

內政部登記 登記證警字第貳柒捌捌號
中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

法學叢刊

本期要目

對日本修改律師法之感觸.....	顏
刑法修正案初稿之現代精神與國家理念.....	劉陸民
刑法修正案之保安處分.....	俞繼駱
幼弱老耄在刑法上之責任.....	馬君碩
關於常習犯職業犯的刑事政策之比較研究.....	劉陸民
對於立法院刑法修正案初稿所訂姦淫罪之意見.....	葛之覃
鴉片烟罪宜由各省訂立單行條例之商榷.....	查誦聖
羈押被告之研究.....	羅紹伊
海牙編訂國際法典會議所議決之「領海之法律制度之條約」.....	徐傳保
國際破產統一之新協定案.....	譯者 詹常三 郎 贊 銘
蘇俄憲法述略.....	陳耀東
蘇俄憲法述略.....	陳耀東
修正民法調解法施行規則.....	劉陸民
上海律師公會呈立法院請制定保障兒童法律文.....	劉陸民
法家與醫家在立法方面的一個共同使命.....	劉陸民

第二卷

第六期

中華民國律師協會

法學叢刊出版社

本刊啓事

一、本刊負促成中華法治闡揚中華法系之使命自揣綿薄深懼弗勝其應如何完善內容方克荷茲
重任之處乞

海內賢達不吝教正

二、本刊鑒於使命重大凡所研究當極意追求真理主編者略無好同惡異之見無論何項法律問題
歡迎正反兩方面投稿

三、本刊對於國內新舊立法及新舊解釋判例均願以批評態度與國人共相商榷以蘄真理之發見
倘有對於此類事件懷疑念目願加以批評逕寄本刊或提出具體事件附以意見囑本刊作解
答者本刊當竭誠接納用答雅命

四、本刊以闡揚中華法系爲重要使命之一倘有以中國歷代法律之論文以及審斷檢驗戶婚田土
各種掌故祕籍見惠者尤所歡迎

五、本刊爲明瞭世界立法現象及法律變遷起見特闢海外通訊一欄切盼海外使領館執事人員留
學僑寓諸君就所在地法律現象及其變化與夫立法方面之新趨勢隨時通函賜示本刊當一一
刊載不吝重酬

法學叢刊已出各期目錄

第二卷 第一期 憲法專刊(附贈呈立法院)

復刊詞.....中華民國律師協會常務委員會

社評

- 一、政規立法當局.....民
- 二、政規行政當局.....民
- 三、政規司法當局.....民

論著

- 憲政之法律觀.....劉陸民
- 政治憲法的精神在那裏？經濟憲法的精神在那裏？.....蕭步雲
- 將來憲法中之所謂地方.....阮毅成
- 憲法與土地問題.....胡崇基
- 論國事法院.....陳耀東
- 論憲法草案初稿中之經濟委員.....劉陸民
- 評憲法草案初稿.....劉陸民
- 評中華民國憲法初稿草案.....孫德修
- 論憲法草案總則篇.....田鶴鳴

附錄

中華民國律師協會憲草研究委員會工作報告

第二卷 第二期 刑事法典專刊

社評

- 一、行政院令保護新聞事業人員.....民
- 二、美人擬控羅斯福政府.....民
- 三、日本五一五案.....民

法學叢刊已出各期目錄

論著

- 修正刑事訴訟法之商榷.....許鵬飛
- 洗刑實施方案之檢討.....郭承修
- 洗刑之沿革及歷代採用洗刑之基本觀念.....劉陸民
- 監獄制度之修改.....劉陸民
- 刑罰制度之法律觀.....陳志舉
- 國際刑法協會第三回刑法會議.....陳志舉

附錄

中華民國律師協會呈立法院文
修正刑事訴訟法草案

第二卷 第三期

社評

- 一、故宮案評議.....民
- 二、為南通縣法院進一解.....民
- 三、何復仇案之多耶.....民

論著

- 法國制憲與中國制憲之史的比較觀.....汪魏炎
- 法之國際統一運動觀.....劉陸民
- 憲法食污制度之史的考察.....劉陸民

譯述

- 法之概念.....唐鵬
- 解釋及判決例要旨.....唐鵬

雜俎

刑法瑣聞..... 覆宗文

附錄

一、軍要法令

補訂民事執行辦法

辦理民事訴訟案件應行注意事項

二、協會文件
蘇湖律師公會呈請司法部收回徵收律師
蒞庭通知書送達費成命請本會一致主張文
書
常委劉陸民與立法院委員趙韻逸書

第二卷 第四期

社評

行政道德十誡..... 民
戈林將軍不拒絕到法庭作證耶..... 民

論著

行政元首之責任問題..... 汪蘇炎
勞動憲章與工場共和國..... 陳振聲
受中華法系支配的日本中古民事法..... 劉陸民
懲治貪污制度之史的考察(續前期)..... 劉陸民
解決監犯性慾問題與斷種立法..... 劉陸民

譯述

刑法上的好意技術..... 牧野英一著
法之概念(續前期)..... 劉雲敷譯
解釋及判決例..... 唐鵬

附錄

上海律師公會為會員王述權被上海市公安局羈押
與各方呈函及批復各件
吳縣律師公會對於徵收律師送達費聯合滬甯鎮公
會一致呈請收回成命函
閩侯律師公會對於司法院院字第八九九號解釋之
商榷

第二卷 第五期

社評

一、報章雜誌刊載判例是否違法..... 華
二、拒絕律師接見偵查中之被告..... 華

論著

刑法修正案初稿之要旨..... 趙紹周
中華舊律特點之研究..... 李紹周
律師職務之社會化與世界法律扶助制度..... 劉陸民
法之國際統一運動觀(續三期)..... 劉陸民

譯述

德意志刑法思想之危機與國家理念之轉變(續三期)..... 易
關於保備之限制營業特約..... 易
法之起源及發達..... 易

附錄

劉常委陸民致山東高等法院吳院長真瓚函
滬甯鎮各公會為徵收律師送達費呈司法行政部
請收回成命文

社評

對日本修改律師法之感想

韻

日本自中世採用我國隋唐制度以來，設明法博士之官，講求法律之學，而律師制度，未之有也。德川時代，特許「代人」，遂有所謂「公事師」或「出入師」者出現，世人率以蛇蠍視之，國家亦未嘗認此爲正當職業。明治維新，始創「代言人」之制，由明治五年八月三日，太政官公布之司法職務定制第十章第四十三條，明白規定代言人之職務。旋以缺漏殊多，弊害滋甚，遂又於明治九年二月二十二日，由司法部頒布代理人規則，以規定代言人取得資格之手續，與其標準。卒以頹風莫挽，更於明治十三年五月十三日，由司法部頒布修正代理人規則，其要點：（一）受地方檢察官之監督；（二）許其定會則，設公會；（三）廢止地域及審級限制。迄明治十五年一月一日，認刑事辯護人制度，益開代言人活躍之新天地。明治二十三年，召集議會，日本司法制度，漸臻完備，律師法乃於明治二十六年三月制定施行。由此觀

察，是、日、本、律、師、制、度、之、歷、史、，、乃、亦、律、師、地、位、向、上、之、歷、史、也、。而年來仍因制度之未能盡善，尤以監督權屬之地方檢察官，足為律師行使職務之障害，容易釀成律師與法官間之齟齬，而「律師公會自治」之聲，遂為司法當局所傾聽，延聘律師，法官，學者，以從事於起草「律師法案」之役，現已成功日本新律師法，並定於昭和十一年施行矣。

考其新法特點：（一）由律師公會，擔任律師一年半之試補修習，以期律師人格之修養，與實務之練習；（二）監督機關，由地方檢察官，移於司法部長；（三）懲戒訴追，須依司法部長之命，是本法之精神，注重於律師自治權之擴充，與律師人格之向上，而律師在不侵犯國家最高司法機關監督權之下，亦綽有自治之餘地，視明治二十六年施行之律師法進步多矣。本年日本大阪控訴院管內律師大會，帝國律師會代表平松氏演詞內：「新律師法雖不完全；然自政治的取締立法的強制他律之時代，更進一步，轉向於社會的團體立法之道德的自律時代之事，余想不能不謂為我在野法曹之世界，已劃一新紀元。」云云，即可證日本律師制度之歷史，依然為律師地位向上之歷史也。

雖然，日本新律師法，果能順應人類文化之進程，由強制的他律制度，進展至於道德的

自律制度，而已無缺憾者乎；吾人試以與其他文明國家之律師制度比較觀之：若英吉利；律師豫備教育，由律師團體完成之，律師之懲戒，由律師團體之首席理事行使之，至於律師監督，全非政府所得過問，此視日本新律師法何如耶；若奧大利：律師試驗，其試驗委員會，由高等法院推事與律師組織之，律師懲戒，始由律師公會之懲戒委員會行使之，其不服上訴於最高法院之懲戒部者，其懲戒部委員中之半數，亦由律師公會選任之，此又視日本新律師法何如耶？更若比利時：律師公會之評議員長，與高等法院院長，處同一之地位，法蘭西：律師公會，完全受其懲戒委員會之監督。意大利：試驗律師，由法官二人，律師三人，組織律師認許試驗委員會。之數國之律師制度，又視日本新律師法何如耶？其爲日本律師法所不及，固至明之事矣。

夫世界各國，胡爲若是尊崇律師之地位者乎？蓋亦有道矣：近世各國，大都尊重法治，一般採用「人民不許不知法律」之格言；然在實際上現時各國法令，幾若汗牛充棟，雖法律專家，尙有不能悉知國家全體法律之感；况乃平民，處茲複雜之社會，欲其動合準繩，了無遺悞，如何可能！律師者，卽所以補助此種缺陷，而使法律與人民現實生活相融合者也。洵如

是說，則律師職務：一面在運用一定規範，以消弭人類之鬥爭於未然；一面在依據一定規範，相當解決人類之鬥爭於已然。故欲安定人類社會共同生活之秩序，俾得為平穩合理之進展者，律師其前衛也。世界各國之尊崇律師制度以此；日本之改進律師制度，亦以此。

我國固以促成法治聞於世，世亦以此相期許也久矣。則有俾於國家法治的律師制度，宜如何使其現代化？換言之，宜如何擴充律師之自治？俾律師加緊本身之修養。乃不幸事實上之所表現者，則正相反：如上年十二月十一日，司法行政部訓字第三八八六號訓令：有一按之法令，律師……未可自視與法院或法官為敵體……」之語，此在司法當局，乃有鑒於律師界之或種不良現像而發，吾人亦不能逆臆其必有摧殘律師制度的意味。惟律師制度為一事；而律師中偶然的或種不良之現像，又為一事；若以偶然的或種不良現像之故，即使律師制度，失其為司法機關之一之地位，形成司法機關的畸形之發展，不復能保持機關間之平衡，則中世法官擅斷之慘劇，恐將再演於東亞之古國，是豈我司法當局所忍聞乎？吾願我司法當局，對律師制度，為適應時代之改進；吾尤願我律師同仁，競自反省，以促新時代的律師制度之產生。

論 著

刑法修正案初稿之現代精神與國家理念 劉陸民

一 導言

刑法之發展，學者以歷史的眼光，分爲四個時期：卽復讎時期，威嚇時期，博愛時期，科學時期是已。因時代之流轉，刑卽漸趨於緩和化，此等現象，學者名之曰刑罰經濟。Sozialökonomie。在科學時代之現代，刑罰更加緩和；卽刑罰經濟，更加發達。此蓋由刑罰之基本思想，已隨科學之進步，由應報主義，客觀主義，犯罪主義，演進至於目的主義，主觀主義，人格主義之故耳。不過於此尚有當知者：卽科學時代刑之緩和化，不在刑之分量上實現之，乃在刑之性質上而實現之，易言之，其刑之分量，容有甚長或不定期之宣告，而在其性質上，則所以應社會防衛上之必要，非以個人之報復爲目的也。

惟社會防衛之語，亦易滋誤會，學者有以此爲計功利的目的，而未顧及個人地位的主義。茲更當以社會學的見地爲出發點，先爲說明於此。夫吾人必使社會組織，漸臻於鞏固，而後始得睹人類文化之發展。蓋人之得以生存者，以其能組織社會也。故因社會連帶關係，能臻於適當之組織，則人類精神之向上，與物質之繁榮，乃可得而期。刑罰之作用，既着重於社會之防衛，在如斯意義之下，自不能不認刑罰有重要的文化之價值，且亦不能不認刑罰必能盡防衛社會之使命者，始能真正實現費利教授所期待的「刑法之人道化」。

我國刑法修正案初稿，（以下簡稱刑稿）乃新時代的產物，本刊前期，業請立法院刑法起草委員趙琛先生，爲作「刑法修正案之要旨」，以資說明立法之精神；吾人不學，竊欲本於膚淺的學理上之理解，爲補充之論述；雖間有疑難處，亦不過就刑稿之基本思想，略抒管見，非能另出機軸，有何獨特之創解也。茲謹系統的分析敘述如下：

一一 責任主義之現代化

責任主義，古典派：以人有意志之自由，能分辨事實之善惡，故犯罪者，應負道德責

、任，而受刑事制裁。實證派：以人無意志自由，其所爲意志之決斷，乃個人的社會的各種原因之綜合體；其犯罪仍受刑事之制裁者，以其侵害社會法益，應負社會責任。就其形式，以爲觀察，前者爲玄學的，後者爲科學的；兩派學者，互相詆誹，至今尙無定論。

然以現代立法之趨勢，不無妥協之意味。於是古典派學者之批判社會責任論，有曰：「社會責任論，乃照應於意思必至論之見解，而刑事責任之社會的基礎，由之而確立；惟爲吾人道德上必然的要求，且在現代生活，多有現實性的意志自由之理想，被其極端忽視，是其缺點。」於是以「社會的責任論，與道德的責任論，各有一面之真理，」高唱「社會倫理的責任論」之「全體真理性」，（見久禮田教授著「刑法學概說」）是不能謂非古典派調和社會責任論與道德責任論的見解。實證派之學者，對於古典派此種批判之批判，有謂：「社會責任論之構成，乃將融匯從來道義的責任論之個人的倫理，於新的社會的倫理之中，若以吾人之所說，爲忽視倫理的見解者，是一大悞解也。但因從來之所謂倫理的者，乃個人的倫理；於是新從社會的見地，而樹立所謂社會的倫理；故不能謂吾人以社會的責任論與道德的責任論，各有一面之真理，而擬使之調和，乃擬對從來之道德的責任論，批判之，醇化之，更從

而擴充之，使之到達於更高的概念的所謂社會責任論也。」「至」社會的責任論，亦不否定所謂意志自由之事實，僅不認爲有若自由意志論者之所謂自由，換言之，對於有自由意思之人，僅講究爲適應於彼之社會制裁，而在其研究所謂適應的範圍內，特無執着於所謂自由之必要，故意志自由之理想，在吾人以爲是無意義之物。」（見牧野英一著「刑法上法治國思想之展開」）如此，是又不能不謂實證派學者，今亦有人並非根本否定道德責任論之價值。所異者：前者主調和，後者主融合而已。吾人因時代之進化，固當表同意於實證派之見解，而斷言道德責任之必須社會化，而後始能合於實際之要求者也。

然我國刑稿，於刑事責任，在形式上，又似有益益道德化之觀：如第一，關於外患罪中：之第九十五條，九十六條，九十八條，及第一〇〇條，一〇一條；瀆職罪中：之一一二條；其刑，或比現行刑法爲重；或爲現行刑法所無；在所謂人應知愛祖國之思想上，重罪重刑，不能謂其刑事責任的基礎，無甚深的道德的意味。第二，關於刑之量定，則規定審酌犯罪之動機，尤其第二十九條之所謂：「在公益或道義上顯可宥恕者。」云云，更充分表現道德責任的色彩。但更深一層以論：前者，所以防衛民族社會之利益，其預爲重罪之規定，亦

可謂寓有一種教育之作用；後者，乃所以使從來客觀主義的刑罰劃一主義，漸臻於刑罰個別化；（此乃以社會防衛爲本位與應報論的刑罰個別論異趣）故雖含有道德的意義，已非個人應報論的道德，換言之，乃道德責任之社會化是已。

刑稿關於刑事責任，既可謂爲道德責任之社會化，反言之，即社會化的道德責任。如此，則關於限定責任犯人，即十四歲以上，未滿十八歲之人；（刑稿第十九條第二項）精神耗弱人；（刑稿第二十條第二項）瘖瘡人；（刑稿第二十一條）等，一面科以減輕之刑，一面予以保安處分；與夫刑稿第二十七條，關於未遂犯之處罰，按既遂罪之刑減輕之規定，庶得謂有理論上之基礎。

惟所謂社會化的道德責任，非以客觀主義的應報爲依歸，乃以主觀主義的改善爲旨趣。故於犯罪，不僅論犯罪之外形，更須論犯人之心情。其論犯罪人之心情，更須爲目的的，實證的，特別心理學的。刑稿第三十條：「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之，被教唆人，雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。」實已充分表現其主觀主義之精神，其同稿第十七條上半段亦然，乃於同條下半段規定：「輕於行爲人所知者，從其所犯處斷，」是惟論犯罪之外形，

而、成、爲、學、純、的、客、觀、主、義、，、應、報、主、義、之、產、物、，、此、點、，、其、亦、尙、有、討、論、之、餘、地、者、乎、？

三 刑罰組織之現代化

刑罰組織現代化云者，刑罰與保安處分併用之謂也。元來刑罰與保安處分，在法律上異其性質目的：即前者屬於刑法固有之範圍；後者屬於保安警察之範圍。茲刑稿於刑罰以外，復規定保安處分，易言之，採取所謂二元主義，則亦爲現代刑事立法之趨勢，自無討論之餘地。

保安處分之發達，約可分爲三個時期：在第一時期，保安處分，僅對少年犯人與精神病人，而爲個別形式的規定。在第二時期，一八九三年瑞士刑法草案，方於刑之外，特別意識保安處分；然猶認兩者性質上之差異。在第三時期，刑與保安處分，則完全合一，一九二一年費利教授案即是。但費案，在意大利終未採用；而其另成功之一九二七年案，保安處分，仍占重要地位，其形式上，至成爲刑與保安處分相對立，二分刑法之分野。

我國暫行新刑律，與現行刑法，僅對於少年與精神病患者，爲個別形式的規定，是可謂

在刑法上採取保安處分之第一期。現起草之刑稿，認保安處分與刑罰居併立之地位，且認刑罰之基本觀念，非應報的，乃目的的，於是兩者性質上之差異，亦不可得而見，是固不失為現代刑罰組織之樣態也。

且保安處分之原則有二：一曰，以行為者之社會的危險性為基本；二曰，其理論的歸結，應為不定期的。刑稿對於普通犯人的保安處分：如第七十九條之犯服用鴉片，或其他代用品之罪者；第八十條，因酗酒而犯罪者；第八十一條，因遊蕩或懶惰成習而犯罪者；同條第二項，有犯罪之常習或以犯罪為職業者。與對於特殊犯人的保安處分：如第七十七條之少年犯人；第七十八條之精神障害犯人，其目的皆在消滅犯人對社會之危險，換言之，易社會之危險分子，而為社會有用之一員，故其意味，已合於第一原則。至其第八十九條，「宣告之保安處分期間未終了前，認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行，如認為有延長之必要者，法院得就法定期間之範圍內酌量延長之。」云云，是又洽合於第二原則。謂其富有現代精神，良非過譽。

惟受保安處分，既以基於犯人之社會的危險性為前提，則在犯人未實施犯罪以前，其危

險性之存在，固應望國家施行其他社會政策，以爲預防；若其在犯罪後，法院所爲有罪或無罪之判決，已臻確定，而發覺犯人爲社會的危險者——如嗜酒或懶惰及精神上有障礙者——固宜更付保安處分，以免危害社會行爲之發生，更或在保安處分執行之時，又基於新危險性之認識，亦宜另爲其他相當保安處分；刑稿第八十八條「保安處分，裁判時併宣告之。……」則對於上述兩種情形，即屬不能處分，則何以盡防衛社會之能事，是不能謂非刑稿重大之缺點。至幻覺犯，本能犯，傳染花柳病犯，固皆富於社會之危險性，刑稿於幻覺犯，本能犯，根本未予承認，於傳染花柳病犯，則僅規定於傷害罪章，殊欠妥當。

再保安處分，按之現代立法例，可分爲對人的保安處分，與對物的保安處分。我國刑稿，大致亦不外此。而對人的保安處分：應有拘禁的，與非拘禁的兩種。前者：如對於職業犯慣習犯等之農園懲治所，或勞働所；對於心神喪失者之精神病院；對於心神耗弱者之治療監護所；對於少年犯人之感化院等。後者：如監視，限制居住，禁止酒飯店之出入，關閉營業所，及驅逐外國人於國外等是。

我國刑稿於對人的保安處分，有處分與管束兩種，此在其第八十二條，固已規定明白。

但於心神喪失者，不爲規定令入精神病院；於精神耗弱者，不爲規定令入治療所；而均以「相當」字樣代之，在立法技術上，固嫌失之含渾，未臻正確，而在立法精神上，亦嫌未明確顯示因應犯人以爲改善之方法。且心神喪失者之應令入精神病院，心神耗弱者之應令入治療所，乃國家之義務，尤有明白規定之必要。在立法者之意，或以我國精神病院，治療所等，設備未完，故代之以「相當處所」之字樣，以便利事實上之適用，然法律非裝飾品，萬一徒有此法，而不期其必行，則亦何用此規定爲。即令爲暫時設備不完計，亦可於將來施行法中，爲適應事實之規定，又何足爲慮，吾人所以於保安處分，贊佩其大體，難完全同意其內容。（尤其關於常習犯的規定更須另爲文詳細批評之）

四 罪刑法定主義之現代化

罪刑法定主義，胚胎於英吉利之大憲章，萌芽於北美合衆國諸州之權利典章，而成長於法蘭西一七八九年之人權宣言及其一八一〇年的刑法。是其意義，顯由個人之自覺而發生，故能支配十九世紀——即人權昌明時代——諸國刑事立法之思想。而其矯正中世「慘酷」擅

斷「不平等」的警察國之制度，蔚成近世「自由」「平等」「博愛」的法治國家，此在人類文化史上，誠有不可磨滅之價值。

惟罪刑法定主義，原有相異的兩種思想：其一，為基於憲法學的見地之三權分立論者：以法為智能全備之神所創造，根本完全無缺，而以「國民之法官，是一種無生物，不過為發表法定用語之口，不得和緩法律之力，及其嚴格性。」（見孟德斯鳩所著之法意中）其二，為基於刑法學的見地之均衡論者：而以刑法之作用，在給予社會一般人的「心理的強制」，易言之，「厥意在以法律預告侵害權利者加以苦痛之結果，威嚇世人，以警戒其不法。」（見佛雪爾巴哈所著之刑罰論中）因上兩種見解之結合，而法律學上之方法論，遂不被適用於刑法。

由上所述，法律萬能，與夫罪刑法定主義即客觀主義之結果，個人之自由，雖得保障，社會之利益，全未顧及，犯罪增加，尤其累犯增加之趨勢，乃益引起世人對於罪刑法定主義之疑異，而十九世紀末期之學者，——即實證派學者，遂留心於使犯罪減少的可能之方法，而以刑法不足擔負唯一的最有效的減少犯罪之任務，在刑罰以外，應樹立刑事政策，罪刑法定主義，遂為此派學者所懷疑，主張法官應擴張自由裁量之範圍，至於要求所謂新的擅斷主

義。

畢竟罪刑法定主義，今尙有其文化上之價值，非可絕對排斥。不過曩之基於客觀主義者，近易爲基於主觀主義，由法官在「社會防衛」的大原則下，於一定範圍內，一面參酌社會之需要，一面保護社會之利益，使罪刑法定主義現代化而已。基爾遜氏於格羅布刑法會議時，其演詞中：「刑法之定最高度者，因對於法官之苛酷或感情衝動之趨向，以保護犯罪人；其定最低度者，因對於法官之柔懦，而期保護社會。」云云，其說明罪刑法定主義之新意義，又謂深切著明。

故在蘇俄一九二六年刑法，於其第十六條，雖有類推的規定；而最近普魯士所謂納齊斯的刑法基本原則，亦有寬大的類推的要求。吾人終以前者爲共產主義者獨裁時期之暫時現像；後者當爲法西斯黨獨裁時期之暫時現像；以其不能合於現代之要求故也。

我國舊律，斷罪無正條者，准比附援引，此爲唐律所明言。而大清現行律，亦仍如是。暫行新刑律，始倣日本舊刑法第二條，承認罪刑法定主義，爲一個法律原則，而於第十條明爲規定。現行刑法，將此項規定，移於第一章法例中，益以表現罪刑法定主義之精神。現在

刑稿因兼採責任主義政策主義之結果，擴張法官自由裁量之範圍，得以因應犯人與社會，不可謂非刑法上一大進步也。

但法官因自由裁量權之擴大，而當具體的刑事責任決定之際，其將如古典派學者所謂「將事案由道義觀與危險性兩面而為精細之玩味」乎？抑將如實證派學者準據所謂「融匯道義觀並擴展道義觀的社會防衛的觀念而從事」乎？吾人基於刑事責任社會化之理想，自當以實證學派學者之理論為正解。

因此法官之裁斷，其目的應為倫理的。以其須使犯人改善而復歸於為社會一員之地位。其技術應為科學的，以其斟酌量刑之標準應不能利用其素樸之理解，必須具備心理學，社會學，教育學的等等科學研究之知識。我國法官，其學養素優，勝任愉快者，固不乏其人。然以法律教育之幼稚，欠缺審判之技能者，亦隨在皆是，而道德之涵養不足，因其制限之寬，益便上下其手，尤堪憂慮。立法者將何以消弭理想與現實未能合致，必然發生之矛盾乎？此亦吾人亟欲求解答之問題也。

五 國家理念之現代化

以上所述刑法修正案初稿之基本思想，已自應報主義，客觀主義，犯罪主義，進化於目的主義，主觀主義，犯人主義。因之刑事責任之基礎，刑罰組織之狀態，罪刑法定主義之意義，均生甚大之變遷。則在刑法範圍內，國家之理念，自亦起嚴重之變化。

元來因中世警察國之反響，則有近世法治國之產生，法治國者，以保障人權為主要之目的者也。故在刑法上形成客觀主義的組織，以犯罪為本位的體系，其結果僅意識個人，不意識社會，至於個人與社會成對立之狀態。於是十九世紀末葉以來，由實證派學者之倡導，在刑法上創造所謂主觀主義的組織，以犯罪人為本位的體系，一面擁護人權，一面防衛社會，結果使個人與社會調和。

吾人試從實證的見地以論，吾人固宜一面認國家之獨立個性，但國家非離個人而獨立，一面認個人之地位，但個人不得離國家而生存。新法治國者，固充分表現如斯之意義者也。木村龜二教授，理解新法治國為民衆的國家，而與現在德意志刑法學者所主張之權力國家為

比較，其言曰：「權力的國家之特質，以國家支配之權力，專憑外部的強力而維護，其支配之根據，則欲求之於超越被支配的民衆之力。——窮極之至於神——民衆的國家，其支配由於精神之力——民衆之信賴——而確保，其支配之根據，置之於被支配者之心中，即內在的力之上。然而國家理念變遷之歷史，自外部的支配，演進於內部的支配，由基於神意的政治，展進於民意的政治，此為難否定之事實，則在如斯意義下，權力的國家理念，不僅違反思想之歷史的進化，且國家與其單因外部的實力之強大，何若因於精神的支配之強固，更使自己之文化價值，益益豐富，自己之權威益益增高耶？」（見氏著「刑法上國家之理念」）由斯以觀，則新法治國之理念，可謂為合於思想的歷史之進化，且適切於時代之要需，故學者又名新法治國，為文化的國家，或職能的國家，或福祉的國家，如此則我國刑稿上國家之理念，其亦為新法治國之理念乎？斯固不待言之事矣。

惟我國自三代迄於有清，數千年之法律制度，以刑法為中心，而發揮國家統制之作用，故小野清一郎教授謂：「中華法律全體，是刑法的，是公法的。」吾人以為知言。至中華刑法支配之根據，在形式上，誠有求之於天意之觀，而其實質，仍視天意乃民意，其「宥遵無

大，刑故無小，」之精神，尤富於主觀主義，犯人主義之意趣，如此，即謂中華舊律，早已先世界而含有新法治之精神，爲現在我國刑稿所發揮而光大，亦無不可。

六 結言

由上所論，吾人可從大體上而謂刑稿爲新時代的產物，已無可疑，尤以關於民族社會防衛的精神，益益表現其適應時代之重要性。不過欲達刑稿之目的，尚須行刑之倫理化，科學化，合理化，概言之，必待監獄之改良。現在我國監獄，其慘酷不亞於中世，以此而欲使犯人陶冶惡性，復歸社會，而成爲健全之成分乎？恐絕無是望矣。以此，吾人更希望監獄人道化。至監獄改良而外，如其他社會秩序之安定，社會經濟之發展，皆減少犯罪之基本原因，吾人是以又希望社會生活合理化。

法學叢刊 論著 刑法修正草案初稿之現代精神與國家理念

刑法修正案之保安處分

俞鍾駱

立法院刑法委員會所纂之中華民國刑法修正案初稿，於總則殿以保安處分；自第七十七條至九十一條共十五條，着眼於再犯及累犯之豫防；在我刑法史上爲一重大改革。爰陳鄙見，以供探討：

按修正案初稿，所稱保安處分，大別爲（一）感化教育，（二）監護，（三）禁戒，（四）強制工作，（五）保護管束，（六）驅逐出境，（七）喪失公務員資格，（八）公布判決，（九）沒收，等處分；（一）至（四）統許代以保護管束。茲分論之：

一、感化教育 此爲對於幼年犯罪所得施之處分，依修正案初稿，凡因未滿十四歲而不罰，或因未滿十八歲而減刑者；均得施以不逾三年之感化教育。在因減刑而受三年以下有期徒刑，拘役，或罰金之宣告者，得於執行刑罰前先施感化教育；如依感化教育之執行，認爲無執行刑之必要者；即得免其刑之執行。立法上之見解，足稱道者；以感化教育先於刑之執行，因感化教育之實施而能改變幼年罪犯之心性，即可免其刑之執行。惟在適用上僅限於宣

告三年以下有期徒刑，拘役，或罰金者，得享此因感化教育而免除執行刑罰之優惠，若不幸而受三年以上有期徒刑之宣告；則將先受刑之執行，而於其完畢或赦免後。仍得施以感化教育。此其間，有可議者二：

(1) 刑罰之本旨，以矯正犯人之惡性，施以感化，使得勉為良善；是其最終之目的。執行刑罰，既不能離去感化罪犯之本旨，則在刑之執行完畢後，不宜推定其尚有更進一步重施單純的感化教育之必要。否則，是立法者承認刑罰之執行，絕不能收感化之效果；而必藉感化教育以彌補刑罰之不足，按諸近世所公認之學說，豈能謂當。故先於執行刑罰而施感化教育，並得因其受感化教育之成效，而免其刑之執行；雖極合理。而於刑罰執行完畢後，再施感化教育；則難見其有何實益。

(2) 修正案初稿第八十八條，明示保安處分除沒收得單獨宣告外，皆應於裁判時宣告之。因未滿十八歲而減刑之幼年犯，在刑之執行完畢後；應否再益以單純之感化教育，固非在裁判時之法院所能憑空懸測。即刑之赦免與否，亦斷非裁判法院所可逆料。是第七十七條第二項所稱法院得於刑之執行完畢，或赦免後，令入感化教育處所云云；又顯然與第

八十八條所稱於裁判時併宣告之規定，不能臆合。

欲避免上述理論之矛盾，及適用上之困難，則修正案初稿第七十七條第二項之文字，應重為修正。試擬如次：

因未滿十八歲而減輕其刑，受三年以下有期徒刑，拘役，或罰金之宣告者；得於執行前令入感化教育處所，施以感化教育。其處刑為三年以上有期徒刑，執行未及其半，而赦免者，亦同。

如上試擬修正之理由，有可述者，(1)因未滿十八歲而減輕其刑受三年以上有期徒刑之宣告者；於刑之執行完畢後，不再施以重床疊屋之感化教育。(2)宣告刑在三年有期徒刑以上執行未及其半而赦免者；恐犯人之惡性尚未滌盡，得再施以感化教育。(3)受三年以下有期徒刑，拘役，或罰金之宣告，而先受感化教育已見效果者，仍得適用同條第四項之規定，免其刑之執行。(4)除同條第四項之情形非裁判時所能預測，得以同稿第九十條之規定辦理外；其應否施以感化教育，在裁判之當時比較初稿原文易於斟酌肯定。方與第八十八條「於裁判時併宣告之」之規定無所抵觸。

二、監護 此爲(1)因心神喪失而不罰，(2)因精神耗弱，或瘖啞，而減輕其刑者；所施之保安處分。其監護方法，除得代以保護管束外，據初稿條文所示，僅稱「令入相當處所施以監護。」而此所謂相當之處所，事實上不外爲瘋人院，殘廢院，類似之收容處所。依現時社會上之情形，瘋人院殘廢院等所收容者，原不以經有官署之處分爲限。茲乃定爲應經裁判之處分，則不經裁判而逕予收容，是否違法？非無考慮餘地。又心神喪失人之應施監護，既以確保社會安寧秩序爲其主旨；則其處分之解消，應以其人之病態已否消除爲標準；無定期性之可言。初稿限定其處分期間不得逾三年，則於監護期滿後心神依然喪失之人何以處置？將成重大問題。至因精神耗弱，或瘖啞，而減刑者，在刑之執行完畢或赦免後，有無再施監護之必要，均非裁判當時所能逆料。應就已受刑或被赦免者之實際上精神狀況，及其危險性之存否，予以斟酌。如因保安之必要，應施監護，亦不宜豫定期間，其理由正與心神喪失而不罰者應施監護之情形從同。雖同稿第八十九條及九十條有得免其處分執行之規定，但以確定裁判所宣告之處分，許其隨時解消，或變更其效力；流弊所及，頗足減損審判上之威信，殊非所宜。故初稿第七十八條第三項之規定應刪除；並應將本條條文改定其次序，或

於第八十八條列爲除外之規定，而另於刑事訴訟法之執行中，爲適當之規定。庶使指揮執行者得斟酌其宜，於運用上不致發生困難。

三、禁戒 應施以禁戒者有二：(1)對於犯吸用鴉片或其代用品者。(2)對於因酗酒而犯罪者。前者之處分期間不得逾一年，並在刑之執行前爲之。依禁戒處分之執行經法院認爲無執行刑之必要者，即得免其刑之執行。後者之處分期間不得逾六個月，乃於刑之執行或赦免後實施之，此兩者不同之點也。吾人對於烟犯之處刑者，先施禁戒；期其戒除嗜好，而以免免刑之執行相激勸。甚佩立法者矜卹之好意。惟其禁戒，當以犯者之嗜好確已戒絕淨盡爲度；似不必附以期間之規定。至因酗酒而犯罪者，其情形殊與烟犯有別。於刑之執行完畢後能懺悔者，當無再犯之虞。其嗜酒成癖，而不知懺悔者：縱施以定期之禁戒；亦不能保其期滿嗜好盡除。且單純之嗜酒，既爲不罰之行爲；則酗酒犯罪本非常態。一度受刑，即易矯正其過惡。其情節，較之日常吸用鴉片或其他代用品，不可一日間斷者，當爲可恕。今於烟犯許依禁戒處分之執行，而免受刑之執行。於因酗酒而犯罪者，則逕予執行刑罰不稍寬假，於受刑完畢後，仍施禁戒。兩兩相較，於烟犯何其恕，而於酗酒犯罪者何其酷？私見以爲修正

案初稿第八十條之禁戒處分，惟當適用於執行刑罰未及其半而赦免者；施以相當期間之禁戒。期於未經獲得刑罰之效果者，存其補救方法。殊未可賅及刑罰已經執行完畢者也。

四、強制工作 因遊蕩，或懶惰成習而犯罪者，及有犯罪之常習，或以犯罪為職業者；大都屬於經濟上之窘迫者。於刑之執行完畢後，令入勞動場所，強制工作，意在教以生聚，防其累犯。為期不逾三年，亦尚見當。

五、保護管束 又分為二：其一，為代替前四項處分之保護管束，為期不逾三年，期內如有不能收效之情形，得隨時撤銷保護管束，仍執行原處分。又其一，為對緩刑期內之受宣告者，或假釋中之出獄者，所付之保護管束。惟緩刑期內受宣告者，應否管束，得加斟酌。而假釋中之出獄者，則必付保護管束。兩者之管束期間，各以緩刑期，或未執行之刑期為限。有違反保護管束規則之重大情形時，亦得撤銷緩刑之宣告，或假釋。修正案初稿第八十三條第三項所稱之保護管束規則，固待另為妥訂。惟此特定之保護管束規則，能否用諸第八十二條之保護管束？又第八十二條之保護管束，明示係交由警察官署，自治團體。慈善團體，本人之最近親屬，或其他適當之人為之。而第八十三條之保護管束，將以如何之方法行

之？彼此既未明示，亦無準用之規定，皆屬疑問。立法之技術，不無可議。

六、驅逐出境 此處分惟對於各國人受有期徒刑以上刑之宣告者，有其適用。

七、喪失公務員資格 所謂喪失公務員資格，即現行刑法定為從刑之褫奪公權。修正案初稿不設從刑，而易以今名併入保安處分，竊以為未當，容與第九項之沒收併論於後。

八、公布判決 修正案初稿第八十六條規定被害人得於裁判確定後三十日內聲請公布判決，其費用由被告負擔，公布判決之範圍及方法由法院定之。此種處分，既不涉及刑罰，尤與刑事政策上之預防犯罪或再犯累犯無關，即與創設保安處分之目的無所關聯，儘可讓諸刑事訴訟法，定為裁判後之程序上處分；或於訴訟費用，或附帶民訴之節目內，為適宜之規定。如現行刑事訴訟法第四百六十條，亦有將判決書刊登公報或其他報紙之規定；以彼例此，尤見被害人之聲請公布判決，不宜收入刑事實體法之刑罰總則範圍內也。

九、沒收 沒收，與喪失公務員資格，在現時刑法同屬從刑。修正案初稿以之劃為保安處分。於是刑之種類，不分主從。但以保安處分言，顧名思義，僅為刑事政策上減少犯罪危險性之處分，初不含有「罰」之意味。而國家以其權力對於特定之人，以裁判方式宣示其於一

定期內不能享有公務員之資格，或從而奪去其在私法所得享受之物上權利；皆爲「罰」的制裁，非基於預防犯罪之觀念所發生。不視爲刑，而改稱爲保安處分。此其改革未見有何必要。鄙意宜仍從其舊，以喪失公務員資格，及沒收兩者定爲從刑，免涉無謂更張。

如上說明，修正案初稿第十二章保安處分各規定，僅有保護管束，與得代以保護管束之感化教育，監護，禁戒，及強制工作，暨驅逐出境等處分，合於保安預防之意義。而喪失公務員，及沒收兩項，其性質既屬從刑；仍當在第五章，刑之規定內，量予增併。固不可與保安處分混爲一談。至公布判決一事，則與刑罰之本體，及保安之性質，均屬無可附麗。

抑有言者，刑罰與保安處分，根本上不能同其性質。修正案初稿第一條所謂「處罰」如應認爲科刑，及宣告保安處分之概括名稱，則對刑餘之人所施之保安處分，亦含有罰之意味；將被視爲附加刑之一種。揆諸刑法原理，殊不可通。且依修正案初稿第八十九條之規定，凡可代以保護管束之保安處分，於處分期間未終了前，尙得由法院斟酌情形，免其處分之執行，或延長其處分之期間，則又何取乎「於裁判時併爲宣告」？此於確定裁判之效力得由裁判法院自爲伸縮之觀點上，尤不能謂無餘憾。說者謂，保安處分，根本上不能吸併爲刑法之一

部。鄙見亦以爲然；即因立法上之便利以之附於刑法總則，亦不應與舉世公認之從刑，即喪失公務員資格，及沒收兩項同列一章。而公布判決，則絕對爲程序上之事；兼蓄併收，更不足取。立法諸公當有以正其誤！

法學叢刊 論著 刑法修正案之保安處分

幼弱老耄在刑法上之責任

馬君碩

考近代各國立法例，凡罪刑之成立，大都以行爲人對於犯罪行爲有無故意或過失爲斷。故意者，以具備認識及決意兩要件而成立。蓋對於犯罪事實，必先有相當之認識，然後決意實施犯罪之行爲也。認識屬於知力，決意屬於意力，均爲心理作用，缺一不得謂之故意。至於過失，乃按諸情節應注意，並能注意，而不注意者也。此在我國刑法第四章本有明文規定。茲所討論者，即幼弱老耄犯罪應否負普通刑事責任。換言之，凡年齡過幼及過老之人，其精神意志或尙未健全，或已臻衰弱，倘有犯罪行爲，應否依上開原則處斷，抑應有特殊之看待也。

我國法律思想，發達最早。溯自古代，已有責任年齡制度。周禮秋官司刺有言：

「一赦曰幼弱，再赦曰老旄。」

按赦之意義，與晚近法律名詞之稱爲大赦或特赦者不同。或謂兼有刑法減輕及免罰之意，應斟酌情形定之。或謂應解釋爲絕對不罰。依朱子言論，「赦」字應作全免刑事責任解，似較前

說爲安。

雖然，老幼不負罪責，其年齡應有一定之限制，庶不失之過泛。禮記曲禮云：

「八十九曰耄，七年曰悼，悼與耄，雖有罪不加刑焉。」

又周禮秋官司厲有言：

「七十者與未亂者，皆不爲奴。」

亂者，自乳齒變爲永久齒之謂也。參考說文，男八月生齒，八歲而亂；女七月生齒，七歲而亂。故就男孩而言，未亂者應作未滿八歲解，較諸曲禮提高一歲，至老人年齡，則較曲禮降低十歲，其範圍較廣。至於「不爲奴」蓋因古代有籍沒之制，不僅沒收犯罪者之財產，且籍沒其家屬爲奴。惟七十歲之老人，與未滿八歲之兒童，在赦免之列耳。

據上所述，足見依我國古制，老年人與幼弱者，相提並論，同受刑事上特殊赦免。惟現代各國對於老人犯罪不負責任一點，無此制度，故亦無從考證。至幼童不負責責之例頗多。如英美德法意日等國對於幼年孩童，自七歲起，至刑事丁年爲止，依年齡之高下，有絕對不負刑事責任，相對無責，及絕對負責等時期。雖其制度各有不同，要不外左列四種：

第一種分四期：(一)絕對無責 (二)相對無責 (三)減輕責任 (四)絕對負責

如意大利西班牙俄羅斯葡萄牙等國皆是。

第二種分三期：(一)絕對無責 (二)相對無責 (三)絕對負責

如德意志英吉利美國紐約墨西哥等國皆是。

第三種分二期：(一)相對無責 (二)絕對負責

如法蘭西土耳其比利時等國皆是。

第四種分二期：(一)絕對無責 (二)絕對有責

如日本那威等國皆是。

所謂絕對無責任者，乃法律斷定爲絕無認識力也。相對無責任者，由法官審查其認識力之有無，爲減輕或不減輕之根據也。至於絕對負責者，乃已達到刑事丁年也。

幼弱老耄在刑法上之地位，已就古代及晚近各國法制加以參證。茲從責任要件，及刑法目的兩點論列之。

查刑法通則，罪之成立，必以行爲人有故意或過失爲要件，已如上述。依故意與過失之

定義，其性質雖有積極與消極之別，而其需要充分之知識與意力者則一。我國古代法制，以未滿七歲者絕無刑事責任，與近世英俄等國所規定絕對無責任之年齡不謀而合。（按英國最近已改定未滿八歲絕無刑事責任）良以年齡過於幼稚者，匪特知識未開，即意力亦甚薄弱。對於普通一切行動尚須仰賴他人之扶助與監護，更遑論有犯罪之能力。即年事稍長者亦莫不然。我國刑法規定未滿十三歲之行爲不罰，近代多數國立法例大都採用未滿十四歲，且對於不負責任年齡之範圍有推進之趨勢。我國現行刑法已比較新刑律增加一歲，改爲未滿十三歲。最近立法院刑法修正案又增加一歲，改爲未滿十四歲。（修正案初稿第十九條第一項）且以前十三歲以上，未滿十六歲人之行爲得減輕者，現已遞增爲十四歲以上，未滿十八歲矣。（修正案第十九條第二項）此點不得謂非我國法律思想之進步。次就刑法目的及刑事政策論之。

曩在原始時代，刑罰起自私人復讐，其目的在報復犯罪者之個人而已，初無其他用意，是爲應報主義。近世社會進步，法治昌明，刑罰之目的重在保持社會安寧，預防將來犯罪，是爲預防主義。謹分別論其梗概，以見幼童責任年齡制度之重要焉。

(甲)應報主義，基於因果報復之意。古人有云：「有罪必罰」。蓋吾人既能辨明是非善惡，即不應實施犯罪行為。刑罰者，乃根據正義要求，而加以報復之手段也。此項主義約分左列三種：

(一)神意應報主義 此主義以神為正義之淵源，認為犯罪即違背天意，故不能免於刑罰。皋陶之言。可資引證。茲錄於次：

「天敘有典，勅我五典，五惇哉。天秩有禮，自我有禮，有庸哉。同寅協恭和衷哉。天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉。政事懋哉懋哉。天聰明自我民聰明；天明畏自我民明畏；達於上下，敬哉有土。」

(二)道德應報主義 以道德觀念為應報主義之依據者，為道德應報主義。刑罰所以糾正道德上之罪惡，而施以應報者也。孔子云：

「為下無禮，則不免乎刑。」

此語道破道德應報主義。歐洲學者，亦有倡此說者。

(三)法律應報主義 此主義較為有理，以犯罪為違反法律之行為，刑罰乃依據法律，

對於犯人施以報復之手段也。德儒 Kant 嘗謂謀殺當死，強姦當宮。又史記高祖本記載：

「殺人者死，傷人者刑。」

是中西法律思想中，皆有贊同此主義者。

(乙)預防主義，以爲刑罰不應注意於過去事實之報復，而應着重於將來犯罪之預防。爲保持社會安寧計，不得不用預防之方法也。此主義計分普徧預防，與個別預防兩種。茲分述如左：

(一)普徧預防主義 「懲一儆百」一語，可代表此說之真諦。凡刑罰法規之公布，以及執行死刑之公開，皆使一般民衆知所警惕，不致自蹈法網也。舜有言：

「刑期無刑，民協於中，時乃功，懋哉懋哉。」

又管仲云：

「以有刑至於無刑者，其法易，而民全。」

凡此皆所以示制刑之目的，在使全體人民懼於刑罰之威嚴，有所儆戒，而不敢再蹈罪戾。

庶幾人民受治，卽有刑罰而實際亦無施用之必要也。但當時之刑罪失之過嚴，然非嚴酷又不足以昭炯戒也。計生命刑有十種；身體刑亦有六種，按諸近代刑法觀念，多不適用。

(二)個別預防主義 此種主義與前不同之點，在使犯罪者個人達於改過遷善之境。無論手段屬於威嚇，或屬於誘善，而其目的均以防止特定之犯人，將來不致再犯爲主。固非以嚴酷之刑罰，警惕一般民衆而已也。現代法制大都採用此說，在我國古代早有此例。舜之言曰：

「欽彼四隣，庶頑讒說，不在時，侯以明之，撻以記之，書用識哉，欲並生哉，工以納言，時而颺之，格則承之，庸之，否則威之。」

惟文字過古，殊難索解。茲摘錄蔡沈之注，以釋其義：

讒說，卽舜所聖者。時，是也。在是，指忠直爲言。侯，射侯也。明者，欲明其果頑愚讒說否也。蓋射所以觀德，頑愚讒說之人，其心不正，則形乎四體，佈乎動靜，其容體必不能比於禮，其節奏必不能比於樂，其中必不能多審，如是則其爲頑愚讒說也必矣。撻，扑也，卽扑作教刑者，蓋懲之使記而不忘也。識，誌也，錄其過惡，以識於冊。聖人不忍以

頑愚讒說而違棄之，用此三者之教啓其憤，發其悻，使之遷善改過，欲其並生於天地之間也。工，掌樂之官也。格，有恥且格之格，謂改過也。承，薦也，聖人於愚頑讒說之人，既有以啓發其憤悻遷善之心，而又命掌樂之官，以其所納之言，時而颺之，以觀其改過與否。如其改也，則進之用之；如其不改，然後刑以威之。以見聖人之教，無所不極，其至必不得已焉，而後威之，其不忍輕於棄人也如此。

據上說明以觀，刑罰之目的，固不必濫於施用。在可能範圍以內，應先加以感化之力，誘導之功，俾犯人辨是非利害，而趨於改過遷善之途。至不得已時，方施以相當刑罰，以威嚇之，俾免將來再犯之傾向；亦即所以維持法律尊嚴，與保障公共安寧之道也。

綜上各種主義，要以個別預防主義最爲合理，亦爲古今中外所共有之法律思想。刑法之目的，既如上述，則依刑事政策對於幼年犯人應持何種態度乎？幼年人之身心，均未得健全之發展。智識未開，意志薄弱，自不能認爲有責任能力。故向來慈善家矜憐之；法律家優賤之。各國刑法皆有責任年齡之限制。一方所以示法律寬大主義，使幼年犯人在某年齡之下不受刑罰之制裁。一方爲澈底免除犯罪惡性，保持社會安寧起見，再施以感化方法，加以道德

訓練，意至善也。在英美等國無不有感化制度，如專爲兒童設立之遊散學校，感化學校，感化院，及鄉間居留制度等皆是。則幼童責任年齡制度，在近代預防主義之下，爲不可少，尤彰彰明甚。茲再舉現行刑法之實例，以闡明之。我國刑法第三十條第一項載：

「未滿十三歲人之行爲不罰，但因其情節得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內，監督其品行。」

就此觀之，刑法於採用責任年齡制度以外，並得於必要時，施以感化教育，或責令監護人保佐人負保證監督之責。且於同條第二項規定：

「十三歲以上，未滿十六歲人之行爲，得減輕本刑二分之一；但減輕本刑者，因其情節得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內，監督其品行。」

視諸右開法條，可見我國刑法責任年齡制度，係採用上述四種制度中之第二種，即分下列三個時期：

（一）絕對無責（未滿十三歲）

(二)相對無責(十三歲以上未滿十六歲)

(三)絕對負責(十六歲以上)

立法院以現行刑法，尙未臻於完善，特着手修改。茲錄刑法修正案初稿第二章(刑事責任)第十九條以供參考：

「未滿十四歲人之行爲不罰，十四歲以上未滿十八歲人之行爲減輕其刑。」
其內容與現行刑法比較，已將責任年齡之範圍擴充不少。蓋不獨絕對不負責任之年齡提高一歲，即相對負責之範圍亦已擴充。一則從十三歲以上至未滿十六歲；一則從十四歲以上至未滿十八歲也。

至關於刑法第三十條第一項及第二項但書，所規定施行感化教育一點，則另詳修正案初稿第十二章(保安處分)第七十七條。其規定如左：

「因未滿十四歲而不罰者，法院得令入感化教育處所，施以感化教育。」

因未滿十八歲而減輕其刑者，法院得於刑之執行完畢，或赦免後，令入感化教育處所，施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑，拘役，或罰金者，得於執行前爲之。

感化教育時間，不得逾三年。

第二項但書情形，依感化教育之執行法院，認為無執行刑之必要者，得免其刑之執行。」

細味右列條文，立法者注重感化教育之精神，躍然紙上。其第二項但書規定，對於宣告三年以下之徒刑，拘役，或罰金者，得於執行刑罰前，施以感化教育。又在第三項規定，於施行感化教育後，法院認為無執行刑之必要時，並得免除刑之執行。具見用意之週密，辦法之完善，與現行刑法比較，其距離固不可以道里計。而刑事政策中之個別預防主義，以及本文所論之幼童責任年齡制度亦胥於此條文中見之矣。

至於老人犯罪，不負刑事責任問題，我國古代雖有此例，但不合於刑事政策，晚近各國亦無此制。誠以刑法之目的，重在個別預防將來犯罪之傾向，並維持人類共同生活之秩序與國家社會之安寧；不應側重老人「耄亂荒忽」（書孔傳語）不能辨別是非善惡，遽依為免刑之理由也。

抑有進者，年事已老之人，精神意志雖趨於衰敗，但究與幼年者知識未開，意力缺乏者

不同。况人類以天賦體質與生活環境之互異，其身體精神之狀態，亦遂大有差別。如在鄉間操作之農夫，固不可與都市疲於勞心者同日而語。就實際而言，八十歲以上老人，多有體氣康強，精神奕奕者。且老人之犯殺傷，誹謗，遺棄，鴉片等罪者，時有所聞。或登載報章，或涉訟法院，殊不可藉「老弱不刑」一語而免除罪責也。否則於社會安寧，及公共政策，不免有重大之影響。我國刑法對於犯罪老人，並無不罰之規定。惟刑法第三十條第三項載：「滿八十歲人之行爲，得減輕本刑二分之一。」修正案初稿併此而刪除之。蓋假定老耄之犯罪者，確係精神耗弱，情有可原者，亦得依修正案初稿第二十條第二項減刑之規定，以謀救濟。故無論如何，老耄犯罪，在刑法上不應與幼弱者同享不罰之待遇也。

關於常習犯職業犯的刑事政策之比較研究

劉陸民

一 緒言

常習犯人，職業犯人，李斯特氏常欲以「慢性的犯人」(Zustandsverbrecher)之名詞，包括二者之意義。「註二」而在現代如阿夏費恩布爾格(Aschaffenburg)則區別為慣習的犯人，與職業的犯人。「註三」其解釋之者，有英內務部長卡齊爾氏曾就「犯罪豫防法」施行草案，在議會而為二者之說明：以「慣習的犯人，非有欲掠奪同胞的積極意圖，或犯行的犯罪人，甯由其環境，其肉體之無能力，或其精神的欠缺，而陷於犯罪者。職業的犯人，則有一定的目的，其精神肉體，在健全有能的狀態，更可云屢有優良技能的人類，且於熟慮之下，意識的選擇犯罪生活，即在理解犯罪生活一切必要之技術上而為犯罪者。」是前者指消極的有社會的危險性的犯人；後者指積極的有社會的危險性的犯人。

但從立法實際之情況觀察之，常習犯人，並非與職業犯人相對立，而廣義的常習犯人，

已包含有職業犯人的意義。(最近意大利一九三一年七月一日施行之新刑法對於慣習犯與職業犯雖明白規定其區別究乏劃然之界限謂慣習犯能包含職業犯的意義亦無不可)故常習犯人乃新的犯人之類型，因諸國立法之對策，而異其範圍。惟形式則為累犯的，李斯特所謂「慣習的犯人之性質，其法律的表現，每於累犯統計中看出之」者，是也。「註三」固然累犯與常習犯人，是個別的；然除由累犯中認識常習犯人而外，目下尚無其他方法存在。故各國立法，悉於累犯之圈內，而看出常習犯人。於是累犯率傾向之確定，常習犯人之現狀，與重要性，亦可推知。

吾人論及累犯問題，則增加之率，至為可驚。拉比魯威志 Rabinowicz 曰：「累犯者之百分率，在統計之上，唯見上昇，至可驚異，其率，各國雖有多少之差，大體約為百分之三五乃至四五，因而十人中之犯罪者，有四人為累犯，事亦甚明。」「註四」而最近之國際統計，與右之主張，亦大略一致。「註五」則累犯增加之傾向，依此可以了然。而由累犯數字所表現的常習犯人之事實，亦在其中具有重要之地位，自亦得以論定。

我國現對於常習犯人之態度，就現在刑法修正案初稿第四十一條：「累犯同一之罪者，

加重其刑至三分之一；「累犯不同一之罪者，加重其刑至三分之一。」之規定論之，則由累犯中產生之常習犯人，是已被認為惡性較深之犯人；而於同稿第八十一條第二項規定：「有犯罪之常習，或以犯罪為職業者亦同，」云云，是對於常習犯人，於執行刑罰後，更付保安處分；其立法之思想，與立法之技術，有無可議？或尚須補充之處？茲先將歐美各國，在立法方面，解決常習犯人之對策，一為檢討如下，以資比較研究。

【註一】 Liszt, *Strafrechtliche aufsätze und Vorträge*, I. Bd. 1905, S. 167.

【註二】 Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 3. aufl. 1923, S. 231 ff.

【註三】 Liszt, *aufsätze*, I. Bd., S. 167.

【註四】 Rabinowicz, *La crise et l'avenir du droit Pénal*, 1929, P. 19.

【註五】 E. Haaker, *Internationale Kriminalstatistik*, *Manatschrift*, 22, Jahrg., 1931, S. 278.

二 法蘭西之 *relégation* 制度

茲吾人擬先爲考察者，即法蘭西對於常習犯人之 *relégation* 的制度。其制：在一八八五年所制定之『關於累犯者的法律』(Loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes) 之中表明之。而思想則淵源於實證主義。與一八五四年確立之殖民地流刑，*transportation* 同一性質。殖民地流刑，在現代專施行於南美法領屬地；*relégation* 制，亦以行於南美法領爲原則，更復推行於大洋洲之管地。故其刑罰之內容，俱屬殖民地開拓之公企業。【註一】

其適用 *relégation* 制之犯人，分爲四種：『關於累犯者法律』第四條) 第一、二次宣告有期強制勞動，或懲役者；第二、一次受被處有期強制勞動，或懲役之宣告；二次受重罪，徒刑之宣告；又因竊盜，詐欺，背任，贓物罪，猥褻罪，對於未成年人淫行誘惑，淫行誘導，賣淫幫助，刑法第二七七條，及第二七九條之浮浪或乞丐，受三個月以上之徒刑之宣告者；第三、四次受重罪徒刑之宣告，又因第二特定犯罪，受三個月以上之徒刑之宣告者；第四、受第一至第三種類有罪之宣告，至二次以上，又因其他單純浮浪等罪，受有罪宣告，合計受

七次有罪宣告者；是皆爲危險的常習犯人。累犯之期間爲十年，政治犯又因其結合犯，宣告有罪者，無論在何場合，概予除外。（第三條）*relégation* 爲附加刑，與主刑同時宣告，且於主刑執行終了後執行之。（第一〇條第一二條）主刑執行終了時，對於六十歲以上，或二十一歲未滿者，及女子，不適用 *relégation*。（第六條）其被處 *relégation* 者，經過服役六年時，得以善行，殖民地事業之成績及生活爲理由，請求解放。（第十六條）尙且 *relégation* 是無期徒刑，是法定刑。（第一條第四條第一〇條）由此以觀，則 *relégation*，在法蘭西爲對於常習犯人所採之刑事政策，至爲明顯。

然則 *relégation*，對於犯罪而爲鬥爭之手段，其價值果若何？吾人依於威打爾馬紐爾（即大洋洲法領）之所記，則自一八八五年施行以來，迄一九一〇年末因 *relégation* 輸送於海外之犯人，達一三、七四三名。其他與 *relégation*，同時受強制勞動之宣告者，二、一六二名。已受 *relégation* 之宣告而特赦者，八〇三名。假釋與緩刑者，一三七名。因疾病決定停止執行者，九三五名。書類確定（*constatation du décès*）後，至執行海外輸送間死亡者，六三五名。在法國內收容所受刑之執行中者，四六一名。其他，在監獄刑之執行中者，受數個

relegation 之宣告者，併刑之宣告後，書類確定前死亡者，一、六四四名。即受宣告 relegat
ion 者之總數，在一九一〇年末日，爲二一、〇二〇名。(二〇、五二〇?)【註二】而法蘭西於
一八九〇年至一九〇〇年，因此 relegation 制，驅除犯人於海外，遂亦一時停止犯人之激
增。

relegation 者，是法定刑，因以拘束裁判官。然裁判官因採取迴避適用 relegation 之態
度，乃依於減輕之方法，宣告法定刑期下三個月未滿之徒刑，於是在法本國，裁判所宣告之
數，呈漸減之現像，千九百八年爲四九〇件者，千九百九年，則爲四一四件，千九百十年，
爲四四三件，千九百十三年，更少至三一七件，【註三】學者謂『因 relegation 之威嚇，使裁判
所廣泛的適用酌量減輕，以增加短期刑，而消失鎮壓之效果，』【註四】誠知言也。

【註一】Vidal—Magnol, Cours de droit criminel, 76 éd 1928, P. 596, et suiv., P.
606; Donnedieu de Vabres, ibid. P. op.cit, Garrand Précis de droit criminel, 14e
éd. 1926, P. 343 et suiv; Mossé, Les prisons, 1929, P. 419 et s.

【註二】Vida—Magnol, ibid. P 437 note I.

【註三】Vida—wagnol ibid P. 347 note I.

【註四】Domnedieu de Vabres' ibid, P. 86.

三 北美合衆國之 *Baumes* 制度

次之北美合衆國，對於常習犯人之態度，有一九二六年在紐育克州制定之「*Baumes* 法」足代表之。此法自一九二六年四月十六日，得州知事之署名，而成功四條。紐育克州刑法第一九四一條，第一九四二條，第一九四三條，遂由此修正。其修正後之第一九四一條，爲關於處罰重罪再犯的規定：凡一次在紐育克州內犯重罪，或重罪之未遂罪，受有罪之宣告者，又因犯相當於紐育克州重罪之犯罪，曾在他州或國家，一次受有罪宣告者；再在紐育克州內因重罪被處罰時，若第二重罪規定之刑，在相當於初犯者有期徒刑之場合，對於再犯者，應於初犯者規定刑期最高度以上，其最高度二倍以下之期間內，宣告徒刑。其修正之第一九四二條，爲關於重罪四犯以上者之刑之規定：凡曾因三次重罪受刑之宣告者；更犯重罪時，就四犯以後之犯罪，宣告無期徒刑。其修正後之第一九四三條，爲關於手續之規定，不必詳

述。〔註一〕

上述 *Baumer* 法之特點：在對於重罪之四犯者，不問罪質如何，概處以無期徒刑。則其根本思想，自不外於所謂威嚇主義。而其立法之基因，蓋由其國強盜犯人，正示激增之傾向。但在北美合衆國，關於如斯立法，亦復數見不鮮：如奧海奧州，一八八五年之常習犯法，因重罪受二次有罪宣告，並刑之執行者，爲常習犯人。刑期滿了後，以不釋放爲原則，予以無期拘禁。（此法已於一九〇二年廢止）堪佛爾里亞州曾於一八七二年，制定常習犯法，一九〇三年，一度廢止，一九〇五年，更使復活，於是漸由關於再犯者的法律，至一九二三年，復設關於三犯乃至四犯者的法律，對於因重罪受四次有罪宣告者，規定處以無期徒刑。又在一九二七年之法律，對於新因強盜，強姦，殺人，竊盜，贈賄，偽證，贓物，故賣等，受四次有罪宣告之犯人，亦規定處無期徒刑。且對於此等犯人，均不許假釋。其他印第安拿州一九〇七年之常習犯法，凡曾因二次重罪，受有罪之宣告，並刑之執行者，爲常習犯人。三次犯罪者，宣告無期徒刑。又米勒梭打州一九二七年之常習犯法，亦設同樣的嚴峻規定。因此學者有以 *Baumer* 法乃「舊的法律思想之存續」或「舊思想之再生」。（註二）在所

謂行刑新思想的淵源之國家，——不定期刑之國自治制之國——乃有此單純威嚇主義，復仇主義，功利主義之立法，不可謂非至堪驚異之現像。

埃利奧特 Elliott 女史，論 Baumea 法之特質有三：曰豫防，應報，及社會利益是也。

其說曰：『本法所以施行者，顯為國家一面基於以嚴罰鎮壓再犯以上者，可使不再犯以上之確信；又在他方表現國家對於拒絕改善，且意識的故意犯，二次三次乃至四次重罪者，至發生甚大之嫌惡；因之將不能改善者，永久拘禁，乃保護社會利益的必要之手段。此各種動機中，孰為要因？固然不易決定。然遵守法律，保持安甯之思，不得必謂比處罰常習犯人之思想較強。尤其所謂為受刑人一點，確不為所顧及。』^{註三}此最後之點謂為北美合衆國關於常習犯人之法律，與法蘭西 *relégation* 制度共有之要素，無不可也。其與此等思想，立於對峙之地位，以受刑者自身之改善為基本者，其惟英吉利之豫防拘禁 (*preventive detention*) 制度者乎？吾人試為敘之於下：

【註一】美國法律無常習犯人與累犯之區別凡普通三犯以上者即以為常習犯人

【註二】Elliott, *ibid*, P 186, 187.

【註三】 Elliott, *Conflicting penal theories*, p. 187

四 英吉利之豫防拘禁制度

豫防拘禁之制，在英國發展之歷史，及其內容與成績，茲為分別略敘如下：

一、就其發展之歷史言之：英吉利此種對於常習犯人之政策，蓋自對累犯政策之殖民地流刑中，分化發達而來。所謂殖民地流刑者，即一八二七年之法律，其第一一條，對於重罪再犯，應為刑之宣告時，若再犯罪，非相當於死刑者，得為無期流刑之宣告。此為對於危險犯人鬥爭之開始。然以陪審與裁判官，示意反抗，在事實上遂趨緩和，強制勞働制度，乃代殖民地流刑，而成為一八五三年及一八五七年的法律。但以國內執行危險犯人之釋放，仍與社會以威脅，乃又制定一八六四年的「強制勞働法」。其第二條規定：凡因應處強制勞働犯罪，受有罪宣告者，對於曾受一次重罪之有罪宣告者，科以七年以上強制勞働之重刑。而結果則使陪審，裁判官，反選擇徒刑，而避此強制勞働之宣告，累犯者竟得受輕刑之便宜，大違於立法之主旨。因此乃又有一八六九年「常習犯人法」，及次於此之一八七一年「犯罪豫

「防法」之成功。在對常習犯人之政策上，而發生一新轉向。其犯罪豫防法之第八條規定：對於重罪之再犯者，於刑之外，得宣告七年未滿之警察監視，而開始一種保安處分。其第七條規定：對於重罪累犯者，於其刑期滿了後，七年以內，在一定事情之下，被認為有犯罪之嫌疑時，得處一年未滿之監禁，是即所謂嫌疑刑。然終以累犯增加，輿論反動，仍漸趨於緩和。

泊一八九五年，因「內政部行刑調查委員會」(Departmental Committee on Prisons)之報告，對於常習犯人之鬥爭，至劃為新的時期。即於其報告上，開始區別累犯問題，與常習犯人之問題，而鬥爭之對象，特別選擇刑之執行後，尙有新犯罪的危險之人，又其對策，不單依於嚴罰主義，而以含有緩和意義的長期拘禁，為適當。行刑委員會，始雖不同意於此，卒仍積極主張。加以因一九〇一年，在監受刑者之調查，在二、八七九懲役人中一、三四二名，乃曾被處一次強制勞動，又被處六個月以上重罪之刑者；而且其中之一、二一三名，各係因對財產犯罪而處罰；於是即此而認識所謂職業犯人，必要特殊之處分。〔註一〕更於一九〇四年，由政府提出關於「常習犯人特別收容所」(Habitual Offender Division)的法律案於議

會，本案規定：曾因重罪受二次以上有罪宣告者，新因相當於強制勞動的犯罪，受刑之宣告時，若法院認定犯人有繼續犯罪當時，而為不誠實的犯罪的生活之虞，且信在社會防衛上必要長期之拘禁者，得宣告七年以上之強制勞動，同時並得宣告，就刑期之一部分，使服通常強制勞動，殘餘之部分，則收容於常習犯人特別收容所，此項法案，雖當時在議會遭遇否決之運命，至一九〇八年，仍成為『犯罪豫防法』(Prevention of Crime act 8 Edw. 7. O. 59)第二編第一〇條以下之法律，用以確立英國豫防拘禁之制度。

二、次就其內容言之：凡為豫防拘禁之宣告者，須在普通手續，認定為因重罪受強制勞動宣告之常習犯人。(第一〇條)常習犯人之認定，須於刑之宣告以前，已滿十六歲，曾因三次以上重罪，受有罪之宣告，且繼續而為不誠實的或犯罪的生活，又於以前之有罪宣告，而受常習犯人之認定，且受豫防拘禁之宣告者而為之。豫防拘禁，於五年以上，十年以內之期間，而酌為長期之宣告，於強制勞動終了時執行之，但與勞制勞動期間滿了與否無關係。豫防拘禁執行之場所，男子為瓦伊特島之克謨布比爾拘禁所，女子為紐布爾之女子懲役監，其被拘禁者處遇之目的，已規定於第一三條，意即「使被拘禁者，服從訓練與改善的處遇，且

於釋放時，能付與自立誠實生活的必要之技能與意思，而使從事於最適宜的勞働〔註二〕是也。

處遇之方法，乃依累進制，自三個階級與一個懲罰級而成。階級上升之條件，一曰，期間之經過；一曰善行及勤敏。對於勤敏並付與賞金，其特典則許共同食事，娛樂室出入，喫烟，新聞雜誌之購讀，及園藝等。勞働，則以手工業爲主要，對於勞働，以給與賃銀爲原則，被拘禁者，得以是購入享樂品。至假釋之制，亦行於此，其權限則屬之內政部長，至少三年，須爲一次假釋審查。假釋由行刑委員(Commissioners)依據內政部長任命之巡查委員及其他人員構成之。『審查委員會』(Advisory Committee)之意見，提出報告書於內政部長決定之；內政部長，亦得於任何時取消假釋處分，又許可假釋後，經過五年時，須爲決定的釋放。

三、復次，就其成績言之：豫防拘禁，有謂其成績超過最初之豫期者，〔註三〕然又有本於研究之結果，而認其已歸失敗者，〔註四〕吾人試爲考察之，豫防拘禁之制，自一九〇九年八月一日實施以來，迄一九二八年年末，二十年間，在英格蘭與威爾士宣告之件數，呈漸

減之傾向，「註五」此蓋一則由於內政部長命豫防拘禁，須附條件；——即（一）三十歲以上（二）曾一次以上被處強制勞動（三）併科豫防拘禁須為特別重罪——二則由英之裁判官，不喜宣告豫防拘禁之故耳。

更因裁判官不喜此制之結果，且至不能充分利用。如就收容於豫防拘禁所之一日平均在所人員觀之，自一九一九年乃至一九二〇年，迄一九二八年乃至一九二九年各年度，為九一、七六、九四、一一一、一三六、一五六、一六二、一六六、一六一、一四三名之比例而為十年間平均一二九名較收容能力之四〇二名，相差尚鉅，可知之已。

若就被釋放者改善之效果，是否如所期許以論？依費爾德氏之調查，則自克謨布比爾開設以來，至一九二三年六月二十日假釋者之總數，為三七七名，其中至一九二四年三月三十一日，陷於累犯者之率為五二%；假釋取消者，為一四%；死亡者，為八%；一九二一年以降，消息不明者，為一五%；可視為成績良好者，僅一一%；其後經海布脫費格克之調查，一九一二年，第一回假釋以來，至一九二六年末，假釋男子之總數三九二名中，至一九二八年末之成績，死亡者三〇名；精神病者一名；再犯者或受假釋之取消者二六九名；餘僅六五

名，成績稍可人意；則豫防拘禁之失敗，是誠無可為諱之事實。

然則其失敗之原因，雖非由本制度以改善為目的，是豈由常習犯人改善不可能乎？費爾德氏之主張：以社會的經濟的事情，特別一般的失業現象，為預防拘禁制度失敗的重要原因。即費氏以謂在一九一六年釋放後，一年內成績良好者之率，為八二%；而一九二六年，則減少至四九%。此其原因，由歐洲大戰中，勞働市場好景氣之結果，低級之勞働力，亦能用高級賃銀以雇傭之。戰後勞働市場為之萎縮，就職率，遂亦激減。於是乎預防拘禁之制，在當時設有信任級，(Honourparies)又假釋級，(Paroling)而其本身寧可謂有改進之觀，其成績竟每況愈下，則其因外部的事情可知。由此以觀，則英國果欲舉此制改善之效果，(一)對於大量的產生失業與貧乏的現代社會組織，須予改革；(二)法官之裁判，須捨從來應報的正義觀念，而立於目的主義社會防衛主義的見地，亦為當然之結論矣。

【註一】 Ruggles—Brise, The English prison system, P. 49-50.

【註二】 Vgl. Foltin, Die chronisch erhint Gefährlichen, S. 34 ff. Hauptvogel Zeitschrift, 51. Bd., S. 48. ff; Renny, Outlines of Criminal Law, 13th ed, 1929, p 508.

【註三】 Ruggles—Brisa, The English prison system, p. 56-7.

【註四】 Folbin, gerichtssaal, Bd. xov, 1627, s. 145; Hauptsvogel, Zeitschrift, 51.

Bd. S. 493; derselbe, aufzeichnungen, S. 34; Hentig, Zeitschrift' 49, Bd. S. 645.

【註五】 Hentig, Zeitschrift' 49, Bd, S. 64.

五 比利時之社會防衛制度

復次，爲最近比利時之一九三〇年「社會防衛法」，本法關於「累犯者及常習犯人」的規定，乃所以使其刑法（一八六七年）上關於累犯的規定，能收防衛社會改善犯人品性的效果。其在刑法第五十四條：受重罪宣告後，新犯相當於懲役之重罪者，得處十年以上十五年未滿之強制勞働；又新犯相當於十年以上十五年未滿之強制勞働重罪者，得爲十五年以下二十年以上強制勞働之宣告；但在後之場合，至少應爲十七年以上強制勞働之宣告。又在第五六條：重罪之刑宣告後，新犯輕罪者，得處相當於輕罪法定刑期二倍之刑；前犯一年以上徒刑之犯人，在其刑之執行後，若犯罪時效經過後五年內，新犯輕罪之場合，亦同。且在右之兩

種場合，受刑之宣告者，均得宣告五年以上，十年以下期間之警察監視，更在第五七條規定：前因相當於普通刑法上重罪或輕罪行為，由軍法會議，宣告普通刑法之刑之場合，亦受累犯規定之適用。及前之犯罪，被處軍法之刑時，於茲適用普通刑法之場合，以應科刑之短期為標準，而適用累犯之規定。

社會防衛法於其第二四條規定：在刑法（即右之刑法）第五十四條及第五七條，對於累犯所處之刑之刑期終了後，更得以之於二十年期間內，置於政府管理（*disposition du gouverne-ment*）之下。於其第二五條規定：在刑法第五六條及第五七條之場合，累犯者，被處一年以上之徒刑時，刑期終了後，更於十年內被處一年未滿之徒刑者，五年以上十年未滿之期間，置於政府管理之下。受有罪之宣告者，在其宣告前十五年以內，而三次以上，為相當於六月以上徒刑之行為，且被認定有繼續的犯罪傾向時，亦同。再則置於政府管理下的累犯者，及常習犯人，依於勅令所定之施設而收容之。（第二十七條）其由第二四條第二五條服從政府管理之累犯者，及常習犯人，得聲請解除管理。解除聲請，對於檢察長為之。檢察長須為必要之調查，提出文書於高等法院刑庭。高等法院刑庭，會同律師，訊取本人之陳述，而為裁

判。右之聲請，政府管理未超過十年之場合，得於刑期終了後經過三年時爲之。爾後，每三年，得重爲聲請。其他場合，刑期終了後，經過五年，得爲聲請。爾後，每五年，得重爲之。（第二十八條）

比利時社會防衛法之特色，在對常習犯人，而施行不定期主義，與英之預防拘禁，同其立法形式。而木村龜二教授，則謂其特點：（一）與法蘭西之 *relégation* 制，同樣對於常習犯人之規定，以明文除外政治犯之適用；（第二四條但書第二五條第三項）（二）關於處罰期間，能補英國法律之所短。同時並能採取法國法律之所長，對於常習犯人之政策，可謂大有進步。其有然乎？否乎？惜施行日淺，尙無多少之統計，可供吾人爲正確之批判也。

六 常習犯人與累犯之關係及我國刑稿關於此項規定之缺點

依上所述：則法蘭西之 *relégation*，可謂爲單純的排害處分；北美合衆國之 *Bonnes*，可謂爲被支配於單純的應報思想；比利時之社會防衛法，因採取不定期刑主義，可謂爲含有教育思想，然以採取二元主義，學者仍謂其與英之預防拘禁法，同爲與應報刑思想妥協之物。

並無何等大的進步。我國刑法修正案初稿，立於刑與保安處分之二元主義的立場，其法之 *relegation*，美之 *Baumes*，固有進步；而比英之預防拘禁法，比之社會防衛法，在其根本觀念上，則無若何異點。是亦可謂為與應報刑思想妥協之物乎？雖然，是固不失其時代性也。假令國家能一面醫治社會製造犯人的病源；一面能選任理解目的主義的法官；則成效必可立睹。

但亦不無尚須研究者，即累犯與常習犯之關係也。如就法美英比四國論：在美之 *Baume* 法，法之 *relegation* 法，比之社會防衛法，其所規定：則有以一定之累犯者，即視為常習犯人的傾向。在英之預防拘禁法，又規定於累犯者之外，而附以「繼續而為不誠實的或犯罪的生活」條件，意以累犯不過常習犯人認識的客觀要件。其他更如德意志一九二七年刑法草案之第七十八條，其第一項規定：曾因二次重罪，或有故意之輕罪，受死刑或六月以上自由刑之宣告者，新因重罪，或有故意之輕罪，被處一個自由刑，且因新犯罪，與前所犯罪比較，而被認定為有危險於社會保安的常習犯人時，限於新犯罪更無法定重刑之場合，處五年以下懲役，若新犯罪為重罪之場合，得處十五年以下之懲役。觀「有危險於社會保安之常習

犯人』之語，則顯同於英。再如日本最近刑法改正預備草案，其第六十六條第一項規定：對於二次犯同一或類似之罪，已有前科之常習犯人，於應科有期徒刑之場合，而為三犯以上之加重，且因法律上之減輕，最高刑期，仍為五年以上時，在判決主文指示其最高刑期，處以不定期刑。玩『對於二次犯同一或類似之罪已有前科之常習人』之句，是又顯同於法美比。

然則二者，其孰是而孰非乎？吾人以為特別累犯，一般累犯，各為認識常習犯人的特質——即反社會性之重大化——方法之一。累犯，非即常習犯也。故欲立法科學化，自以於累犯的要件而外，更附以抽象的條件為宜。英德刑法之所規定，庶幾近之。我國刑法修正案初稿，於累犯則專章規定，而第八十一條第二項：則僅簡單的規定『有犯罪之常習或以犯罪為職業者亦同』十數字，以視上引各國法文，誠簡單矣。究竟何為『有犯罪之常習』乎？更何為『以犯罪為職業者』乎？抑立法諸君，以累犯與常習犯或職業犯，皆係一物乎？此皆吾人亟欲求正確之解答者也。

尤以上引各國法文，常習犯之含義，多已包括職業犯的意味於其中，我國刑法修正案初稿，『常習』，『職業』，各為獨立罪名，而各個之獨立意義，乃不明確規定，寧非缺漏。吾人

試觀意大利一九三一年七月一日施行之刑法，其第一〇二條規定：「在十年未滿之期間內，三度因故意犯同種之罪，總計被處懲役超過五年者，更因故意犯同種之罪，受有罪之宣告時，以之爲慣習犯人。」其第一〇三條規定：「除前條規定之場合而外，因故意而被處刑二次者，更因故意犯罪，受有罪宣告時，若斟酌犯罪性質，及犯罪情節，犯罪時期，犯罪人生活與行狀，並其他第一百三十三條第二項規定之情況，認爲犯人有犯罪傾向，則宣告慣習性。」其第一〇五條規定：「具備爲慣習性宣告必要之條件者，新犯罪而受有罪宣告，徵之犯罪性質，或犯人之行狀，及其生活狀態，及其他第一百三十三條第二項規定之情況，認爲犯人平常，假令有幾分生活，係因犯罪利得者，爲職業的犯人，或職業的違警罪犯人之宣告。」此種便利適用之立法，我國似有效法之必要。蓋意大利刑法之所規定者，已能解答吾人之趨向也。未審立法諸君，以爲如何？【本文總註】

【本文總註】本文材料取於木村龜二教授「對於常習犯人之刑事政策考察」中獨多特此註明

法學雜誌

◀ 下如目要版出期一卷七 ▶

法學雜誌 論著 關於常習犯職業犯的刑事政策之比較研究

六〇

外國法院判決之效力問題……………	查良鑑
票據能力法律抵觸之統一運動及比較研究……………	徐砥平
特許法規中應行研究的問題……………	黃應榮
法占九島之法律問題……………	吳芷芳
票據法上一部付款之研究……………	鄭保華
刑罰權之根據……………	許鵬飛
意大利刑法(續)……………	董康合譯
關於訟訴法改良之意見……………	賀聖道
外國判例譯述	
外僑一經犯罪即須驅逐出境之美國判例……………	趙頤年譯
美國離婚新判例……………	王文模譯
執票人怠於提示付款發票人不負償還之責任……………	張廣麟譯
土地所有人對於未成年人之責任……………	王式成譯
美國關於律師之新判例……………	陳傳鋼譯
法律解釋	
院字第八〇五號至八二一號……………	

重慶	長沙	北平	天津	漢口	武昌	安慶	南京	蘇州	上海
◆ 重慶民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局
◆ 重慶民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局
◆ 重慶民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局	◆ 民治書局

◆ 價格 ◆
◆ 每冊實洋叁角五分定 ◆
◆ 閱全年六冊連郵二元 ◆

◆ 社址 ◆
◆ 上海崑山路一四六號 ◆
◆ 分售處 ◆

對於立法院刑法修正案初稿所訂姦淫罪之意見

葛之覃

不佞學殖荒疏，恨不十年讀書，近承立法院刑法委員會寄下刑法修正案初稿一本，徵求意見，展誦之餘，輒歎立法諸公法學湛深，用心周到，較之現行刑法，進步多多矣！惟就管見所及，尙有待於商榷者，略陳如左：

一、強姦罪 查修正案第二百十二條規定：「對於婦女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，爲強姦罪，處七年以上有期徒刑」，「姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論」，「前二項之未遂犯罰之。」即現行刑法第二百四十條所規定，其不同者，原第二項被姦淫者未滿十六歲改爲未滿十四歲，原第三項二人以上共同輪姦而犯強姦之罪，及原第六項強姦而故意殺被害人之罪二種廢除，原第四項因犯強姦而致被害人於死或重傷，與原第五項因犯強姦而致被害人羞忿自殺，或意圖自殺而致重傷，則在第二百五十五條另爲總括之規定耳。不佞對於此條，認爲尙有修改之必要，分述於次：

甲、第二項應改爲「姦淫未滿十四歲之男女，處一年以上五年以下有期徒刑」現行刑法規定姦淫未滿十六歲之女子以強姦論，學理上即謂準強姦罪，其立法本旨，無非一因年齡幼少，意志薄弱，易於被男人誘惑成姦；二因被姦淫者身體發育尙未充分，爲養成其健全人格，保護其未來福利起見，應加特別之保護，然滿十六歲必須扣足十六年，（和姦年齡又稱同意年齡）即依通俗之年齡，必在十七歲以上，按我國女子發育往往比男子爲早，大都十四歲以上之女子，其身體已有相當發育，醫書云：女子十四而天癸至，所謂天癸，即是月經，女子既有月經，即身體相當發育之徵象，故滿十四歲之女子，情竇已開，且有性的要求，其引誘男子之行爲，亦在所不免；由戀愛而發生肉體關係，如雙方均屬未婚之人，在現代社會，將謂神聖之愛情，乃因女子未滿十六歲之故，而必繩之以法，於人情上殊爲不平，不佞前在法院服務時，與同人談論，以此類案件依照法條，最低須處有期徒刑七年，欲求情法之平，終覺困難，故數載以來，各法院判決，每以情有可原，酌減二分之一，處有期徒刑三年六月，但有青年學子，宅心純潔，當初被女方引誘，一時失足，致受三年六月以上之徒刑。欲宣告緩刑，於法不合，欲呈請特赦，又非易易，卒因一念之差，以致終身莫贖，於刑事政

策上，亦非所宜。每見報紙登載此類案件，多數係女方利用法律規定之弱點，而為敲詐之工具，尤為可歎！今修正案減低被姦淫者之年齡，改為未滿十四歲，不可不謂為矯正多矣。惟仍以強姦論，必須科以七年以上有期徒刑之重罰，猶以為未當。且該項規定，其出發點，既在保護意志薄弱，與身體健康，則根據男女平等之原則；與謀整個民族之健全，自應雙方兼顧，不能專注重於女子方面，無論男女姦淫，未滿十四歲者，均應論罪。故鄙見擬改為姦淫未滿十四歲之男女，處一年以上七年以下有期徒刑也。或者曰：倘有幼穉女子，不知性交為何事，竟被欺騙姦淫，如不依照強姦論罪，實不足以蔽其辜。殊不知對於無同意性交知識之女子而姦淫之，自不得認為和姦，應歸於真正強姦之列。且法定刑為一年以上七年以下有期徒刑，如果情節重大，亦可處以最高度之刑期，是在於司法者善用之，尚無缺憾之可言也。或者又曰：倘男女均未滿十四歲，將如之何？則應之曰：依修正案第十九條第一項規定未滿十四歲人之行為不罰，如據告訴予以受理，認定確係被告主動，固不妨施以保安處分，否則仍應諭知無罪。即依現行刑法與修正案亦發生不平之結果，蓋男女均未滿十四歲，男為犯罪，而女則為被害人，究非情理之平也。

乙、二人以上共同輪姦而犯強姦罪，加重處罰之條文仍應加入。按二人以上共同行強姦之事，時有所聞，蓋強姦必須使婦女不能抗拒，事實上往往二人以上之男子共同行強，而至於輪流姦淫者有之，其情節重大，究非普通強姦可比，似仍應加入同條第二項「二人以上共同輪姦犯前項之罪者處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」現第二項第三項，遞改爲第三項第四項，較爲周密也。

二、通姦罪 查修正案第二百二十八條規定：「有配偶而與人通姦者，處二年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」即現行刑法第二百五十六條所規定者也。惟有夫之婦，改爲有配偶，換言之，即有婦之夫與人通姦，亦構成此罪。驟觀之，似乎保護女權，與男女平等之原則，甚相適合，細玩之，乃有大不然者？蓋家庭之間，情形複雜，往往有因特殊情形，不願以此不名譽之事件見之法庭，另以其他方法而求欲達之目的者，法律規定告訴乃論，職是之故，今改爲有配偶與人通姦；且曰相姦者亦同，此種必要共犯，依照刑事訴訟法原理，其告訴爲不可分。假使男女雙方均係有配偶，則一方告訴，而他之一方，亦必受其影響，雖欲願全名譽或其他情事亦不可得，此與規定告訴乃論之本旨不符。再如對方爲未嫁之女子，依照

歷來法律，不構成犯罪，今因男方被人告訴，勢必一同辦罪，醜聲傳播，則婚姻問題，必受重大之影響，我國數千年之習俗，女子之節操，頗爲重視，而男子則否，詩經有云：「士之耽兮，猶可說也，女之耽兮，不可說也。」依照修正案，則家庭間之糾紛，必增加一倍。而法庭上通姦案件，亦必增加一倍，亦即不貞節之婦女，公表於社會者，增加一倍。對於女子，雖曰愛之，其實害之，尙望立法諸公再加研討也。

法學叢刊 論著 對於立法院刑法修正案初稿所訂姦淫罪之意見

羈押被告之研究

瞿紹伊

今有至平凡而亦互重大之一問題，即羈押被告是也。

羈押被告，在今日之法官視之，爲一極平凡之事。蓋裁判之出入，攸關人民之權利。若夫羈押，其人而結果有罪焉，得爲折抵，所損無幾。其人而結果無罪焉，即予開釋。設或不爲羈押，難免有避不到案，或且逃亡者，妨礙案件之進行，反令犯法者逍遙自在，不將使法律不能施其權威乎？則應之曰！否否，不然。監獄與看守所，可使畏之，不可使由之。何以故？以未經改良之監獄與看守所，感化之力薄弱，而惡性之習染，捷於影響。與其羈押而感受不良之習染，孰若不遽羈押，而使之恆存畏懼警惕之心，此其中大有可資研究之理在，試就現行法律所規定者而討論之：

甲、以有無一定住址爲標準 刑事訴訟法第六十六條「被告經訊問後，有第四十條至第四十三條之情形者，於必要時，得羈押之。」同法第四十一條「被告無一定住址者，得不經傳喚，逕行拘提。」以法院命被告到場，原則上應用傳票，所以尊重人民之自由也。若無一

定住址，深恐傳喚爲難，得行拘提。然拘提非必羈押，須究其案情何若？身分品性如何？使輕微之罪嫌，即以本身爲擔保已足。人未有願因極微之罪嫌，而逃匿以重之過哉。故有一定住址者，無論已，即無一定住址，亦不能視爲必要羈押之唯一條件。

乙、以有無逃亡之虞爲標準 刑事訴訟法第四十二條「被告犯罪嫌疑重大，且有左列情形之一者，得不經傳喚，逕行拘提。一有逃亡之虞者，二有湮滅或偽造變造證據之虞者，三有勾串共犯或證人之虞者。」夫有逃亡之虞一語，殊嫌含混。就刑事須從嚴格解釋之通例以論，應有相當之證據。即有近似之證佐，而其身分家屬，猶有可信賴者，仍不必遽事羈押。故有逃亡之虞之虞字，非僅以意度之之意，而須顯有形迹可舉者也。

丙、以有無湮滅或偽造變造證據之虞爲標準 調查證據，愈速愈妙。既防被告之湮滅或偽造變造而羈押被告，則被告羈押之中，他人不可代爲湮滅或偽造變造耶？故防證據之被湮滅或偽造變造，曾不如急行搜查證據之爲得。一經搜查完備，則上述之原因消滅，即行撤銷押票，將被告釋放。蓋爲此證據之湮滅或偽造變造而羈押，暫時的，非可藉此而爲長時間之羈押也。虞字之解釋同前。

丁、以有無勾串共犯或證人之虞爲標準 調查共犯證人，亦應迅速，斷不可因此而爲長期間之羈押。且偵查被告，苟得其法，除極少數刁猾者外，什八九可以訊得其真相也。

戊、以最輕本刑是否在五年以上有期徒刑爲標準 刑之範圍至寬，果屬嫌疑重大，羈押之無不可。然有顯無重大嫌疑，而亦不爲釋放，或交保，其羈押亦未免失當矣。

就前述各點以爲研究，立法者之本旨，再三申明以有必要情形爲限。又從而明示之曰「因消滅，應即釋放。今之法官如何？不加詳訊，濫事羈押，不知從法律論，雖有未決既決之分，而喪失自由，既決之執行，與未決之羈押，無甚二致。故民國十五年前司法部訓令第二二九號云，「查刑事被告羈押條件，刑事訴訟條例第七十四條訂有明文。近來各司法衙門對於刑事案件，每有不照法定條件，濫行羈押情事，非所以尊人權而重法令。嗣後遇有刑事被告，必須查明，確係具有同條例第四十九條至五十一條所定情形，認爲有羈押之必要者，方得予以羈押。該被告在羈押中，並應以職權隨時調查。如發見羈押之原因消滅，應即依同條例七十九條規定，迅將該被告釋放。」自此次通令之後，倘仍漫不注意，違法濫押，一經發覺，定即依法嚴辦」云云，近亦有相似之訓令。足徵上級官廳，對於刑事被告之羈押，至極

慎重。而實施法權者，轉未能切實奉行，此深堪歎息者也。殊不知濫行羈押，將發生次之不良結果。

一、被告而為擔任重要職務，或為一家主要之人，其職務將因之而廢弛，家庭將深受其不良之影響。

二、被告而為有相當身分，或愛惜名譽之人，其名譽不免因之而稍損，其本人亦將認為奇恥大辱。設或偵訊結果，並無刑責，不能不怨懟初被羈押之冤誣。

三、現代心理，輒以刑事被告易受羈押。故被告本人雖自問無他者，亦必力事規避，畏懼到庭，訟案緣是拖延，不能速結。告訴自訴者，尤利用被告畏懼到庭之心理，而輕以刑事進行。法官之濫事羈押，隱為一般笨黯者所利用而不自覺。

四、一人羈押，其家屬戚友，奔走紛紜，不知惹起若干之損失，而多予不肖之徒以招搖撞騙之機。

五、看守所建築未盡良善，設備亦多簡陋，被告因羈押而鬱鬱得病者，所在多有，是斷傷民族之元氣。

六、多羈押一人，公帑卽多一分支出，斷於經費者，恆有食不飽之嗟。

七、「畫地爲牢義不入」，「齊之以刑民免而無恥」，押所之中，一經入內，以爲不過爾爾，循良之輩，固不致再犯，而不肖者，將恬不知恥，不足爲畏，因之再犯者不鮮。

由此觀之，羈押被告，非萬不得已勿輕爲之。以不必要之羈押，實得不償失，利不勝弊也。操司法權者，於此出入之間，其亦少加之意，遵法規之真諦，實保障其人權，民受其賜，而功德弗可沒已。

法學叢刊 論著 羈押被拘之研究

鴉片烟罪宜由各省訂立單行條例之商確

查誦堅

刑法法典而外，另訂單行條例，法界咸非議之。今我是作，非喪心病狂也。我自有其法理上之立場，以期環境之適合，願與我法界同探討之。

刑法之設，原係根據事實而來，清室以前，因有奴隸制度之存在，故有奴隸主奴欺主等類之條文，有皇帝制度之存在，故有大逆犯驛等類之規定。方今鴉片毒品，既係世界大勢所趨，各國懸為厲禁，必期有肅清之一日，則與其他犯罪事實之有持久性者不同，似不妨就各省情形，豫定期間於刑法法典外，別訂單行條例，以示政府嚴禁之決心。

犯罪之結果，無非因其侵害國家或私人法益。鴉片毒品，除栽種製造販賣運輸施打外，如吸服受打之人，謂為侵害國家法益乎？抑私人法益乎？若謂其妨害身體之康健，流毒浸至乎弱種，誠近於侵害國家法益矣；然俾晝作夜沈溺酒色，乃至手淫等等，何獨不致於戕身弱種之是懼，而刑法未見其有所規定，則烟禁之宜另訂條例，自屬適當。

且以我國幅員之廣，擁兵者都以防地為采邑，給養不足，每多就地籌餉，以民不聊生之

今日，既苦物之有稅，羅掘俱盡，於是鴉片變相之特稅捐等名目，巧立以出，司法者既罔敢顧問，於是刑法法典無形失其一部分之效用，因其區域內徵稅或查獲之毒品與否，遂致同罪，有罰與不罰之殊，法律之尊嚴既失，更何以維人民信仰之心。若能打破此環境，使各省軍政當局，不以此為取稅之源，則歸納於刑法，猶可通行無阻，今既因地因人之不同，而使刑法有效有無效，更何如由各省另訂單行條例，或庶幾因人存政，舉若干省區先得肅清烟毒之日。

况鴉片為害，為時既久，各省因禁令嚴厲寬縱之不同，而流毒亦異其深淺。司法者以有罪必罰為原則，而行政方面當力避不教而誅。若另訂單行條例，則既可就各地情形，分年計程，尤可定猶豫期間，予人以自新之路。

余茲主張，非敢割裂刑法，以破壞其統一之效用，實鑒於現行刑法之效力，有不能使全國一致之應用。且政府果有禁絕之決心，關於鴉片犯罪，比較其他犯罪之可以隨時發生不同，正可分別明定以年限。與其徒擁統一之名，而於某場合有停止效力之實，更何如因地制宜，使各省自訂單行條例，俾維刑法之信用。與由中央之於刑法外，另訂特別法，固有自

間。浙省政府於二十年十一月一日施行肅清毒品暫行條例，凡十二條，其內容專在栽種製造販賣及包庇縱容，二年以來，頗著成效，栽種製造，殆告肅清，販賣因鄰封關係，售吸惜未規定乎條例，未敢謂有顯著之成效，誠能各省仿行，則栽種製造，既絕根源，販賣售吸之禁絕，自可計日圖功，今聞浙省該條例，因施行期間屆滿，展期未奉中央核准，一簣之功，爲之扼腕，爰草是篇，以質

當世法家暨立法諸公！

法學叢刊 論著 鴉片烟罪宜由各省訂立單行條例之商確

譯述

海牙編訂國際法典會議所議決之「領海之法律制度之條

約」

徐傳保

壹 引言

現代編訂國際法典會議之運動，共有二起。一爲美州諸國在汎美會議會際所嘗試者，一爲國際聯合會所創導者。汎美會議際所舉行之編訂國際法典會議，計有數次，不無成績，容日再論。本文所涉者，乃爲國際聯合會所創導而於一九三〇年在海牙果然舉行之唯一無二之世界編訂國際法典會議是。——按該會議除作有多項「希望」外，猶議決有若干條約，諸約中之一部份乃關於國籍問題者，斯則同學阮毅成專家已有所刊述。惟此外則尙有一專約，名曰

「領海之法律制度之條約」！吾人細察此約，覺其內容之特別重要：蓋不獨容有入於「公法」範圍之條文，且容有入於「私法」範圍及「刑法」範圍之條文（依新學說「刑法」處於「公」「私」二法之間，自成一門）；是以亟願先事詳譯該約之條文共一三，然後擇要評論之焉。

貳 釋文

一 總則

第一條 國家之領域，乃兼括在本約內稱爲「領海」之海境一區。在該區上，主權之行使，須依照本約所規定之情形及國際法其他之規則而爲之。

第二條 沿岸各國之領海，蓋兼指領海以上之空際與領海所淹之地面及地下而言。

本約諸條文并不妨礙頃述之關於領域範圍之諸公約及國際法之諸其他規則。

經航法

第三條 「經航」者，「經過而不入內水」，或「駛入內水」，或「自內水駛出」，之在領海中
之渡行事實是也。

如一船艘，航用一沿岸國之領海以事損害該國之安全，公共秩序，及稅務之利益，是即非「無損害之經航」。經航權在必要時，乃兼指下錨及停留權而言；但遇被迫及危難時及航務一般偶然時始可爲之。

(一) 軍艦以外之船艘

第四條 沿岸國不可阻礙外國船艘在領海內之無損害之經航。

凡潛水艇均當浮水面而過。

第五條 經航權並不阻止沿岸國之設取各項必須方法以預防在領海內之關於安全，公共秩序，及稅務利益，之損害，及預防航入內水船艘之對於入境允許條件之一切犯違。

第六條 利用經航權之外國船艘，當符合國際法習慣，遵守沿岸國所頒訂之法律及規則；尤爲關於左列諸端者：

- (a) 航渡之安全及海道浮筒及標的建築之保存；
- (b) 沿岸國領水之愛護，以避免各種航渡事實所可使有之污穢；
- (c) 領海內財富之尊保；

(d) 屬於沿岸國之漁獵權及同類等權之不侵損。

惟凡沿岸國對於不同國籍之諸外國船艘，待遇不能歧異；又除關於漁獵二項事外，即對於本國船艘及外國船艘，亦不能有所區別。

第七條 不許僅以經航領海故而即向外國船艘索納稅捐。

如對於一外國船艘，曾效特勞，則償酬斯項特勞之稅捐，始得向該船艘索納之。是項償酬特勞之稅捐之索納，亦不許有所歧視。

第八條 苟遇下錄之諸事之一端或他端，沿岸國始可在經航其領海之外國輪艘上舉行人員之拘捕或檢察行爲——猶須該刑事行爲乃於該船經航領海內時所發生——：

(a) 如犯罪行爲之結果超越於船艘之外；

(b) 如犯罪行爲爲亂害國家之公共治安及領海以內之良佳秩序；

(c) 如船艘之長官或船旗國之領事會要求予以助力。

惟上錄之規則並不妨礙沿岸國在處於其內水，或停留在其領海，或自內水駛出而經航其領海，之船艘上之拘捕及檢察行爲之權。

雖然，沿岸國當局，於船艘上舉行拘捕時，當計及一般航行之利益。

第九條 沿岸國不能以欲行使對於船上人員之民事管轄權而扣留經航其領海之外國船艘或使變更其路程。惟對於該船艘在經航其領水時所認負之航業債務或責任，彼始能舉行民事強制執行或扣押行爲。

惟上錄規則並不妨礙沿岸國之法令所可規定對於處於其內水，或停留在其領海，或自內水駛出而經航其領海，之船艘之民事強制執行或扣押行爲權。

第一〇條 上錄第八條及第九條所規定之規則，不涉於專爲政府工作之非商務船艘之待遇，與夫該類船艘上之人員之待遇。

第一一條 爲違犯沿岸國之法律及規則故而於船艘猶在領海境內時所開始舉行之外國船艘之追捕，可繼續在領海以外進行之。惟本項追捕須自最初起從未中止。但如所追捕之船艘已駛入其本國或一第三國之領海以內，追捕權祇可中止行使。

如追捕之船艘已舉行對於處於領海內之被追捕之船艘或其附屬小艇之角度追逐行爲或其他方法，及已發命令停止之警號，追捕始可視爲已開始。

如在海洋中始克捕獲，本項事實當無遲期通知被捕船艘之國旗國。

(二)軍艦

第一二條 普通規則，即雖係軍艦，沿岸國亦不將阻止其經航於領海之內，及不將令其必須預得允許或預先通知。

惟沿岸國有權規定本項經航之諸條件。

軍事潛水艇有浮水經航之責。

第一三條 如遇經航領海之軍艦之不守沿岸國之法規及該艦雖經通告校正而仍不遵之事項，沿岸國可迫令該艦馳出領海。」

叁 評論

上錄「領海之法律制度之條約」，其條文雖僅凡一三，然乃兼涉「公法」，「私法」，及「刑法」，確為重要之國際成文法規，亟須分項評論之。

(一)入於國際公法範圍之條文

本項條文最多，第一條，第二條，第三條，第四條，第五條，第六條，第七條，第一二條，第一三條，共九條均是。

綜合察之，本項諸條文均足稱譽。第一條及第二條所載關於領域範圍及領海範圍之寬大及明晰之規定，已值贊美。而第三條起至第一三條止間之諸條文，一方遵奉國際法鼻祖 Grotius 之海洋自由 (mare liberum) 說，一方顧全穩健學派所宗之國家主權論，實尤足贊美。按諸文一方既曰外國船艘可作「無損害之經航」(第四條)，一方則曰「沿岸國可設取各項必須方法以維持領海內之「安全」「公共秩序」「稅務利益」(第五條)；一方既曰對於外國及本國船艘不能有所「歧視」(第六條)，一方則曰外國船艘當不侵損沿岸國之「漁獵權等」(亦第五條)；一方既曰不許僅以經航故而即向外國船艘索納「稅捐」(第七條)，一方則曰如效特勞則「價酬斯項特勞之稅捐」可索納之(亦第七條)；一方則曰不將阻止外艦之「經航」(第一二條)，一方則曰可迫令外艦「駛出」(第一三條)；凡此諸文，寬嚴並重，力求折中，誠為專家之作品，法令之瑰寶。

雖然，本項諸條文間，實有一大缺點，不可不論之。

蓋時至今日，幾無人否認沿岸國對於其領海之領有權；惟沿岸國領有權所及之邊海，其寬度究當爲若干距離乎？如無距離，則即遠至汪洋，亦將爲沿岸國所領有矣！是則又爲衆所否認也。故邊海寬度，亟當限定。惟細察本約，雖號稱專件，條文凡一三，其間竟無一規定此寬度問題者。豈國際專家，濟濟一堂，均竟忘懷之乎？曰是豈可能；蓋此無他，僅以各國主權觀念之深，致未願妥洽規定，而寧願仍缺之耳！

茲附錄歐洲國家如荷蘭英吉利法蘭西三國所相傳所用之各異之法制，以明本項缺漏之遺憾：

其一 荷蘭制——荷蘭遵崇其昔大法家 *Bynkerhoek* 所創之制，即邊海之寬度當等於沿岸所發炮彈落水之距離（昔僅一海里，今則已大增）。

其二 英吉利制——英制始創自一六〇四年，至今猶實行之。本制名曰 *system of head land to headland*。依本制英當於沿岸兩端最凸出之陸地劃成一直線，直線之外則均係世界公共之自由海洋，惟直線之內則爲英吉利之邊海。

其三 法蘭西制——法蘭西於大革命第二年即頒行一關於邊海寬度之法，該法傳至一九

一三年乃經修改而成現行其複雜之制度，其究竟如左：

(a) 關於海關——二海里。

(b) 關於漁業——三海里——但在摩洛哥等處殖民地則擴為六海里。

(c) 關於戰時中立——三海里。

(d) 關於平時客艦之航行之限止——六海里（距岸六海里之領海內，海岸線又分為各段——每段亦長為六海里——，每段內不許有三艘以上之同籍之客艦航行）。

而國際法學會在一八九四年巴黎集會之際，雖曾詳細考慮，創成左錄劃一之制，然是僅係學者之願望，非法規也：

(a) 平時——六海里。

(b) 戰時——六海里——但可經沿岸國擴至九海里。

(二) 入於國際私法範圍之條文

本項條文數僅有二，即限止行使民事強制執行及扣押權之第九條及第一〇條是。

然首可稱譽者，即該二條文之規定之明晰；而其區別商船與政府船艘之二類以承認及否認沿岸國對於船艘之民事管轄權，是則尤足見其合理也。

如就國際私法成文法規之數目一點言之，則一九三〇年以前，真正有世界性之法規——汎美會議所議訂者不論——，亦僅幾何？曰一八九四年第二次海牙國際私法會議之一關於國際訴訟之條約，一九〇〇年第三次海牙會議之一關於國際婚姻之條約，一關於國際離婚或分居之條約，及一關於國際保護未成年人之條約，與夫一九〇四年第四次海牙會議之一關於國際婚姻之效力之條約，及一關於國際法律之禁止與保護之條約，之數者而已；然則，此一九三〇年「領海之法律制度之條約」中之第九條及第一〇條，乃規定「強制執行」及「扣押」等之前所未及之事件，補濟國際私法成文法之不足，豈非彌足珍視者乎！

(三) 入於國際刑法範圍之條文

本項條文，亦僅第八條，第一〇條（兼涉民事與刑事），及第一一條，之三條耳。

關於該三條，吾人所可稱譽者，亦即其內容之明晰與折中。

至就國際刑法成文法規之數目一點言之，則大戰以前，真正有世界性之法規——汎美會

議所議訂者及若干兩國或數國所訂之引渡條約等不論——，亦僅有例如一九〇四年「禁止販買白種婦女之公約」，及一九一〇年「懲罰淫刊之公約」，之數約而已；至大戰以後，自國際聯合會創立以來，禁罰國際罪惡之公約雖不無增加（如最新之國「限止麻醉藥品之公約」）；然規定拘捕，檢察，及管轄，諸刑事技術及手續問題之法規：則惟有此一九三〇年「領海之法律制度之條約」中之第八條，第一〇條，及第一一條耳。鳳毛麟角，誠亦彌足珍也。

總之，海牙編訂國際法典會議所議決之「領海之法律制度之公約」，以其所容條文之兼涉「公法」，「私法」，及「刑法」，故極值研習法學者之注意。而不可不知者，即訂成該約之國際會議，蓋由左列四七單位之代表所出席討論；且有間不獨有澳洲，加拿大，印度，愛爾蘭，等諸民族，更有且澤自由邑之參加，誠為國際法有史上之異彩一頁也：

- | | | | | | |
|---------|---------|----------|---------|---------|----------|
| (1) 德 | (2) 美 | (3) 澳洲 | (4) 奧 | (5) 比 | (6) 巴西 |
| (7) 英 | (8) 保加里 | (9) 加拿大 | (10) 智利 | (11) 中華 | (12) 哥倫比 |
| (13) 古巴 | (14) 丹麥 | (15) 且澤邑 | (16) 埃及 | (17) 西 | (18) 愛沙尼 |
| (19) 芬蘭 | (20) 法 | (21) 希臘 | (22) 匈 | (23) 印度 | (24) 愛爾蘭 |

- | | | | | | | | | | | | |
|------|-----|------|-----|------|-----|------|-----|------|-----|------|----|
| (25) | 尹司蘭 | (26) | 意 | (27) | 日 | (28) | 鸞東尼 | (29) | 羅森堡 | (30) | 墨 |
| (31) | 莫拿加 | (32) | 尼加臘 | (33) | 那威 | (34) | 荷 | (35) | 秘魯 | (36) | 波斯 |
| (37) | 波蘭 | (38) | 葡 | (39) | 羅馬尼 | (40) | 薩而伐 | (41) | 瑞典 | (42) | 瑞士 |
| (43) | 捷克 | (44) | 土 | (45) | 烏拉乖 | (46) | 俄 | (47) | 巨哥 | | |

國際破產統一之新協定案

著者 齋藤常三郎
譯者 魯銘

一

各國人間，通商互市，往來頻繁，因而一國國民，至於在一國或數國有一個或數個營業所或住所，又在數國內有財產者，固不待論也。職斯之故，一國破產宣告之效力，破產者在他國之財產，應受如何之影響？（裁判權伸張問題）又關於應適用破產法規之牴觸，應為如何之解決？（狹義之破產的國際私法問題）又關於一國內的破產，對內外人將如何處理？（內外人待遇問題）此各種問題，夙為學者所論述。【註一】而此事在講學上，即從來所討論的所謂國際破產法，或涉外的破產法。『(Internationales oder Zwischenstaatliches Konkursrecht)』

【註一】

【註一】加藤博士破產法研究第一卷三〇三頁以下

Kohler Lehrbuch s. 601, Derselbe Leitfaden s. 310 f.

【註二】所謂國際破產者異於所謂國家破產 (Staatsbankrott) 國家破產者一國對於其債權國關於其法律上正當之債務明示或默示不為全部或一部履行之旨之意思表示且其不履行不問因於善意或惡意 (Handwörterbuch der B. W. Bd. V. s 622.) 此乃一國與他一國財政上的問題非關於個人或公法人與他之個人或公法人之間的破產的效力 (本文之所謂三問題) 因之兩者有截然之區別

前述所謂裁判權之伸張，即一國破產宣告之效力。關於破產者，在他國財產應否受如何影響的問題，立法上從來有二種分別，即所謂普及主義 (Universalitätsprinzip)，與所謂屬地主義 (Territorialitätsprinzip) 是也。前者，由破產者所在地，管轄法院，所為破產宣告，其效力，當然及於他國，因而破產者在外國之財產，亦屬於破產財團，依此主義，是為認國際上一人一破產主義 (Faillite sur faillite ne vaut)。後者，一國之破產宣告，僅於內國有其效力，而不及於他國。因而破產者在外國之財產不屬於破產財團。依此主義，是為認國際上一人數破產主義，破產普及主義，理論上以其為正當之論據亦有種種；【註一】而以其優於屬地主義之說明，有如次述：即曰「破產普及主義者，無若所謂屬地主義，限制破產效力，於一

國之內的不利益發生，蓋依於所謂屬地主義，則破產者之債權者，對於不屬於破產財團的債務者之財產，（在外國的財產）務必至於要迅速於其外國，而為執行之不得已也。反之，依於所謂破產普及主義，則破產者之債權者，無迫而為如此行為之必要，而免去其有如前者之大不利益，更依於破產普及主義在外國開始，破產的債權者，不僅得扣押債務者，在內國財產之利益，且有得屈出其債權於外國：破產程序之便宜。」【註二】

次之，關於適用破產法規之牴觸，應為如何之解決的問題，（所謂狹義的破產的國際私法之問題）其應適用破產開始國之法規耶；或應適用破產者財產所在地之法律耶，學者既有是不同之意見，【註三】又關於一國內破產，內外人如何處理的問題，（所謂內外人待遇問題）學者亦有應否依平等處理的，所謂平等主義的見解。【註四】

【註一】詳細見加藤博士研究一卷三〇五頁以下其他各國之立法例亦見同博士同書三
一一頁以下 Kohler Lehrb. S. 617 ff.

【註二】Dr. Bloch, Z für ausländisches und Internationales P. R. 7 Jahrg. H. 3 S
459.

【註三】Kohler Lehrb. s. 677 ff.; Derselbe Leitfaden s. 321 ff 參照

【註四】Kohler Lehrb s. 647 ff.; Derselbe Leitfader s. 327 ff. 參照

一九三二年十一月終，北歐羅巴之丹麥，諾威，瑞典，芬蘭，及伊斯蘭德（位於英國北方之島丹麥屬領）五國間，就國際破產法上之問題，成功一般規定的協定案（Konventionsentwurf），蓋以上諸國概屬相互鄰接，而且交通頻繁，彼我之國民，既各散居於他之諸國，諸國採用之破產主義，亦不必同一，【註一】因此對於各國人破產開始，當相互感其不便，於是協定案至於作成，但其動機，則在受刺激於一八九四年，一九〇四年及一九二五年的荷蘭海牙協約，【註二】同時又意在試使其一八八一年在北歐法曹大會，發表之破產法國際的統一（Internationale Vereinheitlichung），計圖益益實現。【註三】

關於破產法上的問題之國際的協定（Internationale Vereinberung），從來於一八六九年而在法蘭西及瑞士間，於一八九九年在法蘭西及比利時間，於一九二五年在比利時及荷蘭間，又於一九二八年在哈巴恩拿開會之亞美利加二十一國間而締結之，而一九三一年作成之德奧破產及和議的相互承認協定之草案，則尚未成立為條約。

【註一】丹麥諾威兩國採用所謂複制主義瑞典及芬蘭兩國採用所謂一般破產主義（拙著破產法和議法研究第八卷九五頁九八頁）複制主義者是商人或非商人均適用破產法而於兩者間設立區別關於各點異其適用範圍的主義所謂一般破產主義者乃無商人與非商人的區別一般適用破產法的主義其與複制主義異者兩者間不設區別因而又關於各點不異其適用範圍是也（拙著同卷八八頁參照）

【註二】一九二五年海牙國際破產協定法案拙著研究二卷一〇〇頁以下已為說明

【註三】Dr. Bloch. a. s. o.

11

協定案第一條第一項及第二項明定採用，所謂普及破產主義即第一條第一項「在締約國之一，開始破產債務者，所有在他條約國之財產，亦編入於其破產財團。」又同條第二項「此項財產限於本法無特別規定，其對於債務者處分權的破產之效力，破產財團之歸屬，法律行為之否認，破產中債務者之權利義務，破產財團之權利義務，債權者及其他權利者，應

受滿足之權利分配手續，並和議及破產終結適用，破產開始國之現行規定。

右協定案採用所謂破產普及主義之主要理由如次：即「關於破產宣告之效力，條約國之破產法，非全然同一，而於內國開始之破產，在丹麥瑞典芬蘭等國法律規定，破產管財人對於債務者，在外國之財產，限於可能有應以此編入於破產財團之義務（所謂破產普及主義），反之，在諾威法關於內國開始之破產，限於債務者在內國之財產，剝奪債務者對此之處分權，且禁止債權者單獨執行，（所謂屬地主義）以二者採取相反之主義，因而將關於破產開始效力的種種問題，依於國際協定，而一樣規律，是乃鑑於各國經濟之統一精神，特為必要故耳。」（Vlg. Dr. Bloch a. a. O. S. 549）

要之，協定案採用之破產普及主義，一方規定在一締約國開始之破產，其效力及於債務者在他締約國之財產，他方規定與破產牽連諸問題，應從破產開始國之破產法而判斷，而後考之所規定，可謂解決前述所謂狹義的破產的國際私法問題。

如上所云，破產效力之地域伸張（裁判權之伸張所謂破產普及主義），及破產開始國之法律適用，乃限于破產債務者，在有一般住所的締約國之一方，而開始の場合，若依於一切協

約國之法律，對於在內國無住所者，限於最例外之場合，能使爲破產開始，以此之故，協定案第一條不明言限於破產債務者，在有一般住所的協約國之一方，而開始時始能適用之旨（De Floch a. a. o. s. 460），而在協定案第十三條，亦不規定，法院於破產開始，得依債務者內國住所，又公司或組合及法人內國營業所或主事務所以外之事由，定其管轄之旨。如左所述，則在實際，關於破產效力之地域伸張，及破產開始國之法律適用，與一九二五年海牙標準案（Hager modervertrag），第二條所明定者無有所異。

協定案第一條第二項所包含之規定，所謂破產開始國之法律適用，僅關於純然破產法上之問題，有其適用，此不可不注意者也。即各國破產法，關於破產效力涉及刑事上、產業上、及其他公法上之範圍的規定，不依於協約受何等之影響。又破產效果，及於自己法律關係（例如夫婦財產制）的規定亦然。又債務者，因財產出賣或買受的所有權移轉問題，或對於財產可得主張的質權成立問題，則宜依於國際私法之原則而決之，不宜依於協約之所定而決之也。蓋此等問題，關係於破產雖爲重要，究非破產法上之問題故耳。然各個問題，不至因在一協約國之破產法上有規定，而其問題，即當然有破產法上之性質，例如依丹麥法之原

則，其有爲現金交易的特約之賣主，在未受領價金而以物品交付於買主時，如對買主未明示或默示給與信用，則其物品之所有權，在未給付價金前由賣主保有之，此爲丹麥破產法第十六條之所規定，非因協約而爲有協定案的意義之破產的法規。又北歐羅巴之買賣法規定之賣主 *Stoppungsrecht*，在諾威法第四十六條雖設有此項規定。亦不能即謂爲在諾威有協定案意義的破產的規定，况協定案第九條特別明言：「關於債務者締結，且當事者不履行的雙務契約的破產，管財人權利義務之發生，不宜依於協定案之規定，而判斷之乎。」

就令狹義的純粹破產法上之問題，對於協定案第一條第一項及第二項，亦非無例外的且澈底的適用之，蓋廣大的法律，關係的各個協約國之法律，其原則雖互相類似，然以彼此間有非常之相異，且關於制定法規之維持及擴張的適用，彼此間亦有甚大利益之衝突，因而有設破產普及主義，除外例之必要，固不待論：第一條第一項之例外於同條第三項規定之，如云從財產所在地之法律，不服債權者扣押的債務者之財產，不以之屬於破產財團，更如基於美術的著作權，保險契約之權利，又基於年金或其他扶養費之權利，亦不可編入於破產財團是也，自其規定之日文觀之，不屬於破產財團者，僅限定於不服債權者扣押之財產，而非由

於爲債務者，可供最少限的生活資料之目的，所加於強制執行之限制。若依瑞典國際破產統一協定案之理由書，則散在諸國債務者之財產，與協定案異。雖該管國附與最少限度之生活資料，亦思或可編入於一國的破產財團。然以他協約國法律，規定生活資料之最少限度，應歸劃一之提案未被採用，因而協約諸國法律，規定生活資料之最少限度，始規定不以之屬於破產財團。

協定案第一條第二項如前所述，已明言應適用破產開始國法律之旨，（所謂狹義破產的國際私法問題）然其例外，則有如協定案第四條乃至第七條之所規定，此乃實際上最重要之事，順次收其例外之場合說明如左：

協定案第四條規定，「依據一協約國之法律，雖當然有效之法律行爲，於不得對抗破產財團之場合，其可爲標準之法律，非破產開始國之法律，乃爲法律行爲對象之財產，破產開始當時所在國之法律。」是乃欲避免由第一條第二項所生不便利之結果，假令第一條第二項無例外的適用，則各協約國因其國法律安固及信用維持之必要，所定特別之保護，規定一協約國內債務者之財產，因被吸引於在外國開始之破產程序之結果，到底不得適用，此於其財

產遂致一國之法律，全因他國法律而遭受蹂躪。惟於茲有應注意者，即一九二五年海牙標準案所定之第六條第一項，與右協定案第四條相反對，設有應適用破產開始國之法律的規定也。當時以瑞典諾威代表對此表示異議，遂卒於其第六條第二項附加條件以資救濟。

丹麥諾威及芬蘭法之所規定，而有置重於公益者。如依此規定，凡為土地之讓與或抵押者，其讓與或抵押限於裁判上已為登記，或調查書件已為記載，始得對於讓與人或抵押人而主張權利者是也。而關於動產之抵押，在丹麥一般的場合，在諾威特別的場合，各得無占有移轉，而為之抵押主之債權者。若欲對抗其抵押，兩國均須為裁判上登記，或調查書件之記載，在芬蘭土地抵當權之設定，限於無特別事情存在，其設定不能於破產程序中，或其開始前三十日內為之者，當然無效。關於芬蘭在或範圍內設定之動產抵當亦然。又依據瑞典法律，物件之買主，其物件因特約當為賣主所保有時，其賣買雖係遵守一八四五年十一月二十日法令所定之形式，而對於賣主賣買契約締結後三十日內，有破產之聲請，且其後不即破產開始者，對於賣主之債權者，不得主張其權利。次之丹麥法與前述諸國之法律，乃為同樣之規定，特依丹麥法破產者，關於其財產之處分，不得對抗善意之第三者，乃自破產宣告時開

始。

協定案第四條破產者之處分限制，依於破產宣告而始發生耶？抑或於其前已發生耶？其判定之標準，非依於破產開始國之法律，却規定應依於破產者財產所在地之法律而決定之。

否認權 (Aufhebungsanspruch) 之條件，以從第一條第二項之一般的規定，依據破產開始國之法律而決定之，此原則也。與否認同時應為請求的目的物所在國之法律，依據協定案第四條，僅於例外之場合而以為標準，並特別限於與土地有關的法律行為之否認的場合，此例外者，蓋由各國裁判上之登記手續，與否認權於有密接的關係的場合，必要認之者也。

其他對於第一條第二項最重要的例外，於其第四條末項規定之，即依據同條末項，「依據強制執行方法，在屬於破產財國的財產上所生之權利效力，非由破產開始國之法律決定之，却由允許強制執行國之法律而決定之。」其認此例外之理由，不僅由強制執行各協約國之法律，有重大的種種異點，且在他之協約國之一，實行強制執行之場合，執行債權者權利之當否，不宜徒從破產開始國之法律，為當然之判定，如瑞典及芬蘭法規定，「強制執行，以使有優先受償之請求權為原則，然於強制執行實施後，一定之期間內，有破產開始時，其

優先受債權即為消滅。」反之，諾威及伊斯蘭德法則規定，「執行債權者，不僅取得將其目的物變價，且得抵當於他之質權，其為抵當時，並得對抗破產宣告後的破產債權者，而取得質權。」又丹麥法更規定，「在有強制執行以後三週間內，有破產開始時，強制執行之效力，完全消滅。且於其期間前所為之強制執行處分，依其情形而能否認之。」協約國之法律如斯各異其規定，故設協定案第四條末項，以認對於原則之例外。

就進行中強制執行手續與破產效力之關係言，各國亦大有差異，依據協定案第五條第二項，應依為強制執行國之法律而決定之，是又認對於原則之例外也。若從瑞典及芬蘭破產法強制執行，以因破產開始而中斷為通例，從諾威及丹麥法則為強制執行之債權者，在執行債務者破產之場合，取得質權者之地位，以各協約國法律斯之相異，因而適用破產開始國之法律，則當發生甚不滿足之效果，故又認如前述之例外。

次之，例外即以協定案第五條第一項之規定，破毀第二條第一項之原則，如對於有質權或留置權設定之目的物，得請求別除清償否？並以如何之方法得主張，否則，宜依據破產開始當時質權或留置權目的物存在國之法律而決定之。此例外亦由各國法律有差異而設，若不

認其例外，則例如有破產人，在瑞典土地上的抵當權之債權者，於繫屬於丹麥的破產程序之場合，將發生不能不依丹麥法而為土地變價之大不適宜，又如取得留置權，於在瑞典國之財產上的債權者，當債務者在瑞典以外他之協約國受破產宣告時，則其自該管目的物的瑞典法所得別除清償權利，當發生橫被剝奪之大不適宜（蓋在瑞典以外他之諸國與瑞典法異，不附與對於留置權之別除清償權利），本案因思避免此不便利之情形，故設如前述之例外。

屬於例外之第三類型者，協定案第七條所包含的破產法上之優先權（*Privilegie* the Ford *arrangement*）問題，協定案亦如一九二五年之海牙標準案，分破產債權而為一般的優先權與特別的優先權二種，而依據同案與破產者，有雇傭或勞務關係的勞務者，或勞働者，就其報酬或勞金有優先受償之權利，此項優先權，並被監護人，對於監護人得有之優先受償權利，均得對破產者一般財產行使之，是之謂一般優先權。反是，僅得就破產者各個之財產請求優先受償之權利，是之謂特別優先權。

究竟若何之權利得有一般之破產優先權耶？應依於破產開始國之法律而決定之。然關於特別優先權之條件及順位為其標準者，則為其優先權附着之目的物所在地的法律。（第七條

第一項)

然而從第一條第二項的一般原則的破產開始國之法律，限於在破產開始國之財產，關於一般及特別的優先債權間之順位，而宜以之為判斷者，固自明之事，毫無擬義存在者也。若債務者之財產不在破產開始國，而在他之一協約國時，關於此而思得明確的法律上之解決，頗感困難。在右之場合，則為先適用財產所在國之法律，如勞務者，對於在諾威伊斯蘭德或丹麥開始破產者，其請求額於破產者，在瑞典之財產上即優先於其他一切債權者，特別抵當債權者，取得受清償之權利，其不適宜殊甚。左之所述，若採用協定案之規定，則債務者之財產，不在破產開始國，而在其他一協約國之場合。特別優先權，（依據財產所在國法律之優先權）使優先於一般優先權，（依據破產開始國之法律而決定之權利）此種理解實至當也。

次之，關於租金債權及租稅的一般優先權之適用，破產開始國的法律，為說明於左。租金債權在各個協約國之法律間有顯著之抵觸，即在瑞典及芬蘭的法律，出租人之權利，僅就承租人租賃住宅內所有之財產有優先權。反之，若依據丹麥伊斯蘭德及諾威法，則出租人就承租人之一般財產有一般優先權，假若在瑞典或芬蘭國而開始破產之破產者，在就他之一協

約國租得之住宅，而負擔租金債務之場合，則租金債權者，依據協定案第一條（破產開始國之法律）的一般優先權，又依據第七條第一項（財產所在地之法律）的特別優先權，俱無所有，如左所述，出租人縱云該管兩國之法律，認其債權有優先權，若從協定案則不能不斟酌，為普通之破產債權者，因欲避免此明白的不當之結果，遂有協定案第七條第二項之規定，即租金債權有優先權與否之問題規定，應由租賃住宅所在國之法律判斷之，且就租金請求有優先權時，其優先權限於破產者，在該管國（住宅所在國）之財產，得對之而為行使優先權之主張。

協定案就房租公稅規定特別之保護，元來在北歐羅巴外國之租稅請求權不承認之，且關於其徵收，從來取不為法律上共助之傾向，然而協定案第七條規定：對於協約國租稅請求權，就破產者之財產給與優先權，且其破產即令在財產所在國以外之租稅徵收國而開始時，亦對於其徵收國而給與其優先權，然房租請求權之順位，其優先權非為一般的時，則依據優先清償的財產所在國之法律，使列於他之優先權之下位。（第七條第一項）又規定房租之優先權為一般的時，因依據破產開始國法律，不應成立優先於他之一般優先權，遂以房租優先

權而先於他之一般優先權。(同條第二項)

協定案因欲使各國務必容易，且不相牴觸的實行協定旨趣，遂更設如次規定。

協定案採取普及主義之結果，乃至規定其第二條同條與海牙標準案第八條之規定是爲一致，即在一協約國開始破產時，務速於破產者，財產所在的他協約國亦應爲公告之規定是也。但破產決定及於外國之效力，不以未於他之協約國爲必要之公告，而受其影響，惟在不爲公告之場合，因其不作爲受有損害者，對於就公告有責任人，得爲損害賠償請求權。

破產者之財產，不在破產開始國，而在他之協約國，破產管財人就之而爲調查，緣是所生實際上之困難，欲避免之，遂有協定案第三條之規定，即第三條規定破產開始國以外之協約國之法院，作成破產者在其國之財產目錄，且其財產在未引渡於破產管財人以前負擔，爲關於其保持的處分的義務，更於同條規定破產管財人，對於他之協約國之官廳，得求共助。又外國法院及其官廳，就破產者財產之揭示及假管理，又其他法律上之共助所生之費用，亦爲財團債權限於必要應納付之。次之，依據協定案第十四條，所謂在協定意義的破產管理人者，破產管財人外之破產推事及破產法院亦包含之。

協定案第十條規定，關於判決之相互承認，及強制執行的一九三二年三月六日締結於北歐羅巴的條約之規定，其由協約國所爲之判決及和議而破產者，亦適用之。同條與海牙標準案第五條，（拙著研究二卷一一九頁以下參照）同其趣旨。而協定案第十五條規定於協約國之一，而開始的破產豫防之和議，縱在他之協約國亦有停止破產程序之效力。

協定案第十六條規定，本協定決定之規定，於本協定施行以前，有開始聲請之破產及和議不適用之之旨，又於第十七條復規定，本協定之施行須各國批准之旨，而本協定因還未得其批准，以故尙未見施行。

二

破產法上應採用內外人平等主義耶？又應採用所謂破產普及主義或屬地主義耶？固宜由破產程序之性質而論斷之，然破產程序屬民事訴訟程序之一種，而且關於一般的執行程序在現時以爲無所異論，（拙著日本破產法一二頁參照）因而在日本破產法原則上採用內外人平等主義（Vlg. Kohler Leitfaden s' 237.）如左所述，則在內國之外國人，可得與內國人同樣，

而爲破產債權者，且可得參加其他破產程序，更與內國人同樣受破產之宣告，此乃正當之解釋。日本破產法第二條「外國人或外國法人，關於破產與日本人或日本法人有同一之地位，但以依於其本國法日本人或日本法人有同一之地位者爲限。」云云，即明定其意義者也。又如前述破產程序，以爲一般執行程序而應採用屬地主義，即在內國宣告之破產，應不及於破產者在外國之財產，又在外國宣告之破產，亦應不及於破產者在內國之財產，日本破產法第三條，遂又明定「在日本宣告破產，其效力，僅及於破產者在日本之財產，在外國宣告破產，其效力不及於在日本之財產。」(Vlg. Kohler ebenda S. 310 ff.)

破產程序以其爲一般的執行程序，已如前述。而於各國破產法有牴觸之場合，則其牴觸問題，僅限於手續有關事項，應依據破產開始國之法律而解決之，如左所述，則不僅關於執行處分之範圍，應干與破產程序之債權者債權者，團體之機關及破產債權者之權利行使等，應適用破產開始國之法律，而破產法上之權利，縱本來爲實體的者，其由訴訟上執行之結果，而產生時（例如分配或強制和議）亦以依據破產開始國之法律爲原則，(Kohler ebenda S. 321) 然物或財產所在地之法律，有就法律關係解決而爲標準者，例於收回權，特別追及

權，或否認權等場合可見之。(Vlg. Kohler ebenda & 322 ff.)

夫合文明諸國，而制定世界破產法，事頗困難，故在交通頻繁，而且相隣之國，將破產法規，於其內容其形式，而為交互相通之協定，以避免其牴觸，此實便宜之舉。【註】蓋為此協定者，比較制定世界破產法大為容易故也。北歐諸國，國際破產之協定，可謂聊試其端者焉。

【註】Vlg. Kaiger' Lehrb d' K. R. S. 213₃ 加藤博士破產法研究一卷三三一頁

資 料

蘇俄憲法述略

陳耀東

俄國君主專制政體，自成立之初以至崩潰，前後凡六百餘年，在大戰前之兩世紀中，國內的地主、勞工、實業家、中產階級、以及被壓迫的民族，如波蘭人芬蘭人，皆努力做憲政運動，希望政府改用立憲政體，組織責任內閣。當一九〇四——一九〇五年日俄戰爭時，因為工人暴動的結果，俄皇才於一九〇六年允許召集了一個國民代表大會，即歷史上有名之多瑪（Duma）。多瑪是用普選的方法產生，論其功用，僅是一個政府的諮詢機關，後來俄皇因為他多方干與行政，遂將他解散了。第二個多瑪產生未久，也遭受同樣的命運，及至戰爭的危機完全過去，政府為阻止議會政治的誕生起見，於是修改選舉法，只准幾種特殊階級有投票權，重行劃分了選舉區域，以使政府在多瑪得佔大多數的議席。第三個多瑪就是依照這種選舉法產生的，果然，自一九〇七——一九一二，多瑪沒有做一點改革的工作，徒徒的做

了政府的工具，第四個多瑪自一九一二到歐洲大戰，雖然也是一個政府的御用的機關，可是不時的做憲法的運動。但是各議員因為在俄皇壓迫之下，仍不敢公開的活動，連政黨的組織也沒有。

歐戰的第一年，俄國死傷了無數的人民；波蘭被德國奪了去；加之人民生活的困苦，所以引起全國的不滿。多瑪中之一部分的議員，遂勸告俄皇，趕快修改選舉法，刷新政治，可是他仍是充耳不聞，依然用高壓的手段，以致激起各方面的反動。一九一七年二月，多瑪宣告獨立，自稱全國的最高權力。皮特格勒(Petrograd)的軍隊，加入了多瑪的革命運動，勞働界也組織了一個工人委員會，鼓動工人革命。一九一七年三月十五日，俄皇政府被他們推翻了，俄皇也被革命黨人捉了去。

俄國皇政府自被推翻之後，即由多瑪選出了一個臨時政府，他必須對多瑪負責，但是臨時政府的改革政策，近於保守，不能滿足共產黨人的慾望，共產黨人以不斷的努力，反對任何中產階級的政府，同時對農民及工人宣傳共產主義。他們主張無產階級專政，從事各種政治的、社會的、經濟的革命，但是他們雖然對於臨時政府不很贊成，然而曾經參與臨時政

府：合作了一些時候，用意在從容不迫的組織共產黨的革命勢力；在列寧托拉斯和士丹林的指導之下，建立工人農民以及士兵的蘇維埃；同時臨時政府因為內部的意見紛歧，缺乏合民意的政策，又沒有能幹的領袖，所以力量便一天衰弱似一天。

一九一七年十一月七日，共產黨認為推翻臨時政府的機會成熟了，就唆使皮特格勒的軍隊強壓臨時政府解散共產黨。在第二次蘇維埃大會決定組織工農臨時政府，管理全國的事務，至制憲大會開會時為止，這個臨時政府，即世所謂人民委員會 (Soviet of the Peoples Commissars)。蘇維埃大會，有權力監督及修正人民委員會及中央執行委員的政治行為。在這人民委員會裏，列寧是主席，托拉斯基是外交委員，士丹林是國家委員。

一九一八年正月十七日，制憲大會成立，但是對於人民委員會的措施，皆不贊成，於是蘇維埃大會使用武力把他解散了，另外組織了一個制憲委員會，起草新憲法；以無產階級專政的理論做制憲的基礎。一九一八年七月十日，第五次蘇維埃大會把憲法批准了，同月十九日蘇維埃的憲法便公佈了。

一九一八年俄國公佈的憲法，雖然以後略有修改，直到現在還是蘇俄的根本大法。這個

憲法，計分五篇十七章，共八十九條，其基本的理論是在澈底的消滅以前的資產階級和中產階級，建立農工專政的政府，現在我把這五篇的內容，略述其梗概。

第一篇是載的勞働階級的權利宣言，此外並說，俄國是一個勞工農民和兵士組織的共和國，所有中央的和地方的權力，全由他們的蘇維埃行使；廢除財產私有制度，所有土地，皆收歸國有；無償的供給勞働階級使用，森林、礦產、工廠、店舖、銀行、鐵道、及其他生產或運輸的工具，也完全收為國有。所有皇俄所借的內外債，蘇俄概不承認，為消滅社會上各階級的寄生虫起見，實行強迫勞働制度。

第二編是載的憲法總則，蘇俄憲法的目的，是在消滅資本主義和中產階級及一切以人役人的制度，並建立一個無產階級專政的社會主義國家，在這個社會主義的國家裏面，既沒有國家權力，也沒有階級的分別。蘇俄共和國是俄國勞働階級之自由的與社會主義的社會。其權力由全國工農民衆組織的蘇維埃行使，至於選舉權及服公務的權利，也規定在這第二篇中。凡俄國人民年滿十八歲皆有選舉權及服公役的權利，無性別、國籍、宗教、及住居年限的限制。只要他們的出生屬於下面的二種階級之一，皆有選舉及被選舉權：（1）從事於生產

事業而有利於社會者；(2)蘇俄之陸海軍軍人；(3)上列兩種人失去工作能力者。外國人只要屬於工農階級，也皆可享受與俄國人同樣的利益。下述各種人，不得享受蘇俄公民的利益：(1)僱用勞工以自謀利益者；(2)藉不勞而獲之利益以爲生活者；(3)私有企業家及商務代理人；(4)各種宗教之僧侶；(5)曾任皇俄政府之公務員及警察者；(6)曾受重大刑事處分者。此外第二篇也規定了勞工人民之各種自由權，如信仰自由、思想自由、集會自由、結社自由、以及享受教育的自由。所有蘇俄人民享受之政治權利，外籍的農工階級，亦得享受。

憲法第三篇規定的是蘇俄的政府組織。全俄蘇維埃大會是蘇俄的最高權力機關。全俄蘇維埃大會以兩種代表組織之，一種是城市蘇維埃的代表，還有一種是鄉村蘇維埃的代表。各城市凡有選民二萬五千人，得選舉一代表；鄉間每十二萬五千人得選舉一代表。鄉村代表是由各省的蘇維埃選出的，而各省的蘇維埃的議員，是由鄉村或小鎮市選出的。所以全俄蘇維埃大會是一個龐大的機關，裏面有會員一千多人，實際上沒有什麼權力，他的主要的任務，是選舉全俄中央執行委員會。

全俄蘇維埃大會，每年開會只有幾次，在不開會的期間，由四百人左右的中央執行委員會行使最高的權力。這個中央執行委員會，是蘇俄最重要的一個機關，憲法上稱他是一個最高的立法行政和監督機關，所以他有權力指揮監督中央政府及各地方政府，並有監督蘇俄憲法及政府各機關議決案施行的責任。而對於立法與行政的工作，尤須使他們有一致的步調，及切實的聯絡，其他職權，如審查批准政府各行政機關的命令，及各種議案，頒布各種命令及規程，召集全俄蘇維埃大會，並須製作報告，任命人民委員會的委員，這些委員，合起來叫做 *Sovmarkem*，指揮全俄的行政事務。

全俄蘇維埃大會與中央執行委員會，有權處理全國一切的重要問題，即是對於憲法的批准、修改、增加，亦可為之。但是對於憲法基本原則之增加或修改，只有全俄蘇維埃大會有權為之，其餘如制定預算，舉行債款，增加租稅，用命令的形式來制定法律，組織法庭，任命或撤換各行政長官，名義上皆由全俄蘇維埃大會負責，事實上中央執行委員會和主席團 *Presidium* 皆派人參與各種決定。

起初中央執行委員會每兩月開會數次，自一九二一年之後，就不時常開會，在不開會期

間，就由主席團代行一切職務，同時籌備中央執行委員會開會時的議事日程。主席團人數雖少，實際上却握了全國政治的中心，所以除了全俄蘇維埃大會和中央執行委員會開會的時間外，主席團就是蘇俄全國最高的權力機關。

前面所說的全俄蘇維埃大會、中央執行委員會、主席團，是蘇俄的三大政治機關，他們主要的工作，是決定全國的大政方針，間接的才過問行政事務，及制定法律，日常行政事務，由十二部擔任，謂之委員總會。每部設一部長，稱做委員，這些委員在理論方面，是由中央執行委員會選任，實際上却由共產黨的政治部任命，而後由中央執行委員會批准。

委員有兩種不同的責任，一是個人的責任，是對委員總會負責。委員總會是各委員聯合起來的總稱，好像別的國家的內閣，在俄國叫做人民委員會，還有一種是團體的責任，是委員總會對中央執行委員會及主席團負責，各委員在其所管轄的範圍內，得為各種決定，各部皆設有參事會，其作用在監督各部及備其咨詢。參事會的議員，是由委員全體會議任命；參事會由所屬部的委員擔任主席。假使參事會與委員的意見不合，可以向委員總會，或是中央執行委員會，或是主席團控訴，但是對於部長的決定，不能停止其執行。至於委員總會，其

職權爲決定日常事務的重要方針，及執行中央執行委員會所決定的政策，他有權發表命令、訓令，對於有關各部的緊急行政事務，他也可決定應付的辦法。這許多事務，部長會議，必須立刻報告中央執行委員會或主席團。中央執行委員會或主席團有權把委員會的決定取消或停止執行，但是有「大政方針性質」的決議，必須交中央執行委員會審查及批准。但如有極端急迫的事件，委員總會得逕行執行。

現在再來談談地方政府：蘇俄地方政府的單位，就是各種等級的蘇維埃代表大會，全以當地的農工蘇維埃或農工會議做基礎，比如蘇俄把全國分成許多地方區域、省、縣、經濟區域，鄉村區域等等，每一地域皆有一個代表大會，但是城市蘇維埃與鄉村蘇維埃選舉人數的限制不同，城市是以投票的人數計算，鄉村則以人口的數目計算，所以結果城市的代表人數反比鄉村的代表人數多，此外又有執行委員會，他是城市和鄉村的行政機關。

剛才所講的地方代表大會，就是各該地方的權力機關。平常，代表大會每年開會一次，但可舉行特別會議，在不開會期間，由地方執行委員會代行最高權力，地方執行委員的人數，由中央執行委員會決定，每一個地方執行委員會，必須對地方代表大會負責，他同時是

較高級地方執行委員會的隸屬機關，執行委員會，並須選舉一個主席團，其職務為指揮日常事務，在執行委員會不開會的期間，並須執行中央各機關的命令。地方機關的職務，是在各該所轄區內促進農業與經濟的發展，制定地方的預算，解決有地方性質的各種問題，使地方蘇維埃有一致的行動，維持地方的治安秩序，及研究國家的各種問題，這些蘇維埃代表大會及執行委員會，有權監督其較下級的代表大會，及執行委員會的權限，並得取消或停止他們的議決案。

關於蘇維埃、蘇維埃代表大會、執行委員會，主席團的選舉細則，是由各地蘇維埃依照中央執行委員會的命令所制定的，有關選舉的糾紛，亦由該會解決，蘇俄的選舉，皆是本着職業代表的原則，店舖、工廠、機關、軍隊等等，皆是選舉的單位，只有沒有組織的階級，才用地域代表制，但是他們也時常附屬到相類的機關去選舉，以上是憲法的第三編。第四第五兩篇是講的財政問題及國旗問題等等，茲從略。

法學叢刊 資料 蘇俄憲法述略

解釋

司法院訓令 院字第一零零一號(二十二年十一月九日)

令署湖南高等法院首席檢察官曹瀛

爲令知事該首席檢察官呈最高法院檢察署請解釋人民告發公務員吸食鴉片案件辦理程序疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決各級法院檢察官受理人民告發公務員吸食鴉片案件應依刑事訴訟法所定程序辦理不受公務員調驗規則之拘束合行令仰知照此令

司法院指令 院字第一零零二號(二十二年十一月十三日)

令署安徽高等法院院長陳福民

呈悉業經本院統一解釋法令會議議決內地外國教會租用土地房屋暫行章程係專就外國教會而設外國領事館在內地所占之土地及房屋不適用該章程之規定合行令仰轉飭知照此令

司法院咨 院字第一零零三號(二十二年十一月二十八日)

爲咨復事准

貴院本年八月十九日咨(第一九八號)據實業部呈請解釋商標法第一條第二項疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決商標法第一條第二項對於商標所用文字祇謂「須特別顯著並指定所施顏色」足見商標法上之文字僅指其所表現之形體並不包括讀音在內徵之同法第二條所列各款亦皆指示形體與讀音無涉其義益明相應咨復

貴院查照飭知此咨

行政院

司法院咨 院字第一零零五號(二十二年十二月六日)

為咨復事准

貴院本年八月十七日咨(第一九六號)開據上海市政府呈請解釋修正水陸地圖審查條例第十條疑義一案咨請查照見復等由業經本院統一解釋法令會議議決修正水陸地圖審查條例第十條本為概括的規定違反同條例第七條第八條之禁止事項仍應查明內容如有合於刑法第一百十一條第一項第四款及二三兩項或一百十四條至一百十七條所載情形自可適用各該條規定分別處斷但並應注意軍機防護法相應咨復

貴院查照飭知此咨

行政院

司法院公函 院字第一零零九號（二十二年十二月九日）

逕復者准

貴會本年五月二十六日（第二七五九號）及九月九日（第四五八九號）先後函開據江蘇省執行委員會及山東省執行委員會呈請解釋同業公會改選辦法疑義兩案函請併案解釋見復各等由業經本院統一解釋法令會議議決工商同業公會之會員代表如僅與委員法定人數相當或不足應行改選之委員人數者於改選時可由會員另推派代表以備選任（參照院字第三六九號解釋）相應函復貴會查照分別轉知此致

中央執行委員會民衆運動指導委員會

司法院快郵代電 院字第一零一三號（二十二年十二月二十五日）

河北高等法院胡院長覽本年八月卅代電悉所請解釋竊盜因脫免逮捕殺人適用條文疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決竊盜因脫免逮捕而殺人者應依懲治盜匪暫行條例第一條第十二

法學叢刊 解釋

款辦理但得按其情形酌予減等合電知照
司法院有印

重要法令

修正民事調解法施行規則

二十二年十二月十五日公布

第一條 民事調解法第一條稱第一審法院者指左列法院而言

一 地方法院及分院

二 地方庭及分庭

三 縣法院

第二條 民事調解法第二條所稱其他調解機關以有特別法令之規定者為限其曾在他法院

調解未成立者亦視為已經其他調解機關調解

經其他調解機關調解不成之情形應由原機關證明或由兩造當事人陳明

第三條 左列事件應依民事調解法第二條認為不能調解

一 禁治產事件及宣告死亡事件

二 經提起反訴之事件

三 認其聲請調解係出於不正當之目的者

四 除前三款情形外依法律關係之性質當事人之狀況或其他情事認為調解顯無成立之望者

第四條 就已經調解機關調解不成立或不能調解之事件聲請調解者調解主任應即駁回其聲請

前項處分應通知當事人或告知之而記明於調解筆錄當事人對於該處分不得聲明不服

第五條 應先經調解之事件當事人逕行起訴者法院應即交民事調解處辦理並告知或通知當事人

依民事調解法非必經調解之事件至起訴後除依民事訴訟法試行和解外不得聲請調解

第六條 設有民事調解處之法院斟酌推事員額及事務情形得專置推事一員或數員為調解

主任或即以辦理民事案件之推事充各該案件之調解主任

第七條

當事人之一造有多數者應共同推舉調解人一人如未經全體共同推舉時其中一人或數人推舉到場之調解人亦得准其協同調解但仍以一人為限

第八條

聲請調解之書面應詳記為調解標的之法律關係及爭議之情形

第九條

關於調解事件之管轄及無管轄權事件之移送準用關於民事訴訟之規定

第十條

當事人經推舉調解人者應具書面記載其姓名年齡住居所及職業或附記於聲請調解之書面陳報民事調解處但未經陳報而於調解日期偕同調解人到場者仍應准其協同調解

調解主任指定調解日期通知或告知當事人時應併通知或告知調解人

第十一條

調解人之資格及有無民事調解法第四條第二項及第五條情事調解主任應於開始調解前依職權調查之

調解人資格不符或有民事調解法第四條第二項第五條情事者以無調解人到場論

第十二條

聲請調解之當事人除預受調解主任之許可外於調解日期須本人到場其未受許可

而委任代理人到場者以無正當理由而不到場論他造當事人得委任代理人到場但調解主任認爲必要時仍得命其本人到場

第十三條 當事人兩造得約同於法院通常開庭之日自行到場聲請進行調解

第十四條 就調解結果有利害關係之第三人經調解主任之許可得參加於調解程序調解主任並得將事件通知之命其參加

第十五條 調解應在特設之調解室行之如房屋不敷用時得借用法庭

調解主任如認爲適當時得在法院外行調解

第十六條 調解無庸公開及用開庭之形式

調解主任及法院書記官於行調解時得不着制服

第十七條 當事人未預行陳明正當理由於調解日期不到場者調解主任斟酌情形得於五日內再定調解日期或不再定日期

第十八條 前項未到場之當事人得於五日內釋明係因有正當理由不到場聲請再定調解日期凡因當事人不到場再定調解日期而當事人仍有不到場者即視爲調解不成立

第十九條 調解日期當事人均到場而其兩造或一造無調解人到場者調解主任得斟酌情形仍

進行調解或另定日期命當事人屆時偕同調解人到場

第二十條 不問當事人有無推舉調解人如調解主任依關係人之陳述或其他調查之結果認有

第三人適於協同調解時得選任為調解人

前項調解人得酌給日費及旅費

第二十一條 調解主任於開始調解前得為調解所必要之處置

第二十二條 行調解時應審究案情及兩造爭議之所在於必要時得調查證據

第二十三條 調解主任應詢調解人之意見就該調解事件酌擬平允辦法勸諭兩造互相讓步

第二十四條 調解日期雖未開始調解或經開始調解而未終結時亦應由法院書記官作成調解筆

錄

前項筆錄無庸送達

第二十五條 調解成立筆錄如係代理人到場者應由該代理人簽名當事人或代理人不能簽名者

應由法院書記官代書並記明其事由由當事人或代理人蓋章畫押或按指印

第二十六條

兩造到場調解不成立者當事人之一造得於該調解日期以言詞起訴並聲請即行言詞辯論或聲請本於調解前之起訴而爲言詞辯論

第二十七條

依民事調解法第七條科罰之處分當事人不得聲明不服

第二十八條

調解程序如需費用者關於其支出及計算準用民事訴訟費用之規定

前項費用如調解時未經特別定明應由支出之當事人各自負擔之

第二十九條

調解程序之日期及期限準用民事訴訟法關於期日及期間之規定

第三十條

民事調解法及本規則所定之通知應以文書依民事訴訟法關於送達之規定或依其他適當之方法交付於受通知人

第三十一條

調解程序應提出民事調解處之書面按照訴訟狀紙尺寸由當事人自備其由法院製定發售者售價至多不得過銀幣五分

第三十二條

本規則自公布之日施行

附錄

法家與醫家在立法方面的一個共同使命 劉陸民

——在全國醫師聯合會第三次大會致詞——

今日兄弟代表全國律師協會，參加全國醫師聯合會第三次代表大會開會的盛典，精神上感覺無限的愉快！特地乘這個機會，把醫家與法家在立法方面，應共同擔負的一個使命，貢獻出來：

是一個甚麼使命呢？就是**健生民族的使命**。不過諸位突然聽見這話兒，或許有人要疑兄弟的話，係出於牽強附會；其實，一點也不牽強附會的。何以呢？因所謂**健全民族最根本的方法**，是使**生殖之合理化**。更率直的說：凡被認為因遺傳的法則，不適於種族保存的分子，要防止他增殖。然則如之何防止呢？這就有賴於**優生學的立法**。這就是兄弟所說醫學與法家應共同負擔的一個使命。

各位代表，都是大醫家，兄弟自然不敢班門弄斧，貽笑大方。但據所聞於醫家的：如癩病；Epilepsie 慢性之精神病；Chronische Geisteskrankheiten 白癡；Imbezilität 西士德利；Hysterie 神經衰弱；Neurasthenis 及道德的低腦者；Moralischer Schwachsinn 與夫酒精，莫爾比涅，Morphine 科克因，鉛毒，麻拉利亞，malaria 等之慢性中毒；都能給與子孫以惡影響。所以在往古斯哥德蘭德，有斷絕癩病，精神病，痛風 Gichtischen 等生殖的法律。瑞典在一七五七年，有禁止癩病患者結婚的法律。到近代在阿爾米里亞，一九〇四年，因防花柳病之傳染，結婚要健康證明書。而優生學的立法例最多的，更莫過於北美合衆國，現在已有二十六州，對於犯罪之有遺傳性及精神病等有遺傳性的，均命斷種。此風近頃在德意志，更堪令人注目。這些從立法方面健全民族的前例，那不是成功于醫家與法學家的共同探討？

況且我們老大的中華民族，現正當革新民族的生命，增進民族的健康，優生的立法，尤為必要。兄弟現在僅舉刑法上的一個墮胎問題，來加以研究：兄弟曾憶 Siebel 嘗就為遺傳原因的酒精中毒，發表過在佛蘭克佛爾脫精神病院，一個有興味的統計，即一九〇八年至九年

一年當中，由兩親或近新有酒精中毒患者的精神病患者三〇八人的統計，其中五分之二，都是酒精中毒，五分之一，是精神病，癲癇，及早發性癡呆。Dementia praecox 其結婚者，有一二〇人，這結婚者中，二二人無子，其餘九十八人生子二〇五人，這二〇五個兒童，在分娩之際，或出生後，旋即死亡，所未死亡的，亦患神經的重症。更憶 Stelzner 曾就精神病的遺傳，在柏林精神病院，得到了很明白例證：即患者之一五%，由其祖先有精神病，六歲以下的小兒之一〇〇%，六歲以上迄九歲的小兒之九五%，十歲乃至十四歲的小兒之七三%，係繼受遺傳。其他例子，兄弟也不必備述，即此總可看出遺傳與民族關係的重要。那末，有遺傳病的人們，假令從事墮胎，即是自行淘汰不適種族生存的低格分子，在健全民族的立場，當然不能謂爲違法；現代各國刑法，乃多概禁墮害，我國自不必說，凡此仁於個人，不仁於種族的法律上的見解，兄弟希望各大醫家，來共同研究，藉以完成健全民族的大業，一洗民族衰弱的積恥，兄弟如講有外行話，尙乞 原諒！

法學叢刊 附錄 法家與醫家在立法方面的一個共同使命

上海律師公會呈立法院請制定保障兒童法律文

呈爲呈請制定保障兒童法律，以培國本事；竊國家之要素，爲人民土地主權三者，人民之強弱，與國家盛衰有密切關係。人民之強弱與否，與兒童之強弱，又成爲正比例；故有健全之兒童，始有健全之國家，健全兒童之養成，則需要國家之保護，如（一）防制兒童之犯罪，（二）注意異常兒之教育，（三）研究貧兒扶助問題，（四）矯正有害兒童身心之事情，（五）組織兒童裁判所及保護釋放後之兒童等，均爲國家所應注意之事項。東西各國對此已有辦法者，如日本於社會局中，附設兒童保護系，英國則制有兒童法，美國則伊里諾省芝加哥紐約暨南澳州坎拿大等處設立兒童法庭，其對於兒童謀福利之處，至週且密。我國對此，以前固未注意，卽自國民政府統一南北後，雖先後頒布民刑各法，然與國家盛衰有關之兒童法，則尙付闕如，現行刑法第三十條第一、二兩項之規定，僅係保護兒童法律之一部，並非整個辦法，然亦因無適當之感化教育機關，可資執行，遂致條文等於虛設。因兒童受國家保護之處少，乃致不良素質之兒童增多，形成國家之組織細胞，既不健全，國家前途，影響甚鉅。經

於屬會第一五八次執監委員聯席會議議決，應行呈請
鈞院制定保障兒童法律，以培國本在案。理合具呈陳明，請求
鈞院鑒核，採納施行，實為公便，謹呈
立法院

按此案現已經立法院批交法制委員會辦理 特註



版權所有

法學叢刊

第二卷

第六期

禁止轉載

中華民國三十三年二月十五日出版

定價表

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

廣告價目表

普通	上等	優等	特等	尊第地
正文	首篇以外正文	封面及對面	封面及對面	位全
後文	前後之對面	首篇之對面	首篇之對面	面半
中	二元	二元	二元	面四分
一元	二元	二元	二元	之一
七	九	八	八	
元	元			

廣告概用白紙黑字 如用色紙或彩
印價格另議 繪圖刻圖工價另議
連登多期價格從廉

編輯者

發行者

印刷者

編輯委員會設上海貝勒路上海律師公會
中華民國律師協會
電話 八五五四五一

南京城內豐營路三新里
中華民國律師協會
電話 一二八六六

上海蒲石路二五八號
蔚文印刷局
電話 八四四四三號

法學叢刊社

國民政府統一解釋法令彙編發售通告

編制 彙編將最高法院解字一號至二四五號暨司法院院字一號至六四七號止（十

六年迄二十年終）**續編**自院字六四八號至八三八號止（二十一年度）公布之解釋文件

悉數蒐集用十六開上等報紙裝訂四冊（彙編全書二冊續編全書一冊）計分要旨原文索引

一覽要旨係逐號節錄依現行法規分門別類並以章節法條爲序用便檢查每一類別詳註該

本法之公布施行或失效日期以明沿革原文將解釋法律之函電及請求解釋之原件逐號編

入首尾完全索引一覽按解釋號次列入要旨附註關係法令條文及原文頁次知解釋之號次

而不知內容者按圖索驥尤能一目了然

定價 彙編每部售洋四元續編每部售洋一元**兩編**合購者以八折實收外埠函購外加

郵費彙編二角三分續編一角三分

發售處 上海貝勒路五七二號上海律師公會