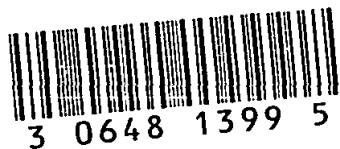


青浦許藻鎔著

法學論文集

長汀江庸題





序

民國十年，庸承乏修訂法律館總裁，方纂訪民商法時，以民商法草案初稿，屬草於前清末年，歲更十餘；且歐戰之後，關於民商法之世界思潮，多根本改變；加以舊時草案，出自外人之手，不盡適吾國國情，吾國司法制度，已確立十餘稔，判例慣習，足供立法之參考者不尠，擬將舊有草案，詳細修正，然後頒行。西人恆言惡法勝於無法，此一偏之見，非通論也。夫立法而不善，司法官受法之束縛，雖灼知其不當，而無可如何；反不如無法而得斟酌取舍於條理習慣之爲愈也。庸以立法之責任至鉅，館費支絀，勢不能盡_世之名流鉅子，共襄斯業；凡民商法中諸重要問題，悉由館中一一解決，未必能盡鑒中外識者之意；且施之於世而無扞格之虞；因集思廣益，枚舉民商法中諸重要問題，徵求海內關心立法者之意見，以備採擇。許君治若，即當時修訂法律館第一次徵文獲獎

之第一人，時許君猶留學日本未畢業也。逮許君歸國，庸始邀之入館。庸與許君之交誼，蓋由於文字之契合，非汎汎也。未二年，庸偶以政治上意見不愜於政府，辭總裁職；陸（鴻儀），石（志泉）兩副總裁，繼亦相率引去，修訂之業，遂虧於一篑；許君亦未獲展其所學，甚可惜也！十年以來，庸與許君朝夕相處，凡庸所經歷，雖至無聊之事業，無一不强許君爲之助，若法律評論社，若法政大學，若東方文化事業總委員會，若故宮博物院，若朝陽學院是也。然此種種之事，無一足用許君之學。世人及許君交遊，見許君近年所爲，皆視許君爲一敏練之事務家，幾不知其爲學人矣。頃許君示庸以舊日撰述，因追憶與許君交誼之由來，又深歎許君有如是敏銳深厚之學力，徒以瑣屑沉悶之事務攫其心，不獲使其優游自得於學問之途，詎非庸之過歟？

中華民國二十年五月，長汀江庸序。

例言

一 本書各文或在余求學中所作或在余初回國時所作文詞理論難免幼稚錯誤尙祈閱者予以匡正

一 本書之刊行在留作紀念耳故文中事實理論縱有明日黃花之概亦均一一編入

一 論文次第係就編者之便並無先後標準每文附記年代及發表時之署名便供參攷也

例
言

580.78

610

2

論文集目錄

- 財產法中幾個問題……………一至三六
- 今後我國立法界司法界努力之方向……………三六至五四
- 現行私有財產制度之基礎觀念及其將來……………五四至六九
- 論陪審制度……………六九至一〇一
- 少年保護制度之必要及其組織法……………一〇一至一一一
- 簡易審判機關要論……………一一一至一二二
- 親屬法上之家制問題……………一二三至一三五
- 法律思想發達之一新傾向……………一三五至一四六
- 不定期刑……………一四七至一五五
- 檢察官之職責……………一五六至一六〇
- 損害賠償之社會化……………一六〇至一七〇
- 自由法說……………一七〇至一七二

刑法之基礎觀念·····	一七三至一八〇
法律之輿論化·····	一八〇至一八三
惡法亦法也之格言·····	一八四至一八八
法律思想之新基點·····	一八九至一九二
德意志革命與產業公有制度·····	一九二至二一五
英國法律上夫婦之財產關係·····	二一五至二二七
法律行爲之解釋·····	二二七至二二九
成年年齡·····	二三〇至二三三
讚密德爾斯丁之司法改良論·····	二三三至二四四
德國之經濟審判廳·····	二四四至二四八
俄國勞農政府之婚姻法·····	二四九至二八〇

財產法中幾個問題

(修訂法律館第一次徵求意見答案載民國十年法學會雜誌第一第二第六第七各期)



法律爲社會生活之準繩，凡居恒交際往還，無不受其範圍；故其內容之如何，莫不感受其利害也。然社會生活之進化，因時而異，爲社會生活準繩之法律，若不應時修改，則不但不足以繩社會之生活，反妨害社會之進步耳。各國學者，當定法律之本質時，無不分二方面言之：即自實質的方面言之，要有爲社會的準繩之適當性；自其形式的方面言之，要有一定之權力，以實行其法律之權力性。二者苟缺其一，即不得爲良好完全之法律。換言之，不具備上述二種性質之法律，爲惡法死法耳。以惡法死法，準繩其社會之生活關係，其社會無有不衰且敗也。世界經此大戰後，社會的經濟組織，大受波動。所謂同盟罷工之處置；勞働者失業者之保護，物價騰貴之調和等種種問題，均應時勃興。考其原因，不外世界經濟，受大戰之影響，失其常調，惹起物資缺乏之結果；一方勞働者及其他下級人民，對於此次大戰，大

顯功績，因此要求相當之待遇；加以平等自由之學說大昌，向之在經濟上不得平等自由者，（註一）莫不奮臂號呼，要求以人類之待遇；其甚者，提倡共有財產之制度，以實現其平等自由主義。此種思潮所及，影響於社會各種制度者頗大，而維持私有財產制度之各國財產法，尤爲其勁敵，蓋財產法乃規定我人社會經濟生活之基礎者也。彼經濟學家阿圖歪莪那，曾於其 *Grundlegung der Politischen Oehonomie* 上論曰：財產制度者，基礎的社會制度也。亞美利加之衣萊 (Ely)，曾於其 *Property and Contract* 之名著上，論曰：財產權及賣約者，基礎的社會制度也。其他學者及理想家，莫不曰：欲改良社會生活者，不可不先改革財產制度。今我人既不滿意於舊的社會制度，則維持舊的社會制度之財產法，不可不改革之者明矣。

成文法之內容，不適於社會之實際情況時，以學說判例之解釋，得補充其一部之缺陷者，學者所共認也。然際此潮流激變之時，成文法之內容與社會實際之情狀，發生巨大之罅隙，對於此種罅隙，決不得盡恃學說及判例之解釋，所能彌補調和者也。故欲將現行之財產法與現代社會之思潮調和者，不可不俟立法手續之改正也。

各國政府有鑒於此種潮流之不能遏止，故先後修改其財產法。我國之財產法，雖未正式施行，但當局者擬修訂其內容，亦一好現象也。

財產法之內容，凡關於財產權之私有或公有；私有財產權之範圍及其效力；承繼之應否認其存在及其範圍；契約自由之原則及其制限；損害賠償責任之要件；均爲規定財富分配之基礎，從而爲社會問題之焦點。茲值修訂其內容，我人不可不加以精細之研究焉。茲先將法律館所提出之各問題解答後，當逐一論及之。

一 關於債權之立法，應採保護債權人主義乎？抑採保護債務人主義乎？

對於此問題，應分三層解答之：（1）在否認私有財產制度之時代；（2）維持私有財產制度，而着重於個人主義之時代；（3）維持私有財產制度，而着重於團體主義之時代。在（1）之時代，固可不成問題。蓋當時之財富，爲人民所共有，故除某種債務尙可存在外，其餘各種債權債務，均不發生。（註二）在（2）之時代，因着重於個人主義，故均採保護債權人主義。（在古代羅馬法，認個人主義之法律；其他承

繼羅馬法之各國法律，無不如是。）至其立法之理由，不外維交易安全而謀財富之增殖也。在（3）之時代，應採保護債務人主義者，可無疑義矣。蓋社會爲人類生活必要之團體，組織社會之分子，苟多弱者，則其社會亦無進步之理；故爲社會利益計，不可不保護弱者；債務人者，常爲社會之弱者，故須保護之。

我人當解答本問題時，不可不解決現在我國社會在上述三者中之何時代？茲述鄙見如左：

我國社會，經此大戰，經濟上，思潮上，無不受其影響者，人所共知；然苟應此潮流，即實現一般人所理想之共有財產制度，則考我國社會之情形，人民之程度等，當實行其主義時，不無要巨大之犧牲與流血。我不忍見其流血，故曰尙非其時也。然則將維持私有財產制度而認個人主義乎？曰我不敢遏止世界之潮流，而犧牲多數人之幸福與利益也。

要之，社會爲人類生活必要之團體，人類爲組織社會之分子，分子腐敗，則阻社會之發展力；社會腐敗，則減分子之幸福和利益；故社會與個人之幸福利益，有相

互牽連之關係焉。在個人主義時代，（註三）祇顧個人之幸福與利益；至社會共同之發展力，均不顧及，此非人類共存之大道也。

況二十世紀以來，因大企業之勃興，其他種種原因，使組織社會之分子，發生少數巨富，多數貧窮之結果；故現代社會上，少數之富豪，以法律爲保障，固可享其無限之幸福；多數貧民，因法律之制限，祇能度其飢寒之生活；人類組織社會之本意，豈如是乎？故爲社會利益計，爲人道計，不可不保護社會之貧苦者。社會之貧苦者，常立於債務人之地位，故關於債權之立法，應採保護債務人主義也。

然在是認私有財產制度之時代，如個人之利己心，未消滅以前，對於債權人之權利，亦不可完全剝奪；否則妨財富之利用、阻信用之發展，對於國家經濟上，亦無裨益也。（註四）

要之，財產法，近世之傾向，自個人主義而移於團體主義；故保護個人利益爲目的而認之財產權，因增進團體（社會）之利益，不得不予以制限。鄙意對於本問題，應採保護債務人主義爲原則；以不反社會公共利益爲限，得認債權人之權利。

二 自然債務，應否認其存在？

所謂自然債務者，不得以訴強行之債務也。換言之，凡普通所稱之債務，苟債務人任意不履行其債務時，債權人得以訴強制其履行。自然債務者，債務人雖任意不履行其債務時，債權人不得以訴強行之債務也。例如時效完成後之債務；超過利息制限法以上之利息支付債務等是也。在近世各國之立法例，凡有債權者，必附以訴權；至無訴權之債權，應否認其存在，各國學說紛歧，立法例亦不一致。羅馬德法瑞士等法，均是認之；然其數不多。例如在羅馬法，對於奴隸間之契約；不得法定代理人同意之未成年者所爲之行爲；家長家族間之行爲；時效完成後之債務；爲自然債務。其他是認自然債務之各國法律，因奴隸之廢止，而關於奴隸之制度，亦廢止之；同時以由賭博所生之債務，婚姻介紹人之報酬，道義上所負之債務等，爲自然債務。英日等法，則否認之。

我國關於自然債務，法律上應否認其存在？頗有研究之價值。考近代法律，已否認奴隸制度，故無奴隸間之契約；無法定代理人同意之未成年者所爲之行爲，近代

法律，都認撤銷權以保護之；其在撤銷前，爲單純之債務；撤銷以後，當事者之權義關係，完全消滅，不生自然債務之問題。對於家長家族間之行爲，則近代法律，對於家長家族各認其有人格，并各認其有獨立之財產，故其間之行爲，與普通人間之行爲等，亦不生自然債務之問題也。至因不法原因而生之債務，或有認爲自然債務者；或有否認之者；鄙意此種債務，因其原因爲不法，法律上已否認其效力，故不爲自然債務之根據。至其履行後，不得請求給付物之返還者，別一問題也。（日本民法大家中島博士，亦主是說。）惟時效完成後之債務，道義上之債務，其他適法負擔之自然債務等，應否認其存在，頗爲疑問。關於我國債權之立法，如上述應採保護債務人主義，故對於是種自然債務，似應不認其存在。債務人，雖在履行其債務後，仍可依不當利得之規定，請求給付物之還返。如是立論，與前述採用保護債務人主義之主張，論理上雖能一貫，但實際上，反無益處。因此種自然債務，債務人履行其債務與否，有完全之自由權。債務人經一度之考慮，認爲有利益，（例如爲名譽信用計）而爲履行後，（要無錯誤）債權人即爲善意之取得；若後因不認自

然債務之存在，而可依不當利得之規定，請求給付物之返還時，則不但債權人受不測之損害，即人類間之權義關係，常立於不確定之地位，亦非社會之利也。故鄙意對於自然債務，不妨認其存在，反覺適於當事者之意思。但應注意者，即法律雖認自然債務之存在，一方亦應加以制限，即債權人不得以此種自然債務與自己對於債務人所負之債務抵銷；否則與前述採保護債務人主義相矛盾矣。

三 債權人之留置權，是否必限於與其債權發生原因有關之物，始能存在（狹義留置權）？抑不限定何物（廣義留置權）？及債務人生計上必須之物，是否得為留置權標的？

關於本問題，各國之立法例，頗不一致：（1）禁止留置權者，例如奧大利民法第四百七十一條；及瑞國之阿阿羅州法第四百四十七條；規定「他人物之占有人，禁止留置權；若占有人，對於該物有債權，且已至清償期而不得清償者，應將該物提存於審判廳。」其立法之理由，不外防留置權濫用之弊病，而保護債務人之利益也。（2）認留置權者。然其內容，亦互有差別：即其債權與留置物（或反對債權）之間

，或有要牽連 *Connects, Konnexitat, Connexite, Connessita* 之關係者（狹義留置權）；或有不牽連之關係者（廣義留置權）。上述二者，究以何者為當？茲述鄙見如左：

考留置權之用意，不外以公平之觀念，為其基礎；而間接督促對手方之履行。換言之，在對手方未履行前，債權人得無限制使其留置權，對手方欲受留置物之返還，不得不履行其債務也。故留置權者，不外為一種簡便強制履行之手段，自債權人方面言之，可不必經訴訟而得達其目的；自國家方面言之，亦可減少審理之手續；故是認留置權之存在，亦非無益也。但廣義留置權，即債權人之債權，不必與留置物（或反對債權）有牽連之關係，不論何物，苟為債權人所占有，債權人即可行使其留置權；例如運送人，關於甲物之運送，而取得運賃之債權，運送人當時不行使其留置權，而即以甲物交付於債務人；嗣後債務人以乙物借貸於運送人，運送人即可於乙物上，行使其留置權也。如是立論，不但對於債權人之利益，保護過厚，且妨財富之利用，危交易之安全。此著者之所以否認廣義留置權者也。至狹義之留置權，則其債權須與其他物（或反對債權）有牽連之關係；例如前例，運送人僅對於甲物有

留置權，除甲物之外，不認其留置權。如是則一方可制限濫用留置權之弊害，一方可收留置權之功效。但茲應研究者，即（1）占有與債權之間，要有牽連之關係否？

（2）債務人生計上必須之物，是否得為留置權標的？對於第一問題，為保護債務人之利益，及維交易之安全起見，當主消極說；即占有與債權之間，苟無牽連之關係，應不認債權人有留置權；例如前例，運送人關於甲物之運送，而取得運賃之債權，當時不行使其留置權，即將甲物交付於債務人，嗣後甲物即因貸借關係，或其他原因，而歸於運送人之占有，亦不發生留置權。（註五）蓋運送人，一旦拋棄其留置權，其留置權，即歸於消滅，其後甲物雖因他種原因，歸其占有，然既消滅之留置權，決不能恢復者明矣。此法理上應認消極說也。至主積極說者，有危交易之安全，妨財貨之利用，公共經濟上，尤難贊同者也。又主積極說者，對於債權人之權利，未免保護過厚，對於債務人之利益，未免保護過薄，在現代社會上之各種制度，都採保護弱者主義，故為社會利益計，亦不應採積極說也。對於第二問題，則留置權之性質，不外一種簡便強制履行之手段而已，在國家以公力為強制履行時，對

於債務人生計上必須之物，爲社會利益計，尙不能扣留，況留置權乎？至一部學者，或有主張積極說者，不外不爲社會利益計，而僅拘泥於成文法之解釋而已，我人不可贊同者也。我國民法草案第三百五十二條，乃至第三百五十四條，並無是種規定，修訂時，應加以明文，方息無益之爭議。

四 債權人及債務人之遲延責任，並遲延之效果，如何？

本問題，我國民法草案，規定較詳；且其內容，均採保護債務人主義，故絕少修訂之處。茲僅說明其內容，並略爲補充之。

(一) 債權人之遲延責任，及其效果。 債權人遲延之結果，對於債務人所生之損害，應否賠償？此乃債權人之遲延責任中之最重要者也。對於此問題，各國學說不一：(甲說)對於損害之全部，認賠償義務；(乙說)債權人僅對於其遲延所生之保管費用，及其他費用，(例如取回標的物之費用，及提存之費用)，即所謂增加費用，認償還義務；(丙說)對於此種增加費用，不認其有獨立之訴權；惟當債權人請求履行時，債務人得以此爲抗辯，而請求償還其費用；(丁說)完全否認損害賠償。在德

國民法，雖認增加費用之償還請求權，（德民法三〇四條）然不認全部損害賠償請求權；在法國民法，則認債權者遲延之學者，均認損害賠償義務；瑞士債務法，亦不認一般的賠償請求權，惟以債權人之危險及費用提存之（瑞士債務法九二條）；日本民法，因無明文規定，故一般學者，有認甲說者（橫田博士），有認乙說者（鳩山博士），有認丁說者（石坂博士）；我國民法草案第二百八十四條，採乙說。

著者，關於債權之立法，主張採用保護債務人主義，前已述之；故關於本問題，應以保護債務人之利益，而認甲說爲當；但事實上，又有不妥者，蓋主張甲說者，爲其前提之要件，認債權人有領受之義務；著者否認債權人有領受之義務，（註六爲其前提之要件，已不存在，故不能是認甲說者明矣。

丙說，則僅認債務人有抗辯權，故尙不足以保護其利益；例如債務人，於債權人遲延後所支出之保管費用，及其他費用，超過所負之債務價格以上，若債權人一旦拋棄其債權，則債務人豈不受其累乎？

丁說，則保護債權人之利益，未免過厚，與著者之主張，大相反對，故無討論之

必要。

著者斟酌情理，仍以我國民法草案第三八四條所認之乙說爲當，但依債務之性質，法律之規定，（如我國民法草案五九一條七四四條）或當事者之特約，債權人負有領受之義務者，則因債權人之過失，遲延其領受時，債務人所受之一切損害，債權人當任賠償之責，（註七）至採乙說之理由，想民法草案理由書上，已詳述之，故不贅述。

『債務人或第三人所爲之債務履行，債權人拒絕領受，或不能領受者，自債務人或第三人提出給付時起，使任遲延之責』。此乃民法草案第三七五條所規定者也，修訂時，仍可採用。

『債權人遲延後，債務人祇就故意或重過失，致給付不能者任其責。依種類指定之物，負有債務者，關於其物之危險，於債權人遲延後，歸債權人擔負』。此乃民法草案第三七九條所規定者也，本條之規定，所以減輕債務人之責任也。蓋債務人在履行前，固應負擔一切之責任，但在履行後，當然可也脫其拘束，不因債權人之

遲延，而延長其責任也。況法律之認提存者，不過債務人之權利，而非其義務；故在未提存前，應保管其標的物；當保管時，若仍科以善良保管者之注意力，或以債務人之危險負擔其責任，則對於債務人，未免苛酷，非主張保護債務人主義者所能採用也。一部學者，主張因債權人之遲延，債務人得免除一切之責任，如是立論，則債務人故意破壞其標的物，亦可免其責任，此非善良風俗公共秩序所可許也。民法草案第三七九條之規定，頗為得當，可毋庸修訂矣。

民法草案第三八〇條，規定：『有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有。前項拋棄，須豫行通知於債權人；但不能通知，或其通知顯形困難者，不在此限』。本條之規定，對於債務人之利益，保護固周；惟其方法，尙宜修訂焉。蓋不動產爲生產中之重要原素，其衰敗頹廢，對於公共經濟上，頗有影響；故在債務人拋棄後，債權人領受前，其不動產不克利用，實非社會之利。鄙意應於原文下，增加下列一項爲宜；即『債務人在不能通知債權人，或其通知顯形困難者，應通知附近之公務員（指警察官鄉長鎮長等），或隣舍，如再不能或困難者，應附

以相當之標識而拋棄之』。增加上述一項，對於債務人之責任，未免有加重之嫌，但爲社會公共利益計，似較得當也。（註八）

民法草案第三八一條，規定：『有交付動產義務之債務人，於債權人遲延後，得將該動產提存之。』在古代法律，於債權人遲延後，認拋棄制度，以保護債務人之利益。古代羅馬法，規定買主不領受賣買之標的物時，賣主得將該標的物，置於街頭。又購買葡萄酒者，若無酒樽時，債務人得傾之於地上。其他德國固有法，法蘭西舊法，古代印度法等，無不有類似之規定者，法制史家所傳也。此種制度，不但不適於社會之一般觀念，且不適國家經濟之要求，其目的雖在保護債務人，要不可採用者明矣。近世各國所採之方法有二種：一曰提存；二曰自助賣却，(Selbsthilfe-sekauf)

所謂自助賣却者，債務人於一定條件之下，以一定之方法，賣却給付之標的物，或以之爲獨立之制度（羅馬法），或以之爲提存之附屬制度（日本法），我國民法草案，雖僅認提存制度，但解釋上，可與日法同。如是立論，對於債務人利益之保護，

亦頗周到；故民法草案之規定，仍可採用也。

民法草案第三八二條，規定：『生有利息之金錢債權，於債權人遲延後，債務人無須支付利息』。本條之規定，對於保護債務人之利益，較他國已厚，故無須修訂。
（註九）

民法草案第三八三條，規定：『債務人須返還由債權標之物之滋息，或須償還其價金者；若在債權人遲延後，債務人祇負返還已收取之滋息。或償還其價金之義務。』債權人遲延後，債務人對於標之物之滋息，無收取之義務；但收取後，當然依不當利得之規定返還之。惟『當返還時，應扣除其收取費用及保管費用者』，所以保護債務人之利益也。本條并無明文規定，故鄙意應增加上述一項，以免無益之爭議。

（二）債務人遲延之效果（包含責任）。債務人之遲延。以過失為要件耶否耶？各國學者所爭論也。羅馬法關於此問題，無明確之規定；在德國普通法，則議論亦歧，通說以過失為必要；奧國民法第一三三三條以下，雖無明文規定，但一般學者，多

積極解之；依法國德國民法解釋，亦以過失爲要件；日本亦然；我國民法草案，亦無明文規定；但自實際上論之，債務人之遲延，應以過失爲要件，爲正當。若債務人無過失而使其任遲延之責，似失諸酷。民法草案無明文規定，恐惹起爭議，修訂時，應加損失二字爲宜。（註九）自民法草案第三七〇條乃至三八四條，均規定債務人遲延之效果，其規定之內容，均採保護債務人主義，與著者所主張之意相和，可無討論之必要，茲避繁雜，故略之。

五 限制利息之我見

在利息制度中，最應研究者何？限制利息之方法如何耳。愚爲此語，必有人謂愚反對利息無限制主義，爲不知各國立法例之趨勢者；其實不然，愚於此等重大問題，決不忽視也。

然而愚爲何而爲此種答語乎？蓋亦有所根據也。所謂利息應否限制之一問題，與契約自由原則應否限制之一問題，有密切之關係焉。詳言之，即契約自由原則，如不應限制，則利息之最多額，利率之最高額，亦不應加以限制；如契約自由原則應

加以限制，則利息之最額，利率之最高額，亦應加以限制是已。蓋茲所謂利息利率者，僅指約定利息與約定利率而言。所謂約定利息云者，根據法律行爲而生之利息也。約定利率云者，根據法律行爲而定之利率也。法律行爲中，雖亦有單獨行爲如遺言者，但此等行爲，究屬僅少；在社會最多行者，契約也。契約之能否自由，在十九世紀初葉以前，個人主義最盛之時，最爲學者爭訟之問題。迨乎十九世紀末葉，個人主義之勢日衰，而契約自由原則之限制，因之漸嚴；然而契約自由原則之限制，應以何者爲標準乎？此不可不知也。在最近各國立法例或判例，均以不背公共秩序或善良風俗爲法律行爲有效之條件。換言之，法律行爲之內容，苟違反公共秩序或善良風俗者，卽爲無效；至公共秩序與善良風俗之解釋，亦應觀察社會之情狀而定，決非一定不易者也。要之，自二十世紀之法律，以社會爲本位之後，所謂公共秩序也，善良風俗也，在適用法規上，尤爲注意；其結果，契約自由之原則，遂大加限制，卽向之認爲有效之契約，在今日解釋之，或有認爲違反公共秩序而無效者，或有認爲違反善良風俗而無效者是也。

法律行爲之有效與否，既以其內容有無違背公共秩序與善良風俗爲斷，則基於法律行爲而生之利息與利率，其最多額與最高額，應否加以限制？亦可依此法理爲斷。詳言之，即其利息額或利率之約定，苟認爲違反公共秩序或善良風俗者，應不使其發生效力；惟於此應注意者，即茲所謂無效者，非其法律行爲全部無效，不過違背公共秩序或善良風俗之一部法律行爲，不使其發生效力是也。茲以例明之如下：如認利息額過多，或利率過高，有反公共秩序與善良風俗者，則其所約之利息額與利率，不生拘束力；至支付利息之約定，以其不反公共秩序與善良風俗，故不得不認其效力。惟此時計算利息之約定，（原定利息額與利率），已屬無效。故於茲不得不另定一個標準矣。

查各國立法例，均有類似下列之一種規定：即「應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法令習慣可據者，依法定利率。」前述之例，解釋上固可適用是種規定；惟查近代各國立法例，關於法定利率，均有日漸減低之趨向，於此苟適用上述之規定，對於債權人未免過酷；不但此也，約定利息，在經濟上本爲使用元本之對價，

故利息之額，應依需要供給之關係定之；而茲所謂需要供給之關係者，非僅當事人間需要供給之關係，社會經濟上之需要供給關係，亦包含在內也。質言之，當判定利息額或利率時，須觀察當該時代社會經濟之情狀者是也。

利息之應加以限制者，在二十世紀限制契約自由原則之下，已爲定論；然余嘗聞一部研究法學者，關於利息制度，有認各國立法例有自限制主義而進於無限制主義者，並舉例如左：

英國，^荷利蘭，^丹丁抹，^西西班牙等國，對於利率，毫不限制；德國對於利率，亦不限制；惟對於高利，則設保護債務人之規定。

又有從理論及實際上觀察，以爲此二主義（限制主義無限制主義）中，不得不推無限制主義爲正當者。蓋約定利息在經濟上本爲元本使用之對價；故利息之額，應依需要供給之關係定之，非可以法律限制也。

前述二種觀察，以愚觀之，似未必然也；蓋英德等國，對於利息之限制，在債權法上不設規定者，以已有他種法規，可以限制，（蓋在英德等國均有類似下列之一

種規定，即「違反公共秩序或善良風俗之法律行為無效」，是也。有此類似之規定，故解釋上多可援用。（查我民法草案一百七十五條，僅規定以違公共秩序之事項爲標的者，其法律行為無效，故解釋上似嫌太狹。）在債權法上，毋庸再設限制規定也；至以利息之額，應依需要供給之關係定之者，愚雖亦承認之，然亦不應放任契約之自由，致反近代以社會爲法律本位之精神也。

愚之主張既如是，然立法上應如何規定耶？此亟應討論者也。查各國立法例，關於法律行為，既均有類似「反公共秩序或善良風俗之法律行為，爲無效」之規定，（我國修訂民法時，亦應於第一百七十五條中，加入「善良風俗」等字樣）。則約定利息與約定利率之法律行為，亦可適用此種規定，以決其有效與否；在債權法上，可不必再設限制之規定，以免法文重複之弊。惟於茲最爲重要而困難者，解釋其法律行為之是否違反公共秩序與善良風俗是也；而當其任者，爲審判官，故審判官應具有常識與經濟眼光者亦審矣。

六 關於侵權行為之立法

羅馬法以來，各國立法例，凡關於侵權行爲之要件，在行爲者之主觀方面，要有故意或過失；至其過失之輕重，則不問也。故行爲者，雖以輕小之過失，尙須任其民事上之責任者，各國成文法上之解釋也。以近代社會情狀論之，此種規定，對於行爲者之責任，不但不嫌其酷，反嫌其寬。蓋近時因蒸氣電力之發明；大企業之勃興，交通機關之發達等，危險事項，頓時激增，雖用十分之注意力，尙不免發生危險；苟以無過失而可免其民事上之責任，則人類之權利，常立於危險不安之狀態，此豈社會之福哉？故近代各國立法，均注意此點，凡關於侵權行爲之立法，無不由過失主義，而傾於結果主義。（註十二）所謂無過失損害賠償責任問題，遂爲學者所爭議焉。然一方加重人類之責任，以應社會之實情；一方對於某種侵權行爲，若不認爲例外，亦反乎人情也。惟對於何種侵權行爲，不問有無過失，應任其責？對於何種侵權行爲，應認爲例外？立法政策上，頗應研究者也。茲以法律館提出之二問題，述鄙見如左：

因經營鑛業，工場等大事業，致服勞之人，受有損害；或經營鐵道，汽車等危險

事業，致他人受有損害者，是否不問其有無故意過失，一律使任賠償之責？本問題所舉各種事業，其性質上，均易發生危險，在此種事業服役之勞動者，或與此種事業有接觸之機會者，無不立於危險之地位，事業家對於此種人，苟無相當之保障或擔保等，則不足以安人心而昭公允也。況經營礦業工廠者，均為資本家，服役於礦場工廠者，均為貧苦之勞動者，資本家對於勞動者，若給以相當之保障或擔保，則不但使勞動者安心作業，而增加其生產力，即勞動問題等，亦易解決矣。至經營鐵道汽車等危險事業，而致傷人毀物者，世所常見，對於此種事業家，若不加以普通責任以上之責任，則不足以弭禍根也。鄙意對於本問題，不問此等事業家，對於事變之發生，有無過失，應常任其責。惟被害人，因自己之故意或過失，而致受有損害者，當然不在此限。歐戰後，各國立法，凡關於勞動者，特加保護，我國際此修訂法律之時，亦應加以注意。至關於汽車業之責任，各國均以單行法加重其責任，德國於一千九百〇九年五月三日，以特別法，規定汽車業者之責任（註十二）茲介紹其主要規定，以供立法者之參考。

汽車業法第七條第一項，規定『因汽車(Kraftfahrzeug)之轉動，而致傷人毀物者，其汽車之保持人(Halter)，(註十三)對於被害人，須任賠償之責。』其第二項規定『其事故，非基於車輅性質上之缺點；或其機械之不為用，實由於不可抗力而發生時，無賠償之義務。因被害人，或第三人之行為；或動物之行動，而發生之事故，及保持人或車夫，對於此等情形，不拘為一切之注意，但仍發生之事故，視為不可避之事故』。第二項規定『在汽車之保持人不知之間，他人轉動其車輅者，保持人不負其責』。觀此等規定，比民法中之侵權行為之規定，保持人之責任，顯見擴張，即對於普通之侵權行為，採故意過失主義，而對於汽車保持人之侵權行為，採結果主義，即民法上規定：既為相當之注意，則不任其責；在汽車業法上規定，雖因車輅性質上缺點；或其機械之不為用，而發生之事故，尚負其責。又保持人及車夫，對於事故之發生，雖相當之注意，猶以為不足，尚要其證明已為一切之注意。

上述德國關於汽車業之特別法，加重保持人及車夫之責任，蓋此等事業家，因該法規之規定，自覺責任之重大，當轉動其車輅時，可為特別之注意，而免危險之發

生也。

失火人之責任如何？各國立法，凡關於民事上之責任，漸由過失主義，而傾於結果主義者，實由於社會之情狀，已有變遷故也。惟本問題，可否適用該原則？是一疑問。夫火之爲用頗廣，其危險之程度尤大，偶一不慎，不但失火人自己之性命財產，燒失殆盡，即他人之生命財產，爲其侵害者，亦常事也。故自一方觀之，似應適用上述原則，加重一般人之責任，以促其注意，但自他方觀之，苟不問失火人有無過失；或過失之重輕，使其任賠償之責，不但事實上有所不能，即人情上亦所不願也。（例如失火人雖有巨萬之家產，然損害過大時，亦不能盡其賠償之責，況無產者乎）。古來之習慣，各國之立法例，對於失火人之責任，除有故意或重過失外，均不任賠償之責者，良有以也。

鄙意火事之危險，各人應共同負擔之，故失火人除有故意或重過失外，無賠償之責任。然如是立論，事實上有時尙難實行者，例如因重過失而失火者，適爲無資產人，除使其負刑事上之責任外，決無賠償之資力，結局被害人仍受損害，故對於本

問題，須俟火災強制保險制度實行後，方見完美之解決耳。

茲應注意者，失火人爲賃借人時，其負擔之返還義務，仍依債務不履行之規定，任其賠償責任，即借主因故意或過失（不問輕重），而燒失賃借物，致不能返還時，仍任不履行之責，故借主對於貸主之返還義務，不因失火而減輕其責任也。

七 債權人或被害人之請求權完全滿足之限制？

債權人或被害人之請求權完全滿足之限制，乃近代法律社會化 *The Socialization of Law* 之一特色。詳言之，即債權人或被害人，本可依據債務關係，或損害賠償之法則，向債務人或加害人，要求清償債務，或賠償損害，在此種債務，未完全清償（包含其他消滅方法例如免除抵銷等）以前，債務關係依然存在，債務人或加害人，不得受其拘束；但近代法律，因特種情形，爲保護債務人起見——即爲社會利益起見——特限制債權人或被害人之求償權也。

本題於去年法律館所揭出之「金錢或其他不特定物之債務人，如因事變，致一時無力清償，可否據爲減免或展期之原因？」之一問題，亦可適用；故特將鄙見錄出。

，以供參考，并乞識者教之！

對於債權行使之限制，在羅馬古代法，亦嘗見之；即債務人無償還全部債務之必要，僅於其有清償資力之限度內，清償之。（吾國前清以前，審判官亦有斟酌情形，酌量減免或展期之例。）此種主義，在十八世紀十九世紀個人主義發達之時，當然不能應用，世之主張債權人之求償權，完全滿足者，不外胚胎於個人主義之結果。迨自二十世紀以來，法律思想，漸由權利本位趨於社會本位，故昔日法律，為保護個人之利益者，在今日不得不變其方針，以保護社會之利益為職志，因此個人利益，縱為社會利益所犧牲，亦有所不惜。債權人之求償權，完全滿足之限制，即基於此種理論而成立者也。

歐洲大陸各國，近來所頒之：「對於精神病者之損害賠償責任，應限於不妨生活必要資料之限度」。之規定；美國各州有制定「家產除外法 Homestead Exemption Statute」者；有制定動產除外法 Personalty Exemption」者；有制定「對於家長 Head Of Family」之扣押，須留價值五百弗之動產」者；又對於職工則免除工具之扣押；對於農

人則免除家畜農具之扣押者；已爲各國漸次所採用；瑞士債務法草案，在現行法第五十一條中，加入爲使加害人賠償全部損害，而有陷於困窮之情形者，其加害行爲，非出於惡意或重過失時，裁判官得爲相當之減額。此等規定，不外限制債權人或被害人_之求償權而已。

雖然，近代法律，對於個人之權利，非不加以保護；惟其能受保護者，要不妨社會之益利；至何種債權之行使，得認爲不妨社會利益，而享受法律之保護？何種債權之行使，應認爲妨碍社會之利益，而不加以保護？則應斟酌各債務關係而個別論之；例如無產之勞動者，對於家資豐富之資本家，要求百元之工資，此亦債權求償也；法律對於此種債權之行使，不但不應加以限制，且應力加保護；即非使勞動者之求償權，完全滿足不可。蓋該資本家確有清償之資力，故縱使其全部清償，不妨社會之利益，而反足以保護社會之弱者。反之，苟對於家無千金之人，要求其清償萬元之債務，於事實上有所不能，於社會政策上亦所不許。蓋不然，債務人縱以所有之金，爲一部之清償，於債權人所得無多，而於債務人已失其生活費用，故

法律對於此種債權之行使，應加以限制。至限制之程度如何？則尤應斟酌情形定之。

債權行使之應加以限制者，已爲近代各國法律所公認；故法律館所揭「金錢或其他不特定物之債務人，如因事變，致一時無力清償，可否據爲減免或展期之原因？」之一問題，似已離「討論其應否限制？」之問題，而着重於減乎？免乎？展期乎？之三點矣。

應法律館之徵文而發表意見者，固有數人；而在法學會雜誌上所揭載者，祇有陶王二君；而陶王二君之意見，又各相異。茲將二君之要旨，略述如左：

陶君主張：「本問題應許債務人據爲請求減免或展期之理由；」而其根據之理由曰：「在本問題之情形，苟標的物爲特定物，則或減免，或展期；若爲金錢或其他不特定物，則否；故裁判所仍不能不爲全部判決。各國法律，大抵如是；惟以標的物之爲特定物與不特定物，而異其責任，實爲公平觀念所不容云云。」（參照法學會雜誌第五期陶君論文）

王君主張：「本問題之情形，不能據爲減免或展期之原因。」其所根據之理由有三：（一）金錢及其他不特定物，不容有履行不能之觀念，雖遇事變，債務人責任，不能因之減輕，期限到來，仍應全部給付，按諸此項債權性質，實爲至當條理，不能以債務人資力問題，改變債權性質；（二）即使金錢無從轉貸，不特定物無從取得，以致實際上不能如期全數履行，然此事純屬執行範圍，如遇實有困難，自有相當辦法，不能以執行手續問題，改變實體權利；（三）期限爲債權人之利益，非有意思表示，他人不能代爲拋棄，減免亦然，蓋契約以當事人意思爲標準，除有特別規定外，何能妄加干涉，法院非得債權人同意，并無代爲意思表示拋棄固有益之權，不能以國家公力，改變契約內容。（參照法學會雜誌第五期王君論文）

陶君之主張，雖與鄙見相同；但其所據理由，不在「社會利益」者，實難贊同。陶君所說，「僅以給付爲不特定物之故，而異其責任，實爲公平觀念所不容，論理上亦難尋其根據」一層，因其文意簡略，不能了解其意，故未敢妄加評論。他日陶君如能將詳細理由見示，則愚所樂聞也。

王君之主張，對於個人權利之保護，可謂切矣；惟近代法律，自以社會爲本位之後，對於個人權利之保護，再不能如個人主義時代之鞏固者，已如上述；故王君之主張，以現代法律之本位觀之，不能贊同者一也。

王君第三理由中曰：「不能以國家公力，改變契約內容」，不外尊重個人之意思也，惟近代法律思想，已自意思自由主義，而至意思自由限制主義。個人意思，其內容，結果，有反社會之利益者，莫不加以限制者，已見前述「利息制度之研究」一文中，王君所謂國家公力，不能改變契約內容一層，以近代之法律思想觀之，不能贊同者二也。

依王君第二理由解釋之，則債權人在債權未完全清償（包含其他消滅方法例如免除抵銷等）以前，無論至何時，苟其債權不罹時效，即永無消滅之時；苟如此，則有重大之弊害焉；例如甲對乙有萬元之債權，月息二分，至清償時，乙已無力清償，茲以三十年後計之，則乙所負之債，因利息之重加，可增至數十萬元，使問乙於此三十年中，能勤懇節儉，以冀有所積蓄，以償宿債乎？此種主義，不但事實上頗

難實行，且反足以阻止債務人之向上心，此愚反對王君主張之又一也。余基於上述之理由，對於本問題主張得爲減免或展期之原因。詳言之，即金錢或其他不特定物之債務人，如因事變，致一時無力清償者，得請求審判官爲減免或展期之判決是也。顧於此有宜注意，債務人僅得爲此種請求，而應許何種判決，自應由審判官審酌債權人與債務人之資力狀況，社會經濟上之利害，及其他種種情狀以判定之，非謂一經請求，即被其所請求者拘束也。要之，對於一個具體問題，當下判決時，應減乎？應免乎？應展期乎？斟酌之權，屬於審判官。善用之，足以收保護弱者之實效，而調劑社會之不平；不善用之，則流弊之大，有不可勝言者。當審判官者，對於此點，不可不審慎焉！

至於本問題應規定於何種法規中？則又有異說焉，有謂應規定於強制執行法中者；有謂應規定於債務法中者；愚意本問題爲債權自身效力問題，應以規定於債務法中爲宜。

(註一) 從來法律上經濟上，與牛馬同一待遇之奴隸；及十九世紀以降，完全與商品受同一處理之

勞働者。

(註二) 關於債權標之物之給付，不必要有金錢價值者，近代債權之觀念也。故債權人向債務人請求其行爲不行爲或忍耐之相對權，不因共有財產制度之實行而不發生。當時對於是種相對權，法律仍可認其存在，亦可強制其履行；惟其法律，恐非現代之債權法，有保護個人權利之私的性質，不過因維持社會之安寧秩序而設之公的規定也。

(註三) 個人主義之原因，不外對於中世暴虐政治之反動，文藝之勃興，商業之發達等種種現象；至法蘭西憲法之人權宣言，亦與有力焉。當時一般人之思想，以爲人生而爲自由，獨立，獨存之人，有不可侵，不可滅之自然權，國家社會者，以保護個人之自然權爲其任務。

(註四) 在歐洲中世紀之寺院法及民法，均禁止利息，新約全書路加傳六章三十五節，有禁止利息貸借 (*Mutuum date nihil inde sperantes* Luc. VI 35) 之文句，其他一般神學家，主張否認利息制度者，然我人基前述理由，難予贊同也。

(註五) 日本橫田博士，主消極說；三淵博士，主積極說。主積極說之理由，不過拘泥於成文法之解釋，我人不足採也。

(註六) 著者所以否認債權人有領受之義務者，要不反人情耳。例如一年間，爲其子女，聘請家庭教師，除應支付其報酬之外，是否再負使其子女領受教育之義務？因旅行日本，購入船票者，有乘船之權利外，是否再負乘船之義務？若主積極說，則豈不背乎人情乎？况債權爲權利之一種，行使權利，既非義務，則領受債務之履行，亦非義務者明矣。但權利之行使，要不反公共之利益，不害他人之權利者爲限，苟濫用其權利，而侵及公共或他人之利益者，法律亦可限制其行使權。德國民法第四三三條二項，第六四〇條一項，（我國民法草案第五九一條第七四四條），規定在買賣及承攬契約，買主及定作人，負領受之義務者，即制限債權人之權利行使自由權也。

(註七) 此種賠償責任，非因債權人之遲延而發生；不過債權人，對於履行之領受，處於債務人之地位，因不履行其債務，而發生之賠償責任也。（即債務不履行之責任）故債權人之遲延責任，除對於增加費用，任其償還責任外，不負其餘責任。換言之，債權人遲延之責任如何？認乙說外，不認有例外也。

(註八) 債務人故意或重過失，不踐增加規定所規定之方法，而致債權人受有損害者，債權人亦不

得向債務人請求賠償；惟不動產因而衰敗頹廢者，債務人對於國家，應負其責。蓋此項增加規定，非為保護債權人而設，乃為社會公共利益而設也。

(註九) 生有利息之金錢債權，於債權人遲延後，是否即可停止支付利息，抑在金錢提存以前，仍應支付利息乎？關於此問題，各國立法例不一；德民法第二〇一條，雖規定無須支付利息；然在普通法，債權人遲延之效果，僅停止其遲延利息之發生而已；其他法定利息及約定利息，非當然停止發生，須俟提存後，始停止其發生。在日本，除橫田博士主張於債權人遲延後，即可停止支付利息外，其餘一般學者，均反對之。

(註十) 對於債務之遲延，是否要過失之問題，容後詳論。

(註十一) 過失主義 (Verschuldungsprinzip, Prinzip der Kulpahaftung) 者，羅馬法以來，各國所採用者也。即以『發生賠償義務之原因，不在損害，而在過失』之一句，為法律之格言，結果主義或原因主義 (Veranlassungsprinzip, Prinzip der Erfolge oder Kausalhaftung) 者，日耳曼古法之原則也。即客觀的因違法行為，而發生損害以後，即無過失，應任賠償之責是也。(日本岡松博士著無過失損害賠償責任論參照)

今後我國立法界司法界努力之方向

三六

(註十二) 所謂汽車者，其意義較我國社會上所俗稱之汽車 (Motorcar) 稍廣，凡以蒸汽電力轉動其機械，而行於陸地者，均包含之。

(註十三) 所謂汽車之保持人者，指以自己之計算及利害，而使用車輅者；及對於車輅，事實上有多少繼續的支配關係者（如使用借主賃借人質主等），故一時乘用者，非保持人也。

(民國十年三月)

今後我國立法界司法界努力之方向

(本文載民國十一年二月學林雜誌紀念號)

△立法司法之一大原則——法的社會順應性

△十九世紀文明之破綻與近代法制之趨勢——個人主義與社會主義之調和

△法律之活用——自成法主義而至自由法主義

△我國現行審判制度亟應改良之點——訟費之免除與手續之簡易

我國受領事裁判權之害者深矣，要求撤廢而卒未能如願以償者亦久矣，願此種不

公平之領事裁判權，何以能發生於我國？及何以能維持於我國？則必有其原因在也。考各國之設領事裁判權於我國者，原因我國法制不備，司法不良，爲保護其國民之利益起見，不得不要求脫離我國法律之支配，不受我國法庭之審判，在設置領事裁判權之各國，莫不藉口爲迫於不得已之辦法；然在我國喪權辱國，爲害至大，此吾全國人民所爲痛心扼腕者也。

今者，吾國提出撤廢領事裁判權問題於華府會議，已蒙各國同意矣，我國九十年來，所疾首痛心之領事裁判權，似有撤廢之希望，此雖可爲我國司法前途預賀；但反觀吾國之立法界司法界，則又不能不令人悲觀矣。蓋民國肇興，於茲十載，爲立法機關之國會，迄未制定各種法典，爲司法機關之審判廳，亦不能普及各處，他日領事裁判權，列國允予撤廢後，外國人當受我國法律之支配，法庭之審判者無疑，但使問列國願甘受我國惡法之支配，及不良司法之處置乎？既知其不願，則吾國亟應修訂法典，改良司法制度，以副列國之望，而達我人撤廢領事裁判權之目的者亦審矣，愚作斯文，蓋欲以爲我國立法界司法界有所考焉。

一 立法之一大原則——法的社會順應性

法律者，社會之現象也，社會之狀態，因時因地有不同，爲社會現象之法律，亦不得不應時隨地而異；是故一時代有一時代之法律，一國有一國之法律者審矣。吾人苟反其道而行之，即以甲時代之法律，用於乙時代；甲國之法律，用於乙國，則其法律不但不能維持該社會之秩序，且反足以妨害該社會之進步。復讐主義之能行於中世紀以前者，以中世紀以前之社會組織，尙未完備，中央權力，尙未鞏固，各個人不能依賴社會的共助，社會的保護，乃不得不謀自給自衛之方。中世以後，社會之組織，日漸完備，公權力日漸強大，遂覺復讐主義之有妨團體之繁殖，有害社會之安寧，乃漸加限制，至於近代，此種主義，完全消滅，代之而起者，在民事爲損害賠償制度，在刑事爲課刑制度，此即因社會狀態之變遷，爲社會現象之法律，由私力制裁而至公力制裁也。十九世紀以來，因法律採用個人本位之結果，社會上遂發生種種不平等之狀態，社會上因有此種狀態，乃發生種種階級爭鬥——例如有產階級對無產階級——法律爲維持社會之安寧秩序起見，乃不得不變更其立法政策，近

代歐美各國，莫不努力於社會政策之設施，及法規之改訂者，均爲此也，此卽因社會狀態之變遷，爲社會現象之法律，由個人本位而至社會本位也。

觀上之所述，而知法者不可不順應社會之要求，余便宜上名之曰「法之社會順應性」。法之社會順應性，實現於立法司法兩方面；即關於立法，則生次之原則，曰：「法者，不可不順應社會之要求，而制定之」。又關於司法，則生次之原則，曰：「法者，不可不順應社會之要求，而適用之」。而法之適用，因以法之解釋爲前提，故關於司法之原則，同時含有解釋法之原則，就此二原則而論，則社會所要求者爲何？現行法律，能否順應社會上之要求？苟不順應社會之要求，則應如何改訂？如何活用？而使其順應社會之要求者，均爲立法者司法者不可不詳加考究之問題也。

社會所要求者爲何？因社會之狀態而異者，上已述之。社會之狀態，千變萬化，莫可究極，故其所要求者，亦隨時移易，隨地不同，吾人苟欲知其要求之所在，則不可不就當該時代及當該場所之社會狀態觀察之。既探知社會所要求者爲何？乃進

而制定順應社會所要求之法律，及改訂不順應社會所要求之法律者，立法者之任務也；既探知社會所要求者爲何？進而活用法律，而使其順應社會之要求者，司法者之任務也。

二 十九世紀文明之破綻與近代法制之趨勢——個人主義與社會主義之調和

可爲十九世紀文明之特色者，有二：一爲個人主義，一爲進化論。在個人主義，專着眼於個人之權利自由；在進化論，專以生存競爭自然淘汰之理論，爲人類進化之必要。因此二主義，於是法律上乃認所有權及契約自由之原則。蓋吾人之生活，因吾人對於外界征服而來，能表明吾人對於外界征服之功績及努力者，所有權也；而所有權應以所有權者之自由意思決定，而移轉變更者，契約自由之原則也。

法律上所認之所有權及契約自由之原則，要之，不外一種資本主義。此種主義，在產業尙未發達之十九世紀初葉時代，固可利用其自由活動，自由競爭，以發達其產業；但自十九世紀中葉以後，因蒸氣電氣之利用，而機器工業大形發達，因此從

事於企業者，以資本愈大而愈有利，於是一方使大資本者征服小資本者，而致產業上發生獨占的現象，他方使無產階級之勞動者，益不能脫離其生存之最小限度，而陷於貧困，其結果社會上遂形成資本與勞動二階級，而此二種階級，因有利害之衝突，故遂發生階級之爭鬥，吾人近日耳聞目睹之罷工現象，即十九世紀文明之破綻也。

爲十九世紀文明特色之個人主義與進化論，已破綻矣，繼之而起者，爲社會主義與互助論。社會主義者，因社會貧富之懸隔太甚，階級爭鬥之太烈，爲彌縫其闕，匡救其災而起之之主義也。互助論以「人類互助爲進化之要道」爲其立論之基礎，並以此攻擊以優勝劣敗爲立論根據之進化論。社會主義與互助論，既爲極端的個人主義與自由競爭主義之反動而起，則其所論自以社會共同利益爲其基礎，苟有利於社會，則雖犧牲個人之權利自由，亦所不惜者，理之當然也。吾人於此點，而自哲學上心理學上觀察之，社會主義與互助論，即共同主義也。

觀上之所述，而知個人主義（包含進化論）與社會主義（包含互助論）有反對敵視之

性質，而不能容納於同一時代之社會者，余謂不然。蓋此二主義之性質，雖在反對敵視之地位，然其所持之理論，各有真理，吾人固不能愛彼而憎此也。

因個人主義立論之根據，在社會乃個人之集合體，個人之發展，間接能使社會發展，故採個人主義之法制，不得不尊重個人之人格，而使各個人盡其力以發展其人格。社會主義立論之根據，在社會之利益，即個人之利益，故採用社會主義之法制，不得不犧牲個人之利益，以保護社會共同之利益。二者所取之方法雖異，其目的則一也。

社會與個人之關係，猶人身與細胞之關係，人身既不能無細胞，則社會豈能無個人。細胞既不能脫離人身而獨存，則個人豈能脫離社會而獨自生活。人身之強弱，既一視細胞之強弱爲準，則社會之盛衰，亦應以個人之盛衰爲準；細胞之榮萎，既一視全身之健全與否爲準，則個人之盛衰，亦當以社會之盛衰爲準。社會與個人，既有如是密切之關係，則爲社會計者，亦不能不爲個人計；爲個人計者，亦不能不爲社會計矣。或曰：爲社會計者，即爲個人計；爲個人計者，即爲社會計；余謂不

然，蓋爲個人利益計，而不顧社會利益計者有之；爲社會利益計，而不爲個人利益計者有之；現代各國法制上所採之個人主義，即前者之適例也；近代一般社會主義者所倡之社會主義，即後者之適例也。

現代各國法制上所採之個人主義，以其僅爲個人利益計，不爲社會共同利益計，而認爲應打破之，近代一般社會主義者所倡之社會主義，以其僅爲社會利益計，不爲個人利益計，而認爲不能實行；然則處今之世，將以何種主義爲適於人類共同生存之大道耶？曰：以現狀論之，容納此二主義而調和之，則可矣。

個人主義與社會主義，應如何調和而使其適合於人類共同生活之大道耶？換言之，個人主義與社會主義，應採用之程度如何耳。此問題，須以當該時代之社會狀況而論，例如十九世紀以前之社會，產業尙未發達，人民程度尙低，故雖側重於個人主義，亦不致有害；至於近頃，貧富之懸隔漸著，階級之爭鬥日烈，苟再採用個人主義，放任各個人自由活動，自由競爭，則社會上勢必發生多數流離無告之民，此豈社會之福哉？爲今之計，一方須將個人主義，限於必要之範圍以內；他方應使社

會主義，得占必要之程度，則兩全其美矣。

近代各國法制，漸自個人主義而趨於社會主義者，已爲一般之傾向，學者稱之曰法律之社會化 (The Socialization of law)，老幼者貧弱者之社會的保護法，以集合契約 (Collective contract) 爲中心之勞働法，婦女參政權及普通選舉之運動等，爲此新傾向之主要活動點，而此新傾向對於從來法律上之大原則，被變更限制者不少，其大要如左：

1. 所有權之限制
2. 契約自由之限制
3. 權利濫用之禁止
4. 債權人或被害人之請求權完全滿足之限制
5. 無過失損害賠償責任

近代立法之傾向，已如上述，吾國修訂法律時，亦應依此傾向而進行之，則方不背乎世界潮流矣。

三 法律之活用——自成法主義而至自由法主義

自十九世紀以來，關於法律解釋問題，有下列二種主義：

(一) 成法主義

(二) 自由法主義

成法主義者，解釋法律者，須依據法典，分割連絡其文字，以之爲基礎，而於其上構成所謂法的理論，以此判斷一切人事，至其於實際之利害如何？均不顧及也。此種主義，在十九世紀中葉以前，行之最爲嚴格，「惡法亦法也」之格言，即從此主義所產生者也。蓋當十八世紀以前，暴君酷吏，利用其擅斷主義，以侵奪人民之權利自由，人民爲自衛計，不得不定此原則，以防審判官之專橫，吾人今日能安全生活而無恙者，不得不歸功於成法主義；惟法律既爲社會之現象，則不可不隨社會之狀態而變更；然而社會之狀態，千差萬別，法典雖設詳細之規定，亦不能悉數包容；社會之狀態，隨時移易，而法律之改訂，亦非易事；有此二端，爲社會現象之法律，遂有不能順應社會實際情狀之弊。近數十年來，社會上經濟上各種情狀，變動

更烈，各國現行各種法律，不能適合於現代情狀者更甚，自由法說者，即欲救濟成法不能順應社會實際情狀之弊而起之主義也。

自由法說，唱自一千八百九十九年法國之間尼（Geay）氏，以其主張法律解釋之自由，故人皆目之爲自由法運動（Freirechtsbewegung 'judicial freedom'）。其動機在欲救濟成法之解釋，因拘於文字，不能適應於實際生活之弊；故成法有不適於社會實際之情況者，審判官有斟酌社會之情況，變更成法之權限，此不啻認審判官有立法權也。

自由法說之優點，在審判官有自由解釋成法之權，而其被人非難者，亦在斯點。蓋在法律第一要衡平適當，第二要確實安定。在自由法說，以其認審判官有斟酌社會實際情況，變更成法之權限，故對於法律之衡平適當性，可無問題；惟因審判官隨時變更其判例，卒使人民無所率從，此未免無視法律之確實安定性。然而，余對於此點，尙有與人異其見解者，蓋法律之確實安定性與衡平適當性，苟能二者俱備，固爲良法；但二者不能並立時，決不爲法律之確實安定性，而犧牲其衡平適當性。

是也。法律之確實安定，僅使人民有所率從而已，故喪失此性，爲人民者，僅有無所率從之弊；在法律之衡平適當性，則不然，即法苟喪失此性，則失其爲法之功用，吾人比較二者之得失，當以法之衡平適當性，爲法之根本性，而爲法者不可不具備之也。況所謂確實安定性者，亦非與衡平適當性獨立，法律之能於某程度內確實安定者，吾人之法律關係，能衡平適當處理之故耳。法律之根本性，既在衡平適當，則吾人之法律關係，苟能以衡平適當爲標準而處理之，則成法雖有變更，吾人亦不至無所率從也。簡言之，爲吾人法律關係之標準者，衡平適當耳，非成法之自體也；苟成法而有衡平適當性者，固可爲吾人法律關係之標準，不然，則不足以爲吾人法律關係之標準，吾人不適用之可也。

或曰：法典不良，自有立法者改訂，毋庸司法者變更，苟認司法官有變更法典之權，則三權分立之精神，將無由表見矣。此言雖是，但法律之改訂，須經一定之形式，在近代社會狀態複雜而易變遷之時代，如專恃立法之改訂，則未免晚矣，法國現行民法，係十九世紀初葉拿破崙所制定，其能維持百年之久，而不覺其不適應於

社會實情者，以其能應時變更其解釋耳。

然關於法律之活用，在自由法說，亦有二種見解：其第一種見解，在成法之解釋，須帶彈性；詳言之，即以其法典爲現在人所有之現在法典，法典之制定，雖屬過去事實，但就其法典現在支配吾人之點觀之，則當以吾人今日之思想理解之，而定其規定如何適用耳。其第二種見解，在縮小一定規定之適用範圍，而對於新事件，認審判官之條理適用；（所謂法律之自由探求）詳言之，探明法典制定當時之意味，攷究其何以設如是之規定，今日應如何解釋其理由，而定其規定之適用範圍是也。例如關於僱傭契約或借貸借之舊規定，自當時之經濟情狀觀之，寧爲當然之事；但今日經濟狀況，已經變遷，凡關於僱傭契約或借貸借之舊規定，自應變更其內容也。上述二種見解，於其方法雖有不同，但對於成法之規定，加以一種合理的批評，而定其解釋適用者，亦足見新法律學之精神矣。

近代法律之解釋，漸趨重於自由法說者，已如上述矣。但自由法說所說利益衡平與社會順應，（即某法規之規定究合于利益衡平與社會適當之原則與否之問題）者，

非依個人的主觀的觀察而定，應依當該時代之社會的客觀的觀察而定者，適用法律者，不可不知也。

四 我國現行審判制度亟應改良之點——訟費之免除與手續之簡易

現行我國司法制度之應改良者，人所共知也；但應改良之點何在？則人各異其所說，或曰：就我國現狀論之，縣知事兼理司法，是違乎三權分立之精神，司法制度之應改良者，首在斯點；或曰：我國司法官缺乏法律智識與常識，故所爲之判決，常不能得人民之信仰，今欲謀司法之改良，非培養司法人才不可；或曰：我國司法不良，由於與司法有關係之制度不備，故欲改良司法，應先增設戶籍登記等制度；或曰：我國司法不良，由於司法經費不足，欲改良司法，非籌司法基金，使司法經費獨立不可。時賢所論，固皆切中時弊；但余以爲我國今日審判制度之亟應改良者，尙不在此等也。蓋此等問題，固爲改良司法之根本問題；但非目前救急之法也。現行我國審判制度之最足招人非難，而亟應改良者，在手續之繁，與訟費之大之二點耳。此不但我國司法制度所特有之問題，抑亦世界各國司法制度通有之問題也。

。余嘗聞一般貧苦者云，民國司法，不如前清，吾儕甚願恢復前清之司法制。余叩其故，則曰：前清之司法雖腐敗，但吾儕嘗感其判斷之神速也。今者，凡爲訴訟者，須經一定之手續，須納一定之訟費，手續不合，則被却下，訟費不足，則被拒絕，一個訴狀，經數次之提出及却下，而始得審理；既至審理之程度矣，今日傳訊證人，明日傳訊被告，其間不知經若干時日，若干週折，而始得判決。既判決矣，又不能即時確定，有時尙須經第二審，及第三審矣。自第一審，至第三審，其間又不知費若干金錢，若干年月，而始得確定判決。判決已確定矣，又須經一二次之要求，方得執行。此種傷財費時之審判制度，實吾儕貧苦者所難堪也。余聞之而細思之，彼輩所言，雖未免言之過甚，但在現行審判制度，訴訟手續之繁，與費用之大者，不可諱言也。人云：貧者僅知有罰法(Laws that punish)，而不知有助法(Laws that help)者，全亦信然矣。

余攷臨時約法第九條，載曰：「人民有訴訟於法院受其審判之權，」茲自其反面言之，即凡爲人民者，均不得剝奪其訴訟權是也。此種原則，不外求法律適用之公

平而已；然此種憲法上之原則，事實上不能完美實現者，吾人觀上之所述而可知矣。夫貧者，欲訴而不得訴，其與「拒絕訴訟」「剝奪訴訟權」何異？訴訟權爲憲法上所規定，則剝奪訴訟權，實屬違憲，違憲之現行審判制度，吾人亟應改革者一也。

訴訟權本爲保護人民之權利自由而設，乃現行審判制度，雖無積極拒絕訴訟之明文，但事實上確有消極妨碍訴訟之規定，此種審判制度，實與法律認訴訟權之本旨不合，故亟應改革者二也。

近數年來，歐美各國對於直接規定吾人權利關係之實體法，固各竭其力求適於法律之公平適當性，即對於適用法律之審判廳之組織法，及其事務執行之手續法，亦莫不盡其心以謀改革之道。蓋實體法之規定，不論如何公平適當；苟適用法律之手續法等，不能合於公平適當之原則，則實體法之公平適當，亦不能徹底實現，其反法治之理想，與乎害法律之威信者，較實體法之不公平不適當，爲尤甚也。我國現行之審判制度，其規定能否合於法律之公平性，暫置勿論外，其與社會之實際情

況，不能適合者，事實也。蓋我國現在一方因人民生計困難，而所爲之訴訟，大都小額；他方因生活關係，日漸複雜，而訴訟因之增加；因此審判制度，如再對於訴訟事件，要求履行繁瑣之手續，及多額之訟費，則有勢所不能矣。此就現在社會實際情況而論，現行審判制度，亟應改良者三也。

歐美各國，近鑒于訴訟手續之繁，與費用之大，竭力提倡審判廳及審判手續之簡易化，與乎訟費之豁免，而我國司法當局，於此等潮流不可遏止之時，反通令全國審判衙門，增收狀費及增貼印花等事，余不知司法當局，是何用意？苟以此而增加司法收入，以維持司法機關，則末策之甚矣。司法機關，欲恃司法收入而維持，則不但事實上所難辦到，即各國亦無此先例，此種通令，不但與世界潮流相反抗，且與一般貧民爲敵也。

訴訟費用，應徵與否？學者間固各異其說，但國家既以訴訟權賦與人民，則依理自不應再課費用，或曰：審判廳之徵收訟費，一方固爲增加司法收入起見，他方實有預防健訟之弊；然不知此種論調，不過一種理想，而於事實上實不然也。蓋訟費

之金額，不論其高至如何程度，欲防止富者之健訟則不足，而拒絕貧者之訴訟則有餘也。徵收訴訟費用之理由，既不能存在，則毋論增加訟費矣。我國現今司法當局，忽有增加訟費之事，實背道而馳，此不可不謂爲吾國司法界之退步及悲觀也。

或曰：訴訟手續之繁瑣，所以求慎重也；然不知手續之繁簡，須視審理事件之訴訟而異，苟不論其事之難易，均要求其履行繁瑣手續，則事實上不但毫無實益，且有時反生弊害，蓋訴訟關係，亦有極易判斷者，亦有宜於速斷者，例如某勞動者，因欲維持今明兩日之生計而提起勞銀請求之訴是也，審判廳對於此種訴訟，苟使其履行繁瑣之手續，及多額之訟費，則日後雖得勝訴，亦不能達其目的。一九一一年，芝加哥有一實例，即有一職工，於是年一月十九日提起請求一週間勞銀十弗之訴，此訴於一九二二年十月十一日，方得勝訴之終局判決，其間開庭審問之數，共有十一次，平均二個月開庭一次，此種情形，於我國亦不乏其例也。

或曰：民事訴訟法訴訟救濟之規定，法院編制法之簡易廳之規定，均爲救濟貧民，減少訴訟手續而設，既有此種規定，當無上述之弊。然不知此種制度，事實上均

未實行，故爲今之計，亟宜減免訴訟費用以開貧民得以行使訴權之路，設立簡易審判廳，使其審理小額與簡易之訴訟，至簡易廳應如何組織，則當俟日後再論。

一一年一月一〇日

現行私有財產制度的基礎觀念和他將來的趨勢

(本文載民國十年九月學林雜誌第一期)

一

歐戰之後，社會主義的學說，日漸昌盛，「自由」「平等」「解放」「改造」等聲浪，高入雲霄，依其所言，現代法律上的私有財產制度，最爲這主義攻擊的目標；因爲現在的社會制度，最不平等，最不自由的，要算這個經濟制度。例如：富的人，窮奢極慾，日耗千金之數，也所不惜；窮的人，飢寒交迫，輾轉溝壑之中，也沒人可憐；又如勞働者，因被生計所迫，容納資本家種種苛酷條件的，亦所常聞。主張社會主義的人，拿自由平等來作標幟，所以對於現代社會制度的不自由不平等，加以攻

擊。他所主張的理論，從人類組織社會的原理上說起來，不是沒有真理；——組織社會的分子，應該沒有差別。——然而社會的進化，有一定的順序，他的進化，不是激變的，是潛進的；這種情形，我們只要一看社會進化史，就可以明白了；所以我敢說，主張社會主義的人。所說的「推翻舊制度，建設新社會」——從經濟的方面說起來，就是否認私有財產制，建設共產制。——的一句話，也不能激變的做的。——就是俄國勞農政府的新法制，也不是絕對否認私有財產制。——把上面所說的看起來，那麼私有財產制的存廢問題，和他的趨勢等，確是現在一般學者研究的最好資料；我做這篇文章，也是要想解決上面說的問題罷了；但是這個題目，不單是法律學的問題，又是經濟學的問題，社會學^的問題；哲學的問題，所以對於上面所說的各種科學，假設沒有確實研究的人，對於這個題目，就不能夠說得徹底；我對於上面說的各種科學，本來沒有什麼研究，所以這篇文章裏頭，缺點一定很多，所希望的，請讀者諸君指正罷了。

一一

我們要解決私有財產制的存廢問題，不可不研究「現行私有財產制的基礎觀念，在什麼地方？」並且「這種基礎觀念，是不是合理的？」古來關於現行私有財產制基礎觀念的理論很多，現在只把主要的寫出來討論討論。

(1) 神意說 (The theistic Conception of property) 神意說是拿「神把地球授給人類，人類各自私有其土地」一個理論來，說明私有財產制的基礎觀念；從此類推，就是人類所有的東西，都是神授與的。這個學說，在古代民智沒有開通，科學沒有發達；拿國家和其他種種制度，算神意所創造的時代，主張的人最多，在二十世紀科學昌明時代，當然不認他有真理的。

(2) 法律制定說 (The legal theory) 這個學說，是把所有權認為成法的產物；換一句話說，就是所有權和法律同時發生，同時消滅。這個學說，只能說明所有權成立的原因，對於所有權之存在，有無真理的問題，還不能夠解答；所以我們當考究「認所有權的法律，是不是合理？」的問題時，這個學說，不足供我們的參攷。

(3) 歷史說 (The historical theory) 這說的要旨，是把私有財產制認為歷史上的產

物；人類因經久的經驗，經幾多的變遷，纔發達進化到今天的狀態；所以要找他變遷的踪跡，那是可以的，如果要評論他是不是正當的制度，想去變更他，那麼差不多和要變更地球的形狀；人種的膚色一樣；換一句話說，就是事實上做不到的；但是法律制度，乃一人事的現象，事實能夠動人心，人心能夠造事實；這兩樣東西，是互為因果的；至於私有財產制度，也是這個樣子，我們當論他的基礎觀念，和他的觀念是不是正當的時候，也應該觀察關於私有財產的事實之變遷；——促成所有權變遷的事實，因時因地有不同——人心的趨向，纔可以明白他立腳的基礎，如果只因他是歷史上的產物，我們就應該承受他，盲從他，那麼未免不當了。

(4) 人性說 (The human nature theory) 這個學說，是認所有權為一個自然權，因為要適於人類個性起見，經法律認定的權利；然而為何我們要認所有權為一個自然權？不認生存權為自然權呢？什麼緣故在一方有許多所有權的自然權的人，在他方幾完全沒有這種權利的人呢？這個學說，還不能夠解答這二個問題。

(5) 人格說 (The personality theory) 這個學說，是把法律認所有權的基礎觀念，

求之於個人人格方面；詳細說來，因為個人人格發展的必要或利益起見，把物界的一部，使歸於個人所有；并且個人人格的發展，又是社會和法律的目的。主唱這種學說的人很多，或有把所有權認為擴張或實現於物界的一種人格；或有把人格發展的意義，解作無形的哲學的意義的；或有解作有形的經濟的意義的。這個學說，雖是有些真理；但是社會和法律的目的，是不是只在個人的發達發展？如果不然，那麼只偏重於個人的制度，就不可以說他是正常的；并且因為要使個人人格自由發展的緣故，來認所有權，那麼他自由發展的結果，若然惹起物資不足的時候，——像現代——應該拿那種方法來做標準，規定各個人應有的財產範圍呢？再他的結果，某人私有他的人格發展必要以上的財產，某人幾完全沒有這種財產，因此各人各別發展他的人格，他的能力和他的發展方向，各人不同，社會上就生出不適當不平等的結果來了——像現代——這種現象，實在可以阻礙社會的進步；違反人類組織社會的原理；然而我們考究他的原因，不得不歸咎於個人主義。

(6) 先占說 (The Occupancy theory) 先占說是把無主物的先占，認為所有權發生的

起源，也是所有權存續的理由。首創這個學說的人，是國際法和自然法的鼻祖夫瓦羅，後來附和他的人也不少。然而這個學說，只能說明關於某種物所有權發生的一個原因，還不足以說明一般物所有權發生的總原因；況且拿一個發生的原因來，一般的說明所有權的存在有正當的理由，理論上也欠根據；就是拿先占的一件事情來說明所有權發生的起源，也不過對於無主動產是當的，至於像不動產的土地，究竟因爲先占而認個人所有權麼？還是從某種類的共產制，進而爲分產制麼？歷史上雖則屬於疑問，但是寧可把後說認爲近於真理；并且照現行各國法律上，有主之動產，還可以因賣買贈與承繼等行爲，取得他的所有權；所以取得動產所有權之原因，不止先占一件事。總而言之，先占說只能說明物界的一部，和人有直接關係的，就可以取得他的所有權。例如空中的飛鳥，池中的游魚，都是無主的物，所以不論那一人捕獲他，就可以取得他的所有權，至於要拿這個理論來說明現行私有財產制的基礎觀念，那麼還覺得不大正確。

(7) 勞動說(The labor theory) 他的理論，是某人對於某物之產生，假使曾經加過

勞力的，那麼這個人就可取得這個物的所有權。這個學說，拿勞動來做所有權的基礎觀念之一點；我們不可不認他是正當的；但是我們在這兒，也應該注意他的反面，就是把因資本而取得的財富，認爲不當；所以這個理論，反而使私有財產否認論的人，有有力的根據。這說在現行法制上的批評，和先占說一樣，就是現行各法制上所有權的基礎，不單是勞力一種，所以想拿勞力一件事來；包括說明現行私有財產制的基礎觀念，還是不完全的。

(8) 進化說 (The evolutionary theory) 這個學說，是拿優勝劣敗，適者生存的一個理論來做所有財產制的觀念。詳細說起來，就是只認強者優者的權利，法律是社會的強者優者，要保持他的權力利益，所設定的一種規範；並且說這種事實，是人類社會必然的結果，也是人類社會進化上必要的事實。他的理論是根據人類不是個個有生存權的，生存權不過強者優者有之，例如生物的種子，雖則夥多，但是能夠生存的，不過少數的強者優者罷了，某島因爲人口增加，所產的食物，不夠供養人民的時候，勢必弱肉強食，從這點看起來，人類不見得個個有生存權，生存權既是沒

有，那麼從生存權流出來的所有權自由權等；也不得存在；所以所有權不是人類固有的自然權，不過社會的強者優者，因為他自己的利益設定的權利罷了；我現在換一方面說起來，就是經濟的弱者劣者，當然沒有財富，無資產的勞動者，當然受種種的束縛。照這樣立論，是不是合於社會進化的理論？自從歐戰結束以後，就是強權主義失敗的時候，我們就可以明白了。

(6) 社會連帶說 (The theory of Social Solidarity) 這個學說，和進化說是極端相反的，他主張的理論，是人類因為團體(社會)生活，方纔可以保全發達他的生命，在一個社會之中，一人替萬人，萬人替一人，互相輔助協力，方能保全個人和社會的生存，組織社會的人類之中，都有一種不可斷絕的連帶關係，所以在強者扶弱者，富者助貧者的條件之下，纔能見得社會進化；我們現在拿財產制論起來，所有權也不是絕對的權利，要在不害團體的程度內，纔認許他。這個學說是最近一部學者所主張的，他和進化說的不同點：在進化說是拿強權主義做基礎，在社會連帶說是拿互助主義做基礎就是了。

關於私有財產制的基礎觀念，除上面說的九種之外，還有自然權說，社會契約說，掠奪說，一般利益說等等；然而這等學說，不過一二學者所主唱，不是主要的，所以現在不必再去討論他；至於上面說的九種之中，像神意說，法律制定說，歷史說，人性說，進化說等，或者因為他所說的不合於理論，或者因為他所說的，對於現行私有財產制的基礎觀念，還不能得完全說得明白，所以也不要再去詳論他。其餘像先占說，勞力說，這二種學說，雖則有一些真理；但考究他所以把他做所有權的基礎觀念，恐怕也是因為使個人人格發展的必要或利益起見，所以這兩個學說，也可以包含在人格說之中；至於人格說所主張的理論，雖則從現在的社會情形看起來，似乎不大得當，但是對於現行的私有財產制，確是算根本的基礎觀念。因為在十九世紀以前的一般人，都認所有慾，競爭心，算人類的本性，所以認私有財產制，算適於人類的本性，足以助長人格的發展；並且個人人格的發展，是社會和法律的目標，幸而當時社會的組織還簡單，產業還沒有十分發達，財富的分配，也弗像現在的懸隔，所以即使放任個人人格的發展，不但對於團體（社會）的發達，沒有多大

害處，並且足以助長產業的發達，我們現在所享的文明幸福，也不可歸功於個人主義。

三

然而自從十九世紀中葉以後，一方因產業的發達，財富的分配愈不平均了；他方因人類的增加——這兒所說的人類增加，不但是指人口增殖，其他像從來認為沒有人格的奴隸，和同商品一樣待遇的勞動者，法律上經濟上，都漸漸的解放出來，使他受人類的待遇。——消費的量，越增加了。如果再維持這個個人主義，放任各個人的自由發展，自由競爭，那麼他的結果，貧富的懸隔，更差得多了；物資的缺乏，更不能彌補了，而社會中的多數人民，恐怕要餓死凍死了；這是因為社會的進化，私有財產制的根本觀念，不能不變更了。

歐戰以後，社會制度，因為受了社會主義的影響，人人知道他要改革改革纔行；但是我不像一部激進派的主張共產主義，而就要實現他；因為共產主義的理論，不是正當的問題，我們暫時不必去論他，即使認為正當，但是也不能夠激變的去做

的；上面已經說明了。然而社會的情狀，已經到了不可不改革的地步，如果不去想個方法，續漸去改革他，那麼這種激進派的學說，趁着這個機會來煽動，恐怕免不了有暴發的一天。總而言之，我不是反對共產主義，不過我拿現在的社會情況，現在的人類本性來做根據而論起來，這種主義，一旦暴發，實在不是現在人類的幸福，所以要遏止過激主義，也應該把私有財產制度的基礎觀念改變了纔好。

人類組織社會，原來要借社會的力來發達維持個人的生命和幸福；——在人類沒有組織社會以前，生活簡單，所享的幸福也不多；並且人的生命，常常在危險之中，到了組織社會以後，不但生命能夠安全，就是物質上精神上所享的幸福，也跟着社會的進步而增加。——所以團體的發達，可以增加個人的幸福，個人的發達，可以促進社會的進步，社會和個人，及個人和個人之間，有一種不可斷絕的連帶關係。但是現代的社會情狀，少數的強者優者，因為承着個人主義的效果，真可以大大的發展他的人格，而享他無限的幸福；多數的弱者劣者，因為受着法律制度的限制，不能夠發展他應有的個性，以致陷于悲苦悽慘的境況；這種現象，不但是有害于團體

的生活，也足以妨害社會和個人的發展，所以從人類組織社會的原理上講起來，現行私有財產制的基礎觀念，也應該改變纔好。

歐美各國，對於社會政策的設施，本來很注意的；所以弱者劣者的保護，也很周到；近來看見社會主義的思潮，澎湃而起，他又先後改正他的財產制度，拿來和緩他的潮流，翻轉來看看我國的現狀，所有者的壟斷慾，比較歐美各國人，更是利害，社會政策的設施既少，弱者劣者的保護就薄；並且沒有職業的遊民，隨地都是，當這潮流澎湃的時候，如果不想法子去和緩他，恐怕一發不可收拾；這從我國現狀而論，更不可不改變私有財產制的基礎觀念。

四

社會連帶說，對於現行私有財產制的基礎觀念，雖則沒有說明白，但是私有財產制應確立在什麼基礎觀念之上，私有財產制的存廢問題、和他的範圍問題，主張求之於社會方面的理由，這也是因為社會情形的變遷，應時而生的學說；這說的理論，從現狀和組織社會的原理上說起來，不得不認為正常，現在我根據他的理論來，

推斷所有權的將來，

社會連帶說的理論說：所有權非絕對的，要在不害團體（社會）的程度內，方可認許他；所以現行私有財產制，已經認為有害於社會的生存發達，那麼應該續漸限制他纔好；但是應該怎樣去限制他？確是一種最難的問題；因為限制的問題，不是統一的不變的，是因時因地而異的。例如數十年前，因為要防止富的集中，那麼把鐵路礦山等等的獨占的大事業，由國家經營，後來又以其他大事業，歸國家經營，（例如煙酒公賣，電力，水力公營；）近數年間，也有把土地所有權收歸國有的；這是因時的經過，而增進他的限制程度。其他像都市等處，對於某種（土地家屋）所有權，特別加一種限制；在邊僻荒涼的地方，對於某種所有權，特別保護；這是因地的情形，而他的限制程度，就不同了。

我國的私有財產制，應該怎麼樣去改正他？也應該拿我國的情形歷史和地理來解決；現在拿我的意見寫在下面：

我國土地的面積很廣闊，居民有疏有密，疏的地方呢，人煙遼落（新疆青海西藏

等處)，密的地方呢，因為地價很貴，所以經濟的弱者，常常不能夠占一席的地位，這雖是由於交通不便，但是國家沒有調和他的方法，也是一個大原因。我的意見，凡在都市及其他人民集中之地，應該限制個人的土地房屋所有權，他的限制的方法，可以規定一個人應該占的土地面積，房屋間數，如超過法定面積或間數的人，可以利用公用徵收權去徵收他，拿所徵收的土地房屋，來充公用，例如徵收私人的花園為公園，徵收富豪的家屋做公共宿地等。對於邊僻荒涼的地方，應該獎勵人民的移民，減免他的賦稅，加厚他的保護，等到產業發達，或居民稠密之後，續漸加以限制，至于其他各種財富，也應該定一個最多的所有額；對於不是必要的奢侈品，和大額的遺產贈金及其他各種利得，應該科以高率的稅額，國家拿這種收入，舉辦各種社會事業，例如公園病院學校習藝所等，這樣子那麼貧富的階級漸漸趨於平均，過激的思想，也可以無形的消滅了。

以上所說的方法，不過拿我國現在的社會狀態，人民本性來論，以後如果社會進化，個人的競爭心嫉妬心所有慾等，能夠續漸消滅，那麼共產主義，不是不可以實

現的。

五

我所主張的所有權限制主義，如果要圓美妥貼實行，那麼不得不借助於下面說的三種辦法。第一種是要使一般人理解所有權限制主義的精神，而自覺所有權之社會的主義，那麼方可減少社會的反抗力；因為我國人腦筋裏頭一向抱着所有權不可侵的觀念，所以一旦加以限制，不免有人起來反抗。第二種是審判官應該理解所有權之社會的意義，凡有違反這種意義的所有權行使，認為權利濫用，可以不去保護他；這個方法，我認為很有效力的，因為對於權利濫用的人，給他一個敗訴的判決，不但他自己以後不至於再濫用他的權利，並且也可以警誡警誡別的人；十九世紀的時候，法國的審判官，能夠利用這個法理來對待一般權利濫用的人，所以他的所有權觀念，能夠拿最快的速度社會化。第三種是拿立法的手續來強制他，社會化的基礎，在乎現有財富的人的提供罷了；然而社會的提供的一件事情。不是一般人事實上任意的能夠做得到的，所以要用一種強制的方法來強制他，然而我是不贊成用腕

力的強制，因為用腕力來強制他，流血多而實益少，不如用一種合法的和平的方法來強制他，比較的好一些，所以我主張用立法的強制方法，就是要擴張國家的公用徵收權，而訂立這種主義的法律。

十年七月二十日

論陪審制度

(本文載民國十年一月法政學報第二卷第九期)

一 緒論

所謂陪審制度者，為國民審判之一種，對於官僚審判而言也。政治有專制立憲之分，審判亦有官僚審判（專制審判）國民審判之別。晚近文明各國，不但政治方面，自專制而移於立憲，即司法方面，亦漸有自專制審判而趨於國民審判之勢。據最近之調查，在西方除土耳其荷蘭一二小國外，其餘各國，均採用國民審判之制；在東方如日本亦準備實施。此證諸各國司法制度，已可知其價值矣。我國自辛亥光復後

，政治似已略具立憲之雛形，而司法方面，仍不脫古時之官僚的專制的獨裁的審判，此不獨與我國立憲國家之精神相矛盾，即與世界之潮流亦不順應。我國自去歲五四運動後，一般人民之腦海中，都抱着民主主義的思想，但研究民主主義者，雖竭力提倡自由平等，主張正義公道，然對於與現今民主主義最不能相容之官僚的專制的獨裁的司法制度，無人表示改革者，深足怪也。蓋審判者，爲正義公道之實行者，對於審判制度，苟缺少正義公道之觀念，則所謂自由平等正義公道，終無足恃也，觀諸近來司法當局之行動，豈能令人不寒心哉！欲救厥弊，其惟國民審判中之陪審制度乎？茲將愚研究之所得，表而出之，以供國人之採擇焉。

一一 陪審制度之觀念

陪審制度之觀念，因時因地而異其趣。在羅馬法之陪審，有仲裁之性質。在美國之陪審，初僅有證人之性質，至後進而握審判之實權。及法國革命，而其制度，遂輸入於歐洲大陸。茲所謂陪審制度者，即指英國之陪審制度而言。詳言之，即自國民選出陪審員，對於事物有認定之權限，而使國家任命之審判官，基於其所認定者

，以適用法律之審判制度也。惟所謂事實認定者，爲法律的事實之認定，而非單純事實之認定，例如就刑事言，即在罪責問題之解決；而此罪責問題之解決，應注意者有二：其一所謂罪責問題之解決，非認定關於被告事件之存否，而在從事實之真相，以判斷被告人之應否有罪；其二所謂有罪與否，非僅依判斷者之心證爲判斷，而在從法律之規定，不能蹈出一步於法律規定以外。此二點，爲罪責問題解決之真意義；亦即陪審員任務之根本，觀此可知現代陪審制精神之所在矣。

此外與陪審制相類似，而同爲國民審判者，尙有參審制與民選制二種。今略述之，既得知其異同，更可使陪審制之概念，加一層之明瞭。

(1) 參審制 參審審判者，自國民中選出參審員，與普通之審判官，相合而構成法院，參審員與審判官對於事物之認定，法規之適用，有同一之權限。參審員之任期，一年或二年不等，在任期內，與普通之審判官，受同一之待遇，享同一之尊稱。此種制度，在德意志諾威行之。

(2) 民選制 民選審判者，審判官非由國家任命，乃自民間選出。至被選人之資

格，限制頗嚴。此種制度，在美國行之。

三 陪審制度之起源

現代各國之審判制，咸取法於英國。而其起源於何時？學說不一。茲舉其要者如左：

(1) 陪審制度為阿爾弗蘭特大王 (Alfred the great) 所創定。此說歷史上難覓其根據，殆因英人崇拜阿爾弗蘭特大王，遂謂一切制度，悉始自王，而陪審制度，亦為其中一焉。

(2) 謂陪審制度為由德國或斯康提那維 (Scandinavia) 之奈姆脫 (Naemth) 之類似陪審制度所傳來。

(3) 陪審制度起源於恩格羅撒克遜 (Anglaxon) 之宣誓保證法。(Compurgation) 該法即以告訴人之宣誓保證人；為大陪審員，被告人之宣誓保證人，為小陪審員

(4) 陪審制度為美國之固有制度，而恩格羅撒克遜及諾爾曼 (Norman) 不過襲人

之後，採用之耳。

(5) 陪審制度當十字軍時；自亞細亞輸入於歐洲，故十字軍以前，亞細亞洲已有陪審之制度。

(6) 至於近頃，則學說漸趨一致，以陪審制度 A 衛靈姆王 (William) 時已有萌芽矣。B 至亨利第二 (Henry II, 1133-1189) 更加以擴張。由此觀之，在十二世紀之中葉，確有陪審之制度，其前則無從稽考矣。

四 陪審制度之沿革

(1) 英國 英國之陪審制度，始於亨利第二 (Henry II) 當時之陪審員，僅有證人之資格。即審判官就係爭地之住民中，指傳其有名望而熟悉係爭事實者數人，使其陳述事實之真偽，但非個別爲之，由陪審員合議後，報告其結果而已。及亨利第四 (Henry IV 1422—1461) 時；陪審員一方有證人之資格，他方更有事實認定之權限，惟陪審員苟有不當之認定，審判官得爲相當之處分。故當時之陪審制度，殊有名無實。至一千六百八十九年，英皇衛靈姆第二 (William III) 即位後，兩院議員制

定關於國民之權利及自由之條例，因此始成現代之陪審制度焉，其詳容後述。

(2) 法國 法國革命前之審判制度，不問事實問題，與法律問題，均由審判官獨裁之。即如豫審亦採秘密主義，但法國國民，酷愛自由，對於當時審判制度，頗持異議，因此釀成一千七百八十九年之大革命；至一千七百九十一年九月十六日之憲法議會，始設刑事陪審制度。言其內容，則有二種：即公判陪審，與起訴陪審是也。及拿破崙廢止起訴陪審代以檢事制度後。僅存公判陪審之一種，至民事制度，則尙未採用也。

(3) 德國 中世以後，德國之審判制度，力行糾問主義。人民之權利自由；一任官僚審判官之判斷。及萊因地方歸併於德國後，不但該洲人民不願廢除陪審制度，即自國國民，因此亦大受刺激，痛詆糾問主義之弊害，乃於一千八百四十九年一月三日之法律，採用刑事公判陪審制度，大體與法國同。

(4) 其他歐洲諸國，亦相繼採用。茲記其年代如左。

A 奧國一八五〇年

B 比國一八三〇年

C 荷國一八三七年

D 意國一八四二年

E 布爾加尼亞 Bulgaria 一八九七年

F Sardinia 一八六八年

(5) 美國 北美本為英之殖民地，故其法制，咸來自英，而陪審制度，在獨立前已經採用；至獨立後，規定於憲法第三章，其後在追加條文第五章第六章規定刑事公判及起訴陪審，第七章規定民事陪審。至南美諸共和國，則咸取範於北美，而無甚差異者也。

五 古代之陪審制度

(1) 中國 就古代陪審制度言，則吾國實為最古，惟性質上與現代各國所行者，不甚相同，且無相連之關係，故為人所不注意耳。考周禮秋官小司寇之職制中，所規定者為陪審制之大要。其屬官司刺之職制中，所規定者，為其細則。茲錄於左

(甲)小司寇職制中之規定 小司寇職掌外朝之政，以三刺斷庶民獄訟之中，一曰訊羣臣，二曰訊羣吏，三曰訊萬民。聽民之所刺宥，以施上服下服之刑。(註一)

(乙)司刺職制中之規定 司刺掌三刺三宥三赦之法，以贊司寇聽獄訟，壹刺曰訊羣臣，再刺曰訊羣吏，三刺曰訊萬民；壹宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘；壹赦曰幼弱，再赦曰老旄；三赦曰蠢愚。以此三法者，求民情斷民中，而施上服下服之罪，然後刑殺。(註二)

依以上二項之規定，可信我國周時司法制度，已寓陪審之意，即對於某種犯罪之陪審，須廣徵萬民之意見，以冀爲公道適當之審判，惟茲應注意者，即所謂聽民之刺宥者，非偏重於國民代表之意見，第一訊羣臣，第二訊羣吏，最後聽取國民代表之意見，而後確定其刺宥，此與近代歐洲各國之陪審制度之異點也。

(2)希臘 希臘之希立哀阿，(Heliastai)即古代雅典之人民審判廳，以人民所選之委員組織之高等審判廳也。當時審判權操諸官吏，人民對於官吏之審判，有不服時

，可上訴於希立哀阿。蓋上訴於希立哀阿之事件，影響於人民之權利義務者較大，故認人民審判之，以免官僚審判之弊病。此與近代各國對於重罪之審判，認陪審制度之理由，同一軌也。

(3) 羅馬 在羅馬共和國時代，審判權操於市民議會 (Kobiten)；然因事件漸增，市民議會無暇審理，乃自市民議會中，選出密問委員審理之。要之，在羅馬共和時代之人民審判廳，初為市民議會，後為議會中選出之委員會。

(4) 日耳曼 古代日耳曼之審判權，掌於人民，惟其審判廳則分為二：一民會，二委員會。民會由人民集合而成，委員會以民會所任命之委員組織之。民會審理重大事件，委員會審理輕微事件。至後民會為政治上之議會，所謂審判廳者，僅委員會而已。

在歐洲各國古代之陪審制度，雖因時因地而不同，然考其大概，審判之權限，操諸人民則可斷言也。(參照皮而克馬亞 (Birkeneyer) 所著之德國刑事訴訟法，及撥羅歪脫 (Protat) 所著之審判論。以上所述，不過擇其要者耳。其他各國，例如諾威丁

抹瑞典等，其審判權限，亦屬人民所有，而其性質及組織等，與上述三種，亦大同小異，茲不再贅。

(註一)「小司寇」與近代大理院之院長相當，監督審理訴訟事件之官也。所謂「外朝」者，對於內朝言，其主要職務，在獄訟之聽斷也。「刺」之意義，學說不一：(一)鄭玄以刺解作殺，即訴而有罪即殺之謂也。(二)易被以刺為選取人情之當否，而後加以刑殺之謂也。(三)賈公彥以刺解作殺之意；同時亦可解作訊決之意，又爾雅釋詁有「刺殺也」之釋，前漢書郊祀有「刺采取之也」；要之，刺之意義有二：一可解作殺之意；一可解作采取之意；惟釋之者當應字句之情節，而異其解釋可耳。所謂「中」者簿書也，殆即今之案卷，此可證之學海堂經解所記自明。「服」者，依法定刑之謂也。「上服之刑」者，首部以上之刑也，即墨等是也。「下服之刑」者，首部以下之刑也；即宮刑等是也。

(註二)司刺為司寇補助官，襄理司寇為三刺之事務。書一刺再刺三刺者，不過明諮訊之順序也，有即宥恕之義也。遺忘者相當近代法上之重過失。

六 現代之陪審制度

(1) 英國之陪審制度。英國爲陪審制度之母國，歐洲大陸諸國，及美國現代之陪審制度，多取法焉，故詳述之。

(A) 陪審之種類，審理之手續，及陪審員之權限。英國之陪審制度，種類頗多，其要者，惟刑事陪審與民事陪審之二種而已。

(甲) 刑事陪審又可分爲二種：一爲起訴陪審，一爲公判陪審。起訴陪審，英國名之曰大陪審(Grand jury)。蓋公判陪審，以十二人爲一組；豫審時以二十三人爲一組，故以大稱；然就其職務言，則爲提起公訴，故曰起訴陪審。在英國非無檢察官，然檢察官對於重罪無起訴權，起訴與否之權限，操於陪審員。即檢察官將起訴狀案(Bill of indictment)與事實，請起訴陪審員審查之；故起訴陪審員之職務，與豫審推事之職務相當。在起訴陪審員，對於該事件，苟無忌避原因，(其忌避原因與普通之審判官相類似，惟須滿法定之人數，否則補足之。)乃宣誓而審理之。審理既終，起訴陪審員退入別室密議之，以過半數表決之。若決定爲有罪時，則在檢察官所作之起訴狀案上，記入眞訴狀(A true bill)三字，由陪審組長署名，遂變爲起

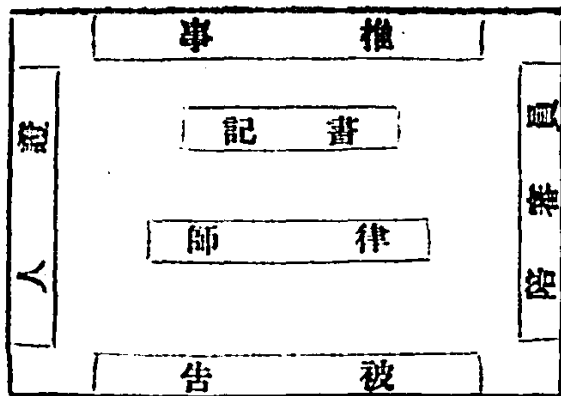
訴狀 (Indictment) 而逕請公判。陪審員若認為無非時，則在該起訴狀案上，記入非真訴狀 (Not a true bill) 四字，而棄却之；此與球審免訴相當。公判陪審其員數以十二人為原則。(為例外亦有七人六人五人者) 較起訴陪審員為少，故在英國名之曰小陪審 (Petit jury)。公判陪審員之忌避原因，及宣誓手續，與起訴陪審員同，茲不贅述。在刑事之原告為檢察官，對於審判，先陳述犯罪事實。當審判長審理時，陪審員默聽之，調查證據既畢，律師對於陪審員開始辯論；辯論終結後，審判官綜合事件之全體，明白指示陪審員應為決定之基礎，使陪審員密議之，對於表決，須全體一致，陪審員中苟有異議而不能一致時，審判廳解除其職而另選陪審員判定之。陪審員之表決，有錯誤或不當時，可請求再議，或廢棄而使另選之陪審員判定之。公判陪審員既有一致之表決後，審判官乃基其決定之結果，適用法律。要之在英國之刑事公判陪審員為事實之認定者，審判官為法律之適用者，界限劃然，不得相犯也。

(乙) 民事陪審 歐洲大陸諸國，雖無採用民事陪審者，然在英國則頗重視之，其

審理手續，及陪審員之權限，與刑事公判時之陪審無異。即事實之認定權，操于陪審員，審判官不過基其認定之結果，為法律之適用而已。

(B) 法庭之構成，陪審員之資格及其費用。

法庭之構成，雖因審判廳之種類而異，然普通正面為推事席 (The Bench)，推事席之對面為被告席 (The dock)，左側為陪審席 (The Jury box)，右側為證人席 (The witness Box)，中間為律師席 (The Bar)，略圖如左。



在英國之刑事訴訟法，證人之訊問，律師為之。證人之證言，向陪審員為之。故律師為事實之辯論時，向右為之。為法律之辯論時，向前為之。訊問證人時，向左為之。為便利計，故其地位居于中間。

陪審員之資格，對於陪審制度之利害，頗有關係。苟失之過高，難得法定之人數，失之過低，難得良好之陪審員，要在鑒其國民程度之如何，而定其資格耳。在英國陪審員之資

格，依一八二六年及一八七六年之陪審員法(The Juries Act)，其概要如左：

原始的英國人民，或雖外國人而十年以上在英蘭及衛爾斯有住所之男子，年在二十一歲以上六十歲以下，而有下列資格之一者，得為陪審員。(子)由自由領有權之土地，一年除賦課外納十磅以上之稅者。(丑)由二十一年以上之賃借物，或有期領有權之土地，一年納二十磅以上之稅者。(寅)在密特爾雪克斯(Middlesex)州，及倫敦，一年負擔三十磅以上之貧民稅家屋稅者(在他州祇要在二十磅以上)。(卯)住居有十五扇以上窗之家屋者。(辰)在市裁判所則其公民。

在英國陪審法，國民有為陪審員之義務，故在刑事陪審所費之旅費等，悉由自己負擔；即民事陪審，雖有給與俸金者，然其額甚微。

(2) 美國之陪審制度 美國原為英國之殖民地，一切制度，均取法于英國。即獨立後，亦無甚改革。故其陪審制度之組織種類及權限等，與英國相類似，茲不贅述。

(3) 德國之陪審制度 德國之刑事訴訟法，分犯罪為重罪輕罪違禁罪之三種。重

罪事件，原則上使陪審審判廳審理之；輕罪及違禁罪事件，使參審審判廳審理之。陪審員之組織資格及權限等，與英國無大差異，其所異者，惟德國所採之陪審，限于刑事公判，至起訴陪審，與民事陪審，則尚未實行。參審審判廳之組織及權限等，前已述之，茲不重贅。

(4) 法國之陪審制度 法國之陪審制度，與德國之陪審制度相似，惟無參審審判耳。

七 刑法及刑事訴訟法之發展與陪審制度之關係

(1) 刑法之發展與陪審制度之關係 太古國家之基礎，尙未確定，社會之組織，不能完備，對於犯人之訴追，國家亦無何等之權力，因此人民均集團而居，對於加害者，以復讐爲自衛，學者稱之曰復讐時代。中古以後，國家之基礎，漸次鞏固，社會之組織，日臻完備，對於犯人之訴追，嚴禁復讐，國家以公權而訴追之；即國家對於犯人，加以殘酷之刑罰而威嚇之，學者稱之曰威嚇時代。近代中央權力，既已強大，同時對於個人之權利及自由，亦不可不尊重；其甚者，竟不認國家之存在

，祇認個人之存在，即政治團體，不過爲個人存在之狀態而已。當法國革命時，對於團體之觀念，非常嫌惡，曾有禁止爲團體之法律者，亦可見其趨勢矣，學者稱之曰個人充實時代。而陪審制度，亦即應運而生，蓋欲從刑法上保護個人，而免國家之任意蹂躪也。

(2) 刑事訴訟法之進步與陪審制度之地位 刑事訴訟法之進步，得分爲三期：第一爲神裁制度。古代之刑事訴訟，採彈劾主義，即由被害者彈劾加害者，由其部落之酋長審判之；審判之方法，使原被二告，在神前決鬥，以勝負之數，而決其罪之有無。太古文化未開之時，不但採證方法，不能完備，即一切事物，均認爲受神的支配，故有罪與否，亦決於神前。第二爲糾問制度，中古以後，社會之團結，日漸鞏固，中央之權力，亦漸強大，乃一變從前之神裁制度爲糾問制度，即不待被害者之彈劾，國家爲維持公共秩序計，進而對於犯人加以糾問，其審判方法，對於被告人加以痛苦，使其陳述罪狀，此等方法，在近代觀之，雖極專制，然較諸神裁制度之缺少公平者，不可不謂爲一進步也。第三爲陪審制度，糾問制度在王權隆盛之時

，固可存在，但近代個人之地位漸尊，自由平等之學說日昌，如糾問制度之專制的官僚的審判，顯與思潮相反，勢難存在，因此認國民參與審判之權，以順應時勢，由此觀之，陪審制度在刑事訴訟制度上，居于第三期之地位，與十九世紀之文明，頗有關係。

八 陪審制度之利益

就陪審制度之性質及其組織上觀察，舉其利益，則有數端：

(一) 採用陪審制度後，得貫徹立憲制度之精神。攷立憲制度之精神，即在國民得參與國政，而國政即不外立法司法行政三者，故立憲制度之國民，得享受參與三權之權利者，事理之當然。但我國自辛亥光復後，政體雖改爲立憲，認國民爲國會議員，享參與立法權之權利；爲自治體之機關，享參與行政權之權利，而對於司法權，尙不准國民之參與，是對於立憲制度之精神，未免尙有缺憾。況自國民之權利及利害關係上觀察，參與司法之權利，更爲必要，吾國國民，苟欲享立憲制度之幸福，實現民主主義之真精神，則陪審制度，在所必爭。

(2) 採用陪審制度後，可免陪審官舞弊法權之弊。現行審判制度，凡一訴訟案件，自始至終，悉由獨斷的，專制的，官僚的審判官一手審理，不容國民置喙，故以審判官之喜怒哀樂，而異其審理。至採用陪審制度後，陪審員有事實認定之權限，審判官僅基其認定之結果，適用法律而已。例如在刑事訴訟，陪審員認有故意殺人犯時，審判官基其故意殺人之事實，適用刑律第三百十一條；陪審員認爲過失殺人犯時，審判官基其過失殺人之事實，適用刑律第三百二十四條；至民事商事亦然；故陪審員爲無罪或無證據時，審判官不得基自己之意思，判決有罪；或基自己所信之證據，而爲判決；因此可免審判官舞弊法權之弊。

(3) 採用陪審制度後，得保障司法之獨立。審判者，審判官對於事實，適用法律，而下以判斷之謂也。故審判之對於國民之權利義務，影響甚大，因此憲法上認其獨立，使其爲適法之審判，然憲法上雖有如是之規定，但事實上，未必盡然，圖鞏固一己之位置，而逢迎執政者之意旨，事所難免；至採用陪審制度後，訴訟事實之認定權，完全操于民選之陪審員，政府任命之審判官，反無實權，故審判官雖受上

官之干涉，他人之牽掣，亦不得左右其審判，如是公正之司法權，始得保障。

(4) 採用陪審制度後，得維持正義公道。在現行審判制度下之審判，不無缺少正義公道者，人所共認。至實行陪審制度後，不但訴訟事實之認定權，在民選之陪審員；即審判官之適用法律，及審理手續等之當否，陪審員亦得監督審查之。所謂正義公道者，一般人之心理也；陪審員代表一般人之心理，而佐以實權，則正義公道，自不難維持矣。

(5) 採用陪審制度後所爲之審判，不至背馳常識。審判之結果，務必適于國民之實際狀態者，在法律運用上，最爲緊要之事。然在今日之審判官，對於法律的專門智識，固屬有之，而缺乏常識，勢所難免；況如現代千差萬別人情世態之複雜社會中，而欲使與社會少接觸之官僚的審判官審理事件，以冀其適于國民之實際狀態，殆不可能；至實行陪審制度後，使熟于社會狀態之民選陪審員，爲事實之認定，審判官適用法律，則其所爲審判，庶不至背馳常識，而合于實際。

(6) 採用陪審制度後，所爲之審判，得順應世情。法律一經國會制定後，即有固

定性；換言之，若不經法定之手續，不得變更消滅；故法律限于存在時，審判官即有適用執行法律之義務；然法律不外規律人類共同生活之一種規則；人類之生活狀態，既隨時隨地有變更，但法律之制定變更，亦非易事，故法律認審判官於法律範圍內，得為順應世情之審判：例如近代世界潮流，趨于民主主義，則審判官當適用法律時，限于法律所許之範圍內，為適於民主主義之審判；現今社會，重視勞動時，審判官當適用法律時，除法律禁止外，務必為保護勞動者之審判；如是則法律得以引導社會之進化，而加其速率。然觀諸我國近來司法界之情形，則反是。審判官對於世界潮流之隔膜，而固守死法者，固不足怪，甚至欲求庇於長官，蔑視國民之輿論，為其背逆世界潮流之判決者，時或有之；而對於罪大惡極之徒，反畏其勢而置諸不問，是適足失法律之威信，至可憂也！若實行陪審制度，審判之權限，操于民選之陪審員，陪審員與社會之接觸較多，則其審判，必可與世情相順應。

(7) 採用陪審制度後，得免由審判官所生之誤判。我國現行法院編制法，因訴訟事件之繁簡，而異其審判官之人數，在事件之最繁複者，以審判官五人審理之。其

主要理由，不外豫防由少數審判官所生之誤判耳。然攷各國陪審制度之陪審員，不論事件之繁簡，以十二人出席爲原則，其對於訴訟事件之鄭重審理，已可想見，而誤判自可比較減少。

(8) 採用陪審制度後，得貫徹直接審理主義，及自由採證主義。直接審理主義者，審判官對於事物之判斷，須直接觀察事物後爲之之主義也。自由採證主義者，證據之取捨，屬於審判官之自由，法律不加限制之主義也。我國現行審判制度，雖採用以上二種主義，但事實上或有反之者。即審判官當爲事物之判斷時，均置重于書面；(例如刑事公判時以豫審時之筆錄爲有力之證據等是也。) 調查證據時，審判官濫用威權，強迫承諾者，時有所聞；故當事人所表之意思，或不能直接供審判官之觀聽；或非實在事情者，亦屬不免。攷審判官之所以出此者，無非欲急於了事，然蹂躪人權，蔑視法規之結果，即因此發生。至若實行陪審制度後，審判時不但須有陪審員之立證；即陪審員認爲證據不明或不足時，亦可繼續訊問，因此可救現行審判制度之時弊矣。

(9) 實行陪審制度後，易博人民對於審判之信賴心。審判之威信，在於國民對於審判之信賴心；國民對於審判，苟缺少信賴心，審判即難以存在。在現行審判制度，因以上種種理由，難博國民之信賴，實行陪審制度後，認國民所選之陪審員，參與審判，因此審判之內容，法規適用之當否，國民均能深悉而無所猜疑。

(10) 實行陪審制度後，被告人對於審判之結果，可無怨言。在現行審判制度下之審判官，雖處於獨立的公正的地位，然與為刑事原告之檢察官，同為國家所任命；故審判時，不無偏護一方之嫌；至陪審制度，則陪審員代表國民參與陪審，為事實之認定者，其所為之陪審，無異國民自己所為，且與原被二造，又無關係，能為公平適情之審判者，可斷言也。故被告人對於陪審之結果，自所甘受。

(11) 實行陪審制度後，國民得有一般法律的智識。法治國者，國家之組織，國權之行動，均根據於法規之謂也。故法治國之國民，須具有一般法律的智識，方可實現法治國之精神。我國現行審判制度，國民既無參與陪審之權力，則與法律之關係，未免隔閡。若實行陪審制度後，國民得參與陪審，因此可以普及法律的智識。

九 陪審制度之弊病及其批評

凡一種制度，既有利必有弊，要在行之者，能取其利而去其弊，則斯爲良制矣！吾人既知陪審制度之利，而知所取材；然亦不可忽其弊。欲去其弊，則自必先將弊之所在而一加探究焉。今就學者所認爲陪審制度之弊者，略陳大概，而附以私評。

(1) 陪審制度，與其謂爲國民之權利，寧可謂爲國民之義務，奪人民之時間，妨人民之職業，爲害頗大。

(A) 理由 一部學者，以參與立法權爲國民之權利，故參與司法權，亦爲國民之權利，然不知法規爲關於國民權利義務之根本規則，法規之如何，影響於國民之權利義務者頗大；故甘犧牲其少數之光陰，荒廢其一時之職業，以制定其較久的法規也。況參與立法者，國家對之支給相當之俸金；故國民亦不以爲苦，而認爲權利。至參與司法權則不然。蓋審判成就一事一物個別爲之，其結果之如何，影響於他人之範圍者較小，國民孰肯失時廢業，以爭此細微之權利耶？況陪審爲義務職，(英國陪審員爲義務職) 苟爲陪審員，必自備資斧，以參與之，所得不償所失，故形式

上雖與參與立法權，有爲同等之權利；至其實際，則純爲義務，恐非國民之所願耳

！

(B) 評論 法律固爲國民權利義務之根本規則，然審判爲權利之實行，審判苟缺少公正，法律終不足恃也。審判雖對於個別的事實爲之，其影響於他人之範圍較小，然一事如是，他事何獨不然？其影響之範圍，恐亦不小！陪審雖在英國爲義務職（然近來民事陪審員，亦有支給薪俸者）。然苟服役于公益事務，不妨酌給報酬也。即如論者所言，認陪審爲義務，然國民服役于國家事務者，不必以權利爲前提，苟其事務有益于公衆者，雖爲義務，亦應爲之耳。況在現代共同生活時代，直接爲公衆之利益者，間接卽爲自己之利益，豈得謂非國民之所願歟！

(2) 陪審員因缺乏法律的智識，對於事實之認定，不無發生錯誤。

(A) 理由 陪審員有事實認定之權限，而所謂事實之認定，非單純事實之認定，而爲法律事實之認定，故亦有應用法律智識者；例如在刑事認爲故意時，故意爲何？認爲過失時，過失爲何？認爲阻却犯罪時，其阻却之原因爲何？在民事則契約成

立之要件爲何？若非稍具法律智識者，難于判斷。陪審員選自民間，其法律智識，較遜于普通之審判官者，固不待言；而毫無法律智識者，亦在所不免，因此陪審員對於事實之認定，不無發生錯誤。

(B) 評論 陪審員之資格，在限制較低之國家，固不免發生上述之結果；然在限制較嚴之國家，即可免斯弊；例如以曾畢業於法律學校，或從事于法律事務幾年後，方得有被選爲陪審員之資格；如是則無慮其缺乏法律智識矣。

(3) 陪審員對於審判事件，責任心太薄弱。

(A) 理由 依法官任用法，審判官專以審理訴訟事件爲職務，不得另兼他種職務；其任期爲終身，故對於審判事務，可謂爲藉以生活之一種職業，對之自能盡心爲之。至陪審員則不然，其審理訴訟事件，不過爲事實之認定；其任期不過一時，亦無禁止兼營別種職業之事，故陪審員對於審判事務，責任心較爲薄弱。

(B) 評論 當國民選任陪審員時，自必選擇有名望有責任心者爲陪審員；況陪審員之格資，若限制較嚴時，則自可無弊。

(4) 陪審員因缺乏經驗學識，易爲外界所左右。

(A) 理由 陪審員選自民間，其法律智識，較遜于普通之審判官，固勿待論，且不過一時的參與審判，其與普通之審判官，富有審判之經驗者，大相徑庭；故外界之風說，報紙之評論，不論是否真實，陪審員往往不能辨別其是非真僞，而易爲其左右。

(B) 評論 若將陪審員資格，限制較嚴時，則自可免。

(5) 陪審員易爲感情的審判。

(A) 理由 陪審員不但缺乏經驗學識；且其社會上之地位，亦有與訴訟人相等者；故判斷事實時，不辨事實之真僞，易爲感情的審判；例如聞被告人之悲苦可憐的供述，不覺忘其在爲判斷者之地位，百方救護之；甚至雖爲罪犯，而因被告人之詐術表情，遂至爲免刑之判決，因此增加犯罪，爲害于社會者，何可勝數！

(B) 評論 此固爲常情所不免，然若自他方面觀察時，陪審制度若能運用得宜，不但可救必罰主義之缺陷，且刑罰與其失于酷，寧失于寬，且此又過在陪審員其人

，並非陪審制度之弊，即審判官之審判，又何能保其無感情用事哉！

(6) 陪審員中因在社會之地位不同，所爲之審判，或有失于權衡者。

(A) 理由 陪審員選自民間，故有自甲黨中選出者；有自乙黨中選出者；有自商界中選出者；有自農界中選出者；有自工界中選出者；因其在社會上之地位，各有不同，故其審判之如何，都依其利害關係爲轉移；至其結果，不但所爲之判決，易于分歧，且恐偏袒而失其權衡；例如陪審員爲商人時，必惡破產罪，票據僞造罪，而欲施以重懲，其他反非所措意；又如陪審員爲農人，則着重于妨害水利罪；又如陪審員對於被告人，若爲異黨，不免傾陷；如爲同黨，不無袒護，此皆不免之事也

(B) 評論 此爲反對陪審制度之重要根據，然若陪審之規定，陪審員之組織，分配合宜，則此非不可除，要在創立之審慎耳。

(7) 在國民法律智識淺薄之國家，若採用陪審制度，一時難以運用。

(A) 理由 實行陪審制度後，凡審判事件時，至少須有十二人以上之陪審員出席，在國民法律智識淺薄之國家，優良之陪審員，頗難其選；制度雖善，其如不能運

用何？

(B) 評論 在國民法律智識淺薄之國家，固難運用得宜，但一方培養法律人才，他方續漸實施，亦未始不可，此不足為陪審制度病也。

(8) 實行陪審制度後，審理手續，必益繁雜，不免遲延日期。

(A) 理由 審理訴訟事件，貴在神速；否則不但當事者蒙其損害，即國家經濟上，亦大有影響；在實行陪審制度後，每一案件，在審判前，先要召集法定之陪審員；陪審員即能准時而到，因調查忌避原因，或為缺員之補充，審理手續，較諸普通審判廳繁雜多矣；因此不得迅速結案，為害殊匪淺鮮。

(B) 評論 陪審制度，既有上述種種利益，則稍有延遲，所得亦足償所失。蓋審判事件，與其速而有誤，寧可審慎而期得當，世無絕對有利無害之事，要在權其得失輕重，以為取捨；且運用得當，其弊亦自可除也。

(9) 陪審制度之實施，增加國庫之負擔。

(A) 理由 設陪審制，國家不免增加費用；若給以俸金，則負擔尤重，殊無益也

(B) 評論 國家之政策，不外謀國民福利耳；故有益於國，有利于民者，不但國家應力爲之，即國民亦樂于贊助。審判爲國民之生命財產自由名譽之保護，自必力求其鄭重，雖增加國庫之負擔，亦理所應爾！

十 陪審制度之趨勢

十八世紀以來，個人之地位漸尊，自由平等之說日昌，審判制度，應時勢之要求，改官僚審判而爲陪審審判。歐洲各國，爲文明之先趨，故于十九世紀之初葉，陪審制度早已風行，是陪審制度，與十九世紀之文明，大有關係。但在二十世紀時代，再應存在與否，不無疑問。茲將近代歐洲各國，關於陪審審判之立法例，錄之如左：

(1) 諾威 依一千八百八十七年之刑事訴訟法，對於重罪，使陪審審判廳審理之，對於輕罪，使參審審判廳審理之。

(2) 匈牙利 依一千八百九十年之刑事訴訟法，對於重罪其他特別之犯罪，採用陪審審判。

(3) 布爾加尼亞 (Bulgaria) 依一千八百九十七年之刑事訴訟法，對於某種刑事事件，雖採用陪審制度，然對於罪責問題，非陪審員獨裁之，須與審判長及陪席推事合議而定之。

(4) 奧大利 依一千九百〇九年之刑事訴訟法改正案，對於政治犯，及應處十年以上之自由刑之犯罪，為陪審審判廳之管轄；對於犯印刷物之罪，及應處五年以上之自由刑之犯罪，為大參審審判廳之管轄；其他輕罪事件，屬於小參審審判廳之管轄；對於違禁罪，使單獨審判官審理之。

(5) 德意志 依一千九百〇八年之刑事訴訟法改正案，對於重罪，使陪審審判廳審理之；對於輕罪，使參審審判廳審理之。

依以上所述，歐洲大陸各國之關於陪審制度之立法例，雖正在擴張其權限，自不得不認其有存在之必要，然推測將來之趨勢，參審制度起而代陪審制度者，可斷言也。

十一 陪審制度我國應採用與否之管見

(1)我國現行審判制度，再有存在之餘地否？我國現行之審判制度，即檢察官對於犯罪人之起訴與否，有完全之權能；豫審審判官，以一己之裁量，有發傳票拘票之權限；在豫審前之訊問，均採密行主義；故筆錄所載之事實，是否真實？犯人所表之思想，是否出于自由？旁人莫得探悉；至公判時，該筆錄得爲有力之證據，而援用之。凡一案件，自始至終，悉經官吏之手審判之；至國民之意思，毫不採用，此刑事審判之大概情形。至民事商事則亦然。試問此種審判，(一)能保無誤乎？(二)能適合實情乎？(三)能貫徹正義公道乎？(四)能得國民之信賴乎？(五)能不受他人之牽掣乎？余頗疑之。或曰，審判官具有法律專門智識，對於法律之適用，可無大誤；然不知人非天神，孰能無過？檢察官審判官苟一錯誤，即發生蹂躪人權，無視法規之結果；即審判官適用法律時，毫無錯誤，然有法律智識者，未必有常識，故對於事實之認定，能否適合實情？不能無疑。現行審判制度，在豫審時，或對於某種犯罪，雖公判時，既採用密行主義，則欲期國民之信賴也難矣。至第五問題，或謂審判官憲法上規定有獨立之權利，故可不受他人之牽掣；然法律上雖有如是

之規定，然證之事實上，未必盡然。例如奉命惟謹者，易得優缺美差；執法不偏者，或至遷官降級；此乃近年司法界之實情也。按以上所述，則現行審判制度，欲冀貫徹正義維持公道者難矣。故欲實行民主主義者，非改良現行之審判制度不可。改良惟何？在實行陪審制度耳。

(2)我國應採用何種審判制度？以愚之管見，當此財政困難，人才缺乏之時，苟欲一齊並舉，固屬困難，但續漸改良，亦非難事也。茲述鄙見如左。

(A)先採用刑事公判陪審制度。歐洲各國，不但採用民事陪審者尙少，即採用刑事起訴陪審者，亦不多觀。其主要理由，不外刑事公判之對於人民之權利關係，較諸民事及刑事起訴，尤爲重要也。

(B)對於重罪或特種犯，採用陪審審判；對於輕罪，採用參審審判；對於違警罪，仍使單獨推事審理之。奧大利現行之審判制度亦然。蓋罪之輕者，對於犯人之權利，關係較小，即使參審審判廳，或單獨推事審理之，可無大弊。

(C)高級審判廳採用陪審制度，低級審判廳採用參審制度。高級審判廳審理之事

件，事無巨細，對於人民之權利關係較大，採用陪審審判制爲宜；低級審判廳審理之事件，對於人民之權利關係較小，不妨採用參審審判。

如上述，事既易舉，而獲益又多，願留意司法改良者，加以詳密之研究，則此篇不爲虛作矣。

九年十二月一日

少年保護制度之必要及其組織法

（本文載民國十年七月法政學報第二卷第一期）

一 緒論

世界文明日漸進步，社會組織愈趨複雜，自一方觀之，我人生於此種文明世界上，誠可享受無限幸福；但自他方觀之，社會上因此發生許多罪惡。我人謂爲文明之進步史可，謂爲罪惡之增加史亦可。此言自理論上言之，似欠妥當；但在未達最高文明之時代，換言之，在文明進步之過渡時代內，此種惡點，亦在所不免。世界各

國，自十九世紀以來，犯罪之人數，逐漸增加；犯罪之方法，愈趨巧妙；此可爲前言之證。我儕茲探究其原因，究在何處？曰世界文明愈進步，人類之虛榮心，好機心，愈增高，——文明愈進步，生存競爭愈激烈，社會之經濟組織，容易變遷，人類之心意，易被外界之現象誘惑，——在有相當之智識或經驗之人，尙可抵抗此種現象，在無智識無經驗之少年人，最易刺激。普羅士前數十年間，文明之進步，可謂駕乎各國之上，然歷年少年犯罪者之增加率，時有三分之一的比例，即在其他各國，無不以此爲患者；然在西洋各國，尙有種種制度以預防之：例如感化院，授業院，矯正院等；此種制度，均爲教養感化一般不良少年，使其受相當之教育，學相當之職業，不使走入歧途；故此種少年，尙不致釀成大患。至于我國，教育的程度，尙在幼稚時代，際此西洋物質的文明，風湧而來，一般無智無識之少年，因此墮落者，恐數見不鮮。此種不良少年，苟不設法加以教養感化之，則爲害于社會者，豈淺鮮哉！且不良少年，爲犯罪之卵子者，人所共認。國家對於此種不良少年，初則不加以教養，俟其惡性既深，即加以刑罰，亦背乎先教後罰之古訓。又攷刑罰之

目的，在古代固採應報主義，然在現代文明各國，無不採保護主義。所謂保護主義者，即刑罰之目的，在感化犯罪人，預防犯罪之發生也。其主義之理由曰，犯罪之原因，概由于外界現象之逼迫；例如強盜之所以搶劫者，不外受經濟逼迫耳；故對于犯罪人，不惟不應加以酷刑，摧殘其權利，墮落其志氣，應加以相當之保護，使其不為社會之弱者，此乃刑事政策之要旨也。至少年犯罪者，尤當憐憫，故更宜保護者明矣。東西各國，所設之少年保護制度，其用意亦在此也。

一一 少年保護制度之意義暨其種類

少年保護制度者，國家為保護少年人起見，所設置之制度也。換言之，國家對於某種之少年，認為須歸國家保護，欲實行其保護政策所設之制度也。故所謂少年保護制度者，不僅指審理少年犯罪者之少年審判廳；他如感化院，矯正院，授業院等，凡有保護少年的性質之組織者，無不包含在內。茲以保護制度從三方面觀察而說明之，其義更明。

(一)自國家方面觀之，則以國家為不良少年之第二父母。所謂少年審判廳，感化

院，矯正院等，不過代國家行使第二親權而設置之制度也。

(2)自少年方面觀之，則以不良少年爲國家之兒童，故對於不良少年之處理，與對於成年犯罪者或違警者之處理，自異其趣。

(3)自組織社會之各個人方面觀之，各個人須咸以不良少年爲國家的兒童，因此各人對於他人之兒童，亦可要求國家之注意。

了解上述三種意義，則知少年保護制度，對於少年人，毫無制裁之意味；其組織法，當力避刑庭監獄之性質，而其制度之完成，亦須待社會之協力也。

各國所設置之少年保護制度之名稱雖多，然考其性質，則無甚差異。茲述其要者說明時，僅有二種：即(1)少年審判廳；(2)感化院是也。而矯正院，授業院等，其性質與感化院同，不過程度之差耳，以後有暇，當詳述之。

三一 少年審判廳之必要及其組織法

少年犯罪之原因，大半由于教育之缺乏者，已爲現代各國學者所公認；故對於少年人之犯罪，不應加以刑罰，宜設感化救濟制度，以教養感化之者，亦爲各國所採

用。蓋對於少年人之犯罪，苟不問其原因之如何，即加以刑罰，則該少年終無改善之希望，反成職業的犯罪人，此非刑政所許也。至對於少年犯罪之審理，亦不應歸普通刑事法庭管轄；蓋少年人之心志薄弱，易受外界之感動，一旦見有權威之審判官，檢察官，警官等，無不心驚膽怯，智亂神昏，因此勢難爲真實之供述；加以少年人之模倣心較甚，苟與成年犯罪者，同處審理，成年犯罪之惡性，未免傳習；況國家對於少年人之前途，亦應加以注意；故當搜查審理少年犯罪時，亦當顧全其名譽，萬不可破其廉恥心，使其終身墮落。因上述種種緣由，對於少年犯罪人，不應與成年犯罪人同一處理者明矣。一千八百九十九年，美國率先設置少年審判廳，使少年犯罪者，專歸該種審判廳管轄。一千九百零八年以後，歐洲各國，漸次設置，其成效頗佳。日本于十年前，曾有提倡設置者，然因時機未至，未見實行。近幾年來，鑒乎少年犯罪者日漸增加，其說復熾，政府乃于去年從事于少年法案之編纂，于今春提交議會，實現之期，亦不遠矣。

少年審判廳之組織法，各國互有不同，或有認爲特別審判廳者；或以此爲刑事法

庭或民事法庭之一部者；但基上述種種理由，故其組織不得不與一般刑事法庭有差異者亦明矣。茲擇其大要說明之。

少年審判廳，係單獨制；即以單獨推事審判之。採審陪制度之歐美各國，在審理少年罪犯時，亦不用陪審員；蓋認單獨制，反適于臨機處斷之旨也。推事之下，有書記及保護司等之補助機關；書記之性質及其職務，與普通刑事法庭之書記，無甚差異。保護司有普通警察官之調查權，但非如普通警察之用權威以搜查犯罪也。保護司之行動，須帶有一種教育之性質，即當其搜查少年犯罪之事件，及調查少年人之性狀等時，應顧慮以如何之計劃準備等，方使少年有改善之功效是也。且對於少女犯罪時，應用女推事，女書記及女保護司等。總之，少年審判廳之組織，務使適合于少年人之性狀而已。推事，書記，保護司之資格，以法律定之；蓋所以避政黨黨派之利用也。當選任時，尤宜注意其人格。推事應與以一定之地位，及身分之保障者，與普通審判廳之推事同。法庭之設備，似非重要；但在歐美各國，對於少年審判廳之設備，頗用注意；即務使少年人入其中，不覺有恐慌心，羞恥心；至于可以

墮人人格，喪人志氣之事物。尤宜禁止。

對於少年人之犯罪，不應加以刑罰，應代以教育者，上已述之；故審判廳當審理少年犯罪時，應精查該少年，曾爲何種之犯行？其原因何在？固勿論矣。至少年人之性狀，家庭之狀況，平日之交友等，亦應注意之。然其調查之目的，非對於其行爲，欲加以制裁，不過欲應少年人之性狀，施以適當之保護耳。推事對於判決審理等之自由裁量範圍頗廣；故推事如得其人，易奏成效也。——美國當實施少年審判制度時，一部學者，大肆攻擊，或以此種制度，對於少年犯罪者之制裁，失於寬大者；或以此種制度，放任審判官之自由裁量，認爲不法者；然其結果，因其成效頗佳，此種非難，同歸消滅。

四 感化院之必要及其組織法

少年審判廳，對於少年犯罪人，僅有搜查判決之權限；至實施教養感化之事業，非少年審判廳可能兼理。他如在未達犯罪程度之少年；換言之，有不良行爲之少年，若因其未爲犯罪行爲，即可不加管束，任其放蕩冶游，亦非得策；况不良少年，

即爲犯罪人之卵子；故苟欲預防杜絕犯罪人，則對於不良少年，亦不可不加关注焉！歐美各國，所設之感化院，授業院，矯正院等，亦不過爲教養感化此種少年犯罪人，及不良少年而已。然感化院等，與少年審判廳，非全無關係者，少年審判廳有統轄感化院授業院矯正院之必要，故少年審判廳，實爲保護制度之腦髓。各國感化院之組織，互有差異，若逐一例舉之，則不堪其煩，茲擇其大要述之，其詳俟諸日後。

感化院有合宿制（寄宿舍式）與小屋集合制（家庭式）之二種。——考感化院之性質及其目的，應以家庭式爲宜；即現今各國新設之感化院，均採家庭式，——中設院長一人，教師，醫生，書記數人。院長掌理院務，監督所屬職員。教師掌在院者之感化。醫生從事於在院者之診療及衛生等事。書記承院長之指揮，從事於庶務及會計。對於女子，則用女職員。當犯罪者及不良少年入院時，院中須考察其性質，體格，學力等，而分別處置之。在家庭式之感化院，則每家以教師爲家長，院中有種種運動，以健全其體格；有各種工場，使其學習職業；有學校授以學問；有種種娛

藥品，以涵養其品性。總之，感化院爲兒童之家庭；兒童之學校，兒童之社會；故其中設備，教養，感化等，須本乎此種宗旨而處理之，則感化制度之目的達矣。至授業院，矯正院等，其性質與感化院無甚差異，不過依其危險性之程度，而異其處理耳。

五 結論

世界各國，自二十世紀以來，關於兒童之研究，特加注意，諸種設備，逐漸設置，彼華盛頓及市俄古之各教育局，巴里之兒童心理研究會 (Societe Libre pour l'etude Psychologique de l'enfant)，倫敦之大英協會 (British Association) 伯林之應用心理研究所 (Institut für angewandte Psychologie)，則其設備中之著者也。至關於兒童研究之雜誌及著書等，更不遑枚舉矣。彼有名之瑞典女教育家哀爾靈開 (Ellenkey) 曰：二十世紀乃兒童之世紀，此言蓋形容各國對於兒童之注意也。况歐美各國，自實施少年保護制度後，不但少年犯罪者及不良少年，日漸減少，即成年犯罪者，亦有漸減之勢；故兒童之研究，尤足惹人注意。在日本近幾年來，對於少年犯罪者及不良

少年等，亦頗注意；少年審判廳，雖未實現，公私立之感化院，已漸設置，而矯正院不久亦可實現矣。反顧吾國，對於兒童之保護制度，固無論矣；即對於成年犯罪者之處罰，仍不脫應報之觀念；對於免囚者，既無保護制度；故免囚後，仍爲社會之弱者，苟爲環境所逼，未有不陷於再犯者。至不良少年等，又不加以檢束，任其放浪形骸，爲犯罪之種子者，不知凡幾。國民爲組織國家之分子，少年爲國家將來之柱石，其腐敗墮落，良可憂慮也！考我國舊制，各府縣雖有公私立之孤兒院，育嬰堂等，其性質雖不外保護孤兒嬰孩；然其目的恐非有如是之遠大，況其範圍過小，未能徧及於一般不良少年，其辦法又不合式，故難見大效。際此兒童世紀之時代，爲社會政策計；爲刑事政策計；爲人道計，對於兒童不可不加以保護；但我國財政困難，苟欲一時并舉，勢所困難；鄙意一方將已設之孤兒院育嬰堂等，擴張其範圍，改良其辦法；一方國家或公共機關，於適宜地點，設置模範感化院，矯正院等，如是則輕而易舉；得益亦非淺鮮，是所望於執政者提議之耳。

至少年審判廳之設置，固亦爲當今之急務，但顧我國之財政情形，恐尙非其時，

故鄙意將刑事訴訟法改正其一部，使普通審判廳之刑事法庭改組之，並改正其審理手續，亦未始不可也。

十年四月十五日

簡易審判機關要論

(本文載民國十五年二月法律評論第一百三十七期)

一 簡易審判機關重要之原因

方今所謂實體法者，其中如民商法等所規定之法律原則，就原則自身而論，說理非不公允，原亦合於正義；惟夷考其實，關於實現手段之手續法規，既繁冗累贅，且費用甚鉅，鮮能克臻完備者；故條文上所承認之權利義務，在實際生活上，往往視同畫餅，可望而不可即。此種法律制度之缺陷，任何文明之國，俱所難免，略舉一二實例，可共證也。如訴追目的，若金額微少，縱獲勝訴，而所耗訟費暨律師報酬等，恐反倍於所求之數。夫既有損無利矣，孰願多此一舉，自貽伊戚耶？此其一

也。至上訴案件，在貧寒無力之家，什之八九，莫敢嘗試，有時明知理由正當，因重重費用擔荷之不給，不得已惟有忍氣吞聲，自甘敗北，將正當之權利，以供強有力者肆其蹂躪而已。此其二也。抑律師能力之良否，與訴訟勝負之關係，至爲重要。貧無力者，勢不能央有力之律師，以爲辯護；至富裕之輩，雖力能得之，然所費綦鉅，結果得不償失，究亦不免有所顧慮。此其三也。德儒海林格氏嘗著有『權利奮鬥』一書，其言曰：『世惟有英吉利人乃能切實固守其權利伸長之觀念，勿爲金錢得失之計量。彼英人假使所爭僅一元之微，苟確爲其所當然主張者，雖所費至百元之多，亦所不惜；而英國法律之所以尊嚴，實由於權利伸長思想而資維繫者。顧英人權利思想，雖至爲強烈，然其義務觀念，亦殊尊重勿懈，故法治主義，能推行盡利，克奏奇效，殊非他人所能強爲效顰。』此爲海氏所讚揚不已之點也。夫因一元之爭，而所費須至百元之多，縱屬言過其實，然此種擁護權利之精神，畢竟爲常人所望塵莫及；至貧寒之徒，更無論焉。現時英人之中，是否尙有此種犧牲精神？有無此種事實？固已爲一大疑問；設令有之，自其對面以言，因實現一元請求權之

故，而損失至百元之多，則其訴訟手續之繁瑣，可以推見。權利伸長機關之不完備，寧復過此！依常識言之，一元之請求，自應免費追償；否則至少所負費用，亦應在一元以下。若然，則茲事所關至鉅，即本文所欲詳加論究之點也。而旁考各國法律家之趨向，漸次已由實體法上之研究，轉而入於手續法之攻討者，蓋亦因訴訟手續，乃為確保權利之先決問題，重要過於實體法之空文故耳。而簡易審判機關之問題，所以成爲東西各國最新研究之項目者，亦職此之故。此無他，審判敏迅，費用減輕，固爲大多數人最所期望者耳。

一一 美國簡易廳之發達及其要點

小額訴訟事件之手續與訟費，應較其他訴訟爲簡略輕減，理論上各國固莫不承認。德國之法院制度，號稱爲近代最屬簡捷者；然管轄小額事件之下級審判廳，於手續敏捷與訟費輕減兩點，殊尙不能予以首肯，實爲最大之缺點。革命以還，雖社會主義之色彩勃興，而其新憲法，關於此點，亦未有多大之變更。至英國之初級法院，對於小額訴訟之辦理手續，每多陳襲舊法，不備之處，亦指不勝屈。惟有北美合

衆國，則研究最多，而成績亦最著，請詳述其顛末，以供考證。

採取簡易迅速廉費主義，辦理小額訴訟之審判機關，在美國有種種之名稱：或曰小額請求審判廳 (Small Claims Court)；或曰小債務人審判廳 (Small Debtors Court)；又曰小事件審判廳 (Court for Small Causes)；今爲便利用語計，統稱之爲『簡易審判廳』，以歸劃一。查美國簡易審判廳，係肇端於一千九百十三年三月十五日，於康塞斯州之三大都會曰拓泌兵，曰雷汾柯斯，曰康塞斯城，最先創設。嗣後奧萊剛州之波脫蘭，烏哈郁州之克利孚蘭，伊利諾億斯州之芝加哥；及至前年，更有馬薩溪塞芝州之波士頓，亦經先後設立，駿駿乎有普及全國之勢。先是此種機關，原祇在著名大都會中，施行有效而已；自前年馬薩溪塞芝州所制法案頒布以後，不僅波士頓依照創設，而全州各埠，均經爭先倣效，以資試辦，此尤堪注目者也。

前舉各埠所設之簡易審判機關，其手續內容，固各有異致，惟當其創設之初，在立法上應詳加注意之要點，可略舉如左：

(一)簡易審判廳之判決，應否有強制性之效力？

(一) 訴訟金額，以何種限度爲宜？

(二) 傳票送達之方法，如何爲適宜？

(三) 繁重靡費之陪審裁判，以及訴訟遲延之上訴權，應如何加以限制？

(四) 限制律師出庭之方法，應如何規定？

(五) 訴訟費用，應如何酌定金額？

(六) 以上各點，依照美國各州之法律，均各不相同焉。

三 判決之強制力問題

關於簡易審判廳之判決，應否有強制力之問題，約可分爲三種考案：(一) 謂簡易審判廳所裁決之性質，純爲一種『和解(Conciliation)』。蓋審判廳祇有向兩當事人盡其勸慰排紛之責，並無強制的可下判決之權；故從嚴格言，實爲一種『和解機關』。此種類似機關，在歐洲早見存在，即一千七百九十年法蘭西已見此制，現今法國之治安判事(Juge de paix)，其主要職務，亦重於和解之一點。又如丹麥與那威，亦有所謂和解審判廳者(forlings Kommission)。一千七百九十五年，即已創設，凡民事

事件，在未向法院起訴以前，均須先經該廳審理，成效亦殊可觀。日今美國米納索及紐約兩處所行者，即與此制頗稱近似。(二)簡易審判廳之裁判，爲一種仲裁(Arbitration)之性質。夫仲裁與和解異，蓋仲裁者，兩當事人於開始審理之前，須先有遵從審判機關決定之豫約，而該審判機關之決定，祇依當事人之意思而發生拘束力，非裁判自身有何拘束力也。(三)簡易審判廳所裁判之性質，與普通審判廳之裁判，完全相同，有其固有之拘束效力，現今美國所最發達之簡易審判廳，即屬此類。其手續簡捷，費用低廉，雖與普通審判廳有異，然法律的解決之點，則與和解仲裁，均大相徑庭也。徵諸美國已往之經驗，認爲和解與仲裁，多不徹底，當事者不免有感受延長紛糾之痛苦，結果費用不貲，明知其爲不公允之解決方法，而勢不得不忍受屈服，因和解等之標的，並非以法律爲依據也。故前舉數種，當推第三方法，較爲完善；法律家之意向，大體亦均傾向於此。雖然，和解與仲裁，以穩健和平之法，於談笑之間，息爭了事，如果處置悉合機宜，原亦不可盡非，故欲求更加完善之制度，計莫善於將和解仲裁所行之方法，與法律的裁判，聯結爲一，截兩者之

所長，而兼行並用之。採用此種併行方法，而克奏成功者，即米納索泰與烏哈郁兩州是也。該兩州之現行辦法，裁判官對於爭訟事件，須先從事和解，倘兩當事者各執成見，和解不成，則繼而即下判決，除提出上訴外，該判決即得發生拘束力，國家得以強力制止之。據前年調查烏哈郁州之克利孚蘭，自設立簡易審判廳以來，迄已七年，共有訟案三萬六千件。其中上訴者，僅有兩件；又米納索泰州之米納阿波里斯，在一千九百十九年，綜計全年上訴案件，不及一百七十九分之一。夫上訴案件，如是之稀少，足徵辦理得宜，措置盡滿人意。觀乎兩州施行併行制之結果，既有如此良好之成績，則任意的（和解仲裁）與強制的（法律的判決）兩種方法，當然以並行兼用，最爲得策，不待智者而後喻矣。

四 訴訟金額問題

應屬簡易審判廳辦理之訴訟事件，其最高金額，究以何種限度爲宜？在美國至今尚爲未定之問題。蓋簡易審判廳，因有敏捷廉費迅速之便利，然究不能免疏漏忽略之弊，欲求事實之正確，判斷之圓滿，自以普通審判機關，較爲妥善。然則以何種

金額之訴訟事件，應歸簡易審判機關，方爲適當乎？欲決此問題，原非紙上虛構，空想是憑，所能得其歸結；自應基於實際上之經驗，俟將來得有確實之實證後，再圖解決不可。即現今所可注意者，徵以已得之經驗，訴訟事件之最高金額，殊漸有繼長增高之趨勢，則彰彰甚明者耳。康塞斯州與奧萊剛州，原定爲二十美金；烏哈郴州之克利孚蘭爲三十五美金；芝加哥亦爲三十五美金，不久忽增至五十美金。今且均爲一百美金矣。紐約與米納索泰，且已增至一千美金，爲全美今日最高之額。查一千九百二十年，馬薩溪塞芝法律規定之最高額，祇爲三十五美金，固屬失諸過低，加以逐年物價昂騰，貨幣之購買力，較諸戰前跌落殊多，故在今日視之，當然不復適用，至少亦須以一百美金爲準，考諸各方意見，大體亦與此數不甚相遠，可知馬州之新法，不免過於謹嚴矣。

又依各種訴訟之性質，其中事實之決定，有異常困難者；如是之訴訟，縱訴訟金額，毫無問題，然歸之簡易審判廳，則殊非所宜。一千九百二十年馬州法律，將毀傷名譽之訴，特予除外者，職是之故。又有案情稍涉繁複，與法律問題，頗有出入

之件，如不動產糾葛事件，屬諸簡易審判廳管轄，亦極不適當。凡此皆實際立法上，應逐一詳加考慮者也。

五 傳喚方法之簡易

關於送達傳票一層，美人以爲不必沿用舊法，命承發吏送達傳喚，且如掛號郵遞，亦認爲過於慎重。因掛號郵件，其書面所開住址姓名，設有誤書，必致退回；一往返間，不免費時，故主以普通郵件遞送。此外口頭傳喚，亦屬無妨；如果電話傳達之處，能逕以電話通知，更爲簡捷。凡此簡略傳喚之各種方法，在各簡易審判廳，均有應用之者，蓋出於應順時代之所要求，務期實際上之便捷已耳。

六 陪審與上訴問題

陪審制度之設，無非欲將裁判爲民衆化，防範法律的官僚裁判之流弊已耳。英美兩國，刑事無論矣，即多數之民事事件，亦得適用之者，是固爲民權有力之保障，宜爲一般所尊重。其在美國且有憲法明文，爲之保障焉。第小額訴訟，倘亦採用陪審裁判，與敏捷之本旨，似不無背戾；但憲法既有明文規定，若予以禁止，則違憲

立法，又例歸無效，故當事人雖多半具有免除陪審之希望，然法庭仍不得不予允准，而各州之立法，亦惟有對於因陪審裁判所生延遲之弊害，力求補救而已。現今最普通之方法，凡審理小額事件，照章備有特定之陪審員，倘當事人之一方，要求陪審裁判時，得隨時決定出席；但被告如請求陪審裁判後，仍告敗訴時，則對於原告之律師費用，須負擔一定數額。此蓋間接抑止陪審裁判之用意也。再上訴問題，依照憲法，原亦不得禁止，惟實際上亦用種種間接方法，務使上訴有所顧慮焉。此無他，陪審裁判，與上訴制度，實俱與簡捷迅速之精神，適相違反；故不得不就憲法所可容許之範圍以內，求其補救之法耳。

七 律師不出庭問題

大抵所謂訴訟費用，其中常以律師報酬費一項，占最大部分。如果小額訟事，亦容許律師出庭，實為廉費主義之一極大障礙。且一經延用律師，而其案件勢必至拖延時日，不易迅速結束；故簡易審判廳，自應不准律師出庭，務須由當事人親自蒞場審詢為必要焉。如奧剛萊州之波脫蘭，其簡易審判廳對於律師出庭。係採取絕對

禁止主義，至芝加哥則由律師公會決議，在簡易審判廳，一律不允出庭，此種自動的加以限制，固最爲妥善之方法矣；惟在簡易審判廳，禁止律師出庭，篤而論之，在律師方面，究未免有縮小其職業範圍之嫌，設加反對，似亦不得爲全無理由。然則芝加哥之律師公會，所以毅然議決不與簡易審判廳發生關係者，蓋爲公衆利益計，故不惜犧牲其職業上之利益，所謂公爾忘私者是也。

八 訟費之徵收與免費

訴訟費用之務必力求低廉，當然爲簡易審判廳所必不可缺之要件，彼康塞斯州之三大都會，均取完全免費主義，波脫蘭則定爲七角五分美金，克利孚蘭爲五角五分，最近馬薩溪塞芝法律，則爲一元美金。前項所舉不外爲完全免費與稍課極微訟費之兩法，孰爲優良，迄無定論，惟鄙見則爲如果採完全免費主義，則不啻爲一種國家的慈善事業矣，故在名義上似以略徵費用，較爲適當。查最初康塞斯州之簡易審判廳，原採免費主義，然最近新法規定，則已加改正，亦略徵小額費用矣。

九 結論

以上所述，均係關於美國簡易審判廳設立之重要各點，其實現簡捷迅速廉費之方法，要不外減輕訟費免除律師報酬與不重陪審裁判暨限制上訴而已。顧難之者有謂一旦設有簡易審判機關，難免有獎勵興訟之流弊云，不知簡易審判廳所管轄之小額訴訟，非日常衣食住等瑣碎細事，即係勞工賃銀等之爭執，若不予以切實有力之保護，寧非文明國與法治國之一大矛盾乎？蓋富者之法，與貧者之法，絕然兩事（*Two laws for the rich, and another law for the poor*）之說，聞之稔矣。畢竟貧者所希冀之法律均等的保護，與一視同仁之正義，每爲夢食求飽，空名具文焉耳。故彼非難簡易審判機關之設，謂爲獎勵興訟，實未免逸出論點以外。抑又進者，一般人民之日常生活，倘咸得有效確實之保護，不惟足以增進國民對於法律之信仰而已，而於社會政策方面，亦得賴以獲良好之結果者也。

十五年二月一日。

親屬法上之家制問題

(本文載民國十一年法學會雜誌第五期)

(一)緒論 (二)家制之意義 (三)家制之種類 (四)吾國親屬法上之家制 (五)我國應否採用家制及應採何種家制

一 緒論

家制問題，爲親屬法上之基礎問題。其與婚姻及扶養等諸種問題，均有密切之關係；故在編纂親屬法之先，不可不將此問題先行解決。至於親屬法上應否採用家制，法學家議論不一；或謂宜採用者；或謂不宜採用而應採用個人制者；要因其國內之經濟，習慣，人情，風俗，而異其學說之趨向。吾國社會經濟狀況，尙未十分發達，而人民又久處於專制之下，積重難返，一旦採用個人制度，勢必窒礙難行；又或率由舊章，不加改革，則故步自封，社會文明，末由發展，坐是原因，不可不思所以調和之道；而家制問題之討論，爲不可少矣。

(註)本文所稱個人制度，與一般學者所稱者，異其見解。

一一 家制之意義

余於茲不曰家族制度，而曰家制者，欲避一般人之誤會也。蓋普通一般人所稱之家族制度，其實僅指大家制而言。余於茲所謂家制者，不論何種家制，均包含在內，即社會上認有家之制度也。茲所謂家者，非指有形之家，乃指人類共同生活之小團體而言。余所欲討論者，即「具備何種條件之人，始能爲此小團體(家)之一員？及其在團體內發生如何之關係？」耳。在個人制度之社會，不認家樣子的共同生活之小團體，其根本上既無家之觀念，即無家制問題發生。此種制度，其立義固優越於家制之上，然以現代之社會情狀而論，非特吾國有所不能採用，即歐美先進諸國，吾亦未敢斷其遽然實現也。普通人常以西洋小家制，指爲個人制者誤也。蓋西洋小家制，亦爲家制之一種，不過其所組織分子之範圍，較爲狹小耳。如以此種制度，認爲個人制度，則將來真正實行兒童及老年人公育之後，即社會上不認有家樣子的小團體之時，將指此制爲何制乎？西洋稱：Family, Famile, Famille, 其字原出於

拉丁之 *Familia*。細譯之，亦爲家之意義。從知西洋各國社會，亦有家之觀念；惟其家制不若吾國之複雜。就其家而言，其組織分子，祇有一夫一妻，及其所生之未婚子女，罕有其他關係之人，包含在內。所謂家長，即其親或夫。所謂家長權，即親權或夫權；亦無所謂其他以外之家長及家長權。因其組織範圍，非常狹小，故可稱之爲小家制焉。至於個人制之社會，祇認有夫婦關係，不認有親子關係；而夫婦間之關係，亦祇認爲一時契約之結合，不認爲永久存續性之存在。因此之故，其根本觀念，有個人，不知有 *Familia* 之存在焉。此二者不同之大較也。或有以社會本位，爲區分家制與個人制之標準者；謂以家爲社會之本位者，爲家制；如中國及日本現行之制是；以個人爲社會之本位者，爲個人制；如西洋諸國現行之制是。此種學說，非但根本不能成立，即以吾國及日本法典觀之，顯然知其見解之誤也。蓋中日兩國法律，并未明示家爲社會之本位；而所指爲社會之本位者，亦在個人，與西洋諸國毫無差異。至欲以周禮大司徒職制上所載之一五家爲比，比置比長；五比爲閭，閭置閭胥；四閭爲族，族置族師；五族爲黨，黨置黨正；五黨爲州，州置州長

；五州爲鄉，鄉置鄉大夫云云；「又同書遂人職制上所載之「五家爲鄰，鄰置鄰長；五鄰爲里，里置里宰；，四里爲鄩，鄩置鄩長；五鄩爲鄙，鄙置鄙師；五鄙爲縣，縣置縣正；五縣爲遂，遂置遂大夫云云；」爲根據，而認古代之家，確爲國家之本位者，誤之甚也。蓋古代法制，對於家之觀念，并無規定，周禮上所載之家，乃指有形之家，非茲所謂之家也。

三 家制之種類

吾人自家制之形式上分類之，家制有二種：一曰小家制；一曰大家制。小家制者，其家之組織分子，僅有一夫一婦及其未婚子女而已。此種制度，西洋各國均採用之。至大家制，則不然，其家之組織分子，除上述諸人外，尙有其他關係人，而何種關係人，可爲其家之組織分子？則各國各異其規定。此種家制，我國日本採用之。

吾人再自家制之內容上分類之，則家制又有二種：一曰家長制；一曰親權制。家長制者，其家中設一家長，主宰家中一切事務，至何人得爲家長？亦因國而異。此

種制度，在採大家制之國家均採用之。親權制者，家中一切事務，由爲親者（有時爲夫者）主持之，親權（夫權）之外，無所謂家長權也。此種制度，在採用小家制之國家，均採用之。

上所述者，僅就現行各國家制而區分之也。至古代各國之家制，雖多採大家制；但與近代各國所採之大家制，有所不同焉。蓋現在我國及日本所採之大家制，其中雖設家長一人，認其有家長權；但其家長權，不過維持一家安寧秩序之必要範圍內；或不侵犯親權或夫權之範圍內；行使其權力而已。至古代之大家制，則不然；其家中只認家長權，無所謂親權與夫權也。羅馬法之 *Patria Potestas*，名爲父權，實卽家長權也。

四 吾國親屬法草案上之家制

吾國親屬法草案上所採之家制，係大家制；苟一考該草案第一千三百二十三條，及第一千三百二十九條所規定之內容，即可知之矣。蓋該二條規定曰：「凡隸於一戶者爲一家；」「異居之親屬，欲入戶籍者，須經家長允許」。觀該二條之規定，即

知凡爲親屬者，均有要求入籍之權利；苟入其籍，即爲其家之家族。換言之，家之組織分子，不祇一夫一婦及其未婚子女，此外尙有其他之親屬焉。余茲自其組織分子之關係上言之，有下述三種關係：

(一) 家長與家族之關係；

(二) 親與子之關係；

(三) 夫與婦之關係。

大家制之組織分子既多，其權義關係，勢必複雜，立法者，正須詳加規定，明示範圍，乃觀吾親屬法草案關於家制之規定，不過八條，詳考內容，非常簡略，設其組織分子之間，因權義關係而發生衝突，則將以何者爲判斷準繩乎？此其缺點之一也。在大家制之社會，爲維持一家之安寧和平起見，對於家長，不得不賦予相當之權力；但吾國民法草案上所規定之家長權，甚爲薄弱，使家長權薄弱之家長，維持一家安寧秩序，勢甚困難，茲舉一例以說明其難行之處：吾國民法草案上，僅規定婚姻須由父母允許（第一千三百二十八條），並無規定須經家長允許，雖家長普通多

爲父母，但非父母爲家長者亦甚多；如是，既經父母允許，而未經家長同意之婚姻，法律上當然發生效力；因其爲有效之婚姻，乃發生同居之義務；爲履行其同居義務之必要方法，不外下述三途：即（一）爲婦者入夫家；（二）爲夫者（家族）入婦家；（三）爲夫者（家族）別立戶籍；但欲使爲婦者入籍，則未得家長同意而結婚之婦，未必能允其入籍（參照民草第一千三百二十九條之規定）。欲使爲夫者（家族）入婦家，法律上又無使家族退籍之規定；至爲夫者別立戶籍，則或因困難情形，不願脫離本籍者；處此情形，爲家長者，實難處置，此其缺點之又一也。

五 吾國應否採用家制？及應採何種家制？

吾人回顧已往之事實，推測將來之趨勢，家制定在廢除之列；代之而起者，其惟個人制乎？世界人類，逐漸進步，社會經濟，逐漸發達，所以規定人類相互間關係之法律，亦須視時勢爲轉移，不宜拘泥於一定之方式。在古代自足經濟時代，工業交通，兩未發達，一人工作所得，卽足贍養全家，故大家制可以維持不疲；及至中世以後，機械工業，日見推廣，手工業之生計，漸次爲機械工業所奪，一人所得，

既不足以贍養全家，於是無維持大家制之必要，而小家制，則因以產生。近者交通機關，通行無阻，戀家懷鄉之念，漸次消除，而物價騰貴，與日俱增，他日經濟狀態，至於不能維持小家制之時，則此個人制，是必應運而生。此種趨勢，為各國所必經之階級，立法者隨時應變，以求適合世情，非可一成不易也。

歐戰以還，社會主義之學說，日見昌盛，而「兒童公育」「老年人公育」之聲浪，日高一日，風氣所趨，相激相盪，由是知個人制實現之期，當已不遠；惟反觀吾國，社會正在安處於大家制之下，一旦根本推翻，勢必引起社會之糾紛，人民之反抗；故以現在情勢而論，尙未達於採用個人制之時期也。

個人制，在吾國社會，既不能適用，不得不仍採家制。至于應採何種家制？自來論者不一：有謂「五世同堂」，為吾國固有之良風美俗，尊重習尚，不宜廢除大家制者；有謂世界交通，蒸蒸日上，社會經濟狀況，迥非昔比，大家制，為閉關時代之產物，不應援用於今世，故宜採用小家制者；二說中，自以後說為當。茲先就大家制，不能存在之理由，說明如左：

甲 法律者，社會之現象也。社會狀態，因時因地有不同，爲社會現象之法律，亦應隨時隨地而異者審矣。大家制之能維持於中世以前者，以中世以前之社會經濟狀態，以大家制爲適宜之制度也。（見前說）中世以後，社會經濟狀態，既無維持大家制之必要，則大家制之亟應廢止者，亦審矣。（見前說）

乙 在大家制，其家之組織分子，甚爲衆多，其中關係，甚爲複雜，法律爲維持一家之安寧秩序計，不得不認家長權之存在；故家長有統轄全家之權利，而其他人（家長以外之人），即有服從之義務。以此之故，養成一種服從依賴之奴隸性，而人民獨立精神，從而磨滅，吾國積弱原因，雖非一端，而大家制，實爲其中最要原因之一，故爲國家自強計，不可不廢除大家制。

丙 吾國國民，國家觀念，非常薄弱，凡遇國家大事，莫不漠然視之，是由於家族思想過於發達之故，爲培養國民愛國心計，亦宜廢除大家制。

丁 東西各國，崇尚殖民政策，其人民遠涉重洋，移居他土者，歲以萬計，是雖國家提倡獎勵之功，究以其民無家族觀念所致。吾國國民，思想不脫家庭，足

跡僅限鄉里，而欲使之移居海外，不特爲事實所不能，抑且爲人民所不願，故爲殖民政策計，亟宜廢除大家制。

依上所述，大家制，無論在事實上政策上，均無存在之理，則此後所應採用者，決爲小家制焉。至於小家制如何組織？更爲立法上所應研究之問題。茲先譯瑞士新民法之家制，以供參考，然後加以意見焉。

瑞士新民法一千九百零七年十二月十日成立，一千九百十二年一月一日施行，其第三三一條第一項規定曰：「屬於同一家（in Gemeinsamen Haushalte leben; Vivanten ménage commun）之人，依法規，契約，或習慣，至應有家長時（Familienhaupt, chef de la Famille），此人有家長權。」

（註）瑞士雖爲小國，然各州間，各異其習慣，各異其法律；故其法制，非常複雜。此次新民法，僅規定大綱，至於細目，一任各州之法規，習慣，及審判官之判斷；換言之；即明認各州法規，習慣，有優先之效力。第一條第二項規定曰：「法律上無規定時，審判官應依習慣法；無習慣法，則以自己常立法者地位，從自己意思判斷。」有此一條，審判官即有絕大活動之地步。

其第二條規定曰：「家長權可及於下列諸人：（一）爲血族或姻族而屬於同一家者；（二）基契約關係，如婢僕徒弟使用人，（Dienstboten Lehrlinge, Gesellen）；其他類於此等關係，而屬於同一家者。」由是以觀，其家長權可以及於婢僕以下。又第三三三條規定曰：「對於家族之支配（Hausordnung, L'ordre de famille），應顧慮各當事人利益之衡平，家族對於其自身之教育，職業，信教，享有必要之自由；家長須以保管自己之財產同樣之注意，保管其家族之所有物，及防護其侵害。」

第三三三條規定曰：「家長對於家族中之未成年者，禁治產者，心神耗弱者，心神喪失者，所惹起之損害，須任其責；但家長對於其監督，證明既爲相當之注意者，不在此限。」家族中如有心神喪失者，或心神耗弱者時，家長須負注意對於自己或他人不生危險之義務；於必要時，須報告管理官廳，請求爲適當之處置。」

據上所述各條，即知瑞士民法上之家長，非爲必然之制，不過於必要時設置之，然則家長之設，完全爲家族及社會利益起見。蓋現代社會，對於扶養及監護等種種機關，設備尙未完全，故以此種義務，歸於家長一人擔任，爲補弊救偏之法。此種

立法，不特可以免除大家制之弊病，且爲法律上別開途徑，在家制與個人制過渡時代內，實爲不可少之規定也。

以吾國現狀而論，應採小家制者，既如前述；但吾國社會上扶養機關監護機關，尙未十分完備，苟嚴格採用小家制，以一夫一婦及其未婚子女組織一家，則無工作能力之父母，及兄弟姊妹等，將流離而失所；此種現象，不特爲人情所不忍，抑亦爲社會政策所不許；故吾國對於採用小家制之原則，不得不設一例外也。例外是何？即無工作能力之直系血族，或二等親內之旁系血族，亦得入籍是也。至於其他親屬，因無工作能力，而不能生活者，可依親屬扶養之規定，而請求扶養，無須令其入籍，蓋欲免大家制之弊害也。

在小家制之家，是以一夫一婦及其未婚子女組織之，彼等關係，或爲夫婦關係，或爲親子關係，故縱無家長，亦可維持一家之秩序；惟在例外之時，以其在一家爲共同生活者，相互間或有毫無權力關係者，故未免發生利害衝突之事，法律爲維持一家之和平利益計，自應認其家中有一人爲其家長，再賦予家長權，以統率家族，

總理家政；惟此家長權，非爲家長利益而設，乃爲其家族及社會之利益而設，故對於家長與家族間之關係，自應採瑞士民法第三三二條及第三三三條之規定，至何人得爲其家之家長？可一任彼等契約而定，法律可不必予以規定也。

以上所述，僅家制之大綱，至其細目，應如何規定？當俟日後再論。

法律思想發達之一新傾向

（本文載民國十一年十一月法學會雜誌第八期）

法律，爲人爲的；（自然法說，主張現實法之上，有普遍不易之自然法，雖不過一種理想；但爲其基礎之人類自然性，確含有一部之真理，吾人當立法時，不可不尊重之也。）爲進化的。（法律乃文化現象之一種，具有與社會共同進化之性質。）以其爲人爲的，所以法律有法律之本位；以其爲進化的，所以一時代有一時代之法律本位。所謂法律本位者，當社會中心力設定或認定法律之時，應認定之中心觀念也。在自然法則，對於其原因必有某結果，其因果關係，乃基於自然的，其間無所

謂手段與目的也。至法律則不然，對於某原因之所以使其發生某結果者，純出於人爲的，而其間確有手段與目的之存在也。水遇冷而凍，其凍也，遇冷之結果，而叩其所以凍之之目的何在？則無有也。殺人者刑，其刑也，殺人之結果，而叩其所以刑之之目的何在？則曰保護個人之生命，與維持社會之安寧也。由此觀之，法律上對於某原因，所以加以某結果者，不外欲達其目的之一種手段耳。茲所謂法律本位者，以他詞言之，即法律之目的也。

法律本位，爲法律之中心觀念，當立法時，對於某問題，應採如何之主義？對於某規定，應定如何之原則？均依其本位而定。惟法律本位，隨時代而變遷；法律本位，既有變遷，則法律之內容，不可不加以改革矣。

爲十九世紀文明之個人主義與進化論，已破綻矣，繼之而起，爲社會主義爲互助論，此種文明所形成之法律本位爲何？吾人研究法學者，所亟欲知之也。愚不揣固陋，特將歷來法律本位之變遷，略爲說述，以供閱者之參考；惟法律本位，因地而異，故所述者，僅其變遷之大概情形耳；至其與各國實情，稍有不符者，自亦難免

，此應請閱者諒察者也。

第一 義務本位時代

有社會乃有法律（廣義之法律），法律者，社會之產物也。古代人類，既亦營社會生活，則爲社會生活所必須之法律，雖在古代，亦必具備，惟古代之法律，不能如現代法律之完美耳。

古代人類，知識幼稚，對於社會之森羅萬象，莫不存奇異之觀念，當時既無科學智識以判斷，乃不得不認爲天神所創造。天神既有創造萬物之力，生殺與奪之權，於是人民對於天神，不得不崇拜而尊敬之。殺人者之所以刑，盜物者之所以杖，不外認爲違背神意耳。古時人民所抱之觀念既如是，於是爲社會生活之一切準則，不問其爲法律，爲宗教的規範，爲風俗的規範，爲道德的規範，爲儀式的規範，其內容莫不以教訓一般人民對於尊長之服從，與對於天神之崇拜而已。——古時稱君主曰天子，或認爲天神之代表，故人民對之視如天神。

中世時代，民智漸開，法律制度，亦漸完備，但因人民之因襲的觀念，君主之專

制的政策，致所有一切法制，不能脫却義務本位，其間雖有規定權利之法律者，但細考此種法律所規定之權利，或係某種階級之特權；——例如王族特權，貴族特權，僧侶特權等，此種特權，在一般人民觀之，不外使其履行不可侵犯特權之義務耳。——縱或不然，其立法之目的，確在義務之強行者，——例如官吏服務法中，常有『勿課重刑』，『勿徵重稅』，『對於人民之權利應如何處理』等之規定。此種規定，自一般人民觀之，固可藉此保護種種權利，但考其立法之目的，確在規定官吏服務上應盡之義務耳。——至爲一般人民謀權利之擁護進展等之法律，則未之見也。

吾人翻閱各國法制史，最先發生者，爲刑事法。蓋刑事法者，社會中心力，對於違反社會共同生活義務者，加以刑罰之一種法規也。其次爲官吏服務法，其內容又在告誡官吏之應如何服務耳。又次爲民事法，而初發生之民事法，非如近代民事法之自權利方面，加以規定；其內容僅規定『借主對於貸主』，『家屬對於家長等』之應如何盡其義務耳。至進而自一般人之權利方面爲規定者，乃十八世紀之產物也。

十八世紀以前之法律，純以義務爲本位者，已如上述矣。茲再進而探求其義務本

位之何以能現實能維持於十八紀世以前之時代？亦非無益也。古代人民，智識幼稚，自覺心薄弱，對於義務之壓迫，不知反抗；對於權利之觀念，亦不存在；有力者利用其愚拙，頒訂種種義務本位之法規，藉以滿足其私慾，此爲義務本位成立之最大原因；況當時社會，組織簡單，中央權力薄弱，苟放任智識幼稚之人民，主張其權利，則爭端叢生，斯時既無強力之中心力以解決之，則社會上勢必紛亂；此在古時社會組織之下，不能不採義務本位之又一原因也。

第二 權利本位時代

義務本位發生之原因，已如上述矣。此種原因，在未消滅之前，則義務本位之法律，自有維持之可能與必要。但中世以後，一方因社會組織之完備，中央權力之鞏固，而逐漸減少其必要；他方因平等自由等之學說，風起雲湧，奔騰澎湃，將一般人民所抱之服從心，崇拜心，洗滌殆盡，而對於義務本位之法律，莫不異口同聲，要求改革，大勢所趨，義務本位之法律，不得不改革矣。爲其改革之先聲者，爲一七七六年七月四日之北美獨立宣言書，及一七八九年八月二十六日之法國人權宣

言書，而其中以法國之人權宣言書之影響於各國者尤大。法國經此次革命之後，所有一切法律，大加修改，而以各種權利，賦與人民，并以此訂在憲法之中，認為神聖不可侵犯。自此以後，各國爭相倣效，於是一變從前義務本位之法律，為權利本位之法律。為其結果，保護權利之法律，逐漸訂立；其甚者，更有以法律上種種名詞，加以權利二字之彩色，如物權法，債權法，等者，可見當時權利思想之重矣。

法律之本位，既在權利，則一切法規，勢必盡其力以保護權利。十九世紀之『罪刑法定主義』，『所有權絕對主義』，『契約自由主義』者，不外權利本位之結晶耳。他如一部學者，認『法律為權利的規定』，『法律學為權利的學』；一部學者，認『法律為客觀的權利 (Objektives Recht)』，『權利為主觀的法律 (Subjektives Recht)』者，亦僅自權利本位之法律而言也。

第三 社會本位時代

權利本位為義務本位之反動，以其專在保護權利，有利于資本階級，故人稱之

曰資本主義。資本主義之立法，一方固可促產業之發達，他方寔足增貧富階級之懸隔；吾人今日所享之物質文明，雖得謂爲權利本位之法律所供獻，但今日社會上階級爭鬪之劇烈，亦不能不歸咎于權利本位之法律矣。

勞働者之同盟罷工，貧民之流離失所，均爲現代社會上之弱點，而又爲權利本位法律之催命符；雖然，此僅爲權利本位應行打破之一種事實的憑證耳，至對於權利本位之法律，加以致命傷者，實近來社會學者所主唱之『社會連帶論』也。

『社會連帶』，一名『社會協動』。惟『社會連帶』者，以社會各員相依相扶而生之事實，爲狀態而言之；『社會協動』者，以社會各員相依相扶而生之事實，爲活動而言之。『社會連帶』之名詞，爲何人所使用？固無從稽考；但使一般世人知有『社會連帶』之名詞者，實爲社會分業論（*de la division du travail social* 1893）之著者Durkheim，及社會連帶論之著者J. Bourgeois。

『社會連帶（*Solidarité Sociale*）』之名詞，係轉譯臘丁語之Solidus，即以法語之Solidarité配一個法語之Sociale（社會之意義），所謂Solidus者，Solide（堅固）之意義

也。以 *Solide* 轉譯爲法語，卽爲 *Solidité*；但後來法國民法制定之時，凡爲『連帶』者，不用 *Solidité*，而用 *Solidarité*。由此觀之，『連帶 (*Solidarité*)』一字，實一法律名詞，卽指有債權債務關係之當事人間所有之特種關係，惟普通均指二人以上之債務人負擔之一種特別債務。簡言之，卽彼等所負之債務，有一種牽連不可分之關係也。茲欲論社會上之人類，亦有此種關係，乃就此 *Solidité* (連帶) 之名詞，加 *Sociale* (社會) 一字，而成『*Solidarité Sociale* (社會連帶)』。

社會連帶論之立論，在凡是人類，不能孤獨生存，以其不能孤獨生存，乃有營社會共同生活之必要。社會共同生活者，人類之本性也。阿利斯禿脫來斯 (*Aristoteles*) 說：『人爲社會的動物』，此言實足形容人類社會生活之本性矣。人類既有爲社會生活之必要，則各個人對於社會，自應有一種維持發達之義務；個人相互間，亦應有一種扶助之義務。此兩種義務，吾人或名之曰人類生活上之義務，或名之社會義務所謂生活上之義務者，不過形容此兩種義務，凡是人類，不可不履行耳。如其中有一人不履行此種義務，則社會及他人，即欲受其影響。此種關係，在近代分業發

達之社會，尤屬顯見之事實也。

個人對於社會，及個人相互間，以其要完成社會生活，必須負擔種種義務，於是即有人自此義務之一點上言，而有否認權利之存在矣。然而我儕人類，苟欲履行所負之社會義務，則不可不認各人有肉體上與精神上的發揮及自由伸張之力。換詞言之，吾人應有履行社會義務所必要之力。此種力，即吾人所謂之『權利』也。由此而言，則各人生而為社會之一員，有義務，亦有權利；惟義務在先，而權利又發生於義務耳。茲以個人法派所謂之權利比較之，則有左述之不同矣。

在個人法派所謂之權利，為天賦的。自此天賦之權利，方發生義務；且以其認個人之權利為天賦的，乃不得限制國權之行動。

在社會法派則不然，自基本點出發，認個人之社會義務，欲使其履行義務，所以認其權利。

社會義務，凡是人類，不可不履行之；欲其履行社會義務，又不可不賦與履行社會義務所必要之力（權利）；此所以法律一方有強行義務之規定，他方有保護權利之

規定也。於茲吾人應注意者，即法律之強行義務，保護權利，亦有一定之標準；非凡爲義務，即應強行；凡爲權利，即須保護。其標準惟何？曰：所強行之義務，所保護之權利，要皆出於社會利益所要求者；苟超越此種標準，則縱有義務，亦無強行之必要，縱有權利，亦無保護之必要矣。至於何種義務，爲出於社會利益所要求，而必應強行者？何種權利，爲非出於社會利益所要求，而毋須加以保護者？則非個別的具體的討論不可，愚茲舉一例以申說之。現在一般法學者，對於債務法均主張採用保護債務人主義，所以採用保護債務人主義者，不外出於社會利益之要求耳。蓋吾人一般的觀之，債務人在社會上，常處於弱者之地位；保護弱者，爲近代社會政策所要求也；但我人於茲有不得不注意者，即勿以債務法採用保護債務人主義，而凡爲債務人，均受保護，須知債務人亦有立於強者之地位者，例如勞働者對於資本家要求賃金，則勞働者爲債權人，而資本家爲債務人，如謂亦應適用保護債務人主義，則此保護債務人主義，有時反與社會利益衝突矣。茲所謂採用保護債務人主義者，僅就其大體而言也。要之法律非以強行義務，保護權利，爲其終局之目的

，其終局之目的，實在社會生活利益之保護與促進耳。

近代法律思想，對於義務權利之基礎觀念，與其關係，既是如此，則茲自此種義務權利之新基礎上言之，即有左列二種結論：

(一) 不履行社會義務者，不應享受權利；

(二) 行使權利，要顧慮社會利益。

現在各國法律上，不當利得之規定，乃根據第一點之結論而生也，惟以近代法律思想觀之，適用此種不當利得規定之事實，恐尙欲推廣其範圍；即將來之法律，對於所得之權利，超過所盡義務之代價者，亦須適用不當利得之規定，要求其償還；或提供；例如因都市之改良發達，房價地價騰貴，房主地主應提供其利益於社會是也。至於近代各國立法例上所採用之『權利行使之義務』及『權利濫用之禁止』，不外基於第二點之結論而生也。

強行義務，行使權利，既均須顧慮社會利益，則從前專着眼於個人權利之保護，以權利爲本位之法律，不得不變更其方針，着眼於社會利益之保護，而以社會爲本

位矣。

吾人綜觀上之所述，而知歷來法律本位之變遷，共分三期，而每期有每期之特殊文化。此種特殊文化，在未變更以前，固無變更法律本位之必要；但在特殊文化變更以後，即欲維持舊有之法律本位，勢亦有所不能。現代文化，已至社會自覺時代，自應以社會爲法律本位。法律本位，既在社會，則今後之立法與司法，亦應依此本位而進行，方不違背現代之文化矣。

一一年九月一〇日

不定期刑

(本文載民國十三年四月法律評論第四二期)

一

不定期刑 *Indeterminate sentence, Sentence indéterminée, Unbestimmte Verurteilung* 者，即審判廳宣告自由刑時，不預定刑期之制度也。今日各國法律，對於各種犯罪應受之刑罰，殆莫不有最高限與最低限之規定；而審判廳則僅就此兩限之間，擇其適

當於各該犯行者，加以宣告。此稍治律學之人所共知也。雖然，刑罰之設，若不視為對於犯行之報復的處分，而認為對於犯人之預防的處分，則預定刑期，何異膠柱鼓瑟？刑法初意，決非若是。刑罰一日不見效果，刑期即當繼續一日，迨犯人確已改善，始可復其自由。故刑罰期限之長短，要不宜預先加以決定。此不定期刑之根本要義也。

一一

法蘭西革命時代之法律觀念，以為犯罪刑罰之關係，可具體的規定於法律，一時羣相唱和，視為不磨之論。該國一七九一年之刑法，即根據此種觀念而成者。審判官除完全依照法文判決外，毫無自由裁量之餘地也。然採用絕對決定主義，於法定刑與社會要求，終多鑿柄；故其後一八一〇年之刑法，即設為最高限及最低限之規定，使審判官得有自由裁量之權力。嗣復益益加以擴張，亦十九世紀大勢所趨有以使之然也。

爾時趨勢大要有三：曰，酌量減輕一也；曰猶豫執行二也；此外別有所謂假出獄

者，審判廳所宣告之刑罰，得以行政權任意縮減之三也。

此三者，皆有利於犯人之制度；但由此類推，則社會上若有必要，雖不利於犯人，亦非有同樣之制度不可也。(A)酌量加重，是乃酌量減輕之反。詳言之，即審判官得察核情形，加重處刑之制度，俄國新刑法定之際，即有此種主張；世界一部份刑法學者，亦多加以贊同者也。(b)刑之延長。審判廳所宣告之刑，執行屆滿而認為效果猶未充分者，得加以延長之制度也。歐洲著名刑事政策學者朋奴費爾(Conneville de Marsangy)氏，主張頗力。(c)利用假出獄之名，以行不定期刑之實。例如斐利(Ferri)氏著刑事社會學中所言，即以此制與假出獄對照立論者也。

三

今也所謂個人自由之思想(法國革命後漸次發達者)，在歐人腦中所占勢力，尙極巨大，罪法定主義，亦依然不失為重要之原則。職是之故，此等不利於犯人之制度，至今未見發達。換言之，今日歐洲一般人民，仍極醉心自由；苟為個人自由所關，雖屬於犯人者，亦非充分尊重不可。欲加改革，殊非易易。如假出獄，猶豫執

行等有利於犯人方面者，在政府實行之初衷，本以社會之必要爲主，而人民視之，則與個人自由之擴張無異；故改革之舉，若不利於犯人，終難乎免於非議之也。非議之理由，大抵以此制將復活古昔專斷主義爲歸宿。分析言之，則有爲理論上者，有爲實際上者。

理論上之非議，有以此制爲與責任觀念相矛盾者。謂：刑罰係不法行爲之責任。責任由不法行爲而起，不法行爲既經確定，則責任亦非確定不可。故不定刑期，理論上實屬失當云云。此種非議，純以報復主義爲根據，主張目的刑論者對之，殊未見其有何等威力也。

實際上之非難，有以爲此制即使實行，實際上刑罰有無效果之一問題，究由何種機關加以認定？頗屬疑問者。謂：此種認定，除委諸行刑當局之外，恐無其他善法；但其結果，亦不免爲下級看守等所左右，於犯人方面非常不利云云。竊謂：此等非議，無異因噎廢食也。信如論者所謂，效果之認定，係一大難題，則明明非下級看守所能了事；即使流弊容或難免，亦不足以反證拘泥而不能變通之審判爲正當；

況實施上之困難，尤不能視爲不定期刑制精神上之缺損。與其執此爲反對理由，尙不若拋棄成見，悉心考慮如何認定效果之爲得也。（學者之中或謂須令審判廳與聞其事）。

要之，根據刑罰目的而論其可否，趨重社會利益而加以考察，不定期刑之制度，實可稱爲刑事學上新理論之當然的產物。意大利學派斐利（Felli）加洛法洛（Carof-fi）等，對於斯制，鼓吹不遺餘力。惜個人自由之尊重，是否可以並行不悖？熱心如斐加兩氏，亦不能充分保障，終爲實行前途之一大障礙耳。

四

今日一般學者，多主張採用相對的不定期刑制。卽以法律上所定最高限爲限度，而不定期的執行刑罰之制度也。蓋法律上各種犯罪，各有適當之刑罰；且各有最高限之規定，審判官在此最高限之下，本有宣告刑罰之權能；故不定期刑之執行，苟拘禁犯人不逾最高限，則無論何人，均不能加以蔑視罪刑法定主義之批評。且在未達最高限之前，刑罰效果，若已明顯，則犯人當然即時釋放，尤不能謂爲任意侵害

犯人之利益也。

然持反對論者，猶多斤斤焉，唯恐刑罰失之過重；但恐其偶或失之過輕者，正復不乏其人；故又有主張宜兼認法定刑之最低限者，謂：至少應執行最低限之刑罰。

又刑罰效果之認定，或謂令審判廳參與最爲適當；於是反對者，即詆爲司法行政混雜不分；然吾竊未見其然也。蓋刑之裁量，當然屬於司法與否，已不能令人無疑。何況以十九世紀之經驗，而論司法與行政之極端分離，反多不便，其事尤爲學者所公認乎？今日二者之漸相接近，實爲近時最堪注目之一現象。故刑罰之效果，使行刑官加以認定，於論理固無不合（現就假出獄而言，此種認定全屬於行政權之範圍）；即常令審判廳（即司法權）參與其事，亦無妨礙。蓋此種認定，未必有事事非由行刑官（即行政權）獨斷不可之理。加以近世制度，審判官因欲觀察自己所宣告之刑罰，實際上效果如何，亦有巡視監獄之義務。故利用此義務而使審判廳擔任決定刑罰終期之職務，亦適當之方法也。今日審判官爲現行法制所囿，而宣告預料的判決，原非得已之舉；但刑罰之預料，實際上至爲困難，故刑罰之終期，以執行時定

之爲最佳。蓋審判本以確定事實爲第一任務，其次以測定刑罰之效果爲第二任務。審判之任務。既經完畢，刑期（始期與終期）亦同時確定。今後之判決，此兩種作用，若能分兩度爲之（即就各任務爲各別之判決），實最爲適當也。

五

刑之不定期的宣告，法至善，意至美也。然在今日當非各國現行法律所容許（美國與那威屬於例外）。竊謂莫若寓不定期刑之精神於最高限之刑罰與假出獄相調劑之中。姑隱其名，而行其實，詢無上之妙法也。換言之，即審判廳宣告刑罰之時，務取其近於最高限者，若見犯人成績的係優良，即利用假出獄以減免其過長之刑。將來新刑法典，倘能擴張刑罰之最高限，並寬減假出獄之條件，則實行更易，收效更巨，可斷言也。然難者必又曰：「罪疑惟輕」，古有明訓，今子所言，非適得其反乎？曰：然。予主張此種方法，固非假「罪疑惟重」以行之不可也。抑更有進者，古來所謂「罪疑惟輕」，在證據不明，發生疑義時，誠不無真理可言；但若犯罪既已證明，犯人之惡性，既已確定，則刑量決定之時，務必避免短期之自由刑。此亦爲近

世刑事政策所要求。加以今日進步之理論，咸趨於「輕則儘量減輕，重則儘量加重」之論調，故案件之應行從輕發落者，既有猶豫起訴猶豫執行以爲救濟；則認爲有科刑之必要者，亦不如一方從重處斷，一方利用假出獄特赦或減刑等安全瓣以劑於平，況刑之量定，能適合其分者固佳；無奈十有八九，無從預知其適合與否。以無從預知而漫然加以決定；並無救濟之途，於犯人方面，必更爲不利，此予之所以主張罪疑惟重與假出獄相輔而行也。

六

然則必何種犯人而後可以不定期刑加之乎？此亦主張是說者煞費苦心之問題也。學者意見本多紛歧，歸納之，約有二端：（一）對於有改善希望之犯人，應利用此種處分，加以匡正也。如布洛克威(Brockway)，在美國紐約洲之厄美拉(Elmira)地方感化監獄所實驗者是。其設備創行于一八六九年。主張不定期刑者，多引爲唯一之例證。（二）對於無從矯正之犯人，非用此種處分，俾與良善人民隔離不可也。首先實行者，爲俄亥俄(Ohio)州，自一八八五年規定于法律，至今不衰。

由是言之，阿美拉實爲採用不定期刑之濫觴；繼其後者，除俄亥俄外，並有麻沙朱色得士 (Massachusetts)，賓夕爾瓦尼亞 (Pennsylvania)，明尼蘇達 (Minnesota)，伊里諾斯 (Illinois)，印地亞那 (Indiana)，威斯康星 (Wisconsin)，紐折爾西 (New Jersey)等省，亦相率採行。此美利堅實施不定期刑之大概也。至於歐洲各國，亦間有行之者，那威是也。按該國刑法第六五條，犯人具特別危險性而有拘置獄內之必要者，得拘置之。刑期之長短亦採用相對的不定主義，通常不得超過刑期之三倍或十五年。與厄美拉法所謂拘禁不得超過法定刑之最高限者，殆如出一轍。

此外更有不視爲刑罰而利用爲保安處分者，瑞士草案德意志草案是也。蓋兩國朝野論議，僉謂刑罰拘束自由，向有定期，倘遽爾撤廢，足以動搖人心，擾亂秩序，於是釀成此變相之方法。感化惡少與隔離累犯，兼而行之。或稱爲保安管束 (Sicherungsnachhaft)或稱爲保護 (Verwahrung)；但實質上均係不定期之拘禁。廣義的言之，則爲不定期刑之一種也。

抑更有進者，精神病者，飲酒者，以及游民乞丐，均有不定期的拘束其自由之必

要，世人殆無異議；而精神病者之不可輕易解放，尤爲世所公認，第以不定期刑施之於普通犯人，則少數學者咸詆爲太無條理，殊不知凡屬害羣之馬，皆應使之與社會隔離。精神病者與低能力者，以至責任能力者，均無所用其區別也。

按不定期刑制，創其議者，爲萬國監獄會議，事在四十五年以前。其後刑事人類學萬國會議，萬國刑事協會，及德意志法界會議，每屆開會，常列爲重要議題之一。故在歐美新舊學派之中，雖不無爭議，而大多數學者，否認罪刑法定主義之傾向，確已日形顯著。還觀吾國法界人員，對於刑罰之基礎觀念，主張目的主義者，固不乏人，而固守應報主義及威嚇主義者，尙屬不少，欲適應世界潮流，以達收回領事裁判權之目的，不亦憂憂乎其難哉？曩者在東京聽牧野博士演講，因多所感觸，印象較深，雖事隔二年。猶能憶其梗概，爰濡筆述之，以供研究新刑法思想者一助焉。

藻鎔并識

檢察官之職責

（本文載民國十二年九月法律評論第一四期原題『敬告今日之檢察官』署名許權）

檢察制度，導源於法，而今則風行全球矣。此種制度之得失利害，固人各異其詞；但以現代潮流觀之，此種制度不但不能廢止，且其職權或將擴而充之也。在此社會主義奔騰澎湃之時，國家一切之設施，不能不注重社會之利益者，亦時代潮流所要求者也。然而團體與個人之利害，不無衝突之處；故欲維護社會之利益，乃不得不假公權力以強制之。實行公權力之機關，雖不一而足；然檢察官則職在代表公益，訴追罪犯，實為各國現行法制中公權力最強之機關也。

檢察官之職權，既如是重大，則其能否稱職？實與社會之安寧秩序，有莫大之關係，此不惟檢察官之責任問題；即吾人對於其職務，亦有休戚之關係；故不能不加以切實之注意也。

古代個人之生命財產，惟依各人之實力是賴，無所謂公力之制裁也。此無他，社會之觀念，尙未發達，對於犯罪行為，僅認為加害者與被害者之關係。換詞言之，當時犯罪行為之被害者，僅認個人而已。中世以後，刑罰權雖移歸國家，然究其原因，一在禁止復讐，一在謀處刑之公平，實未嘗有認國家為被害者也。迨乎近世，

社會觀念，日漸發達，個人之違法行爲，不僅個人之權利被其損害，即社會之安寧秩序，亦受其影響。在社會主義之今日，有偏重社會利益之必要，於是認犯罪行爲之被害者，不僅爲個人，且爲國家矣。國家訴追主義者，實基於此種理論而發生者也。

國家訴追主義之理論，既如上述，則國家之追訴犯罪，非以保護個人之權利爲其直接之目的，實以維持社會之安寧秩序爲其直接之目的。非以第三人之資格，出而爲他人訴追；實以被害者之資格，出而爲自己訴追。檢察官乃代表被害之國家，實行其訴追；非代表與犯罪行爲無關之國家，實行其訴追。檢察官苟明乎上述數點，以維持社會之安寧秩序爲使命；以被害者之資格，處理其訴追罪犯之職務，則方能不肯乎現代法制之精神也。

然而不佞於此更欲進而論究其較爲具體之方法焉。所謂以被害者之資格，處理其訴追罪犯之職務者，於其處理職務時，究應取如何之方法，方爲適宜？此亦應有之問題也。被害之個人，對於犯罪行爲，非有所痛恨而急思有以制裁之乎？被害之國

家，亦必同具此心。故代表國家實行訴追之檢察官，應一若被害者之即爲自己，對於社會上之任何犯罪，覺非偵查而檢舉之不可。所謂『嫉惡如仇』一語，當爲檢察官之座右銘也。如是則舉社會之犯罪，一一感化之懲處之，世未有不治者矣。惟於茲尙有不可不知者，即國家一切之行爲，一方固在維護社會之利益，他方限於與社會利益不衝突之範圍以內，仍應顧慮個人之利益。故當檢察官偵查檢舉罪犯時，凡爲罪犯之利益者，亦當一一加以注意（刑訴第二條），此與被害之個人，僅以恢復一己之利權，滿足自己之情感者，大有徑庭矣。吾國實行檢察制度亦已久矣，其所舉之成績如何？吾人苟一觀世之作姦犯科者之層出不窮，而可知其梗概也。然則我國之檢察官，竟無所事事耶？則又不然，檢察官固亦未嘗無所事，特其所事者？均爲被動之事耳。犯罪事實，目睹之而視若無睹，耳聞之而置若罔聞，此等麻木不靈之檢察官，雖半由於時勢所造成，而其自身不知所負使命之重大者，亦爲最大原因之一也。

吾國審判制度，關於刑事既採國家訴追主義（刑訴第二三六條第二五七條），及不

告不理之原則（刑訴第二八二條），則世之罪犯，苟不經由檢察官之起訴，即可逍遙法外矣。我國今日一般作姦犯科者之能逍遙法外者，非檢察官所賜而何耶？人或有非難檢察制度，而認爲有害無利者，雖其所言不合時代潮流，而確能道破今日吾國檢察官弊病。蓋國家訴追主義者，乃代私人訴追主義而起之主義，實爲近代潮流所要求者也，今乃不但存其名而無其實，且反生阻難，是不若採私人訴追主義，使私人直接向審判廳起訴較爲直截爽快矣。我國今日財政困難，達於極點，固無怪人之稱爲駢技機關，而急謀所以去之也。

世之良法美制，有一入我國而弊病叢生者焉。此無他，運用者之不得其法耳，吾國之檢察官，尙望勉爲其難，爲檢察制度留少許之價值，即爲君等增無限之榮光也。

人或有閱斯文而笑曰：是妄言也。當此軍閥跋扈政客搗亂之時，司法官即力謀安分藏拙，而猶不勉於摧殘；如檢察機關，不度德不量力，欲力行其檢舉之職權，是自殺之道也。不佞曰：不然，檢察制度，既爲現代時勢所必需，又爲我國法律所明

定，軍閥政客，雖極橫暴，不能盡舉檢察機關而推翻之，亦不能盡執檢察官而槍斃之；檢察官能不畏強禦，勵行檢舉，雖有時自身或蒙不利，而社會之安寧，得賴其保全，弱者之權利，得受其庇護，國民自感覺此種制度之必要，起而爲之後援。使長此畏首畏尾，如倒持太阿，而授人以柄，如傀儡登場，必掣而後動，則檢察制度，已名存而實亡，吾知其不數年必歸於淘汰。今日之爲檢察官者，何去何從？必有以自處也。

損害賠償之社會化

（本文載民國十五年七月法律評論第一五七期）

一 過失責任主義

凡人一旦受有損害，無不希望有所賠償，此常情也；故若就被害人方面設想，不問加害人之爲個人抑爲團體，爲幼兒抑爲瘋狂；且不問其加害行爲，是否出於過失；苟受有損害以後，當然皆可要求賠償也。第一試靜思推究賠償責任之應歸誰屬，

更易地相處，爲賠償人方面體察着想，則問題之解決，不能如是簡單論斷矣。夫被害者希望有所賠償固矣，但其加害人倘係出於全無過失之行爲者，亦欲強其絕對的全負賠償責任，此種不論過失之有無，與輕重，一律同科之處分，不特爲理性之所不許；即準諸吾人之日常生活，亦殊覺禍福無定，有息息難安之顧慮焉。蓋吾人處世行事，接觸繁頤，對於自身行動應加之注意，原有一定之範圍，要不外法律上所謂：如『善良管理人』，或『善良家主之注意』，是也。過此限度以外，如他人因我之行動，仍受有損失，原則上可不負何等責任；因如是始可期日常活動之安定也。自來所謂過失責任主義者，即基此理由，參酌乎加害人之情形，以定賠償責任的法理之根據者。現今各國民法，對於賠償責任之課負，須以出自故意或過失爲條件者，亦卽以此主義爲根據者也。

一一 無過失責任主義

按過失責任主義，就其參酌乎加害人情形之點以論，原極正常。蓋無論在促進吾人行動之注意，與豫防將來之惡害方面，或加害人行爲上之倫理的批評，均有相當

之根據也。惟於此則有不能不與以明白分別之點存焉。即加害人之行爲，在道德上應受非難與否，與對於被害人應否賠補其損害，截然兩事，全無關係；再進一層言，被害人之損害，確有不能不予以填補之事實，則決不因加害人之行爲，其道德上應否非難，而有何損益於其間也。舉例以證，假使有人焉，因他人之行爲，而受有損害者；且其損害，有絕對的救濟之必要，則於加害人之自身，究竟有無過失，是否爲知識充分之少年，抑爲黃口之幼童，或爲瘋狂癡痴之徒，乃別爲一事；而此種絕對的救濟之必要，亦決不因加害人主觀的情形之不同，而有何損益於其間也。是故依過失之有無，而定賠償責任之課負與否，在豫防的見地上，固屬適當的制度；但有不能不辯者，即一定之行爲，不得使其負擔責任，此一事也；決不能因此不應負責，即作爲被害人不應受救濟之左證。蓋其間並無因果連續之可言，乃截然分爲兩事者。換言之，被害人不因加害人之無責任行爲，而有喪失其賠償之必要也。

雖然，在過失責任主義之下，其解決被害人應否救濟之標準，既以加害人應否負擔責任爲斷；如果加害人之行爲，並無過失，則被害人之損害，無論達於如何程度

，皆可全不負責，乃爲必然的結果矣。再自客觀的方面言之，縱令加害人實有過失，而被害人在訴訟上不能充分予以證明時，當亦不發生何等賠償之責任。此外如幼兒瘋狂等之加人以損害者，更無論矣。若然，則被害人之怨抑不平，又何如哉？往昔人事簡易，此種過失主義的制度，固得支持，不至破綻；迨乎近日，情形迥異，蒸氣電氣等之機械工業，與火車汽車飛行機自行車等之交通機關，日益發達，而被害事件之發生，亦因之相應而遞增；此等損害發生之原因，其出於加害人之過失與故意，且確能證明其出於過失者，按諸統計數字，實有逐漸減少之趨勢焉。茲將德國工廠災害之保險統計，摘列如左：

災害之原因	年	度
廠主之過失	一八八七	一九〇七
工人之過失	二〇，四七%	一七，三〇%
雙方之過失	二六，五六%	二九，七四%
	八，〇一%	一〇，一四%
		九，九四%

不可抗力 四四，九六% 四二，八二% 四四，三六%

一〇〇，〇〇 一〇〇，〇〇 一〇〇，〇〇

依照過失責任主義之立法精神，工人之損害，祇能對於廠主有過失時，請求賠償；若然，照前表數字，工人在法律上得請求賠償者，僅占總數百分之二十而已。工廠災害既如此，其他如火車汽車等工人，因煤烟臭氣音響震動而所受之毒害，更難依此類推；而無數之勞動被害人，無論其所受損害至如何之鉅，家族所感之痛苦，如何之深且切，皆將以加害人無過失責任了事。嗚呼，抑何悲慘之景象哉！

此種悲慘之景象，實為過失責任主義之根底上，橫梗之矛盾點，亦為法學家與一般人士所喚起注意之點，此無過失賠償責任論之所以興也。無過失責任之說，即主張不論加害人之情形如何，而被害人則必有所救濟，固不必局限於加害人過失之有無，儘可以其過失本身以外之事情為根據；縱令加害人之行為並無過失，苟別有相當情形，可使其負擔賠償責任者，即可以之作為賠償根據，以期救濟被害人之損害者也。

三 無過失責任主義之缺點

無過失賠償責任主義，較諸從來狹隘的過失責任主義，固屬進步；然亦有種種之缺點；有爲該主義所獨具者，亦有與過失主義所同具者，請約略舉述之。其一，加害人之行爲，既無過失，而能確認有相當事實，可作賠償責任之根據者，殊屬困難。是以被害人似未必能依此原則，而得獲賠償。且損害賠償制度，由豫防的見地以論，欲將無過失責任主義，適用於任何情事之下，立爲一般通行之原則，亦屬勢所難能。譬諸通常事例，吾人之行動，在所謂善良管理者的注意以外，如果尙不免有賠償責任之課負，則人人將慄慄自危，寢食難安矣。不特是也，只問損害之有無，不論過失之有無，一律課以賠償責任，此種齊一懲誡之政策，不特賠償制度之豫防的效用，全然沒却，卽道德的根據，亦以破壞矣。此過失責任主義所以仍爲今日適用之原因也。在數十年前，歐美學者，因過失責任主義之不備，一時盛倡採用無過失責任主義，以救其弊；然今日之形勢，似又不同。蓋已轉入反動時代矣。狹隘的過失主義，固有種種不備之缺點，然欲以無過失主義，悉取而代焉，亦未見其可也。

。彼既未必較善於此，是以多數學者，仍主張以過失主義爲課責任之原則也。

其二，無過失責任主義與過失主義，有同一之缺點，即加害人如爲一無資力者，縱法律之形式上，有如何切實之規定，被害之程度，有如何救濟之必要，而事實上，被害人決不能受有何等之救濟；然被害人有無救濟之必要，與其救濟之程度，固未嘗因加害人之資力問題而爲增減，乃完全就被害人自身之情形而定者也。

其三，無過失責任主義與過失主義，對於賠償問題之解決，均認爲被害人與加害人兩者間之個人問題，故有時在客觀方面，明知加害人顯然須負賠償責任，然被害人如貧困無資，則無力起訴；即起訴矣，亦不能得有力之律師爲辯護，雖有法律上之明文，而實際徒成具文，無所裨益也。

四 社會化的損害賠償制度

以上所述兩主義之種種缺點，推其根本受病之源，可一言蔽之曰，皆以損害賠償問題之解決，放任其爲加害人與被害人兩者間之個人問題已耳。蓋從來之賠償制度，無論過失主義或無過失主義，要不外以賠償問題，由救濟被害人與加害人負擔責

任兩方面，以圖解決而已。如果加害人確有負擔責任之根據，或被害人有力以求訴訟得直，自無問題；非然者，縱被害人受害之程度，至如何之鉅大，救濟之必要，已如何之顯著，亦終無所獲也。然則若是之損害賠償制度，實與根本精神，大相刺謬，何則？被害人救濟之必要，原繫乎其自身而定；不因加害人之情形不同，而受影響也。所謂加害人過失之有無，資力之厚薄，與被害人訴訟之成功等；均與被害人之損害，全無因果關係也。

然則損害賠償制度之原理，究應如何加以改革乎？無他，惟有提倡損害之成爲社會化是矣。將從來認爲賠償問題，屬於被害人與加害人間之個人關係者，另由社會的見地，加以觀察，別求適當之解決。現今加害人之賠償責任，與被害人之應否救濟，性質上雖屬各別之問題，但常認其有相聯之關係，故結果加害人所負之賠償責任，即係直接對於被害人支付損失，此實爲賠償制度之根本病源。方今改革之道，應將被害人之應否救濟，與其救濟之程度，加以獨立之考察；苟認爲確有救濟之必要者，則不論加害人之情形如何，應即予以相當之救濟。至加害人應否使其負擔賠

償，亦加以單獨之考察，與被害人之救濟與否，暨救濟之程度，絕無關係焉。要之，打破歷來賠償責任與救濟程度之聯絡；且不認賠償制度爲當事人互相間之個人關係也。就加害人之行爲，單獨定其責任之有無，與賠償之數額；其所支付之賠償數額，不直接以充該事件之被害人之救濟，另行彙總積集，作成一種賠償事件之總基金，遇有被害人應予救濟之時，即由該項基金內撥付之。

至加害人之賠償問題之解決，可依據一般通行之賠償理論，兼顧加害人之情形以定，先以過失責任主義爲原則；如其並無過失，而有相當之情事，可使負擔賠償者，則可參酌無過失主義之原則，課以賠償。又加害人倘爲富有資財者，且得課以普通以上之多額，以爲貧窮加害人不能負擔賠償時之彌補。此外加害人之行爲情狀，應否寬宥原諒等之事項，固應一併參酌考慮。惟被害人之救濟問題，則不得因加害人情狀之可憫而生影響；其應否救濟，暨數額之多寡，應全視其被害之程度，與其處境之窘裕而酌定之。又損害事件發生之原因，在被害人方面，是否亦有過失，亦應加以考慮，以作救濟標準之參考，但加害人之責任問題，則並不因此增減。要之

，即對於一定之具體的被害事件，加害人應付之賠償，與被害人應得之賠償，其間不生何等直接之關聯。前者之所出，儘數撥充基金；後者之所得，悉由基金內撥付，使損害賠償問題，完全成爲一種社會化之制度；夫而後被害人能依其實際上之必要，獲得安全公平之救濟，而無有障礙也。

五 社會化的賠償制度之注意各點

夫損害賠償問題，宜使其成爲社會化之制度固矣；但其實現上之準備，須加研究之點甚多，最應先加注意者，即所謂賠償基金，不必爲一個單獨的統一之體，包含一切賠償種類而言，亦可由義務者與權利者因其職業種類或特定地域之不同，各設一特別賠償基金，俾同種職業者，彼此發生利害關係；或負賠償義務，或得救濟權利，概由平素夙有關係人之間，自爲處置，既不煩不相干者，任無關係之分擔，亦不容其他特殊關係之賠償問題，混入分潤。另於各種職業的或地域的特別賠償基金之外，再別設一範圍廣泛的普通賠償基金，凡無所專屬之賠償問題，歸此辦理。至此項普通暨特別賠償基金之組織辦法，則應按照實地情形，另行詳爲討論，茲不備

述。

第二應加注意之點，爲賠償基金，應由何人司管理之責？是否全由國家管理？抑委任非營利的公共機關？原各有推行之利弊，而與今後國家組織之變更，關係尤爲密切，今日尙難直截了當逕下斷定者也。最後應注意者，將來社會化之賠償制度，如果一旦實現，則賠償問題，當然須由今日加害人與被害人之個人關係，變爲基金管理者之公共事務，而其結果，則管理者辦理賠償事務之內容與形式，勢必與刑事事件之罰金，出於類似辦法，而罰金與賠償之區別，或將因而消滅，或刑罰上之罰金，另起新的意義，而增其重要，亦未可知。

十五年七月一日

自由法說

（本文載民國十六年五月法律評論第二〇三期署名季珪）

自由法說者，脫離傳統思想，適應當代之社會實際情況，自由獨立適用法律之謂也。或謂：「法律，第一不可不衡平適當；第二不可不確實安定。自由法說僅注意

於法律之衡平適當，而忘却其確實安定，實難謂爲適當者也」云云。以愚所見，則有不然者焉。

一 自由法說，決非蔑視法律之確實安定性者。從來之法律論，常以前代一定之思想理解之；而今後之法律論，則不能不以現代一定之原理演繹之。自由法說，乃於一定理想之下行之，并非毫無標準者也。

二 所謂法律之確實安定性，不得謂其可以脫離衡平妥當性而獨立；其所以能確實安定，仍不外乎其衡平妥當而已。是故謂法律之確實安定，即衡平妥當之一種適用，要無不可。詳言之，吾人之社會生活，所以能於某種程度內確實安定者，係由吾人之法律關係，能衡平妥當之故；生活關係之進化，苟非激變，則其社會生活，固可保持確實安定，徐徐進化；然比較得失，無論如何，決不能以謀確實安定之故，而使衡平妥當爲犧牲也。

三 一定之法律關係，依自由解釋，其處理雖與從來辦法不同；然一定之法律，在前代之事情及思想之下，必然的解爲甲；在現代之事情及思想之下，必然的

解爲乙；其論理的必然性之關係，不僅無妨於法律之確實安定；且法律不能不注意於其實證的進化方面；其於哲學的論理方面，亦不能不以如此之意味理解之。

四 實際上主張法律之確實安定者，均係因從來法律，享有不當利益之人。一定法律之下，因生存競爭之結果，必有強弱之區別。其區別，在一定社會之一定時期，雖爲法律之公平妥當作用；然其區別固定之後，苟再保持該法律之作用，實早已失其公平妥當性矣。社會之強者，超越公平妥當，而主張法律之確實安定，乃不正當的擁護自己之利益，自法律之國家的社會的意義考之，法律決非以『階級的擁護』爲其目的；故新的生活關係，不能不應用新的法律；強者僅得於衡平妥當之上，主張自己之地位而已。

十六年五月十日

刑法之基礎觀念

(本文載民國十三年七月法律評論第五十七期)

▲民事責任與刑事責任之分化▼

法學博士牧野英一，東瀛之新進法學家也。其思想學說之純潔高超，久已膾炙人口。我國法曹，受私淑之誼者，不乏其人，固無煩不佞之絮絮介紹爲也。本篇所述，係博士關於刑法之演講詞，不佞雖爲聽講之一人，然當時筆記既極簡略，事後又復懶未整理，蹉跎迄今，已歷年所，茲聊將記憶所及，增補成篇，以供讀者之參攷云爾。

刑法之研究，以刑事責任爲最重要之主幹；即所以究明刑事責任之基礎與要件暨其輕重者也。所謂刑事責任，驟視之，義至明顯，然詳考之，則每涉含混。茲先將今昔關於責任觀念之差異，比較列述之。

夫法律責任，係由不法行爲而始發生。此法家之通說也。同一之不法行爲，有民事責任與刑事責任之分，兩者之本質各異焉。蓋民事責任祇爲填補已經發生之實害

：而刑事責任，乃豫防實害之發生。即民事責任，係以填補因不法行爲所生之社會的損害爲度，用以恢復社會之經常狀態者；而刑事責任，則對於凡足以妨礙社會安寧之一切不法行爲，均須排除，用以維持社會之經常狀態。換言之，民事責任，係重於不法行爲之過去方面；而刑事責任，則重於未來方面者也。由此以觀，兩者之界限，固極爲明晰；然此種觀念，乃近世學者所主張，尙未得一般之容認也。

現今一般對於責任觀念，大概有兩種主義：（一）報應主義，謂責任係對於行爲之報應，即凡爲一定之不法行爲者，應受與其行爲相當之報應。（二）事實主義，謂責任須視其行爲所發生之實害而定。蓋社會須因不法行爲而受實害之後，始得干涉不法行爲者之個人自由，故實事實爲責任之標準云。以上兩種主義，各有相當理由，固不得認爲完全謬誤；惟在理論上責任之觀念，並不如是簡單耳。

考最近法學之研究方法，莫不以進化論爲基礎，關於刑法之研究，自亦不能外此。夫進化論之研究，距今雖不及五十年，然十九世紀之各種學問，蓋無不因進化論之發達而大起革命。凡社會之一切事物以及社會制度，均各依其境遇而推移變化，

此進化論中最重要之主張也。吾人從沿革上比較研究責任之觀念，似亦受此法則之支配，而此種法則，大體有下列兩種歸着之點：

(一)進化之第一法則，係社會制度由反射的而入自覺的。吾人之行爲，當孩兒時代，不過爲感受外面刺激之單純的反射作用，弄石擲楨，固毫無意識；然確爲一種本能的行爲。迨年齒就長，經驗日增，而其行爲始能有一定理由之依據。此種經過，徵諸關於責任制度之沿革，不難推見其梗概也。古時法律之制裁，僅爲對於不法行爲，課以惡報而已，所謂復仇制度，最爲顯著之例證。夫既以復仇爲主旨，故乃時制裁之精神，僅以制裁爲已足，此外並無何種目的矣。申言之，制裁者，即以制裁爲目的，祇爲單純的不法行爲之無意識的反射也；而近世之觀念，則大異其趣矣。制裁之課也，於不法行爲以外，尙有其他一定之目的存焉。或謂課以制裁使負損害賠償者，或謂制裁乃用以鎮壓不法行爲者；然鎮壓僅爲一種手段，尙有所以加制裁之目的；換言之，制裁之觀念，係社會對於不法行爲之意識的或自覺的動作也。

(二)進化之第二法則，係社會制度之分化，由單一的而進於複雜的。

凡有機生物之優等者，其機關組織，殊較劣等者爲繁複，此最普通之例也。又如村落商店，多半兼營米鹽油酒各業；在大都會中，則應用分業制度，各別經營；而社會制度，亦同此理也。往昔民事責任與刑事責任，混成一體，無有區別，以復仇與償金，爲對於不法行爲之單一制度，團體與個人之界限不分，公法與私法，併爲一譚。迨後社會日益發達，統制社會之權力，亦隨而增大，於是於團體與個人之關係，及個人互相間之關係，均不得不設有區別，而刑罰與賠償之兩種責任，始漸次分離爲用。因團體維持之必要，故設刑罰以懲不逞；因圖私人關係之滿足，故令賠償以補所損。前者爲公法上之制裁，後者爲私法上之制裁，各有限界，亦互不相混者也。徵之歐洲法制之沿革，其初兩者往往混淆，於刑罰之中，每有賠償之意義；而賠償之中，亦寓有刑罰之懲誡；然今則兩相分化矣。

以上兩種法則，實則互相關聯，如責任而爲無意識的反射，則當然無分類之理由；責任而爲意識的自覺的，則自有分化之必要。自覺與分化之觀念，本屬不可分離，而制度之進步，即一方求關於制度目的之自覺，愈益明顯；而他方再求關於制度

作用之分化，愈加精確也。要之，民事責任之目的，爲損害賠償；刑事責任之目的，爲撲滅犯罪，制裁僅爲一種手段。兩種責任區別之精神，全視其目的之所在而定。又所謂賠償者，係對於過去之實害而言；而刑罰者，乃對於未來之危險而言。兩者固各有範圍，而亦各有使命，毫不相混者也。

夫民事責任，既以賠償損害爲目的；其賠償之多寡，當視損害之大小而定。刑事責任，既以撲滅犯罪爲目的；其刑罰之輕重，當視危害之程度而定。惟關於民事責任之損害問題，最近思潮，不獨主張不問其是否出於故意抑或過失，即精神病者之對於加害行爲，及大工業之企業者使用蒸汽與電氣，而使勞動者受損失之時，均負民事責任。此種思想，係根據外部行爲之性質，而論民事責任之有無與輕重者，即民事責任之客觀論是也。邇來不獨其學說大盛，而實際之立法例，亦採用殊多。至刑事責任上之損害問題，則不然，行爲之故意與否，與刑罰之輕重，有至大之關係，且是否發生實害，似無甚影響也。今日之犯罪，固大多尙有以發生一定之實害爲要件者；然未遂犯與既遂犯，應處同一刑罰之議論，已成爲最近學說上之主要思潮

，而得多數學者之贊同矣。是即以犯罪反覆之可能性，即伊大利學派所謂惡性，而論斷刑事責任之有無與輕重者，換言之，即刑事責任之主觀論是也。

其以刑罰認爲含有撲滅犯罪之目的者，通常稱之爲目的主義，即與報應主義相對稱；主張刑罰應視犯人之惡性而懲科者，通常稱之爲人格主義，即與事實主義相對稱；吾人以爲報應主義與事實主義，僅適用於責任制度係反射的與未分化之時代；至今日之思想，則非採用目的主義及人格主義不可也。

以上所論，係從進化之趨勢，徵以現今之思想，而推論目的主義與人格主義，爲最適切者也。雖然，僅以進化之事實爲論據，尙覺理由不甚充分。茲再進而論進化之理想，以證立說之愈益堅確。

進化之理想爲何？即社會與個人之調和是也。社會也，個人也，即人生之兩面也。無社會則個人將無所賴以生存；無個人則社會亦無所有而得存立，兩者固相依爲命，相需爲用者也。雖然，兩者之利害，往往常相衝突，不能一致，故社會之一切制度，務必使兩者互相調和，得乎其當。顧學者之間，有謂兩者之衝突，萬不可避

，若不偏重社會，主張制度以社會爲本位（即社會主義）；則必偏重個人，主張制度以個人爲本位云（即個人主義）。自沿革以觀，主張主權萬能之時代者有之；主張個人有天赋權利之時代者亦有之；惟吾人之所見，則以爲社會進化之法則，既不偏重社會一面，亦不偏重個人一面者也；就刑法之表面以觀，固有種種社會與個人利害衝突之規定，然刑罰之目的，既在乎撲滅犯罪，而犯罪之結果，不獨社會被其危害而已，同時個人亦受不利之侵害者，其不能認爲僅以社會爲本位也可知。況刑罰之客觀論，主張刑罰須視犯人惡性以定輕重者乎？夫既以犯人惡性，以定刑罰之輕重，則社會之實害雖重，苟惡性之程度甚低者，即無處以重刑之必要矣，誠以刑法果以社會爲本位，勢必不問犯罪惡性之輕重，以嚴刑峻罰爲維持社會安寧之要具，而超過必要之程度，侵害個人之利益也。又民事責任與刑事責任，苟兩相混合，不加區別，則往往有刑事方面，情節雖甚輕微，然可由民事責任之關係上，課以不相干之刑罰，而於民事責任中，夾雜刑事之分子，發生責任重複之弊。是故刑事與民事，務必嚴密區別，俾各守其固有之範圍，爲擁護個人之利益計，乃至關重要者也。

吾人研究刑法之態度，今既根據進化之事實與進化之理想，將刑法之正當的基礎觀念，詳加說明，則刑事責任之本體，已不難推見一斑矣。

法律之輿論化

（本文載民國十二年八月法律評論第六十期）

中古之世，政尙專制，輿論之可否，本無勢力之可言，去取無足輕重也。洎自法蘭西人權宣言以後，於是輿論主義之基礎，始得確立。法國率先施行立憲政治，依據輿論主義，而承認代議政體，與普通選舉制度；各國亦相繼仿行，此容納輿論參與立法之例也。厥後各國於司法方面，採用陪審制度；行政方面，則勵行地方自治，而輿論又復見容於司法與行政矣。此公法方面輿論化之現象也。至私法實質方面之輿論化，其發達殊較公法方面爲遲；然近世以來之進步，亦殊不鮮。自大戰以還，尤有春花怒發之勢焉。要之，輿論閑却主義之時代已去，凡百庶政，對於輿論之要求，均不能不有相當程度之容認，固不僅法律方面爲然也。

雖然，彼抱輿論絕對尊重主義者，主張凡法律之形成變更與消滅，悉唯以輿論爲去取之根據，則亦矯枉過正之論也。嘗考輿論之成立，其始也祇爲少數人所倡導，宣傳播揚，由一及百，轉輾而得全體國民過半數之同意，遂隱然混成一體，而支配社會之人心；然其倡導之內容，殊難謂爲完全善良無謬，其間不健全者，蓋亦不在少數也。蘇俄勞農派之專制主義，表面似爲真正之輿論，然實際如何？尙不無疑問。歐美各國，排斥資本主義少數專制之主張，固可認爲一種真正之輿論，然是否可爲健全輿論？尙難斷言，至主張過激之煽動一派，更無論矣。以現今一般國民之智識，對於輿論之真諦，能下確切之判斷，以辨別真僞者，即在歐美各國，猶屬難能之事，矧其他乎？故在現代狀況之下，哲人賢者之所見，猶有尊重之必要，決難完全蔑視而不顧。換言之，求民衆之向上，以相對的輿論主義，最爲中正適度之主義。所謂相對的輿論主義者，即哲人主義與輿論主義兩相調和折衷之意也。

然則相對的輿論主義，在法律上實際之適用，究爲何如乎？試就立法方面以言，國家制一法律，固須先視輿論之向背以爲根據；然輿論之內容，倘不健全，則不妨

本諸指導立法之義，而與輿論相違。又國家立法，不必須先有輿論之要求；苟確認其爲必要，儘可先行創制；但當此種法律成立之前後，務須喚起輿論之同情。如輿論猶未成立者，則設法呼之以起；倘已成立，而適與此相反者，則圖所以緩和之；是故在相對輿論主義之下，立法雖不直接以輿論爲根據，然間接仍須求其贊同，始克垂諸久遠，而輿論畢竟堪爲一種根本法也。倘法律之成立，已經過相當之年月，而輿論猶反抗未已者，則其爲惡法也無疑，是則不能不圖所以改正之道者矣。

又立法何以須視輿論之向背乎？是無他，蓋法律之制裁力，無論採取相對輿論主義或絕對輿論主義，其有形之制裁，殊不如無形之輿論爲有效也。昔年英法當總同盟罷工極盛之時，警察之鎮壓，不爲不力；然終鮮效果；迨乎反對罷工橫暴之輿論一起，於是志之士，始紛紛自告奮勇，請代罷工人員而從事勞動，因是罷工風潮從而和緩，此即輿論制裁力之一例也。值茲民衆政治時代，凡民意之好惡，即治亂之所由，倘民有所求，而確已成爲真正之輿論者，則決難以相對輿論主義爲藉口，而永久拒絕其要求也。又自國際以言，如國際聯盟等之組織，則全賴輿論之倡導而

成立而維持者矣。故輿論之在今日，無分國內法與國際法，蓋爲最重要之中心動力焉。抑又進者，法律之創制，在昔出諸命令的方式，由上以及下；今則本諸民意之要求，山下以及上。故現代法倘缺乏輿論爲觀念者，既不得民衆之理解，自難收運用之良果。如勞動法社會法固無論矣，卽其他法律，亦莫不皆然。誠以輿論實爲社會全體團員任意的協同精神之所寄託所表現者也。

今日立法上之輿論主義，固尙屬相對的輿論主義，他日因連帶精神之發達，當再進一步，乃意中之事；然欲使其爲正當的與可能的之進步，則非賴教育之力不爲功；倘組織社會之分子，能各得平均的相當教育，則公德日進，智識齊一，指導階級與被指導階級，哲人主義與民衆主義間之差別，漸次縮小，由此而入輿論卽法律，法律卽輿論之連帶的理想境界，而成爲自在天然之發達，乃時絕對的輿論主義，當然無所顧慮而得採用者也。古代思想，對於法律與道德，本屬混爲一物，至近世始別分爲二，最近之趨勢，在形式上固各不相混，然精神上似有趨於一致之傾向。此卽連帶精神之表現，亦卽連帶的法律思想之特徵也。

十三年八月十五日

「惡法亦法也」之格言

(本文載民國十六年二月法律評論第一八九期署名季珪)

「惡法亦法也」，此乃法律格言也。此法律格言，在現代法律思想之下，能否成立，已爲法學家討究之問題。

按此格言之基礎，據多數學者所說，乃建築於奧斯丁氏(John Austin 1790—1859)一派命令說之上。

奧氏一派之命令說，在今日視之，雖爲注重形式之舊式的法律論；但在當時，確爲斬新之思想。蓋當時轟動歐洲一般思想界之學說，當推英國白拉克斯湯氏(William Blackstone 1723—1780)之法律論。因此說要旨，認法律與道德同屬一物；故其爲法律論，頗欠觀念之精密，與論理之徹底。反對此說，主張法律應與道德分離而獨立；否則，法律學不成其爲法律學，所謂道德法律合一論者，乃法律學之自殺云云者，爲奧氏也。卽奧氏一派之新進學者，主張法律與道德，未必相同；法律者

；國家之命令也。此說一唱，轟動全球；於是舊日之法律思想，一轉移間，頓改其面目矣。

輿說之所長，在注重法律之形式的方面。在今日雖萬事有因注重形式而生弊害；然在當時之法學家，則幾無一不以此爲名言卓見。純粹法律學之成立，實肇端於斯也。

當時反對白氏者，尙有彭蓀氏 (Jeremy Bentham 1748—1832) 之立法論，主張國家不能不立法，生活於習慣之下，殊屬不妥；國家苟欲發達，不能不賴立法政策云云，以攻擊舊日之無爲放任說。彭氏之說，在當時雖未見十分之功效；但其後歐洲各國推翻羅馬法教會法等之共同法思想，各自訂立法規，以發揮其國家主義，未始非受其學說之影響也。

十九世紀之成文法主義，以法律爲國家之命令，成立以後，即須絕對服從。此種主義之結果，雖不能謂毫無弊病；然今日各國之法治狀態，非常完全，人類生活，十分安定，吾人不能不感謝奧氏之形式法論，與彭氏之成文法主義也。

今日論者，評論一種主義，每多就目前弊害之一點，而抨擊其根本完全錯誤者；例如評論個人主義之得失焉；個人主義，在今日雖不適合；然其對於今日之文明，有如何程度之貢獻，吾人亦應詳為宣示；不能因其已不適於今日，而一筆抹殺其功績也。

吾人今後之問題，將討論法律僅以具備形式為已足耶？法律係國家之命令，作者實不能完全贊成。蓋僅以此定義，不特不能表示法律全部之形式；且對於實質方面，完全未曾注意也。

法律之產生，其目的何在？即法律為國家之命令，國家為何有此命令？在今日之法學家，已進而推究及於此點矣。在今日之世界中，國家雖命令某種行為或不行為；然亦有未必能依其豫期而實行者；亦有一時雖能實行，而終難於久持者；所以然者，因此種國家之命令。形式雖具，而實質已無也。

所謂國家者，亦非僅一形式而已；其內容實質，乃係人類之社會生活；國家之目的，在使此人類之社會生活，得以圓美而已。

國家命令爲何耶？國家之命令，何故正當耶？以其以人類之社會生活爲內容爲目的故也。國家之命令，固不能不行；但決不能謂以其爲國家之命令而能行；以其命令爲社會生活之軌範而行也。換言之，有此實質，而後有此權威也。

自然法論，乃實質論之先驅；繼之而起之歷史法學，則更具體的注重於實質方面；至近頃受社會學之影響而唱之社會法學，則更注意於實際之人類生活矣。

『惡法亦法也』之格言，既基於奧氏之形式法論，在現代注重實質的新法律思想之下，自難成立；惟此後之惡法，將如何運用之耶？吾人於茲將引用法蘭西之事例，以供我國司法官之參考焉！

法蘭西之民法，乃成立之十九世紀之初葉，距今已達百餘年矣。以百餘年前之舊法，應用於百餘年後之新社會，法律與社會，必感有罅隙與缺陷者，當可無疑；而法蘭西維持迄今，尙未見其鑿柄不納者，蓋有下述二種之方法焉。

其一，以其法典視爲現代人所有之法典。法典之制定，雖屬過去之事實；然就其現在支配吾人之一點考之，當以吾人今日之思想，理解而適用之，方爲適當。蓋昔

人以昔人之思想制定之，今人當以今人之思想理解之。

其二，明瞭法典制定當時之意味，而考其規定爲何如是規定？其理由在今日應如何解釋？以定其規定之適用範圍；例如關於雇傭契約或貸借之規定，自當時之經濟事情觀之，事屬當然；然今日之經濟事情，業已變遷，如仍依樣葫蘆而適用之，是否適當，不能不考量之；換言之，今日之雇傭契約或貸借，其經濟事情，與其規定之制定當時相同者，固可適用；如已變遷，則不能不斟酌變遷之情形，而自爲適當之判決。

要之，第一種方法，在適用一定規定，以解決今日之法律關係，規定之解釋，富有彈性。第二種方法，務將一定規定之適用範圍，力爲縮小，對於新事態，予司法官以適用條理之權（所謂法律之自由探求）。

十六年二月一日

法律思想之新基點——勞動

（本文載民國十四年八月法律評論第一一一期原文署名一鳴）

夫所謂勞動法，實爲近代法律學上一種最新之題目。學者論士，無不激於好奇之心，縱橫究討；尤以青年學子，倡言最力。歐洲學界，實已公認勞動法爲一種獨立的研究之對象，雖爲時不久；然已成爲確定不可易之事實，則毫無置疑之餘地矣。

吾國各大學中，雖尙未能以勞動法列爲獨立課程；然學子心理，對於此法理研究之興味，當亦與各國潮流，同其趨向。抑觀邇來上海慘案發生之原因，實肇端於勞工之爭執，識者謂爲吾國無勞工法規，有以致之。是以農商部有鑒於此，日前乃有派員專司修訂之事。記者不敏，爰將勞動法之意旨，略加引伸，以貢芻蕘一得之愚焉

勞動法何以易於引起一般人民研究之興味乎？此蓋由於勞動非商品之原則確立故耳。此種新原則，在狃於傳統的社會制度與法律組織之徒，固動輒以異端邪說目之

然在青年銳進之士，則却爲極易奮興之標語也。自來關於勞動之事項，單純屬於私法範圍之內。甲之人格者，利用乙之人格者，其可否之問題，唯依甲乙兩者間所訂之自由契約，以爲處斷之根據，而國家對於此種自由契約之交易，祇有限制其不當妨礙之消極任務；故其結果勞動竟致成爲一種財產的價值之意味，與單純的商品，視同一物，而所謂社會問題，亦從此發生矣。

法律之使命，一味財產權之保護是務，原爲十九世紀初期法律上之一大變動。此無他，蓋在從前封建文明時代階級制度之下，關於個人努力所得之財產的保護，多付闕如，因而發生之一種反動也。自經此番變動以後，結果則造成有產階級之特殊文明，樹立彼等所謂自由與平等之原則，同時彼等所取得財產保護，且成爲法律組織之基點，所謂所有權之不可侵性，及所有權之絕對性等，遂認爲金科玉律，不可拔之原則；而契約自由，又爲彼等假借操縱之美名也。

按上項之法律組織，在生存競爭場中，其有力足以突破所謂財產獲得之境界線者，固能克盡其十分保護之責職；惟對於無力突破其境界線者，則幾乎全無關涉，對

於欲獲得財產而努力之輩，保護之力，至屬微細也。如果法律之保護，對於凡一切有人格者，必須承認有一律平等與公平之必要者，則其保護之範圍，不應有此財產境界線內外之區別。對於財產已經獲得之既定事實，固須保護，而對於努力於財產之獲得者，亦應予以法律上適當之保護。蓋努力與財產獲得之事實，原有潛勢的關係也。

據此理論，國家對於勞動之保護，決難以單純消極的態度，謂能盡其任務，必須於公法方面，講求積極的助長之法，例如工廠法與康健保險法等皆是也。蓋勞動實為一種極重要之公法的制度，其在私法上之關係，暨勞動協約，工廠規則，以及非契約所能左右之各種公益的規定，均非傳統的民法之理論，所能求其貫通。於是不得不將勞動與一般商品，分別具論，而勞動之人格的表現，遂成爲法律上特殊的門類。迄至今日，關於勞動之法律制度，先進各國，莫不在公法私法，雙方並顧，綜合的加以論究，視爲一種學問的之術名矣。

雖然，此類勞動法，決非於財產法之外，所可獨立成立者；因勞動法一旦成立，

而財產法之構成，必受重大影響。夫勞動既與商品有別，所有權自須限制；契約自受拘束；而關於所有權及契約之傳統的概念，自不能不從而變動；若再進一步言，所有權與契約，與其謂為尊重勞動結果之制度，毋寧解作對於勞動基本的概念之副產制度，較為當焉。若然，則法律之基點，自不得不將從前發於財產者，轉而進於未來之勞動也，其義甚瑩矣。

十四年八月一日

德意志革命與產業公有制度

（本文載民國十六年三月學林雜誌第三卷第二期）

德意志自歐戰終了之後，曾不轉瞬，而革命告成，帝制覆亡，社會黨乘時崛起，掌握中央政權。社會主義及經濟革命，久為彼等所企望而格不能行者，至是益以切實進行為己任。至於超過國民半數之勞工，亦以飽受蘇維埃政治之刺激，陡覺新社會之建設，時機已成熟；且戰時所行種種產業管理制度，尤無一不使彼等深信社會主義確有實行之可能；於是羣情所趨，漸歸一致。社會主義如何實行？遂成為時

論焦點，而所謂產業公有之問題，亦從此起矣。

產業公有一語，昔日知者甚鮮。泊歐戰既開，威遜勃蘭等少數學者，始習用之。至近數年來，世人耳之已熟；然究與社會主義有何關係？則恐猶非盡人所能了了。茲約言之，即產業公有，爲社會主義之施行方法；易詞言之，即欲社會主義之抽象的理想，進於實現者也。社會主義，在昔不過政黨之黨綱而已，學者之標榜而已；迨革命告成，既一躍而入於實行之機運，則其進行方面，應如何計劃周詳？在信奉社會主義者，自屬責無旁貸。所謂產業公有之主張，即由是而產生者也。

德意志革命政府，甫經成立，即組織產業公有調查會，以哥基氏爲委員長，以巴洛德等八人爲委員，於十一月二十日，開始調查，並討論進行事宜。民間同時奮起者，如勞兵會，政黨，資本家，政治家，學者等。或則集思廣益，或則斗室鑽研；各團體決議，與個人意見，紛紛公表，不遑枚舉；然於產業公有之主張，衆議紛呶，莫衷一是。有謂與國有異者；有謂與社會有相同者。因此之故，對於實行計劃，亦卽人各異詞。主張仿露西亞制舉一切產業，盡歸國有者有之；主張於現行資本制

範圍之內，以適當方法，歸政府管理者有之。各趨極端，不肯相讓，而介於其間者，則更各樹一幟，末由歸納；無已，始就公有調查會之決議，及其他種種之意見，綜而合之，以明德意志多數民意之趨向，如左：

關於產業公有之意見，比較的，可認爲一致者。

(a) 資本制度之缺點 德國人民，除少數資本家外，凡飽經戰爭苦痛，稍明戰後國勢者，對於資本制度，殆莫不深惡而痛絕之。蓋資本制度之缺點，其在分配方面者，久爲社會黨所指摘，舉國人民所公認。其在生產方面者，如獨占之工業，或則限制生產，以圖抬高物價；或則對於新創技術，不肯應用，以防資本之減損；且當時講和條件，雖未具體決定，德國既爲城下之盟，則賠款之巨，何難預料？資本制度，一日不廢，國民經濟，一日不能發展；若無應急措置，以謀增加生產，決難肩此重負；故德人爲懲前毖後之計，以徹底斬除上述諸弊，列爲戰後大政方針之一，亦屬勢所必至者也。

(b) 產業公有之形式 產業公有之亟應實行，固已舉國一致；但實行之際，其組

織形式如何？則議論猶多紛歧。有謂須採用官業之方法者。德意志本係歐洲官業之祖國，此種主張，自所難免；且以行官業種類，亦視各國爲繁夥，如森林鐵路等，歸國有官營者，尤特著成效。故一部分信奉社會主義者，恆以爲欲於社會主義之上，組織新社會，除使產業盡歸國有官營外，無他善策。勞工階級，鑒於國勢阽危，亦多贊成此議；然官業弊害之多，早爲識者所公認。舉其犖犖大者，如官立機關缺乏利害觀念，對於事業之經營，未必能悉心規劃，以求切當。又如預算決算，均爲官僚的會計之形式所束縛；餘如經營手續，更多失之繁褥。凡此種種，德國亦自難免；故資木家方面，又常執爲口實，以非難官業之失當。

當產業公有論初起之時，不獨反對者，譏產業公有之計劃，不外乎產業官營；即贊成者，亦大都反對官營。官營弊害，既爲周知事實，猶復舉全國產業，盡歸官營，輿論趨勢，表示反對，蓋有不可諱言者矣。反對官業之主要近因，則以俄國官業之失敗，實足使德意志國民受強烈之激刺。蘇維埃政府之經濟設施，所有產業，其始本歸勞工管理，未幾弊端百出，遂改歸官營；然官營亦漸漸束手，終至不可收拾。

。當時德國社會主義者，莫不翹首企踵，以觀蘇維埃試驗之成功；迨此耗傳入，始不復堅持成見，而官業之不足爲產業公有之形式，漸定論矣。

其次於官營而起者，主張產業公有之形式，應以勞動組合等工人集團，爲營業之主體。此種計劃，以工團社會主義(Syndicalism)，及基爾特社會主義之主張爲基礎。Syndicalism之思想，原係法義二國所歡迎，而基爾特則爲英吉利之特產，德國贊成者甚鮮；即屬於Syndicalism派之社會主義者，亦殊屬寥寥。勞動組合間有傾向基爾特社會主義者，亦非有力分子。此種理想，與信仰國家萬能，謳歌官僚政治之德意志國民性，終難融合。雖政體已改共和，思想漸趨自由，然多年涵養之民風，非一朝一夕所能移易；故以勞工集團，爲經營產業主體之計劃，終無支配德人頭腦之力量。此種理想，即在英法二國，亦成效不著。各國社會主義者，勞工指導者之間。多視爲未決懸案，加以保留。德國社會運動先覺者之缺乏勇氣，自屬當然之事。加以俄政府最初之試驗，其經營產業之形式，以勞工爲經營之主體，未幾即歸於失敗，德國革命政府，懼蹈覆轍，不敢採用，固無足怪也。

產業公有之形式，純歸官營，或純歸勞工經營，均不能得多數國民之贊同；於是公有調查會，及其他團體擬設半官半私之特別機關，爲經營之主體，此種主張，最爲有力。其組織方針，使國家代表，勞工代表，消費者代表，同時參與（資本家代表之應否參加，當時辯論甚烈，茲姑不贅，詳述於後），而其最高監督之任，則以政府當之。

雖然，依此方針而組織之機關，其爲一種行政機關乎？抑將付與法人之資格乎？若以爲法人，則公法人乎？私法人乎？議者各執一說，迄無定論。第一次公有調查會，主張認爲行政機關，設煤炭審查會爲其中心。該會性質，純與股分有限公司相同，而以國家爲股東；但附和其說者，亦甚寥寥。此等法律問題，既一時不易解決，遂致從經濟方面，認半官半私之特別機關，爲產業公有最適當之形式。此種見解，漸得多數人民之贊同。其後成爲法律，見諸實施之煤炭公有法，加里公有法，及成爲法律尙未實之電力公有法，大體均採用此種形式。由是觀之，上項主張，在當時若何有力，可概見矣。

(c) 資本家之存廢 以半官半私特別機關，爲公有形式，既大體解決，其組織上准許資本家參加與否，又成爲爭論劇烈之問題。所有意見，約可分爲二派：(一) 產業既歸公有，資本家應即廢止，對於其所有企業，與以相當之補償而收買之。至補償之方法，則有主張發給政府公債，或特別機關債券者；有主張由政府規定期限，付與年金者。要之，對於蘇俄之沒收方法，絕不採用，純係給與補償，收買民業；而其結果，則否認資本家之存在。此種方針，若被採用，則在新組之特別機關，資本家之參加問題，自歸消滅。公有調查會等所發表之意見，主張以買賣價格，或收益價格，爲補償額之標準，發給相當之特別機關債券。至於補償方法如何？係另一問題；苟欲社會主義徹底實行，則否認資本家之存在，實屬當然之事；然發給債券，亦非徹底之辦法。此種方法，一旦實行，企業地位之資本家，固可絕滅；而債權地位之資本家，則永無絕滅之日。主張上項辦法者，爲補偏救弊起見，復欲訂定所得稅繼承稅等項稅制，對於資本家課以重稅，使於某時期後，完全失其地位。但資本家受補償法之影響，仍係一時的非永久的。(二) 與此反對之意見，主張產業雖歸

公有，資本家仍應許其存在，國家於適當範圍內，加以管理，使資本家與勞工立於對等地位，參加新組機關。此爲調查會少數之意見（資本階級，當然從而和之；）但又可分爲兩派：（甲）以國家爲新機關勢力之中心，資本家僅立於與勞工對等之地位，參加經營；（乙）使新機關之性質，類於資本家之團體，勞工於特定範圍內，參加經營，國家僅爲最高監督而已。然兩派持見所異，究亦不過程度之差而已；至以資本家之存在爲前提，設立公有機關，則兩派固具有同一之理想者也。

與此相類者，有所謂混合企業案焉。依據該案，並不組織新機關，卽就現有資本家之企業，政府於一定範圍內，加入官股，歸官民合辦，並許勞工參與，此並非新奇之形式，徵諸先例，如聯邦及自治體事業，以此方法行之者，不勝枚舉。

上述維持資本家存在之意見，資本階級，當然竭力贊成；即多數社會黨之間，執此主張者，殊不在少。其理由究何在乎？蓋彼等明知資本制度，確有缺陷，但深信一國生產，非有資本家發於利己心之行動，不能充分發展；且德國戰敗之後，賠款負擔過鉅，與其將資本家一舉滅絕，不如預定在某時期內，利用彼等以謀生產之發

展；當屬得策也。公有調查會設立之初，於十二月十一日發表之調查方針，明明有「輸出工業及國際貿易，宜暫時不列入公有範圍之內，以維持資本制度之現狀。」等語，亦足以代表該派之意見者也。要之，其方針所在，即資本制度雖應否認，但爲一時權宜之計，宜使資本家繼續存在，以利用資本制度之所長，並以公有形式，補資本制度之所短。

資本家存廢之問題，公有調查會曾議決廢止；但輿論則傾向於維持。威馬爾國民會議，議決之公有法，大體採此方針。

(D) 產業公有之實行方法 產業公有之實行方法，舉各種產業同時實行乎？抑按步分期實行？易詞言之，即全部公有乎？部分公有乎？輿論趨勢，主張全部公有者，甚屬寥寥；不特公有調查會採用部分公有之方針，即多數社會黨亦傾向此說。二月十三日沙戴滿氏對議會之說明，有「分別產業種類，視其發達狀況，已帶有獨占之性質者，宜歸公有，如鑛山電力廠，尤適於公有，歸國家或聯邦或地方團體之經營，乃至當之處置。」云云。嗣勞兵會全國總會，復於一九一八年十二月二十日，

有鑛山公有之議決。

關於產業公有之適用範圍，舊時學說甚多，至是更衆議騷然，就中主張視其集中之程度，以定公有與否者，頗爲一般所公認也。蓋無論何種產業，集中之度，日漸進展，而呈獨占之性質者，若委之民衆，則消費者所受之禍害，將至不堪設想。故爲維護公益計，殊有歸諸官業之必要；且產業漸漸集中，其經營方法，有由商業的而變爲行政的傾向；小規模之企業，以個人之單獨行動爲必要；易詞言之，即前者宜由私人經營，後者應歸官業經營。此乃社會主義向來所主張，亦即馬克斯派社會主義之根本思想。若於此等條件，不加考慮，漫然實行公有，則經營方面，必發生困難，生產方面，亦自不免窒礙，蘇俄往事，殷鑑不遠，德國社會主義者，知之已審，全國輿論，傾向於部分公有，殆必然之事也。

產業公有之方針，既定於部分公有，其實行順序如何之問題，復接踵而起，即宜於上下的公有乎？抑宜於水平的公有乎？上下的公有之實行，係就特種產業，分期舉辦，始於原料之生產，其次爲粗製品之製造，其又次則精製品之製造。水平的公

有實行，係以特殊產業爲中心，舉其他性質上相類之產業，盡歸公有。例如先行鐵礦公有，製鐵業次之，器械製造業又次之，是上下的公有也。以綿織業爲中心，舉其他性質上相類之絹布業，毛織物業，麻織物業，盡歸公有，是水平的公有。該項問題，議者亦各異其詞；但上下的公有論，頗得多數人之贊同；煤礦及電氣業之公有，尤爲舉國一致；試觀各項產業公有之立法順序，即可推知矣。

威爾馬憲法會議之任務，本在制定憲法；但產業公有制度，竟列議程之首，其產生亦在憲法之前，然則德國人民之重視該項問題，概可見矣。

德國產業公有法，公布於一千九百十九年三月二十三日，該項法律所規定者，爲關於產業公有之一般原則，嗣於制定憲法之際，復將其內容納入憲法。

根據產業公有法而產生具體的法律，計有三種：（一）煤礦公有法（三月二十三日）及其施行令（八月二十一日）；（二）加里公有法（四月二十四日）及其施行令（七月十八日）；及電力公有法，（十二月三十一日）是也。此等法令之內容，大體如次：

一、煤礦公有法

煤礦公有之機關，由礦主組合與煤礦審議會組織而成；組合爲私的法人，所以謀礦主之統一，而當營業之任者；而審議會則公有的機關之性質，以公益爲主眼，而定營業之方針者也。

按煤礦組合，係由礦主組織而成，可分爲地方組合與中央組合之兩種階級。凡屬礦主，均應強制加入，全國地方組合，分十一區，每區有組合一，地方組合之職員，有理事，有監事，由組合員選舉之；但理事中，須有一名，由監事於審議會內勞動代表所指定候補人五名之中推定者。監事中，須有二名或三名，由有權選舉監事者，於審議會內勞動代表所指定候補人三名至四名之中選定者。

中央組合，以煤礦地方組合及有煤礦之聯邦組織之，其職員，有理事，有監事，由所屬地方組合選舉之。理事中之一名，須由勞動代表所指定候補人中選定之，方法與地方組合相同；但監事之構成，則稍異其趣；監事共計五名，就中三名爲勞動者，一名爲使用人代表，一名爲消費者代表，其選定之方法，先由審議會之各階級代表指定候補人，勞動代表四名，使用人代表二名，消費者代表二名，再由有權選

舉監事者選定之。

煤鑛審議會，以聯邦政府之代表，礦主，勞動者，消費者，商人等一切關於煤之生產消費分配之各階級代表組織之。委員定額六十名，其分配額數如左：

聯邦政府	三
煤鑛主	一五
勞動者	一五
商人	五
消費者及其他	二二

此項委員，任期三期，每年開會二次。審議會內設專門委員會三：

- (1) 關於煤鑛之技術的經濟的委員會；
- (2) 關於使用燃料之技術的經濟的委員會；
- (3) 關於社會政策之委員會。

是等委員會之主要分子，當然分門別類，網羅專家；但其中三分之一，以審議會

委員充之。

煤礦公有機關之組織，其概要已如上述；試更進而說明其權限。

審議會之職員，在其公共經濟之見地，以定經營事業之方針，而圖生產增加，及資木家勞動者消費者間利害之調節，中央組合及地方組合一方面實行此種方針，同時得於此不相抵觸之範圍內，自由行動焉。

審議會權限之主要者：

- (1) 價格之制限；
- (2) 分配之監督；
- (3) 輸出入之管理；
- (4) 鑛山採掘之許可；
- (5) 無益鑛山之廢業及合併；
- (6) 極端競爭之防止；
- (7) 勞動者之保護；

(8) 中央組合地方組合章程之認可及取消。

中央組合權限，可分兩面觀察：(一)以審議會所決定之方針爲根據，而定實行之方法；(二)同時對於地方組合，加以監督。故中央組合，應行執行之事務，其主要者如左：

(1) 對於地方組合，規定販賣地域及販賣額；

(2) 對於地方組合，規定物品分配之方法；

(3) 對於地方組合，規定販賣價格並公布之。

地方組合之權限，遵從審議會及中央組合之指揮，實行其所定之方針；又對於加入組合員之礦主，施以監督。其事務之主要者，如左：

(1) 對於組合員，規定生產額，及其自己之消費額，與應行提出市場之販賣額；

(2) 由組合員彙集其生產品，依各組合員之計算，行共同販賣；但在不背公共經濟之範圍內，許其各自販賣。

對於是等機關之國家監督權，歸於國政府，聯邦政府，及自治體；國政府之監督

，經濟部當之。其方法之主要者，如左：

(1) 政府於審議會，中央組合，地方組合之會議，派遣代表出席，對於認為有害公共經濟之決議，命其取消；

(2) 關於輸入之制限，與以認可；

(3) 命令低減販賣價格，及規定零售價格。

政府對於中央組合，每年發給二十萬馬克之補助金。

第二 加里公有法

加里公有機關之組合，大體與煤礦公有相同，其機關由審議會與組合而成。

惟組合無中央與地方之別，網羅全國礦主，設立單一之組合，此則與煤礦公有相異者也。

組合之職員，有理事，有監事；而理事之中，有勞動者代表一名；監事之中，有勞動者代表二名，使用人代表一名，消費者代表一名。其選定方法，須經由審議會者，均與煤礦公有關於中央組合之規定，殆無稍異。

加里審議會之組織，亦與煤礦審議會相同。其委員定額三十名。

審議會內有委員會三：

- (1) 關於審定加里之委員會；
- (2) 關於工餉之委員會；
- (3) 關於農業技術之委員會。

關於審定加里之委員會，及關於工餉之委員會，均有第一第二之分。不服第一委員會之決定者，應使第二委員會再行審查。此等委員會，以審議會委員組織之。遇有必要時，於委員之外，以具有學識經驗之人充之。

審議會及組合之權限，亦大體與煤礦公有相同，除確立經營事業之方針外，並須就生產之增加，農業之發展，價格之調節，輸入之制限，工餉之討論等，設立必要之規定。審議會之事務，其主要者，對於全國礦主為生產之分布。此項分布之額，每五年改訂一次，以加里審查委員會，當其任。組合之職務，在遵據審議會之決定而執行之。其主要者，就組合員之生產，行共同販賣。

煤礦公有，以共同販賣爲原則，並認有例外；而加里公有，則以此爲絕對之規定。加里之輸入，爲組合之獨占事業，除組合外，不得輸入加里。

對於此等機關之監督，國政府，及聯邦政府行之。範圍手續，與煤礦公有，無大差異。

第三 電力公有法

電力公有法，早已制定；但何時施行？殊不可知。茲僅就其法律內容，略舉要旨如次：

(1) 國有官業

國有官業之實行，設有下列制限，即對於純粹私人事業，有五干基羅瓦以上之水力火力發電所及五萬以上之送電所者；又聯邦地方團體私人之合辦事業，於私人股款占百分之二十五以上者，由政府收買，歸入官業。上項合辦事業，私人股款占百分之二十五以下者，聯邦及地方團體，不收買時，政府得收買之。

賠償之額，應依建設價格，或一千九百十四年八月一日以前，三年之平均收益價

格定之，二者孰爲可行？由本人選擇。

(2) 私人組合

對於官業範圍以外之事業，分全國爲若干區域，使每區各設組合，由政府管理之。此種組合，其組織權限及管理方法，法文無詳細規定。

(3) 混合經營

凡官業範圍以內之事業，合於特定之情形者，政府得依混合經營之方針，改爲官商合辦之公司營業。但遇有此等情形，私人得以其事業之全部，要求政府以相當之賠償收買之。

關於本法施行之諮詢機關，政府組織諮詢委員會，以左列代表爲委員：

議會 五

參議院 五

勞動者及使用人 五

政府 四

聯邦

四

地方團體

四

勞資協會

四

農會

四

使用電力之工業家

二

各項產業公有之梗概，已如上述，其中煤礦公有法，並無抑制資本家橫暴之力，所謂公有，徒存其名而已；故實施未久，即致非難蜂起，請舉其理由之主要者如左：

(1) 此種制度之期望，本在謀價格之低落，保護消費者之利益，而事實上所得結果，幾等於零。蓋審議會之委員，半屬資本家與勞動者之代表。資本家代表，不願物價低落，祇求騰貴，乃自然之勢；勞動者代表，匪特於事業之計算，不甚通曉，對於資本家方面之主張，缺乏反對能力，在彼等主張增加工餉之時，資本家方面並不強硬反對，表面上表示贊成，舞弄其抬高價格，轉嫁消費者之術策，同時使

勞動者方面贊成抬高價格之計劃，於是貨物價格，遂生二重騰貴之結果，商人代表之態度，對於此種趨勢，必更從而助長之。蓋從商人地位而言，自以物價騰貴爲有利，勢必與資本家互相提携，可無疑義；又用煤之工業家，亦常與鑛主同調，故鑛主之提議，自可博多人之贊同。此外一般消費者，及其他份子殆無發言之力，於是貨物價格之逐漸騰貴，靡所底止矣。且經營不利之鑛山，其廢止或合併，亦爲壓低價格之一種方法，但公有法，雖以此歸審議會之權限，然從未實行，實緣審議會中資本家方面缺乏減價之誠意，常以爲此種鑛山，無強制廢止或合併之必要故也。

(2) 依公有法之立法精神而論，審議會係事業經營中樞機關，可指揮中央組合及地方組合；而對於資本家施行制御；然徵諸事實，適得其反；中央組合及地方組合，掌握經營之實權，審議會則不過空泛之批評機關而已；而中央組合地方組合，均成爲資本家之機關；參加此等組合之勞動者消費者之代表，絕無何等勢力，只位素餐而已。加以處監督地位之政府機關，於經營事業之知識經驗，甚爲欠缺，故不能充分適切發揮其機能。因政治上種種關係，對於資本家之橫暴，往往置若罔聞。故

公有制度實施以來，資本制度之弊害，依然如故，並未革除也。

第二公有調查會，即一千九百二十年加浦擾亂之際，經政府與勞動組合協議之結果而召集者也。同年六月公布之報告，其主要者，係煤礦公有。此報告，分爲多數意見及少數意見兩種：（一）多數意見之主張，與第一調查會相同，絕對以資本家之廢止爲前提，而經營之主體，爲特別機關。其組織上，主張廢止中央之組合，審議會與地方組合之間，常保持其直接之關係，使審議會爲機關之中樞，資本家既經廢止，地方組合審議會之資本代表，當然無存在之理由；又地方組合之職員，概歸審議會任命，又分配之方法，完全委諸地方自治團體。自治團體使各該地方之產業組合或商人掌理其事務。此與第一調查會之多數意見無異。

（二）少數意見，以資本家之存續爲前提，與多數意見之論據，完全相異。在特別機關中，資本家之地位，較之舊有制度，毫無變化，但此外如審議會爲管理機關之中樞，廢止中央組合，使審議會與地方組合之關係，互相密接諸點，則與多數意見相同。其經營方法，使組合員，將其生產品，經由地方組合提出審議會，審議會以

原價收買之，按一定之價格販賣之，由此販賣價格之中，劃出若干成，按照左列標準交付加入組合員之礦主。

(1) 原價

(2) 資本利息

(3) 資本償還

(4) 生產在預定額以上者之獎勵金

(5) 生產費在預定額以下者之獎金

扣除此等金額後，所得之餘額，認爲純益，使用於公益事業。多數派對於上項少數意見，表示反對，以爲此等方法，並無防止價格騰貴之力；且原價之計算，須有精密之審查，極爲困難，往往除承認礦主之報告外，無他善策。

上述第二公有調查會之意見，分爲二派；此二派之態度，關於資本家之存廢問題，適當反對。夫以勞動者與資本家之聯合；換言之，由社會黨與資本家之黨政提携而成之政府，對於此種問題，當然不能下明確之決定。調查會之報告，於政府之方

針，毫無影響，公有制度之形式與內容，至今尙未改善，至將來變化何如？尙未易率爾推斷也。

十六年三月一日

英國法律上夫婦之財產關係

（本文載民國十四年五月法律評論第九九期及第一〇〇期署名一鳴）

英國明定夫婦財產關係之法規有二：一爲判例法，即普通法 Common Law 是；一爲成文法，即自一八七〇年至一九〇六年，迭次公布之『既婚婦女財產法』 Married Women's Property Act 是也。

例如『由婚姻所生一切費用歸夫負擔』之原則，在日本規定於民法（第七九八條吾國民法草案第一三五六條亦有同樣之規定），而英國則以判例爲根據。

英國關於夫婦財產制之重要法規，係由十七世紀末葉以來積累無數判例而成。但依此等法規，妻對於財產之享有及處分，殆與無能力者無異，實爲一大缺憾。

就普通法而論，倘無特別契約，凡由妻所有土地而生之一切收益，盡歸其夫；又

一旦正式結婚，夫即有任意處分妻之不動產之權利。此等規定，皆由於普通法上所謂「夫婦一體」(A husband and wife one)之原則而產生者也。

凡此種種缺點，積時既久，漸爲社會所不滿，於是上述之既婚婦女財產法，遂應運而生。該法規定，頗爲繁密，約言之，即法律上明認妻之特有財產，凡與其財產相關之法律行爲，無論權利，或義務，均有獨立人之資格。故欲知英國法律如何保護妻之財產？換言之，欲知英國家庭中，妻在經濟上之獨立程度如何？均當於此既婚婦女財產法求之也。

今試先就英國判例條文之中，摭拾一二，藉供考察吾國家庭生活之材料。

上述普通法，以夫妻爲一體；故夫妻之間，無從訂立契約，妻得與夫訂立契約，指定某種財產爲自己之專有物，實始於一八八二年之既婚婦女財產法。在該法以前之衡平法，亦有與此類似之規定；但以有特別情形者爲限，不過對於上述「夫婦一體」原則之一種例外而已。

在東洋諸國，夫婦間訂立契約之事，甚屬罕見，而近代英國夫婦，則幾於無一不

訂有契約。但妻若默許夫受領其專有財產之收益，且夫婦同居，扶養無缺，則該項收益，可推定爲夫之所有財產。

夫有酌量自己所有資產及身分而扶養其妻之義務；但因妻不貞，已經別居者，不在此限。反之，妻之一方，在一八七〇年既婚婦女財產法公布以前，依據普通法，絕對無扶養之義務。第就現行法言之，則有下列情事之一者，妻對於夫亦有扶養之義務：（一）自己有專有財產者（有判例六），（二）夫已陷於受貧民法所規定之救濟者；（三）審判衙門以判決命妻扶養其夫者（一八八二年既婚婦女財產法第二十章）。

我國民法草案第一三五二條『夫妻互負扶養之義務』云云之規定（日本民法第七九〇條亦同），驟視之，似與英法無異；然立法精神，大相徑庭也。

所謂扶養義務，實際上成問題者，要以妻之衣服，化妝品，及其他個人用品爲主。吾國與日本之主婦，其一身光陰，大半消耗於育兒烹飪，而西人主婦耗費之時間，則以出外交際購買物品爲最多。故妻任意購買物品，及其他發票，夫在如何範圍

之內，非支付不可？實爲西洋家庭生活之重大問題。由法律上觀之，卽成爲夫對於妻所爲契約之責任問題。關於此點，可分爲四種情形：

(甲) 夫妻同居者。

(一) 平時對於其妻不給定額之零用 (fixed allowance) 者。原則上，妻因獲得必需品而訂立之契約，足以拘束其夫；換言之，妻因購買必需品而欠之款，夫有償還之責任是也。吾人非了解不可者，厥有二點：(a) 『此拘束力之根據』，夫何以有履行其妻所爲契約之義務乎？吾國民法草案，採用代理說，一三五五條有『妻於尋常家事視爲夫之代理人』云云之規定，與日本民法第八〇四條之規定，完全相同。英國判例：亦採用代理之說；據某派學者之解釋，謂夫雖曾以明示之意思，限制其代理權，對於妻所爲契約，仍有責任。故所謂代理關係，乃夫妻之身分關係。卽視爲男於結婚之時，已經訂立『對於其妻在生活上應爲必要扶助』之契約。此種義務，乃其結婚契約所生之結果。(b) 『必需品之意義』，此種問題，未可一概而論，在訴訟之際，爲推事者，應就時代之生活標準，夫之資產身分，妻之職

業等，一一加以參酌，分別決定者也。（陪審員應判定有無證明代理權存在之事實）

最近判例，如一九二二年四月倫頓女服商西馬對於陸軍少校金士戈夫婦提起請求償還其夫人購辦衣服費三百五十磅十四先令之訴訟事件。該案內容，有左記三項條件：

- （一）夫妻同居中成立之契約；
- （二）其夫未給零用與其妻；
- （三）所購衣服爲必需品。

以上三項，皆經證明，確係事實，故推事引用上述原則，判令金士戈償還其妻購辦衣服之費；對於其妻，則不復追問。吾人於此案，有應行注意者二：其妻曾於一九二四年提出請求與其夫別居之訴訟，結果獲得勝訴，自是以後，別居已歷年所；但因此項衣服係在同居期內所購辦者，故有如上之判決，一也。又金士戈因其妻所持特有財產爲數頗鉅，因主張其妻有支付衣服費之責任，但上列三項條件，已經

證明確爲事實，故不論其妻有無資產，對於該項衣服費，終無支付之責任，二也。上述判決，係以普通法之原則爲根據，即就衡平法(Equity)而論，妻欲辦必需物品，亦可認定其夫有代償之責，得行使其舉債之權能。由是以觀，西洋恃月薪生活之男子，恒視結婚爲最大糜費，多抱恐怖之念，非無由也。

(二)給予定額零用者，妻不但無上述之代理權，且有少數判例，認爲妻自零用之中所貯金錢，仍爲其夫之所有。此種判例有無惡影響及於社會？在立法政策上，甚有研究之價值也。

一九二二年四月，倫頓婦人衣服商葛蕾 Grey，向恰司加德伯爵，請求代償其夫人之衣服費二百十五磅。該案公判之時，推事麥加戴氏，鄭重宣示曰：「關於夫之責任及商人之權利，余信其業已達到可以確定之時機。余就本案，已慎重考慮，今將盡予力之所及，宣示判決上所引用明瞭之法則」云云。由此數語，吾人可知該案判決，不失爲重要判例之一。茲略記其事實於左：

(一)恰司加德伯爵夫人與克拉賓伯爵通姦，於一九二二年偕逃至法國。在葛蕾提

起訴訟之前，已宣告離婚。該項衣服，即預備偕逃時應用之旅裝；但購入之時，爲同年七月，尙在離婚之前。

(二)伯爵曾欲規定每年給其妻定額零用九百六十磅，當時其妻表示不滿，並聲言不能同意。

(三)伯爵每年收入約四千磅。

(四)結婚時，曾爲其夫人存貯金一千五百磅於銀行，不過旬日，夫人將此項存款，浪費淨盡，自後伯爵欲防其濫費，有規定上述定額零用之舉；並聲言限制其妻消費不得超過規定之數。

(五)一千九百二十一年七月所製新衣八件，以其身分而言，不必如此講究，故判定爲奢侈。

(六)夫人本爲歐洲陣亡某大佐之未亡人，後携其前夫之子二人，再醮伯爵。推事麥加戴氏對於該案判決中應用之原則如左：

(一)在必需品(衣食住)之程度以內，妻得視爲其夫之代理人。

(二)此種代理關係，可以其夫之明示，或同居，及其他事情推定之。

(三)在左列事項中，夫若能證明其一，即可否認上述之推定，免除被代理之責任。

(甲)曾對商人警告：『苟非現錢買貨(On credit)，不得供給物品與其妻。』者(泰晤時報之廣告欄內常有此種告白宣告)。

(乙)曾給其妻以充分之物品，此項物品，與訴訟上發生問題之物品相同者。

(丙)曾對其妻表示意思，禁止其在外賒欠者。

(丁)雖為必需之物，但其分量失之過多，或以其夫之經濟情形而論，得定為奢侈者。

(戊)常給以零用，足以購辦必要品者。

(四)欲以曾給定額零用為免責根據者，其妻對於金額之多寡，同意與否，在所不問。

(五)債權人(即商人)有證明代理關係存在之責任。

(六)以推測有代理關係而作賒賣之商人，即爲故意冒險。

(七)對於不合身分或爲額過鉅之賒貨，商人有照會其夫問其是否承認之責任。

上述恰司加德事件：(一)事實上伯爵曾給充分之定額零用；(二)曾明白表示意思，禁止超過定額之消費；(三)此項衣服，確已超過必要之程度。麥加戴氏，即根據此三點，將訴訟及費用，均判歸原告負擔，衣服商遂致敗訴。麥加戴推事，於上記判決之外，又云：『貴婦之尊，不在於衣服之華美，而在於樸素 *Simplicity*。史家叙羅馬奈羅皇帝，一衣不御二次。此種評議，不可誤認爲讚美，吾人當節省自己用度，爲國家謀繁榮。』云云。

上述記事，未免過於冗長，但非詳述事件之內容，不足以明法律問題之重要；且余之所以不憚詞費者，更有兩種原因：一則闡明判例法之巧妙；一則描摹西洋夫婦之關係，俾吾國醉心歐化之婦女，勿再蹈前車之轍。

上述各節，爲夫婦同居之情形，若係別居，當然另一問題。今試就別居一事而言，西洋人目中之夫婦，聖書中所謂由神而結合之人不可分離者也（馬太傳一九〇四

以下)。寺院法，即以此爲原則而訂立。故自中世紀以來，基督教國民之離婚，頗爲困難。時至今日，猶往往受其支配；且離婚費用，爲額甚鉅，實行離婚，殊非易易；因此發生一種應急補救之方法，即夫婦別居是也。夫婦別居，並不舉行離婚手續，而夫婦各行其生活。此種情事，在西洋習見不鮮；而以英國爲尤甚。

(乙) 夫妻別居者

別居分協議別居 *separation by mutual consent*，即夫妻間互相同意之別居，及經別居訴訟依法判定之別居 *judicial separation* 兩種。

(一) 協議別居，更可分爲二種：

(第一) 未支給定額零用與其妻者。(此種別居應用之原則，與上述同居者，大體相同。)

(第二) 給與定額零用而別居者。

別居之時，夫若給妻以定額零用，即可免去責任；更有與同居相異者，所給定額之零用，確實證明其金額不足供必要品之支出，而於別居時，夫妻之間，曾有合意

之協定，則其妻亦無代理權矣。

(二) 法定別居

法定別居，即於判決之中，判定夫對妻應給費用之數，故別居後妻與商人所結契約，夫當然無責任也。

(丙) 夫死亡或發狂者。

關於夫死亡之有名判例，爲伊爾貝里事件。夫在海外死亡，妻在未得死報以前所訂契約，判決妻無支付之義務；然又因夫已死，故其妻已失代理權限，在其夫死亡後對外所訂契約，亦不得由遺產中撥款償還。該項判例，顯係前後矛盾，後經提羅事件，加以矯正。提羅事件之內容，爲不知其夫已發狂，而供給物品與其妻。妻之代理權限，雖因其夫之發狂而同時消失；但其夫之資產，有支付此項貨價之義務。蓋「不得以代理權限之消失，對抗善意之第三者。」之原則，亦於以確立矣。又上述伊爾貝里事件，妻當有支付之責任，其根據出於一千九百十年之某判例，因其過於冗長，始從略。

(丁)妻被夫遺棄或虐待或驅逐者

妻被遺棄者應用之原則，與別居而不支給定額之零用者相同。妻有權與人訂結「其夫有支付義務之契約。」但查已往之判例，關於妻之權限，限制甚為嚴格，須十分必要之物品，方可訂約購辦，使其發生支付代償之義務也。

夫若驅逐或虐待其妻，或招 *improper person* (指情婦) 到家，其妻不能忍受，因而離家，則妻之法定權限，不但與被遺棄者相同，且其夫雖向商人否認其責任，或豫作否認之警告，均不發生効力。衡平法之鼻祖愛德氏之判決中，有「驅逐其妻則妻之必要費用從此而出」(If a man turns his wife out of door should pay for her reasonable expenses) 云云，後世傳為美談。嗣後變本加厲，如有遺棄驅逐或虐待等情，妻因欲購辦必要品所借債項，亦視其夫為債務者。此種判決，不乏先例，但在遺棄驅逐之前，妻若有通姦情事，則夫可不負上述責任矣。

要之，英國為婦人獨立最古之國，自既婚財產法制定以前，至於今日，其間立法之解釋及變遷，約可分為三種時期：第一期為普通法時代，妻在民法上，關於財產

，係無能力者；至新民法應時代要求而產生之後，則入於第二期矣。既婚婦女財產法，制定於第二期內，復經多次修正，妻之財產權限，大見擴張，至現行之一九〇八年民法，達乎極點。但最近數年之判例，對於從來判例及成文法所認妻之權能，有竭力加以狹義解釋之傾向，此不外第二期擴張時代之反動，蓋已漸入於第三期整理時代矣。

十四年五月十日

法律行爲之解釋

（本文載民國十六年五月法律評論第二百零期署名季珪）

甲乙二人締結契約，就其契約條項之意味，發生爭執時，將依如何之標準，以解釋其契約？此乃司法官最大之問題也。

吾國法令，關於法律行爲之解釋，未訂專條；故爲司法官參考起見，將法德二種主義，譯載如左：

法國民法第一一五六條，規定：契約之解釋，應探求當事人實際之意思，不宜拘

泥文言。此則明白規定以當事人之實際意思，爲法律關係之基本也。

德國民法第一五七條，規定：契約之解釋，應以誠實 (Treu Glauben) 爲基礎。所謂以誠實爲基礎者，在實際上並不注重於當事人之意思，以社會之通念 (條文用語 Mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) ，誠實解釋其契約之意味耳。學者間有以左列之見解，說明該條之意義焉。

「契約者，并非因當事人之所欲而爲正當；因其爲正當，故當事人所欲。」云云。

於茲舉一具體之事例，以說明之：地主與借地人間之爭執，在大都市中，乃常見之事例，此實一重大之社會問題也。在大都市中，因欲建築房屋而賃借土地，其所訂之賃借期間，每有短至二年三年者。地主一俟期滿，即要求增加租金；所增者，又爲鉅額，借地人拒絕承認時，地主往往以賃借期間業已終了爲理由，而請求交還土地。此種爭執，實屢爲法院之問題。以余所思，此種爭執之爲社會問題，確有二種之意義。其一，則地主壓迫借地人也。地主以土地價格之自然增加爲理由，而無要的要求增加租金，實不適合於公平之原則。蓋土地價格之自然增加，乃借地人利

用土地之結果，地主實未見其有絲毫之功能也。其二，苟以交還土地之要求爲正當，則所建之房屋，雖不過二年三年，亦不能不使其拆去。其自國家經濟之點言之，庸得謂當？况自社會之進展而論，建築房屋，實應予以重視而獎勵之；如蔑視借地人之地位，貿然不加審慎考察，即予地主以勝訴，實無異輕視房屋之建築，而未顧及社會本身之繁榮也。故吾人當解釋此種契約之法律行爲時，當以公共秩序善良風俗爲標準也。即就借地之目的（因建築房屋）與二年三年之短期期間，並行考察之。自單純的形式論理而論，二者雖非矛盾之思想；然以現代之思想言之，二者實難並立也。建築房屋，二年三年之後，即行改造，不特事實上每多難能，情理上亦所不許也。賃借某一定之土地，以建築房屋，乃利用土地也。土地因利用，方得全其社會上之作用；故利用土地者，法律應予以保護也。賃借土地以建築房屋，其約款訂爲二年三年，是不僅於借土地之目的不甚適合；且影響於公共秩序及善良風俗也。借地人雖有應納相當租金之義務，然地主無理之要求，決難予以贊許者，不可不知也。

十六年四月三十日

成年年齡

(本文載民國十五年五月法律評論第一四九期署名一鳴)

以幾歲爲成年年齡？此乃民法上之問題也。依從來一般法學者所說，成年年齡，應以各國國民一般之教育程度，知識，能力等，爲標準而定之。苟如斯言，則國民一般之教育程度，知識，能力，如日漸進步，則其成年年齡，不能不逐漸減低。

雖然，依歷史所示之事實，則適爲相反。在羅馬法之成年年齡初爲十四歲，迨後文明進步，而其成年年齡亦漸次增至二十五歲。依法國法制史家威屋蘭之所說，則歐洲中世諸民族所定之成年年齡，均甚低小；及後文明進步，乃增加爲二十歲或二十一歲。最可注意者，紀元十三世紀時，西部法國與英國，或則貴族之成年年齡，須二十一歲，而平民則以十五歲卽爲成年；或則貴族之女，以十五歲爲成年，而平民之女，以十二歲爲成年。苟僅就教育及智力之點而言，則後世羅馬之人民，優於原始之羅馬人民者，何止倍蓰？中世歐洲貴族之子弟，得受良好教育，其智力當勝

於平民者，亦可無疑，乃其成年年齡之高下，與前述標準，適成反對者，何故耶？

法國有名之社會學家托爾禿，對於此種奇異之現象，曾發表其意見，曰：「在未開化之社會，職業簡單，雖年少者，亦得獨立經營，去貧窮之親屬，受雇於人，獨立以謀餬口之計，在彼等反覺幸福。換言之，成年制度之價值，取於彼等，實甚輕微也」。其說詞誠屬巧妙。後代羅馬人及中世貴族之成年年齡，所以提高之理由，或可以此說明之矣。

於茲吾人欲進一步以研究現在所認未成年人之制度，其社會的價值如何？凡因文明進步而已提高之成年年齡，現在能否減低？抑永無以減低為必要之時代耶？

原來未成年人之制度，乃以少年人知識幼稚，經驗薄弱，為保護其財產之制度；故有時雖蔑視對手方之利益，亦所不顧。此種制度，對於已有財產者；或因此而可得財產者，固大見厥功，在以勞務為唯一資本者，恐因之反失利得之機會，自無何等價值之可言矣。蓋彼等既無財產，故雖設未成年人制度，亦無物可受保護。民法

者，唯一之財產法也；苟以保護現在所有財產爲目的，則未成年人之制度，固大有其存在之價值；然就目下大勢而論，國民之大多數，均非生而即具有財產者，必須依勞動謀生計，從前以保護財產爲必要之民法，在今日潮流之下，既均主張保護勞動，則基此同一理由，成年年齡，似亦應略爲減低。

未成年人應服從親權人或監護人；親權人或監護人，雖多與未成年人有親密之關係；但亦未必均屬如是。其屬於例外者，吾人亦常聞之；且在依勞動而生活之無產社會，甚有爲親權人或監護人者，利用其親孝監督之美名，而以未成年人由勞動所得之利益，供其揮霍者，亦屬不少。此種親權人及監護人，幾視未成年人之勞力爲 *exploit*，爲親權人或監護人者，當然可以利用。由此點觀之，在彼等勞動少年減低成年年齡，一方使其多得自由利用勞動機會；同時使其早日脫離親權人或監護人之拘束，恐屬必要。且親權人及監護人之濫用其地位者，不僅無產階級爲然，即資產階級間，亦常聞其例焉。此成年年齡所以有減低之必要也。

成年年齡之應減低者，除上述理由之外，尙有第三種理由焉。即邇來教育之發達

，民智之進步，已見顯著，且在貧苦少年可得經營之工業，亦已漸次由手工業而移於機械工業，一人所分任之工作，日漸簡易，腕力智力等之運用，亦日見減少。在如此情況之下，苟能減低成年年齡，在無產階級之少年，實屬非常有益。

前年法國議會，曾有提案主張成年年齡，應改二十一歲為男子十九歲，女子十八歲者。俄國新民法，已定十八歲為成年年齡。

（此篇係記者在日留學時法學博士木弘嚴太郎所談）

十五年四月三十日

讀蜜德爾斯丁之司法改良論

（本文載民國十四年十一月法律評論第七九期）

蜜德爾斯丁 (May Mittelstin)，係德國法界中之海法大家，曾繼續完成 Schapp 氏之海法詮釋一書，遂為學者所推重。此外關於內海船舶運送法，亦時有極精透之議論發表，人皆爭先購讀以為快。同時又為德國國際商業最繁盛之漢堡商港 罕撤高等法院 院長。命名嘖嘖，邇遐稱頌。蜜氏既長雄辯，且善為文，在漢堡海商協會 中，與

漢堡大學 Wustendorfer 等，論難辯爭，頡頏相抗，而罕撒法律雜誌，對於蜜氏海法上之意見與判例批評，幾乎無期不載，事實上該雜誌不啻由蜜氏所編輯然者。近閱該雜誌上年三四五月各號，大爲德國司法界有所貢獻。其關於司法改良之部分，尤多注意研究之價值，爰節錄之，以爲介紹。

第一，即推事之地位，與其薪俸之關係是也。蓋欲使推事之地位，高尚純潔，固有種種改良之點；然其中最關重要者，莫如增加俸給若也。蜜氏對於自一千八百七十九年十月一日法院編制法之實施，以迄今日漢堡法官薪俸之歷史，論述綦詳，謂大戰開始時，法官之薪俸，係照一千九百十一年改正法支給，普通推事之薪俸，約合華幣自二千元至五千元；庭長及地方廳之上級推事，并高等廳推事，爲六千元；地方廳廳長，監督推事，及高等廳庭長，則爲八千元；至高等廳廳長，爲一萬元。乃時法官確能維持相當之生活，其撙節勤儉者，且能給養家族，而稍積蓄。迨戰爭既起，現金爲戰時公債所吸收，馬克價值跌落，受損已鉅；加以所有住房，因戰時中之強制經濟，與革命後借家人保護法之結果，房租收入，殆等於零。其時薪給令

雖經修改，而奉職於柏林漢堡等之大都會者，因與偏鄙之地，情形不同，生活尤感困難之故，并依其家屬子女人數之多寡，而設有差別的合理加俸制度。然德國本位貨幣，價格跌落之程度，遠過於薪俸增加之比率。其時法官月薪，實際上竟有尙不如郵政脚夫之所得者；窘迫困苦之狀況，蓋可推見。惟正當國步艱難之秋，所有大學教授律師官吏等，均同受此種之慘淡生涯，不僅法官爲然。司法官亦惟有奮發精神，恪守厥職，以冀國運之早恢復而已。洎乎去冬十一月間，勞動者首先運動價值不穩定之紙幣賃銀，須按價值穩定的金馬克之行市，照數支給。事既成功，而官吏薪俸，亦相繼變更，改用金馬克制度，官吏生活，遂稍得救濟。惟據蜜氏之報告，戰前最初級推事之所得，亦有二千元，而今則已婚且有子之同級推事，其遞加之薪俸，尙不及一千五百元之數。較諸戰前書記官之薪俸，猶瞠乎其後。夫推事欲維持其地位，不得不備相當之服裝，且須購讀職務上有關係之書報，無益之社交酬應，雖可節省，然相當的文化上之支出，則決不可少。今則薄薪所得，至屬盞盞，維持個人生活，尙覺左支右絀，苦不堪言，矧已婚且有子女者乎？一日遭遇疾病等之

意外事故，更屬不堪設想，勢必至債台高築，索逋盈門，時刻爲貧乏所驅迫。處於如此狀態之下，欲望法官之獨立不羈，其可得耶？縱有一二傑出，素懷職務上獨立的襟度者，然因物質上已處於不能獨立之窮境，則其精神上之獨立，亦難長久繼續，自可斷言。蓋法官之地位，與其俸金之厚薄，實有不可分離之關係存焉故也。我國法官資格，限制綦嚴，事務又極繁忙，遠非行政官吏之濫登混雜，望名伴食可比；然薪給則反較行政官吏爲薄，事理上已欠公允。加以年來國家財政支絀，實發尙不及額定薪金之半，同時物價則日益騰貴，不知底止，其生活上之窘迫狀況，奚待詳述。吾人值茲經濟現象之際，對於密氏加俸論之主張，殊不能不表同情矣。吾人苟不欲求公正廉潔之法官則已；不然，苟欲法官對於人民之自由生命財產，能爲公正不羈之判斷，應先使法官之日常生活，能處於獨立地位，且須使其家族，將來可無物質上之危險而後可。非然者，則法官純粹完全之獨立精神，殊難保持也。密氏視法官加俸問題，爲德國復興之第一急務，吾於今日我國亦云然。

次爲法官之停年法是也。德國法官之停年制度，以一千九百十九年新憲法第一百

○四條爲濫觴。普魯士一千九百二十年十二月之停年法（以六十八歲爲標準），及漢堡一千九百二十一年七月之停年法（以七十歲爲標準），均以該憲法爲根據者也。惟當時一般人士，對於上項停年法令，議論至屬紛歧。柏林漢堡，因停年法而退職之法官，頗有提起訴訟之事。茲舉普魯士前評政院院長及評政員之起訴案件，以資論證。該院院長及其評政員中，多有年齡已逾六十八歲者。按照停年法之規定，應即退職。但彼等之官職，依據普國評政院法規，自任命以後，除因身體或精神衰弱，不能執行職務外，有不得違反本人意思，命其退職之保障。彼等因有此保障，故繼續職務，至於今日，未嘗見異思遷，今忽因停年法而命其退職，不獨破壞歷年成例，且違反憲法，即憲法第一百二十九第一項，有規定『不得侵害官吏之既得權』之故。又依照憲法同條第一項後段之規定，倘因不得已而命法官退職，則普國應支給退職年金。該評政院院長及評政員等，遂根據憲法，向法院訴求損害賠償。結果在柏林第二審，雖承認原告之請求；然至大理院，則下一長篇之判決，駁回原判決，而普國卒獲勝訴。按柏林第二審之判決，謂官吏之任命，雖係國家之一方行爲，

然亦以明示暗示之契約爲基礎者。國家與官吏之關係，雖屬公法的關係，然係特種的公法關係，含有與私法上雙務契約及雇傭契約相似之效果者。因此理由，官吏對於國家之請求權，應受該官吏任命時的任用法之支配，其與以後變更之法規，不生影響。憲法上所謂既得權之觀念，即由此而生。憲法對於救濟既得權之侵害，容許被侵害人提起訴訟者，蓋豫料任命以後，必有另制之新法，侵害既得權之事實發生故也。惟大理院之判詞，則反之，大意謂國家與官吏之關係，純爲公法關係，不得以私法上之原則，比附類推。其由官吏關係所生之請求權，應隨時受變更法規之支配，決不始終不易，受任命當時法規原則之拘束者也。至憲法不得侵害官吏既得權之規定，因革命憲法制定之時，一般官吏，恐日後地位，根本動搖，惶惑萬分，故特設此規定，安慰官吏社會，以爲無故停職之保障耳。在憲法法理上，既得權非有補償不得侵害之原則，祇爲對於立法者之原則而已。故大理院關於既得權之解釋，不認終身官有終老官職，以至死亡爲止之權利。苟以法律限制既得權，不問其法爲國法。仰爲邦法，均不得認爲違憲，且普國評政院關於評政員之終身官的特別保

障，僅普魯士一國之國法，今以同國停年法限制之，更不得認爲違反憲法云云。此即德國大理院關於評政員起訴案件判決文之大較也。

至關於司法官之停年法，亦詳論及之。謂：憲法第一百〇四條，原係保障法官之獨立，與其終身官之地位者；然該條第一項第三段，有一推事之退職，得依法律規定之定年行之」之規定。此所謂法律，亦不論其爲國法抑或邦法，苟經依據法律而產生之停年制度，當然並不違反憲法；亦與法院編制法，不生牴觸，更無所謂侵害既得權也。再普國停年法之定年，以六十八歲爲限界，在吾人之生活經驗上，實得乎當。蓋除少數特例以外，普通官吏，達此年齡之時，其肉體與精神，俱已衰頹，不能勝任職務，與其年老龍鍾，遺誤要公，何如及時引退，爲少年後進，開登庸之門，啓發展之路，而於司法前途，亦裨益匪細云云。當時法曹界中，對於此種判決，因成爲議論中心之點，然結果判決既定，多數法官，因定年之限制，遂不得不停止職務，而遵守新法制也。

戰後德國財政，困難殊甚，因而至前年十月二十四日，復將一般官吏之定年，改

以六十五歲爲限界；將大理院推事，審計院審計員，及財政部官吏，則仍以六十八歲爲限。漢堡於翌月亦制定同樣之法律；惟漢堡推事，原以七十歲爲停職之定年，至前年忽以六十五歲爲限，因受至大之打擊，而不平之聲，遂響應彌高。密德爾斯丁氏，即其中大倡不平鳴之一人也。其所論評，俱係實際上之問題，關於該停年法之是否違法，則略而勿論，謂：執行職務之能與不能，乃係各個人自決之問題，若一律以法定之定年，爲衰老之標準，必扞格難行，與事實悖謬，徒爲一稀退步的規定而已。蓋推事之年齡，與職務之關係，往往因年歲愈高，經驗愈富，而判斷力亦愈益精確。所謂老而益壯，大器晚成者，史例昭昭，何可勝數？前罕撤高等法院院長歇裴根氏，曾謂有名之法官，其年齡必在古稀以上；且徵之罕撤高等法院之歷史，亦未聞因推事年高七十，而有遺悞職務之事；是故停年法，雖因國家財政困難而產生，然其實質上乃一惡法也。近年普魯士漢堡 (Hamburg) 劉倍克 (Lübbeck)，勃羅門 (Bremen)，竟相率採用此新停年法矣。爲司法前途計，實不勝遺憾云云。夫德國行此停年法之原因，雖半出於財政上之理由，然一方亦所以爲少年後進，啓

登庸之門，擢拔英才有爲之士，使其不至久困缺望，紛紛從事于工商業者也。因此歌頌稱述之者，殊不乏其人。密氏關於此點，固亦未嘗忽視，惟以爲推事年齡高邁，與審判之威嚴，至有關係，不得與其他普通官吏，併科同論，一律以六十五歲爲定年，主張應卽從速改正，仍恢復七十歲之停年制度爲常焉耳。吾人苟將英國司法制度，參酌研究一比照之，則覺密氏之所提倡者，實有不勝耐人尋味者矣。夫德之推事，與英之推事，其社會上之地位，與世人尊敬之程度，原不相同。其不同之原因，蓋于觀念上權限上以及人數上，均各相異也。按英國法官，如非訟事件，登記，遺言，遺產，破產及強制執行等，概不掌管，與德國全異；故其判決之權限，祇對於上述各項以外之民刑事事件，與行政訴訟而已。人數較少，此亦一因也。德國推事，素以法律之奴隸，與法律適用之機械自任，而英國推事，則不以法律上文字之末，爲唯一依據，故不受學究論理與概念法學之拘束，乃以國民法律生活爲準則，務期與民衆之法律感情，融洽合致。其判決之發表，非若德國之屬于審判廳者，乃爲某某法官之判決，如泰晤士報等各大新聞，均冠以某某的判決之標題，介紹于一

般社會，而供羣衆輿論之批評焉。德國 Frankfort 市長 Adickes 會著 司法改造論（一九〇六年版）一書，對於英國之司法制度，竭力表揚，希望德國法曹，應以此爲典型，蓋所見而發也。又吾人試一入倫敦之 Lawcourt 巡視 King's Bench Division, Chancery Division, probate, Divorce and Admiralty Division 等之各法庭，宛如倫敦塔之監獄，純係十六世紀時代之裝飾，古色蒼然，令人肅然起敬；其法官幾無一不高齡年邁，鬢髮蒼蒼，驟觀之，似與近代法律生活，不無矛盾之感想；然其審判之威信，與判決之價值，學府里巷，同聲稱頌，法力之效果，遠駕乎成文法之上；推本究源，殊不能不歸功于推事之老成持重，物望允孚之所致。是即密氏所謂法官年齡與審判威嚴，至有關係之一大明証也。

三爲高等法院之合議組織問題

最後再將密氏關於高等法院組織上之改正意見，略述梗概。查德國審判上之合議組織，原係大理院七人，高等廳五人；嗣爲財政上擲節經費起見，于去年一月四日大理院改爲五人，高等廳改爲三人。大理院雖爲最上級審，不能不盡量網羅各種之

法律意見，但如有五人之數，已足舉合議制之成效故也。輿論對之，尙無何等不滿之意之表示，惟對於高等廳之三人制度，則頗多改惡之論評。密德爾斯丁亦反對中之有力者也。

密氏非難新制度之第一點，謂高等廳之三人制度，與地方廳之人數，無何等區別，名異而實同，有失上級審之特質；且實際上三人組織之合議體，倘審判長與其陪審推事中之一員，意見一致，則其餘之一推事，事實上處於消極的地位；縱法律上之意見各異，然決難再將兩人合致之意見推翻，惟有隨聲附和，犧牲已見而已。是名義上雖三人合議，而實則不啻爲兩人之合議判決也。故密氏仍主張恢復五人之舊制；因五人會審，於兩推事之意見以外，當須徵求其他三人之一致，其判決之根據，無論法律上或事實上，當然較諸三人制爲確當；且其他之三推事，對於案情並不加以詳細之審核，即無固有之成見，其判斷之結果，可免概念法學之偏見，與官僚式之武斷，而促進民衆意向之發展焉。或謂人數一多，各人之性質智能經驗不同，彙合以定一案，未免稽延訴訟時日；然判決貴乎允當，不尙迅速，其粗漏闕失，濫

斷妄決者，雖速庸有何益？徒滋流弊而已也。再密氏非難三人新制之第二要點，謂在訴訟當事人方面，第一審既經三人合議之判決，而第二審仍爲推事三人，殊難使當事人得充分之滿意；若謂第二審之推事，較諸第一審爲優，然究竟何者爲優？難立標準，不足以慰藉當事人之懷疑；惟爲財政上節省經費起見，不妨于三人或五人之間，酌量變通，視案件之難易，再定合議人數之多寡。各民事訴訟，可由當事人請求；刑事則據檢察官之意見，准其由推事五人合議會審云云。現今罕撤高等法院，雖形式上依照新法，以推事三人爲定員，然實際于定員以外，復由審判長指定兩人，依舊維持舊制焉；惟其他地方，則均自去年二月十五日起，一律按照新法，改爲三人合議之組織矣。

十四十一月一日

德國之經濟審判廳

（本文載民國十二年八月法律評論第八期署名治若）

德國當歐戰中，四面楚歌，輸入停頓，軍需用品，大形缺乏，爲其救濟之方，惟

有向人民徵發；惟因徵發而生之問題（例如徵發品價格之決定等）甚多，苟欲使其迅速簡單解決，實非用普通民事審判程序所可能，此戰時軍需仲裁審判廳（*Reichsgericht für Kriegsbedarf*），爲圖迅速簡單調解此種問題而設置者也。迨乎戰期延長，而附隨於此等問題之事項，日漸增加，於是改其名曰戰時經濟仲裁審判廳（*Reichsgericht für Kriegswirtschaft*），廣其職掌，而以關於國家經濟所生之一切爭執，悉歸其處理（例如一九一六年十二月十七日總理大臣命令該機關處理撤銷與敵國國民所締結之契約等）

此種仲裁機關，爲戰時經濟之必要上面設置者，已於名稱上可以窺見矣；惟戰後德國經濟之困憊，依然如舊；加之休戰條約，凡爾賽條約之結果，更生強制經濟之必要；因履行條約，仍不能不用公用徵收之強制手段；且戰後經濟之困憊，尙須由國家機關調護；故此種機關，不但不能裁撤，其職掌之範圍，更須擴大也。此一九一九年五月二十日經濟部命令改稱爲國家經濟審判廳（*Reichs wirtschaftsgericht*）之所以也。

戰時經濟仲裁審判廳審理手續之規定，散見於各種法律；且是時之主要職務，在決定軍需品之徵發價格。今日之經濟審判廳，其職掌之範圍，與前大異；故其審理手續，不能不另以法律規定之。此種法律，於一九二一年五月二十一日公布，而於是年六月十四日施行。

國家經濟審判廳，以大總統所任命之廳長一人，經濟部長所任命之部長，具有法律智識之構成員，具有鑑別能力之實際家（陪審員），及大總統所選任之補助推事組之。此種組織法，使富有鑑別能力之實際家參與審判，使其判決，適合於經濟之實情者，實為該制度之優點。

經濟審判廳部之構成，以部長一人，及常識判事四人為普通；但依法規所定，亦可增加有法律智識之判事二人。訴訟價格在五萬馬克以下者，僅以部長一人，常識判事二人審理之；有當事人之合意時，雖無常識判事之陪審，亦可審理。

經濟審判廳，設置於柏林；惟於必要時，得為巡回審判，故其土地之管轄，不生問題；所為問題者，惟事物管轄之一點耳。

經濟審判廳章程第二條，僅規定就法律所委任之事項，有管轄權，其餘規定，均散見於各種法律，苟將其管轄規定之全體分類，可得左列四種：

(一) 關係戰爭及普通經濟之事項

(二) 關係過渡經濟之事項

(三) 關於休戰及和平條約履行之事項

(四) 關於一般經濟之事項

在第一戰爭經濟時代，因徵發糧食，船舶，藥品，煤，烟草等物，故主要職務，在徵收價格之決定。在過渡經濟時代，其管轄權，較爲擴張；凡因國家對個人之契約解除及失效等而生之損害賠償訴訟，及對於違反輸出入章程已受沒收處分提起抗告之事項，亦歸其審理。迨乎休戰及和平條約以後，因欲履行其條約，故須徵收私人之財產，交付於條約對手國，此時經濟審判廳之主要職務，在決定其徵收價格，他如在外國保護國及占領地，因戰爭而生之損害賠償問題，亦爲其管轄事務之一種。總之，現在此種機關所管轄之事項，已不遑枚舉，苟能一一調查而得之，亦可窺

見現在德國經濟狀況之一斑也。

經濟審判廳之訴訟程序，與民事訴訟程序不同，全以職權主義行之，當事人無知之之必要；且所謂當事人者，一方必為國家，即限於國家與私人之爭執，方能歸該廳審理。當事人對於訴訟之進行，以毫無何等權利，故對於訴訟遲延休止等事，與當事人無涉。無閱席判決及強制辯護，審判亦不公開，至於審判官之迴避，則適用民事訴訟法。

審判之報告，書面口頭均可；關於訴狀之送達，亦無繁瑣之手續。報告不適法時，却下之。判決送至當事人。對於却下判決，二星期內如無不服之聲明者，與終局判決同一處理。不變期間，原狀回復之聲明等，與民事訴訟法無大差異。審理以口頭辯論為原則，考量記錄之全部而為判決；惟有當事人之合意，而其事件明瞭者，得依書面審理之。審判完全依審判官之自由裁量為之。以其為職權主義，故不被當事人提出之證據所拘束。不認上訴制度，認判決更正之報告，其報告之適否，以六人組織之 *der Grosse Senat* 審判之，至於判決之強制執行，則完全準用民事訴訟法

十二年八月一日

俄國勞農政府之婚姻法

(本文載民國十一年法政學報第二卷第十第十一及第十二各期)

本篇摘譯日本國家學會雜誌所載之俄國革命與婚姻法，原文將俄國革命前之舊民法(註一)；及舊民法草案(註二)，與新法比較研究之，故俄國革命及於婚姻法之影響如何？及舊法與新法之異點何在？均詳述無遺。我人閱此，亦可窺見勞農政府之立法精神矣。茲譯其要領如下：

一九一七年十一月俄國勞農政府，正式成立，而爲其最高政治機關之中央行政委員會，於一九一八年九月十六日，裁可關於身分註冊；婚姻親子關係；及監護之法律，使司法人民委員會公布之。該親屬法典，共計二百四十六條，第一章爲出生註冊，婚姻註冊，死亡註冊法(第一條乃至第五一條)；第二章爲婚姻法(第五二條乃至第一三二條)；第三章爲親子法(第一三三條乃至第一八三條)；第四章爲監護法(

第一八四條乃至第二四六條)。當公布時，曾用法制局編纂長亞歷山大霍依區拔爾克(Alexander Hoichbar)之名義，附以『俄羅斯聯合社會主義共和國之第一法典』之序文，而詳述其立法之緣由。其序文多自讚語，茲錄其大意如下：

自去年十月無產者革命後，在未至一年之短期間內，俄羅斯社會主義共和國。雖因防衛內外激烈之攻擊，傾全力於戰事，然尚有餘力以從事於社會主義之設施者，苟一瞥勞農政府法令集，亦當讚歎其立法之神速也。即在其他階級之政府，須經年累月而後能成之事業；在勞農階級之政府，於此短期間內告成之。實則於此數月間，曾頒布許多之法令，而特於此次，統一其材料，填補其缺陷，發揮其社會主義之精神，編纂一有統系之法典而已。原來在完成之社會主義的社會，法律固為贅物，故此等法典，實非社會主義之法律；然目下之勞農政府，則尚在赴此完成時代之過渡期內；至法典之編纂，亦不過適用於過渡時期，非如中產階級之政府，編纂恒久的法典，以圖鞏固其地位也。

當制定此等法典時，學者大加攻擊，即謂純社會主義的社會，不應有此等法制，

以制限人類之自由；然結局仍以過渡時代爲理由，而認法律爲必要；故上述之序文，不僅爲該法典之理由，且可爲新政府立法之宣言書。

茲將一九一八年九月十六日所公布之親屬法第二章，即自第五二條乃至第一三二條中之概要，分列於左：

一 民事婚主義

在新法上，最可注意者，即以婚姻爲民事。婚姻編第五二條之規定如左：

民事婚姻，祇以註冊於公簿一事，即可發生本節所定之夫婦間之權利義務。

依宗教儀式，由宗教師之協助，而締結之婚姻，若非依法定形式註冊，則當事人間，不生一切之權利義務。

我國民法之婚姻制度，素無宗教的彩色，故以此眼光觀察該規定，似不足爲怪；但與舊規定對照之，則實爲根本之大改革矣。即舊法第六一條規定如左：

凡基督教徒，在俄國得各依其教會之規定，習慣，而爲婚姻。

此時雖須遵守教義所定之制限，然毋須民事行政上之特別許可。

在舊規定，以婚姻視為聖典(Sacrament)，所謂宗教婚主義也；故俄國人在外國，雖依法律上之手續為婚姻，然不認其為有效之婚姻；該俄國人歸國後，與他人在教會內，再行結婚禮，亦不為重婚。舊草案仍採宗教婚主義，至新法則否認之；即第五二條之附註（俄國成文法之條文，得附以註，其附註與本文有同等之法律的效力。）規定：

凡於一九一七年十二月二十日以前所為之宗教的婚姻，繼續其效力，是日以後，僅以民事的婚姻為有效。

其理由書曰：「俄國之無產階級，第一須剝奪教會及宗教在其國內之威權」。故民事婚主義，為其重要之手段也。反對論者曰：「宗教的為婚姻，與民事的為婚姻，應任當事者之自由意思，不得加以制限也」；然苟如是，則不足以打破教會之勢力；故否定之。

二 婚姻手續

欲為婚姻之當事人，須先於其居住地之地方註冊局所分設之出生婚姻死亡註

冊課，以口頭或書面，聲明其希望。(第五八條)

當爲前條之聲明，須附呈證明確係本人之證明書；當事人各以自由承諾，而爲婚姻之報告書；及對於婚姻，並無法律上障礙之證明書。(第五九條)

基此聲明，管轄官廳，預告其婚姻應於何年何月何日何時舉行，并公告之(第五七條)

未到是日以前，不論何人，對於其婚姻，得報告有法律上之障礙，而阻却之。其報告，苟無根據時，管轄官廳，即却下之。苟發生問題時，須將該事件，移送於地方審判廳審判之。在其審判未確定以前，不得結婚。地方審判廳，於三日內，以略式手續審判之，對於其審判，不許上訴。(第六三條)

右之報告，判決爲有理由時，則不許舉行婚姻。其報告無理由，且報告人知其無理由，因欲妨其婚姻，故意報告時，其人爲僞證罪，當處罰之；且應負擔賠償之責任。(第六四條)

在前記之預定日期前，若無人報告；或雖有報告，然判決爲無理由時，婚姻

手續，即於是日舉行。其管轄官廳，爲地方註冊局，或地方委員會書記局」。(第五三條)

「婚姻手續，不可不於指定之場所舉行之；於指定場所以外，所爲之婚姻手續，爲無效；但當事人，因疾病不克出席於指定場所，以醫生之診斷書證明後，雖於私宅等地，亦得爲婚姻手續」。(第五四條)

爲婚姻手續時，當事人須本人出席者，亦無疑義。

婚姻手續，如在註冊局於局長或副局長；及書記或後補書記之面前舉行之；如在地方委員會書記局，則於書記長；及書記之面前舉行之」。(第五五條)

其婚姻，登錄於婚姻註冊簿；公證官吏，於當事人面前朗讀其登錄後，宣言其婚姻法律上已生效力；應夫婦之請求，交付婚姻證書」。(第六〇條第六一條)

婚姻因登錄於婚姻註冊簿，而生其效力。(第六二條)

如前述新法之婚姻手續，其大體與德法義其他採民事婚主義之歐洲各國之婚姻手續無異，惟在日本則僅以一紙之報告書，而終了其手續，故對此似覺繁雜耳。(我

民草案亦然)

三 當事者之意思及父母之同意

新法第七〇條，規定：

「婚姻得僅以契約當事人之合意，締結之。」

此為近代婚姻之性質上當然之規定也。舊法第一二條，規定：「對於婚姻契約，當事人之合意，出於強制時，其婚姻契約，法律上不得成立；故父母不得反其子之意思，或監護人不得反被監護人之意思，強制締結婚姻契約。」舊草案第一三一條，規定：「婚姻基於兩當事人之自由合意，依婚姻手續而成立」。新法第六七條，規定：「當事人須心神健全者」。茲所謂心神健全者，非有特別之積極的意味，與舊法第五條所規定之「禁止與精神錯亂者結婚」之旨，同一趣旨也。

依上所述，新法第七〇條與舊法及舊草案，意義上無甚改變，強而求其改革之意義，則惟一「僅」字而已。即新法不設對於子之婚姻，須有父母同意之規定。第七〇條「僅」以當事人之合意而足；故無待父母或監護人之同意者，於同條之意義上，已

可明瞭。對於此點，舊法之規定，頗爲嚴格，即第六條規定：「無父母監護人或保證人之許可，不得爲婚姻」；且對此，并無年齡上之制限；故男女不論何時，欲爲婚姻，不可不得父母之同意；但父母之同意，非婚姻之絕對要件，故無父母同意之婚姻，亦得有效；惟當事人，不得父母之同意而結婚，或明知對手方未得其父母等之同意，而與之結婚者，有民事上及刑事上之制裁耳。所謂民事上之制裁者，即無父母同意而結婚之子，喪失其對於父母之承繼權；所謂刑事上之制裁者，四月以上八月以下之徒刑，或幽閉於寺院中。依此情形，與無父母同意之女子結婚者，爲準誘拐罪，當流於西伯利亞；然此等情形，均係親告罪，俟有同意權之父母告訴後，方論罪；但父母等濫用其同意權，不當拒絕同意；或對於子女之婚姻，不加注意時，雖無同意而結婚之子女，亦不爲罪，此解釋上當然之理論也。舊法對於此點，過於嚴格，反失於酷，故雖在革命前，已爲問題。舊草案對於此點，大加改正；凡滿二十一歲之男女，對於婚姻，不必得父母等之同意（第一三三條第一三六條）此與英法德等之規定相同，然新法特規定不要父母之同意，自舊規定觀之，不可不謂爲一

大改正也。

四 婚姻年齡

新法第六六條，規定：「婚姻年齡男子須滿十八歲，女子須滿十六歲」。舊法之婚姻年齡，與新法同；惟有「教會之僧正，在未滿婚姻年齡前六個月以內，得特許爲婚姻；土臘恩斯老克西亞地方之土民之婚姻年齡，男子須滿十五歲，女子須滿十三歲；現役士官，若未滿二十三歲，不得結婚。」之例外規定。舊草案（第二二二條）及新法，均無例外規定。

五 高齡者之婚姻

舊法第四條，規定：「滿八十歲者不得爲婚姻」。俄國正教會之教則，規定：「凡滿六十歲者之結婚，要教會之特許。」羅馬教會及希臘教會，對於婚姻，注重于肉體方面；苟無肉體的結合（Copula Carnal），夫婦不得謂爲一體，從而不得爲「完成婚」（Matrimonial Consummation），高齡者之婚姻禁止，恐亦根據於此乎？然此禁止，於舊草案已廢除之，新法亦不設禁止之規定。

六 重 婚

新法第六八條「禁重婚」，即採一夫一妻主義，舊法亦採同主義；惟在舊法，如前述，婚姻帶有宗教的彩色，故其主義亦因教義而別：例如回教徒認多妻主義，故對於其教徒，法律亦不禁其重婚。舊草案與舊法同（第一四八條）；然新法既排斥宗教的婚姻主義，故不論教義之如何，絕對禁止重婚。

七 近親相婚

新法亦禁近親相婚，惟其範圍頗狹，即直系血統間，及兄弟姊妹間，不得爲婚姻而已。（第六九條）直系血統，不問嫡出與私生；兄弟姊妹，不問同父母與異父母；擬制上之宗親，視爲血統；（第一八二條）故亦禁止相婚。此外如伯叔父與姪女，或姑母與姪子間之婚姻，亦許之。至外親及妻親間之婚姻，均不在禁例。舊法則禁婚之範圍頗廣，即舊法之禁婚範圍，隨各宗教之教義而異（第二三條），俄羅斯正教會之教義，則禁止六親等內之宗親；及四親等內之外親，及妻親間之婚姻；惟在旁系五親等及六親等之血統間，因教會之特許，得解除其禁止。再教會中之習慣，即

于教父母（靈的親屬）與子或實父母間，亦禁婚姻，舊草案則與舊法同。

八 其他婚姻障礙

新法所規定之婚姻障礙，祇有上述三種（未達結婚年齡，重婚及近親婚）；然在舊法，則除上述三種之外，尚有左記之四種：

（1）因異教而禁婚 禁止屬于正教會或羅馬教會之俄國人。與非基督教徒間之結婚；及新教徒之俄國人，與猶太教徒或回教徒以外之異教徒間之結婚（第八五條第八六條）。而對於法定範圍內之混合婚，同宗教的夫婦一方之改宗；及在此等情形之子，受洗禮教育等，設詳細之規定。對於此點，舊草案亦設同樣之規定（第一四一條第六〇條）；然新法第七一條，規定當事人間之信教不同，不為婚姻之障礙；至其餘種種附隨之障礙及制限，一概廢止。

（2）僧侶之禁婚 在舊法，凡就正教會之僧職者；及為修道院之僧侶者，禁止其結婚（第二一條）；但下級僧侶之結婚，不在其限；故實際上，在未被任命為高等僧侶前，多已娶妻。新法于第七二條，規定：「就僧職或入修道院者，不為婚姻之障

碍。』第七三條，規定：「雖爲宗教上之獨身宣誓者，亦不妨其結婚。」

(3) 官吏軍人之結婚制限 在舊法，文官軍人之結婚，要得所屬長官之許可（第九條）；而對於文官中之外交官，與外國婦人之結婚，取締尤嚴（第六六條）——外交官與外國婦人之結婚，不爲無效，僅取消其爲外交官之資格。——新法對此，不設制限之規定。

(4) 再婚禁止 在舊法，因重婚，姦通，或生殖作用不能，而被離婚者，終身不得結婚爲原則（第二七條第四號）。又於第二一條，規定：「不得爲第四次之結婚」。即不論何人，一生僅得爲三次結婚，新法則不設此種制限。

要之，新法對於上述諸點，打破從來之舊思想，曾于其理由書上自讚曰：「本法可一掃從來之舊式的，宗教的，封建的婚姻障碍矣。」然就大體言之，與其言新法爲嶄新之制，寧說舊法過於陳舊也。

九 婚姻之無效

新法自第七四條乃至第八四條，規定婚姻之無效，其內容不過複述前記婚姻之形

式上及實質上之要件，苟缺其一，即爲無效，茲避其煩雜故略之。原來舊法對於無效之婚姻，與得撤銷之婚姻間，本無截然之區別，新法亦同；即利害關係人或國家代表者，得提起婚姻無效之訴；其訴苟爲勝訴，則該婚姻遡締結當時而爲無效；至該訴是以創設的性質，將其效力遡于既往耶？抑以確認的性質，不過宣言自始無效耶？不無疑義；但就大體言之，似依後者之觀念；但因未達結婚年齡而無效時，在未提起無效訴以前，當事人若已達結婚年齡；或妻已分娩或懷孕者，該婚姻作爲有效，故就此點言之，應以前者之觀念說明之。

十 離 婚

俄國革命，影響于婚姻法中之最大者，有二：一如前述，自宗教婚主義，變爲民事婚主義；第二：離婚頗易；而第二亦可視爲第一之結果。原來基督舊教會，採離婚制限主義；羅馬教會，採絕對禁止主義；希臘教會所採之主義，雖較上述二者稍覺寬大，但制限離婚之規定，亦頗嚴格，而其主義，爲俄國舊法所採用；即舊法第四五條，規定：「離婚限于配偶者之一方，基法定之原因爲請求，宗教審判廳對此

所爲裁判離婚（早訴離婚）。」第四六條規定：「僅以兩配偶者之協議，而不經審判之離婚，不論如何情形，均不許之。」而其離婚原因，以左列四者爲限：

- (1) 配偶者之一方，與人通姦者；
- (2) 配偶者之一方，自結婚時起，三年間，生殖作用不能者；
- (3) 配偶者之一方，被處剝奪公權之刑罰者；
- (4) 配偶者之一方，逾五年以上行方不明者。

右記四者，僅適用於正教徒；至他宗異教者，彼此各依其宗規教法；即屬於羅馬教會，則絕對不認離婚，祇許別居；反之如新教徒，則離婚原因之範圍頗廣；(1) 姦道；2 惡意之遺棄；3 五年以上之行方不明；4 生殖作用不能，或拒絕同居；5 不治之傳染病或惡性病；6 一年以上不能治療之疾病；7 可破壞家庭生活之暴飲；不良行爲；或浪費；8 虐待或重大之侮辱；9 配偶者之一方，以毀壞他方之名譽；喪失他方之自由；或減少他方之收入爲目的，而加以誹謗；10 重大之犯罪。(猶太人以無子爲理由，得爲離婚。又對猶太人及回教徒之協議離婚，亦許之。因此不但

對於混合婚，發生種種困難問題，即因欲離婚而改信新教，目的既達後，復信舊教之脫法行爲者，在所不免耳。

在舊法之離婚訴訟，專屬於宗教審判廳之管轄，故對此不但費用上時間上，殊不經濟，即事實之認定，全不得當，此一般學者，久有將離婚訴訟之管轄，移歸民事審判廳之主張；但以婚姻爲宗教的制度之根本觀念，在未打破以前，則教會特認爲重要之離婚問題，當然不肯脫手。舊草案對於此點，雖略加改正，但仍不能完全脫去宗教關係，即離婚訴訟，仍由宗教審判廳受理而爲判決，但事實之認定，由民事審判廳爲之（第二八〇條——第二八三條）。又舊草案對於離婚原因，除增加第二九三條所規定之「配偶者之一方，對於他方，欲害其生命或爲重大之虐待時，得爲離婚之原因。」外，別無擴張，至各宗教各異其離婚法者，依然如是。

然新法對於離婚制度，大加改革，凡從來之限制的，宗教的，混亂的，離婚制度。一概打破，與舊法比較之，其特徵有四，茲錄于左：

(1) 採離婚許容主義 舊法對於離婚，務必制限之，而新法則任當事人之自由；

即于第八五條第八八條，規定：「婚姻因配偶者一方之死亡；或失蹤宣告，而解消。又兩配偶者，雖于生存前，亦得因離婚而解消。」且離婚之可否，不問當事人信教之如何，即在一九一七年十二月二十日以前，依宗教的儀式而成立之婚姻，亦得依新法之規定，而為離婚（第八六條附註）。

(2) 離婚事件為民事審判廳之管轄 既否認婚姻為宗教的制度之結果，離婚事件，當然可以歸于民事審判廳之管轄，而管轄審判廳為配偶者住所地之地方審判廳（第九〇條）。地方審判廳，對於普通之審判，有陪席推事；但對於離婚事件，則以單獨推事審判之（第九三條）。各推事于每星期內，至少須預定一日為處理離婚事件之日而公告之（第九四條）。對於離婚之判決得提起上訴（第九八條）。要之，新法務使離婚請求，能以簡易之手續，而滿足當事人之意志，為其立法之精神。

(3) 不列舉或限定離婚之原因 新法第八七條，僅規定「離婚因配偶者一方之請求，而得行之」。對於離婚之原因，不採列舉主義。然如後述，因認協議離婚（兩願離婚），故權衡上不得解為即毫無理由，亦許離婚之旨。蓋雖不限定離婚之原因。

然亦應有相當之理由者明矣。至其理由是否相當，乃由審判廳自由判定之。此不定因裁判離婚制度，對於舊法固勿論矣，即在各國現行離婚法中，亦可謂創見。——德國民法第一五六條；及瑞士民法第一四二條，設所謂相對的離婚原因。在日本民法，苟于第八一三條（我民草案一三六二條）追加「有其他正當之事由者」之一款，則不但離婚原因之範圍較廣，爲立法論，亦當肯定之。如前述，一爲列舉離婚原因以外，又設相對的離婚原因；他爲列舉非爲限定，乃不過例示耳。此二者，文體上雖各異其主義，但其結局，均歸於不定因裁判離婚制度而已。

（4）認協議離婚。對於新法之離婚制度，最可注意者，即認協議離婚也。所謂協議離婚者，許以當事人之意思，自由離婚之謂也。新法第八七條規定：「配偶者雙方同意得爲離婚」。然協議離婚，非僅以配偶者雙方之同意，即生效力，不可不經地方審判廳；或保存其婚姻記錄之地方註冊局內分設之出生婚姻死亡註冊課之認可（第九一條）。

出生婚姻死亡註冊課之手續，規定如左：

第九二條 出生婚姻死亡註冊課長，既確認離婚之請求，出於配偶者雙方之同意者，得爲離婚之宣告，且應離婚當事人之請求，給與離婚證書。

地方審判廳之手續，規定如左：

第九六條 有協議離婚之報告時，推事指定審判日期，傳訊當事人或其代理人。

第九七條 既宣告離婚許可之決定後，推事應離婚當事人之請求，給與離婚證書

。推事於三日內，將其決定書，交付於出生婚姻死亡註冊課；或保存離婚記錄之機關。

即新法之協議離婚，非如我國民法之協議離婚，以一紙之呈報書，即可了事，應受註冊局；或審判廳之審查。（實際上依新法成立之婚姻，其離婚手續歸註冊局處理之。一九一七年十二月二十日以前成立之宗教的離婚，其離婚手續，歸審判廳管轄之。）原來協議離婚，不僅俄國舊法所嚴禁，即歐美各國之離婚法，亦多排斥之。（如英德法瑞典荷蘭等國；但英法德荷等國，兼認別居制度。）美國之離婚法，實際上雖認協議離婚，然形式上仍不外因一方的請求之裁判離婚耳；即認協議離婚

主義之國家，其手續亦頗煩雜，仍非真真正正之自由合意離婚。俄國新法，對於此點，簡便其手續，務使合於配偶者雙方之自由意思，註冊局及審判廳之審查，不過審查其合意，是否出於雙方之真意耳。

一一 婚姻與姓及國籍之關係

在舊法婚姻及於姓之影響，無直接之規定。舊草案，妻因婚姻而稱夫之姓；夫死亡後，固勿論，即離婚後，仍稱夫姓為原則；但離婚後，因妻之志願，得復其舊姓。又離婚原因，妻應負責時，夫可禁止其使用夫姓（第二二二條）。新法之規定，則完全異其趣旨，其規定如左：

第一〇〇條 在婚姻關係之男女，應稱同姓；舉行婚姻手續時，當事人得以夫姓或妻姓，或結合兩姓之姓為爾後之姓。

第一〇一條 夫婦在婚姻繼續期間內，應繼續其姓。婚姻因夫婦一方之死亡，或失踪宣告而解消後亦同。

第一〇二條 當請求離婚時，各當事人須呈報爾後所稱之姓。對於此點，當事人

之意見不協時，各稱結婚前之舊姓。

第一〇三條 婚姻當事人之一方，爲俄國人，他方爲外國人時，當事人若不履行相當之手續爲請求者，各當事人之國籍，不生變更。

如前述，新法對於「妻稱夫之姓；或取得夫之國籍」之舊觀念，完全打破，由此亦可窺見勞農政府之立法，對於男女間，不分等差，全以平等待遇也。其理由書上曰：此種「婚姻姓」之制度，尙不得認爲完美，將來更有合理的明瞭的方法云云。

一一一 夫婦間之共同生活關係

舊法關於夫婦間權利義務之規定甚少，且其所規定者，大半非法律的，不過道德上之教訓而已。即第一〇六條前段規定「夫對於妻，負下列之義務：愛妻如愛己身；應爲和睦之生活；尊重之，保護之，恕其缺點；生病時，應使其愉逸。」第一〇七條規定：「妻認夫爲家長而服從之，以愛敬順而侍奉之，應表示其懇切及忠實之主婦的態度。」第一〇八條規定：「妻雖須服從夫之意思，然非因之而得免除對於父母之服從義務」。舊草案（第一三〇條乃至第一三二條）所規定者，與舊法無甚差

異；惟明言對於夫權之濫用，妻無服從之義務耳。（但在舊法上亦應作如是解。）新法已認男女平等，否認夫唱婦隨主義，故不設是等之規定者，當然之事也。其理由書中曾說明曰：

「法典於婚姻法之範圍內，當認男女間之平等，即在社會主義的秩序，尙未確以前之過渡期內，亦當予婦人以相當之自由，方可使婦人之生活，得適合於婦人解放之社會主義的理想。」

新法之認夫婦平等主義之最顯露者，爲關於同居之規定，舊法第一〇三條規定夫婦間之同居義務，「夫轉居時，妻不得不從之。」舊草案與舊法同，惟增加下述之一條：「夫之轉居，對於妻之生命健康，確有危險；或害家庭生活者，免除妻之隨從義務」（第二三四條）。此不獨俄國舊法如是，即各國之現行婚姻制度，亦均有如是之規定（我民草案第一三五〇條）。新法對此點，改變舊來之主義，於第一〇四條規定「配偶者之一方，雖變更其住所，他方無隨從之義務。」然新法非否認夫妻同居爲婚姻之實際的要素，不過法律上無強制同居之義務而已。舊法及其他各國法，雖以

同居義務爲法律上之義務，然其不履行時之強制執行，法理上及實際上，不無發生困難；或竟不能，故其結果，不過五十步與百步之差耳。

一二三 夫婦之財產關係

夫婦間之關係，最爲法律的部分者，夫婦財產制是也。各國於夫婦財產制，規定綦嚴。俄國舊法，採財產分離制；故對於夫婦財產制之規定極少。原來若就夫唱婦隨主義而言，則妻之財產及所得，當然歸於夫之財產中；即或不然，夫對於妻之財產，至少有管理權；然對於此點，俄國舊法，不拘他種夫婦關係，以夫唱婦隨主義爲其基礎，但對於夫婦財產制，不以此爲基礎，誠足令人奇怪；即婚姻對於當事人之財產關係，毫無影響，妻結婚時，所有之財產，及婚姻中之所得，依然爲妻之財產（第一〇九條）。妻之財產，不因夫之債務而被扣押；但事實上因財產之混合，不能證明爲妻之財產時，不無蒙其損害；且亦不許以夫婦財產契約，而變更此財產分離制之根本原則。妻得獨立（即不要夫之許可）管理處分其財產（第一一四條）。夫無妻之委任，不得干涉妻之財產（第一一五條）。舊草案完全維持同一之主義（第二三

六條第二三九條第二四五條)。

如前述，舊法之規定，對於夫婦財產制之一點，已認夫婦平等主義；故新法認爲無改正之必要，仍維持其主義，而規定如左：

第一〇五條 婚姻對於配偶者間，無惹起財產之共有。

第一〇六條 兩配偶者，於法律所許之範圍內，得互負債務；但配偶者間，以侵害一方所有權爲目的之契約，則爲無效，無拘束配偶者或第三者之效力；配偶者，得拒絕該契約之履行。

新法關於夫婦間之財產關係，已於上述之矣。茲應注意者，即俄國之社會主義，爲共產主義者，我人所用知，但既實行共產制度後，私人間應無財產關係者，理之當然也。乃觀上述之規定，明認夫婦間之財產關係；並原文上用 Possession 及 Right of Ownership (所有權)等之文字，可知現時俄國之社會主義，非絕對廢止私有財產制度，不過以土地及其他生產機關爲共有，至各人之生活資產之私有，恐尙未廢止者一也。又觀其理由書之末段，自讚其承繼制度之廢止者，亦可推測俄國現在之制

度，尙未絕對廢止私有財產制度者二也。蓋在私有財產制度絕對廢止之社會，決不發生承繼之問題，茲曰承繼制度之廢止者，則至少於某程度內之財產，認其私有爲前提；惟欲防其私有財產之增大，一遇相當之機會，卽收歸共有耳。

一四 夫婦間之扶養關係

夫與妻得各有其生活資產，雖因婚姻，亦不爲二人之共有；故夫婦間之扶養問題，更爲重要。對於此點，舊法第一〇六條規定：「夫應其身分及資力，負擔其養妻之義務」之一項而已。新法對此設詳細之規定，茲譯其關係之注文如左：

第一〇七條 配偶者之一方，窮乏（即無生活資力之最少限度）且虛弱時，對於有扶養資力之他方，有請求扶養之權利。

第一〇八條 配偶者之一方，對於窮乏虛弱之對手方拒絕扶養時，後者得向前者住所地之地方委員會所附設之社會福利局呈請命其扶養。

第一〇九條 前條之呈請，不要一切之費用，暨手續費等；呈請人得親自蒞局或以書信爲之；口頭陳請時，當局須筆錄之。

第一一〇條 社會福利局，受理此項呈請後，須傳訊原告及被告；但爲便宜計，得以書面辦理之。

第一一一條 社會福利局，審查事實後，認呈請爲有理由者，應爲「應支付扶養費之旨，其金額，及其支付方法」之決定。

第一一二條 社會福利局關於扶養之決定，自受理呈請後，於一個月內爲之。

第一一三條 社會福利局，當決定扶養費之金額，及支付方法時，須斟酌原告之需要，勞動能力，及其地方之勞動者與經營者間所協定之生計費之最低金額。

(註) 未成年人，婦女，及五十五歲以上之男子，推定爲勞動無能力者；惟有反證時，不在此限。

第一一四條 社會福利局，應命其爲定期的支付，不能命其以金額之全部，爲一時的支付。

第一一五條 關於扶養費之支付，其方法，及其金額之社會福利局的決定，有拘束一般人及各機關之效力，並與審判廳之判決有同等之效力，依普通手續執行之。

第一一六條 配偶者，對於福利局之決定，不論何時，得控告於地方審判廳。

第一一七條 地方審判廳，依本法第一〇九條第一一一條及第一一四條之規定，及一般的訴訟手續，判決應否使其支付扶養費，其金額，及其方法。

第一一八條 對於地方審判廳關於扶養費請求之判決，得依普通手續，提起上訴。

第一一九條 因配偶者一方之死亡，或失蹤宣告，而婚姻解消後，陷於窮乏而無勞動能力之生存配偶者，得自死亡者之遺產中，領取扶養定期金。

第一二〇條 裁判上，既被宣告不在者之夫或妻，陷於窮乏而無勞動能力時，得準前條之規定，有領取扶養定期金之權利。

第一二一條 商工業之經營者，死亡，或受失蹤宣告，或不在宣告時，扶養定期金，得於地方委員會所管理下該企業收益中領取之。

第一二二條 在第一一九條至第一二一條之情形者，扶養費之請求，應向死亡者，失蹤者，或不在者最後住所地之地方委員會所附設之社會福利局呈報之。

第一二三條 有緊急情形者，扶養費得以作成遺產目錄及掌理評價之吏員，令一時的支付於生存配偶者。

發前項命令之吏員，須以其意旨，從速通知於主管社會福利局。社會福利局，對於其命令，不表同意時，須以其事件移送於地方審判廳；其命令在未被審判廳撤銷前，不妨其支付。

第一二四條 社會福利局，當決定第一一九條以下之扶養費，其金額，及方法時，須依第一〇九條第一一一條及第一一四條之規定。

第一二五條 對於前條之決定，關係人不論何時，得依普通手續，抗告於地方審判廳。

第一二六條 原告與社會福利局之意見不同，非為扶養費請求權之有無，僅關係扶養費之金額，及支付方法時，扶養定期金，在判決確定前，依社會福利局所決定之金額，及方法支付之。

第一二七條 掌理遺產管理之機關，對於社會福利局之決定，一個月內，得向社

會福利人民委員會提出異議；人民委員會，撤銷右之決定時，以該事件送地方審判廳；對於決定，雖有異議，然在人民委員會，或地方審判廳之最終決定前，不得停止扶養費之支付。

第一二八條 生存配偶者，與死亡者之父母，以同等之權利，自遺產中受扶養，對於死亡者之債權人，有優先權。

第一二九條 死亡者之遺產，不滿一萬個盧布，且其遺產以小的不動產，動產及都會勞動者，或田園勞動者之用具組成者，該遺產得直接委於生存配偶者之管理。

生存配偶者，對於右之遺產，與有管理權之死亡者之父母，以同等之權利管理之。

(註) 對於管理事務，父母與生存配偶者間之意見不同時，管轄審判廳判決之。

第一三〇條 窮乏而無勞動能力之配偶者，得向他方請求扶養之權利，除受扶養之基本事情變更外(參照第一〇七條)雖離婚後，仍繼續之。

第一三二條 離婚當事人間，對於扶養關係有合意時，爲離婚宣告之審判官，爲離婚宣告時，同時決定當事人一方對於他方應支付之扶養金額，及支付方法。

第一三三條 當事人間之合意不成立時，地方審判廳，對於應否使其支付扶養費，其金額，及支付方法，不拘當事人請求額之如何，依普通訴訟手續審判之。

但右之判決，在確定前，窮乏而無勞動能力之當事人，依爲離婚宣告之審判官所爲之假判決，領取扶養費。

新法關於夫婦間之扶養關係，加上述，曾設詳細之規定，其中第一〇七條乃至第一一八條，關於扶養義務之存否；及扶養之程度方法，初不爲審判廳之問題，而先使行政機關決定之；第一三〇條乃至第一三二條規定，雖在離婚後，扶養義務仍不消滅。茲最可注意者，第一一九條乃至第一二九條之規定，即生存配偶者，得自死亡配偶者之遺產中，受扶養之制度是也。如前述，勞農政府，以一九一八年四月廿七日之中央行政委員會令，廢止承繼制度；蓋承繼之廢止，爲打破私有財產制度之第一步，而不可不置重之；即因各人之死亡，其私有財產，即爲國民之共產，由國

家之吏員管理之。苟欲貫徹其趣旨，則死亡者之遺族，縱使有扶養之必要，亦應於一般國費內支出之，對於死亡者之遺產，無與優先權之必要。然新法第一一九條以下，規定生存配偶者，對於死亡配偶者之遺產，有優先權；並於第一二九條，規定價格在一萬個盧布以下之遺產，生存配偶者得管理之；且其制度不僅限於夫婦間，依第一七〇條及第一七一條之規定，父母死亡後，窮乏而無勞動能力之子，及子死亡後，窮乏而無勞動能力之父母，各得自死亡者之遺產中受扶養；對於其方法，完全準用關於生存配偶者之規定，即遺族對於死亡者之遺產，尙有某種之承繼權。一非對於所有權之承繼權，乃對於使用收益權之承繼權。——由此觀之，俄國承繼制度，當未絕對廢止也。

一五 結論

將新法與舊法比較研究之，所謂勞農政府之革命的新立法，並未十分過激。新婚姻法中之革新的重要點，即（1）採民事婚主義；（2）許協議離婚。前者對於革命前之舊法，後者對於歐美各國之現行法，似爲斬新之制；但前者在我國民法草案爲當

然之事，後者在我國民法草案之協議離婚，更爲自由。昔者，咸傳勞農政府以女子爲國有，于塞拉脫夫市已見實行，並發見同市之女子國有條例，然一查此新婚姻法，絕無此種之條文；且攷究其理由書中，曾自讚曰「於婚姻法之範圍內，確立男女間之平等。」與一般理想家明言「新法非以生子爲婚姻之目的」，則所謂完全蔑視女子之人格，而爲男子之共有物者；與以女子不過爲育兒之機械者之傳說；當知其爲虛誣也。要之，僅依此一法典，而評論勞農政府，固未免失當；但依此而推測之，亦未始不可。卽所謂過激主義者，非無主義無秩序之暴亂行動，乃主張人類平等，心意自由之一種反現社會性之主義；故自現代社會制度觀之，不得不認爲過激耳。至現代之社會制度，是否適於人類組織社會之原理？則另一問題也。

(註一) 所謂舊民法者，指一九一四年改版之法律全書而言，茲略稱曰舊法。

(註二) 所謂舊民法草案者，指一九〇五年所發表之民法典草案而言，茲略稱曰舊草案。

十年九月十日

俄國勞農政府之婚姻法

二八〇



中華民國二十年十二月一日再版

定價大洋一元

00.0000

外埠加郵費一角

著述人 青浦許藻鎔

出版人 北平朝陽學院

發行所 北平朝陽學院出版課

印刷人 北平朝陽學院印刷部

分售所 北平琉璃廠公慎書局

