

中興經營管理叢書

經營與法律

林武治 著

中興管理顧問公司 發行

中興經營管理叢書

經營與法律

林武治 著

中興管理顧問公司

發行

版權所有
翻印必究

中華民國七十一年五月初版

經營與法律

實價新台幣二百六十元整

林 武 治 著

發行者：中興管理顧問公司
臺北市民生東路66號
新力大樓五樓
電話：5616356

行政院新聞局出版事業登記局版台業字第0040號

中興經營管理叢書

出版宗旨

在這個多元衝擊、競爭激烈、充滿希望也遍佈機會的環境中，管理的良窳對企業成敗常有決定性的影響。本叢書的出版，希望能為國內管理知識的普及與企業經營的現代化獻盡一份心力，也深願能帶給讀者更佳智慧、判斷與信心。

中興管理顧問公司敬啟

臺北市民生東路 66 號新力大樓五樓

電話：5616356・5616357

郵政劃撥帳戶第 100952 號

自序

現代企業之經營，因社會結構日趨複雜，經濟現象變化無窮，而致難題益增，困境日多。法律在企業經營上的運用，竟然廣泛無比，而且扮演的角色，也日益重要。在國外，所謂“經營法學”因其工商之發達，早已應運而生，而且頗能發揚光大。其在我國，屬於個別性的立著創說，近年以來，也有急起直追之勢，至此方之人才，其受各行各業之重視，更令人刮目相看，與昔相較，也不可同日而語。

本書實是一冊論文集，是作者把過去在報章雜誌發表的論著，擇其要者，彙集而成。每篇個別存在，也可整體覽閱。除“公法學”篇係早期作品，基於敝帚自珍，特予保留之外，其餘與企業之經營無不關係密切，不無參考的價值。雖然，各篇發表期日有別，吾人於今重拾讀之，發覺現行法律業經修正，與往日作者主張不謀而合者有之，其我行我素，不改往昔者亦有之。其中最有趣者，莫過於十年前，作者即力唱重視分期付款交易制度，呼籲建立消費金融體制，今日吾人閱及國人對分期付款財務公司的爭論，能不發出莫名的微笑乎？

當然，敝帚固然自珍，以敝帚橫掃落葉的勇氣，我們還是有的，讀者若有以教之，自所盼望，也感激不盡。

作者自識于台北寄廬
七十一年五月

經營與法律

目 次

公法學：

檢察制度之我見·····	1
英美法上證人的訊問方法·····	11
偽造台幣刑責的確定與檢討·····	15
韓國防止貪污的新法案·····	21
韓國的中央公務員制度·····	29
新韓國兩防止貪污·····	57

票據法令：

票據的流通與支票抵用時間·····	67
對當前使用票據諸問題的檢討·····	77
修正票據法之我見·····	95
遠期支票的再檢討·····	99
建立社會的制裁力，徹底消除空頭支票·····	105

財經法規：

公司重整的種種·····	111
論動產擔保交易法有關附條件買賣的規定·····	125
不以爲然的看法——論可否依據報價單核估關稅·····	145
合法性與適宜性——再談可否依據報價單核估關稅·····	153

信用管理與收款：

收款與收款員·····	161
-------------	-----

帳款延滯原因的探討·····	169
制度的弊病與企業界的困擾·····	177
信用額度與收款·····	185
預防呆帳的內部管理·····	189
從票據法的修改談徵信調查功能的肯定·····	197
銀行與融資：	
分期付款買賣的價值與重視·····	205
呼籲建立分期付款金融體制·····	215
提前購買，及早享受——談分期付款與融資·····	225
當舖與“上當”的人——兼談如何向銀行融資·····	233
其他：	
薪工待遇與企業經營的個案研究·····	241
日產汽車缺陷問題·····	249
台灣的汽車工商業·····	257
難道非用日本車不可？·····	267

自十八世紀孟德斯鳩倡導三權分立學說以後，近代民主國家，無不依其原理組織政府，司法權與行政權、立法權分由三個機關行使，且互相制衡。因此，司法權的獨立乃民主政治制度之一不可或缺的要件。

檢察制度濫觴於十二世紀末葉的法國，然其制度的完備則在十九世紀中葉，而為現代各國司法制度的構成部分之一，我國則成於清末之際。研討檢察制度，所涉頗廣，因此，須就有關問題，一併依次述之。

一、司法獨立的真義

此即檢察權為司法權抑行政權的問題，亦即檢察權是否及於司法獨立的範疇。

司法獨立的真義是法官依據法律，獨立審判，不受任何干涉，乃法官的獨立，也就是法官行使審判權，一則對外不受行政或立法機關的干涉；二則對內不受上級法院的指示，只接受法律的規定，據以行使職權。所以，司法獨立可以說是法官行使職權的獨立。

憲法第八十條規定：『法官須超出黨派之外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。』司法獨立，本質上既為法官的獨立，則本條所稱法官，究專指具有審判任務之推事而言，抑或兼指檢察官在內，大法官會議釋字第十三號解釋謂：『憲法第八十一條所稱之法官，係指同法第八十條之法官言，而不包括檢察官在內。』此雖係對憲法第八十一條所稱法官之解釋；但由其內容觀之，對於本條所稱法官，顯認為以推事為限，不包括檢察官在內。我

國憲法上的法官既指『依據法律，獨立審判』的推事而言，則所謂司法獨立，在我國法制上乃推事的獨立，而檢察官顯不與焉。換言之，檢察官非憲法上的法官而是行政官，其所行使的是司法行政職務，司法權獨立的範疇，自不及之。〔註一〕

二、司法行政權的歸屬

司法行政權的歸屬，就是指司法行政權應由行政院或司法院行使。這在國內，一直是個爭執不決的問題，學者也見仁見智，意見頗不一致。

司法行政，實兼有司法與行政的性質；而司法一語，本有廣狹兩義：廣義的司法，包括司法審判與司法行政而言，就是說除了審判以外，舉凡所有協助審判的條件與事物，也屬於司法範圍；簡言之，整個司法制度，只以審判為中心，審判並非其整體，但司法行政究竟是輔助審判之用，而具有附屬性。憲法第七十七條規定：『司法院為國家最高司法機關。』如連此具有附屬性的司法行政權也無法行使，何『最高』之有？豈與憲法精神相符？論者或謂世界各國之司法行政，無不由行政機關掌理，並無損於司法的獨立。殊不知我國為五權分立國家，憲法另設有國家最高司法機關的司法院，與外國在最高法院之上，並無上級機關，究不可相提并論。如謂由其具有行政的性質，便需由行政院掌理，則其他三院之具有行政性質的事務，又將如何說明？或謂司法院之職權，憲法第七十七條已明文列舉，其未列舉者，依法律原則，視為有意遺落。其實，司法院之職權，並不以第七十七條為限。此觀乎憲法第七十八條、第一百十五條至第一百七十七條、第一百

七十一條及第一百七十三條自明。而且由司法院爲國家最高司法機關之『司法』觀之，司法行政可謂爲司法院的暗示的權限（Implied power）。如此解釋，顯較符合五權憲法的基本精神。

就實際上言，各級法院一向都兼辦司法行政工作，改隸後亦復如此。審判權與司法行政權如分屬兩院，不特機構分立後，經費人力均須增加，且一向院檢共有之財產，將如何劃分，不無疑難。在實益上，也會導致政令不一，效率降低，考核困難諸弊病，而且行政機關也不難利用法官的訓練、考核、調地服務等，影響審判；同時，行政院、司法院各有一部的司法行政權，實徒然浪費。爲確實維護司法獨立的精神，避免行政機關干涉，司法院實應有司法行政權的必要。司法行政部的四度改隸，顯示其隸屬莫衷一是，如撤消司法行政部，將該部所管事項，移交司法院掌理，自更順理成章。

司法院如不掌理司法行政，不特理論上無法自圓其說；在事實上，除憲法所謂『司法院爲最高司法機關』一語，成爲有名無實之外，還有一種流弊，即司法院不能代表國家行使死刑核准（刑事訴訟法第四百六十五條參照）。其所屬法院判決的死刑，須由另一系統的次級機關覆核，體制上亦嫌不合。

綜合上述，不論在理論上、事實上、實益上以及憲法解釋的精神上，我們都應認爲司法行政須由司法院掌理。

三、檢察機關的隸屬

我國的檢察制度，在法院編制法時代是採審檢分立（對立）

制；民國十六年，國民政府裁撤檢察廳，而將檢察官配置於各級法院之內，乃採審檢合一（併立）制；民國二十一年頒布法院組織法，檢察官服從監督長官的命令，對於法院獨立行使其職權，又有審檢分立之勢，然對外行文，皆以某某法院檢察處的名義為之，檢察機關形成一半獨立的狀態。俞叔平教授稱之為重審輕檢時期，實不為過也。

我國的檢察機關，在沿革上雖或採審檢分立制，或採審檢合一制；但除最高法院外，審檢則均受同一機關的監督，而不曾分別隸屬於兩個不同的機關。自民國四十九年八月大法官會議以釋字第八十六號解釋，依照憲法第七十七條的規定，高地兩院應隸屬於司法院，因釋文中未提及檢察機關是否應一併改隸，於是，此一問題又引起爭論（註三）。

主張檢察機關應隸屬於行政院的人士以為：檢察官應服從監督長官的命令與指揮，檢察機關自屬司法行政系統，而屬於行政範圍，應無疑義。

從各國法制，大法官會議釋字第十三號解釋，以及檢察權的本質來觀察，我們並不否認檢察機關為司法行政系統；但我們已列舉理由，力唱我國司法行政應由司法院掌理，所以，我們也同樣以為檢察機關應隸屬於司法院。但除此一理由之外，尚須另加說明。

大法官會議釋字第十三號解釋，雖謂憲法第八十一條所稱法官係指同法第八十條之法官，但又謂：『……實任檢察官之保障，依同（憲）法第八十二條及法院組織法第四十條第二項之規定，除轉調外，與實任推事同。』檢察官在法律上的保障，實與推事相同，而不可與行政官相提並論。推事與檢察官如分隸兩院，

在人事上不能互調，檢察官也將喪失司法官身份，有顯然不同的際遇，在法院編制法時代，審檢絕對分立，已弊病叢生，推檢如分屬兩院，其害不難想像。

憲法規定法官的獨立審判權，雖不及於檢察官，但推事對於公訴案件的審判，必依據檢察官的偵查起訴，二者之間，息息相關；同時，人民向檢察官告發告訴的案件，檢察官有權予以不起訴處分，其對於當事人的利害得失，與人權的保障與否，其關係不可謂不大，何必拘泥舊制，使之脫離行政機關，豈不更佳？依刑事訴訟法第一百零八條，檢察官有二月以下對被告的羈押權，此與憲法第八條人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，其逮捕拘禁機關至遲於二十四小時內移送該管法院審問的規定，有否抵觸，已不無問題。如推檢分隸兩院，刑訴法此項規定，就憲法而言，更覺扞格不入。蓋因其時，所謂法院乃係屬於司法院的審判機關，而非屬於行政院의 偵查機關。可見，推檢同有羈押人犯的權限，於刑事案件，僅其所從事的業務不同而已，對於國家刑罰權的行使，目的則一，自不便分隸兩院。

推檢在執行職務時，恆處於對立的地位。檢察官如認為推事的裁判違法或不當，可隨時提起上訴、抗告或聲請提起非常上訴；同時，推事如認為檢察官的起訴或上訴不當時，也可變更法條，甚至為意見相反的裁判。因此審檢易生摩擦或誤會。審檢分隸兩院，這種摩擦或誤會唯有擴大一途，在同一司法行政官署的監督下，才有避免或消除的可能，處理公務，才能趨於協調。

此外，審檢同一隸屬，具有共同性的事務可以合併辦理，兩機關的財產設備，也可統籌分配，互相補助而免增加國庫負擔。因此，我們認為檢察機關應隨同法院一併改為隸屬於司法院。

四、檢察機關的存廢問題

我國採用檢察制度，雖有五十餘年之久，然收效不大，爲衆所詬病，於是學者倡廢的不在少數。綜合他們的理由，不外下列數端：(1)檢察官的職責，在代表國家檢舉犯罪，但現今檢察官訴追犯罪，鮮有自動檢舉的，已失去檢察制度設置的原有意義；(2)偵查與起訴，在本質上乃審判的一階段，今制經檢察官的起訴，再有推事的判決，實爲一個案件而爲二重判決，增繁手續，拖延時日，徒勞浪費，曠時又擾民，一無是處；(3)刑事案件，最寶貴的資料是現場證據的蒐集，蒞場勘驗的爲檢察官，從事審判的則爲不參與其事的推事，輾轉易手，隔膜特多，而坐失良機，減低司法效能；(4)實施國家訴追主義的結果，除得爲自訴的案件以外，被害人既不能起訴，又無上訴權，流弊所及，罪犯逍遙法外，而被害人則含怨莫伸，司法機關的威信，喪失殆盡；(5)機關林立，徒增國庫負擔。

主張廢除檢察制度的人士的主張，已如上述，稍加研究，便可發現多屬一偏之見，茲分述如次：

(1)檢察官起訴的案件，雖鮮有自動檢舉的，但究其原因，或環境所拘，或經費拮据，並非檢察制度的喪失效能所致；(2)案件須經起訴再爲審判，程序似嫌重複，然經檢察官爲不起訴處分的案件，即可終結；經起訴的案件，審判方面便可節省許多勞費，不但不能說是曠時擾民，也並未減低司法效能；(3)國家法令繁多，民智低落，法令的運用，非盡人皆知，檢察制度的設立，實代民爲勞；(4)廢除檢察制度，雖可節省一部分經費人力，然而，審

判方面，事務增多，經費人力的需求隨之增加，所謂減少國庫負擔，也就無法辦到。

我國檢察制度行之已久，未收宏效，然非檢察制度本身有何流弊，而是因其內在因素與外在因素，不能善爲運用的緣故，據此而唱廢，其與因噎廢食，有何區別？

我國既採不告不理主義，犯罪未經訴追，法院不能自行審判；而我國人民一向視訴訟爲畏途，侵害個人法益的犯罪，尚往往懾於威勢，迫於生活，而不敢計較；侵害國家及社會法益的犯罪，於己無干，何苦自尋麻煩，而不息事寧人呢？如果廢除檢察制度，發生犯罪，誰來起訴？已提起自訴，旋又撤回，社會之益受其侵害，國家秩序無法維持，其害之大，豈容置疑？如代以他制，則何異於檢察制度，又何必多事紛更？綜合上述，在今日實無廢除檢察制度的理由。

五、現今檢察制度的改善

由上述，可知檢察制度雖有其不能廢止的原因，却也有不得不加以改善的事實。現謹就管見所及改善的方法，略述於後：

(一)撤消檢察署、檢察處及檢察長、首席檢察官。檢察官與推事同爲法院的構成員，整個法院的組織，包括審檢兩大部門。檢察官直接受院長的監督指揮，院長由資深的推事或檢察官出任，而不兼任推事或檢察官，法院行政統一由院長主管，可消弭審檢間的許多摩擦，更重要的是憲法第八條第二項與刑訴法第一百零八條在適用上便無不合之嫌。以前由行政人員的警察逮捕拘禁的犯罪嫌疑人，在二十四小時內移送法院，却又由行政系統下的檢

察官，繼續拘禁的弊病，也可消除。但檢察官，對於推事，仍獨立行使其職權。

(二)檢察官司起訴、上訴之權，對人民的利害，關係重大，其行使職權，全依法律、證據、經驗法則及個人的良心為論斷。所謂檢察官應服從監督長官的命令，不能擴大解釋為監督長官有權指揮所屬檢察官辦理案件，而只限於內部行政及監督長官得親自處理所屬檢察官的事務，並得將所屬檢察官的事務移轉於所屬其他檢察官處理之範圍。一般以為檢察官聽受檢察長或首席檢察官的指揮監督，是指如檢察官認為某一案件應為不起訴處分或不上訴，首席檢察官認為應起訴或上訴，檢察官就得秉承首席的意旨，而起訴或上訴，我們以為這種看法是錯誤的，而且有弊害的。

(三)追訴制度應採以自訴為主，以公訴為輔，即擴大自訴的範圍。刑訴法修正草案對於第三百十一條主張『告訴乃論之罪，其得為告訴之人而有行為能力者，得提起自訴。』實為明智之舉（註四）。一方面擴大自訴的範圍，他方面檢察官同有協助自訴的權，可以減少許多無謂的繁複程序，利國便民，莫善於此。

(四)舊民事訴訟法及民事訴訟條例時期，某些人事訴訟事件與非訟事件，檢察官得參與其事，陳述意見，此種制度已為現行民訴法所不採。其實，這些案件較一般私法上的民事案件，具有更濃厚的國家公益的成份。例如，依民法第一千零七十七條，養子女與養父母的關係，除法律另有規定外，與婚生子女同，因此在收養關係存續中，養子女與婚生子女，如欲結婚必先終止收養關係；然遇養父母都已死亡，收養關係不具裁判終止的要件，又不能經雙方同意兩願終止，而養子女與婚生子女締結婚姻關係，並

無近親結婚之弊，而乏禁止之理。在這種情況下，就可以具有公益代表人身份的檢察官爲被告，提起終止收養關係之訴。因此，爲維護國家婚姻制度、社會安全及善良風俗起見，就某些民事案件，實有使檢察官參加民事訴訟的必要。

(五)徹底調整檢察官的職權，凡告訴案件，檢察官得免爲不必要的偵查手續，而直接移送法院，依自訴程序逕行審判。而增強其指揮司法警察的職權，依調度司法警察條例第十三條，檢察官對司法警察官的著有成績或廢弛職務，雖得聲請該管長官予以獎懲，但現在司法警察官的官階多較檢察官爲高，刑事訴訟法與調度司法警察條例的規定，徒成具文。所以，應提高檢察官的官階，司法警察的任免獎懲，由其直屬長官會同爲之，而增強其指揮司法警察的職權，使能專一致力於檢舉犯罪，偵查告發案件，搜查犯人，調查證據，以充分發揮檢察制度的效能。此外，應加緊檢警的聯繫，依檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法，檢察官與司法警察機關執行職務時，應切實聯繫，且每月至少需一次互相列席業務檢討會議。但在目前，這種規定已流於形式，如何切實加緊檢警的聯繫，是一個急待解決的問題。

(六)法院組織法第三十三條對檢察官的任用資格的規定，嫌過廣泛，而且，只偏重於法律知識的具備，這也是造成檢察官鮮有自動檢舉犯罪的原因。因爲，現代科學進步，犯罪技巧層出不窮，變化莫測，爲應付狡黠的犯人及案情複雜的案件，必須採取科學探案的方式，搜查犯人，調查證據。因此，檢察官除需要法律知識以外，尚應具備社會學、犯罪學、偵查學及法醫學等特殊智能，才能使之發揮偵查犯罪的高度效率。

(七)現今制度，除最高法院外，檢察機關都配置於各級法院，

經費短缺，且欠獨立。院檢之間，每因經費互相摩擦，甚或排擠，導致院檢失和；同時，檢察官所以甚少有自動檢舉犯罪的情形，經費的不足，可能是個最主要的原因。為消除這些缺陷，法院的預算，應規定一定數額歸檢察官使用，而且必須大量增加偵查費，專供檢察官檢舉犯罪之用。

現今檢察制度之所以不能發揮很大的效能，這並不表示檢察制度本身有什麼流弊，而是未能將檢察制度善加運用。所以，如何改善檢察制度，對之善加運用，這是當前的課題，而為司法界的責任。（原載「政治評論」七卷十一期，五十一年二月出版）

註一，註二：現行之制，採檢察權為行政權，司法行政權由行政院置法務部行使之。

註三：參照註一。

註四：此修正案未為本法採用。

註五：現在〔民七十一年〕，推檢再度分立，本段情形，或稍改善。然重讀本文，雖已逾二十年，參考價值仍然存在。