

中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

法學叢刊

江庸

本期目錄

評論

刑法第六十一條與刑事訴訟法第三百六十八條立法旨趣之衝突..... 羅晉維

論著

建立中國新法系的兩個根本問題..... 劉陸民

自然犯罪論..... 許鵬飛譯

護照制度之研究..... 中村宗雄著 公譯

研究材料

機關債務法(一稿)..... 舒承猷譯

日本商法修正法案(三稿)..... 劉翰譯

所得稅暫行條例..... 劉翰譯

所得稅施行細則..... 劉翰譯

判解要旨

民事判例要旨..... 劉翰譯

刑事判例要旨..... 劉翰譯

行政判例要旨..... 劉翰譯

解釋例要旨..... 劉翰譯

附錄

遼江總社發出席國際律師協會並遊歷歐洲各國序..... 羅晉維

北平律師公會爲確定冤獄賠償法代電三件..... 羅晉維

第四卷

第六期

中華民國律師協會

法學叢刊出版社

律師老邁春新著刊上釋義發售預約說明書

本書乃用司法院最高法院判例解釋及大理院不因與現行法抵觸而失效之判例解釋所指示之意旨逐條逐句註解民國二十四年七月一日施行之新刑法並廣引學說及立法例以說明立法精神期條文明晰更於援用並將註解所依據之解釋判例原號原文附錄相當條文之內計數千件既使援用復易檢查洵能使研究或適用刑法諸公收事半功倍之效再此書內容與民國十九年拙著之刑法釋義內容多不相同蓋該書係註解民國十九年公布之舊刑法本編係註解本年公布之新刑法新刑法變更舊刑法規定之處頗多如新刑法總則加入保安處分一章廢除文例時例兩章亦則加入偽造有價證券罪與重刑罪及強佔不動產罪等一與舊刑法所採用之立法主義亦多有不同如處罰教唆犯舊刑法探客觀說新刑法探主觀說併合論罪舊刑法探德國立法例新刑法探日本立法例一故同一解釋判例在舊刑法認為適當者在新刑法未必適當如預謀殺人及不將他人之犯罪行為報告之妨害秩序罪等規定新刑法均予廢除一反之如舊刑法認為不當者而新刑法亦間有採用之處(如徒刑折易罰金是)一差以毫厘謬之千里非詳予考核不易得其真諦本書於此等處均予改正並詳加說明誠研究及適用法律者不可少之參考書預定八月中出版用十六開上白紙精裝一厚冊條目清晰印刷精良定價五元預約六折本年七月底截止外埠函購每部外加郵費兩角售書處天津法租界三十號路樹德里七號本律師事務所電話三局二百七十號

再本律師編輯之前大理院最高法院及司法院法律解釋類編及續編係按照現行法令章節分別門類逐一錄入並前列目錄末附解釋號數檢查表既便引用復易檢查與按照解釋號數先後次序編列者功用決不相同現已出至司法院院字解釋八百號由八百零一號至一千二百號隨即續出定價本編四元(由統字第一號至院字四百號止)續編一元(由院字四百零一號至八百號止)七折外埠函購每部外加郵費兩角

法學叢刊

林森題



本 刊 第 四 卷 第 四 期 目 錄

▲評 論	我所貢獻於中華民國法學會者..... 劉陸民
▲論 著	讀第十一次國際刑法及監獄會議決議案以後..... 劉陸民
	依據我國現行法研究法令解釋與判例之效力..... 老遇春
	司法人員冠服商榷..... 陳志奉
	辯護士制度之研究..... 中村宗雄著 公譯
▲研究材料	德意志刑法改正法..... 劉陸民合譯
	波蘭債務法..... 舒承賦譯
	日本商法修正法案..... 劉 銜譯
▲判解要旨	民事判例要旨
	刑事判例要旨
	行政判例要旨
	解釋例要旨
▲專 載	中華民國憲法草案修正案全文
	國民大會組織法

本 刊 第 四 卷 第 五 期 目 錄

▲評 論	公示送達方法之研究..... 蕭晉德
▲論 著	歐洲各國夫妻財產制度與我國夫妻財產制度之比較..... 劉陸民
	再論冤獄賠償問題..... 黃秉心
	家庭犯主體應否準用上訴通則之規定..... 張樹生
	刑事抗告主體應否準用上訴通則之規定..... 陳大正
▲研究材料	日本商法修正法案(二續)..... 劉銜譯
▲解 難	不當排除侵害所有權之行為，是否權利濫用？..... 道 平
	僱用船舶人，應否就船長發行之載貨證券負責？..... 道 平
▲重要法令	縣司法處組織暫行條例
	縣司法處辦理訴訟補充條例
	縣司法處刑罰案件覆判暫行條例
▲判解要旨	民事判例要旨
	刑事判例要旨
	行政判例要旨
	解釋例要旨
▲附 錄	北平律師公會冤獄賠償運動委員會宣言
	長沙律師公會冤獄賠償運動委員會代電
	金華律師公會冤獄賠償運動委員會宣言
	吳縣律師公會冤獄賠償運動委員會宣言
	信陽律師公會冤獄賠償運動委員會宣言

評論

刑法第六十一條與刑事訴訟法第三百六十八條立法旨趣之衝突

蒯晉德

△與法規研究委員會商討問題之二

竊案刑法第六十一條規定：

「犯左列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕。認為依第五十九條規定減輕其刑，仍嫌過重者，得免除其刑。

一 犯最重本刑三年以下有期徒刑，拘役，或專科罰金之罪。但第一百三十二條第一項，第一百四十三條，第一百四十九條，第一百八十六條，第二百七十二條第三項，

法學叢刊 評論 刑法第六十一條與刑事訴訟法第三百六十八條立法旨趣之衝突

及第二百七十六條第一項之罪，不在此限。

二 犯第三百二十條之竊盜罪。

三 犯第三百三十五條之侵占罪。

四 犯第三百三十九條之詐欺罪。

五 犯第三百四十九條第二項之贓物罪。」

又按刑事訴訟法第三百六十八條規定：

「刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。」

細釋以上兩條用意，在刑法第六十一條雖為同法第五十九條之補充條例；然其用意，係專對輕微犯罪，或生計犯罪，取寬大主義。觀於其第一款但書，對第一百三十二條第一項，公務員之洩漏職務秘密罪，第一百四十三條第一百四十五條之妨害投票罪，第一百八十六條之公共危險物罪，第二百七十二條第三項之預備殺直系血親尊親屬罪，第二百七十六條第一項之過失致人於死罪等，特設不得援以減輕或免刑之限制，其意自明，吾人對此，固未嘗不引為尙堪滿意者也。

反之：若就刑事訴訟法第三百六十八條觀察，則為係對刑法第六十一條各款所列之罪！限制第三審上訴者。其用意無非謂輕微犯罪或生計犯罪案件，應以速結為宜；此類案件，若許其第三審上訴，在被告不免有多所拖累之苦，在法院亦有久懸不結，增加案牘之煩。然竊謂非以第二審判決違背法令為理由者，不得上訴於第三審法院，至於判決不適用法則，或適用不當者，當然以違背法令論；在刑事訴訟法第三百六十九條及第三百七十條亦均有明文規定。以現在各省高等法院或分院之辦案經過者，是否能絕對保証其無一違背法令者？恐立法者對之，亦不能下一肯定之答語也。乃關於此類案件之第三審上訴，概予限制，不免反有苛刻之嫌。試掩卷一究其立法旨趣，在彼既力趨寬大，在此則偏於苛刻，甯非大相衝突哉？想法規研究委員會諸公，當已研究及之！

二五、六、三〇。——於北平

法學叢刊 論著 建立中國本位新法系的兩個根本問題

四

論 著

建立中國本位新法系的兩個根本問題

劉陸民

目次

- 一、緒言
 - 二、法律與民族
 - 三、法律與國家
 - 四、結論
- (一) 緒言

吾人應從事建立中國本位新法系的運動，作者於執筆草本文間，讀日本小野清一郎氏，

最近所著論中國新刑法一文，益引起心理上緊張的情緒。彼於其文，指摘我新刑法模倣德意志一九二五年與一九二七年的刑法草案及日本刑法豫備草案各點後，更綜合之曰：『新刑法，受戰後刑法改正運動的影響，特別倣倣日本豫備草案之點甚多，總則如是，分則亦然。而其內容遠於中國固有刑法的傳統之傾向，因亦極其顯著。然在刑法改正運動中心地的德意志，對於自己一九二五年乃至一九三〇年的刑法草案，今已完全放棄。即日本昭和二年的豫備草案，或昭和六年的委員會草案，今亦已達於應更加檢討的時機。中國新刑法，於各個具體規定，固有不少較優於民國十七年的刑法者；但為其背景的社會自由主義的思想，按之德日近況，今以成為過去成績。夫德日與中國，其國情雖迥不相同；要之各宜高調國民的立場與民族的精神及文化之點，可謂彼此一致。由茲時代傾向的推移觀之，中華民國新刑法，惟事步武德意志及日本一九二〇年的刑法改正草案，果得謂為適合於時勢的立法乎？予殊懷疑甚深。夫中國，有中國的固有文化，特別於刑法，是有最古文化的傳統之邦。則其於文化的傳統，縱在今日，已非盡可因襲；而其精神，雖在今日，尙有值得發揚而光大之者，予以為尙不少也。然民國之立法者，輒容易捨棄其傳統而不顧，此予所引以為遺憾，而頗不可思議者

。(後略)』此其所云，固難謂爲盡當；而於我之立法者容易捨棄其傳統，未嘗着重於民族的精神及文化一點，吾人實不能不虛心坦白以承受之，更不能不急速反省，匪特新刑法有未嘗顧及民族精神與文化處也。是則吾人不欲重視民族的生活規範，則亦已矣。否則，建立適宜於民族生活的中國本位新法系，寧非亟要之圖？

惟是自祁特爾曼 (Zitelmann)，於一八八八年，在維也納法學會席上，就世界法之可能性，爲劃時代的講演以來，世界法問題，喚起法學者甚大之注意，而東洋法學者如田中耕太郎氏，其倡導世界法，亦極熱烈。觀其著作，既不同於分析法學派而主張國家主權的絕對性；亦不同於歷史法學派，對法之民族性的意義，給予過大的評價；換言之，既不以法爲國家的法，亦不以法爲民族的法，而以法有爲世界法的可能者焉。吾人雖非根本反對世界法的運動者，雖非以世界法爲一種實現不能的空想，而以世界法爲一種有實現可能的理想者；然在爲世界法的基礎的世界社會，尙未成立以前的民族分立國家分立之現階段，法之爲物，固仍應爲民族的法，爲國家的法，而不能謂之爲世界的法。法爲民族的法爲國家的法，斯卽於本文所欲解決的兩個根本問題。其所以謂之爲根本問題者，以吾人若視法爲非民族的法，

爲非國家的法，是即以法爲世界的法。既以法爲世界的法，則即根本無建立中國本位新法系的必要，且亦無建立中國本位新法系的可能故耳。

顧或以謂法爲民族的法者，則是以法爲由民族精神無意識的產生之物；法爲國家的法者，則又以法爲由國家主權者有意創造之物。以上所述，以法爲民族的法，同時又爲國家的法；是既以法爲民族精神無意識的產物，復以法爲國家主權者有意識的產物；換言之，既採取歷史法學派的法律觀，復採取分析法學派的法律觀；所謂以兩個不相容的法律之概念，同時用以說明法律的本質，此其矛盾，何等顯著！予以爲此不足以難予說。蓋法在文化未開化時代，大部以慣習法的形式表現之，於斯時也，歷史法學派的法律觀，誠含有充分的真理。法在文化已開化時代，大部又以明確立法的形式表現之，於斯時也，分析法學派的法律觀，又較能爲適正的說明。今日者，乃法律由無意識的表現形式，進展至於偏重意識的表現形式之時代，其法爲國家的法，固自明之事。然法非從天而降者，亦非由地而出者，乃由社會產生者，社會不同，法律亦異，則法仍不失爲民族的法，亦當然之理。更詳言之，現代國家立法者，有依於傳統精神，而承認其舊的慣習法者。有基於民族生活需要，而創造新的成文法者。

前者，是乃法之確信之成文法化；後者，則爲法之需要之成文法化。由是以觀，依前之說，是法爲民族的法，同時又爲國家的法；依後之說，是法爲國家的法，同時又爲民族的法，意至顯然。否則，若以法單純爲民族的法或國家的法者，皆屬不能構成現代的有權威的法之觀念者也。予於以下，試依此義，研究法律與民族及法律與國家兩問題：

(一) 法律與民族

法律與民族的問題，卽研究法之民族性的問題，亦卽法律應否帶有民族的特殊色彩的問題。在研究本問題之先，於世界法可能論者與民族主義理論的哲學者，對於法與民族性格形成性的關係，尤其對於民族概念的理解，特撮要述之。

關於民族的概念，世界法可能論者如田中氏的答案，則引普蘭（Renan）氏之說，謂：「民族是一個靈，是一個精神的原理，此靈，此原理，其構成由於在過去共有可堪追憶的光榮與艱苦之遺跡，在現在有欲共生存之願望，且於人不爲其人種，其言語，其宗教，其河川之流域，其山脈之方面之奴隸，而創造一個有健全精神，有溫和感情的人類之集團的道德的自覺之時，始堪稱之爲民族。」民族主義理論的哲學者如柏喀（Burke）氏的見解，則以

民族是一個「連續」的具體表現，是人民在時間上，數目上，空間上的一種擴張性的具體表現。彼乃所有共同的政治制度，法律制度，宗教制度與傳統的產物。尤其風俗習慣的長期連續一致的產物。一羣依此種方式經過長時期的共同生活，經過相同的歷史進化的人民，便得組成一個民族。

由於上述觀點的不同，世界法可能論者，以民族結合的中心，已由物質的因素，而推移於精神的因素。故民族性格，民族意識，皆以精神的因素，占優越的地位。法律為人類生活的規範，其所規律的對象，多屬強制可能的人類社會生活上的行為，不包括單純的人類內心的問題。人類對於神之關係，固無論矣。即人類對於自己及他人的道德的義務之重要部分例如友情，貞操，誠實，博愛，勇氣，犧牲等德行，亦無一不在法律所得干與的範圍之外。故欲期民族生活的健全，改造民族的性格，不能視為法律的任務，純屬法律外的宗教，道德，藝術的力量。又法律非若宗教，藝術，有直接影響於各個人心靈的魔力，乃係一種形式的，現實的，理性的，社會生活的法則，自與科學及技術，同樣無與於民族的意識。此法律與民族性格之創造及民族意識之養成無何關與之說也。

民族主義理論的哲學者，以各民族經過特殊的歷史傳統，遂產生一種特殊的民族性格，

一種特殊的民族魂和一種真實的民族文化。故各民族應珍惜其文化，以強化其民族之性格。法律乃民族文化之一部，則彼自以法律有影響於民族的性格。再觀陸梭（Rousseau）氏，論波蘭政府文內，叙述摩西用異於其他民族的法律與宗教儀式，將猶太人結合而成爲一個民族後，復以概括的語調，謂：「創造一民族的天才，性格，嗜好，風俗者，是民族制度。創造此一民族而不能創造彼一民族者，是民族制度。誘起人民以如斯長久習慣爲基礎的愛國熱情者，亦是民族制度」云云，益可瞭然於法律與民族性的重要關係。至於柏喀氏以大不列顛憲法，爲英吉利民族的天才及其歷史經驗的最高之具體表現，其以法律具有爲民族遺產的尊嚴，足以助長或養成其民族意識，又不待論。此又法律有創造民族性格及養成民族意識的功用之說也。

依予所見，法律與民族關係的問題，可分爲兩方面考察，卽：（一）自法律現象之能動方面，考察法律對於民族性格的形成性問題；（二）自法律現象之受動方面，考察法律對於民族性格的聯繫性問題。予對以上所論法律對於民族性格形成性問題——卽第一問題，予寧左袒民族主義理論的哲學者之說，以法律爲形成民族性格之一因素；且認世界法可能論者，所謂法律規範的對象，僅屬強制可能的人類社會生活上的行爲，不包括人類的內心問題云云

，持論顯非正確。蓋「行爲」云者，自兩種要因而成。卽第一、爲外部的要因，乃屬於自然世界的客觀的外部表現；第二、爲內部的要因，乃屬心理世界的主觀的意志。設或某行爲完全缺乏心理的要因，斯卽爲純自然界的現象，非行爲也。方今犯罪行爲之重視動機，契約行爲之重視意思，意卽在此。世界法可能論者，欲否定行爲之主觀性，以自圓其法律與民族性格無關與之說，則亦何解於行爲的内部要因者乎？予是以採民族主義理論的哲學者之說，認法律與民族性格，直有互爲因果的關係，當然具有民族的特殊色彩。予於以下，更依此種見解，試就第二問題——卽法律對於民族性格聯繫性的問題，再爲研究之。

夫每一民族之構成，必具有一種民族性格。而此種民族性格，又係由一種特殊的歷史傳統所形成。此孕育「民族性格」的特殊歷史傳統中，尤以有生活規範性的，如道德，法制，宗教，風俗，習慣等等更具特殊的機能，營特殊的作用。依此以論，則法律對於各民族的性格，其必具有聯繫性，自不待言。

惟於此先須說明者，吾人主張法律應有對於民族性格的聯繫性，非故步自封，在法律文化方面，提倡閉關主義，或復古主義。乃提倡法律文化，無論爲固有的，爲繼受的，皆宜站在保存或發揚民族特殊的性格，而使民族得爭生存於現代民族分立之林之立場，以決定取捨

之標準。否則，不顧民族特殊的性格，換言之，不顧特殊的民族的精神，惟事盲目的繼受異民族的法律文化者，是不自珍惜其民族特殊的文化，即亦不能鞏固其民族特殊的性格，此種民族，即亦不能保持其獨立自由的存任。至迷信固有文化，不解民族進化意義者，其害猶其次也。

又吾人所謂法之民族性格聯繫性的法律理論，與今日德意志的「人種法則的法律理論」，亦有區別。蓋吾人所主張者，乃「民族法則的法律理論」，民族云云，人種云云，其含意迥不一致。試依各國實狀觀察之，如大戰前之俄羅斯，由四十以上之人種構成。如法蘭西，雖在諸民族中，被認為係同質者，然依人種的見地，彼仍不失其為由多數人種所構成的複合體。如日本，雖民族的統一，倍極堅固，然論其人種，則亦為愛羅族，孟哥爾族，及馬來族之混合體。概言之，一民族由多數人種構成，或同一人種，構成多數民族者，此現實之狀態也。故「民族法則的法律理論」，與德意志「人種法則的法律理論」——即所謂種族不失其為純粹時，可以保持法律與種族之本質的關係，其純粹種族之自然發生的習俗即法律云云。不能不大異其趣。但「人種法則的法律理論」，所應將種族特殊之名譽心和犧牲的精神，貫

注於法律中的旨趣，予又認其有可採之價值也。

上所研究，多重理論，茲更從法律現像而為現實的考察，試觀魏穆爾（Wigmore）世界法律地圖，將現存世界法律系統形式，分而為四，即：（一）純粹系統；（二）混合系統；（三）集合系統；（四）二重集合系統。觀其各種系統形式，似以羅馬法系，英美法系占最大之勢力。然就亞非兩州之地圖論，其原來屬於回教法系或印度法系者，固尚保存其一部份於混合的或集合的形式之下，則羅馬法系與英美法系勢力所及之處，究未嘗使其地完全羅馬法系化或英美法系化者，固觸目皆是也。更具體的摘取數法系以論之，若西伯來法，以浸漬於猶太人之內心甚深，迄今關於家族法規，猶行於猶太人相互之間。印度波羅門法，由其法學者之闡揚，能植深根於其所支配之社會，於是雖由其地經過長時間的伊斯蘭之征服，而被壓抑為習慣，然迄英有印度，而又復活。其他若西洋法系中日耳曼法之法域，於百餘年前，為羅馬法所侵入而領有，今則由德國國社黨執政，而亟亟從事於恢復固有法域的工作矣。曩之英吉利法，以國人愛護其普通法的權威，卒能抗禦羅馬法的侵越，維持其巍然的系統，則法與民族性之緊密關係，果如何也。布諾克（Bolinsbroke）氏，其對於民族所公布的兩條自

然律，一曰：普遍的理智律，是全人類所當遵守者。一曰：各特殊社會決定受統治的特別法律，則限於由各民族特別遵守者。前者，所以保護人類。後者所以保護民族。普遍的理智律，尚為吾人所想像；各特殊社會決定受統治的特別法律，已有歷史事實，為之證明。吾人主張法律對於民族性格之聯繫性，易言之，法律應帶有民族的特殊色彩，而為民族的法者，遂亦於是可求得其結論。

(三) 法律與國家

予於以上，說明法律為民族的法矣。然予之見解，究非僅依社會學的實質的考察，以法律單純為民族的法，同時且依法律學的形式之考察，以法律為國家的法者；故於此更說明法律與國家的關係。惟以法律為國家的法，最易陷於國家萬能論的謬悞，以國家為法律的唯一淵源，予倡導世界法可能論者以攻擊的資料。茲特先就我所異於國家萬能論的法律觀之見解，亦即世界法可能論者如田中氏輩，對於國家法律觀攻擊不能成立的理由，敘述之於下：

夫國家的法律觀，其由來甚遠。曩昔希臘梭富伊斯特派之加利克勒斯 (Kallikles)，主

張正邪由於人定，法爲強者權利，此在思想上，可謂爲開國家法律觀之先河。泊乎羅馬，一方自然法之理論，雖仍存在；他方共和制時代，羅馬法律家，則執嚴格的法律理論，以法爲有組織的政治社會內的主權者的權力之命令，帝制時代，更認皇帝的意思即法律。降及霍布士（Hobbes），彼謂人類在自然的狀態，雖依自然法，無物不有權利，第以人皆有利己心的結果，發生萬人對於萬人的戰爭。浸久，人盡不滿於此種戰爭的生活，遂斷念對一切物主張所有的權利，成立一種契約，而結合爲統一體。依據此項契約，人更各以自己的權利，奉讓於強有力的一人，如斯成立的結合卽國家。此種國家，爲維持相互間的平和計，有強制各人絕對從其所命——即法律的權力。是據霍氏之主張，法律不過國家權力之表現。此與十六七世紀的法蘭西，爲辯護國王的權力，認法律爲主權者的命令的理論，先後如出一轍。即梭之社會契約說，對於國家法律觀，亦得謂爲屬於同一系統。迨十九世紀，多數學者，雖思想各立門戶，而國家的法律觀，則共同支持。如康德（Kant），則峻別法律與道德的思想，從法律中剔去自然法的倫理的要素，而以法律專屬於國家。如赫格爾（Hegel），則因對於主權的思想，係建築基礎於汎神論的國家哲學之上，認法律與主權相結合。如奧斯丁（Austin）

）一派，即所謂分析法學派，更以法律爲主權者的命令，充分表現國家萬能的色彩。如耶林（Jhering）、拉恩特（Laband）、鄂林訥克（Jellinek）等，則襲自然法學及歷史法學派之後，揭發法律實證主義，尤致國家的法律觀於全盛的領域。

世界法可能論者，遂以國家的法律觀，雖在政治方面，大體有裨益於中央集權的國家之成立，並使此項國家，利用其整備的組織，收統一國內諸習慣法的功效，完成國家編纂龐大法典的事業，不無可寶貴的歷史。然又以其胎息於希臘時代法爲強者的權利的思想，致法與實力，略無所區別。且根據此種思想，則國家有法律獨占權，其在國家以外，則以妬嫉的態度，否定其一切法律淵源的存在。同時他方，對於由中世紀封建社會所產生的各階級的或職業團體的自治法規，亦否定其有存在的價值。此種否定特權及特殊法制存在之見解，固不能否認其背後，有近世國家的法律平等之精神；究之，從另一方面着想，以國家立法權，妬嫉因應特殊必要所產生特殊之法制，大足招致不正義的結果，妨害適應社會生活進化的法律之發達。其在法律學方面，更產生所謂抱持法典，以文理及論理的註解，爲盡能事之註釋法學；及產生漠視社會實際生活狀態，不問法制目的，惟認國家的法，爲自足完備體的概念法學。

。則國家的法律觀，在世界法可能論者目中，是既阻法律的發達，亦有害於法學思想的進化。

且不僅世界法可能論者，對國家的法律觀，爲以上所述之反對而已。即歷史法學派，比較法學派，社會學的法學派，社會的乃至社會主義的法學派，自由法學派並新自然法學派等，亦無一不對國家的法律觀，取反對的態度。若究其反對之故，予敢斷言其係由國家的法律觀，以主權爲萬能，未嘗顧及實際生活的潛力。薩微尼(Savigny)氏，謂法律非由創造而成，若僅因一般法典的編纂，謀達統一的目的，適與作辭書以統一國語，同其旨趣；荷蘭公法學者克拉伯(Krabbe)氏，詆德意志公法學者如拉恩特氏等之國法學爲國法力學；予以爲皆非無的而放矢。假令如予之說，法律爲國家的法，同時更爲民族的法；則是法之權威性，受自國家，法之妥當性，來自社會？如此，則法律支配之力非暴力，法典編纂之技非創造；更申言之，從法之實質觀察，法乃民族精神的結晶；從法之形式觀察，法乃國家權力的象徵；在此種意義下的法律，直是民族精神與國家權威的融合體。攻擊云乎哉？詆誹云乎哉？

更就法的概念論之。世界法可能論者，以法爲人類社會的規範，特以與其他法則——即自然法則，習俗，道德，技術等，爲比較的考察，而肯定其內容，多分屬於普遍人類所同具

，非爲某一國家所獨有。如彼對於法與自然法則的關係，則以法律規範，乃具備理性的「當爲」的法則，與自然界中循必然因果關係而活動的自然法則——即不具備理性的「存在」之法則，顯然對立。彼又以人類亦自然界的一部，人亦一方爲被支配於自然法則的動物的存在；他方則爲由理想所誘導的靈的存在；因是在人類個人生活及社會生活中間，亦有其自然法則與規範——即存在與當爲，相互對立。不過彼雖依法非自然法則而爲規範的主張，於此嚴格區別人類生活及社會生活上的自然法則與規範；實則究非宗新康德派之學說，認法之規範性，全與社會生活事實無關係；亦非若奧大利學派的韋爾遜（Wetsch）的法律學方法論，使法律離政治的經濟的倫理的社會學的以及其他一切有關係於其內容的要素之考察而獨立，以法律學爲純粹規範科學。彼乃以法律規範，非遊離而存在，係存在於諸社會的事實的中間，換言之，社會生活自體，社會經濟自體，決非離法而存在，其中得認人類理性之發現。故彼以爲人類社會生活，雖亦如個人生活，不得否定「當爲」與「存在」的對立；然終因人類得依其自然理性之光，以批判自己的行動，故人類社會生活自體，仍不同於純粹自然的世界。於世界法可能論者的上述意味之下，是以法律乃現實社會中人類理性的發現，故彼不以法與

國家實力的社會的法律觀，及以法為國家支配工具的唯物史觀的法律觀同視也。

予於社會學的法律觀與唯物史觀的法律觀，所見與世界法可能論者，原非異趣，觀於對國家法律觀的批評，可以明知。惟人類由一種歷史的傳統，構成爲一個完備的民族以後，已具有一種民族性格，爲民族各個構成分子的特徵，亦即所以誘導民族各個構成分子的靈的存在。由此種靈的存在，遂於社會生活中間，潛伏一種民族定型的正義感，以批判其循「存在法則」的本能之行動，而使適合於「當爲」之法則。予未見現在民族社會有一共通的普遍妥當之理性，以爲個人行動的標準。第以人類社會有「當爲」與「存在」，相互而對立，因知存在世界的反映，未能悉適合於民族正義的要求，於是復經國家選擇的階段，成爲國家的法律。由此以觀，吾人不能據法與自然法則之區別，爲法乃世界的非國家的之推論，彰彰明甚！

世界法可能論者，更謂習俗，道德及技術，一方與法律異其觀念；同時，他方在社會生活上，皆與法律有密切的關係。故法於道德及技術的規範，有時依於自己立場，爲價值的判斷後，得採擇之以爲自己規範的內容。由是彼乃效拉特布爾(Radbruch)氏，所謂：「法律歸化於道德王國中」之說，倡「道德，習俗及技術，均歸化於法律王國中」之論，而認法律

規範之內容，或為習俗；或為道德。因之彼以法律規範，亦或為普遍人類的；或為民族的。習俗乃差別的；道德與技術乃普遍的；法律規範，既各以是為內容，當然反映其特色，不能悉以法為國家的法。

予於以前，既說明「民族性格」之作用矣。其習俗，其道德，亦為民族的，非世界的；為差別的，非普遍的；自無用其再述。茲僅就技術，是否為普遍的論之：按技術可得分為四種，即：（一）個人的技術；（二）社會的技術；（三）智的技術，（四）物的技術是已。

關於技術的本質如何？柯爾克羅夫（Korikourov）氏，所謂為達一定之目的，而為指示行為方法之法則也。技術當應用自然法則的原理，是固不待論之事，例如社會技術中之教育方法，應用心理學的原理，又物的技術，應用物理學或化學的原理即是。然當此場合，所謂技術之本質，非指此等心理學的，物理學的或化學的原理之自體，乃在考慮此等原理，如何為一定目的，而為有效運用的合目的性。技術之精神，既在為一定目的，以利用自然科學的法則，則法則縱原屬普遍妥當，然基於合目的性的考慮之結果，物的技術而外，舉凡個人技術，社會技術，以及智的技術，固無一不與人類自然環境及社會狀態，有密切的關係，即亦不能

不謂爲仍帶有民族性的色彩。其以技術爲內容的法律規範，即亦不能不仍目爲國家的法。

或者謂：從理論觀察，法固爲國家的法，然國際社會所表現之事實，則顯非如此。國際學術團體之以世界法實現爲目的者，固無論矣。即超越國界而帶世界性質之法，在近世或從所謂立法的途徑，或由所謂條約的方法，以促其實現者，實不一而足。如司干的拉維亞諸國，關於匯票法，海法，航空法，買賣法，關於財產契約與其他交易的法，甚至親屬法，繼承法，均已有一統之法，孰僅謂法爲民族的法？爲國家的法？其他，關於鐵道運送的法，郵政運送的法，有線電信送達的法，無線電信送達的法，航空的法，汽車通行的法，衛生處分的法，以及因國際聯盟所產生的關於交通的法，關於勞工的法，更十分表現法爲世界的法。如此，猶以法爲民族的，爲國家的，又豈非顯然抵牾事實？

以上所舉例証，固爲反對法爲民族的爲國家的者，所持爲強有力的理由，惟是決不足以動搖吾說。司干的拉維亞諸國，有接壤之疆域，有共通之歷史，於是爲商業關係，而有關於匯票、海事，買賣等法的統一；爲傳統及風俗相同的影響，而有關於親屬法若干點的統一；事本不能否定。要知彼等統一的方法，皆由各國議會採擇所提出的共同議定的條文，而且仍

各保有特殊的異點，則是此等法律，明明由各國立法機關所制定，安得否認其為國家之法律？至關於運送各法，關於國際聯盟所產生的勞工各法，皆由條約的途徑以表現之，對於未經批准之國家，仍不負法律上遵守之義務，是國際法之基礎，仍建築於國家意思之上面，則其法仍不失為國家的，固至明之事。最近可爾比（Corbin）氏，在其所著國際法上法之觀念書內，肯定國際社會，為對於由個人集台的國家之必要社會，應有為其必要社會的行為規則——即所謂國際社會的法的存在，其法之基礎，則求之於國際社會的必要目的。此固已惹起一部分法學者的注意，究不能否定國際法必經國家主權之承認而始發生效力之事實，予是以仍主張法為民族的法，更為國家的法也。

（四） 結論

綜上所論，是法為民族的法，為國家的法，更概言之，法為民族精神與國家權威之融台體。在此種基本理論上，每個獨立自由之國家，自宜完成如斯最合理而最有權威的法律。我中華民族，有其五千年莊嚴燦爛的歷史，有其獨特偉大的文明，有其忠孝仁愛信義和平的性

格，其由此種可寶貴的民族歷史，民族文明，民族性格所形成的中華法系，亦曾支配東方亞細亞，而為西方法學家如耶林氏者所稱道，至以比於羅馬之法系。今當世界文化民族主義，奔騰澎湃，浩瀚四溢之時，若我仍數典忘祖，委棄此種民族固有的法律文化於不顧，盲目而倡全盤西化之論調，甘心作他人文化之附庸，之奴隸，事之至可恥辱而至堪危懼者，又孰甚於斯？此吾人所由認建立中國本位新法系，為必要而不稍緩的企圖。

所謂中國本位新法系者，當係依現代中國國家理念，用科學的方法，對中國固有及現有法律，施新的選擇，產生新的生命，他在世界法律文化領域，重占一種新的位置之意。簡言之，在新理念，新技術之下，發揚舊的民族精神，形成新的法律體系而已。雖然，此非易事也。此亦非至難而不可斬求事也。惟在我國法學者，並力一心以赴之。謂予不信，試觀英吉利法典之光榮歷史，即可知已。

英吉利在諾爾曼人征服以前——即自五世紀中葉迄十一世紀中葉，由格爾特人，羅馬人，丹麥人，從歐洲大陸北部，移住此間。此等移住各民族，各挾其慣習法以俱來，於是各地慣習法，呈紛然煩複之觀。迨諾爾曼人征服以後，威廉第一及其後繼者，遂思於尊重英

國各地慣習法之中，收統一通同法律之效。原來諾爾曼人，以與盎格魯撒克遜人的血統相近，故對於已先移住之盎格魯撒克遜人的慣習，能容易了解。在征服後的二世紀間，國王之大法官，遂統一各地的慣習法，制定單一法律；同時並成立國王法院，以控制各地方法院之分裂裁判權。當是時，西歐諸國，羅馬法的研究熱復興，而英國法不為所左右，能保持獨立的基礎者，乃此王國的普遍慣習法——即普通法，能為英人所愛護，抗此文化上侵略的潮流故也。

然英國普通法的發達，與英國法學團體的發達，有密切的關係。英在十四世紀時，其由法學家所組織的法學團體，即學者所謂英國法律家的基爾特，凡十有四，各以研究法律為事，有中世式法律學校之觀。其講義與擬例，恆着重於經驗的所得，故極富實用的色彩。而隸屬此項法學團體的法界之先進，甚受國家的尊崇，鈔以高貴的名號。其任務則以講授生徒為主要。於是法律教育與法官律師之間，保持密切的聯絡，法律家，遂亦以此種法學團體為有成效的努力，助長普通法的發展。

尚有應注意者，即第十三世紀大法官布拉克敦（Bracton）氏，所著之英吉利之法律及

慣習一書，此為在英國有法律教科書之始。本書前後凡五卷，大都借用羅馬法之術語及概念，以為英國法之說明。故其書銷行甚廣，其於英之法官，奏統一英國慣習法的偉績，此誠為有力的資料。迨後十六世紀之柯克（Coke）氏，於羅馬法尤為強烈的反對，其所著法徑，計分四卷，均為論証普通法之書籍，後起法家，率奉之為圭臬，是亦大有助於普通法之進步。

吾人欲知上述英之普通法學團體與法家著作，對於英國普通法律系統影響的重要，可就歐陸日耳曼法系式微的原因，為比較的考察。試觀日耳曼法系，在歐陸亦有可稱述的歷史，然終不能勝羅馬法的抑壓，喪失其支配的領域者，抑何故也？予以為由日耳曼法，非若英吉利有使法律組織化，技術化的法曹與教授法曹的學校以及已統一的日耳曼的普通法，故使意大利蘭西之法家，得挾技術的組織的羅馬法以侵入，而卒無以資抵禦也。今德意志以復興日耳曼法號召於歐陸之天地，其法學者，亦極富於復興民族的熱情，或亦可以雪曩昔之恥辱歟？

但英吉利法系，得擴張法域於世界者，亦非專由英人固守其普通法的傳統使然，更因普通法系統，由衡平法的成立，由商人法的發展，以及邊沁（Bentham）倡導的立法改良，更能合理化近代化故耳。由此以觀，我欲建立中國本位新法系，其宜若英吉利人有珍惜民族文

法學叢刊 論著 建立中國本位新法系的兩個根本問題

二六

化的精神，有認識民族時代需要的眼光，有創造民族法律系統的技術，固無庸疑。惟誰為英之布拉克敦與柯克者乎？抑誰具造就法學人材之熱忱如英國大法官之組織法家基爾特乎？又誰能如新德意志人之富於民族自信狂，斷然摒棄羅馬法而為重大之改革乎？此又作者於兩個基本問題而外，更視此亦為建立中國本位新法系過程中的重要問題也。

二五，六，二八於全國律師協會編譯室

法律評論

第十四卷 第三十四期

勞働法與經濟法之關係
中華民國民法債編分則 (四四)
航空法概論 (三三)
法界消息

張蔚然
趙寶義
康福訖
編者

▲臨時高審程序 ▲懲治偷漏關稅暫行條例及運銷章程施行日期
▲公証暫行規則第十一條變通辦法 ▲全國律師協會在青島開會等五則

最高法院民事判例
行政法院判例
新解釋
新法規

官亭輯
官亭輯

定價
發售處

▲所得稅暫行條例等二則
▲院字第一四九三號至第一四九八號

全年 五元五角二分
半年 二元五角二分
零售 每册一角五分
郵費 郵費五分
私立 郵費五分
水西 郵費五分
大書 郵費五分

庸江長社

第六百六十七期

中華民國二十五年八月二十三日出版

中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

自然犯罪論

Garofalo 著

許鵬飛 譯

I

在過去一世紀的末葉，人們以自然派的立場，對於犯罪人的研究，曾特別加以注意，他們作成犯罪人種學和心理學的綱要；而認為犯罪人有一種典型，是『人類的變種』（Une variété du *genus homo*），但是要決定這種學理在立法上實際應用的時候，他們就要遇着嚴重的困難；而且在法律上所規定的任何犯人，都找不着自然派的所謂犯人，這樣，就難免使人懷疑這種研究的實際重要性了。其實這是沒有辦法的，因為自然雖對我們講『犯罪人』（*criminal*），而忽略了說明他們所謂『犯罪』（*crime*）這個名詞的義意；他們是將這種工作讓給法學家，但對人們就可以問法律上的犯罪和社會學上的犯罪，其界限究竟有無廣狹的區別，這種疑問的發生，完全是由於犯罪定義的缺乏；一直到現在還因此使自然派『犯罪人』的研究，陷於孤立的地位，同時一般人更相信在那裡只有科學的探討，而不應把立法的問題牽連在

內。

我想研究的出發點應該是犯罪的社會概念，再不要說是法律上的概念罷！否則就只有法學家纔有權力去建樹這種理論了，其實，此地並不是一個怎樣專門的名詞的問題，而是任何人都懂得的一個字，也無論他學過法律與否。立法者並沒有創造「犯罪」這兩個字，他無非借用於通俗的用語；就連個定義，他也沒下個，而只是歸納一些某種行為，稱之為「犯罪」；因此，往往在同一時代同一國家的許多法典中，有甲法典認為是犯罪行為，而在乙法典中並不處罰的事實存在；無怪乎法學家的犯罪分析不能作為社會學家研究的限制。在這犯罪的界限是模糊而可懷疑的時候，社會學家自然不能夠，像對化學家詢問鹽或酸的概念，或者像對物理學家探問電或光的概念一樣地向法學家請教犯罪的定義；而應當自己去尋求，也只有說明「犯罪」二字的真義以後，纔可以懂得他們所說的犯罪人。簡言之。「自然犯罪」(crime naturel) 這個名詞的理論，應該讓我們加以解釋和建立纔行。所謂「自然」，是指不是人為的而言，它獨立存在於人類社會，不受任何環境和時代的需要或立法者特殊意思的影響的；我之所以用「自然犯罪」這個名詞，是因為我相信用它來指示一切文明國家所不能不承認而加以

刑罰的犯罪行爲，是最清楚而又是最少錯誤的（*la moins inexacte*）——我不說是『最正確的』（*la plus exacte*）。

是否可以認定某些行爲無論在任何時間任何空間，都確認為犯罪行爲？這就是我們要來解決的問題；我們不問我們現代社會的一切犯罪行爲在過去是否也一樣的，或者問過去的犯罪行爲是否就是目前的犯罪行爲；因為這幾乎是個幼稚的問題，誰還想不起會讀過的民族風俗的書裡，記載着爲報復殺人的殺人行爲，不僅是被人原諒，若是在被害者的兒子，還是一種神聖的義務呢！決鬥雖有時是要處以最重的刑罰，然而有時會合法到變成訴訟上最重要的方式呢！異教魔術以及瀆神等行爲在從前認爲是最可惡的犯罪，而在現代文明民族的法典裡不是也銷滅了嗎？搶劫外國遇難的海船不是也有些國家的法律認許的嗎？現代有些所謂文明民族，在從前不是會賴海盜和強盜的方法生存了幾世紀嗎！最後，我們就拋開歐洲人和野蠻人不說，不也可以發現准許殺嬰兒賣小孩崇尚賣淫和以通姦爲社會中心制度的半開化的社會嗎？還有，在另一方面距離我們時代不遠的少數政治上有權勢的人，不是把政治見解不同認作是罪大惡極嗎？不也有對壟斷糧食和賣價超出於法律所定最高額的人，處以死刑的事嗎？

諸如此類的事，實在是極其明顯而不勝枚舉；所以要把討論移到另外一個方向，而只就現行法所規定的犯罪和刑罰中，是否有些行為在任何時間和空間都認作應處罰的行為的問題，加以討論。自然，在想到一些恐怖的犯罪行為，如弑親謀殺強盜殺人殘忍殺等，會給予個肯定的答覆；但是我們立刻也可以找到與這意思相反的事實，過去和現代旅行者關於野蠻民族風俗的記載，曾告訴我們，弑親在很多部落裡是一種宗教的習慣，子職義務的觀念驅使史前的馬沙蛇梯人（*Les Massapètes*）沙爾德人（*Les Sardes*）斯拉夫人（*Les Slaves*）和斯康丁拉夫人（*Les Scandinaves*）去殺他們有病的或者極其衰老的父母，而福耶施羊人（*Les Fœrgiens*）非地羊人（*Les Fidjiens*）板打人（*Battas*）捷克其人（*Les Tschouktchi*）加沙打內人（*Les Kamischadales*）和新加內多利人（*Les Nouveaux-Calédoniens*）還繼續適用這殘忍的習慣；在澳洲新西蘭非梯西羣島（*Les îles Fidji*）和中非多數部落的首領現在還時常做殘忍的行為，至於戰士殺人，爲着顯示武藝練習手法或者試練武器是否鋒利等目的，那更是普遍的實行，而不會掀起輿論的反感的；在打西梯（*Tahiti*）和其他的地方，還有些好吃人肉的人存在；此外，強盜殺死失主的行為，更是野蠻部落施諸另一部落常有的事。

假若因此就認為組成一個在任何時間和空間都是應當禁止和處罰的行爲的名錄表，是不可能的，自然犯罪的概念是否也同樣的不可獲得呢？不過要達到這種目的，是應該變更研究的方法，拋棄對於行爲的研究，而作『意識』方面的追求；真的，犯罪總是有害的行爲，同時也有損於所謂『人類團結的道德意識』（*Les sens moral d'une agrégation humaine*）的感情，這種道德意識在人類方面是依着種族和時代關係，逐漸發展，過去固然是曾經變化，在現在還是不斷的在變化，它形成了彼此間『道德本能』（*Les instincts moraux*）強的和弱的形態，由是『道德』和『不道德』的意識就產生了劇烈的變化，而以『不道德』組成犯罪條件之一的意識，也有同樣重大的變動，假若不具備這種意識的條件，縱然是有害的行爲也不會稱之爲犯罪的；這就是說，沒有意識的固定性對行爲作一致的估價，在不同的社會裡對於同一行爲就會因衝動的情感的不同，而有不同的估價；不過結果也只能影響道德的形式，而與它的實質無涉，所以只有道德意識的進化，纔能爲我們說明自然犯罪的概念。

達爾文（*Darwin*）解釋道德意識的起源，認爲是我們同類的『同情本能』（*La sympathie instinctive*）而斯賓塞（*Spencer*）把它歸屬於『理性』（*raisonnement*）他以爲類自古

以來，受理性的指導，知道有行為規則的必要；這種理性便成了一種精神習慣，遺傳後世，而變為本能，所以基本的道德直覺是：「有用的經驗累積的結果，漸次變為有機的和遺傳的，以至於現在；這些基本的道德直覺已經完全脫離了『意識經驗』（L'expérience Conscian），而獨立存在……經過人類史的推演，所獲得的一切有組織的穩固的有用經驗，造成了精神上的變化，再因為轉變和繼續累積的作用，而變成道德直覺的能力和適應善的或惡的行為的『意識』（或譯作情緒以下仿此——譯者註）；在外表上，這種『意識』沒有一點是由於個人的有用經驗做基礎的，其實這無非是由於我們祖先對於行為有可愛或可憎的經驗，因遺傳的作用，而發生喜悅或厭惡的『意識』（註一）姑無論屬於這種假設或者是屬於達爾文的假設（即同情本能），所能確定的就是近代每一種族所保有這種道德本能，它不是由於個人理解而產生，乃是個人的一部分，與身體形態之屬於每個種族一樣。還可以注意，在智力初發達的兒童時代，雖是在小孩還沒有懂得的難解事件的理智能力以前，有些本能確是能顯示利他主義間接的個人效用；同樣的，也只有道德意識的存在，纔能解釋人們有時不惜他們最重大的利益，為不違反他們所認為的己身義務起見，而願意作獨自和無名的犧牲；無論人們怎樣說

利他主義就是『有理智的自利主義』(L'égoïsme éclairé)，這也不能阻止自利主義在通常情形之下於我們是有用得，它使我們避免苦惱，或者使我們達到我們所最希望的東西，一點不使我們對現在甚至對將來感覺任何恐慌；當人們拒絕避免痛苦或拒絕接受幸福，而不能夠看出他這種犧牲的功用，那就十分應當承認『識意』的存在，它之激動人們又與理智是無涉的；這類『意識』之獲得，是由於不費任何酬報的遺傳，不特理智不能加以阻止，就在我們遠古的祖先們，也沒實利的起源，猶如我們上面所說的。達爾文的假設，它也可以達到同樣的結論，他說：「雖然人類已經失去原始祖先所保有的，而只剩很少的特殊本能，但這不是人們不能保存太古時代對同類同情和愛的本能的某種程度的理由，所謂『義務的不可違反』的義意，似乎只是說明本能延長的內心信仰，而這種內心信仰無論是得自先天抑是後天部分的獲得，一方面固可以指導人類，但同時他方人類也可以不服從它」。(註二)

設若道德是個人理智的結果，那末才智優越的人，總是最廉直的人，因為他對於利他主義的理想和道德最高的概念，是比較易於有『升堂入室』的工夫，就根據實證派來講，也以爲道德是由於利他主義和自利主義兩方澈底的貫通，然而實際情形確未必如此，我們就

不說它是完全相反的，但是一定不缺乏很有才智的人，同時又是極不廉直的例子，反之，也常常可以看見才智有限的人，他還是不做違反道德標準的事；這是爲什麼呢？一定不是因爲他們懂得這與他是有間接利益的，而是爲着覺得不能不遵從那些道德規範，縱然是他們的宗教或者成文法沒有加以強制。

所以我們似乎不能否認一種族或一民族的道德意識的存在，它和其他的意識一樣是由進化所創造；這種進化的過程有時是心理遺傳的單純結果，有時是於遺傳外，再加上兒童時代家庭習慣的模範以進行的；道德意識既是一種『精神活動』（une activité psychique），所以它可以發生『腐化或者惡化的現象』（sujet à des altérations à des maladies），甚至於全部喪失，有時自出生即缺乏這種意識，與怪胎之缺乏身體上的某部分相同；這種缺乏道德意識的人，我們沒有更好的名稱，而只歸併於『隔世遺傳』（atavisme）一種裡，『在道德意識全部缺乏的人和意識力極其完備的人之間』（註三），還有很多等級相差的人存在。

因此，在一個道德水準高尚的民族裡，發現或多或少極不道德的個人，那是用不着奇怪的，他們是『精神的病態』（anomalies psychiques），和『生理的怪物』（monstruosités

physiques) 之是例外一樣。

那末，首先要探討的是道德意識經過時間和空間的作用，竟究變化到某種程度，在現代的歐洲人和在其他人種的文明民族的現態是怎樣，其將來又是怎樣？其次我們要研究的是：假若在現在能夠發現人類遠祖的道德意識，那在文化低級的時代，那些道德本能占着優勝的地位？從初期一直到現在而能作為公共道德基礎的，又是那些道德本能？

對於史前的人類，我們拋開不談，因為關於本問題的材料我們絕對沒有；至於沒開化或者退化的野蠻部落，我們也不用談，因為我們認為他們是人類的病態，惟有能夠有自由獨立

的道德意識的所謂文明的人類，是我們將要努力說明的，這種道德意識就是近代道德的實質，它不特沒有喪失，而且是正在逐漸發揚，形成社會共存的一種絕對需要。

II

自然，我們只能就社會全體的中等道德意識，加以研究，本來在社會上常有低級道德的個人和高級道德的個人，而後者就是所謂努力使己身進入絕對道德境域的人；根據斯賓塞的

意見，這種品行的意念，在合理的自利主義的意識和理智的利他主義的意識全都貫通的時期，是可以實現於全社會的；可是，這種理想主義者究竟是太少了，他們既不能使時代為驚人的前進，更不能促進進化的速率，就是視人類為上帝之家的宗教理想主義和基督道德觀，在羅馬時代，幾乎是聚全世界文明民族於一帝國之下，也只能建築些『遊離關係』（relations cosmopolites），而不得穩固下去。

假若沒有這種條件，基督教的倫理觀甚至於不能獲得順利的場所來穩固和發展它的理想……一個民族全體的道德觀念，也像一個商業公司的章程一樣，不是什麼哲學的產品（註四），道德觀念的主要部分是無數世紀努力的結果，因遺傳和習慣的作用；由祖先漸漸傳給我們，所在每個時代都有一種個人適應社會的『相對道德』（morale relative）在每一區域或每一社會階級裡，還有一種更相對的道德，人們所謂『風俗』（Les mœurs），就是指此而言。如是，個人的行為，假若不違反他所屬的民族部落或階級的行為準則，縱然在絕對是有保留的，人們決不會認它是不道德的行為，例如奴隸制度，在理想方面，盡善的社會不能容許違反一個人的意志，而使他做別人的被動工具，未嘗不是個不道德的制度，但是否可以因單

純的蓄奴行爲，而就認爲昔時那些奴隸所有者是不道德的呢？假若是的話，那是因爲當時的道德觀念已經傾向於解放奴隸的理想，認爲人道的主人當就奴隸中之有熱誠忠實智慧學識或特殊稟賦者，歸還他們的自由，脫離卑賤的地位，而走向光明的大道。

用比譬來說明不同民族或同一民族不同時代的道德的幾種異常的區別，本是無益的；假若人們願意引用野蠻部落或者古今的野蠻民族的事件，來做證明的話，那就隨手都可遇到可用的例子，而爲不可思議的不道德的事件；雖說『羞恥』（La pudeur）是絕對自然的本能，可是有些社會的人會一絲不掛的過裸體生活，新婚者的初次愛情居然是公開的；柯克船長（Le Capitaine Cook）曾就他發現的 Sandwich 羣島上所看見的描寫過類似的一幕，而這並不使近代法學法家驚奇，他也以爲在結婚的時候，是應當有『公然的行爲』（Acte public），克斯羅風（Xenophon）也曾告訴我們 Monysaciens 人關於這方面更毫無拘束的舉行（註五）施百達（Spirite）的少女們一絲不掛的在操場上角鬥，更是一般人所常道的事，就是目前的日本，婦女在沐浴的時候，接見賓客，也不在乎，平民婦女更常在當街跳到水桶裡去沐浴哩；

在古典社會，文化的程度和性質，本和我們的是很接近的，可是有些習慣真是近於無恥的，記得人們常用顯著的方式來慶祝自然的神秘，對於 Priape 神（似屬生殖器神或花神——譯者註）之崇拜及為牠而設的迎神禮，在 Chypre 和 Lydie 兩處的宗教式的賣淫，在羅馬更見過出讓妻子於朋友的事實，和姦在施百達是習慣所允許的，若是沒有小孩子，丈夫還要鼓勵妻子去做這種行為哩！還有其他離奇的愛情，在希臘作家寫來不特不認為奇怪，而且是具有頌揚性的（註六），在 Pharon 的家庭裡，兄妹結婚的習慣，一直繼續到 Ptolemées（紀元後二世紀——譯者註）。然而他們還是希臘人！

姑且把歷史放在一邊，現在專就近代社會來說罷！我們開始就會發現什麼呢？人們所稱為習慣的行為規則，有的是社會各階級所普遍適用的，有的是屬於某一階級某一社會或某一小組織所特有的，一切都規定好了，從最莊嚴的禮儀起，以至於敬禮，甚或穿衣服的方式，都在規定之列，再或者在某種情形之下，應該說的話，應該表示的面容以及某些字應當怎樣發音，都沒有例外，凡是違反這類規則的人，將會被人目為怪物，蠢才，可笑者，或者沒受教育的人，而為人所恥笑或者哀憐，甚至於誤解。

很多事件是爲某一階級或某一團體所容許的，而在別的地方會遭遇嚴格的禁止，有時甚至行爲的方式或者所謂習慣都是繫之於時間，地方，一日的時刻，以及彼此聚合的目的，而有不同，例如太太們在赴晚宴或夜會的時候，所着的衣服，是應該露出肩頸，而在白天出去拜訪客人，對於肩頸部分，可就要有比較完備的遮擋；其實我們每種現象，都是由習俗所創造的，幾乎可以說我們一切行動沒有不受這些規範支配的，這就習慣教育以及不斷的榜樣使我們既不加以思索復不去尋求理的去服從它。

可是在這些形式的和特殊的規範之上，還有其他較普遍的規範，它的勢力，像日光射過池水各層液體一樣，是深入到社會的各階級；日光有時因『所射物密度的不同』(La densité différente du milieu)備受一種不同的『折光』(réfraction)，這些較普遍的規範也同樣的會因社會的階級，而產生重大的變化；這些規範，就是人們所稱的『道德』(morale)，時間所給予它的變遷是很慢的，所以在這裡要找着真正道德懸殊的地方，那就當求之於文化方面比我們先進的民族或者很落後的民族的記錄；自然，在同一的時代和國度裡，往往也有隨處都承認它的勢力的規範，但是它在社會的各階級決沒有同樣的表現和權威，柏施阿(

Baschot)說：「同一事件，對於人們的感覺，若是有很大的差異，那無論我們怎樣解釋這種『意識』的起源，總是他們道德直覺的『高雅』(delicatesse)和『敏銳』(finesse)的原故；爲着要我們確信這種理論，並不需要到野蠻部落去旅行，只要和貧窮的英吉利人或者和我們的僕人談談，就够證明了，因爲在文明國家的下層階級，很顯明的像野蠻國家一樣，缺乏這種『意識』最高雅的部分，這種『意識』就是我們所謂的道德意識」(註七)。對於上面引証的一段，我們可不要誤會作者的意思，他只認爲低級人民缺乏道德意識最高雅的部分，換句話說，隨處都有道德意識，也可以說道德意識正在萌芽，就是在社會下層的全體或大多數的份子，也究竟有點和上層階級相同的東西，其理由是顯而易見的；假若承認道德意識只是進化的產物，那它就應當在某些社會階級裡，是比較的落伍而欠完善的；這些社會階級是代表一種低等精神的發展，是趕不上其他階級長足的猛進的。但是這並不能推翻原始狀態同樣本能存在的事實，依同樣的理由，在一些比我們下層社會階級還要欠發達的野蠻部落，其道德意識也已有極簡單的萌芽形態；因此，可以說只要不是一民族的精神進化及文化程度和我們的距離太遠了，其道德意識固然是隨着階級的層疊而有高雅與否的不同，但是一經將

形式部分除去之後，就可以發現各民族所共有真實的和相同的部分，所以我們在否認道德的絕對普遍性的概念之後，就進一步去確認在人類極廣的地域上，有一些相同的意識，同時也就可看出一切侵害這類意識的行為，而稱之為犯罪。

法律評論

第三十卷
第十四期

混合權利：……
中華民國民法債編分則（四五）……
航空法概論（四）……
法界消息：……
▲最高法院各縣軍人犯辦法等三則
▲縣司法處官長律師應着制服

最高法院刑事判例……
行政法院判例……
新解釋院字第一四九九號至第一五〇六號……

定價
全年五元二角五分
半年二元五角二分
每季一元二角二分
零售每份五分
郵費在內
外埠加郵費二分

發售處
全平各埠各大書店
北京、天津、上海、漢口、廣州、香港、重慶、成都、昆明、西安、蘭州、西寧、太原、長沙、衡陽、常德、瀘州、貴陽、蘭州、西寧、太原、長沙、衡陽、常德、瀘州、貴陽

張蔚然
趙寶義
康福誥
編者

社 長 江 庸

第六百六十八期

中華民國二十五年八月三十日出版

中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

法學叢刊 論著 自然犯罪論

法學叢刊 論著 辯護士制度之研究

四二

辯護士制度之研究

中村宗雄著
公譯

第二章 辯護士制度之沿革

第一節 希臘並羅馬辯護士制度

文獻

(一)關於希臘之裁判制度者(多少與辯護士制度有關者)

Meier, M. H. E. u. Schömann, G. F., Der attische Prozess, 1824.;
Heffter, A. W., Die athenäische Gerichtsverfassung, 1822.; Platner, E.,
Ueber Process und die Klagen bei den Attikern, 2 Bde, 1824.; Zücker,
F., Beiträge zur Kenntnis der Gerichtsorganisation im Ptolemaeischen
und Römischen Aegypten, 1911.; Wagner, E., Eine Gerichtsverhandlung
in Athen, 1894.; Gilbert, G., Beiträge zur Entwicklungsgeschichte des

griechischen Gerichtsverfahrens und des griechischen Rechts, 1897.;
Lipsius, H., Das Attische Recht und Rechtsverfahren, Bd. I. 1905.;
Weber, H., Attisches Prozessrecht in den attischen Seebundstaaten,
1908.; Smith, G., The Administration of Justice from Hesiod to Solon,
1924.; Bonner, R. J. & Smith, G., Administration of Justice from Homer to Aristotles. Vol. I. 1930.

穗積陳重博士、代言職之起源（明治十九年）（遺文集第一冊 pp.479-480）。同博士、代言制之進化（明治二十五年）（遺文集第二冊 pp.243-245）。高木豐三氏、代言至要（明治十七年）（pp.230-260）。高柳賢三教授、法律哲學原理 pp.438-443。
（二）關於羅馬辯護士制度者

Weissler: Geschichte der Rechtsanwaltschaft (1905). S. 93-100.; Weng-
er.; Die Anwaltschaft im römischen Recht. im "Magnus: Die Rechtsa-
nwaltschaft" (1929); Derselbe: Institutionen des römischen Zivilproze-

- ssrechts (1925). S. 84-89. 151. 312.f.; Kübl: Geschichte der österreichischen Advokatur (1925). S. 3-15.; Wlassak: Zur Geschichte der Cognitur. in der Breslauer Festgabe für R. Von Ihering (1892). ; Eisele: Cognitur und Procuratur (1881).; Bethmann-Hollweg: Der römische Civilprocess, II, III.; Jörs: Römische Rechtswissenschaft Zur Zeit der Republik (1888).; Mommsen: Römisches Strafrecht (1899). S. 376-378.; Mommsen-Büchner: Der Maixmaltarif des Diocletian (1893).; Buteau, H.; De la profession d'avocat à Rome, Thèse (1895). pp. 1-84.; Weitere Quellen bei Wenger, institutionen. S. 84. N. 29. u. S. 312. N. 24.

穗積博士、代言職之起源（前掲）。同博士、代言制之進化（前掲）。諸外國辯護制度概觀（司法資料第九五號）pp. 1-3。（本書係抄譯 Magnus 前掲書舊板）。高木豐三氏、代言至要（前掲）pp. 297-313。佐伯好郎氏、羅馬法上辯護士並醫師成功謝金問題及

成功謝金善後策（法律及政治一卷大正十一年六號、七號）。高柳教授、法律哲學原理

pp.445-449.

一、關於希臘法制下的辯護士制度，無何文獻以具載之。但以後世無該當於 *advocatus* 之階級乃至職業之制度，且於法律交涉，不認許代理 *Stellvertretung* 爲初期古代法之特徵之結果，則關於訴訟，以當事人本身出庭爲必要，已無疑義。（註一）惟因希臘辯論成俗，則辯論之於法庭，其能爲有力之支配，亦易想像而得。即在梭倫（大約 *c. 650 B. C.*）以後之法制，當事人得任其伴隨他人出現於法庭而辯論，其凡有市民權而就自己事件有出庭之權利者，對於他人事件，亦有代爲出庭辯論之權利。（註二）

（註一）Heffter, A. W., a. a. O. S. 103, Platner, a. a. O. Theil I S. 94. 尙有初期羅馬並日耳曼法，亦不承認代理，因而採用本人出庭之義。

（註二）Heffter, a. a. O. S. 105.

夫使人得伴隨他人出庭而爲辯論，則必使之依賴巧於辯論術者，原屬當然，而其勢，此種依賴，因亦不得不集中於一部長於辯論者之手。即此種依賴，在希臘當日，皆爲風靡一時之所

謂詭辯學派 Sophist 的分子所承受。(註一)但其所以承受此種依賴者，非若羅馬之辯論人 Orator (註二)，或基於個人名譽之心理，或基於服務社會之感情，寧可謂之為因生活之關係而為之，故當承担此種依賴之際，其因勞力而受報酬之習慣，緣是而發生者，亦自然之勢也。至得報酬而承担法庭之辯論者，相傳以詭辯派之安齊霍斯 (480-411 B.C.)，為最初之一人。(註三)

(註一) 本文所揭之 Antiphon 及 Iso rates (436-338 B.C.)，Demosthenes (384-322 B.C.) 等，皆詭辯派之驍將，準職業的，以承担法庭之辯論 (穗積博士，前揭書參照)。尙有關於 Sophist 者，即和田講師梭普斯特之自然法思想 (早稻田法學第十三卷)，可以參照。

(註二) 本稿本節第三關於羅馬辯論人之沿革參照。

(註三) 穗積博士，前揭遺文集第一冊 p.480 參照。

此等法庭辯論人，非當事者之代理人，乃借當事人出現於法庭，以其辯舌，為依賴的當事人之補助，此點與羅馬之辯論人 Orator 近似。(註一)但羅馬之辯論人 Orator，其初期之

形態，乃如後述所謂「保護者」patronus，而由社會上流人士，以盡職社會之意念，站在名譽的無報酬的立場，以遂行其任務。因之與希臘之Sophist，以報酬為目的，逞自己之辯舌以為之者，其出發點顯然有異。即羅馬之orator，係由正義觀念之熱烈，為正義而奮鬥於法庭（註二），希臘之Sophist，係為得報酬，而替依賴人逞其辯舌，則圖其訴訟得有利之進展，勢即不得不馳騁其詭辯。由是希臘之辯論人，與羅馬之所謂辯論人者，幾於天淵異趣，社會上高尚的評價，莫獲享受，且使社會對於其所為，有一種相當的非難。即在布拉德「法治國家論」之中，亦有一節，發表此項非難之言論。（註三）

（註一）在希臘，無若羅馬之法律顧問*juris consulti*者出現，此蓋由希臘法律文化，不若羅馬發達，其必要之法律論，以Sophist之學力，已足勉事應付故耳，

（註二）羅馬之orator，因其堅持此種傳統的意識，雖後世改為*advocatus*，得報酬而於法庭為辯論，仍自以為係以正義的代表者之身分而行動之也。現在之辯護士制度，乃起源於羅馬之*advocatus*，俟以後述之。

(註三) Apelt, O., Platon, Sämtliche Dialoge. Ba. VII, Gesetze, Erste Buch-

en, 131. (S. 476). 「爲正義之代辯人的辯護士，非高尚之職業也耶？然在所謂技術的美名義之下，即在吾人目前所謂辯護士的職業之上，惡劣之評判，紛至踏來。……」云云，依據（鈴木明子氏譯布拉特法治國論 pp. 492-493）

尙如在希臘之末期，訴訟代理，亦於或範圍而被容許。（註一）此項希臘之法制，雖傳於羅馬，其有影響於羅馬之法制匪淺，但後世辯護士之制度，與希臘之辯護士制度，無何關係。其影響於現代，而爲辯護士制度之初祖者，元來爲羅馬之辯護士制度也。

（註一）舉其例証，有如 Plutarch 傳中記載：Isocrates (476-338 B.C.) 以染病不能出庭，遣其養子以代，遂獲勝訴者即是。Vgl. Platner. a. a. O. S. 94.

二、羅馬辯護士制度，在原則上否認訴訟代理 Prozessvertretung 的法律訴訟 legis actio 之時代，先開始於辯論人 orator 並法律顧問 juris consulti 等之形態，繼續展進而爲無訴訟代理權的訴訟輔佐人 advocatus。此等訴訟輔佐人，如後所逃，無在法庭有代理當事人而爲訴訟之權限，僅以偕當事人共同出現於法庭，就事件之辯論爲專職。但因關於訴訟

，不容許代理當事人之故，在實際上，致發生不少之障礙，有時且近於不可能，於是乎迫於事實上之必要，迨至方式書訴訟 Formular Prozess 時代，乃至有如代訟人 *cognitor* 或代理人 *procurator* 一種訴訟代理人，應運而生。

此等代訟人與代理人之區別，主要係基於沿革上之理由，其間無特別職能的差異，(註一)其在優斯底民法典當時，其間之差異，則已消滅。(註二)但訴訟輔佐 *Rechtsbeistand* 與訴訟代理 *Prozessvertretung* 之對立，即在職能上，分割為：一方為無訴訟代理權，以法庭上的辯論及法庭外的法律鑑定為其任務之 *advocatus* 或 *juris consulti*，一方為有訴訟代理權，以出庭代理當事人為任務之 *cognitor* 或 *procurator*，此種職能之區分，經中世教會法典 *Codex Cononici*，而為現在英、法、意等國分辯護士為兩個階級的制度之淵源焉。(註三)

(註一) Weisler: a. a. O. S. 101.

(註二) Weisler: a. a. O. S. 99.; Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 445.

(註三) 方今英分辯護士為 *solicitor* 與 *barrister*，法分之為 *avone* 與 *avocat*，意分之為 *procuratore* 與 *avvocato*，此皆基於受羅馬法影響的中世寺院法 *Kanoni*

schas Recht。Vgl. Magnus: Die Rechtsanwaltschaft (1929). S.3., Weisler: a. a. O. S. 110. 即現在英、法、意等國所施行之辯護士二分制，其制度，雖根據於教會法而且屬於其後期的新教會法典 Codex Iuris Canonici (cc 16 55-1666)；但追本窮源，固得上溯及於羅馬法。Vgl. Wenger: a. a. O., im Magnus, S. 444.

三、羅馬辯護士制度之淵源，頗屬曖昧，(註二)但一般則謂得溯及於原始羅馬時代保護者 (patronus) 之制度 (註二)，所謂 patroni 者，在古代羅馬，係指上流有產家族之首長，在此項首長與多數無產階級者之間，發生一種與中世封建制不同的從屬關係。即保護者，於何等之形式，給與生活的方法於從屬人 *crien*，且就公法上的事項，施行其庇護手段，同時 *crien* 對於 *patroni*，負擔各種財產上給付義務。而 *crien* 惹起何等訴訟事件時，*patroni* 則代之出庭，負擔其處理之責。(註三)如斯古代羅馬法庭之辯論，乃為當時有識並有產階級的 *patroni* 之任務，而 *patroni*，亦視此項事業為其階級光榮之負擔，故如因此而特受報酬之事，則元來未嘗有之。(註四)

(註一) Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 443 ff.

(註二) Kübl: a. a. O. S. 1. 尙於其後之一部，稱辯論人 Redner 爲 patroni，

稱依賴人爲 crieri，得爲昭示此項原則的例証之一。 Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 465. N. 3.

(註三) Kübl: a. a. O. S. 1.

(註四) Kübl: a. a. O. S. 4; Weisler: a. a. O. S. 91.

在古代羅馬，與 patroni 同時站法律生活中重要之地位者，尙有僧侶。即當時的法律智識，僅爲僧侶秘密所有之學問，僧侶應人之所求，於同於祈禱之形式，對於當事人，告以訴之形式，而裁判之行使，則依據於僧侶之鑑定。(註一)其後，依於公民 plebs 之要求，公布法律之大綱，斯即世所稱之十二銅表 *Twelf Tafeln* (451 B. C.)。然訴訟手續，尤其訴之形式，尙依然爲僧侶秘密獨占之智識，更互百餘年之歲月，又爲世所公知。(註二)

(註一) Weisser: a. a. O. S. 92. 在古代羅馬，同於其他民族，採用極端的形式主義。

即訴之提起，必有一定之形式，違背其形式者，即有敗訴之危險。故人於起訴

前，必豫以起訴應用形式，問諸僧侶，又裁判機關，因以缺法律素養之俗人判官 *Judex*，當裁判之任，遂於實施裁判之際，常求僧侶，而為法律上之鑑定。

(註二) 此等僧侶獨占之秘密知識，相傳在紀元前三百二十餘年時，因偶然之事故，以公表於一般。即當時所謂僧院的書記官 *Genus Flavus*，因挾私憤圖報之原因，公表其極端嚴密的「訴之形式」，遂使爾來僧侶，在訴訟上消滅優越的權力。Kühl: a. a. X. S. 4; 末松博士烏爾比亞魯斯之羅馬法論，p. 187. 參照。

如斯法律的知識，由支配階級的獨占，解放之至於一般化，於是乎具有法律的專門知識，對於一般，而能應法律上之相談 *Rechtsberatung* 的法律學者 *Juris Prudentes*，遂形成其集團。世稱之曰法律顧問 *Juris consulti* (註一) 此項法律顧問，其主要之任務，在法庭法律之相談與鑑定，至法庭之辯論，則由前述之 *Rationi* 任之，斯即所謂辯論人 *Orator*。

(註二) 此等辯論人，以其辯舌，為依賴人，在法庭上，盡力於其權利之伸張與防衛，其固有之武器為雄辯，(註三) 若其法律上之知識，則應必要自法律顧問 *Juris consulti* 得之。(註四)

(註一) Kühl: a. a. O. S. 4; Weissler: a. a. O. S. 92.

(註二) Wenger: Institutionen. S. 312. 穗積博士遺文集第二冊 p. 246 參照。

(註三) 當羅馬初期，法規範尙未精微，且法庭設置市場中心廣場的青天井之下之時，雄辯為支配法庭之武器，已無容疑。其後法庭移於室內，辯論尙支配法庭，辯論技術，自所有角度而被研究。即在當時，Cicero, Quintilian, Tacitus 等之著作，率為法庭辯論之規範，如 Cicero，屢稱「在羅馬，雄辯為第一位，法律學為第二位的技術」，Vgl. Iörs: Römische Rechtswissenschaft. S. 257. N. 2 彼自身於辯論之先，即將其辯論全部擬成定稿，而為一字一句之推敲云。因此凡在有名之案件，則必有多數辯論人出現於法庭，終日為互長時間之辯論，因此繁瑣將不知所終極，漸次關於出庭之辯論人數與其辯論時間，至受限制。關於此點，本稿三一頁(註二)參照。

(註四) Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 452.

此等辯論人，*orator*，在沿革上，乃由社會上流人士所充當，視之為光榮之任務。因辯論對其勞力有所贈與，其與報酬之性質，仍不能相提並論。(註二)此項辯論人社會上之地

法學叢刊 論著 辯護士制度之研究

位，如何致於高尙耶？在 Augustus 帝 (31-14 B. C.) 之逸話，有所論述。(註二) 吾人尙在共和時代並帝政初期之時代，發見辯論人中，有 Cato, Scipio, Tiberius u. Caius Gracchus, Marcus Antonius, Pompeius, Cicero, Brutus, Cæsar 以及各上述 Augustus 等史上有名多數之人物。(註三) 但此等人，其基於榮譽的義務或好事的心理以從事法庭之辯論者，非爲現實的羅馬一般國民而得有此，乃以此爲達到其政治目的之手段者也。(註四)

(註一) Belhmann-Hollweg: Der röm Civilprocess. II. S. 167. N. 55.; We-
issler: a. a. O. S. 94.

(註二) Augustus 某時，由其部下老兵，懇其爲法庭上之辯論，帝應其所求，遣人爲代表者以任其事，其老兵遂指其身體上之創痕，昂然言之曰：「我當戰爭之際，係自身爲陛下而戰，決非遣人代表者」。帝不得已，遂自赴法庭云。此等逸話，是否虛偽，雖不能必，然當時法庭上之辯論，居如何高貴之位置，卽此可以概見。Vgl. Weisser: a. a. O. S. 93.

(註三) 偉大之辯論家，在青年時，卽參與於重要之事件。如 Tacitus 之所云：Lucius Licinius ，於十九歲時對於 Caius Carb ，而爲法庭上之辯論。又

CASAR，於其二十一歲時，對於 Dolabella 而為法庭上之辯論。又 CICE
RO，為 Roscius 而為辯論時，彼尙未滿二十六歲。Vgl. Kübl: a. a. O.
S. 54.

(註四)此辯論人之任務，更為羅馬有產上流階級之子弟，將來從事政治上飛躍之階梯
以是，無論伊誰，皆樂於無報酬而執行此職務。Vgl. Kübl: a. a. O. S. 5.;
Weissler: a. a. O. S. 93. Wener: a. a. O. im Magnus. S. 451.

以是法律顧問 *juris consulti*，其社會的地位，較之辯論人 *orator* 之社會上的崇高地
位，遠不相若，且歷史上之有名者，亦乏其人。此其故，蓋因從事於法律顧問之職者，主要
皆屬當時之法律學者，政治家則不願為之，更由辯論人，貫徹其辯舌並著作，特別更有使法
律顧問地位低下之言動。(註一)但至共和制末期，因為社會的要求，法律家至於為辯論人而出
現於法庭(註二)，由此時起，辯論人與法律顧問之區別，漸次消失，而所謂訴訟輔佐人 *advoca-
tus*，亦於是焉而成立。(註三)其與之同時的顯然職業化，則有如後述，對其勞務報酬之原
則，達於確立之地位，惟世苦其報酬額之高，Diocretianus 帝 (284-305 A. D.) 時，遂

又有最高酬金法 (301 A. D.) 緣是制定。

(註一) Kübl: a. a. O. S. 51.; Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 451.

(註二) 例如 Caius Sulpicius Galba. Lucius Licinius Crassus, Servius Sulpicius Rufus 等。Vgl. Kübl: a. a. O. S. 7.

(註三) 將此推移，更詳細言之，則 *advocatus* 其初亦同於法律顧問，為法律上之鑑定，或單獨同行於法庭，被稱之為無言之補助者，關於重大事件，當事人或辯論人，欲伴隨彼而至法庭，依其名譽而得來有利之影響。Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 452. N. 3.; Mommsen: Rom. Strafrecht. S. 377. N. 7.; Bethmann-Hollweg: Der Röm. Civilprocess. II. S. 205. 而經此階段，有法律學的素養之 *advocatus*，遂至繼辯論人 *orator* 之地位。此推移之過程，雖頗曖昧，總之至帝政時代，*patrenus*, *advocatus* 等之名稱，已失其間之區別，凡屬僭當事人出現於法庭而為辯論者，一般皆稱之為 *advocatus*。Vgl. Kübl: a. a. O. S. 5.

(註四) Weisser: a. a. O. S. 94; Mommsen-Blümner: Der Maximaltarif des
Diocletian (1893). S.120.

如以上所述，經過共和制時代，法律顧問 *juris consulti* 與得上溯其源於 *patroni* 之辯論人 *orator* 融合而形成爲辯護士 *advocatus*，但前述之辯論人，固不待論，此訴訟輔佐人 *advocatus*，亦於法庭，專當辯論之任，原無訴訟代理 *prozessvertretung* 之權限。蓋羅馬法，在其初期，因爲除極例外之場合外，根本不許代理 *stellvertretung*，故法庭上的訴訟代理 *prozessvertretung*，亦不承認之。(註一)但由實際上之必要，依於以後所述種種迂回之方法，至方式書訴訟 *Formular Prozess* 時代，漸至認訴訟上之代理，而具有訴訟代理權者，基於沿革上的理由，分之爲代訟人 *conitor* 與代理人 *procurator*。惟代訟人與代理人因爲無職能上之差別，故經過帝政時代，漸次相接近，而在前述優帝法典時代，即消失其間之區別，(註二)而且更對於訴訟輔佐人 *advocatus*，賦與以訴訟代理權。(註三)然在末期羅馬，所謂訴訟輔佐人 *advocatus* 者，亦包括訴訟代理，與今日之辯護士 *Rechtsanwalt*，得解爲有同一意義。(註四)

(註一) Bumelin, M., Zur Geschichte der Stellvertretung, 1886. S. 18. ff.;

Weissler: a. a. O. S. 99.; Gaius: IV. 82. 「……………在往昔法律訴訟手續

施行之世，除特別之場合外，無論何人，不得爲他人而出訴」(末松博士加伊
烏斯羅馬法解說 p.466.)。

於羅馬民事訴訟，不容易認當事人代理之傾向，與私法尤其債權法上之拒否代
理 *stellvertretung* 同一範疇。蓋當時，訴訟依於所謂 *litis contestatio* 的訴
訟形式的契約而開始，故關於契約的私法規，被適用之。

(註二) 本稿前節參照

(註三) Wenger: a. a. O. im Maguns. S. 45/7.; Kübl: a. a. O. S. 15.

(註四) 故在本稿，關於羅馬末期以後之敘述，則譯 *advocatus* 爲辯護士。

研究材料

波蘭債務法（二續）

舒承猷譯

第二編 債務之成立

第一部 意思表示

第一章 意思表示一般

第二十九條 意思表示，不僅依於口頭及一般使用之符號得爲之，即於事件之情況，就意思表示之內容，用無可疑之容態，亦得爲之。

第三十條 由某人對他人所爲之意思表示，於以相對人可得明知之程度到達時完成之。

第二章 意思表示之瑕疵

法學叢刊 研究材料 波蘭債務法

第三十一條 在意識喪失之狀態者，或一時有阻害意識之意思而使知能發生障礙者，其所為之意思表示無效。

第三十二條 關於人之法規，依於其所規定行為能力之欠缺或制限，決定關於意思表示效力所發生之效果。其關於法人所為意思表示之方法，亦同。

第三十三條 意思表示，自其所為之情況，顯見無使發生法律上之效果之意思者，無效。

第三十四條 一、與他人通謀所為虛偽之意思表示，無效。

二、由前項之意思表示，致真實之法律行為被隱匿時，應從其行為之性質而決定之。

第三十五條 一、虛偽之意思表示，不得妨害善意第三人所取得之權利。

二、對於法律行為之當事人有債權者，與前項之第三人同，得主張所為於自己有損害之一切法律行為之虛偽。

第三十六條 因動機之錯誤而為意思表示者，以法律無反對規定為限，不得免除其意思表示之法律上之效果。但其動機之存在，為此項意思表示效力之條件時，不在此限。

第三十七條

一、就自己或相對人之意思表示內容，陷於錯誤者，雖相對人無過失，而相對人由於其態度而使錯誤發生或相對人知其錯誤或可得容易知之者，得免除自己意思表示之法律上之效果。

二、若陷於錯誤之當事人，使不陷於此項錯誤而正當判斷事物，即不為其意思表示或可不承諾相對人之意思表示者，以此項重大錯誤為限，亦得主張免除自己意思表示之法律上之效果。

第三十八條

若非錯誤發生關於可拘束錯誤之被害人之給付，在相對人，即已表示其為履行之準備之意旨者，其陷於以上之錯誤人，不得免除自己所為意思表示之法律上之效果。

第三十九條

錯誤由當事人一方之詐欺而發生者，陷於錯誤之他方當事人，不必審查其錯誤關於意思表示之動機或關於內容或重大與否，而得免除因其錯誤所為意思表示之法律上之效果。

第四十條 當事人一方，知有由於第三人之詐欺，而不糾正相對人之錯誤時，第三人之詐

欺，同於當事人一方所爲之詐欺。

第四十一條 由於相對人或第三人不法之強迫，而爲意思表示或承諾相對人之意思表示者，基於與自己或他人之身體或財產有重大危險之虞之情況，得免除其意思表示之法律上之效果。

第四十二條 當事人之一方，利用相對人之輕率，低能，無經驗或窮迫，使其給付財產，或爲自己或他人爲給付之約定，依契約締結當時情形，其財產上之價值，較反對給付之價值顯失公平者，相對人得要求自己給付之減額，或反對給付之增額。減額或增額有困難時，得免除其意思表示之法律上之效果。

第四十三條 一、基於錯誤，詐欺，強迫或不當利用所爲意思表示之法律上之效果，欲免除之，須以書面通知相對人。

二、此項權利，於錯誤及詐欺之場合，自發現其事實之日起算，經過一年者。於強迫之場合，自恐怖消失之日起算，經過一年者。於不當利用之場合，自意思表示之日起算，經過一年者，均即消滅。

三、於不當利用之場合，給付之減額或反對給付之增額，自意思表示之日起算，經過一年者，即不得為裁判上之請求。

第四十四條 意思表示，應歸責於傳達意思表示之個人或企業而變更之者，與污損意思表示之錯誤，發生同一之效果。

第四十五條 本章之規定，於用他人名義所為之意思表示，適用之。

第二章 條件

第四十六條 為意思表示者，以法律無反對之規定為限，得使其意思表示之效果，由將來不確定事項之到來而消滅。

二、條件之成就，無溯及之效力。但有反對規定者，不在此限。

第四十七條 一、條件成就時，其有支配條件附權利之一切規定，於阻止條件成就之效果之範圍內，停止其適用。

二、有條件附權利者，得就其權利，為一切保存行為。

第四十八條 一、反於信義之要求而妨害條件之成就者，其為就其條件之不實現而有利益之當事人時，條件視為已成就。

二、反於信義之要求而使條件成就者，其為就其條件成就有利益之當事人時，條件視為未成就。

第四十九條 不能之條件，或反於公之秩序，法律或善良風俗之條件，於停止條件之場合，視為使停止條件無效，於解除條件之場合，視為無此記載。但不能之解除條件，或反於公之秩序，法律或善良風俗之解除條件，在為意思表示之決定的原因之場合，則使其意思表示無效。

第四章 契約一般

第五十條 一、契約，由於一方負給付義務，他方受其給付之兩當事人合致之意思表示而成立。

二、契約，亦得以一切給付義務外法律關係之設定，變更或消滅為目的。

第五十一條 兩當事人，相互負有對相對人而為與他方給付有關之給付義務者，為雙務契約。

第五十二條 凡契約，受關於債務一般規定之支配。但法律明定有特別之規定時，不在此限。

第五十三條 契約之當事人，不得主張其相對人行為能力之欠缺或限制。締結此項契約者，得對無能力者之法定代理人，指定追認契約之相當期間。此期間內不為其追認者，免除其相對人之義務。

第五十四條 用詐欺方法隱蔽自己之行為無能力，對於他人為意思表示者，其在他人不得容易知其無能力之場合，須賠償其因不知而締結契約所受之損害。

第五十五條 契約之當事人，以契約之目的，不違背公之秩序，法律或善良風俗為限，得任意使在當事人間，發生一切法律上之拘束。

第五十六條 一、契約之內容，如履行不能或違背公之秩序，法律或善良風俗時。其契約無效。

二、前項之瑕疵，僅契約條項之一部有其存在時，他條項之效力，不授影響。

但就契約全體論，認為缺此無效條項，即屬契約不能成立者，不在此限。

第五十七條 當事人於契約締結之際，明知給付不能者，負賠償相對人因不知其不能而締結契約所受損害之義務。

第五十八條 關於生存人繼承之契約，無效。

第五十九條 一、當事人，得為由第三人指定而為給付之契約。

二、第三人拒絕指定給付，或不於當事人所定之期間內而為指定，或第三人所為之指定顯有害於當當事人一方時，前項契約，不發生何等之效果。

第六十條 契約，於其上所表示者外，尚應就由法律，慣習或衡平所生一切之結果負擔義務。

第五章 契約之締結

第六十一條 一、當事人間之商議，於某點縱已一致，然當事人，在關於交易全體之上，未

表明其同意之範圍內，無拘束力。

二、但當事人，在關於其契約之一切主要點，表明其同意，且將關於特殊點之合意，保留至於日後之場合，特別關於所保留之點之合意未成立時，以契約未約定應為無效為限，該契約視為業已締結。關於以上特殊之點，在提起訴訟時，法院應依法律之規定或慣習或衡平之觀念確定之。

第六十二條

一、當事人之雙方或一方，所負將來可締結確定契約之預備契約，限於可締結契約之主要點及此合意所可完結之期限已經確定之場合為有效。

二、預備契約，應依書面證明之。

三、負擔締結契約義務之當事人，於拒絕履行其義務之場合，該契約已因有效具備必要之條件特別關於形式之條件者，法院得基於相對人之請求，對義務人定應為履行之期間。在所定期間內不締結者，關於此項確定判決，與契約締結，有相等之效力。

四、除前項規定之情形，其他關於契約締結義務之不履行，僅得為賠償請求權

之前提。

五、關於所豫約之契約締結請求權，自該契約應締結之日起算，經過一年之時效而消滅。

第六十三條 一、以締結契約之目的，定其契約要約之主要條項，且定期待對於此項要約為回答之期間，對於相對人而為意思表示者，在該所定期間滿了以前，依於其所要約而受拘束。

二、未定何等期間，而對於相對人，或於其面前，或依電話或其他一切通信方法，直接所為之要約，須即時承諾者，對該要約人失其拘束力。其依他種方法所為之要約，其要約人，於可得正式受領無不當遲延所發送之回答之期間經過後，失其拘束力。

第六十四條 於有效期間內所發送之回答，而遲到時，要約人欲依此免除其義務者，須對相對人發遲到之通知。怠於為此項通知者，視為已締結契約。

第六十五條 要約之相對人，在受要約以前，或與受領要約同時受取銷要約之通知者，該要

消滅。本條之規定，關於對要約之回答，亦同等適用之。

第六十六條 要約及對於要約之承諾，意思表示行爲人，雖於契約締結前死亡或喪失行爲能力仍有效存在。但由當事人之意思或事物之性質而與之相反之場合，不在此限。

第六十七條 變更要約之條件或附加約款而爲承諾者，僅有爲新要約之效力。

第六十八條 要約人，要求就契約而爲即時履行，或依要約之內容或慣習不必要承諾之通知者，契約，視爲由相對人在有效期間內，於其爲履行之時所締結。

第六十九條 以締結契約之目的，而要約人，不待相對人對於其要約爲承諾之回答，即爲關於其要約之給付之場合，若契約未達到締結時，在要約之相對人，雖未爲何等之回答，但關於所爲給付之危險，則應歸責於要約人。

第七十條 在關於契約締結之場所及時期有可疑之場合，其合意，視爲依於對要約而爲承諾之場所及時期而成立。又在不須爲關於承諾之通知之場合，視爲依於受要約之當事人着手於契約履行之場所及時期而成立。

第七十一條 一、當事人一方所定之規則，縱於契約締結當時提示於相對人，或因事案情況，適用規則被認為慣習之場合，當以相對人容易可得明知該規則之內容為限，始可拘束相對人。

二、在有繼續性質之法律關係中，由當事人一方所定之規則，於遵守前項規定且相對人不於最近期間內解除契約之場合，拘束相對人。

三、以上規則，不得違反契約而適用之。

第七十二條 關於契約，於依官廳或自治團體所制定或被認為模範（契約樣式）之場合，其欲以此為依據而締結契約之當事人受其規定之拘束。

第七十三條 一、宛如對公衆或個人所為關於要約及預定之各種通知廣告價目表及報告，有可疑之場合；不認為要約，視之為商議開始之誘引。

二、為此種誘引者，無正當之理由而拒絕契約之締結時，就其損害負賠償之責。

日本商法修正法案(三續)

劉 錡譯

第三章 兩合公司

第一百四十六條 兩合公司，以有限責任股東與無限責任股東組織之。

第一百四十七條 兩合公司，除本章規定外，準用關於無限公司之規定。

第一百四十八條 兩合公司之章程，於記載第六十三條所列各款事項外，並應載明各股東之責任為有限或無限。

第一百四十九條 兩合公司之設立登記，於第六十四條所列各款事項外，並應登記各股東之責任為有限或無限。

關於有限責任股東，登記事項之公告，以記載其員數及出資之總額為已足，其有為變更之登記者，亦同。

第一百五十條 有限責任股東，僅得以金錢及其他財產為出資。

第一百五十一條 各無限責任股東，章程無特別之規定者，負有執行公司業務之權利與義務。

無限責任股東有數人時，公司之業務執行，以其過半數決之。

第一百五十二條 經理人之選任及解任，特別執行業務股東之選定，以無限責任股東之過半數決之。

第一百五十三條 有限責任股東，於營業年度之終，得求關於營業時間內公司財產目錄及貸借對照表之閱覽，且檢查公司業務及財產之狀況。

有重要事由時，有限責任股東，無論何時，經法院之許可，得檢查公司之業務及財產之狀況。

第一百五十四條 有限責任股東，有無限責任股東全體之承諾時，得以其股份之全部或一部，轉讓於他人。其隨股份轉讓，發生章程變更之情形者，亦同。

第一百五十五條 有限責任股東，爲自己或第三人，爲屬於公司營業部類之交易，或爲其他同種營業公司之無限責任股東或董事者，不須得其他股東之允許。

第一百五十六條 有限責任股東，不得執行公司之業務或爲公司之代表。

第一百五十七條 有限責任股東，以其出資之價額爲限度，負清償公司債務之責。但已對公

司爲履行之出資價額，不在此限。

關於前項但書規定之適用，不論無利益於公司，其受分配之金額，剔除此以定其出資之價額。

第一百五十八條

有限責任股東，縱出資減少後，關於在本店所在地爲其登記以前所發生之公司債務，不能免除從前之責任。

第九十三條第二項之規定，於前項之場合準用之。

第一百五十九條

有限責任股東，有可使人誤認自己爲無限責任股東之行爲時，其股東對基於誤認與公司爲交易者，與無限責任股東負同一之責任。

前項規定，其有限責任股東，有可使人誤認其責任之限度時，準用之。

第一百六十條

第八十二條之規定，於有限責任股東，爲無限責任股東之場合，第九十三條之規定，於無限責任股東，爲有限責任股東之場合，準用之。

第一百六十一條

有限責任股東死亡時，其繼承人代之爲股東。
第二百〇三條之規定，已死亡之有限責任股東，其繼承人有數人時，準用

之。

有限責任，受禁治產之宣告者，亦不因之而退股。

第一百六十二條

兩合公司，無限責任股東或有限責任股東，全體退股時，解散之。但以殘餘股東之一致，新加入無限責任股東或有限責任股東者，得繼續公司之業務。

於有限責任股東之全體退股之場合，得以無限責任股東之一致，繼續組織無限公司。

於前項之場合，須於本店所在地，二週間，於支店所在地。三週間，就兩合公司，為解散之登記，就無限公司，為第六十四條規定之登記。

第一百六十三條

兩合公司，以全體股東之同意，得變更其組織，而改為無限公司。於此場合，準用前條第三項之規定。

第一百六十四條

清算，由執行業務之股東為之。但以無限責任股東過半數之同意特別選任清算人時，不在此限。

重要法令

所得稅暫行條例

二十五年七月二十一日公佈

第一章 總則

第一條 凡有左列所得之一者，依本條例征所得稅。

第一類 營利事業所得。

甲、凡公司，商號。行棧，工廠或個人資本在二千元以上營利之所得。

乙、官商合辦營利事業之所得。

丙、屬於一時營利事業之所得。

法學叢刊 重要法令 所得稅暫行條例

第二類 薪給報酬所得。凡公務人員，自由職業者及其他從事各業者薪給報酬之所得。

第三類 證券存款所得。凡公債，公司債，股票及存款利息之所得。

第二條 左列各種所得，免納所得稅。

一、不以營利爲目的之法人所得。

二、第二類所得。

子、每月平均不及三十元者。

丑、軍警官佐、士兵及公務員因公傷亡之卹金。

寅、小學教職員之薪給。

卯、殘廢者勞工及無力生活者之撫卹金，養老金及贍養費。

三、第三類所得。

子、各級政府機關存款。

丑、公務員及勞工之法定儲蓄金。

寅、教育，慈善機關或團體之基金存款。

卯、教育儲金之每年所得息金未達一百元者。

第二章 稅率

第三條 第一類甲，乙兩項所得應課之稅率，分級如左。

一、所得合資本實額百分之五，未滿百分之十者，課稅千分之三十。

二、所得合資本實額百分之十，未滿百分之十五者，課稅千分之四十。

三、所得合資本實額百分之十五者，未滿百分之二十者，課稅千分之六十。

四、所得合資本實額百分之二十者，未滿百分之二十五者，課稅千分之八十。

五、所得合資本實額百分之二十五以上者，一律課稅千分之一百。

第四條 第一類丙項所得能按資本額計算者，依前條稅率課稅。不能按資本額計算者，依其所得額課稅。

其稅率如左。

法學叢刊 重要法令 所得稅暫行條例

七八

- 一、所得在一百元以上，未滿一千元者，課稅千分之三十。
- 二、所得在一千元以上，未滿二千五百元者，課稅千分之四十。
- 三、所得在二千五百元以上，未滿五千元者，課稅千分之六十。
- 四、所得在五千元以上者，每增一千元之額，遞加課稅千分之十。

前項所得之課稅，其最高稅率，以千分之二百為限。

第五條 第二類所得應課之稅率如左。

- 一、每月平均所得自三十元至六十元者，每十元課稅五分。
- 二、每月平均所得超過六十元至一百元者，其超過額每十元課稅一角。
- 三、每月平均所得超過一百元至二百元者，其超過額每十元課稅二角。
- 四、每月平均所得超過二百元至三百元者，其超過額每十元課稅三角。
- 五、每月平均所得超過三百元至四百元者，其超過額每十元課稅四角。
- 六、每月平均所得超過四百元至五百元者，其超過額每十元課稅六角。
- 七、每月平均所得超過五百元至六百元者，其超過額每十元課稅八角。

八、每月平均所得超過六百元至七百元者，其超過額每十元課稅一元。

九、每月平均所得超過七百元至八百元者，其超過額每十元課稅一元二角。

十、每月平均所得超過八百元以上時，每超過一百元之額，每十元增課二角，

至每十元課稅二元為最高限度。

每月所得之超過額不滿五元者，其超過部分免稅。五元以上者，以十元計算。

第六條 第三類所得應課之稅率為千分之五十。

第三章 所得額之計算及報告

第七條 計算所得額之方法如左。

一、第一類之所得，以純益額計算課稅。

二、第二類之所得，以月計者或以年計者，均按月平均計算課稅。其所得無定期或一時所得者，以各該月之所得額，計算課稅。

三、第三類之所得，以每次或結算時付給之利息計算課稅。

第八條 第一類甲、乙兩項之所得，應由納稅義務者於每年結算後三個月內，將所得額依規定格式，報告於主管征收機關。

第九條 第一類丙項之所得，應由扣繳所得稅者，或自繳所得稅者，於結算後一個月內，將所得額依規定格式，報告於主管征收機關。

第十條 第二類之所得，應由扣繳所得稅者，或自繳所得稅者，按照納稅期限，將所得額依規定格式，報告於主管征收機關。

第十一條 第三類之所得，應由扣繳所得稅者，或自繳所得稅者，於付給或領取利息後一個月內，將所得額依規定格式，報告於主管征收機關。

第十二條 主管征收機關對於所得額之報告，發現有虛偽隱匿或逾限未報者，得逕行決定其所得額。

第四章 調查及審查

第十三條 主管征收機關於各類所得額，經報告義務者報告後，得隨時派員調查。

第十四條 主管征收機關決定各類所得額，及其應納稅額後，應通知納稅義務者。

納稅義務者接到前項通知後，如有不服，得於二十日內叙明理由，連證明文件，請求當地主管征收機關，重行調查。主管征收機關應即另行派員復查決定之一經復查決定後，納稅義務者應即依法納稅。

第十五條 納稅義務者接到前條復查決定之通知後，仍有不服時，得於十日內申請審查委員會審查決定之。

主管征收機關對於聲請審查之稅款，應存放當地殷實銀行，俟審查委員會決定後，依其決定為退稅或補稅。

主管征收機關為前項退稅時，應將退稅部分之利息，一併退還之。

第十六條 納稅義務者，對於審查委員會之決定不服時，提起行政訴願或訴訟。

第十七條 審查委員會於市縣或其他征收區域設立之。

審查委員會設委員三人至七人，為無給職。由財政部於當地公務員公正人士及職業團體職員中聘任之，任期三年。

審查委員會開會時，主管征收機關長官或其代表應列席。

第五章 罰則

第十八條 不依期限報告，或怠於報告者，主管征收機關得科以二十元以下之罰鍰。

第十九條 隱匿不報，或為虛偽之報告者，除科以二十元以下之罰鍰外，並得移請法院，科以漏稅額二倍以上五倍以下之罰金。其情節重大者，得併科一年以下有期徒刑或拘役。

第二十條 納稅義務者或扣繳所得稅者，不依期限繳納稅款，主管征收機關得移請法院追繳，並依左列規定處罰之。

- 一、欠繳稅額全部或一部逾三個月者，科以所欠金額百分之三十以下之罰金。
- 二、欠繳稅額全部或一部逾六個月者，科以所欠金額百分之六十以下之罰金。
- 三、欠繳稅額全部或一部逾九個月者，科以所欠金額一倍以下之罰金。

第六章 附則

第二十一條 本條例施行細則及審查委員會組織規程，由財政部擬訂，呈請行政院核定之。
 第二十二條 本條例施行日期以命令定之。

法學雜誌

第九卷 第三期

本號要目

我國司法現況及展望.....	楊鵬
歐化司法與中國民族性.....	劉世芳
意大利立法之新政策.....	薛光前
證據制度之來源.....	董其鳴
蘇俄刑事法與我國刑事法之比較研究(續).....	陳曉
謁許當姆勒氏記.....	費青
日本行政法(續).....	鄧定人譯

東吳法學雜誌社

社址上海崑山路一四六號

法學叢刊 重要法令 所得稅暫行條例

所得稅施行細則

- 第一條 本細則依照所得稅暫行條例，（以下簡稱暫行條例）第二十一條規定制定之。
- 第二條 駐在中華民國境內各國外交官之所得，免予徵稅。
- 第三條 在中華民國境內居住未滿一年之外國人，其所得之來源，不出自中華民國境內者，免予徵稅。
- 第四條 前兩條之規定，以各外國對於中華民國有同一之待遇者為限適用之。
- 第五條 凡營利事業，本店在中華民國之外，分支店營業所在國內，或分支店營業所在國外，而本店在國內者，無論其資本是否與本店互為畫分，均就其在中華民國境內營業盈利之部份，計算其所得額，準用暫行條例第四條稅率課稅。
- 第六條 本店及其分支店營業所，同在中華民國境內，而其資本互為畫分者，應分別計算其所得額。
- 第七條 稱資本者照公司組織謂實在繳足之股金，或其他組織實際投入之本金有公積金者，得按其總額，以三分之一併入資本計算。

第八條 第一類甲乙兩項營利事業之所得，依各業習慣每年結算一次，其不滿一年者，就其營業期間之所得計算課稅。

第九條 營業年度變更時，依新舊年度交替期間之所得，計算課稅。

第十條 第二類所得，以星期計者，每月按四星期計算課稅。

第十一條 第二類所得以月計，不足一月時，就其所得之實數計算課稅。

第十二條 買賣與本業務無關之物品證券或金融貨幣，而其所得又不在本業務收入項下計算者，以一時營利事業論。

非營業個人為前項之買賣，而不於約定期日，以現貨交割者亦同。

第十三條 非營業之法人或團體，而兼營營利事業者，視為營利事業。

第十四條 稱法定儲蓄金者，以政府法令規定之儲金為限。

第十五條 計算第一類所得時，應就其收入錢額內，減除營業期間實際開支，呆賬、折舊、盤存、消耗、公課及依法令所規定之公積金，以其餘額為純益額，依照暫行條例第三條規定之稅率課稅。

第十六條 左列各項收入，均屬第二類薪給報酬之所得：

- (一) 公務員之俸給薪金歲費、獎金、退職金、及其他職務上所得之給與金；
- (二) 自由職業者從事其他各業者，因職業及工作上之所受薪給年金報酬，及其他金錢之給與。

第十七條 計算自由職業者，及從事其他各業者之所得，如有左列各項費用時，應先行扣除，以其餘額為所得額：

- (一) 業務與房租；
- (二) 業務使用人薪給報酬；
- (三) 業務上必需之舟車旅費；
- (四) 其他業務上直接必需之費用，業務人就其居所為營業所者，其房租應比例扣除之，但不得超過租金總額百分之六十。

本條第一項第三款之舟車旅費以受有報酬者為限，但不得超過其各個報酬額百分之二十。

第十八條 自由職業者及從事其他各事業者，設有兩個以上之業務所，各有其獨立之賬簿者，應分別計算其所得額。

第十九條 依本細則第十二條規定之營利，應於各個交易結數時，計算其所得額。

第二十條 扣繳所得稅者或自繳所得稅者，應依照暫行條例第八條至第十一條規定之期間，向當他主管徵收機關申報所得額。

第二十一條 無行為能力人，及限制行為能力人之所得額，由其法定代理人依照前條規定，代為申報。

第二十二條 第一類甲、乙兩項之營利事業，因合併解散歇業、清理、經結算後，仍有所得者，應於結算日起，二十日內向當地徵收機關申報其所得額，受破產之宣告經清理後，仍有所得者，破產管理人依前項之規定，申報其所得額。

第二十三條 營業年度變更時，執行業務之負責人，應依照本細則第八條規定，於結算日起二十日內申報其所得額。

第二十四條 第一類所得之申報人，於申報當時應提出財產目錄損益計算書，資產負債表，

或其他足以證明其所得額之賬簿文冊。

第二十五條 所得稅稅款，由財政部主管徵收機關，委託國家銀行，或郵政儲金匯業局徵收之，其當地無上列機關者，得指定其他銀行商號或處所代為經收。

第二十六條 各類所得稅之納稅期限，依左列規定：

(一) 第一類甲乙兩項納稅期限，應依各業每年之結算期，於每年三月一日起至五月末日止，或八月一日起，至十月末日止，一次繳納之，丙項所得稅於結算申報日繳納；

(二) 第二類所得稅按月繳納之；

(三) 第三類所得稅於結算息金申報時繳納之，第一類乙項，第二類自繳之所得稅及本細則第二條第一項，第二十三條，應繳之所得稅於結算申報日起，二十日內繳納之。

第二十七條 所得稅繳納方法如左：

(一) 屬於第一類甲、乙兩項者，由業務負責人自行繳納；

(二) 屬於第二類丙項者，如有支付所得之機關由該機關業務負責人代為扣繳，如無支付機關，由納稅義務人或其代理人自行繳納。

(三) 屬於第二類者由直接支付薪給報酬之機關長官或雇主代為扣繳，無支付機關或雇主者自行繳納。

(四) 屬於第三類者，由付息機關之業務負責人代為扣繳。

第二十八條 扣繳所得稅者於扣繳稅款時應通知納稅義務人並將稅款向當地經收稅款機關繳納之。

前項扣繳所得稅者，除支付無記名證券利息及存款利息另以特種表式申報外，應開具各個納稅義務人所得額申報當地主管徵收機關。

第二十九條 經收稅款機關於收到前條所扣稅款時應掣給主管徵收機關規定之正式收據。

第三十條 扣繳所得稅者如能依照法定手續期限完成其扣繳之職責者，當地主管徵收機關得照其扣繳之總額給予千分之獎勵金。

前項獎勵金於政府機關不適用之。

第三十一條 自繳所得稅者於接到當地主管徵收機關決定所得稅額之通知書後應各依納稅期限向經收稅款機關繳納所得稅。

前項自繳者，應向經收稅款機關掣取主管徵收機關規定之正式收據。

第三十二條 財政部主管征收機關應制定各類所得人納稅額通知書，發交各地征收機關，依暫行條例第十四條之規定通知納稅者。

第三十三條 當地主管征收機關，應於收到申報人申報十五日內為其所得稅額之決定，如申報人請求重行調查時，應自接收請求之日起，十日內重行決定其稅額。

第三十四條 當地主管征收機關認申報人申報不實時，得指定期限要求申報人提示有關納稅額之證明文據。

申報人對於前項要求怠不履行時，當地主管征收機關，得依調查或其他方法逕行決定其所得額，及納稅額，並通知之。

申報人受前項通知時，應依納稅期限納稅。

第三十五條 當地主管征收機關對於扣繳之稅額，發現不足時，應責令扣繳所得稅者繳足之。

第三十六條 納稅義務人對於扣繳之所得稅，認有應行減除者，得向當地主管征收機關聲請退稅。

第三十七條 財政部主管征收機關，應製定各類所得額、申報表，發交各地征收機關，由申報者自行具領填報。

前項申報表得由各地征收機關委託當地行政機關商會、同業公會、郵政局、或經收稅款機關存備申報者具領，並公告或揭示之。

第三十八條 各類所得額申報表不得附征任何費用。

第三十九條 當地主管征收機關應設置各類所得名簿，按照申報表及決定通知書之內容將納稅者姓名、住址、職業所得額、決定納稅額及其他應行記載事項分別記載之。

第四十條 所得稅額決定通知書應分所得種類編號登記。

第四十一條 扣繳所得稅者，自繳所得稅者，或代繳所得稅者，對於調查復查審查人員要求提示之憑証不得加以拒絕。

第四十二條 申報人對於明知不實之所得額故為申報者，除依暫行條例第十九條罰金或論罪外，其有觸犯刑法偽造文書罪之情形者，主管征收機關並應報請法院法辦。

第四十三條 征收所得稅機關人員對於納稅人之所得額納稅額，及其證明關係文據，應絕對保守秘密，違者經主管長官查實，或於受害人告發經查實後，主管長官應予以撤職或其他懲戒處分，觸犯刑法者，並應報請法院法辦。

第四十四條 當地主管征收機關依暫行條例第十八條、第十九條、第二十條各款規定科罰時，應向受罰人送達處分書，對於繳納之罰款應給予收據。

第四十五條 前項處分書及收據，應加蓋處罰機關之關防及負責人之名章。

股份有限公司或股份兩合公司發行股份時，應將股份總額股票種類，每股金額，營業年度，報明當地主管征收機關，已發行之股票，應由各該公司於本細則施行日起一個月內，將前項應報事項報明當地主管征收機關。

第四十六條 公司、商號、行棧、工廠、及營利之個人，應於本細則施行日起一個月內，將姓名、住址、營業資本、或股東實額報明當地主管征收機關。

第四十七條 本細則所定各種書表簿冊單據格式，由財政部製定之。

第四十八條 本細則未盡事宜財政部得隨時呈准行政院修正之。

第四十九條 本細則施行日期自行政院核定之日施行。

判解要旨

民事判例要旨

上字第八五四號

(一)關於公司之事件其發生在公司法施行以前者應適用公司條例該條例第一百二十八條第二項但書所謂不妨對於發給股票者要求損害賠償係指因此股票之發行致生損害者而言故其損害之發生與股票之發行必有相當因果之關係倘其損害於股票發行與否無關即不得援據本條第二項但書之規定而為賠償之請求

(二)歷來判例所謂公司未依法註冊雖名為股份有限公司仍難認為有獨立之人格其償還

債務之責任應比照合夥之例判斷係屬公司能否對抗第三人之間題如係發起人與認股人間之內部關係與該判例情形迥不相同

上字第一零一二號

押店向錢莊通用款項通常為營業上必要之行為自不得謂經理人無為之之權限

▲參考法條▼

民法第五百五十三條 稱經理人者謂有為商號管理事務及為其簽名之權利之人（下略）
同法第五百五十四條 經理人對於第三人之關係就商號或其分號或其事務之一部視為其有為管理上一切必要行為之權（下略）

上字第一一一二號

- （一）在第二審提起反訴非經他造同意不得為之
- （二）損害賠償債權其損害發生之時即為應行賠償之時如果其給付種類與債權人所負之

債務相同固非必俟判決確定始得抵銷

▲參考法條▼

民事訴訟法（第二審程序）第四百一十二條 訴之變更追加或提起反訴非經他造同意不得為之但他造無異議而為本案之言詞辯論者視為同意

民法第三百三十四條 二人互負債務而其給付種類相同並均屆清償期者各得以其債務與他方之債務互相抵銷但依債務之性質不能抵銷者不在此限

上字第一一三七號

法院得依自由心證本於已明瞭之他事實推定應證事實之真偽

▲參考法條▼

民事訴訟法第二百一十三條 法院審理事實應斟酌辯論之意旨及調查證據之結果依自由心證以為判決但別有規定者不在此限（下略）

同法第二百七十條 法院得依已明瞭之他事實推定應證事實之真偽

抗字第八五一號

法學叢刊

民事判例要旨

言詞辯論或準備程序中當事人本應自爲聲明及陳述不過當事人不爲必要之聲明及陳述審判長或受命推事應發問或曉諭令其爲之何得以發問之少卽謂其執行職務有偏頗之虞至終結辯論或準備程序本屬審判長或受命推事之職權尤不得以終結之速卽指爲有偏頗之虞

▲參考法條▼

民事訴訟法第一百八十六條 言詞辯論以當事人聲明應受裁判之事項爲始

同法第一百八十七條第一項 當事人應就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述

同法第一百九十二條 審判長應注意令當事人得爲適當完全之辯論

審判長應向當事人發問或曉諭令其爲必要之聲明及陳述其所聲明或陳述有不明瞭或不足者應令其叙明或補充之（下略）

同法第三十三條 遇有左列各款情形當事人得聲請推事迴避

二 推事有前條所定以外之情形足認其執行職務有偏頗之虞者（餘略）

上字第四二一號

違約金除當事人另行訂定不於適當時期或不依適當方法履行債務時即須支付之情形外應視為不履行而生損害之賠償總額

▲參考法條▼

民法第二百五十條 當事人得約定債務人不履行債務時應支付違約金

違約金除當事人另有訂定外視為因不履行而生損害之賠償總額但約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時即須支付違約金者債權人於債務不履行時除違約金外並得請求履行或不履行之損害賠償

上字第五六三號

刑事判決所認定之事實以關於犯罪之證明及責任者為限有拘束附帶民事訴訟或獨立民事訴訟之効力

▲參考法條▼

刑事訴訟法第五百十三條 刑事判決所認定之事實以關於犯罪之證明及責任者爲限有拘束附帶民事訴訟或獨立民事訴訟之効力

抗字第一八四號

訴訟全部或一部之裁判以他項訴訟之法律關係是否成立爲據者法院爲避裁判牴觸起見得命在他訴訟終結以前中止訴訟程序

▲參考法條▼

民事訴訟法第一百七十八條 訴訟全部或一部之裁判以他項訴訟之法律關係是否成立爲據者法院得命在訴訟終結以前中止訴訟程序其法律關係應由行政公署確定之者亦同（略）

抗字第三零三號

執行異議之訴審判未確定前應否對於執行之不動產停止查封拍賣管理其權屬諸受訴法院不屬於執行法院

▲參考法條▼

暫准援用之民事訴訟執行規則第五十四條 第三人如對於強制執行之不動產有權利者須於強制執行之終結前向執行審判廳對債權人提起異議之訴若債務人亦否認其權利時並以債務人爲被告

前項之訴審判未確定前審判廳得酌量情形停止查封拍賣管理或限制之（下略）

抗字第三三二二號

關於指揮訴訟之裁定祇得聲明異議不得聲明不服

▲參考法條▼

民事訴訟法第一百九十四條 參與辯論人如以指揮訴訟之裁定或審判長及陪席推事之發問或曉諭爲違法而聲明異議者法院應就其異議爲裁定

前項異議之裁定不得聲明不服

抗字第四三六號

法學叢刊

民事判例要旨

債權人對於請求及假處分之原因不問已否釋明法院得命債權人供相當之担保

▲參考法條▼

民事訴訟法第四百九十九條 關於假扣押之規定於假處分準用之但因第五百條至第五百零三條之規定而不同者不在此限

同法第四百九十二條 請求及假扣押之原因債權人應釋明之

前項原因不問已否釋明法院得命債權人供相當之担保（下略）

聲字第一六四號

當事人在訴訟中以對造有犯罪嫌疑聲請終止訴訟程序時以法院認為有必要情形為限始得予以准許

▲參考法條▼

民事訴訟法第一百七十八條訴訟全部或一部之裁判以他項訴訟之法律關係是否成立為據者法院得命在他訴訟終結以前中止訴訟程序其法律關係應由行政公署確定之者亦同
前項規定凡訴訟中有犯罪嫌疑牽涉其裁判者在刑事訴訟終結以前準用之

刑事判例要旨

上字第三一五九號

被誘人並未自行告訴被誘人之翁既不能視為法定代理人在法律上自無獨立告訴之權乃僅由被誘人之翁告訴顯係欠缺告訴追條件原第二審法院並未注意遽依刑法第三百十五條第二項論處略誘人罪刑殊屬違誤

▲參考法條▼

刑事訴訟法第二百十三條 犯罪之被害人得為告訴

同法第二百十四條第一項 被害人之法法定代理人保佐人或配偶得獨立告訴

刑法第三百十五條第二項 意圖營利或意圖使婦女為猥褻之行爲或姦淫而略誘之者處三年以上十年以下有期徒刑得併科一千元以下罰金

同法第三百二十二條第一項第三百十五條及第三百二十條之罪須告訴乃論

上字第三三二九零號

成年被告之尊親屬以自己名義爲被告利益起見聲明上訴既非刑訴法第三百五十八條及同法第三條之當事人復非同法第三百五十九條得獨立上訴之人其上訴自非合法惟如係出於被告之囑託代爲聲明上訴其上訴之意思又確足證明出自被告本人者縱狀內上訴人之名義繕寫偶有違誤尙難遽認其上訴爲不合法

▲參考法條▼

刑事訴訟法第三百五十八條 當事人對於下級法院之判決有不服者得上訴於上級法院
檢察官及自訴人爲被告利益起見亦得上訴

同法第三條 本法稱當事人者謂檢察官自訴人及被告

同法第三百五十九條 被告之法定代理人保佐人或配偶爲被告利益起見得獨立上訴

上字第三五二一五號

刑法第一百七十四條之規定係因侵害國家之搜查權而設故同條第二項之罪其成立要件（一）須出於藏匿犯人或脫逃人或使其隱避之意思（二）須有頂替之行爲必須二者兼備方與該項規定相合若雖有頂替之行爲而其目的非在使犯人或脫逃人藏匿或隱避者即難遽依該項規定處斷如甲乙同被拘捕甲自知罪較乙重遂商得乙之同意互相冒名頂替甲雖有冒名頂替情事但係爲自己避重就輕起見並非出於使乙藏匿或隱避之意思核與上開條項犯罪成立要件殊不相符

▲參考法條▼

刑法第一百七十四條 藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人或使之隱避者處二年以下有期徒刑

意圖犯前項之罪而頂替者亦同

上字第三五二八號

區公所因執行區務設置區丁爲縣組織法及區自治施行法所規定不得謂非依法令從事於公

務之吏員如區丁多人於執行公務之際恐嚇取財係共同假借職務上之權力以恐嚇使人交付所有物應依刑法第四十二條第一百四十條就第三百七十條第一項處斷

▲參考法條▼

縣組織法第三十六條 區公所執行區務得設置區丁其額數由縣長定之

區自治施行法第四十八條 區丁之職務及額數依縣組織法第三十六條之規定

刑法第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行為者皆為正犯

同法第一百四十條 公務員假借職務上之權力機會或方法以故意犯本章以外各罪者加重本刑三分之一但因公務員之身分已特別規定其刑者不在此限

同法第三百七十條第一項 意圖為自己或第三人不法之所有以恐嚇使人將本人或第三人所有物交付者處五年以下有期徒刑拘役得併科或易科一千元以下罰金

上字第三七八五號

已有正式配偶而又與人舉行結婚儀式無論後妻者實際上是否受妻之待遇均應成立重婚罪

▲參考法條▼

刑法第二百五十四條 有配偶而重爲婚姻或同時與二人以上結婚者處五年以下有期徒刑其知情相婚者亦同

上字第三七八六號

搶奪罪之成立其搶奪之客體須係他人所有物故必有他人所有物之認識而後能謂爲有搶奪之故意

▲參考法條▼

刑法第三百四十三條第一項 意圖爲自己或第三人不法之所有而搶奪他人所有物者處六月以上五年以下有期徒刑

上字第三九七二號

刑法第一百三十三條第一項第一款之罪其犯罪主體既限於有追訴犯罪職務之公務員但充

任區長依區自治施行法第三十九條雖具有公務員身分對於區內犯罪有先行拘禁之權究與有追訴犯罪職務之公務員有別亦即與該條構成要件不符而原第二審法院判決乃依該條款論擬自非合法

▲參考法條▼

刑法第一百三十三條 有追訴犯罪職務之公務員犯左列行為之一者處一年以上七年以下有期徒刑

一 意圖取供而施強暴脅迫者（下略）

區自治施行法第三十九條 區居民有左列情事時區長得分別輕重緩急報告區務會議或呈請縣政府處理之

三 觸犯刑法或與刑法性質相同之特別法確有證據者

有前項第三款情事遇必要時區長得先行拘禁之除報告區務會議及呈報縣政府外並應即函送該管司法機關（餘略）

上字第三九零號

刑法第二百八十六條所謂當場激於義忿而殺人係指於他人實施不義之行為當場有所忿激忍無可忍以致將其殺害者而言

▲參考法條▼

刑法第二百八十六條第一項 當場激於義憤而殺人者處一年以上七年以下有期徒刑

非字第一四九號

清鄉條例第十六條之核轉程序係對於懲治盜匪暫行條例第三條第一項核轉程序之特別規定故各縣政府在清鄉期內捕獲匪徒認為重要人犯擬處死刑者不報由高等法院核轉而呈清鄉總局核轉自難指為不合

▲參考法條▼

清鄉條例第十六條 各清鄉局捕獲匪徒應由縣局長訊問明白除重要人犯依懲治盜匪條例

法學叢刊

刑事判例要旨

呈請總局轉請省政府核辦外其餘涉及民刑事事件者仍應分別移送法院依法辦理

懲治盜匪暫行條例第三條第一項 凡依本條例判處死刑者由該管司法機關審實後附具全案報由高等法院院長於十日內轉報省政府核辦俟得覆准後執行

非字第二三四號

強盜之殺人行爲顯係斬達強盜之目的縱因殺人後驚慌過度未經得財卽行逃去然其應成立行劫而故意殺人之結合犯罪殊無疑問原第二審法院判決不依懲治盜匪暫行條例第一條第十二款處斷乃以入屋強盜尙屬未遂竟不認其與故意殺人罪結合分別依刑法第二百八十二條第一項及第三百四十八條第二項併合論罪並基此依照大赦條例予以減刑自屬顯然違法

▲參考法條▼

懲治盜匪暫行條例第一條 凡有左列行爲之一者處死刑

十二 行劫而故意殺人或傷人致死或致篤疾或傷害二人以上者(餘略)

刑法第二百八十二條第一項 殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。

同法第三百四十八條 犯強盜罪而有第三百三十八條情形之一者處七年以上有期徒刑。
本條之未遂罪罰之。

同法第三百三十八條 有左列行爲之一者處一年以上七年以下有期徒刑。

一 意圖行竊於夜間侵入住宅或有人居住之建築物或隱匿其內而犯竊盜罪者(下略)

大赦條例第一條 凡犯罪在中華民國二十一年三月五日以前其最重本刑爲三年以下有期徒刑拘役或專科罰金者均赦免之專科褫奪公權或沒收者亦同。

同條例第二條 除依前條赦免者外犯其他之罪其最重本刑爲死刑無期徒刑或七年以上有期徒刑者減刑三分之一七年未滿者減刑二分之一但屬於左列各款所定之罪不予減刑(下略)

行政判例要旨

判字第七三號

- (一) 行政官署於法理上欠根據之處分再訴願決定及訴願決定如未予撤銷即非適法
- (二) 在現行法令上並無何種限制者即屬行政官署得自由裁量之行為僅生適當與否之問題無違法之可言依行政訴訟法第一條自不得就此提起行政訴訟

判字第七四號

- (一) 關於地方政府越境逮捕事件係屬普通司法範圍
- (二) 地方政府呈准依據業戶實產並酌量經濟狀況之捐款自係財產捐非居戶捐凡在該境有田產者自應負納捐之義務惟此項捐款負擔應力求公平

判字第七五號

(一) 人民因習慣成立之權利發生爭執請求確認者屬於民事訴訟範圍應由普通法院管轄

(二) 人民因習慣成立之權利行政官署如為公益上之必要固得予以撤銷否則難謂為適法

判字第六七號

(一) 關於徵收斗糧芝稻行牙稅地方官署既有一定章則糧行如有把持情形該管官署儘可依照定章辦理反之如糧行已商得承包人之同意仍照糧行舊習抽錢辦法收稅而承包人事後希圖翻異則又屬認包捐稅商人與糧行相互間對於民事上契約之爭執

(二) 商人向官署認包捐稅係屬官署與人民之契約行為不能視為公務員與訴願法所定之人民權利或利益不同倘因官署處分致受損害依其性質得認為違約行為可提起通常民事訴訟不得提起訴願

判字第七六號

依私立學校規程私立中等學校如設立於行政院直轄之市應以該市政府爲主管機關否則卽應以省教育廳爲主管機關設遇該私立中學校校董會發生糾紛以致停頓時則分別屬於市（行政院直轄市）或省主管者由市政府（行政院直轄市）或省教育廳依照規程所定辦理方爲適法

判字第七七號

訴願法規定訴願自官署之處分書達到之次日起三十日內提起之所謂達到係指將文件交付於應行收受人而言若根本上並未製成處分書依法達到則訴願期間卽無從起算不發生訴願逾期問題

判字第七八號

（一）私立學校校長之選任固屬校董會之職權但校董會選任之校長應得教育行政機關之認可

（二）主管教育行政機關認校董會選任之校長爲不稱職時並得令校董會另選故私立學校

判字第七九號

校長如有不稱職情形主管官署本於監督職權命其解職於法並無不合

行政行為在法律上不能成立者其行為為無效

刊月血汗

印出日一月八年三十二
號專究研題問私走

錄目 期五第 卷七第

走私問題與關稅問題	華北走私問題之背景	日趨嚴重之走私問題	實地視察冀東走私問題	由走私問題論到走私問題	走私問題前後之剖析	何以解決走私問題	一個走私問題對策的商榷	從走私問題點論走私之嚴重	走私問題之總檢討	走私問題之透視及防私救亡之方策	防止走私問題之嚴密工商組織	集結全民力量以解決走私	
劉百川	范師	庸	王潔	李鳳	劉文	朱良	周承	陸占	劉震	高溫	王伯	王志	莊心

零售每册二角 全國各地代售處均有出售
 郵局掛號 郵費在內 郵局掛號 郵費在內
 零售每册二角 全國各地代售處均有出售

總發行所 汗血書店

地址：上海白克路同春坊卅七號
 電話：九五四二 電報掛號：〇六四六

法學叢刊

行政判例要旨

解釋例要旨

司法院咨 院字第一一六五號

為咨復事，准

貴院上年九月五日咨（第二一五號）開，據財政部呈請解釋訴願法第一條第二條疑義，咨請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，（一）縣政府之處分，其原因雖由於遵奉省政府之命令，仍應認為縣政府之處分。（二）包商制度之局長，固不能認為公務員，但如果因官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益者，自得依訴願法第一條提起訴願。相應咨復

貴院查照飭知。此咨

行政院。

司法院咨 院字第一一六六號

爲咨復事，准

貴院上年六月二十三日咨（第一五一號）開，據教育部呈請解釋訴願程序疑義，咨請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，下級官署之實施處分，不得以上級官署之名義行之。其因呈經上級官署核准或遵其指示辦法所爲之處分，而誤用上級官署之名義者，仍應認爲下級官署之處分。（參照院字第五零六號第七一九號解釋）相應咨復貴院查照飭知。此咨行政院。

司法院咨 院字第一一六七號

爲咨復事，准

貴院上年七月三十一日咨（第一八八號）開，據內政部呈請解釋訴願管轄疑義，咨請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，縣政府遵奉省府主管廳命令執行之事件，其實施

處分，既屬於縣政府，仍應認為縣政府之處分，如人民不服此處分，提起訴願，依法即須向省政府主管廳爲之，相應咨復。

貴院查照飭知。此咨
行政院。

司法院咨 院字第一一六八號

爲咨復事，准

貴院本年五月二日咨（第八三號）開，據內政部呈爲關於訴願問題解釋發生疑義，咨請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，院字第六四八號解釋，所謂另以處分改變人民土地原狀者，係指因劃界而在人民土地上新開溝渠道或築堤埂等類而言。但行政處分，並不以改變土地原狀爲限，如因劃分村界，將甲村之水利劃歸乙村，致甲村人民受其損害時，則雖未改變土地原狀，自亦屬於行政處分。其受損害之村民，即得對之提起訴願。相應咨復貴院查照飭知。此咨

行政院。

司法院咨 院字第一一六九號

為咨復事，准

貴院本年一月十日咨（第二號）開，為普通院受法應理屬行政訴訟事件其既判力如何等疑義，咨請查照解釋見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，案經法院確定判決，除有民事訴訟法第四百六十一條所列各款情形，得以提起再審之訴外，其裁判確定力，不因何而失效。法院對於行政官署之處分或其決定，雖不能逕行撤銷，惟私權之確認，應屬於法院之權限，倘當事人系爭標的，關於私權受侵害，非單純國家公權之發動，不問係當事人假行政官署之處分，為侵權行為之手段，抑係行政官署自動之處分，侵害及人民私權法院自得依受害人之請求，而為回復其原狀或賠償損害之裁判。相應咨復

貴院查照。此咨

行政院。

法學叢刊

解釋例要旨

司法院咨 院字第一一七零號

為咨復事，准

貴院本年五月一日咨（第八二號）開，為商標法第三十條第三項發生疑義，請查照解釋見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，商標法第三十條第三項所謂登載商標公報，係指該項上文已註冊之商標而言。蓋既經註冊之商標，苟非有同法第十九條第一項各款情事，固不許利害關係人更為撤銷註冊之聲請。惟苟有第三十條各項情事，其利害關係人仍得請求評定，以資救濟，原無期間之限制，而獨違背第二條第八款第九款或第三條至第五條規定者，則僅限於登載商標公報之日起，三年以內，始得請求評定。至於異議之程序，係用在未註冊之前，而請求評定之程序，則用在已註冊之後，二者固有不同，究難偏廢。而同法第二十一條所謂作為無效者，亦係指已註冊者而言，該條文義，甚為明瞭。相應咨復

貴院查照。此咨

行政院。

司法院公函 院字第一一七一號

逕復者，准

貴會本年十一月三日公函（第八三四八號）開，准湖南省執行委員會電請解釋工商同業公會委員改選疑義，函請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，工商同業工會委員改選時其會員代表人數，不足被選名額，又因工商同業公會法施行細則第十條之限制，其各家之經理人或主體人，皆僅有一人，不能另行推派代表時，在現行法令上，尙無救濟方法。相應函復

貴會查照轉知。此致

中央執行委員會民衆運動指導委員會

司法院咨 院字第一一七二號

爲咨復事，准

貴院上年十二月二日咨（第二九五號）開，據實業部呈請解釋關於公路局技工待遇可否適用工廠法疑義，請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，依工廠法第一條規定，須

法學叢刊

解釋例要旨

一一九

用發動機器並平時雇用工人在三十人以上之工廠，始適用本法。而本條所稱工人，係指直接從事生產或輔助其生產工作之工人而言，同法施行條例第一條，復有明文規定。公路局所設之修理總廠等，縱用發動機器，然路工並非直接從事或輔助生產工作，故不能適用工廠法。相應咨復

貴院查照飭知。此咨
行政院。

司法院指令 院字第一一七三號

令河北高等法院院長胡祥麟

呈據天津地方法院轉請解釋判決確定時期起算疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，未逾三百元之第二審判決，如當事人未為特許上訴之聲請，或已經原法院駁回其聲請者，均應於宣示判決之時為確定。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院指令 院字第一一七四號

令署湖北高等法院院長史延程

呈據黃岡地方法院轉請解釋廢嗣及解除婚約各疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，（一）民法親屬編施行後所發生之廢繼事件，既無法律可資援引，即應依民法總則第一條，以終止養子女收養關係之法條，作為法理採用。（二）未成年之子女，不同意於父母代訂之婚約，其婚約當然無效，不生解除問題。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院指令 院字第一一七五號

令署湖南高等法院院長徐聲金

呈據常德地方法院轉請解釋破產案件適用法律疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，宣告破產事件，因中國尚無破產法之制定，依照民法總則第一條，自應適用破產法理。惟關於詐欺破產擬有刑名者，屬於刑罰性質，要不在民

事適用法理範圍之列。又對於破產者或其繼承人，如慮其有逃匿情事，依照管收民事被告人規則，原得管收，不生適用法理問題。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院快郵代電 院字第一一七六號

廣西高等法院院長覽。本年二月庚代電悉。所請解釋軍人犯罪執行中復犯普通刑法之罪其審判機關及執行疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，軍人犯陸海空軍刑法之罪，經軍法會審判決確定，在執中復犯刑法之罪，後之犯罪及發覺，既均不在任官任役中，依陸海空軍審判法第十六條，應由普通法院審判。犯罪人若在陸軍監獄執行，應由該監獄送交法院審判。果已經法院確定判決科刑，除死刑外，應於前罪在陸軍監獄執行完畢後，再由法院檢察官就後罪之刑指揮執行。合電知照。司法院世印

司法院快郵代電 院字第一一七七號

河北高等法院王首席檢察官覽。本年九月庚代電悉。所請解釋被告死亡應否再送覆判疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，初審判決後，被告死亡，雖經覆判，亦無實益，故無

廣再送覆判。合電知照。司法院世印

司法院電 院字第一一七八號

廣州廣東高等法院首席檢察官覽，本年十月東電悉。所請解釋選舉訴訟聲請再議疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，選民向法院陳訴被妨害選舉之事實，如未含有侵害個人法益之問題，係告發而非告訴，對於不起訴處分，無聲請再議之權，合電知照。司法院世印

司法院指令 院字第一一七九號

令署湖北高等法院院長史延程

呈據第一分院轉請解釋刑法第一七二條第一項疑義由

呈悉。業經本院統一假釋法令會議議決，管獄員將在押之被告，派看守長帶同回家，旋又帶回收押，既無盜取囚人或便利其脫逃之故意，自不構成刑法第一百七十二條第一項之罪。但此種情形，若施之有應受刑人，應依刑法第一百三十四條第一項論科。合行令仰轉飭知照。此令。

法學叢刊

解釋例要旨

一三三

司法院指令 院字第一一八零號

令河北高等法院院長胡祥麟

呈據曲陽縣縣長轉請解釋槍照期滿未領新照應否處罰疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，原領槍照，既因期滿而失效。如別無不得已之事由，故意不依例呈請換發新照，而仍持有原槍，即屬未受允准而持有，觸犯軍用槍炮取締條例第二條第一項之規定。但處罰時，應注意刑法第七六條。合行令仰轉飭知照。此令。

內政研究月報

『公民訓練專號』

目錄

中央常務委員陳立夫先生題詞	戴健
縣市民訓練計劃大綱	戴健
公民訓練課本『教材』	戴健
定縣的公民教育	李健
江甯自治實驗縣之公民訓練	陳光
救亡團存應從公民訓練入手	胡次
蘇俄的公民訓練	戴健
公民訓練運動中應有的認識	崔德
公民教育概論	周祥
公民教育的根本問題	廣濱
特載	戴健
公民宣誓登記規則	戴健
預定全年兩元	戴健

定報處 內政研究月報社

南京東門倉口三十三號(另售每册兩角)

附錄

送江總社長出席國際律師協會並遊歷歐洲各國序 荆晉德

本叢刊總社社長江庸先生，經全國律師協會推舉出席，國際律師協會。並悉江總社長將藉出席餘暇，遊歷歐洲各國，北平律師公會暨本叢刊社北平分社等各團體，於六月八日開歡送會，爰爲之序焉。

近世之侵略人國家者，舍用武器之公然侵略外；他如政治，文化，教育，經濟之類，無一不盡其諸種之策略以侵略之，奴化之；使人於無形之中，受其佔領而不之知，其禍之烈，真且凌駕洪水猛獸而上之，是直大可痛心者焉。

一國之立法事業，應本一國民族，風化之傳統關係，爲其重心，重心偏失，則法之彈性即將失其效力，而民族之淪亡，即將隨之。我國自變法以來，一切法典，無不採自外國，縱

云學說從新，但與民族，風化之扞格，蓋無庸諱。而立法之受侵略奴化，已有危機四伏之虞，此實堪爲立法前途悲嘆者也。

歐洲大小各國，相互錯立，非無強弱異勢者；乃能並立不悖，其立國之根本，必有其特殊原因在。江社長此行，務能覘其本末，歸而詔諸國人，以爲目前救亡要策之準備，則江社長之行，與立法前途，正有重大意義在也。

就立法上言，欲圖排除侵略，奴化，須以樹立世界法律之系統爲其先務。所謂樹立世界法律系統者，無非根據人類相互依存之關係，一方在防止侵略，一方在圖謀自存，此則爲全國律師協會重要任務之一，亦即加入國際律師協會之重大意義。又發揚法律文化，則爲本叢刊之任務；惟吾人局處國內，見聞有限，深盼江社長能溝通而擴大之！俾國際泯除猜忌，永絕侵略，奴化之機，在人類得充分之互助，長登共存共榮之域。此則同人等之所日夜企禱者也！

北平律師公會爲催定冤獄賠償法代電之一

南京律師協會各地律師公會各法團各通訊社各報館公鑒查冤獄賠償法案早經全國司法會議通過並經司法院交由法規研究委員會研究在案現在默察國內情況執法之士每不能就被告有利之證據爲充分之注意因之冤獄日增民怨日深賠償法典自有早日制定公布施行之必要本公會依照全國律師協會代表大會議決組織冤獄賠償委員會成立之日曾經發表宣言書通告在案茲值冤獄賠償運動週除電請立法院司法院司法行政部法規研究委員會迅予制定冤獄賠償法典即日公布施行以慰衆意而卹民冤外特此通電務希一致主張無任企禱北平律師公會叩歌

北平律師公會爲催定冤獄賠償法代電之二

南京司法院司法院司法行政部法規研究委員會鈞鑒查冤獄賠償法案早經全國司法會議通過並經司法院交由法規研究委員會研究在案現在默察國內情況執法之士每不能就被告有利之證據爲充分之注意因之冤獄日增民怨日深賠償法典自有早日制定公布施行之必要本公會依照全國

法學叢刊 附錄 北平律師公會爲催定冤獄賠償法代電

一二八

律師協會代表大會議決組織冤獄賠償委員會成立之日曾經發表宣言書通告在案茲值冤獄賠償運動週爰特電請迅予制定法典即日公布施行以慰衆意而卹民冤臨電不勝迫切待命之至北平律師公會叩歌

北平律師公會爲催定冤獄賠償法代電之三

南京立法院鈞鑒查冤獄賠償法草案照前敘至待命之至除由全國律師協會冤獄賠償運動委員會公推常任幹事沈鈞儒逕向鈞院陳請外謹電籲陳伏乞垂鑒北平律師公會叩歌

法學叢刊 第四卷 第六期 版權所有

中華民國二十五年八月十五日出版

禁止轉載

定價表

日本朝鮮與國內同 郵費在內	全年 五册三	元三元八角	預	每月一册 (每月十五日出版)	每册實價三角 郵費二分
			時期册數國	內國	
	半年 六册一	元六角二分二角	外		

廣告價目表

普通	正	文	中	七	元
上等	正	文	二十	九	元
優等	正	文	三十	八	元
特等	正	文	五十	元	
等別	位	全	面	半	面
					四分之一

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 南京豐寧路三新里一號

律師協會 法學叢刊社

電話 二一八六六

南京城內豐寧路三新里

律師協會 法學叢刊社

電話 二一八六六

地址：南京大石橋

江蘇第一監獄

電話：三一二一七

現代司法

第一卷 第十一期

論著
犯罪分額之檢討

蘇克友

德國修正行刑法及理白書

彭壽鵬
朱毅如
合譯

德國關於檢察制度之法條

張企泰

比利時檢察制度

洪鈞培

日本檢察制度之檢討

洪鈞培
施明

司法行政部最近六個月工作報告

統計室

二十五年五月份各法院民事案件收結比較表

統計室

司法行政部令

統計室

司法人員動態

統計室

意大利之司法組織 (續完)

賴班亞

法學論文索引 (續)

喻友信

律師老遇春輯

大理院
最高法院
司法部

解釋類編及續編廣告

類編將前大理院解釋二千〇十二號最高法院解釋第二百四十五號司法部令及至第四百號止共計二千六百五十五號
 類編將前大理院解釋二千〇十二號最高法院解釋第二百四十五號司法部令及至第四百號止共計二千六百五十五號
 並均前列目錄以利使用法律者之參考末附檢査號數一覽表以便尋求解釋者之檢査洵爲法官律師縣長審判員學生不可少之參考書類編每部定價四元續編每部定價一元兩部合購者七折外埠函購每部外加郵費兩角發售處天津法租界三十號繁樹德里七號本律師事務所

◀版出日一月每 期一出月▶

元三年全 角六元一年半 角三册每 : 價 定
 加另章照外國 費郵收另不內國 : 費 寄
 科二第司務總部政行法司 : 處行發
 店 書 大 各 : 處售代