

## 家事案件处理的近代经验

——以民国时期的亲权实践为中心

景风华\*

**摘要:**亲权作为父母使子女服从的一种权力,虽然属于民法调整的范畴,但在理念与实践涵盖了更多普通民事权利所不具备的法律关系结构。中国近代从西方引入亲权制度,在实践历史中呈现出特殊的公权力介入方式和程序。在护养权方面,对于失去行亲权之父母,且无其他亲属可以充任监护人的儿童,国家作为另一种特殊的监护人而存在。而且国家行使这种权力的方式并非如民法所设计的那样被动,而是采取积极出击的方式,以至于在实践中,警察在亲权案件中扮演着至关重要的角色。在惩戒权方面,对于父母呈送不服管教的子女,国家作为父母意志的延伸而存在;但公权力亦可主动介入父母的教育权,对性行不良的儿童予以惩戒,从而涉及子女、父母、国家三方在亲权问题上的互动。亲权的这种国家维度在当今亲属法体系的建构中不可或缺,其运行模式亦值得深入探讨。

---

\* 法学博士,四川大学法学院副研究员、专职博士后。

**关键词:** 亲权 国家亲权 民国时期 护养权 惩戒权 感化教育 收容教养

## 一、导 论

除婚姻关系之外,亲子关系是亲属法中最为重要的内容。在我国的传统时代,律令以规定子女孝亲义务的形式对亲子关系予以规范,诸如不得别籍异财、不得违犯教令、不得供养有缺等等。到了清末变法时期,法律改革家们从西方引入了“亲权”一词,转而从父母的角度对亲子关系重新予以规定。

亲权,据《大清民律草案》的按语所言,是指“以子当服从父母之权力也”。<sup>①</sup>完成于1911年的《大清民律草案》亲属编亲子章的第一节专节对亲权予以规定和阐释,认为亲权的内容大致可以分为两类,一类是父母之于子女身体上的权利,如护养权、教育权、惩戒权、居所指定权、职业许可权等;另一类是父母之于子女财产上的权利,主要为财产管理权。<sup>②</sup>1925年完成的《民国民律草案》在《大清民律草案》的基础上修订而成,其关于亲权的相关规定与之类似。中国第一部正式颁布实施的亲属法是南京国民政府于1930年12月颁布、1931年5月施行的《中华民国民法》亲属编。《中华民国民法·亲属》第三章题为“父母子女”,行文中并未出现“亲权”一词,只在第1084条作了总括性规定:“父母对于未成年之子女,有保护及教养之权利义务。”<sup>③</sup>对于其原因,《民法亲属实用》一书讲到:“父母子女之权利义务云者,父或母本于为父或母之身分,依法律之规定,对于子女而有之权利义务,子女对于父母亦如是之谓也。向例,侧重父母方面,故称此权利义务之集合曰亲

<sup>①</sup> 《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第755页。

<sup>②</sup> 同上书,第755~757页。

<sup>③</sup> 上海法学编译社编,吴经熊校勘:《袖珍六法全书》,会文堂新记书局民国二十四年(1935年)版,第115页。

权,此虽与现代之观念不甚适合……”<sup>①</sup>可见,“亲权”的概念可能容易使人联想到“父权”或者帝制时代隶属于父母、不具备独立身份的子女,与民国时期对于现代化的追求不甚相合,因此在法律文本中未予适用。但在学术著作或其他法律文件中,这一概念仍然得到肯定。例如1932年司法院颁布的司法解释称:“养亲对于未满二十岁之被养子女,在法律上当然为其行亲权之人。”<sup>②</sup>民国学者陈顾远的《民法亲属实用》、徐朝阳的《中国亲属法溯源》、邵义的《民律释义》以及现代学者许莉的《〈中华民国民法·亲属〉研究》等著作都对近代民法中的亲权制度予以介绍和说明。

亲权虽为父母握有的可使子女服从的权力,但在现代化国家,子女不再被视作父母的私属,而是积极主动的权利主体,是国家保护之下的孩子。尤其在中国近代救亡图存的背景和“少年中国说”的影响下,儿童更被视为民族复兴的希望而赋予了神圣的国家使命。因此,如果父母滥用其亲权(包括逾越权利的正常行使范围和不尽应尽之义务),则“其对子女既为有亏亲职,其对社会亦为不负责任”。<sup>③</sup>这个时候国家就要出手干预。而当未成年子女不服从父母的正当教令、父母却对其无计可施时,国家亦不能坐视不理。亲权法律关系中所蕴含的这种国家维度超越了普通民事权利的行使与救济,表现出特殊的风貌。

亲权关系中的国家维度,当今学术著作一般以“国家亲权”的概念称之。国家亲权(Parens patriae)理论发源于罗马法,并为英美普通法继承和发扬。其原初含义是指国家为无行为能力人(如未成年人和精神病人)的最终监护人。经过英美法院的判例阐发,国家被视作一个“大家长”,对未成年人享有最高亲权,倘若拥有普通亲权的父母缺位或不能很好地行使这一权利,国家便可出于对未成年人保护的考虑解

---

① 陈顾远编著:《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第170页。

② (民国)二十一年六月十日院字第七十三号,转引自陈顾远编著:《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第170页。

③ 陈顾远编著:《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第177页。

除父母亲权,直接对这些孤苦无依的少年儿童加以抚养和教育。<sup>①</sup>姚建龙的《国家亲权理论与少年司法——以美国少年司法为中心的研究》一文对此有较为详细的阐述。但该文更侧重于理论研究,本文则试图展现中国近代构建起来的亲权制度在实践中的运行状况,揭示子女、父母、国家三方在亲权问题上的互动模式以及公权力介入亲权关系的方式和程序,对亲权在国家维度上的特殊性及在当今存在的必要性予以分析和反思。

## 二、护养权的法律实践

养育子女并保护其健康成长是亲权最基本也最重要的内容。《大清民律草案》第56条规定:“行亲权之父母,须护养并教育其子。”按语则指出:“护养指一切保护与养育而言。保护其子之利益固为保护,即免除其子之不利益亦为保护。”<sup>②</sup>然而,即使《大清民律草案》的起草者们已经隐隐认识到了亲权具有权利与义务的双重属性,但草案中对于父母不得再行亲权的情况只列举了母亲改嫁与女儿出嫁两类,父母不能妥善履行护养义务而丧失亲权的情形则未在考量之内。这大抵是因为这种亲权剥夺方式意味着父母对子女的失职可导致其丧失为人父母的资格,与“天下无不是之父母”的传统观念大相径庭。

《民国民律草案》则在《大清民律草案》的基础上增加一条,规定:“父母滥用亲权,或品行不检,确有滥用亲权之虞者,法院因子之亲属或检察官之请求,得宣示丧失亲权。”<sup>③</sup>《中华民国民法》亲属编亦规定:“父母滥用其对于子女之权利时,其最近尊亲属或亲属会议得纠正之。”

---

① 参见姚建龙:《国家亲权理论与少年司法——以美国少年司法为中心的研究》,载《法学杂志》2008年第3期。

② 《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第755~756页。

③ 《民国民律草案》,载杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第348页。

纠正无效时,得请求法院宣告停止其权利之全部或一部。”<sup>①</sup>

对于那些无行亲权之父母,或父母不能/不得行使亲权的未成年人,法律为其置监护人予以弥补。<sup>②</sup>《大清民律草案》与《民国律草案》所规定的监护人的序列为:祖父、祖母、家长、最后行亲权之父或母以遗嘱指定之人、亲属会选定之人。<sup>③</sup>《中华民国民法》则稍有不同,其次序为:同居祖父母、家长、不同居祖父母、伯父或叔父、亲属会选定之人。<sup>④</sup>

亲属会是清末的法律改革家们引入当时世界上各大强国通行制度的成果。《大清民律草案》的起草者主要考察了德国和日本的制度,发现德国设有监护审判厅,在遇到无法定监护人以及遗嘱指定监护人时,即由监护审判厅选定监护人。而日本则以审判厅干涉亲族事务不合于习惯为由,不设监护审判厅,而予以亲属会选任监护之权。<sup>⑤</sup>清末的法律改革家们显然更倾向于后者。不唯如此,他们还认为“各国民法,凡亲属会之组织、招集、决议等事,均认审判官之干涉为多。唯揆诸中国情形,则殊多未便”。故此,除了亲属会成员的选定、亲属会议的招集、亲属会有不能决议之事等情状外,审判官对亲属会其他方面的运作和决定并不加以干涉。<sup>⑥</sup>《民国律草案》与《中华民国民法》的规定皆与此相类。

---

① 上海法学编译社编,吴经熊校勘:《袖珍六法全书》,会文堂新记书局民国二十四年(1935年)版,第116页。

② 中国近代的民律草案和民法均实行亲权与监护权分立的制度,正如《大清民律草案》所指出的:“盖未成年人,若上有父母,则关于身体、财产之保护,父或母当先担任其职务,即亲权是也。故必上无父母而监护之事实始生。又或父母之一先亡,其存者或不知其所在,或已受禁治产之宣告,或不能行其亲权者,监护亦即开始。”(第768页)这与今日婚姻家庭法将监护权作为父母权责之一的规定不同。

③ 参见《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第769页;《民国律草案》,载杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第353页。

④ 参见上海法学编译社编,吴经熊校勘:《袖珍六法全书》,会文堂新记书局民国二十四年(1935年)版,第115~116页。

⑤ 参见《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第769页。

⑥ 同上书,第775、777页。

这种法律设计显然还保持着家族内部事务由同族、亲戚商议解决的传统。法学家们所设想的亲属法,基本还是建构在稳定而庞大的亲属系统之上。在理想状态下,任何“家庭细故”都可以在这一层面得到解决。因此,由不受国家公权力过多干涉的亲属会选定监护人就成为失去父母亲权庇护的未成年儿童能够在法律文本中得到的最后救济手段。然而,伴随着中国近代持续不断的战乱和灾祸,人民流离失所,传统社会结构下紧密有序的宗族组织逐步瓦解,大量儿童完全失去依怙,这就需要国家以“大家长”的身份为这些儿童承担“兜底”责任。

社会实践在这方面走得更远一些。1910年10月,清政府官员徐谦、许世英等人参加了在美国华盛顿召开的第八届万国监狱会议,了解到世界各国关于刑罚改革、监狱改良、预防未成年人犯罪以及儿童不良行为矫治等问题的最新资讯并对欧美等国的司法制度予以实地考察。此后,他们将考察成果上报清廷,其中提到欧洲国家设立专门机构,对失去父母亲属教养保护、可能成为犯罪后备军的儿童予以“感化教育”。考察者们希望清廷能对这一制度予以借鉴,并罗列出应受感化教育的三类儿童。除了有不良行为的儿童和未达刑事责任年龄但有违法行为的儿童外,还有一类就是弃儿及近于被遗弃者,即“不知父母之姓氏,或知姓氏而不能引交,或父母俱亡,贫困不能自存,或因父母疾病,或失业,或犯罪入监不能教养,或父母虐待,阻害其发展,或父母不能管教,流为游荡乞丐者之类”。<sup>①</sup>这一类别与《大清民律草案》所提到的无行亲权之父母,或父母不能/不得行使亲权,应为其置监护的未成年人的范围完全一致。由此可见,在无行亲权人,亦无监护人的情况下,国家被视作另一类特殊监护人而存在。

民国时期,这类感化教育机构在中国各大城市如雨后春笋般蓬勃发展。以北京地区为例,北洋政府时期设有贫儿院,南京国民政府时期设有救济院收容老幼病残、孤苦无依之人。其性质为社会福利单位,隶属于社会局管辖。根据档案,进入救济院的幼童主要有以下几种情形。

---

<sup>①</sup> 《法部奏派万国监狱会会员徐谦等考查司法制度报告书》,载《申报》1911年7月25日,第3版。

## 1. 流浪儿童

对于被父母遗弃,或无行亲权人以及监护人管照而流落在外的儿童,警察一经发现,通常会主动上前询问并将其带回警察局做进一步处理。按照一般程序,警察局会向社会局发送公函一封,说明该名儿童的状况并表达希望社会局能将其安置于救济院的建议。如果不出意外,社会局都会对警察局的请求予以采纳。例如民国二十九年(1940年),北京特别市公署警察局东郊分局的警察在朝外大街巡查时发现露宿街头的幼童宋小并将其带回警局。经查问,宋小年方13,原籍宝坻县,父亲外出不知所踪,母亲已亡故,无处归依,沿途乞讨来到北京。因此北京特别市公署警察局向社会局发出公函,请求社会局准其入救济院容身。<sup>①</sup>

在更早的时候,以收容浮浪贫乏或性行不良的少年儿童为主要职能的游民习艺所也带有部分社会救济功能。民国七年(1918年)10月,原籍奉天的11岁幼童王小小,在无票搭乘由天津驶往北京的火车时被列车长发现,并被送到京奉铁路第一分段警察署。王小小自述家中已无亲属,此次前来北京是为了寻找在奉军任职的叔叔。铁路警察认为,“该幼童孤身一人,未便令其自去”,因此致函京师警察厅,请警察厅一面将其转送习艺所安置,一面帮其寻访叔叔的下落,以使其“俾免流落而便成才”。<sup>②</sup>当时北京游民习艺所是京师警察厅的下属机构,因此将孤苦无依的流浪儿童收容于习艺所的决定需由京师警察厅做出。

## 2. 犯罪人子女

父母因犯罪而入监服刑,其未成年子女在一段时间内失去行亲权人而无人护养,亦可由国家救济机构出面照管。民国四年(1915年),刘汉东及其妻子李凤仙因侵占鬻子,被京师地方审判厅分别处以5个

---

<sup>①</sup> 北京市档案馆 J002-006-00205,北平市警察局关于送家贫被遗弃的幼童入救济院的公函及社会局的复函,1940年12月。

<sup>②</sup> 北京市档案馆 J181-019-21435,京奉铁路第一分段警察署关于幼童王小小一名请转送习艺所安置一案的呈,1918年10月。

月和2个月的有期徒刑。但李凤仙的幼子长生年仅5岁,京师监察厅认为其“未便久在囹圄”,而他又无其他亲属收养,孤苦无依,因此写函件一封,送至京师警察厅总监,建议京师警察厅将长生送交贫儿院暂为收养,待李凤仙徒刑期满再将其领回。<sup>①</sup>从此案可以看出,在无其他亲属照看的情况下,犯罪嫌疑人的年幼子女在法院未做出判决前似与其母一同关押在京师警察厅,判决生效后,检察厅对未成年儿童的去出处出具意见,建议警察厅遵照执行。

### 3. 受侵害儿童

行亲权人或监护人对未成年儿童进行不法侵害,在民法上显然属于亲权或监护权被剥夺的情状,而虐待是侵害中最常见的一种类型。例如民国三十三年(1944年),10岁的幼女李小娣从小被母亲送养,由于养祖母对她不好,李小娣不堪虐待而出逃,孤身一人来到北京寻找舅舅未果,北平市警察局因此致函社会局,希望救济院能对其予以收养。<sup>②</sup>

更严重的情形是行亲权人或监护人直接针对子女或被监护人的犯罪。民国二十八年(1939年),乔张氏意图谋害所抱养的幼子连陞,北京地方法院以杀人未遂判处乔张氏有期徒刑5年。连陞作为此案的被害人在养母被捕期间暂居北平特别市公署警察局看守所,待案件判决后,警察局认为“按情与乔张氏已属恩断义绝,势难再依该氏为生,其父现又所在不明,无法查找,未便就在看守所收容”,因此警察局将连陞函送社会局,希望社会局能将其送入救济院安置。<sup>③</sup>根据当时已经生效实施的《中华民国民法》,养子女的地位与婚生子女相同,因此养父母当然为养子女的行亲权人。在养父母和养子女之一方对另一方有虐待、重大侮辱或恶意遗弃行为时,法院可因另一方的请求宣告终止收

<sup>①</sup> 北京市档案馆 J181-019-09991, 京师地方检察厅关于将幼童送入贫民院收养详, 1915年6月。

<sup>②</sup> 北京市档案馆 J002-006-00263, 北平市警察局关于18岁以下幼童因家贫、被弃、被卖, 进出救济院的公函及社会局的复函, 1944年12月。

<sup>③</sup> 北京市档案馆 J002-006-00185, 北平市警察局关于送孤苦无依或受虐待的幼童入救济院的公函及社会局的复函, 1939年11月。

养关系。亲权关系自然也因此终止。<sup>①</sup>而在此案中,连陞只有5岁,自然不可能亲自提出告诉,法院也只关注了乔张氏故意杀人未遂的罪行,最后是由警察机构以“恩断义绝”这一非常传统的语言表述方式断定乔张氏与连陞收养关系的结束,并在无法找到连陞其他亲属的情况下,由国家机构对其予以收容。

此外,还有警察解救的被拐卖儿童。民国四年(1915年),原籍保定府的10岁幼童姚金福父母早亡,乞讨来到北京,先被文刘氏领养,后又转交孙郑氏帮忙找人安置,不料却被孙郑氏略卖。孙郑氏后被京师地方审判厅判处徒刑2个月。京师地方检察厅将孤苦无依的姚金福函送京师警察厅总监,希望能将其送到贫儿院抚养。而警察厅认为,姚金福言语精神尚属聪明,如使其读书习艺更佳,因此决定令行政处查询京内管理较为完善的传济工厂是否能收留姚金福习艺。<sup>②</sup>

在以上案例中,失去行亲权之父母,且无其他亲属可以充任监护人时,国家作为另一种特殊的监护人而存在。但国家行使这种权力的方式并非如民法所设计的那样被动,而是采取积极出击的态势,警察对于任何一个露宿街头、流浪乞讨的儿童都可能主动询问,对所经手的、可能涉及儿童护养问题的案件亦会加以关注,以至于在实践中,以警察为核心的行政机构甚至替代检察机关和司法机关,成为亲权案件的发现机关和处理机关。

### 三、惩戒权的法律实践

除了护养之外,教育是亲权最为重要的另一项内容。《大清民律草案》已经认识到教育作为行亲权人的权利和义务的双重属性,称:

---

<sup>①</sup> 参见上海法学编译社编,吴经熊校勘:《袖珍六法全书》,会文堂新记书局民国二十四年(1935年)版,第115页。

<sup>②</sup> 北京市档案馆 J181-019-09992,京师地方检察厅关于将幼童姚福金交入贫民院收养详,1915年6月。

“教育其子为亲权者之权利,亦为亲权者之义务。唯为其权利故,对于不愿受教育之子可施惩戒。唯为其义务故,应以财力教育其子”;“概认惩戒权者,以父母既有护养与教育其子之责,若使子不率教驯至感化之力俱穷,自非惩戒不足神其用,此亦不得已之一端也。”<sup>①</sup>《民法亲属实用》也指出:“家庭教育为一切教育之基础,故父母得于必要范围内,对于子女之不良习惯,或叱责、或扑责,以矫正之。”<sup>②</sup>可见在民国时人的眼中,教育与惩戒是一对相伴相生的范畴。教育作为社会化的重要手段,本身就暗含着一定的改造与强制,当这种强制性不为子女所遵从时,父母便可以动用惩戒迫使其服从。在这里,惩戒权可以被当作教育权行使无效后的“私力救济”。同样,与“私力救济”相对的还有“公力救济”,也就是送惩权,即父母将不服管教之子女送到国家公权力机关,由国家出面对其予以惩戒。《大清民律草案》第58条规定:“行亲权之父母于必要之范围内,可亲自惩戒其子,或呈请审判衙门送入惩戒所惩戒之。审判衙门定惩戒时期不得逾六个月。但定时期后,其父或母仍得请求缩短。”<sup>③</sup>《民国民律草案》的相关内容与之类似。<sup>④</sup>

根据《大清民律草案》,惩戒权的行使有两个要件,一是惩戒权的行使者必须是法律规定的行亲权人。《大清民律草案》授予监护人与行亲权人同等的权利和义务,而《民国民律草案》则对监护人的送惩权予以一定程度的保留,在监护人决定将被监护人送入惩戒所的情况下,须经亲属会同意才能实行。二是惩戒权的行使必须控制在必要范围内。所谓必要范围,是指惩戒需在教诲和训诫无效的情况下方得实施;以防止子女再犯错误为宗旨;不得过于痛苦其身体,更不能超出子女身

① 《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第756页。

② 陈顾远编著:《民法亲属实用》,大东书局1946年版,第171页。

③ 《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第756页。

④ 参见《民国民律草案》,载杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第346~347页。

体所能承受的限度。如果出于恶意,或者逞一时之性横加敲扑,甚至危及生命,则构成虐待和其他犯罪。<sup>①</sup> 如果父母决定将子女送入惩戒所,那么审判衙门(民国时期为法院)对子女所行之惩戒是根据父母的请求进行,与惩戒普通违法行为人应加以区别。因此惩戒的期限应当加以限制,而且允许其父母请求缩短。<sup>②</sup> 也就是说在法理上,送惩权被视作行亲权之父母的惩戒权的延续,国家公权力机关是作为父母意志的执行人而存在。

此外,清末的法律改革家们还对数个国家关于惩戒权和送惩权的立法例予以考察,在《大清民律草案》和《国民律草案》中采纳了德、日的做法,对行亲权之父母既赋予惩戒权,又赋予送惩权。但《中华民国民法》第1085条只规定“父母得于必要范围内惩戒其子女”,<sup>③</sup>并未涉及送惩权的问题。不过在实践层面,父母以子女不服管教为由将其送入国家机构予以惩戒的案例屡见不鲜,而且有的时候,国家公权力机关并不只是被动执行父母的意志,而是积极介入到惩戒权的行使过程中来。

### 1. 父母送惩

民国政府并未设立专门的惩戒所,对于那些父母认为无法管教的孩子,皆是由习艺所、教养局、感化学校、感化所等感化教育机构来承担强制教育或曰惩戒的职能。1915年12月,北洋政府公布了《游民习艺所章程》,其中第1条规定:“本所直隶于内务部,专司幼年游民之教养及不良少年之感化等事项,以使得有普通知识谋生技能为主旨。凡有下列情形之一者得收入之:(一)贫苦无依者;(二)性行不良者。”<sup>④</sup>所

---

① 参见《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第756、771页;《国民律草案》,载杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第354页。

② 《大清民律草案》(附理由书),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2010年版,第756页。

③ 参见上海法学编译社编、吴经熊校勘:《袖珍六法全书》,会文堂新记书局民国二十四年(1935年)版,第115页。

④ 彭秀良、郝文忠编:《民国时期社会法规汇编》,河北教育出版社2014年版,第28~33页。

谓“幼年”的年龄阶段在8岁以上、16岁以下。1922年,淞沪警察厅发布的训令中也将“讯无家属收领之幼童,流为窃盗,而屡戒不悛者”和“不良少年,经家长稟请安插习艺而不违背补充刑律第一条及第十一条之规定者”作为警察厅送交习艺工厂习艺的主要人员。<sup>①</sup>

对于北京游民习艺所来说,“贫苦无依”的标准侧重于“无依”,即徐谦、许世英等人所言的“弃儿及近于被遗弃者”,只有在未成年儿童没有行亲权人及可能的监护人的情况下方能由国家以大家长的身份行使上文所述的护养权,故入所门槛较高。但当父母以其子女品行不端、无法管教为由请求将孩子送入习艺所,则较容易得到批准。比如民国五年(1916年)12月,14岁的陈春栋因不务正业、典卖家中衣服、与人争吵、在外惹是生非等情由被母亲陈范氏送进了习艺所。<sup>②</sup>

与习艺所关系密切、性质相似但收容人员性行不良的程度稍重一些的是发端于清末新政时期的教养局。1920年12月,18岁的史家福因做饭之事与母亲发生口角,进而詈骂并欲殴打其母,被闻讯赶来的父亲扭送到警察署。其父史文元本欲将史家福送往习艺所管束,但警察署认为,史家福年幼时就敢向其母詈骂并欲动手殴打,实属胆大妄为,亟应惩戒,以儆将来。于是拟定将史家福发交教养局管束并勒令习工,俟3个月后根据教养局报告的情况再由警察厅决定是否予以释放。<sup>③</sup>

成立于1923年的北京感化学校则专以不良儿童为感化教育对象。根据司法部于民国十一年(公元1922年)2月20日颁布的《感化学校暂行章程》,入校的学生中就包括父母送惩的情形:“未满十二岁,不守

① 参见《淞沪警察厅取締游民送入工厂习艺单行章程》,载《申报》1922年6月29日,第15版。此章程的题目有一定歧义,综合章程内容来看,其意当为:为了取締游民,故将其送入习艺工厂习艺。不过上海地区习艺工厂的收容对象不仅包括流浪儿童和不良少年,还有“素无恒业,游荡无依,在三个月内犯违警罪三次以上者”和“游兵革警,失业逗遛,经资遣潜回或骚扰地方者”。

② 北京市档案馆 J181-019-13729,陈范氏请求将其不服教育之子送入习艺所的呈,1916年12月。

③ 北京市档案馆 J181-019-29248,京师警察厅内左四区警察署关于史文元控儿子忤逆请送习艺所的呈,1920年12月。

家规,经其父母请求入校者。此项学生,应由其父母缴纳补助费。”<sup>①</sup>根据1926年7月北京感化学校校长递送给京师警察厅的一封函件可知,该校的学生徐敬年此前就是因为习惯不良、品行恶劣,由其父徐超候拘送到感化学校的。<sup>②</sup>

而对于1935年《中华民国新刑法》颁布以后主要作为保安处分执行场所的感化所,父母依然有权力请求警察局核准,将自己认为无法管束的孩子送进去。只不过与习艺所比起来,被送进感化所的孩子的顽劣程度要更甚一些。而且同感化学校一样,如果父母请求国家代自己管教子女,就需要承担一定的费用。例如1938年6月,何子明因其子何连生不务正业,给家里惹事,煽动工人逃跑,甚至威胁杀人,于是以其盗窃家中财物为由,将何连生告上法庭。但法院查无实据,不能定罪。何连生又要求将其子送进感化所,地方法院检察处只得将何连生函送至北京市警察局处理。北京市警察局的决定是将何连生送交感化所管束3个月,口粮由家长负担。<sup>③</sup>事实上,感化所早在成立之初的1931年11月就发布了兼收北平市内贫寒子弟入所习工的呈。凡是游荡无业,年届16岁以上、24岁以下,身体健康并无残疾,且不服尊亲属管教,经尊亲属提出请求者,皆应送入感化所习艺。<sup>④</sup>与此同时,北平市公安局还将送交感化所的权力收归到自己手中,命令此后市民呈请管束不肖子弟,需由各区署警察局将其解送至市公安局讯明情由并核办入所事宜,不得像以往那样径自送入感化所。<sup>⑤</sup>

---

① 《感化学校暂行章程》,载金兆奎、黄庆澜编著:《感化录》,商务印书馆1923年版,第1页。

② 北京市档案馆 J181-018-21912,北京感化学校关于学生徐敬年私自离校潜逃待找回时请求发教养局严惩的函,1926年7月。

③ 北京市档案馆 J181-026-07666,地方法院检察处关于何子明呈请将何连生转送感化所核办的呈,1938年6月。

④ 北京市档案馆 J181-020-05988,北平市公安局感化所关于兼收市间贫寒子弟进感化所的呈,1931年11月。

⑤ 北京市档案馆 J181-020-07744,北平市公安局关于今后市民请求送感化所习艺者先解局核办的通令,1932年5月。

## 2. 公权力机关介入

除行亲权之父母将性行不良的子女主动呈送至感化教育机构予以惩戒之外,警察亦可主动对行为失当的儿童进行盘问,在综合考虑其错误的严重程度和家長管教能力的基础上决定是否要将其送往感化教育机构接受感化教育。一般来说,儿童在外面闯了祸,警察在调查清楚事情的来龙去脉后会传讯家長到案,就孩子平时的表现以及是否有不听管教的情况听取家長的陈述。如果家長表示愿意将孩子领回管教,那么在与儿童一并写下具结后便可带孩子回家。例如1922年,14岁的张锡铎跟随叔叔来到北京并在叔叔的布铺里当学徒。因为想家,张锡铎偷了铺子里的2块布私逃,之后来到打磨厂,谎称叔叔令其买布,借到大洋1元,又在天津火车站被宪兵抢走一块布,最后因露宿街头而被巡警带到天津警察厅。天津警察厅致函京师警察厅道:“若不设法安置,诚恐被不肖之徒诱为下流。”张锡铎的叔叔张起敬随后被传到案,写下具结称:“我情愿将张锡铎领回铺中,俟有便人将张锡铎送回原籍家中念书。”张锡铎也具结道:“我情愿跟我叔父张起敬仍回铺里学徒,以后不敢再有私逃。”<sup>①</sup>于是这件事便告一段落。

但如果此时家長表示无法管教或不愿管教,国家就会以一个“大家长”的身份主动接过管教儿童的权力。例如1915年,14岁的儿童陈福春在街上游荡,看到一辆汽车就跑过去扒蹬,对汽车的主人——一名外国人侮闹,致使该名外国人的帽子被碰落。于是外国人不依不饶,经过警察排解方才离去,而陈福春则被带到了区署警察局。警察查知陈福春的父亲早逝,本人亦无恒业,只是游荡度日,认为“该幼童年幼无知,只身游荡,若不设法安置,难免不为匪滋事”,于是飭传其母陈胡氏到案,其母亦称陈福春平日淘气,无法管教,情愿将其子交送习艺所并开具切结。因此,内左三区警察署长决定将陈福春送交习艺所习艺,<sup>②</sup>并将办理情

<sup>①</sup> 北京市档案馆 J181-018-14868,天津警察厅关于送幼童张锡铎一名请讯办的函,1922年8月。

<sup>②</sup> 这则案例发生于1915年4月,其时北洋政府的《游民习艺所章程》尚未颁布,距离京师警察厅总监将送儿童入习艺所的权力收归警察厅(1916年12月)尚有一年多,因此将陈福春送交习艺所的决定是由区署警察局做出的。

形报告给京师警察厅总监。<sup>①</sup>

但在某些时候,当孩子所犯的 error 已不再是“闯祸”那么简单,而是已经游走在犯罪的边缘,警察也可不询问父母的意见而直接做出感化教育的决定。例如1919年,16岁的乌林布本是贫儿学校的学生,却因为偷盗被警察当场抓获。可能是情节轻微的原因,警察并没有将乌林布送往检察厅提起公诉,而是直接决定将其送入习艺所习工,以资感化。在这一过程中,并没有出现乌林布父母的身影。反倒是一个月后,乌林布的母亲崇李氏百般恳求警察厅将乌林布释放。京师警察厅并没有立即答应,而是先令习艺所查看乌林布的感化情况。习艺所察其表现良好、确知悔悟,认为应当交由其母崇李氏领回管束,并且电知乌林布所属的区署警察局,仍然令其入学,以免荒废。这一提议得到了京师警察厅的批准,乌林布方才得以保释回家。<sup>②</sup>

民国后期感化所的运行情况同样如此。当警察在外执勤时遇到惹是生非的“熊孩子”(包括未达刑事责任年龄而行为触犯刑法的儿童),若该名儿童确系初犯,且案件情节轻微,在其父母保证此后会对孩子严加管教并写下甘结后便可将孩子带回家。如果父母表示不愿管束、不能管束或没有行亲权人管束的,则将儿童移送感化所。在案件情节较为严重的情况下,警察局亦有权直接将儿童移送感化所。

通过以上论述可以得知,无论是父母呈送还是公权力介入的惩戒权,基本都涉及三方的互动——国家、行亲权之父母和儿童。父母的态度在儿童是否会被送入感化教育机构的决定中起着至关重要的作用。如果家长承认了自己在管教子女方面的失败,并且对此后履行好家长的职责也没有信心,就等于默认放弃了对于子女的教育权,从而使这一权力转移给国家变得顺理成章。此外,父母教育的失败也可以用推定的方式得出,当子女用“实际行动”证明了行亲权人的

---

① 北京市档案馆 J181-018-04494, 京师警察厅内左三区区署关于幼童陈福春蹬扒汽车向外国人侮闹办理情形的详报, 1915年4月。

② 北京市档案馆 J181-019-56937, 京师警察厅内左一区分区表送幼童乌林布偷窃行为请发习艺所一案卷, 1919年1月。

管教并未取得应有的成效时,国家亦可不顾父母的意愿而主动行使教育权。

#### 四、国家亲权的当代意义

在中国当今的民事法律体系中,父母亲权被容纳在监护权的范畴中,而对于未成年子女的监护则处于婚姻关系的附属地位。法律实践中有关监护权的法律纠纷,基本都是夫妻离婚后对于子女监护权的争夺,这类案件的双方当事人自然是夫妻双方,法院只是根据一方的告诉消极、中立地予以裁判,因此其所解决的问题实际上是夫妻作为平等主体之间的纠纷,亲子关系本身的价值则在一定程度上被弱化了。而且,当父母双方或一方拒不履行对于未成年子女的护养教育义务,或父母行为及品性证明其为人父母的不合格,在当今的民事法律体系下都缺乏切实有效的程序来剥夺父母亲权另立监护人,包括由国家接手对于儿童的教养之责。在刑法领域中虽然规定有遗弃罪和虐待罪,但即使刑事法庭判定罪名成立,依然不影响亲权/监护权的存续与否,因为这本身就是性质完全不同的两个法律范畴。

与教育权相伴随的惩戒权也面临着这个问题。虽然当今奉行“快乐教育”,对于“惩戒”“体罚”等字眼深恶痛绝,但是不可否认,在谆谆教诲无效的情况下,广义上的惩戒(有一定压力的强制教育)仍有实施的必要。中华人民共和国成立以来的工读学校和收容教养都曾允许父母呈送无法管教的子女,尤其是收容教养制度,它还承担着对虽然实行了不法行为,但因未达刑事责任年龄而不予刑事处罚者的管教责任。由于剥离了历史语境,很多当代法律学者对收容教养的性质争论不休,有说收容教养是一种特殊的刑事处罚者;<sup>①</sup>有认为是一种行政治安处

---

<sup>①</sup> 参见阮京人、方新文、邓俊彬:《收容教养犯罪少年的若干问题》,载《政法学刊》1994年第1期。

罚措施者;<sup>①</sup>有认为是行政处罚者;<sup>②</sup>有认为是行政强制措施者。<sup>③</sup>还有折中的观点,认为收容教养是保安处分措施的一种;<sup>④</sup>或说收容教养具有社会防卫和权利救济的双重特点,应当属于非刑罚的人身强制措施。<sup>⑤</sup>基本上除了民事处罚外,所有的法律类型都被数了一遍。但事实上,如果对民国时期的感化教育制度有所了解,就会发现收容教养与之一脉相承,是针对不良儿童的带有一定强制性的特殊管理教育措施。<sup>⑥</sup>然而,由于缺乏恰当的法律程序,工读学校和收容教养制度以及惩戒权本身都因备受质疑而日渐沉寂,许多“熊孩子”成为家庭、学校、社会与法律都无计可施的一群人。

而对于无人抚养儿童、受虐儿童和不良儿童,日本以家事法院处遇之,美国则以少年法院处遇之,从而形成了独立的司法程序和独特的法律实践。仅以针对不良儿童的惩戒为例,日本旧少年法设定的保护处分类型有训诫、校长训诫、征集具结悔过书、附加条件交付保护人、移送或者委托保护团体、移送或者委托医院、交付少年保护司的观察、移送感化院、移送或委托矫正院共9种,现行少年法只规定了保护观察、移送儿童自立支援设施或养护设施、移送少年院3种保护处分,其余类型则在试验观察阶段以及不予以审判、不处分决定等处遇形式中作为事实上的保护性措施而发挥作用。<sup>⑦</sup>在日本当前的3种保护处分当中,最为严厉的处遇措施当属移送少年院。少年院的前身即矫正院,是对不良少年儿童实施矫正教育的非开放性收容处所。虽然其具有一定的强制性及封闭性,但目的在于使被收容少年在有规律的生活下适应社

---

① 参见胡学相:《论收容教养制度》,载《中南政法学院学报》1992年第4期。

② 参见薛晓蔚:《论收容教养的立法完善》,载《山西大学学报》1998年第4期。

③ 参见张敏、皮宗泰:《浅谈收容教养犯罪少年行为性质的认定和审理》,载《人民司法》1994年第4期。

④ 参见陈花梅:《收容教养制度立法研究——以当代中国内地为视角》,湘潭大学2005年硕士学位论文。

⑤ 参见沈黎红:《我国收容教养制度研究》,西南政法大学2009年硕士学位论文。

⑥ 王顺安于1992年发表的《少年收容教养的性质之我见》对此做出了准确的界定。又见王顺安:《少年收容教养的性质之我见》,载《政法论坛》1992年第3期。

⑦ 参见尹琳:《日本少年法研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第165页。

会生活。<sup>①</sup>

美国的少年法院亦与日本家事法院类似。曾有学者统计过 1996 年的美国少年法院中,法官对于罪错少年可能做出的处分类型有以下几种:

- (1)警告,然后交由父母监管;
- (2)罚款或对受害人做出赔偿;
- (3)交付给社会机构;
- (4)由法院指定的正式缓刑监管;
- (5)监管教育中心;
- (6)由收养家庭进行监管;
- (7)法庭监管,对青少年进行药物和心理治疗;
- (8)收容于公共监禁机构或者私人矫正机构,或交由国家青少年机构。<sup>②</sup>

家事法院或少年法院做出的这种不同于刑事、民事、行政的保护处分裁定的独特性才是少年法院应当与普通法院分离的根本缘由。少年法院并不处理犯罪与刑罚的问题,它所面对的,只是一群需要保护与教育的孩子,对他们的裁判和管束,既不是对罪与非罪的判断,也不是非刑罚处罚方式,而是一种强制教育措施。但我国许多学者对少年法院的认识仅停留在儿童作为特殊群体应与成人相分离上,并将少年法院定位为处理少年刑事案件或少年犯罪的机构,这是根本性错误。

因此,以亲权为中心的家事审判或儿童处遇的特殊性就在于其理念和诉讼结构已经超越了简单的刑事与民事二元对立的框架,在法律关系上也突破了双方当事人的博弈。民国时期围绕着儿童的抚育护养与教育惩戒而展开的法律实践涉及国家、父母和儿童三个主体之间的互动。当父母亲权出现缺失或是以明示和暗示的方式表达出亲权行使失败时,国家就会以“大家长”的身份接手儿童的护养和教育之责。这

---

① 参见尹琳:《日本少年法研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 172 页。

② See Peter C. Kratcoski and Lucille Dunn Kratcoski, *Juvenile Delinquency*, 4<sup>th</sup> ed., New Jersey, Prentice Hall, 1995, p. 285.

对于父母意味着亲权的剥夺,对于儿童来说可能是带有部分强制色彩的保护与教育,对于社会则可起到防卫之效。

国家权力在亲权关系中所扮演的角色在一定程度上是积极的,超越了普通民事关系的固有定式。这固然是因为未成年儿童并没有提出法律请求的能力,在父母缺位或不适格的情况下,也难以找寻处于平等法律关系的告诉人。但更重要的是,国家作为儿童的最终也是最高监护人,在此时的法律关系中就处于相对方的角色,而不仅仅是中立的裁判者。这种国家公权力机关身担数职且积极主动行使权力的情形与行政裁决颇为类似。现阶段备受中国学者推崇的少年司法,其实并不一定是解决问题的唯一途径。事实上,少年法院在成立之初就颇有争议,即使英美等国以少年法院管辖无人抚养儿童、被忽视儿童,以及不良儿童的相关事务,少年司法权也体现出鲜明的行政化特征。<sup>①</sup> 国际家事法前沿领域亦在讨论“去司法化”(Dejudiciarization)议题。回顾中国近代,围绕亲权所展开的法律实践更是体现出以行政权力(警察局)为主导的鲜明特征。在中国当代亲属法体系建构与家事案件的处理过程中,亲权的上述多面性与特殊性都值得重视与深入探讨。

---

<sup>①</sup> 参见姚建龙:《长大成人:少年司法制度的建构》,中国人民公安大学出版社2003年版,第32~34页。