

中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

法學叢刊

江庸

本期目錄

評論

讀葉林「權利爭鬥論」後之感想……………劉陸民
刑法強化與民族復興運動……………蔣晉德

論著

保安處分之史的發展及各國立法形式……………周道平
政治統一概念之理論的研究……………張承慈
歐洲各國夫妻財產制度與我國夫妻財產制度之比較……………劉陸民

研究材料

米資格露之刑事政策……………舒承猷
波蘭新憲法……………陳耀東

專載

司法會議重要提案摘錄
律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

判解要旨

民刑裁判要旨
行政裁判要旨
解釋例要旨

第三卷

第十二期

中華國民律師協會

法學叢刊出版社

本刊第七期要目

評論

我對於法院改三級三審制以後的推測……劉琦
 竇案賠償運動中各地輿論彙錄……
 律師協會勸各會員公會整飭律師風紀通告
 律師協會寬貸賠償運動宣言
 竇案賠償運動中各地輿論彙錄

論著

德意志民事司法制度之變遷及其指導原理……劉陸民
 比利時監獄改良之經過及其現狀……許鵬飛
 現行各國離婚制度與我國離婚制度之比較……劉陸民
 立法院修正訂五權互助法規傳統治標運用
 靈活改進政治效率之建議……朱煥彰
 新刑事訴訟法施行後被告罪能否自訴……蕭步雲
 竇案賠償制度立足點及重要性……趙韻逸

研究材料

Sauer 刑事社會學……百川

重要法令

中華民國民事訴訟法施行法
 中華民國刑法施行法
 民刑裁判要旨

附錄

律師協會勸各會員公會整飭律師風紀通告
 律師協會寬貸賠償運動宣言
 竇案賠償運動中各地輿論彙錄

本刊第八期要目

評論

我國對於新生週刊案兩個法律問題的意見……劉陸民
 司法獨立與司法精神獨立論……蕭晉德
 杜案能否上訴之商榷……瞿鈺

論著

我對於此次司法會議之意見……劉陸民
 羅馬尼亞刑法概述……許鵬飛
 歐美廢止死刑諸國殺人率之趨勢……百川
 附 Colinet 氏生平之介紹……劉陸民
 中國合夥組織法律上之研究……胡養蒙
 國際犯罪預防會議成立之經過……許鵬飛
 我國現行律師制度之缺點暨律師協會改進之意見……劉陸民

譯述

刑法之恐慌及其將來……Leon Rabinovoz 譯
 專載……許鵬飛 著

改良司法提案及辦法……巴縣地方仲穎
 法院院長

重要法令

判決例及解釋例

附錄

吳縣律師公會附設貧民法律扶助會宣言

法學叢刊

林森題



本刊第九十期要目

評論

談德意志法學院與中國法學會……………劉陸民
論權威法制與矯正錯誤思想……………惟楚
評法規研究會的組織……………劉陸民

論著

新德意志「指導者制」與法律……………劉陸民
日德意現代行刑制度之核心……………張承愨
現代各國監獄賠償運動史略……………陳志學

研究材料

德意志自由刑執行法……………舒承懌
德意志法制學院法學章程……………百川

專載

司法會議重要提案摘錄
律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

附錄

北平律師公會歡迎王部長紀錄
劉陸民在「司法會議律師代表團」開會時演詞

本刊第十一期要目

論評

宗法承繼得失之研究……………蒯晉德

論著

現代各國國家理念之形式及其刑法狀態……………羅啓生
德國國社黨世襲農地法及其特性……………百川
京都司法機關之演變及其典型人物……………徐恩

研究材料

波蘭共和國新憲法……………陳耀東
米資格露之刑事政策……………舒承懌

專載

司法會議重要提案摘錄
律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

判例要旨

民事判例要旨
刑事判例要旨
行政裁判要旨
解釋例要旨

評論

讀葉林「權利爭鬥論」後之感想

劉陸民

一

予往歲曾讀葉林氏「權利爭鬥論」一過，心竊不以為然；以其言多有失於偏激處也。現痛感國權之被人蹂躪，已臻於無可容忍程度，遂憶葉林氏所謂：「權利之目的在和平，其達目的之手段在爭鬥。」之語，確有至理，存乎其間。爰復取其「權利爭鬥論」讀之，則真語語刺骨，彌足資警惕，而發人深省也。茲就予感想所及，略為申論於下：

二

法學叢刊 評論 讀葉林「權利爭鬥論」後之感想

一

氏之言曰：「權利非空想之活力。故正義之神，一手持衡器以秤權利；他手握利劍以主張權利。無衡器之利劍，不過爲暴力；無利劍之衡器，則爲無力量之權利。故利劍與衡器，有唇齒相依之關係。而完整權利狀態，僅於發揮利劍威力與熟練權衡技術相一致而無懸殊的場合，而能存在之。」此雖於個人私權，容有待論之處；至對於國家權利之說明，則誠確切而毫無可疵議者也。

不觀夫今之德意志乎？大戰終局以後，其由凡爾賽和約所加於彼國之束縛，至矣盡矣。蔑以加矣，國家獨立平等自由之權，亦幾剝削達於零點矣。然以十年生聚，國力漸臻充實。泊希特勒崛起執政，遂得以雷霆不測之氣魄，揮其光銜萬丈之利劍，擊碎由協約國無衡器的權利所加於德意志民族之桎梏，此非一手持衡器以秤國權，他手持利劍以主張國權之效歟？又不觀夫今日意大利之於英吉利與阿比西尼亞乎？意大利開始遠征阿比西尼亞之際，黑衣宰相，盛氣凌人，不可一世，其心目中，曷嘗有英吉利東非之利益在。迨英挾國聯以昌

言制裁，調艦隊以準備萬一，意遂一再以尊重英在東非利益爲言。羅馬輿論，亦曾對英緩和詆誹之鋒。然其對亞皇強硬之呼聲，則又充耳若不聞。此非以英吉利乃執自己之利劍，保衛自己之權利；亞皇乃欲借無靈之僵尸，爲國權之褫母歟？

雖然，吾人今亦不暇哀阿比西尼亞遭受國際暴力之蹂躪。然亦不暇贊美德意志能掙脫國際圍繞之鎖練。吾惟願今之國土大於德與阿若干倍，人口多於阿與德若干倍，其民族文化，亦不讓於德，且更甚於阿。不知若干倍如我中華民族者，其以德與阿爲鑒戒，知所以爭國家生存權之道乎。若其不然，徒持無利劍之衡器，視權利爲空想之活力，則正義之神，將仍循優勝劣敗之公例，惟強者之是祐已。可不懼哉！

三

氏又曰：「各重要之法規，其始不得不由反對者之手中奪取之。……法，不獨爲政府之事務，乃全國民應不斷努力之事務也。法之整個生涯，爲在吾人眼前，現出全國民不息之格鬥與勞動之活劇。」氏之意，以爲

「現行法，由時代之經過，與多數個人及階級全體之利害，發生密切之結合，則欲廢除其法律，必至影響其利益，即所謂新的法文或制度者，無異對已往法文或制度下寄生之利益，而宣布戰爭者也。」故氏更以激昂之語調，而謂：「法律經由之路線，爲血潮與被蹂躪的法律遺骸之形狀。……法律爲實現惡戰苦鬥之畫像。」以此而說明國內法之發生，予誠不敢同情其旨趣，而亦予往歲對「權利爭鬥論」不能愜然於懷之理由。今以國際之情勢，給予吾人重大之教訓，使吾人澈悟葉林氏上述云云，對國際法之演變，尙有不可磨滅之價值。

吾今不欲求例於世界，以實証氏言爲不誣。而予之所期望，亦卽予所以爲斯文之原由者，乃欲我國人覺悟國際新秩序之確立，不獨爲政府之事務，且爲全國民應不斷努力之事務。將欲實現國際新的秩序於吾人之前，吾人當羣以不息之格鬥與勞働以赴之。蓋一無爭鬥之和平，無勞役之利益，祇可求之於樂園之時。

代，「而在國際「爭鬥之場合，則不在理由之強弱」而爲相對時的威力與權力之關係」故耳。

洵如此說，吾人所爲深憂而切慮者，即我國人有無爲國際確立新的秩序而格鬥與勞動的共同能力否也？蓋吾人之所謂格鬥與勞動，非僅散漫的感情的亦即虛浮的格鬥與勞動，而爲共同的理智的——即現實的整個國民的亦即國家對國家的格鬥與勞動，此項格鬥與勞動，在實施之時，固昭然在人耳目；即在準備之時，當亦有跡象可尋，事實可按也。而今我國果何如哉？而今我國果何如哉？此又予所爲憂心如焚者也。

四

雖然，憂懼何益哉？吾惟望我國人凜於葉氏「爲主張權利。不可不常準備」之語，其速從事於爲國家權利而爭鬥與爲國際秩序而爭鬥之準備！吾尤望我國人更凜於葉氏「達和平目的之手段在爭鬥」之語，其速醒悟無爭鬥而能

法學叢刊 評論 讀葉林「權利爭鬥論」後之感想

六

繼續和平之迷夢則！以中華民族之大，物產之豐，文化之燦爛，歷史之悠久，我不甘自侮，人誰得予侮？我不甘自亡，人誰得予亡？斯意也，予懷於心久矣，特因讀葉林氏之書而慨論之於此。

二四，一二，二一於全國律師協會編譯室

中華民國民事訴訟法釋義

戴繼先著
郭衛校訂

本書係依照民國二十四年七月一日施行之民事訴訟法用經緯交織方法編輯而成，除將各編章節目條文等詳細釋明其意義外，並就有關之他條文或他法令於此釋義內貫通引用，或舉例釋明，俾讀者閱一知十，省節時間，其於新舊法之不同點，亦多有比較之說明，並附同法施行法釋義，及新舊法條文對照表於後，為新民事訴訟法施行後之唯一著作，凡屬法官律師以及讀律學生，均宜人手一篇，以備參攷，全書五十餘萬字，分裝上下兩厚冊，定價每部大洋三元六角，實售八折，外埠函購，寄費加一角六分，掛號費在內。

經售處

上海法學書局

上海四馬路
三三〇號

上海九洲書局

刑法強化與民族復興運動

蒯晉德

一 叙言

本叢刊第三卷第九十期合刊，惟楚君著有「論權威法制與矯正錯誤思想」之文內，有曰：

「以應報刑而糾正思想犯，尤其思想犯中之確信犯，固有其相當之理由。……中引刑法學者論……（已見原文從略）即此，則國家對於確信犯，固有強化刑法表現其至尊的權威之必要。」

又云：

在茲國勢飄飄岌岌不可終日之際，將欲扶植國脈，挽國命，誠非用法以矯失詰邪，治亂決繆不可。申言之，非如慎到所謂：「智者不得越法而肆謀，辨者不得越法而肆議。」韓非所謂：「法不阿貴，繩不撓曲，法之所加，智者弗能辭，勇者弗敢爭。」則殊無以起衰振墮，而杜絕亂源。」

法學叢刊 評論 刑法強化與民族復興運動

而其結論則歸納於

「欲用法以表現國家絕對之權威，乃運用法律的問題，而非改造法律的問題，只須今日司國家之法權者，能奮其大無畏之精神，求現行法律施行之有效，即可達到其目的。」

余於特殊之情緒中讀茲，不覺發生下列之疑問？即「刑法強化，與民族復興運動。」是否有直接的因果關係？爰申其義，而作斯文。

二 思想與民族

國人之思想，至今日而龐雜極矣。或則偏於過激，或則淪於惡化。凡此之流，過與不及，皆非中行之士，要皆為現在國家所奉行之主義不相容。影響所及，均足以妨害民族之復興。在此場合，試問司法者將何以善其後？

夫思想龐雜之原因，大致原於國家教育無一定之方針者一，社會經濟無充分之發展者二，人民生活無安定之職業者三；此外更雜以過去之政客軍閥，以及苦悶無出路之青年，鼓勵其間；而盲從之流更從而附和之，欲求思想之不龐雜，其可得乎？今誠欲糾正其錯誤，必須

先去其病因，病因既除，然後始有健康之望，此不待智者而知。乃今之談復興民族者，徒斤斤於糾正思想錯誤，而不就思想如何致於錯誤龐雜之因由，加以探討而芟除之，唯復興民族之空言是尙，抑亦舍本逐末之甚哉？抑亦此非司法者之責也。

三 刑法強化之效果

夫治國之道，蓋亦多矣；法之治人，無非就已發覺者，加以懲罰而已——刑法原採感化主義，但我國監獄尙未改良，人民之受刑，其主觀之觀念，威懼方面之成分，實居十分之九，故於此，舍掩飾門面之感化主義，而直稱之懲罰。是國家對於人民，在公法上所行使之一種消極的權威。至上開各種思想之病態，決非行使消極的權威所能生效，在治國者當能熟知之；然則彼主張刑法強化者，不知將何所取義乎！

況思想確信之犯人，又決非依刑法之強化，或國家之權威，所能矯正。即思想之確信犯，其本心對於國家之權威，在根本上既未有所認識，縱令置諸牢獄而加以鍛鍊，是暫時的，而非永久的，則其在獄所受長期之懲罰——感化，其效力原極幾微，欲求其出獄不變，本不

法學叢刊 評論 刑法強化與民族復興運動

六〇

可能，即欲求其在獄而不同化他人，恐亦難得。是刑法強化之效力，恐無益於糾正思想也。今夫思想犯之糾正，既不能依仗於法律，則刑法之強化，無論至於若何程度——除大刑用兵外，另作別論外——既不能借為糾正思想之良好工具；是亦不能賴以為民族復興運動之手腕，其理甚明。乃說者欲藉刑罰為國家權威之表現，而使刑法強化，以求達到民族復興之目的，竊誠未敢附和也。

二四，一二，一九。

內政研究月報

(推進縣政研究專號) (目錄)

發刊詞	戴健標
推進縣自治之研究	蔡培
推進縣警衛之研究	松風
推進縣保甲之研究	戴健標
推進縣土地行政之研究	鄭震宇
推進縣公共衛生之研究	胡定安
推進縣教育之研究	高踐四
江甯實驗縣財政改革述要	梅思平
推進縣救濟事業之研究	吳時中
推進農村經濟之研究	張家長

定價 預定全年十二冊連郵兩元
發行所 南京門東倉門口三十三號

內政研究月報社

論 著

保安處分之史的發展及各國立法形式

周道平

一

保安處分制度，亦歷史的產物。我國新刑法上關於保安處分的規定，其發生也，自亦受西歐諸國保安處分的史之發展及其立法的支配。故處分制度之法律的觀察，其關於史的發展並諸國立法形式，實較任何觀察為重要。

一 吾人今日概觀西歐諸國保安處分發展之跡，在大體上，其變遷迄於今日約可分為經過四期。第一期，由羅馬法起迄第十九世紀末葉瑞士第一刑法草案成立止。本時期之特色，在保安處分，關於特殊犯罪行為，認為個別的例外處置。第二期，由瑞士第一草案成立起，

迄大戰終局凡以德奧西為中心而表現的各國刑法改正案止。本時期之特色，在認處分為補充刑罰之制度。第三期，由一九二一年費利刑法草案成立起，迄一九二九年墨西哥刑法止，其間有俄羅斯，古巴等國刑事立法，是即所謂「保安刑」時代。本時期之特色，在不設刑與保安處分之差別，實質上，而以刑罰行使為保安處分之一部。惟第三期，在年代上，雖先第四期而發生，但於保安處分發展之實質，則可列於第四期，而乃以此先於「年代上第四期」者，則屬於變調。年代的第四期，自一九三〇年意大利刑法成立起，迄波蘭刑法以及最近一九三四年之法蘭西刑法草案止。本時期之特色，在保安處分，為與刑法相對立的平行的刑法上之制裁，有廣泛的適用之狀態。尙有一九三〇年比利時之社會防衛法，一九三三年之伊斯巴尼亞及拉齊斯立法，亦有「關於保安處分特殊的立法」之傾向，是則可視為最近之第五期。

二次就現在各國新成立的刑法及刑法改正案並刑事政策的立法等之保安處分的立法形式而觀察之，各國雖由其一面維持從來刑罰（例外如俄羅斯，墨西哥），一面在刑法中容認保安處分，即所謂採用廣義的二元主義（Zweipurigkeit）之點，無有差異。但論及保安處分行使上之程度乃至理念之處，則由近時各國，其國家之理念，乃至政權行使上之主義形式，

各有不同：即或者以民主主義為基本；或者帶自由主義的社會主義的色彩；或者為純然社會主義，共產主義的；或者為全體國家主義的乃至權力主義的，或民族國家主義的種種不一的存在。遂使刑法，亦相因而有各種形式，於是規定於刑法中間之保安處分，亦自然被支配於其周圍氣，而成功以下五種狀態。即第一，市民自由主義的；英美法屬之。第二，自由主義社會主義的；瑞士草案，德意志舊共和國諸案，奧國案，捷克斯拉夫案，右戈斯拉夫刑法，丹麥市民刑法，日本案屬之。第三，純社會主義的或擁護支配階級的；舊費利案，俄羅斯刑法，墨西哥刑法屬之。第四，全體國家主義的；意大利現行刑法屬之，近時波蘭刑法，法蘭西草案，則接近焉。第五，民族主義的或特殊立法的；拉齊斯政府最近關於保安處分的立法及比利時，伊斯巴尼亞的立法屬之。予擬述其梗概如左。

一一

一 羅馬法之法源 保安處分制度，成為刑法上實際的問題，而為廣泛的議論之對象者，乃一八九三年，加爾徐脫斯的瑞士第一刑法草案成立以後之事。但實質的處分之理論與實

踐，在其前，已由許多學者或實務家，討論及此；又由刑法本體，亦為保安處分一種之理想，故處分，亦可得謂之與刑法本體同源。反之，若從認處分應離開刑法而有其特殊存在之立場，以求其淵源，則吾人得於羅馬法而發見之。蓋在羅馬法，所謂精神障礙者的刑法處置如何？已視之而為問題，而各個的保安處分，亦有若干，業於公法中被承認之也。

二 中世期 中世以前，在死刑、國外逐放等，同為刑罰而占主要地位的時代，其對社會的危險，而為社會防衛的保安處分，完全為此等刑罰所吸收，而無以獨立顯現其形態。然（1）迄於中世，其可視為保安處分發達之階段的現象，遂以產生：即（a）中德意志哥斯拉之法律，對於無意識的犯罪者，處以保護拘禁；（b）南德意志，對精神病者，使乘小舟，放流於河川；此皆於其本質，近於今日所謂排害處分。（c）更如採取改善處分，而將少年犯人，責付於監護人懲戒者亦有之。（2）但此等處分，皆為替代刑罰，而為適用。至對於犯人，論科刑罰而外，對於其犯罪的危險性，亦科以保安處分的思想，則在近世，而其由來，則為加羅利亞裁判法第一七六條。蓋同條之所規定者，乃「對於一定人，豫想其將為犯罪之行動，且對此不能為充分的將來的保障時，可得處以不定期之保安監置（Sicherungsve

rwahrung auf unbestimmte Zeit)」，以此項法的根據為基礎，在警察國家，所謂一種「嫌疑刑」(Verdachtsstrafe)或「善行保證」(Friedensbürgschaft)「保安監禁」(Sicherungsverwahrung)「改善拘禁」(Korrektionelle Nachhaft)等制度，遂發達而至於為保安手段。但各該制度發展的過程中所經歷者，又有與一般警察處分無明確的區別亦無區別的必要之時代在也。

三 啟蒙期。迨第十八世紀末葉，關於刑罰與保安處分的概念論，已成功而為問題，普魯士共通地方法中刑法部分的起草者，亦即有名的刑法學者如耶富格拉因氏，始建設「保安處分」的理論。彼認為在刑罰以外，應有依於「行為者的犯罪危險性」而衡量，其實質不以害惡為必要的保安處分，且以刑罰與保安處分的正當根據，存在於唯一的「公共安寧幸福」(Salus rei publice)。而兩者間之關係，若依彼之見解，則縱應處刑罰之犯人，限于還必要為一定之處分者，亦得以行使保安處分為刑罰執行之內容。一七九四年普魯士共通地方法之刑法，即採取此種見地。然一七九九年二月二十六日之“Zirkularverordnung”則更進一步，將「不定期的純粹保安處分刑」(echte Sicherungsstrafe von unbestimmter

(Dauer)，移入於普魯士刑法，其他，德意志各州，倣倣之者亦多。此即今日所謂保安刑之主張，其在刑政上，甚有意義。在思想方面，亦受此種保安刑之刺戟，發生所謂「刑罰的特別豫防」乃至「刑罰之個別化」的呼聲。特別著明者，乃顧魯爾曼的「刑法上的特別豫防理論」。然對於格拉因之保安處分理論及顧魯爾曼之刑罰個別化的思想，其為反對，達於尖銳化的程度者，實際有浮耶爾巴茲其人。彼以「市民刑」，須與保安處分區別；刑事裁判官，僅得有刑罰的權利，保安處分，則不在其權限之內；刑罰不能謂為係用將來有犯行危險的理由而論科；格拉因主義，結局，將歸于使審判官，在事實上，不依於法律，而得論科刑罰，故極力的而試行其反對。卒之，反對之結果，歸於浮耶爾巴茲之勝利，但此種勝利，與其謂由理論本身，勝於格拉因之主張，寧可謂由趨向於自由主義暴興或新法治主義國家的時代思潮，直接間接的給與廣大的支持。

三

一 李斯特及費利之業績 受格拉因的刺戟而起之保安處分思想，因以次三項理由即

(a) 置當時漸入發展過程的監獄制度改良之呼聲於不顧而考慮刑政，(b) 對於犯罪人，似欠缺心理學的科學觀察，(c) 對於時代思潮的個人自由之擁護，不予充分的顧慮，卒之自己的地位，不能不讓與於應報刑。

然而(1) 格拉因之處分理念，由李斯特一八八二年，所為「馬爾布爾西大學綱領」的「刑法上的目的思想」(Der Zweckgedanke im Strafrecht)之講演，而死灰復燃。其演詞，以排斥歷第十九世紀的應報思想乃至應報刑為目標，極力高調應以「社會一般防衛目的」，以為之替代。但應報刑論者，對此所為理論的妨害，則為縱令「對於犯罪，一般的認為有改善或保安處分之必要，而現代社會意識，仍舊明白區別刑罰之觀念與保安處分之觀念，因而，此兩者，非由個別的法律以實現之不可。」

(2) 一方，在馬爾布爾西大學綱領以前，有對於犯罪現象，從實証的觀察，認為犯罪者，多有特殊的性格，與其對之而為單純的應報，不若認清重點在為其原因的生物學與心理學的方向，以致力於保安處分理論發展之業績者，費利一派之思想是也。彼一八七八年的「*Principi della imputabilità*」及一八八〇年的「*Nuovi orizzonti dell' diritto penale*」之所

論，開意大利實証學派之基礎，一則對於刑法科學，提供新科學的方法，同時，他方給與新理論的認識，由是對於保安處分理論之發展，直接間接奏偉大之業績，此乃周知之事實。

二 徐脫斯案之成立，基上原因，保安處分問題，遂在第十九世紀最後十年間，成功爲盛大議論之對象。其在刑法的新舊派對立間，又在國際監獄會議，國際刑事學會及其德意志部會，德意志法曹會議間，於處分之發展，給與重大之影響者，乃各國之刑事統計。此項統計，使一般認識從來刑罰運用，特別短期自由刑之行使，於犯罪鎮壓，有害無利，應報刑，對於職業的常習犯人，結局歸於無能，而對少年犯，則必要特殊的改善處分。(1)當是時，伯爾尼大學教授加爾徐脫斯，對於格拉因在百年前所要求的刑罰與保安處分的二元主義（執行上則爲一元主義），加以若干修正，樹立所謂「二元代替主義」，而用之於自己受瑞士政府之委託而起草的一八九三年刑法改正草案。(2)徐脫斯案之精神所在，是乃綜合應報主義與犯罪豫防主義，而使成爲社會防衛主義的刑法。其內容一面維持罪刑法定主義之原則，一面又確保責任主義之理論，尙以刑罰之基礎，一面固爲應報，一面以「犯罪豫防」，比較應報更爲重要，遂於刑事法典中，認保安處分，爲補充刑罰制度，以斬求一定精神病者之治療，並

其他爲傳統刑法喜望峰之累犯之防止，依此而將慣習犯人、職業犯人、或厭忌勞動者、亞爾可爾性犯人等，即所謂有人類學的、心理學的及社會學的原因之優越犯人，使之改善或隔離，施行社會的統制，此正是「社會民主主義刑法」的保安處分之代表型。

四

一 英國之立法 按之實際，在二十世紀之始，採用保安處分於一部分立法，而最先實施者，英吉利是也。蓋當歐洲大陸諸國，徒就處分，往復議論之間，英國則與許多文物相同，應實際之必要，置理論於後面，雖在其國，由來既已於一八六〇年，創制「刑事精神病者監置法」；而復於一九〇七年，制定「保護觀察法」，同年制定「少年法」，縱在犯罪無所罰時，亦認一定保護處分。更於一九〇八年，制定「犯罪豫防法」，於其第十條，規定「其被認定爲犯重罪之犯人，經陪審認爲常習犯人時，宣告重懲役，且因矯正犯人癖性或因改善其生活狀態，以長期間拘束其自由，爲社會一般之利益者，得於懲役刑執行後，宣告繼續五年以上十年以下期間之豫防拘禁」，是乃至於採取狹義的二元併行主義。其他，在英美法上

，尙有認「善行保證」及「保護觀察」兩種制度者，是亦值得吾人注意。

二 諾威刑法。關於保安處分，在英美法單行法的立法之間，而於二十世紀初頭——即一九〇二年時，其於刑法典，在刑罰之外，至於採用保安處分者，諾威刑法是也。但深刻觀之，諾威刑法上之保安處分，實際歸於有名無實者，固爲今日周知之事實。又如英吉利，其實施之結果，外表上——即統計上，受刑者，雖則呈顯然減少之觀，但依據最近專門的諸報告，則其處分實施之結果，未必有良好之成績。僅主張豫防處分本體，今後有特別就少年犯等，予以擴張的必要。

五

一 英國保安處分制度，其於歐洲大陸諸國，未曾給與直接影響。而其給與重大影響於歐陸諸國者，徐脫斯瑞士第一草案是也。一九〇九年德意志刑法豫備草案，即步瑞士草案之後塵，於刑罰之外，認(a)勞作所收容(第四二條)，(b)酒癖矯正(第四三條)，(c)有一般危險性的限定責任能力者之監督(第六五條)，(d)對於常習犯特別職業的慣習犯人之處分，爲

保安處分，此雖根本的出於廣義之二元主義，但特別對於危險常習犯人，認為應處以長期的「保安刑」（第八九條）。然在與此相對應的所謂「四學者對案」，又更認「刑罰執行後的保安處分」（*Sichernden Massnahmen nach verbüßter Strafe*）。而在一九一三年所謂「委員會案」，則與一九〇九年案，不同其趣旨，其「刑罰」與「保安處分」（改善及保安處分）雖通刑法之全體系而為區別（在原則，要求兩者重疊），但僅得於一定之限度，以「處分代替刑罰」（*Vikarieren*）。一九一九年的委員會案，亦規隨之而無所異。惟處分之執行，委之於州警察。然迄一九二五年之政府案，原則上雖採取併行主義，但於第四七條第四八條，又廣泛的認代替制度。其後，一九二七年議會案，處分制度，則大加變更，結局，改善及保安處分，區分為(a)限定責任能力者之治療及養育處分，(b)酒癖矯正，(c)勞作所收容，(d)保安監置(e)保護監視，(f)國外放逐六種（第五五條）。而保安處分（保安監置除外），則一部分移於行政官廳掌管，法院僅認其就「應附處分與否」，而有判定之權限，執行上的細目，則應由行政官廳決定之（第五六條乃至第五八條）。且不若一九二五年案，認刑罰與處分之代替，而以此委於同年之行刑法案。但最後一九三〇年議會刑法改正委員會修正案，

又以處分，全部委於裁判官之手。

二 當茲德意志刑法改正案，輾轉變史，保安處分，不見實施之間，吾人試觀瑞士方面，則始而變更其案爲一九一八年案，關於保安處分，於其第四〇條乃至四四條，至以新形式而設詳細之規定。但其基礎，仍是蹈襲徐脫斯案，今尙屬於聯邦議會之審議中。還有一九二七年所制定的瑞士軍刑法，已施行一定的保安處分。又於其間，奧國自一九〇九年刑法改正案起，歷一九一二年之政府案，一九二二年案，迄一九二七年案，均係不斷的倣倣德意志案的保安處分規定以擬具法案者，於茲，又不待多論。更若一九二二年及一九二六年的捷克斯拉夫刑法草案上之保安處分，一九二九年的右戈斯拉夫新刑法，及一九三〇年四月五日的「丹麥市民刑法」(Borgerlig Straffelov)，一九三二年的伊斯巴尼亞新刑法，在大體上，固無一非取法德、奧、西之形式。要而言之，上述保安處分，於其在刑法中，被認爲補充刑罰制度一點，有其特色，因以形成保安處分發達史的第二期的型態。

六

一 上述保安處分發達史的第二期矣。然在意大利方面，大戰以後不久之時間，而有突破保安處分發達第三期——即可視為第四期之思想的非常改正法案出世，斯即一九二一年的費利草案是也。其盡人皆知者，本草案，不認傳統概念的「刑罰」，僅認「保安處分」與「刑罰」的內實的融合體之「制裁」(Sanktion)。其在意大利，卒未至於成法化。但一九二六年的蘇俄現行刑法與同年古巴刑法草案，則師其理論而立法，其基本思想，則與此完全踐同一之軌道。最近，一九二九年的墨西哥的刑法，則為實現費利案之精神的立法，殊堪注目。而一九三〇年比利時社會防衛法，亦又採用其案之一部，是皆不可得而忽視之現像。

二 於茲，略述費利草案上所謂「制裁」的「保安處分」。本案基本精神之所在，為「欲判斷道德的責任者，應委於道德哲學或宗教論，一般社會，對於幼年人、病人、健全人等之侵害法律，無論道義上，對此為若何的判斷，其對於此類侵害，實不能不講求防衛方法。刑事司法，則不問犯人之精神或身體狀況如何，非科法律制裁不可。」自此種見地，於是(a)對有少年犯罪者，則必要改良設備與農耕教養所的特殊處置，(b)對於精神病者，則必要司法的精神病治療所的特殊處置，(c)對於慣習犯人，則必要由社會各方面的領袖人物組織團體

而為特殊處置，排斥從來根據「道義的責任主義」的「刑罰」之概念，替代以「制裁」的觀念，而置於適用廣大的社會政策下面起草刑法。以此而視現行意大利刑法，雖已屬過去的殘骸，但在刑法學思想上，尚有不少的價值，故特於左，將本案的實質上之保安處分，略一觀察之。

本案，不認形式上的「保安處分」，理由書內，已明白否認「刑罰」與「處分」的區別。但吾人試檢討其所謂「制裁」的內容，依然有相當於刑罰的與處分的性質，僅在條文上，同各之為「制裁」，難為劃然的分別之規定。即(1)對於十八歲以上犯人之制裁：(a)罰金，(b)一定地方之放逐，(c)絞首，(d)強制勞動，(e)單純的勞働所收容或農耕的殖民地移送，(f)重禁錮(g)輕禁錮(第三九條)。(2)對於十歲以上政治犯人，在以下所述「補充制裁」及「罰金」之外，其制裁則為(a)國外放逐，(b)單純拘禁，(c)加重拘禁(第四〇條)。(3)對於十八歲未滿之犯人，為(a)附監視之自由限制，(b)專門的改善教育，(c)少年勞働所或農耕殖民地之送致，(d)監視所收容(第四一條)。(4)對於十八歲未滿之精神耗弱犯人，為(a)監視所收容(b)刑事精神病院收容，(c)特殊殖民地勞働(第四二條)。(5)所謂補充制裁，為(a)判決之特殊公告，(b)善行保證，(c)職業及營業禁止，(d)市民權利剝奪，(e)外

國人之國外放逐(第四三條)。關於以上各制裁，於其第四四條乃至第六九條，詳細規定其內容，特別相當於監規以下的保安處分，則由其第五八條乃至第六九條規定之。尙有對於成人而精神不健全的犯罪人，其處分有以下三種：即(甲)有精神病者犯罪時：(a) 其罪該當於懲役，或其精神病，使其人含有甚危險之性質時，則監置之於「犯罪狂病院」(manicomis criminali) 而療養之。(b) 於該當其刑之場合，而危險性較輕者，監置之於「監置所」(casa di custodia) 而療養之(第三二條)。(乙) 犯人縱無精神病，而因亞爾可爾其他中毒性物質在慢性狀態時，或在重大的「心理失常」(anomalia psichica) 狀態時，則監置之於「特別勞作所」(speciali colonie di lavoro)。以上規定，關於心理失常，專為(或主要為)先天的或後天的犯罪傾向時，不適用之(第三三條)。

七

一 意。大。利。新。刑。法。於一九三〇年十月十九日制定，翌年七月一日施行。意國刑法上的保安處分，其適用之範圍甚廣，而其所占之領域，則與刑罰相對立。此點，在處分發達史上

，劃一新時期。次之一九三二年二月十一日波蘭刑法，最近一九三四年五月十五日之法蘭西刑法改正草案等，更隨從其趨向。此類特色，在處分與刑罰立於對峙之地位，而置於廣泛的適用之下。

二 意大利新刑法上保安處分之精神，與從來舊派及實証學派之主張，完全不同。其第一次之着眼點，則在所謂「盡職於全體國家之保護及政治之便宜」(Opportunitie convenienze politiche)，反對從來個人保護之精神，立於絕對的「保護社會的或團體的乃至國家的利益」之傾向。原來，在其第一條，雖明白規定罪刑法定主義，但此與社會民主主義的改正案上所規定者，甚異其旨趣。以彼所規定之罪刑法定主義，不過僅在維持國家權力不相矛盾的限度內而是認之(有反對說)，與從來，於無制約的個人自由之意味而是認之罪刑法定主義不同。至於認責任主義，要求以責任能力及責任條件之存在為原則，及區別刑罰與處分各點，又有異於費利案，其比較德意志各草案，亦更擴張國家權力行使之範圍，而於茲，廣泛的行使「為彈壓的刑罰」與「為社會對策的保安處分」之技能。而其刑罰教育，則有於國家威力前，威嚇犯人的權力的意味，亦與德意志各案以改善犯人為人道的理想，劃然不一。故意大利刑

法之特色，在以「刑罰」為「到達保安處分的目的有力之手段」，同時，雖與曩之認保安處分各國，一同採取廣義的二元主義；但其處分之特色，在其處分甚廣泛且有彈性，俾裁判官得利用其廣大的犯罪鎮壓策，同時認為處分對抗刑罰而占據「刑法之一半領域」，因此，關於保安處分適用的多種綱領，亦認為總則（第一九九條乃至第二四〇條之四十一個條文），以對應行為者之各種危險性，而豫期處分各形式之可能的活動。

三 波蘭一九三二年新刑法上之保安處分。此項新刑法的基礎，建築在應報刑與社會防衛主義的廣義的二元主義上面。由 Mikulowicz, Pappepart, Makowski 等起草，置重於「目的觀念」，這雖是明白的事實，但亦不專師新派的理論。其保安處分，大體類似德奧，區別為 (a) 精神病者治療，(b) 酒癖矯正，(c) 浮浪、乞丐、厭忌勞動者收容於勞作所 (d) 改善不能犯人及慣習犯人之保安監置四種（第八十二條）。而期間，最小限在一年以上，保安監置，五年以上（第七九條乃至八一條）。刑罰與處分之間，不認代替之制，此乃其受應報思想支配的証佐。因而，新刑法，對於「改善不能的慣習犯人」，又應於處分之前，執行刑罰。其保安處分之宣告，則概委於裁判官處理。

四 法蘭西一九三四年刑法改正案上之保安處分。對於最初一九三二年之豫備案總則，限於可能，務保留其內容與形式，存其科德佩拉爾之系統，同時，對於最近歐洲各國諸立法諸草案上所實現的理論及刑事政策的發展，而採用之於法蘭西者，一九三四年五月十五日決定之改正案是也。其改正案之基本精神有四：第一、刑罰之重點，由從來之行為主義，而修改為犯人主義。第二、比較各國立法或草案，更傾向於社會防衛主義。第三、因採取犯人個別主義的結果，裁判官之權力，遂爾增高，於單為刑及處分之宣告外，並使之監視執行之狀況。第四、重視所謂國際刑法規定。而其保安處分的規定，則分為三種：第一、為關於自由剝奪的處分（第六九條），此種處分，更可分為（1）治療所收容，（2）勞働所收容，（3）對於乞丐及浮浪人的勞働所之收容。在其收容中，除由法官巡視外，更由受裁判所委託之醫師及「慈善團體團員」，分別而為巡視，每於一定之時期，報告其成績，為決定釋放之資料。第二、為關於自由限制的處分（第七〇條），此種處分，更可分為（1）職業及營業的禁止，（2）居住限制，（3）對於外國人逗留國內之禁止，（4）慈善團體的「保護監察」，（5）善行保證。第三、對於財產的處分（第七一條），此種處分，更可分為（1）為保安處分的沒收，（2）

「時的或永久的「商業或工業的企業之閉鎖」(第八八條)，(3)法人業務之停止或解散。至於罪刑法定主義之原則，關於處分，亦維持之(第四條)。其科以保安處分者，原則上為自然人。其於法人，則僅得科以右述的「財產保安處分」。

八

一 在最近歐洲各國方面，又有所謂可視為保安處分發達史的第五期的傾向發生，是即將所謂「對於有特殊的社會危險性者之保安處分」，分離刑法，而欲以單行法的形式處置之傾向。其為此種傾向之代表者，有一九三〇年的比利時社會防衛法，他如一九三三年拉齊斯政府之危險慣習犯人及保安處分法，同年西班牙之浮浪人及無賴漢處置法案上的保安處分，均屬之。但最近，在此項傾向反面，亦可認為對於保安處分發展的一種反動的氣運者，於拉齊斯「刑法覺書」，對於保安處分之態度可見之。

二 拉齊斯「公共危險慣習犯人及保安處分法」上之保安處分。拉齊斯政府，雖欲迅速改正刑法，但完成此種改正刑法之事業，在事實上，自當需相當之時日。蓋於刑法方面，精

細檢討其繼續革命而來的文化諸價值之變遷，欲使之灌輸到實際可能行使的法典形式上面，尙以廣泛的勞作爲必要故也。以此之故，立法者，認爲僅就必要迅速者爲部分的改正，較爲妥當，而於是乎有刑法一部修正的立法，應運產生，且更自保安處分的見地，有重要的意義者，如一九三三年十一月二十四日之「危險慣習犯人及保安並改善處分法」的特殊立法，亦卽出現。由是德國現行刑法中，始有一定之保安處分，更加少年法與刑事訴訟法的一部變更，遂使德國在過去五十年間成爲宿題之保安處分，於某程度得見其適用。

三 右述拉齊斯「危險慣習犯人及保安處分法」，對於危險慣習犯人，採用兩種鬥爭方法。一曰：刑罰加重的規定。二曰：保安及改善處分的採用。因有此種的修正立法，德國刑法第四二條 a，遂有所謂七種保安處分。其種類，於前述一九三〇年刑法案所認定六種處分中，抹殺「保護監視」的方法，而代替以二種處分，卽所謂「對於危險性慾的犯人之去勢」與「職業禁止」二者是已。

(四) 拉齊斯刑法改正覺書上保安處分之總領。在覺書上(1)對於無責任能力者以外之保安處分，顯示一種否定的——卽所謂保守的態度。其理由之一，因保安處分之理想，非照

應於國民確信的道義的責任主義而有興趣之物。其二、如慣習犯，科以終身的自由刑，而可得充分保護國民共同體。又自一九三三年八月一日之新行刑令以來，行刑上的嚴格主義，沿是復活，一定有期的保安處分，例如勞働所的收容，成爲無用。其三、由於行刑的內容處分化，而減低責任能力者、酒癖者及其他的特殊處置，依於刑務委員會適當之指揮，行刑上是亦可得而行使。而且特別(2)國外放逐的處分，予以擴張，雖在德意志人，尙可適用。事實上，一九三四年三月二三日之國外放逐法，於一定之場合，地方警察，亦有權爲之。(3)善行保證，完全排斥，其理由蓋以在裁判前之場合，原來屬於行政警察，其與判決同時爲之之場合，則多宣示執行猶豫故也。至對於精神病者隔離的處分，覺書則認之爲保安處分，其於警察監視，則擬認之爲對於自由刑的附加刑。

五 伊。斯。巴。尼。亞。浮。浪。者。及。無。賴。漢。處。遇。法。案。上的保安處分。此種法案，乃由一九三三年八月四日急速起草，其特色，在於某限度，縱對於無犯罪行爲者，限於一般的危險性存在之範圍內，亦認爲有處分之必要。但該法案立法理由之所在，是以處分出發於維持公序的政治之目的。草案上所謂「一般危險者」，若依其第二條，則(a)慣習的浮蕩者，(b)秘密賈淫之

媒介者及犯罪隱匿者，(c)由官廳或官吏搜索家宅發現金圓或家財，不能立証其正當取得之原因者，(d)職業的乞丐者及以使他人爲乞丐而生活者，不良少年，精神病者，榨取身體不完全人而生活者，(e)故意賭博或爲其賭博之設備者，(f)酒癖者及亞爾可爾中毒者，(g)異常受亞爾可爾欲之刺戟者，(h)隱匿自己之本名，使用虛偽之身分證明書及虛偽住所證明書者，(i)不服從身分證明命令之外國人，(j)由常與犯人及無賴漢交際，又出入於此等人之集合場所，或會合出入於賭博場所已成爲慣習而象徵自己有犯罪之傾向者，皆屬之。但據同案第三條，則以下兩者，亦準一般危險者而爲保安處分之對象。即(a)一切因累犯而被確認其有犯罪的慣習性者，(b)教唆人爲一定犯罪經該管裁判所明白宣告其有危險性者是。

以上第二條第三條，雖已限定危險者之範圍，但此項法案，對於犯罪行爲者與危險性格者之區別，不甚明確。是不能不謂爲本案的重大缺點。若徒依該兩條而強認危險性格者之種類，約可分爲第一、尙無何等犯罪行爲的危險者，第二、過去僅爲一次犯罪已被處刑者，第三、危險慣習的犯人，經過二次以上之處罰者三種。

次之，保安處分，可分爲以下九種：即(1)原則爲不定期刑，其留置於勞動所或農耕的殖

民地之期間，最高不得逾三年，(2)一年以上五年以下之改善所留置，(3)絕對不定期的酒癖所留置，(4)外國人之國外放逐，(5)由裁判所指定居住或科以應明確通告居住地之義務，(6)由裁判所爲一定場所居住之禁止，(7)警察監視，(8)賦科罰金(9)善行保證。以上各種處分，皆須由裁判所宣告之。

九

要之，保安處分的發展，自瑞士草案出現以來，在各國改正案上，雖已啟示不少的解決方法，但尙不得謂有最後的決定，而在事實上，可云遲遲發展，其今後達到刑法純然保安處分化的境域，固尙有相當之距離，非可一蹴而及也。雖然，在西歐之天地，蘇俄別具一格，固無所論，其他在意大利，又最近在德意志，在法蘭西，皆無時不欲擴大保安處分之領域，其在現時，則徘徊於對於常習犯人及其他無責任能力者或精神障害犯人的矯正處分與基於對機會犯人等的應報思想的威嚇刑罰乃至道義的刑罰之中間，而所謂二元主義之思想，尙維持時代的生命。其保安政策的理念與應報的道義理念之科學的綜合，恐尙須待至將來「保安刑

法學叢刊 論著 保安處分之史的發展及各國立法形式

「時代而漸獲解決。(總註)」

總註 本文譯自安平政吉團體主義之刑法理論。

三四

法律評論

第三十七卷 第七期

全國司法會議之檢討(三).....吳學義
 宋遂犯與客觀主義及主觀主義(三).....蔡樞衡
 中華民國民法債編分則(二〇).....趙寶義
 中華民國公司法(二四).....劉錫三
 二十世紀的死刑(三).....王錫者
 法界消息.....

▲法部注意監獄教誨師及教師人選
 ▲法部通令遵行刑訴法第三十七條規定
 ▲法部通令各看守所速謀改善人員靜報一東
 監所協進委員會委員應輪流協助教誨
 最高法院民事判例.....宜亭輯
 最高法院刑事判例.....宜亭輯
 行政法院判例.....宜亭輯
 新解釋院字第一三一五號至一三二〇號
 專載 考察日本司法報告(七)

定價

全年 五十二元 郵費五角二分
 半年 二十六元 郵費五角二分
 零售 每册一角 郵寄外加郵費二分
 代售處 北京 私立朝陽學院法律論社
 北平 永西門外牙巷法律評論分社
 南平 各大書店

社 總編 廬 江 長 李 祖 期 一 十 三 百 六 第

版出日五十月二十年四十二國民華中
 紙出新之券立包紙為認號掛准特政郵華中

政治統一概念之理論的研究

東京帝國大學教授蠟山政道著

張承懋譯

——原題爲政治的統一諸理論——

一

以現代國家之危機底現象爲中心，而產生有種種之議論。其中得謂爲政治學上之問題，而有中心的意義者，乃關於政治的統一之理論。何則？因圍繞此政治的統一之概念，而可施行政治、國家、憲政、權力、指導、統制、個人、自由、其他政治學上重要諸概念的再檢討，或再構成故耳。因之，政治的統一底概念之研究，成爲最近政治學，及國家學的焦點之一者，亦非偶然。

本文所欲從事者，係就此概念之構成或批判之際，所相關聯之方法論，及其二三大主要底概念的要素，而爲探討，其體系的研究，則莫能及。在概念構成中，所引用諸要素之性質，及其諸要素之結合方法，皆乃決定此概念之本體者。因之，政治的統一底概念之內容，謂其

法學叢刊 論著 政治統一概念之理論的研究

三五

由此概念的要素而規定者，亦宜。

關於今日政治的統一之概念，自其內容區別時，值得吾人注意者有三：其一、為聯合的概念。其二、為全體的概念。其三、為協同的有機的概念。第一，聯合的概念，係欲一面荷擔十九世紀的個人自由主義之傳統，一面以二十世紀之集團社會的存在，與政黨分立之現象為背景，而採取中世紀的多元論復活之形態，以政治的統一為聯合性而予以把握之，建設之之理論。如英國拉斯基(H. Laski)之所云，即為此說有力之主張。(一)第二，全體的概念，主張昭示最近德意志國社黨，及其政權的理論之根據者，不能不遠溯於黑格爾，而試求其淵源，然拋棄貴族的(Junker)官僚的王政之歷史的形態，主要是以維麻憲法施行後之議會政治與國社黨運動之歷史的現實，於一定之方法中，概念的予以把握，而已臻於理論化者。此可於卡爾·夏米特(Carl Schmitt)一派國家學者，國法學者之所說見之。(二)第三，協同的有機的概念，此係政治的統一中之二面觀，即對於理性的意識的方面，及非理性的有機性的方面之併行存在，加以分析，不僅對任何一方，予以強調，係欲於其調和中，把握政治的統一底概念。此說最上乘的學者，余(著者)可不躊躇而舉出者，即由多元的國家論及法

西斯蒂政治理論的比較研究，創立協同的有機體論 (Co-organism) 底概念之美國耶利奧特 (W. Y. Elliott) 其人。(三)

如斯，政治的統一之概念已涉多歧。在我國(日本)今日流行之常識的世論中，有以政治的統一，如單純地而可求得之盲信，表裏援用法西斯蒂或國社黨之理論，而為企圖思想行動統一之運動。但此非謂之為：係無評判地應用政治的統一概念內容之結果不可。因之，就政治的統一諸要素，以及統一之方法，宜加探討，大有必要。

註一 關於拉斯基，及其他學者之多元的國家論，及政治的主權聯合說，我國已有許多介紹及批判。如高田保馬之『社會與國家』中島重之『多元的國家論』，拙著之『政治學之任務及對象』等。在拉斯基之著作中，為最建設的體系的，乃 *Grammar of Politics*. 1925. 在彼最近著述，雖稍稍為解說的，但足窺彼最近之見解者，乃 *State in theory and practice*. 1935。

二 為全體的概念之構成者，卡爾·夏米特之著述中，如迦之往昔，則不遑枚舉。但國社黨政權樹立後的著作，則可視為最有特色。我國對彼學說，自政治學上之觀點而法學叢刊 論著 政治統一概念之理論的研究

法學叢刊 論著 政治統一概念之理論的研究

三八

爲介紹，爲批評者，有黑田覺之『主權的獨裁與總體國家』（法學論叢三二一，五），『多元主義與總體國家』（法與經濟，一，二）『多元的國家論與政治概念』（法學論叢，三一，六），『政治底概念與整調概念』（公法雜誌，一，七）等。以上諸論文，亦有從彼所著 D. V. Politischen, 1932; Verfassungskunde, 1928; Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1926; Politische Theorie und Praxis, 1925。各書中引用者。再彼就政治的統一之概念，爲有趣之著作者，乃 Staatslehre, 1931。在此著作中，闡與彼之政治的統一體之構成用三段理論（Die dreifache Bedeutung der politischen Einheit）係於積極的，且達到某程度而體系地展開之。

三 爲協同的有機體之主張者耶利奧特，係哈佛大學政治學教授，一九二一年，彼在牛津大學從事有機的原素研究中所發表之論文『集團性之協同的有機的概念』（The Co-organic conception of the nature of groups）其中，彼與多元論者，毋寧反對地在其有機的結合中，發現成爲多元的國家論之基礎條件即所謂社會集團之心理的

社會的傾向。是乃彼晚年準備國家論之優秀底政治學的論文。現被收入於彼之論文集 *The pragmatic revolt of the politics, 1928.* 中。

二

政治的統一之理論，無論其為何物，現先豫定政治之概念。何則？因政治統一之理論，即關與依據政治，或政治所給與的統一之理論。

政治的統一之理論上，發生差異之根本原因，實在此政治概念之差異中。而此差異，在能否視政治現象為有一定意義的機能？即是否自機能的方面觀察政治現象？抑或全然否定此機能觀？由是政治概念，可大別之為二種：

原來，機能之概念，已如予在其他場合屢屢所說明，是乃生物學上之概念，而為動物或植物學上有機體的內部所具存的一定之機官，有營養、生成、並防衛等功用。(一)其概念漸次被其他科學，即社會科學，或技術科學等，所謂與人類有關係的科學採用之為術語。但關於人類之意思與目的之現象，於茲有一定之意義及根據，不可與生物學上之現象，為單純

法學叢刊 論著 政治統一概念之理論的研究

地同一之觀察。如赫爾登·黑拉所云，在認識政治，或其主要體制底國家的作用時，一方爲哲學上之目的論(Teleologie)而不許僅爲目的的觀察，同時爲純粹自然現象，而又不許憑借自然因果律而測定，於是乎所使用者乃爲兩者綜合的機能概念。因之，如紀德所言者，「機能者，即於活動中被思惟之存在。」Funktion ist das Dasein in Tätigkeit gedacht 此示例可爲最洽切之概念。

由是，在機能概念中，有目的的方面，及存在的方面，相並存在。如着眼於前者，則在人間，成爲實現的問題。若注意於後者，則在人間可視爲不過發生於他方面的原因。換言之，一方可視爲：可具體表現一定之意義，及價值之目的的行動。同時，他方可視爲是：被支配於一定之條件及原因之下底受動的的存在。惟須此兩方面之統一的解釋，始爲機能概念的意義，及職務。(三)

在政治、及國家學問上，有否定機能概念之使用，反對機能概念之使用者，考其理由，可區別爲二：其一、即無論在如何意義之下，反對使用機能底概念及爲其把持者的機官，或機關之語的所謂絕對反對論，與其二、反對機能論關於機能具體表現的意義，或目的之性質

，已犯謬誤的所謂相對的反對論。在政治學、及國家學上，此項區別，意極重大。又關於爲本文主要問題的政治統一之理論，對此機能底概念態度之如何，是有根本的重要之關係。

例如卡爾·夏米特否定政治之機能的解釋時，其立場，係以下述見解爲前提。即彼所謂之自由，——乃謂於民主的憲政之下，政治權力，爲多元的黨派之利益起見，利用之爲機械的手段。再，彼反對格爾善等實証主義的規範的國法學之法律規範所支配的理論時，所謂「機能樣式」之概念，如依彼之所解釋，則彼等立場，係以法軍爲國家的強制機關之有豫計的束縛，即解釋法爲當該官廳及裁判所之機能樣式。要之，彼對機能概念的本身，無意爲理論地反對。彼排擊機能主義時，常以機能具有意義之內容，與其機能負擔者之性質爲其應加解釋之問題。(三)

然因機能主義，係與其可具體表現之意義，及負擔者相伴隨之故，則凡立足於此種主義的政治或國家之概念即不得爲絕對的超越的存在。何則？因政治與其他社會的行爲，可得區別之特徵，及國家與其他之社會，或團體可得區別之理由，即在此具體表現之機能。夫如是，則此種立場，係一方認承世界觀的意義下的價值批判之職務，同時，他方容許解釋自然的

及文化的存在之被拘束性的科學的因果律之認識。不問其偏倚於何方，若主張政治及國家之絕對性與超越性時，則斯立場，非謂爲已離開機能主義的立場不可。

卡爾·夏米特未嘗理論地否定機能主義，已如前述，卽，彼消極地所不欲承認者，係多元的國家論，以及存在於其背後之個人主義的集團社會論。但同時，彼亦不積極地主張機能主義者，是亦至明之事。彼政治概念底友敵分類上所施行對其敵排擊之決定，並非屬於何等價值體系上的範疇內之行爲，而因機能可具體表現何等意義之故，則必求之於依其政治決定而被保存，被防衛的統一的秩序之點。若友敵之區別決定，與排擊其敵，爲政治的核心，則以單純物理的行爲與有政治的意義，且如戰爭的行爲，在理論上加以區別者，當爲事所不能。固然，卡爾·夏米特不當爲此非理之主張。然則，彼何故以若斯之自然的物理的，且爲形式的概念，欲認之爲政治的者耶？茲顯伏有值得研究之問題。

對此問題，若余之解釋，無大過悞，則彼或以從來之機能主義，傾于個人主義的多元的理智主義之結果，使政治與國家陷入於機械的手段之規定之境域，因之對此而爲反對，遂當茲場合，特反動的惟事高調政治機能之現實的存在，及因於文化的狀況之被拘束性者歟？故

彼關於國家學，否定一般國家學，而主張各時代底各民族之國家學，如關於一九三二年以後德意志之憲政，欲于國社黨政權奪取，及希特勒所謂政治指導的現實的存在中，發現其理論構造的根據，即其適例。更如謂由一九三三年三月二十四日之所謂受權法，而維麻憲法爲之消滅，認由一九三三年七月十四日之政黨否認法，而國社黨遂爲唯一之政黨並看到從新以一定之國民層爲「盟社」或「選良」，而施行普通政黨之解消，且給與「盟社」或「選良」以國法之地位，是亦可爲其佐証。(四)

然若是之現實的存在，及文化的狀況，仍舊成爲政治，而非成爲法律。因此現實的存在，及文化的狀況不過爲促進政治機能之自然的、社會的、文化的原因而已。故由此現實的存在，及文化的狀況所發動的政治的決定，及所謂非常時的打開之現象之概念化，若與伴隨此現實的存在，及文化的狀況之意義不相關聯者，則不能不謂爲內容空虛。此恰與區別盜賊團之暴力行爲，與憑借國家之軍隊所執行的實力行爲者，在于其行爲所具體表現之機能的意義中者相同。

其指摘以個人主義的功利主義之哲學爲基礎之機能主義，忽視政治現象之現實的——即文

化的存在之被拘束性的過誤，雖曰正當，然職是之故，縱未至於排擊機能主義，而企圖政治的統一之絕對化，但以其全體性之現實化，而為理論化者，則又不能不謂為陷于另一忽視政治之目的的意識的方面之誤謬。政治上之物理的實力，雖非認為政治機能之 *ultra ratio* 不可，但於茲物理的實力行使以前，乃被認為存在底國家之權力底特殊狀況中之發動。即應視為所謂政治非常時的機能之發現。若不然，則關於戰爭、革命、戒嚴、其他非常時的政治現象之責任，及意義，勢必剝奪人類批判之能力。如此則是否認人類之文化，及世界之歷史，而趨向於社會現象的自然現象之還原。

註一 關於機能之概念，可參照拙著「行政學總論」（六九——七二）其略為同樣之解釋者，有 H. Heller, *Staatslehre*, S. 200. 亦可參照。

二 H. Heller, *Staatslehre*, SS. 200-203.

三 彼消極地否定機能主義，其事已明。但以國社黨之地位與王政時代（一八四八以前）軍閥官僚之地位相比較時，係謂為政治指導的機能負擔者之移動。此並非向機能主義本身，加以反對，乃因此負擔者，非視之為反對不可。（Carl schmitt,

staat, bewegung' volk, 1934, S. 30-32)

四 吾人若信裁判官，或行政官，尙且不過爲，單有規範主義者的合法性之機能，且不過爲單純的有名底法律適用自動機，或爲單純的抽象的規範之現實化，則是將一切人類思惟的存在拘束性之真理，與一切人類的規範樹立之狀況拘束性，及一切準情的解釋，一同忽視。孟德斯鳩氏所謂「裁判官者，不過是表現法律用語之口。」的著名底命題，在十八世紀因機械觀的被把握着。因此命題有機的，生物學的民族的差異，而充滿吾人今日的感情導于生動底人類的存在之世界。成功吾人爲更多感情者。若許如是而言，則可見吾人表面上說同一語言的口唇本體之非齊一。(Carl schmitt, staat, bewegung, volk, S. 45.)

法律評論

第三十八卷 第八期

全國司法會議之檢討(三完).....吳學義
 未遂犯與客觀主義及主觀主義(四).....蔡樞衡
 中華民國民法債編分則(一一).....趙寶義
 中華民國公司法(二五).....劉篤
 法界消息.....編者

▲簡易民事事件動行以言詞起訴 ▲法部令各法院指導自訴案件
 ▲法部通令關於訴訟救助案件應於卷面標明 ▲法部令發假釋證書格式
 ▲兼理司法之縣政府發售民刑狀紙不得加徵行政費 ▲法部令各機關購
 用監獄出品
 ▲人員靜報一東

最高法院民事判例.....宜
 最高法院刑事判例.....宜
 行政法院判例.....宜
 新解釋.....亭
 專載.....亭
 ▲考察日本司法報告(八).....亭

定價
 全年 五十二元
 半年 二十六元
 零售 每份一元五角
 郵寄外埠 每份二元二角
 郵費 每份五角
 郵費 每份二角
 郵費 每份二分

發售處
 北京 私立朝陽學院法律評論社
 南京 水西門外牙老法律評論社
 各大書店

社 長 江 庸
 總 編 輯 李 祖 蔭
 第 六 百 三 十 二 期
 中華民國二十四年十二月二十二日出版
 中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

歐洲各國夫妻財產制度與我國夫妻財產制度之

比較

劉陸民

一

我國古無夫妻財產之制(1)；而積蓄私財，則爲往古已有之事實(2)。輒近以來，歐風東漸，法律思想，緣是不變。前北京大理院，當現行律民事有效部分施行期間，以判例許妻得享有私財；如妝奩(3)；私自所得(4)；承受贈與等財產(5)，妻得私有者是。

同時又以判例認「財產屬夫或屬妻不分明時，推定爲夫之財產(6)。」及「妻之財產管理使用收益權，均屬之於夫；故妻於其所有私產爲行使權利之行爲而不屬於日常家事者，應得夫之允許」(7)。至於婚姻解銷後，妝奩，則離婚時由妻携去；死亡時歸夫家承受管業，或從其遺囑；若夫亡改婚，悉由夫家作主(8)。私自所得，則無論離婚或夫亡改嫁，均應聽妻携去(9)。承受贈與，亦與私自所得財產之處置同(10)。是前北京大理院，雖破已往禮法之禁，認許妻得享有私財；而於夫妻之間，究尙未能悉採西歐夫妻財產之制。迄民國十九年十二月二十六日國民政府公佈民法親屬編，於是我國夫妻財產制度，乃充分的歐化。由此以觀

，是我國現行夫妻財產制度，完全由西歐移植。則論述西歐各國現行夫妻財產制度與我國夫妻財產制度之比較，自亦為法學界所樂聞。以下先叙西歐各國現行夫妻財產制度，次述我國現行夫妻財產制度而與之為比較：

(1) 內則云：「子婦無私貨，無私蓄，無私器，不敢私假，不敢私與。」此即我國古無夫妻財產制之証。

(2) 韓非說林上篇所載：「衛子嫁其子而教之曰：必私積聚，為人婦而出，常也。其成居，幸也。其子因私積聚，其姑以為多而出之。」云云，則往古已有夫妻積聚私財的事實，固已昭然若揭。

(3) 大理院二年上字第二〇八號判例云：「嫁女妝奩，應歸女有……。」

(4) 大理院七年上字第一四七號判例云：「夫家財產因贈與或其他行為而歸屬於妻者……。」

(5) 同上

(6) 大理院七年上字第六六五號判例參照。

(7) 大理院七年上字第九〇三號判例參照。

(8) 現行律立嫡子違法條例參照。

(9) 大理院解釋第九〇九號：「依律載改嫁之婦，以夫家財產及原有妝奩爲限，應歸夫家作主。若婦私自得利及承受之產，即爲私產，不在此限。」是即妻得自由處分私自所得財產之証。

(10) 上項解釋內，明認承受之產，即爲私產，不在夫家干涉之限。則承受贈與之產，得由妻自由處分甚明。

二

論述西歐各國現行夫妻財產制度，本宜追述歐陸夫妻財產制度的起源，然以需要鉅大篇幅，實非本文所能任此，茲姑從略。以下就各國現制分述之：

(一) 德意志 德意志民法，關於夫妻財產制，採取劃一主義(1)，而排斥從來之地方主義。以所謂共同管理制，爲法定財產制(2)。夫妻財產契約之自由，雖亦承認，然其範圍，不若從前之廣泛，而有一定之限制。尤其有異於法蘭西民法者，即關於夫妻財產契約締結

之時期，不設何等之限制（一四三二條乃至一四三六條）。

其法定財產制，以夫妻各為其自己財產之所有者。妻之財產，分別為帶來財產與保留財產（3）。婚姻費用，由夫負擔（4）。其就妻之帶來財產，因以享有管理收益的權限（4a）。關於夫妻債務，則施行別債主義，在原則上，不得以夫妻一方之財產，供他方債務之擔保（5a）。

至夫妻法律行為或訴訟行為能力，亦不因法定財產制而受何等之影響（5a），僅妻關於帶來財產之處分權，由夫之管理收益權受一般之限制而已（6）（一三六三條乃至一四三一條）。

再約定財產制，則可分為兩種：即（1）分別財產制（一四二六條乃至一四三一條），（2）共同財產制（一四三七條乃至一五五七條）。

前者：由夫妻財產契約，得使之發生外。其在一定例外之場合，則以之為法定財產制，以支配夫妻財產的關係。在此項分別財產制，夫妻各保有其財產所有權，固不待言，即管理權、收益權，亦皆各自保有之。關於夫妻的債務，亦與此同。僅於民法一四二七條以下規定之範圍，妻對於夫，宛與尙留母家者對於其父的地位相等而已（7）。

後者：又可分為三種：即（甲）一般共同制；（乙）所得共同制；（丙）動產共同制。

(甲) 一般共同制、此在德國民法施行前，德國大部分，採用為法定財產制。其根本之觀念，在所謂認完全的財產上之結合，為夫妻密接的身分上結合之反映的一點。故在此項財產制，以夫妻婚姻前之財產，概形成為共有財產為原則(8)。關於夫妻之債務，亦貫徹共債主義。婚姻費用，則由共同財產負擔。共同財產管理處分之權限，在原則上，專屬於夫(9)，夫僅須就特定處分行為，要求妻之同意(一四三七條乃至一五一八條)。

(乙) 所得共同制、此制以夫妻雙方之勞働力及其財產之共同利用，為基本的觀念。其構成體態，可視為位置於一般共同制與管理共同制的中間。在此項財產制，夫妻財產，能區分為夫妻之共有財產，夫之帶來財產，及妻之帶來財產，妻之保留財產四種，夫之保留財產，縱令以夫妻財產契約而為之，然亦不得使之發生也。共有財產，由夫及妻，在當該財產制繼續中所取得者，即由夫妻勞働及營業上所得並其帶來財產上之收益形成，與一般共同制的共有財產，受同樣之處理。夫及妻之帶來財產，其所包括者，如所得共同制開始當時，屬夫及妻之一切財產；在當該財產制繼續中，因繼承、贈與、遺贈或取得為旅裝之財產；禁止因法律行為而讓渡之財產；及因夫妻財產契約，特別被宣稱為帶來財產並其代替物皆是。其管

理，則專屬於夫，而其收益，則歸屬於共有財產。關於妻之保留財產，施行與一般共同制同樣之原則。某項財產，其屬於共有財產或帶來財產或保留財產，不能明瞭時，則推定其為屬於共有財產。關於夫之債務，以其帶來財產及共有財產為擔保，妻之帶來財產或保留財產，則不能為何等之擔保。至關於妻之債務，則妻之保留財產，固當為其擔保，而其帶來財產，則在與共同管理制的同一原則之下，通常為其擔保，限於一定例外的場合，共同財產，亦得擔保妻之債務（一五一九條乃至一五四八條）。

（丙）動產共同制 此制因不僅為動產共同制，而且認為動產及所得之共同，於是在當該財產制繼續中，縱屬夫妻取得之不動產，在原則上，亦包含於夫妻共同財產之中。此項制度之根本觀念，可視之為以下思想之繼續。此思想也，何思想也？即中世紀以來，夫妻財產法上，所顯示的「夫就妻之動產，比較其不動產，不可不有其強大之權力」的思想是也。又此制，亦於由動產及所得所形成的共有財產之外，承認夫及妻之帶來財產與妻之保留財產，是乃宛與所得共同制，為同樣之處理。關於夫妻債務，在大體上，亦適用所得共同制的原則（一五四九條乃至一五五七條）。

（1）關於劃一主義可否採用？立法當時，曾有論爭。（Vgl. Gierke, Entwurf

(2) 此點，係做普魯士州法及奧爾德布爾西州法之例。但德國民法，尙有就一定例外場合，採用分別財產制爲法定財產制者，不可不知也。

(3) 德民法，關於妻之保留財產，區分爲法律上當然保留財產，契約上保留財產，及由被繼承人或贈與者決定的保留財產三種。

(4) 婚姻費用，雖以由夫負擔爲原則；但夫不能由妻之帶來財產上之收益，得相當之收入時，妻亦應負擔相當出資之義務。

(4a) 德民法上夫之管理收益權，非爲管理權與收益權兩個權利，乃不可分的一個權利，此項權利，乃專屬於夫之身分者，故不得讓與於第三者。其管理權，同時形成爲義務，而不限於通常意義的管理權（保存、改良行爲），占有權，固不待言，卽一定限界的處分權，亦包括之，夫在妻之帶來財產上，享有之收益權，雖屬一種絕對權，但對於第三者追及的效力，殆不能承認之。

(5) 夫就妻帶來財產，既享有管理收益權，則爲保護妻的利益起見，民法因規定於一

定場合，對於妻給與擔保請求權與寄託請求權；關於妻之帶來財產之費用及妻自身一定之費用，應由夫負擔之。

(5a) 妻對於夫，在原則上，基于管理及收益，有請求權，若非管理及收益終了後，妻亦不得在裁判上主張之。

(6) 德民法所認為法定財產制特殊終了之原因，為基于妻之請求的管理收益被廢除判決之確定及夫之破產開始之決定。但法定財產制，縱一旦終了後，然在一定的場合，夫尙得提起其管理收益回復之訴（一四二五條）。

(7) 一四二七條以下所規定的妻之特別地位，大概如次：

(1) 夫負擔婚姻費用，妻對此負擔應為相當出資之義務。

(2) 妻得以其財產之一部或全部委夫管理。當茲場合，在或限制之下，夫享有使用理中取得果實之權限。

(8) 夫妻共同財產之外，例外認夫妻各自之特有財產及保留財產。

法律上當然不得讓渡的財產，形成為夫妻各自之特有財產，專屬夫之管理。但其

收益，爲夫妻所共有。其由夫妻財產契約，得以夫妻一定之財產爲保留財產。關於夫之保留財產，夫有單獨自由管理權。至妻之保留財產，則與共同管理制，施行同一之原則。

(9) 夫因疾病或不在，不得爲關於共同財產的法律行爲或訴訟行爲時，限於其猶豫有危險之虞之場合，妻得以自己名義或爲夫代理人而爲當該法律行爲或訴訟。

(二) 法蘭西 按法蘭西夫妻財產法之沿革，其在彼所謂成文法地方，則一般施行羅馬法上之嫁資制度，夫妻之財產，以分別財產制爲原則，僅不過就依于特別契約所設定的嫁資，而爲例外之規定。反之，在彼慣習法地方，則維日耳曼固有之制度，雖由地方不同而有幾許之差異，然在大體上，則認夫妻財產契約之自由，其法定財產制，則施行動產共同制也(1)。此種狀態，直至法蘭西民法施行之前夕，尙且存續。

至於廢除此等各種夫妻財產法對立之狀態，成功劃一的制度之法蘭西民法，彼以巴黎之慣習法爲基礎，採用動產共同制，爲法定財產制，又以認夫妻財產契約之自由，隨亦至於特別規定嫁資制爲契約上的財產制(2)。

其法定財產制，以動產共同制爲之。此制不獨適用於未締結夫妻財產契約之夫妻間，從來以此爲最適當的制度，而施行之範圍頗廣。夫妻的財產，分別爲共同財產與特有財產二種財團。以其在婚姻時，夫妻所有之動產，及婚姻繼續中，夫妻由繼承、贈與、遺贈所取得之動產，並由其有償行爲所取得的一切財產，形成爲共同財產。以其在婚姻時，夫妻所有一切之不動產，及其婚姻繼續中，由繼承、贈與、遺贈取得之不動產，並以不歸屬於共同財產爲條件，所贈與或遺贈之動產，認爲夫妻特有財產。至于婚姻前後之債務，則以由共同財產負擔爲原則。但不可不注意者，妻無夫之許可，不得使共同財產，負擔若何義務。故夫與妻，雖均有共同財產上之持分權，而妻之持分權，則在婚姻繼續中，不過僅於得夫之許可，得負擔共同財產可負擔的債務或處分此項財產之點，有其效力。共同財產之管理，則專屬於夫，夫得爲關於共同財產的一切有償行爲（一四二二條）。反之，夫於共同之不動產，或動產之全部或一部，則不得以無償行爲而包括的處分之（但對於婚姻上之子，常爲此項無償處分時，不在此限）。但關於各個動產，夫無論對於何人，亦得自由贈與之（一四二二條、一四二三條）。關於妻之特有財產，夫雖有管理權，但不問如何財產，無妻之同意，則不得處分之（一四二八條）。夫妻共同財產解消之原因，有夫妻一方之死亡、離婚、別居、及夫妻之財產

分離 (Gütertrennung) 數種。財產之分離，當妻之婚姻財產，被危害時，及由夫之濫行，夫之財產，顯使妻之請求權，有不能滿足之虞時，僅由法院，據妻之請求，而以判決執行之 (一四四三條)，其由夫妻自由之意思以爲之者，則法所不許。夫妻共同財產，經法院判決而消滅後，則各自回復其對於自己財產上之管理權。然妻，關於其不動產，無夫之許可或法院之許可者，亦不得爲何等之處分 (一四四九條)。妻雖在財產分離後，依然按照自己財產對於夫之財產之比例，負分担生活費及子女教育費之義務，若在夫無何等財產時，則非負擔其一切費用不可 (一四四八條)。

由以上所舉原因之一，解消共同財產者，妻或其繼承人，有受諾或拋棄共同財產之選擇權。否認此項權利之合意，不能有效 (四五三條)。其受諾得默示爲之，但其拋棄，則非在夫之住所地法院之書記課，依於明白的意思表示以爲之不可 (一四五四條、一四五五條、一四五七條)。

至於契約上之財產制，法蘭西民法，在一定限制之下 (4) (一三八七條乃至一三八九條)，認比較廣泛的夫妻財產契約之自由，不僅得單純的採用其所規定的契約上財產制之一，

而且能變更此等財產制所包含的各個事項，或相互結合不同的財產制。至法民法，特別規定的夫妻財產契約之內容：

(1) 法定財產制的特種變更，如(甲)僅限於所得為共同財產的約款(一四九七條——一四九九條所得共同財產制)；(乙)由共同財產中，除外動產之全部或一部的約款(一五〇〇條——一五〇四條)；(丙)除外共同財產應負擔的債務之約款(一五一〇條——一五一四條)；(丁)擴張共同財產之範圍至於不動產的約款(一五〇五條——一五〇九條即一般共同制)；(戊)妻之帶來財產取回之約款(一五一四條)；(己)先取約款(一五一五條——一五二五條，即關於共同財產分割契約)等是。由採用法定財產制或協定以上所揭各種約款，假令發生夫妻一方得利益，他方受損失之結果，法律特基於保護夫妻一方前婚子女之趣旨，規定為夫妻一方所發生之利益，依民法一〇九八條之標準，夫妻之一方，為超過得贈與於他之一方之贈與時，所受不利益的配偶者前婚子女，應有得請求相當制限之權利。但由夫妻共同勞動或雙方財產上收入之蓄積所發生之財產，縱令其利益，夫妻不平等，前婚子女，亦無何等請求權(一四九六條，一五二七條)

(2) 分別財產制（一五二九條、一五三〇條、一五三六條——一五三九條）

(3) 共同管理制（一五三一條——一五三五條）

(4) 嫁資制（一五四〇條以下）婚約者，於夫妻財產契約，約定應從嫁資制時，依此合意，處理妻之財產，或者都為嫁資，或者為其特有財產，或者其財產之某物，屬於嫁資，某物屬於特有財產。然夫妻一面約定應依從嫁資制，一面何種財產為嫁資？何種財產為特有財產？不明瞭時，則妻之財產，均視為其特有財產。關於特定財產，限於未特別為嫁資之設定者，何等之嫁資，亦不得使之發生。此項設定，無為特定方式之必要（一五四一條）。夫對嫁資，在婚姻繼續中，享有管理收益權，負擔用益權者通常一切費用（一五四九條、一五六二條）。屬於嫁資之不動產，以夫妻一方單獨行為而為之者，勿論，縱令由夫妻共同行為以為之者，亦不得讓與之或典質之（一五五四條）。但在一定之場合，例如子女之養育或因維持家計必要之場合，則不在此限（一五五四條、一五五九條）。其未經許可之讓與，婚姻解消後，得由夫妻，各自任意取消之。關於此項取消，不許援用時效（一五六〇條）。金錢或其他代替物，經設立為嫁資時，夫取得其所有權，得任意處分之。妻因只有其返還請求權，故於

爲妻確保此請求權的目的之下，在夫之不動產上，認有法定担保權。判例則以妻不得移轉此項請求權，且其法定担保權，亦不可得而拋棄之。關於妻之持有財產，妻則自己有管理及收益權，無何權利屬之於夫已（一五七六條）。

(1) 是即以姻婚時及爾後所得之動產，及所謂所得不動產與夫妻各自特有財產上收益之全部，爲夫妻共同財產之制度。夫妻帶來不動產或由其繼承與贈與所取得之不動產，其以爲夫妻各自之特有財產者，根本之思想，無非基於家產維持之觀念 (Zachariä-Crome, a. a. o. S. 168, 169)。

(2) 法民法草案，不特別設嫁資制的規定，唯根據其夫妻財產契約書上，列記古代法律構成嫁資制度之原則，可得協定此制度。但基於成文法地方住民之抗議，民法典，始就嫁資制，特設一章 (Zachariä-Crome, a. a. o. S. 170)。

(3) 法民法，對於夫給與如斯廣大之權利，其結果，頗足危害妻之地位。因此該法，復於緩和此項危險程度的目的之下，對於妻，給與某種之特權。即(1)關於夫負擔之債務，妻之特有財產，不爲何等之担保，(2)妻，拋棄共同財產而可得完全脫免

國內研究康藏問題之唯一刊物

康藏前鋒

第三卷第二期

由共同財產所負擔之債務，(3)縱合妻不拋棄共同財產之場合，亦僅以負限定責任爲已足 (Vgl. Zacharia-Crème, a. a. o. S. 208)。

(4) 民法法，其所加於夫妻財產契約內容之限制，概括之，有以下數點：即(1)不得爲違反公秩良俗之規定；(2)不得妨害由夫之權威或爲父母之權威所發生之權利；(3)不得變更法定繼承權是。

附述：比利時，以施行民法故，其夫妻財產制度，因亦與法相同。

時論

敬告西康當局……
西康目前之嚴重危機……

幼愚 裕恆

論著

西康省界問題……
西康前途之展望……
西康現況……
西康建省應有之規劃……

絲央尼馬 黃舉安 劉文輝 陳佑敷

譯述

西藏東部旅行記……

高上佑譯

專載

康藏問題論文索引……
六屆全運會出征記……

姜仲明 高仲明

文藝

慘痛的回憶……

王玲

一月來之康藏

編者 王玲

中華民國二十四年十月出版

每冊大洋壹角 : 目價
社址 南京 曉莊

法學叢刊 論著 歐洲各國夫妻財產制度與我國夫妻財產制度之比較

新 蒙 古

◀ 月 刊 ▶

第 四 卷 第 五 期

編者的話	姚敬齋
遊八達嶺感言	吳斌明
對於蒙政三屆大會之感想	孤影
西公旗糾紛的教訓	
對於蒙古青年的幾點貢獻與希望	
讀邊事研究「開發川南大涼山之計劃」內「關於用兵及處置民族辦法」部分之感	言凌
內蒙古礦產之研究	董公濱
蒙古之赤星與旭日	唐仁
外蒙古最近情勢和「滿蒙關係」	洪秋
天主教在察哈爾東部之狀況及其影響	洪秋
布里雅特蒙古共和國之農業	黃春田
劉邦素描	冰高
波動(小說)	夢屏
百靈八景題咏(詩)	北平李雪蘋
題拙著「百病治療之馬齒莧」(詩)	林慰君
題拙著「絲瓜之神秘」(詩)	林慰君
砲鳴之夜(詩)	林慰君
蒙古青年園地	
一，她的一生	郝振華
二，秋節歸寧(續)	毓峰
三，獻給內地同胞	王守業
一月來蒙事輯要	
專載	

編輯兼發行者 北平新蒙古月刊社

社址 北平旗壇寺西大街前常舖胡同二號

總代售處 北平和平門外民友書局

定價 每份大洋一角五分

半年六期訂閱八角

郵費本埠三分外埠六分

全年十二期訂閱一元五角；郵費本埠六分外埠一角二分

五分以下郵票代洋十足使用

◀ 版 出 日 五 十 月 一 十 年 四 廿 國 民 ▶

研究材料

米資格露之刑事政策（二續）

舒承猷

四 生物學的犯罪論

此可分爲機構生物學，遺傳生物學及最近生物學的研究三點而觀察之。

（一）機構生物學 Konstitutionsbiologie

關於人之個性研究，有直觀的——精神科學的認識法，與因果論的——自然科學的認識法。前者，是心理分析或個性心理學的方法。後者，即在此所述之機構生物學，而以肉體與精神不可分的關係，爲其理論的根據，視肉體的現像，爲精神的徵表，由此而構成人格型。關於此方面的研究，能分反應型，內分泌型及體格性格型三種。

法學叢刊 研究材料 米資格露之刑事政策

反應型——此種人格型之最古者，是格利西亞哲學上的多血質（輕血質）·膽汁質（熱血質）·粘液質（冷血質）·神經質（重血質）四分類，是雖包含多有價值的直觀，但亦不可得即以之應用於近代刑事心理學上。晚近一八六二年之拔恩撒，依據自發性·感受性·印象性·反應性四標準而分人格型，是尙未脫型式的範疇之領域，迄二十世紀，法國西苛，分體格爲呼吸型·筋肉型·消化型·頭腦型四種，固有對應各方的精神的特徵，而是又不免有傾向於自論理形式出發的演繹論的缺陷。性格學的研究，由庫勒齊米爾說及於心理的反應型，面目爲之一新。彼以對於外界的各種精神的反應，其反覆之結果，漸次發生爲特定種類的反應之傾向，依此以形成其人格型，其反應如從印象能力·保持能力·內的活動·指導能力四點觀察，則有如次述之五種氣質型：

- (1) 單純反應型（對於刺戟，不爲何等反省，即出於反應行爲者）
- (2) 錯誤反應型（刺戟與反應，有客觀的齟齬者）
- (3) 擴大反應型（對於刺戟的內的活動，以過大脫離相當範圍者）
- (4) 感傷的反應型（把握由特定刺戟所發生之表象，不得脫離之者）

(5) 無氣力反應型（雖苦於刺戟，但排擊之惱怒之均有不能者）

以上分類，是實際的，非論理的，又與後述之性格型或體格型，亦不一致，是不待論。其將庫氏之反應型，更敷陳之者，有埃爾脫氏。氏以為在印象能力，由感情的刺戟與衝動的刺戟而有差異，設如右之圖式，以之為完全型，由其各階段的指數之增減，而產生無數之反應型。



然氏於反應型，求其所以發生差異的根本原因，在於由大腦的植物性中樞。交感神經系及內分泌腺之相互關係而發生的各人特有機能準備 *Funktionsbereitschaft* 之差。氏呼有特定機能準備的身體的構造，曰生物基調 *Biotonus*。反應型，則依其張弛，大別之為緊張性生物基調與弛緩性生物基調。前者，其精神活動，雖屬迅速且熱情的；但又屬淺薄的，一時的；其氣質，則為樂觀的。反此，後者之精神活動，則為遲滯且深沉的；其生活感，則是深刻而缺轉換力；氣質，則為憂鬱的。關於反應型，尚應注意者，乃有恩克內向性 *Introversion*

外向性 Extraversion 之區別。前者，常是自我中心的，但後者，則思想感情，均依存於外界物。

內分泌型——對於精神與身體之相關關係，給與有力之支持者，乃內分泌學說。若依據此，則各種內分泌腺之作用，先影響於腦之植物性神經中樞，由是身體之生長，形成，代謝，受其支配，而且情緒狀態，亦支配及之，於是乎種種體格型及性格型，為之產生。現在其已略判明其作用者，是下述之內分泌腺。

(1) 甲狀腺 此在分泌盛時，在身體的，則為長大瘦形；在精神的，則產生性急，短慮，活動的人類；其病，則為巴捨腺氏病。反之，在分泌不足時，則產生短軀肥滿的體格；氣質，則為粘液質的；至其病，則隨心身發育不良而成功庫勒齊思病。

(2) 胸腺及淋巴腺 兩者之作用，不能判明。此在分泌過度及長期存續間，形成虛弱型之體格，與巴捨腺氏病，末端肥大症，雖似亦有關係；但最近則發生很多的疑問。

(3) 生殖腺 於分泌不足者，則產生如去勢者的特殊之長身或肥滿；在心理的，則為遲鈍，而從屬於心者，則為很悲觀的絕望的。

(4) 副腎腺 當激情之際，阿德勒拉林之分泌高漲之事，更能了知。又副腎外皮，則能謂為於去勢者，而代理生殖腺之作用。

(5) 副甲狀腺 似與甲狀腺營或程度之反作用。即由甲狀腺分泌不足或剔出此而表現之症狀，則被理解為至或程度的副甲狀腺之作用。其特徵，在於致體溫之低下，聲帶，顏面之強直，肌肉反射之亢進，平滑筋及血管之攣攣，舞蹈病之發作，代謝之障礙等事。

威爾德那覺，以右述分泌學說為基礎，分人格為副甲狀腺型與甲狀腺型二種。前者，有過敏的副交感神經系，其精神生活，是機械的，顏面，是無表情，而有不影響於意思及空想的強直的直觀像 *Anschauungsbild*。後者，有過敏的交感神經系，其精神生活，則有交感而耀目，空想盛而情緒富的容易變化的直觀像。葉尼西那覺，對於此，則分人格為統合型 *integrirter Typus* 與分散型 *disintegrirter Typus*。在大體上，則為前者近於甲狀腺型，有統一的心理作用，後者近於副甲狀腺型，有分離的強直的心理。

於右述性格學的類型構成而被注意者，乃其現與中央神經系特別大腦，完全失掉關係，而視腦體·內分泌腺·循環作用·植物性神經系等，為性格的基礎之事。

體格性格型——於刑事生物學的研究而應注意者，是庫勒齊米爾之體構性格說 *Körperbau-Charakterlehre*。彼分體格為肥滿型·鬥士型·無力型三種。分性格為回歸性與乖離性二種。茲說明二種性格如次，並認為與體格型有密接的關係。

(1) 回歸性 此在積極方面，是實際的且社交的，富於外界適應的能力，是溫和而顯然樂天的，有善良的氣質，但在消極的方面，則是淺薄而無自信力，是不安定，是氣弱無遠慮而多辯。其精神狀態，則往復於興奮與悲哀之間 *diabetische Proportion*。然與此項性格一致的體格型，則為肥滿型，兩者間，有生物學的親和關係。

(2) 乖離性 此與性格相表裏。表面，雖是冷酷·平靜·無表情，但內面，則是多感且是熱情的。兩方中間，常被用冷確石板而隔絕。因而性是非社交的，乏外界適應能力，樂自我中心的內面生活，是冥想的而有喜孤獨生活的傾向。其精神之擺，則往復於冷淡與感傷的兩端 (*psychästhenische Proportion*)。否則，正確言之，則同時是冷淡的是感傷的。然與此項性格一致之體格型，是無力型及鬥士型，而兩者則立於生物學上的親和關係。

庫勒齊米爾，尚認以上二大對立之變形，即非成形的特殊型 *displastischer Spezialtyd*

之存在，分之爲去勢的長身，去勢的・內分泌缺乏的肥滿，小兒樣不全成形（Hypoplastische）三種。

右述體構性格型之生物學的基礎，庫勒齊米爾，亦不能不研究與內分泌之關係。但彼以爲特定之內分泌腺，不能產生此種性格體構別，凡血液化學的條件（內分泌・內臟分泌・血液型等）之總體的關係，則產生之，在此項全條件，有兩大類別，此一羣成爲優勢時，於茲，產生回歸性肥滿型，他一羣盛時，則產生乖離性無力型或鬥士型。彼於此二大性格，是從精神病者之臨床研究而得，其於早發性痴呆症・躁鬱狂等，由不認何等解剖的變化，遂以此等爲種種乖離性及回歸性的極端化的場合。

體構性格型與犯罪性之關係——庫勒齊米爾，因爲便於其學說的刑事學的利用，製作精密的心理生理一覽表 Psychobiogramm。其類別有遺傳，生活歷，氣質，性格（回歸性及乖離性，各爲三分，並特別認七種特殊型），衝動生活，性格複合，社會的態度，智能及身體檢查八項。是雖極其詳細，然在此不及備論，唯將彼之機構說，應用於犯罪者之實際的研究，略舉二三。

一九二三年，費爾修他因，就斯脫拉司布爾西刑務所，檢查囚人一五〇人，其結果，認為乖離性有五八%，回歸性有一二%，密黑爾，於克拉茲刑務所，認為在重罪犯人二二五人中，有八九%係乖離性，一一%係回歸性。又魯德，調查囚人五六三六人的結果，肥滿型甚少，無力型・鬥士型・非成型甚多。自犯罪種類觀察，前者對人犯・風俗犯稍多，後者，則累犯者，改善不能者，乞丐，浮浪者及財產犯最多。即對人犯及風俗犯，亦且有凌駕前者而上之之觀，回歸性與乖離性之關係，亦與此相應。又根據李德最近的研究，則有如左表。

	體格型		性格型	
	被檢查人數	無力量	鬥士型	肥滿型
傷害常習犯	二〇〇人	一六・〇%	四三・五%	三・五%
竊盜常習犯	三〇〇人	(在兩者之中間)	六八・五%	三一・五%
詐欺常習犯	三〇〇人	四一・三%	三三・〇%	一六・六%
			五七・三%	四二・七%

尚有對照犯罪人與常人之體格型者，則有如下列報告。

刑務所別	被檢查人數	健否	研究者	體格型		
				無力型	鬥士型	肥滿型
哈爾列	一五〇人	健康	魯德	五二%	四〇%	八%
利脫勤伯恩	九一人	精神病	魯德	四二%	四五%	一三%
格諾	一〇〇人	健康	密黑爾	三二%	五七%	一一%
克拉茲	二二五人	健康	伯密爾	三二%	五八%	一〇%
非犯罪者	僅就成年者		魯德	五〇%	三〇%	二〇%
	包含未成年者		魯德	六〇%	三〇%	一〇%

由此觀察，則犯罪者特別重罪犯人，其為乖離性且就中為鬥士型者，其數最多，當能首肯。至肥滿型。回歸性者，縱非完全不為犯罪，但其罪亦為輕微感情的。關於如斯體構型與犯罪之密接關係，及其如何而易與重罪或輕罪結合之點，伯密爾的個別研究，有助於直觀的理解者，乃就鬥士型，無力型及肥滿型，各引一件足為其代表的殺人事業，詳晰敘述，俾體構與犯罪之動機及種類之間之密接的關係，由是大明，而於是乎使統計與個別心理，融合現實。批判——其為少數且有社會的適應性之肥滿型，犯罪者少，反之，有非社會的性質的乖

離性，犯罪者應多，是吾人自始所豫想。右述各項研究，皆止於爲此立証。但吾人，不應以上述單純的體格型，性格型之區別爲滿足，更有細加分析而調查其犯罪與素質及性格的類型的關係之必要。庫勒齊米爾本人，亦如前述分性格型爲六種，更曰：「縱爲同程度之易激性，然因與如何性構相結合，則結果發生重大之差異。例如在『滿型中之怒，易消散而無大害，反之，憤怒與乖離性相結合時，則誠恐發生犯罪』」，此項方面之研究，不僅對於犯罪性本質之理解，給與有力之援助，進而關於裁判・行刑・保安處分等，其所得之教訓，亦不少也。

（二）遺傳學的研究

今日支配遺傳學者，是敏德爾之法則。其詳細雖與吾人無關，但應注意者，乃遺傳型 Genotypus 與現像型 Phenotypus 之相異。前者，乃一切包含於生殖細胞的素質，後者，是其實際上的發現形，吾人觀察之所得者，僅後者是也。在現像型，到如何程度，方表現遺傳型，因視環境的影響如何而定，所以由同一遺傳型，不必產生同一現像型，又反言之，縱同一現像型，亦得由相異的遺傳型而產生。其次，應注意者，是異種生殖中的優性劣性之關

係，劣性遺傳質，在初代，不顯現於表面，但由同族生殖，於次代產生同種胚成 Homozygo 之場合，始成功現像型。此項劣性遺傳質，為犯罪發生的異常素質時，同族結婚，則危險於以釀成。

犯罪生物學上遺傳負因的研究，其主要者，有先系血族中的精神病・神經病・酒癖・犯罪性・卒中・異常性格・自殺等事。若就此點對比哈爾脫夢關於一九九人之犯罪人研究與德葉姆關於一一九三人之常人研究，則其結果如下：

遺傳負因	酒癖	犯罪性或異常性格	精神病	神經病	自殺	小計	卒中	通計
犯罪人	二九・六%	一九・一%	一五・一%	五・〇%	一・〇%	六〇・八%	?	?
常人	一七・七%	一〇・四%	三・八%	八・三%	一・一%	五二・三%	一五・六	六六・九%

由此觀察，則有酒癖及犯罪的異常性格之負因者，在犯罪人，顯為常人所遠莫能比。然據再格及否克脫勒德爾之所見，此等負因，在少年犯，則能達可驚之高率（八六・五——九五・四%），但據克爾列，則以為少至五八%。

上述總括的遺傳質之研究，止於顯示其蓋然性，未能闡明內的關係之存否，近時，則發生僅就確實的精神病而研究之傾向。第一應注意的，是牛敦之研究，彼意以心神劣弱當由於同種胚成，特別就早發性痴呆而進行研究，霍布滿，米堪朶爾費爾，克爾脫爾德，拉伊茲等，亦以爲乖離狂 *Schizophrenie* 當爲機構的特性之遺傳，肖脫姆布爾，亦因欲證明同樣之性格遺傳，爲犯罪之原因，其比較一回犯者與累犯者之旁系親族的犯罪性之結果，認爲不問環境如何，其犯罪者，常以後者爲多。其與此有關係的蘭克之雙生兒研究，亦乃有興趣之事。若據彼所云，則在三八組雙生兒中，除去非犯罪之八組外，就其餘三〇組而觀之，其單卵生雙生兒一三組中，有一〇組，雖雙方犯罪，而且其犯行之種類經過等，亦相類似；但異卵性雙生兒一七組中，雙方共同犯罪者，僅止二組。於是彼得結論曰：「遺傳質，占犯罪原因中的最優位，其事已無可疑。」

(三) 刑事生物學的研究之氣運

次於上述機構或遺傳生物學的研究，欲將此等所有條件，作概括的研究者，其氣運已勃

與於中歐各地。其重要中心地有二：德意志之巴伊耶爾，奧大利之克勒茲是也。茲將德奧兩學派研究方法之概要，述之於左：

巴伊耶爾學派——此派研究，主要是以累進制行刑制度之改善為目的，自始富有遺傳生物學的色彩，所謂：「從加爾馬克斯唯物論的經濟學說為頂點的一方的環境說而復歸於生物學的直觀」者是也。其說，認遺傳質與個性有不可分的關係，環境僅止於供給機會，其結果當然以犯罪為宿命的。但其研究範圍，不限於狹義遺傳學的方面，是由廣泛的性格・體構・內分泌・疾病等之生物學或醫學的研究，迄於環境・職業・教育・心理檢查・犯罪性等之社會學的・心理學的觀察，其質疑事項，則達五一項之多。此雖主要的是待醫師之手而為研究的事項，然彼派則自一九二七年擬定心理的社會的研究事項，徵詢教育家，宗教家的意見，而以之供個性解釋的參考。

於是在慕尼黑刑事生物學研究所收集的調查報告件數，在一九三三年九月中旬，併合九千一百餘件之生物學的研究與七千五百餘件之心理的社會的研究計算，則達一六六五〇件，現今巴伊耶爾，僅次於比利時而為歐洲最有豐富的犯罪材料之地，其以此材料為基礎的病

後經過研究，亦上七八七件之多。次之，不必僅巴伊耶爾之材料，可資依據，魯德所著「刑事生物學之研究方法」（一九三三年），是亦屬於此學派，而可注意者，彼申述多元的方法論之必要，分本書為原因論，縱斷分析法（既往症學），橫斷分析法（症徵學）。類型論。豫防法。病後經過論（病後經過症學）。諸研究法批判七章而為論究，是或將來可成為刑事生物學研究的指導善本。

巴伊耶爾學派之批判——費爾修他因，根據上述研究之結果，得以下之結論曰：「囚人五〇%，為病後經過不良，而改善無望。有經驗行刑官之判斷亦然。」此項斷定，其對之而為反對論者不少，就中季費爾茲駁之曰：「如五〇%改善不能說，是乃最近教育刑論之反動，為今日醫學的特別心理學的。社會學的研究所不能承認。肉體的研究方法之缺陷與實行困難，既被羅贊費爾德所指摘。況如行刑官之判斷，除敘說從來自由刑之失敗而外，則一無所有。若以此為根據，則即不免仍陷於循環論法之窠臼也。」又威爾修他脫論巴伊耶爾學派之缺陷，在其有穉話性 *Marchenhaftigkeit*，尚須為更精密的個別的心理分析，環境的研究及較此等更精密的精神科學的解釋，其於美國西尼一派之刑事社會學的。批評的研究法，則予以

讚賞，而於巴伊耶爾學派，則非難其不認識內生犯 *Endogeniker* 與外生犯 *Exogeniker* 的明白的區別。

巴伊耶爾學派之批判，大體盡如上述。但唯季費爾茲氏的反對論，與其謂為學的事實批判，寧謂係刑事政策的批判，是捉住尼布滿一派之極端的特殊防衛的教育刑思想，彼自身已不能不謂為陷於循環論。此項思想，其給與於整個刑事行政，究有如何多的危險，今日尙未能盡知。最近日日可怖的重罪犯之增加，是何因而起？刑事行政，何故刻刻失却良民之信賴與對於犯罪者之威力？五〇%改善可能率，對於教育刑論者，固不能不謂為尙留有餘存之領域。但吾人之理解，以為將整個刑事行政為內的強化，而從犯罪增加中救濟全國民之事，視其僅欲努力於上述五〇%之改善者，更為緊要的刑事政策之任務。而生物學的研究，為此供給實證的根據，一則闡明犯行與犯人之關係，確立個人對於國家之責任，二則詳審犯人之特性，而使思考適當保護處分或由某場合，為種族向上而施行斷種政策的必要，且教育刑・特殊防衛等，亦依此而知其適當之限界與方法。唯其研究之成果，經多年多量努力之後，始可能得之，則巴伊耶爾學派，謂為此方面之開拓者，亦無不可。

克拉茲學派——次之當注意者，即在與國克拉茲大學的練茲教授唱導之下所成立的「刑事學會」之業績是也。此項學會，在如何意圖之下成立，練氏所著「犯罪生物學原論」上，已有說明。茲錄之於下：曰：「犯罪者，乃環境影響下的全人格之暴露也。是先天的及後天的精神身體的潛勢力之現勢化也。而為犯罪生理學之研究對象者，乃為全一體之人格，其生成及本質，欲如何而為認識？而為評價？是有犯罪生物學的研究法。原來，人格是精神的身體的全一體，其在本原，是立於遺傳基礎的中性的存在，於特定之環境，顯示特定之發現形即生活歷，此生活歷又轉而給與人格以形成的效果，於茲產生人生。於是本來不能感覺的人格之本質，於特定之人生，而至於有為特定之身體的精神的生活表現之傾向——即性向之 *orientation*。此項各個性向之體系的結合態，稱之曰性構 *Struktur*，而各種性構之統一的，錯綜的或對立的全體，則構成人格，在茲人格內而犯罪發生的性向或性構，占住優位的場合，於此產生犯罪的人格，是犯罪生物學的研究對象，此乃人生全過程中難分的一齣，由加外界及自我自體之工作於生來素質而成立的全一的體系。但此項全一體，是一種潛勢力，不能由外部而認識，故於此發生依據性向及性構之身體的精神的象徵——即本來非感覺的中性的存在

的人格之可感覺的形而下的表現型(動的或靜的)以理解人格本質之必要。然把握此項象徵最適切之手段，在於結合一般法則化的自然科學的研究法與特殊法則化的精神科學的研究法，斯即直觀的把握或移入體驗 *Miterleben* 的方法，此為理論的根據者，以對於各部，是為全體之論理的先在 *Logische Priorität*。」

由是，在本學派，凡遺傳的要素、生活歷、體格、行為、動作、態度等，皆於象徵的意義而為理解。其結果認識智的、情的、意的、內向的、外向的、乖離的、回歸的、自我的、性欲的、社會的各種性構類型，就其各階段各類型而為犯罪發生的意義的研究。故其調查事項，亦適應此而涉及生活歷、親族關係、拘禁中的體驗、身體的病理的檢查、心理的生理的檢查、個性、病後經過等多方面，苟便於人生及人格之理解者，盡網羅之，其詳細則在此地不能罄述。

克拉茲學派之批判——關於本學派的方法論，吾人感覺不能滿意者多，先觀醫學的生物學的一般法則化的研究法與哲理的直觀的個別法則化的研究法之矛盾，在茲方法論，尙不能謂為得完全調和。次之練茲亦有混同單純的實在經驗的研究與應當之研究（即法律的規範的

評價之嫌。彼在經驗科學的身體檢查及心理檢查，常交錯刑事政策的思念，在行爲之類型別，常豫定關於行爲者社會的危險性之病後經過判斷。故彼之研究，雖稱之爲生物學，亦常侵犯法律學之領域，斯在事實上，雖是克拉茲學派意識的所努力且爲其特長之一，但其餘多方面的研究法，則容易發生一部分的矛盾，其表面的折衷說，則又不得避免缺乏明確指導理念的非難。

(四) 刑事政策論

此點，既就各個而略述之，但要約之，生物學的犯罪研究先於其個別的觀察，闡明行爲與行爲者無差別的抽象的自由意思不存在之事，於此點縱若擁護自由主義的主觀說，但其於全體的觀察，則給與實證的基礎於民族改善思想，遂至發見超越自由主義。個人主義的價值，而將來之刑法，應亦建築於此項根底上面。

次之，當裁判特別量刑之際，刑事生物學的知識，當爲裁判官不可缺的要素，又關於責任論，強調對於社會個人之責任，行爲主義及責任應報之觀念，成功爲刑法之中心思想。於是凡爲刑之根原的應報理念，比較自由主義的責任論，有很深刻的意義，

尙行刑，亦以爲量刑之實行，是不可不與此立脚於同一之指導理念——卽應報主義，教育亦僅於不違背此項理念的限度內，是可能的，是必要的，斯又以生物學的個性認識爲基礎，始得期待最多之效果者也。若是，將來之學說、立法、司法、行刑等，其於刑事生物學之研究，固皆有其必要。

——未完——

前期正悞：八九頁第三行 *Odipus*

九二頁第一行威資克斯倍·爾克。



波蘭新憲法（一續）

陳耀東

第五章 參議院

第四十六條

第一節 參議院爲第二立法機關，其職權在審核預算，及爲衆議院所通過之案件，並得參加公債之監督。

第二節 參議院得參加左列各事之決議，其職權與衆議院同，但無創議權：

- （一）關於要求政府或一部部長之辭職；
- （二）關於大總統發還兩院重行審查之議案；
- （三）關於憲法之修改；
- （四）關於戒嚴命令之撤銷。

第四十七條

第一節 參議院以參議員組織之，議員中三分之一由大總統任命，三分之二由選舉方法決定之。

第二節 參議院之任期，其開始與終止與衆議院同。

第三節 參議院之選舉法應規定參議員之數目，推選之方法，及有選舉權與被選舉權之人之種類。

第四十八條

本憲法自第三十四至第四十五各條對於衆議院之規定，亦適用於參議院。

第六章 法令

第四十九條

第一節 法令之種類如左：

(一) 法律；

(二) 大總統之命令。

第二節 法令不得與本憲法相牴觸。

第五十條

第一節 立法創議權屬於政府及衆議院。

第二節 預算，軍隊之召募及批准國際條約等案之提議權專屬於政府。

第三節 衆議院非經政府之許可，不能通過關於未列入預算而須向國庫支取經費之議案。

第五十一條

國債之發行，國有財產之處分或抵押，其價值逾波幣十萬以上者，國稅及其他公共捐稅之徵收，關稅，特許專利，與貨幣制度之規定，以及國庫對於財政上担保之接受，皆須以法令爲之。

第五十二條

第一節 與他國締約，不論爲商約或爲關稅條約，凡爲永久增加國庫之負擔，且以新負擔加諸人民，或爲國家邊疆之改變者，皆應依照規定方式，先得參衆兩院之許可，方得

批准。

第二節 如有不可遲延之情形，大總統得依內閣之呈請，於未批准前，暫時宣佈商約或關稅條約之全部，或其中條文之數款。

第五十二條

第一節 衆議院所通過之議案，概應咨送參議院審查。

第二節 參議院對於議案提出否決或修正之決議，除衆議院以五分之三之大多數予以否決外，概應認爲通過。

第五十四條

第一節 凡依憲法通過之議案，應由大總統簽署，方生效力，幷應在波蘭法律公報內公布之。

第二節 大總統於接受議案三十日內得將原案送還，衆議院請其重爲審查，但衆院不得在下屆常會前爲之。

第三節 如兩院全體議員之半數以上，依照原案，不加修正，再為通過時，大總統應即簽署公布之。

第五十五條

第一節 法律應規定大總統有於一定時期與範圍內頒發命令之權，但此權力不能為憲法之修改。

第二節 衆院休會時，大總統若遇緊急情形，得在國家立法範圍以內，頒發命令，但有左列之例外：

- (一) 關於本憲法之修正；
- (二) 關於參衆兩院，選舉之法律；
- (三) 預算案；
- (四) 課訂國稅及創立專利制度；
- (五) 幣制；

(六)發行公債；

(七)處分或抵押價值在十萬波幣以上之國家產業。

第三節 依據本條規定之命令，應由內閣之呈請而頒發之，且僅可以法令修正之或停止之。

第五十六條

關於政府之組織，軍隊之最高統轄，或為政府行政之組織，皆可隨時頒發命令，且其修正與停止，亦應經大總統頒發相同之命令。

第五十七條

第一節 大總統之命令有與法律同等之效力，且須就其在憲法上之根據，公布於法律公報。

第二節 如本憲法或其他法律為特殊立法之需要須訂立一種法律時，大總統按照本憲規定之條件所頒布之命令，有其相同之效力。

第七章 預算

第五十八條

第一節 國家之預算，每年以法律定之。

第二節 政府應在下屆預算年度未開始之四個月以前，於衆議院會議期內，將預算草案提交衆院審查之。

第三節 衆議院之審查預算案，須於政府提交日起之九十日以內爲之；參議院須在衆議院規定期限屆滿日起之二十日以內審查之。

第四節 衆議院審查參議院所提之修正案，應在參議院規定期限屆滿日起之十日以內爲之。

第五節 大總統之公佈預算，應依下列之規定：

- (一) 預算案由參衆兩院在規定期限內通過時，以兩院通過之條文公佈之；
- (二) 參議院在規定期限內對於預算無決議時，即以衆院之條文公布之；
- (三) 衆院在規定期限內對於預算案或對於參院所提之修正案無決議時，即以參院之

條文公佈之；

(四)兩院在規定期限內對於預算案均無決議時，即以政府所提之條文公布之。

第五十九條

第一節 凡非預算案內規定之經費，概不承認；即增加預算案內所規定之經費，亦應得政府之許可。

第二節

政府非依法律之規定，不得支用經費；但國家有緊急危險時，不在此限。在此情形下，政府應依內閣之決議，支用經費；而在此項決議通過之七日內，咨請衆議院審議關於加增之款額之分配。內閣之決議，應於官報內公布之，且同時應將決議送達審計部。

第六十條

第一節 國家不可無預算。

第二節 如參衆兩院業已解散，預算案或一個月之預算草案至新年度開始未經通過時，政府得依照上年度預算之範圍內徵收稅捐及支用經費，至新衆議院首次會議通過政府提出之預算時爲止。

第三節 如衆議院完全否決政府所提之預算草案，前項條文之原則，亦得適用；如遇此種情形，政府應以新預算咨請衆議院審查之，同時政府根據上年度預算支用經費時，每項不得超過全遭否決之預算案所擬訂之數目。

(未完)

前期正誤

頁	行	誤	正
五八	七	法院	法官

五八	十一	得國家法院	得命國家法院
五九	十二	於舉	於選舉
六二	五	選集會	選舉會
六三	五	大政府方針	大政方針
六三	七	範圍	範圍
六三	九	組織	組織
六四	八	議說	議院
六五	七	議說	議院
七〇	五	權免	免除權
七二	十	官吏	官吏
七二	十	衆院	衆議院

法學叢刊 研究材料 波蘭新憲法

法學雜誌

第八卷 第五期

本號要目

中國巡迴審判攷.....	董康
常設國際法院之組織與權限.....	黃廷英
羅馬之司法制度.....	丘漢平
美國的法院組織與權限.....	黃應榮
西班牙司法制度.....	周樹
瑞士的司法制度.....	路式導
日本司法制度大要.....	判事三宅正太郎著 梁祖厚譯
阿根廷巴西智利等國之法院組織.....	章在堪
關於改良司法之我見.....	俞承修
兩大法系法院組織之比較.....	孫曉樓
全國司法會議提案摘要.....	
日本行政法(續).....	鄧定人譯
法律解釋.....	

東吳法學雜誌社

社址上海崑山路一四六號

專載

司法會議重要提案摘錄（二續）

擬設立法典討論會爲修改現行民刑法及民刑訴訟法之準備案 第八號

我國各種法典夙欠完備自國民政府成立經立法院之努力修訂不數年間凡民刑法民刑訴訟法均次第頒佈內顧社會之需要外應世界之潮流固已審慎周詳期臻至當惟是創制之初鑒於我國經濟落後社會之進步渾鈍原欲藉法律之力爲促進改革之先聲而施行以來卒以社會現狀未能完全適合推行尙多窒礙勢所不免約略言之

（甲）關於民法者十九世紀歐洲各國之民法皆以個人主義爲本位由此主義生三大原則即個人意思自由之原則僅就自己故意過失之行爲負責任之原則及尊重個人財產權之原則也是也然

個人之利益過於尊重則團體之利益往往難於兼顧是以最近學說咸主張移個人本位而爲團體本位此三大原則遂有修正之必要蓋立法主義與社會政策常息息相關社會政策之所趨立法主義恆不能不因之而有所轉移也我國民法沿襲歐洲各國法系亦以個人主義有本位對此三大原則之流弊雖已力圖防止而百密一疏仍覺有所未盡撮其要者言之契約之訂立固屬自由但拒絕契約之訂立有妨害社會之利益者應認其有訂立之義務已訂立之契約因嗣後情事之變更致妨害社會之利益者因認其有修訂之義務民法關於此點僅有第四百四十二條第八百三十九條第二項等少數之規定似不能謂無遺漏近世大企業勃興因其業務之性質致社會常有受其危害者故凡因企業所生之災害立法上應採無過失責任主義卽企業人雖無過失亦應使其負賠償責任民法關於此點未設特別規定似不足以應社會之需要至個人意思自由之原則及尊重個人財產權之原則若絕對貫徹則與之交易者易受不測之損害爲保護交易之安全起見實有犧牲個人利益之必要民法所定無因行爲及保護善意第三人之制度其立法理由卽在於此但民法第一百六十八條所定共同代理之原則爲德瑞法日諸國所不採亦非我國習慣所固有尊重本人之利益而不設保護善意第三人之規定於交易之安全至有妨害以上各點

在民法頒行以前法院可斟酌條理爲具體衡平之判斷民法既經頒行卽不能於法外加以裁酌此就最近法律思想而言民法之應修改者一

我國關於私法之立法採民商統一主義祇設民法法典不另設商法法典關於商事除公司票據保險海商另訂單行法規外均規定於民法法典中此種立法主義是否至當實爲重大問題最近之學說又趨向於民商分離之一途卽使採用統一主義民法中亦尙有補充之必要查關於商事民法僅將經理人代辦商交互計算居間行紀倉庫運送營業承攬運送隱名合夥等規定於債編其他如商業登記商號商業賬簿等均屬重要之事項民法尙未有何種之規定關於商事之法律行爲非於民法適當處所另定特則不足與其自由主義迅速主義與夫營利主義相適應民法未設特則似亦不無疏漏此就商事之特殊性質而言民法之應修改者二

制定民法須斟酌固有之習慣親屬繼承兩編無論矣卽關於財產法亦莫不然現行民法編訂匆促事前於全國習慣未克爲充分之調查以致不合習慣之處尙多茲就其最著者言之鋪底之習慣爲審判上顯著之事實而民法絕無規定卽認爲不良習慣亦常設法彌補其缺陷以減少實際上之困難若謂民法第七百五十七條所謂創設物權之法律包含習慣法在內則何不明定

於成文法以杜爭議此就習慣而言民法之應修改者三

我國家族團體爲社會組織之基礎而家族制度之必須保持 總理民族主義第五講內言之甚詳民法第一千一百二十七條第一千一百二十八條規定已成年或雖未成年而已結婚之家屬得請求由家分離家長於有正当理由時亦得令其由家分離是立法趨向已側重於夫妻及其未成年子女之小家族制度夫大家族制度之強制維持如前清律例之規定祖父母父母在子孫不得別立戶籍誠不適於現時之潮流然在鄉村社會仍有大多數大家族團體之存在乃民法關於家之規定寥寥數條遠不如規定夫妻財產制之縝密舉凡家在法律上之地位如何對於社會交易上之責任如何家長對外之權限如何家長與家族間之關係如何家長所爲之行爲爲自己爲之抑爲家族團體爲之不明時每項財產屬於家族團體抑屬於家長或家屬不明時應爲如何之推定皆略而不詳致以個人爲本位之其他規定實用上發生種種困難此就我國大家族團體存在之實情而言民法之應修改者四

關於親屬繼承之事項與一國固有之風俗習慣有密切之關係苟固有之風俗習慣不妨害國家社會公共利益則制定親屬繼承兩編時自應盡量維持庶法律制度與社會生活不致過於

懸殊民法關於該兩編之規定與固有之風俗習慣未能盡合者頗多此等風俗習慣在尙未能斷定其於國家社會之利益必有妨害以前似不能完全捨棄茲舉一事論之禁止同宗結婚在數千年以來之倫理思想認爲天經地義不可移易從來亦未聞有因此禁止之規定而結婚陷於困難者語云同姓結婚其生不蕃雖未必有絕對之真理其範圍亦過於寬泛而我民族之蕃昌究未嘗因禁止同宗結婚而受影響則違反大多數國民之心理許八親等外之血親結婚似非立法政策之所宜他如成年子女之訂婚結婚及兩願離婚父母絕對不得過問（外國法律有規定子女成年後達一定年齡前仍須得父母同意者如日本以滿二十歲爲成年而男未滿三十歲女未滿二十五歲結婚者須得父母之同意）遺產繼承人之資格順序及其應繼分限定繼承拋棄繼承等規定雖幾經斟酌始行定案而輿論之反對者尙多體查實際情形亦覺有與情理不甚相合之處（例如甲有獨子乙除留維持生活之必要財產外罄其所有供乙求學且向友人某借得鉅款益之乙學成後欲與妻趙氏離婚而娶錢女爲妻甲以趙賢孝不允乙不理竟與趙氏兩願離婚而娶錢女爲妻並聽錢氏言請求由家分離嗣後乙用其所學致富然以錢氏故絲毫不以奉其父母其父母以尙有維持生

活之必要財產亦未向其請求扶養甲死乙拋棄繼承或限定繼承甲友之債權遂無着落旋乙又死遺產由錢氏與其獨子丙繼承未幾丙亦夭亡財產盡歸錢氏錢氏乃攜產改嫁其時適甲妻所有維持生活之必要財產因天災滅失求助于錢氏錢氏不顧甲妻亦無如之何此皆適用民法之結果而無可救濟者）究應如何規定始可於不逆時代潮流之中仍寓維持善良風俗習慣之意尙有再加研究之必要此就我國之風俗習慣而言民法親屬繼承兩編之應修改者五

(乙)關於刑法者近數十年之刑事立法固趨向於主觀主義之一端第刑法輕重視世之治亂爲轉移因時制宜要難執一而論我國唐律以降關於刑事處罰本就犯人惡性犯罪影響均行兼顧而道德風紀之尊重安寧秩序之維持尤爲特有之精神最近意大利德意志諸國對於刑法見解已兼採以國家爲本位之防衛主義轉與我國舊律不謀而合現行刑法雖甫經修訂紬繹內容似側重於個人方面之主觀主義如思想犯（即共產思想之類）團體的犯罪等均於國家生存社會秩序易釀重大之危害尙未設有嚴重制裁殊不克應時代之要求各種特別刑事法令未能廢除實爲一大原因至我國家族制度事實上既尙存在倫常觀念即屬不容漠視遠稽歷代律例逆倫案件罔不寘諸重典民國所頒之舊刑律刑法亦定爲唯一死刑果係犯情可原儘可依法酌減仍

非無救濟餘地乃現行刑法第二七二條殺直系血親尊親屬之罪法定本刑竟為死刑或無期徒刑已屬過寬且本條僅以直系之血親尊親屬為限微特如伯叔父母等之旁系尊親不在其內即養子之殺養親子姑之殺翁姑亦未便援用此外又別無加重規定咸與常人同科尊卑夷為一途恩親同於陌路將何以明人倫而厚風俗又詐術姦淫本與強姦及和姦之情節均不相侔本法第二二九條規定以詐術使婦人誤信為自己配偶而聽從其姦淫者處刑用意極為周密惟晚近人心詭詐使用騙術使婦女聽從姦淫其道多端如許以婚娶及乘其危急允為援助之類意志薄弱之婦女並非誤信有配偶關係仍往往為其所愚聽從姦淫迨事後察覺悔恨無從致發生自戕之慘劇者屢見不鮮法院遇有此類案件因律無正條不能科以制裁亦不足以維風化且誘拐婦女破壞家庭安全利害關係奚止被誘之個人刑法於和誘二十歲以上之無配偶人不予論罪二十歲以上之略誘其親屬告訴復定有嚴格之限制在利害密切之親屬每致痛心疾首無所申訴深為民衆所詬病似亦應設法補救以洽輿情

他如民刑訴訟本以敏速妥當為歸比來詞訟日繁動致淹滯事民訟案每以抗告聲請為護符妨礙進行多無裁制刑事自訴案件輒借訴追之門供其敲詐之具且有健訟之徒藉端生事貽累他人均

非明定限制無以減少訟累而戢刁風本院同人就平日辦案經歷深感於各項法典均有修正之必要當本會籌備中已各抒見地紛有所聞雖整理方法尙待審慮未便據付會議但國家法律必須適合國情方能推行盡利爲一定不易之原則各項法典能否推行無阻容非立法常時所能逆料端賴執法之士就實際運用情形詳加體驗抉其利弊所在以供當局之採納此不僅我司法同人應負責任實亦創立新法必經之階段除本院同人所具意見另紙附送以備大會參考外茲擬提議由司法院通令各法院從事審檢實務之人員及各律師公會就實驗所得將現行法典應行修改各點條具意見一面諮各大學教授及職業團體關於學理上或習慣上之意見以六個月爲期徵集齊全卽設立法典討論會精密審議在實體法方面則注重於維持家族制度倫常觀念保存固有良風美俗及適合實際之需要訴訟法方面則注重於芟除無益之程序防制濫訴以省拖累該會委員卽由司法院於所屬機關選定若干人担任就平日考驗之所及共同研討務期得一適當結果再擬具修正大綱送請司法院審核以備立法上之採擇施行至該會委員事務員均由司法院所屬機關之職員兼充例不支薪經費自無問題其詳細組織方法應俟原則通過後由司法院擬訂茲不詳具

附意見書七件

提議者最高法院院長焦易堂

修改民法之意見

(一) 合夥債務歷來判例採連合分擔之制因認合夥人中有無力清償債務或債權人有難於向之索償之情形應由其他合夥人按股分任其所應清償之部分已足保護債權人民法第六百八十一條規定合夥財產不足清償合夥債務時各合夥人對於不足之額連帶負其責任未免過苛因之有資力者不敢輕易加入合夥於商業之發達社會經濟之流通不無影響似不如仍採連合分擔之制較為妥善

(二) 習慣上之物權如北平市天津市廣州市之鋪底權南昌市之碼頭權歷來判例認其有物權之效力其他類似之物權甚多此項物權由來已久且有逐漸發達之勢就中如碼頭權人民資以生活者為數尤夥民法物權編不予規定殊失保護私權維持民生之旨似應斟酌實際情形予以補訂

(三) 近年來男女受新潮流之影響任意訂婚任意離婚流弊甚多訟案亦層出不窮其原因大抵由

於尊親屬無權過問似應於民法第九百七十二條第一千零四十九條所定男女當事人訂定婚約及夫妻兩願離婚添入須得尊親屬之同意一語以資限制

(四) 民法第一千零五十二條所定離婚條件以有本條所列各款情形之一者為限惟婚姻狀態千變萬化有事實上必須離婚而非上述各款所能包括者裁判上每感法律之窮似應比照九百七十六條第一項添入有其他重大事由者一欸期臻完備

(五) 民法親屬編第二章第四節所定夫妻財產制過於細密行之普通社會不惟扞格不通且滋糾紛似應斟酌國情從事改訂

(六) 民法親屬編第六章關於家之規定頗嫌簡略適用上每感困難似應就家長與家屬間之權利義務及財產關係暨管理家務之權限家長推定之方式等項詳為規定

(七) 我國家庭制度為數千年來社會組織之基礎中外有識之士均認為確有保存之價值惟家庭制度與親屬制度有牽連之關係舊律認男系同一血統之親為宗親其妻則為準宗親(即準血親)并於三父八母亦定有限制蓋有維持家庭制度之深意存焉民法既保存家庭制度而於親屬之組織除直系血親旁系血親外所有血親之配偶配偶之血親及配偶之血親之配偶概稱姻

親（民法第九六九條）依此推之己身對於子孫之妻伯叔父之妻及繼母對於夫前妻之子正妻對於夫所認領之子均為姻親并不發生準血親之關係按此項親屬向為組織家庭之骨幹而依民法規定其親屬關係既由親變疎則其維持家庭之觀念即不免寢致薄弱遷流所及足使數千年來之家庭制度發生動搖實堪顧慮似應斟酌社會情形予以修改

（八）父債子還為歷來判例之所認民法繼承編於第二章第一節規定繼承人對於被繼承人之債務負連帶責任外又於第三章為限定繼承之規定如父借債為其子作學費迨學成父死亡其子為限定之繼承而實則其子已得高官厚祿或為富商大賈力能償債債權人竟無從過問揆之情理豈得謂平其他類似之流弊尙多似應將此節刪改

民一庭推事

宋潤之

余覺

張鑑

謹將所擬修改之各法規開列如左

一、民法八三四條只規定地上權未定期限者地上權人得隨時拋棄其權利又八三六條亦只規定地上權人欠租達二年之總額時者土地所有人得撤銷其地上權等語如地上權人不願拋棄其權利及未欠租達二年之總額時土地所有人應永久不得收回該土地似應依日本民法二六八條規定法院因土地所有人之請求得於二十年以上五十年以下之範圍內酌定其存續期間爲妥

二、妻於夫故後與人通姦甚至懷孕生子在吾國一般情形實爲夫家一族不堪忍受之恥辱即在舊律亦認爲有義絕之行爲現行民法一一二八條只規定家長對於已成年或雖未成年而已結婚之家屬以有正當理由爲限得令其由家分離等語是該因姦生子之寡婦如不肯離去故夫之家則其夫族應無法可加干涉似宜依照歷來判例許其家長有令該犯姦有據或因姦生子之寡婦喪失其家屬身分之權爲當

三、新刑法二二七條一項規定姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者處一年以上七年以下有期徒刑同法二四零條規定和誘未滿二十歲之男女脫離家庭或其他有監督權之人者處三年以

下有期徒刑又同法二三九條規定有配偶而與人通姦者處一年以下有期徒刑其相姦者亦同等語依上開各條文則凡未結婚而姦淫滿十六歲之女子及和誘滿二十歲之男女脫離家庭或
其他有監督權之人者均不在處罰之列似於我國國情亦多未合 鄙意應許有監督權者對該姦
淫或和誘之兩造有請求法院相當處罰權庶可維持一家安甯及挽回社會澆漓之風氣

四、民法九八三條二款規定旁系血親之輩分不相同而在八親等之外者不在禁止結婚之列按旁
系血親輩分不相同之八親等依該法所採用之羅馬法親等計算法係與世俗所謂五服總麻之
親即同高祖者相當惟吾國向以同姓不婚為原則曲禮曰娶妻不娶同姓鄭注為其近禽獸也唐
律載諸同姓為婚者各徒二年總麻以上以姦論元明清律均禁同姓結婚清末始改用為同宗不
得結婚現行民法更進一步許於同宗旁系血親輩分不相同之八親等互為結婚默察一般社會
除該地向有同姓結婚之習慣者外其餘殊少因有上項規定而效尤之者足見此種立法實不合
於多數國民之心理且吾國向以禮教立邦人民既尚敦守其舊有良好習慣而在政府尤不應率
自更張使民德日趨涼薄也

五、兒媳於其夫死亡後未與其翁同居因生活困難請求其翁扶養如娘家尚有父母在世依民法一

一一五條二七兩款規定則其父母實爲扶養義務順序在前之人殊與我國父母對其出嫁女不負扶養義務之習慣相反此條似應酌改

六、按有配偶者不得重婚及重婚者應處五年以下有期徒刑爲民法九八五條及刑法二三七條所明定茲查民法九九二條僅載重婚者得由利害關係人請求法院撤銷之而不以之爲當然無效以致司法院院字一二二零號解釋爲未經利害關係人請求撤銷以前其婚姻關係仍屬存在云云此就司法者之立場而言固不足厚非而在一般社會則以刑法既認重婚者爲犯罪行爲乃因未有人請求撤銷之故仍以該犯罪者得有兩妻並得受法律之保護未免令人駭異此條似亦應加修改

七、按吾國四萬萬人口計有百分之八十以上係屬農民而住居鄉村者復比在都市者佔大多數且各地農民僅有少數破屋及田畝者亦殊所在皆是尤以家族制度及聚族而居之習慣實爲吾國國民之特性亦卽爲維持數千年古國迭被外族侵陵尙能光復故土之唯一立國至實現行民法採男女平等繼承其先人財產制權度立意原屬無可訾議惟以僅有破屋數間及田畝少許之農民而生子女多人時則其開始繼承以後不惟分割該項田屋諸多困難且其女既嫁有夫又復生

子與伊兄弟姪共同耕住不便固多而於打破現有家族制度及聚族而居之習慣尤復影響甚大此外寡婦於繼承其故夫全部或一部財產後復行嫁人或如上述（二）之與人通姦生子而又不離去其故夫之家時似於現有社會如聚族而居之鄉村亦屬絕對不能一日相安鄙意對於此種特殊情形應參酌前經施行之已嫁女子追溯繼承財產施行細則第八條辦法設例外規定令該已嫁女子或再醮婦暨夫故與人通姦生子之寡婦應將其繼承之上項財產折價或無償交還娘家或夫家較為有當

民五庭庭長何 蔚謹提

修改親屬法案

一、旁系五親等內禁止相為婚姻民法第九百八十三條第二款惟限於輩分不相同者則輩分相同之姻親如胞兄弟之妻於兄弟離婚或死亡後亦得結婚與我國相同倫理之觀念不無背馳有加以限止之必要

二、妻對於夫前妻之子女認領之子夫對於妻前夫之子女社會上或認與婚生子女同或認有繼父

子關係民法無特別規定概視為姻親與常情不合有改爲準血親關係之必要

三、我國習慣父母對出嫁之女不再負扶養之義務而舅姑子婦間則無論同居與否除配偶及其兄弟外應先於其他親屬相爲扶養民法第一千一百十五條列直系血親尊親屬之義務順序在家長夫妻之父母之前第一千一百十六條列子婦之權利順序在家屬兄弟姊妹等之後是爲人妻者因婚姻入於夫之家爲夫家之家屬服從其家之家長權結果竟不能與夫家之親屬或家屬同受扶養之權利反須向有僅存親屬關係之父母先行請求扶養或不免爲社會所訾議有另設特別規定之必要

四、法律所定收養行爲之特別成立要件不具備如有配偶者單獨爲收養行爲或被收養者之年齡長於收養者或與收養者相等之類其行爲應視為無效抑僅可以撤銷如屬於後者有撤銷權屬於何人民法未定明文解釋上不免發生爭論有補充規定之必要

民五庭推事錢聲教謹提

修改親屬法之意見

依條文之順序略舉如左

(一)第九百七十一條規定夫死妻再婚姻親關係因之消滅徵之我國習慣固無不合乃又規定妻死夫再婚時亦消滅其姻親關係則與習慣不符尤其是無子之人贅婿養老不幸而其女死亡因為贅婿再娶者事所恒有若因此而婿與亡妻之父母應消滅其姻親關係實大違於人情也

(二)第九百七十四條未成人訂定婚約固應得法定代理人之同意然已成人若有父母或祖父母在時似亦應得其同意又禁治產人無行為能力結婚為重大之法律行為似亦應得其法定代理人之同意法律無明文規定亦嫌疏略

(三)關於解除婚約之損害賠償請求權其消滅時效如何並無明文規定其將適用總則第一二五條之規定乎但第一二五條之期間為十五年似未免太長也(德民法規定為二年瑞士民法規定為一年)

(四)第九百八十一條未成人結婚固應得法定代理人之同意然我國之家族制度如尚有維持之必要似子已成人有父母或祖父母而並未分居之時似亦應得其同意若謂父母或祖父母有時無正當理由而竟不予以同意未免與婚姻自由之主旨有礙然自得請求法院以裁判代之此

正無庸過慮也

(五)第九百八十三條於血親之輩分相同者其禁婚之範圍祇以八親等爲限於我國之舊時倫紀觀念頗相背戾似乎其限制之範圍應加以擴張又尊卑爲婚自古以來懸爲厲禁今縱不能拘泥於古而新法於旁系血親在八親等以外者旁系姻親在五親等以外者不予限制其範圍太狹似亦有擴張之必要

前奉

建議人民二庭推事鍾洪聲

院長諭在司法會議前令本院同人發揮改進法律意見以備提案等因茲彙集各庭庭員條陳錄呈

察核上備

採擇

刑一庭庭長黃鎮磬謹呈

對於刑訴法第三百六十八條擬添『自訴人』三字之意見

查近來刑事案增加之原因固多然往往見上海方面當事人意圖省繳訟費每以民事案件提起刑事訴訟經第三審一再發回數年未結者已覺不少現新刑訴法施行後則自訴範圍擴張倘於第三審上訴漫無限制則自訴人不問原判決是否違背法令皆藉上訴叢集於第三審則三審案件必日見其激增刑訴法第三三九條檢察官對於自訴案件之判決既得獨立上訴而第三審又屬法律審與第二審不同如第二審判決果係違背法令則上訴儘可由檢察官提起不必再許自訴人爲無益之上訴以免法院及當事人均受其累

對於刑訴法第二百六十九條第二百八十五條之意見

第三審法院固爲純粹法律審機關但有時核閱原審訴訟筆錄足認原判所認事實顯然錯誤（如明明爲傷害人致死罪而原審誤認爲殺人）第三審法院得因上訴人之指摘或以職權逕爲事實上之審理自行判決不必發回更審以免上訴案件日益增多但第三審法院就事實部分如認被告應受較原判不利之判決者則須發回更審以昭慎重庶審理事實仍不背法律審之精神

對於刑訴法第四六五條之意見

法學叢刊 專載 司法會議重要提案摘錄

本條規定死刑應經司法行政最高官署令准執行云云似應改為司法院令准方足以昭慎重况死刑案件經過最高法院判決確定者為多若須送由不相統屬之司法行政部核准不特有失最高法院之尊嚴且不免重視司法行政機關而不信任審判機關之謂部見此條似應改正

對於刑法第一百七十等條之意見

本條規定直系血親尊親屬各字似應改為直系尊親屬不必加入血親字樣緣血親二字以嚴格解釋不能包括養子養女在內則養子養女對於養父母犯罪者應否加重科刑適用法律不免困難

對於刑法第五十九條之意見

刑法第五十九條酌量減輕其刑既曰酌量似不宜過加制限範圍稍廣俾法官審酌情節得以適當之刑

對於刑法第七十三條之意見

第七十三條應改為酌量減輕其刑者死刑無期徒刑準用第六十四條第二項第六十五條第二項

之規定但有期徒刑拘役罰金其減輕得減至三分之二

對於刑訴法自訴之意見

現行刑事訴訟關於自訴範圍既已擴充對於濫行自訴者似須防範以免被自訴人無辜受累故宜於自訴章規定如左法條

自訴狀中一狀列名被告多人其中有並無相當之犯罪嫌疑實係意在株連者得不傳訊之或於傳訊後停止其審判（如本案判決後自訴人對之另為告訴或發見其確有犯罪重大嫌疑時再行審判）並記載於筆錄無庸併予裁判

蓋自訴人既意在株連一經宣告無罪自訴人一再提起上訴反受拖累或謂自訴人苟係虛偽告訴可律以誣告罪似無庸過慮其無故藉案株連不知誣告罪有特別構成要件非每案皆能符合即非一經告訴不實即可論為誣告而加以處罰也

對於慎重傳訊被告之意見

按現行刑事訴訟各偵查犯罪機關往往一經告訴或告發不問有無實據即一面傳訊被告之人或且任意拘提訊問而於蒐集證據勘驗扣押等項反多忽略僅根據一二人之口供草率起訴法院且據以審判以致案經終審每因證據不明或事實有疑義一再發回更審貽累實深

茲讀前 石次長洪前司長考察日本司法報告第四章刑事訴訟程序甲項內載『告訴或告發案件六抵先僅傳訊告訴或告發人加以調查必認為被告告訴告發人有相當之犯罪嫌疑始傳訊之蓋恐其無辜受累致影響於名譽信用也其由於檢察官自動檢舉之案件於傳訊被疑人尤極慎重』云云似宜仿倣關於自訴案件應格外注意可否由 司法行政部通令各省推事檢察官切實奉行並須定為考查成績優劣之一

對於刑訴法擬加修改各點之意見

- (1) 指定辯護人之案件除高等法院管轄第一審之案件外以法定刑係死刑無期徒刑為限
- (2) 刑事被告具保停止羈押者其收受文書之送達如未經特別陳明者應視其保人為送達代收人
- (3) 宣示判決應自辯論終結之日起三日內為之如係繁雜案件得延長至六日

(4) 提起自訴應以告訴乃論之罪為限

(5) 附帶民事訴訟限於請求之價額在千元以上且係繁雜非經長久之時日不能終結其審判者始可移付民事庭審判但返還原物及交人之訴訟不得移付

對於刑法第四十六條之意見

刑法第四十六條 應修改為「裁判確定前羈押日數以一日或二日抵有期徒刑或拘役一日或以一日抵第四十二條第四項裁判所定之罰金額數」

按未決期內羈押日數舊法得以二日抵徒刑或拘役一日遇有遲至數年始經確定之案件受刑人頗蒙不利之結果本法改為以一日抵徒刑或拘役一日雖可藉資補救惟未決中之羈押究與執行徒刑不同故各國計算之法有以二倍或三倍為比例者若以一日逕抵一日易啟犯人希冀倖免之念對於初判無論是否甘服均上訴至終審為止上訴案件日增反有積壓之弊似以改為一日或二日由法院自由裁量較為妥善

對於刑法第二百二十三條之意見

法學叢刊 專載 司法會議重要提案摘錄

刑法第二百二十三條之強姦殺人罪毋庸列入告訴乃論之內按本條規定係處唯一死刑之罪蓋因其犯罪情節異常重大非嚴重處罰不足以蔽其辜若須告訴乃論有時可以倖免轉與立法之本旨相背

對於刑法第二十三章及第三十章之意見

刑法第二十三章及第三十章內應增加同謀殺人及同謀強盜之規定

按事前同謀并無教唆或幫助行為既不能處以教唆犯之罪亦與從犯之情形有別似應明白規定以期適當

對於刑訴法第三百十一條之意見

本條規定犯罪之被害人有行為能力者均得提起自訴立法者用意雖非無見但在現在社會狀況之下易啟濫訟之端似應縮小範圍以防流弊

修改民事訴訟法之意見

(一) 訴或上訴顯無理由者得以裁定駁回之

(理由) 原告之訴有顯無理由者如起訴請求償還債務而其債務為賭博債務或超過法定限制之利息又如請求撤銷法律行為或准許回贖典物以及離婚或撤銷婚姻而已逾法定期間(其他類此之事件尙多)此種訴訟之無理由既極顯著自可不經辯論而為裁判且其裁判可以裁定行之程序愈覺簡捷又上訴之有上開各情形者及係對於法院本於捨棄認諾或自認所為之判決而提起上訴者第二審亦可不經辯論逕以裁定駁回乃依民訴法規定均須傳喚兩造當事人到場本於辯論而為判決不特無益且滋紛擾

(參改法條) 民訴法 二四九 四四一 三八四 民法七四 九二四 九九零至九九七
一零五三 一零五四

(二) 訴訟程序進行中所為之裁定除對於第三人所為者外一律不許抗告

(理由) 訴訟程序進行中如聲請迴避聲請救助聲請中止均為當事人拖延訴訟之無上法門幾於無案蔑有甚至層出不窮一經駁斥即行抗告而抗告之有理由者百不獲一因此上級法院之案件日見增加下級法院之案件遲遲不能進行司法轉為一般人所詬病現行民訴法對於訴訟進行中所為之裁定雖以不得抗告為原則然其特別許為抗告之規定層見疊出仍不免上述

流弊

(參攷法條) 民訴法四八零

(三) 擴充第三審法院職權使於相當範圍內得審認事實

(理由) 第三審法院之職權因專任審查法律問題而不及事實故遇有第二審判決因遺漏事實或誤認事實致其裁判之結果不當者雖訴訟卷宗內所有之資料極為明確第三審法院仍無權審認必須發回更為審判迨至更審當事人揣摩發回判決之意旨自覺理屈又百計迴護橫生枝節轉使訴訟之真相不明甚至一再更審而不能了結為省訟及防弊計誠宜於相當範圍內許第三審法院審認事實其得廢棄第二審判決發回更審者以第二審訴訟卷宗內事實不明確者為限

(參攷法條) 民訴法四七三

(四) 第一審訴訟程序有重大瑕疵者第二審不得將事件發回第一審法院

(理由) 訴訟事件既經第一審判決且已上訴於第二審其因此所費之經濟時間已屬不少則第一審之訴訟程序雖有重大瑕疵無論是否影響於審級制度仍應由第二審法院就本案加以

裁判無發回第一審更審之必要

(參照法條) 民訴法四四八

(五) 原判決(一二審)雖屬違背法令(包括當然違背法令)而其裁判之結果正當者應為駁回上訴之判決

(理由) 民事訴訟之目的在保護當事人之利益若裁判之結果正當則無論所踐之程序及適用之法律有何錯誤殊無廢棄該判決之必要乃依民訴法規定遇有程序不合而為當然違背法令者(如違背辯論公開之規定或當事人於訴訟未經合法代理)即不問其裁判之結果如何均須廢棄原判決發回更為審判未免與民訴之目的背道而馳且轉足以滋訟累

(參照法條) 民訴法四六六 四七四 四七五 四四六

(六) 法院認訴訟無管轄權者應否移送由法院依職權認定

(理由) 訴訟之全部或一部法院認為無管轄者如其訴訟有移送管轄法院之必要應無待原告聲請法院得逕行移送如認為無須移送(例如原告之訴顯無理由)縱令當事人聲請亦不為移送藉省無益之程序

(參攷法條) 民訴法二八

(七) 公示送達應依職權爲之

(理由) 公示送達依民訴法規定須待他造當事人聲請始得爲之遇有當事人不爲聲請時即無法進行故不若依職權爲之較爲便利

(參攷法條) 民訴法一四九

(八) 由一造辯論而爲判決無須經到場當事人之聲請

(理由) 由一造辯論而爲判決依從前沿用之民訴條例亦須經到場當事人之聲請始得爲之但當事人往往不爲聲請或不知聲請雖一再傳訊而他造不到仍無法爲此判決進行每多窒礙民訴法踵而行之亦有未妥

(參攷法條) 民訴法三八五

(九) 人事訴訟無須定爲專屬管轄

(理由) 人事訴訟之管轄定爲專屬原非有何重大理由邇來工商業逐漸發達人民攜眷出外謀生者多遇有此項訴訟發生均須回歸本籍爲之不特廢時失業進行常感困難且有本案已經數次判決而因違背專屬管轄規定結果仍須將所有判決概行廢棄致法院及當事人所費之勞

力時間及經濟均爲此項規定所犧牲誠屬無謂

(參攷法條) 民訴法五六四 五七九 五八五 五九三 六一六 六二二 二六 四四
九 四六六

(十)抗告事件原法院或審判長認抗告爲無理由送交抗告法院裁判者無須添具意見書

(理由) 歷來原法院或審判長所具之意見書不過就原裁定之理由重述一遍且有選載明與原裁定理由同者抗告法院對於此項意見素不重視惟爲法規所限每案必須添具意見書此亦徒勞無益之舉

(參攷法條) 民訴法四八七

(十一)第二審法院之判決係維持第一審法院之判決者不得更行上訴

(理由) 現制許當事人一再上訴實慮下級法院裁判失當俾有糾正之機會乃當事人往往不明立法真意以爲敗訴若不上訴則於體面有關其因判決錯誤而希圖平反者反居少數迨至纏訟既久欲罷不能傾家蕩產亦所不惜歷次民訴法爲減輕訟累起見對於財產權上訴訟之價額較小者限制不得上訴於第三審行之既久尙稱便利是宜擴而充之對於第二審駁回上訴之判

法學叢刊 專載 司法會議重要提案摘錄

決一律不許上訴以免徒勞無益新民訴法就此雖有應依聲請宣告假執行之規定然恐收效甚微

(參攷法條) 民訴法四六三 四五四

(三)廢除審判費以外之一切訴訟費用

(理由) 現行民訴探有債主義關於審判費用起訴上訴固應繳納即聲明聲請抗告亦然其他如送達鈔錄繙譯登報郵電執行拍賣亦均須一一繳費一案自起訴以至終結人民向法院繳納費用不知幾十百次多者成千累萬少者幾角幾分俗語云衙門八字開有理無錢莫進來誠可爲此寫照馴至吏警因緣爲奸弊竇叢生司法爲人詬病此實重大原因故除起訴上訴之須繳納審判費爲國家財政所限一時無力免除外其餘之一切費用爲數既極細微而又瑣屑異常是宜毅然一律廢除縱云有關司法收入亦須別籌抵補方法不能苛徵病民致失國家設立法院之本意

民一庭推事

宋潤之

余覺

張鑑

建議另訂民事強制調解法處理簡單訴訟並限制上訴以紓民困案

查現行民事訴訟法簡易訴訟程序章規定除有該法第四百零九條第一項各款情形之一者外均於起訴前應經法院之調解並鑒於從前民事調解法施行以來未著成效特增設調解得不公開行之暨法院得依職權選任調解人協同調解各規定以期補偏救弊此蓋深知民事輕微事件迅予調解終結最適合於節省時間勞費之原則而處此經濟破產農商交敝之今日調解制度之推行尤感其必要也惟按諸事實從前施行民事調解法所以未著成效者似在法院方面因該法規定調解不徵費用有恐影響於司法收入推行固不甚努力而調解限在法院推事前行之當事人激於意氣之爭求勝心切每不肯平心靜氣接受調解亦為其最大原因致難達清訟便民之本旨茲擬請另行制定民事簡易訴訟強制調解法其辦法列後

(一)各縣仿照從前鄉鎮息訟會辦法於各自治區公所內附設民事調解委員會選舉本區內公民之鄉望素學識優裕者五人至七人為調解委員呈報該管地方法院(與區鄉鎮自治施行法規

定稍異)

(二) 法院接受簡易訴訟聲請調解事件除依其情形認為不能調解者外應速指定調解委員二人或三人令於三日內召集雙方為之調解

(三) 調解成立者調解委員應速將調解結果呈報法院由該法院傳訊兩造付與調解成立證書該證書與確定判決有同一效力

(四) 調解不成立者調解委員應自召集調解之日起十五日內將調解經過情形報告於法院該報告書應聲述該調解委員調解之意見並雙方或一造不能遵行之情形

(五) 法院接受報告書後如認調解意見適當者應予當事人相當考慮期間命其接受調解如逾期當事人已無異議者視為調解成立付與證書

(六) 法院為使調解易於成立得依調解委員或當事人之聲請多指定一人或二人為調解委員並剴切曉諭當事人接受其意見

(七) 如當事人經過考慮期間仍向法院聲述異議者法院得就其有異議之部分予以審判其已無異議之部分仍視為調解成立

(八)上述簡易事件之第一審判決其訴訟標的之金額或價額不逾一百元或係民訴法第四百零二條第二項各款之事件均不得上訴於第二審且第一審法院應於判決三日內移付執行毋庸經當事人之聲請

(九)聲請調解事件仍按訴訟標的之金額或價額酌收費用由理曲人或由兩造分擔

(附註) 本案第五條第九條辦法日本已見諸實行請參觀石洪兩先生考察報告書第八條限制上訴辦法外國亦不乏先例請參觀法顧問竇道君改良民事訴訟法意見書

建議人民二庭推事蔣福珉

附議人民二庭庭長林鼎章



律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄（二續）

全國未能遍設地方法院以前應准律師在兼理司法之縣政府出庭執

行職務案 第七〇號

查國家之設律師制度特許其代理或辯護訴訟案件者（一）意在使缺乏法律知識之訴訟當事人因律師之輔助得充分主張或防衛其利益（二）律師辦理案件能將適切之事實上及法律上之資料以適當之程度及時提出於法院俾得減少調查之勞力與時間而便利結案前者係為訴訟當事人謀利益後者為收輔助法院結案之效用惟按律師章程第一條之規定律師祇得在通常法院出庭執行法定職務律師對於兼理司法之縣政府則除江浙省曾於民國十六十七年間一度規定律師對於兼理司法之縣政府得受當事人之委託及兼理司法縣政府之指定行其職務外其餘各省兼理司法之縣政府律師則受不能執行職務之限制換言之即未經設立法院之地方均不適用律師制度豈國家對於設立法院之地方則許律師出庭俾為訴訟當事人謀利益而對於兼理司法之縣政

府地方獨不爲訴訟當事人謀利益而竟不許律師出庭未免厚彼薄此說者謂兼理司法之縣政府並非通常法院故不適用律師制度然查繼續有效之縣知事審理訴訟暫行章程應否援用律師制度雖無明文但該章程第四十二條載有法院編制法民事訴訟條例刑事訴訟條例及其他關於法院適用之法令規程之規定除與本章程抵觸者外於縣知事準用之等語更查最近施行之民刑訴訟法對於律師之代理訴訟及辯護等均有明文規定是兼理司法縣政府之準用律師制度已包括於該章程第四十二條之內應請明令特許一體出庭執行職務以維司法體系是否有當敬候公決

提議人吳縣律師公會代表陸鴻儀

吳會善

裁撤檢察處變更司法區域遍設全國地方法院以完成司法制度案

第七一號

縣政府兼理司法乃前代稅政民國肇興相沿未改有背司法獨立之精神無埃觀述我

法學叢刊 專載 律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

一二七

國民政府成立後雖司法當局悉心籌劃逐年添設第一審法院不謬但綜核全國由縣政府兼理司法者仍占多數此種畸形之司法不獨有違 總理五權分立之精神且有碍於法權之收回故欲完成司法之獨立自非全國遍設地方法院不可顧反對之者往往以人才缺乏經費困難爲口實殊不知設治施政貴在因時制宜苟能統察利害熟權輕重則挹彼注此未始無權宜之辦法試略述如左

甲、裁撤檢察處將原有檢察官配置於各地所添設之法院藉以節省經費與疏通人材蓋各級法院內別立檢察處所配置之檢察官不但能真正能盡職依法檢舉犯罪者實屬寥寥無幾而刑事案件因有檢察制度之存在訴訟因以稽延致受拖累者反數見不鮮現在新刑事訴訟法施行後自訴範圍既已擴大檢察事務益覺縮減正可乘此時機撤廢高法院以下各級法院檢察處裁減人員將現有之人材與經費移設地方法院之用豈非輕而易舉有利無弊應請 司法當局注意者一

乙、變更司法區域擴大地方法院之管轄範圍藉以減少添設地方法院之經費按我國地方法院之管轄區域向以舊時之縣行政區域爲準故欲就每縣設立一法院誠覺需費浩繁但面積狹小或事務簡單之縣區域即以二縣或三縣合設一法院事實上亦無若何之窒碍如吾浙之

杭縣嘉興吳興紹興等縣均以舊兩縣行政區域設立一地方法院者即其實例（他省類此情形者正多）如此則地方法院之設置既得減少而經費自可樽節應請 司法當局注意者二當否
候

公決

提議者杭縣律師公會

對於發給債權人權利移轉書據免征費用案 第七二號

查浙江高等法院第一〇七三號指令諸暨地方法院呈為民事訴訟執行規則第七十三條發給債權人之權利移轉書據是否征收費用由內開呈悉查發給債權人之權利移轉書據自應一律征費又查本年七月十二日司法行政部指令浙江高等法院為海鹽縣法院請示關於征收發給權利移轉書據由內開呈悉查民訴執行規則第七十三條發給權利移轉書據應征之費用性質不及審判費用之重要審判費用當事人延不繳納法院僅能駁回其訴尙不得強制執行則此項書據費用不繳納時亦僅能催繳（下略）等語是院部兩令均主張征費惟查發給債權人權利移轉書據乃三次減價拍賣無合格拍買之結果即屬執行上應有之程序現已征收執行費似不應再征權利移轉書據費致蹈重

費征費之嫌況法定執行費依照表列執行標的核算不及百分之一而權利移轉書據費竟征至百分之二尤非所宜且執行規則僅規定執行費并未規定權利移轉書據費則其征收亦嫌無據況部令對於此項費用既僅許催繳不許強制執行結果亦屬徒有其名誠不若免征費用既可減輕訴訟人之負擔更免貽依法無據之誚當否候

公決

提議者杭縣律師公會

律師於調解程序受當事人委任為代理人時應視為執行職務案 第七三

號

查民事訴訟法施行法第十四條載「民事調解法自民事訴訟法施行之日廢止之」故民事應行調解事項已列入同法第四百零九條列舉各條之內即列舉各條之在起訴前應先經法院調解是也查已廢調解法不認律師代理制故律師調解事件不能認為執行職務之一種現在應行調解事件既規定於民事訴訟法之中決不能對於同一事件可視為律師執行職務與不能視為律師執行職務之別（司法行政部指令天津地方法院呈內指字第一一八三〇號內開（上略）至原請示第三點所稱各

節在本部未制定辦法以前暫照向例辦理）且依法之普通性亦不能於同一法律之中適用兩歧之理又查民事訴訟法第四百十九條當事人兩造於期日到場而調解不成立者法院得依一造當事人之聲請命即為訴訟之辯論尤非許律師出庭執行職務不可故律師於調解程序中受委為代理人時依照民訴規定自應認為執行職務之一請求 司法當局從速以明令通知各級法院視為執行職務俾當事人與法院兩得其便當否候

公決

提議者杭縣律師公會

律師公會應有呈請解釋法律之權 第七四號

法律上之研究與運用為律師公會會員之職責因研究與運用不能無疑問之發生既發生疑問自應由公會呈請解釋故律師公會有呈請解釋法律之權本屬毫無疑義從前行之有年不特無絲毫之窒礙且俾研究者得有法律上相當之解答運用上亦殊多便利比因司法當局將律師公會固有之呈請解釋法律之權遽予駁奪使研究法律者不能得澈底之了解運用法律者不能釋莫決之疑團尤非法治國家所應出此况依近例彼鄉鎮公所之自治機關尙有此呈請解釋之權而謂律師公會對於法

律上之疑問反不能呈請解釋似有未洽應請恢復從前舊例俾釋疑義而資應用當否候
公決

提議者杭縣律師公會

改進監獄方案案 第七五號

查我國所有監獄大率設於都市中如漢口上海北平天津南京等此種都市監獄原係就審判機關移送之方便分區劃疆因而設立然事實上審判機關固有設置於都市之必要而監獄並無此必要且都市之設置監獄費用既大監犯又未能得相當之營養與工作兩利之計(甲)應就目前已存在之都市監獄將其設置及建築基地等另謀利用或變賣(乙)復於若干特定之鄉僻區域建設規模宏大之新監獄(丙)是項監獄由司法院設特定之直轄機關管理之凡各地之罪犯處刑在若干年以上者皆送入之各地僅有相當之看守所已足

上述(甲)項理由以都市監獄之基地及房產胥較鄉僻區域貴出多多其出賣或處分所得之值以之創立監獄於鄉僻區域於經濟上當無所損蝕

(乙)項理由鄉僻區域既於經濟上所費較廉而監犯之生活及工作又可較易改進往者立法院於草訂刑法之時多有主張恢復流刑之制以之拓闢荒蕪區域然以行之恐多流弊致遭否決然苟以監獄設置於荒蕪區域而以監犯使爲拓殖之工作則有流刑之百利而無一弊斯亦不可謂非善策

(丙)項理由現存監獄既散立於各大都市以之管理上既不統一而流弊亦時有見聞設依上項(甲)(乙)之辦法而施諸實行復同時將是種監獄直接受司法院下特定機關之管轄則管理事權既可統一流弊可免冗員亦可減汰當否請

公決

提議者上海律師公會

應即成立感化禁戒所案 第七六號

查吾國新刑法已告施行而新刑法中對於幼犯及特種犯罪規定於第十二章中應爲保安處分此固爲各國最新之立法例然此等感化及禁戒處所應即設立俾符立法而重人犯之福利考英國於一八六六年已遍設此種感化院美國於一八三零年左右各地亦俱成立感化院(見 London Blue

法學叢刊 專載 律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

一三三

Book 1704 & Proceedings of American Prison Association) 吾國年來幼犯增多此案不能不謂當務之急應於短時期中促其成立是否請
公決

提案人上海律師公會

爲恢復律師公會關於呈請解釋法令之件仍得呈請解釋案 第七七號

查司法院統一解釋法令及變更判例規則第三條第一項內載：「凡公署公務員及法令所認許之公法人，關於其職權，就法令條文得請求解釋，」云云。得請求解釋者，以各該官署或公務員或公法人，於職權內就法令條文有請求權，換詞言之，爲公法人之律師公會所得請求解釋者，僅以律師章程及公會會則遇有疑義時得請求解釋爲限。逾此限制，依二十年二月二十一日司法院等九六號訓令，應不予解釋。自有司法院前項訓令後，凡律師因辦案對於適用法令有疑義時，即不得轉由律師公會請求解釋。此種限制解釋，殊無充分理由。蓋律師代理訴訟行爲，以法令爲根據，就法令條文上發生疑義時，如不予以解釋之請求權，則其所抱之

疑誤，終難明白，雖可聲請法院對其經辦案件轉請解釋。但權操法官，如法官之成見太深，即無法以濟其窮，必至上訴而始有救濟，然為速結訴訟程序計，殊不經濟。或謂律師公會有機請求解釋，不得啟律師濫為請求解釋之弊乎？則應之曰，法令疑義之應予解釋與否，司法院可衡量該解釋之件是否有解釋之必要，以定准駁。絕不能以非職權內之事項，掛不解答。再查律師公會有請求解釋權，自前北政府司法部迄民國十八年一月四日前之國民政府司法部止從未有所限制。且亦未聞律師公會因請求解釋發生流弊情事。司法院統一解釋法令及變更判例規則第三條第一項之規定，及司法院二十年二月二十一日第九六號訓令，似應有分別修正廢止之必要，是否有當應請

大書公決

提案人上海律師公會

送達費應予免除以省手續而杜流弊案

第七八號

竊訴訟當事人於繳納訴訟費用之後對於法院傳訊日期之通知以及判詞送達等等嚴格言之均

法學叢刊 專載 律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

一三五

係訴訟當事人應享之權利并無另納送達費用之義務蓋送達爲一切訟案之必要程序與執行鈔錄及其他聲請不同零星繳納豈非多事況法院承發吏良莠不齊於送達文件時坐候繳納費用往往予以需索酒資軍力之機會而國家對於人民小至於送達一紙文件尙須徵費則法院雇用下級人員耳濡目染進而要求小費蓋亦制度不良有以啟其端也職會同人與訴訟當事人接觸較多深知其中情弊爲特建議將送達費一律免除或改用一次徵收方法以省手續而杜流弊是否有當還祈公決

提議人上海律師公會

訴訟費用及狀紙應一律刪除各省援請附帶加徵費以輕訴訟人負擔案

第七九號

查現今社會經濟恐慌各業衰敗景象已達極點凡可展舒民困之處均應顧及蓋際此民生凋敝之秋不幸而發生訴訟必不得已而求司法官廳爲謀法律上之解決乃查部定訴訟費用規則其中所定數額本不爲少詎各省尤復按額比例依審級等差視部定之數各附帶加徵計增至五成之鉅在此民

不聊生經濟窘蹙之秋訴訟當事人依部定訴訟費用原額籌措已勉力難支遑論一再按照審級比例附帶加徵實屬力有未逮爲此請求將各省於部定訴訟費用原額外按審級遞行附帶加徵之半數一律准予暫行豁免以舒民困俟將來體察情形經濟復興再行酌予恢復至各省發售民刑訴狀除部定原價外其所附帶加徵五成之狀紙費亦請一併免除此亦按照現時社會經濟狀況聊舒民艱之一法也是否有當尙祈

公決

提議人劉祖望

學習候補推檢人員分發各省高地法院祇宜令辦書記官事務不應即令

担任審判檢察案件以重職權案 第八〇號

查現行民刑訴訟法第三審上訴均有嚴格之限制則第一二審裁判其重要可知絕非甫經考試及格毫無審判訴訟上經驗人員所能勝任乃現今各省高地法院往往以案件紛繁額缺有限輒以分發候補學習人員濫竿充數分配辦案且不論案情繁簡輕重一律畀以治理欲其能盡職責毫無差誤其

法學叢刊 專載 律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

一三七

可得乎故應請司法部長嚴令各省高地法院長官嗣後學習候補推檢人員分發到院祇應先令担任書記官職務或令試辦輕微案件俟一年期滿考核成績優良再令辦推檢事務或與正缺推檢同等分配案件且須依照法院組織法規定任用依次遞升遞補不得躐等躐進以尊名器而重職權是否有當尙祈

公決

提議人劉祖望

各省兼理司法縣政府應一律准用律師制度案

第八一號

查縣知事兼理司法本爲司法經費不充未能普設法院一時權宜過渡辦法而在縣公署訴訟人民所應遵守章制適用法典以及訴訟上所應盡種種義務完全與正式法院相等毫無差別所異者獨不許適用律師制度卽選任律師辯護與委任律師代理而已在各縣辦理司法事務之承審員賢良者固不乏人溺職者數亦非鮮哀哉黎庶徒以國家經濟關係未能普設法院結果不幸生於縣知事兼理司法下之訴訟人民平空受此法律上賦與權利之剝奪及不平等之待遇天下不公之事甯逾於此是亟宜於兼理司法各縣公署一律暫准適用律師制度使與法院相等以濟其平既可杜各縣承審員裁判

上枉法專橫之弊害又可使訴訟人民享受一律平等之實效各縣司法實際庶幾得臻上理一舉數得莫過於此矣是否有當尙希
公決

提議人劉祖望

各省除建築新式監所外尤應切實整理改進各縣舊監所期費省用宏以收事半功倍之效案 第八二號

查各省司法經費中每年監所費用實佔居最大部分近年罪囚尤日增月盛每多方籌措數年計劃始慶建一新監成立後不數月各方移禁又告人滿之患長此以往無論國家經費有限預算委難通融卽建築亦需相當期間又何能咨嗟立辦隨時濟用必至不暇應接不止根本上自非刑事政策變更不易疏通圉救此困難但目前之計與其消耗鉅量經費長久時間添建一新式監所而爲日無幾又告人滿仍無濟於事曷若暫就各縣原有舊式監所責令切實整理改良使戒護衛生工作諸端俱合規程其費用減省而收效較宏尤爲普及甚至或可得當地熱心人士襄贊同情樂於捐輸補助易於集費咸

事在此刑事政策未能變更過渡時期中苟欲各縣監所人犯普得實益新式監所未易逐次舉辦之際惟有勵行整理改良各縣舊監所庶可以濟其窮是否有當尙祈公決

提議人劉祖望

應亟謀改善上海租界內特殊法院以完整國家法權案 第八三號

謹按上海公共租界及法租界會審公廨收回以後，雖經改組爲第一特區地方法院第二特區地方法院，但仍不合於中國正式法院之編制，此種畸形法院，一日存在，即中國法權一日不能完整而尤以檢察權及警察權之仍大部落于外人之手，最可痛心，以致捕房之專擅如故，法官之應付困難又如故，訴訟當事人水深火熱，非可言述，查關於該兩院組織之協定，將於明後二年中先後滿期，爲解除人民苦痛計，爲完整中國法權計，決無再行延展之理由擬請決議由司法當局會同外交當局先事進行交涉，準備尅日撤廢此種特殊法院而易以正式中國法院，是

否有當提請

公決

提議人上海律師公會

法官應獨立行使職務不受環境支配案

第八四號

法官依法獨立行使職權，為法治國家之原則，民國成立以來，吾司法界之得有如此成績，亦賴法曹之守正不阿，克盡厥職，惟最近少數法官辦理案件，以判斷力之薄弱，未能鑑空衡平，以致稍遇重大案件發生，每至委曲求全，應付環境，藉圖卸責，影響於司法尊嚴，及人民權利甚鉅，擬請決議由司法行政部通令全國法院各法官務須獨立行使職權，不得再受環境支配，以維法治是否有當提請

公決

提議人上海律師公會

提議於兼理司法之縣政府一律推行律師制度案

第八五號

查律師制度行之念餘載皆以依法院組織法所設置之法院區域為限對於兼理司法之縣政府則

法學叢刊 專載 律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄

一四一

深閉固拒始終不許律師出庭執務考其拒絕適用律師制度之重要理由當不外以縣府兼理司法之組織不甚完備最顯著者厥為缺少檢察官之配置於公訴上無以形成攻擊防禦之體態乃不得不因噎廢食而限制被告防禦權之行使其他或以為縣府僅設承審其才力有限於雙方當事人各有律師出席聚訟將不勝審判之任者按之實際既未必盡然尤難視為平允之論今查本年七月一日施行之刑事訴訟法已擴張自訴之範圍改訂為凡犯罪之被害人皆得提起自訴行之於向無檢察官配置之兼理司法縣政府尤為適宜則往昔視為難予推行律師制度之窒礙原因業已不復存在若許由雙方當事人各自委由律師辯護或代理以各盡攻擊防禦之能則不論民刑訴訟司承審者惟須持平聽訟將較現制兼為當事人指導或同時謀為公訴之維持者其負擔之減輕而易於勝任亦為事理之當然況以我國財力謀於各地遍設法院恐非數十年內所能形諸事實同屬中華人民乃因地方之殷繁與否而異其訴訟上所得享受之權利亦與約法上所謂國民在法律上一律平等之原意未符倘能因勢利便而解除向來之禁例於兼理司法之縣政府一律推行律師制度亦足藉以補救一時不能遍設法院之缺憾也是否有當謹請

大會公決

提議人俞鍾駱

司法經費應使之獨立案 第八六號

查各省司法經費向由省政府籌撥其弊之顯著者不僅將使法官有仰承行政長官鼻息之虞甚且使全國司法之存在與其發展均有受行政長官牽掣之危以此而欲求司法獨立其害將甚於緣木求魚竊謂各省司法經費應由中央設法統籌分撥庶幾事權悉出中樞而收事半功倍之效是否有當尙祈

公決

提議人蒯晉德

提高法官待遇案 第八七號

查法官俸薄事冗人皆視為畏途於具稍有他法足以謀生者類皆相率以去其在位者之智識能力

法學叢刊 專載 律師公會與公會代表擬提司法會議各案彙錄 一四三

自有江河日下之勢不肖者且將藉以競進苟苴而司法之效率更何增進之可言竊謂法官待遇務使設法竭力提高俾能登進賢材杜絕諂託而收砥礪廉隅之效

陳會員銘鑑參加補充此案意見於后

法官待遇宜優而糾察官嚴蒯會員提案提高法官待遇一款已經說明勿庸再贅惟法官待遇宜優而糾察不可不嚴如法官廢棄職務及收受苞苴之類均宜從嚴糾舉以挽頹風而清法治是否請公決

提議人 蒯晉德

附議人 陸銘鑑

改良法官環境案 第八八號

查最近司法界尙有一絕大弊病即陞陟未必悉由考績而遷調或由於喜怒良由法官待遇既極不良其稍能謀生之徒往往轉入律師一途於是挾其舊日之地位權勢聲氣對當事人則極盡其詐虞之能對司法官且將假爲恫嚇之具在受之者即不無惴惴之懼在不肖者且藉爲逢迎倖進之門試明

法前途尙何言哉竊謂法官環境應使改良黜陟遷調一憑成績不但廉潔堪期即妄躐之風亦可有祛除之望是否請

公決

提議人 蒯晉德

整理各縣司法案 第八九號

查各縣雖有承審員之設但仍由縣長主其大權（指兼理司法縣政府而言）於是不肖黨員以及土豪劣紳之流均可橫加干涉甚至有視代價之低昂以為如何判決之標準者言念及此良用痛心竊謂各縣兼理司法辦法應即取消並應一律改成縣法院由獨任推事一二員行使審判職權其檢察官應無庸設置且亦不必使縣長兼行因現行刑訴法既將自訴範圍擴大則檢察官已將等於虛設各縣司法經費既屬有限專設苦於無資兼行易滋流弊自以不設為宜縣法院推事既由部派則呼應一靈監督自易各縣司法庶有進步之機是否請

公決

提議人 蒯晉德

執行規則宜改定案 第九〇號

查所有權有追及權無論所有物歸於何人占有皆能追及故所有權經過判決認定後而執行者即應爲之將所有物強制點交於所有人今執行規則及補充規則只能執行於判決當事人而不能執行以外之第三人如甲之房屋租於乙因乙欠租甲對乙提起收房之訴經過判決確定准甲收房此時乙因敗訴又將該房轉租於丙而執行者只能遵照原判對乙執行而不能對於丙執行乙雖有交房之名而甲無收房之實如果收房尚須對於丙起訴以此類推所謂對世權追及權皆不能達其目的所謂既判力亦不能收其效果是有法而等於無法有權等於無權展轉訴訟終無解決之一日欲貫通法之效力減輕人民之訴累非增定執行規則不爲功所謂增定之點即所有物經過判決認後無論爲何人占有均應強制執行交付於所有人是否有當尙祈公決

提案者 朱邁

判解要旨

民事判例要旨

上字第五四六號

不動產經查封後債務人將其所有權移轉於第三人者其移轉行為對於債權人固不生效力若其移轉行為係在查封之前則雖在債權人聲請強制執行之後亦不得謂爲當然無效至此項移轉行為如爲假裝買賣即雙方通謀而爲虛僞意思表示者依法固屬無效然如僅爲有害債權人之行爲而非假裝買賣則在債權人提起撤銷之訴得有勝訴之判決以前仍應認爲有效

▲參考法條▼

民法第八十七條 表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者其意思表示無效但不得以其無效對抗善意第三人（下略）

同法第二百四十四條 債務人所為之無償行為有害及債權者債權人得聲請法院撤銷之

債務人所為之有償行為於行為時明知有損害於債權人之權利者以受益人於受益時亦知其情事者為限債權人得聲請法院撤銷之

債務人之行為非以財產為標的者不適用前二項之規定

上字第五五三號

裁判上證據之審酌縱反証之材料有足供心証之採擇亦不能全置其他証據於不問而不復加以切實之討究

▲參考法條▼

民事訴訟法第二百一十三條 法院審理事實應斟酌辯論之意旨及調查証據之結果依自由

心証以爲判決但別有規定者不在此限（下略）

上字第六七八號

（一）損害賠償以回復損害發生前之原狀爲原則故係應行回復原狀者非經合法催告逾期仍不回復不得遽爲金錢賠償之請求

（二）債務之抵銷須二人互負債務而其給付種類相同並均屆清償期者始得爲之

（三）證據之取捨爲審理事實法院之職權若就當事人提出之証據調查已足判斷事實之真偽者對於其他証據自可衡情捨棄並不因當事人曾有其他証據之聲明而受拘束

▲參考法條▼

民法第二百一十三條 負損害賠償責任者除法律另有規定或契約另有訂定外應回復他方損害發生前之原狀（下略）

同法第三百三十四條 二人互負債務而其給付種類相同並均屆清償期者各得以其債務與

他方之債務互相抵銷但依債務之性質不能抵銷者不在此限

民事訴訟法第二百一十三條 法院審理事實應斟酌辯論之意旨及調查證據之結果依自由心証以爲判決但別有規定者不在此限（下略）

抗字第四六一號

- （一）同一債務人負有各個金錢債務均經判決確定而不履行者雖各債權人分別請求執行而執行法院自得就債務人之財產合併執行其各債權人除對於執行之標的物有擔保物權外不得以所受判決及聲請執行在先主張優先受償之權利
- （二）執行拍賣物品之交付應與收納價金同時行之

▲參考法條▼

暫准援用之民事訴訟執行規則第三十七條 拍賣物品之交付與收納價金同時行之

同規則第四十七條 參與分配之債權人除依現行法例有優先權利者外均視債權額數平均

分配

同規則第七十九條 賣得之金交存及分配適用第四十五條至第五十一條之規定

上字第五八九號

當事人對於訴訟上之和解主張未經合法成立固可向試行和解之法院聲請繼續審判但其和解若已合法成立則雖和解筆錄之程式上稍有疵累亦不足以動搖和解之基礎法院即應以終局判決宣示訴訟已因和解而終結

▲參考法條▼

民事訴訟法第三百七十二條 和解已成立者當事人不得就同一法律關係更行起訴

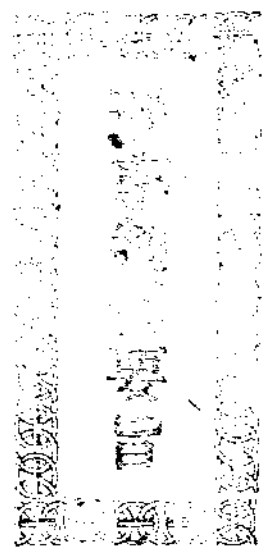
上字第六二四號

官吏於其職務上所作成之公文書苟非有切實之反証當然認為有完全之證據力

▲參考法條▼

法學叢刊 民事判例要旨

民事訴訟法第四百十四條 文書依其形式及旨意得認作公文書者推定爲真正
前項之文書其內容與事實不符者法院得酌量作虛偽或名義之公務員或公署陳述其真偽



上字第三八一號

刑法第三百四十八條至第三百五十條均係強盜罪之加重規定凡犯強盜罪同時合於刑法第三百五十條之情形即屬法規競合當然適用較重之第三百五十條處斷無庸依刑法第三百四十八條論罪之餘地懲治盜匪暫行條例第一條第十二款上段既爲刑法第三百五十條之特別加重規定而刑法第三百四十八條又將於夜間侵入住宅強盜定爲加重情形之一則該條例第一條第十二款上段故意殺人之強盜如同時具有上開加重之情形自應認爲吸

收在內

▲參考法條▼

刑法第三百四十八條第一項 犯強盜罪而有第三百三十八條情形之一者處七年以上有期徒刑

同法第三百三十八條 有左列行爲之一者處一年以上七年以下有期徒刑

一 意圖行竊於夜間侵入住宅或有人居住之建築物或隱匿其內而犯竊盜罪者（下略）

同法第三百五十條 犯強盜罪而故意殺人者處死刑

懲治盜匪暫行條例第一條 凡有左列行爲之一者處死刑

十二 行劫而故意殺人或傷人致死或致篤疾或傷害二人以上者（餘略）

上字第三九九三號

被告之自白雖得認爲證據然其自白如有可疑法院仍應自行搜求事實之真相以爲能否成立

犯罪之證明此刑事訴訟採用實體真實發現主義當然之結果不容當事人之主張有所拘束

▲參考法條▼

刑事訴訟法第二百八十條 被告之自白非出於強暴脅迫利誘詐欺及其他不正之方法且與事實相符者得為證據
被告雖經自白仍應調查必要之證據以察其是否與事實相符

上字第四四四三號

郵政條例第二十八條規定偽造或變造郵票依刑律偽造有價証券罪處斷其知情而發售或行使者亦同云云此蓋因刑律第十八章對於偽造變造郵票及行使並無特別處罰之明文故為是補充之規定現行刑法既已將此種行為規定於第二百二十七條及第二百三十三條之內則上示郵政條例關於依刑律處斷之規定自應因刑法之施行而失效

▲參考法條▼

郵政條例第二十八條第一項 偽造或變造郵票及郵局發行之明信片郵製信箋者依刑律偽造有價証券罪處斷其知情而發售或行使者亦同

刑法第二百二十七條 意圖供行使之用而偽造變造郵票及政府發行之各種印花稅票者處六月以上五年以下有期徒刑得併科一千元以下罰金

意圖供行使之用而收集偽造變造之郵票及政府發行之各種印花稅票者亦同
意圖供行使之用而塗抹郵票及政府發行之各種印花稅票上之註銷符號者以偽造論

同法第二百三十三條 行使第二百二十四條至第二百三十二條之文書者依偽造變造文書或登載不實事項或使登載不實事項之規定處斷

行使已使用之郵票及政府發行之各種印花稅票者以行使偽造郵票印花稅票論
本條之未遂罪罰之

上字第四四八四號

現行刑法關於故意之規定不僅以認識爲已足故故意之內容除認識外更以希望結果之發生

爲其要素觀於刑法第二十六條所謂有意使其發生或稱而其發生並不違背犯人本意云云其
意自明

▲參考法條▲

刑法第二十六條 犯人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者爲故意
犯人對於構成犯罪之事實預見其發生而其發生並不違背犯人本意者以故意論

※※※※※
行政裁判要旨
※※※※※

判字第一號

人民提起行政訴訟須以官署之處分違法致損害其權利爲先決問題

判字第二號

公水之管理權屬於國家如以公水許可特定人之使用除別有明文規定外當然以該管地方行政機關之命令行之

判字第三號

(一)人民相互間引水爭執及因而發生損害賠償問題純屬私法上之關係應由普通司法機關受理自非行政官署所能處置

(二)兼理司法之縣政府對司法案件誤用行政處分形式仍應以民刑裁判或檢察處分論當事人如有不服應依通常訴訟程序救濟

判字第四號

一 商標專用權除得由註冊人隨時呈請撤銷外凡在註冊後於其註冊商標自行變換或加附

記以圖影射而使用之者商標局得以其職權或據利害關係人之呈請撤銷之

二 未經訴願決定之案件原處分官署既自覺其原處分爲不合法本於行政上之職權作用原得自動的爲撤銷原處分之處分或另爲處分

判字第五號

依縣組織法之規定縣政府爲謀公共利益於不抵觸中央及省之法令範圍原得制定縣單行規則

判字第六號

(一) 人民以中央或地方官署之違法處分致損害其權利爲理由得依行政訴訟請求救濟者以其處分之效果仍在繼續之中爲限若其處分之效果已不存在卽不具備提起行政訴訟之要件

(二) 修正監督地方財政暫行法規規定應呈由行政院核轉立法院議決者係指各省及直隸於行政院之市遇有變更稅目增減稅率而言如非變更稅目增減稅率自不適用該法之規定

判字第七號

人民漏稅地方政府根據徵收契稅規程予以處罰自無違法之可言

判字第八號

荒地捐入學校其所有權即屬學校原捐助人無可收回之理至原捐助人生活困難主管官署決定每年由是項學產淨收益項下酌提若干補助其本身生活於法非無不合

判字第九號

(一)人民因耕作地之租賃發生租金誰屬之爭執者係私法關係屬於民事訴訟範圍自不能以行政職權予以處斷

(二)提起行政訴訟得附帶請求損害賠償者以因官署之行政處分違法致損害其權利為限

判字第十號

行政訴訟之提起須以人民因中央或地方官署之違法處分致損害其權利為先決要件不備此要件而提起者自為法所不許

判字第十一號

- (一) 再審願之提起須以經過訴願程序而不服其決定者為限
- (二) 受理訴願官署若係以批示或命令處分而並未依法作成決定書送達者不能認為已經過訴願之程序自應依法再行決定

判字第十二號

商標自註冊之日起就指定之商品由註冊人取得專用權後他人不得於同一商品以相同或近似之標章作為商標呈請註冊所謂近似之者係總括其全部分以隔離的觀察而判定其是否有混同或誤認之虞而言

判字第十三號

命令效力之發生以到達為前提要件到達之者即已送達於受令者之謂若該管機關在命令尚未送達以前而就其職掌範圍內所為之行爲自無庸受其拘束

判字第十四號

當事人使用之商標其文字上所表現之形體既非一致而當事人一方所使用者又必須與其他物形商標聯合一起並不能獨立使用究難謂有惡意之存在



解釋例要旨

司法院咨 院字第一二二九號

為咨復事，准

貴院本年二月二十二日咨（第二五號）開，據實業部呈請解釋農會改選不足法定人數，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，鄉農會之職員，依農會法第十九條之規定，應由會員大會選舉之。如該區域內具有會員之資格不足法定人數，則依法即難成立，自無從改選職員。相應咨復貴院查照飭知。此咨行政院。

司法院快郵代電 院字第一一三零號

浙江省政府鑒。上年十二月微代電悉。所請解釋訴願法第一條疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，官署處分地方公產，有違法或不當時，該地人民就其個人資格，自無訴願之權。但如可認為出於該地人民公共之意思，或可認為該地人民之代表者，自可提起訴願。合電知照。司法院皓印

司法院咨 院字第一一三一號

爲咨復事，准

貴院上年八月十一日（第一九三號）及本年三月十九日（第五零號）咨開，據實業部先後呈請解釋商人通例第十九條第二十條各疑義，咨請查照併案見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，同一城鎮鄉內，就他人已註冊之商號，加以某字樣，或極相類似之字形，營同一之商業，即係以類似之商號，爲不正之競爭。但僅讀音相類似者，不能即認爲仿用。（參照院字第一零四四號解釋）相應咨復

貴院查照飭知。此咨

行政院。

司法院咨 法字第一一三二號

爲咨復事，准

貴院本年四月七日咨（第六四號）開，據實業部呈請解釋公司法第一七一條疑義，咨請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，公司法第一百七十一條，對於公司有盈餘或無

法學叢刊 解釋例要旨

一六三

盈餘時，分派股息及紅利，均有明文限制。故公司雖有盈餘，而其充派股息，僅得以彌補損失及依法提出公積金外所剩餘之部分為限。倘有同條但書情形時，亦僅限於該但書所示之超過部分充派股息。如其分派有超出盈餘總額，或超出公積金之超過部分，即係違反本條之限制，不得謂無明文規定。相應咨復

貴院查照飭知。此咨

行政院。

司法院指令 院字第一一三三號

令安徽高等法院院長陳長霖

陳前院長呈據懷甯地方法院轉請解釋共同訴訟當事人疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，律師公會改選會長，其參與選舉人主張選舉舞弊，以該當選人及選舉時之主席為被告，提起選舉無效之訴，得認為當事人適格。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院指令 院字第一一三四號

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈請解釋田地等不動產之租賃其未定期間而涉訟者能否適用院字第八六三號解釋計算訴訟價額由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，關於田地山場園蕩等不動產之租賃，未定期間者，其計算訴訟價額之標準，亦應適用院字第八六三號解釋。合行令仰知照。此令。

司法院指令 院字第一一三五號

令署江蘇高等法院院長朱樹聲

林前院長呈據揚中縣承審員轉請解釋民法第九百七十五條疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，婚約當事人之一方，無民法第九百七十六條之理由而違反婚約者，僅得依同法第九百七十八條對之為損害賠償之請求。其訴請履行婚約，既有

同法第九百七十五條之限制，自應予以駁回。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院快郵代電 院字第一一三六號

青海高等法院趙首席檢察官覽。本年三月冬代電悉。所請解釋妾犯和姦家長能否告訴疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，家長與妾，既非配偶關係，妾與他人通姦，其家長自無告訴之權。合電知照。司法院先印

司法院快郵代電 院字第一一三七號

雲南高等法院院長覽。上年七月江代電悉。所請解釋黨部候補委員是否公務員各業經本院統一解釋法令會議議決，候補黨委，如依黨章執行職務，雖係公務員，逮捕非現行犯人，非有假借職務上之權力機會或方法等情形，應依刑法第四十三條處斷，不適用第一百四十條加刑之規定。合電知照。司法院先印



版權所有

法學叢刊 第三卷 第十二期

禁止轉載

中華民國二十五年一月十五日出版

編輯者

發行者

印刷者

編輯委員會設 南京豐富路三新里二號

中華民國律師協會 法學叢刊社

電話 二一八六六

南京城內豐富路三新里

中華民國律師協會 法學叢刊社

電話 二一八六六

地址：南京大石橋

江蘇第一監獄

電話：三一七一七

定價表

日本朝鮮與國內同 郵費在內	每月一册 (每月十五日出版)		每册實價三角 郵費二分
	預	定	
	時期册數	國內 外	
全年三册三	半年六册一元六角二元二角		
	元三元八角		

廣告價目表

普通	正	正	文	後	中	元	元	元	元
廣告欄用白紙黑字 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									
特等	封	面	正	元	元	元	元	元	元
優等	對面	正	元	元	元	元	元	元	元
等第	位	全	面	半	面	四	分	之	一

國民政府統一解釋法令彙編發售通告

編制彙編

將最高法院解釋字一號至二四五號暨司法院院字一號至六四七號止（十六年迄二十年終）續編第一

一集自院字六四八號至八三八號止（二十一年度）續編第二集自院字八三九號至一〇一三號止（二十二年度）公布之解釋文件悉數蒐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 彙編每部實洋六元續編第一集每部實售洋一元續編第二集每部實售洋七角 二三編 合購者以八折實外埠

兩購另加郵費彙編二角三分續編各一角三分
發售處 上海貝勒路五七二號上海律師公會

律師老遇春輯

大理院
最高法院
司法部

解釋類編及續編廣告

類編將前大理院解釋二千〇十二號最高法院解釋第二百四十五號司法院解釋截至第四百號止共計二千六百五十號悉數搜入續編將司法院解釋自第四百〇一號至第八百號共計四百號悉數搜入均按現行法令章節分別門類輯爲兩厚冊並均前列目錄以利使用法律者之參考末附檢査號數一覽表以便尋求解釋者之檢査洵爲法官律師縣長承審教員學生不可少之參考書類編每部定價四元續編每部定價一元兩種合購者七扣外埠兩購每部外加郵費五角發售處天津法租界三十號路樹德里七號本律師事務所