

新法學

目 要

第一卷

第二期

(一) 行憲與司法獨立.....	曉樓
(二) 請立法委員注意司法官的選任問題.....	應榮
(三) 外國律師與法權.....	應榮
(四) 死刑應當廢除麼?.....	曉樓
刑事政策之新趨勢.....	趙琛
論民事上舉證責任問題.....	永暉
大陸法與英美法的區別究竟在那裏?.....	楊兆龍
中國法律教育的出路.....	王伯琦
游擊軍在國際法中之地位.....	周子亞
關於收養無效與撤銷之問題.....	曹傑
近代司法的問題(續).....	龐德
中國名案攷.....	貞健
楊乃武與葛畢氏(即小白菜)(續)	(Roscoe Pound)

新法學出版社

民國三十七年八月十五日發行

中華酸鹼廠股份有限公司

步梅50度 (62%)

步梅60度 (78%)

步梅65度 (90%)

步梅66度 (95%)

品質
純潔

硫
酸

度數
準確

售價公道

本國資本 • 本國勞力
本國原料



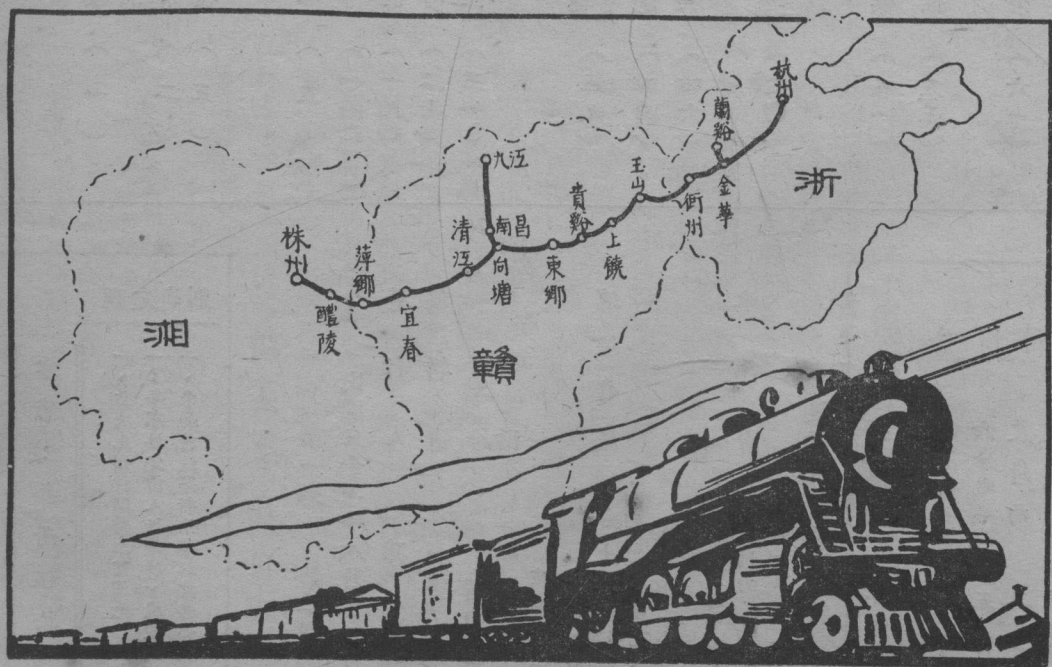
公司地址：上海(○)江西路452號403室

電話：18090—6號分機

工廠地址：上海(30)軍工路酸鹼廠路

電話：(○二)50495號

浙 贛 鐵 路 貫
 通 浙 贛 湘 三
 省 現 已 通 車
 南 昌 并 與 公
 路 聯 運 直 達
 長 沙 及 福 州
 兩 地 安 全 迅
 速 舒 適 便 利



新法學月刊目次 第一卷 第二期

社評

(一) 行憲與司法獨立	曉樓	(一)
(二) 請立法委員注意司法官的選任問題	應榮	(一)
(三) 外籍律師與法權	應榮	(二)
(四) 死刑應當廢除麼	曉樓	(三)

專著

刑事政策之新趨勢	趙琛	(五)
論民事上舉證責任問題	永暉	(一一)
大陸法與英美法的區別究竟在那裏	楊兆龍	(一九)
中國法律教育的出路	王伯琦	(二七)
游擊軍在國際法中之地位	周子亞	(三一)

專載

近代司法的問題 (續)	龐德	(三九)
法學清譚	陳曉	(四四)
世界名法家介紹	蔭垣	(四六)
紀念一位新法學的倡導者魏格摩氏 (續)		(五〇)
法律漫畫 (二)		(五〇)

判解評述

關於收養無效與撤銷之問題	曹傑	(五一)
中國名案攷	貞健	(五三)
(一) 楊乃武與葛畢氏 (即小白菜) (續)	黃應榮	(六一)
法律格言 (續)	編者	(六二)
編後		(六二)

則簡定預

本刊每月十五日出版
零售：每冊伍拾萬元
一、首次先預付國幣二百萬元
一、每期按定價八折優待、掛號或航空郵費另加
一、來函請逕寄新法學社業務部收

新法學月刊

第一卷 第二期

民國三十七年八月十五日出版

發行人 孫曉樓
編輯者 新法學社編輯委員會
發行所 上海南京西路六二四號
新法學社
電話三四六〇一

總經售處

上海福州路三七九弄
上海雜誌聯合發行所
電話九四〇一五

承印者

中華書局
上海中正東路一六〇號
自由論壇報社承印組
電話一六八六〇

版權所有，不得轉載。

廣告刊例

全面 一千五百萬元
二分之一 一千萬元
四分之一 七百萬元
六分之一 五百萬元
裏封面 二千五百萬元
底封面 三千萬元

社評

(一) 行憲與司法獨立

曉樓

國民大會結束了，大總統副總統選出了，立法院監察院都已成立了，行政院司法院考試院也都改組了；一切的一切形式上都盡了力，在勉力的向着行憲的大道上前進。我們站在新法學的立場上，對於此次行憲，實抱負着重大的願望。這願望是什麼呢？這就是司法的獨立。司法獨立，為法治國家最重要的精神，也是立憲行憲國家所不可須臾或離的一個基本要素；司法而不能獨立，便談不到什麼民主，更談不到什麼法治；行憲的成不成，全在司法的能否保持牠的獨立性。不過什麼叫做司法獨立？所謂司法獨立，普通的解釋，是法官於行使審判權時，須遵守法律，依照法律行使職權，不容任何人的干涉，也不受任何權勢的支配，純處於獨立不羈的地位。憲法第八十條規定：法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。其所謂法官，固不僅指普通法院審理民事刑事案件的法官，即解釋憲法的大法官，亦包括在內。又所謂法官須超出黨派以外者，並非謂黨員不得為法官，乃謂為法官者，應絕對依據法律以為審判，不應受黨派的拘束，黨派的干涉。我們希望行政當局，能效法諸法治先進國家的領袖，絕對尊重司法機構之審判權的獨立性

，萬萬不可以不利於自身，不利於政黨，不利於親朋，而對司法權有所干涉；應當學美國麥狄遜 James Madison 總統，甘心服從其一手提攜之斯篤萊 (Joseph Story) 推事，所為不利於彼之判決。學英王亨利第五 (Henry V)，知己犯法，而即自請入獄；以一國之尊，身可統帥百萬大軍，然終能忍辱奉法，俯首貼耳於一法院推事之裁判，此即所謂法治國家的行政長官。同時我們也希望我們的司法官，了解自身使命的重大，地位的崇高；效法美國斯篤萊推事，不以同黨，不以恩怨，而有所偏頗，致影響及其裁判的公平；效法英國格司考近 (Gosce) 推事，即以英皇之尊，亦不稍示徇情，有守正不阿，執法如山的精精神，此即所謂法治國家的司法官。假使一國的行政長官，沒有尊重司法獨立的誠意和決心，那末所謂民主，所謂法治，一切的一切都是假的，不會有什麼成就的；假使一國的司法官，沒有守正不阿，獨立自尊的精神，那末所謂行憲，所謂法治，一切的一切也都是假的，不會有什麼成就的。行憲了，行憲了，我所希望的行憲，至少能做到司法權機能的真真獨立。

(二) 請立法委員注意司法官的選任問題

應榮

七月七日報載立法院僑務委員會舉行第五六次會議時，某立法委員質問外交部：我國駐暹大使謝保樵原來是立法院的編

譯處長，他是一個簡任官，在外交界並無資歷，竟能一躍而為特任的大使，請問葉次長（外交部）是否保險立法院的處長都

有出任大使的資格？這是制度問題，此風是否可長？葉氏答覆說：謝大使是政府任命的；各國的例子，大使不必要一定的資格，司徒雷登就沒有當過特任官。

看到了這一段新聞，我們於立法委員注意到行政首長的用人問題，放棄立法院本身的利益，以督導政府選賢與能的風度，不得不表示欣慰。

不過這裏聯帶想到有一個問題，希望立法諸公也能加以注意，是什麼呢？是司法官的選任問題。我們知道過去立法院所制定的法院組織法第三十七條第一項第五款中規定：曾任立法委員三年以上者，得連任為簡任推事或檢察官；同法第三十八條第一項第三款中規定：曾任立法委員五年以上者，得連任為最高法院院長；同法第十八條，第二十三條，高等法院最高法院之院長，均應以推事兼任。一國的司法官掌握着審判是非的

(三) 外國律師與法權

律師的職務，關係到一國人民的生命財產，不是人人所能充任，也不是國民的固有權利；所以為律師者，應備俱一定的資格，經國家的認可後，方得發給證書，方得執行職務。這種權利，可以說是國家給予合格人的一種特殊權利，不是每個國民都可享受的。

以前我國因為受到領事裁判權的束縛，外國律師，不但在其本國設在我國的法院可以出庭，並得在中國法院為外國人的訴訟代理人或辯護人。這於中國法權的完整上，是一重大的打擊，也是我們中華民族的重大恥辱。經過這次長期抗戰，犧牲了千千萬萬同胞的人命，拿血來洗刷了這重大的恥辱，總算將

大權，不單關係到人民的生命財產，益且關係到社會國家的安甯秩序；所以世界任何法治先進國家，其於司法官的遴選，規定得特別嚴密，非專門的法律人才，或經驗豐富的律師，學識優越的教授，不得為司法官，尤不得為實際參加審判的推事，更不得輕推選為一國司法上最崇高的最高法院院長。立法院中當然也有法學人才，然而大多數是不學法律的人，以不學法律的人，而被推選為高等法院推事兼院長，最高法院推事兼院長，掌理一省或一國的司法審判的大權，這是一件很危險的事。我們認為要國家上軌道，一定要有品德俱備的法學專家，來坐鎮這司法威權的寶椅。希望本屆立法諸公，不要為個人自開方便之門，重行考慮選任司法官的資格問題，來為國家制定真能選賢與能的法規，這是立法院之榮，也是司法界之榮。

應 榮

蹂躪中國一世紀以上的領事裁判權取消了，這是我們拿了極大的代價才換到的，但是最近我們看到在上海市，仍有不少的外國籍律師，像英、美、法、捷克等國國籍的律師，雖不到中國法院出庭，仍舊繼續設立法律事務所，執行律師職務，依照現行律師法第四十七條的規定：

「凡外國依其法律准許中國人充任律師者，其人民得依中國法律應律師致試。」

前項考試及格，領有律師證書之外國人，在中國執行律師職務，應經司法行政部之許可。

本法施行前外國人已領有律師證書者，仍應依前二項之規

定辦理。」

足見外國人要在我國執行律師職務，應具備下列諸要件：

① 依其本國法，准許中國人充任律師者的互惠條款。

② 經考試合格者。

③ 經司法行政部許可。

這種規定是否適當，姑不具論；但據我們所知，在歐美各國如法、比、荷、美等國的律師法，均以本國國籍的人民為限；英國律師有撰狀律師 Solicitor 和出庭律師 Barrister 之別，出庭律師固不以英國籍人民為限，但撰狀律師必具有英國國籍；足見現在有許多在中國的外籍律師，並不是基於互惠條款

(四) 死刑應當廢除麼？

曉樓

為了死刑的存廢問題，最近英國國會裏的議員們，有的主張「廢」，有的主張「存」，舌劍唇槍，辯論熱烈。下議院決議「廢」，上議院又以多數票否決，仍主張「存」。其否決之理由不外：(一)廢後有增加兇犯的危險(二)易作長期監禁，不免浪費國帑，(三)不能除暴，即無以安良。諍諍有辭，可謂言之成理。現在存續死刑的有意大利，德意志，法蘭西，英吉利，瑞士聯邦中的十邦，比利士，西班牙，中國，日本，希臘，土爾其，摩洛哥，剛果，秘魯，智利，墨西哥，坎拿大，暹羅，美國聯邦等國家。廢止死刑的，有奧大利，瑞士聯邦中的二十五邦，葡萄牙，羅馬尼亞，挪威，荷蘭，立陶宛，瑞典，美合眾國密歇根等八州，中美哥斯脫利加等四國，南美委納瑞拉等六國，丹麥，與最近宣佈廢除的蘇聯等國。我們認為死刑的廢止是新刑事政策上必然的趨勢，因為(一)犯罪的責任，

也未經考試及格，更未經司法行政部許可；這完全是不合我國律師法的規定，而有喪中國法權的。

或有人認為，在此國事蜩蟬之時，區區小事，祇好暫時容忍，暫置不理；要知道過去外人以領事裁判權為憑藉，逐步侵略我國法權，在一方面是由於執政者的昏瞶糊塗，另一方面是由於執政者之因循怕事，因之相沿成習，造成前例，浸假至後悔莫及，無法補救；所謂履霜堅冰，由來也漸；我們希望司法當局於此事加以密切注意，對於外籍律師違法執行職務者，嚴予取締，是於維護中國法權上所不可不注意的一件重要的事！

不是個人的，而是社會的，假使社會能辦到人人有飯吃，有衣穿，有家室，那裏會再有殺人放火的事發生，所謂衣食足而知榮辱，倉廩實而知禮節，這是顛撲不破的定論。所以犯罪案件的發生，不是犯罪者個人的問題，既不是犯罪者個人的問題，那末對於犯罪者自不應以「死」為報復的手段。(二)說死刑可以殺一警百，使犯人知死的可怕而有所警戒，致不敢再犯罪作惡，這是不合理的論斷；當知犯罪的動機，大部是為了求生存，挺而走險，自有其不得已之苦衷，所謂民不畏死，奈何以死畏之；要以死來警戒犯罪，這是不可能的事。(三)有人說廢除死刑後，元兇巨惡，將無所顧忌而益形放肆，不免影響到整個社會的治安。殊不知死刑的存廢，和犯罪的增減，毫無關係；別的不必說，祇要看奧大利，葡萄牙，荷蘭，挪威，丹麥，等國，於死刑廢止後，其社會治安，是不是發生惡化，犯罪案件

是否因以增加；相反的，犯罪的案件，反而減少呢。（四）再論近代刑事政策的新趨勢，理論上是在從報復主義，轉向到感化主義；以其人之道，還治其人之身，這完全是一種報復性的政策，是一種反時代的政策；最理想的刑事政策，在能使犯罪的人不犯罪，其次在能使已犯罪者，改過自新，不致再犯罪；所謂

江蘇省農民銀行

民國十七年七月成立
歷史悠久 基金穩固

總行

營業部 地址：鎮江中山路
儲蓄部 電話：一五〇號
信託部 電報掛號：〇三〇九

辦理一切銀行業務

匯兌機構遍設全省

上海分行：甯波路三十五號
電報掛號：一九九五號

電話：一七一七七 一六八〇五
一六八〇六 一六八〇七

林森路辦事處：林森中路五三九號
電話：八一九九五 八八九三八

南市辦事處：方浜中路六十四號
電話：（〇二）七〇五三七

信託部：北四川路八四八號

上海分部：電話四二六一七 四二六八五

刑期無刑，方是刑事政策理想的成功。根據上述諸點，現在各國的議會裏，雖在爭辯着死刑的存廢問題；不過我們認為死刑的廢除，不過是時間問題；當社會制度改良到相當的程度後，死刑一定會完全廢除的。

第三期要目預告 九月十五日出版

國際私法中的當事人本國法主義……李浩培

養子制度及民法所定法條之商權……羅鼎

開元律攷……徐道鄰

大陸法與英美法的區別究竟在那裏？……楊兆龍

安全理事會之組織規程與職權……錢清廉

匯票債務之消滅……劉朗泉

近代司法的問題……龐德

民法之史的發展……胡毓傑

專著

刑事政策之新趨勢

趙琛

八年抗戰，方傳捷報，政治協商，忽告破裂，烽烟再起，炮火連天，無論都市鄉村，幾無一片安靜土，加以物價高漲，生活艱難，哀鴻遍野，流亡載途，哀我小民，曷以度日，弱者悲憤厭世，強者挺而走險，雖經一度頒行赦令，而犯罪數字，絕未減少，社會無安甯之日，監所有人滿之患，治平之道，固須自軍事政治經濟各方面積極設施，互相配合，始足以挽救危機弭平大亂。而自刑事政策之新趨勢言，亦應從司法立法社會各方面，力求行刑之教育化，刑法之統一化，保安處分之普遍化庶可明刑弼教，化戾氣為祥和。試分述之：

一、行刑之教育化：行刑之目的，在求犯罪之預防，非以刑罰為鎮壓犯罪之工具，乃以刑罰作為感化犯人之手段，冀藉刑罰之執行，使犯人洗心革面，重為良民。曩者刑法學說，採應報主義，認為犯人妨害社會秩序，侵犯他人安全，故應處以刑罰，以資報復，且認為無論何種情形，其罪惡之程度，與刑罰之重輕，應保持均衡，因是刑罰殘酷異常，刑之執行亦以一般預防政策為準鵠。舉凡刑法之公示，刑罰之公告，刑罰之公行，皆所以警惕一般人民，使不致自蹈罪戾者也。蓋認為國家處罰犯罪，不外欲使一般人民知所畏懼警惕，而不致自蹈刑網，庶幾社會之安甯秩序，得以維持耳。其觀念在一面以刑法之公示，刑罰之公告，刑罰之公行，示人民以國法尊嚴，而有畏懼警惕之心。一面示人民以「善有善報惡有惡報。」以適合千百年來社會之通念。比及近世，以刑罰之目的，在於犯罪之預

防。應報主義之思想，非惟不合於時代之潮流，就事實而論，犯人經一再處刑而猶不悛改，乃至累犯者，實不乏其人，亦足以說明以刑罰作為鎮壓犯罪工具理論之不可通。且刑罰之公行，亦背於人道主義之思想。犯罪之與犯罪程度必求平衡，置犯人惡性於不問，更有未妥，故有感化主義之倡。認為刑罰為感化犯人之手段，刑罰之目的在感化犯人，使之重為良民不再犯罪。刑之執行採特別預防政策，注重犯人個人品性之改善，主張科犯人以適當之刑罰，更以刑罰作為感化教育之手段，消除犯人之惡性。於刑之執行期間，更注意犯人智識之開導，道德觀念之培養，謀生技能之授與。務冀犯人於出獄後不再犯罪。應報主義與感化主義，其顯著之差異，厥維立論之基礎；前者以為犯人破壞社會秩序，侵害他人安全，應加以報復，以平被害者之憤。後者則以為犯人觸蹈法網，應設法感化，使之重為良好之公民。

我國以往刑事學說，亦以應報主義為準則，及清末改訂新法，方改採主觀主義與感化主義。新刑法對此種精神之表現更為顯著。刑法總則，第五十七條第五十八條刑之酌科，五十九條六十條刑之酌減，六十一條之得免除其刑，六十二條自首減輕其刑，六十三條對處死刑或無期徒刑之限制，四十二條之易科罰金，四十三條之易以訓誡，七十四條至七十六條所定之緩刑，七十七條至七十九條所定之假釋，及刑法總則第十二章關於保安處分之規定，均超越應報主義之窠臼。以犯人主觀之惡

性為科刑之標準，尤以監獄行刑法之制定，力求貫徹感化主義之宗旨，良法美意不可謂不善，設能執行得法未始不可稍減犯罪之趨勢。第以民國以來，戰亂頻仍，社會動盪不安，人民挺而走險，犯罪之數量日益增加。或以為「刑亂世用重典」感主張重典嚴刑，殺一儆百，以鎮壓犯罪，竟復入應報主義之舊轍。

惟刑罰之目的既在感化犯人，使之不再犯罪。事實上刑事統計之數量，亦證明重典嚴刑之不可恃。故刑事立法自仍應遵循感化主義之原則，而不可蹈應報主義之覆轍。

方今行憲伊始，法律之制定與適用所關至鉅。設能在立法方面，遵循感化主義之準則。執行方面，採取特別預防之政策。則必有助於犯罪之預防，從而安定社會之秩序。憲政前途乃可光明有望。唯特別預防政策，重在犯人個人之改善，刑之執行亦以糾正，療治，感化等處分為主，更兼及出獄人之保護。總其目的，在求解除造成犯人犯罪之原因。

我國刑事立法，已如前述，刑法法典之規定均足以發揚感化主義之宗旨。唯刑之執行，則多未能貫徹特別預防政策。姑無論出獄人保護事業之鮮有舉辦，即於監獄內刑罰之執行，仍大多一本往昔，但求以隔離監禁，禁錮犯人自由，使畏懼刑罰之痛苦，不敢再為犯罪。違反感化主義之原則，與特別預防政策背道而馳，徒使監獄成為犯罪傳染之處所。刑法法典之規定，遂僅等於具文。犯人於監獄內既未能受感化教育，遑論其惡性之糾正。於刑之執行之際，忽略其謀生技能之訓練，出獄以後又疏於其保護事業之興辦。一為飢寒所逼，豈能不復挺而走險，甘罹法網。蓋貪生畏死，雖屬人之常情，酷愛自由復為人之天性。然設為飢寒所逼，無法生存時，自將挺而走險，罔惜犯罪矣。試就今日在監之人犯調查，犯罪達十數次以上而未

悔改者，比比皆是，但知入獄度其禁錮生活，出獄營其犯罪生涯。以謀生之乏術，智識之淺陋，道德觀念之欠缺，視犯罪為當然，入獄乃休息耳。詎至近日，竟有出獄之人，感於生活之維艱，集體要求監獄重予收容者，甯非遺憾。對於此等犯人，獄中既不求訓練其技能，啓迪其智識，培養其道德，但知禁錮威嚇，徒增犯人仇恨社會之心理耳。此等犯人，一旦刑期屆滿，逕為放免，何異驅虎於市。比及犯罪入獄，復又予以衣食，度其歲月。如是循環不已，欲求犯罪之減少豈可得乎。故為求貫徹刑法法典感化主義之精神，今日刑之執行必力求其教育化。

行刑之教育化者，指道德觀念之培養，犯人智識之開導，謀生技能之訓練三者而言。道德觀念之培養，其目的在提高犯人道德之水準。夫道德原為規範人類社會生活之準則，道德之觀念，并規範人類內心意志之活動。犯人之所以犯罪，就其動機言，實因缺乏自己人格之尊重，忽視名譽之重要，進而蔑視他人之權利，不顧社會之安全。設能培養其道德之觀念，使知犯罪之可恥，名譽之可貴，則當可自絕於犯罪之途也。孔子曰「道之以德，齊之以禮，有恥且格」。亦此之謂耳。犯人智識之開導，其目的，在啓迪犯人之智識，使對行為之善惡，知所適從。犯人之犯罪，由於故意，由於犯罪之癖性，由於藉以為生者，固不在少。然偶蹈法網者為數亦衆。此種人類皆智識淺陋，認識力薄弱，對事物之認識既欠清晰，對行為之選擇又無判斷。一經環境之逼迫或引誘，遂至蹈入法網。設能啓迪其智識，使知是非善惡之分別，當可有助於其行為之選擇，不再觸犯法網。謀生技能之訓練，其目的在授予犯人謀生之技能。犯罪之原因，雖甚繁多。然經濟關係，實為造成犯罪主要之

原因殆不可否認。犯人雖然知犯罪將受國法制裁然一旦為飢寒所逼，遂不惜以身試法矣。設能於犯人在監之際，教以各種技能，並以作業之訓練，養成其工作之習慣。則犯人出獄以後，謀生有術，生活問題得以解決，自不致再為犯罪矣。

行刑之教育化，其內容既如前述。因是監獄內之設施處分，亦應符合行刑教育化之原則。諸如犯人智識之開導，應視犯人之智識程度，分別聘請教師予以教導。於道德觀念之培養方面宜任牧師等入獄佈道傳教，蓋宗教潛移默化之效力有時實遠甚於普通之教化。在謀生技能之授予方面，更應注重犯人之興趣，犯人之能力，授以適宜之技能，遍設各種作業之工場使有實習之機會。其原有技能者，並應予以工作之機會，免致其技能荒蕪。或竟使之教授其他犯人，以增加其工作之興趣。如是三者併重，特別預防政策之目的庶可達焉。

二、刑法之統一化：法律之發達，大都刑法在先，而民法在後，其發展之途徑，乃自不成文法而進至成文法。徵諸世界各國除英美法蘇外，莫不為然。不成文法與成文法之優劣，學者聚訟紛紛，已非一日。然在法治精神較差人民智識水準較低之國家，不成文法之採用，其弊必多於成文法殆為不可否認之事實。故近世各國類皆有統一之法典。刑法者規定國家刑罰之法律，關係人民之生命自由至鉅。自更宜以法典定之，公諸于民，以昭信賞必罰之首，免使人民有不知所從之感。故更應以法典明定其內容，公示於民衆。

我國近年來，變亂迭起，迄無甯日，社會日益動盪。或以為治亂世用重典，嚴刑峻法，必可以鎮壓犯罪。於是各種特別法令，相繼頒佈，為懲治盜匪條例，禁烟禁毒治罪條例，妨害國幣懲治條例，懲治貪污條例，懲治漢奸條例，勘亂時期危害

國家緊急治罪條例等，先後頒行。馴至今日，各種特別刑事法令之頒行，日甚一日，不勝枚舉，在實體法上，刑法各章之規定，為內亂罪，外患罪，鴉片罪，濫職罪，強盜罪，均因各種特別刑事法令之施行，而無形停止適用。即刑事審判之程序，亦因特種刑事案件訴訟條例特種刑事法庭審判條例之頒行，而生例外。固無論威嚇主義，報復主義立法之不能防止犯罪之發生，即就法律之適用，及適用之影響而言，亦有莫大之弊端焉。就法律之適用言，法典之統一，為今日各國立法之一致趨勢。此無他蓋為適用之便捷也。我國刑事特別法令之頒行，多至不勝枚舉。今日此一法令方始頒行，不數日乃又復頒行另一法令，以代此法令。而在邊遠之省，前一法令之施行方未數日也。且法令既多，非惟人民罔知適從，即司法者亦有時不知以適用何種法令為宜。必需遍檢法令，徵詢各方，方敢引以為判決之根據。然即使若此，亦有不免於錯誤者，為此司法者無辜蒙失職之懲處，人民亦因法律適用之錯誤蒙受不必要之損失。設有統一之法典，則司法者，對法律之適用，自可一目瞭然，而不致有上述弊端之發生矣。

就適用之影響言：法律之適用，具有社會教育之功效，故其適用之影響，關係人民對法律之了解至鉅。刑事特別法令之公佈，使人民因犯罪種類之偶而有異，而受不同待遇之法律制裁，或竟限制其上訴之利益，易使人民懷疑法律之公平，喪失國家之尊嚴。

再就史乘以觀，我國自唐虞三代以至秦末，刑法已具鵠形。漢高帝入關，約法三章，除秦苛虐。旋以三章之法不足以除奸宄，乃有九章律之制定。其後增補修訂，姦猾巧法，轉相比附，禁網寔密。律令三百五十九章，大辟四百〇九條，千八百

八十二事，死罪決事比一萬三千四百七十二事。文書盈於几閣，典者不能遍觀，乃至暴戾冤濫，於斯為極。是以網密而姦不塞，刑蕃而民愈慢。今日我國法令繁雜，其適用極為不便，偶一不慎則不免於暴戾冤濫矣。

次就世界各國之立法例觀，雖然，為適應戰時之特殊環境，各國咸頒行各種特別法令，以求適應時勢。但國家一旦歸於平常狀態，立即廢止各種特別法令，庶幾不致破壞法典之統一。美蘇各國於戰時曾亦頒行多種特別法令，然戰事一經結束，各種法令相率廢除，其刑法復歸於統一。凡此皆足以說明刑法法典統一之重要性也。

我國刑法，除於形式上欠缺同一法典外，軍人之歸於軍法審判，實亦破壞刑法之統一性。軍人犯刑法各章之罪，理論上言仍應適用普通刑法，歸於普通法院審判為適當，不應因其特殊之身份，而有歧異以致破壞法律之平等性也。蘇聯司法制度，雖然軍人另設軍事法庭，然隸屬於普通司法系統之下，而非若我國獨樹一幟，別立於司法系統以外，良可效法也。

方今抗戰結束，戰禍仍殷，雖然刑事特別法令存在之必要仍有藉口，但嚴刑峻罰之不足採，威嚇主義效力之全無已昭然若揭。刑事特別法令之存在，已失其客觀之價值，為求適用之便捷，刑法法典，與刑事審判之統一，應力促其實現，實無可疑。故刑法之統一化為當今立法之新趨勢也。

三、保安處分之普遍化：保安處分，為刑罰以外防止犯罪之方法，對於特定人發生侵害法益之事實後，認為其人無刑罰之感應性，或非僅用刑罰所能改善者，乃採用一定的保護安全之手段，以消失其反社會的危險性，而達防衛社會目的之處分也。保安處分與刑罰同為防社犯罪之工具，然刑罰僅能適用於

已構成犯罪之行為，尤以近世資本主義之發達，中產社會之日趨沒落，勞資對立，失業者衆。社會經濟基礎之急遽變異，更促使勞資衝突之尖銳化。終至作奸犯科者比比皆是，而財產犯與累犯，加速增多，為害無已。凡此更可以說明單恃刑罰，不足以防止犯罪，而達防衛社會之目的。即就司法方面言，法官亦多偏重犯罪事實，忽視犯人對於刑罰之感應性。過於重視刑罰之效能，忘却刑罰以外輔助之手段。且拘泥於抽象的法定刑之公平性，而未注意於具體的宣告刑之合理化，自不足以言犯罪之防止也。

刑法以未滿十四歲人，心神喪失人之犯罪者，雖其行為，客觀上具有違法性，與社會利益破壞性之存在，然因其主觀上無刑罰之感應性，無論有無故意或過失之心理狀態，皆在不罰之列。惟亦正因其行為客觀上具有違法性，與社會利益之破壞性存在，為求防衛社會之利益或消除其惡性，改良其品德故得令入感化教育處所施以感化教育，或相當處所施以監護，其因未滿十八歲而減輕其刑，因精神耗弱或瘡啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所施以監護。吸食鴉片或毒品及酗酒者得施以禁戒。習慣犯常業犯，得施以強制工作，他如強制治療，保護管束，驅逐出境等處分，均所以補刑罰之不足者也。

保安處分，為廿世紀刑事立法之特色，良以社會經濟之變遷，已使舊時刑法體系，失却防衛社會之能力，不合客觀之需要。為求社會之防衛，犯罪之消滅，必須重新樹立合理的刑法體系。保安處分，一面可以預防犯罪之發生，一面可以補刑罰之不足，乃被認為預防犯罪最有效之方法。歐戰以後，帝俄改制，蘇維埃政府成立後，刑事立法，採保安處分一元化之立法

原則，其刑罰之本身已非今日法律意義上之刑罰制度，乃純以危險性為對象之社會防衛處分矣。我國於新刑法修訂之時，以近年天災人患，國富日敝，老弱填於溝壑，壯健挺而走險，舊刑法已失其預防犯罪之效用。仍急起直追制定切合時代之新刑法，並列入保安處分之一章，以求補刑罰之不足。惟以我國民智未開，環境特殊，其偶蹈法網者，實不在少，設若一律繩之以法未免過苛。復以千百年來刑罰觀念之傳襲，未便遽廢刑罰而採保安處分一元化之立法原則，乃於刑罰以外，另樹保安處分之旗幟，與刑罰輔車相依，以完成防衛社會之目的，斯保安處分立法二元論之立法也。惟刑法保安處分章之內容，僅為原則之規定而其細則，則留待各種保安處分單行法之規定。

連年以來，戰亂相仍，抗戰結束，烽火未停，都市燬於炮火，農村罹於兵亂。工商凋零，土地荒蕪。物價高漲，人民更陷貧困。公私財產之損失，難以統計。流離失所，失業饑饉者，亦在數千百萬人以上。將來戰事結束，瘡痍遍地，元氣大傷，若非預籌恢復國力民富之道，日後遍地餓殍，必至羣起犯罪。斯時犯罪之勢，必如燎原之火，一發不可收拾。而國家於大難之後，元氣未復之際，社會秩序方圖安定之不遑，乃復遭此變故，其慘狀將不堪設想矣。

為求恢復國力民富，必先求社會秩序之安定。社會秩序安定以後，方足以言生產之恢復，與夫工商業之發達，徐謀恢復國家財力，人民財富，惟欲求社會秩序之安定，必先防止犯罪之發生，即或不能消滅犯罪，則亦必力求減少犯罪之發生，庶幾可以使社會秩序漸趨安定，刑罰之為用，已因社會經濟之變遷漸失效力，蓋如前述。而戰亂以後，饑饉遍地，犯罪之原因更趨複雜，尤非單恃刑罰所可奏效，是以保安處分之普遍化，

實更有適應時勢之重要性。

保安處分之普遍化，指保安處分之積極運用，與保安處分之設備及保安處分處所之擴充建設。新刑法之施行將屆第十三年，保安處分之立法亦已將屆第十三年，而我國司法機關之能為保安處分之適用運用者實渺。一般之法官，一面狃于習慣憚於採用保安處分。一面亦因缺乏保安處分處所之設置，縱論知保安處分，亦感無處施行。乃至使保安處分章之規定，無形中成為具文。是以為求保安處分之普遍化，除應力求轉變法官之思想，使為保安處分之積極運用，以求刑事裁判之個別化與合理化外。保安處分之設備與保安處分處所之擴充建設實為當前之急務。

我國除各大都市中，原有關於保安處分之相當設備外，司法方面，對於保安處分之設備及保安處分之處所，并無足以應用之設立，即如感化少年犯之感化院，教養院，監護精神病人之精神病院瘋人院禁戒烟毒犯之戒烟院強制習慣性犯人或常業犯工作之遊民習藝所，或根本未有設立，或設立未能普遍。司法者為保安處分運用之際，其在通都大邑，可利用原有保安處分之設備者，固可依法宣告，將行為人送入相當處所，使受保安處分。其無保安處分之設備者，對於犯人雖明知以宣告保安處分為宜，亦必因無處執行，而不得不放棄其採用之決定。後因犯人反社會危險性之存在，又不得不科以刑罰，施以隔離處分。若是依然偏處舊刑法體系之下，豈足以適應當前之時勢乎。

總之，為適應當前之時勢，恢復國家財力，復蘇民生計，保安處分之普遍化，應為今後刑事政策應採之中心工作，有志司法事業及社會事業業者，其不河漢斯言。

國華工業投資股份有限公司
進出口部

CHINA INDUSTRIAL INVESTMENT
CO., LTD.

IMPORT & EXPORT DEPT.
SHANGHAI

Head Office:

131 Museum Road, Shanghai
P. O. Box 202. Tel. 17104
Cable Address "CIIC"

Branch:

19 Des Voeux Road West, Hongkong
Cable Address:: "CHINVESTCO"

LINE OF BUSINESS

General Export:

Animal Casings
Bristles
Buttons
Cotton Made-up Goods
Cotton Piece Goods
Cotton Yarn
Egg Produce
Feathers
Hair Nets
Handkerchiefs
Hats and Hat-material
Hosiery and Socks
Menthol and Camphor Crystals
Peppermint Oil
Rhubarb Root
Silk Piece Goods
Silk Yarn
Tung Oil

General Import:

Cotton Piece Goods
Hardware
Industrial Chemicals
Machinery
Raw Cotton
Paper
Sundries
Woollen Piece Goods
Yarn and Thread

*Offers or enquiries for any kind of article will receive our
prompt attention.*

論民事上舉證責任問題

永暉

(一)舉證責任之根據

按人民向法院訴求保護私權，法院對之為其裁判，必須求其裁判適合於真正事實，始得謂為達到民事訴訟之目的，法院為達此目的，在民事訴訟上對於當事人所提出之一切主張，并其援用之一切證據，均不可不予參酌審理，其主張為某造之主張，其證據為某造之證據，則非所問，從而當事人一造之陳述，不妨為對造之利益而斟酌之，為此造利益所援用之證據，亦不妨為對造之利益而斟酌之，通常所謂證據共通者此也，此無非為期其真實之發見，所以有此共通原則之適用，然法院在民事訴訟上，又祇能就當事人之主張，並其提出之證據，確定其事實關係之存否，若當事人之主張，並不充分，或雖有其主張，仍無適當證據提出，則其事實關係，終不得臻於明確，此時法院或審判長固可行使闡明權（亦稱闡明義務），而為職權上應有之處置（民訴法第一九九條第二〇三條參照），倘當事人仍不遵行，或實係無事實可以主張，或雖主張仍不能有證明方法，此種狀態，法院亦即放任，置不過問，則事件愈積愈多，人民糾紛愈起愈亂，所謂民事訴訟保護私權之旨安在，於是國家於民事訴訟上設左之原則。

若訴訟已具備為本案裁判之前提要件（訴訟成立要件，民訴法二四九之一）者，縱令當事人未為主張，或未能證明，法院亦不可不就該事件，認原告之請求，是否正當，能否成立，

予以裁判，用資終結，要難以其無主張，未證明，以致事實真相不明之故，即予棄置不理云云。

夫法院就事實真相不明之事件，亦須予以判決，則其確定事實關係之材料，究應如何蒐集，實一問題。

若在刑事訴訟，係國家對於犯罪人行使刑罰權，為其直接利益，檢察官既須對於被告蒐集有罪材料，他面尚須為被告蒐集無罪材料，免致法院裁判錯誤，同時亦負有保護被告之義務，故檢察官實為代表國家公益，行使職權，非在訴訟上純然立於當事人一造之地位，專司攻擊，如其犯罪事實，委非明確，即當予以宣告無罪，理至當也。

然民事訴訟，則與刑事訴訟不同，若其事實關係不明確之時，亦謂對於互求保護權利之當事人兩造間，仍須認一造之請求保護為正當，則屬極不相宜，殊不相當，於是民事訴訟法，不使權利保護有此不當之困難發生起見，而有一定之目的主義，此主義，即所謂主張責任與舉證責任是也，將此二責任分配於當事人兩造間，認當事人一造有主張一定事實並為舉證之責，他造亦有主張他之事實並為舉證之責，如不為主張，即應認其事實不存在，又雖有其主張，若無證據證明，仍難認其主張之事實為真實，似此處理，法院對於兩造相反利益之當事人間，各求利己判決，可不致欠缺訴訟材料之蒐集，然後依法院之協力（民訴法一九九，二〇三），當事人兩造各得充分主張，並提出證據，其於訴訟即可得有真實之發見矣。

(二) 舉證責任之根據

按當事人可得爭且係有爭之事實，以無真實之證明為限，法院礙難承認其事實之存在，如係主張權利存在之事實，而無證據，訴訟上即應認其權利不存在，主張債務消滅之事實，而無證據，即應認其債務仍然存在，故當事人對於法院審判上事實之確定，實有危險之負擔，稱此危險負擔，謂之舉證責任，易言之，當事人於供裁判資料之事實，有舉證之必要者，謂之舉證責任，原則，由主張事實之一造負擔之（民訴法二七七），主張責任，既隨事實分配於當事人間（民訴法一九三，一九五），而舉證責任，又隨主張責任分配於當事人間（民訴二七七），現行民訴法，採辯論主義之結果，當事人自始未曾主張之事實，不得為裁判之基本，如當事人自始未主張該事實，即係自始無該事實存在，自不得不由當事人員担主張責任，至當事人兩造究應由何造負擔主張責任，每依主張種類之不同，而不能一致，此主張責任與舉證責任及其分配，所以為訴訟法上原事則，而不能謂為私法上之原則〔註一〕，此原則，無非定當事人無適當之主張及舉證時，應如何判斷之原則，凡應行裁判之法律關係，其所根據之事實，應生如何效果之規定，固不失為私法規定，然責任分配之原則，要難謂為私法上之原則，在私法與訴訟法未劃分之幼稚時代，每以此責任分配原則，解為私法上之原則〔註二〕，時至今日，除少數學者外，在學說上，殆皆不認為私法上之原則，就我國法制言，主張責任及舉證責任，原於訴訟法上設有一般規定（民訴法一九三，一九五，二七七），於私法上，則無一般規定，雖民法上有時為主張及舉證責任之原則所要求，其法文上見有推定及視為，視同，

視與……同，等規定，民訴法上亦有第二八〇條第二項第三五七條第三五八條第三六二條等規定，亦無非於民訴法一般規定外，於特定情形，設此特別規定，期可儘先適用而已，關於舉證責任之原則問題，要仍不失為訴訟法上之性質，且亦不得以當事人合意定之，縱令合意，亦屬無效〔註三註四〕。

〔註二〕舉證責任與外國法之適用

從來私法上多直接規定舉證責任，因此舉證責任問題，每多誤解為私法上問題，因此誤解，所以德日民訴法上，即無舉證責任之直接規定，當時德民第一草案第一九三條至第一九八條明定舉證責任之原則，亦無非將舉證責任，出於私法觀故也，此草案雖經第二委員會刪除，然仍不以舉證責任，為訴訟法上問題，而為私法上問題，散見於民法各條，至舉證責任一般原則如何，仍聽任學說解決之。

日民精神，亦以舉證責任，列入民法範圍，故當適用外國法確定實體法上之權利關係時，其舉證責任問題，即不能依訴訟法上原則之法庭地法主義解決，而應以其私法關係所應適用之外國法決之，此依日民立法精神，極為明瞭。

至我國民法，雖亦有推定，視為，等規定，然民訴法上，既有如上所述二七七條規定，不能不謂為舉證責任，已定為完全屬於訴訟法上之範圍，縱依法律適用條例，有應行適用外國法之事項，而關於舉證責任問題，要不能不適用法庭地法主義，依我民訴法上所定之一般原則決之。

〔註一〕Leonhard氏尚以舉證責任，解為私法上問題。

〔註二〕主張舉證責任合意之無效學者，如（Stein）氏（Hellwig）氏。

〔註四〕當事人關於舉證責任之合意，有無實體事項在內，應行分別觀察，例如書稿商之大災保險，其保險契約人約定只許以書稿目錄證明損害者，可分解如下：

（一）保險契約人必須作成目錄，並聲明只將記載於目錄之書稿交付保險。

（二）保險契約人員證明書稿損失之責。

（三）僅得依目錄之提出而為證明。
依此例，第一屬於私法上問題，得以有效，第二為當然之事，第三則屬無效。

舉證責任之分配，在羅馬法上漠然置之，不過舉其一二原則而已，其原則，則認「原告有舉證之義務」原告須證明以訴請求之權利，如其證明不充分時，即應為被告勝訴之判決，如

原告盡其舉證責任，被告即須以反證顛覆之，如被告提出抗辯時，即須就抗辯事實而為舉證，此第一原則也。

又主張積極事實者，必須舉證，主張消極事實者，不須舉證，其理由，以消極事實之舉證，理論上不可能故也，迨後，以消極事實，未必不能舉證，遂改為原告須證明訴之原因，被告須證明抗辯事實，此第二原則也。

德國普通法時代，主上述羅馬法所認之第一原則學說與主第二原則之學說，兩相對立，迨後，德國關於舉證責任之學說，亦尚未見有通說，茲舉其大要學說，列述於左。

第一 以應證事實之性質為標準，將舉證責任分配於當事人間，此謂之事實分類說，又細別為二說。

○ 消極的事實說。

此則謂主張積極的事實者，應為舉證，主張否定事實即消極的事實者，不須舉證云云，無非仿羅馬法上之原則以立論，惟此學說，理論上之根據，仍不一致，有謂消極的事實，實屬舉證不能，故不宜令其舉證，有謂已發生之狀態，若無新事實發生，則不至變更或消滅，自可推定其狀態仍繼續存在，故關於無變更無消滅之消極事實，毋庸舉證。

○ 表現事實說

凡表現於外界之事實，應由主張事實之一造舉證，其存於內界之事實，則係不須舉證云云。

在第一消極的事實說，某事實，究為消極的事實，抑為積極的事實，已難為明確之區別，故此說，已不得謂為何等實益，例如有二正反對之事實存在，一為否定，一為肯定，而要不得以二者中之一為消極事實，又所謂非成年者，包含未成年人在內，究應以何者為消極事實，殊難確定，且謂消極事實，

不須舉證，亦屬無據之論，凡事物之自然性質上，屬於積極的，乃屬當然之事，反乎此者，謂之消極的，主張消極的事實者，仍不能不為舉證，不俟贅論，例如食物腐敗之積極事實，雖不須證明，然主張不腐敗之消極事實，則應舉證，由是言之，又甯得謂消極事實，不須舉證。

又表現事實說，所謂表現於外界之事實與內界事實，極難區別，其困難與區別消極事實同，如以五官感覺作用可得知覺之事實與不依五官作用可得知覺之事實，為區別內外界事實之標準，則就法律行為言，凡表示於外部者，應行舉證，其屬於內部之效果意思及行為能力等，轉又不須舉證，似與條理不合，況屬於能力範圍之成年未成年，亦未始不可依五官作用而斷定之，故表現事實說，亦屬不當。

如上所論，（一）（二）兩說，均屬不足採用。

第二 以其為法律要件事實（應證事實應生如何法律上效果之事實）與否，為分配舉證責任之標準之學說，謂之法律要件分類說。

如係主張權利及其他法律上效果存在者，由其主張必要之法律要件事實（發生法律效果所必要之法律要件事實）之一造，負擔舉證責任，關於此點，學說固屬一致，然將其必要之法律要件事實，而為分類，使屬其一部於對造，由對造負擔舉證責任一層，究為正當與否，在學說上仍為分歧，此為本說中關於舉證責任問題之關鍵所在，既係法律要件之分類有爭，即係舉證責任問題有爭。

依通說。

謂主張法律上效果存在者，其所構成足以發生效果要件之事實，究為通常事實，抑為特別事實，在所不問，祇須為發生