

本社業經中央黨部與內政部批准登記

◀ 第一卷 ▶

第七十期要目

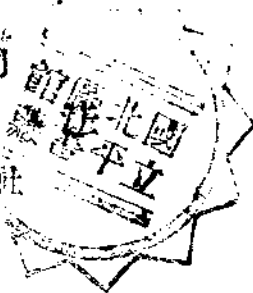
訴之合法與否 (續完)	洪文瀾講述
讀一被告之羈押問題一以後	劉友厚筆記
政治學說與國際法 (續完)	E. M. Borchardt
司法院解釋 自院字第八七九號起	胡慶育譯
最高法院裁判	季平
法律質疑	季平
新法令	季平
裁判正謬	季平
法海輪廻 法界人員動靜消息	季平
文藝	季平

中華民國二十二年四月二十三日

(星期日)

法治週報 民國二十二年春月傳聞題

司法部行政部法官訓練所同主辦
法治週報社
地址 南京洪武街一三二號



胡慶育著 **法學通論**

法律觀念之闡釋，均係以分析學派之通說為主，至其他各派之新說，亦酌量介紹，並加評議，故全書精神，始終一貫，絕無駁雜。願治斯學者其各人手一編。
定價二元二角。

法學通論之主要目的在謀初學者之便利，而示以正當之坦途，故立言貴乎正簡要，而無取乎淵博新奇。本書即係按此旨，審慎編成，其對於各種新說，亦酌量介紹，並加評議，故全書精神，始

胡慶育譯 **比較法理學發凡**

獨能一一備叙。所謂縮龍成寸，在作者則費剪裁；而索驥按圖，在讀者則使檢閱，是眞一書良好之法理學入門書也。
定價四角五分。

本書係美國巴得生(J. P. Patterson)教授近著。其價值尤如譯序所云，文僅四萬餘言，而於各學派之學說，一

胡慶育譯 **最近十年的歐洲**

以及一般的國際關係，分析詳述，至爲詳明；而於現代各重要國際問題（如賠償問題，凡關於條約之存廢問題，而國聯盟約與非國公約之效力及適用問題），均具有獨到之見解，更經詳盡之分析，以信達之文筆，逐條譯出之，宜其不難而走。現在三版出書，購請從速。全書近四十萬言，五百七十餘頁。
定價二元四角。

本書著者為「The Times」係國際法學家，對於國際問題，極有研究。本書對於戰後之各國實況，

胡慶育譯 **日本政府綱要**

。著者雖係日人，而對於日本政府之水上正軌與夫含有帝國主義之意味，於穿插之得宜，取材之新穎，猶其餘事。
定價八角。

本書爲日人北澤直吉所著，復經美國著名憲法學家 W. E. Gladwin 爲之校正整理，允稱研究日本憲法之唯一津梁，却肯直書無諱，尤屬難解可貴；至

總發行處上海白克路北河路太平洋書局

訴之合法與否（續完）

法官訓練所講師洪文瀾先生講述

劉友厚筆記

適用本款之規定，須後訴訴訟標的體樣之與前訴相同，或為前訴所包含。前後兩訴所要求之判決，種類相同者，關於同一訴訟標的之後訴，即非合法。例如前訴為確認之訴，後訴亦就同一法律關係要求確認判決時，雖前後兩訴所要求之判決，其內容正相反對，後訴亦非合法。但在確認之訴所為原告敗訴之判決，非必皆確認法律關係之成立與否。若被告慮有此種情形，豫備的提起反訴（後訴）要求與本訴（前訴）正相反對之確認判決，並無不可。前後兩訴所要求之判決，種類不同者，若後訴訴訟標的之體樣，已為前訴所包含，後訴即非合

法。例如前訴要求給付判決，後訴要求確認該給付請求權成立與否之判決時，其給付請求權成立與否，當然為前訴判決所應確認，後訴確認判決之要求，即為前訴給付判決之要求所包含，故後訴為不合法。反之，前訴要求確認判決，後訴要求給付判決時，後訴非不合法。此際前訴如為積極確認之訴，原告得擴張聲明而求給付判決，（民訴第二四六條第二款）如為消極確認之訴，被告得提起反訴而求給付判決。（民訴第二四九條第二五零條）當事人不依此等程序要求而另行提起給付之訴時，法院得尋合併辯論，並得合併裁判。（民訴第一

九七條

後訴未駁回前，前訴之訴訟拘束已消滅者，後訴之欠缺，應認爲已經補正，不得更依本款之規定駁回之。但前訴之訴訟拘束，因本案終局判決後所爲訴之駁回而消滅者，依民事訴訟法第二百四十四條第一項第五款之規定，（參照第二五四條）仍應認後訴爲不合法而駁回之。同一之兩訴，如係同時起訴，或其起訴之先後不明者，無從依本款之規定駁回其一訴。除該兩訴或其中之一訴有民事訴訟法第二百四十四條第一項第一款至第五款情形外，自不能不認兩訴皆爲合法。該兩訴繫屬於同一法院時，可依民事訴訟法第一百九十七條之規定合併辯論裁判，固無裁判抵觸之虞。即繫屬於兩處法院而其中一法院無管轄權者，應依同法第二十八條之規定，將該事件移送

第十七期

於有管轄權之法院，俾得合併辯論裁判，亦尙不成問題。惟兩處法院皆有管轄權時，民事訴訟法既重不認民訴訟條例第三十五條第一項第四款所定指定管轄之辦法，即不能不由兩處法院分別辯論裁判。從而裁決之抵觸，在所難免。此際與前述兩造均提起所有權積極確認之訴時同其辦法前已述之，茲不贅。原告之訴，有右列六款情形之一者，爲不合法，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，應定期間先命補正。（民訴第二四零條第一項但書）訴之合法與否，當事人有爭執者，法院如認爲合法，得爲中間判決（民訴第三七五條）蓋訴合法與否之爭點，屬於所謂中間之爭點也。認訴爲不合法而駁回之裁判確定後，當事人不妨更行起訴。如未確定而欲更行起訴，則非先行撤回其訴或捨棄抗告權不可。

蓋駁回訴之裁判未確定前，訴訟拘束尙未消滅也。更行起訴時，若前次裁判所認爲不合法之情形，於其更行提起之訴亦屬存在，例如訴訟事件並未因法律之變更而使屬於普通法院之權限或當事人仍未取得當事人能力時，固不免仍被駁回。然因前訴不合程式而被駁回時，祇須其更行提起之訴合於程式，無須補正前訴之程式。因不繳納審判費而被駁回時，祇須就其更行提起之訴繳納審判費，無須補繳前訴之審判費。乃司法院院字第四百十九號解釋，謂須前訴之審判費一併繳納，方予受理云云，則前訴因訴狀未記載必要事項而駁回者，非就前訴之訴狀補行記載，亦將不予受理矣。此項解釋實有變更之必要。

民事訴訟法第二百四十條第一項，尙列有該訴訟標的曾經確定判決或和解者一款，（第七款）原告之訴，如有此款情形，法

院固應以裁定駁回之此然。爲權利保護要件之欠缺，而非訴訟成立要件之欠缺。易詞言之，即原告之訴爲無理由而非不合法。近世界各國民事訴訟法，均採既判力主義而不採羅馬形式訴訟時代所行之一事不再理主義。（或稱訴權消耗主義）訴訟標的之法律關係於確定終局判決已經裁判者，有既判力。以抵銷抗辯主張之對待請求，其成立與否已經裁判者，以其主張抵銷之額爲限，亦有既判力。（參照舊民訴律第四八一條第四八二條德民訴第三二二條奧民訴第四一一條日改正民訴第一九九條）既判力者，確定終局判決中所爲法律關係成立與否之裁判，法院應受其羈束，不得更爲反對裁判之效力也。是既判力僅有使法院不得反於確定判決意旨而爲裁判之效力，並不生所謂一事不再理之原則，與羅馬形式訴訟時代所認判決之效力迥異。

4

惟因既判力有羈束法院之效力，依其反射作用，當事人亦不得就確定判決中裁判成立與否之法律關係，更爲反於確定判決意旨之主張。故當事人就同一法律關係更行起訴時，通常無法律上之利益，即於權利保護要件中所謂須有保護之必要之要件有欠缺，法院應認其訴爲無理由而駁回之。然就同一法律關係更行起訴有法律上之利益時，仍得爲訴有理由之判決。例如已有確認給付請求權成立之確定判決後，更行提起給付之訴，或因確定判決之原本及正本，概已滅失，致法律關係之成立與否猶有爭執，（我國關於山場所有權之存否往往於確定判決後經數十年猶有爭執）或不能作成有執行力之正本以開始強制執行，更行提起同一之訴，皆不得謂無法律上之利益，法院自應爲之裁判。此際法院固亦受確定判決既判力之羈束，苟非本於確定

判決之言詞辯論終結後所生之事項，不得爲反於確定判決意旨之裁判。然如當事人僅能證明訴訟標的曾經確定判決，而其內容如何，不能證明，法院依職權調查之結果，亦不能知之者，即不能不就該法律關係之成立與否更爲裁判。若依一事不再理主義，則訴訟標的之曾經確定判決，苟已證明，縱令其內容不明，法院亦不得就關於同一訴訟標的之訴，再行受理。是既判力主義之優於一事不再理主義，實甚明顯。我舊民事訴訟律係採既判力主義，法文上毫無疑義。我民事訴訟法第三百八十八條第一項與舊民事訴訟條例第四百七十一條第一項同，內載訴訟標的於確定終局判決中已經裁判者，當事人不得就同一法律關係更行起訴等語，並於第二百四十條第一項規定該訴訟標的曾經確定判決者，法院應以裁定駁回原告之訴。（條例第二九

○條第一項亦同（僅就文字上解釋，一若採用一事不再理主義也者。然已有確認給付請求權成立之確定判決後，絕無禁止其提起給付之訴之理由。若必拘泥各該條文字而為解釋，則給付之訴之訴訟標的，與曾經確定判決之訴訟標的，為同一給付請求權，後所提起給付之訴，即不能認為合法。此與前述提起確認之訴後仍得於訴訟拘束中提起給付之訴者不同。訴訟事件已發生訴訟者，不得就同一事件更行起訴，之謂不得就其力訴訟標的之同一法律關係更行起訴。（參照民訴第二四〇條第一項第六款民訴條例第二九〇條第一項第六款第二九五條）確認之訴之訴訟標的與給付非訴之訴訟標的，雖為同一給付請求權，而其為訴訟標的之體樣，一則要求確認判決，一則要求給付判決，兩者並不相同，故非同—事件。而民事訴訟法第三百八十

八條則明明謂不得就其為訴訟標的之同一法律關係更行起訴，自不能與前述訴訟拘束之情形同論。如欲補救此缺陷，則同條所謂不得更行起訴，應解為僅着眼於當事人就同一法律關係更行起訴時，通常無法律上利益之普通情形，用此文字，而探究其真意，亦係示明當事人不得就同一法律關係為反對主張之趣旨。且確定終局中已經裁判之法律關係，不為新訴訟之標的而於新訴訟用作攻擊防禦方法，亦不得為與確定判決意旨相反之主張，苟就同條所謂不得起訴，為如上之解釋，便可包含此種意味，而關於既判力之規定，亦即不致掛漏。又況同條第二項明載不得更行主張字樣，尤足見既判力祇能至此為止，不生一事不再理之原則。或謂法文規定非有某種情形或有某種情形不得起訴者，某種情形之存在或不存在，即為訴訟成立要件而非

權利保護要件。然無論民事訴訟法第三百八十八條第一項所謂不得起訴，不可拘泥文字而為解釋，已如上述，且同法第二百三十七條第二百三十八條亦載不得起訴字樣，而該兩條為關於權利保護要件之規定，則學者間毫無異議者也。或又謂欠缺權利保護要件者，不得與欠缺訴訟成立要件者併為一條而規定之，且亦不得以裁定駁回其訴，然訴訟成立要件與權利保護要件之別，猶之上訴之形式的要件與上訴之實質的要件之別。（即上訴合法之要件與上

訴有理由之要件之別）民事訴訟法第四百〇九條既將欠缺上訴之形式的要件者與特種情形之欠缺上訴實質的要件者，併為一條而規定之，且均以裁定駁回上訴，則在第一審程序，自亦不妨為便利計，採用同一之辦法。對於此問題，余亦曾如國之通說，解為訴訟成立要件之欠缺。（見二十年度及二十一年度國立中央大學民事訴訟法講義）今覺尚有未妥，爰提出以上之意見以供諸君之研究，固未敢信為定論也。

（完）

讀「被告之羈押問題」以後

沈天保

原夫看守所之設，乃於刑事案件未判決確定前，深恐被告有逃亡或其他行為之虞，特將被告暫行管收，此實一種不得已之辦法，故看守所中之被告，與監獄中之稱受

刑人者，性質迥不相同，我國刑事訴訟法為防止司法者濫施羈押起見，特規定羈押之條件羈押之期間，及羈押後被告復得具保請求停止羈押與請求抄給押票之明文，

無非欲使人民不濫受羈押之厄，然按諸事實，適成反比例，今試一觀各法院看守所，無不有人滿之患，凡在設高等法院之地點因各縣法院之二審上訴解送就審者多，押犯幾近千人，至各大都會法院看守所押犯有時多者亦至四五百人，縱因我國政治不良爲促成之根源，而大半原因實由於司法者濫施羈押所致，本刊十三期趙菊芬先生著有「被告之羈押問題」，於司法官之不注意被告利益，概乎言之、誠所謂「仁人之言」，然於近日法官何以漠視被告利益而濫加羈押原因，未曾述及，今特一闡未竟之旨，

今日之法官亦非盡必欲羈押被告而後快於心者，然事實上之所以將被告多加羈押者，推厥原因，第一，羈押被告可以卸自己責任、何以言之，若被告於開庭後逕予飭回或予交保，一旦再開庭時，設被告逃

亡，則對於飭回者，固無法使之復返，而對於交保者，僅可沒收保證金，不得將保人羈押，終無法使被告到案，縱行通緝手續，而本案在短時間，將不能進行，既受上司之指摘，復貽案牘之稽誤，所謂責任者，將由是生，凡久於法曹之以熟諳內中情形著稱者，或平日治事惴惴深恐受意外枝節者，對於被告無不初命具保，無保則加羈押，以卸一己責任，被告易遭羈押原因，此其一，第二，近日法院案件繁多，事如山積，各法官爲求結案迅速起見，俾可一清舊案，若被告於開庭後飭回或交保者，於下次開庭時，被告如抗不到庭請求延期，勢不得不再定新日期續行開庭，一經拖延，而結案數目即無形減少，故爲法官之成績起見，不得不將被告羈押以避拖延之病，被告易遭羈押原因，此其二，第三，檢察處所辦偵查案件，半經人民告訴

告發，半經公安局解送，而公安局解送人犯與案件，大多在下午三四時，彼時法院正值工作緊張中，其僅送一二刑事被告者，檢察官因不明案件真相何若，略詢一二句後，將被告先行羈押，俟證人被害人到後再行核辦，或公安局連同證人一起解送者，則檢察官因人數較多，距辦公終止時間不遠，不及詳加偵訊，則略將被告詢問數句後，先將被告羈押者，亦所恆見，試於每日下午辦公時間後，一臨看守所之門，當可發見大批被告俯首而受繯綑也，被告之易遭羈押原因，此其三，第四，被告刑事嫌疑不能證明，經檢察官不起訴後，本可即時釋放，有時告訴人聲請再議，致羈押期間因之延長者，亦復不少，上級法院辦理再議迅速完畢者，半月左右即可終結，遲緩者則遷延數月，至告訴人不服駁回再議之處分，復向第三審法院聲請再議

第十七期

者，則遷延時日，更屬渺無盡期，（現經司法院解釋聲請再議以一次爲限）故有時存心忠厚之檢察官，對於無保之被告，深恐告訴人糾纏不休，故意將不應起訴案件起訴，俟刑庭判決無罪後，即可將被告釋放，案件亦可終結矣，此種辦法在法律上固無依據，特事實上之變通而已，至被告之提起第三審上訴者，原審法院因案卷不在本審，故羈押者永久任其羈押，非經一年半載，俟第三審法院判決後，不加以聞問，被告久受羈押之原因，此其四，第五，法院有時判決被告無罪後，當庭宣示主文，被告固不致上訴，而檢察官是否上訴，亦未表示，遂諭令還押，必候其判決書送達十日上訴期間過後，將卷宗移送檢察處，始行開釋，復次，被告有判處數目較少之罰金或期間較短之徒刑，被告當庭棄捨上訴，若以未決日期一加折抵，即

可開釋，然而法院如依照法定手續，而判決書油印也，送達也，判決確定也，移送執行處也，往往一轉折間，已無形將被告多押十餘日，被告久遭羈押原因，此其五，以上五點，爲各法院所最易犯之病，至濫押被告之流弊，趙君已詳述之，然多在被告本人痛苦著想，不知其流弊所及，足使一般人爲壓制無告小民之具，因刑事案件，非押即保，足使小民談虎色變，望而生畏，故奸民認棍，遇有民事訴訟，輒先訴刑事，以遂其敲詐之願，以致有討債不還者，至檢察處訴其詐欺者有之，弟兄分家不平均至檢察處訴其侵占者有之，幾使民事案件，無一不可牽至刑事範圍內，奸民張目，小民含冤，將莫過於此，爲今之計，欲使看守所中押犯減少，則上述五點，當於法官辦案時對被告務加留意，一切惟以利民與迅速爲前提，則可使被告受惠

不淺，現任司法行政部部長羅文幹先生亦深感濫押被告之非計，曾於所著「君邁國憲議書後」中痛乎言之，特錄之以供留心民瘼者之一助，（見商務印書館中國法律發達史一千三十頁）

每晚約七點鐘後，夜半一點鐘前，司法警察送來所者，最少約三四十人，最多者約六七十人，聞隔室所官詢問其所犯之罪，大抵皆因貧而犯輕微財產罪或賭博罪者也，所官訊問畢，即檢身體收守，翌日檢察官按刑事訴訟法循例提訊姓名，及略問數語後，不問犯何種罪，不問是否有事實足以證明其有罪，或毀滅證據之虞，其無保者回所，其自供可覓保或保人證金者，則派司法警察隨之同行外出覓保，其所覓之保若認爲不當者，仍回所，此初到看守所之情形也，自經此次提訊後，大抵不待偵查期滿，無

復有再提之望，使果提而期限尙未滿也，則十人居其六七，提而訊仍舊回所者，其提人之時間，最早約在下午一點鐘後，而囚犯到廳，非待至四五點鐘不易覩檢察官一面。訊問時如案情稍繁雜者，仍發回所。命候偵查延期之裁決，要求延期理由，非如訴訟法之希望其能舉出延期之必要情形也，故只曰案情複雜，有繼續羈押的必要，則審判廳亦曰本廳審查相符，准期延長，便而囚犯又須再押一月押期裁決後，亦不提訊也，待至延期將滿，然後乃提，囚犯之運氣佳者，如無確據或可免訴，其運氣不佳者，或送預審，（預審制度現已廢止）或途公判，案送預審後，因其期有兩月也，故審判廳接受案件後，於首次提訊一二次，或有時提而不訊，只出獄到廳一行，遂又回所矣，二月期限將滿，災

第十七期

難完滿之囚犯，或可無罪出獄，不然非延期二月則送公判，其延期者，於此二月亦惟有坐待運氣到時，得早提訊了結而已，其送公判者，則刑事訴訟法無日限制，何日開庭、何日審理，竟不得知矣，故一案之發生也，明係無罪者，能一月以內半月以前出獄者，運氣之最佳者也，其運氣平常者，則只望不延期偵查或延期預審，三四月出獄，其運氣惡劣者，非經過所有法定手續，六七月至一年，乃有出獄之望，此由偵查至第一審之情形也，使第一審直未判，須上訴至第二審或第三審者，最少非待至二三年，若大理院駁回更審，則六七年乃得出獄，故人民之有罪者，羈押數月數年，尙有可言，而人民之無罪者，何冤而得此，故予曰外國審判先有罪而後有刑，中國審判先有刑而後有罪，非虛語也。

（完）

政治學說與國際法（續完）

E. M. Borchard 著
胡慶育 譯

國家平等權之觀念，在國際法之進展上，亦占有極重要之地位，換言之，即其他政治觀念，專就其影響於國際法者而言，鮮能與之京者。此種觀念之首創家及其祖述者，往往視之為基本觀念之一，而竭力擴張其適用範圍，結果遂使此種觀念之本身，亦陷於曖昧不明之狀態，以其含義過廣也。至一般主張絕對主權說者，則又認其為主權作用之當然結果，而此種觀念之存在，遂益有礙於國際法之正當發展矣。

凡主張國家平等說者，多謂政治觀念與法律觀念，係屬二事，不可混為一談（註三十九）。而在事實上，則彼等正坐此弊而不自知。近有高博爾博士（Dr. Julius G. oebel）者，純自歷史之觀點上，攷明國家

平等觀念之來源，其立論殊為警關可喜（註四十）。其言略曰：此種觀念，乃封建制度之遺跡，蓋當封建時代，君主即是國家，國家亦即君主，各君主既係互相平等，而其所代表之國家，自必互相平等也。迨乎國家之主權者由君主易為人民，而此種觀念遂由君主平等說而變為國家平等說矣。高氏又謂：在私法上，各個個人均為平等，而大陸法系之學者則更謂：各個法人，亦為平等，將此觀念推而適用於君主與君主之間，是為國家平等說之矯矢。持此說者謂其凡係國家，均為平等，至於各個家之實力如何，則非法之所問。學者對於此說最先倡導者，厥惟霍布士，而隨聲附和者，則更有人在。

(註三十九) Oppenheim, L, *International Law* 3rd ed. London, 1920, pp. 196, 197. See marshalls' famous dictum in the anlelope (1825) 10 wheaton 66 Westlake, *Collected papers*, ch. VI. (註四十) 23 *Columbia Law Rev.*, 1, 113, 247. See also E. D. Dickenson, *The Guilty of States in International Law*, Cambridge, Mass., 1920.

凡持此說者，不外以下述二事證明國家之爲平等：(1) 在任何國際會議上，各個國家均有同等之代表權；(2) 凡國際公約之締定，必須經出席代表之一致同意，方爲有效，或至少對於未經同意之國家，無拘束力(註四十一)。納爾遜對於此種學說，反對至力。其持論有二：(1) 國家之實力，本非平等，然則在法律上又詎能平等乎？如必謂爲平等，則其法理上之根據，又爲何乎？於此可見：此種觀念，實

係政治觀念，而非法律觀念。何以言乎其爲政治觀念也，以使無此種觀念之存在，則實力薄弱之國家，必將拒絕派員出席，換言之，即必有此種觀念之存在，而實力薄弱之國家，始得恃爲護符，以維護其己之利益也。然則此種觀念，實係應乎政治上之需要而產生者耳，在法律上，又何根據之可言乎。(2) 主國家平等說者，如虎伯(Huber)李斯特(Liszt)之輩，嘗謂：國際法上之規條，如於未經同意加入之國家，亦有拘束力。則其效力，在事實上殊無維持之可能。而納氏則直斥此種論調爲有礙於國際法之繼續存在。其理由蓋謂：某一法律之有效與否，如以受其拘束者之是否同意以爲斷，則其本即失其爲法律。換言之，即法律效力之所寄，必爲受其拘束者之意思以外之事物，否則即無效力之可言。余意持主權說者，多坐濫用國

家平等說之弊，專對此等法學家而言，納氏之論，殊非過當，實則國家平等之觀念，在適用上並非毫無限制，必將此種限制全盤推翻，自各方面言之，均無必要，且與事實及正當法理亦均覺互不相容也。納氏謂：國際公約之遵守義務，如以各個國家之一體同意為條件，或其拘束力僅及於既經同意之國家，則國際法之繼續發展，將不可能，此語最為中肯。虎伯氏嘗謂：國際法之拘束能力，僅及於同意於受其拘束之國家，此種觀念，實為一切思想上的錯誤之總源泉。余意以為：國際公約之拘束力，固如虎伯所云，僅及於業經加入該公約之國家；顧國際法之總體，固非純由公約構成者也。國際法中之習慣法，其拘束力當然及於一切業經加入國際社會之國家，蓋其加入國際社會也，即無異於表示願遵國際法，且此種表示，實堪有一種永

久的性質，不能隨時撤回者也。至國際法上之制裁，雖無司法機關以專司之；然權利被侵害之國家尚得依法求其損害之救濟，如將爭議之件交付仲裁，即其救濟之一道也。就某特定案件而言，國際法上之制裁，固有時難收實效；然此究不足以證明：在國際法上，違法者不負違法責任也。吾人試思：當某一事實發生之時，吾人類能依據國際法之原則，判定其為違法與否，於此可見：在國際法上，並非毫無定則，可資各國之共同遵守也。余以為平情論之，國家平等之觀念，在決定各國家所必應享受之權利範圍上，實亦有其不可埋沒之偉績；所惜者在事實上，其適用程度，往往因國之強弱而有不同，故仍未能盡脫法律觀念與政治觀念混為一談之弊耳。吾人對於某種觀念，往往全部接收，濫予適用，或則全部拒絕，並其是處而亦一體抹殺

，實則均有所偏，最易發生危險，深願吾討論國家平等觀念之時，慎勿抱此褊見也。

上述各點，殊足證明：國際法學家易受政治學說之影響，而不能自拔，以致國際法之發展，不但未受其益，反蒙其害，凡有志促進國際秩序者，不可不深長思之也。余意以爲：主權觀念，在某一時期內，固有其無可諱言之功績；而時至現在，則已成爲國際法之桎梏，不力謀其修正或推翻，即無以維持國際法之存在。前關於此點，已據摭羣言，再三申論矣。考持主權說者之錯誤，非由於過信黑格爾（Hegel）氏之國家至高說及馬基維里（Machiavelli）之君權無限說，即由於未能認清國際社會之實際現象，甚且二者兼而有之。於此而欲其棄陳翻新也，又豈易事哉！要之，此種不適於時代之觀念，業已爲害

不淺，吾人如不欲國際法之繼續發展則已，如其欲之，則固不能袖手旁觀，而不一糾正也。例如國際聯盟會，即受主權觀念及國家平等觀念之影響，而幾陷於無事可爲僵局者也。幸而該聯盟會之草創者，尙肯於理論之外，稍顧實際，使大會中之各國代表權雖爲平等，而在理事會內，則僅止列強取得常任理事之資格，以調劑理論上及事實上的差異，而減少該聯盟會之機關；該聯盟會之所以得繼續生存至今勿墜者，蓋以此也。顧該聯盟會並未能將世界上之重要國家延納在內，而其所担任保持之條約，又復許多萬難保持者在，故吾人對之，實亦未容過爲樂觀也。致該聯盟會最大弱點，爲以『出席代表全體贊可』爲通過決議案之必要條件，夫於討論重要問題之時，而欲各重要國家均允派員出席，已非易事，若更欲其態度完全一致，則其

困難也，更不可言而喻矣。

但吾人終信：此種困難，專就理論方面言之，並非完全不可救藥，試觀仲裁制度，即無須乎爭議兩造完全同意者也，然則將來之國際會議，又安見其不能以多數贊可爲通過決議案之必要條件乎？在此種辦法尙未見諸實行以前，余謂主權觀念，必須稍加限制，具體言之，吾人必須承認：國際法原有拘束效力，初無待於受其拘束者之同意於受其拘束也。使讀者而肯對於國際現象之各方面，留心考察，則斯言之不謬，自甚顯明。倘各法學家更能認清此點，對於主權觀念之萬不可通者，稍稍表示放棄，則國際法之效力，必且日益增厚，而其解決國際爭議之效能，亦必日趨擴大，來日方長，前途無限，企予望之矣。

。

(完)

本文參考用書

- NELSON, LEONARD. Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Leipzig, 1917.
- KRABBE, HUGO. The Modern Idea of the State. Authorized translation with an introduction by George H. Sabine and Walter J. Sheppard. New York, 1922.
- LASKI, HAROLD J. the Foundations of Sovereignty and Other Essays. New York, 1921.
- KELSEN, HANS. Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1920.
- WENZEL, MAX. Juristische Grundprobleme. Berlin, 1920.
- HAURIUO, MAURICE. La souveraineté nationale, paris, 1912
- GILCHRIST, R. N. Principles of Political Science. Bombay, 1921 Bibliotheca Visseriana. V. I. Leyden, 1923
- GOEBEL, JULIUS, JR. The Equality of States. New York, 1923.

DICKINSON, EDWIN D. The Equality of States in International Law. Cambridge, 1920. London, 1920.

JELINEK, G. Die Lehre von den Staatenverbindungen, wien, 1882.

MERRIAM, C. E. History of the Theory of Sovereignty since Rousseau. New York, 1900.

STENGEL, K. V. Weltstaat und Friedensprobleme. Berlin, 1909.

NIPPOLD, O. The Development of International Law After the world War. Oxford, 1923.

OPPENHEIM, L. International Law. Third ed. HUGHAN, J. W. A Study of International Government. New York, 1923.

● 法界消息三則

法部以各級法院受理民刑案件對於各當事人提出之書狀除依法應將繕本送達當事人或關係人得請求閱覽鈔錄外概不得率行宣布近來各法院受理案件往往有當事人提出於法院之書狀於訴訟進行中輒已登載報端雖由訴訟關係人自行送登者有之而由於法院洩漏者恐亦事所難免對於檢察官及律師等業今分令查禁外并令各省高等法院院長轉飭所屬各法院嗣後對於上開情事務須切實防止云

法部以律師經國家特許為人民代理或辯護訴訟案并自當內勵德操外崇物望不應舉動失檢招人指摘近聞有律師代人撰狀或甫經呈遞或尙未呈遞即以狀稿送登報紙而察其訴狀內容每多飾辭攻訐妄事鋪張並非訴訟上攻擊防禦所必要徒然傷害相對人之名譽信用苟非別有希圖何為出此又聞曾任公職之律師有以舊日職銜登報榜門盛自炫鬻者以高尙之業務何必行同賈賣夸飾市招以上二端於律師之道德風紀關係甚鉅不得不明加申儆用戒方來為此昨特通令各省高等法院首席檢察官轉飭所屬各地方法院首席檢察官令行該管律師公會一律查禁以防流弊而杜物議云

法部以檢察官就公訴案件執行原告職務其因偵查結果所作之處分書除依法應送達於被告或告訴人外不得率行宣布此檢察官地位上當然之事乃近來各檢察官承辦案件所為起訴或不起訴之文書往往任令披露甚至在未經處分前即公表其意見殊非職務所宜為此日昨特通令各省高等法院首席檢察官轉飭所屬各檢察官嗣後對於前項事端務須切實注意毋得再蹈前轍致滋流弊云

司 法 院 解 釋

自院字第八七九號起

司法院公函 院字第八七九號（二十二年四月三日）

逕復者准

（日）

貴部上年十二月十二日公函（第五七一號）開律師曾受徒刑執行終了經過合法大赦可否復充律師請解釋見復等由業經本院統一解釋法令會議議決院字第一七一號指令雖指在執行中或未執行時而言但犯罪在民國二十一年三月五日以前其最重本刑爲三年以下有期徒刑拘役或專科罰金者其罪刑既均因赦免而消滅是赦前已經執行終了者亦應視同一律准予復充律師相應函復
貴部查照此致
司法部

解 釋

附原函

逕啟者查十八年十月三十一日

貴院院字第一七一號指令內開會處五等有期徒刑以上之執行中或未執行時經過合法大赦罪刑即根本消滅仍可復充律師又查大赦條例第一條內載凡犯罪在中華民國二十一年三月五日以前其最重本刑爲三年以下有期徒刑拘役或專科罰金者均赦免之各等語依此規定會犯最重本刑三年以下之罪刑者在執行中或未執行時經過合法大赦可以復充律師自屬不成問題惟其執行早已終了者經過此次合法大赦可否認爲罪刑根本消滅准予復充律師之處前項指令未經言及相應函請
貴院解釋迅賜見覆以憑辦理至頌公誼此致
司法院

司法院咨 院字第八八零號（二十二年四月三日）
爲咨復事准

貴院上年十月二十九日咨（第三零七號）

第十七期

解 釋

開據南京市政府呈為發還政治犯財產發生疑義請予解釋一案咨請查照見復等由業經本院統一解釋法令會議議決甲之財產如已被沒收撥作公用或撥給其他機關應用有年並經改造者即可認為已經處分至乙之財產沒收後縱已定期租賃與人且由承租人將其建築物改造其財產仍應發還但乙應承受原租賃契約上出租人之地位相應咨復

貴院查照飭知此咨
行政院

附原咨

為咨請事案據南京市政府呈稱案查上年五月奉鈞院第二二一五號訓令以據廣東山東兩省政府請示政治犯赦免後其連帶查封之財產應否發還及已投變者如何處理一案經咨准司法院解釋辦法兩種（一）律發還或償其代價（二）以已經處分或原狀不能回復者為限不發還餘則發還兩辦法可擇一解決等由復經呈奉

第十七期

國府指令應用第二種辦法等因令飭遵照等因奉此自應遵辦惟已經處分或原狀不能回復兩語按諸事實不無疑義例如沒收甲之財產後已撥作公用或撥給其他機關應用有年按撥用純屬行政處分但既指定用途已近於產權之移轉是否應認為已經處分又如沒收乙之財產後已訂定十年之定期租賃租給與人且將其建築物業予改造是否應認為不能回復原狀本府處理此項案件發生上述疑義理合具文呈請鑒核轉咨解釋令遵等情據此相應咨請
貴院查照解釋見復以便飭遵此咨
司法院

司法院快郵代電院字第八八一號（二十二年四月三日）

山東高等法院吳院長覽本年一月陷代電悉泰安地方法院轉請解釋刑訴法第三四七條第二項及妾之親屬身分各疑義一案業經本院統一解釋法令會議議決（一）刑事訴訟法第三四七條第二項所稱自訴人經傳喚無正當理由不到者以撤回自訴論

係指未會一次到庭者而言(二)刑律補充條例既經廢止該條例關於妾之規定自應失效合電轉飭知照司法部江印

附原代電

司法院院長鈞鑒案據泰安地方法院皓代電稱竊查刑事訴訟法第三百四十七條第二項自訴人經傳喚無正當理由不到者以撤回自訴論云云所謂傳喚不到者有二說(甲)謂自訴人於本案開始進行後曾經傳喚並未一次到庭者始得以撤回自訴論如經傳喚已到一次在庭陳述自訴理由者以後雖經傳喚未到仍應就前次庭訊供詞判決被告有罪或無罪不得以撤回自訴論(乙)謂無論傳喚次數多少苟有一次無理由不到則自訴人顯有拋棄自訴之意即應以撤回自訴論二說未知孰是應請解釋者一又妾之地位在現行法並無規定但在暫行刑律補充條例有效期內固承認妾為親屬設在該條例有效期內所納之妾自該條例失效後該妾是否仍為親屬(甲)說妾之親屬身分既依該條例公布而取得自應因該條例失效而喪失是妾在令日不得認為親屬(乙)說法律不溯既往該條例失效後所納之妾雖非親屬但在該條例有效期內所納之妾既取得家屬身分法律並無明文取

解 釋

銷則該妾親屬之身分仍在二說未知孰是應請解釋者二本院現有上開情形案件急待解決理合電請釋迅予示遵等情據此事關法律解釋理合電請鈞院迅賜解釋俾便飭遵山東高等法院院長吳貞纘叩附印

司法院快郵代電

院字第八八二號(二十二年四月三日)

山東高等法院吳院長覽上年十一月個代電悉泰安地方法院轉請解釋民事訴訟法上管轄疑義一案業經本院統一解釋法令議決民事訴訟法有土地管轄之區別而無事物管轄之區別故該法第二十九條所謂移送之裁定自係專指關於土地管轄之移送裁定而言若因沿用舊法而有關於事物管轄之移送裁定自不適用民訴法二十九條而應依通常法例下級法院不得違背上級法院之法律上見解上級法院不受下級法院裁判之拘束合電轉飭知照司法部江印

附原代電

司法院院長鈞鑒案據泰安地方法院院長章寄光呈

第十七期

稱今有某甲與某乙因財產涉訟經縣法院第一審判決甲不服上訴於地方法院第二審判決後由高等法院發還更審此時第審法院發見訴訟價額在一千元以上為地方案件第二審管轄應屬高院乃以裁定將上訴駁回本案移高等法院管轄確定後高院復以命令發還地院受理於是遂生兩說(甲)說謂本案不問價額如何既經地院管轄第二審當事人亦未抗辯基於合意管轄無再變更之餘地故高院仍能以該裁定為不合將原案發回(乙)說謂裁定既確定受移送之法院即應受民法第二十九條之拘束不能不顧確定裁定之効力而推究確定前之當否地院應遵守裁

定之確定力以無管轄權將案呈送高院兩說孰是理合呈請轉呈司法院解釋以便遵循等情按民事訴訟法第二十九條移送之裁定確定者受移送之法院固應受其羈束惟來呈所稱案件既經第三審判決發還原第二審法院更為審判縱使更為審理時發見訴訟標的之價額在千元以上屬於地方案件然依同法第四百四十四條之規定受發回之法院仍應受發回更審判決之拘束自不得以裁定變更第三審之判決且同一事件在同一法院既為第三審判決更不應再為第二審判決來呈乙說似難謂當理合電請鈞院迅賜解釋俾便飭遵山東高等法院院長吳貞績叩印

●兩兇手已判處死刑

▲一為暗殺日首相濱口之佐鄉屋

▲一為謀刺美總統之桑迦拉

狙擊濱口首相犯人佐鄉屋留雄，(二十六歲)松木良勝(三十四歲)兩名之殺人及殺人幫助一案，曾由東京裁判廳，判處佐鄉屋死刑，松木徒刑十三年，此兩名於上控，謂濱口之死因與狙擊之間不能認為有相當之因果關係，次由東京控訴院吉田裁判長，能谷檢察，開始審理其間因果關係問題，曾田帝大鹽田博士其他醫學大家等出庭，其判決之結果，從種種意義，非常注目，吉田裁判長，以一狙擊與死因之間，有相當因果關係「為理由，判決如下，死刑佐鄉屋留雄，徒刑八年松木良勝，圖刺羅斯福總統之兇手桑迦拉，因芝加哥市長塞瑪克傷重逝世，今晨九時二十六分在此間執行電刑處死，桑氏始終強項，臨死猶作藐視態度，自登電椅，拒絕獄警扶持，迨既就座，即以兇悍目光，遍矚全室，呼監刑者為卑賤之資本主義者，當獄警縛電極於其手足，覆電帽於其顛桑氏端坐椅中，極為鎮靜，迨見縛置既竣，即大呼按扭放電時，桑氏尚欲作第二言，大約將向諸人告別，乃電扭驟啓，一震之威，桑氏遂氣絕身死云。

最高法院裁判

(民事)

●姚李杏菊與姚金法因請求離婚事件上訴案 二十一年十二月二十一日民事第三庭判決(上字第三二一〇號)

裁判要旨

梅毒雖不能謂非惡疾但其惡疾須達於不可治之程度始合於離婚原因參考法條

民法第一千零五十二條 夫妻之一方以他方有左列情形之一者為限得向法院請求離婚

七 有不治之惡疾者(餘略)

上訴人姚李杏菊年十九歲住慈谿西關橋

被上訴人姚金法年二十三歲住慈谿東鄉留東橋

右當事人間請求離婚事件上訴人對中華民國二十一年六月三十日浙江高等法院第二審判決提起上訴本院

裁判

判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

查上訴人訴請離婚之原因無非謂其夫即被上訴人身染梅毒按梅毒雖不能謂非惡疾但其惡疾須達于不可治之程度始合于民法第一千零五十二條第七款所定之離婚原因本件被上訴人所染梅毒既經第一審送由保黎醫院驗明可以療治自與上述離婚原因不合第一審駁回上訴人離婚之訴原判決予以維持自屬允當本件上訴不能謂為有理由

據上論結本件上訴為無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

●李德安等與永和祥號因請求交付鹽價事件上訴案 二十一年十二月三十一日民事第三庭判決(上字第三二七三號)

事第三庭判決(上字第三二七三號)

第十七期

裁判要旨

代理人之行為能直接對於本人生效力者須為本人委任之事項并須以本人之名義為之否則不能生效

參考法條

民法第一百零三條第一項 代理人於代理權限內以本人名義所為之意思表示直接對本人發生效力

上訴人李德安年三十七歲住合川縣城內丁市街

李華安年三十二歲住合川縣城內丁市街

被上訴人永和祥號設合川縣城內

訴訟代理人劉顯清年二十七歲住永和祥號

右當事人間請求交付鹽價事件上訴人等對於中華民國二十一年一月二十二日四川高等法院第一分院第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

上訴駁回

第三審訴訟費用由上訴人負擔

理由

按代理人之行為能直接對於本人生效力者須為本人委任之事項并須以本人之名義為之否則不能生效本件上訴人等向被上訴人訴追鹽價銀一千四百二十五兩一錢九分據其所舉賬簿僅載明買鹽人為日昇元商號並無日昇元為被上訴人代買之記載是代買之說尙屬無據至所舉被上訴人代理人致與日昇元管事人龐金泉之信件僅可證明龐金泉有將所買上訴人之鹽擬運交與被上訴人收受之通知無論其運交之原因究為償債抑為代買及事實上運到與否要皆為日昇元與被上訴人間之來往關係於被上訴人與上訴人之買賣關係仍不能有所證明上訴人而就日昇元所欠之鹽價以買鹽時係代理行為為理由被上訴人訴追按之前開說明顯非正當原判決廢棄第一審判決改判駁斥其訴委無不合上訴論旨猶以種種空言謂龐金泉係被上訴人之全權代理人指摘原判錯誤殊無足採

據上論結本件上訴為無理由依民事訴訟法第四百四十八條第四百十五條第八十一條判決如主文

●曹培社與曹鏡清因遷墳涉訟事件

抗告案二十一年十月三十一日民事第四庭裁定（

抗字第一一三六號

裁判要旨

期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時應以其休息日之次日代之

參考法條

民事訴訟法第一百六十二條 期間之計算依民法之規定

民法第一百二十二條 於一定期日或期間內應爲意思表示或給付者其期日或其期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時以其休息日之次日代之

抗告人曹培社年五十四歲住信陽馮家村

右抗告人與曹鏡清因遷墳涉訟事件對於中華民國二十一年五月二十五日河南高等法院第一分院決定提起抗告本院裁定如左

主文

原決定廢棄應由河南高等法院第一分院更爲審判

理由

按期間之末日爲星期日紀念日或其他休息日時依民事

裁判

訴訟法第一百六十二條民法第一百二十二條之規定應以其休息日之次日代之即依民事訴訟法施行前該省沿川之修正民事訴訟律第二百二十三條第三項所規定而期間之末日遇星期日或其他休息日者亦毋庸算入本件抗告人與曹鏡清因遷墳事件提起再審之訴不服第一審判決向原法院提起控告查閱原卷第一審判決係於本年四月二十五日送達有送達證書附卷可按其法上訴期間自收受送達之翌日起算雖至五月十五日即已屆滿但查是日係星期日依上規定應以該末日之次日代之抗告人於五月十六日向原法院提起控告並未逾越法定上訴期間原決定乃認爲上訴逾期以決定駁回控告顯有未合據上論結本件抗告爲有理由依民事訴訟法第四百五十九條第二項裁定如主文

(刑 事)

張仁海等結夥三人以上攜帶凶器強盜上訴案 二十一年十二月一日刑事第二庭判決 (上字第二四一四號)

裁判要旨

於行劫時僅止在外把風自屬直接重要之幫助原第二審法院認爲共同正犯自

第十七期

難謂合

參考法條

刑法第四十四條 幫助正犯者爲從犯
從犯之刑減正犯之刑二分之一但於實
施犯罪行爲之際爲直接及重要之幫助
者處以正犯之刑（餘略）

同法第三百六十條第一項 意圖爲自
己第三人不法之所有以強暴脅迫藥劑
催眠術或他法至使不能抗拒而取他人
所有物或使其交付者爲強盜罪處三年
以上十年以下有期徒刑

上訴人張仁海男年二十二歲德平縣人住天津河東
無事

王陽華男年二十四歲福建省人住天津無事

余恩丞男年二十九歲文安縣人住天津無事

右上訴人等因結夥三人以上攜帶凶器強盜案件不服河
北高等法院民國二十年三月二十八日第二審判決提起
上訴本院判決如左

主文

原審及第一審關於張仁海余恩丞罪刑王陽華處刑部分
之判決撤銷

王陽華余恩丞結夥三人以上攜帶凶器強盜各處有期徒刑
刑四年八月褫奪公權五年裁判確定前羈押日數以二日
抵徒刑一日

手鎗一枝子彈四粒沒收

張仁海之公訴不受理

其他上訴駁回

事實

王陽華余恩丞與已死張仁海於民國十八年十月二十日
攜帶手鎗同赴天津日本租界日籍八千代住宅行劫由張
仁海王陽華入內以購白麵嗎啡爲詞將八千代金戒強取
而去余恩丞在外把風八千代情急呼喊張仁海王陽華先
逃余恩丞未及逃脫被警察當場抓獲並先後緝獲張仁海
王陽華送由天津地方法院檢察官偵查起訴

理由

查上訴人王陽華余恩丞與已死張仁海攜帶凶器劫取八
千代財物各情業經該上訴人王陽華在天津公安局述稱
「我父親在街頭作買賣因我不務正業將我逐出來我在
三不管雙合店內住因故胡琴與張仁海相識以後他叫我
同往日界八千代去搶白麵頭天去未搶二天去的時候張

仁海給我一把刀同張仁海進去的余恩丞在門外等着裡邊一嚷我就將刀擲了一直跑出去啦』及上訴人余恩丞述稱『那天張仁海叫我同王陽華替他往日本地去買白麵他說在日本地買販白麵次數太多恐怕被人查獲叫我在八千代門口等着他們二人就進去不大的工夫就聽見裏邊喊嚷拿賊張仁海王陽華也就跑出來張仁海撈我一下我也隨他們一齊跑被洋車夫攔攔』各等語不諱核與該上訴人等在天津警備司令部所述情形亦屬相符迨上訴人等解送法院後雖不肯明白供承但就王陽華在偵查中所稱『我與余恩丞張仁海同行被日婦追趕』及余恩丞所稱『日婦追出把我帶着』各語加以觀察是上訴人等在公安局司令部先後之自白並非無可採信參以共犯張仁海稱『此次搶日本人家是我與王陽華余恩丞等各人去的余恩丞在門外把風我持手鎗他們均徒手』云云而八千代被搶贖物復經日本警察在余恩丞身畔搜出交失主領回綜是上訴人結夥行劫證據確鑿尤無飾辯之餘地原審維持第一審判決引用刑法第三百四十八條第一項處以有期徒刑七年尚無不合王陽華余恩丞乃以公安局司令部刑求之自白不足採取云云為上訴之論據空言飾辯顯難認為有理惟上訴人余恩丞於王陽華等行劫時僅止在外把風自屬直接重要之幫助原審認為其共同正犯

裁 判

尚難謂合又手鎗一枝子彈四枚係供犯罪之用及違禁物品兩審未予依法沒收亦有遺漏復查上訴人等犯罪時期均在本年三月五日以前而所犯之罪又合於大赦條例第二條減刑之規定統應由本院將兩審判決關於王陽華余恩丞部分分別依法撤銷予以改判至上訴人張仁海不服原審判決提起上訴後旋即在押病故業經原法院首席檢察官呈報本院檢察署在案應依刑事訴訟法第三百八十八條第五款論知不受理之判決

據上論結應依刑事訴訟法第四百零九條第一項第四百十條第一項大赦條例第二條刑法第四十二條第三百四十八條第一項第四十四條第一項第三項第三百五十五條第五十七條第五項第六十四條第六十條第一款第二款刑事訴訟法第四百條第三百十八條第五款第四百零八條第一項判決如主文

●戴宗仁侵占公務上持有物上訴案

二十一年十一月十八日刑事第二庭判決（上字第
二五二四號）

裁判要旨

以甲長資格辦理軍事給養與公務員處理公務之情形不同縱令於經手款項中

第十七期

裁判

第十七期

有侵占行為並非公務上之侵占依法亦僅能成立普通侵占罪名

參考法條

刑法第三百五十六條第一項 意圖為自己或第三人不法之所有而侵占自己持有之他人所有物者處五年以下有期徒刑拘役得併科或易科一千元以下罰金

上訴人戴仁宗男年六十四歲東平縣人住魏家樓

右上訴人因侵占公務上持有物案件不服山東高等法院民國十九年五月二十八日第二審判決提起上訴本院判決如左

主文

原判決關於罪刑部分撤銷發回山東高等法院更為審判

理由

查科刑之判決書應於理由內記載認定事實所憑之證據為刑事訴訟法第三百二十四條第一款所明定本案據原審認定事實謂上訴人侵占公務上所持有之物計賞兵洋一百元贖車洋四十元綆洋十元車夫及喂養京錢一百六

十吊買拾槍利息洋二十五元及賬內收支結存京錢一百七十八吊而其理由內除對於贖車洋四十元綆洋十元車夫及喂養京錢六百六十吊釋明為上訴人不應開支而開支應成立侵占罪外關於其他款項是否為上訴人所侵占及其侵占外關於其他款項是否為上訴人所侵占及其侵占之狀態如何憑證何在概無一語及之按諸上開說明已屬不合且查上訴人在一二兩審於賞兵之一百元及買拾槍之利息二十五元均謂為照實支付於贖車綆之五十元及車夫喂養京錢一百六十吊則謂為經眾承認後始敢開支於收支結存之京錢一百餘吊則謂為未及報銷雖係一面之詞未可遽信但上開各款是否上訴人巧立名目侵吞入已抑僅係處分不當或未及報銷仍非由原審逐款查明不足以資論斷復查上訴人當時以甲長資格在魏家樓莊辦理軍事上之給養與公務員處理公務之情形不全縱令上訴人於經手款項中有侵占行為並非公務上之侵占依法亦僅能成立普通侵占罪名乃第一審依刑法三第三五十七條第一項論科原審未加糾正其見解亦屬不當應認為有發回更審之原因

據上論結應依刑事訴訟法第四百零九條第一項第四百十三條判決如主文

法律質疑

季平

問：民法第五十二條第二項，是否強制規定，章程有違反該項規定時，其效力如何？

答：民法第五十二條第二項，係強制規定，章程有違反該項規定時，其違反部份無效，何則，民法第四十九條明定，社團之組織及社團與社員之關係，以不違反第五十條至第五十八條之規定為限，得以章程定之，於不違反第五十條至第五十八條規定之條件下，始許以章程訂定，上開法條，法律固強制其必不能違反，故曰，民法第五十二條第二項係強制規定，章程有違反該項規定，即屬違反強制規定，違反強制規定，依民法第七十一條應為

無效，故曰章程有違反該項規定時，其違反部份無效。

問：民法第一百零一條所謂因案件成就而受利益或不利之當事人，以原為法律行為之當事人及其繼承人為限，抑凡就法律行為因條件成就而生效力或失效力有利害關係之人皆包括之？

答：民法第一百零一條規定，係對於以不正當行為阻止或促成其條件成就之當事人之制裁，關於當事人之範圍，當以原為法律行為之當事人及其繼承人為限，若凡就法律行為因條件成就而生效力或失效力有利害關係之人皆包括之，則有因他人之不正當行為者受法律上制裁之虞，揆諸情理，豈可謂

平，且條文既明定曰當事人，就文義上解釋，亦應以原為法律行為之當事人及其繼承人為限，若其他利害關係人有此種行為，致損害當事人因條件成就所應得利益，正可適用侵權行為之規定以資制裁，固無擴張當事人之解釋之必要。

問：民法總則編關於消滅時效，設有第一百四十四條及第一百四十五條第一項與第一百二十五條至第一百二十七條相反之規定，在民法適用之下似應解為請求權基於債權以外之權利發生者，因時效完成而消滅，基於債權發生者，不因時效完成而消滅，時效完成後，只成立得拒絕給付之抗辯權，請求權因此種抗辯權之行使而消滅，如此解釋，是否有當？

答：不當，分述如次：

(一) 民法第一百四十四條及第一百四十五條第一項，非第一百二十五條至第一百二十七條之反對規定。第一百四十四條第一項，係規定請求權消滅之効力，第一百四十四條第二項及第一百四十五條第一項，係明示請求權雖因時効而消滅，其基本權利並不因時効而消滅，不得謂為反對規定。

(二) 請求權於時効完成後，均成立得拒絕給付之抗辯權，不因其基於債權或債權以外之權利發生而有異。蓋其所由發生之權利縱有不同，其為請求權則一，若謂請求權基於債權發生者，不因時効而消滅，基於債權以外之權利發生者，因時効而消滅，法律固無根據，法理亦難成立。

新法令

國府准中央政治會議函為決議迅速成立懲治貪污
專庭令司法行政監察三院轉飭遵辦令

國民政府訓令 第一五〇號 二十二年四月十

一日

為令遵事。准

中央政治會議函開。查關於整飭吏治及懲治貪污。前經本會議第三〇八次會議決議辦法四項。(一)整飭吏治。首須正本清源。於考試銓敘監察注意。應由國民政府飭考試監察兩院切實辦理。(二)中央於最高法院設懲治貪污專庭。以最高法院院長為庭長。行政院代表監察院代表參加組織之。(三)省於高等法院設懲治貪污專庭。以高等法院院長為庭長。省政府代表參加組織之。(四)凡犯貪污罪情節重大者

新法令

得處死刑或無期徒刑。並經函准政府復稱已分別令行在案。茲本會議第三五一次會議復經決議。迅速成立懲治貪污專庭。相應再行錄案函達。即希查照分飭遵辦等由。准此。除分令外。合行令仰該院

轉飭遵照辦理
轉飭遵照辦理
此令。

行政院指令 第七七二號 二十二年三月二十五

令浙江省政府

支代電為請轉咨解釋訴願法疑義示遵
由

代電悉，查司法院院字第七一九號及八〇八號解釋，下級官署呈經上級官署指示辦法遵照奉行之事件，或下級官署呈經上級

第十七期

官署指駁命令所處理之事件，其實施處分時，既係以下級官署之名義行之，自應認爲下級官署之處分，如人民不服此處分提起訴願，仍須按照管轄等級，向其直接上級官署爲之云云，是司法院解釋祇著重於實施處分時之名義，而不著重於實施處分前之經過情形可知，實施處分時既係以下級官署之名義行之，則已爲下級官署之處分，若該下級官署於收受訴願書副本時，依訴願法第七條第二項規定撤銷原處分，即係撤銷自己之處分，若該下級官署認爲並無撤銷原處分之必要時，亦得以奉令執行爲答辯理由，來電所述情形，應以第一說爲是，即應認爲下級官署之處分，由某官署受理訴願，無庸轉咨解釋，仰即遵照此令，

附原電

南京行政院代院長朱鈞鑒，查下級官署呈經上級

官署指示辦法遵照奉行之事件，在實施處分時，既係以下級官署之名義行之，仍應認爲下級官署之處分，已奉司法院解釋有案，今有某甲向某官署控乙，某官署據呈呈飭其下級官署查勘，嗣以查復指詞含混，後由某官署自行派員勘查，決定處分辦法，飭令下級官署轉飭某乙遵照，某乙不服此項處分，提起訴願，關於受理訴願程序，因而有下列之說發生，一本案處分雖係某官署所決定。然其執行處分命令，仍以下級官署之名義行之，照前述解釋，仍應認爲下級官署之處分，由某官署受理訴願，二本案處分係某官署所決定，如以執行命令發之於下級官署，而認爲下級官署之處分。倘下級官署於收受訴願書副本時，發覺原處分未盡妥善或訴願爲有理由，照訴願法第七條第二項規定，得自行撤銷原處分，惟本案又係奉令執行事件，對上級官署命令復無變更或撤銷之可能，如果依法答辯，抑且難以措詞，故本案應認爲某官署之處分，由其上級官署受理訴願，以上兩說，均有理由，究以何者爲是，事關訴願解釋，惟祈鈞院轉咨司法院迅予詳細解釋，指令祇遵，浙江省政府主席魯滌平叩支秘二印，

行政院指令

第九二四號 二十二年四月八日

令湖南省政府

電爲隸屬於省政府之市其市長應否由省政府或民政廳提請任用又市政府是否受各廳之監督指揮行文是否用呈請解釋令遵由

鑒電悉查隸屬於省政府之市其市長任用程序市組織法內既無明文規定自應依照省政府組織法第十條第一款之規定由民政廳提請任用至各省所設薦任市長應受省政府民政廳及其他主管各廳之監督指揮業經十九年國民政府第一四四四號指令遵照在案其無庸受省政府各廳之監督指揮者依照該項指令應以其市長係簡任且其市係由特別市改爲隸屬於省政府之市如廣州北平等市政府（北平市政府現已改隸本院）者爲限

該省政府自可查照辦理又市政府對於省政府各廳之行文除如上所述具有特殊情形無庸受省政府各廳之監督指揮者外其餘自應一律用呈仰即遵照國府指令及本院原呈均鈔發此令

附原電

南京行政院代院長宋鈞鑒竊查各縣縣長在未經民選以前由民政廳提出合格人員二人至三人經省政府議決任用之縣組織法第十一條第一項已有明文規定惟市長任用依照市組織法第十三條第二項後段僅載隸屬於省政府之市市長簡任或薦任字樣其提出由省政府或民政廳均無明文規定又查修正省政府組織法第十條關於縣市行政官吏之提請任免事項爲民政廳掌理事務之一依照該條條文似應由民政廳提請任用究竟隸屬於省政府之市其市長應否由省政府提請或由民政廳提請任用又市政府是否受各廳之監督指揮行文是否用呈理合電請解釋指令祇遵是爲公便湖南省政府主席何健呈鈞印

本報第三十期要目

論評 評公務員任用法(續).....趙菊芬
 專著 被告之羈押問題.....
 譯叢 政治學說與國際法(續).....E. M. Borchard
 要物契約否定論(續).....胡石坂音四郎著
 解釋 最高法院解釋自院字第八六七號起.....朱治禮譯
 裁判 最高法院解釋自院字第八六七號起.....
 專載 視察閩浙兩省司法後.....鄭天錫
 法令 對於司法改良之意見.....
 裁判正謬.....
 法海輪迴 法界人員動靜消息.....
 文藝 本社社員動靜消息.....

本報第五十期要目

訴之合法與否(續).....洪文瀾講述
 政治學說與國際法(續).....E. M. Borchard
 要物契約否定論(續完).....胡石坂音四郎著
 最高法院解釋自院字第八七一號起.....朱治禮譯
 法令 最高法院解釋自院字第八七一號起.....
 法海輪迴 法界人員動靜消息.....
 本社社員動靜消息.....

本報第四十期要目

再評公務員任用法.....
 訴之合法與否.....
 政治學說與國際法(續).....E. M. Borchard
 要物契約否定論(續).....胡石坂音四郎著
 最高法院解釋自院字第八六七號起.....朱治禮譯
 視察閩浙兩省司法後.....鄭天錫
 對於司法改良之意見.....
 法律質疑.....
 新法令.....
 裁判正謬.....
 法海輪迴 法界人員動靜消息.....
 本社社員動靜消息.....

本報第六十期要目

人治與法.....
 訴之合法與否(續).....洪文瀾講述
 政治學說與國際法(續).....E. M. Borchard
 近世法與羅馬法及日耳曼法.....胡石坂音四郎著
 最高法院解釋自院字第八七七號起.....張蔚然譯
 法令 最高法院解釋自院字第八七七號起.....
 裁判正謬.....
 法海輪迴 法界人員動靜消息.....
 本社社員動靜消息.....

正 裁 判 謬

(民 事)

司法部指令二十二年三月二十四日指字第四

三四七號

令署湖北高等法院院長史延程

呈一件 呈送漢口地方法院上年九月至十一月份

民事判決冊請核由

呈及判冊均悉查九月份人事判冊余王氏與余海斌因離婚涉訟一案原被告下不應均加人字事實之記「載」述與民事訴訟法第二百十七條第二項之規定不符被告在漢會否認定住所未據叙明遽認為有管轄權均欠允洽同月債冊內劉洪興等與張吳氏因債務涉訟一案永茂錢莊與戴善之為保證債務涉訟一案關於利息部分原判理由稱約定月息二分或按月一分七釐顯違法定利率應依民法第二百零五條減為週年百分之二十等語將法定利率與約定利息最高額之限制混為一談並漏引民事訴訟法第八十二條均有未當又劉紹卿與葉海秋等因債務涉訟

一案被告葉海秋之子葉碩夫若非代理其父為益昌成之股東葉海秋即非本案債務人無論葉碩夫為該莊股東是否為其所明知要不得為負債還義務之論據原判謂葉碩夫與朱勉之夥開益昌成錢莊所負債務葉海秋不得認為不知原告因與葉海秋有交誼故存款於益昌成莊內等語違令葉海秋負債還責任理由殊覺牽強又能意超與陳俊川因債務涉訟一案原判當事人欄應稱原被告者均贅一人字事實項下未記明言詞辯論時當事人之聲明及攻擊防禦方法均有未妥又聚泰昌等與皮梅生等因貨款涉訟一案關於訴訟費用之裁判應援民事訴訟法第八十一條及第八十七條原判決誤用同法第八十二條又十月份債冊內恒發祥與邱源昌因債務涉訟一案陶樾青與陳天青因保證債務涉訟一案原告捨棄遲延利息之請求關於捨棄部分原判均未援民事訴訟法第三百七十六條第八十二條以為裁判均有未當又彭永記與陳洪發因債務涉訟

裁判正謬

第十七期

裁判正誤

第十七期

一案原判於民事訴訟法上擅加修正二字殊屬不合又原告之訴一部有理由一部無理由原判未援同法第八十二條爲訴訟費用之裁判亦屬不當又十一月份人事判冊內夏玉珍與雷松長因婚約涉訟一案原判理由既稱係爭婚約之訂定違反民法第九百七十二條第九百七十三條之規定應認爲無効主文內仍稱准予解除殊嫌矛盾徐翌發以監護人之身分代原告起訴乃原告之法定代理人原判記爲訴訟代理人被告之訴訟代理人原判記爲委任代理人均欠允洽又同月份債冊內廖蔭堂與萬嘉珍等因票款涉訟一案係爭票據是否合於票據法之規定未據敘明違命背書人負連帶責任殊嫌粗率原判爲一造辯論判決不援民事訴訟法第三百七十七條竟援同第三百三十七條命債務人給付遲延利息不援民法第二百零三條第一項竟援同法第三十三條並漏引民事訴訟法第八十七條均有未合又胡陳氏與協祥沱車行因賠償涉訟一案據理由欄內所述被告應賠償七百二十六元七角七分主文內記爲七百二十六元九角七分顯有錯誤又同善公司與童濟青因租賃涉訟一案原告聲請宣示假執行既無理由予以駁回則不得謂毫未敗訴關於訴訟費用之裁判原判不援民事訴訟法第十八二條竟援同法第八十一條微欠允

當該地方法院判冊內此項錯誤十有餘起未便一一列舉仰轉飭承辦員一體知照又此項判決書按月造送該地方法院彙積數月一次呈送亦屬不合併仰轉飭注意判冊存此令

司法部指令二十二年三月二五日第四

三〇號

令署湖北高等法院院長史延程

呈一件 呈送宜昌地方法院二十二年一月份民事

判冊祈鑒核由

呈及判冊均悉熊九成與鄭德茂貨款涉訟一案及胡陶氏與胡開垣求償債務涉訟一案事實及理由未分欄記載所記事項亦與民事訴訟法第二百零一十七條第二項第三項不符又既依同法第三百八十二條宣示假執行又未記明債權人有無聲請及原因并能否釋明尤爲不當榮素堂與易方氏等因拆遷房屋涉訟一案理由欄稱若以其與崔姓之租賃契約所訂期限尙未屆滿爲言仍與承買該地之原告毫無相涉云云揆諸民法第四百二十五條規定殊有未合又原判既爲一造辯論之判決未引民法第三百七十七條亦屬不當仰轉飭承辦人員嗣後注意冊存此令

法海
輪迴

法界人員動靜消息

司法行政部令 四月十五日

派李梅充浙江金華地方法院候補書記官此令

派蘇敬臣充山東高等法院第一分院附設濟甯地方法庭曹

縣分庭候補書記官此令

派吳廷鑾充山東青島地方法院即墨分庭候補書記官此

令

派許文衡充湖南高等法院候補書記官此令

派劉國芬暫充浙江定海縣法院學習書記官此令

派曾兆祥充湖北漢口地方法院候補推事此令

派陳贊樞充江西南昌地方法院檢察處候補書記官此令

任命胡綱署浙江第二監獄主科看守長此令

任命歐陽森署江蘇上海第二特區監獄主科看守長此令

派程大文充浙江杭縣地方法院學習書記官此令

派董文資充浙江杭縣地方法院學習書記官此令

派鄭心暢暫充陝西長安地方法院檢察處候補書記官此

令

派王樂善暫充陝西長安地方法院檢察處學習書記官此

令

派任嶧署安徽第一監獄典獄長此令

調派朱金堂充河北北平地方法院武清分庭候補推事此

令

派丁蘇鴻充河北天津地方法院候補推事此令

派崔其煥署山東青島地方法院檢察官此令

派金鼎充江蘇高等法院候補書記官此令

派陳志英充江蘇高等法院學習書記官此令

派魏慕曾充湖南常德地方法院檢察處候補書記官此令

派許鼎充安徽合肥地方法院壽縣分院候補書記官此令

四月十七日

派黃懋勛充江西吉安地方法院候補書記官此令

四月十八日

法海雜題

第十七期

派彭克信署湖南衡陽地方法院檢察官此令

四月十九日

派劉鎮中充司法官資格審查委員會委員此令

四月二十日

任命安和齡試署甘肅高等法院第二分院檢察處主任書記官此令

記官此令

派董世楨充山東福山地方法院候補書記官此令

派楊鎮充山東濟南地方法院益都分庭候補書記官此令

派王經府充山東濟南地方法院章邱分庭學習書記官此令

令

派任殿璣充山東泰安地方法院莒縣分庭候補書記官此令

令

派劉繼亭充山東泰安地方法院莒縣分庭學習書記官此令

令

任命陳潛署浙江杭縣地方法院檢察處書記官此令

任命李文舉署浙江金華地方法院衢縣分院檢察處書記官此令

官此令

任命張秉銓署浙江杭縣地方法院書記官此令

任命齊賢署浙江杭縣地方法院書記官此令

任命萬繩橋署浙江杭縣地方法院書記官此令

派李廣蔭充山西高等法院第一分院候補書記官此令

任命傅定階試署山東高等法院書記官此令

任命張銘丞署山東泰安地方法院書記官此令

任命曹紹祖署山東高等法院第一分院附設濟寧地方庭書記官此令

書記官此令

派邵進禮充河北高等法院檢察處學習書記官此令

任命馬志淵試署山東青島地方法院書記官長此令

任命王念恒署山東青島地方法院書記官此令

派蔡寶璜暫充湖北武昌地方法院檢察處學習書記官此令

令

四月二十一日

派徐世雄代理貴州高等法院檢察官此令

派郭德沛署陝西高等法院第二分院首席檢察官此令



航空救國

文

藝

穎兒自清大函告從事征倭救護工作賦

此寄勗

鄭烈

爾舅林夫子黃花主省盟我原隸所部嘗亦與
斯行國士恫先殉庸夫枉再生九州悉風動三
戶始功成躅愧驚駘繼人紛忠義鳴頓將炎漢
幟遍樹古閩城忝領專司事悽懷死友情曾聞
尙有妹每念弗忘兄星殞椎心泣讎深抱願宏
滬濱重負笈鄂渚互鑿兵擬託求爲偶遙傳早
戒程雖然稱不櫛偏欲請長纓笳鼓喧天競瘡
痍匝地盈蒼黃邀女伴慷慨逐戎旌竭己刀圭
技成人竹帛名犒師頻履險繞陣輒扶傾故鼎
崇朝復歸帆萬里征刀環知劔玉鏡許輪誠
乃輟校中課來調堂上羹春魁家學富秋典培
年經伉儷諧魚水鄉閭艷品評艱危幾度共寒

署廿番更貧賤逾能奮升沉屹不驚牛衣寧屑
涕鴻案但釵荆亡命並蒙難藏弓幾被烹履穿
鍼線恃裳薄雪霜爭自是謀身拙非關歷宦清
端宜安謫陋從未解逢迎及昔權廷尉相攜客
粵京淒涼遇舊壘嗚咽展忠瑩荏苒經桑海蹉
跎長歲庚米常虛儻石酒却滿樽罍烏府膺新
拜金門等耨耕憂煩勞逗笑緩急仗持衡回顧
悲如夢尋思痛失聲空花寧不悟厥恨總難平
况值邊疆陷尤令百感并河山又破碎胡虜復
縱橫要着輸昏豎殘棋逼晚明有冠慚獬豸無
劍掣鯨鯨薄海餘同慨孤軍任獨撐我殊呼負
負爾也幸錚錚矢述慈親志翩臨朔塞營創須
馳與裏鋒勿憚於櫻喋血方彰勇捐軀更覺榮
興亡胥此繫堅定莫他榮知慕替爺女拚追似

泣時

三屆法官浙籍同榜題影 駱文哲

裙屐翩翩酒一瓢白門同話浙江潮名以榜上
初相識家在天南本不遙海內風塵囂未定人
間鸞鳳泊還飄他年鏡裡重回首留得紅顏慰
寂寥

和前韻

金遠涵

白下鄉音入酒瓢座中豪氣怒如潮得成科第
人何少步上春風路不遙十載維新留勃落側
人塵海任蓬飄相逢今日能歡笑鴻爪他年伴
寂寥

定風波壬申滯滬感懷

前人

莫向神州歎黍離新亭有恨却無詩悵望北征
人已去有約出關 差遲未果何處春申活計費尋思 無
限關山愁怎了父老幾人和淚看旌旗塞外月
明寒照甲嘶竭江南歌舞正濃時

勇甥還當箴士卒務各決犧牲烈烈垂千祀轟
轟震四瀛效申存楚社懷趙盡秦阮不信登壇

將全無濟世英戈終揮日返柱必轟天擊奏凱
看刊石還家慶舉觥木蘭今果見率土仰崢嶸

鄭曉雲兄既成名將百詠後以詩二律來

索和因次原韻酬之 光宣甫

樊灌徒臯將韓彭盡狗功甘爲一姓死寧算萬

人雄馬邑驚胡虜龍燦兆戎戎茫茫看禹域誰
障百川東

談兵愛孫武曾覽十三篇人惜囊中智心憂塞

上烟回頭空北望搔手怨南天同抱興亡恨相

看已暮年君詩多憂時 哀切之音

春愁

翁振書

胡渡陰山國本危龍城一失使人悲復齊昔有
田單計興宋今無武穆師但得輸財皆卜式劇
憐棄緯到周廢山河殊異春仍在甯是新亭對