

中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

# 法學叢刊

◀ 冤獄賠償運動專刊 ▶

## 本期要目 (冤獄賠償運動專刊)

論著

刑事賠償立法之比較	劉陸民
法國刑事賠償制度及其適用	陳權東
國家之民事責任論	胡養蒙
法人責任理論發達與冤獄賠償制度	牟紹周
國家賠償制度之現在與將來	嚴陸武
冤獄賠償制度幾個要點	戴天球
採用冤獄應報主義之我國立法例	劉陸民
日本刑事補償法	陳志棣
本國判例暨解釋	王維楨

附錄

律師協會冤獄賠償運動之經過	
律師協會加入國際比較法制學會往來函件	
律師協會數案司法當局暨立法委員函詞彙誌	
江寧律師公會貧民法律扶助會成立會主席劉哲演詞	
上海律師公會爲請取銷特別刑事法令致全國各地律師公會代電	
上海律師公會爲滙豐銀行非法拍賣申新紡織第七廠宣言	
上海律師公會爲請維持暫行會則關於委員制各條規定呈司法部文	
成都律師公會爲請取銷司法行政部羅前部長任內第三八八六號通令代電	

第三卷

第三期

中華國民律師協會

法學叢刊出版社

# 介紹新著

## 犯罪學大綱

許鵬飛教授著

定價一元二角

大學書店出版

本書為法國底雄大學法學碩士巴黎大學刑事學研究院畢業  
上海法學院上海法政學院教授許鵬飛先生新著內容共分四  
編第一編概論第二編原因論第三編影響論第四編救治論其  
取材豐富而精密其說理深邃而透闢洵我國法學界最新之名  
作堪為各法學院犯罪學之教本

# 中正

第一卷 (半月刊)

## 目要

正論壇(四篇)	民主與獨裁論(二)	從薛爾問頭推論歐洲的前途	現代思潮與法律之影響及	現代行政之研究	宋代紙幣之研究	中國社會的結構與中國生產	研究教育之動向(續)	日本北海道的十日旅行記	晦堂無際錄	雅音集	妻與客人之間(小說)	戒指(小說)	編輯後記
艾	陶	吳	賀	張	周	顏	傅	張	青	雅	熊	衷	
曉	子	焜	焜	映	振	悉	佛	劍	劍	音	壽	若	
黃	黃	信	信	奇	奇	達	岩	魂	魂	社	霞	霞	

中華民國二十二年六月六日出版

編輯者 發行所 中正半月刊社 發行所 武昌中興書局 經理處 武昌中興書局

零售	每册	一元
半年	五元	
全年	九元	

國內郵費在內

法學叢刊

林森題



▲本刊第三卷 第一期▼

法學叢刊第三卷第一期發刊感言……江庸

▲論著▼

司法究應如何整理……劉陸民

清末軍流徒刑執行方法之變遷與吾人應有之認識……百川

中國合夥組織法律上之研究……胡養蒙

論我國刑法上之結果犯……老遇春

對刑法第二三九條之意見……沈子為

亟應糾正之司法院十八年院字第一四三號指令……劉陸民

▲譯述▼

德國國社黨刑法學之一體系……惟楚

德國國社黨的推事養成規則……張覺人

▲外國判例研究▼

質物之不當處分與賠償責任……劉陸民譯

租賃契約合意解除後及於轉租人之影響……劉陸民譯

▲本刊第三卷 第二期▼

▲論著▼

論刑事被告上訴案件第二三審法院及更審法院不應反科被告以較重之刑……江庸

陪審制度的估價……許鵬飛

評清代邊政通放……劉陸民

自由是權利嗎？……劉陸民

航空機對於地上損害賠償責任之法制比較……百川

各國律師制度大觀……吳欣奇

▲譯述▼

最近英國判例……惟楚譯

地方當局對於明白危險怠于相當豫防之責任……惟楚譯

▲本國判例暨解釋▼

最高法院民刑事判例

司法院解釋

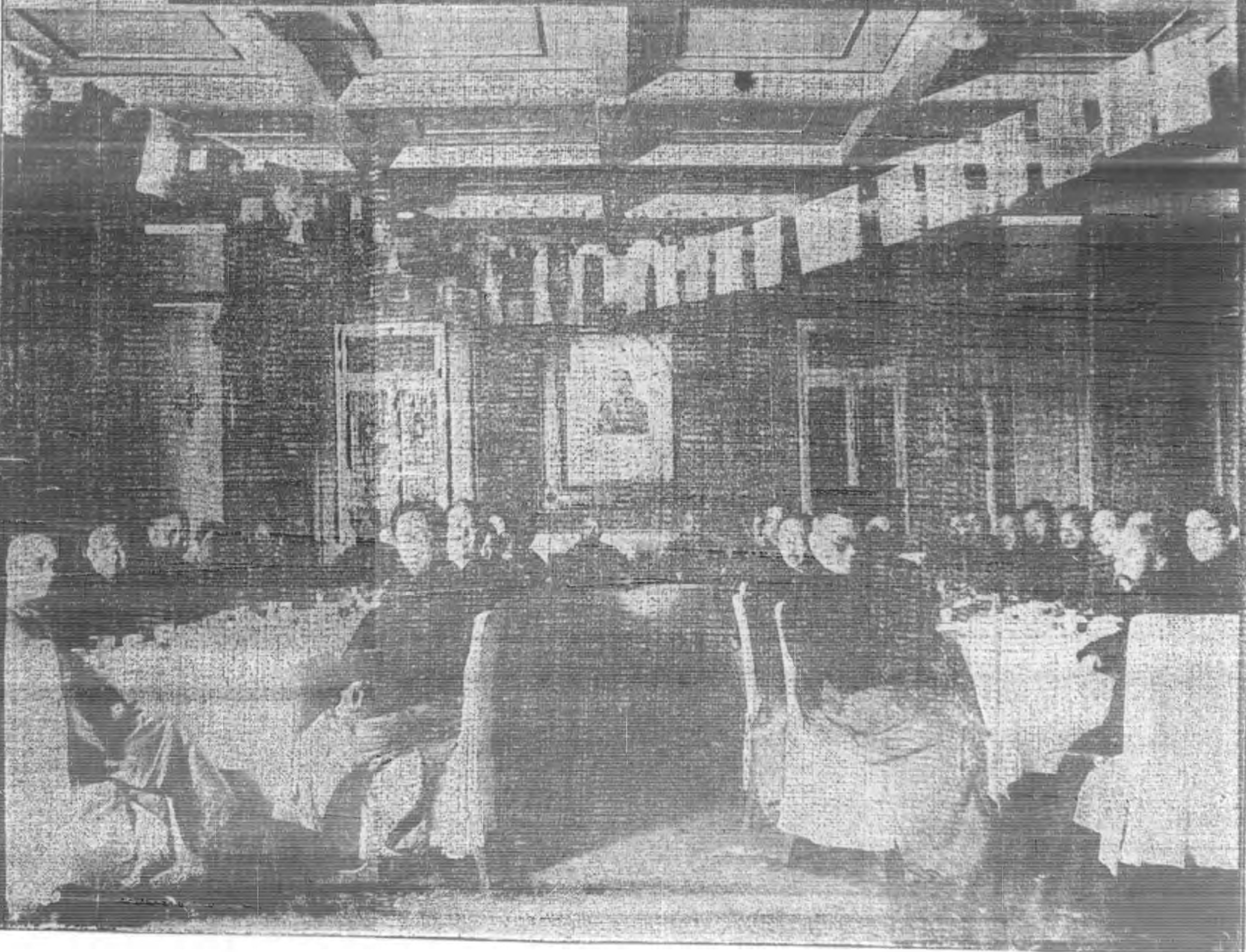
▲雜載▼

禁烟法修正公佈前烈性毒品案件暫行辦法商定之經過

一個反映邊疆司法制度的甘肅案



中華民國律師協會歡迎司法行政長暨立法委員合影紀念







論著

刑事賠償立法之比較

劉陸民

目次

一、緒言

二、刑事賠償之法律關係

(子) 刑事賠償法律關係之性質

(丑) 刑事賠償法律關係成立之條件

1. 積極條件

2. 消極條件

法學叢刊 論著 刑事賠償立法之比較

法學叢刊 論著 刑事賠償立法之比較

二

(寅) 刑事賠償之義務主體與權利主體

(卯) 刑事賠償之對象及算定賠償金額之標準

三、刑事賠償之程序

(子) 刑事賠償程序之性質

(丑) 刑事賠償之請求

(寅) 刑事賠償之裁判

(卯) 刑事賠償程序之停止

四、結言

一、緒言

予曾於本刊第二卷第二期刑事法典專號，作「刑事賠償制度之法理觀」，粗叙刑事賠償制度的法理見解矣。於茲擬就各國刑事賠償立法例，以比較其同異，而推論其當否，想於我國刑事賠償立法之前途，不無多少之裨補也。

考刑事賠償制度，自十九世紀末葉，因團體責任理論之進步，與現代文化國家的公平正義之要求，始漸次由歐洲諸國立法而被採用。其最先規定國家對於再審諭知無罪者財產上之損害而為賠償者，有如一八八七年之挪威刑事訴訟法（四百六十條以下）。次之，法蘭西於一八九五年六月八日之刑事訴訟法修改條文，意大利於一九一三年之刑事訴訟法，亦規定當再審諭知無罪之際，國家應對之而為賠償。更如匈牙利，在一八九六年之刑事訴訟法中，對於在通常程序受羈押後經諭知無罪者及再審諭知無罪者，規定賠償制度。如德意志，以一八九八年五月二十日之法律，及一九零四年七月十四日之法律；如奧大利，以一八九二年之法律（依於一九一八年三月二十一日之法律而為修改），及同年八月十八日之法律；如日本，以一九三一年四月二日之法律；採用刑事賠償制度。至於英美，雖尚無成文法，但亦有不少的刑事賠償實例。惟本文僅能就有成文法的國家之刑事賠償法制而為比較，若英美之刑事賠償實例。則略而不論焉。

## 二、刑事賠償之法律關係

(子) 刑事賠償法律關係之性質 刑事賠償法律關係者，是冤抑者與國家間所成立之法律

法學叢刊 論著 刑事賠償立法之比較



關係也。此項法律關係：有以爲私法關係者；以國家賠償義務，係由法官有故意或過失，造成冤獄而發生。有以爲公法關係者；以國家刑事賠償義務，不以司法官吏有故意或過失爲要件，其主旨惟在對於司法官吏，因行使職權所發生的不正當之結果，而爲救濟。予於「刑事賠償制度之法理觀」一文內，乃主公法關係說者；及今思之，覺又有未盡然。蓋國家刑事賠償制度，係就其司法機關的權力之行動，所發生不正當之結果，而負責任。然茲所謂不正當之結果，其發生：有由司法官吏，因其於所謂維持國家秩序之必要，依於法律規定，對於有侵害特定法益之嫌疑人，而行使其職權以致之者；亦有由司法官吏故意或過失之行爲以致之者。若謂刑事賠償制度，係一種公法關係，國家僅能就不正當結果而負慰藉責任；其不正當結果之由司法官吏故意或過失之行爲者，國家給與慰藉金外，應由被冤抑者，依民法求償於當該司法官吏；按之法理事實，皆難謂爲允當。予故於此認國家對於無罪責之良民，不幸因其司法機關權力的行動，所發生不正當的結果，姑無論其不正當之結果，由司法官吏的純職權行爲，抑或由司法官吏於行使職權之際，所爲故意或過失的不法行爲，而發生，國家皆應就其結果，負賠償損害之責任。不過在後者之情形，國家得求償於有過失或故意之司法官吏而已。

。則刑事賠償法律關係者。固包含有公法關係與私法關係兩種性質者也。執一以論，則必偏於理想，而不切合實際，予故不取。

(丑) 刑事賠償法律關係成立之條件 刑事賠償法律關係成立之條件有二：即積極條件與消極條件是已。前者乃「不可不有」之條件；後者乃「不可有」之條件。欲知各國刑事賠償法上關於以上兩種條件規定之異同及常否，自宜詳晰明瞭各國立法對於此項條件，作如何之規定？

茲先就積極條件、列舉前段所述各國之立法例如下：

1. 德意志未決羈押賠償法（以下簡稱德甲法）第一條第一項：「於刑事訴訟程序，諭知無罪，或由法院，裁定免訴者，經審理結果，判明其無責任，或其有根據之嫌疑不存在時，得就已受之未決羈押，對國庫請求賠償。」

德意志再審無罪賠償法（以下簡稱德乙法）第一條第一項：「再審諭知無罪或適用輕刑罰法處刑者，其先諭知之刑，對於其人，已執行全部或一部時，得對國庫請求損害賠償。」

『前項再審，關於被諭知有罪者所負擔之事實，或適用重刑罰法之基本情由，應判明其人無責任，或其有根據之嫌疑，已不存在。』

2. 奧大利未決羈押賠償法（以下簡稱奧甲法）第一條第一項：『因有刑事訴訟法上應被訴追之可罰行為之嫌疑，由法院予以羈押者，關於其可罰行為，後經諭知無罪，或被免訴時，得就其羈押所致財產上之損害，請求國家，為相當之賠償；其保安官署之假羈押，先於裁判上之羈押，或假羈押超過法律上許可之限度時，關於賠償，與裁判上之羈押，同一處理之。』

奧大利再審無罪賠償法（以下簡稱奧乙法）第一條第一項：『因有刑事訴訟法上應被訴追之可罰行為，由通常刑事法院，為有罪之判決，已臻確定時，經依刑事再審程序廢棄，或公訴終局駁回，結果諭知無罪，或依輕刑罰法處以輕刑者，其由不當之處罰，所致財產上之損害，得請求國家，為相當之賠償。』

3. 佛蘭西刑事訴訟法（以下簡稱佛法）第四百四十六條第一項：『受刑之諭知者，經再審判決無罪時，得許其人，求償因刑之諭知所受之損害。』

4. 意大利刑事訴訟法（以下簡稱意法）第五百五十一條第一項：『於再審程序，諭知無罪之被告人，受三年間或三年以上之自由刑時，其經濟狀態，需要救助者，得為國家負擔金錢賠償之請求。』

5. 匈牙利刑事訴訟法（以下簡稱匈法）第五百七十八條：『由確定判決，受自由刑者，或繳納罰金者，或被徵收罰金者，在左列各場合，有賠償請求權：

（一）『經再審確定判決，諭知無罪者。』

（二）『經再審確定判決，受有較輕於被廢棄判決之刑者。』

同法第五百七十六條：『法院不起訴者，或諭知程序停止者，對於左列各行爲，於由法院命為假逮捕或審理羈押之場合，隨其諭知確定，有損害賠償請求權：

（一）『無犯罪行爲。』

（二）『不成為犯罪行爲。』

（三）『自己雖以為犯罪行爲。但依法律未可視為可罰行爲。』

6. 挪威刑事訴訟法（以下簡稱挪法）第四百六十九條第一項：『已受刑之執行後，其因判決



諭知無罪者，得就因刑之執行，所蒙之損害，請求為國庫賠償之裁判。」

7. 日本刑事補償法（以下簡稱日法）第一條：「依刑事訴訟法，在通常程序，或再審及非常上告程序，諭知無罪者，或依同法第三百十三條之規定，諭知免訴者，於曾受未決羈押之場合，國家對之而為因羈押之補償。」

「於再審或非常上告程序，諭知無罪者，其因原判決已受刑之執行，或依刑法第十一條第二項之規定，曾受拘留處分之場合，國家對之而為因刑之執行或拘留之補償。」

就上述各國立法例，綜合觀察，則刑事賠償法律關係之成立，應以冤罪者，在刑事通常程序，諭知無罪或免訴，或在再審程序，諭知無罪為條件，固極明白。然諭知無罪或免訴者，有不為罪之場合，與證據不充分之場合。如係由於被告人之行為，根本不構成犯罪，諭知免訴或無罪者，其人固誠然不失其為無罪責之良民。若僅由證據不充分，諭知免訴或無罪，易言之，由檢察官推事，在事實上，不能搜集其有罪之證據者，其人難謂為無罪責的良民，決非少數。在如斯場合，國家應否負賠償之義務，則即有正反兩說。

予以為因證據不充分而諭知免訴或無罪者，固非盡係無罪責的良民，然亦不得謂為盡

係工於犯罪的奸民。則主一律給與慰藉金，與主國家概不負賠償責任者，固皆屬一偏之見。假令在刑事訴訟程序，諭知免訴或無罪者，能如德未決羈押賠償法，更附以「經審理之結果，判明其無責任，或其有根據之嫌疑不存在」之限制。在再審程序，諭知無罪者，能如德再審無罪賠償法，更附「關於諭知有罪者所負擔之事實，或適用重刑罰之基本情由，應判明其人無責任，或其有根據之嫌疑，已不存在」之限制，則庶幾適于實際，合於法理矣。予以是同情於德制。至予所斷然排斥之者，則意制也（參觀意法規定之消極條件）。

次更、就、消、極、條、件、列叙各國之立法例於下：

1. 德甲法第二條：『受羈押人，有惹起本決羈押之故意或有重大過失之責任時，無賠償請求權。怠於提起上訴者，不視為過失。』

『賠償之請求，若受羈押人，被審究之事實，包含有異常不誠實不德義之情形時，或係於阻却自由決意之酩酊狀態而犯之之時，或自事實之情況，顯見其人有為重罪或輕罪實行之準備時，得除外之。』

德乙法第一條第三項：『受有罪判決人，先有惹起有罪判決之故意或有重大過失之責任

時，無賠償請求權。怠於提起上訴者，不視為過失。』

2. 奧甲法第一條：(一)『被羈押人，其被訴追及羈押，有充分根據，其又有無後效之嫌疑之場合，無賠償請求權。又被羈押人，係因自己有惹起羈押之故意或重大之過失，而招致羈押時，亦無賠償請求權。但在此等場合，違法延長羈押者，仍須給與賠償。怠於上訴者，不視為過失。』

(三)『與德甲法第二條第二項略同。』

(四)『被羈押人，係於警察監視之下，而被羈押時，無賠償請求權。』

奧乙法第一條：(一)『被諭知有罪人，有招致不當有罪判決之故意，或對於闕席判決，因重大之過失，不為故障之聲明時，無賠償請求權。』

3. 意法第五百五十一條第二項：『於左列各場合，不許為聲明：

(一)『自前條規定張貼程序之時起，經過三月後，而始聲明時。』

(二)『聲明人，再度受其他拘禁刑之諭知時。』

(三)『因聲明人之詐欺，或重大過失，而發生法律上之錯悞時。』

(四)「於再審程序，因證據之欠缺，諭知無罪時。」

4. 刑法第五百七十七條：「有左列情形之一者，對於假逮捕或審理羈押，不得請求賠償：

(一)「企圖逃走或曾逃走者。」

(二)「虛偽自首或自白者。」

(三)「湮滅犯罪痕跡，串通證人或其犯而使為虛偽之供述，串通鑑定人而使交付虛偽之

鑑定或不為鑑定與交付者。」

同法第五百七十九條：「有左列各情形之一者，不得請求賠償：

(一)「虛偽自首或自白者。」

(二)「於主要程序，故意隱秘為判決基礎之證據方法者。」

(三)「對於確定其可罰權之下級審判決，不為上訴者。」

(四)「由確定判決前下級審之判決，被確定之自由刑，未經聲明不服者（第五百六條第

二項第五百四十九條第一項）。」

5. 刑法第四百六十九條第三項：「諭知訴追停止或放免，係以其行為不牴觸刑事規定，或

法學叢刊 論著 刑事賠償立法之比較



爲法律認可除外或廢止可罰權爲理由時，法院裁判，應詳細斟酌事實之狀況，裁斷其賠償之範圍。」

同法第四百七十條：「與匈法第五百七十九條同。」

6. 日法第四條：「關於諭知無罪或免訴者，有左列事由時，不爲補償：

(一)「因有刑法第三十九條乃至第四十一條規定之事由，諭知無罪或免訴時。

(二)「被起訴之行爲，反於公共秩序或善良風俗，顯應受非難時。

「因本人故意或重大過失之行爲，爲起訴，羈押，付公判等處分，或再審請求之原由時，不爲第一條第一項之補償。

「因本人故意或重大過失之行爲，爲原有罪判決之基礎時，不爲第一條第二項之補償。

「由一個裁判，關於併合罪之一部，諭知無罪或免訴，其他部分，仍諭知有罪者，對此得不爲補償。」

上述各國刑事賠償法律關係成立的消極條件，無非被羈押者，被諭知有罪者，對於其羈押與諭知有罪，有實體法上或程序法上應歸責於自己之事由。然比較以上立法例，德奧對於

依通常訴訟程序諭知無罪或免訴者之賠償，視在再審程序諭知無罪者之賠償，其消極條件，較爲嚴格。匈牙利法，亦似屬於此類。反之挪威日本等法，對於兩者之消極條件，殆皆一致。此其故維何？乃由是否以法院過失之有無，爲賠償有無之標準故耳。

夫以法院過失有無，定賠償有無者，當以第一立法例較爲合理。何則？法院命爲羈押者，其時尙無盡發見實體真實程序之暇，則在大體上，因被羈押者有其嫌疑的事實存在，而予以羈押，蓋亦有所不得已者也，自難謂爲法院有過失。若在爲有罪判決之場合，法院不顧自己已有以職權發見實體真實之義務，遽認無罪之行爲爲有罪，至再審而始得平反者，原法院則誠不能免過失之責，由是對於再審諭知無罪之被告人，自無嚴格的規定消極條件之理。

若刑事賠償之立足點，不在所謂以法院之過失爲標準，惟在被告人無歸責於己之事由，而被課不測之犧牲之場合，而爲救濟。則無論關於羈押，亦無論關於有罪判決，其應爲被告責因事由之價值，均可認爲同一而無有差異。故第二立法例，亦自有其相當之理由。

予雖非主張應單純的以法院過失之有無，爲定賠償有無之標準者；然同時對於完全排斥法院之過失有無問題，而不加斟酌者，亦不敢苟同。故捨純理而論實際，仍覺第一立法例之

妥當性，較多於第二立法例。

(寅) 刑事賠償之義務主體與權利主體 刑事賠償義務主體者，即為賠償之主體也。刑事賠償權利主體者，即受賠償之主體也。驟視之，人皆知義務主體為國家；權利主體為冤罪者。然按之實際，則前者又有國家與冤罪者之關係，國家與當該官吏之關係，及當該官吏與冤罪者之關係。後者又有冤罪者與扶養權利人之關係，及其與遺族之關係。故其問題，又顯然有其複雜性。然則各國立法，將如何斟酌損益於其間乎？茲仍就各國立法例，分別敘述之而概論之於下：

關於賠償主體之立法例：

1. 德甲法第七條第二項：「國庫在其相當於所為給付之賠償總額限度，其受償者對於惹起未決羈押之不法行為人所有權利，得代位行使之。」（德乙法第三條第二項亦有同樣規定）

2. 佛法第四百四十六條第四項：「應被許可之損害賠償，由國庫負擔之。但對於使他人過失而為刑之諭知之刑事原告人告發人或偽證人，國家得為求償。」

3. 刑法第五百八十八條：「國家對於為賠償原因行為人或怠於為職務上應為之行為人，在相當于其所為賠償額之限度，有償還請求權。」

「國家對於推事，行使推事職務官吏，與檢察處檢察官，僅于其為償還之原因行為，或怠于遵守服務規律，或其可罰行為，已臻確定之場合，有償還請求權。」

「當該請求權，於懲戒程序或刑事程序進行中，或在民事訴訟，得主張之。」

「國庫對於其他，亦得依本條第二項確定之制限，主張其償還請求權。」

同法第五百八十九條：「在有為虛偽告訴或虛偽證言者之場合，及公務員犯一八七八年法律條款第五號第二編第十章或第十二章規定可罰行為之場合，其告訴，供述，或可罰行為之結果，使他人過失諭知有罪判決，或命為假逮捕或羈押時，其告訴人，證人，公務員，對於因諭知有罪判決或受羈押者所蒙損害之全部，負賠償之責任。但以賠償請求權已確定（第五八七條），且損害超過依第五百八十八條附與賠償額之場合為限。」

「賠償權利人，當此場合，得要求替代賠償之二千克倫以下津貼，其金額由法院斟酌確定之。」



4. 日本刑事訴訟法第二百三十九條：「凡因告訴告發提起公訴事件，被告人受無罪或免訴之裁判時，告訴人或告發人有故意或重大過失之場合，得使其人負擔訴訟費用。」

綜上所述立法例，如德佛內，則認國家有求償權利，在另一方面觀之，國家對被害入又有代償義務。如日本，則認國家與惹起損害之責任者，分担賠償義務，因亦不發生代償與求償的關係。茲兩種不相同的立法例，其基本觀念，果若何耶？前者以國家對於其機關常執行職務之際，因故意或過失，所為不正當的權力行為，使冤罪者受有損害時，國家基于團體責任之法理，對不法行為官吏儼若處於雇主之地位，負有代雇用人而為賠償之責任。（其對於告訴人告發人偽證人國家亦為代償者，以官吏亦有過失故也）後者以國家之賠償，在使無辜者得到精神上之安慰，故國家本身之行為與不法行為者之行為，性質上立於獨立個別之關係，國家之賠償，要不能減輕個人賠償之義務，故國家之責任與不法行為者之責任，應從兩方面觀察，根本不能發生代償求償關係。

夫不法行為官吏之責任有三：即（一）刑法上的責任；（二）官吏懲戒法上的責任；（三）民法上的責任。民法上不法行為官吏之責任，是即官吏對於被害者損害賠償之責任也。

蓋官吏縱在行使公法上職務之場合，若故意濫用職權，而有不法行爲，則此不法行爲，祇可謂爲於行使職務時，所爲之不法行爲，不能即謂其爲職務行爲，故應與普通不法行爲，同受民法上不法行爲原則之支配。至官吏於執行職務時，因過失加損害於他人，其亦應屬於民法上不法行爲之範疇，自不待言。

依此以論，則第二立法例，國家與不法官吏分担賠償責任，尤其國家不爲告訴人告發人偽證人，而代爲賠償，似較合理。然吾人細加思維，假令如此，是因國家機關不正當之行動，發生損害之結果者，將有國家之賠償，與因當該官吏等不法行爲之損害賠償，同時並行之事，是得無以一損害而受二重賠償乎？就令以國家之賠償，完全屬于精神的，然精神之安慰，亦有由于物質慾之滿足，不法行爲人，既爲物質上的賠償矣，其被害者之精神，當然已得所安慰，國家更從而賠償之，是非徒增加國庫之負擔乎？換言之，是非徒增加國民之負擔，反使冤罪者有不當利得之嫌乎？況據學者之觀察，其在國家與不法行爲者分担賠償責任的國家，其屬之不法行爲人——尤其如告訴人告發人之賠償責任，幾已成爲有名無實的規定，叩其原因，抑若當該官吏或告訴人等，在因自己不法行爲應負賠償責任之場合，若在國家可爲賠

償之範圍，即宜輕減其賠償之責任。洵如此說，則此等人不法行為所致之損害，動輒由國家賠償之，是又與國家直接被損害何異乎？是又與國民多數代少數不肖官吏與告訴人等分擔損害賠償之責任何異乎？以是予認第二立法例決非善制也。其為善制，而又無背於法人責任理論之趨勢，仍惟第一立法例，足以當之。

關於受償主體之立法例：

1. 德甲法第一條第二項：『受羈押者，其依法律有扶養義務時，扶養權利人，亦有賠償請求權。』

德乙法第一條第二項：『受有罪判決者，其依法律有扶養義務時，扶養權利人，亦有賠償請求權。』

2. 奧甲法第二條：（一）『賠償請求權，除為法律上扶養之給付請求外，不得為強制執行或保全處分。其他由請求權利人，自己所為之讓與，指定担保，或其他法律行為，在法律上，亦屬無效。』

（二）『依本法規定所為之請求，得將請求權利人提出于司法部長要求裁定之賠償額（

第四條第一項），移轉於繼承人。

(三)「此外被羈押者死亡後，其配偶，子女，及兩親，因不當羈押，所喪失屬於被羈押者應為之扶養，得于其相當限度內，主張其請求權。」

奧乙法第二條『與奧甲法同』

3. 佛法第四百四十六條第二項：「因裁判錯誤，而受損害者，其人已死亡時，損害賠償請求權，於同一之條件，屬於其配偶，尊親屬，卑親屬。其親等較遠之親屬，非證明因刑之諭知，本身受有現實之損害者，不能有損害賠償之權利。」

4. 意法第五百五十二條：「被告人經諭知無罪後死亡者，其尊親屬，配偶，及卑親屬而未成年或因精神體質衰弱不能自謀生計，依其經濟上之狀態，必要救助時，得在前條規定期間內，為金錢賠償之聲請，或繼續其聲請。」

5. 匈法第五百八十二條：「依于法律，或法律上許可之習慣，對於賠償權利人，有請求扶養權利者，當權利人死亡後，得請求第五百八十三條所規定之賠償。」

同法第五百八十三條：「由確定判決執行死刑之私人，經判決諭知放免，已臻確定時，



其有扶養權利之親屬，可應其希求，受相當于所喪失於扶養義務人之金錢賠償；

「在本條規定之場合，第五百八十一條所規定之期間，應自諭知停止決議，或放免判決之日起算之。」

6. 日法第二條：「依前條之規定，應受補償者，當其死亡時，對於本人之遺族，為前條之補償，關於死亡者，於再審或非常上告之程序，諭知無罪時，亦同；

「應受補償之遺族已死亡時，對於次順位之遺族，為其補償。」

日法第三條：「本法稱遺族者，為本人之配偶，子，孫，父，母，祖父及祖母，而本人死亡當時，與同戶籍，並繼續在其戶籍內者；

「應受補償遺族之順位，依前項記載順序，關於父母及祖父母，先養父母及其祖父母，後生父母及其祖父母；

「子及孫有數人時，其順位，準以本人為被繼承人之家長繼承順位定之。」

綜上所述，其受償之主體有三：即（一）本人；（二）扶養權利人；（三）遺族是已。其扶養權利人之賠償請求權，除德制外，他如奧佛匈日各制，顯須于本人死亡後行之，是無研

究之必要。而其應加以研究者：即奧制：請求權利人，得將已提出于司法部長要求裁定之金額，移轉于繼承人外，其死亡後，遺族尙就其因不當羈押與諭知無罪，所喪失屬於本人應為之扶養，於其相當限度內，主張其請求權；意制：本人死亡後，其遺族須依其經濟上之狀況，必要受扶助時，始得聲請為金錢之賠償；匈制：因本人死亡情形之殊異，則有扶養權利人之範圍，與扶養權利人所得請求之賠償，均各不同；日制：本人死亡後，其法定之賠償，由遺族依法定順序繼承之。此各制者，究竟誰富於妥當性乎？

予意以為：冤罪者因國家機關故意或過失的不正當的權力行為所發生之損害，國家負有應為賠償之義務，自不因冤罪者之遺族經濟上的狀況優裕而消滅，此法律上當然之解釋也，故意制為予所不能苟同。至扶養權利人所喪失屬於本人應為之扶養，果冤罪者之死亡，係直接由于國家機關不正當的諭知有罪之裁判，國家當茲場合，亦僅就對於本人所負擔的一定之慰籍金——即（一）因拘留負擔之補償金及（二）國家認為相當之補償金——，而認其遺族有繼承權，是亦不能滿足正義之要求，故予於日制，亦難滿意。但奧制，似遺族之有繼承權者，一面得繼承本人已提出于司法部長要求裁定或已提起訴訟之賠償金額，而另一方面，更能就其

所喪失於本人應爲之扶養，於其相當限度，主張其請求權，德制亦屬此類，此又使國庫負擔過重，而間接增加國民的負擔，亦屬不宜。由此以觀，則予認爲公平而可行者，惟匈牙利之制也。

(卯) 刑事賠償之對象及算定賠償金額之標準 刑事賠償對象者，即冤罪者應受賠償給付之標的物是也。此項標的物，現有立法例：有以爲財產上之損害者；有以爲精神上之損害者；亦有以爲財產上之損害與精神上之損害者。其標的物不同，而其計算賠償金額之標準，因之亦異。

茲先從刑事賠償對象之立法例以觀：

1. 德甲法第三條：『受羈押人，因未決羈押發生財產上之損害，是即應受賠償給付之標的物。羈押命令發布前，有拘提或假逮捕時，賠償之請求，應及于未發布羈押命令以前拘禁之時間以上。』

『對於扶養權利人，於因羈押喪失其應受扶養之限度，應爲賠償。』

德乙法第二條：『受有罪判決者，因刑之執行，發生財產上之損害，是即應受賠償給付之標的物。』

「對於扶養權利人，於因刑之執行喪失其應受扶養之範圍，應為賠償之給付。」

2. 奧甲法第一條：「條文見前」

奧乙法第一條：「條文見前」

3. 佛法第四百四十六條：「條文見前」

4. 意法第五百四十八條：「廢棄法院，撤銷判決時，又再審判官諭知無罪時，得進而於必要之場合，就因判決執行所支付罰金程序之費用，及損害賠償或贖罪金之金額，而為返還之裁判。」

意法第五百五十一條第一項：「條文見前。」

5. 匈法第五百八十條：「賠償由國家為之；賠償請求權人，以類似確定賠償決議之形式，列舉應為之金錢賠償：如被諭知有罪判決者繳納之罰金額，刑事法院費用額，依一八七八年法律條款第五號第六十一條被沒收物件之價額，及被諭知有罪判決者，於不當確定之自由刑刑期中，所喪失之勞動純益，以刑事法院之費用，於政府公報，或法院管轄區域內或其附近地方發行之新聞紙上，而公告之，且於被諭知有罪判決者之本籍並住所地方官廳之揭示處張貼之。」

法學叢刊 論著 刑事賠償立法之比較

同法第五百八十三條：「條文見前。」

6. 日法第五條：「因羈押之補償，按拘提命令或羈押命令執行後之拘禁日數，交付每日五元以內之補償金；」

「因懲役，禁錮，或拘留之執行之補償，按其日數，交付每日五元以內之補償金；關於因拘留之補償，亦同；」

「對於受死刑執行者遺族之補償，於交付因拘留之補償外，更交付法院認為相當之補償金。」

「因罰金或罰鍰執行之補償，返還等於已徵收罰金或罰鍰之金額；其為勞役場拘留之執行時，準第二項之規定，交付補償金。」

「因沒收執行之補償，返還未經破壞或廢棄之沒收物，或因沒收物處分所得之價金，或與已徵收追徵金相等之金額。」

右述各立法例，有受財產損害賠償說之支配者，有受精神損害賠償說之支配者，究竟孰為妥當乎？在主精神損害賠償說者：以刑事賠償之制度，不以司法官吏之故意或過失為原因，寧可謂為對於無非不起訴者，予以一種精神上之安慰，而減少其精神上之痛苦。茲所謂精

神上之痛苦者，蓋亦可得解釋為包括精神上之痛苦，與身體上之痛苦也。如或限於財產上之損害，則凡無職者，隱居者，無何種財產上之收入，一旦受不當之未決羈押，或刑之執行，當論知無罪或不起訴時，國家直可拒絕損害賠償矣，有是理乎？

在主財產損害說者；以各國刑事賠償法，大抵就財產上之損害，而為賠償。且財產上之損害測定，比較容易，而精神上之損害測定，最感困難，蓋精神上的苦痛，不問為名譽上的，與身體上的，皆因人而有歧異，即因地位名望的高下，對於起訴處罰，所感受不名譽的苦痛，其程度亦有甚大之懸殊。又因身體的強弱，對於羈押或自由刑的執行，所感受之打擊，其程度亦有甚大之差別。如此而欲以金錢計算其苦痛的價值，不亦憂憂乎其難哉！即謂在事實上，殆不可能，亦可也。

即自社會生活狀態方面觀察之，精神上損害之賠償，遠不若財產上損害賠償為急務。設有人焉，若被拘禁，則必緣是而休止日常之工作，於此場合，任何人不能否認其損害，即為因休業而喪失的每日應得之利益。如富於資產者，於此固無論矣；設不幸為貧乏之工人，或農人，一旦無罪被非法之拘禁，則妻子無依，啼飢號寒，此種緊迫情形，自有賴於財產的賠

債，以彼財產上的痛苦，較甚於精神上的痛苦故也。

但以吾人觀之，刑事賠償制度者，所以賠償因無罪責，而被未決羈押或諭知為有罪者被侵害之法益也。所謂法益者，固不僅為精神的，亦不僅為物質的，蓋包含精神物質而兼有之者，捨其一，而取其一，於法理殊不可通，於實際亦多扞牾難行，故以上兩說，皆各執一是之偏見，殊不足採，即前述各國立法例，其或明示以財產損害為賠償之標的如德奧；或雖無以財產損害為賠償標的之字樣，而其所列舉國家應為之賠償，顯係財產損害如何才利；或以精神損害，為賠償主要之標的，而以財產損害，不過為賠償之從作用如日本；皆非予所能贊成。則予所贊成者，即為渾括的規定，而包含有精神上的與物質上的兩種損害者也。

刑事賠償之標的，既述如上矣。則計算賠償金額之標準，自亦因主精神損害賠償說，與主財產損害賠償說，而立法例有所不同。

如德制，係明示以財產損害，為賠償之標的者，其關於損害之計算，有一九零五年十月六日之勅令，及一九零三年十月十三日之勅令，示其標準。依據此等勅令，則所謂損害者，應包兩種利益：（一）被告人如不被拘禁，按照一般常態或各個特殊情形，可能獲得並可能以



金錢計算之利益；(二)本人在契約上雖已有請求權或可能獲得，亦因拘禁而喪失之利益。但本人因為獲得其所喪失之利益，其應使用之必要經費，與其間之保存費，須扣除之。而被告人在拘禁中，為維持健康，供給必要程度之住室與飲食，其費用，每日僅不過一馬克，故在生活費中，僅將此項費用算入之。要之德制賠償額之計算，必須遵守考慮權利人現實利益之原則。而在無何等財產上損害者，依此項原則，不能享受絲毫之賠償，此固至明之事也。

更如日制，係主以精神損害，為賠償主要標的者，其計算損害之標準，其國學者泉二新熊氏之說，可為代表，茲述之於下：

- (一) 羈押或處刑，是否因被告人有特別破毀廉恥或特別包含惡性之犯罪嫌疑；
- (二) 被告人之名譽，是否因被告事件，由新聞紙及其他社會的機關，受顯著之非議；
- (三) 刑之輕重；
- (四) 未決羈押，是否因不歸責於被告人之事由，使超過通例審理必要之期間，顯然延長；
- (五) 訴追判罪，是否依據極薄弱之證據而為之；
- (六) 財產上損害之多寡。

以上所列舉，對於被告人社會身分之高下或資產之貧富，不甚置重，概以精神上所受之損害為前提，此亦極明顯之事實。

然則孰為合理乎？予係主張刑事賠償之標的，應採渾括規定者，則於計算賠償之標準，自亦不以偏重財產上的損害或精神上的損害為然，換言之，計算賠償之標準，應兼重財產上的損害與精神上的損害是已。

### 三 刑事賠償之程序

(子) 刑事賠償程序之性質 刑事賠償程序：學者以為國家與冤罪者間權利義務之關係，非依民法及其他私法而發生，故其實行，當然不適用民法或民事訴訟法。又此項關係，雖由刑事程序之結果而發生，但對於冤罪者之刑事程序，乃以確定刑罰權存在與否為目的，而對於冤罪者之賠償程序，自不含有刑事程序之性質，因是刑事賠償程序，當然不適用刑事訴訟法，亦極明白。故刑事賠償程序者，乃一種特別的程序也。

然吾人從立法例觀之：奧大利再審無罪賠償法，賠償程序，準用民事訴訟法之規定；則以

刑事賠償程序，不含有民事的性質者，似非的論。更如日本刑事補償法，雖非以類於刑事附帶私訴的財產上之損害賠償爲目的，亦似以刑事訴訟法之規定爲準據；則所謂刑事賠償程序，不含有刑事性質者，亦似不能成立。然則刑事賠償程序之性質，固一兼含民事刑事兩種性質之特別程序者乎？予稱主是說也。

(丑) 刑事賠償之請求 刑事賠償關係，係一包含有公法關係私法關係兩種性質的法律關係，已如前述。則刑事賠償請求者，基是理論而觀之，固當謂其非單純的公法上之權利，而亦非單純的私法上之權利，乃在某場合，包含有公法上權利的性質，或在某場合，包含有私法上權利的性質者也。茲就刑事賠償請求權取得之基礎，行使之程序，消滅之原因，列敘各國立法例於下：

1. 德甲法第四條：(一)「國庫賠償義務，應與法院對於受羈押人所爲無罪判決，同時以特別裁定確定之。

(二)「不服判決提起上訴後，復由新判決諭知無罪時，判決法院，應依第一項規定，而爲新裁定。

(四)「本條規定，受羈押人，由法院予以不起訴處分之場合，準用之。」

同法第六條：「依據諭知國庫賠償義務之裁定，而為請求者，應於裁定送達後之六個月內，向第一審訴訟程序繫屬之管轄地方法院檢察處聲明之；否則喪失其請求權。」

「其聲明尙未有確定判決以前，請求權不得讓與。」

德乙法第四條：(一)「國庫賠償義務，於再審判決時，由法院以特別裁定確定之。」  
.....」

同法第五條：「與德甲法第六條同。」

2. 奧甲法第三條：(一)「國家賠償義務，法院須於諭知無罪判決時，而為不即諭知，俟判決確定後，再行送達之裁定；此項規定，被羈押人，由法院予以免訴處分時，準用之；其在法院之程序，由合議庭為判斷；若在其他場合，被羈押人，須於最後羈押所在地之管轄法院，通知開釋者，此管轄法院，審訊被開釋人後，隨即為國家賠償義務之裁定。」

同法第四條：(一)「當事人，應先對於國家求為其聲明賠償額之自由之裁定；此項請求，應於為請求權基礎，且與指示同時收受之裁定送達後三月內，向司法部長為之；否則

喪失其請求權。

(二)『司法部長之宣言，不於三月內爲之，或當事人要求賠償額之全部或一部被拒絕時，其人得對國家，提起訴訟而爲請求。』

同法第五條：『賠償請求權，自本身受領司法部長拒絕要求之宣言，或經過三個月宣言期間之日起，以三個月而罹時效。』

奧乙法第三條：『與奧甲法第三條同』

3. 意法第五百五十三條：『關於聲請之容許，及聲請之金額，諮詢檢察官及聲請人之意見。如管轄諭知無罪之法院，而爲高等法院之刑事合議庭，或在自已撤銷判決之場合，則因當事人之聲請，由最高法院指定之刑事庭裁判之。』

『前項判決，檢察官及聲請人，得對之爲上告。』

4. 佛法第四百四十六條：(一)『於再審所爲諭知無罪之判決，得因其人之請求，許爲因刑之諭知所受損害之要償。』

5. 匈法第五百八十一條：『賠償請求權，請求權利人，於確定停止決議或諭知放免判決告

知或送達後，六個月內，不為主張者，即消滅之。』

同法第五百八十五條：『賠償程序之開始，應於停止刑事程序之決議或諭知放免判決確定後，以書面或口頭請求之。其請求書面中，應將可能支持請求之情由，明確記載之。』

同法第五百八十七條：（二）『司法部長，依據最高法院之決議，確定其賠償權。』

6. 日法第六條：『欲受補償者，應對於諭知無罪之法院，或諭知免訴之豫審推事所屬之法院，為補償之請求。』

『前項請求，應以書面為之。於請求書內，應添附戶籍謄本。』

『應受補償者，於為請求後而死亡時，其請求，視為由在次順位而應受補償者為之。』

同法第七條：『應受補償者，不得違反先順位者明示之意思，而為補償之請求。』

『應受補償者，取消請求時，其取消者之本人及後順位者，不得更為其請求。』

同法第八條：『補償之請求，亦得由代理人為之。』

同法第九條：『補償之請求，自無罪或不起訴裁判確定之日起，須於六十日內為之。』

合右各立法例以觀察之，則賠償請求權取得之基礎，與賠償權行使之方式，皆可分

爲二類：如前者，德奧以法院宣告國家賠償義務之裁定，爲其基礎。後者意佛匈日，則以諭知無罪，或免訴之裁判，爲其基礎。德奧，由冤罪者依據請求權之基礎，向代表國家之行政機關，而行使其要償之權利。意佛匈日，則由冤罪者，依據請求權之基礎，向司法機關之法院，而行使其要償之權利。

是孰合理而利於推行耶？予先從理論方面研究：覺前者與後者，雖各分兩類，而立法之精神，則均無異致。何者？刑事賠償關係，本屬冤罪者與國家間的一種法律關係，故其立法，一面須注重個人的利益，使個人不致受無罪責之犧牲。一面尤須注重國家的利益，使國家不致枉爲不當之賠償。故德奧先由法院宣告國家賠償之義務者，恐國家悞蒙損害，遂即規定續行程序，由冤罪者據有益於自己之裁定，向代表國家之行政機關，而爲要償之聲明，予國家以斟酌其是否合乎正義之餘地。然又恐代表國家之行政機關，於冤罪者之不利也，遂乃更許冤罪者，復能起訴於法院，以資救濟。反之意佛匈日等制，先由冤罪者向法院爲諭知國家賠償判決之請求，而又恐法院裁判之不允當，於是或則規定須諮詢檢察官之意見，或則規定確定賠償額，其權屬之司法部長，俾各盡攻擊防禦之能事。是德奧之制，與意佛匈日之制，



在實質上，固無有異也。

不過就推行便利論之，予則以德奧之制為優。惟須補充規定者，即國家應負賠償義務者，固由法院於判決當時而為裁定，即國家不應負賠償責任者，亦宜由法院於判決當時而裁定之也。其應裁定國家負賠償責任，如因故意過失而不為裁定者，其責任亦與枉判者同，如此，庶冤罪之由司法官吏之故意或過失造成者，其他司法官吏，不致枉法徇私以曲庇之矣。法界清明，或可冀乎？

至於賠償請求權消滅之原因，大都為不於法定期間內向法定機關，以行使其請求權，以問題單純，殊無若何複雜而重要的意義，茲不多論。

(寅) 刑事賠償之裁判、刑事賠償之裁判者，即確定國家與冤罪者間損害賠償的權義關係之程序也。因刑事賠償法律關係，包含有公法關係與私法關係的性質，則其裁判此項複雜法律關係之程序，自亦含有複雜之性質。設規定不得其宜，姑無論於法理不可得而通，於實際必多窒礙而不便施行。茲列叙各國立法例於下：

1. 德甲法第四條：(三)「裁定，於諭知無罪判決確定時，以送達告知之。對於此項裁定

，不得由上訴聲明不服。國庫賠償之義務已宣告者，法院對於顯有居所之扶養權利人，縱非受羈押人之家屬，亦應將其裁定通知之。

「前項規定，受羈押人，於依法由法院予以免訴處分時，準用之。」

同法第六條：「依據諭知國庫賠償義務之裁定，而為請求者，應于裁定送達後之六個月內，向第一審訴訟程序之管轄地方法院檢察處聲明之。否則喪失其請求權。」

「各邦司法行政最高官廳，就聲明所為裁定之正本，對於聲明人，應依民事訴訟法之規定送達之。」

「對於裁定，許依訴訟方法，聲明不服。其聲明不服之訴，應於裁定送達後三個月之不變期間內提起之。關於賠償之請求，不論訴訟物之價格，為地方法院民庭之專屬管轄。」

德乙法第四條：（二）「裁定與其法院判決，同時為之。但不宣告，由送達通知。此項裁定，不得聲明不服。判決撤銷時，即喪失其效力。」

同法第五條：「與德甲法第六條」

2. 奧甲法第三條：(二)「此項裁定，須送達于被羈押之本人。」

「右裁定，宣告國家賠償義務時，同時應將關於本法第四條及第五條之規定，指示於被羈押人。」

(三)「檢察官及被羈押人，得對裁定，而為抗告。」

「右抗告，須于十四日內聲明之。」

(四)「確定裁定，關於以後之程序，有拘束力。」

3. 意法第五百五十三條：「詳前」

4. 佛法第四百四十六條：(三)「損害賠償之請求，於再審之訴，無論至何程度，應受理之。」

5. 匈法第五百八十六條：「法院以職務搜查確定賠償必要之材料。」

「法院搜查進行中，對於請求權利人，應催告為可能支持請求之供述，並對檢察官之意見，而為表示。」

「法院於必要場合，得審訊証人及鑑定人。」

同法第五百八十七條：「法院搜查終了後，將所有記錄，移送于最高法院。最高法院，於賠償權存在之場合，爲終局之決議。且于容許其請求時，對請求權人，送達書類。」

「司法部長，依據最高法院之決議，確定賠償額。」

6. 日法第十條：「有補償之請求時，法院應諮詢檢察官之意見，而爲裁定。裁定之正本，應送達于檢察官及請求人。」

「請求有理由時，應爲補償之裁定。請求無理由時，或期間已經過二年後者，應駁回之。」

「因刑之執行或拘留補償之請求，與因羈押補償之請求，同時聲明時，其主文，應區別而裁定之。」

同法第十一條：「補償之裁定，不得聲明不服。」

「對於駁回補償請求之裁定，得爲即時抗告。」

右立法例，亦如前段所述，大抵不外兩種，於茲，無多可議論者。予以爲有加以研究之必要者，惟國家與冤罪者。對於賠償之裁定，有無抗告權之關係爲如何也。如右德國立法例，規定宣告國家賠償義務之裁定，不得聲明不服。奧國立法例，規定檢察官與請求人，得對

宣告國家賠償義務之裁定，而為抗告。日本立法例，規定補償之裁定，不得聲明不服；對於駁回補償請求之裁定，得為即時抗告。

茲三種立法例，果就可法乎？予於前段，係主宣告國家賠償義務之裁定，以及冤罪者依據裁定而行使請求權之程序，應以德奧之制為優，同時並主應加補充的規定，即否認國家賠償義務，亦應由法院於諭知無罪判決或不起訴時，同時裁定者，則於此，自以日本之制為可採。

何者？若絕對不許聲明不服如德制，何以保冤罪者受償之權利，不橫被法院剝奪乎？若略無限制，檢察官與請求人，皆得為抗告，又何以保請求人或檢察官，不為無益之抗告乎？欲避免上述兩種弊竇之發生，自以下述之制為宜：即關於宣告國家賠償義務之裁定，不許聲明不服，而否認國家賠償義務之裁定，應許冤罪者，聲明抗告是也。

(卯) 刑事賠償程序之停止 刑事賠償程序之停止者，即國家賠償義務停止之程序也。茲略舉數例以觀之：

1. 德甲法第五條：『宣告國庫賠償義務之裁定，如為諭知無罪者之不利益，命為再審，或

對於免訴者，再行起訴，已開始公判時，失其效力。其賠償已為支付者，得使返還已支付之數額。

同法第八條：『為諭知無罪者之不利益，聲明再審，或對免訴者，再被起訴時，聯邦司法行政最高官廳之裁定（第六條第二項），及賠償之支付（第七條第一項）中止之。』

2. 奧甲法第八條：（一）『為已諭知無罪或已免訴者之不利益，有再審之聲明，或無為此項聲明之必要，更開始或續行以前程序時，司法部長，得在裁判確定以前，延期宣言，或命停止支付。在此項裁判前，不得依據訴訟方法，主張請求權，請求權在裁判確定後，三個月期間經過前，不權時效。右之延期宣言或停止支付，應通知於聲明人。』

（二）『許可再審，或無再審必要，而為本案之辯論時，宣告國家賠償義務之裁定，失其效力。既已支付者，如在新程序，不更宣告國家之賠償義務，其受領賠償人，須返還之。』

3. 日法第十五條：『關於補賠償請求之事件，於繫屬中，有再審之請求，或依刑事訴訟法第三百十七條之規定，提起公訴時，在其裁判確定以前，應停止裁定之程序。』

『於前項場合，對於被告人，爲有罪之判決時，補償之請求，失其效力。』

同法第十六條：『有補償之裁定後，有再審之請求，或依刑事訴訟法第三百十七條之規定，提起公訴時，在裁判確定前，應停止補償支付之程序。』

『於前項場合，對於被告人，爲有罪之判決時，補償之裁定，失其效力。』

同法第十七條：『於前條第二項之場合，如已有補償之支付時，其爲有罪判決法院，應依檢察官之請求，以裁定命返還補償之數額。關於此項裁定之執行，刑事訴訟法第五百五十三條至第五百五十五條，準用之。』

以上三國立法例，殊無多大異點，而亦無須詳加研究的問題。不過比較之下，當以日本立法例，更爲詳備，予竊以爲可法也。

#### (四) 結言

刑事賠償立法，於上述刑事賠償法律關係，與刑事賠償程序兩問題而外，本尚有刑事賠償的適用範圍問題。換言之，即刑事賠償，適用於軍法會議等場合的問題，茲以此項問題，



極其簡單，無待多論，故略而不錄。其所錄而為比較者，固皆含有重要性，亟待解決，以資取法者也。

雖然，刑事賠償法，在我國果有實現之必要與可能乎？其有必要，固人人能知之。至是否可能，則如時人所見，誠不無問題也。其最成爲問題者，即（一）刺激審判官之心理的問題；（二）影響國家之財政的問題。然予以爲之二問題者，皆非不可解決之問題。予將另爲文以論之，本文則即此而終止之。

<b>新 蒙 古</b>	
◀ 刊	▶ 月
期 二 第	卷 三 第
<p>插圖——國民政府軍事委員會委員長蔣中正肖像          蒙旗宣化使大國師章嘉呼岡克圖肖像          外蒙郵票之一班          中央當局與蒙古知識份子雙方應有之反省……姚敬齋          危險線上的蒙古……雲占標          對於整頓喇嘛教者進一言……霍寶書          中俄蒙的外交關係……王開江          從蒙古現社會之分析說到今後應有之改革……張景韓          再談蒙藏學校……小月          蒙古字母之源流……伊桂承          日人調查之東部內蒙古社會與經濟狀況……鍾心譯          蒙古東南部植物之考察……洪雨譯          蒙古的女性……薊雨譯          林在偽國一段險夷的遭遇……妻然          馬嵬坡（戲劇）……姬清波          哀訴（詩）……允文          蒙古青年園地：窮困的她……</p>	<p>編輯兼發行者 北平新蒙古月刊社          社址 北平旂壇寺西大街前當舖胡同二號          總代售處 北平和平門外民友書局          定價 每份大洋一角五分          半年六期訂閱八角          全年十二期訂閱一元五角；郵費本埠六分          外埠三分          五分以下郵票代洋十足使用</p>

法學叢刊 論著 刑事賠償立法之比較

## 法國刑事賠償制度及其適用

陳耀東

### 一、

法國刑事賠償制度，始於一八九五年六月八日之賠償法。凡刑事被告經再審法院諭知無罪之判決者，再審法院因被告之請求，得判給相當之賠償。但被告經不起訴處分或經法院宣告無罪而未經過再審程序者，被告因此所受之損害，法國賠償法則無賠償明文。

### 二、

賠償損害之方法，計有兩種，一為名譽上之賠償，一為金錢上之賠償，茲分別述之。

#### (一) 名譽上之損害賠償

法國在一八九五年之前，刑事被告經再審法院諭知無罪之判決者，除回復被告身體之自由及其公民權利外，並無名譽或金錢損害賠償之規定。

依照刑事訴訟法第四四六條九十兩項之規定，再審判決書，須在司法公報上登載，並須

公佈於以下五處：（一）判決有罪之原審法院；（二）諭知無罪之再審法院；（三）犯罪地點之法院；（四）再審聲請人所在地之法院；（五）無辜被告如已死亡，其臨死前所在地之法院。

再審法院，經聲請人之請求，得允許該聲請人載選擇五種報紙，登載再審判決書，所有費用，概由國庫負擔。判決書不但登載其主文，即理由一項，亦須照登。

## （二）金錢上之損害賠償

再審聲請人，除得請求名譽上之損害賠償外，並得請求金錢上之損害賠償，依照法國刑事訴訟法第四四六條一、二、三、四、五項之規定，除無辜被告本人有權請求賠償外，即其配偶及親屬，亦得請求賠償。

關於金錢賠償問題，通常有兩種制度：一是法律債務制；一是道德責任制。法律債務制者，無辜被告，經再審法院諭知無罪後，對國家取得債權之制度也。道德責任制者，國家本於道德上之觀念，酌量情形，予被告以金錢救助，但不能取得債權人地位之制度也。此兩種

制度之性質，既不相同，其所發生之效果，自亦有異。請分別言之：

A 法律債務制度之法律效果

法律債務制度所發生之效果，約略言之，有以下四種：

(一) 刑事被告，一經法院宣告無罪，或予以不起訴處分，該被告對國家即取得損害賠償之債權。

(二) 刑事被告，只須證明其有損害發生，國家即應予以賠償，該被告之家庭境遇如何，在所不問。即該被告為富有資產之人，國家初不因之而免除其賠償責任。

(三) 賠償數目之多寡，視損失之大小，及國家之責任而定，如刑事被告所受之冤抑，係因本人之過失，致陷法院於錯誤，則國家即不須賠償；如本人與司法機關，皆有過失，則國家須視該被告過失之程度，而確定賠償之數目，被告之過失大者，國家可從輕賠償；被告之過失小者，國家可予以較優之賠償。

(四) 刑事被告經再審法院宣告無罪時，即由該院確定損害賠償之數額。

B 道德責任之法律效果

國家因道德責任觀念，而予受冤抑之刑事被告以損害賠償，其所發生之法律效果，與法律債務制度所發生之效果大異：

一、被告之損害，是否有賠償之必要，國家有決定之全權，如刑事被告之家境富裕，國家可不必賠償；如該被告之家境寒苦，或其所受之損失奇重，國家可從優賠償其損失。

二、國家賠償之數目，可不與刑事被告所受之損失成比例，國家得衡情增減。

三、賠償數目之多寡，由行政機關確定，不須法院過問。

以上兩種制度，在一八九五年曾引起法國學者激烈之爭論，法國政府於其刑事賠償法案上，主張道德責任制度，蓋此種制度，一經採用，大可減少國庫之負擔也，但法國下院否決政府之主張，採用法律債務制度。在下院之意，法律債務制度，對於人權之保障，較優於道德責任制也。但上院議員拜蘭格氏（*Blanc*）主張對於法律債務制，應加以限制。拜氏曰：「賠償係一種權利，但行使此項權利時，法院應有自由裁量之餘地」。因此，刑事賠償法於規定法院職權時，乃於刑事訴訟法第四四六條中加入「得」字，此非謂賠償法採用道德責任制，不過於法律債務制，稍加限制，俾法院於行使職權時。有自由裁量之餘地耳。

道德責任制度，以其不切實用，現已成爲歷史上之陳迹，茲所欲考究者，即法律債務制度是已。

### 三、

主張國家應採法律債務說者，其所依據之理由，不外以下三種學說，即：（一）社會過失說；（二）職業危險說；（三）平等負擔說。

（一）社會過失說 一切賠償問題，皆因行爲人之過失而發生，故賠償與過失，有不可分離之關係，行爲人，對其行爲能注意，應注意，不注意，而加損害於他人者，行爲人自須負賠償之責。司法機關，爲國家主要組織之一，法官無異受其僱用，法官因過失或錯誤，不法加損害於他人，國家自須連帶負擔賠償之責。依照此種學說，如國家能證明刑事被告所受之損害，係由於不可抗力，第三人之過失，或刑事被告自己之過失，而致法院於審判時發生錯誤者，國家即不負損害賠償之責。故無辜被告，欲向國家請求損害賠償，須該被告能證明法院審判時，有過失之存在。

社會過失說，頗受人之非異，蓋國家賠償損害，須被害人證明其有過失，故如係第三者之過失，或因不可抗力致司法陷於錯誤，被害人即無求償之餘地，故依社會過失說，則所謂刑事賠償云者，直等於水中泡影而已。

(二) 社會危險說 行爲人對其行爲，必須負責，如其加損害於他人，不問其有無過失，須負賠償之責。蓋任何人因其行爲所發生之危險，自當由其本人負擔。行爲人爲發生損害之媒介，有制止其行爲之能力，被害人處於被動之地位，對於他人之行爲，無從制止，故權衡輕重，損害之發生，自應由損害之媒介負擔。被害人自不須負責。從公道方面着想，理當如是。國家於行使司法職權時，如加損害於他人，對於被害人，自應賠償。依照社會危險說，如司法錯誤，係由於不可抗力，或被告自己之詐欺行爲，國家對其所受之損害，即不負賠償之責。但如損害之發生，係由於第三者之過失，甚至被告自己之過失，國家仍當負賠償責任。

社會危險說，對於人權固有極大之保障，但對於國家之負擔，未免太重，蓋損害之賠償範圍過寬，如因第三人之過失，或被告自己之過失，而致發生損害時，國家亦應負其責任，

殊欠公允也。

(三)平均負擔說 依據平均負擔的學說，人民對於國家之負擔，應當平均分配，不能使某一特定人之負擔較重於他人，此說久為公法學公認之原則。故國家為公共利益，徵收私有財產時，應給予相當之賠償，關於司法錯誤，平均負擔之學說，當亦能適用，蓋刑事訴訟法上之監禁程序，原為大眾之利益着想，刑罰即所以維持社會之公共利益也。國家對於某特定人實施監禁，是對其天賦之自由權，加以限制，如該特定人並非罪有應得，則其對於國家之負擔較他人為重，國家對其因此所受之損害，自應負賠償之責。

平均負擔說，頗能適合「公道」的要求，因其承認損害賠償為被告之一種權利，即損害之發生，由於不可抗力或第三者之錯誤，如偽証或誣告等，國家皆應為損害之賠償，但如損害之發生，由於被告自己之過失，或錯誤，國家即不負賠償之責任，蓋破壞平均負擔之原則者，為被告本人，該被告自不得利用本人之過失或錯誤，而要求國家賠償其損害也。

法國國會，對於以上三種制度，經過長久之討論後，結果採用社會過失說，故無辜被告，如能證明其受有損害，即可向國家請求賠償矣。



#### 四、

損害賠償請求權，無辜被告在法前由本人行使（法國刑事訴訟法第四四六條一項）。死後得由被告之配偶及其父母子女行使（同條二項）。父母子女行使賠償請求權時，不論名譽上之損害或金錢上之損害，皆得為請求之標的，被告死後如無父母子女時，其一親等以外之親屬，亦得行使此項損害賠償請求權，但此項請求權，以金錢上之損害為限（同條三項）。

#### 五、

損害賠償之給予，須經當事人之請求，法院不得以職權判決。前項請求，須在再審終結前提起（法國刑事訴訟法第四四六條四項）。再審法院，即於其諭知無罪之判決書上，同時確定賠償之數額。

損害賠償之請求，於再審終結後提出者，法院是否因其遲延而不受理，法國刑事訴訟法上，無明文規定，但賠償數目之給予，既規定於再審判決書上，則損害賠償請求提起於再審終結之後者，法院不得受理。

關於損害賠償之費用，概由國庫負擔，但此項費用之支出，國庫對偽証或誣告者，有求償之權（刑訴法第四四六條五項）。

## 六、

損害賠償之發生，如由於無辜被告自己之過失或詐欺行爲，國家即可減輕或免除其賠償責任，惟法院確定此項責任時，不可漫無標準，茲就法國法院以往之經驗，分述其標準如後。

（一）被告之過失重大者，如爲虛偽之自白，故意戲弄法院，或於原審審理時，避不到案，致爲缺席之判決，在此情形下，該被告不得享受賠償之利益。

（二）被告自爲矛盾之供詞故意陷法院於錯誤之判決者，不得享受賠償之利益。

（三）被告虛偽之自白，如由於其感情作用，或畏懼心理使然者，乃由於被告之精神受脅迫所致，法院不因此而減少國家之賠償責任。

## 七、

法國自一八九五年採用刑事賠償法以來，已有四十年之歷史。關於刑事賠償制度之適用，足可為吾國借鏡者，自不在少，茲選譯數則於後，以供國人參考。

(一) 法人憐丁 (Maudin)，前以背信罪判處十五日之拘役，於一八九六年向凡爾賽法院提起再審之訴，同年十月十六日，經該院諭知無罪，並判給損失費三百佛朗（每五佛朗約值國幣一元）。

(二) 法人特如歐 (Dreux) 之妻，曾因妨害自由罪，被判處無期勞役，一八九六年十月二十日，經拉風姆 (La Somme) 重罪法院再審無罪，並判給賠償費四萬佛朗。

(三) 法人吳克士 (Vaux) 與不的 (Petit) 於一八五二年，因放火罪被判處無期勞役，死後由其家屬請求大理院再審，經該院於一八九七年十二月十六日判決無罪。並判給五萬佛朗與不的之妻子兒女；十萬佛朗與吳克士之子女，以為損害賠償費。吳克士胞弟之賠償請求，則遭駁回，因其不能證明受有物質之損害也。

(四) 法人拉通培德 (Latompette) 因竊盜罪被判處六年徒刑，一九零一年十月二十九日，經賽茵吾唯省 (Seine et Oise) 再審無罪，並判給損失費兩萬佛朗。

(五) 法人何德 (Hoedts)，因殺人嫌疑被判處二十年勞役，於一九一一年五月十三日經巴德卡萊 (Pas-de-calais) 重罪法院再審無罪，並判給「一個佛朗」之損失費，該院認為法國刑訴法第四四六條關於損害賠償之規定，法院對於賠償數額，須視被告之品行而為決定，何德之賠償費，僅給予一佛朗者，因彼前曾犯罪至八次之多，其情節不足憫卹。

(六) 杜隆 (Durand) 因殺人嫌疑被判處死刑，於一九一八年六月十五日經大理院宣告無罪，並判給賠償費若干，惟杜隆在判決無罪以前，患有神經病，故法院僅判給每年一千五百佛朗之養老金，及每年六百佛朗，作為其母之贍養費。

(七) 柏束 (Bersot) 因於戰時有違抗軍令嫌疑被判處死刑，執行後，由其家屬聲請大理院再審，該院於一九二二年七月十三日宣告柏束無罪，並判給賠償費五千佛朗與其寡妻，一萬五千佛朗與其未成年之孤女。

(八) 蒞師坦伐爾 (Danvai)，於一八七八年五月十日因謀殺嫌疑，為塞茵重罪法院判處無期勞役，嗣向大理院提起再審之訴，經該院於一九二三年十二月二十八日宣告無罪，並判給賠償費二萬佛朗，及養老年金每年一萬二千佛朗。

(九)賽登弟兄 (Ereas Cerdan) 因竊盜嫌疑，被判處五年徒刑，嗣經賽茵馬納省 (Seine-et-Marne) 重罪法院再審無罪，並各判給賠償費一萬四千佛朗。

<b>正論旬刊</b>	
第 一 卷	第 二 十 期
<b>目 錄</b>	
<p>論死刑之應否廢止……………          談青年學生健康問題……………          套在「將成功萬骨枯」的方式內之上海繁榮……………          英法協定與歐洲政局……………          途紀實(通信)……………          述而不作……………</p>	<p><b>短 評</b></p> <p>各方團結與言論界……………          新生活運動與約法……………          黨化司法……………          危文繡與熊希齡……………          女子演劇……………</p> <p><b>專 論</b></p> <p>侯言謝朋申……………          鳥齊謝夫……………          健夫……………          潘瀛江……………          運翥……………          編輯室……………</p>
<p>價目：全年定價一元一角半年六角零售每期四分          地址：上海辣斐德路桃源郵十號</p>	

中華民國二十四年二月二十一日出版

法學叢刊 論著 法國刑事賠償制度及其適用

## 國家之民事責任論

胡養蒙

按冤獄賠償，亦即國家民事責任之一種。本文雖只一極小部分，述及冤獄賠償制度，然其所論究，固皆足闡明冤獄制度之根本精神。故特以載之本期專刊。——編者

—

國家者，乃人民政治生活之團體也。政治者，如 總理所云，乃辦理大家事務之意也。故國家在近代學說中，非若往前所稱為行使最高權力與主權之組織，不過為公務之組織，營理與監督之合作團體耳。換言之，即全國民衆，共同組織之辦理大家事務之總機關也。是以欲明國家之觀念，首先非闡明公務之意義不可。

公務者，乃全國人民大家共有之事務也。若事務之目的，不為全國人民之共同目的者，非公務也。事務之利害，不為全國人民之共同利害者，非公務也。事務之組織與執行，不基於全國人民之共同意思表示者，非公務也。事務之發生，不因全國人民之共同需要者，非公

務也。人民對於公務，不特爲公共共有之主權人，且同時發生一種互依互助不可相離之連鎖，與一種互依互助社會連帶之關係也。執政者，本爲人民之一，本爲連帶關係中之一人，特授以執行公務之權而作公意委託之事。其職責乃在根本全體人民間之連鎖及其間之連帶關係，而辦理公意委託之事務。故執政者，在任何條件之下，皆不得妨害任何之人；對於共同需要之滿足。對於人民間之分工合作之連帶關係，尤不能有所妨害也。在人民固應盡其所能，而爲與社會目的不背之私人事務；在執政者，則應基於其本人之職責，一面保護私人合乎社會目的之行政，一面更當盡其所能而辦理全國公共之事務。苟其不違天職，不背社會目的，在公務執行中之一切行爲與意思表示，皆應由全國人民共同負責，共同遵循也。蓋此乃社會組織社會訓練之要件也。

公務之意義既明，則公務爲有組織有訓練之社會所不可偶無。且公務愈發達，則社會之團結愈嚴密，連帶之關係愈加重，使社會愈有組織愈有訓練愈進大同也。故執政者，對於公務之發展，能至何種程度，即應辦到何種程度，方不愧其爲執政之人，方不負其天職也。執政者，爲盡其天職，在己應有必需之努力，對人應有必需之權力方可。是公務二字，乃執政

者權力之基礎亦即其權力之界碑也。

國家既為組織與辦理公務之總機關，而其對於公務之組織或辦理，發生損害私人權利之事實，亦應如同私人辦理私人之事務，同負民法第一百八十四條及以下各條所規定之民事責任乎？在各國立法與學說，皆未臻於一致。關於各國立法，另詳之於后。茲就學說之立場，而述各派對於國家民事責任之主張。第一派之學說，乃最古之學說，雖為近世學者所公棄，但於歷史上，確有其偉大之勢力。此派之立場，乃以國家為主權行使之最高組織。主權對於人民為絕對的，為不可侵犯的。任何其他權利，皆不得對抗此種主權。故行使主權之人，與神聖同為不可侵犯，其意思表示，即為法律，不應認為有錯誤之處。故其對於人民，生之，殺之，與之，奪之，一任其自由決定，而無對抗之可能。是以依照此種絕對主權所為之事務，人民受益，即屬幸事，受害即屬不幸。亦猶天之風霜雨雪，受益固幸，受害亦屬莫可奈何，而視為不可抗力之一種。此派學說之結論，乃為國家對於人民，絕對不負依私權平等之觀念所創設之民事責任也。

然自由平等之觀念漸發生，私權之保護漸成國家義務之一；同時社會愈進化，公務之種



類與範圍更擴張。因發現國家公務之中，一部分固基於絕對主權，一部分則反若私人間之公共組織而經營或管理民間事業。且因實際之要求，各國法院亦漸承認國家對於其公務之進行，在相當條件之下，亦應維持人民間對於國家權義之平等，不應令少數人民，受特別損害，而判令國家對於人民，負民事責任。在此學理與事實之演進中，一般學者，因創二元學說。即國家之公務行為，有兩種性質：一則為主權行為，一則為管理行為。故國家對於人民應否負擔民事責任，視其公務行為之性質而定。若其根據主權而為之行為，主權既不可抗，自無責任之可言。若其根據管理職務而為之行為，管理既非行使主權，自應對於人民負責。此派學說發生之後，一兩世紀以來，不特為一般公法學者所宗，而從事研究國家兩種行為之區分；即各國司法界，亦皆以此派學說之觀念，為其審判之根據。故翻閱近世各國學者著述及法院判例，無處不見此派學說之勢力。依此派觀念言之，則國家者，在其行為上，表現兩種人格；第一為公家權力之主體，第二為人民公共財產之主體。然無論其論據如何，此派學說之中心問題，乃在國家主權行為與管理行為區分標準之一點。

對於此項標準之確定，或云國家負有經營公產與徵收稅捐以充公務用途之責，其依此項

職責所爲之行爲，名曰管理行爲。國家原爲主權之行使總機關，負有執行法規，規定公務之組織與進行，保衛人民治安之責，其依此項職責所爲之行爲，名曰主權行爲。此說之缺點，乃在依據行爲之目的，而爲區分行爲本質之標準。蓋國家對於人民所負之責任，其最終目的，原無二致，不過對於達到目的所採取之方法，有各種之不同耳，因此。依方法之直接目的，爲區分行爲本質之標準。不可爲不易之區分原則。或云國家之主權行爲云者，乃執政者命令或禁止人民之行爲也。國家之管理行爲云者，乃執政者依其爲公務之代理人之資格所爲之行爲也。故管理行爲，雖出自官署，但其行爲之本質，亦若人民對於財產之經營行爲，初無主權之存在於其間。至於主權行爲，只有官署依法出之，其餘任何人民，皆不得爲同樣之行爲也。此說之缺點，亦猶前說，仍不能完全脫離依照行爲之目的而爲區分之羈絆。且其所謂主權行爲者，例如保衛治安之警察行爲，固應認爲主權行爲之一，然而普通人民，亦常有此等行爲，並未見其爲普通人民絕對不可能之行爲也。即云審判行爲，在文明國家，固由國家專掌，然私人排解，亦屬審判之性質；且古代社會，對於審判之責任，尙有專由私人負擔者。即此足證此說所採之標準之不當也。更有主張國家行爲，可分爲三種者，一爲國家之主權行

爲，一爲國家之公務管理行爲，一爲國家之私務管理行爲。但三分之說與二分之說，同有界限不明而無澈底理由之憾。

此派對於區分國家行爲爲主權行爲與管理行爲之學說，既於學理上與應用上，皆不能得到明確而令人滿足之標準。對於中心問題，既不能爲圓滿之解決，則其全部主張，即無從立足；故第二派之學說，仍不免爲近代學者所拋棄也。

第三派之學說，出世最新，乃基於近世之國家觀念而立說。國家既爲人民大家事務經營之總機關，其所爲之行爲，無論屬何種類，皆爲經營人民公共事務而出。人民對於公共事務所給與之利益，與所加之損害，應平等享受與負擔。故凡違背此種原則所給與之利益與所加之損害，皆不合法。且國家在其行爲上，亦不過一私人之積體，其行爲之責任，與普通私人積體，即普通法人，應無差別。故其對於某一私人，發生損害行爲，自當負責賠償。似此舉凡國家之行爲，凡有損害於人民之慮，皆應負責賠償也。然此又非近代國家所可辦到。因此主張國家行爲，苟出於國防上所必需者，縱加害於人民，亦可不負賠償責任。（歐戰告終，戰勝國家，對於人民在戰爭中所受之損失，雖有賠償之舉，但尙未變成公例。）蓋人民對於

國防，負有連帶之無限責任，有財者應以其財救國，有力者應以其力救國，有智識者應以其智識救國。救國為全體人民之天職，因救國而受之犧牲，原無大小鉅細之別。是以外交行為，平亂行為以及政府行為中出於國防所必需者，國家對於人民，皆不負民事責任。國防行為之外，尚有立法行為，國家亦無責任。蓋依近代國家組織，立法權操諸人民之代表，法律一旦通過，即推定為全國人民之公意所贊成。依少數服從多數之原則，縱法律對於少數人民有不利之處，亦不能因少數人之私益，而對抗全國之立法，蓋不若是，則無統一國家之可能矣。但若立法行為，苟不合法，或出少數人之弄弊者，當為例外。總之，第三派學說之主張，國家一切行為，皆應如同私人，對於人民，負損害賠償之責任。僅於國防行為立法行為，規定例外耳。此說與第一派學說，完全相反，根本否認國家有主權行為之存在。此種新時代之產物，影響於學者頭腦日深，好之者日衆，然仍未及到立法與司法之老練技術家之腦海，將來如何開花結實，容拭目以待之可也。

在學說上，雖有共同趨向，認為國家亦應負民事賠償責任；至少亦皆承認國家之管理行為，應與普通人民同負民事責任。然在法理上，究竟根據何種理由，而肯定國家應負此種責

任乎！在近代學者之著述中，所說明之理由，不外數端，特分述之於左：

第一，就人民在國家組織之下相互間之關係言之，一般學者，皆認為人民與人民，因同為一國之國民，同為一社會之分子，相互之間，即發生一種連帶關係，即休戚相關，痛癢與共不可分離之關係也。此種連帶關係，在學者著述中，皆稱為社會連帶之關係。賠償責任，在私人之關係中，不過甲財產對於乙財產之負擔。在國家對於人民之關係中，乃為某一私人財產獨受之損失，而令全體人民，共同為之分擔。此種共同分擔之結果，即使損失遍及全體人民，不令某一私人獨受其殃也。如此，方合社會連帶關係之真義。

第二，就人民對於國家之負擔言之，人民對於國家之一切公務所需之負擔，一律平等。此種原則，幾為近世國家憲法所必載。國家因其公務之執行或公務上之利益，苟加損害於私人，或對於私人發生危險，此種損害與危險，既因公務之原因而發生，當為公務上之負擔。反之，若不賠償其中損失，即不啻將此項損失，令被害人一人負擔，致失平等負擔之原則也。故依此種原則，必令國家負賠償因其公務所加於私人之損害方可。

第三，就人民對於國家之權利上言之，國家對於人民之身體自由，財產之安全，應負保

護之責。苟因執行公務之人之錯誤過失或其他原因，不法侵害私人之身體自由或財產，而令無辜之人，受其損失，即屬國家之失職。行爲人有時固負有責任，而國家對於人民，應負其公務員之一切行爲保證之責。故凡遇公務員因公務不法侵害人民之權利時，國家應直接負賠償之責，方無負其對於人民之責任。

第四，不論憲法上之原則與規定如何，單就國家侵權行爲之本質言之，此種行爲，既不法加害於私人，在道德上，在法理上，皆不能不負責賠償。且國家目的，在使人民全體得到最高利益與幸福；國家財產，在供達到此目的之用。苟發生與此目的相違背之事實，無論出於公務員之過失錯誤或其他任何原因，皆應爲之救濟方可。何況在論理上，法律本身，亦不應有不完整之適用。

總上所述國家之意義，公務之性質，以及各派學說與理論，皆可爲國家應負民事責任之根據，而確定國家，在原則上，對於其公務所加害於私人之損害，應負賠償責任。

國家既因人民間之社會連帶責任與人民對於公務之負擔平等之理由，對於因公務而加害於私人之損失，負賠償責任。然此種賠償責任之發生，究竟依據民法上關於民事責任之規定，抑另有特別條件乎？學說之中，有完全否認適用民法者，則云，國家民事責任之負擔，非僅依據侵權行為之一項，其主要之點，乃在行為之本質與行為公務員之權限二者。凡此二者，皆不在民法規定範圍之內。且民法關於僱傭關係中民事責任負擔之規定，既未確定國家與公務員間之關係，復未確定國家與公務員二者之關係，對於第三人發生何種法律關係。何況國家負擔民事責任之目的，端在調濟國家權利與私人權利。故其責任之負擔，應有特別之條件方可。然亦有認為國家民事責任負擔之條件，與私人之負責條件，原無二致。同為財產與財產間責任負擔之問題，財產屬於人民或屬於國家，其為財產則一也。前派主張之結論，乃在國家不應如同私人，對於其公務員之侵權行為所發生之損害，絕對一律負責。而後派主張之結論，則完全相反。前派在以往學說及判例中，勢力極大；然因其所基而立論之過失責任觀念，亦若其主張之勢力，日漸縮減，而受新近思潮與學說之淘汰矣。茲就學說發生先後之順序，詳述各派之學說如下：

甲 過失責任派 此派源淵最遠，過失責任主義，原發生於道德觀念。在道德上，不應容一人之過失，不加以補償；在法律上，則依據此種補償之觀念，而規定損害賠償之負擔。若無過失，既無道德上補償之義務，當無賠償之責任。因此賠償責任之負擔，完全基於過失。且過失出於何人，即由何人負責，此亦過失責任主義下之立法、認為不易之原則。若令國家對於公務員行為之過失負責，亦當以過失之發生，出於國家之意思，即在國家法律所明白規定之行為以內者為限。過此界限，國家應不負責。是以過失責任主義派認為國家負擔民事責任之特別條件，乃在過失性質之區分。若公務員之過失，屬於個人性質者，國家不負責任。若其過失，屬於公務性質者，國家應負責任。

公務員之個人過失與公務過失之區分，異常難於確定。在學說上，經過多數嘗試，皆未能得到圓滿結果。有云：個人過失者，乃極重大之過失，且公務員故意使之發生之過失也。而其過失之程度輕微，且出於無意者，即屬公務過失。此種依據過失程度輕重之標準而為公務過失與個人過失之區分，既有違於論理，同時於應用上，亦多感受困難，不足為學理上可靠之標準。有云：過失出於公務行為或因公務或為公務者，皆為公務過失；反是皆為個人過失



。此派主張，較之前者，爲合論理。但嫌因公務爲公務之證明，不易真確；且不能範圍一切國家應負責任之行爲也。更有一派學說，主張過失構成刑事責任者；或於法律行爲上，無論該行爲之內容如何，苟含有個人之目的者；或行爲出於詐騙或重大過失者，皆屬個人過失。此外皆屬公務過失。此說與前說之優點與缺點，大致相同，不過一則明定公務過失之意義，一則明定個人過失之意義耳。區分標準，既無從確定，其學說之立場可知矣。且無論其立場如何穩固，近世國家所負責任之行爲，遠非過失責任主義所可解說，國家工業危險之責任者，其一例也。且國家負責之根本理由，亦無過失之原素。故過失責任主義，在公法與私法上，日漸見棄於世也。

乙 危險責任派 危險責任之說，雖爲近世學者所樂道，然若適用於國家賠償責任，亦難適應無遺。蓋國家公務，除一部分帶有危險性外，大部分之公務，皆無危險性之可言。且人民對於公務員之損害行爲，所可請求國家賠償者，其重要部分，乃在出於公務員之錯誤或行爲之不合法。其依據行爲之危險者，不過其中之一部分。斷不得依據一部分之情形，爲全部學說之立場；故不能完全依照此種學說，而論國家之民事責任也。

丙 財產責任派 此派學說，乃為近世法學思潮之產物，一面否認國家有特殊之主權，而認為國家無非為經營公務之總機關。一面反對主觀責任主義，而云損害賠償責任之性質，係客觀的，係財產的。最近出世之法學著述，受此說之影響者，在在皆是，可云適應新時代之產物矣。此派主張國家對於公務所需與公務所得，組成一種國家財產。國家財產，有供全部公務之用者，有專供某一公務之用者，其財產之用途，皆不外為公共之事務與公共之利益。若因公務上之錯誤或不正當之行為，對於私人，發生特別損害，理應由專供該項公務用途之財產，負責賠償之。若該項公務，無特定之財產者，則由國家全部財產，負責賠償之。此種賠償責任，係普遍的，係對於一切公務的，絕無國家之管理行為與主權行為之差別。

財產責任之優點，在將責任之負擔，直接歸於財產，凡有財產者，皆有負責之能力；凡有財產者，皆有負責之義務，而不論其財產屬於國家或屬於私人也。在法律上，感受統一原則之便利；在理論上，對於國家與私人之責任，亦易作一貫之學說。其最能令人滿意者。即對於國家民事責任之負擔，使之有普遍性，既不分行為是否出於過失，或過失屬於何種；又不論行為是否帶有危險性；更可不必尋求行為之性質，係主權的抑管理的；以免一切無意識

之爭議。

處今之世，國家公務之範圍日廣，公務之危險亦日大，人民於衣於食於住於行，幾無一處不受國家之支配，幾無一處不依賴國家。換言之，即國家勢力，日益伸入私人生活；畢竟使人民與人民，人民與國家之關係，日繁且密也。若將現今國家之公務組織公務機關數目，與數世紀前之國家比較觀之，即可窺見其趨勢與其進展之速也。即單就國家財產一項論之，往前國家之收入，僅仰稅收，為數自小；而其支出亦僅屬少數行政機關之開支而已。今世國家之收入，稅收所佔之部分日小，公務收入所佔之部分日大，自其數目增進率觀之，大有令人驚嘆不置之處；而其支出之比例也亦同。在此國家勢力日伸於私人生活，國家公務之種類與範圍日益擴大，日益侵入私人業務，國家財產，日益增長，以及人民依賴國家，日益密切之趨勢中，國家對於人民所負之責任，就各國立法與判例之演進上觀之，亦日見其加重。此種加重趨勢，固屬應有趨勢，然亦必然之趨勢也。茲僅依照此種趨勢，討論國家所應負擔之民事責任，較之拘泥於法律論理而研究者，其結果或愈出倍蓰，亦未可知也。

### 三

本上述財產責任之原則，按照進化之趨勢，以求國家負擔民事責任行爲之種類，而爲研究此項問題者之參考。茲分述之如左：

甲 管業 國家之公產，在法律上，名之曰國產，然在財產之本身上，亦與私人之財產無異。中央與省縣所有之公產之管理行爲，亦與私人之管產行爲無異。國家因管理財產之行爲，對於私人，發生侵權之事實時，自應如同私人，負民法第一百八十四條與第一百八十八條之責任。此亦各國學說與判例之所公認者也。

乙 所有物 國家各種公務上或公務機關所用之動產物與不動產物，對於私人，加以損害者，國家或其機關，應負民法第一百九十條與第一百九十一條之責任。

丙 工程 公共交通之設備，爲近世國家任務之一。若因國家興辦之工程，對於私人，發生侵權之事實時，不論其因長官命令之錯誤，或工程技術與工作人員之過失，或係工程本身上之危險所致者，國家皆應負損害賠償責任。此亦各國判例之屢見不鮮者也。

丁 實業 近世國家，對於大規模農工商業之組織與經營，漸有收歸國有之趨勢。此種趨勢，因受社會主義學說之影響，更加猛進。國家以經營農工商業之資格，亦與私人無異。故

亦應負民法上之民事責任。

戊 教育 近世國家對於教育事業，皆認為國家公務，其經費，由國庫直接負擔。雖教育機關，亦有由私人或私人團體設立者，要皆受國家之監督，認為輔助國家推行教育而設。凡國家設立之教育機關，因其行政或因其教育，對於受教育者或第三人，加以精神上或物質上之損害者，國家亦應負賠償責任。故因教職員管理不嚴，致學生身體受損害者；因學校設備不良，傷害學生之身體者；因教育或管理上之過失，致學生有道德上或精神上之墮落者，國家皆應直接負責。在西方文明各國之立法與判例中，對於國家此項民事責任之負擔，皆已認為原則，毫無疑義矣。

己 行政 國家之行政權，往前學說，皆認為國家之主權行為。不合法或不正當之行政處分，縱加害於人民，受害人除訴請主管官署，撤銷或改正外，國家不負損害賠償責任。此種主張，已為新進學者所拋棄，而認為行政行為，除因特種性質外，一律視同其他公務行為，而令國家負責。夫行政行為，本為辦理公務而出，公務有公務應有之財產，亦常負其財產責任。且行政官，在政治上不軌道之國家，尤易濫使權勢，作威作福，其所為之行政行為與處

分，或因錯誤，或因過失，或逕出自故意，尤多不合法規而逕舞弊，人民對於此等損害行為所遺之痛苦，較之國家任何其他行為皆大。在事實上，人民雖敢怒而不敢言；但於理論上，此種不良現象，亟應注意補救。故依照社會實際情形，依照近世法學思想。皆應使國家，對於官吏之行政行為與處分，經主管官署，認為不合法不正當而撤銷或改正者，在撤銷或改正以前，所加人民之損害，一律負賠償責任方可。且損害之行政行為或處分，縱係純粹出於官吏本人之過失或舞弊者，除其本人負民事或刑事責任外，對於受害之第三人，應由國家直接負責賠償為愈。余之此種主張，乃為澈底救濟之辦法，認為非若此，不足以救積弊也。

庚 司法 司法權，在往前各派之學說中，皆認為國家行使主權之一種直接權利。司法官經國家授權而行使此項主權，縱因錯誤或過失，加害於人民，國家不負任何賠償責任。且確定判決之事項，在法律上有既判力；既判力之效力，不得使用任何方法，為之變更。至於未至終結而有上訴可能之判決，人民只得依照法律與訴訟程序，提起上訴。然縱於上訴結果，原判撤銷或改判，當事人亦不得另有損害賠償之訴訟，以免妨害國家主權之行使，減損法官審判之獨立也。國家無上主權之觀念，已隨社會進化而改變。司法為行使主權之直接行為之

觀念，亦當無立足之餘地。故依此種觀念所創生之學說，自不能爲今世研究法學者之根據也。

試問司法是否公務之一種？法官審判，是否因爲公共利益而爲之行爲？司法行政官吏，組織管理與監督司法機關，是否爲公共利益？組織管理與監督監禁羈押之場所，是否爲公共利益？甚至於司法官處分犯人，有時竟致之於死，爲社會排除不良分子，以保公共生活之安全，又焉能謂其不爲公共利益而出者也。司法行爲，既完全因爲公共利益而出，其爲普通公務行爲之一種，應無疑義；而其性質當與行政行爲無異。苟其行爲不法加害於私人時，國家亦當如同對於行政行爲所加之損害，而負賠償之責任。余覺此種主張，在理論上與在事實上，皆無推翻之餘地。以往學者。雖找出無數理由，維持國家對於司法行爲所加於私人之損害，不負賠償責任之說，要皆無絕對之價值，故不免爲近世新進學者所拋棄也。

司法官因其錯誤或過失，致訴訟期間延長，致扣押物品受過失，致當事人對於扣押物品之權利行使上受損害時，一旦由主管上級官署，證實法官之錯誤或過失時，國家即應負損害賠償之責任。若法官舞弊，其本人除受懲戒或刑事處分外，對於民事部分，仍應由國家直接

負責，方足救濟。至於在刑事上，法官之責任更重。蓋刑事處分，不特關係私人財產，其主要部分，係對於私人之身體與自由之刑。故若無故逮捕或逮捕後不依憲法上關於身體自由保護所規定之羈押最高限度之期間內提審；或無充分理由，對於羈押人犯，提起公訴，以致羈押期間延長；或因誣告或因偽證，法官未盡其應盡之注意，誤判無罪之人爲有罪，以致無罪之人，受無辜之殃；或因法官引用法律條文之錯誤，誤判輕罪爲重罪；凡此種種，一經更正，受害人所受之損害，應由國家負責賠償。法國刑事訴訟法，早有此種損害賠償之規定。其第四百四十六條云：「由再審判決而判決判罪之人無罪時，得由被判罪人，請求賠償因判罪所受之損害」。此種賠償責任，向由其國家負擔。再如司法警察，濫使權力，擅行逮捕，或濫使刑罰所加之損害，除刑事部分外，民事責任，亦當由國家負擔。預審法官，濫使威刑而逼供時，苟致被審人之身體殘廢，國家亦應負責賠償損害。此外如因司法附屬官吏之過失，加害於人民時，國家亦當負責。至於監獄官對於犯人所應享受之權利，加以侵害，或因管理不良，而致犯人受特別損害時，國家皆應負責賠償之。蓋犯人雖因一時犯罪而入獄，並非失去其爲人之資格，於相當限度之內，仍如普通之人，同受法律之保護也。



國家之司法賠償責任，因受往前學說之影響，世界各國，尙未有一致與普遍之規定。但此種運動，在學說上已有同情之傾向，在實際上，或亦易於實現也。中華民國律師協會鑒於國家之政治未上軌道，司法組織及人才，亦尙未達圓滿之境，故冤獄奇多，人民痛苦亦奇大。因發起冤獄賠償運動，以圖救濟，甚望其早底于成也。

辛 立法，軍事，外交，警察 此等行爲，或因其特殊性質，或因實際情形，在現代國家組織之下，除一二例外，餘則概無賠償責任之先例。往前學者，將此等行爲，統稱之曰政府行爲。國家之所以不負責任者，乃因此等行爲，或因政治關係，或因國防關係，或因治安關係，國家應有絕對自由，方可以應付緊急之情境。近世紀來，政府行爲之說，雖漸失去其勢力。但對於此等行爲，無論理論上引用何種理由，大概一致否認國家之賠償責任。茲因篇幅有限，不克將各派學說，詳述於此，所幸其中所有主張，大致相同耳。

#### 四

國家負擔民事責任之條件，在近世國家組織之下，大部分皆若私人，或私人團體，而受

民法規定之管轄，尙有一部分之行爲，因其性質，國家負責之條件，乃在主管上級司法或行政機關，對於官吏不合法不正當之損害行爲，正式撤銷或更正。故有時雖於事實上，證明官吏之行爲，係不合法，不正當，不合事實或出於越權，然若未經訴願或上訴，先將行爲撤銷或更正，不得依據事實，而向國家請求賠償。

往前學說，區分公務員之過失爲個人過失與公務過失，而定國家應否直接負責，已如前述。今既採財產責任主義，國家對於被害人損害賠償之責任，變成客觀的，普遍的，無庸作主觀過失之區別也。但若損害，係出於公務員不可原宥之過失時，國家對於該行爲之公務員，自有求償之權。國家民事責任負責之條件，既於大部分情形之下，如同私人，則民法上規定免責之條件，如因不可歸責於行爲人之理由，或損害行爲，係出於不可抗力者，國家亦當免責也。

至於對於國家損害賠償訴訟之管轄，則視損害行爲之性質，係普通民事範圍以內者，則由普通法院管轄。其屬於行政範圍者，則當歸直接上級官署，行政或司法機關管轄（參閱司法院解釋例院字第四六號，第一零七號，第一二八號，第二九一號，第三七三號等號關於管轄

機關之解釋)。

## 五

國家對於公務員，因執行公務，不法加害人民之民事責任之負擔，各國立法，互不相同。然若比較研究之，亦可窺見其異同之點之所在，在英國法律中，對於行爲公務員本人，提起訴訟，請求賠償其不法行爲所加之損害，應用之範圍極廣。在西班牙，瑞士，意大利與葡萄牙各國法律中，採同一制度，但其範圍較狹。在比國及法國法律中，公務員個人之責任極小。至於國家直接負責之制度，法國法律，因受自由平等及其他新思想之影響，大部分公務員損害行爲之責任，由國家負擔。德國法律，本其國權集中之主義，使國家代公務員負責。其餘若比若西若意，對於國家直接負責之行爲，僅以管理行爲爲限。而若英若奧，國家直接負責之行爲極少。總上所述，足見凡使公務員本人負責較多之國家，則國家負責即較少。僅瑞士一國，有使雙方負責之傾向，但嫌其無貫徹之主張也。至於國家對於公務員之求償權，似僅德國一國，有此項之規定。茲更將各國立法之概況，略述之於左：

甲 英國 在英國法律中，各種公務員，對於其本人行為，負絕對責任；被害人得向普通法院，直接提起訴訟，並不須事前請求主管官署之許可。且善意服從長官命令，對於執行公務，侵害平民法定權利之公務員，非有效之免責條件。反之，公務員對於其下級公務員之行為，除明白許可或追認外，一律不負責任。法官之地位，完全不同。若非一切法官，至少亦為高級法院之法官，對其司法行為所加之損害，縱損害行為，係出於惡意者，亦皆不負責任。惟若拒絕適用「人身保護令狀」*writ of habeas corpus* 時，不在此限。軍人對於軍官，因軍紀關係，亦無持訟之可能。國王除私權訴訟 *Petition of Rights* 所規定之情形外，在原則上，不負責任。

乙 瑞士 瑞士債務法第六十一條規定云：「聯邦或各邦立法，對於本章規定關於公務員或公務上之僱員，於執行公務時，所加之物質上或精神上之損害之賠償責任，得變更規定之。但公務員或公務上之僱員之損害行為，有關於辦理實業者，不在此限」。因此，除法律另有規定外，債務法中之規定，尤其關於僱傭關係中民事責任負擔之規定，得適用之。但其有例，曾判令國家對於衛生警察組織之腐敗，解釋法律之錯誤，濫使公用徵收土地之需等項所

發生之損害，負賠償責任。

丙 意大利 意大利法律，並未規定國家之民事責任。在學說上，普通皆區別國家之管理行為與主權行為，而定國家負責之原則。對於管理行為，適用普通法律；對於主權行為，公務員雖有時負責，但國家決不負責。但於國家工程上所加人民之損害，國家應負賠償責任（見土地公用徵收法第四十六條）

丁 西班牙 西班牙一八六九年憲法第三十條規定云：「對於公務員一切違法行為，無論係何種類，皆得向普通法院，提起訴訟，且不須事前請求許可」。則公務員之個人責任，即源淵於此。其新憲法第四十一條第三項亦規定云：「如公務員在其執行職務時，違背其義務，致加損害於第三人或國家或其所屬之機關時，應依法負賠償之責」。是其憲法上之責任，仍係個人性質。且上級長官之命令，對於重大之行為，亦不得為行為公務員免責之條件。至於管理公務之行為，係由國家負責。此外尚有關於公共衛生之行為，亦由國家負責也。

戊 葡萄牙 葡萄牙之民法，關於公務員負責之規定，令其「對於法定權限以外之行為」（第二千四百條）負責，而依其民法第二千三百九十九條更規定云：「凡公務員，無論係何

等級，對於其執行法定之公務所發生之損害，除違反法令之規定外，不負責任」。似此，國家亦不負責。對於法官更有特別之規定，依其民法第二千四百零一條之規定，則「法官對於其判決，除當事人依法上訴，原判因不合法而撤銷或改判，且經明白許可，得請求損害賠償或依民事訴訟法，法官受有罰鍰或負擔訟費之處分等情形外，一律不負責任」。若刑事判決，於執行後，方證實錯誤時，依其民法第二千四百零三條之規定，則「被處分人或其繼承人，得向國庫請求損害賠償」。

己 比國 比國憲法第二十四條規定云：「除各大臣外，對於公務員因公務所為之行爲，提起訴訟，不須事前請求許可」。是公務員對其公務之行爲，應負責任。至於國家責任，則區分管理行爲與主權行爲，對於前者，國家負責，而對於後者則否。此外關於鐵道及其他國家工程，國家亦負普通民事責任。

庚 法國 法國對於公務員因公務加害於人民之行爲，亦無明文規定。但受學說之影響，始則區分國家之管理行爲與主權行爲。前者令國家負責，後者則否。嗣因判例演進，多依公務危險性之觀念，判令國家負責之行爲，較前更多，較前更爲普遍。故除國家之軍事外交立

法警察等行爲，在原則上，國家不負責任外，其餘一切行爲，概令國家負責。至於損害行爲，係出於公務員之個人過失者，則由公務員本人負責，國家不與負責任。至於司法行爲，在原則上，國家不負責任。但其刑事訴訟第四百四十六條規定：「由再審判決而判決判罪之人無罪時，得由被判罪人，請求賠償因判罪所受之損害」，而令國家負責也。

辛 奧國 奧國一八六七年十二月二十一日之法律第十二條規定公務員違反職責加害於私人時，應負責任。而其第十五條規定無論被害爲何人，對於行政官署之行爲，所加之損害，得向行政法院，提起訴訟。但行政法院，若撤銷官署行爲，則不得不判令賠償損害。關於司法，則有該法第二十一條之規定：「司法官因行使職權，加害於人民時，被害人對於國家及該行爲司法官，或由訴訟或由其他訴訟法規所規定之方法，請求負責」。而一八七二年七月十二日之法律第一條更補充其規定云：「被害人得提起訴訟，請求國家或負責之公務員，或請求雙方，賠償損害」。此項訴訟，由行爲地之第二審法院管轄。但在奧國此等法律，在實際上，適用頗少。蓋因往前法律，禁止此項訴訟也。總之，在奧國法律中，國家直接負責之行爲，以有法律明文之規定爲限，如司法官之行爲等是也。

壬 德國 在德國法律中，國家對於其官吏或公法團體之職員，違反其職務上之義務所爲之行為，視官吏之地位係直接行使政權，或僅爲國家行使私法上權利之代表，而微有差別。對於國家因行使政權所加損害之賠償責任，問題頗形複雜。然於普魯士邦一九〇九年八月一日之法律，規定「國家直接官吏，執行其所受之公務，故意或過失違反職務上之義務，對於第三人，國家代其負民法第八百三十九條之責任」。此種規定，不特爲各邦特有法律所抄襲，且一九一〇年五月二十二日帝國法律，亦將原文載入。故此種規定，已漸演爲普通法律矣。依此規定言之，官吏本人之責任，即因之而消滅。但國家對於行爲之官吏，尙有求償之權耳。至於國家對於官吏代表其行使私法上權利之行爲，如同普通法人，依其民法第三十一條之規定，直接負責（條文云：社團對於其理事會，理事會中之一人或依照其章程之規定所任命之他項代理人，於執行其權限以內之事務，加於第三人之損害，負賠償責任。）。蓋其民法第八十九條明白規定云：「第三十一條之規定，準用於國庫及公法團體、財團與營造物」也。依以上所述，德國法律，使官吏本人負責之處極少。且奉上級長官之命令所爲之行爲，無論如何，行爲官吏，決不負責。惟民法第八百三十九條，作下列之規定：第一、官吏因故



意及過失，對於第三人違反其職責時，負損害賠償責任。第二、官吏於判決訴訟事件，違反其職責時，僅於刑事訴訟法規，處以刑罰，且以有明文規定懲罰違反職責之限度內，負賠償損害之責。但違反職責，係拒絕職務之行使，或延遲行使者，不在此限。第三、因被害人之故意或過失，而怠於依法除去損害時，官吏不負賠償責任。此條規定，在原則上，雖令官吏負責，但對於法官已有特別之限制。何況國家依照一九〇九年八月一日普魯士邦法律之精神，大部分皆代官吏負責也。總之，德國國家所負之責任，就原則言之，係普遍性質，係客觀性質。而世界各國國家民事責任之負擔，以德國為最重，且人民對於國家請求賠償損害之訴訟，亦由普通法院管轄。

## 六

我國民法，對於公務員個人之責任，已由民法第一百八十六條規定之。惟對於國家之民事責任，雖有區分管理行為與主權行為之趨向，但仍未有一貫主張，判例中，亦鮮顯著之根據。至於依據社會連帶關係，人民負擔平等，財產責任之觀念，對於一切公務上所加於人民之損害，一律或大部分由國家負責賠償之事，於國家度支空虛之時代，若非國人特別努力，

殊非短期間內，可望實現。雖然，知難行易，苟為國人所明知洞曉，加以努力，以解人民此項痛苦，亦非難事。因將國家民事責任之論據，詳為研討，以就教焉。

法學叢刊 論著 國家之民事責任論

八二

國內研究藏問題之唯一刊物

康藏前鋒

第二卷第六期要目

西康無成立邊省到學館之價值歎	清雲
歡迎黃慕松專使	向榮
參謀團入川與西康今後	向榮
西康今後的命運	俊榮
為四川新省府當局進一言	福德
處理藏事方策之研究	馬恆
西康過去的政治與今後應新的途徑	幼愚
包頭市鳥瞰	舉安
青年德性修養的主要條件	恆風
奴化文明	編者
西康探險價值	編者
滇康交界夏木里之概況	記者
西康教育概況	記者
四川西部銅鐵鑛床之成因	宋熙
西藏政教與民情	林東
西康境內程站	海
幼時的回憶	編者
一月來之康藏	編者

中華民國二十四年二月出版

每冊大洋壹角 : 目價  
 南京曉莊 : 址社

# 法人責任理論發達與冤獄賠償制度

牟紹周

## 一

冤獄賠償制度者，國家對於已平反之冤獄，予以賠償之制度也。詳言之：是即國家對於無罪責之個人，由其司法機關不正當的權力行動，發生精神上財產上之損害者，負擔一定賠償責任的制度。

此項制度：在從前國家，何以無自而產生乎？在今日，何以風行各國，方興未艾乎？斯其故，予將於本文撮要言之，想於我國冤獄賠償立法之前途，不無微末之貢獻也。

## 二

茲先探討從前國家——即第十九世紀末葉以前之國家，何以無冤獄賠償制度發生之原因：

曩昔國家，對於由其機關的權力行動，所招致之損害，縱令其行為，顯非正常，而亦不

認國家應負擔賠償之責者，其理由約有兩大端：其一，是專制思想之餘威；以權力主體的國家，係國民的「德謨克拉西」國家（Democratic State），而以此種國家本身之不能為惡，儼與專制王國「王不能為惡」（The King can do no wrong）相同，則是所謂「德謨克拉西」的國家者，不過將古代羅馬法皇及專制君主之所享受者，移之于國家而已。故在此種有絕對無限主權的國家，其對於服從階級之人民，自不能採取與國家不能為惡的觀念相矛盾之制度，負擔法律上賠償損害之責任。

其二，是受法人擬制說之影響：以社會發達之初期，受支配於團體責任之觀念。迄第十八世紀以降，歐洲之法理學者，一面認個人自由意思為責任之基礎；一面採用法人擬制說，主張法人係為達某適法目的而成立，故法人僅在其目的之範圍內，依法律之擬制，得認其存在。其目的範圍以外，則法人不得而存在之。因是法人，無不法行為能力，即法人根本不能有不法行為的存在。若法人之機關為不法，則宜由其機關本身負責。基此理論，國家負擔不法行為責任，遂不能不為上開法理所否定。

次更探討方今國家——即第十九世紀末葉以後之國家，何以多有採用冤獄賠償制度的原因。

近代法人本身，隨人類文明之進步，社會情勢之變遷，經濟關係之日趨於複雜，因而對於其機關所爲之行爲，發生負擔責任之必要。兼之在學說方面，亦否定法人擬制說，產生法人實在說。其主張以凡屬法人，皆爲團體的實在體。如國家，公共團體，公司等，不論其組織分子，新陳代謝，而團體存續，不受影響，且能超越其構成分子，而有獨立之團體意思與團體行動者，亦乃事實上之現像，則其行爲，有正常者，有非正常者，固屬必然而無可避免者也。近來立法及裁判例，其顯著之傾向，多課法人之責任，尤其關於法人之刑事裁判，蓋亦事有必至，理有固然者。

法人能獨立負責任，既如上述，法人之機關，於其行使職務時，所加於他人之損害，其責任又果如何乎？如德國民法第三十一條規定：社團對於理事，或理事會構成員，或由其他規約任命之代理人，於執行職務之際，由有責之行爲，所加於他人之損害，負賠償之責。同法第八十九條，復規定：公法上之法人賠償責任，準用第三十一條之規定。其他立法例，與

德民法相同者，亦不一而足，則公法人其應就其機關職務之行爲，負賠償之責任，固爲立法上一般之趨勢。

惟此所謂負責任者，非謂國家對於由官吏公法上權力行爲所發生的損害，而負賠償之責也。其任非單純的權力作用，如國家企業，所使用人，國家應就其不法行爲，在某項條件下，負有賠償之責任，固爲學說判例所從同。如日本郵政法，及鐵道營業法所規定之損害賠償，是卽以如斯見解爲前提者也。

據上所述，國家僅隨時勢之進步，法人責任制度之發達，關於經濟的企業，應就其被用人之行爲，負損害賠償之責任，與個人或私法人而無所異矣。其他在公法方面，因立憲思想之發達，國民權利思想之進化，國家對於人民，除因其有違法行爲，而被制裁，不負責任而外，至因公益上之必要，所爲正當之處分，則對於因處分發生之損害，以給與賠償爲通例。此其故蓋因非普遍的公益，對於特定個人或一部分人，而要求特別之犧牲的場合，國家當賠償其損害，求國民負擔之平均者，是乃適合于正義之要求也。冤獄賠償制度之發生，其理亦不外此。故學者謂其爲公法上之賠償制度。

惟從立法方面觀之，德意志則於此種制度，最為重視，如對此為之制定單行法而外，復于一九一九年八月十一日德國新憲法第一三一條第一項規定：『官吏于行使其職務上之公權力，如違反對於第三者所負職務上之義務時，其賠償之責任，應屬於使用官吏之國家及其公團體』。此即將國家直接責任之原則（Prinzip der Primären Staatshaftung），而規定于國家根本大法者也。憲法為一切國法之母法，則在此種母法之下，雖官吏因民事事件，行政事件所發生不正當之結果，國家亦須負損害賠償之責任矣。不過今尙未實現之也。

#### 四

冤獄賠償制度發生之原因，既如上述，則我國現欲從事于冤獄賠償法之制定，在客觀上，國家已知其有迫切之需要，而在立法趨勢上，究竟有無水到渠成之觀乎？吾人試觀我國現行民法，關於法人賠償責任的規定，固已富有現代的意義，而與一般文明國家其所表現于民法者，無有以異。其公法上之賠償制度，亦已樹立。則斯冤獄賠償制度，固亦有必然實現之勢乎？予將引領以望之。

二四年三月二日於青島

## 國家賠償制度之現在與將來

嚴蔭武

民國十七年夏，國民政府司法部，約集法制局最高法院人員商議刑事訴訟法制定之原則。其最令吾人注意者，爲國家對於誤判的賠償責任問題。當時法制局對此案提出之意見，爲『已受羈押或已科刑之被告，有左列情事之一者，該被告得請求國家賠償損害：（一）再審判決無罪者。（二）初審或上訴審判決無罪者。（三）受不起訴處分，而以行爲不成犯罪爲理由者。前項第一款之損害賠償，應向該再審法院請求之。第二款之損害賠償，應向該判決無罪之法院請求之。其賠償金，由最後爲有罪判決之法院給付。第三款之損害賠償，應向爲該處分檢察官所屬之法院請求之。其賠償金，即由該法院給付。但自無罪判決或不起訴處分確定後已逾十日者，均不得請求。損害賠償之範圍，由受請求之法院決定之。對於此項決定，不得聲明不服。損害賠償金，應由司法收入項下支出，抑另作開支……由司法部另以命令定之』該會議議決謂：『法制局此項提案，理由極爲充分，惟應否於刑事訴訟法中規定



之，尙待研究。」而當年七月二十八日國民政府所公布之刑事訴訟法，遂示將國家賠償制度採入矣。予正擬就此史實，爲文以實法學叢刊。而劉君韻風，乃強予爲作「國家賠償制度之現在與將來」，不得已，惟有略述拙見以復之，其當否還望同社諸君子，有以教正之也——作者

一

欲知國家賠償制度的現在與將來，則國家賠償制度的過去，自然要把它，弄個清楚，這想當爲任何人不能否認。本來，國家就其司法機關所爲錯誤判決的結果，負擔損害賠償責任，這是第十九世紀末葉，一種新興的制度。而吾人因此曾發生了一回疑問，就是：在第十九世紀末葉以前，尤其法國大革命當時，所發布的人權宣言，把人民的多種基本權利，給了它切實的保障，何以對於這種與人民的生命，自由，財產，有很密切的關係的國家賠償制度，都不採用呢？

隨後，我研究到：法國在人權宣言的精神下面，制定的多種法律，其所保障的，乃在防  
法學叢刊 論著 國家賠償制度之現在與將來

制替國家服務的官吏之橫暴，換句話說，當時法律的精神，乃在防制橫暴的官吏，侵害人民的自由，所以官吏，假令當執行職務的時節，有加損害于人民自由的事情，就應該由官吏自身負責，於國家自然毫不相干。

更深一層觀察，法國人權宣言的精神，明明是受了陸梭民約論的影響，這種國家不負賠償責任的原由，也明明是受了陸梭國家主權概念的支配。陸梭說：「主權這個東西，是由構成主權的個人形成的，所以主權這個東西，不致於反個人的利益，也不能反個人的利益。因此主權者的國家，對於其構成分子的國民，沒有予以何等保障的必要。這是什麼道理呢？團體圖加害于其本身的構成分子，在事實上是一定沒有的啊！」（*Contract Social, Livre I, Chap. VII*）然而，在理論上的話，雖然是這樣說，在實際却使政府在國家的名義下，行使其絕對無限制的權力，自然要釀成一種為惡而不負責任的現像，這豈是一般國民所能忍受的嗎？法人責任論，是必然的要應時產生，而國家賠償制度，也就必然的要適應社會之要求，樹立起來。

照上面的敘述看來，簡直可說國家賠償制度，是國家主權無限制說的一種反動，否，是國家主權無限制說的一劑良藥。那末，現在世界各國的國家賠償制度，究竟達到什麼樣的程度呢？

吾人從公法方面看：各國為其國家及公共團體等的公益，依據法律，而為徵發，徵收，以及強制通行等事，都以為這是為大家的利益，使特定的個人遭受犧牲，若不給與賠償，負擔顯不公平，因是一概由國家為相當之賠償，以期國民負擔之均一。

至于國民因國家司法處分，所發生的損害，也有不少的國家，認為這是個人在團體生活裏面，因國家為維持公益的司法權之發動，自己無過失，無責任，而亦遭受不正當之犧牲，國家自當對之負賠償損害的責任，庶幾不違背社會正義的要求，所以刑事賠償制度，亦甚發達。

惟歐洲各國，國家就官吏行政處分，所發生的特別損害，負賠償責任的制度，一般尙未通行。即關於司法處分的國家賠償制度，其於民事裁判上所發生的損害，亦似無被承認之觀。這又是什麼道理呢？

學者舉其重要理由有二：即

(一)行政處分，縱然可由訴願或行政訴訟，予以取消。但那自始就沒有依據法律，而以國家權力，侵害及于當該本人生命為對象的重大性。所以現在國家，不採行政上裁判賠償制度。至于民事上裁判賠償制度，現在亦尚未採用的，其理由，亦不外乎此。

(二)國家賠償制度，它的領域，不擴張到民事裁判或行政處分的，是恐怕直接增加國庫的開支，間接擴大國民的負擔，大有利不勝害的危懼。

因有以上兩點的理由，所以纔有現在殘缺不全的國家賠償制度。那末欲知國家賠償制度，將來如何？就要研究這兩個理由的本身如何？

### 三

上段所述國家賠償制度，現在所以不能擴張到行政處分或民事裁判方面的理由，據我個人觀察，敢斬金截鐵的說，它本身根本不能成立。何以呢？

就其第一點說：意謂行政處分，自始就沒有依據法律，而以國家權力，侵害及于當該本

人生命為對象的重大性，這真是顯然無理由的話。因為刑事裁判，不盡是含有侵害當該本人生命的重大性。而刑事賠償制度，也不盡是對於有侵害生命之虞或已侵害生命的冤獄，而為賠償。為什麼這裡忽然拿出這個有無以侵害生命為對象的話兒，來作應否採用國家賠償制度的標準呢？

再就第二點說：意謂國家賠償制度，擴張到民事裁判與行政處分，結果就增加國庫的負擔。這也是一種似是而非的話。因為這種賠償制度的施行，全靠它的反射作用。換句話說，有了這種國家賠償制度，自然兒，行政官不敢濫用權力，以為處分。司法官不敢濫用權力，以為審判。那裡來增加國庫負擔呢？

所以我敢斬金截鐵的說：這兩種理由，都顯然的不能成立，不久的將來，定有完備的國家賠償制度，來保障一般人們的利益。



## 刑事賠償制度的幾個根本問題

戴天球

劉君韻風，以法學叢刊，擬出冤獄賠償制度專刊，擬就本題，徵稿於予。予事冗本無執筆暇，惟以冤獄賠償運動，為協會當前重要工作之一，吾人負有努力實現其制度之任務，爰於萬忙中，勉成一稿以應之，劉君得無責予敷衍塞責乎？——作者

### 一

我覺得刑事賠償制度的第一個根本問題，就是：國家對於冤獄的賠償，是道德上的義務呢？是法律上的義務呢？

一般學者們，主張為道德上的義務者，以國家對於冤獄的賠償，乃是一種恩惠的行為。其主張為法律上的義務者，以國家此等賠償的義務，是由團體生活原理，當然產生。那末！究竟那個主張對？那個主張不對呢？

抱折衷態度的學者，以為當第十九世紀末葉以後的國家，因為順應時勢的要求，與團體責任的法理，在某種情形之下，謂其負有賠償損害的責任，這為一種法律的觀念，不僅沒有

什麼特殊的障礙，毋寧認它有其必要的場合。不過這種責任，不是存在於自然法上的義務，是待特別立法，而始發生的義務。國家當一般社會意識，要求此等立法的場合，應以立法而實現此社會的義務者，可算是國家政治道德上的義務。

因此刑事賠償，既非單純的道德上的義務，亦非單純的法律上的義務，它是一種政治道德上的義務，換句話說，國家不能夠說它，不待特別立法，就在一般法理上，當然有爲此等賠償的義務。

這樣的主張，是對的嗎？我實在不敢贊同！何以故？因爲無論什麼法律，都須有社會的背景，換句話說，法律就是社會的意識。社會既意識國家要負刑事賠償的責任，國家就須負刑事賠償的義務。所以這種義務，既經立法化以後，當然是一種不可不負擔的法律上的義務。上段的話兒，實在有點牽強，而其意義，我認爲簡直不甚明瞭。

## 二

第二個根本問題，就是國家對於冤獄的賠償，是私法上的賠償制度呢？是公法上的賠償

制度呢？

這個我是主張它爲私法上的賠償制度的。在提出我主張的理由以前，且先把主張爲公法上的賠償制度的理由，大略寫出，即謂：司法官吏，不外因爲維持國家秩序的必要，對於侵害特定法益的嫌疑人，依照法律的規定，行使他的職權。譬如檢察官，是以對於有犯罪嫌疑人，俾受審判，提起公訴，爲其職權職務。又譬如推事，是以對於被告人，得有犯罪證據，則爲刑之諭知，爲其職權職務。此種公訴或諭知有罪之處分，以後縱該本人諭知無罪，固然不失爲職權職務行爲，易言之，固不因以後之諭知無罪，而使先之起訴或判罪之處分，變而爲一種故意或过失的不法行爲。

這種場合，司法官吏，初爲明瞭該本人罪責之有無，而行審理，結局經審理所得的證據，證明其無何罪責，按其情形，此雖與公用徵收等處分，自始即以爲公益課特別之犧牲爲目的者，出發點明白異趣，但從其結果觀察，又恰與徵發或公用徵收等事，同爲依於職權行爲，課無過失責任人，以特別的負擔，即由國家給與相當的賠償，以匡救國民負擔之不公平，所以說是這種制度，是公法上的賠償制度。



這些話兒，是對的嗎？我實以為不可！因為冤獄之來由，顯然在國家司法機關之故意或過失，換言之，冤獄顯由國家司法機關的不法行為所造成。國家司法機關由這不法行為，自然要負擔三種責任：（一）刑法上的責任；（二）懲戒法上的責任；（三）民法上的責任。國家刑事賠償責任，就是代他的機關而負這民法上的責任，這明明是一種私法上的賠償制度，怎能够說它是公法上的賠償制度呢？

### 三

第三個根本問題，就是國家對於冤獄的賠償，是以精神損害為賠償之標的呢？是以物質損害為賠償之標的呢？

我從各國立法例看來，有明白規定以財產損害為賠償之標的的；有在條文上採用一種渾括的規定，既不說明以財產損害為賠償標的，亦不說明以精神損害為賠償標的，惟憑解釋，而以為財產損害或精神損害的。

究竟那對，那不對。本一時找不到一個適當的憑據，判斷這兩個立法例的是非。不過我

用純法律的眼光來看看大抵主道德義務說者，必以精神損害爲賠償的標的。主法律義務說者，必以財產損害爲賠償的標的。又主公法上賠償制度說者，也必以精神損害爲賠償標的。主私法上賠償制度說者，也必以財產損害爲賠償標的。

我係主刑事賠償關係，係法律義務，非道德義務；且係私法上的賠償制度，非公法上賠償制度；則依上所說明，自然也要以刑事賠償的標的，爲財產上的損害，而非精神的損害。不過在法律條文上，亦不必如德奧之制，把它規定得明明白白，給國家好因財政的狀況，以命令或條例，執行適當的措置。

#### 四

以上三點，這不過舉其最要者言之，其他值得研究的問題，尙不一而足，我實無暇寫出，真是抱歉的很！

二十四年三月三十日 於揚州

## 採用冤獄應報主義之我國立法例

劉陸民

我國三代之時，皆以禮治，周禮一書，後人雖刺爲僞託，然其所紀載之典章制度，要亦不遠於古。余嘗讀其書，至三刺三宥三赦之制，五聽之法（註一），而知古聖明慎折獄之教（註二），其有裨於成周之治至深矣。故余以爲三代之時，禮律未分，其斷獄之制之見於禮者，皆消弭冤獄於未然者也。冤獄應報主義之立法例，自無從而有之。有之，常自李悝之法經始。

李悝法經六章，其囚法爲魏斷獄律之所自出。斷獄律在北齊與捕律相合，更名捕斷律。至後周，仍名爲斷獄律（註三）。隋開皇律因之，遂由唐律而迄於明律清律，皆無所變更。則就後之關於冤獄應報主義之立法例，詳於斷獄律觀之，李悝法經囚法，宜有關於冤獄應報之規定，可以推知，惜律文散佚，不可得而見之也。余因是於本文，僅能自漢律開始探究之，然其詳，仍當由唐律而起焉。

但於茲，應先爲一言者，即今之所謂冤獄者，有由誣告而致之冤獄；有由僞證而致之冤獄；有因司法官吏故意或過失而致之冤獄。其冤獄之程度，亦有羈押，判罪，與已執行之不同。則探討我國冤獄應報主義之立法例，其亦應以此爲範圍，自無待論。

註一、周禮司刺，掌三刺三宥三赦之法，以贊司寇聽獄訟。一刺曰，訊羣臣；再刺曰，訊羣吏；三刺曰，訊萬民。一宥曰，不誡；再宥曰，過失；三宥曰，遺忘。一赦曰，幼弱；再赦曰，老旄；三赦曰，蠢愚。

又小司寇以五聲聽獄訟，求民情：一曰，辭聽；二曰，色聽；三曰，氣聽；四曰，耳聽；五曰，目聽。

註二、周易噬嗑卦，雷電，噬嗑，先王以明罰敕法。又賁卦曰：山下有火，賁，君子以明庶政，無敢折獄。又豐卦曰：雷電皆至，豐，君子以折獄致刑。

又禮記王制曰：刑者例也。例者成也。一成而不可變，故君子盡心焉。

註三、見唐律疏義斷獄上。

若：

漢律，律文久亡，冤獄應報之制，尙可從紀傳窺見一二，以資考證。如就誣告論，則有

漢書宣帝紀：元康四年詔曰：「告反逮受」。師古註：「誣告人，及殺傷人，皆如舊法

。」

漢書功臣表：「義陽侯衛山，太始四年，坐教人誣告衆利侯，當時棄市，罪獄未斷，瘞死。」

漢書楊璇傳：「荊州刺史趙凱，誣奏璇實非身破賊而妄有其功……遂檻車徵璇……

乃噬臂出血書衣爲章……詔書原璇拜議郎，凱反受誣人之罪。」

更如就鞫獄論，則有若：

漢書功臣表：「新時侯趙弟太始三年，坐爲太常鞫獄不實，入錢百萬贖死，完爲城旦。」

」

又同表註：「出罪爲故縱，入罪爲故不直。」

又趙廣漢傳：「下廣漢廷尉獄。又坐賊殺不辜，鞫獄故不以實……數罪。」

法學叢刊 論著 採用冤獄應報主義之我國立法例

又光武紀：「二十年大司徒戴涉下獄死。註引古今註曰：「坐入故太倉令奚涉罪。」

又孫寶傳：「寶坐失死罪免。」

又張敞傳：「臣敞賊殺無辜，鞠獄故不直，雖伏明法，死無所恨。」

是漢律嚴治造成冤獄之誣告。而於鞠獄之故不直者，重於失入之罪，亦就孫寶傳與其他各傳，可窺見其梗概矣。

漢律既如上述，則魏律，晉律，宋律，齊律，梁律，陳律及北朝之後魏律，北齊律，隋開  
身律，其於冤獄應報之規定，當亦無絕對之殊（註一），茲為節省篇幅，不詳述之。

註一、程樹德著：九朝律考之魏律考序、晉律考序、南朝諸律考序、後魏律考序、北齊律考  
序，參照。

### 三

唐律，於誣告所致之冤獄，可大別為二：

（一）死罪之冤獄，如「誣告反坐」條：

「諸誣告人者，各反坐。卽糾彈之官，挾私彈事不實者，亦如之。反坐致罪準前人入罪法至死而前人未決者聽減一等其本應加杖及贖者止依杖贖法卽誣官人及有蔭者依常律」

疏議曰：「……………反坐其罪，準前人入罪之法，至死，而前人雖斷訖未決者，反坐之人，聽減一等。若誣人反逆，雖復未決引虛，不合減罪。……………」

（二）流罪以下之冤獄，如「誣告人流罪引虛」條：

「諸誣告人流罪以下，前人未加拷掠，而告人引虛者，減一等。若前人已拷者，不減。即拷証人亦是。誣告期親尊長外祖父母夫之祖父母及奴婢部曲誣告主之期親外祖父母者雖引虛各不減」

疏議曰：「誣告死罪，自有別制。唯誣告人流罪以下，前人未加拷掠，而告人自引虛者，得減反坐之罪一等。若前人已拷者，無問杖數多寡，然後引虛，即不合減。即拷証人亦是，謂雖不拷被告之人，拷傍証之者，雖自引虛，亦同已拷，不減。……………」

（註一）

於偽證所致之冤獄，如「證不言情」條：

「諸証不言情，及譯人詐僞，致罪有出入者，證人減二等，譯人與同罪。謂夷人有罪譯傳其對者」

法學叢刊 論著 採用冤獄應報主義之我國立法例

疏議曰：「證不言情，謂應議請減七十以上十五以下及廢疾，並據衆証定罪，證人不吐情實，遂令罪有增減，及傳譯番人之語，令其罪有出入者。証人減二等，謂減所出入罪二等。譯人與同罪，若夷人承徒一年，譯人云承徒二年，即譯人得所加一年徒坐。若夷人承流，譯者云徒二年，即譯者得所減二年徒之類。……」〔註二〕

於審斷所致之冤獄，亦得分而爲二：

(一) 囚禁之冤獄，如「囚應禁而不禁」條第二項：

「……若不應禁而禁，及不應枷鎖杻，而枷鎖杻者，杖六十。」〔註三〕

(二) 入罪之冤獄：

(子) 故入之冤獄，如「官司出入人罪」條：

「諸官司入人罪者，謂故增減情狀，足以動事者。若聞知有恩赦，而故論決，及示導令失實辭之類。若入全罪，以全罪論。雖入罪，但本應收贖及加杖者，

止從收贖加杖之法。疏議曰：「官司入人罪者，謂或虛立證據，或妄構異端，捨法用情，鍛鍊成獄。故

註云謂故增減情狀，足以動事者。……若入全罪，謂前人本無負犯，虛構成



罪，還以虛構枉入全罪科之。」

『從輕入重，以所剩論。刑名易者，從笞入杖，從徒入流，亦以所剩論。』從徒入流者三流同比徒

一年為剩即從近流而入遠流者同比徒半年為剩若人加入加役流者各計加役年為剩從笞杖入徒流，從徒流入死罪。亦以全罪論。……

……

疏議曰：「從輕入重，以所剩論。假有從笞十入三十，即剩入笞二十。從徒一年，入一年半，即剩入半年徒，所入官司，各得笞二十及半年徒之類。刑名易者，從笞入杖，亦得所剩之罪，從徒入流者，註云，三流同比徒一年為剩，謂從三年入流二千里，或二千五百里，或流三千里，遠近雖異，俱曰流刑，至於配所役身，三流同有一年居作，故從徒入流，三流同比徒一年為剩。即從近流二千里入至二千五百里，或入至三千里者，同比徒半年為剩。若從三流入至加役流者，各計加役年為剩。但入加役流者，加常流役二年，將加役二年以為剩罪。從笞杖入徒流，從徒流入死罪，假有從百杖入徒一年，即是全入一年徒坐。從徒流入死罪，謂從一年徒以上至三千里流而入死刑者，亦依全入死罪之法，故云亦以全罪論。……」

(丑)失入之冤獄，如同條：

『即斷罪失於入者，各減三等。失於出者，各減五等。若未決放，及放而還獲，若囚自死，各聽減一等。』

疏議曰：「即斷罪失於入者，上文故入者，各以全罪論。失於入者，各減三等。假有從咎失入百杖，於所剩罪上，減三等。若入至徒一年，即同入全罪之法，於徒上減三等，合杖八十之類。……若未決放者，謂故入及失入死罪及杖罪未決，其故出失出死罪以下未放，及已放而更獲，若囚自死，但使囚死，不問死由，各聽減一等，謂於故出入及失出入上各聽減一等。」(註四)

依上各條而觀之，誣告之冤獄，其誣告人者之反坐，既因死罪與流罪以下，而有所不同。而死罪之已決未決，流罪以下之已否拷掠？更復爲反坐可否減等之標準。偽證之冤獄，其不言情之證人減二等，其詐僞之譯人與同罪。審斷之冤獄，其囚禁與入罪者，論罪之方法迥異，而入罪更由其爲故入抑或失入，負輕重顯不一致之罪責。是無在而非表現其應報之精神。則上述各條者，固充分表現冤獄應報主義之第一立法例也。

註一、見唐律疏議門証三

註二、見唐律疏議詐僞

註三、見唐律疏議斷獄上

註四、見唐律疏議斷獄下

#### 四

五代，律佚失，已無可考。宋刑統於冤獄之規定，與唐律同。則宋亦採冤獄應報主義可知。然宋史刑法志，有「紹興十六年詔諸鞠獄追到干證人無罪遣還者，每程給米一升半，錢十五文。」之記載，則宋高宗時，顯會對無罪人，而給與相當之賠償焉，是則宋於斯時，由單純冤獄應報主義，進而兼採冤獄賠償主義矣。在我國法制史上，不能不謂為特放異彩之一點也。其他遼金各律，於冤獄亦大抵採應報主義。至於元時，關於誣告所致之冤獄，其誣告者之罪責，則有如下：

元刑法志：「諸告人罪者，須註明年月，指陳事實，不得稱疑。誣告者抵罪反坐。諸告

法學叢刊 論著 採用冤獄應報主義之我國立法例

言重事實，輕爭虛，免坐。輕事實，重事虛，反坐。」

大元通制訴訟：「諸職官誣告人枉法賊者，以其罪罪之，除名不敘。」

更關於由有司所致之冤獄，有如下：

元刑法志：「諸有司非法用刑者，重罪者。諸鞠獄，不能正其心，和其氣，感之以誠，

動之以情，推之以理，輒施大披掛及王侍郎繩索，並法外慘酷之刑者，悉禁止之。諸

捕盜官，捕獲強竊盜賊，不即牒發，淹禁死亡者，杖七十七，罷職。諸弓兵祇候獄卒

，輒毆死罪囚者，爲首杖一百七，爲從減一等，均徵燒埋銀，給苦主。諸有司承告被

盜，輒將景迹人，非理枉勘身死，却獲正賊者，正問官笞五十七，期年後降先職一等

叙。首領官及承吏各五十七，罷役不敘。均徵燒埋銀給苦主。」

元典章刑部十六斷例：「枉勘平民身死，達魯花赤爲主意，決三十七，除名不敘。縣尹

爲從，決一十七，解見任期年降等叙。縣丞爲從，決一十七，解任期年降等叙。執民

爲盜禁死，達魯花赤，治中，各決三十七，解見任期年降等叙。知事又權司獄事，決

五十七，罷職除名不敘。推官決八十七，除名不叙用。縣尉一百七，仍與本路判署官

吏，均徵燒埋銀。」

大元通制訴訟：「……諸府州司縣，應受理而不受理，雖受理而聽斷偏屈，或遷延不決者，隨輕重而罪罰之」

綜上以觀，聽斷偏屈，遷延不決，均隨輕重而罪之，似於冤獄，仍採取唐宋以來一貫之精神。然淹禁盜賊致死，捕盜官，僅決杖七十七，罷職。而承告被盜，輒將景迹人，非理枉勘身死者，正問官，僅笞五十七，期年後降先職一等叙，是非較輕于唐宋之律乎？但均徵燒埋銀以給苦主，則又含有加害人對於被害人於負刑事責任而外，更負有民事責任之意義，亦不失為立法進步之表現，而有可注意之價值者也。

## 五

明律，誣告人對於所致冤獄之罪責，如刑律訴訟「誣告」條：

「凡誣告人答罪者，加所誣罪二等。流徒杖罪，加所誣罪三等。各罪止杖一百，流三千里。若所誣徒罪人，已役，流罪人已配，雖經改正放回，驗日於犯人名下，追徵用過路費給還。若曾經典賣田宅者，著落犯人備價取贖。因而致死隨行有服親屬一人者，絞；

法學叢刊 論著 採用冤獄應報主義之我國立法例

將犯人財產一半，斷付被誣之人。其被誣之人致死親屬一人者犯人雖處絞仍令備償路費取贖田宅又將財產一半斷付被誣之人養贍 至死罪，所誣之

人已決者，反坐以死。其被誣之人已經處決者犯人雖坐死罪亦令備償路費取贖田宅斷付財產一半養贍其家 未決者，杖一百，流三千里，加役三

年。

『其犯人如果貧乏，無可備償路費，取贖田宅，亦無財產斷付者，止科其罪。』

『其被誣之人，詐冒不實，反誣犯人者，亦抵所誣之罪。犯人止反坐本罪。謂被誣之人本不曾致死親屬詐作致死

或將他人死屍冒作親屬誣犯人者亦抵絞罪犯人止反坐誣告本罪不在加等備償路費取贖田宅斷付財產一半之限

『若告二事以上，重罪告實，輕事招虛，及數事罪等，但一事告實者，皆免罪。若告二事以上，輕事告實，重事招虛，或告一事，誣輕為重者，皆反坐所剩。若已論決，全抵剩罪；未論決，笞杖收贖，徒流止杖一百，餘罪亦聽收贖（註略）至死罪，而所誣之人已決者，反坐以死。未決者，止杖一百流三千里。』

『若律該罪止者，誣告雖多不反坐。謂如告人不枉法贓二百貫一百二十貫是實八十貫是虛依律不枉法贓一百二十貫以上罪止杖一百流三千里即免其罪

『其告二人以上但有一人不實者，罪雖輕，猶以誣告論。謂如有人告三人二人徒罪是實一人笞罪是虛仍以一人笞罪上加二等反坐元告之類

。……』

云云，自誣告起迄加役三年，指無罪全誣者言。自若告二事以上迄猶以誣告論，指有罪而誣

告者言。全誣者，不折杖。誣重者，依律折杖。全誣至死未決者，不折杖又加役。誣重至死未決者，不折杖亦不加役。因所誣之重輕，定罪責之程度，其亦爲冤獄應報主義的立法可知也。至無罪全誣，徒罪已役，流罪已配者，雖經改正放回，驗日於犯人名下，追徵用過路費給還。若曾經典賣田宅者，著落犯人備價取贖。而其所誣之人，致死親屬一人者，犯人雖處絞，仍令備價路費取贖田宅，又將財產一半，斷付被誣之人養贍。其至死罪，所誣之人已決者，犯人所負之責任亦同。是明律認冤罪者財產上之損害，誣告者應負賠償之責任，其義甚明。惟惜國家不負冤罪賠償之責，故於犯人貧乏而不能爲賠償時，其受害者，即儼若遭受天災地變，而無可取償，亦一缺點也。

次之，僞証對於所致冤獄之罪責，如「獄囚誣指平人」條：

「若鞫囚而証佐之人，不言實情，故行誣証，及化外人有罪，通事傳譯番語，不以實對，致罪有出入者，証佐人，減罪人罪二等（註略）。通事與同罪（註略）。

此項規定，按其纂註：「若有司推鞫罪囚，其事內証佐之人，有所符同偏庇，不言實情，故行誣証。……」云云，是與唐律疏義所謂：「証不言情，謂應議請減七十以上十五以下

及廢疾，並據衆証定罪，証人不吐實情，遂令罪有增減者。一範圍顯不同矣。此亦立法上之大變遷也。

復次，有司對於所致冤獄之罪責，如同律斷獄之所規定，亦得分爲（一）囚禁之冤獄；（二）入罪之冤獄而敘述之：

（一）囚禁之冤獄，如「囚應禁而不禁」條：

「其不應禁而禁，及不應枷鎖梏而枷鎖梏者，各杖六十。」

此則輕罪而不應囚禁之規定也。更如「故禁故勒平人」條：

「凡官吏懷挾私讎，故禁平人者，杖八十。因而致死者，絞。提牢官及司獄官典獄卒，

知而不舉首者與同罪。至死者減一等。不知者不坐。若因公事，干連平人，在官無招誤

禁致死者，杖八十。有文案應禁者，勿論。」

此則平空無事，無罪之人，致被囚禁之規定也。故其所負之罪責，輕重顯然不同。

（二）入罪之冤獄，如「官司出入人罪」條：

「凡官司故出入人罪，全出全入者，以全罪論。

謂官吏因受人財及法外用刑將本應無罪之人而故加以罪及應有罪之人而故出脫之者並坐官吏以全罪論



外用刑如用火燒烙鐵烙人或  
冬月用冷水洗淋身體之類

『若增輕作重，減重作輕，以所增減論。至死者，坐以死罪。』

謂如其人犯罪應決一十而增作二十之類謂之增輕作重則坐以所增

一十之罪其人應決五十而減作三十之類謂之減重作輕則坐以所減二十之罪除准此若增輕作重入至徒罪者每徒一等折杖二十入至流罪者每流一等折徒半年入至死罪已決者坐以死罪若減重作輕者罪亦如之

此乃故入人罪，造成冤獄之規定也。更如同條：

『若斷罪失於入者，各減三等，失於出者，各減五等，』

謂鞫問獄因或證佐誣指或依法拷訊以致招承及議刑之際見所錯悞別無受贓情弊及法

外用刑致罪有輕重者若從輕失入重從重失出輕者亦以所剩罪論

並以吏典為首，首領官減吏典一等，佐貳官減首領官一等，長

官減佐貳官一等，科罪。』

此又失入人罪，造成冤獄之規定也。故亦因其故失，而科以輕重不一之罪。

總上各條以論，誣告之反坐，所剩入至流者，本註云：三流並准徒四年，折杖二百四十

，收贖。入人罪至流者，本註云：每流一等准徒半年，不云折杖收贖，則其輕重與誣告有間矣。乃誣告之人，對於所誣之人財產上之損害，尚負責任；而有司於冤罪者之財產損害，則無應負賠償責任之規定，此亦專制思想階之屬也。

## 六

法學叢刊 論著 採用冤獄應報主義之我國立法例

清律，因仍明舊，於誣告，偽証，入人罪之規定，與明律無何殊異。雖光緒季年，沈家本等修改大清現行律，亦不過因其時笞杖已廢。杖罪改折罰金，不便折算，遂將誣告條與官司出入人罪條，刪去舊註，酌用唐律。然以應報爲其立法之根本觀念，固仍舊貫而略無所移易也。

由是觀之，我國仕秦漢以上，昔聖先賢，皆諄諄以明慎折獄垂誠，欲消弭冤獄於未然。秦漢以後，以冤獄之終不能消弭也，特用刑以懲治之，而一本於應報主義。宋高宗給無罪者還家所需之錢米，姑無論其視此爲帝王之恩惠？抑視此爲帝王之賠償？而無罪者，減少因政府不正當之行動，所蒙物質上之損失，是亦良善之制也，乃卒不見成爲經常之法。明律，有加害人對被害人財產賠償之規定矣，顧冤獄由有司之枉法行爲以致之者，則無有焉，此種表現專制思想之法例，且更終有清一代，亦無所更易。今中國繼受歐西之法律思想，於茲二十餘年，則於此世界新興之冤獄賠償制度，其將守固有之思想以拒之乎？抑將以現代之眼光而採用之乎？予爲期讀者，便於比較東西，折衷一當起見，特於作「刑事賠償立法之比較」，以介紹現世各國刑事賠償立法例以後，復作本文，以撮叙我國關於冤獄採應報主義之立法例，俾資相互研究，或亦非無益之舉也。

\*\*\*  
\*\*\* 譯 述 \*\*\*  
\*\*\*

漢譯日本刑事補償法

陳志皋  
王維楨 譯

第一條 凡經刑事訴訟法通常程序，或再審及非常上訴程序，受無罪之判決者，或依同法第三百十三條規定，而受免訴之判決者，其未決前之羈押，國家應賠償其被羈押之損失。

凡依此再審或非常上訴程序，受無罪判決者，若因原判決，已受刑之執行，或依刑法第十一條第二項規定，而受羈押時，國家對之，應賠償其受刑之執行，或受羈押之損失。

第二條 依前條規定，應受賠償者，如已死亡，則向本人之遺族為前條之賠償，至于死亡

者，如係依再審或非常上訴程序而判決無罪時，亦同。應受賠償之遺族死亡時，則賠償向其次位之遺族爲之。

### 第三條

本法中，所稱遺族。係指本人配偶，子，孫，父，母，祖父，及祖母，于本人死亡時，以本人同戶籍，且繼續在該戶籍內者爲限。

應受賠償遺族之順序，依前項所記載之順序。至于父母及祖父母，先養父母及其祖父母，後生父母及其祖父母。

子及孫有數人時，其順序則依宗祧繼承之順序。定之。

### 第四條

受無罪或免訴判決之人如有左列事由時，不行賠償。

一，據刑法第三十九條乃至第四十一條所規定事由，受無罪或免訴判決時。

二，被起訴之行爲，違反公共秩序，或善良風俗者。

本人之因故意，或重大過失的行爲爲起訴，拘留，付公判處分，或再審請求之原因時國家不爲第一條第一項之賠償。

本人之因故意或重大過失的行爲，成爲原有罪判決之憑據時，國家不爲第一條第

二項之賠償。

併合罪之一部分，雖受無罪或免訴之判決。而其他部分則受有罪的判決者，得不爲賠償。

第五條 羈押之賠償，爲對於拘票，或羈押命令執行後之羈禁日數，交付一日五圓以內之

賠償金。

徒刑禁錮或拘留執行之賠償，依其日數交付一日五元以內的補償金，羈押之賠償亦同。

對於受死刑之執行的人之遺族的賠償，除羈押之賠償外并應交付法院認爲相當之賠償金。

罰金或罰鍰，執行之賠償，爲返還已徵收之罰金或罰鍰相等之金額，如執行，拘禁工作場，則依第二項規定，交付賠償金。

沒收執行之賠償，爲交還未經破壞或廢棄之沒收物，或與沒收物之處分所得代價或所徵收之追徵金相等之金額。

第六條 領受賠償者得以書狀向其受無罪判決之法院，或受免訴判決之豫審推事所屬之法院請求之。請求書中應添附戶籍謄本。應受賠償者，如於請求後死亡時其請求視為其次順應受賠償之人所為者論。

第七條 應受賠償者，不得違反本人或最先順位者所明示之意思，而行請求。

應受賠償者如撤回請求時，該撤回人及其次位人均不得更行請求。

第八條 賠償之請求得由代理人為之。

第九條 賠償之請求須于無罪或免訴之裁判確定之日起六十日內為之。

第十條 賠償之請求，法院應于諮詢檢察官之意見後裁定之，裁定之謄本應送達檢察官及請求人。

請求如有理由時，應為准許賠償之裁定如無理由或係逾期者，應駁回之。

如有刑之執行，或拘押之賠償請求，同時又有拘留之賠償請求時，應分別裁定之。

第十一條 對於准許賠償之裁定，不得聲明不服，對於駁回賠償請求之裁定，得為即時抗告。

第十二條 賠償裁定後，應受賠償之人，如未受給付，即行死亡時，該裁定，當作為向其次

順位應受賠償之人給付之。如應受賠償之遺族在未受給付前即離去其家時，亦同。  
第十三條 欲受賠償之給付者，應向執行該裁定之法院遞呈請求書，請求書中，應附戶籍謄本。

賠償之裁定送達後，一年內不為賠償給付之請求時。其請求權因時效而消滅。

第十四條 賠償給付之請求權不得讓與。

第十五條 關於請求賠償之事件繼續中，如請求再審或依刑事訴訟法第三百十七條規定。提起公訴時，在裁判確定以前，應停止裁定之程序。

在前項之場合中如對被告人判決有罪時，賠償之請求則失其效力。

第十六條 賠償裁定後如請求再審或依刑事訴訟法第三百十七條規定，提起公訴時，在其裁判確定以前，應停止給付賠償之程序。

在前項之場合中，如被告人判決有罪時，賠償之裁定即失其效力。

第十七條 在前條第二項之場合如已給付賠償時，為有罪判決之法院，可依檢察官之請求，以裁定，命其交還賠償金。此項裁定之執行，適用刑事訴訟法第五百五十三條乃

至第五百五十五條之規定。

第十八條 關於本法之裁定及其即時抗告，除另有規定外均適用刑事訴訟法之規定其期間亦同。

第十九條 法院裁定賠償時，應依請求人之申請，迅將裁判無罪或免訴之主文及要旨並准予賠償之意旨掲載于官報。

第二十條 本法適用於軍法會審無罪判決之場合。但對於駁回賠償請求之裁定，不得行即時抗告。

關於軍法會審上，命令交還賠償金之裁定之執行，適用陸軍軍法會審第五百十八條乃至第五百二十條或海軍軍法會審第五百二十條乃至第五百二十三條之規定。軍法會審時關於作為賠償裁定之推事，適用陸軍軍法會審法第五十九條第一項或海軍軍法會審法第五十九條第一項之規定。


附則

本法法行之期日，以勅令定之（依昭和六年勅令第二百五十八號同七年一月一日起施行）





# 本國判例暨解釋



## 民事裁判要旨

### 上字第一零八號

給付之請求應對於債務人爲之若對於非債務人而提起給付之訴則被告之訴訟主體錯誤是爲當事人不適格即應據被告之抗辯而爲駁回之判決

#### ▲參考法條▼

民法第一百九十九條 債權人基於債之關係得向債務人請求給付給付不以有財產價格者

法學叢刊 本國判例暨解釋 民事裁判要旨

爲限

不作爲亦得爲給付

### 上字第七一六號

合夥員之退夥苟能證明其確有退夥之事實或退夥時曾踐行習慣上必要之方式則其後除有使人可信其尙未退夥之行爲外對於退夥以後所負債務不負償還責任此爲民法債編施行前關於合夥債務之法例至民法債編施行後依施行法第一條規定凡合夥債務發生在前者仍應適用至退夥後有使人可信其尙未退夥之行爲係專指退夥人自身之行爲而言而其他合夥員之行爲並不包含在內

#### ▲參考法條▼

民法債編施行法第一條 民法債編施行前發生之債除本施行法有特別規定外不適用民法債編之規定

### 抗字第二二二號

依舊法應以高等法院爲終審之事件依照民事訴訟法施行法第二條適用辦法之規定各省高

等法院在法院組織法未公布施行前仍有終審管轄權受該高等法院裁判之當事人不得更向  
本院聲明不服

### ▲參考法條▼

民事訴訟法施行法第二條 新法施行前繫屬之訴訟事件其法院依新法有管轄權者應有管  
轄權其依新法無管轄權而依舊法有管轄權者仍有管轄權

民事訴訟法施行法第二條適用辦法 民事訴訟法施行後法院組織法未公布施行前法院關  
於訴訟事件之管轄其依新法無管轄權而依舊法有管轄權或依新法有管轄權而依舊法無管  
轄權者仍應依舊法辦理

### ▲說 明▼

新民事訴訟法係根據三級三審制原則制定但其施行法第二條末段於過渡時期亦設有變通  
規定不過以新法施行前繫屬之訴訟事件為限今為適用便利起見擬具辦法略將時期延長範  
圍推廣於不背立法原意之中謀一解決司法糾紛之道似較適宜

法學叢刊 本國判例暨解釋 民事裁判要旨

上字第二五二號

贈與財產之行爲在法律上本無一定之方式

▲參考法條▼

民法第四百零四條 贈與因當事人一方以自己之財產爲無償給與於他方之意思表示經他方允受而生效力

抗字第六二一號

各債權人對於債務人之財產分別請求執行除有優先受償之權利者外自應受比例平均之分配

▲參考法條▼

暫准援用民事訴訟執行規則第四十七條 參與分配之債權人除依現行法例有優先權利者外均視債權額數平均分配

同規則第七十九條 賣得之金交存及分配適用第四十五條至第五十一條之規定

# 刑事裁判要旨

## 上字第八四二號

奸夫購砒交由奸婦下毒麵餅中毒死本夫是奸夫所担任者係屬着手殺人以前之幫助行為蓋此際奸婦之實施毒殺尚在豫備階級則奸夫之送給毒砒要難謂為分担實施行為之一部縱曾事前共同謀議其共同謀行為應為幫助行為所吸收亦僅能令負事前幫助罪責如奸婦無殺本夫之意因奸夫之一再教唆又復送給砒礪始行下手則奸夫教唆於前幫助於後幫助行為應為教唆行為所吸收即應認為預謀殺人之教唆犯亦難以共同正犯論科

### ▲參考法條▼

刑法第四十四條第一項 幫助正犯者為從犯

同法第四十三條第一項 教唆他人使之實施犯罪之行為者為教唆犯教唆犯者亦同

同法第二百八十四條 犯殺人罪而有左列情形之一者處死刑

一 出於預謀者（下略）

同法第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯

### 上字第八九一號

刑法第三百二十條第一項所謂無故侵入他人住宅指無正當理由擅入他人住宅而言如出於有權搜查之職務上行爲自不能謂爲無故侵入

#### ▲參考法條▼

刑法第三百二十條第一項 無故侵入他人住宅建築物或附連圍繞之土地或船艦者處一年以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金

### 上字第一零九二號

擄人勒贖之罪如果於擄贖進行中隨行接洽贖款雖得論以幫助犯要必以有幫助犯該罪之意

思爲要件如與正犯之犯意並無聯絡實由被擄之家求託向匪說贖仍難論以幫助擄勒罪名

### ▲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

一 擄人勒贖者（下略）

刑法第四十四條 幫助正犯者爲從犯

### 上字第一四一七號

懲治盜匪暫行條例第一條第一款之擄人勒贖罪係指其擄人行爲出於勒贖之目的者而言如果架擄目的別有所在縱令擄得以後復又變計勒贖究與意圖勒贖而擄人者不同仍不得論以該條款之罪

### ▲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

法學叢刊 刑事裁判要旨

一 擄人勒贖者（下略）

上字第一四七三號

刑法上之共同正犯須以共同實施或分担一部行為之人為限若他方初無殺人意思係由一方首先起意預備毒藥囑令他方殺害者在一方係殺人之教唆犯在他方係被教唆之殺人犯即無共同正犯之可言

▲參考法條

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

同法第四十三條第一項 教唆他人使之實施犯罪之行為者為教唆犯教唆教唆犯者亦同

同法第二百八十四條 犯殺人罪而有左列情形之一者處死刑

一 出於預謀者（下略）



# 解 釋

司法院訓令 院字第一零九一號

令署江蘇高等法院首席檢察官胡貽穀

為訓令事，該首席檢察官呈最高法院檢察署，為吳縣地方法院首席檢察官轉請解釋郵政條例所定罰金應由何機關科罰一案，業經本院統一解釋法令會議議決，郵政條例中關於處罰條規，為特別刑事法令，凡關於該條例之科罰，均應由司法機關以判決行之。同條例第二十七條第三十三條第四十條第四十三條所定罰金之科罰，與第二十八條至第三十一條第三十四條至第三十六條及第三十八條第三十九條第四十二條無異，合行令仰轉飭知照。此令。

司法院訓令 院字第一零九二號

令代理廣西高等法院首席檢察官陳錕瑚

爲訓令事，該首席檢察官呈最高法院檢察署，爲蒼梧地方法院檢察官劉軍冠轉請解釋出版法疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，（一）出版法之執行機關除關於該法第五章行政處分外，其涉及第六章處罰事項，應由普通法院審判執行。（二）出版法第十四條之規定，係指新聞紙或雜誌登載之事項，非由本人或直接關係人投稿者而言。來呈所舉之例，核與該條不合，自不適用該條之規定。（三）報館如因上述情形拒絕更正，自無通知之義務。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院訓令 院字第一零九三號

令署河南高等法院院長凌士鈞

爲訓令事，該法院十九年九月十一日公函致最高法院爲鄭縣地方法院轉請解釋自訴案件疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，（一）牽連犯罪，係指同一事件而言，自訴案件內如確含有其他應經公訴之牽連罪，即不得提起自訴，第一審就自訴人所起訴屬於初級管轄之罪判決後，經第二審發見該罪之方法或結果上尙有牽連，應經公訴且屬地方管轄之罪者，

應依刑事訴訟法第三百八十五條第一項第三百七十九條及第三百十八條第一款撤銷原判決，諭知不受理，惟來文所稱情形，是否牽連罪，應特別注意。(二)自訴案件經第一審判處罪刑被告上訴後，自訴人對第二審法院合法傳喚不出庭者，得由配置檢察官蒞庭承當其訴訟執行原告職務。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院指令 院字第一零九四號

令署江蘇高等法院院長林彪

呈據吳縣地方法院轉請解釋自訴人曾一次到庭其後迭經傳喚迄無正當理由不到應如何辦理等義疑由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，自訴人到庭一次後，再經迭次傳喚，迄無正當理由不到，或該自訴人所在不明，致無從傳喚，自得由配置檢察官承擔其訴訟執行原告職務。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院公函 院字第一零九五號

逕復者，准

貴部上年八月九日公函（第三三零號）開，據安徽高等法院呈據嘉山縣縣長轉請解釋再審管轄疑義，函請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，原縣政府既係爲判決之原法院，其再審之訴，依民訴法第四百六十三條規定，自應由原縣政府受理。又所稱刑事案件，與所發生原因之民事案件，雖屬有關，然係另一事件，並非刑事之附帶民事訴訟，其刑事仍應依刑訴法第十三條第一項辦理。相應函復

貴部查照飭知。此致

司法行政部。

司法院指令 院字第一零九六號

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈據杭縣地方法院轉請解釋吸食鴉片處罪疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，犯吸食鴉片罪，經檢察官起訴後，在候審期間

連續吸食，係合於刑法第七十五條之情形，起訴之效力當然及之，毋庸另行起訴。至因吸食鴉片受有罪之判決執行完畢後再行吸食，如合於同法第六十五條之要件，即為累犯，檢察官對之提起公訴，自屬合法。合行令仰轉飭知照。此令。

### 司法院公函

院字第一零九七號

逕復者，准

貴部本年三月二十六日公函（第一一六號）開，據江蘇省東臺縣長轉請解釋國民政府前次特許設立之毒品查緝所是否有公務員偵查之職權疑義，函請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，江蘇省毒品查緝所所屬各員，關於查緝毒品，依刑事訴訟法第二百二十八條第三款，自可認為有偵查犯罪職權之公務員。相應函復貴部查照飭知。此致

司法部

法學叢刊 解釋

行政訴訟裁判要旨

判字第十七號

國家在公法上對於人民為權力服從關係於一定限度內固可用其強力而私法上之國家則與人民處於對等地位苟或對於人民歷久為事實上管領之不動產而與之發生所有權之爭執者即屬私法關係應由該管法院受理審判要不可遽以行政處分或命令強行處理

判字第十八號

關於水利之設施及圩堤之養護主管行政機關為謀公共利益起見於不違反現行法規範圍以內當然有自由裁量之權

判字第十九號

(一)關於公共水利事項主管行政官署因公益上之必要固可為適當之處置但應以關涉公共利害者為限若人民相互間因引水所發生之爭執則屬民事問題應由該管法院受理審判自非行政官署所應處置

(二)土地徵收法雖有地方自治團體或人民與辦公事業亦得徵收土地之規定但公共事業之範圍廣狹不同倘事業範圍屬於一定地域時則其徵收土地亦祇能以該地域以內為限換言之即不能因與辦甲地之公共事業而徵收乙地之土地

(三)行政訴訟之被告以官署為限

## 判字第二十號

商標之近似者不得呈請註冊商標法著有明文所謂近似云者係指商標之圖樣構造排列方法及所施顏色是否足以相混而言

## 判字第一號

青圈性質係為看護青苗而設基於習慣相沿或有要求分圈自行看青以及青圈費之增減追償

因而涉訟自屬民事訴訟要非行政官署所應處置倘縣政府對於民刑事事件誤用行政處分仍應依通常訴訟程序救濟若原縣不兼理司法其處分根本無效

### 判字第二號

法律的效果以連續數行為而完成時如前行為違法則以此為基礎之後行為亦當然違法

### 判字第三號

行政官署以行政處分為人民設定之權利事後非具有法令上之原因或本於公益上之必要原則不得任意撤銷

### 判字第四號

行政官署提撥公款充作學校經費者則屬行政處分若由私人捐助費用立有契約者其契約行為在民法有明文規定如有爭執依法應由普通司法機關裁判



## 判字第五號

(一) 人民以中央或地方官署之處分違法損害其權利為理由得依行政訴訟請求救濟者必其處分之效果現仍在繼續之中若其處分之效果已不存在即不具備提起行政訴訟之要件

(二) 既經普通司法機關以民事訴訟受理尙未終結且未經原告訴願時出而主張自不能擴張請求之範圍而提起行政訴訟

(三) 提起行政訴訟依法須因中央或地方官署之違法處分致損害人民權利為先決問題如非因官署之違法處分致損害權利自不在行政訴訟範圍以內

(四) 行政訴訟法所謂得附帶請求損害賠償者係指中央或地方官署因違法處分致損害人民權利依法應負賠償責任者而言其因私人之違法行為應予損害賠償者自不能於提起行政訴訟時附帶請求

## 判字第六號

訴願官署之訴願決定既未違法再訴願官署對於再訴願自應予以駁回

卷二十第 期六十第 論評律法

法學叢刊 行政訴訟裁判

現代思潮與法律之影響及行政權之動態的研究……張映南  
羅馬親風法與我國舊日親屬法之比較的研究(續)……陳為玉  
外國法制新聞……宜亭輯

法界消息……編者  
▲日本第六十六議會之收穫 ▲日本血盟團事件之判決

▲司法部解釋車婚被處罪刑後之效力 ▲法部分發法院書記官  
▲訓練班畢業生 ▲法部分發法官研究會第一屆畢業生 ▲法  
部為選送法官訓練所肄業學生資格問題咨選委員會文 ▲法  
部調派各省法院庭長推事到京辦案等十二則 ▲法

最高法院民事判例……宜亭輯  
行政法院判例……宜亭輯

新解釋  
▲司法部解釋院字第一一五零號  
▲修正高等考  
新法規  
▲民國二十四年青島市市政公債條例 ▲修正監獄官  
▲司法部考試初試及格人員學習規則 ▲修正監獄官  
▲訓練規則第二條條文  
▲修正司法官審查委員會規則

定價 發售處

全售 每五十二期二元五角五分  
半年售 每二十六期一元五角五分  
北平售 每期一角郵寄外埠加郵費二分  
南平售 每期一角郵寄外埠加郵費二分  
代售處 各大書店

社 長 江 庸  
第 五 百 八 十 八 期  
中 華 民 國 二 十 四 年 二 月 十 七 日 出 版  
中 華 郵 政 特 准 掛 號 認 爲 郵 政 包 立 券 之 新 聞 紙  
登 記 證 字 號 一 三 五 六 號

## 附 錄

### 律師協會冤獄賠償運動之經過

本會冤獄賠償運動，自民國二十年在杭州舉行第三屆代表大會之時始。其時由大會全體

通過：本會應建議政府對於過誤裁判施行國家負賠償責任之制度案，其理由略謂：

「按裁判之意義，係從正義之要求，而以權力的行動，以促公平合理之實現。故正義為裁判的根本觀念，如果違反此根本觀念，而以故意或過失，為不正當之裁判，使無辜之良民，發生名譽上或財產上重大之損害者，國家對此即不能不負相當之責任，以為國民之保證。查挪威一千八百八十七年刑事訴訟法，奧大利一千八百九十二年不當處罰賠償法，匈牙利一千八百九十六年刑事訴訟法，德意志一千八百九十八年再審無罪賠償法，及對於未決羈押無罪者賠償法，均於刑事訴訟法，或特別法，有此國家賠償責任制度

法學叢刊 附錄 律師協會冤獄賠償運動之經過

之規定，藉以維持人道，發揚正義。其他各國，類此者亦多。我國刑事訴訟法，對於過誤裁判，國家獨無負責賠償之規定，不得謂非缺憾。然從另一方面觀之，我國公務員調職規則第十一條「公務員調職無確証者，應作成證明書，送登政府公報，其曾經停職者，應准予復職。」「告發人或檢舉人，如係故意誣陷者，應送交法庭依刑法各本條，從重處斷，並担負前項之登報費用。」是我國關於公務人員的特別法，已有此國家賠償責任之規定，而一般刑事訴訟法規，乃不採用此制，豈得謂平？應請提交立法院，就刑事

訴訟法內修正或補充，以符近世各國刑訴通例，而謀刑訴被告人之保障。」

上決議案，未蒙政府採取。於是民國二十二年在青島舉行第五屆代表大會時，復由上海律師公會杭縣律師公會吳縣律師公會提議：「本會應建議立法院製訂冤獄賠償法」案，亦經大會全體一致通過。其提案原文云：

「為提議大會應建議立法院製訂冤獄賠償法，藉以澈底維護人權，澄清吏治而免冤抑事：

(一)主旨 凡刑事被冤處刑(已確定並已執行者)，或被誣遭判(已判決未確定或

已確定尚不執行者），以及無辜被訴，在審理期間合法取保，遭受拒絕，或非法延宕，至當事人感受羈押之累者，凡經証實其為完全冤抑，或罪輕罰重者，關於冤曲及入重之部份，應酌量情形，予以申明冤曲，賠償損害，或其他相當之救濟。而造成冤獄之對造人，除刑事自訴人，應處誣告罪，或虛偽作証之偽証人，應處以偽証罪外；凡審理之法院，及推檢各員，應分別情形，担負責任，其辦法另定之。

（二）理由 嘗考所謂冤獄，其成因不外：（一）過失的冤獄。（二）故意的冤獄。（三）權威的冤獄。凡過失的冤獄，大抵由於審理不周詳，調查證據及偵查案情不嚴密，甚至推檢人員草率問詢，驟予判處，不惟於刑訴法規定，關於被告利益之採証，絕不注意，被告所供所述，亦不聽聞，往往僅就告訴人片面陳述，即行判決。由此案情冤曲者有之；罪輕罰重者有之；而司法官吏，僅知自己造報告結案迅速，殊不知堂上一筆硃，階下千滴血。凡此事件，在通都大邑，案件繁多之處，尤為普遍。此種冤獄之造成，在官吏方面或係無心之故，僅一時疏忽慢略，而受判者往往以鄉愚之輩，混於法律之上訴救濟，乏於經濟之延律師辯護，含冤受罪。其上者感於社會地位之損害，而心灰意懶，從此

消極，不求長進。其中者以身困囹圄，而家屬生活之扶養乏人，以至憂慮成病。其下者憤世嫉法，廉恥心失，且在獄中自濡耳染，均屬犯罪之徒，從此真正流入犯罪之歧途。要知諸此情形，以整個社會本位言之，實即從正當助長社會發展之善良份子中，造成許多破壞社會之惡化份子，致社會缺少一積極向上之份子，即損失一部份力量，而增多一消極份子，疾病份子，甚至破壞份子，實即增加許多不安之成份。究其原因，尸位素餐，因循慢事之司法官吏應負其全責，雖曰過失，實對其本人之職務，為忝瀆職守，而對整個國家社會為間接之破壞。

故意的冤獄則尤屬罪惡，舉凡探証不公允，抹殺事實，收受賄賂，徇私枉法等等皆屬之。此種事件，較之過失的冤獄雖為較少，然藉法徇私之事，時有所聞，其中最大之成因，當然賄賂。社會愈進步，弊端愈益隱秘周密，賄賂場中，官官相護，而證據顯露，究屬少數，至於被檢舉告發者，尤為稀有。且故意的冤獄，往往有手續嚴密甚或狡諛口供，串造偽証，而使當事人投入陷阱，雖欲上訴，亦一時無從辯明，為此故意的冤獄，實為最可恥之司法病態。

權威的冤獄，是為畸形政治與畸形社會之畸形映象，此為司法之政治病，社會病，而非真正司法上之冤獄，尤當別論矣。

總之，無論其為過失，故意，與權威之冤獄，其根本原因，更不外乎：（一）貪官污吏以作官為生財之道。（二）司法官生活無保障，不得不斂錢自豐，以為防老斂錢之資。或委曲於現成勢力，以致造成故意與權威之冤獄。（三）司法官吏誤解裁判不受干涉，及設置上訴之真意義，以不受干涉為可以自由處判，出入人罪，及「不服儘可上訴去」之成見，而於自己職位視若毫無責任，可以任性枉判，不加思索，認為至多「你去上訴」，殊不知人民納如許捐稅以組織國家，國家以人民汗血之資，以設置官吏，倘某案上訴，必待三審解決，則三審又等於一審之三度程序矣。訟累經年，民何以堪！況人民一則未必盡明法律上上訴之手續，二則未必均有經濟能力以聘任律師，依法辯護，為此通常司法官吏，視自己出入人罪，為無關緊要，是軌近辦事無有責任心之絕對的表現，亦即過失冤獄所以形成之最大原因。

況按之理論，凡民事使人無故感受損害者，應有賠償之義務，即無侵害他人之故意而

致人損害者，據理亦同應負法律上之責任，而刑事則捏詞告訴他人者，應受誣告之罪，偽詞指証使他人不利者，應處偽証之罪，豈獨公務人員，司法官吏，其專門之職司，應在公正明允，處決案件，而或泥於職守，成就過失冤獄，或則利用地位，貪贓枉法，致人於不利，以成故意的冤獄，凡此致人損害之事件，何以竟無責任賠償之規定，實於理為不合，於情為不平。

關於平反冤獄，中國古代法制，本有極嚴格之規定。凡官吏失入失出，均應處罰。蓋失入之罪，所以保護人民法律上之利益。而失出之罪，則所以維持國家法律之尊嚴。然其懲治玩忽職務之司法吏，則一也。漢魏之律，闕而不詳，唐律官司出入人罪條「諸官司出入人罪者，若入全罪以全罪論。從輕入重，以所剩論。刑名易者，從笞入杖，從徒入流，亦以所剩論。從笞杖入徒流，從徒流入死罪，亦以全罪論。其出罪者，各如之即斷。罪失於入者，各減三等。失於出者，各減五等。若未決放而還獲，若囚自死。各減一等」。是國家關於出入人罪，官司應負如許責任，而於失入處罰較重，失出則處罰較輕，具亦國家懲戒官司，體卹人民之至意。明律官司出入人罪條「……若增輕作重，入罪



徒罪者，每徒一等，折杖二十，入至流一等者，折徒半年。……「併詳細註明折算之方法，總之，其折算之方法，較唐不同，而其處分造成冤獄之官吏則猶是一也。論者或謂唐明互異，實則唐明刑名不一，是其折算之法，當然不能相同。其懲戒出入人罪者，固絕無稍異也。清承唐明兩律，清會典第五十五卷「凡聽斷，依狀以鞠情，如法以決罰，據供以定案，凡出入增減，則別其一故者」「失者」論之，以慎庶獄」。是清律規範尤詳矣。分別冤獄之為故意的冤獄，與過失的冤獄，而別其官吏之處罰矣。會典原註又云；「出入人全罪者，以全罪坐之，增輕作重，減重作輕者，笞杖流徒，以折杖法通計，除該犯應得本罪，坐官吏以增減餘罪。致死者，坐以死罪。若失入者，減所入之罪三等。失出者，減五等。以吏典為首，領官減吏典一等，佐貳官減領官一等，長官減佐貳官一等，科罪。過失出入，各聽減一等。」是清制非特於冤獄之故意過失及主持官吏之主從位置，其責任輕重，亦均規律明白矣。

是在前朝，「皇帝即法律」之時代，尙於法律之尊嚴，具維護之苦心，有如是者。何乃民主國家，法律為社會之共同約制，而職司法律之公務人員，反得運用自如。失輕入

重，均無絲毫之責任，是法律所以保障人民者，將為少數官僚階級欺蔑民衆之工具矣。竟專制時代之不若寧非怪事？嘗搜索羣典，遵求諸法，於民法中得第一八四條第二項：「違反保護他人之法律者推定其有過失」，第一八六條；「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害者，負賠償責任，其因過失以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形如被害人得依法律之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任」。於刑法中得第一百三十四條：「有執行刑罰職務之公務員，違法執行刑罰者，處五年以下有期徒刑」，就中刑法第一百三十四條，乃專屬於已經判決確定，而執行刑罰之官吏，是僅為執行方式之規定，至於案情本身之是否冤曲，在所不問。而民法諸端，則民法第一八四條之規定，僅為法律之應行保護他人者，該公務員應作為而不作為，然至多僅為謂「推定其有過失」者，其責任之輕微，不待煩言。况復同法一百八十六條之規定，謂對於得以法律方法救濟者不負責任，此項規定，吟味其意旨，實堪發笑。蓋非有法律之救濟，何能發現及証實其為冤曲？既能証實其為冤曲，則不待贅述，其為已有法律救濟之方法矣。固無論其發現之時

、已否執行？倘未執行，則公務員可辯曰，已有救濟之方法矣。反之已執行者該公務員亦可辯曰：當執行之前，被害人縱無故意不為法律之救濟，亦為過失的放棄法律之救濟，是為自誤，公務員亦不負責。總之，無論冤獄之情形若何，倘依民法第一八四條第二項，請求賠償時，既有同法第一八六條之規定存在，若謂之作其他法律事件之保障，固無不可，若作為冤獄賠償之依據，實與虎謀皮耳。

但近世法典日趨社會本位，而對於此項直接使個人受冤抑裁處，以致身敗名裂，間接使社會發生裂痕，漸促共同生活於不安狀態之冤獄事件，倘無明文賠償之規定，是一則何以維護法律衡平正義主旨？再則何以完成法律安定社會發展共同生活之使命？三則何以克盡法律保障人權之原意？而反致便利貪賊枉法之徒，得以法律為其個人任意出入人罪之工具，是而不懲，國無寧時，法無平日矣。提案人心所謂危，舉凡不忍人之心，與正義之心，油然而生，爰特主張遠承中國歷代懲治官司出入人罪之善良制度，近法蘇聯刑法第一百十一條「凡裁判官因貪圖利益，或其他事由，而為不合法之裁判者，處三年以上有期徒刑，並褫革其職務，情節重大者，處極刑」。又蘇聯刑法第一百十二條：「

非法之拘押，非法之逮捕，以及審問時強迫口供等事，如係承辦偵察之公務員，以非法方法出之者，處有期徒刑一年」。及一九三一年日本議會通過之刑事賠償法單行法：「凡對於判決無罪者，其已經羈押之日期，應給以每日五元之損害賠償金，或登載公報恢復其名譽」之種種規定。匯集羣法參酌國情，製訂「冤獄賠償法」。俾司法官吏，知其職守，明其責任，舉凡偵查審問處理諸案，均應詳察案情，依照法理，所謂據案以處判，細法以決罰，無輕重出入之弊，絕疏忽草率之誤，庶幾吏治澄清，管箴廉潔，於是使民知法律之尊嚴，而孰敢以身試法哉？

### (三) 辦法

(甲) 關於冤獄之提訴與證實：冤獄賠償法，其目的，在求法治之彰明。然於冤獄之提出訴訟，與證明確實，則非有嚴密之規定不可。倘失之過嚴，則除能力豐足之人而外，平民鄉愚，仍無昭雪之機會，殊與保障人權之原意不符。倘失之過簡，則莠民好事之徒，遇事搗亂，狡猾奸惡之士，造謠生事，亦於澄清吏治之本旨不合。爲此主張，就原有刑訴法規定之上訴再審非常上訴等程序而外，應於高等法院所在地或首都所在地，設

控冤獄專庭，凡含冤之當事人，應取其相當之人民連署，或地方團體及其他相當之保結，狀控於冤獄專庭審理之。

(乙)關於被冤人之賠償：凡此可分爲(a)被冤處刑，(b)被冤遭刑，(c)無辜受羈三項。而被冤處刑一項，又可晰作(1)無辜被罰，(2)輕罪重罰兩類，無辜被罰者，除全部免除其刑而外，凡已經拘押之日期，應給以每日幾元之損害賠償金，並登載公報恢復其名譽。輕罪重罰者，應減除其入重部分，而僅執行其應得之罰，但已執行超過應得程度者，其超過之部份，依照無辜遭罰例辦，此外對於被冤遭刑者，糾正其判決。無辜受羈者，以能證明曾經合法取保遭被拒絕者爲限，得享受登載公報恢復其名譽之權利。

(丙)關於錯誤裁判者之懲戒：此所謂懲戒云者，實爲糾正吏治必要之執行。蘇聯刑法及中國舊制均有可採，清律別其過失與故意，而輕重其主從人員，尤爲妥切，然其處罰之程度，「冤獄賠償法」自應有假想之規定，俾處理者有所遵循，未犯者知所警惕。

(丁)關於冤獄求償權之能力與時效：冤獄求償權，其能力應及於本人，及其配偶。

其父母。其祖父母，及其繼承人，與代理人。但其時效應於最後實際受累之日起，一年或二年內為之，否則遷延日久，永無確定之日，亦為不妥。

右決議案，仍未獲政府採納，上年在廣州舉行第六屆代表大會時，僉以茲事體大，非為擴大有計畫之運動，殊難達到本會之目的，故對於廣州律師公會之提議，而為「組織冤獄賠償運動委員會」之決議。並於本屆第一次執行委員會推舉江庸李洪嶽劉晉德唐寶鏘陳銘鑑高善謙牟紹周張思緯蕭崇勳郭宗燮王尊三蔣隆楷李郁汪武杜之林丘昭文莫培元翟念劬李慶春胡震戴天球陳耀東劉哲曹祖蕃章世榮費廷璜劉祖望丁仁劉陸民陳德新張韜錢西樵黃榮昌黃維時沈鈞儒王維楨李時蕊陳震銳陳志泉嚴蔭武張耀會四十一人為委員。並推蒯晉德陳耀東丘昭文蕭崇勳陳德新陳志泉王維楨等七人為常任幹事，按照大會決議，負責進行，務底於成功而後已。此即本會冤獄賠償運動。經過之大略情形也。

## 律師協會加入國際比較法制學會往來文件

敬啟者：敝會董事會議決，通過中華民國律師協會加入為本會會員。

本會研究工作，分英國語言組，日耳曼語言組，斯康梯拉威亞語言組，歐洲南部語言組，東方語言組，法國語言組，斯拉夫語言組，波羅的語言組，貴會願加入何組，敬希來函示知！此致

中華民國律師協會

比較法制學會秘書長（簽名）一九三四年十二月二十七日

逕覆者接准

貴會一九三四年十二月二十七日，來函敬悉 敝會當選為

貴會會員甚勝欣幸 敝會忝屬會員嗣後對於會務甚願積極參加現擬加入東方語言組俾便從事研究工作尙希

指示一切為感關於會費一節 敝會為一勞永逸計擬一次繳足永久會費共需若干一俟函覆即行匯奉不悞此復

國際比較法制學會

中華民國律師協會啟 一九三五年二月二十日

法學叢刊 附錄 律師協會加入國際比較法制學會往來文件

## 附愛斯嘉拉教授致律師協會常委劉陸民函

常委先生：敬啟者，中華民國律師協會，已由比較法制學會爲該會會員矣，謹將該會通知書轉達，敬希

察核鄙人自返巴黎，即着手于所囑進行加入之事，向該會當局接洽，並聞于數月之前，

貴會已有函致該會，但已遺失矣（按律師協會以前並未致函該會想係誤傳。）

關於繳納常年費一節，

貴會似應由一次繳納爲永久會員爲便，關於此點，若能直接向學會祕書長接洽，爲更簡便。

至前蒙 貴國上海律師公會盛意招待，備極推崇，深爲銘感，並所代致謝忱，毋任企禱。鄙人繼續研究中國法學，冀于短期間內將研究所得，就教于諸君子之前，倘不吝斧削，尤爲感荷。肅此佈

達，敬頌



公報

國民政府法律顧問愛斯嘉拉謹啟  
巴黎大學教授  
一九三五年一月十一日

## 律師協會歡宴司法當局暨立法委員演詞彙誌

律師協會，為促成冤獄賠償制度與律師法起見，於本年二月十四日，在首都中央飯店，歡宴司法當局立法委員暨法律學者，以資交換意見，計到司法行政部部長王用賓次長洪陸東謝健等立法院委員焦易堂趙琛等司法院秘書長謝冠生等最高法院鄭檢察長等共五十餘人。先由劉常委陸民起立致詞云：

今天承各位司法長官，各位立法委員，各位法律學者，連賜惠臨不勝榮幸！惟招待簡陋，殊深慚愧！陸民謹將今天所以歡宴各位的意義，向各位報告於下：

敝會同仁近來覺得各司法長官，以積極的精神，來求改善司法。各位立法委員，以現代的眼光，來從事立法。各法律學者，亦孜孜不倦的，來介紹法學，指導社會；與夫所有法界先進，在各方面，努力於法律有關工作，都值得吾人敬佩。敝會為全國律師公會的一個總集

法學叢刊 附錄 附愛斯嘉拉教授致律師協會常委劉陸民函

一五三

團，年來以運動國家法治，為惟一的任務。而同仁在敝會這種任務下面，也是不揣愚陋，而以法律的忠僕自待。那末，對此法界可敬佩的各位長官，各位學者，豈可不以十二萬分的誠意，來表示歡迎！這即是敝會今天歡宴各位的第一個意義。

其次：敝會同仁，覺得律師界，雖有不少的人，作法律的忠僕，來愛護法律。易言之，來發揚法律的權威，促成法治的盛事。却是從社會方面看，多不以法律的忠僕待律師，更坦率的說，在律師界，亦不能說是沒有人不以法律的忠僕自待，這究竟是什麼原因呢？陸氏今天敢大膽的說一句，這大半是律師制度不好的原因。吾人試觀現世各國的律師制度，大都一面嚴限律師資格，一面尊重律師地位。如關於資格取得：大都先之以考試，繼之以實習。關於律師監督：在一般文明國家，固然是由律師團體自治，由律師團體自律；即在原來詛罵律師制度的蘇俄，其律師監督權，亦屬於司法人民委員長。關於律師懲戒：則第一審，多屬之公會；第二審，亦係由高等法院推事，與律師共同組織。至於東亞的日本，現亦追蹤世界各國，得由被治的律師制度，進步到自治的律師制度；由他律的律師制度，進步到自律的律師制度。總而言之：世界律師制度，都是向上的律師制度，惟有我們中國的律師制度，是每下

愈況的律師制度。敝會同仁，認為律師是構成司法體系之一部，律師制度不健全，也是司法體系不健全；司法體系不健全，則何以問執外人之口，收回法權於列強？更何以發揮司法效能，盡其在五權中司法之職責？所以敝會同仁，現在有個信念：就是寧願有好的律師制度，自己終身不當律師絕對不願在現有良好的律師制度下面，度茲不莊嚴的生活。所以敝會現正依照本屆大會之決議，由滬杭甯吳平津漢口廣州永嘉各公會，從事於律師法建議的工作，換句話說，現正從事於律師制度現代化的運動。極盼各位站在健全整個司法體系的立場，來同情敝會的主張，促成新律師制度的誕生。這即敝會今天所以歡宴各位的第二個意義。

其三：敝會同仁，更覺得每一個制度之產生，並不是為制度而產生制度，是為社會而產生制度。所以姑無論社會對律師制度，有沒有現代的了解，却是律師，不可拋棄自己對人類社會應盡的使命。所以敝會，現在除一面在國際方面，加入國際律師協會，國際比較法制學會，根據人類相互依存的关系，運動建設世界的法律系統；一面在國內運動完整法權，申張法信，與夫提倡研究法學，促成貧民法律扶助制度，實行為社會服務而外；現更從事於冤獄賠償的運動。這種冤獄賠償制度，本是十九世紀末葉一種新興的制度。而十九世紀末葉所以

產生這種制度的原因，無非是順應時勢之要求，與團體責任法理之進步。其實現此項制度的方式：有如德奧，爲之特別立法；有如法意，爲之規定於刑事訴訟法中；更有如英美，爲之著成判例。雖方式不一，其認國家就其機關的權力行動，所發生不正當之結果，應負賠償之責任，固無不同。我們中國，國家由來對於無罪責的良民，不幸因國家司法機關不正當的行動，受精神上物質上重大之苦痛的，國家雖對於造成冤獄者，有極嚴厲的制裁，究未嘗由國家負責賠償。而民國十七年國民政府法制局，雖曾主張於刑事訴訟法中，加入冤獄賠償規定，卒亦沒有成功。國家這種不負責任的態度，吾人不能不認爲反於正義的要求，違背現代文化國家應盡的義務，因此敵曾於本屆在廣州開代表大會的時節，由廣州律師公會提議，由大會一致通過，特爲組織冤獄賠償運動委員會，負責進行，期使此項法制，急早實現。不過吾人試一觀察實施此種制度的國家，其立法當初，間有遭受財政當局的反對。我們中國，現在連司法經費，尙感不足，那裡尙有賠償冤獄的經費？吾人覺得這點，只能爲暫時縮小冤獄賠償範圍的原因，不能爲否認冤獄賠償制度的理由。卽賠償標的，原有財產的損害，與精神的損害，在國家財力充裕時，當然是要無分乎精神物質，都是要賠償的，不過現既財政困難，

不妨姑且先一步由國家着重於精神上的慰藉俟國家財力充裕再並重物質上的賠償，這並非不可能的事情。因此，敝會覺得冤獄賠償制度，固有實現之必要，亦有實現之可能，所以乘這個機會，提出于法界各位長官各位學者之前，冀以促其實現。這即敝會今天所以款宴諸公的第三個意義。

總之，敝會今天所以款宴各位的原因，一面係藉此通俗的方式，表示內心的景仰。而又一面，係想各位站在健全整個司法體系的立場，同情敝會關於律師制度的主張；並以悲憫的懷抱，同情敝會冤獄賠償的運動。其他，敝會同仁，關於司法方面，尚有不少的痛苦經驗，尤其關於邊疆司法制度，亦小有研究，只因司法長官，不久即要召集一個有現代性的司法會議，且認律師為構成司法體系的成分之一，當然可以與其他構成司法體系分子，共同參加，供其所見，所以今天勿庸多說。但是今天所說的，却亦不敢即自以為是。還乞各位指導。再農長所報告的，不過撮取大概，其關於律師法的詳情，還要請沈衡山先生報告。關於冤獄賠償運動的詳情，還要請陳耀東先生陳志皋先生報告。陸民 並協同敝會各負責人與滬杭吳鎮揚寧各公會代表，舉酒一杯，祝諸公健康！祝法界前途光明！

### 次由冤獄賠償運動委員會委員陳耀東致詞云：

諸位

自十八世紀個人主義派的思潮澎湃以來，人權保障的理論，便接踵而起；不但各國的憲法，對於保障人權的方法，有極詳盡的規定，就是這種精神，也普遍的應用到各種法典上去，這比較封建時代視人權如弁髦者，已不啻有天壤之別。可是法律無論規定得怎麼詳盡，皆難免有美中不足之處。如刑事被告經不起訴處分，或經法院宣告無罪之後，其在偵查期中或審判期中所受之羈押或監禁，名譽上和物質上必皆受極大的損害，這種名譽上和物質上的損害。各國法典上皆沒有賠償的規定。十九世紀各國學者有鑒於是，乃主張無辜被告因司法錯誤所受的損害，國家應給予相當的賠償，這種主張，後來各國差不多皆先後採用了。或則制定賠償單行法。或則編入刑事訴訟法中，或則由法院著為判例，確認無罪被告有權向國家請求損害賠償。

我國刑事訴訟法第四六〇條，及修正刑事訴訟法第四三三條規定；「為受刑人利益起見

，提起再審之案件，諭知無罪之判決者。應將該判決書刊登公報，或其他報紙。但此種規定，僅限於名譽上的賠償，物質上的損害賠償，却一字沒有提到。並且賠償的範圍，只限於再審之後，其因不起訴處分，或判決確定未經再審程序而宣告無罪者，我國法律亦無賠償的辦法，這種立法，似不能適應時代的需要。因此中華民國律師協會，有冤獄賠償運動的發起，目的在喚起國人對於這個問題的注意。

考現在各國對於冤獄賠償的範圍，大概不外兩種制度；一是再審賠償制度；一是普遍賠償制度。所註再審賠償制度，是說刑事被告經過再審程序，宣告無罪者，對其在判決以前所受之損害，有向國家請求賠償之權。所謂普遍賠償制度是說刑事被告，除於再審之後，得請求損害賠償外，即是受不起訴處分，或判決確定，未經再審程序諭知無罪者，其在羈押或監禁期中所受之損害，亦得向國家請求賠償。在上述兩種制度中，再審制度賠償的範圍太狹，不能適合人權保障的要求。普遍制度，比較合理，所以採用的國家也多。我國將來制定刑事賠償法的時候，我們主張採取普遍賠償制度。

刑事被告，因司法錯誤所受之損害，對國家既有賠償請求權，國家對該被告之債務，是

一種法律的債務呢，還是一種道德的債務呢？關於這點，各國所採取的辦法，通常有兩種；一是法律債務制，一是道德責任制。所謂法律債務制，就是無罪被告處於債權人之地位，有權向國家請求履行債務的一種制度。所謂道德責任制，就是國家本於道德的現念，酌量被告的家庭境遇，而後決定賠償方法的一種制度。這兩種制度，在法律上所發生的效果。顯然不同。依照法律債務制，只要被告證明受有損害，國家就有賠償的義務。賠償數額的多寡，視損害大小及國家應負責任的程度而定。被告之過失大者，國家或免除賠償的責任，或給予少數之賠償，過失小者，國家應給予較優之賠償。賠償的數額，由法院全權決定。至於道德責任制度所發生的效果，則與法律債務制完全不同。依據道德責任制度，國家是否有賠償的必要，應由國家自為決定，無罪被告不因受有損害對國家取得債權。其決定的標準，須視無罪被告的經濟情形而定，家境貧苦者，雖所受之損害不大，國家得給予優厚之賠償；家境富裕者，國家可不給予賠償，賠償的數額，由行政機關決定，法院不能過問。

在上述兩種制度中，自以法律債務制為最合理，因為這是一種客觀的制度，無罪被告所受之損害，有法院去決定，所以保障比較可靠。道德責任制係一種主觀的制度，被告是否



有受賠償的權利，全視行政機關的好惡而為決定。所以現代國家大多採用法律債務制，即是久採道德責任制的國家，現在已有放棄也趨向了。所以我們也贊成法律債務制度。

國家雖因被告受了損害，負擔賠償的責任。但如刑事被告的損害，係因不可抗力，或因被告自己的重大過失，或是詐欺行為，有以致之，在此情形下，國家即免除賠償的責任。

賠償數額一經確定之後，所有賠償費用，全由國庫支出，但國家對於有過失之第三人，有求償之權。所謂有過失之第三人，如惡意之自訴人，告訴人，告發人，或作偽証之証人，如司法錯誤之發生，非由於誣告或偽証，而由於法官之惡意或過失者，則國家對於有惡意或過失之法官有求償之權。

有人說，冤獄賠償制度實行之後，國家必多一筆負擔，以後法院將不願宣告被告無罪，如此看來，豈不與冤獄賠償制度的本意相反嗎？其實不然！第一，國家雖然增加了負擔，可是他有權向有過失之第三人求償；第二，國家對於法官的任命，以後必特別慎重人選。同時法官對於刑事被告，也不致濫行羈押或判罪，故可阻止冤獄發生。人民自後也不敢誣告或作偽証，刑事案件便無形的減少了。所以冤獄賠償制度採用之後，不但人權有了保障，刑事誣

懲制度也因而改善了。因此，我們認為中國有採行刑事賠償制度的必要，全國律師協會所發起的冤獄賠償運動，其意義也在此。

### 致詞畢自由王司法部長答詞，略謂：

各位主人，今天承全國律師協會歡宴，實在愧不敢當。而各律師公會代表，遠道而來，這種盛情，尤堪感謝！

剛纔主人提出來的兩點，（一）關於律師法的；（二）關於刑事賠償制度的；本人都是非常贊成的。何以故呢？因為原來的律師章程，不過是試行律師制度時期的產物，若是長久保存着這種不完備的律師章程，反映出國家沒有健全的司法體系，這實真是全國司法界都感覺不安的事體。所以現在司法行政部正在起草律師法草案，並曾於立法院交換過意見，尚希望律師協會多多提出意見，司法行政部自然是要站在健全整個司法體系的立場，盡量的容納。

至於刑事賠償制度，本是現代的新興制度，在我們中國，亦甚需要。在學者們，有以為這個制度，一旦實行，在司法方面，在財政方面，都要發生嚴重的影響，據吾人看；忠實於

其職務的司法官吏，固不因刑事賠償制度，感受如何痛苦。原來這種制度創立的目的之一，是在防止濫用職權無故羈押。苟因有賠償制度，大家小心謹慎，行使職權，何至於增加國庫賠償之負擔。從前羈押一日，抵刑期半日，今刑法修正，一日可抵一日，成罪者固不吃虧，而不成罪者豈不是冤枉羈押嗎？所以賠償法，正是平反此類冤獄的良好制度，尤為在吾國官吏，向不尊重人民身體自由者，更為必要。吾人推想此制之將來，在司法方面，只有改善的好影響，而在財政方面，也不致因此增加意外的負擔。故吾人站在樹立司法威信的立場，對律師協會冤獄賠償運動，也是表同情的。

本人同時借主人的酒一樽，敬謝主人盛意！遠祝各位健康！

### 繼由焦委員長易堂答詞，略謂：

今天鄙人參加律師協會這種盛宴，非常忻幸！主人所提出來的兩點：（一）希望制定律師法；（二）希望實行冤獄賠償制度。律師協會，這種熱心為社會服務，並力求改善律師制度的精神，實在是值得同情。

總理曾經講過：政府是機器，法律是機器中的工具。今天聚首一堂的司法當局，是使機器活動的人；立法委員，是把機器構造成功的人；而律師可說是監視機器活動的人。這一套機器，究竟是否良好？監視機器活動的人，當然有一種認識。律師協會，依據自己的認識，來運動改善這一套機器中間的舊的工具，創造新的工具，這點，吾人認為尤有意義。

不過吾人對於律師法的意見，固然是與主人所說的相同，要尊重律師的制度，要嚴限律師的資格。但是以先取得律師資格的，尚須仿照銓叙官吏的辦法，加以一番甄別。至嚴於未來，寬於已往，想律師界決不如是。吾人更有一種意見，就是希望律師要成爲一種公務人員。

至於冤獄賠償制度，在原則上，自然是贊成的。不過欲期這種制度，早日實現，對於司法官吏方面，要發生一種如何的影響，也不能不從長考量。

茲特借主人的酒，還祝各位健康！

更由李次山先生演講，略謂：

剛纔聽了焦委員長對「現在使用的這部機器——現行法律——是否良好？」的一句問話

，我敢斬釘截鐵的答覆焦委員長，「這部使用外國材料的機器——現行法律——確實不好。」

「這機器——法律——使用的結果，叫我們全國的法官一個個焦頭爛額，甚至無所措手足。一面又叫我們全國的監獄，一個個充滿了人犯，弄得無處收容。浙江的司法當局很鄭重的告訴我們「浙江監獄的人犯，每年平均增加兩成，很規律的有多無少，比如今年是八千人，明年就是一萬，後年就是一萬二千，大後年便是一萬四千四，再後年便近一萬八千了，」這樣計算起來，每五年監獄人犯要增加一倍又四分之一。長此下去，三十年五十年，不是全國都變成監獄，全民衆都變成囚犯了嗎？據我的觀察，監獄裡收進的人犯，祇有兩條出路，一條是「死亡。」另一條就是「惡化。」身體羸弱的人們，受不了那種非人的待遇，他就會死滅，所謂「立着進去，橫着出來」這種人在受科刑宣告之日，便是受了死刑宣告。身體壯健的人們，在監獄裡面憑他血肉之軀，領受非人的待遇，飽嘗非人的滋味，自然是滿腔怨忿，對政府對社會甚至對一般人類，都覺得是冷酷無情，仇恨的情緒與日俱長，更與各種犯罪的人們聚居一處，發洩仇恨的技術和方法，又與日俱增，一旦期滿出獄，自然暢所欲言的，應用他全幅的本領，去做再犯的勾當。這種人在受科刑宣告之日，便是考取了犯罪學校，法庭的

推事，便是犯罪學校的招生委員。各位或許疑惑我這話是過甚其詞吧？可是我常看見一個被告犯過三次五次乃至十幾次的，覺沒看見由監獄裡面改善出來的一個人，我鄭重的詢問各位，「曾親見到由監獄裡改善出來的人沒有？」我敢相信不會有那一位碰到一個的。

我們從前的刑名是「笞」「杖」「徒」「流」「死」外加軍遣，合是六種，六種當中笞刑五，杖刑五，徒刑三，流刑三，軍遣五，死有斬絞立決監候四種死法，合起來二十有五種，用以應付複雜的社會很够用的，現行法號稱五種刑名，實際祇有「罰金」「監禁」「死刑」三種，如何能應付複雜的社會？笞杖立時發落，略無留難，徒流發配服役，均得受大自然的感化。誰不欲勉為善人？立法院諸君在刑法修正案中將「有期徒刑無期徒刑均在監獄執行」之規定刪去，企圖在執行方法中採用合理的手段，確是顯著的進步。但沒有完全恢復舊日刑名，還是美中不足，我不能不表示遺憾的。懷疑這部機器——法律——的焦委員長和各委員們，希望你們繼續努力。

### 江寧律師公會貧民法律扶助會成立會主席劉哲演詞

今天是江寧律師公會貧民法律扶助會開成立會的一天，承黨政司法各機關代表，律師協

會代表，連翩惠臨，異常忻幸。哲除代表江寧律師公會，敬謹感謝外，謹將所以成立貧民法律扶助會的原由，向各位報告於下：

這個會，是我們全國律師協會，鑒於社會的需要，呈經

司法行政部核准章程，通知各會員公會照章設立的。全國律師協會所以提倡各公會設這樣一個會的基本理由，無非以現在世界上，無論資本主義的國家，無論共產主義的國家，都勵行貧民的法律扶助事業。雖然他的組織，或由官立，或由公立，或由私立，有種種的不同。然而以律師公會，爲此項組織的中堅，這是普遍一致的現象。我國貧苦民衆，比較任何國家爲多。而其不辨之乎，智識簡單，每一糾葛發生，輒受土劣播弄於鄉里，訟棍魚肉於城市，處境最爲慘痛。一言以蔽之，我國貧民，需要法律扶助，比較任何國家爲迫切。乃貧民法律扶助的組織，僅絕無人道及，這是多麼的可恥！這又是多麼可憐！因是基於一種悲天憫人的心理，倡導由各會員公會，附設貧民法律扶助會。

現在全國各律師公會，尤其各大都市的律師公會，均已於接到律師協會的通知後，組織成立。本會對於律師協會這種的主張，其同情自不在各公會後。不過因擬定章程，徵求會員

，周折需時，遲至於今，始告成立。以後本會的工作的方向，自當本諸律師協會呈經司法行政部核准的章程，（一）為貧民解釋法律疑問，以普遍法律的知識。（二）為貧民證明法律關係，以杜絕紛糾的淵源。（三）為貧民辦理有理由的訴訟，以保障社會的弱小。吾相信這樣做下去，我們律師的職務，固然可說是社會化，而我們律師的制度，亦自神聖化了。而社會的生活秩序，且亦由之而紀律化了。茲責任重，尙望各位代表賜予指導！

## 上海律師公會為請取銷特別刑事法令致全國各地律師公

### 會代電

某某律師公會公鑒新刑法已經國民政府於本年一月一日公布其施行法亦經立法院着手起草施行之期已不其遠惟查現行之危害民國緊急治罪法禁煙法懲治盜匪暫行條例等一切特別刑事法令類皆因人因事遷就創造或則罪刑嚴酷易於羅織或則程序簡略難於平反侵碍通常法院權限違反法治精神久為社會人士所詬病今新刑法內容對於此等情罪已經分別吸收則該特別刑事



法令應無存留餘地免碍刑法權之統一擬請國民政府於新刑法施行時明令一律廢止特此電達如荷贊同即希電復俾便聯銜呈請以維法權上海律師公會虞

## 上海律師公會爲匯豐銀行非法拍賣申新紡織第七廠宣言

查民法第八百七十三條規定抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者得聲請法院拍賣抵押物或其賣得價金而受清償如約定於債權已屆清償期而未爲清償時抵押權之所有權移轉屬於抵押權人者其約定爲無效是抵押權人欲就抵押物求清償非聲請法院拍賣無從就抵押物求償而約定於債權已屆清償期未爲清償時抵押物之所有權移轉屬於抵押權人其約定尙屬無效如約自有權自行拍賣其爲無效更無疑義今債務人爲中國人而訂結抵押契約地及抵押物所在地均在中國應適用中國法律又無問題乃匯豐銀行並不依我國法律訴請法院拍賣其受抵押物竟自行委託拍賣行賣出申新紡織第七廠其違法者一又申新紡織第七廠於抵押當時其價值當超過匯豐銀行債權額二百萬元並申新紡織第七廠於抵押後曾加入機器等件價值百萬餘元而上海中國銀行等又憑該廠押借出洋二百八十萬元是該廠價值當在五百萬元左右乃匯豐銀行既不通知債務人及其

他抵押債權人上海中國銀行等又不憑公估價竟以與其債權額本息相仿之金額付諸拍賣顯圖一己之利益而侵害債務人及其他抵押債權人之利益其違法者二又抵押債權人上海中國銀行等早請上海第一特區地方法院將申新紡織第七廠假扣押並由法院於本月二十六日上午將該廠實施扣押是經法院扣押之財產無論何人不得擅行處分乃匯豐銀行置諸不顧於同日下午仍付拍賣其心目中已無中國法律即無中國政府是可忍孰不可忍除分電外交司法實業等部並函請上海第一特區地方法院據理力爭外謹此宣言惟希  
公鑒

上海律師公會爲請維持暫行會則關於委員制各條規定呈

## 司法行政部文

呈爲呈請核示事案據會員吳國昌譚毅公李時蕊俞鍾駱趙祖慰田鶴鳴沈豫壽徐佐良史良施霖軍斌華潘瑩朱章賢周域查人傑沙彥楷潘震亞王效文阮篤成湯應嵩章維清殷汝能提議稱

爲提議事案查本會接奉上海地方法院轉奉司法行政部第三五一七號訓令據中國法治勵行社以上海律師公會係採委員制與律師章程第二十六條規定未合請令行遵照修正等情查上海律師公會前因特殊情形呈准暫行委員制既係一時權宜辦法自應仍照律師章程第二十六條併予修正等因到會本會自奉到上開訓令後曾經制成修正案列入議程召集會員總會提付討論但連續七次竟未開成會議以致本件尙無結果會員等查本會自呈准施行委員制後迄今八年以工作效率言實較會長制時期會務日見進展以每屆改選職員言從無流會事實俱在不難覆按放在本會立場絕不感覺修正之必要又查採用會長制之公會每因改選職員一再流會甚有召集若干年迄未改選成功者如現在之江甯天津等處公會過去之吳縣公會及民國十六年前之本公會多則九年少則二三年此皆採用會長制之厲階且本會會員衆多會務繁重非他處公會可比改用委員制之特殊情形依然存在入會會員人數尤日有增加自宣布修正案後連開會議七次迄無一成人心向背可以測知司法行政部既因特殊情形暫准採用於先值茲特殊情形依然存在之今日必可俯鑒下情暫准繼續援用爲此提議應請本會迅將一百七十餘會員等所提維持暫行會則關於委員制各條規定之提案提交執監聯席會議議決建議司法行政部

法學叢刊 附錄

上海律師公會為請維持暫行會則關於委員制各條規定呈司法行政部文

一七二

請求准予繼續援用實級公誼

等情並附一百七十會員等所提維持暫行會則關於委員制各條規定之提案一份到會據此當經提交屬會第一九一次執監委員聯席會議議決應予建議

鈞部在案理合具呈轉呈並附提案抄摺一扣請求

鈞部鑒核示遵實為公便謹呈

司法行政部

附呈抄摺一扣

上海律師公會常務委員

成都律師公會為請取銷司法行政部羅前部長任內第三八

八六號通令代電

急南京律師協會暨各律師公會均鑒，本會前認司法行政部羅前部長任內第三八八六號通

令，不無摧殘律師，破壞法治之處，曾提向律師協會第六次代表大會，經一致通過，決議力爭在案，同時復列明理由，電徵各律師公會意見，除紛紛覆函贊成提由協會力爭者，早經送交協會併案辦理不計外，其函請本會領銜副署，再為逕呈 法部，以期速達維護法治目的者，先後亦已共有十餘公會之多，節經由郵聯名協呈在案 法部現正核辦中，合將原呈附上，事關重要，務祈一致依法力爭，並望盡量指示，俾資循率，是所切禱，四川成都律師公會叩  
鑄印。

#### 附原呈如後

呈為共同建議，協請收回成命，以符法制事。竊屬會等前奉

鈞部第三八八六號通飭訓令除原文有案，避免冗錄外，後開，『所有以上列舉各條，應即由會則中削除，以符法制』等語。屬會等當即分別開會議決，均認前令訓飭各節，不無摧殘律師制度，阻碍司法光明，難期拒回領事裁判權。且與民刑各項法條顯有抵觸，礙難遵行特共同議定，提請收回成命。均紛紛函覆贊同，列名陳請。謹將共同建議，協請收回成命之理由列後。

#### 法學叢刊

#### 附錄

成都律師公會為請取銷司法行政部羅前部長任內第三八八六號通令代電

一七三

竊先先總理就任臨時大統總，宣布約法，痛各國領事裁判權，妨害我國主權，即以改良司法，爲拒回領事裁判權之張本。其後統一告成，根據約法，改善司法，採用律師代理及辯護制度，折衷歐美日本法制，明定推事檢察官律師爲司法上三大職權。頒布律章程，登記律師資格，一掃數千年之司法專制黑暗，而放正大光明。其時律師無多，文化亦尙幼稚，幸屬會等本此意旨，執行職務，主持正義，保障人權，得社會歡譽，博國際律師共表同情。西歷一千九百十三年，菲律賓律師協會，一千九百二十年，東京國際律師協會，均邀請我國律師加入，力主撤廢領事裁判權，華府會議，因此發生，惜政府未將司法實際改良，未得各國實際上之信任，派員來華考察司法，政府復又電阻緩期，以致領事裁判權迄今尙未撤廢，屬會等深爲遺憾。夫屬會等各律師依法執行職務，既得國際律師共表同情，則是裨益於國際交涉地位，良非淺鮮。乃羅前部長前頒三八八六號訓令，飭律師不得認與推事爲敵體，予推事以無上威權，得屏去害羣，並得禁止冗長陳述，強詞奪理等語，復令將會則內律師到庭時間禮節及稱謂刪去，貶損律師人格，摧毀律師制度，不遺餘力，屬會等實甚感焉。夫律師推事檢察官，爲司法三權鼎立，不特東西各國學說如是，查以前修正之法院編制法、第十三條載

，「其他在庭行職務者，一推事，二國家律師，」修正法院編制法，既明定推事檢察官外，在庭行職務者為律師，則律師執行職務，與法官職務，同一並重，即現頒行之法院組織法第七十三條載，「推事及書記官，在法庭執行職務，應服制服，檢察官及律師，在法庭執行職務時亦同，」按推事檢察律師制服分三色，即為三大職務之表示，是法官雖為國家執行國法之人，而律師亦為國家法定擁護法律保障民權之人，則律師與法官之職責不同，其為行使國家法定職務則一也。誠以律師與推事相提並論，一則為根據法令，執行法權，一則為根據法令擁護國法，不得不與以同等之地位，及同等之待遇。若謂律師代理民刑訴訟，係受人民之委託，與法官受政府委任，似有尊卑之別，不知法官之審理訴訟，與律師之代理訴訟，均係根據於國家法律上制度上之規定，況查檢察官為刑事原告人，何以又與法院推事為敵體，今前令認為律師不能自視與推檢為敵體，殊與國家立法之精神，及與司法上三大職權之意旨不符。再就律師職務，與法條規定之明文而論，查民事訴訟法第六十六條，「非律師而為訴訟代理人，法院得以裁定禁止之，」其第一百十條第四款「受救助選任律師代理訴訟，暫行免付酬金」，又刑事訴訟法第一百六十條，「辯護人應選任律師充之，」第一百七十條後半段，「

最輕主刑爲五年以上有期徒刑，應依職權指定之，『第三百七十一條第九款，『依法應用辯護人之案件，或已經指定辯護人之案件，辯護人未出庭而逕行審判，爲違背法令，』又第四百零一條第二項，『前項辯論，非以律師充任之辯護人不得行之』，夫律師未出庭之審判爲違法，又非律師到庭充任辯護不得辯論，是國家之重視律師職務如此嚴重，更足證律師與法官爲敵體，愈爲顯明。卽單副院長此次考察歐美各國司法報告書，及改革意見書，亦詳述各國律師身分與法官同，並無律師不能與法官爲敵體之法制，此建議請收回成命者一。

其予法官以在庭指揮監督權雖載在法院組織法第七十一條，然查條文亦不過明定律師在法庭代理訴訟，或辯護案件，其言語行動如有不當，審判長得加以警告，或禁止其代理或辯護而已，法律明文既指爲言語行動不當，是卽行動越禮。言語不法，審判長僅得以警告禁止，爲其指揮權本體上明確不移之限制，并無屏去事羣之大權。况依民事訴訟法第一百九十一條，審判長對於不從命令者，得禁止其發言，然其命令不合法，依同法第一百九十四條，參與辯論人，得聲明異議，是法官在庭，祇有監督指揮維持秩序之權，而律師在庭，亦有依據法律聲明異議之權，相提並論，攻擊防禦，屹然相峙，法條實係平等。今前令獨逕以命令創



立屏去害羣之大權，授與法官，而又不於同時明定律師應得如何抗爭救濟之規定，以資保護，未免故意偏縱法官，輕視律師。查法定律師資格，至為嚴重，屬會等各律師概係律師章程合法資格，雖不敢自云人格如何崇高，然自信尙無害羣之輩。即使偶有一二違反法令行爲，要歸個人任咎，自有會則風紀懲戒章程以繩其後，亦不能害及羣衆。今以莫須有害羣一語，唾罵全國律師，是不獨於律師制度名譽有損，且與律師行國家法定職務有碍。此建議請收回成命者二。

至謂律師冗長陳述，強詞奪理，亦屬違背法院組織法第七十一條言語行動不當之本旨，及違反民刑訴訟法第四章第五節，言詞辯論各條，第二編第一章，言詞辯論之準備各條，刑事訴訟法第三條之法律辯論，第三百零一條之最終辯論權，凡此皆關於採辯論主義之明文規定。律師代理訴訟及辯案件，爲求盡攻擊防禦之能事，不得不援例譬喻，反覆陳述，以期闡明事實法理，俾達訴訟法採用發見真實主義之原則，而求審判之正確與公平，既不得妄斥其冗長陳述，更不容擅譏爲強詞奪理。矧言語冗長，并非不法不當，依法實無禁止之規定。若謂法官非盡聰明之士，恐律師利口機辯，強詞奪理，但能求合於理，即非不法不當。且訴訟

探證據主義，刑事訴訟法第二百八十二條，犯罪事實，依證據認定，在民事訴訟法，亦有事實之認定，專憑證據之規定，苟畏法官聽覺不聰，何不訓誡法官，信守證據認定事實之法條，無爲冗長奪理者所左右，乃不訓誡法官，而詆毀律師，是明於責律師，而暗於責法官，違背訴訟辯論辯護之本旨。法學者立論有言，「欲法律適用之得其宜，司法之合乎正義，非僅恃法官所能達其目的，端賴律師之合作援助，法官之思慮有所不周，有律師以補充之，法官之判斷有所偏執，有律師以救正之，夫然後法律之適用有平允精確之望，正義之觀念，亦得保護持司法於不墜，」今前令以顧慮律師中恐有爲冗長陳述，強詞奪理之舉，違不惜特假法官以屏去之權，設使蒞審法官，因認定事實，與律師常生辯駁，或因見解不合，或欲偏袒所私，不難藉指爲強詞奪理，陳述冗長，以箝制其口，禁止其辯論辯護，而遂其專橫武斷之私。由是言之，律師執行法定職務，無在而不任咎，實與民刑訴訟法主義制度大相背戾，此建議請收回成命者三。

其令將律師到庭時間及稱謂各規定刪去一節，查歐西各國律師稱法官曰閣下，屬會等通行會則，於推事檢官之上冠以貴字，係根據刑事檢察官蒞庭稱法官推事加以貴字而來，比較禮

節，尤為隆重，到庭退庭，與法官相對行禮，純係尊崇職務開始與終結，蓋亦表示各慎厥職之義。今前令刪去到庭禮節，併令以後律師如先到庭，法官後至，律師當起立，法官先至則否，未免賤視律師，而尊崇法官，殊失律師制度立法精神，與各國律師體例不合。伏查全國各律師公會則，均係根據 部頒律師章程，由全會員依照法定程序製定，呈 部核准，並編載於司法例規中，有法之效力，豈容朝令夕改，今前令如何削除，如何改易，尤不無逕以命令變更法律之嫌。此建議請收回成命者四。

謹按 屬會等各會員充當律師，執行職務，保障人權，於自身立場，受此屈抑，若含默不言，不惟貽社會以訾毀，且為國際律師所唾棄，不免玷污法治，騰笑中外，縱使忍辱承受，恐風行草偃，各級法院之法官，更專擅讎視而無忌矣，將來律師制度，必得消滅，司法前途，何堪設想，謹依照律師章程第三十二條共同提出建議，而符法制，除陳由律師協會一致主張外，謹聯名協懇

鈞部俯賜鑒核，收回前令，不特 屬會等銘感維護法權，即全國司法尤深利賴。所有共同建議，協請收回成命各緣由，是否有當，伏乞

法學叢刊 附錄 成都律師公會為請取銷司法行政部羅前部長任內第三八八六號通令代電 一八〇

鑒核指令祇遵。再者此呈係先行電徵同意，函覆決議贊同協呈，由四川成都律師公會主稿，合併聲明。謹呈

司法行政部長王

四川成都律師公會會長鍾 鎔

宜 昌 律 師 公 會

南 昌 律 師 公 會

綏 遠 歸 綏 律 師 公 會

湖北漢口律師公會會長蕭崇勳

浙 江 瑞 安 律 師 公 會

河 間 律 師 公 會

雲 南 昆 明 律 師 公 會

永嘉律師公會  
濟南律師公會  
江西吉安律師公會會長王鍾慶

中華民國二十四年一月二十二日



法學叢刊

附錄

成都律師公會為請取銷司法行政部羅前部長任內第三八八六號通令代電

一八一



版權所有

# 法學叢刊

第三卷

第三期

中華民國二十四年三月十五日出版

禁止轉載

## 定價表

日本朝鮮與國內同 郵費在內	每冊實價三角	郵費二分
	每月一冊 (每月十五日出版)	
預	時期册數	內國 外
定	半年六册	一元六角二分二角
	全年十二册	三元八角

## 廣告價目表

普通	文	中	二十	十二	元
普通	文	後	二元	元	七
普通	文	後	二元	元	七
普通	文	後	二元	元	七

印價格另議 繪圖刻圖工價另詳 運送多期價格從廉

編輯者

編輯委員會設 南京豐富路三新里二號  
 中華民國律師協會 法學叢刊社  
 電話 二一八六六

發行者

南京城內豐富路三新里  
 中華民國律師協會 法學叢刊社  
 電話 二一八六六

印刷者

江蘇第一監獄  
 電話 三一七一七

# 國民政府統一解釋法令彙編發售通告

編制彙編 將最高法院解釋字一號至二四五號暨司法院院字一號至六四七號止(十六年迄二十年終)續編第一

一集自院字六四八號至八三八號止(二十一年度)續編第二集自院字八三九號至一〇一三號止(二十二年度)公布之解釋文件悉數蒐集用十六開上等報紙裝訂五冊 彙編全書三冊續編第一集第二集全書各一冊計分要旨原文索引一覽要旨係逐號節錄依現行法規分門別類並以章節法條為序用使檢查每一類別詳註該本法之公布施行或失效日期以明沿革原文將解釋法律之函電及請求解釋之原件逐號編入首尾完全索引一覽按解釋號次列入要旨附註關係法令條文及原文頁次知解釋之號次而不知內容者按圖索驥尤能一目了然

定價彙編每部實洋六元續編第一集每部實售洋一元續編第二集每部實售洋七角一二編 合購者以八折實收外埠函購另加郵費彙編二角三分續編各一角三分

## 律師老邁春輯

大理院  
最高法院  
司法院

## 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院解釋截至第四百號止共計二千六百五十號悉數搜入續編將司法院解釋自第四百〇一號至第八百號共計四百號悉數搜入均按現行法令章節分別門類輯為兩厚冊並均前列目錄以利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為法官律師縣長承審教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種合購者七扣外埠函購每部外加郵費兩角發售處天津法租界三十號路樹德里七號本律師事務所

## 律師劉陸民

現在京執行律師職務  
承辦訴訟或非訟事件

## 特此通告

通訊處南京豐富路全國律師協會