

本刊啓事

一、本刊負促成中華法治闡揚中華法系之使命自揣綿薄深懼弗勝其應如何完善內容方克荷茲重任之處乞

海內賢達不吝教正

二、本刊鑒於使命重大凡所研究當極意追求真理主編者略無好同惡異之見無論何項法律問題歡迎正反兩方面投稿

三、本刊對於國內新舊立法及新舊解釋判例均願以批評態度與國人共相商榷以斬真理之發見倘有對於此類事件懷挾疑念自願加以批評逕寄本刊或提出具體事件附以意見囑本刊作解答者本刊當竭誠接納用答雅命

四、本刊以闡揚中華法系爲重要使命之一倘有以中國歷代法律之論文以及審斷檢驗戶婚田土種掌故祕籍見惠者尤所歡迎

五、本刊爲明瞭世界立法現象及法律變遷起見特闢海外通訊一欄切盼海外使領館執事人員留學僑寓諸君就所在地法律現象及其變化與夫立法方面之新趨勢隨時通函賜示本刊當一一刊載不吝重酬

法學叢刊已出各期目錄

第二卷 第三期

社評

- 一、故宮案評議……………民
- 二、爲南通縣法院進一解……………東
- 三、何復仇案之多耶……………民

論著

- 法國制憲與中國制憲之史的比較觀……………汪馥炎
- 法之國際統一運動觀……………劉陸民
- 懲治貪污制度之史的考察……………劉陸民

譯述

- 法之概念……………唐 鵬
- 解釋及判決例……………唐 鵬

雜俎

- 刑法瑣聞……………翟宗文

附錄

- 一、重要法令
- 補訂民事執行辦法
- 辦理民事訴訟案件應行注意事項
- 二、協會文件

法學叢刊已出各期目錄

第二卷 第四期

社評

燕湖律師公會呈請司法行政部收回徵收律師
 法庭通知書送達費成命請本會一致主張案
 常委劉陸民與立法院委員趙毅逸書

論著

- 行政道德十誡……………民
- 戈林將軍不拒絕到法庭作證耶……………民

譯述

- 行政元首之責任問題……………汪馥炎
- 勞動憲章與工場共和國……………陳振鸞
- 受中華法系支配的日本中古民法……………劉 哲
- 懲治貪污制度之史的考察(續前期)……………劉陸民
- 解決監犯性慾問題與斷種立法……………劉陸民

附錄

- 刑法上的好意與技術……………牧野英一著
 劉雲敷譯
- 法之概念(續前期)……………唐 鵬
- 解釋及判決例……………唐 鵬

附錄

上海律師公會爲會員王述樞被上海市公安局羈押
 與各方呈函及批復各件

吳縣律師公會對於徵收律師送達費聯合滬甯鎮公會一致呈請收回成命函
閩侯律師公會對於司法院院字第八九九號解釋之商榷

第二卷 第五期

社評

- 一、報章雜誌刊載判例是否違法……………華
- 二、拒絕律師接見偵查中之被告……………華

論著

- 刑法修正案初稿之要旨……………趙霖
 - 中華舊律特點之研究……………李紹周
 - 律師職務之社會化與世界法律扶助制度……………劉陸民
 - 法之國際統一運動觀(續三期)……………劉陸民
- 譯述
- 德意志刑法思想之危機與國家理念之轉變觀天球
 - 關於僱傭之限制營業特約……………易慶
 - 法之起源及發達……………易慶

附錄

劉常委陸民致山東高等法院吳院長貞復函
滬寧鎮各公會爲徵收律師送達費呈司法行政部
請收回成命文

第二卷 第六期

社評

對日本修改律師法之感想……………顏

論著

- 刑法修正案初稿之現代精神與國家理念……………劉陸民
- 刑法修正案之保安處分……………俞鍾駱
- 幼弱老耄在刑法上之責任……………馬君碩
- 關於常習犯職業犯的刑事政策之比較研究……………劉陸民
- 對於立法院刑法修正案初稿所訂姦淫罪之意見……………葛之覃
- 鴉片烟類宜由各省訂立單行條例之商榷……………宜誦堅
- 羈押被告之研究……………羅紹伊

譯述

- 海牙編訂國際法典會議所議決之「領海之法律制度之條約」……………徐傳保
- 國際破產統一之新協定案……………譯者 曹 鈞
- 蘇俄憲法述略……………陳耀東

資料

解釋

重要法令
修正民事調解法施行規則

附錄

上海律師公會呈立法院請制定保障兒童法律文
法家與醫家在立法方面的一個共同使命……………劉陸民

社評

一新生活運動與法治

韻



新生活運動，已如火如荼，瀰漫全國矣；其所標舉以爲改革人民日常生活之原則，即「養成整齊清潔簡單樸素之習慣，斬合乎禮義廉恥，而表現現代文明國家之國民智識與道德。」吾人際茲國人生活，上焉者驕奢淫佚，下焉者頹墮浮靡，均達極點之今日，對此張四維而挽國家危亡之運動，除絕對擁護而外，尙復有何辭說哉？

第吾人之意：以爲新生活運動，乃使人民生活「禮義廉恥」化之運動，試從禮義廉恥之意義言：視聽言動，紀律自繩，無絲毫放浪苟且之態，是謂之禮；至行過人，利物濟世，無所不得其宜，是謂之義；潔不濫濁之謂廉；聞過自愧之謂恥。是禮義廉恥者，乃嚴以律己，仁以待世，儉以束身，憤以自強之道也。人苟能具備此四者，則固不失爲現代的國民矣；然欲國民具備之，則予以爲尙須講求致之之術也。

致之之術如何？其以教致之乎？孟子所謂：「人逸居而無教，則近於禽獸。」是教可得而致之也。其以養致之乎？管子所謂「衣食足，然後禮義興。」是養亦可得而致之也。我國今日，言乎教：則失學者在百分之八十五以上，其未失學者，恐亦不少最工放僻邪侈之行，是無教者，固不解禮義爲何物，廉恥爲何事，即曾受高等教育者，則亦多有更鄙視禮義廉恥爲糟粕，而唾棄之不遺餘力者矣。言乎養：則農村破產，都市衰落，舉國皆陷於極度恐慌之惡潮中，其在此惡潮中，能度其豪侈之生活者，大都惟背禮蔑義寡廉鮮恥之軍閥政棍貪官污吏以及奸商輩，始能之也。如此而欲一般人民生活禮義廉恥化，從治本論：固須善教以端其志，保養以樂其生；從治標論：尤須一面如蔣委員長之所言，在領袖人物，以身作則，示之風範；一面在政府勵行法治，對於背禮蔑義寡廉鮮恥之軍閥政棍貪官污吏以及奸商輩；舉繩之以國法，庶幾能一新天下人之耳目，作天下人之志氣，不期而致天下人於新生活的坦途矣。否則？枝節以爲之，無益也。

且我國今日之社會，道德敗壞，至矣！盡矣！人之虛驕無禮，冷酷無義，貪黷爲能，厚顏爲智者，滔滔皆是也。中央民運會通電所謂：「非以昨死今生之精神，作除舊布新之工

作，齊圖奮發，協力推進，其道莫由」者，吾人實具甚深之同情！惟欲真正收除舊布新之功，則非效毒蛇螫手，壯士斷腕之勇決，於前所陳舊之痼疾所在處，痛下針砭，澈底振刷不可，則法治運動，固不可棄也。予故主張新生活運動，尚須以法治運動輔之。

二 讀軍政當局覆馬麟等請保釋金樹仁電以後 民

本年二月二十三日，時事新報載：

金樹仁，因涉外患罪嫌疑，來京被逮，送交法院偵查後，馬麟馬步芳等。電政汪軍蔣，予以開釋；汪蔣分別電復：蔣電行密：「金案牽涉外患罪，方在法院偵查中；倘屬冤抑，當能秉公擬判也。」汪電行密：「金樹仁案，已在法院依法審理中，非行政機關所能擅行開釋；惟審理結果，若無違叛，必可恢復自由，決不致有所冤抑也」。

云云，吾人於現在法院審理中之金樹仁案，雅不願有何論列。所不能已於言者：以蔣電：「倘屬冤抑，當能秉公擬判。」汪電：「非行政機關所能擅行干涉，」及「決不致有所冤抑」等語，係對於司法權，表示尊重；對於司法機關，表示信賴；當茲法權凌夷之際，而最高軍政當局，竟有此重法之信念，與守法之精神，不可謂非甚盛事也。

於茲，吾人所斬望於軍政當局者：在擴充對金案之精神與信念，以臻中國於法治。自今以後，對於已往軍政人員，干涉司法之不良現象，深惡痛絕，摧陷廓清，使現在與未來，無類似過去的紊亂司法系統事件之發生。申言之：現在軍事審判機關，與行政機關，受理普通民刑事件，羈押普通嫌疑人犯，甚至無罪幽囚，輕罪重辦之事，由軍政當局，本對金案之信念與精神，矯正其非法治國家所應有之外謬；俾人民之生命財產，從此得所保障；而社會共同生活秩序，亦從此得以樹立；若然，則國家法治之盛，將以此兩電為始基矣。

雖然，最高軍政當局，於金案固表示尊重法權，信賴法院。吾人更斬望其對所有普通民刑事件，亦無不尊重法權，信賴法院，然法院果能自維護其法權之尊嚴，以防止他人之侵越乎？又果能自發揮其司直之精神，以誘起他人之信賴乎？吾人試以觀於法界上實際之現狀，其不屈於威武，不淫於利祿，峻潔廉幹，志操卓犖者，固不乏其人；而或柔懦愚闇，自損法威；或黷貨嗜利，自墮法信；影響法治，為世詬病者，則所在多有也。如此，而欲責人尊重之，求人信賴之，安可得乎？因是，吾固斬望軍政當局，澈底尊重法權，吾尤禱祝法院，先能自尊。吾固斬望軍政當局，澈底信賴法院，吾尤禱祝法院，先能自信。

論 著

德意志民事訴訟法新修改各點與我國民事訴訟法之比

較研究

羅蓉生

一

德意志民事訴訟法，非於一九二四年二月十三日，曾施行修改者乎？願以其修正之目的，欲使推事及律師，適切且迅速而解決訴訟；其實施後之結果，據學者與實務家之所見，乃大都反於修改時之所期。是因由推事及律師，未盡良善，而訴訟法的成分多採用其自由主義 *Liberalismus* 的思想，亦要因也。〔註一〕故民事訴訟，欲期理想的解決，必須有良善的推事與律師及其善良的法律制度。然推事律師，其一切皆能臻於理想上的良善之程度，誠極困難；反之良善的法律制度，則比較的能迅速且容易的得之。德意志一九三三年七月二十日

之律師法，民事訴訟法，及勞働法院法之修改，與同年十月二十七日民事訴訟法之修改，蓋即鑒於一九二四年二月民事訴訟法之大修改，頗不能得理想上的成績；特制定排斥自由主義的思想之法律制度，冀以完成關於訴訟解決的本來之目的也。

今將德意志政府，所為關於一九三三年十月二十七日民事訴訟法修改之宣言，述之於下：其言曰：「適合民意之司法，僅依保證國民能理解且能確實迅速進行權利保護之程序法可能之。當事者及其代理人，須自覺司法，不僅為自己保護權利，同時又特將國民全體之權利，盡保護之；不應為不真實之提供，而使法院誤認之，尤不應有故意或過失之遲滯，而使法院浪費審判的活動力也。故各人一面有權利保護之請求權，而又面有誠實且深切注意訴訟遂行而使推事容易發見正義之義務。推事亦有為程序的嚴重之指揮，及為關於與當事者密結的各個訴訟行為之精神準備，使準是而於頗單一的辯論而為陳述，且有努力由是可得為裁判的職務；不可避免事實上不必要之延期，與藉遲延陳述而使程序濡滯的情形之防止。完全口頭辯論，及直接審理，使推事對真實而容易充分發現，且使當事人對自白及推事，予以信賴，而使訴訟有效果；因而迅速的完全的口頭辯論及直接審理，得使訴訟手續，而為真正活

的手續。爲以上目的之完成，爲欲現存法律上手段之強固，且同時尙爲其他必要之修改，政府遂決定如此次公布之規定。「由此觀之，德意志民事訴訟法修改之意圖，可瞭然矣。」^{【註二】}

關於民事訴訟法兩度之修改，一九三三年七月所修改者：非辯護士之排斥，及直接審理主義之採用。同年十月所修改者：則在採用真實陳述主義，嚴重集中主義，證人宣誓，當事者訊問，直接證據調查，及其他各主義。前者同年七月二十三日施行；後者一九三四年一月一日施行。

【註一】 Baumbach, a. a. o.; Volkmar, J. W. 62 *Lehrung* 1933. H. 44. S. 2427f.

【註二】 *Reichsgesetzblatt* I. 1933. Nr. 120 S. 780 F.

二

茲陳一九三三年七月二十日之律師法及勞働法院法中之改正諸點：(一)前者關於律師資格得喪之條件，較從前嚴密。(二)後者非亞利安人應迴避爲勞働法院之仲裁裁判的仲裁人。其規定大概如此。

與以上兩者同日修改之民事訴訟法，則有若百五十七條與百五十八條。其一五七條改正如次：即「在法院以他人民事訴訟之處理為業者，非律師而為訴訟代理人及輔佐人，由口頭辯論斥退之。以民事訴訟處理為業者，為當事人而主張其讓受之請求，且法院依於心證，認為係以避免法院由口頭辯論斥退為目的，而被讓與其請求者，亦斥退之。（第一項）當事人，非律師之訴訟代理人及輔佐人，欠缺相當演述之能力者，法院得禁止其以後之演述；對此命令，不得聲明不服。（第二項）第一項之規定，對於依司法部之命令，許可在法院為口頭辯論者，不適用之；司法部當為其許可時，應注意本人辯論之適否；且法院許可律師之員數，亦須斟酌；以決定有無許可辯論之必要。（第三項）」是蓋為防止非律師的職業代理人之猖獗，遂有此當然由口頭辯論斥退之規定，視舊法「法院得斥退職業的代理人」的規定，則嚴重多矣。而舊法上所給予律師之辯論干與，即所謂辯護士職業困難（Anwaltsnot），亦較從前得幾分之救濟焉。而一五八條則亦因一五七條修改之結果，而為如次之修正：即曰：「干與辯論者，因維持法庭秩序而被斥退時，得依因聲明本人任意退庭的同一方法，而使其訴訟程序進行。已於第一五七條第二項之場合，在前辯論之際，為禁止演述之命令者，亦同。」但此

乃第一五八條之後段，故是不過一部之修改。我國非律師之跋扈，與訴訟程序進行之滯滯，甚爲世所詬病，於此似不無效法之價值？而民事訴訟法第六十六條：非律師而爲訴訟代理人者法院得以裁定禁止之」云云，予意實有修改如德法之必要矣。

三

茲更將一九三三年十月二十七日民事訴訟法修改之各點，順次說明如下：

(一)關於當事者真實陳述義務的規定 卽民事訴訟法第三百二十八條第一項新規定：「當事人，關於事實上之狀況，其陳述，須依完全且真實而爲之。」此種規定，視我民事訴訟法第一百八十七條：「當事人應就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述；」「當事人不得引用文件、以代言詞陳述，……」云云，本校切實，第從來所謂訴訟家，惟計各當事者的利益，在訴訟上，敢爲不真實的陳述，幾已相沿成習，因之陷推事於恍惚迷離之境，不得已對於其狀態，視爲單純的理論的場合而判斷；難於確知可爲真實發現之基礎的事實之真相者，亦世界普遍之現象也。故德意志法，雖修正如前文。予以爲未必能獲預期之效果；蓋當事者違反其

真實陳述之效果時，對之無何等之制裁故也。因此予對於奧大利民事訴訟法第三百十三條「對真正之證書，故意爭執者，課以臆測罰（*Pena tamen litigantium, mutwillensstrafe*）。之規定，不禁感其有普遍之需要。

（二）關於訴訟材料嚴密蒐集的規定，是亦可謂嚴格的集中主義（*Konzentrationsmaximale*）之採用。其一，乃關於依據書面的口頭辯論之準備，即第二百七十九條新附加之第二項。申言之，即于第二百七十九條第一項「當事人後於時機而提出之攻擊或防禦方法，足使訴訟遲延完結；且法院得當事人有遲延訴訟之故意或重大過失不於以前提出之心證者，得因聲請而駁回之。」之規定後，復新添第二項：「當事人怠於正當時機依準備書面（二七二條）通知攻擊或防禦方法，亦得於第一項之條件下駁回之。」是也。夫以此駁回後時提出攻擊或防禦方法之條件而論，似尚不若我國民事訴訟法第一八十九條第二項「當事人意圖延滯訴訟提出攻擊或防禦方法者，法院得駁回之。」云云，較為混括而妥當。何者以依我民訴法之規定，其駁回後時提出之攻擊或防禦方法，可因聲請或職權為之，實較備於德法之單純的因聲請而為之之規定也。至德法第二百七十九條第二項可以補同法第二百七十二條後時通知防禦

方法或攻擊方法之缺陷。我國民訴法第二百五十六條於當事人遲滯通知時之判決的規定，則爲同法第二百六十三條之不得於言詞辯論時追補。完密似相等也。

其二，乃關於第二審上訴理由應記載之旨趣。如第五百十九條第三項之規定：「上訴理由應包括者：一、對判決聲明如何程度之不服及應如何變更之陳述；二、關於不服所引用之各個理由，並當事人因使己之上訴爲正當所引用的新事實，新證據方法及證據抗辯之一定表示。」此蓋使上訴狀同時又卽爲準備書狀，與我國民事訴訟法第四百零五條之規定，大體相同。惟提出上訴狀之日期，是否應於上訴不變期間內提出，德法尙未明白規定，而以我國訴訟當事人遲延提出上訴理由書之惡習論，此點似宜有所規定也。

其三、從來於第二審，訴之變更，僅以對方之同意，得變更之，此第五百二十九條所規定者也；此次則已刪除之。是認審級制度應反於當事人之意思而維持之矣，此亦不能不謂爲進步的立法。我國民事訴訟法第四百十二條，仍固守當事人意思得變更審級制度之原則，其亦不無商量之餘地乎？

其四、關於第二審新提出之規定，如第五百二十九條：「當事人在第一審不主張之攻擊

及防禦方法，特別新事實及證據方法，得提出之。（第一項）在第一審不能主張，且其斟酌使訴訟完結遲延之新攻擊及防禦方法，並證據方法及證據抗辯，法院僅得當事人由有使訴訟遲滯之故意或重大過失，於第一審不為提出之心證者，得許其提出。此規定在第一審依於第二百七十九條，第二百八十三條第二項已被駁回當事者之提出，準用之。（第二項）第二項第一段之規定，上訴人於第二審得主張之新主張，違背第五百十九條之規定，不揭於上訴理由者，亦準用之。（第三項）反訴之提起，僅由對方同意，或法院以反訴請求，在繫屬之本訴，認為適當者，應許可之。（第四項）主張反對請求之相殺者，其所為之異議，僅原告同意，或法院認為於繫屬其主張之訴訟程序適當者應許可之（第五項）上段規定蓋由第二審之辯論，乃第一審辯論之續行，在無背於續審的性質範圍內，固宜許其得提出新事實並新證據方法也。此種精神我國民事訴訟法第四百十三條固亦具備。惟相殺抗辯在我國七年上字第六五六號判例，僅謂在控告審得提抵銷抗辯，法文則無明白規定，予又以此不及德法為完備耳。

（三）關於證據手續之直接審理的規定，第三百四十九條雖就受命推事之調停（*Gutliche Beilegung*）而規定之，然此次則新設如次之第二項規定。即「其他受命推事，要促進事件，

務於受訴法院爲一回之辯論，而使完結；推事爲此目的，各個之證據，亦得調查。此各個之調查，爲使受訴法院，辯論簡易之必要；且受訴法院亦無直接準備之證據，依證據調查經過，專門的對之能得評價者，得限於豫得認識之範圍內而爲調查之。事件，在受訴法院之前爲辯論之時機已成熟者，關於辯論之期日，以職權定之。辯論時機之成熟與否，受命推事與審判長之間，意見相反時，受訴法院，裁判其當否。一此與我國民事訴訟法第二百六十一條「準備程序終結後，受命推事應速將卷宗及證物提出於審判長，由審判長速定言詞辯論日期。」云云比較似有德法迅速之利，而無德法推事與審判長相爭之弊。不過德法明白規定「受命推事，要促進事件，務於受訴法院爲一回之辯論，而使完結」其精神亦可採也。

又第三百七十五條，亦爲如下之變更：即證人之證據調查：（一）爲真實發見，認當場訊問證人爲適當時；又法律上規定之證人，不於法院所在地訊問，却應於其他場所訊問時，（二）證人就審於受訴法院困難時；（三）證人住於與受訴法院遠隔之地，在受訴法院受訊問，認爲不便宜時；受訴法院之受命人員，或他之法院，得囑託之；大總統於其住所而受訊問。此即法國民訴法關於證人新變更之點。在我國民事訴訟法上，本不足視爲新奇，惟德法祇認

大總統有在住所受訊問之權利，而我國則推廣及於國民政府委員及國民政府各部會長官，及地方最高行政長官，是亦足爲法權張弛之明證焉。

(四)關於宣誓規定之變更(一)證人之宣誓；(二)當事者訊問場合之宣誓；(三)評定場合之宣誓 (Schwureid) ，及提出場合之宣誓 (Eiditioneid) 等規定的變更是。茲順次說明於左：

其一、第三百九十一條，修改如次：即「證人，法院因顧慮其陳述之重要性，或使爲真實的陳述，認宣誓爲必要；且當事人不拋棄其宣誓時，應爲宣誓。其第三百九十三條規定不宣誓之例外場合，不在此限。」是。其不要宣誓得爲訊問的場合之規定，如在第三百九十三條中不要爲宣誓者，即揭於同第一項第三號及第四號並第二項之規定，已予刪除，於是第三百九十三條，單成爲如左之規定：即「揭於左者，可不爲宣誓：一、訊問之時，尙不滿十六歲者；又因知能欠缺或心神耗弱，不能充分理解宣誓之趣旨。及效用者；二、依刑法規定，證人須於宣誓後受訊問之能力欠缺者；」是也。夫德法之宣誓，即我民事訴訟法上之具結，我國民事訴訟法第三百零二條第二項各款，即德法此次所刪除者，則可見宣誓之在德國民訴

法上，益擴大其領域也。然在科學日趨發達之今日，欲以含迷信神權意味的宣誓，以得真實，又如之何其可說。

次之第三百九十五條第一項，附加如次之事項即「訊問前，警告證人應陳述真實之旨，且應諭知證人須於法律規定之場合，在或條件下爲宣誓其陳述真實之意。」此亦與我國民事訴訟上第三百條第二項「審判長於證人具結前應諭知以偽證之罰」同。

其二、民事訴訟法第二編第一章第十節依於宣誓的證據(Beweis durch Eid)的部分，(第四百五十五條乃至第四百七十七條)予以廢止；其代之者，則爲新設「依於當事人訊問的證據」(Beweis durch artein ernennung)節，即第四百四十五條乃至第四百五十五條；(十一條)其他關於從來宣誓之規定，(第四五六條及第四七七條)則刪除之。從來在德意志，依於前述宣誓的證據，即當事人宣誓(Partheid)，爲富於同情的證據方法，而有最高證據力。然此次如奧大利民事訴訟，廢止當事人宣誓的證據方法，而代之以當事人訊問的證據方法。加之德意志民事訴訟法草案，亦同於此度之修改，新設當事人訊問證據方法，且廢止當事人宣誓的規定。然修改之規定，極簡單，且極便宜。而(一)當事人之一造，自己應爲之證明，

於當事者訊問以外之他項證據，不得爲完足，或他之證據方法，在無效果的場合，得聲明應訊問相對人關於應爲證明事實之旨，而爲證據，（四四五條一項）法院於有當事人之聲明，且有雙方之合意時，其對於爭執事實，有證明義務之當事人，亦得訊問之。（四四七條）而當事人爲共同訴訟人時，其應訊問所有共同訴訟人或其一人與否？當事人就全體情事決定之。（四四九條）關於某種事實之反對，法院認爲已能證明時，當事人訊問之聲明，不斟酌之。（四五條第二項）（二）口頭辯論及證據調查之結果，不足使法院就當事人主張事實之真否而得心證時，法院得以職權訊問當事人之一方或雙方。（四四八條）（三）相對人拒絕受訊問，或有法院之請求亦不爲其陳述時，法院應斟酌一切情事，特別其拒絕事由，對於所主張事實，能否立證，依於自由心證判斷之。（四四六條）（四）當事者訊問，由依於證據決定（*Beweisabgabe*）之法院命爲之；決定宣告之際，當事人本人未到場時，法院對於本人，應依職權送達決定通知，而爲訊問之傳喚；（四五〇條第一項）訊問前，更主張其他之證據方法者，中止決定之施行，又法院當要證明之疑點，依據新證據之提出，認爲明白者，不應爲當事人訊問。（四五條第二項）此等規定，當事人訊問，乃以其有第二次證據方法性質的當然之結果。

(五)當事人訊問之過程，其類似於證人調查者多，故關於證人的規定，(三七五條三七六條三九五條一項二條前段及三九六條三九七條三九八條)當事人訊問準用之。(四五一條)(六)民事手續，專被支配於法院自由心證之原則；特此原則，以其爲適用於當事人陳述價值考量之物；當事人有於最初不爲宣誓而被訊問者，推事爲得陳述真實與否之確信，認爲有使當事人爲宣誓之必要者，得使當事人爲關於其陳述之宣誓；當事人雙方應就同一事實訊問時，如奧大利民事訴訟法第三百七十七條第二項，僅限於其一方，應爲宣誓上之陳述。(四五二條一項)宣誓之形式，乃當事人本諸良心，陳述真實，且任何事亦不隱祕之誓詞。(同條二項)當事人違背宣誓義務而受有罪之確定裁判者，不應使之宣誓，而相對人得將宣誓拋棄之。(同條三項四項)(七)法院就當事人陳述之真否，並陳述之拒絕，或宣誓之拒絕，以自由心證判斷其價值。(四五三條)(八)當事人以不但無應受訊問之義務，且得拒絕其陳述，因而訊問期日，不應強制其到場；此與爲使訴訟關係臻於明瞭可命當事人本身到場(德民訴一四一條)者，異其趣矣。蓋後者之場合，非成立於宣誓可能之下，且非應爲證據方法之陳述，却是使當事人之主張，更過於明瞭。當事人不於訊問日期或宣誓日期到場時，法院斟酌全體情事，

特別當事人不到場之事由，其應視為拒絕與否，以自由心證判斷之。（四五四條第一項）當事人不到場之事由而為說明時，法院更新指定訊問日期。（同第二項）反之不能就不到場之正明者。法院視為當事人拒絕陳述，且本此拒絕，以自由心證判斷其結果。（四五三條四四六當事由為說條）由當事人不到場，視為拒絕陳述時，法院應進而就本案為審理。（四五四條二項）（九）當事人一方，為無訴訟能力時，以訊問其法定代理人為原則，法定代理人為多數人者，訊問其一人或全體與否，法院斟酌一般情事而決定之。（四五五條一項）已達十六歲之未成年，並心神耗弱，浪費者，或因嗜酒宣告禁治產者，或在監護下之成年者，其由本人自身行為所發生之事實或其本體為審理之對象者，可得訊問之，且從一般情事認為相當時，法院得使之為宣誓。以上規定，在訴訟中，應由保護人代理訴訟能力者亦適用之。（同條二項）

民事訴訟法第五百三十三條，修改如次：即「第二審法院，對於第一審迴避訊問又拒絕陳述或宣誓當事人之訊問或宣誓，限於得當事人之迴避或拒絕，有充分之理由，且爾後其理由已消滅之心證者，得命令為之。（一項）當事人於第一審受訊問，且就其陳述為宣誓者，第二審法院，得依於相對人之宣誓，而命訊問，但以第一審不許為訊問或宣誓者為限。（二

項〕本段所述各種規定，實已充分發揮直接審理之精神，而爲我國民事訴訟法所未備者，亦不少有之，此誠堪研究之問題也。

其三、修改後之民法刪除第二百八十七條關於損害自由評定規定中第一項第三段及第四項，而代之以關於評定宣誓的規定：即「法院的就損害或利益訊問舉證者，第四百五十二條第一項第一段第二項乃至四項之規定準用之。」因之第二百八十七條第一項之條文如下：「損害是否存在，及損害之額，或應賠償利益之額，當事人有所爭執時，法院以自由心證，斟酌一切情事裁判之；由聲明而命證據調查與否，或應以職權而使鑑定人爲之鑑定與否，及其限度，依於法院之意見定之，法院得就損害或利益訊問舉證者，第四百五十二條第一項第一段第三段乃至第四段之規定，準用之。」夫就舉證者課以宣誓而釋明損害是否存在？及損害之額，或應賠償之額，此亦促訴訟程序迅速完結之一法也，法院果能體貼立法之精神，於其可用者而一用之，爲益亦甚大矣。

其四、關於提出宣誓之第四百二十六條，又關於提出義務 (Vorlegungspflicht) 之第四百二十七條，其規定加以全部修改：即相對人爭證書占有者，關於證書所在之訊問，其訊問期

日之傳票，宜注意證書之所在而表示應探索之旨；關於其他，第四百四十九條乃至第四百五十四條之規定，準用之。法院得證書由相對人占有之心證時，命其提出。（第四百二十六條）而相對人不從證書提出之命令或法院於第四百二十六條之場合，得相對人不注意探索證書之所在時，由舉證者提出證書之謄本，得視為正當，證書不提出謄本時，舉證者所主張證書之性質及內容，得視為已經證明。（第四百二十七條）此其規定，以視我國民事訴訟法第三百三十一條：「法院因確定訴訟關係，依職權命當事人提出文書者，以知該文書為所執者為限。」又同法第三百三十三條：「當事人無正當理由，不從提出文書之命者，法院得依自由心證判斷他造關於該文書之主張，是否正當。」云云，似較嚴密；但予終以我民訴法，條文混括，為較善耳。

（未完）

希伯來法系初期立法之基本精神

劉陸民

一 希伯來法系之由來

世傳人類自亞當傳至第九世爲挪亞。挪亞有子三：曰閃；曰含；曰雅弗。此三人者，全世界人類之初祖也。其後閃之一派，傳九世至他拉。有子三：曰亞伯蘭；曰拿鶴；曰哈蘭。亞伯蘭者，卽希伯來人之族長也。年七十五，携其侄羅得，與其妻撒萊，自哈蘭，而迦南，而埃及，而復返迦南，財物益多，雖與其侄分居，而牧人常致相爭；於是羅得遷居所多瑪，亞伯蘭遷居希伯來；年九十九，重蒙主眷，賜名爲亞伯拉罕，義卽衆族之祖。翌年，其子以撒生。以撒年四十，娶利百迦爲妻，生以掃雅各。雅各復生子流便西緬猶太利未等十二人，此所謂以色列十二支派者，卽指此雅各之十二子也。其又謂之以色列者，以相傳雅各歸自哈蘭，在雅博渡，而與天使角力得勝，由天使賜而名之也。迨後以色列十二支派，又遷埃及歌珊，遊牧爲生，族類日繁。因以見嫉於埃人，而予以奴隸之待遇。利未派之摩西亞倫等，遂

假宗教之力，團結族衆；於埃王前，多顯異蹟，逼允其率所有族衆，離埃三日路程祭主，遂借此越紅海而東，幕居於西乃曠野，以計劃進取赫人亞摩利人迦南人比利洗人希未人耶布斯人之地。則欲統治此數十萬之族衆，達到建國之冀圖，自非立法定制，無以規範羣倫。舊約聖書謂：耶和華上帝。在西乃山書「十誡」於石板以授摩西，吾人以爲此，由摩西自審在以色列人中，夙非重心人物，威望尚不足總攝一切，不得不假借神意，而控制此迷信甚深之族衆也。希伯來法系之由來，大略如此。

一一 希伯來法系之重要文獻

希伯來人摩西，率其族衆，幕居於西乃曠野，約在紀元前十世紀左右。故其所謂神授之「十誡」，「僅次於紀元前二一〇〇年之哈謨拉比法典。因是摩西「十誡」，「不惟在希伯來法系中，有偉大之價值；即在人類文化史上，亦居甚古之地位。其內容如下：

1. 不可敬奉別神；
2. 二不可爲自己雕刻偶像；上天下地，及水中百物，不可雕刻其像；不可禮拜其像；亦

不得事奉之；因子即汝等之上帝；是忌邪之上帝；怨恨子者，子必罰其罪，而延及於

三四世之子孫，敬愛子而遵守子之誠命者，子必加恩，千秋罔替；

3. 不可妄呼汝上帝耶和華之名；否則，斷無不罰；

4. 宜紀念安息日爲聖日，六日內，汝可操作百工，第七日，是汝上帝耶和華的安息日，

汝與兒女奴婢，及牲畜，並外邦客旅，無論何工，皆不可作；

5. 宜孝敬父母，使汝可在子所賜之地，延長其壽；

6. 不可殺人；

7. 不可姦淫；

8. 不可偷竊；

9. 不可作偽證，以陷害他人；

10. 不可貪慕人妻，及其奴婢，牛驢，並其他一切所有物。

吾人觀於上述「十誡」之精神，在使以色列人，對於耶和華上帝，信奉爲惟一萬能之神，敬畏而不敢爲惡。其深意：尤在使以色列人，一其信仰，仇視他神，卽以仇視奉事他神

之赫人亞摩利人迦南人比利洗人希未人耶布斯人等，慨然長征，掃穴犁庭，誓有以人其人，火其居，掠其物，君其地，而後已者也。至世所傳摩西之五書，——即創世記出埃及記利未記民數紀略申命記，其中所載律法，載籍所傳，固皆以爲由耶和華上帝，在西乃山，西乃曠野，與摩押平原，繼續傳授於摩西；吾意以爲；希伯來法系初期之律法，係由「十誡」演繹而成，其立法之本意，固與「十誡」無殊。吾因以摩西之「十誡」與五書，爲希伯來法系初期重要之文獻。

三 希伯來法系初期民事法

希伯來法系初期重要文獻，爲摩西之「十誡」與五書，與夫「十誡」五書立法之本意，既述如上。換言之，希伯來法系，初期立法，因在肇劃建國之際，富有一種民族主義的精神，已概如上述。茲特分析五書中各種不同性質之律法，以論證吾人之理解。於是首從五書中摘其有民事性質者，爲編輯之如左：

(甲) 總則

第一、法例。

1. 民事律法所未規定者，依神意。

【說明】以色列人，應遵主誠命條例，在摩西五書中，不啻三令五申，其宜以遵守律法爲原則，固無疑義。然律法未經規定者，在方今各國民法，多定爲依習慣；無習慣者，依條理。在以色列人之習慣，其抵觸律法者甚多，而摩西之判事，凡律法未明定者，卽臨事求主指示，是其依神意，非依習慣甚明。惟彼所謂神意者，吾以爲是亦今日所謂「法理」之類也。

2. 民事所適用之神意，以能成就其事，而使發生效力者，爲限。

【說明】神莫能近人，惟由以色列人之所謂「先知」者傳達之。「先知」若私心自用。不畏傳失其真乎？主嘗命摩西諭以色列人曰：「先知傳語，如無成就，無效驗，卽非主所授意，是由先知自述，不必遵從。」則神意須又能而合理，不能參雜私人之妄見，固彰明較著也。

第二、人。

1. 人之自由權，得由自己拋棄之。

【說明】出埃及記：以色列人，以同族人爲奴，供役六年或七年，應許回復自由。若有妻子，亦令同去。若奴謂：我愛主人，我和我妻子，不願離此自由。主人便宜領赴士師處，於門旁或門框旁，用錐穿其耳，即從此永遠爲奴。則人之自由權，得由自己拋棄之，固甚明已。

2. 妻或幼女，有限制行爲能力。

【說明】民數紀略：人若在主面前，發願起誓，不可失信。但幼女在父家，於主面前許願起誓，父聞之默然，即當還願守戒；若父禁止，即可不還願，不守戒，神亦不以爲罪。妻在丈夫管理之下，亦然。故妻或幼女，可謂限制行爲能力人。

第三、物。

1. 稱聖物者，謂獻與主之祭物。

【說明】以色列人，若獻祭物與主，爲火焚祭，素祭，贖罪祭，贖愆祭，酬恩祭，所獻者，無論爲羊，爲牛，必無殘疾者，方蒙悅納，而爲聖物。

2. 稱財物者，謂牛羊駱駝驢，及奴婢等。

【說明】在希伯來初期立法之時，尙以遊牧爲業，故皆以牛，羊，駱駝，驢，等牲畜爲財物。至於奴婢之爲財物，主之所命，應限於買自異邦人中者，是亦民族主義的精神，有以使之然也。

(乙) 債權

(子) 債之發生

第一、契約

1. 契約，不必用文字爲之。

【說明】觀希伯來人，在摩西挈赴西乃，進據摩押之時，無論人與神間，人與人間，未見成立契約，須用文字的誠命。其契約完全由口頭表示其合致的意思而成立，可以知己。卽令事體重大，特意表示其信誓不忘計，亦不過如我國古時，指山指河，以爲約束而已。如以色列辭拉班而返西珥，拉班忿而率諸子，追及於基列山，搜查無所得，遂乃宴飲和好，立石堆爲約以證之，卽其例也。

2. 契約妨害公共之利益者，無效。

【說明】如關於買賣雇傭等類，均不容當事人自由，視今日之社會本位的法律，毫無遜色，以後於各該本項說明之。

第二、侵權行為

1. 因故意或過失，侵害他人之身體或財物者，負損害賠償責任。

【說明】讓以下分別舉例說明之。

2. 牧放牲畜，縱其踐食他人田園產物者，負損害賠償之責。

【說明】出埃及記：人若在田間或葡萄園裏，牧放牲畜，更縱其入他人田園，踐食禾稼或果實者，應用自己田園佳美出產賠償之。

3. 舉火焚燒荆棘，因而延燒他人堆集食料，或未割禾苗，或田地者，負損害賠償之責。

【說明】出埃及記：人若舉火焚燒荆棘，因而延燒他人堆集糧食，或未割禾稼，或燒壞他人田地，舉火人，便當賠償。

4. 井口疏於防範，損及他人牲畜者，負損害賠償之責。

【說明】出埃及記：人若敞開井口，或掘井不將其口掩蓋，致他人之牛，羊，驢，陷於井內者，其井之主人，應按牛，羊，驢，之值，賠償其主。陷入井內之死牲，則歸自己。

5. 侵害他人之身體健康者，應對於被侵害人，負賠償損害之責任。

【說明】出埃及記：人若彼此相爭，或用石砍，或用拳擊，被傷害者，尚不至死，能扶杖起行者，傷害者，可免刑責。但當賠償其因受傷所發生之損失，並須延醫療治，復原後已。

又律法：人若彼此相爭，打傷孕婦，尚無別害，應當按婦人之夫所索錢財，在士師前賠償之。

6. 房屋建築有欠缺，致生損害於人者，負賠償之責。

【說明】申命記：建造房屋，應在屋上四圍，安置欄杆，恐有人從房上落下，則流血罪責，應歸房主。（按希伯來人在摩西之時尚屬張幕而居本條云云蓋豫備於奪取迦南全境後民安其居時而適用之也）

(丑)債之標的

第一、貨幣

1. 債務之以金錢計算者，以希伯來適用之貨幣給付之。

【說明】按摩西五書所載：關於債務之給付，每日：銀若干舍客拉，則其金錢債務，限

於以希伯來之通用貨幣為給付可知。

第二、利息

1. 借債於同族貧窮人者，不得取利。

【說明】出埃及記：以色列人，有窮人與富厚人同居一處者，富者對於貧者，必借給金

錢或糧食，不可如放債者取利。

2. 借債於外族貧窮人者，得取利息。

【說明】非我族類，無扶助之義務，故得取利息。

(寅)債之效力

第一、給付

1. 同族之債務人：因貧窮無給付之能力者，延緩其給付義務。

【說明】出埃及記：以色列人，因貧而以衣服臥具，押借金錢食糧者，至日暮時，雖不履償債務，仍須將所押之物歸還。因無此，則無以蔽體而供安眠故也。

(卯)債之消滅

第一、清償

【說明】清償而可消滅其債務，此無待於舉例說明。

第二、豁免

【說明】申命記：每七年當為豁免年。凡放債與隣舍及族兄弟者，本年應當豁免，不可催逼償還。但可催外邦人償還之。其富裕者，亦不可因豁免年近，弗貸與同族貧人。

(辰)各種之債

第一、買賣與贖回

1. 奴婢之買賣與贖回

【說明】出埃及記：人買女爲婢，如或不喜，便當許其贖身，不可轉賣與異邦人。若爲親子選定，卽當待若女兒。子若另娶一妻，其待遇婢女，仍須保持常態。如有苛待情形，彼婢女，卽可不償還贖價，回復自由。（按此當係待同族人鬻作婢女者）

2. 禧年，與田宅賣贖之影響。

【說明】利未記：以色列人，每七年有一安息年。過七個安息年，卽四十九年，而至第五十年，當作聖年。應宣告國內一切居民，可以自由自在，此爲以色列人應守的禧年。本年對於以前四十九年內所爲田地及鄉村住宅買賣，盡歸原主。……地不可永賣於人，因屬我耶和華上帝所有，汝等以色列人等，在我耶和華上帝面前，不過如客旅寄居，在汝等所得爲業的土地，當許原賣者贖回。汝同族中，如有人因貧賣地，本族有願爲贖回者，可聽其代贖。若無人代贖，而本人能贖者，便當從賣時起算，將所餘年數的剩價，償還買主。若本人不能贖，則業產由買主管有，一到禧年，卽無償歸還原主。人若賣城內住宅，要贖，只

可在賣後一年之內；如一年之內不贖，此宅即永歸買主，世代爲業，不受禧年影響。但利未人在城邑內的住宅，仍隨時可贖，即不能贖，禧年宅仍歸還原主。惟利未人所有城郊之田，永不可賣。

3. 禧年與同族自賣爲奴者之影響。

【說明】利未記：以色列人，因貧自鬻於同族人者，應待若寄居之客旅，或待若受雇之工人，一屆禧年，應聽其自由而去。（按此當係未屆六七年即逢禧年）其因貧自鬻于作客之外邦人，必贖出，贖之時，當與買主計算，自賣時起，迄禧年止，共有幾何年，將賣銀折作歷年工銀，若算到禧年，剩下年多，便當多償贖價，年少，則少償贖價。若人不能代贖，而彼亦不能自贖，一屆禧年，仍當許其自由。（按希伯來人，對於同族所買自外邦之奴婢，則當作家業，遺留於子孫。而同族人之自買與賣於外邦人，則受禧年限制，無償可得自由，是固亦民族主義的精神之一表現也。

第二、借貸

1. 借人牲畜使用，致有死傷者，以貸與人是否同在一處，定損害賠償責任之有無。

【說明】出埃及記：人若借用隣舍牲畜，或死或傷，本主不在一處，即當賠償牲畜。如

本主同在一處，即可免除賠償責任。

第三、雇傭

1. 受雇人報酬，須當日給付之。

【說明】利未記：窮乏工人，無論同族或外邦旅客，必須當日給付工資，不可待到日落。

2. 受雇牲畜，死或傷者，雇主不負賠償之責。

【說明】出埃及記：人若雇來他人牲畜，或死或傷，不必賠償，以其用工價雇來故也。

第四、寄託

1. 將銀兩器皿寄託隣舍看守之例

【說明】出埃及記：人若將銀兩器皿，交付隣舍看守。如被賊人竊去，拿獲賊人，則使其加倍賠償。否則，即應領看守隣主，赴士師處，究問情實，聽候裁判。果係

由看守主人侵占，便當加倍賠償。

2、將牛羊驢等牲畜，寄託隣舍看守之例。

【說明】出埃及記：人若將驢或牛羊及其他牲口，寄託隣舍看守，或死或傷，或被人搶，並無別人見實，看守人應對物主起誓曰：「我本已未嘗瞞鄰人的物。」物主即當罷休，不必要求賠償。若被偷竊，看守人，仍不能免賠償之責。若牲口係被野獸咬死，當以被咬死之牲口，作為見證，不必賠還。

(丙)物權

第一、土地

1、土地為神所有

【說明】希伯來人，原為遊牧民族，逐水轉以居，無定着土地。其財產，僅限於牛羊驢奴婢及衣服等。迨摩西挈舉族出埃及，而幕居西乃曠野之際，亟為奪取迦南之圖。而其激勵部衆，效死前驅之方，則為耶和華上帝以迦南地賜與以色列人為言，故私人所有土地之觀念，自始不存於希伯來人之腦中。因此，土地之所生

產者，遂亦不能全部的，絕對的，爲私人所有。則希伯來法系初期民事立法，似亦饒有社會主義的意味者，皆此土地神有的觀念，使之然也。

2、人有自由摘食隣人田園果實之權利。

【說明】申命記：以色列人，若進入隣人葡萄園，可飽食其葡萄，但不可用器皿裝去。

若進入隣人的穀田，可用手摘取穗子，但不可用鐮刀割取。

3、田地收穫，須留田角，如有遺落，不准拾取。

【說明】利未記：凡收穫田地間的五穀，不可收割至於田角。而收割時，有所遺落，不可拾取。其摘取葡萄園果實，遺落於地上者，亦然。此蓋留以備貧民及外邦客

旅之貧者，拾取而食之也。

4、每三年之末，應取本年土產十分之一濟貧。

【說明】申命記：每屆三年之末，應將本年土產，十分取一，留在城中倉庫，以供以色

列人中無行無業之利未人，及住城中之外邦客旅，並孤兒寡婦，取而食之。

5、田地耕種，每屆七年，須作爲閒田，生產公有。

【說明】出埃及記：田地可以六年耕種收穫，至第七年，必當休息，作為閒田，使族中貧民，及外邦客旅，得以共享田間生產，餘亦可以惠及禽獸。其對於葡萄園，油果樹園，亦然。

第二、牛羊驢奴婢等

1, 對於他人所有迷路牛羊驢等牲畜，有送交或收留之義務。

【說明】申命記：以色列人，若遇同族人的牛羊驢牲畜，迷失路途，不可掩目不理，應即帶送失主。若失主住處寥遠，或不認識其人，亦須收留在家，以待來尋。其他衣服及一切物件，如遇同一情形，均宜如此辦理。

又出埃及記：若遇仇敵的牛羊驢迷路，必當帶回給主。若見挾恨人之驢，在重負之下，臥於道旁，亦須幫助解下重負。（按所謂仇敵者當係指同族中之嫌怨者言）

2, 對於他人逃奴，有收藏不交付其主之義務。

【說明】若有他人逃奴，投奔自己，不可交付其主人，並不可加以欺凌，無論彼願居何

處，均聽自由。

(丁)親屬

第一、婚姻。

1, 一夫得同時娶多妻。

【說明】以色列娶拉班二女爲妻，尙從亞蘭俗，先娶大女，後七日再娶小女。至其兄以掃，更同時娶赫族二女爲妻，且妻之地亦相等。在吾人今日觀之，未始不認爲怪制；然在希伯來人當日，固視此爲族類繁滋之惟一方法也。其後，此風在希伯來人中，究竟存在若干年？則尙無可考。

2, 一夫於多妻外，更得納妾。

(說明)希伯來之族長亞伯拉罕，曾納夏甲爲妾，生以實瑪利。以色列卽雅各，亦納其妻利亞之婢悉帕，拉結之婢辟拉爲妾。是一夫而多妻多妾矣。仍不外出於族類繁殖之一念。

3, 同族結婚，亦無親等之限制。

【說明】亞伯拉罕之妻撒萊，乃其同父異母之妹；拿鶴之妻密迦，爲其弟哈蘭之女，以撒之妻利百加，乃其從兄弟彼士利之女；是或以兄娶妹；或以伯娶姪；甚至如羅得由其二女，醉之以酒，輪流交媾，以傳其後，則更荒謬絕倫。是希伯來游牧民族，當時尙未脫離草昧之習，幾近於禽獸之行，於此可想見矣。

4, 結、婚、年、齡、甚、大。

【說明】結婚年齡，在律法本無規定。然就以撒年四十而娶利百迦；以掃年四十而娶赫族二女之事觀之。亦可想見其時結婚年齡，必甚大也。

5, 娶、妻、應、以、娶、同、族、女、子、爲、原、則、以、娶、他、族、女、子、爲、例、外。

【說明】不可與異族女子爲婚，以免誘事別神，此在摩西五書中，曾往復啓示惟恐或違。但與異族爲婚者，亦非無有也。律法：與仇敵戰爭，擄得美女，悅而欲娶爲妻，可挈赴本已家中，令其薙髮，修指甲，脫去被擄時所着衣服，任其哭伊父母一月，然後與之同室可已。若以後有所不樂，應許其自由，不可賣與他人，亦不可作爲婢女，因伊已被玷辱故也。

6, 祭司娶妻之限制。

【說明】利未記：祭司娶妻，僅可娶本族中處女。寡婦，妓女，被休婦人，被污婦人，皆不可娶。

7, 休妻及休後不准再娶之限制。

【說明】申命記：人若娶妻後，見妻有可憎惡之事，即寫離婚書，交付她手中，使她離而歸人。嫁別人後，復遭後夫厭惡，其手續亦與前夫之離異相同。如後夫亡故，其休她之前夫，亦不准再娶為婦，因此乃主所憎惡之事。

第二、嗣子。

1. 兄無子身故，弟須娶兄之妻，為兄傳後。

【說明】申命記：弟兄同居，無子身故者，其妻不可嫁外人，夫之弟，當娶而為室，頭生之子，必為死者後嗣，以免死者之名，在以色列人中絕滅。若弟不願娶兄之妻，她即當到本城長老處，說明：我亡夫之弟，不願娶我，不願他兄在以色列人中有後。本城長老即應召其弟來問，他若執意不肯娶她為妻，她即在長老面

前，脫其鞋，而吐沫於他之面曰：凡不願爲兄生子留後者，都當如此待遇，以色列人中，必稱他爲脫鞋之家。

(戊)繼承

第一、男子繼承財產

- 1, 長子繼承財產，須多給一分。

【說明】申命記：人若有二妻：一爲所愛；一爲所惡；但皆生子。而長子係所惡者生。

迨分產業，不可因惡其妻，而膜視所生子之長子身分，產業仍須多給一分。

- 2, 長子而外，妾之子與妻之子，均等繼承家產。

【說明】亞伯拉罕未死時，除以財物給以撒外，餘分給衆子，卽其例也。

第二、女子繼承財產。

- 1, 人死無子者，其財產由其女繼承之。

【說明】西羅非哈死，因無子，其女五人，求繼承父業，摩西以爲是。

- 2, 女子繼承父業者，須嫁本支之人。

【說明】所以免本支之田地，因承業之女子出嫁他支，爲之減少也。

第三、繼承之順序

- 1, 子；
- 2, 女；
- 3, 兄弟；
- 4, 伯叔；
- 5, 本族中之最近親屬。

【說明】主在摩押平原，囑摩西諭以色列人曰：人死無子者，應將其地業歸於其女兒；若無女兒，應歸其兄弟；若無兄弟，應歸其伯叔；若無伯叔，應歸於其本族中最近親屬。

觀以上民事法的規定，無不以以色列族的利益爲其中心。且其所規定者：對於財產權行使之限制，契約自由之限制，處分權之限制，皆比今日所謂社會本位的法律，更爲澈底，此真可貴而可異者也，惟奴婢與財物等視，以及一夫多妻之制，顯爲重大之缺點，爲可惜耳。

四 希伯來法系初期刑事法

希伯來法系初期刑法，驟視之，則有甚可異者，即極端的宗教色彩也。若視其為迷信之產物，殊怪誕而無可供研究之價值，世將以研究之者，為無絲毫之意義。然若能透視崇拜一神之裏因，在統一以色列人之信仰，激勵其仇視異教，即以仇視異族之志氣，則其偉大之價值，固尚巍然而獨存也。茲為分別編述于下：

(甲) 總則

第一、法例

1, 行爲時之律法，無明文認以為罪者，得由神意處罰之。

【說明】希伯來法系初期之重要文獻，如摩西「十誡」與五書，皆由耶和華上帝所傳授，是法律即神意已。故律法無明文規定的行爲，是否含有犯罪的性質，得由神意決定之，自爲當然之解釋。

2, 本法適用於以色列人，但特別應適用或進用于外邦客旅者，于各本條規定之。

【說明】主對摩西傳授律法，多曰「汝等。」所謂「汝等」者。即指以色列族人言也。至應適用或準用于外邦住在以色列族人中之客旅，亦於傳授律法時，已爲明白之指示，故特擬定本條如上文。

3. 對於牲畜，限於有特別規定時，得科其刑。

【說明】當摩西時，以色列人，尙以遊牧爲主要之生活，其牲畜之不馴良者，亦足侵害社會之秩序，故在某種狀態之下，以之爲犯罪之主體，而科以一定之制裁。此其基本觀念，仍不外於所謂「報復」。試觀創世紀上帝對挪亞諸子曰：「有害汝等生命，流汝等之血者，無論爲獸爲人，予必討他之罪。」云云，可曉然于立法之旨趣已。

4. 人恃主犯罪者，應承認其罪，而加原物代價五分之一，以賠還于被害人，若被害人不在，即交付于其親屬，如無親屬，或親屬亦不在時，即將其賠償金，歸于祭司，並獻公、綿、羊、爲贖罪祭。

【說明】民數紀略：以色列人，或男或女，若恃主陷在罪愆，應承認已罪，將所虧負于

人者賠還，另外加五分之一。若受賠償人不在，又無親屬代受者，即應將賠償金獻主，歸于祭司；另外又獻公綿羊爲贖罪祭。

第二、刑事責任

1、過誤犯罪，已循例獻祭者，不罰。

外邦客旅，亦同。

【說明】民數紀略：以色列人，或外邦客旅，無知犯罪，循例獻祭者，必得赦宥。如存故意犯罪，即是褻瀆主，無論以色列人，或外邦客旅，都必滅絕。

又所謂獻祭例者，即（一）受膏祭司，悞犯誡命，使族衆陷在罪裏，須將無殘疾之公牛犢，獻主爲贖罪祭。（二）以色列會衆，悞犯主誡命之一條，行所不可行者，遂致陷于罪愆，以後方始知覺，即當獻一隻公牛犢，爲贖罪祭。（三）族長有誤犯主誡命之一條，行所不可行者，遂致陷于罪愆，以後方始知覺，即當獻一隻無殘疾之公山羊爲贖罪祭。（四）族衆有誤犯主誡命之一條，行所不可行者，遂致陷于罪愆，以後方始知覺，須獻一隻母山羊爲贖罪祭。以上各祭

例，外邦客旅，當準用之。

2. 過悞殺人者，不適用前條規定，但應藏匿于逃城。

【說明】出埃及記：人非有心殺人，卽是上帝偶然假其手而殺之。我（上帝之自稱）必有一地方，給此過悞殺人者逃避之。

又申命紀云：汝上帝耶和華，將列國滅亡，以其地賜予汝等，汝等當在所賜地內，分出三座城，以供過悞殺人者逃避。汝等尤當修治與這三座城相通之道路，以便利過失殺人者，向此地脫逃。其可以享受此逃城之保護者，亦有定例。卽是平常與人無仇恨，而無心殺人者。假如與同伴進森林砍伐樹木，其所持伐樹之斧，忽然脫柄，飛中同伴要害，以致斃命，卽其例也。

3. 藏匿于逃城者，在大祭司未死亡前，擅出境外復仇者得治死之。

【說明】民數紀略：人無仇恨，偶然將他人推下，或將物擲在身上，或于未看見時，將石擲在身上，致人于死者，會衆必救此人，離報仇人手，使投歸逃城居住，待到受聖膏之大祭司死亡後，始可以出。否則？先出逃城境外者，報仇者將其殺

死，不以爲罪。

4, 藏匿于逃城者，在大祭司未死亡前，不得贖出之。

【說則】投奔逃城，在大祭司未死之前，亦不准贖回本土，蓋恐污穢汝等所居住地也。又有謂在大祭司死亡後，可准回本土者，以殺人罪，乃一種將最貴重的人命，不法縮短的可怖可惡之犯罪，無論以如何之財物，而不能贖者也。故殺，過失殺，于此點皆無所異。人之生命，既唯生命，始可能贖。則殺人者，已歸逃城，而保全其生命，則不認有其他何等可以贖罪之物，自爲當然之理。但于此，大祭司死亡之時，即大祭司生命終了之時，其生命可視爲代替過失殺人犯之生命，換言之，犯人之生命，以大祭司之生命爲贖者，方可自逃城而出者也。是亦不無相當見地。

5, 故意殺人者，處死刑。

【說明】民數紀略：人若用鐵器、石頭、木器、毆人致死者，即是故殺；合當治死，又若挾恨，突將他人推下；或故意擲物品于人身，因而致死；或因仇恨，用手毆

人致死；此皆故意殺人，合當治死。又故意殺人犯，不准贖命。

6, 故意殺人犯，投奔逃城者，其犯罪地本城之長老，應自逃城，將犯人帶出，交復仇者治死之。

【說明】此乃基于報復之觀念使然，其理由無待說明。

7, 對故意殺人犯，得爲報仇。

【說明】對一般不准復仇，乃律法所明定；而獨對於故殺許其報復者，重人命也。

8, 故殺犯，科死刑者，必要有二人以上之證言。

【說明】律法：凡殺人而有人作見證者，必當治死。但不可僅憑一人作見證而治死之。

9, 遇斃于野者，應由最近城邑之長老，依定式禱告上帝，懇求赦免之。

【說明】申命記在上帝所賜汝等之地上，如遇有被殺之人，倒在田野，不知犯人爲誰者。長老士師，應即蒞勘，相度被殺屍身與四圍城邑道里，孰遠孰近後，卽由最近城邑之長老，取一隻未曾負軛耕作之母牛犢，牽至有長流水澗未經耕種山

谷，將牛犢頸項砍斷。其最近城所有長老，均于上洗手禱告曰：我等之手，未曾流此人之血，我等之目，亦不會見此人之死；求主憐恤以色列民，不要使流無辜之血。如此，流人血之罪，必得赦免。

第三，刑名。

1. 刑分左列五種

死刑

傷害刑

鞭刑

罰金刑

呪詛刑

【說明】刑之種類，在摩西五書，大體僅以上五種。而尚有賠償一種，間有類似於刑事制裁者，吾人以爲此由民事責任，與刑事責任，混淆不清所致。究之對私人所爲之賠償，在法律上之性質，固仍不失爲民法上之行爲，故於此不認賠償爲刑

名之一種。

2, 死刑用石砍殺，或用火燒殺之。

【說明】在以色列人，以鐵器爲最污穢之物，故刑具多用石與火。

3, 死刑囚，懸掛于木上者，應於當日埋葬之。不可遲至翌日。

【說明】凡被懸掛於木上之死刑囚，皆在上帝面前受呪詛者，不可懸掛過夜，以污穢上帝所賜於以色列人之土地。

4, 鞭刑，於士師面前執行之。

鞭數不可超過四十。

【說明】申命記人有爭訟，須赴士師處聽審，士師當分辨人之善惡。如人應受責打，士師當使之伏在自己面前地上，按罪責打。但僅可責打四十，若或過多，卽是輕賤同族。

6, 罰金，由被害人領受之。

【說明】此多由於對人所有財物而犯罪者所受之懲罰，乃不以之歸於國家，而以歸於被

害人，是亦私人報復之觀念，有以使之然也。

6, 凡不遵行上帝之律法與一切言語者，必受呪詛。

【說明】呪詛本無一定之內容，大體無論犯死刑，傷害刑，鞭刑，罰金刑者，皆神之所呪詛者也。換言之，即由神按犯人所犯各種之罪狀，而應報以各種之惡結果是已。然予仍認爲一種獨立刑者，即律法上認之爲罪，而又未明定應處死刑或傷害刑，或鞭刑，或罰金刑者，自當理解爲處獨立呪詛刑也。

第四、累犯。

1, 凡屬違誡命律法，怙惡不悛者，每加七倍懲治之。

【說明】此所謂累犯者，即累犯不悛之意。利未記主謂汝等若不聽從我，不遵行我一切誡命，藐視我一切條例，厭棄我之法度，違背我之盟約，我必懲治汝等，使汝等身病田荒，而族衰，爲仇敵所蹂躪。如此：若仍怙惡不悛？我必按罪加七倍懲治；使野獸橫噬人畜，道路叢生荆棘。如此，若猶未改？則再按罪加七倍降罰；必使刀兵瘟疫，一時並發，漸致種族消滅而後已。但雖至於此極，設能悔

罪者，仍不棄絕到底也。

(乙)分則

第一、褻瀆上帝罪

1. 褻瀆主名者，處死刑。

外邦客旅亦同。

【說明】利未記：褻瀆主名者，必當治死，必當由會衆用石頭砍殺之。外邦客旅亦同。

2. 呪詛主者處死刑。

外邦客旅亦同。

【說明】利未記：摩西奉主命諭以色列人，將呪詛上帝者，——即以色列女人羅密之子——領到荒外，用石頭砍死。本條外邦客旅，亦適用之。

3. 妄稱耶和華名者，罰。

【說明】出埃及記：妄稱耶和華之名者，耶和華斷無不罰。

本條之「妄稱」與一條之「褻瀆」其區別：在一條，爲大逆不道。本條爲

大不敬，一爲死刑，一僅處罰而已。——此處之罰字大有由神伸縮之餘地——於此尤有當知者：以色列人，當時係神統政治，耶和華，卽神卽王，至尊至上，則不容人之妄呼其名者，亦與後世避君主之諱，同一意義。

4, 私造偶像設立者，受呪詛。

【說明】申命記：摩西諭以色列人民曰：匠人手所作雕刻鎔鑄之偶像，主所深惡，凡暗中製造設立者，必受呪詛。

5, 僞託主名，或他神之名，以傳話者，處死刑。

【說明】申命記：若有先知，託我（卽耶和華自稱）名傳我所未曾說的話，或託別神的名傳話，卽當將其治死。

6, 凡向主發願立戒，而不履行者，有罪。

【說明】申命記：向上帝耶和華許願，履行不可延遲；否則？有罪。

7, 忘主恩，不守逾越節，不自十五日起，迄二十一日止，七日內食有酵餅者，自民中滅絕。

外邦客旅食有酵餅者，亦同。

【說明】出埃及記：每年正月十四日將晚時，以色列會衆，均須宰無殘疾之公羊，用其血塗門楣與門框上，當夜火烤其肉，與無酵餅，和苦菜同食，不可剩留。自十五日起，迄二十一日止，七日內，當食無酵餅。無論本地人或外邦客旅，皆須同食。按此乃報主於正月十四日晚，擊殺埃及人時，逾越以色列人之居所，而救以色列人出埃及之恩也。

8, 人若塗抹聖膏於本身，或私自做作聖香者，自民中滅絕。

【說明】出埃及記：聖膏應世世視爲聖物，應以歸主，如以之塗抹於他人身上者，此人必自民中滅絕。又聖香亦應以爲至聖歸主，如有爲嗅香味，私自做作者，此人必自民中滅絕。

9, 祭司進會幕時，飲葡萄酒，及其他麻醉物者，死。

【說明】利未記：祭司及其子孫進會幕時，葡萄酒及凡醉人之物，皆不可飲，飲者死。
10, 用非聖火焚香者，死。

【說明】利未記：亞倫子拿答亞比戶，各執香爐盛火加香，用非聖的火，獻在主前，不遵主命，有火從主面前出，而燒死之。

11. 宰牛羊，不奉至會幕前獻主者，從民中滅絕。

【說明】利未記：凡以色列人宰牛羊，無論在幕內外，若未奉到會幕門前獻與主，此即擅行殺戮，必從民中滅絕。

12. 宰牲畜獻火焚祭，或其他祭，而不奉至會幕前獻與主者，自民中滅絕。外邦客旅亦同。

【說明】利未記：凡以色列人或外邦客旅，宰牲畜獻火焚祭，或其他祭，若不奉至會幕前獻與主者，此人必自民中滅絕。

13. 人不潔而食酬恩祭肉者，自民中滅絕。

（說明）利未記：人若撫摸污穢，或人的污穢，或不潔畜牲，或不潔之蟲，而食酬恩祭肉者，必在民中滅絕。

14. 人若食牛羊脂油者，自民中滅絕。

【說明】利未記：凡以色列人，牛羊脂油，皆不可食。宜獻與主爲火焚祭。如食之者，必在民中滅絕。

15. 祭司子嗣，不潔而近聖物者，在主面前滅絕。

【說明】利未記：祭司子嗣，若有人身上不潔，而近以色列人分別爲聖獻與主之物者，必在我（耶和華自稱）滅絕。

第二、背叛上帝罪

1. 祭祀耶和華以外之神者，死。

【說明】以色列當日施行神統的政治，耶和華，卽神卽王，故祭祀他神者，卽背叛耶和華也。故出埃及記有曰：人若祭祀耶和華以外之神者，死。

2. 背主崇拜其他偶像者，死。

【說明】出埃及記：摩西奉主召，上西乃山四十日，族衆紛聚亞倫前，請其爲神。亞倫命各攜其妻女金環，鑄爲牛犢，迨摩西下山，見而大怒。遂立營門令曰：凡歸主者，皆來予處。於是利未子孫，羣集於前。摩西諭之曰：以色列上帝耶和華，

囑汝等各將刀跨在腰間，往來營中，從此往彼，見有曾拜金犢者，無論兄弟友朋，概須殺死；因此，族衆被殺者三千人。登西乃對利未人曰：汝等既不顧自己之弟兄子女，今日便得事奉主之職分。

3. 誘拜僞神者，死。

【說明】申命記：汝等若有預言者，先說異兆奇事，迨有應驗，即謂不如去事奉異神。汝等切不可聽，因爲此，乃汝上帝耶和華，試驗汝等。……彼預言者，既用言語叛逆汝上帝耶和華，引誘汝離開汝上帝耶和華所囑附汝等應行之道，汝等應將彼治死。若是汝之兄弟子女，或愛妻密友，暗示引誘曰：我等不如去事奉別的神，……汝不可依隨聽從，不可憐惜庇護，但當將彼治死。其治死也，汝須先下手，衆民後下手，須用石頭砍死。

4. 拜僞神之邑，滅。

【說明】申命記：汝上帝所賜汝居住之城，汝若聞有一城中，或有匪人，誘引事奉別神，汝便當究查訪問。果有其事，即當用刀殺盡那城內居民；即牲畜，亦須殺

盡；財物，亦須搜集燒燬；使那城永爲荒坵，不可再建築。

5. 將子女犧牲於火中，獻與摩洛者，自民中滅絕。不問犯人。任其藏匿，而不將其治死者，亦同。本條規定，外邦客旅亦通用之。

【說明】利未記：凡以色列人或外邦客旅，獻兒女於摩洛者，必當治死。即本地居民，用石頭將彼砍死。……若本地居民，故作未見，不將彼治死，我（耶和華自稱）必對他及他之眷屬發怒，將他並與他一同行邪崇拜摩洛之人，都自民中滅絕。

按摩洛乃亞莫利人火神之名，舉兒以犧牲於火中者，即以人身爲其供養品也。6. 妄信邪術者，自民中滅絕。

【說明】利未記：人若行邪，妄從交兒的術士，我（耶和華自稱）必向此等人發怒，將他從民中滅絕，應用石頭砍死。

第三、違犯安息罪

1、安、息、日、作、工、者、死。外、邦、客、旅、亦、同。

【說明】出埃及記：上帝囑摩西當紀念安息日，守爲聖日，六日內，可以操作百工，第七日，是汝上帝耶和華安息日，此日汝和兒女奴婢，並住在汝城內外邦客旅，無論何工，皆不可作。因六日之內，耶和華創造世界，至第七日，應得安息故也。

又利未記：有以色列人于安息日在曠野割柴被拘，摩西謂應當治死，遂由會衆用石砍殺之。

2、贖罪日工作者，自民中滅絕。

【說明】利未記：每年七月初十日，是贖罪日。當有聖會，宜苦苦齋戒，並應與主獻火焚祭。此日無論何工，皆不可作，因此日應各在上帝前贖罪。凡不齋戒而工作者，必從民中滅絕。

第四、不孝父母罪

1、詛罵父母，或毆打父母者，死。

【說明】出埃及記：咒罵父母者，必當治死。又打父母者，必當治死。

2, 忤逆子，父母責懲，仍不聽從者，死。

【說明】申命記：人若有子，忤逆不孝，雖父母責懲，仍不聽從者；父母當收帶到本城

長老處，說明忤逆性成，浪費錢財，貪好酒食，本城人即當用石頭將其砍死，

使以色列人，見而畏懼。

3, 輕視父母者？受呪詛。

【說明】申命記：凡不敬父母者，必受呪詛。

第五、瀆職罪。

1, 聽訟時，應不分貴賤貧富，公平處斷之。

【說明】利未記：聽訟時，不可偏袒貧弱？亦不可徇庇豪強；當按公平判斷。

又申命記：聽訟不可分貴賤，而有所畏懼。

2, 士師不可受賄賂。

【說明】申命記：在各城裏，按着支派，設立之士師，不可收受賄賂。

3, 犯前二條之罪者，受呪詛。

【說明】因凡不遵行上帝之律法，與一切言語者，須受呪詛。

第六、妨害公務罪

1, 抗拒祭司或士司之判斷者，死。

【說明】申命記：汝等城中，若有詞訟，或因流血，或因競爭，或因毆傷，審判時，如或難斷，即當赴主所選擇地方，去見祭司和士師，求其判斷。凡彼等所指示者，必須遵行。如有抗拒不聽，合當治死。

2, 對有審判權人，擅行詬罵者，受呪詛。

【說明】出埃及記：不可詬罵審判官。

又違主誡命，合當受呪詛。

第七、匿事不告，及偽證罪。

1, 聽悉他人發誓，能證實，而不為聲述者，有罪。

【說明】利未記：若人聽悉他人發誓，雖能證見，不肯說出者，於是有罪。

2, 凡爲偽證者，應以所欲陷人之罪，治之。

【說明】申命記：人無論有何犯罪，不可憑一個見證定罪，總須憑二三見證之言定案。

若有妄作見證者，謂某人犯罪；此二人，即當近到主前，面當時之祭司和士師而立，以備詳細審究；如果見證非實，即以彼所欲加於人者，反加諸彼，使他人見而畏懼。

第八、度量衡不公平罪。

1, 度量衡不公平者，受呪詛。

【說明】利未記：尺寸，平秤，升斗，應公平。違則上帝憎惡。

第九、不敬耆老及欺凌聾瞽孤寡罪。

1, 見白髮老，而不起立者，受呪詛。

【說明】利未記：人應敬恭老人，見白髮者，宜即起立。

2, 呪詛耳聾人，與置障礙物於聾目人前者，受呪詛。

【說明】利未記：不可呪詛耳聾之人；不可置障礙物於聾目人面前；違受呪詛。

3, 欺、凌、孤、兒、寡、婦、者、死。

【說明】出埃及記：欺凌孤兒寡婦，彼向我（耶和華自稱）呼苦，我聞其聲，必怒，使汝等被刀殺死，使汝等亦妻寡子孤。

4, 外、邦、客、旅、住、在、以、色、列、人、領、域、者、應、受、同、一、之、待、遇。

【說明】利未記：凡住於汝等中間之外邦客旅，應與本地同等看待，不可歧視凌虐。

第一〇、憎嫌同族及譏毀人罪

1, 增、嫌、同、族、而、不、為、勸、責、致、陷、於、罪、者、受、呪、詛。

【說明】利未記：凡以色列人，不可憎嫌同族，應當勸責，免陷於罪。

2, 在、以、色、列、人、間、往、來、譏、毀、人、者、受、呪、詛。

【說明】利未記：凡以色列人，不可在民間往來譏毀人；違即受呪詛。

第一一、姦淫罪

1, 有、左、列、犯、行、者、自、民、中、滅、絕。

（甲）與母，繼母，姊妹，孫女或外孫女，繼母所生女，姑母，姨母，伯叔母，兒

媳，兄嫂弟媳，妻之孫女或外孫女，妻生存中其姊妹，他人妻，爲姦淫者。

(乙)相姦之繼母，姑母，姨母，姊妹，兒媳，他人妻。

(丙)月經中爲性交，或露陰戶者。

(丁)鷄姦者，及對手方；或爲獸姦者。但獸姦之場合，獸亦應殺之。

以上規定，外邦客旅亦適用之。

【說明】利未記：主囑摩西諭衆人曰：汝等不可與骨肉之親姦淫。不可與母姦淫，侮辱其父母；不可與繼母姦淫，侮辱其父；不可與姊妹——無論異母異父生在家生在外——姦淫，不可與孫女或外孫女姦淫，以免玷辱自己；汝繼母從汝父所生之女，亦係汝妹，不可姦淫；汝姑母，係汝父骨肉，不可與他姦淫；汝姨母，是汝母親骨肉，不可與他姦淫；不可與伯叔母姦淫；不可與兒媳姦淫；不可與兄嫂弟婦姦淫，以免侮辱兄與弟；汝妻之孫女，或外孫女，亦係親戚，姦淫乃是惡俗；妻尚生存時，亦不可與他之姊妹姦淫，婦人行經，不可性交；別人妻，不可同室，玷辱本身；不可與男鷄姦；無論男女，不可與獸姦。凡本處

人，外邦客旅，皆不可行。如行之者，必自民中滅絕。

又與繼母，兒婦，姑母，姨母，姊妹，及別人妻，淫亂者，相姦者，必當治死。與男子雞姦，二人治死。行經婦人，亦順從交媾，二人從民中滅絕。

本條規定，多係矯正希伯來人之惡俗，亦多基於生理學上之見地，則希伯來人之能征服迦南地各族，據有其地，建立國家者，於此亦大有關係也。

2. 娶妻而兼娶其母者，三人並燒殺之。

【說明】利未記人若娶妻，並娶其母，此乃惡俗，惠當將三人，用火燒死。

3. 與妻之母爲姦淫者，愛呪詛。

【說明】申命記：凡與岳母苟合者，必受呪詛。

本條乃對於配偶之尊親，爲一種重大之侮辱，且足影響於母子間之和平，故宜課其罪責，惟較前條，在繼續婚姻關係的目的之下，兼娶其妻之母者，情節爲輕，故其罰亦稍微也。

4. 祭司之女爲姦淫者，應以火燒殺之。

【說明】利未記：祭司女兒，若行淫，玷辱本身，並污其父，宜用火燒殺。

本條祭司之女兒行淫，罪比一般加重者，以祭司為神職，有特別之身分故也。

5, 與伯叔母同室者，二人必無子而死。

【說明】伯叔母亦骨肉之親，無子而死，雖曰天道，亦人道也。

6, 娶兄弟之妻者，均應無子。

【說明】兄死無後，弟有娶其嫂為妻之義務，此亦律法所明定。是何為以娶兄之妻為罪

耶？說者，有謂係於兄弟生存中娶之，然予究不能無疑。

7, 與為婚姻豫約之女婢姦淫者，應責打二人，男子並應為贖愆祭。

【說明】利未記：婢已受聘，還未贖出，而與之姦淫，應當責打。但不治死二人。因婢

尚未釋放。姦淫者，並當將一隻公綿羊奉到會幕門前，獻與主，為贖愆祭，以贖其罪。

8, 已為婚姻豫約之處女，在城之內被姦淫者，應隨同犯人，帶至城外，用石擊殺之，但在郊野被姦淫者，僅應殺犯人。

【說明】由命記：若女子已爲人聘定，自當視同人妻，乃在城裏，被人姦淫，而不喊救，遇之者，應將二人帶到本城門，用石頭砍死之。但有男子，在郊野遇見已受聘之女子，而強與姦淫，僅將男子治死，女子則因遠在郊野，雖喊叫，亦無人救，應無罪責。

9. 強姦未爲婚姻豫約之處女者，應給銀五十舍客勒於女子之父，並娶其女爲妻，終身不休。

【說明】申命記：女子既被玷辱，故男子當娶爲妻，終身不休。

觀(八)(九)兩條，則重視女子之貞操，與從一而終之道德，異常明顯。

10. 夫誣妻非童貞，經妻之父母呈驗童貞證據者，應懲責，併科罰金。且終身，不得與妻離異。

若無童貞之證據者，帶其妻赴其父之門前，由衆人用石擊殺之。

【說明】申命記：人若娶妻之後，有所憎惡，加以不貞惡名，女子父母，須將其女童貞證據，持赴本城長老處，由女之父，親自呈驗，於是長老必將誣妻者懲責，更

罰其銀一百舍客勒，交女子之父，女子仍爲其妻，終身不得離異。其無童貞證

據者，卽帶其父之門前，由衆人用石頭擊殺之。

按童貞之證據，依於學者之所說明，則謂：結婚初夜，使用之布，於翌朝，在其布之面前，以附着布上之血痕，爲處女膜裂傷之保證，卽以交于女子之兩親而爲保管云。

第一二、殺人及傷害罪

1、殺人者，死。

外邦客旅亦同

【說明】利未記：凡傷害人生命者，必當治死。

2、傷害人者，應受同程度之傷害。

外邦客旅亦同

【說明】人若傷害他人身體，亦當受同樣之傷害。

3、毆打人致死者，處死刑。

【說明】人若毆打人致死，必當治死。

在今日，關於此種罪，多以為無殺人之故意，而減輕其罪。而希伯來法，則與殺人罪同科，蓋亦追及相當因果關係之責任，不認輕重於其間也。

4、人若彼此相爭，用石或拳傷害人者，被害者，得倚杖步行時，不罰，但應按照休業日數，負賠償損害之責任。

【說明】本條傷害人而不受同等之傷害，惟以賠償而免其罪責者，以其彼此相爭故也。

關於本條誠命見民法侵權行為

5、人因相爭，而毆打孕婦，致於墮胎者，在無其他損害之場合，從其夫之要求，於士師前為賠償。若有其他損害，則科以相等其於損害之刑。

【說明】關於本條誠命，已詳民法侵權行為。

6、妻援助其夫，握住與夫鬥毆者之下部時，應將其手砍斷之。

【說明】申命記：若有二人互爭，一人妻，助夫而握住對方下體，就當砍斷彼婦人之手，不可顧惜。

按此乃一則重視人之生命，一則懲戒婦女無恥。

7, 以杖毆打自己之僕或婢而即死者，處罰，但其僕或婢，一二日後方死者，不罰。

【說明】出埃及記：人若杖責僕婢，死在手下者，必當處罰。若遲一二日方死，即可免罪責。此因僕婢，係由自己用金錢購買故也。

按殺人者死，本條獨不然。死在手下，僅曰處罰。緩一二百，罰且可免。此其故，蓋即視僕婢乃主人用錢買得之物，未嘗視之爲人也。

8, 人若毆打自己僕婢之一目，而致失明者，應解放其僕婢。
折一齒者，亦同。

【說明】出埃及記：誠命與本文同。

按傷害一般人之目與齒者，本身亦應受同等之傷害。茲以僕婢係由金錢買來者，合當以購買僕婢之值，抵傷害僕婢之罪，故僕婢因是而得解除其束縛焉。
9, 牛觸人致死者，應用石砍殺之，不可食其肉，牛主無罪，但牛主明知牛之觸人性癖，而疏於防範，致人於死者，應由牛主償命，或用錢贖免之。

【說明】出埃及記：若牛觸人致死，無論男女，當用石將牛砍死。但不可食牛之肉，牛

主無罪。若牛素性觸人；已有人告訴牛主，竟不防範，遂致觸人致死，即當用

石砍死牛亦必使牛主償命。若罰他贖命錢，應如所罰繳足。

10. 前條牛觸人而致傷損者，準用之。

【說明】此爲當然之解釋，無待說明。

11. 牛觸人僕婢致死者，牛主於賠償損害外，更應用石將牛砍殺之。

【說明】出埃及記：牛若觸死人僕婢，牛主應以銀三十舍客勒，賠償於僕婢之主人，並

當將牛用石頭砍死。

12. 盜賊掘入牆垣，企圖侵入他人第宅，毆打致死者，無罪。但日出後，毆賊致死者，須償其命。

【說明】出埃及記：人若遇賊掘毀牆垣，將賊打死，不必償命。但日出後，將賊打死者，必須償命。

第二三、竊盜罪

1, 竊取他人之牛羊，殺之或賣之者，應按五牛償一牛，四羊償一羊之比例，賠償之。

【說明】出埃及記：人若偷竊牛羊，無論宰賣，應以五牛賠一牛，四羊賠一羊。

按牛羊爲當日以色列人主要之財產，在社會上有特別利害關係，所以對於犯人，而課以普通以上之賠償責任。

2, 竊取他人一般之財物者，應悉數償還之，其無償還之資力者，應賣身補償。

【說明】按本條所謂財物，當係指牛羊以外之財物而言。

3, 竊取他人之牛羊驢馬衣服，仍由犯人占有者，應加倍賠償之。

【說明】本條因牛羊尚未宰殺，或出賣，故僅課加倍償還之責任。

第一四、欺估罪

1, 悞估聖物者，應按所值，購羊獻主爲贖罪祭，並應償還聖物，及另加五分之一給與於祭司。

【說明】利未記：人若悞估聖物而犯罪者，即應按其所值，責買無殘疾公羊，獻主爲贖

罪祭，並須償還聖物，及另加五分之一，給與於祭司。

2、有左列犯行者，應於獻贖罪祭日，將原物並另加五分之一，賠償於原主。

(甲)或受人付託，或爲貿易往來，受人財物，隱瞞不認，並起假誓者；

(乙)或奪人財物，或騙人錢財，或拾人遺物，堅不承認，並起假誓者。

【說明】利未記：犯人無論佔據何物，凡起假誓，不承認者，都當在獻贖罪之日，將原物歸還原主，並另加五分之一的。又當按此佔物之值，買無殘疾之公綿羊，交與祭司，獻主爲贖罪祭。

第一五、誘拐罪

1、誘拐人口者，死。

【說明】出埃及記：誘拐人口，無論賣與他人，或留在自己手下，必當治死。

又申命記：人若誘拐同族以色列人，或虐待他？或賣了他，必當治死。

第一六、妨害衛生罪

1、撫捫不潔之物，或人而沾染污穢，後始知覺者，應獻贖愆罪。

【說明】利未記：若人撫捫不潔之物，或已死獸畜昆蟲，或他人污穢，致已身沾染，後

始知覺者，於是有愆。犯者應自認此犯之罪，用一隻母山羊，或二隻鵓鳩，或二隻鸚鵡，或細麵伊法十分之二，獻主爲贖愆祭。

2, 凡食自斃牲畜之肉，或被獸嚼死牲畜之肉者，皆爲不潔，非滌衣沐浴者，有罪。外邦人亦同。

【說明】利未記：說明各本文。

第一七、雜罪。

1, 凡食鳥獸血者，自民中滅絕。外邦人亦同。

【說明】利未記：凡以色列人，或外邦客旅，若吃血者，滅絕。因活物的生命，皆在血中，血宜灑在祭台上，爲汝等贖罪也。

2, 許牲畜與異類交媾者，受呪詛。

【說明】所以使牲畜之種類純一而繁殖也。

3, 攙雜穀種者，受呪詛。

【說明】所以使穀類之種不亂也。

4, 穿間雜衣服者，受呪詛。

【說明】利未記：不許穿麻與牛毛間雜之衣，所以正瞻視也。

5, 侵占隣人田宅者，受呪詛。

【說明】申命記：挪移先人地界，侵佔隣人田地者，受呪詛。

6, 男女易衣者，受呪詛。

【說明】申命記：男穿女衣，女穿男衣者，受呪詛。

7, 途遇鳥巢，見雌鳥伏雛取雛而並取其母者，受呪詛。

【說明】申命記：行于途上，見有雀巢，如雌鳥伏雛，不可並取，只可取雛。如此，便

可長享福壽。

綜括上所編述，希伯來法系初期刑事法之基本觀念，雖爲復仇主義，威嚇主義，然其大目的則在使統治下之人民，一其意志，一其習俗，易言之，舉所統治的人民之整個生活，無鉅無細，悉納於所謂公正誠信的神意支配，亦即刑法支配之下，期使以色列族，萬衆而一體。

者，此誠堪全人驚嘆不已者也。至世所謂以「無刑」爲行刑爲目的者，在希伯來法系，固亦不能如此，然亦決不僅此。予謂其有巍然獨存之價值者，職斯故耳。

五 希伯來法系初期立法之民族主義的精神

希伯來法系，予雖於以上分析爲民事法與刑事法；然民事責任，與刑事責任，終不因形式上之分類，而有劃然之鴻溝。故希伯來法系，亦若我中華法系，法律全體，爲刑法的，爲公法的。至其法律之作用，干涉及於人民一衣一食一言一動之細微，其重視統制之秩序，更較我國古時爲尤甚。然而吾人驚嘆其有巍然獨存之價值者，不獨以其法干涉人民之嚴也。乃以其立法之基本精神，易言之，立法以絕對干涉人民生活之根本意義，在齊一民族信仰，嚴密民族組織，強健民族成分，建設民族倫理，均衡民族經濟，創立民族國家是已。

吾人試觀希伯來法系立法初期之時代背景：當摩西挈以色列十二支派出埃及，以營於西乃曠野；乃因埃王虐待以色列族衆，以妨害其生存。茲欲遂民族之生存，自須先求民族之獨立；欲遂民族之獨立，自須從事於民族國家之經營締造。故施行神統政治，而謂神意卽是法

律，所以使族衆知所敬畏，不敢有單獨之意思，以動搖民族之基礎。於是嚴事奉他神之禁，以統一民族之信仰。立按派立營之規，——即按十二支派分立四營族衆各隨其羈各歸其旗——以緊密民族之組織。飲食與居，動有節制，所以強健構成民族之分子。憎嫌同族，亦干例禁，所以建設民族互愛之倫理。防土地之集中，重貧苦之周濟，所以均衡發達民族之經濟。概言之，置整個民族生活於法的支配之下，而又託其法律，由神傳授，以堅族衆畏神奉法之心，遂得指揮如意，克奏創建民族國家之業。則謂希伯來法系初期立法之基本精神，乃民族主義的，非單純宗教的，詎曰非然！

民法上僱傭關係中民事責任之負擔

胡養蒙

我國民法，以其第一百八十八條，規定僱傭關係中僱用人與受僱人對於侵權行為之民事責任之負擔。依其條文之規定，在原則上，僱用人與行為之受僱人負連帶賠償責任，然依其但書之規定，僱用人若證明其本人已盡法定義務時，即免除此項連帶責任；除被害人依民法第一百八十四條之規定，在事實上，不能得到受僱人之損害賠償，法院因其聲請，斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償外，概歸受僱人獨負賠償之責，茲就該條所根據之原則，及其應用之條件，作理論及適用之研討。

一 概論

人生之不可無羣也。有羣則有人與人之連帶關係。有羣亦有人與人之衝突事實。前者為羣成立之要素，後者亦為羣衆生活之所難免者也。夫求羣衆相安相善，利多弊少之道，則莫若因其連帶之觀念而擴充之，將其衝突之原因而減少之。民法第一百八十八條所規定僱傭雙

方對於民事責任之負擔，蓋即本乎斯二義焉，近代各國法典亦皆不外乎此也。

人類自有生以來，即有同類連帶之觀念。易繫辭云，立人之道，曰仁與義。仁者，同情相愛，連帶之極點也。己飢己溺，以他人之痛苦，視同己身之痛苦而爲之忍受與救濟者，在道德上爲仁之至，在法律上即連帶之義務也。連帶觀念之發達，在社會史上，亦有步驟可稽。其始也血統不明，團體以內，原無家族。故原始連帶觀念，以部落爲基本單位。此種連帶觀念存在於今日者，即因國家之組織而發生之連帶權利與義務之關係也。如當兵納稅爲官等權利與義務是也。其次因血統漸明，家族制度日趨完備，而連帶觀念之重心，則移至家族之單位矣。我國親親之義！爲私人關係之基本原則者，蓋即家族連帶觀念之最良標本也。此種連帶觀念之存在於今世法典者，有如贍養，監護，繼承等權利與義務是也。迨至今日，私人間經濟關係又代血統關係而佔重心，因經濟生活而發生之私人連帶關係，又爲近世法典所屢見。例如社會保險，工人撫卹及救濟等規定，皆出自此觀念，而本篇所研究民事責任負擔之連帶關係，即因經濟組織而發生者也。

連帶責任，固因人類之血統，家族及經濟之組織而生，然其作用，一則喚醒人類之同

情，再則使其互相監督與勸勉，增長和睦之風，減少衝突之事，此連帶原則之所以為立法之精髓也。惟其見之於法典者，則有今昔之不同耳，古代民族立法，連帶關係，多見於刑事規定，我國古法之連坐連誅，即其例也，近世立法，刑事連帶責任多不復存在，而民事連帶責任，竟在在皆是，僱傭關係中連帶責任，原屬近世產物，故僅屬民事之範圍也。

僱傭關係中民事責任之負擔問題，亦與世界之進化而變更其性質，且愈形重要，上古奴隸使用時代，主人以物權使用奴隸。對於奴隸之行爲，有絕對收益之權。而對於奴隸行爲所發生之民事責任，亦不過與牛馬等動物侵害他人時所負之責任相同耳。且於主人不利時，並可拋棄奴隸而拒絕賠償損害也。迨奴隸制度消滅，被使用者，亦有其人權人格，其與僱主之關係，僅生於契約。對於動物侵害他人權利民事責任之原理，自不能適用於僱主對於受僱人之侵權行爲之民事責任矣。然歐洲中古學者，每欲另覓根據，創立學說，則以受僱人雖有其固有之人權人格，然對於執行職務，亦不過爲有手無心，之工具直如幼童之無識別能力者等耳。僱主支配其意志。自當如父母之支配兒童意志者負其對人侵權行爲之責任。因此僱主對於受僱人之侵權行爲所負之民事責任之性質，由與民法第一百九十條所規定之責任相同，一

變而與民法第一百八十七條所規定之責任相同矣。至於工業革命以後，工商業極其發達。僱主若非資本家，即屬資本團體。受雇人又非全若僕役受僱主直接指揮者可比。因此民法第一百八十七條所規定之責任性質，又非為僱主對於受雇人侵權行為之民事責任之說明矣。近世學者，又有鑒於經濟勢力，支配人類生活，故拋棄往昔專在法律尋求根據之態度，而從經濟組織上尋求根據。有謂經濟收利者，當負其因收利所發生之損害之責任，有謂近世職業組織，常有危險性，故組織者，應負其使用人因職業危險所發生之損害之責任。各說皆有其理，一俟研究學理，再為分析說明。總之，民法第一百八十八條所規定之民事責任，在古昔關係甚微，而今則為立法中重要之一點。依民事責任本身言之，古昔民事責任觀念淺薄，刑事責任，又非僱主所可代負，故其應用時恆少。若就其所適用之人數言之，上古奴隸，因無法律人格，且可不言。其後家庭宮闈所使用之僮僕，為數究佔人民之少數。而今則大多數之民衆，皆屬受僱之階級。因此其應用愈廣，而關係民生亦愈切也。

我國以農立國，大規模之工業組織，至今仍不多見。而對於此項民事責任，在歷史上，亦無同樣規定。我國舊有之立法原則，對於行為之不合法者，皆受刑事裁制。即屬民事部分

者，亦皆坐贓論罪。然社會習慣，對於法律制裁，多願逃避，故對於刑事責任，尚多由金錢和解，何況民事責任乎。和解行爲，全屬民間息事甯人之舉。所有條件，概依其地方習慣。我國習慣，既不統一，又無確實調查，足供引證。究竟和解責任，由誰負擔。和解効力，對誰發生。僱主與受僱人相互間之關係，由何原則規定等項問題，殊不易於輕爲置答。

然依俗語所云，「小孩子的不是，找大人家（指父兄等監護人言）理論，夥計們的不是，找主人家理論」。似謂主人對於夥計們之侵權行爲之賠償損害之責任，恰與父兄對於幼童之責任相同。由此似可推定在普通一般情形之下，對於受僱人侵權行爲之結果，由僱主直接負責和解。而和解之効力，對僱主直接發生。若僱主不能履行和解條件，似應交出行爲人，由被害人送官處分。故有「交不出錢來就要交人」之俗語。此語意義，極似希臘羅馬法中之 *Actio noxalis* 不過我國是於交官以前，而希臘羅馬則於案決以後，主人若不能依判決交錢時，即須交出行爲人也。

我國民法，雖規定僱用人與受僱人在原則上連帶負擔損害賠償之責，然其連帶責任之成立，必以僱用人本身有過失爲限。於過失原因以外，苟被害人之損害賠償之要求，無法得到

相當之賠償時，法院得由被害人之聲請，根據當事人之財產狀況，判令僱用人賠償。似此對於被害之第三人，若其經濟狀況不良，無論如何，可得全部賠償。然對於受僱人之責任，在法律上，若非加重，亦毫未減輕。處今職業組織及交通方法危險性日增一日之時，受僱人侵害他人及自身之機會亦愈多。苟立法者不特加保護，減輕其對社會所負之責任，則恐其地位日低，而其生活因之日苦也。不才有鑒於此，特將此種問題加以研究，冀有以引起達人君子之注意焉。苟民法第一百八十八條之規定，由立法或解釋手段，漸趨適合於三民主義及世界潮流，以免勞働界墮入苦海也，則幸甚矣。

一一 適用之條件

(1) 受僱人 受僱人之確定，乃為本問題之唯一先決條件，蓋連帶責任之成立，悉基於此。何謂受僱人？依契約或口頭承諾，於一定或不一定之期限內，將自己之勞力或智識，供他人使用而受他方之報酬者為受僱人。民法第四百八十二條僅云依契約，此處當然包含一切無正式契約，而僅偶然承諾為他人服務者在內。故加上口頭承諾，以明其範圍之廣也。且契

約並不以僱傭契約爲限，凡有同意約定，一方受他方指使而爲之服者，皆是也。或全無同意約定，在事實上，一方受他方指使而爲之服者，僱傭關係，亦可成立。故若書面契約，雖經法院宣佈無效，或由其他原因而失去效力者，如僱用人仍令受僱人或不禁止受僱人繼續執行契約原定之勞務時，其僱傭關係，仍繼續存在，而民法第一百八十八條仍可適用也。

民法第四百八十二條欲以勞務二字，包括勞心勞力等種種僱傭契約之標的，夫今日世界，已非勞心者使人，勞力者使於人之時代可比。勞心勞力，同爲僱傭契約之標的，同樣受使於人。例如某甲雖爲工程師，某乙雖爲粗工，在同一工廠工作。在經濟上彼此工作之價值雖有不同，在社會上彼此身分待遇雖有差別，然於法律上，同爲廠主之受僱人，供廠主之使用。爲明定其範圍起見，特標明勞力技術及智識，皆可爲僱傭契約之標的也。

報酬固爲僱傭必要元素之一，然受僱人之資格之取得，是否以有報酬而爲人服務者爲限？學者意見，頗不一致，不過報酬一語，原非專指金錢財物而言。舉凡世間事物，皆可作報酬品。即勞務本身，亦未嘗不可作報酬品也。例如某甲僱用某乙工作一日，而以其一日之工作爲報，俗稱換工。此種契約，在表面來，似屬互易。然而實際上所發生之法律關係，並

不能依第三百九十八條及第三百九十九條之規定，互易準用買賣之規定也。是以此處應分作兩個僱傭契約觀。各僱傭契約，以他方勞務作標的，自己之勞務作酬報。不特勞務可以作報酬品即一言道謝，一文之誌感等精神表示，在物質上本無經濟價值，然在精神上，又何嘗不是一種報酬品也。所以朋友給我盡一日義務，在法律上，仍然可以發生僱傭關係。故依廣義解釋，無物質報酬時，亦有精神報酬，結果使報酬之有無，對於當事人僱傭關係之成立，無關重輕。

至於僱傭關係之成立，依平等原則，原無對人問題。故凡自願受他人指使而為之服務者，皆為受僱人。僱用人與受僱人雖有主從之關係，然此純係意志自由問題，別無人格高下之觀念也。苟合僱傭條件，主從關係成立時，其為人服役者，皆為受僱人。故子可為父之受僱人，而父又何嘗不可為子之受僱人也。父子既可互為僱用人及受僱人，兄弟夫婦自不待言矣。

凡有主從關係者，皆可為僱用人與受僱人，然而街上通行之人力車車夫，挑行李之挑夫以及律師醫士等類之人，是否是僱用或延請者之受僱人？彼等既然以勞力技藝智識為他人使

用，而受他人之報酬，通常又有主從之關係，依表面觀之，似可肯定彼等是居受僱人地位。若深究之，則又不然。夫僱傭契約以勞務爲標的，於一定或不定期限爲他人使用。此處不然，以運送人物，主持訴訟，醫治疾病等事務爲標的。事務終了，契約即終止。並無時間之限制。且其酬報之計算，以事務之大小爲標準，非若僱傭契約以勞務之品類及分量爲標準而計算之也。僱傭契約之效力，普通及於受僱人之自由。故於約定時間內，受僱人不能自由使用及處分其勞務。至於車夫挑夫，律師醫士等，同時保留其個人自由，並可同時接受文人之事務。故此等以一定事務爲契約標的之受人任務之人，應視其事務之性質，分列於運送及承攬委任等契約之當事人。若僱用人爲免除監督起見，依照受僱人工作多寡爲發給工資之標準者，則應視其契約之標的，肯定其種類。例如某甲欲建造房屋，僱用各種工匠。不拘其發給報酬用何標準，皆屬僱傭契約。其工匠人等，皆爲受僱人。若某甲與工匠約定，全屋包造，共計報酬若干。如是，即某甲逐日發給報酬，仍爲承攬契約。其工匠人等概非某甲之受僱人。總之，受僱人之性質，應依下列四種條件而定。第一，以勞務供人使用者，事務多寡與成敗，與受僱人無關。第二，於約定期間內，受僱人失其使用及處分其勞務之自由。第三，

在原則上，受僱人對於僱用人，有主從之關係。而受僱人之執行職務，受其僱用人之監督。苟合上列條件，受僱人無論由誰選任，由僱用人選任者，固為受僱人，即由僱用人之受僱人選任，而為受僱人使用者，又何嘗非僱用人之受僱人也。故受僱人之受僱人，仍為受僱人也。至於發給與計算報酬之方法，概與受僱人之性質無關。

(2) 因執行職務 民法規定僱用人對於受僱人侵權行為之民事責任，非若法定代理人對於無行為能力人範圍之廣。蓋凡無行為能力人之侵權行為，其法定代理人皆與有責任。至於僱用人對於受僱人之侵權行為，僅以其因執行職務而發生者，負連帶賠償之責。前者包含全部侵權行為，後者僅侵權行為中一部分之與執行職務有關者而已。所以因執行職務一語，既為僱用人負責之條件，亦為限制僱用人責任之條件也。

職務者何？受僱人為僱用人所操之勞務，無論係何種類，皆為其職務。職務與職業不同，假如木匠為人割麥，木匠是其職業，而割麥即是其職務。故職務非必為受僱人之職業也。今某甲之汽車夫，主人命其操作他項事務，因此工作而發生侵權事實，某甲不能以非執行其固有之職務為辭，而圖卸責也。故職務者，非必拘於僱傭契約所規定受僱人之職務也。

舉凡因主人之命令而執行之勞務皆是也。所以執行職務一語，即執行主人明示或默示所命令之任務之謂也。

更就因執行職務人之因字言之，執行職務以前之預備工作，以後之收拾工作，以及一切形式上或實際上有關於執行職務者，皆為因執行職務之行爲，故皆包含於因字意義之內。是以受僱人職務以外之行爲，苟為執行職務所必須為者，或與執行職務直接上或間接上有關係者，皆為因執行職務之行爲。今如受僱人之行爲，既未受主人之命令，又未經主人之制止，不過行爲人之目的，乃在謀其執行職務上之利益。此種行爲，即非為執行職務所必須者，亦當視為因執行職務之行爲也。即主人曾經制止而未能，任其行爲而不顧，對被害之第三人仍應視為因執行職務之行爲，而令僱用人連帶負其侵權行爲之損害賠償責任也。茲更將因執行職務之意義，分析研究如下。

第一因執行職務者，執行職務之一切行爲也。執行職務之動作，本非由僱用人一命定，故凡形式上不出執行職務之範圍者，在原則上，無論行爲人之用意如何，皆為執行職務之行爲。但行爲人借執行職務之行爲，而為報仇或圖滅賊據等舉動，苟刑事上證

明有罪，其僱用人即可不負民事連帶責任。例如某汽車夫，爲報私仇，見其敵人在前，特馳車撞死。又如某下女，先將主人衣物金錢盜出，再縱火焚屋，以致延燒近鄰。此等行爲，在民事上固無法證明其非出於執行職務失慎之所致者。但若刑事責任一旦成立，知其借執行職務而爲者，主人自無連帶民事責任。然若受僱人借執行職務之機會，暗營私利。或以主人所給之器械，別爲私己之盜用。其目的既在自私，其行爲又與主人不利，除主人事前許可外，在理論上，應無連帶責任。然對於被害之第三人，因受僱人之行爲，完全有執行職務之形式，且主人應負監督之責，故學者中，大半仍主張僱用人對善意之被害第三人負民事連帶責任。不過於僱用人與受僱人相互間，僱用人承受被害人對行爲人之一切請求賠償損害之權利。總之，民事責任連帶之成立，以受僱人之行爲無預謀罪犯爲限。

第二因執行職務者，在執行職務之時間以內之一切行爲也。凡受僱人於一定之時間工作，其在工作時間內之一切行爲，無論其執行職務之關係如何，皆當視爲執行職務之行爲。例如工人一旦入工廠，在未出廠以前，皆爲工作時間。其所有一切行爲，即

如吸烟戲鬥等事，皆視為因執行職務之行爲也。其中所有之侵權事實，無待證明其行爲與執行職務之關係，而可斷令廠主負連帶賠償責任也。但以執行職務之時間爲標準之民事連帶責任之成立，以有一定之工作時間者爲限。惟對於私家僱用之男女工役，原無確定工作時間，又無確定自由之休息時間，故在僱傭關係存在期間內之行爲，皆視為其因執行職務之行爲也。而對於刑事罪犯，似應如前項理由，僱用人亦可不負其民事部分之連帶責任。

第三因執行職務者，在執行職務之場所之行爲也。若受僱人之工作時無定，間又無法證明其行爲係執行職務之行爲時，被害人可因其被害地乃該受僱人執行職務之場所，而聲請行爲人之僱用人負連帶賠償之責任。例如商店夥友，一旦將舖門關好，即非執行職務之時間，若其住於舖內，夜間因賭博而肇事。被害人除有共犯事實者外，皆可向店主請求負連帶賠償之責。不特此也，即爲執行職務所必經之地所發生之事變，亦可如上述情形，請求僱用人負責。例如某乙爲某甲之汽車夫，某甲之汽車，停於附近之汽車行。某乙因赴車行或自車行返某甲寓所之路程中所發生之侵權行爲，某甲仍須負連帶賠

債之責。不過所經之路程，若非通常人所必經者，即不能應用此項理由，令僱用人負其受僱人消遣散步所發生之侵權行為之賠償責任也。

第四因執行職務者，為執行職務所必須之行為也。舉凡受僱人為執行其約定之職務，而不可不為之行為，如修理器具，添買材料，收拾工作等事，皆屬執行職務所必須之行為。此項範圍極廣，凡受僱人之行為，無論僱用人明白命令與否，苟為職業習慣上所公認而為執行職務所必須者，僱用人即無卸責之餘地。

第五因執行職務者，對於執行職務之利益上直接間接間有關之行為也。通常之無因管轄，其在受僱人因為執行職務上之利益而為者，皆是也。此等行為，既非執行職務所必須，又非受主人明示或默示之命令，受僱人完全因執行職務上之利益，自由決定而為之。在受僱人與受僱人之相互間，當視其受僱人職權人如何而定責任。然對於被害之第三人，僱用人則應視為因執行職務之行為而負連帶責任。

以上五項，皆可為因執行職務之解釋。凡受僱人之行為，合乎五項情形之一者，皆可令僱用人負其侵權事實損害賠償之連帶責任。

(3) 不法侵害他人權利 不法二字，表面看來，似與非法無大區別。須知非法者，仍法律未載明許可之謂也。公法原則，凡法律未明白規定者，皆為法律所禁止。故非法組織，非法行為，皆為禁止之事，至於私法原則，凡法典未載明禁止者，皆為法律所許可，行之皆為合法。是以不法二字，與非法相去甚遠。夫不法者，乃違法之意也。例如殺人放火盜竊等行為，皆為法律明白規定禁止之事，偶一為之，即為違背法律明文，故民法所稱不法行為者，皆為違法之舉也。此等行為，若出於預謀，行為人除民事責任外，更受刑事處分。若出於意外或於不得已情形中故意之舉，在刑法雖不罰，而在民法仍為侵權行為，應負民事損害賠償之責。參看刑法第二十四條，第二十五條，第二十六條，第二十七條，第三十六條及第三十七條等規定之刑事責任。侵權行為為民事責任之或立，概依民法第一百八十四條所規定之條件。然其故意二字，在第一百八十四條中，並包含預謀刑犯在內。本條不法侵害他人權利一語，雖應作同樣之解釋，不過其範圍宜較第一百八十四條為狹。蓋預謀刑犯，既非因執行職務而起，又非職業上所許可，故本條無適用之理。是以受僱人之預謀刑犯，不特僱用人無刑事連帶責任，如罰金等財產刑即民事賠償之責，亦無連帶關係。

究竟如何方為侵害他人之權利乎？欲明此語意義，不可不先述權利之意義。權利者，依

通常所見之定義言之，乃吾人所享受之法律賦與及保護之行爲能力也。就其本體言之，權利者，乃吾人之行爲上所享受法律之安全也。若就其效果言之，則權利即爲吾人安享法律所保護之利益。例如所有權之本體，即爲吾人所享受對於所有物上一切行爲之法律上之安全。而其效果，即爲吾人安享法律保護所有物上之利益也。

侵權行爲民事責任之成立，必以侵害程度及於權利之效果爲要件。若無利益上之損害發生，即無損害賠償之責任。例如公然侮辱，依刑法第三百二十四條，處拘役，或三百元以下罰金，若考其損害之點，不過爲吾人行爲上所享受之法律上之安全，而發生利益上之損害與否，必待事實上之證明。故公然侮辱罪非必帶有民事賠償責任也。又如殺人罪，傷害罪等，除依刑法第二百八十二條及第二百九十三條分別處刑外，更帶有損害賠償之民事部分。蓋其損害不特及於吾人行爲上所享受之法律上之安全，並且及於吾人所享受法律保護之利益也。

總而言之，侵害他人權利云者，即對於他人行爲上所享受之法律上之安全有所妨害，以致發生對他人所享受法律保護之利益上之損害也。故若僅有妨害他人法律上之安全之事實，而不影響其利益者，民事責任即無從成立。若僅使他人之利益上發生損害，而不由妨害其法

律之安全所致者，亦不負民事責任。例如某汽車夫開車時不顧行人，向前疾馳，以致撞傷行人。此即妨害行人交通行為上所享受之法律上之安全，而發生受傷之損害。故其民事責任成立。至若行人不顧警察之指揮，冒險過街，不幸撞斃。被害人雖有斃命之損失，然行為人無妨害其交通行為上所享受法律上之安全之過失，故亦不負損害賠償責任。是以民事責任之成立，第一須行為屬於違法者，第二須妨害他人權利之享受或行使，第三須侵害他人法律所保護之利益。有一不合，行為人即不負責。僱用人對於此項民事連帶責任，若受僱人本身不負責任時，亦不負責，故僱用人之連帶責任之成立，以受僱人本身民事責任成立為先決條件。故舉凡不合民法第一百八十四條情形所發生之損害事實，僱用人概無代受僱人負責之道，再僱用人僅與行為人本身負連帶責任，若遇民法第一百八十七條之情形，受僱人之法定代理人負有連帶或單獨賠償之責時，僱用人即無責任。但僱用人事前知有第一百八十七條所列情形之一而故意使用者，自當別論。

凡合上列條件，在原則上，僱用人與受僱人之連帶責任，即行成立，民法第一百八十八條即可完全適用。然依我國民法，僱用人之連帶民事責任，非獨基於客觀上受僱人之侵權事

實。但兼採僱用人本身主觀上之過失。故若僱用人證明其本身無過失時，法定連帶責任，即可免除。該條第一項但書之規定，在文字上觀之，似屬一種例外之免責條件，然考其實際，若欲僱用人負連帶責任，必須被害人反證僱用人本身確有過失方可。否則僱用人皆以其已盡己職而圖卸責也。故但書之規定，仍應作僱用人負責之條件觀也。茲將但書內所增加之兩條件，分述之如下。

(4) 選任受僱人已盡相當之注意 如何方為選任受僱人已盡相當之注意？法律並無明文規定。各地習慣，自有其選任注意之辦法。總括言之，不外考試，調查履歷，請人擔保等鄭重行為而已。法官可由各地方職業之習慣，決定事實上已盡相當之注意與否也。

此種條件，依表面觀之，似可促使僱用人選任受僱人特別注意。然實際上，若非無益之具文，即屬特與僱用人以卸責之口實。夫選任優良之受僱人，乃僱用人本身之利益所在，不待法律敦促，僱用人自當注意。且選任受僱人已盡相當之注意一語，毫無標準。故吾人不能就其注意之程度，而論其責任之輕重。僅有於通常選任之形式上，而論其已否盡其手續而已也。今如某甲僱用一汽車夫，選定一持有官署所發給之護照，准許開車，並其人貌甚老成。

僱用人一經考查，即可云已盡相當之注意。然其人開車能力及老成持重之態度，不能完全免除意外之事變發生。若受僱用人因此即可免除連帶責任，則意外不幸之事變之結果，責任上令受僱人獨被其殃，事實上令被害人獨當其禍，故選任已盡相當之注意之免責條件，殊與社會前途之幸福有碍。不特此也，即就選任注意一事言之。在往昔人類相互間之往來少，企業之範圍甚小之時代，注意選任一事，在事實上，尚有可能。然而近代工業發達，企業之組織擴大，僱員職工，動輒千百萬計。若求其一注意選任，將各個職員粗工之身世來歷，調查清楚，方肯僱用。不特工廠永遠不能開成，且於事實上亦絕不可能。考歐美各國社會習慣（此習慣大都已載入勞動法典）。工人退工，僱用人照例給一證書，證書之內，更由法律禁止載有與工人將來覓工不利之字樣，其他僱用人，一見證書，即認為合格。查閱此種證書，固可使僱用人證明其選任受僱人已盡相當注意，然對於工人之侵權事實之發生，可云絕無關係。且我國固有之習慣，僱用男女工人，常令受僱人取一店保。此類謹慎之舉，自可認為選任注意之所出。然而店保對於意外事變，仍無關之可言。故此種僱用人免除責任之條件，只可為縮減僱用人連帶責任之用而已。於實際上對於近代經濟生活，不特無益，並不可能。處

今世之立法，採前世紀之條文格式，其能施行無悖也幾矣（參看下文過失說）。

(5) 監督受僱人執行職務已盡相當注意 此種條件，表面觀之，似較前項為實際。以為藉此可使僱用人時時注意監督受僱人之行為，以免發生侵權之事實。若一加思索，仍屬一文不值。蓋因侵權事實之發生，並非監督完全可以免除。假如某甲之汽車，開車送其外出，途中撞傷行人。某甲本人坐在車中，能說其未盡監督之責乎？究竟某甲雖自坐車中，其能監督其汽車夫之開車動作，使其不致撞人乎？且我國小工商業之組織，僱用人多與其受僱人一同工作，其監督之周密，自不待言。即就大工商業之組織，內部監督人員，在在皆是，法院何能謂僱用人對於其受僱人之監督，未盡相當之注意。且因職業之危險而發生之事變，與監督毫無關係，故監督盡責，亦成毫無實際之語。何況有高等技藝之受僱人，僱用人縱欲切實監督，亦無從生效。蓋高等技藝之工作，非有專門人材，不克盡監督之責。僱用人本可僱人代已監督，冀免其責。故各國立法中，有代理監督人與僱用人負同樣責任之規定。我國民律草案第九百五十二條，新民律案第二百九十二條，皆有此種規定。若云法律之用意，在使僱用人特別注意監督，即當有此規定，以促使方方盡責。不然，即生下列兩種弊端。第一僱用人

損害之原因何在？依全文語氣觀之，則完全出於不可抗力。不特僱用人之過失，不足爲其負責之原因，即行爲人對於發生損害之直接過失，亦不應爲之計較。蓋不可抗力之下，無過失輕重之可言。禍歸誰當，即屬誰之損害，初無主觀之條件於其間也。民法第一百八十八條條文，雖將選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意與縱加以相當之注意而仍不免損害之發生，二者，同爲僱用人免責條件，然受僱人之責任，初不能因此即云相同，依選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當注意之僱用人免責條件，所有損害賠償責任，除特別情形外，應依民法第一百八十四之原則，由受僱人單獨負責。若依縱加以相當之注意仍不免發生損害之情形，在原則上，行爲人亦不負民法第一百八十四條之責任。損害概歸被害人承當。該條規定，並未作此項區分，而一概令受僱人負責賠償也。民法第一百八十七條第二項及第一百九十條第一項之但書，雖係同樣文字，然因其無求價權之規定，損失可云由被害人擔負也。可慨也夫。不可抗力者，乃天然或人事中之偉大暴力，個人能力不可抵抗者也。如雷電戰爭等過失以外之損害原因是也。此等情形之下，受僱人本身，原無責任，僱用人當然無連帶責任。若因社會連帶關係，法律令僱用人作無過失之賠償，受僱人當然無返還之理。故此項求賠權，應不存在。

吾人對於縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者一語，除不可抗力外，更有職業固有之危險暴力解，蓋因僱用人選任及監督之注意，僅可防止因受僱人之過失而發生損害事實。至於職業上之危險，本非由於受僱人過失之所致，所以縱加相當注意，仍不免損害發生。故雖於監督及選任上有疏懈，亦可不負責任。嗟乎，僱用人既不因職業危險而負責任，受僱人其可獨負危險之責乎？例如鑛穴失火，原非由於工人失慎之所致。主人尚可不負損害賠償之責任，工人既身受其禍，即幸而出險，何能令其負損害賠償之責。所以作職業危險暴發之損害事實解，亦非理法之當。

總之，在縱加以相當之注意而不免發生損害之情形，僱用人不負損害賠償責任之規定。原為提倡工業，保護資本，特將不可抗力或職業危險所發生之損失，或由社會上之被害人擔任，或由工人分擔，以減資本家之擔負。吾人研究各國立法之比較時，更可見其用意之所在也。此種規定，對於我國現時經濟狀況及節制資本主義之前途，是否有當容後再論。茲不過注意其與法理人情，兩不相合耳。

本項卸責條件，雖非以個人之行為或不行為為其成立之原因，要皆與以上五項之條件，

不肯用重資聘請有專門學識及職業經驗之人，擔任監督。而用無技能之人，以應法律之要求。結果廠內多一不相干之人煩擾工人，而工人反因此獨擔其侵權行爲之責。第二代理監督之人，本身一無責任，一般無技能無力謀生之徒，不論報酬之多寡，皆願爲責督人。僱用人亦利其所求甚微，樂於選用。若法律規定代理監督人與有責任，無賠償能力之人，即不能爲代理監督人。無監督能力之人，即不敢爲代理監督人。庶於事實上，可收實際監督之效，要之，個人根本反對採用過失責任主義，對於其中利弊亦不能多加推究。下文研究過失說之原委時，再爲詳敘之也。

以上(四)(五)兩條件，就其形式之積極方面觀之，則爲免責條件，若就其形式之消極方面觀之，則爲負責條件。無論如何，此兩項條件，爲適用時事實上所必須證明者。究竟僱用人免責，必得兩項皆無過失時方可，或其中一項無過失時，即可免責乎？依條文中之及字連接此兩項條件，係屬並舉性質，似宜二者皆盡相當注意，方可免責。此亦我國現代學者所公認（參看周新民先生所著民法債編通則新論上冊第二〇三頁，李謨黃景柏二先生所著之民法債總論第八七頁）。

以上所述之條件，皆以個人之行爲爲基礎。然於個人行爲之原因外，仍有兩種條件，一則使僱用人有過免責，一則使僱用人無過負責。一則屬於不可抗力，一則屬於社會責任。二者皆與個人之行爲直接無關，可謂無善之報，無過之殃矣。茲更分述如下。

(6) 縱加以相當之注意而仍不免發生損害者 若依過失責任主義言之，行爲人無失過時，對於行爲所發生之損害，不負賠償之責。但雖有過失，而損害發生之主要原因，不在行爲人之過失時，行爲人亦可不負賠償之責，此種原理，不特應用於侵權責任。即於契約責任中，亦有應用之處。例如民法第二百三十一條之遲延責任。於債務人遲延所發生之損害，係因債務人之過失所致，故債務人應負損害賠償之責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。此即謂債務人雖有遲延之過失，仍不受此種損害賠償之原則之限制也。而於侵權責任中，此種原理，屢見於民法第一百八十七條第二項，第一百九十條第一項及此處但書之規定。

縱加以相當之注意，而仍不免發生損害云者，言僱用人雖有疏懈之處，然其損害發生之主要原因，非由此項之疏懈過失所致，此即所謂過失與損害無因果之關係也。究竟此種發生

同爲個人主義責任觀念之立法。其負責與免責，皆以個人爲主體而言者，初無以社會公共幸福爲前提之觀念於其間。條文至此，與德日之民法所規定者，可云完全相同。下文比較各國民法時，即可明了。然我國處茲三民主義治國之時，其能訂立法律，毫無社會觀乎？曰否，本條第二項，即完全撇開個人之權利義務觀念。以社會公共幸福爲前提，使社會中有力之一份子，助其他無力之份子，跳出苦海也。此種規定，在胡漢民先生講演中，稱爲主持公道而設，余則以根本社會連帶觀念，設出一種社會主義之責任也。謂之個人之社會擔負則可，謂之公道所應當，則有時亦未必如此也。在以個人爲主體之立法之下，對於此種觀念之採取，立法者，殊有不能自如之處。所以對於民法第一百八十四條所規定之責任上，毫無此種觀念。惟於第一百八十七條第三項及第一百八十八條第二項對他人負責時，作一例外之無過失責任也。茲更將其內容，詳述之如下。

(7) 僱用人之例外社會責任 何謂例外之社會責任？例外者，非原則之謂也。我國民法，以個人爲權利義務之主體，以過失爲責任之原因。在原則上，無社會責任觀念於其間。至於蘇俄民法則不然。其民事責任成立之條件，雖基於個人之行爲，然其賠償損害之計算標

準，則應視當事人之財產境况而定。其第四百一十一條云，對於損害賠償範圍之確定，於任何情形之中，法院皆當注意被害人及行爲人之財產境况。而我國民法第一百九十二條以下之損害賠償範圍，從未有同樣原則之規定。對於民事責任條件不成立之損害，蘇俄民法則有第四百零六條之規定。其文云，在依第四百零三條至第四百零五條第四百零三條規定個人行爲所發生對於他人財物之損害責任。第四百零四條，對於企業組織上特別擴張危險所發生之損害之責任。第四百零五條，無行爲能力人之行爲所發生之損害之責任。所規定之情形。行爲人不負損害賠償責任時，法院仍得斟酌當事人之財產境况，強令行爲人負擔損害賠償之責。而我國民法則僅於第一百八十七條及第一百八十八條所規定之情形，有此規定。故我國民法對於此種規定，視爲例外，極爲明顯。

何謂社會責任？社會者，人羣之總稱也。個人對於社會總體爲一份子，其權利義務，皆當依總體之利害所在而定。且總體之利害，亦即其各份子之利害。而各份子相互間，並有此份子之利害，即爲彼份子之利害之連帶關係。因此利害相同福禍相連之觀念，國家規定私人之有力者，負一部分爲社會全體利益之責任。此即所謂社會責任。故社會責任，非以個人之權利義務爲基礎之責任，而以私人對於社會所應負之義務及應享之權利爲基礎之責任也。該

第二項之規定，對於個人權利義務為基礎之責任，既不存在。所賴以為根據者，惟個人對於社會應負之責耳。茲更將其獨具性質及適用之條件，分述於下。

第一此項責任，只適用於社會責任所必需。今有人焉，被他人行為之害，行為人既無負責之可能，而其僱用人又無合法之連帶責任。若被害人自己無力營救時，則社會即有一不幸之份子。故為社會利益計，被害人必得有營救之機會方可。是以被害人無需要時，即有損害發生，亦不能援用。蓋被害人私利雖有損失，而與社會利益無關也。依民法之規定，被害人需用之有無，非依損害事實及營救能力，乃依被害人之聲請及其經濟狀況而定也。

第二必為原則上行為人負有賠償之責任，方能援用此項。該第二項之規定，與蘇俄民法之第四百零六條之規定，略有不同。蘇俄民法，為社會利益計，令行為人負無法律原因之損害賠償責任，僅以事實上之被害與行為人之行為相接而已。我國民法則以責任之擔負，雖不出於僱用人之過失，然損害之原因，除不可抗力外，必出於受僱人之過失。故不特損害事實與受僱人之行為事實上相接，並且有民法第一百八十四條所規定之法律原因，僱用人方負本項所規定之責任。因此受僱人依第一百八十四條之規定無責任時，除出於縱加以相當之注

意，仍不免發生損害之情形外，此項即無援用之餘地。

第三必為原則上請求賠償之方法已窮，方可援用此項。如前所云，此項規定，乃一種例外損害賠償辦法。因此依民法第一百八十四條或第一百八十八條第一項之規定，得到賠償時，或有得到賠償之可能時，此項即無援用之餘地。故若被害人援用此項規定，聲請法院時，僱用人仍有先就行為人財產之可能內賠償之抗辯權。蓋原則上之方法未窮以前，不能援用例外方法也。若由原則上之賠償方法，被害人已得一部分之賠償，其餘之部分，仍能援用此項規定而聲請之可乎？依此項條文，如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時之語氣觀之，只能於不能受損害賠償時，方可援用。若既受一部分賠償，即不能云不能受損害賠償，而援用此項。文字上雖然如此，考之法意，殊非盡然。蓋立法者之用意，在使被害人得到相當賠償。若因一小部分賠償，即失去此項作用，殊非所宜。且隱藏作弊之機會，蓋僱用人可暗使受僱人賠償一極小部分，以塞被害人之聲請之路也。何況前立法院院長胡漢民先生明解釋，法官為主持公道計，可以斟酌兩方經濟情形，使被害人得到相當賠償為度。因此在賠償未達到相當程度時，被害人仍可援用此項而聲請之也。至於聲請結果如何，法官有依照

案情而決定之全權。

第四依此項而聲請之損害賠償額，非若普通之損害賠償，依其損害之額及因損害而增加担負之額為賠償額。此項根據社會連帶主義，以被害人之需要額及負賠償責任人之經濟能力為規定賠償損害額中之一部或全部之標準。依斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償一語觀之，吾人可得下列數種情形。(1)被害人赤貧，僱用人巨富。在此情形之中，僱用人應作全部之賠償。(2)被害人小康，僱用人巨富，在此情形之中，應視其損害之大小為斷。若損害額極大，為被害人不能獨當。而僱用人之財產能力，超出此損害額時，依民法損害賠償之原則言之。則應令僱用人作全部之賠償。依此項獨具精神言之，則應由雙方財產能力比較而定僱用人之賠償量也。若損害額小，為被害人之所能獨當者，依民法損害賠償之原則言之，仍可令僱用人作全部之賠償。依此項獨具精神言之，則可拒絕聲請。(3)被害人小康，僱用人亦屬小康。若損害額為雙方能力皆不能獨當者。應依比例原則而令僱用人作一部分之賠償。或令僱用人賠償被害人不勝任之一部分。二者皆不違背該項精神。既無判例之根據，難於妄為肯定也。若損害額為被害人所能獨當者，此項似無援用之

處。(4)被害人巨富，僱用人小康。依此項獨具精神，無論損害之大小，皆不宜援用。(5)被害人巨富，僱用人亦巨富。除損害額為被害人所不能獨當外，此項皆不得援用。若有援用之必要時，其賠償量之肯定法，一如上述之第三種情形也。

• (未完)

囚人勞働之價值批判

劉雲敷

一

自十六世紀懲治監成立於英德諸國以來，監獄已一新其目的，其無業游民，亦收容之於監內，使之勞作，以養成其良好之習性，於是勞働與囚人，遂發生密切之關係。監獄學大家約翰浩瓦德 John Howard 嘗謂懲治監之目的，在於「使之勤敏，乃有恆心」者，其理解囚人勞働之價值，至真確也。

二

迨自十八世紀中葉，自由刑全盛而後，迄於今日，各國自由刑之分類，尚不少以刑期之長短，定勞役之有無與輕重者，如：

英之自由刑有二：曰，懲役 *penal servitude*。曰，禁錮 *imprisonment*。懲役，無期，

或三年以上二十五年以下之自由刑用之。應就重役 *hart labour*。禁錮，一日以上，二年以下之自由刑用之。應就輕役。

德之自由刑有四：曰，懲役 *Zuchthaus*。曰，輕懲役 *Gefängnis*。曰，禁錮 *Festungshaft*。曰，拘留 *Haft*。重懲役及禁錮，刑期為無期，及一年以上，十五年以下。輕懲役，則為一日以上，五年以下。而拘留，僅一日以上，六週以下。因之，重懲役，有勞働之義務，不許為業種之選擇。輕懲役，及拘留，雖有勞働義務，其勞働之賦課，則為個別的，選擇的。至禁錮，更不使負勞働義務矣。

意之自由刑有三：曰，無期懲役 *Ergastolo*。曰懲役 *reclusione*。曰拘留 *arresto*。無期懲役，至少須服役三年後，始許就屋外作業之役，懲役為一月以上二十四年以下之刑期，其服役後之一年，屋外作業，即得許之。

日之自由刑有三：曰，懲役；曰，禁錮；曰，拘留。懲役，雖有定役的規定；而禁錮拘留則無之。

就以上諸國之制度而觀察之，其非以自由刑為單一之刑罰，勞働之重輕與有無，亦為區

別的一大標準，是以勞働爲含有痛苦的性質，而在另一面，足以表示刑罰有一種應報的意味，至明瞭矣。

三

惟今之刑法學者謂：「勞働者，痛苦也。但此所謂痛苦者，與從來刑罰觀念上所要求之痛苦，異其本質者也。何則？從來刑罰觀念上所要求之痛苦 *Painigung*，在受痛苦之人，決不豫想其有道德的倫理的作用；而勞働之痛苦，則其同時有道德的倫理的作用，實不可忘也。此其故，蓋以從來所謂痛苦之概念，乃爲凡屬人類所趨避之物；反之勞働之痛苦，不僅犯人，即人類皆應受之者焉。且對此痛苦而忍受之者，始克陶冶其人格；因之勞働者與其謂爲應報刑的刑罰之基本，無寧謂爲教育之源泉，謂爲倫理之根幹；」（見正木亮以行刑爲基點考察不定期刑）予於斯說，竊表同情！

四

於茲以觀我國監獄作業之制度，則又不能不許其爲富有現代的意義。民國四年七月八日大總統申令有云：「改良監獄，仁政所先，而囚徒作工，足以檢束身心，學成職業。……且在監人犯，習於勤勞，出獄爲民，得以自謀生活，洵屬法良意美。……凡屬省會，宜有一完備之新監，以爲全省模範，增設必要科目，俾在監人犯，全體作工。……」云云，是以勞働有道德的倫理的意味，絲毫不含有報應的作用，而參觀我國各處新式監獄，其分配囚人之作業，其輕重亦大抵不以罪質之重輕爲標準，且有重罪人犯，惡性較大，防其傳染，雖在沉默制之下，亦有不令其作工，使之孤獨，而感覺其精神上之痛苦者，其認識囚人勞働之價值，孰謂不較勝上述英德意日各國哉？

私擬中華民國刑法修正案初稿商榷書

陳志皋

中國法系時至今日，方醞釀於偉大之第三時期，夏刑三千，周刑二千五百，古不詳考。李悝作法經，以及周秦諸家并陳，至於蕭何制九章之律，以匯萃之，是爲第一時期。其後歷新莽魏晉六朝，合中原數百年，五胡十六國之思想習俗，而融合之，長孫無忌等作爲唐律並疏義三十卷，是爲第二時期。宋元明清承沿唐制，而益減增損，至近百年間，歐亞交通，日趨發達。人間兩般文化，逐趨融和，有清末季沈寄簪新刑律，卽祖述舊律例，旁徵德日律，而製作焉。殆後迭經削改，民十七年國府所頒王寵惠主稿之刑法，（本文稱舊刑法所以示別與修正案也）則爲外人某學者所初稿。其間接受西方文化之處，更爲較多。今次立法院又復萃集羣彥，縱承中國數千百年之民族生活，前賢遺規，橫歷數萬萬里之國際文化近代思潮，匯而合之，成此修正案初稿，其歷史意義之偉大誠屬時代之大設施。皋不才，謹就管見，臆陳如后，非敢弄斧班門，實有待海內外學者之辱教也。

（甲）關於制度 關於制度一項茲就管見所見凡七。

(一)修正案第八十六條「法院得依被害人之請求公佈判決其費用由被告負擔，」立意甚善，但於平反冤獄之被告，除另設其他法益賠償外，似亦應訂以類似之保障，無論其為公訴或自訴者均同，是為保障一般人民安全生活之要圖。〔評一〕

(二)「選舉」二字之字義原包括考試與投票而言，修正案第一百三十條，以妨害考試作為妨害公務，并以依考試法舉行之考試為限，似亦失之太狹。然則例如年來各部會之技術考試，與各省市教育廳局所主持之會考，倘以主持事務者言之，當均為公務之一種。但其考試，則為考試法以外之考試，就民國二十二年而論，各項考試弊案之發生，各地皆有，將如何救濟之。修正案第六章之妨害投票罪，乃概括政治上選舉或其他投票權而言，其意義較之舊刑法僅限與中央或地方之政治選舉者，廣泛甯止千倍，愚意凡妨害投票之諸條，於考試場合，均可適用，不若仍立「妨害選舉罪」一章，內述「凡以非法方法使考試(或限以某項之考試)及投票(或限以某項之投票)致生不準確結果者為妨害選舉罪」，然後更進而列舉關於觸犯該罪之法文，若是非僅於「選舉」兩字，中國文字意義宜達無餘，而與總理孫先生五權憲法講詞中闡明考試之真義，亦相符合。

(三)修正案第二百二十八條「有配偶而與人通姦者」之罰則，在情理上至爲正當，且按之唐律雜律門諸色犯條，原無單獨拘束婦女之文，尚書大傳男女不以義交者當刑宮，亦非僅罪有夫之婦，修正案所定極是。但有所疑問者，民法第一千一百二十三條第三項「雖非親屬而以永久共同生活爲目的同居一家者，視爲家屬。」，及最高法院二十一年院字第七三五號解釋認妾卽民法一千一百二十三條所規定之人物，而視同家屬之一員。然則納妾一事，其以有配偶與人通姦論耶？其不以此論耶？至於「姦」之一字，亦頗費解，倘以一般立論，則舉凡嫖娼等男女相狎，皆可推論，則似範圍太廣。反之本條既無未遂罪之規定，當以現行及實行者爲限。嚴格言之，雖同衾衣服，共臥床第，猶尚未遂焉。必當相交之際，或已交之後留有可供檢驗之證據者，方爲構成。然則姦非色犯，其能以現行就逮者有幾，而遺留之物可資證明爲伊誰所姦者尤難。姦非固爲最下之犯罪，而挽回積風，自非嚴辦色犯不可，但如何而臻其善。又修正案第二百三十二條和誘有夫之婦之罪須告訴乃論云云，推敲文義，似與前數條互相抵觸，然則其如和誘有婦之夫何？

(四)修正案第二百三十四條褻瀆祀典之罪，列舉對於壇廟寺觀教堂墳墓或公衆紀念處所

公然侮辱者，又第二項妨害喪葬祭禮說教禮拜者，此兩項前者指「處所」而言，後者就「他人之行爲」時而言。竊會按之實際，如民國十八年國民政府命令，凡撕毀中國國民黨總理孫中山先生之遺像者，以刑法一六七條論罪，又司法院第一二六號解釋，亦同此說，實則於其用刑法一六七條之罪，愚意曷勿在褻瀆祀典章內，規定凡對於有大勳於民族而經國家公議崇祀之先哲，有惡意撕毀其遺像或其他紀念標幟者，以褻瀆祀典論處，當爲妥切。

(五)刑法妨害農工商罪之字義，凡一切妨害「農」事「工」作及「商」務者均屬之，舊刑法及修正案於妨害農事及商務者，均已具有相當之規定，而於近代產業發達之際，關於衆人聚處之工業，其從業人作工之安全問題，似稍忽略，修正案第一百八十條亦僅就已有安全設備之有毀損者處罰而已。愚意本章內或公共危險罪內，均應有所規定。例如民國二十二年間上海有多數工廠均以設備未週，致工人於作業之際，發生意外慘禍，死傷盈百，雖云工廠法另可詳細規定，但刑法爲諸消極法規之主典，舉凡工廠作場於工人作業時，依其程度所需最低度之生命安全設施，倘有不設施或不週者，似應分別輕重其刑，而訂之於妨害農工商罪內。其他煽亂風潮，妨害他人不能作工者亦同，於斯方爲完善之保護「農」「工」「商」。

(六)修正案第三十三章有重利罪之規定，此殆師承明清律違禁取利律而來，當茲農村崩潰之際，高利貸之惡焰，至爲毒烈，清律對於違禁取利處極嚴，乾隆四十八年有山西武凝寓一案，以四折三分利借款予人，卽如目今上海印度人之借四百元立一千元借據外，益以三分利率之拆息，名曰四折三分，竟至杖一百徒三年，可見當時之嚴峻。但目前商業市場之掉票及俗名所謂抱轉利息等事，察其所得，往往亦在高利貸之列，然爲市場之金融流通計，又復取緝爲難，而折扣借款之少借多寫等事，往往亦難於證實，然則將如何以臻其善。

(七)中華民國既迭經宣示爲漢滿蒙回藏五大民族之聯合國家，中國境內一切民族一列平等之宣言，既迭見於政府之公開表示，且中華民國憲法草案亦規定凡民刑法典之立法權限之中央。是凡中華民國境內，除有特殊身份者如軍隊外，一般國民，自當施以統一之法典是爲不容更易之鐵律。辛亥鼎革以來，法制正朔，均乏正式之製訂，革命政府定都南京後之刑法典，雖爲較備，但亦未能謂完善，今次修正案初稿，博引詳徵，固甚進步，但於位占國境一大部份之蒙古人民之刑法，猶有未曾注意，愚以長此引用，有清舊制「理藩院則例」以制蒙民。則非僅國家法典不能統一於國境，且復無端使數千萬蒙族同胞，置諸化外，不得革命法

律之保障，寧非憾事。查該則例係有清雍正十一年所頒發，凡七十一條，內三條與民國四年經北京司法部刪廢，現存六十八條，國民政府司法部十八年院字第一四三號令繼續援用。其間除一部份為蒙古特種習俗外，其與內地民刑各法相類者亦不一而足。倘得盡量刪併，取其兩殊而尚為現今蒙民亟需者制作條文，各就其類凡刑事法規，列之修正案，是當為中國近數百年法律史上又增一重光榮矣。

〔註一〕請參閱民國二十二年六月由中華民國律師協會第五屆全國代表大會提請立法院之
本文稿者所撰冤獄賠償制度案。

(乙)關於刑罰

晉書刑法志刑罰不務輕重，務其中也。然欲其中也，則於定刑之輕重，實亦不能謂無有關係。嘗推敲刑法修正案與舊刑法相較，其可發現者，為凡一切與國家社會有關之犯罪，大致均趨加重，而對於個人之犯罪，則較減輕，然以全部論之，似猶有不無刑亂國用重典之嫌。修正案改少舊刑法注意親屬關係之宗法傳統，而易以道義為主之新康德派法律思想，就中如「外患罪」「瀆職罪」「公共危險罪」等之加重，均為允洽，惟於色犯如第二百十八條第二百

九條詐犯如二百八十七條第二百八十八條則似少嫌失之過寬，傷害罪如二百六十九條第三項第二百七十三條等似少失之太猛。際此末世，民風頹詐，淫亂之事，誦誘之徒，非有嚴刑，無以止之。至於人民偶以氣憤，悍然而鬥，固與社會秩序不謂相宜，但必云用之重典，似亦可憫。

(丙)關於文字 關於文字有待商榷者三

(一)關於妨害選舉罪之律目，可概括考試投票而言者，已如前述，茲不贅。

(二)修正案第二百六十一條第二百六十八條當場激於義憤之議輕其罰，此項立義，當不外乎「道義」及關於「犯罪情狀」之議輕而來。但按之實際，如民國二十一年山東鄭繼成之替父復仇案，民國二十一年上海各界民衆代表傷害郭泰祺案，民國二十一年二十二年間之愛國除奸團諸案，凡此皆可謂「激於義憤」，當非飾詞。但尙謂當場激於義憤，則又間有出之「預謀」者矣。况復當場兩字，固可謂至已明顯，但反復推敲，則又難於解釋其場合之何時爲當場，况揆之情理，凡事未經思維而爲之者曰衝動，必經思維，而後知之爲義，由義而發憤曰，義憤，既爲道義計焉，既爲修正案第五十一條等鞠情議輕焉，愚意不如將「當場」兩字刪去，凡

「激於義憤」而犯前述各罪者議輕處刑，似較妥切。

(三)修正案第三十章「槍奪強盜及海盜罪」，按強盜之名，自古有之，晉書曰不和謂之強，取非其物謂之盜，以威若力而取人財物曰強盜，海盜者，在海洋行劫也曰海盜，盜之一字，本已具有搶奪財物之意，既名之曰盜矣，復冠之「搶奪」二字，實覺不勝「關門閉戶掩柴扉」之嫌。昔李悝法經有「盜法」，唐律有「強盜條」，元律強奪人財以「強盜」論，明律增「白晝搶奪」之條，清律承之作「竊盜，強盜白晝搶奪」三條，沈寄穆刑律併為「竊盜及強盜罪」，王寵惠刑法分為二章「竊盜罪」「槍奪強盜及海盜罪」，今修正案仍王氏刑法之舊律目名曰「槍奪強盜及海盜罪」者，「搶奪」兩字實屬重複愚意應予刪去，當為簡淨。

此外關於贖刑流刑之運用，以及笞刑死刑之興廢，各家聚論不一，總之中國目今方處於大亂動之時代，理想過高之刑罰，一時尚難施諸智識水準不同之民間，例如狡猾之棍著，非加以笞刑，不知苦楚，反之終日象養，美其名曰自由刑，實則一方虛耗公款，一方又使若干有犯罪之不良性格者朝夕相處，助長其犯罪之能力，不如投之邊荒，使之懇屯，以無用之人，作有利之事，其間或別其罪之輕重，區其流放之遠近，所以使其親屬探望，較之囚徒

可其利弊，似未可以道里計，但凡此諸端，千頭萬緒當俟有時間，另爲專論以詳之。

新 鄂

第一卷第二期目錄

法學叢刊 論著 私擬中華民國刑法修正案初稿商榷書

一一八

每月述評

張學良就職與湖北.....	鏡蓉
合署辦公與建築省府新屋.....	鏡蓉
提倡國貨的實踐社.....	銘
湖北建設廳的鴻猷.....	銘
鄂人在建設時期應有的認識與努力.....	建勳
一年來之鄂政是否『紙片政治』呢？(續).....	金音
繁榮武漢與治水.....	劉幹廷
鄂北十三縣的現狀和今後應興應革的芻議.....(續)	紫銘
禮山縣的建設問題(通信).....	伏義
談長生殿.....(續)	謝光康
編輯後記.....	編者

南京中山東路利濟巷十四號新鄂月刊社發行

二十三年三月一日出版

價目 零售每期五分全年連郵六角

代售處 全國各大書局

譯述

關於唐令復舊之研究

仁井田陞著
劉陸民譯

附——董康氏敦煌發見散頒格研究

日儒以唐令爲東洋法制史之樞軸，競爲不斷之研究。反觀我國，則多數典忘祖，每喜珍視他人之糟粕，鄙棄固有之文化，此學術界之大恥也。本文內容，原屬平淡無奇，且間有牽強處，自爲稍涉獵中華法制史者所易曉。然予特譯，載於本刊者，所以介紹日人重視東洋文化之精神，藉引起國人研究固有法學之興趣也。——譯者

予曾於東方文化學院東京研究所，在中田先生指導之下，基於「唐令之復舊並其史的研究」題下所考求而得之結果，題爲「唐令拾遺」而發表矣。以次雖論述其研究之大要，但尙有未涉及之二三問題，將於此論及之。

中國古代法律，曾給與影響於四方之地域與民族。耶林氏所謂羅馬雖三度征服世界，而

中國亦大體一度由武力，一度由儒教，一度由法律，而支配古代東方亞細亞者也。英吉利法蘭西德意志俄羅斯瑞典及日本之學術探險隊，在敦煌及其他新疆各地，發見中國古代之史料甚多，其中漢唐法律或附屬於其法律之法律文書，亦含有之。元來中國古代與西方諸國之交通，亦由陸路，其在敦煌會合之新疆天山北路天山南路，乃交通之幹線，漢唐之勢力，亦曾及此。顏真卿送岑參使西方詩：「君不聞胡笳聲最悲，紫髯碧眼胡人吹，吹之一曲未了，愁殺樓蘭征戍兒，涼秋八月蕭關道，北風吹斷天山艸，崑崙山南月斜，胡人向月吹胡笳，」云云，其所謂「樓蘭」者，即西域之一國，今尙自其地發現漢代甚多之木簡，則此詩表現出中國之勢力，及於西方，與東西之交通路，並此方面碧眼胡人（伊蘭人）之風俗，可謂爲有趣味之史料。

中國由春秋戰國，入於歷史時代，因之如以前所傳之法典，存否不在研究問題範圍之內。晉書刑法志，所引魏律序略等，魏文公之時，李悝作法經六篇。若以此言爲信而不誣，則約在羅馬十二表法制定後之紀元前四世紀，中國亦有法典。其在秦室，亦能謂有律存在。惟所謂法經也，律也，皆刑罰法規，非刑罰法規之令，則尙無之。令之濫觴，其在漢之時

乎？但觀漢書蕭何傳：「沛公至咸陽，諸將皆爭走金帛財物之府，何獨先入，將丞相御史律令圖書藏之」云云，則在秦之世，於律之外亦有令，亦未可知。（譯者按商君書更法篇「孝公曰，善，吾聞窮巷多慙，曲學多辯，愚者笑之，智者哀焉，狂夫之樂，賢者器焉，拘世以議，寡人不之疑矣，於是遂出墾草令」則秦在孝公之世，即已有令，著者以揣度之辭出之，悞矣。）由漢迄隋，歷朝大抵律與令並為編纂，但令皆亡佚，不傳於今日。（律亦有亡佚者）唯逸文則有散見於諸書者，而其中比較的近於古者，以晉令（A. D. 268 頒行）為獨多，因之其內容亦能比例的多得了解。晉後，所謂南北朝時代，其間譬若南朝梁武帝時之令，制定於 A. B. 503，較羅馬優斯齊尼阿奴斯學說彙纂之成功，先三十年，又若以克羅滿最古部族法，是亦漸成功於此時，則中國古法典之時代，其為甚古，可想見矣。唐令之直接淵源，則為隋開皇令，此與從來之令，則大有差異。

唐世，令之編纂，達十餘次。第一次令，為武德令三十一卷，「高祖武德七年 A. D. 624 成」第二次令，為貞觀令三十卷，「太宗貞觀十一年 A. D. 637 成」第三次令，為永徽令三十卷，「高宗永徽二年 A. D. 651 成」高宗於其後，亦曾於令有所修改，而武后亦作垂拱令，

(A. D. 685成)中宗亦作神龍令。(A. D. 705成)神龍令雖今已無傳，而與此令同時制定之散頒刑部格，尚有一部即十三條，由巴黎探險隊，自敦煌所存史料中而發現，藏於巴黎之國立圖書館，先年內藤湖南先生，在巴黎抄出，於昭和三年，在「唐代之文化與天平文化」(增訂日本文化史研究)所收)演講中，而介紹其存在。夫所謂散頒格者，乃頒布天下之格，對於留置於本司之留司格言也。目下來日講學之董康氏，於昭和二年，(中華民國十六年)在京都滯留中，向內藤先生借覽同格而筆錄之，擬將格之全文並其研究，入於京都滯留日記之一月二十一日條而發表。今拜借其木版印刷本，得其許可，於茲而思介紹之。(全文錄後)散頒格之類，有永徽散頒格或永徽散頒天下格七卷，(永徽中長孫無忌等撰)永徽散行天下格中本，(麟德中源直心等撰)垂拱散頒格二卷，(垂拱中裴居道等撰)及神龍散頒格七卷，(神龍元年蘇瓊等撰)由唐六典通典唐會要新舊唐書而能知之。然敦煌發見之散頒格，所以知其為神龍時有者，以同格開始有「蘇瓊等奉敕刪定」之語故也。又見於格中之「京都」地名，非永徽年間之名稱，且「尚書省」「刑部」「太常」及「少府監」等官司之名稱，亦為麟德或垂拱年間之所無，反之與神龍年間者一致之事，皆若可為其傍證。格雖以尚書省諸曹之名稱為篇目，而同格則

爲此中之刑部格，其內容，如董氏研究之所見，是乃補充律或修改律者也。董氏雖指示於吾人，而此格有「但有告密，一准令條，受告官司，盡理推鞠」之語，則此之所謂令者，當係神龍時之獄官令。今由之將以補唐令拾遺。玄宗開元中，令亦二度刪定。其開元七年令，(A. D. 719 成) 自三十卷二十七篇于五百四十六條而成。同令，未見有他年度令學，封爵、祿、樂，捕亡，及假寧等篇目，是亦同令與從來令大異之點已。次期之令，是與律，格式及律疏，同時制定之開元二十五年令，(A. D. 737 成) 在此令內，前記諸篇目，盡皆有之，故令之體系，在本令而可謂爲復舊者歟？自敦煌發見開元初年以前之職員令殘卷，及雖有異說，得考定爲開元七年或同二十五年之物之公式令殘卷，其他開元二十五年律疏殘卷等之古寫本。從來所傳之唐律義疏，確信爲永徽律疏者，彼乃悞也，是可謂與敦煌發見律疏同樣之開元律疏。(仁井田牧野「故唐律疏義製作年代考」東方學說東京第一第二冊) 學者或舉敦煌發見之律疏與官板唐律疏義形式之差異，而以爲永徽開元兩律之差異，然而被不過單以古寫本與元泰定本爲祖的後世版本形式之不同。如斯，若以唐律疏議爲開元二十五年律疏，則同書所引之令文，亦得謂爲開元二十五年之令。開元後，令亦有幾分修改之記錄。又雖似無

記錄，而在玄宗天寶末，亦有曾經刪定之觀。關於此問題，在唐令拾遺，殆未觸及，而敦煌發見之唐職官表，爲官品令，其所舉之官名，乃天寶末之物，與開元二十五年度者異。（關於此，最近，大谷教授，也有研究，見青丘學叢第十三號）然則見於唐職官表的他之數條之令，亦爲天寶時之物乎？雖然，天寶之官制，大抵在玄宗後肅宗時，恢復舊觀，吾因以爲在後世，刪定令之影響不大矣。五代及宋初之令，是乃踏襲唐開元二十五年令者。宋神宗時，大變更宋天聖令，而作成元豐令五十卷，（A. D. 1084成）同令或雖其後之淳熙，慶元等令，亦未必與唐令異。與宋地分南北之金，其初準用唐宋兩令，至金末，仍於其影響之下而編纂泰和令。至及於元之諸法典與明令的唐令之影響，亦不爲少。到底唐令不外於中田先生所謂「東洋法制史之樞軸。」（唐令拾遺序）上所論述，雖僅爲唐令復舊之前提，而實則唐令及其史的研究之結果，顯能得結論之事情亦有之。唐令復舊材料中，唐代之文獻勿論，廣大的日本隋五代宋金等代諸令及其他文獻所含蓄者，亦實以唐令即所謂東洋法制史樞軸爲裏書。由以上各時代多種多樣之材料，蒐集唐令逸文，或相當法文，以回復唐令七百十餘條即約原典之一半矣。又於唐令拾遺，採錄唐前或唐後諸令中，有關係於唐令之條文，達二百數十條

焉。以下摘其間最簡單者爲例示於左。

〔開元二十五年戶令〕諸戶，皆以隣聚相保，以相檢察，而造非違，如有遠客，來過止宿，及保內之人，有所行詣，並語同保知，〔宋天聖令〕（與上令同文）

〔開元二十五年戶令〕諸男年十五，女年十三以上，並聽婚嫁，〔宋天聖令〕（與上令同文）

〔開元七年及同二十五年儀制令〕諸行路巷街，賤避貴，少避老，輕避重，去避來，

〔宋淳熙儀制令〕賤避貴。少避長，輕避重，去避來。

右之宋儀制令，見於續金石萃編，在陝西省略陽縣，有其碑文。在唐令拾遺，因被遺漏，因之今特補敘之。（本條相當法文在事林廣記所引之至元雜令亦見之，）如前揭唐儀制令在開元禮，亦有所見，此雖尙有異說，然在唐世，令並禮揭同種規定之事，明矣。更若以關市令爲例示則如左

〔開元二十五年關市令〕諸渡關津，及乘船筏上下，經津者，皆當有過所，〔晉令〕諸渡關，及乘船筏上下，津者，皆有過所，寫一通付關吏。

如右所舉，是殆與唐令同文之規定，亦既於晉令有之。

上述唐令，雖給與影響，至於後世，然田令中口分田之規定，考課令中秀才之規定，於唐代即已自然停止其行用。在唐令直接着手修改條文之事例，雖甚多，然由格敕而變更之場合，更不少。如斯，則應由何種方法而變更，吾雖以爲是便宜的問題，然所爲立法者之理想，假令由格敕而修改于令，自以不着手爲原則。

却思唐令乃比較的至近代而尚存在之物，何時亡佚，殊不能明，故唐令之復舊，乃學界之懸案，如我部元寬，在德川時代，既爲試行復舊的學者。明治之際，宮崎道三郎先生，唱道唐令復舊，繼承其旨而從事于復舊者，有中田先生，無成效之一部，則題「唐令與日本令之比較研究」已發表於明治三十七年國家學會雜誌，（更爲法制史論集第一卷所收）而此度予拾取中田先生蒐集材料之餘遺，在先生懇篤指導之下，到底以終唐令復舊之業。不充分之點，更豫定於別機會修補之。（註略）

次之董氏日記中，僅揭散頒格及其研究。句讀，是予所加。與第九條即私鑄錢人條同種之規定，有永淳元年五月敕（通典卷九）與基於彼之開元二十五年刑部格。（宋刑統卷二十六

所引，仁井田牧野前揭第一册參照）唐律疏義卷四彼此俱罪之賊條問答，雖得視爲關於私鑄錢之格，然視此爲前記之開元格，或較妥當。詳細則讓之別文。第十三條不明之字之第一字，或係司字。

錄唐神龍散頒刑部格一卷，此書見新唐書藝文志，凡七卷，中書令韋安石禮部尚同中書門下三品祝欽明尚書右丞蘇瓌兵部郎中狄光嗣等刪定，神龍元年上其書中士久佚，凡存十三條九十一行，巴黎編目爲三〇七八，略與唐律對勘，備錄於後，爲共探討刑法史之一助也，

散頒刑部格

銀青光祿大夫行尚書左丞上柱國臣蘇瓌等奉敕刪定

刑部 都部、當
作官、比部 司門

一 偽造官文書印，若轉將用行，並盜用官文書印，及亡印而行用，並偽造前代官文書印，若將行用，因得成官，假與人官情受假，各先決杖一百，頭首配緣邊有軍府小州，並不在會赦之限，其同情受用偽文書之人，亦準此。

按詐偽寫官文書印條，偽寫官文書印流二千里，偽寫前代官文書印，有所規求，封用

者，徒二年，寫，謂做效而作，不著從犯罪名，依名例減一等，又賊盜盜官文書印條，盜官文書印，徒二年，盜專指貪利，並非行用，故罪名輕重不同，若盜而行用，則無文明，此條因偽造行用類，推至盜而行用，所以補律文之未備罪名，頭首配嶺南遠惡處，從配緣邊有軍府小州，不在赦限，復嚴及同情受用之人，俱較律文加嚴，條內情受假，疑缺同字。官人在任，緣賊賄計罪成殿已上，雖非賊賄罪至除免，會恩及別赦免，並即錄奏，量所犯賊狀，貶授嶺南惡處及邊遠官。

按此條事類凡二（一）犯賊賄成殿已上者，最殿爲唐之考課法，最分二十七類，並敘四善，是爲功，殿指有耗亡者，以十分爲率，一分爲殿，是爲過，第其功過，以其黜陟，屬於吏部考功司，此云成殿以上，凡應列下考者皆是，（二）非賊賄罪除免，或別赦免者，指原律職制篇各條：經科擬後逢恩，或未經科擬別赦免者，此類概貶嶺南惡處及邊遠官，俱由考功處分也。

流外官行署州縣雜任，於監主犯賊一疋以上，先決杖六十，滿五疋以上，先決杖一百，並配入軍，如當州無府，配側近州，斷後一月內，即差綱領送所配府，取領報訖申所

司，賊不滿正者，卽解郤，雖會恩，並不在免軍及解免之限，在東都及京犯者，於尙書省門，對衆決，有外州縣者，長官集衆對決，賊多者，仰依本法。

按此條，定流外官行署州縣雜任犯賊之法，補本律所未備，杖決配軍，俱較職制下監主受財枉法條爲重。

法司斷九品以上官罪，皆錄所犯狀進內，其外推斷，罪定於後雪免者，皆得罪及合雪所由，并元斷官司奏事，若在外，以狀申省司，亦具出入之狀奏聞，若前人失錯縱去官，經赦亦宜奏，若推斷公坐者，不在秦限，應雪景跡狀，皆於本使勘檢，如灼然合雪，具狀牒考選司，若使司已停，卽於刑部大理陳牒，問取使人合雪之狀，然後爲雪，仍牒中書省，并錄狀進內訖，然後注。

按本條，定官吏犯罪後，獲申雪之法，原律無文。

盜及詐請兩京及九城宮庫物，賊滿一疋已上，首處斬，從配流，若盜司農諸倉，及少府監諸庫物，并軍糧軍資，賊滿五疋已上，首處死，從處流，若一疋已上，首處流：從徒三年，所由官人不存，檢校失數，滿卅疋已上者奏聞。

按律，無盜官物法，有犯以常盜論，本條，特補其缺漏，一疋以上首斬從流，未免過酷，明律，設常人盜官物專條，蓋原於此。

該誘官奴婢，及藏隱并替換者，並配流嶺南，無官蔭者，於配所役三年，有官蔭者，不得當贖，官奴婢犯者，配遠州苦使。

按律之定義，奴婢同於財產，賊盜四略和誘奴婢條，和誘者，以竊盜論，以無盜官物故，亦無和誘官奴婢明文，有犯仍依普通奴婢科罪，本條則專為和誘官奴婢，而設復加入替換，一層補律之未備，配流嶺南，乃律外加重，官蔭，指名例入議者，皇太子妃，七品以上之官，應議請減四條內，以特殊地位，可蔭及親族，得沐上請減等或聽贖之寬典，此則雖有官蔭，亦不得贖當，即官當以易科徒流等刑，質言之：即與平人一體，發配之意亦嚴之也。

工樂雜戶犯者，沒為官奴婢，並不在赦限。

按此條，承接上條，定工樂雜戶三種犯，前條該誘官奴婢罪之特別處分，工屬少府，

掌百工技巧之政，尚織染掌治五署，總中尚左右市等監，供天子器御后妃服飾及郊廟圭玉百及諸治鑄錢互官儀物，凡武庫袍襦皆識其輕重乃藏之，樂屬太常，掌禮樂郊廟社稷之事，總郊社太樂鼓吹太醫太

卜應權諸祠廟等署，雜戶謂前代以來，配隸諸司，職掌課役不同百姓，依名例工樂雜戶條，犯流，決杖留往役，不得過四年，習業已成，加杖二百，並不遠配，犯徒，準無兼丁例，加杖還依本色，但因專藝，特施寬典，自無不論輕重，概沒爲官奴婢之理，觀末句並不在赦限，並字仍包前一條而言，編纂者，失於注意，誤作兩條，致文義隔闕，三疑點也。盜計贓滿一疋以上，及該誘私奴婢，並恐喝取財，勘當知實，先決杖一百，仍依法與罪。

按律竊盜條，竊盜，一尺杖六十，一疋加一等，應杖七十，略和誘奴婢條，略誘奴婢，以強盜論，和誘以竊盜論，略謂經略而取，和謂兩共和同，此云誘該，略與和俱賅於內，私財貿易官物條，奴婢畜產，並舉計贓之法，當然以臨時所鬻身價爲準，又恐喝取人財物條，恐喝取人財物，準盜論加一等，以上三款，於本條應得之罪外，審實俱先決一百，亦從嚴之意，惟罪應杖七十者，先決之杖，反至一百，殊疑輕重失敘耳。

私鑄錢人，勘當得實，先決杖一百，頭首處盡家資沒官，從者配流，不得官當蔭贖，有官者仍除名，勾合頭首及居停主人，雖不自鑄，亦處盡資亦沒官，若家人共犯罪，其家

長資並設，家長不知，坐其所由者，一房資財，其鑄錢處鄰保，處徒一年，里正坊正各決一百，若有人糺告，應沒家資，並賞糺人，同犯自首告者，免罪依例酬賞。

按本條，凡分四款，（一）私鑄錢人，（二）勾合頭首及居停主人，（三）家人共犯者，家長資財亦沒官，（四）鄰保里正坊正之處分，依私鑄錢條，私鑄錢條三千里，其私鑄之器具，本名例彼此俱罪之賊條所稱犯禁之物，應予沒官，此並沒及資財，嚴及鄰保里正坊正，皆特別懲肅也，冊府刑法文宗太和三年，中書門下奏，鉛錢交易一貫以下，杖決脊二十，十貫以上上疑，杖六十徒三年，過十貫以上，集衆決殺，更重於此矣。

略及和誘和同相賣爲奴婢，自首者：非追得賣人，並不得成首，其略良人，仍先決杖一百，然後依法，若於羈縻及輕稅州自首者，雖得良人，非本州者，亦不成首。

按名例犯罪未發自首條，定不準首者五項（一）於人損傷，（二）於物不備償，（三）事緩後逃亡，（四）越度關及姦，（五）私習天文。各有用意，則略人略賣人，既不在不準自首之例，應許成首，惟被略賣之人，無從追得，應否成首，誠一疑問，此條詳爲分晰，所以補律之缺漏，羈縻，指遙通聲教着，輕稅州，唐時稅法隨土地所宜，且有寬鄉狹鄉之別

也。

但有告密，一準令條，受告官司，盡理推鞠，如先有合決笞杖者，先決本笞杖，然後推逐，狀內不當密條者，不須勘當，密條灼然，有逗留者，即準律掩捕，馳驛聞奏，如無指的，不須浪追及奏，若推勘事虛，先決杖一百，然後律依法科罪，仍不得減贖，若責杖不吐，確稱有密，即令自抄狀自封，長官重封，如不解書，推勘官人爲抄，長官封印署，馳驛進奏，仍禁身待進止，有不肯抄狀，並不受推勘着，即與無密，宜便準前決杖，及科本罪，若死囚制符已到前有告密者，不須爲受，其有相知道人數頭分告，及其人文狀，或稱聞人傳說，或稱疑有如此，或云恐如此，即告並重告他人所告之密，勘當事虛，其杖及反坐無密等罪，一準告人科決。其告密人，雖抄封進狀，內所告非密，及稱狀有不盡，妄請面見者，亦同無密科罪，縱別言他事，並不須爲勘當，或緣鬪競，或有冤嫌，即注意被奪密封事恐漏洩，官司不爲追攝，即云黨助逆徒，有如此色者，並不須爲勘當，仍令州縣錄勅，於所在村坊要路榜示，使人具知，勿陷入罪。

按墨子尚同篇，引大誓云，小人見姦巧，乃聞不言也，發罪鈞，告密之制，殷紂所開，

迨商鞅，設不告姦要斬之法，尤爲殘忍，唐律，雖有密告謀反大逆條，除叛逆三項，此外僅及指斥乘與妖言，茲云一準令條，則範圍較律廣矣，舊書刑法志謂，時周與嗣來俊臣等，相次受制，推究大獄，乃於都城麗景門內，別置推事使院，時人謂之新開獄，俊臣又與侍御史侯思正王弘義郭霸李敬仁評事韓衛忠等，招集告事數百人，共爲羅織，以陷良善，前後枉遭殺害者，不可勝數，又造告密羅織經一卷，其意旨，皆網羅前人，織成反狀云云，故麟臺正字陳子昂上書，有諸方告密因累千百輩，及其窮竟百無一實，又姦臣之黨，快意相讐睚眦之嫌，卽稍有密一人，被告百人滿獄，使者推捕，冠蓋如市等語，此類制度，雖有令條以示限制，究非治世所宜也。

光火劫賊，必藉主人，兼倚鄉豪，助成影援，其所獲賊，各委州縣長官，盡理評覆，應合死者奏聞，其居停主人，先決杖一百，仍與賊同罪，鄰保里正坊正村正，各決杖六十，並移貫邊州，其有捉獲賊，應合賞，準強盜法，其賞出賊家及居停主人，其賊黨有人密告官司，因而擒獲者，免其罪，仍同賞例，如有賊發，州縣專知官及長官，隱蔽不言，及勾官不能糾舉者，並解卻，若捉賊不獲，貶投遠惡官，限內捕獲過半以上，

即免貶責，如擄獲外境五人以上，與中上考，應貶者聽功過相折，御史巡察出日，仍訪察奏聞。

按賊盜律部內容止盜者條，里正等分別強竊罪，僅笞杖，縣令州長，罪止徒二年半，然此指容止普通之強竊盜而言，本條情形較律爲重。曰光火、曰劫盜，皆關係公共秩序者故，兼及所藉倚之主人鄉豪，而專知官長之隱蔽，勾官之不糾舉，俱貶投遠惡官，亦特別嚴重之處分，大清律強盜六項之聚衆百人以上，及老爪賊帽頂光棍諸嚴科，均由此條，積漸蛻化而出也。

盜及煞官馳馬一匹以上，先決杖一百，配流嶺南，不得官當贖，其知情轉換買賣，及過致人，居停主人知情者，並準此，有人糾告者，每糾得一匹賞物廿匹，糾數雖多，不得過一百匹，其賞物並出隱盜煞馳馬人，告數滿十匹以上者，衛士免軍，百姓免簡點戶，奴放從良，所由官口口縱者與下考，受財求，隸之準盜人科罪。

按律故殺官私牛馬條，故殺官私馬牛，徒一年半，賊重及殺餘畜產若傷者，計減價，準盜論，牛馬並稱一爲耕稼之本，一爲任遠供軍用，此則專爲殺官馳馬而設，決杖配嶺

法學叢刊 譯述 關於唐令復舊之研究

南，不許當贖，俱較本律爲重矣。

唐能爵之加爾那羅憲法與法西斯脫協會國家

具島兼三郎著
易庵譯

一 序言

今日稱爲意大利法西斯脫國家根幹精髓之協會國家 *Concorative State*，溯其起源，實發於意國世界有名熱血詩人唐能爵 *Gabriele D'Annunzio* 之詩的幻想。當歐戰餘燼未消之一九一九年九月十二日夜，唐能爵與其同黨所演飛鳥美遠征劇一幕，在歐洲其他各國眼中，不過一種可嗤之插話 *Epigone*。但在意大利自身，實爲永久不忘之歷史上大事件。此何以故，則因飛鳥美占領之後，由唐能爵發布之加爾那羅憲法（一名飛鳥美自由國憲法），已能將今日意大利法西斯主義誇示世界之協會國家，於十三年前貢獻其基礎。此事早經墨索里尼 *Benito Mussolini* 及喜談法西斯主義協會國家者公認，但是進而研討法西斯主義協會國家原理中，究竟如何容納加爾那羅憲法所具要點，則諸人對此問題之態度，必不能令筆者見之而首肯，實緣

諸人對此問題，非暫守沈默，即不願十分發揮之故。本稿意在矯正此弊，故於拙著「法西斯脫國家論」未遑論斷之本問題，公然將與以某種之解答。

二 加爾那羅憲法出現以前之生提加利主義國家主義與法西斯主義

現在意大利國家經過法雪改造後，所謂生提加利主義國家主義，已巧被公會主義所統一，然此統一初非有悠久之歷史。回顧十四五年之意大利，兩者還是未被統一，各自逞其分道揚鑣之慣技，間有人欲對兩者試其調和，無不痛嘗失敗之苦況。

一九〇八年，都靈地方，有以費阿那 *Vigore* 爲指導人之一羣國家主義者，標榜「於不破壞國民連帶範圍內之階級鬭爭」⁽¹⁾開始其工會運動，但此運動不久即遭國家主義者及生提加利斯脫之猛烈嘲罵而瓦解。蓋因運動之指導精神甚不鮮明，所以雙方皆責其不徹底，對其要求亦皆表示不滿足。然欲使國家主義與生提加利主義結合，其運動仍繼續不絕。迨一九一一年德利玻利戰爭勃發，意大利國內愛國熱突然昂進，生提加利主義運動蒙其影響，有多數

變爲國家主義之趨勢。雖社會黨，社會主義總工黨之舊指導人，依然反對戰爭，可是屬於此等團體之青年生提加利斯脫，已被國內戰爭熱煽動而轉向國家主義。據彼等之意見，則意大利與德利玻利土耳其人之戰爭，實係無產階級之戰爭，實係貧乏意大利對富裕鄰國之戰爭。此種意見爲社會黨，社會主義總工黨幹部派所不容，固不待言，其結果遂釀成兩者不可避之分裂。參戰派之生提加利斯脫，決由此等團體脫退，脫退派生提加利斯脫中，代表人物，既爲今日法西主義先驅，又可稱爲殉教者，其人名菲列浦柯利篤利。此人以此戰爭爲一個轉變之期，使生提加利主義成爲國家主義的生提加利主義，親身爲其熱心指導人，開拓工會運動之新分野，後因歐洲大戰開始，柯利篤利親赴前線，竟不幸而身死戰場。

柯利篤利之死，於國家主義的生提加利主義運動，損失甚大，然該運動決不因之而中絕，蓋柯利篤利之遺業，實爲美國歸來一青年愛特蒙篤洛索尼 Edmondo Rosoni 所繼承。大戰中洛索尼及柯利篤利餘波，組織意大利職業公會評議會 Comitato sindacale italiano，延至一九一八年五月，此會遂改組爲意大利工黨 Unione Italiana del Lavoro，洛索尼被推爲書記長之重職。歐洲大戰煽動意大利國民之愛國熱，比最初之德利玻利更盛，故意大利工

黨能乘此情勢，漸次擴大其勢力。然不意嫩芽初茁之國家主義工黨，竟因意大利國民對於歐戰之失望，忽發生反對之結果。蓋緣此次戰爭，不但未與意大利國民以何等利益，反使彼等陷於前古未有之困窮與危機，以故人人眼中視意大利工黨為最大仇敵，轉傾向於最初反對戰爭之社會黨，社會主義總工黨。此二黨自歐戰告終後數年間，勢力陡然增加，例如一九一〇年原有黨員三十八萬三千餘人之社會總工黨，雖因歐戰勃發，一時凋落至二十萬一千餘人，迨戰後一九一九年，竟一躍而增至一百十五萬九千餘人，由此可見當時社會主義勢力增加之急激，足以震撼國家主義者與反社會主義的生提加利脫之陣營。

此時墨索里尼在米蘭組織「意大利鬪爭團」法雪，開始反對社會主義活動，嗣後反對社會黨革命運動之國家主義者與生提加利斯脫，遂以此團體為貯水池。於此等法雪之勢力，由當時之大勢觀之，其性質幾乎無足輕重，因為多數意大利人，猶記憶墨索里尼之主戰煽動，對彼之期待甚微，反不如期望社會主義之較大。

在此種困難情勢之下，一切反社會主義之勢力，要求作成一共同戰線，自屬當然之事。但說到反社會主義一點，雖屬相同，欲將思想互異之勢力，統一於一種思想，事實上即深覺

困難。墨索里尼曾對洛索尼之工黨，提倡法西斯主義，生提加利主義之合同，謂工黨但能向過激主義與總罷工聲明反對，法雪無論何時，皆有願與合同之準備，屢將此意通告意大利工黨。無如當時之意大利工黨，一面高揭國家主義旗幟，一面忙着指導工人，預備占領工廠，輕易不能接受墨索里尼之宣言。蓋因法西斯主義勢力尚微，將來究竟如何？連自己亦毫無把握，遑論旁觀，誰肯加以青眼。不過話又要說回來，意大利工黨為對抗社會主義總工黨計，頗知孤立無援之不利，即在生提加利斯脫，法西斯脫及其他國家主義者，非不互感共同戰線之必要，剛纔想到着手聯合，又各自苦於主義之相異而不能握手。法西斯脫與國家主義者有時非難生提加利斯脫之態度，偏於唯物，生提加利斯脫亦反唇相譏，指斥法西斯脫與國家主義者之主張，過於空疏，彼此互相非笑。於是應當由此等人手中實現之反社會主義共同戰線，反而顯出一盤散沙之情勢，誠令人難以爲懷。

此次可是機會來了！憤慨於巴黎和會決議之唐能爵，竟與其黨人，突然敢於占領飛鳥美，等到明年一九二〇年，復用加爾那羅憲法（*Costituzione di Carnaro*）名義，發布一種憲法，是實對於使許多國家主義者，法西斯脫，生提加利斯脫發生困難之問題，與以解決之鍵鑰。

即於此憲法中，將從來極欲接近而終難接近之國家主義與生提加利主義，結合於一個公會主義原理之內，且顯得其結合甚調和甚統一，絲毫不出於勉強。公會主義竟變成一條重要紐帶，從這一方面看，既能結合許多國家主義者，法西斯脫於生提加利斯脫，從另一方面看，并能結合許多生提加利斯脫於國家主義者，法西斯脫，但不知當時能夠建立此種偉大功勞之公會主義，到底包含些何等寶物？此是我等所亟欲知其詳細的。

(1) Schneider, H, W, Making the Fascist State, 1928. P. 140.

三 加爾那羅憲法之公會主義

據加爾那羅憲法，則所謂「成爲一個市民者，謂能以最善之努力，爲國家增進富與力」之(1)人，凡屬此等市民，皆須就按照憲法規定構成之十個公會 Corporation，強制編入其中之一個。至於十個公會 Corporation 當依左之規定而構成。(2)

第一公會 The first Corporation 係由工業勞動者，農業勞動者，商業從業員，小技術家，小地主構成。

第二公會 *The second corporation* 不分工業農業，凡私事業所用技術家經理人，皆爲其構成分子。但事業主或共同經營者不在此例。

第三公會 *The third Corporation* 由商業高級受僱人構成，但事業主仍不在內。

第四公會 *The fourth Corporation* 由工業農業商業之僱用人構成。但此等僱用人非單爲事業之所有人，應爲服從新憲法精神，有真正聰明之事業主。

第五公會 *The fifth Corporation* 由國家，地方自治體及其他各公共施設之使用人構成。此處不問地位上下，階級如何？凡受僱人皆得入此會，

第六公會 *The sixth Corporation* 由公立學校之學生，教師，專門學校及工藝學校之學生，彫刻家，畫家，裝飾家，建築家，音樂家等市民中知識階級構成。

第七公會 *The Seventh Corporation* 構成此公會之單位，與其他公會異，係由各團體構成。即不問工業農業，凡爲生產消費而組成之協同合作社，皆當爲此公會之構成單位。爲此會構成單位之合作社，例由自己選出管理，到會代表其人格。

第九公會 *The ninth Corporation* 係由海上勞動者構成。

第十公會 The tenth Corporation 凡未知之天才，將來有為之人物，企圖日常事務理想化者，欲由今日苦惱中解放人類精神者，此輩唐能爵平時稱爲「發展與冒險之神祕力」，第十公會，卽由此等分子構成，且除去職業上之限制。

此等公會，皆當擁護其會員之利益，皆當盡力於改善會員生活之任務，使其生產技術向上，互相扶助。公會爲欲完成其任務，以委員之工資，俸給，利潤等爲比例，徵收一定會費，遇有必要，并有發布各種命令規則之權限。且於授與此等公會權限中，有應得特別注意之一事，卽能夠選舉重要國家機關之權限。今就飛烏美自由國之立法，行政，司法各機關，略述其選舉方法如左。

一 立法機關

依加爾那羅憲法所示，則飛烏美自由國應設置三個立法機關名爲元老會議普羅維索里會議 The Council of "Provisorii" 國民大會議。

(甲)元老會議 此爲政治會議，有刑法及民法，警察，國防，中等義務教育，藝術，國家與地方自治體之關係等法律命令制定權，每年一回，十月開定例議會。⁽³⁾

(乙)普羅維索里會議 此會議與政治會議相反，係一種經濟會議，其制定法令權能尤廣，計有商法及海上法，勞動統制，運輸，公企業，通商條約，關稅條約及其他類似事項，技術教育及職業教育，工業及銀行業，技藝及手工業等法令，皆歸此令制定。與元老會議開會期亦不同，本公會每年開會二回，五月十一日開定例議會⁽⁴⁾。

(丙)國民大會議 此會議係由元老會議普羅維索里會議合併構成，為國家重要機關，舉凡飛鳥美自由國對他國之關係，關於國中財政及國庫事項，關於改正憲法，伸張人民自由權事項，皆由此會議議定，每年開會一回，十二月一日召集⁽⁵⁾。

此三個立法機關中在元老會議之議員，不設男女之區別，由賦與政治上權限之二十一歲以上市民，適用直接普通選舉法選出⁽⁶⁾，其最使我等感到興味者，實為普羅維索里會議議員之選舉。在選舉元老會議議員之際，凡有投票權之市民，即有被選舉權，然在選舉普羅維索里會議議員之時，則選舉權被選舉權皆特限於公會會員。若其人非公會會員，不但不能享有普羅維索里會議議員之被選舉權，并不能參加其選舉。此等議員名額止有六十，尚須依左列分配之成數，由各公會會員中照數選出⁽⁷⁾。

第一公會（工業勞動者農業勞動者）

一〇名

第二公會（農業技師及工業技師，私設事業經理人）

一〇名

第四公會（僱用人）

一〇名

第五公會（公共受僱人）

五名

第六公會（公共學校教師，高等專門學校學生，其他）

五名

第七公會（自由職業家）

五名

第八公會（生產消費各協同合作社）

五名

第九公會（海上勞動者）

一〇名

以上分配成數中何故不加入第三公會之商人第九公會之各種天才先生？原因不明，不敢強解。

二 行政機關

依加爾那羅憲法第三十五條，則飛烏美自由國之中央行政機關，由部長七人而構成。其任期為一年，辭職後非經過一年不得再任。此等部長皆用選舉法選出，有選舉權者，為國民

大會議元老會議普羅維索里會議三立法機關。分配成數大要如左。⁽⁸⁾

(甲)由國民大會選出之部長——外交部長(外交部長同時兼攝行政院長) 財政部長教育部長。

(乙)由元老會議選出之部長——內務司法部長國防部長。

(丙)由普羅維索里會議選出之部長——公共經濟部長勞動部長。

此處雖不能如前述之立法機關選舉，純由公會會員包辦，然由公會會員選出之普羅維索里會議，仍能選出公共經濟部長勞動部長，可知公會會員尚有間接參加行政機關選舉之權。

三 司法機關

飛烏美自由國之司法權，係由下列各人運用，即(甲)治安推事，(乙)高等法院推事，(丙)刑事法院推事，(丁)行政法院推事，(戊)勞動推事。⁽⁹⁾

(甲)治安推事 由各地方自治體有投票權之市民選舉，審理訴訟價格四〇〇里拉之民事商事問題及徒刑一年以下之刑事問題。⁽¹⁰⁾

(乙)高等法院推事 由行政法院有法學博士學位之市民中選出。其職務係對於不歸治安推事勞動推事管轄之民法商刑法各問題，與以判決。但歸刑事法院推事審理諸問題，當然由其職務中除出。此外高等法院對於治安推事之判決，具有第二審之機能，故該推事又須完成其第二審推事之職務。⁽¹¹⁾

(丙)刑事法院推事 由七人之誓約市民而構成，受高等法院推事之監督。審理處刑三年以上之政治犯。⁽¹²⁾

(丁)行政法院推事 由國民大會議選出，定數五名，其中附有二名輔佐，故此五名推事，為三名推事及二名輔佐，至少有一名須從法學博士中選出。此法院應處理之事務，一、查察立法機關及行政機關所發布之法律命令，是否與憲法相合，二、立法，行政兩權力間，國家及地方自治體間，地方自治體相互間，國家與公會間，國家與私人間，地方自治體與公會間，地方自治體與私人間，所有法律上紛爭之裁決，三、對於行使立法權或行政權之市民為國事犯時之判決，四、對於侵害人民權利之裁決，五國家與地方自治體間，地方自治體相互間民事上紛爭之裁決，六、關於市民權及歸化諸問題之裁決，七、關於治安推事與各種推

事間權限問題之裁決。⁽¹³⁾

關於以上四種法官之任命，公會僅有藉國民大會議（此中有專由公會選出之普羅維索里會議之構成員或其構成員）間接參與行政法院推事任命之機會，但有與此相異者，即公會有享受特種權限之場合，下所稱勞動推事，是其實例。

（戊）勞動推事 與前述各種推事異，係由參加普羅維索里會議選舉之公會中任命，其例成數列舉如下。⁽¹⁴⁾

- 第一公會（工業勞動者及農業勞動者） 二名
- 第二公會（農業技師及工業技師，私設事業經理人） 二名
- 第四公會（僱用人） 二名
- 第五公會（公共受僱人） 一名
- 第六公會（公立學校教師，高等專門學校學生，其他） 一名
- 第七公會（自由職業家） 一名
- 第八公會（生產消費各協同合作社） 一名

第九公會(海上勞動者)

二名

勞動推事之職務，在裁決僱用人及受僱人(肉體勞動者及頭腦勞動者)間之一切紛爭。通常用此組織勞動推事團，然當期望事務敏速時，又與此推事團以組織各種分團之權限。此等分團之總會，即構成不服勞動推事判決之上訴法院。⁽¹⁵⁾

由此以觀，公會在飛鳥美自由國之地位，誠為十分重大。此不但增進會員利益，改善生產技術，使之互相扶助，并與以隨時發布必要命令規則，徵收所需會費之權限，甚至如普羅維索里會議，公共經濟部長，勞動部長，勞動推事等國家重要諸機關之選舉任命，亦有間接參與之權，此外改正憲法之提議權，該公會亦能享有，⁽¹⁶⁾可知此等公會，於某種意味實不失為飛鳥美自由國之樞軸。若問此說之由來，則因戰後時代，社會不安之激化，幾於不知所止，惟有由公會選舉任命之諸機關，方能為國家活動中心，確立挽救之基礎。或謂唐能爵之器識非凡，正在此戰後大混亂旋渦中，夙能認識此等公會之重要性，此說誠然。然以此故即謂此種制度，純出唐能爵獨創，則又不然。蓋此事如彼所自認，不過是中世意大利奇爾特(Guilia 職業協會)傳來之遺制，吾等應推為唐能爵所創見者，特在使再現於戰後階段之一

新。

- (1) Oden Por, Fascism, 1923. Appendix 1. p. vii (2) op. cit. Appendix 1. p. vii-Viii (3) op. cit. Appendix 1. p. Xi. (4) op. cit. Appendix 1. p. Xi-Xii (5) op. cit. Appendix 1. p. Vii (6) op. cit. Appendix 1. p. X (7) op. cit. Appendix 1. p. XI (8) op. cit. Appendix 1. p. XII (9) op. cit. Appendix 1. p. Xiii (10) op. cit. Appendix 1. p. Xiii (11) op. cit. Appendix 1. p. Xiv (12) op. cit. Appendix 1. p. Xiv (13) op. cit. Appendix 1. p. Xiv (14) op. cit. Appendix 1. p. Xiii (15) op. cit. Appendix 1. p. Xiii (16) op. cit. Appendix 1. p. XViii

四 法西斯脫協會國家

如前所述，自唐能爵提倡公會主義，遂成爲希望互相提攜之國家主義者，法西斯脫，生提加利斯脫等思想的渡橋，彼等乃得在公會主義之下，開始互相握手。一九二二年先經失敗之法西主義與國家主義的生提加利主義結合，至此居然成立，同年一月二十四日洛索尼開全

國國家主義的生提加利主義團體合同大會於卜洛尼亞，法西斯脫黨亦派書記長皮央前往參加，因得將各團體打做一九，組成意大利公會聯盟 *Unione federale italiana delle corporazioni*。此聯盟後來改稱「法西斯脫職業公會總聯合會」*Confederazione delle corporazioni Sindacali fasciste*，迨羅馬進軍後，即為法西斯脫支配之重要一翼，並為法西斯脫協會國家建設之原動力。一九二五年法西斯主義確立一國一黨制，協會國家之建設事業，亦着着進步，一九二六年四月三日開手發布協會國家根本法律第五六三號，同年七月一日發布同法施行規則勅令第一一三〇號，七月二日發布關於設立協調公會部勅令第一一三一號，一九二七年三月十七日發布關於組織協調公會部勅令第四〇一號，同年四月二十一日更發布勞動憲章，於是協會國家在法制上已呈全體完成之觀。⁽¹⁾但不知今日由法西斯主義親手建設之協會國家，究竟如何容納加爾那羅憲法中要點？以下當漸次與以解答。

吾等在前章中，曾指出加爾那羅憲法中之公會，不過是中世意大利奇爾特之再現。然因此遂作一結論，直斷加爾那羅憲法為中世紀性質，又未免過於急躁。要知此篇憲法，僅僅強制組織公會一點，帶有中世紀色彩，其他各點，決不能謂盡是中世紀的。例如前章所述，飛

烏美自由國之重要國家機關無一不由選舉構成，此係明白告訴我等，此憲法頗偏重民主主義。依唐能爵之主張，飛烏美自由國，係為人民而設之國家，當由人民自身運用之國家，故由人民自身，選舉彼等之國家機關，實為當然之事。但加爾那羅憲法中之民主主義要素，猶不止此區區。蓋因縱使構成國家機關之人，盡由人民自身選舉，可是此等被選之代表，能否忠實履行人民之意思，自是別一問題。加爾那羅憲法留意此點，更設出左之各制度。

一 請願權 凡市民對彼等選舉之國家機關，皆有請願之權利。⁽²⁾

二 人民再審議權 就使通過兩立法會議（元老會議及普羅維索里會議）之法律，但有選舉權市民中四分之一以上要求廢止時，即不得不付人民再審議 *Public reconsideration*。再審議之結果。若該法律被否決，該法律即失其法律之效力。故人民得利用其權限，使一切立法從彼等意思。⁽³⁾

三 人民法律提案權 凡市民對屬於立法諸會議之事項，再四思惟以為必要時，可以假彼等代表之手，自己直接提出立法上之法律案。但此時有一條件，欲提出該法律案之際，須得有立法會議選舉權者四分之一以上之贊同。更舉其與人民再審議要求權相異之點，則人

民再審議權以既成立之法律爲問題，此則正與之相反，係以未成立之法律爲問題。⁽⁴⁾

四 罷免權 Recall 得選舉團體構成員半數以上之贊同，決議罷免官吏時，無論何等官吏，皆能罷免。因之人民得依賴此種制度，將不忠實於彼等之官吏，由國家機構中驅逐出來。⁽⁵⁾

五 官吏之賠償責任 不問何等官吏，因爲自己之違法行爲，使國家，地方自治體，公會，私人蒙其損害時，應負法律上之責任。此際該違法行爲是否出於官吏之計畫的行爲，抑基於不注意，膽怯，過誤，皆非所論。⁽⁶⁾

依上列舉諸制度，即在民主主義制度中，亦可置於極徹底之部類。至於與此民主主義制度並稱之近代人應得享受之自由，飛鳥美自由國市民悉數皆得享受，所不待言，例如彼等因憲法而保證其言論，出版，集會，結社，信教，之自由，年齡達到二十歲，則無男女之別，皆平等賦與民法上政治上之權利，諸如此類，無不適合民主主義之精神。⁽⁷⁾

因此吾等即以上述諸制度爲基礎，說明加爾那羅憲法之近代的一面，亦無大誤。唐能爵能於一篇憲法之中，既採取中世的要素，又加入近代的要素，此正是奇爾特制度與民主主義

制度不思議之統一，亦即是不自由與自由，特權與平等不可解之調和。

今日法西斯脫協會國家，對於加爾那羅憲法之二要素，僅繼承其前之要素。至後之要素在身為民主主義國家敵對物之法西斯脫國家，既經三帶登場，決無輕予容納之理。法西斯主義代表理論家洛國氏曾就法西斯主義與民主主義之所以不能兩立情形，有所說明，節錄大要如左。

「法西斯脫國家，於其精神，於其外形，皆與沈沒意大利國民於滅亡之淵的自由民主主義國家，立於正相反對之地位。此種革命在始終一貫毫無遺漏實現出來之法西主義理論中，早經確立強固之基礎。一面支配國內一切勢力，一面常與國民接觸，指導彼等之感情，涵育彼等之德性，保護彼等之利益，藉以創造真正主權之國家——是為法西主義之政治觀念。

此種觀念與自由民主主義之觀念，完全相反。自由民主主義觀念，迷信外來哲學之學說，認個人為社會最終（窮極）目的，認社會為一定時代個人之單純集合，謂社會當以構成社會之個人目的為目的，社會自身別無目的之可言，凡此皆導源於個人主義之學說。因之國家任務，重在調整其構成員之意思，使此人之自由，不致侵害他人自由，即為已畢能事，此外

更無重要機構。似此缺乏實力，缺乏理想，缺乏自己意思，誠能顯出自由主義的消極國家特徵。此種國家當然不能統制存在國民中間之真正勢力，以致此等真正勢力，祇好在國家外部，自爲組織，自爭生存，自圖繁榮，結果且欲出而支配國家。

實際上自身失去性格之國家，除去外部諸勢力羣起而與以性格外，真可謂無法以圖自存。於是坐使上述諸勢力，各自以彼等自身之意思與彼等自身之精神，爭先染指於國家之權利。結果國家受其病，卒不免陷於麻痺狀態……」

法西主義不能容認此種國家。若依法西主義，則當如下所述。

「社會自有社會之生命，其生命當在一時構成社會要素之個人生命以上，當爲一個不滅之有機體。個人自出生而長成而死亡，死亡之後又須以他人相代，若社會則不然，其單位亘古絕少變動，不問時代若何，皆能保持其繼承過去傳與未來之思想感情等世襲財產。故依法西主義之所說，則個人不能作爲社會最終之目的，社會自有維持，擴張，完成關於社會自身之目的，此等目的無論在何等時期中，率與構成社會之個人目的，顯相區別。蓋社會爲欲獨自進行其目的，有時不得利用個人。然德儒康德之說則正與此說相反。彼謂『個人應自爲

目的，不可視為目的之手段，「吾則謂此種意味深長之定義，非與以根本推翻不可。因為社會既由法律而組成國家，亦當不問時期若何，認其已成為一個有機體，認其得與構成國家一部之市民相區別。要之國家自有國家本身之生命與其高級目的，個人雖不妨有目的，但當服從其國家目的。」⁽⁹⁾

謂國家之目的，應在個人目的以上，此種見解既經法西主義採用，則以其反對見解為前提而成立之民主主義人民主權論，決不能為法西主義所容納，固不待言。故洛國又嘗駁擊人民主權論如下。

「民主主義主張以主權與人民，法西主義則在社會依法組成國家時，即謂主權當授受於社會之中。民主主義因為以主權與人民故，不得不委國政於專謀增進自身私利不知利用國政之現存人民集團，法西主義則超過人民自身私利以上，認社會為聯合過去未來之統一體，必得一有實現全體社會希望能力之人，然後委以國政」。因之法西主義不但排擊人民主義之獨斷，毅然代替以國家主權，并宣言以市民大眾擁護社會利益為不適當。尋此等立說之理由，蓋在識得以社會上歷史所謂高級目的，蔑視各人私利之能力，實為非常稀有之天惠特權，非

由多數人中選出之極少數者，不能享受。⁽¹⁰⁾

法西主義既如此以人民主權爲非，則凡成立其上之各種制度，例如國家重要機關由人民選舉構成之制度以及人民法律提案權，人民再審議權，羅免權等諸制度，悉非法西主義所能容納，已不待言。於是法西主義遂舉加爾那羅憲法中之近代民主主義要素，全視爲不用物而概歸廢棄。

但其中自有不能全部廢棄者，卽所謂中世奇爾特要素，關於公會之制度。查公會具有之強制性質與其特權，對於由一國一黨主義擴大至職業公會運動分野之法西主義，實與以一個大教唆。其後法西斯脫政府當規定協會國家基礎法制時，加爾那羅憲法之公會制度早以次之形式而繼受。卽在法西斯脫立法上，市民雖得以自由意志，設立職業公會 *Syndical association*，非如加爾那羅憲法，採用強制生產市民加入憲法規定公會之辦法。然仍須於一定條件之下，經過國家公認，然後允許此公認職業公會 *Legally recognized association*，享有廣泛之法律上特權，實際上已與強制全市民加入職業公會，收到同一之效果。至所謂法西斯脫立法上之職業公會公認條件，大約由左列各項湊合而成。⁽¹¹⁾

一 在僱用人公會場合，自動加入之僱用人，所僱用之勞工人數，至少應占設立該公會企業部門受僱人全數十分之一。

在受僱人公會場合，自動加入之受僱人。至少當能代表組織該公會企業部門受僱人十分之一

二 公會不但保護會員之經濟的道德的利益，并以促進會員之福利與教育（特別是注重道德的國家的教育）為目的。

三 公會幹事應證明自己之能力與其善良的道德品行積極的國家信念。

合乎此等條件之公會，除法律規定某種例外（一、無政府許可，得與國際團體締結統制上關係或加入之之公會二、國家縣市鎮鄉受僱人及公共福利施設受僱人組成之公會）不計外，皆得受法律上之公認，但一切及法西斯脫職業公會，因其為第二第三公認條件所阻隔，普通不得受公認，故結局得受公認者，祇有法西斯脫職業公會。一度被公認為法西斯脫職業公會，成為公認職業公會時，國家即賦與以廣汎之特權。特權有二，一為獨占的代表權，一為課稅權。

依法西斯脫法律，職業公會一受公認即為法人，於其公會所指定之活動區域內，法律上

即許其代表屬於組織該公營企業部門之一切人等，不但許其代表會員，即非會員之一切人等亦可代表。至於此等非會員，事實上是否承認公認職業公會為其代表，則一概置之不問。蓋因此時代表與被代表之關係，完全是獨裁的強制的一方面的，不許被代表人等容喙其間。似此行使獨占代表權之場合，計有左之三種。

(甲)締結團體勞動契約 得締結法律上有效之團體勞動契約者，僅有公認職業公會，非公認職業公會，即使有締結團體勞動契約之事實，該契約亦不能有法律上效力。然苟在僱用人及受僱人之公認職業公會間，一度締結團體勞動契約，則對於該職業公會所代表之許多僱用人受僱人，無會員非會員之別，一律適用。若以非會員之故而違反契約，將見不但對於法律上代表其人之公會，即對於契約相對人之公會，亦須負民法上之責任。⁽¹³⁾

(乙)派遣代表 僱用人及受僱人有決定派遣代表之必要時，握有此種派遣代表之權限者，亦祇有公認職業公會。至於非會員諸人事實上承認與否，於代表之法律上資格，絕無⁽¹⁴⁾關係。

(丙)勞動審判 受勞動法庭之審判，亦祇有公認職業公會，在此等公會所指定之活動區

域內，得代表該公會組織部門內之僱用人或受僱人。若非會員之僱用人受僱人在其活動區域中，遇有關於團體勞動諸問題，苟非通過法西斯脫公認職業公會之手，不能單純提起訴訟。⁽¹⁵⁾

照此說來，雖然不像加爾那羅憲法，將生產市民，形式上強制加入，但事實上之強制加入，與形式之加入正同。因為一切不入公會之人，不但不能說與公認職業公會絕無關係，有時公認職業公會之行爲，並且可以看做代表法律上不做會員諸人之意思，則入會與不入會，究有何等區別，故曰與強制加入無異。

又可用上文說法來說明課稅權。依一九二六年四月三日之法律，則公認職業公會，對於該公會所代表之一切人等，不問彼等是否會員，皆與以賦課會費之權能，如對象爲長年僱用人，可賦課其對於所用受僱人全體一日分之支出爲會費，如對象爲受僱人，獨立藝術家，自由職業家等，可各賦課其一日分之工資或收入爲會費。此款雖以會費爲名，事實上與租稅相同，係以稅務官之責任徵收。就使不加入公會爲會員，亦與會員一樣看待，命其爲物質的負擔。⁽¹⁶⁾此時似無區別會員非會員之必要，但兩者又有一重要差異之點，即公認職業公會之活

動，職員之選舉，參與任命之資格，皆以正式會員爲限，是其明徵⁽¹⁷⁾。所以非會員之一切人等，結局在法律上是立於強迫服從會員意思之地位。由此等特點以思，則法西斯脫立法中之公認職業公會與加爾那羅憲法中之公會。限於強制性質之一點，直可謂其本質毫無差異。

然兩者間正自有極大之區別，實由其各自對於國家之關係。如前所述，加爾那羅憲法，採用人民主權之觀念，重要國家機關之大部分，率由下層選舉而構成，其中如普羅維索里會議，勞動部長，公共經濟部長，勞動推事，直接間接，以公會爲母胎而構成。加以公會會員，對於此等國家機關，得行使法律提案權，人民再審議權，官吏罷免權等統制權，因之此等國家機關對於公會，不敢仰首伸眉，所不待言。此時公會不啻身居國家主人翁地位。法西斯脫法律於此一點根本相反。據法西斯主義所稱，國家之目的更在其構成要素之目的以上，國家爲欲實現其自己之目的，國家之力遂以比較國內其他一切勢力更強爲必要。換句話說，就是國家須有絕對的主權，恰能適合於支配，調整，指導國內各種勢力之大目的。因之公認職業公會亦當與其他各團體，同立於國家絕對的統制之下。於此可知法西斯主義，正與加爾那羅憲法反對，以國家爲公認職業公會之主人翁，彼則認公會對於國家有統制權，此則認國家對

於公認職業公會有統制權。查一九二六年四月三日之法律，國家有任免公認職業公會會長及書記長，解散幹事會，保護監督公會活動之權，至於最惡場合，並得將公會已得之公認⁽¹⁸⁾撤銷。由斯以談，加爾那羅憲法中之公會與法西斯脫立法中之公認職業公會，對於國家之關係，完全處於相反地位。雖同以公會為建設國家之基礎，然其意味迥不相同，在加爾那羅憲法場合，欲以公會建設被其支配之國家，在法西斯主義場合，則欲建設國家以支配公會。但要知道，此處說支配公會，與前說以公會為基礎，並不自相矛盾。法西斯脫國家於亦以公會為基礎一點，與飛鳥美自由國絕無少異。

但是關於做或國家基礎之公會，其組織與構成，彼此之間，顯有非常之懸隔，是不可不加以注意。今日法西斯主義，於飛鳥美自由國跡近空想之十個公會以外，已公認如次之職業公會。

(甲)僱用人之組織

- 一 全國法西斯脫工業總聯合會
- 二 全國法西斯脫農業總聯合會

三全國法西斯脫商業總聯合會

四全國法西斯脫海上及空中運輸業總聯合會

五全國法西斯脫陸上及內地水上運輸業總聯合會

六全國法西斯脫銀行業總聯合會

(乙)受僱人之組織

一全國法西斯脫工業勞動公會總聯合會

二全國法西斯脫農民公會總聯合會

三全國法西斯脫商業從業員總聯合會

四全國法西斯脫海上及空中運輸勞動公會總聯合會

五全國法西斯脫陸上及內地水上運輸勞動公會總聯合會

六全國法西斯脫銀行事務員公會總聯合會

(丙)全國法西斯脫自由職業家及獨立藝術家總聯合會

凡公會禁止混合組織，皆以一公會一階級為基礎，惟另有一個重要之公會，其組織原則

與前列之組織相異，普通稱爲協會 Corporation，能使前記之公認僱用人公會及公認受僱人公會，每一部門，皆在水平線上連結，故亦稱爲勞資協調組織。此種協會一度組成，卽與公認職業公會相異，成爲法西斯脫國家之行政機關。今日法西斯主義所稱協會國家 Corporative State，卽謂以此種協會爲基礎之國家，雖與加爾那羅憲法之公會 Corporation，所用文字相同，然其性質實是全異。加爾那羅憲法之公會 Corporation 在法西斯脫立法中，與其謂爲近於協會 Corporation，不如謂與公認職業公會 legally recognized association 相近，較爲妥當。

綜以上數章所解說，吾人方能明瞭法西斯主義，究竟學了加爾那羅憲法若干要點。但在今日自命通曉法西斯主義之協會國家者，爭說加爾那羅憲法之公會立義，未免過於幼稚，偏於空想。然其中所祕藏之唐能爵創見，至今尙能與法西斯主義以許多暗示許多教訓，此固無論何人，不能漫加否認。而吾欲爲法西斯脫協會國家，更進一較深之理解，其理由亦卽在此。一九三三，一二，八。

(1) 關於此等法律參照拙著「法西斯脫國家論」附錄一(2) Oden Por, op. cit. Appandi

- x 1. p. XIX(ε) Oden Por, op. cit. Appendix x 1, p. XIX(ε) Oden Por, op. cit. Appendix 1. py. XVIII-XIX(ε) Oden Por, op. cit. Appendix 1. pp. XIX(ε) Oden Por, op. cit. Appendix 1, p. XIX(ε) Oden Por, op. cit. Appendix 1, pp. IV-VI(ε) Rocco, A.. The Transformation of the State quoted from "What is Fascism and Why. 2" edited by Thomas Sillani 1931' p. 16(ε) Rocco, op. cit. pp. 17-18 (ε) Rocco, The Political Doctrine of Fascism, 1926. pp. 20-21(11) 拙著「法西斯脫國家論」九二頁—一〇〇頁參照(12) 拙著前書一〇二頁參照(13) 拙著前書一〇三—一〇六頁(14) 拙著前書一〇六頁(15) 拙著前書一〇六—一〇七頁(16) 拙著前書一〇七頁參照(17) 拙著前書二二三頁參照(18) 拙著前書二二二—二二七頁參照

譯者按近年談法西斯脫者，風起雲湧，大率沾沾於意國之現行制度，鮮注意其制度之來源，本篇獨能詳人所略，且於墨索里尼對唐能爵主義去取之偏，尤能盡情抉摘，殊覺有參考價值。又考 孫總理五權憲法之民權四種，一選舉權，二罷官權，三創制權，四複決權，亦皆見於唐能爵之飛鳥美憲法，我則取其徹底的近世民主主義，彼則取其統制的中世奇爾特主

義，彼行之未及十年，早收奇效，我爲事實所限，至今仍是一紙未兌現支票，豈真東西國情迥異之結果耶？愚則以爲「欲仁斯仁至」，「求仁則得仁」，特患求之未誠耳，果能誠求其兌現，蓋未有求之而不得者，是在我全國一致之痛自奮勉而已。一九三四，一，一九。

法學叢刊 譯述 唐能爵之加爾那羅憲法與法西斯脫協會國家

社會保險之法律的觀察

石凡優三著
德明譯

第一章 社會保險之法律化

社會保險制度，在最近歐洲各國，已經十分發達，現在正漸次普及於世界各國，牠在今日的社會中，已成為一重要之制度正式的確立起來。不僅如此，在各國法制上，也占有重要的地位。今且一述其沿革。

一 法國

敘述社會保險史之起源，首先非從法國下筆不可。法國大革命之結果，雖然一般勞動的大衆，由壓迫的羈絆當中，解放到自由的天地，但因他們以筋肉勞動為生活的唯一武器，可是當時的產業還不會發達，故他們一時曾陷入非常貧困之境，幸而大革命以後，生產事業逐漸勃興，工場與製造所，頻頻建立於各地，不僅都市，即地方的勞動者，也都爭先恐後的趨

赴工場地帶，向各種工業裏去求生活，瞬息之間就看到無數的「無產勞工」出現了。然而當時的工業，其組織至爲幼稚，而生產之競爭，又同趨激烈，故工人未能得到許多要求，當時的工資，僅能勉強糊口與維持家庭而已，雖如此低微，但尚須以此爲滿足。因此工人一旦陷入身體羸弱不能勞動甚至衰老無力而無一文餘資之時，或因競爭之激劇，結果使工場關閉，而自己也走向失業的慘境之時，則這些工人祇有赤身裸體的陷入茫茫無涯的貧困悲憫之境，這時不僅工人自身無法生活，且其家族也窮途乏術難以糊口了。

此種產業初期時代之慘狀，並未因產業之發展，而促進任何勞動條件之改善，反之凄慘的程度，反日趨於極，因此工人間的叫喊次第高漲，而世間的輿論，也漸次表同情於工人，而後竟至唱道對彼等之生活危機，有予以救護之必要，再後就至於考究保護之策了。

到了十九世紀的初期，當經濟革命之時，在法國國內，自由主義與個人主義，漸次爲人們所信崇，此種觀念，到了十九世紀中葉，則更爲橫溢四方，結果一方面使生產能率增高，促進了產業之健全發展。同時在他一方面爲救護參與產業的工人之慘狀，就從事制定保護法規，而努力改善他們的現況了。可是當時對工人的設施，依然微弱，其範圍也限制得極其狹

小，牠祇限於有重大傷害的場合或有特殊例外的事變之時，纔予以保護；至於非職業的陷入不能勞動之時，或因經濟上的恐慌而致失業之時，都未曾設有任何保護之方法。特別是當時法國所制定的工人保護法，是範圍極狹的法規，牠祇限於帶有特殊危險性的企業，例如從事鑛山業及航海業的工人，纔能受到保護。

像這樣的勞動者之保護，是極其消極的，而其設施亦非常幼稚，到了十九世紀的後半期，社會學者所提倡的自由思想，顯著的興旺起來，有些資本家也為此種思想所引誘，自身進一步採取發動的態度，漸漸有圖謀工人的福利與救護之傾向，而計劃興辦種種之設施了。

當時在工人方面。也有一種氣慨，即一旦被僱傭，就將其視為義務，以期其事業之完成。傾其全知與全力，使自己之工藝。作最完全與最優秀之生產；這個時代製造出來的產品，很多是獨創且優良之發明品，企業家方面為酬勞其工人，也就創設種種的設備，如設置養老院，醫院，養育嬰院，授產所等；工人方面對於此等設施，亦抽出一些餘剩工資，以充此等事業之一部份財源。所謂社會保險。就是在這個時代發芽的，後來持有大工場的資本家纔自己進一步私設保險制度，或共濟的設立保險機關，而保護在自己的工場內就業的工人。

然而資本家之採取自發的態度，設立了工人保護制度，多半祇限於基於職業的危害，纔與以保護。至於不帶有職業的性質而發生的疾病，殘廢等類危險，要依保險制度而予以保護之觀念，尙未曾有任何之考慮。然既到了這個時代，工人的疾病已由工廠聘傭的醫生，及附屬於工廠的醫院等，施以療養。對於陷入不能勞動的工人，已給與相當程度的補償金或年金，總之這時資本家已相當的予工人以待遇了。

雖然資本家這樣漸次的呈現出保護工人的傾向，但尙未進展到對國內全體工人，決定予以保護之保障。其理由是，一方面由於資本家認為要予以保護的工人，祇限於在自己的工場內勞動之人，另一方面是由於應受保護的工人，非常衆多而且其範圍過於廣大，所以尙未曾達到對一般工人都予以保護的程度。當時大工場的資本家，對於工人，表示了相當優遇的態度，可是在工人方面看來，這對於工場勞動者有拘束自己之不利，而使勞動階級解放之精神稀薄下去，因此要接受特別的保護，曾認為是當然之事。

到十九世紀之後半期，工人已自覺到其其自身就是全國民中一個階級而佔有社會上的地位，因之相互結合，相互協力，對於從來感受威脅之經濟上與身體上的危險，已能採取自己

防衛之策了，最初工人的組織祇是爲自己職業上直接的利益之防禦而結合。但不久牠就爲其工人的將來，講究預防之策的組織了。如此結合了的勞動團體，後來又成爲工人相互救濟的組織之主幹，但其背後還潛伏着爲職業上之利益結合的意義，後者是由前者的形態轉變而來的。

一一 英國

在英國工人的團體組織，很早就存在了，其勞動團體組織之根本起源，也是由保護職業上之利益而來的。最初，加入此等勞動團體的工人，便是團體之一員而受到確實之保護，對於團體，須繳納些少之會費；在某種團體中，僅僅限於短期間的疾病或失業的場合，纔予會員以保護，至對於因殘廢或老年等重大障礙而陷入不能勞動的人，還未曾顧及，但後相互共濟主義之精神，受到輿論的刺戟，首先在救濟失業的意味上，聚積基本金，依據這個辦法，在真正的意義上，就形成了保險制度。到十九世紀後半期，民主思想漸次發達，於是普通選舉就實行起來，在一般下層社會裏，也實行民權之尊重。而國家對於社會設施，亦不取

傍觀的態度置諸不理，反之對於與資本家或工人之創意有關的社會事業，都來參與了；再後來國家於有關保護工人利益之事業，以自己的權能來處理便成爲當然之事，對於此等事業，定有法規以從事取締，或者依據法規之規定，命令其提出經營設施之報告，或者爲使其事業得到公認，限制其必須要有一定確實之基礎，若事業無發展之根基，則不許的經營。

其後，國家就感覺到根據相互主義的共濟，是社會公益上必要的東西，首先勗勉此種精神之鼓吹，其次規定法令以獎勵此等設施之勃興，關於取締營利公司，也設立寬容之法規以獎勵之，或交付補助金，或定期的予以獎勵金，以期助長此等制度。這樣一來，社會事業因以漸次發達，結果，對於勞動力消耗殆盡至陷入殘廢之境的人，爲保護其晚年，就予以年金了。

像這樣由相互主義出發的救濟事業，後來就成爲受到國家的援助之事業，現在已是社會共濟的果實，正逐漸成長的二十世紀的初葉，在拉丁系的中歐諸國，做效了此種英國的形態，實頗爲不少，相互共濟主義，已得到國家的援助而成爲有力的東西，對於危險之保險與救濟的觀念，已次第列入國民的腦筋中，在各國疾病保險及長期的健康保險，已經開始建

立，其次失業保險制度也產生出來，國家對於此等組織，已予以援助，而傾注甚大之力量以鞏固其基礎，從前那種以一時的聚金而作當場之救助的習慣，已化爲特定的支付制度，到後來失業者最小享有得受最低限度之保障生活的償付金之權利了。

然而此種已成立之制度，終竟未曾造成何等重大之效果。此中蓋有理由在，即當時未曾確立勞動階級全部參加此種組織之所謂義的制度，不僅如此，而且當初亦未曾規定防止已參加者之退出的方法，因此參加者祇是漸次減少。至於此種減少，其中亦有不得已之理由，即當時工資的收入，是極其些少，而加入保險所須繳的會費，反極重大有時竟必須將工資全額完全繳出，始足供保險之會費。因此若爲後顧之憂而準備，則當時的生活，立即窮於應付，以故此種制度，到底未曾發生若何之效果。

三 德國

在德國，鑑於上述制度之缺點，故國家自身經營社會保險制度之新觀念，於是產生。根據此種觀念，便不將社會保險，視爲私人的團體行爲而放任之，反之國家自身要指導此種組

織，而且要強制工人義務的參加，工人自身對於危險，沒有自己從事防禦設施之必要，此種責任將為他們團結的集合體來擔負。然個人為其集合體自身之利益，是有預防之必要的，個人將自己的自由權之一部分割出來。以為貢獻於團體的義務，當時的論述認為這樣才真正使社會保險之精神，得以徹底。

此種觀念，是俾士麥當日在世所唱道的主張，當時俾士麥所採用的社會政策，曾受了此等輿論之盛大的影響，不過採用稍微不同的形式，以實施之而已。某一些論者以為，如果俾士麥順隨當時的輿論，圖謀下層階級與國家之提攜，對資本階級，強制其舉辦社會設施，援助工人之職業的結合，同時確立工人團體之後顧的共濟制度，以完成社會的造改，則無疑的要得到更好的效果，而社會保險制度，亦得在不同的形式上，建築其基礎；但實際上俾士麥所採用的政策，是使勞動階級，資本團體及政府三者合併起來，以獎勵其建立義務的社會保險制度，他規定工人資本家及政府，共同對於此種社會設施，都有參與的義務。因此當時的德國政府。公佈了法律。在一八八三至一八八九年當中，因強制的要求而設置的此種社會保險機關，其數至為繁夥，這就是為現今的社會保險所築成的基礎。

如此。德國首先實施的社會保險制度，得到顯著的效果，因之在歐洲各國，先後有倣效此種制度之組織出現，此種制度對於各國之社會立法上，曾予以顯著之影響，是不可爭辯的事實。

法英德三國之社會保險發達的梗概。已如上述，今刻將各國之各種社會保險的沿革，述之於左。

四 各國中各種社會保險之發達

(1) 災害保險 如上所述，在德國基於職業的危險之保險制度，自從一八八四年以來，就實施了，這是職業的災害保險之始祖，當初，從事工業的工人，必須全部參加，對於職業上之災害，給與他們以享受補償之權利，並且不論其災害是基於企業者之過失，或基於工人自身之怠慢，這些都不關重要，一旦發生了職務上之災害的場合。一概得受補償。後來，此種保險，不僅及於一般工業勞動者，而且及於農業工人及海運工人了。此種德國的職業災害保險制度，漸次傳播到各國，至二十世紀之初，大工業國家，完全以此種制度為準則，以制

定法規了；在社會保險制度中，災害保險制度是最有力而且迅速發達起來的，此外還找不出能與牠類比的。

工人之享有職業災害之補償的權利，在今日已成爲世界上任何國家一致公認的事情，不過什麼人應負補償之責，其責任應負到什麼程度，各國的處理方法，便各有不同。例如英國及以英國爲準則的諸國，都是教個人解決這個問題，即祇教使用工人的資本家，擔當補償之責；但是德國及以德國爲準則的中歐諸國，補償之責，並非教資本家個人來擔負，而是規定由資本家的團體去負擔，換言之即資本家的團體，負擔其責，對於資本家個人，並不予以任何麻煩，不過資本家個人，是團體的一員，故祇需分擔其一部份義務而已。

在英國式的個人負擔主義與德國式的團體負擔主義之間，採用折中主義的，便是法國的制度，依據此種制度，資本家個人，固然有補償之責，若個人無力償付之時，則由使用人團體之資金之中支付，藉此以爲保障。

各種詳細的情形，擬於後章述之，今只述其沿革之梗概：德國從一八八四年起，就實施了職業的災害保險制度；奧國見其實施之成績，便於一八八七年制定了以德國爲準則的法

律；後來法國於一八九八年，荷蘭於一九〇一年，比利時於一九〇三年，意大利於一九〇四年，英國於一九〇六年，匈牙利於一九〇七年，瑞士於一九一一年，羅馬尼亞於一九一二年，都先後制定了法律，其他各國，在大戰後也都制定了法規，實施着災害保險制度。到一九二五年五月，在第七次國際勞動大會裏，就採擇了關於工人職業的災害之補償的條約，該條約是容納各國實施着的概要原則而協定的，到這時，可以說關於災害補償之世界的根本制度，已確立起來了。

(2) 疾病保險 疾病保險，不僅以保持工人之康健爲目的，而且要防止因疾病而產生的勞働能率之減退，及使其恢復已喪失之勞力；根據此種旨趣而確立的疾病保險制度，有一八八三年德國的工人疾病保險法。此種制度要強迫工人義務的加入保險機關，工人若因疾病一時的或永久的陷入不能勞動的境况之時，就用保險費施以教濟。其他各國被此種制度之成功所刺戟，都先後以做行之，各自繼續的制定了根本法規，後來不僅對於產業工人，即對於屬從產業的各種工人，也都予以此種制度之保護。奧大利在一八八八年，匈牙利於一八九一年，盧森堡於一九〇一年，挪威於一九〇九年，塞爾維亞於一九一〇年，俄羅斯於一九一一

年，羅馬尼亞於一九一二年，希臘於一九二二年，都採用了義務的疾病保險制度，而實施於工業工人的範圍內，接着不論職業之如何而廣及於國內一切工人之疾病保險制度，於是出現，一九一一年英國開始制定普及的，疾病保險法，捷克於一九一九年，波蘭於一九二〇年，蘇維埃聯邦於一九二二年，南斯拉夫於一九二二年，保加利亞於一九二四年，都採用了此種普及的制度。後來對於從事非筋肉勞動的薪俸生活者（除薪俸以外沒有充分生活資源之人），也施以疾病保險制度之保護，一九一九年葡萄牙所制定之疾病保險法，即其一例。

在一九二五年之第七次國際勞動大會中，採用了職業疾病補償之條約，更在一九二七年之第十次國際勞動大會上採擇了疾病保險的條約，協定了對於工場工人及商業工人，家庭工人與家庭婢僕以及農業工人，都必須適用義務的保險制度，此時疾病保險之基礎，已廣及於世界的確立起來。

（3）殘廢保險 殘廢保險是對於工人因疾病或災害陷入永久不能勞動的場合，予以保險之制度，疾病保險之醫療費所顧及不到的，便由殘廢保險來保護。疾病保險，對於疾病祇予以一定期間之保護，超過這個時間，便不予保護，是通常之情形。因此疾病而陷入永久不能

勞動的人，在疾病保險以外，有享受保護之必要。對於此種殘廢者，若幸而有公共的事業予以救濟，姑作別論，若任其自然的置諸不理，則是非人道之舉，因之此時殘廢保險的制度，就得到公認。此種制度最初實施的國家是德國，牠於一八八九年實施了。本制度是對工人之陷入永久不能勞動的人，用義務的保險制度，予以保護，自德國實施以後，很長的時間，沒有倣之而行的，但到了一九〇六年奧國纔倣照德國，確定了義務的保險，可是其範圍祇限於商工業之工人；法國於一九〇〇年，用法律來承認農工勞動者之殘廢保險；英國於一九一一年制定法律，對於一切工錢勞動者，都強制其加入義務的殘廢保險，不僅對於永久的殘廢者，而且對於早期的殘廢者也予以保護；盧森堡於一九一一年，羅馬尼亞於一九一二年都倣照英國的前例以實行，其次是瑞典於一九一三年，用法律將從來的保險制度，大加修改，以之適用於工人全體對於殘廢者及老年，確立了義務的保險制度。

大戰後義務的殘廢保險制度，日益進步，一九一九年意大利，西班牙，葡萄牙都採用了此種制度；蘇維埃聯邦，南斯拉夫，希臘等國於一九二二年，保加利亞，捷克，比利時等國於一九二四年，有的對全部工人，有的對於特殊的工人，都適用了此種保險制度。於是義

務的殘廢保險制度，這時也就建築起其基礎了。

(4) 失業保險 其次與社會連帶的旨趣，依伴而漸次發達起來的，便是失業保險制度。元來在工人階級中，根據職業的連帶觀念，已經在很久以前，就有組合制度，以謀失業者之救濟的方法，這已是事實，到後來國家纔予以補助金，來援助此種固體事業。首先從事於失業保險的是英國，英國於一九一一年，規定義務的失業保險的，起初此種保險祇實施於某種工業的勞動者，後經種種變遷，至一九二〇年，已施及於全部筋肉勞動者了。其他各國，都繼續做照英國的先例制定了法律，意大利於一九一九年，奧大利，蘇聯於一九二〇年，德國，波蘭，奧州之昆士蘭州於一九二四年，愛爾蘭於獨立後，都採用了義務的失業保險制度，此種制度，亦正漸次的普及於全世界。

(5) 妊娠保險 妊娠，是婦女勞動者中，常常發生的事實，此時應將女工視為陷入不能勞動而豫想伊是在疾病或災害保險之中，近世在採用社會保險制度的國家裏，設有保險機關來保護妊娠的勞動婦女。其保護之方法，即產前產後必須予以相當時間之休養，同時必須予以保持康健之必要的費用，在各國的法規上，有的是規定一定期間之休養，同時予以分娩費

及在不能勞動期中予以代替工資之生活費；有些國家認定妊婦保護之必要，在採用義務的疾病保險制度以前，特別採用義務的妊娠保險制度，而努力保護產婦及產兒。意大利及西班牙所採用者，就是後者的適例，意大利於一九一〇年，西班牙於一九二二年，關於此點，都制定了法律。

(6)遺族保險 從來，社會保險僅以救護陷入不能勞動之被保險者自身為主眼，因此還未曾脫離利己的個人主義之觀念，但元來社會之保險本旨，不僅祇限於被保險者個人，而且要擴張到保護其家族，乃是根本的觀念，而是社會保險之真正的精髓；從來在災害保險及疾病保險之中，當被保險者死亡的場合，其遺族固得受保護，然而在其他保險之中，此種根本的精神，還未曾充分的發揮，在各國的法制上，用法律來確認此點，還極其稀少，因此被保險者之遺族所得到的補助金，是非常些少，幾乎祇限於幼小而且身心耗弱窮於生計的，纔得到補助金。

然而到了最近，思想已一轉變，社會保險之保護，帶有及於家庭之特質，此種觀念，即在法制上已認為確有根據，執政者亦將此置諸念頭而從事立法，現在已經有些國家對於陷入

長期殘廢或不能勞動之被保險者，保護其家族中之幼年，其次更進一步對全體家族予以保護，現在規定扶養費由保險機關支付之國家，亦陸續出現。如此，社會保險機關，連帶的當擔保護之任，故家族既得受生活之資源，兒童亦不致因莫測之不幸，逆轉其境遇，而得依然平靜的繼續其生活；因此種趣旨，遺族保險亦漸次鞏固其基礎。

(7) 老年保險 老年保險是對於達到一定之高齡而陷入不能勞動的人，予以保護之制度。社會保險不僅對於平常繳納會費的人，應予以保護，而且帶有對不納會費之某種人，亦應予以補助之性質。本來工人是社會團體之一員，因此保護全然斷絕生活資源之老年殘廢者，是社會之當然義務，而此種老年殘廢者，依據保險機關之保護，得安然渡其殘年，自應視為當然之權利，這是今日社會保險之根本原則。首先採取此種趣旨而確立社會保險之立法者，為一八八九年德國之老年保險制度，倣此而成立者，為一八九八年之新錫蘭的法律，其次是一九〇〇年及一九〇一年澳洲之兩州都採用了同樣的法律，其他各州到一九〇八年，不僅對於老年，即對於陷入不能勞動之早年殘廢者，亦予以保護了。

此外老年保險之原則，法國於一九〇五年，英國於一九〇八年，烏拉圭於一九一九年，

挪威於一九二〇年都先後採用，比利時於一九二〇年採用此制度，旋於一九二四年施以改正，確立了老年及殘廢者之義務的保險制度，而加拿大之五州，規定有幼兒之寡婦，得由社會保險機關中領取補助費。

如此老年保險，可以說也漸次的建立起世界的基地了。

五 社會保險之國際化

如上所述，社會保險是從保護職業上之危險的觀念出發，漸次移轉為一般保險的觀念，結果就化為社會設施之一種制度，在過去半世紀中，發達頗為迅速，於是當擔了保護勞動階級之任務思想之發達與社會之進步，使世界各國相互倣效而採取關於此種立法之措置，且促進各國之各種社會設施，用以保險工人及其家庭之生命與康健，而使其發生生活安全之觀念，並且此種設施，在各國產業界中，早已有不可須臾等閑視之確信，而實際上社會保險，已經國際化了。

近世社會保險事業此種顯著之發達，蓋有兩項動因促使其成，茲不得不分別述之，第一

當二十世紀之初，歐美各國之社會學的泰斗得傾注熱忱以考究社會問題，他們為保護工人階級，開過國際大會，議決了各種政策。此等學者最初於一九〇五年在瑞士之伯爾尼會合，為工人之平等的保護，曾討論如何使其成為有效的國際協定之方法，此次會合以後，又於一九〇六年及一九一三年，同於在伯爾尼，開了大會。此種大會連續開了幾次以後，其考究所得都是極其深刻而且實際的問題。在此等會議中所議決的問題，後來就成為凡爾賽和約第十三編勞動篇的骨格，一九一九年初，當議定和約之時，各國代表，委員，學者都會合於巴黎，討論了對德和約各篇之內容，而制定對德和約第十三篇勞動篇之國際勞動立法委員會，於一九一九年二月一日開始開第一次大會，當時法國勞動部長柯利亞爾氏，曾作如下之宣言：

「為完成本會之事業，必精密審查從前為同一目的而開會之各次大會的事業，須沿其道路而前進，同時須研究關於勞動條例及保護勞動者之最緊急的問題，且必須予以適當之解決。」

因此該委員會所議決者，都是承襲上述伯爾尼各次會議所議定的重要事項，就是和平條約第十三篇，在同篇中確立了關於保護工人之根本原則，同時根據此篇，就創立了永久而有

正式權威的國際勞動機關。

第二個動因，即上述國際勞動機關，對社會保險制度所予之貢獻，該機關於一九一九年第一次大會之華府會議中，採取了關於失業保險之勸告，獎勵各國失業保險制度之設置；又於一九二〇年日內瓦第二次大會中採取對海員亦應適用失業保險之勸告；於一九二一年第三次大會中，又採取疾病，殘廢，老年及其他社會保險制度，亦應適用於農業工人之勸告；又於一九二五年第七次大會中，採用了關於工人災害補償之條約及關於職業的疾病補償之條約，依據保險制度，成立了充分考究其補償方法之協定，此外又採用關於一般的社會保險之決議，根據此決議，精細調查各國之現況，為最近之將來，要完成國際的協定，故決定了完整之準備，其結果於一九二七年第十次大會上，締結了疾病保險，澈底的採取了對工商農等業之工人及其家族，皆予以保護之協定，同時決議將其他失業，老年，殘廢等保險，為今後大會之議題，因之在不久之將來，當可看到相當之解決。這些都是國際勞動機關貢獻之結果，自勞動機關設置以來，各國之社會立法見到顯著之進步，關於勞動階級之保護，特別關於社會保險之設施，已有長足之發展，乃不可爭辯之事實。

總之國際勞動機關之諸條約，與其謂為社會之理想，毋甯說是以各國今日正在實施者為基礎，利用其所有的經驗，以協定國際的標準及正努力於將來之協定的東西；社會保險制度，現在正逐漸普及於全世界，因此這個問題的研究，實不可等閑視之也。

第二章 社會保險之法制上之觀念

社會保險制度，如前第一章所記載，經過過去數十年間之沿革，始得見今日之發達，致社會保險制度之法制上的地位，在今日謂為早已築成堅固之基礎而不可絲毫移動，實無不可。今且一述今日各國已認定的法制上的概念。

第一節 社會保險是保險之一種

社會保險，是保險制度之一種。但是有些學者的主張與此相反，認為社會保險根本不是保險。此外唱道社會保險是一種似是而非的保險者，亦有人在。此種反對論者之主張，以為社會保險之起源，乃胚胎於救濟勞動階級之恩惠之思想，否認牠由勞動階級之相互共濟的精神發達而來的，還有些反對論者，將社會與普通的保險相較，看見社會保險之財源的構

成，支付的方法及保險自身之目的，都與普通保險異趣，因之唱道反對學說。但我個人以爲社會保險是保險之一種，無論到什麼地方，我是此種論者中之一人。原來社會保險乃胚胎於恩惠的思想而且基於相互救濟的精神發達起來，這已在第一章敘述了，但在今日既已發達之社會保險制度中，恩惠的思想已全然消除，而完全成爲權利義務的觀念，因此看見很久以前之發達的沿革，若以爲自一八八三年以後，直至今日所確立的現制度，依然是恩惠的設施，則不免爲謬見。再者雖然社會保險之財源構成及支付方法與普通保險異趣，但這是社會保險中特有的形態，若因其與普通保險有差異之點，便認爲牠不是保險，則如同說白馬不是馬是馬一般，這也是不免爲謬見的。理論且置諸不談，實際上今日之既已發達的社會保險制度，應使其包含於廣義的保險之中，是當然之事實。現在關於反對論者常常指出的保險之財源構成的問題，有附說幾句之必要，近世的輿論，已經唱道着「工錢生活者，絕對不能用自己的力量，去豫防生活上的危險，因此不蒙受到直接危險之威脅的人們或團體，應擔負社會保險之財政上的責任之全部或一部，自是社會上及人道之上合理的措置」，而各國的立法，也都依據此趣旨而有所規定，故可見到勞動階級以外的人們，參與保險之財源或者其財源由國家來

補助之現象，更進一步，社會保險思想之發達，在社會保險的觀念中，「國民之參與財源的新觀念應更外加強」的思想，已成為強有力的主張，而各國的立法，亦漸次的朝着此種方針前進了來。因此在社會保險之財源上，不僅教工人有互繳納會費以為基金，而且確定了要使用人（資本家）及國家出資以為財源之根基的原則，今日之社會保險的形態，已達到完成之境了，這一點就是與普通保險不同的地方，而應將其視為社會保險之特徵。

談到今日之社會保險的組織，便有掌管保險事務的保險機關存在，牠一方面糾合社會保險者而命令他們分擔保險費用，他方面要使被保險者任意的或義務的加入保險，因為保險費用之分擔，要使其繳付保險費，如果發生了危險的場合，則有按照保險計劃之規定而予以一定額之保險補償金的義務。從構成的外形上看來，社會保險與普通保險，具有同樣的形式而無分毫差異之點，這就是社會保險稱為「保險」的原因，無論如何牠是一種保險，是毫無疑義的。但是社會保險如上所述，在其財源之構成，付給之方法及保險自身之目的上，都有不同之點，且具有與普通保險不同的特殊形態，此外在社會保險中，被保險者自身為顧及將來，故繳納一些資金以參與保險，這與一般的救濟事業，有差異之趣旨，這就是社會保險之特

質，社會保險是近代的社會設施而有特種的法制上之地位，是不可不留意的。

第二節 社會保險中社會連帶責任的觀念是其根基

社會保險，以連帶的責任觀念為其基礎，也是必須注意的要點之一。即勞動階級在勞動者相互之間，應有相互扶助的責任觀念；他一方面使用者及國家，為保護社會構成分子一員的勞動階級，也必須有共同連帶責任之觀念，為保持國家之安甯與秩序，在社會全體上看來，即有幾分不利與犧牲，亦有連帶的負擔其責任之義務，這成為社會保險之根本的要義。故在勞動階級中，不僅為保護自己，即在同胞互助的意義上，以被保險者的資格，義務的常常繳納一些金錢，也是必要的；同樣使用者，不僅應保護自己的資本，且應分割其利益之幾分以充保護勞動階級之用，而發揮使用者之責任觀念；同樣國家為國家構成分子之勞動階級，應以責任觀念來當擔保護之任務；這些就是使社會保險，在各國法制上，得到特殊地位之原因。故社會保險，可視為勞動階級間之連帶責任的觀念，與使用者方面之連帶責任的觀念，及由國家的立場而產生的責任觀念，三者之結晶品，將這個綜合起來，可以說在社會保險之中，「社會連帶」的思想是其根基。即社會對於其構成分子之個人或團體，在社會之本

身上，應有連帶的保護後者之責任觀念，根據社會保險的方法，以完成保護之責任。因之使社會連帶觀念澈底化，可視為即是使社會保險更加強固，因保險所保護的目的是對於勞動階級，故有人稱之為「勞動保險」，然而若從社會連帶觀念，是必要的社會設施之一重要部門的見地來觀察，則稱之為「社會保險」實至得其當。

第三節 社會保險是社會的分配制度之一

社會保險如本章第一節所述，是以被保險者保險者及國家的出資來構成其財源，當發生危險的場合，便予被保險者以補償金，故牠是一種分配制度，自毋庸贅述。此種分配制度是社會上有責任的關係者，平素貯蓄一些必要的資金，遇必要的場合，便予以保險之補償，故牠被人唱道是一種最合理的分配制度，然而有些論者，以為在此種分配制度下，有時比較多出資的人，反得不到比較多的補償，而在疾病保險中，少壯者僅僅出資而得不到任何補償，因此如同祇是為他人出資一樣，故他們評論此種制度，到底不能稱為良善的分配制度。

然而社會保險之關係者，都是預想到社會上的危險，以社會連帶的觀念來參與此種設施，故在分配上，縱有多少不公平之處，然顧慮到制度之宗旨，自不應持極端之論調。如果

在分配方法中有不公平之處，然這是在各國的立法上，不得不然的安排。但總之都是爲豫想將來的危險而出資的，故即或有偶然的對於某一個人未得予以公平分配的情形，然從被保險者全體的立場上觀察起來，如果是公平的分配方法，則社會保險的目的，就算達到，這就是在此地特別稱爲社會的分配制度之原因。若從此點着想，則可以知道今日各國所採用的社會保險，是經過多年之經驗纔有的，可以說牠正在形成着比較公平的社會的分配制度。

第四節 社會保險中有可視爲契約與非契約之二種

社會保險是否基於契約關係而成立的，學者之間正有兩種意見爭論着，主張契約說的論者，唱道如下之理論：

「一般的普通保險是一種契約，同樣社會保險也是基於契約的。任意的保險制度，設有一定的規約，而義務的保險制度，是用法規來規定加入之方法，保險費繳納之法，及保險償付之方法等，若因爲被保險者與保險機關之間，沒有任意的意見之一致，而且牠要受規約或法規之強執，便以爲牠不是契約，則是誤見。被保險者之繳納保險費，保險機關之付給保險補償金，都是有約定的，致於規約或法規所決定者，不

過是宣明其方法而已。因此保險機關與被保險者，常常立脚於私法的契約關係之上，而相互有權利與義務的當事者。故關於保險費或保險補償之紛爭，須由法庭之裁判而裁決。

不過在契約關係中，若對於加入保險，一任個人之自由，則不能使社會保險的基礎，得以強固，故祇得鼓吹社會的連帶精神，而將其視為義務的制度，強制其立於契約之權利與義務的關係上。」

反之反對契約說的論者，又作如下之主張：

「社會保險是社會設施之一種，牠是根據法規而強制設立的，故不應視為契約。保險者與被保險者，祇參與社會上之義務而已。將紛爭委諸司法庭來解決，祇是爲了便利，這不能作主張契約說之根據。」

然而按照我的見解，對於這個問題，認爲非分別情形去考究不可，社會保險之在今日，已經有顯著之進步，牠已經顯然的成爲二種制度了。即任意的保險制度與義務的保險制度（有人名之強制的保險制度）是，在任意的保險制度中，加入保險之事，全然任個人之自由意

志去決定，但在義務的保險制度中，不承認加入之自由，凡在法定範圍以內的人，即違反其意志，也非加入不可。因此必須將些種制度，分別以考究之。

按照我的見解，在任意的保險之場合，其事態恰如上述契約論者的意見，被保險者以自由意志任意加入保險，他之負有義務同時享有權利是有約定的，他並非受到任何法制上之強制，而是全然立在私法的對等關係上，故將其視為契約與將普通保險之視為契約，是沒有什麼不同的。然而在義務的保險制度中，其事態全然不同，在法規所決定的範圍以內的人，非加入保險不可，即不願加入的人也不許其拒避加入。義務的保險制度，應視為國民對於社會之義務，而根據法規強制個人之加入。因此加入保險是對社會履行義務而不是契約。故將其視為不屬於私法而屬於公法的東西，自是正當之解釋。所以在義務的保險觀念中，社會保險，對於被法規地強制而履行社會上之義務的人，要盡對社會之公法上的義務，而支付後者以保險補償金。從被保險者的立場上來說，固須履行對社會之公法上的義務，然同時當發生危險的場合，他亦有接受補償之公法上的權利。致於強制保險者之出資，乃是強制其履行對社會之義務，故對於他們不以任何權利，是不足為奇的事。

如此，將社會保險區分為義務的保險與任意的保險二者，認前者乃履行公法上的義務而非契約，而認後者乃私法上的關係而是契約，乃是予之見解。這裏也許還有不同意見之論者，但我個人就以此見解來解釋社會保險。然則主張社會保險不是保險的論者，這時即刻就擒住予之見解，以爲普通保險既是契約，則社會保險中若有非契約者存在，則豈非「社會保險不是保險」之一證明？此等攻擊者，想不乏其人。但是此種意見，是將普通保險作標準，認一切保險祇是契約關係，由此觀點出發而得來的理論，予對於此種理論之答覆，述之於下：「社會保險元來依據任意保險制度而成立的，曾至爲繁夥，故那時可以用契約說去說明，其後逐漸進步，乃成爲義務的制度而含有公法的意義，後來還有變成非契約關係者，這是由制度之進步而產生的一種形態，若再以古來之保險契約說來說明，便是解說不通的背理之說，故保險中，如社會保險之變更的形態，已生長起來。」

第五節 社會保險不含有恩惠的觀念

社會保險，不是以恩惠的意味而予以保護之制度。在任意的保險中，保險者與被保險者都立於對等的契約關係之上，在義務的保險中，協定着被保險者要以勞動上義務之精神繳納

保險費，而保險機關對於被保險者，當其發生危險的場合，須予以保險補償金，兩者相互皆有權利與義務，故被保險者之接受保險補償金，是法律上當然之權利，而非恩惠。當社會保險尚未發達的時代，為勞動階級之一切設施，都被人們視為是恩惠的東西，但在今日之既已發達的社會保險制度中，則保險費之繳納，是被保險者之義務，而保險補償金之接受，已被認為是被保險者之當然的權利了。此種趣旨，現在在日內瓦的國際勞動大會所採決的各條數中，都有明白的記載。

第六節 社會保險含有保護家族之觀念

社會保險是對於在生活上有遭遇危險之可能的工錢生活者，當其發生危險的場合便予以救護之設施，已如上述，其保護之目的，不僅要及於工錢生活者之個人，而且要以保護在其庇護之下之家族為目的，這是不可忽視之點。本來，工人乃以其勞力為生活之資源，而將其取得之工資，以維持自身及其家族之生計，故社會保險之保護，應及於被保險者之家族，乃是本旨。假使工人一旦陷入不能勞動之境，而斷絕了收入之源泉，則依其工資以支持生計的家族，除陷入窮困之外，別無他法。此種現象，若任其自然，則將成為重大的社會問題，因

此國家或社會必須考究一些方法，對於此種貧困者非予以保護不可。是故既承認社會保險制度而當擔社會共濟之責任，則加上保護家族之意義而成之保險計劃，自屬當然，這已是今日之識者一致公認之意見。因此在各國的法規中，有的國家已採用此種趣旨，使保護家族之意味徹底實行着。但有的國家固為經費的關係，尚未達到此種程度。然而若國家自身有建立救護貧民設施之義務，則應以國家自身之經費，考究善後之措置，故在有些國家之社會保險制度中，特別予保險機關以補助全，用以獎勵其建立此種設施。總之在社會保險的觀念中，其保護不應僅及於被保險者自身，而且含有應及於被保險者之家族的趣旨，這是不可等閑視之的。此種觀念，在國際勞動大會所採決的諸條約中，都有明白記載。

第七節 社會保險中將營利的觀念漸漸消滅

關於社會保險是否全然不得以營利為目的的問題，世間上議論各有不同，非營利論者有如左之主張：

「社會保險，雖然徵收保險費，但牠是作為保險補償金之資源，故不應為營利之目的而處理之。元來社會保險本以保護勞動階級及其家族為目的，故全然不應含有營利之

觀念，牠必須是純粹的社會事業。

社會保險所徵收的保險費，是為根據保險計劃，以之充當保險補償金之用，故其收入。祇需能夠充當平素之保險補償金，就已滿足。從其事實上看來，亦不得使其成為營利的。再者若多量徵收保險費，則保險之財源固可強固，但因此要增加被保險者之痛苦，故考慮足夠充當保險補償金之程度而確立保險計劃，是絕對必要的。

普通保險事業，乃以營利為目的，故各公司之保險費並不一定，牠可以巧妙的運用其資金，以圖生利之途，但社會保險之中，這是不應允許的。」

反此論調，而主張即以之營利亦無妨害的論者，亦大有人在，其論據如左：

「社會保險，由個人之發起，亦得創立。私設保險機關，以營利為目的，本屬常態，但私設保險機關，並不是不能完全履行社會保險之義務，因此由法規強制工人加入私設保險公司，亦設有任何矛盾之點。現在這種例證，在英國可以見到很多。」

關於這個問題，也必須從社會保險之沿革及保險機關之構成上來考察。從社會保險之沿革上看來，往時着手於社會保險者，非私設之相互保險組合，即私設之保險公司，牠們都是

以營利爲目的而設立來的。在英國此種公司，且正式的執行了社會保險之任務。再從保險機關之構成上看來，在採用任意的保險制度之場合，以營利爲目的的公司或組合，依照社會保險之目的，已能盡其義務者，實不一而足，這也是不得不肯定之事實。故以營利爲目的的社會保險機關之存在，是不能否認的。然而以營利爲目的的保險機關之漸次消沒其形影，亦是不可爭辯之事實。今日義務的保險制度，已成爲主要的形態，公設或國營之非營利的保險機關，已陸續設置於各國，而從來私設之組合，或公司，已漸次變爲法規規定的形式，像昔日那樣以營利爲目的的機關，已不得不逐步消滅其形態了。

故對於以營利爲目的取否定論，是不合乎事實但非無一些理由，反之肯定論雖適合於事實，然而不合於現今之趨向。現在在各國的法規中，有些國家明白記載着不得以營利爲目的，而在一九二七年第十次國際勞動大會中所採決的關於疾病保險之第六條上，也明白記載着「不得以營利爲目的」。因此見到此等事態，故應予以正確之解答，有些論者見到此種非營利的傾向，又將其作爲「社會保險不是保險」之否定論的資料，現在即普通保險，在使其國營化上，以非營利的觀念爲宗旨者，亦出現於世，因此若以之來攻擊肯定論，是不得其當

的。

第八節 社會保險之倫理的特質

社會保險之法制上的概念，以上述之宗旨爲其根本，可是在社會保險之裏面，更含有倫理化之真理，不可不考究之。即社會保險之設施，表面上直接之目的，固在保護勞動階級，但間接的根據此種設施還包含有：「圖謀健全的勞動供給之維持，故亦是產業當事者之利益」，「根據保險，能防止勞動能率之減退，而期待生產能力之發達」，「又能涵養被保險者之貯蓄的精神」，「從社會和平與人道的見地看來，此制度，能使其成爲善良的設施」等意義，這是不可忽視的。一方面即或強制要求社會保險，但他方面若忽視此種倫理的精神之鼓吹，則社會保險，不會有完成其完全使命之希望。一九二五年第七回國際勞動大會關於社會保險的決議，會明白載入此種趣旨，茲將決議列之於左。

關於社會保險之決議（一九二五年第七次國際勞動大會議決）

「國際勞動機關大會

有鑑於圖謀健全敏活的勞動供給之維持，不僅對於工錢勞動者，即對於希冀生產能力

之發達的生產業者，亦最爲重要。

又有鑑於此種生產能力之發達，應防止工錢勞動者之能力及規律之減低，此種減低，祇因不斷緊張的努力而招來。

再有鑑於勞動法規之根本原則，在社會正義之原則上，有安置根據之必要，對於工人及其家族之生計上的危險，有有效的予以保護之必要。

更有鑑於此種保護，爲了予勞動被保險者以確實之權利，則根據確立社會保險制度，最能達到其良好之目的。

因此大會認爲對於一切工人及其家族，由確立社會保險制度，可以保護工人階級之職業的危險或非職業的危險，這已有各國之實驗的證明。

而此種社會保險制度應當是：

第一當工人發生危險的場合，爲使其日後得再從事生產，或此後他竟不能從事生產，則對於他所蒙受的傷害，必須按照時勢與國情，最少要予他及他的家族以生計上必要的最少限度之補償，因此對於被保險者必須與以得要求金錢或物品之權利。

第二保險補償金之財源，一般的應由使用者與勞動者之納資及一般基金之補助而來。即用之以發給受害者（對於危險的責任，原則上全然歸使用者擔負，但職業的災害或職業的疾病，不在此限）。

第三依據由使用者及勞動者之直接關係而組成的相互保險制度，或依據由此兩種團體與國家之協力而組成的保險制度。以圖勞動者為萬一而準備觀念之發達，且求其生活狀態之改善。

（以下略）

第三章 社會保險之適用範圍

第一節 國民保險之意義

不問職業之種類，不管收入之多寡，對於一切工錢生活者，祇要從事生活上有遭遇危險之傾向的職業，完全都一視同仁的適用社會保險之制度，叫作國民保險。

在社會保險中，有遭遇生活上之危險的傾向且可視為有經濟上保護之必要者。有以下七

種：即（一）疾病，（二）災害，（三）因疾病或災害而變成殘廢，（四）妊娠，（五）老年，（六）死亡（遺族），（七）失業是也。

上述七種保險之中，老年及遺族之二種保險，與其他各種保險不同，兩者已成爲全然不能勞動，而完全斷絕收入之途，因此有些論者，認爲對於他們的保護，不應由以勞動之結果維持自己及其家族之生活的勞動階級來擔負，而應由勞動階級以外的人擔負其責，唯其有此種性質，故應從國民保險中，分離出來。根據此中論者的主張，則國民保險祇限於疾病，災害，殘廢，妊娠及失業之五種，且國民保險祇擔負由此等危險所產生的醫療費及家族扶養費，他日被保險者一旦恢復了健康狀態，則非再度成爲勞動者，以勞力去維持生計不可。

此外以與此同樣的觀念，主張殘廢保險亦不應置於國民保險之中者，亦有人在。其理由是：保險機關之財源是有限的，若承認殘廢補償金亦由此支付，則使保險之財源薄弱，現在即對於疾病與災害之兩種保險，已感着支付之困難。要之其宗旨是以財政上的理由希圖限制保險之範圍，但反對此種論據的人，以爲在此種限制的情形下，則社會保險的趣旨，不能徹底完成。他們主張當平常各個人能夠勞動之時，使其作多量之勞動，在財政上豐收之時，獎

屬其貯蓄，等到後來陷入不能勞動而成為貧窮之時，務須不使其成為社會之障礙，故豫先使一切勞動者義務的加入保險，乃是對社會之義務與權利。

此種限制國民保險之意義的觀念，最近大受人攻擊而蒙到一致反對，今日世人之多數，對於有充分之生活資源，而能以自己貯蓄的資財，救濟將來之危險的人，認為無強制其義務的加入保險之必要。世人正唱道着此等人在今日的趨向之下，自動的加入普通保險，乃是常例，故對於少數屬於此種人的勞動者，若認其有強制的加入保險之義務，乃不合理之舉，致對於此外的貧苦的勞動階級，認定有加入殘廢保險等之必要，而將其歸入國民保險之中，自屬至當。

第二節 獨立勞動者與工錢勞動者之社會保險的處理法

社會保險，應祇限於工錢生活者，不過工錢生活者可分為獨立勞動者與工錢勞動者之二種。獨立勞動者是依靠自己的勞動以維持生計，他並不直接的與使用者定立勞動契約，而在自己的計劃上自由的從事勞動；但工錢勞動者是與使用者定立勞動契約，在使用者的計劃之下，接受報酬而工作的勞動者。在社會保險中，應一般的保護工錢勞動者，是沒有任何異議

的問題，致於是否應使獨立勞動者也加入保險，便有種種之議論。

社會保險乃保護因發生危險陷入不能勞動或斷絕收入以致生計窮迫的人，其目的原是在使被保險者及其家族保持生活上之平靜，故有的國家着重此種觀念，決定不因獨立勞動者之故而拒絕其加入保險，不過對於有一定額以上的收入者，不強制其義務的加入保險而已；然而有的國家，因為決定其界限至為困難，故不問工錢勞動者與獨立勞動者，對於一切工錢生活者，一概強制其義務的加入保險。

然而關於獨立勞動者之加入保險的問題，有贊成與反對之兩種論調。在各國爭論着。有些論者主張為獨立勞動者；有設立特別保險機關之必要，並主張將一般的工錢勞動者與獨立勞動者，劃分開來以解決加入保險的問題。但是反對此種論據的論者，又唱道着如下的理論：「工錢勞動者，可以由勤勉與貯蓄變成獨立勞動者，可是變成獨立勞動者以後，一旦遭遇業務之失敗或經濟上之恐慌，則即刻要倒轉其地位再降為工錢勞動者，此種轉變，在大戰後特別顯著，尤其在貨幣價值暴落的國家裏，更為劇烈，故此二者，無分別處理之必要」；然而反對反對論者又作如下之主張：「一般的工錢勞動者，有予以保護之必要，故使其各自

義務的加入保險，致獨立勞動者，便無此必要，若獨立勞動者一旦變為工錢勞動者的場合，那時使其加入保險而予以保護，纔算正理」，此等爭論，實至為繁雜。故對於工錢勞動者及獨立勞動者，是否有分別設立保險之必要的問題，意見亦至為分歧。反對將二者歸入同一保險制度中的論者，有下述之主張：「獨立勞動者，不直接與使用者訂立勞動契約，故即或發生了危險，亦不得向使用者有所要求，不僅如此，獨立勞動者即陷入不能勞動之境，然得到其家族或婢僕之援助，還可以多少經營其業務，也可以多少得到一些收入；反之工錢勞動者與使用者訂有勞動契約，故一旦陷入不能勞動之時，便即刻失去其收入之源泉，他與獨立勞動者（如佃農，小商人等）全然不同，因此不應將二者在同一保險制度中處理」。

再者在社會保險中，保險費與保險補償金，都是以勞動者之工資為標準而算定的，在工錢勞動者身上，此種計算至為容易，但獨立勞動者，其收入並非一定，故期待其正確之報告，實頗為困難，因此若將兩者渾合處理，結局工錢勞動者將陷入比較不利的地位乃不可避免之事。此外假病及其他作虛偽報告的情形，獨立勞動者方面一定要比工錢勞動者，特別繁夥，例如獨立勞動者假裝生病，虛偽的作一張不能勞動之報告，但將自己的工作，移到房內

去進行，實往往有之，但工錢勞動者，便不能作如此假冒之申請。蓋工錢勞動者，一旦作疾病或殘廢之報告，便即刻得不着其工資之金額。再者將工錢勞動者與獨立勞動者對比起來，即在其年齡，上亦有顯著之差異，工錢勞動者頗為年輕，而獨立勞動者則遠較年長，多數勞動者有與年齡成正比例的從工錢勞動者，進展到獨立勞動者之境地的傾向，如果在一個保險機關中，承認獨立勞動者之有一定範圍收入的人，任意加入，則是使保險成為顧及不良危險之機關，於是就產生弊害，使保險機關之財源發生危機。由此觀之，將獨立勞動者與工錢勞動者，置於同一保險機關中來處理，實有種種之困難，雖然對於獨立勞動者，並非不承認其有社會保險之必要，但是因事實上實行之困難，故對於獨立勞動者之社會保險，主張應分別處理之意見，實占輿情之多數。

第三節 薪俸生活者與非筋肉勞動者之社會保險的處理法

所謂薪俸生活者，乃是基於契約關係，供給勞務，在使用者的計劃之下，接受報酬之廣義的勞動者，其中包含所謂智力勞動者；而所謂非筋肉勞動者，即指筋肉勞動者以外的勞動者，牠包含立於僱傭關係上之被僱傭人。社會保險亦應適用於此等薪俸生活者及非筋肉勞動

者固不待言，然在此等階層之中，比較一般勞動者，得到相當高級之收入者，實大有人在，故使此等勞動者加入保險之際，有充分考慮之必要。

薪俸生活者要享受社會保險之保護，第一在根本觀念上，必須是生計上貧困，缺乏貯蓄，因之不能加入普通保險之人；第二必須是一旦發生危險，便喪失收入之源泉，而本人及其家族之生活資源亦因之而斷絕，換言之即專靠薪金以勉強維持生活的人；第三必須在薪俸生活者為薪金而工作之勤務中，遭遇危險而有補償之性質的情形下；第四必須在祇限於薪俸生活者之保險制度，在實效上確有便利之情形下。然而有些論者反對薪俸生活者之保險，他們認為「若特別對於薪俸生活者設立保險制度，乃是設立階級制度」，並且認為「在薪俸生活者當中，得到比較多量的報酬而無後顧之憂者，實大有人在，故一律予以保險實至不公平」。因此有的國家顧及此等非難而設有一定之限制，即祇限於一定範圍內之薪俸生活者？始強制其義務的加入保險。不過決定一定額薪俸之標準？實有種種困難？故考慮薪俸之平均率及生活費等，以決定其標準。

關於薪俸生活者之保險，有些國家將其與一般勞動者置於同一機關中處理，反之又有些

法學叢刊 譯述 社會保險之法律的觀察

國家，設立特別的保險機關以處理之。

九二

【未完】

解釋

司法院快郵代電 院字第一零一四號（二十三年一月十二日）

河南高等法院凌院長覽上年九月支代電悉所請解釋檢察官對於呈送覆判案件能否提起上訴疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決縣政府呈送覆判案件檢察官除僅附具意見書轉送法院者應依覆判程序辦理外亦得於接受卷宗後十日內作成上訴理由書向法院提起上訴合電知照司法院文印

司法院指令 院字第一零一五號（二十三年一月十二日）

令署山西高等法院院長邵修文

呈據臨汾地方法院轉請解釋收藏來復手槍能否構成軍用槍炮取締條例之罪由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決來復手槍縱係供自衛之用在未受允准委任而持有者若不能證明出於正當理由應構成軍用槍炮取締條例第二條之罪合行令仰轉飭知照此令

司法院訓令 院字第一零一六號（二十三年一月十二日）

令署湖北高等法院首席檢察官錢謙

、爲令知事該首席檢察官呈最高法院檢察署轉請解釋被僞證人有無聲請再議權疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決聲請再議依法既以告訴人爲限而僞證罪所侵害之法益係國家之審判權故被僞證人向檢察官申告被僞證之事實僅居告發人地位對於不起訴處分自不能聲請再議合行令仰知照此令

司法院訓令 院字第一零一七號(二十三年一月十二日)

令署河北高等法院首席檢察官王泳

爲令知事該首席檢察官呈最高法院檢察署轉請解釋刑法上夫之宗親應否視爲妻之宗親一案業經本院統一解釋法令會議議決現行刑法夫之宗親應視爲妻之宗親合行令仰知照此令

司法院指令 院字第一零一八號(二十三年一月十二日)

令署河南高等法院首席檢察官傅廷楨

呈據開封地方法院首檢官轉請解釋公務員犯罪後充任軍佐審判管轄疑義由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決據來文所述某公務員犯普通刑法之罪其發覺係在任

官任役前依陸海空軍審判法第十六條自應歸法院審判合行令仰轉飭知照此令

司法院快郵代電 院字第一零一九號（二十三年一月十三日）

江蘇省政府陳主席勛鑒上年十月卅日代電悉所請解釋行政官署所處罰金人民抗不繳納能否將其財產逕予扣押或處分一案業經本院統一解釋法令會議議決人民對於行政官署依法令所處分之行政罰金及依行政執行法第四條所處分之罰鍰於其處分確定後抗不完納自得就其財產而為執行合行電復司法院元印

司法院公函 院字第一零二零號（二十三年一月十八日）

逕復者准

貴部上年七月十一日公函第二八四號開「據江西高等法院呈據弋陽縣縣長轉請解釋保甲長暨縣保衛團隊官長是否刑法第十七條所稱之公務員函請查照見復」等由經本院統一解釋法令會議議決保甲長暨縣保衛團隊官長其從事於公務若有法令可據即屬於刑法第十七條所稱公務員相應函復

貴部查照飭知此致

司法行政部

司法院快郵代電 院字第一〇二二號(二十三年一月二十四日)

廣西高等法院院長覽上年七月其代電悉邕甯地方法院橫縣分庭檢察官轉請解釋發掘刻木主點血葬之墳墓如何論罪疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決刻木主點血埋葬之墳所有人雖歷代認為祖墳祭掃惟既未藏有屍體遺骨遺髮殮物或火葬之遺灰即非刑法第二百六十三條所謂墳墓某乙發掘除按其情節得援照同法第二百八十二條之毀損罪及第二百六十一條第一項之侮辱禮拜所罪從第七十四條處斷外不能成立發掘墳墓罪合電轉飭知照司法院敬印

司法院指令 院字第一〇二二號(二十三年一月二十四日)

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈據壽昌縣縣長轉請解釋佃農爭議事件涉及刑事範圍論罪疑義由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決業主撤佃自種如別無強暴脅迫情形自不能構成犯罪至出租田內之禾稻如係佃農所播種業主意圖為自己或第三人不法所有乘該佃農之不備擅行搶割應構成搶奪罪合行令仰轉飭知照此令

司法院訓令 院字第一〇二三號(二十三年一月二十四日)

令署湖南高等法院首席檢察官曹 瀛

爲令知事該首席檢察官呈最高法院檢察署爲衡陽地方法院首席檢察官轉請解釋刑法第二百五十六條及刑訴法第二百十八條各疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決(一)將妾扶正爲妻如果具備民法第九百八十二條之結婚要件(參照院字第九五五號解釋)目應視爲有夫之婦倘與人通姦當然構成刑法第二百五十六條之罪(二)刑訴法第二百十八條之告訴期限應自告訴人知悉犯人時起算若因事涉曖昧尙待證實則在告訴人主觀上尙未確信其人爲犯罪即難謂爲已知悉因知告訴期限自不進行合行令仰轉飭知照此令

司法院公函 院字第一〇二四號(二十三年一月二十五日)

逕復者准

貴部上年七月六日函(第二七八號)開「據浙江高等法院代電請解釋郵政條例所定刑名如何適用疑義一案請查照見復」等由業經本院統一解釋法令會議議決查現仍援用之郵政條例第二十九條規定所依之刑律第二百五十五條刑法已將其情形包括規定於第二百零二條之內至同條例第

三十第三十一第三十四第三十五第三十六第三十八第三十九等條所稱依刑律各條云者在刑法上均有相當條文相應函復

貴部查照飭知此致

司法行政部

司法院快郵代電 院字第一〇二五號(二十三年一月三十日)

福建高等法院魏院長覽上年三月陷代電悉所請解釋危害民國緊急治罪法第七條及懲治盜匪暫行條例第四條各疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決危害民國緊急治罪法第七條所謂最高軍事機關係指宣布戒嚴之全區域內最高軍事機關而言懲治盜匪暫行條例第四條所稱高級軍官係指將官階級之軍官均不問有無軍法官之設置合電知照司法院陷印

司法院咨 院字第一〇二六號(二十三年一月三十日)

為咨復事准

貴院上年六月三十日咨(第一六一號)開「據湖南省政府呈請解釋財神會捐產爭執發生疑義一案咨請查照見復等由」業經本院統一解釋法令會議議決凡多數人為一定之公益事業捐集財產

並推舉管理若不能視為各捐助人所共有者則該財產即係為一定目的所設置之財產斷非少數人因管理不當即可以之移充他項公益事業之用倘未得各捐助人全體之同意經行稟官處分除被害人得向行政官署請求撤銷或廢止其處分外並得對於加害人向司法機關提起民事訴訟以資救濟相應咨復

貴院查照飭知此致

行政院

司法院指令 院字第一〇二七號(二十三年一月三十日)

令署江蘇高等法院院長林彪

呈據吳縣地方法院轉請解釋自訴人提起上訴屢傳不到應如何辦理由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決自訴人不服第一審判決提起上訴迭經第二審合法傳喚該自訴人如無正當理由而不到庭應依刑事訴訟法第三百七十九條準用第三百四十七條第二項以撤回上訴論令行仰轉飭知照此令

司法院公函 院字第一〇二八號(二十三年一月三十一日)

逕復者准

貴處上年十一月十三日公函(第五二七零號)開准中央執行委員會民衆運動指導委員會函爲關於旅館茶酒館浴池之茶房工役應否加入工會請轉飭重行核議一案轉行到院業經本院統一解釋法令會議議決旅館茶酒館浴池之茶房工役依工會法施行法第六條之規定應准其加入工會相應函復

貴處查照轉知此致

國民政府文官處

司法院咨 院字第一〇二九號(二十三年二月八日)

爲咨復事准

貴院上年十月四日咨(第二四五號)開「據浙江省政府呈請解釋各種行政法令規定罰金罰鍰如無力完納或抗不遵繳可否改科拘留一案咨請查照見復」等由業經本院統一解釋法令會議議決依行政執行法及其他省市縣單行章程科處罰金罰鍰者祇得就其財產強制執行若無明文規定不得易科拘留相應咨復

貴院查照飭知此咨

行政院

司法院快郵代電 院字第一〇三〇號（二十三年二月八日）

陝西高等法院孟院長覽上年九月陽代電悉鳳翔縣承審員轉請解釋特有折腰槍彈意圖犯罪如何論科一案經本院統一解釋法令會議議決折腰槍彈如可供軍用其意圖犯罪而持有之者應依軍用槍炮取締條例第一條第一項論科合電轉飭知照司法院庚印

司法院指令 院字第一〇三一號（二十三年二月八日）

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈請解釋律師在執行職務時因犯罪被處徒刑判決確定後應否再付懲戒疑義由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決律師執行職務時因犯罪被處徒刑在判決確定後依律師章程第四條第一款規定當然不得再充律師自無再付懲戒之必要苟於判處徒刑時宣告緩刑緩刑期滿而未宣告撤銷者依本院第六六一號解釋固得復充律師但如有應付懲戒之情形仍應再付懲戒合行仰知照此令

司法院指令 院字第一〇三二號(二十三年二月八日)

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈據桐廬縣縣長轉請解釋募兵助理員是否現役軍人疑義由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決派駐各縣募兵助理員是否現役軍人應以該員有無現役軍職爲斷合行令仰轉飭知照此令

司法院訓令 院字第一〇三三號(二十三年二月八日)

令陝西省民政廳

爲令知事該廳上年十月十七日函本院祕書處轉請解釋被告在緩刑期內能否充任公務人員一案業經本院統一解釋法令會議議決被告在緩刑期內除別有關於消極資格之限制外苟未經撤銷緩刑之宣告仍得充任公務員合行令仰知照此令

司法院訓令 院字第一〇三四號(二十三年二月十三日)

令署福建高等法院院長魏大同

爲令知事該法院二十一年第六七五號公函致最高法院爲莆田地方法院轉請解釋被告人在

上訴中投入軍隊其審判管轄疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決於已經檢察官着手偵查或經第一審判處罪刑後始投入軍籍其狀罪之發覺既不在任官任役之中仍應由普通法院審判倘有抗傳不到情形自得依法拘提或通緝合行令仰轉飭知照此令

司法院指令 院字第一〇三五號(二十三年二月十三日)

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈據餘杭縣縣長轉請解釋刑法第二百五十二條之告訴權疑義由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決刑法第二百五十二條之妨害風化罪其告訴權誰屬問題在刑事訴訟法第二百五條第一項已有列舉規定合行令仰轉飭知照此令

司法院指令 院字第一〇三六號(二十三年二月十三日)

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈據味縣縣法院轉請解釋刑法第五十五條第三項但書疑義由

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決刑法第五十五條第三項但書犯貧而減罰金係承第四十九條第五款之但書而言故所謂減得之數自係限在一元以下合行令仰轉飭知照此令

司法院訓令 院字字第一〇三七號(二十三年二月十三日)

令署浙江高等法院院長鄭文禮

爲令知事該法院二十一年第二二七號公函致最高法院爲壽昌縣縣長轉請解釋運輸紅丸質料應否論罪疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決單純運輸製造紅丸所用之質料並無鴉片或其代用品之成分者法無處罰明文應不爲罪(參照院字第一二五號解釋)合行令仰轉飭知照此令

附錄一

律師協會爲提倡貧民法律扶助會致各律師公會公函

逕啓者本會前舉行本屆第二次執行委員會議到會執行委員會以近世各國無論資本主義國家社會主義國家莫不有貧民法律扶助制度良以人類共同生活關係卽一法律關係人能盡獲法律上之保障而社會始克有平穩安固之進展故凡現代政治家法律家靡不視貧民法律扶助制度爲解決社會問題的一重要方策我國年來人情習於詐僞而社會亦多假擾如此欲期交互生活之圓滿乃爲事勢所不能無已求靈于法律而貧苦民衆輒爲萬惡土棍玩弄股掌盲人瞎馬動墮深淵卒致冤抑未伸而冤愈甚且有舉身家性命以殉者每一念及曷勝慨喟爰決議通知各會員公會請卽組織貧民法律扶助會並由常務委員會擬具章程呈報 司法行政部核準備案等因現常務委員會業經遵照決議案擬具『貧民法律扶助會暫行規則』惟以事屬創舉將欲推行盡利必事先審慎圖維庶臻精密而免疏漏致滋弊竇用是檢同所擬『貧民法律扶助會暫行規則』錄案函達

貴會尚希

詳予斟酌發抒偉見並於三月十五日以前見復以憑呈請
司法行政部核准備案事關為貧民造福利諒為
貴會所贊同也此致

律師公會

附「貧民法律扶助會暫行規則」一紙

中華民國律師協會常務委員 劉陸民

牟紹周

劉哲

戴天球

嚴蔭武

中華民國二十三年二月八日

貧民法律扶助會暫行規則

第一條 本會由中華民國律師協會各會員公會徵求各該公會同情於本會宗旨之律師組織之分別定名為某某律師公會法律扶助會

第二條 本會以對於貧苦民衆無償予以法律上之扶助爲宗旨

第三條 本會之任務如左

- 一 爲貧民解釋法律疑問
- 二 爲貧民證明法律關係
- 三 爲貧民辦理有正當理由之訴訟事務

第四條 本會之紀律如左

- 一 本會會員與請求扶助人接談時不得涉及法律範圍外之任何事務
- 二 本會會員對於應予扶助事件應爲善良管理人之注意
- 三 本會會員對於請求扶助人不得明示或暗示其爲違反真正事實之任何行爲

四 本會會員如因當值應請求扶助人之法律顧問或法律關係之證明及爲辦理訴訟事件者不得再受對造人請託

五 本會會員對於請求扶助人不得收受或要求任何報酬

第五條 本會會員如違背紀律有前條情事之一者適用各該管律師公會懲戒規則

第六條 凡因貧苦請求本會給予扶助者應取具地方自治團體或慈善團體或該管職業團體之證明書以爲證明

第七條 本會會員輪流值日其當值之日期應事先用抽籤法配定之

第八條 本會會員其當值時應在各該管律師公會辦理扶助事件

第九條 本會辦事細則由各律師公會自定之

第十條 本規則由中華民國律師協會呈請 司法行政部核准後施行

上海律師公會呈司法行政部請令上海地方法院檢察處 對於不許律師接見未起訴在押人犯禁令迅予解除文

稿

呈爲上海地方法院檢察處禁止律師接見偵查中羈押之被告核與法規未符請予糾正令將一般之禁止處分解除另訂接見規則以杜流弊事竊因上海地方法院首席檢察官突於上年十二月七日以第一二零號訓令致該院看守所長內開「爲令遵事近聞該所不時有律師於偵查中與被告接見情事殊深駭異查被告選任律師辯護非經起訴不得爲之此在刑事訴訟法第一百六十五條已定有明文關於偵查進行中之被告自未便任各該律師接見爲此令仰該所長切實遵照嗣後不得發見再有上項情事致干查究切切此令」等因該院看守所於奉令後即張貼通告對於請求接見偵查中在押被告之各律師一律拒絕接見屬會會員以國內各地法院向未聞有偵查中在押被告一律禁與律師接見之先例並因受此訓令之限制後在押被告將無法豫爲選任辯護之準備窒礙良多紛紛報請討論救濟辦法到會當查原訓令禁止律師接見偵查中在押被告之惟一理由係將刑事訴訟法第一百

六十五條之規定誤解爲律師非在受選任爲辯護人後不得與被告接見而於刑事訴訟法第一百六十五條所指定之辯護人是否盡屬律師及看守所暫行規則第三十一條之律師接見有無應受之限制全未顧及又對於二十餘年來一成未變之辦法突然目爲駭異之舉均以見此訓令之由來必別具特殊原因在該原因未明瞭前屬會殊不欲憑空攻擊禁令之失當致與院法之威信有損爰於三月二十日由執監聯席會議推派代表晉見上海地方法院首席檢察官請示原因及邇後應行補救辦法承示係因有一二違背德義風紀之律師利用接見被告之機會毛遂自荐於被告以求選任爲辯護人或以身受害訴人被害人商告贊助之人而潛與對方在押之被告相晤見爲欲防止續有流弊發生特發訓令禁止律師接見未經起訴之被告惟對於屬會代表所陳被告將無法預爲選任辯護之準備等窒礙情形亦認爲確屬事實稱擬另籌補救方法令會遵照乃閱時甚久迄未見有所謂補救方法之擬訂屬會會員靜待至今責難備至收回成命既爲發令機關所不願聞則糾正其錯誤惟有賴於上級主管監督官署爰將該訓令之失誤及其應行糾正之理由敬爲

鈞部陳之查刑事訴訟法第一百六十五條揭示被告於起訴後得隨時選任辯護人第一百七十六條揭示辯護人得接見羈押之被告雖似限定其選任及接見須在起訴之後但被告在起訴前爲辯護或

準備辯護而與律師接談討論法無禁止之條羈押被告於不妨害羈押目的及押所秩序之範圍內本得接見他人而看守所暫行規則第四條第一項亦均定有明文是被告在起訴前應許與律師接談討論辯訴理由或準備辯護並不以是否被羈押而異其待遇刑事訴訟法第一百七十六條係為辯護人得接見被告之積極的訓示規定初未含有禁止律師接見起訴前在押被告之意義蓋依刑事訴訟法第一百六十六條但書之所示辯護人既不限以律師充之而律師接見被告之法令上依據亦不以刑事訴訟法第一百七十六條之規定為其範圍故在押之被告不論已否起訴如無刑事訴訟法第七十一條但書所舉之情形則求與該被告接見者不問其為律師與否皆無加以拒絕之理由若言防止流弊則看守所暫行規則第三十一條第二第三兩項亦有明文規定因監視之結果而發見請求接見之律師有違法失德之情形時當由看守所長據實呈請提付懲戒藉以整飭風紀不此之圖而因一二人之違法失德使屬會全體會員遍受禁止接見之處分即使羈押被告亦蒙接見律師之影響則在違法失德之一二人不予依法懲處而影響於其他守法會員之職務並不利於刑事被告均非情法之平又如前述律師請與在押被告接見其法律上根據與常人並無所異惟以待遇問題看守所中設有律師接見被告之一定處所且在通常辦公時間內准許隨時請求接見較諸接見之常人應直立恭候依次

傳喚者稍示簡捷其用意亦同於法院之設有律師休息室專供來院律師之休憩與其謂爲禮遇律師毋寧謂爲因維持秩序之必要而加以區別故上海地方法院檢察處禁止律師接見起訴前在押被告之一般禁令固應解除而向來給予律師接見被告之簡捷慣例亦核與看守所暫行規則第三十條之精神不背仍當顧懇保全爲此呈請

鈞部察核前情卽日訓令上海地方法院檢察處迅將不許律師與未起訴被告接見之一般禁令解除嗣後對於律師請求接見在押之被告時或仍由看守所長查照看守所暫行規則第三十一條第二項派員監視並錄其談話之大要於查有請見律師違法失德之情形後隨時呈報懲處或另訂律師接見規則以期毋再留難拒絕兩無弊害謹呈

司法行政部

重慶律師公會爲法院征收律師通知書送達費致律師協會電

急南京中華民國律師協會鈞鑒前奉 司法行政部訓令對於律師代理民事案件期日通知書徵收

送達費一節經本會開會討論認定部令解釋與法不合會上一文請求更正文曰呈爲徵收通知書送達費於法無據陳請建議仰祈鑒核收回成命以符法制事案奉四川高等法院轉奉 鈞部第四六六號訓令除原文有案不錄外未開對於律師代理民事案件期日通知書向不徵收送達費者應一律徵收等因本會奉令後即召集大會提付討論僉謂徵收送達費事雖微眇然其據民事訴訟法（以下減稱民訴訟法）第一五八條及第二四三條認爲對於代理訴訟之律師亦應用傳票向來沿用之通知書本爲傳票之性質云云於律師身分法律真義均不無重大影響亟應予以遷密之審究復查本問題應分爲下列數點解剖之第一傳票與通知其性質在法律上有無區分第二民訴訟法第二四三條不到場之法定效果於代理訴訟之律師本身有無直接關係第三第一五八條之訴訟關係人是否包含訴訟代理人在內及訴訟代理人在法律上有無票傳之根據第四第二四三條但書所送達之傳票是否即直接傳喚律師之傳票第五向來沿用之通知書在法律上有無正確之根據第六修正訴訟費徵收規則第十條之規定能否適用於代理訴訟之律師以上各點次第剖明則本問題不難迎刃而解矣查刑訴法第二六五條規定傳喚與通知并列其性質各別自屬顯然且依同法第三條規定檢察官亦當事人之一何以不用傳票而用通知蓋以檢察官執行檢察職務具有特種性質不能與自訴人及被告相

提并論律師在民事法上代理訴訟猶檢察官在刑事法上當事人同一事例如律師通知書認屬傳票性質則刑訴第二六五條對於檢察官之通知亦應解爲與傳票同一性質在條文上即不必於傳喚外另有對於檢察官等用通知之規定雖民事刑事有公法私法之分然民訴法與刑訴法則同屬公法而律師與檢察官又同爲司法上三大職務之一不能謂檢察官爲刑事上之當事人則可受特別待遇而用通知律師在民事上爲代理人則應改用傳票以彼例此其理自明此其一」又傳票之性質在強制被傳人到場第二四三條所載不到場之法定效果即強制之表示其見諸法文者（一）第二六零條當事人之一造不到場得另定期日如仍不到場得終結準備程序（二）第二九零條證人不到場而無正當理由者得科罰鍰并得拘提（三）第三一一條鑑定人不到場準用關於人證之規定科以罰鍰（參照民訴法第三一六條刑訴法第一一八條第二項）（四）第三七七條當事人之一造不到場得許到場之當事人一造辯論而爲判決（五）同條第二項被告雖未提出答辯狀如於另定期日仍不到場準用前項之規定（六）第五一六條第三項公示催告聲請人於新期日仍不到場即不得聲請更定新期日以上即被傳人不到場之法定效果至對於訴訟代理人除第八九條基於別種原因得以裁定命償無益費用外試就全部法文積極消極兩方面研求通無因不到場而加以制裁之意味據本法草案

(司法公報第廿二期增刊)關於此條所附理由謂「本條規定所以保護無法律知識者之利益」是被傳人不知到場之法定效果故須在傳票上記明如委有律師代理對於被傳人即當事人負有保障責任其不到場之法定效果當然明白告知在傳票上無須記明據此則該條所載不到場之法定效果於代理訴訟之律師本身并無直接之關係此其二」又訴訟關係人就文面上觀察似覺原被告共同訴訟人參加人無訴訟能力者之法定代理人證人鑑定人輔佐人聲請人訴訟代理人第七五條所載有訴訟權之人及代表人管理人第三三四條及第六五條第三人第五一二條之申報權利之人均可謂之訴訟關係人均在得用票傳之列然傳票有強制性質復須記明不到場之法定效果其效果除前款所述外對於訴訟代理人之到場與否并無任何規定其不能單獨票傳強令到場已屬瞭然再就其他法文研對(甲)刑訴法凡應用票傳者如被告(第三五條)證人鑑定人(第八七條第一零七條第一一五八條)其他認為應訊問之證人(第二六九條告訴人告發人被害人均包此內)名單所列以外之證人(第二九四條)自訴被告(第三四二條)自訴人(第三四七條第二項)莫不有明文規定其對於自訴代理人拘役罰金案件之被告代理人增帶民事訴訟代理人均無強令到場之表示亦無得票傳之明文(乙)輔佐人在刑事法上為保障被告而設民事法上為輔助當事人而設并無任何身

分(刑訴法第一七七條被告之法定代理人或配偶)然據刑訴法第二六五條須用通知而不得稟傳民訴法第七六條祇須得法院允許即可借當事人到場而不用稟傳(丙)第三三四條之第三人雖因其不遵提文書得科罰鍰(第三三八條)但與到場不到場無關仍不得用稟傳據此則除原被告共同訴訟人第五四條證人鑑定人已申報權利之人(第五一二條)應用稟傳有明文規定參加人第六五條之第三人第七五條不須特別委任而有訴訟代理權之人以及代表人管理人法定代理人禁治產公示催告死亡宣告等之聲請人應視作當事人法學者又謂之廣義當事人均得用稟傳外其餘如輔佐人第三三四條之第三人以及訴訟代理人均不得視作訴訟關係人又就法理上研求訴訟代理人爲代替當事人爲一切訴訟行爲而設只對於委任人負義務對於法院不負義務其不到場只委任人受不利益之結果於法院及對方當事人無影響故對於委有代理人之案件指定期日仍只傳喚該當事人對於訴訟代理人無強令到場必要即無稟傳必要訴訟代理人與委任人係兩個人格不得視代理人即當事人故不得強令到場不得稟傳如負有全權之代理人遲誤不到場本於代理人之行爲(包消極行爲在內又謂懈怠行爲)其效力直接及於本人之旨仍得視爲當事人之不到場而予以制裁據此則代理訴訟之律師自不在訴訟關係人範圍之內即無予以稟傳之根據此其三」又

查同法第一三零條第一三一條第一三三條第一三四條各規定受送達之人並非即被票傳之人已顯然可見至第二四三條但書受送達之律師即第一三三條代理訴訟而兼有受送達權限之律師其權限率基於下之原因而發生(1)基於第四九條之原因經選任為特別代理人(2)原告或被告在國外或遠地委託律師起訴或應訴者(3)基於委任意旨付以代理全權者以上三種其傳喚該當事人之傳票即應向代理該訴訟之律師為送達其當事人不到場之法定效果自有代受傳票之律師明白告知在傳票上不須記明此種場合多數由律師代替到場其當事人到場者十無一二故在傳票上尤不必記明據此則該但書所向之為送達之律師即代理該訴訟而兼有受送達權限之律師其傳票即傳喚該當事人而送達於有受送達權限之律師代為收受之傳票並非直接傳喚律師之傳票此其四(如解作傳喚律師則第一三零條則應解作傳喚該管長官第一三一條則應解作傳喚該監所長官第一三條則應解作傳喚代收人即感不通刑訟法送達於代收人以送達於本人論亦可參觀而得)又律師制度為司法上三大職務之一國家及司法主管機關揭此以詔示國人已屢見明令是顯認律師具有特種身分其待遇自不能與一般訴訟關係人同視但在普通法上除民訴法第六六條刑訴法第一六六條及第四零一條第二項對於律師非律師有嚴格之區分足為待遇之特徵外其他均與

非律師而充之辯護人訴訟代理人混合規定初無任何之軒輊此非法文有缺漏良以律師章程爲律師專一適用之特種法律既於該章程第廿九條（未修正前爲廿七條）付與律師公會以制定會則之權而律師會則關於待遇如儀式稱謂設席設休息室與夫通知到庭等項均明文規定呈部核准全國通行歷年已久未或破毀故在普通訴訟法上即無事另爲規定以蹈重複歧出之嫌據此則律師會則係根據特種法律而產生向來沿用之通知書係根據會則而產生自不得認有傳票之性質此其五」

（會計師服務細則爲財政部公布施行其司法待遇一章與律師會則關於待遇各條亦頗吻合足證律師通知書爲基於特種法律而產生自不與傳票性質相同）代理訴訟之律師不得稟傳即釋明如上其通知書乃根據律師會則而產生即不得認爲修正訴訟費用征收規則第十條之文書亦屬瞭然復查十一年頒行之司法印紙規則第十三條載依修正訴訟費用征收規則第十條第一項之送達費

（中略）應以當事人預納照購印紙貼於送達證書又同年頒行之征收訴訟費用注意事項第十一款（略）中載證人鑑定人之傳票送達費（中略）不得向證人鑑定人征收此兩種法條雖已廢止然即此足證修正訴訟費用征收規則乃專對於訴訟當事人而設第十條之文書並不包含律師通知書在內要無據此向律師征收送達費之餘地此其六」總上各點原令解釋似係誤會應即建議陳請明令

更正當付表決多數贊同除呈由高一分院轉呈外特逕請鑒核收回成命並予批示以便祇遵謹呈等語查上述部令與全國律師有切已利害關係律師公會除得依據律師章程陳請建議外並得以法人資格依據訴願法及行政訴訟法提起訴願及行政訴訟基此理由特電請

貴協會對於本件開會討論如認本會解說及主張尚無錯誤或有錯誤而對於律師通知書係根據律師規則而產生並不得認為修正訴訟費用征收規則第十條之傳票或文書一點尚屬不錯均請詳予闡發俾法律真義歸於正確繼續呈部請其改正如被批駁即請分別或聯合向行政院提起訴願仍不得請則提起行政訴訟期得最終之良結果如認本會解說及主張於法未叶仍請覆示藉資攷鑑臨電屏營佇候明教重慶律師公會叩刪印

法學叢刊 附錄一 重慶律師公會爲法院徵收律師通知書送達費致律師協會電 一六

附錄二

劉常委陸民年常委紹周奉派赴平津青濟工作報告書

敬陳者：竊陸民紹周於本年三月一日，奉

鈞會通知內開：「本會現爲會務推進起見，派貴委員等適赴青濟平津各地，與各該地律師公會，商榷如何鞏固本會法律文化事業之基礎？如何發皇本會爲社會服務之精神？同時並應宣傳努力文化事業，與社會事業，亦即改進律師制度之基本工作。其他關於法院與監獄之狀況，亦須留心考察，以便建設改良。」等因，陸民即於受

命之翌晨離京，取道滬濱，以候船稍有耽擱，八日始到青島。當晚即同紹周馳赴濟南。更於十三日抵平，十九日轉津，二十七日再返濟，隔晚復回青。陸民在青留至四月四日，再離青過濟游徐，至四月七日晚歸京。所至之處，各律師公會同仁，待遇固非常優異；而司法與行政長官，其了解本會純正偉大之宗旨，同情吾人爲國家爲民族堅苦奮鬥之精神者，亦殊慇懃

接待。因是宴飲幾無虛日，而

鈞會賦予陸民紹周之使命，亦獲得良好之結果。關於貧民法律扶助事業，青濟則積極籌備成立；北平亦決議贊成，並推人草擬施行細則；天津更先本會而已有類似之組織，此足徵同仁不少為社會服務的精神。關於法學叢刊推銷事宜，平會每月期銷三百份；津會期銷之數與平會同；濟會每月期銷百份以上；青會雖會員甚少；紹周亦擬竭盡棉薄，使推銷數日月達三百份以上，此又足徵同仁富有為文化事業奮鬥的精神。至法院與監獄情況，監獄有參觀記錄，法院容開會時，再行詳報所聞。為是將陸民紹周在青濟平津工作情形，報請鈞會鑒核為荷！謹陳

中華民國律師協會常務委員會

附陸民紹周在平津兩會歡迎會演詞各一件

又附陸民參觀河北第一第三山東第六各監獄青島地方法院看守所紀錄共四件

劉常委陸民在北平律師公會歡迎會演詞

主席！各位同仁！律師協會，於民國二十一年，在此地舉行第四屆代表大會後，轉瞬已達三年。這三年中，協會雖在各位精誠愛護之中，會務稍有進展；如關於法權運動；關於文化運動；尤其最近關於立法方面：如憲法；如刑法；協會意見，得到不少的採納；此雖可說稍有成績，但離協會目的地，尚甚寥遠，絲毫不足稱道。

乃陸民此次同牟子明先生奉協會命來此，各位不咎失職；反連日不斷的寵以盛宴，今又由貴會賜予歡迎；這種隆情摯誼，實在令陸民一面感激之至，一面慚愧之至，更一面忻喜之至。忻喜甚麼呢？忻喜協會的前途，從此將日進於光明，協會的事業，將日趨於發達。

何以呢？凡一事業，縱社會有其需要，必得大有力者，主持倡率，造成風氣。貴公會居我國文化中心之地，而構成分子，復多法界名賢。則協會事業，得貴公會熱忱贊助，如之何而不發展！陸民是以忻喜逾恆。茲特乘我的忻喜情緒在心頭活躍當中，將協會當前工作，亦即陸民此次同牟子明先生北來與貴公會商權的事件，分別報告：

第一，關於法律文化的運動：吾人憶大法學家耶林氏有幾句話，把我們中華法律文化的一頁光榮歷史，與羅馬法並為稱贊。他說：羅馬會三度征服世界；而中華亦大體一度用

武力，一度用儒教，一度用法律，支配古代東方亞細亞。協會所謂法律文化運動，就是想，把，會、經、支、配、古、代、東、方、亞、細、亞、的、中、華、法、律、文、化、，創、造、它、新、的、生、命、，開、拓、它、支、配、的、領、域、。作這種工具的，就是法學叢刊。則吾人充實叢刊的內容，擴大叢刊的銷路，自然是在法律文化運動當中，應有的努力。這是應向各位報告的第一點。

第二，關於法律扶助的運動：現世文明國家，在國家根本方法上，無不有人民在法律前一律平等的規定。但僅有這種規定，而實際上人民不能平等適用法律，則姑無論法律為義務本位的，為權利本位的，抑為社會本位的，都與貧苦民衆，毫無關涉。因是世界各國，無論資本主義的國家，是社會主義的國家，貧民法律扶助制度，幾於無國蔑有。雖其組織，各國不能盡同，要其以律師為組織之中堅，乃世界普遍之現像。我國需要此種制度，比較任何國家為急切，而貧民法律扶助事業，却比較任何國家為落後，這實在是吾人的遺憾！因此協會倡議組織，這是陸民向各位報告的第二點。

第三，關於改進律師制度的運動：現在世界各國，律師制度，無不是由他律的律師制度，進化於自律的律師制度；換句話說：無不是由被治的律師制度，進化於自治的律師制

度；更率直的說；無不是由政治取締的立法的強制他律制度，進化於團體自治的立法的道德自律制度；如律師公會監督，找不出由法院或司法行政機關干與的怪事。如律師懲戒機關，多初審單純由律師組織，而上訴審亦律師與高等法院推事合組。如律師試驗機關，亦非政府包辦，多由律師與高等法院推事共同組織。我國律師制度，因襲日本。而日本的律師法，現在亦已修改：如律師公會監督機關，由地方檢察之手，移於司法大臣。律師懲戒，亦改由司法大臣受理。律師資格取得後，如執行職務，須先在律師公會，試補修習一年半，以從事於人格之修養，與實務之練習。概言之，東西各國律師制度，是一種向上的律師制度。惟有我們中國律師制度，是一種異常落後的制度。吾人可終身不作律師，而作一日的律師，却不願有反映國家文明落後的律師制度存在。然則吾人如何使這落後的律師制度，進步到現代的律師制度呢？建設政府，成功現代的律師法嗎？這固然是必由之路；但非根本之圖。而根本的方法，在吾人自己，使律師地位神聖化，使律師職務神聖化。詳言之：人家以律師，僅以辦理訴訟事件為生活，吾人更從事於法律文化運動；人家以律師僅為資產階級的護符，吾人更為貧苦民衆保障利益。果能如此，則律師制度，縱他人以褊狹之心理，以落伍之眼光，加以

摧殘，阻撓改進，其勢亦有所不能矣。這是陸民各位報告的第三點。

陸民現所希望於貴公會的：即（一）希望同情協會的法律文化運動，發展為文化運動工具的法學叢刊；（二）希望同情協會的法律扶助運動，積極準備組織，以為之倡；（三）希望同情協會運動改進律師制度的方法，以最大的努力，促成以上兩種運動的發達。上所報告，尚希各位教正！

尚有劉常委在天津公會歡迎會演詞，編者以詞雖不同，旨趣則一，因略未登載，藉省篇幅。——編者

牟常委紹周在天津律師公會歡迎會演詞

主席！各位同仁！兄弟此次與劉韻風先生，奉協會命，來與貴公會接洽會務，多承盛意招待，慚感不可言狀！剛才，劉韻風先生，已將協會當前的工作，亦即兄弟與劉先生所負的使命，說得非常詳盡，本無待兄弟多述。不過主席李華峯先生，命兄弟說話，而兄弟亦極願與素所欽仰的各位，商量會務；無已，本我所見，以貢獻於各位罷！

第一，關於法律文化運動的見解：律師協會，雖是職業團體，同時亦是文化團體。所以一面固應謀律師本身的利益，一面又負有文化上的使命。那末，法學叢刊，既以宣揚法律文化爲職志，則吾人鞏固法學叢刊的基礎，即所以履行其使人類文化向上的任務。況協會所謂法律文化運動，即是想把曾經支配古代東方亞細亞的中華法律文化，發揚光大，使得牠最少也可與世界的其他法律文化，比肩並存。當茲民族自信力衰落之時，這種宣揚固有的法律文化運動，兄弟覺得更有深刻的意義。不由得兄弟先向各位貢獻。

第二，關於改進律師制度的見解：制度係國家文明的反映，有了文明的國家，斷不容有落後的制度存在。我國律師制度，完全爲政治取締立法下的產物，非社會的團體自治立法下產物，以視歐美各國律師制度，純爲自治的律師制度，固屬相形見絀；然亦可見國家在這個時代，誠然落伍。那末，吾人從加重律師任務，換句話說，從律師努力法律文化事業，努力法律扶助事業，以爲促進律師制度改革的方法。這不獨爲律師單純的利益，以爲改革運動；實爲整個國家利益，而爲改革運動。當茲國家風雨飄搖的時節，吾人能運用健全一部分的方法，改造一部分的制度，這不能不說是有重大而急切的意味。這又不由得兄弟要向各位

貢獻。

若關於貧民法律扶助運動，其重要性更屬不能易視。吾人覺得人類社會，欲求均衡發展，必須人人能受法律上的保障，換句話說，必須人人得保其人權。但是從實際生活方面觀察，人類社會，有劃然的鴻溝，即貧富不能平等。貧者，在政治上，在經濟上，欲得真正的平等，其事雖不易；而法律上平等保障，固不甚難。然終以貧民既不知法律，而又無力得知法律者爲之保護，結果，各國根本方法上，所謂人人在法律前一律平等的規定，不過徒託空言。彌補人類社會的這種缺憾，不能不說是法律界的責任。況且我國，年來盜匪遍地，民不聊生，這固然在政治方面，在經濟方面，都有密切的關係；想解決這個嚴重的問題，固須從政治方面，經濟方面，着手救治。但政治上的救治，經濟上的救治，決難計日成功；而法律的扶助，亦可聊補其所不及。因此貧民法律扶助制度，在我國更比較的需要。况乎我國現在的社會心理，異常冷酷，國人之團結不堅，國勢之危殆萬狀，此亦要因。則是，協會貧民法律扶助之運動，亦所以使冷酷的社會，變而爲相互同情的社會，也可說是一種極根本的救國方法。這點意義之重要，更其有向各位貢獻之必要。不過所見在客觀方面，究否正

當？那就請各位不客氣的指導！

車常委更有在北平律師公會歡迎會演詞，亦因意與此次所演者同，故亦略而未登
——編者

參觀河北第一監獄記

劉陸民

遜清宣統年間，由日人小河博士設計，於京師成模範監，占地百六十畝，規模頗偉大，今所謂河北第一監獄者也。予於本年三月十七日上午，同牟子明兄蒯旭人兄，驅車至其處，就梁典獄長首詢監之經費，悉每月預算九千四百元，現月發維持費五千四百元，不足者，以工廠作業盈餘補充之。予更奉問：在監人犯初犯與累犯之百分比；就役人與在監人數之百分比；以及行狀善良者，爲何種犯人？行狀惡劣者，又爲何種犯人？承告：現囚人八二一名中，有二十餘人係累犯者；就役人犯，達百分之九十三以上；其犯獄規者，月僅十餘人耳，未能固定其爲何種犯人。語竟，開始參觀監房：南監，分房監，每室氣積十五立方米達強；三人雜居監，每室氣積二十七立方米達。北監，三人雜居監，每室氣積三十立方米達強。北

新監，分房監，每室氣積二十七立方米達，比較善良之犯人居此。病監，位置尚適宜，其構造亦頗佳，以空氣之容量較大，陽光較足故耳。惟無癩痢病室，精神病室，是猶有缺憾。

作業，有縫紉、底工、製麵、漂染、織布、裝訂、排字等科。犯人服役，頗守紀律。工廠空氣間有穢濁者。予當以製麵科工作為最重，裝訂科工作為最輕，遂叩以在監人犯就役之標準。看守長周聿修君謂：刑期二年以上，罪質較重者，多任製麵工作；裝訂工作，則由稍有學識者任之。其出品較山東第五監獄有遜色；惟紗簾尚美觀，暢銷平市，日本同類貨品，為之絕跡。裝訂科，有俄犯一，貌頗馴謹，工作亦勤，略無不愉之色；予皆為之忻然。

洎觀教化設備，有俄犯教誨室一，為宗教式佈置，每星期有天主牧師，來此講演教義，以事感化，是室頗有莊嚴潔淨狀。本國人犯教誨室一，較為俄犯設備者小，而莊嚴亦不及。若教育室，未蒙導予參觀，或根本無此設備，即以教誨室兼充之。其所教於青年犯之書報雜誌，更未之見。主教務者，尤無從就而叩其如何教化犯人之方，為悚然莫安者久之。

若保養事務，據看守長所語於予者：食量有定限；運動，沐浴，理髮，亦均有定時。醫藥費，梁典獄長謂：月約百元，較從前減少，蓋西藥前購自日本，月費百三十元以上，現用

德國所製品，月僅六十元或七十元，以德藥雖貴效力大，日藥雖賤效力小，服日藥三次而愈者，德藥僅服一次即愈矣，故能月省數十元，而無害於犯人之醫治。至犯人衣被之欠洗濯，炊所內服役人犯之不清潔，予亦爲有可議。故從大體以觀，該監在經費支絀間，其成績尙能如此，殊不甚惡；然吾人以現代的眼光觀察之，則在刑罰基本思想，隨科學之進步，由應報主義，客觀主義，犯罪主義，演進至於目的主義，主觀主義，人格主義之今日，若斯行刑而忘教育之方法，決不足以實現刑罰之要求，監獄當局，其何以使監獄現代化，而有以慰吾人之望哉？

二三，三，二七晚於北平中央飯店。

參觀河北第三監獄記

劉陸民

河北第三監獄，位於天津市之西郊，占地可七十畝，建自清光緒三十一年，殘破滿目，改造不可緩也。予於本年三月二十七日上午九時，偕牟子明兄，由張務滋李兆庚李維淇三先生，導引至其處，崔典獄長建勛，殷勤接待，有所叩問，皆詳爲剖答，問題稍涉繁複，亦有

客廳所懸各種表格，令人一目了然，其統計之勤，予爲佩甚！監之經費，每月預算萬餘元，現僅月發維持費六千餘元，其不足者，則勵行節約，以資挹注：如引運糧河水爲飲料，兼灌溉監內隙地種殖之菜蔬，因而年省費用約二千餘元者，其一端也。談畢，由崔典獄長與其科長某君，領導參觀：

其監房：男監，分房監一〇六；雜居監一四一。女監：分房監五；雜居監二六。病監：分房監八；雜居監三；隔離室五。監房容額，男監，八二。女監，一三五。但據該監各籍股三月二十一日報告：全監人犯總數，有男一五九七名，女九五名，是所收容之男犯，較其容額，將加倍已，不亦多乎？病監，地上雖灑有消毒水，而空氣終欠新鮮，視北平病監，不啻懸隔天壤！

工廠：男十六，女二。作業：分染織、織毯、紡線、印刷、縫紉、製麵、豆腐、靴工、洗濯、營繕、農作、籐竹工、製盒、木工、十四種。精工以刑期較長之犯人任之；粗工如製麵等，任其事者，爲刑期較短人。出品以地毯爲大宗，毛巾次之。崔典獄長語予：工廠作業，在十九年二十年，僅月盈三四百元，現已達千元。工廠存本，在二十一年二月廿四日，

渠接收時，僅有十四元餘，現已達二萬餘元。則工廠作業，發達可知。

惟近世刑法學者，謂刑罰乃教育之方法，監獄自亦施行強制教育之學校，故教化事務，應重視也。監之教育室，與夫關於教育之書報雜誌，予固未之見？即涵養犯人德性之教誨室，在勢應清潔而莊嚴，令犯人入其室，即肅然起敬者，乃亦僅有破碎椅二十餘座，簡陋無乃太甚。予當叩以如何教誨犯人？承典獄長告以每星期由天主教牧師，來講教義於此，其他佛教與慈善團體，熱心感化犯人者，亦極歡迎，是固不失為教誨之道，然予終覺教化之設備過簡單也。

若保養事務：衛生給與，其所語於予者，大抵合於人道。醫藥費，年約八九百元，中西藥兼用。其疾病以感冒為多，死亡者，近有百分之七十為烟犯，予聞而異之曰：烟犯之死亡最多者，得無由未令入禁戒所，而在監診治之不得其道乎？甚矣！其可憫也！

更查該監近三年度收容人犯數目比較：在十七年七月至十二月，為九〇〇人；十八年度，則為一八〇〇人以上，一九〇〇人以下；二十一年度，更增至三四〇〇人以上，三五〇〇人以下；人犯與年俱增，此社會病像之反映也。次查該監近三年度，收容人犯年齡比較：

二十一年度，二十歲以上三十五歲以下之犯人激增；而該監近三年度收容人犯罪名，二十一年度，又以竊盜犯罪達最高額；則壯者多因失業而陷於罪戾，此尤社會重大之危機也。復次查該監近三年度初犯累犯比：累犯十九年爲百分之〇·一二；二十年度，爲百分之〇·一二；二十一年度，則減爲百分〇·〇五五。又該監近三年度收容人犯死亡人數：十九年爲九一名；二十年爲九〇名；二十一年則減爲五八名。累犯與收容人犯成反比例，則惡性犯人少。死亡與收容人犯成反比例，則又可見保養尙得其宜。如此，則該監之行刑，雖未能科學化，合理化，似不能不謂爲人道化也。雖然，素樸的人道主義，是豈現代行刑之道哉？况乎人道，亦尙有可議也。

二三，三，二七晚於天津之中國旅舍

參觀山東第六監獄記

劉陸民

青島東北郊外三十五里之李村，有山東第六監獄，占地僅九畝三分。予曾於上年六月，與本會第五屆各代表，參觀一過，略知梗概。此次奉會命來青，本無再度參觀意，而牟子明兄爲言；吳舜彝典獄長來後，整理有方，獄務更有起色。予因心動，而於月之三十一日，與

牟子明兄，於細雨濛濛中，同車馳至其處，見吳典獄長，立談數語，覺其幹練誠實之態，爲盜於眉間，予甚敬之。就而問監之經濟狀況，悉每月預算爲二千五百元，按月如數領訖。更詢悉監房容額爲三百人，現收容如其額。夫收容之人犯有定數，而經費又能如預算領訖，更有賢典獄長勤慎將事，則其成績斐然可觀，良有以也。

吳典獄長與其二科長某君，導予與牟子明兄參觀，監房分南北監，北監，造自德國管領青島時代，係舊式，有房十大間，每間約容十四五人。南監，係我國接管後添造，係新式，每間收容五人。女監，有房三。病監，則在監房內劃出房屋兩間充之。另有傳染病室一，與監房隔絕。雖地方狹隘，純爲雜居監。而病監，亦未能與一般監房遠隔。然犯之疾病甚少，監房之整潔，較他之占地百數十畝或數十畝者，有過之無不及，若非管理得法，曷克臻此！

工廠四：第一工廠，糊盒，木工；第二工廠，織布；第三工廠，縫紉，製鞋，印刷，糊盒；第四工廠，亦糊盒。其出品，以布疋爲大宗。作業盈餘，旺月約四百元，淡月亦有百餘元。作工人數，爲收容人數百分之九十。作工人犯，皆能嚴守紀律。工廠之空氣，亦尙鮮潔。廠之建築，亦頗堅固。予憶方今德法英日各國，其行刑之思想，大都以勞働有使犯人感

覺痛苦的意義。故長期自由刑犯人，則負有強制勞働之義務，短期自由刑與拘留犯人不然。近世刑法學者，以勞働之痛苦，不該當於痛苦之觀念，且以不勞働而反有痛苦之感。予觀該監作業人犯，多怡然而自得，此雖由管理寬嚴得宜，分配工作至當，然勞働非爲含有痛苦的意義，固昭然若揭矣。

教誨室，四壁多懸我國賢聖格言，令人觸目警醒。惟以地址小，不能多容犯人，居常多就工廠施行教誨，予參觀第三工廠時，值教誨師講解「爲人應孝敬父母」，人犯亦均危坐靜聽，予爲起敬。教育分初級補習兩班，十八歲以下人犯，受初級教育，教以寫字及普通常識，十八歲以上，三十歲以下人犯，受補習教育，教以歷史、地理、作文、珠算等課。而其書籍雖不甚多，大體亦在「涵養犯人德行」增進犯人智能」兩個原則之下，略購置之，非了解行刑之現代使命者，烏足語於此乎？

保養事務，就衛生言之：運動每日三十分鐘，輪流行之。浴身，四月至九月，每星期二次，九月至三月，每星期一次。理髮，冬季半月一次，夏季十日一次。更就給與言之：食品從前專用饅頭，佐以開水鹹菜，每五日喫青菜一次。現則每人日食饅頭三枚，不足以饒饒

頭補之，佐食品，早鹹蘿蔔，而晚青菜，以小米稀飯代開水，每星期日肉食一次，其因行狀善良，得有賞表者，並賞以葷菜，囚糧每日，人一角三分。予觀該監於犯人之衣食住，均能爲合理之管理，待遇優厚，而規矩異常嚴肅，予於各工廠，尤其炊所，見就役人犯，胥皆清潔，非若其他監人犯，塵垢滿面，穢濁不堪，令人見而欲吐者，真不知相去幾千萬里也。予特於參觀後樂而爲之記，以介紹於我關心獄政之國人。

二三，四，一。於青島觀海二路二十五號。

參觀青島地方法院看守所記

劉陸民

予參觀看看守所多矣，無足而可予意者，予因誓不復觀。去年六月，予赴青島，出席於中華民國律師協會之第五屆代表大會，會餘，曾參觀法院，監獄，以及當地政治經濟各設施，均甚滿意。將去之日，予晤沈成章市長，爲語青島地方法院看守所辦理甚好，曷往觀焉，予意稍活動，顧牽於事，卒未果去，然亦未嘗追悔也。今予再度來青，青之同仁，咸慫恿之，意者，青之看守所，果特具優點，而爲他之看守所不及乎？遂於月之三十日下午二時，與

牟子明兄同車往，見所長汪雲鶴君，談次，知爲精幹勤慎實務家，因略致佩忱，開始參觀。所之面積，可十畝餘，能收容囚人五百名，現僅四百餘名，未足額也。所之秩序極佳，看守人員，對於囚人，無不於嚴正中，而富有同情心。所設教誨室一，頗整齊莊嚴，在押囚人，每星期一三六上課，從倫理的見地，以養其德，從科學的見地，以益其智。室兼爲看守教練所，每日自下午六時起，迄四十分鐘止，授以實務知識，則看守之能盡其職，厥故或在於此。

所之衛生：起眠，沐浴，理髮，均有定時；運動每日兩次，每次約一小時，均於飯後行之。而吸食鴉片人犯，入所癮發，瀕於將死狀態時，由醫官先打救急針，以延續其生命，再打有抵抗白面毒性之藥水針，以徐斷其癮，因以得治痼疾，而免死亡。故在押囚人，平均五百人中，年僅死七八人，現更三個月未死一人，則保養有方之所致也。

作業有縫紉科，就在押囚人，有是技能者任其事。有糊盒科，以已決留所執行之囚人擔任工作。惟以無工廠故，假監房從事，而秩序尙能井然不紊。其竊盜人犯，則使就製麵之役，而重案人犯，則不假以工作，其處置，亦甚妥當。

綜觀該所，看守人員精神之振奮，教化保養事務之精勤，而囚人受其感化，亦知尊重紀律。予憶曩時參觀他省看守所，囚人大都滿面愁苦，輒以隻眼斜視獄吏，作捫胸欲訴冤曲狀，而獄吏亦若深恐囚人有所言，怒目示駭止意，嗚呼，此人間地獄也，奈之何復現於二十世紀之時哉！今青島看守所，視彼則人天異趣矣，此予所由重感愆予參觀者之盛意，而尤嘆服青島地方法院麥功烈院長之知人也。（麥功烈院長曾以汪所長能辦事語予）

二三，三，三〇晚於青島觀海二路二十五號。

法學叢刊 附錄二 參觀青島地方法院看守所記

版權所有

法學叢刊

第二卷

第七十八期合刊

禁止轉載

中華民國三十三年五月十五日出版

定價表

日本朝鮮與國內同 郵費在內	預		每月一册 (每月十五日出版) 每册實價三角 郵費二分
	全年十二册三元八角	半年六册一元六角二分	
	內國	外	

廣告價目表

普通正	上等前	優等文	特等	等第地
			底	位
正	首	面	封	全
文	篇	及	外	面
後	以	對	面	半
中	外	面	內	面
一	正	正	正	四
元	文	元	元	分
七	六	二	三	之
元	元	元	元	一
	元	元	元	
	元	元	元	

廣告概用白紙黑字 如用色紙或彩
印價格另議 繪圖刻圖工價另議
連登多期價格從廉

編輯者

編輯委員會設上海貝勒路上海律師公會
中華民國律師協會
電話 八五四五一

發行者

南京城內豐富路三新里
中華民國律師協會
電話 一二八六六

印刷者

上海滬石路二五八號
蔚文印刷局
電話 八四四四三號

國民政府統一解釋法令彙編
國民政府統一解釋法令續編第一集
發售通告

編制

彙編

將最高法院解字一號至二四五號暨司法院院字一號至六四七號止（十

六年迄二十一年終）

續編第一集

自院字六四八號至八三八號止（二十一年度）續

編第二集

自院字八二九號至一〇一三號止（二十二年度）公布之解釋文件蒐悉數

集用十六開上等報紙裝訂五冊（彙編全書三冊續編第一集第二集全書各一冊）計分要旨，原文，索引一覽，要旨係逐號節錄依現行法規分門別類並以章節法條爲序用便檢查，每一類別詳註該本法之公布施行或失效日期以明沿革原文將解釋法律之函電及請求解釋之原件逐號編入首尾完全索引一覽按解釋號次列入要旨附註關係法令條文及原文頁次知解釋之號次而不知內容者按圖索驥尤能一目了然

定價

彙編

每部實洋四元 續編第一集每部實售洋一元 續編第二集每

部實售洋五角 二編合購

者以八折實收外埠函購另加郵費彙編二月三分續編一角

三分