

147

中華民國三十四年十一月復刊  
中華民國三十六年二月出版

MAR 22 1947 358

# 震旦法律經濟雜誌

第三卷  
第二期

## 二月號

### 要

法之將來..... 龐德著 狄潤君譯

醫師的責任..... 安德

論不作為犯..... 徐定戡

### 目

飛機失事的損害賠償問題..... 瑞雲

新憲法內各種治權的相互關係..... 冉宗棠

國立北平圖書館藏

# 震旦大學 法學叢書

REVUE JURIDIQUE ET ECONOMIQUE  
DE L'UNIVERSITE L'AURE  
Fev. 1947 Volume III. Numero 2,  
Publie par  
La Faculte de Droit de l'Universite L'Aurore  
223 Avenue Dubail, Shanghai, Chine.

## 不許轉載

震旦法律經濟雜誌  
第三卷 第二期  
中華民國三十六年二月出版

編輯人 劉墨聖 鄭永泰  
電話八五七六一號  
發行人 孫立時 邵振華  
電話八〇一四七號  
印刷者 華豐印刷所  
浙江路五三六號  
電話九〇三五八號  
總經售 作者書社  
上海福州路河南路四二七一號  
電話九四二五九號

俞鍾駱教授著

## 刑事訴訟法—通論

根據修正法條文編撰是刑事訴訟法最良好的大學教本現已有國立復旦大學私立上海法政學院及私立震旦大學等採用上海河南路會文堂新記書局及福州路世界書局均有出售如蒙外埠郵購請函本社劉墨聖君

刊登地位	每期價目		
	封面	封底	普通地位
全	三十萬元	三十萬元	二十萬元
半	十五萬元	十五萬元	十萬元
面	十萬元	十萬元	五萬元
四分之一	五萬元	五萬元	五萬元

附註：刊登半年全年另有優待辦法

訂購辦法	冊數	價格
零售	一冊	二仟元
訂閱半年	六冊	壹萬元
訂閱全年	十二冊	二萬元

注意：凡訂閱者如遇本刊以後售價提增時不受任何影響

冊一月每

# 法之將來(上)

龐德著  
狄潤君譯

不久以前，據說美國某著名教育家曾宣稱：可以存續於將來社會的職業，祇有醫學與工業二者，沒有它們，社會無由進行；其餘的一切，也包括法在內，是不需要的，它們是多餘的，所以都列在「將消滅的職業」中。他是否認為將來的社會，全然不用統治，或統治而不用法。或用法律統治而不用法律家，他並沒有說明。這種思想，在政治史及法律思想史上，也曾屢次有人極力主張過。在前世紀中，哲學的無政府主義者有許多的信徒，所以同時代的形而上學派的法學者很難逃出這種主義的影響，因為這是他們提倡自由學說的必然結果。在宗教旺盛的時代，已經不止一度的期望着有一個上軌道的社會，而不用法。自古以來，每一個理想的計劃，都是擬定不用法律家來管理。現在一般嘲笑理想國而自命為特殊的現實主義者，也極力主張社會的管理不用法，因之也不用法律家。在此，我們可以自己問一問，這些主張究竟有什麼根據？我們有沒有理由想像到——不僅是一種虛幻的期望——一個進化的社會，可以沒有法，或一個發展複雜的社會，沒有法律家。我們這些法律教育家應該不應該憂懼，想到我們所從事的事業，乃是被認為無益而多餘的，在將來秩序較好的社會中，就要被取消的。

用命令，不用法來獨斷地運用政治組織的社會底勢力，過去一向都是這樣主張的。今日法律學者與政治學者間通行的論爭，和紀元前五世紀時希臘各種哲學家間的論爭，沒有什麼不同。他們辯論，和現在的人們一樣，人與人間紛爭的解決，他們的要求和慾望的調和，是否由於握權者獨斷地行使他們獨斷的規律，還是適用一種一般通用的規律，——那些根據了理性和正義的原則而設立的規律。安梯西 (Anaximenes) 說過：實在的，希臘都市國家中，社會統制的背景，乃是那些制定的，或因習慣而存在的規律的結果。反之，蘇格拉底 (Socrates) 說：社會統制，乃是人間真實關係的發現——即是那理想，上有重要性的——它是一件發現的事實，而不是創造的。十七世紀時，霍布斯 (Hobbes) 說過：什麼是正的，什麼是不正的，乃是由於一個政治組織的社會中，統治人對他的臣民所設立的規則來決定的。反之，葛羅歇斯 (Grotius) 說：理智指示我們，什麼是一個完美的人要做的，和不要做的——就是什麼是對的，什麼是不對的，——法律呢，是市民行為，道德上的規則，因之，亦有法律上的拘束的效力。

一世紀前，經濟的定數論者，用一種新的方式來重倡安梯西的學說。他們說：所謂公理，僅是社會上統治階級的意志，他們根據了自己的利益來制定，施之於他們可能統治的人的。法就是表明那種意志的一種規定。當時一般自稱為現實主義者，也說法不過是一個政治組織的社會中：統治者隨他們的意思所定的規則。他們所做的，就是法，只是因為他們做了的緣故。同樣的，現代的龍芝脫 (Lundstedt) 宣稱：權利就是法律教人們要求的東西，人們的要求，不是法秩序的基礎，而是它的結果。

這裏所說的一切，和從堅忍主義派法學家與羅馬法律家接觸時起。至十九世紀後期經濟的史觀發生時止，人們企圖要做，以及他們深信他們已經在做的完全相反，這完全推翻古典派的羅馬法學家及近代古典派法學家的思想，並否決政府依照法來統治的那個觀念，這觀念是英美法學家承傳於德國法，但美國法庭，依照它那特色的習慣法原則的看法——即法至上之原則——實行起來而感到了論理上的限制。

回顧從安梯西到龍芝脫的二千三百年間，那些現實主義派提出所謂「堅硬法律學」的人，他們也是不堅堅持他們現實主義的立場，同時還採取

一種大膽的獨斷——確信只有他們才和現實交接，其餘的學派，只是在錯誤，錯覺，迷信中徘徊。但當我們回顧從蘇格拉底到希日姆勒（Stamm）和衛歌（Del Vecchio）間二千三百年的理想主義，則發現那些提倡法律學應根據於理性及正義的人，同樣地獨斷，以為他們的思想高人一節，只有他們的主義才和永久的真理符合。無論如何，如果法真是像現實主義者所主張那樣，那法也就沒有什麼保存的價值，我們可以放心地等着它最後的消失。過去是將來最好的預言者。我們不必獨斷地說那一種主張更真實或不真實，或那一種思想高一層或低一層，我們可以參考一下歷史。社會統制的歷史，或更明確地說，政治組織的社會中社會統制的歷史，它關於法和文化的關係，是怎樣講的？它有不指示將來社會的法的規正可能怎樣？它有不指示將來用以維持，施行那法秩序的權威的規範制度，是怎樣的？

但我們對於討論的對象，必須確正認明。將來要消失或被替代的「法」究竟是什麼？「法」有很多的意思。第一個意思是法秩序，就是通過政治組織的社會底力量，社會統制的一種特別意義，那是經過一種有系統的運用一個政治組織的社會底力量，來規正人類的行為，調節人類的關係的一種制度。這種意義是盧梭（Rousseau），康德（Kant）以及近代一般的社會哲學派的法學家所採用的。第二個意思是實質體法，及包括司法機關必須依照一定的規定，來適用，實施那法律的技術。這個意義從古代到現今，一直都通行著。第三種意義為現代很多的現實主義者所採用。他們對於第二種意義抱懷疑的態度，他們以為那些法律條文是虛空的，所以就將法律這名詞適用到司法和行政的程序上去。這種意義，除了在有名的羅馬法典的定義中，曾有過這樣的暗示，不然的話，這意義倒完全是新穎的。

現在且看每個意義，對於我們所討論的問題，它的關係如何。我不必再提起說，最重要的法秩序，就是社會統制的一種新方式，這是大家所熟知的，社會的政治組織，和血族組織及宗教組織比起來，它的權限一向是微弱而有限的。在古時，和血族組織有過一次激烈的鬥爭，才能克服它。在中古時期，它和宗教組織相並的統治過。到現在呢，它有時和有力的自由組織鬥爭。但是自從十六世紀以後，一切其他的組織，都附屬在它的下面活動，它權力的範圍，非但沒有縮小，而且在擴張着。在西方工業社會中，血族組織最後剩下的家族，已在漸漸地失去它法律上的重要性；對於兒童的懲戒，已轉移到少年法庭去轄管。為了宗教信仰所奉獻的財產，是否應當依照該宗教組織的教義去處置，也要經過衡平法庭的裁判。對於俱樂部，聯合會，同業公會的除名處分，也須經過司法法庭的覆審。法秩序的活力，並不依賴着社會上任何特種的經濟組織，也和它沒有什麼關係。它在血族組織下，增長它的勢力，它在中古時代相互關係組織的社會中曾經超過宗教組織。它在十九世紀個人主義的自由競爭的組織下，曾建立一個在實質上完全最高的地位。如果像有些人所說，個人主義的自由競爭組織，將來要被某種職業團體的組織所替代的話。則迄今為止，沒有可以證明，這些團體的組織，可以離開法秩序而維持下去。

十九世紀的法學家，認為法和該世紀所特有的自由競爭權利自己主張的制度完全相同，因之，很多人以為要攻擊那個經濟制度，必須同時也攻擊法。

「法」的第二個意義，是怎樣講呢？一些所謂規範的條文，和實施應用這些條文——這些自從希臘哲學家的著作以後，就認作爲法的條文——的技術；這條文和技術，又是什麼意思呢？法在這個意義下，可以從幾點去觀察它。我們可以想到一些規定人民行動的法規，或者法院的判決，或是行政訴訟，或是辯護士的辯詞，因了時間和地點上經濟意義的不同，法也從不同的立場，而下了它的定義。或者我們可以這樣看法，即從這些規範，何由存在，或如何獲得它的權威的這點看去。這樣，我們可得到一個立法的理論，當它是主權者的命令。追溯這個理論的起源，它本來就是神學政治的理論。這回到以前的一種超自然立法者的觀念，一個至高的查士丁尼（Justinian）爲宇宙立法，還有那精神立法的人類立法者。最近認法律爲威嚇的理論，不過是這種觀念的變形。或者我們用倫理的合理主義的理論，來當它是一種理性的形式表現，宣明着權利和正義；或用歷史派

的理論，當它是人民生活經驗的形式表現，進而到調節人間關係的經驗的形式表現；或用合意的政治的理論，當爲人民共同生活在一個政治組織的社會裏，他們對於應該怎樣一同生活的一種約定。

我並不一定要接受，或排斥上述任何理論，來作爲我對於法律學論辯的一種，唯一而必需的基礎。但我們須注意到，今日那些對法的第二個意義，抱懷疑態度的法學家，所堅持主張的二種理論。最近的分析法學，有一種傾向，即認爲法在這個意義下，無異於恐嚇。法律是在某種事態，或事實關係，遭到官吏的注意時，他們特定行使，那個政治組織的社會底力量的一種恐嚇。這當然只是一種的看法。但我不得不承認，英國分析法學家是對的，他們以爲法律是恐嚇時，只因法院和官吏必須而且當然依照它而行使。對於法規性質的預言理論，也是同樣講法的。這是荷姆斯法官（Justice Holmes）所主張的學說，最近很爲流行。實在的，法律不是一種預言，而是像卡杜梭法官（Justice Cardozo）所指出，是一種預言的根據。一切的法律，都是預言的根據；而且總括的講，它是某種預言的很可靠的根據，因爲法院和官吏，必須而且當然依照它而行使。這些理論，我們其實不必怎樣去注意它，——如果不是爲了，在當時法學界很有勢力的左翼新康德派把希且姆勒的後期論理主義，弄到了極端，然後才感到法，真是像經濟的定數論者所想像的，那麼獨斷的話。一切的法律，都是恐嚇，而一個政治組織的社會，它的立法，司法機關，可以任意恐嚇。真的像斯畢洛波羅司（Spiropoulos）所說，我們可以任意假定。獨斷的獨斷，一切都是獨斷。大戰後的政治和法律思想，本來認定理性，原理，規則，爲錯覺的，也一度轉向到專政主義。但立法的專政主義，並不是新起的。除了在美合衆國內，憲法的約制，用司法的強制施行外，立法專政主義和法並不是矛盾的。至於行政專政主義，像從狄奧克勒與後的羅馬帝國魯易十四時代的法帝國，及拿破崙帝國時代一樣，曾經不止一度的，在各時代各地方，達到了高度的法的發展。

以上所述，係假定依照分析法學家的看法，法的三個意義中的第二個意義，以爲法就是法規，因此，法規的理論，也就是法的充分理論。然而，據實的說，那法的第二個意義中，對法所含的意義，實較任何分析派的理論家所估計的爲多。我已大膽地在分析派對於法規的概念上。加上了實施應用它的技術的因素。——一種在判決某種特殊爭論，或作某種特殊決定時，尋找理論根據的技術的因素。或可更進一步；但不致如歷史派法學家般，在「法」的名字下包括一切的社會統制；又或如歐里氏（Ehrlich）的社會學的法律理論，認爲法是集團及社團的內部秩序；或又如馬林諾斯基氏（Malinowski）的人類學的法律理論，認爲是原始社會拘束行爲的規範的分化；我們只在奧斯汀氏（Austin）所稱成熟或發達的法的範圍內，來嚴格地分析，則我們必須承認，法規是和法並行的，並且是法的一部分，不但是是一種技術，而且是理論和理想的一種覺悟的傳統，這傳統能使法規有效實施，並能因之而伸長正義。成熟或發達的法，它要求的條件，不止是有一個國家就算了，它需要有着有威權的立法機關。及有着有永恆性的法庭的一個政治組織的社會。它也需要職業的法律家，不僅是指那些訴訟的辯護士，及訴訟代理人，同時也包括那些發展，解釋，並能把覺悟的傳統傳到後世的理論著作家及教師。就因這種專門法律家的興起，這才給予了我們法和法規，這在法的歷史上，確是一件重要的事件。

羅馬法的轉機，亦全在乎法學者，辯護士。及法學教育家的發達。羅馬法的有永傳價值的部份——一向爲後世立法家，法學家認爲寶庫的——就是他們的功績。近代的羅馬法，是大學的法學教育的產物，如果沒有那種覺悟的傳統，作爲後世發展，解釋，適用的根據，那近代法典，一定不能達到它的目的的。我們通常以爲英國的習慣法乃國王裁判所法官的功勞。但倫敦四法學院，還有律師，教師，學生所組成的法律家的團體，他們的辛勤工作，他們的把覺悟的傳統傳授到後世，幾乎追溯到習慣法的發源，習慣法法庭，所以能夠實行它的工作，就靠這種傳統的展開和教授。在美合衆國，也是這樣的。美國各州，除去魯齊亞那（Louisiana）一州外，它們繼承而把它當爲州法的基礎的習慣法，也不是立法的。這都是美國的教師，和理論著作家，把英國的傳統，遷就美國的情形，適合應用，這才成立一種固定的判例法。就是這種覺悟傳統的將來，才需要我們加以注

意。

現在講法的第三個意義——司法和行政的程序——抱懷疑態度的新現實主義派，極力主張法應該採取這個意義，因為這樣，才可在法律學上，免去一切對於它應該是什麼的問題，免除價值標準及一切制度，原理，理性的爭論。這樣，現實主義者使我們客觀的觀察到，司法和行政上實在發生的事情，假設它是一種連續的獨立行為，一種個別行應的順序。在他們看來，法就是公務上做的事情。官吏可以依照他們的意思行事。當他們做事時，他們所做的，就變成法律。但並不因為這樣就對於別的官吏，辦理別的案件，或在別的時候，也發生了拘束力。在那一件案子那個場合所做的，只是一個個別獨立的，司法或行政的行為。它只是一種審判和管理的程序。

凡通曉法的歷史的人，不能否認在循環返復的時代中，曾有一個時期，人們不用法來求得正義，而把覺悟的傳統，加以改過或補充，來適應社會或經濟變遷的急需。在英美法的歷史上，大法官法庭的興起，是一個顯著的例子。然而我們應該注意的是，大法官法庭的衡平法，結晶成了一種覺悟的傳統，然後又顯現在習慣法的覺悟傳統中。在法的歷史上，還有許多其他的例子。此外，在今日的美合眾國中，行政會及行政委員會，在最近的一代，增加了許多，而且有時似乎照了現實主義的理論而工作着。至於成立較早的委員會，正在發展着一個結晶化的實施，並依照着平衡法的一切過程，而在發展着一個決定底順序。州際通商委員會的報告書，及其他不止一州的產業委員會的報告書，漸漸地類似著習慣法裁判所的判決錄，也有着它同樣的效果。

我們不要被右派法學家，對於其學派及學說所引用現實主義，和現實主義者，二名稱的用法所誘惑。現實主義是一種誇示，不是一種敘實。英國分析派法學家，對於他們主張的「法的純事實」，也有同樣的情形。而其他的學者，對於權利，正義，和理想的推考，始終不很明瞭。同樣的。實驗主義者，主張著「觀察的和確定的事實」，作為他們行進的根據，而他們同時代的學者，則在乾弄着哲學的理論。每一種法律學派，凡是因為反動着某種當權的哲學而興起的都是這樣思想，主張的。「現實」在這種場合，有着「重要性」的意義。而這種重要性，在司法和行政的程序上，不是從裁判所偶然的脫軌的行為上見到，而在它習慣的，正常的，可能預言的，合理的，行為上發見。

(未完)

## 醫師的責任

(續上期)

安德

### (五) 治療方法的選擇

由於病人的體質的不同，治療方法往往不能一成不變，醫師決定採取某種治療方法前，應斟酌病人的身體狀況；隨機應變，否則很能釀成不幸的後果。一八九一年 Saintquentin 某醫師囑病人服食某種含有毒質的藥品，分量並未過分，但因病人體質關係，竟致中毒，法院

認為有過失。一九二〇年一月十日 Seine 刑事法院因某醫師於注射 Arsénobenzol 及 novar senobenzol 前，未注意病人身體狀況能否接受該項治療方法，判以過失殺人罪。

有時某種治療方法，本身雖極靈驗，可能引起其他疾病，但醫師必須已知或能知病人的身體狀況於施行某種治療方法後足以引起他種

疾病時，方應負責，例如某種注射劑不宜於有心臟病的病人，但患病者如係小孩，據一般意見，通常無法預先查悉其有無心臟病，即不能歸責於醫師。總之，醫師在決定某種治療方法時應注意其可能引起的不良結果，醫師的目的，在治療疾病，如果他採用的方法顯能使病人生命發生危險，似乎就應認為有過失。

### (六) 藥劑的指定

醫師處方，如有疏忽，致藥劑名稱或數量有錯誤時，當然應負責。某醫師開方時，嗎啡四公分誤寫為四十公分，病人服食十倍於通常劑量的嗎啡後，中毒而死，一八七六年二月三日 Grenoble 法院判以過失殺人罪。

醫師處方時，藥劑數量如衡語一般醫學，並無不當，而結果竟致病人死亡時，仍不能以有過失論。一九〇四年某醫師遵照當時某醫學教授之主張，對病人注射大量 chlorhydrate de cocaine，病人不久即死，Lyon 法院宣告該醫師無罪，因是項方法，當時在醫學上本有人提倡，其後始發覺其為錯誤。

病人服用含有毒質的藥品時，醫師對於藥劑份量固應特別注意，同時應囑病人或服侍病人之人遵守規定之劑量，某病人因服用過量之 azotate d'alcoolidine 而死亡，但事前醫師已將藥品的性質告知病人，故而被法院宣告無罪。

### (七) 試驗性的治療方法

試驗性的治療方法分爲二種。(甲)在一切已知的治療方法均告失敗後，採用某種新方法，幸而成功，固然是着外的收穫，即使失敗，也不能歸咎於任何人。這一種試驗性的治療方法，在外科手術，尤其是產科手術，適用的機會最多，它的目的，既在療治疾病，自不能不認爲正當。(乙)不以治療疾病爲目的，純粹爲了學術研究起見，將病人身體作爲試驗的客體，這種試驗是非法的，因爲任何人的生命身體，應被他人所尊重，不能供醫學試驗之用。

一八九五年 Lyon 某醫師爲了試驗梅毒病菌的性起見向一患頭癩之病人注射梅毒病菌，被法院判決有罪。一九〇六年 Paris 某醫師新購愛克斯光器械一套，未請使用方法，將一病人供試驗，結果灼傷病人身體，由法院判令賠償損害。醫師如不以治療疾病爲目的，將病人身體供試驗之用，雖已徵得被試驗者的同意，是項同意仍應認爲違反善良風俗，不能免除醫師的責任。

除了試驗性的治療方法外，有時醫師爲了減輕病人痛苦起見，注射某種毒性藥劑，促其立即死亡，此種舉動，在法律上應否認爲合法？這個問題，不僅是民事上的損害賠償問題，同時也是刑事方面應否構成殺人罪的問題。據一般學者的意見，祇要病人一息尚存，還是有幾希望，如果醫師以人爲的方法，結束他們的生命，無異將病人殺死，況乎我國刑法並無醫師對絕望的病人，得以藥劑或其他方法促其死亡的明文規定（蘇聯一九二二年刑法典關於此點有規定，但事實上此項規定很能引起種種流弊），所以醫師在刑事上似乎不能不負責任。

### (九) 施行治療方法時的不注意

醫師決定採用某種治療方法後，須遵照醫學上一致公認爲正當的規則實施治療，假定他不遵守是項規則，就應負賠償責任。然而，醫師應絕對遵守的，祇限於醫學上一致公認的規則，其他在醫學上尚無定論的學說和主張，醫師當然不必顧及，仍保持行動的自由。

醫師施行治療時，必須採用必要的消毒方法。某醫師替一個受彈傷的人施急救，並未洗清創口，敷設消毒劑，結果病人創口發炎，潰爛而死，經法院判爲過失殺人罪。

醫師實施某種治療方法後，更須隨時注意其進行。一八六二年某醫師替一個手骨折斷的小孩接骨，因包紮過緊，骨接處發炎，發炎徵象，雖極顯明，因醫師不注意之故，並未立即發覺，致病孩手指被截。Rouen 法院認爲醫師有雙重過失。包紮過緊，違反一般醫學規則，爲第一過失；接骨後，並未隨時檢查病人狀況，爲第二過失。醫師雖有隨時注意治療方法進行狀況的義務，在我國的情形，醫師往往無法履行該義務，因爲，依我國習慣醫師診治一次後，非經病家的延請，決不能毛遂自薦，再度蒞臨病人家中，故而，醫師如無診視病人的機會，當然不負檢視病人體況之責。

### (十) 外科手術的責任

外科手術是一般醫師最感困難的項目，同時也最容易發生責任的問題。外科手術的第一部工作，是麻醉病人。施行麻醉，雖有時能引起病人的死亡，事實上這種意外事件，比較起來，不大容易遇到。麻醉，本身是一件危險的工作，醫師必須謹慎將事，可是，醫師如果已採取必要的注意，仍不免發生意外，不負絲毫責任；因此，死者的家屬除非能證明醫師在施行麻醉時有違反業務上必要注意的事實存在，就無法獲得賠償。（一九三一年二月六日法國 Havre 法院判決）。通常外科醫師施行麻醉時

，須有助手協助，但遇有急迫情形，或當地無法覺得助手時，當然不在此例。

施行手術時，醫師或因技術劣劣，或因漫不注意，致病人受有損害時，當然應負賠償責任。下面我們引述幾件外國的實例。

(甲) 壓布遺留在病人體內，醫師應否負責？

依普通人的目光看來，醫師施行手術時，將壓布 *compressé* 遺留在病人身體內部，簡直是一件『無法原諒』的事情，顯然有過失的存在。但是，據一般外科醫師的意見，壓布遺留體內，不可一概而論，有時雖應歸咎於醫師的不小心，有時的確是『情有可原』。施行手術時，創口大量放血。可能使壓布全部浸在血中，無法辨認是布是血，如手術時間過長，醫師將壓布遺留體內，並不構成業務上過失。因此，壓布遺留體內，應否由醫師負責，應視具體情形而斷，如果手術必須在極短促的時間完畢，決不能責令醫師在縫線前詳細檢視壓布已否全部取出，反之，醫師如有充分時間完成手術，當然應細查病人體內有無壓布遺留。

*Pastandes* 地某夫人，胃部患瘡，經某醫師施行手術後，胃痛較前更劇，三十六日後由口中嘔出壓布一塊，始知係該物在腹內作祟，一九三三年五月十六日 *Pastandes* 法院判決，認當時手術進行情況極為良好，醫師儘可從容工作，壓布顯因醫師疏忽而未取出。另一案件發生在一九三四年，手術經過情形，頗為危險，病人失去知覺時間太久，如再延長，勢將發生意外

，醫師無暇檢視有無壓布遺留體內，即將腹部縫好，*Sein* 法院宣告醫師無罪。

(二) 手術施行時醫師的過失。

外科手術多少含有若干危險性，如因此而引起任何意外，決不能一概由醫師負責，但是爭意外事件如因醫師業務過失（一九一二年十月廿九日 *Sain* 法院判決，無經驗（一九〇六年十月二十二日 *Aix* 法院判決），或使用醫學上尚未公認的方法（一九〇四年十一月十七日 *Lyon* 法院判決）所致者。醫師就不能不負賠償責任。

手術進行時發生若干特殊現象而非醫師所能預料者，不能由醫師負責，某醫師在病人食管施行手術，誤將頸總脈割斷，經專家鑑定病人頸總脈位置並不正常，醫師僅憑雙手觸摸，無法知悉頸總脈位置變更，由法院判決醫師無罪。

緊急手術，醫師不及採取一切通常措置時，也不負責任。某醫師為產婦接生，因係難產之故，須用顯骨切開術，手頭苦無適當器械，遂用縫被針代之，結果產婦生殖機構受損，一八九八年三月四日巴黎法院宣告醫師無罪，因當時情勢急迫，醫師祇可利用室內任何器具，施行急救，以保全病人生命。

如無急迫情事，醫師違反通常醫學規則，仍應以有過失論。某胎兒位置異常，醫師並不設法扶正，竟將其兩臂斷，胎兒生命雖獲保全，已成殘廢，經 *Domfront* 法院認知有罪判決。

### (十一) 美容外科手術

美容外科手術在最近二三十年間有着驚人的進步；它的目的是修補身體自然缺陷，增加美觀。目前美容手術最發達的地方，是美國的好萊塢，很多好萊塢的電影明星，為了銀幕上鏡頭的關係，不能不和美容手術發生關係，尤其是一般美人遲暮的老明星，為了消除額上皺紋恢復她們已消逝的青春起見，更非請效美容醫師不可（註）。在我國，美容手術尚未見普遍採用，宋國賢博士編的『醫務案件彙抄』內，第一件案件雖就是因美容問題醫師和病人間發生的一場糾紛，可是雙方當事人都是外國人。該案事實大概如下：某俄籍女士請某德籍醫師割治乳房，以增美觀，手術結果並未如理想之滿意，遂向上海法界以過失傷害罪控告該醫師，經法院判決醫師無罪。美容手術初創時期，頗為一般人輕視，容貌美醜，既與健康無關，醫師施行美容手術，礙難認為有正當理由，如因此損及受術者身體或健康，概應由該醫師負責，毋庸審究其有無業務過失；迨第一次世界大戰結束，無數戰士平民，被彈藥炸傷，賴救治得法，生命得以保全，可是傷痕累累『面目全非』，就是家人至親，亦將視同鬼怪，避而遠之，此輩不幸的戰事犧牲者，雖能苟延殘喘，生命樂趣，早已蕩然無存，幸而依賴美容手術的功効，彌補自然缺陷，變更容貌外觀，雖不能恢復本來面目，至少可以以假亂真，化醜為妍，因此，歐美社會一般心理，原來視美容手術為無足輕重之技術，噫該項手術之施



行爲多此一舉者，如今一致稱頌，譽爲人類救星，是項心理之變更，對於法院態度，有很大影響；各國判例的內容大致如下：醫師施行美容手術，損及受術者之身體，必須證明其有過失，方能請求損害賠償；可是，手術本身的危險性，與施行手術的目的，應屬相稱，美容手術既不以治療疾病爲目的，即非避免生命危險所必要，如果手術本身反能引起是項生命危險。無異視生命爲兒戲，故而醫師爲了美容的目的，施行危險性很大的手術，已有過失的存在，如手術失敗，損及病人生命或身體時，當然應由醫師負民事刑事雙重責任。下面我們引述幾件關於美容手術的實例。

巴黎某妙齡女郎嫌面部毛髮太多，類似男性鬚鬚，由某醫師爲之施行X光線治療，引起X光線皮炎，一九一三年一月二十二日巴黎法院判令某醫師賠償損害。

里昂某女郎腿部多毛，醫師爲之施行X光線治療，引起X光線皮炎，法院以該醫師無正當理由而採用危險治療方法，判令賠償損害。

巴黎某女郎應時裝公司之聘，担任試穿公司各種新式服裝的職務以吸引顧客注意，按担任是項職業之女子，其身體各部分應有均勻發展，始能收宣傳招攬的功效，該女郎腿部腫脹過甚，步履蹣跚，自覺非理想人選，遂請某醫師割治，施行後，創口發炎，右腿被截斷，女郎向法院提起損害賠償之訴，某醫師因施行手術時，顯有過失存在之故，被判支付賠償金二十萬法郎。

#### (十二) 醫師因其助手過失所致損害的責任問題

醫師執行業務時，必須有助手（護士，助理醫師等）相助；是項助手均應有相當醫藥常識並受適當訓練，在醫師指揮監督之下，執行特定業務，如執行不當，應區別三種情形：（一）執行不當專應歸責於醫師者；（二）執行不當專應歸責於助手者；（三）執行不當同時應歸責於醫師及助手者。

第一種情形，例如醫師診斷錯誤，處方時用藥不當，護士按醫師之方劑使病人服用，應由醫師單獨負責；第二種情形，例如醫師用藥並無錯誤，護士錯用他藥或藥量不符，而非醫師監督所及者，應由護士單獨負責；第三種情形，例如護士執行任務不當，醫師有失察之咎，並未盡監督義務，應由二人共同負責。

某病人患瘧疾，醫師囑其看護配合含有Chloroforme之水（Eau chloroformee），其看護以純粹Chloroforme進，醫師並未發覺，竟令病人服食，服後即死。巴黎法院判令醫師護士二人共同負責。

假如護士的過失行爲並非因醫師疏於監督所致，應由看護個人負責。某護士用噴水器沖洗病人咽喉，先將噴水器放在熱水內，取出後置於大理石上，噴水器爆裂，玻璃碎片飛入病人目內，竟致失明；Orléans 法院認爲洗喉在醫學上係極普通之治療法，一般護士均優爲之，該護士未讀噴水器使用方法，自應認爲有過失。

外科醫師施行手術時。就其助手之過失行爲，應負責任；醫科學生，在醫師監督下實習時，其過失行爲，如醫師未疏於監督，即可避免發生者，由醫師負責（或與行爲人共同負責）。

法國判例認醫院院長就其全院工作人員的行爲，均應負責。一九二五年五月廿三日一女瘋子由其家屬送入某醫師所設醫院療養，至八月八日出院，是年十二月間，該女腹部逐漸膨大，似有受孕模樣，一九二六年四月誕生一子，該孩身體組織，頗爲足月，經專家鑑定，受孕時期應爲一九二五年六月末或七月初，姦淫該女之男子大致爲醫院服務人員或住院病人，遂由嬰孩「外祖父」向法院控告醫院院長，涉訟五年，始由法院審結，判決院長賠償損害。

#### 結論

醫師的任務是很繁重的，偶一不慎，即可釀成無法補救的後果；在我國，病家控告醫師的案件，每年雖不在少數，如和外國相較，尙有霄壤之別；此種現象，是多是壞，一時頗難斷言，一方面看來，醫師雖未盡職，不一定須負法律上責任，似乎很足以助長醫師玩忽業務的風氣；然而，醫事糾紛，多數情形是病家無理取鬧，真正可歸咎於醫師的事件，佔絕對少數；可是案件結局，無論醫師勝訴與否，其營業定受重大打擊；故而，醫師不被病人控告則已，萬一對簿公庭，總是兇多吉少；在歐美各國，健訟的病人獨多，動不動就用法律手段對付，此在整個醫學界均認爲苦事（註二）；準

是以觀，我們決不應希望醫事糾紛的增加；法律的目的，本在維持社會公平的秩序，醫師如有玩忽業務，草菅人民的行為，固應追究，一切近乎敲詐或洩憤的訟案，決不能容許其存在

否則未免大對不起以服務社會解除人類痛苦為職務的醫業人員了。(完)

hul. 1 Les Stars. Francis de Croisset.

(註一) Revue des Deux-Mondes, 1er juin

(註二) 一九二六年法國外科醫學會第三十五屆會議 Faure教授開會詞

1936. Types de la vie d'aujourd'

屈會議 Faure教授開會詞

## 論不作為犯

徐定戡

行為者，發端於人類意思之身體的動止狀態，足以引起外界之變化者也，本於意思而為身體之動作者，為積極行為，其出於身體之靜止狀態者，則為消極行為，兩者性質雖不同，其可達犯罪之目的，則一也，舉說上前者稱為作犯，後者稱為不作犯，故所謂消極的不作為者，於或原因進行，可以惹起一定變狀於外界時，而不遮斷其進行之任意動作也，申言之，即可惹起外界變狀之原因，不問為出於自己行為，或出於他人行為，及出於人類以外之動力，惟對於可惹起一定結果之動力，不依機械的或生理的強制，而任意不防止其結果發生之動作者也，此動作即意思之實行，故與作為不同，其筋肉不向外部發動，然又不以身體之靜止為其要件，祇須於不防止結果發生之點，不為身體之舉動即可，至其同時於他方面雖為如何活動，則非所問，例如鐵道旁之司旗者，於應舉旗之時，而不舉行，是即不作為，乃故意作他項工作，雖同時身體亦有其活動，然其不舉旗之點，仍無礙於不作為也。

學說上對於不作為犯，依其性質分為二種：一、純正不作為犯，又曰不行為犯，即法律規定之形式上，以純粹消極的不作為為犯罪之內容者屬之，例如對於無自救力之人，依法令或契約，應負扶助養育或保護之責，而不為其生存所必要之扶助養育或保護，因而致人於死者，即應成立刑法第二百九十四條第二項之罪是也。二、不純正不作為犯，即法律上本以積極行為的形式所規定之犯罪，而依消極的不作為，亦得成立其罪者，屬之，例如刑法第二百七十四條「母於生產時或甫生產後殺其

子女者」，無論為積極的殺害或消極的任其凍餓而斃，不加保育，均可實現其犯罪之目的，此即所謂不純正的不作為犯，依刑法第十五條規定曰：「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同，因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務，」是純正的不作為犯，以特別規定為前提，自應依其特別規定，而該條之適用，則限於不作為犯，而無特別規定者，與作為犯處罰相同，故事實上僅不純正的不作為犯有其適用而已，然不作為於如何場合，始負「法律上防止之義務」，易言之，即吾人之消極行為，於如何條件之下，方負刑事責任而受罰乎？依不作為構成犯罪者，以行為者負有法律上應為之義務，且得以為之，而乃不為，以致生犯罪之結果者為要，換言之，行為者在法律上有須為防止犯罪結果之作為，而乃不為，致發生其結果時，構成不作為犯，蓋以違法之不作為，其不防止結果，與以作為惹起結果，在法律上有同一之價值，固不能設區別於其間也，夫世非無作為義務，尙自進而作為者，如人乍見孺子，將入於井，急往援救，固為人情之常，然殘忍之流，見而不救，或本有救意，故不往救，亦非法律所能咎，蓋法律對於毫無關係之第三者，無科以見溺必救之義務也，若夫法律明定負有義務，且有為其作為之能力，若能盡其義務，則可防止其結果之發生，而乃任意不為，則法律自不能置而不問，如前例鐵道旁之司旗者，負有舉旗之義務，乃火車遇有危險發生，而故不舉旗示警，致礙軌上之行人。醫院中之護士，負有看護

病人之義務，乃日親病人誤服毒藥，而不急爲解救，致斃臥病之人，皆足構成不作爲之殺人罪也。要之，無法律上義務，尙自進而防止危害之發生者，此屬於道德之行爲，誠足以稱道，有法律上應爲之義務而爲之者，此屬當然之事，除有特殊勳勞外，固無庸加以贊賞，若有法律上義務，而猶不防止危害之發生，致有犯罪之結果者，則與以積極的行爲犯罪，應負法律上之責任無以異也，然可作爲法律上義務者，果何所指而云然，就大體言之，刑法上之消極的犯罪，（即不作爲犯）必以行爲人在法律上具有積極的作爲之義務爲前提，此種作爲義務，雖不限於明文規定，要必就法律之精神觀察，仍應有此義務時，始能令負犯罪責任。（最高法院二十四年上字第一五一號判例）析言之，可分爲後述各種情形。

一、本於法令契約所生之作爲義務，例如依警察法令，警察官吏，對於人民之身體財產，有防衛義務，依監獄規則，典獄官吏，對於囚徒之衛生醫治，有檢查義務，依民法規定，行親權者，對於未成年之子女，有監護教養義務，本於契約規定，看護之人，對於病者，有看護義務，及其他基於法令契約所明示暗示之各種作爲義務等均屬之，或謂違反民法或行政法令之義務者，當受民法或行政法上之制裁，不當負刑事之責任，然此非以違反民法或行政法之故，使負刑事責任之旨趣，乃以違反民法或行政法上之義務，爲不作犯之一條件之謂，此與認民法上所有權，爲刑法上侵害他人財產罪之條件，認行政法上之官吏資格，爲刑法上官吏收受賄賂罪之條件，無以異也。

二、由於自己行爲所生之作爲義務，蓋法律上防止義務，難以一一列舉，故因自己行爲致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務，例如翻覆洋燈，致引起火災者，有防止火勢蔓延之義務，外科手術，致人危篤者，施術者有施行應急治療義務，及其他就普通法律觀念，凡由於自己行爲所生之危害，有防止之一切作爲義務等是也，茲有應注意者，若其行爲之初，有犯罪之故意時，則屬純然作爲犯，其後之不作爲，不成問題，例如初以放火犯意，翻覆洋燈，以殺人犯意，故意誤施手術，則爲純然放火犯殺人犯，而其後之不作爲，非所問也。

至消極的不作爲與犯罪事實之因果關係如何，學說上更有純因果關係說與準因果關係說之分，近世立法例與解釋上，大抵採準因果關係說，蓋在積極行爲，因現實的動作，發生現實的結果，自得謂爲有純粹的因果關係，而消極行爲，則非有現實的動作，惟有無此消極的不作爲，即無結果之發生，亦唯有此不作爲，始發生一定之結果，故在法律上之價值，正與積極行爲之因果關係相等，此即所謂準因果關係也，消極行爲之準因果關係，其範圍亦不能漫無限制，其應負法律上之責任者，以具備下列二要件爲限，即一、消極行爲與結果，必須爲直接的因果關係，此層與積極行爲相同。二、消極行爲之爲罪，必須違反一定之義務，即對於一定之結果，有防止其發生之義務者，不盡其防止之義務時，始負刑事上之責任，司法院三十年六月十七日第二二〇〇號解釋云，「重慶私人防空洞之剩餘洞位，應開放與他人避難，以補公共防空洞之不足，早經重慶防空司令部會同其他主管機關於上年三月間佈告週知，除已照前此規定開放給有避難許可證者外，並製就避難許可證發交警察局各分局存備各洞主接洽及分函洞主在案，此項辦法自係防空主管機關本於防空法第八條第二項職權所爲之命令，持有前項許可證之人，於空襲時爲避免轟炸之危害，前往私人防空洞避難，其事前已受接洽之洞主或主持之人，就該洞所剩餘洞位，苟非臨時因人數擁擠及其他不得已情形，事實上無法開放，依法既應容納，即係對於危害之發生，在法律上負有防止之義務，該洞主或主持之人，拒絕容納，致避難人遭受敵機轟炸，發生死亡之結果，依刑法第十五條規定，與因積極行爲發生結果者同，應查明該洞主或主持之人如有犯罪之故意或過失，分別論以故意或過失殺傷之罪一，即其實例。至不作爲與結果之間，是否有因果關係，歷來學說紛歧，有謂不作爲絕對不有原因力者，有謂不作爲得爲結果發生之原因者，前者曰消極說，後者曰積極說，茲縷述如次。

一、消極說 此說得分爲二：甲、不作爲之對於現狀，並無何等變更，故不能謂其有原因力，易言之，不作爲之爲物，乃一種無的狀態，無中不能生有，此爲不作爲與結果之間，當然不發生因果之關係，既不生因果之關係，此其所以不成犯罪也，詳言之，此說要旨，認爲不作爲

在無論何時，無惹起結果之原因力，例如樹頭果實，至成熟而落地，與重力有別種關係，非因旁觀者不阻止之不作爲而生，又如火車已行駛達於危險之處，既經顯覆，非因司機者不舉旗示警之不作爲而生，其原因在於不舉旗以外之駛行及危險物之衝突也，如此，不作爲無發生變狀於外界之原因力，不作爲既無原因力，故即與他作爲或自然力相併，而不作爲本身決不至有原因力，其不作爲，與他之作爲或自然力相併，以惹起外界變狀者，其變狀非因於不作爲而生，實由於他之作爲或自然力而生，蓋以客加一，其客仍爲一，而客固無何等影響也，但謂不作爲，與他之作爲或自然力相併，以發生外界結果者，特對於作爲或自然力之原因進行，有不遮斷之消極的關係而已，故不作爲爲犯罪之原因，刑法上與作爲有同一之價值者，非以有論理上因果關係之故，而以有法律上遮斷他原因力之故，而不爲之之故也。乙、不作爲無原因力，故不作爲與結果之間，不生因果之關係，固矣。惟是有防止原因力進行之義務者，違反義務而不防止其進行時，在法律上與有原因力同視，換言之，不作爲自身。決不有發生結果之原因力，因其價值與作爲相等，故以作爲之因果關係論準用之，學者謂之準因果關係，論者對於此說，抱有二大疑點，其一，何故無因果關係，而必強使與因果關係同視，夫無因果關係，而必與有因果關係同視，爲刑法所不許，例如殺人罪之構成，即指殺人者之行爲，與被害人之死亡，有因果關係而言，使殺乙者非甲，而謂乙之死亡，視爲與甲有因果關係，認爲某甲成立殺人罪，試問刑法許此逸出論理範圍之類推解釋乎？其二，彼所謂義務違反，係指刑法上義務違反而言乎？抑包含民法行政法及其他法令義務之違反乎？就文理解釋，當然不以刑法上義務違反爲限，不違反刑法命令，而違反刑法以外法令所規定之義務時，在各該法令中，自有特別制裁之存在，不能稱爲刑法上之處罰，此所以僅曰義務違反，未足以說明其爲刑法上之犯罪，更無從研究不作爲有無因果關係之問題也，亦有認爲違反義務，不能謂之犯罪，違反義務而生刑法上之結果者，而後構成犯罪，曰，信如斯言，是消極論者，又承認刑法上之義務違反與結果之間，有因果關係矣，既承認不作爲有因果關係，何故限於有作爲義務者之不作爲，夫而後有因

果關係，無此不作爲，則不見有結果之發生，作爲義務之有無，無與也。

二、積極說 謂不作爲與結果之間，亦猶作爲與結果間有同樣的物質的因果關係，固爲一般積極說者同一之主張，至其主張之理由，則各有不同，甲，行爲者之不作爲，本無原因力，當將履行義務之時，因有其他原因存在，以致未能履行義務，此不履行義務時之其他行爲，即爲結果發生之原因，故不作爲與結果之間，得認有因果關係之聯絡，例如乳母不爲嬰兒哺乳，是爲不作爲，然其所以不哺乳也，因適從事於其他積極行爲。例如縫紉熨熨等，有此作爲與不作爲相配合，而生因果關係是，又如鐵道上之司機者，不吹信號，不展赤幟，致發生火車顛覆之事實，僅此不吹信號，不展赤幟，與火車之顛覆，不能即謂其有因果關係，因司機者當初有就職之行爲，於是發生因果關係，此說以其他行爲發生因果關係之論據也。故名此曰他行爲說，又曰同時作爲原因說，以他行爲爲同時作爲原因，解決不作爲有原因力與否之問題，實非確當，且行爲者當履行義務之際，不履行義務，又不爲其他行爲，純然出於靜止之狀態時，抑又何如，其主論之不當，固無待多言也。乙，不作爲單獨無原因力，先有積極行爲與之相合，然後爲結果發生之原因，詳言之，不作爲，往往由作爲而生，姑必有一作爲在前，乃能使第二作爲之義務，發生於後，不盡此作爲義務，與前行作爲相合，結果因是而發生，有一無故意無過失加傷害於人而以故意不防止死亡結果之發生者於此，就故意不防止之一點言之，當然不能謂之有原因力，以其先有傷人之事實，而又加之以不作爲也，於是使之就以前之傷害事實，任故意之責，學者以其使之就以前行爲任故意之責也，名此爲先行必爲原因說，行爲當時無責任，不因後發責任而受處罰，爲刑法之大原則，此說以行爲後有故意，即謂對先行行爲所生之結果，有因果關係，反乎責任不溯及之本旨，故此說亦不足採。丙，不作爲與作爲無異，同有因果關係，作爲之有原因力者，以其對於結果與以起果條件故也，不作爲之有原因力者，爲其排除妨果條件也。有防止原因進行之作爲義務者，違反義務，不作爲一定之作爲時，是爲排除妨果條件，是即有原因力，振刀殺人，是爲

惹起死亡結果之條件（起果條件）若加害者防止死亡結果發生，將被害者送入病院治療，是為防止結果發生之條件，（妨果條件）加害後而不與以治療，致生死亡之結果者，是為排除妨果條件，起果條件，為積極原因，排除妨果條件，是為消極原因，此消極原因與結果之間，得認有因果關係，此說謂不作為與結果，有因果關係，固矣，至謂作為常有消極原因存在，則不妥當，無他，蓋僅有積極原因，即足以惹起結果之發生也，例如奮力一刀，致人死命，絕無治療之餘地是，且僅認作為義務者之作為，為妨果條件，而對於無義務者，可為防止原因進行之行為時，則不認其為妨果條件，主論殊不可解。丁，不作為亦與作為同，得認有因果關係，凡屬居於可得防止原因進行之地位者，而有不作為之行為時，不問其有作為義務與否，對於結果之發生，有原因力，學者名此說曰他因利用說，此說以因果關係，乃存於行為與結果間之客觀的關係，行為者之有作為義務與否，於此客觀的關係之成立，毫無何等影響，明知有惹起結果發生之原因存在，又居於可得防止此原因進行之地位，而又不防止時，是有危險性，故認為有原因力，誠足以闡明不作為與結果之間，有因果關係之理由，不作為之有原因力，已如上述，惟是不作為之有原因力，與不作為之成立，不可不區別之，易詞言之，凡屬居於可得防止結果發生之地位而不防止者，（不作為）不能即謂對於該結果之發生，應負刑責，誠以不作為之成立，具此危險性之外，猶不可不具有違法性也，故無因果關係，固不成立犯罪，有因果關係，而不違法者，亦不成立犯罪，例如孺子匍匐入井，路人熟視若無睹，

論者謂非法律上所謂行為，故無因果關係，反之，乳姆見孺子入井而不救，是為違反法律上之義務，於是發生因果關係，實則孺子之死，無論路人救，乳姆不救，均有因果關係，不過路人無防止結果發生之義務，故不有違法性，不有違法性，故不構成犯罪而已，至論者所謂不違反作為義務之不活動，僅發生宗教上道德上之問題，而非社會上法律上之所謂行為云云，措詞亦有未妥，不違反作為義務之不作為，不能謂之非行為，不過此種行為，僅發生宗教上道德上之責任問題，而不發生刑法上之責任問題而已。

惟因果序列進行之際，因他項原因之介入，則前因後果，不相聯絡，其第一原因與最後結果之關係，被第二原因之介入而遮斷，此種狀態，亦事所恆有，學者稱為因果關係之中斷，積極行為之能發生因果關係中斷，固無疑義，其在消極行為，發生因果關係中斷之情形，不作為犯應負刑事責任如何，則依其性質而有不同。一、在他人行為介入時，例如甲對於無自救力之乙，不盡依法保護之責任，任其病臥道旁，旋有丙駕車疾駛，將乙碾斃，則甲僅成立消極遺棄之罪，其致死結果，應由丙負其責任。二、在自然力介入時，例如甲受傷求治，醫生故意不為治療。致甲因破傷風而死，因果關係，不能認為中斷，至如乳姆見撫育之孺子將為惡犬所噬，故意不加防止，以致小兒為犬所傷，不良於行，忽有流彈飛來，小兒中彈畢命，則因果關係中斷，乳姆只負消極的傷害之責。（三十六年一月十八日於上海地方法院）

## 飛機失事的損害賠償問題

瑞雲

最近中央中國兩航空公司的飛機一再失事，繼聖誕夜三架飛機在滬失事之後，又有一月五日青島附近飛機觸山墮地的慘劇，前者死傷人數有七八十人之多，後者則機內飛機師乘客全部遇難。這兩樁不幸事件發

生後，全國各地均為之震驚，輿論界一致主張追究失事的責任；第一事件的刑事部分，雖已由上海地方法院檢察官開始偵查，可是由於元旦日國府頒布大敵令的緣故，也許不致正式追訴；第二事件發生日期，是本

月五日，自不在大數範圍之內，但青島司法機關是否將予追究，尙不得而知，折開刑事部分不談。民事方面，第一案被害人家屬已決定提出損害賠償的請求，第二案遇難者家屬大概也將採取同樣的行動。航空運輸，在我國尙是新創的事業，「大規模」的飛機失事。在我國也是第一次遇到，航空事業經營者損害賠償責任的法律上根據和其範圍，很有研究的價值。

我國關於航空方面向來沒有正式法規，民國三十年五月三十日國民政府公布的航空法，至今尙未見明令施行，所以航空運送仍應適用民法債編第二章第十六節「運送營業」之規定（民法第六百二十二條以下）；因爲民法第六百二十二條規定「稱運送人者，謂以運送物品旅客爲營業，而受運費之人」，對於運送方法的種類，毫無限制，除了海上運送已有海商法的規定可以適用外，其他陸上運送，空中運送自應遵照民法規定處理。

按民法第六百五十四條載「旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲延，應負責任，但其傷害係因不可抗力或因旅客之過失所致者，不在此限」，根據上開規定，旅客因運送受傷（或死亡）時，毋庸證明運送人過失的存在，概由運送人負責賠償，除非運送人能證明傷害係因不可抗力或旅客自己過失所致，方才可以免責；這條規定雖加重了運送人的責任，如和航空法第四十二條相較，仍不失爲有利於運送人的規定，因爲航空法第四十二條載「航空器飛航時因失事致人死亡或傷害人之身體健康或毀損動產不動產時，航空器所有人不問有無故意或過失，應負損害賠償責任，自航空器上落下或投下的物品致生損害時亦同」；民法債編的運送營業，運送人尙可因不可抗力或旅客之過失而免責，航空器所有人縱在不可抗力的情形，也應負賠償責任。（航空法第四十二條既云「因失事致人死亡……」，而航空器失事決不會因旅客過失而發生，自無所謂因旅客過失所致之損害）；航空法尙未正式施行，能否作爲「法理」而適用於飛機失事，固尙有疑問，然而此二次飛機墜機，據報載所載，均以氣候變化飛機無法降落爲原因，氣候變化能否列入民法第六百五十四條不可抗力的範圍？一九二八年國際航空法律委員會「

Comite Juridique International de l'Aviation」在馬德里舉行會議時制定的航空法典，第五十一條規定如下：「（航空器）運送旅客及物品時，氣象變化不得視爲不可抗力，運送人不因氣象變化而免責」（註）是項規定的理由是因爲氣象變化，依照目前科學發展的情形，本來可以預測，同時，由於現代通訊方法的完備，各地氣象情形可以隨時通知航空站或正在飛行中的航空機，航空機尙未起飛，自可取消其飛行計劃，如已起飛，也可變更航線，或採取一切必要措施，以維旅客及飛機本身的安全。故而最近飛機失事，如確因氣候關係所致，航空公司似不能不負民事賠償責任。

傳聞死難旅客除由航空公司負擔殯殮費用外，每人發給法幣一百萬元的「掛鉤金」，當然，如果航空公司就此失事不應負賠償責任，公司支出的一筆殯殮費用，相當可觀，在死者家屬方面，已屬分外之賜，如今更能領受法幣一百萬元，而這一百萬元又是爲了「掛鉤」家屬的目的而給付，自不應再有所主張。可是，公司如應負賠償責任的話，決不能任其限定賠償額爲一百萬元。飛機乘客，在目前情形，以有錢階級居多數，乘客生命的價值，也許不止一百萬元，應酌酌各旅客的家庭狀況，社會地位和其他一切情形，方能確定應賠償的數額。此外，有人以爲航空公司預先限定賠償額爲一百萬元，是法律上所謂限制運送人責任的條款，所以旅客不能要求超過一百萬元的賠償；然而，依照法律規定，限制運送人責任的條款，限於能證明旅客對該條款明示同意的情形，方能適用。民法第六百五十九條載「運送人交與旅客之票，收據或其他文件上，有免除或限制運送人責任記載者，除能證明旅客對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力」，航空法第四十五條載「關於旅客及載運貨物或航空人員之損害賠償額，有特別契約者，依其契約」，「前項特別契約，應以書面爲之」，「第一項賠償額經交通部核准登載於客票或提單，而經旅客或運送人簽名或蓋章者，視同書面契約」（足見如無此項簽名蓋章手續，尙不能拘束旅客）。

公共交通工具失事，在我國已是家常便飯，輪船因載客過多而沉沒，陸上車輛因駕駛不慎而傾覆，幾乎常常在報紙上可以看到，一般人通

常不予以注意，經營交通事業的組織，有時難拿出一筆錢來，是以「**撫卹金**」的名義，死難者的遺屬缺乏法律知識，也就不敢提出任何請求；不意此次飛機失事，居然掀起了一場大波，在一般經營交通事業組織的立場而言，真所謂有幸不幸了。如果飛機失事有追究責任的必要，日後其他交通工具肇禍也不應輕視放過，這樣方能使經營者深具戒心，

## 新憲法內各種治權相互間的關係

冉宗柴

中華民國新憲法於民國三十六年元旦日正式公布，其內容和民國二十五年之「五五憲章」相較，頗有不同之處。因為民國三十五年一月十一日至三十一日的政治協商會議，曾擬定修改憲章原則十二項，十一日開立法院起草應向國民大會提出的憲法草案時，就根據是項原則而起草，憲法草案經國民大會完成一二三讀程序，由國民政府於民國三十六年一月一日明令公佈，並定於同年十二月二十五日施行。

憲法是國家基本大法，它的條文，條條都是重要的，然而實際上影響最大者，當推治權的行使方法。在「五五憲章」和最近公佈的憲法內，都承認「五權分立」的制度，而五種治權的來源和運用，以及各該治權相互間的關係，五五憲章和新憲法，有若干顯著的區別；現在，我們用下面的圖表示以剖析：（見下頁）

各種治權在憲法上所佔的地位，以及各種治權相互間的關係，尤其是行政與立法間的關係足以決定政府的方式，試以他國為例，由於行政與立法所佔地位的不同，就有所謂總統制和內閣制的區別。

（一）總統制的特點，是行政與立法的截然對立，其代表國家為美國。在美國，國家的元首（總統）同時是政府的首長，總統國民選而產生，也就是說，因某政黨的擁護而被選，故而總統必須執行該政黨的政策。他的國務卿，都由他一人任免，直接受他的節制。立法機關不能以不信任決議的方法強迫國務卿辭職。國務卿也無權在立法機關發言，立

處處遵循規則，不敢玩忽業務，以身試法，「失事」的不祥名詞，也許會少聽到幾次了。

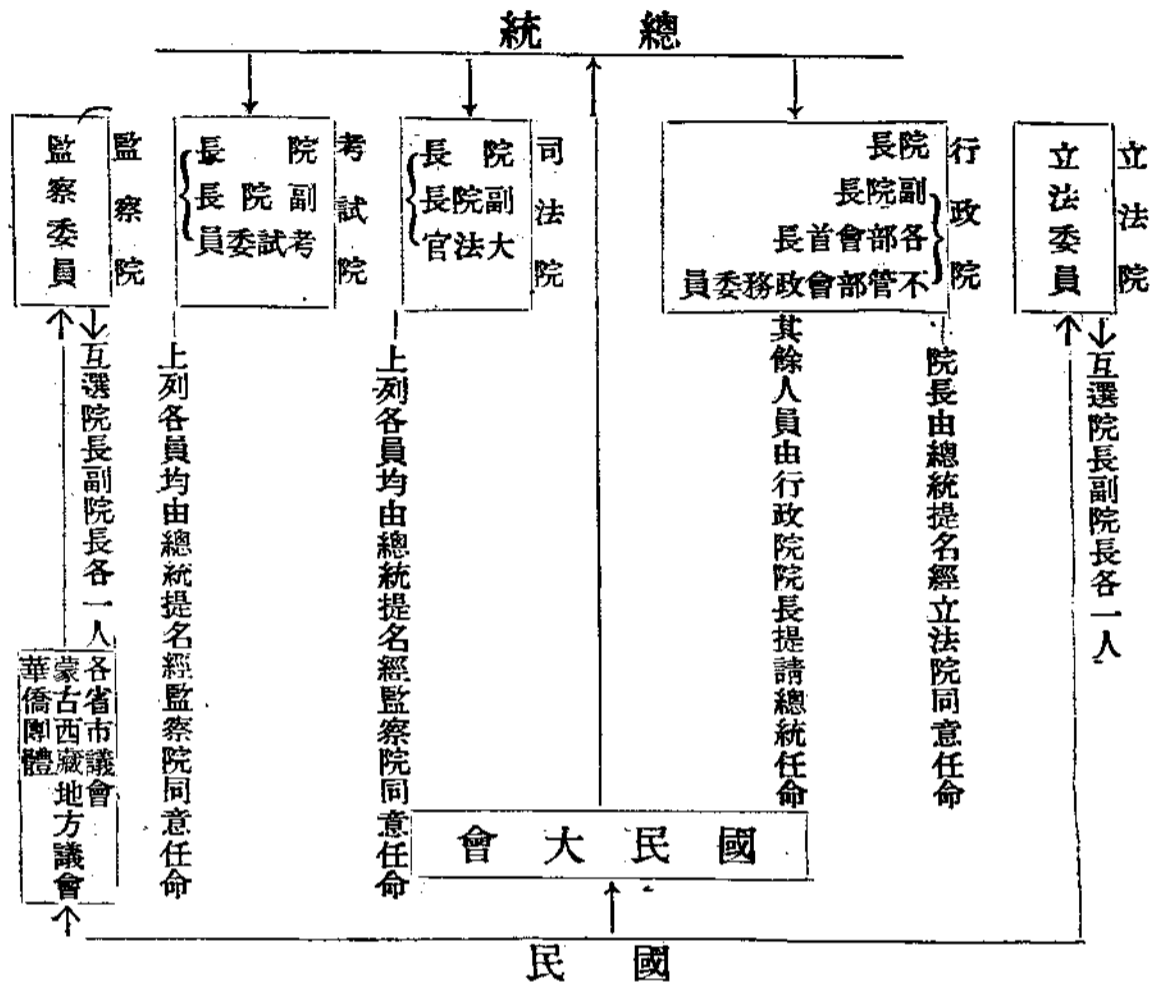
（註）Jouquet ne AUBERT, "Les Aerodromes et leur regime juridique", p.27-8 (Librairie Generale de droit et de jurisprudence, 21, Rue Soufflot, 20, Paris)

法機關和行政機關無絲毫連繫。總統原則上無召集國會之權（例外，在非常時期得召集國會），總統也無權向國會提出任何法律案（就是預算案也無權提出），同時，總統不能解散國會，也可以說是當然的事。可是，總統與國會間保持若干關係，總統有向國會報告合眾國國務情形之義務和權利；總統對付國會，有一樣最重要的工具，就是否決權的行使；通過於眾議院及參議院的法案，應經總統批准，方成為法律，總統如不批准，得將其退還；退還後，參眾二議院覆議時，如均以三分之二多數通過，該法案始成為法律。參議院是總統的顧問；總統許多的行為（例如大使，公使，領事，最高法院推事及合眾國政府其他官吏之任命，條約之締結）均應取得參議院的同意。

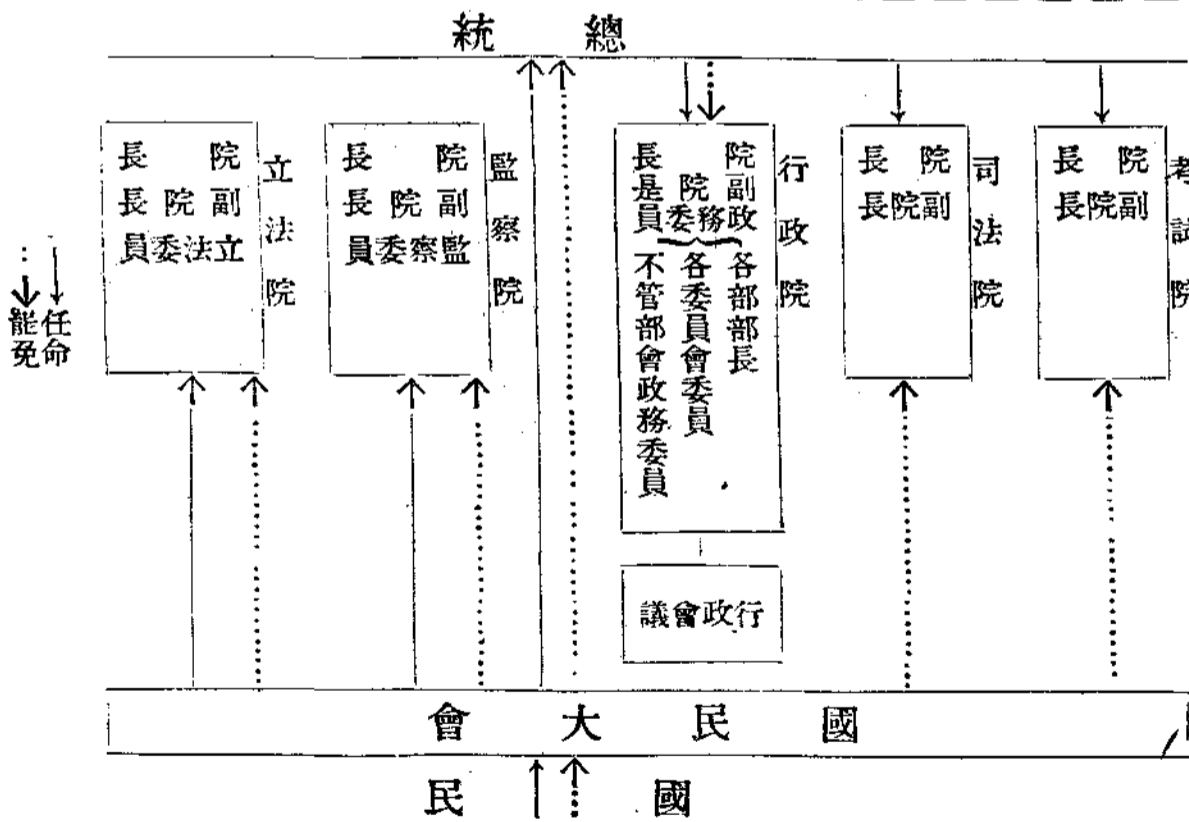
（二）內閣制的代表國家是英國。內閣制的特點，是力謀行政立法勢力的平衡。國家的元首（國王，人民或立法機關選舉的總統）祇擁虛位，沒有實權，不負政治上的責任（所以不能被迫辭職），元首實際上並不行使行政權，一切政令，均須經國務員的副署，始生效力。行使行政權的機關是內閣，內閣由國務員組織而成，其中一人為領袖，名曰國務總理。

內閣制的基本原則如下：行政權應由在議會代表多數人民的人（不一定是議會的多數黨）行使，因此，內閣和議會（通常是下院）內多數代表的意見是一致的。遇有內閣和議會發生衝突時，內閣得選擇下述途

# 新憲法



# 五五憲章





徑之一：自行辭職，或請求元首解散議會，舉行新選舉，但新成立的議院仍不信任內閣，內閣必須辭職。元首不負責任，祇在立法機關和行政機關間担任着中間人的職務，元首應選擇議會多數信任的人為國務總理，委以組織的重任，同時也能依國務總理之請求解散議院。

新憲法內五種治權的運用方法，是上述總統內閣兩制的一種調和，下面我們分析新憲法內閣機關的組織和職權：

(一) 國民大會：國民大會是代表全國國民行使政權的機關，國民大會的職權如下：選舉總統副總統，罷免總統副總統，憲法修改之創議，覆決立法院所提之憲法修正案。人民應有的四種政權：選舉，罷免，創制，複決，均由國民大會行使。國民大會代表的任期，定為六年；國民大會的會議分為兩種，常會和臨時會，常會於每屆總統任滿前九十日由總統召集之，臨時會遇有下列情形之一召集：(1) 依憲法第四十九條規定，應補選總統副總統時，(2) 依監察院之建議，對於總統副總統提出彈劾案時，(3) 依立法院之決議，提出憲法修正案時，(4) 國民大會代表五分之二以上請求召集時。

(二) 行政：行政權由總統及行政院院長共同行使。

(甲) 總統：任期為六年(中華民國國民年滿四十歲者有被選舉權)，連選得連任一次；總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止。

表面上，總統的權限很廣，但總統公布法律，發布命令，均須經行政院長之副署，或行政院院長及有關部會首長之副署。

總統有權締結條約，宣戰，媾和。但必須經立法院之決議。總統有權宣布戒嚴，但須經立法院之通過或追認。總統於立法院休會期間，得經行政院會議之決議，依緊急命令法，發布緊急命令，但須於一個月內提交立法院追認(這一點和德國 Weimar 憲法第四十八條相同)。

總統有權將立法院議決之法律案……等發還立法院審議(詳後)。

(乙) 行政院：行使行政權的實際上負責機關。行政院設院長副院長各一人，各部會首長若干人，及不管部會之政務委員若干人。行政院相當於內閣制國家的內閣，院長的地位等於內閣的國務總理。

行政院院長由總統提名，經立法院同意任命之，副院長，各部會首長及不管部會之政務委員，由院長提請總統任命之。

憲法內雖並未指明行政院應對立法院負「政治上責任」，(所謂「政治上責任」，就是立法機關對行政機關為不信任之決議時，行政機關應即辭職)，但實際上行政院是受着立法院的節制，因為：行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責，立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。

行政院對於立法院決議之法律案，預算案，條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，移請立法院覆議。但覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。

行政院得經本院會議之決議，向立法院提出法律案，預算案，戒嚴案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案及其他重要事項等。

(三) 立法：立法權由立法院行使，立法委員，以普通，直接，無記名投票之選舉而產生，任期為三年，連選得連任。立法院院長副院長由立法委員互選之。

立法院會期每年二次，第一次自二月至五月底，第二次自九月至十二月底；經總統之咨請或立法委員四分之一以上之請求，並得開臨時會。

立法院之任務為：議決法律案，預算案，戒嚴案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案，及國家其他重要事項。

(四) 司法：國家最高司法機關為司法院，司法院設院長副院長各一人，大法官若干人，均由總統提名，經監察院同意任命之。司法院是全國的最高審判機關(最高法院)，掌理民事，刑事，行政訴訟之審判，及公務員之懲戒，解釋憲法，統一解釋法律及命令；法律與憲法有無抵觸發生疑義，或省法規與國家法律有無抵觸發生疑義時，均由司法院解釋之(法律與憲法抵觸，省法規與國家法律抵觸者，均無效)。

考試：國家最高考試機關為考試院。考試院設院長副院長各一人，考試委員若干人，由總統提名，經監察院同意任命之。

考試院掌理考試，任用，銓敘，考績……等事項。

(六) 監察：國家最高監察機關為監察院；監察院設監察委員，由各省市議會，蒙古西藏地方議會，及華僑團體選舉之，其各額分配依下列之規定：每省五人，每直轄市二人，蒙古各盟旗共八人，西藏八人，僑居國外之國民八人。監察院院長副院長由監察委員互選之。監察院是一種沒有立法權的議會，享有若干在其他國家由上議院行使的職權。

總統任命若干官員時，依憲法規定，應得監察院之同意，監察院得調查行政機關之一切工作，對於中央及地方公務人員，得提出糾舉案或彈劾案。

根據上開說明，新憲法內行使治權的機關如左：

(一) 國家元首(總統)——不負「政治上責任」(即立法機關不得迫其辭職)，——行使行政權的機關：行政院(相當於內閣制的內閣，但依法亦不負「政治上責任」)。

(二) 下議院：立法院

(三) 最高法院：司法院

(四) 考試院

(五) 監察院

考試院和監察院是我國特有的機關，而監察院的地位，很可以和美、國參議院相比擬，「總統的顧問」，因為總統任命若干官員時，應取得監察院的同意。

監察院享有彈劾權，但我國彈劾制度和英國、法國、美國議會的 Impeachment 並不一樣，在是項國家，下議院提出彈劾案於上議院，由上議院審判之，我國監察院祇有彈劾權而無審判權，公務員的懲戒，由司法院掌理。

新憲法總統制內閣制的比較：有人以為新憲法很傾向於總統制，但事實上，兩者間的異點很多：(一) 行政權不由總統掌握，而由行政院行使，這是和總統制的根本不同之處。(二) 行政機關對立法機關得採取若干行動，例如行政院得向立法院提出法律案，預算案等；這一點也和總統制不同；但是，另一方面，國家元首得召集立法院臨時會(

憲法第六十九條)，立法院決議之法律案……等，行政機關得請其覆議，均與總統制的美國憲法相同。(三) 立法機關對於行政機關也能採取若干行動，例如行政院應向立法院提出施政方針及施政報告，立法委員在開會時，有向行政院各部會首長質詢之權，此外，立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之，行政院雖可對是項決議請求立法院覆議，但覆議時，如有出席立法委員三分之二同意維持原決議，行政院院長應即接受該決議或辭職，以上種種立法機關對於行政事務的「干涉」，也是總統制的美國憲法所無的。然而，我國憲法規定，總統任命行政院院長前，應得立法院同意，很類似美國總統任命國務卿應徵求參議院同意的規定(事實上，在美國，參議院的同意，僅是一種「形式上」的方式，因為參議院從未拒絕表示同意)。

新憲法也不能認為採取內閣制，因為內閣制的特點是全體閣員(行政院各長官)負政治上的連帶責任，立法機關得以不信任內閣之決議，迫使內閣總辭職，同時，行政機關得解散立法機關，以舉行新選舉的方法，訴諸民衆的公意，這許多內閣制的基本規定，在我國憲法內都不存在。

照憲法的規定看來，行政院各長官雖沒有政治上的連帶責任(全體人員因立法院的不信任而總辭職)，可是，行政院院長如不願接受接受立法院的決議，祇有辭職之一途，其他人員(副院長，各部會首長及不管部會之政務委員)，既由院長提請總統任命，自必與院長共進退，全體總辭職。因此，事實上，行政機關的活動，處處須聽命於立法機關，同時却不能如其他國家以請求元首解散立法機關的方法與立法機關相抗衡。(這一點和政治協商會議憲法修正原則略有出入——政協憲法修正原則第六項載：「如立法院對行政院全體不信任時，行政院或辭職，或提請總統解散立法院，但同一行政院長不得再提請解散立法院」)

綜上所言，我國憲法是總統制與內閣制間的一種折衷制度，兼採兩制之長而無其短，五種治權互相牽制，互相監督，但並不影響各種治權單獨的活動，的確可以說是一種前進的立法。

本刊已呈請社會局轉呈中宣部內政部核發登記證

每冊另售法幣貳仟元