

中華民國三十四年十一月復刊  
中華民國三十六年四月出版

# 四月號

# 震旦法律經濟雜誌

第三卷

第四期

## 要

國家賠償制度概論……………安德

自由刑之性質及在刑事政策上之研討……………徐定哉

刑事被告逃亡時保人的責任問題……………思培

## 目

永佃權地上權及耕地租用之泛論……………楊盛志

由「洋老虎」案說到立法程序……………瑞

國立北京圖書館藏

# 震旦大學 法學叢書

## REVUE JURIDIQUE ET ECONOMIQUE DE L'UNIVERSITE L'AURE

Avril 1947 Volume III. Numero 4,  
Publie par

La Faculte de Droit de l'Universite L'Aurore  
223 Avenue Dubail, Shanghai, Chine.

### 不許轉載

中華民國三十六年四月出版

### 震旦法律經濟雜誌

第三卷 第四期

編輯人

劉墨聖 鄭永泰  
上海震旦大學法學院  
電話八五七六一號

發行人

孫立時 邵振華  
上海重慶南路二二三號  
電話八〇一四七號

印刷者

華豐印刷所  
浙江路五三六號  
電話九〇三五八號

總經理

作者 書社  
上海福州路河南路西二七一號  
電話九四二五九號

俞鍾駱教授著

## 刑事訴訟法通論

根據修正法條文編撰是刑事訴訟法最良好的大學教本現已有國立復旦大學私立上海政法學院及私立震旦大學等採用上海河南路會文堂新記書局及福州路世界書局均有出售如蒙外埠郵購請附郵票一萬五千元函本社劉墨聖君

### 訂購價目表

訂購辦法	冊數	價格
零售	一冊	二仟元
訂閱半年	六冊	壹萬元
訂閱全年	十二冊	二萬元

注意：凡訂閱者如遇本刊以後售價提增時不受任何影響

每月一冊

### 廣告價目表

刊登地位	每期價目			
	全	面	半	面
封面	三十萬元	十五萬元	十萬元	
封底	三十萬元	十五萬元	十萬元	
普通地位	二十萬元	十萬元	五萬元	

附註：刊登半年全年另有優待辦法

# 國家賠償制度概論

安 德

在我國新公布的憲法內，有一條從未被注意的條文，這就是憲法第二十四條「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人就其所受損害，並得依法向國家請求賠償」。這條條文，民國二十六年的憲法草案內已經有了（憲法草案第二十六條），此次納入新憲法的，就是憲法草案的原來條文，並未有隻字更改。

過去我國一般人的主張，都認為公務員「執行」職務時侵害第三人權利的行爲，區別其行爲爲私法上行爲，抑爲公法上行爲。如爲私法上行爲，國家與私人處於同等的地位，應適用民法第二十八條第一百八十八條第一項規定（註一），由國家與公務員連帶負責；如爲公法上行爲，公務員係代表國家行使權力，國家和公務員均不負賠償責任。另一方面，公務員「違背」職務致第三人權利受損害時，除了公務員本人應依民法第一百八十六條負賠償責任（註二）外，國家對於被害人並沒有賠償的義務，因爲公務員依法執行其職務時，固應視爲國家的代表，如今違背其應執行之職務，即不能視爲代表國家的行爲；國家對於該行爲加於私人的損害，不負絲毫責任，也可以說是當然的事。

民國成立至今已三十六年，民國元年的臨時約法和民國二十年的訓政時期的約法雖就人民應享有的各種自由和權利，明揭保護的原則，可是人民遇有國家機關執行任務不當致其權利受損害時，除了依請願、訴願或行政訴訟等方法救濟以外，至多對該機關負責官員提起刑事或民事訴訟，從未有對國家或地方行政官署主張賠償的情形。行政訴訟法第二條雖有「提起行政訴訟得附帶請求損害賠償」一語，然而行政訴訟本身的範圍，非常狹隘。行政訴訟的提起，以中央或地方官署的違法處分，損害人民的權利，經依訴願法提起再訴願而不服其決定，或提起再訴願

逾三個月不爲決定者爲限（行政訴訟法第一條）。所謂處分，一般地說，是指行政官署就其職權範圍的事項，曾積極的爲某種決定者而言。假如行政官署就其事項應採取必要措施而怠於採取是項措施時，此種消極的不作爲，能否列入行政處分的範圍，似乎尙有問題。抑有進者，公務員利用其職務上的便利，作違法濫權的勾當，或因行政機構組織管理不善，致人民權利蒙受損害時，如官署本身並未就該事項爲任何處分，自屬無從對之提起訴願和行政訴訟，從而也不能附帶請求賠償。

近代法律損害賠償的根據，除了以損害賠償作爲契約的內容（例如保險契約）外，可分爲債務不履行和侵權行爲兩種。因債務不履行而主張損害賠償，須被害人與賠償義務人間已有債的關係存在，同時更須當事人的一方未履行其債務，相對人方得根據是項債的關係請求賠償損害；如當事人間並無債的關係，或債務人已履行其債務時，即不能基於「債務不履行」而請求損害賠償。因此，通常情形，損害賠償債務發生的原因，以侵權行爲居多數，而侵權行爲的主體，在我國，又以公務員爲最多，因爲我國吏治弛廢，貪污成風，公務員濫用職權，魚肉良民，榨取不正利益，幾乎已成爲公例；同時由於政治未上軌道，故一切行政組織，均呈畸形狀態，行政效率，往往未能令人滿意。然而息事寧人，本是我國國民的傳統精神，無辜良民，橫遭荼毒，大都忍氣吞聲，不了了之。縱有少數強項之輩，甘冒不韙，一搏虎鬚，結果官官相護，雷聲大，雨點小，官吏的責任，仍不能澈底追究。再退一步說，官吏違法濫職，罪證確鑿，無法否認，充其量，也祇是官吏本身負賠償義務，國家仍無絲毫責任。至於行政機構組織不健全，損及人民權利，官吏並無故意過失存在時，國家和官吏均不負賠償責任，更不待論。

根據上述說明，憲法第二十四條規定，在我國法律史上，的確是一

條對時代的法文。嗣後官吏違法侵害人民的自由或權利時，不僅其個人應負民事及刑事責任，被害人同時也可請求國家賠償。關於國家賠償責任的根據和範圍，頗值得我們作一簡單檢討：

## (一) 國家賠償責任的根據

法蘭西大革命後，個人主義勃起，一切制度均以個人為基礎，國家亦以個人為中心。個人享有若干自然賦與的權利，是項權利神聖不可侵犯，權利人得以之對抗任何人，包括國家在內。代表此種觀念最顯著的例，為法國一七八九年的人權宣言和德國一九一九年威馬憲法。個人主義的必然結果，是自由主義的抬頭。所謂個人自由，另一方面也就是國家權力的限制，個人自由和國家權權，是無法並存的。調和各人自由限制國家權力的規則，就是法律。

個人享有的權利，既然能對抗一般人，如果遭受不法侵害，當然非令加害人賠償不可；同時，為了貫徹權利的絕對性起見，權利受有侵害時，概應賠償，不問加害人的身份如何，加害人為公務員與否。

我們知道，照個人主義的看法，國家享有法律上人格，也是一個人，一個「法人」。私法上的法人對於其職員的不法行為既應負賠償責任，私法上的僱用人對於受僱人的不法行為既應負賠償責任，具有公法法人性質的國家，自亦不能獨異。如果我們採取「組織體說」(Gesamtschaftstheorie)，將國家當作一個活的組織看待，將公務員視為國家的機關，結果亦屬相同，公務員的人格已被國家吸收，公務員的活動不啻國家自身的活動，公務員職務上行為加於人民的損害，應由國家負其全責(註三)。

反對國家賠償者的最大理由，為國家對人民一旦負責，行政官吏鑒於責任的重大，勢必畏首畏尾，踴躍不前，「不求有功，但求無過」，大小事件，均以推諉敷衍為應付方案，結果蒙受損害者，不僅是一二人，而是全體人民。然而此種論調，在極端擁護個人主義的人看來，毫不足採，為了充分保護人民神聖不可侵犯的基本權利起見，根本顧不到行政事務進行時發生的種種阻礙，應毫無保留承認國家有賠償的義務。

## (二) 國家賠償責任在法律上的規定方法

在個人主義和自由主義的國家，國家對於公務員的不法行為應負賠償責任，雖是天經地義，不容否認。然而國家賠償責任的原則，應否在成文法內予以明文承認，賠償的要件和範圍，應否在成文法內予以規定，各國法律尚不相同。將賠償責任訂入法條的代表國家是德國一九〇〇年施行的德國民法就國家的行為區別為私法上行為和公法上行為；國家以私法人資格所為的行為適用私法的規定，新時國家的地位和其他私法人完全相同，被害人可以根據德國民法第三十一條(相當於我國民法第二十八條)第八十九條規定，向國家請求賠償，同時德國判例也將民法第八百三十一條(相當於我國民法第一百八十八條)準用於國家的私法上行為。關於國家的公法上行為，除了公務員本身應依德國民法第八百三十九條(相當於我國民法第一百八十六條)賠償外，原則上國家並沒有賠償義務，然而德意志各邦政府得利用其立法權制定關於各邦政府賠償責任的法律(德國民法施行法第七十七條參照)。各邦法律中最重要的是普魯士邦一九〇九年八月一日的法律。此外，德意志帝國一九〇九年五月二十二日法律就帝國公務員的不法行為也承認了國家賠償制度，可是對於德意志全國普遍適用的賠償規則，在帝制時代始終並未制定，迨一九一九年威馬憲法頒布，國家普遍賠償的原則始廣諸明交，威馬憲法第一百三十一條載「公務員行使公權力時，違背其對於第三人應執行之職務者，原則上應由國家或該公務員隸屬之官署負責……」，威馬憲法施行後，德國法院即以最廣義之方法解釋上開條文，(例如公務員的定義，公權力的範圍，德國法院均採最廣義解釋)，從而人民因國家公法上行為所受的損害，都能獲得充分賠償。我國法律遵循的途徑，和德國完全相同，民法僅對於國家私法上的行為，設有賠償制度(註四)，公法上的行為，除了公務員個人的賠償義務，已有民法第一百八十六條可以引用外，國家賠償責任的根據，也和德國一樣，在憲法內方才可以找到。

然而我們切勿以為國家賠償責任必須有成文法為根據，在賠償制度

未經法律明定的國家爲了適應事實上的需要起見，仍不妨以判例來替代；試以法國爲例，一七八九年的人權宣言，雖已明揭人民權利應受法律保護的原則，至今尚無正式法律就國家賠償制度設具體規定。法國的國家賠償制度，可以說是全部以行政法院的判例爲基礎，最初人民向國家提起損害賠償訴訟，究應由普通法院受理抑由行政法院受理，一度發生了激烈的爭論，由於當時普通法院和行政法院管轄權的劃分問題尙無明確的規定可以遵循，普通法院受理的訴訟，就適用法國民法的規定來裁判，行政法院受理的訴訟，全憑着法院自己創造的規則來決定賠償請求的是否合理以及賠償範圍的大小；之後，賠償案件的管轄問題正式解決，行政法院被認爲有權受理是項訴訟，從此民法規定就擱置一旁，完全根據行政法院獨自創造的判例而爲裁判；如此看來，成文法並不是國家賠償制度不可缺少的根據。

### (三) 賠償責任的成立要件

在何種情形之下，國家應負賠償責任，這問題應視各國法律或判例的內容而答覆。新憲法第二十四條祇是一條原則規定，被害人得依法律向國家請求賠償，國家賠償責任的成立要件，有得於日後制定的特別法律；我們暫時祇可依據學說上一致公認的原則，並參考外國判例如下：

國家賠償責任，和普通侵權相同，須具備下列要件(1) 被害人受有損害；如並未發生損害，自無賠償之可言；(2) 損害發生之原因事實可歸責於國家，即與公務有關，假如公務員的行爲，與其職務之執行，無絲毫關係(註五)，自不能責令國家賠償；(3) 損害與可歸責於國家之事實間有因果關係。除上述要件外，國家是否受一切與公務有關之行爲負責，不問有無過失之存在，抑僅就有過失的公務上行爲負責，各國法律並不一致，法國行政法院判例探前說，德國威馬憲法採後說；如就我國憲法第二十四條而言，條文內既有「公務員違法侵害人民之自由或權利」一語，似專指有過失的行爲而言。但是此處所謂過失，應解釋爲「公務上」的過失，而不能解釋爲某特定「公務員」的過失，方足

以保護被害人利益；因爲被害人必須指出某公務員的過失，事實上往往不可能，例如軍隊演習，流彈傷及附近居民，被害人雖不能指出加害人爲誰，仍得向國家請求賠償；非但如此，公務員並無積極的過失行爲，而官署本身組織或管理欠妥，因而損及人民的利益時，雖無「有過失的公務員」，仍有「有過失的官署」，國家即不能卸免其責任(註六)。

官署的過失，可分爲三種：

(一) 官署作爲的過失：官署積極的爲某行爲時，如有過失存在，應負賠償責任，例如警察追趕匪徒，中途將一行人撞傷(法國行政法院一九一九年十二月廿四日判決)，軍事演習，流彈傷及附近居民(法國行政法院一九〇四年一月廿二日判決)，軍事飛機因駕駛員之重大過失失事墮地壓塌民屋(法國行政法院一九二八年十一月九日判決)軍事飛機與民用飛機相撞，軍事飛機駕駛員並未領得駕駛證書且於駕駛時有過失(法國行政法院一九三四年二月二日判決)。行政官署有錯誤時，亦應賠償其錯誤引起之損害，例如官署將姓名相同地址不同之二人誤爲一人(法國行政法院一九二四年三月七日判決)；某婦人根據法國陸軍部之錯誤指示，向法院提起訴訟，因程序不合而被駁回，其訴訟費用經行政法院判令國家償還(法國行政法院一九二四年六月四日判決)，警察官員誤解上級機關命令之內容，損害人民財產(法國行政法院一九一三年四月廿五日判決)，銓敘機關就銓敘法令爲錯誤解釋，致某官員喪失晉級之機會(法國行政法院一九二八年八月三日判決)。

(二) 官署不作爲的過失：官署有作爲之義務而不作爲時，有消極的過失存在；行政官署基於其職務對人民本有爲一定行爲的義務，假如怠於爲該行爲，應負賠償責任；例如道路損壞，市政當局並未爲必要之修理，致來往車輛受損(法國行政法院一九三四年十一月七日判決)，公路進行修理工程公路管理局並未在路上設置標記致汽車前進時傾覆(法國行政法院一九二四年四月十一日判決)，市政當局在路上掘洞，準備植樹，四週未設圍障亦未置放標記，致行人失足墮入(法國行政法院一九三二年四月廿一日判決)。警察機關並未採取必要措施以保障人民生命財產之安全時，市政當局應負賠償責任；例如警務當局准許某處

設靶子場，並未採取避免傷害鄰近居民之措施（法國行政法院一九一六年六月廿三日判決一九一八年一月廿六日判決），人民施放爆竹，引起意外（法國行政法院一九二九年七月廿五日判決），行政當局未自動將瘋人送入病院，因而殺傷鄰人（法國行政法院一九三一年一月廿三日判決）。公共學校處於採取保護舉措之措施時，國家應負賠償義務，例如公立小學校教室內，火爐四周未設鉛絲網，學生皮膚灼傷（法國行政法院一九二一年七月廿二日判決），公立小學未將草地上荆棘除去，致學童嬉玩時受傷（法國行政法院一九一七年十一月廿三日判決）。公共機關有保護其收容人之義務，因監督疏懈引起之損害，亦由國家負責賠償，例如瘋人自瘋人院逃出，放火燒燬房屋（法國行政法院一九三三年一月廿七日判決）。

此外，官署就特定事件故意拒絕適用法律規定，亦應負賠償責任。

(三)官署辦事遲緩的過失：官署有迅速處理事務的義務，因官署辦事遲緩發生的損害，人民得請求國家賠償。某少年尚未成年，未得父母同意，私自加入法國義勇軍（依照法國法律，未成年加入義勇軍，應得家長同意），其父母於一九一二年二月一日呈請軍事當局將少年遣送返家，軍事當局至同年五月二日始批覆，該少年在接獲退伍命令前已於戰事中陣亡，行政法院判決國家賠償損害（法國行政法院一九一九年七月十八日判決）。某人以所養愛犬一頭，被捕犬機關捕去，家畜管理處請求發還，管理處並未立即將請求轉達捕犬機關，致該犬被殺，經法院判決國家賠償（法國行政法院一九二一年十一月廿五日判決）。

綜上所述，官署過失的特質是：(一)不區別事實行為與法律行為，兩者均足以構成賠償責任的原因，(二)官署辦事疏忽錯誤與故意違法律者，均為官署的過失行為。

(註一)民法第二十八條「法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與行為人連帶賠償之責任」。民法第一百八十八條第一項「受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶賠償責任。」

(註二)民法第一百八十六條第一項就故意行為和過失行為設有區

別。公務員故意違背對於第三人應執行之職務，當然應賠償第三人權利因此所受的損害，如係過失違背職務的行為，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，方負賠償責任。此外，無論公務員故意或過失違背其應執行之職務，如被害人得依法律上之救濟方法除去其損害，而因故意或過失不為之者，依同條第二項規定，公務員仍不負賠償責任。

(註三)參閱 O. Glöckle 著 *Hrftung des Staats und der Gemeinden für Beamten* (Verhandlungen des 28. Juristentags, 1905, Pp. 102 et s.)

(註四)國家就其私法上行為的賠償責任應準用普通私法人的規定，在德國民法第八十九條本有明文，我國民法雖未設規定，通說均採此見解。

(註五)例如軍事汽車駕駛員因私事駕駛汽車外出撞傷行人（法國行政法院一九三五年三月二十日判決）。

(註六)法國行政法院審理的下述案件，足供我人參考：安哥哀君某日往郵局寄遞信函，事畢離局，大門已閉，局內人員囑其穿越信箱間由邊門而出，安君經過信箱間時，與二郵差突起衝突，被郵差推出門外，門沿上恰有一部凸出，安君觸及該凸出部分而墮地，腿骨折斷，遂向行政法院對國家提起賠償之訴，行政法院以為郵差毆人之行為，與公務無關，不能據以判令郵局賠償，惟根據下列二事實，郵局應認為有過失無疑：(一)據調查結果，當時曾有人將局內之鐘撥快，實際上安君離局時辦公時間尚未終了，大門不應關閉，足見平日郵局內部監督管理，頗欠周密；(二)門沿一部凸出，早應修理，郵局對其辦公處所，漫不注意，顯有失察之咎。是故，被害人雖不能證明何人曾將鐘撥快，何人應負責注意郵局辦公處所各項設備，郵局之過失仍屬存在，應負賠償全部損害之責（法國行政法院一九一一年二月三日判決）。

歡 迎 投 稿

# 自由刑之性質及在刑事政策上之研討

徐定戡

自由刑者，拘束犯人身體自由之刑也，自由刑之目的，今昔不同，在昔國家所以處犯人以自由刑者，其目的在使受刑者感受痛苦，不敢復蹈法網，並欲藉此威嚇世人，使有所警惕，降及近世，刑罰觀念變遷，咸認自由刑為改善犯人惡性之工具，惟欲達改善之目的，尚須輔以他策，最要者，莫如改良監獄，蓋監獄與自由刑之執行，有密切之關係，監獄而廢劣也，則犯人每為同獄者之惡性所濡染，非徒不能改善犯人，適所以使犯人為惡，故學者謂不良之監獄，無異犯罪之學校，良有以也，要之，自由刑執行處所果能完善，則自由刑之效力始顯，夷考自由刑之成為主要之刑罰制度，就世界刑事政策之沿革以觀，實較生命刑為晚，世界最古之法典若漢姆拉比之石柱法，及摩西法典，均無此刑，日耳曼中古時代之永牢（*Perpetuum*，*Gefangnis*）乃死刑之代替而非供普通自由刑執行之用，至塔禁（*Tutw*）階禁（*Stock*），均係不納罰金之換刑或對於過意犯之刑罰而已，在此時代常用之刑，實為各種死刑及肢體切斷刑笞刑追放刑等，歐洲自由刑發達之原因，當溯諸十六七世紀之交，因受大戰影響，乞丐流浪之徒，充塞道塗，犯罪數字，驟形激增，此輩若均處以極刑，則勢有所不能，分別追放，則不過一國內場所之變換，其易地而重操犯罪舊業，亦猶是也，而笞刑又反足使受刑者化為恬然無恥之徒，於是始生公役刑之必要，德國自一五七七年間，首倡此制，其後十八世紀中葉，意大利學者比克墨阿首倡廢止死刑改良刑政之論，各國死刑，或逕廢止，或加制限，自由刑乃成刑罰制度中之主要工具。

中國法系，自古即有自由刑之制，惟在唐虞三代之際，注重生命刑與體刑，故自由刑不列於五刑之內，古有皋陶造獄之說，其制不詳，自此以降，夏有夏臺，桀以拘子履，殷有羑里，紂以羈文王，周禮大司寇以圖土聚教罷民（罷民為不肯服勞役者，故聚圖土內而教之）凡為害於人者，置之圖土而施職事，與現代監獄之制相類，蓋既云教又云施以職事，即與今之施教導服勞役之意相同，降及後代，視徒刑為專使犯人受痛苦之刑罰，用作威嚇之工具，不教不誨，難居如圖豕，不過縲絏桎梏使犯人不致逃亡耳，而獄吏稱尊，因緣若市，歷代如出一轍，即偶有矜恤囚之令，不過給醫藥厚飲食，使不致瘦斃而已，未嘗一社意於其目的及效用也，抑有進者，古代徒刑，於剝奪犯人自由外，尚含有奴役之意，與近世自由刑之觀念，顯不相容，其時徒刑有一年，一年半，二年，三年之分，清末將舊律改訂，仍有徒刑，但在本地收所工作，並不發配，流罪三等，亦仍其舊，惟分別情節輕重，其為教款所不原者，仍舊發配，若非教款所不原者，免其發配，均收入本地習藝所，按年工作，流二千五百里者，工作六年，二千五百里者，八年，三千里者，十年，限滿釋放，其情重發配，均在配所照上年限工作，凡徒流所附杖刑，一概刪去，此徒流刑之等次也，至於舊律五軍之名，清季亦一律修改，改近軍三項，併入流罪，遠軍二項，改為安置，附近充軍，改為流三千里，近邊軍改為二千五百里，遠邊軍改為三千里，舊律極邊四千里充軍，改為極邊四千里安置，舊律煙瘴充軍，改為煙瘴安置，舊律發遣新疆，當差為奴，並發駐防黑龍江為奴各罪，其情輕者，改為煙瘴安置，重者改為新疆當差，除為奴之罪，極邊與煙瘴兩項，謂之內遣，新疆當差，謂之外遣，合為三遣，以為漸流加等之用，內遣到配，工作十二年，外遣到配，亦工作十二年，惟外遣之人，限滿不准釋回，即在配所安插，此遣刑之等次也，迨現行律告成，始廢止流遣之刑，民國三年所頒行之徒刑改遣條例，此制復活，然不久仍復廢止，此我國自由刑變遷之大略也。

自由刑之種類，至為繁曠，從性質言，有剝奪犯人自由者，有限制犯人自由者，從執行處所言，有放逐境外者，有遣送國外者，有拘禁獄舍者



，從效用言，有使感受苦痛者，有使感受恥辱者，然大別之，得分自由刑爲二，其一，廣義之自由刑，其二，狹義之自由刑，拘留犯人於獄舍之中，以及其他一切限制或剝奪犯人自由者，曰廣義之自由刑，執行刑罰，將犯罪人拘留於獄舍之內者，曰狹義之自由刑，我刑法所稱之自由刑，僅以狹義之自由刑爲刑，茲聞述廣義自由刑與狹義自由刑之大略如次：關於廣義之自由刑，一曰放逐，放逐得分爲二，其一命犯人退出國境之外，其二命犯人退出一定之地域，前者，僅能對於外國人爲之，如德意志刑法，規定外國人在德國以賭博爲常業者，得將該外國人驅出於國境之外，後者，則施之於內國人，如法國刑法中所規定之放逐是也，二曰監居，命犯罪人居於獄舍外之一定處所內，而不許其自由行動者，謂之監居，一八八九年意大利刑法規定監罰不過一月，拘役之初犯婦人或幼少年，經法院之許可，得於受刑者自宅內受執行，一九〇三年俄國刑法規定「凡受七日以內拘役刑之宣告者，得以自宅拘禁之方法執行之」。一九〇九年奧地利刑法準備草案，定監居刑爲獨立刑，規定監居刑之刑期，爲一日以上，二星期以下，得命受刑者在自宅中受執行，若違背監居規則時，則須受同樣期間拘役刑之執行云云，即其適例，自刑事政策上言之，此項法規，誠有必要，惜乎我刑法無此類規定，三曰流刑，此即流遣之制，將犯罪者遣送於本國以外之殖民地，即所以維持本國之秩序，且有時強制犯罪人在該地從事勞役，又可爲本國開拓富源，此刑盛行於英國，始則遣送犯罪人於美洲，厥後則以澳洲爲流刑地，法國亦嘗用此刑，蘇俄至今猶採用不輟，我國昔時亦曾採用之，現今雖無此制，但刑法學者，亦有主張採用者，四曰限制居住，所謂限制居住者，即命犯罪人居於一定處所，或禁止其居住出入於某種場所內也，例如命犯人在某地方居住，不得擅自遷徙，或於居住上，不加積極的限制，僅於繁華處所，不許其自由居住，以及不許犯罪人赴衆人集衆之所皆是，挪威刑法及蘇俄刑法，曾採此制，且均以明文規定之。五曰監視行動，行動監視者，由警察監視受刑人之行動是也，受刑人受行動監視後，警察得禁止其居住於一定之處所，受刑人如係外國人時，警察得驅之出國境，德意志刑法採用此制，日本舊刑法，亦採用之，規定監視行動爲附加刑，日本現行刑法，則已刪除此項規定矣，六曰恥辱刑，即對於違背法律而且破壞道德者所科之刑也，受此刑者，衣食與獄犯無殊，并從事苦役，不但不能與法律上普通人爲伍，且與道德上之普通人亦不能爲伍也，若德國刑法及刑法準備草案與奧國之準備草案所規定之懲役刑屬之。七曰準恥辱刑，受此刑者，依其破壞法律之輕重，而處罰有差別，重者處以無期或十五年或二十年之自由刑，受刑者，其衣食可隨本人之自由，並可自由工作，法律雖認爲違法之犯人，然未視爲蔑德之惡漢，但在社會上則自爲刑餘之人，究與普通人有別，德國刑法之城塞拘禁及德國準備草案之拘禁刑，奧國準備草案之禁錮刑均屬之。八曰中間刑，即詳爲犯罪，而其行爲未破壞道德者，如孝子爲救父病竊資以購藥餌，而犯竊盜罪者是，亦有兼據法律道德，然其程度並不深重者，對於此種犯罪者所科爲中間刑，雖以衣獄衣，食獄食爲原則，若受刑者有國民之榮譽權或有特別之理由，亦許其衣自己之衣，食自己之食，德國刑法及準備草案與奧國準備草案之短期禁錮刑屬之，長則五年，短則一日而已，九曰附勞役徒刑及不附勞役徒刑，前者剝奪犯人自由，且強制其勞役之刑也，後者剝奪犯人自由，而不科以勞刑者也。至關於狹義之自由刑，即係將犯罪者拘禁於一定之獄舍，如徒刑，拘役，即屬此類，狹義自由刑之發生，自十七世紀始，其所以採用此刑之理由有二，利用受刑罰者之勞動力，使服勞務，俾國家獲有若干收入，藉得經濟上之補助，此其一，將犯罪者拘禁於監獄之中，令其養成一種勞動習慣，藉以改善犯人之惡性，此其二，就刑事政策言，各國固無不重視此種刑罰也。

我刑法所認之自由刑，僅以狹義之自由刑爲限，即一爲徒刑，一爲拘役，茲分述其性質如次。第一，徒刑，徒刑云者，拘留犯罪人於監獄中之謂也，徒刑分爲有期與無期二種，將犯罪者永遠拘留於監獄中者，是爲無期徒刑，以期限之長短，定其差等者，是爲有期徒刑，惟有有期徒刑期限之長短，各國刑法，不一其揆，以最長期而論，有定爲三十年者，有僅長至七年爲限者，而最短期，則愈不一致矣，我暫行新刑律，分有期徒刑爲五等，十五年以下，十年以上，曰一等有期徒刑，十年未滿，五年以上，曰二等有期徒刑，五年未滿，三年以上，曰三等有期徒刑，三年未滿，一年



以上。曰四等有期徒刑，一年未滿，二月以上，曰五等有期徒刑，有期徒刑而採等級制，加必一等，減必一等，有時輕時重之弊，例如二等有期徒刑加一等，則高度加倍，低度加倍，三等有期徒刑加一等，則高度加倍，低度加三分之二，又如一等有期徒刑，加一等則變為無期徒刑，相差更速，若欲加重數年使不至於無期，則無法處斷，即拘役加一等變為五等有期徒刑，其相差亦甚遠也，況於立法上亦殊形不便。蓋分則及各單行法所科之刑期，惟以此五等為標準，而罪之輕重，各有不同，必以此五者繩之，則所規定之刑恐有不失於酷，即失於寬之病矣。故民國十七年九月一日施行之刑法，即改等級制為年月制，於總則中，規定有期徒刑之最長刑，為十五年，可加重至二十年，最短期為二月，可減輕至二月未滿，而降至二月未滿，仍稱有期徒刑，不因此減輕而變更刑名也。復於分則各條中，明定徒刑年月，而加減則以若干分之幾為準則，既無定刑失當之虞，並免加減相懸之失，且審判官手此明定徒刑年月之法典，開卷瞭然，無俟乎檢查等級表，而後知刑期之短長，法至善矣，又如刑法所稱以上，以下，未滿其字義均各有加，蓋所謂以上以下，其起訖俱連本數或本刑計算，而未滿者，不許在本數或本刑之上，宣告刑期之謂也，其後民國二十四年七月一日續頒新刑法，悉仍其制。第二，拘役，拘役云者，在一日以上，二月未滿之期間內，由審判官宣告一定期限，將犯罪者監禁於監獄之內是也。我刑法拘役之性質，與日本刑法拘留，德國刑法拘留，奧大利刑法拘留，（科輕罪違禁罪）西班牙刑法輕重拘留。英吉利刑法輕禁錮，荷蘭刑法拘役，（科違警罪與過失罪）意大利刑法拘役，墨西哥刑法長短期拘留，秘魯刑法輕重拘留，（各國刑法拘留，拘役譯語，係從岡田朝太郎比較刑法譯）其性質大略相同。但與土耳其、匈牙利、智利等國刑法專科違警罪之拘留稍異，（蘇俄刑法自由刑，惟有拘禁一種）。惟各國拘役與徒刑懲役禁錮禁錮之區別，多於刑期外，更有執行處所，及有無定役兩種差異，舊刑法規定拘役囚犯與徒刑囚犯，同在監獄執行，同服勞役，同得因情節而免服勞役，（第五十四條）所不同者，惟刑期有長短之別耳，現行刑法則已無此種規定，拘役期間原則上為二月未滿，一日以上，但遇有加重時，得加至四月，暫行律與舊刑法拘役期間及現行刑法同，惟暫行律規定不得加至二月以上，舊刑法則得加至二月以上，三者之間，略有不同耳。按拘役既為狹義自由刑之一種，故其性質，與有期徒刑，毫無少異，其所以必別名之為拘役者，其理由有二，拘役為最短期之自由刑，僅適用於惡性輕微之犯人，縱令犯人曾受拘役之執行，復犯拘役之罪，亦不適用累犯加重之規定，此其一，刑法規定徒刑之最短期，除減輕外，至少亦須二月，而拘役之最長期，除加重外，為二月未滿，最短期且為一日，又拘役縱加重至四個月，固仍為拘役也。

夫自由刑之設，在於束縛犯罪者之身體，使之改過遷善，教以營生技能者也，故其適用之範圍甚廣，而行之又極有效，惟無期徒刑之於今日，是否有留存必要，短期自由刑之執行，是否能無弊害，皆為刑事政策極重要之問題，茲擬述其旨：

第一，無期自由刑留存論與無期自由刑廢止論之相持，其堅主廢止論者，其理由有四。一，無期徒刑之設，在於剝奪犯罪人終身之自由，個人之終身自由，而至於終身剝奪前途之希望既絕，人生之樂趣亦窮，是無期自由刑之效力，實與死刑無少異，就其永墮於悲慘之境，求速死而不得之一點觀之，無期徒刑之慘酷，尤有甚於死刑者，夫淘汰犯人之方法，既有死刑與無期徒刑二者，死刑可廢，無期自由刑，又何獨不可廢耶。二，人之壽命，修短不齊，有受無期徒刑宣告一日而死者，有歷四五十年而不死者，同一刑也，於長壽者為重，於夭死者為輕，囚犯人壽命之長短，而至於同一犯罪，異其執行之期間，同罪異罰，殊失刑罰公平之旨。三，無期徒刑，缺乏可分性，不若有期徒刑之能應犯罪情狀，有伸縮餘地，例如二人同犯三年以上十年以下日期徒刑之罪，則審判官得於三年以上十年以下之範圍內，對於惡性重大者處以十年有期徒刑，對於惡性輕微之犯人，則不妨處以三年徒刑，若二人共犯應處無期自由刑之罪，則犯罪者縱有惡性輕重之別，但亦無法分別處罰。故有失罪刑權衡之本旨。四，無期徒刑，既屬終身監禁，實足以使犯人陷於自暴自棄之境，永無悔過之心，與刑事政策之旨在改善犯人惡性，杜絕難容，其主無期徒刑留存論者，其理由亦有四。一，所謂無期徒刑無異於死刑，不過偶有若干犯罪者之心理作如是想耳，人之恆情，莫不好生惡死，試觀乞丐

殘廢之人，雖日受生活之痛苦，未見其引領自裁也，況日後尚有出獄之望乎。二、若謂人壽無定，不特無期徒刑為然，即有期徒刑，亦何獨不然，雖有期徒刑亦有今日入獄，明日即告死亡者。至若古稱之人犯罪，受有期徒刑十五年之宣告，多有不克終其執行，而即就木者，壯年人而犯十五年有期徒刑之罪，不克終始執行者，道不多見，然則論者所謂同罪異刑，有失公平云云，其說亦未確也。三、處罰犯罪情節重大之人，非無期徒刑，不克有濟，自不能因其缺乏可分性，即謂無期徒刑為不善，況無期徒刑以下，尚有有期徒刑，而有高低度之別，因犯罪情節之輕重，擇刑而科之，固未見有若何之窒礙也。四、刑法設假釋之規定，原所以濟無期徒刑之窮。若科以無期徒刑，果能悔悟自新，在一定條件之下，仍有出獄之希望，法律與政策並施，無期之中，實隱寓有期之意，若善為利用，彌足以促犯人之改悔，益證無期徒刑之不可偏廢也。按無期徒刑之目的，今昔已有不同，現代對於無期徒刑之目的，大別之有二，其一為使犯罪者隔離社會，與往昔相同，其一使犯人於絕望中仍有悔之餘地，依現行刑法第七十七條規定，受徒刑之執行而有悔悟實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄長官呈報司法行政最高長官得假釋出獄，以之與死刑比較，其效用已大有區別，若以替代死刑，除所具之威嚇力較死刑為弱外，而在刑事政策上則較死刑為優，蓋近代刑事政策，對於死刑之觀念，頗屬隔離社會，並非因其有威嚇力而存在。則無期徒刑從隔離社會一點觀之，亦與死刑無殊，以其既終身不許入交際社會，於社會之安甯秩序，固毫無妨害之虞也。再從改善犯人惡性一點觀察之，對於處死刑者，必已認其無改善可言，始剝奪其生命，但其人究竟有無改善希望，固非立法者所能預測，即在審判官，亦不易作絕對的斷語，倘於執行中能完全改善，與普通人毫無區別，即置之交際社會中亦必毫無妨害，縱終身不能遷善改過，又何妨存其生命於監獄之中乎。且其效力有時反較有期徒刑為優，例如受十年有期徒刑之宣告者，自念無論如何延過十年光陰便可出獄，於改善品性方面，未必不能注意，在被處無期徒刑者，自念如不改善，則此身將無出獄之望，不如銳意改悔，至十年後尚有出獄之望也。故在今日之社會中，除因特殊情形尚不能悉行摒除威嚇主義外，實以採無期徒刑以代替死刑為當，從而主張存留死刑制度者，實欲保存其合乎鎮壓政策之威嚇主義，並非着眼於隔離社會主義也。綜上所觀，無期徒刑實為現今替代死刑之一種良刑，就我國現行刑法之立法政策以觀，其地位亦較死刑為重要，試按刑法分則中凡定有死刑各條，類皆繫有無期徒刑之規定，用以代替死刑之執行也。至次列各條雖為唯一之死刑，但除非死刑，即足致影響同種犯罪之增加外，依第五十九條之規定，如犯罪之狀況可憫恕者，得酌量減輕其刑，換言之，即皆可減處為無期徒刑，依刑法處唯一之死刑者，在暫行律僅存三條。（第一百十條第一百十八條第三百十二條）舊刑法增至七條，即第一百二十一條殺友邦元首罪，第一百二十四條犯強姦罪而故意殺被害人罪，第二百八十三條殺直系親屬罪，第三百五十三條強盜故意殺人之罪，第三百三十二條海盜致人於死之罪，第三百五十三條海盜強盜放火及故意殺人之罪，第三百七十二條擄人勒贖而故意殺被害人之罪，現行刑法僅存第二百二十三條強姦而故意殺人之罪，第三百三十四條之加重海盜罪及第三百四十八條加重擄人勒贖罪三條而已。

第二，短期自由刑存廢之說，各刑法學者之意見，亦不一其揆，主廢止論者，其所持理由，厥有三端。一、犯罪而應宣告短期自由刑者，多係惡性輕微之偶發犯人，此項犯罪者，皆有愛情名譽之觀念，一旦置身囹圄，每以出獄後不能重伍良民為羞，因而自暴自棄，又因執行刑罰而染獄內之惡風，是短期自由刑之執行，有使受刑者化為「職業的犯人」之危險，夫刑罰原以消滅犯罪預防犯罪為職志，而短期自由刑之執行，結果竟得其反，實屬無益而有害。二、刑罰之目的原在使犯罪者遷善改過，刑罰過短，不足以收遷善改過之效。三、短期自由刑之執行，弊害既若是之衆，徒使國庫蒙無謂之負擔，而無實益之可言，實不如廢止為愈也，其主張留存論者，認為科罰於犯罪之人，應審酌犯罪情節之輕重，察驗犯人惡性之深淺，審慎而行之，對於情節嚴重之犯罪，惡性重大之犯人，則科以長期自由刑，對於情節輕微之犯罪則應宣告短期自由刑，此固理所宜然也。若不問犯罪情節之輕重，犯人惡性之深淺，悉繩以同等之長期自由刑，是刑法所規定徒刑之高低度，均無留存之必要矣，且對於輕微犯罪及惡性較淺

之犯人，悉科以重罰，夫且情法之平，此短期自由刑之廢止，所以未見其可也。按此說實未足為折服廢止論者之理由，無他，廢止論者僅言短期自由刑有廢止必要，非謂刑罰之不宜分輕重也。是則短期自由刑留存論所持理由，足與廢止論相抗者，僅此對於輕微犯罪惡性較淺之犯人，實無必要之一點而已。其立論固未確也，至有期自由刑期間之長短，究以若干年為適當，亦為刑法學者間聚訟紛紜之問題，嘗考我國刑法第一次修正案將最長之十五年改為十二年，其理由謂犯罪年齡在二十五歲為最多，而人生平均年齡不過四十一二歲，若對二十五歲犯罪者科以最長刑期十五年，至四十歲始能釋放，殆與無期徒刑無異矣。現行刑法則仍主張以十五年為最長期，其理由謂法律所科有期徒刑之最高度，實際上於犯人之關係各有不同，年老衰弱之人科以數年之徒刑，或竟近於無期，年少力壯者，科以十五年，非無出獄之望，惟此皆事實上犯人本身問題，似不足以為輪短自由刑之標準也。夫有期徒刑之執行，旨在使犯人改過遷善，知所後悔，已如前揭，實則改善之能否收效，端在方法之良否，與刑期之修短固無與焉。犯人於獲罪入獄之初，隔離妻孥，摒絕朋好，必動然知所改悔，倘能於獄中稍蒙教導，自能漸知正義，明辨賢佞，迨逾三五年，受痛苦而不覺，置訓導於不顧，木強無知，縱越十年二十年，亦必無改善之望，徵諸獄吏，類皆以此說為然。若謂刑法有假釋之制足以救長期自由刑之弊，實則得蒙假釋之惠者，能有幾人，而犯人心理亦各自不同，在科短期自由刑者，私計為期匪遙，一旦出獄，尚得伍於社會，不無洗心向善之念，若科以十年以上有期徒刑，則人壽幾何，出獄之期，渺不可冀，欲期其改過遷善也難矣，故在依法應處長期自由刑者，與其恃囚繫以收威嚇之效，不如師法古代流刑之遺意，驅犯人於邊遠之區，使之開墾拓殖，如其因憑藉地域與人事關係而犯罪者，則迫其背井離鄉，失其倚界，自無再犯之可能，至短期自由刑之執行，與其集各種犯罪者於一室，各本其犯罪經驗，相與掇揚其得計，流為「犯罪養成所」之譏，則不如易科罰金或保安處分之為愈也。書曰。「文王罔攸兼於庶言，庶獄庶慎」，又曰。「庶獄庶慎，文王罔敢知於茲」，其垂訓後人之意，可謂至矣，論刑事政策者，願三復斯言。

(三十六年三月十四日於上海地方檢察處)

## 刑事被告逃亡時保人的責任問題

思培

刑事被告，除非確有刑事訴訟法第七十六條的情形（刑事訴訟法第一百零一條參照），本不能進行羈押，司法機關訊問後應命其保或責付。司法行政部就刑事被告應履行保釋一事，也曾屢次通令各地法院遵辦。保釋，非有一定的保證，不得許可；保證，原則上，應指定相當的保證金額，由該管區內殷實之人或商舖，出具保證書行之，例外情形得許由聲請人繳納現金或有價證券以代之（註一）。爲了顧全

繳納保證金的困難起見，通常是由法院指定金額，保證人聲明保證被告隨傳隨到，被告如有逃亡情事，保證人應即繳納保證書內記明之金額，由法院沒入，同時，保證人如有藏匿被告或使之隱避的事實，須負刑事上的責任。保證人的種類，法律上雖無規定，一般地說，可以分爲人保和舖保兩種；如保證人是自然人的話，他的信用是否可靠，第三人很不易知悉，而自然人的居住處所又極易變更，萬一

被告逃亡後，保證人也避不見面，交保的效果，與不交保相同。反之，舖保的情形，就商店外部的範圍，可以約略估計它們是否可靠，因爲除了極少數的例外，商店決不致和被告預先串通，將生財貨物預先搬走，迨被告開釋後，就停止營業以逃避其保證責任。故而通常刑事被告交保時，必須有商舖具保，以昭慎重。可是，問題就來了，一個有犯罪嫌疑的人，在當地有幾位戚友是很可能的，和當地商舖的負責人

不一定有來往，被告的身份不一，如果是一位社會上有相當地位的人，尙不難覺得鋪保，假如是一個無正當職業的人，商鋪決不敢貿然作保。另一方面，由於鋪保優於人保的緣故，法院往往指定必須有商鋪一家（有時爲二家）作保方可將被告停止羈押。習慣上就用下列辦法來應付這個難題：刑事被告本人雖和當地商鋪不相熟，他的戚友很可能有熟識的商鋪，由戚友出面託商鋪作保，同時由該戚友對商鋪出立轉保證書保證被告日後決無逃亡情事，故而對法院方面，由商鋪負責；對商鋪方面，由出立轉保證書的人負責，此種連環保證的制度可能發生下列數問題：

（一）被告逃亡時，商鋪能否以轉保關係爲根據予張免責？保釋被告的保狀既由商鋪出面，自應由商鋪負全部責任，原定的保證金額，亦應有商鋪即向法院繳納，如有觸犯刑法的情事，並應依法治罪。

（二）商鋪向法院繳納保證金後，能否向轉保人行使求償權？如因涉及刑事致商鋪負責人被法院羈押或處刑時，其因此而生之損害能否向轉保人請求賠償？關於此點，我們先應審究轉保契約在法律上的性質如何。轉保契約和民法上保證證契約並不完全相同，因爲依照民法第七百三十九條的規定（註二），主債務人不履行債務時，由保證人代爲履行，如今主債務人（即被告）的義務，是隨傳隨到，主債務人既不履行其隨傳隨到的義務而一走了事，轉保人決不能代其到庭應訊。然而，轉保人既向商鋪担保被告決不逃亡，而被告到庭的義務又是一種性質上不得由第三人代爲履行的義務，我們可以將轉保契約解釋爲特種保證契約的一種

，被告不履行其隨傳隨到的義務時，轉保人雖不負代爲履行的責任，至少應向契約相對人（即向法院出面具保的商鋪）賠償其因此而受的一切損害；餘了法院沒入的保證金，應由轉保人償還商鋪外，商鋪負責人如因被告逃亡而被法院羈押或科刑時，是項羈押或科刑，和被告義務的不履行間既有直接因果關係，就不能不由轉保人負全部賠償責任；商鋪負責人因羈押或科刑引起的財產上損害，固應由轉保人負責，其因身體喪失自由所生的精神上損害也應轉保人賠償。

（註一）參照俞鍾駱教授著『刑事訴訟法通論』（震旦大學法學叢書）第一一八頁以下（註二）民法第七百三十九條『稱保證者，謂當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約』。

## 永佃權地上權及耕地租用之泛論

楊盛志

永佃權爲我中華立法例特有之物權，法民之（*Emphyteuse*），德民之（*Erbpachtrecht*）僅爲長時期耕地租賃，承租人享有特殊保護而已，與我民法之永佃權實非盡全。我民法所以承認永佃權制度，其最大目的在保護佃農，使其能永久耕種屬於他人所有之田地。考永佃權之起源，各地有其特殊之原因，舉其重要者，約有下列數端：

（一）旗地：旗地者，滿清時旗人所有之土地也。明末政治不修，天下大亂，滿清入關，中國政治大權遂落清人（即旗人）之手，論功行賞，八旗子弟，均分得大量土地（註一），是項土地，大部分均由原來

佃戶輪租自種，而人民佃種旗地，地雖易主，不得無故奪佃，爲清例所明定，故佃種旗地者，自應認爲有永佃權無疑，前大理院及最高法院均採此見解（註二）。

（二）墾荒 我國幅員廣闊，沿海諸省，人烟稠密，土地均有人耕種，內地則未經開墾之荒地，到處皆是，是項荒地，並非無主，但其所有人因事實上種種困難，無法予以利用，設有第三人借妻挈子，架屋其上，耕之耘之，五年十年後，荒地一躍而爲良地。新時原所有人如可主張收回自耕，揆諸情理，安能謂爲公平，但原所有人之所有權，亦不能

因此消滅。故爲維持雙方利益起見，習慣上即承認承墾人取得永佃權，嗣後應向原所有人按期納租。

(三) 避難 清季內亂外患，紛至沓來，其最著者，如太平天國戰爭，延長至十數年之久。稍有資產者，避兵荒馬亂，合家避難他鄉，土地爲定着物，不能攜之他遷，第三人見該地無人耕種，播種施肥耕耘其上，迨原所有人返籍，收回土地，既不可能，遂由該第三人取得永佃權，嗣後按期納租。

地上權在他國民法類都有此規定(德民一〇一二條法民五三五條)，我國過去本有在他人土地上營造建築物及種植樹木之習慣，新民法物權編就地上權亦設有明文。惟地上權與永佃權之物有時頗難區別，民法第八百三十二條載「稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木爲目的而使用其土地之權」，第八百四十二條載「稱永佃權者，謂支付佃租永久在他人土地上爲耕作或牧畜之權」。地上權之「在他人土地上有竹木」與永佃權之「在他人土地上爲耕作」，其區別標準安在。民國二十一年浙江司法機關以「茶樹本係木本植物，有二十年左右之壽命，其性質近乎竹木，似應屬於地上權，但竹木係其本身爲權利之標的，而茶則採取其葉，又竹木栽種之後，大都任其自然生長，不必去草施肥，茶則年年去草施肥，其性質近乎耕作，又似應屬於永佃權……以荒地租人栽桑者，性質亦與此同」，請求司法院解釋，經司法院解釋如下：「茶桑雖係木本植物，惟依民法第八百三十二條之規定，僅以在他人土地上有竹木而使用他人之土地爲目的者，始稱爲地上權，若其目的在於定期收穫，而施人工於他人之土地，以栽培植物，則爲耕作，其支付佃租而以永久爲目的者，依民法第八百四十二條第一項之規定，稱爲永佃權，若當事人間定期限，則依該條第二項規定，視爲租賃，適用關於租賃之規定」(司法院院字第七三八號解釋)。是故地上權係以竹木本身爲權利之標的物，永佃權之目的則在於定期收穫而施人工於他人之土地，在他人土地上栽培植物時，不能拘泥於植物之名稱(茶桑一般人雖認爲樹木之一種，依照上開解釋，爲永佃權之標的而非地上權之標的)，應以植物之用途爲準，始能決定何者爲永佃權何者爲

地上權。準是而論，樹雖係竹木之一種，其目的既在於定期收穫，仍難適用永佃權之規定。

於此有一問題，即「使用他人土地，在該地上並有上述二權利標的物者，例如在他人土地上建築房屋同時種植農產物時，應解爲地上權或永佃權，直至今日，尙無判解可資遵循。遇有是項情形，似應審酌土地「主要」用途以確定權利性質，如在他人土地上滿植果蔬，爲管理便利起見，在旁築小屋一椽，供守望者居住之用，應解爲永佃權；反之，如利用他人土地，建造大廈爲點綴起見，雜植花卉數種，應解爲地上權。

永佃權與地上權均爲物權，其設定應以書面爲之(民法第七百六十條)，在地上登記制度已實行之區域，非經登記，不生效力(民法第七百五十八條)，永佃權及地上權之權利人均得將其權利自由讓與(民法第八百三十八條第八百四十三條)，均有付租義務(註三)，該二權利似無區別實益。惟永佃權人之地位優於地上權人，地上權人縱因不可抗力妨礙其土地之使用，不得請求免除或減少租金(民法第八百三十七條)，永佃權人因不可抗力致其收益減少或全無者，得請求減少或免除佃租(民法第八百四十四條)，又土地所有人出賣或出典耕地時，永佃權人有依同樣條件優先承買或承典之權，永佃權人不能按期支付應交佃租之全部，得先支付其一部(土地法第一百二十四條準用民法第一百零七條第一百十三條規定)，是項優先承買承典權及一部佃租支付權，地上權人均不得行使。

耕地租用者，以自任耕作爲目的，約定支付地租使用他人農地之債權也(土地法第一百零六條)，其與永佃權之區別，僅可在理論方面探索。蓋就理論方面而言，永佃權爲物權，耕地租用爲債權，永佃權人得將其權利自由讓與他人(民法第八百四十三條)，耕地認租人則無此權利(土地法第一百零八條)。除此以外，該二權利之效力及行使範圍大我相仿，如二者之標的物均爲耕作及牧畜(民法第八百四十二條及土地法第一百零六條)，如皆以租金爲成立要件(條文全上)，如權利人均得爲減租或免租之請求(民法第八百四十四條土地法第一百二十三條)，如權利人均有先買先典權(土地法第一百零七條第一百廿四條)。如二

者最高地租均爲地價百分之八（土地法第一百十條第一百二十四條）等是。租賃契約，依民法規定，有定期不定期之分，定期者最長期限不得逾二十年（民法第四百四十九條），不定期者雙方當事人得隨時終止（民法第四百五十條第二項），但土地法施行後，不定期之耕地租用契約，以有土地法第一百四十四條各款列舉情事之一爲限，方得終止，定期耕地租用，依土地法第一百另九條規定，租期屆滿時，除出租人收回自耕外，如承租人繼續耕作，視爲不定期繼續契約，故實際上耕地承租人不啻已取得『永久』耕作權利，是項『永久』耕作權利與永佃權不同之處，在於耕地出租人得以收回自耕爲理由終止租約，永佃土地之所有人不得以收回自耕之方法終止永佃關係。

永佃權與耕地租用在法律上固截然不同，惟佃種他人農田之契約，欲區別何者爲永佃關係何者爲耕地租用關係，頗非易事。良以永佃與耕地租用習慣上本不劃分，佃戶承佃土地時，契約內明文訂定係永佃或耕地租用者，殆不多見，斯時祇可依當地習慣，相沿名稱（例如田面（註四），田皮等），契約內容，並推測當事之真意，爲區別標準，審查契約內容時，不能拘泥於文字（契約內雖無『永久耕種』字樣，尙不能貿然斷定爲耕地租用（註五），又永佃權之設定，自民法施行後，雖以作成字據爲必要（參照民法第七百六十條），民法施行前，本不以書面爲成立要件（註六），適用時亦不可不加注意。

（註一）順治元年諭戶部曰：『我朝定都燕京，期於久遠，凡近畿各州縣無主荒田，及前明皇親驛馬公伯內監廢於寇亂者無主莊田甚多；兩部清釐，如本主尙存，及有子弟存者，量口分給，其餘盡分給東來諸王勳戚兵丁人等，蓋非利其土地，良以東來諸王勳臣兵丁人等，無處安置，不得已而取之。可令各府州縣鄉村滿漢分居，各理疆界，以杜異日爭端。今年從東來諸王各官兵丁，及見來在京各部院官，着先撥給田園，其後至者，再酌量撥給。』

（註二）大理院二年上字第六九號判例『人民佃種旗地，不得無故增租奪佃』。最高法院十八年上字第一三〇一號判例『永佃權原爲所有權之重大限制，除旗園各地當然有永佃權，及租戶創墾之地，應推定其

有永佃權（但有反對特約者不在此限）外，則非有設定永佃權之明白表示，不足以資認定。』最高法院十八年上字第二一七號判例『歷久耕種旗地之佃戶，應推定其有佃權』。最高法院十九年上字第二〇一一號判例『人民佃種旗地，地雖易主，不得無故奪佃，爲法例所明定，此項規定，明認現種旗地之人，爲有永佃權』。

（註三）佃租爲永佃不可缺少之要素，在民法第八百四十二條有明文規定，地上權雖不以支付地租爲必要（民法第八百三十二條地上權之定義內並未提及地租），通常均有地租之約定。

（註四）司法院二十六年院字第一七〇三號解釋『田面權與永佃權性質相當，可以永佃權登記，至保有田底權之地主，當然以所有權登記。』

（註五）大理院二年上字第一三七號判例『佃權之成立，應具有一定之要件，習慣上亦即有一定之標準，不能以原契約內無永佃字樣，即可斷定爲非佃權』大理院四年上字第二二五〇號判例『租佃雖無永遠耕種明文，然經載明佃戶不贖或不能耕種時，仍將地交回，而除拖欠租糧外，並未附有何項解約之條件，其爲佃權之設定，斷無疑義』。

（註六）最高法院十九年上字第八五六號判例『佃權之發生，原不限於佃戶佃墾之一端，亦非以訂立書據爲要件，苟有歷久慣行之事實，足認定有佃權之存在者，依法即應予以保護，雖地已易主，亦不許新業主無故奪佃』。

遠東首創	自動輸送
<b>51</b>	<b>機器飯店</b>
原子設備	菜餚豐美
地址 威海衛路九號	電話 二六九
轉六	九



# 由「洋老虎」案說到立法程序

瑞雲

上海新豐賢阿培思公司經理馬斯白，因於國府頒布經濟緊急措施方案後，有繼續買賣外幣嫌疑，經警備部於三月三日拘捕，地檢處以違反該方案之禁止外幣流通辦法第七條罪嫌提起公訴，該案是非曲直，自有法院公正裁判，不在本文討論範圍之列，惟日前辯論庭時，雙方討論及經濟緊急措施方案關於處罰之部分，於國府頒布後，是否已成爲法律一點，頗值得我人注意，因爲這一問題，涉及立法程序，法律案是否必須經立法院通過，方有拘束力，似有研究的必要。

中華民國訓政時期約法第八條第一項載：「人民非依法律不得逮捕、拘禁、審問、處罰」，刑法第一條載：「行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限」，法規制定標準法第二條規定：「左列事項應以法律定之：（一）關於人民之權利義務者……（四）法律有明文規定應以法律定之者」。所謂法律，依法規制定標準法第一條所載，應經立法院三讀會之程序議決通過，並由國民政府公布之；此外，「現行法規整理原則八點」第二點亦有「……此處所謂法律，自係指經立法院通過而國民政府公布之條文（稱某法或某條例）」；「現查執行機關間有不經立法程序，亦未受法律之授權，逕行公

布罰則者，此種法規，亦應交由立法院審查補充立法程序」等語。

上海地方法院判決理由稱：「……查經濟緊急措施方案原爲政府鑒於當時經濟情形足以影響全體國民生活計慮成社會重大不安而爲之緊急措施，該方案業經國民政府於三十六年二月十七日公布施行，而方案第二項乙款復規定即日禁止外國幣券在國境內流通，按國家當經濟上有重大變故，須爲急速處分時，政府原得爲必要之處置，此爲一般憲法上之原則，此次緊急措施方案即係根據此項法律原理而產生，在未立法機關追認以前，當然先行即時發生效力，以資鎮懾，而策安全。竊執通常立法程序及施行到達日期以否認其效力之存在，則當此過渡期間，國家社會之經濟基礎，將坐視其破壞無遺，而失却控制之權力，故無論就法律理論或國家政策觀之，皆不容否認此項緊急措施方案業已發生效力……」。地院依據法律原理和國家政策，認經濟緊急措施方案已成爲法律並已發生效力，在法律上很有根據。我們認爲緊急措施已成爲法律一點，似乎也能用下述方法證明。

民國二十八年年起，政府當局爲了應付非常局勢適應戰事的需要起見，有最高國防委員會

之設；國防最高委員會組織大綱第一條載：「中央執行委員會於抗戰期間設置國防最高委員會，統一黨政軍之指揮，並代行中央政治委員會之職權；中央執行委員會及國民政府五院軍事委員會及其所屬之各部會，兼受國防最高委員會之指揮」。第八條載：「國防最高委員會委員長對於黨政軍之一切事務，得不依平時程序以爲命令便宜之措施」。表面上看來，國防最高委員會的職權，似乎與立法院有衝突之可能；關於這一點，「國防最高委員會與立法院職權之調整辦法」（民國三十一年二月二十日國民政府令直轄各機關第二一五號）內，已設有解決辦法如下：（一）國防最高委員會決定之立法原則，立法院如有意見，應儘速向國防最高委員會陳述之。（二）法律案如無緊急或特殊情形及國防最高委員會組織大綱第八條之事實，仍應交立法院審議，關於前項緊急或特殊情形之存在，應由提案機關以書面詳述理由，呈由國防最高委員會核定之。（三）國民政府依國防最高委員會決定公布之法令應令知立法院，立法院對於此項法令毋庸再行審議」。根據上述第三項辦法，立法院對於國民政府依國防最高委員會決定公布之法令，無須補充立法程序。



「國防最高委員會與立法院職權之調整辦法」於民國三十一年二月二十日頒布，「現行法規整理原則八點」於民國三十二年六月四日頒布，「辦法」第三項與原則第二點似有抵觸，其實不然，因為「原則」第四點載「近年時有應經立法程序訂訂之法規，或因事機急要，或因時間迫切，遂不循常軌，而以送請國防最高委員會備案爲了事者，實則備案手續不能替代立法程序；凡此應急之法規，須經立法程序者，除依照國防最高委員會組織大綱第八條所頒布之委員長命令外，雖已備案暫准施行，仍須補完立法手續」，足見業經國防委員會委員長依「大綱」第八條以命令決定之事項，即無補完立法程序必要。此外，三十二年八月四日行政院訓令各部會第一七六五號載「……各官署頒行有關人民權利義務或處罰人民沒收財產之規章時，務須經過立法程序或呈轉國防最高委員會核准，也足以證明國防最高委員會以命令核准之規章，已有法律上之效力；至於國防最高委員會以命令替代立法程序之事項，以有緊急或特殊情形者爲限，（參照上述「調整辦法」第二項）自不待言。

經濟緊急措施方案既經國防最高委員會決定，並由國府明令公布，當然已成爲法律，有拘束司法機關之效力。

其次，民國二十一年十二月二十三日公布之法律施行日期條例第一條雖有「凡法律明定自公布之日施行者……各省市以刊登該法律之公報或公布該法律之命令依限應到達該省市最

高官署之日起發生效力之規定，關於江蘇區之法律施行到達日期雖經規定爲十五日（法律施行到達日期表參照），可是民國二十八年九月十六日國民政府訓令直轄各機關第五一九號稱「……在此非常時期，似可參照法律施行日期條例第四條規定，各省市一律以公布法律之命令實際到達各該省市縣之翌日起發生效力，較免窒礙；其以電令公布者，亦可隨之解決。惟各省及直轄於行政院之市應將奉到法令日期專

案呈報中央，各省所屬縣市應將奉到法令日期專案報省，由省彙報中央，以便考查……」足見以電報公布之法令，不能再適用上開法律施行到達日期表所定日期，概應以電令實際到達各該省市縣之翌日起發生效力。經濟緊急措施方案業經國民政府於本年二月十七日公布，公布電令大致於當日已到達滬市，故自二月十八日起即應發生效力無疑。

劉墨聖主編

震旦法律經濟雜誌社叢書

# 兩漢刑名考

徐定哉輯著

◆業已出版 歡迎購閱◆

本刊已呈請社會局轉呈中宣部內政部核發登記證

每冊另售法幣貳仟元