

《大清现行刑律》与民初民事法源

——大理院对“现行律民事有效部分”的适用

段晓彦*

内容提要：“现行律民事有效部分”是民初一种主要而又特殊的民事法源，源自《大清现行刑律》，但在立法层面，《大清现行刑律》从“刑律”到“民法”转变的任务并未完成，即未形成统一法律文本样态的“现行律民事有效部分”。司法机关适用该法源时面临着三大难题：无统一明确的内容该如何适用？相关律（例）文未去刑罚化如何用于民事审判？旧的律（例）文如何适应新的社会情势和法律制度？大理院以判例和解释例，确认并明确了“现行律民事有效部分”的内容范围，从原刑律条款转化出民事效果，并通过法律解释、类推适用和假借等方式，保证了其在民初司法实践中的正常适用；经由法律概念的对接、民法理论的融合和权利观念的渗透，实现了对“现行律民事有效部分”的创新，使其成为中国民法近代化历程中新旧之法融合的一个节点和枢纽，构成近代中国法制史上的重要一环。

关键词：《大清现行刑律》 现行律民事有效部分 民事法源

传统中国法制并无独立专门的民事法典。晚清变法修律（1902—1911），曾一度制定《大清民律草案》，后因清廷灭亡而未颁行实施。民国肇建，百废待举，由于政治大环境、立法程序和技术上的困难，一部统一的民法典始终无法产生，而一些特别民事法令也缺乏统一性，民事审判依据困境重重。新政权无法在短时间内建立起一套完整的法律体系，便依靠适用前清的法律作为解决难题之道，在民事司法实践中适用《大清现行刑律》的相关律（例）文作为审判依据。《大清现行刑律》中被用来作为民事审判依据的部分即称为“现行律民事有效部分”。从民国元年（1912年）直到民国十八年（1929年）《中华民国民法》

* 福建江夏学院法学院讲师。

本文系2012年教育部人文社科研究项目“‘现行律民事有效部分’及其适用研究”（项目号12YJC820022）；2011年福建省教育厅社会科学研究一般项目“中国民法近代化再研究：以‘现行律民事有效部分’为考察视角”（项目号：JB11295S）的阶段成果。

颁布,“现行律民事有效部分”一直是司法实践中最基本的民事法源而被广泛引用。〔1〕目前初步统计,大理院适用“现行律民事有效部分”形成的判例有443例,大多数门类和条文都被适用过,且有些条文是一再被援用。〔2〕

《大清现行刑律》本为前清的“刑律”,其中的律(例)文却作为民事法源适用于民初新时期的民事审判,这是近代中国法制史上非常特殊而又有趣的现象。“现行律民事有效部分”究竟是一种怎样的法源?《大清现行刑律》如何被调适为民事审判依据适用?前清的“旧刑律”如何适用于民初新时期的司法实践?凡此,都是近代民法史研究中饶富争议且有待厘清的重要课题。

本文首先考证、发掘“现行律民事有效部分”的特殊性和适用难题;接着从大理院层面,分析其如何克服以上难题对“现行律民事有效部分”进行适用;最后考察大理院在适用“现行律民事有效部分”过程中对其所进行的创新,由此揭示“现行律民事有效部分”这一特殊法源在大理院特殊的司法制度下所具有的地位和作用。

一、“现行律民事有效部分”的特殊性及适用难题

(一) 无明确统一的内容范围

“现行律民事有效部分”之所以没有明确统一的内容范围,要追溯其确立的过程。在整个北洋时期,一方面国会无暇专注于民事基本立法,另一方面如临时大总统在给参议院的咨文中所指出的,“编纂法典,事体重大,非聚中外硕学,积多年之调查研究,不易告成”。〔3〕所以在这段时间,除了修正晚清民律草案之外,一直未能公布自己的民法典。面对民事法源缺失的状况,临时大总统于民国元年3月10日颁令:“现在民国法律未经议定颁布,所有从前施行之法律及新刑律,除与民国国体抵触各条应失效力外,余均暂行援用,以资遵守。”〔4〕

3月中旬,司法总长伍廷芳认为,援用前清法律应经参议院承认,乃呈请临时大总统咨请参议院审议:“窃自光复以来,前清政府之法规既失效力,中华民国之法律尚未颁行,而各省暂行规约,尤不一致。当此新旧递嬗之际,必有补救方法,始足以昭划一而示标准。本部现拟就前清制定之民律草案……由民国政府,声明继续有效,以为临时适用法律,俾司法者有所根据。谨将所拟呈请大总统咨由参议院承认,然后以命令公布,通飭全国一律遵行,俟中华民国法律颁布,即行废止。”〔5〕

上述呈文中所提适用清末的民事法律,是宣统二年在日本法学家帮助下编纂的《大清

〔1〕 根据相关研究,民初民事审判的法源,就大理院层面,主要有宪法、“现行律民事有效部分”、民事特别法令、条约、习惯法、条理(包括民律草案)、外国立法例、一般法律原则、义理道德、判决先例等。参见黄圣菜:《大理院民事判决法源之研究(1912—1928)》,台湾政治大学法律学研究所硕士论文,2003年7月;黄源盛:《民初大理院民事审判法源问题再探》,《近代法研究》第1辑,北京大学出版社2007年版,第1页以下。

〔2〕 该统计依据的是黄源盛编辑的《大理院民事判例辑存》,共11册,这是目前收集大理院民事判例最完整最系统的资料。

〔3〕 “大总统据司法总长伍廷芳呈请适用民刑法律草案及民刑诉讼法咨参议院议决文”,见《临时政府公报》第47号(1912年3月24日),载《辛亥革命资料》,中华书局1961年版,第352页以下。

〔4〕 中国台湾“司法行政部”编:《中华民国民法制定史料汇编》下册,1976年印行,第1页。

〔5〕 同前引〔3〕。

民律草案》，并非《大清现行刑律》的民事部分。临时大总统在咨请参议院议决时，除转述了司法总长的理由外，又称：“查编纂法典，事体重大，非聚中外硕学，积多年之调查研究，不易告成。而现在民国统一，司法机关将次第成立，民刑各律及诉讼法，均关紧要。该部长所请自是且要之图。合咨贵院，请烦查照前情议决见复可也。”〔6〕

后临时参议院历经三次审议、法律审查会协商、议员们反复磋商后，于4月3日做出决议：“经本院于四月初三日开会议决，念以现在国体既更，所有前清之各种法，已归无效。但中华民国之法律，未能仓猝一时规定颁行，而际此新旧递嬗之交，又不可不设补救之法，以为临时适用之资。此次政府交议，当新法律未经规定颁行以前，暂酌用旧有法律，自属可行。所用前清时规定之法院编制法、商律、违警律及宣统三年颁布之新刑律、刑事民事诉讼律草案，并先后颁布之禁烟条例、国籍条例等，除与民主国体抵触之处，应行废止外，其余均准暂时适用。惟民律草案，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。惟一面仍须由政府飭下法制局，将各种法律中与民主国体抵触各条，签注或签改后，交由本院议决，公布施行。”〔7〕

该决议的旨意有三：一是关于新旧交替之时对待前清法律的原则及例外，既肯定国体既更，所有前清法律当归无效的大原则，但又有所变通：“当新法律未经规定颁行以前，暂酌用旧有法律，自属可行”。二是在民法方面，否决援用《大清民律草案》，原因是该草案并未经过立法审议和公布程序，而宣布：“嗣后凡关民事案件，应仍照前清现行律中规定各条办理”。三是声明援用前清法律的条件：“惟一面仍须由政府飭下法制局，将各种法律中与民主国体抵触各条签注或签改后，交由本院议决，公布施行”。这当然包括对前清《大清现行刑律》的签注或签改。

由于政局形势的急遽变化，孙中山领导的南京临时政府很快交权让位于北洋军阀势力，这一立法程序在南京临时政府时期并未完成。到了北京政府时期，法部为了具体执行3月10日临时大总统令，于3月28日拟制《法部呈请删修新刑律与国体抵触各章条等并删除暂行章程文》。〔8〕30日袁世凯对法部呈文做出如下批示：“据呈已悉，所拟删除各条款字句及修改字面各节，既系与民国国体抵触，自在当然删改之列。至暂行章程应即撤销。由该部迅速通行京外司法衙门遵照。”〔9〕4月3日，北京政府法部正式公布删修新刑律与国体相抵触各章条字句清单，宣布新定名的《暂行新刑律》在全国通行。〔10〕可见，北京政府时期所进行的删修工作，主要是对《大清新刑律》进行的。此期间和之后并未看到对前清《大清现行刑律》的删修活动和成果。

“现行律民事有效部分”虽然源自《大清现行刑律》，但究竟哪些内容构成“现行律民事有效部分”，临时大总统令只是给了一个非常模糊的标准，即“删除与国体相抵触者”。而如何认定“与国体相抵触”，根据当时的立法计划，由法制局将各种法律中与民主国体抵触各条签注或签改后交由参议院议决公布施行。但由于政局形势的急遽变化，当时的法制局并未将

〔6〕 同前引〔3〕。

〔7〕 前引〔4〕，第2页。

〔8〕 蔡鸿源、孙必有整理：《临时公报》第2辑，江苏人民出版社1982年版，第36页以下。

〔9〕 同上引，第36页。

〔10〕 参见张希坡：《关于〈暂行新刑律〉删改颁行诸问题的考辨》，载杨一凡主编：《中国法制史考证续编》第12册，社会科学文献出版社2009年版，第57页以下。

《大清现行刑律》中能继续沿用于民初民事审判的各条挑出，对“现行律民事有效部分”的立法最终未完成。因此，从法律形态上看，“现行律民事有效部分”并无统一明确的内容范围。

（二）相关律（例）文条款未去刑罚效果

“现行律民事有效部分”源自《大清现行刑律》，而《大清现行刑律》又是对《大清律例》删修演变而来，在《大清现行刑律》的编订过程中，不乏有“分别民刑”的建议和主张。

宣统元年正月十一日，京师高等检察长徐谦奏请《将现行刑律参照新刑律妥为釐订》，提出新法未实行、旧法未遽废之时，编定过渡法典以调和之，其大端有五：（1）分别民刑；（2）重罪减轻，轻罪加重；（3）停止赎刑；（4）妇女有罪，应与男犯同一处罚；（5）次第停止秋审。^{〔11〕}宣统元年十二月二十四日，宪政编查馆奏请《飭修订法律大臣另编重订现行律片》，重申以修订旧律为主的渐进主义之同时，亦肯定徐谦所列举五端，请旨飭下修订法律大臣按照徐谦所奏，再行考核中外制度，参酌本国情形，详加讨论，悉心审订，另定体例，编《重订现行律》。在此《重订现行律》未颁布以前，其现行刑律户役内承继分产以及男女婚姻、典卖田宅、钱债违约各条，应属民事者，自应遵照奏定章程，毋庸再科罪刑。^{〔12〕}宣统二年四月七日法律馆、宪政编查馆会奏《呈进现行刑律黄册定本请旨刊印颁行折》。在该奏折中奕劻特别强调：“现行律户役内承继分产、婚姻、田宅、钱债各条，应属民事者，毋再科刑，仰蒙俞允，通行在案。此本为折衷新旧，系指纯粹之属于民事者言之，若婚姻内之抢夺、奸占及背于礼教违律嫁娶，田宅内之盗卖、强占，钱债内之费用受寄，虽隶于户役，揆诸新律俱属刑事范围之内，凡此之类均照现行刑律科罪，不得倖为民事案件，致涉轻纵。”^{〔13〕}可见，“分别民刑”是对《大清律例》进行删改而形成《大清现行刑律》的一个重要考量，具体措施则为对民事条款不再科以刑事制裁。据此，是否意味着《大清现行刑律》对《大清律例》的重要变通之一就是原律文中有关户役、田宅、婚姻、钱债等门类的“应属民事者”不再科刑呢？^{〔14〕}

细察颁行后的《大清现行刑律》，户役门、田宅门、婚姻门和钱债门中的律文规定，答案是否定的。如户役门中的立嫡子违法条：“凡立嫡子违法者，处八等罚。其嫡妻年五十以上无子者，……罪亦同俱改正。若养同宗之人为子，所养父母无子所生父母有子而舍去者，处十等罚，发付所养父母收管。若所养父母有亲生子及本生父母无子欲还者，听。其乞养异姓义子以乱宗族者，处六等罚。若以子与异姓人为嗣者，罪同，其子归宗。其遗弃小儿年三岁以下，……罪亦如之，其子亦归宗改立应继之人。若庶民之家存养良家男女为奴婢者，

〔11〕 参见中国台湾“司法行政部”编：《中华民国法制史资料汇编》上册，1976年印行，第201页。

〔12〕 参见《宪政编查馆请飭修订法律大臣另编重订现行律片》（宣统元年十二月二十四日），载上海商务印书馆编译所编：《大清新法令（1901—1911）》第7卷，曾尔恕等点校，商务印书馆2010年版，第144页以下。

〔13〕 《呈进现行刑律黄册定本请旨刊印颁行折》，《钦定大清现行刑律》所附奏折。本文参照版本为《钦定大清现行刑律》，收于《清代各部院则例》，香港蝠池书院出版有限公司2004年版，第15页。

〔14〕 黄源盛教授认为，晚清“民刑分立”的立法开端于《大清现行刑律》。（参见黄源盛：《民初大理院与裁判》，台湾元照出版有限公司2011年版，第139页以下）张生教授认为，“现行律民事有效部分”是指《大清现行刑律》中不科刑之律例再加上原《户部则例》中的民事部分。（参见张生：《中国近代民法典化研究：1901—1949》，中国政法大学出版社2004年版，第117页以下）李琳认为，《大清现行刑律》对“大清律例”的重要变通之一就是原律文中有关户役、田宅、婚姻、钱债等门类的“应属民事者”不再科刑。卢静仪也持同样的观点（参见李琳：《〈现行律民事有效部分·婚姻门〉研究》，中国社会科学院研究生院博士论文，2009年7月，第33页；卢静仪：《清末民初家产制度的演变——从分家析产到遗产继承》，台湾元照出版有限公司2012年版，第79页）。

处十等罚，即放从良。”田宅门的典卖田宅条：“凡典卖田宅，不税契者，处五等罚。仍追契内田宅价钱一半入官。不过割者，一亩至五亩处四等罚，每五亩加一等罪，罪止十等罚。其不过割之田入官。若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，以所得重典卖之价钱立赃，准窃盗论，追价还后典买之主，田宅从原典买主为业。”婚姻门首条“男女婚姻”：“凡男女定婚之初，若或有残废或疾病老幼庶出过房同宗乞养异姓者，务要两家明白通知各从所愿……处五等罚，其女归本夫，虽无婚书，但曾受聘财者，亦是。若再许他人未成婚者，女家主婚人处七等罚，已成婚者处八等罚，后定娶者男家知情，主婚人与女家同罪，财礼入官，不知者不作，追还财礼给后定娶之人，女归前夫，前夫不愿者，倍追财礼给还，其女仍从后夫，男家悔而再聘者，罪亦如之，仍令娶前女，后聘听其别嫁，不追财礼。”钱债门首条“违禁取利”：“凡私放钱债及典当财物每月取利并不得过三分，年月虽多不过一本一利，违者处四等罚，以余利计赃，重于四等罚者罪止十等罚。……若豪势之人于违约负债者不告官司，以私债强夺去人孳畜、产业者，处八等罚，无多取余利听赎不追；若估所夺畜产之价过本利者，计多余之物，罪有重于八等罚者作赃论罪止徒三年，依多余之数追还主。”

以上立嫡子违法、典卖田宅、男女婚姻、违禁取利各条，按照徐谦和奕劻的说法，本应属典型的民事规定，却并未实现所谓的“毋再科刑”。规定中的刑罚措施，如“处几等罚”和“徒”刑等，只是将《大清律例》中的笞、杖、徒、流、死等刑罚措施变成了罚金、徒、流、遣、死等，这只是刑罚方式的变化，并未完全实现去刑罚化。^[15]其实，户役、田宅、婚姻、钱债等门类中这样的条款还有很多，上述列举仅是其中一部分。

因此，源自《大清现行刑律》的“现行律民事有效部分”，并未事先通过立法程序实现去刑罚化。在新式的民事审判制度下，大理院在适用以上条文时，在法律效果上应作如何的考量和转变，是一道必须解决的难题。

（三）旧的律文如何适应新的社会情势和法律制度

《大清现行刑律》基本上是一部延续传统精神的法典，这已是无可争议的事实，从其编订初衷可窥见一斑。沈家本在光绪三十四年应命修律后，考虑到新刑法典的制定并非短时间就能完成之事，推行新律的社会条件并未成熟，当时又因起草《大清新刑律草案》等引发了著名的“礼法之争”，礼教派人士对草拟中的《大清新刑律》横加阻挠，而旧有的《大清律例》又弊端丛生，因此颇需编修一部过渡性的刑律。沈家本在“新律之颁布，尚须时日，则旧律之删订，万难再缓”的前提下，于光绪三十四年一月二十九日向朝廷上奏继续修订《大清律例》的工作，重新进行以前因更改官制、人员调动而终止的对《大清律例》的全面改造工作，以期能完成修改、修并、移并及编纂事项：“上年进呈新刑律，专以折冲樽俎，模范列强为宗旨。惟是刑罚与教育互为盈眚，如教育未能普及，骤行轻典，似难收弼教之功。且审判之人才、警察之规程、监狱之制度，在与刑法相维系，虽经渐次培养设立，究未悉臻完善。论嬗递之理，新律固为后日所必行，而实施之期，殊非急迫可以从事。考日本未行新刑法之前，折衷我国刑律，颁行《新律纲领》，一洗幕府武健严酷之风，继复酌采欧制，颁行《改定律例》三百余条，以补纲领所未备，维持于新旧之间，成效昭著。”^[16]

[15] 当然，《大清现行刑律》中也确实存在一些不再附予刑罚制裁效果的条款。不过这样的立法构造并不是从《大清现行刑律》才开始出现，在《大清律例》的律条中已存在。参见前引[14]，黄源盛书，第141页。

[16] 《修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，中华书局1979年版，第851页以下。

沈家本师法日本之往例，将局部修改律例的原初计划，提升为综核现在通行章程，而对旧有律例作全面的大翻修。为使律例能贯彻其为刑事法典的单纯本务，定其名为《现行刑律》，^[17] 企图以渐进方式，立推行新律基础。宣统元年十二月二十四日，宪政编查馆奏请《飭修订法律大臣另编重订现行刑律片》，重申以修订旧律为主的渐进主义。

考诸《大清现行刑律》的制定过程及具体内容可以发现，《大清现行刑律》对《大清律例》既有继承，又有变通。但在基本精神层面，《大清现行刑律》维持了传统律例的基本价值，这在法律精神上与民国宣示的自由平等理念是有所背驳的。“现行律民事有效部分”基本上是对中国传统社会秩序和社会关系的维持，但民国初年政治、经济状况的变化，决定了这一时期法律制度的基本价值和前朝难免有所冲突。如何使旧的律文规定在新的社会情势和法律制度下正常运作，司法机关如何调适二者的矛盾？这是适用“现行律民事有效部分”的第三个难题。

二、大理院对“现行律民事有效部分”适用难题的克服

（一）通过判决例和解释例确认内容

法制局没有完成对《大清现行刑律》的签注或签改，立法机关没有完成“现行律民事有效部分”的立法任务。大理院在具体适用“现行律民事有效部分”的司法过程中，根据案件事实，援用“现行律”的律文或条例，创造了大量的判决例和解释例，以类似于“法官造法”的方式，解决了这一难题。

在大理院发布的判决例中，关涉“现行律民事有效部分”者，其“法律理由”部分，往往会有这样几种形态：（1）“按现行律载”加上具体的条文规定，如大理院三年上字第56号；（2）“查现在有效之现行律”加上具体的条文规定，如大理院二年上字第17号；（3）“前清现行律关于民事各条例，自应认为继续有效”加上具体的条文规定，如大理院二年上字第50号；（4）“查现在有效之前清律例”加上具体的条文规定，如大理院二年上字第35号；（5）不出现“现行律”之类的标志，直接列出条文的相关内容。

以上几种类型的判例，最基本的效用就是对“现行律民事有效部分”具体律条的确认，明晰“现行律民事有效部分”的哪些内容具有效力，而这些判例和解释例的累积，也成为确认“现行律民事有效部分”整体内容范围的重要途径。

笔者根据黄源盛先生编纂的《大理院民事判例辑存》和郭卫先生编的《大理院解释例全文》，^[18] 对大理院适用“现行律”的判决例和解释例进行了整理，发现《大清现行刑律》中的服制图、服制、名例、户役、田宅、婚姻、钱债、市廛门、斗殴、犯奸、河防等共11门类被适用。参见后两表。

[17] 《现行刑律》的编订实际上开始于初订律奏进之前，即光绪三十一年三月十三日起以《修订法律大臣奏请先将例内应删各条分次开单进呈折》，分三次奏准，共删344条。光绪三十三年十二月初七日，又以《修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折》，奏准删改49条。经此两次删改之律例文，因其已经奏准之故，除非被修复，当时即已确定失效，或被变更。（参见《大清法规大全》（法律部），台北宏业出版社1972年版，第1679页以下）光绪三十四年，修订法律大臣奏请编订《现行刑律》，经宪政编查馆会法部议准，《现行刑律》之名始出现。宣统二年四月七日奉上谕颁行，其名始正（参见黄源盛：《法律继受与近代中国法》，2007年印行，第177页注48）。

[18] 郭卫编：《大理院解释例全文》，台北成文出版社1972年版。

大理院适用“现行律民事有效部分”门类和律条汇总表

门类	律条	判例举例	解释例举例
服制图		七年上字第 1120 号	统字第 778 号
服制		四年上字第 2025 号	
名例门	给没赃物条例一二	十二年上字第 1894 号	统字第 858 号
户役门	脱漏户口	三年上字第 797 号	统字第 942 号
	立嫡子违法 条例一至五	五年上字第 778 号 三年上字第 70 号 三年上字第 304 号 七年上字第 243 号 四年上字第 886 号 四年上字第 1608 号	统字第 502 号
	别籍异财 条例一	六年上字第 1100 号 三年上字第 616 号	统字第 484 号
	卑幼私擅用财 条例一、二	八年上字第 148 号 四年上字第 1312 号 三年上字第 1198 号	统字第 953 号
田宅门	检踏灾场田粮条例二	二年上字第 86 号	
	盗卖田宅条例二	十五年上字第 959 号	
	典卖田宅 条例一、二	四年上字第 2259 号 三年上字第 47 号 四年上字第 1077 号	统字第 1139 号
	盗耕种官民田		统字第 895 号
婚姻门	男女婚姻 条例一、二、三	二年上字第 215 号 四年上字第 536 号 二年私诉上字第 2 号 三年上字第 948 号	统字第 312 号
	典雇妻女	三年上字第 433 号	
	妻妾失序	十二年上字第 1170 号	统字第 624 号
	居丧嫁娶 条例二	五年上字第 1117 号 七年上字第 297 号	统字第 253 号
	尊卑为婚 条例一		统字第 1003 号
	娶亲属妻妾	三年上字第 596 号	统字第 917 号
	僧道娶妻	十三年上字第 2379 号	
	出妻 条例一、二	三年上字第 1167 号 四年上字第 331 号 四年上字第 766 号	统字第 591 号
嫁娶违律		统字第 566 号〔19〕	

〔19〕 根据解释例的具体内容,其实关涉的条文是犯奸门中的纵容妻妾犯奸条。

续表

钱债门	违禁取利 条例四	三年上字第 843 号 四年上字第 930 号	统字第 1847 号
	费用受寄财产 条例一	四年上字第 2083 号	
	拾得遗失物	三年上字第 292 号	
市廛门	把持行市条律		统字第 677 号
斗殴门	妻妾殴夫条律	七年上字第 787 号	
	殴祖父母父母条律	六年上字第 18 号	
犯奸门	犯奸	七年上字第 491 号	
	纵容妻妾犯奸	五年上字第 656 号	统字第 358 号
	居丧及僧道犯奸		统字第 1162 号
	卖良为娼 条例二	九年上字第 846 号	统字第 556 号
河防门	失时不修堤防条律	三年上字第 540 号	

在所统计的 443 个判例中，关涉最多的是户役门，共 230 例，占总数的 52%；其中的立嫡子违法条，共 183 例，约占该门类的 80%，占总量的 41%。第二是婚姻门，共 129 例，占总量的 29%；其中男女婚姻条，共 66 例，占该门类的 51%，占总量的 15%。第三是田宅门，共 32 例，占总量的 7%；其中的典卖田宅条，共 23 例，占该门类的 72%，占总量的 5%。第四是钱债门，共 24 例，占总量的 7%；其中的违禁取利条 21 例，占该门类的 87.5%，占总量的 4.7%。在收集的 101 个解释例中，与服制门相关的 1 个，名例门 1 个；户役门 36 个，其中立嫡子违法条 27 个；田宅门 4 个，集中在典卖田宅条；婚姻门 49 个，其中男女婚姻条 25 个，出妻条 11 个；钱债门 4 个，集中在违禁取利条。总体来说，户役、田宅、婚姻、钱债等门类占了较大的比重，而这些门类中涉及继承、婚姻、田土及债务关系的律文和条例，尤其是继承和婚姻领域，如立嫡子违法条、男女婚姻条、出妻条，所关涉的判例和解释例，都占了较高的比例。服制图、名例门、河防门和市廛门等，虽有适用，但数量甚少。

通过具体的数量和适用比例，可以看出民初的民事司法实践对中国传统法律的传承。“现行律”内有关继承、婚姻、田宅及钱债关系的规定，凝结着中国几千年的立法经验，它们带着深深的传统烙印，是中国传统法律规范 and 精神的延续。尤其是婚姻、继承和典当方面，传统家族主义和伦理仍是其主要的灵魂和精神，根据“求最适于中国民情之法”原则而延续之，处于新旧交替之际的大理院对“现行律民事有效部分”的适用呈现出以上的样态，是符合当时时代的潮流与民情风俗的。

（二）大理院对“现行律民事有效部分”的法律效果转换

针对“现行律”相关律条在法律效果上并未实现去刑罚化的问题，从大理院民事判例看，处理方式呈现出以下逻辑。

首先，对于那些确实应受刑事制裁的行为，适用《暂行新刑律》调整。如婚姻内之抢夺、奸占及背于礼教违律嫁娶，田宅内之盗卖、强占，钱债内之费用受寄，斗殴门中妻妾

殴夫、殴祖父母、父母等情节严重者，均照《暂行新刑律》科罪。

其次，对于适用于民事审判且仍带有刑罚效果的律（例）文，去除制裁部分。具体而言，在引用“现行律”的律文，尤其是原带有刑罚制裁的条款时，判例中的表述主要呈现出以下几种模式：一是引用律文时仍带有制裁措施之类的字眼，如“治罪”、“处几等罚”和“罪亦如之”等，但明示“处罚一节不再适用”或“除关于治罪一节不适用外”，如大理院七年上字第1022号判例、七年上字第1066号判例等。二是引用律文时已经显示不出带有制裁措施之类的字眼，而直接按照民事的逻辑进行阐释，此种情形在判例中居多，如大理院七年上字第91号、四年上字第1835号等。三是引用律文时仍带有制裁措施之类的字眼，但在下文民事法意的阐释时已经不言自明地将其略去，如大理院三年上字第616号判例、四年上字第1459号等。

最后，不管明示刑事制裁部分的废除还是默示其失效，最关键的问题是“去除制裁部分”后，在行为模式和法律效果上应作如何的转变？通览大理院民事判决例，主要呈现出以下情形。

第一，借用欧陆法的概念将《大清现行刑律》中的刑事规范转换成民事规范进行援用。刑事规范大部分是强行或禁止规定，而依近代民法理念，民事行为如果违反强行规定，或属无效或得撤销。因此，这些原本属于刑事规范的条文，顺势转化成民事的规定而被适用。若民事法律行为属于《大清现行刑律》所不禁止的行为如“不坐”，则认定为“有效”；对于所禁止的行为，通常认定为“无效”或“可撤销”。〔20〕

如《大清现行刑律·户役门》“别籍异财”：“凡同居卑幼不由尊长，私擅用本家财物者，十两处二等罚。每十两加一等，罪止十等罚。若同居尊长应分财物不均平者，罪亦如之。”大理院七年上字第1022号判例：“本院按现行律载，同居卑幼不由尊长私擅用本家财物者处罚等语，除处罚一节不适用外，其在民法上之法意，则以本家财产本非卑幼所有，若不得尊长同意擅行处分，其处分行为乃无权行为，依法不生效力。”〔21〕大理院八年上字第832号判例明确了这一法律效果转化规则：“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。”〔22〕

第二，除了“无效”和“可撤销”之外，对于违背“现行律”规定的行为，大理院有时也会创设新的法律效果。

如《大清现行刑律·钱债门》“违禁取利”：“凡私放钱债及典当财物每月取利并不得过三分，年月虽多不过一本一利，违者处四等罚，以余利计赃，重于等罚四者罪止十等罚。……若豪势之人于约负债者不告官司，以私债强夺去人孳畜、产业者，处八等罚，无多取余利听赎不追；若估所夺畜产之价过本利者，计多余之物，罪有重于八等罚者作赃论罪徒三年，依多余之数追还主。”本条乃是对于利率的管制规定。这里的月息三分，是利率上

〔20〕 黄源盛：《中国法史导论》，台湾元照出版有限公司2012年版，第424页。

〔21〕 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（总则编）》，台湾元照出版有限公司2012年版，第123页以下。

〔22〕 同上书，第86页。

限，一本一利则是利息总量，过此即犯法。按律例之解释即是“如借银一两，按每月三分取利，积至三十三个月以外则利钱已满一两，与本相等，是谓一本一利，年月虽多，不得复照三分算利，及五年十年亦止还一本一利，此债当取利之禁限也”。^[23]大理院八年上字第 273 号判例：“每月取利不得过三分，本属一种强行法规，故于取利超过三分者，无论债务人是否同意，均不能谓非违法。”^[24]在此，大理院延续现行律的规定，认为每月利息上限为三分，且认为其乃强行法规，不容当事人合意变更。至于违反此项强行法规的效果，大理院于六年上字第 700 号表示：“两造原立借约，既定为五分利率，按诸现行律月息不得超过三分之规定固有不合，惟原约所不合法者仅以其超过三分，则在三分之限度内，自不能不认原约之效力。”^[25]这里，大理院显然在无效及得撤销外，创造了新的法律效果。

第三，除了行为“有效”、“无效”和“可撤销”之外，大理院还会按照行为的内容，并结合律条本意和案情实际，直接推演出其它相应的行为模式作为法律效果。这种情况在大理院的民事判决中较多。

如《大清现行刑律·户役门》“立嫡子违法”条例五：“凡乞养异姓义子有情愿归宗者，不许将分得财产携回本宗，其收养三岁以下遗弃之小儿，仍依律即从其姓，但不得以无子遂立为嗣，仍酌分给财产，俱不必勒令归宗。如有希图资材冒认归宗者，照例治罪。”此例为奸徒图产冒认，及义子怀私负恩而设。^[26]大理院四年上字第 270 号判例关涉该例文的适用：“现行律载‘义男、女婿为所后之亲喜悦者，听其相为依倚，并得酌给财产’，又载‘凡乞养异姓义子有情愿归宗者，不许将分得财产携回本宗。其收养三岁以下小儿，仍依律即从其姓，但不得以无子遂立为嗣，仍酌分给财产。俱不必勒令归宗’等语，寻绎律意，异姓乱宗固为法所不许，而对于遗产，未尝无酌分之权，且生前既许相为依倚，则殡葬之事自应得以与闻。”^[27]根据例文原意，现行律所处罚的是异姓乱宗的行为，对于不立嗣的异姓收养，并不禁止，所以对于养家财产有酌分之权。本判例在行为法律后果的考量上，并未拘泥于“有效”、“无效”和“可撤销”的逻辑，而是从“不立嗣的异姓收养”行为本身，结合例文原意，导出“可以分得遗产，且有权参与丧事”的效果。

（三）大理院适用“现行律民事有效部分”的主要方式

大理院在适用“现行律民事有效部分”时，其中有关中国传统民事法律关系的内容，继续得到保留，不少律文和条例为大理院在司法实践中直接援用。但是，面对社会情势和法律制度的新变化，大理院更多是以权变的方式，通过新的法学方法，对《大清现行刑律》进行改造，以适应解决新时期产生的社会纷争问题的需要，从而使其效力得到激活或延续。^[28]

[23] 刘秋根：《明清高利贷资本》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 219 页。

[24] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（债权编）》，台湾犁斋社 2012 年版，第 102 页以下。

[25] 郭卫编：《大理院判决例全书（民法）》，台北成文出版社 1972 年版，第 60 页。

[26] 参见（清）薛允升：《读例存疑重刊本》第 2 册，黄静嘉编校，台北成文出版社 1970 年版，第 247 页。

[27] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（亲属编）》，台湾犁斋社 2012 年版，第 919 页以下。

[28] 大理院推事大半以上都具有国外留学经历背景，不论是长期留学或是短期游学，对于西方近代法学的概念自然耳濡目染。民国元年以来，所有推事的选用，侧重选拔留学东西洋法学专业，并在社会素有声望、精力健全之人。根据黄源盛先生的调查统计，民国元年至十六年十月，包括历任院长及推事共计 81 人，其中学经历已查清楚者有 76 人。在这 66 人当中，留学日本法政科者 47 人，毕业自美国、英国、德国、法国各大学法律科者，分别为 5 人、4 人、3 人和 2 人，而出身自新式京师法律学堂者有 14 人，旧式科举出身者有 2 人。参见前引 [14]，黄源盛书，第 52 页。

1. 运用法律解释, 探求律条的内涵和意旨

“现行律民事有效部分”毕竟是前清的《大清现行刑律》在新时期的适用, 为了保证其正常和准确运用, 必须在其逻辑体系当中, 对其文意、内在逻辑或律条背景进行解释, 以探求精确的内涵和意旨。

以大理院四年上字第1459号判例为例: “‘凡同居卑幼不由尊长, 私擅用本家财物者, 处罚’等语, 是卑幼私擅用本家财物, 固为法所不许, 惟细绎律意, 此项规定本所以维持家庭共同生活之关系, 故其所禁止者, 本系指卑幼与外人之处分行为, 足使家财外溢者而言。若家属中之一人, 以自己私有之产让与他人者, 其所处分既非家财, 即不在应禁之列。又或一家之中, 遗产共同继承人就应受分配之财物, 互相让与其受分权利者, 虽经处分而财不外溢, 亦与卑幼私擅用本家财物有别, 除别有法律上原因外, 不得即指为无效。”^[29] 该判例涉及对《大清现行刑律·户役门》“卑幼私擅用财”条律文的援用。大理院明确指出本条的内涵和意旨在于“维持家庭共同生活之关系”而禁止家财外溢, 以此为出发点, 将“自己私有资产”与“家财”相区分, 将“家庭成员内部让与遗产继承受分权利”与“家财外溢”相区分, 从而认定以上两种处分行为并非无效。

再以大理院统字第591号解释例为例: “查现行律婚姻门出妻条所称‘无子’之义, 系指为人妻者, 达到不能生育之年龄, 而其夫除另娶外别无得子之望者而言, 盖该律主旨在于得子以承宗祧。故凡夫已有子(如妾或前妻已生子或已承继有子之类), 或虽不另娶妻亦可有子者, 当然无适用该条之余地。其不能生育之原因, 仍须在妻, 更无待言。至不能生育之年龄, 诚如来函所述, 应准用‘立嫡子违法条’内所定五十以上之岁限, 又妻虽具备无子之条件, 而有三不去之理由者, 仍不准其夫离异, 此律所明定也。”^[30] 该解释例中, 大理院对婚姻门出妻条中的“无子”一词进行阐释, 并根据本条的立法意旨在于“得子以承宗祧”, 对其它几种情况能否使用该律文进行了明确的回答, 使出妻条的律文明确易懂, 且更具操作性。

除了对律文含义进行解释外, 大理院通常也会采用历史解释的方法。三年上字第186号判例便是典型之证: “现行律关于独子不准出继, 法文虽未明示, 然自沿革言之, 前大清律例时代曾以明文禁止独子不得过继他房, 后因种种必要, 渐有准许兼祧之特例, 嗣遂以兼祧条件订入条例, 而删除原有之法文, 则法律之意, 自系以兼祧具备法定要件者为限, 始准以独子过继他房, 其意义至显。即自现行律例之精神言之, 新法未布, 现行律例民事规定既系有效, 即应通观大体, 本其精神以为判断, 现行律意为人子者以养事本生父母、承本宗之祧为根本原则, 故律有‘为他人养子者, 若本生父母本有子而亡故无子, 虽所养之亲亦无子, 而得舍去, 即归本家’之条, 若本生父母仅只一子, 断未有擅许继入他家之理, 兼祧已属通权, 亦难再予扩充。由是言之, 独子除兼祧外, 不得过继他房, 洵可断言。”^[31] 本案中, 大理院在论述除兼祧外不得过继他房的过程中, 采取的就是历史解释的方法, 通过追溯独子兼祧立法沿革的方式, 来探寻立法本旨所在。由于“现行律民事有效部分”基

[29] 前引[27], 黄源盛书, 第80页。

[30] 郭卫编:《大理院解释例全文》, 台北成文出版社1972年版, 第326页以下。

[31] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存(承继编)》, 台湾犁斋社2012年版, 第27页以下。

于《大清现行刑律》，从而与《大清律例》一脉相承，若“现行律民事有效部分”的适用发生异议，大理院在进行法律论证时，也必须将论证的基础追溯到《大清律例》的规定，正如判例要旨中所谓的“法未布，现行律民事规定既系有效，即应通观大体，本其精神以为判断”，强调回归法体系的基本精神和背景价值。

2. 妥当处理判例间冲突

运用文义解释、历史解释探寻立法意旨，积极意义是可以避免法律解释的任意性，这在民初法制未备的情况下尤为重要。但如果完全陷于其中也可能发生负面效应，当律条的整体法律精神呈现保守倾向或缺乏实质正当性时，这种方式虽能维护法的安定性，但社会进步的契机可能因此而被阻碍。大理院的法曹们有时会在新潮激进与安稳保守之间摇摆，致使不同判例间可能发生冲突，进行判例选择时出现自我矛盾的情形。

大理院二年上字第208号判例与四年上字第886号判例即为明证。该两号判决都关涉对《大清现行刑律·户役门》“立嫡子违法”中条例四的适用，是关于处理夫死后，财产如何继承的规定。^[32]寡妇守志，择人立嗣，是较为常见的社会现象。该条例的重点在于合承夫分，而合承夫分的前提是守志。若未守志而改嫁者，则夫之财产及原有妆奁不能带走。大理院二年上字第208号：“嫁女妆奁应归女有，其有因故离异，无论何种原因离去者，自应准其取去，夫家不得阻留。”^[33]大理院在此处的见解与现行律的意旨相悖，认为离婚之时，妆奁等物的所有权是属于妻子的。然而在四年上字第886号判例中，则有相反的见解：“现行律载‘妇人夫亡改嫁者，夫家财产及原有妆奁，听前夫之家为主’等语，绎释律意，是夫家财产及原有妆奁，改嫁之妇不得擅行携去，但前夫之家允许其携去者，则当然不在禁止之列。”^[34]此判例遵循了现行律的规定。显然二则判例具有冲突，同是婚姻关系的消灭，此判例谓夫死之后，上一判例谓离异之后。如果之后出现因为死亡和离异而分别适用上述二判例的情形，则会导出不同的法律效果。二则判例的矛盾，反映了在新旧观念转型时期，保守与开明之间，大理院对同一问题见解的分歧，这也是当时时空背景下的必然现象。

不过，大理院七年上字第147号判例解决了以上判例的冲突：“本院按现行律载‘妇人改嫁，夫家财产听前夫之家为主’等语，系概括为人妻者由其夫家承受之财产而言，故无论其形式出于赠与或其他之权利设定行为，均应一体援用。妾于家长故后改嫁，自应一体准用该条。原判见解尚非违法，此项上告论旨自属无可采用”，“本院按现行律载‘妇人改嫁，夫家财产听前夫之家为主’等语，其立法之精神，在使改嫁之妇不能继续享有夫（妾则为家长）家之财产，借以杜绝弊端而奖励守志。故其正当之解释，凡妇人由其夫家承受之赠与及遗赠财产，若于生活上有必要时，固无论其将来是否改嫁，得于其必要限度内自由处分，无须得承继人之同意；反是，如并无生活上之须要，或则超过限度处分此项财产，嗣后即行改嫁者，当然应准承继人向其诉追全价或超过部分之价额；若系始终守志，并无改

[32] 例文载：妇人夫亡无子守志者，合承夫分，须凭族长择昭穆相当之人继嗣。其改嫁者，夫家财产及原有妆奁并听前夫之家为主。

[33] 前引〔27〕，黄源盛书，第530页以下。

[34] 前引〔25〕，郭卫编书，第227页。

嫁事实,则此项财产自可完全听其处分,毫无限制之必要,此与养贍财产不同之点也”。^[35]该判例的精彩之处在于,大理院在解释例文时对立法意旨的把握:“其立法之精神,在使改嫁之妇不能继续享有夫家之财产,借以杜绝弊端而奖励守志。”在此前提下,大理院运用类型化的法学思维,一方面认为无论是赠与或是遗赠都属于夫家财产,应该适用“现行律”的规定,另一方面以是否为生活上所必要区别对待,此乃解决妆奁的问题。据此,通常情况下妆奁大都为日常必需品,是故妆奁无论改嫁与否,皆可取走为自由处分。而剩下的夫家财产,则以守志与否而决定其是否有权使用。从这个判例中,可以看到大理院解决问题的智慧,既未作轻率的法律判断,也非拘泥于保守的迂腐见解,在兼顾法律条文和情理的情况下,巧妙地解决实际的问题。

3. 运用类推,补充漏洞

法学方法上的“类推”,是指将法律对某个构成要件或多数相类的构成要件所形成的规则,转而适用于其它法律未规定但与前述构成要件所要涵摄的事件相类似的事件。这种转换必须存在某些基础,也就是这些构成要件在法律评价有关的观点上必须一致,对于法律未规定的案件事实,也符合该原则的要求,基于相同事物应相同处理的法理,对于该类似案例做不同处理的理由并不存在时,方可进行类推。^[36]作为“现行律民事有效部分”内容来源的《大清现行刑律》,其中涉及民事方面的规定,无论是调整财产关系的条款,还是涉及身份关系的规定,基本上是对中国传统社会秩序和社会关系的维持。但是民国初年的政治、经济状况的变化,就会导致“现行律民事有效部分”在适用上出现漏洞和调控不力的现象。大理院为解决规范不足与欠缺的难题,相当频繁地运用了类推的方法,^[37]以“现行律”的规定进行类推,以获取解决个案的依据。

如大理院六年上字第845号判例:“现行律载‘若再许他人……已成婚者,处罚。后娶者,知情与同罪,财礼入官;不知者不坐,追还财礼,女归前夫,前夫不愿者,倍追财礼给还,其女仍从后夫。男家悔者,罪亦如之’等语,是就该律类推解释,男家悔约另聘,已成婚者,如前女仍愿与为婚姻,自应令娶前女,而后聘者令其别嫁;如不愿与为婚姻,自应准其解除婚约,是不待言。又此种解除婚约之原因事实一旦发生,即可据以请求,自不容男家事后以一方之意思补正事实,拒绝其请求。”^[38]“现行律”对男子重复订婚且已成婚的情形未作规定(只对男家悔而再聘未成婚之情形有规定),但有“女子若重复订婚且已成婚,女子应该归先订婚之夫”的规定。大理院运用类推适用的方法,将女子重复订婚且已成婚之规范类推适用到男子重复订婚且已成婚之事实上,而得出女子对重复订婚之男子有选择权的结论。^[39]

[35] 前引[27],黄源盛书,第558页以下。

[36] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第290页以下。

[37] 大理院判例上之用语虽然为“类推解释”,但以当代民法学理论更准确之用语,应为“类推适用”。盖在法规释义涵范围内者为“解释”,超出范围外应为“类推适用”。梁慧星先生认为,扩张、限缩及当然解释,为狭义法律解释之传统方法,应归于论理解释一类,而类推解释与反对解释,属于漏洞补充方法,非此所谓狭义法律解释方法。参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1997年版,第214页。

[38] 前引[27],黄源盛书,第295页。

[39] 有论者认为,大理院此判例所导出的结论,与传统的处理已有差异,因为传统上考虑女子有失身问题,故允许男子有选择的权利。但是男子重复订婚且已成婚,并无失身问题,此时应直接令娶前聘之女,而后聘之女既已失身,无所归着,惟有听原聘者另嫁。参见陈顾远:《中国婚姻史》,上海书店1984年版,第158页。

又如大理院四年上字第 1303 号判例：“异性义子可否附葬祖莹，查现行律内纵无明文规定，异性养子依律既生前得从所养父母之姓，可以相为依倚，不得勒令归宗，则类推解释，死后同葬一莹自无不可。”〔40〕该判例采用了典型的类推方法。现行律未对“异性义子可否附葬祖莹”做出规定，于是大理院将“异性养子既生前得从所养父母之姓，可以相为依倚，不得勒令归宗”这一规定类推适用到“异性义子附葬祖莹”的事实上，由此得出“异性义子可以与祖同葬一莹”的结论。从类推对象的选择过程来看，其采取的是以一种关联方法，将目前所遇到的难题，通过溯源于相似先例，以彼喻此，将其抽绎出的原理原则应用于当下。

当然，从大理院判决大量使用类推的实况来看，类推方法的不当扩大，亦曾造成部分不精确甚至不正确的适用。例如大理院三年上字第 433 号判例提到：“本夫抑勒其妻价卖为娼者，较之抑勒通奸、典雇为妻妾及卖休之情形尤不可恕，依当然之条理、类推之解释，自在应离之列，即图卖未成确有证据者，亦为义绝，自可据以离异。”〔41〕从推理过程来看，本例应属于“当然解释”的范围，而非所谓的类推解释。即使从类推的角度来看，大理院在本例中运用的类推“比较点”，竟然是所谓的“当然之条理”。类推的操作本身具有危险性，这种危险性反映在比较点的确定及如何具有说服力之上。该判例将比较点落脚于实证性较低的“条理”，也是推论上不尽精确的地方。

由于民国初年缺乏体系化的民法典，类推的比较点也随着法源的多元化而呈现多种样态，但多半仍以“现行律民事有效部分”为其基本点。例如大理院三年上字第 934 号判例对于族中虽有可继之人，而因与立继之妇积不相得，致无可立为继嗣者，可否为其夭亡之子择昭穆相当之人以为嗣；大理院五年上字第 614 号判例对于未嫁女所私生之女，其主婚权应属何人等，都通过以“现行律民事有效部分”为类推对象（比较点）来解决。并且，律文未规定时，条例的例文也可能成为类推的对象。如大理院三年上字第 561 号判例对于独子夭亡立嗣之后，夭亡之子却生还者，原立子应否归宗的问题；大理院三年上字第 779 号判例对于相为依倚之族孙，是否在应行酌给财产之列，则是以“现行律民事有效部分”的条例例文为类推对象来解决。

4. 假借律（例）文，援引其它法源

假借律条是指大理院在判决中，虽然形式上仍引用“现行律民事有效部分”，但实际已不再遵照，而是以其它法源为根据做出判决。

如大理院三年上字第 1167 号判决例：“又例载‘夫逃亡三年不还者，并听经官告给执照，别行改嫁’等语，寻释立法本旨，女子本以不许重复婚嫁为原则，但夫若逃亡多年不知下落，使女久待，亦非人情，故以许其改嫁为例外。其必经官告给执照者，无非令官署得以调查其逃亡不还之事实是否真实，及其年限是否合法，以凭准驳，而防日后之争议。故女子如实因夫逃亡三年以上不还而始改嫁，虽当时未经告官领有执照，而事后因此争执，经审判衙门认其逃亡属实，而年限又属合法者，其改嫁仍属有效，不容利害关系人更有异

〔40〕 前引〔27〕，黄源盛书，第 927 页以下。

〔41〕 同上书，第 616 页以下。

议。”〔42〕该判例中援引了“出妻”条——“又例载夫逃亡三年不还者，并经听官告给执照，别行改嫁”的规定，但是大理院在此认为虽未告官而先离异，只要经审判衙门查明确属真实，其离异仍为有效。这样的见解可以说与现行律规定意旨相违背。依此见解，不需要告官离婚也有效，这就使得例文“告官取得执照”之规定形同虚设，只是一种形式上的援引。不过，由此也显示大理院的进步之处，因为规定妻须告官才能离异是一种对女性不平等的歧视，而大理院破除必须先告官的规范，或许当中也隐含男女平等观念的考虑。所以，在本案中，其实真正适用的是条理。

再如，《大清现行刑律·婚姻门》“妻妾失序”条规定：“凡以妻为妾者，处十等罚，妻在以妾为妻者，处九等罚，并改正；若有妻更娶妻者，亦处九等罚，后娶之妻离异归宗。”大理院九年上字第1124号判例云：“现行律载‘有妻更娶，后娶之妻离异归宗’，至于先娶之妻能否以其夫有重婚事实主张离异，在现行法上并无明文规定，惟依一般条理，夫妇之一造苟有重婚情事，为保护他一造之利益，应许其提起离异之诉，以资救济。”〔43〕在本案中，大理院虽然援引了“妻妾失序”条的规定，但对于新的案件事实，即先娶之妻能否以其夫有重婚事实提起离异，并非在该条的律文规定范围之内，大理院基于男女平等考量，保护婚姻一方当事人的利益，而适用了条理。

以上两种情况，前者是案件的事实所对应的法律依据在“现行律”上已有规定，而大理院形式上援引，实际却并未作为审判依据。后者是案件的事实所对应的法律依据在“现行律”上未作规定，但与原律文规定有一定的关联，大理院形式上援引“现行律”的律文，但实际上是依据律文之外的法理而做出判决。

三、大理院对“现行律民事有效部分”的创新

随着西方民法学理论知识的输入与传播，那些接受过西方法学教育的推事，在民事审判中适用“现行律民事有效部分”时，自觉或不自觉地运用西方近代民法学的概念和理论谱系来分析、审理相关案件，进行着中西民事法律的转接。

（一）法律概念的对接

《大清现行刑律·户役门》“脱漏户口”条律文规定：“若曾立有户隐漏自己成丁十六岁以上，人口不附籍及增减年状妄作老幼残疾以免差役者，一口至三口家长处六等罚，每三口加一等罪，只十等罚，不成丁三口至五口处四等罚，每五口加一等罪，止七等罚；所隐人口入籍，成丁者当差。”此条规定原本为国家行政方面之规定，目的在确保户籍之正确性，使得国家的赋役制度不因脱漏户口而产生问题。〔44〕而在三年上字第797号判例中，大理院却用来处理民法上的行为能力问题。“现行律上的十六岁为成丁，成丁之人，自应认为有完全行为能力，故其行为，如别无无效或撤销之原因，当然应认为完全有效。”〔45〕

〔42〕 同上书，第644页以下。

〔43〕 同上书，第807页以下。

〔44〕 《读例存疑》：“谨按有田则有赋，有丁则有役，此定制也。自有此例，有田者均代有丁者应役矣。若有丁而无田，则并无可当之差矣，此赋役中一大关键也。”（清）薛允升：《读例存疑》，光绪三十一年京师刊本，卷九。

〔45〕 前引〔21〕，黄源盛书，第111页。

“成丁”是中国传统文化中的一个概念，旧指男子达到服役的年龄，即男子成年。^[46]而行为能力是欧陆民法中一个相当重要的概念，是指人们依法单独行使权利和承担义务的能力，决定标准之一便是年龄。“脱漏户口”条律文小注有“十六岁以上（为成丁）”的文字。在此，大理院将中国固有的“成丁”概念，经过“十六岁为成丁”、“成丁为完全行为能力人”的逻辑推理，与欧陆法中的“行为能力”实现对接，以此作为决定是否完全行为能力人的标准。

不过，传统法中的“成丁”与欧陆法中的“行为能力”在对接过程中，省略了“权利能力”这一环节。按照法理，自然人的权利能力是行为能力的基础，自然人的行为能力是实现其权利能力的手段。自然人的权利能力是平等的，而行为能力并不一定平等。大理院此处并没有继受西方民法“权利能力一律平等”的原则。“具有完全行为能力的成丁”实际能够享有的民事权利，仍然要受到伦理身分对权利能力的制约。大理院对权利能力的规定不是采用抽象的概括方法，而是从固有法中一点一滴地发展出来，这或许是因为家庭中尊长权力依然十分强大。^[47]

再如大理院四年上字第610号判例：“律载‘养同宗之人为子，若有亲生子及本生父母无子欲还者，听’等语，寻绎律意，凡养同宗之人为子者，若所养父母有亲生子或本生父母无子，则所养之子得与所养父母离异。且依此条例，离异非要式行为，又非双方行为，祇以所养子明示或默示之意思表示而生效力，毋庸所养父母之承诺，观律文‘听’字之义，自属明了。”^[48]就该案的结果而言，判决肯定律文所规范的内容，遵循“现行律民事有效部分”的规定。但在对律文解释的过程中，大理院将欧陆民法学中的“要式行为”与“非要式行为”、“双方行为”与“非双方行为”概念引入，将法律行为与意思表示的理论融入律文当中，使得“听”具有单方意思表示的意涵，使其与“单方法律行为”相对接。

大理院引进欧陆法的概念时也有自己的创造。如八年上字第1036号判例便是这种情形：“依前清现行律，有妻更娶妻者，后娶之妻虽应离异归宗，但苟未经离异，亦未合意改认为妾，则自前妻亡故时起，应认其有其妻之身分（即无效之法律行为认为后经采认）。”^[49]大理院在此判例中，认为重婚的效力为无效法律行为。根据现代民法学的理论，无效是自始无效、当然无效，并没有无效之法律行为后经采认这样的情形。此例中大理院对于重婚的效力的认定，可谓“暂时不生效力”。“暂时不生效力”是指重婚时，后婚暂时不生效力，但若前妻死亡时，则后婚便开始生效。这也解释了为何需要“应行离异”，按离异乃是婚姻成立后予以解消的概念，重婚只是“暂时不生效力”，因此应该要“离异”才能使其永久解消，否则便可能再度复活而成为有效。

[46] 《北史·隋纪上·高祖文帝》：“始令人以二十一成丁，岁役功不过二十日，不役者收庸。”《新唐书·食货志一》：“天宝三载，更民十八以上为中男，二十三以上成丁。”《续资治通鉴·宋宁宗嘉定四年》：“军户，蒙古、色目人每丁起一军，汉人有田四顷，人三丁者签一军，年十五以上成丁，六十破老，站户与军户同。”《清史稿·食货志一》：“凡民，男曰丁，女曰口，男年十六为成丁，未成丁亦曰口。”

[47] 参见张生：《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》，中国政法大学出版社2001年版，第121页以下。

[48] 前引〔27〕，黄源盛书，第923页以下。

[49] 同上书，第494页以下。

（二）民法理论的融合

为适应时代的形势，大理院在一些判例中揉合了欧陆民法学中的两个重要理论：第一，将欧陆法学中法律行为理论引进传统的“现行律”之中；第二，融入了物权行为和债权行为的区分理论。

法律行为理论的引进，如大理院七年上字第1022号判例载：“本院按现行律载，同居卑幼不由尊长私擅用本家财物者处罚等语，除处罚一节不适用外，其在民法上之法意，则以本家财产本非卑幼所有，若不得尊长同意擅行处分，其处分行为乃无权行为，依法不生效力。”^[50] 其后的八年上字第148号判例：“本家财产本非卑幼所有，若不得尊长同意私擅处分，其处分行为乃无权行为，依法非经尊长之追认不生效力。”^[51]

清代由于土地登记制度并不发达和完善，土地权利的移转以契字作为证明依据。在典卖田宅的契字当中，通常会记载“并无重复交易”的文字。然而官府为保障交易安全，杜绝纠纷，有效防止重复典卖田宅之诈欺犯罪，故在律例中明文禁止，同时规定田宅属前手所有，而后手则可取回典卖之价金。^[52]《大清现行刑律》基本沿袭了这样的规定，只是处罚措施发生了变化。民国时期，大理院依旧遵循这样的见解，然而其法律论证的过程则有差异。以大理院四年上字第2259号判例为例：“本院按前清现行律关于民事部分，现仍继续有效，该律内载‘若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，以所得重复典卖之价钱追价还主，田宅从原典买主为业’等语，是在现行法上不动产所有人以一不动产为二重买卖者，仅最初之买主取得其不动产之所有权，其嗣后所缔结之买卖契约，无论其买主是否善意，要皆不过发生债权法上之关系，而不能取得其不动产之所有权者，此定则也。”^[53] 此后的大理院五年上字第208号判例表达了同样的见解：“按现行律田宅门典卖田宅律文载‘若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，追价还主，田宅仍从原典买主为业’云云，其所谓典卖与人者，自系指设定移转不动产物权之契约（物权契约）业经合法成立者而言，非仅缔结买卖之债权契约者所可遽行援用。依向来惯例，移转不动产所有权之物权契约，通常以作成契据为其成立要件。故合法作成契据一经交付之后，其标的物之所有权即移转于受让人；倘原所有人重复典卖情事，则后典后买之人，即使确系善意，亦仅能对于原所有人请求返还价金，赔偿因此所生之损害，而不能取得典权或所有权。”^[54]

以上两则案例，就处理的结果而言，与传统律例所旨无根本差异，即后手无论是否善意知情，都不能取得田宅之所有权。但大理院在论证过程中，将物权行为与债权行为的区分理论融合到“现行律”的律文中，认为后手之行为不生移转所有权之效力，但其债权行为仍然有效。这很明显是受到德国民法学中物权行为与债权行为理论的影响。

此外，大理院也将“自助行为”和“不当得利”理论融合到“违禁取利”条的解读中。如大理院三年上字第842号判例：“按现行律违禁取利门内规定，若豪势之人不告官

[50] 前引〔21〕，黄源盛书，第123页以下。

[51] 前引〔25〕，郭卫编书，第211页。

[52] 《大清律例·户役门》“典卖田宅”律文规定：若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，以所得价钱计赃，准窃盗论，免刺，追价还主，田宅从原典买主为业。若重复典卖之人及牙保知情者，与犯人同罪，追价入官；不知者，不坐。

[53] 前引〔24〕，黄源盛书，第1049页以下。

[54] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存（物权编）》，台湾犁斋社2012年版，第65页以下。

司，以私债强夺去人孳畜产业者处罚；若估价过本利者，计多余之物坐赃论，依数追还等语，寻绎立法本意，债权人恃强夺人财产，于法虽应严禁，然使债务人违约不为清偿，而债权人竟不能藉自力以救济之，亦非情理之所应有。故凡债权人夺取债务人财产，而曾经将其事告于官司，即为适法行为，推而广之，则其时、其地在实际上已无官司可告，为保全债权起见，又不能不以自力救济者，虽债权人以私债取人财产，亦不得谓为违法。”^[55]根据现行律的“违禁取利”条，禁止债权人为了私债而强取债务人财物，而大理院在此条判例中引进“自力救济”这一概念，允许当事人得在特定情形下自力救济，从而放宽律文的限制。大理院显然是受到了现代民法学中自助行为观念的影响，因此通过解释去限制“现行律”的适用范围。“不当得利”理论的引入，如五年私诉上字第39号：“现行律载若豪势之人不告官司，以私债强夺去人孳畜产业……若估价过本利者，计多余之物……依数追还，是即返还不当得利之法理。”^[56]

（三）权利观念的渗透

《大清现行刑律》虽然是一部传统的法典，然而在适用过程中，大理院往往用现代法学概念和理论对其进行诠释，这就为权利观念的渗透创造了条件。

以大理院十年上字第1050号为例。^[57]争议双方为被上告人姜揽仔和上告人姜开妮。姜揽仔入继姜开妮之父为嗣，后来以其有主婚权之故，与另一被上告人邱禄草议，将姜开妮许配给邱禄为妻，可女方婚姻当事人姜开妮并不知情，姜揽仔于是唆使邱禄抢劫成婚。姜开妮不从，邱禄遂提起诉讼，要求确认其与开妮之间的婚姻关系。第一审将被上告人邱禄之请求驳回，但第二审山东高等审判厅却肯认婚约的效力，本案后来上告至大理院。由于开妮于第一、二审审理时均坚称：“给邱禄为妻，我不愿意，他是抢我的。”大理院认为婚姻当事人之一造事前既不知情，事后又不愿追认，此种婚约于法即难成立，因此将原判撤销，并维持第一审判决之效力。判决中，大理院明确地宣示：“按现行律载‘嫁娶皆由祖父母、父母主婚，祖父母、父母俱无者，从余亲主婚’等语。所谓‘余亲’者，自指有服者而言，固不必以尊亲为限。然婚姻之实质要件，若在成年之男女应取得其同意，苟非婚姻当事者所愿，而一造仅凭主婚者之意思所缔结之婚约，殊无强该婚姻当事者以履行之理。”

其实本案中，作为婚姻当事人一方的姜开妮事前不知，事后不追认，为各审毋容争议的事实，所以本案关键在于审判机关如何审酌当事人的意愿。一审驳回邱禄之请求，认定婚约违背了另一当事人姜开妮的意愿。二审高等审判庭则从姜揽仔作为尊长有主婚权的角度出发，承认婚约的效力。大理院则是从是否符合婚姻双方当事人的意愿出发，做出“苟非婚姻当事者所愿，而一造仅凭主婚者之意思所缔结之婚约，殊无强该婚姻当事者以履行之理”的判决。各审级判决结果的差异，突显了当时时空背景下，新旧思潮的较量以及对婚姻本质的重新思考，渐将伦理意义上的人格与法律意义上的人格区分开来，体现了对当事人自由意志及个人权利的尊重。近代民法体系影响下，婚姻当事人自由意志的提升，对于婚姻关系中平权理念的实现具有重要的历史意义。对于主婚权力的限缩，一方面也是对于

[55] 前引〔21〕，黄源盛书，第828页。

[56] 前引〔24〕，黄源盛书，第2215页以下。

[57] 参见前引〔27〕，黄源盛书，第514页以下。

尊长权的制约,同时也是将婚姻保障与关怀的主体,回归到婚姻当事人上。^[58]除此之外,还可以从大理院判决中发现其将尊长主婚制之规定,转化成婚姻的“同意权”;肯定“尊长权”的同时,大理院判例也另外创造了“亲权”的概念;将承嗣如何处理的规定,转化成“择嗣权”;将离异的事由,转化成“离婚权”等案例。这是大理院在对“现行律民事有效部分”的调适与转化过程中,导出一系列当事人所得主张的权利。^[59]

权利观念的渗透,除了表现在实体法方面,也与程序制度的变革有关。中国在法律近代化的过程中,很重要的一点便是从父母官型诉讼到竞技型诉讼。^[60]在竞技型的诉讼中,通过程序中彼此间反复不断抗争的思考模式,权利观念于无形中彰显出来。检视大理院适用“现行律民事有效部分”现存民事判决可发现,在体例及风格上,与前清旧式判决有极大差异。一个完整的判决可分为六个部分:一、案号(判决年度及字号);二、双方当事人(上告人、被上告人、代理人、从参加人等);三、案由(因何事涉讼);四、主文(上告意旨、答辩意旨、总检察厅意见);五、理由;六、合议庭法官及书记官的署名及判决时间。可见,其民事判决的制作形式已相当规范和程序化,体例已逐渐趋于欧陆法的格式。在大理院的判决形式中,通常会将上告人所主张的上告理由与被上告人所为之答辩陈述各自罗列,这显示出一种攻击与防御的竞技。在判决的后面,表达大理院的法律判断,正如裁判员对于双方胜负做出判断一样。此外,当事人在提出主张时,常常会引用法律上的规定,甚至把习惯或者判例作为主张的理由。而大理院对于这些主张,必须判断其是否合法。由这样的诉讼模式可以发现,当事人诉讼主张的过程,便是个人权利意识张扬的过程,大理院是依法来审核当事人是否拥有其所主张的权利。传统律例的主要功能不在于保障人民的私权利,而是在追求矛盾与纷争的平息,因此便要尽力劝息双方当事人放弃自己的权利。^[61]虽然《大清现行刑律》是一部传统的法典,但凭借竞技型诉讼的实施以及大理院引入现代民事法的权利观念,致权利观念蕴含于法律条文中,由此推助了中国民法近代化的进程。

《大清现行刑律》是帝制中国最后一部传统的刑法典,并没有伴随着辛亥革命的一声炮响而被历史尘封,相反在民初民事司法实践中扮演了重要的角色,可以说是民初大理院时期的“实质民法”。^[62]前清旧刑律作为“民初民事法源”被适用,构成了近代中国法制史上一个特殊的现象,这虽然是民法典颁布前不得已的措施,但实际上却产生了过渡时期的良好效果。为了使前清旧刑律在民初民事司法中发挥效用,大理院的推事们通过新的法学方法,将传统的刑律条文与近代法学概念和民法理论相对接,甚至有时将律文“旧瓶新装”,以解决新时期所产生的社会纷争。这种以渐进的方式改造和转化中国传统法的做法,使得西方的民法制度未突兀地直接适用于中国,比直接颁布民法典更有弹性空间,为未来新式民法典的颁布适用奠定了基础。

[58] 参见张永铨:《法律继受与转型期司法机制——以大理院民事判决对身分差等的变革为重心》,台湾政治大学法律学研究所硕士论文,2004年4月,第52页。

[59] 参见前引[14],黄源盛书,第163页以下;前引[1],黄圣棻文,第105页。

[60] 参见前引[17],黄源盛书,第28页以下。

[61] 参见黄源盛:《中国传统法制与思想》,台湾五南图书出版公司1998年版,第252页。

[62] 参见黄源盛:《民刑分立之后——民初大理院民事审判法源问题再探》,《政大法律评论》2007年,总第98期,第33页。

“现行律民事有效部分”这一特殊的民事法源，在大理院特殊的司法制度下有着特殊的地位和作用。它以《大清现行刑律》对《大清律例》的继承和变通为基础而在民初继续适用，一方面使得传统法典的规定和精神，仍继续得到传承，尤其是在婚姻和继承的领域。另一方面，在民初近二十年的司法过程中，大理院以“现行律民事有效部分”载体，自己充当“摆渡人”，使得现代民法的概念、理论乃至权利观念与其相融合，进行着中国固有法律的承继和创新。因此，“现行律民事有效部分”是中国民法近代化历程中新旧之法融合的一个节点和枢纽，从而成为近代中国法制史上的重要一环。

Abstract: As the main but peculiar legal source of civil law in the early Republic of China, *The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs* derived from *The Great Qing Current Criminal Law*, and had been implemented for over 20 years in the early Republic of China. However, three judicial difficulties remained in the civil trial practices when legislative transformation from the criminal law to the civil one stayed stagnated. First of all, there was no unified and explicit provisions. Secondly, the provisions had not yet been decriminalized. Finally, how did the antique laws and ordinances correspond to the new social circumstances and legal system?

Through judgments and interpretations, *Dali Yuan* clarified the range of *The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs* and transformed the provisions from criminal rules to civil ones. Meanwhile, through legal interpretation, analogy and concept referral, *Dali Yuan* not only ensured the proper function of *The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs* in the judicial practice during the early Republic, but also innovated the code by concept comparison, theory reconcile and the penetration of right concept. *The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs* is the transformation bridge of Chinese civil legal system, which stretched from the imperial period to 20th century.

Key Words: *The Great Qing Current Criminal Law*, *The Effective Section of the Current Criminal Law on Civil Affairs*, legal source of civil law
