

中華郵政特准掛號認爲新聞紙類

# 法學叢刊

江庸

## 本期要目

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

評濟代邊政通考

劉陸民

自由是權利嗎？

劉陸民

譯述

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

最近英國判例

地方當局對於明白危險魚子相當豫防之責任

惟楚譯

本國判例暨解釋

最高法院民刑事判例

司法院解釋

行政法院判例

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密案

附錄

吳縣律師公會提議請司法行政部實行公設辯護制度案

## 第三卷

## 第二期

中華國民律師協會

法學叢刊出版社

# 本刊啓事

一、本刊負促成中華法治闡揚中華法系之使命自揣綿薄深懼弗勝其應如何完善內容方克荷茲重任之處乞

海內賢達不吝教正

二、本刊鑒於使命重大凡所研究當極意追求真理主編者略無好同惡異之見無論何項法律問題歡迎正反兩方面投稿

三、本刊對於國內新舊立法及新舊解釋判例均願以批評態度與國人共相商榷以祈真理之發見倘有對於此類事件懷疑自願加以批評逕寄本刊或提出具體事件附以意見囑本刊作解答者本刊當竭誠接納用答雅命

四、本刊以闡揚中華法系爲重要使命之一倘有以中國歷代法律之論文以及審斷檢驗戶婚田土各種掌故祕籍見惠者尤所歡迎

五、本刊爲明瞭世界立法現象及法律變遷起見特闢海外通訊一欄切盼海外使領館執事人員留學僑寓諸君就所在地法律現象及其變化與夫立法方面之新趨勢隨時通函賜示本刊當一一刊載不吝重酬

法學叢刊

林森題



# ▲本刊前期目錄▼

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……沈于為

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

## 本國判解

### ▲附錄一▼

青島律師公會組織貧民法律扶助會宣言

青島市貧民法律扶助會成立會主席牟紹周演詞暨答謝來賓詞

青島市貧民法律扶助會成立會沈成章市長演詞

### ▲附錄二▼

律師協會為律師應參加司法會議呈司法行政部文

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

按本稿係新刑事訴訟法尙未公表以前擬交本刊現新刑訴法雖已於第三六二條規定「由被告上訴或爲被告之利益而上訴者第二審法院不得諭知較重于原審判決之刑但因原審判決適用法條不當而撤銷之者不在此限」然本文固足說明其立法理由而益顯其有重要性也尙希讀者注意之——編者

刑事被告上訴案件。應否改判加重。舊刑事訴訟條例。現行刑事訴訟法。俱無明文限制。查大理院判例。甲、控告審對於上訴案件。如審查犯罪事實。認爲第一審判決之處刑上。有畸重畸輕情形者。應以職權撤銷原判。更爲適當之判決。（民國四年上字一九二號）又

大理院判例。乙、上告審於第二審引律並無錯誤。但情罪未協之案。得以職權撤銷原判。自爲適當之判決。（民國六年上字九六號）最高法院對於上二項判例。亦尙未加以變更。引申其義。不外謂刑事案件。罪刑應得其平。如罪情過輕。科刑過重。則雖無爲被告利益之上訴。第二審或第三審。亦得以職權改判減輕。如罪情過重。科刑過輕。則雖無對被告不利益之上訴。第二審或第三審。亦得以職權改判加重。按刑事訴訟之精神。原期對於被告。毋枉毋縱。故與民事訴訟異其旨趣。採用實體的真實主義。大理院於上訴審。酌取此精行。著成上述判例。固亦有其用意。然上訴制度。原在據不服之聲明。以糾正原判之錯誤。上訴審法院所用之職權。究不能若第一審法院之廣汎。其審判範圍。僅能以上訴意旨或理由所及者爲限。不得更爲過分之干涉。觀現行刑事訴訟法。第三百八十一條。及第四百零五條第一項規定。固極明顯。至第四百二十二條第二項規定。不得即謂爲係對於同條前項爲例外。不過例示職權調查之事項而已。第二審雖無此明文。亦須應用。故上述大理院許以職權改判減輕之判例。法律上已嫌失據。（若如德國刑訴三四三條、設有特別規定、許檢察廳所爲之各上訴、有爲被告利益變更或撤銷原判不服部分之效力、又當別論、）然此尙得曰係爲被告伸理冤抑

。不失情理之平也。若夫第二判例。許上訴審於單有爲被告上訴或檢察官單爲被告利益上訴之時。亦得以職權將原判撤銷。改判加重。則吾謂實於情法。兩有所失。

先就法律言之。夫上訴審之審判。僅以上訴之範圍爲限。已如上述。故下級審判決。未經當事人聲明不服。不得擅予撤銷變更。自屬當然之理。德國刑事訴訟法。及日本現行刑事訴訟法。均以明文規定。上級審於無不利益於被告之上訴時。不得對於原判。爲不利於被告之撤銷變更。（德刑訴三七二，三九八Ⅱ，日本刑訴四〇三，四五二）要不過爲此原則之應用。不能解爲特別規定。故在法國刑事訴訟法。雖無此明文。彼國判例。亦爲同一解釋。我國刑訴法。亦與法國同無明文。吾謂至少應於第三審。採用禁止變更主義。蓋第二審原就適用法律及認定事實。均有權責。其就原審所判之罪刑。既因認定事實之結果。而認爲失當。則依據法律予以糾正。固亦難謂爲絕對不合。若第三審則專以適用法律爲職責。罪情是否重大。屬於認定事實之範圍。原審既認其罪情較輕。或罪數較少。則第三審即無從爲反對認定。而科以較重之刑。况自由裁量。爲法律所許。第二審判決。苟引律並無錯悞。係於法定刑內科刑。尤無上級審干涉之理。故大理院前述乙例。實欠妥協。英美二國判例。與我國大理

法學叢刊 論著 論行車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 四

院主義相同。英國對於刑事訴訟。向不採用多審主義。至一九零七年。始設有完備上訴機關。凡被告人爲處刑過重而上訴者。須得上訴機關之允許。且上訴機關。得爲加重之判決。美國判例。刑事被告。以爲法院科刑過重或不當。提起上訴。上訴法院。斟酌案情。得依法令或職權予以減輕或加重。Junod vs state 735 Nebraska 208 Krausevsstate 88 Nebraska 473 Presslyvs State 114 Tennessee 534 79 American Decisions 780 但對於被告上訴。限制甚嚴。與我國刑訴制度。迥然不同。唯聞該院近例。就此已有變更。僅於引律錯誤之時。始予改判加重。

次就情理言之。臣罪常誅。天王聖明。此韓愈之舊言。文王決無此心理。人情孰不惡死而樂生。喜輕而畏重。國家既予人民以上訴之路。自不能禁人民之不呼籲。人民之上訴於上級審。所以求無罪。或減輕其刑也。而結果乃適得其反。前大理院有被告上訴原處無期徒刑。而改判死刑者。不亦大背於人情乎。彼外國立法例或判例。所以採禁止主義。雖如前述。係適用上訴之原則。然亦求適合乎人情而已。法律不合人情。卽爲惡法。判例不合人情。卽爲惡例。如謂大理院之所以擬此判例。蓋以糾正引律之錯誤。明知下級審引律錯誤。因上訴



者爲被告。卽不予以改判。是放棄其職責。大理院著此判例之本旨。或不外此。然爲糾正下級審引律之錯誤。而使被告個人因上訴而反蒙不利益之裁判。亦欠公平。引律錯誤之刑事判決。至第一二審未上訴而確定者多矣。安得被告皆天誘其衷。自求多福。而上訴於大理院。以供其改判加重乎。夫良好之裁判。必適合於人情。此類違反情理之判例。似宜從速變更。茲有兩說。可供參考。第一說、被告上訴之案件。如原判決所認犯罪之種類。與第三審就確定事實所認犯罪之種類。異其性質。而第三審之所認者。對於被告更爲不利益時。（例如同一事實、原判決誤認爲侵占、而第三審因適用法律之結果、應認爲竊盜、）則第三審。須爲無罪之宣告。第二說、被告上訴之案件。雖不能加重其刑。至於罪名。則不妨改判。例如下級審。對於強盜罪。而誤引竊盜罪條文。第三審以下級審引律錯誤。在判決文理由欄內。加以駁正。而不變更其主文。或將主文罪名更正。而不加重其刑。（其結果，須宣告法律所不認之刑罰、換言之、卽對於強盜、而宣告竊盜之刑、）此兩說中。第二說似可採用。如採用第二說。變更判例。仍可達糾正引律錯誤之目的。而被告則不致因上告而反受不利益之裁判。情法較得其平。更有進者。被告上訴。改判加重。以更審之弊爲尤大。更審雖司職者與前

審不同。而法院則一也。前審推事估過。固不難藉圖報復。且有意在以加重示威。使被告對於以後判決不敢冒昧上訴者。具體事實。吾不欲指責。一、吾發表此編。為將來無量數之人呼籲。非為眼前一二人鳴其不平。二、改判得以加重。其失究在法而不在人。吾切懇立法院。於新刑訴法上訴通則內。增入一條。明定限制。凡被告上訴之案。不得改判加重。於立法院未增訂明文以前。切懇最高法院。對於舊大理院之判例。毅然予以變更。



## 陪審制度的估價

許鵬飛

### (一)

自從英國創行陪審制度，法國即仿倣於前，意大利復繼行於後，尤其是在十九世紀的初期，自由主義風起雲湧，陪審制度更因之風行全歐，以滿足一般人對「自由」的熱望，到現在，自由主義已不像從前那樣被人視為金科玉律，而陪審制度也在最近被人用懷疑的態度去加剖解，法國並且在一九三一年的預算裡規定對陪審制度估價的獎金，可見得陪審制度有重行估價的必要。

在我國最近據覃振氏自歐實地考察歸來的意見，以為中國有試行陪審制度之必要，而認係改良目前司法的一種方策，並將這種意見提出於五中全會，是則這種制度之值得從速估價，更無待論了。

所謂陪審制度，簡略地說，就是由人民選舉若干人，代表民意，參加司法審判的一種組

織。

在歷史上原有三種陪審制度，即所謂「羅馬陪審制」[le jury romain「封建陪審制」] le jury féodal 和「英吉利陪審制」[le jury anglais，前兩種無論從義意方面說或者從組織方面說，均與各國現行的陪審制不同，已為歷史上的陳跡，我們可以略去不提，目前各國所採用的制度，都是仿自英國，所以學者們認英國為陪審制的創始者。

在英國陪審範圍極大，有所謂大陪審和小陪審之分。胡長清君曾大略地介紹過，不過陪審制度行到大陸，已經不是英國陪審制本來的面目，現在姑將法國所實行的陪審制簡略地加以說明。亦可見大陸各國陪審制之一斑。

法國於一七九一年採用陪審制，一八七二年又以單行法加以修改，一直實行到現在，其內容我們可以從選舉，組織和職權三方面去看：

(a) 選舉 陪審人員之選舉在原則上祇要是有法國國籍，年齡在三十歲以上，保有公權的人，都有被選舉的資格（一八七二年法第一條）可是有不少的例外，第一，盲啞或不識字的人，在判例上認為「自然的無能力人」[incapacités naturelles，第二，傭僕和侍役 *servi-*

*journer gages* 也沒有被選舉的資格(見同法第四條)，第三，七十歲以上的人和依賴逐日工作以生活的人都可以不當選做陪審人員，換句話說依賴逐日工作以生活的工人和七十歲以上的人都當排除於陪審選舉以外的，第四，現任議員，閣員(見同法第二條)以及司法警察官吏，証人，翻譯者(刑事訴訟法第三九二條)都沒被選舉的資格。

選舉人數除賽納省 *seine* 需選出三千陪審人員外。其他各省則人口計算，每五百居民得選陪審一人。

(b) 組織 陪審人員選出後，即由重罪法院 *cour d'assises* 的書記官依各人名字母之先後，編製成表，叫做「年表」*La liste annuelle* 再由他們抽籤四十人組織審期陪審團，在每屆重罪法院開審時，更由這四十人再行抽籤，決定十二人實行陪審。

(c) 職權 陪審人員祇能參預重罪法院的審判，所以凡是重罪法院管轄以外的案件，陪審人員概無權干預，在這種範圍以內，還有個極大的限制，就是陪審人員僅能發表事實方面的意見，不能涉及法律方面，換句話說，法國的陪審人員的職權，是限於發表「有罪」或「無罪」的見解，在陪審人員通過是無罪的話，法官固不得科刑。但在陪審人員表決為有罪的話

，那法官就可以依據法律上的見解而科刑，陪審人員是不能干涉的。

以上是法國陪審制大略的情形，其他大陸諸國亦莫彷彿相同，茲為節省篇幅起，姑不贅。

至陪審制度良否的問題，歷來研究這制度的學者，無論贊成的或者反對的，都不外從政治和司法兩方面加以探討，因為陪審制度的義意和功用，是不出這兩方面的，本文也按着這種步驟進行。

(二)

從政治方面說，陪審制度確是盡了時代上重大的使命，在法蘭西大革命時，一切制度之民主化，自然是大多數人的要求，所以陪審制度就由英倫而風行於大陸，換句話說，當時歐陸各國之所以採用陪審制度，是因為陪審人員乃由平民選舉產生的，足以代表平民的主權，不致使一般平民受到統治階級因階級歧視所施的壓迫，所以大多數學者都認為陪審制度是「平民主權的承認」(The reconnaissance la souverainete' populaire)，這也就是陪審制

度之所以存在的最重大理由之一。

然而，這種理由在近來已漸失去其存在的義意，因為：

第一，陪審人員的選舉，在近來各國都加以限制，尤其是意大利限制特嚴，不特平民階級不能參加，就是政治見解不同的也得排除於這種選舉之外，這不特在大陸是這樣，就是在陪審制度發源地的英國，也有這種趨勢。（最普通的限制是女子和工人不能參加），這樣還能認為陪審制度是平民主權的表現嗎？意大利犯罪學家費利 Ferrì 說得好：「其實，與其說是平民主權，無寧說是布爾喬亞階級的司法主權 *la souveraineté judiciaire de la classe bourgeoise*（註一）」

其次，若說是平民主權的表現，那不特在人選方面，不應加以限制，而在職權方面，尤應使他有充分表現的機會，換句話說，無論是重罪案或輕罪案，第一審或第二審，判罪和科刑都應當由陪審人員司理，才算是真的平民主權的表現，然而現在歐洲各國除了英國而外都認為陪審人員究竟不懂法律，不能作合理的判決，在職權方面不能不加以嚴格的限制，而僅能參加重罪的審訊，作有罪或無罪的表決，絕無科刑的權能，所以從職權方面說，陪審制度

之能表現平民主權的地方，也就微乎其微了！

還有人（譬如 Jouffroy）以為陪審制度在政治上可以作「個人自由的前衛」L'avant-garde de la liberté individuelle，因為法官以職業關係，很容易受政治的影響，使個人的自由難免發生威脅，而陪審人員既由人民選舉，對於個人的自由的保障，自然是比較周密；其實，個人自由是否能獲着保障，是完全以政府當局是否守法為依歸，陪審制度又怎能為個人保障呢？譬如政府當局專橫的話，縱有陪審制度也是無濟於事的，在英國亨利第八 Henri VIII 自到沙克斯第二 Jacques II 時代的政情，就是個好例，當時的陪審人員也只有惟英皇之令是從，而不能作人民自由的保障，反之，若是政府當局是尊重人民自由的話，那嗎，司法就會完全獨立，法官就很可以保障人民的自由（註二）更何待於陪審制度？這是各國歷史事實所昭示於我們的。

所以，在政治上無論從平民主權說或者從個人自由說，陪審制度都沒有存在的意義，以下我們再看它在司法方面的價值罷！



從司法方面說，陪審制度約有左列兩種功用：

第一，可以補救法律的缺點，因為法律是有硬直性，並且不是萬能的，它以過去的眼光，規定將來的事實，立法者就未必能夠看到將來的事實，社會萬象是不斷的進展變化，一成不變的刑法自然總是難免落後之譏，然而法官是不能不依據現實法去執行的，所以判決雖是合乎法律的規定，而往往反乎社會的需要；陪審人員就正可以補救這種大缺點，因為他們是人民的代表，他們可以補充法律的缺陷，他們可以改正法律的錯誤，使一切的判決都能達到「法律的頂點」*Summum Jus*，都能合乎社會的需要。

第二，陪審人員在司法方面的功用，是因為他們所下的判決是完全根據於「內在的確信」（*La conviction intime*），「人性的感覺」（*L'inspiration du sentiment*），「良心的表現」（*La voix de la conscience*）和「原始的本能」（*L'instinct vierge*），而不像職業的法官完全以「人爲的標準」*critériums artificiels* 去辦理訴訟。

上述兩種功用，在相當範圍之內：我們似乎不能不承認，不過我們也不能認為這兩種功用是絕對的存在，因為第一法律之不能隨社會進化，固然是事實，但是也未常不可以修改，

使法律可以隨社會的進化以俱進，據邊沁的意思，就以爲與其推翻法律以求法律的改善，倒不如在法律之內求法律的改善（註三）。其次，若說陪審人員所下判決可以合乎內在的確信，人性的感覺等，固然也是事實，但是司法的裁判，是否祇要合乎內在的確信和人性的感覺等，還是一個極大的問題，尤其是刑事裁判，現在大都採用「性向刑」l'individualisation de la peine 的政策，換句話說，現代的刑事裁判，是對「人」的裁判，而不是對「事」的裁判，犯罪人有何種需要，然後始能科以何種刑罰，這種審判，需要極專門的知識，纔能勝任，毫無訓練的陪審人員，僅憑人性的感覺，可以觀察犯罪人的需要嗎？！

陪審制度在司法方面的功用，是不能使人無惑，已如上述，而其弊端則尤爲顯著，茲略論之如左：

分工律 *Loi de la division du travail* 是人類進化的一大要素，陪審制恰恰是違背這種定律的，本來每種專門事件，都是要以專門人才去辦理，纔能獲着良好的結果，譬如駕御汽車，烹調食料，都非有駕車術或烹調術的人是不能勝任的，日常事件如此，司法事件又何獨不然，今反而要以既無法律知識又無經驗的陪審人員參加辦理司法審判，豈非荒謬之至！

這種缺乏專門知識違反分工律的事實，實在是陪審制度的致命傷，現在各國雖都在從事於補救，限制陪審人選，提高他們的知識，然而終結仍是沒有效果。因為普通知識的提高並無補於法律知識。

或者有人以為陪審制度是聚多數人於一堂，其智力的總和較之於單獨的法官總豐富些，其實，這完全是忽略了心理現象所發的議論，因為多數人的智力連合起來，絕不會等於每個人智力相加的總和，這是近代心理學所暗示於我們於事實。

就退一步說，陪審人員的智力都很豐，然而還是不能不受心理學上「智力發展律」的限制，而使裁判陷於錯誤的境地；原來人類智力的發展，通常可以分做「普通意識」 *sens commun* 「善意識」 *bon sens* 和「科學意識」 *sens scientifique* 三種步驟，由簡單而複雜，逐步漸進，最後纔能適用科學意識，以為批評，而羣衆心理作用，大都不能適用科學意識，僅能達到善意識的階段，但是司法裁判就非適用科學意識去批評不可，俾斯納 *Thies* 說得好：「除法學家而外，無論任何集合體都僅能以日常生活的觀點去裁判，而不能以批評的能力去解剖」（註四）這又是陪審制度不能存在之另一原因。

或者更有人說陪審人員沒有專門知識，並無妨於陪審制度之存在，因為他們僅是事實的審判，而法官纔是負法律審判之責的，其實，這尤其是皮相之見，所謂事實審判和法律審判究竟何以區分呢？邦錠格 Binding 說：「陪審人員之辦理案件，是『法律事件』 un fait juridique 並不是『純粹的物質事件』 un simple fait materiel，因為刑事事件之法律與事實是與一塊布之有表裏一樣的不可分離」（註五）

#### （四）

陪審制度的得失，在上述已經大略地說明了，那末在我國是否還應當試行呢？本來近幾十年來國人鑒於國情的腐敗，圖治心切，從歐西搬回許多制度，以冀有所改善，這種心理，我們自然祇有敬佩，不過「橘過淮而為枳」，又是許多事實所昭示於我們的，這還是就在歐西實行有良好結果的制度而言，若說陪審制度在歐西已經遭了大多數學者的擯棄，譬如加拿大 Carmera 就說過：「我對陪審制度的感覺是以爲刑事裁判將決之於偶然的事實，像獎券一樣，這是陪審制度根本的缺點，其他任何制度的缺陷，雖然可以用法律來補救，但是不能

補救陪審制度的缺陷」，(註六)其他像梯梭 Tissot (註七)愛利 Helie (註八)沙納 Sala (註九)等學者都有同樣的意見，至在事實方面，法國近年陪審人員因恐法官科刑過重，多數案件均由陪審人員宣告無罪，就是個好例。

再就我國目前情形而論，目不識丁的人佔全國人口百分之七十以上，要他們參加審判，豈非視司法如兒戲，覃振氏欲改良中國司法。不從事於促進司法的獨立，保障法官的尊嚴，培植司法專門人才，而僅想把歐西日暮途窮的陪審制度生吞過來，似非負全國司法重任如覃氏者所應爾！難道覃振氏以為司法裁判只依賴於情感，而無需專門知識嗎？——二十三年十

二月二十九日寫於上海病中

附註：

註一：見 Ferris, *La Sociologie criminelle* P. 535

註二：見 Tolomei, *Diritto e procedura penale* ch. 2056

註三：見 Bentham, *Traite' de législation civile et pénale*, t. II part. IV ch. V

註四：見 Pessina, *Opuscoli di diritto penale* P. 296

法學叢刊 論著 陪審制度的估價

註五：見 Binding, Die drei Grundlagen der Organisation des Strafgerichtes

註六：見 Lettre de Carrara P. 64

註七：請參閱 Tissot, Le droit pénal t. II. P. 461

註八：請參閱 Hélie, Traite de l'instruction Criminelle St. III. ch. 593

註九：請參閱 Sala, Sull'istitutus della ginria. P. 49



# 評清代邊政通考

劉陸民

## 緒言

予近頗有志於中華民族法律系統樹立之運動，而於邊疆各民族法制之狀況，擬爲有系統之考察，其從事於邊疆掌故之蒐集者，半載於茲。月前在友人處，見清代邊政通考一書，急啟觀之，知係邊疆政教制度研究會所編纂。邊疆政教研究會者，由中央各部會組織而成者也。則有所作，必甚翔實。且讀戴季陶先生序言，知是書由任蒙藏行政要職之陳炳光氏，終日勤勞，費兩年之力編成，予益信其考覈必極精審而無可訾議。遂迫不及購，即行借閱。予見其書，第一編係出自前清光緒二十三年告成之欽定大清會典，第二編係出自同時之會典事例。陳炳光氏概稱截取會典，已不無語病（註一）。至不名其書曰清代理藩典例或清代治邊典例，而乃名之爲清代邊政通考，則體例已乖，而舛錯叢生矣。茲就其編次，分別評論之於左：

註一 清乾隆時，續修會典，以一響者原議舊儀，連篇並載，是典與例無辨也。夫例可

通而典不可變，今將緣典以傳例，後或摭例以淆典，其可乎？於是區會典則例，各爲一部，而輔以行。」（見乾隆甲申大清會典序）嘉慶續修，以「會典事例，自開國以來，百九十餘年禮樂政刑大端，以及庶司條件，歲月更定，積久愈多，皆爲考覈所關，甯詳無略。」（見嘉慶續修大清會典凡例）是例與典，顯有區別；陳氏以取自會典事例者，而與取自會典者概謂之曰截取會典，得無有典例不分之嫌乎？

予於清代邊政通考第一編，不能已於言者，約有以下兩端：一曰：通考之爲書，所以會通古今，該洽載籍，蒼萃源流，綜統同異者也。本書既名曰清代邊政通考，則凡有節目，必貫穿有清一代，而述其因仍之跡，使讀之者得即此以窺清代邊疆制度變通張弛之故也。乃予觀是書第一編第一章理藩院，其典制純由清光緒時纂修之大清會典移來。以會典例不追溯前代（註一），是書亦因而僅述纂修會典當時之制，而未究夫後先典制之殊。其在通考體例，理藩院章，應一併紀載者，有若：



崇德三年，定蒙古衙門爲理藩院，設承政一人，左參政一人，右參政一人，副理事官八人，啟心郎一人。

順治元年，改承政爲尙書，參政爲侍郎，副理事爲員外郎。定尙書一人。左右侍郎各一人，不分滿洲蒙古補授。設員外郎二十一人。設滿洲啟心郎一人，漢軍啟心郎二人。堂主事二人，滿洲蒙古司務各一人。漢副使一人。滿洲筆帖式十一人，蒙古筆帖式四十一人，漢軍筆帖式二人。

十六年以禮部尙書銜，掌理藩院事。以禮部侍郎銜，協理理藩院事。

十八年論理藩院專管外藩事務，責任重大。今作禮部所屬，於舊例不合。嗣後不必兼禮部銜，仍稱理藩院尙書侍郎。

又論理藩院責任重大，凡官制體統，應與六部相同。理藩院尙書，照六部尙書入議政之列。該衙門向無郎中，今着照六部設郎中官。理藩院遂議定設立四清吏司：曰錄勳；曰賓客；曰柔遠；曰理刑。四司設滿洲蒙古郎中共十一人，員外郎二十一人。

康熙三十年裁滿洲蒙古司務及漢院判知事副使主事等官（先是順治五年增設漢院判一人

漢知事一人又十八年增設漢主事四人漢副使係元年設）析柔遠司爲二：曰前司後司。

四十六年，立銀庫，設郎中員外郎各一人。由本院司官內奏委。併設司庫一人，筆帖式二人，庫使四人。

乾隆二十二年，改錄勳司爲典屬，賓客司爲王會，柔遠後司爲旗籍；前司爲柔遠。

二十六年併旗籍柔遠爲一司，增設徠遠司，專辦回部事務。就各司內委郎中一人，員外郎四人，主事二人，筆帖式八人，專理司事。

二十七年，仍分旗籍柔遠爲二司。

二十九年，改典屬司爲旗籍，其旗籍司，卽改爲典屬。

嘉慶四年，議定裁滿洲郎中員外郎各一人，改設宗室員外郎各一人。（註二）

光緒三十二年諭，理藩院改爲理藩部。

又議准理藩部滿檔房爲合署公事總匯之區，將漢檔房俸檔房督催所等處併入，改爲領辦處，遴選司員充領辦幫辦，承准其事。其各司掌印幫印各員不得兼充。

光緒三十三年奏准設調查局編纂局以郎中員外郎充正管股。以郎中員外郎主事，充副管

股。以郎中員外郎主事筆帖式，擇其繙譯優長者，充繙譯官。此兩局，暫不豫定額缺，俟添設殖產邊衛兩司，再行分別酌定。又於旗籍典屬，王會，柔遠，徠遠，理刑，六司，暨司務廳，各設掌印，幫印，主稿，悉畧主事，正繕寫，副繕寫各員，分別以郎中，員外郎筆帖式充之。

又奏准內外館監督任滿裁撤。（以蒙古王公來京者均不在館居住，監督同于虛設故）。

（註三）

等事例，是書竟略而不錄。人之讀其書者，將以理藩院典制，終清之世，一成不變者焉。此正唐李翰所謂舉其中而不知其本，原其始而不知要其終者也，（註四）謂之通考，將無名不副實者乎？

一曰：通考所述典章經制，既須貫通古今，窮竟源流，則非節目明備，去取精審，無以適學者考覈之用。清代邊政通考，第一編第一章，純係出自清光緒二十三年告成之大清會典，既述於上。竊嘗考會典編纂之體，乾隆纂修凡例，係因官分職，因職分事，因事分門，因門分條，每條冠以凡字。其事本相類，毋庸別立專條者，則隔圈以書之。其設官定制，事有原

委，非條目所能盡者，則於每門簡端，略叙數語，以見大概。（註五）迨歷嘉慶而光緒，其體例略有更易。雖大要仍以官統事，以事隸官；然每條冠以圈，而不必冠以凡；其事本相類，毋庸立為專條者，亦可用凡字以冠之。若不分辨性質，而以乾隆之例，視嘉慶光緒之例，則悞矣。是書編者，移會典之一部以作通考，其所取材，不足以云通考，姑不置論；然予覺其於會典，孰為專條？孰為類附？亦皆莫知之也。如旗籍清吏司之：

「凡內札薩克之爵、其等有六。一曰親王，（註略以下同）二曰郡王，三曰貝勒，四曰貝子，五曰鎮國公，六曰輔國公。不入於六者，曰台吉塔布囊。台吉塔布囊，亦有四等焉。此專條也。至若：

「凡封爵，辨其勳戚忠勤之差而延以世（註略）。」

「凡封爵，皆賜以冊，誥，敕書（註略），辨以章服（註略下同），優以儀式。」

「凡襲爵，各分其生身熟身而引見（註略）。」

「凡冊，誥，失毀，有故則復給，歲久給其新者，仍畀其故者而藏之（註略）。」此皆毋庸另立專條，而類附於封爵條者也。更如同司之「凡旗衆，各分以佐領……」。應附於

「置札薩克之輔曰協理台吉……」。一條；王會清吏司之「凡公罪，王以下各視其罰之差以奪俸（註略）」。「應附於「制外藩之祿，有俸銀，有俸幣，其等各有七……」。一條；及同司之「凡王以下不獲來者，皆望闕而賀正歲焉（註略）」。「應附於「凡朝正於京師，內札薩克王以下，各以其班至，曰年班，三歲而編……」。一條；是書編者，乃以應類附於專條者，而以其有凡字，使與專條並列，則體例淆混，正附莫辨；以視馬貴與氏之作文獻通考，體局嚴整，幾於無懈可擊者，寧非天淵易趣耶？此予所以不能已於言也。

註一 嘉慶續修大清會典凡例參考

註二 嘉慶續修之大清會典事例卷十七參考上迄崇德三年例均同

註三 大清法規大全吏政門參考上三例亦同

註四 見李翰撰通典原序

註五 乾隆纂修大清會典凡例參考

## 二

至清代邊政通考第二編，則謬誤尤多，若非予以評正，殊未足以達編者之目的，供現代言邊政治邊事者之參考。惟篇幅過鉅，按節詳評，時不我許，無已，仍從大體，發表二三拙見，以資編者，舉一反三，而為普遍之修改，諒亦非無益之圖也。茲撮要以述之：

一曰：史家尊重本朝，異代同符。如杜君卿作通典於唐代，君卿唐臣也，故稱唐曰大唐。馬貴與作文獻通考於宋元之交，貴與宋之逸民，故其在每門類，遞叙及於宋時，必於其開始處，稱其君曰皇帝，以隱示尊崇，此體例也。清代邊政通考，乃中華民國中央政府官吏所編成，其與遜清關係，既非若杜君卿之於唐，亦非若馬貴與之於宋。此固不待言之事。乃予觀是書第二編，輒於說明典制淵源處，用「國初定」三字。夫國初定三字者，即國朝初年制定之簡文，與皇朝初年制定之意義相同者也。以民國之官吏，對遜清而作國朝之稱謂，其自居於何等人耶？且時而曰「原定」，時而曰「國初定」，即姑無論「國初定」三字，是否可於今適用？然體例不一，一般著作家，尙不可有，況乎編輯通史豈可不注意於此？其尤可怪者，本書第二編，取材於清光緒大清會典事例，而事例自乾隆纂修會典，歷嘉慶而迄光緒，於此等體例，皆不稍假借，條理井然，編者乃用生吞活剝式以截取其材料，而於此極關緊要之體

例，竟不稍留意，則所謂費兩年之力者，其力果費到何處去耶？

一曰：清代邊政通攷第二編，予瀏覽一過，覺所載事例，均在清光緒十七年修訂理藩院則例以前。查前清開館修訂理藩則例，先後四次，每次皆由理藩院揀派提調纂修各官，通飭各司，將奏咨劄存歷辦各案，挨次檢齊，付送過館，即由在館人員，詳細查核，悉心參攷，舉凡應增應續，實堪修入者，編纂成條，而清光緒十六七年修訂時，更將原例，逐類逐條，細加參酌，其有應率由舊章者，仍循其舊，如必須刪減者，酌加裁定。是清光緒十七年以前之事例，經十七年之則例修改，已有所去取。若編清代邊政通攷，而略此重要之因革與損益，寧非極大缺憾！至光緒十七年後尤其宣統年間之一切改革，則概不及，則欲即此以推尋有清一代治邊典制之源流，而考究其得失，如之何其可能乎？予姑摘論二章，以實其說：

（一）關於耕牧章，予茲僅就第一節耕種地畝論之，其可議者，如：

乾隆十三年議准：「民人在蒙古地方租種地畝，賃住房屋務令照原議數目納租交價，儘特強拖欠 或經札薩克行追，或經業主房主舉告，差往之司員及同知通判等，即爲承追，欠至三年者，即將所種之地所賃之屋撤回，另行招租」條，清光緒時續修之理藩院則例（

以下簡稱清光緒理藩則例，在「欠至三年者」句下，有「查蒙古得有民人押租銀兩，即以押租銀兩作抵，如無押租銀兩」二十五字；在「另行招租」句下，有「仍勒限飭將欠租交清，倘限滿不交，即將該民人枷號一個月，滿日折責，遞回原籍管束」三十四字。（註一）

嘉慶四年定：「敖漢旗順坡斯板囊金哈喇二處，已開熟地三十七項二十七畝，均令撩荒，作為牧廠，將多爾畢他拉之荒地，照已開地畝，每畝加三分，先行撥給兌換，自嘉慶五年起，勒限二年挪移，其新換地畝，仍照原立契紙年分扣清，按數交租。」條，清光緒理藩則例，在「勒限二年挪移」句下，有「此二年內，將原種及指換地畝，俱令耕種，所得之租，作為遷居之費，迨遷移後，其作為牧場地畝，不得再種」四十一字；在「按數交租」句下，有「毋許拖欠，令該旗札薩克等選派旗員收取，報部註冊，並移咨該司員查核，該司員查旗時，公同分給閑旗窮苦蒙古等，以資善贍，將如何散給之處，該旗札薩克等，詳細造冊報部備查，倘有私行立字租給人民荒地者，嚴參治罪。」八十八字。（註二）

道光十九年定：「喀喇沁土默特旗種地民人，不得以所種地畝，折算蒙古賒貸銀錢，違者治罪。蒙古地畝，不得與給種地民人，其定例以前，已經出典之地，如蒙古備價回贖，



立即遷出，如一時無力回贖，該民人典種已過三年者，再種四年，過五年者，再種三年，過十年者，再種二年，抵銷地價，地歸蒙古。」條，清先緒理藩則例，於禁止折算蒙古地畝之條文，則爲「喀喇沁土默特旗種地民人，不准以所種蒙古地畝，折算蒙古賒欠借貸銀錢，違者各照違制例治罪。其定例以前，已經折算之地，統限三年，以所得三年地租，清還利息，清結後，停利。再分限五年，以所得五年地租，清還本銀。倘地租不敷折算，准其按年遞展，以本利清結爲斷，地歸蒙古。歸地後，該民人情願接種，仍令按年按畝納租。不願接種，聽該蒙古自便，永遠禁止折算。」於禁止典當蒙古地畝之條文，則仍如上例，在「地歸蒙古後」句下，有「該民人情願承種，仍令按年按畝納租。不願承種，聽該蒙古自便，永遠禁止出典。」三十一字。（註三）

其同年又定：「喀喇沁土默特旗種地民人，不得重價轉典蒙古地畝，違者追價，交旗充公，地歸蒙古，民人遞回原籍。其定例以前，已經轉典之地，不計種過年分，再種五年，抵銷地價，地歸蒙古。」條，在清光緒理藩則例，亦於其「地歸蒙古」句下，有「免其私典旗地之罪，歸地後，該民人情願承種，仍令按年納租。不願承種，聽該蒙古自便，永遠禁

止重價轉典。」四十二字。(註四)

其同年又定：「民人租種蒙古地畝，如欲回籍，或不願耕種，即將所欠之租，所賃之房，與押契錢文對抵，地歸本主。」條，清光緒理藩則例，於「地歸本主」，有「如押契錢數，不抵所欠之租，即報明該理事司員地方官，酌量公平定擬。」二十八字。(註五)

其他私募開墾地畝，已未得受押荒銀錢，及稱名攬頭，分別治罪專條；私募開墾封禁牧場，加等治罪條；台吉等越旗私開中公牧場，分別治罪條；熱河都統所屬蒙古開墾地畝條；昌圖額爾克地方農民事件，設官管理條；敖汗旗地畝，換給印票條；科爾沁郡王旗開墾庫都力地畝專條；民人租種蒙古地畝，納租定限條；蒙古民人寫立租契，影射出典地畝，分別治罪條；封禁牧場挖立封堆條。(註六)大都詳於則例，而略於所謂通攷，甚至通攷絕無其規定。夫以關係蒙古地畝重大改革之典制，易言之為促進蒙古由游牧社會進化至于農業社會所必須明瞭的蒙古地畝耕種制度之變遷，其以供治邊政者之參攷為目的而編成之清代邊政通攷，竟或紀載不詳？或未嘗紀載？此何足以云通攷也！

(二)關於刑法章，予亦不暇逐節按條，詳細比對，茲惟擇其最要之數端而略評之：如

清光緒理藩則例，關於罰九定額，修改爲：「罰罪九數：馬二匹，犍牛二隻，乳牛二隻，三歲牛二隻，兩歲牛一隻。七數：馬一匹，犍牛一隻，乳牛一隻，三歲牛二隻，兩歲牛二隻。五數：犍牛一隻，乳牛一隻三歲牛一隻，兩歲牛二隻。三數：乳牛一隻，三歲一隻，兩歲牛一隻。」（註七）而其所謂清代邊政通攷者，於七數三數定額，反略而不詳。夫牲畜之罰，在蒙古例何等重要，乃於此而猶忽略如是，此又豈作邊政通攷者所應有乎？

然猶有大於此者，前清時，以蒙古風俗政攷，與內地不同，是以特立科條，較刑例罪名，每多輕減。其重罪內，僅有凌遲斬梟二條。其餘尋常斬後監候，均較刑例爲輕。即有一二條罪名同於刑例者，亦係蒙例從重之條。逮光緒三十一年三月間，修訂法律大臣伍廷芳等，奏定新章，所有律例內凌遲斬梟各條，俱改爲斬決，其新決各條，俱改爲絞決，後決改絞候秋審入實，斬監候改絞候秋審時分別實緩，均係將重法刪減從輕。於是理藩院刑部，亦於同年會奏，請准依照新章，改減蒙古例。其蒙例未備者，如比引刑例，應照新章辦理。倘遇交涉案件，牽及蒙古，亦應概照刑例新章問擬，不得仍引蒙例。（註八）此乃蒙古例重

大之變遷，而清代邊政通攷，於蒙古刑法章，居然遺而不錄，此又何足以稱其書之名也？

其他清宣統元年庫倫辦事大臣延祉等奏准在庫倫添設理刑司員；（註九）宣統二年憲政編查館，奏准嗣後凡內外蒙古死罪案件，不論所行何律，概歸理藩部主稿，咨送大理院覆判，會同具奏。奉旨之後，如係立決人犯，即由部行文該將軍都統執行。監候人犯，由理藩部大理院，分咨法部，俟秋審時，由法部會同理藩部辦理。遣罪以下人犯，應發遣者，由理藩部咨送大理院覆判。應改折者，即由原審衙門判結。其在京蒙古案件，咨交京師地方審判廳審理，仍由部派通曉蒙古之語通事一員繙譯（註一〇）。此亦蒙例革新之趨勢，應為編清代邊政通攷者所聞見，胡為予於其書不獲見其紀載耶？予是以又不能已於言也。

註一 清光緒三十四年排印理藩部則例卷十

註二 全上

註三 全上

註四 全上

註五 全上

註六 全上

註七 前書卷四十四

註八 見大清法規大全卷三法律部

註九 見前書卷七

註十 見前書續編卷二

結言

雖然，當茲邊疆多故，國事日趨險惡之秋，求其關心邊疆制度之因革損益，而竭乃心力，蔚爲鉅製，足使學術界上下其議論，以研究其當否，是亦難能可貴事已。則予不避爲懸直之言，以制編者之目，蓋亦見其書之重要生，亟欲矯正其失，俾臻完善，而有助於邊疆之治也。編者其諒哉！



## 自由是權利嗎？

劉陸民

本稿係上年七月十八日在中央廣播電台演詞。因係一時大膽講出，過後思惟，實未敢即以爲是，因藏之紙堆中，不爲登載本刊者，半載於茲。現以研究學問，應有負謗的勇氣，纔能叩「真理」的門徑；若有所見，在自己無十二萬分的把握時，輒羞縮不敢舉以示人者，此庸俗人之樣態也，殊非吾人所宜有。予本此信念，特於本刊，將本稿刊出。倘有賜予指正，極我從諒者乎？則予將敬謹拜受之。——作者

權利！自由！這兩個名詞，是含着矛盾性的兩個名詞呢？抑是含着相容性的兩個名詞呢？不待言，今人當毫無猶疑的答解說：權利與自由，是互含着相容性的，沒有矛盾性的，這只須看法律上所爲「自由權利」的規定，就可明瞭這兩個名詞的性質。

那末，人類果有「自由權利」這個東西嗎？我覺得人類從來沒有過自由，更那裏有自由

的權利？在這兒，或有人這麼說：這話奇怪！遠如希臘之哲人柏拉圖亞里士多德歐里裨德等都不是昌言愛重人類的自由嗎？近如法儒盧梭不是說：人類生而自由嗎？英儒洛克不是說：人類具有天賦之自由權嗎？怎能够說是人類從來沒有過自由呢？至於把人民的自由，認爲人民權利而爲保障的，如英國一六二八年查理士第一承認之權利請願，及一六八九年威廉承認之權利典憲，以及北美合衆國之權利宣言，法蘭西之人權宣言，這都不是昭昭在人耳目間的史實嗎？又怎能够說是人類沒有自由的權利呢？

誠然，學者們有過：「人生而自由」的主張。現代國家，都有保障人民自由權的文献尤其憲法。不過這僅能證明在過去的學者有這樣的理想，在過去的文献，有這樣的規定罷了（其實他們所主張的自由，都是有限制的）。過去理想到的，不盡是真理；追求真理，那是無盡人類的無盡責任，換句話說，我要根據今日之我的智慧，以求真理；不能把今日之我，當作昔日之人來求真理。更剴切的說；我是今我智慧的主人，我不是昔人智慧的奴隸。我以下就是根據今我的信念，來說明我的理想：

## 二

首先要說明的，就是人類何以從來沒有過自由？要知人類何以從來沒有過自由，先要明白「自由」究竟是個甚麼東西？翻開昔人的著作，大抵得不着一定的解釋。而近如韋勃司脫大學字典，解釋自由之本質，爲人能「有自主任意作爲之權」，詳言之，各個人能隨意動作，不受外界的任何拘束或壓迫之謂。這似乎比較的洽合自由的意義，却還未能夠澈底的說：自由是無原因無法則的行動。那末，吾人仍根據自己對自由的解釋——即上述澈底的解釋，來批判人類的行動有無自由罷！

惟人類的行動，一方是屬於自然世界的現像，他方却是基於人的意志的現像，如果行動缺乏了意志的要因，那便是純自然界的現像，就不能說是行動，換句話說，行動是要由意志決定的。因此吾人要想明白人類行動有無自由？就先要明白人類意志有無自由？要想明白人類意志有無自由？就要先研究主張意志自由的科學家哲學家的人們的理論，能否成立？

吾人試看心理學家，不是主張意志的選擇自由嗎？然而他們所謂自由，係以個個意志之決定，不由外界的原因，實由於我們的自身，而我們自身的決斷，並非一時任意，乃由過去經驗所成的諸傾向而來，此傾向之總和，名曰性格，故意志乃由性格而決定。這種由經驗而



合成的性格，由性格而決定的意志，意志固然不能離開性格而獨立，成功性格的諸經驗，又豈能離開環境而自存嗎？因此我只見心理學家，恰恰說明了意志的束縛，沒有說明到意志的自由。

再看倫理學家，不是說意欲之原因根據，在自己人格之中的，便是自由嗎？然其所指的人格，畢竟不能離開環境，那又怎能說人格決定的意志，就絕對沒有受外部強制，而出于本身的自由呢？且而以上兩種學說，都悞把自由之感，當做客觀的自由，很容易使人們看着他們的謬悞。而依自由的定義，縱性格決定說，人格決定說，能够成立，亦不能即此以證明人有自由的意志。予因以為科學家的意志自由說，不能成立。（心理學家，可以馮特（Wilhelm Wundt, 1832—1920）之言為代表，但氏亦為科學的理想主義者。倫理學家，可以利普斯（Theodor Lipps, 1851—1910）之言為代表，但亦為倫理學的理想主義者。則是科學哲學，亦有不能絕對分界限者。）

哲學家如何理解意志自由呢？吾為避免煩冗計，僅引康德的語來研究研究。康德是證明意志絕對自由者。他所以證明意志自由，是根據道德上的責任。意謂意志若不是自由的，是

必然的，則我們的行動，也就沒有責任，故如果我們的行動要負責任，我們的意志非自由不可。那末，康德氏所謂自由之意志，究竟是個什麼東西呢？就是一種無原因的理性的活動，換句話說，是理性自發的活動。這種活動，它能够超越一切支配一切，所以康德把它叫做「無上命令」，又叫做絕對自由的道德律。它所注意的不是現像世界的「是甚麼」，而是道德世界的「應當是甚麼」，所以它的本身已不是現像世界的實在，簡直屬於自存物的世界。然康德曾經說過：「自存物是不知的亦是不可知的」，則其所謂自由之意志，直亦不可知之物了，這豈不是幻想之自由嗎？

哲學家與科學家的意志自由說，無論其為決定論，為非決定論，按之吾人對「自由」所為的定義，既顯然的均不能成立，則社會學家如 Hartland 氏，人類學家如 Malinowski 氏等，謂人生而受種種限制，這當然是有充分的道理。

三

人類既根本沒有甚麼自由了，自然沒有甚麼自由權利，更明白點說，權利與自由，是根

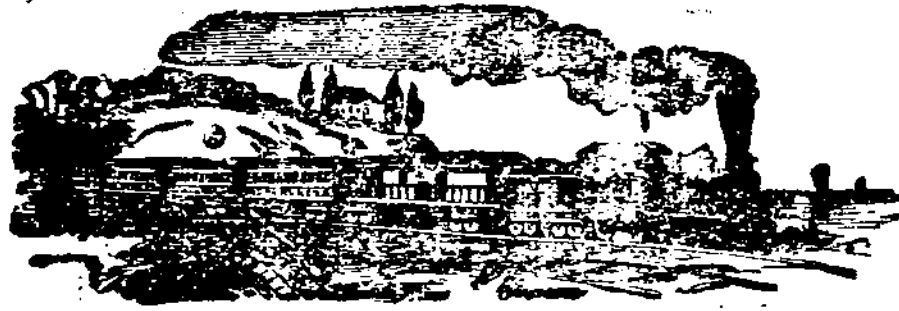
本不相容之物。何以呢？歐洲各國，自羅馬法以來，多把法律的文字，用爲權利的意義，（如德之 *Recht*，法之 *Droit*，意之 *Diritto*，皆是。）而法律在羅馬時，曾釋爲善及公正之術，權利之觀念，亦係由正義之觀念而來。其在英國，法律爲 *Law*，權利爲 *Right*。雖所用文字不同，然而 *Right* 亦正義之義，仍與大陸各國權利之觀念，由正義之觀念分化而來者相同。日本在明治初年曾用權理二字，以譯 *Right, Recht*。……後來又改譯爲權利，我國因之，吾人若綜合各國對權利觀念之解釋，則權利在吾國，亦常不失其本身應有的正常之意義，甚麼正當意義呢？即所謂權者，應解釋爲前漢律歷志上「權輕重者不失繫黍」之權。所謂利者，應解釋爲廣韻上「利者宜也」之利。權利即「權衡人格者間之一定生活利益得其宜而享受之之狀態。」那末，權利的文字，儘管中西不同，而權利即正義，非正義者非權利，這當然是無有不同的。權利的意義，既若是之神聖謹嚴，其與自由，係絕對不相容的兩個東西，自可概見。然已往及現在的法律文獻上，依然把自由規定着爲權利的，一面固可說自由早已存其名而去其實，他面更可說權利由個人主義抬頭，失掉真義的結果。所以吾人大胆的說：世無自由的權利。

#### 四

吾人再從政治方面看罷！自由思想之產生，是橫暴政治之結果。希臘有紀元前六世紀的暴君惡政，而後有希臘哲人等之愛重自由的思想，歐洲有十六七世紀的黑暗政治，而後有英法諸學者人生而自由的思想。是自由與壓迫，立于兩極端之地位，而自由亦可云由壓迫而生之反動，本非中正之思想。故假令人人都自由，則社會將立時瓦解。更假令個人獨有自由，則其有關係人將感受壓迫。總而言之，自由與壓迫，都是人類的惡魔。吾人所以不承認人類有自由的權利，並根本不承認人類有自由。吾國嚴幾道先生譯穆勒「自由論」為「羣己黨界論」，其意或亦與吾人同乎？

吾人講到這裡，或者有人要說，照這樣講，我國憲法草案上所規定的人民基本權，豈不要一筆勾銷嗎？我們老百姓，豈不要再過歐洲中世紀的人民生活嗎？不！不！吾不反對在憲法上及其他法律上，規定人民的基本權利及其他權利，吾只反對在憲法上及其他法律上以「自由」名人民之基本權利及其他權利。更明白點說，予雖不承認人有自由的權利，同時亦不

承認人應有受壓迫的義務。不過欲得人們澈底了解吾人的理想，接受吾人的理想，吾人當更就各種學問尤其法律學問，作精密的說明，茲以時間不及，吾當另尋機會發表。





譯述

航空機對於地上損害賠償責任之法制比較 百川

目次

一 緒言

二 責任主體

三 責任原則

(一) 無過失賠償責任主義

(二) 推定的過失責任主義

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

四四

(三)實証的過失責任主義

(四)折衷主義

#### 四 責任範圍

(一)因航空機發生的損害之意義

(二)賠償額之限度與委付制度

#### 五 結語

### 一 緒言

航空機，在航空中，以由其發作，對於地上（陸上及水上）的人物，惹起了何等損害的原因，航空人對於第三人應成立之賠償責任，近世各國的立法傾向，因為要求應於其航空人——推而至於一般航空業界——與其被害人——推而至於一般社會公衆——間各利害關係調節的立場，來適切解決這個問題，所以以普通法上責任規定的適用，為不適當，更於航空法上，設特種的責任規定（註）。



即法蘭西，有一九二四年五月三十一日的航空法。意大利，有一九二三年八月二十日的航空法。德意志，有一九二二年八月一日的航空法。波蘭，有一九二八年三月十四日的航空法。英吉利，有一九二零年的航空條令。又在亞美利加合衆國，亦自一九二三年的時節，而有由密西堪等大多數之州採用的各州航空統一法（註）。

惟上述各國航空責任規定，其內容不相同之點亦不少。擬於以下，就其主要部分，一面比較，一面說明各個的概要，其在航空責任問題，漸爲世人所注目的今日，予意此或非無意義之舉也。

註 反之日本大正十年法律第五十四號航空法，關於此種賠償責任，未設何等規定，不過委於一般法的民法之不法行爲責任的一般過失主義原則之適用而已。但因航空交通之國際性，與責任規定統一之必要性的原因，仍期待早晚立法的解決。此徵之日本代表參加第三回國際航空法會議（一九三三年五月十五日在羅馬召集）之足跡，亦可豫想之也。關於右會議之成果與其經過，則詳 *Revue générale de droit sérien*, 1933.

Tomelli.

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

## 二 責任主體

因航空機而發生的地上損害賠償義務者，即責任主體，應以之歸屬於何人耶？

亞美利加各洲航空統一法第五條的規定，以惹起損害的航空機之所有人負責任為原則，而航空機已被租賃的場合，其租用人，亦為同樣的責任人。因而駕駛員，其非所有人或承租人時，基於普通法上的責任要件之過失，尚且不犯；則基於本法上的特別賠償責任（客觀主義），自被否定。

如斯，美國各州航空統一法上責任主體，在原則上，是所有人；但關於所有人的意義，學說及判例，都為極廣義的解釋，而以是不限定於法律上的所謂所有權人，凡損害發生當時的航空機之保管人或使用收益人（以下用益人），皆指稱之焉（註一）。然則在實質的意義，畢竟為航空機的管理人，乃責任主體；於是問題所在，乃誰為航空機的管理人。又關於此反面的解釋，若除外前述第五條租賃的場合，縱令為所有人，使航空機不屬於自己管理者，則終可得不負賠償義務也（註二）。

註一 Proctor vs. Hannibal and Hann; Joe R.R.Co.64, Mo,112, 124 (1876)

註二 G.Anstreich and S.Rempner, Air Law review, t IV, p.173. 而如斯意味的所有人責任主義，其在不適用該各州航空統一法，惟適用特別法或一般法的責任規定之各州亦同樣無有所異。

英國航空法第九條第一項，亦規定以航空機所有人作責任主體為原則；而更在第二項，設關於租賃場合的例外規定。但比較亞美利加法，則附有極特別的條件，即所有人，當以十日以上之時間，將航空機租與於第三人的場合，其駕駛員姑無論為誰，其非由所有人雇用時，所有人而完全免除其責任，獨以租用人為負責人（註）。

註 W.M. Freeman, Air and aviation Law, 1931, P. 35.

波蘭航空法第五十九條，雖亦與英美同樣，在原則上規定航空機所有人為責任主體；但例外，所有人為第三人的利益，而將航空機供其任用的場合；則以其租借被登錄為條件，該機體的所有人，得免除責任，單以其租用人為責任人。又規定航空機，由第三人的不法且無所有人的同意而被使用的場合，亦雖以該不法占有人為責任人；若其不法使用，不反於所有

人的意思時，所有人及不法占有人，則爲連帶責任人，此點則特色也（註一）。然而五十九條的責任主體，尙有特別的規定，卽在第四項，於航空機的所有人以外，尙有由其過失而惹起地上損害者，例如駕駛員機匠及其他航空人員乘客等，則當使之與該航空機的所有人，負擔連帶責任（註二）。

註一 A. Kaftal, 'La responsabilité' four dommages Causés par les aéronefs, P. 16.

但此種場合之被害人，關於是等所有人以外者的過失，被解爲有依於普通法的原則立證之責任。

註二 A. Raftal, op. cit. P. 14.

以上諸國的立法，原則上，是主航空機所有人責任主義。但法德航空法，則與此又稍異其趣。

卽法蘭西航空法第五十三條規定以航空機的用益人爲責任主體。茲所謂用益人，乃從學說上航空機之用途而獲得有形無形的利益者的意義（註一），如此見解，判例亦採用之（註

二)。因而責任主體，第一，無為航空機所有人之必要。唯第五十五條第一項，規定航空機被租賃的場合，其所有人與租用人——即用益人，有連帶責任。但同條第二項，該租賃已被登錄於航空登錄簿時，其所有人，免除責任，應任責者，僅租用人而已。其故蓋在此場合，被害人能查照登錄簿，直接知誰為責任者，而享受其保護者也。又第二，該用益，不問其用益之為正當與否。故第三人為自己的利益，盜用航空機的場合，應理解該盜用人，即為用益人而任其責，所有人及本來的適法用益人，應免除為保管人的責任（註三）。然此種法理，早亦就汽車事故的賠償責任，於民法第千三百八十四條第一項後段的解釋上適用之，即汽車的所有人，由第三人盜用，喪失該汽車的場合，同時應為任責基礎——即其汽車的保管人的地位，亦宜解釋為不復存在，賠償義務，為之消滅。此種見地，其在學說判例，均屬一致（註四）。

註一 Henri et Léon Mazeaud, *Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, no 1374.

註二 Trib. Civ. Leine, 17 fév. 1930. 2. déc. 1030, *Revue droit aérien*, t.

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

XV, R. 237. 此在國豕軍用飛行機，依民間駕駛員團體的囑託，參加祭式，而使觀衆負傷的場合，國豕於有指揮命令權之點，應解釋爲保管者，其團體應於爲受益人之點，爲用益人而任其責。

註三 但 Kafal, La responsabilité pour dommages causés par les aéronefs p. 6主張盜用人任責，所有人及用益人免責，於被害人的保護，殊不充分，而有反於立法家的意思，故至少所謂用益人，應解爲即保管人的意義，其被盜用的場合，本來的用益人，尙宜任關於保管人的地位之責。但判例未肯定僅關於航空機の場合，爲保管人的地位之責任，此在前之事例（註二）已極明白。

註四 Capitant, Cours de doctorat, 1926—7, P. 242.  
Cour d'appel de nîmes, 19 mars 1923. Dal. hebdomadaire du 8 juin 1928.

次之，德意志航空法第十九條，其責任主體，以指航空機的占有人爲原則。而所謂占有人，則解釋爲係由自己計算能得利益且支出占其維持費，而占有航空機且使用之者之謂。在一般，航空機的所有人，即爲此占有人的場合甚多。但占有人，則不必要爲所有人。

於茲，有一問題，即航空機的不正當使用人與航空機占有人的責任關係。通說：航空機，無該占有人的積極的許可或消極的認諾而被使用的場合，因而發生的地上損害，占有人對於此，應使免除賠償責任，於是不正當而使用該機體的人，自宜認為應負完全責任也。然則若在右航空機的不正當使用，係由該占有人的過失的場合，占有人，則解釋為應與不正當使用人負擔連帶責任（註）。

註 A. Xaftal, op cit, P. 41.

在國際航空私法會議專門委員會第三分科會原案，因為對於被害人的利益保證，雖然採用航空機的所有人，用益人及損害惹起人三者的連帶責任主義。但在一九三三年第三回羅馬會議的條約，以用益人 *Perdoytant*，在該航空機使用開始前，已因要求由保險等方法的賠償能力的保證提供，則僅以此用益人為責任人，於被害人的保護，已無缺如之感，而且是最合理的，基此理由，在其第四條第一項，單採用用益人責任主義。然在同條第二項，所謂用益人，明白規定為管理航空機，且為自己而使用者的意義。其在第三項，更規定公簿登錄上，用益人不明白的時節，推定所用人為用益人。尙於第五條，特別規定：「不管理航空機的第

三人，未得用益人的承諾，使用航空機の場合，其使用人有賠償責任；而在用益人怠於防止第三人的不正當使用的措置の場合，於茲亦有連帶責任（註）。

註 *Revue Générale de droit aerien*, 1933, Tome II, P. 484 ets.

又同條的第六條，規定因航空機空中衝突所致之地上損害。兩航空機之用益人，有連帶責任。

### 三 責任原則

航空機，在其航空中，關於被惹起的地上損害之賠償責任原則，各國立法例，亦有不同之處。然大別之，有：（一）絕對的客觀責任主義（無過失賠償責任主義）；（二）相對的客觀責任主義（推定的過失責任主義）；（三）主觀的責任主義（實証的過失責任主義）及（四）以上的折衷主義。

（一）絕對的客觀責任主義（無過失賠償責任主義）

採用此責任原則者，有法德美（但僅有若干州）英國及其他航空私法會議條約。



## A 法蘭西

法蘭西航空法上絕對責任原則之被是認，依於同法第五十三條「航空機的用益人，關於自航空機的飛行或自航空機脫離的物件，對於地上的人或物，惹起的損害，有當然的責任。此責任。僅依於被害人的過失立証而得被減免。」的規定，可以明白。不待言，此不外基於李佩爾教授所謂：「將航空機供航空之用的人，惹起人間社會的新規危險，而且惹起特別的危險者，當然非負擔其結果不可」的思想的惹起危險責任論之立法化（註一）。

若斯，其不問應為責任人的過失（故意）有無，是固勿論；即令損害原因，由於不可抗力乃至偶然的事由，及其他所謂空中的危險或第三人的過失，亦尙肯定其有賠償責任。而其可為免責事由者，不過單認由被害人的過失而已（註二）。至於判例，亦屬使同趣旨益臻於明白焉（註三）。

註一 Ripert, *La responsabilité du transporteur aérien*, 1926, P. 28. *Bulletin de la société d'études législatives*, 1921, P. 287

註二 *Trib. civ. Seine*, 17 fév. 1930, dans *Revue de droit aérien*, tXIV, P. 574

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

註三 第五十三條第二項上被害人的過失，雖為免除或減輕責任的理由，但其全免的事由，則限定於因被害人的過失而發生的損害，係航空機在飛行場飛行前而為之者。若其他場合的被害人過失，則以為僅不過責任減輕的事由而已。此蓋飛行開始後，飛行事實，常為事故之一因故也。

例如 Vallier, Rapport, Documents du Sénat, 1923, n° 473. P. 5 但於茲則有疑問。Ripert, *ibid.* P. 29 亦以本條的責任，原來僅關於航空中的航空機而被適用，在飛行場的航空機，則不得適用之。

或主張如斯，則在法蘭西及其他絕對責任立法國，其以被害人的過失為免責的事由，僅就此點以論，是彼已非絕對責任。此種學說，世亦有之（註）但為純客觀的觀察，由被害人自己過失招致的損害，歸自己負擔其責任，乃事理之當然；而其損害自不屬於與以航空機的危險為基礎的公平理論而考察應歸其責任於航空機的損害有何相當因果關係的損害範圍。於是除外此由被害人過失所發生的損害，誠屬當然，蓋以絕對的客觀責任的本質，不因此而喪失故也。

註 G. D. Nokes & H. P. Bridges, The Law of Aviation, 1930. P. 109 於英國航空

條例第九條第一款的解釋，主張其但書以被害人過失為免責事由，係彼根本不採用絕對責任。

## B 德意志

德意志航空法自第十九條起，是與法蘭西同樣採用絕對的客觀責任主義。唯其特異點，在地方又以同法第二十八條保留該當於民法所定的普通法上之責任原則——即主觀的過失責任主義之適用，因此德意志，成為採用完全相反的無過失賠償責任原則與過失賠償責任原則之二元主義。但德意志在絕對責任主義的下面，以之為依據，而規定賠償額的極限；則不僅補正的責任規定，其他採用普通法的過失主義，係必然的產生；而實際，於被害人方面，因負擔所謂立證難，其追及過失責任，事亦稀有之點，則德意志航空法的本質的核心規定，尙不失以絕對責任，占領所部。

夫自第十九條起所定之絕對責任，其基本的理論，出發於所謂危險責任論。則其特質的結果，其不問賠償責任人過失（故意）之有無，又不可抗力偶然事故，及第三人的所為或

過失，亦非免責之事由，則不待多言。苟航空機，於其空中的推進及其支持所必要的動力之活動開始，則自其瞬息之間，入於使用狀態，因而發生損害即依於航空機的使用而發生的損害，對於此，即宜使負擔絕對責任（註一）。

但第二十條，明定被害人的過失立證，為唯一免責事由，此與法蘭西法，毫無異致。元來，被害人的過失，應理解為係以民法第二百五十四條為基礎，其事前過失，例如被害人違禁的滯留於離著地，又事後過失，例如在怠於輕傷治療的場合。而其過失，不獨關於直接被害人，即如由之受扶養者，因而喪失其扶養的所謂間接被害人的過失，亦至少於對於本身關係而解為免責事由。然後者，一般認為事故後的過失，始有發生可能的性質（註二）

註一 R. Schleicher, Luftverkehrsgesetz, Berlin, 1933, S. 98 99.

註二 Kilkowski, Die Haftung für Luft-Verkehrsschaden, Marburg, 1930, S. 67.

次之，就依於第二十八條保留的普通法的過失責任主義而考察之，其應認為有適用必要的場合！其一，對於絕對責任限度的航空法第二十三條所定數額的超過部分，為損害賠償請

求的場合，其該當於適用過失責任主義，固無所異論。蓋此場合，該損害的原因，與認絕對責任的損害原因，在基礎上係屬共通者也（註一）然而，其二，關於基於航空機使用的事故以外的損害，而應適用與否，則議論即不一致（註二）。惟航空法的特別責任規定，尤其如德意志的絕對責任規定，將其適用的條件，為制限的規定，從而於普通法上一般不法行為責任的範圍，而為內縮，其不法行為責任的適用餘地，於茲乃反比例的增加。故航空法，關於以航空機為原因的損害，於其特別責任以外，無非否定一般不法行為責任的立法主義的限制內，因為欲使明瞭有其適用的餘地，應設保留的規定。德意志航空法第二十八條，即應理解為有如斯意義的立法者也。故與其一全異，縱令非以航空機的使用之一定事故為原因的損害，限於具備民法一般不法行為要件，則宜解釋為可得追求其過失責任（註三）。

但彼終局，一面被害人，於此過失責任主義上，有得請求航空法第二十三條的限定額以上的損害賠償的利益；而在反面，因有其負擔的航空機方面的過失立證難的實際問題，其追求普通法上的過失責任者，似屬稀有事也。

註一 被害人能自始對於所有損害不依於絕對責任而追求過失責任。因而此場合，依於

航空法的絕對責任請求權與依於民法的過失責任請求權，互相競合，被害人在訴訟上可行使其選擇權矣。

註二 Schleicher, Luftverkehrs-gesetz, *ibid.*, 以不因事故為限，任何責任，亦不發生。

反之A, *Katfat La responsabilité pour dommages par les aéronefs*, 1933, P.2 則主張對於不因事故的損害，而有普通法上的過失責任。

註三 其一，比如因航空機無間斷的在上空飛行，其下面的土地家屋的所有人，請求所受損害的賠償是。若以此尚解為因事故。則前註（二）的論說，結局事故亦屬 *Un all,accioent* 用語的問題。

又其二，例如追求以不在使用狀態中的格納庫中的航空機為原因的損害賠償是。*Katfat, ibid* 雖尚例示依於航空機遲到等場合的損害賠償，但此乃地上的第三人不可得而起的問題。

### C 亞美利加合衆國

美國各州立法不同，雖如別述；然採用絕對的客觀責任主義為其責任原則者，除密西堪州外，有已施行於十六州的各州航空統一法。即同法第五條，規定：「飛行於本州水陸上空各航空機之所有人，關於由該航空機之上昇下降飛翔或自機體之物下落，惹起地上之人或物之損害時，不問其過失之有無，有絕對責任。但該損害全部或一部，由於被害人或財物所有人或受託人之過失者，不在此限」(註一)。然則絕對責任主義的必然的結果，該損害的原因，雖在駕駛員其他第三人的過失或不可抗力其他所謂空中的危險等場合，航空機所有人，仍使負擔完全責任。故雖有若干學說，表示反對(註二)，結局，其免責事由，如該法條的文理解釋上，也明白的，單不過被害人的過失即致死傷人或財物之所有人占有人等的懈怠過失，為損害的全部的或一部的原因的場合。是與其他各國之採用絕對責任主義的，依然同樣。

註一 但尙對此否定為絕對責任，或主張為過失推定責任者，亦有之。例如 C.C.

Rohlfing, National Regulation of Aeronautics, 1931, P. 255.256. H.

osterhout, The doctrine of res ipsa loquitur as applied to aviation, A.

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

五九

L. R., t. II, P. 13

註二 H. ostarhont, ibed 高唱剝奪航空機所有人以其無過失或不可抗力為理由，欲得免責的權利，是乃違反憲法。又 G Austreich and S. Kempner, Air Law, t. IV, P. 174 以不可抗力 *acte of god* 為損害原因時，得免第五條之責任。

再則，就判決例觀之，例如關於飛行展覽會會場的事故，負傷觀客，雖任意離固定席次而坐於近航空機著陸地點時，在觀客自身，不能認知為被害人過失。仍肯定航空人有賠償責任（註一）。反之觀客因違禁接著於輕氣球上昇間際而發生事故時（註二），又被害人無理由而接近於迴轉中的航空機之推進機，致被殺傷時（註三），以被害人的過失，甚顯著易知故，航空人的賠償責任，為之否定。

註一 Platt vs. Erie County Agricultural society, 104, AJP Div. 99 149, N. Y. supp. 520 (1928)。

註二 Bernier vs. Woodsteek, Agricultural society, 88, conh. 558, 98, Atl.



160 1926, U. S. Av. R., 121 (1914)。

註三 Hough vs. Curtiss Flying, Service supreme judicial, et, me 1929, U.

S. Av. R., 99, (1929)。

## D 英國

英國航空條令上採用的責任原則，究係如何，有不少的異論。而問題則專在於第九條第一項的解釋。同條項的規定，謂「飛行中或離著陸中之航空機或該航空機之占有人或因自該航空機之落下物，對於水陸上之人或物，惹起物質的損害或損失時，該航空機之所有人，雖無關於其故意過失或可為訴權原因之事由的立證，然恰如其真實故意或過失而惹起，仍有損害賠償之責任。但有損害損失之全部或一部，基因於被害人之過失者，不在此限」。

夫以上述條文為基礎，關於該賠償責任之法律上之性質，諸說紛紛，或主張有航空條令，容認絕對責任說（註一）。或主張第九條第一項，併合兩個責任原則，即一方依於 *res ipsa loquitur*，容認絕對責任說（註一）。或主張第九條第一項，併合兩個責任原則，即一方依於 *res ipsa loquitur* 的法則適用，認過失推定責任，同時，他方又認所謂危險責任之適用（註二）。或以同條項，不過單依於普通法的原则的立證責任之

倒轉，採用航空機所有人的過失推定責任（註三）。

註一 A. D. mac mair, *The Law of the Air*, London, 1932, P. 68.

註二 G. D. Nakes and H. P. Bridges, *The Law of Aviation*, 1930, P. 109.

註三 Hold-worth, *the Law of transport*, P. 147.

Winfield and Sparkes, *The law in relation to aircraft*, F. 14.

至在判例上，觸及此問題者，尙屬未有。可是第九條第一項，解爲係規定航空機所有人的絕對責任，是妥當的。或雖以其用語與亞美利加各州航空統一法不同，如迴避絕對責任之語。而謂雖無被害人的立證，恰若有其立證云云，是亦不無可以解爲不過認爲過失推定責任原則之餘地（註一），然條文全體的文理解釋，尤其於但書，除外爲免責事由的不可抗力乃至第三人的過失，僅認被害人的過失之點，其立法趣旨，實可推斷其爲絕對責任主義。加之在英國法院，過失推定責任，亦夙有依 *res ipsa loquitur* 的法則適用，而認定起來之處。故若單止於過失推定責任的是認，即無特別航空條令的立法之必要。故自特別規定本法之沿革的理由考察，亦應支持絕對責任說（註二）。

註一 *Kaftal. op. cit.* 則係自此事由，聲援過失推定責任說。

註二 尙有高唱若語立法例的沿革，則一九一〇——一九一一年英國內政部立案航空法條第十二條第一項，早已容認客觀責任原則，次之一九一八年英國航空運輸委員會，亦已絕對責任立法化。

G: G. Borge t, *Problem in Aviation Law, The cornel Law Quarterly, 1921*  
P. 300.

E 其他諸國及國際航空私法會議

尙有採用絕對的客觀責任主義之立法例，雖可舉出瑞士聯邦航空會議會第二十六條，費蘭德航空法第六條，及洪加利航空法第十八條等。但關於其條文並學說直接可見的文獻。因為沒有，所以省略它的說明。

然而前述一九三三年國際航空私法會議採擇的條約第二條，亦係採用基於危險主義的客觀的責任原則，規定地上損害的原因，不問爲不可抗力或爲過失與否，要由航空人負賠償的責任，被害人僅以能立證損害的成立，與其損害係因航空機而發生的事實，即已足矣。唯因

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

非飛行員故意所爲的損害，航空機用益人或其被用人，不能防止時，則無責任。又第三條，以被害人有過失的場合，則航空人可以爲減免責任的事由，又是明明白白的（註）。

註 *Revue générale de droit aérien*, 1933, Tome II, P. 774.

（二）相對的客觀責任主義（推定的過失責任主義）

採用此原則的，爲波蘭及美國一部分之州。

A 波蘭

波蘭航空法，雖不若以上諸國，採用絕對責任主義，但於其第五十九條，規定課航空機所有人的過失推定責任，被害人僅不過對於由該航空機之使用而惹起的損害事實，使負擔其立證義務。

夫法律上過失推定主義的根據，在鑑於被害人對於航空人的過失其過失與損害之間應成立的因果關係的立證至難性，特自 *Actori incumbit probatio* 的桎梏，以救護被害人。而其推定，係於以下二方面而爲之，即一方航空人過失存在的事實推定，與他方此推定過失與被害人所受損害間的因果關係成立的推定，固不待多言。然此主義，畢竟不常止於推定

——即法律上所謂看做，以彼在本質上，容許可對此為反覆的立證。故欲免除該推定過失的反證，亦可對以上規定的兩方面而為之。

然則同國航空法，關於免責事由，設如何的規定耶？考同法第六十條第一項乃至第三項，規定須立證以證明由被害人的過失，不可抗力，及航空機所有人已盡關於事故豫防的一切可能的手段而無過失者，始能免責。

被害人的過失，在絕對責任主義立法，尚有可為免責事由的性質，已如前述。故不問其責任原則如何，其在此過失推定責任主義之下，仍可為免責事由者，這是當然的事。然不可抗力，在絕對責任主義立法，不認為免責事由，反之過失責任主義立法，則應是認之。故波蘭航空法，既限於所謂推定的過失主義，則以此為免責事由，於其理論一貫之點，亦屬妥當。

航空人能為反證以證明被害人的過失或不可抗力者，不待言，可推翻前述推定的二方面即航空人的過失及過失與損害的因果關係之存在，同時歸於可認兩者之缺如。

最後，同航空法第六十條第三項，於航空人以「因事故豫防已盡一切可能手段」為免責

事由之點，若謂此係以航空人無過失為理由不負賠償之責任的意味，則同法採用所謂推定的過失責任主義；既如上述，則與其謂之曰免責，甯可解為其構成要件上的責任否定，是乃當然的事理。唯其特別規定所有的意義之一，（註一）同條明白給斯航空人的航空法上責任基礎的過失概念的定義，即表示過失，在於事故防止可能的措置之不履行。如斯同航空法，在所謂對航空人，不使負擔普通法上責任基礎的 *le devoir neminem laedere*，只特別課以因避免事故應採保全手段的其有限制的義務之點，而被認有其特殊性。

從而航空人，若立證已履行右述的手段，則推翻前述推定第一方面所成立的航空人之過失，至少，其航空機因事故發生的損害，航空人不負賠償責任。又航空人假令已成立右述意義的過失，若能立證其過失與該事故損害之間，因果關係不成立，例如證明縱令採取一切手段，亦尙不能制止該損害發生者，則前述推定的第二方面的航空人之過失與損害的因果關係之成立，常被推翻，其賠償責任，常被否定（註二）。

註一其二，在解釋同國航空法，對於單因事故發生之損害，顯示適用過失推定責任。

註二 *Kaftal, La responsabilité pour dommages causés par aeronefs, P. 12.*

## B 美國佩恩西爾柏尼亞及安達賀州

亞美利加諸州中佩安兩州，不適用如同國航空統一州法第五條的絕對責任規定，以特別法規，而採用基於普通法的不法行為責任原則——即過失主義。其與過失主義不同的一點，在於為航空機所有人陸上損害賠償責任的基礎——即過失，以所謂推定過失為足，不必要有實證過失。

然是乃過失推定責任主義常然的結果，而航空機所有人，在能以被害人的過失，不可抗力，及為責任主體的航空機所有人與該航空機駕駛員無關係的事（奪取及其他不正當使用等），或該所有人證明已講求損害防止手段，無何過失等為反證の場合，自能免除其賠償責任（註）。

註 G·B·Logan, Aircraft Law P.48.

（三）主觀的責任主義（實證的過失責任主義）

——美國馬薩齊育捨志脫州法及其他——

航空機對於地上損害，依於可適用於一切場合的一般不法行為的法規與同一原則而採用

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

過失責任主義的，於美國，除前述諸州，係為絕對的客觀責任乃至推定的過失責任主義立法以外，則有如馬薩齊育捨志脫，密志威利，孟德亞那等州。

此過失責任主義的適用，一方責任原因。於航空機所有人賠償責任發生的要件，必要其有過失（故意）存在，因而於此點與絕對的責任主義，即關於由不可抗力及第三人的過失等損害，亦認為有責者，大異其趣。同時他方，關於航空機所有人的過失之立證義務，亦與相對的客觀責任主義，在被害人方面的立證，以推定的過失已足，不必要實證的過失者，亦應有不同的性質。

然則於右述兩方面，即關於責任原因與立證義務，實際上各應為如何的理論解決或主張乎？以下試概述而觀之：

#### A 關於責任原因

##### (a) 由航空人過失惹起地上損害的場合

此場合，所發生的航空人的賠償責任，不外於過失主義的原則本體。唯問題，則在此場合的立證義務果如何？茲讓以後述之。



(b) 由第三人的過失惹起地上損害的場合

對於此場合的判例之類，雖直接可見者，尙屬沒有。但英美關於普通法上的交通事故賠償責任，尤其由汽車加害責任，則有許多判例。若將各場合分析述之，其一，A 汽車因被 B 汽車衝突，由其反動，致 A 侵害第三人的生命財產者，A 之責任，被否定之（註一）。又其二，A 車由 B 車（駕駛人）的過失衝突，因緊急避難不得已侵害他人的利益時，亦使 A 免除其責任（註二）。然而此種責任的法理，以航空機代汽車的場合，亦能解釋爲是同一的。

註一 關於 A 被 B 追突，致離開道路，侵入他人所有地而加害的事案。

*Woods Vs. Greathead*; 151, L. T. 10 (Eng. 1921).

註二 關於 A 因迴避 B 之過失衝突，迅疾由道路突出，致傷他人的事案。

*Fleming Vs. Hartrok*, 100, W. Va. 714, 131 S. E. 558 (1926)

(c) 由不可抗力的地上損害

此場合，亦與 (b) 同樣應免除航空人的賠償責任者，是屬過失主義必然的歸結。

法學叢刊 譯述 航空機對於地上損害賠償責任之法制比較

(d) 由其他事由的地上損害

最有問題者，即因所謂航空濫用的地上損害。此場合，非因依於有形之事故型體的加害行為，其外形，係於航空機的使用本體的過程，而發生關於第三人的損害，因此逢着了困難問題。

却是判例，對於在飛行場或飛行學校的近郊，不管依于何等理由，而飛翔既甚頻繁且以不適當的方法而為之之場合，關於由此所發生的家屋或農地所有人的地上損害，則肯定航空人有賠償責任（註一）。因而該飛行機的飛翔，係於通常的方法與合理的態度而為之之場合，則航空人的責任，可否定之（註二）。尤其此場合，尚有因果關係延長的問題，比如使下界的家畜類發生恐怖，因而有鷄卵等的不產，牛羊乳等的不出各直接加害的場合；或因而使牛馬類陷于狂亂狀態由是致他人發生危害的場合；其責任如何，應為考察。判例關於前者，則有肯定（註三）與否定（註四）兩說，關於後者，則惟採用責任肯定說焉（註五）。

註一 Swetland vs. curtiss Airports corps 55 F.(21)22(c.c.A.cth)301ec.1931

註一 Smith vs. new England Aircraft co. Inc. Worcester Airport Inc. 1929

U. S. Av. R. 27 (moss. Sup. ct., 1928)

註三 Decision of United State Comptroller, 3 Con P. Gen. 234 1928, Av. R. 46, (1923)

註四 Glatt Vs. Page, Dis. et. 31 Jud. Dis. of nebraska 1928.

Neiswonger Vs. goodyear tire and Rubber co., 35 F. (2d) 761. (1929).

#### B 關於立証義務

航空人有過失的立証義務，所以使被害人負擔者，係實証的過失責任主義之原則，已如前言。但被害人受損害的具體原因如何？尤其航空人如何所為及有無關聯於其所為的過失？立証甚屬困難。因而其立証義務的負擔，於保護被害人之處，殊欠周到。職是之故，遂於裁判的實際，被害人負擔立証責任的原則，不予支持，而認依所謂 *res ipsa loquitur*, the things speaks itself 法則適用的立証責任之倒轉，航空人，其在不能舉反証的範圍內，至被推定其有過失。

勿論此推定，是關於（一）依於前述過失推定責任主義立法の場合與同樣過失的存在本體更（二）其過失與其損害間的因果關係的存在之二方面而為推定。但在茲，非若過失推定責任主義立法之被法律上明認，故此 *res ipsa loquitur* 的法則適用的場合，非無條件的肯定關於所有地上的損害，是乃限定於具備特種要件の場合。

即第一，必要該地上損害惹起物件（航空機），在航空機所有人或其被用人的絕對的監視之下，第二，該損害惹起的事實關係，必要有正當且一聞而能理解為航空人的過失之性質（註）。

註 Cour sepreme, massachusetts, 12 mai 1932 Revue générale de droit aérien  
T. II. 1933 P. 161 ets.

Ellis vs. Ellison, 1931, mass. A. v. S. (1931) 911.

雖然，上述法則具體的適用，非容易得為之術，而關於此項的判決例及學說，亦非一致。其對此作積極解釋的事例，（一）某航空機所有人的被用人——即駕駛員，於飛行機駕駛中，而由飛行場上空墜落地上致加害於人的場合（註一）。（二）又於飛行場附近之要道，衝

突被害人駕駛的汽車，以致加害的場合（註二）。無論何例，雖皆不能由被害人立証該事故的原因，尤其駕駛員的過失；唯能證明有如右述的事故型態而止。然判例則適用立証責任的倒轉法則，而是認航空機所有人的賠償責任。

註一 *Serrans Vs Curtiss, Flying Service, inc; 1924, 231, A.P.P. Div. (N. Y.), §67.*

註二 *Colloka Vs. New York, 1929, U. S. Av. R. 42 (N. Y. ct. cl., 1927)*

反之，如外觀上事故災害，能歸屬於無關航空機使用的原因的場合，勿論；假令因航空機墜落的場合，比如由右翼發動機的停止，落於水上，加害於人時，其發動機的檢查人，限于不能證明為航空機所有人的雇用人的場合，不容許立証義務之轉嫁，於被害人，認定要為航空人過失的立証（註）。

註 *Cour Sepreme, Massachusetts, 12 mai 1932, Revue général de droit aérien, T. II, 1933, P. 162.*

可是，上述立証責任倒轉的法則適用，結局為一種過失推定。則在其性質上，法律上，

其推定的反覆，不能不承認的，亦屬當然。

於是航空機所有人，證明該地上損害，係由第三人的過失，不可抗力，或由所謂空中的危險而惹起者，勿論；其能反証自己或被用人，無何等的過失，或縱令有過失，其過失與損害之間無因果關係成立者，亦能免除其賠償責任（註一二）

註一 法蘭西最高法院，解釋其民法第一千三百八十四條第一項後段，所謂危險物（汽車等）保管人的過失推定的場合，保管人單純的無過失立証，不必能免除其推定責任。Req. Cass. 2, nov. 1924. Dal. 1925—1—12 如前述波蘭航空法，無特別規定以此場合為免責事由的限制，則以右判例的見解予以為係適合於過失推定主義的本則。



## 各國律師制度大觀

小齋甚治郎原著  
吳欣奇譯

### (一) 奧國

奧國律師之預備教育，其要求之峻嚴，與範圍之廣汎，僉謂世界任何一國，無出其右者。而補任法曹界之任何職業者，必須修了法科大學四年之課程，凡律師公證人司法官及高等行政官吏莫不皆然。且必須經過國家三種學說考試，合格後方得任之；其一即四學期後，受羅馬法之考試是，該考試包括優斯底尼帝之法會典，與法學階梯，及內外法制史等；至於德國法制史德國私法及寺院法亦一併考試之。其二是除國法學及行政法外所有奧國法全部課程修了后所受之考試。其應考之學科，即民法商法票據法刑法刑事訴訟法及民事訴訟法等，該項考試委員，由教育部長或大學教授律師及官吏中選任之。其三為一般國法學奧國國法學行政法國際法國民經濟學及財政學等。特別欲充律師者，應以得有博士學位者為必要條件。

經過以上三次國家考試後，應實習七年，在實習期內，至少須在地方法院實習一年，實習四年後，能在高等法院受律師考試。其考試委員，即為高等法院推事及律師，該考試之範圍，除前述第二次國家考試之學科外，更加試稅法等，因此律師考試與法官考試，亦有區別。法官考試中，以高等法院院長為考試委員長，並選任大學教授律師各一人高等法院推事三人為考試委員。

奧國之律師，不若英法兩國之有種種階級，且承認女子亦得充律師，與日本新條例相同，惟慮及七年之長期實習，果能充律師與否，尙屬疑問。

至以律師兼職一層，祇許兼任學校教授，不得兼任國家有給職務，惟奧國法科大學，現禁止聘任執行業務中之律師為正教授，祇能聘為講師，或臨時講座之教授耳。此點與意國法科大學適相反。此外律師得兼充公司之董事監察人，合夥之執行業務人及合夥員；但出入交易所而營投機業者，則禁止之。一九一九年十二月十九日，共和政府以法律，取銷律師為國家官吏之原則，而宣言律師亦得任國民委員，由是律師遂得任政府部長次長及地方長官矣。惟在任職期內須自薦代理人，令其經營自己之律務，是較日本律師之任官吏而撤銷註冊者為



優，蓋於律師之威信無妨也。

懲戒手續，在一九一九年二月六日以前之法律，凡律師不服律師公會懲戒委員會之判決者得向最高法院懲戒部呈訴，該部即以其部員所組織，惟現今之懲戒部，採用合議制裁判，其中半數，由律師公會選出會員律師組成之。

律師資格以具有奧國國籍者為限，此乃各國共同之點，然在一九一八年十月三十日以前，曾在奧國執行律師者，得保留有繼續執行律務之權利也。

奧國律師之人數，雖謂較德法兩國為甚少，惟因希望為律師者，年有增加，故其營業精神益見顯著，固不僅奧國為然。

## (二)捷克斯拉夫

捷克共和國之律師條例，屬於德法系，與奧國同，故具有豫備教育之法律家，均有得充律師之絕對自由。關於任命及監督，與官廳全然獨立，律師公會為自治組織，以律師與公證人分離，及居住移轉往來交通之完全自由為原則，是其精神之所寄焉。

其資格條件，須經國內大學修了政治法律等學科，得三次國家考試合格之證明，得國內大學博士學位之稱號，從事實際法律事務多年者，均屬律師註冊之要件。此實習期限，最初與奧國同定為七年，其後縮為六年。一九二四年一月一日，又改縮為五年，在五年中，至少須服務法官一年，此亦與奧國同。

律師之實際服務，須經三次國家考試合格後，始可開始學習。考試範圍，包含法制史法律政治經濟等學科，在律師註冊前，應以律師考試及格與獲得博士學位兩事為要件。

律師考試，在各高等法院舉行，由高等法院推事三人及律師一人，為考試委員，其中推事之一人，為考試委員長。此項考試，分筆試口試兩種，筆試係對於民法刑法上實際問題之研究，口試係包含民法刑法訴訟法行政法及其他之法律全部。

若五年間繼續任法院合議庭之審判長者，雖無資格證明文件，亦得註冊為律師，此項規定，曾遭律師方面之劇烈攻擊，但依一九二二年一月三十一日之改正條例，遂宣告廢止。反之，由律師轉任法官者，概不許可，但最高級之行政法院，常任律師為評判官也。

以上律師之許可，較之司法官，或行政官之許可，其須要的預備教育，超過相當程度以

上。法科學生經三次國家考試及格後，學習司法官之事務兩年，再經法官考試合格後，即可任司法官，不若律師之必須獲得博士學位者。又如行政官經三次國家考試及格後，即可採用，惟確定任用，尚須就其所欲服務之行政門類範圍內考試及格而後可。

如是律師之許可，無論學術上實際上，較司法官更須有多大之預備教育，此乃與日本正相反對之現象。然歐洲各國，關於律師在法曹界之水平線，仍有低落之批評；其故由於歐戰後斟酌從軍者之情形，減低考試標準，或以服務軍役之期間，一併算入律師之學習事務期間內，並舉歐戰後經濟情形之變化為理由也。

至於懲戒律師，由全國律師總會選出會員，為懲戒委員，規定罰金停止職務及除名等罰則，以處罰關於律師名譽威信及身分職務上義務之侵害。不服懲戒委員之判定者，得上訴具有懲戒部責權之最高法庭，而此最高法庭，由推事三人及律師一人組織之。

### (三) 意大利

意國制度，分為律師與代訴人兩種職業。欲充律師者，須具備(一)取得法學博士學位

，(二)博士考試及格後在律師事務所實習二年，(三)經國家之律師考試合格。該項考試，係包含民法民事訴訟法商法刑法刑事訴訟法與行政法上各問題之筆試，及現行法全部之口試。

凡欲爲律師者，應以修了大學法科四年學程，與博士考試合格后學習實務二年爲必要。惟亦有例外，可不受考試及學習實務而得充律師者，與日本相同。即(一)任法官二年以上而退職者，(二)任法科大學教授五年者，(三)從事私職六年，而已獲得法學博士之代訴人者。

一九二五年前，每年舉行律師考試二次，在各高等法院所在地，由司法官二人律師三人組織考試委員會行之；爲防止考試弊竇計，於一九二五年一月十五日命令改正之。據新制度所規定，考試地點，一仍舊貫，惟考試委員，由司法部長選任司法官一人大學教授四人律師二人組織之。

筆試問題，全國一律，均由司法部長密封送交考試委員會。筆試時之手續，對於考試之真摯與公平，似予以充分保障。

考試委員之資格，規定司法官須任最高法院推事，而律師須在高等法院所轄律師公會中任執行委員者。

日本對於學習實務，尙係開始試行，即在律師公會，目下亦在審議研究中，而在意國，對於學習實務之預備期間，亦成一大問題。據一八七四年之法令，在學習實務期內，委託執行律務之律師監督之，志願充律師者，應在考試前兩年間，先充學習生，服務於律師事務所。蓋此制爲修習職業之最善方法，認爲隨有經驗之實務家學習，最屬適當。但律師對於此點，因感過負教導學習生之責任，只待學習生預備學習期間修滿，即給與證明書，亦不問實際經驗之有無，人以是謂其偏重形式。故有提議將博士試驗及格後之二年預備期間，改爲四年，以其一部分之時間，使在地方法院行政官廳及大規模之銀行業中學習之。又在一九二四年之司法會議，亦有提議設立特殊預備學校，作爲律師之預備教育者。佛羅倫士大學之新法科大學條例中，已規定次年度設立法院實務學校。此校之目的，在使新進博士實習專門學科，爲國家攷試之預備教育，所聘教授，以執行律務之律師任之，負直接指導之責。不僅在實習預備期內，供給實習生以機械的準備；且對於職業上之清廉正直與道德教育，尤加注重，蓋

使實習生與久經鍛煉之實際家，受友誼的訓練於日常共同生活中，容易達其目的，若以其他之如何形式，求致效果，恐非易事。日本將來之候補學習，鑒於向來司法官試補學校教育之失敗，徵之上述經驗。宜加考慮者也。

意大利對於律師及代訴人之候補者，所應受之預備教育，與司法官之候補者，全然分別行之。其被任為司法官，必須經過帶有重要法律事項等學說之競爭考試及格後方可。此項任用考試，遇必要時，得由司法部長在羅馬隨時舉行之，苟有法學博士程度者無論何人勿須預備教育，皆得應考，而實務上之預備教育，於任用考試完畢後行之。在競爭考試中錄取者，即任命為學習推事，服務於初級法院二年，更令應考判決起草問題之實際考試，及格後，始得任為補助推事。

律師與代訴人之區別，即代訴人代表當事人，作成關於訴訟之重要書類，確定傳喚送達之日期，及遵守延期日期等事務；而律師僅對當事人指示保護其權利，故律師之任務，為法律上之商談，起草訴狀，與出庭辯論而已。事實上，現今意國律師，可有三種（一）為博士考試未及格之單純代訴人，（二）為律師兼代訴人者，（三）為單純之律師。但第三種之律

師，至爲少數，專對委託人予以忠言，及訴訟上之權利保護，故無論精神上道德上，成爲律師之精華也。

#### (四) 法蘭西

法國之律師資格，其主要條件如次：

(一) 有法律得業士之證書。!!!

此稱號，須由法國法科大學所授與，而獲得此稱號者，及在高等學校卒業試驗及格後，且須修了三年間之課程。

(二) 爲確保公益之一定方式的宣誓。

每星期三巴黎高等法院之第一部，在開庭之前，新任律師御白色襟飾與手套，立於院長首席之下，舉行宣誓，其誓言曰：「余居律師及法律輔佐人之地位，誓不違背法律規則及慣習，不違反國家安寧及社會公安，對於法庭及官廳，亦不忽視；謹此宣誓。」

(三) 經許可加入 Stage (實習工作之一種)

法學叢刊 譯述 各國律師制度大觀

(四)關於本人之公正與品格，已經現任報告委員之律師懲戒委員書面證明者。

律師不得營其他職業，各國皆然。法國之律師，亦只能兼任法律學教授，著述業，及兩院議員等。女子得充律師，早經國家許可矣。

新律師合於上述四條件者，在法院得有被稱學習律師之權利。巴黎定學習服務期限為三年至五年，其間得免繳營業稅（所得稅）。

實習服務滿期時，依其積資年限，註冊為律師。而律師負職務上秘密之義務，且有請求報酬金之權利，固不待述。

向來關於酬金一層，恐事後發生爭執，與委託人言定預付；蓋如日後發生爭執，頗與律師職業品位，不相容故也。於是法國與日本不同，殆無律師向委託人索取酬金之事，據律師公會會長克萊遜氏著有「律師之習慣及規律論」一書之言曰：「律師之學問辯才及正直，非屬商品，應廣開心界，貢獻此技能於不幸人與貧困者；是等技能，決非可以出售之品也。」如在日本魚肉律師之委託人雖非絕無，但律師追索酬金之事，亦應對克氏之言加以致慮也。



律師公會會址位於第一審法院及高等法院之所在地。而各律師公會，均處於懲戒委員會監督之下，凡對律師之告訴，必須向懲戒委員會提出。是項告訴，由報告委員審查之，其被告訴之律師，向懲戒委員會出庭時，得聘同業律師一人為自身辯護。其制裁辦法，定為戒告、譴責暫時除名及永久除名等。

若不服懲戒委員會之裁判，得向高等法院提起上訴，若再不服得向最高法院提起上訴。

關於法律上之救助，法國各法院，均有其制度。檢察廳之特別報告委員，審查自稱貧窮之境遇後，得承認其應受訴訟上救助權之特典與否，若經其認可，則平人可免除訴訟費用，由法院指定律師，代當事人義務辯護。

在巴黎每日懲戒委員會室內，必有高等法院指定律師二人，專為貧民應法律上之商談，不收費用，雖屬長老律師，接受煩雜困難案件之委任，亦認為名譽之事。

各律師公會之會長，都屬權威人物 (Stadtrager)，巴黎每年七月初旬，在律師圖書館，照例舉行選舉會長；任期為一年，惟常以第二年度重選連任為原則。懲戒委員任期為四年。

法國亦有律師及代訴人兩種，與英國意大利相同。律師註冊十年以上者，得有辯法律師定人之權利，以此名義，得任鑑定。在巴黎及法國各大都會之律師，雖得任鑑定或司辯護，而代訴人則否，僅能辦理訴訟上之手續耳。但較小之多數都市，則代訴人同時亦得出任辯護也。

凡已許可在高等法院出任辯護之律師，則無論任何地之法院，均得出庭辯論。其他商業裁判處，縣參事會，軍法會議等，亦得同樣出席。惟最高法院及樞密院，不准出面辯論，蓋此兩機關只限於有數之特定律師耳。

一般人每以代議院及元老院中律師額數特多為可驚，此因世間能了解人類與人生之捷徑者，莫如律師之職業故也。蓋律師之職業，勢不得不迅速通曉萬般知識，且常努力吸收此等知識之結果所致也！故能開開隱蔽討論主題之枝葉事項，而直握問題之核心，以特種技能解決之。在我日本，不僅貴族院如此，即在衆議院。在採用由各律師團體選出德隆望重之功績者，蓋以是故歟！

(未完)



## 最近英國判例

地方當局對於明白危險怠於相當豫防之責任 惟楚

——曼徹司特市對馬克蘭德損害賠償事件——

〔判決時間〕 一九三四年一月二十九日

〔判決法院〕 高等法院 (Court of Appeal.)

〔判決法官〕 Scrutton, E.J.

Slesser, L.J.

Talbot, J.

法學叢刊 最近英國判例 地方當局對於明白危險怠於相當豫防之責任 八七

〔事實要旨〕 原告之夫馬克蘭德，從電車剛下車時，被汽車轆殺。其故由水道鉛管破裂，

致水流出於道路上而凝結成冰，汽車遂滑走於路面，不能管制而肇禍也。其地方之水道，是屬曼轍司特市經營管理。原告於是對汽車駕駛人及曼轍司特市，提起損害賠償之訴。第一審認定汽車之駕駛人無責，僅曼轍司特市有過失之責任。

〔判決要旨〕 高等法院由 Slesser, L.J. 及 Talbot, J. 之多數決。認定曼轍司特市水道當局，不為應為的相當之處置，對於明白危險，怠於應執行的相當豫防之手段，因此不能不謂其違反義務，而應負損害賠償之責。但 Scrutton, L.J. 則抱與此反對之見解。

一九三三年二月十一日夜間。有拔恩費德者，駕駛自己所有之汽車，在曼轍司特市附近之埃克爾司，滑入於一輛電台之背後。恰遇由電車剛下車之馬克蘭德，致被轆殺。馬克蘭德之妻即原告，因根據災禍條例，對於曼轍司特市及拔恩費德，提起應依過失而為損害賠償請求之訴。關於由水道鉛管破裂，至於漏水冰結路面，其水道依於法令，係屬曼轍司特市經營管理，同市依於其鉛管，供給地方之水料等情，乃為不爭之事實。原告所主張者，在謂給水管漏水時，因此水流路面，然若考慮當時氣候之寒冷，其水冰結，應至於被路面者，在被告市，

乃當然可得知之事，故被告市，對此而怠於講求相當豫防之手段者，斯即被告之過失，第一審馬克拉德推事之判決：於拔恩費德之駕駛汽車，認無何等之過失。蓋以彼當電車使乘客下車時，雖剛擬停車，但因車輪與路面之冰接觸，致陷於管制不可能，而事故之原因，顯係路面之冰結故耳。至對於曼轍司特市，則以為在事故發生前，不覺察鉛管之破裂及漏水，因而未執行為通行人安全，可排除道路危險之方法者，乃同市之過失，自無可以免責之理由。於是被告曼轍司特市不服此項判決，提起控訴。高等法院，卒仍駁回。

#### Scrutton 推事之意見

一九三三年二月十一日夜十一時，在曼轍司特市附近之埃克爾司，有汽車因路面冰結滑走，致與電車衝突，輾死男子一人。當晚濕氣重而寒氣不嚴，迄八時，乃告冰結。其在路上冰結之水，乃自破裂水道之給水管漏出，而給水管之敷設廠所，雖不在曼轍司特市內，但曼轍司特市，係依法令，經營管理其水道。當該道路，是隸屬於埃克爾司鎮之管理，所轄警察署，是蘭開夏州警察署，又其電車，是由薩爾費特市經營。本訴自被輾死男子之寡妻對於曼轍司特市及汽車之駕駛人提起，第一審之馬克拉德推事，宣告汽車之駕駛人無責任，曼轍司

特有責任之判決，由曼轍司特市，對此判決，聲明控訴。

原告主張被告所有之過失：第一，即水道給水管之水，溢於道路，使路面之狀態，成爲危險狀態之點。是即所謂有關於給水管之設備或管理之過失，但第一審推事，則惟否定此項過失，引用齊葉爾西水道公司對克林事件之判例（註），判決被告關於此點，無有責任。而被告對於此點，無特別的控訴聲明。第二，原告之所主張者，即在本件事務發生前被告知給水管有破裂因而應有漏水與否？或當然可能知之與否？可以不論。茲所論者，即所謂當路面冰結之場合，對於通行者可發生之危險，亦不講求何等豫防之手段。第一審推事，關於此點，則以爲被告在事故發生前，誠不知給水管之破裂及漏水，然是屬當然可能知之者，乃竟不知之，是即被告之過失。由是對於通行人不執行危險防止之手段，被告關於此點，固不能不負過失之責任。

予認爲給水管之破裂，係由鉛管之「弱」——基因於鉛管內不斷之震動與壓力之變化——而發生。此項金屬之「弱」之年限，例如關於鋼鐵，至少約爲四十年之譜。予一八九〇年乃至一九〇〇年時，充當律師，而關與於某事件，其時，鋼鐵之「弱」之有無，成爲問題，曾囑託

謝費爾德之許多專家調查。其關於水道之鉛管。亦議論其生「弱」與否，係最近之事，現在有某科學的研究機關，特研究此種問題。據說敷設地下之水道鉛管之平均壽命，可能八十年，但本件之鉛管，敷設於地下後，固尙未經過三十年。

至關於本件道路面開始現水之時期，證據亦抵觸不甚一致。原告方面之證人，供述其時期為二月九日早晨。若然，則依漏水自鉛管之破裂處所，經相當之距離而始出現於凝土（*Concrete*）層之理由，其破裂之發生，想當稍在水現路面以前。然被告市之水道檢查員，則在八日午前十一時，於水過檢會以聽診器而行檢查。此乃彼職務上當然應為之事。檢查其地方水道檢之全部，因是彼之職務，而將全部檢查一過，約需九日。若水道之配水管有漏孔，其檢查之際，必可發見，給水管之漏孔，亦大抵不致疏漏云。總之此乃一切營水道事業者。通常採用之警戒方法。而本件爲此警戒方法的檢查員，則云在八日不見有可疑漏水之異狀。又云在八日道路上不會現水。但證人供認道路上在九日現水者，亦有三人，而謂水係由路面所鋪花崗岩石之間滲透而出。其處，稍稍低窪，其底張有排水鐵網。而二月九日十日，是天雨而氣候溫暖。其他，地方巡視警官，供稱：二月九日午後，雖曾徒步經過其地，却是路面出水

等現像，則全未之見。更述：若警官認識路面現水，則當報告於埃克爾司鎮之消防署者，乃彼應有之職務。彼又云：二月十日之夜，亦曾經過其道路，仍不見其有水。埃克爾司鎮之道路監視員拔志克勒供述：二月十日晝間，二次用汽車通過有漏水方面之道路，但亦不見其有水。彼係受鎮檢察官之命，當水道有漏水之場合，即應報告於埃克爾司鎮公所或曼轍司特市之水道局，第一審推事，依此二人之證言，認彼等未會發見漏水者，此事實也，然又認彼等係應當發見其漏水者，茲竟不發見之。遂判決曼轍司特市，因此兩人之違反義務。即懈怠，不負責任。不能

若電車係依規則在其道路上正當行使。而事故當時之車掌如倍林加姆之供述，則非一貫。彼於相驗之際，供述：事故之前夜即二月十日，已見繼續不斷之水滲透路面。在公判時，所供亦然。迨後又改供：彼見漏水，係二月九日。彼又供述：本件以前，彼曾有發見漏水，而為報告。是雖彼之義務，然今度之漏水，則未為報告。——夫曰「本件以前彼曾有發見漏水，而為報告……」，究竟於何時向誰作報告耶？是則未嘗追究。又九日或十日，既有漏水，則在可為證人的住民之中。亦無一人，將其事以報告於誰何。第一審推事，認定水之漏出，



是自九日早晨迄事故發生之時，繼續未斷，予固不能反對此認定。惟思設言之間，其不一致如此，則水之分量，不塊幾分誇張，又十一日午後八時，始至結冰，則對於通行人無特別危險者，亦應爾也。

夫爲期發見水道之漏水，以爲修理，而講求相當豫防手段，是屬於被告市之義務，關於此點，無所爭執。至被告，若已發見本件之漏水，必將於相當之期間內而爲修理。從而主要問題，在事前不發見之者，是否爲被告之過失。在茲問題之中，包含所謂被告因爲於事前發見之，能採取如何之手段方法？又應採取如何之手段方法的問題。若無或人應爲某行爲的場合，或不應爲某行爲的場合，則或人不能爲有過失。

曼轍司特市之水道給水區域，周圍達百三十哩，其區域內，敷設千二百五十哩之配水管，與二百哩之給水鉛管。漏水事故，一年平均二千件，一週平均達五十件。即在隣接之波爾吞市，漏水事故，亦與此略同。然曼轍司特市之吏員，因爲或由自己發見，或從他方接受報告，而爲漏水事故之修理，乃不絕而巡迴於其區域以內，所以道路當然類與廣大的眼目相接。其他，尙有從事覺察漏水事故者。即在曼轍司特市本身，他之部局，例如保健局或道路

局及其他吏員，發見漏水，亦有以之報告於水道局之機會。縱在市外，例如在本件事務發生之埃克爾司，有埃克爾司鎮之道路當局，與被告之水道當局，同樣對於道路之狀態，予以注意。若依被告市檢查員葉爾司氏之證言，則埃克爾司鎮之全吏員，皆受命應將漏水事故，報告於同氏之檢查所，成曼轍司特市之水道局。警官亦受訓令，於發見漏水事故之場合，應為報告。關於電車軌道之架設亦然。又水道費之請求書，亦必記載水道檢查員之姓名住所。

若依證據，被告市之所為與他之水道當局之所為，無何等殊異。於水道栓，定期以聽診器而為檢查。本件事務發生場所之邊緣，其檢查率，乃九日一次。現則水道局員，於二月八日午前十一時曾為檢查，固已無何等之異狀。若依此檢查，則給水管之漏水，亦能發見者，證言均屬一致。又被告市之修理工夫，一週平均達五十件，因是為漏水之修理，未嘗有一日間斷。在被告市，更有應管理其道路與注意其狀態之他部局，其所屬吏員，始終經行於本件漏水所在，若在發見漏水之場合，則又受有應報告之之命令。警官，亦常巡邏道路，若在有漏水之場合，亦受有應為報告之訓令。道路局，因為道路修繕，不絕遣派多人，巡視道路，現則有道路局高級吏員一人，曾於二月十日，二次經行本件漏水所在之道路。薩爾費德電車

駕駛人及車掌，亦始終往復道路，若有漏水，則為報告。即在附近之住民，若發現漏水，則亦供給報告。被告依賴此等照顧，信能容易覺察漏水事故者，固至明之事也。

他之機關，暫置不論。至於被告，究竟於此外尚應何為耶？被告管理千五百里之配水管及給水管，供給用水於廣達周圍百三十哩之區域。在被告豈有於每日對於各道路非為一二次檢查不可之義務耶？予曾對於原告代理人，求釋明自他機關之報告，為問題外，果主張被告之過失，在於何處？原告代理人，主張特別在冬期，各道路尤其主要道路，每隔一日，須派檢查員一名，從事檢查。夫冬期之危險在冰結，但曼轍司特市，幸而非不斷的結冰。又在主要道路，有其他機關，由各自的立場，給市當局報告漏水。假令有每隔一日而為檢查之義務。又兼其他部局人等，不斷於當地供給報告，就此而思之，則問題將如此——容易從其他關係部局接受報告之水道當局，於講求與其他水道當局通常所為同樣之豫防手段後，豈於僅二日半之間，不知水道之漏水，即應負過失之責任耶？此非證言可信與否之問題，乃以不爭事實為前提之推論。

予將本件之證據及主張，慎重考慮，其所得之結論如斯。——他人於二日半前，雖發見

漏水，而被告縱在二日半之間，不知漏水之事實，亦不能謂為被告之過失。何則？二月十一日，迄午後八時，路面始行結冰，其漏水對於通行人，未嘗給與特別的危險。尤其若繼續漏水，則將破損道路，若結冰，則將使通行人危險……故縱如第一審推事之所認定係因應為漏水報告的其他部局吏員之過失，即欠缺注意，而未發見漏水，未為報告，亦未必能以彼等之過失，歸於被告人之過失。故此雖屬彼等怠於給與警戒於被告，但予以為不能以彼等之懈怠，視為被告本身之過失也。

在予之意見，本件控訴，為有理由。即應宣告原告敗訴，訴訟費用，一二審均由原告負擔之判決。

Green v. Chelsea Waterworks Company. (L. W. Times Reports, Vol. 10, P.

547) Slenser 推事之意見

本件，原告對於曼徹司特市，依據一八四六年之災禍條例，以由被告之過失，致原告之夫於死亡為理由，而請求損害賠償。其事實關係，係一種意外的事件。一九三三年二月十一日夜，有拔恩費德者，(在第一審，與曼徹司特市同為被告，已受勝訴之判決)運轉汽車而滑

入於電車之背後，將剛下電車之被害人驟死。若依於第一審推事之所認定，當時拔恩費德氏之汽車駕駛，無何過失，彼雖見電車甫停，乘客剛下，而減少汽車之速率；但因車輪滑走路面之冰上，已陷於管制之不能。即道路面結冰（對茲負責任者，不論為誰何），乃本件事故之原因，此至明之事實。而在此控訴程序，成為問題者，即其冰（此由被告市水道之水漏出給冰則為不爭之事實），被告究竟應否負過失之責任是已。

查原告主張之具體過失如次——被告對於水道給水管有漏孔，其水可流至於路面，是能知之而或當然可得而知之者。故若考慮當時之寒氣，則其結果，將使交通。因路面結冰而發生危險，是亦能知之，或當然可得而知之者，乃被告怠於豫防其發生，對於通行人，不給與危險之警戒，而又不策通行之安全執行充分合理之手段焉。

被告對此，則主張：「若將本件事實關係，予以正確之認識，則第一審推事，認定馬克蘭德氏死亡之原因，是即被告之過失。詳言之因被告之過失，長時間放置水道漏水，至使十一日夜間，道路結冰，隨之使拔恩費德氏之汽車滑走，而馬克蘭德氏，亦遂由是致被驟死云云，其不當極為明白。」夫水流出於道路上面，是自何時起耶？關於此項證據，雖甚不一致

，但第一審推事，則認定在本件事務之二日前，是即九日。其爲此認定，是有充分證據。即在當地附近居住之米舍考登加供述：二月九日早五時五十分出家時，見家之前面側方，有非常污穢之水溜，頻頻有聲。十日則其水聲益甚，至十一日，則外出須繞道而避之矣。又波孟氏供述：九日晝間中食後，見路上有水，其時水正由鋪石之間，起泡而出。此皆明確之証言，其他所謂十日始發見有水之証言，與所謂全然未見水之証言，雖亦有之，然第一審推事，採用米舍考登加之証言，認定水之開始滲透而出，時在九日者，予亦以爲正當。

從九日晨起，迄十一日夜事故發生止，其間，被告市，成其他當局，或其他任何人，未嘗爲防止本件災害，執何等特別之手段者，在當事人間，已無爭執。然則水通行於其地下之水道當局即曼徹司特市，應否如原告之所主張負有過失責任耶？此其問題起矣。

此種場合，法律問題，甚屬明白。一八四七年之曼轍司特市條例同年之水道條例，均無特別課水道當局生活妨害之條項（註），因而依法令經營水道事業者，其當局人之義務，當不超越於通常注意之義務以上。——克蘭德甲恩克西育水道公司對於斯露次克事件（註二）齊葉爾西水道公司對於克林事件各判決參照。換言之，其所負之義務，不過爲普通人之所當

爲，與不爲有相當智慮者之所應不爲而已

有達莎恩對子拔敏加姆  
與布利斯事件之判決

「註三」。

本件，原告主張之二個過失，加以區別，是屬緊要。——第一，是被告不防止水道管生漏孔之點；第二，是不處置流出於道路面之水之點。關於第一點，第一審推事，認定水道管，是普通之水道管，其敷設方法，亦是普通的。水道管之壽命，普通約八十年，但本件給水管，無何等隱避之瑕疵，僅二十七年，即已生漏孔，則固不能謂被告有何過失。至於給水管之敷設，則被告之無過失，亦極明白。因是更引用林得勒所爲齊葉爾西水道公司對克林事件之判決內：「在富列次卡對岩蘭德事件（註四），未賦與公司以依照法令敷設水道管之權限，則按之同事件之判例，本件之被告公司，不能爲有責任」之文言，判決：被告非保險公司，僅不過執行法令上之職務。關於此點，應即不負責任。

此齊葉爾西水道公司對克林事件之判決，如第一審推事之所摘出，倫敦水道公司對卡林克洛魯司電氣公司事件（註五），薩姆拉法官，亦是認之曰：「企業者，依於法令所規定所命令而營業者，縱因其事業而損害他人，對之，不負責任，其負責任者，不過限於其事業之施行方法有過失的場合。此原則也。」

關於水道管之狀態的証據外，尙有所謂九日間，由被告之吏員（水道檢查員），巡迴檢查相任區域——就各水道檢，以聽診器而爲檢查的証據。據說：若於道路之交通不繁雜時，注意聽診，則能知道給水管之漏孔。二月八日，其水道檢查員，曾在本件漏水處所附近，檢查水道檢，未嘗發見有何等之異狀。據同人供述：當時道路之交通，是不甚繁，所以若有漏孔，則能聽知其兆候，洵屬當然。第一審推事，因爲發見水道管之漏孔，不能立証其有更良之方法，遂於此點，有若所謂不能認被告有過失之意見——至少予作如斯解釋，從而，依上述理由，關於給水管之漏孔一點，原告對於不利益於自己的第一審判決，已不聲述不服，其不服之聲明，遂亦未曾爲之。

雖然，於茲，水道之水，因何原因，流出於路面，而遂凝結成冰。其冰之長，依一巡查之所測量，則當時已有達五十七亞德（更長的證言之）的事實。以此，予將玩索而觀察之者，其惟被告爲求覺知水道。漏水之流出道路，究應執如何之方法乎？——而在本件，事實上，無執行何等方法之事，若依証據，則在曼轍司特市之水道給水區域內，一週間，平均發生五十七件漏水事故，故在本件，實有如前述布利司事件，留心漏水，係非常可能事，決非通常豫想



不可能之事情之必要。

水道給水區域，比曼徹司特市甚廣。現在本件事發發生地方，雖亦在被告給水區域內；但道路則屬於其他當局即埃克爾司鎮管理。被告之吏員，按時檢查水道管，與所謂第二過失即道路上之水，不為處置的問題，無有關係，所以可置不論。但在被告之吏員中，苟於水道漏水，流出道路，發生事故時，其於此負有有關係之職務者，又僅有右之水道檢查員，而其職務，則不過九日之間，一度巡迴各處而已。

控訴代理人斯德育亞德畢威安氏，主張：在本件情形之下，僅用右之檢查，已盡充分豫防的方法。若依同氏，曼徹司特市，就水道漏水，應受報告，雖未與任何人之間，而為正式之協定或約定，但在事實上，至少有依據四個照應，能迅速覺知漏水的關係。——其第一，是依賴道路當局之埃克爾司鎮，第二，是依賴管轄其地方的蘭開夏州警察署，第三，是依賴薩費德市經營電車之服務員，第四，是依賴証人等即所謂「一般公眾」漠然的傳達方法。

右之第一，即關於道路當局者。埃克爾司鎮的道路監視員拔次克勒氏，於被訊問時所為之証言，則謂：在十日曾用汽車通行本件道路，但全然未見道路上有水。外此，為同樣之証

言者，亦有其人。第一審推事認定：前述十日道路上不見有水之証言，不足採取，當時必有相當量之水流出，拔氏蓋未留心於是。予之認定，亦同於此。拔次克勒更供述：彼若發見任何事故，則受有應即報告之命令，在斯場合，其即覓水道工人，乃自己之職務。如當水道工人，無從覓得時，則對於埃克爾司鎮公所或曼轍司特市水道局，用電話報告之。但彼又主張對於市，則無所謂應報告事故之特別義務。尤其曼轍司特市水道局員費慈覺季氏與拔氏之証言相同，並供述埃克爾司鎮人民，當發現水道漏水時，亦時常報告於水道局。但在本件，彼等在實際上，未為報告。予不能認拔次克勒氏，用汽車，巡迴其所管轄之道路時，是用水道局員之補助人或其他之資格而為之，又若彼從事於漏水之檢查，則在本件，彼亦未為其目的，在實係上而為有裨於如何職務之處。但予以為拔次克勒氏，縱有不發見漏水之過失，被告亦無就此負何等責任之理由。蓋拔氏決非由被告所雇用者也。雖然被告因彼按時用汽車巡視道路即安然而信賴之，不執行自己應執行之相當豫防手段，是亦不能謂為有巧妙理由。此又予自本件証據上，而信其若此。

第二，是即警官。關於此點主張，其在警察當局與曼轍司特市之間，有何等組織的協定

或約定的旨趣者，並非特別。然哈威次特巡查，則供述：在彼所知，未曾給於警官，以應報告水道漏水事故之命令，僅不過事實上為報告而已。反之威亞秋巡查，則又云：自上官受有應報告之命令。尤其同巡查，更供述：實際，十日雖經行本件道路，未發見有水，十一日，亦由白日迄本件事務發生時，亦未注意於有漏水曼轍司特市費慈覺季氏雖供述：常有漏水間，時常從警察方面受正確的報告，但此報告，是得自市之警察乎？抑得自其他警察乎？則尚不明確。同氏又言：市與夜警委員會之間，或與警察署長之間，雖均無正式之約定，但警官，是民衆之公僕，所以有當然報告之義務。夫警官，就令真個在許多場合，對任何人——恐怕對於其上官——而為報告。然自如斯關係言，而以爲曼轍司特市，每九日間派水道局員巡迴一週，即已充分，因而無執行此外方法之義務，其由他鎮警察官給彼注意，則宜信賴之者，予意到底未必可能也，況在本件，事實上，警官在如何職務上，亦無所裨補。

第三，是即關於電車。但電車服務員，縱有報告義務，亦不能何等主張。電車車掌倍林加姆氏供述；最初應報告漏水之指揮，既未自曼轍司特市受之，亦未自薩爾費德市受之。同氏關於十一日或十日道路上見水與否，則所供不甚明確。其證言中，亦有二三矛盾處。假令

彼於十日已發見漏水，其未將其事報告於誰何，亦是明白之事實。同氏次漸供述：當發見漏水之場合，若有水道工役，則即以此告之。其後更與前證言矛盾而供述：自己已時常為關於漏水之報告，僅關於本件，因勤務達到，所以未為報告。

最後，所殘留之問題，即一般公衆之問題也。水道局員，似怪公衆之冷淡，甚以是為非當然如斯。而在實際，則本件漏水，大抵在三日前即已明白，但在一般公衆中，報告之者，則一人而無之也。

予綜合本件各證據，以為縱由上述不確實，不能信賴，無秩序的方法，受漏水事故之報告，是亦決不足為曼轍司特市，雖知在同市區域內，日有六七件漏水事故之發生，僅不過九日間一度派吏員一人檢查水道栓，而不為求以上事故之覺知，執何等有效之手段之辯解。第一審推事之所認定，洵屬正當。本件，曼轍司特市，自己為完成當然被課之義務，究應為如何之行爲耶？——予意原告無就此主張或立証之責任

（紐利威亞公司對斯德克羅司事件（註六）及海司德克對讓次事件（註七）各判決參照）

但予暫且敢舉一例以觀：即在其他當局與曼轍司特市之間，締結一種正式協定——凡當道路發現漏水之場合，即應報告於曼轍司特市，及關於漏水有無的道路，應深切注意監視之（更

爲重要)。對於警官及道路吏員，市可依書面給與命令——電車僅使用特定之路故線故將其除外——等，是即明白之一法，而尙未曾試行之者。總之此亦警戒手段之一，然在本件，除九日間一度巡迴之方法外，任何一種——而亦未爲，第一審推事，依據證據，判決：被告曼轍司特市，違反其義務，不爲有通常思考的當局人所應爲之行爲，對於明白之危險，不講求相當防止之方法。予亦以爲正當。

依據此等理由，該院以多數決，駁回本件控訴，其於被告對於原告，以爲寡婦時爲限，應每週支付二磅十先令，以替代一時爲一定金額的損害賠償之原判決特贊成而認可之。

註一 生活妨害，有私的生活妨害與公的生活妨害二種，前者乃妨害個人之土地或土地上之權利的享樂不法行爲。後者乃對於社會一般使生困厄之不法行爲。

註二 Snook v. Grand Junction Waterworks Company Limited. (Times L W Reports, Vol. 9, P. 308.)

註三 本事件，是依法令而設立的水道公司，在道路下規定之深度處，敷設本管，於茲設必要消火栓之處，因爲稀有之寒氣，致使能忍耐二十五年間水結之消火栓，爲

之鬆弛，本管由是漏水，但因為冰與雪被於上面，水不能向路面流出，所以拔本管頸部之砌磚間，滲透原告之窖藏而出，原告於是為受損害。

亞爾達梭法官等，於一八五六年二月六日，認本件事務，因為由異常寒氣發生冰結，所以公司不能豫見其結果，自不能對此而講求何等豫防之手段，遂宣告：水道公司，無何等之過失，因而公司不負損害賠償責任之判決。

註四 Rylands v. Fletcher. (Law Times Reports, Vol. 19, P. 220.)

註五 本事件，被告公司，敷設高壓之水道管的地中，原告公司，亦敷設電線。原被告，皆係依於法令而被認許之行爲。然而因被告之水道管四根破裂之關係，遂發生此損傷原告電線之小事件。一九一四年四月二日及三日薩姆拉推事等，宣告被告有責任之判決。

註六 本事件判決；水道公司通常因為豫防結冰致水道管之破裂，不可不為相當之警戒。

註七 *Mes v. Hastings and St. Leonarde Gas Company*, 1864. (Foster and

Talbot推事之意見。

依於法令經營應一般需要之水道事業者。對於因給水管破裂發生之損害，非立證其有過失，不負賠償之責任，是有確定判決

（克林事件及克林格克  
督司事件各判決參照）

，此種判例，吾人不可不遵從之。

本件原告，以其夫，於一九三三年二月十一日之夜，被汽車轢死，對此而為損害賠償之請求。主張其夫之死因，係因汽車滑走於冰上，其冰係被告水道管漏水所冰結，然所以於出事地點之路面，布滿若斯有危險性之冰者，則由被告不為發見水道管之破裂，豫為相當有效之注意故也。被告不為上述相當之注意，是即被告之過失，故對被告而為損害賠償之請求，查關於被害人死亡之原因，乃不爭之事實。又為期乘早發見水道管之破裂而為修理，務必豫先講求相當有效之手段，是即被告之義務者，予恐無有疑義。故原告主張被告若不違反此義務，其夫將不至於死亡，第一審推事，亦以為然，而於是認被告關於水道管之敷設或保存或其材料等，雖不能謂其亦有何等過失，但「亦不為覺知漏水講求何等相當手段者，」斯即被告之過失也。

本件控訴事件之解決，以得知由水流出路面起，迄事故發生止，其經過期間之長短如何為必要問題。關於此點，其證據稍有抵觸。有證人數名，供述：原告之夫，慘死之前即十一日以前，已目擊道路上有水。

其謂九日見水者，証人有二，其一人云自九日早晨見之。又有其他二人，其一係薩爾費德市經營電車之車掌，其一係當地附近之居民，雖均為被告方面之証人而被傳喚訊問，但於路面有水，則皆供証；在十日已見之。反之二月十一日前三週間巡邏本件道路之埃克爾司鎮駐在巡查，則又供述：水道管任何破裂兆候，亦未之見。又埃克爾司鎮之道路監視員，亦供証：在十日，雖曾兩次經過其道路，任何漏水樣兒亦無之。予對於此點——尤其從被告方面之証人支持原告之主張觀之——以直接訊問証人之第一審推事，所為水道漏水，係開始于二月九日早晨之認定，委係真實，其表示反對者，顯非正常。即漏水之兆候，不能不謂為在約六十五小時前，即已明白而能認識，被告則於其間，竟全然而罔覺也。

次之，被告關於自己在路面尙未發見漏水兆候之前，已為發現漏水執行一定之方法，申請傳多數之證人以爲證明，予於此點認為在其方法之範圍內，被告殊無特別之過失。而若在



相當之短期內，不斷而為檢察，則對於配水管或給水管之破裂，殆非置之不問。因而於茲成爲問題者，——即其問題之如何，關係本案之解決——被告在定期檢查與檢查之中間，當道路上表現漏水兆候的場合，曾否爲期迅速覺知，而如何講求相當之手段是也。被告之定期檢查方法，縱令如何完全施行，而在此次檢查與彼次檢查之間，水道管發生破裂，道路上滲出漏水，乃事所恒有（本件即如此），所以當斯之時，有爲求覺知漏水而講相當之手段者，是明白之事。第一審判事，結局達到被告不利益之結論者，其故在此。若依證據，則被告數日間亦不知漏水而放置之者，固決非希異。故本件原告之夫馬克蘭德，其喪失生命之原因，事實上不能不謂爲即在於茲。且講求如斯覺知手段，在被告並非甚難，則應講求之而豫防其危險，無疑而爲被告之義務。至惹起本件災禍的給水管之所在地方，非即曼轍司特市內。因而被告曼轍司特市，既於此無所轄的警察當局，亦無道路當局。尙有行走問題所在的道路之電車，亦非屬於被告之經營。職斯之故，被告市本身之吏員，亦無如在市內，而接近於水之出現地方。被告惟爲一般水道當局所決爲切實的檢查，固然在其檢查方法本身，是有效的，但值非常而應臨機應付的場合，被告不過純欲其他都市之警官，道路的或其他的吏員，或近鄰住

民，以及其他他人，得有機會，給彼為報告，以為當然。而被告為期能得此等援助，其已執何等積極之手段，抑或將執何等積極之手段之證據，則一無所有。單在水道請求書上，而有如彼之注意書。由斯以觀，是被告於道路之管理並警察事務之責任，均屬於其他都市之地區，一面在依據法令不便經營之立場，一面乃不講求特別之手段，使其他都市當局或其吏員，當配水管或給水管而有破裂形像發生時，因為發見此而為特別之注意，並迅速而為其報告焉。

若依被告代理人之主張，則謂：被告，不僅無講求如斯手段之義務，寧可謂因負有道路管理的公之義務之他之都市當局或警察或電車當局等之存在，所以享有絕對信賴之之權利，而彼等各在職務執行中，當道路上發見水道管破裂之兆候時，必也發見之，又必給被告而為報告（法律上的義務也沒有），無所障礙者也。元來同代理人亦不主張：被告無為迅速可能發見水道之故障而修理之，以取適當手段之義務，或迅速可能發見而修理，非重要事。只在本件當地之區域，僅由他之當局，為之監視道路，發見漏水事故，而被告由是縱不因為發見道路上現出漏水之兆候，執何等之手段，亦非不當。此等主張，予以為似屬悞會

（科姆馬夏爾瓦斯公司  
於本物恩事件判決書照）

此種組織之缺陷，自不能主張其收良好之效果。若依立於其地方之監督地位的被告之吏員達爾敦氏之證言，則定期檢查，其效果特不良好，因為一般人不給報告其應報告之事，遂時常因是而發生危險。

至原告對此同時所爲之主張，則云：當猛烈寒氣急迫之場合，被告應即迅速執特別之手段，若被告不移時活動，則必發見道路之結冰，可得對此講求簡單應急之處置，自能充分豫防如本件之慘事。予則良以爲然。

故被告代理人，雖極力主張，我於茲有甚難表贊意之點。被告爲立證其檢查配水管及給水管的故障所用之方法，係一般認爲有完全效果的方法，曾傳喚其他於大水道事業有經驗之證人數人而爲訊問。第一審推事，亦承認此，在漏水之兆候，尙未發現於道路上以前，誠不失爲發見漏水兆候之方法，此點在控訴審，亦無所爭。被告代理人雖力陳說：我所理解，在不能立證證明右之方法不完全以前，被告當然無責。但其方法本身，縱令是完全方法，然僅此亦不能豫防事故之類發，或漏水亦能有數日間不被發見而放置之者，是亦無爭之事實。

因此本件的爭點，於此具體的場合，在其爲原告之夫之死因的漏水，尙未至於危險之程度以前，被告能否爲求發見而講求實行可能之相當手段是已。爲求此問題之解決，無需何等

專門証人之必要。漏水之兆候，是極明白的。故雖全然無專門知識的數人，即可發見之。因而在本件，是被告果否為迅速——未及危險於通行以前——覺知此漏水之兆候，而執行充分有效之方法之問題。但原告所為被告因他之都市吏員，或他之當局者，怠於發見漏水，以報告之於被告，即應就此負過失之責任者，予亦不以為正當。蓋與其如此主張，寧主張被告因為發見在定期檢查中間所產生的漏水事故而修理之，不問用本已之吏員或依于與近鄰者之協定，更能講求此等以上之手段，又應講求此等以上之手段。而被告在實際，則任何手段，而未為之也。

予最後將援用第一審推事引用過的波魯次克推事對赫司德恩克司與牟志事件之說明。同事件是對於瓦斯公司之訴訟，雖與本件係對於水道企公業者不同，然其請求仍以過失為原因，而爭點固同一也。據予所觀，本件被告，依於互長時間不覺察水道管頭有破裂之事實，綜合諸般之事情，能一應認為被告，因應覺知漏水而可能適當為之之事，卒一無所為。原告就此點，亦未能完成自己舉証之責任，舉出推翻此認定之反証。第一審推事，所為如上之認定，自屬正當。予意仍應認可原判決，本件之控訴，應仍駁回。

註一 Braine V. Commercial Gas Company, 1914. (Law Times Reports, Vol. III, P. 1098)

民事裁判要旨

上字第二一號

不動產物權之移轉應以書面爲之倘移轉不動產物權之書面未合法成立固不能生移轉之效力惟當事人間約定一方以其不動產之所有權移轉於他方由他方支付價金其當事人間苟就其移轉之不動產及價金業經互相同意則其買賣契約即爲成立而出買不動產之一方即應負交付該不動產並使他方取得該不動產所有權之義務

▲參考法條▼

民法第七百六十條 不動產物權之移轉或設定應以書面爲之

法學叢刊 民事裁判要旨

同法第三百四十五條 稱買賣者謂當事人約定一方移轉財產權於他方他方支付價金之契約

當主人就標的物及其價金互相同意時買賣契約即為成立

### 上字第五七號

依民法繼承編施行前之法例嫡庶子分析家產應按照子數平分又尊長對於應分家財若有所偏向則卑幼據以請求分析即不得謂為違法

### ▲參考法條▼

民法繼承編施行法第一條 繼承在民法繼承編施行前開始者除本施行法有特別規定外不適用民法繼承編之規定

### 上字第二二三號

典權之成立以移轉占有為要件

### ▲參考法條▼

民法第九百一十一條 稱典權者謂支付典價占有他人之不動產而為使用及收益之權

### 上字第二四六號

繼承開始在民法繼承編施行後關於被繼承人之遺產應依繼承編之規定定其繼承人若被繼承人無直系血親卑親屬其親屬仍依繼承編施行前之慣例為之立嗣在現行法令雖無禁止明文惟其所立之嗣子究非繼承編所定之遺產繼承人且依現行法令並無應為立嗣之規定故繼承開始在民法繼承編施行以後其被繼承人之親屬若仍以應為立嗣成立嗣不依順序及其所立嗣子應得遺產為告爭於法即屬無據

### ▲參考法條▼

民法第一千一百三十八條 遺產繼承人除配偶外依左列順序定之

#### 一·直系血親卑親屬

法學叢刊 民事裁判要旨

二、父母

三、兄弟姊妹

四、祖父母

同法第一千一百三十九條 前條所定第一順序之繼承人以親等近者為先

### 上字第二九五號

依民法繼承編施行前之法例被繼承人及守志婦均已亡故又無直系尊親屬者應由親族會議為之立繼

#### ▲參考法條▼

民法繼承編施行法第一條 繼承在民法繼承編施行前開始者除本施行法有特別規定外不

適用民法繼承編之規定

### 上字第三一八號



依民法繼承編施行前之法例死亡之人不得立爲人嗣

### ▲參考法條▼

民法繼承編施行法第一條 繼承在民法繼承編施行前開始者除本施行法有特別規定外不適用民法繼承編之規定

## 抗字第一二一號

請求及假扣押之原因不問已否釋明法院得命債權人供担保後爲假扣押此種命債權人供担保之假扣押裁定依法毋庸送達於債務人以假扣押既命債權人供有担保即令假扣押不當而債務人亦不至有受損害之虞

### ▲參考法條▼

民事訴訟法第四百九十二條 請求及假扣押之原因債權人應釋明之前項原因不問已否釋明法院得命債權人供相當之担保（下略）

同法第四百九十四條第一項 假扣押之裁定應送達於債務人但駁回假扣押之聲請或命債權人供担保之裁定不在此限

### 抗字第二七二號

裁定經宣示或送達後除關於指揮訴訟或別有規定者外為該裁定之法院受其羈束

#### ▲參考法條▼

民事訴訟法第二百二十九條 裁定經宣示或送達後為該裁定之法院審判長受命推事或受託推事受其羈束但關於指揮訴訟或別有規定者不在此限

## 刑事裁判要旨

### 非字第八七號

有期徒刑應加減者其最高度及最低度同加減之刑法定有明文第二審法院判決對於被告減

輕二分之一處刑乃不先就其所犯罪之本刑高低並減再於所減之範圍內酌量科刑竟僅就其最低度之六月有期徒刑減為三月有期徒刑未免不合

### ▲參考法條▼

刑法第八十一條 有期徒刑應加減者其最高度及最低度同加減之

同法第四十條 未遂罪之刑得減既遂之刑二分之一但犯罪之方法不能發生犯罪之結果者得減輕或免除本刑

同法第二百九十四條第一項 施用足以致死或重傷之方法而傷害人者處六月以上五年以下有期徒刑

### 非字第一一一號

(一)大赦條例既係特別法令其減刑順序應先於刑法而適用

(二)犯罪事實不能據第二審判決而定者不在第三審法院自行判決將該案件發回原審法院更為審判

▲參考法條▼

刑事訴訟法第四百十條 第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者應就該案件自行判決但其事實不能據原審判決而定者不在此限(下略)

同法第四百十三條 第三審法院因前三條以外之情形而撤銷原審判決者應以判決將該案件發回原審法院更爲審判或發交與原審法院同級之法院審判

上字第一六一九號

(一) 犯罪是否成立與民事案件有關係者刑事法院如認爲民事關係毫無可疑本可自行斷定並無待於民事判決確定之必要即使民事業已判決刑事法院爲求發見真實認民事裁判爲不當者亦可不受民事法院裁判之拘束

(二) 誣告案件苟偵查明白即可起訴亦無必須被誣告人處分不起訴後始得對於誣告人提起公訴之限制

### ▲參考法條▼

刑事訴訟法第三百十二條 犯罪是否成立及刑罰應否免除以民事法律關係爲斷者法院得併將民事法律關係自行裁判之

前項裁判準用刑事訴訟法刑事訴訟法無規定者準用民事訴訟法

同法第三百十四條 刑事法院裁判不受民事法院裁判之拘束

### 上字第一八一八號

誣告罪之成立應以明知所訴虛僞且出於故意爲要件若告訴人所訴事之實未能積極的證明爲虛僞則被誣告人未予判罪係祇以犯罪嫌疑不能證明之故自不能推定告訴人之所訴爲誣告

### ▲參考法條▼

刑法第一百八十八條第一項 意圖他人受刑事或懲戒處分向該管公務員誣告處七年以下有期徒刑

同法第二十四條 非故意之行爲不罰

### 上字第五四八號

已成年之被告經有罪判決後其父母兄弟子姪固不得以自己名義獨立上訴但其上訴如確出於被告本人之意委任親屬代爲撰狀上訴尙難遽認其上訴爲不合法

### 上字第六零二號

刑法第一百四十條之規定係指其犯罪之手段利用職務上之權利機會方法者而言如犯人雖爲公務員而其犯罪之時並無利用職務之情形自不能遽依該條規定加重其刑

#### ▲參考法條▼

刑法第一百四十條 公務員假借職務上之權力機會或方法以故意犯本章以外各罪者加重本刑三分之一但因公務員之身分已特別規定其刑者不在此限

### 上字第七零零號

殺人與遺棄屍體有牽連關係其遺棄屍體雖未經起訴然牽連犯之行爲一部起訴者以全部起訴論自應一併審理

### 上字第七五四號

法院不得就未經起訴之行爲審判若對於未受請求之事項予以判決即屬違法如甲誣告乙部分並未經第一審法院檢察官起訴求刑有原起訴書可按依法自不得逕予論科致違不告不理之原則

### ▲參考法條▼

刑事訴訟法第二百五十九條 法院不得就未經起訴之行爲審判

同法第三百九十一條 有左列情形之一者其判決以違背法令論

十一 已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決者(餘略)

# 法 律 評 論

## 第十二卷第十五期合刊要目

未成年之妾有無行為能

英國法之起源

羅馬親屬法與我國舊日親屬法之比較的研究

法界消息

野 羣

倪德修

陳為玉

編者

▲法部頒訂民事案件發給利息辦法

▲訓令各法院從速填報烟案及麻醉毒品調查表

▲擬調各省法官入京辦案

▲院籌備改行新制

▲擬總計等十五則

▲最高法院民事刑事判例

▲行政法院判例

▲新解釋

▲司法解釋院院字第一一四三號至一一四九號

▲新法規

▲軍用文官任用暫行條例

▲軍法及監獄人員任用暫行條例

▲民國二十四年湖北省建設公債條例

★每週出版一期

每期一角半年二元五角

全年五元『郵費代報費

九五折算並以五分以下

郵票為限』郵費本市每

期半分外埠及日本一分

西洋各國五分

▲出版者

北平東城海運倉

朝陽學院法律評論社

▲分銷處

南京水西門月牙巷

北平法律評論社

南京分社



# 解 釋

司法院指令 院字第一零八五號

令署河南高等法院院長凌士鈞

呈據第一分院特請解釋刑事管轄錯誤案件各疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，法院認案件應屬軍事機關裁判，即應依刑事訴訟法第三百十八條第六款，爲諭知不受理之判決，若未爲判決，僅以批示移送軍事機關，即非合法，自不發生移送之效力。原告訴人於該軍事機關解散後，因其尙未裁判，向原法院聲請受理，原法院應以職權調查，如果該案確屬於軍事裁判之範圍，仍應依法爲諭知不受理之判決，否則即應繼續受理審判。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院公函 院字第一零八六號

法學叢刊 解釋

逕復者，准

貴處本年一月二十一日公函（第八九四號）開，山東省執行委員會呈據長山縣黨部轉請解釋商會法施行細則第十九條疑義一案，函請查照見復等由。業經本院統一解釋法令會議議決，（一）商會現任職員，屆期不能完成改組或改選時，依商會法施行細則第十九條，自應停止職權。（二）現任職員雖經停止職權，而依商會法第十九條規定，仍止改選半數。（三）被停止職員，仍得以委員代表之資格，出席選舉。但應改選者，受不得連任之限制，不應改選者，因任期未滿，均不得復被選舉。（四）現任職員雖停止職權，而該會款項文件之保管交代各事項，在改組改選未完成前，應仍由現任職員負責。相應函復貴處查照轉知。此致。

中央執行委員會秘書處。

司法院快郵代電 院字第一零八七號

山東高等法院吳院長覽。上年十二月皓代電悉。福山地方法院威海分院轉請解釋私連郵件處

罰程序疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，郵政條例內所定罰則，係屬特別刑事法令，凡私運郵件適用該條例第二十七條科罰者，法院應以判決行之，當事人如有不服，自得提起上訴。合電轉飭知照。司法院歌印

司法院指令 院字第一零八八號

令署浙江高等法院院長鄭文禮

呈據蕭山縣法院轉請解釋印花稅暫行條例第四條疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，印花稅暫行條例第四條所稱，應貼印花之文件應於交付或使用前貼用者，係就貼用印花之時期而言。至該文件應由何人貼用印花，仍應依各文件之性質而定，不得僅以交付或使用為標準，業經本院解釋有案。（院字第七六號）來呈所述之憑票，既係由乙發出，以供一定給付之用，自應由乙貼用印花，持票之甲，不負補貼義務，即不得為處罰主體。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院指令 院字第一零八九號

法學叢刊 解釋

令署江蘇高等法院院長林彪

呈據青浦縣縣長轉請解釋自訴案件經調解成立後能否繼續訴追疑義由

呈悉。業經本院統一解釋法令會議議決，自訴案件，既經合法調解成立，該案即已終結，除有區鄉鎮坊調解委員會權限規程第十條所定強迫調解情形外，該自訴人自不得再行自訴。合行令仰轉飭知照。此令。

司法院公函 院字第一零九零號

逕啟者，前據第五十六師師長劉和鼎上年八月養電請解釋非軍人而犯陸海空軍刑法第二條所列之罪審判管轄等疑義一案，業經本院統一解釋法令會議議決，非軍人而犯陸海空軍刑法第二條所揭之罪，依陸海空軍審判法第一條第二項之規定，亦應由法院審判。原電顯有誤會。又保衛團團丁，係警察性質，雖在剿匪作戰區內，不能視同軍人。相應抄錄原電函請貴部查照飭知。此致

軍政部。

# 行政訴訟裁判要旨

## 判字第一號

(一) 提起訴願期間固為訴願法第五條所明定但提起訴願雖已逾期而在期間以內曾向原處分官署為不服之聲明者仍應認為合法至訴願書狀縱令程式稍有欠缺而於事件實體上不生影響自不能據為攻擊訴願決定之理由

(二) 行政機關之處分在職權範圍以內依法得以自由裁量者外必須有法規之根據

## 判字第二號

(一) 官廳另放官荒既不侵及原承領人承領之地即不損害原承認人原領之墾權

(二) 官廳於原承領人承認之官荒以其餘荒劃給何人承領乃係其職權非原承領人所得干預原承認人既未先時呈報續領繳過保證金經官廳明令准許自無優先權之可言

### 判字第三號

關於公共河川水利之規劃工事之設施主管行政機關為增進公共利益起見於不違反現行法規範圍以內自可為適當之處置

### 判字第四號

行政機關為謀國家及人民之利益對於特定事件在法令所賦與之職權以內自可為一定處置或變更從前之處分

### 判字第五號

商人承包稅款其權義之關係自應以當時有效之章則為斷如當時章則並無糧商對於包商幫稅之規定則包商對於糧商自無要求幫稅之權利

### 判字第六號

地方行政官署依照規則對於承包屠宰稅者帶徵附稅以補助教育經費不得謂為損害權利

### 判字第七號

戶絕財產經過法院公示催告限期屆滿而無人承認繼承時其遺產始得以清償債權並交付遺贈物後之贖餘歸屬國庫其未經法院依法處理而誤由行政官署處理者行政官署之處分即難認爲合法

### 判字第八號

報領官地本爲所有權取得原因之一而人民與官廳在私法上之權義關係以視私人與私人相互間之所爲並無或殊故官廳就其權限內而爲之給領官地之處分自應認先領之人爲取得所有權即無再將所領地給予他人之理

### 判字第九號

(一) 縣政府對於地方倉儲固有監督之權責然行政官署之處分要不能侵越司法機關之權限

(二) 人民非依法律不得逮捕拘禁審問處罰訓政時期約法已有明文規定行政官署苟無法規根據自不得對於人民爲科罰之處分

法學叢刊 行政訟訴裁判要旨

(三)行政訴訟法第二條規定之損害賠償係指行政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關於私人間損害賠償之請求自不屬行政訴訟範圍

### 判字第十號

國家與人民關於私經濟權義關係事件自應適用民法之規定倘發生爭執應由司法機關依法辦理國家機關原不得以行政權力自爲處置

### 判字第十一號

認願當事人誤向非主管官署表示不服原處分如在合法期內自應認爲已經合法提起

### 判字第十二號

人民因習慣所取得之權利依法得排除他人之侵害是項排除侵害之訴爭屬於私法關係在原則上皆屬於民事事件應歸有管轄權之司法機關審判

### 判字第十三號

個人所有之財產應視爲遺產者係指依處理遺產條例經法庭判定罪刑或經國民政府明令通



緝者而言如不備該條例要件而認為逆產予以處理者自為法所不許

#### 判字第十四號

- (一) 下級官署呈奉上級官署核准所為之處分仍應認為下級官署之處分
- (二) 行政官署本於行政職權所為之最終決定縱有不當亦祇是不當處分依訴願法不能提起行政訴訟

#### 判字第十五號

依監督寺廟條例地方官署對於寺廟財產之監督權不適用於由私人建立並管理之寺廟其因此種寺廟財產發生私權關係之爭執者自應歸普通司法機關予以受理裁判

#### 判字第十六號

(一) 係爭之私人捐建之庵產其管理權究應誰屬須先行審究其庵是否荒廢以為斷所謂荒廢者自係指經久無人管理者而言

(二) 寺廟登記條例原為辦理寺廟人口不動產法物之登記而設至住持資格之取得與否要  
不以登記為先決問題

# 正論旬刊

## 第一卷十一期合刊目錄

「一二八」已經三週了.....	子讓賢
中國的學術界上那兒去？.....	輝
赤匪竄川的危機.....	侯
古物運英展覽.....	齊
中東路買賣商榷妥協.....	齊
★ 專 論 ★	
對中國本位的文化建設宣言的商榷.....	次騰
喚回民族之魂.....	陳振鸞
對「一二八」國恥紀念期於無紀念的三個希望.....	健夫
論商事訴訟並介紹一個英國的制度.....	謝齊
研究合作應有之認識.....	鄭祖駿
美國加入國際常設法庭之預測.....	潘瀛江
述而不作.....	編輯室

價目  
 全年連郵定價  
 一元一角半年  
 六角

總發行處  
 上海辣斐德路  
 桃源卅十號  
 正論旬刊社

## 雜載一

### 禁烟法修正公佈前烈性毒品案件暫行辦法商定之經過

政府當局，嚴令禁烟，本除毒務盡之意，不惜以嚴刑峻法，為制裁之工具，故擬將原訂禁烟法，予以修正，曾由中政會決定三項原則，飭令行政院交禁烟委會遵辦。軍事委員會並訂有嚴禁烈性毒品暫行條例，各省毒犯，概由軍法機關審理。關於該項條例，經司法行政部及禁烟委員會審查結果，擬於禁烟法尚未修正公布以前，凡此類烈性毒品案件，暫移歸軍法審判。至於修正禁烟法處刑部分，行政院與南昌行營，曾有函件，往來詳商，茲覓錄原函如下：

〔行政院函〕 案查關於禁烟法處刑部分，前經本院會議決議：由禁烟委員會及司法行政部擬具修正草案呈核。嗣奉國民政府訓令：以中央政治會議決議修正禁烟法原則三項，飭院

轉行禁烟委員會遵照辦理，當經飭據該會及司法行政部併案審查報告：修正禁烟法草案，擬交司法行政部及禁烟委員會遵照中央政治會議第四零八次決議第一項原則三款修正後，再行提出院議，經提出本院第一六三次會議通過，並經照案令行該部會遵照辦理。復查前據司法行政部呈請指示關於軍事委員會所訂嚴禁烈性毒品暫行條例辦法一案，經飭據該部及禁烟委員會審查報告：擬於禁烟法尚未修正公布以前，將關於此類烈性毒品案件之處理，暫行移歸軍法審判，適用該項嚴禁烈性毒品暫行條例。於禁烟法修正公布以後，該項暫行條例，應即廢止，仍照禁烟法之規定，由普通法院處理之。由行政院咨詢軍事委員會意見後，會請中央政治會議核定。經照案函軍事委員會查照見復。嗣准復稱：對於司法行政部及禁烟委員會主張在禁烟法尚未修正公布以前，關於烈性毒品案件之處理，暫歸軍法審判，適用嚴禁烈性毒品暫行條例，表示贊同。惟於禁烟法之修改，則認為不必急遽從事，應俟嚴禁烈性毒品暫行條例，施行至相當時期，毒禍漸次肅清以後，再將禁烟法酌予修改等語。王核辦間，復據司法行政部及禁烟委員會呈擬修正禁烟法草案，請鑒核等情。經併案飭交該部會審查，並函請軍事委員會派員參加討論。旋據審查報告：擬將修正禁烟法草案附具應亟行修正理由，函送

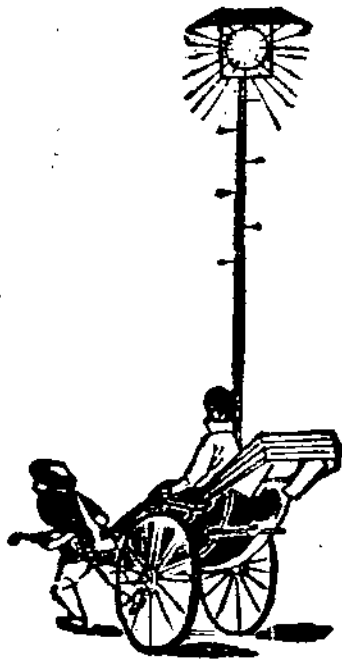
軍事委員會南昌行營徵求意見，俟復到再行核辦等語。提出本院第一七一次會議決議：照審查意見通過。並經照案函詢。嗣准蔣委員長電復：以年來由武昌總部，及南昌行營，先後頒行各種禁烟法規，施行以來，頗著成效。部會所擬修正禁烟法草案，務請從緩頒布等由，當以來電根據事實，自屬具有理由，惟於此有三問題：（一）修正禁烟法之原則，曾經中央政治會議決定，現如照蔣委員長意見辦理，似仍應先行送請核准，以符原案。（二）豫皖等十省禁烟事宜，均劃歸軍事委員會辦理，其應適用軍委會所頒行之法規，自無疑義。惟其他各省，是否仍依現行之禁烟法辦理？（三）如其他各省仍依現行之禁烟法辦理，則與該十省較，處刑輕重，顯有不同，似非整齊劃一之道。均待從長斟酌，復經復電徵求意見，嗣准函復贊同修正禁烟法，並分述意見，請轉行商籌辦理等由過院，經交內政，財政兩部，會同禁烟委員會審查，並咨請司法院轉飭司法行政部派員參加討論，各在案。茲據報告審查意見稱：查修正禁烟法係遵照中央政治會議第四零八次會議決議原則三項辦理，決議修正原則中，對於軍法審判一節，既未提及，修正草案，似未便遽改現制，此點擬送請中央政治會議核定等語。經提出本院第一九四次會議決議通過，並請中央政治會議核定：關於禁烟案件，在一定

期間內，可否暫歸軍法審判？除分行外，相應抄同原函及嚴禁烈性毒品暫行條例，函請貴處查照轉陳核定爲荷！

〔贛行營函〕案准貴院第一八五三號函開：案查前准貴處函開：以對於司法行政部暨禁烟委員會所擬於修正禁烟法公布後，廢止嚴禁烈性毒品暫行條例之意見，囑查照見復等由過院。正核辦間，復據司法行政部及禁烟委員會呈擬修正禁烟法草案請鑒核等情前來，經併案飭交司法行政部及禁烟委員會審查，並函請貴會派員參加討論在案。茲據報告審查結果，經提出本院第一七一次會議決議：照審查意見通過。除分行外，相應抄同原件，暨審查會議紀錄，函請貴處查核見復爲荷等由，附抄送司法行政部及禁烟委員會原呈修正禁烟法草案審查會議紀錄各一件過會。經於十月銑（十六）日，電請從緩頒布。旋准貴院養（二十二）日復電開：（一）修正禁烟法之原則，曾經中政會議決，如照尊見辦理，似仍應先行送請核准，以符原案。（二）豫皖等十省禁烟事宜，經軍委會辦理，其應適用軍委會所頒之法規，自無疑義；惟其他各省，是否仍依現行之禁烟法辦理？（三）如其他各省，仍依現行之禁烟法辦理，則與該十省相較，處分輕重，顯有不同，似非整齊劃一之道。以上三點，均有從長斟酌之

處，尊見如何？西盼先示等由。准此，查部會所擬修正禁烟法草案，分別改訂，並將毒品犯加重處刑，與本行營頒行之嚴禁烈性毒品暫行條例，大體尙能貫徹。在禁毒條例，尙未推行之省份，無論爲軍法或司法機關審理者，均得平流並進，自可免除避重就輕之偏弊，頗合目前禁毒之實況，本極同情。惟查嚴禁烈性毒品條例，業令豫皖等十省省府，及京滬市府，凡查獲該項毒犯，均按條例第十一條規定，送交有軍法職權之機關審理，呈由本行營核准執行。其推展之冀察綏三省，及平津兩市，現已根據冀主席電請，經本行營授權各縣長審理，呈由各該省府核轉。其平津兩市，則送由平津衛戍司令部核轉，及各部隊有軍法職權之機關，均應呈由軍事委員會北平分會復核執行。爲貫徹禁毒起見，如前項條例，推行於十省以外之其他省市時，仍應與十省同樣有效，以重禁政。此次修正禁烟法，關於前列以軍法審判之職權，固未能於修正條文中，顯明規定。但司法機關，與人民，或未盡能了解，依違莫辨，恐涉紛歧，應如何避免此種困難？擬請貴院轉令商籌，以期兼顧。至修正禁烟法之條文，其中尙有應行斟酌磋商各點，分述如下：（一）禁烟法八九兩條，（原條文）代用品三字，似無正確意義，其所定科罰之刑罪既輕，而語意似亦未能包括栽種者，不適合近今禁種情況，擬

請參照本行營查禁種烟注意事項甲條第三項，丙條第四項，及其他各條之規定，對於種烟及供給或販運種子各犯，酌情修改，分別明白定科。(二)禁烟法(修改條文)第六條三項，第十條二項，第十三條二項，科刑均覺過輕，擬請參照本行營嚴禁烈性毒品暫行條例規定各條，酌情加重。以上各項，均為修正禁烟法中之重要問題，與本行營嚴厲施行辦法，實有密切關係，除毒務盡，諒荷贊同。茲准前由，相應檢同查禁種烟注意事項，及嚴禁烈性毒品暫行條例各一份，函請貴院查照，轉行部會商籌辦理，仍希見復為荷。





## 雜載二

### 一個反映邊疆司法制度的甘肅岔案

甘肅夏河縣屬之雙岔土官，與賽時喇嘛唐隆古哇發生糾紛一案，甘省府主席朱紹良，對該案極為關懷，先派專員余煥會同拉卜楞保安司令黃正清，夏河縣長鄧隆，前往肇事地點調查。後又派資望素隆熟悉邊情之鄧軍長寶珊，為專辦大員，裴建準馬馴為幫辦大員，前往指定黑錯地方查辦。鄧氏初抵黑錯，即派裴馬兩幫辦，傳訊各肇事人。唐隆古哇託故匿不到案。嗣經裴幫辦通譯再三開導，始行到案。由裴馬兩幫辦訊明情形。鄧氏復於去年十二月二十二日上午，親自審訊錄供，二十五日下午一時宣判，各肇事人因鄧氏主張公道，加之體念番民生計困難，將番民習俗應送辦案人之入座陋規，開口費等，概行拒絕。並在宣判條文內，註明此後不准再有此種惡例，故該當事人等均感德不已，對於宣判處理各節，絕對服從。

各願具結了案，雷氏乃飭隨員趕寫佈告，分發各處張貼，茲將原佈告及裁判書原文分誌於後。

〔佈告原文〕查雙岔土官與賽特喇嘛唐隆古哇糾紛一案，造端極小，釀禍甚鉅。其初不忍小忿，互爭權利，其後不遵行政系統，越境控訴，以致牽率多方，釀成鉅變，波及無辜，愚昧無知，可憫可恨！政府垂念邊民，格外體恤，逕派本大員等指定黑錯地方，詳悉查辦，秉公處理。經將肇事各方傳訊多次，並令盡情陳述，雖各方理由，互相諉卸，然西倉寺院之焚燬；喇嘛等之慘死；官兵番民之傷亡；此等無妄之災，實該三方共同釀成。雙岔土官與賽特首開釁端，攬大事態；唐隆古哇受人勾煽，截殺官軍；推究原委，其罪同科；業經本大員等分別處罰，以為輕起釁端，不明管轄權限，越境控訴者永昭炯戒。所有處罰條文，除分別令行外，該賽特應請修懺悔，以圖自新。該土官等應嚴束部民，各安生業，共同悔悟，謹慎將來。其餘事外僧俗頭目，遠道前來，共聽宣判，應感戴政府厚待邊民，視同一體之德意，更宜懷於行政系統之不容紊亂，各捐小忿，弭禍無形，鞏固邊圉，共享幸福，本大員等有厚望焉！附裁判書全文如下。

〔裁判書原文〕案奉特派駐甘綏靖主任公署甘肅省政府第五八九零號訓令內開，為特派事  
查雙岔番案，糾紛日久，亟待解決，茲派鄧寶珊為本案專辦大員，裴建準馬馴為本案幫辦大  
員，仰即遵照等因。奉此，本大員等業於本（十二）月十九日馳抵黑錯，經將肇事各方傳訊  
，據各該肇事人陳述，雖各執一詞，各有理由；然釀成禍變，殃及無辜，厥罪惟在三方。各  
方苦稱冤枉，但西倉寺院被焚，喇嘛被殺，官兵慘死，番民無辜傷亡，其冤枉更甚。政府持  
最公平態度，對肇事各方，不予以相當處罰，實不足以安無辜，而慰死亡。茲將三方應負罪  
名暨應受處分縷列如下：（一）賽特佛因與雙岔土官小事忿爭，釀成兵禍，不守清規，有背  
佛法，着罰洋六千元，以示懲戒。今後應在雙岔寺或拉卜楞寺懺悔清修，不准干預土官權限  
，不准與唐隆勾結。如不遵守，即將呼圖克圖封號褫奪。（二）唐隆古哇以事不干己，懷挾  
齷忿，受人勾煽，竟敢糾衆越境，截殺官軍，事後又不遵從省政府命令進省，違抗政府，罪  
不可逭；姑念受人挑撥，從輕處罰如下：（子）應罰洋四萬元，本大員格外體恤，准減為三  
萬一千元。（丑）十四師損失槍枝，計手鎗十二枝，手提式兩枝，步馬鎗二十七枝，應速即  
如數交案，子彈准予豁免。（寅）本案結束後，唐隆古哇應向十四師拉馬裕緞道歉。（三）

雙岔土官以小事不忍，致釀大禍，本應重懲；姑念該員迭次呈明省政府有案，從輕將雙岔林料收歸省政府直接管理；本大員格外體恤，准該土官取用；但取用時須呈報省政府備案。（四）西倉寺院無故被禍，政府惻念殊深，應予撥款及木料補助興修，以示體恤。（五）十四師肇事官兵，既由綏靖主任軍事裁判後，以軍治處理之。（六）本案結束後，唐隆古哇賽特佛雙岔土官，應即隨本大員進省，謁見主席，聽候指示，永久安定辦法，不得推延。（七）最重要者，唐隆雙岔皆甘省地方，屬夏河縣管轄，此次各方不胡騷責，應此鉅禍，嗣後地方有事，概須呈報夏河縣政府，暨拉卜楞保安司令部處理，大事呈省政府處理，不得越界控訴，致干重咎。（八）賽特與雙岔土官應雙方具結永遠互不侵犯，舊例，舊規，不在此限。

〔附則四條〕（一）西倉雙岔兩方互相殺斃人命，兩相頂抵外；其餘者依照番規賠償，命價由拉卜楞保安司令部，暨夏河縣政府監視實行。（二）本案結束後，唐隆古哇賽特佛雙岔土官，應各自悔過，捐嫌修好，開誠相見，並出甘結交案，以作信守。（三）舊日辦理番案，例有入座陋規，本大員沿途視察，深知番民生計困難，特准豁免，以示體恤，日後永久不得行此陋例。（四）本案自本日公佈判決後，各自遵守具結，不得再有異議。

## 附錄

本案係吳縣律師公會於本屆代表大會提出勸解決議通過本刊前卷第十二期所載協會第六屆代表大會紀要各公會提案一覽內偶爾遺漏特爲補登於此

請司法行政部分期實行公設辯護制度並自民國二十四年度起先籌增各省區高等法院總分院公設辯護經費通令各該總分院按照刑事庭庭數每庭設一公設辯護人就該管區內律師擇尤聘任以符法制而重人權案

▲理由)實施公設辯護制度爲刑事訴訟法上保護人權之根本法則協會第二屆代表大會曾經提案呈請即歷屆代表大會亦曾繼續呈備在司法行政部雖因限於經費至今尙依刑事訴訟法施行條例第八條規定仍由審判長指定律師充任但在被指定之律師或臨時指定不能詳閱卷宗或按月輪充不能確定案件(例如甲律師於八月八日擔任辯護之甲案因尙未開始辯論至九月九日又輪由乙律師担任致案件不能由一人始終辯護徒勞閱卷不能確定等是)或

庭期衝突臨審忽難兼顧或事實阻礙屆時忽難到庭遇有此等情事即使熱心負責亦將因事與願違之結果不易盡力況積習相沿法院與律師對於指定辯護久已視同具文虛應故事若不改絃更張實施公設辯護制度是刑事訴訟保護被告利益之規定轉為不利被告之工具實於司法威信大有影響是以敝會特就司法經費及被告利益兩方兼籌並顧擬請司法行政部自民國二十四年度起先籌增各省區高等法院總分院公設辯護經費通令各該總分院按照刑事庭庭數每庭設一公設辯護人就該管區內律師擇充任至第一第二兩審公設辯護另由司法行政部通盤籌畫分期實行庶第三審案件有第三審法院鄭重審理為法律上之糾正在被告尚不致遭受不利而第一審案件則因第二審已行公設辯護制度得由第二審公設辯護人就事實法律兩點專心研究以資平反使被告得受保障人權之實益若夫公設辯護人之應優給薪金至少應與各省區高等法院總分院刑事庭庭長相等公設辯護人之應嚴定迴避方法至少應將各該刑事庭選任辦件一律迴避此皆屬於司法行政部權限內之事項敝會不敢僭擬是否有當敬請

大會公決

吳縣律師公會提議

版權所有

# 法學叢刊

第三卷

第二期

禁止轉載

中華民國二十四年二月十五日出版

## 定價表

日本朝鮮與國內同 郵費在內	每月一册 (每月十五日出版)	每册實價三角	郵費二分
	預定期	時期册數	國內
	半年六册	一元六角	二元二角
全年十二册	三元八角		

## 廣告價目表

特等	封面	面五	位全面半面四分之一
優等	封面	面三	
上等	封面	面二	
普通	封面	面一	
普通	正文	中	二十元
普通	正文	後	一元七角

廣告概用白紙印字 如用色紙或彩印 印價格另議 繪圖刻圖工價另議 連寄多期價格從廉

編輯者

發行者

印刷者

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

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

南京大石橋

江蘇第一監獄

電話 三一七

# 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册(彙編全書三册續編第一集第一集全書各一册)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便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雷及請求解釋之附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  
册並均前列目錄以利使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致員學  
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