

1936年

第

卷

第

2

期

圖書整理圖

孫科

法學論叢

第二期要目

中國法治問題.....	章淵若
論憲法頒布問題.....	章淵若
中華民國憲法草案之批評.....	桂崇基
中國離婚制度之法律觀.....	
近世國際公法發展之途徑及與格氏學說之關係.....	
能力刑之探討.....	
法律與道德.....	
假釋制度之檢討.....	
我國訴訟法主義之研究.....	
一夫一妻制度下妾之地位.....	張毓塔
權利能力行為能力與責任能力.....	許季明
遺產有貢獻之人應否規定報酬之商榷.....	蕭率真



上海大學法律學會出版

本刊創刊號目錄

民國二十四年七月出版

發刊辭	魏冀徵
法學與憲政	張知本
中國古代之法律思想	章士釗
死刑應該存在之面面觀	蕭道統
廢除死刑論	魏冀徵
我國民法准許父子連襟叔嫂結婚之學理觀	王開鑾
遺傳是否爲犯罪之原因論	許李明
韓非之法律思想	王洪
新刑法上保安處分之探討	戴可珍
中國之檢察制度	朱同蘇
演繹研究法學派與歸納研究法學派之異同	魏冀徵
婚姻問題之演進及其在法律上之商榷	蕭道統
罰金能否就遺產執行之我見	戴瑤
論不動產物權之移轉或設定我民法何以明定須以書面爲之	蕭率真
重婚之配偶有無繼承權其應繼分應如何分配	季娟
訴訟救助問題之探討	朱同蘇

R
580.5
723.76

鍾煥鳴 新主人 主編 時代知識 (半月刊)

灌輸時代知識 提高大眾文化水準

第一卷第三期要目

時代通日本通日本.....楊煥新贊
 日本通與日本通.....楊煥新贊
 日排日運動責任誰屬.....楊煥新贊
 廣日對華外交三原則.....楊煥新贊
 蘇聯與法國及巴爾幹半島.....鍾偉尊
 中日關係的新階段.....鍾偉尊
 中日南京會議之展望.....蕭莫寒
 東俄之一大油田 東京的娛樂場.....蕭莫寒
 中國農村經濟恐慌的二種.....凌廣欣
 中國教育之新趨勢.....鍾鳴人
 美國的苦悶.....鍾鳴人
 赴京聆訓記.....鍾鳴人
 接吻學.....鍾鳴人
 踏雪尋梅記.....鍾鳴人

第一卷第一期要目

發刊詞.....楊煥新贊
 時代知評.....楊煥新贊
 新聞政策之改進 學生救國運動.....楊煥新贊
 俄國軍隊之階級化 巴西之內亂.....楊煥新贊
 一三六六年國際政治的展望.....徐百生
 最近歐洲外交戰的展望.....李浴日
 日本的新姿態.....曾今可
 美國遠東政治的趨勢.....曾今可
 土地村有制之我評.....戈炎西
 何謂斯塔哈諾夫運動.....戈炎西
 上海學生晉京請願被阻返滬記.....鳴人
 二十四年度國內大事記.....錫齡
 記者

第一卷第四期要目

時代通日本通日本.....楊煥新贊
 日排日運動責任誰屬.....楊煥新贊
 廣日對華外交三原則.....楊煥新贊
 蘇聯與法國及巴爾幹半島.....鍾偉尊
 中日關係的新階段.....鍾偉尊
 中日南京會議之展望.....蕭莫寒
 東俄之一大油田 東京的娛樂場.....蕭莫寒
 中國農村經濟恐慌的二種.....凌廣欣
 中國教育之新趨勢.....鍾鳴人
 美國的苦悶.....鍾鳴人
 赴京聆訓記.....鍾鳴人
 接吻學.....鍾鳴人
 踏雪尋梅記.....鍾鳴人

第一卷第二期要目

時代通日本通日本.....楊煥新贊
 日排日運動責任誰屬.....楊煥新贊
 廣日對華外交三原則.....楊煥新贊
 蘇聯與法國及巴爾幹半島.....鍾偉尊
 中日關係的新階段.....鍾偉尊
 中日南京會議之展望.....蕭莫寒
 東俄之一大油田 東京的娛樂場.....蕭莫寒
 中國農村經濟恐慌的二種.....凌廣欣
 中國教育之新趨勢.....鍾鳴人
 美國的苦悶.....鍾鳴人
 赴京聆訓記.....鍾鳴人
 接吻學.....鍾鳴人
 踏雪尋梅記.....鍾鳴人

定價：預定期全年兩元 半年一元 零售每本一角
 總代處：上海五馬路愚園社
 代售處：上海五馬路愚園社

法學論叢

第二期目次
民國二十五年二月一日出版

- 中國法治問題……………章淵若（一）
- 論憲法頒布問題……………章淵若（一五）
- 中華民國憲法草案之批評……………桂崇基（二三）
- 中國離婚制度之法律觀……………魏冀徵（二九）
- 近世國際公法發展之途徑及與格氏學說之關係論……………蕭道統（四五）
- 能力刑之探討……………許季明（五五）
- 法律與道德……………鍾煥新（六一）
- 假釋制度之檢討……………朱同穌（七一）



我國訴訟法主義之研究.....	魏冀徵(七九)
一夫一妻制度下妾之地位.....	張毓堦(九九)
權利能力行為能力與責任能力.....	許季明(一〇五)
遺產有貢獻之人應否規定報酬之商榷.....	蕭率真(一一九)
附載民事訴訟實習.....	(一二五)
案由.....	(一二五)
原告起訴狀.....	(一二五)
被告起訴狀.....	(一二七)
判決書.....	(一三〇)
編後.....	(一三三)

榮 西 菜 社

地 址 上 海 中 山 路 大 夏 大 學 斜 對 過

本	聘	調	早	一	味	取	歡	駕
社	請	辦	點	概	道	價	迎	臨
，	名	西	大	俱	適	從	諸	光
師	酌	菜	備	口	廉	君	顧	願
，	，	，	，	，	，	，	，	，

榮 賓 彈 子 房

地 址 上 海 中 山 路 大 夏 大 學 斜 對 面

本	空	佈	又	檯	美	擊	良	迎	興
彈	氣	置	特	，	，	彈	所	諸	乎
子	充	幽	新	裝	誠	消	也	君	來
房	足	雅	購	璜	如	遣	之	，	。
，	，	，	彈	優	一	之	歡	盍	

中國法治問題

章淵若先生講
倉恩溥筆記

去歲承大夏法律學會邀請講演；匆匆應命，未能作稿；承倉君恩溥代爲筆記。

盛意至感。惟本題內容，所涉甚廣；此稿所記，未盡十一；比以事冗，又未獲詳爲增刪，本不願卒以發表。茲經本刊編者蕭君，一再催促；情意懇切，未敢固却；爰存其略，姑以付刊；容俟有暇，當再改作，諸希讀者，有以諒之爲幸。

二十五年二月講者附記

在我最近的許多言論中，有兩種一貫的主張：

- (一) 提倡法治主義——以法治的精神，建設國家。
- (二) 提倡自力主義——以自力的精神，復興民族。

以上兩者的作用，是異曲同工的。

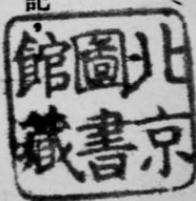
今日講自力主義，是對一般人講的；法治主義，是對比較專門些人講的。茲就本題與諸君交換意見。

一 法治主義的理論基礎

中國法治問題

一

A961367



(1)從宇宙的現象言——宇宙間萬事萬物，都有偉大的普遍的法的作用，在啓示着我們做人應循的途徑。自來中國學者謂：法者常也。可知法是有永久性和普遍性的東西，天道常存，循環不滅，以及金石草木之變化。禽獸蟲魚之生滅，暑往寒來之程序。如日月星宿之行運。都有其一定不易的嚴正的規律。(註一)

(2)從國家的生命說——講到法律與國家的關係，世界學者的理論很多，有的主張法律產生在國家之先，有的主張先有國家，後有法律，但吾人不必問其產生之先後，國家與法律，乃一物之兩面。有不可分離的關係，國家無法律，便不能成爲國家的組織；法律無國家的力量，便成爲空洞理想的具文。故我以為國爲法之「體」，法爲國之「用」，體用兼備，國家才能成爲有組織，有權力的集團，法律才能發揮其政治的力量。

有許多國家學者，以爲國家的組織與活動，都有法律的性質；國家是純粹法律的制度(註二)還有許多學者說：「法律爲國民生活之政治的要素。」(註三)我國有四萬七千萬的同胞，如何不能組織成偉大的力量，反而主權日損，國土日削，而被人目爲無組織的國家呢？這乃由於中國人缺乏了這種要素。如人的身體缺乏了一種維他命，以致於萎靡不振。是同樣的道理。

於此可見，法律與國家，是不可分離的，所以總理在他建國的程序上，也以「公布憲法」爲建

國工作之完成。(註四)同時憲法學者，黃濃部吉達也說：法以規範國家生活爲目的，有國家，必有憲法；無憲法，即不成爲國家。(註五)

(3)從社會的生活說——從法律立場言之，維持人類生活，推進社會進化，調和社會利害關係，均依於「人類之通性」，主法者之責任，便在順着人類共存共榮之需要，爲折衷之決定，使大衆犧牲個人的成見，給人方便，也就是給自己以方便，而社會秩序，社會和平，便藉以維持了。故法治之成是先苦而後甘的，在犧牲自己的成見給人以便的時候，雖感覺到痛苦，等到自己因社會生活之能和洽而得到方便的時候，便又感覺到愉快了。故 Rousseau 有言曰：「法律者，社會生活之要素也。」(註六)而美儒龐德氏 Pound 以爲人類歷史的演進，一以法爲基礎；而法之基礎即爲「理性」(Reason)，於此理性上建築一條康莊大道，人類社會的進化，便一致的，和平的，在這條大路上勇往邁進，使人類從無法的社會，進而爲有組織的科學的法治社會。(註七)從前羅馬法學者說：有社會的存在，必有法律的存在。(註八)由此可明社會與法律關係之重要。

(4)從政治的運用來說——國家爲一根據純邏輯法式和理智體子的公法權利義務之總體。政治爲種種公與公及公與私的法律關係。(註九)與普通業務不同。政治有法律的強制作用，普通業務則無。故政治之行，必以法律爲根據。國家政治的運用，要能貫徹上下，必有法律的原素，同

時才可成爲有組織的，有強力的。雄立於世界的國家。中國過去之所以有分崩離析，號令不出都門的病態；有會而不議，議而不決，決而不行的現象，都由於國家政治的運用，缺乏了法律的原素。

(5) 從法律的本質說

(一) 法律有公正性——「法者所以齊天下之動，至公大定之制也」。(中略參看註十)

(二) 法律有平等性——「法不阿貴。繩不撓曲；法之所加，智者弗敢看，勇者弗敢爭」

。(中略參看註十一)

(三) 法律有客觀性——「使法擇人，不自舉也；使法量功，不自度也」。(中略參看註

十二)

(四) 法律有時代性——「法與時轉則治；治與世宜則有功」。(中略參看註十三)

(五) 法律有強制性——「賞罰使天下不行」。(中略參看註十四)

(六) 法律有公開性——「法者編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓」。(中略，參

看註十五)

(七) 法律有統一性——「萬事皆歸於一，百度皆準於法」。(中略(參看註十六)

二 法治主義在事實上的優點

(1) 法治與禮治之比較：

(甲) 法治是實體的，禮治是空洞的。(中略)

(乙) 法治是詳細的，禮治是概括的。(中略)

(丙) 法治有強制實行力，禮治則否。中國雖有數千年孔孟禮儀之教，自詡為禮儀之邦實則中國人民的舉措，尚沒有禮儀的修養，遇事爭先恐後，唯力是從，傾軋攘奪之不懈，復何禮儀之可言！歐西國家，雖無孔孟禮儀之教，但人民均能彬彬有禮，有君子國之風，這純為法治思想所培養成功的。中國現在人心不古，世風日下，雖有禮儀之思想，不能貫徹於人民，今後必以法治精神，實現禮儀之用，新生活運動。欲使人民明於禮儀，知廉恥，亦必先從培養法治精神，保障禮儀去着手。(註十七)

(2) 法治與人治之比較：(註十八)

(甲) 人治為君主政治的特質，故易流於君主專制的危險，在民主政治待不能存在，法治有一定之標準。垂於永久，超出於君主與人民之上，不致發生政治上專制的流弊。

(乙) 人治是不科學的，法治是科學的。管子說：「雖有巧目利手，不自拙規矩之正方圓

，即是此意。

(丙)人治爲主客的，法治爲客觀的——商君曰：「不以法論智愚賢不肖者，惟堯，先王知自讓譽私之不可任也，故立法明分，中程者賞之，毀公者誅之」。慎子亦說：「舍法以自治，則誅賞予奪，總君心出」。

(丁)人治爲暫時的，法治爲永久的——故尹文子曰：「聖人之治獨治，聖法之治，則無不治矣。」

以前中國一般學者，不認識法治主義之優點。以禮治主義者與法治主義者相對立，他們對於法治主義有下列幾種反對的理由：

(甲)法治是殘酷的

(乙)法治只能治於已然後，不能治於未然之先

(丙)法治的結果祇是民免而無恥。

(以上三者中略，參看註十九)

以是中國法學，在歷史上未能入於學術之門。自秦漢以後，教育的真義全失，迂孺學子，均老死於章句，訓話，排斥百家，目爲邪說，法家亦自在被排斥之列，法家的學說既未能入於學術

之門。致爲一般學者所忽視。這是中國法治主義不彰的最大原因。

中國辛亥革命之目的原在使人治主義禮治主義的社會，變爲科學的法治主義社會。可是在革命之後，人治偶像既倒，代起之禮制未立，朝野上下，競言法治而不能治，在民國以前天下尙能定於一尊，萬民亦能安於五常，（註二十）人民尙有所適從，現在處此青黃不接之時，人民反不知所向了。在這時候法治主義者與禮治主義者，人治主義者，非特不知其挽救危局，還在那裏傾軋不休。其實中國的法治主義，自有其特殊的民族性與歷史性。我以爲人治，禮治，均爲法治主義的基礎。如手之於足。應該合作起來，共同努力，使「法寓於禮，禮以法彰，」而達到真正法治主義的目的。我們應該認識：（1）法與禮應相生而不相尅。（2）法與人的關係，也是相生而不相尅的。

我雖是一個法治主義的提倡者，但是所謂法治並不是單純制定幾種白紙黑字的法典，就能濟事。我們必定要顧及到數千年來中國文化的特徵，利用民族間對於禮儀之教的信念，去達到法治主義的目的，新生活運動，便在於培養中國民族新的生活習慣，也便是實行法治主義的準備。（

註二十一）

三 中國法治建設之途徑

際：
(1)關於法律教育者——我認為要建設中國的法治，工作非常繁重，應該多方努力，庶有實

(甲)改造法律教育。(中略，看註二十二)

(乙)普及法治常識。中國普通人民固缺乏法律常識，即為官者，亦多不知法。如前清做官者，都要請教於刑名師爺，而民衆尤易為人蒙蔽，欺詐，威逼，利誘，形成社會上種種黑暗痛苦的情形。欲救此弊，普及法律常識的教育工作，實為當前切要之務。現在識字教育尚未普及，固不談到法律教育，但是，我們可利用機會，對於民衆作通俗的法律常識演講，也不無小補。

(丙)培植法學人才——將來法治能上軌道的時候，法學人才尚不足用，故有繼續培植之必要，且法律學者，也可幫助企業家，計劃，管理，如社會生產之一員，社會上所望祇能有消費，不事生產的法律界分子，乃指一般訟棍，而言當在擯棄之列。

(丁)認識法律之尊嚴——人民視法律，應如慈母之於親子，愛之憐之，惟恐或失，以提高法律的尊嚴，免為強力所蹂躪。(註二十三)

(2)社會教育方面：

(甲)改善人民生活——使人民有紀律，守秩序，明禮義，知廉恥。

(乙)在社會方面，維持善良的風化。在學校方面，培養善良的學風。

(丙)爲真理而奮鬥——無是非，真理的社會，不會有法治的產生；奉公守法的人，也難以獨存，所以，我們要明白是非，爲真理而奮鬥，尊敬，擁護，社會上公明正真之人，以爲守奉公者勸。

(丁)注重公民的訓練——(中略，參看註二十四)

(3)政治方面：

(甲)澄清吏治——法律非從以治民亦爲政府應循之規律；故在上者應以身作則，使在下者嚮往成風。

(乙)改善司法——剷除司法界的種種黑暗情形，增加人民對於司法的信仰。

(丙)勵行監察制度——一方面可幫助澄清吏治，另一方面可增加人民對於政府的信念。

(丁)健全行政法院之組織——歷來中國有一種最不公允的現象，就是「祇准州官放火，不許百姓點燈」。致在上者玩法，而一般民衆，也因此對於法院，存了懷疑的心理，欲矯斯弊，應該從改造行政裁判制度去着手，充實行政法院之權能，使行政機關的行政行爲也受法律的拘束，若有違法或不當之處分，可由行政法院變更或撤銷之，并負損害賠償的責任。

總言之，法治主義，是個複雜的問題，非草擬條文。所能見效，欲建設法治的中國，須賴全國的政治家，法律家，教育家，……多方的努力，和長期的培養！

四 總論

最後，由法治問題，聯想到中國的憲法問題。可將我過來對於中國憲法實施問題的意見，說出來，以供參考。

將來中國憲法能頒行，固可成爲真實的法治國家，可是憲法的頒行，必先以法治主義做基礎，廣憲法的精神，才能夠深入民間，澈底發揚，而不致成爲具文——如英法兩國的憲法，雖爲零碎湊合而成。但其有法治的基礎，能澈底實行，故成爲世界上完美的法治國家。中國這次憲法的頒行，若不先建設法治主義的基礎，說不定其效力與過去所頒行的憲法，同樣的等諸具文；也說不定將來還有無數次的憲法創造。所以憲法制定了以後，建國的工作，尙未能算已完成，我們今後的工作和責任，實更爲繁重，（註二十四）德儒 Savigny 曾著「爲法律而鬪爭」一書。風行一時，遂奠定法治的基礎。各位既知法治的重要；既知建設法治工作的繁重；就應當從今天起，各本斯學，本着 Savigny 爲法律奮鬥的精神，以建設中國長治久安，萬年有道之基礎！

(註一)三濬信三：近世法學通論・Chap I. Pl.

(註二)Jellinek: Rechts des Modern Staats Chap II

(註三)德儒 Savigny 曾主是說

(註四)建國大綱

(註五)見氏著憲法學之基礎概念 Chap II.

(註六)Bonncase: Introduction Ci l'etude du Droit

(註七)Pound: Cegel Interpretation of History

(註八)Ubi Sociatos; Ubi jus

(註九)Jellinek: Rechts des modern Staats.

Combotheca: la Cerception Juvidique de l'Etat.

(註十)慎三：商君，開塞篇

(註十一)韓非：顯學篇，有度篇

尹文子：大道篇；

商君：賞刑篇；

中國法治問題

慎到：佚文

(註十二)管子：明法篇

尹文子

慎子

商君：修權篇

(註十三)韓非：心度篇，五蠹篇

商君：

(註十四)韓非

管子：任法篇，法篇

(註十五)韓非，商君

(註十六)尹文子，韓非

(註十七)參看：章淵若：新生活與政治改革：——正中書局

參看：章淵若：現代法制概論：——商務印書館

參看：章淵若：政治論文集——商務印書館。

參看：章淵若：現代憲政論——中華書局。

(註十八)參看：章淵若：現代憲政論——中華書局

(註十九)參看：章淵若：唯生論——東吳法學雜誌

(註二十)參看：章淵若著：中國之兩大出路(載申報·雙十節特刊)

(註二十一)(全註十七)

(註二十二)參看：東吳法學雜誌·法律教育專號

(註二十三)德儒 Thering：曾謂吾人愛護法律，應如慈母之愛其親生子。

(註二十四)章淵若講：民族復興中之公民教育問題(刊各報)

章淵若講：政治論文集

(註二十五)參看：拙著：論中國憲法之頒布問題。(刊各報)

附記：此文因記者所記之原稿，字跡過小，行格過密，限於地位，致

章先生無法詳為增補，歉甚。特此再為聲明。

編者言

國府決議部令飭遵

限制律師廣告妨害他人名譽

上海律師公會，昨致全體會員通告云，逕啓者，案奉江蘇高等法院第二分院訓令開，「案奉司法院本年九月十四日訓令開，爲令遵事，案奉國民政府本月十日令開，本會議第四七三次會議討論出版法時，以律師代登廣告，時有妨害他人名譽情事，應由司法行政部通令限制，決議交司法院飭遵，相應函請查照轉飭辦理等因，簽呈鑒核等情，此據，應即照辦，除飾處函復外，仰該院暫行令仰院長首席檢察官遵照辦理並轉飭所屬函知律師公會一體遵照，此令」等因，奉此，除分令第一特區地方法院外，令仰遵照，轉飭各律師公會一體遵照此令等因，奉此，經於本會第二〇九次執監委員聯席會議議決，應轉知各會員在案，相應函達，即希查照爲荷。（廿四年十一月一日民報）

論憲法頒布問題

章淵若

——答吳經熊先生——

愚前布「憲法平議」一文，於京滬平津諸報，承立法院憲法起草委員會副委員長吳德生先生，貽書溢贊，而於結論憲法頒布一節，尤承殷殷徵及鄙見，轉滋愧赧。人事卒卒，稽未作答。茲者憲草公評時期，瞬即截止；而綜觀各方評論，類都偏於條文字句之批判；而於憲法更關重要之公布施行問題，其能作忠肯切實之商討者，則甚渺。竊恐此次制憲大業，將仍蹈歷來憲政失敗之覆轍，心有所危，不能不言，因草此篇，再貢愚見！

數年以來，愚所持論，夙主法治（詳見拙著唯法論）但法治非卽制憲；更不應反覆制憲，中國憲政，前後已經數十年之歷史，反覆制憲，已非一次；皇皇憲章，幾已集世界之大成。顧其成績，但見毀法亂紀，反抗破壞；非特未收切實奉行，長治久安之效，反於民衆心理上，貽「朝三暮四」，「見異思遷」之惡印象！故以往之憲法，僅爲當局收拾時局之謀略，裝點門面之飾物；而人民之視制憲，亦與其自身之權利幸福，了無絲毫聯系。（見拙著現代憲政論自序）此爲我國歷年憲政所以失敗之根本原因；亦卽今日制憲當局，所應嚴切記取之歷史教訓也！

切實言之，此時本無取乎亟亟制憲，蓋就憲法之「用」而言。憲法本爲一歷史的產物，非任意創造。即可推行；就憲法之「體」而言，則吾國此時，實早已有憲法，如建國大綱，如國府組織法。如中華民國訓政時期約法，如訓政綱領，其著例也。誠使舉國上下，均有守法信法之精神與毅力，則吾國此時，實早已臻於憲政之境。且近世憲政典型之邦，若英若法。其憲章均係片斷零星，陸逐公布。英國憲章，係集一二一五年之大憲章，一六二八年之權利請願書，一六七九年之人身保護法；一六八八年之權利宣言，一七〇〇年之皇位繼承法，一九一一年之議會法，一九一八年之國民參政法，暨一九二八年之修正案而成，即法國憲法，亦僅係一八七五年二月二十四日參議院組織法（此法第一至第七條，已由一八八四年十二月九日法律廢止）二月廿五日政權組織法，七月十六日公權規定法。八月二日參議員選舉法，十一月三十日衆議員選舉法，一八七九年七月廿二日巴黎建都法，一八八四年十二月九日修正參議員衆議員選舉法，一八八五年六月十六日修正選舉法，一八八七年十二月廿六日國會議員不得兼職法，一八八九年七月十七日候選人法，一八九五年七月二日國會議員之兵役義務法，一九〇二年制止選舉舞弊法，暨一九〇三年四月二日，一九〇八年十二月十七日，一九一四年三月廿三日，三月卅一日，一九一八年一月五日。一九一九年十月十七日，一九二六年八月十日，一九二七年七月十日，七月廿一日一九二八

年十二月卅日，諸種條款之集成！故憲法無取形式，但求「信」「守」；法家所謂「惡法勝於無法」，殆深識法治要旨之言也。

然則，吾人將解散憲法起草委員會而盡毀今日已成之憲草乎？是又不可，且此種不近事實之高調，當爲真能平心論政者所不取。就事論事，今日既有憲草，則惟有求其不蹈以往覆轍，而能施行有效而已。故愚以爲今日憲政問題之重心，尙不在憲法條文之應如何完美，而惟在公布施行一端，究應如何規定，庶能得一兩全之道已耳。

查建國大綱，總理關於憲法公布之規定，十分鄭重。一則曰：「憲法草案，當本於建國大綱，及訓政憲政兩時期之成績，由立法院議訂，隨時宣傳於民衆，以備到時採擇施行」。（大綱廿二條）；再則曰：「全國有過半數省份達至憲政時期，卽全省之地方自治完全成立時期，則開國民大會，決定憲法而頒布之」。（大綱廿三條）定則憲法頒布之最大前提，爲地方自治之完成。而地方自治之完成，一則須「全縣人口調查清楚，全縣土地測量完竣，全縣警衛辦理妥善，四境縱橫之道路修築成功；而其人民曾受四權使用之訓練，而完畢其國民之義務，誓行革命之主義者，得選舉縣官，以執行一縣之政事，得選舉議員，以議立一縣之法律，始成爲一完全自治之縣」。（大綱第八條）二則「其國民有直接選舉官員之權，有直接罷免官員之權，有直接創制法律之

權，有直接復決法律之權」。(大綱第九條)復次，決定憲法之機關，爲國民大會；而國民大會代表之舉選，則俟「每縣地方自治政府成立之後」(大綱第十四條)；國民大會之召開，又須俟「全國有過半數省分達至憲政時期」(大綱第二十三條)。吾國現在憲政尙未完成，地方自治毫無成績，則此時遽行公布憲法，自有拔苗助長之危險！須知總理關於建國程序之劃分，自有其豐富的經驗，遠大的目光，以及精深的識力。蓋實現憲政，非可徒託空言，亦非可期諸朝夕。必使民權充分發展，始能有穩固不移，千秋萬世的憲政基礎(參觀拙著現代政治概觀八六一—八七頁)此種建國原理，非特適合吾國國情，且又可供世界各國憲政改造之借鑑。吾人固未可妄自菲薄，躐等以進，自亂建國之步驟也。

考列國憲政發達之過程，其憲法之頒布，亦類都因時而制宜。英國最初頒布之大憲章，僅爲對於國皇課稅權之限制，厥後於一六七九年，一六八八年，一九一一年，一九一八年一九二八年始陸逐加以補充。法國最初頒布者，僅爲參議院與政權組織法，亦屬殘缺不全，自是厥後，歷年加以增訂。他如芬蘭，憲法之施行，另以法律定之(芬憲九十五條)；普魯士憲法之公布，僅卅一——四三暨八六諸條，發生効力；其餘諸條則於州會議按七十四條所規定之新選舉後施行之。(普憲八十八條)波蘭憲法，自公布日施行；其中條款，有須另以法律規定施行者，則自各該法

律施行之日起發生效力。（波憲一二六條）。立陶宛憲法，自公布日施行，但最遲應於十年內經國民公決核准之。（立陶宛憲一〇七條）暹羅憲法自公布之日施行，惟仍須受暫行條文之限制。（暹羅憲法，第七章第六四——六五條）觀此，則憲法之頒布施行，固須視其民族的特殊需要與環境。而有斟酌變通之必要也。

中國憲政問題之困難，非在善良法制之創立，而在法治主義之推行。法治之精神，非僅止於白紙黑字之法典，而尤貴於法律之實施。法律之擁護。法律之遵守，法律之普及。法律之編訂，其事易。其時暫；而法律之實施。擁護。遵守與普及，則有待乎法治精神之發揚，有待乎民衆習尚之造成。其事艱，其時長，而其效尤難著。中國民衆，素乏法治之精神，故維新變法之結果，新法律與舊習慣，初未發生任何關係，任何影響。新其所新，法其所法，而民衆仍舊其所舊，習其所習。改元以後，國人仍急於求功，不圖其本，所制之憲，仍與民衆之習慣，未能一貫。故吾人今日始欲求憲政之成功，自當於千鈞一髮，成敗所繫之訓政時期，努力培養治法精神，鞏固法治基礎。務使將來之大法，與民衆能打成一片與民衆之精神習慣，能互相一致，不再離民衆而背馳，此種訓政工作之成敗，實爲吾國社會治亂，憲政成敗之總關鍵。（見拙著訓政與法治二十年，三，二中央日報）故當前歲起草約法之時，愚卽爲文，說明約法之主要目的。一爲完成革命主

義，二爲促進民權發展，三爲建設地方自治，四爲培養法治精神。（詳見拙著約法真詮二十年五，七日大公報）現在訓政尙未完成，自治毫無成績，則此時憲法，論其精神自仍當不出此四目的。論其實用，當僅限於「試行五權之治」。（建國大綱十條規定如此）；在憲法未頒布前「各院長皆歸總統任免而督率之」。（大綱廿一條）憲法草案，當本於建國大綱，及訓政憲政兩時期之成績，由立法院議訂，隨時宣傳於民衆（大綱廿二條）而不得亟亟以兩月爲公開評論時期。至於公布施行，則尤應照建國大綱第廿三條之規定，俟全國有過半數省份達至憲政開始時期，即完省之地方自治完成成立時期，開國民大會，決定公布之。

戴季陶氏致立法院長孫哲生氏書中有言曰：「吾黨同志，若無爲國家百年之計而立法，爲國家人民之福利而行法之決心，或隨意制法，或空而不行，皆非所以完成國民之道。故兩年以來，諄諄以實行約法爲言耳。今茲召集國民大會制憲，其意義之重且大，自然十百倍於約法。但若依國人之態度，猶是對於約法之態度，則其害絕不止於政務停滯。天下之大亂，國家之危亡，或且因之而起。蓋國民今日，尙有一線之希望在將來，以爲國民大會尙未開，而憲法尙未制定也。憲法發布後，中國國民黨於革命建國之任務，已達最後階段，若其不能行，或行而有重大之缺陷，則國民之希望既窮，而意外之變化莫測矣！」語重旨深，實獲吾心。

總之，制憲大業，永垂久遠，國家治亂，唯此是繫。非可隨意着筆，草率從事。區區愚見，自審精誠。老成謀國之士，幸深察之！

二十三年四月廿五日上海

律師聲請閱卷部令一律徵收費用

以前蘇省各級法院辦理情形不同現須徵七角五

江蘇高等法院院長朱樹聲，因查江蘇省各級法院，對於律師聲請民事閱卷，除貼用印紙一角外，並不一律徵收聲請費用，曾將全省各級法院辦理互異情形，特呈司法行政部請示，上月十一日接奉司法行政部一九一六七號指令內開，「呈悉，查律師聲請民事閱卷，嗣後應一體徵收聲請費用，（七角五分）仰即遵照，並轉飭所屬一體遵照此令」等因，高院接奉指令後，昨已分別令知上海地方法院轉令律師公會遵照辦理矣。（二十四年十一月一日民報）

法總統簽署

取締法西軍事法律

內容計分三項業由政府公報

如有違法待處三月兩年徒刑

(哈瓦斯社十二日巴黎電)關於取締軍事性質政治團體之法案，前於去年底經參羅兩院表決通過。已由總統簽署成爲法律，其內容頃由政府公報，予以發表，共有三項，(一)下列各種組織，均以命令解散之，(甲)任何事實上團體，凡在街道上引起武裝示威行動者，(乙)除政府所核准之軍事訓練團體而外，任何軍事性質之體育及運動協會，凡具有私人戰鬥隊或民衆軍隊之性質者，(丙)任何團體，凡其目的如在損害法國領土完整，或共和政制者，(二)以上各項組織解散之後，若有人企圖予以維持或直接間接予以恢復者，則參考者得處監禁八個月至兩年及五千法郎以下之罰款，(三)以上各國組織之制服符識徽章武器及各項軍械，一律沒收，其所有動產，則應予清理政府公報同時又發表關於取締非法置有武器之法律一道，規定任何人土，凡在公衆集會或示威運動中攜帶武器或防害公衆安全之器者，不論藏匿身畔，抑或顯露於外，均得處以監禁三個月至兩年及一千法郎以下之罰款(國民電通社一月十二日)巴黎報據今日公佈之臨時新法「法蘭西斯黨」，在平常人會議決該黨欲此後避免與軍人聯合。

中華民國憲法草案之批評

桂崇基講
吳連芳
王淵筆記

我今天所要講的是中華民國憲法草案之批評。這草案是經過了中央黨部幾次審查，和立法院幾次修正。於民國二十四年十月二十五日經立法院最後修正通過，全文共分八章一百五十條。今天因為時間關係，暫且把所要批評的分爲三點：

一，關於與孫先生遺教抵觸方面

二，關於政策方面

三，關於立法技術方面

先講第一點——這草案開宗明義就說：

「遵照創立中華民國之孫先生之遺教制茲憲法」，則我們首先應注意的，當然要看他與孫先生之遺教是否有抵觸的地方。孫先生之遺教，關於政治學說部份最精彩的要算他的權能分開的理論。所謂權能分開，就是把國家政治大權分成兩個。一個是政權，完全屬於全國人民，用來直接管理國家大事。換言之，就是「民權」。一個是治權，完全屬於政府，用來替人民做國家的事務。換言之，就是「政府權」。照他的主張，人民要有權，政府要有能。政府如

何才會有能呢？就是要操政府權的人，完全是賢人或專家。政府有了賢人或專家去作事，纔能提高政治的效能，增進人民的幸福。人民有了充分的政權，纔可免除官吏操縱，把持，專橫的弊病。這樣可以解決幾千年來全民政治與賢人政治之爭。換言之，可以彌補全民政治的缺點，發揮賢人政治或專家政治的精神。

全民政治爲什麼會發生缺點呢？就是因爲一般人有了一種錯誤觀念，以爲人既適合評斷政策，亦必適合執行政策，既適合選舉，亦必適合被選舉。古代雅典規定官吏除軍官外一律抽籤定之，且任期甚短，使多數人皆有充任官吏的機會。卽近代許多國家，對於官吏的選舉，亦毫無資格的限制。都是不承認官吏需要專門智識與技能的明證。結果專家政治莫由實現，政治效能亦無由充分發展。所以柏克爾(E. Borekr)蒲來斯(Bryce)諸人皆以爲全民政治最大的缺點，就在行政效能的低落。這當然是中肯之談。

史蒂芬(J. F. Stepher)說：「治理一個國家，需要許多特種的智識和才力」。傅高(Fagnet)也說：「統治是一種藝術，是需要智識」。可見治權應操於專家，已爲中外學者所一致承認。操政權的人，總握國家一切根本大計的決策權。操治權的人，根據既決經決定之根本大計，制定具體方案並忠實執行之。兩方權能分工，人民與政府的系統有別。彼此間應負的責任

亦復厘然有序，不致互相推諉。

根據上述原則，我們便可知立法院的根本職責，是在根據國民大會所決定的根本大計，政策，方案，以制定法律。不過是一純粹的立法專門委員會罷了。其與普通國會應有幾種顯著不同之點：

(一)立法院委員是政府官吏，而非人民代表，普通國會議員是人民代表，而非政府官吏。

(二)立法院係一種純粹屬於能的機關，而普通國會則是權能混合的機關。

(三)立法院專管立法，而普通國會於立法外，尚須兼管監察，選舉，以及審判其所彈劾的案件，甚至修改憲法。爲什麼立法院只應專管立法呢？一則如果職務繁雜，以致拋棄其本身所最應做的立法事務。二則立法本是一種專門的技能，不是任何人所能勝任愉快的。所以各國學者間亦有見到現在立法機關不由專家組織的弊病。或主張立法機關自行聘請法律起草專家以備顧問，或主張間接委託法律專家組織委員會，專任調查建議起草之責，或主張由行政機關代負立法技術上的責任。但這些辦法都不免有責任不明之嫌，故仍以立法機關全由專家組織並專任立法事務爲妥當。

現在草案關於立法院職權及組織，便違反權能分工的原則。該草案第六十三條規定：「立法

院有議決法律案，預算案，戒嚴案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案，及其他關於重要國際事項之權」。又第六十七條規定立法委員的產生，三分之二由國民大會選舉，三分之一由立法院長擇有專門學識經驗者，提出候選人名單於國民大會選舉之。這顯然又違反了孫先生的遺教。以言其構成分子，則有專家，有非專家，而專家又僅由院長選擇，毫無標準，實是一種非驢非馬的組織。以言職權，則有的屬於治權，有的屬於政權，政權治權混淆不清。簡直把開宗明義所標榜「遵照創立中華民國之孫先生之遺教制茲憲法」的話，完全置諸腦後。

第二點監察權是取法於中國的御史制度。中國古代御史的組織很大，並且其職權行使方式也不受任何牽礙，所以對於澄清史治會發生極大效力。但是談到御史的保障，那就微弱極了。一言以蔽之，御史的「生殺予奪」，全視君主一人的喜怒為轉移，這是御史制度上的污點。今後對於監察委員的身體，言論，職權，與任期都應有切實的保障。尤其不能使其參加黨派實際活動，以免於彈劾時有所徧袒。但是草案第九十一條，九十二條規定監察委員任期四年，由國民大會選舉之。這無異驅使監察委員參加黨派實際活動。監察委員信仰某黨主義則可，參加某黨派選舉活動則不可。前幾年美國發生煤油舞弊案，經人在下院提出彈劾，但竟由個人彈劾案，而變成共和民主兩黨之爭。所以監察委員不應由國民大會每四年選任一次

。只要他自己不違法，不瀆職，應當如同法官一樣，終身受有保障。而後他才可以毫無顧忌的盡監察之責。

第三點這草案整個精神就是集權于中央的行政首腦。第四十四條載有總統總攬行政權。第五十五條：「行政院設院長一人，政務委員若干人，由總統任免」之。第五十七條：「行政院各部長，各委員會委員長，由總統於政務委員中任命之」。第五十八條：「行政院院長，政務委員，各部部长，各委員會委員長，各對總統負其責任」。第五十九條：「行政院設行政會議，由總統行政院院長，及政務委員組織之，以總統為主席。總統不出席時，以行政院院長為主席」。這四條的用意，無非要把行政大權總攬于總統一人之手。但第五十四條又規定：「行政院為中央政府行使行政權之最高機關」，這未免自相矛盾了，因為照這草案的規定，行政院不過是總統府的祕書廳，行政院長充其量也不過是等於總統府祕書長，何以能夠說行政院為中央政府行使行政權的最高機關呢？不僅如此，既然各部長官直接對總統負其責任，則行政院的組織根本就應當取消，既可免掉疊床架屋的毛病，又可省却一筆經費。

此外關於憲法施行時期，因為屬於政治問題，可不討論。文字上的磋商，又因條文太多，不及討論。今天只好就比三點作一簡單批評。

司法部統計離婚案件蘇省最多

「中央社」南京十九日電司法部統計。二十二年七月，二十二年六月離婚案計以蘇九十起爲最多，浙六十九起次之總計都市愈發達，風就愈開通，離婚案件亦愈多離婚者年齡二十歲以下，女多男一倍，三十歲以上男多女一倍，蓋男子年長具有經濟能力，不患不能再娶，而女則年老年長，再婚困難，離婚原因，計重婚三十九起，通姦四十八起，對方虐待一百三十二起，親屬虐待五十八起，遺棄六十九起，意圖殺害八起，惡病二十四起，精神病十五起，生死不明十四起，犯徒刑罪三十二起，計男方提出者一零四起，女方提出者三四四起。

中國離婚制度之法律觀

魏冀徵

A. 引言

C. 婚姻之意義

E. 離婚之界說

G. 我國離婚歷史之鳥瞰

I. 現行法上之離婚制度及其歷史之根據

B. 中國古時之婚制

D. 婚姻成立之要件

F. 離婚之利弊

H. 古時離婚之制度及其種類

(一) 引言

近代家庭制度之動搖，形成家庭改革之呼聲，而家庭改革猶未實現時代，家庭制度之動搖則愈見其急進，僅以離婚一項而論，逐年增加之比率，實堪驚人，至其對於社會之影響如何？作者未敢妄參末議，但願從法律之立場，一定其過去與現在也。

(二) 中國古時之婚制

我國婚姻之制度，成立最早，周易序卦云：「有天地然後有萬物，有萬物然後有男女，有男女然後有夫婦，有夫婦然後有父子君臣，……」通典所載：「伏羲氏制嫁娶，以儷皮爲禮。」中

庸亦云：「君子之道，造端夫婦」。可見當初民社會，已有男女結婚之形式，但婚姻之制度，實至周而始完備，例如通典卷五十八所載云：「……周制限男女之歲，定婚姻之時，六禮之儀始備。」於此又可見周代以前之婚制，實不可與周代之婚制同日而語也。

上古之世，中國之婚姻制度，究竟其詳確之制度如何？實無法可考，總之，在伏羲以後，為聘娶婚與允諾婚並行，實可斷言，通典五十八設所載云：「伏羲制嫁娶，以立聘娶之制，而五帝馭時。娶妻必告父母」。此可謂聘娶允諾婚制之創，迨春秋以還，方有自由婚之制度，例為鄭徐吾犯之妹，適子南氏，（見左傳昭公元年）季姬及鄭子過於防，（見左傳僖公十四年）

周禮禮記儀禮諸書所載，周代禮制，僅備嫁娶之儀式，故後世法律，皆遵禮制而定，是以數千年來，中國遂徧行聘娶婚之制度，但婚嫁之事，均由父母主持，且以父母之利害為前提；禮記內則云：「子甚宜其妻，父母不悅，出；子不宜其妻，父母曰：是善事我，子行夫婦之禮也，後世不衰」，降及近世，歐風東漸，一般人均倡行自由婚制，聘娶之風，始為稍殺，遂有現行法制上之婚姻制度也。

（三）婚姻之意義

婚姻一語，由現行法制上推究，其意義可簡說如下：婚姻者，為基於一男一女之承諾，而以

畢生之共同生活爲目的之法律關係也。茲析言之如左：

婚姻者，爲一男一女之結合也。我國法律非採一夫多妻制，亦非採一妻多夫制，乃採一夫一妻之制度，故男與男及女與女之結合，不得成立婚姻，或一女多男，一男多女，均不得謂爲正當之婚姻，故今日有妻而再娶。則爲法律所不許。——刑法上對於有妻再娶科以重婚之罪——女子重婚亦然，惟妻死而再娶，或夫死而再嫁，則爲法所不禁。

婚姻者，以畢生共同生活爲目的者也，婚姻期間，在世界各國，有採終生爲期者，(Permanent marriage)有採取非終身爲期者：(Temporary marriage)而我國則採取終生爲期之婚制，故婚姻不許附期限，亦不許附條件，故一男一女之結合，若不以共同生活期以終身，如野合私通，固不得謂爲婚姻，卽其結合之初，若含有不永久之意思，亦難認其爲婚姻也。但此所謂永久及終身，並非云一經結婚，卽不得離婚之意，此須注意者也。

婚姻者，必基於男女之自由意思也：今日文明各國，婚姻必須男女雙方之意思合致，爲其要件，我民法載有婚約應有男女當事人自行訂定，(民法九二七條)亦卽此意，惟男女當事人未達結婚年齡須得法定代理人之同意。(民法九七四條)

婚姻者，法律上之關係也：男女之結合，非皆得爲婚姻，換言之，卽男女之結合，必依法律所

規定之要件而為結合，始得謂為婚姻，因婚姻為法律上之關係，故必須遵照法定之方式，若不依一定之儀式。僅有實行同居之事實，亦不得為之婚姻，更不能受法律上之保護。

(四) 婚姻成立之要件

婚姻之成立，即於履行婚約而結婚時即行成立，故結婚者，即基於男女當事人雙方之同意，到達法定之年齡，實行法律公認之形式要件，開始為結合正式夫婦之行為也，故須具備二種要件：

(1) 成婚之實質要件：成婚之實質要件，為婚姻當事人不可不備者，今臚列下：

(甲) 當事人之承諾：我國法制，係採共諾婚制，男女當事人之承諾，實為成婚之要件，且此同意，應為無瑕疵之自由意志。

(乙) 及婚年齡：我民法第九百八十條規定：「男女未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚」。次條即云：「未成年人之結婚，應得法定代理人之同意」。今再查攷我國歷來法制之關於及婚年齡之規定，摘錄如下：

太古..... 男五十歲 女三十歲

中古..... 男三十歲 女二十歲

周代	男三十歲	女二十歲
唐開元令	男十五歲	女十三歲
宋嘉定令	男十六歲	女十四歲
朱子家禮	男十六歲	女十四歲
明洪武令	男十六歲	女十四歲
大清通禮	男十六歲	女十四歲
第一次民草	男十八歲	女十六歲
第二次民草	男十六歲	女十五歲
第三次民草	男十八歲	女十六歲
現在	男十八歲	女十六歲

(丙)非一定之親屬；據我現行民法第九八三條之規定與左列親屬，不得結婚：

一，直系血統及直系姻親，

二，旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者，但旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，不在此限。

三、旁系血親之輩分相同，而至八親等以內者，但表兄弟姊妹不在此限，前項姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後亦適用之。

(丁)重婚之禁止：民法九八五條「有配偶者，不得重配」，

(戊)相姦者結婚之禁止：民法九八六條「因姦經判決離婚或受刑之宣告者，不得與相姦結婚」。因此對於善良風俗影響極大，故設此類規定。

(己)保護人之同意：民法九一八條：「未成年人結婚，應得法定代理人之同意」，此因男女婚嫁，關係於當事人之利害甚大，應由當事人自行決定，自不待言，然如當事人尚未成年，遽許其自由結婚，則血氣未定，易為感情所驅使。始謀不臧，後患無窮。故為保護青年男女之將來幸福及促其慎重起見，而以同意結婚之權，委諸法定代理人也。

(庚)合法之再婚：再婚在法律上雖不禁止，但有一定之限制，如違反此限制之再婚，婚姻即不能成立，我民法規定於第九八七條：「女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚，但於六個月內已經分娩者不在此限」。

(2)結婚之形式要件：婚姻當事人，具備婚姻之實質要件，固可結婚，但不具備形式要件，雖事實已同居，亦不能發生法律上之效力，故世界各國，男女結婚，莫不有一定之儀節，我民法

第九八二條：「結婚應有公開之儀式，及二人以上之證人」，此即一面明示結婚爲一種要式行爲，應具備一定之形式，以期社會之周知，一面明示結婚以有公開之儀式，及二人以上之證人爲己足，而嚴格之儀式主義，則爲本法所不取也。

我國古代之婚姻，必行一定之儀節，名曰婚禮，禮記昏義說：「昏禮納采，問名，納吉，納徵，請期，皆主人筵几於廟，而拜迎於門，揖讓而升，聽命於廟，所以敬慎重，正昏禮也」。又「妻三月廟見，始爲成婦」此是古代之儀節也。

(五) 離婚之界說

吾人對於我國古時之婚制既明，而對於現在婚姻之法律與制度，已有簡括之說明，茲者所欲討論者，即關於離婚問題之今昔也。

所謂離婚，即夫妻婚姻後，因發生一定之原因，而使夫妻之關係，歸於消滅者。換言之，亦即以人爲之方法，解除婚姻關係之謂也，有以爲婚姻解除之原因，可分爲二種：

(1) 因婚姻當事人一造之死亡而解除者，

(2) 因離婚而消滅，

其實婚姻當事人一造之死亡，(宣告死亡，亦與死亡有同一效力。)而解銷，僅爲當事人共同生

活關係之消滅，至於夫妻之身分關係，財產關係，與由婚姻所生之親屬關係，家屬關係等，固未可因其死亡，即視為消滅，故不得為之離婚，須婚姻因離婚而解銷者，即夫妻生存中，凡由婚姻所生之一切法律關係，如身分，財產，親屬，家屬等等之關係，而消滅，實為真正之婚姻解銷也，故此種婚姻之解銷，方得名之曰「離婚」。

(六) 離婚之利弊

離婚者，謂夫婦於婚姻後而使夫妻之關係消滅也，質言之，即以人為之方法，解除婚姻關係之謂也。易序卦傳：「夫婦之道，不可以不久也，故受之以恆」。然如夫妻雙方生存中，不和睦，自應許其雙方之意思表示，或一方之意思表示，得法院之裁可，消滅夫妻關係，是今日離婚制度所由起也。

關於離婚，向有許可主義，與禁止主義之爭。但自十九世紀以來，殆未有不許離婚者。其反對者之理由，

(1) 基於宗教之思想；謂離婚反於基督教理。

(2) 出於道德之觀念；謂婚姻係人倫之大本，倘若許可離婚，則可助長輕視婚姻之風，反有害於夫婦之和睦。

(3) 有關社會之利益：因婚姻爲社會組織之基礎，離婚實爲破壞社會之秩序。

(4) 有害於子女之利益：夫婦離婚，將使子女陷於失父失母之悲運，或受繼父繼母之虐待。

贊成離婚者之理由，不外反駁上述婚姻離婚者之理論，亦可分四點說明：

(1) 宗教思想，虛無渺飄，甚不合理。

(2) 若夫婦缺乏愛情，強制使其維持婚姻之形式，以度同床異夢之生活，毋寧許其解除法律之連鎖，各遂所願，反足以保全婚姻之價值。

(3) 離婚卽所以消滅現存社會之不健全基礎組織，而與以發生健全組織之機會。

(4) 子女日處於父母反目之家庭中，感受冷酷之印象，反不如隨其父或母一人，度安靜之生活爲愈。

因此則反對離婚者之理由，已有聲消匿跡之勢，蓋婚姻爲兩性間保自由意志而結合之共同生活，以戀愛爲基礎，不能不離婚時之離婚，與不能不結婚時之結婚，同一自然，離婚並非爲離婚而離婚，乃爲完成結婚而離婚，夫婦間如有違反結婚目的之情事發生。而無法補救時，舍離婚而外，別無他法以救濟之，由此而觀，採絕斷之離婚主義，固有未妥，而採絕對之禁止離婚主義，亦有未當，此我國現代法律之所以採兩願離婚主義外，仍有呈訴離婚主義之規定也。

(七)我國離婚之歷史鳥瞰

離婚之事，並非始於近代，亦非今日文明國家所專有之事實，自有婚姻制度以來，早已存在，僅離婚之原因與限制，皆以婚姻制度之不同而隨之轉移，在初民社會，男女之結合，未有任何方式與條件之限制，其欲離則離，但在家長專權制度之下，夫婦一方如欲離去，須得家之允許，更以翁姑之喜奴好惡爲去留，焦仲卿之妻卽其例也，直至買賣式婚姻制度成立，以後男女地位，相差甚遠，離婚爲男子之特權，故古代所謂嫁雞隨雞嫁犬隨犬，女子惟有服從而已卽夫婦不和，丈夫不良，除去自己嘆泣以外，惟有容忍如王風「慨其嘆矣，過人之艱難矣」，王風「子之不淑，云如之何？」至於男子則可任意爲之，所謂「祇見新人笑那管舊人哭」，例如孔孟弟子曾子匡章猶爲出妻之舉，其他可以概見。

至秦以後，爲維持社會安甯計，尊重禮法，則貞操之觀念乃生，因在秦前出妻之事甚多，對於被出女子，亦不輕視，女子不特改嫁自由，社會亦不以再離爲恥，故至秦乃有種種禮法以爲制裁，然自漢魏以降，朝廷雖然竭力褒揚貞操，但社會離婚再婚，仍爲盛行，如後漢鄭元義妻，因不悅於姑，被遣歸家，丈夫雖宜之，亦不可歸，後再嫁於爲將作大臣之華仲，一日華仲偕妻乘朝車於市，元義立於道旁觀看，謂人曰「此我故婦，非有他故，家夫人過之實酷」云云，此種不輕視

離婚再嫁之觀念，直至宋初未變，當時程朱雖亦褒獎貞節，但宋時離婚再嫁，尙屬常事，如「程朱家有再嫁婦人，何況其他」，又薛居正妻柴氏，移貲改嫁張齊賢，薛張均爲當代名臣，尙不以離婚再嫁爲嫌，其餘更可概見，但自宋後；貞操觀念日甚一日，守節已成婦人應盡之義務，再嫁之風消滅殆盡，直至民國之初，猶以離婚爲婦女之莫大恥辱，然現在此種觀念雖改，但離婚之風大盛，又爲憾事。

(八)古時離婚之制度及其種類

中國婚姻，向爲終身主義，自男女結婚後，非至兩造死亡，決不解除，至於離姻之事，在中國歷史上，亦不甚多，且中國婚姻向採男性中心主義，故婚姻之解除，即以「七出」之條及「三不去」之禮爲根據，（孔子家語）大戴禮記本命篇載：「婦有七出，不順父母，爲其逆德也，無子，爲其絕世也，淫，爲其亂族也，妒，爲其亂家也，有惡疾，爲其不與其共糝盛也，口多言，爲其離親也，竊盜，爲其反義也」。孔子家語云：「婦有三不去，有所娶無所歸，與夫更三年之喪，先貧賤後富貴」，有此三者，不得輒絕，惟犯姦者，不在此限。此實可補救出妻範圍之寬泛，猶今日之限制離婚也，總之無論「七出」與「三不去」。苟以男女之平等原則而論，均有未妥，雖然古時女子要求離婚之事實，在中國亦未嘗無有，例如漢代朱買臣之妻，卽女子方面自行求

去之離婚，但此時稱其爲「求去」，而不曰「離婚」。

「離婚」二字之見於史書，當推舊唐書，李德武妻裴氏傳：「……字淑英，戶部尚書，安邑公矩女也，德武坐從父金才事徙嶺表，矩奏諸與德武離婚，煬帝許之」，此外在世說新語中「賈充前婦，是李豐女，豐被訴離婚徙邊」，此爲中國離婚二字之出處，此後唐宋律及明清律，亦有「離」或「離異」之字樣，實與離婚一辭，名異而實同也，過去離婚，在法律上之規定，約可分爲三種：

(1) 唐宋律戶婚門義絕例條及元刑法志戶婚門所謂：「和離者不坐」，以及明清律出妻條：「兩願離婚者不」，此猶今日之「協議離婚」也。

(2) 唐宋律義絕離條：「犯諸義絕者離之，違者徒一年」，元典章戶部四休棄門離異買休妻條，及明清律出妻條所稱：「若犯義絕應離而不離者亦杖八十」，此猶同今日世界各國之「強制離婚」也。

(3) 此項實同現在之「呈訴離婚」無異，必經一方之請求，經官廳爲之斷離，但必合於一定之條件，合於妻而夫得請求離異者：如明清律出妻條：「夫皆妻在逃者杖一百，從夫嫁賣」，及門毆門妻妾毆夫條：「妻妾毆夫者任夫離」，元刑法志姦非門：「男婦虛執翁姦」，殺喪門「諸妻

故殺妾子」，以及大惡門「諸妻鬻魅其夫」，均得「從夫嫁賣」。此外「七出」「三不去」之原則亦當爲引用也。

至於合夫方而妻得提出離婚者可分別述之。

(甲)夫抑勒縱容妻與人通姦者：如元刑法志戶婚門「諸抑勒妻妾爲娼，婦人歸宗」，又「諸夫妻不睦，夫以威虐逼其妻與人通姦者離之」，以及明清律犯姦門縱容妻犯姦條：「縱容妻妾與人通姦，抑勒妻妾與人通姦婦女不坐並離異歸宗」，各規定是。

(乙)夫逃亡者：如元典章戶部四嫁娶門：「女壻在逃，依婚斷命兩離」，大明會典婚姻門，洪武二年令：「夫逃亡過三年不還者，驗經官告給執照別行改嫁」，清律因之。

(丙)夫毆妻至於折傷篤疾者：如元刑法志門毆門：「諸以非理毆妻妾者並離之」，明清律亦有類似規定。

(丁)夫典雇其妻者：如明清律婚姻門典雇妻女條：規定有受錢典雇妻女與人爲妻妾者。除加處罰外，並使離異是。

(九)現行法上之婚姻制及其歷史上之根據

離婚制度，我國早以有之，但因民間習慣，及他國法制進化之結果，均可採取，而今我國

法乃權衡得失。採「兩願協議」「呈訴裁判」兩制，洵屬美備。且有歷史之根據也。

(1)兩願離婚：即夫妻間兩相情願解除其婚姻關係。不問其原因如何？亦無須經法院判決之程序，在法律上即生離婚之效力也。亦稱協議離婚，我民法一〇四九條：「夫妻間兩願離婚者，得自行離婚，但未成年人應得法定代理人之同意」，又一〇五〇條：「兩願離婚者，應以書面爲之，並有二人以上證人之簽名」，又一〇五一條：「兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之，但另有約定者，從其約定」。

在我國古時唐律：「諸犯義絕者離之，遠者徒一年。若夫妻不相安諧，而和離者不坐」。則可見協議離婚，亦向所允許。

(2)呈訴離婚：此係對於兩願離婚而言，即有法律規定離婚之原因，法院得依夫妻一方之呈訴而以裁判強制其離婚之謂也，亦名曰裁判離婚，因其婚姻關係由法院裁判而消滅也，又種強制離婚，謂離婚之原因，乃出於夫妻之一造意思之強制，及法律規定強制之謂也，我民法第一〇五二條：「夫妻之一方，以他方有左列情形之一者爲限，得向法院請求離婚：

一，重婚者，

二，與人通姦者，

三，夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者，

四，妻對於夫之直系尊親屬爲虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者，

五，夫妻之一方，以惡意遺棄他方在繼續狀態中者，

六，夫妻之一方，意圖殺害他方者。

七，有不治之惡疾者。

八，有重大不治之精神病者。

九，生死不明已逾三年者，

十，被處三年以上之徒刑，或因犯不名譽之罪被處徒刑者」。

在周禮地官媒氏鄭鑑注：民有夫妻反目，至於仳離，已判而去，書之於版，紀其離合之由也
」，此爲古代裁判離婚之可考者。

本文重要參攷書

中國親屬法概論

世界書局

中國離婚問題

大東書局

民法親屬釋義

會文堂

中國離婚制度之法律觀

中國離婚問題的研究

北新書局

婚姻訴訟全書

民治書局

周易正義

中華書局

孔子家語

新文化書社

禮記鄭注

中華書局

其他法學雜誌

〔附註〕

本文原稿，曾登載上海時代知識社出版之時代知識第一卷第二期此係就原文修改而成。

作者白

近世國際公法發展之途徑並與格羅推氏

(Grotius)學說之關係論

蕭道統

- 一、引言
- 二、國際公法在歷史上發展之探討
- 三、格羅推氏 (Grotius) 學說之內容
- 四、國際公法在近世發展之途徑
- 五、近世國際公法發展之途徑與格羅推氏 (Grotius) 學說之關係
- 六、結論

一 引言

夫國家愈文明，則國家間交接之事愈發達，而在交接間之行爲，若欲避免一種不法之行爲，止息一種無味之爭端，是故不得不籍法律以拘束之，於是國際公法之所產生而逐漸發展也。欲知法律之發達爲適用變遷之社會狀態，實賴有三項造法之工具：卽習慣，司法判例，及立法。在國際方面，習慣原爲構成公法最初而主要之淵源，但是至現代國際生活發達之階段，遲緩之習慣

法之形成，久不足以適應新情狀之要。第二個工具即司法判例，雖然在國內法上，尤其英美法系，具有很重要之造法功能，而對於國際公法之發達，則無若何偉大之貢獻。不過今後隨着常設國際法庭權威之樹立。仲裁及司法程序在國際關係上日見重要，似可望多量之司法判例產生，有切於國際公法之發達。至於立法，質言之，即以明文制定有法律效力之新規則。此種規則，原來在國際規則之創造上又佔重要地位。今後則將為發達國際公法最有力而最通行之工具。現今研究國際公法之學者或公法家，無不注意此項立法程序，當做現代國際公法一個中心之討論問題，余有鑒及此，性雖不才，亦宜將近世國際公法發展之途徑及與格羅推氏（Cicero）學說之關係，分別敘述，以資志同道合者，共同研究焉。

二 國際公法在歷史上發展之探討

(1) 自上古至羅馬帝國之建立 在此時期之特點，乃在國與國間無義務，只要同種同文之民族方有義務之可言也。而此時之所謂義務者，乃如戰爭時，殺死之人，必負葬埋等等之義務。不過在最上古之時有種種法律遺下來，試觀在地中海東部有一種民族為 Phoenians 者，此部民族對於海上之貿易很盛，於是有 Law of Phoenians 即為海商法之起源。故希臘時期之海商法，無不緣於此也。即今之所謂國際公法及海商法二者皆大半根據此而來。自希臘滅亡後，羅馬告興時，亦無國際

公法，只有萬民法 (Jus gentium) 與市民法 (Jus Civile) 兩種法律。此兩種法律皆爲國內法，非國際法也。

(2) 從羅馬帝國至宗教革命 在此時期可分三方面說明之：

A. 在十六世紀時有一馬基偉士 (Machiavelli) 學者著有 (The Prince) 一書，時在一五一三年。他以爲在國際上看起來，沒有什麼道德。於是乃產生馬基偉士之學說，主張政治與戰爭。

B. 在中古時代，商業不振興，至十五世紀時，歐洲海上之法律擴充於歐洲北部，於是造成了海上海律之法律 (Consulate del mare)。此種法律對於國際公法之關係，至爲密切。至路易十四時，方將此海上法律之法律集成，於是有了全部商法之成立。故在國際公法上之重要樞紐，即爲因海上爭執之事多也。

C. 在中古時代之重要，即爲封建制度。因後來封建制度雖告衰落，而其對於國際公法上之關係尚爲密切，如領土主權，甚爲重要是。因爲在法律上無非是屬地屬人之效力，欲知此屬地屬人之來歷，完全由於封建制度，因封建制度即將每地封於每人，即有佃奴之制，該佃奴即屬於土地之上，故知以土地爲根本。人爲附屬品，若該地割讓，同時該佃奴亦爲之而割讓也。

總之此時期之特點，即歐洲有一種普遍之思想，此思想即歐洲全部由一人主宰之，所以政治

之力量皆由一人統治，羅馬此時之勢力非常之大，不但全部歐洲爲其佔據，即歐洲北部，小亞西亞等地，皆爲其侵服，由此羅馬之政治，皆操之於皇帝一人之手。後來羅馬帝國衰落後，分爲東西兩帝國，西羅馬初時之政勢尙大，厥因民族之複雜，內亂紛起，卒被他國所滅。東羅馬帝國，亦因民族之複雜，後亦滅亡。於是引起世界之政治思想，而產生封建制度。後來有一般野心政治家，觀希臘羅馬文化之衰落，無不想恢復歐洲之文化，故有學者。主張政治與軍事者。後人以爲此不能，乃有宗教統治之發生，以教皇爲統治歐洲之勢力，方能恢復羅馬之盛代。不過教皇亦有困難，因爲政治家之意見，不許教皇握宗教以外之權。即在宗教方面看起來，後來有宗教革命之舉，即新教產生，不承認教皇個人掌握權力，因此社會一般人士，常知教皇掌握國家之種種權力亦不能成功也。

(3) 宗教改革至現代 在上述之二時期，則可謂國際公法之萌芽時期。而在此時則不然耳。因此時期方有產生國際公法之可能也。即因在此時期內，任何國家可以獨立。沒有任何國家高於任何國家之權力，在法律上看起來皆爲平等。因此國際公法之觀念於此而生。加之此時有一學者名格羅推 (Grotius) 氏者，其學說亦造成國際公法之影響不小，他著有戰爭與和平之法一書，他的學說造成國際公法之理由，不外下列三點：

A 因爲在十六世紀末年時，國際紛亂之狀態已達極點，國際間一切之行爲與道德完全不符，因此格氏主張國與國間之行爲必須注重道德也。

B 因爲格氏是一個研究羅馬法之學者，雖在前曾衰落下去，但至文藝復興後，羅馬法又大盛，人們以爲羅馬法爲最寶貴之物，而格氏乃將其研究所得，供諸社會。

C 格氏的學說雖新異，而其內容之確定目的又顯然可見因爲他的學說完全根據領土主權與羅馬法上種種之規定。

格氏學說有此三點，對於社會人士之反應，當然優美，因領土主權及羅馬法素爲社會人士所共仰。無怪乎格氏學說能得到普遍歡迎者。茲欲詳知格氏學說之內容如何，特於下節中專論之。

II 格羅推氏 (Grotius) 學說之內容

格羅推氏學說之內容，完全以自然法爲根據，在自然法中承認國家一種權利。不過國家若僅尊重自己之權力，而不承認他國之權力，結果或已國存他國亡，或他國存己國亡。故格氏以國家是平稱的，要承認己國之權力，必須承認他國之權力，此即根據於自然法也。其實自然法乃甚爲空洞，無人規定自然法究竟是由何而來。不過據格氏說，自然法乃根據理論，由理論上看起來，即可以找到自然法，他以爲國家必須受一種道德之制裁，宛若私人受道德之制裁一樣。

格氏學說之內容，一方面既爲自然法，他方面還有一點之良好之貢獻，即能得到普遍承認 (General Consent)。於此可知國際公法，乃包含在現實法之中，其爲現實法者，即含有三種法，(1) 宗教法 (Divine law)。 (ii) 國內法 (Civil law)。 (iii) 國際法 (Jus gentium)。所以格氏下國際公法之定義，即以爲得到各國承認之法律乃爲國際法。總之格氏學說之內容，有兩方面之根據，一爲自然法。二爲得到普遍之承認是也。

四 國際公法在近世發展之途徑

國際公法在近世發展之途徑厥爲默認與明認，所謂默認者，即以一國家之行爲而以推定承認其行爲，即爲國際公法之規則也。到近世由默認之方法而至明認，所謂明認，即由許多國家開會討論許多問題，如條約承認之辦法，而能獲得其結果是，故知條約即爲明認之一種方法也。不過明認在初時，乃在條約上附帶的規定一種國際公法之規則，如一八五六年之巴黎會議。迨至會議結果非常滿意，許多國家作一種宣言，此種宣言，即巴黎宣言 (Declaration of Paris)。此宣言制定數條重要之海戰法規，如在或爭之時有捕獲敵國船隻之規定。

巴黎和會之來，乃由於歐洲大戰 (Crimean wars) 其中會議之國家初時只有七國，而加入國皆爲海軍勢力甚強之國也，迨後參加之國家，日漸增多，各國乃明認於此會議之約，於是國際公法

之產生亦即由於該巴黎宣言也。

條約不能統統說與國際公法有關係，因為兩國間所訂之條約，若徒為解決彼兩國互訂約之間題者，乃與國際公法毫無攸關。

然與國際公法有關係之條約，故可知為立法條約 (Law-making treaty)。其立法之根據多由於國際公法。立法條約有二種，一種若全條約非專為立法者，為一部份之立法條約；其餘一種其全條約皆專為立法之問題，毫無其他之問題包含在內，此即為純粹之立法條約 (Pure Law-making treaty)。是種條約如一八六四年之協約 (Gerwa Convention)。及紅十字會約 (Declaration of St. Petersburg)。如此諸類，尙屬小者，而其大者，厥為一八九九年與一九零一年第一第二之海牙和平會議之條約 (Hague Conference)，而規定許多關於國際間之條約。又如蘇彝士運河成立於一八八八年，規定該河之開放，永為中立化，無論平時與戰爭國家之船舶與軍艦皆可經過，惟不能在該河內作戰，此又為一純粹之立法條約也。

其實立法之事業最初試行於維也納 (一八一四——一八二五年)。維也納公會所成就之立法工作尙不甚大，故此未有詳細將其陳述，因對於國際立法之最要者，厥為巴黎會議與海牙會議等而已。

綜上所述可知近世國際公法發展之途徑，乃由默認而達明認，於是有純粹之立法條約所由生

，以臻國際公法之日漸昌明也。

在歐戰時對於國際組織之理想甚高，美總統提出十四條款，衆皆認爲其理論甚高，於是戰後有國際聯盟之組織，而成爲永久立法之機關矣。

五 近世國際公法發展之關係與格羅推氏(Grotius)學說之關係

近世國際公法發展之途徑，既爲默認而至明認，於是有立法專約之產生，此之所謂默認與明認，換言之卽爲得到各國普遍之承認也。而格羅推氏學說之內容，據上所述有二大端，一爲根據自然法，一爲能得到各國普遍之承認。於此可知近世國際公法發展之途徑，與格氏之學說之第二點皆爲得到各國之普遍承認者，故二者之關係甚爲密切，不言而喻。夫如是言之格氏學說之成，實有召國際公法之能蒸蒸日上，而國際公法之發展之途徑亦賴乎格氏普遍承認之學說所臻也。雖然格氏學說根據自然法立論一點與近世國論公法發展之途徑而無所助，但對於國際公法初產生之時，則有功於彼也。

六 結論

據上所述，近世國公法發展之途徑並與格氏學說之關係明矣，總而言之，國際立法，時至今日，確已發達到一個重要之階段，一方面表示國際組織之進步，他方面仍助於國際公法之發達，

同時則引起不少公法上之新問題，及國際間之事件。吾以為國際公法無論欲發達至如何程度，當必依主權與平等二者為依歸，因為主權為國家最高尚無上之權力，對內可以管束一切人民，對外絕對獨立，任何國家不能限制。不管國家之權力強弱及組織上之嚴密與否，然而在國際上必須平等，不受任何國家之壓迫，依此而行，則國際公法將來之發展則無阻撓也，方不致於前功盡去，有負近世發展之良好途徑耳。吾願今日全為國際公法主體之國家，有以勉之。余性愚魯，對於國際公法毫無研究，芻蕘之見，自知疵處甚多，尚希海內名達加以指正。

一九三五，十二，十脫稿於大夏大學法學研究室。

本文重要參考書：

1. Lawrence——Principles of International Law.
2. Hervey——Essentials of Public International Law Aganyation
3. 國際公法大綱 周鯁生著
4. 國際法 甯協萬著
5. 國際公法之發展 周鯁生著
6. 國際法 李聖五著

上訴狀應依規定十日內

向原審法院提出

刑訴法三四一條三四條有規定勿延誤致遭駁回

上海律師公會昨通告云，逕啓者，案奉江蘇高等法院第二分院檢察處訓令第一四二號開，「案奉最高法院檢察署二十四年十一月四日平字第二六一〇號訓令開，「查提起上訴，應於送達判決書後十日內，上訴書狀提出於原審法院爲之又上書訴狀，未敘述理由者，應於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院，此在刑事訴訟法第三百四十一條及三百七十四條第一項定有文明。近來上訴最高法院案件，時有不向原審法院，而向本院提出上訴狀或補提理由狀者，於法既屬不合，且有因此而延誤期限，致原審法院或最高法院不得不依同法第三百七十六條或三百八十七條規定，爲駁回上訴之裁判，此雖由於上訴，自誤，然在新法施行伊始，此種法定程序，或爲各省人民所未週知，亟應剴切曉諭，俾免貽誤，除分令外，合亟令仰該首席檢察官並即轉飭所屬各高等法院分院及地方法院首席檢察官暨兼理司法事務各縣長一體遵照，迅就上開法條及其應行注意之點，詳予說明，廣爲布告，並行知告該地律師公會及各監所長官遵照，務使此後上訴最高法院案件，不至再將上訴或理由書狀誤向本署呈遞，是爲至要，切切此令」，等因，除分令外，合行令仰該公會遵照，此令」，等因，奉此，經於本會第二一一次執監員聯席會議議決應轉知各會委員查照在案，相應函達，即希查照爲荷（廿四年十二月民報）

能力刑之探討

許季明

能力刑者，國家剝奪犯人享受公權之能力，以爲犯罪之制裁，即從刑中之褫奪公權是也。學者對此從刑，有稱爲名譽刑者，殆以此刑之作用在使人喪失名譽。準此以論，則刑法以外之法，何嘗不喪失名譽？即受刑法上之他種刑亦何獨不然？且所謂生命刑、自由刑、財產刑者，皆以刑法直接所奪之法益爲標準，雖間接有損名譽而不以名譽刑名之，剝奪公權之從刑直接所剝奪者爲能力而非名譽，故不可不依同一標準而名之曰能力刑。此學者對褫奪公權不曰名譽刑而曰能力刑之理由也。

各國立法例之所以有此刑者，蓋欲對破廉恥之犯罪者，藉此刑剝奪或限制其榮譽也。此種從刑非附加於重大之犯罪，乃附於醜惡之犯罪，或由醜惡心意所爲之犯罪也。能力刑不僅褫奪現在之地位、資格、及勳位、稱號等，其取得地位、資格、及勳位、稱號等權利，亦永久剝奪或限於一定期間而停止之，而被剝奪國民之榮譽權者服自由刑時，較未被剝奪者異其獄內之待遇。至認能力刑之理由得由以下兩點觀察之：法律認一般國民之榮譽者，以有於此之品格爲前提，若行爲者既敢爲醜惡之犯罪，則無爲其前提之品格可知，其剝奪或限制之誠爲得當，此第一理由也；官

職、勳位、及稱號等，使爲醜惡之犯罪者依然保有或行使之，恐不免有害及社會及紊亂風教之弊，此第二理由也。根據此二理由，故世界各國除日本外，刑法上大都有能力刑之規定，我國亦然。

我國新舊法第五十六條所規定之公權剝奪之界限有左列數種：

- 一，爲公務員之資格。
- 二，依法律規定之中央及地方選舉爲選舉人及被選人之資格。
- 三，入軍籍之資格。
- 四，爲官立公立學校職員教員之資格。
- 五，爲律師之資格。

至其褫奪期限之長短皆以所處主刑爲標準，據舊刑法第五十七條之規定：

- 一，有期褫奪公權以一年以上十五年以下爲限。
- 二，宣告死刑或無期徒刑者其褫奪公權爲無期。
- 三，宣告十年以上有期徒刑者其褫奪公權爲無期或有期。
- 四，宣告六月以上十年未滿有期徒刑者其褫奪公權不得逾十年。

又同法第五十八條之規定：宣告六月未滿之有期徒刑拘役或罰金者不得遞奪公權又過失犯者亦不得褫奪公權。

關係褫奪公權之種類，日本舊刑法所規定者較我國尤多，即於裁判所有證人及家屬爲後見人之權，亦在規定褫奪之列，但改正刑法時，該國學者主張不應將公權之褫奪列於刑法之中，其理由略謂：選舉權之有無，應規定於選舉法中，後見人之能否充任，應規定於民法中，證人資格之有無，應規定於民事訴訟法中，他如勳章之給予，官吏之任免，屬於天皇之特權，刑法若加以規定爲之限制，不啻侵蝕憲法範圍矣。故於改正之新刑法中已不復存褫奪公權之規定。

我國現行法中對褫奪公權種類及期限有三十六條及三十七條之規定。三十六條規定：褫奪公權者褫奪左列資格：

- 一，爲公務員之資格。
 - 二，公職候選人之資格。
 - 三，行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格。
- 第三十七條對於褫奪公權之期限有左之規定：
- 一，宣告死刑或無期徒刑者宣告褫奪公權終身。

二，宣告六月以上有期徒刑依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者宣告褫奪公權一年以上十年以下。

三，褫奪公權於裁判時並宣告之。

四，依第一項褫奪公權者自裁判確定時發生效力依第二項宣告褫奪公權者自主刑執行完畢或赦免之日起算。

此種規定由修正案旨中看來，現行法對於褫奪公權之立法似有一部份與日本立法例相同，修正案要旨第十八有言：「本案將現行法（即未修正以前之刑法）褫奪公權之規定改為僅以喪失公務員之資格為限，其他各種資格之喪失以在各種關係法規中分別規定較為妥便，其所言「其他資格之喪失以在各種關係法規中分別規定」是即一部份採日本之辦法，不過日本刑法中連喪失公務員之資格亦無規定耳。

余以為現行法對於褫奪公權之規定，表面上雖無舊刑法中規定之苛，實則恐對於國家社會之利益仍未能保護備至也。吾人細思人民創制權之被剝奪於國家社會有利乎？有害乎？苟創制權被剝奪之人對於國家制度有所貢獻，或欲謀一改善之方，其所改善者確有裨於實益，則因其創制權被剝奪而不能行使謂非國家之遺憾乎？此余認為現行法第三十條第三項之規定不無缺欠也。

然此不過就能力刑有存在之必要時而言耳。茲吾欲進一步討論者，乃能力刑之是否有存在之必要之問題。緣刑罰之所以對人須加以制裁者，乃欲排除人之惡性也，而排除之方法則須探究其惡性所由起，若惡性之表現由於有意識之動作，即當用刑罰以鎮壓之或改善之。其動作之出於無意識者，雖加以刑罰亦必無效。故醫者之治病，須對症下藥，而法律家之治惡性，獨能有以異乎？此法律上所以有對於惡性深者懲之則重，對於惡性淺者懲之則輕之區別也。惡性深者處以長期之徒刑使其改善，惡性深而無法可以改善之時處以無期徒刑或死刑，使其長與社會隔離，至於惡性淺者僅處以甚短之徒刑使其於短期間內改善其僅有之惡性足矣。惡性改善之後，徒刑期滿，其所享受之權利應與一切之公民無異，不能認為刑餘之人，應與普通一般人之待遇有異，苟法律認為刑餘之人其惡性尚不足以磨滅，儘可處以較長之徒刑使其惡性改善後再恢復其自由，不然，雖其公權已被剝奪，而其惡性尚未改善，縱不能直接作惡，其將間接作惡也必矣。故余以為受有期徒刑之宣告執行完畢後復使其服能力刑者，雖非過分，似與情理猶有未合。此余認為能力刑無存在之必要者一。

學者謂刑法三十七條之規定：宣告死刑或無期徒刑者褫奪公權終身，而刑法七十七條之規定：受徒刑之執行而有悛悔實據者無期徒刑逾十年後有期徒刑逾二分之一後由監獄長官呈司法行政

最高官署均許假釋出獄。假釋出獄之人若復令其享有公權，於理至有不平。準此以論，則刑法對於犯罪者之懲罰似非懲其惡性矣。苟認爲刑法乃爲排除人之惡性而設，則假釋出獄之人亦應享公民之待遇，而不應剝奪其公權，何以故？緣刑法上之規定假釋之人須有悛悔實據。所謂有悛悔之實據者，卽其惡性已完全磨滅也。惡性既已磨滅，則其不至再爲害社會可知，雖將其公權褫奪，亦不過使其能力受一部分無謂之限制而已，毫無裨於實益，此余認爲能力刑無存在之必要者二。

然猶有人謂假釋出獄之人，雖有悛悔實據，但出獄後其惡性亦不無再現之可能，故須用褫奪公權以限制之，以免其故態復萌，而有爲害社會之虞。此說吾以爲絕難成立，蓋依現行法第七十八條之規定：假釋中更犯罪受有期徒刑之宣告者撤銷其假釋，由是可知假釋之人若復犯罪尙可以撤銷其假釋，則褫奪公權更不必要矣。此余認爲能力刑無存在之必要者三。

有以上三理由，故余認爲能力刑之結果，至不公平，其所犯之罪與公權無關係者卽令科之，犯人僅受其害而已，於社會毫無實益。所犯之罪與公權有關係者出獄後復受此刑之限制，恐不免奪其自存之路。人而不能自存，其將紊亂社會也必矣。故余甚望立法諸公將來再修正刑法時對此問題予以精密之討論，若能仿日本學者之主張不將公權之褫奪列於刑法之中，則盡善矣。

法律與道德

鍾煥新

引言

法律之定義

道德之定義

法律與道德之區別

法律與道德之關係

結論

生活在法治國家裏的人民，是多麼幸福的；但是，法治不是一朝一夕可以成功的，必須國民先有着法治精神的素養為基礎。法律的能力，只能及於外表的行為，道德的能力，乃無所不至的，所以法治的基礎，應該法律與道德同等的重視，現在把法律與道德的各方面加以相當的討論。

法律係國家生活的規範，規範吾人行為之法則雖非一端，而法律實以規範國家生活為目的，且為人類經營國家生活不可或缺的東西。（註一）故法律雖為規範法則之一，但非指全部，維持社會之秩序。除法律以外，無他規範之法則也，實尚有賴於其他規範之法則；如道德，宗教，禮儀等，均為人類行為之準則，而人類社會，乃隱然受其支配也。（註二）現在其他禮儀宗教之規範法則因篇幅關係不加討論，僅將法律與道德二者加以推究也。

(一)法律之定義：從來學者，對於法律之觀念，不一其說；有以爲神意者；謂法係直接間接由此啓示而生，有以爲君主之命令者；有以爲政治上之最高權力，係強制人類行爲外部行爲之規則，有以爲正義之表現者；謂法乃基於人類自然正義之思想而生，故以正禁不正也。有以爲人民之契約者；謂國家係由人民契約而建設，法亦由於人民自由意志一致之結果而發生，更有道德說者；謂法係爲強制人類歸於正道之道德規則，而自然法說，又謂法非神或人所創造，係自然之一種現象，而秩序關係說者；謂法係從事物的因果關係所定出之一定秩序，而且由規律說者；則又謂法係定各人自由行動之範圍，一面維持各人之自由，一面限制各人之自由，而強行規則說者；又謂強制，係法之本質，無強制力，則不得謂法，總之，學者關於法律之本質觀念不同，而其對於法律所下定義亦異，(註三)茲錄數種較爲詳切之定義如下；以見一般。

(甲)法律者；爲社會生活之規範，藉公力以強制實行者也。(註四)

(乙)法律者；爲國民所承認爲國家生活規範之法則，而以全社會力共同擔保其遵守者也。

(註五)

(丙)法律者；國家之所以爲國家生活之規範也。(註六)

由上述之三種定義觀之，加以分析之研究，法律之特點，可分爲四端言之：

(1) 法律者，規範也；法律爲人類行爲之準則，卽在同一事情之下，常爲同一行爲之要求，又於同一事情之下，爲同一之行爲時常發生同一之效果。

(2) 法律者，社會生活之表現也；法律之產生，乃由於人類集合之結果，故法律與社會，猶影之隨形，共存共殘也。

(3) 法律者，社會生活之強制規則也，法律爲強制規範，而非任意規範，故僅屬社會生活之規範，尙不能謂爲法律。

(4) 法律者，社會力也；卽以個人集合之力量，強制使各人服從也。

(二) 道德之意義：道德，亦爲社會規範之一，爲人類所當遵循之自然法則也。但道德之意義，亦隨時及地之不同而異。其觀念此時，此地，以爲道德或不道德者；異時易也。反以爲不道德，或道德也。如印度對於年老父母，以火焚之。反以爲道德，苟此事發生中國，則以爲罪大惡極，不道德之甚也。故道德之有時代性，正復與法律相同，故道德可謂社會生活，當由之規範也。(註八) 所謂規範者，係指人類依該社會之觀念。以其爲人類之模範行爲而言。例如：博愛，扶弱等觀念。皆爲道德規範，易言之，道德乃求吾心之所安。故有謂道德爲良心之規範者。因是道德與法律，雖同爲社會之規範，惟道德爲利益之評價標準，而法律爲劃定利益實現之範圍也。

。(註九)

(三)法律與道德之區別：法律與道德，其本質俱由於社會之意識，兩者領域之範圍，雖有其通之處，亦各有特殊之點。未必始終一致，從來關於二者之區別，學說甚多，然未得一妥當之解決，茲舉各說之大區別說明如后：

(甲)法律爲注重社會全體安寧，而道德則注重個人爲善。

(乙)法律注重一般效果，而道德則注重特殊效果。

(丙)法律注重外部行爲之規定，而道德則注重內心生活之良心的規定。

(丁)法律之所及，常爲社會生活之一部分，而道德之所及，則爲社會生活之全體。

(戊)法律係謀社會生活之統整，道德乃以完成個人人格爲目的。

(己)法律注重絕對服從，而道德則注重自由遵守。

(庚)法律爲社會之法則，而道德爲個人之法則。

(辛)法律爲國家制定，有強制力；而道德爲人民所共信之結晶，無強制力。

觀乎上述二者之區別，綜合而論法律與道德之區別，可歸納其來源、作用、權利、目的，四方面，而區別之如下：

(1) 基於來源之不同；法律由國家之意思而來，個人不能左右也。違法律者，國家以權力制裁之，以國家爲其後盾。道德由人民之確信而來，凡一般人民所確信，認爲合於正義，而不容變更者，謂之道德。以人民之良心爲其後盾，違反道德者，受良心之督策。要之，前者爲國家所制定，故爲國家之規則。道德則本乎人民，由社會共同生存而確信，乃爲社會之規則。

(2) 基於作用之不同；法律拘束人之外界行爲，凡人之行爲，違反法律者，則受法律制裁，如以槍擊人，則構成殺人罪而不問其爲何而殺也；而道德則拘束內容，心之意向，凡人之意思違反道德時，受道德之督策。如意欲姦淫某婦女，此爲內心之意向，則爲違反道德。要之，法律有強制性，道德則否。法律重權力，道德重感化也。

(3) 基於權利之不同；法律由義務本位，進而爲權利本位。故在確定人之權利，而義務即隨之。故有權利者，必有義務。而道德則在確定人之義務，而權利不列也。故法律爲雙方的，而道德爲片面的，例如，一慈善家捐款，救濟水災之難民，此出於其內心之道德觀念而出此。其並無必須捐款之義務，亦並無何種權利得享受也。

(4) 基於目的之不同；法律之目的，在維持國家社會之秩序。而道德之目的，則爲完成個人之人格，故法律重在國家及社會之秩序；而道德則重在個人之人格。

從上所述，法律與道德固不相同，然亦有相同之處。例如，勿盜，勿殺，勿姦，則又為二者之相同也。但依我國之傳統觀念，法律祇為補禮教道德之不足，其結果不免以法律為實現道德之最低限度，其實法律與道德，本同其理想，不過法律乃謀社會生活之統整而沒一定之限制。例如，民法上所謂限於有體物，又沒時效限制之規定，而道德則否，故道德支配之範圍，大於法律支配之範圍。此為從來盛行之學說。而今之學者，亦多採之。蓋法之所支配者，必為道德所支配。而道德所支配者，未必盡為法律所支配矣，換言之，不法行為，固常為不道德之行為，則未必常為不法之行為也。



大圓為道德，小圓為法律，大圓與小圓之大小，視

社會之觀念，及其需要為準。(註十)

(四)法律與道德之關係：法律與道德，既皆為社會生活之規範，而其名雖異，其本質則同。屬於社會之心意，而為規範之法則，不過法律對於各事物，為具體之規定。而道德對於各事物，為抽象之規定。認識法律為具體的，道德為抽象的。

權利之觀念，係由於正義之觀念，分化而生。而正義本身，即爲道德之觀念也。是故，古時以法律與道德相混同，無足怪也。例羅馬之基爾薩斯，(Celsus) 所下法律之定義：「法律者，善及公正之術也。」(Inest ars boni aequi) 今言其關係如次：

(1) 法律爲積極改善個人之人格，使之無險惡之意向而犯罪。而制裁險惡在消極方面，則道德惡心之現出，使之畏懼，而收斂。二者係相互而行，使維繫人類之共同生存也。

(2) 法律與道德，俱爲社會經濟之產物，有如何之經濟關係，卽生如何之法律，同時卽生如何之道德，要皆不外爲吾人保持共同生存，而設之社會規則而已。法律以國家名義而頒布之，道德以各個人間心意之確信力行之，可知道德爲無形之法律，而法律卽有形之道德。故一切道德上之要求，皆應成爲法律，要之，法律與道德二者。本係同其本質，漸次分化而來。如欲依據單純之標準，強分二者之區別，則亦有所不能。試看一七九六年傅希德氏之自然法原論，乃倡導道德法律合一之說，法律道德，以爲均屬於道義方面者。有以法律爲指示道德之規定，亦有以法律爲道德之最小領域者，更有以法律是在形式，而道德是在內容者。總之，不能謂法律與道德，截然分離，毫無關係。例如，各國民法，莫不有違反善良風俗之行爲無效。我民法亦然，故在實際上，法律不能完全與道德分離，如強欲分離，必至讓成所謂「法之極，乃害之極」。(Summa jus

summu injuria)之大弊，蓋個人非孤立，而絕對之。自由者。卽社會。亦非個人之自由合意而成，而法律與道德，其關係甚爲密切，未可置疑也。

(五)結論：道德或以個人之人格完成爲目的，或以社會之關係而生，但其最終之判定，則委之於個人意思。(良心)及社會意思，(社會良心)而可制裁，亦屬於個人與社會的。法律最終之判定，則完全委諸國家，此法律之所以帶有強制性，而依主權而維持者也。故法係由義務本位，進而爲權利本位。而道德僅賦與義務，然法律與道德二者，每有矛盾之處，違背道德之行爲，在法律上不爲犯罪者。如見一人向黃浦江投水而不救，此純爲道德問題，亦有在法律上認爲犯罪，而在道德上，竟認爲懿行者。如一人之父母衰老，飢不得食，爲子者出而行竊，而供養父母之行爲。又如最近施劍翹女士之爲父報仇，爲父報仇，在道德方面言之，似無不妥。但此二種行爲，均爲犯罪行爲，一爲竊盜罪，一爲殺人罪，此法律上當然認爲犯罪也。但在道德，則反視爲孝行也。此乃時代之推移舊道德之反映也。非必法律與道德相矛盾而各異其內容也，故社會日趨進步，而法律與道德亦隨之而嬗遞。因時因地而各異其趣。道德觀念，逐漸發達，法治之實現，當易企及也。

〔註〕參考日本三土信三著通世法學通論

〔註二〕白鵬飛著法學通論

〔註三〕新時代法學叢書法學通論丘漢平著，及霍蘭所著之法理學大綱 (HallandelenenofJurisprudence) 第二章至第四章

〔註四〕見丘漢平著法學通論

〔註五〕白鵬飛著法學通論

〔註六〕全上

〔註七〕社會力與權力者之意志不同，此點須認明，否則不能見其定義何在

〔註八〕關於法律與道德之關係，論者不一，如欲深切研究，可參攷法學雜誌孫曉樓氏作法律

與道德之關係論

〔註九〕見歐陽谿著法學通論

〔註十〕見丘漢平著法學通論

公共租界法院協定二十五年三月期滿

法學界認爲必須修改 司法行政部亦極注意 上海公共租界法院協定，於民國二十二

年四月一日起，延長有效期三年，計至二十五年三月底期滿，本埠法學界方面認該協定於期滿後，必須加以修改，而司法當局對此亦極注意，司法行政部，現已着手組織法權研究委員會，討論收回領事裁判權，茲據記者向法界方面探悉各情如次：

明年三三期滿 上海公共租界協定，於民國十九年二月七日，由外交部代表徐謨，巴西駐華代理公使狄雅司，美國駐華代理公使雅克博，英國駐華公使許立德，那威駐華代理公使葛龐和，荷蘭駐華代理公使赫龍門等訂於南京，於同年四月一日起發生效力，依照該協定第十條規定，有效期為三年，至民國二十二年三月底期滿後經雙方同意繼續延長有效期三年，預計至二十五年三月底期滿，

必須加以修改 本埠法學界方面，認該協定所規定條文，於此屆期滿後必須加以修改，該協定條文共十條，附件八條，其中應加修改之點甚多，其最著者，（一）權限問題，（二）法警派遣問題，公共租界法院檢察官限於該協定規定，權限甚小，一切公訴事宜，均由捕房方面進行，司法警察之選派，並非由院長直接加派，而由捕房推定人選後，再由院長加派之，

法部極為注意 本埠司法界方面羣認公共租界法院之組織與各地法院不同，故協定期滿後，須加以修改，俾與各地法院相同，並悉司法行政部方面對此極為注意，已着手籌組法權研究委員會，不日即可成立，收回領事裁判權問題，將由該委會加以研究，

一二外僑妄想 本埠近有一二外僑建議，籌設國際公斷法院以處理外僑訟事，司法部對此表示憤慨，際此我國積極收回領事裁判權聲中，不應再有此種企圖建議，係一二外僑之妄想決不能實現云，

假釋制度之檢討

朱同鈺

(一) 假釋制度之意義

假釋制度者 *Preparatory Liberation* 卽對受徒刑執行之人，經過一定刑期，有悛悔實據，許其假釋出獄，在假釋出獄中，保持善行，其出獄日數，卽算入刑期之內之制度也。

假釋，爲監獄制度中最良之階級制 *Stufen System* 之最終階段，其目的，一面在促進犯罪人之自新，一面在避免初出獄之弊害，法至善意至美也。此制創始于一八二九年之奧洲，至一八五三年英國繼而行之，復遂逐漸傳入歐洲大陸，今則世界文明各國，幾無不採用之矣。

假釋，不獨可對於有期徒刑行之，亦可對於無期徒刑行之，且不獨用階級制度者行之，卽不取階級制度亦可行之，假釋旣爲獎勵犯人之改善而設，故對於事前之攷查，不可不密，臨時之審核，不可不慎，事後之監察，不可不嚴。我國對假釋之規定甚周，惜見諸實施者甚少，此則不得不歸咎于監獄制度之未臻完善矣。

(二) 假釋之條件

甲，實質上之條件 所謂實質上之條件者，卽須具有悛悔之實據，旣云須有實據，則非徒託空

言可比，倘僅聽信其語言，而不審查其行狀，遽予假釋，則不獨不能收激勵之效，且足啓姦詐之機，流弊所及，司獄官且可藉此爲循情市恩之具，此實質要件之所以重要，而應爲假釋之前提也。

乙，形式上之條件

1. 須已受徒刑之執行——此卽謂假釋，乃以執行徒刑之囚人爲限，至于死刑拘役罰金等，均不能適用假釋制度。

2. 徒刑之執行須已經過法定期間——卽無期徒刑執行須逾十年，有期徒刑須逾二分之一，且已滿二年者是，此二年之規定，係參攷各國法例而定，長短可謂適中，否則太短，則入獄未久，所受感化之力尙淺，倘率予假釋，則其玩視刑典，難免有再犯之虞。

(三) 假釋之効力

甲，積極方面之効力

1. 可以符獎善懲惡之宗旨——近代刑法本以懲戒感化預防再犯爲目的，監獄乃刑法之執行機關，犯人在監獄經執行後，既感化有成效，而有悛悔之實據，預料出獄後，不致貽害社會，而有再犯罪之虞，對之自應加以獎勵，俾符懲惡獎善之旨，假釋，乃獎勵辦法中之最優良者。

2. 可以促囚人之自新——犯罪受刑之執行，欲求減少剝奪自由之痛苦。惟有希望假釋，欲其希望達到目的，則在獄時可以恪守獄規，勤勉作業，時存遷善之念，迨確有悛悔實據，假釋出獄。亦不敢違反監視規則，否則再犯入獄，出獄日數，不能算入刑期之中，是不特前功盡棄，且不利於己甚大，因此可小心戒慎，不敢爲罪矣。

乙. 消極方面之效力

1. 足防累犯之增加——犯罪人由極端限制自由之監獄內，而入于放縱不羈之社會，其失足必易，若于釋放前，有此一種過渡生活階級，俾犯罪人循級而登，則失足之虞，庶可減少，是假釋出獄，有防正累犯之效果。

2. 可以匡正刑罰之不當——審判官宣告刑罰，固應就犯罪人惡性之大小，以定刑罰之重輕，但欲于審判之最短期內，攷察無誤，殊屬不易，惟犯人入獄後，獄吏可隨時窺察其個性，認爲該犯人惡心不大，而判刑過重者，可以申達司法都許其假釋出獄，是假釋出獄，有匡正刑罰不當之效果。

3. 足以疏通監獄之擁擠——中國監獄，處處有屋少人多之苦，若能對受有感化之犯人，施用假釋辦法，則可免擁擠事實之發生。

4. 可以補救長期自由刑之弊——若因犯罪重大科以長期自由刑者，但執行經過相當時日後，如確有後悔實據，已達矯正感化之目的，則不必待刑期屆滿始得出獄，可適用假釋制，以補救其弊。

(四) 假釋之權限

犯人在監獄執行，則有無後悔，及其後悔有無實據，惟監獄官能知之，監獄官雖為國家公務員之一，但一人之攷察，恐有未周，其所調查事實，是否完全確實，勢非再有司法行政最高官署之查核批准，難免毫無弊害，故假釋出獄之權，雖由監獄官呈請，但准許與否，其權仍屬諸司法部也。

(五) 假釋之期限

關於假釋期限之規定，各國立法例有二，一以不別設規定，即以殘餘未經執行之刑期，為假釋出獄之期限者，一則特別規定假釋期限，且其期限，大抵較殘餘之刑期為長者，我國刑法，即採用第一種法例，不別定假釋期限，即以未執行之刑期，為假釋出獄之期限，故在有期徒刑，應以所餘之刑期為期限，在假釋期限內，不有撤銷假釋事由存在，刑期經過，免除餘刑之執行；在無期徒刑，則終身在期限中，終身不發生撤銷假釋事由，免除餘刑之執行。

(六) 假釋之撤銷

甲，撤銷之理由

假釋者，爲犯人有悛悔實據，假許其出獄也，苟在假釋期限內，再犯他罪，或有不規則行爲，則反乎許其假釋之精神，不可不取銷之，而再使投入獄中也。

乙，撤銷之條件

1. 假釋期內更犯罪，受拘役以上刑之宣告者——已受徒刑之執行，仍不知痛改前非，于假釋期內更犯罪，受拘役以上刑之宣告，足見其在獄內之悛悔情狀，非真心悔悟，故得撤銷其假釋且其條件較緩刑之撤銷爲嚴，緩刑撤銷須受有期徒刑以上刑之宣告，而假釋則僅須受拘役以上刑之宣告爲已足。

2. 假釋期內，犯假釋管束規則者——所謂管束規則者，以監獄規則之規定有下列三種：

a. 就正業保持善行。

b. 受監獄監督，但監獄得以其監督權委託警察官署，或其他認爲適當之人。

c. 移居或十日以上之旅行時，須有監督者之許可。

若犯人違反上述規則之一時，監督者得具意見，送由交付假釋證書之監獄，呈經高等法院檢

察處，轉報司法行政部，由司法行政部撤銷其假釋處分。

(七) 假釋期內之犯罪

犯人經假釋後，在管束規則範圍內，固得自營生活。且終其期若未經撤銷。其刑即如已執行而免除，但若在假釋期內，因他罪受刑之執行者，其執行之期間。即不算入假釋期內，所謂因他罪受刑之執行，其情形有二：

1. 因假釋前所犯之罪，在假釋期內發覺，而受刑之執行者。
2. 在假釋期內犯罪，未經撤銷假釋而受刑之執行者。

此二者，係由于假釋前或假釋中所犯之他罪而受刑，與假釋之刑期，截然二事，故不許其將此項執行期間算入假釋期內，換言之。因他罪受刑之執行，假釋期即因之停止其進行也。

(八) 假釋之手續

假釋之意義，條件，撤銷……等種種問題，均已如上述，但假釋之施行，亦應具有其必要手續，並非合乎條件，即逕使出獄，如是則與釋放無異，殊非假釋之本旨，至其手續如何，茲略述于下：

1. 考查刑期，及執行經過，是否合法？

2. 開監獄會議，審查歷年在監行狀，有無後悔實據，並須得多數之同意。

3. 取具負責直接監督者之妥保。

4. 整理身分簿。

5. 檢同身分簿及會議同意書，呈送高等法院檢察處核轉。

6. 奉准假釋後，應通知下列各處：(a) 直接監督人。(b) 假釋者居住地方法院檢察處。(c) 假釋者原判地方法院檢察處。(d) 假釋者居住地公安局。

7. 舉行集合教誨，發給假釋證書，並諭知須遵守刑法中對於假釋之規定，及假釋管束規則。

8. 拍照。

9. 釋放。

10. 連同照片仍將辦理情形，呈報備案。

11. 假釋者，如有罰金未完納者，或私訴未了者，仍送原判法院核辦。

假釋之條例既合，手續又一一具備，則犯人可立即實現其獄外生活矣。

(九) 結論

總上所述，假釋之用意，不為不善，法律之規定，亦不為不周，但假釋出獄之犯人，在中國

究有幾人？推其故，既非國家吝于實施，更非囚人事獄不去，而其主要原因，則在監獄未能盡感化之責耳！入獄既不能收感化之效，出獄當難保無再犯之虞！如是而假釋出獄，則不啻爲犯罪之鼓勵，故處今日中國，欲使假釋制度，能收實效，當自改良監獄姑。

舊刑法所處罪刑應否執行之解釋

（中央四日南京電）司法部前據魯高法院，呈請解釋在新刑法施行前，曾依舊刑法第二八八條，及第二八九條等之同謀罪及懲治土劣條例等法令，所處罪刑，是否免其執行，當經該部解釋，以新刑法雖未設同謀犯專條，但其行爲仍應按其事情，分別論以教唆或幫助之罪，並非不予處罪，自得適用刑法第二條第三項規定，免其執行，至以前曾依懲治土劣條例懲治綁匪條例，特種刑事誣告治罪法判處罪刑之人犯，應先審其所犯各該刑之罪質，如其構犯罪之行爲，係新刑法施行之刑罰法令，所不處罰者，自應免其執行，並經該部將此項解釋，呈經司法院核准，頃特通令各法院遵照。

我國訴訟法主義之研究

魏冀徵

一 引言

當今厲行法治之世，無論何人。其通常生活，一舉一動，無不與法律有密切之關係，使日居人事複雜之社會間，而不知法律之需要，則古代無法律而土芥人民，今則有法律而人民視爲土芥，其危險亦相同耳。日本學者有言曰：法律知識爲人民生活上之推進器，誠爲的論也。况國民對刑法上，實以與其不發生關係爲宜，但有時雖不願與其發生關係，迫於時勢之所致，如正當防衛，卽其一例，亦不得不求法律以救濟之，再在私生活上，關係更鉅，如因固有財產而發生權利衝突之問題，因家族之承繼而發生爭奪遺產之問題，因個人生計上之必需，而發生傭雇，買賣，委任，借貸，以及人事上交涉上之問題，靡不欲從事於訴訟以求法律上之公平判斷也。故人民法益，雖有實體法上之規定，亦必藉程序法以求達到保障之目的，亦卽訴訟是也。而訴訟之中。更有民事訴訟與刑事訴訟之別，民事訴訟者；則以適用私法，以保護私權爲目的之程序法也。而刑事訴訟，則以確定刑罰權之存否及其範圍爲目的者也。今欲討論我國訴訟法上之主義，則總括民事訴訟刑事訴訟均當列論，茲者先說明民事訴訟與刑事訴訟之意義。

二 民刑訴訟之意義

(一)民事訴訟之意義：民事訴訟，乃私權受侵害者向國家機關請求法律上實行保護之方法也。但保護私權方法大別之約有二端：

(甲)自力救濟：蓋當文化未開之時，而國家機關尚未臻於完備，如遇私人間權利爭執之時則該受侵害之私人，乃本其自己固有之腕力以排除此外來之侵害，此即自力救濟之謂也。

(乙)國家保護：迨社會進化，國家之組織成立，制度亦漸臻完備，鑒於自力救濟，僅憑私人主觀之觀察，其結果必致強者逾越保護之行爲，弱者不能到保護之目的，以強凌弱，常起紛爭，乃以保護私權之任務，操於國家機關，此即國家保護之謂也。

所謂國家保護者；即行使司法權之法院，惟法院欲實行其保護私權之本旨，亦須有一定之程序，方足以昭公平而明曲直，所謂此一定之程序，即民事訴訟也。

至於所謂民事訴訟法者，乃規定民事訴訟行動之法規全體也。即規定與民事訴訟之司法機關，與請求適用司法之當事人及訴訟進行之程序也。

(二)刑事訴訟之意義：刑事訴訟，乃以確定刑罰權，即科刑權之存否，及範圍爲目的所爲之行爲之全體。刑事訴訟法，即其行爲之法規也。其有廣狹二義，從狹義而言，即刑事法院與刑事

原告及刑事被告互相聯結之行爲，用以確定國家有無刑罰權爲目的也。從廣義言，刑事訴訟之範圍，應以偵查犯罪與執行判決諸程序亦包括其中，換言之，即以實行國家刑罰權爲目的之一切行爲也。

至於刑事訴訟法者，即關於以確定國家刑罰權之存否？及其範圍爲目的而規定其一切程序之法規也。可分形式與實質二義：

(甲)實質的刑事訴訟法，乃指以現實國家刑罰權爲目的，所規定一切手續法規之全體也。

(乙)形式的刑事訴訟法，即國家和名刑事訴訟法之法典是也。

總之，民事訴訟法與刑事訴訟法其意義各異，而要爲程序法則一也。今舉其二者差異之點於后：

(甲)適用之實體物法不同：刑事訴訟法所適用之實體法係刑法，而民事訴訟法所適用之實體法係民法。

(乙)目的上之不同：民事訴訟法之目的在於私法上之救濟，刑事訴訟法之目的，在於公法上的刑罰權。

(丙)立法主義之不同：民法在原則上採取不干涉主義，刑事訴訟在原則採取干涉主義。

三 民刑訴訟法之主義

各國以社會情況，以及時代之背景不同，而其所採之訴訟主義亦異，蓋訴訟主義，乃立法上對於民刑訴訟法應採如何之方針，以爲立法之標準，而定訴訟之方式，以及法院當事人辯護人間一切行爲之活動，要皆以訴訟主義爲準繩，其關係甚爲重大，今將各種訴訟主義說明如次：

(一) 兩造審理主義與一造審理主義。

(甲) 兩造審理主義：法院須審問兩造，經兩造當事人言詞辯論後而爲裁判者，謂之兩造審理主義。

(乙) 一造審理主義：法院僅以到場當事人一造之辯論，而爲裁判者，謂之一造審理主義。

(二) 處分主義與職權主義。

(甲) 處分主義：處分主義者，乃爲關於訴訟標的，及訴訟關係，認當事人有處分之權，法院應受其處分之拘束，故又稱謂當事人進行主義，在民訴法中亦稱不干涉主義。

(乙) 職權主義：職權主義，亦稱職權進行主義，又曰干涉主義，即謂訴訟之進行，及其終結，不認當事人有處分權，法院應依職權以爲裁判，故訴訟一經繫屬於法院，則其訴訟標的，及訴訟關係，均不得以當事人之意思變更或消滅，故又稱爲不變更主義。

(三) 言詞辯論主義與書狀審理主義。

(甲)言詞辯論主義：亦稱言詞審理主義，謂法院與當事人及其他關係人之交通，均以言詞行之，必以言詞蒐集訴訟之資料，始為審判之基礎也，此項主義，凡為裁判基礎之訴訟資料，必使當事人辯論。

(乙)書狀審理主義：此主義即謂法院與當事人及其他關係人之交通以書狀行之，而為裁判基礎之訴訟資料，原則上必依書狀蒐集也。

(四)本人訴訟主義與代理訴訟主義。

(甲)本人訴訟主義：本人訴訟主義，即當事人自己，或其法定代理人，為訴訟行為，而不用律師，或其他之人，而由自己或法定代理人為一切訴訟行為也。

(乙)代理訴訟主義：代理訴訟主義，即當事人自己或其法定代理人，不為訴訟行為，而委任訴訟代理人代為訴訟行為，如請用律師是。

(五)直接審理主義與間接審理主義。

(甲)直接審理主義：直接審理主義者，乃法院應就訴訟資料，須親自直接接觸，始得據為判斷基礎之主義也。

(乙)間接審理主義：間接審理主義，乃法院斷對於裁判基礎訴訟之資料，雖非直接親自接觸

，亦得據爲判斷之主義也。

(六)自由順序主義與法定順序主義。

(甲)自由順序主義：當事人之訴訟行爲，不設順序者，即關於當事人之辯論，及其提出證據，法律上不規定順序，一任當事人之自由意思行之者，是爲自由順序主義。

(乙)法定順序主義：即對當事人之訴訟行爲，而設一定之順序者，謂之法定順序主義。

(七)實體真實發見主義與形式真實發見主義。

(甲)實體真實發見主義：此主義謂法院關於事實及證據，不爲當事人之意思所拘束，而務期發見實證上真正之事實以爲裁判，即法院對於訴追事件，應自行探求事實之真相也。

(乙)形式真實發見主義：形式真實發見主義，乃法院關於事實及證據，恆爲當事人之意思所拘束，而僅須發見形式上真正之事實，以爲裁判也。

(八)自由心證主義與法定證據主義

(甲)自由心證主義：自由心證主義：即謂法院就證據之證明力，得自由判斷，不受法律何等拘束，乃謂證據之取捨，一任審判官之自由判斷，在法律上並無規定，應受如何拘束之主義也。

(乙)法定證據主義：法定證據主義者，乃謂證據之種類及其證明力，以法律規定，而法院受其拘束也。

(九)當事人平等主義與當事人平等主義

(甲)當事人平等主義：此主義乃謂自訴訟程序開始以後，一直至終結為止，兩造當事人之地位平等，即原告與被告之地位相並是也，亦即於審判時，一方防禦，一方攻擊，兩造均立於平等地位。

(乙)當事人平等主義：此謂兩造當事人，即原告被告雙方之當事人，在訴訟程序上之地位不平等，即一造較他造居於優越之地位也。

(十)告劾主義與糾問主義。

(甲)告劾主義：此主義亦稱彈劾主義，即認原告被告及法院之三個訴訟主體，由檢察官代表國家或自訴人，為原告與被告同立於當事人地位，而法院則超然其間，專司審判之主義也。

其種類有三：

(1)國家告劾主義，即由代表國家之檢察官起訴也。

(2)被害人告劾主義，即由被害人得逕向法院起訴也。

(3) 一般告劾主義。即許一般人民得逕向法院起訴也。

(乙) 糾問主義：此主義僅認法院爲訴訟主體，別無所謂當事人，且不經彈劾，而法院兼掌追訴與審判職權之主義也，在民訴法中，實名干涉審判主義。

(十一) 勵行主義與便宜主義：此項主義爲刑事訴訟法中之主義

(甲) 勵行主義：此主義亦稱法定主義，又曰合法主義，謂追訴機關對於犯罪之證明且具備追訴之條件者，必須起訴之主義也。

(乙) 便宜主義：便宜主義，亦稱任意主義，謂追訴機關雖已查明犯罪之事實。及已具備追訴之條件時，仍得斟酌刑事政策上之利害，以定追訴與否之主義也。

(十二) 公開審理主義與祕密審理主義。

(甲) 公開審理主義：公開審理主義，乃謂法院公開其審判之處所，准許他人在場者，而其中又分僅許當事人在場及其他關係人在場者，稱爲當事人公開。准許一般人在場者，稱公衆公開，通常所謂公開，乃指後者。

(乙) 祕密審理主義：此謂法院將其審判，祕密行之，不許他人旁聽或蒞視也。

凡上之所述之各種訴訟法之主義，均爲重要者，內有僅爲刑訴法中所採取者，有僅爲民訴法中所

採取者，亦有爲民刑訴訟法中兼而採用者，更有爲刑訴法採用而不爲民訴法採用者有爲民訴採用有不爲民訴法採用者

四 對於我國民刑訴訟法主義之評價

民刑訴訟法之主義，有如上述，而我國新民事訴訟法及新刑事訴訟法所採之主義維何？而各種主義之優劣復又如何？今試言之如下：

(一)兩造審理主義與一造審理主義：凡訴訟事件，求其迅速了結，以採一造審理主義爲佳，惟民刑訴訟，貴在真實之發見，判斷之公平，非聽兩造之證據及其主張，絕對不能達其目的。故凡民事訴訟，非審問兩造而後判斷，不足以成信讞，而保私權，是以羅馬法上，絕斷採用對審制度，然一切事件，若必盡用兩造審理，則有時因一造之遲誤，而不能速結者有之，又或可簡單了結之案件，而反致拖累者有之，故今各國民訴法，於兩造審理主義外，再採一造審理主義也，而我民事訴訟法，於兩造審理主義與一造審理主義兼採並用，至於我刑事訴訟法，根據第二六零條云：「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判，准許被告用代理人之案件，得由代理人到庭」，又二九八條云：「法院認爲應科拘役，罰金，或因諭知免刑，或無罪之案件，被告經合法傳喚，無正當理由不到者，得不待其陳述逕行判決」，此亦以兩造審理主義爲原則，而

以一造審理主義爲例外也。蓋亦因恐採用一造審理主義，若輕信一造之主張，或其所提出之證據，而爲判斷之基礎，則其判斷之結果，勢必至有失出入之虞，此故以兩造審理爲原則，而以一造審理爲例外，則雙方兼顧，可謂完美，而近世立法，如德意志日本等，亦莫不皆然也。

(二)處分主義與職權主義：刑事訴訟與民事訴訟，大異其趣，民事訴訟之目的，原在保護私權，其性質宜於不干涉主義，凡當事人所未聲明之事項，未主張之事實，及未提出證據之方法，法院均不得爲裁判之根據，故當採處分主義。即一切捨棄，認諾，和解之行爲，均許當事人得任意處分，而刑事訴訟之目的，則在確定刑罰權之存否？及其範圍，故追訴處罰，均應採職權進行主義，毫不爲當事人意思所左右，以維護社會之公益，故以干涉主義爲宜，國家爲達其自存之目的，對於犯罪之人，當實行刑罰權，故不問當事人有聲明與否？因與維持國家之秩序，甚爲必要，故我刑事訴訟法，以採職權主義爲原則，而兼採處分主義爲例外；如告訴或請求乃論之罪，許當事人得捨棄，或撤回告訴或請求，並得撤回自訴或撤回上訴，可參看刑事訴訟法：二一三條，二一七條，三一七條，三四八條，三四六條等。

(三)言詞辯論主義與書狀審理主義：此二主義各有得失，然總以言詞審理較書狀審理爲優，蓋審判案件，本諸當事人之言詞辯論，可以互相攻擊，盡所欲言，審判官聽兩造之訟詞，察雙方

之顏色，苟有疑義，固可立加詰問，即當事人偶有誤會，亦可隨時解釋也，今將言詞辯論主義之優點述之：

(甲)使訴訟進行較爲迅速。

(乙)容易發見真實。

(丙)可爲判決之資料較易完備。

(丁)因審判長之指揮，可免程序之重複或遺漏。

(戊)隨各事件之狀態，以促辯論之進行較爲活潑便利。

(己)易達公開審理主義之目的。

(庚)可以明確當事人之意思。

但言詞辯論主義優點固多，而劣點亦有之：

(甲)語言之陳述誤解易於遺忘。

(乙)事件之複雜者，其關係難以明確。

(丙)更新審理時，其已爲之程序，不合經濟。

(丁)上級審不易瞭解下級審之經過實況，故必藉審判筆錄之作成，及其他書面之使用，以補

救其欠缺。

以上爲言詞辯論主義利弊之比較，而言詞辯論之優點，即書狀審理之缺，反之，書狀審之理優點，亦即言詞辯論之缺，但言詞辯論終爲利多於弊，故近世各國，皆採此主義，我民事訴訟法乃權衡利弊，除於第一二審實體上之判決，絕對採言詞辯論主義，（民訴第二二一條）此外又兼採書狀審理主義，如關於裁定程序，事屬簡易，得不經言詞辯論爲之，（民訴二三四條）又關於第三審判決程序，專以審查適用法律之當否爲主，原則上不經言詞辯論，以兩造當事人提出之書狀審理之。他如起訴狀，答辯狀，及準備書狀，補充言詞辯論之處，亦屬不少，至我刑事訴訟法，亦以言詞辯論爲原則，（刑訴二五〇條二八二條）然亦不無例外，即法院非因當庭聲明之裁定，第三審判決，均無須經言詞辯論（刑訴二〇一條三八一條四三七條）

（四）本人訴訟主義與代理訴訟主義：此二主義，利弊互見，得失維均，本人訴訟主義，則可得事實之真相然因本人之學識或經驗不足，致錯誤訴訟行爲，或因本人不能到場，而受不利益者，此其失也，而代理訴訟主義，則可免訴訟行爲之外錯並遲誤，然因代理人不明案情，或本人增重負擔，而受不利益者，此其失也，今日各國法律，大都此二主義並用，如德奧之民事訴訟法，（法國之民事訴訟法亦沒有代認人之制度），關於合議制以上之事件，採用律師訴訟主義，初級

法院事件，用本人訴訟主義，我國民事訴訟法，則採本人訴訟主義爲原則，採代理訴訟主義爲例外，且代理訴訟，尤不以律師訴訟爲限，故不論審級如何？又不論本人有無事故？均得以有訴訟能力之人爲訴訟代理人，而其人之是否爲律師？並無限制，但非律師爲代理訴訟時，法院得以裁定禁止之，刑訴亦然。

(五)直接審理主義與間接審理主義：直接審理主義，法院應就訴訟之資料直接接觸，始得據爲判斷基礎，間接審理主義，法院對於訴訟之資料，雖非直接接觸。亦得據爲判斷基礎。自理論上言之，吾人對於事物之作用，必須直接接觸，始能得正確之觀念，故欲探求真確之事實，以爲判斷之資料，自以採直接審理主義爲宜，然欲絕對貫徹此項原則，亦不免於事實之困難，而難合於實際，我刑事訴訟法，規定審判日期，應由參於之推事始終出庭。(二八五條)被告不到者，不得審判。(二六〇條)又被告心神喪失者，應於回復以前停止審判之程序。(二八七條)至當事人，證人，鑑定人，均應親自陳述及辯論。(二六五條一七二條一八四條)勘驗亦應親自實施。(一五四條)可見即以直接審理主義爲原則。而於行合議審判之案件，爲準備審判起見，得法庭員一人爲受命推事。於審判期日前訊問被告及蒐集或調查證據。(二五八條)卷宗內之筆錄及其他文書，亦視爲證據。(二七二條)被告出庭不陳述或未受許可而退庭，或法院認爲應科拘役

罰金或應諭知免刑，或無罪之案件及上訴案件，經傳喚無正當理由不出庭者，均不待其陳述逕行判決。（二九七條二九八條三六三條）則又兼採間接審理主義爲例外也。民事訴訟法亦同是。

（六）自由順序主義與法定順序主義：此項主義，由自由順序主義言之，而當事人於言詞辯論終結前，得隨時提出攻擊防禦方法，盡量供獻訴訟資料，法院並不加限制，然因之易致訴訟遲緩錯雜，若依法定順序主義，如不依此順序者，認爲無效，雖訴訟可從速結果進行，程序亦有條不紊，然難得完全之裁判資料，我民事訴訟法，乃採自由順序主義爲原則，但如一百九十六條第二項，第二百零六條，第二百七十六條，仍採法定順序主義爲例外以補其缺點。

（七）實體真實發現主義與形式真實發現主義：原被告雙方所陳述之事實，及所提出之證據，不過爲形式上之真實，未必合於實體上之真實，民事訴訟法以採形式真實發現主義爲原則，蓋因民事訴訟法，重在保護個人之私權，而私權又許個人任意處分，自以採此主義爲宜。至於刑事訴訟法，則大異其趣，則應採實體真實發現主義也。蓋因刑事訴訟，爲實行國家之刑罰權，自應發見事實真相，而爲裁判，始可成爲信讞，而免枉縱，故我刑事訴訟法，則採實體真實發現主義，凡實施刑事訴訟之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形一律注意。（二條）又被告雖經自白，仍應調查必要之證據，用以察其是否符合事實之真實也。（二〇七條）我民訴法中

之所採形式實真，發見主義爲原則者。乃以不干涉審理主義爲因，而此主義爲果，我民訴法既以採不干涉審理主義爲原則，以干涉審理主義爲例外，故亦採形式實真發見主義爲原則，實體實真爲例外也。

(八)自由心證主義與法定證據主義：採自由心證之主義，則可得事實之真相，而合一定之根據，但難免爲法官之徇私偏斷，採法定證據主義，固可防推事之專橫，但無伸縮之餘地，且易受當事人之欺弄，二者互有得失，我刑事訴訟法以採自由心證主義爲原則。(刑訴法第二百六十九條)兼採法定證據主義爲例外，而我民事訴訟法亦然，如民訴法第三百五十五條，第三百五十八條是，現在各國立法例，採自由心證主義者，如德，奧，日等國，採法定證據主義者，如法國是也。然在刑訴法中，欲貫徹實體實真發見主義，自以採自由心證主義爲宜，否則而欲得實體實真之發見，是亦緣木而求魚也。

但適用自由心證主義，須注意下列三點：

(甲)須法律上得爲證據者，始得調查，故如「風聞」「謠傳」，於法律上不得爲證據者，則無此主義適用之餘地。

(乙)調查證據，須依法律所定程式，故如證人以書狀陳述，或使人代理到案陳述，均不得作

爲證言採用。

(丙)所謂自由判斷。並非審判官得任意判斷，仍須依經驗上之法則，以爲合理之推斷，否則即爲違背證據，亦屬違背法令，得爲第三審上訴之理由也。

(九)當事人平等主義，與當事人平等主義：在告劾主義下，自以採當事人平等主義爲宜，故刑事訴訟法，亦依據此項原則，原告及被告於審判時，各得平等，盡其攻擊或防禦之能事，其有例外，即檢察官於偵查時，得將被告傳喚（刑訴七十一條）拘提（七十一條四款）通緝（八十四條）羈押（一百零一條）訊問，並得施行扣押及搜查。（第一百二十二條一項二項）且得指揮司法警察官及命司法警察，凡此均爲檢察之地位優於被告者，但被告於審判時得有代理人辯護人及輔佐人。（刑訴三十六條二十七條三十五條）且於訊問辯論及調查證據時，特爲規定予以種種便利。（九十五條九十六條及二百八十三條二八三條）此又實爲被告之地位優於檢察官者，故查今日立法例，當事人不平等主義，僅刑事訴訟法中間或有之，而民事訴訟，則採當事人平等主義。又此主義與兩造審理主義不同；蓋當事人平等主義，謂法院對當事人之待遇，及當事對法院所處之地位相等，而兩造審理主義，謂法院聽當事人陳述，求得事實之真相，故一則關於當事人之權利義務一則關於裁判之本旨也。

(十) 告劾主義與糾問主義：告劾主義始於羅馬共和時代，更可別以爲三：

(甲) 國家訴追主義：卽由法院檢察官獨占公訴權。

(乙) 被害人訴追主義：卽允許被害人直向法院提起訴訟之謂也。

(丙) 一般訴追主義，卽允許一般公衆直接向法院提起訴訟之謂也。

乙丙兩種主義，須有追訴者之彈劾，法院始得開始審判，卽所謂不告不理之原則也，我國刑事訴訟法，以採國家訴追主義爲原則。(二三〇條)而以被害人訴追主義爲例外，(三一一條)又凡未經起訴之行爲法院不得逕行裁判。(二四七條)則爲採告劾主義也明矣，今將告劾主義與糾問主義比較之優點申述如下：

(甲) 採彈劾主義之訴訟，卽被告同立公庭，爲攻擊防禦，審判官默察於其間，可期審判之公平，若採糾問主義，則審判與訴追同屬一人，爲訴追時旣已成見，則於審判自難得其公平。

(乙) 採彈劾主義之訴訟，則被告可爲訴訟之主體，非訴訟之目的物，與檢察官或自訴人同立於當事人之地位，並得用辯護人以爲保護。採糾問主義之訴訟，被告不過訴訟之目的物，不能爲訴訟之主體。審判官輒濫用職權，嚴刑威嚇，難明事實之真相。

(丙) 採彈劾主義之訴訟，取不告不理之原則，先由檢察官或自訴人起訴，其大體手續，業已

完竣，審判官之負擔自輕，若採糾問主義，凡偵查搜集材料，審問等行爲，均須審判官一人爲之，手續繁重，審判亦因之草率。

(十二)勵行主義與便宜主義：關於勵行主義，與便宜主義，學說頗多，得失互見，但自近代刑事政策上觀之，實有併存之必要，因勵行主義，使罪必有罰，而罰當其罪，狡黠之徒，無從漏網，可貫徹法律之精神，但遇有偶犯較微之罪，而其情形實堪憫宥者，亦必致之於法，致絕其自新之路，此其缺點也。而便宜主義，則在維護社會利益，不專處罰個人，苟於刑事政上無須處罰，則訴追機關，即可本其自由裁量之權衡，曲加原宥，法外施仁，不予追訴，衡情度理，則可以補上述主義之缺陷，此其優點也。故我國刑事訴訟法，實以勵行主義爲原則，而以便宜主義爲例外也。因我刑事訴訟法中，有明定檢察官偵查犯罪之證據，認被告確有嫌疑時，應向法院起訴。(二三〇條)又於一定條件之下，亦得斟酌情形，不予起訴。(二二三條及二二三條)即可知其所採主義之原則也。

(十二)公開審理主義與秘密審理主義：此二主義，亦各有利弊，而公開審理主義之目的，乃欲以審判公正之意，昭示於大衆也，現今文明各國，均採公開審理主義，故我國民刑訴訟，亦係採取公開理審主義也。即法院組織法亦有同樣之規定。惟於特種情形之下。如遇有妨害秩序，妨

害安寧，妨害風化之案件，卽有關於公共秩序，善良風俗者，始許停止公開。（參閱法院組織法第六五條第六八條）又如民事訴訟法之第四百一十五條：「調解程序得不公開行之」。蓋調解係雙方當事人，求不涉訟性質，法院不過居於調解人地位，非如裁判必須公開，以表示公平也。故公開審判優點實多，今臚列如下：

（甲）可以防止檢察官審判官之專橫。

（乙）可以促進裁判之公平。

（丙）可使訴訟關係人不敢爲不實之供詞。

（丁）可以增高法院之威信。

（戊）可促成法官之行爲公正。

（己）可使律師或訴訟代理人熱心事務。

凡此均爲公開審理之優點，蓋因祕密審判，於開庭審判之時，可以預聞其事者，祇審判官與訴訟當事人而已。既無旁聽人之監督以議其後，則司法官吏，或有營私舞弊，高下其手，以顛倒是否者。至於公開審判，則於衆目共睹之下，雖欲偏頗其勢亦有所不能也。再則如爲祕密審理主義，卽司法官之審判毫無偏頗，而外人終因未經公開，不知其實際之內容，妄爲懸揣。若公開之，則

本案真象爲人所共見，審判官果依法審判，自能壓足乎人心，則國家之法權，亦因此而增其信用矣。

然如事件之性質，一經公開，卽足以失威信，或害公序良俗者，仍以禁止公開，而祕密審理爲妥，再如判決之評議，及禁治產程序均不公開是也。

五 結論

通常之訴訟程序，卽普通之訴訟程序也。然不可無法則以爲規定，而法則之得失，與民衆利害有關係，故我國最新之民事訴訟法與刑事訴訟法，乃斟酌現世各國民事訴訟訴事訴訟，所採用之主義，取捨折衷，以爲規定也。

二五年二月於上海大夏大學

一夫一妻制度下妾之地位

張毓堦

前次立法院修改民法時，曾引起社會人士之注目，舉國上下，議論紛紛，頗饒趣味也。觀夫新刑法第二三九條於胚胎之初，社會人士對於妾之問題多所討論，在男子方面當然有許多人是主張維持舊刑法單獨對於「有夫之婦與人通姦」處罰之條文；而女子方面又力爭非達以男女平等之原則而制定新條文「有配偶而與人通姦者」加以處罰不可；雙方各持見地，爰有某先生於報上刊登一文，建議刪除此條，其理由以為通姦之人應在道德上負責，而於民法上可再為離婚之理由，誰是誰非，吾可不敢武斷，但吾以為立法總不以離事實為圭臬，倘離事實而制定法律，則他日之糾紛可層層演出，勢必發生不可倖免之危象。

又於立法院例會中，審議刑法施行法草案第九條之際，大起爭議，該條文為「刑法第二三九條之規定，於刑法施行前，非配偶而以永久共同生活為目的，有同居之關係者，不適用之」。主張規定本條者，謂乃補救新刑法施行前已納妾者之辦法，藉免老姨太太無人養活之弊，主張刪除此條者，則謂此條之規定，顯係保護納妾，民法條文，既可救濟，加入此條，則不啻畫蛇添足也。茲僅就妾制度之產生，一夫一妻制之趨勢，妾之地位三者略述之於后：

一·妾制度之產生

吾國妾之制度，由來久矣；孟子：「齊人有一妻一妾」，緣此齊人本係乞食之流，竟有一妻一妾，足徵當時之娶妾風氣甚為盛行。妾之制度原為封建制度之產物，自天子以下，均有規定；自有「不孝有三，無後為大」之說，為娶妾者立一辯護理由之後，封建制度雖經破壞，而是種風氣依然流傳，考其原因，則有下列數端：

(一) 宗祧觀念太深

(二) 女多於男

(三) 男子操縱經濟視女子如寄生物

基上三端而論，今後若不殆是種環境打破，縱「法令滋彰」，安能免除「盜賊多有」？宗祧繼承，在現行民法上雖已廢除，但民間習氣仍持之甚堅；女多於男，在吾國各省間自必有少數幾省可為事實，故應於法律之外，給與相當調劑；家庭經濟負擔，大抵操之於男子者多，而男子當可以經濟權壓制女子。有此三因，則若何可使立法者之意旨以實踐焉？矧新刑法第二三九條所列罪責，畢竟是為告訴乃論，處斯種種特殊環境之下，而能具付肝胆對於娶妾者提起告訴實幾希也。故吾謂不從事實環境上以擬之，而徒事「條文」之爭，何異於「望梅止渴」？

一一·一夫一妻制之趨勢

(一)各國之情形：現代各國法律皆傾向於一夫一妻制度，認為最合式之一種，此種方式發生正早；均感於多夫制與多妻制在現代為一種畸形制度，人類不分男女必生嫉妒之心；當是種三角形多角形之畸形組織家庭中，安能維持整個家庭之幸福及兒童之善意保養，據一般之統計，是種家庭中兒童之死亡率比一夫一妻之家庭中較高。詎世人孰不曉其方式之錯誤，終究因特殊環境而能延續其生命。一夫一妻家庭之產生，宗教關係，亦其一重要之原因，有宗教提倡節慾，亦有宗教主張男女之貞節，近代尤以男女平等諸說以擁護之。推其實在，是種家庭方式為最優良者，因其不獨能提高夫妻間之愛情和共同教養兒女之熱誠，且足促進家庭之繁榮和人類之文明，以及延長夫妻之壽命。因之世界上大多數之國家皆以法律維護之。

(二)中國之情形：吾國之民法皆是主張一夫一妻制度，民法第九八五條規定「有配偶者不得重婚」，第九九二條規定「結婚違反第九九五條之規定者利害關係人得向法院請求撤銷之」，第一〇五二條之規定、夫妻之一方得以他方之重婚為離婚之理由，但同法第一〇五三條之規定、則以他方事前同意，事後宥恕或知悉後已逾六個月或發生後已逾二年者不得請求離婚，顯為一夫一妻制法律上之例外；蓋依據此條條文，一方既因時效關係而不能提出離婚，則其婚姻關係雖非

合法，要不能謂爲撤銷，是非造成多妻制之家庭不可；但刑法第二五四條之規定「有配偶而重爲婚姻或同時與二人以上結婚者處五年以下有期徒刑其知情相婚者亦同」，是本條文已列重婚於犯罪之列；並且不待告訴而可提起公訴者；在新刑法二三七條之規定：「其相婚者同」，是乃不同相婚者之知情否，而均以重婚罪論，可知新刑法對於一夫一妻制，規定更加嚴密。第以相婚者之上不加「知情」二字之限制，刑罰有覺過濫，因常有人施以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，則使他方不知不覺中亦隨之犯罪也。

三·妾之地位

吾國及世界各國之法律，皆趨於一夫一妻制，不准有重婚之關係，已明於上述，而重婚者當可匿跡銷聲；但娶妾者，依然可逃避結婚之儀式而實行變相之多妻制度，法律雖無明文規定妾之地位，但依民法第一一三條之規定「雖非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家者視爲家屬」，則妾亦仍得以家屬名義自居，而其地位且亦不可忽視也。蓋依民法第一一四條之規定，家長得指定家屬一人代其管理家務，則妾既爲家屬之一，自可握得最高無上之管理家務權，况娶妾之人大抵多是寵妾，是則管理家務權，極易依法移轉至妾之身上，而妻居於此時其痛苦則可想見也。處此種含糊之法律之下，家庭糾紛，安可免乎哉？外人云：吾國以妾之方式實行多妻制度，知

是之論。法律既以維持一夫一妻制而造成健全之家庭，極應明白堅決制定條文；倘其不欲推行一夫一妻制者，則儘可放任，又何含糊其詞而引起糾紛？其立法之用意，實令人莫解者也。

出版法之修正（錄中華日報二十四年七月十六

日社評）

華

此次立於法院休會之前，將民國十九年十二月十六日。國府公布之出版法修正二讀通過，修正案較原案增多五條，其規定亦較前者為嚴密，就大體言，立法之原意，迨在適應環境之需求，意非不善，然在匆遽時間中而完成二讀，自不免有所粗疎，至於立法諸公辦事之敏捷，則誠足使人欽佩也。

修正案之要點有三，（一）為增高地方主管官署對於出版品之權力。（二）為將出版品中之廣告圖書啓事等併列入取締範圍，（三）為取締時下專以迎合低級趣味為能事之黃色新聞，就此三者言，殊無加以論列之必要。舊法稽核出版品者，其權操諸內政部，（有涉及黨義之文字尚須經中央宣傳部之審核）而修正案除保留中央原有權力之外，地方主管官署，有直接就近干涉之權。豈惟賦予此權，觀其聲請登記之手續，與乎第二十七二十八兩條之規定，地方主管官署實為出版品之直屬主管官署，且有先予扣押便宜行事之權力。易言之

，即今後之檢舉出版品者，將爲地方主管官署。以目下之環境而論。求無謂事端之少發，此亦不得已之舉。雖然，立法用意固在防弊，防弊不可祇向一方面求其周延，假令地方長官曲解法意，濫用職權，則出版界之受其摧殘者，將不堪設想。關於此點，似宜予出版界以抗告之權，或規定地方長官對於施行本法時之限制，然此點於第二十六條中有須呈報上級轉呈內政部之規定，似已顧慮及此，惜未能完善耳。

至於取締黃色新聞及圖畫廣告等項，實今日復興民族程途中所必需，吾人於評論播音台之播放淫詞俚曲中，已有所論及。黃色新聞與淫詞俚曲厥罪惟均，其遺害於社會本無差異，利用廣告國畫啓事等以企圖達到違反法令遺害善良社會，其應嚴予取締，自不待言，然修正案所予之懲罰不過六月以下之有期徒刑或罰金五百元，而第四十六條又有不適用刑法累犯及數罪併罰之規定。去揭發陰私，每易構成刑法上之誹謗罪，然則假令有違反第二十條及第二十一條而足以構成誹謗者，則將律之以出版法第三十八條之規定乎？抑以刑事起訴乎？從事於出版事業者決無取乎揭人陰私或意圖破壞他人之名譽，申言之，正當之出版界當視彼爲害羣之馬而重懲之，亦澄清出版界之一道也。

此外如第三條對於發行人定義，改變第十四條關於更正之刪去「字體大小」字樣，第二十条限制其他非經判決之案件不得批評等，立法之技術上頗見其顯著之進步，惜十五條之審查，未有明定機關，斯美中微見不足耳。

權利能力行為能力與責任能力

許季明

第一章 導言

吾人欲討論權利能力，行為能力與責任能力一問題，事先須略加解釋者，則為權利、行為、責任三者之意義，苟不將此三者之意義略加解釋，實不足以澈底明瞭此三者之區別，茲值尙未開始討論本題之先，特將權利、行為，責任三者之意義說明如左為之先導焉。

第一節 權利之意義

權利之定義學說歧紛，依余所信，似以以下之定義較為穩妥，即：權利者法律為特定人因充實其所認許之利益對之所付與之力也，準此以解，權利之意義可就兩方面觀察之：

(一) 權利之內容為法律上之特定利益。蓋人類之目的在求生存，即不能不取得應適應於其生存之事物。人類與事物間所生之關係謂之利益，此利益為法律之所認許，即所謂法律上之利益。

(二) 權利之外形為法律上之力。法律因充實其所認許之利益，不能不付與一種「力」，即所謂法律上之力是也。例如所有權有為使用收益處分其物之法律上之力，債權有要求他人作為或

不作爲之法律上之力是也。

權利有公權利與私權利之別，公權利者公法上之權利也，私權利者私法上之權利也。規定國家與國家間及國家與私人間之法律關係者爲公法，規定私人與私人間之法律關係者爲私法。吾人現在所欲討論者，卽私法上之權利也。

第二節 行爲之意義

行爲者人類意思可以拘束之事實也。呼吸尙可稱爲行爲，而心之跳動則不能稱爲行爲，換言之，行爲乃爲一種意識動靜，無意識之動靜，如做夢，病狂等卽不能發生法律上之效果，亦不能稱爲行爲也。

行爲從積極與消極兩方面區別之，則爲行爲與不行爲，行爲卽積極作爲之意，不行爲卽消極不作爲之意，積極作爲爲動的狀態，消極不作爲爲靜的狀態，如義務應履行而不履行是也。從故意與非故意兩方面區別之，故意之行爲者對於其結果預先已料到而欲其結果發生之謂。非故意之行爲者對於其結果預先並未料到而亦不欲其結果之發生之謂也。

行爲有爲法律上所允許者，有爲法律上所不允許者，前者通常稱爲合法行爲，後者通常稱爲違法行爲。合法行爲通常又分爲二：一爲法律行爲；一爲法律行爲以外之合法行爲。違法行爲通

常亦分爲二：一爲侵權行爲；一爲侵權行爲以外之違法行爲。法律行爲從積極方面言之，即法律所容許之行爲；從消極方面言之，則不違背法律之行爲也。侵權行爲乃因故意或過失不法侵害他人之權利，或故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之謂也。法律行爲因適合法律而生效，侵權行爲因違反法律而生效。

第三節 責任之意義

責任者乃行爲者因作不法行爲致他人受有損害所負擔之責任之謂也。不遵守義務即是不法行爲，因不法行爲而產生責任，義務應作之行爲而不作，即應履行之義務而不履行，即須負擔責任也。

責任可分爲兩種，卽民事責任與刑事責任是也。民事責任乃根據民訴手續而進行；刑事責任乃根據刑訴手續而進行。民事責任在於原告權利之主張，刑事責任在於被告不法行爲之懲罰。今余所欲研究之責任卽刑事上之責任也，刑事上之責任卽因故意或過失犯罪刑法條文上之罪者所負擔之責任也。然刑法上尙有一種例外，卽其行爲雖違反刑法典而仍不負責任者，卽違法性之阻却是也。如因正當職業之行爲，公務員職務上之行爲，正當防衛行爲及避難行爲均屬之。

第二章 權利能力

權利能力行爲能力與責任能力

第一節 權利能力之性質

權利能力之性質若何，學說尙未一致，有謂權利能力爲人格權卽權利者，如德國學者Gierke氏之說是。有謂權利能力爲享有權利之資格者，如德國學者Holtzer氏之說是。日本及我國學者大抵從第二說，蓋權利能力雖爲取得權利之基礎，然在觀念上究與權利各別存在，如卽以之爲人格權，則取得人格權之基礎將無從說明故也。

第二節 權利能力之範圍

關於權利能力之範圍可分兩方面言之。卽自然人權利能力之範圍與法人權利能力之範圍是也。

(A) 自然人權利能力之範圍有應注意者四：

(一) 凡人皆有權利能力。此在外國法律有設明文規定者，如瑞士民法第十一條第十一項，奧大利民法第十六條及日本舊民法人事編第一條之規定是。良以彼時距奴隸制度之廢止未遠，故有此種規定之必要，我民法則以事屬當然不設規定。

(二) 凡人當然有權利能力。卽凡人於出生後卽當然取得權利能力，與已爲出生之呈報與否無關。惟所謂「當然」，與天賦人權有別。換言之，吾人之所以有權利能力亦不外爲法律所付

與而已。

(三) 權利能力以平等爲原則。即人之權利能力不因性別、年齡、身分、種族、階級、宗教、國籍而有差別。然此係指原則而言，例外亦有不平等者如外國人之權利能力其適例也。

(四) 權利能力限於法律之範圍內。此在外國法律有設明文規定者，如瑞士民法第十一條第二項及土耳其民法第八條第二項之規定，我民法惟於第二六條規定「法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力」。而於自然人則以其事屬當然不設規定。

(B) 法人權利能力之範圍 法人權利能力之範圍如何，各國法律不同。有惟享有財產上之權利負擔財產上之義務者，如蘇俄民法是（俄民第一三條）。有在章程或捐助行爲所定之目的範圍內享權利負義務者，如日本民法是（日民四三條）。有除專屬於自然人之權利義務外，與自然人享有同一之義務，如瑞士民法土耳其民法及暹羅民法是（瑞氏五三條土民四六條暹民七九條）。我民法則大體從最後之立法例於二六條規定：法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力，但專屬於自然人之權利義務不在此限。依此規定法人之權利能力有左列二種之限制。

(一) 法令上之限制 法人之權利能力既爲法律所付與，其得由法律加以限制，蓋屬當然。我民法第二六條前段之設，實不外一種聲明的規定。但限制法人之權利能力與限制自然人之權

利能力稍有不同，即一則得以命令爲之，一則須以法律爲之，此又法文解釋上無可疑義者也。至所謂於法令限制內，不過得以法令限制之意，在法令未設限制以前，仍與自然人有同一之權利能力又不待言。

(二) 性質上之限制 法人之權利能力性質上之限制應分別論之：

(A) 就財產權言之，德普民施行法對於法人財產權之取得均有限制，我國民法無明文規定，法人得享有一切財產上之權利，負擔一切財產上之義務蓋無可疑。

(B) 就人格權言之，以自然人之身體存在爲前提者。如生命權，身體權，身體自由權等法人自不得享有或負擔。反是，不以自然人之身體存在爲前提者。如稱謂權，名譽權，精神自由權等，法人仍得享有或負擔。

(C) 就身分權言之，以自然人之身分存在爲前提者，如親權，家長權，遺產繼承權等，法人自不得享有或負擔。反是，不以自然人之身分存在爲前提者。如監護權，受遺贈權，社員權等，法人仍得享有或負擔。

第三節 權利能力之始終

權利能力之始終，亦可分自然人之權利能力與法人之權利能力兩方面言之：

(一) 自然人權利能力之始終 自然人之權利能力於出生爲始，以死亡爲終，我民法第六條已有明文規定。惟所謂出生須具備下列兩要件：

(A) 須胎兒與母體完全分離 胎兒如未與母體完全分離，因在生理上尙未獨立成爲一體，故不能謂之出生。

(B) 須胎兒與母體完全分離後尙係生存 自然人人格之基礎在於生存之人類，故出生以胎兒母體分離後尙係生存爲必要。至是否生存之標準，則應以獨立呼吸與否決之。

所謂死亡係指自然之死亡而言，自然之死亡應以呼吸斷絕之時爲準。不但羅馬法上人格減等之制度，德國法上喪失自由及捨身宗教之制度以及英國法上無保護之制度爲我民法所不採用，卽通常所謂法律上之死亡亦無本條規定之效力，蓋受死亡之宣告者，雖亦推定其死亡，如實際尙係生存其權利能力仍屬存在故也。

(二) 法人權利能力之始終 法人權利能力之始期如何，我民法無明文規定。依我民法第三〇條之規定「法人非向主管官署登記不得成立」則在解釋上應以登記爲權利能力之始期，至法人權利能力之終期，我民法亦無明文規定，據胡長清氏之意應以解散後清算之終了爲其終期，余意亦從之。

第三章 行爲能力

行爲能力自廣義以言，可謂其兼指合法行爲能力及違法行爲能力而言。自狹義以言，可謂其係單獨指合法行爲而言。自最廣義以言，則惟法律行爲能力爲此之所謂行爲能力，而合法行爲以外之行爲能力不包括之。至行爲能力人乃指獨立依其法律行爲享權利負義務之人而言也。

第一節 自然人之行爲能力

自然人之行爲能力可分爲三：（一）有行爲能力人；（二）限制行爲能力人；（三）無行爲能力人。茲分別言之：

（一）有行爲能力人 日本民法以成年人爲有行爲能力人，德瑞民法亦以成年人爲有行爲能力人，我國亦然。

（二）限制行爲能力人 日本民法以未成年人禁治產人準禁治產人及妻爲限制行爲能力人，德瑞民法以滿七歲以上之未成年人及因精神耗弱酗酒浪費宣告禁治產之人爲限制行爲能力人，我民法從德瑞立法例。

（三）無行爲能力人 日本民法無行爲能力人之規定。德瑞民法以未滿七歲之未成年人精神病人及因精神病宣告禁治產之人爲無行爲能力人，我民法亦仿此。

第二節 法人之行為能力

法人行為能力之學說有二：（一）擬制說（二）實在說。茲分別言之：

（一）擬制說謂董事為法人之代理人，董事之行為為個人之行為，非法人之行為，不過其行為之效力及於法人而已，故法人無行為能力之可言。

（二）實在說謂董事乃法人之機關，非法人之代理人，董事職務上之行為，非其個人之行為，乃法人自身之行為，故法人自有其行為能力，不過依其機關以為行動而已。蘇俄民法瑞士民法及土耳其民法均規定法人有行為能力。我民法雖無明文規定，但既採法人實在說，則法人之有無行為能力，自不待言。至法人之機關為行為之方式，則應以代表方式為之。此就第二七條第二項董事就法人一切事務對外代表法人之規定解釋，亦應採此方式也。

第四章 責任能力

第一節 責任能力之性質

責任能力者犯罪主體之能力也。換言之，即基於一定之行為而有負擔刑事制裁之力量也。犯罪之主體以人為限，但人又可以智識程度及精神狀態之不同而分為能負責任及不能負責任者兩種，凡具有通常之智識程度及通常之精神狀態者為有責任能力，否則，為無責任能力，對於無責任

能力者之行為，學者謂係一種自然界之現象，不能認為犯罪或謂應認為犯罪而不處罰。總而言之，為不負罪刑之責任耳。

責任能力之有無，從智識程度方面分別之者，即考察其人有無辨別自己行為之事實與法律上或道德上之關係，以及由此種關係所生之結果如何，簡言之，即識別力之有無也。從精神狀態方面分別之者，即對於通常之人，考察其為犯罪行為時是否由於其真正意思之發動，其非由於其日常之真正意思發動者，除因過失外必其精神有重大之障礙，此種障礙之有無問題即精神狀態也。

第二節 智識程度與責任能力

智識程度與責任能力為密切之關係，有正常之責任能力者，須有通常之智識程度，無通常之智識程度者，即無正常之責任能力，智識程度之分法，計有三種：

- (一) 為二分制分責任為二時期：(1) 絕對無責任 (或相對無責任) (2) 全負責任。
- (二) 為三分制分責任為三時期：(1) 絕對無責任 (2) 相對無責任或減輕責任 (3) 全負責任。
- (三) 為四分制分責任為四時期：(1) 絕對無責任 (2) 相對無責任 (3) 減輕責任 (4) 全負責任。

以上第二第三所規定相對無責任者，係採用辨別說之結果也。夫幼者為可教而不可罰，已為

世界各學者所公認。既認幼者爲可教而不可罰，則必以教育之力所能動者爲標準。而責任年齡之規定原不可太低，我舊刑法定十三歲爲負責任年齡，今茲修正之中華民國刑法第十八條第一項有「未滿十四歲人之行爲不罰」則已改爲十四歲爲負責任年齡，其標準已較前略高矣。至於減輕責任同法同條第二項則有十四歲以上未滿十八歲人之行爲得減輕其刑。第三項則有滿八十歲人之行爲得減輕其刑之規定，由此可知我國刑法係採三分制，即十四歲以下絕對無責任，十四歲以上十八歲以下及八十歲以上相對無責任，十八歲以上八十歲以下須全負責任。然查二次修正案理由謂未及年歲人犯罪不應處罰，但得施以感化教育爲各國之善制。吾國對於未及年歲之人犯罪者亦應施以感化教育始爲正當也。

第三節 精神狀態與責任能力

精神狀態亦與責任能力有密切關係，人之精神具有通常之狀態者，即有正常之責任能力，反之，即無正常之責任能力。精神狀態在法律上可分爲三種：

(一) 心神喪失者 心神喪失之用語不一致，有爲精神病即爲心神喪失，有謂心神喪失即精神病之一種。暫行律之規定則用精神病三字，故其第十二條第一項云：精神病人之行爲不爲罪，前此之刑法不用精神病而用心神喪失字樣，故該法第三十一條前半云心神喪失人之行爲不罰，中

華民國刑法第十九條第一項亦有心神喪失人之行為不罰之規定。

(二)精神耗弱者 第二次修正案理由謂本條第二項原案無。惟心神喪失人犯罪不處罰而常人犯罪則處罰，若心神耗弱人其重者幾與心神喪失等，輕者或與常人同，既不應處以通常之刑，又不應全免其刑事責任，故不能不有特別之規定，此為各國刑法家及醫學家所公認者也。外國刑法典有類似之規定者，如意大利那威西班牙丹麥瑞典芬蘭希臘日本刑法典及瑞士德國刑法準備草案與德國委員會刑法草案，皆有心神喪失之條文。一千九百〇五年萬國刑法會議決，亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑，本案故增入本條。余認為此條之增入甚為適當，不然，實不足以保護心神耗弱之人矣。

(三)瘖啞者 瘖啞者，聾而啞者也。因為聾而啞者，其精神狀態既異於常人，則不能視作常人，而責令負相等之責任。惟聾啞有先天後天之別，屬於先天者其智力固不逮常人，而由於後天者其智力亦有與常人無異者，故暫行律第五十條之「注意」及大理院四年上字第八四〇號判例皆謂專指生而聾啞者，而定也。故舊刑法第三十三條則無「得」字，而中華民國刑法第二十條有瘖啞人之行為，得減輕其刑之規定，是中華民國刑法較前之刑法為活動矣。

第五章 結論

由前四章看來，吾人既可知權利，行爲，責任三者之定義，復可知權利能力，行爲能力，責任能力之性質之不同。然則此三者彼此亦互生關係乎？曰：未盡然也。余試作簡單之說明：

行爲能力者，人之行爲能發生法律上一定之效力之能力（資格或地位）也。行爲能力與權利能力之不同，則顯而易見：有無享權利負義務之資格，乃關於權利能力之問題，其行爲能否發生法律上之效力，則關於行爲能力之問題，二者之性質既不相同，故有權利能力而無行爲能力者。例如未滿七歲之未成年人及禁治產人是有有行爲能力而無權利能力者。例如古代羅馬之奴隸是。

至於責任能力與權利能力及行爲能力之關係，卽：不問其人之有無責任能力，均得享有權利能力，我民法第六條有人之權利始於出生終於死亡之規定，由此可知凡人皆有權利能力，卽不問其有無責任能力皆得享有權利能力也，行爲能力與責任能力之關係，我民法第十二條之規定，以滿二十歲爲成年，刑法第十八條等一項之規定，未滿十四歲人之行爲不罰是行爲能力人，卽有責任能力，而有責任能力人，不一定盡有行爲能力也，民法上滿七歲以上之未成年人爲限制行爲能力人，而刑法上未滿十四歲人之行爲不罰，是未滿十四歲之人，無責任能力，而有時則爲限制行爲能力也。民法上未滿七歲之未成年人及禁治產人爲無行爲能力人，則就刑法上言之，未滿七歲之未成年人無責任能力固矣，而禁治產人仍須負一部份責任也。

市府將切實遵辦

禁止蓄婢條例

內政部公布辦法十二條保護婢女
蓄婢或養女均限期四個月內登記

各地仍有假借慈善或養女名義行之者，實屬有背人道，因行各省市，飭屬查禁，近以蓄婢之事，由該部於本月二十二日以前，以部令公布施行，並通行本市政嚴，均依本辦法禁止之。記者茲探錄辦法如下：第一條，凡以慈善關係，或收養養女名義，收養婢女者，均依本辦法禁止之。第二條，本辦法各執行機關於奉到本辦法後，應即將調查期間公告週知，並督飭所屬調查婢女數目。列表登記，其表式另定之。前申調查期間，為四個月，於必要時，得延展兩個月，但一次為限。第四條，在調查期間內，蓄婢者應向主管機關，聲請登記，婢女亦得自行聲請登記，或任人代為之。第五條，已登記之婢女，即無條件解放，恢復自由，如係未成年，而無家可歸，或歸家而家屬無力贍養者，應送當地救濟院，或其他慈善團體安置之。第六條，已滿十六歲而無家可歸之婢女，執行機關，得征求其本人同意，代為擇配。第七條，已經解放之婢女，其已成年者，如雙方願改為雇傭時，其工資由執行機關，酌酌當地生活情形核定之。如未成年，又無家屬，或家屬所在地不如者，由執行機關選定當地之救濟院，或其他慈善團體之主持人，為其監護人。第八條，已逾第三條規定之調查期限，而蓄婢者不為登記之聲請，得由執行機關處以十元以下之罰款，並令補行登記。前項罰款，應撥歸當地救濟院，或其他慈善團體經費。第九條，凡蓄婢者，對於已登記之婢女，抗不解放時，應撥歸當地救濟院，或其他慈善團體經費。第十條，直轄市公安局，各省直轄公安局，及各縣市，政府，每月應填具婢女登記表，依法辦理。第十條，直轄市公安局，各省直轄公安局，本辦法公布後，前參禁止蓄奴養婢辦法，應廢止之。第十二條，本辦法自公布日施行。

遺產有貢獻之人應否規定報酬之商榷

蕭率真

當上古之世，私有制度，尙未發生之時，無繼承之可言。迨後個人私有財產思想發達，繼而承之制，則隨波逐流而產生焉。不過此時之所謂繼承，專爲身分繼承，僅限於嫡長與宗子之男子方有繼承權。至我國共和政體告成後，覺此封建思想之遺物，當隨國體之變更而消滅，於是立法諸公，竟將所謂之身分繼承宗祧繼承，一掃無餘，而樹一財產繼承之新幟，惟亦僅限於男子方能享有此種權利，此乃其缺點也。後經婦女界力爭平等，故將此舊律修正，無論男女，皆可取得遺產之繼承權。夫如是言之，故知現行民法之所謂繼承者，係指被繼承人死亡後，原則上其權利義務除專屬於本身者外，包括的一切移轉於合法之繼承人之謂也。蓋此繼承法自我國政府於二十五年五月五日施行以後，頗著成效。

據上所述乃余未論及本文之時，而先爲本題作一綱領，使讀者諸君能明瞭我國繼承制度沿革之大概，然後讀及本文，則可瞭如指掌。

所謂對於遺產有貢獻者，卽對於被繼承人之遺產有所增加之謂也。而對於此遺產有貢獻之人，查我國民法，則無規定給予報酬之條，僅有繼承人對於被繼承人負有債務及受有贈與者，宜應

於遺產應繼分內扣除。但余以社會獎勵生產之意旨，及求法理之平允二點探討，頗以為不然，吾以為在我國繼承法上應當規定，對於遺產有貢獻之人，宜獲有相當之報酬，於法理人情，方不謬也。茲將余主張應規定之理由，詳列於后。

查我國民法第一一七二條之規定，「繼承人中如對於被繼承人負有債務者，於遺產分割時，應按其債務數額，由該繼承人之應繼分內扣還。」按此條之所規定，絕不如若繼承人爲一人時，自不發生問題，因其對於被繼承人負有債務者，其債務自因混同而消滅。（本法第三百四十四條參照）惟繼承人爲數人時，其中有對於被繼承人負債務者，有不負債務者。其債務若亦因混同而消滅，則不負債務之繼承人，所享受遺產上之權利，不能與負債務之繼承人平等，寧非失之公允。故現行民法規定繼承人中如對於被繼承人負有債務者，於遺產分割時，應按其債務數額，由該繼承人應繼分內扣還。例如甲乙丙三繼承人，應平均分配其父之遺產，其遺產現金爲五萬元，甲欠其父債務一萬元，斯時遺產應作六萬也，平均各得二萬元，但甲既欠其父債務一萬人，但可在甲之應繼分內扣除一萬元，實得一萬元是，其餘乙丙二人仍各得二萬元也。夫如是言之，可知繼承人對於被繼承人負有債務，應於其應繼分內扣除，實使負有債務之繼承人，於遺產分割時，不能多獲遺產分割之利益，而侵略其他繼承人之應繼分，使其其他繼承人受莫大之損害，理固然矣，吾

以爲對於負有債務之繼承人既應扣除，而對於遺產有貢獻之人，若不規定其報酬，甯有是理乎？既應扣除，亦應報酬，方可以免剝奪遺產有貢獻之人因自己所生之利益，同時還可以免除其他之繼承人享此不勞而獲之利益也。不然誰能使其遺產有所貢獻乎？此其理由一也。

再觀同法第一一七三條二項之規定：「繼承人中有在繼承開始前，因結婚分居或營業已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，爲應繼財產，但被繼承人於贈與時，有反對之意思表示者，不在此限。」前項贈與價額，應於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除。」欲知此二項之所規定，乃爲繼承人中如有在繼承開始前，爲因結婚分居或營業，已受有被繼承人之贈與，而至繼承開始後，又同樣和他繼承人繼承遺產，平均分割，豈非於繼承遺產外，多有所得，殊非公平之道，故繼承人中有在繼承開始前，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時，被繼承人所有之財產中，爲應繼財產，然後再同其他繼承人等平均分割，方昭公允。據此所論，余亦贊成，對於被繼承人因結婚分居或營業受有繼承人之贈與者，應於其應繼分內扣除，此則以免未受此贈與之繼承人受有損害，而圖爲一造繼承人享受利益。不過既不許何方多得遺產上之利益，理應對於遺產有貢獻之人宜規定報酬，方以法理則無抵觸。本來贈與原爲一種契約行爲，如使返還，不特有違契約之本旨，且足以剝

奪被繼承人生前處分財產之自由及侵害繼承之既得權，但果採不返還主義，則又與各繼承人按應繼分平等享受之遺產上權利之原則相反，固有所未當，當然以返還爲良耳，故余主張對於遺產有貢獻之人，應規定報酬，亦同此理由，方可使未勞之繼承人而不能獲此意外之財產，此其理由二也。

又觀同法第一一八三條之規定「遺產管理人得請求報酬，其數額由親屬會議按其勞力及其與被繼承人之關係酌定之」。此條所定，乃爲義務與權利，本是對待者，遺產管理人既然負有各種之重大義務，當然也得享有相當之權利，故應許其有報酬請求權，而其報酬之多寡，不過由親屬會議酌定其管理所盡之勞力與被繼承人之關係如何而定。據此可知，對於遺產管理之人，不過使其遺產不致減損，而可請求報酬，但對於遺產有貢獻之繼承人安得不規定報酬之理可言乎？況且對遺產有貢獻之人，乃不但使遺產不減損，即能使遺產有所增加，依理當然須規定報酬，方爲允當。至於規定報酬之標準如何，本無所討論，奈本來對於其所貢獻之價額，概須如數歸於該遺產貢獻之繼承人，但欲知使其能得有所增加，其成本實惟遺產所賴，故只須移一部份作爲遺產上成本之報酬，較爲妥當，此其理由三也。

基上所述三端理由，乃從我民法上本身上所探討，對於遺產有貢之人絕對須規定報酬，方以

法條符合。其報酬之標準，又應如何規定，吾以爲應將所貢獻之額三分之二爲報酬於所貢獻之人，其餘三分之一作爲遺產成本之酬報也。如此而行，則凡繼承人，皆各相競爭，使遺產有貢獻，而可獲豐富之報酬，使不徒負功勞也，於是，對於社會上經濟力之增加，亦復不少，誠一舉數得焉。余性不才，對於法學，毫無研究，芻蕘之見，恐有未當，尙祈海內名達，予以教正，斯篇之作，余意即含拋磚引玉之舉耳。

民國二十五年，二月，寫於中山堂三十號。

兩特區法院二十五年一月十五日起

實行禁毒條例

製造運輸供吸均處死刑

最低須處六月以上徒刑

上海第一第二特區地方法院，昨均接奉江蘇高等法院訓令，對於煙毒案件，須遵照部令依禁烟總監頒佈之禁烟禁毒條例處理，該院院長王思默氏，卽命令刑庭推事，自廿五年一月十五日起實行，對於捕房所解煙毒案件，悉依該條例判罪，總核兩條例所列有十七個死刑，五個無期徒刑，其最低刑爲吸食鴉片，處六月以上兩年以下之徒刑，但得交醫勒戒，其經勒戒達二次以上而仍再犯者，得處死刑，餘如製造運輸販賣或意圖販賣毒品及爲人施行打嗎啡或以館舍供人吸用毒品者，一經獲案證實，悉處死刑，公務員包庇或要求期約收受賄賂而從容他人犯禁毒條例多至十條之罪者，處死刑，學校教職員學生犯者亦處死刑，犯毒品案件經勒戒後再犯，卽須處死刑，凡有煙毒癖者，應從速戒除云。

遺產有貢獻之人應否規定報酬之商榷

江蘇高淳

★消息靈通 言論公正★

復興日報

★刊登廣告 效力偉大★

江蘇高淳
復興印刷
開幕啓事

定報價目

每份銅元七枚每月大洋二角半年一元
全年二元外埠另加郵費每月一角六分

廣告刊例

特種二三版新聞每方寸每期大洋五角
甲種封面及二三四版下欄每方寸每
期大洋四角乙種中縫每方寸每期大洋
三角長期面議

本所為謀各界便利起見特由滬上購來大小

機器鉛字承印書籍報章傳單憑證新式卡片

信封信箋並代印各姓族年譜表册印刷精良

價廉物美如蒙光顧無任歡迎

(價目單函索即寄)

江蘇高淳縣北關仙壇社址

所址江蘇高淳北關仙壇

上海大夏大學法律學會民事訴訟實習

一，案由：趙生財與李爲富債務一案

二，事實：

趙生財於民國二十二年十二月三日，向李爲富借出大洋二千元，每元每月一分五厘行息，約定一年期限，將母利清償，立有借據一紙。趙爲糧食商，李於二十三年十月二十日，向之定購麵粉一千五百包，每包價銀洋二元八角，共值大洋四千二百元，先付定金五百元，約定十一月二十日，互爲給付，屆期李催告交貨，只備價銀一千三百四十元，其餘以債權抵還，趙則催告交價，反對抵銷。正在磋商間，貨價驟落，每包減至二元一角，李以趙遲延給付，解除契約，趙以遲延之責，應歸於李，訴請賠償損害，依每包差額七角計算，共一千〇五十元，舉出居間人蔡公平爲證。李提出抗辯，並提起反訴，追還定金及借款呈繳借據爲證。

三，原告趙生財起訴狀

原告趙生財 男性年三十八歲江蘇上海人住南市大吉路利源商店業商

被告李爲富 男性年四十歲江蘇上海人住滬西中山路二二三號業商

爲違約延不給付貨價以致損失，請予判令賠償事。竊原告在南市大吉路開設利源商店，經營糧食，歷時三年餘，信用昭著，有口皆碑，二十三年十月二十日被告李爲富親自來店，定購麵粉一千五百包，每包價銀二元八角，共值大洋四千二百元，先付定金五百元，約定十一月二十日互爲給付，有居間人蔡公平可證。屆時被告催原告交貨，只備價銀一千三百四十元。其餘以原告於民國二十年十二月三日向被告借出大洋二千元之債務，母利抵還。斯時原告得息之下，頗不以爲然，當即反對抵銷，催告被告交價取貨，誰知被告不立予允諾，原告再三與之磋商，據理力駁，舌敝唇焦，卒不之理，詎料正在磋商間，貨價驟落，每包減至二元八角，而被告仍不問情由，不依情理，竟將遲延之責，欲加諸於原告之身，而行解除契約之舉，以致原告蒙莫大之損害，以每包差額七角計算，共損失洋一千〇五十元，似此情形原告迫不得已，惟有撰具理由依法提起訴訟，請求公斷，依情依理，遲延之責，實歸被告。因原告借被告之款爲二十二年十二月三日，約定一年期限將母利清償，立有借據，而被告購買原告之麵粉，乃約定二十三年十一月二十日互爲給付，依此可知，原告償還被告之債務，與被告給付原告之貨價，其時間尙差十三日之久，則原告要被告之債務，尙未爲到期，而被告何能藉諸債權之事實，以抵銷貨價之理乎，此其一也，況且被告與原告購買麵粉時，並未有言明除將付定金五百元外，其餘以債權抵還，只有十一月二十日雙方互

爲給付之約定，於此被告何能依個人之意思，一時之決定，竟不將所欠原告之貨價三千七百元，如數交來取貨，安有僅催原告交貨之理乎，此其二也。有此二端，顯見原告借被告之款項又爲一事，而被告須付原告之貨款又爲一事，兩者毫無牽涉關係，被告實無屆期，催告原告交貨，以債權抵銷貨價之理可言也，原告爲依據約定，及維持商業上之信用計，依法理人情，亦當反對抵銷，而被告實無強催之理，今被告蔑視法律與信用，堅持冒昧強催不理之言，遲延時日以致貨價驟落，解除契約，依此可見，遲延之責，實歸被告負擔，茲依民法第二百二十六條，第二百二十九條之規定，原告自得提起訴訟，實行追償損害賠償之費，及遲延之利息，爲此，狀請。

鈞院鑒核，迅傳被告到案，判令被告即日將原告損失洋一千〇五十元如數給付，更附加一年之遲延利息洋一百八十五元，並負擔本案訟費，以符法紀，而保權利，謹狀

上海大夏大學地方法院民庭公鑒

中華民國二十四年十二月十日

具 狀 人 趙生財押

原告代理人 蕭道統律師 撰

許季明律師

四、被告李爲富辯訴狀

上海大夏大學法律學會民事訴訟實習

辯訴人·李爲富 四十歲 經商 住上海滬西中山路二三二號

原告 趙生財 三十八歲 經商 住上海南市·吉路利源商店

爲原告趙生財，告訴違約不給貨價一案，依法提出答辯，并起反訴，請予駁斥原訴，判令加倍返還定金及借款，並負擔本案訟費事，竊被告與原告，往來交易，已非一次，但自二十三年八月間，原告遽遭回祿後，損失奇重，交易清淡，定貨往來，屢次失信，因原告於民國二十二年十二月三日向被告借貸大洋二千元。約定每月一分五厘生息，於一年內母子一併清償，決不拖欠，立有借據爲憑（該據當庭呈驗）於二十三年八月後，被告因見原告家境日困，實有不能清償此項債務之虞，於是即向原告，催還借款，以清手續，結至廿三年十一月，共計本息大洋二千三百六十九元，故於二十三年十月廿日，商得原告同意，向其定購麵粉一千五百包，每包價銀大洋二元八角，共計大洋四千貳百元，當時給付定金大洋五百元，其餘貨價銀，約定於十一月廿日交貨之日，彼此於債務中互爲抵銷外，再行補繳，此係事前原告同意之事，不意至十一月廿日，被告攜帶價銀一千三百四十元，當面交付，連同定金五百元及債務本息二千三百六十元，總共四千二百元，促原告交貨，該原告一時心變，違反前約，延不交貨，經被告多方設法，向之理論，只是一味支吾，或云因一時周轉不靈，請予原諒云云，被告見此情形，顯違前約，再三促其交貨，該原告

竟置之不理，事經多日，麵粉價格遽降，而原告深自痛恨，怨無可訴，竟敢信口雌黃，捏造事實，出而告訴，如此情形，原告之毫無理由，不辯自明，遲延之責，實難脫卸仔肩，今原告既不依原約履行，根據民法二百四十九條之規定，應即加倍償還定金，解除契約，至於借款一端，依照原約，本應二十三年內清償，竟拖延至今，自當計息交還，以維債權。又原告告訴之理由二點，答辯如下，該原告所謂借款尚未到期，不知究何所指，在借據中，白紙黑字，明白規定，借款於一年內，本息陸續清償，決不拖欠，今竟云一年期限，莫非捏造之言，究問原告，以其口說為據乎？抑以借據為證耶？此其無理由者一也。又原告云，當時並未言明以債務抵銷等語，此證明昨是今非之言；不足為證，被告向其定購麵粉，即因其資力不能償還債務，而以麵粉以代之，早已言明，互為抵銷，原告亦唯唯而諾。今竟云當時並未約定，此誠依其個人之意思，一時決定之言，此其無理由者二也。今原告違背契約，不能於應為給付之日提出標的物給付，根據民法第二百零九條之規定，遲延之責，應由原告自負，乃原告謊言託詞，以為起訴張本，遁辭知其所窮，足見原告所訴，毫無理由，顯無根據，為此依法提出答辯，狀請。

鈞院鑒核，迅將原訴駁回，判令加倍返還定金，解除契約清償債務，并負擔本案訟費，以儆不法，而保權利。謹狀。

上海大夏大學地方法院民庭公鑒

中華民國二十四年十二月二十二日

辯 訴 人 李爲富押

被告代理人 魏冀徵律師
謝 希律師撰

五、判決書

上海大夏大學假法庭地方法院民事判決二十四年地字第五號

判決

原告卽反訴被告趙生財年三十八歲江蘇上海人住南市大吉路利源商店業商

右訴訟代理人 蕭道統律師 許季明律師

被告人卽反訴原告李爲富男年四十歲江蘇上海人住中山路二二三二號商業

右訴訟代理人 魏冀徵律師 謝 希律師

右列當事人因債務一案本院判決如左

主文

原告之訴駁回 反訴被告應償還反訴原告法幣二千元，每月一分五厘之利息，算至執行終了之日止，并應返還定金五百元，訟費由原告卽反訴被告負擔。五分之四，由反訴原告負擔五分之一。

反訴原告其餘之請求駁回。

事實

趙生財於民國二十二年十二月三日，向李爲富借出大洋二千元，每元每月一分五厘行息，約定一年期限，將母利清償，立有借據一紙。趙爲糧食商，李於二十三年十月二十日，向之定購麵粉一千五百包。每包價銀二元八角，共值大洋四千二百元，先付定金五百元。約定十一月二十日互爲給付，屆期李催告交貨，只備銀價一千三百四十元，其餘以債權抵還。趙催告交價，反對抵銷。正在磋商間，貨價驟落，每包僅值二元一角，李以遲延給付，解除契約，趙以遲延之責，應歸於李，訴請賠償損害，依每包差額七角計算，共一千零五十元，舉出居間人蔡公平爲證。李提出抗辯，並提起反訴，追還借款之母利及應加返還之定金呈繳借據爲證。

理由

查原告即反訴被告，於民國二十二年十二月三日，向被告即反訴原告，借過大洋兩千元，約於一年內本利一併清償，爲兩造不爭之事實，原告於民國二十三年十二月三日前，期限尙未屆滿，本不負遲延之責，但審核被告提出之定貨單，言明定購麵粉一千五百包，每包價格大洋兩元八角，當收定金洋五百元，餘就所欠李爲富債務中本利抵銷外，尙有餘欠，由李爲富補繳，并言明定於

十一月二十日銀貨兩清，依法當無不許，原告對於定單雖不承認，然據被告呈繳原告從前所發出之各種單據上印鑑筆跡，以為旁證，核與趙生財給發之麵粉定單毫無二致，足證以未到期之債款，抵銷貨價，係趙生財已經同意，何能屆期翻悔。原告如果於民國二十三年十一月二十日如約履行，互為給付，則不至受貨價低落之影響，乃食言背信，致受損失，實屬咎由自取，所引民法第二百二十六條及第二百二十九條，未免牽強，自難責令被告負其責任，惟被告經向原告聲明解約，并無要求加倍返還其定金之意思，只圖免受貨價低落之損失，所請依同法第二百四十九條第四項處斷，亦難准許，其上結論，合依民法第二百二十六條，第七十九條第二項判決如主文。

中華民國

大夏大夏假法庭
二十四年十一月
十

二

月

十

八

日

地方法院民二庭

審判長推事 鍾煥新印

推事 莫鍾 駱印

推事 王淵印

本件證明與原本無異

書記官 戴

璠印

編後

編者

這一期的本刊一直遲到現在纔與讀者見面，這，與其說是「脫期」。毋甯說是「難產」。「難產」的原因很簡單，吾人試想想上一季的時局，就可以知道。那時候誰能夠安心地坐在屋裏寫文章？誰能夠很心地坐視國難而不顧？惟其不能，故雖有巧婦亦難作無米之炊，鳩拙如編者又何從而燒無米之飯？關於此點，編者除對讀者諸君特別抱歉之外，並且還要請讀者諸君予以原諒的。

本期所登載之稿，除會員諸君的不必一一介紹之外，特別值得介紹的是現代法學家章濶若桂崇基兩先生的偉論，兩先生的偉論中不惟與憲法有莫大的關係，並且對憲法還有莫大的貢獻，這不僅僅有光我們的篇幅，抑且可以供我們研究法學的很好的參考，我們除掉對兩位先生內心裏迸出感謝之外，還是祇有內心裏迸出感謝。此外本刊承現任立法院院長孫科先生為封面題字，替本刊增光不少，我們也在這兒向孫先生致謝。

最後我們還很感激愛護本刊的諸君踴躍的投稿，真是所謂「玲瓏滿目，美不勝收」，可是我

們很慚愧，因為篇幅的關係，本期不能一一披露，祇好等到第三期出版時再為發表，尚祈作者諸君見諒是幸。

本刊此次出版，承諸先生熱心捐助，無任感激，茲將捐款人大名列後，藉誌謝忱。

王紹唐先生	十圓	魏冀徵先生	二圓
楊德恩先生	十圓	許季明先生	二圓
孫浩烜先生	五圓	張毓堦先生	二圓
曾傳三先生	五圓	謝希先生	二圓
傅式說先生	二圓	魯繼曾先生	一圓
蕭道統先生	二圓	藍春池先生	一圓
鍾煥新先生	二圓	陳行佩先生	一圓
鄭象璠先生	二圓		

本會第一屆幹事

總務

鍾煥新

文書

魏冀徵

事務

錢善昌

會計

王洪

編輯

許季明

研究

蕭道統

交際

戴璠

演講

鄭象璠

圖書

陳行佩

本會第二屆幹事

總務

鍾煥新

文書

許季明

事務

程權

會計

謝希

編輯

魏冀徵

研究

蕭道統

交際

錢善昌

演講

鄭象璠

圖書

莫鍾諭

本會第三屆幹事

總務

蕭道統

文書

倉恩薄

事務

莫鍾諭

會計

張毓塔

編輯

許季明

研究

鄭象璠

交際

魏冀徵

演講

鍾煥新

圖書

陳行佩

本會顧問

王伯羣先生

歐元懷先生

王祉偉先生

孫浩烜先生

張雋青先生

王紹唐先生

曾傳三先生

宗維恭先生

楊德恩先生

唐慶增先生

顧君誼先生

譚志遠先生

本會編輯委員會委員

總編輯

許季明

編輯

蕭道統

鄭象璽

鍾煥新

魏冀徵

胡弘機

周湘蓀

戴璠

王淵

呂振田

顏佩箴

投稿簡章

- 一 凡與法學有關之文字，無論長短撰著或翻譯，均所歡迎。
- 二 來稿如係翻譯，請附寄原文。
- 三 來稿請用格紙繕寫，並加新式標點。
- 四 來稿本會有增之權，如不願者，請先聲明。
- 五 來稿一經登載酌酬本刊。
- 六 稿末請註明真實姓名及住址俾便通訊。
- 七 來稿登載與否，概不發還，如必須發還者，請來稿時聲明。
- 八 來稿請寄上海大夏大學，法律學會編輯股

本刊



登載廣告

價格從廉

如要登載

請來面議

民國二十五年二月出版

法學論叢 第二期

每冊定價法幣二角

編輯者

大夏大學法律學會
編輯委員會

出版兼
發行者

大夏大學法律學會

印刷者

大方印務局

上海卡德路一五三號四號

電話 三六一二二

總經售處

上海羣衆雜誌公司
中國圖書雜誌公司

分銷處

全國各大書局

川味食堂

地點：大夏大學斜對面

本堂專辦，
川贛名味，
定辦酒筵，
和菜隨有，
零吃客飯，
一概俱備。
招待週到，
價格從廉，
諸君光顧，
無任歡迎。

上海洋服公司

地址北四川路老靶子路
電話四一七二五

當你需要精良優美合時

雅觀的西服，請到敝公

司來就可解決。

質料精選上等

式樣適合標準

物美價廉，定期不誤。
如蒙惠顧，無任歡迎。

上海洋服公司