

民國文獻資料叢編

近代學報
彙刊

殷夢霞 李強 選編

國家圖書館出版社



殷夢霞、李強 選編

近代學報彙刊

第一四四冊

國家圖書館出版社

第一四四冊目錄

中山學報	第一卷第四期	一九四二年三月		一
中山學報	第一卷第五期	一九四二年二月		一五七
中山學報	第一卷第六期	一九四二年六月		二八三
中山學報	第一卷第七期	一九四二年八月		三六一
中山學報	第一卷第八期	一九四三年一月		四二三
中山學報	第二卷第一期	一九四三年八月		五四九

第四期

中華民國三十一年三月出版

目錄

關於典業之回顧問題	薛光
人格本位的刑罰觀	曾昭
法律解釋之本質	李浩
關於夫妻財產制立法上之檢討	余鏞
論民事訴訟之法定代理	張學
英國議會政治的前途	雷榮
世界大戰中的印度	章導
現代經濟思想演變之跡象	王亞
世界幣制問題	劉燿
中華偉大民族形成之諸種原因	呂燿
原始婚姻形態	胡體
現代生育論律之遞降論	劉體
中國古代收繼婚的風俗	董家
社會現象論	卓家
黑格爾的思想歷程	石兆

國立中山大學出版

中山學報

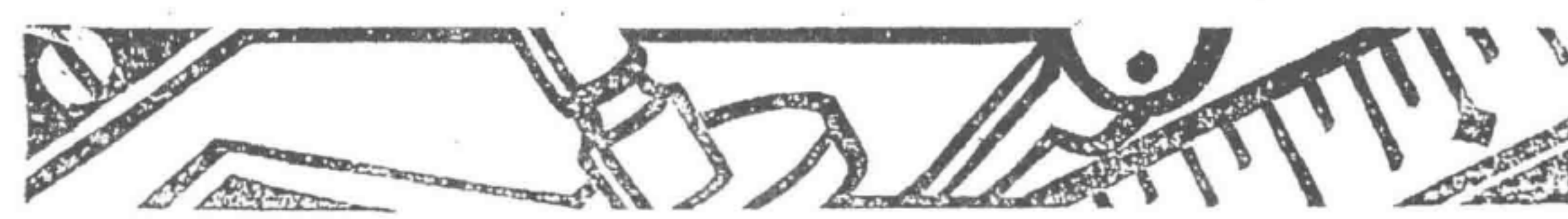
金曾澄



第四期目錄

——中華民國三十一年三月出版

關於典業之回顧問題	薛祀光(一—九)
人格本位的刑罰觀	曾昭瓊(十—十五)
法律解釋之本質	李浩川(十六—二十)
關於夫妻財產制立法上之檢討	余鑫如(二—九)
論民事訴訟之法定代理	張學堯(三十—三十六)
英國議會政治的前途	雷榮珂(三七—四三)
世界大戰中的印度	章導(四四—五三)
現代經濟思想演變之跡象	王亞南(五四—六三)
世界幣制問題	劉耀燊(六四—七九)
中華偉大民族形成之諸種原因	呂復(八十—八四)
原始婚姻形態	胡體乾(八五—九五)
現代生育論律之遞降論	劉集(九六—一二三)
中國古代收繼婚的風俗	董家遵(一二三—一三六)
社會現象論	卓燭(一三七—一四三)
黑格爾的思想歷程	石兆棠(一四三—一五二)



關於典業之回贖問題

薛祀光

今日我國社會上，關於典業回贖之訴訟，所以如此之多，我思其重要之原因，乃以回贖權消滅之後，找貼請求權亦隨之而消滅。若能認為出典人雖已不得請求回贖，仍得依債請求找貼，則關於典業回贖之訴訟，必大可減少矣。蓋在抗戰之前，典價與典物之價值，相差已有二三成之多。今則二者之差，更動在十倍之上。所值萬元左右之田產，僅以千元左右而回贖，不平孰甚！不平則鳴，何怪人民訟爭不休！

記得十九年春，民法物權編立法原則初定時。余即曾在本校社會科與論叢上發表一文，希望立法者注意典期屆滿後，典權人取得典物所有權時，出典人是否仍得依不當得利之原理，請求找貼問題。予以積極之明文規定，以免發生爭執。乃民法第九百二十三條，第九百二十四條，仍與立法原則第十三條相同，並未採納余見。當時猶幸其未設消滅之明文，以爲余見終必有爲判解所採取之一日。不料其後司法院二十二年院字第八六八號之解釋，竟認為出典人並不得請求找貼（三十年院字第二一七五號解釋亦同），適與余見相反。余欲爲文與法規統一解釋委員會諸公商榷者久矣。諸公從前雖或不以余說爲然。今日關於典業回贖之訴訟既如此之多，而回贖權消滅後之不得請求找貼又確係增加回贖訴訟之一個重要原因，事實已暴露解釋之不當。基於事實上之要求。不知統一解釋委員會諸公，對於八六八號解釋，有重加考慮之意否？雖曰「有權解釋」等於立法，應有相當固定性。但素知我國法規統一解釋委員會諸公虛懷若谷，修改解釋，不少前例。敢再陳我說，若亦能如關於拍賣抵押物之解釋，余見終蒙諸公採納，則私衷不勝萬幸焉。

何以余主張典權人因典期之屆滿，而取得典物之所有權者，仍

應發生不當得利之問題？蓋以抗戰時之情形縱應別論，就平時而言，典價亦不過典物價值之七八成。若認為典權人取得典物所有權後，無須負不當得利之責任，則典權人對於其餘二三成之利益，取得乃無須代價，殊無若何理由故也。余思欲維持八六八號解釋，可能之辯解，當不外以下數點：

（一）根本不認為有不當得利之事實。以爲至回贖權消滅時，典物因在典期中使用之自然消耗，其價值應已僅與典價相等。將自然增價部分除開，事實上並無不當得利。就房產而言，此說或亦有理。然田產則應無自然消耗。何況房產亦因典期之長短，其自然消耗之程度有所不同乎？至於典價之僅值典物價值之七八成，此則稍明我國社會上典之實際情形者，當無異言。

（二）以爲此二三成之利益在典權人方面自有其應得之理由。主此說者，殆以質物於當舖之關係推論乎？雖然，當舖因擔當而取得當舖所有權之時，並不發生不當得利。然典權人之權利乃與當舖不同。典權人有使用收益之權，而不得請求利息。當舖得請求利息，而無使用收益之權。滿當之時，所以不發生不當得利關係者，以之抵償質物者回贖時，當舖所本得請求之利息也。典權人則已另有使用收益之權，原不得請求利息。二者顯不能同論。

至或將以典權人會就典物支出費用爲理由。此則若指通常之保存費用而言，回贖之時，典權人原亦不得請求償還。今所有權既已喪失，當無反須以出典人依理本得請求找貼之額，抵填此種費用之理。若指民法九二七條所舉之費用而言，更與此找貼之問題無關矣。蓋原值千元，典八百元，典權人改良典物，所值增至千五百元之情形，所謂找貼者，找貼二百元，並非找貼七百元也。典權人雖會爲改良費用之支出，關於典價與原值相差之二百元，典權人仍無應得之理由。

(三)以爲典權人喪失此二三成之利益乃咎由自取。假若有人欲以此種理由，維持八六八號之解釋，則余敢謂其未免太不知體恤窮人矣。蓋須知回贖乃要物行爲，爲回贖之意恩表示，必須同時爲典價之提出；空言之回贖無效。彼出典人屆期不爲回贖者，一般情形，並非意欲爲回贖權之行使，乃無力爲回贖權之行使。申言之，出典人並非故意不爲回贖，亦非因過失而忘却回贖，乃因窮而無力回贖。若以爲此後出典人即不得再請求找貼，千元之產，以七八百元而回贖，出典人豈非因窮之故，而須忍受二三百元之損失耶？際此抗戰之時，產價飛漲，損失更大。法律上祇有「富生義務」之原則，決無窮負損失之原則。雖事實上，損失常係出典人負擔，法律則決不能承認窮負損失之原則。法律之任務，乃須對於窮人特別加意保護。所謂資本主義國家之法律尚且如此，何況三民主義之法律乎？我國法律上，保護窮人之規定，不知幾許之多。決無於出典人因窮而無力回贖之情形，獨認爲須由窮人負擔損失之理。八六八號解釋之理由若係如此，顯與法律之根本精神相背馳。

或將以爲典期屆滿後，尚有二年猶豫期間。出典人不於此二年內爲典價之籌措，應係有過失。此則不知窮人之艱難。窮人一日所入，供一日之用。一月所入，供一月之用。籌措典價，談何容易？或將以爲他日回贖之能力既無把握，當初何不將產業出賣？無回贖之把握而出典，即係有過失。此則須知向來我國一般人民之心理，皆不願爲田地房屋之出賣。以爲出賣田地房屋，有玷祖先。不然，何至於產業沽賣之習慣如此普遍？更何至於獨於我國社會上產生典之制度？迫不得已而始出典或沽賣，雖無把握，總希望將來有贖回之一日。人們此種心理，應無可厚非。又或將以爲出典後既無力回贖，何不及時將典物所有權出賣於他人，或逕與典權人接洽回贖？此自誤時機。當不能更謂其無過失。設然，若有他人願買，而出典人不賣，固可謂出典人有過失。奈已典之業，一般情形，他人皆不願買受乎！蓋典業回贖之時，關於民法九二七條費用償還等問題，總不免有多少糾紛。按之情理，誰願出錢買糾紛？產業之出典，以鄉間爲多。我國鄉間之習慣，已典之業，甚少有人願買。縱願

買，亦必與典權人預先三方言定。即此可爲明證矣。至謂儘可與典權人接洽回贖，此則民法九百二十六條之規定，典權人祇有按時價買受之權利，並無按時價買受之義務。換言之，買不買，權在典權人。願買而不與其接洽回贖，縱或可謂其有過失。已與其接洽回贖而不買之情形，試問將何以爲說明？又典權人雖願買，而出價甚低之時，豈出典人雖賤價亦須賣於典權人耶？於是縱以此爲理由，亦仍不能使八六八號之解釋，可免虐待窮人之譏。

(四)以爲此乃立法上之缺憾。維持八六八號解釋，各說相較，當以此說爲最能博得同情。然，民法九二三條，九二四條未採納余見，對於出典人之找貼請求權未予明文規定，致解釋發生誤會，立法之注意固有欠周到。然若以爲此解釋之不當，遂完全可廢置於立法上之缺憾，余則仍不以爲然。蓋民法九二三條，九二四條，不過對於出典人之找貼請求權，無積極之明文而已，但亦無消極之明文。解爲出典人仍得請求找貼，祇須別有法條可據，決非民法九二三條，九二四條之所不許也。應不能謂民法九二三條，九二四條無積極之明文，遂絕不得爲積極之解釋。請問統一解釋委員會諸公，尙記得二十年院字第四三四號解釋否？清理不動產典當辦法第八條亦僅稱「業主屆期不贖，應與典立過戶投稅」，何嘗如同辦法第三條之有「准原業主向典主告找作絕」字樣？若謂無積極之明文，即不得爲積極之解釋，何以四三四號解釋稱「業主於過戶投稅後，仍得告找作絕」？關於清理不動產典當辦法上之出典，既可如此解釋，何以關於民法上之出典，又不可如此解釋耶？二者之無積極之明文一也，一可，一不可，應無理由。何況關於此時出典人之找貼請求權，民法九二三條，九二四條雖無積極之明文。採取積極之解釋，在民法上尙別有法條可據乎？祇須有法條可據，不必祇於民法物權編典章之法條也。以下請更就余說之積極的根據申述之。

余說之積極的根據，乃以當事人雖係直接基於法律之規定而取得某種權利者，受益仍未必概有「法律上之原因」。彼因時效之規定而取得權利，及因民法七九七條，七九八條之規定而取得枝根果實者，受益固係有「法律上之原因」，典權人因民法九二三條，九

二四條之規定，而取得典物之所有權者，則與因添附之規定而取得權利同，受益並無「法律上之原因」。所謂「法律上之原因」云者，決非作取得權利之原因事實解也。典權人此時之取得典物之所有權，既無「法律上之原因」，於是依民法一七九條之規定，典權人自應負不當得利之責任矣。

何以謂典權人因民法九二三條，九二四條之規定，而取得典物之所有權者，其受益尚並無「法律上之原因」？此則以法律直接規定由一方當事人取得某種權利者，或僅有使一方當事人取得權利之理由，或更有使他方當事人忍受損失之理由，必須更須使他方當事人忍受損失之理由者，取得權利之受益始係有「法律上之原因」。彼依時效之規定而取得權利者，乃因他方自己怠於權利之行使，權利之喪失，可謂其咎由自取。隣人依民法七九七條，七九八條之規定而取得枝根果實者，乃因越界之樹木，多少必會有妨害隣人。故二者均有使他方忍受損失之理由。依添附之規定而取得權利者，則不過以其有關係，諸多不便，法律因而認為一人之所有。此顯僅有使一方取得權利之理由也。典權人依民法九二三條，九二四條之規定而取得典物之所有權者亦然。典權制度有碍於物之經濟上之發展，不宜任典權與所有權並存太久。基於此點，法律固有使典權人取得典物所有權之理由。然千元之產，因此遂以七八百元而歸業，出典人並非怠於權利之行使，乃因窮而無力為權利之行使。此二三百元不足之價，法律殊無使出典人犧牲之理由也。不但就出典人方面而言，法律無此理由。就典權人方面而言，法律應亦無使典權人僅以七八百元之典價，即斷受千元之產業，無須補回二三百元於出典人之理由。一方便宜二三百元，一方犧牲二三百元。一得一失，二者顯均無法律原理上正當之根據。故余謂此時典權人之典物所有權之取得，其受益並無「法律上之原因」。

更申言之，民法九二三條，九二四條之立法，乃基於物盡其用之原則。蓋以典物隨時有被贖回之處，典權人不能充分利用，充分改良故也。於是該二條表面雖規定由典權人取得典物之所有權，實則惟使典權人取得典物之所有權，嗣後無被贖回之危險，自己之

物可以充分利用，充分改良，乃其目的。換言之，使典權人取得典物之所有權者，並非為典權人之利益也，乃為使物得盡其用之公益的利益。明乎此點，當可知法律僅有使典權人取得典物所有權之意思——僅有使典權人取得權利之意思，並無使典權人取得利益之意思矣。又該二條之立法雖係基於物盡其用之原則，公平正義更係法律上一個重要之原則。千元之產，以七八百元而歸業，顯失公平也。為使物盡其用起見，原祇須使典權人取得典物之所有權足矣，並無更使典權人得以七八百元斷受之必要。物盡其用之原則並不排除公平正義之原則，烏可不顧及公平正義耶？明乎此第二點，當更可知法律僅有使典權人取得典物所有權之理由，並無使出典人犧牲此二三百元不足之價之理由矣。

既無「法律上之原因」，於是依照民法一七九條之規定，典權人當然即應負不當得利之責任。應不能因民法關於此點，並無如添附之情形，更特別設有明文，遂謂祇許作消權之解釋。民法一六條，性質上僅係一種注意之規定而已。注意之規定，有國更好，缺亦無妨。民法關於典權人取得典物所有權之情形，雖無與此同樣之規定，解釋仍無須躊躇也。何況近代法律之所以就不當得利設一般之規定者，其目的即欲以之普遍的調濟法律上一切之不公平乎？既應認為成立不當得利關係，則以典權已因混同而消滅之故，此後之所有權已非從前之所有權，利益之返還，當然祇有依價找貼之一途。故余謂應得依不當得利之原理，依價請求找貼。彼三二七五號解釋稱法律關於不許回贖之典，並無仍得告找之規定者，殆其視野僅局限於民法物權編典權章之條文乎？

依上所述，已可知一切理由，均不足以維持八六八號之解釋矣。或尚有懷疑者，請更補陳數言。我國一般學者，關於典權之性質，所見雖均與余不同。僅謂出典人出典之動機，與抵押並無二致。及謂一方付出金錢於他方之時，以設定典權之方法，典權人亦可與抵押權人同獲得收回金錢之安全。學者想必均無異詞。於是若認為典權人因混同而取得典物所有權之時，無須負找貼之責任，余思實錢者為避免民法關於抵押權所設八七三條二項之禁止規定，必將不

設定抵押關係，而設定典與租賃之二重關係矣——借錢者出典於貸錢者，貸錢者又復出租於借錢者。因此，八七三條二項之規定，事實上將完全失去其效用，此豈立法之意思耶？雖關於八七三條二項尚有其他說法之方，「有權解釋」當不宜自替脫法行為開方便之門。

或曰今日關於典業回贖之訴訟，所以如此之多，完全因為抗戰時產價飛漲，雙方爭執者，實乃土地自然增價之利益。土地自然增價之利益，歸之於典權人固不可，歸之於出典人亦不可。合理之解決，惟有從速施行土地增價稅，將土地自然增價之利益，歸於國家。土地增價稅施行之後，關於典業回贖之訴訟自然減少矣。當然，希望土地增價稅之能早日施行，俾得合理的解決土地自然增價之利益歸屬問題，余亦同見。此所以典價七八百元之產業，典價與該產業現值之差已有八九千元之鉅，余在本文上仍僅就二三百元之不當得利而為立論也。此二三百元，乃原價之不足，並非增價，不能與自然增價部分同論。然縱就自然增價部分而言，土地增價稅之施行，亦不過可以緩和減少因此所生關於典業回贖之訴訟而已。基於此種原因之典業回贖之訴訟並非即可絕跡。蓋以土地自然增價之利益，依照土地法第三百零九條之規定，並非按其全額徵收，而土地增價稅施行之前已斷業者，不能溯及的徵收故也。東復欲以土地增價稅之施行，緩和減少關於典業回贖之訴訟，則必須就典權人因典期之屆滿，而取得典物所有權之情形，如何徵收增價稅，增價稅向何人徵收，另為明文規定。否則，如土地法者，因關於此種情形無特別之明文，勢須準用同法二八八條、三〇五條關於絕賣之規定，將反更暴露不得依現值請求找貼之不當矣。

二

前節所論，乃假定已不能回贖時如何調濟不公平，俾得可以減少關於典業回贖之訴訟而已。茲更進而研究回贖權之存滅問題。即何種情形，始應認為出典人已不得回贖；何種情形，應認為出典人

仍得回贖？無論出典人事實上所爭者，是否係找貼問題。表面上所提出者，則多係關於回贖權之訴訟。關於回贖權之存滅問題，應更有研究之必要。不幸，關於此問題，余見又復與司法院之解釋不同。以下擇其要者，披陳我見；私衷亦望法規統一解釋委員會諸公能予虛懷採納也。

(一)典權設定於民法物權編施行以前者 此原可又分為設定於清理不動產典當辦法施行以前及施行以後之二種。關於前者，司法院院字第一四一三號，第一九七六號之解釋，雖與前大理院統字第一六四一號之解釋稍有出入，理論上究以何者為合，不無疑問。然所差者，不過三年之猶豫期間問題，擬置不論。關於後者，則司法院三十年院字第二一三五號之解釋，余以為應尚有斟酌之餘地。

該號解釋稱：「……回贖權在民法物權編施行前，已依舊法規消滅者，不能因民法物權編之施行而回復。清理不動產典當辦法施行後，民法物權編施行前，設定典權者，依該辦法第八條規定，務須約定不逾十年之期限。未約定期限者，按諸同條之本旨，僅得於出典後十年內隨時回贖……原呈所稱未定期限之典權，既為民國六年所設定，則至民國十六年，出典人之回贖權已因十年屆滿而消滅，自無援用嗣後施行之民法物權編回贖典物之餘地」。當然，其謂清理不動產典當辦法第八條之本旨，對於未定期限之典權，亦限其於出典後十年內回贖，及謂民法物權編施行前回贖權已消滅之典業，不能於民法物權編施行後，又依民法之規定主張回贖，余亦完全同見。以為有須斟酌者，乃民國六年所設未定期限之典權，至民國十六年，是否可概認為出典人之回贖權已因十年屆滿而消滅？換言之，民法物權編施行前，清理不動產典當辦法施行後所設定之典權，是否可概認為必須於出典後十年內回贖；一屆十年不贖，是否即概應作絕？蓋清理不動產典當辦法除第八條之外，更設有第九條之規定，第九條乃稱「本辦法所定各節，各省已有單行章程或習慣者，仍依其章程或習慣辦理」。依習慣辦理，則我國各省之習慣，典業或並非十年不贖即作絕也。該號解釋，僅依第八條之本旨而為說明，對於第九條並無片言提及，想必非忘却第八條之外，

更有第九條之規定。依余推測，解釋之意思殆以爲彼典業六十年方作絕或永不絕之習慣，有害於國家社會之利益，欠缺習慣法所必須具備之要件，根本不成立習慣法乎？解釋之意思若固如此，確有相當見地。惟衡公私之利益，與其認爲六十年方絕，或永不絕，確不若認爲十年即作絕也。法律之任務，對於公益之保護，較之私益之保護，更爲重要。然余思若有折衷之方法，能兼顧到公私雙方之利益，豈非更勝乎？夫典業六十年方絕，或永不絕，固有有害於公益之利益。典業不限於十年即作絕，尚並無害於公益之利益也。此証之於民法第九百二十四條，第九百二十四條，及清理不動產典當辦法第三條之規定明甚。清理不動產典當辦法若固以爲典權之存續超過三十年，即有害公益之利益，何以該辦法第三條又僅規定惟於該辦法施行時，出典已滿三十年者，始須於該辦法施行後三年內回贖耶？於是就該習慣之積極的內容而言，固係違反習慣法所必須具有之性質。若僅就其否認典權限於十年作絕之消極的內容而言，則與習慣法之性質並無相背。關於其積極的內容，我人固不能認其有習慣法之效力。關於其消極的內容，則我人應仍可承認其得成立習慣法也。祇須對於消極的內容方面，承認其有習慣法之效力，遂即可排除清理不動產典當辦法第八條之適用矣。排除之後，依民法第九百二十四條之規定，定其回贖權之消滅時期。如此，豈非既可有害於公益之利益，又可顧及私之利益耶？能顧及公益而不顧私益，雖勝於僅顧私益而不顧公益。今既能公私兼顧，當然更勝於僅顧公益而不顧私益。法律雖有於公益所要求之範圍內，犧牲私益之理由，但仍不宜超出公益所要求之程度，過分的犧牲個人之私益。此余之所以關於此問題，對於司法院之解釋仍持異見也。且民國四年時之所以頒佈清理不動產典當辦法者，徵之於從前大理院解釋之說明，及顧名思義，原以戶部則例上典產十年不贖即作絕之規定（例外的，民典典產二十年），與習慣不符，引起民間之糾紛極多，不得不另定清理之辦法，對於依戶部則例原已出業者，仍許其回贖。若謂清理不動產典當辦法關於該辦法施行後所設定之典權，仍欲絕對的維持十年不贖即作絕之原則，對於習慣絕對不讓步，莫說對於該辦法第九條未就第

八條之情形爲除外之規定，無以爲說明。該辦法一方面既承認舊法之不當，一方面若又復自蹈舊法之覆轍，立法當亦無如此自相矛盾之理。何況証之於該辦法第三條並不以已滿十年者爲標準，而以已滿三十年者爲標準，該辦法尊重習慣之結果，將十年之期限延長至三十年，並非欲絕對的維持十年不贖即作絕之原則者，更明若觀火乎？於是余說不但可兼顧公私之利益，且必須依余說，始克與該辦法之立法意旨相符。更復典權之設定於清理不動產典當辦法施行以前，及設定於民法物權編施行以後者，既均得於出典後三十年內回贖。若對於典權之設定於清理不動產典當辦法施行以後，民法物權編施行以前者，不依余說認爲得於出典後三十年內回贖，獨對於此中間一段時期之出典，嚴格的限其十年不贖即作絕，與前後之出典相較，未免太不公允矣。

或謂民國六年之出典，若認爲至民國十六年並不絕，必須依清理不動產典當辦法，仍有絕業之期，且其絕業之期合於公益之目的始可。否則，不俟民法之施行，於民國十六年之時，爲顧公益起見，即已不得不適用該辦法第八條之規定，而認爲絕產矣。烏得於民法施行之後，重回復其回贖權耶？然依余所見，民國六年之出典，認爲至民國十六年尚不絕之結果，並非依該辦法，即無法更定絕業之期，或其絕業之期即不合於公益之目的。乃依該辦法，亦應解爲須於三十年內回贖也。蓋該辦法第二條原依六十年方成絕產之習慣，稱未滿六十年者概准回贖。而第三條復稱已滿三十年者，概須於辦法施行後三年內回贖，不任其存續六十年，僅予以三年之猶豫期間。是該辦法之清理舊典業，顯非對於習慣完全讓步，仍以三十年爲一種限制之標準矣。該辦法之清理舊典業，原以習慣爲其出發點。乃其清理之方，仍不完全依照習慣，對於已滿三十年者，仍僅予以三年之猶豫期間，概限令回贖。於是對於該辦法施行後所新設之典權，該辦法之態度，雖以不應再蹈舊法之覆轍之故，於有習慣之情形，不仍限其十年不贖即作絕。但其對於習慣之讓步，亦必同以三十年爲限度。應不待言，此余之所以既謂依該辦法，典產並非一屆十年不贖，即概作絕，又謂依該辦法，十年未絕之典產仍必須於

三十年內回贖也。既在該辦法上，典產十年不絕者，仍必須於三十年內回贖，是適用該辦法第九條之後，關於典產何時方絕之問題，依該辦法，亦並不發生不合於公益之結果。在民法物權編未施行之前，即已應如余之解釋。余說應無對於民法施行前已絕之產，於民法施行後，重以民法之規定，回復其回贖權之嫌矣。余之主張應依民法九二四條之規定，定其回贖權之消滅時期者，乃以未定有期限之典權，在民法物權編施行時，尚未成為絕產者，依民法物權編施行法，嗣後概須依民法物權編之規定，定其效力故也。

關於在民法物權編施行前，清理不動產典當辦法施行後所設定未定有期限之典權，余之意見，已如上述。請更就於此時期內所設定定有期限之典權，附加一言。依余上述之意見而為推論，則於此時期內，設定十年以上，三十年以下之典權，應亦非無效矣。

(二)典權設定於民法物權編施行以後者 關於典權之設定於民法物權編施行以後者，其應研究之點，乃在於何者始係定有期限之典權，何者仍係未定有期限之典權。蓋認為係定有期限之典權與否，回贖權之消滅時期，遂有差異故也。典契上絕無提及年限之字樣者，其係未定有期限之典權，自無疑義。發生問題者，厥惟契載幾年後准原主備價取贖，及上繼寫明典期幾年之情形。

司法院院字第一八二〇號之解釋，乃以為後者即係定有期限之典權。下級法院之判例，更有認為前者亦係定有期限之典權者。余則以為縱就後者而言，一般情形，亦仍應認為係未定有期限之典權。此點，司法院之解釋，表面上，似絕無可以指摘之餘地，何以余又持異見耶？蓋以一解釋意思表示。應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法經有明文規定。如何探求當事人之真意，應以習慣為其最重要之依據。習慣乃多數人之同樣行為長時間的累積而成。人類具有模倣性，解為當事人之意思與習慣同者，當最能合於當事人之真意故也。我國向來之習慣，約定典幾年者，不過於年份未到之前，原業主不得回贖而已。年份已到之後，原業主何時為回贖，則並無限制。民法上所稱典權之期限或典期之性質乃不同。既以之限制回贖之始期，又以之限制回贖之終期。申言之，既以

之限制出典人須至何時始得回贖，又復以之限制出典人一至何時之後，即不得為回贖。例如定為五年之典期者，出典人不但不得於未滿五年之前為回贖。且五年更加二年之猶豫期間，一屆七年之後，所有權即歸消滅，出典人又復不得回贖，習慣上所稱之典期，僅具有民法上所稱之典期之第一點意義而已。一般契上所寫之典期，並非民法上所稱之典期，乃係習慣上所稱之典期。若以為契上既寫典期幾年，遂解為即係民法上所稱之典期，此乃拘泥於辭句之解釋也。不合於當事人之真意，應為民法九八條之所不許。故余謂契上縱經寫明典期幾年者，一般情形，仍應認為係未定有期限之典權。契上經寫明典期幾年者，尚且係未定有期限之典權。契上僅寫幾年後准原業主備價取贖者，自更不待言矣。既認為係未定有期限之典權。除關於回贖之開始時期，當事人間另有訂定，不適用民法九二四條本文外，關於回贖權之消滅時期，自應適用同條但書之規定。典權設定於民法物權編施行之後者，迄今尚未滿三十年，於是應概得回贖。

當然，以上余說，乃以習慣上典期之意義，確係僅指回贖之始期而言，當事人間約定有回贖之始期者，不能即認為係民法上所稱定有期限之典權，及民法九二四條本文，性質上並非強行法規。為前提。若習慣上所稱之典期，亦並非僅有限制回贖始期之意義，習慣上所稱典期之意義，與民法上所稱典期之意義並非不同者，則契上既寫典期幾年，自無法更解為在民法上仍係未定有期限之典權。又若祇須當事人間關於回贖之始期經有約定，即係民法上所稱定有期限之典權者，則契上寫典期幾年，縱僅有習慣上之意義，亦係民法上定有期限之典權矣。余說將均不能成立。至於民法九二四條本文若非任意法規，則解為未定有期限之典權，關於回贖之始期，違反當事人之意思，余說亦將仍不可取。關於此數點前提問題，應猶有申論之必要。

關於習慣上典期之意義是否僅係回贖始期之問題，若查閱司法習慣調查報告錄，民事習慣大全，台灣私法與其附錄之台灣習慣調查報告，及南滿州鐵道會社所出版之滿洲典契習慣調查報告（？）

等書，想必有相當資料，可資佐證。惜以上諸書，抗戰後，余已完全喪失。至惟有就從前大理院院字第一六二五號解釋所稱「我國向來有六十年方成絕產之習慣」一語推論之。習慣上，與產作絕之時期既須六十年，於是與期在習慣上若亦具有限制回贖終期之作用——換言之，在習慣上，若亦以與期為標準，定與產作絕之時期者，則與期應須為六十年始可，決不能僅寫數年或一二十年。但事實上我國一般典契，其所寫之與期，均以數年或一二十年為多。此顯可證明在習慣上，乃認為與期與產作絕之時期無關矣。所謂六十年方成絕產之習慣，誠如從前大理院解釋之所云，乃清理不產產當辦法第二條 第三條立法根據之所在，決不容我人否認。既認為有六十年方成絕產之習慣，當然不能相矛盾的，又認為典產之作絕時則在習慣上亦係依與期而定。故余謂習慣上與期之意義乃僅係回贖之始期。

關於當事人僅約定回贖之始期者，是否即應認為民法上所稱定有期限之典權問題，此則因民法上所稱與期，其有限制回贖終期之作用，九二三條已有明文規定，民法上所稱之與期並非僅係回贖之始期，乃無疑義。有待研討者，厥惟回贖終期與當事人所定之回贖始期間之距離，法律是否有必須一律的限制於一定年限之理由。若果有此理由，則當事人祇須約定回贖之始期，法律即應就其始期，加以一定之年限，定其終期，固祇須當事人間約定有回贖之始期者，即係民法上所稱定有期限之典權矣。然余以為法律殊無將回贖終期與當事人所定之回贖始期間之距離，必須一律的限制於二年之理由。蓋回贖終期與回贖始期間之距離，果若必須限於二年，何以民法九二四條之情形，法律又許其距離有三十年之長耶？縱謂當事人自定有回贖之始期者不能同論，亦須知回贖始期未必由出典人估計其自己之回贖能力而定。莫說窮人事實上常無契約之自由。如果回贖始期得純由出典人基於自己之便利而定，則不約定回贖始期，對於出典人豈非更為便利耶？事實上，回贖之始期乃常係基於典權人之需要而定。典權人對於典物需要五年之用益者，則定期回贖始期於滿五年之時。需要十年之用益者，則定為滿十年之時。典權人不需

要用益典物之時，未必即係出典人有回贖能力之時也。回贖始期既非由出典人估計其自己之回贖能力而定，於是雖曰典期之長期存續有碍於物之經濟上之發展，法律希望其早日消滅，應亦不能與九二四條之情形，懸殊如此之甚。對於當事人自定有回贖始期者，概限令其必須於始期屆到後二年內回贖。實則法律基於典權之長期存續有碍於物之經濟上發展之理由，祇應以典權發生之時為起點，定其回贖權之消滅時期，不應以當事人所定回贖之始期為標準，定其回贖權之消滅時期。將回贖終期與回贖始期間之距離，一律限於二年之結果，則五年之典，七年即絕，三年之典，五年即絕，一年之典，三年即絕，公益上，決無犧牲出典人之利益至於斯極之必要也。至若就典權人方面而言，則限制回贖之始期與限制回贖之終期，關係基於二個不同之目的。前者基於典物用益之目的，後者基於典物所有權取得之目的，二者間毫無牽連關係。法律隨回贖之始期，定回贖之終期，一律的僅予以極短期間之距離，當更無理山可言矣。依上所述，可知當事人所約定者若僅係回贖之始期，並非祇須一律的加以二年之期限，即可以之為回贖之終期。當事人所定之回贖始期，並無即得依之為限制回贖終期之標準之理由。於是當事人間僅約定回贖之始期者，顯不能即認為民法上所稱定有期限之典權矣。

關於民法九二四條本文是否係強行法規之問題，余乃以為凡屬強行法規，均有其必須強行之理由。某個法規是否係強行法規，即係視其有無強行之理由而為認定。民法九二四條本文並無必須強行之理由，應非強行法規。蓋約定出典人必須於出典滿五年或滿十年之後，始得為回贖，法律並無何種必須加以禁止之公的理山也。或可謂約定有回贖之始期者，使典權人就典物之用益，得考慮一定之計劃，安心為典物之改良，反與發展物之效用之目的相符。何況法律原並非絕對不許當事人為回贖始期之約定，烏得獨於當事人無限制回贖終期之意思之時，不許當事人僅為回贖始期之約定耶？已如上述，限制回贖之始期與限制回贖之終期，乃基於二個不同之目的，二者間性質上並無牽連關係也。但典權對於典權人，在經濟上乃兼具有三點意義：（一）用益，（二）担保——但非如抵押權，質

種所有換價作用之担保，惟出典人若欲收回典物，必須備價取贖，其担保之意義乃僅與日本民法上所規定之留置權同，且又如德國民法上及我國從前民律草案上所規定之「土地債務」，並非另有債權，（三）典物所有權之取得。此三點意義，法律原許當事人有所偏重。民法九二四條之情形，當事人之意思，顯僅以担保為主，用益與取得均次之。九二三條之情形，雖有謂其三者並重。然典期長者，當事人之意思，究係偏重於用益之作用。典期短者，仍係偏重於取得之作用。今當事人間關於回贖之終期，並無限制之意思，惟對於回贖之始期經有約定者，乃於担保之目的之外，兼着重於用益之目的，不過又係另一種情形之意義偏重而已。其他情形之意義偏重，既為法律之所許，法律應無獨對於此種情形之意義偏重，加以禁止之理由。依上所述，法律既無禁止當事人就九二四條本文另為不同約定之理由，於是九二四條本文應非強行法規矣。

基於上述第一個前提問題之結論，習慣上典期之意義既僅係回贖之始期。於是依習慣，解釋當事人之意思表示，如上寫典期幾年者，應亦僅係約定回贖之始期而已。又基於上述第二個前提問題之結論，當事人間僅約定回贖之始期者，既尚不能即認為民法上所稱定有期限之典權。於是契上寫典期幾年者，應尚非民法上所稱定有期限之典權矣。更復基於上述第三個前提問題之結論，九二四條本文非強行法規，民法上所稱未定有期限之典權，關於回贖之始期，既仍許當事人另為與九二四條本文所定不同之約定。因此，民法上所稱未定有期限之典權，並非限於關於任何種期限均無約定者。僅約定有回贖之始期者，亦仍係民法上所稱未定有期限之典權之一種。於是契上寫典期幾年者，應可視為民法上所稱未定有期限之典權矣。既非民法上所稱定有期限之典權，而係民法上所稱未定有期限之典權，於是關於回贖權之消滅時期，自並非適用九二三條二項，而係適用九二四條但書之規定矣。五年之典並非七年即絕，三年之典並非五年即絕，一年之典更非三年即絕，乃概得於出典後三十年內回贖。

余思五年之典，七年即絕，三年之典，五年即絕，一年之典，

三年即絕，若非出於出典人之自願者，對於出典人有失過酷，誰亦同感。初或惑於法律上無法排除九二三條二項之適用耳。今余既提出依習慣解釋意思表示之方法，以為挽救，依習慣解釋意思表示原為民法之所命，於是余說想可博得法規統一解釋委員會諸公之贊同也。至若謂關於典期，民法上已有一定之意義，是否仍得依習慣定典期之意義，及謂既已有一種期限之約定，條文文字上，是否仍許我人解為係未定有期限之典權，關於此二點則並無躊躇之必要。關於前者，契上之用語，為法律上所有者，並非概宜予該用語以法律上所定之意義。我國民間之契據，往往典押不分。稱典為押者有之，稱押為典者亦有之。稱典，不能遽解為民法上之典。稱押，不能遽解為民法上之抵押。同一道理，稱典期，亦不能遽解為即係民法上所稱之典期。依習慣解釋當事人之意思表示者，祇須該習慣之內容不違反強行法規及公序良俗足矣。僅以回贖始期之意義，約定典期，並無違反強行法規及公序良俗也。何況最高法院某次民庭庭長決議錄中亦稱關於清理不動產典當辦法第八條所規定不滿十年之典當，當事人所約定該不滿十年之期限乃係係回贖之始期。事實上，該不滿十年之期限，當事人之契上亦以寫為典期者為多。於是將典期之意義，解為或僅係回贖之始期，應可謂法規統一解釋委員會諸公中原亦有回具此見者，決非余所獨樹之異說也。關於後者，法律上一個概念，前後異其涵義之範圍者，其例甚多，解釋決無強同之必要也。甲處如此解釋妥當，則如此解釋。乙處如彼解釋妥當，仍不妨另為如彼解釋。法律學者固應努力於同一觀念之意義之統一。但不能統一之時，個別的分為妥當之解釋，亦係法律學者正當之態度。當事人間僅以回贖之始期，約定典期者，若即解為係定有期限之典期，已如前述，其適用之結果，乃超出公的目的所要求之範圍，過分的犧牲當事人之利益，顯不妥當。故在民法總則上，始期雖即為期限之一種，但關於九二三條九二四條之解釋，當事人僅約定回贖之始期者，仍應解為係未定有期限之典權。

惟余說既以依習慣解釋意思表示之方法，認為典契上寫明典期幾年者，仍係未定有期限之典權。於是余說之適用，自應有其一定

之限度。例如契上寫明五年，期滿限於三年內回贖者，其非僅以該五年為回贖之始期，當事人之意思已無可置疑。當然更不能依習慣仍解為係未定有期限之典權。又如上寫典期五年，期滿不贖即作絕者，五年之典附此條款，雖非法之所許，但仍應認為有以該期限限制回贖終期之意思，應祇能於七年內回贖，並非於三十年內得回贖也。至於上寫典期五年，期滿後限於三年內回贖者，此則既非適用九二三條二項之規定，七年即作絕，亦非適用九二四條，但得之規定，於三年內得為回贖，乃須依契之所定。希讀者勿誤會焉。

二

以上二節所述，雖一係關於回贖權消滅後之找貼問題，一係關於回贖權之存滅問題。實則二者均係關於典權之取得性上之問題。我國一般學者，於說明典權之性質之時，均僅認典權為用益物權之一種，不認為典權更有取得性。於說明典權之效力之時，又復有太過認典權之取得性之嫌。恰與余見相反。前者，余已於十九年夏本校科學社會論叢法律專號上專文論之。本篇特更提出後者。本篇之目的，非僅希望司法院之修改解釋而已。因典權乃我國固有之法律制度，無外國之學說可以介紹了事，雖願我人自力繁荒。當然，聖荒立即成為沃壤，勢所難能。拋磚引玉，俾得關於典權之研究，更有所開發，實余之尤所深望焉。

夫若如前大理院解釋之所云，我國向來之習慣，典權乃六十年方絕，是成文法顯加強與強之取得性矣。若以為我國向來之習慣，典權乃永不絕，則習慣上之典權更原無取得性，典權之取得性為成文法之所特別規定者矣。當然，成文法之所以特別規定或加強典權

之取得性者，乃基於公益上之理由。自不許我人於成文法上之典權外，更仍承認上述習慣法上之典權。凡屬典權，必須有成文法上所規定之得性。然習慣乃歷史之產物，欲完全消滅習慣所遺留於人民之法律觀念上之影響，決非一朝一夕之功。一個新的法律制度，使人民依法律之規定而為學習，雖非不可能。已有習慣，成文法之規定與習慣不符者，人民所知者為習慣，添民以為所應遵從者亦為習慣，最短期限內，欲人民完全捨棄習慣而依成文法，則大難矣。一方面既欲貫徹法律之目的，他方面又須保持法律之尊嚴，發揮法律之作用，此必須有賴於法律學者之努力。法律學者於此時必須力謀以解釋之方法，使成文法之內容，俾得與習慣稍減距離。不然，其結果恐將立者自立，行者自行，成文法完全失去支配人民法律生活之效用。且因成文法之規定，反將引起人民之糾紛。不但無效用，且反有弊害。其非國家立法之意思也明也。

然何謂以解釋之方法，使成文法之內容，俾得與習慣稍減距離？第一，解釋之時，應須先研究該成文法之規定所以與習慣不同之理由。成文法若係基於公益的必要，因而其規定與習慣不同者，則在該公益的必要之範圍內，固應將習慣完全棄置不顧，免失法律推進社會之效。但必須注意該公益的理由所要求之程度，超出公益的必要之範圍，過分的完全抹殺人民固有之法律觀念，使成文法之內容，為人民所難能接受，則仍嫌未當。所謂使成文法之內容與習慣稍減距離者，即於國家社會之利益所許可之範圍內，尊重人民固有之法律觀念之意也。然此點實為立法與解釋所均應努力之共同目標。解釋對於此目標之努力，則更有其性質上之限制。故第二，仍必須覓求法律上之根據。以上二節所述，即係基於此種立基也。

人格本位的刑罰觀

會昭瓊

在刑罰理論中，古典學派與實証學派之論爭，將是永恆的？抑可能形成統一的理念？這雖不敢斷言，但直到現時止，尚未發現新的妥協點，却是事實。在古典學派，固守應報刑論的立場，愈益強調其害惡刑與痛苦刑的主張；而實証學派，則一方批判古典學派的應報刑論，他方則建立一己的目的刑論，今且更進一步，由李斯特（V. Liszt）的改善主義，發展為李模滿（M. Lohmann）所主張的教育刑論。

實証學派不僅在理論上，堅持刑罰本質，在於教育犯人之說，且為使其理論之實踐，成為可能，而主張刑罰個別化技術化倫理化，由於刑罰之個別化，使刑罰自適，或為適於教育犯人之手段；由於刑罰之技術化行刑之倫理化，使犯人能情由乎衷而自覺地努於人格的復興，於以完成刑罰之教育的任務，然則，所謂教育刑之根本理念，要不外運用痛苦犯人人格的刑罰，及適乎犯人人格的行刑方法，以完成犯人人格的教育，使犯人能在社會中，重新營建全的社會共同生活，由之而防止犯罪之發生，實言之，實証學派之教育刑論，即即以犯人人格為本位的刑罰論。

實証學派不獨批判古典學派之應報刑論，同時，逐漸形成以犯人人格為本位的教育刑論，然則彼輩究何所據而云然？換言之，其與古典學派之刑罰理論，究因何而有根本的差異？又其所主張的人格本位的教育刑論之內容如何？本文將以此二者為範圍，作一簡括的考察。

一

法律法律學是為人類而存在的，羅馬法學家似乎早就如此認識

了，刑法為法律，刑法學為法律學之一部門，其為人類而存在，自屬當然。如其說，法律上的人，可分為適法行為人違法行為人，以及為防護法律而鬥爭的人，那末，刑法刑法學上的人，正是違法行為人即犯人，雖則除犯人而外，尚有因犯罪行為而受侵害的被害人，乃至加犯人刑罰的人，但在刑法體系中，仍以犯人為其基本概念的前提，然則對於犯人之理解如何，實足以決定刑罰理論之內容，古典學派與實証學派在刑罰論中的論爭，蓋亦在是。

茲先考察古典學派對於犯人之理解：

古典學派以為人類乃自由意思之主體，所謂自由意思，即得由自己能由自己為意思決定之意，個人既有不受其他條件支配，而為意思決定之自由，且有決定意思之能力，自應為合乎規範的行為，若竟敢為反規範的行為，自有受道義的規範的非難之可能，此其說，在古典學派中的伯加利（C. Beccaria）康德（Kant）之理論中，尚未大明，至費爾巴哈（Fenelbach）之心理強制說，遂乃顯露，費氏之說，人類之所以為人類，以有諸種慾望故，若無慾，則人類將成為不行動之死骸，人類既有種種慾望以刺激之，彼將為求慾望之滿足而力行行為，以避免慾望不能滿足之痛苦，然若慾望滿足之後，即有痛苦隨之，彼將就慾望不能滿足時所必受之痛苦，以與因慾望滿足之痛苦相抵，兩者相權衡，如後者之痛苦，大於前者，彼將壓抑其追求一定慾望之動機，以免因得小快樂而受大痛苦；如後者之痛苦，小於前者，則彼將甘受小痛苦而追求大快樂，因而努力行為，故刑法如對於一定之犯罪，科以相當重刑，則人將懷然於犯罪（一定慾望之滿足）後，所必受之痛苦（刑罰），而斷念於犯罪，要之，費氏觀念中的犯人，蓋能就快樂與痛苦之分際，得為理性判斷，於以決定其行動之人。

古典學派之犯人觀，大抵如費氏之所見，且以之為基礎而展開其在刑罰論上之主張。

彼輩以爲犯人既有平等自由意思爲共通的特點，則犯案行爲較之犯人自身，在刑罰論上，更有被重視的價值，故認犯罪行爲，雖犯人而獨立，亦有其意義，從而，刑罰之重點，亦置之於犯罪行爲之上，刑罰之分量及範圍，亦應比照於其犯罪行爲所生實害之大小而量定（行爲主義現實主義實害主義）又國家既因其犯罪行爲，根據法律之所定，而科之以罰，則刑罰不外係其犯罪行爲之結果，換言之，刑罰係以犯罪爲原因所附與犯人之應報，而刑罰自儘之意義及目的，亦盡於其爲應報之一點，除應報外，不應有其他目的，關於此，康德之說，最爲徹底，氏以爲對犯人科刑，以其爲犯與行爲故，捨此而外，絕不許以之爲促進犯人向上之手段而被使用，刑罰純係犯罪行爲之應報，爲應報犯人之犯罪而科刑，乃是一絕對的命令，亦即所以尊重犯人之人格，從氏之說，則殺人者死，淫人者宮，蓋即所以尊重犯人也，惟氏之說，由於其他學者以種種形式而被緩和修正，例如費爾巴哈則主張刑法之規定刑罰，與刑罰之執行，應各別觀察，前者之目的，在於威嚇；而後者之目的，在使法定刑生效，因之，古典學派之刑罰絕對論，亦加上了目的的要索，但其理論的基礎，仍置於自由意思之假想上，而刑罰之本質，仍是應報。

復次，古典學派以爲法律之規定刑罰，一方以防止國家之擅斷；他方即所以保障個人之自由，個人基於自由意思而行理性判斷，更從其判斷而爲行爲，則其行爲如侵害他人權益，致構成犯罪時，國家祇須根據法律之規定，對之宣告刑罰已足，此外不負任何義務，實言之，古典學派以爲國家與犯人間之關係，因有犯罪而發生，因有刑罰之宣告而終止，蓋犯人既爲有自由意思而得爲理性判斷的人類，祇須就其犯罪行爲以刑罰，作爲其惡行之惡報已足，固毋庸國家藉刑罰爲手段，就犯人自身有所意圖，且不應有任何意圖，如其不然，是即蔑視犯人之人格也。

至於實証學派對於犯人之理解，却與古典學派大異其趣。古典學派對於犯人之認識，是觀念的思惟的；實証學派對於犯人之理解，則得力於自然科學及刑法學以外諸社會科學之提示，如從其認識

的過程而觀察，蓋以朗布羅梭（Lombroso）本於其人類學精神病的知識，就犯人作廣泛的研究爲始。朗氏之犯罪原因論之中心，即所謂生來犯人之說，氏以爲犯罪之所以發生，乃由於犯人生理的精神的有異乎常人之素質，因受外部刺激所致，實言之，朗氏對於刑法學上的貢獻，在發見犯罪之人類學的原因，之後，經弗黎（Fry）從社會學的立場，加以研究之結果，於朗氏之犯罪之人類學的原因外，加入自然的物理的原因（如風土氣候）及社會的原因（如經濟關係等），於以形成刑事社會學派之犯罪原因的三元說，這後，又經李斯特從刑事政策的觀點，予以修正補充，將弗氏之自然的物理的原因，還元於社會的原因，復於朗氏之人類學的原因外，加入精神病的原因，而總之爲個人的原因，於以樹立刑事政策學派犯罪原因論之三元說，故在大體上，實証學派之學者以爲犯罪乃由於非正常的個人及不能充分滿足個人要求之社會的缺陷所致，從而所謂犯人，不僅無自由意思，相反地，且須受缺陷的素質與社會環境的支配，不僅非單一的理性的人類，相反地，且是缺乏社會意識，不能爲理性判斷的人類，彼輩因隔世遺傳而有生理上或心理上的病態，在現代產業組織之下，被剝奪生產手段的失業者，自由競爭下的敗北者，被迫離家庭而浮浪於街頭，自尋生活資料的少年男女，總之，活動於現代犯罪現象中的絕大多數犯人，均是在病態的素質和社會矛盾之變態壓力下之宿命的人類。

三

實証學派對於犯人之認識，大抵如上述。因之，在刑罰論上，展開其異於古典學派之理論，而主張以犯人人格爲本位的教育刑論。

彼輩以爲犯人既是缺陷的素質及社會組織矛盾中之產物，且原係生於社會中而需社會共同生活之構成員，然則，對於具體犯罪事件之發生，社會自身，亦不能辭其咎，即社會自身，不可不自覺其