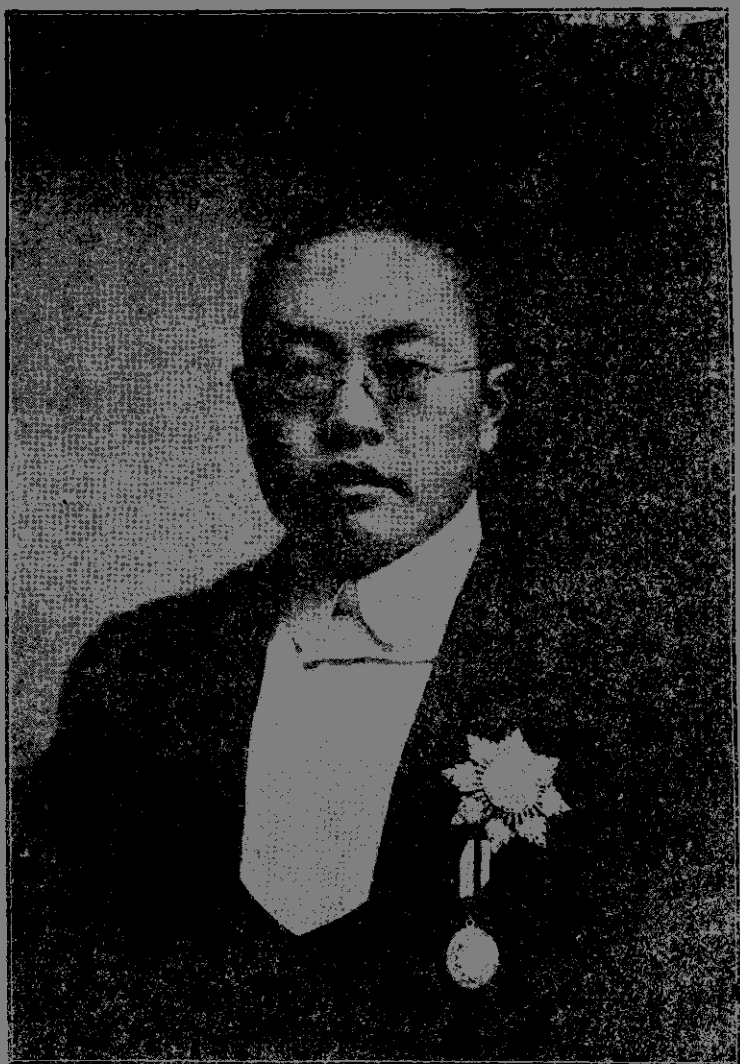


平越朱文伯先生遺著

許卓然題



朱文伯先生遺像



上海图书馆藏书



A541 212 0009 18428

朱君文伯小傳

君諱學曾字文伯貴州平越人父勛以拔貢授職旋登賢書任雲南山川等縣知縣有政聲君幼隨宦承家學年十五負笈日本畢業中央大學湛通法理爲同學稱首清宣統元年應部試授舉人二年廷試授內閣中書旋任河南官立法政學堂教授自治籌辦所科長民國元年任京師法政學堂專任教授京師高等審判廳推事繼充庭長三年調任大理院推事旋升庭長講學肫篤學子敬治訟理察同僚咸仰八年調任法律館總纂民法債權由其總攬十二年調任大理院庭長不就旋謝職治律師業兼任法政大學朝陽大學教授十三年十二月八日以疾卒年三十有九梁啓超曰文伯於余蓋年家子顧余交文伯甚晚疇昔在法部旅見而已近三四年每至京輒旦夕見是以深知其爲人君好爲深湛之思凡治一學執一事皆辨秩條貫綜理密微是以學日粹而職靡不舉然亦以勤苦逾量夭其天年晚好佛學治唯識理解精銳蘊焉寡儔顧余嘗竊竊憂之謂君之學佛非直不能助解脫反以深思益其疾也君性行肫篤友于兄弟而信乎朋友其卒也親知皆悲慟失聲嗚呼世亂方殷善人皆汲汲顧影不知死所君死亦奚恤遺孀煢煢諸雛粥粥可悲耳君所學若假之以年所就安可量中道摧折百未一竟友人江庸等輯其遺藁掇拾殘叢僅

朱君文伯小傳

得十許篇亦足見其槩也

論說

◎司法基礎之建築

近年以來改良司法制度之聲漸騰於識者之口然拙見以爲此非今日之急務也今日之急務在如何建築司法基礎耳基礎不固而談改良所謂皮之不存毛將焉附者也

司法基礎宜於何建築乎此無他建築於國民自身之上而已使一般國民知司法之重要尊重而擁護之則良好之司法官得依爲後盾以行其法而後良好之司法制度乃得所憑依以發揮其實益否則制度雖良亦不過紙上空談耳於實際上有何裨益乎

司法基礎之建築其道有二一由在位之人執法不苟甚或以身作则使人民知法律裁判之可貴者此他動的建築也一由人民自身知法律裁判之可重而熱誠服從擁護之者此自動的建築也是二者吾於外國史上得二例焉錄之以實吾文

英皇亨利第五世爲皇太子時因欲救其寵臣某按劍而入王座法庭 (King's Bench) 審判總長格司可因氏 (Chief Justice Casseigne) 厲聲斥之曰余以皇帝之名禁汝爲此暴行並勸汝對於將來爲己之臣民者亦示以守法之模範汝既犯侮辱法庭之罪余將拘汝於獄以待後命太子聞言憮然有悟擲劍爲禮自請入室事爲皇帝所聞仰天謝曰余謝上帝賜余以守正不屈之法官及忍辱奉法之皇儲此他動的建築司法基礎之好例也

哲人蘇格拉底爲人所誣於雅典市受死刑宣告其門人說以刑罰不當勸其越獄蘇格拉底從容語之曰余平生所服從者惟自己所認爲最善之道理而已今以不幸之運命驟臨余身遽欲使余棄其向所主張之道理此必不可能者也人非生活之可貴乃正義生活之可貴以惡報惡決非正義今雅典市雖處余以不當之罰余又惡能以惡報之若當余越獄時法律及國家呵責余曰蘇格拉底汝將何爲汝今越獄非欲竭其全力以破壞國家及法律乎汝以爲國家而至於毫無威力一任人民之侮辱蹂躪者尙有自存之道乎汝今熟知雅典市之政治法律而猶久居此地非已約定服從國法乎今以國法之適用於己不利而遽欲破壞之尙得謂爲正當乎於是舉杯仰藥從容就義此自動的建築司法基礎之好例也

要之司法制度爲人民生命財產之所關亦卽國家社會安寧秩序之所繫基礎不固則個人失其保障無以爲生國家社會之生存發達更無望矣故司法基礎之建築於國家之建設上實爲首屈一指之工作而司此工作者在君主國家固多出於在位之人若在民主國家則人民與國家之關係至爲密切斯人人有建築之義務亦即人人有建築之權利義務如何踐行卽對於法律裁判熱誠服從而己權利如何行使卽對於法律裁判熱誠擁護而已民國成立十有二稔吾人撫躬自問對於法律裁判果能熱誠服從而躬自破壞之乎對於強暴勢力之蹂躪法律裁判者果曾不惜一舉手一投足之勞而予以援助乎此而未能則司法基礎飄搖不定責有攸歸矣今尙不自覺而遽欲得良好之司法制度是猶不耕而穫吾未見其可也

吾爲此文非謂法律裁判無論如何失當人民均應以忍受爲美德也要知立法與司法當局亦

人民一分子其建築司法基礎之義務初不亞於吾人彼等之守法盡職正其所以踐行此義務而人民對於彼等嚴正監視使不得破壞法律裁判之尊嚴亦即吾人所以建築司法基礎之道兩者固不可偏廢也

◎改革司法制度私見

▲現在的法院是怎樣組織的

▲現在司法界的病相在那裏

▲現在司法界的病源在那裏

▲改革司法制度的要點在那裏

學林雜誌社本期發行民國十年紀念號囑我發表改革司法制度的意見現在討論這事的如羅鈞任先生的法院編制改良芻議季手文先生的司法制度芻議都是煌煌大文我何必再來嘵舌呢但是司法制度和我們有密切的關係人人有討論的責任況且討論學問的文章好的可以發揮真理壞的也可以引起批評研究的興味是有益無損的我所以不揣譎陋將所見到的貢獻大家

說到司法制度是把審判檢察執行律師公證公斷以及司法行政……等等都包含在內現在不暇一一討論祇就審判制度談談罷

要談改革審判制度第一要知道現在的法院是如何組織的第二要知道病相如何第三要知道病源所在第四纔能說到對病發藥哩——改革——我現在就照這層次去討論

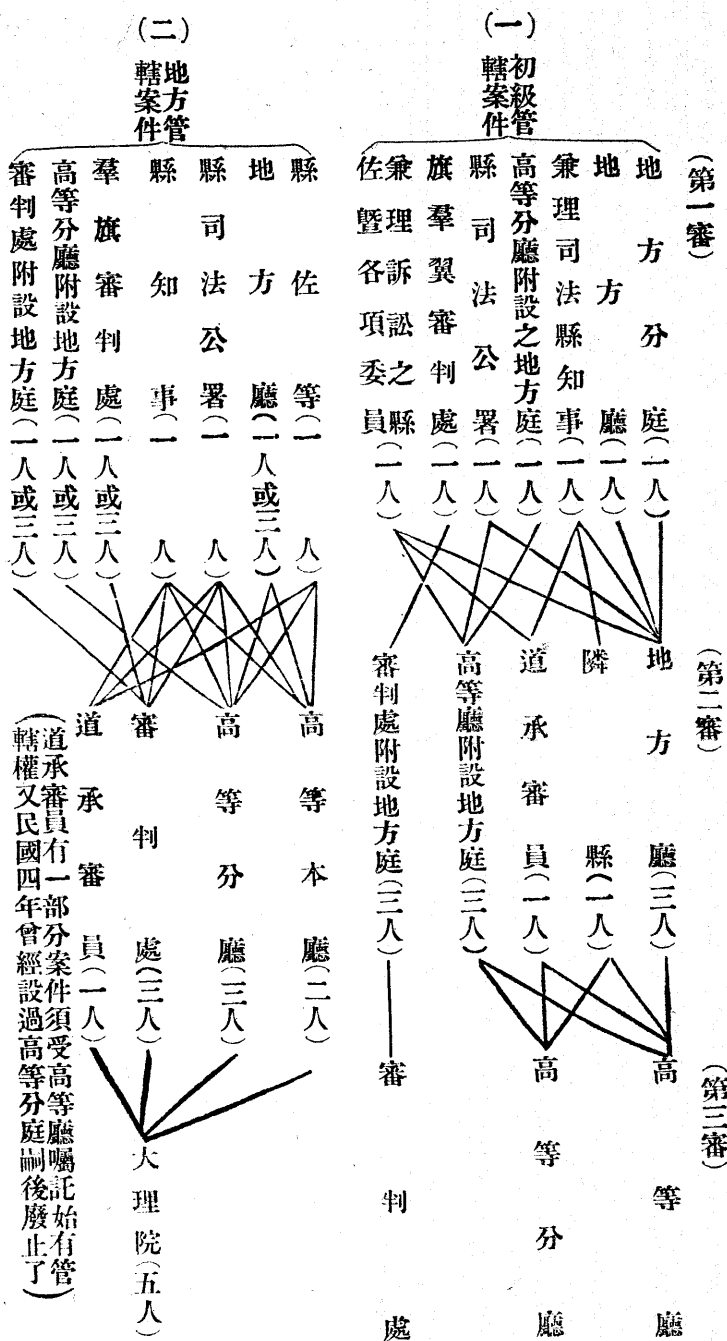
一 法院組織

我國初設法院的時候模仿日本採四級三審制設初級地方高等廳及大理院把民刑事案件分爲初級管轄地方管轄大理院特別管轄三種初級廳管轄的案件以地方廳爲第二審高等廳爲終審地方廳管轄的案件以高等廳爲第二審大理院爲終審但是大理院特別管轄的案件就自爲第一審即終案因爲審判廳不能遍設的緣故又認縣知事有審判權並認許多有審判權的機關嗣後又因經費人材等等的關係將初級廳裁撤在地方廳內加設分庭管理初級案件變爲虛四級制並在不能設高等廳的地方在道尹署內設承審員拿來代替高等廳這就是現在司法制度的大要我現在把他劃做兩張表

第一張是法院名稱和種類表

普通法院	特別法院	兼理訴訟法院
大理院 高等審判廳 地方審判廳(及分庭)	新疆司法籌備處 熱河都統署審判處 歸綏都統署審判處 察屬各旗羣審判處 察哈爾都統署審判處附地方庭 阿爾泰審判處縣司法公署 道署承審員 恰克圖審判處 庫烏科唐鎮守使署審判處	縣知事 滇省縣佐 滇省井檜等處行政委員 河口麻栗坡等處對訊督辦暨所管訊長 四川撫邊等處屯務委員 直隸大沽縣佐

第二張是掌管轄為綱所以表明訴訟上的統系



一一 病相

我國自從改革司法制度以來已經十年了說到改革後的好處不過第一件是判詞有詳細的說明勝敗曲直人人能夠知道審判官也不容易糊塗了事第二件是一切案件漸漸也有

判例可循審判官不容易上下其手至於他的壞處却也不少就中最受人詬病的就是下列兩點

(一) 審判遲延 審判案件最要緊的就是要「迅速」爲什麼呢因爲(1)審判遲延訴訟目的有的時候就要消滅例如向人討債遲延多日一旦債務人喪失資力債權人雖則勝訴也沒有了(2)案件不結兩造心裏覺得不安因此不能經營別的事業(3)訟費日多勝訴人所得不償所失至於敗訴人那麼不庸說了(4)審判遲延姦詐百出不容易得到真情(5)審判遲延不肯胥吏多訛索的機會(6)審判遲延足以見得審判官的無能使人民生輕視的心(7)人民久習訴訟足長健訟的風氣(8)審判遲延債務人多隱匿財產致判決後不能執行

審判遲延的弊病既是這樣子那麼審判案件應該「迅速」的做去也明白了但是我們中國現在的審判怎樣一件案子從起訴到執行完結能夠在兩年裏頭完結的還是很少(除刑事案件定有審限外)這種審判現象生的結果你想能夠完美嗎能夠不受人詬病嗎

(二) 審判失平 審判要絕對公平的一件事是很難的何以故呢因爲訴訟的人一方要掩飾自己的弱點他方要想出種種方法來攻擊他人因此拿事實的真情都隱藏起來你想審判官是事外的人縱有天才那裏能夠一一發現他們的真相呢況且審判官發現他們的真相方法不過依據證據證據不論人證物證是很容易作偽的要辨別他的真偽也是很難的所以我說審判要絕對公平事實上是做不到的但是當審判官的人應該努力向公平一條路上去審判是最要緊的一件事換言之就是審判縱不能絕對公平但是在一定限度之內終要使他

公平才對至於所說「一定限度之內」的一句話究屬拿什麼做一定限度的標準或範圍呢這不可不研究了以我看去就是不論那一個人用常識的眼光去觀察這個審判都認為公平的那就算適當了就是這種程度的公平未必就和事實相合不過當事人得此已經甘心旁觀人看去也沒有指摘罷了

審判至少須在一定限度之內要公平的事上面已經說了但是我們中國現在的審判能夠像這樣公平嗎以我在法院裏頭所看見的離奇怪誕的判斷真是一言難盡我記得董君綬青給張君德滋的一封信裏說道「有擄捉十七次復犯強盜親手殺人一次科十八個無期徒刑者云云」這種判斷不論那一人都知道他是不適當的而審判官竟敢下這種判斷我又記得我在大理院的時候所判的案件大半是撤消發還更審的多維持原判的少照這樣看來恐怕審判的不公平已經成了我國現在司法界的特性了

(三)法律解釋的不統一 法律的意味全靠解釋纔能夠實現解釋如果不能統一那麼一般人就無所適從了我國法院編制法雖則規定大理院有統一解釋的權但是其實他自己的解釋也時有變更更至於高地二廳呢更是各自爲政了

二 病源

審判的遲延和失平有的時候雖則是互爲因果的何以故呢因爲審判遲延那麼姦詐百出真情難得結果審判也不能夠公平審判失平那麼敗訴的人就要上訴上訴不已就是遲延但是這兩個病相各有各的原因現在把我所見得到的原因寫出來供大衆的參考

(二) 遲延的原因

甲 審級繁多 現在的審判制度不論案件的大小都經三審一個案件從起訴到判決假定需要十天判決之後還要經過好幾天方可送達判詞送達之後又有二十天的上訴期間到第二審差不多已經兩個月了在第二審的時候又是調卷傳人動須經月等到判決又是兩個月第二審判決之後又有二十天的上訴期間到了上告審因為調卷審理又要一個月才能得到終局判決一個案件總計前後所需要的日子至少要五六個月中間當事人如果有一造意圖拖延故意提起一次兩次的抗告或是聲請延期又去數月是在審判衙門即使案無留牘也須八九個月才能完結可見審級繁多確是遲延的一個有力原因

乙 訟案太多 甲般所說是指辦案的時日至於擱置的時日還不算在內哩實際上擱置的時日比辦案的時日還要加多譬如大理院一件民事案大約總要擱起一年半年以後方可着手辦理一般人看見案件擱置得如此之久都說法官不盡職其實大理院的法官恐怕要算官吏中最盡職的了因為一個案件到了大理院卷宗差不多有一尺的厚要是善於節省精力的人一天決不肯看完一宗大理院現在的審判又是要把「認定事實是否違法」的一點都要審理到的所以非把盈尺的卷宗爛熟於胸不能作出判詞來並且一個判詞也不是一天可以做得出的在大理院的推事六天之中至少要作四個判詞這六天中除去兩天用來評議各種案件外實際上做判詞的工夫不過四天一天做一個判詞所以他們總是夜以繼日的辦事却是他們雖如此勤苦而積壓案件不見得比各廳少可見各廳的積壓也未必是由於不盡職實

在是由於案件太多一件一件輪着去辦不能不把後到的擱起來了

丙程序繁重 現在的審判制度不論案的大小都要作成判詞拿事實理由詳細說明所以法官許多的精神花在做這種形式的判詞這是一般人認為審判遲延的一個原因但是以我看來判詞中把事實理由一一說明可以表示裁判的公平防止法官的舞弊並不是無益的事所以重大的案件不論如何是不能省略的至於小的案件事實理由也狠簡單做判詞工夫也不大所以我不認他為審判遲延的有力原因

丁司法經費不充裕 司法官不但不能兼差並且不能兼營他業這是法律所規定的所以司法官的生活專靠他的薪俸拿來維持近來司法官的薪俸已經好幾個月不發了他們的生活差不多不能維持了你們想他們還能夠安心辦事嗎這是近來審判遲延的一個新原因

(二) 審判失平的原因

甲司法權不能獨立行使 臨時約法第五十一條的規定是保障審判的獨立第五十二條的規定是保障法官的獨立民國四年一月十五日所頒布的司法官懲戒法就法律上說司法官已得有相當的保護了但是在兼理司法的縣知事是以行政官兼司法官行政官的進退操於上級行政官吏所以縣知事就不能不仰體上級官的意旨了行政官天天和紳士聚在一塊難保不生一種感情所以要想他用獨立的精神來為公平的審判是不可能的這是審判不能公平的一個原因

乙審級不分 上級審的職務在糾正下級審裁判的失當所以上下級兩審是不能由一

人兼理也不能在一個機關管轄的但是照上面第二張表看起來常有三審同歸一機關管轄的如初級管轄案件由高等分廳所設的地方庭受理他的第二審第三審都在一個機關辦理又有兩審同屬一個機關的如初級管轄案件由地方分庭受理他的二審也在地方廳辦理審理這種案件的法官上級審和下級審雖則不同但是既在一廳辦事爲顧全同寅感情起見就不免有所遷就即使不然也不免以先入之見爲主這種制度怎樣能夠使審判公平呢又如大理院特別管轄的事件經一審就確定這也是難得公平的

丙用人不當 錄取法官是狠不容易的事因爲做法官的人不但要有道德學問責任心並且要有訊鞫的技能一個人有沒有道德和責任心不是相處日久或是接觸時多不容易知道的至於學問的程度更非自己有專門智識的人不能考查現在操用人大權的長官由法官出身的就很少所以要他選擇適當的法官是狠難的選擇的法官既不能適當那麼要他爲公平適當的審判那更難了

我在這兒還有一句話要說就是我們中國司法界現在沒有人材實在由於法官薪俸太薄的緣故司法官既不能兼營他業又沒有分外的收入他的生活專靠薪俸維持所以薪俸如果太薄高材的人就不肯來就了現在我國學法律的人不是不得已不肯去投考法官都是這種原因所以要想得適當的法官不但是要有可用的人還要有能用人的人更要有能得人爲用的制度

(三) 法律解釋不統一的原因

現在刑事案件雖有刑法可援但是因爲民商事法還沒有頒布的緣故所以遇到這種案件不得不照習慣條理去辦習慣條理的認定本來是極不容易的所以各個法院所下的判斷就不能統一了但是這個原因與司法制度是沒有關係的他與司法制度有關係的就是把上告案件分屬大理院和高等廳因此之故大理院雖有統一解釋法律的權但是對於高等廳所下的上告審判斷就無法糾正了無法統一了

以上所說的病源都是和司法制度有關係的所以要除去這等病源對於司法制度不可不加以改革至於司法制度應該怎樣去改革這是下文的範圍了

四 改革

(一) 法院組織 前段所說的病源如審級和訟案的繁多司法權不能獨立行使審級不分人材不敷等等都是和法院的組織有關係的就中審級繁多直接和法院組織有關係是人知道的至於訟案繁多何以說是由於法院的組織呢因爲按照現在的審判制度一個案件有的時候經過三個審級所以從三個審判衙門分別看起來就是三個案子了這豈不是因爲審級多而案子愈多嗎再拿現在我國的情形論起來如果各處都要把初級地方兩廳併行設立那麼不但所需的經費恐怕不是現在政府的財力能夠負擔的並且也沒有這許多人材來供他使用因爲這個緣故纔使行政官兼理訴訟纔在一個廳內設幾級審判機關照這樣看來審級不分司法權不能獨立行使的緣故又不得不歸咎於法院組織不良了我國現在司法的不良一半由於法院組織的不良所以要改良司法不可不改革法院的組織關於改革法院的

意見羅鈞任先生的主張和季手文先生的主張不同現在先把這二位的主張介紹在下面

甲羅鈞任先生的主張（以下簡稱羅說）

△ 法院的組織 等級 管轄

初級廳 每縣設一所（行巡迴制）推事一人至三人管轄千元以下的民事和竊盜罪及其他財產罪賭博罪鴉片罪的刑事審理案件用獨任制

地方廳 每五縣或十縣設一廳（行巡迴制）推事二人或三人管轄初級廳上訴案件和不屬於初級或高等第一審的民事案件第一審用獨任制上訴審用獨任制或會議制

高等廳 每省一廳（行巡迴制）管轄地方廳第一審的上訴和十萬元以上的民事及應處無期徒刑或死刑的刑事案件的第一審及第二審第一審獨任制控告審三人控告審二人會議制

大理院 管轄地方廳高等廳控告案件的上訴案件上告審三人控告審二人會議制

B 審級

案	件	初	審	控	告	上	告
千元以下的民事及竊盜罪其他財產罪賭博罪鴉片罪的刑事		初級廳		地方廳			大理院

不屬於初級高等管轄的民刑事			
十萬元以上的民事及應處死刑無期徒刑的刑事	地方廳	高等廳 第一部	高等廳 第二部
			大理院

羅說除改革法院組織外並主張恢復鄉局凡是初級廳管轄的民事案件須先由鄉局調處如果不服那麼才可起訴輕微的刑事案件得由初級廳委任鄉局辦理這種辦法我是很贊同的但是我下文的主張比較羅說還要進一步哩

乙季手文先生的主張(以下簡稱季說)

A 法院的組織 等級 管轄

地方廳 每縣一所推事一人候補推事二人管轄輕案和重案的第一審獨任制
 高等廳 每省一所得設分廳不設分廳的行巡迴制管轄輕案和重案的第二審案件獨任制

大理院 管轄終審案件

B 審級

案別	第一審	第二審	第三審
輕案地	地方廳	高等廳 原則上就拿此算終審	大理院 輕案法律上有重大錯誤的才許上告
重案地	地方廳	高等廳	大理院

羅說的第一特點是上告審完全屬於大理院這一點能防止法律解釋不統一的弊我是很贊成的但是現在大理院的案件已經很多了如果實行這種制度豈不是更增加他的案件嗎大理院的案件愈多那麼審判愈遲延了至於羅說的補救方法就是(甲)大理院審判的範圍以法律點爲限事實不明的可以不受理在大理院裏設審查部案件經審查一度後再交推事辦理(乙)輕微的案件絕對不許上訴我對於這個判法有一點懷疑何以故呢因爲(甲)就現制上說大理院第三審審判是限於法律的並且大理院現在辦法也沒有違反這個法制不過法律上的裁判要拿合法認定的事實做基礎審查認定事實是不是合法仍舊一個法律問題不能看做審究事實如果說大理院裏設一個審查部把一切案件先審查一次事實明的才交推事不明的就不受理那麼事實不明的應該怎麼辦呢如果置之不顧那麼第二審的判決豈不是就確定了麼如果還要發還更審那麼原審已經被自己所下的判決拘束那裏能夠更審呢如果仍舊由大理院審查部撤銷發還那麼也應該一般的作判詞把他如何不明如何不當的地方一一指出才行如果真要這樣辦那麼不交推事如何能夠辦呢如果要叫推事來組織審查部那麼設審查部的精神在何處呢如果說「事實不明拒不受理」是因爲他僅僅拿認定事實不明白做上告的理由而這種上告是不合法的是應該拒絕受理的那麼也有一個疑問就是認定事實不合法和認定事實不明白究竟是一是二如(1)完全不認事實就下裁判(2)雖則認定事實但是審判官虛構的不是當事人主張的(3)所認定的事實不是拿言詞辯論做基礎的(4)或是不拿證據做憑證的(5)或是證據的真僞認定得不當得(6)或是解釋證據的內容

有不當的如此種種是不是一律不受理或是分別辦理如果一律不受理那麼上告審還有什麼用處呢如果要分個層次那麼非就全部案卷詳細審究不可要詳細審究須要法律智識和審判技能有這種智識和技能的人就可以做法官了那何必變名叫審查部呢(乙)至於輕微案件不准他上告本是不合理的何以故呢因為案件的大小要從人民的利害關係上說才對是沒有客觀的標準譬如富裕的人數十萬元的案件不算一回事窮苦的人對於數十塊錢就看得同性命一般有廉耻的人拘禁一日視為終身的恥辱無耻的人多坐幾年監也不算一回事我們從人民身上着想怎麼能說輕微的案件不給他平反的機會呢就從國家方面着想小案的數目畢竟比大案件多所以大案即使案件失平受害的人還少小案如果案件失平那麼受害的人就不可勝數了更進一步說裁判的公平可以防止將來訴訟的發生但是這個效力祇能及於小案不能及於大案所以國家如果要希望減少訴訟那麼更應該在小案上多立些威信再就防止法官作弊說小案固不如大案容易引人作弊但是如果把小案不許上告豈不是劃出一個界限放任法官作弊嗎法官得此機會又何樂而不為呢如此說來小案也沒有不准上告的理由我以為限制上訴要有一個標準就是拿國家平反這件案子所得的利益和國家處理這件案子所獲得損失兩相比較如果准許上告所得的利益比較的小處理這件案子所受的損失比較的大那麼就該禁止上告反之就該准許上告現在如果拿這種標準來定奪准許上告與否那麼恐怕所能禁止的就不會多了他的結果就不能達到減少案件的目的了

羅說的第二個特點就是把第一審的管轄權分配給初級地方高等三廳這個辦法的用

意是在平均三廳的負擔使他們同時進行不致於忙的過忙閒的過閒如此一方可以防止遲延他方可以使法官一人得一人之用要普遍設置法院也就容易了法院普遍那麼可以免除法權不能獨立的弊害但是我對於他說的也有一點懷疑就是最重大的案件要叫高等廳兼行第一第二兩審豈不是仍舊有前說「審級不分」的弊害嗎況且案件總是較小的居多如羅說十萬元的民事無期徒刑死刑的刑事究竟還少把這種案的第一審管轄權歸屬高等廳能夠減少初地兩廳的負擔有多少呢

羅說的第三個特點是採巡迴裁判用意也是在節省人財以便普設法院我對於這點根本上是不反對的但是有一層須要考慮的就是我國交通還沒有十分便利邊僻的省分從省城走到邊界動輒要一個多月巡迴一週總要一年半載的光陰各處的案件真能留案以待嗎如果不是留案以待那麼甲地有案要派一人去審判乙地有案又要派一人去審判同時又要留幾個人在本廳辦案這樣豈不是又要增加許多經費多用幾個人嗎

羅說的第四個特點是減少上告抗告審的人數用意也和上面說的一樣這是我贊同的不過用兩人制的時候兩人的意見如果不合那麼如何辦理呢我以為上訴審是應該按照案件的輕重分別用三人制或一人制

羅說的第五個特點是地方廳數縣設一個拿案件多少做標準這是我贊同的

羅說的第六個特點是恢復鄉局凡是案件必須先經和解并且初級廳得拿一部的事務委任鄉局辦理我關於這點的意見前面已經說過了

羅說的第七個特點是簡易案件不作判詞用意在於求結案的迅速不過我以為判詞不
是遲延有力的原因不是無益的事所以不贊成他的主張

季說的特點有和羅說同的如巡迴制如限制上訴如上告審案件全歸大理院管轄這都
不用再說了至於他自己的特點就是每縣祇設一個地方廳不設初級廳初級廳管轄的案件
也歸他地方廳管轄他的意思不外要節省經費和少用法官罷了但是以我看來如果這麼辦
不但地方廳的負擔很多就是經費人材恐怕和分設初地兩廳一樣

羅季兩說我都不能完全贊成的理由上面已經說了那麼我的法院組織法究屬怎麼樣
呢現在拿來寫在下面供大家的參攷

我的法院組織法就是

(一) 法院仍舊採三級制每縣設一個地方廳每省設一個高等廳高等廳以上設大理
院

(二) 案件分輕重兩種把輕案第一審的管轄權劃歸地方團體專設的城鄉讞局審理
(三) 審級用三級制如下

重	輕	案
案	案	別
地	城	第
方	鄉	一
廳	讞	審
高	局	第
等	地	二
廳	方	審
大	廳	上
理	大	告
院	理	審
	院	

(四) 地方廳採巡迴制

(五) 一切案件以經過三審爲原則不過在一定標準之下也可以限制上訴（限制上訴的標準就是拿國家因平反案件所得的利益和處理案件所受的損失比較定奪請參照上說）

(六) 第一審都用一人制上訴審不論控告上告抗告都用三人制極輕微的控告用一人制我這個辦法最特別的就是把輕案的審理權劃歸地方團體的一點這是有種種理由的(1)國家的政務那一種由國家處理那一種由地方團體處理本來不過是便利上的區別不是性質上的區別司法也是國家的一種政務爲便利計不妨劃出一部分來叫地方團體去辦(2)地方團體的人格固然是和國家分立的但是一件事情不必始終要一個人去辦的平常的事情既是如此司法的事情何嘗不可以如此(3)第一審歸地方團體審理拿本地的人辦本地的事固然不免牽制不過他所辦的案限於輕案所以牽掣就少了並且多有和解息訟的餘地(4)辦案的人是本地人都熟悉本地風土人情所以裁判也容易公平(5)費用由地方團體負擔國家就可節省一筆經費拿出來擴充地方廳和整理上級法院

我爲什麼主張地方廳要用巡迴制呢一則因爲重案隨時隨地可以發生如果用巡迴制法官可以到本地去裁判容易調查證據二則地方廳每縣一個管轄不寬巡迴也是容易的事至於高等廳和大理院既沒第一審管轄也不必巡迴並且交通不便要巡迴也是難的

三審制無論如何他的本身就可以發生遲延的結果本是我所不贊同的依我本來的意見是要廢高等廳採二審制不過照現在的實情看來恐怕還不能放心哩那麼只好留以有待罷

照我所說的辦法地方廳管轄的有第一審和第二審案件負擔較多人數不能太少却是既可設初級廳就高等廳也用不着許多的人狠可以挹彼注茲的

我這個辦法的好處在那裏呢(1)訟案劃出一部分歸地方團體法院負擔可以減少(2)訟案少那麼所須的人才經費也少(3)拿節省下來的經費遍設法院那麼一方可以除去行政官兼理司法的弊法權也得獨立行使他方可以增加法官的薪俸使他安心辦事(4)審級不紊亂(5)最終解釋權都歸大理院可以免去不統一的弊病

(二)用人 現在說到用人的問題有三個困難(1)沒有可用的人(2)有人而不能夠用(3)有人而用人的不知其用就第一層說現在法政學校雖則不少但是初出校門不能就去做法官一定再要經多少訓練纔行至於訓練的方法不外派在各廳實習和入司法講習所講習兩種派廳學習有種種困難(1)法院還沒有遍設可學的地方少(2)法官自己有職務不能盡心指導有這兩種困難所以我想最好的方法就是使他們進司法講習所聽講了集許多久有資望的法官把他在法院多年的心得教授學生雖說是講義上的工夫到底比派廳學習的強就第二點說司法人才即使夠用而要用他還是要厚他的俸給纔行要照現在的制度那麼雖有人才也決不能得的所以我說司法官的俸是不能薄的但是許多的人以為法官加俸恐怕沒有

經費可籌這却不然因爲司法收入如訟費等要是切實整頓就可以增加出許多來況且照我前說的辦法法官人數減少俸就不難增加了就第三層說採用司法官狠不容易的上面已經說過了。我主張以後用人應該設一個委員會以在法院資望學識俱深的人做會員凡是用人一定要先諮詢委員會的意見這個辦法有許多的益處(1)委員身做法官就所用的人有鑑別的能力(2)所用的人才能品行在平素所辦案子中可以考查出來委員既是法官是容易知道的(3)用人公開可以防止鑽營奔競這個辦法從前大理院曾經行過用就是從前大理院用人必須要諮詢庭長的意見是狠有成效的可惜現在已經廢止了將來希望他還要擴充纔好

我關於法院改革的意見不過如此能不能用我自己是不知道的論云一物有近而難見如眼中藥一我看不見我的病就是因爲近的緣故這還要希望閱者諸君加以切實的指道哩

我還有幾句話要說的就是我對於法院和一般人的希望對於法院的希望是什麼呢是希望他要把現在的判例公開給大家知道現在既沒有成文法典那麼判例就是我們的法律了判例要是不給我們知道那麼我們怎麼能夠不動輒得咎呢對於一般人的希望是什麼呢就是要拿親切的態度來批評法院現在批評法院的人大概都是漫罵雖則偶然也有切切實實的批評却是同鳳毛麟角一樣難得這固然是因爲法院不肯把判例發表叫人家無從批評却也是由於我你大不親切的緣故大皆要知道漫罵是搔不着癢處的人家是不怕的斷沒有使他進步的力量司法機關是設來保護我們的親切的批評是我們的權利同時也是我們的義務我們爲什麼要冷淡呢

◎民商法應否分立之商權

自法蘭西六法告成民商兩法遂以分立迨一千八百七十四年意大利 Montanelli 教授始著書論其不當其後各國學人紹述其說者有如意之 Vivante 氏德之 Derunburg 氏法之 Thaller 氏日本之松本烝治氏等其主張分立者如意之 Vidari 氏德之 Riesser 氏等亦不乏人考之各國立法例則德法日本皆於民法外別有商法法典英美無之瑞士一千八百八十一年之債權法包含商法規定於一千九百十一年即以此法少加修正作爲民法法典之一部俄國一千八百九十三年之民法第一草案一千八百九十六年之第二草案兩案皆附有一千九百六年之第三草案一千九百七年之第四草案均包含商法規定在內不別訂商法法典美國紐約民法草案及加利福尼亞州達可他州法典亦同茲請言其得失

(一) 民商事之區別並無理論上標準則兩法分立之基礎已不存在

(二) 外國民商法之分立多緣於沿革我國商人向無特殊團體其所謂行會不過同業集合以謀營業上之利益非於齊民以外別有此一階級故行規會規常不涉及私人權義關係商與民歷來既同受治於一法現在似無別設商法之必要

(三) 商法特色在嚴重迅速現今經濟發達雖非商事亦當以嚴重迅速爲宜如此則民商兩法尤無分立之餘地

(四) 設使民事法規一以和平寬大爲主而於商法獨取嚴重迅速則平素習於和平寬大之人一與商遇即不得不從其嚴重迅速之法規勢必因此重受損失殊非持平之道

(五) 歷來從事法律之人治民事法者常不顧商事之特別治商事法者多忽於民事之常軌致於適用講學生諸窒礙兩法統一此弊可祛

(六) 兩法分立則立法主義之牴觸條文之重複參錯用語之前後異致皆所難免

(七) 兩法分立則何人何事宜從何法常生疑義而平素不治法學者臨事尤昧於適從因而經濟上之活動常不免爲所阻窒

(八) 或謂商法爲商人之特別保障不可付諸缺如不知兩法統一之目的不過欲將兩法共通規則統於一編不就一事設兩重法規而已故如外國商法中關涉商行爲之規定大致可歸入債權編公司之規定大致可與民事法人併合其關於票據等特有商性之規定則仍別爲一編而成統一法典之一部既非因兩法統一而廢商事法規則商人之保障即不因之薄弱况英美並無商法法典其於商事亦無特殊理論而商業發達不遜他國則兩法統一之無礙於商業益可憬然

(九) 或謂適用法律之次序民事成文法常優於習慣而商事則適與相反兩法有此根本差異勢難冶爲一鑪不知外國商法認商事習慣優於成文法者以商情常變非固定之法規所能適應耳然人情常有變動非獨商事爲然使此原則誠屬至當則民事法上未嘗不可同採如其不正則於立法之始正宜廓而清之豈宜以此妨礙兩法之統一且商事習慣多非常人所能知如必守此原則則常人一與商遇即不免受意外損失使人人悚於利害而憚與商人通有無不惟非商人之利恐亦非社會經濟之福矣

(十) 或謂兩法統一於商法之大同恐不無阻礙須知各國社會組織萬有不齊則商法之大同恐亦徒成空想況如前說一切特有商性之法規既仍可獨立成編則商法之大同亦不致爲所阻礙

由斯而論民商兩法似以統一爲宜至統一法典之組織如何當於次編論之

◎讀許藻鎔君(限制利息之我見)

許君作限制利息之我見一文稿成先以示余讀之有感乃引伸其意而作此篇

利息之約定可否放任當事人自由契約自由之原則可否完全適用於利息契約此兩問題詞異而意同許君此文以契約自由之原則應否限制爲先決問題可謂能擒賊擒王者矣

關於契約自由之原則現所爭論者殆惟應如何限制之問題而非應否限制之問題蓋契約自由之原則爲個人本位主義之結晶亦即獎勵自由競爭之要具在歐陸各國自十九世紀末葉以來已重感自由競爭之痛苦立法者遂漸捨個人本位主義而以社會爲本位故制定較晚之德瑞民法於此原則已多限制而漸現保護弱者之傾向顧在我國尙有持反對之說者以爲吾國當茲百業凋敝之時非獎勵生產不能與世界競生存而尊重契約自由之原則實爲獎勵生產之要道蓋勞工之時間賃銀之多寡無一不與生產費有關係尊重契約自由之原則生產者可利用其在社會上優勝之地位與勞動者結有利之契約而助長其企業之發展倫此原則不能應用則生產者不啻失一利器而其結果亦必致使生產事業不能發達是自亡之道也此說非不持之有故言之成理然社會之發達貴在平均不貴在偏勝偏勝之發達比於平均固覺顯

著易見而以社會所得之總利兩相比較孰多孰寡則頗有難於遽斷者蓋偏勝之發達常爲他人無數之失敗所總集而成譬如集腋成裘其裘固大而不知獸類所失之皮乃較其裘爲更多掘地爲山其山固高而不知地所失之泥乃與之同量况偏勝之發達足以形成社會之階級而使人生不平之心不平之心積之愈久其破壞社會之力亦隨之而愈大是不啻於發達之始已自種破壞之根固不若平均發達者得尺則尺得寸則寸也不寧惟是探個人主義之結果弱者之精力往往爲強者所專用而強者之精力則反多置於無用之地如工場主人既可利用其地位與勞動者結利己之約則彼勞動者胼手胝足終日鉤勞曾不足以自糊其口而工場主人固可坐享其成遨遊以嬉矣又如有人偶因窮乏向他人借款而不得不與以重利則此人竭畢生之力或且不足以支付利息而資本主固可不勞而獲矣由是而觀則所謂個人主義者不過重苦細民以養高等游民而已未見其於社會國家爲絕對有利也又何如採社會本位主義一洗此不平之現象使強者不得自暇自逸而漸知勞動弱者不專爲強者牛馬而得致其餘力於社會國家之事業乎更進一步所謂契約自由不過徒有其名耳實而按之乃極不自由者也蓋立約之兩造必立於同等地位然後得各以己意決定契約內容而後其契約之成立可稱爲自由若其一造有所憑藉致使他造雖明知不利而不得不舍己從人不得謂之自由也今之號稱契約自由者置社會不平等之關係於不顧使強有力者得憑其優勢以肉魚弱者是何異暴徒執刀脅取人財而謂其被脅者爲自由給與乎故今茲限制此原則者乃以國家公力除去由締約人間不平等所生之結果使得與平等人所締約相同在理論雖亦不得稱爲真正之契約自由

而其結果殆與之相去無幾吾人在現在社會情形之下不平等之現象既不能一掃而空則慰情勝無固不得不認其限制爲適當也

近來我國有一種主張謂利息契約之限制於我國國情甚不相宜蓋我國窖藏金銀之風歷來最盛餌以重利有財產者或可出其所藏以供社會上生產之用豈可從而限制之乎其實不然我國民之不肯投資於生產事業蓋以其不安也非以其利微也按照現行律及新改正草案利息限制不過不得逾三分而現在之經濟情形任何投資能得三分以上之利者蓋不多見使投資而得安穩則三分之利固猶愈於窖藏豈能以此限制爲投資之阻碍乎故今日獎勵投資之道在謀投資之安全不在謀利殖之豐厚此不可不知也

我國有力之反對限制說不外上列兩種其餘普通之說可以不論

利息之應限制余之所見與許君同所異者卽於債務法中特設規定與否之問題耳許君之意以爲高利貸款乃反於善良風俗公共秩序之行爲總則篇對於此種行爲既應設共通之規定認爲無效則利息約定之是否合法卽可據以解決毋庸於債務編更爲重複之規定此意余非不認爲正當然不能以此遽謂債權編無特設規定之必要蓋普通法上就某種事項已設有規定者是否更應以特別法爲詳密之規定原無定規特應視其有無此種必要以決之耳就限制利息論(1)限制利息是否合理從前幾無定說而現在立法正由保護債權人主義入於保護債務人主義之時爲防止誤解有規定之必要(2)卽謂高利之契約當然無效而應爲一部無效抑全部無效不可不示以標準有此二理由故余以爲於債務篇有特設規定之必要此其與許君

之主張不同者也表而出之以質諸讀者

◎不動產租借論

第一 緒言

比年以來土地房屋之租借已成社會問題而爲立法家及學者所注目我國土地制度本極複雜近因都市發達房屋租借亦日趨頻繁此問題之研究自不容已不揣謏陋輒貢其管見閱者倘有所辨正使眞理得以益明則拋磚引玉正著者之大幸也

土地爲生產之重要原素其法律上範圍乃包含天空地心在內非僅地面而已故吾人無論從事何業殆無不與土地有直接或間接之關係房屋爲棲息所必需其關係於生活不遜土地是二者因人口之蕃殖生產事業之發達需要與日俱進而於供給之增加則有自然法則上重大之限制故其價值常有騰貴之趨向而橫暴之地主房主乃得因時乘勢肆其貪慾使租主重受其害此租借房地所以成爲社會問題也

至我國不動產之租借除現租外於土地則有老佃於房屋則有鋪底二者皆爲永久無期之租借其效力之強大幾與所有權相埒近因房價地價之騰貴而所有人與租主之爭端亦日甚一日則此種關係之存廢及整理亦有心人所宜講求也

第一 現租

不動產之租借由其目的觀察可分使用與用益二種民國四年大理院有一判例說明使用租借之性質謂使用租借爲諾成契約因當事人之一造約明以某物租借與相對人使用其

相對人約明支付租費卽生效力云云此定義是否完全姑不具論而使用租借之性質要可藉此得其梗概至用益租借除租借目的爲用益外其性質與使用租借相同今茲所謂現租卽指此兩種租借關係而言也

現租關係之內容不一其與社會問題無涉者概置不論茲篇所及僅其有關社會問題之點而已

橫暴之房主地主所以苦租主者其道至多其一則增租之請求也房主地主之於租主殆無日不存增租之想亦卽無日不窺伺租主之動作如果租主存長久使用之意就租借物稍加改良彼目光如炬之房主地主卽起而爲增租之要求良懦租主憚於爭執鮮有不忍痛以應之者其二則解約權之濫用也租主之於其租借物無論其目的爲使用爲用益要不可無相當之布置如房屋則油漆粉飾也種植花竹也土地則整治溝渠也培養地力也布置就緒則安土重遷之念生矣況在分業盛行之今日吾人旣就一業卽不易中道易輒職業與土地關係之密切如農業者固無論矣其他如工業則有製造之場所運輸之綫路商業則有鋪店之設置銷場之區域亦無一不與土地房屋有密切之關係使不能得固定之所非惟不能安心經營而已且有時不得不迫而改業一經改業則從前所投勞資卽不免擲於虛牝因而失業之患在所不免橫暴之房主地主知租主遷地之難卽不難以解除租約爲要求增租之手段至我國大理院判例雖於聲明解約以前使使用租借之房主地主負告知相當期間之義務而於用益租借認其得以聲明解約之時期應在收穫時節以後（五上九零七號及三上一零六號判例）然此不過使

租主得稍有遷地改業之準備耳而於遷地改業之弊害仍不能有所救濟也其三則租借物之典賣也房主地主之濫行解約權尙有一法足以限制之即訂定較長之租期是也然此不過理論然耳實際上房主地主多富裕之人不急於求其房地之租出而僅恃租地租房以爲生者常有急不暇擇之勢則房主地主如或不願長期出租或雖長期出租而要求較高之租金租主亦不得不俯首聽命不寧惟是租借爲債權契約僅有拘束當事人兩造之效力而不能對抗第三人故房主地主如將所租之物典賣於人則租主對於典主買主即不得拒絕該物之交付此不特一般理論如此在我國大理院亦經著爲判例(六上九九四號)是地主房主如欲脫長期租約之羈絆以圖重利亦不難採用此法而租借之人遂窮於自衛矣

以上所舉不過數端已足見租主在經濟上實處於弱者地位若在外國土地之租借物權法上尙有地上權永佃權等可以對抗第三人而債權法上之租借權亦尙可因登記而有對抗第三人之效力租主於租借之始倘非迫於情勢尙可從容而講自衛之方我國登記制度未能實施對於租主即不得不別謀救濟之道

或謂供求相劑乃經濟上一定之法則房地租金既經騰貴則其供給必將因而增加而租金之低落亦可操券以待何必亟謀救濟乎不知土地增加之方法不外下列數端墾闢荒土填築水地及擴張空間與地盤之利用方法然此數者皆需費較劇收效較難以此而求租金之低減殆屬不可能事至增加房屋雖不如土地之難而因建築費之鉅大及適當地點之難得亦斷不能爲無限之增供求相劑之法則不可恃以解決此問題殆無疑義

或謂地主房主所以苦租主者不外利用解約之手段以遂其增租之慾若以法令明定租金限制則地主房主無暴利可圖而租主之痛苦即可因以減輕此說與制定利息限制法以禁暴利者如出一轍彼橫暴之房主地主即不難襲資本主之故智或於租金以外要求多額押租以供自己利用或租約表面雖守法定限制而巧立名目使租主別出費用（如北京租房之房租須先納三個月分或三個月半月者是）而得限制外之利益利息限制之成效今既可睹矣而欲以此解決房地租借問題其能收效乎

或謂欲防房主地主之橫暴宜認租主有請求減租之權即約定租額顯有不當者租主得請求以裁判減至與時值相當之額數此說與限制租金同一精神不居限制之名而隱然以時值爲其限制則房主地主自可利用對抗限制租金之手段以避其適用况果用此法則租主於締約時即豫期將來可以減租而僞應地主房主之要求約成之後不待旋踵即可興減租之訟長虞詐之風增訴訟之累不可謂得策也

或謂對於房主地主宜徵房租地租之累進稅租金愈多稅亦愈重使其無利可圖即不敢更肆橫暴不知此種租稅房主地主不難即時轉嫁於租主不過重苦租主而已於房主地主何傷乎

以上諸法皆非得計於是有主張由地方團體厚積貲財購地建房廉價出租以遏止租金之騰貴者此法有利無弊將來或即爲解決此問題之極軌或僅以此爲過程而更有所進皆不可知惟以現在之財力論恐亦徒託空想而已

爲今之計惟有使無故解約或因典賣房地致租約不能履行者對於租主負賠償損害之責而於未受賠償以前認租主於所租房地有拒絕交付之權或質權耳定期租借期限未滿房主地主本不得無故解約其或典賣房地致租約不能履行亦係因歸責於己之事由所致在債權法上應有相當賠償之責所慮者房主地主喪失資力或因他故致租主之賠償請求權等於虛設耳若認租主於所租房地有拒絕交付之權或質權則租主所受損失即無不可恢復之慮或謂地主房主典賣房地時若認租主之拒絕交付權或質權則典主買主不免重受損失非保護交易安全之道不知租借之房地既係爲租主所占則典主買主於締約之始不難調查得知而扣留一部代價以供消滅此種權利之用是不過使典主買主多用一層注意耳固未嘗有重大損害也至不定期租借在未解約以前若因典賣房地致租約不能履行當然應與定期租借同論其房主地主之解約權依租借契約性質固不得不認許然行使權利不得害於誠實信用已爲近世一般所認之法則（參照四上三二號大理院判例）故房主地主若并無正當理由而僅以行使解約權爲增租之手段即係不以誠實信用行使權利對於租主爲侵權行爲使之負賠償責任不爲過當而於未受賠償前應認租主之拒絕交付權或質權亦與定期租借無殊也

第三 老佃

一 老佃之起原

京兆直隸暨東三省有所謂旗地者其所有主名義率常爲旗人而實際占有有益者則爲

佃戶佃戶以漢人爲多亦間有爲旗人者其用益之權爲永久無期但按時對於名義上之所有主交納少額租金而已所謂老佃戶者即指此也

老佃制度由何起原爲吾人極欲研究之問題不佞奉職法曹時曾因訟案向公私各方面搜羅此等檔案記載而迄無所得勝朝王公世家間有交出地冊者亦僅僅記載地畝糧租數目莊頭（經收糧租之人）佃戶姓名未有涉及佃權發生之原因者惟就當事人在訴訟案上之主張綜合觀察則有下列數種

一、上賞地 由君主應行納糧之民地賞給有功旗人或宗室近親使徵收錢糧以作地租者故此等土地之所有權本屬佃戶特以錢糧改作地租而收租之人即居所有人名義耳

二、圈地 清室入關之初功臣武夫任意占據民地以爲己有者此種佃戶之佃權係由所有權蛻變而來亦與上同

三、投充地 投充地有三其一清室入關之初徵糧胥吏以自己職務上所管糧地投充王公府第而自爲莊頭收糧作租即以原所有人爲佃戶者其二民人因事故將自有糧地投充王公府第自爲佃戶者其三民人墾種荒地恐遭阻礙因以投充自爲佃戶而藉所投之家爲護符者

四、旗人將自種之地賣與民人因當時法令禁止旗民交產而作爲租佃關係者禁止旗民交產見戶部則例以上所舉乃旗地老佃何爲旗地範圍至不明晰大清會典雖稱奉天十四城旗人所種之地皆曰旗地然京兆直隸旗地甚多而東三省之地亦不必皆爲旗地殊難以此定旗地之範圍

以不佞見聞所及大抵旗地稅契概由旗署管轄京兆地方之旗地則在左右翼稅契負擔老佃之旗地地租甚輕遠不如現租地佃戶手中多有展轉兌佃之兌契兌佃之價較大而地主買賣土地之價則較小歷來法院關於民旗地及佃權性質之辨別亦不過以此爲標準耳

旗地以外關於民地以法律行爲設定永久無期之佃權者數見不鮮徵之大理院判例要旨匯覽民法第三編第五章各例可以概見惟非本論目的所在故存而不論

二 老佃之性質

老佃之性質前段已略有所述茲試分析說明之

一、老佃乃關於土地之權利 老佃之標的概爲土地其以土地以外之不動產爲標的者迄未經見

二、老佃乃物權 前清戶部則例有民人佃種旗地地雖易主不准增租奪佃之文顯然認老佃權有對世效力而習慣上之重視老佃權直與所有權無殊且關於佃地之利益并無有地主行爲介在其間之觀念因而利益上之危險向由佃戶負擔不聞有因佃地之不能用益向地主有所請求或希圖減免地租者至老佃權之處分尤屬佃戶自由地主不得干與凡此種種皆足以表見其爲物權者也

三、老佃乃他物權 老佃標的地之所有權屬於地主故爲他物權依前段所述老佃權多由所有權蛻變而來故有謂老佃地之所有權屬於佃戶地主不過有收取地租之權利其權利之性質殆與土地債務權利相同不能謂爲所有權者然依戶部則例地主於佃戶欠租及實

欲自種時既得撤佃收地則其認所有權屬於地主固自炳然

四、老佃乃用益權 老佃權之主要目的固在耕種然於其使用收益法令習慣均無限制故佃戶於其地上建築房屋耕種牧蓄乃至以一切方法爲使用收益地主常不得過問就此而論老佃之內容實包含地上權與永佃權者也

五、老佃乃須交付地租之權利 地主關於老佃地除依法撤佃外僅有收租之權故不交地租之老佃亦未經見

三 老佃權之得喪

甲 取得

老佃權無原始取得者以我國現尙無取得時效之制也至繼受取得可分爲二

一、承繼 老佃權可以承繼與一般財產權同

二、讓與 老佃權可依買賣贈與等因而讓與於人讓與老佃權者不須得地主同意讓與之後固多有通知地主者然此不過爲收租便利計(或僅關債權法上之效力)於讓與效力毫無關係

習慣上老佃權之讓與稱爲兌佃退佃或倒佃讓與時須訂立書據稱爲兌字退字或倒字程序之鄭重與處分所有權無殊惟國家不課契稅故兌退倒字概屬白契真僞之別殊難辨也

乙 喪失

子 原因

老佃權既屬財產權其得因拋棄權利及標的物滅失等原因而歸消滅自不待言所宜論究者即所有人能否撤佃是也查前清戶部則例內載民人佃種旗地地雖易主佃戶仍舊地主不得無故奪佃增租如佃戶實係拖欠租銀許地主撤地另佃倘佃戶措霸呈官勒退或地主實欲自種佃戶雖不欠租亦應退地若並無前項情事而莊頭地棍唆串奪佃增租者嚴加治罪等語據此可見老佃權之存續實爲永久無期而地主得以撤佃之原因惟有下列兩種

一、拖欠租銀 佃戶欠租至若何程度始可撤佃例文簡略不能明晰惟見聞所及其僅因一時拮据欠租無多者習慣上殆不認爲撤佃原因且大理院判例關於普通佃權之撤佃尙謂地主故意不肯收租以致佃戶未能繳納者地主固不得據以主張撤佃即令佃戶因一時水旱天災以致滯納並非存心措欠者亦自不得爲奪佃之原因(四上一七三二號判例)況在老佃尤無以偶然欠租遽准撤佃之理私見以爲所謂拖欠殆指(一)積欠已久依常識觀察足認佃戶無繼續交租之誠意者(二)佃戶已陷於絕無資力之狀態難望繼續交租者而言也

二、地主自種依大理院判例地主實欲自種必在生活上地主實有自種之必要而後可令佃戶退地不得藉口自種遽行剝奪佃戶永租之利益(五上九五九號判例)蓋據例文實欲之文義以有生活上必須自種之客觀的必要爲撤佃要件然考之例文所用實欲自種係對於串唆奪地者言並非對於地主責以有客觀的必要之事實蓋從前例案概係因事而生爾時地主多富裕之人因自種而撤佃者甚尠其有撤佃之事大都由於莊頭地棍唆串漁利故對

於唆串者加以禁制耳近年以來撤佃之爭層出不窮如果一任地主自由則擾亂社會爲害甚大故大理院因時勢之需求而爲此解釋此固吾人所贊同者也惟此項撤佃原因存於地主在佃戶既無責任可言而於事前亦無由得知爲保護佃戶正當利益計似宜認地主有預告之義務豫告期間至少亦須在一年以上使佃戶得爲遷地改良之準備因佃戶多屬窮民佃地爲一家衣食所繫不可不予以較厚之保護也

以上所論爲旗地老佃權之喪失原因至旗地所有權爲民人所取得者雖已升科納糧成爲民地而佃戶之老佃權亦不受影響乃當然之理大理院就此已有判例(四上一七三二)又喪失佃權之原因見於大理院判例者尙有盜典佃業一種然此似指普通佃權言非所論於老佃也

丑 效果

老佃權人因撤佃喪失佃權者其所受損失宜如何補救律例並無明文而在從前撤佃之事並不數見亦似無習慣可考至民國四年大理院判例乃認地主因自種或欠租而撤佃時對於佃戶須給以相當之對價以爲補償蓋以老佃之發生既歷多年則現在佃戶之取得佃權大都由於出價讓受而來若驟行撤佃則其所出兌價即無端損失而在地主一面其所有權本受有佃權之重大限制一經撤佃即得完全爲使用收益較之未撤以前實受分外利益故使之出價補償以期平允至補償額數究以(1)兌價爲準抑以(2)地主所得利益爲準或以(3)佃戶所受損失爲準(佃戶所受損失在地主並無利得者如因一時難另覓地所受失業之損失及準備

利用土地買受種子肥料而因撤佃致成虛耗所受之損失皆是故第二標準與第三標準不同

一前述判例未經釋明私見以爲佃戶取得佃權之兌價因經濟情狀之變遷常不能與佃權喪失時之時價相同而補償之目的則在填補佃戶喪失佃權之損失不在填補取得佃權之兌價則第一標準(兌價)之不足採取自不待言二三兩標準何去何從似宜地主曾否預告爲斷如果地主於適當期間以前曾經預告則在佃戶除喪失佃權外不至更受他項損失因而地主之利得亦即與佃戶之損失相當自宜採取第二標準倘不爲適當之預告私見本應不准其撤佃如果准撤則佃戶於佃權外所受之損失皆不可謂非由撤佃而生當然非採第三標準不足以昭公允然以上所論皆係就地主因自種撤佃之情形言若因欠租撤佃則撤佃原因存於佃戶因而撤佃之事爲佃戶所能預期於喪失佃權外不至更有他項損失藉曰有之亦應自負其責無求償於地主之理故無論地主曾否預告均應僅以地主之利得爲補償標準也

佃戶請求補償之權與其佃地之占有有牽聯關係無論撤佃原因如何在未受補償以前應有拒絕交地之權(留置權)自不待言而於地主因自種撤佃時僅認此權是否能使佃戶得完全之保護則尙不能無疑蓋在地主聲明撤佃以後交出償金以前佃戶雖能留置其地而地主之償金既隨時可交其留置權亦即隨時可以消滅因而於留置期內決不能安心利用土地迨經受償交地又以事前無力爲遷地改業之準備交地之後不免坐食餓葷之虞可以立待甚非保護弱者之道私見以爲地主因欲自種而聲明撤佃者須於預告時即將償金交出其聲明使能認爲有效庶可使佃戶免於失業或謂如此辦法頗不利於地主有失公平之道不知地主

雖先交償金而一到交地之期佃戶即欲拒絕交地亦已無所藉口所交償金決不至虛擲本無不利可言若謂佃戶於預告期內既尙能利用土地而又可得償金之利息不免有兩重利得不知佃戶接受償金即不得不急謀改業其償金已用於改業之準備尙有何利息可言至地主於預告期內既失償金利息又不能利用土地固似不無損失然此種損失既因撤佃所致似宜使地主忍受方爲公平惟此亦係就地主欲自種地者言非所論於因欠租而撤佃者也

四 老佃之效力

老佃效力見於法令判例及習慣條理上所應認者有下列數端

一、老佃權爲物權應有優先效力故地主若於已有老佃權之地上更設定佃權及設定與佃權性質不能相容之權利者其設定行爲不能認爲有效

二、老佃有追及效力無論地主將其所有權讓與何人其讓受人祇能向佃戶收租而不能主張撤佃收地

三、老佃權人得占有其土地並爲用益(參照前段關於老佃性質之說明四)

四、老佃權人得自由處分佃權老佃權人或讓與佃權或以典當擔保皆其自由地主不得干涉習慣上亦未見有與地主結禁止處分之特約者

五、老佃權人得以其佃地再佃給他人此亦習慣上數見不鮮之事地主無干涉之者

六、老佃權人應交付佃租其佃租額數事實上常低於現租地且依前述戶部則例地主不得無故增租是爲老佃之特色惟近年以來旗地中間有升科納糧與民地一律者因是之故地

主所得租金常不敷自己納糧之用故大理院判例認地主遇此種情事得請求增租（五上五零一號）此項判例初見似覺公允惟現在國家尙無何項法令強使旗地所有人升科納糧其有升科納糧者大都由地主妄欲脫離老佃之束縛而自行呈請是因升科而致佃租不敷納糧者其所受損失實地主所自召無取償於佃戶之理私見以爲遇此情形除認地主得委棄所有權於佃戶外對於地主別無救濟之良法又即假定旗地之升科納糧非由地主之行爲所致則其請求增租固不爲無故而所增額數若何亦應行討究之問題前述判例關於此點未經釋明有謂所增額數應以糧額爲準者然此乃以納糧之損失全歸佃戶負擔似非公允私見以爲宜使地主佃戶分擔損失而以糧額之半爲增租極度更有一事宜論及者即因經濟情形之變遷致地價騰貴地主可否請求增租是也考大理院三年上字第七零八號及四年上字第五零一號判例均認當事人設定佃權後因經濟狀況確有大變遷足認原約租額太輕非當事人立約時所能預期者亦得請求增租然此乃就通常人爲所定之佃權而言非所論於老佃且依前所說明老佃之發生大都由所有權蛻變而來則對於佃戶之保護自宜較通常佃權爲強而因經濟情狀變遷所生之利益亦宜使其屬於佃戶爲較公允故私見以爲關於此點宜採否定說

五結論

綜上所述老佃之性質效力已可概見此種制度以不佞觀之實屬有害無益請伸其說

一、依上段說明老佃權爲永久存在之權利除佃戶欠租及地主實欲自種者外不得撤佃並

不得無故增租是地主之所有權極難實現殆與空權無殊與法律認所有權之精神顯相牴觸

二、老佃權之存續雖屬永久無期而於欠租及地主自種時既尙許其撤佃則佃權運命終不確定尤以地主因自種而撤佃者其撤佃原因存於地主一面佃戶在事前既無由得知亦即無法可以防止職是之故佃戶每懷喪失佃權之慮而不敢安心投鉅大勞資以謀土地之改良在地主一面於佃權存在時既不能占有有益亦斷無肯投勞資以謀改良之事足見老佃權之存在於土地改良多所妨害

三、邇來因經濟情況變遷地價逐漸騰貴地主眩於佃戶得利之厚而又無從請求增租於是種種藉口冀得撤佃收地致啟無謂之訟爭

老佃制度之弊害既如上所云云則應如何整理即不可不亟加討論以不佞所見整理之法有下列三種

一、使地主按照時價強制買收佃戶之佃權

二、使佃戶按照時價強制買收佃地所有權

三、以佃地所有權歸屬佃戶而使佃戶按照應得租額對於原地主負永遠交納定期金之義務並認其債務爲佃地之負擔無論何人爲佃地所有權人原地主均向其請求交納但所有權人如對於原地主提出相當金額使原地主按照通行利率可收得與定期金相當之息金者其定期金債務即歸消滅

以上三法中一二兩法須使地主或佃戶一時交出多額資金以爲取得佃權或所有權之代價不惟易啟紛爭而按之事實亦殊難實行惟採取第三法則(一)地主僅喪失有名無實之所有權其應得之定期金較原租額並不減少而其請求定期金之權利既認爲土地負擔效力亦不致薄弱(二)佃戶因取得所有權不致遭撤佃增租之危險而得安心謀土地之改良(三)佃戶有隨時除去其土地負擔(即定期金債務)之機會地主並不因之而受損失公平便利迨無逾於此者矣

顧猶有反對吾說者謂老佃之特色在能使佃戶得爲無限制之用益實兼有地上權與永佃權之作用正宜擴而充之使一切土地皆得爲老佃標的即一切土地之所有人皆得以法律行爲設定老佃權庶可使借地之人多得利用土地之方法而彌補民律草案之缺點今乃以其有前述之弊害遂從而廢止之豈非因噎廢食之道乎竊考我國民律草案認地上權與永佃權各爲一種權利使借地之人僅能於他人地上有工作物植物(地上權)或僅能爲種植牧蓄(永佃權)而不能得完全利用誠非良法惟兩種權利之分立根本上本非正當蓋在歐陸法系自羅馬以來即視房屋及其他工作物植物爲土地成分原則上本不能獨立爲所有權標的惟爲補救社會經濟上之不便認地上權爲此原則之例外使地上權人得於他人地上享有此種土地成分(即工作物植物)之所有權或處分權至就他人土地爲收益之權利(用益權)即與吾草案所謂永佃權之內容相當者則爲人的役權之一種兩者觀念根本不同則其規定自不能混爲一譚(羅馬法上之永佃契約雖與民草永佃權相似而歐陸法系並不認爲物權即與

此段論旨無涉自可毋庸論及）若在我國既無此種歷史上之關係則地上永佃同爲使用他人土地之權利雖其使用方法略有不同要未可以此爲兩種權利分立之據私見以爲將來修訂草案若將此兩種權利併爲一種則反對論者所慮之弊害即已無從發生何須保存老佃制度爲補偏救弊之地乎

餘墨

我作這篇文章很希望有人批評的

希望批評的理由有幾種

第一我的文章既可以引起人的批評無論其批評爲好爲壞都是證明這篇文章不是不值一顧這便是我的榮光這是出於虛榮心的希望我希望批評的理由并不止此

第二我的見解不能無錯處有人批評就是給我個好教訓我所得益處實在不少這是出於自利心的希望我希望批評的理由還不止此

第三我們是社會中的一個人對於社會應當有所供獻假如因批評我的文章引起研究學問的興味使學問更加發達這便是我的供獻了這是出於責任心的希望我不敢說我的文章有這樣大的力量却是不能不作這樣希望的

此外更有一層希望就是希望不要用輕薄談諧的口吻來批評本來我作這文就是獻醜就是犧牲色相縱使罵得我體無完膚我也不敢愛惜不過用輕薄談諧的口吻來批評是現在流行的惡德很可以阻礙學問的發達我們既存心研究學問何苦去蹈這覆轍咧

論
說

判例商權

自來批評判例多重責難不佞以為判例乃法律之活用關繫至重研究宜詳責難表彰未可偏廢矧在我國民商法典多未頒布創例之難同於立法殆非僅僅解釋成文所可同日而語所成之例偶有不慊吾心者固宜本責備賢者之義實其一得之愚而其正當公平無可非難者亦宜表彰釋明發揮光大之庶幾創例者之苦心不致湮沒而一般人亦得洞悉其意知所遵守此不佞對於判例之研究所以表彰釋明與責難並重也

◎合夥員之入夥退夥與合夥債務之關係

判例甲 合夥債權之發生雖在該合夥員入夥以前而其合夥債權人究能否認該合夥員為夥東而主張其他合夥員負全部清償之責（民國六年上字第二五五號大理院判例）

判例乙 合夥員為詐害債權人起見所為之退夥對於債權人不能認為有效（民國四年上字第一三六六號大理院判例）

合夥員之入夥在合夥成立後者應否負擔入夥之債務其於合夥存續時中途退夥者退夥前所負擔之合夥債務是否免責為合夥關係中常常發生之問題右二例即所以解釋此問題者茲為便於研究起見先釋明合夥債務之意義性質及其所應適用之法則最後始述吾人對於此二例之意見

一、所謂合夥債務者以合夥名義所負擔之債務是如（一）由合夥員全體或有執行業務權限之合夥員以合夥名義與他人結法律關係因而負債者（二）或雖係本由合夥員一人出名所負之責而經合夥全體承任者皆是其僅由合夥員一人出名負債而未經合夥全體承

任或雖係合夥員全體所負之債而與合夥事務無關純然別爲一事者皆不能以合夥債務論大理院判例民四上字第二千二百三十二號內稱「合夥債務固以按股分擔爲原則不以債權人之是否知情而有所區別然必債務主體爲合夥全體始得謂爲合夥債務適用分擔之條理若以合夥員中一人之名義或字號所負之債務則無論實際是否因合夥營業而發生而債務主體既屬於一人自不能不負單獨履行之責任」雖未將上述之意義完全表出而推論結果必與吾人所見無異殆可斷言

二、合夥債務之主體爲合夥團體乎抑爲各合夥員個人乎解答此問應視合夥性質爲斷瑞士債務法第六百七十八條明定合夥團體可因登記而取得人格權此項有人格權之合夥團體既能享有權利負擔義務即當然爲合夥債務之主體各合夥員雖就合夥債務負直接責任而其對於債權人之關係不過與合名公司之社員相似不能逕居債務人之地位至我國現在判例則仿德國與日本之例（德國民法第七百五條日本民法第六百六十七條參照）認合夥爲債權契約關係合夥團體不能獨立享有人格（民國四年大理院判例上字第五六零號凡合夥爲契約關係非有獨立之人格故無論何時關於合夥債務均應向各合夥員請求清償自難認其合夥即爲債務之主體）故所謂合夥債務者乃各合夥員個人所負擔之債務而實爲多數當事人債務之一種原則上應由各合夥員分擔者也

三、合夥員之中途入夥與中途退夥於合夥債務有若何關係乎在瑞士法上合夥債務之主體既爲合夥團體則合夥員之中途入夥與中途退夥於合夥債務毫無影響而合夥員對於

債權人之責任則與合夥員身分有不可分之關係故合夥員之中途入夥者一自取得合夥員身分即對於入夥前之合夥債務一律負責與入夥後新發生者無異（瑞士債務法第六百九十條）而其中途退夥者亦應於喪失合夥員身分時免除對於合夥債權人之責任惟爲保護債權人利益計於相當期限仍認其責任之存續而已（瑞士債務法第六百九十一條）若在我國據前述大理院判例既認合夥債務爲各合夥員之債務則合夥員之中途入夥者於其入夥前之合夥債務（即應歸原合夥員分擔者）非經承任無從負擔其中途退夥者退夥前已負擔之債務非經他合夥員承認亦無從移轉於他合夥員乃當然之理而前舉大理院兩判例則適與此理論立於反對者也

四、前述甲例（關於入夥之判例）雖不順於理論而其成立亦有相當理由蓋（一）依現行判例（民國五年上字一二六四號判例合夥財產爲合夥債權之擔保合夥債權人得先合夥員之他債權人就該財產受清償）合夥財產首爲合夥債權之擔保而中途入夥之人於入夥後即當然爲合夥財產之共有人故其入夥時如不使同負合夥債務則債權人能否更由合夥全體之財產受償殊不能無疑如認其可由全財產受償則有「以不屬債務人之財產爲給付」之嫌且使各合夥員間生求償關係紛糾不清如不使由全財產受償則必因中途入夥致擔保減少而使債權人受意外之損失（二）中途入夥之人於入夥時就合夥之財產及負債自必有明晰之調查否則決不肯冒昧從事自蒙不利彼既明知有此負擔而後入夥即可推定其有願意負擔之意思即使不然亦不至因此而受意外損失故吾人對於此例頗

表贊同之意也

五、前述乙例（關於退夥之判例）認退夥人所應分擔之債務不須經承認即當然移歸未退夥之人負擔惟爲詐害債權人而爲退夥者則對於債權人不生效力考其用意殆以承任債務須經債權人同意始能與之對抗（參照大理院判例三年上字第七百號及第一零四三號）而合夥事業之大者其負債必較多如中途退夥時必責退夥人一一通知債權人得其同意其事甚難退夥之人既不能復置喙於合夥事務以防資產之減削又不能得債權人同意脫離羈絆則對於合夥人之保護不免太薄其結果必致爲投資之障礙故本例前段認合夥債務之負擔當然因退夥而轉移其後段則否認詐害退夥之效力以保護債權人之利益也然吾人尙有不能釋然者（一）依前所說明合夥債務既爲各合夥員直接所負擔而各合夥員間又互有聯帶之責（參照四年上字第一七三九號大理院判例）故合夥員之資力如何於合夥債權人之利害有重大關係而合夥員之退夥往往非債權人所得知如認其當然有移轉債務之效力常有時因資力充裕之人退夥致債權之擔保（普通擔保）因之減殺而使債權人於不知不覺中受意外損失當此之時如其退夥有詐害情事固可以前例後段爲之救濟然詐害不僅於事實上之有害尙必加以詐害之意思作用始能構成而意思之有無爲極難證明之事且有時債權關係之發生常因債權人重視某合夥員個人之資力所致如其所重視之人中途退夥則雖無詐害情形而已與債權人之所預期相反矣合夥債權人既不免因合夥員之自由退夥而受損失則合夥債權反不能如普通債權之鞏固而人將逡巡

却步不敢與合夥團體爲交易其結果不更易致合夥事業之萎敗而妨礙投資之發達乎（二）更就債務人之利益論合夥團體負債較多之時欲使退夥之人一一通知債權人得其同意固屬較難然究非不可能之事且縱使債權人之同意難得而對於退夥人固尙多保護之方如就前述「承任債務須經債權人同意」之原則設一例外使退夥人得以公告代通知而於公告或通知後若干時內仍與未退夥之人聯帶負責逾時即當然免責（參照瑞士債務法第一百八十一條）或使退夥人得請求未退夥之人設法免除其負擔如不能免除則提供相當之擔保（參照德國民法第七百二十八條）凡此皆足以保護退夥人之利益而亦不至使債權人因債務人之自由退夥坐受損失較之現行判例似較公允也

◎擔保物權之効力

判例 房屋作抵不過爲債權之擔保而已在被上訴人行使債權抑或行使擔保物權仍有選擇之自由斷不能以作押之房強令抵債（民國十二年上字第三九七號大理院判例）

一、民國三年上字第五七六號大理院判例設定擔保物權後債權人僅得先就擔保物行使權利如有不足始許向債務人請求償還餘額而右例則認債權人於設定擔保物權後仍得先行使債權此不可謂非法律見解上之一重大變更也

二、擔保物權 爲債權之從權利所以補助債權之作用而非所以限制債權之效力治法學者類能言之然大理院舊例不恤違反此普通觀念而認其有有限制債權之力者其故蓋有二其一 設定擔保物權之本意在謀債權之確實如使債權人先行使擔保物權雖覺程序繁

重微有不便之感而於債權之確實毫無所妨

其二 舊制之典其經濟上効用與擔保物權相近而考之前清現行律業主屆期不贖者典主祇得找絕或別售而無請求業主回贖之權可知以物權擔保債權者亦應使債權人先行使物權爲宜也

三、如右所言大理院舊例雖亦有相當之根據然就經濟上之常情而論投資之人希求其投資之確實與希求其收回之便利常因經濟情狀而異在重農時代幾以置買不動產爲惟一之投資方法有資財者祇須投多少之金錢而換得不動產之使用卽已滿足不必亟亟於其金錢之收回一入工商時代則運用金錢之方法日趨靈活以同一額數之金錢其使用之次數愈多者所得之利殖亦因而愈厚於是投資之人於確實之外常着眼於收回之便利此必然之理也前清舊律多成於重農時代其所認之典權實非債權之擔保而爲買賣外之一種置產方法故無典主催令回贖之規定若在今日則久已感此制度之不便而於設定典權外常常發生押借（廣東稱爲按揭）之事且於都市地方尤進一步而視對人擔保（保證）爲重要矣在今日而猶以典之觀念應用於擔保物權殆不得謂爲適合情事也

四、由是而論新例之適當已不待言且依舊例所謂擔保物權者不過徒有虛名而按其實質則仍一變相之典權耳自有此新例而後擔保物權之名乃能副其實矣故謂此例於我國私法上實開擔保物權之新紀元焉可也

● 卽時取得

判例要旨（民國十一年大理院上字第一六九七號）

凡以平穩公然之法占有動產之人且善意無過失者得即時取得其動產上所得行使之權利縱該動產係屬盜賊遺失物或禁失物若占有人係由拍賣或公共市場或向販賣與該物同種類之物之商人以善意買得者於法亦須由其主賠償對價始能回復其原物則以同一情形就一動產取得質權者自應準此認其典權合法成立而該動產之所有人欲收回其原物自非償還典價之本利不可

一、右例所採即一般所謂即時取得之原則者是此原則為追及權之一大例外羅馬法上所不認許而近代立法例則基於德意志固有法之觀念相率採用之至其理由(1)有謂係因權利人以其處分權讓予占有人者然此說適與權利人意思相反且無以說明不由己意而喪失占有之情形(2)有謂係基於法律上特別規定或基於所有權之推定者然立法上何以有此特別規定何以設此推定仍無從解說近於以問答問吾人之愚以為其惟一理由惟在保護交易之安全一點而已蓋動產之權利狀態占有事實外無由表見故常情上常信占有人即為權利人而與為交易不更問其真正權利人之為誰使於追及權之行使毫無限制則關於動產之交易幾不能行而人類經濟上之交通或幾乎息矣此對於與占有人為交易之人所以不可不特別保護而即時取得之原則所以不可不採用也由此而論右例之採用此原則固吾人所贊同矣

二、即時占有之要件須占有物係動產須占有人無其所行使之權利須為平穩公然善意無過失之占有右例於此要件雖未一一指出吾人信其並非不認惟自來立法例於此原則之適用常因其真正權利人之喪失占有是否由於己意而異其由於己意而喪失占有者（指

喪失直接占有言）如寄託物之類則取得人於占有之始即可取得其權利不須再備何要件其不由己意而喪失占有者如遺失物盜贓或遺走之家畜等則除具備一定要件外其真正權利人於相當期限內仍得請求回復右例於此種區別亦予採用吾人竊不能無疑蓋如前述即時取得之根本理由既惟在保護交易安全則真正權利人之喪失占有無論是否由於己意就交易安全上觀察均有保護取得人之必要於此理由之下前述區別何以有採用之餘地殊苦無說明如必曲爲之說惟有謂立法上所以採即時取得之原則者原係對於真正權利人信任非人輕失占有之懲罰故於喪失占有非由己意者予以相當之宥恕而使得請求回復如此說明於前述之區別固足爲有力辯護然法律上何以必使吾人以不肖待人而兢兢自行保持占有即使信任非人輕失占有應受懲罰其懲罰何以如是之重何以真正權利人因此所失之利益應屬於取得人此種問題即又無法解釋且此原則之根本理由如果在於懲罰則其價值不啻一落千丈矣故吾人以爲此種喪失占有是否由於己意之區別不過立法史上之遺蛻毫無足取者也

三、尙有一宜注意者右例於採用前述區別之下對於向來之立法例復加以相當之變更是也向來多數立法例真正權利人不由己意而失去占有之物若取得人係由拍賣等方法而取得者仍不許請求回復而右例於此等物則許真正權利人得以有償回復之此點驟觀之於取得人之利益無損似覺無可置議然取得人既由拍賣等極爲公開之方法而取得其物即必堅信其權利之確實復就其物與人交易一旦聽任真正權利人請求回復雖曰可以索

償而就該物所生一切關係終不免完全牽動其擾亂社會經濟狀態之弊恐非甚小此亦吾人小小懷疑之點也

四、前述之區別（喪失占有是否由於己意之區別）本吾人所不取茲即假定此區別爲可探而按之本案是否適當尙屬不能無疑蓋所謂真正權利人不由己意而失去占有者如右例所舉爲盜贓遺失物焚失物三種而據本案確定事實則兩造所爭之機件等項實所有人所租出之物即其由於己意而失去占有之物按之右例所列三種無一相當者也本案大理院判詞雖未明言其喪失占有不由於所有人之意思而於事實審所爲贓物之認定未加糾正且其喪失占有如果認爲由於所有人之意思則前述區別於裁判本案似屬無涉而大理院竟於本案內首先採用之其適當與否亦不能無疑也

五、復有一宜論及者一般立法例取得人依即時取得之原則而取得者乃其事實上『所』行使之權利而非『得』行使之權利如取得人於其物上得行使所有權亦得行使質權而現在事實上之所行使者非所有權而爲質權則其所取得者亦即限於質權不能因其得行使所有權即不問事實上所行使者爲如何權利而一律使之取得所有蓋依前之說明即時取得之根本理由在保護交易安全則但須保護取得人事實上『所』行使之權利即能達此目的無須於取得人所行使權利之上更使得受意外之利益也右例乃認取得人可依此原則而取得其『得』行使之權利（包含事實上已行使及未行使者在內）其爲文字上之錯誤乎否則頗難索解矣

◎現行律上已報婚書及有私約之解釋

現行律男女婚姻律文若許嫁女已報婚書及有私約而輒悔者云云舊有三解一出唐律疏議宋君所引是二出清律輯註謂周禮有媒氏以司婚姻之事古制男女定婚後即立婚書報於所司其不報者即私約也(前解)今不行此法解者謂有媒妁通報寫立者爲婚書無媒妁通報私下議約者爲私約(後解)大理院判例所采即輯註前解也

右三種解釋究以何者爲可采乎拙見以爲首宜研究者即私約之性質究爲定婚之前提契約抑爲婚書以外獨立之訂婚行爲是也攷讀律佩觿釋『及』字義謂及者事情連後謂如彼此俱罪之贓及應禁之物則沒官之類又謂及者推而及之也凡係人與事各有不同而罪無分別者則皆以及字聯屬之是於兩人或兩事之間置一及字者必其人與事各有不同而推此及彼處以同等之罰者也現行律爲公私糅雜之法典於公法方面既推此及彼處以同等之罰則於私法方面亦必推此及彼使生同等之效不待言矣今考律文於婚書與私約之間置一及字明明認私約爲婚書以外之別一行爲而推婚書之例以及於私約使同生定婚之效力而於其悔婚者科以同等之罰顯而易見似未可遂認私約爲關於老幼殘疾庶養等類定婚時之前提契約也私約既非定婚時之前提契約則律文於私約二字之下胡爲有『謂先已知夫身老幼殘疾庶養之類』之小註乎此不難索解者也通觀律文凡男女定婚之初若有老幼殘疾等情事者均須明白通知無論其定婚方式爲婚書爲私約抑爲收受聘財此項通知義務不因之少異故女家於定婚之前不知夫身有此等情事者雖悔亦不爲罪而知之者則禁其反悔其以此項小

註繫於若許嫁女已報婚書及有私約一句之下者實通婚書而言并依下文「亦是」二字之意於收受聘財時亦應作同一解釋不能僅指爲「私約」二字之註解也

若然則婚書與私約之區別果安在乎大理院判例雖謂婚書爲報官有案之婚約然以吾人聞見所及定婚報官殆爲絕無之事且引古典以解今法不惟無益抑且有失立法本意吾人亦不敢贊同考現行律文稱凡男女定婚之初（中略）各從所願不願即止願者同媒妁寫立婚書即此可知婚

書乃憑媒妁之所寫立而私約則未經憑媒通報私下議立者固不宜以報官與否爲區分之標準也要之現行律文內「凡男女定婚之初至但曾受聘財者亦是」一大段可分三節解釋第一節至依禮聘嫁句止定婚姻預約之要件內更分二一爲實質的要件即各從所願是各從所願云者即須男女兩家意思之合致也而婚姻大事爲終身休戚所關向來以男女身體上之情形及家庭中之地位爲其重要內容故又明定兩家互有通知義務使他造得了知一切情形爲決定意思之基礎焉二爲形式要件即寫立婚書是而媒妁之言爲古來所重視故又以同媒妁寫立爲婚書之要件凡此皆關於婚姻預約之原則者也第二節至處罰句止規定女家悔婚之制裁同時認婚姻之形式要件不必同媒妁立婚書而得以私約爲之其小註所稱「謂先已知夫身殘疾云云者乃就實質要件上明指不得悔婚之情形實與形式要件不相關涉即不問其定婚之經何等形式於具備此實質要件時皆不許反悔也第三節至亦是句止更推廣一步認婚姻預約得以收受聘財之形式爲之復以「亦是」二字明示定婚之實質要件及悔婚之罰均與寫立婚書及私約者相同此二三兩節中關於形式之規定皆可謂爲第一節之例外也

不佞關於本問題之見解與大理院判例及宋君所見皆有不合適法律評論社將以宋君之文付刊因所述已見以供學者之研究

▲附宋君企弘文于左

現行律男女婚姻條律云若許嫁女已報婚書及有私約而輒悔者處五等罰據大理院民國二年上字第二一五號判例云現行律載定婚之形式要件有二(一)有婚書即謂有媒妁通報寫立者無論報官有案或僅係私約皆可(下略)是以已報婚書爲報官之婚書私約爲未報官之婚書惟據唐律疏議云許嫁女已報婚書者謂男家致書禮請女氏答書許訖等語是報者乃女家報答之謂並非報官之意且私約二字下律註云謂先已知夫身殘疾老幼庶養之類唐律亦同是私約二字乃指先知夫身殘疾老幼庶養而言與上文定婚之初若有殘疾老幼庶出過房乞養者務要兩家明白通知之精神相貫疏議亦云皆謂宿相諳委兩情具愜私有契約或報婚書如此之流不得輒悔(下略)蓋謂先知夫身老幼殘疾庶養之類若兩造情願私訂契約者雖無婚書亦不得悔故下段又云老幼殘疾庶養之類此緣事不可改故須先約然許爲婚是私約者實老幼殘疾庶養之類定婚時之前提契約也現行律既采唐律規定自應取同一解釋今院例指已報婚書爲報官有案之婚書私約爲未報官之婚書容有誤解

質疑解答

◎父無遺產能否以子之私有財產清償父債

查大理院判例載父生存時所負之債務應由其子償還惟承繼其財產者爲其子之全體在未分析財產以前自可對於其子一人主張若在分析以後不能令一子獨負清償全部之責（四年上字二二一號）細釋院例旨趣所謂父債子還者係指父有遺產而言若父死後并無遺產自不能以子之私有財產清償父債誠以院例所言未分產則可專對一子主張清償全部已分產則不能獨令一子清償全部明係就有遺產者言之若無遺產何有於分或謂院例只言父有遺產時諸子對於父債應負清償之責而於父無遺產時應令其子清償父債尙付闕如似仍應由子負責鄙意父死後如有遺產則其生前債務以遺產清償不外以父之財還父之債至爲平允若父無遺產仍以其子之私有財產清償父債何難以子因血汗所得之金錢供父因揮霍所負之債務揆之情理實有未平且此說於院例精神似亦未盡領會

我國舊諺有「父債子還子債父不知」之語由來已久幾於無人不知實爲一種習慣法之表現質疑者所引之判例乃導源於此項習慣法並非以父有遺產爲其子應負償還責任之根據也考之立法例及學說承繼遺產爲包括承受之一種其承繼人於法律上應完全承受被承繼人之權利義務但專屬權等不在此限當開始承繼時爲保護承繼人利益計於承繼之承認與否及承認之限度經許其自由抉擇而一經爲單純承認之後即不得更藉口於被承繼人之無遺產或遺產不敷償清而對於債權人主張不負償還之責上段所述之習慣法根本與此相同惟承繼人得拋棄承繼及爲限定承繼與否尙不無疑問耳

查民國五年大理院上字第一九九號判例內載宗祧承繼與遺產承繼有兩不可離之關係似

不認宗祧承繼人有拋棄遺產承繼或爲限定承繼之自由而宗祧承繼之不容拋棄則依據現行律之立法精神殆屬毫無疑義推其結果曾不免如質疑者所云不難以子血汗所得之金錢供其父揮霍所負之債務惟承繼之拋棄與限定求諸法律既無根據按之習慣亦似未協將來立法上應如何補救固尙多研究之餘地而欲即據質疑者所引之判例遽認子償父債應以遺產爲度似未免近於牽斷也

子償父債既係導源於固有之習慣法且爲包括承受性質上當然之結果而非以「父有遺產」爲其根據則前述之判例何以有分析財產云云之語乎致疑之由殆即在斯然判例於此不過說明多數承繼人所承受之債務在未析產前爲聯帶負擔析產以後則各自分擔一部耳判例首段指示債務之承受但言父生存時所負之債務應由其子償還而不言父有遺產者始由其子償還次段分別償還責任是否聯帶始有析產與否之文旨蓋極顯豈容懷疑

多數承繼人所承受之債務實即多數當事人債務之一種如無特別法律或習慣可據依民國六年上字第一一六九號判例（債務人負可分給付之債務而無特別之意思表示者各債務人以平等之比例負其債務）似應自始即由各承繼人分擔一部惟外國立法例爲保護債權人利益計有認其有爲聯帶負擔者至如我國判例於析產以前認爲聯帶析產以後認爲分擔者吾人譴陋殊未前聞其利害得失亦尙有研究之餘地惟非本問所及茲不具論

◎母無遺產能否以父之遺產清償母債

今於解答此問之前試設一問曰父母俱歿而母有遺產者應由何人承受乎聞者必毫不遲疑

而答曰應由其子承受此何故以子爲母之遺產承繼人不惟條理宜然徵之習慣亦無二致也子爲母之遺產承繼人依包括承繼之法理即應併承受其母之債務（消極財產）於遺產（積極財產）之有無多寡初無關涉惟母在家庭中之地位與父微殊致生種種疑問茲爲明晰起見分別說之

一、母於父在時所負之債務

（甲）關於日常家事者 依民國五年上字第三六四號大理院判例妻關於日常家所有代理其夫之一般權限故妻關於處理日常家事實爲其夫之法律上代理人依一般代理法則其因此所生之債務應由其夫直接負擔夫歿之時無論妻是否生存及有無遺產當然由其子承受毫無疑義

（乙）非關於日常生計者 前述判例後段雖僅謂妻於日常生計無關之處分行爲非有其夫之特別授權不得爲之否則非經其夫追認不生效力然此不僅處分行爲爲然一切法律行爲無不應爾而子應否承受其母之債務亦可依此原則以求解決

前述判例既謂關於非日常生計之行爲應經夫授權或追認則其經授權或追認者自應與甲段之行爲生同等效力無疑至其未經授權及追認者判例雖謂爲不生效力然所謂不生效力者殆謂不能直接對於其夫發生效力非謂其絕對無效蓋妻之人格與其行爲能力原不殊於常人則其行爲如果具備法律行爲所必需之要件自無絕對無效之理故此種未經授權及同意之行爲雖不能視爲代理其夫使對夫生效而其對於妻自身所應

生之效力則不受任何影響若然則妻因其行爲而負債者自應由應繼其遺產之子併行承受亦無可疑

外國立法例有認妻之此種行爲其夫得撤銷之者所以保全家庭之平和也我國家制未能遽革此種法例似亦有採用之必要若然則其夫生時未經撤銷之負債行爲夫歿之後其子得以撤銷乎拙見以爲認此撤銷權之精神非所以維持財產而在保全家庭之和平則惟於夫在時始有認許之必要夫死而使子繼之家庭和平或反因之擾亂與認許之精神根本背馳故此撤銷權宜認爲有專屬性質不使其子承繼由是而論則子於此時亦惟有依包括承繼原則承受其母由此所負之債務而已

尙有一宜注意者妻之行爲雖由其夫撤銷而因撤銷之結果其曾由他造領得之物或其他給付當然應依不當利得之法則返還於他造此返還義務亦應由其子承受者也

二、母於父歿後所負之債務

(甲) 子未成年時 父歿而子未成年由其母監護者其母爲子之法定代理人於其代理範圍內所生之債務即其子之債務無論其母存否及有無遺產當然由子償還惟以自己名義所負之債務則應於其故時依包括承繼法則由應繼遺產之子承受

(乙) 子已成年時 子已成年者其母不復爲法定代理人除經其子授權或追認之行爲外不能直接對於其子發生效力故母因其行爲所負之債務於母在時當然不能向其子請求償還而母歿後則依包括承繼原則應由子承受準之上段說明自無疑義或謂依大

理院判例繼母於繼子成年後處分遺產者須經繼子同意或追認始能有效親生母子例亦應爾負擔債務與處分遺產同屬不利於子之行為而處分則須經同意或追認始能生效負債則母歿之後當然遺轉於子兩者相較未免失平此論若專就經濟上利益觀察殆亦未可厚非而就法理言則母之處分子產純屬無權行為以無權行為而欲使生效自非有處分權之子予以同意或追認不可至若母之負債既已有效成立而依包括承繼之原則又應當然由其子承受更何有同意追認之餘地乎

依上所論誠不免有時因母之不當行為而使子重受損失然將來立法或判例如採用限定承繼之制則此弊害尙非無救濟之道此不能不望立法及司法當局之注意者也

●未成年之子擅以其父財物爲其父清償債務時其清償 是否有效及能否撤銷

本問之清償行為有二特徵一爲清償行為之人無處分能力二爲清償行為之人無代理權而本問題之解決則應歸著於第二點茲以次論之

一 無處分能力人所爲清償之效力如何學說紛歧未衷一是有謂爲法律行為者有謂非法律行為而爲單純之事實者有謂其性質不定時爲法律行為時爲單純事實者以吾人所信則清償行為之自身不過債權內容之實現而非以發生私法上效力爲目的之行為故僅爲一種法律事實不得謂爲法律行為惟因清償而爲之行為如移轉權利或服勞等則依其性質或爲

法律行爲或爲單純事實耳本問係以財物清償債務則其因清償而爲之行爲即係以移轉該財物所有權爲目的之行爲變詞言之即法律行爲中之物權契約也

債務人因清償自己債務而爲移轉財產所有權之行爲時其行爲既爲物權契約自必以行爲人有處分能力爲其一要件故爲清償者如係未成年或禁治產等限制能力人其因清償所爲之行爲自得依法撤銷撤銷之結果其財物之所有權當然回復於原所有人如該財物已交付於債權人則原所有人得取回其物此當然之推論也

依法國民法及日本民法無處分能力人因清償而爲之行爲被撤銷時其供清償之物已交付於債權人者該物之所有人非更爲有效之清償不得取回其物此種規定蓋慮債務人於取回之後喪失資力因而害及債權人之利益故認債權人有留置權以保護之固不可謂無相當之理由惟靜言思之其不公平之點亦有數端同是債權人其偶然受無處分能力人之清償而受領財物者便可於撤銷後留置其物以保債權之確實而其他之債權人則否此其一同是受無處分能力人清償之人如其債權係以不特定物爲給付之標的則債務人可更爲有效之清償因而債權人即得有留置權如其債權係以特定物爲給付之標的則債務人於未取回其物時無從更爲有效之清償即法律所要求之條件不能實現因而不能不認其得爲無條件之取回此其二債務人知其有害於他債權人而特對於一債權人爲清償或設定擔保物權時他債權人得行使廢罷訴權而撤銷其行爲此在行爲人有處分能力時猶然今乃以清償人無處分能力之故而債權人反取得留置權致債務人雖明知有害於他債權人而猶不得不別爲有效之

清償此其三有三不當故德國民法及我國民律草案皆不採其制至慮債權人因返還其物而受不利益之結果殊屬過慮蓋依前之說明債權人因受無處分能力人清償所得之利益本非所應得不必特別加重其保護且如果於返還後有不能受清償之虞法律上亦非無救濟之法（如假扣押）無予以留置權之必要也

有謂因清償所爲之行爲被撤銷後債權人所負返還清償物之債務與其債權同係以物之交付爲標的宜若可以互相抵銷者此亦不然蓋債務之抵銷以兩造互負同種給付之債務爲其一要件因清償所爲之行爲被撤銷時其所交付於債權人之物雖尙在債權人手中而該物之所有權已當然歸屬於債務人故債權人對於債務人所負返還該物之債務不過以單純之交付爲其標的耳至若債務人之債務則不僅以單純之交付爲標的並須將其物之所有權移轉於債權人是此兩種債務之標的即給付並非同種自不適於抵銷也

以上所論乃債務人自爲清償而無處分能力之情形若質疑人所設之問題則係債務人以外之人擅以債務人財物代爲清償而其人又無處分能力者故該問題尙不能據此理論以求解決惟揣質疑者之用意似頗注重於此故先論之

二 無代理權人所爲代理清償之效力如何 代理人是否須有全完之行爲能力亦本問題內應行論及之一點按限制能力之制本爲保護年齡幼弱或精神薄弱之人而設代理行爲之效力既係直接及於本人於代理人即無利害關係則代理人雖屬年齡幼弱或精神薄弱亦無特加保護之必要而本人當選定代理之時既肯以此等人爲其代理亦可知此等人之行爲必

於本人之利益無傷故代理清償之人如果有代理權則無論其成年與否及有無他項限制能力之原因而其因清償所爲之行爲均有完全效力不得撤銷惟本問題內代理清償之人實爲無權代理人按之條理無權代理人之行爲對於本人不生效力惟經本人追認者則否故本人如不予追認則其因清償而交付於債權人之物本人得行使所有權而逕請交還不須更爲撤銷該行爲之表示此不惟一般學說及立法例所同即在我國法院亦多有判例可徵也要而言之本問題之清償行爲實爲無權代理行爲不待撤銷即屬無效行爲人之能力如何可毋庸過問也

◎父母俱死而無子亦無遺產者其生前所負債務應否由在室之女負償還責任

現行律卑幼私擅用財條例載戶絕財產果無同躡躪而莫由回復此保護狀之特別方法所由來也保護狀者爲法院或法官所發之命令狀使實施羈押之人急速提出被羈押人於法院釋明羈押之原因及其日時抗不奉命者處以重罰在英國初次爲一百磅二次爲二百磅在美國則違令者有藐視法院之罪以隨其後其實施羈押者不問其爲私人爲官吏爲行政爲司法均有遵守義務即使出於長官之命令或本諸職權之行動亦不能認爲拒絕提出之理由其提出期限在英國爲接受令狀後三日以內距離法院較遠者最長期限不得過二十日凡此規定皆爲貫徹急速提出之目的故保護狀之性質可以「急速提出」四字括之至被羈押人是否無罪

應否釋放均爲提出後之問題不能混爲一談(說詳後段)

三 關於保護狀之程序

查英美通例凡有不法羈押之事發生被羈押人或其親友或無論何人皆得請求法院發保護狀請求人須用誓書(Affidavit)並釋明不法羈押之事實何謂不法羈押英美解釋微有異同英國情形有二(一)爲毫無羈押原因或羈押原因消滅後不予釋放者(二)爲雖有羈押原因而延不審理者均爲不法羈押美國則歷來判例皆取廣義解釋不但押票未載犯罪行爲及法院無管轄權者得請求保護狀即法院拒絕具保或所定保證金額不相當者亦得請求保護狀提出法庭審查之法院對於請求保護狀者能否駁斥學說不一戴雪氏 Dicey 之言曰請求人主張不法羈押者只須盡釋明之責得使法院可信其主張真實爲已足申言之請求人關於不法羈押之事實僅須釋明無須證明法院對於全無釋明者固應駁斥否則不能斬而不予苟請求人已盡釋明之責法官故意駁斥者處以重罰是爲英美兩國所同至提出被羈押人經宗應繼之人所有親女承受無女者聽地方官詳明上司酌撥充公乃於戶絕而有遺產者定其遺產之歸屬並非認親女爲父母之包括承繼人而使其承繼父母之一切權利義務故女雖在室亦不認償還父母遺債之責

◎給付義務與擔保義務有無顯然區別違反給付義務是
否卽違反擔保義務

給付義務乃債務人所負擔之主要義務擔保義務則附從於給付義務而使債權人得以滿足者給付義務一切債務關係上莫不有之擔保義務則為雙務契約而以物或權利為給付標的者有之給付義務為債務關係構成之要素不可除去即無債務關係擔保義務為買賣等有償契約之常素雖以特別意思表示除去此義務亦於債務關係之存在無傷債務人怠於給付義務是為債務之不履行而給付有瑕疵或追奪原因則為履行之不完全亦即履行不能（後發不能）之一種不完全之履行固亦可謂為不履行而不履行則不必皆與擔保義務有關此其區別之較著者也

◎先姦後娶之人於娶歸後未滿六月所生之子為姦生子乎抑為嫡子乎

查民國三年上字第四三二號大理院判例婚姻成立必經習慣上一定儀式其經習慣上一定儀式而成婚者乃重婚罪成立之要件又依四年上字第一五一四號判例定婚無效者雖成婚亦不生婚姻效力綜合觀之婚姻為要式契約無論欲為婚姻之男女事實上已否同居而法律上之婚姻關係必待踐行定式乃能成立而踐行定式亦祇應自踐行之時起向後成立婚姻關係不能溯及既往自相姦或事實上同居時起而成立婚姻關係殆無可疑若然則於未踐行結婚定式以前所孕之子似不能取得嫡子身分矣

◎租借他人土地寫立租字者宜依權利實質認為地上權

乎抑依契約用語目爲土地租賃乎

我國登記制度未行地上權與租借權之區別本難求之於形式法院於債權法上之租借權外又認物權法上之地上權者推其用意殆以借用他人土地建築房屋或栽種竹木之時其利用土地之期間較長借地人與土地之利害關係較密如不予以較厚之保護使得以其權利對抗一般人則借地之目的不易貫徹且房屋竹木有定著之性質因而其借用之關係亦顯著易見雖使一般人受其對抗亦不致害及交易之安全故於此情形認借地人有地上權若然則借地權之實質與此所言之情形相合者不問所立租字上之用語如何皆視爲地上權殆無疑義矣

◎限制能力之未成年人未經行親權人同意追認而處分不動產者如其相對人或轉得人係屬善意該行爲可否撤銷請求撤銷之期限如何

限制能力人之行爲法律上認爲得以撤銷者原所以保護限制能力人之利益如果其相對人或轉得人係善意時撤銷權即不能行使則限制能力人之制度勢必成爲具文故相對人或轉得人之是否善意於此項撤銷權毫無影響殆已成一般通說至關於撤銷權之行使外國立法例大都定有期限我民律草案第二百六十一條亦然惟現在草案未經頒行此外亦別無法令可據除事歷多年相安無異可認爲已拋棄撤銷權外不得僅以時間之經過而認撤銷權爲消滅耳

◎妻之相對人依民草第三十四條條理對於妻催告其得夫允許而追認其行爲時若妻詭稱已得允許而爲追認者其追認是否有效

按妻應否認爲限制能力人立法上尙屬疑問惟姑就民草第三十四條規定而論妻之追認應以實得其夫允許爲其一要件如未經允許而詭詞追認自不能生追認之效力至是否詭詞則屬事實問題此項事實之立證責任如何草案並無明文而由其立法精神推之似應由相對人負擔也

◎債權之對世力

特定物之賣主未將其物交付買主前第三人故意毀損之以致給付不能者買主對於該第三人能否以侵害債權爲理由請求賠償

今日通說大概分權利爲對世權與對人權對人權之侵害爲債務不履行對世權之侵害爲侵權行爲故本問題之解決應視債權有無對世力爲斷

債權之有無對世力學說判例尙未一致日本石坂博士爲主張消極說（無對世力說）之最力者其說頗風靡一時綜其大要略謂以債權爲先天的對人權者固屬謬誤而認不可侵之義務爲權利觀念上所不可缺者亦不免獨斷之見蓋對於權利究宜使一般人同負義務抑僅使特定人負義務於權利之觀念無涉若法律僅以特定人負義務爲已足者即無須認一般人有此

義務故對於債權雖不認一般人之不可侵義務其權利之性質亦不因之而欠缺而於日本民法上得間接推定債權無對世力者其理由有數端 一認債權有對世力則地上權與借貸借權等物權債權之區別無從說明且特定物之賣主若於未交付其物時復以之賣於第三人並交付之者其第三人對於先之買主勢必不免負侵害債權之責若然則債權與物權益無從區別矣 二認債權有對世力則自己之物如爲他人債權之標的時自己反因行使所有權而成侵害債權之結果如乙丙相約由乙將甲店所懸之羊肉購買贈丙適甲烹食其肉致給付不能則甲將因行使所有權而負侵害債權之責矣 三認債權之對世力則債權標的爲特定物時毀損該物者對於所有人及債權人皆負賠償之責且以一物轉賣於數人時侵害者之責任尤爲重大於立法上甚非得策 四不履行之賠償範圍有限制而侵權行爲之賠償範圍無限制又如關於過失互抵之法則在債務不履行則債權人之過失影響於賠償之責任及金額而在侵權行爲則僅影響於金額故認債權之對世力則侵害者之責任反較債務人爲重 五認債權之對世力則無認取消權（廢罷訴權）之必要蓋認對世力則債權人得直接對於受益人請求賠償且僅以受益人之過失爲已足不必其有惡意其對於債權人之保護反較認取消權爲尤厚也

石坂氏之說謂債權非先天的無對世力吾人極表贊同惟僅以上列諸論點爲債權無對世力之根據似尙難令人折服蓋一地上權與借貸權雖同係就他人之物爲使用收益管領而前者之管領爲直接的無須所有人之行爲介於其間後者則爲間接乃介於貸主之行爲而爲管領

其區別要點固不在對世力之有無也至第三人如就他人債權標之物因故意過失而讓受之並受其交付致給付不能者理論上本屬侵權行為惟為保護交易安全計僅於受益人第三人惡意時認債權人有取消權廢罷訴權而不認其得為損害賠償之請求且於該第三人僅有過失時不認其有如何責任故取消權之認許乃對於債權對世力之限制的規定未可據此而否認債權之對世力也(第一點及第五點) 二行使權利之行為不為侵權行為乃一般通說則所有人自己處分其物時雖如第二點所舉之例致他人間之債權給付不能亦當然無賠償之責 三認債權之對世力有時誠不免使侵害者負重大之責任然吾人平日舉動但能深加注意此種事實自無由發生如不認債權之對世力則債權時有被害之虞而債權人直無術以自救立法上權衡輕重固不如認對世力之為得策也 四債務不履行之賠償責任何以較侵權行為為輕此乃別一問題而侵害債權與侵害其他之權利既同為侵權行為則侵害債權之責任即無輕於侵害其他權利之理今乃以侵害債權之責任重於不履行之責任而謂債權不應有對世力然則亦將以同一理由而謂舉凡一切權利皆不應有對世力乎此令人難於索解者也

外國判例中認債權對世力之最著者為一八五三年英國之 *Tumley v'Gey* 案件茲述其大要有甲劇場之場主 *Tumley* 者與某女優約於一定期限內在甲劇場演劇並不得出演於他劇場而乙劇場主 *Gey* 者唆誘該女優於契約期限內出演於乙劇場因是甲劇場主以侵害債權為理由對乙劇場主請求賠償法院判決謂 一雇主就自己與其使用人之主從關係上有

一個對世權 二不問債權標的如何債權人有不聽他人妨害債權履行之對世權本件兩個對世權皆爲乙所侵害應爲侵權行爲日本大審院大正三年有一判例略謂債權爲對於特定人要求特定行爲之權利債權人惟對於特定之債務人得要求其行爲債務人以外之第三人毫無受其要求之義務自不待論惟一切權利不問其爲親權夫權等親族權抑爲物權債權等財產權利之內容性質雖不一致要無不有不任他人侵害之對世的效力故無論何人皆負不加侵害之消極的義務此對世的權利不可侵之效力實爲權利之通有性何獨關於債權而除外之(中略)蓋法律苟認某種權利而予以保障則必認其有對世力使其權利關係不受侵害不宜因其爲物權或債權而設等差否則第三人對於他人之債權既無不可侵之義務即不免任意蹂躪而法律承認債權之精神終不能貫徹矣故第三人若教唆債務人或與債務人同使其債務之全部或一部不能履行而妨礙債權之行使致生損害者債權人對於該第三人得依侵權行爲之一般原則請求損害賠償我國大理院民國三年有一判例謂凡代債務人清償債務而將債務人所託與清償之金錢物品自行消費致債權人不能及時受清償者則對於債權人即爲侵權行爲債權人固不妨更向債務人請求清償而亦得向該人請求賠償損害又一判例謂唆使債務人故意不履行債務致債權人受有損害者對於債權人即爲侵權行爲自應賠償其損害此中日本大審院判例於債權應有對世力之理由發揮無遺可爲積極說之代表不須吾人更贅一詞矣

◎養父將其於襁褓中收養之子轉給他人爲養子者該養

子長成後可否請求先歸其前養父之家再歸本宗

本問應解答者有下列兩點依次論之

一 養子與其前養父之關係是否因轉給他人爲養子而消滅按養父與養子之關係養父能否隨意使之消滅現行律例無明文可據考之判例亦僅於養子不得於所後之親時比照繼子之例准其養親逐去而於並無不得於親之情事時其養親可否因一時愛憎或他項事由使之喪失養子身分未經解決吾人於此自未敢憶斷惟將律例關於繼子與養子之條文參觀互較其於繼子則曰（若繼子不得於所後之親聽其告官別立）於養子則曰（若義男女婿爲所後之親喜悅者聽其相爲依倚不許繼子並本生父母用計逼逐）細釋其意似繼子如無「不得於親」之客觀事實其所後之親即不得自由廢繼不須更以「爲親喜悅」爲維持身分之要件若在養子則須「爲親喜悅」始得「相爲依倚」倘其養親不欲維持養父子之關係則雖無「不得於親」之客觀事實亦未始不可任意使其關係消滅也此項見解如無錯誤則從前之養父以養子轉給他人時其與養子之關係似應認爲消滅又轉給之時其養子雖無知識而該養子長成之後如果經歷多年相安無異則無論其行爲有無法律上之根據似亦可認其關係爲消滅惟此不過略陳所見以供參考是否正當未敢自信

二 養子可否請求歸其前養父之家按現行律例凡乞養同宗之人爲子者若所養父母有子或本生父母無子時聽其歸宗至乞養異姓義子有情願歸宗者不許將分得財產携回本宗所謂歸宗係指本生之宗而言至其與前養父之關係既經消滅似不得請求先歸其家

◎代管遺產之族人就遺產爲變賣贈與等行爲是否有效
代管遺產人死後承繼遺產之嗣子可否向買主及受贈
人請求返還

按民國三年上字第五八九號判例內載承繼財產如夫婦俱亡由親族公同保管或公推保管之人保管時均不得私擅爲處分行爲是代管遺產人不得將所管遺產出賣或贈與於人毫無疑義代管人既無出賣贈與之權則其遺產之所有權即不因代管人之行爲而移轉於買主或受贈人所有權既不移轉則不問代管人是否生存及立嗣之動機如何其承繼遺產之嗣子自得本於所有權向買主或受贈人請求返還惟其所處分者如係動產而買主或受贈人又係善意無過失開始占有者可依即時取得之法則取得其權利

◎兼祧人及其子均已亡故而有未成年之孫者如其所後
之親尚存可否由所後之親另立子或孫而兼祧人之本
生父母又可否代理兼祧人之未成年孫出頭告爭

按現行律立嫡子違法條例稱無子者許令同宗昭穆相當之姪承繼可知立繼須以無子爲要件若已有子而另行立繼即爲妨害其子之利益自不得反於其子之意思而爲之至此所謂無子並非僅指親生子言即依法所立之嗣子與兼祧子均包含在內故無子之人已立嗣子或兼

祧子者除其子有廢繼原因經合法廢繼或經合意退繼及依法歸宗外不得反於其子之意另立繼子或舍其繼子或兼祧子之子孫而另行立孫又按廢繼之事依現行律例係以繼子不得於所後之親爲惟一原因如果繼子或兼祧子本身已故則不得於親之事即無由發生據理而言當然不得於其死後追行廢繼如本問所假設之情形兼祧之子既未經廢繼而亡故又無合意退繼或依法歸宗之事實而兼祧子故後又有子有孫則其所後之親似不得另行立子或男行立孫至兼祧子所後之親與其本生之親對於兼祧子之孫同爲直系尊屬關於監護應處同等地位則其中一方如因與兼祧子之孫涉訟利害衝突不能爲監護時似當然由他之一方行使監護權而代其出頭告爭也

◎ 賃借權可否認爲物權及賃借人之使用權可否認爲形成權

據法國法系之立法例以設定移轉不動產物權爲目的之契約僅因當事人合意而生效力惟欲以其物權對抗第三人則以登記爲必要（登記對抗主義）賃借權雖被認爲債權而成立之初既與物權無異（即均因當事人合意而成立不以方式爲必要）一經登記又均得對抗第三人其與物權之區別安在幾於無從說明故學者有主張已登記之賃借權爲物權者其說自非無據若在德國法系之立法例則以設定移轉不動產物權爲目的之契約非經登記不生效力（絕對登記主義）而以發生債權爲目的之契約則僅因合意而生效不以登記爲必要賃借權

之成立在德瑞民法及我民律草案無有以登記爲必要者其爲債權已無可疑至我草案雖採日本民法之制認賃借權亦得登記然此項登記乃賃借權之對抗要件而非成立要件與物權契約之登記不可同日而語自不得因此遽認賃借權爲物權也又我國舊慣及現在判例認立契爲物權契約之必要方式（參照四年上字八一三號判例）而四年上字六三三號判例則明認使用租賃爲諾成契約但須就租賃標的物與租賃費二者兩造合意即爲成立則就現行之制度而論賃借權不能認爲物權亦毫無可疑至賃借人於賃貸借關係上有兩權利其第一權爲對於賃貸人之關係即請求賃貸人使自已得使用賃借物是其第二權爲關於賃借物之關係即自己得正當使用其賃借物是前者爲單純之債權毫無疑義後者之性質則有謂爲形成權者有謂爲正當權者吾人私見以爲因有某權利而權利人單獨之行爲得成爲正當者其權利即爲正當權因有某權利而權利人單獨之行爲得成爲正當且因其行爲之正當而使某項法律關係之效力受其影響者其權利即爲形成權如法律行爲之當事人有撤銷權時因有此撤銷權而行爲人所爲撤銷之表示得爲正當因撤銷之表示得爲正當而被撤銷之行爲即喪失效力故此撤銷權爲形成權若賃借人之第二權（即使用賃借物之權）僅能使其使用行爲成爲正當而止此外不生任何效力故知其爲正當權而非形成權惟學者中有並形成權與正當權爲一類而統稱之曰形成權者亦有統稱之爲正當權者由前之說賃借人之第二權亦可稱爲形成權由後之說賃借人之第二權亦可稱爲正當權也

質疑解答

中華民國十四年二月 日初版

(非 賣 品)

編 輯 許 藻 鎔

發 行 處 法 律 評 論 社

上海图书馆藏书



A541 212 0009 1842B

上海舊書店

丙 冊裝
售價 0.20

1615908