

新法學

目 要

第二卷

第一期

律師法之立法精神……………趙 琛

國際法院……………錢清廉

對於現行公司法的幾點批評……………曹 傑

債的抵銷在比較法上之研究……………吳傳頤

監犯農藝作業問題……………陳文藻

姓名權論……………陳忠誠

論當前疏通監犯問題……………陳盛清

法律適用條例修正草案……………郭雲觀

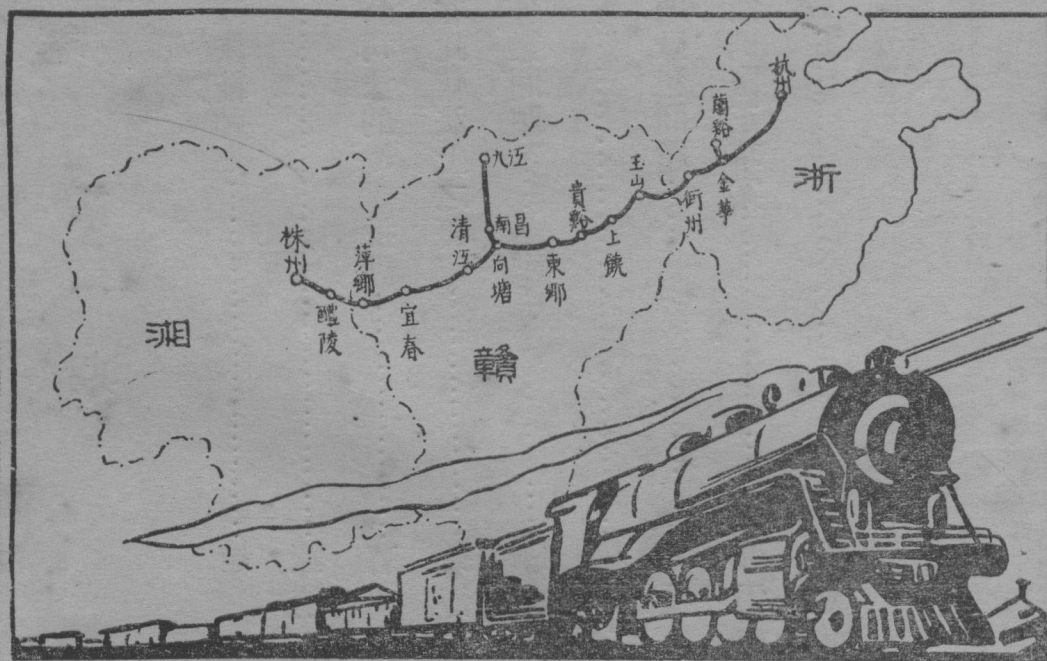
中國名案攷……………阮毅成

杭州一師毒案攷

新法學出版社

民國三十八年一月二十日發行

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



敬啓者，自新法學社斐章法學獎學金簡章公告後，各大學法學院法律系學生，向本會申請獎學金者甚多。茲經本會依據申請人等之學業成績及家庭狀況而審核，結果以國立浙江大學法學院學生張治國，私立震旦大學法學院學生秦志明二人爲合格，所有該生等本學期之學費雜費膳費等項，均許由本會補助；希張秦二生，即速將本學期中一切學雜膳費等項預算，送交本會，以便立即核發爲要。

斐章法學獎學金委員會啓

中 天 電 機 廠

CHUNG TIEN ELECTRIC CO., LTD.

Established 1932

主要出品

磁石式
共電動式
自動式

電 話 機 交 換 機

營 業 處

總公及 製造總廠	: 天津 (10) 岳陽遠 174 號	電話: 35264 34148
上海分廠及 上海農事處	: 上海 (20) 法華路 82 弄 31 號	23721
漢口辦事處	: 漢口 (7) 車站路 63 號	—
北平辦事處	: 北平王府井大阮府胡同 33 號	51751
台灣辦事處	: 台北市重慶南路一段 66 號	2487

本 外 埠 各 電 料 行 均 有 出 售

新法學目次 第二卷 第一期

專著

律師法之立法精神……………趙琛(一)

國際法院(上)……………錢清廉(四)

對於現行公司法的幾點批評……………曹傑(一〇)

債的抵銷在比較法上之研究……………吳傳頤(一二)

中國檢察制度史的研究……………李朋(一六)

監犯農藝作業問題……………陳文藻(二二)

姓名權論……………陳忠誠(二四)

論當前疏通監犯問題……………陳盛清(三四)

專載

法律適用條例修正草案(附理由書)……………郭雲觀(三七)

法律漫畫(六)

法律史話……………陳文藻(四九)

中國名案攷……………阮毅成(五一)

杭州一師毒案攷

編後……………編者(五五)

本刊每月一冊 半年五冊

零售：每冊 金圓二百元

則簡定預

- 一、首次先預付金圓四百元
- 一、每期按定價八折優待、掛號或航空郵費另加
- 一、來函請逕寄新法學社業務部收

新法學

第二卷 第一期

民國三十八年一月二十日出版

社長兼發行人 孫曉樓
編輯者 新法學社編輯委員會

發行所 新法學社
上海(9)南京西路六二四號
電話三四六〇一

總經理處 上海福州路三七九弄十二號
上海雜誌聯合發行所
電話九六〇一五

中華書局

承印者 改造出版社
上海乍浦路四五五號
電話四一八六七

版權所有，不得轉載。

專著

律師法之立法精神

趙琛

律師職務，雖屬自由職業之一種，而與司法機關之間，實具有特種關係，其地位之重要，殆與推事檢察官無所軒輊。在民事案件之訴訟代理人，原則上以律師為限，非律師而為訴訟代理人者。法院得以裁定禁止之。（民事訴訟法第六十八條）在刑事案件被告于起訴後選任辯護人，除經審判長許可者外，亦應選任律師充之。（刑事訴訟法第二十九條）蓋法律現象，隨文化之進展，而日趨於複雜，法律內容，不乏專門之術語，條文之解釋，復非僅就文義即可確知其法理，加以訴訟法上規定之訴訟行為，往往要求一定之程式，若使不諳法律素無經驗之普通人自為訴訟行為，不僅權利不能伸張，攻擊不能防禦，且遷延時日，訴訟不能速結，社會經濟，亦必受其影響，故特設律師制度，以協助司法之進行。刑事案件之採律師制度，較之民事案件，尤有進一層之理由，蓋刑事案件之辯護人，非僅保護缺乏法律知識之被告，以免阻礙訴訟之進行，更進而為被告監視法院審判之是否公平適法，不致無辜受累，俾社會對於法院增高其信賴之心。若使被告本人為自己犯罪嫌疑之辯護，反足以妨害法官之自由心證，故使律師充任辯護人，庶足以促起法官注意，不至等閑視之。是就整個法律體系觀察，正如一部精巧複雜之機器，非具有專門學識與技能莫由加以利用，吾人遇有訴訟事件，須求助于律師，亦正如遇有疾病，須求治于醫師，西人謂律師為正義辯護者（An administrator of justice），良有以也。

我國律師，創自民國初年十六年國民政府奠都南京，司法部修訂律師

章程，于同年七月二十三日公佈施行，惟其甄拔律師之章程，則較為寬濫，大抵只須修習法律之學三年以上得有畢業證書，照章繳納免試合格證書費及律師證書費連同印花費合計貳百零四元，即可取得律師資格，而其人之學識是否優良，實務是否諳練，人格是否高尚，及擠護正義協助司法是否具有熱誠，則不暇過問。其間雖不乏法學精深品格高超之士。而流品龐雜行同訟棍者，亦復層見疊出，律師風紀，每況愈下，司法行政部有見于此，爰擬具律師法草案四十三條，報由司法院於二十九年六月二十七日咨請立法院審議，當由立法院發交法制委員會指定趙琛、史尚寬、林彬、劉克儁、羅鼎五委員初步審查，經于八月三日，十二月三日五日十日，先後召開初步審查會議，並請司法行政部部長列席陳述意見，討論結果，根據理論事實，就原草案及司法行政部所提補充意見，斟酌損益，修正為四十八條，報由法制委員會審查通過，呈報院長提交大會公決，經于二十九年十二月二十四日立法院第四屆第一百九十七次會議通過，並由國民政府于三十年一月十一日明令公布施行，此律師法制定經過之大概也。法界人士有以該法之立法精神相詢者，爰撮述要旨數端，以供留心律師制度者之參考：

一、嚴定律師資格 本法因鑒于舊律師章程取得律師資格之條件甚寬，以致律師界良莠不齊，為世詬病，爰嚴定律師之積極資格，以依本法第一條第一項經律師考試及格或第二項檢覈合格者為限，方得充任律師，而

經檢察合格得充律師者，又僅以（一）曾充推事或檢察官者，（二）曾在公立或經立案之大學獨立學院專門學校教授主要法律科目二年以上者為限，其資格似較推檢為嚴，（參照法院組織法第三十三條）良以1. 律師兼辦事實審法律審之訴訟事件，非有比較高深之法律知識，焉能勝任，2. 律師經辦案件，報酬遠較法官為厚，職業亦較自由，則其資格之取得，自不應流于寬濫，3. 律師散處民間，日與社會接近，其行為是否失檢，勢不能如法官之可隨時加以監督，故特嚴定其資格，提高其他地位，使知厚自愛重，以轉移社會之觀感。

抗戰以還，不肖律師參加偽組織者，頗有其人，實屬律師界之污點，本法針對事實，爰于第二條第一款，明定背叛中華民國證據確鑿者，不得充律師，其已充律師者撤銷其律師資格，以示懲儆。其他之消極資格，則于第二條第二款至第七款詳為規定，均較舊律師章程為嚴密。至在新法施行前領有律師證書者，若一概否認其資格，不無溯及既往之嫌，然以當前律師界流品之雜，其法理不精，文理不通，事理不明者，非無其人，倘不加以甄別，殊不足以增進社會對於律師之信賴心，故于本法第三條規定「在本法施行前領有律師證書而不具有第一條第二項之資格者，應予以甄別，甄別不合格者，撤銷其律師資格」其甄別辦法，則授權于司法院定之。

二、確定律師公會組織 依舊律師章程規定，律師公會係採會長制，固與時代潮流不合，法部原草案折衷于會長制及委員制，亦嫌其過于紛歧，故本法第十一條改採理監事制，俾與一般人民團體組織之精神相符，至理事名額規定為三人至二十一人，監事名額規定為一人至九人，則視律師公會會員之多寡，留有伸縮之餘地也。

律師得向二地方法院及其直接之上級高等法院或分院聲請登錄，登錄後得在所登錄之法院及最高法院執行職務，（第五條第七條）然非加入律師公會，不得執行職務，（第九條第一項）律師公會章程，除規定一般處理會務之必要事項外，並就律師承辦事件之酬金標準及其最高額之限制，律師風紀之維持方法，平民法律扶助之實施辦法等，應為詳明之規定，此亦本法之特色。

三、整飾律師風紀 律師受當事人之委託，或法院之命令，得在法院執行法定職務，並辦理其他法律文件，而依特別法之規定，又得在軍事或其他審判機關執行職務，是其職務範圍，頗為廣泛。使充律師者，對於自己職務，果能本其學識，維護正義，守法盡職，修德慎行，以保持律師之品位，則聲譽既立，自能取得社會之信仰。然我國律師界中，潔身自愛者，固所在多有，而逾越規範行同訟棍者，亦不乏其人，惡馬害羣，惡草害稼，社會不察，遂疑操律師職務者，悉為嗜利奸惡之徒，亟應確立律師之道德信條，使其共守不渝，方足以增社會之信心，而一新其視聽。故本法特就律師應為及不應為之事項，設詳細之規定，舉其要者如左：

- 1、律師應于執行職務之地方法院所在地置事務所，並報告法院，但同一地方法院管轄區域內，不得設二以上之事務所，並不得另設任何類似之名目。（第二十一條）
- 2、律師非經釋明有正當理由，不得辭法院所命之職務。（第廿二條）
- 3、律師接受事件之委託後，應忠實搜求證據，探究案情。（第廿三條）
- 4、律師接受事件之委託後，非有正當理由，不得終止其契約，如須終止契約，應于審期前十日通知委託人，在未得委託人同意前，

不得中止進行。(第二十四條)

5、律師對於左列事件，不得行其職務(第二十六條)

一、曾受委託人之相對人之委任或曾與商議予以贊助者。

二、任推事或檢察官時曾經處理之案件。

三、依仲裁程序以仲裁人之資格曾經處理之事件。

當事人之請求，如係職務上所不應為之行爲，律師應拒絕之。

6、律師在法庭執行職務時，應遵守法庭之秩序。(第二十七條)

7、律師對於法院及委託人，不得有隱蔽或欺誘之行爲。(第二十八條)

8、律師不得有足以損及其名譽或信用之行爲。(第二十九條)

9、律師不得兼任公務員，但充中央或地方人民代表機關之人民代表，學校兼任教員，或担任中央或地方機關特定之臨時職務者，不在此限。(第三十條)

在此限。(第三十條)

10、律師不得兼營商業，但與職務無礙，經所登錄之高等法院或分院許可者不在此限。(第卅一條)

11、律師不得與執行職務區域內之司法人員，往還酬應。(第卅二條)

12、律師不得受護當事人間係爭之權利。(第卅三條)

13、律師不得挑唆訴訟或以不正當之方法，招攬訴訟。(第卅四條)

14、律師不得代當事人爲顯無理由之起訴上訴或抗告。(第卅五條)

15、律師不得違背法令或律師公會章程，要求期約或收受任何額外之

酬金。(第卅六條)

凡此均屬律師道德之規律，爲其行爲之準繩。如有違反之者，且定爲應付懲戒之原因，(第四十條第一款)藉以整飭風紀，用戒方來。

四、採用律師迴避制度 律師轉任司法官，或司法人員改充律師者，

爲事實所恒有，其與舊日同事交誼，未能遽能屏絕，故于本法第三十七條規定，司法人員自離職之日起三年內，不得在曾任職務之法院管轄區域內，執行律師職務。第三十八條規定律師于註銷登錄後一年內，不得在曾任職務區域內之法院充任司法官，以防流弊而杜物議。再律師與執行職務區域內之法院院長首席檢察官，有配偶五親等內血親或三親等內姻親之關係者，最易招嫌連謗，故第三十九條第一項規定爲凡有此種關係者，不得在該法院登錄，已錄者登，應行迴避，註銷登錄。復于同條第二項，明定律師與辦理案件之推事檢察官有前項之親屬關係者，就其案件，亦應迴避，以杜瞻徇。

五、明定律師懲戒機關 律師有1、違反本法第二十一條第二十二條第二十四條第二十六條第二十八條至第三十六條之行爲者，2、有犯罪之行爲應受刑之宣告者，3、有違背律師公會章程之行爲情節重大者，應付懲戒。(第四十條)懲戒處分，分警告、申誡、停止執行職務二月以上二年以下，除名四種。(第四十五條)律師應付懲戒者，除由高等法院或其分院或地方法院首席檢察官，依職權送請懲戒外，律師公會亦得依會員大會或理事監事聯席會議之決議，聲請所在地法院首席檢察官轉送懲戒。(第四十一條)至懲戒機關，在高等法院爲律師懲戒委員會，在最高法院爲律師懲戒覆審委員會，關於律師懲戒之詳細程序，由司法院定之(第四十七條)第四十二條，第四十四條，僅分別規定其組織之大略而已。

司法當局，誠能依據本法規定，整飭律師風紀，舉辦律師考試，則過去律師制度之弊害，當可祛除大半耳。

國際法院 (上)

錢清廉

一、導言

根據一八九九年和一九〇七年在荷蘭海牙舉行的兩次國際會議。設立國際仲裁常設法院 (The Permanent Court of International Arbitration) 這個機關雖稱為法院，其實不過是若干仲裁員和法官的一張名單，並且依照兩道爭議當事國的合意而行使職權。

在第一次世界大戰結束以後，依據國聯盟約第十四條的規定，于一九二二年二月十五日正式成立常設國際法院。(Permanent Court of International Justice) (註二)，不過，它是一個獨立的機關，實際上完全與國聯無關。

在第二次世界大戰中，聯合國共同認為會員國不僅應有解決政治和經濟問題的機構，同時應當有解決法律爭議的機關。

但是在主權國家之上設立一個司法機關是一個極端複雜的問題，因為沒有統一的國際法法典。一個國際法院所能尋求的最近似法律的規範祇有國際慣例，國際習慣和文明國家所公認的法律原則而已。可是，慣例和條約時常是暫時性的，而且很少是普遍性的；習慣更是可以爭辯的東西；文明國家所公認的法律原則時常有變動，並有多種不同的解釋。

而且，還有一個更為重要的阻礙，本質上存在於主權國家之內，因為

它們難于事先接受這個原則，就是它們永遠為一個機關的裁判所拘束，而那個機關又存在於它們自己的法權之外。

此外，還有一層困難，因為國內法院處理個人的問題，而一個國際法院每次裁判主權國家所發生的問題，並且也沒有執行機構來執行它的裁判。究竟是否服從那個裁判還得由國家自己加以決定。

最後，在一切國際爭議問題中，總有政治的因素，不容易把它們歸屬於任何確定的範疇之內。

由于上述種種原因，一個國際法院祇有在人類更進化，國際法有統一法典，世界組織已經促成會員各國有長時期和好共存的時候，才能充分行使職權。

二、國際法院與聯合國

國際法院是聯合國的一個機關——一個主要司法機關。它與聯合國有着不可分離的關係，第一關於國際法院的規定是聯合國憲章的構成部份，猶之安全理事會，經濟暨社會理事會，託管理事會是聯合國的構成機關一樣，憲章第十四章完全是關於國際法院的規定而國際法院組織法，在形或上雖為另一法規但認為憲章的構成部份，憲章第九十二條且有明文規定。這一點與過去國聯時代的國際裁判常設法院的情形完全不同，因為國聯盟

約並未創設國際常設法院。國際盟約第十四條中規定，行政院應制定一國際常設法院的計劃交會員國採用，此項由行政院起草及諸國採用的計劃名為國際常設法院組織法，此係一種完全獨立的條約，由各國簽定的議定書（Protocol of Signature）而成立，從這一點可見它與國聯是獨立的，而現行的國際法院。與聯合國是不分離的，所以兩者在這一點亦有很大的區別。第二，國際法院組織法不僅構成憲章的一部份而且可以由聯合國大會予以修正，因為該組織法規定該法的修正準用聯合國憲章所定關於修正憲章的程序（該院組織法第六十九條）即經大會會員國三分之二表決，並由聯合國會員國的三分之二，包括安全理事會全體常任理事國，各依其憲章程序批准後，對於所有會員國發生效力。（憲章第一〇八條）這一點亦與過去的常設國際法院與國聯的關係不同，因為國聯無權變更國際常設法院組織法，其法權及手續在國聯的範圍以外。第三，常設法院的裁判沒有怎樣執行的規定，也不是由國聯執行，但國際法院的裁判都規定（一）聯合國每一會員國為任何案件的當事國者，承諾遵行國際法院的判決（二）遇有一造不履行依法院判決應負的義務時，他造得向安全理事會申訴，安全理事會認為必要時，得作建議，或決定應採辦法，以執行判決。（憲章第九十四條）基於上述三點，可見新的國際法院與聯合國的關係是如何的緊密。這與舊的國際常設法院與國聯是分離的，顯然大不相同。

有人認為大會，安全理事會，國際法院為代表國際政府中的立法，行政，司法三種機能。但此種比較，殊非確當。因為在一國之內無論司法獨立的原則係如何的保持，主權者常有一種最終的權力撤換它的法官。對於國際法院，聯合國並未具有此項權力。其次，立法機關制定法律，其本國

裁判機關必受其拘束，而聯合國大會對於這個國際性質的法院並無此種權力。（註二）

司法獨立 國際法院雖與聯合國有密切關係，但此關係並不毀壞其功能，甚至亦不因此而有不利的影響。它的法官祇有經由法官自身的舉動，為國際法院法官一致認為不復適合必要條件外，不得免職。法官薪金在任期內，不得減少。國際法院的司法獨立或許比較任何現有國內法院有更多確切的保障。它的各項裁判，聯合國不能左右，亦不能加以修正。聯合國不能指揮國際法院的政策。

三、法院的產生

法學家委員會 聯合國把設立國際法院的問題託付給一個法學家委員會。該會包括四十五國的法學家，于一九四五年四月在美京華盛頓集會。

該委員會的權限是有限的。這個國際司法機關必須設立於聯合國之內並根據賴巴敦橡樹會議的國際組織建議案。因該建議案關於國際法院有如下數點的建議（一）設立一國際法院，以為本組織（國際組織）的主要司法機關。（二）該法院的組織與職務，悉依該法院組織法辦理，此項組織法，應附於國際組織憲章之後，作為憲章的一部份（三）國際法院組織法應為（甲）國際常設法院原有的組織法，而略加修改者，或為（乙）以國際常設法院的組織法為根據，而草成的新組織法（四）所有會員國，均應為參加此項國際法院組織法的當然份子（五）非會員國成為參加此項國際法院組織法一份子的條件，應由大會經安全理事會的建議，就個別情形決

定之。

新法院或舊法院

法學家委員會既受頓巴敦建議案的限制，則這個新的司法機構與舊的司法機構不能有基本的區別，因為自從第一個國際法院成立以來，各國之間的法律關係的基礎尚無變更。現在還沒有統一的國際法典。一切國家還沒有共同事先接受國際法院的管轄，而頓巴敦橡樹建議案也沒有規定這種義務。

法學家委員會必得決定是否將舊法院整個歸併于新國際組織中，或者另行創設一個新法院？

不論他們決定採用那一個辦法，總會發生下列問題：

第一、他們如果決定將舊法院整個歸併于新國際組織中，則有十六個國家——第二次世界大戰中的敵國或同盟國——原係舊法院的份子，雖沒有參加聯合國組織，但照這個辦法以後，將自動成為新國際法院的當事國，並因此而與聯合國的政治任務發生聯繫。

對於這一種解決辦法，自有堅強的反對理由，因為聯合國不能同意與過去那些中立國發生聯繫，除非聯合國認為那些中立國已經準備接受憲章的一切義務，以及它們的參加有助於和平與安全的維護。

即使那些中立國僅僅參加國際法院，而並不成為聯合國的會員國，但在聯合國大會有所決議以前，便允許它們參加國際法院，在時間上未免失之過早。

至于第二次世界大戰中的敵國，是否可以參加國際法院的問題，顯然必須等到和會開會以後才能有所決定。

第二、國際常設法院中有很多國家已經接受該法院的強制管轄權的條

款，換言之，那些國家對於業已承受同樣義務的任何國家，同意服從該法院的強制裁判權。因為該法院組織法第三十六條第二款有如下的規定：

「國聯入會國，及盟約附款所記之國，或在附於本法之議定書簽押或批准時，或在以後得聲明關於具左列各性質而屬於裁判門各類爭執之全部或數部，對於業已承受同樣義務之任何入會國，或其他國家，從茲承認法庭之裁判權為當然強迫的，無須另定條約。」

(一) 條約之解釋

(二) 國際法上任何問題

(三) 凡事實之實際，及其成立足以構成破壞國際義務者

(四) 因破壞國際義務所常賠償之性質及其範圍。

上文所指之聲明，將無條件為之，或以入會國或其他國家數國或某國相互行為條件，或以一定之期間為條件。」

這是第三十六條著名的「任意選擇條款」，經由此類各國同意服從一種相互的強迫裁判權。

法學家委員會，如果決定設立一個完全新的國際法院，而不把舊的國際法院作為基礎，則由于許多國家曾經接受上述「任意選擇條款」而所生對於世界和平與法律程序上的利益，勢將完全喪失。這樣辦法當然不能說是最為有利。所以最後所採的解決辦法是在舊的國際常設法院的基礎之上，建立起新的國際法院。而這個新的國際法院，又構成聯合國整個結構的一體。這樣使全體會員國自動地成為新國際法院組織法的當事國，一面解決了繼續維持舊法院的困難之點，一面又能保持舊法院原有的好處，誠屬一舉兩得。

同時，大家同意那些聯合國的會員國，過去原係舊法院的當事國，而且曾經接受強制管轄權條款的國家，則在新法院之下，自動地繼續負擔此項義務，以至有效期間屆滿為止。（即各國同意所接受強制裁判權條款的年限。）

新的國際法院組織法係與聯合國憲章及設立聯合國籌備委員會的協定，同時由聯合國會議于一九四五年六月廿日在舊金山制定，根據該組織法的規定，請各國提出國際法院法官候選人名單，由大會及安全理事會于一九四六年二月六日舉行選舉，選出法官十五人。（註三）四月八日在海牙和平宮舉行就職典禮。新的國際法院，遂告成立。

四、法院的目的和當事國

法院的目的。國際法院是聯合國的主要司法機關，它是一個司法機關，專門負責處理法律問題，但並不處理政治糾紛。國際法院受理該法院組織法各當事國的訴訟，此外安全理事會可以把法律爭議案件送請該法院受理。大會或安全理事會對於任何法律問題得請國際法院發表諮詢意見。法院對於任何法律問題，如經任何團體，由聯合國憲章授權而請求，或依照聯合國憲章而請求時，得發表諮詢意見。

當事國 國際法院組織法的當事國可以分為下列兩類，其一，當然當事國，即聯合國各會員國當然為該法院的份子。其二，其他當事國，即非聯合國會員國的國家得為該法院的份子，但其條件應由大會經安全理事會的建議，就各個情形加以決定。

五、法院的組織

新法學 第二卷 第一期

法官 國際法院規定以法官十五人組織之。當選法官者「應不論國籍，就品格高尚，並在各本國具有最高司法職位的任命資格，或公認為國際法的法學家選舉之。」（國際法院組織法第二條）選舉法官時，又僅應注意被選人必須具備的資格，並應注意，務使法官全體確能代表世界各大文化和各主要法系。（第九條）各國對代表的要求與對能效率和公允的法院的期望，至此得一折衷辦法。政治上的主張在原則上係被排斥者。在指定法官候選人時，組織法中建議應與本國最高法院，大學法學院，法律學校，專研法律的國家研究院，與國際研究院在各國所設的各分院諮商。（第六條）。為使護致法院的絕對公正起見該組織法特別規定，法官中不得有二人為同一國家的國民。法官中如有一人可視為一個國家以上的國民，則應認為屬於它通常行使公民和政治權利的國家，或會員國的國民。法官資格規定頗高，可以說是屬於聯合國高級職員所需資格最嚴格的一類。法官的資格必須能是在本國任最高司法官或公認為國際法的法學家。而最高司法官之任命資格，在盎格羅薩克遜諸國，此種人選通常係現在執行業務的法律家，但公法學教授或其餘公法學專家入選，亦屬可能。其資格或較只受國內法訓練的法官為更合宜。無論如何，法官不應是一個職業的公法學家，即能充任舊海牙公斷法院的政治家或外交家亦不在內。

選舉 法官選舉程序稍嫌複雜。第一步為指定人員，在選舉期的三個月前，聯合國秘書長（註四）用書面邀請屬於法院組織法當事國的常設公斷法院公斷員，及在常設公斷法院並無代表的聯合國會員國所委派的各國團體，于一定期間內分別由各國團體，提出能接受法官職務的人員。每一個團體所提人數，不得超過四人，其中屬其本國籍者不得超過二人。這種

方法自有其優點，因為指定者雖與他的本國有幾分關係，但能體察所規定的條件與候選人而自由選定。各國政府對於它本國選舉團所選出的候選人，自可投同意票，或投不同意票。因各國選舉團可指定外國人作候選人，所指定者，同時或許受到許多指定，且常發生此事，故本有限制的候選人數因之可以減少。

第二步為選舉。依照字母次序的候選人名單由秘書長提交大會及安全理事會，大會與安全理事會用秘密投票治各自投票。安全理事會選舉法官時，各理事國並無常任與非常任理事國的區別，在大會與安全理事會中，每一候選人須得絕對大多數票，始認為當選。如果同一國有兩人被選出時，則年長者當選。第一次選舉會，如不能選出定額的法官，而尚待補選時，應舉行第二次選舉會，並于必要時舉行第三次選舉會，故大會與安全理事會為選足法院的法官起見，均得舉行三次各別的選舉會。第三次選舉會後，如有法官一席或一席以上尚待補選時，由大會與安全理事會各派三人組織聯席會議，就每一懸缺以絕對多數票選定一人。雖然，聯席會議的行動並非一種決定，須提交大會與安全理事會分別請它接受。在聯席會議中，未列入候選人名單的人士，如經聯席會議全體同意，亦得提交大會與安全理事會。此係在提名以外選舉法官的惟一可能場合。如聯席會議確認選舉不能有結果時，應由已選出的法官，就會在大會或安全理事會得有選舉票的候選人中，選定若干人，補足缺額。

新國際法院法官的候選人提名程序與選舉辦法，與舊的國際常設法院的規定，完全相同。因為過去歷次選舉的結果，尚屬滿意。

本法官 在某幾種情形之下，法庭審判席上可有額外法官，訟案的兩

造，各得有本國國籍的法官出席。因此，此項法官原已在裁判席上者得繼續出席；兩造或兩造中的任何一造均得選派其本國國籍的法官出席法庭。此項法官須按照前述資格選派，且于出庭時與同僚立于平等地位。

關於本國法官的規定，新法院與舊法院相同。在國際常設法院時，此項法官的規定曾引起世人的批評，其可指摘者，即一法官並不假定其為本國的代表。而此種規定的結果恰使其如此，甚至為其本國的辯護人，他所投的票，往往衛護其本國，或妨礙全體法官的一致，甚至他所投的一票，足以妨礙公決時所需的多數票的決定。理想上的法庭必須使屬於相爭各造國籍的法官都又出庭。而非加入此項法官的人數，理想上國際法院的本國法官應當迴避，而非加入本國法官參與本國訟案的審判。所以這種規定顯然對國家主權有所讓步，且從各方面可證明其如此。本國法官能向同僚說明他本國的地位，如果他本國敗訴時，能助法庭立意不損害他本國的感情。而且說者謂輿論對於這種法庭仍在懷疑：Fachiri說「僅維持公道，尚屬不夠，且必須能顯示公道業被維持的事實」(註五)這些批評固然適用於國際常設法院，但同樣適用於新的國際法院。

註一、參閱 A. S. de Busanville, *The world Court* (N. Y. 1925); A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice: its constitution, Procedure and work* (London, 1925); D. J. Hill, *the Problem of a world Court* (New York, 1927); M. O. Hudson, *the world Court 1922—1929* (1 V. P. F. Boston, 1929); A. Wehery, *The Problem of an international Court of Justice* (New York 1918); J. W. Wheeler-Bennett, *Information on the world Court*, 918—1928 (London, 1929); N. O. Hudson: *the Perma-*

ent Court of International Justice and the Question of American Participation (Harvard University Press, 1925) ; Le Francqueville, L'oeuvre de la Cour Permanente de Justice Internationale, 2 vols (Paris, 1928)

該法院有數種名譯例如常設國際法庭」或「國際裁判常設法庭」等，但私見以為譯為常設國際法院或國際常設法院」似後妥善。

註二，參閱 A. P. Fichiri: The Permanent Court of International Justice (London 1928) 111 頁至 1110 頁

註三，當選法官為 M. A. Alvarez (智利) M. H. Azevedo (巴西) Abdel Hamid Badawi Pasha (埃及) M. Jules Basdevat (法) M. Caorler De Vasser (比) M. Isidoro Fabela (墨西哥) M. J. G. Guerrero (薩爾瓦多) Mr. Green H. Hackworth (美) 徐謨 (中) M. Helge Klaestad (挪威) M. Sergei Borisovich Krylov (蘇聯) Sir Arnold Duncan Mensir (英) Mr. John, E. Bead (加) M. Bondas W. niarrk: (波蘭) M. Milovan Zorice (南斯拉夫)

註四，依法院組織法第五條聯合國秘書長沒有發束邀請照組織法的規定，提出國際法院法官候選人名單。惟第一屆法院第二屆法官候選人提名前，秘書長未經委定，因此事委諸聯合國籌備委員會。此項請柬經于一九四五年九月十二日奉籌備委員會執行委員會之命發出，並定一九四六年一月十日為收受提名的截止期。大會首次會議甫畢，執事委員會即于一九四六年一月十二日將前提候選人名單彙送大會及安全理事會，旋于一月六日舉行選舉。

註五，Fichiri 前書第四八頁

廣 新 商 業 銀 行

專 營

存 款 放 款 及 銀 行

★ 一 切 業 務 ★

地址：中正東路一〇七號（愛多亞路）
電話：八五三八八。七一三六八。五五九四八

對於現行公司法幾點批評

曹傑

按舊公司法於民國十八年十二月二十六日公布，於二十年七月一日施行，歷十餘年，世界經濟思潮既有轉變，國內工商事業亦失舊觀，為適應時代需求，自有修正之必要，乃於三十五年四月十二日布施行新公司法，

富集中，以遂其把持之目的。

以為抗戰勝利後興建事業之準繩，在吾國立法史上堪稱一種功績，未可湮沒。惟一檢現行法之內容，仍極傾向過去自由資本主義，且與舊公司性相較，技術反有落後之嫌，茲僅舉數端，略予評論，容待修訂著拙『公司法理由與註釋』（民國二十五年中華書局出版）時，再為系統的比較敘述，尙祈閱者諒之。

二 關於無記名股票之發行者

無記名股票不宜過量發行，為商法學者所公認，因股東究為何人，無從查考；故發行無記名股，不啻為逃避資金者，闢一途徑。舊公司法第一百十八條規定：公司發行無記名股票，不得超過股份總數三分之一，現行法寬放至二分之一，（本法一六二條）殊欠妥當；縱在以章程限制表決權之場合，（參本法一七四條）股東除原有記名股份之表決權而外，尙可利用其所有之無記名股份，委託多數親信出席，無形中可以增加權數，以遂其操縱企圖。

一 關於公司之投資者

按舊公司法第十一條，限制公司如為他公司之有限責任股東時，其所持股份總額不得超過本公司實收股本四分之一。依此解釋，公司資本一千萬元者，僅得以二百五十萬元，投資他公司，但現行法第二十二條，將此限制擴張至二分之一，且設但書規定，即投資於生產事業或以投資為專業者，不在此限。是甲公司還可挾其鉅量資金，收購乙公司股份，如其他公司為生產事業之公司，或甲公司為投資專業之公司，更可無限吸收乙丙丁等多數公司，成為甲公司之附庸，無異以一公司可容納多數之公司，（母子公司）形成一集團式的托拉斯；且依此解釋，凡投資公司，亦可更為其他投資公司之股東，重重疊疊，無異大魚吃小魚，小魚吃細蝦，形成財

三 關於股東會之出席數與表決數者

依舊公司法第一百二十八條（參照同法一七六條一八六條二項二〇三條）規定之原則，不論通常決議與特別決議，均設股東人數與所代表股份數之出席要件。推究立法理由，蓋以限制股東人數須達過半，則小股東所占席數或較多，以免大股東壓迫操縱；而以股份總數須達過半數為限制者，同時又可顧全大股東之利益。易言之，使股份數與人數互相牽制，可謂極拆衷之立法例。（詳細說明參照拙著公司法理由與註釋第一六七頁以下）現行法第一百七十三條規定，打破人數限制，僅以股數為標準，該條所

謂另有規定，即第二百四十六條及第二百六十四條特別規定，按其內容，亦係以出席之股東所代表股份數是否達三分之二或四分之三為標準，至於出席股東之人數若干，在所不同也。依此規定，凡在公司內執有多數股份之股東，在股東會中可佔優勢，顯而易見。又按舊公司法第一百二十九條規定，表決權之限制，係『應』以章程限制；且依但書規定，每一股東之表決權，及其代理他股東行使之表決權，合計不得超過全體股東表決權五分之一。吾國學者中尚有認此規定未能充分達限制目的者（詳細說明見王效文著公司法論下冊第一二三頁）而現行法第一百七十四條還規定公司得以章程限制表決權，且將舊法第一百二十九條之後段抹煞，若公司章程無限制表決權，則照原則辦法，每一股份有一表決權，凡執有多數股份之股東，在股東會中可以決定公司之命運，尤不待論。竊以公司之組織，與其他社會團體相同，若可由少數社員把持；而置多數社員意見於不顧，殊有違反民主主義之精神矣。

四 關於董事監察人者

公司可否為他公司之董監？在舊公司法內無明文，解釋論採否定說。現行法第二十一條直接規定公司得為他公司之董事監察人但須指定自然人充代表，按此問題，向為學者所爭論，然近世學說，仍多傾向否定說；蓋公司為一組織體，（公司為法人）須由自然人充董監，代表公司活動，以表現其機能，若以公司充任他公司之董監，殊有疊床架屋之嫌。更依肯定說之結果，甲公司之董監，既可代表甲公司而為乙公司之董監，嗣後又可代表乙公司，而為丙公司之董監，事實上等於一人可兼數個公司之董監，就公

司事業進行而言，而有兼顧難週之虞。且如前段所述，本法對於股東會不限制出席人數；而董事監察人又由股東會選出，則執有多數股份之股東，欲求身兼數個公司之董監，並非難事，因而現行法第四十八條所設之限制，有時亦不能達其目的；蓋股東個人雖受上開法條之拘束，然其代表公司而為他公司之董事，則為法所不禁也。又依舊公司法施行法第十九條特別規定，凡為無任責任股東，即絕對不得同時充任股份有限公司之董事，現行法第一百九十三條第四項準用第四十八條，係相對的限制，本項所謂代表公司之董事，與第二十一條第一項所謂代表公司而為他公司之董監，意義迥殊。前者指本公司有代表權之董事，其個人，原則上不得為他人為與公司同類營業之行爲，或為無限責任股東；而後者則係公司指定其代表，而為他公司之董監也。例如某甲就任A公司董事，依第一九三條四項，不得同時兼任B公司（同類營業）董事；但若A公司派其為代表，充任B公司之董事，依第二十一條一項之解釋，則無妨礙，因而等一九三條四項之限制，有時亦不能達其目的矣。

舊公司法第八十八條第六款所謂董監當選資格，係側重於學歷經驗資望，並非以股份為標準，徵之同法施行法第二十一條規定：『凡以股數為標準，規定董事監察人被選資格時，在董事其股銀不得超過總額千分之三，在監察人不得超過千分之一。』立法本旨，極為明瞭。蓋公司章程往往規定須執有若干股份以上，始有被選為董監之資格，此種辦法，未免違背民主精神，且有埋沒人才之弊，故於施行法第二十一條限制之。現行法已無此限制，當任章程自由訂立，即使限定須有若干股份，始可當選，自為法所不禁，此又新舊法不同之一點也。

據上所述各種規定以觀，現行法內容，實偏於保護大資產階級一面，按之現代思潮，法律應依社會本位主義為基點，吾人對此新公司法，不免遺憾。

債的抵銷在比較法上之研究

吳傳頤

(一)

羅馬法裏採取相當於抵銷的制度，並不是很早的事。所謂 *Lex Jure*，開始當作詐欺抗辯的一種。依當時衡平觀念，認為債權人對自己的債權，以訴訟方法來要求債務人清償；同時却不履行自己的債務。這事實已經是够證明原告具有惡意，被告便可振振有辭地提出抗辯。司法官也就不不得不把原告惡意的訴訟，全部予以駁回了。

可是，到了羅馬後期，特別是 *Justinien* 以後，情形漸漸不同。不僅僅債權人可以無須履行自己的債務而訴追自己的債權，並且一切債權人都可以用自己的債務來清償自己的債權，或者依法抵銷後訴請給付債權的餘額。因之註釋學派的見解，一致認為抵銷可能在當事人不知的狀況下發生，而且一經當事人之一主張，就依法當然發生清償的效力。法國民法上的抵銷制度可說立足在這一基礎上。

Donau 分析抵銷的結果：認為祇要債務人中的一人願望從自己的債務得到債權的清償，兩個相互債務便同時消滅。和現實底清償完全相同這纔真所謂 *Lex Jure* 而不是 *Exceptions one* 了。不過，有些學者仍然反對在訴追之前，主張抵銷。Windscheid 便是其中之一。他以爲抵銷，除依抗辯主張外，祇有依合意而成立。可是如果債務人中的一人向對方要約抵銷，竟遭後者拒絕。後者是不是應負遲延的責任呢？同時前者能不能向法院請

求判令抵銷呢？Windscheid 雖都作了肯定的答覆。可是等到提出如果沒有另一當人的同意在訴追之前，能不能強制另一方實行抵銷的問題，就猶豫起來。同時假定債務中之一人，並不要約抵銷，而逕提供現實底清償；對方能否拒絕而主張抵銷呢？Windscheid 經遲疑之後，作了否定的結論。既然他祇認抗辯抵銷或司法抵銷，這結論的合於邏輯，是無待煩言了。

可在實用上，一天天要求簡化抵銷的手續。因而觀念上也不能不有所變更。從前抵銷的性質被認為一種清償是依抗辯途徑，對於惡意訴追的一種答覆。然而清償是擬制的，又何怪牠不能和現實底清償相提並論。如果要改變觀念，首先必須承認抵銷是正常的清償，和現實清償完全相同。其次，簡化程序，甚至像 *Ang* 這般主張抵銷祇須符合要件，便產生效力；並不依賴任何人的行爲。Bring 即根據 Donau 和 *Ang* 的學說，構成他的清償担保說；他認為兩個相互債務並存的時候，既可問他方的意思，自動把自己的債務來清償自己債權。那麼，抵銷顯然是清償的担保了。在這種性質假定之下，抵銷實行前，相互債務，毫無失却存在的理由；並且，實施抵銷也不一定必須在訴訟中以抗辯來主張了。德國民法上的抵銷制度，大體是這樣形成的。

(11).

在法國民法上。兩個相互債務合於法定條件の場合，雖說當然消滅。

但仍然必須依抗辯來主張，纔能完成程序。如果債權人之一人向對方訴追，對方不以抗辯主張抵銷時，法官當原告已證明自己的債權存在時，仍應判令對方清償。換句話說：抵銷雖依法當然產生，可是法官到底不能依職權來補充被告的沉默，從而為被告有利的判決。法義共同債章第二一五條更進一步明定抵銷祇當利害關係人主張時纔產生效果。德國民法在這裏，大大地簡化了抵銷的手續；他規定當事人得單純以意思表示，實施抵銷。但在表示前，兩個相互債務，並不依法當然消滅。（第三八八條）這不僅僅使實際上較為便利，而且使理論上也較為優越：因為抵銷無論如何是清償的一種，假使清償人本人沒有知道，竟然發生了清償的效力，到底是說不通的。

抵銷是不是產生追溯的效力，在利息的進行上，有很大底意義。法德兩國民法上的抵銷，都產生追溯的效力，在前者是容易了解的；因為兩個相互債務早在可能抵銷時，依法當然消滅；被告在訴訟中，不過就既成事實作為抗辯，請求確認而已。在後者，似乎該在為意思表示時發生效果，為什麼允許牠溯及可能抵銷的時候呢？Donau當時對這問題已經感到困惑，但為了實用的需要，不能不承認這種溯及力。他認為債權人在他自己該清償對方債務的時候，手中持有對方的財產，這樣該視為那時已從自己手中受領了對方的清償。德國民法的起草者雖基於同一的需要作同樣底是認。可是由於後者不採抗辯的方式而以意思表示為手段，一方他並不因承認溯及力而變更抵銷的要件，他方拒絕給已清償的債務以不當得利的追還請求權。因之，當事人之一人如不知援用抵銷而為清償，祇得請方履行債務，不得要求對方返還已受領之給付。這都是Donau所反對的。誠然，能否請

求返還，多數場合，很少實益可言。可在標的和訴權的範圍上，不能說完全沒有利益。尤其像承認自然債務的羅馬法，自然債權人既沒有訴權，唯一辦法祇有利用抵銷來獲得清償。那麼，對於這些人清償後的請求返還，該是何等底重要。同樣，羅馬法還承認不當得利之返還請求權。既然債務人清償的債務是已被永久抗辯權消滅的債務；那麼，受領人所得利益，顯然難以認為正當了。

其次，關於抵銷的要件，兩個立法例大體相同：1. 在相同主體間互負同種標的之給付，2. 兩個債務均達得請求履行之階段。這在破產的場合，有例外的規定。可是德國民法並沒有和法國民法一樣，必須兩個債務都已清算且數目確定作為要件之一。因為前者既認抵銷為清償的担保，顯然沒有理由以偶然事件作為實行的要件了。然而人們指摘說：德國民法上的抵銷，相當於清償的表示或清償的承認；假使是這樣。那麼，必須在清償可能的情況或者說在債務標的和範圍已經確定的情況下纔能進行。為什麼用不到先經清償呢？這種批評，對現實清償的場合，無疑是正確的。不過，在抵銷的場合，却未免落空。因為這裏是債權人表示用在他自己手中持有對方的財物來清償對方的債務。儘可慢慢地來計算彼此對銷的數字和差額，何必事先援為要件呢？

德國民法草案公佈後，曾引起羅馬法學者意見的紛歧。人們曾設問如果法律明定有清算的需要，牠到底是抵銷成立的客觀條件呢？還是僅僅屬於程序上的需要呢？換句話說：如果訴訟當事人之一方經釋明沒有完成清算手續；法官該純以缺乏清算為理由，駁回抵銷的抗辯或反訴？還是僅僅審查如在同一訴訟中進行清算是否異常繁重，可能妨礙原告之利益？實際