

種三第書叢論評律法

叢論法事民

著 義 學 吳



3 0600 9718 9



1 9 3 1

584.07
440
2

自序

是書爲學義留學日本京都帝國大學時代所作之論文，選輯而成者。京都又名西京，乃明治維新前之舊都，山水秀麗，民俗誠樸，風景之佳，名勝古蹟之多，甲於三島。京都帝國大學，僻處市之東北隅，地頗幽靜，前臨東山，吉田山，背倚比叡靈峯，清澈如鏡，灣曲如帶之疏水，及北白，加茂諸川，環其左右。吾人既獲此優美之環境，加以校中圖書館，京都府立圖書館藏書之豐富，暨教授指導之親切，學生生活之安定而有規則，益增長研究之興趣與便利。用乘課餘之暇，從事創作。無論抽象的研討，或對現代立法問題之論評，胥本個人所信，直

述管見。蓋信仰與維護真理，固爲學子應有之態度與責任，然一得之愚，亦冀爲拋磚引玉之思。又以原文散載各雜誌，深感通覽之不便，因於畢業歸國，小住新都之機會，略施修訂，彙輯付刊，聊作留學京都之一紀念品，並以就正於海內宏達焉。

中華民國二十年五月 吳學義於南京旅次

民事法論叢

第一輯

目次

頁 總 頁

所有權的基本問題·····	1—40 (一—四〇)
夫妻財產制之立法問題·····	1—34 (四—七四)
再論夫妻財產制·····	1—39 (七五—一一三)
附 瑞士民法之夫妻財產制 (條文)	39—58 (一一三—一三二)
留置權之立法問題·····	1—20 (二三—五二)
滾利之立法問題·····	1—12 (一五—一六四)
民訴之準備程序·····	1—32 (一六五—一九六)
司法與無產階級·····	1—38 (一九七—二三四)

民事法論叢

吳學義著

所有權的基本問題

十九世紀個人主義私法基本原則之一（註一）的所有權，自同世紀末葉以來，已漸呈崩壞之兆；到歐洲大戰之後，否認，限制，和所有權社會化的呼聲，更和怒濤般的澎湃，汹涌，大有欲衝破『神聖不可侵』（註二）老金城湯池的氣勢。夷考諸實際，鬧了幾十年，除蘇俄民法，德國憲法有較澈底的規定，德國民法，瑞士民法僅消極的規定禁止權利濫用外，（註三）仍不過是一種有力的學說——或者可說是社會思潮。這固然由於法律制度和經濟組織有密切的關係，所有權為現代個人主義資本主義社會制度經濟組織最重要的原素，在承認現制度前提之下，自不能輕易下否定的斷案。然數十年來，事實上的變遷，環境的要求，加以學者的討論，社會運動家

所有權的基本問題

1 (一)

584.07

440

乙

的鼓吹，關於所有權的作用和思想，確是發生很大的影響，進步。本文是欲從法律的立腳點，觀察所有權的原理及其變遷的經過，以推測其將來的發展。

註一 德人 Dr. J. Kerner 著 *Die Soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders*

des Eigentums 中謂：契約自由，所有權，過失責任，為現代私法的三大根本原則。

奧人 Anton Menger 於其名著 *民法與無產階級* 第一章總論，謂：所有權，契約自由，繼

承權，為私法之基礎。此三者，即德國民法草案所採用的最重要原則（原著內容，為

立脚於無產階級，批評德國民法草案）。日人牧野英一於現代之文化與法律介紹法人狄

驥的私法變遷論 (Léon Duguit, *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*) 謂：從來民法家，論民法之基礎凡四，即：(1) 個人自由，

(2) 所有權不可侵，(3) 契約自由，(4) 過失責任。是對於前述二氏之三分說

，似又別形成四分說。然吾人細校狄驥氏原著，係一九一一年八月至九月在阿根廷首

都 Buenos Aires 大學的講演，一九一二年法國出版者，書分六講：第一講，權利與社會機能，第二講，自由之新觀念，第三講，意思之自律，第四講，法律行為，第五講

，契約及責任，第六講，爲社會機能的財產。雖於第二講即標題由自爲之新觀念，但此外尙涉及權利，意思，法律行爲，是牧野氏之四分說，殊有失介紹者的忠實義務。

而前二氏之三分說，其內容亦不盡同。Anton Menger將過失責任除去，代之以繼承權。唯據吾人所信，則以Dr. J. Larnier之說，爲較普通。然無論其爲三分說抑四分說，乃至內容如何，要莫不包含所有權在內蓋。如傍德氏於論「現代法律組織的根本變遷」，亦首列所有權。參照同氏著 *The Spirit of the Common Law 1921, c.d. 185-187*。

註二 一七八九年法國大革命的重要產物人權宣言第十七條前半有「所有權爲神聖不可侵之權利」的文句。其後一八〇四年之法國民法第五四四條，基於人權宣言之精神，規定所有權爲以最絕對的方法，收益及處分其物之權利。此極端保護個人所有權之規定，遂垂爲各國立法之模型。世稱拿破崙法典（因法國民法爲拿破崙時代所制定，故名）爲「所有權法典」，良有以也。又前註所舉狄驥氏的私法變遷論，即係以拿破崙法典爲出發點，而論述其以後私法思想的變遷。

註三 一九二三年一月一日施行的蘇俄民法總則編基本的規定第一條規定「私權在不違反社會經濟之目的而行使時，受法律上之保護」。此不僅爲消極的權利濫用禁止規定，

所有權的基本問題

實可謂爲積極的規定權利自身的本質，作用。——未川博著蘇俄民法與勞働法第三十一頁參照。——

蘇俄民法第五十二條，分所有權爲公共所有權（國有或公共團體所有），團體所有權，私所有權三大類，而以土地，地中包藏物（鑛產）森林，公用河川，鐵道，鐵道材料及航空用具，爲專屬國有（同民法第五十三條）；其他非公有之建築物，商業的企業，不超過特別法所定賃銀勞働者人數之工業的企業，武器與生產器具，通貨，有價證券，金銀貨，外國貨幣，有價物件，家庭或個人之用品，法律所不禁販賣之商品等，得爲私所有權之物體（同法第五四條）。

一九一九年德國憲法第一五三條三項，規定：『所有權包含義務。行使所有權，同時要兼顧公共之福利』。又第一五五條規定：『土地之分配及利用，國家監督之，以防其濫用』。似此於憲法中明文規定所有權負義務，及防土地之濫用，予各國甚大之刺激與影響。至其規定之原因，則源於歐戰時實際的需要與經驗。

德國民法第二二六條規定：『權利以加損害於他人爲目的者，不得行使』。

瑞士民法第二條二項規定：『顯明之權利濫用，不能受法律之保護』。

上古時代，地曠人稀，慾望單純，人類生在大地上，享受天然恩惠的狀態，可說是：『取之不盡，用之不竭』，正和我們現在利用空氣，海水一樣。無論對土地或動植礦物，皆不感覺何等價值，也無你我之分，當然不生所有權的問題。所以許多學者，都斷定純粹游牧生活時代的人類，沒有所有權的觀念，只有共同使用。（註四）於是梅茵 Maine 氏在其名著古代法和東西村落共產體論中，遂主張共同所有是所有權的原始形態。這種主張，到現代猶爲學者所尊重。

註四

Gierke, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*; S. Gumplowich, *Grundriss der Sociologie*, p. 113參照

由共有財產演變到私有財產的原因，爲：勞動與不足。在人口漸繁，不能予取予求的社會，積極的欲獲得，改良生產物，須加相當的勞力——

所有權的基本問題

代價；消極的欲保持防護既得物，也有賴個人的自衛。不足，爲不能滿足私有的慾望。個人的不足，尙不過是特殊的缺乏，一般的不足，則將引起社會問題。——自私自利的人類，既感覺欲望的不能滿足，又須費相當的勞動，則基於生存本能與經濟法則，皆勢所必然的發生所有觀念，經濟學者社會學者謂爲『所有本能』（註五）

註五

政經論叢創刊號小林丑三郎私有財產之發達及制限第六九頁參照

私有財產，即個人的所有權，既成爲一種社會制度，其結果，遂反響到法律方面。被稱爲『所有權本位之法律』（註六）的羅馬法，首先設保護促進所有權的規定。（註七）其思想，直接間接支配人權宣言，法國民法，乃至近代的私法組織。

註六

平野義太郎著法律上之階級鬭爭序言參照。

註七

羅馬十二銅表第八表第九表第十表第十四項對成年人侵害穀物者，處死刑；未成年

人，則處笞刑並負賠償損害之責；竊盜處笞刑，如係自由人並貶爲奴隸。後世於民法

上規定所有權外，復於刑法規定竊盜強盜並附剝奪公權的立法，亦係淵源于羅馬法。宜乎孟德斯鳩說：『法律的精神，即所有權的精神。』

羅馬法的所有權原語爲 *Dominium*，是使他人交付某物的意義。Do爲『取』。法律上之階級鬥爭的著者平野義太郎，說；換過來講，即是『榨取』，『侵奪』，『掠奪』。（註八）我國文字，所有的『有』，說文從手從肉，也是手攬肉食，爲其私人所有的意義。

註八

同書第七二頁參照。按首倡所有權掠奪說者爲法人 Proudhon 氏。

所有權的觀念，有日耳曼法系與羅馬法系二大派。日耳曼法主張：『所有權是物上支配權的總合』；羅馬法則謂：『所有權是一個總括的支配物的權利，不是各權能的集合』。因爲在日耳曼法時代，不知道所有權是有彈性的，可以抽象的權利觀念，解釋所有權，徒拘泥於形式，以爲在所有權上設定他種物權時，即被奪一部權能。由所有權的完整與否，區分種種等級。凡具備一切物上權能者，爲完全所有權；欠缺主要權能者，爲

不完全所有權。又動產與不動產所有權，其內容也不一致。此派主張，盛行於歐洲中世到十八世紀之終。迄十九世紀以後乃至現代，皆以羅馬法的所有權觀念爲通說。(註九)——即前舉的 Dr. J. Kerner 也承認所有權是：『或人對物之完全處分權力，這種權力是法律的力，而且是單一的。』(註十)

註九

中島玉吉民法釋義物權編第二七五頁參照。

註十

Dr. J. Kerner 前舉之書 ss 20—21 參照。

繼受羅馬法思想的法律，認所有權爲極強有力的法律的構成。即含：『絕對，排他，永久，完全支配』四項要素。自人權宣言明定所有權爲『神聖不可侵』以後，於是一般附會的學者，甚至謂所有權 *Dominium* 和古羅馬的帝王權 *Imperium* 爲同一起源而並列進行的二個法律概念。(註十一)這不但是繼受羅馬法的思想，簡直是變本加厲！

註十一

法曹會雜誌第一卷第二號第四十二頁參照。

按 *Dominium* 及 *Imperium* 均為羅馬法所用之拉丁語。

以下，試就羅馬法遺傳的個人主義的所有權思想，說明「絕對，排他，永久，完全支配」。

(一) 絕對性 個人自由，權利絕對，為英美法固有的法律思想。英美的法學者，最忠實地(?) 保守此種思想，而倡實行權利無責任的原則。謂行使所有權，無論出於善意或惡意，都是正當的，並舉例以實其說。(註十二) 大陸諸國的所有權絕對思想最鮮明表示的，仍舊要推人權宣言。因之，法國民法第五四四條有「……以絕對的方法，收益及處分物」的規定；德國民法第九百三條及日本民法第二百零六條，也有「任意」，「自由」處分物的字句，以隱示絕對之意。

註十二 英美的法學者，疏明所有權的絕對性，謂行使所有權，雖絕人水源，害鄰居的觀望，甚至如蘇格蘭某大地主，欲闢田地為獵場，突然驅逐數千佃戶，徬徨歧路，也是行使所有權當然的結果，不足為怪。——日本大阪附近，二年前因某貴族闢田畝作

杖球 Golf 場，致農民驟失耕地。然在此地狹民衆的島國，應稍爲社會公益着想，不當徒謀個人的快樂。當時京都帝國大學教授井上直三郎曾於大阪朝日新聞發表反對的文章。

英美的權利思想，基於歷史的傳統和特別的背景，而且爲非制定法國，自然有人格學識高深經驗豐富的大法官，創立良善公平的判例，以資調劑。再加之教育發達，國民富於公德心，所以尙能夠安然過他的法律生活。至於大陸各國的所有權絕對性，也不是漫無範圍的，而是在『法律或規則限制內』的絕對，只要一檢法，德，日，華，各國民法的條文便知。（註十二）於此，或有以爲所有權既受限制，則不成其爲絕對者。不知所謂限制，爲依法令的限制，並非漫無根據的。如公用徵收等，既須具備法定條件，復應支付相當的賠償。近數十年來，禁止權利濫用的學說大盛。如德瑞民法且形諸立法，其條文已詳前節註三之末，理由容待後論。學者見所有權陷於重重限制之下，遂曰『所有權非絕對，非不可侵』。（註十四）吾則

以爲個人主義產物的所有權，遇社會化的潮流而受限制，也可說是時代的犧牲，或有名無實的絕對。

註十三 法國民法第五四四條：『所有權，依法律或規則不禁使用……』，德國民法九〇三條：『物之所有者，不抵觸法律或第三者之權利……』日本民法第二〇六條，我新民法第七六五條：『所有人，於法令限制之範圍內……』各國民法的法文措詞雖互異，而須受限制則一。

註十四 岡村司著民法與社會主義第十九頁參照。

(二) 排他性 個人主義下的所有權，含有絕對排斥他人干涉的特質。所有者以外的人，無論有損害於所有權與否，均不得絲毫染指。同一物上，只能有一個所有權，不能同時並存兩個所有權，正和同一空間，不能同時容納兩個物體一樣。而排他性與絕對性，是互相關聯。不過排他性是表示於外，較易辨識，絕對性是隱伏於內，實質雖同，形式則異。由所有權的絕對性排他性看，可知他是純粹單一的，所有權之上，不能更有所有權

。昔時歐洲的土地所有權讚頌歌有云：『地面和其上下的一切，皆屬於所有權人；他的勢力範圍，上達蒼穹，下及地球中心』，(註十五)正和我國俗話說的『上達九天，下及九地』相似，足見舊時所有權的力量，如何強大！嗣後，自然科學，逐漸發達，物質文明，日益進步，物的利用，不僅限於地面，並擴張到天空地下；如航空，採礦，電綫，地下軌道，皆須通過房屋土地的上下。若仍拘泥於以前的所有權觀念，輒加干涉，則二十世紀的物質文明，恐不能進步到現在的程。於是法律爲適應社會的需要，除原有的公用徵收等規定外，並制止過度及無益的主張所有權。其已見諸法文者，如德國民法第九零五條：『土地所有者之權利，及於其土地之上下；但他人之干涉，所有者排除之，並無利益時，不得加以禁止』。他如註三所列蘇俄民法，德國憲法，瑞士民法的規定，也含有此義。

(三) 永久性 此爲所有權與占有，所持，區別的要點，也即是所有權的特質。占有，所持，雖同具排他性，然不過是暫時的，不若所有權之爲永久的，既不附期限，又不適用消滅時效。而所持，占有，不過具有單純的使用排他性，不若所有權之有處分權，可以隨便處分所有物。又因所有權之具永久性，故此種處分權是無期間限制的。不單是生前處分，并可爲死後處分，如遺贈的權利基礎，就是存在於此特質之上。因爲處分權是所有的要素，除去了處分權，則不成其爲所有權。故除所有物毀滅以外，所有權是永久存在於物上。至於讓與，贈與等處分行爲，乃行使權利的結果，也即所有權作用的表現；目的物毀滅，則爲絕對的消滅，皆無妨於所有的永久性。

(四) 完全支配力 所有權的完全支配力，也是其特質之一，而所以異於其他物權的。關於表示完全支配力，即所有權定義的立法例，也和本節開始所說的所有權觀念相呼應，有具體主義與抽象主義兩派。具體派是列

舉的示其作用，如法國民法五四四條、日本民法二〇六條，我新民法七六五條，網舉目張的規定爲：『使用，收益，處分』，蘇俄民法第五八條規定爲：『占有，利用，處分』；抽象派是包括的示其定義，如德國民法第九〇三條規定爲：『自由處置其物』，只用『處置』二字，網羅所有權的作用。在學理上說，爲免遺漏，繁雜，以抽象主義爲當；然若爲避免爭議，防止所有權的無形擴張，因地因時，特予明其範圍，則爲求立法上的便宜，也非無相當理由。

又完全支配力，也與前述的絕對性同，須受法令的限制，並得於所有權上設定他物權。不過，這種限制，是所有權作用的限制，非權利本質的限制，一俟限制除去，則所有權又可恢復其本來狀態：這就是所有權的『彈性』。

關於所有權的原理，即基礎理論，在否定所有權的急先鋒 Proudhon

以前，論點的中心，只專注在是否自然法上的權利。自他發表否定論以後，所有權問題的範圍，才異常擴大，即肯定論者，也皆倣尤。氏於討論所有權的理論問題時，分別對自然權利說，社會契約說，現行法說，先占說，時效說，及勞働說，一一批評。同時代的 *Benite de Laveleyre* 氏，遂採五分說，(註十六) *Wagner* 採二分說，(註十七) *Dele* 採二大分類說。(註十八) 輓近最流行的，是：*R. H. C.* 氏的九分說。其內容爲：(1) 自然法說，(2) 社會契約說，(3) 人性說，(4) 先占說，(5) 勞働說，(6) 神意說，(7) 掠奪暴力說，(8) 法定說，(9) 一般福利說。(註十九) 到一九二二年 *Pound* 氏在他的法律哲學入門，發表最新的學理分類法，歸納做六種。即：(1) 自然法學說，(2) 形而上學說，(3) 歷史的學說，(4) 實證的學說，(5) 心理的學說，(6) 社會的學說。(註二十)

註十六 *同氏 De la propriete et de ses formes primitives, 1874, chap. 26, p.*

276 ets.

註十七 氏云：討論所有權制度的基礎，第一，要溯及人類本質所存在的內部根據；第

二，要建設一定的公理原則；第三，要證明所有權是人類本能的必然結果，並把他建築在一般的固定原則及公正的基礎之上。——同氏 *Grundlegung der politischen Oekonomie*, 2. Halbt., 3. Aufl., 1893. S. 210 ff.

註十八 同氏主張先分爲自然法說與法定說兩大類；更於自然法說之下，細分爲一般自然法說，先占說及勞働說。

註十九 同氏 *Property and contracts*, 1914, vol. 2, p. 531&f.

註二十 同氏 *Introduction to the philosophy of law*, 1922. Chap. 5. P. 191—233

上舉的種種分類法，不過因觀察點不同，遂生綜合，分析等方法上的差異。我們的目的是在研究所有權的基礎理論，所以只歸納的就其主要者加以述評。

(一) 自然說 主張所有權是自然法上的權利的學說，中世以來，到 Proudhon 氏的否定論出世，曾風靡一時。(本節首段參照) 此說的根

本見解，謂所有權是人類生活必要不可缺的要件，為發展個性，維持生存所必需的原素，人類生存於社會，自然產生的制度，故為自然法上的權利。又因所有權為基於人類天性而生，也稱為人性說。至其內容，則由觀察標準的不同，可細別為數種。(a)本能說 謂人類是生而有所有慾，雖無知小孩，也會表現支配物的觀念，未開化的野蠻民族，也有「我的」「你的」「他的」等用語，以區別所有的界限。(註廿一)此說的代表者，是Tieber氏。(註廿二)(b)天賦權說 肇於人權宣言。謂所有權是天賦的權利，人類生而固有，無論任何法律，也不能剝奪。(c)人格權說 謂所有權是吾人人格的延長，人格的構成分子，由人生自然產生的結果：故自然說可謂與人格說同其意義。代表者是J. G. Fichte氏。

註廿一 小林丑太郎前揭第六十九頁。

註廿二 同氏Political Ethics, Vol. 1, 2nd, ed. P112.

擴大觀察自然說的涵義，前段所舉的神意說及日人岡村司所稱的需要

說經濟說，都可包含在內。(註廿三)此說的根本見解，如前所述，謂所有權是人類生活必要不可缺的要件。然按諸實際，則雖最小限度的生產手段——所有權，一般的直接生產者，如勞働者，佃戶，(中世的農奴，無人格，更說不上所有權，連自己也是財產客體)及無產階級，且不能獲得，大地主大資本家，則田連阡陌，做托辣斯，加迭爾，稱某某大王。於是富者愈富，自己不事生產，而充分享受所有權的生產——利潤，貧者徒仰天長嘆，欲生產而無生產之資——所有權：像這種現象，猶說所有權的基礎，源於自然說，不單是不合理，也有點不「自然」罷？(註廿四)

註廿三 同氏著民法與社會主義第九二至九七頁。

註廿四 若依人格權說(參照C)：則無財產者——所有權，將無格人，等於中世的農奴，豈非侮辱無產階級的謬論。

(二)先占說 淵源於羅馬法思想，主倡者爲 Hugo Grotius。(註廿五)其要旨謂先占是一種事實，人與物之間，一經發生事實關係，即以所有的

意思，把無主物置於自己的勢力範圍內時，他人不得妄加侵奪，於是構成所有權的基礎。巴黎大學教授Boistel氏名所有的意思爲智識的連鎖——心素；事實關係爲肉體的連鎖——體素；不受侵奪爲道德的連鎖。（註廿六）

註廿五 同氏 *De jure belli et pacis* 1625.

註廿六 同氏 *Cours de philosophie du droit* 1899.

不過，我們若是略注意到：原始時代的共有財產變成私有財產，是和國家發生有密切的關係，並不顛倒他兩者的因果，則可知先占及次述的勞働兩事實，所以成爲所有權的根據，是在國家承認私有財產制度以後。否則，私有財產制度不存在時，先占或勞働，決不能形成所有權。由是可推斷占有或勞働事實，只是法律制度既存時代的一種財產取得方法，（註廿七）個人取得財產的外部原因。而此種外部的原因，所以能爲取得財產的方法，是要以私有財產制度的存在爲前提。故不得顛倒其前後因果，漫說先占或勞働的外部事實，就是所有權的內部基礎。

註 廿七 現代各國民法，不承認不動產之先占，只於法定年限內，承認動產之先占。

動產之先占，猶須待於法定，其不能僅據先占爲所有權之基礎明矣！

先占說是以支配物的事實，爲原始的取得權原的基礎。所謂支配，並不一定要隨時把持掌握，只要置物於自己的勢力範圍內已足。然勢力範圍的廣狹久暫及內容，很難決定，且事態萬千，加以因時因地的不同，殊不易得一適當的判斷標準。故先占的意義，甚爲茫漠空泛。若說不勞而獲的先占，不能爲取得權利的理由，則又與次述的勞働說相混同。即在物多無主，權利思想不發達時代，雖認先占爲一種事實，然不能便確定爲所有權的基礎。

與先占說相類的，尙有時效說，征服說，其理由與上述者略同，均不過是取得所有權之一方法，只能視爲私有財產起源的一狀態，不足據爲論證所有權的基礎。

(三) 勞働說 主倡者爲 John Locke 氏，贊成者爲 Piers 氏及 Bestiat

氏。(註廿八)此說的理由，謂人力造物，於是生人與物的關係。造物的勞力，既出自人，則獨占的所有自己生產的物，也不爲過。所以 *Mill* 氏謂：「勞働是財產權的真基礎」*Bastiat* 氏謂：「財產是勞働者由其勞働所創造的權利」。他如經濟學者 *Adam Smith* 氏謂，各人對於自己勞働所生的財產權，是：「其他一切財產權的發源」！*J. S. Mill* 氏也贊成勞働是財產的基礎。

註廿八 *John Locke, Civil government; Thiers. De la propriété; Bastiat. Propriete et loi.*

勞働是所有權的起源，於前第二節已經說及。勞働說及先占說，均能說明經濟與法律的關係，確含有一部分的真理。不過，勞働說與占有說的內容相做。(註廿九)我們也和前項批評占有說一樣，不贊成勞働是所有權的原理，只承認他是取得所有權的公準。

註廿九 有主張將所有權原理的學說，總括爲自然說，實力說，法定說三大類，而以勞働

說（又名加工說），占有說同屬於實力說者。

以勞働說是取得所有權的公準的主張，雖有相當的價值，然細考公準的「公」字，又不無疑問。人類勞働的結果，都能夠照「公準」取得所有權嗎？這個問題，恐怕不能輕易肯定。試看原始時代的奴隸，中世的農奴，近代的賃銀勞働者，他們勞働的結果，何嘗能照「公準」取得所有權！縱不援引馬克斯的『勞働全收益權』說，即求一「公準的分配」，也恐不易辦到。所以這種現象不除去，即很顯著的證明勞働不能做所有權的合理基礎。——於是我想把「公準」改作「準則」，以勞働是取得所有權的準則。

再勞働的意義，程度，範圍，時間，也和先占一樣，甚難判斷。不過到底沒像先占那樣空洞，不至於像十五世紀的西班牙王亞歷山大六世用紅線畫地圖和葡萄牙分割世界未開土地的趣話。——故不動產尤其土地的先占，是先占說的致命傷，現代各國民法，多否認不動產的先占。

(四) 法定說 是說的意義，如其名稱所示，謂所有權為法律所設定，所有權的根據，出自法律。法律是人類共同生活的正當規定，所有權依法律所規定，始為正當不可侵的權利。在法律未規定以前，不過是一種單純事實，端賴自力救濟。一經法律規定，即由事實變為權利，受公力保護。孟德斯鳩 *Montesquieu*，於一七四八年已倡此說，其後 *J. Bentham* 及最近 *K. Diehl* 等贊成之。（註卅）迄法國革命時代乃至十九世紀中葉，幾成通說。註卅一

註三十 *孟氏*，在其所著法意 *L'esprit des Lois* 說：『人類由政治的法律，獲得自由；由民事的法律，獲得財產』，主張所有權非淵源於自然法，是民事上的制度。*J. Bentham* 氏，也說：『所有權不是根據於自然，是一個法律制度。所有權是法律所產的，法律的恩惠。不是自然的財產』。——*Traité de Legislation*, 1801. *K. Diehl*, *Theoretische Nationalökonomie* B. II. 1)24, S. 234.

註卅一 法國憲法議會的議事錄，有謂：『所有權是由法律而獲得的，只法律能設定所有權的基本問題』

有權」。又法國民法立法時代的思想，也承認所有權的真淵源，是國家的法律。——

法學新報第三十九卷十一號第四五頁岩田氏論文參照。

法定說的精神，在形式上說明所有權的原理，頗爲簡便；然其缺點，也存於只求形式，不顧實質。因爲所有權的正當不可侵理由，是存在在先，法律不過從而規定，不是依法律規定，始成爲正當不可侵。我們探討的所有權原理，是指法律規定以前所有權存在的理由，即爲甚麼社會——乃至法律要承認所有權，而求其根據。若如法定說的主張，即以法律自身爲所有權的原理，豈非以問答問，陷於循環論法？！

上述諸說，既均只具一面或一部分的理由，而不足說明所有權的基礎。次節試更進一步，探討所有權思想的變遷，及其最近的立法趨勢，從時間空間作比較研究，以尋其演進之迹，而作解決所有權原理之一助，

對於所有權的思想，因時代與環境的不同，發生種種變遷。而其觀察的方法，也頗形紛歧。（註三十二）我們是以思想的主旨爲本位，歸納作下列幾項。

註卅二 由橫的觀察所有權的思想，有日耳曼法系與羅馬法系的區別；由直的觀察所有權思想的變遷，則可得法國大革命與世界大戰的結果，形成兩極端的結論。而註一所舉的 D. J. Kainer 氏，又把所有權的作用分作三時代，即：（1）最初，手工業時代；（2）過去與現在之間，資本主義時代；（3）現在及將來，社會化時代。

（一）肯定說 首倡所有權神聖不可侵者，如前所述，爲一七八九年法國的人權宣言。以後法國民法及同系諸國的民法，都直接間接受他的支配，影響。於是飽嘗所有權神聖不可侵的流毒者，詆人權宣言是所有權的護符；而當時的法國人民，則又譽爲大革命的重要收穫。蓋受路易十四等暴君荼毒壓迫之後，爲抵抗排斥國王的專制，不法徵收租稅，榨取生產階級，基於事實上的理由，有制定此帶革命性的法律的必要。（註三十三）此爲所

有權的立法基礎出於時代與環境要求的遠例。

註卅三 經濟集志二卷二號風早八十二法國私所有權制度之史的發展及對於最近所有權理

論之反映第四頁

以言主張肯定說的理由：(1) Klause, Fichte, Hegel 謂：所有是人類自存本能的自然衝動，經濟活動的原動力，與生存權，勞働權，合成爲人類自存於社會上所不可離的三權。(2) Locke, Grotius, Thiers 謂：所有者的罪惡，非即爲所有權的罪惡，有生產力的所有權，是神聖的。(3) Mill, Senior, Roscher 謂：所有權是保障使用的完全，澈底，補償勞苦，表彰勤勉，刺激私慾，鼓勵增加生產，努力貯蓄，以促進個性的自由，獨立，人格的向上。

在以保障個人利益爲目的的個人主義及自由思想勃興的時代，擁護所有權制度，雖可使權利確實，盡量發展，貯蓄成大資本，獨占大企業，增加國富，發展工商，希望成一富強的國家；然富力過度集中的結果，財富

的分配，蓄積，易生偏頗，於是形成貧的懸隔富。富者愈富，貧者益貧，享樂與失業，奢侈與飢餓，階級的劃分，距離，越明顯，深遠。爲圖少數人的繁榮，造成多數人的貧困，剝奪其生存權，乃至引起階級鬥爭，爲社會問題之癥，——這都是極端擁護所有權的弊害。

(二) 否定說 大凡傾向共產或社會主義的學者，都對個人主義的所有權表示不滿。不過，不滿的程度，相互間距離頗遠，——約可分爲絕對否定，限制，社會化諸說。茲分述於次。

否定說有若其名，是基於絕對平等的一元哲學，最澈底否認所有權。主要的代表者及其否認的程度，有如下列。

a. Proudhon 氏的所有權掠奪說，已於註八介紹過。他的根本思想，是立脚於平等的見地，確信平等爲社會存立的根本要件，舉凡反於平等原理的所有權，都是強盜掠奪的結果，同時又是掠奪的手段。他只承認使用財產，即個人的占有，在此範圍以外，他抨擊一切的所有權學說乃至德國新

憲法蘇俄民法比較進步的規定。他反對自然說，謂：所有權是違反人類平等的自然；反對占有說，謂：占有是產生分配的不公平，其結果，所有權也成不公平；謂時效爲反於理性，使無權利者取得權利；批評勞働說，謂：欲使農民滿意，則確保其占有收穫物已足，故主張只保護占有勞働的材料及由勞働而得的果實，不承認由勞働產生永久的所有權；對法定說則駁謂：賦與所有權，剝奪占有（氏承認個人的占有），均假手法律，此不勞而獲，掠奪他人生活資料的所有權，爲反於平等原理的惡制度。

b. 馬克斯謂所有權不單是掠奪，並且可以再成資本，做掠奪勞働的手段。故只承認必要用品的私有，和享樂手段中的公園，博物館的公有。

Proudhon 的使用財產占有說和馬克斯一派的享樂手段私有說，使用與享樂，頗難區別，然其手段，則相差甚遠。使用財產，尙可作榨取手段；享樂財產則否，榨取的機會很少，不能作爲勞働用具。

c. Russel 謂人類的衝動，有所有衝動與創造衝動兩種。所有是獨占，

排他，易生憎惡，嫉妬，羨望，反感及鬪爭；創造是藝術，既非獨占，也不排他，與人共同享樂，斯生愛，善意，協同及平利，故主張依創造衝動絕滅所有衝動。又謂創造有價值，價值依使用而增加；所有非創造，不能依使用而增加價值，反因所有而妨礙使用，故與其重所有，不若尊使用。克魯泡特金 Kropotkin 謂：一切的財貨，科學，發明，都是已往人類共同所產，均應歸後代人類共有，不得私有獨占。

其他，如 Piaton, Morus, Owen, Rousseau, Bellamy, Morris, Sorci 及 Lenine 等皆爲倡否定說者。

反駁否定說者謂：依歷史的證明，所有權的構成，非必由於掠奪。若退一步說，假定是出於掠奪，則一切的所有權，都是不正的贓物，不論是占有與否，或爲生產手段抑享樂手段，都應否定。如 Proudhon，馬克斯除外使用或享樂手段的否定說，殊欠徹底。至於 *Engel* 尊重創造，使用，也難保無惡創造，惡使用。且若廢止了一切的所有權，成爲絕對共有，則

固定財與消費財，須歸公眾無償平均的使用消費。於是生產率減少，消費率增加——並皆挑選上等的，委棄中下等的。不但物資窮乏，遠不能適應需要，而手續複雜，分配也至為困難。故絕對的否定說，不單事實上不易實行，即能實施，也非社會全體的福祉云云。

(三)限制說 鑒於絕對無限制所有權的流弊，與極端平等共有制的不易實行，於是發生折衷於兩者之間的限制說。

首倡限制說的是 Thomas d' Aquino 氏。他說：吾人在自身生活必要的限度以外，不得主張所有權；若有剩餘的財產，應視為共有，有給與於貧窮人的義務。嗣後，三三氏師承其說，謂：所有權，只在地主為有利於社會的改良限度以內，認為正當；否則，如專為享有他人勞動果實的所有權，不單無維持的必要，且政府當為公益起見，有加以干涉的權利。

此外，Roscher Schmoller, Wagner 也於國家社會政策的名稱之下，主張公益上須限制所有權。其已見諸立法者，有蘇俄民法及土地法，德國新憲法

(其詳參照註三所引俄民德憲條文)。又德國革命後，於一九一九年頒布產業公有法，新增煤礦，電力發動所等重工業爲國有。他如羅馬尼亞，捷克斯拉夫，猶哥斯拉維亞各國土地改革法，及拉多維亞農業改革法，均對於土地所有者的土地面積，設有最高限度的規定。法國則因土地房屋，兩形缺乏，復受大戰的影響及學說的鼓吹，限制所有權的法律判例，更爲繁瑣。舉其要者，如一九〇五年十二月九日政教分離之法律，規定政教分離後，將教會的財產所有權，移歸國家府縣或市鎮鄉村，但仍保留於舉行祭祀時，使用教堂之權。一八八五年七月二十八日關於架設保存電報電話綫法律及一九〇六年六月十五日關於分配電力法律，規定無須負賠償損害之義務，得在他人所有物上架設電報電話綫及電力傳導物。一九一六年十月六日法律第一條第一項云：『本法公佈後，各市鎮村長，……應對於不耕作的土地所有者或使用收益者，發勸告書，勸導其耕作土地。如發信後十五日內，該使用收益者，不疏明係出於不得已，非故意荒廢土地時，

市鎮村長，有徵收該土地的權利，且得移交於市鎮村的農業委員會，命其耕作。』又一九一八年五月四日的法律，係補充一九一六年的法律。該法律第二，三，四條規定：『市鎮村長不在時，地方長官，得依市鎮村農業委員會的請求，徵收其土地，……關於其土地的使用收益，得府縣農業委員會同意後，得依照所定條件，租於所選擇的農人或耕作同業組合，耕作組合。』第十條又規定：『如有妨害耕作土地或使用收益者』處相當刑罰。——這兩種法律，都是大戰時的變態，恐不常適用。一九一八年三月九日法律規定：都市房屋的承租人，在戰後若干時期內，如已盡一定的手續，得照原定條件，要求房東延長租約。（第五十六條）此為以法律的權威，決定使用房屋的條件。一九一九年十月二十二日法律，更進一步，規定：市鎮村，得附設住宅事務局，有空屋者，應標明租價，報告事務局。其有一萬以上住民的市鎮，房東或經理人，並應將租價揭示於空房門外。是出租與否，房東不能自由，此為限制收益權之例。（以上係據法

曹會雜誌一卷二號及狄驥私法變遷論）英國一九一〇年財政法課土地增價稅。最近我國新頒的土地法，也對土地所有權設了不少的限制及徵收規定。（註卅四）

註卅四 我土地法第七條規定，附着於土地之礦物，為獨立之權利，不因取得所有土地權而受影響。然『附着於土地之礦物』之『附着』兩字，於用語上，殊嫌立法技術之拙劣。蓋既承認『附着於土地』又云『不因取得所有土地權而受影響』，雖吾人非信奉所有權絕對無限制主義者，可不認『所有土地權』及於『附着之礦物』，但於『附着』之下，又云不受影響，在論理上，仍不免矛盾之譏。何不改『但附着於土地之礦物』，為『但地下之礦物』較為簡單明瞭乎！同法第八條規定河川，湖澤，道路，礦泉，瀑布，水源地及名勝古蹟等，不得為私有。第十二條規定無主土地及所有權消滅之土地，應歸公有，不准先占。第十四條至第十七條規定限制土地所有權之處分，用益。第三編土地使用下，規定市地農地二章；而市地之下，又分使用限制與房屋救濟二節，農地之下，分耕地租用與荒地使用二節。第三〇八條第三〇九條規定土地增價稅。其詳可參看同法，及中華法學雜誌第一卷一號起連載之吳尙鷹土地問題與土地法。

限制說是：一方承認所有權有存在的必要，他方又以其構成非出於所有者個人勞動的結果，是基於自然的恩惠，乃至需要他人的互助。故享受他人即社會的恩惠而產生的所有權，決不能任個人絕對的獨占，所有者不過是代表社會的事務管理人，所有權須服從公眾的利益即社會公益的限制，限制的方法：第一，要有效使用；第二，對大企業得強制徵收爲公有；第三，對受環境的利益而自然增加價值者，得課比例增價稅。上所列舉俄德法英各國法律的新規定，即是限制說的具體化而見諸實際立法的近例。

(四)社會化說 主張所有權社會化的學者，其思想的內容，也不盡同；而最風靡世界到現在猶維持其勢力者，要推一年前逝世的狄驥之社會連帶說。他在私法變遷論第六講爲社會機能之財產中，開首便設定一大前提，『財產（所有權）和一切的法律制度相同，應經濟的要求而形成，隨經濟的要求而進化』以闡明法律與經濟的關係；次接着說：『在現代社會，

對財產制度的經濟要求，發生深刻的變遷』，以作小前提；然後下斷案說：「故爲法律制度之一的財產，也自然要變遷」。這種變遷，是朝向社會主義走的，含着社會的意義，故又可說是「進化」。此「進化」逐漸密接社會諸要素，相依附而存在，於是成「財產社會化」即所有權社會化。所有權社會化的意義，爲：（一）個人的所有權，非個人的權利，乃社會的機能（職能）；（二）所有權是供人類集團用的，若然，方受法律的保護；——這是狄驥氏對所有權的根本思想。

狄驥氏又演繹此根本思想，以實證其說。謂：自由，權利，均是人類相依相扶，圖社會的共存，方受法律的保護，並非單爲個人的利益而存在的。故（一）所有權如爲供滿足公共的需要，方受法律的保護；（二）所有者在其保有的財產上，無排他（*exclusif*），獨斷（*discretionnaire*）的權利；（三）不得棄置財物，不加利用；（四）財物的所有者，不得假名行使所有權，作於己無利於人有損的行爲——禁止權利濫用的原則，註三

之末所引德瑞民法參照；(五)所有者於財物之上，積極的負一定義務——關於以上種種的法國立法實例，已詳前項。總之，狄驥氏是認所有爲人類生存不可缺的要素，謀社會繁盛與偉大的必須條件，既不贊成絕對否認之說，故特創社會連帶論（狄氏學說之通稱），倡所有權社會化，冀有以濟個人主義所有權之窮，而救其弊，並自命爲：『新的財產觀念之基礎。』

與所有權思想之進化，互相關聯，而猶須稍加說明者，爲蘇俄民法與德國新憲法。關於所有權的立法趨勢，註三及前項中，曾屢屢列舉，唯俄民德憲與德瑞民法之僅消極的規定禁止濫用權利者，頗有不同。革命成功時的蘇俄，本欲完全推翻舊有的社會組織，絕對否認私有財產。故革命方成，即積極從事於破壞的立法。其主要者，有一九一七年十一月二十四日關於法院組織的命令，改革裁判制度，成立鄉村法院，禁止關於土地及建築物的一切法律行爲。一九一八年四月二十七日頒布禁止繼承法，五月二十日頒布禁止贈與法，八月二十日頒布市街地私有建築物禁止法，一九

一七年十月二十六日關於土地命令，收土地爲國有，否認土地所有權，只許有使用權。一九一八年二月十九日關於土地處分命令，依一定生產標準，（註三十五）算出一家族的總生產能力，以定一家族應使用的土地面積。同年十一月三十日命令，概括的廢止舊時的一切法律，欲根本剷除以前社會組織的遺跡。不料事與願違，因內外環境的壓迫，事實上不易實現其理想。乃不得已於一九二零年改採新經濟政策，同年九月二十日發布准許外人投資，不受沒收；又於同年四月十六日，十一月十七日的布告，限制徵發沒收的範圍，機關，手續，及認許私人交易的自由，貴金屬貨幣的占有使用。蘇俄政府，雖如此委曲求全，然仍無甚效果，於是乃大讓步，於一九二二年制定民法，自翌年一月一日施行。（註三十六）——蘇俄的社會組織，既與一般不同，制定民法，又迫於不得已，則他們爲尊重建國的精神，顧全革命的主義，對所有權限制特嚴，本不足奇；但欲否認而又不能完全否認，於是民法中所有權的規定，遂頗顯著若干特色。

註卅五 該命令定男子十八歲至六十歲的生產力百分比爲一百，十二歲至十六歲爲五十，十六歲至十八歲爲七五；女子十八歲至五十歲爲八十，十二歲至六十歲爲五十，十六歲至十八歲爲六十。

註卅六

法律評論第六卷第十六號至第十九號拙作蘇俄民法之特色參照。

德國新憲法於第五章經濟生活，規定：『所有權包含義務；行使所有權，須同時顧及公共福利』（一五三條三款）。又規定：『土地之分配及利用，由國家監督，以防其濫用；德國人民，有得健康住所的權利；土地的自然增價，供公共之利用；一切土地的埋藏物及經濟上可得利用的自然力，由國家監督，私有者，亦得依法移歸公有』（第一五五條）。這種規定的精神，是欲把所有權的內容，於權利之中，增加義務性。即課私有財產制度下的所有權，負擔社會義務，以圖個人利益與社會利益的調和，使所有權適合社會的要求，成爲社會主義的法律組織之基礎，實現所有權社會化。

結論

所有權制度，是受社會經濟支配的法律組織。蓋法律與經濟，是互為表裏因果。經濟作內部的原動力，法律則表現其結果於外面。經濟狀態變遷時，法律即發生反射作用，而不得不變更其規定。故法律組織，乃由經濟的關係，而變動，發展。

單在法律圍範，研究所有權制度，無論如何，也難得一徹底的解決。如前詳述的原理，思想，諸學說，雖有進步的象徵，然也不過在遊泳池內爭先後而已。因為進步的學說，雖可影響立法，革命的（進化的）立法，雖具創設力，然不能根本的改造社會經濟組織。彼蘇俄的社會經濟組織，雖經巨大變動，然因程度不夠及事實上的窒礙，如前節所述，於革命成功之初，欲以法律命令、廢止所有權，尙歸失敗。則所有權的改廢，決非僅恃法律或命令的紙上規定，所能奏效，益足證明。

將來所有權制度，如何變動，發展，一視社會經濟為依歸。法律制度

下的所有權，不過應經濟的要求，而形成，存在。在法律範圍內，雖不能作超常的希冀，以法律手段，解決所有權；然吾人從所有權進化的經過，略可推知其將來的發展。即縱不能遽達於廢止之域，也能應社會經濟的要求，與其共同進化，必不至開倒車逆退於個人主義之路。將由消極的限制，半義務說，邁進到徹底的積極社會化！

十九年十二月國立武漢大學社

會科學季刊第一卷第四號所載

夫妻財產制之立法問題

要目

- 一 概說
- 二 法定財產制
 - (一) 共有財產制
 - (二) 共同管理制
 - (三) 分別財產制
- 三 法定財產制之批評
- 四 契約財產制及其批評
- 五 結論

一 概說

在舊禮教支配下之社會，婦女以從順爲美德，夫妻基恩愛而結合，一家之財產所有，管理，處分之權，悉操諸家長，同居卑幼，不由尊長，私

擅用本家財物者處罰（註一），爲人妻者，不過依附於夫權家長權之下，爲家族之一員，構成我國特有之大家族制度，無論於財產上，身分上，自始即未取得獨立之地位，故根本上不發生夫妻財產制問題。（註二）

註一 在新民法施行以前尙繼續有效之現行刑律關於民事有效部分卑幼私擅用財條參照。

註二 我國中上等階級之女子，因以前無遺產繼承權，每於結婚時攜奩資出嫁。此種財產

，習慣上雖名爲『嫁粧』『私蓄』或特有財產；然實際上則常爲夫所流用，其情形，恰與舊親屬法草案第四十二條『妻於成婚時所有之財產……爲其特有財產，但就其財產夫有管理使用收益之權』之規定相照合。

反之，西洋各國，因勵行個人主義，婚姻自由主義，及男女地位平等，權利思想發達種種關係，自羅馬法以來，已視爲民法中最重要之一問題，大都特設專章或專節，互細入微，洋洋數百條，以規定夫妻財產制。如法國民法，自第一千三百六十三條至一千五百六十三條，凡二百零一條，德國民法，自一千三百八十七條至一千五百八十一條，凡一百九十五條，

瑞士民法，則自第一百七十八條以下，亦占七十四條。吾人通觀西洋各國之民法，僅夫妻財產制之條文，即幾占親屬法全部三分之一，西人重視夫妻財產關係，與社會需要之程度，可見一斑。

日本實行家制之澈底，與家長權之廣大，尤甚於我國，故立於家族地位之妻，幾無獨立之人格。且明治維新以前，受我國文化之影響，對於夫唱婦隨，三從四德之道，甚為重視。其結果，所謂夫妻財產問題，殊不為一般社會所注意。迄維新以後，倣效西洋法制，釐定民法，始於民法第七九三條至八零七條，設夫婦財產制之規定。當時固猶未感實際上之必要，僅寥寥十五條，姑備一格而已。自明治三十一年施行民法以來，已歷三十餘年，日本婦女之地位，雖遠不若我國女子之一日千里，然較諸數十年前，已逐漸增高。加以女子不堪家庭之壓迫，時常發生離婚事件，因離婚而牽連夫妻財產分析問題，深感民法第八百零一條二項「夫管理妻之財產」之規定，不唯蔑視女子之人格，能力，且不合於實際，乃於去年發表之親

屬法改正要綱第十四則，決定：『廢止夫對於妻之財產管理權』，以期合於時代之趨勢。蓋日本女子，除貴族富豪，無城市鄉村之別，皆有相當職業，個人經濟，儘可獨立，且維新以後，教育普及，四十歲以下之女子，皆曾受小學教育，識字能書，故以言能力，亦無煩男子代為管理之必要也。

我國自國民政府成立以來，依黨綱及對內政策之規定，男女地位，一律平等。故立法院之立法方針，一本此旨，於已頒布施行之民法總則中，對於限制妻之能力之條文，掃除靡遺，使女子在法律上，與男子立于平等之地位。他方根據第二次全國代表大會之決議案，承認女子有繼承財產權，與以經濟上之獨立。其餘，如承認離婚自由之原則，捨棄家屬主義而採取個人主義之趨勢（註三），在在均予女子以平等獨立之機會。因女子與男子立于對等地位之結果，則結婚後之夫妻財產關係，應如何劃分，方得維持其法律上經濟上之獨立，而不致遭夫權家長權之侵略，並預避婚姻解除時夫妻財產分析計算之糾紛，而所以資遵循準據之道者，皆有待於夫妻財

產制之規定也。

註三

國民政府法制局擬親屬法草案，毅然捨棄家族主義，採取個人主義。茲立法院已以

此問題列入民法親屬編先決點之一，提請中央政治會議決定，不久將與夫妻財產制等同時解決。新民法雖保存家族制度，但注意共同生活及家長之義務，無論男女，均得爲家長。（親屬法先決點第九，新民法第一一二三條）

夫妻財產制云者，爲婚姻效力之一，即規定婚姻共同生活中夫妻間之財產關係也。此項法律關係，完全以婚姻爲出發點，乃附屬於婚姻之寄生物。故吾人唯在婚姻生活中，受夫妻財產制度之支配。在結婚以前，婚姻解除以後，均不生此問題。因之，夫妻財產制之適用時期，可做照我民法總則（第六條）規定人之權利能力之語氣曰：始於結婚，終於離婚。——若欲免除語弊，則可曰：終於婚姻解除。

關於夫妻財產制之種類，可大別之爲法定財產制與契約財產制。法定財產制云者，於夫妻間不設定契約財產制而結婚時，從法律所規定之夫妻

財產制是也。契約財產制云者，婚姻當事人間，於結婚前，或結婚後，以契約訂定夫妻財產關係，而全部或一部排除法定財產制之適用是也。契約財產制之沿革，性質，內容，限制，及其與法定財產制之關係，詳諸四節，茲先論法定財產制。

二 法定財產制

法定財產制，凡分三種。

(一) 共有財產制 (*Gütergemeinschaft; regime de la communauté*)

因婚姻之結果，夫妻之財產，成爲相互間所共有。其成爲共有之財產，謂：共有財產 (*Gemeinschaftgut*)。共有財產之管理權，雖屬之於夫；而其權利之本體，則仍爲夫妻共有，故處分時，須得妻之同意。

共有財產制，由其組成共有財產範圍之廣狹，又可分爲二類。

甲 全部共有制又名一般共通制 (*Allgemeine Gütergemeinschaft*) 夫妻

各以財產之全部，組成共有財產，而以爲法定財產制，如和蘭，葡萄牙屬之。

乙 一部共有制 (Die Partielle Gutergemeinschaft) 又名特別共通制。 (DuPartikulare Gutergemeinschaft) 夫妻僅各以財產之一部，組成共有財產，其餘則仍各歸夫妻所特有。此與全部共有制之以全財產爲共有者，固屬相異；而其中又因共有客體之限制，復得細分爲三：

a 動產共有制 (Fahrnisgemeinschaft) 夫妻各自留保其財產，但以動產爲共有財產。

b 所得共有制 (Errungenschaftsgemeinschaft) 夫妻但各以婚姻中之所得爲共有，如西班牙之法定財產制是也。

c 動產所得共有制 夫妻各自以其所有之動產及婚姻中雙方之所得，爲相互共有，如法，比，瑞典，挪威，丹麥諸國之法定財產制屬之。

在一部共有制之下，夫妻間之財產，可分三部：(1) 夫妻之共有財產 (Gemeinschaftgut; Gesamtgut)，(2) 夫之特有財產 (Einhandgut des Mannes, Propertgut des Mannes) (3) 妻之特有財產 (Einhandgut der Frau)。夫妻對於共有財產之持分，通常各有二分之一，管理權屬之於夫，收益則歸諸共有財產。

(11) 共同管理制又曰共通管理制 (Verwaltungsgemeinschaft, regime de l'exclusion de la Communauté)

此用語，創於 R. Schroder。在夫妻各別所有財產一點，與前述之共有財產制不同，而與後述之分別財產制相似，故日本學者，又名之曰非共有財產制，蓋所以別於共有財產制也。然夫妻雙方之財產所有權，雖各自獨立，夫妻雙方財產之管理收益權，則悉屬於夫。即夫匪僅管理收益其特有之財產，並妻之財產管理收益權，亦兼而有之。顧名思義，與其稱為名實不符之共同管理制，不若逕名為「併合管理制」。蓋在本制度之下，夫

妻財產之管理，既非由夫妻『共同』爲之，而單獨操於夫一人之手，何『共』『同』之有？故吾人竊不自揣，而欲名之曰『併合管理制』，所以示一方併合他方，他方被併合於一方之意也。

雖然，共同管理制之用語，如上所述，固不無可議，他國學者，亦有反對之主張，——如日本學者之稱爲非共有財產制，即其一例——。然其內容，則已歸一致，而爲各國立法例所認爲法定財產制三種之一，介於共有財產制與分別財產制之間，瑞士，德國，意大利，奧地利，日本等國民法，俱採爲法定財產制。若是，如承認本制度之存在，而採用其分類法，則不得不明確其內容，方不失制度之本旨。即重述一過：所謂共同管理制者，夫妻財產之所有權，各自獨立，唯管理之權，則悉屬之於夫也。

(三) 分別財產制 (*Gutertrennung; regime de la Separation des Biens*)
又名別產制，財產分離制。

夫妻之財產，各別獨立，無論所有，管理，處分，皆由夫妻之一方，

各自爲之，不受他方之干豫。從財產關係觀之，結婚後之夫妻，與結婚前之夫妻，無所差異。結婚前之財產，與結婚後之所得，均歸雙方各自所有，支配。在婚姻中，於身分上雖爲夫妻，然不因爲夫妻，而發生共有財產關係。其結果，婚姻中之共同生活費用，應由夫妻各自由其財產支付之。若由同居之精神言，則維持共同生活所必要之費用，性質上，應歸夫妻共同負擔。蓋夫妻間，雖各有其財產，應各自支付生活費用；然他方又互負同居及扶養之義務，故因履行同居義務所生之生活費用，應歸夫妻共同負擔。此制度，英，美，及舊俄民法採之爲法定財產制。

蘇俄親屬法第十條：對於婚姻前夫妻所有之財產，爲夫妻各自之別產；婚姻中夫妻所取得之財產，則爲共有，(Gemein sines Vermögen) 夫妻對各自應有之持分發生爭議時，由法院定之。此規定，對婚姻前之夫妻財產關係，採分別財產制；婚姻中之所得，採所得共產制。

日本現行民法，如前段所述，雖採共同管理制爲法定財產制，然其親

屬法改正要綱第十四節第三，已決定：「夫婦一方婚姻前所有之財產及婚姻中以自己名義所得之財產，原則上爲特有財產，廢止夫及女戶主（家主）對於其配偶之財產爲使用收益之權利，及夫對於妻之財產管理權。」似此，已由共同管理制邁進於分別財產制之域矣。

我國第一次至第三次親屬法草案，俱倣照日本民法，採取共同管理制爲法定財產制。迄民國十七年冬國民政府法制局擬訂之親屬法草案，（自前清末年之第一次草案，至此次草案爲第四次）始規定夫妻各得享有特有財產，特有財產，各自管理，不相侵害。其詳可參照同草案正文（法律評論第二六三期），同草案之說明（同上第二六四期），胡君長清之「新親屬法草案之特色」一文。（同上第三一五期）

★ ★ ★
於上列三種法定財產制外，有應附帶述及者，即嫁資制是也（*Des Ets astener Regime dotal*）。此制遠源於羅馬法及日耳曼法，爲妻之主要財產

。蓋女子當出嫁時，與其父母兄弟脫離財產上之共益權及受扶養之關係，故每由父母給與若干財產，以維持其財產上之地位，並於必要時，供補助婚姻後生活費用之需。德，法，瑞士民法（第二四七條），均承認之。我國社會習慣，凡稍有資產之家，亦盛行嫁資制度，名稱雖有粧奩，嫁粧等之區別，而為父母於女兒出嫁時給與之財產則一。良以第二次全國代表大會婦女運動決議案女子有財產承繼權以前，在法律上事實上，女子均不得承繼父母之財產。於是為父母者，本於骨肉至情，天倫慈愛，乃於女兒出嫁時，以贈與方式，畀其財產，俗云粧奩。至其種類及比例，則視家庭狀況及愛憎程度而不同。今則女子已與男子相等，完全享有財產繼承權，女子之生活狀況，亦與前不同。舊時之粧奩，不唯已無必要，且依已嫁女子追遡繼承財產施行細則第六條，凡曾受粧奩費或特別贈與遺贈者，應於重行分析繼承財產時扣除之。則為免異日之糾紛計，亦不應認其存在。是羅馬法日耳曼法以來有數千年歷史之嫁資制，——在我國支配社會習慣，深

遠普及之糴奩，行將隨女子財產繼承權之實施，而逐漸歸於消滅。

三 法定財產制之批評

凡一制度，由正反兩面觀之，常利害互見。夫妻財產制，權利攸關，得失益顯。共有財產制與分別財產制，各趨極端，其利弊亦適相反。共同管理制，介於兩者之間，似足資折衷調和；然首鼠兩端，長短利弊，皆未能盡量發揮，致有不澈底之嫌。以下請進而比較論述其得失。

(一) 共有財產制，夫妻之財產，互相共通，不分彼此，夫之所有，即屬妻之所有，妻之財產，亦即爲夫之財產。夫妻之間，形體雖異，精神則一。其於財產關係也，已成二而一，一而二之狀態。此種制度，在維持雙方感情，共度婚姻生活，互相以敬愛爲出發點，而不斤斤於金錢財產之爭，爲純潔高尚之情愛結合，固屬最理想且最合於婚姻本旨之夫妻生活。然吾人生當斯世，愛情雖足爲精神上之慰安，然不能作物質生活之資料或代

替品。人生一日不可或缺之衣食住行四要素，皆賴金錢以爲交換；他如娛樂，奢侈，莫不皆然。以有限之金錢，欲達無窮之慾望，勢所難能，加以人類本能自私自利心之發動，於是和諧唱隨之夫妻間，亦不免因金錢關係，發生財產上之權利問題，而在朝夕相處之夫妻間，尤多引起此問題之機會。

與其因金錢上之爭執，致美滿之家庭生活，發生破綻，曷若先事劃分，使夫妻各所有，管理，收益其財產，不相侵害，以泯糾紛之爲愈。蓋共有財產制，界限不明，權利關係，非常複雜，在婚姻生活中，固易引起誤會與衝突；一旦解除婚姻——如離婚——，則不僅夫妻間之財產關係，難於計算分析，與第三人間之權利義務，尤爲錯綜難辨，馴至發生種種法律問題，共有財產制之不便，從可知矣。

在昔夫權家長權極盛時代，爲維持家制，尊重夫權，固或有主張限制妻權者。今則時代進化，女子地位，顯著增高。彼民國元年施行之瑞士民

法，已先知先覺，以提高妻之地位，與以行使私權之完全自由，爲要綱之一（註四）。而夙重保守之日本民法，亦經將刪改妻之無能力及夫妻財產制，適當擴張妻之能力等項，列入親屬法改正要綱中（註五）。則居現代進步之社會，仍欲維持舊時蔑視妻之人格及其在財產上之地位，由夫一手包辦之共有財產制，殆屬不可能之事。法國民法，雖久未修改，然實際上共有財產制，已逐漸減少。我國立法之不可採取共有財產制，亦至明瞭之事，其理由容後論之。

註四 日本京都法學會雜誌第八卷第七號岡村司『在瑞士民法之妻之地位』篇首參照。

註五 日本親屬法改正要綱第十四則第一第二參照。

（二）共同管理制，如前節所述，實爲併合管理制。即夫於管理自有之財產外，兼管理妻之財產，妻對其自己之財產僅保留所有權，而無管理權是也。在主張此制度者，稱其既不若共有財產制之發生複雜關係，又足保持妻之財產所有權；他方與極端之分別財產制相比，反可藉此維繫家庭之

平利，不至夫妻於財產關係，判若兩人。然據吾人意見，則以為此制仍係夫權家長權之遺毒。蓋夫妻財產，既合併管理於夫一人之手，混同侵蝕，複雜關係，仍屬不免。名義上保留妻之財產所有權，然所有者之妻，對於自己之財產，反無容喙之餘地，一聽夫之所為，揆諸人情，豈得謂平？於是日本民法第八百三條，我親屬法第一次草案第四十二條第二項規定，夫管理妻之財產，有不當情形時，妻得請求法院之許可，自行管理，或使夫供相當之擔保。此種事後補救之法，不但多屬無補實際，且與維繫家庭平利之主旨，自相矛盾。

論者又謂，女子之智識能力，不如男子，故管理財產，與普通行為能力，同受限制，以示保護之意。此於古昔重男輕女，女子不能與男子受同等教育時代，或不無是項現象。今則政治上之權利，大多數國——我國自國民革命後亦然——，男女已臻平等，經濟上之財產管理權，烏可靳而不能？若云智識能力，則國家大政，既可參與，個人財產之管理，決無不能

勝任之理。各國民法，對於限制女子行爲能力之規定，大都悉予刪除，如我國新民法總則，蘇俄民法，日本親屬法改正要綱第十四節，即其近例。故爲在同一民法法典中保持聯絡平衡計，亦有承認妻有財產管理權之必要。且徵諸實際，妻對自己之財產，並非無管理能力，即在限制妻之能力之民法中，亦賦與其日常家事代理權。家事雖較簡單，然此乃原屬於夫權家長權之範圍，妻亦能代理之，則妻非真正之無能力，顯足證明。至云意在保護，則每混有合夫妻財產，利用法律所賦與之共同管理權，任意揮霍，致妻之財產，亦同歸烏有者，保護云乎哉，適得相反之結果耳。

(三)分別財產制，與共有財產制，各走極端，兩者之利弊，互相反對。夫妻之間，合爲一體，於財產上，不分彼此，共營理想之家庭生活，固屬共有財產制之利，他方即爲分別財產制之弊。蓋吾國古來舊道德，夫妻爲人倫之大本，其結合也，悉遵禮教倫常爲依歸，室家之內，雍容和霽，夫唱婦隨，殊不置重錢財細故，與西洋各國之婚姻生活，以愛情結合爲理

想者，遙遙相對。在此種理想的婚姻生活，自不須汲汲於分別財產，而分別財產制，亦無存在之餘地。然理想常遠於事實，不事計較財產之婚姻生活，亦徒成其為理想。彼奉愛情為神聖之西洋各國，即最置重夫妻之財產關係，連篇屢牘，動輒規定至一二百條之多。此固由於個人主義權利思想發達之結果，然夫妻財產關係，有加劃分之必要，亦可見一斑。

在昔家族主義封建制度時代，每利用共有財產制為維持擴張家長權夫權之工具。今則時代變遷，已由家族主義而個人主義，封建制度而全民政治。為尊重女子人格，泯除法律關係之糾紛，為擁護個人自由，使女子脫離男子之壓迫束縛，皆宜採取分別財產制，使女子與男子，於政治上，經濟上，立於真正平等之地位。且十九世紀以來，女權運動之潮流，澎湃全球，女子之智識能力，日益增高，在各方面，類能與男子任同等之工作，如富於保守思想之英國，鑑於歐戰期內女子之實力，慨與女子以參政權，即其一例。女子之政治能力，既被公認，則瑣細之財產管理，自無不勝任

之理。況政治與經濟，有連帶關係，既賦與女子以政治上之自由，何獨靳而不與經濟上之獨立？此吾人主張採用分別財產制之所以也。

於分別財產制，尙有待附帶論及者，即家庭費用負擔問題是也。在共有財產制及共同管理制，財政出入之權，胥操夫一人之手，聽其量爲分配，並任家庭費用負擔之責。若分別財產制，則夫妻財產，既各獨立，家庭費用，依純理言之，亦應各自負擔。然所謂家庭費用，即因婚姻之結果，而營共同生活中之一切費用，若必一一計算，分任其責，不但過於煩瑣，不易實行，且揆諸婚姻之目的，同居之本旨，亦有未合。故家庭費用，最好由夫妻共同負擔之，既足以資調濟互助、亦所以履行扶養之義務。

不料法制局所擬之親屬法草案，一方採取分別財產制（第三十四條），同時規定：『夫負擔家庭費用』（第三十一條前半），殊不免爲矛盾之立法。雖第卅一條後半規定：『但夫妻間別有協議者，從其協議』，及由第卅九條解釋，夫妻對於因日常家務而生之債務，同負其責。然原則上，則

夫仍須單獨負擔家庭費用。在承認女子財產繼承權之現代社會，及採用分別財產制之同草案，殊不免重女（？）輕男，有爲夫難之嘆。同草案之說明（載法律評論第二六四期），謂夫妻財產關係之新規定，爲獎勵個人經濟獨立，增進婦女經濟之地位，竊恐此不公平之立法，不但不能達女子經濟獨立及增進其地位之希望，恐反被少數份子所惡用，增進其揮霍之機會。此次立法院之親屬法先決點說明，於分別財產制下，規定家庭費用，由夫妻共同負擔之，表示與一般立法例相同，若採用分別財產制，則家庭費用，亦由夫妻共同負擔之，自屬得當。

四 契約財產制及其批評

（一）沿革 在古昔希臘，羅馬法，不承認夫妻財產契約，夫妻之財產關係，除依法定財產制外，僅於通常嫁資契約及婚姻贈與之範圍內，許人民之自由。迄中世紀，日耳曼法系，始盛行夫妻財產契約。一時風氣所披

，竟有強制締結夫妻財產契約之立法，如 *Keupfen* 侯國法，*Memmingen* 市民法。而 *Hohenlohe*，*Oettingen-wallerstein* 法，*Keten* 市法，則限於再婚時強制之。降至近世，多棄羅馬主義，採日耳曼主義，除蘇俄親屬法外，幾無不承認夫妻締結財產契約之自由者。瑞士民法制定以前，雖有數州州法反對或嚴重限制締結夫妻財產契約者，然瑞士民法，則已承認夫妻財產契約，（但 *Dix*，*Nidwalden*，*Glarus*，*Apenzell* 等州，仍不承認之。）唯設種種限制，較諸法德民法，略為嚴格耳。

（2）性質 契約財產制云者，婚約者或夫妻，以契約定婚姻生活中之財產關係，而排除適用法定財產制之夫妻財產制是也（註六）。此種契約，以婚姻為前提，而定夫妻間及其對於第三人之財產法上權利義務關係。其性質，屬於身分權，抑為財產權，每因國家社會之習慣及道德觀念之不同，不免有若干之差異。然現代西洋各國民法，則多區別婚姻一般的效力與夫妻財產制，而將夫妻財產制，獨立規定為一章。夫妻財產契約，形式

上，雖爲親屬法上之契約，然其內容，則漸有財產法上權利義務之性質。此區別，雖不過爲一種形式，然其實益，在能變更與否，即財產法上之權利關係，可隨時變更，身分法上者，則不能輕易變更也。

註六

契約財產制凡有二種：一曰排斥的夫妻財產契約 (Ausschliessender Ehevertrag) ，當事人可任意創設新內容，排斥法定財產制之適用；一曰是認的夫妻財產契約 (bestehender Ehevertrag) 當事人無創設新內容之自由，僅得於法律所列舉之數種標準財產制中，選擇其一，以締結契約。前者爲真正的典型的財產契約制，故本段下定義時，即以之爲標準；後者僅瑞士民法採用之，不免爲變相的夫妻財產契約制。

(3) 當事人與能力 夫妻財產契約之當事人，於結婚前，爲婚約者；既婚後，爲夫妻。其當事人，必須爲婚約者或夫妻雙方，始爲夫妻財產契約。如僅一方爲婚約者或夫妻，他方爲第三者，乃至由父母，法定代理人締結之契約，(原始的夫妻財產契約，多屬如此。) 不問其內容如何，均非夫妻財產契約。

吾人既認實質上受契約拘束之婚約者或夫妻，爲夫妻財產契約之當事人，於是附帶發生締結契約之能力問題。驟觀之，此問題，似可由民法總則所規定之一般法律行爲能力以解決之；夷考其實質，則此種契約，爲關於身分上之行爲，根本上，與一般法律行爲不同，不能受他人之干涉。且立法院發表之親屬編先決點第二節，主張於親屬法中，另定成婚年齡，以別於民法總則中之成年年齡，則夫妻財產契約能力，不但無強受一般行爲能力規定支配之必要，再就適用上言之，如必胥使從同，每易發生不良之結果。蓋如依一般法律行爲能力之規定，未成年者或禁治產者締結夫妻財產契約之行爲，要得法定代理人之同意。而通常情形，締結婚姻契約者，又多以財產契約爲重要部分。若法定代理人，不願婚姻成立，故意拒絕財產契約之同意時，當事人間之婚姻自由，間接橫被妨礙，殊與法律承認夫妻財產契約之精神相背。而吾國歷次親屬法草案（第一次草案第廿二條，法制局草案第十六條），均規定婚姻須得父或母之同意（但法制局草案，

限於男未滿廿五歲，女未滿廿一歲。若將來之親屬法，亦採此方針，則父母同時爲法定代理人或各別爲二人時，如發生一方同意其婚姻，他方又不同意其財產契約之情形，不唯使當事人苦於適從，且如此牽制無能力者，干涉他人身分上之關係，殊有害婚姻之獨立自由。故吾人主張：夫妻財產契約之能力，斷不能依一般法律行爲能力之規定；但契約之適當與否，事關畢生之利害禍福，亦不可過事放縱，故不如做照法國民法之規定，凡有婚姻能力（註七），即已達成婚年齡者（註八），有締結夫妻財產契約之能力，庶於尊重當事人自由之中，仍寓保護之意。

註七 瑞士民法第一八〇條一欸規定爲：『須於行爲時有判斷能力』。

註八 各國立法例，成婚年齡，多低於成年年齡。我國民法總則，無論男女之別，滿二十歲爲成年（第十二條）。至成婚年齡，立法院已提請中政會決定。默察國情與趨勢，或將定爲男十八歲女十六歲（法制局親屬法草案第十三條參照）。故區別夫妻財產契約能力與一般行爲能力，仍非無實益。——新民法第九八〇條規定之成婚年齡，與吾人之預

測相符。又婚約，結婚之同意規定，詳新民法第九七四條，九八一條。

(4) 契約自由之原則。夫妻財產契約，出於雙方之合意，為個人財產關係間最適宜之協定，故於不害法的安全之範圍，應尊重當事人之自由，此於前段業已述及，日耳曼法以來，亦多承認此原則。然關於其內容，在不相衝突之範圍內，固應受法律行為之一般原則及本契約特別規定之適用。如其內容，反於公序良俗，或有錯誤，詐欺，強迫等情形時，構成無效或取消之原因；又其契約，非經公示，不得對抗第三人；但當事人間及第三人對於當事人，則雖無公示，亦得有效力，此所以保護第三人而圖交易之安全也。(註九)

註九 德國民法第一四三五條，瑞士民法第二四八條至二五一條，法國民法第一四四五條，第一五六三條，日本民法第七九四條第五九七條參照。又於此所謂之第三人，並包含繼承人。

(5) 締結及變更之時期。關於契約締結及變更時期，有兩種立法例。

(甲)限於婚姻前爲之，且結婚後不得變更者，如法，比，意，西，葡，荷，羅馬尼亞，波蘭，日本諸國民法屬之。丹麥法，須有國王之許可，瑞典法，限於協定分別財產，得於婚姻後締結契約。(乙)雖婚姻後亦得締結或變更者，如德，奧，瑞，索遜，等國民法屬之。甲種立法例，稱爲契約之固定性，爲保護當事人及第三人之利益，除有特別情形，即須嚴奉此固定性之原則。其理由謂，一經結婚，或爲夫權所威壓，或被妻之愛情所拘束，致不能權衡利害，誤於一時感情，締結非出自本意之契約，貽異日之後悔，甚至使婚姻關係，發生破綻；他方因夫妻財產關係，豹變無定，第三人不易隨時窺知，常蒙不測之損害，有影響於交易之安全云云。然吾人則以爲此種限制，不但不能收保護，安全之實，反易生不公平，不便宜，不合理之結果。蓋若禁止結婚後締結財產契約，則事實上與強制適用法定財產制何異？禁止婚姻後變更財產契約，則夫妻財產關係，誠如其所主張，成爲固定不變；然他方，當事人完全喪失補正以前缺點之機會，致因請

取消，而常提起訴訟。況徵諸夫妻間一般契約之規定，既承認廣泛之取消權，（註十）何獨於財產契約，限制綦嚴，殊欠平衡。若云爲保護第三人，則以非經公示，（註十一）不得對抗第三人；或如瑞士民法第一七九條三項，結婚後締結之夫妻財產契約，不得變更其財產上對第三人所負之責任爲要件已足，何必因噎廢食！（註十二）

註十 德民一五八四條，瑞民一七七條，法民一九一六條一五九五條，一七零七條，日民七九二條，法制局親屬法草案第卅三條二項參照。

註十一 關於公示之方法，法壇採公證人主義，德瑞日採登記主義。前段（4）註九所引各國民法條文參照。

註十二 法國學者中，近亦盛倡刪除民法第一三九五條，承認婚姻後得變更財產契約，如 Kuntz Busila 等即其代表。

五 結論

關於夫妻財產制之立法例及各種制度之一般的批評，已如前述。茲且進而就吾國今日應取之立法方針，試加論斷，以結本篇。

第一，由立法政策言之，凡分進步的立法與保守的立法兩類。前者係以立法手段，推翻不良之習慣制度，促進社會之改善，故又稱革命的立法，如蘇俄各法典，瑞士債務法，土耳其民法是；後者則僅就原有之社會習慣成例，彙集而成法律，其主旨，在承認維持現有制度，而不帶改造精神，如判例法即其一種。國民政府，既以改革舊有之不良制度，實現三民主義化之社會為標榜，而黨義，政綱及決議案，又以於法律上經濟上教育上社會上確認男女平等之原則，助進女權之發展，制定男女平等的法律，規定女子有財產繼承權，根據結婚離婚絕對自由原則，制定婚姻法相號召（註十三），則無論為維持政黨政治家之信用與履行改造社會之責任，皆宜遵守此再三再四誓諸國民者，勇敢邁進，不事瞻顧，以達於實現之域！

註十三 十三年四月第一次全國代表大會宣言，中國國民黨政綱對內政策第十二條，十五

年一月第二次全國代表大會通過婦女運動決議案第九條第一二三各項參照。

第二，由與其他法律及本法之調和聯絡言之，則如前所述，政綱及決議案，既以男女平等，爲立法最高原則，一切法律，皆當以此爲鵠，而不能違反。業經頒布施行之刑法及民法總則，已勵行遵守，對於舊法重男輕女，限制女子能力之條文，莫不加以澈底刪改。他方，親屬法雖尙未頒布，然最關重要之女子財產繼承權及結婚離婚之自由，則已根據第二次全國代表大會通過之婦女運動決議案而早經見諸實行。對於已嫁女子，且於十八年八月十九日由國民政府公布已嫁女子追遯繼承財產施行細則，使得遯及於前項決議案發生效力之日，繼承財產，並重行分析，雖受獎勵訴訟之非難（註十四），亦所不惜。是當局對於實行男女平等，擴張女子財產上之權利享受一端，已可謂煞費苦心，繼起者，即爲權利之保持管理問題。若一方極力擴張女子之財產享受權，予以主張權利之機會，他方又否認其有管理權——占有，使用，收益——，乃至併合於夫之財產而成共有財產，

則不但有橫被侵蝕之虞，且幾經力爭運動始得之女子財產繼承權，亦等於名存實亡。而剝奪女子之財產管理權，即爲否認其行爲能力，不但蔑視女子之人格，且與民法總則廢除妻之限制行爲能力之解放規定相矛盾。其他，如離婚自由之原則，已經實行在先，若於後訂之親屬法採用共有財產制或共同管理制，則因離婚而分析計算財產時，其糾紛複雜，曷可勝言？甚至因此發生訴訟，尤非立法之得。

註十四 事實上，通商大埠，都市省會，因繼承遺產而涉訟者，已不在少數。

第三，由立法趨勢與時代環境言之，則夫權觀念，自一八六五年之意大利民法以來，已逐漸消聲匿跡於法律界。意國民法第一三一條，刪除夫對於妻要求從順義務之規定。比利時修訂民法時，羅蘭夫人公然主張全廢夫權，賦與妻以平等獨立權。民國元年施行之瑞士民法，以提高妻之地位，給與妻以行使私權之完全自由爲要綱之一，故其民法，雖採共同管理制爲法定財產制，然按諸實際，則因妻之權利，於不反婚姻性質之範圍內，

顯著擴張，漸有盛行分別財產制之傾向。俄國則於帝政時代，已採用完全之財產分離制，迄蘇俄制定之親屬法，對於婚姻前之夫妻財產，仍採分別制，唯因其爲共產主義國家，對於婚姻中夫妻所得之財產，則採所得共產制。日本現行民法，雖採共同管理制，然其親屬法改正要綱，已決定刪除之，而以採用分別財產制爲原則。最尊重夫權之法國，因時代之進化，亦有逐漸接近於分別財產制之趨勢。法制局擬之親屬法草案，爲獎勵個人經濟之獨立起見，亦採用分別財產制，規定夫妻各得享有特有財產，各自管理，不相侵害。此近世各國之立法趨勢也。

以言時代與環境，則清末變法以降，雖僅模倣德日法制，然歐戰之後，世界法律思潮，有特殊之變遷與進化，我國亦多受其影響。迄國民政府成立，女權進步，一日千里，遂脫離運動鼓吹時期而入於實現之域，茲猶在繼續擴張，冀達男女完全平等自由之目的。唯以吾國幅員廣闊，交通不便，人口衆多，國民智識，參差不齊，而女子爲尤甚。城市與鄉村，程度

懸殊，致無論何種新法律制度，皆不能一律推行，此固由教育之不普及，亦創制立法所以煞費斟酌之點也。然如前所述，吾國今日，既採用革命的立法政策，旁顧時代環境之進步與要求，復咄咄逼人，斷不能阻撓一部分之長足進步，而強使駐足相待，以迎合於他部分之墨守成規者。再由國家政策着眼，又不能因城市與鄉村，而為各異之立法與判決，（註十五）則舍彼就此，亦屬不得已之事。何況革命的立法，足以促進社會之改善，彼主張共同管理制者，亦首肯之！（註十六）若必各方兼顧，遷就舊習，則女子繼承財產權、自由離婚權，亦非吾國舊有之社會習慣，迄今猶僅都會城市之女子享有之，多數鄉民，則仍鮮有主張實行之者，何竟三令五申，嚴勵施行？今苟有人攻擊女子財產繼承權及離婚自由權之不能普及施行於一般女子，僅為少數智識階級或城市女子獨享之特權，而主張加以限制，不宜顧此失彼，則必將被指為叛逆，指為腐化封建思想，罵至體無完膚。然於分別財產制，則至今猶有懷疑莫決，或主張採用共同管理制者，（他日

竟成爲事實，亦未可知）吾國人遇事無一貫之條理與主張，缺乏通盤之計畫與深遠周密之思索，致前後甚至同時自相矛盾，此不過其一例耳。

註十五 法律評論第三四二期傳乘常之親屬繼承法上的幾個重要問題末段參照。

註十六 法律評論第三五〇期第三十一頁三五法學社對於民法親屬編先決各點意見書，一方雖主張適用聯合財產制，（即共同管理制）他方亦肯定『且法律縱不能製造社會，而改良習慣，指示方向，確有效力』，其主張適用法定之聯合財產制，係基於維持家制之結果，（同期第三十二頁參照）故評分別財產制爲『極端個人主義之表見，與我國共同生活之家自不能相容，』其立論之前提，既與吾人贊成廢除家制採用個人主義者不同，故結果亦相差別，殊不足異。

總括吾人對於夫妻財產制之立法意見：

（1）指定分別財產制爲法定財產制，當事人如另無約定，即視爲採用該制度。因外徵各國事實，內察國情習慣，夫妻間以契約訂立財產關係者，殆不易見，間有爲口頭約束者，然不生法律之效力，故有於法律設相當規定，指定一種制度爲法定財產制之必要，使未締結契約或契約解除時有所遵

循。(2)如當事人以契約訂定其財產關係時，於法律範圍內，應尊重其自由。殊無須若瑞士民法，於法定財產制之共同管理制外，另設共有財產制及分別財產制為訂立關於財產契約之標準，當事人僅得就中選擇其一之必要。(3)規定之地位與方法，可特設一節，或置於夫妻關係(註十七)之下，且只須規定其要點，殊不必專設獨立之一章，達一二百條之多。良以西洋各國自有其特別歷史與基於環境所要求，吾國則無此背景也。(4)吾人採分別財產制為法定財產制之主張，如不見容於中政會，而決定採用共同管理制或共有財產制時，則退一步言，盼能不拘泥於該兩制度之內容，而加以變更，即管理財該之權，不可僅操之於夫，而須由夫妻共同為之！使妻與夫有同等之財產管理權，實現真正且名副其實之共同管理制，以維護妻之人格與權利！

註十七

日本親屬法改正要綱第十四則第一項，主張將夫妻財產制規定於婚姻之效力中。

十九年七月至八月法律評論第七卷第四十二期至第四十四期所載

再論夫妻財產制

——由史的研究、批評新親屬法——

要目

- 一 婚姻法之史的研究
- 二 夫妻財產制之史的研究
- 三 夫妻財產制之進展
- 四 夫妻財產制之立法趨勢
- 五 新親屬法之批評

一 婚姻法之史的研究

立法院發表民法親屬編先決點後，吾人雖遠居海外，亦曾草『夫妻財產制之立法問題』一文（登載法律評論第七卷第四二——四四期，十九年七月廿七日——八月十日），主張定分別財產制爲法定制。又鑑於當時國內倡聯合財產制（又名共同管理制）之說甚盛，並料及其『他日竟成事實

，亦未可知」，故最末表示：「吾人採分別財產制爲法定財產制之主張，如不見容於中政會，而決定採用共同管制或共有財產制時，則退一步言，盼能不拘泥於該兩制度之內容，而加以變更，即管理財產之權，不可僅操之於夫，而須由夫妻共同爲之——使妻與夫有同等之財產管理權，實現真正且名副其實之共同管理制，以維護妻之人格與權利！」。未幾，中央政治會議法律組對於民法親屬編應行先決各點之審查意見書，竟不出吾人所豫料，主張：「法定制定爲聯合財產制」。嗣經中央政治會議第二三六次會議照審查意見通過，唯對約定定制則修正爲：「約定制除左列三種外，得規定他種制度」。(中政會議十九，七，廿三，致立法院函，民智書局立法專刊第四輯第十六頁)。

立法院據此原則，起草條文，於民法親屬編第一千零四條至第一千零四十八條規定第四節夫妻財產制。內分第一款通則，第二款法定財產制，第三款約定財產制，第一目共同財產制，第二目統一財產制，第三目分別

財產制。此種立法，係模倣瑞士民法而爲規定。瑞士民法第一編人格法，第二編親屬法，第一章婚姻法，第六節夫妻財產制，第一款通則，第二款財產聯合制，第三款財產共通制（共同財產制）第四款財產分別制，第五款夫妻財產制登記簿。我新民法親屬編之夫妻財產制，除未規定夫妻財產制登記簿（依一千零八條第二項，夫妻財產制契約之登記，另以法律定之），及款目略有變動外，不但其排列次序，與瑞士民法相同，若一考其內容，則兩者尤爲酷似。用特將瑞士民法關於夫妻財產制部分，譯載本篇之末，以便讀者之比較參考。

瑞士民法夫妻財產制之規定，自第一百七十八條至第二百五十一條，都七十四條。經我新民法刪併結果，則歸納得四十五條。方諸德國民法占二百零一條，法國民法占一百九十五條，重款累項，複雜難用者，自有簡明易行之長。而瑞士民法立法技術之優秀，尤爲世所推重，與瑞士債務法，堪稱近代法典之雙璧。我國立法事業，尙在草創，師承先進，採爲藍本

，自無不可。然一國法制，與社會經濟有重大關係，而親屬繼承爲身分法，尤須顧慮民族歷史之背景，與環境時代之變遷。彼瑞士民法，制定於一九〇七年十二月十日，施行於一九一二年一月一日，迄今歷二十餘年。其時夫權家長權之餘威猶存，故雖以提高妻之地位，予以行使私權之完全自由，爲民法要綱之一，然束縛限制之規定，積習相沿，未能盡除，如採聯合財產制爲法定夫妻財產制，即其一端。（瑞士民法第一七八條）因之妻行使私權，仍不能「完全」自由。

良以各國立法，類皆有其特別之歷史與背景。一八〇三年制定公布，一八〇四年施行之法國民法，雖爲大革命之產兒，然關於妻之地位，則完全容納中古之習慣，甚至將『夫當保護其妻，妻則從順其夫』之語句，形諸法文（法民第二一三條）。與自由，平等，博愛之革命標語，殊不吻合。是蓋由起草者拿破崙一世，厲行軍國的專制主義，壓迫方在萌芽期之婦人解放運動，謂：『予妻自由，有背法國舊俗』，必欲使婦女株守中世的家庭組

織。嗣經一九〇七年大修正婚姻法之結果，妻之地位，始漸增高。

德國民法，於一八九六年公佈，一九〇〇年施行。其時正當保守黨及中央黨等保守的政黨掌握政權，而中央黨則爲舊教徒之機關，又恃在國會獲占多數，遂主張婚姻規定，應宗教會主義（註一）。幸經輿論之反對，自由主義者如（V. Stumberg氏）在國會之力爭，暨起草委員之進步的思想與努力的結果，始克脫出復古之重圍與滌除歷史派之餘臭，制成比較進步之法典。然強敵之前，難免負傷，折衷調和之末，乃不得不屈服，遷就。於是完全平等之婚姻法，遂不能如期實現。而夫妻財產制，亦採共同管理制爲法定制焉。

註一 西洋各國之婚姻立法，凡分羅馬主義與教會主義。（A）羅馬主義之基本思想，以婚姻有絕對的性的自由（Absolute Sexualfreiheit）。故婚姻障害之範圍與種類，甚爲狹小；締結方法，亦較簡單，只須當事人間意思表示之合致已足，無煩官廳或教會之協力，而視婚姻爲契約（Consensus）——即所謂契約婚制度。因之，解消婚姻，亦只須雙方之合

意——採用協議離婚制。若云婚姻之效果，則夫妻異姓氏，別財產，各負債務之責任，身分既不同一，亦不必同居一處。蓋其夫妻間，完全立於二人格之對立關係也。(B)教會主義，則與羅馬主義適成相反。根本上即視婚姻為罪惡，故設廣汎之婚姻障害規定，以妨其成立。締結方法，必須經過宗教儀式，而以為公的行爲；關於解消婚姻，除防止再婚外，並絕對禁止離婚，謂為反於神意，——即所謂神意婚。其後雖稍形緩和，然仍只許裁判離婚，不承認協議離婚。至於婚姻之效果，則姓氏，身分，財產，住居，皆屬同一，構成名實相符之夫妻一體，世稱其為一人格之二面。

西洋各國之婚姻法，因宗教與歷史關係，久受教會法〔Canon Law〕，又有譯作『寺院法』者。』之支配。中經政教分離，雖曾乘機改革婚姻法，見若干之進步——如法，德，瑞諸國民法親屬編之規定。然實質上則迄今猶不能脫宗教之桎梏，彼德瑞諸國之婚姻法，不過對極端保守，不合時勢之教會法主義，加以修正之結果而已。其能完全與基督教脫離關係，拋棄教會主義之婚姻觀念與指導精神，確定婚姻為男女二人格之絕對平等對立關係者，厥唯一九二七年一月一日施行之蘇俄婚姻法。(該法原名為『關於婚姻，親屬及監護之法律』，最初頒布於一九一七年十二月十九日，此次為第三度之修正，全文共計一百四十三條。)自蘇俄婚姻法以降，現代新興各國之婚姻法——如暹羅，土耳其

，匈牙利，諸國民法關於婚姻之規定，已拋棄教會主義之精神，而採用羅馬主義為立法之基本原則。此後教會主義，將被完全推翻，而以羅馬之自由婚姻 *Ereie Ehe* 主義，為婚姻立法發展之目標與理想。於是，自第一世紀為原始時代，第十世紀中葉至第十二世紀為全盛時代之教會主義，十六世紀以來，逐漸衰微，降至今日，已就滅亡。二千年間之婚姻立法，不外為羅馬主義與教會主義之鬥爭過程，故曠觀古來婚姻法之發展史，與盛衰遺跡，可一言以蔽之曰：『為羅馬與教會兩主義之鬥爭』。

二 夫妻財產制之史的研究

前節既述一般婚姻法之略史，茲請進而論夫妻財產制之沿革。一七九四年施行之普魯士 (*Preuss*) 州法，明定『夫為婚姻團體之首長』，採一般共有制為法定夫妻財產制。法國民法在拿破崙壓迫之下，亦採動產共有制為法定財產制。英國普通法在十九世紀中葉以前，除衣服寶石外，妻於婚姻前，婚姻後，所取得之動產，有價證券，乃至由勞動而獲之工資，均歸

夫所有，處分。夫妻間雖得締結財產契約，然設定特有財產，則限於二百鎊以上之金額。其結果，無產階級之妻，殆失利用財產契約之機會，而不得不俯首於法定統一財產制之下，受夫之宰割。迄一八七〇年，自由黨首領 Gladstone 1809—1898 氏乃於下院提出婚姻財產法案 (Married Woman's Property Acts) 明定分別財產制爲法定制，並主張：『在婦人從事勞動逐漸增多之今日，其所得之工資，應歸彼本人所有』。一般保守黨議員，大肆反對，謂：『予妻於財產上之獨立，不但違反基督教之教義，且不合英國之醇風美俗，有妨家庭之統一』。以辯論家演說家著名之 Gladstone 氏，乃答之曰：『欲恃權取妻之工資，以保持家庭之統一，殊足引爲英國男子之恥辱』，因之法案遂得通過，同年即見諸施行。當時大陸各國，猶酣於中世的迷夢，聞此法律，甚爲驚奇，至譽爲：『關於妻之地位之新時代立法曉鐘』。(美國法制與英國同屬一系，多數之州，均採分別財產制爲法定制)

德瑞諸國民法採取共同管理制爲法定財產制之經過，亦有可得而言者。當中古時代，索遜東部，爲共同管理制之發源地，歐洲各國，多受其影響。其後曾一度衰微，施行區域，大形縮小。迄十六世紀，則僅瑞士之山僻市鎮，如 *Sachsen* 之一部及 *Holslein*，猶奉行之。蓋其時正當共有財產制盛行，流風所及，共同管理制乃不得不退避三舍。

十八世紀末葉以後，共同管理制，又告復活。蓋承中古夫妻財產制之放縱亂雜的立法，久苦法令滋章，莫所適從。於是捨棄地方主義而採法典主義，以統一立法之呼聲，甚囂塵上。又適當宗教改革，啟蒙運動之後，教會主義餘威猶存之時，共有財產制，既成過去，分別財產制，又尙無嘗試之勇氣，折衷權衡，介於兩者間之共同管理制，遂獲入選，各國採用之者，比比皆然。一七九四年之普魯士州法，一八三四年八月十五日 *Sachsen* 之 *Goltha* 之婚姻令，一八三七年五月八日 *Sachsen-Altburg* 之婚姻令，一八六三年之索遜民法，均採共同管理制爲法定制。

德國民法制定之時，全國人口中約二千萬，已奉行共同管理制。重要都市如柏林，Hamburg, Rostock 及 Preussen 之 Schlesien 縣，Sachsen, Lübeck, Oldenburg, (註1)全部，Pommern, Brandenburg, Schleswig = Holstein, Hanover 等縣之大部分，均生活於共同管理制之下。狃於積習，拘於婚境，遂遷就是實，採共同管理制爲法定制焉。

註1 Lübeck 市一八六二年二月十一日之法律，Oldenburg 一八七三年四月二十四日之婚姻令。

日本在維新以前，係繼受我國隋唐律。其『令集解』，有『夫婦同財』之語。據法制史家之研究，謂『夫婦同財』云者，爲妻之財產，被併吞於夫，而成『一財』。故日本古代之夫妻間財產關係（身分亦然），亦爲夫權萬能主義。維新以後，摸倣大陸法制，於民法親族編第三章第三節規定夫婦財產制，採共同管理制爲法定財產制（日本民法第八〇一條）。其時德瑞民法，尙未頒布（註二），致乏『取法乎中』之機會，大部抄襲九十

年前之法國民法。故夫妻財產制之規定，甚爲簡陋陳腐。雖捨棄法國民法之動產及所得共有制而採共同管理制度爲法定制，然不設法定留保（特有財產）之規定，則與一九〇七年大修正婚姻法以前之法國民法妻之留保財產，亦屬夫管理者相同。其結果，妻之專用品，勞動報酬，均歸夫管理——收益。是不但實際上不易管理，且亦不近人情。一九二九年發表之親屬法改正要綱第十四則，毅然『廢止夫對於妻之財產管理權』，誠屬得當，該國之學者法官，亦甚表贊成。（註四）（註五）

註三 日本民法親屬繼承兩編，公布于一八九八年，德國新民法公布於一八九六年，瑞士民法公布於一九〇七年。

註四 拙稿夫妻財產制之立法問題一概說參照

註五 中島玉吉博士「評親屬繼承法改正要綱」（法學論叢第廿一卷二號），栗生武夫博士於「婚姻立法主義之抗爭」，大阪地方法院庭長和田于一在大阪朝日新聞一九三〇年十一月尾連載之「夫婦間之財產的鬭爭」，穗積重遠博士之「民法改正要綱解說」第

十四則(法學協會雜誌第四十六卷五號)參照。

我國民法夫妻財產制之立法經過，已於拙稿前篇第一二節述之。即自前清末年至此次之新民法親屬編，凡歷五次。第一次至第三次草案，均採共同管理制爲法定財產制，條文亦甚簡略，(第一次之親屬法草案，僅於第三章婚姻，第三節婚姻之效力下規定五條)無裨實用。且其時女子尙無財產繼承權及完全行爲能力，故實際上亦不感需要。民國十七年冬國民政府法制局之第四次親屬法草案，與承認女子財產繼承權，廢棄家族制度，同時毅然採用分別財產制爲法定財產制。雖因倉卒脫稿，於立法技術，尙欠完善，然主義新穎，要不失爲進步的立法。十九年冬立法院制定之新民法親屬編，遵照中央政治會議決定之立法原則，猶留戀於國民革命前之舊制，復定共同管理制爲法定財產制，並採範於瑞士民法，以釐訂條文焉。

三 夫妻財產制之進展

關於夫妻財產制之分類，內容，及一般的理論，已詳拙稿前篇夫妻財產制之立法問題。茲特就我新民法親屬編所採爲法定制之共同管理制爲中心，而溯其進展之跡。

考夫妻財產制，肇始於統一財產制（*Güterrecht*），古昔羅馬嚴格婚姻主義及英國普通法時代採用之。此制度，妻之帶入財產所有權，除保留者外，均『統一』於夫，故又名『併吞財產制』。

其後，由統一財產制，而一般共有制，而特別共有制。迄中古時代，已進展爲共同管理制（前節第二段參照）。共同管理制之名，乃 *Schroder* 氏所命，*Foth* 氏和之，原文爲 *Verwaltungs-gemeinschaft*。嗣 *Heusler* 氏，攻擊之曰：名爲共同管理，而其內容，則管理權操於夫一人之手，並非真正之夫妻共同管理。爲求名實相符起見，輒近之 *H. Mitteis* 氏，乃改稱曰『收益管理制』，（*Nutzenverwaltung*）所以示夫『收益管理』妻之財產之義也。瑞士民法第二編婚姻法第六節夫妻財產制，第二款之標題，名曰聯合財

產制，(Güterverbindung)，我新民法親屬編從之。(但僅於立法原則明定採用聯合財產制，並未若瑞士民法形諸法文。)德國民法與新民法同，共同管理制，既以占有，使用，收益，管理，(註六)而不移轉妻之所有權於夫爲特色，則欲知此制度之如何進展，於用益，管理權之變遷，殊有注目之價值。所謂用益管理權，不外爲用益管理權之客體及其內容。是項夫權，與時代之進化，同生變動，而影響於各國之立法。據法制史所昭示，其演變之過程，不出下之原則。即：用益管理權之客體——對象，逐漸縮減；而其內容之限制，則日益擴張。因之，此種夫之『特權』之內容，漸趨薄弱，而就衰微。

註六 Siber氏爲管理行爲 (Verwaltungshandlung) 下定義云：「管理行爲者，謂保存，增加一定之他人財產，或爲使其副此目的之事實上及法律上行爲也」。然兼以用益爲內容之管理權，其範圍不若是之狹小，氏之定義，只是語管理權之一部。(Siber, Das Verwaltung

sr. an fremd, Vermögens in B C B Dogm, 67, 81 ff.)

縮減用益管理權客體之方法，爲設定妻之留保財產（Vorbehaltsgut）——新民法親屬編名爲『特有財產』。設定特有財產之方法有二：一曰法定特有財產，亦名法定留保，即於親屬法夫妻財產制中，以明文規定某某幾種財產爲妻之特有財產；二曰任意特有財產，又名任意留保，即夫妻間得以契約，訂定一定之財產爲特有財產。法定特有財產制，因親屬法爲身分法之一種，有強行法（與債務法等財產法之爲任意法者相反）性質，其效力頗強。任意特有財產制，委諸私人間自由締結特有財產契約，是與普通夫妻財產契約同，事實上行之者甚少。即使妻欲爲之，亦格於有不信任夫之嫌疑及碍於感情，不易成功；且非經登記，不得對抗第三人，（新民法第一千〇八條）甚乏實際的效果。除在中古法定特有財產制度尙未發達時，特爲保護妻之財產之唯一直接手段外，至近世法定特有財產制度盛行時代，不但已失却制度之作用，且恐有被夫妻間串通利用，假裝爲妻之特有財產，以詐害夫之債權人之虞，故各國民法，多規定爲須與普通夫妻財產契約

，同履行一定方式，及登記，公示，以完成近代立法保護債權人之使命。然過度限制之結果，任意特有財產制，徒成名存實廢之具文而已。

設定特有財產制之方法，既由中古之『任意』特有財產制，演進而成近代之法定特有財產制；他方，法定特有財產制之範圍，復逐漸擴大，其結果，用益管理權之客體，日形縮減。在中古時代，除妻之專用品外（註七）妻之勞働報酬，營業收入，特有財產之代價，（註八）均歸夫用益管理。

迨至近代，則自一八七〇年英國之婚姻財產法，索遜民法施行以來（前節首段參照），普魯士州法，索遜民法，Odenburg法，及法，德，瑞士，瑞典，土耳其，我新民法等大陸諸國民法，均已承認上舉數種為妻之法定特有財產。（註九）

註七 妻之專用品云者，謂特定之妻，供其個人專用（*Persönlicher Gebrauch*）之動產也

。其要件為：（a）限於動產，故不含土地房屋，工廠，店舖等；（b）專用；（c）特定之妻所專用。

註八 最近歐洲之學說判例，並擴大妻之財產自由範圍。謂：勞働報酬 (Arbeitserwerb

云者，含筋肉勞働與智能勞働之報酬；營業收入云者，含營業本身 (Erwerbsgeschäft) 純益 (Reinertrag) 及為營業使用之財產 (Geschäftsvermögen)；特有財產之代價 (Subrogation) 云者，包含因處分特有財產而得之代價，損害賠償請求權及保險金請求權。

註九 日本現行民法，未規定特有財產制，彷彿歐洲十八世紀末葉之共同管理制。然按諸實際則夫亦未能一一管理，等於實際上之一部承認（前第四段參照）。

與縮減夫之利益管理權同時進行者，為其內容之限制。此種管理權，如註六所述，與一般之管理行為不同，其內容甚為廣泛，包含（1）使用，（2）收益，（3）占有，（4）處分（內分動產與不動產之處分，而動產中，又有消費物與非消費物之分。）（5）代理，及（6）訴訟代理。中古時代之夫之管理權，於行使之程度，漫無限制，雖損害妻之財產，亦不負賠償之責。除處分不動產須妻之同意外，其餘之處分，代理行為，均不待妻之同意，夫得獨斷為之。迄索遜民法，Oldenburger 之婚姻令，始加入

限制使用之規定。十九世紀之學說，並將物權編用益權之限制規定，準用於夫之管理權，以禁止夫爲過度之使用，收益。以前妻完全不受占有之保護者，改爲夫立於直接占有之地位，而妻立於間接占有之地位。動產，債權之處分，均須妻之同意（註十）。無論普通代理與訴訟代理，皆須待妻之授權。注意義務，亦由普通程度，加重至與管理自己物件同一，或善良管理之注意，如違反時，須負賠償損害之責。以上種種之變遷，爲Lubbeck法，索遜民法，Oldenburger 婚姻令，普魯士州法以來，乃至近代之德瑞等大陸法系諸國所公認者。至若英美法，則早已實行一刀兩段的分別財產制，自無需此騎牆式之微溫主義的立法也。

註十 在中古時代，動產中之消費物所有權，移轉於夫。初期之立法，如索遜民法，普魯

士州法，乃至近代之瑞士民法，亦以共同管理中妻之金錢等消費物，爲夫所有。其理由，謂消費物如不移轉所有，則不能使用，處分。蓋消費物之使用，處分，須以所有權爲前提也。然果如其說，則其他之動產不動產，亦何以不須移轉所有權，豈非互相矛盾

乎？且如瑞士民法（第二〇一條三項），將現代最重要生活資料之「現金，其他代替物，或依種類而定之無記名證券，移轉於夫之所有權內」；雖下文規定：「妻對其價格，有補償請求權」，然此種過度信夫薄妻及事後為「補償請求」，常無實益，且有害夫妻感情之立法，得毋太危險乎？德國民法，以為處分雖常須有所有權，然無因處分而與所有權之必要，故對夫不與消費物之所有權，只予以處分力，於一三七六條規定：「夫處分妻之金錢或其他消費物，無須妻之同意」，揆其實質，與夫有所有權無異。

註十一 考德國之共同管理制度，原為中古農民之夫妻財產制。其時妻之原有財產（*gebrauchtes Gut*）日譯為「持參財產」，以別於「留保財產」——特有財產，係由土地構成，原有財產之孳息，不過為穀物，燃料之類，適足供家庭生活之資料，故以此等消費物，移轉於夫所有，亦無妨礙。至若近代立法，以金錢代替物及有價證券等消費物，歸夫所有，則與穀物燃料，不可同論，此吾人所以甚覺其為冒險也（新民法第一〇一七條三項參照）。



設定特有財產之制度，雖不過為共同管理制度下之補救辦法，不足語夫

妻之完全平等，獨立。然觀其發展之傾向，由任意特有財產制，而法定特有財產制；於法定特有財產制，又從而擴張其範圍，以縮減夫之管理權之客體，限制管理權之內容，加重其行使之責任及注意之義務，冀使夫之管理權之對象，日趨狹小，其本質，益形薄弱，以達完全廢除共同管理制之目的，亦足爲更前一步，邁進於分別財產制之域，而作實行夫妻完全平等獨立之先驅。蓋德瑞法系等國採共同管理制爲法定夫妻財產制時，因歷史與環境關係（第二節參照），既無羅馬法自由婚姻時代及英國一八七〇年之婚姻財產法，由嚴格婚姻，普通法下之統一財產制，一躍而爲極端的分別財產制之勇氣；又未甘冒保守之嫌，乃於共同管理制之下，兼設特有財產之規定，以資調濟，而謀苟延共同管理制——夫對妻之財產管理權——之殘喘。——此項推論，並非純出臆斷，只須一查特有財產與時代進化成正比例之已往陳跡，即可證吾言之不謬。

良以人類進化之歷史，必經一定之過程；規範人類社會生活之法律，

亦不易脫此原則。彼羅馬，英國婚姻財產制之飛躍的進步，乃少數之例外耳。故共同管理制，雖不能實現夫妻完全平等、獨立之理想，滿足女權運動家之慾望，然其內部的發展——特有財產制度之設立，擴張，亦足相對的解除妻於財產權上之束縛，而爲準備採用分別財產制度前之過渡辦法。庸詎知彼時採用共同管理制，即無若今日之視分別財產制。蓋任何制度，本無絕對的優劣，不過有時地之適否。不合於時間空間之制度，是爲過去之陳物。共同管理制之在現代社會，亦適構成其爲夫妻財產制發達史之一過程而已。

四 夫妻財產制之立法趨勢

迴溯夫妻財產制之發達史，自上古之統一財產制，經中古之共有財產制，至近代之共同管理制，凡分三大階段。創制立法，雖屬因時制宜，然其遞嬗之徑路，恒朝一定之方向而漸進。以上既考察其歷史之變遷，茲請進而推測將來立法之趨勢。

統一、共有，共管諸夫妻財產制，於程度上雖有嚴寬之差別，然其本質，則均爲壓迫、榨取婦女及其財產之手段，夫權，家長權之遺毒。統一財產制，世界各國，已無採爲法定制者。共有財產制，亦漸就衰微，並由一般共有制趨於特別共有制（即不過一部共有，比純粹之共同管理制，猶爲和緩）。十九世紀末葉以來，惟共同管理制與分別財產制，互相角逐，以爭雄長。

共同管理制之不澈底及其內部之分化（特有財產之擴大），已於前述。而各國之採此制爲法定制之立法，又多淵源於德瑞民法。不知德瑞民法，自有其歷史與背景（一節二三四段參照）。德國民法制定未久，婦女解放運動家，即集矢於共同管理制，攻擊其爲：『不脫夫併吞妻之財產之舊思想，使妻成爲受夫榨取之女奴隸』。該國法界，有見於此，除用判例，解釋等方法，力謀救濟外（如擴大特有財產之意義，即爲共同管理制之延命湯），並於一九二四年九月之第二十三次德國法曹大會（Der 33. Deutsche

Juristentag 提出『夫妻財產制，應如何修正』之議題，Kipp, Wieruszowski, Marie, Mauk 諸氏，咸攻擊共同管理制，幾使有體無完膚之慨云。（註十一）

註十一 Vgl. Juristische Wochenschrift, Bd. 226 - 37, Heft 33.

二十世紀以來新制定之各國民法或修正案，除初期之瑞士民法，及其子法之我新民法，暨國民革命前之第一次至第三次民律草案外，如一九二六年四月四日公布，同年十月四日施行之土耳其民法，雖日人穗積重遠博士，譏爲瑞士民法之譯本，然其夫妻財產制，則大反於母法之瑞士民法，毅然採分別財產制爲法定制（註十三）。又一九二八年之匈牙利民法草案，及一九二八年十二月廿八日發表之日本親屬繼承法改正要綱，均採分別財產制爲法定制。其他如一九二零年六月十一日頒布，翌年一月一日施行之瑞典婚姻法，特創『婚權財產制』，『除與婚權有關係之特定限制外，仍各別享有其財產，其結果，實駁駁乎有分別財產之意味』（註十四）。蘇俄親屬法，雖規定婚姻中夫妻取得之財產爲共有，似屬於所得共有制；然婚姻前

夫妻之財產，則爲各自之別產，是又爲分別財產制。且所得共有之本旨，不過以供共同生活之費用，不能即斷爲所得共有制。——縱欲以之列入所得共有制，亦非單純之所得共有，應稱爲：婚姻前之財產，採分別制；婚姻中之所得，則採所得共有制，是爲混合制。立法院發表之民法親屬編先決各點審查意見書第六點夫妻財產制之說明（註十五），及王寵惠博士之『婚姻財產制』論文，均將蘇俄之法定財產制列入所得共有制內，（註十六）似無誤解。茲特將蘇俄親屬法之原文（僅設第十條規定夫妻財產制），譯載於左。（法律評論第八卷十一號資料欄參照）

第十條 結婚前屬於配偶者雙方之財產，仍爲其所有財產；（注意！並未規定由夫管理收益！與共有，共管制不同！）其在婚姻繼續中所獲得之財產，認爲雙方之共有財產。關於共有之程度發生爭議時，由法院判決之。

註十三

土耳其民法第一七〇條：『夫妻間，不依夫妻財產契約採用法定之其他財產制

，或無應適用之特別財產制時，適用別產制」。〔瑞士民法一七八條參照〕穠積重遠博士評語，見法學協會雜誌四十四卷十一號。

註十四，十五，十六 均見中華法學雜誌第一卷一號，——十九年九月出版。

日本親屬法改正要綱，廢止現行民法之共同管理制，將採分別財產制爲法定制，已迭經述及（註十七）。唯尙有堪注意者，則同要綱第十四則，以『妻之無能力及夫妻財產制』，共置一則，一方『適當擴張妻之能力』（同則二款），同時『廢止共同管理制，代以相當之規定』（同則三款一款，註十七），即認撤廢妻之能力之限制與夫妻財產制問題，有連帶關係。既承認妻有完全行爲能力，斯應賦與財產管理權。賦與財產管理權之方法，爲剝奪夫對妻之財產管理權，而廢止從來之共同管理制，採用分別財產制。

註十七 拙稿夫妻財產制之立法問題二之（三）參照。

其次，與夫妻財產制有密切關係，而重要程度，猶過於行爲能力問題

者，爲日本繼承法改正要綱亦與我國最近之立法走向同一趨勢，承認女子之財產繼承權是也。同要綱第六則遺產繼承之範圍及應繼分標題下，有如左之決定。

一 遺產繼承，配偶者，與直系卑屬，立於同一順位；其應繼分，與在家之嫡出直系卑屬相同。

二 不在家直系卑屬之應繼分，爲在家者之半。

三 遺產繼承人中，加入兄弟姊妹，其繼承順位，次於直系尊屬。

依此改正之結果，女子（配偶者，姊妹，及直系卑屬，尊屬中之女子）亦有財產繼承權。已非復若現行民法家族制度，家長繼承制度（日名家督相續，與英國之長子繼承相類）下之女子，悉爲無產階級（日人嫁女，除衣服木箱等女子用品外，甚少設定嫁資者，故云）者可比，於是其行爲能力，財產管理權，亦有擴張之必要，俾能爲財產上之活動。親屬法改正要綱第十四則及繼承法改正要綱第六則，即應此要求而爲決定，並謀互相保

持聯絡，以貫徹新時代民法男女完全平等獨立之精神者也。



通覽各國夫妻財產制變遷之過程，可得次之結論。以時代言：十九世紀以前，爲由財的共同，夫妻一體，漸進於夫妻平等，乃至達到妻之財產的完全自由，獨立，爲理想的目標尙未成功時代；二十世紀以來，則爲實現此理想的目標之時代。蓋統一，共有，共管諸制，雖有程度之分，然其本質，則皆爲壓迫，剝奪女子財產權的自由，平等之工具，故只能認爲夫妻財產制發展之階段，而不足實現獨立，自由之理想。二十世紀以後，則一洗從前萎靡不振之積習，有更進一步，決然採分別財產制，確立夫妻財產完全自由平等之傾向。以地域及法系言：則英美法系進步之迅速，遠勝於大陸法系。而英國一八七〇年之婚姻財產法，由普通法之統一財產制一躍而爲分別財產制之勇氣，尤予各國莫大之刺激。謂非其國民程度之高，與自由黨之進步的思想，曷克臻此！

雖然，夫妻財產制發達之先後次序，固有空間與時間之差別，而其演進之趨勢，則有一定之軌道可尋。現代思潮，婚姻法之進步，幾有日新月異之感；夫妻財產制，爲婚姻法之最要部分，自不能脫此進化之原則。吾人考察夫妻財產制進化之趨勢，確信將來之最後目標，厥爲分別財產制。現雖有若干國家，因一時未及修改法律，暫仍舊制，然如上所舉二十世紀以後之諸國新立法例，則大半已實行採用或傾向分別財產制。夫妻完全平等，自由，獨立之理想，行將依各國立法以實現，證明，並示夫妻財產制之立法趨勢，而構成新時代之婚姻法焉！

五 新親屬法之批評

關於夫妻財產制立法原則之批評及其應取之方針，吾人已在拙稿前篇一陳愚見，茲再就最近發表新民法親屬編，略加論評。

(一)立法院遵照中央政治會議決定之立法原則，雖於親屬編之夫妻財

產制，定爲法定制及約定制兩種；並先任夫妻間以契約訂立夫妻財產制，其未以契約訂立者，始適用法定財產制爲其夫妻財產制。（第一〇〇五條）

（法文之形式上，儼以約定制爲原則，法定制爲例外。然考其實質，則限制之規定，即緊隨其後。如夫妻財產契約之訂立，變更或廢止，應以書面爲之（第一千零八條）——履行一定之方式（註十八）；非經登記，不得對抗第三人（第一千零九條）——一方株守十九世紀立法保護債權人之原則，他方即爲加重夫妻財產契約之限制。故無論此重重桎梏之下，不易適合其方式，程序，發生法律之效力。即撤廢其限制，簡易其手續，而內按吾國之歷史，社會，習慣，及人民法律常識之淺陋，法律訓練之缺如，他國已往之成績，（註十九）事實上恐甚少訂立財產契約者。若將來吾國社會情形，無特別急速之變動，則準斯趨勢，契約財產制將成具文，於是夫妻財產制之大部分，悉受法定制之支配。法文之表面，規定契約制爲原則，法定制爲補充的例外者，實際上則正成相反，例外之法定制，將代契約制而爲

原則的適用。於是法定財產制之規定，即可視為夫妻財產制之代表，法定制度之去取及其良否，直接為夫妻財產制之生命，間接影響於婚姻法——親屬法——之優劣。則法定財產制在現代私法地位之重要，從可知矣！

註十八 新民法第一五三條一項，規定普通之契約，只須當事人意思表示之一致，無論其為明示默示，即為成立。

註十九 日本司法部為修訂親屬法，調查民法施行以來之夫妻財產契約登記件數，以作夫妻財產制立法之參考，其統計如左。（西洋各國之登記者，亦不多觀）

明治三十一年	一六（件）
明治三十二年	一三
明治三十三年	六
明治三十四年	一一
明治三十五年	一二
明治三十六年	一九
明治三十七年	一〇

明治三八年

明治三九年

明治四十年

明治四十一年

明治四十二年

明治四十三年

明治四十四年

明治四五大正元年

大正二年

大正三年

大正四年

大正五年

大正六年

大正七年

共計

再論夫妻財產制

七

五

三

九

九

七

一〇

四

五

九

八

九

二

四

一八七件

(二)法定財產制，既如是重要，而由其內容之差異，復可爲種種之分類。除統一財產制，已成歷史之陳迹，無採用爲法定制者外，今日尙餘存分布於世界各國者，爲共有(內分全部有及一部共有)，共管(聯合)，分別三種。其意義得失及分布國別。已見拙稿夫妻財產制之立法問題，本篇則專論其進展之經過及趨勢。我親屬編爲繼受法之一種，於立法主義，並無歷史的宗教的軒輊，只知擇善而從。彼德瑞民法採共同管理制爲法定制者，乃由於時代與環境的關係。我國今日之情形，與之迥異，有如拙稿夫妻財產制之立法問題五結論所論列。瑞民子法之土耳其民法，尙知特於夫妻財產制一反母法，採分別制爲法定制；他如二十世紀以來之匈民，日本親屬法改正要綱，瑞典婚姻法……莫不循此趨勢，同登分別財產制之域。我新親屬法制定在後，又無歷史的背景，何竟知而不行，株守不變？此誠不免保守的立法之譏，且合於中山先生演說詞中對於造鐵路之譬喻：寧舍新式之廣軌，而用舊式之狹軌者矣。(註二十)

註二十

日本鐵道，採用狹軌（如我國之正太路），今欲改爲廣軌，（如我國之京滬平漢

各路）亦不可得。然日本鐵道，成立在前，猶非無故，若我國民法立法在後者，則殊苦於諒解也。

（三）與夫妻財產制有連帶關係者，爲女子能力，女子財產繼承權，家制，共同生活諸問題。關於前兩點，已于夫妻財產制之立法問題後段論之，茲只就其餘兩點，稍申鄙見。立法院發表之親屬編應先決各點第六，有：『家制如須規定，應如何規定』之標題，吾人雖預料將認家制之存在，但未知其如何規定。嗣讀中政會議決之親屬編立法原則第九點家制本位問題，始悉決定爲：『一，以家人共同生活爲本位，置重于家長之義務；二，家長不論性別』。既『不應以家長權爲本位』（第九點之說明），則家制與夫妻財產制之關係，已大半解除；依同點二項之說明，爲『兼顧社會心理及世界趨勢，並明定家長不論性別』，於是女子亦得爲家長，則夫權家長權遺物之共同管理制，亦可以休矣！若云爲『便於維持共同生活』

(第六點說明)，則吾人主張之分別財產制，其家庭費用，固由夫妻共同負擔（拙稿前篇中段參照），於扶養之義，尤可相當，共同生活，亦得維持。又致慮採取分別財產制之結果者謂：『蓋夫妻間於財產上不發生何種關係，由是爾爲爾我爲我，情誼將因之薄弱』，（前引王寵惠博士論文，第三十頁）姑無論事實上恐適與之相反（界限分明，減少爭端），苟讓一步，是認其說，則吾人竊欲假一八七〇年英國自由黨首領 Gladstone 氏駁保守黨反對婚姻財產法案之言，適用於六十年後之今日曰：『欲恃權取妻之財產，以維持共同生活，或增厚夫妻之情誼，殊足引爲現代中國男子之恥辱』！（第二節首段參照）（註二十一）

註二十一 日本親屬法改正要綱第十四則，決定擴張妻之能力，同時廢止共同管理制，採用分別財產制爲法定制，故與繼承法改正要綱第六則，承認女子財產繼承權，互相呼應，連絡，調和，爲平衡的發展。至於家制，則日本親屬法改正要綱，亦未決定廢除。若云維持共同生活及夫妻情誼，則日本親屬繼承法改正要綱，固以保持適合『日本古來之淳

風美俗』，爲最重要之目標；（法學協會雜誌第四十六卷二號一百穗積重遠之民法改正要綱解說參照）然他方決定廢止共同管理制採用分別財產制爲法定制，迄未聞反對之聲。可見以上二點，均無妨于採用分別財產制，且亦不足爲共同管理制之護符也。

（四）再一瞥新親屬法採共同管理制爲法定制之條文，則母法之瑞士民法第二〇五條二項『妻無論何時，得請求設定担保』，及第一八二條一項二款：『審判官因妻之聲請，於左列情形，應宣告財產分離：——二，夫對屬于其管理之妻之財產，不供所請求之担保時』——保護妻之規定，則新民法第一〇一〇條並未列入；反之，瑞士民法所獨有，夫妻均保留法定特有財產——保護夫之規定（他國只限于妻有之）（瑞民第一九一條），則新民法第一〇一三條依樣不遺，此雖屬細微，然亦足徵妻之財產權之未被充分注意也。

第一〇一七——一九條，爲新民法共同管理制之主要規定。『妻於婚姻時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產……』

均由夫管理，…並有使用收益之權』，因之，『由此等財產所生之孳息，其所有權歸於夫』。此規定中，最令人難忘者，爲幾經努力奮鬥而得之女子財產繼承權，恐將如鶯鶯之喙魚，徒爲漁翁作嫁，而有湮沒繼承編特點之虞（女子繼承權，爲該編七特點之第三）。又親屬編之特點第二參照——法律評論八卷十一期十六頁。中政會審查意見書第六點之說明，謂：『瑞士之聯合財產制，既便于維持共同生活（此項已詳本節（三）），復足以保護雙方權利，折衷得當，於我國情形，亦稱適合，故擬採之定爲通常法定制』，前引王寵惠博士之論文第三十二頁：『從維持夫妻間經濟合作，及保障妻之經濟獨立起見，似無有逾於聯合財產制者矣』，竊以爲徵諸制度之精神與法文之規定，『保護雙方』，『經濟合作』，『獨立』，均屬表面文章，不能充飢之畫餅而已。

（五）總之，吾人內察我國之社會情形，既無德瑞之歷史的宗教的背景，外覽世界之立法趨勢，又傾向於『確立，擴張妻之財產權』（註二十二），仍

欲一貫直前，堅持從來之主張：『指定分別財產制爲法定財產制』。蓋遠徵古代之羅馬，近觀六十年前之英國，既可一躍而登分別財產制之域，我國人民法律程度雖不如英國，然方諸同屬老大古國之羅馬，當無多讓。故承第三次民法草案採共同管理制之後，循序漸進，『兼顧社會心理及世界趨勢』，採分別財產制爲法定制，不必多設特有財產等微溫的規定，當無急進冒險之嫌？！

註二十二 屬稿至此，適見一九三〇年十二月二十八日之大阪朝日新聞第二版，於『順應時勢，大改正婚姻法』之標題下，報告民法改正委員會慎重審議中之親屬繼承編，已將脫稿，其最重要之改正，有『確立擴張妻之財產權』一項。

雖然，夫妻間之共同生活，非純粹之法律所可得而充分規定者；法律之規定，不過備萬一發生爭議時之規矩準繩耳。如新親屬法之規定，則女子自始即已立於不利之地位，縱能中途請求宣告改用分別財產制，（第一〇一〇條）然事後補救，不但多無實益，且動輒涉訟，徒傷情誼。（本

節（三）參照）此吾人明知分別財產制將成絕望之餘，特退一步主張妻與夫有同等之財產管理權，實現真正且名副其實之共同管理制之所以也。（本稿第一節首段參照）

良以各國採用某種制度時，往往參以別種制度，爲一混合制者，既所恒有，如瑞民，南美諸國，即其實例（原說明第六點及王寵惠博士論文參照）。瑞典婚姻法，又能獨創婚權財產制，則遷就慮『親如夫妻，於共同生活之中，而無財產相互之關係，恐非吾國普通心理對於婚姻之所樂聞』（王博士論文第三十一頁）之說，稍事變通，舍『極端的個人主義之表見』（法律評論七卷四卷四頁註二）分別財產制之形式的規定，趨重實質承認妻與夫有同等之財產管理權，似亦未始非折衷之一法。

茲新親屬法業已公布，定期施行，今後補救，調和之責，端賴進步的解釋，判例及學說。至吾人對此時代錯誤，缺乏深遠的立法眼光，矛盾，不平衡（註廿三）之保守的立法，則始終不能贊成也。

註廿三 國民政府成立以來，我國女子於政治上之發展，一日千里；獨法律上之財產管理權，則猶拘束於聯合財產制之下，未能脫離夫權之支配。近觀東鄰日本，則適成相反。民法改正要綱，雖決定確立擴張妻之財產權；而女子之參政權，則迄今猶僅預備賦予市街村自治體之公民權（選舉，被選舉權）。女子參政團體，希望擴張至府縣議會，觀最近該國政府及貴族院之空氣，尚難辦到。至若國會之選舉被選舉權，更無論矣。（法律評論八卷十期二頁參照）觀此，可得次之比較結語，即：女子之政治的解放，中國先於日本；財產的獨立，則日本先於中國。——不同方向的不平衡發展。

二十年一月至二月法律評論

第八卷第十六期第十七期所載

附錄 瑞士民法之夫妻財產制（條文）

瑞士民法，都九七七條，另有施行法數十條。茲為研究夫妻財產制之參考，僅譯載其一小部分，公諸讀者。並附載頂註，以清眉目。至我新民

法與瑞士民法之條文對照，則未及一一標明，如將兩法一加比較，即不難辨識其母子之關係。又譯文用語，不依我新民法施以修飾者，爲存真也。

譯者

瑞士民法

一九〇七年十二月十日制定一九一二年一月一日施行

第一編 人格法

第二編 親族法

第一章 婚姻法

第六節 夫妻財產制

第一款 通則

第一七八條 爲夫妻者，以適用財產聯合 (Güterverbindung, union des biens) 之規定爲原則。但依夫妻財產契約，爲相異之合意，或應適用特別財產制時，不在此限。

A普通
財產制

B. 夫妻財產制
1. 夫妻財產契約
內容

第一七九條 夫妻財產契約，得於結婚前或結婚後締結。

婚約者或配偶者，締結夫妻財產契約時，應採用本法所定財產制之一。

結婚後締結之夫妻財產契約，不得變更從來其財產上對第三人所負之責任。

第一八〇條 締結變更及廢止夫妻財產契約之當事人，須於行爲時有判斷能力。

當事人爲未成年人或禁治產者時，須法定代理人之同意。

第一八一條 爲欲使夫妻財產契約之締結變更及廢止，發生效力，須公證人，當事人及

法定代理人之署名。

婚姻中締結之夫妻財產契約，於前項規定外，尙須監護官廳之承認。

夫妻財產契約，依照關於夫妻財產制之規定，對第三人，有法律上之效力。

C. 特別財產制
1. 法律上之財產分離

第一八二條 配偶者一方破產，其債權人，不能得債權之完滿清償時，法律上應爲財產分離。

結婚時有所持不足證書 (Verlustschein) 之債權人，各婚約者，得於結婚前登記之於夫妻財產制登記簿，設定財產分離制。

第一八二條 審判官，因妻之聲請，於左列情形，應宣告分離財產。

2. 審判上之財產分離

一 夫對於妻及子之扶養義務，不爲相當之施設時；

再論夫妻財產制

再論夫妻財產制

42 (一一六)

a. 由妻聲請時

- 二 夫對屬於其管理之妻之財產，不供所請求之担保時；
- 三 夫之總財產，負債超過時。

b. 由夫聲請時

- 第一八四條 審判官，因夫之聲請，於左列情形，應宣告分離財產。
- 一 妻之負債超過時，

二 妻對其夫處分夫妻財產，不法拒絕法律上或夫妻財產制上應為之同意時；

三 妻對其夫所管理之財產，請求担保時。

c. 由債權人聲請時

第一八五條 債權人對配偶者一方為扣押而不能得債權之完全清償時，審判官因其聲請，宣告分離財產。

3. 財產分離之開始

第一八六條 因破產結果所行之分離財產，與不足證書之交付，同時開始。但配偶者，於破產開始後，依繼承或其他方法所取得之財產，遡及於其取得時。

審判上之財產分離，遡及於提出聲請時。

分離財產之開始，在破產或裁判判決時，法院應以職權通知主管機關，登記于夫妻財產制登記簿。

4. 財產分離之廢止

第一八七條 破產結果所行之財產分離或扣押，不能得完全清償所命之財產分離，並不依債權人之受清償而當然廢止。

前項情形，審判官基配偶者一方之聲請，得命恢復舊財產制。

舊財產制之恢復，應以職權通知主管官廳登記於夫妻財產制登記簿。

D. 財產制之變更

第一八八條 夫妻間不得依清算或變更財產制，對配偶者一方之債權人或共同生活關係之債權人，由以前可得受清償之財產，脫離責任。

1. 債權人之擔保

前項財產，移轉於配偶者之一方時，其配偶者，須清償債務。但配偶者，證明其所取得之財產不足清償債務時，在該限度，免其責任。

妻依夫破產或為參加扣押而取還之財產，夫之債權人，不得對之為任何請求。但夫之債權人，並為妻之債權人時，不在此限。

2. 財產分離時之清算

第一八九條 婚姻中開始財產分離時，夫妻財產，分別為夫之固有財產或妻之固有財產，但不得害債權人之權利。

餘剩額，依從來之財產制，歸屬於各配偶者。不足額，由夫負擔。但夫證明生不足之原因源於妻時，不在此限。

夫於清算中，留置妻之財產於自己之處分權內時，夫因妻之請求，應提出担保。

E. 特有財產之成立

第一九〇條 特有財產，基於夫妻財產契約，第三人之贈與，或法律之規定而成立。配偶者之一方，依遺留分，由其親族得請求之財產，不得為特有財產而受贈與。

再論夫妻財產制

再論夫妻財產制

2. 法律上之特有財產

第一九一條 法律上得為特有財產者如左：

- 一 專供配偶者一方，一身使用之物件；
- 二 妻於其職業上所需之財產；
- 三 妻由自己勞力所得之收入。

II 效力

第一九二條 特有財產，關於妻一般應為出資之義務，——尤其負擔婚姻關係之費用，從財產分離之規定。

妻於必要限度內，應以自己勞力所得之收入，供家事之需要。

III 舉證責任

第一九三條 配偶者之一方，主張或財產屬於特有財產時，應負舉證之責任。

第二款 財產聯合制 *Güterverbindung*

A 所有權關係
I 夫妻財產
II 夫妻所有權

第一九四款 財產聯合制云者，謂聯合結婚時，屬於配偶者，或婚姻中配偶者所取得之一切財產，為夫妻財產。

妻之特有財產，不在前項之內。

第一九五條 夫妻財產中，妻於結婚時已有，或婚姻中依繼承等方法無償取得者，為妻

之固有財產 *eingebrahtes Gut; apport*，歸其所有。

夫對自己之固有財產，及非妻之財產之一切夫妻財產，有所有權。

妻之收入及妻之財產之天然果實，於其可取得時，或由原物分離時，歸夫所有。但關於特有財產，有特別規定，不在此限。

III 証明

第一九六條 配偶者之一方，主張或財產爲妻之財產時，負舉証之責。

婚姻中，爲妻之財產之代償而取得之財產，推定爲妻之財產。

IV 財產目錄

第一九七條 夫或妻，無論何時，均得要求就其固有財產，以公正証書製作之目錄。

固有財產，編入于夫妻財產中後六個月內製作之目錄，推定爲正確。

V 力及証據之效力

第一九八條 於財產目錄，附記評價，且依公正証書確定時，配偶者雙方，對不足財產價額之相互賠償義務，依其評價定之。

婚姻中，以善意於評價額以下讓與物件時，以其賣價代評價額。

V 夫對妻之財產所有權

第一九九條 將妻之財產屬於夫妻財產中後六個月內，爲評價；同時，從夫妻財產契約之規定，將妻之財產，依評價額，移轉於夫之所有；而妻得約定保留對其財產價格之請求權。

第二百條 夫，管理夫妻財產。

夫，負擔管理費用。

妻，於婚姻共同生活代表權（譯者按即日常家事代理權）之限度，有管理權。

B. 管理收益，處分權，I 管理權

再論夫妻財產制

再論夫妻財產制

II 收益權

第二百一一條 夫，對夫妻財產制中妻之財產，有收益權；且因之與普通收益權者負同一責任。

前項之責任，不依財產目錄中妻之財產所附之評價而被增加。

現金，其他代替物，或只依種類而定之無記名證券，移轉於夫之所有權內。妻對其價格，有補償請求權。

III 處分權

1. 夫之處分權

第二百二條 夫處分未移轉于自己所有權內夫妻財產中妻之財產，須妻之同意。但不超過普通管理以上時，不在此限。

第三人不知無前項同意或不得而知時，其財產為妻所有何人亦不得而辨認時，得視為有前項之同意。

2. 妻之處分權

第二百三條 依婚姻共同生活代表權之正常限度，妻對夫妻財產，有處分權。

a. 通則

第二百四條 妻拋棄繼承時，須夫之同意。

b. 繼承之拋棄

對於同意之拒絕，妻得求監護主務官廳之裁決。

c. 妻之利益保全

第二百五條 夫，無論何時，須應妻之請求，報告屬其管理之妻之財產狀況。妻，無論何時，得請求設定担保。

前項以外，尚得依強制執行法或破產法之規定，提起取消之訴。

d. 責任
1. 夫之
責任

第二百六條 夫對左列債務，應負責任。

一 婚姻前之債務

二 婚姻中所負之債務

三 妻由婚姻共同生活之代表行為所生之債務

第二百七條 妻，無論夫妻財產制上有無歸屬於夫之權利，對左列債務，應以自己之全

妻之
責任
1. 以全
財產
責任
實時

財產任償還之責

一 結婚前之債務

二 妻，得夫之同意所負之債務，或為夫之利益，經監護主務官廳之承認所負之債務

。

三 於日常職務或營業所生之債務

四 因為自己開始繼承而生之債務

五 因不法行為而生之債務

因共同家政，所負之債務，夫無支付能力時，妻任其責。

2. 以特
有財產
責任
實時

第二百八條 妻，於婚姻中及婚姻消除後，對左列債務，只以自己之特有財產任償還之

責。

再論夫妻財產制

一 爲特有財產債務所負之債務

二 不得夫之同意而負之債務

三 超越婚姻共同生活代表權限所負之債務

前項之規定，不妨基於不當得利之請求。

已補償
請求
1.發生

第二百九條 屬於夫管理下妻之財產所負之債務，由夫之財產償還；或由屬於夫管理下

妻之財產，償還夫之債務時，生補償請求權。但此請求權，除法定例外情形，與財產聯合之廢止，同時發生。

由夫妻財產，償還妻之特有財產債務；或由特有財產償還夫妻財產所負擔之債務時，於婚姻中，亦得請求補償。

且夫之
破產及
扣押
妻之請
求

第二百十條 夫破產或財產被扣押時，妻得對其屬於夫之管理已不存在之財產，行使補

償權。

夫之反對請求權，與之抵消。

妻得爲所有權者取回財產。

2.優先
權

第二百十一條 妻依取回自己之所有物或所與之担保，不得回復屬於夫管理之財產半額

時，對餘額之補償請求，依強制執行法及破產法之規定，有優先權。

優先權之讓與，或為一債權者利益之拋棄，無效。

F 夫妻財產之解散
第二百十二條 妻死亡時，屬於夫管理之財產，歸妻之繼承人。但不妨夫之繼承法上請求權。

I 妻之死亡
發生不足時，夫於自己應負責任之限度，且與妻可得請求者相抵消之後，應為補償。

II 夫之死亡
第二百十三條 夫死亡時，妻取回現存財產，且對其繼承人，請求補償不足額。

III 剩餘或不足
第二百十四條 夫之財產與妻之財產分離後，尚有剩餘時，以其三分之一歸屬於妻或其直系卑屬，餘則歸屬於夫或其繼承人。

夫妻財產不足時，其不足額，屬於夫或其繼承人之負擔。但能證明係妻引起不足時，不在此限。

依夫妻財產契約，得約定與此相異之剩餘額或不足額分配法。

第三款 財產共通制 (Gütergemeinschaft)

A 一般的財產
第二百十五條 一般的財產共通制，謂併合夫妻之財產及收入，成共同財產，兩配偶者不可分的總括的所有。

I. 共同財產

配偶者雙方，不得對共同財產，處分自己之持分。

配偶者一方，主張某財產不屬於共同財產時，應負舉証之責。

再論夫妻財產制

再論夫妻財產制

第二百十六條 夫管理共同財產。

管理費用歸共同財產負擔。

妻於有婚姻共同生活代表權之限度內，有管理權。

第二百十七條 處分屬於共同財產之某財產時，要配偶者雙方之意思表示，或對於一方

處分之他方同意。但不超越普通管理以上時，不在此限。

第三人不知無前項同意，或不得知時，或何人亦不可得知其財產屬於共同財產時，習

視為有前項同意。

第二百十八條 婚姻中配偶者一方拋棄繼承時，要他方之同意。

對於同意之拒絕，配偶者一方，得求監護主管官廳之裁決。

第二百十九條 夫對左列債務，以固有財產及共同財產負責。

一 配偶者雙方結婚前之債務

二 得妻為婚姻共同生活之代表所生之債務

三 婚姻中夫或妻為共同財產之負擔所負前項以外之債務

第二百二十條 妻對左列債務，與共同財產同負其責。

一 結婚前之債務

II. 管理
及處分
1. 權
管理
2. 權
處分
a. 共同
財產之
處分
b. 繼承
之拋棄
III. 夫
之責任
債務
2. 妻之
債務
a. 妻及

a. 妻及共同財產之債務

- 二 妻得夫之同意，或為夫之利益，得監護主管官廳之承認所負之債務。
- 三 於日常職務或營業所生之債務
- 四 因為自己開始之繼承所生之債務
- 五 依不法行為所生之債務

因共同家政依自己及夫所負之債務，共同財產不足償還之限度，妻任其責。
關於共同財產以外之債務，妻不負責任。

b. 特有財產債務

第二百二十一條 妻於婚姻中及婚姻消滅後，以自己之特有財產，對左列債務，負償還之責。

- 一 為特有財產債務所負之債務
 - 二 不得夫之同意而負之債務
 - 三 超越婚姻共同生活代表之權限所負之債務
- 前項之規定，不妨基於不當得利之請求。

3. 強制執行

第二百二十二條 財產共通繼續中，因屬於共同財產負擔之債務而為之強制執行，對夫行之。

IV 補償

第二百二十三條 以共同財產償還屬於共同財產負擔之債務時，配偶者間，不生補償請求

再論夫妻財產制

1. 請求
通則

求權。

以特有財產，償還共同財產債務，或以共同財產，償還特有財產債務時之補償請求權，得於婚姻中行使之。

2. 妻之
財產取
回請求
權

第二百二十四條 當夫破產或共同財產之財產被扣押，妻得請求於共同財產中取回其財產。且對其半額，依強制執行法及破產法之規定，有優先權。

V 夫妻
財產之
解散

優先權之讓與，或因一債權人利益之拋棄，為無效。

1. 持分
之比例

第二百二十五條 配偶者之一方死亡時，共同財產之半額，歸屬於生存配偶者。

a. 法律
上之特
分

其他之半額，歸屬於死亡者之繼承人。但不妨生存者之繼承法上請求權。

生存配偶者，為繼承缺格者時，其配偶者，在財產共通制，無論如何情形，亦不得超過依離婚取得之請求。

b. 契約
上之持
分

第二百二十六條 不用均分法時，得依夫妻財產契約，定其他之分配法。

前項情形，死亡配偶者之直系卑屬，有保留死亡時現存共同財產四分之一之權利。

2. 生存
者之責
任

第二百二十七條 生存之夫，對共同財產之一切債務負責。

生存之妻，得拋棄應歸屬自己之持分，免對共同財產債務之責任。但共同財產債務，同時為自己之債務時，不在此限。

生存之妻，受其持分時，有清償債務之責任。但能證明其所受之財產，不足支付債務時，得免其責任。

3. 抵銷計算

第二百二十八條 於分配時，生存配偶者，為抵銷計算後，得請求交付屬於自己之共同財產。

B 繼續財產共

第二百二十九條 生存配偶者，得與其婚姻所生之子，共同繼續財產共通。

通制

關於未成年之子，於此情形，要監護主管官廳之承認。

I 要件

財產共通繼續時，至終結止，不得行使繼承法上之請求權。

II 範圍

第二百三十條 繼續之財產共通，包含從來之夫妻財產及當事人之收入；但除外特有財產。

前項之財產共通繼續中，依繼承或其他權原，無償歸屬於子或配偶者，以無特別規定為限，為其特有財產。

當事人間之強制執行，與配偶者間同受限制。

III 管理 及代表

第二百三十一條 子為未成年人時，繼續財產共通之管理及代表，屬於生存配偶者。子為成年人時，得依合意為相異之規定。

IV 廢止

第二百三十二條 生存配偶者，無論何時，得廢止繼續之財產共通。

再論夫妻財產制

1. 依意思表示

成年之子，無論何時，得各自或共同由財產共通脫退。

2. 依法時

監護主管官廳，得因未成年之子，為脫退宣言。

第二百三十三條 繼續之財產共通，法律上於左列情形廢止之。

一 生存配偶者之死亡或再婚時

二 生存配偶者或子破產時

子一人破產時，其餘之當事人，得請求其脫退。

3. 依判決時

父破產或共同財產中之財產被扣押時，子與死亡之母行使同一之權利。

第二百三十四條 債權人，對配偶者或子一人為扣押而不能得完全清償時，得向法院聲請廢止財產共通。

4. 依子一人結婚或死亡時

前項之廢止，由子一人之債權人申請時，其餘之當事人，得請求其脫退。

第二百三十五條 子一人結婚時，其餘之當事人，得請求其脫退。

子一人死亡而有繼承人時，其餘之當事人，得請求其繼承人脫退。

子一人無繼承人而死亡時，其持分，殘留於共同財產中；但不妨不關於財產共通之繼承人請求權。

5. 分析 第二百三十六條 廢止繼續之財產共通，或子一人脫退時，依其時現存之財產狀況為分

之種類

析或清算。

對歸屬於子之持分，配偶者保有繼承法上之請求權。

分析或清算，不得於不利之時期行之。

第二百三十七條 配偶者，得依夫妻財產契約，以各個之財產或如不動產之某一種財產

，置於財產共通外，設定限定財產共通制。

被除外之財產，受財產分離規定之支配。

第二百三十八條 財產共通外之妻之財產，得依夫妻財產契約，從財產聯合之規定。

妻依夫妻財產契約，予前項財產之管理權及收益權於夫時，推定為有前項之約定。

第二百三十九條 財產共通，得依夫妻財產契約，限定為所得一種。

婚姻中取得，且非以固有財產為代價而取得之物件，是為所得；受財產共通規定之支

配。

關於結婚時，或婚姻中屬於夫或妻之夫妻財產，適用財產聯合之規定。

第二百四十條 於廢止共通，生剩餘時，各配偶者或其繼承人間，平分之。

不足額，歸夫或其繼承人負擔。但能證明其不足係由妻引起時，不在此限。

依夫妻財產契約，得約定與此相異之剩餘或不足額分配法。

再論夫妻財產制

第四款 財產分別制 (Gütertrennung)

A 範圍 第二百四十一條 財產分別，依法律之規定或法院之判決設定時，於配偶者雙方之財產全部成立。

財產分別，依夫妻財產契約設定時，如契約中不示特別除外，及於財產全部。

B 所有 第二百四十二條 各配偶者，保有對於自己財產之所有權管理權及收益權。

妻賦其管理權於夫時，婚姻中，夫無須對妻報告任何計算。且由所委托管理之財產而生之收入，推定為係對於婚姻費用之出資。

妻拋棄無論何時，得收回管理權之權利，為無效。

C 責任 第二百四十三條 夫對結婚前及婚姻中之債務，並妻行使代表權所負之債務，負其責任。

妻對結婚前及婚姻中所負之債務，負責。

因共同家政，由夫或妻所負之債務，妻於夫無支付能力時負責。

II 夫之 第二百四十四條 妻子夫破產或財產被扣押時，無優先權。妻委托其財產于夫管理時亦同。

前項之規定，不妨關於嫁資 (Ehesteuer, dot) 之適用。

D 收入 第二百四十五條 收入，歸屬於依其財產或勞力而生之配偶者。

E 婚姻費用之負擔 第二百四十六條 夫得請求妻因負擔婚姻費用，為相當之出資。
關於出資額，配偶者間之合意不成立時，依其一方或他方之聲請，由管轄官廳定之。
關於妻之出資，夫不負補償義務。

F 嫁資 第二百四十七條 夫妻財產契約，得因負擔婚姻費用，指定妻之財產一定數額為嫁資。
妻依前項規定，委托於夫之財產，無特別合意時，依財產聯合之規定。

第五款 夫妻財產制登記簿

A 效力 第二百四十八條 依夫妻財產契約或法官之處分，設定之財產關係，及屬於夫管理之妻之財產，或關於共同財產之夫妻間法律行為，因對第三者生效力，須登記于夫妻財產制登記簿且公示之。

死亡配偶者之繼承人，不視為第三人。

第二百四十九條 對第三人有效力之規定，得為登記。

B 登記
I 事項 登記，法律上無特別規定，或夫妻財產契約不明白禁止登記時，基于配偶者一方之聲請為之。

第二百五十條 登記，于夫之住所之登記簿為之。

II 登記

再論夫妻財產制

地

夫，于他之登記區變更住所時，應於三個月內，向新住所更為登記。

於舊住所登記簿之登記，由住所變更時起算，經過三個月後，失法律上之效力。

III 登記

第二百五十一條 夫妻財產制登記，商業登記吏司之。但各州定特別之登記區或特別之

登記吏時，不在此限。

無論何人，均有閱覽夫妻財產制登記簿，或請求其抄本之權利。

公示夫妻財產契約時，另可記載配偶者選擇若何之財產制。

留置權之立法問題

要目

- 一 小引
- 二 立法例及學說
- 三 立法例及學說之論評
 - 甲 分別規定主義
 - 乙 於物權編設一般規定主義
 - 丙 於債權編設一定規定主義
- 四 結論

一 小引

國民政府立法院現正着手起草「債編」，聞對於留置權之立法問題，頗有爭議。即：（1）關於留置權之規定，應取一般的規定主義，抑依其性質，分別置於各法典中；（2）如取一般的規定主義，究應置於債權法中，

抑置於物權法中。於此生(1)作一般規定與分別規定，及(2)置於債權法與物權法兩問題。言主張，則凡分：(a)依其性質，分別規定於各法典中；(b)於物權法中，設一般規定；(c)於債權法中，設一般規定，之三說。

以下就此數端，試加論述，其餘之要件，效力，取得，喪失等內容事項，茲不及焉。

二 立法例及學說

夷考留置權之淵源，遠始於羅馬法之抗辯權 *Exceptio Jori*。其目的在促債務人履行債務，以圖雙方之公平。嗣後各國民法雖均認留置權，然其規定之方法與性質，則各有不同，大別之，可約為三類。

甲 不設一般的規定，依其性質，散見於各處者。

法國法系屬之。不惟不於民法中規定留置權之通則，且不認其為獨立

之物權（詳次項），而以爲雙務契約同時履行之抗辯權 *Exceptio non adimpleti contractus*。（法國民法第八六七條，一六一二條，一六一三條，一六七三條，一七四八條，一七四九條，一八七九條，一九四八條，二〇八二條，二二八二條）意大利，西班牙，比利時，荷蘭諸國民法，關於留置權之規定，大抵與法國民法相同。法，意，西，比，荷之民法規定，雖不認留置權爲獨立之物權，且其條文，亦僅散見於各處；然學說上，則頗有爭論，一部分漸傾向於物權說。

日本舊民法，以法國民法爲母法，關於留置權之規定，亦僅散見於各處，而未設系統的規定，此與法國民法相同；然他方則又明定留置權爲物權，與法國民法之規定，適成同異參半。（日本舊民法財產編第二條。主要規定，在擔保編物上權擔保部第九二條至九六條）。

乙 於物權法中，設一般規定者。

普，奧，匈，瑞士，索遜諸國及日本新民法屬之。此適與前項相反

不惟設留置權之一般的規定，且認其爲物權。（普國普通法一部二一章五三六條以下，奧國民法四七一條，瑞士民法第八五九條以下，索遜民法七六七條以下）但澳，瑞兩國民法之留置權，與「質」共規定於一章，匈國民法，則以留置權爲法定質權之一效力。

日本舊民法，如前項所述，雖認留置權爲物權，然不設一般的規定。日本現行民法，則於民法物權編第七章特設留置權一章，其以留置權爲物權之態度至爲明瞭。且於第二九五條至三〇二條設留置權之一般規定，其內容較他國民法略爲詳密。

丙 於債權編中，設一般規定者。

德國民法，以留置權爲債權之特別效力，於債權編第一章債務關係之內容第一節給付之義務中，設一般的規定。雖法文僅寥寥兩條（第二七三條及二七四條）然其涵義頗廣，關於留置權之原則規定，業已略備。此外於五五六，七七二，一千等條亦有關於留置權之規定。

舊俄羅斯帝國法典一九零五年草案債權部（第一六四二條至一六四五條），亦設有留置權之規定。該草案以留置權規定於債權部中，則其認留置權爲屬於債權之立法意旨，已可概見。

我國立法院最近提出於中央政治會議通過之民法債編立法原則，於第九則有『合法占有他人之物，而就該物有債權者，於該債務未履行前，得留置權該物』之文句，雖尙未草成條文，然已足推定爲將於債編中規定留置之先聲。（註一）

註一 舊民律草案債權編第三五四條，亦有相似之規定。

三 立法例及學說之論評

甲 分別規定主義

第一 法國民法，不設留置權之一般規定，而分列於各處者，恐不過爲沿革上之理由。良以法國民法，制定於百年前，當時各國法制，均尙未

臻完備，故惟有繼受羅馬法之精神，而以留置權爲雙務契約之同時履行抗辯權。

然如法國民法之立法主義，不於民法中置關於留置權之一般規定，而以分散各處，於適用上殊感不便。彼德國民法之留置權規定；雖有謂爲散在各處者（如債權分則之第五五六條，七七二條，物權編之第一千條）；然債權編總則之第二七三條及第二七四條，實爲留置權之基本規定，故仍得謂屬於一般規定主義，要匪可以他處尙有留置權之規定——實則不但債權分則及物權編中物有之，其他如商行爲，海商法中亦常見之——，而遂斷爲係採分別規定主義也。

我國舊民律草案，因僅於債權通則債權之效力中，設置類似留置權之規定一條（第三五四條），而未於債權編置一般的規定，故適用上甚感困難。

與舊民律草案同時代起草之商行爲草案，因應商人間之事實上需要，

特於第二十條至第二十四條設留置權之詳細規定，較諸債權草案之僅有極簡單之一條規定者，頗令人生冠履倒置之感。然商行為草案第二十四條，又規定：債權者從留置物受清償須依民法中關於質權之規定爲之。留置權與質權之不同，彼起草者之志田鉀太郎博士，夫豈不知，而必強爲規定「依」質權之規定者，或因債權總則中未設留置權之一般規定，無可準用，故遂生此奇觀。

若於各法典之留置權中，各設詳密之規定，則不惟於適用上，易生問題，且無故增加多數條文，使法律徒爲形式上之膨脹錯雜，於立法技術，似不經濟。

故吾人主張：居今日社會進化，法典隨而日臻完備之時代，法國式之分別規定主義，絕對不可復再採用。宜於民法債權編總則中，設留置權之一般規定，以立基礎原則。其他法律，如有應規定留置權之處，除有特別性質及必要者外，可僅設簡單之規定，而適用或準用債權編總則之一般規

定。如是，於立法體裁，既可保相互之聯絡，實際適用上，亦甚便利。

第二 法國民法，認留置權爲雙務契約之同行履行抗辯權，亦不外爲師承羅馬法之衣鉢（註二）。如前所述，該國學說，已多反對之者。

註二 實則羅馬法僅有抗辯權，法國民法乃超越羅馬法之範圍，而附會爲雙務契約同時履行之抗辯權。

雙務契約之同履時行抗辯權，雖與留置權同以維持雙方之公平，爲法律上之目的；然其兩者之性質，要件，及成立原因，則互有差異。（於茲爲避煩瑣起見，不及詳述，一爲比較，即可明瞭。）尤以由雙務契約所生之雙方債務，有對價的關係，其基於留置權所生之債務，則非互立於對價的關係一點，爲最顯著之不同。（如因委任契約而生之費用償還請求權，受任者雖可行使留置權，但與委任者所負之債務，非立於對價的關係。）故嚴格論之，因留置權所生之雙方法律關係，並非真正之雙務契約，乃一種之不完全雙務契約。其當事人之雙方，雖均負擔債務，然相互間之債務

，並無對價的關係，從而不成法律上之同時履行抗辯權。至若德國民法第二七三條一項及第二七四條一項之規定，亦僅指留置權者於他造未履行債務前，得拒絕給付，質言之，即僅留置權者之一方，享有先受給付之權利，他造則負先爲給付之義務（德國民法第三二〇條一項，第二七三條一項參照）。良以其兩方之債務，互無對價關係，故不具同時履行之性質也。

留置權與雙務契約之同時履行抗辯權，不惟有上述之理論上差異；由實際上觀之，亦互有不同。如德、瑞、日諸國民法所規定之留置權，皆認債務人得提供擔保，以排除留置權之行使（註三）；至雙務契約，則無論一方提供如何確實之擔保，亦不得因之而免除履行債務。良以留置權不過爲債權之擔保，（詳次項）與他造（留置權者之對方）之債權，原非獨立存在，而立於從屬關係，故可提供擔保，而排除其行使。若雙務契約之同時履行抗辯權，則非僅爲債權之擔保，乃基於雙務契約之特質，雙方之債務，立於對價的關係。故在他方未完全履行以前，除負先爲給付之義務者外

，得拒絕給付自己所負擔之債務，不能因提供擔保，而免除債務。此蓋源於兩者本質上之差異而形成之結果也。

註三 德國民法第二七三條三項規定，須提供物上擔保，日本民法第三〇一條，則規定爲提供『相當之担保』，我國舊民律草案及商行爲草案之留置權規定，俱甚簡略，遂付闕如。又瑞士民法八九八條參照。

據上所述，留置權與雙務契約之同時履行抗辯權，既有種種差異，則法國民法，認其兩者爲同一性質之權利，而以雙務契約同時履行之抗辯權律留置權，自屬不當。

意，比，西，荷，諸國民法之留置權規定，大抵倣自法國民法，陳陳相因，結果亦復相同。日本現行民法，鑒於舊民法師承法國民法之失，特於物權編專設留置權一章，最徹底的實行一般規定主義。舊民法分散各處，不便適用之弊，乃被一掃。

乙 於物權編設一般規定主義

留置權之分別規定主義，既不可採用，而一般的規定主義之中，又分爲置於物權編與置於債權編兩種。茲先論其前者。

法國學說，雖多主張留置權爲物權，然其民法，則迄今猶以爲雙務契約之同時履行抗辯權。意，西，比，荷，諸國之學說，亦有同一趨勢。其於民法中明白規定留置權爲物權者，爲普，澳，匈，瑞士，索遜諸國民法及日本新民法。

此諸國民法認留置權爲物權之立法理由，多受法國學說之影響。依法國學者之主張，謂留置權不唯得對抗債務人之返還請求，且得對抗第三者。即匪僅爲對抗特定人之對人權，而爲對抗世人之對世權。因其具有對世權之性質，故遂認爲物權。是乃法國學者之主要論據。

法國學說，以留置權爲對世權，而又以對世權爲物權，故得下留置權爲物權之斷案——一種之三段論法。

然物權固爲對世權之一種，對世權則匪悉爲物權。法國學說，通常多

混同對世權與物權爲一，而不嚴加區分，於前提已有錯誤，斯斷案亦不正確。而混同對世權與留置權，又爲法國一般之通說，故爲沿革所拘，關於認留置權爲物權之主張，遂於無形中，自然形成，牢不可破。其他如日本新民法等以留置權爲物權，亦不過承法國學者之遺說，以留置權之作用，類似物權，爲便利起見，故置之於物權編中。近來因受德國民法之影響，日本民法學者，已漸生反對之意見，主張應移置於債權編，其詳容於次項述之。

再從留置權之本質立論，亦不得遽謂之爲物權。蓋物權之目的，爲有體物或財產權，物權者行使權利，不須介他人之行爲，而直接及於其目的。至留置權則僅有消極的履行權絕拒，而無物權特質之優先權追及權。其權利雖存於有體物或財產權上（註四），然不得直接支配之（至留置物上之果實取得權，則不過爲留置權之附屬的效力，而非主要之內容，不可以爲決定權利性質之標準）。故留置權僅具物權之一面，而缺其他面，嚴格言

之，不備物權性之留置權，不得爲謂物權。

註四 留置權之物體（即目的），日本新民法，因以之爲物權，故限於有體物（日本民法第

二九五條）；德國民法，規定於債權編中，故兼及於作爲不作爲（德國民法第二七三條一項）；我國舊民律草案，雖規定之於債權編中，然目的則限於物（舊民草第三五四條一項），商行爲草案所規定之留置權目的，又限定爲動產及有價證券（商行爲草案第二十條一項），新民法第九二八條，則限於動產。

丙 於債權編設一般規定主義

第一 德國民法，於債權編中，設留置權之一般規定，而以留置權爲債權之特別效力。又其規定之地位，係置於第一章債務關係之內容，第一節『給付義務』下，故一切給付，皆可適用。而德國民法第二七三條一項，復將留置權之目的，擴張及於作爲不作爲（即給付），以與第一節之『給付義務』標題相符合。其結果，留置權之適用範圍，極爲廣汎。吾人於是可知德國民法之留置權規定，有二特照：(1)留置權之適用，普及於一切

給付，凡負擔作為不作為義務者，具法定要件時，皆得主張之，此與，（乙）項之專以留置權為關於物之權利者不同，從而其規定之地位，亦生置於債權編與物權編之差異。（2）細繹德國民法第二七三條一項之文意，不過以留置權為一種『拒絕給付權』，即『基于同一法律關係之債務，且已達履行時期，在未受他造之給付以前，得拒絕給付』，是為留置權之內容。

此規定，雖與雙務契約相似，（德國民法第三二〇條參照）然形式上，究與雙務契約，各別規定，有章節之區分；實質上，則如（甲）之第二所述，留置權與雙務契約之同時履行抗辯權，復有差異，殊不能若法國民法，將兩者強為混同，漫以留置權與雙務契約之同時履行抗辯權，為同一性質。故無論從留置權之本質，抑由德國民法解釋及推測立法之意旨，均只能謂為拒絕給付權。返本歸源，與羅馬法之抗辯權（*Exceptio doli*）相似。

第二 日本民法，雖於物權編規定留置權，然該國學說，多反對之，謂為不過以留置權之作用，與物權相近，為便宜計，故規定於物權編中。

作者曾持留置權之立法問題，質諸日本京都帝國大學教授中島玉吉博士，彼主張：『以留置權爲抗辯權，而規定於債權編履行之請求中』。此主張與德國民法之規定相類。惟中島博士，逕承羅馬法之遺風，明認其爲抗辯權；德國民法，則以爲『拒絕給付』。『履行之請求』與『給付義務』，乃由兩方面觀察之結果，名異而實相同。

其他之日本民法學者，雖反對該國民法之留置權規定，但避表示確定之改革意見，即中島博士之前項主張，亦尙未正式公表。

第三 末弘巖太郎博士新著之債權總論，於第一章債權法，第二章債權之本質，第三章債權之目的物，第四章債權之效力之後，第六章債權之消滅之前，設第五章『債權之擔保』。中分十節：（1）總論，（2）債權者代位權與債權者取消權，（3）留置權，（4）先取特權，（5）質權，（6）抵當權，（7）賣渡擔保，（8）保證，（9）連帶債務，（10）擔保之變更。著者之意旨，雖未說明，然其毅然將現行日本民法物權編規定之留置權，先取

特權，質權，抵當權，移置於債權總編中，且與債權總則規定之債權者地位權與債權者取消權，賣渡擔保，保證，連帶債務等共設『債權之担保』一章，則其不以留置權規定於物權編，而欲改爲債權之担保之意見，已可推知。

四 結論

(一) 綜上所述，可知分別規定主義與以留置權爲物權之立法例及學說，無論於實際上或理論上，均難立足。此種立法例，不過爲沿革所拘，積習相因，實則故步自封，已在淘汰之例。吾人默察留置權之立法趨勢，可作下列二推斷，即：(1) 規定方法，已由分別規定主義，進而爲一般規定主義；(2) 規定地位，已由物權編而移置於債權編，從而昔之以留置權爲物權者，亦漸失其勢力。

(二) 於債權編中設一般的規定之立法例及學說，如前節(丙)項所

舉，又不一致。德國民法及中島博士，均以留置權多發生於履行債務時，故主張規定於債權總則之履行請求（他方觀之，為給付義務）中，認為拒絕給付權或對於請求之抗辯權。然留置權並非債權，亦非債權之效力。蓋債權之內容，在請求履行（即給付請求權）；而留置權之內容，則僅為拒絕請求。其性質，與債權不同。以與債權不同之留置權，規定於債權總則之給付義務中，於理論上似欠圓滿。且從實際上言之，除債權總則中請求履行時，可發生留置權外，其他加債權分則，商行為，海商法中，亦有留置權之特別規定，為求適用便利計，不如設獨立之一般規定為宜。（註五）

註五 德國民法及中島博士所以主張規定於債權總則之給付義務中者，因留置權之發生及存在，均以債權之存續為前提，即為從屬於債權之權利；而實際上，復多發生於債權關係中之請求履行時，因其與債權之履行請求相近，為便宜計，故為上述之主張。

（三）主張留置權規定於債權之擔保中者，雖未說明其理由，但吾人一考留置權之作用，即可知其命意所在。蓋留置權原為供債權之擔保，唯

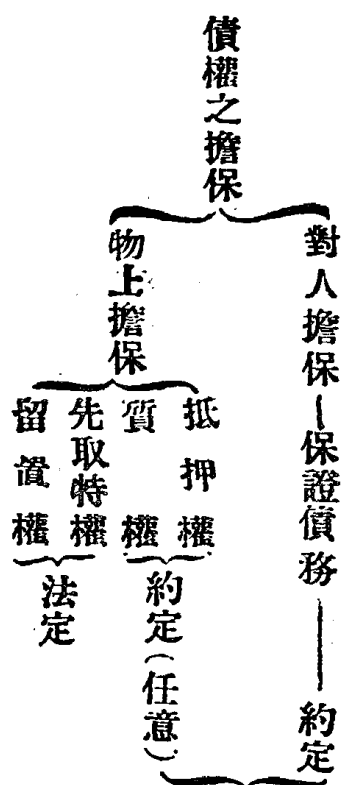
因其存於物上，（我國債編立法原則第九條亦規定爲『他人之物』）故與其他之先取特權質權抵當權同以爲擔保物權。然此等擔保物權，均爲供擔保債權之用，而非物權之擔保，故擔保物權之名稱，殊欠適切，其規定之地位，亦屬不當。不若逕稱爲債權之擔保，於債權總則中，設獨立之一章，較爲妥恰。

末弘博士之主張，以債權者代位權與債權者取消權，及連帶債務，保證，亦包含於債權之擔保中，但未說明其理由（他方又以留置權爲物權，殊令人苦於索解——詳見現代法學全集第六卷第四十頁第十三條）。吾人對於以保證債務列入債權之擔保中，固屬贊成；至債權者代位者與取消權，則原屬債權效力之一，連帶債務之債務人，均立於主當事人之地位，與保證人之立於從之地位者不同。保證債務，顧名思義，皆爲以担保債權爲目的，債權者之代位權與取消權及連帶債務，雖間有能完擔保之使命者，然其性質，則固與債權之擔保，相距甚遠，若均以之爲債權擔保之一種，

似屬過當。

(四) 要之，留置權之分別規定主義與物權說，在今日已絕對不能復再採用。而債權編之一般的規定主義中，若德國民法及中島博士之主張，雖大致不差，然於規定於給付義務中，及不明定為債權之擔保二點，似欠澈底。末弘博士之主張，又嫌太過。吾人於原則上雖贊成於債權總則中設債權之擔保一章，但其所包含之內容，則與末弘博士之主張不同，即不將債權者之代位權與取消權及連帶債務列入。茲為便於閱覽計，特表示如左：

(註六)



註六 留置權置於債權之擔保中，效力最為薄弱，故應列在最後。質權與我國固有之典當。

將來如何規定，尙未解決，茲不過先存其名而已。——新民法物權編參照

(五) 觀最近發表之債編立法原則第九條，我國立法方針，似已決定將留置權規定於債編中。惟細查全文十五條，並未言及債權之擔保。則吾人所主張將物權編中從來所稱之擔保物權，與留置權保證債務共移置於債編中，而新設債之擔保一章者，恐已無實現之望。惟近來國內又盛倡民商法統一論，如果成爲事實，則債編之立法方針，或亦須受相當之影響。留置權之行使，不僅限於債權關係，商行爲中亦有適用，前曾屢言及之。民商法統一論苟能實現，竊盼留將留置權之規定，統於一處，作一般的，組織的規定，以便適用。目下債編之立法原則，既已決定，惟切望其於債編中之留置權規定，設置一般的原則，且條文亦以比德國民法債權編之留置權規定，略加詳密爲佳。

滾利之立法問題

一

回國前之數日，在中報閱見通過中央政治會議之『民法債編立法原則審查報告』。其中最令人駭異者，爲於（三）加入第二項『利息遲付逾六個月，經債權人之催告而不償還者，其遲付之利息，得再生利息』。修正說明，僅謂『第二項之情形，亦應規定，故加入』云云。驟觀之下，幾疑爲刊印之誤；及道過南京，質諸立法院立法委員，並檢閱法律評論第六卷第三十六號法制消息第二則，始悉前述申報所載，確與原文相符。吾人因此項時代錯誤，違背立法趨勢之『修正』，關係頗鉅，故雖征塵僕僕，亦不憚揮汗草成是篇，略申鄙見。

二

本問題之『……其遲付之利息，得再生利息』，用學理上之術語言之，即所謂「滾利」或「複利」是也。

滾利即滾利作本之簡稱，複利即重複生利之謂。名詞上雖有歧異，實質上則要皆爲「滾利作本」而「再生利息」。

滾利又名重利，原文爲 *Anatocismus*。在昔羅馬法，因滾利易使原本膨脹，厚於債權人而酷於債務人，故不承認此種制度。德國民法亦未設明文規定。日本民法，制定於三十年前（明治二十九年），彼時承中日戰爭之後，歐美各國均趨向於資本主義的立法，日本爲環境所迫，故現行民法，富於資本主義的色彩，而於第四百零五條，設「滾利」之規定焉。

三

日本民法，雖承認滾利制度，然其期限，則爲「一年以上」，較諸三十餘年後，社會立法風行一時之我國債編立法原則，猶加長一倍以上。是

審查員之是項「修正」，不但違背世界立法趨勢，即揆諸「節制資本」與「保護農工」之政綱政策，亦有未合。

良以滾利，乃剝削債務人保護債權人之制度。債權人固不必盡爲強者，債務人亦非必皆屬弱者；然大體言之，債權人要可謂爲居於優勝之地位，債務人居於劣敗之地位，換言之，即債權人多爲強者，而債務人多爲弱者。此瑞士，蘇俄等國立法，所以有保護債務人，改稱債權法爲「債務法」之舉也。

弱者之債權人與強者之債務人，匪僅比較少數，縱令有之，亦不能充分享受滾利之保護及利益。何則？社會上之弱者，雖有時爲債權人，然其債權額，甚屬微小，即賦與滾利，所得亦屬至微。且此種債權，最宜迅速履行，若經年累月，猶未獲清償，則所謂債權人者，已成餓殍而填溝壑矣，奚能空腹坐待滾利之利益哉？故弱者債權人之於滾利也，匪特不能享其實惠，且祝永不至發生適用滾利之情事焉。

其最善利用滾利制度，而發揮長袖善舞之技能者，厥唯強者之債權人。此類之中，又可分爲兩種：

(一)恃放債爲營業者，大者如銀行，錢莊，小者若『閻王債』，『印子錢』。(註一)

(二)雖非以放債爲生，然其債權額比前段所述弱者之債權人較鉅者，如一般貸主，或民商交易是。

註一 閻王債，印子錢，爲北平下級社會所盛行。借款額數甚小，而利率則甚大，且以日計，比滾利尤甚，故名。

此二種之中，前者之於滾利，幾有『專制』或『專享』程度之利益。苟再縮短其期限，使得自動的將『遲付之利息』，再生利息，則昔之僅能事實上實行滾利，債務人猶得據法律上之限制，加以否認乃至請求法院救濟者，今則公然受法律上之承認與保護。至後者雖非以爲營業，然其債權額較鉅，如縮短滾利之期限，有使原本迅速膨脹之危險。故縮短滾利期限之立法

，不啻爲資本家闖王債之新護符！此種背乎世界潮流，違反政綱政策，助長資本，榨取貧民，扶強抑弱之立法，吾人絕對反對之，務望速加改正，爲貧弱之債務人留一線生機焉！

四

以上所述，爲滾利問題之法理論。茲再就今日我國一般通行之習慣，試加研究，以實吾說。

徵諸事實，商事利息，多重於民事。然查國內商事習慣，雖有端午，中秋，歲暮，即所謂五，八，臘，算賬之例，實際則五，八兩季，不過相對的算賬。債務人若不能完全清理債務，尙可推延至次期，最多亦僅於名譽信用上稍受影響，不發生滾利問題。（註二）換言之，即債權人尙不得自主的不待債務人之合意，而滾利作本，使再生利息也。

註二 滬漢及受其金融勢力支配之通商巨埠，有所謂「比息」制度，每半月滾利作本一次。

此種制度之發生原因，由於商務發達，資本之需要浩繁，金融之流轉不息，只須具金錢與時間二要素，何人何地何時，皆可生利息。然其實行，則基於各地通行之商事習慣，及出自雙方之合意，且多限於商人間之交易方適用之，與本篇所論之滾利，由於債編立法原則之規定，與債權人據此規定得自主的以片面行為爲之者不同。

歲暮之『臘』，即俗稱爲『年關』者，此時如債務人不能完全履行債務，其不能履行之部份，無論爲原本或利息，依商事習慣，皆得自次年起再生利息，於是方發生滾利問題。其滾利作本，使再生利息之根據，源自一般通行之商事習慣，而其實行之際，亦須得債務人明示或默示之合意。因債務人既爲商人之一員，且爲商行爲，自不能反於商事習慣故也。

民事利息，通常比商事利息爲輕，滾利之發生情形，亦不若商事之易。據吾人所知，至少亦須延欠利息在一年以上，方能滾利作本。數月間之積欠，則不過債務人減喪信用，債權人除催告其給付利息外，並得請求清償原本而已。

五

滾利之立法原則，爲通過中央政治會議前，審查員所加入者，已屬明確之事實。於是吾人且進而探討其與債編各條立法原則之聯絡問題。

債編立法原則第三條第一項，定最高利率，爲週年百分之二十，法定利率，爲週年百分之五。約定利率，定爲週年百分之二十，較諸舊民律草案及前北京大理院判例之認最高利率爲百分之三十，已減低三分之一。法定利率，雖與舊民商律草案規定爲民事五厘，商事六厘者相若，然微聞我國立法方針，已決定採用民商法統一主義，如於債編所定利率之外，不於商事單行法中設特別規定，則商事之法定利率，亦應適用債編規定之百分之五，較諸舊商律草案之百分之六，亦減低百分之一。此種立法——尤以限制最高利率爲百分之二十，事實上能否通行無阻？人民因有是項規定，至用其他方法，以避免法律規定之適用？——即所謂脫法或逃法行爲，乃

我國人最擅長者——固屬另一問題。但吾人鑒於立法者堅決減低利率之決心，實不能不譽爲『進步之立法』焉。(註三)

註三 立法技術有兩類。(1)進步的立法(2)保守的立法。前者係以合理之法律，改革不良之社會習慣，導之進步，故稱革命的立法，如蘇俄各法典及瑞士債務法等是。後者則僅就原有之社會習慣，彙集而成法律，顧名思義，即可知其精神所在，如判例法，乃其一種。

最高利率及法定利率之立法，既如斯進步，而審查員所加之滾利規定，又若是退步，此種一進一退之立法，適置於同一立法原則，同條之第一二項，互相連接，誠屬奇觀！

如前第二節所述，羅馬法不認滾利，德國民法亦未設此規定，日本民法第四零五條，雖規定滾利，然其期限則爲一年以上，較諸我國債編立法原則之只須逾六個月者，已加長一倍。若進而比較中日兩國最高利率之規定，則更可知審查員將滾利期限縮短爲六個月，太失權衡。依大正八年（民國八年）改正之日本利息制限法第二條規定，約定利息，在原本未滿百

元者，不得超過週年百分之十五；百元以上千元未滿者，不得超過週年百分之十二；千元以上者，不得超過週年百分之十。其最高利率，如是之低，而滾利期限，尙規定爲一年以上（日本民法第四零五條）。我國債編立法原則第三條第一項規定之最高利率，爲週年百分之二十，比諸日本利息制限法所規定者，只高百分之五乃至百分之十，而同條二項之滾利期限，則反縮短爲六個月。吾人雖匪謂日本法文，皆屬金科玉律，然關於滾利之規定，依前述之法理論及本節之比較觀，確信日本民法第四零五條一年以上之規定爲得當。我國債編立法原則第三條第二項縮短爲六個月之規定，不但於法理及習慣上甚乏根據，即與同條第一項之立法精神，亦缺一貫。故此種立法，殊不能不斷爲太失權衡。

再觀同條（第三條）一項後段禁止預約滾利之規定，亦足證審查員加入『利息遲付逾六個月，經債權人之催告而不償還者，其遲付之利息，得再生利息』之滾利規定，與全編，甚至本條之立法精神，互相矛盾。

六

不勞而獲之利息，根本上已發生問題，近且成爲學者研究之中心。唯在現代社會組織之下，欲完全推翻利息，亦屬不可能之事。滾利之因利生利，雖較利息之由本生利者，更不合理，然不能絕對否認之，正與利息相同。

由純粹之理論而言，滾利雖失其存在之根據，然吾人討論立法問題，要不能完全偏重理論，亦未可專門遷就事實（前節註三參照）。在我國現狀之下，欲完全否認滾利，恐不過爲一面之觀察，甚至徒有其規定而不能實行，引起人民之脫法行爲。

然若限制太寬，期限過短，適足生以上所述之缺點，亦非完善之立法。

吾人遠鑒各國之立法趨勢，近查國內之社會情狀，廣參學說，旁攷習

慣，竊以爲滾利之制，雖不能偏廢，然其期限，則非改爲一年以上不可。如是于顧全事實之中，仍寓尊重學說之意，理論習慣，既皆可通，對債權人債務人之保護，亦不至過於偏袒，各方兼顧，務期平允，然後始能成爲公平完善之立法。願立法者毅然舍棄六個月之滾利期限，勿使實現於債編中。如必須規定滾利，亦非延長至一年以上不可。吾人爲貧弱之債務人請命，故不惜三復斯言！

十八，七，三，於長江船中

十八年八月法律評論第六卷第四十五期所載

關於滾利之期限，於拙稿發表後二月餘，經中央政治會議修正爲：「利息不得再生利息。但當事人以書面約定利息遲付於一年後經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息算入原本者，依其約定」。似此，滾利期限，已由民法債編立法原則審查報告規定爲「六個月」者，修正爲一年，與吾人之主張，適相吻合。茲特將中央政治會議致立法院

原函附載於后，以資參考。

中央政治會議函

逕啟者，查民法債編原則十五條，前經本會議一八三次會議決定，並函請 貴院查照辦理在案。茲復准胡委員漢民提議稱，民法債編立法原則第三條第三項：『預約以至清償期之利息，估本再生利息者，其預約爲無效』；而第四項則言：『利息遲付逾六個月，經債權人之催告，而不償還者，其遲付之利息，得再生利息』，兩項似相抵觸。又第三項但書，專以銀錢業或儲蓄機關者爲例外，則第四項之適用，是否亦限銀錢業或儲蓄機關，合併請求解釋等由。復經提出本會議二〇二次會議議決，民法債編立法原則第三條三四兩項修正如下：『利息不得再生利息。但當事人以書面約定利息遲付於一年後經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息算入原本者，依其約定』；『前項規定，商業上別有習慣者不適用之』等語。相應再行錄案函達，即希查照辦理！此致

立法院

中央執行委員會政治會議一八，十，三十。

錄自民智書局出版之立法專刊第二輯第二十五頁——

民訴之準備程序

要目

一 序言

二 比較法制

甲 英國之補助推事

A. 組織

B. 程序

C. 結語

乙 澳洲之第一期日及準備程序

A. 概說

B. 第一期日

C. 準備程序

丙 德國之單獨推事程序

A. 性質

B. 職權

丁 日本之辯論之準備

戊 我國之言詞辯論之準備

民訴之準備程序

三 結論

一 序言

準備程序，發源於英國之補助推事制度 (Master)。其後，澳，德諸國，均相繼倣效之。日本舊民訴法，係德人 Techow 氏所起草，以德舊民訴法爲藍本；此次之改正民訴法，則兼以德民訴法改正律令及澳國民訴法爲母法，故皆設準備程序之規定。我國舊民訴律草案，係日人所起草，以日本舊民訴法爲母法；舊民訴條例則係兼倣德澳匈諸國法而制定者；至最近發表之司法部擬民訴法草案及法制局之民訴法修正案，乃不過就舊民訴條例比照日本改正民訴法及德國改正律令加以若干之修訂，溯其淵源，仍不外師承德澳，故與德澳諸國法同，亦規定有準備程序。



準備程序之目的，在謀訴訟之迅速進行，與獲正確之解決。迅速與正確，常非可得而兼者。故欲達此目的，不可無一定之方法。於是準備程序

之制度，遂爲各國所採用。

準備程序者，乃準備言詞辯論之程序也。即於未正式爲言詞辯論以前，由單獨推事或受命推事（各國制度之不同，俟於比較法制節論之），先整理訴訟之爭點，以明瞭雙方之主張，命當事人於準備程序中，提出一切之證據，以證明事實之真僞。既經充分施行備準程序，然後乃由合議庭開始言詞辯論。此時訴訟之爭點，業已大明，當事人殊無新提出攻擊防禦方法之必要，且法律爲欲準備程序之得有效施行，原則上多採禁止主義。凡應施行準備程序之訴訟事件，於準備程序未提出之攻擊防禦方法，原則上概賦與『失權的效果』（註一）。使當事人不得故意延長言詞辯論，而期訴訟解決之迅速，以達準備程序之目的。

註一 澳民訴法第二六三條，日改正民訴法第二五五條，中舊條例第三二一條，新草案

第三一四條，新民訴法第二六三條。

準備程序，不但有迅速進行訴訟之利，且其程序之運用也，僅由一推

事爲之，故於地方法院或高等法院之訴訟事件（初級法院及最高法院，不適用準備程序），須經合議庭審理者，因有準備程序規定之結果，得先由一推事開始準備程序，候訴訟已進行至相當程度，乃開合議庭實施言詞辯論。在未有準備程序制度以前，應經三人以上之合議庭，方能進行訴訟者，於準備程序施行後，得先由一推事開始之。於是必合三人以上之法定人數方得進行之訴訟，得先由一推事爲之，即一推事之執行職務，可與三推事獲同等之效果。前之以三合一者，此可以一當三。從而因推事得利用準備程序，各別進行訴訟之故，匪唯事件能迅速解決，且較諸未採用準備程序者，可獲三陪之效果，殊合於訴訟經濟之原則，此即準備程序制度之立法根據也。

二 比較法制

準備程序之目的，雖在謀訴訟進行之迅速與經濟，且爲英德澳日及我

國法所採用，然因各國法律之不同，而其規定之內容，地位，遂亦互有差異。以下請就各國法制，比較研究之。

甲 英國之補助推事 Master

A 組織

英國法院組織，大別爲高等法院 High court of justice 與州法院 County Court 兩大類。後者有若吾國之初級法院（但其管轄，比初級法院略廣），原則不適用準備程序，多依略式程序，完結訴訟，故茲不詳論。前者又分三庭：第一庭曰 Chancery division，有名 Chief clerk 者，受該部推事之委任指示，執行準備程序事務。第二庭曰 King's bench division，由名 Master 者，行準備程序。其職權，雖與第一庭之 Chief clerk 同，僅得於言詞辯論前，準備調查訴訟事件；然彼兼中央事務局 Central office 之官吏，且爲英國民事訴訟程序之典型，其地位比第一庭之 Chief Clerk 較

高。第三庭曰 Probate divorce and admiralty division，其所司之事件，比較簡單，多準用第二庭之規定，而由名 Registrar 者，掌準備程序事務。

原來英國之民訴程序，分室內之準備程序，與公判庭之言詞辯論。在未開言詞辯論以前，訴訟程序，概由補助推事行之。補助推事非推事也，原則上無為本案裁判之權，僅補助該庭之推事。司庭內之準備程序，故又稱下級推事 inferior Judge 焉。

商事事件之準備程序，由推事自為之，不假手於補助推事，是蓋基於商事事件之特質及成例使然也。

B 程序

準備程序之施行，多依交換書面為之。交換書面之次序如左：

(1) 訴狀 Statement of claim 為原告應提出之書面，記載欲受判決

之一定事項及為其請求原因之事實，但勿庸載明證據方法，且須於指定

之期間，——如未指定時，則於二十一日內——提出之。若訴狀記載不明，或請求顯無理由時，得由補助推事於準備程序駁回其訴。

(2) 答辯書 *Defence*

爲被告提出之答辯及抗辯書，應具體的記載承認原告之請求與否，否則視爲自白（但損害賠償之請求，常視爲有爭）。被告提起反訴時，亦得於答辯書中敘述之。提出答辯書之期間，如無特別指定時，應於送達訴狀後十日內爲之。但如能疏明抗辯事由發生於期間後時，則得於事由發生後八日內爲之。過此期間，須有補助推事之特別許可。被告於期間內不提出答辯書時，應受闕席判決之制裁。

(3) 再抗辯書 *Reply* 被告提出抗辯書後，原告應自受領日起，十日內，提出再抗辯書。再抗辯書之內容，可分兩種：(甲)如僅否認被告答辯書內所記載之事實時，則交換書面，於茲告終；(乙)若原告更主張新事實時，被告得於受再抗辯書送達後，四日內提出再抗辯書，但欲以他事實對抗再抗辯書時，則須得補助推事之許可。如經過四日之期間，

被告不爲何等抗辯時，交換書面，告一段落，與（甲）同。

經交換書面，確定爭點，且詳細說明後，補助推事，始命雙方當事人提出證據方法，加以整理，移送合議庭爲言詞辯論，於是準備程序，全部告終。

當事人提出之書面，僅得記載事實，不得述及證據方法與法律問題。於準備程序所爲之事實上主張，有拘束力，如非具善意，有蒙不可恢復損害之虞，及賠償他造費用等條件並得推事之認可，不得於言詞辯論時變更之，此與德日等國之『失權的效果』相似。

U 結語

英國之補助推事，雖爲各推事之補助官 Richterliche，然其補助各推事，處理訴訟事件之成績，則甚屬可觀。彼等不但於言詞辯論前，爲充分之準備，且有解決訴訟事件之權。如（1）（2）所述，得駁回原告之訴及

爲闕席判決外，並得因當事人雙方之合意，爲認諾判決或獨立爲全部訴訟事件之判決。前者乃程序上顯明之事，雖委補助推事爲之，亦無不當；後者則基於當事人雙方之合意，而以擴充補助推事之管轄權者。此於以保護私益爲主要目的之民事訴訟，似可與準備程序同時採用，而英國全國之民事訴訟事件，能僅賴百名左右之推事，審理無滯者，要多由補助推事之功，此吾人所宜注意者也。

乙 澳國之第一期日及準備程序

A 概說

澳國之民事訴訟程序，必經（1）起訴 Klage（2）第一期日 Erste Tag-satzung（3）答辯 Klagbeantwortung，（4）言詞辯論 Mündliche Strei-verhandlung 四級，無論法院與當事人，皆不得任意規避爲原則。但於答辯與言詞辯論之間，得增加準備程序 Vorbereitendes Verfahren。又當事

人對於請求之原因事實，不生爭議時，得省略答辯。而『第一期日』之規定，於初級法院，僅例外的適用之，是爲例外。

上述之程序中，第一期日及準備程序，俱爲訴訟之準備程序，以下即僅就此二者論之。

B 第一期日

第一期日，位於起訴之後，其職權在：（1）試爲和解；（2）裁決無訴權，管轄錯誤，訴訟繫屬，確定判決，等抗辯；（3）裁決指名參加，訴訟擔保，變更訴訟，無訴訟能力，無法定代理權，闕席判決等之聲明聲請。此規定，爲列舉的，其他之陳述及請求，皆不得於第一期日爲之。

（澳民訴法第二三九條）第一期日之職務，由庭長或一推事行之。其特色，不僅單純爲訴訟準備，且居判決推事 *Dar erhe nennende Richter* 之地位，適用關於訴訟指揮及裁判之一般規定。較諸英國之補助推事及日本改正法（詳後）之準備程序推事之僅有受命推事之職權者，相距甚遠。而依上述

第二三九條之規定，第一期日之職權範圍，頗涉廣汎，訴訟事件之大部分，業已由其解決。至爲本案之言詞辯論時，可迅速進行，無訴訟淹滯之弊。此爲該制度之特長，而澳國民訴法學者 Pollock 氏所以譽爲極有效之制度 *Die ausserordentlich nützliche institution* 也。

C 準備程序

澳國民事訴訟程序，於答辯與言詞辯論之間，加入準備程序之規定，已如前述。準備程序，非若第一期日等，爲民事訴訟所必經之階級，而其範圍，亦遠狹於第一期日。依同國民訴法第二四五條之規定，僅得於左列三種事件施行之。

(1) 計算之當否，分割財產，及其他相類似之關係，且爲係爭之多數請求，或反對請求及異議之事件。

(2) 準備書面所包含之事實上主張，依其範圍，種類，因使言詞辯論迅速完結或化爲簡易，有豫先整理及區分之必要時。

(3)當事人因證明係爭重要事實之真確，聲請於言詞辯論不得調查之證據，或其調查，顯見使言詞辯論生非常困難或遲延時。尤其當事人聲請訊問不住於受訴法院所在地或其附近之證人時，或因發見真實，於言詞辯論外，有實地訊問所聲請證人之必要時。

澳民訴法，因一般的施行第一日期日制度，故對於準備程序之適用範圍，限制綦嚴，蓋以前者為原則，而以後者為例外之結果也。然其準備程序之規定，與第一日期日之作用，同為他國所模範。準備程序，位於答辯言與詞辯論之間，故非被告答辯後，不得為準備程序。然指定言詞辯論日期後，本案辯論開始前，甚至本案辯論進行中，有特別必要且具一定條件時，亦得命為準備程序（第二四六條）。又原則上亦生失權的效果（第二六三條），是與一般之準備程序同。但實施準備程序之受命推事，依澳民訴第二四九條之規定，與審判長同有第一百八十五條之權限及義務，是為其特點。

丙 德國之單獨推事程序 *Verfahren vor dem Einzelrichter*

德國舊民訴法，與日本舊民訴法同，準備程序，僅限於計算事件，財產分別，及類似此等之訴訟行之。迄一九二四年公布之民訴法改正律令，始將舊法第二編第一章第四節準備手續之規定，完全廢除，而改其標題爲『於單獨推事面前之程序』。單獨推事之規定，雖僅寥寥三條（第三四八條至三五〇條），然其性質與職權，則頗爲獨立廣汎。先言其性質：

A 性質

單獨推事之法律上性質，與受訴法院殆立於同等地位，且爲一獨立之機關。茲爲易於明瞭起見，特試爲左列之比較。

(1) 與豫審推事之差異 單獨推事之任務，爲行準備程序，驟觀之，似與刑事訴訟之豫審推事相類，然其性質，實有差異。豫審推事爲『庭』

(狹義之法院)以外之機關，其職務在決定案件之應付諸公判與否；單獨推事，乃係構成狹義法院之一庭員，其主要權限，在蒐集訴訟材料，為裁判之準備（第三四八條前半）。

(一) 與受命推事之差異 受命推事，受法院之任意的委任，而為代理法院執行職務之第二義的司法機關；單獨推事，依改正律令之規定，為地方與控訴法院所必具之一部分。其性質，如上所述，為獨立機關，非若受命推事，表示當其任務之個人，故不得以推事之變更，而即謂單獨推事之變更。

又依第三五〇條二項規定，對於單獨推事所為之裁判，聲明不服時，與對於受訴法院所為之裁判，聲明不服，適用同一之規定。此不惟與不服受命推事之裁判時，須先向受訴法院，請求變更，再不服時，始得為抗告者不同；且尤足證明其與受訴法院，立於同等地位，且為一獨立之機關。其行使職務，不受法院或審判長之指揮命令，應與第九四四條及同國法院

組織法第一〇五條三項之審判同視。於急迫情形，且無須經言詞辯論時，並得爲裁判。（至任免單獨推事，由審判長爲之者——但商事事件，必由審判長自爲單獨推事，第三五零條一項，——乃屬純然之事務分配，爲審判長固有之職權，與單獨推事之性質及地位，不在影響。）

B 職權

次述單獨推事之職權。依德民訴改正律令第三四九條規定：單獨推事。處理訴訟事件，必先試爲和解 *Guliche Beilegung*；和解不成立時，方開始爲事實及係爭關係之全體的詳密的審查；然後依同條第二項之規定，有爲左列裁判之權。

(1) 依法院組織法第一〇三條及第一〇四條，將案件由商事庭移送民事庭或由民事庭移送商事庭。

(2) 第二七五條第二項第一號（管轄錯誤），及第四號至第七號（管轄拘束，訴訟担保，前訴訟之費用尙未清償，當事人能力，訴訟能力

，法律上代理欠缺，）之妨訴抗辯。

(3) 訴之撤回，或請求之拋棄，認諾。

(4) 當事人一方懈怠時，依改正律令第三三一條 a 之規定，他方得不
聲請缺席判決，而聲請依現存訴訟記錄之裁判 *Die Entscheidung nach*

Lage der Akten。

(5) 改正律令第二五一條 a 之情形（當事人雙方合意休止訴訟程序）
，單獨推事以爲依現在訴訟記錄之裁判，爲適當時。

此外，依同條（改正律令三四九條）第三項之規定：關於財產權
上請求之訴訟，有當事人雙方之合意時，單獨推事，得代受訴法院而
爲裁判。

又單獨推事程序，因爲受訴法院之裁判準備（此與後述第二七二條 b
之純然爲辯論準備者不同），凡訴訟事件，皆應先經單獨推事程序爲原則
。惟例外斟酌情形，認爲無準備之必要時，得依審判長所定，不行此程序

。是與舊民訴法之準備程序，於原則例外之規定，適成相反。

德民訴法改正律令，除新增單獨推事制度外，爲謀訴訟事件之迅速終結及集中言詞辯論，特將初級法院訴訟程序下之第五百一條規定，稍加變更，移置於地方法院訴訟程序之下，而爲第二百七十二條b，使地方，初級，控訴程序，皆得適用。其目的，爲純粹之言詞辯論準備，與單獨推事之爲裁判準備（三四八條前半參照）者不同。至規定之內容，與日本改正民訴法第一三一條，我國新民訴法草案及修正案第二二八條新民訴法第二五五條略同，茲不一一列舉。其立法主旨，要不外爲限制舊法之當事人主義，擴張法官之職權範圍，使法官亦得協助訴訟進行，不致惟當事人之馬首是瞻，以達迅速解決訴訟事件之目的而已。

丁 日本之『辯論之準備』

日本舊民訴法，爲四十年前所起草，其內容完全倣諸德國舊民訴法。

故關於準備程序之規定，亦與德舊民訴法同，僅限於計算事件，財產分別，及類似此等之訴訟適用之。其後奧民訴法採英國補助推事之精神，設第一期日及準備程序。德民訴法亦感於準備程序之範圍太狹，實際上幾等於無用，乃於一八九八年之改正草案，倣澳國之例，廣設準備程序之規定，嗣因遭國會之反對而罷。迄一九二四年之改正律令，始立單獨推事制度，以代舊法之準備程序。日本改正民訴法，因國情及法官律師之程度關係，不能囫圇吞棗，完全倣倣，乃兼採澳德兩國之長，而大擴張舊法之準備程序。此擴張準備程序之規定，爲同法改正事項之最主要者（日本司法省編纂民事訴訟法中改正法律案理由書參照）。其內容，係將舊法之僅限於特別事件，極例外的行準備程序者，改爲原則應一般的行之；但法院認爲相當時，得即命辯論，或只就訴訟之一部或某爭點爲之（同法第二四九條）。新舊法之規定，於原則例外之間，適成相反，與德國改正律令中單獨推事對同國舊民訴法準備程序之規定，甚屬相似。又對於準備程序，未記載之

事項，原則生失權的效果，亦與英，德諸國法同（日改正法第二四七條，第二五五條）。

行準備程序之受命推事，不過爲辯論之準備，與德國之單獨推事，除爲裁判之準備外，且有爲形式上裁判之職權者，自屬不同（前述德國單獨推事程序參照）。但準備書面中，應記載攻擊防禦方法，對於他造所提出請求及攻擊防禦方法之陳述，（第二四四條四號五號）與英國之準備書面，僅得記載爲請求原因之事實不得涉及法律問題，俟交換書面，確定爭點後，始命當事人提出證據方法者，於程序上頗有差異。又德國之單獨推事程序，於處理事件時，必須先試爲和解（同國改正律令三四九條一款前半），日本改正民訴法之規定，則與舊法同，先試爲和解與否，一任法官之自由裁量（同法第一三六條）。

演述準備程序之結果，澳民訴法規定，使庭員依筆錄爲之（同法第二六二條）日本改正法，則須由當事人陳述之。（同法第二五四條）

戊 我國之『言詞辯論之準備』

我國舊民訴律草案，舊民訴條例及新民訴法草案，均有準備程序之規定，已如序言所述。然其範圍及內容，因年代有先後，母法經變更，故亦頗多歧異。

舊民訴律草案，係前清修訂法律館僱日人所編。其關於準備程序之規定，於第三編第二章第三節規定準備書狀，次於第三節言詞辯論中規定關於計算或分割之訴訟及其他類此訴訟中之準備程序。此與日本舊民訴法之於第一編第三章第一節規定口頭辯論及準備書面，而於第二編第一章地方法院之訴訟程序第四節規定計算事件財產分別及其他類此訴訟之準備程序者，於形式上雖有不同，然其對準備程序，限制綦嚴，僅例外的於特種訴訟事件適用之，則固相一致。

逮舊民訴條例，則將言詞辯論編及其準備，規定於第二編第一章地方

審判廳訴訟程序下之第二節，而於準備程序之範圍與內容，仍與舊法相同。

此次之新民訴法草案及新民訴法，始倣日本改正民訴法之例，於第二編第一章地方法院訴訟程序之下，規定：第二節言詞辯論之準備。而其內容，亦比以前之規定，大為擴張，將例外的僅適用於極少數特種事件之準備程序，改為原則的，普遍的，適用於一般事件。此與日本改正民訴法同，均可謂民訴程序之一大改革。至其條文，可參照法律評論第六卷第二十一號。拙稿之主旨，在比較論述關於準備程序之法制，故未能一一加以解釋。次請就各國立法例之得失，試加論評。

三 結論

(1)英國之補助推事制度，其效果雖甚卓著（參前述英國補助推事節之結語）；然此為基於英國特有之國情習慣，與人民對法官之信仰，及雙方

之程度關係，正如其採用判例法，非他國可得完全強倣者。澳德諸國僅取其精神，而舍其外殼，其立法技術之優長，殊足稱贊。又英國補助推事程序中之訴狀，僅得記載事實，不得述及證據方法，未免過於株守法定順序主義，我國法不模倣之，自屬得當（新草案第三〇八條，新民訴法第二五七條）。

(2) 澳國第一期日之規定，甚為嚴密精細，且其職權之廣汎，尤屬特色。此於法官程度較高之國行之，固有迅速終結訴訟之利；然於司法尙未完善之國，則似宜稍加限制。又於第一期日之外，復規定準備程序，不免有重疊之嫌。雖其適用之事件，僅限三種，且須被告答辯後，方得爲之，立法主旨，在補第一期日之窮；然不若將第二四六條二款之規定，移置於第一期日（前述澳國之準備程序節末段參照），則準備程序之事務，可適用第一期日之規定，斯準備程序，無重設之必要。

此外，依澳國民訴法第二六二條一項規定，準備程序之結果，使庭員

一人演述之。不若如日本改正法第二五四條及我新草案第三一三條前段新民訴法第二六二條規定，由當事人陳述之爲善。

(3) 德國之單獨推事制度，其組織雖甚合理，規定亦頗巧妙；然其一方賦與單獨推事以廣汎之形式的裁判權，他方又廢除舊法準備程序所規定之失權的效果（舊法第三五四條），致使單獨推事制度之功效，大爲減色。又改正律令第三四九條，單獨推事必先試爲和解之強制的規定，其立法殊缺乏融通性，不若任法官之自由裁量，較爲得計。蓋事件每有明知非和解所能解決者，若必強其行之，匪唯徒勞無功，且反有妨訴訟之進行也。

(4) 日本改正民訴法，毅然師德澳諸國，大擴張準備程序之適用範圍，於訴訟經濟及事件之迅速終結立論，誠屬得當。而其立法技術，因國情之不同，僅採德澳諸國之精神，於形式上以擴張準備程序表現之，亦可謂襲得澳脫胎於英，及德師法乎澳之妙。良以日本法院組織法第十九條第一項規定，地方法院爲第一審之合議法院，又依第三十四條規定，控訴院爲第

二審之合議法院。合議法院，由推事三人組織之。故依日本法院組織法，凡地方以上案件，俱應有推事三人，方得開庭審理。如此，不但需多數之推事，且有一推事於中途更迭時，即須更新審理，殊於訴訟進行，大有妨礙，訴訟遲滯之弊，即多源於此。舊民訴訟法雖對計算事件，財產分別，及類似此等之事件設有準備程序之規定，然其限制過嚴，範圍太狹，仍屬無濟於事。蓋此等事件，固屬代表的複雜者，但此外亦非無複雜繁難與須迅速解決之事件，使之先經準備程序，則誠可收訴訟經濟及迅速終結之利。而準備程序之後，即移諸三人推事組成之合議庭，爲言詞辯論；辯論終結後，始得爲本案之裁判；故一方既有經濟迅速之利，他方又無輕率疏忽之弊。其毋庸經準備程序者，法庭認爲相當時，得即命爲辯論；或僅就訴訟之一部，某爭點，行準備程序（日本改正法第二四九條但書）。如此規定，施行準備程序與否，法院有斟酌之餘地，不流於板滯。而以地方及控訴事件，以行準備程序爲原則，不經準備程序爲例外，亦可於本條規定見之。

(5)我國新民訴法草案擴張準備程序之規定，係受日本改正民訴法之影響，於主義上，固無異議，惟於立法技術，則有令人不能贊同者，試申論之。準備程序之目的，在謀訴訟之迅速解決；而於迅速之中，又須兼顧裁判之正確。他方因施行準備程序結果，不惟可減輕法院之負擔及推事之人數，且比諸未施行準備程序者，反得處理較多數之事件。能兼發揮此數作用者，可謂合於訴訟經濟之原則。尤其於日本之民事訴訟，最能實現此效果。

蓋日本法院組織，如(4)所述，於地方法院管轄之第一審第二審及控訴院之第二審，均為合議制。控訴院之組織，與我國同，姑不具論。地方法院之第一審採合議制，則與我國法院編制法之規定，相差甚遠（法院組織法，尚未公布，故暫援用編制法）。依我國法院編制法第五條規定，地方法院，為折衷制，第一審事件，原則以推事一員獨任行之（同條二號），其繁雜者，經當事人之請求，或依法院之職權，亦以推事三員之合議庭行

之，是爲例外。（地方法院管轄之第二審事件，與日本同，採合議制，同條二號）

因中日兩國地方法院第一審組織之不同，故於準備程序之適用，亦生顯著之差異。依日本法，因一般的採用合議制，不惟可一般的利用準備程序，發揮訴訟經濟之原則，且於實際上，亦甚感必要。至若我國，則如前所述，地方法院之組織，爲折衷制。第二審及繁雜事件，固可舉準備程序之實益，第一審事件，則本以推事一員獨任行之爲原則，雖適用準備程序，亦因其於言詞辯論，於準備程序，均由一推事行之，殊不能發揮準備程序之作用。而準備程序中之受命推事，又非直接倣自英國之補助推事制度，如同一事件，先經受命推事行準備程序後，復由單獨制之推事爲言詞辯論，則均是由一推事爲之，匪但無迅速經濟之利，且有手續紛雜之虞（準備程序與刑訴法之豫審不同之點，可參看德國單獨推事程序 a 之(1)）。

再觀爲新草案母法之日本改正法擴張準備程序之主旨，亦係注重在減

輕合議庭之負擔。依該法起草委員加藤正治博士之說明：「從來須於言詞辯論爲之者，今改爲由受命推事行準備程序，如是合議庭之三推事，可各別進行訴訟程序，故比前可得三倍之效果」（法學協會雜誌第四十四卷第三號第九十頁一行至三行）云云，可與日本法院組織法第十九條一項之規定，互相參證。吾國新草案之起草者，未詳查兩國法院組織之不同，遽完全倣倣日本改正法之規定，於地方法院第一審事件，改爲一般的適用準備程序，於立法技術，似欠精密。

或有謂新草案第三百零九條及新民訴法第二五八條之法文，爲『得隨時使受命推事行準備程序』，比諸日本改正法第二四九條前段之『要爲言詞辯論之準備程序』者，有強行的與任意的規定之分。然日本法同條後段但書，亦有『法院認爲相當時，得即命爲辯論，或僅就訴訟之一部抑某爭點，命準備程序』，故並非絕對的強行規定，與我新草案第三〇九條及新民訴法第二五八條，僅有文字強弱之差，而無根本上之區別。

我新草案一段的規定準備程序之結果，假若第一審之單獨制事件，亦施行準備程序時，依法律解釋，自屬正當；然由立法論言之，則如上所述，既無迅速經濟之利，反有手續繁雜之弊。且若推事更迭時，竟利用準備程序之規定，而避更新審理之適用，亦非不可能之事，是不惟獎勵脫法行為，且有減縮更新審理規定效力之虞（新草案第二四七條）新民訴法第二〇二條）。

反觀我國處理民事訴訟之實際情形，於地方法院管轄之第一審單獨制事件，固自始至終，僅由一推事爲之（如中途更迭推事時，須更新審理，與準備程序不同），無使受命推事爲準備程序者。至地方法院及控訴院管轄之第二審事件，依舊民訴條例規定，雖僅限於計算事件等極小範圍內，方得適用準備程序。然實際上，則地方及控訴院之合議庭處理第二審事件時，多先由主辦該案之主任推事一人，開「調查庭」（法文上並無是項規定）調查事實，命雙方當事人提出證據方法，俟訴訟進行至相當程度時，方

由合議庭開言詞辯論，如是經過一庭或數庭，即可終結訴訟，與各國規定準備程序之精神，適相吻合。此例尤於地方法院管轄之第二審事件，行之最多，因地方法院原則為單獨制，且人少事繁，如必始終由合議庭為之，事實上每不敷分配也。高等法院則以原則為合議制，僅於比較複雜之事件或繁忙時行之。

據此可知吾國之實際上，誠有擴張準備程序之必要。故主義上，對新草案之改正，自不能加若何之反對。惟規定之方法，則依上述比較中日兩國法院組織之結果，可得下列之答案，即：

準備程序，僅限於地方及控訴院之合議庭事件，方適用之。

其初級法院及最高法院事件，性質上自無適用準備程序之必要。地方法院之單獨制事件，依上所論列，亦以不經過準備程序為宜。此外，如係合議庭事件，無論其屬地方法院之第一審第二審，抑控訴院之第二審，皆以行準備程序為原則。

舊民訴條例之準備程序，因限制甚嚴，適用上每感不便。其矯枉過正者，則每藉法無根據之「調查庭」，幾由主任推事單獨兼行準備程序與言詞辯論，至合議庭時，僅由審判長略訊姓名年齡住址及案由，即宣告辯論終結，繼以判決，此例尤以地方法院行之最多。如是不惟湮沒合議庭及上訴制之精神與使命，且亦有傷法院之威信。新草案雖擴張準備程序，以達迅速終結事件及訴訟經濟之目的，並補舊條例之不備，然並非予人以脫法之機會，或反對合議庭及上訴制，故果能依新草案擴張準備程序之規定施行無弊與否，及合於制度之精神與否，是乃司法者之責，非制度之咎也。

於此有欲附帶論評者。即依日本法院組織法（第十九條一項）對地方法院之第一審事件，無例外的採合議制是也。地方事件，繁簡不一，且非上訴審，殊無一律由合議庭審理之必要。因過度慎重之結果，反足增法院之負擔，陷事件於遲延。日本舊民事訴訟法之所以因訴訟遲滯著名者，法院組織之不良，亦實有以助成之。此後雖可利用改正法之準備程序，導訴

訟於迅速進行，終結，然爲根本解決計，實有改地方法院之第一審事件，原則爲單獨制，例外方用合議制之必要。因前曾比較中日之法院組織法，以批評我國之新民訴法草案，爲欲使論旨之澈底，故不惜贅筆及之。

(6) 吾人於論評準備程序之末，尙擬進而就其內容之二中心問題，稍加說明，以結本文。

A. 失權之效果

爲欲使準備程序發揮其效力，故賦以失權的效果。

當事人須於準備程序陳述事實及證據方法，否則除應依職權調查之事項或爲特別釋明時，於言詞辯論不得主張之爲原則。(日本改正法二五五條，我新草案第三一四條新民訴法第二六三條) 若是，於準備程序採用同時提出主義 *Verential maxime* 及法定順序主義 *Prinzip der Reihenfolge* 之結果，其裁判雖有時欠實質上之正確，甚至激成上訴，增加當事人及法院之負擔，然爲求準備程序不等諸虛設，固難兩全其事，惟有權衡雙方，擇其利多弊少者而從之而已。況失權的效果，亦不過爲原則之規定，如具新草案第三一四條三項新民訴法第二六三條三項所列之條件時(日本改正法第二五

五條一項但書），則雖於準備程序未陳述之事項，亦得於言詞辯論追補之。非無補救之方法。德國改正律令，僅觀其反面，而未注意比較利弊及，其調濟之道，突將舊法所規定之失權的效果，完全廢止，致準備程序之效力，大為減色。說者有謂其單獨推事之規定，不能完全發揮效力者，應歸責於立法者之廢除失權的效果，要非無故。我新草案及澳，日等國法，於準備程序設失權的效果，並分別原則列外，而為規定，立法上可謂適當。

B: 形式上之裁判權 英澳德諸國法之準備程序推事（名稱及權限，互有不同，參二比較法制），俱有為形式上裁判之權，其中尤以德澳所規定之範圍，為最廣汎。日本及我國之受命推事，俱無為裁判之權。此雖因係合議庭事件，為謀慎重審理，且法官之程度不同，未可強倣；然形式上之裁判，事實多屬明顯，手續亦較簡易，為貫徹設立準備程序之目的，委諸受命推事用法院之名義為之，似屬無妨。若恐發生流弊，則可縮小形式上裁判權之範圍，且為列舉的規定，以限制之。

司法與無產階級

Justice and the Proletarian

要目

- 一 小引
- 二 現行司法制度之三大缺點
(1) 審判遲滯 (2) 費用過鉅 (3) 律師報酬
- 三 無產階級的司法
(1) 簡易法院 (2) 公共律師 (3) 法律協助會
- 四 結語

一

在世界唯一的領事裁判義務國，所謂統治權之一的司法權，對於享有領判權的外國人，是不能行使的。

司法與無產階級

不但對於外國人，就是在本國人當中，事實上，也有種種的差別和限制。例如居於特殊地位或有特別權勢的人，以不受司法權的干涉為原則。至于那種那類的人，才有這種特權，是因時因地而有不同，大約只好依『一般常識』和『社會觀念』去解釋罷？——我個人的杜撰，想做照國內智識階級，甚至於指導民衆的報紙雜誌，稱領事裁判權為『治外法權』的辦法，欲叫這種本國人在本國內而不受本國法律支配的特權階級，為享有『治內法權』。



除了上述幾種特權階級以外，一般的人民，大體上是受司法權支配的。不過一般的人民之中，又可分為有產階級與無產階級。有產階級遇著了法律問題，固然可委托律師去解決；無產階級因為沒有錢，就是有什麼自己不能辦的法律事件，也無可請托，只得自己去辦。——這正是西諺所謂：『富人一法，貧人一法。』“one law for the rich and another for the poor”。

現行司法制度的最大弊端，使無產階級特別感覺困難的，大要爲：(1) 審判遲滯，(2) 費用過鉅，(3) 律師報酬，三種。

(一) 審判遲滯 訴訟案件，遲延不決，無論有產階級無產階級都受影響。但是比較起來，仍以無產階級所受的困苦特別的多。腰纏鉅萬的富豪，對於微小事件，固不足介意；巨額的訴訟案件，爲求審理詳盡，自然須多費時日。惟無產階級的訴訟，以數字計算，雖多屬小額事件，若從當事人主觀上的利害關係說，恐怕比富豪鉅萬的訴訟，還更切要！現行民事訴訟制度，不管他們本身上的利害關係，有如何的懸隔，都一律依照民事訴訟法規定的程序而爲處置。結果弄得極經微的事件，也要同樣經過複雜繁重的程序，手續既這麼繁重，審判又須多費時日。無產階級所恃爲生活——如工資——的區區之款，那裏能空看肚子陪着一套一套耍戲法！

(二)費用過鉅 民事訴訟應該徵收訟費，根本上是一問題。據既往的立法例和學說，大都以民事訴訟是直接保護私益爲理由，多採積極主張。不過，徵收訟費，也有一定的方針和比例。對無產階級的訴訟，應從輕；有產階級間的訴訟，則不妨略重一點；再比較額數的多寡，取正比例的累進法。然攷其實際，則各國訴訟費用率，與訴訟額的多寡，適成反比例。如我國民事訴訟費用規則第二條規定：百元未滿者，徵收審判費三元；二百元未滿者，徵收六元；二百元以上千元未滿者，每百元加二元；逾萬元者每千元加三元。可見一二百元的訴訟，每百元須繳費審判費三元，萬元以上，則每百元只須三角！此外如執行費的規定，亦大抵相同（同規則第九條參照）。這種立法方針，和營利主義差不多。橫豎是一件訴訟，額數雖然有百元萬元的不同，手續總是一樣，（不過有審級的差異）故特在數字上着眼，定一反比例的訴訟費用率。若是把商人做買賣的眼光來看，也許說得過去，否則從國家設立民事訴訟制度的本旨，和當事人的資產

上着想，那就未免輕重倒置了！

爲少額訴訟的，雖然不必盡是窮人，但至少也可說是無產階級居多。富豪偶爲少額訴訟，也不足介意，有時他造是無產階級時——例如資本家對勞動者——反可以乘機把他播弄一番。巨額訴訟的當事人，多是有相當資產的，即偶或一方是無產階級——例如勞動者對資本家請求損害賠償訴訟，也是立於債權者，——比較有利的地位，然事實上是不常見的。所以民事訴訟費用規則那樣輕重倒置的規定，可說是一種買賣式！

訴訟上所需的費用，不光是狹義的訟費和執行費，此外還有送達費，食宿費，狀紙費，鑑定費，聲請費，抄錄費……等等，名目繁多，不及備述。概括的說，簡直是一舉一動都要『費』。這些都是法令上明文規定的，其他非法和額外的徵收需索，——尤其是縣知事衙門，自法權會議調查報告書譯成各國文字後，名聞世界——更不知多少。就把狹義的訟費和狀紙費來說罷，各地任意增加，美其名曰『附加』，一張狀面上，印着連串

的官衙衙頭，單買一本狀紙，就要七八角，再加上做狀寫狀費，足夠無產階級的負擔了。

民事訴訟法雖然設有訴訟救助的規定，但是條件頗嚴，無產者每不易受其實惠。（註一）

註一 新民訴法第一〇七條（草案第一三二條修正案第一三〇條），關於訴訟救助的條件，已做照日本改正民訴法第一一八條，改為「無資力支出訴訟費用」，比較舊條例第一三〇條「若因支出訴訟費用致自己或其家族窘於生活」的規定，進步了些。但下文之「以其訴訟顯有理由者為限」（司法部擬草案）或「但其訴訟顯無勝訴之望者不在此限」（新法及法制局擬修正案，完全譯自日本改正民訴法第一一八條），不但有於許可訴訟救助時，先決本案，即混訴訟上的程序與實體上的爭點而為一的嫌疑，且在條件上說，也未免太苛，不如改作「但以其訴訟非顯無理由者為限」，較為公平適切。

無產者受種種費用的壓迫，雖欲伸張正當的權利，也苦於無力納費。法院藉着重重障壁，一方面可得一大筆進款；他方面即等於「拒絕審判」(denial of justice)，正是西諺所謂：「唯黃金之鍵，方足以開法院之門」

了。而我國十八年來戰亂不息，司法幾成贅疣，各地司法機關，多恃徵收罰款和訟費，以維持生活，於是訴訟費日形增加，訴訟救助的規定，直若具文！無產階級的負擔，天天加重，他們和司法的關係，也一天比一天的疏遠，幾有『避之若浼』的趨勢，這不知道是壞現象？抑是好現象？或者可自許爲『訟減獄清』，『訟期無訟』？

(三) 律師報酬 我國民事訴訟法，採本人訴訟主義，而不採代理訴訟主義；刑事訴訟法，除法定刑期較長的採必要辯護主義外，也以採任意辯護主義爲原則。這種規定，與西洋各國所採之主義，適成相反。在現今我國律師界的實狀，和人民的生活程度社會經濟狀態上立論，也是顧全實際，不專尙理論的辦法。

法律上的規定，雖然如此，事實上則因當事人貧富不均，仍有能不能請律師的不平等。如上面所說，訴訟程序既繁重瑣屑，不易明瞭，而民事訴訟又以採處分權主義爲原則，職權主義爲例外，若是一造委托優良的律

師，他造則是一毫無法律智識經驗的人，實行其『本人訴訟主義』，雖然事實如何真確，理由如何充分，而因為自己不知道主張，法官又格於處分權主義，愛莫能助，則誰也知道他自始即居於不利益的地位，勝訴——即勝也不能全勝——的希望，恐只能徼倖於萬一罷！有正當權利而應該享受的人，以無力延聘優良的律師——有時請了一位價非真廉而貨實不美的律師，反因而受害。這是律師制度問題，茲不具論。——致不能充分伸張自己的權利，反給無正當權利的人或義務者以玩弄不當手段的機會，這不是資本主義社會制度下的弊害麼！

刑事訴訟的原告，是檢察官，以一個垂頭下立被指為犯罪的人，和高坐堂皇與推事抗衡的「官」相比，形式上地位上已有天淵之差，若論運用防禦攻擊的程度，更有同螳臂當車。而我國的檢察官，大都意氣用事，不澈底明瞭制度的精神和檢察官的使命，只知道攻擊，不從犯人的有罪無罪兩方調查，有時明知尚有疑點，也格於感和心理作用，只對被告施不利益

的攻擊，不兼爲利益或不利的論告。比諸英美之刑事案件「被告人在確定爲有罪以前，推定爲無罪」者，保障被告的程度，適成兩極端，莫非也是源於小百姓值錢不值錢的根本差異罷？

刑事訴訟案件，最重本刑在三年以上者，雖然規定爲必要辯護——地方法院管轄第一審事件，法文上雖規定爲得指定辯護人，但實際上不易多見，——；然國家或公共團體，並沒有官選或公共辯護機關的設備，不過憑法院一紙通知書，指定律師任之。在律師道德觀念薄弱的我國，要他們純盡義務去辦苦差，縱能形式上勉強到庭，也不過敷衍公事而已。深陷囹圄的「犯人」，又何曾因有必要辯護的規定，而得着多少實惠呢！

三

近代的司法制度，既有以上所說明的種種缺點，而這幾項缺點，無一不是無產階級的致命傷，所謂法律上審判上人民一律平等的話，恐怕不過

是樹上的鳥聲或者不兌現的紙幣罷了。

採用近代司法制度較早的西洋各國，自十八世紀末葉，已感覺到不滿。於是各國的政府和法律家，熱心社會事業的人，羣謀補救的方法。根本上改良審判手續和法院，使成爲簡易化，民衆化，另外復設立種種機關，專爲無產者主張法律上的利益，使得受法律的保障。其設施和方法，很是不少：如創設簡易法院，公共律師，法律扶助會，家事審判處 *Family Court*，等機關，和採用勸解 *Conciliation*，仲裁 *Arbitration*，等方法。其中最普遍且最有成績的，要算是前三種；而全世界最發達的，則爲美國。本節的主旨，即在介紹這三種制度的內容，和美國的設備以及實施的結果；雖然有時也附帶說到英法德日各國。

(1) 簡易法院 *Small Claims Court*

A. 小史 簡易法院，發源於歐洲，盛行於美國。法國自一七九〇年，

挪威自一七九五年，丹麥自一七九七年，均創設『勸解法院』Forliges Ret ommission。美國於一九一三年在Kansas州的Topeka、Leavenworth、Kansas city和Cleveland市三地，一九一五年在Oregon州的Portland市，一九一六年在Chicago市，一九一七年在Minneapolis市，開始設立簡易法院。其後日益發達。日本除在大正十一年頒布仲裁性質的借地借家（租地租屋）調停法，大正十三年頒布小作（佃地）調停法外，尙無獨立的簡易法院。我國也未設有此項機關；只於二十年一月一日施行民事調解法。

B 目的 設置簡易法院，在使人人都可以享受司法的保障，實行無論貧富，法律上訴訟上機會均等主義。他的精神和使命，在把訴訟程序改革成簡易，迅速，廉價，打倒舊有司法制度的三大弊！

C. 性質 法，丹，挪諸國的勸解法院，完全是勸解 Conciliation，沒有強制力，也不能下判決。日本的借家借地和小作調停，也只有審判上和解的性質。美國芝加哥，紐約等處的仲裁制度 Arbitration，則仲裁人的決定

，和確定判決有同一的効力。

美國的簡易法院，則位於和解與仲裁之間。他的判決，和普通法院的相同，發生拘束力。據美國人的經驗，因為和解與仲裁，都不澈底，還是用法律上的解決方法好，所以結果採取了簡易法院的制度。在判決以前，當然可以先試為和解。不過和解是任意的的方法，仲裁又是一種中間性的；而簡易法院的判決，則係強制的；這是三者性質的不同。

D 組織 美國 Kansas 州的簡易法院推事，是由市參事會或市長任命。其資格，是『要選任誠實而有名望，且同情於無產者的市民』充之。法庭是設在市參事會或市長供給的地方；又在簡易法院推事的私宅，事務所，營業所，也可開庭。這兩種辦法，都只可以在美國行，或者可說是美國式的。

此外，如丹麥，挪威的勸解法院，由委員二人組織而成，一充議長——推事——司書記，由地方選舉民於二十五歲以上之善良市民中選舉，任期

三年。

民選法官或由其他自治團體任命法官的制度，根本上是一大問題，而在程度不夠的國家，能不能勉強倣效，更是要詳加考慮的。

五 管轄 簡易法院制度中，最難解決的，是事物管轄問題。顧名思義，當然應以簡單，輕易，能迅速完結的爲限，所以美國Missouri州的簡易法院，不管因不法行爲而生的損害賠償請求事件。理由是：這種事件，須費手續調查，不合於『簡易』的本質。但是Cleveland市的簡易法院則並受理不法行爲事件。其以金額或價額的數目爲最高限度的，Kansas州和Oregon州（Portland）市屬之，規定爲二十美金，Cleveland市爲三十五美金，Chicago市，最初爲三十五美金，以後由五十，一百，增加到二百美金。

簡易法院的設置地點和數量，據美國的經過，是先發生於大都市和工商業地。這是因爲此等地方的簡易案件，較他處爲多，爲應事實上需要的原故。爲謀當事人出庭便利起見，應斟酌各地情形和交通關係，多設幾

處。

F 審判 務求簡便。如當事人陳述以口頭爲之，送達傳票，可付郵送，或用電話傳喚；調查證據，訊問證人，和言詞辯論，可於同一日期爲之；使事件只開一庭或二庭即能完結。

事件終結時，若是判決，則當庭宣判，和解則即時成立；若是當事人雙方表示不願上訴，可即時執行。據美國的統計所示，經簡易法院判決後，上訴的事件很少。如 Cleveland 市，依一九二〇年調查，自一九一三年設立簡易法院以來，七年間處理了三萬六千案，上訴的不過兩件。

G 律師出庭問題 律師代理訴訟，是希望不發生。因爲(1)由當事人自己出庭，易明事件真相，使不至故意拖延，得早日解決，以副迅速之本旨。(2)沒有律師，可省一大筆費用。無產階級，既得着簡易廉價的實益，而律師辦這種小事件，也得不到多少公費，還是不辦的好。(3)簡易法院的案件，都是簡單的，雖然不委托律師，當事人也可以辦，且於訴訟進

行，也不至於有什麼妨礙或不便。美國的簡易法院，有的完全禁止律師出庭（如 Portland 市），有的雖無禁止律師出庭的規定（如 Chicago），但是律師協會自動為不關預簡易法院事件的決議，如 Chicago 的律師協會。在律師道德薄弱的國家，仍是明文禁止好，免得多生爭議。

且費用 美國最初設立的 Kansas 州所屬二地的簡易法院，是不得收取一切經用。Portland 的簡易法院，則每件徵七角五分美金，Cleveland 收五角五分，Minneapolis 收一圓美金。

由簡易法院的性質和減除無產階級的負擔立論，自然以不收訟費好。但是實際上為補助簡易法院的經費，維持他能獨立存在，不生動搖；名義上不把簡易法院當作周濟窮人的一種慈善事業，似乎不必完全免費。不過徵收的數額，務須按照該地的生活程度，法律上規定一最高限度，以免任意多徵。其有實在無力負擔的，當然可以斟酌免除。

此外尚有主張原告須疏明其為無資力的無產階級，方有出訴於簡易法

院的資格。我以為只要於事物管轄的規定上，一一列舉，嚴加限制，似乎不必再問其資格，致多生糾紛，反給被告以拖延訴訟的機會。因為這種小事件，大概多是窮人幹的。而且法律上若是禁止律師出庭，則富豪雖欲和窮人開玩笑，也無奈不能叫人代理，不至於屈尊到小衙門來罷。

1. 上訴問題 上訴是當然希望少發生，不過絕對不能用法律禁止。若是能做到像美國Cleveland市的簡易法院那樣，七年間處理了三萬六千件，上訴的只有兩件，是再好沒有。這是要看法官的手腕能不能折服雙方，不能全怪當事人健訟，一年來常在報紙雜誌上看見國內司法當局的言論，對於簡易庭輕微事件的上訴，主張須嚴加限制，並露出一種深惡痛絕之意。我可以借日本加藤正治博士評此次貴族院與衆議院互相修改日本改正民事訴訟法初級法院上訴事件的額數問題的話批評他，說：『恰是階級的表現』。(註二)因為窮人之視百元，等於富人之視萬元，斷不能徒作個人主觀的觀察，抹殺一切。若是說，司法制度不良，訟費繁巨，小額事件，經二審

以上，恐怕得不償失——國內現狀，實有此種情形——，那是應該根本上
去謀改革，不可『因噎廢食』！這也就是今日所急要解決的『司法與無產
階級』的問題。

註二 日本此次改正民訴法草案，原規定未滿三百元之財產事件，除有再審理由外，不准
為控訴。貴族院以為三百元還太寬，把他改成二百元。衆議院則不管他是三百，二百，
將該條法文，完全刪除，遂成定案。於是雖少額事件，亦未被剝奪控訴權。



為謀勞動者出庭便利，法院的開庭時間，也應改良。簡易法院是專為
無產階級設的，法院的辦公時間，不可和勞動者的工作時間完全衝突，自
不待說。就是還沒有設簡易法院的國家，也在法院中，特設黎明庭 The
Sunrise Court 和黃昏庭 The Twilight Court (註三)，使一般勞動階級，不
至於因訴訟而妨礙工作，給他們以訴訟的機會。

註三 用俗話說或者可稱為『早衙門』和『晚衙門』

最近東隣日本，也在工人很多的地方而且是海軍軍港的『吳』市，試開『夜法庭』。據說成績很好。大阪律師協會等機關，也議決要求司法當局加設夜法庭。大約著名的工業地，將來都有添開黃昏庭的希望。

(2) 公共律師 Public defender

訴訟手續，無論如何的簡易化，法律條文，怎樣的社會化，欲一般民衆，和專門家一樣的運用法律，得着同等的成績，恐怕不過是一種希望！簡易法院管轄事件，雖然可以禁止律師出庭；其他法院的訴訟手續，却比較複雜，案件也較重大，——尤其刑事訴訟，動不動就和被告的生命自由有關，沒有律師出庭，是與訴訟進行有妨礙，並且是很令人担心的！

可是無產階級，雖然有的是生命，身體；却沒有錢，叫他做什麼，往那裏去請律師？怎能和資產階級一樣，隨便『選任』『委任』。——於是又發生無產階級與律師的問題。

★ ★ ★ ★ ★

除了有產階級御用的『選任辯護人』和『委任代理人』的律師，不屬本文範圍、茲不具論外，此處是欲述與無產階級最有關係的『公共律師』。公共律師(Public Defender)之外，尚有官選律師和代用律師。代用律師，是近來美國每有命勞働局，保險局，船舶局等機關的官公吏，附帶爲人民處理關於法律的事務，於茲無詳述必要。官選律師與我國刑事訴訟之選任辯護人相似(但英美於民事案件也用之，詳後)公共律師則我國和日本還沒有。標題上雖然只稱公共律師，下文實兼論及官選律師(官選律師與我國現有的指定律師略同)，以比較兩者目的，任務，組織，功效的不同。

第一 公共律師 公共律師，是專爲貧苦無力延請律師的被告而設。因爲依刑事訴訟法所規定必要辯護而指定的辯護人，如前所述，大都是不負責任，且僅限於法定最重本刑在三年以上者。其餘刑事訴訟法所認爲輕罪——三年以下——而較多發生的，就不得不置諸不聞不問了。公共律師，是

不論罪之種類，刑之重輕，只要是無力選任律師的被告，都一律無條件的給他辯護。這是本制度的特點，同時也就是和官選律師，代用律師不同的地方。

公共律師制度，也若簡易法院，發源於歐洲，盛行於美國。一九零四年，在羅馬市，已設立有『刑事被告義務（免費）辯護會』。組織的性質，是慈善社團法人。其他，如新錫蘭，也有由國庫支付與檢察官同等的報酬，給刑事被告附與官選辯護人；亞爾丁共和國，於高等法院，設置永久的官選辯護人，由國家支給薪水；挪威，丹麥，瑞士等國均有官選辯護人的設置，其經費由國庫負擔。——我們於此可知公共律師的設立者，有公設與官選之分；從而其性質，也有公益法人和國家任命的官吏之別。這不但於沿革史上，有此種分歧，預料將來公共律師的發達傾向，也不免有此分類。

美國自十八世紀末葉，已有提倡：『刑事訴訟的原告，既有代表國家

總檢察長；同時也應設立代表被告的辯護士總長』者。一八九六年，提出一種似公共律師制度的法案於各州，一九〇六年，紐約州檢察官 Arthur Train 公刊『在法庭的被告人』The Prisoner of the Bar 一書，盛鼓吹設立刑事訴訟之公共律師及民事訴訟之法律協助會的必要，此無產階級之訴訟救濟運動，乃甚博世人之注意。一九一三年加利佛尼亞之 Los Angeles 郡，遂首先通過採用公共律師制度。翌年一月七日 Walton J. Wood 氏，遂被任命為美國最初的公共律師。其後各州各市，相繼設立，甚至 Los Angeles 的警察法院，也有公共律師。而紐約市，則於一九一七年四月二日始設私立免費的辯護機關，其名稱爲 Voluntary Defenders Committee。又 Los Angeles 和紐約州的公共律師制度，不但成立的年代，相差數載，就是兩者的性質，也各不同。Los Angeles 的，是私設制度；紐約州的，是官設制度。這不獨是他們的特色，而尤其使我們注目的，是：公共律師制度設立性質的變遷。成立最早的加州 Los Angeles，是私設制度；到四年後成

立的紐約州公共律師制度，即變爲官設制度了。據我們的推測，或者是：紐約州鑑於私設的公共律師，於財政上，……有種種缺點，欲澈底的永久的實行公共律師制度，故特利用紐約州財政上、人才上的富裕，斷然採用官設制。這不單是實現了提倡公共律師制度者的理想——由國家設立代表被告的辯護機關——官設辯護人制度之先驅；並可說是公共律師制度設立性質的進化，——不是變遷！

第二 官選律師 我國和日本的刑事訴訟法，都規定有指定辯護人，與歐美之官選律師制度相似。但是適用的範圍太狹，限制又嚴，不能普及於一般刑事訴訟，於上段論公共律師時，已曾說及。而此制度的最大缺點且無實效的最大原因，厥在無報酬——縱有也是極微——一端。在生活競爭極劇烈的現代，無報酬的勞働，誰也不能，並不願『枵腹從公』。有時雖迫於法院的命令，勉強到庭，也不過形式上敷衍充數而已，那裏說得上是『辯護』！就在法治較發達，司法較進步的英美各國，也不免有此現象。

只有殺人案件，美國的報紙，對於全案的經過，辯護的記錄，例須大登特登，爲律師唯一無二的變相廣告——因爲美國的法律，不以律師爲營業，不准其登廣告——；而且美國的殺人案件，若判決爲有罪，則以處死刑爲原則，律師也自然而然的爲義俠心，和同情心——也可說是人類的愛——所驅使，雖無報酬的勞動，也不惜犧牲精力去給他辯護一番。還顧我國的報紙，也和普通社會觀念一樣，不免帶着幾分勢利眼與貴族性。對於有錢有勢的刑事案件，則連篇累幅，紀載特詳；貧苦的被告，雖將被宣告死刑，也漠不關心，極少登載。——有時因被害者的身分地位特別高大，叨光上了報，也不過紀述被害的情形乃至「破案」的經過，對於審訊的筆錄，尤其辯護的言論，則一般讀者既不注意，記者也就多忽略過去。律師們欲靠辯護作廣告，直等空想，至於精神上的義俠心和同情心，則與以「各人自掃門前雪」爲處世捷訣的國民，更不生關係。於是這一類的「義俠」或「同情」辯護，至少可以說，到現在止，尙爲歐美的特有品。



公共律師制度，對於無產階級，既如此切要，以下且進而考其所以切要的原因。

(一)公共律師制度，前曾述及，不是私設的，就是公設的，故由私法團或國家負擔經費，有確定的財源，乃可聘用專任的律師，專司辯護。無產階級，不但表面上可享受免費的辯護，實際上亦能得着辯護的實惠。因爲(1)公共律師，是聘任的，其就任與否，出乎自由，與指定辯護人之由於強制者不同；——強制智能勞動，根本上已是矛盾——(2)公共律師，受一定的報酬，報酬的數額，又爲其本人所同意而認爲相當于勞動，故可不兼任他職而專致力於辯護，與指定辯護人之看做辦苦差者有別；(3)公共律師，是專任的，自始到終，担任同一事務，可利用個人的經驗和對於案件內容的切實了解，優然辯護，不若指定辯護制度，強派長于民事的律師担任刑事辯護，甚至一案更易數人，辯護人竟摸不着頭緒，公然在「神聖

的法庭』說：『本辯護人無意見』。

(二)公共律師制度，是依一法院管轄區域內訴訟事件之多寡，配置相當人數的律師。這些律師，是結合成有組織的團體，繼續的執行職務。他們的行動，是團體的，聯合的；非個人的，單一的。從而不但執行職務上，可得着指定辯護人所不能得到的種種便宜，充分的保護被告的利益，且因為他是結成了一個有組織的，繼續的團體，由這種堅固純粹的團體，成立一個公共律師機關——名爲某會，或某社——熱心處理事務的結果，可集中，搜羅很多的豐富材料，供法學者的研究，利用。故直接和目前的功效，雖只是無產階級的司法救助，間接和將來的貢獻，實在是研究法學，改良司法制度的好資料，促進刑事法發達的先驅，法律和司法的活標本！

(三)公共律師，是國家公設的或私法人私設的，不是一私人設立或僱傭的。從而他所負的使命和任務，不能若私人選任的——僱傭——律師，只知道專事保護被告一方的利益；同時，並須顧及國家，社會的公益。因之，

他所用的手段和辯護的主張，也不像普通律師那樣的狡猾，欺騙，強辯，蒙蔽，而不負責任。儘可光明正大，據事實，依法律，搜集證據，在『正義殿堂』的法庭，伸張正義，據理辯論。公共律師，自重自愛的結果，不但可增長，提高律師界的信用，地位，保持個人的名譽，聲望，並可使職司審判的法官和立於反對地位的檢察官，發生好感，於執行職務和案件的進行，圓滑迅速便利的多。公共律師的行動，既皆循正軌，即不致徒斤斤於小處末節，作無謂的爭論。其辯護和主張，多的中事件的焦點，逕爲實體上的辯護，而不故提一二程序上之缺點，爲拖延時日之計，訴訟遲延之弊，大可免除，於國家及當事人，俱甚便利。又因有公共律師之設備，窮苦的被告，也得享受免費辯護的特典，不致於再受無道德的律師或訟棍的欺詐，直接惠及個人，簡接實足增長人民對於司法的信仰。

A 沿革 無產階級的法律救助，最能普及且最舉實益的，要推法律協助會。法律協助會的起源，始於一八七六年紐約市德國協會設立的 *Der Deutschen Rechtsschutz Verein*。這個機關，是專為移居美國的德國人，處理法律救濟事業而設的。其章程有云『對於無資力不能為訴訟的德國人，認為有與以訴訟上協助之價值者，免費與以協助』。其後，一八八七年，芝加哥市，因為救濟少年婦女被誘拐虐待，由同市的 *womens Club* 發起，設立『婦人兒童救護會』*The Protective Agency for women and Children*。至一八八八年，芝加哥市，又由同市的 *Ethical Culture Society* 提倡，成立名為 *Bureau of Justice* 的機關。其性質，是對於一般人，各種事件，普遍的與以訴訟上協助為目的，和前兩者之僅限於德國人或婦女兒童者，不但範圍有廣狹之差，就是發生的動機，也各不同。紐約市的。是源於十九世紀後半移民的激增，初到美國的人，因為不明美國的法律，於個人，官廳，俱感覺種種不便，且最易生糾紛。芝加哥市的，則由於大都市的勃

興，訴訟日益繁雜。以上三者，雖均為法律協助會的先驅，然前兩者因有人種和事件之限制，尙屬訴訟救助事業的萌芽；唯有普通性質且以一般人為對象之 Bureau of Justice，方足稱為完全的訴訟救助事業，即今日法律協助會的真鼻祖。

我們推源法律協助會的先驅，同時不可忘了始終盡瘁於此事業的 Arthur D. Brien 氏。他自一八九〇年至一九一六年凡二十六年間連任德國協會 The German Society 的會長。自就任之始，即抱着高遠的理想，熱心，剛毅，而不避艱難阻礙，去謀法律協助事業的改革和普及，首先將人種國界的差別待遇廢除。並因為他二十六年間繼續不斷的努力，不但使紐約市的法律協助會，成為全美國的模範，且流風所及，各地均受其影響。自二十世紀以來，漸次均有法律協助會的設置，至於今日，益臻普及。B 設立者 法律協助會的設立者，可大別為數種，茲分述於左。

一 慈善團體附設者 慈善團體，因為完成其慈善事業，常遇着法律問

題，亟待解決的。例如：爲私生子認知訴訟，爲被傷工人及其家族請求損害賠償訴訟，勞動者之工資被重利盤剝者扣押時之聲明異議等，都是非法律家的慈善團體職員所不能單獨解決的。若必一一去請求普通律師，不但不能勝其煩瑣，且往返周折，徒費時日，越使訴訟遲延，縱形式上得着普通律師的指導協助，也不過敷衍從事，多未擱着事件的核心，於是乃有於慈善團體附設法律協助部之舉。

二律師協會附設者 以擁護正義爲天職的律師，對於無產階級的法律救濟，本負有協助的責任。不過，因爲人類的功利心勝於責任心的結果，在法律救濟事業發源地的美國，尙很不發達；其他，自覺心，責任心更薄弱的國民，更不必說了。

三法律學校附設者 一九〇四年，Denver 市的法學校設立 Legal Aid Dispensary，使訴訟協助事業，與法學教育相結合，以教授律師爲指導員，高級學生做助手。一方面既可使學生得着實習的機會，增長經驗；他

方又可為貧苦無告的無產階級，稍盡微力，正如醫學校設立附屬醫院供學生實習一樣，所以有名之曰『法律臨床講義』Legal Clinic者。至一九一三年，Harvard 大學法科學生於 Cambridge 市，Minnesota 大學法科學生於 Minneapolis 市各設立法律協助會，以資實習，兼利貧民。其後，George Washington 大學，Yale 大學，Tennessee。大學也相繼做設。

四獨立的法律協助機關 又可分為私立的和官公立的。在法治發達的美國，私立的最多，官立或公立的次之。私立的組織成一財團，作永久的計畫，而盡瘁於無產階級的法律協助事業。官立或公立的，則由各州行政機關或市政府出資設立，為州市行政事務之一部，這兩種的律協助事業，不單是獨立機關，與上述三種附設者不同；而他的最大特點，為經費確實，基礎穩固，辦事的人，皆以此為專職，一心致力於無產階級的法律協助。所以他的成績最良，活動的圍範最廣，收效最宏。其擔任的事件，幾占美國全國法律協助事件之大半，為美國最發達的無產階級法律協助機關

東隣日本，自明治維新後，法治日益發達。年來經學者提倡，鼓吹的結果，也於前年在東京設立一「法律扶助協會」。該會的發起人兼顧問資格的，是東京帝大教授末弘嚴太郎穗積重遠等，而實際事務，則委諸新進律師數人兼理之。反不若社會運動家布施辰治律師和無產階級的國會議員水谷長三郎，本階級的同情，捧滿腔的熱血，給無產階級盡法律保障的義務，較收實益。東京的產業勞動調查所，且編輯『無產者法律必攜』一類的小冊子，指示無產階級以必要的法律智識，和美國 Kansas City 的法律協助會發行解說日常法律問題的小冊子一樣。

四 結語

在司法制度尙未完備，新式法院尙未普及的我國，提倡無產階級的法律協助事業，當局者縱不以爲不必要，也必推爲無暇顧及，失之太早。一

般無法律智識，受了縣衙門毒的老百姓，則更相驚伯有，以爲又多出了一種『唆訟』機關。因爲他們的腦筋中，總忘不了『訟累』，以爲訟是必定受累的。——現在吾國司法狀況，尤其內地的縣司法衙門，實確有此種情弊。

不過，我國是著名的窮國，貧人多而富人少。訴訟標的，除了通商大埠，有數十百萬的；窮鄉僻縣，則萬圓以上的訴訟案件，也不常見，可見打官司的人，大部分都是窮人。國家設立法院，是爲一般人民而設，不是爲少數富豪而設。對於占全國人口大部分的貧民，不能不特設法律救助之道。雖然民事訴訟有訴訟救助，刑事訴訟有指定辯護的規定，其實則如拙稿前部所說，直等虛設，無濟於事。至若一般人所慮的『唆訟』，『健訟』，則不免中舊式縣衙門毒太深和不明瞭本制度的精神。除簡易法院公共律師兩制度的主旨，已於前敘述外，法律協助會，不但不是『唆訟』或容易使人『健訟』『好訟』的機關，而是以無形中消弭訴訟，伸張正義爲職務的利事者

。我們只要看他的職務種類和處理事務的方法，就可知道。主要的任務，是：作法律上的談話，鑑定，代作遺囑及其他證書字據，代理當事人與他造交涉，到必要的情形，才用最後的手段出訴於法庭。至於協助的標準和處理事務的方法，是最初審查依據規則能否受理，委託人有無受協助的資格（此與簡易法院之只以訴訟標的爲標準不問資格者有異）；第二步方審查法律上能否救濟，有無理由；經過了第二步審查，俱合條件時，方予協助。協助的方法，先必極力勸導和解，或予仲裁，務期不經訴訟，而獲解決。至起訴於法庭，乃是最後的手段。以公平正直爲主義的法律協助會，若是辦事的人有確定的主旨和一貫的精神，社會上又能予同情，則很容易得一般人的信仰，大部分的事件，都可用和解仲裁解決，徵諸美國實施本制度的實狀，也確有此種情形，並非徒然的理想。從而我們於打破『陵訴』，『健訟』的懷疑以外，並爲名實相符起見，不譯 Legal Aid 爲訴訟協助，而稱爲『法律協助』。

由社會政策上說，消除人民間的不平，給不平者以鳴不平的機會，也是減少鬥爭的一種方法。美國的汽車大王 Ford 氏。爲欲使勞動者不因家庭糾紛，重利盤剝，勞動保險等問題的煩惱，而減少勞動能率，特別在他的公司裏面附設一個法律協助部，免費給勞動者處理解決一切法律事件。這種利人利己的設備，確是迎合現代社會趨勢的措舉；然而資本家的用心，也算周到極了。

五四以來，吾國學生，喜作社會運動；但是關於法律方面的改革運動，則尙沒有聽見。無產階級的法律協助，至少也可說是社會事業的一種。現在美國，就把這種事業的機關，如簡易法院，家庭法院等，看作社會制度，而大規模的謀其發達，普及。我們的國家，既不像美國那樣，能夠拿出一批款項，來辦這種以爲「不必要」的事業；社會又麻木不仁，而且法律智識淺薄，不免少見多怪，誤作變相的「包攬詞訟」。要像美國一樣，公立法律協助事業之發達，不要說最短期間，就是再過二十年，也只是一種空

的希望。其結果，剩下的，只有具血性勇氣的青年學子，國內的法律學生乃至在訓練中的法官，遇着社會上發生重大或新奇的訴訟案件，常到法院去旁聽，在表面上，固然可看一些形式，而實際上，則獲益極少。因為他們既不能調閱卷宗證據，又不一定由始至終，連續無間斷的去聽，對於案件的內容，經過，結果，俱缺一貫的認識，從而當然不能下適當的判斷與批評，不過隨着羣衆，湊熱鬧罷了。

若是能像美國 HARVARD 等大學那樣，各法律學校組織法律協助會，由教授，講師，律師任指導員，三四年級或已畢業的研究生當助手。則一方面既可得着實習機會，增長經驗，並且利用此資料，進一步作改良法律的研究，促進立法的改善；他方面又直能給無產階級盡法律上的保護，實現『裁判之均等』，間接灌輸，助長，普及一般人民以法律智識，使增進對於司法的信仰。於法學教育上，可說是一種新的理想教授法。在學生自身，幹這種利人利己的實際工作，比幹空虛的運動有意義的多。美國法律學

校的法律協助會，且有因太發達的結果，供不應求，而關閉的。關閉的原因，多爲經費，時間兩問題。關於經費，除國立省立學校可請求學校補助及希望社會之捐輸外，並可按件徵收少額——數角乃至一元——的手續費。開關一小財源。關於時間，儘可至相當件數時，限制或拒絕收受。因爲無產階級的法律協助事業，應該各界分工合作的，不是一校所能獨負其責。與其因收受的件數太多，而敷衍或遷延從事，損及法律協助事業的信用，不若自始即予拒絕，反不至誤人的事。

★

★

★

★

★

還顧我國的現狀，地方法院，尙未普及；初級法院，則仍附設於地方法院內，名曰『簡易庭』。近來雖有極積籌設地方，初級法院的擬議，但是因政局，經濟，人才等關係，不知何時方能實施？依我們的希望，是：最好能謀簡易法院之普遍化；否則，修訂各種有關係的法規，將初級法院改爲實質的簡易法院，每縣至少設立一處。以我國幅員之廣，有一千七百餘

縣之多，這種希望，不知何年方能達到？其結果，又勢必於通商大埠先設，而置窮鄉僻縣於腦後了。

公共律師制度，在自古以來即把刑名爲司法，而且刑事被告窮人多富人少的國家，當然感覺特別重要。不過，一般人民，缺乏法律智識，舊道德觀念勝於法律觀念，欲社會上設立公共律師機關，一二十年內是很少希望。所以，只有希望司法當局，把刑事訴訟法規定指定辯護人制度，實質上極力謀其實施；對當苦差的指定辯護人，予以相當報酬與優遇；或者使他組織成一團體，以便互相聯絡，研究，其會址，經費，由法院供給。因爲在日下的中國，尙未引起一般人注意和與政治軍事無特別關係的司法，勢不得不因陋就簡。

美國的現制，是：以公共律師爲擔任刑事辯護的機關，法律協助會爲處理民事事件的機關。這種分類，大概多基於沿革上的原因。我國的國情，既與美國不同，而且是事出創舉，似可擴大法律協助會的組織，範圍，

兼處理民事事件，作大規模的計劃，組織。於法律協助會中，即可包含在中國不很能獨立發達的公共律師制度，而理論上，事實上，民事與刑事事件，也無強分的理由。由實際上說，刑事辯護，遠重于民事協助，對於無產階級，則尤有由切膚的關係，豈可輕重倒置？故總括我們的主張，是：對司法當局，督促實質的簡易法院之設立，普及；同時，在野法界，應自動的，組織大規模的法律協助會，盡力於無產階級的法律協助事業！

十八年十二月至十九年一月法律評論第

七卷第十一期第十三期第十四期所載

正誤表

總頁	行	誤	正	總頁	行	誤	正
三	一	由自爲	爲自由	三三	六	防害	妨害
三	五	蓋。	蓋	三六	三	必須	必備。
四	一	未	末	四五	四	新民法	——新民法
六	五	(註五)之上加。		五十	十		Gemeinsames
八	十一		Imperium	五七	七	混有合	有混合
十五	六		Diehl	六一	六		Apenzill
十六	八		Property	六七	一	取消之上漏「求」字	
十七	九	人生	人格。	七三	八	生活之家自	生活之家制。
二一	五	J,	J,	七四	九	管理財	管理財產
二六	六		Thiers	八四	五	婚境	環境
二九	七		Sorel	八五	十二	婚姻	婚姻。
三一	四	土地	土地				

九一	一	最末格漏)	一三二	六	另可	只可
九六	十三	Deutsche	一三七	六	留置權之「權」字衍	
一〇二	十三	發表之下漏「之」字	一三七	七	置	置權。
一〇四	五	成立	一三八	四	;	,
一〇六	三	全部有 全部共有	一三八	八	物權編中下之「物」字衍	
一〇六	四	國別下之。改為，	一四四	十	履行權	履行拒絕權
一二三	四	債	一四五	十	不得為	不得謂為
一二三	八	之字衍	一四五	十三	特照	特點。
一二三	十四	肩註1 夫妻財產	一四九	七	加	如。
一二四	六	最末格之「習」字衍	一五一	末行	留置	留置權
一二四	十二	「得」字衍	一五二	八	竊盼下	「留」字衍
一二四	末行	肩註「a.妻及」衍	一五三	四	查報告	審查報告
一二六	九	肩註特 持分	一五四	五	Anatocismus	
			一六五	六	組織	組織。

一六八九	三倍	三倍。	二〇四十三	感	感情。
一六九八	clerk	clerk	二〇七三	空格為，	
一七六七	言與	與言	二一六七	亞爾丁	亞爾然丁
一七九四	不在	不生。	二一七一	第一格添一「的」字	
一七九七	第一格之。	改為，	二二三九	Justice	
一八四七	「中」字衍		二二三十一	「紐約市的」下之。	改為，
一八四十二	辯論下之「編」字衍		二三四七	Society	
一八九三	最末字「裁」	裁。	二二六五	Tennessee大學，	
一九六二	及，	及	二二六九	律協助	律師協助
一九九十	極經微	極輕微。	二三一十	「直」字衍	
二〇〇八	繳費之「費」字衍		二二三十三	組職	組織。
二〇二十三	Justice		二三四六	組職	組織。

民事法論叢

正誤表

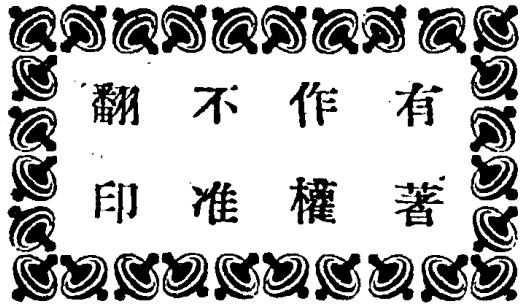
四

中華民國二十年六月初版

民事法論叢 第一輯

每册實價大洋壹元

外埠另加掛號郵費二角



著作人 吳 學 義

印刷所 江蘇第一監獄

總發行所 南京水西門月牙巷
法律評論社

分售處

北平朝陽學院出版部
及各處書店

