

法學叢刊



第一卷

第六期

本期要目

監察制度與監察院

李次山

死刑與犯罪

高陽

財產法概論

德明

請王寵惠改任國際法庭案

李次山

修改刑法刑名案

李次山

中華民國律師協會

法學叢刊出版社

本刊啓事一

本期稿本，早經付印，因印刷所遭特別遭際，以致一再稽遲，使本刊無以對讀者，特此鳴歉！第七期起，必儘可能範圍，按期出版。

本刊啓事二

本期材料，原有多種，祇以財產法概論，編幅過鉅，文欲使讀者便於閱覽，不願分期登載，以致他種著作，均留下期續刊。

本刊第七期要目預告

- (一) 世界法系中之中華法系(續)
- (二) 社會保險在世界法制上之地位
- (三) 中國法學與中國人
- (四) 所有權之將來

法學叢刊

等一卷 第六期

論著

監察制度與監察院……………李次山

第一現行監察制度一斑

第二監察制度之史的觀察

第三監察制度之他山石

王紹整先生惠贈

第四結論

譯述

刑法與犯罪……………高

我妻榮的財產法概論……………德明

專載

- 請王司法院長改任國際法庭建議案……………李次山
- 修改刑法刑名建議案……………李次山

中華民國法規彙編出版預告

本社所刊中華民國六法、因篇幅浩大、成本高昂、以致所定價額、仍與普通社會購買力、未能悉稱、殊用疚心、茲為便利讀者起見、特分訂左列各種法規彙編廉價發售。

【第一種】國事法規彙編 甲種 洋裝一大册 實價三元 乙種 精裝一大册 實價二元
自政府組織、民衆組織、以至地方制度、司法制度、教育制度、稅務制度、與夫各種行政法規、網羅俱備。

【第二種】民事法規彙編 甲種 洋裝一大册 實價二元 乙種 精裝一大册 實價一元三角
民法總則、債編物權、親屬、繼承、各編、以及票據法、保險法、土地法、鑛業法、漁業法、公司法、海商法、一切商法民事訴訟法等各種現行有效之民事法規、盡行編入。

【第三種】刑事法規彙編 甲種 洋裝一册 實價一元 乙種 精裝一册 實價七角
刑法、刑事訴訟法、禁烟法、陸海空軍刑法、危害民國緊急治罪法等刑事法規、盡行編入。

統購三編 甲種特價五元四角 乙種特價三元二角

▲總發行所 法學叢刊社 ▼
上海浙江路渭水坊

▲總經理 共和書局 ▼
南京花牌樓

各種法規單行本發售預告

本社為謀各界實際應用之便、另訂各種法規單行本與六法暨各種彙刊同時發售、要目如下、價目另行公布。

- (一) 組織法規 自國民政府五院各部會乃至省市縣鎮府之組織法規、盡數插入。
- (二) 教育法規 教育部所屬法規屬之。
- (三) 財政法規 財政部所屬各種法規屬之。
- (四) 交通法規 交通鐵道兩部所屬各法規屬之。
- (五) 內政法規 內政部所屬各種法規屬之。
- (六) 考試法規 考試院所屬之各種法規屬之。
- (七) 司法法規 司法院所屬各種法規屬之。
- (八) 監察法規 監察院所屬各種法規屬之。
- (九) 社會法規 各種團體組織法規屬之。
- (十) 勞動法規 工廠法勞資爭議處理法等屬之。
- (十一) 生產法規 土地法鑛業法區業法公司法等屬之。
- (十二) 中華民國民法 民法各編及施行法屬之。
- (十三) 中華民國刑法 附單行法規。
- (十四) 中華民國民刑訴訟法

中華民國法學叢刊社啓
律師協會

監察制度與監察院

李次山

第一 現行監察院制度之一斑

國民政府監察院，於民國二十年春季成立，革命長老于右任爲院長，高一涵劉成禺謝无量諸子，被命爲監察委員，先後宣誓就職，到院視事，從此五權憲法，有規模粗具之觀。不可謂非革命進程中，一段可紀之事實。

監察院之職權，以國民政府組織法第十四條爲根據，本條規定監察院爲國民政府最高彈劾機關，依法律行使左列職權：

(一) 彈劾

(二) 審計

監察院之組織，依同法第四十三條，設監察委員十九人至二十九人。另有國民政府監察院組織法，規定詳細組織，及行使職權之方式。其第一條規定監察院以監察委員行使彈劾權

。第二條規定關於審計事項。另設審計部。第三條規定監察院院長得請國民政府，特派監察使，分赴各監察區，行使彈劾權。第四條規定監察院得隨時派員分赴各公署及其他公立機關調查檔案冊籍。第五條規定監察委員得單獨提出彈劾案。第六條規定彈劾案提出時，由院長指定監察委員三人審查，經多數認為應付懲戒時，監察院即將被彈劾人移付懲戒。官吏懲戒委員會議決不應處分時，原彈劾人不負責任。另有監察委員保障法，彈劾法，兩種，爲本法以上各條之補助。審計部職權，則於監察院組織法第十三條著有明文，較彈劾部分比較具體化。其一審核，政府所屬全國各機關之決算及計算。其二監督政府所屬全國各機關預算之執行。其三置定政府所屬全國各機關收入命令及支付命令。其四稽察政府所屬全國各機關之冒濫及其他關係財政之不法或不忠於職務之行爲。行使此種職權之方式，尙有審計部組織法，及審計法，爲之依據。其職員名額，則爲審計九人至十二人，協審十二人至十六人，稽察八人至十人，另設駐外審計協審及稽察，亦較多於監委之名額。

此種監察制度，足以舉監察權之實而盡其能事乎？足使吏治官方，乃至一般政事起良好之作用乎？依歷史事例所紹，敢斷言其不能。雖以革命長老及衰衰諸公之賢明，恐亦不過組

設機關，以爲革命政府裝點門面而已。

第二 監察制度之史的觀察

監察權分立之理論，總理中山先生闡明之，願監察制度，在我國發源極早，而發達亦特甚。「鞭作官刑」始見於虞書舜典。「制官刑，儆于有位」臣下不匡，其刑墨」之記載，再見于商書伊訓。是制刑以監臨官吏之制度，虞商兩代，已肇見端。

周書梓材，「王啓監，厥亂惟民」。周禮天官大宰，「乃施典於邦國，而建其牧，立其監」。一注「監，謂公侯伯子男各監一國。此爲王朝分遣諸侯監臨地方之制。其監臨之範圍，已不限於官吏。大宰之越 掌建邦之六典。曰政典，以正百官均萬民。曰刑典，以刑百官糾萬民。又以八法治官府。小宰以府之八成經邦治。以聽官府之六計弊（斷訓）羣吏之治。此爲首領官執官規以監臨所屬之始著者。

小宰職制 尙更進一步以一令於百官府曰，各脩乃職，攷乃法，待乃事，以聽予命，其有不共，國有大刑」 仍襲用虞商兩代刑以監官之傳統制度。

宰夫之職，掌治法以攷百官府羣都縣鄙之治。乘其財用之出入，凡失財用物避名者，以官刑詔冢宰而誅之。其足用長財善物者賞之。「註」一乘，猶計也。避者詐爲書以空作見。「讀如現」文書與實不相應也。官刑在司寇五刑第四，所謂上能糾職也。「正歲會，月終則令正月要，旬終則令正日成，而以致其治。治不以時舉者，以告而誅之。「註」一要會謂計最之簿書，月計曰要，歲計曰會，日計曰成。「此乃乘法令以糾察百官之要職，且有權執行刑賞。故周制宰夫一職，官塔較崇，而設官頗衆，計下大夫四人，上士八人，中士十有六人，旅下士三十有二人，府六人，吏十有二人，胥十有二人，徒百有二十人，在周制中 舍地官鄉師師氏，遂人，秋官士師等要職外，罕與倫比。此實我國監察制度史中最值注意之一頁。不容或忽者也。

地官師氏，掌以嬖詔王。保氏，掌諫王惡。司諫，掌糾萬民之德，而勸之朋友。正其行而強之道藝。巡問而觀察之。以攷鄉里之治。以詔廢置，以行教宥。司教，掌萬民之衷惡過失而誅讓之。以禮防禁而救之。「註」一衷邪同，衷惡謂侮慢長老，語言無忌，而未嚴於罪者。過失，亦由衷惡酗酒好訟，若抽拔兵器誤以行傷害人，毀於罪者。誅，課責也，古者重

刑，且責怒之，未卽罪也」。凡此三種職官，爲「監察官吏」以外之另一職掌。上爲王朝師保，下以糾察萬民，此可爲我國監察制度中最有價值之一點。

秦併天下，中央政府置三大機關，御史大夫居其一，位次於相，監察中央諸官吏。京外各郡。則置監察御史，以監視各郡官吏。用意與周初「立監」略同。而監察爲獨立衙門，則自此始。其諫議大夫，則胎襲保氏遺規。以監察皇帝者也。

漢制，中央置御史府，謂之憲台。後漢稱御史台，或稱蘭台寺。亦置御史監諸郡，察舉不法。

唐隋以降，御史職權更重，台門北向，取陰寒肅殺之義。糾彈不法，百僚震恐。然猶只風聞彈事，揭舉而已。其鞠案禁繫，則委之大理。迨貞觀末，台中置東西二獄，以自繫劾，權威更重。武后改爲肅政台，分左右，左以察朝廷。右以察郡縣。後仍改爲御史台，分三院，兼理冤獄覆重囚，一切不平不法，皆得干涉之。

宋承唐制，仍設三院。其御史領吏戶禮兵刑工六察，分左右巡使。文官之違失，右巡主之。武官之違失，左巡主之。凡台諫之官，不相往來，以杜和同之弊。

元制中央置御史台，各省置行台。專司彈劾百官姦邪。議論政事得失。體察民間疾苦。員數甚多，不屬中書丞相管轄，亦獨立之官府也。

明改御史台爲都察院，有左右都御史副都御史，僉都御史 十三道監察御史等名目。其職掌都御史專糾劾百司，辨明冤枉，提督各區。凡大臣姦邪，小人構黨作威福亂政者劾。凡百官猥奢貪冒壞官紀者劾。學術不正，上書陳言，變亂成憲，希進用者劾。遇朝覲考察，同吏部司莊否黜陟。大獄重囚，會鞠於外朝。借刑部大理讞平之。十三道監察御史，主糾察內外百司之官邪。或露章面劾，或封章奏劾，在內兩京刷卷，監臨鄉會試及武舉，巡視光祿京營倉場內庫皇城五城，輪值登聞鼓。在外巡按清軍，提督學校，巡鹽茶馬巡漕巡關攢運印馬屯田，師行則監軍紀功，各以事專監察，而巡按則代天子巡狩，所按藩服大臣府州縣官諸政，舉劾尤專。大事奏裁，小事立斷。按臨所至，必先審錄罪囚，吊刷案卷，有救出入者理辨之。諸祭祀壇場，省其燭宇祭器，存卹孤老，處視倉庫，查算錢糧，勉勵學校，表揚善類，剪除豪蠹，以正風俗振紀綱。凡朝會糾儀，祭祀監禮。凡政事得失，軍民利病，皆得直言無避。有大政集闕庭豫議焉。御史監察職權之發達，至是已臻絕頂。凡行政司法，軍政警

政。財政、教育、考試，以及一切朝會祭禮典禮，均爲監察範圍所及。甚至學術思想，風俗習慣，無不有權干涉。上自百官，下至黎庶，外而法律，內而道德，皆爲監察御史目光注射所及。其職權範圍，實兼周制宰夫師氏保氏司諫司救各官而併有之。吾友高一涵所著政治學綱要，謂監察權到了明代，便與政權軍權鼎足而三，造成「中書總政事，都督掌軍旅。御史掌糾察」的中國式的三權分立制。洵不誣也。

清沿明制，中央設都察院，各省分十五道，各置監察御史。每道二人至四人不等。而各省總督提學，亦各兼御史職銜。各得提封奏劾。

高著政治學綱要，於我國監察制度，尙有兩段夾叙夾議之文字，足以釋明我國監察權之真諦。追錄如左。

中國御史彈劾，向來不用都察院的名義，只用御史個人之名字。這也是保障御史獨立的一種方法。凡都察院中的御史，都各自獨立。一方面不受長官的指揮，一方面又不受同僚的牽制。唐朝的監察御史蕭玉忠說「御史人君耳目，俱握雄權，豈有奏事先咨大夫？台無此例，設彈中丞大夫，豈得奉詔耶？」

又說「故事台官無長人，御史人君耳目，比肩事主，得自彈事」。由此可見中國的御史台，自古以來，就沒有行過長官獨裁制。也沒有行過合議彈劾制。御史不但受長官節的制，並且像宋璟與武則天的故事，簡直可以拒絕君主不當的命令。見夫唐新語御史可以彈劾中丞大夫。巡撫可以彈劾總督。皆是御史無長官，各自獨立彈劾的效果。

中國的監察權，不僅是一個官吏的彈劾權。此外還有許多行政的監督權。例如接受各官廳施政成績的報告，考核京察大計，檢查各官廳經費出納的會計報告，和註銷各衙門案卷等，都是都察院的重要職權。這一類行政的監督權，皆與彈劾權有密切的關係。如果單有彈劾權，沒有行政監督權，那麼彈劾權便等於虛設了。正因為行政的監督權，是彈劾權的前因，彈劾權是行政監督權的後果。

要之監察制度，在我國法制上，實有極深遠之歷史。監察機關，實握有極廣大之權力。消極方面，確能使一般官吏，減少非違之行動。惟積極方面，僅周代設有司諫專官，而宰夫有權行賞，明制規定勉勵學校，表揚善類，為御史職權之一部。而其發達則遠不如消極方面之甚也。

第三 監察制度之他山石

歐美各國，監察政府官吏之職權，大都歸於議會。可謂爲「人民監察制」。而「官吏監察」，則惟上級官吏，在行政系統上，各對其僚屬，握有監督察核之權。其設行政法院之國家，行政法院，亦大都以受理人民申訴，爲主要職務。設置專官，澈上澈下以監察全般官吏者，蓋爲我國所獨有。故陶鎔歐化之達人先生 語及監察制度，則恆目瞪口呆，無所取則。惟本黨基於總理遺訓，以五權憲法建國。既立身國民政府之下，亦不得不就「監察權」三字，閉圖吞棗，隨聲附和而已。國民政府監察院之晚成，其原因在此，所定監察制度之不完善，其原因亦正在此。

歐美監察制度之事例，既如此貧乏，則監察制度之他山石，將何所取材乎？有之，惟蘇俄之勞動檢察部及司法檢察署。蘇俄與我國尙未復交，共產主義，又爲國人所痛惡，共產主義下之制度，宜不容齒及。但古語云，不以人廢言。又曰，國於天地，必有與立。盜亦有道，何況國家。知己知彼，固規國者所應有事也。吾今不避忌諱，以介紹蘇俄勞動檢察制度，

暨司法檢察制度於國人。以補歐美監察制度之缺。俾與我國歷史上之監察制度，互相比照，度非無益之業也。（以下大體根據南滿鐵路調查課刊行大藏公望所著「蘇俄實況」大藏氏本著，係於一九二九年親歷俄境，徧訪朝野各要人各機關，並參攷各種官私文書統計，所得之結晶品）。

（甲）勞動檢察制度

勞動檢察機關之地位

蘇俄政治組織，於全聯邦人民委員會中（即全聯邦政府）專設勞動檢察部，與財政外交陸海空軍各部，暨國事偵探局勞動國防院等，並列為十四部。其聯邦一員之各邦，如俄羅斯共和國等，亦各於人民委員會中，設勞動檢察部。與聯邦勞動檢察部相統屬。下至自治共和國之人民委員會，州執行委員會，縣執行委員會，亦各設有勞動檢察局，與聯邦暨各本邦勞動檢察部相聯繫。其地位之重要，與財政交通司法農工等部局，完全相同。

勞動檢察機關之目的與任務

勞動檢察機關，以謀國家中央乃至地方各機關事務之改善，工商業及組合事業之改良進步為目的。政府對於檢察機關，賦予左列重大之職權。

(一)關於各機關之職制，組織，員額，如檢察部有所決定，即為最終之決定。政府不得變更。檢察部當決定此等事件時，預先咨照關係機關，如關係機關提出反對意見，則由檢察部參事會，召集關係機關人員，充分討論，如再不能合意，則以檢察部長之名，強制執行檢察部之意見。

(二)政府機關，如有不經濟之行為，足認為損害國家時，有直接提付法院，請求裁判之權。當請求裁判之際，檢察部長為原告，行為機關之命令者為被告，各機關之命令，皆以書面發佈，命令之責任，由書面署名者負之。如署名者有數人時，則全部為被告。如情節重大，應負刑事罪責，則向刑事法庭求刑。否則訴諸民事法庭，求其糾正。

勞動檢察部之組織

聯邦勞動檢察部，以部長為首長。其下設次長一員，參事十一員，為全部之主幹。其部員之任務，因有互各方面實施監察之必要，不似他部之設固定廳局，常依其任務，組織適當之委員會，每會置主任一人，委員四人至十七人，惟左列三種，為比較常置之機關。

(一)總務組司計畫庶務會計等雜務。

(二) 檢察組，專司檢察政府各機關之缺點，並補助財政部，檢查金錢出納。

(三) 運輸通信組，設水運鐵道通信三科，各司其檢察事務。

前述三組以外，置主任三十六名，各統率一委員會，全部職員凡四百名。

檢察部實際任務之一斑

(一) 在一九二八年度，以減低物價，為最要事務之一。為求減低物價，對於國家機關之經費，一律減少二成。檢察部員與地方檢察官聯絡，審查一切機關之預算，赴各企業機關，召開職工大會，徵求如何實行節約之意見。並就各機關新置檢察委員會，使當審查是否節約經費之任。各檢察委員會，認為不正之場合，即報告於檢察部，審查事實，而以權力強行之。

(二) 為謀國家機關能率之增進，銳意研究先進國之前例。派員出國見習，設技術及管理方法能率研究所，收容多數專家及外國人，專心從事研究。其研究結果，交通部財政部已次第採用。交通部由此減汰職員三分之一。裁汰以後，即絕對不許增加。檢察部常派能率專家，嚴密監視。現有三百以上之企業機關，設事務合理化委員會，與檢察部聯絡，從事能率

增進之研究。

(三) 謀產業之合理化，派多數專家，赴德國研習工業生產上如何合理化之方法。現就其研究所得。已設有農具，紡績，製革等新式工場。

(四) 努力求事務之簡捷，凡由經濟上認為不必要之事務，概省略之。無論何人，有見及各機關繁雜之手續者，許其隨意申告，檢察部立即派人匡正之。

(五) 各機關職員中，不諳執務方法者，實際不少。檢察部常負指導之責。凡無知錯誤，乃至未臻完善之行爲。尙非出於不正者，則與所屬長官，商明改善，萬一有經濟上不當之行爲，圖利個人而損害國家者，則立予免職，提付法庭糾問。

(六) 審查建築之是否正當，關於金屬電氣運輸等之建築物，尤嚴密監督之。

(七) 關於運輸，特嚴重監視，軍事徵發之際，尤加注意研究。

(八) 研究各部之立法，政府之立法事業，常告知檢察部長，取出研究所得。以爲立法之準繩。

運輸交通檢察組成績之一斑

檢察部派在本組供職之人員，凡四十五名。其任務專就

現行各種方法，研究審查，就所得結果，以實施改正。交通部固自有專設之檢察官，但立於主觀地位，能發批評的意者極稀。頗乏良好之成績。而檢察部派出檢察人員，則以第三者之地位，觀察較易透澈。故檢察部不時派出專家，偕鐵道管理局職員，親赴從業處所，執調查研究及監查之勞役。其所得結果，即直接報告於該管長官。一面通知各關係機關，使就錯誤不足之點，加以補正，凡事件重大者，通知交通部，請其改正規章。更重大之事件，則提交國務會議，決定適當之方法。

本組業務成績之最顯著者，如克魯斯基鐵道局。經檢察之結果，變更其組織。原來分設十七部，七十二課，二十四分課，七獨立系，擁首長主任之名者，凡二百零九人。依檢察部之主張，銳減為七十二人。全體職工，汰去百分之三十五。由此節省之費用，全年二百五十萬盧布。卡莊鐵道局亦汰去人員百分之三十七。全國鐵道局裁員總額，達二萬八千八百。其決算報告，節省費用，竟達百分之六十。實際上初無何種不便。交通部全體事務費，亦由此節約四千萬盧布。自檢察部着手為技術上之改善，勞動能率之增進。實際所獲利益，達六千萬盧布之鉅額。誠驚人之一事也。

勞動檢察部一九二七至二八年度之事業計畫

此項計畫，爲聯邦檢察部正式發表之官文

書。自表面觀之，不免枯燥無味，然檢察部職權活動之範圍，由此易窺全豹，固不容忽視之
文獻也。（以下選錄計畫全文）

第一部 政府及勞動檢察部訓令實行之審查，

一 行政費

依政府訓令一九二七至二八年度行政費，須較一九二六至二七年度，削減百分之二十以上。本部須爲是否實行之審查。

二 地方機關之權利及義務

關於蘇維埃行政地方機關權利義務之擴張，政府及勞動檢察均有訓令，須審查是否實行。

三 工場及托拉斯之權利

關於工場及托拉斯權利擴張之政府條令，應審其是否實行。

四 一九二六至二七年度勞動檢察部考究之人民委員會及經濟機關之組織。

一九二六至二七年度本部考究之人民委員會及經濟機關單純化，並改造之結果，應審查之。

五灌溉計畫

調查適切計畫之製作，計畫實行之程度，生產費之有效化與經濟化，審議一九二五至二六年度及一九二六至二七年度之灌溉費，

六自治共和國及自治州之機關

。關於小民族共和國並州統治機關之單純化及經濟化，本部曾有訓令，其實行之程度如何及依政府訓令實行節約之程度如何，均應審查之。

七金融機關

關於金融機關之組織及活動，政府及本部均有條令，應審查其實行之情況。

八冶金工場之新設

關於冶金工場新設之研究，如計畫的指導，計畫之作成，工場之組織化作業化，建設費之低廉等，一九二六至二七年度政府及本部均有訓令，其實行之程度如何，應

審查之。

九化學品製造業公會之研究

關於化學品製造業公會商業網之組織，政府曾有訓令，爲達實行此項訓令之目的，對於該公會應加研究。

十生產之合理化

審查關於生產合理化政府訓令之實行

第二部 蘇維埃機關之組織

十一村落預算案

研究村落蘇維埃獨立預算案之編成。

十二司法機關之單純化

爲保持社會機關與審判檢察機關之密接，使機關接近人民之要求，謀事務能率之增進與解決，手續之單純化簡易化，須審查最高及中等審判檢察機關之組織系統及業務。

十三 郵傳部及其地方機關之單純化

爲確立郵傳部及其地方機關權利義務之機能及其權限，須制定此等機關之組織及其員額，故對於此等機關之現行組織員額及業務，須加審查。

十四 員額之制定

爲謀國家機關之單純化與經濟化，審查其員額。

十五 蘇維埃民主主義之維持

防止國家機關之官僚化，須與勞動者及農民多數以積極之保證，故對蘇維埃民主主義維持案，應加以嚴密之審議。

十六 全聯邦中央機關內聯邦共和國國務之進展

爲廢止國務之繁文縟節，審查全聯邦中央機關處理聯邦共和國國務之現行法規。

第三部 經濟機關之組織

十七 製糖托拉斯之單純化

爲謀機關之單純化及經濟化，審查製糖托拉斯之組織及員額。

十八穀商機關

審查穀類供給機關之組織及價值，且審議機關單純化及經濟節約之計畫。

十九漁業機關

爲謀水產交易之單純化經濟化，審查水產品之貯藏輸運暨販賣機關之組織及價值。

二十冷莊屠殺機關之單純化

爲謀該機關之單純化經濟化，審查其業務組織及定員。

第四部 產業並工業化

二十一製蔴及製絲業

爲減少外國織品之輸入，考究製蔴製絲及其原料事項。

二十二玻璃工業

審議玻璃工場之改建，新工場建造費之使用用途及經濟化。

二十三橡皮製造業

爲謀生產品價格之低下，品質之向上，投資之確適，研究橡皮製造業。

二十四電化

爲謀設備之進化，期限之短縮，物價之低減所必要之電化，審議一九二六至二七年度投資之結果。

二十五科學的技術的計畫與生產品之關係

爲確保與生產最密接之關係，審議科學的技術的計畫，且謀此等機關之向上與經濟化。

二十六建築材料之供給

爲謀生產品之向上與價格之低落，考究建築材料之交易。

第五部 勞動

二十七全聯邦並聯邦共和國勞動部之事業。

爲全聯邦勞動法之正確實行，審查勞動部之事業。

第六部 農村經濟

二十八對於貧農之救助

爲實行黨及政府對於貧農救助之訓令，審查蘇維埃機關之事業。

二十九收穫率之增進

依收穫率增進計畫，審查蘇維埃機關之事績。

第七部 調查與報告

三十經濟機關及人民委員會之調查報告

爲謀報告之單純化簡易化。繼續經濟機關及人民委員會之調查及報告事項，且攷究之。

三十一調查事務並能率增進

1. 公共經濟部，社會保險局，衛生部調查報告之繼續。
2. 中央官廳能率之增進。
3. 調查事務之機械化。
4. 郵傳業務之合理化。

第八部 財政及國家預算

三十二國家預算之研究

依全聯邦暨聯邦共和國之請求，根據預算合理化之見地，審議研究國家預算。

三十三稅制（直接稅）

審查直接稅制度改正之結。

三十四稅制（消費稅）

為謀各種消費稅課稅手段之單純化合理化，課稅機關之經濟化，研究消費稅制度。

第九部 輸運

三十五河川輸送及海上商港之管理機關

為謀機關之單純化及經濟化，研究河川輸送暨海上商港之管理法及組織。

三十六鐵道之資本建設

關於經濟之合理化，建設費與改造費節約，政府曾有訓令，為檢證此項訓令是否實行，考究若干鐵路資本的改造暨資本的建設。

三十七工場之區間整理

爲謀機關車客貨車根本的適度的修繕，研究工場之區間整理及修繕之特質。

莫斯科縣勞動檢察局之概況

據局長哀哥洛夫氏談該局之概況，可分三段記述如左。

1. 任務

縣勞動檢察局，爲中央勞動檢察部之地方機關。以監視法律命令之是否實行，暨各機關行動之是否合理爲其任務。其監視範圍，原則上以縣蘇維埃所屬機關爲限，若有檢察部特別委任之場合，則延其辣腕於上級機關。

檢察局對於各機關之監視，非僅摘發非違已也。在革命初成之際，諸般設施，乃至各機關之組織及行動，未能悉臻完善。一切法令規章之精神，未能充分實現。檢察局基於此種原因，由側面監視各機關之組織及其行爲。發見有不妥適不合理者，即直接喚起該機關之注意，使加改正。一面受理各企業機關或個人之不平申告，而調查其真相。計諸般設施之改良向上，如有故意或重大過失之違法行爲，則摘發不貸。

2. 監視之方法

實際監視之方法，概基前年度預定之計劃案，以爲進行標的，蓋監視所及，若亘全般設

施，爲事實所不可能。故依預定計劃案，決定於本年度須如何監視某種機關，被其監視之客體，大要可分六類。

(甲) 企業之監視。莫斯科蘇維埃所屬托拉斯，凡二十有五，生產品之年額，達五萬萬盧布。每一托拉斯包含企業約三十種，

縣經濟部選任托拉斯幹部，托拉斯幹部選任企業首長，企業之管理，各該部企業之幹部任之。檢察局不關與企業管理之事，惟於生產品價格之是否合理，由能率增進上觀察，各種企業內部，有無改革之必要等事項，加以嚴密之監視，隨時喚起其注意。若認爲企業幹部或不適任時，則有下令更迭之權。

(乙) 社會設施之監視，如學校授課時間，是否過少。教育方法，有無改良之餘地，病院醫師，是否敷用，設備有無欠缺等，皆其注目之要點。

(丙) 農村經濟之監視，農村經濟，可分爲國家經營，團體經營，個人經營三種，對於前者，依計劃案監視其組織是否適當。由國家領受之資金，是否爲合理的使用。對於個人，則凡由國家融通資金者，監視其分配是否正當。使用是否合理。對於國家分配子

種之是否適當，方法是否完備，亦加嚴密之注意。於土地整理，資本融通之際，則監視其是否正當。是否周妥。

(丁)行政之監視。概依預定計劃案以行，例如本年監視甲乙丙三郡，明年監視丙丁戊己四郡，監視時，直接向該郡之住民，提出種種詢問，法令規章等，是否盡量實施，皆嚴密檢查之。

(戊)不平申告之受理及處置，凡國家機關經營之企業，其生產品必使儘可能範圍內，減低價格，以輕國民之負擔。且懇切叮嚀，使其處理庶事，須迅速妥適。如對此等事項，聲明何種不平，則受理之而調查其真相。

不平之申告，可分爲兩種，一爲由企業或機關提出之申告，二爲個人對於企業或機關之申告是也。檢察局對於兩種申告，處理不設等差，皆詳細調查其原因。若發見不妥當，則立喚起關係方面之注意。若發見違反法律或規則之事，則用書面告訴於司法檢察署，凡人遇有不平，除向檢察局申告外，原得出訴於法院或司法檢察署，但向司法機關申告，須自爲原告，而出首於法庭。向檢察局申告，則手續簡單，口頭書面，均無不可。

且不必自爲原告。因此個人申告不平之事，異常衆多。原申告人若於檢察局之決定，有所不服，得直接向本局參事會或檢察局長，更爲申訴。若更不服其裁定，得更訴諸國法院。有時參事會或檢察局長認爲必要，命所部再行調查。

縣檢察局之職權，以檢察蘇維埃所屬機關爲原則，但於不平申告之場合，則全部受理之。小事則相機處決，重大事件，則轉呈檢察部，或受其委任處理之。通常對於不平申告，早則一日，遲則一月，必予處理完竣。不得再延。

對於虛偽之報告，如其人爲勞動者或從業員，則免于處罰。如出於知識階級，則予以適當之處罰。

(己)非國家機關之監視，例如消費合作，性質上原非國家機關，其行動本非檢察局所問。但合作組織，如有缺陷或何種不妥，將使社會全體蒙其損害，或波及國家機關者，則直接剖折而調查之。以喚起當事人之注意。

3. 檢察局之組織

莫斯科勞動檢察局，設局長一人，副局長一人，參事十一人。爲本局最高幹部。莫斯科

市內六區，市外十七郡，各設檢察課。各鄉之大者，則派駐檢察員，檢察局設左列九課，分擔職務。

一工業監視課，司各種工業之監視。

二土木事業監視課，司電車，汽車，及都市土木設施之監視。

三社會及教育設施監視課，司學校及病院之監視。

四農村經濟監視課，司農村經濟之監視。

五計畫外之事業監視課，司企業或機關不平申告之調查。

六個人申告課，司個人對於企業或機關不平申告之調查處理。

七庶務課，司局內庶務事項。

八行政監視課，司行政監視之事。

九商業組合財政監視課，司商業組合財政之監視。

本局職員，全體約百人。內三十人司文書及雜務，七十人擔任諸般之監視。惟人數有限，仍恐耳目不周。特就各機關各企業選任特志勤務員，課以就便監視之任務。現莫斯科市內

任特志勤務員者約一萬人。

凡有志担任此職者，各由所屬職業團體，提出志願於檢察局，再由局方就其出身思想動機等，加以詳細調查。認為良好者，任命之。更有檢察員教以監視之方法及其要領，使各就所在機關，應行監視之事項，充分領會。仍使分別部居，各任一局部之監視。各勤務員發見有不妥帖之事件，先申告於該管機關，喚起其注意，使為適當之改正。如該管機關，不接受其忠告，則由本局加以攷量，命為適當之措置。

乙 司法檢察制度

蘇俄聯邦之中央機關，（人民委員會）不設司法部。惟全聯邦中央執行委員會之下，設全聯邦最高法院。該院實際司法事務有三。一直接指導軍法會議，二審議民法上刑法上關係國家之重大事件。三對於各加盟共和國之最高法院，司關於全聯邦的法律問題之解答是也。此外尚有非司法的一種重大任務，即監視全聯邦暨加盟共和國全部機關，是否遵守聯邦憲法。若發見其命令或決議有違犯憲法之場合，則提出違憲部分改廢之議案於中央執行委員會。各聯邦共和國，各於其中央政府中，設置司法部，部內置總檢察署，以總檢察長為之長

官。

總檢察署之任務有二，其一根據一切現行法律，監視政府之所爲，苟有違反法律者，無論何人，決無寬宥，付諸法庭裁判。其二以合法之方法，監督各機關，毋使發生犯罪。換言之，卽爲掌犯罪之豫防。

總檢察署之組織，大都分七課，其與吾國制度略同而爲吾人所習見者惟兩課。一爲掌理庶務之秘書課，二爲於最高法院審斷案件中行使檢察職務之檢察課。其餘五課，一爲監視指導課，司監視部內各機關之工作，注意各機關之職員知識，監察獄囚之安置。任地方檢察署訓練與指導。二爲檢察課，司檢察政府全部各行政機關，是否實行法律，其與勞動檢察部不同之點，在勞動檢察部以檢察各行政機關，有無不正行爲，有無官僚主義之行動，有無遲滯事務，而總檢察署之檢察課則以由法令上之觀察，檢察各機關有無過失爲主要之任務。三爲勞動問題檢討課，蘇俄視勞動者爲國家主體，於勞動爭議，特別重視，特設本課以監視之。同時檢察勞動法之是否正確實施。四爲警保（或譯爲國事偵探局）監視課，專以監視警保之處置爲事。蘇俄警保有非常之大權。對於重大犯罪，可同時行使檢舉及審判之職權。事先

不必關白司法衙門，惟事後有錄案通知檢察署之必要。檢察官如認其處置爲不當者，得命其中止處置。警保受此命令，即應服從。檢察官隨時檢閱警保管下之犯罪收容所，認爲必要時，得釋放拘囚。五爲重大犯課，專檢舉影響國家或公共經濟之重案。

各縣蘇維埃，均置檢察署，莫斯科蘇維埃檢察署，置署長一人，檢察官十二人，所轄六市區十七郡，各駐檢察官一人或二人，受縣檢察署之指揮監督。

檢察官之任務，非僅以糾彈犯人爲目的。關於犯罪搜查犯人糾舉，不過其附屬業務。其主要職守，在監視國家或地方各機關乃至個人之行為是否違法。促其注意。以防犯罪於未然。例如地方執行委員會會議時，檢察官列席旁聽，如發見其決議抵觸法律時，當場喚起其注意。如執行委員會仍執原議，則更詳查其議事錄。再促該委員會之注意。仍不改正時，則申告於上級執行委員會。

檢察署對於人民委員會所屬各部，頒發命令，認爲違反法律時，總檢察長即通告於國務會議，促其反省，尙無效果，則申告於中央執行委員會。

第四 結論

綜觀蘇俄兩種檢察制度之大概，可認定勞動檢察部，爲澈全國上下之一工作監視機關。其監視所及，不僅在消極方面，求非違之杜絕，促法令之實行，且置大部分精力於積極的改善。其職權範圍之廣，人員分布之衆，匪第爲歐美各國。所望塵莫及，即我國古代監察制度，亦有百步五十步之差。其司法檢察署，在聯邦中央，則握有擁護憲法，監視違憲之職能，聯邦各國乃至地方檢察署，亦各以監視違法事件，保護法律尊嚴爲主要職事。較美國法庭僅能解釋憲法拒絕違憲法令之適用者，更進步多多。吾人以科學眼光，平情觀察，決不可以其爲共產黨之制度，而鄙夷視之也。

「徒善不足以爲政，徒法不能以自行。」法令之後身，須有強大普遍之「力」，以爲推進擁護，斯法令之效力乃克着，此爲政治家之通論。民刑商事立法，其效力。及於社會全般，司法官吏，固持嚴正態度。執法條以衡量社會，而一切受侵害賴保障之機關個人，亦各悉力以擁護關係法條，不啻以利害關係人，各執監察之役。而民刑商法之效力乃見。若一般行

政法令，則不似民刑商法影響之普遍。往往上級官署，一紙頒行，下級官署；束之高閣。甚或閱時稍久，頒行法令之官署，亦淡焉若忘。其等於具文，視同虛設者，蓋不知凡幾。苟不專設機關，從側面爲嚴密之監視，使其充分實現，則法令多失其效能。行政指揮，麻痺無力。縱得聖智，以宰制政府。亦徒喚奈何而已。

商君書畫策篇云，「國之亂也，非其法亂也。非法不用也。國皆有法，而無使法必行之法。國皆有禁姦邪刑盜賊之法，而無使姦邪盜賊必得之法。」蘇俄監察制度，乃使法必行之法，使姦邪盜賊必得之法也。「令出推行」，惟設有嚴密之監察制度者。始足以語此。

國民政府監察院，職權僅「彈劾」「審計」兩事。匪第無積極指導改善之權，卽消極監察非違之權，亦非常狹隘。是否實行法令之監察權，更非創制者夢想所及。其手續僅得派員向各公署機關調閱檔卷，不各使公署機關。向監察院報告政績。以視周制宰夫有歲會月要日成可據者不同，則所得監察之材料，能有幾何，監察全國之監察院，設官僅二十許人，以視周制宰夫，設官二百人，蘇俄莫斯科一縣，額設監察吏員百人，分派勤務員萬人者，相去不可以道里計。縱此二十許人，各具三頭六臂。亦何足以聚事。况彈劾權之行使，尙有院議審查

，及懲戒委員會議決，兩重牽制。不若周制宰夫之有權執行刑賞，唐制御史台之有權執行禁繫。蘇俄檢察部之得以竟行撤免、或付法庭審判之能直接發生效力。審計事業，更魔障重重，無從措手。此種制度之粗疏無力，不必待將來之實施，早可預斷其結果。聞者疑吾言乎，試刮目以俟之。

（完）

法律學刊 第一卷 第六期 監製鄭成興 監校院

三四

譯著 (一)

高陽譯

死刑與犯罪

下面的兩篇文章，是關於死刑的兩種相反的意見，是美國司法界泰斗最近應英國下院選擇委員會 (Select Committee) 之請，貢獻美國取消死刑的經驗的結果而作的。前一篇是卡瓦納 (Marcus A. Kavanagh) 著的，卡氏在美國司法界供職三十餘年，現任美國伊里諾之庫克郡 (Cook County) 的高等法院審判官，他是主張保留死刑的。後一篇是紐約星星監獄 (Sing Sing Prison) 典獄長羅成士 (Lewis A. La Mes) 著的，他是主張廢除死刑的。二者皆根據統計事實立論，皆能持之有故，言之成理。中國和平統一，已樹基礎，廢止死刑，振和導祥，庶有可能。而且刑期無刑，古有明訓。死刑能否防止犯罪。亦大有研究之價值。用將本文譯出，以供研究刑法學者之參考。原文見一九三〇年十二月美國出版的歷史月刊。——譯者

其一

全世界各文明國家，都希望有一個時代，絞首台可以取消，終身監禁可以廢除，一切囚犯皆移而置之醫院與工廠內。那種時代會到來否？

籠統的回答「是」與「否」，是不能的。有些國家以及合衆國的有些省份，可以回答「是」，其他國家或美國的其他省份，只能回答「否」。雖則我國因社會情形之複雜，人民之性格與環境有極大的差別，然對於這個問題，可簡約之爲：「死刑防止了犯罪否？」這一件事，我在加拿大與合衆國，慎密注意，精心鑽究，已數十年，我敢毫不猶豫的斷言，一切大城市或人口稠密的省份，死刑都有阻制殺人的效力。即令對於死刑是極慎重的適用，或是偶爾執行一次，效果也立即大著。舉芝加哥爲例。對於殺人犯的處決，只要把罪有應得者多少處決幾個，結果總可減少一些殺人案件。

一九二八年，因芝加哥不曾以法律判處死刑，而發生了四百九十八起殺人案。一九二九年春，有四個殺人犯被處極刑，於是殺人案件的數目，從四百九十八降到四百零一。這個數目的陡然大減，可以說是四個殺人犯之處死的效果。芝加哥過去有好幾年，差不多每天要發生一次殺人案，而沒有一個殺人犯被處決；後來處死了兩個青年兇手。于是在四個星期內，

未發生一次殺人案，只在六個星期中發生過三次。那麼，我們說，今日有二十五到三十個善良的市民，能夠保全性命的，是因為司法官為公衆的幸福而處置罪犯的效果，不是很正當的嗎？

隨後兩年，每年只有兩次或三次執行死刑。有一時期，法庭忘記了適用死刑，殺人案件陡然增多。一九一九年有三百三十起殺人案，有一百個人為犯殺人罪而待審。突然審判官醒悟了。一九二〇年，判決了十四個死刑，十一個暗殺犯被處決了，於是殺人案件的數目從三百三十降到一百九十；次年執行了十四個死刑，這年只發生了一百九十四起殺人案，兩年中減少了三百七十六起。司法官因執行死刑，或者救了四百個生命免遭殺害，但更重要的是，保住了四百個人未陷於做殺人犯。第三年更有意義。這一年只執行了一個死刑，而殺人案件數目竟提高到二百二十八。

殺人的兇犯，當做了囚徒，面對着威脅其生命的法律威權的時候，往往流露出後悔的意思想。那些爭論死刑不能限制暗殺的人們，忘記了殺人越貨之徒，乃是一切犯罪者中之最大膽，最狡展，最殘忍，最兇暴的人。國家對於這種人，需要一種比對普通犯法者更嚴厲的法律。

來制裁之，威嚇之。

更顯明的證據是，取憑依界河（與加拿大交界的河）的底特呂（Detroit）與在加拿大邊境的溫座爾（Windsor），散得維琪（Sandwich）兩聯合城的情形相對照。底特呂及其附郭近效有一百六十萬人口；溫座爾與散得維琪及牠們附郭近郊大概有十一萬人口。在此兩處之後，就橫着一個城市較少，可作通逃藪的國家（案此係指加拿大而言）。

底特呂是近十年才迅速發展起來的一個省份。財富充盈，工業繁盛，人民的成分有如紐約，波士頓，菲勤德爾菲亞，芝加哥，以及其他美國大工業城市一樣。在底特呂與加拿大的兩鄰城之間，交通便捷，往來極易。每天總有幾千人從加拿大這邊往底特呂去找職業，有幾千人到溫座爾去。

這兩個城市的一般居民，在風俗習慣，態度容貌，或一般性格上，都沒有多大差別。溫座爾地方的人民，有很好的家庭，銀行，珍寶店。以及其他機會，足啓匪類覬覦之心。底特呂的匪徒要想渡過河去，也沒有甚麼困難的障礙，從溫座爾與散得維琪過到美國境地，就是魯河（Rivey Rouge）與厄克羅斯（Ecross）兩城，也都容易接近。

加拿大的法律定有死刑，且常執行死刑。甚至對於女盜匪也施以鞭笞。在過去兩年，即一九二八與一九二九年，底特呂曾發生過四百八十五起殺人案，而溫座爾一次也未發生過。另外還有九十七起發生於魯河城，尼克羅斯，韋安多堤 (Wyandotte)，以及底特呂附近各處。去年（一九二九年）溫座爾發生過五次搶案，而底特呂及其附郭近郊則發生了二千一百多起。溫座爾五次搶案的犯罪者，均破捕獲，且置于刑。

波士頓三百年來就有死刑。這是美國執行關於殺人罪的法律最嚴厲的惟一大城市。殺人的比率（下稱殺人犯率），一九二九年，底特呂為十萬分之一八·六（既每十萬人中有十八又小數六個人，或一萬人中有一百八十六個人，犯殺人罪），波士頓則為十萬分之二·九。波士頓去年只有二十三起殺人案，而底特呂則有二百五十七起。

紐約城在一九二八年，有四百零一起殺人案，而無執行死刑者。一九二九年，則提高到四百二十五起。一九二八年被起訴犯殺人罪者，有一百二十二；此一百二十二人中，有四十人被判了罪，但未執行死刑。然而紐約也偶爾對暗殺犯處以死刑。暗殺犯在紐約被處死刑的機會多於芝加哥兩倍，故紐約的殺人案件也少於芝加哥一半。

霍夫滿博士 (Dr. Frederick L. Hoffman) 是一個著名的有材幹的統計學家，他自己又是一個反對死刑的人，關於合衆國與加拿大的情形，有如下的幾句話：

拿一切情形實際都與美國相同的加拿大來對照一下，殊有足令人驚異者。在三年中，即從一九二六到一九二八年，奎伯克 (Quebec) 城只發生過一次殺人案，這是在一九二七年。在奎伯克全省，在一九二八年，共有二十七件殺人案，以所估計的人口作基礎，略等於十萬分之一。

依據加拿大的官廳統計，一九二八年，加拿大全國的殺人案數目為一百二十四，以九百二十四萬人口作基礎，其比率為十萬分之一。三。英格蘭與威爾士一九二八年的殺人犯率為十萬分之〇·五，恰如其十年前一樣。美國的殺人犯率一九二七年為十萬分之八·七，一九二八年為八·八。人類的生命在此等國家中，比在我國安全多了。

死刑能否減少犯罪？此可由我們的西部各省初建立時代的經驗來答覆。一八五一年與一八五二年，一些不法之徒統治了加里福尼亞。他們把持投票，玩弄選舉。他們自己的黨徒充滿要津，管理治安。殺人在舊金山成了司空見慣，算不得一回事了。後來善良的市民醒覺了

。每二十人組成一個團體，拘捕暴徒的首領，引而置之大庭廣衆，某天下午審問之後，次日早晨絞死了四個。他們警告一切其他暴徒流氓，限二十四點鐘以內要離開當地。於是在兩星期中，舊金山非常安全，沒有犯罪者，如今日的倫敦一樣。

一八五三年，維基尼亞城是美國的一個最野蠻，最無法無天的地方。一個人的生命財產，依於其如何敏捷迅速的取出其手鎗。於是守法的市民暗地組織起來，絞死了二十四個匪徒，下一個月馬上好了，維基尼亞變成了一個和平安全的模範城市。

一八九〇年，一大羣外國的亡命罪犯以恐怖統治着新奧爾良。(New Orleans) 他們組織成一些有勢力的殘酷的祕密社會，他們的暗殺，慘刑與勒索，頓使全城變成恐怖。法庭因為缺乏證據，似乎不能把他們置之於法。因為誰要做證人去證明反對這一結社中的人，誰就是自己尋死。一八九〇年十月十五日，他們殺了公安局長韓乃希 (David Hennessy)。一八九一年二月，有五個人會被拘審，但因沒有人敢出來做證人，得罪被告，結果五個人依然逃出法網。一八九二年三月，有十一人被關在監獄，等待滑稽審判。當地的市民開了一個羣衆大會，討論了這不堪容忍的情勢，於是羣衆排隊走往監獄，以負有聲望的人做領導。他們

打開了監獄的門，把那十一個囚犯槍決了。這樣過了兩年的太平日子，新奧爾良才又發生其他嚴重的犯罪。

我在芝加哥做了三十二年法官，在伊奧瓦 (Iowa) 做了三年法官，審問過不少的殺人犯。沒有那一個殺人犯不是用盡方法想逃避死刑。在法庭上的殺人犯，當使他們選擇終身監禁或絞刑的時候，沒有一個不是選擇終身監禁。(一月前聖魯意地方一個殺人犯被判處死刑，抗告請求改判終身監禁。)

究竟有好多人，僅因畏懼判處死刑而不敢作姦犯科了，或是有復仇之心，而因此之故，竟能懲忿窒慾，以至善終，這固然沒有人曉得。可是有時候我們也有機會探窺殺人犯的隱微。譬如那著名的伊薩克·斯瓦特爾 (Isaac Swattle) 的案子。他決心要殺他的兄弟西拉姆 (Hiram)。因為懼怕結果重大，他極力把他的兄弟從麻薩諸塞省，經過威爾芒 (Vermont) 與新罕布什爾 (New Hampshire) 誘引到緬因 (Maine)，因為前幾省對於謀殺罪須要科以死刑，而緬因對於殺人罪則只判處終身監禁。不幸伊薩克把疆界弄錯了，把他的兄弟殺死在新罕布什爾省，在這裏，依法他要判處死刑。在他死之前，他供認是因為畏懼死刑，才從波

士頓走了這個長遠可怕的旅程。

一九二六年十月十日，一人名叫威廉考飛 (William Coffee)，爲要避免重婚罪，決定要把他的妻子殺死。照他自己的供詞，他把她從伊奧瓦帶到威斯康星 (Wisconsin)，因爲伊奧瓦有死刑，而威斯康星則終身監禁就是極刑，所以他就把她帶到威斯康星殺死。

一人名叫海科浦里特洛維基， (Paiko Petrovich)，從彭雪菲尼亞的匹茲堡 (Pittobu) 跑到底特呂，在那裏把他的妻子殺死，因爲匹茲堡有時候使用電椅，而底特呂則沒有死刑。他對警察供稱，他本來在彭雪菲尼亞就要殺她。但把她帶了米其根 (Michigan) 省，因爲這裏對他要安全一點。

死刑不是常常能夠防制犯罪，就是他種酷刑，也不一定能的克服可怕的犯罪的衝動。但據我的觀察所得，最殘忍的人，常常最關心他的身體的安適。一個人愈近獸性，愈怕鞭笞。

在種種犯罪中，如盜竊或搶劫，犯者在其逃脫計劃中，常常考慮到盡可能的殺死妨礙他的逃路的人。因此，凡防制殺人的嚴刑重典，必定可以減少盜竊搶劫，以及可以引起殺人的其他犯罪。所以暴烈犯罪的數目，差不多在每一地方，都是直接比例於殺人案的數目而提高。

的。

美國四十八省中有八省是對於殺人罪取消了死刑。這八省是：坎薩斯 (Kansas)，緬因，米其根，明尼蘇達 (Minnesota)，北達科他 (North Dakota)，羅德島 (Rhode Island)，南達科他 (South Dakota)，威斯康星。米其根對於叛逆罪仍保留死刑，羅德島與北達科他對於終身徒刑的囚犯殺死衛兵或其他囚犯者保留死刑。這兩省之以立法明令取消死刑，是因為他們是純粹農業省份，人口稀少；田地多未墾闢，還沒有甚麼大城市。坎薩斯只是一個邊疆省份，一八七二年取消的，當時已有二十年未執行過一次死刑；緬因是一八八七年取消的；米其根是一八四七年取消的，那時牠還只有四十五萬人口；明尼蘇達是一九一一年取消的；北達科他是一九一五年取消的；羅德島是一八五二年取消的；南達科他是一九一五年取消的；威斯康星是一九一三年取消的。這幾省除米其根外，每一省即在今日也還都是比較的人口稀疏，人民大都是同質的。威斯康星地方，僑居的安分守法的德國人居多數，且大都是僑居的德人所治理；明尼蘇達與南北達科他，都是為斯坎伙那維亞人所統治。

還有幾省取消死刑後，不久，犯罪驟然大增，於是絞刑架又恢復起來。這幾省是：

	取消	恢復
亞利桑那 (Arizona)	一九一三	一九一九
科羅拉多 (Colorado)	一八九七	一九〇一
伊奧瓦	一八七二	一八七八
緬音	一八七二	一八八二(註)
密蘇里 (Missouri)	一九一五	一九一七
俄勒岡 (Oregon)	一九一四	一九二〇
田納西 (Tennessee)	一九一五	一九一七
威爾芒	一九一一	一九一三
華盛頓	一九一三	一九一九

(註)一八八七年又取消了。

二年前，米其根立法院要表決一個問題，上院同下院均以多二票至一票表決了恢復死刑。但省長把此案否決了。

說合衆國每年有一萬件謀殺案，自然不很正確。有許多應該算作偶殺，並不是每一殺人案都是謀殺。爲自衛而殺人，或爲防衛家庭與家族而殺人，警官的殺人，都可說是偶殺；有人舉出五十一種殺人的方法，都可包括在偶殺的範疇內。在芝加哥，有四百零一起殺人案，據說屬於謀殺的不到一半。這四百零一起中的百分之三十，都是由禁酒法所創出的條件發生的；就是說，幾乎全是不法之徒殺害不法之徒。

取消死刑同盟謂無死刑的殺人犯率比保有死刑的省份更低。統合全國說來，固也不錯，因爲取消了死刑的八省，如上邊所以指出的，都是人口較爲疏稀的農業者。但比較養成犯罪罪的條件，而拿西部各省，南北達科他，威斯康星與坎薩斯，或新英格蘭省之最僻靜的地方如緬因者，以與紐約，印第安那與阿亥阿等人口稠密的省份相比較，一無是處。

有一種很公平的比較方法。每一取消死刑的省份，除威斯康星外，都有保有死刑的另一省份與之相鄰，而這一省份，在社會的，經濟的與種族的條件上，都與取消死刑的省份恰相符合。在這樣的兩個省份之間來相比較，才是合理的比較。緬因，新罕布什爾，威爾芒，關于人口，宗教與一般的民情風俗，差不多都是相同的。緬因的人口等於其他兩省，但分佈在

差不多兩倍於該兩省聯合面積的區域上。一九二七年（據最近的官廳報告）緬因，因為沒有死刑，發生了十五起殺人案，新罕布什爾與威爾芒是有死刑的，各發生了三起。殺人犯率在緬因約為十萬分之二，在新罕布什爾為十萬分之〇·七，在威爾芒為十萬分之〇·九。一九二八年，緬因的波特蘭（Portland），其殺人犯率為十萬分之五·一——比其鄰地新罕布什爾的滿切斯特高兩倍，而滿切斯特的人口比爾波特蘭還多些。

人們常常舉稱坎薩斯的低殺人脾犯，率以坎薩斯是沒有死刑的，但沒有人拿坎薩斯北邊的內布拉斯加（Nebraska）與之作比較，內布拉斯加是有死刑的，而且除了俄馬哈（Omaha）有時發生騷亂外，在人情風俗上，大都與坎薩斯恰相似。而坎薩斯的殺人犯率為六·一，內布拉斯加則為三·四。一九二九年，坎薩斯有八十一件殺人案，內布拉斯加則只四十八件。坎薩斯屬的坎薩斯城有人口十一萬八千，去年發生了十八起殺人案，或是一五·二的殺人犯率。

根據這些事實，我相信，除了人口稀疏，種族同質的省份外，在一切其他省份中，適用死刑是正當的。而且無論在何處，死刑可以保護無辜守法的公民，使得免除強暴殺害的危險。

希望取消死刑的人，忽視了故意殺傷他人性命的性質。法律所著意的，不在處罪犯於既著，而在防犯罪於未然。法律的目的是要救助他不致成爲殺人犯。假若今日的執行死刑，可以遏止明日的殺人，沒有人否認執行死刑是應該的；假若二人中有一人必須死，則死者應該爲罪人，這也是再公道沒有的。假若十個頑強的故殺犯被處死刑，而可以救濟一個善良守法的公民的生命，則適用死刑更是十分正當的。

終身監禁在美國不曾防制犯罪。事實上，死刑在大多數的省份中都是實際取消了的。因爲極少適用死刑的原故，致使許多盜匪寧可把被害者殺以滅口，以免讓他活着在法庭上當庭質證。一九二八年所犯的一萬件殺人案中，結果只有一百三十二人被處死。這一百三十二人中，六十五個是白人，六十七個是黑人。佛羅里達 (Florida) 發生了四百八十五件殺人案，處決者八人；佐治亞 (Georgia) 發生了五百三十三起，處決者五人；肯塔啓 (Kentucky) 發生了四百二十六起，置死者三人；路易斯安那 (Louisiana) 發生了四百一十八起，置死者四人；伊里諾發生了七百五十六起，執行死刑者十三人；紐約發生了六百三十五起，執行死刑者十四人；麻薩諸塞發生了八十五起，執行死刑者六人。

終身監禁在美國不是真正的終身監禁——除了例外的情形。海卜古德 (Norman Hopco) 數年前估計終身監禁在坎薩斯監獄中的平均時期為四年，在米其根為十二年，這或者是美國各監獄中執行終身監禁的最高年數。這能夠說是對於殺人犯的充分制裁嗎？

二年前，死刑討論委員會的鄧罕穆 (John H. Dunham) 在其對米其根律師公會的报告 中，描寫終身監禁制度的情形如下：

我們的現制度之經濟的浪費，簡直是不可思議。在十年內，底特呂地方有一千一百四十三人被殺害了。……許多家庭陷於無依無靠，饑寒交迫之境；許多兒童為要助其寡母孤兒以圖生存，不得不離開學校。這一切原因都是由於殺人者，而殺人犯則只被處以終身監禁的刑罰。他在監獄中，有政府供養他；他有吃有穿；他可以聽音樂，可以看電影；他有書讀，有報看；他能打棒球；他能隨其意之所喜，納涼於道旁樹蔭；總之，他度着一種安閑生活。在幾年中，他又恢復自由了，但他的性情並未改；沒有職業，即令有了職業，他也太懶了，不做事；準備去幹他的殺人越貨的舊營生，除此以外，甚麼也不幹。

論者謂國家沒有殺人（處決殺人者）的權利，因為死者不可復生，斷者不可復屬。如此說法，則國家在戰爭中殺死敵人，其將何辭以解？假若國家沒有殺死敵人的權利，牠將何以藉口派遣國民去為牠効死？國家的最高責任在保護國民的生命，因此牠才有權利要求國民以生命來衛護國家。個人在自衛或衛護其家庭時，有殺人的權利，這是沒有人爭論的。一個國家之有處決殺人者的權利，也是一樣，是一種為保護其國民的執行的自衛權。

論者又謂，有許多無辜的人死於絞刑架之下，而且將來也還有些無辜的人這樣死去。或者如此。問題是，「然則甚麼是最好的辦法？」照事實說來，在現在的情形之下，冤枉判罪的，一天一天減少。在過去十年中，曾經入過我們的監獄的有五十萬人，而這五十萬人中，沒有十個後來證明是無辜的。

英格蘭成了文明世界的模範，頗為文明世界所羨妒。他由執行死刑，而致囹圄中無重大犯罪者，差不多斷絕了謀殺案。該國中廬了千萬愍不畏死的危險分子，大都是不曉得尊重法律的。但因嚴刑重典，對於犯罪者毫不假借，絞人的繩索垂掛在他——犯罪者——的眼前，這就遏制了無數殘忍的血手。絞刑架呈着一種恐怖的状态。一個被遇到他的家中的被殺者的

白的臉，使人好久好久都還感覺得非常可怕。廢除死刑或保留死刑，我們必須擇取一途。

其二

死刑不能防制犯罪。從來就沒有收過這種效果。這是事實。許多立法者曉得這個事實，許多審判官看見這個事實，許多檢察官承認這個事實，許多典獄官也都確信這個事實。並且，死刑的應用愈廣，法律上之死刑條文規定愈密，則慘酷刑罰之需要愈大，這是一般的情形。就是如此，而取消死刑的每種努力，尙且總是遭受劇烈的反對。

我們贊成廢止死刑，然我們却不是僅僅的感情主義者。另一方面，我們也不是像固執的寫實主義者一樣，拘泥着早已不爲人所相信的古代刑典中「以眼還眼」(Eye for an eye)的信條。我們相信死刑是已經過去了的刑罰之最後遺跡，這種刑罰由其固有的殘酷性而失敗了牠們目的。死刑之所以尙被保留着，只是因爲人們在手續與執行上，因襲傳統，怯於改變。保持死刑的強辯理由，已被經驗所推翻，沒有存在的餘地。就是主張死刑最力的人，只要使之相信了死刑不是一種必要的制裁，也不是一定贊成死刑的執行。擺在我們面前的謀殺問

題，就是死刑失效的證據。更顯然的是，在死刑廢止了的區域內，並沒有狂烈的殺人之風，也沒有犯罪之一般的增加。

有三件事是無可置疑的，（一）在合衆國之已經廢除死刑的八省中，殺人犯率沒有顯著增加；（二）在保留死刑的四十省中，殺人案件沒有顯著的減少；（三）判處死刑，遂即執行死刑，結果也不見得殺人犯率立即隨之有顯著的低落。

米其根常被視爲爭論最多的問題。底特呂的殺人犯率很高，論者常取作應當恢復死刑的證據。他們拿底特呂與邊疆外加拿大境內的溫座爾相比較。一九二八年，底特呂的殺人犯率爲一八·六（每十萬人做基礎），溫座爾爲三·九。但底特呂是美國的第四等大城市，是一個大工業中心，人口在最近十年中陡增兩倍。溫座爾則是一個加拿大的平靜城市，人口只有七萬，差不多全是住家的，而且是一個大農業社會，死刑之與溫座爾的低殺人犯率沒有關係，猶之乎死刑廢除之與底特呂的高殺人犯率沒有關係一樣。

美國有幾十個城市，人口與溫座爾相等，或比溫座爾更大的，一九二九年全沒有殺人案發生，還有幾個城市，一連好幾年未發生過一次。在紐約省中，恰與一般人觀念相反，殺人

犯率最高的城市，不是紐約城，而是首城阿爾巴尼 (Albany)。紐約城的殺人犯率為十萬分之七·一，阿爾巴尼的殺人犯率為十萬分之十一·六。中紐約的猶提喀 (Yonkers)，是一個人口在十萬以上的城市，一九二九年，沒有殺人案發生。是猶提喀的犯罪者比其鄰城塞拉庫斯 (Syracuse) 的犯罪者更怕電椅麼？塞拉庫斯在同此一年中，只發生了五起殺人案。彭雪菲尼亞的勒定 (Reading)，是一個工業中心，人口有十一萬五千多，一九二九年未發生過殺人案。彭雪菲尼亞是一個有死刑的省份，但在菲勒德爾菲亞有一百七十二人犯了殺人罪，在匹茲堡有六十四人犯了殺人罪，而彭雪菲尼亞的死刑，不能防止該兩處的殺人案之發生。

底特呂殺人犯率之高，誠堪浩歎，而且無疑的，也有使之這樣高的種種理由存在。但死刑取消，與此沒有關係。實在說來，一九二九年的殺人犯率一八·六（二百五十七案）尙比一九二六年的二五·三（三百二十七案）為低。無論我們怎樣探索該處殺人犯率之所以這樣高的原因，總不能說是只是因為沒有死刑的原故。

十餘年以來，新英格蘭全省的殺人犯率總是低微的。緬因與羅德島，是沒有死刑的。而其殺人案件與其他適用死刑的省份同樣的少。波士頓是新英格蘭的省會，有查理士敦在其管

轉以內，查理士敦是有電椅的，幾年前且適用得非常嚴厲。然而波士頓在一九二八與一九二九兩年中，仍發生了五十起殺人案，一九二八年二十七起，一九二九年二十三起。波士頓對於槍的殺人犯判決的迅速嗎？處決的迅速嗎？據波士頓警務部的當局告訴我，在一九二八與一九二九年，有兩個殺人犯判決死刑，而處決者只一人；一定的，對於這死刑是沒有有效的證據。波士頓的殺人犯率之低，是由於他種影響，而不是由於查理士敦的電椅。羅德島的波羅威登斯(Providence)，人口之複雜。與波士頓相似，但沒有死刑，而殺人犯率亦逐年低減，一九二六年為十萬分之四，一九二九年為十萬分之二·八，也是由於這同樣的影響來的。

加里福尼亞是一個有死刑的省份，但一九二八年在羅斯。安極立斯(Tos Angeles)有七十件殺人案，為萬分之四·七。判決死刑者九，處決者三。死刑的判決與執行。可以防制其他的犯罪嗎？決不能，一九二九年，該處殺人案加到七十七起，即十萬分之五·一。

我們常聽說，芝加哥是世界的犯罪中心，但事有出人意料之外者，在美國有三十八個城市，其殺人犯率都比芝加哥更高，有些人說，無論何時，芝加哥的審判官若適用了死刑，判決之後，即行執行，殺人犯率立即大為減少。然而事實却恰相反。這下面的一個表，是由芝

加哥的犯罪討論委員會供給的，表出從一九一九年到一九二九年殺人案的數目，以及死刑判決與死刑執行的數目：

	殺人案	死刑判決	死刑執行
一九一九	三三〇	〇	三
一九二〇	一九四	〇	八
一九二一	一九〇	六	一〇
一九二二	二二八	一	一
一九二三	二七〇	九	一
一九二四	三四七	三	二
一九二五	三九四	八	三
一九二六	三六六	一〇	八
一九二七	三七九	三	三
一九二八	三九九	五	〇

一九二九 三五— 七 四

把這些數目字分析一下，我們就可看出死刑判決與執行的數目字最大的幾年，跟着的就是殺人案件顯著的增加起來。譬如一九二二年，在其前一年（即一九二一年），死刑判決為六，死刑執行為十，這一年的殺人案竟比前一年增加了三十八件。又如一九二七年，其前一年的死刑判決為十，死刑執行為八，而這一年的殺人案則比一九二六年增加了十三件。還有趣味的是，一九二八年雖然沒有死刑執行，而一九二九年的殺人案反大為減少。

紐約城的統計表，也告訴我們這同樣的故事：

年份	殺人案	死刑判決	死刑執行
一九二六	三四〇	一五	一三
一九二七	三六六	一五	九
一九二八	四〇一	八	六
一九二九	四二五	二	〇

星星監獄的死室，好像不曾經紐約的殺人者以威嚇。他們不曾因顧慮到電椅而稍為斂迹。

右邊兩表中的數目字，若不是指出以死刑防制犯罪之完全失效，則完全沒有意義。使用電椅或絞刑架的各城市，沒有那一個曾經收了減少殺人案的效果。有幾省，在試驗取消死刑之後，又把死刑恢復起來。無疑的，這種恢復是因為幾件特殊兇惡犯罪的結果，由激怒的輿論促成的。然這幾省會否由死刑的恢復而得着甚麼利益？

亞利桑那于一九一六年十二月取消死刑。一九一五年，有二十四起殺人案；一九一六年有二十三起；一九一七年為五十三起；一九一八年為二十四起。一九一八年十二月，又恢復死刑，而一九一九年則有二十起殺人案；一九二〇年為三十五起；一九二六年為六十三起；一九二七年為四十八起；一九二八年為五十四起。因此，除一九一七這一年外，在殺人犯率上，好像沒有多大差別；只在復死刑以後，殺人犯率反不絕的上升。密蘇里於一九一七年取消死刑，但因發生了一件搶劫銀行案和謀殺案，於是一九一九年又恢復死刑。自從恢復死刑以來，殺人犯率在一九一九年為三百五十一起或十萬分之九·七，到一九二八年，則昇到三百九十七或十萬分之一·三。田納西，俄勒岡，華盛頓，在恢復死刑後，在殺人案上，都是經驗着這同樣的向上增高的趨勢。

存心要殺人的，果真是把其所要殺的人，從以死刑處罰殺人罪的地方，帶到那終身監禁就是極刑的地方，而後才殺他嗎？假若真是如此，則殺人犯將要如水之就下，羣集於取消死刑的省份，以圖避免死刑了。但事實却不是這樣。

密蘇里屬的坎薩斯城與坎薩斯屬的坎薩斯城，中間只隔一密蘇里河。在密蘇里城，殺人罪是處死刑的，而在坎薩斯城，則只處以終身監禁。一九二九年，坎薩斯屬的坎薩斯城，只有十八起殺人案，而密蘇里屬的坎薩斯城，殺人犯率為十萬分之二四·八。俄克拉荷馬 (Oklahoma) 是一個有死刑的省份，南與坎薩斯相鄰，一九二八年，發生了二百五十起殺人案，殺人犯率為一〇·四，而坎薩斯是一個取消死刑的省份，尚只發生了一百零二起殺人案，殺人犯率為五·九。蒙大拿 (Montana)，是一個有死刑的省份，其殺人犯率在一九二七年為五·二，而北達科他，東與蒙大拿相連，是一個取消死刑的省份，其殺人犯率為一·七。歪俄明 (Wyoming)，是一個有死刑的省份 (人口約二十五萬)，一九二八年發生了十四起殺人案，但南達科他，一個沒有死刑的省份 (人口約七十萬)，東與歪俄明相連，則只發生了九起殺人案。伊奧瓦是有死刑的省份，一九〇二八年有五十六起殺人案，明尼蘇達，一個沒

有死刑的省份，北與伊奧瓦相接，有七十一起殺人案。伊奧瓦的殺人犯率爲二·三，明尼蘇達爲二·六——其間相差無幾。威斯康星也沒有死刑，東與伊奧瓦相接，一九二八年有六十一起殺人案，其殺人率爲二·一，較伊奧瓦的二·三尚低。

威斯康星的密爾窩基 (Milwaukee)，人口有五十餘萬。一九二九年發生過十七起殺人案。明尼蘇達的明尼亞波利斯 (Minneapolis)，人口有四十四萬五千。一九二九有十起殺人案。紐約省的布法羅 (Buffalo)，人口在五十萬以上，一九二九年有三十一起殺人案。威斯康星與明尼蘇達是取消了死刑的省份，而紐約尚仍施行死刑哩。

記着我們的五個省——北達科他，明尼蘇達，威斯康星，米其根，緬因，——壤地相接，三千英里，僻處北陲，與加拿大接界，地既曠野，又無防守。這幾省均無死刑，加拿大則有死刑。然而加拿大屬的幾個邊疆省份之與這幾個沒有死刑的省份相比鄰的，則常常發生殺人案。而其殺人犯並未把他們所要殺的人誘引越界，帶到那不以死刑科罰殺人罪的美國境地去殺。

死刑之在合衆國，因非經常施用，實際上可以視爲已廢除了。但因刑律上尚載着有死刑的條文，必然要演出威嚇適用的戲劇。就是這些戲劇給了犯罪者以不少的迷惑，使他們爲生

命而掙扎。所犯的罪，無論怎樣兇惡，在這樣在法庭上所演的新戲中，反不關重要，在這新戲中，一方面控訴人要求把罪犯處死，他方面被告的辯護人請求予以矜憫，網開三面。這種戲法往往離開了原來的目的，不是要審問情節重大的殺人行爲，而是要鼓動成一種聳動視聽的審訊，好看被告爲他們的生命而掙扎的把戲，在這審訊中，五十個照像的環繞在法院中拍照，十個在法庭上工作，一百二十個新聞記者及專門著作家經常的守視着。

伊里諾犯罪討論委員會報告一件殺人案，對於該案有六百四十六人經過陪審官席，然後十二個必要的陪審官才被選擇出來。選擇陪審官差不多費了四個星期的時間。而被告則開釋了。在美國的法庭程序——只限于死刑案件——中，似乎常是一種特殊的『時代的錯誤』(Anachronism)的，那就是提給每一個未來的陪審官的問題，問他對於死刑的態度。假若他是反對死刑的，他的陪審官就做不成。我很奇怪這種程序對於清釐大批殺人案究有甚麼助益。

每一案件從逮捕那一刹那起，經過審訊，上告與執行死刑的行爲，有這樣多不正確的角色參加到最後的決定，所以很難想像在一切其餘的案件中都能絕對正確。由『眼證』的積極

證據常被公然拋棄，或遭駁斥。一九三〇年七月十七星監獄中有三個人為謀殺罪被處死刑。他們的罪案是有控訴法院分庭確定的。法律做了照牌。誰能說是那一種意見在這終審佔勢力呢？在最近我提給英國下院選擇委員會論死刑問題的意見中，我列舉了五十五個為殺人案而判決的案子，其中還有三個女人，都被宣布了死刑，隨後被告都由最後的口供或新發現的證據，得以免除死刑的執行，許多涉嫌嫌疑的人們，往往僅僅因為他們不能引起充分的同情援救，或是不能得着很多的金錢以供對他們的案子澈底調查，就這樣像羔羊一般，俯首就死于絞刑架之下。

有些人反對取消死刑，只是因為同情於被害者之家庭。想那些可憐的寡母孤兒，他們驟然失所依庇，他們實在值得予以同情的。可是那被處死者的家庭不是同樣的可憐麼。誰又同情於他們呢？以復仇主義對待犯罪，這種時代已經過去了，應當決然放棄這種辦法。

美國去年處死殺人犯百餘人，尚不能平服一萬以上被害者家屬的心。另一方面，假若把這從五千到一萬的男女殺人犯一個一個都處決了，人們一定會感覺得太殘忍可怕，而要要求立即取消死刑了。然而，假若認為在八十五個中處死一個是正常的應該的，則完全處決了，

也同樣是正常的，應該的，何獨厚於此而薄於彼呢？

每種刑罰的形式中都含有一種制裁的要素，但更大的問題不是『一種法律是不是一種制裁。』而是『這種法律是不是一種有效的制裁，』『這種法律是不是一種必要的制裁。』感情的犯罪，死刑決防制不住。『三角殺人犯』(Triangle Murderers)，死刑的威嚇絕對限制不住他們，永遠也限制不住他們，這種犯罪者，大都是由於一時感情衝動的結果。死刑的威嚇對於這種犯殺人罪者完全失却效力。

秘密會黨的黨徒最是感不畏死的。絞刑架或電椅絕對嚇不住這種人。這種黨徒把他的生命看得是朝不保夕的。當他加入那種會黨的一刹那，他就成了會黨中的一個英雄人物。他把死看得像兒戲一般，他總是『不得善終』而死。他所冒的危險只是怕你人乘其不備而襲之。所以他對付警察，毫不顧忌的把警察鎗死，一如對付其他會黨中的敵人一樣。至於絞環與電椅的威嚇，他則視若無物，但也畏懼幽囚，這種頑固的惡漢，既被囚禁之後。總是想盡方法，急圖脫逃，雖冒生命之險而不顧，不願嘗銹窗風味。

還有一種故意殺人者，這種人居心積慮要謀殺人，願願破斧沈舟的幹一下。死的威嚇，

是不能制裁他的。但偵探的可能性却可以制裁他。這種罪犯既犯案之後，假若除了有新發現的證據證明他的無罪外，沒有釋放的希望時，則終身監禁，自是他們的邏輯的選擇。有人說，被判罪的人，願意終身監禁，而不願處死，我曉得有幾個事例，被判罪的人，却請求處死，不願上告，希望可以早死一點。然而情節重大的犯罪者，在既定罪之後，却不是這樣想法。自然，在心平氣靜的回思中。人們總是願意生存的。可是，在人們犯罪之前，使之意識着犯罪結果的嚴重，則更重要一點。一個有能力的警察，假若啓示一個有犯罪可能性的人，使之相信他的犯罪要很快的成立，而且要很快的被判處終身監禁，則可以防制他的殺人的企圖。至若明知有敗露的可能，而且要受終身監禁的處罰，而仍舊意謀殺的人，則一般都是精神不健全的人。這種人應當送到爲「犯罪精神病」而設的醫院中。尤其是在監獄中的囚犯，有死室鄰近着他，而他仍敢攻擊監吏，就是精神病的作用使然。他是在監視之中，不管事情要敗露與否。他不顧結果如何重大，而仍然要殺人。戲劇似的殺人案之審訊，死室，放射的暗示勢力。這種種都足以影響那精神衰弱的，有神經病的人，使他們在其想做英雄的行動中，完全忘記了這種行動的結果之嚴重。

另一點要說的是，一切殺人案之審訊，判決，與最後執行，都太過遲緩。在紐約，有二百八十八案，最後都是判決了死刑，而其中有三十九人，候了六個月，才曉得他們的命運；一百五十八人等候了從六個月到十二個月；五十四人從十二個月到十八個月；二十五人從十八個月到二十四個月；九人從二十四個月到二十九個月；二人從三十一個月到三十四個月；有一人則候了三年又四個月。有五十九人原是判的死刑，後被平反了，其等候的時期如下：十人等了六個月；三十三人從七個月到十二個月；五人從十三個月到十八個月，八人從十九個月到二十四個月；三人從二十八個月到三十二個月。這種情形不止紐約是如此。在美國之施行死刑的省份中都是這樣。迅速正確的判決，是最有效的犯罪制裁，而法庭的辦事程序，則遲緩乃爾。

還有一件有趣味的事，即是手槍的販賣，在一九三〇年的前七個月，與一九二九年比較起來，增加了三倍，而且一切殺人案的百分之七十五以上都是用手槍殺的。然而提議以立法限制手槍的製造與販賣，則各方面都反對，此真莫解。

古代的時候，絞刑架放置在街隅路口，以資警告為非作歹的人。假若現在是可能的話，

以電椅畫片貼在各大城市的每一夜遊俱樂部，我在每一熱鬧的街頭巷隅，以電椅殺死一個罪犯以示衆，則其所收防制犯罪的效果，也不會多于古代可怖的絞刑架之威嚇所收的效果。對於美國殺人案的答覆，不是死刑以及死刑之最後的判決，與死刑之不可逃免的暗示。這個答覆，要在『更有效率的法律之厲行』中去找。我們的一個取消死刑省份的省長最近確證了這一事實，就是，自死刑取消以來，對於殺人案的判罪，在他那一省中，增加了百份之五十（案此意謂厲行法律，並非謂死刑取消，犯罪加多了）。那不就是對於死刑問題的答要麼？

法學叢刊 第一卷 第六期 譯著

譯著 (二)

德明譯

我妻榮的財產法概論

(弁言)「私法之公法化」，即「個人主義思想之社會化」，為近代法學之最大轉變，如所有權應受限制，團體單位思想之勃興，契約自由之原則打破，損害分担之理論等，皆以此種轉變為其出發點。日本大思想全集中，刊有我妻榮氏所撰財產法概論，於此種關鍵，闡發頗多。用能於日本立法，以批評的態度，示其不滿，誠進步之作品也，用為介紹於此。編者誌

目錄

序言

第一章 財產法之基本理論

第一節 現代民法之三大原則

法學叢刊 第一卷 第六期 譯著

第二節 團體單位的思想之興起

第二章 財產

第一節 所有權

第二節 債權

第三章 契約

第一節 一般契約的通行原則

第二節 利用財產的契約

第三節 利用他人勞力的契約

第四節 財產處分契約

第四章 協同組合的法律關係

第一節 團體的作用

第二節 共有與總有及入會

第三節 結合

等四節 社團

第五章 損害分擔之法律關係

第一節 損害分擔之法理

第二節 不正當的利得

第三節 不法行爲

第四節 扶助

第五節 保險

目錄終

緒言

我寫這篇財產法概論的目的，是在與中川善之助君所寫的身分法概論合併起來，以民法中心，將私法的概念，闡明出來。因之他的內容，就不能純粹的限於財產法。蓋私法——一般的說明是：規定人類的財產及身分關係的法律——但正確的看法，牠還包含身分關係，及

財產關係以外的東西。例如最初規定民法的個人人格（權利能力）的觀念，是私法制度，甚至現代法制之全構成的基本概念，又如以公益爲目的的財團（如紅十字會之類），並不是財產關係。又如對名譽，貞操等所謂人格的利益之侵害，其賠償，縱令以金錢賠償爲原則，也不應把牠看作財產關係。然則若將這些東西，從這個概論中排斥掉出去，則不僅牠與身分法概論合起來，不能闡明私法的概念，而且還有不能充分說明其他類似法制之虞。蓋個人人格觀念的說明，是說明其他制度不可缺少的前提，不僅如此，合法的公益團體與營利的或非營利的組合及社團，在根本觀念上，是共通的，而且人格利益的侵害與財產的侵害，其法律的構成，又是同樣的。根據這種理由，我把這篇概論的範圍擴大，除身分法外，使牠涉及民法的全範圍。這種題名，也許有些不正確，但題名本來以便易爲主，所以我想在學問的研究上，或不致被人們非難的。不過爲避免讀者的誤解，故有聲言的必要。

其次還要有一個聲明，即我國日本的財產法規，在民法以外頗爲不少。特別是關於商業的商法法典承至關於，礦業權，漁業權，特許權，著作權等的特別法規，與夫工場法，租地法。租屋法，康健保險法，及諸如此類。屬於所謂社會的立法之法律，都是極其重要的財產

法規。然而本文限于篇幅，若網羅這些問題的全都是全然不可能的。我這裏所談到的，不過是在理解民法的基本理論之上，涉及其必要的範圍而已。也許對於民法說的很精細，而疏忽其他法規，但這是沒有辦法的。

這篇概論的體系，與民法的體系，全然不同。民法是將財產法大別爲物權篇與債權篇兩部，這兩篇和民法全體共同適用的原則，概括起來成爲總則篇，配置在民法的篇首。這種體系，若從財產法的法律理論的構成上看來，是極其完整的，若以財產法中各種制度的作用爲中心去看，則是極其不便理解的東西。不僅如此，當考慮民法以外的財產法，將其編入說明之中的場合，到底牠是不能維持的體系。我在開宗明義第一章，就來說明現時財產法規之基本理論的所謂「個人主義民法的三大支柱」，及修正這三大支柱的傾向，然後我再就大體上順次的說明，這種根本傾向的發展即第二章說明財產，第三章說明契約，第四章說明協同組合之法律關係，第五章說明損害分擔之法律關係。在根本理論的發展上，比較要多費一些說明，在每個制度之純粹法律構成的解說上，便盡可能的簡單，至於不重要的地方，我就省略不說。這種概論採用這個方法去說明，我就相信是最適當的。

第一章 財產法之基本理論

第一節 現代民法之三大原則

一 現代財產制度，其特徵，是私有財產制度。不用說現代民法中財產法的根本特徵，是與私有財產制度相適應的。而這種特徵，一般的說來，是由下列三個原因成立的。

(1) 尊重個人財產權的原則。這個原則是承認外界的資產，原則上絕對服從個人的支配，把牠尊重為個人的神聖不可侵犯的一財產權，至其處分，完全聽所有者之自由。

(2) 個人意志之自治的原則。這個原則是：個人可以根據自己的意志活動，以取得他的權利與義務，不受自己生來的身分與階級的拘束。而且法律要尊重個人的意志活動，對於個人企圖，予以助力使其成功。

(3) 自己責任的原則。這個原則是個人在自己的自由活動裏，雖有對於他人加以損害的事實，除基於自身意志活動的行為（故意的或過失的行為）為損害的直接原因外是絕對不負

其責任的。

二 私有財產制度，是近世的產物。上述三大原則，也同是近世的產物。概言之，可以說這是與法國大革命的「個人主義思想」，共同確立起來的東西。

(1) 承認婦女的飾身器具及男子的獵狩工具，是個人的權利（好像現代的個人所有權）這是很古的事情。其他動產的所有權，可以說比較上也是很早就確定的。然而最重要的財產如土地，在上古農耕時代，是由村落團體，強有力的統制着，到了近世的封建時代，人們對於領土權。就有了個人土地所有權的觀念，但是還未曾有過個人絕對所有權的觀念。等到法國大革命，發表了人權宣言，承認了個人所有權是天賦而且是神聖不可侵犯的權利（人權宣言第二條第十七項），排斥了存在於土地上各種封建制度的權力之後，現代私法中個人所有權的觀念，纔確立起來。再後各國的憲法，都一樣的揭示着這個原則，日本憲法，在第二十七條，也宣示着同樣的精神。

(2) 在近世以前，人們生來的身分與階級，要決定個人權利關係的重大部份，這是不用說的事實。隸屬於土地的農奴，就是最顯著的例子。即在交換經濟發達以後，個人要想根據

自己的意志任意的作自由的經濟活動，也是不可能的，因為那時都市裏已有會行的組織，牠對於個人的活動加以強力的拘束，這也是人所共知的。在這一點上，也是等到人權宣言，發表了人類生長到世界上來及在他的生存中，都有自由與平等的權利（人權宣言第一條第二項）之後，革命進程中，決然的實行了所謂「農民解放」，且廢止了「都市行會制度」，更進一步，禁止一切束縛個人自由的團結，那時在私法關係中，個人意志之自治的原則，纔確立起來。

（3）個人對於他人之加害行為，對於被害者，負有損害賠償的責任，這種責任，稱爲「民事責任」。這種民事責任，最初與加害者。對社會所負擔的刑事責任，會混淆起來，後來漸次分化，各自發揮其作用。原來這並不是法國大革命所承認的。然而以保障個人自由活動爲主眼的法國大革命，用於刑事責任，確定了所謂「罪刑法定主義」，同時對於民事責任，予以思想的先導，即認對上述那樣嚴格的條件，（即基於故意或過失的條件）是必要的。

三 現代民法 三大原則的功罪，就是私有財產制度的功罪。

承認一切人民，據有權利主體的地位，而否認使人類的物品一般，成爲他人所有權的客

體如奴隸之類，這種宣言，可稱爲是人類文化史上之劃時代的進步。民法第一條就揭示着這個原則，這是永久不能否定的原理。打破封鎖的階級制度，保障個人的財產與活動的自由，是促進資本主義經濟組織之發達的動力，任何人也不能否定牠對於人類文化史的發達，曾予以不少的助力。

但是農民解放與土地所有權的絕對化，並不會確立全社會階級的自由與平等，牠祇是予一部份有產階級以很多的利益，這也是不能否認的事實。資本主義的發達，使社會上這種不平等，愈加尖銳化，今日個人活動，與個人所有的自由，事實上已成少數有產階級對無產大眾之專制的工具了。因此私有財產制度，現在已成爲受各方面批評的東西。現代民法的三大原則，當然也免不了遭受同樣的命運。最嚴厲的批評，是根本否定私有財產制度與現代的民法三大原則。可是我在此地的任務，是在說明民法制度。至於否定私有財產及民法的三大原則之學說，我暫且置諸不提，我的任務祇在說明，不即刻否定這種制度。但承認牠有弊害。而決定努力去修正牠的傾向。

第二節 團體單位之思想興起

一 三大原則，在其理論的形式上，是基於自然法的絕對的天賦權利。但在牠的歷史內容裏，却具具體的使命，即打破封建制度末期的一切阻止社會進步的制度。若明瞭的認識這一點，拿牠與三大原則在今日社會裏所起的作用對比起來，就會發見，延亘一世紀有餘的社會狀態的急劇變化，結果使同一法律原則，時時起恰恰反對的作用。在同一理想之下，會因其必要而在形式上絕對主張的法律原則，現在却因牠的弊害，非堅決的主張，要牠服從社會的統制不可了。

(1) 集中於少數者手中的土地所有權之絕對的原則，已支配了他人的土地，使用者將徵取其貢稅的權利，神聖化起來，事實上的結果，是使土地使用者地位、日陷於不利不安的境地。同樣積蓄巨大資本之個人絕對財產權的原則，其結果尤使社會的生產關係，成爲無政府的狀態。過去既是拿個人財產上之一封建制度的拘束，認作一阻止社會經濟發展的東西，而加以排斥了，那麼現在在同樣理想之下，個人財產權之社會的統制，就是必要的。

一九一九年德國的憲法，宣佈了一切所有權，都附有義務，所有權的使用同時要合於公共利益的原則（一五三條），特別是開墾與利用土地之時，尤其對公共負有義務，並且決定土地的分配與利用，要服從國家的監督。（一五五條）。不僅如此，德國憲法還揭示着爲了社會的經濟生活的發展，在一定條件之下，要將個人企業，實行社會化（Sozialisierung）的大原則。（一五六條）。此外一九二三年實施的蘇聯民法，其第一條就規定着，私權祇在適合於社會的經濟目的而行使的範圍以內，纔能受到法律的保護之根本原則。上述兩國的法律，可以說都是這種傾向的表現。

（2）在經濟地位不平等的人們相互的契約，結果是任優裕者之所欲而決定。在巨大資本與無產勞動者之間，尤其是如此。所謂個人意志的自治及契約自由的原則，事實上，就歸結於經濟的優裕者之專制。在這種情況之下，要使各個人的人格發展，不但不能放任個人意志的自由，反而必須拿團體的意志，來代替個人的意志，或者用國家的積極的干涉，來實行某種程度的強制。上述如德國憲法上聲明着，保障勞動者的團結權（一五九條），且聲明須有勞動保險及其他爲勞動者的利益之設施（一五七條一六〇條及一六二條），這便都是這種思

想的表示。這種現象，已成為最近世界各國最顯著的現象了，

(3) 機械文明的發達，予人類以很大的福利，但同時增加了危險。在利用文明利器的企業裏，人們都悉數苦於企業的災害。現在人類究竟還未能將機械完全征服。在這種情形之下，那個企業，對於內部的勞動者或外部的一般民衆，加了災害，如果以這種災害並非基於企業主體之自身的行為理由，或者說這是機械的缺點，並非人之過失，而不承認企業者的賠償責任，那麼，勞動者與一般民衆的危險，將使一部份企業者大獲其利了。因此企業的災害，應當認為是從企業中發生的不可避免的損失，這損失的責任，應由獲取企業利益的人們公平分擔，這種觀念，是當然的產物。近時各國關於鐵道，工場，鑛山等特殊企業責任的立法，就是應這種趨勢而來的。

像這樣，三大原則，現在正受到各方面的限制，已經是不可掩蔽的事實了。

二 然而在另一方面，代替三大原則，而興起的新主張也可以指出許多原理來

德國憲法，在關於經濟生活章之開頭第一五一條上，規定着，以保障社會上各個人，得過值得稱爲人類的的生活 (Menschenwürdiges Dasein) 爲目的。像這樣社會對於牠的成員的

生活，意識的負着責任，可以說是針對自由放任的個人主義思想之一種新的法律理想，也就是正發現於最近的法律學上的東西。此外德國憲法爲達到這種理想，正採用積極的手段，即規定精神的及肉體的勞動力，得受國家特別的保護（一五七條一五八條），並且規定勞動者及使用人，得與企業有同等的權利而參與企業的經營。（一六五條）。這種思想，現在各國都把牠當作當面的問題。正在加以考慮。這種思想，概括的說來，稱牠爲「團體單位」或「社會本位」的思想。

一個人單位」的原理，認爲社會的目的，是在保障個人之天賦的自由，當這個原理實現之時，國家祇要打破拘束自由活動的事物就行了。反之「團體單位」的思想，便認爲社會對於牠的成員之生存，負有責任，爲事實現這種思想。國家非積極的興辦許多設施不可。這裏在財產關係中國家權力的積極的干涉，將次第增加其強度。所謂「使私法公法化」，就是基於這種思想而來的。個人的財產關係，若不與所謂「公法法規」合併起來去考察，則其真相，將至不得而知。

從保障個人天賦的自由與平等權，轉變爲保障各個人得過人類的的生活。從所有權之神聖

不可侵犯，轉變為勞動力之特別保護。從參政權之確立，轉變為產業經營權與參與權之創設。人權宣言與德國憲法，很鮮明的表示着這種對稱。然而歷史上，是沒有飛躍的。法律理論，是與十九世紀之過程之社會情況的變遷相適應，而一步一步的漸進了來的。

第二章 財產

第一節 所有權

一 法律的性質。所謂所有權者，是一種有完全內容的物權。換言之，即對於外界的有體物，任自己之所欲去直接利用牠，而能滿足我們的欲望之權利。因為牠是物權，故與下述的債權不同，在同一物體上，兩個完全的所有權是不能成立的（物權的排他性）。

實現所有權的內容，若有妨害事由存在的場合，則所有者可以請求妨害的主使者，排除那種妨害。這就是說，對於無故占據所有權的人，得請求其償還，而且還可以請求排除現存的妨害，及豫防將要發生的妨害。這些請求權，叫作基於所有權的物上請求權。

二 內容。所有權的內容，就是對於客體的使用，收益與處分（日民法二〇六條），但所有權並不是這些權能的集合，現代所有權的特色，就是任己之所欲的利用客體，牠含有得任意利用之渾然的內容（彈性性）。其結果存在於所有權上的限制（地上權，抵押權等），殆悉數都是有限的，如果牠消滅了，則所有權就回復到完全的內容。再者不將使用的權能與收益的權能是不能分開的，例如分爲地上權與地底權之兩種所有權，是不允許的。

但是所有權的內容，要受『法令的限制』（二〇六條二〇七條）。而這種限制所有權的法令，是極其繁多（土地收用法，鑛業法，砂鑛法，森林法，川河法，耕地整理法，道路法，都市建築物法，古廟宇保護法等都是關於不動產的主要法規），這是應該注意的。

從來學者，若提到所有權，總以牠的內容是絕對的爲原則，因之特別在沒有法令的明文的場合，便以爲牠是不受限制的，甚至主張空中的飛行，也是侵害了所有權。這種意見，是不知道新的法律思想的。德國民法（一九〇〇年），已經規定，土地所有者不得禁止於自己沒有任何利益的空中及地底之侵入（九〇五條），而瑞士民法（一九〇七年），也規定着，土地所有權之行使，祇限於在利益的範圍以內，及於地上與地下（六六七條）。即

在日本，也有許多特別法來加以限制，不用說，這應當把牠理解爲同樣的東西。

民法特別將隣地的關係，加以詳細的規定。這種關係，稱爲相隣關係（二〇九條至二三八條）。他的內容非常繁多，簡約的說來，祇是規定相隣者在共同生活中之最小限度的必要。若從規定社會共同生活之法律的理想上看來，還是更應擴張的。此外土地所有權的行使，若招致他人之損失的場合，則根據所謂「權利濫用」的法理，非予以禁止不可。「權利濫用」的法理，德國民法已經在狹的範圍以內認可牠（二二六條），而瑞士民法，爲使這個法理發展，已經在第二條明文規定：各個人之權利的行使及義務的履行，必須服從誠實信義的原則，而明白的權利濫用，便得不到法律的保護。然而，法國也是在很早以前，就根據判例法的作用，確立了這種法理，日本的判例法，近時也明顯的有了這種觀念。這種法理，不僅限於所有權，而且適應於一切的權利，當限制個人單位的內容，而完成「團體單位」的作用之際，牠是可以適用的重要的理論。在土地所有權的內容上，特別是在相隣關係的規律上，我以爲更應多多的訴諸於這種理論。

所有權之於消滅時效，是無干係的（一六七條二項）普通權利長久不行使其效能，則根

據時效而消滅（一六六條以下）。所有權之造成這種例外，可以由所有權是神聖不可侵犯的權利，而包含不行使的自由來說明。但是像土地一類的有限財貨，若全然不利用牠聽牠荒廢。反承認是所有者個人的權利。這從現時的法律思想看來，簡直是難以承認的東西。

三 所有權之取得 所有權之取得，有兩種情形，第一是繼承前主的所有權，第二是與前主沒有關係的原始的取得。民法對於後者如無主的動產之先占（二三九條），遺失物之拾得（二四〇條），埋藏物之發現（二四一條），附加（二四二至二四八條）等，都設有規定。在商品生產的今日，大部份為我們所有的使用財富，都是根據買賣而取得的。除掉買賣，便以繼承為主要。民法所規定的所有權之取得，在作用上看來，是極不重要的東西。

四 所有權之經濟的作用 所有權之法律的內容，是渾然一體的。然而若察看牠的經濟的作用，則所有者自身。對於不動產之物質的利用，是極其少見的。大部份都是教他人利用，面向利用人收取代價。即企業的設備，為所有者自身利用的場合，也是用僱傭勞動者的手段，教他們支配企業生產。動產若在消費者手中，自可稱為物質的利用之保障，但是若在人或製造者的手中，則經過一番處分就起獲得利益的作用。我們可以說，所有權不是保障外

界物產之物質的利用的制度，牠已成為支配他人，藉以大獲利益的制度。

然而，在資本主義的最近階段裏，所有權正起着新的作用。牠已變成擔保品而成為金錢債權之基礎了。在這種作用裏，所有權已漸次為金錢債權所征服。蓋金錢債權之驚人的發達，便確立了所謂「金融資本」，牠代替所有權來維持經濟組織之運行，牠利用息的名義來榨取剩餘價值，因此所有權已漸到——徒擁虛名的地位。這種現象，在現時社會裏，要理解財產所有權之地位，是非常重要的東西。私有財產的核心，在今日的情況之下，已不是所有權，而是金錢債權了。這種現象叫作「財產的債權化」。

第二節 債權

一 債權的財產 在經濟狀態未發達之時期，對於動產與不動產之人類社會，僅有物權的生活，是現存物質的單純生活，那時還沒實行物物交換。等到現存的物質能與將來的財貨及勞力交換之時，人類的的生活，纔能到過去，現在及將來。在現時，能夠計算將來的財貨或勞力的工資。這種制度，不是別的，就是債權。所以債權，是社會的信用關係發達了以後纔

有的制度。

債權自從開始發達，就具有財產的性質，這是不用說的。但是債權在不能任意渡讓之時。不過是由特定人間的物權關係而決定的預備關係而已。然而債權隨着中生世紀商業的發達，就成爲能夠渡讓的東西，牠與物權爲伍，結果就發生獨立的財貨的作用了。後來債權的渡讓性，逐漸發達，直至今日，金錢債權已經證券化或爲無數的零碎證券，而且成爲商業上最靈活的支付的客體了。公債，公司股公司債等有價證券，就是這一類的。前段說過財產已經債權化。那個債權，就以證券化的金錢債權爲最主要的東西。

二 債權的內容與其實現的保障。(1) 債權是向他人(債務人)要求一定的行爲(償還)之權利。即無金錢價值的東西，也可以成爲債權的目的。(三九九條)。但是這種債權，是極其稀少的，一般的說來，把債權稱爲「財產權」是不妨的。根據債權的目的之種類的不同，便有種種名稱。以引渡特定物爲目的的，叫作特定債權；償付一定種類之一定量的，叫作種類債權，以金錢償付爲目的的，叫作金錢債權，以利息爲目的的，叫作利息債權；從數個償付當中，選擇其一而償付的，叫作選擇債權，民法在債權篇之開端，就揭示有通則的(四

〇〇條至四一一條。

(2) 債務者之償還，稱爲債務的履行。債權就根據這種債務的履行，實現牠的內容而達其目的。履行的時期，場所，費用的負擔及履行的方法等，通常都在債權發生的契約上規定着，但沒有特約的亦頗不少，還有債權不基於契約的，這些在民法上，都有詳細的一般規定。現在來指出其中應當注意的地方。原則上債務者以外的人，也得履行債務(四七四條)。這種人，當履行債務之時可以代表債權者，向債務者要求償付。(四九九條至五〇四條)。這是對於保證人及抵押不動產之取得者，領有實益的制度。對於債權的準占有者(例如持有存款摺及圖章的人)或真正的收據持有者，履行了債務，則這種履行是有效的(四七八條至四八〇條)。債務者履行債務而提出償還之時，縱令債權者不接受，也沒有不履行的責任(四九二條，四九三條)。債權者當拒絕接受債務者的償付，或不能接受其償付之時，就產生所謂債權者遲滯的責任(四一三條)，而債務者就可以實行供託(即遵照法律，將金錢有價證券拿出來，付託供託所去保管)以免除債務(四九四條至九四八條)。

(3) 債務者在規定的償還期裏，若不履行債務之時，則負有遲滯的責任，對債權者因不

履行而產生的損失，必須賠償（四一二條，四一五條至四二二條）。債權者還可以請求法庭，用強制執行的手段，以實現其債權（四一四條）。但是在現代的法律中，即國家的公權也有一定的限制，例如請求同居的權利，就不能施以完全的強制執行。還有即強制債務者，也不能達到債權之目的的情形。像這樣用強制執行的方法，還不能達到目的的場合，則債權就變成金錢賠償的請求權。金錢債權可以停止債務者的財產之使用處分權，將其拍賣或用其他的方法換成金錢，而使其盡可能的達到債權最完的目的。

（4）如上所述，債權結局變成了金錢債權，所以牠完全得受國家的保護。債務者的全部財產，是債權的最後保障。因之民法為保全牠，設有兩個制度。第一叫作債權者的代理權，代表債權者行使其權利而維持他的財產價值（四二三條）。第二叫作欺詐行為的取消權，這是對於故意減少債務者的一般財產，予債權以損失的行為，實行取消，使財產的減少，回復到原來的狀態（四二四條至四二六條）。——債權者之代理權，像上述那樣離開本來的作用，例如甲的不動產，由乙轉賣到丙的手裏之時，則丙就代替了乙的位置，法律上承認他能夠代理行使乙之對甲所有的登記請求權。

(5) 若債務者的全部財產，即完全變賣，也不能償付許多爭求償還的債權者之債務全額之時，則將牠平等的（按比例的）分配給全體債權者（債權者平等的原則）。不過法律上關於特定的債權，規定着得較其他債權者，享受償還的優先權。先取特權，就是這種東西。先取特權，可分爲三種。第一是從債務者的全財產當中，得受優先償還的一般的先取特權，法律上承認公益費用，葬儀費用，僱人的工資，日用品的供給四種債權，屬於這一類（三〇六條至三一〇條）。第二關於不動產租賃的債權，對於租借人一定的之動產，關於旅館的住宿費，對於旅客的行李諸如此類的東西，特別是有密切關係的動產上之先取特權，法律承認此種債權，是屬於這一類的（三一一條至三二四條）。第三是關於不動產的保存費，工事費或者買買的代價與其利息之不動產上所承認的先取特權（二二五條至三二八條）。承認這些先取特權，其理由，關於各種債權，並不都是同樣的。有的是圖謀當事人間的公平，有的却立脚於社會政策的立場上。關於先取特權。相互間的關係，反先取特權與質權抵押權的關係等，民法都有更詳細的規定（三二九條至三四一條）。例如鐘表店修理一件鐘表，當牠沒有收到修理費以前，對於那件鐘表有保留之權，同樣他人的財物之占有者，當他沒有收到由這種財物

所產生的債權之償付之時，他也有留置這個財物的權利。這叫作留置權。這可以把牠看作是間接的促其償還的權利，是打破債權者的平等的原則的一個例外（二九五條至三〇二條）。

三 債權的擔保 爲使債權的實現特別安全，就應當採用擔保制度。擔保分爲二種：即人的擔保與物的擔保。前者是將債務者以外的人之一般財產，作爲實現債權的擔保，後者是在債權者的特定財產上，保持優先償還權。

(1) 人的擔保，就是保證與連帶債務。兩者主要的差異是：(A)前者常屬從於主要債務，如果主要債務不能成立或被取消之時，則保證債務與之有共同命運（參照四四八條，四四九條），後者是各自獨立的（參照四三三條）。(B)前者有催告的抗議權（四五二條）及檢察的抗議權（四五六條），而在後者的情形之下，債權者對於債務者之一人，或者同時順次的對於總債務者，得要求其履行全部或一部份的債務（四三二條）(C)有數個保證人的場合，則保證的債務總額，按照人數分擔（保證人分別的利益四五六）。但是不實行分擔也是有的。然而最應注意的是：保證人有以上的利益，祇限於普通保證，所謂連帶保證，沒有(B)(C)兩項的利益，除去(A)項，則幾乎與他帶債務沒有差別了（四五八條，四五八條）。

保證人當履行債務之時，對於債務者，保有一種求償權（四五九條至四五六條）。在連帶債務者當中，若沒有特約或特殊的事件，則按照平等負擔的原則，多額的償還人，對於其他的人，應持有求償權。

保證與連帶債務並立起來，就有債權之人的擔保的作用，謂之債務的承受。以第三者代替從來的債務者，或者與他並立而擔負他原有的債務，這種制度，在接收他人之營業的場合，很有實效。民法雖沒有特別的規定這種制度，但承認與學說先例是共同有效的。

（2）物的擔保，是典質，抵押及讓渡的擔保。

典質是將目的物移轉於債權者這就是牠的特徵（參照三四二條三四四條）。本來動產作質（二五二條至三五五條）是最主要的，至於不動產（三五六條至三六一條）作質，是極其稀少的。然而在今日之下權利作質（三六二條至三六八條）已起了更重要的作用。在權利作質中，一促使債務者保留有使用價值的東西以作償還的普通質權作用，幾乎完全沒有，專門祇有確實的優先償還權之保留。以移轉目的物為特徵的典質權，還有禁止債務者的處分的意義。因此保留典質的目的物，而完全封鎖債務者的處分權，在此場合，有價證券的典質，

最能完全的達到牠的目的。無記名的債券及股票的典質權，在今日的經濟界能演成最重要的作用，就是因為這個道理。倉庫證券（即棧單）（商法三五七條以下）貨物交換證（商法三三三條以下）船貨證券（即提單）（商法六二〇條以下）等類的典質權，在事件的實體上，是寄託於棧房或在海陸運輸中之商品的典質，但是在牠的作用上，簡直是與權利典質近似的東西，牠成爲商品的買賣關係上之債權的担保，牠在流通金融上，起着重大的作用。一金融資本「統制商業資本之重要的手段之一，就在此地。

民事法上。關於典質，規定着質權者當享受質品的優先償還權之時，必須按照拍賣法或民事訴訟法的規定進行，若採用債務者雙方的協定，去自由處分，或去充當債務，商法律是不允許的。這稱爲禁止流動典質的原則（三四九條及商法二七七條）。在商業法上，固委諸於當事者之自由競爭，但在民事上，却有禁止債權者之暴利行爲的必要。元來本不是沒有理由之立法，然祇靠那種消極的規定，對於弱者的保護是不充分的，不僅如此，於輕便的民衆金融上有重要作用的當舖，還能夠封鎖其活動。因此在當舖取締法裏，規定着一方面監督當舖，同時又允許流動的典質。昭和二年（即一九二七年）制定了公益當舖法，市，街，村或

者公益法團，得接受國庫的補助，而實行低利的小借款的通融。法律在維持資本主義體幹之擔保制度上，採取放任的態度，但在消費信用上，爲保護弱者，就採取積極的態度。同一典質制度，其作用的不同，則法律的構成，也就隨之而異，這是應當注意的。

(3) 抵押權的特徵，就是不移轉目的物。債務者可以繼續的利用牠，祇要目的物的擔保價值還有得多餘，那麼可以拿牠作二重或三重的擔保。可是抵押權的存在，是在登記簿上公開揭示着的，所以在登記簿上沒有表象的東西，抵押權是不能成立的。這就是說動產不能作抵押（但船舶是例外商法六八六條），牠祇限於不動產如土地，建築物及根據立木法而登記的樹木（三六九條，不動產登記法一四條，明治四十二年立木法一條）。但是在民法以外，有登記簿的表象能作抵押權之客體的財產，頗不爲少。鐵道財政團體，工場財政團體，以及其他各種財政團體，都是其中重要者。鑛業權，漁業權，特許權等，普通都把他當作典質權，其實在理論上，牠應當作抵押權。

本來在抵押權中，起最主要作用的，就是土地的抵押。這個作用，從經濟上看來有兩個階段。第一是以土地所有者之金融的獲得爲中心的，第二是以金錢資本家之投資爲中心的。

在前一階段裏，金融關係是對人的，抵押是處在債權的屬從地位。其結果爲了抵押不動產之第三取得者的利益，抵押權常常不免處於不利的地位。然而在後一個階段裏，則金融的關係就成爲對物的。不動產的担保價值，便予以獨立的財產的存在。這即是說担保價值已被細分開來，而化爲證券，牠不受抵押權設定者人之關係的影響，牠成爲安全的投資，而能自由的輪轉流通了。後一制度最發達的國家，便是德國。根據民法，從抵押證券（Hypothekenschein）²、土地負擔證券（Grundschuldbrief）開始，直到土地金融組合（Landschaft）及抵押銀行（Hypothekenbank）所發行的抵押證券（Pfandbrief, Hypothekenschein）等，都是最優越的制度，由這個制度，土地就完全金融化，（土地的動產化或商品化）了。日本民法的抵押權，是屬於第一個階段的。爲使抵押權的存在之確實，及其流通之便利，都不曾予以任何特別的顧慮。不僅如此，而且抵押不動產的第三取得者所有的代價償還（三七七條）及消除（三七八條至三九一條）等權利，更要使抵押權的效力減弱。僅僅在本公司股債發行的基礎上，根據公司股債的流通性。間接的實行一些金融化而已（參照附有擔保的公司股債信託法）。因爲如此，故近時日本也有叫喊土地金融化是必要的了。——當然，抵押權驅使土

地走向投資手段之途，其中並不是沒有弊害相伴而來的。但是當財政資本發展之時，要想用姑息的手段去阻止土地的金融化，是全然不可能的。土地的商品化，總之是財政資本主義發達的過程中之當然途徑。（中略）

第三章 契約

第一節 一般契約的通行原則

一 個人的自由意志之表示。前面已經說過，個人意志自治原則之表現，就是契約，故在契約的成立當中，個人之真實的自由意志的表示，是必要的。因此若基於錯誤或者受到欺詐，強迫等等意志的表示，則不發生效力。然而說意志表示也好，說契約也好，究竟是與其他個人的交涉。在與他人交涉當中，別人的真實意志，確實無從知道，所以除信賴他所表示的意志以外，別無他法。在這一點上，無論在何種個人主義的民法裏，為保護對手方當事人，對於上述的理論，不得不認定應有一些限制。日本民法，有如下的規定。

(1)縱令所表示的並非真意，若表示人自知非真意之時，則他所表示的，就發生效果（心理保留九三條）。(2)若與對手方通謀，把非真意的事情，佯作真意而表示出來，不用說這是無效的。但是如有第三者將此信爲真實的行爲之時，則對於這種表示，不得主張其無效虛偽表示（九四條）。(3)錯誤，祇有在法律行爲之主要部分的錯誤的情形下，纔算無效，可是錯誤者若有重大的過失之時，則錯誤者自身，不得主張其無效（九五條）。(4)基於詐欺或強迫的意志表示，得取消之而宣佈其無效，在詐欺的情形之下，不得拿這種取消的結果，去對抗善意的第三者（九六條）。把個人意志自治的原則，看作無絕對價值的現代的法律理論，即在意志表示的效力上，也着重於表示，而使所表示的發生效力，這是原則；不過有錯誤或受到欺詐與強迫的表示者，在某種程度以內，有保護之必要，所以僅僅主張對於上述的原則，多少有一些限制的必要而已。而且從這個立場上，努力於批評民法的上述的規定。——他個人意志自治原則，祇有根據於個人的完全發達了的能力之意志表示，纔能視爲有效。故無能力者即未成年者（二十歲未滿三條），禁治產者（七條），準禁治產者（一一條）等之行爲，應視爲完全沒有效力的（得取消的）表示（三條至十三條）。然而這種制度，實際上祇是保護

有產者而已，不僅如此，牠往往因爲個人財產的保護，而損害一般收付關係的安全，在今日，這種制度的適用非加以限制不可。對於利用詐術使無能力者的行爲發生完全效力的規定（二〇條），現在將其適用的範圍，正使其擴張，這就是此種主張的實現（日本民法，將妻子，當作無能力者之一）（一四條至一八條），但這不過是婚姻的效力而已，並不是個人意志自治的問題。——個人意志之自治，承認將自己選任的人作爲代理人，允許由代理人代作意志的表示（九九條至一一八條）。蓋根據這個辦法，則個人意志活動的範圍，就可以擴張。可是名稱上是代理人，而實際上沒有代理權的，亦往往有之。這種無權代理人的行爲，對於元來的本人，不發生任何效力，不過他有損害一般的第三者之虞，故法律上規定了，一定的無權代理人之行爲，若對手方把他信爲真實代理人的場合，則其效力，及於本人。這叫作表見代理。這種代理，有三種情形。第一是：本人聲稱以某人爲代理人，但尚未正式實行的場合（一九〇條）；第二是：代理人超越權限，但無論如何看起來簡直是權限內的行爲的場合（一一一〇條）；第三是：代理權消滅的場合（一一二條）。元來爲擴張個人意志而產生的代理制度，應注目於商業收付的安全，故不得不設予個人以重大責任的表見代理制度。此外民法

對於一般無權代理人的本身，還課以重大的責任。（一一七條）。

二 意志表示之合致。契約以由申述承諾兩種意志表示之合致而成立為原則（五二一條至五二八條）。普通的意志表示，達到對手方之時，就發生效力（九七條），而承諾，當把牠發出之時，發生了效力，這時契約於是成立（五二六條）。此外商人從經營平常買賣的人那裏，接到屬於該營業部類之契約的申述之時，承諾與否，若不予以答覆，就應看做是承諾了（商法二七一條），除這種特別的情形以外，申述者，不能將未經承諾的申述，看作已得承諾的東西。

三 契約與方式。契約，一般的說來，是沒有方式的必要。這叫作方式自由的原則。這也可以說是承認個人意志中之效力，之一種表現。不用說在我們的日常契約中，通常總是作成證書。然這是契約的證據，而非契約的要件。但是近時，主張一定的契約，或主張將法律行為的方式規定，若違反這規定，就不承認其效力，這種傾向，正在發展，是應當注意的。證券行為，公司設立行為，就是最適當的例子。這是近代經濟的出入，完全成為集團的，大量的，劃一的之結果，故信賴行為之外形，而且為使牠更加靈活，則須根據定型化的方式，

而使其統一的思想。因之這種傾向，在商業出入中，逐漸增多。在民事關係中，關於影響第三者之重大的權利變動上，有使其具備從外界看來得以認識的方式之要求存在。把婚姻由戶籍來公示，就是這個最適當的例子。然而在財產關係中尤其是在物權變動中就是登記與移轉。不動產物權之得失的變更，如果不登記，就不得對抗第三者（一七七條）。不用說在當事人當中，僅僅契約，就可以發生物權變動（一七六條），所以不是純粹的要式行爲。然而在登記未備有登記方式的當中，在對於第三者的關係上之不得主張持有權利，可以當作是基於要式行爲思想的東西。即在動產物權上，也把移轉（一八二條至一八四條）當作對抗的要件（一七八條），可是移轉與登記不同，若把牠當作公示物權的方式，是不充分的。因此第三者因爲某人持有物權，便把他信爲所有者，而有遭受意外損失之虞。爲防止這種情形，故規定若將沒有所有權而持有動產的人（例如借來），信賴爲所有者，而承認受他的動產或典入他的動產之時，這個信賴，祇要是正當的則承受人或質權者就取得完全的物權。這叫作動產物權之公信的原則（一九二條）。實際上，這是在買賣收付上，起重要作用的制度。

四 契約之經濟的作用。在個人意志自治的原則下所支配的法律關係中，個人之間的一切合法的法律關係可以用契約來說明。然而今日的法律學，不能不直接的看到事實。於今純粹的個人契約所起的經濟作用，是意外的少，而且發見到一天一天的減少下去。首先是保險，運輸，銀行及電力供給等事業的收付，其約款都是由一方當事者決定，而他方當事者就照樣的容納，別無其他。法國學者把這個叫作「附合契約」(Ornatat Doction)。而這種現象，在勞動者的僱傭，及公司與其他大商店的收付上是日漸增加的。第二是勞動者，手工業者，手工業者，租地人，租屋人等類的集團，用集體的方法交涉，而定出契約的大綱之現象，也漸次的顯著起來。這叫作「團體協約」。第三如同在勞動關係，租地租屋關係裏一樣，國家制定一種法律，禁止在一定的限度以上，使一方當事者陷於不利的境地，這種現象也是次第增加的。由各個人與自由選擇的對手方，彼此妥協，而能自由的決定其內容的契約，是極其少有了。——爲什麼如此呢。契約自由的原則，是尊重個人的創造性而有剝奪其發展的力量。但這祇限於兩方當事者之經濟能力相均衡的場合。在經濟能力非常懸殊，而弱者方面完全不能抬高到與強者方面相等之時，則契約自由的原則，不過是在自由的名義之下，允許強

者的專制，而使弱者屈服而已。近時經濟的強者，自己已組織與團結起來以取得獨佔的地位。祇要看一看上述附合契約的例子就可以知道，契約的內容之所以成爲一定的，是根基於保險業者，運輸業者銀行業者等之團體的協定之成立而來的。這裏有純粹意味的契約，早已沒有保障個人間之一妥當的關係的力量了。不僅在道德的見地看來，不能保障正當的關係。即在近代大規模企業的經營中，也不能保障適當的關係。現代的經濟，是集團的買賣，是組織的運行。至於個人，已在集團與組織之中，沒落下去。個人當中之各個的收付，當然不適合於這種組織。而其結果，個人意志就失去其能力，不能保障契約內容之合理性了。因此用集團意志，來代替個人意志的一團體協約，就產生出來，同時用國家意志來法制個的意志的法律，也就因之產生。契約之維持經濟組織的力量，就這樣漸漸的消逝了。順應這樣的一般的傾向，在民法固有的範圍以內，學者所努力者，有以下三項：第一是，當規定違反公共秩序與良善風俗的法律行爲爲無效之時（九〇條），應當予以充分的新的內容，對壓迫弱者之不當的契約的效力，要加以限制，第二是，當適用一違反強行法規的法律行爲爲無效（九一條）的規定之時，要將從來祇想爲是所謂任意法規，而祇在當事者無約定的場合，予以

補充的東西，使其強行法規化，要在這種最小限度裏去保護弱者。第三是當解釋契約之時，要顧慮到兩方當事者的立場及社會的經濟事情的變化等，而努力予以合法的解釋。

第二節 利用財產的契約

一 住宅地的租賃。住宅地的租賃有兩種。第一是地上權（二六五條至二六九條）之設定，第二是出資租賃（六〇一條至六二二條）。前者是物權而後者是債權，所以租借人的地位，在前者情形之下，顯然是要強些。地主乘自己的經濟地位之強大而設定地上權之舉，是極其少有的，在日本，住宅地之租賃，大部分都是租借權。不僅如此，即在地上權的場合，地上權因為保障其地位之困難，所以制定了建築物保護法（明治四二年法律四〇號）及租地法（大正十年法律四九號）。前者是全國的法律，而後者祇限於在有租地問題之糾紛的一定地方（這個由勅令來決定）施行。此外還有在一定地域裏，將此種問題由調停來解決的租地租屋調停法（大正十一年法律四一號）；而大正十二年因大地震火災，還有以臨時救濟租地租屋關係為目的的租地租屋臨時處理法（大正十三年法律一六號）。租地租屋問題是所謂社

會立法中之最完整的一部分。但是牠的內容，還嫌微弱一點，故近時改正的呼聲，漸次喧嚷起來，這是人所少知的。底下我要將地上權與租借權，一一的比較，而略述牠與上述的立法之關係。

(1) 地上權，如果登記了，則有對抗力（即地主變更之時，對付新地主的對抗力）。租借權若登記了，也是有對抗力的（六〇五條）。但是在前者的情形下，地主對於登記有相應的義務，反之在後者的情形下，地主就沒有那種義務。這個在承借人看來，是致命的缺陷。因此上述的建築物保護法，對於承借人，若將建築物登記（因為是自己的建築物，故可以自己登記），則產生租借權的對抗力，予以救濟了。這個法律，對於地上權，也予以同樣的保護。蓋因得到地主的協力，雖有得將地上權登記的權利，但若祇將自己的建築登記便已充足，那是分外有利的。

(2) 地上權因為能夠任意轉讓，故租地人為建設建築物而投下的資本，可以將建築物與租地併在一起，用轉讓的方法，很容易的將其收回。再者又可以把那個建築物，作為擔保而使其金融化。反之租借權，若未得地主的允諾，便不得轉讓轉賣（六一二條），故無右列的

便宜。租地法爲救濟這個缺陷，故規定當第三者取得建築物的場合，如果地主不承認把那個土地租出之時，得叫地主用時價把這個建築物收買（一〇條）。這個規定，與下述的租地期間之延長合併起來，使租借地上的建築物，有某種程度之金融化的可能，即在勸業銀行邊近的都市地裏租借地上的建築物，都成爲金融了，這是人所周知的。再者無論地上權與租借權，當期間終了以後，若地主不承認新的契約之時，得使其用時價收買建築物（四條），這與期間延長而起間接作用，同是收回投下的資本上能發生效力的東西。

（3）地上權雖不能說是無限的，然無論幾年都是可以的。租借權則不得超過二十年（六〇四條）。但是地上權這種優點，也祇限於理論上。實際上期間的約定，以三年或四年爲最多，在這一點上，與租借權，沒有差異。法庭對於這種三年或四年的期間，予以所謂合理之釋解，即是說這種三年或四年，不是保存權利的期間，而應作停置地租的期間去了解，用這種解釋來救濟的場合，非常之多。然而租地法解決了這個問題，規定以堅固的建築物之所有爲目的的土地或租借權，以繼續六十年爲原則，而其他的東西，以繼續三十年爲原則，即在持有當事人的約定各各若未滿三〇年與二〇年，便不得行之（二條），即在其後，關於其

期間重新更定，也沒有許多規定（三條至九條）。

（4）地租，不管地上權或租借權，都由當事人的協定來決定。不過租地法對於既已協定的地租，若因土地的公租公課之增減，或因地價之漲落，或因與隣近土地之地租相比頗不相當之時，祇規定其後得進行相當的漲價或減價（一二條）。至於當事人的協定，從開始就沒有不相當的情形之時，租地租屋臨時處理。第二條，把地當作在一定的手續之下，得命令其變更的東西，這是一種異例；用法律來決定地租之最高標準額的企圖，現在還未能實行。

二 房屋的借貸。房屋的借貸，祇限於出資租借。因此與上述的住宅地租借之同樣的缺陷，就相伴而來。租屋法的救濟，較之租地法的救濟，還更加微弱。（1）租屋法規定承租人若受到建築物的引渡（普通移轉），得對抗新房主（一條）。這就是一租屋法的最大功績。（2）關於承租人投下資本，（例如附加的修築，瓦斯及電氣的設備等）之收回，若根據民法，則將這個，算作應有的收取的義務。規定着得到租借主之同意而附加了的設備及其他修築等，得叫租借主用時價來收買（五條）。可是法庭的向例，把這種設備與修築，解釋為不包含所謂「權利金」的東西，所以承租人若花費了多額的權利金（普通叫作修築費），便沒

有方法，把牠收回。(3)期間得定爲二十年，但實際上多半不決定期間。這時若依據民法，房主得以三個月的猶豫期間通知承租人(六一七條二號)。但租屋法把牠延長到六個月(三條)。而承租人的通知，依據民法，也是以三個月的猶豫時間爲必要的，可是在都市地裏多半是根據習慣，認爲這是不必要的。(4)關於房租，承認根據狀況的變動而有增減，這與租地法是同樣的情形(七條)。然而其他關於租房的標準，押租，權利金等，——除去上述臨時處理法二條之外——，租屋法沒有任何規定。這是今後須要立法的問題。

三 農作地之租借。農作地的租借，是普通的出資租借。民法的永佃權(二七〇條至二九七條)，是極其稀少的。在所謂「新田」的地方，還比較多有一些存在。元來永佃權，其起源多半是農民從事開墾而取得土地，但當時還不允許農民有土地所有權，故農民憑藉地方豪族的名義從事耕作，每年貢獻一些名義費給豪族，後來名義人變爲所有者，而實際上的所有者，反變成佃戶。因此民法規定永佃權的期間，爲二十年以上，五十年以下(二七八條)，在民法施行以前的永佃權，不管有怎樣長時間的決定，但都限於五十年(民施四七條)，這可以說是予將來以災害的東西。不僅如此，永佃權的內容之規定，也是顯然對佃戶不利(

例如二七四條至二七六條)。的然而租借權的普通耕作權與住宅地租借權，適用同樣的民法規定，則其不利更甚。若就照民法的規定那樣的實行，則佃農便不能生活，這決不是過甚之言。和緩了這種情況而將農村中的和平維持下來的，實際上是地主佃農之間，基於封建思想的恩情關係。可是這種恩情關係，與社會的變遷共同消滅，是當然的。這也就是農村中之所以有法律問題的爭吵之根本理由。如果過去既已經成爲非依據法律不可的話，那麼本來這種法律，是不完備的，牠到底不能把農村的法律關係，予以妥當的解決，故新的立法之盼望，也是當然之事了。小耕作立法之所以迫如燃眉之急，其原因也在此。

四 金錢借貸 關於金錢借貸的民法制度，是消費借貸（五八七條至五九二條）。然而廣大的金錢當作資本去利用的方法，在商法與特別法中，規定有極多的制度。此地應該注目的是：在許多制度之中，以消費信用爲中心的，和以生產信用爲中心的，已漸次分開；在前者情形之下，從保護他人金錢之利用者的立場上，加以國家的統制。在後者情形之下，從使本資的利用與資本的集中格外安全與容易的立場上，而促制度的進步。

(1) 在消費信用的立場上，第一件要考慮的事，便是利息。利息由約定而產生。若不約

定利率，就按照法定利率五厘計算（四〇四條）。複利，不僅不禁止，而且利息若延滯了一年以上，則根據一定的手續，就可以加到本金裏去（四〇五條）。但是自明治十年以來，已
有利息限制法的存在，其後屢加改正，規定一定制度以上的利息，在法律上不發生效力。再
者前面說過的禁止流動典質的規定（三四九條），也是根基於這種同一思想的。利息限制法
之實際上的效果，極其微少。而禁止流動典質的規定，因為承認轉賣擔保，也是沒有實效。
然而在關於消費信用的範圍內，應保護經濟的弱者之債務者的必要。是日漸加強。因此我們
非訴諸於別個有效的手段不可。乘對手方之窮迫，貪取不當之利息的契約，是一種暴利行為
（Wucher），從公共秩序與良善風俗上看來，要把牠視為無效，而期待具體的妥貼，這是
手段之一。根據當舖取締法（明治二八年法律一八號），當取締當舖之際，同時允許流動典
質契約，而謀圖一種簡易而不致陷於暴利的金融，這是手段之二。用公共機關，作為庶民的
金融機關，而使其完成當舖的任務，便有所謂公益當舖法（昭和二年法律三五號），這種制
度是其手段之三。如住宅組合法（大正一〇年法律六六號）的企圖用國家特別的保護，使其
得到為特殊的目的而使用的金融，是其手段之四。在這個最後的形式裏，國家的保護與干涉

◆將次第加多的情形，是最近新的現象。

(2) 在生產信用的範圍裏，法律的態度，從最初就稍有不同。商人間的金錢借貸，原則是附有利息的（商法二七五條）；根據商業行為的債務，其法定利率，規定為六厘（商法二七六條）；關於這種借貸的擔保，排斥禁止流動典質的規定（商法二七七條），此外關於商業，不適用利息限制法（商施一一七條）等類的規定，應當看作是牠的表現。而經濟界，又逐日的促其信用授受的形式進步，同時法律又適應之而加重牠的變遷。特別顯著的，就是根據銀行之預支款項的金錢借貸。而商人發行的借貸證券，常常以出入的商品，作為隱藏的擔保，這是毫無疑義的，在所謂貨物擔保證券上，這種關係，是表現於法律形式上的東西。這裏商品的出入，能夠根據銀行信用來支持，即在形式上，也至為明瞭。其次所謂暫時貸出契約，也是買賣上的信用制度，牠起着重要的作用。但是生產信用之最顯著的現象，是用股分公司之募集公債的手段，以取得資金的調劑。股份公司，把用所需要的巨大的金額，細分為平均少額，而將其化為證券，賣給一般人民，因此得到資金的調濟。為助長這個制度，有擔保的股債信託法（明治三八年法律五二號）之規定，牠使銀行，信託公司，證券所交易等

異常的發達起來，若考察經濟界的狀況，就可以知道，現在公債的發行，已經有許多最優良的技術了。這裏債權者是人民大眾，他們對於債務者（公司）的，一點也不精通，而且也沒有監督的能力。在經濟的力量上，債務者方面要大得多了。在這裏爲統制債務者起見，將責任交予中間人處理，而使債權者的權利主張，有可能實現，這種制度是必要的。商法之所以對股份公司的發行股債，設有種種限制，就是根據這種理由（商法一九九條至二〇七條之二項）。而附有擔保的股債信託法，之所以承認股債債權者的「集團性」（四八條至六七條）及中間人之公司委託的責任，也是基於這種思想。然而在根基於這種法律的場合以外，股債債權者的「集團性」不很明瞭，及中間人的責任，沒有規定的情形，是顯著的缺陷。特別是在股份公司以外的公司，或個人，也能夠發行公債，而對於這個，並沒有任何取締的規定。這是萬難忽視的缺陷。

（3）與金錢借貸關聯而應考慮的東西，便是金錢的投資。生產信用在特殊形態下的發達，若從另一方面看來，就是金錢的企業投資制度之發達。用購入有價證券的方式得以投資之事，有牠的買賣的中間制度，即是有專業的公司或銀行，此外證券交易所與其類似的組織之

發達，使企業投資，顯著的容易起來。與此關聯而應注目的是，作股份公司的股東，在其投資的作用上，酷似購入了股債債權一般。本來，作一個股東，就是一方面參與公司的企業經營，而他一方面要分擔公司的危險。然而股份公司的發達，事術上從股東手中奪去企業經營的職權，同時使企業的危險減少，在每一股的立場上，股票的購入已與股債的購入，將至利率均等的地位了。股票之化為證券，而成爲靈活的商業收付的客體，已與債券是同樣的了。最後，要指出投資制度最近的發達，即「信託制度」(信託法大正一一年法律六二號)。投資者根據這個法律，可以極容易而且極安全的達到投資目的。投資制度的發達，已達其頂點，這裏應當注應的是：在投資者與企業者之間，已產生一種集中他人的金錢資本，或爲絕大的力量，運用牠來統制全企業組織的勢力了。換言之就是確立了財政資本，前面曾說過，金錢債權，已取得維持經濟組織的力量，就是指這一點而言的。

第二節 利用他人勞力的契約

一 僱傭契約與勞動契約 利用他人的勞動力之契約是僱傭契約(六二三條至六三一條

。但是民法的僱傭，以對等的兩當者之地位爲前提，不費任何保護被僱者的考慮。可是在近代的僱傭關係裏，勞力的供給者，事實上一定範圍中，對於僱主非有一種身分的屬從關係不可。用此或者用法律來干涉牠的內容，或者使勞動者的團結，來對付僱主，否則勞動者事實上墮入奴隸狀態之虞。這就是近時勞動契約的觀念之所以明顯。特別是與身分的屬從關係相隨的僱傭關係之所以成爲分別處理的原因。在日本亦有工場法（明治四四年法律四六號），鑛業法（明治三八年法律四五號），鑛工勞動扶助規則（大正五年農商部令二一號），船員法（明治三二年法律四七號），工場勞動者最低年齡法（大正一二年法律三四號），「關於船員之最低年齡及康健證明書之件」（大正十二年法律三五號），以及其他特別法的存在。在這些法規所不能及的範圍裏，便根據勞動者團結，以求得其地位的向上，及利益的增進。爲助長這種團結，工會法已經成爲目的下的立法問題了，說是人所共知的。事實上在日本的勞動關係裏，根據於個人主義的契約，而接受民法所規定的規律者，是極其少有的。即在學理上，也可以成立一個特殊的領域來研究勞働法，而將勞動契約，作爲其中的一部去研究。勞動契約的內容，多半都是根據所謂工作規則而決定。這種規則，由僱主單獨的決定，有

容納每個勞動者之希望的餘地。因此若不用勞動者團結的力量來保障，則工作規則，有包含不正當內容之虞。這就是在一定的場合，國家要監督這種規則的原因（工場法施行條令二項）。關於工資，民法上也沒有任何保障（參照六二三條及六二四條七條之四）。僅僅在工場法施行條令及鑛業法上，規定着，原則上要用通用貨幣發給工資，每月發給要在一次以上（工場法二二條二四條，鑛業法七八條）。關於最低工資之決定，現在還沒有任何立法的存在。關於勞動時間，也是如此。上述之最低年齡法，禁止未滿十四歲的人，從事勞動；而工場法及鑛工勞動扶助規則，規定所謂保護職工。即設有：對於未滿十六歲者與女子，限制勞動時間，禁止深夜勞動，規定休假日休息時間等類的規定，除此以外，對於一般勞動者，便沒有任何規定。關於勞動場所的設備及其他傷害的豫防等，為保護職工，多少也有一些規定而已（對於災害的補助，以後再說）。最後來談解僱的期間問題。民法規定僱傭期間以五年以下為原則（六二六條）。因為若拘束於過長期間的僱傭契約，是違反人身之自由的（一般娼妓的僱傭，縱令不延長到五年以上，但契約的內容是違反公共秩序及善良風俗的，故規定其無效）。在一般的勞動契約裏，不規定時間是最普通的，當這種場合，無論何時都可以解僱，

不過解僱，要經過兩星期，纔發生效力（六二七條）。但是一方若有不履行債務之時，則可以規定相當的時間，而催促其履行（五四一條）。不僅如此，若有不得已的事由之時，得即時實行解僱（六二八條）。這些規定，對於勞動者，是非常不利的東西。不過工場施行條令上規定着：除去特殊的情形，解僱必須在十四天以前，預先通知，或發給十四天以上的報酬金即時解僱，否則不得解僱（二七條之二項），除此以外，還規定有各種保護（二三條，二七條，二七條三項等），這是值得注意的。關於僱傭之最後的問題，就是本。身。保。證。金。及。本。身。受。任。字。據。之。二。者。這種制度，與純粹的勞動契約，很少相隨在一起，可是在其他的僱傭中，幾乎是常常相隨的。日本關於這種制度的法律，現在尙全付缺如。法庭的先例，雖然闡明着許多的重要的理論，但是爲了徹底的解決，是需要立法的。

二 承。包。契。約。 承包契約並不是簡單的利用他人的勞動，而是將一定的工作，交給承。包。人，使其負職完成那種工作，對於他所完成的工作予以報酬。承包人在獨立的經濟地位上，與付託者是對等的，這一點與僱傭是有差別的。所謂「按期工資」（即按照出產品的多寡而發給工資）的僱傭，到底還是僱傭，牠與承包之不同，在這一點上，也至爲明瞭的。民法對

於承印人所完成的工作，若有瑕疵的場合於擔保的責任，定有詳細的規定，因為事業特別是不動產的工程完成，需要巨額的費用，而且其有關於國民經濟，至為重大，故將承包人的修補義務，規定着適當的處決，而企圖妥當的結果。應用承包的理論而起着最顯著的作用的事業，就是運輸。發行運輸證券（船貨證券，貨物交替證券）使運送中的貨物，有化為金融的可能，由此而參與資本主義商品交換之複雜微妙的法律制度之運轉。可是這在商法中，却有詳細的規定（三三一一條至三四九條，五九〇條至六二九條）。

三 委。解。契。約（略）

四 寄。託。契。約 寄託是將物品交人保管的契約，這裏面以勞務為目的的意義，是極其微薄。民法之普通的寄託，在經濟上，並不起多少的作用。不過金錢的寄託（消費寄託即存款於銀行的契約），却有重大的意義。然而這時簡單的保管的意義，實不及生利的意義之強，牠已與投資的一種手段即信託頗為近似了。不過在信託中，對手方之積極的營利行為，是契約的中心，而帶有與寄託不同的色彩。基於純粹的寄託的理論而經營的商業，其重要者，就是倉庫營業者之商品的寄託。倉庫營業者，對於保商品，發行倉庫證券，使牠能夠安全而且

輕便的移轉或典質。在商品交易中，發生重要的作用之一點上，頗與運輸業者類似。同樣牠在商法上也有詳細的規定（三五七條至三八三條之三項）。

第四節 財產處分的契約

一 買賣契約。資本主義的經濟組織，以商品生產爲其本質的特徵。在這種意味上，買賣是最重要的制度。而資本主義裏的收付，在劃一的内容上，已成爲集團的大量的了，這便是其交易的特色。即在商品的買賣裏，這個特色，也是明顯的表現着。不止於此，在運輸，保管等工作上，有特殊的機關，發達起來；在支付代價的工作上，又想出各種方法；運輸，保險，證券，銀行等所有發達的制度，都是以商品買賣爲中心的無限微妙的組織。其結果對於各種商品之各種特殊的買賣契約，都達到定型化的境地，而民法（五五五條至五八五條）與商法（二八六條至二九〇條）的規定，對於這些交易，已成爲祇起極少作用的東西了，這是應該注目的。（中略）

第四章 協同結合的法律關係

第一節 團體的作用

「人類之結合的可能，就是歷史之發展的可能」。在人類的歷史中，常常可以看到，各種團體在各種目的下成立起來，牠與個人相並的在社會生活中擔負一種獨立的作用。然而對於這種團體現象，其社會的態度，是根據時代與場所的不同，非一致。特別應當注意的是；自從法國大革命以來，以個人為單位的近世法律，都帶有極端的反團體思想，牠將社會中之一切團體，完全禁絕，將社會生活，悉數還元到各個人的意志上去，而且以此為規律了。蓋這種反團體思想，與個人單位的思想，幾乎互成表裏；支配着近世法；而現代法的新理想之正努力於修正上述的個人單位的思想，又正如努力於修正反團體思想的表現一般。若從現代法律理想的立場看來，團體並不是阻止個人活動的自由，而應排斥的東西。而團體的結合，是個人意志活動的自由之另一形態。不過牠是不應放任的東西。團體，為其存在的目的，有

統制團體的分子，而使個人的意志在其範圍以內，服從團體意志的權力。同時使團體份子之各個的力量，有機的結合起來，而創造對共同目的之巨大的力量。這種對內部的自治的統制，與對外部的團體力量，是團結上所有的根本之特色。一切團結，根據牠的目的與其成立的依據，表示着有這兩方面的特質之種種的結合。近代法，對於在一切生活關係中的團結，首先考慮其所有的特質與其擔負的目的，再從法律的目的上去考察，而決定其應取的態度；即對於那些團結，或者施以禁絕，或者予以限制，或者放任，或者助長，有時還要採用強制的態度。若看日本的國法對於團結的態度，首先看到，原來對勞動者的團體之多多少少的禁壓的態度，已漸次和緩下來，最近又進一步，漸漸採取助長達此種團結的態度了，這是最顯著的事例。其次是，在十九世紀中葉，獲得了團結的自由之最初形態的資本的團結，即公司的組織，近時已經漸次的在其結合的自由上，受到拘束了，這也是值得注目的事。美國的反托拉斯法，就是適當的例子，即在日本與此同樣的思想，也正在擡頭。若能根據對資本團體的拘束及對勞動團體的助長，而使兩者的力量趨於平衡，則契約自由的原則，就可以重新放在正當的基礎上。其次應當注意的是，從國家之助長的態度，僅僅限於產業組合，漁業組合等

特殊的領域中，然現在已漸漸及於住宅組合及一般的消費經濟的領域裏了；再者從本國家之強制的態度，祇限於與一般國民經濟有直接關係的組織，如耕地整理組合，土地區劃整理組合，重要物產同業組合等，但現在已及於健康保險組合之類的對於一般勞動階級有利益的組織了。一私人的經濟生活，任私人的自由！一這種自由放任主義，已漸漸打破，國家對於私人的經濟生活，已漸漸採取積極的干涉，而表示出對於每個人，要保障他們得過人類的生活之態度，關於這一點，祇要看國家對於這些團體的態度，就可以知曉了。

第二節 共有與總有及入會

一 同多數人的力量，獲有一物，廣闊的稱之為共同所有。多數人在某種極偶然的事情之下，一時的進行共同所有的場合，對於其中主要的幾個人，得視為根據共同目的之統制，是不存在的。然而實際上這種情形，是非常稀少的。共同所有，往往在主體者之間，有共同目的存在。當這種情形之下，在其目的範圍以內，非承認主體間之統制不可。日本民法規定着，若主體之間，有特殊的共同目的存在，同時有與此相應的統制之時，則其共同所有的關

係，得由主體間之規律而決定。入會，組合，社團等，就是牠的例證。祇有在主體之間沒有任何特別的共同目的存在之時，纔能由多數者之共同所有來決定。這就是民法中所謂共有（二四九條至二六二條）。因此在民法的共有的本質上，各共有者，無論何時，得請求平分共有物（二六五條二六八條及二六二條）。但在還未平分之時，即是暫定的，多少也必須承認主體間的統制。民法上規定着最小限度的統制。即是；共有者祇有在保存目的物的行爲上得單獨行動，至於管理行爲，須取決於多數，而處分則必得全體之一致（二五一條，至二五二條）。不僅如此，目的物之利用與費用的擔負，非按照各共有者之佔有物之幾成的比例，來分攤不可（二四九條，二五三條）。可是在這種最小限度的統制以外，持份權是獨立的權利。牠可以單獨的實行繼承或轉讓以及擔保。一個持份權若是消滅，則其他持份權，當然增加其比例（二五五條）。民法對於一棟建築物之區分爲各部，而各部爲各人所有的場合，則對於由那個建築物的共用部份所產生的共有（二〇八條）及由疆界線的界標與牆壁等所產生的共有，禁止分割請求權（二五七條）。因爲這些東西，爲共有的共同目的所統制，各主體之單獨權利的作用，是極其微小的。再者組合財產，也是視爲共有而禁止其分割的（六六八條

，六七六條二項）。此外，由組合契約的規定而產生於主體間的統制，當然也要表現於這種共同所有的關係中，這毋寧說不是真正的共有。

二 總有及入會。總有與共有不同，總有中共同所有的各個人，沒有獨立的持份權，牠的共同所有的關係，要由存在於多數人間之團體的統制來決定。日爾曼的村落住民之共同所有的關係，可以當作總有的適例。而日本的德川時代之村落居民的同共所有，也可視為曾有這種本質。然而在今日的法律之下，已將村落視為一個法人，而將其財產，視為法人之所有了。在現在的法律之法人所有的觀念裏，多數人已全然被吸收於「法人格」之中，多數人與目的物當中的直接連絡，已經斷絕，而共同所有的觀念，已經全然消失了。因之由市街村之實施，在村落有的觀念中，就產生了根本的變更。這裏面之有重要的法律問題隱伏其中，是近時學者正在指摘的事情。總有觀念之尙存留在民法中者，就是入會。入會權，是特定區域的居民，加入到他人的所有地或自己夥伴的共有地中去，得從事野草雜木的採取或作其他之一定的利用之權力。這就是在那個區域住民的資格上所有的權利，致於這種權利的內容與效力等，都根據以入會權之目的為中心的團體的統制來決定。各個人之獨立的持分權，不用說

是沒有的，當然繼承 渡讓等也是沒有的；從他方移轉進來的人，若服從那個團體的規約，加入了團體，則他就成爲能享受入會權之一員。入會權在農村住民之自給的的經濟中，有不可缺的作用，可是當民法制定之時，因爲沒有一一調查的時間，故特別規定按照各地的習慣去進行（二六三條，二九四條）。民法的規定，在這一點上，已經是不完全了。此外因爲入會地容易歸於荒廢，故即在國家經濟的立場上，也應將入會權的處置，當作必須研究的大問題。

第二節 組合

一 團體結合的內部組織，不用說是千差萬別的，不過可以明顯的把牠劃爲兩種定型。第一是「社團」。第二是「組合」。前者是：團體的表現是整個的全體的，而其構成分子即個人的重要，已完全消失。在觀念上，團體是先存的，而個人是後存的。反之，後者是沒有整個的全體之存在，而構成分子的個人色彩，反強烈的表現出來。在觀念上，個人是先成的而團體是後存的。至於在內部的組織上，前者是：團體的統制非常強固，所謂取決多數的原理，

及於團體目的之全範圍，而個人單獨的地位（所謂固有權），在不否定共同目的之限度內，受到極度的限制。但是後者恰恰相反，團體的統制，在不否定共同目的之限度內，受到限制，以全體團員的共同為必要之部分，反擴張得很大。在對於外部的關係上，前者是祇有全體的外殼之表現，至於個人都包括於全體之中，不能直接的將其形態表現出來。反之，後者是構成分子的個人形態，強烈的表現出來，而團體的外殼之表現，反極其微弱，在權利關係當中，沒有獨立存在之力量的情形，也是有的。

二 關於組合，民法上有基本的規定（六七六條至六八八條）。牠究竟與上述的組合之定型，是相近的東西。即是說，根據由全體組合份子同意的組合契約，得決定團體統制的根本（六七〇條，六七二條，六七八條）。而各個組合員，可以常常單獨的檢查業務之執行的狀況（六七三條）。不僅如此，而且在一定程度以內，得保留自己執行業務的權利（六七〇條三項）。新組合員的加入或除名，須得全體組合員之一致的同意（六八〇條）。若有不得已的事由之時，各個組合員，得單獨的請求解散（六八三條）。至於財產，則按照各組合員之一定的比例，而為其所有，財產之為組合的目的所統制，是不用說的，但是在其統治之外

，得視為各自可以獨立處分的（六六八條，六七六條，六七七條，六八一條等）。至關於責任，則同樣的規定為各自的無限的責任（六七四條，六七五條）。

三 民法的組合，沒有法人的資格。即對於外部，組合的團體的本身，不能以權利及義務之主體的資格而表現出來。然而商法的合名公司，其組織的實體，就是組合，可是把牠當作法人了。因此即在法律上的形式中，合名公司的本身，已成為權利義務的主體，在這個限度裏，則合名公司的成員之個人的存在，要表現出比較在組合裏要微弱得多。但是這個祇是法律之形式上的，實際上包括成員之集團的公司之外圍，很容易破裂，而成員本身的存在，可以正面的表現出來。公司財產不足の場合，產生成員的連帶責任，就是這種顯著的例子。

第四節 社團

一 社團的本質，前面已經說過了。社團的目的，若是為營利而存在之時，不問牠商業行為與否（商法二六三條，二六四條），一概把他當作公司，服從商法的規定，（三五條，商法四二條）。因此服從民法規定的，祇限於不以營利為目的的社團。不以營利為目的的社

團，還可以分爲以公益爲目的或否的兩種。不過民法三三條至八四條（但除去關於財團法人的規定），祇是關於以公益爲目的的法團（三三條，三四條）。故既不以公益又不以營利爲目的的社團，例如學會，俱樂部等，是不適用民法所規定的公益法團的。但是這種社團，此外沒有可以適用的規定，所以除觀察事情的實體，根據社團的法理而予以規定以外，沒有其他方法。這時民法之公益法團的規定，就成爲第一個標準。詳細說來，這個規定中之公益法團，根基於牠之成爲一個社團而成立的規定，即關於內部組織的規定，就照原樣的應用好了。而對於外部的規定，也不妨基於社團之全體一致之表現之規定，而照樣的應用。例如就像關於代表行動的規定一般。不過在這種全體一致之法律體系中的處置，祇有在將其見爲一個法團的一點上，不得援用。例如登記名義，存款名義等就是這樣。但這是種非公益非營利的社團之處置，正是近時所研究的所謂無權利無能力的社團的問題。

二 公益法團，要造成備有一定形式的條款（設立行爲），以求得主管官廳的許可，而後才取得法人的資格（三四條三七條）。至內部組織，應服從一定的準則，而且要把牠登記而後公佈（四五條至四八條）。根據代表機關即理事會而從事活動（五二條至五七條）。若

行權限的執行而予他人以損失的場合，則法人本身，必須任賠償之責（四四條）。法人之最高的決定機關，是社員的全體大會，而全體大會服從多數取決的原理，來決定事務（五三條，五五條，六〇條至六六條，六九條等）。各社員祇有經過全體社員大會，得發表他的意見。因此得一定數社員之同意，得促使召集全體大會，這是社員的不可侵奪的權利（六一條二項）。關於財產及債務，要服從被一定條款所決定了的資產的規定，社員在個人地位上，不能用獨自的立場，而有對外的表示。法團可以根據一定的事由而解散（六八條至七一條）。然後開始清算，再根據一定的手續，來整理財產關係（七四條至八三條），將殘餘財產，根據一定的手續引渡（七二條），則法團就完全消滅。社團的理事與監事（在特殊情形下設置的，其職務是監理事的（五九條）。）及清算人（清算的機關）的行爲，對於社會及對於一般社會，都有很大的影響，故民法用制裁規定來對於他加以監督（八四條）。

三 營利的法團，其典型就是股份^〇公^〇司^〇。關於這個，商法上有詳細的規定（商一一九條至二三四條）。這種法團當設立之際，官廳的許可，是不必要的。然而牠的準則，比起民法來，要嚴格得多。蓋因保持各個社員（股東）的經濟的利害關係之調和，及保護與公司交易

的一般第三者之必要，比起民法來，是更外的重要得多之故。股份公司，是由負有有限責任的股東，共同進行的一種營利事業，這就是牠的特色。然而在今日之下，股份公司可企業的經營，已由公司代表人（總經理），一手專行了，至於股東，已變成祇是接受其一定的投資額的利潤，而與投資債權沒有分別了。換言之，股份公司已化爲公司代表人或指使他的人，以自己的信用爲基礎，來集中他人的投資，然後支配這種投資而經營大企業的制度了。這裏，股份公司的組織，及怎樣使股東的統制更爲合理之事，已成爲各國立法政策上的大問題了。而他一方面利用股份公司的制度。以支配全社會的經濟界之財政資本的發達，是橫在社會經濟組織的根本，一大問題。牠兩相併合起來，使股份公司制度，成爲現代法制中一個中心問題了。

第五章 損失分擔之法律關係

第一節 損失分擔的法理

在我們的社會生活中，我們有不斷蒙受損失的可能。由天災地變，由工場鑛山之爆裂，由自己的不注意，由人的不注意或不了解，都可以蒙受損失。這些損失，結局非有某些人擔負不可。或由產生損害的事物之所有者負擔，或由受了傷害的個人負擔，或由死亡者的親屬負擔，或有造成損害原因的他人負擔，或由社會的共同連帶關係負擔。這種損失，若不是破壞社會生活的東西，而且也不是須將損失填補而使文化前進的東西，則人類文化的發達，便沒有希望了。因為要使損害的發生減少，就要促進科學的發達，使道德向上，處罰不了解的人，警告不注意的人；凡此種種，都是我們原來就要努力，而且現在還正在努力工作。然而損害是難以完全避免的東西。所以使不斷發生的損害，得到最妥當的分擔，也是我們應努力的工作。這種在私法關係中，損失分擔的法律關係，是必要的。在現時的私法裏，關於損失分擔有三箇原則。第一是：損失的擔負，歸蒙受損失的本人。第二是：如果有在特殊的立場上，對於這種損害發生，予以原因的人，則這個人非填補這個損失不可。第三是：特定人對於他人的損失，預先訂有填補的契約之時，則特定人必須填補損失。根據這三個原則來貫徹損失分擔的法理，首先可以說，這是很妥當的。可是現代法在第二種原則之實現上，予其以

特殊的意味。即是說：予他人之損失以原因的人，祇有在故意或過失的情形之下，纔負有填補的責任，這可視為是對不法行爲的課以賠償損失的責任。而這種責任，含有對個人的自由活動予以限制的意義。但是在這種理論之下，例如由鑛山或工廠內之爆裂而產生的工人之損害，由列車或船舶的事故而產生的旅客之損害，或由鑛毒煤煙等而使山林田地荒廢之損害，如此類，都不是基於企業者的故意或過失而產生的，若以此爲理由，似乎不應承認損失的賠償了。然而這樣的結果，與損害之妥當分擔的理想，相隔太遠了。我們在企業利益之所歸上亦應使損失歸於同處，或者我們將這種危險的或然性，努力用正確的數字表現出來，拿這個統計作基礎，根據保險的理論，以實行關係者之共同連帶的負擔，我們對於這種損失分擔合理化的工作必須努力才行。實際上，這種思想之正在生長，近時已可看到了。所謂一無過失之賠償損失的責任一之理論，其適例就是社會保險制度。然而這種理論，還祇限於特殊的領域裏，牠還沒有從來的不法行爲的理論，拿到全然新的法律理論之上，改建起來。這裏還表示着，從個人的自由單位之損失負擔的理論，漸漸向社會的共同連帶之損失分擔的理論，向前推移的重大的發展。

第二節 不正當的利得（略）

第三節 不法行爲

一 民法的不法行爲之要件，可以舉出以下的幾點。限制個人之自由活動的立場，是鮮明的表現着。

（1）行爲者有故意或過失的場合（七〇九條）。因此無辨識能力者之行爲（七一二條），及心神喪失者之行爲（七一三條），不成爲不法不爲。不過民法對於這種情形，認定對瘋狂病者之居民於監督地位的人，是有相當責任的，根據這種辦法來減除不正當的結果（七一四條）。關於自己的使用人之行爲，並不是無條件的負有責任的。祇有在選任及監督這種使用人的過程中，有過失的場合，纔負有責任（七一五條）。在大企業中，使用多數工人的本人之責任，這個規定，就失於過狹。動物之占有者的責任，雖然是很重的，但並不是純粹的無過失之責任（七一八條）。祇有在建築物及其他土地的工作物之設置或保存上，有瑕疵的場合，得使所有者負無過失責任（七一七條），由企業設施而產生的企業災害，可以根據這

個規定的擴張，以企圖妥當的解決。在水門汀公司的降灰，及鑛山公司的鑛毒，無論企業者施以怎樣的設備，總是不能完全防止的。然而在這種場合，是明知這種危險而經營企業的，故把牠歸入故意的範圍，是當然之事。

(2) 他人權利之侵害(七〇九條)。祇要不侵害他人的權利，則無論怎樣的加害行為，都是不負責任的思想，已經不適合於今日了。因此七〇九條所說的權利，其範圍至為廣闊，簡直要包括在社會的法律秩序中，應受保護的一切利益即一切權利，若侵害了這種權利，就應視為七〇九條的所謂權利之侵害。民法不僅已經揭示着財產權，即對於身體，自由，名譽等也同樣的揭示着(七一〇條，七一一條)，故不僅對於生命，貞操，氏名及肖像等所謂人格的利益，而且即對於老舖子及其他經濟上之正當的利益，在不法行為中，也必須將其視為權利而予以保護。這種思想若從他方面看來，是包含限制自由競爭之不正當的擴張，而保障正當的經濟的自由，並且防止因不道德的競爭者而產生的不合理的損失之理想。即在實際問題上，也是不正當的企業競爭之禁遏政策，是現在各國都在考究的東西。

(3) 有違法性的。因為他人權利之侵害，是不法行為，故侵害行為，是違反社會倫理之

規範的行爲，因此必須把牠當作不可允許的行爲。若有所謂正當防衛，緊急避難等事情存在之時，則不成爲不法行爲（七二〇條）。同樣，在相隣者當中，縱有一方，使日常生活中的普遍的聲響，煤煙及震動等，侵入他方的屋內之時，這種行爲，多半是視爲允許的。這種事情是社會共同生活中，應該共同擔負的必然的痛苦，從這種法律的理想上看來，既是理之當然，即從相隣者間之規定（二〇九條至二三八條）上看來，也可推論到的。而我們當這個時候，不僅祇是簡單的對於一方課以容忍的義務，而且若因他方產生了損害之時，也必須令他方作相當填補（例如因爲一種必要，跑進隣地裏去，固然是允許的，但若因這種侵入而產生了物質的損害之時，則須負填補之責）。那時候。理論一定很明瞭的從限制個人活動之自由的制度，向着損害之共同擔負的制度去轉化（參照二〇九條二項，及七二〇條）。在不法行爲中，使這種思想的發展，也是近時法律學的任务。其次應當注意的是權利的行使，並不一定都是沒有違法性的。就是權利，畢竟也應當根據法律的理想，來限制其效力。且逃脫了這種理想，則即或有權利行使的外觀，但已不是權利的行使了。因此根據這個若對於他人加了損害之時，則不法行爲，就成立起來。這是上述的權利濫用之一個表現。

二 不法行爲的效果。就是因其而產生的損害之賠償。不僅財產的損失必須賠償，即精神的損失亦須填補。（七〇一條）。後者稱爲普通慰藉費。不用說因果關係，是無限的連續的。但是必須賠償的範圍，像這一種類的非法行爲，祇限定於在通常情形下所產生的損失數額（相當因果關係）。損失的賠償，定是金錢（七二二條，四一七條）。不過祇有名譽的侵害，得使他方登報謝罪，或登廣告，或採用其他適當的方法（七二三條）。從損失分擔之新的法理上看來，縱令使特定人作全部填補之舉是妥當的，但若看一看兩方當事人之經濟的情形及其他的關係，則不使一方負全部填補之責，是至爲妥當的。被害者也有過失的場合，是必須斟酌的，這就牠的例證（七二二條二項）。然當其他一切事情，都已考慮了，其結果令他方賠償損失額之變成，而他方使被害者負擔一些，若是妥當之時，則所謂具體的妥當性之理論，必須適用。當算定慰藉費之際，已經大大的承認着這種理論了。

第四節 扶助

企業者之企業上的責任，在兩方面，表現出來。其一是對於外部的，其二是對於內部的。

即對於勞動者的。關於前者，各國在鐵道，航空等企業上，都已經有正式的立法了，但在日本，幾乎還沒有任何立法。民法所規定的過失責任，正產生出非常不當的結果。用上述七一七條的無過失之責任的規定之擴張，來作解釋上的救濟，是毋庸贅述的，但完全的解決，必須要有立法才行。關於對企業內部的責任，因採取過失主義，故其結果之更加不正當，是不用說的。爲救濟這個，故近時企業者所謂「扶助」的觀念，發達起來。在工廠法（工廠法施行條令），鑛業法（鑛工勞動扶助規則），傭人扶助條令等當中，設有特別的規定，對於業務上的負傷，疾病，或死亡都有發給一定額的扶助費之規定。這一些扶助，是不問雇主之有無過失的，所以牠是無過失責任的覺念之延長。雖然扶助是一種恩情的文字，可是牠是以利益之所歸應是損失之所歸的理論爲根基，而產生的損失分擔的理想之一種表現。以扶助義務來課在企業上面，其範圍還不多見。扶助費的數量，也還是不很多。但是這兩者都正在逐漸的擴張，是不能忽視的現象。

第五節 保險

承認企業者之無過失責任的理論，一方面產出了一「扶助」的制度，同時與此並行的，又在他方面產生「勞動保險」的制度。這就是根據勞動者，雇主與國家的協力，用積蓄起來的資金，不僅於勞動者所遭受的損失，而且廣闊的對於他們的生活，都發給費用而予以保險的制度。在這個制度上，勞動者之生活的費用，由關與勞動關係的三方當事者（勞動者，資本家，社會）之協力來分擔，這種思想，明瞭的表現出來。不用說當其實現之際，三方當事者的協力之比例，尙未達到理想的地步，這是免不了非難的。然而無論如何，在思想上，牠之包含共同負擔損失的理論，是不能否認的。此外，損失的負擔，比起扶助制度，要妥當得多。牠是存在於合理的計算之上的，而在現實上接受金錢支付的安全性，也大大的增加，這也是不能否認的。若能將三方當事者之分擔的比例，處置得非常適當，那麼可以說比扶助制度，也不知要優越得多少。日本的健康保險法（大正一一年法律七〇號），雖然是極其不完全，但牠是立脚於這種理想之上的。一般傷寒保險，生命保險，火災保險以及其他的損害保險等都包含有上的述理論。不用說，這些保險，都由當事者之任意而爲之，牠與健康保險法之強制的使勞動者加入，有不同的旨趣。此外這些保險，可視爲營利的公司事業，國家對於

牠的損失，是不負有分擔之責的。但是這些差異，決不是保險將損失之共同擔負的理論顛覆，而是在其範圍以內，與不法行爲的新的理論，應調和起來。不過關於這些保險，在商法及其他的法律中，都有詳細的規定，這裏是不得詳說的。

法學叢刊 第一卷 第六期 譯者

專載一

請王司法院長改任國際法庭建議案

上海市第二區二十二區分部主張王司法院長應予改任外職向中央黨部提出建議案於王院長數年來之政績多數論列特爲刊載如左亦足覘事法界輿論之一班也

爲建議事、案據屬部同志李次山等提議聲稱查海牙國際法庭、關係國際權利、非常重要

。王司法院長寵惠當選爲國際法庭推事、固由王院長法學上之信譽、足以見重中外、亦足爲我國國際上之光輝、用當其才、至爲允洽。若國內司法建設、則非久習國內政情及司法狀況者、不克勝任。王院長精研公法、折衝壇坫、爲其所長。自管領司法院後、非不鞠躬盡瘁、苦心經營。但以用非所長、國內法學人才之優劣、尤非素習。因此關於司法建設、不能滿革命羣衆之願望。其成績較立法院固多遜色、即較行政院之理繁治劇、亦有百步五十步之差。其具體事件、可以指數者。約舉數端、以爲左證、(一)意比葡丹西五國、均於民國十七年

冬季、改訂新約、均於新約第二條明定、撤廢在我國之領事裁判權。但於換文則聲明本案須於民國十九年一月一日起、發生效力、在此期間以前、須訂定各該國人民在中國行使法權之詳細辦法。倘屆期詳細辦法尙未訂定、則各該國人民、須俟參加華盛頓會議各國。一致承認撤廢領事裁判權時、始受中國法庭管轄。此項辦法之訂定爲司法院主管之事。乃亘民國十八年全年、司法院竟完全忘却、毫無舉動。殆十八年十月至十二月、上海律師公會連電呼籲、僅得『候函知外交部查照辦理』之含糊批答。殆十九年一月一日屆期、則以自動撤廢領事裁判權之通告、欺蒙民衆。而通告以後、參加華盛頓會議各國之領判權、(日英法美荷)屹然如故。其已訂新約承認撤廢之意此葡丹西五國之領判權、亦屹然如故。此種喪失國權之關關態度、實我國法界及國民全體所當切實銘記、而課其責任者也。(二) 王院長總管司法、三年於茲、關於司法根本之法院組織法、迄今不能成立。十九年秋末、草草提出立法原則十二項、膚淺粗率、毫無創制精神、絕不類革命政府之設施。中間廢除檢察廳、改設檢察處、二五一十、暮四朝三、毫無實際。其使法院內部、發生無限糾紛。甚至區區改革服制之事件、竟以野外軍警服用之遮陽帽、強法曹用諸法庭、演成莫大之笑柄。此我司法界同人所引爲至

大之遺憾者也。(三)民國成立迄今、地方行政、誠多分崩離析、而司法教育、向以統一自誇。王院長就職以來、應裁之最高法院分院、不能裁併。軍人干與司法、不能制止、法外法庭、隨時發見。審理長蘆鹽案、王院長且自爲之首腦。改組臨時法院之際、各國委員團、執爲口實、反唇相譏。反革命案件、已依法歸高等法院管轄、無形之間、又移置軍法會審。關於法庭組織、蘇皖湘鄂各省地方法院之外、設縣法院、浙省則設某法院某縣分庭。粵省則設某某地方法院某縣分院。法權之割裂、形式之紛歧、較諸革命以前、反多遜色。此誠足爲革命政府羞者也。(四)王院長久於國外、國內司法人才、全非素習、三年以來、所登用、所棄置、多不能滿人願望。而關於賞罰、尤欠分明。安徽高等法院院長曾友豪、以違法溺職被控、經司法行政部派委調查、確實有據。司法院竟將查辦覆文、留中不發。而曾友豪之違法殃民如故。此等事件、各方人士、多能言之。誠足爲紀綱痛惜者也。我等置身法界、不忍見法權之分崩割裂、永無完整之期。認爲確有澈底更張之必要。而國際法庭、其重要足與司法院等量齊觀。王院長既爲國際法庭適當之人才、即應量移器使。擬請鈞部轉呈

中央黨部通知

國民政府命王院長即日前赴國際法庭就職。一面另選館員，繼長司法。匪惟國內司法之幸，亦為我國國家之光。是否有當，尚祈公決等因，經本區分都第十一次第十二次黨員大會先後議決具呈建議，合函錄案呈請鈞部核轉。

上級黨部照準施行，黨國幸甚，謹呈。

專載二

李次山

修改刑法刑名之建議

▲主張恢復流刑……改良徒役……增加戒役刑及訓責刑……流徒得易罰金

▲本案係由上海律師公會提交六月一日在杭州開會之全國律師協會

民國刑名、自唐虞之世、即分五刑（墨劓宮剝大辟）流刑（宥）官刑（鞭）教刑（撲）贖刑（金）五種、降及姬周、刑罰種類，更為發達、其最輕者為誅讓、（即恕責不即加刑）凡有邪惡過失者施之、最重者為殺戮、其名稱計主刑九種、（一）誅讓（二）罰（有撻擊及

罰出泉布兩種）（三）圍土（即以獄域爲聚教罷民之所、處三罰而不改之過失者、害人而未麗於法者、遷徙而無旌節者）（四）嘉石（即桎梏而坐諸文石、凡有罪過而未嚴於法及三罰而不改之邪惡者）（五）墨（刺其面塗墨）（六）劓（割其鼻）（七）宮（去其勢）（八）劓（斷其足）（九）殺（奪其生命）從刑四種（一）弗冠飾而加明刑（凡入圍土或坐嘉石者皆書其邪惡之過失之狀而着之背）（二）役諸司空（凡坐嘉石者役諸司空自三月至一年）（三）舉（舉而沒之即沒收也、凡犯關市法令者多併科此刑）（四）不齒（不得以年次列於平民、凡入圍土者、上罪三年、中罪一年、下罪一年、其能改者不待期滿而釋之、但不齒三年）（五）自誅讓乃至嘉石、皆爲行政性質之處罰、所謂「未麗於法」一未附於刑一者、墨、劓、宮、劓、殺、謂之五刑、則沿唐代五刑之舊、非經刑官（士師）審判宣告、不得處之、所謂「附於刑者歸于士」也。

贖刑之制、至呂刑而大備。所謂「墨辟疑赦、其罪百錢、劓辟疑赦、其罰惟倍、剕辟疑赦、其罰倍差、宮辟疑赦、其罰六百錢、大辟疑赦、其罰千錢」是也。

漢代除死刑肉刑外、有髡刑、男髡鉗爲城旦、日伺寇虜、暮築長城、女爲舂、事舂米之

役、皆五歲刑。有作刑三、(一)三歲刑、男爲鬼薪、執祀鬼神伐薪蒸之役、女爲白粲、爲祠祀擇米之事、(二)二歲刑、亦名司寇作、男備守、女爲作、(三)一歲刑、男爲成罰作、女爲復作、又有贖刑、自死刑以下、納金若干斤或縑若干匹者准贖、並有獨立之罰金刑、又創笞杖刑、以代肉刑之酷、而徒邊制度、亦稍稍活用、禁錮刑亦於此時肇端。三國東吳及晉梁諸代、稍行禁錮之制、惟「力作」「遷徙」及「贖刑」制度、依然盛行。

後魏刑制、始立流刑之名。北周始有整飭之流刑制度。分衛服、要服、荒服、鎮服、蕃服、五等。自二千五百里至四千五百里、每等差五百里、隋改流爲三等、但以居作爲之代替。

唐宋明清刑律、迄今皆有完本、其刑皆以笞、杖、徒、流、死、爲主刑。而各刑皆有納贖制度。其不許納贖不能納贖者、笞杖皆即時發落、放免還鄉。徒役照章發配、流犯照章發遣、其囚禁牢獄中者、除極少數監禁人犯外、惟待審待遣待決之人犯、其性質猶今之看守所。故監獄人滿之事、在我國歷史中、極爲少見。

法國刑法、有「流徙」「追放」兩種刑名。英國刑制、有「犯罪後之工作」及「作苦工

「類於我國園土徒役諸制。且有一鞭刑」，等於我國笞杖撲擊，蘇俄刑制，則首列「放逐」之刑，而「不監視之強迫工作」，與夫「當衆斥責」，皆爲刑名之一種，另於刑法中規定「社會保障法」，以保障其國家社會之安定，意大利新刑法，則「保安處分」，占刑名中之重要地位，丹麥「政治場」之一「強制勞動」制度，完全等於我國園土，惟其勞役，祇附條件而不附限期耳。

我國新刑法所定刑名，自法文表面視察，爲「死刑」「無期徒刑」「有期徒刑」「拘役」「罰金」五種，易附「沒收」及「褫奪公權」兩種徒刑，而按之實際，則祇有「死刑」「禁錮」（無期徒刑有期徒刑拘役三種，依刑法第五十四條均於監內拘禁之）「罰金」三種。而褫奪公權與沒收，原非獨立科罰之刑。徒刑易科罰金之制，又爲新刑法所不採，因此大多數之人犯，皆因受科刑宣告而投諸監獄，此種極簡單之刑罰，原不足以應付極複雜之社會，其結果使全國監獄，無不人滿爲患。國家歲耗鉅額囚糧，及監獄經費，尙苦不敷支應，而刑事政策及社會經濟上之損失，更有左列數種。

（一）犯人受徒刑之執行，立即成爲社會之落伍者，無法再事生業，更無改過遷善之機

會。

(二) 犯人聚中監獄、惡性易於傳染、其犯罪之技能、亦因曾受徒刑執行而加長。

(三) 我國以家族制度立國、犯罪人恆為一家之長、否則必係家庭中之有力者、舉家老幼、恆賴其力作以資生活、一受徒刑執行、則全家失所依恃、非流為乞丐、即繼續犯罪、否則凍餓以死。

(四) 受徒刑執行之人、刑期長短不一、實際上不能授以相當熟練之勞役、而其人則立即成為一不生產之單純消費者、故一人遭受禁錮、即社會上減少一人生產、增多一人消費。

(五) 監獄經費、逐年膨漲、刑罰執行、全無效果、引起社會人士厭惡司法嫌忌審判之心、將使司法永無改良之望。

吾人鑒此狀況、認為現行刑法之刑名規定、非加澈底修改、不能訴合實際。茲擬建議司法院轉呈國民政府發交立法院對於刑法刑名規定、為左列之修正。

關於刑名之修正條文

第四十九條 主刑之種類如左、

一 死刑

二 禁錮終身

三 流徒

四 流役、五年以下

五 罰金、一元以上

六 戒役、不定期

七 訓責、

第五十三條 死刑用電椅或用絞、均於監獄內附設之行刑場執行之、

第五十四條 禁錮於特設之監獄內拘禁之、令服一定之勞役、除疾病及老衰外、不得免役、

第五十五條 流徒爲左列各地、

一 黑龍江

- 二 吉林、
- 三 寧夏、
- 四 察哈爾、
- 五 新疆、
- 六 青海、
- 七 西藏、
- 八 西康、
- 九 雲南、
- 十 瓊島、

各省區罪犯應流徙之地域、另以法律定之、

第五十六條 流徙得攜帶妻室及子女、

第五十七條 流徙人犯之執行、舟車通達之地方、由判決法院逕行解送、舟車不通之地
方、由經過各縣輪遞解送、

第五十八條 流徒人犯達到地域、應授以一定數量之可耕地畝、或其他永久確實之工作

授地畝者應授予房屋、耕牛、子種、農具、及八個月之生活費用、

授工作者應授予房屋、工具、及相當之生活費用、

授地授工之詳細辦法、另以法律定之、

第五十九條 徒役之執行分三種、

一 拘禁徒役、於依法律所定之徒役場內、從事勞役、

二 監視徒役、在法定吏員監視之下、從事勞役、

三 自由徒役、在法定吏員監視之下、從事勞役、

凡徒役期一年以下者、得免處拘禁徒役、斟酌犯人性行、及所犯情節、處以監視徒役或自由徒役、

執行拘禁徒役半年、或滿刑期三分之一、而在役中成績優良、習善有據者、得由徒役場主管人員、聲請法院、免其拘禁、而代以監視徒役、

犯人在監視徒役中、成績優良、習善有據者、監視吏員得呈報法院、審查屬實、得免其監視、而代以自由徒役、

犯人在自由徒役中、行止不善、成績不良者、法院應改付監視勞役、情節重者付拘禁勞役、

犯人在監視勞役中、行止不善、成績不良者、法院應據監視吏員聲報、改付拘禁勞役、

第六十條 犯人在徒役中、所得工資、依左列規定處置之、

- 一 拘禁徒役之工資、全入國庫、
- 二 監視徒役之工資、以四分之三入國庫、四分之一歸徒役人所有、
- 三 自由徒役之工資、以二分之一入國庫、二分之一歸徒役人所有、

第六十一條 徒役場及徒役人犯之管理、另以法律定之、

第六十二條 罰金於判決確定後令於一月內完納之、期滿而不完納者、強制執行、

凡經強制執行而無力完納罰金者、易科徒役、以所得工資繳足罰金爲止。但徒役期間

、至多不得過五年、

第六十三條 左列情形、法院得依地方公務員及人民團體或利害關係人之聲請、宣告不定期戒役、

(一) 精力強壯而不事生業、爲乞丐或浮浪者、

(二) 自己賣淫、或役使贊助他人賣淫者、

(三) 從事有害社會之各種不正當營業者、

(四) 經訓責三次以上、尙無悔改習善之實據者、

第六十四條 戒役於依法設立之戒役場內執行之、

戒役場之管理、准用徒役場之規定、

第六十五條 宣告戒役人在戒役場服役滿六個月、而成績優良、技能純熟、習善有據者、戒役場主管人員、得聲請法院爲左列之處置、

(一) 能自營農工商業者、責付保人、聽其自營農工商業、

(二) 有人僱用者、歸僱用人具結領僱、

(三) 有保人担保在出外一月內可以就業者、聽其出外就業、

(四) 不能依前三項處置者、改善其待遇、

改善待遇之戒役人、有違犯規章及不良行爲、得聲請法院撤銷其改善、

第六十六條 宣告戒役人在戒役場服役所得之工資前六個月概入國庫、滿六個月後、以四分之一代戒役人儲蓄、滿一年後以二分之一代戒役人儲蓄、滿二年後以四分之三代戒役人儲蓄、滿三年後全數代戒役人儲蓄、

戒役人依第六十五條第四款改善待遇者、得變更前項之期間及儲蓄額、

第六十七條 戒役人儲蓄工資滿三百元而技能純熟者、應令出外就業、

第六十八條 凡行爲未屆犯罪科刑之程度、而有犯罪之虞、及有危害社會人羣社會經濟或其本身之虞者、依其情節輕重、用左列方法、予以訓責、

(一) 言詞訓責、由法院審判官當庭行之、但須記明筆錄、

(二) 書面訓責、將訓責事由錄送當事人、

(三) 械繫訓責、繫加拷或脚鍊、而置諸公眾所及見之地、並標示其犯行、但械繫時

間、不過十二小時」

非有破廉恥傷風化背道義之行爲、不得施械繫訓責、

第六十九條 凡行判決確定、應執行流徙徒役、而實際確有滯礙者、法院得依聲請易科

罰金、

凡具左列情形之一者、視爲確有滯礙、

一 應流徙人年未滿二十歲、或滿六十歲、及預計達到流徙地域、將滿六十歲者、

二 精力衰弱、或確有疾病、經醫師鑑定、不堪流徙或力作者、

三 家有六十歲以上之老親、十歲以下之幼子、脫離流徙人即不能生活、而又不能隨

同流徙者、

四 依離科人以生活之配偶及直係血親尊親屬卑親屬滿五人以上者而不能隨同流徙者

五 受義務教育尙未完畢者、但流徙地方或徒役場有同等之教育設備者、不在此限、

六 有特別技能、正處理需要其技能之事業、則無他人可以代替、將使其所處理之事

業、因刑罰執行而破壞者、

第七十條 應處徒役人易科罰金之數額、得依犯人資力犯罪情節地方狀況以每日五角至三元折算、

犯人無力繳納者、得取具保證於一年內陸續繳納之、

第七十一條 應處流徙人易科罰金之數額、視徒役易科罰金最高額之一倍、其折算標準、准用前條之規定、

犯人無力繳納者、得取具保證、於三年內陸續繳納之、

第七十二條 第六十八條第三款之訓責、得依聲請易科罰金、其數額以每小時一元至二元折算、

(說明) 本案較現行刑法殊易之點有五、

(一) 恢復流徙、流徙制度、在地小人稠之國、無從採用、我國邊地大部荒廢、移民實邊、原屬目今要政、移徙罪犯、一方可收社會隔離不與同群之效、一方疏通內地人口、充實邊疆、使得發揮本能、開發曠土、較之禁閉牢獄、實一舉而兼數善。

(二) 徒役不必拘禁、可以爲比較良善之犯罪人、保全體面、刑期終了後、不難勉爲善人、且徒役場外、需用勞役之事至多、較易得適於本能之工作、雖短期徒役、亦可收力作之實效、較之閉錮坐食、其利於社會經濟者實多、

(三) 採用戒役、遠師周制圍土舊規、近法俄意丹麥法例、(即俄制社會保障、意制保安處分丹制強勞動)可以肅清社會危險分子、不使自由滋蔓、且強制坐食害羣之人、使得自食其力、實爲減輕人羣負累、減少社會犯罪、最有效之制度、

(四) 採用訓責、凡情節可惡、危險堪虞、而未卽成爲犯罪者、若不加以儆飭、則自以爲是、將不免以身試法、參仿周代之誅讓及俄制之斥責、於防止犯罪、必有良好之效果、械繫訓責、雖稍嫌嚴重、然較唐宋明清諸律、不應決杖者、尙輕縱多多、(清律不應爲而爲杖八十、)

(五) 易科罰金係沿用贖刑舊制、非爲國庫求增收、實所以體卹犯人、避免因受刑而枉死、亦所以愛護社會、不使一人受刑、全家失所、義務教育、爲國民所必受、不宜因犯罪而缺漏、使科刑結果、增加失學之人、至特別技能、得邀寬典、乃仿古

法學叢刊 第一卷 第六期 譯者

津「議館」及「天文生准贖」之意、免使一人受刑、累及事業、

一八

建議人李時蕊

陳則民

陸紹宗

廿、五、廿五。

版權所有

法學叢刊

第一卷 第六期

禁止轉載

中華民國二十二年五月出版

編輯者

上海波路渭水坊五百七十號
中華民國律師協會
法學叢刊社
電話一六七〇一

總發行所

上海浙江路渭水坊
法學叢刊社
電話一六七〇一

印刷者

上海山海關路瑞瑪里
洪興印刷所
電話三二三三八

定價		預約	
全年	半年	時期	冊數
十二冊	六冊	每月一冊	實價三角
三	一元六角	全年十二冊	
元	二元二角		
三元八角			
日本朝鮮與國內同		國內	
		國外	
		郵費在內	

郵票代價作九五折以二角以下者為限

廣告價目表

等第	地位	位	全	面	半	而	四	分	之	一
特等	封面外封	兩面	五	十						
優等	封面底面之內	兩面	三	十	八					
	封底對面之內	兩面	二	十	八					
	封底對面之外	兩面	二	十	八					
上等	首篇以外正文	兩面	六	元	十	五				
	前後之對面	兩面	六	元	十	五				
普通	正文	兩面	一	元	十	二				
	正文	兩面	一	元	十	二				
	廣告概用白紙黑字	兩面	一	元	十	二				
	如用色紙或彩	兩面	一	元	十	二				
	印刷目另議	兩面	一	元	十	二				
	繪圖刻工價另議	兩面	一	元	十	二				
	連登多期價格從廉	兩面	一	元	十	二				

代售處

各埠
上海 中華書局
南京 佩文齋
北平 南京書店
濟南 山東書店
天津 太平洋行
武津 佩文齋
南昌 江西書店
太原 晉新書社
北平 大東書局
蘇州 長沙書局
長沙 長沙圖書社
天津 江蘇書局
濟南 中山書局
桂林 商務印書館
開封 豫都文書莊
鄭州 龍文書莊
遼寧 綠野書店
日本 留日書店
本埠 各大書局

中華民國六法改訂版出書預告

本社刊行之十九年本中華民國六法。早已風行全國。茲因十九年下半年。及二十年新出各種法令。又如春筍出林。十九年本原版。已多不符實際。特更悉心釐訂。其已失效者。概予刪除。其續出法令及十九年本漏未採入者。則重行增補。截至二十年六月爲止。所有現行之法令。完全採入。其目次排比。亦各倣其性質以類相從。俾便檢閱。印刷裝璜。較十九年本增加美備。六月底准定出書。篇幅確已大增。但爲力謀普及起見。仍照十九年本原價發售。甲種精裝八元。平裝七元四角。乙種皮面四元二角。布面四元。特此預告。