們方能進而從中分析，在新、舊價值理念的劇烈衝突中，身為法律界菁英及國家最高司法權威的大理院推事們，透過司法實踐中的說理，認可及宣示了什麼樣的親子秩序與價值理念。

第三，在立法者尚未正式制頒親權相關的法規時，大理院作為民主國家權力分立下的司法者，為何能夠在民事裁判與解釋中，廣泛地操作親權概念及相關的法律原則？既然依照當時立法機關的決定，用以審理民事案件的主要依據是《大清現行刑律》民事有效部分，而《大清現行刑律》中並無關於親權的規定，則大理院進行親權相關的法律論述時，是否汲取了《大清現行刑律》以外的有力法源作為依據？<sup>15</sup>又其具體操作的法學方法為何？

---

<sup>15</sup> 所謂「法源」，是一個具有多層次意義的概念，而本文指的是具有法規範效力的素材而言。關

第四，在晚清民初的法律繼受視野下，大理院對於親權法制的實踐，其實就是在傳統中國與近代西方兩種親子互動模式中，嘗試進行親子秩序的重新規劃。本文藉由分析大理院有關親權的法律說理內容與方式，希望進一步探討民國初年親權法制開展所蘊含的深層法文化意義。

### 第三項 研究目的

綜而言之，本文主要是探討民國初年的法律繼受過程中，大理院透過判決例與解釋例，對傳統中國法制的親子規範進行變革的情形，包括變革的內容、變革所採取的方法，以及變革的意義與價值。在其中所提煉的心得，期望能夠對於現時仍在持續中的相關法律繼受與變革，提供些許的啟發。

蓋回顧自身所屬國家或民族的法律發展史，有助於我們瞭解現在的法律制度、法律規範、法律思想、以及大眾的法律意識中，乃至於法律社群在實踐法律規範時所秉持的態度與採取的方法上，遺留了哪些過去的因子，以及這些因子在當前的法律體系和法律生活中，可能發生著何種的作用與影響？經過深入的反思後，我們可以獲得若干的啟示，進而採取適當的方案加以因應。這些方案，也許是從各個層面著手，以徹底革除傳統的遺傳因子，也許是懷著警醒的態度，修正當前的制度模式。

---

於法源意義的探討，詳參閱蘇永欽，〈試論判決的法源性〉，載於《政大法學評論》（台北：政治大學法學院），第 25 期，1982 年 6 月，頁 179-182。

## 第二節 研究方法與研究取材

論者曾謂：「就法制史學而言，『變遷』是研究工作的重點之一。所謂『變遷』，究其實，不外是『連續性』與『非連續性』的思考。」<sup>16</sup>民國初年大理院關於親權法制的建構，即是以司法者的角色，實踐中國的法律變遷，而且這些變遷，遠遠地走在立法的前頭。

如果用稍微化約的方式描述大理院關於親權法制的實踐，可以這麼說：《大清現行刑律》中的親子規範與近代歐陸親權的規定，分別代表著傳統法制與啓蒙以後的歐陸法，對於親子互動關係所採取的法律規範模式，而大理院是在新、舊兩種規範模式與價值觀的競逐下，做出了自己的選擇。這裡的選擇，從大理院的角度來看，乃是在兩種相異的規範模式中，進行規範內容與價值觀的取捨，從而建構自身的親權制度模式；而從傳統法制的立場出發，無非就是大理院對於傳統親子規範模式採取變與不變、連續性與非連續性的改造過程。

本文的具體研究方法，一方面，擬透過大理院判決例、解釋例的分析與歸納，架構出大理院親權法制的規範模式；另一方面，要藉由傳統親子法規範、近代歐陸親權法以及大理院親權法制的相互比較，以發現大理院時期親權法制實踐的特色和意義所在。

不過，欲進行不同模式親子規範的比較，其前提是必須儘量準確地掌握這些規範模式的形貌與理念。在三種模式中，近代歐陸的親權制度已為現今法律人所普遍熟知，<sup>17</sup>因此，本文在呈現規範模式時，將重點置於傳統親子法規範和大理院時期的親權法制。以下，針對描繪傳統親子法和大理院親權制度時所秉持的基

<sup>16</sup> 參閱黃源盛，〈中國法律的傳統與蛻變〉，收錄於氏著，《中國傳統法制與思想》，頁 246。

<sup>17</sup> 這套制度發軔於法國的《拿破崙法典》，經過學說與實務的不斷發展，確立了親權乃「父母基於其身分，對於未成年子女為保護教養的權利和義務」。概言之，親權制度的核心理念在於保護教養未成年子女。親權專屬於父母，其內容包括父母對於子女的身體照護權與財產照護權。而且，親權不但是父母的權利，同時也是父母不能任意拋棄的義務。參閱田中通裕，《親權法の歴史と課題》（東京：信山社，1993 年 6 月），頁 51-55。

本觀點和運用的研究材料，逐項予以說明。

## 第一項 傳統親子法規範的模式

傳統法上的親子互動規範模式，係隨著傳統中國的歷史逐漸積累、發展而來，不可視為僵固不變的整體。故本文所謂的「傳統法」，只將範圍限定於有清一代的法制。這一方面是由於本文集中關注的研究對象，乃是晚清民國期間法律規範的變遷，而在此過程中與近代歐陸法直接對壘交鋒的，即為清代的傳統法制；另一方面，則因為大理院時期的有效成文法《大清現行刑律》民事有效部分，係脫胎自《大清律例》，兩者在親子互動規範的精神上一脈相承，規定內容亦大致相同。因此，在法律繼受的觀點下，以清代法制作為大理院法規範與近代歐陸法的比較對象，無疑是最適當的。

然而，進行清代親子法規範模式的構築之前，必須先表明本文在法概念的使用上採取的立場。在清代法制中，筆者將研究的對象限縮於國家法，至於民間存在的其它社會規範，雖然實際上可能被許多人所遵循，但假使其與國家法明顯抵觸，或者未經國家權力機制的認許，則不列入考量。所以如此，並非要否定傳統中國社會中法規範的多元性，而是國家法在本文中具有特殊的意義，即它代表著統治秩序對於社會中某些既存價值取向的肯定，或者是對於若干新價值觀念的認可與提倡。質言之，國家法係統治權威在各種競逐的價值間，最終做出具體衡量的決定，是整個國家統治機制對外展現的一種「價值宣稱」<sup>18</sup>。由於統治者的價值宣示往往與其統治正當性密切關連，而統治正當性的強弱，又常決定了統治基礎的穩固與否，因此，一個政權的長期穩固發展，也大致可以顯示統治階層對於價值取向的宣示，與人民的主流價值宣稱相符合節。從清室立國近三百年，又是中國歷史上盛世的這項史實來看，其法制中蘊含的官方價值立場與民間的主流價值趨向普遍相融，基本上應當是可以肯定的。

---

<sup>18</sup> 這裡所謂「價值宣稱」，指的是在人群社會中，能夠被認為絕對合理、正當的公開說法，筆者以之對比於那些基於利害考量的內心想法與對外說詞。

就清代的國家法而言，可以有廣狹二義：狹義的國家法，有律例、會典、事例、則例等。<sup>19</sup>廣義的國家法，尚包括國家認可，由地方官員所制定的地方例規。<sup>20</sup>因本文所著眼者，是國家整體法律規範內容與價值趨勢的變化，故將國家法的範圍進一步限制於中央層級的法規範。經過尋繹檢視，在各類的國家法中，關於親子互動的法規範，主要體現在《大清律例》此部律典中。

清代的律例，曾經過多次的修訂。順治三年（1646）修成《大清律集解附例》，是清代第一部完整的成文法典，但由於清初立基未穩，四海未定，故此律的問世較為草率倉促。雍正六年間（1728），復在《大清律集解附例》的基礎上，頒行了《大清律集解》，不過這部律例無論在體例和內容上，仍然不夠完備。直到乾隆五年（1740）《欽定大清律例》頒布，終於成為貫穿有清一朝的基本律典，<sup>21</sup>一直實施至宣統二年（1910）《大清現行刑律》出台為止。

本文在探討清代的親子法規範時，所引用的律文出自《欽定大清律例》，至於實際上參閱的版本，乃田濤、鄭秦根據乾隆五年刊刻本點校的《大清律例》。<sup>22</sup>該律頒行以後，清廷曾多次申明其穩定性，並且下諭嚴禁改革律文，只許每隔一段時間酌修條例。《大清會典》云：「條例五年一小修，十年一大修。」但實際上，修例時程並無定準，乾隆、嘉慶、道光、咸豐、同治諸朝均有條例纂修，目前所知，最後一次修例的時間是在同治九年（1870）。<sup>23</sup>

乾隆四十四年（1779），清廷明確規定：「既有定例，則用例不用律。」可知條例相較於律文，在規範的強度上有過之而無不及，故不能不與相當的注意。本文對於親子規範相關條例的分析，限於同治九年以後有效的例文，其理由，是這些條例的內容基本上已經獲得固定，而且一直沿用到了清末之際。由於田濤、鄭

<sup>19</sup> 參閱戴炎輝，《中國法制史》（台北：三民書局，1991年12月），頁16；鄭秦，《中國法制史》（台北：文津，1997年4月），頁302-304；陶安，〈法典與法律之間——近代法學給中國法律史帶來的影響〉，收錄於《法史學的傳承、方法與趨向——戴炎輝先生九五冥誕紀念論文集》（台北：中國法制史學會，2004年7月），頁483-486。

<sup>20</sup> 參閱張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉（台北：政治大學法律學研究所碩士論文，2004年10月），頁11-13。

<sup>21</sup> 參閱田濤、鄭秦點校，《大清律例》（北京：法律出版社，1999年9月），點校說明，頁2-6。

<sup>22</sup> 其出版項資料，參閱上註。。

<sup>23</sup> 參閱田濤、鄭秦點校，《大清律例》，點校說明，頁6-7。

秦點校的《大清律例》僅收錄乾隆五年以前的條例內容，因此在條例的部分，本文另參閱薛允升（1820-1901）撰述，黃靜嘉編校的《讀例存疑》，這部著作比較完整地收錄了同治九年以後的例文。<sup>24</sup>

在分析《大清律例》的規定時，爲了能夠更深刻且精確地把握律例的意旨，本文也參考清代律學家沈之奇所撰的註律作品《大清律輯註》。該書由於詮釋詳明，尤嚴於輕重出入之界限，因此對於清朝後來的律法制定工作與審判活動都產生了很大的影響。<sup>25</sup>雖然，《大清律輯註》於康熙五十四年（1715）刊刻問世，所註之律係經康熙九年重新校正後的《大清律集解附例》，不過，因《欽定大清律例》的內容在相當程度上承繼了《大清律集解附例》，甚至所使用文字也相差無幾，故《大清律輯註》對於律文及條例的闡釋意見，仍然具有很重要的參考價值。

最後，雖然筆者已經確定了將律例作爲研究清代親子法規範的主要法律形式，不過，還有一個近來被熱烈討論的重要議題，本文想要一併簡要地提出自己的觀點。此即關於清代的戶婚、田土、錢債等案件中，「情理」所發揮的作用爲何？以及其和國家法的關係應該如何理解？

日本學者滋賀秀三（1921-2008）研究清代戶婚、田土、錢債的訴訟案件時發現，地方官員在審理民間糾紛時，由於律例中用以規範相關事項的條文極少，又缺乏體系，就算想要加以參照遵循也沒有辦法，因此，聽訟時基本上不受律例的限制。地方官員的職分是，根據情理，對於每一樁案件融通無礙地尋求具體妥當的解決。而所謂的情理，只能理解爲社會生活中健全的價值判斷，或是一種中國式的衡平、正義感覺，其深藏在各人的心中而不具有實定性，但卻引導著聽訟者的判斷，以之作爲平息爭訟的準據。<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> 參閱薛允升著，黃靜嘉編校，《讀例存疑（重刊本）》（台北：成文出版社，1970年）。

<sup>25</sup> 參閱沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》（北京：法律出版社，2000年1月），點校說明，頁2。

<sup>26</sup> 參閱滋賀秀三著，王亞新譯，〈中國法文化的考察——以訴訟的形態爲素材〉，收錄於《明清時期的民事審判與民間契約》（北京：法律出版社，1998年10月），頁12-15；滋賀秀三著，王亞新譯，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，收錄於《明清時期的民事審判與民間契約》，頁29-36。

美國學者黃宗智在研究同一問題時，則得出不同於滋賀的見解。黃氏認為，清代民間糾紛的處理，必須分成「民間調解」、「州縣審判」以及介於兩者間的「第三領域」等階段來觀察。在民間調解的階段，處理糾紛的宗親或長老所考量的因素，包括了維持日常人際關係的人情、作為常識性是非判斷的理，和官方的法律。這三種因素經過複雜的交互作用後，發揮定分止爭的功能，而人們通常最關切的是人情的部分。<sup>27</sup>在第三領域的階段，民間調解的原則和官方的法律依據，平等地發生作用，兩者結合起來以解決糾紛。<sup>28</sup>至於在州縣審判的階段，地方官員審理案件的過程，並非如滋賀所說，是受到情理的指示，而係嚴格地依據《大清律例》進行裁判。<sup>29</sup>

雖然黃氏宣稱，清代地方官員審理戶婚、田土、錢債等糾紛時遵循著律例，但是從他舉出的具體事例可以發現，當中所指稱的律例，不過只是他個人認為隱藏在律例背後的若干法律原則。<sup>30</sup>可是，法律的規定並非都只隱含了一項原則，許多法律的規定是在各種競逐的原則之間具體考量，然後做出明確的安排，而且考量的全部原則有哪些，往往必須探詢立法者的意旨。因此，如果反過來逕將自己理解到的原則即等同於法律本身，這樣的論斷顯然是不夠周延的。<sup>31</sup>何況，在「禮教立法」的傳統下，法律原則與道德情理之間，往往不具有明確的分界。就此而言，州縣官員在審案過程中斟酌援用的法律原則，仍應視為情理，而非國家

<sup>27</sup> 參閱黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》（上海：上海書店出版社，2001年8月），頁60-67。

<sup>28</sup> 參閱黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，頁129-130。

<sup>29</sup> 參閱黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，頁75-77。

<sup>30</sup> 例如，在一些債務案件中，黃宗智認為地方官員的處置體現了律例中關於維護合法債權的原則，而所指律例即《大清律例·戶律》「違禁取利」條律文規定：「其欠負私債，違約不還者，五兩以上，違三月，笞一十，每月加一等；罪止笞四十；五十兩以上，違三月，笞二十，每月加一等，罪止笞五十；百兩以上，違三月，笞三十，每一月加一等，罪止杖六十，並追本利給主。」又例如在一則二重買賣的案件中，地方官將販賣的貨物判定賣給第一位買者，黃氏也認為，官員在此遵循了市場交易公平的法律原則，該法律乃〈市廛律〉「器用布絹不如法」條的規定：「凡民間造器用之物不牢固正實及絹布之屬紕薄短狹而賣者，各笞五十。」相關案例中的法律原則分析，參閱黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，頁78-98。

<sup>31</sup> 舉例而言，按照上註所引《大清律例·戶律》「違禁取利」條律文規定的反面解釋，民間欠負私債違約不還者，假使未滿三月，則不論罪。然則，律法如欲貫徹合法債務之維護，何以對於違約不還者，並非立即處罰，卻必須待其違約滿三個月才予制裁？這當中，可能即另外衡量了「維護合法債務」以外的其它原則，經過折衷後，以違約是否屆滿三個月為處罰與否的界限。

法律。

無論從滋賀秀三或黃宗智的研究來看，都可以肯定清代的地方官員在審理戶婚、田土、錢債案件時，在相當程度上受到情理的引導。既然如此，情理與國家法在規範的意義上究竟有何不同？這也涉及到本文在建構傳統親子法規範的模式時，是否必須將情理列入討論的對象。

關於情理與國家法的關係，按照滋賀秀三的說法，國家的法律可以比喻為是情理的大海上時而可見的漂浮冰山，法是情理的部分「實定化」，而法律條文需要通過情理加以解釋或變通才能運用無礙。<sup>32</sup>然而，由於情理是深藏於各人心中的感覺而不具有實定性，故其無法被提升為法規範的層次，只能視為一種自然的判斷基準。<sup>33</sup>雖然滋賀秀三關於情理不具有法規範性質，故清代民事審判不受法律約束的論點，遭致不少的批判，認為這是基於「歐陸中心主義」所產生的誤解，<sup>34</sup>不過，筆者倒認為他確實點出了情理與國家法的重大差異所在。

如果先跳脫清代中國是否依法審判的提問框架，回歸到當時人們看待律法的角度，清代中國的律法和審判運作，並未如同今日法治社會般，賦予司法機制和法律規範制衡國家權力及保障人權的特殊獨立地位，而僅是被視為國家施政治理的重要環節之一。<sup>35</sup>在此施政治理的背後，存在一個正當性的要求，就是要符合人情和天理，亦即情理。不過，情理的重要性固然不言可喻，但是在治理獄訟時，

<sup>32</sup> 參閱王亞新譯，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，收錄於《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 36。

<sup>33</sup> 參閱滋賀秀三著，王亞新譯，〈中國法文化的考察——以訴訟的形態為素材〉，頁 14；滋賀秀三著，王亞新譯，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，頁 29-36。

<sup>34</sup> 對此的深入討論，詳參閱林端，〈中西法律文化的對比——韋伯與滋賀秀三的比較〉，載於《法制與社會發展》（長春：吉林大學），第 60 期，2004 年 12 月。

<sup>35</sup> 此種看待法律和審判機制性質的觀點，在歷代的史冊記述中不時可見。一個著名的例子是《史記·張釋之馮唐列傳》的記載：漢文帝時，有人犯蹕，廷尉張釋之奏依法當罰金，文帝不允，欲加重其刑。釋之曰：「法者，天子所與天下公共也。今法如此而更重之，是法不信於民也。且方其時，上使立誅之則已。今既下廷尉，廷尉，天下之平也，一傾而天下用法皆為輕重，民安所措其手足？」在此，張釋之抗拒漢文帝對犯蹕者法外加刑的要求，不是從文帝的要求違反法律的角度來進行論說，而是認為這樣的作法有失治道，會使官員及百姓喪失對於律法的信賴感與敬畏心，妨害社會秩序的穩定性。因為就當時的歷史背景而言，律法在規範上的效力本來就無法及於皇帝，其對皇帝的拘束力，主要取決於皇帝作為一國之尊，以身作則的自我期許。

真正的重點不在於是否考量情理（因為情理是當然必須考量的），而係究竟如何在相互競逐的不同情理間，做成最適當的安排。國家法所扮演的角色，正是統治階層對於他們認為重要的事項，給出如何取捨不同情理的原則性指示。而且，隨著這些事項的重要程度高低，統治階層也設置了寬嚴不一的控管機制。在徒罪以上的重案中，國家法的指示較嚴格地被要求遵守，除了案件要經過層層的「覆審」外，假使審判官員認為完全依照國家法並非最合情理的處置方式，也必須援引相關的國家法比附，將應加、應減的情形定擬罪名，經由上司議定奏聞，不得自行決斷；<sup>36</sup>在笞、杖刑的輕案中，由於涉及到的罪行比較輕微，因此統治階層委由州縣官員自理結案。<sup>37</sup>至於在戶婚、田土、錢債等民間細事中，鑑於情狀多變，又不涉及罪名，乃更進一步授權地方官員在達到良好治理成效的目標下，可以因應時空背景，考量不同的情理權變裁量。不過，在後兩種情形中，判案的地方官員並非即可為所欲為，他們對於情理的探求引用，仍將受到施政評價與上級考核的無形制約，只是他們取捨、調節情理的彈性，遠較審理重案的情形寬廣。

總之，在筆者看來，情理和國家法雖然有著緊密的關係，但是它們在兩個方面展現了主要的不同。其一，在適用的範圍與對象上，國家法大抵適用於全國，要求一體遵循，並且規範著統治者認為比較重要的事項；而情理中的人情，往往必須考量特殊的時空背景以及當事人本身的各種條件等因素。其二，在內容的明確性上，情理最大的功能，係標示出一個大致的價值取向；而國家法的作用，乃是統治權威在各種矛盾或不明朗的情理價值序列間，做出排序與取捨，或者對於各種可能的解讀與詮釋，做下最終的定論。如果借用物理學上的觀念來理解，情理就像是朝向一個物體施加的許多「分力」，而這些分力最後會展現為一道「合

---

<sup>36</sup> 《大清律例·名例律下》「斷罪無正條」條：「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，援引他律比附，應加、應減，定擬罪名，申該上司議定奏聞。若輒斷決致罪有出入，以故失論。」參閱田濤、鄭秦點校，《大清律例》，頁 127。必須說明的是，筆者認為，如果地方官員考量到與律例不同的情理擬定的意見，最後被中央審判機關及皇帝接受，並且做成通行全國的決定（例如修纂成例文），此時這些情理的重新安排方式，即上升成為國家法。但假使地方官員擬定的意見雖然被中央審判機關及皇帝接受，卻僅被視為一般的「成案」，並未通令普行，那麼其擬定意見仍僅停留在個人具體引用情理的層次。

<sup>37</sup> 至於州縣官審理笞、杖案件明顯違背律例，如果經人舉告，是否仍應依照「斷罪無正條」律懲處，筆者目前仍無法做下斷言。

力」，造成物體的移動，這道「合力」，即是國家法。<sup>38</sup>換言之，國家法是由統治者所積極做出，適用範圍較具普遍性，內容較具明確性的價值期待，並且強制地要求所有人應予實踐，這些特徵，是情理比較欠缺的。基於此種考量，本文對於清代親子法規範的觀察，集中在《大清律例》這部國家法之中。

## 第二項 大理院親權法制的模式

大理院所實踐的親權規範模式為何？這個問題，要從大理院對於親子互動的規範內容和規範理念兩方面來分析，而規範的理念，又必須透過規範的內容和相關的法律說理深入尋繹。至於所謂的規範內容，指的是大理院判決例和解釋例中所宣示的各項法律規則，它們是法律對於親子互動時彼此應如何對待的具體指示，同時賦予了各種的強制效果。

在具體描述大理院親權規範的內容時，本文參照民國初年法學界的認知，按照親權的主體、親權的內容、親權的喪失等項目，將大理院有關親權的法律論述置入其間，呈現一個大理院親權法制的體系架構。至於研究大理院法律論述所依據的材料，主要有下列幾種：

### 一、《大理院判決例全書》與《大理院解釋例全文》

民國初年，官方判例集的編纂，首見於八年十二月由大理院編輯處刊印的《大理院判例要旨匯覽正集》，其內容節取大理院自民國元年改組至七年十二月底的判決先例。據該匯覽的「例言」說明，這些判例，都是經過曾參與評議的推事再三審定，認為確符原意者。「例言」且謂：凡援引院判先例者，應以此匯覽為準。<sup>39</sup>嗣民國十三年歲末，大理院復出版《大理院判例要旨匯覽續編》，就民國八年一月至十二年十二月之判例節取要旨編輯，而依該書「例言」所云，

---

<sup>38</sup> 例如，「忠於君」和「孝於父」是情理所標示出的價值取向，而《大清律例》規定子孫禁止告言父母，但父母犯謀反、謀叛、謀大逆等罪時卻必須告發，此即對於「忠於君」和「孝於父」兩種價值取向進行的具體排序。

<sup>39</sup> 參閱郭衛編輯，《大理院判決例全書》，〈大理院判例要旨匯覽正集例言〉，頁 848。

本匯覽續編所載有與匯覽正集牴觸者，無論有無「變更先例」字樣，蓋以本編為準。<sup>40</sup>

此後，直至民國十七年閉院為止，大理院未再編輯判例要旨刊印。不過，幸而有不少法律專家以私人身分，陸續將大理院的判例要旨整編出版，以享世人。在這些出版物中，日後流通最廣泛，且最具影響力者，當推郭衛（1892-1958）編輯的版本。<sup>41</sup>郭氏蒐集了《大理院公報》及《政府公報》所載大理院判例，並將《大理院判例要旨匯覽正集》與《大理院判例要旨匯覽續編》加以彙整，編成《大理院判決例全書》<sup>42</sup>，完整收錄了大理院自民國元年以迄十六年的判例約二千八百則，其中民事判例有一七五七則。

郭衛除編輯判決例要旨外，還纂輯了《大理院解釋例全文》<sup>43</sup>，收錄大理院自民國二年至民國十六年所做解釋例全文共二〇一二則。每則解釋例中，附有請求解釋單位的詢問函；解釋例全文之外，另編輯「解釋例全文檢查表」，表中輯入自行撰寫的簡短要旨，以及每號解釋例涉及的相關法律條文。

從當時的法律規章來看，大理院創制解釋例與判例的過程甚為嚴謹，其內容則代表了最高司法機關的權威法律意見，對於各級審判廳都具有相當的拘束效力。解釋例的製作程序，依《大理院辦事章程》第二〇六條的規定，大理院受理請求解釋文件後，由院長分別民、刑事類，分配民事或刑事庭庭長審查，並主擬復稿。而後，此解釋文件及復稿應經刑事庭或民事庭各庭長及推事閱視。復稿之意見與大理院裁判或解釋成例有牴觸或係創設新例者，應由各庭長及推事陳述意見，若有二說以上，經主張者之提議時，得召開民事或刑事推事全員會議討論，最後由院長檢閱簽發。<sup>44</sup>至於解釋例的效力，《法院編制法》第三五條規定：「大

<sup>40</sup> 參閱大理院編輯處，《大理院判例要旨匯覽續編》（北京：大理院收發所發行，1926年12月），頁1。

<sup>41</sup> 其它版本，例如周賡昌、蕭山王合編有《最新分類大理院判決解釋例大全》（上海：大通書局，1927年）；周東白編有《（大理院判例解釋）民事訴訟條例集解》（上海：世界書局，1928年）、《（大理院判例解釋）現行六法集解》（上海：世界書局，1928年）；朱鴻達、鄭爰誼編有《大理院判決例全集》（上海：世界書局，1933年7月）。

<sup>42</sup> 郭衛編輯，《大理院判決例全書》（台北：司法院秘書處重印，1978年4月）。

<sup>43</sup> 郭衛編輯，《大理院解釋例全文》（台北：司法院秘書處重印，1978年4月）。

<sup>44</sup> 本條章程之詳細內容，參閱黃源盛，〈民初大理院（1912-1928）〉，收錄於氏著，《民初法律變

理院長有統一法令必應處置之權，但不得指揮審判官所掌理各案件之審判。」<sup>45</sup>

《大理院辦事章程》第二〇三條規定：「大理院關於法令之解釋，除《法院編制法》第三五條但書情形外，就同一事類均有拘束之效力。」<sup>46</sup>由此可見，大理院不得針對具體個案做成解釋，但其對於法令無明文規定的事項或法令的疑義做成一般性的解釋時，則有法律上的拘束效力。

在判例方面，《法院編制法》第三五條所謂「大理院長有統一法令必應處置之權」，除係做成解釋例的依據外，同時也足以作為製作判例的法律根據。<sup>47</sup>然而，並非所有大理院的判決都能成為判例。事實上，唯有大理院的裁判中，具有創新意義，或為補充法律的不足，或為闡明法律的真意，其見解具有抽象的規範價值者，方能通過一定的程序，選輯成為判例。這些判例做成後，會進一步刊載於《政府公報》與《司法公報》的「例規」或「審判」欄目中，作為地方各級法庭審理類似案件時的參考和依據。<sup>48</sup>

雖然判例不是嚴格意義下的法律，不能一般性地直接拘束下級審判廳，但由於大理院判例中的法律說理，乃是大理院推事們在特定法令見解上的基本共識，下級審判廳的法律見解假使與判例相左，其裁判經上訴後將遭到廢棄發回或改判。又依《法院編制法》第四五條規定，大理院發回下級審判廳的案件，下級審判廳對於該案，不得違背大理院法令上之見解。<sup>49</sup>而五年上字第九六〇號判例要旨就此規定曾闡釋謂：「凡本院就發還更審案件所表示關於訴訟法或實體法上之

---

遷與裁判（1912-1928）》，頁 32-33，註 63。

<sup>45</sup> 參閱蔡鴻源主編，《民國法規集成》，第 31 冊，頁 12。

<sup>46</sup> 章程內容轉引自黃源盛，〈民初大理院（1912-1928）〉，頁 32。

<sup>47</sup> 十五年抗字第二〇號判例要旨謂：「本院判例或解釋所為法令上之意見，依法院編制法第三十五條，下級法院一般裁判案件時雖亦不得違背，但違背時之救濟，在法律上本另設有上訴或抗告之方法，苟當事人不依法聲明而致原裁判確定，則該項違法之疵累，已因確定而補正，即不許再以再審方法聲明不服。」由判例要旨前段的語意可知，大理院認為法院編制法第三十五條所謂「統一法令必應處置之權」，包括了判例的製作。以上判例要旨內容，參閱郭衛編輯，《大理院判決例全書》，頁 828。

<sup>48</sup> 參閱黃源盛，〈民初大理院司法檔案的典藏整理與研究〉，收錄於氏著，《民初法律變遷與裁判》，頁 116。

<sup>49</sup> 參閱蔡鴻源主編，《民國法規集成》，第 31 冊，頁 13。

見解，該高等審判廳自應受其拘束，否則即屬違法。」<sup>50</sup>因此，大理院判例中表達的法律見解，對於下級審判廳和一般人民的拘束力，實際上與國家的法律幾無分別。

綜而言之，大理院的判決例與解釋例係經過嚴謹的程序做成，它們所代表的，是整個大理院對外的權威性法律宣稱，記載在其中與親權相關的法律論述，與一般判決的法律意見和個別推事潛藏在內心的看法，不可等同視之。職是之故，《大理院判決例全書》與《大理院解釋例全文》，是耙梳、架構大理院親權法制的規範模式時，不可或缺的重要史料。

## 二、《大理院民事判例全文彙編（點校本）》

根據民國七年八月公布的《大理院編輯規則》第六條規定，編輯大理院判例匯覽、解釋例匯覽、文件匯覽時，其格式計有「眉批」、「要旨」、「年份」、「某字號次」等項，<sup>51</sup>故《大理院判例要旨匯覽正集》與《大理院判例要旨匯覽續編》中，並未附入判例全文。郭衛編輯《大理院判決例全書》時，格式大致仿效前例，收錄的判例同樣只有要旨部分。因此，如果想要對大理院的判例內容做進一步的瞭解與研究，存在相當大的侷限性。

一九九五年起，法史學者黃源盛多次遠赴海外尋訪，最終在南京「中國第二歷史檔案館」發現了整理與保存狀態良好的北洋政府「大理院檔案」，時間自民國二年至十五年，惟民國五年的檔案資料暫未發現。幾經交涉後，複印得相當數量的民、刑判決例全文，於一九九九年間，將毛筆與木刻板的判例內容初步整編成《大理民事判例全文彙編》（27冊）。<sup>52</sup>隨後，又陸續進行點校、加註、輸入電腦與排版等工作，於二〇〇四年編纂完成《大理民事判例全文彙編（點校本）》共計十一大冊。<sup>53</sup>據該書中的「凡例」所言，本彙編蒐集大理院時期的民事判例

<sup>50</sup> 參閱郭衛編輯，《大理院判決例全書》，頁 830。

<sup>51</sup> 參閱蔡鴻源主編，《民國法規集成》，第 12 冊，頁 260。

<sup>52</sup> 參閱黃源盛，〈民初大理院司法檔案的典藏整理與研究〉，頁 89-94；〈民初司法檔案整編（1912-1928 年）——大理院民事判例全文點校、加註與彙編〉（台北：90 年度國科會專題研究計畫簡要報告，計畫編號：NSC-90-2414-H-004-034），頁 1-3。

<sup>53</sup> 相關點校的工作仍持續進行中，而本文所參閱的檔案資料，是 2005 年 12 月的版本。

凡一七五七案，其中有完整判例全文者一二六七案，僅有判例要旨而缺全文者四九〇案。<sup>54</sup>這些判例全文的內容，補足了《大理院判決例全書》僅僅記載判例要旨的不足，使本文在分析大理院關於親權的法律說理時，對於案例事實具有一定程度的認識，進而能夠掌握每個論述的整體脈絡。

---

<sup>54</sup> 參閱黃源盛纂輯，《大理民事判例全文彙編（點校本）》（台北：政治大學基礎法學中心典藏，2005年12月），第1冊，凡例第一。

### 第三節 研究成果回顧

本文探討的是民國初年親權法制由大理院逐步實踐的情形，因此，既涉及現行民法親權制度的繼受歷史，同時也屬於大理院研究的一環。從這兩個方向回顧相關的研究成果，與本文主題較貼近者略如下述：

#### 第一項 關於民初大理院的研究

民國初年，在新舊價值與體制交替的情況下，大理院作為當時的最高審判機關，其對於各種法律規範的具體落實情形為何，應該值得深入探討。然而，囿於相關裁判史料的不足，這項課題在法史學界長期不見開拓。直到一九九三年間，留學哈佛大學法學院的歐陽正首吹號角，撰寫了第一部以民國大理院為研究主題的博士論文“*Modernization of Chinese law during the early Republican period (1912-1927): with a particular emphasis on the application of family law by the Supreme Court*”（民國初期中國法律的現代化（1912-1927）——以最高法院對於家庭法的運作為中心）。這部論著的內容，主要在探討大理院從事法官造法的情形，其取材的範圍則著重在婚姻和家庭方面的判例。不過，由於當時尚欠缺大理院的裁判全文，僅能針對判例要旨進行分析，故無法見到大理院推事在裁判過程中的完整法律說理。

相關研究的推進，時任教於政治大學法律學系的黃源盛扮演了重要的角色。在一九九五年至二〇〇四年的這段期間，黃氏自海內外蒐集了數量龐大的民國初年司法檔案，並且陸續編纂完成《大理院刑事判決匯覽》、《大理院刑事判例全文彙編》、《大理院刑事判例全文彙編（點校本）》、《大理民事判決匯覽》、《大理民事判例全文彙編》與《大理民事判例全文彙編（點校本）》等成果，至此，法史學界對於大理院的進一步研究，乃出現了契機。

黃源盛在整編判決例全文的基礎上，先後撰著了〈民初大理院司法檔案的典藏整理與研究〉<sup>55</sup>、〈民初大理院〉<sup>56</sup>、〈民國初年近代刑事訴訟的生成與開展〉<sup>57</sup>、〈民初大理院關於民事習慣判例之研究〉<sup>58</sup>和〈民刑分立之後——民初大理院民事審判法源問題再探〉<sup>59</sup>等文章，並且編輯出版《民初法律變遷與裁判》這部專書。當中除了對於大理院的設置始末、組織執掌、人員構成以及行事風格作了整體性的介紹外，還廣泛地分析大理院進行民事裁判時所運用的法學方法以及引用的法源依據，同時深入地探究大理院判例的性質與特色。在黃氏的努力之下，塵埋在歷史黃沙下的大理院民事審判圖像，重新被挖掘了出來。

值得一提的是，黃氏對於大理院司法檔案的整編工作，不僅為自己開啓了法史學研究的新徑，也引領了一群學子相繼投入開發這塊處女園地，數年之間，產出至少十餘篇以大理院判決例全文作為素材的期刊及碩、博士學位論文。<sup>60</sup>其

<sup>55</sup> 參閱黃源盛，〈民初大理院司法檔案的典藏整理與研究〉，載於《政大法學評論》，第 59 期，1998 年 6 月。後改寫收錄於氏著，《民初法律變遷與裁判（1912-1928）》。

<sup>56</sup> 參閱黃源盛，〈民初大理院〉，載於《政大法學評論》，第 60 期，1998 年 12 月。後改寫收錄於氏著，《民初法律變遷與裁判（1912-1928）》。

<sup>57</sup> 參閱黃源盛，〈民國初年近代刑事訴訟的生成與開展〉，載於《政大法學評論》，第 61 期，1999 年 6 月。後改寫收錄於氏著，《民初法律變遷與裁判（1912-1928）》。

<sup>58</sup> 參閱黃源盛，〈民初大理院關於民事習慣判例之研究〉，載於《政大法學評論》，第 63 期，2000 年 6 月。

<sup>59</sup> 參閱黃源盛，〈民刑分立之後——民初大理院民事審判法源問題再探〉，載於《政大法學評論》，第 98 期，2007 年 8 月。

<sup>60</sup> 這些論文計有：郭欽銘，〈民初大理院夫妻財產制判例之研究〉，載於《律師雜誌》第 260 期，2001 年 5 月；郭欽銘，〈我國通常法定夫妻財產制之變革與展望〉（台北：政治大學法律學研究所博士論文，2004 年 7 月）；盧靜儀，〈民初立嗣問題的法律與裁判——以大理院民事判決為中心（1912-1927）〉（台北：台灣大學歷史學研究所碩士論文，2003 年 7 月），後由北京大學出版社於 2004 年 12 月以同書名出版；盧靜儀，〈清末民初中國家產制度的演變〉（北京：北京大學法學院博士論文，2008 年 6 月）；黃聖棻，〈大理院民事判決法源之研究（1912-1928）〉（台北：政治大學法律學研究所碩士論文，2003 年 7 月）；周伯峰，〈民國初年「契約自由」概念的誕生——以大理院的言說實踐為中心〉（台北：政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月），本論文亦由北京大學出版社於 2006 年 1 月以同書名出版；周伯峰，〈「買賣」從可能變成不可能——大理院如何運用《大清現行刑律》處理「人口買賣」問題〉，載於《近代法研究》（北京：北京大學出版社），第 1 輯，2007 年 8 月；張永鈺，〈法律繼受與轉型期司法機制——以大理院民事判決對身分差等的變革為重心〉（台北：政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 4 月）；黃章一，〈略論民國初年法人制度的萌芽——以大理院寺廟判決為中心〉，載於《中外法學》（北京：北京大學出版社），第 17 卷第 6 期，2005 年 12 月；黃章一，〈清末民初法人制度的萌芽——以大理院民事裁判為中心〉（北京：北京大學法學院博士論文，2006 年 6 月）；黃

中，與本文的研究範圍略有交集者，當屬張永鉉的碩士論文〈法律繼受與轉型期司法機制——以大理院民事判決對身分差等的變革為重心〉。在這篇論文的第三章第三節中，張氏認為大理院在判決例中雖然承認了傳統法制中的「尊長權」，但是另也提出「親權」的概念，對於尊長權做出若干的限制。不過，由於張文關注的是民國初年身分差等到平權理念的規範變遷，因此，對於大理院所做的親權裁判，僅是在此問題意識下選擇了部分案例進行觀察，並未從事全面性的分析與評述。

大約同一時期，中國大陸的張生也注意到大理院題材在學術上的價值，先後發表了〈民國初期的大理院：最高民事司法機關兼行民事立法職能〉、〈略論民事習慣在民初司法中的作用〉與〈民初大理院審判獨立的制度與實踐〉等文章，並出版《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》、《中國近代民法法典化研究》二本專書。在《民國初期民法的近代化》這本書的一小節裡，張氏從大理院的司法實踐中，觀察親屬制度在民國初年發生變化的情形，當中也舉出若干涉及親子互動規範的判例要旨進行評析，然該文並未將親權概念的發展視為重要的分析脈絡。

## 第二項 關於親權法史的論著

從現行民法親權制度的相關研究來看，對於外國法的參考比較，向來比歷史觀點的考察受到重視，尤其是親屬法的教科書內，一般很少論述親權法在我國如何萌芽與開展的相關問題，或者即使有，也只是輕描淡寫地帶過。

在學位論文方面，可能因為強調理論與研究脈絡的完整性，因此反而比較容易出現歷史的視角。如蔡顯鑫在博士論文〈子女權利與親權制度〉<sup>61</sup>中，花了若

---

章一，〈近代中國法人制度的創設——以民初大理院的司法實踐為中心的考察〉，載於《近代法研究》（北京：北京大學出版社），第1輯，2007年8月；梁弘孟，〈論清末民初以迄當代我國刑法上姦淫罪的立法與司法變遷〉（台北：政治大學法律學研究所碩士論文，2000年6月）；李玉璽，〈從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變〉（台北：政治大學法律學研究所碩士論文，2001年7月）。

<sup>61</sup> 參閱蔡顯鑫，〈子女權利與親權制度〉（台北：輔仁大學法律學研究所博士論文，2003年7月）。

千篇幅，回顧民法親屬編施行以前的親權概念發展，當中包括《大清民律草案》與民國幾次草案中的規定，以及大理院有關親權的判決例和解釋例；又如丁蓓蓓的碩士論文〈論民法上親權之行使〉<sup>62</sup>，其第一章專門介紹我國民法親權的源流，討論到清末民初的歷次民律草案以及大理院解釋例、判決例要旨中，親權相關規定的內容與特色。不過，由於歷史的觀察畢竟不是這些論文的重點所在，因此，對於大理院時期親權法制之實踐，很難有比較深入的討論與分析。

另外，綦冠婷所撰寫的碩士論文〈論未成年人權利之保護——以台灣日治時期近代歐陸親權法之繼受為中心〉<sup>63</sup>，先是從西方的脈絡下，說明從羅馬法上的「家父長權」和日耳曼法上的「父權」，演變至近代親權的歷史，然後討論近代歐陸親權制度在日本《明治民法》中注入的影響力，進而分析台灣社會從清治到日治時期，在各種相異親子規範及觀念的不斷撞擊中，於審判上產生的特殊現象與難題。

綦氏的問題意識與本文有若干不謀而合之處，惟該文在討論近代親權觀念導入審判實踐時所使用的素材，是台灣總督府的司法文書，其呈現的是日治時期台灣親權法律發展的實況，且側重在觀察未成年人權利受保護的程度，未深入探求親權法制被實踐的整體現象背後，呈現出來的法文化意義與法律繼受方法等問題。但無論如何，回顧歷史，十九世紀末至二十世紀初期，台灣先後實施了《大清律例》與日本《明治民法》等規範，而《明治民法》對於晚清民初的民法修訂和司法實踐又發揮了強大的引導作用，故台灣和中國大陸雖然分隸於不同政權的統治之下，卻在同一時期機緣巧合地經歷了相似的法制變革歷程。一九四五年，繼受自近代歐陸的中華民國法制與相關的裁判機制被帶入台灣，實施以來，竟也尚屬平順，這不能不在一定程度上歸因於日治時期所進行的法律近代化成效。就此而言，綦氏的研究成果，與本文正可互相觀照，使現行親權法制發展的歷史脈絡，能夠比較完整地呈現在世人眼前。

從上述的文獻來看，關於民國初年大理院實踐親權法制的研究，仍有許多值

<sup>62</sup> 參閱丁蓓蓓，〈論民法上親權之行使〉（台北：中興大學法律學研究所碩士論文，1988年6月）。

<sup>63</sup> 參閱綦冠婷，〈論未成年人權利之保護——以台灣日治時期近代歐陸親權法之繼受為中心〉（台北：台灣大學法律學研究所碩士論文，2000年6月）。

得開發、探討的地方。本文最終獲得的成果，相信一方面能夠補強我國親權法史研究的不足之處，另一方面，也將進一步拓展目前大理院相關研究的面向。