

東吳法聲

朱家驊題



復刊第三號

卷首語……………鄂森……(封裏)

我國審判戰犯概述……………張志陶……………(一)

情勢變遷和條約的解除……………孫杭……………(三)

女子繼承權之發生及其演變……………王達人……………(六)

專利法的需要……………王學哲譯……………(七)

異見……………徐家康……………(八)

英國商法之衍變……………張宗植……………(一〇)

一代法學權威荷姆斯之思想……………林永悞……………(一二)

論優先股……………史濟蓮……………(一四)

賠款會計……………美·麥克蘭倫原作
胡永森譯……………(一八)

上海銀錢業票據收付處理及支票背書新法舊習之

比較……………張寧瑜……………(一九)

論工質制度……………張啓昆……………(二二)

附 一中國比較法學院教授名錄

大學法學院歷屆畢業生續錄

載 東吳大學法學院本學期所開課程一覽

卷首語

鄂森

「風雨如晦，雞鳴不已，既見君子，云胡不喜。」是詩如爲吾等寫照。此次我校盛振爲院長東返，四年來校務之分割，私誼之契闊，一旦渙然重合，於公於私，誠極痛快。忝荷盛院長雅意，囑愚瀝陳管見，爲法聲書卷首語，殊至欣幸，蓋不特喜學校之再光，抑於我教師生之能歷劫守正，未玷令譽，尤屬可慶也。自戰亂之興，迫於兵燹，脅於外侮，致校址一再播遷。初雖寄人籬下，猶能絃歌於道路；逮日寇侵入租界，於是幕燕覆巢，頓失依據。幸本校全部舊教授，能毅然愛護故校，不忍坐令教學之中輟，懷「既取我子無毀我室」之心，而爲「恩斯勤斯鬻子閔斯」之舉，於是絃歌得以再廣。然畏首畏尾，潛修遜處，冀避敵僞之窮索，或因而忍受生活之困窘，或因而犧牲行動之自由，彼此用心之苦，凡留滬師生，言念及此，莫不痛定思痛，倍增悵楚也。

今盛師已還，淪滬情況，得以溝通，昔日因戰亂致分處兩地者，今以勝利而復歸合於一家。此次乃不佞於戰後第一遭得有機會陳辭於留滬諸君子之前，亦卽爲我校淪滬兩處構合之始，然則於淪陷期間，本校在上海之情形，亦不可不有翔實之報道。東吳法學院有歷史性之一貫之傳統精神，卽其平時於學術上研討本之博覈，與其一向在司法界地位之光榮，自戰亂之啓，雖舉世混濁，而我獨清，雖衆人皆醉，而我獨醒。校教授如吳芷芳、姚啓胤、劉世芳、艾國藩諸先生，仍督導諸生爲對於英美法之比較，曹士彬、張正學、俞承修等先生，則本一貫風度，與諸生從事本國法之考核，舉凡一應課程，率由舊章，蕭規曹隨，未少更易。多難聲中，師生之合作，逾見密切，是深所欽佩者，而教授諸公因河山之異，咸摒除他業，專心於教導，收效之多，理所固當，蓋習法者於國家之職責，固如是耳。今捷報傳來，失地收復，國家敷政，在在需人，凡我校同學於戰時修畢全部應習學程者，已皆列任本市或外埠之司法行政各職，此尤可告慰者也。今戰勝之後，重在建國，凡法規之新訂及應爲修正或解釋者，工作浩繁，我國政治，正向法治之途邁進，今吾校有「法聲」之刊，竊願其發聲清而正，宏而遠，以發聵震聵，以共鳴交響，凡我教師友，得同聲之相應，同氣之相求，則不佞與有榮焉。

我國審判戰犯概述

張志陶

夫戰爭罪者，即違反國際公法或本國法律之一種行為，以及由於命令或代表敵國所爲一切違背戰爭法之犯罪行為也。（參閱奧本海氏國際公法第六次修正本第四五一頁）或謂戰爭罪者，乃軍人或其他人所爲之敵對行為，於犯罪人爲敵國拘獲時得以懲罰之一切行為也。

（見奧本海氏國際公法第六版第二五一節）英國阿脫金爵士（Lord Atkin）有云：「凡與文明社會中良心相背之一切罪行均屬戰爭罪。」由是以觀，凡於交戰時違背國際法規或文明社會一般道德觀念所爲之行為，均足構成戰爭罪，犯有戰爭罪之人，即爲戰犯。

交戰國家對於違反戰爭法規之人，捕獲或事後經其收容者，均有權加以處罰，已爲國際公法所認可之原則，（根據霍爾氏及狄根生氏等論文）蓋戰爭罪犯中，其發動計劃從事侵略，或違反國防協定或國際安全而挑起戰爭之人，爲破壞和平之罪魁禍首，若不加以制裁，自不足以澈底消滅殘武思想，而維持人類正義，至於交戰時違反國際法規及人道而犯罪之人，則其行爲殘酷，亦當繩之以法，使後人知慘酷戰爭之背後，尚有法律之存在耳。

各國對於審判及懲處戰犯，均賦權予交戰司令以軍事法庭處理，亦已爲完全公認之國際公法，（一九四二年十月七日英國貴族院辯論筆錄）而軍事法庭對於審判戰犯所適用之法律及關於管轄與時間上之限制，則根據上海美國軍事法庭審判戰犯辦法，有如下之規定，可資參考：

（一）適用之法律

（甲）一般規定戰爭法律之國際條約及公約。

（乙）國際之戰爭習慣，普遍應用而爲法律所認可者。

我國審判戰犯概述

（丙）文明國家所認可之一般法律原則包括刑法在內。

（丁）判例及法學鉅著，用以解釋及推定戰爭法律中之規定。

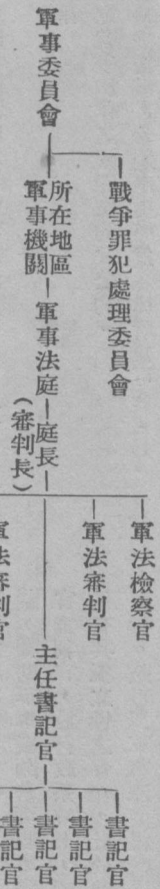
（戊）軍事佔領期中之地方法律、軍事規則、及軍事命令。

（二）管轄時間上之限制：

軍事法庭對於戰犯在敵對行動中及戰爭狀態繼續中所犯之罪行，有管轄權，此時期包括自開戰或軍事佔領時起，至和平條約生效之日爲止，並得以條約伸展之。

至於我國，則審判戰犯，尙屬歷史上之創舉，軍事委員會以我國幅員遼廣，敵人罪行，擢髮難數，爰於全國十三軍事地區，各設軍事法庭一所，專司審判戰犯事宜，並由戰爭罪犯處理委員會根據各方報告，編頒戰犯名冊，茲以有關我國軍事法庭之資料，略述於後：

（一）軍事法庭之組織：根據戰爭罪犯審判辦法施行細則第三條之規定，軍事法庭以軍法審判官五人，檢察官一人組織之，其中由所屬軍事機關遴選軍法審判官三人，由所在省區高等法院遴選軍法審判官二人，及檢察官一人，分別報請軍政部司法行政部，提請戰爭罪犯處理委員會，呈請軍事委員會委員長任命之，並根據戰爭罪犯審判辦法第四條之規定，軍事法庭以司法官爲庭長、及審判長，關於此點可見我國軍事法庭，與普通司法機關間，保有密切關係，自可視爲我國軍事法庭之特色。推其理由，無非以審判戰犯，事體重大，以司法機關，輔助軍事機關當可收事半功倍之效。抑有言者，軍事法庭之檢察官審判官，於行政系統上，同屬於庭長指揮，然而於偵查審判之際，仍有其獨立性之存在，此於我國檢察獨立審判獨立之立法精神，未相違背。茲再以軍事法庭組織系統表圖示於後：

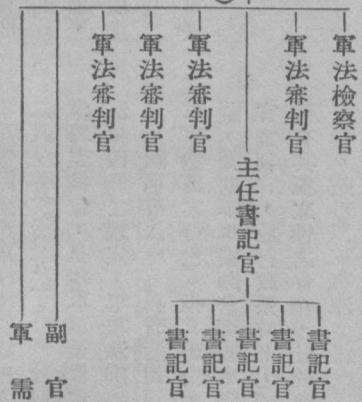


(二)適用法律：可分程序法及實體法兩種。

(甲)程序法：根據戰爭罪犯審判辦法第一條之規定，除戰犯應由同盟國特設機構審判者外，依戰爭罪犯處理辦法審判之，其未規定者，適用陸海空軍審判法及刑事訴訟法。(附：戰爭罪犯審判辦法施行細則及戰爭罪犯處理法均為補充審判辦法之規定亦均適用)

(乙)實體法：根據戰爭罪犯處理辦法第八條之規定，戰爭罪犯之處罰，適用國際公法、國際慣例、陸海空軍刑法、其他特別刑法及刑法。

綜上而論，則我國審判戰犯所適用之法律，與美軍在上海審判戰犯所適用之法律，大致均符。惟須注意者，即審判戰犯既適用刑事訴訟法，則關於逮捕戰犯，法庭自有權限，但核諸戰爭罪犯處理辦法第一條、第四條、第五條、第六條、第七條等規定，對於逮捕戰犯之權，分畀之於軍令部及戰區司令長官部，或方面軍司令部，而不畀之於軍事法庭，按目前待審之戰犯，均由各港口司令部於遣歸僑俘之時，發現其有戰犯嫌疑而扣留送交戰俘管理處轉解各區軍事法庭偵審者，因之目前各軍事法庭，已成爲專司偵查審判事宜之機關，而逮捕戰犯之權，似已限制。



(三)管轄問題：由於刑事訴訟法、陸海空軍審判法、戰爭罪犯審判辦法及其施行細則等，對於戰犯管轄問題未能盡行適用，全國軍事法庭，爲數又多、難免爭議，因而軍事委員會又於最近制定原則五項，以資應用。

(甲)管轄權，但爲調查證據及其他便利計，得逕行或經請求移送犯罪地或其他有關法庭審判。

(乙)一戰犯數罪，或數戰犯同犯一罪或數罪者，由罪行最重地之法庭審判。罪行輕重不明者，由有關法庭商定管轄。

(丙)自同盟國移解之戰犯，由犯罪地法庭審判。

(丁)戰犯之犯罪行爲，無特殊地域性者，概歸陸軍總司令部法庭審判。

(戊)管轄權有爭議時，報由軍事委員會核定之。

綜上所論：關於審判戰犯之管轄問題，已可解決，惟英國貴族院辯論筆錄有「不問戰犯犯罪地點在何處，可於其收審地審訊之。」之規定，自亦可供我人之參考。

我國軍事法庭之概況，既已略述於前，最後尙須提及者，即目前關於各軍事法庭審判戰犯已遭遇重大困難，致影響案件停滯難進，舉

其大者不凡兩端：

(一)證據收集之困難：目下戰犯大都係依據戰犯名冊而扣留者，惟名冊所載，簡而不詳，犯罪時日地點，雖可確定，然而證據資料，無從收集，向各機關訊問，公文往復，每徒勞而無功，戰犯本人當然否認犯罪，根據罪行須以證據認定之法律意旨，殊使審判無從着

情勢變遷和條約的解除

孫 杭

世界上所有的國家，各自佔據了地球的一部份，彼此之間是獨立的，平等的。她們沒有共同的上級機構，也沒有彼此的約束權力，而賴以維持國際間和平秩序的，只是國家和國家間的合意和允諾；換句話說，就是她們相互間所訂的條約。

據可靠的統計，第一次世界大戰時，各國間所締的條約，數達八千餘種。一九二〇年國際聯盟創設後，依盟約規定向國聯秘書處登記的新條約，到一九三六年止，也有三千餘件，其他祕密協定，未向國聯登記的，當然還有很多。

這些條約便是約束各國維繫世界秩序的最大力量。國家生息在條約之中，正如國民生活在法律之下；國民有服從法律的義務，同樣，國家也有遵守條約的義務。如果國家可以任意撕毀條約，那末，國際社會便呈無政府無紀律的狀態，國家生存既感隨時的威脅，人類的平和和福祉，便也不能維持了。

因此，在國際公法上，「條約必須遵守」(Pacta Sunt Servanda)的原則，是學者所一致公認的。條約一經訂立，對當事國間便有拘束力，當事國應忠實履行條約所定的責任，不得藉詞推諉。如一八七一年倫敦宣言云：「任何國家除已得對方的同意或友善的諒解外，不得自行逃避條約的義務，也不得更改其條文；這是國際公法上主要的原

情勢變遷和條約的解除

手。

(二)量刑標準之困難：戰犯經審判後，如確定其犯罪者，自當處以應得之刑罰，然而量刑標準，並無特別規定，依據刑法關於量刑之條文，又頗難適用於戰犯，此又不可謂為重大困難之一矣。

則。」

但這原則是以條約的繼續有效為前提的。當條約漸漸失去效力或有效與否有爭執的時候，應否履行的問題便發生了。這在條約的週遭的情勢變遷時最易遇見。

所謂情勢變遷，便是締約當時的環境有顯著改變的意思。在國際公法上，情勢變遷，可以據為條約解除的理由。奧本海(Oppenheim)說：「大多數的學者及文明國的政府，莫不擁護條約之訂立各有其一定情勢(Conventio Omnis intelligitur rebus sic Stantibus)之原則，認為一切條約之訂定，皆以此種情勢下(Rebus Sic Stantibus)為其默許的條件。」如果這種情勢已經變遷，當事國間便不再受條約的拘束了。

但世界無刻不在變化，所謂情勢，今日和昨日不同，明日和今日又不同，必至如何程度才可影響條約的效力呢？學者於此，真是聚訟紛紜。

法國學者狄伯奈氏(Despagnet)以為可以使條約自行解除的情形可分三類：第一，條約的履行危及國家政治的和經濟的生存。第二，條約所由生的環境的變遷使其存在無理由。第三，條約與文明國家的一般國際法抵觸。狄氏此說，比較完備，頗能概括各家的主張。如奧

本海說：「遇有不可測的情勢變遷，致條約的義務有害及締約國的生存及重大發展時，締約國的一方得要求解除之。」這就是狄氏第一條的意思。福德(Tradier Rodene)說：「情勢變遷則條約當然解除，例如訂約時為合法訂約後為違法。訂約時是有益於國家的，訂約後或使其國家的生存發達受限制。」這就是狄氏第一第二類情形。又如萬德兒氏(Vattel)說：「王家繼承盟約(Pacta de familie Successus Oris)指定某乙為某甲的繼承人，乃訂約之後，某甲生子，當然由其親生之子繼承王位，則繼承盟約自解除矣。」這就是狄氏所言第三類情形。

但狄伯奈和其他的國際法學家一樣，所說的話太抽象，所定的界限也太具體，國家對條約又唯恐不得解除以圖利，所以情勢變遷的原則常有被利用撕約的危險。如一九三五年德國撕毀羅加諾公約，進兵萊因區，便是藉口這條原則的。

為此，我們必須把情勢變遷定一個明確的定義，劃一個使用的範圍。這樣，我們才可適用他而不受其害。

我的意見，可以約述如后：

(一)情勢變遷不是政治組織的變化。——哈佛研究(Harvard Research)上說：「除約中另有規定外，國家不得因國內法的任何規定，或政府組織憲政制度的特殊情態而不履行條約所負的責任。」(1935, P. 1044)那就是說國內政治組織的變化，不影響條約的效力。如一八八九年巴西革命，一九一二年我國推翻滿清，都不因政府更替而解除對外條約。一九九三年美國華盛頓總統任內，滴值法國帝國推翻，建設共和。一部分議員如諾克斯(Knox)海密爾頓(Hamilton)等主張應單方解除美國和路易十六時代法國所訂的條約。但傑弗遜(Jefferson)堅決反對，認為美法間的條約是美國和整個法國間所訂的條約，不是美國與法王私人所訂的條約，所以不管法國內部政體如何改變，其效力仍應不變。結果，傑弗遜得勝。

但如條約中訂明政府變更可以解約的則從其規定，如一九〇七年

十二月中美洲五共和國在華盛頓簽訂的設立中美法庭協約中規定如締約國政府變革條約即行解除是。

(二)情勢的變遷須是主要的，根本的，而且是顯著的——情勢一有變遷，便得據為解約的理由，則條約的保障喪失，後患很大。所以情勢的變更必須是組成條約主要的情勢發生根本的顯著的變更始可。此處所稱組成，意即條約的存在是以這種情勢為根據的，它的消滅和變遷，可以直接影響條約的價值。例如歐洲在中古時代政教合一，各國和教皇都訂有條約稱為「和諧辦法」。其後政教分離，和諧辦法的基礎已變更了，所以法國於一九〇五年就廢了它。這次廢除，基於締約主要情態的根本變遷是為一般法學者所承認的。

但如一八七七年俄土戰後柏林條約，將土耳其的波斯尼亞(Bosnia)赫則哥維尼(Herzegovine)兩州劃歸奧國占領和管理(非併吞)一九〇八年土耳其青年黨執政，很想收回該二州，奧先發制人，宣稱情勢變更，就將二州合併。事實上奧國僅有管理權而無合併權，且情勢變更，也未達顯著狀態，奧國的藉口，不過是濫用原則，而施侵略、這種例子是很危險的。

所以，只在主要情勢確有根本而顯著的改變時，解約才有理由。例如蘇聯一九一七年的革命，不但變更了政治的組織，也變更了經濟的體系，各種情勢都突變了。十月二十五日蘇維埃大會就宣佈立刻廢止一九一七年二月一日到該日間「地主及資本家政府」所締結的一切條約。莫斯科大學教授科洛文氏(Korovin)說明蘇聯政府的立場說：「每一個國際協定都是一種既存社會體系的反映，這種社會體系維持多久，條約的有效期間便有多久。如果一旦革命發生，一個階級代替另外一個階級而掌握政權，不但變更經濟的體系，而且變革對內對外政治的根本原則，在這種情形之下，舊的條約因為是反映過去社會體系的原故，為革命所破壞，自然成為無效了。」科氏的話是對的，因為二月一日到十月二十五日間，舊俄政府為鎮壓革命曾舉了不少債，

這些債和他的條約，當然是不能承認的。這樣，蘇聯經過了一種不止政治變化的根本改革，也是有理由解除那些條約的。

(二)情勢變更所解除的條約必須其存在足以侵害自國的生存、主權、或其他重大利益——這一點就是上述狄伯奈氏第一條的引伸。所謂生存主權等的侵害，便是國土的割裂，關稅財政法權的侵入，經濟上的無理剝削及其他足以危害國家生存的事端。此種場合，條約的廢除，最多不過保存自己不受侵害而已，絕無侵及他人的危險。如我國對各國領事裁判權的撤廢，純為保全國家所應有的主權，而不是侵害他人的主權。情勢變更的意義必須如是限制，那末，侵略者即使巧詞掩飾，也不能利用他了。

不過，近代國家生存的界線，漸有擴張的傾向。美國有好多人以爲他們國家的防線是在太平洋彼岸的中國，或許說是西非洲（見李普曼著美國外交政策論一書。）所以中國被襲，西非洲被襲美國生存便被威脅了。這種世界主義固然可喜，但超過生存必要程度的防衛，徒足引起更多的衝突，國際公法必須加以適當的限止才好。

以上所說三點，是情勢變更的意義和範圍。某種事態的變遷，須具備這三個因素，才可稱為國際法上的情勢變遷而據爲解約的理由。這範圍雖較一般所說的狹窄，但爲防止其濫用起見，過寬的定義是更不適合的。

至於條約訂立之後，與新國際法牴觸，是否情勢變遷，照福德氏的話，答案是肯定的。但我以爲國際法的根源是各國的同意，條約也是當事國間的同意，所以國際法可說是全部國家間的條約，他的規定如果和舊約的規定相牴觸，當然適用新規定。因之，舊約的廢止，不能說是根據於情勢的變遷，而是根據於默示的合意解除的。

情勢既已變遷，解除條約的方式如何呢？有些學者（如奧本海）主張情勢已變更，一國要廢除條約，仍須通知對造，得其同意，如不同意時才可單獨解除。有些學者（如李斐 Rivier 福德等）則主張情勢

一旦變遷，則條約當即失效。此二說看似歧異，但在實用上前說不過多走一步，結果是完全一樣的。最重要的問題卻在締約國兩造若有爭執的時候怎麼辦。如果一造主張情勢業已變遷可以解約，一造則反是時怎樣判斷？

從前的國際公法學者，對於這點是很不知所措的。樂德伯智氏（Lauterpacht）甚至以爲情勢變遷的法則是不能認爲「真正的國際公法原則」的。（*Rules of Positive International Law*）因爲，他說，「沒有一個強制的司法機構可以判明究竟條約責任的完成不可能到如何程度。」（*P.169 Private Law Sources and Analogies to International Law*）

但海牙永久法庭的工作證明了應用原則的可能性。由於條約所生的爭端，包括條約自身的效力問題在內，當事國可以提請永久法庭發表諮詢意見，或起訴，以求解決。以超然公正的法官判斷誰是誰非，情勢變遷原則的適用，便不致再游移不定。這進步使樂德伯智也承認了，他贊美地說：「法庭的判決，不管他的自由限制，對此真是一個偉大的貢獻。」（*P.43 The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*）

現在，人類文明和智慧所創造的聯合國機構下，國際法院的組織，比以前海牙永久法庭更健全了。情勢變遷法則的適用，一定更能得到保證。

法律的進步和實施法律的司法機關的改進，兩者本是相倚相成的。情勢變遷在過去，很多不過是政治性質的藉口，而據以廢約的成敗與否，也全視一國的軍事力量及和其他國的政治關係而定。因之，有些國際公法學者對之頗感危險。現在國際司法機關漸形完備，國際法的制裁力量也漸加強，在應用方面，當能有相當的進步了。

但援用情勢變遷而廢約是權利不是義務，一國儘可不用此法而以其他方式終止條約。如一八八一年，突尼斯由法國保護，法國在突尼

斯設立法院，和在法國的無異，各國在突尼斯所享的領事裁判權，已無存在的理由，但法國未援用情勢變遷原則，仍舊和各國磋商，訂立新條約而廢止之。

此外，條約已經廢止，但如情勢回復原狀。該條約是否仍能復活呢？此種事例，在歷史上可說絕無，而國際公法學者對此也少涉及。我意要解決此問題，須分別情形論斷：

(一)如條約的廢止，雙方都已同意，那末，條約本身已經消滅。將來即使情勢回復原狀，條約也不能復活了，當事國間如再有這種條約的需要，須重行訂立。

(二)如條約是單方廢止的，未經對造事前或事後的承認，那末

條約效力雖然喪失，但條約本身依舊存在。如果情勢回復原狀，條約的效力也可由單方宣告復活。

這是合於邏輯的。因為條約既可因情勢變遷而單方廢止，當然也可因情勢回復而單方使它復活。所不能復活的，只是雙方都已承認其消滅的條約。

近代世界變遷，一日千里，而國際關係，錯綜複雜，條約的訂立和變化也需要甚殷，則情勢變遷可此解約的原則，適用一定更廣，對國際和平秩序的影響，一定也更大了。因之，更深的研究，實在是必要的。我們要使他避免一切的濫用和假借，才可使它對人類文明有切實的貢獻，使它成為「真正的國際公法的原則。」

女子繼承權之發生及其演變

王達人

法律見解並無絕對性，此所以有統一解釋法令會議之設。但該會見解亦時有變更、稽諸載籍，不一而足。如代位繼承一事，始採代替他人地位而為繼承之學說，後探基於自己固有地位而為繼承之學說，其明證焉。學法者貴能融會貫通，既非斷章取義所能運用，亦非一知半解所能了然。蓋法律之為學也深而奧，日新而月異者也。

自民國十五年第二次全國代表大會關於婦女運動決議案規定女子有財產繼承權，同年十月，經前司法行政委員會通令施行，開我國有史以來之創例。國府奠都南京成立最高法院，該院解釋女子繼承權，以未嫁為限，已嫁者不與焉。見十七年解字第三十四號第三十五號第四十七號第一六三號（按此時法令解釋權屬於最高法院。）自此解釋出，已嫁女子之因此敗訴者，何可勝數。身分相同而以未嫁已嫁為有無繼承權之標準，識者非之。司法院知其不當，遂有十八年四月二十七日召集最高法院院長及各庭庭長會議之舉。結果一反從前之見解，

決議通過女子不分已嫁未嫁，應與男子有同等財產繼承權，以正其謬；並另擬已嫁女子追溯繼承財產施行細則，呈由中央政治會議第一八九次通過，不惟已嫁女子雖經確定判決不認其有繼承權者仍得享有之，且其應繼承之財產，已經其他繼承人分析者，亦得於該細則施行後六個月內向原分析人重行分析，（見第二條第三條）以資補救。而前述解釋遂歸於無效。至於財產雖為祖宗祭祀而設、要不得謂非遺產之一部，自在應行繼承之列本此見解，即無拒絕女子繼承之可言。然而此風一開。糾紛滋甚，且女子適人，勢所難免，異鄉異國，事屬恆有，值祀收息，諸感未便，又為我國歷來習慣所不容，社會詬病，異口同聲。二十年五月五日繼承法施行，上項細則，又不適用。但女子有無輪值祀產之權，該法未設明文規定，解釋上不無疑問。福建高等法院呈請解釋，司法院于二十年十二月二十五日第六四七號解釋曰。家族中之祭祀公產，以男系子孫輪管或分割或分息者，係本於之從前

習慣爲家族團體之公共規約、在女子向無此權利，苟非另行約定，自不得與男系同論等語，蓋所以補法條之不足而維持固有之習慣也。司法院統一解釋法令會議，爲解釋法令之最高機關，一經解釋，除以後解釋變更前之解釋外，有絕對拘束的效力。以前縱有與該解釋相反之

專利法的需要

王學哲譯

中國對於現代科學與技術所以沒有重大的貢獻，是有許多原因的。

有些人說中國人沒有發明的頭腦；中國的家庭制度對於個人的自由與事業，過份拘束，不能鼓勵科學的研究；中國人一生閱讀與寫作的時間太多，頭腦盡是混亂的字句，永遠不喜歡思想與計劃。

這些原因在若干方面是對的，但是並不能解釋何以中國在數百年前就發明了指南針、火藥、紙張與磁器、這也不能解釋何以在美國每年均有數百中國人登記專利，雖然有人辯駁，這些發明家並不是真正的中國人，而是祖藉中國的美國人，他們對於中國的認識尚不及上海的一名苦力。

我們對於中國發明紙張、磁器、火藥與指南針時候的情形，雖沒有記錄，但是可以肯定的推測，中國古代的發明家，並不是用思想來發明這些東西，而是當時有這種需要，在各種的可能性中，湊巧發現這公式罷了。

現代的發明家

現代的發明家很少是依賴偶然的機會。他們要在設備完善的實驗室裏工作，且須與其他專家合作，把預先所設計的事物，研究一個製造的方法。

這種實驗室與合作，在獲得效果與收益以前，就需付出相當的費

判例，殊無再予援用之餘地，而女子能否輪值祀產之問題，於焉以定。故曰法律之爲學也深而奧，日新而月異者也，非斷章取義所能運用，非一知半解所能了然也。

用。有些美國公司常以贏餘的百分之二十，作爲研究與發展工作的費用。假如他們藉以生財的發明可任人仿效，他們或不會這樣做。經費巨大的合作，若不將共同研究的結果與製造的方法，保守秘密，以收回全部支出，則無法繼續合作。除非有關國家安全之發明，如原子彈等，發明者與製造者必須將秘密告訴國家，藉受國家的保護。事實上如要收回一發明所支出的費用，祇有由政府給以專利權與法律的保障，他人若未經許可，而私自仿效，則負有民事與刑事之責任。

法律的保障

歐美各國，工業發展與保障工業權利之法律如專利權等，是有密切的關係。換言之，工業的進展是有賴於法律的保障，使新方法與新發明不致受他人的侵害。因此中國近代工業與技術的發展，以及發明與科學技能開展，是有一個主要的困難。中國因爲沒有施行專利法，所以不能保障工業研究所消耗之力量與費用。中國人無疑問的是有發明的天才，但是這種天才不能得到資本家的支持，建立經費巨大的實驗室，供他發展。於是他們縱有在鄙陋的小室裏摸索，或到國外尋找較好的研究環境。

專利法除了在國內的影響外，對於國際間有很大的關係。根據國際間的慣例，工業權利只能在具有專利法或類似專利法的國家內，獲

得保障，中國現在沒有專利法，所以許多外國人或外國公司，原來可以在中國有許多新發明，也不願意去努力研究。因為這些發明不能像在其他國家得到法律的保障。表面上，工業落後的中國，沒有專利法似乎是有個便利，他們可以不花一分文，就得到歐美各國最近的與經費巨大的發明。這顯然是中國政府遲遲不施行專利法的一個原因。

最近的商談

然而這情形在目前已不適宜，因此中國政府當局與美國的工程公司正在商談妥善的方法。美國願意供給工程的設備與技術，而所需的報酬極低。最近已訂立詳細的辦法，但是美國有一點要諮詢中國政府，就是那些中國的工程師，為工作的緣故，必須參與這些具有專利權的祕密，若有違約時，將有何保障。他們違約以後，可能自己建立工廠，把得到的祕密來替自己謀利，而不付一分文的專利稅。中國的代表如何答覆雖無記錄，但是他們表示，在目前的情形，中國的工程師本來就很容易從美國的專利說明書中，得到重要的報導，根據美國

異見

英美法介紹

英美法院最早的判決，往往只用口頭來宣告，非遇重大案件，並不以書面公開發表。以後漸漸因社會和法院的關係日益密切，覺得法律可以滿足人類的需要，於是法院裏每年便定期報告審理案件的判例，可以讓一般人知道法院的意見和理由。

在獨任制審判的案件裏，由獨任推事一人判決，不生多數意見和少數意見的問題；可是由三人或五人合議審判時，判決的評議就不容易得到意見的一致，因為法律的真理縱然不變，可是以主觀的認識透過了客觀事實所得的概念則不盡相同，這也可以說是法律的主觀性，

的規則，在專利說明書中，必須把全部製造的過程與特性，詳細記錄。然而，除了專利說明書以外，要製造或生產這些專利的發明，還需要其他的條件，否則專門的技術人員就不必要了。

工業權利在中國的保障，由於許多外國人的申請，以及從前偽政府時代專利登記的增加，證明這需要事實上是存在的。日本在一九三二年建立偽政府後，立即仿照日本的形式頒佈專利與設計法，直至一九四二年止，長春的偽專利登記局，總共登記了一九七四一件專利案以及三二二一件設計案。雖然大部份申請專利的是日本人，其他包括二一九六件是德國人申請，美國人三四五件，英國人九九件（太平洋戰爭以前）瑞士人六〇件，法國人六八件，此外還有一三五件是中國人的。假如後來的多數國家不與偽政府斷絕外交關係，外國人的登記專利一定更多。這事實說明，中國是多麼需要專利法、現在勝利以後，中國需要復興，需要國外科學與技術的協助，而英美各國也願意來中國發展工業與貿易，因此專利法更重要了。

徐家康

因此合議制推事的意見就產生了多數和少數意見的分野。在英美法裏，少數的意見稱為（dissenting opinion），找實在我不出一個比「異見」更確切而適當的名詞可以說明它的特性。這是因為在我們中國法院的判決裏只有判決的主文和理由，如果是合議制的話，這些理由當然指多數的理由，少數的理由和意見即無從表達。我們承認多數的意見應作為判決的根據，可也不能否認少數的意見有存在的價值。

在歷史上「異見」的開始發現在 Georgia V. Brailsford 的判決報告中。此後美國最高法院推事馬歇爾在 Oden V. Saunders 案

中的異見被一致讚爲他的空前傑作。我們知道英國和美國是適用普通法的國家，同一案件在不同的法院裏或在同一法院而時間的先後不同，可能產生相反的判決結果，於此可見今天的「異見」也可能變成明天的法律。如在 *Rogers V. Bunnifont* 一案中少數推事的「異見」，到後來 *Brenham V. German American Banks* 時即成爲法律作爲推翻前判例的根據。判例的變更是常有的事，（如我國關於代位繼承，法院前判例探間接繼承說後判例變更直接繼承說）但不能忽略判決評議時少數意見的價值。

當法院合議推事裁判評議時，推事們都應該開誠佈公各抒所見，讓每人都有陳述意見的機會。如結果以多數意見作爲判決根據，把少數意見完全廢棄，就難免使一個孤立無援的推事因看見多數已佔優勢而輕易放棄他自己很充足而優越的理由；反之，要是允許「異見」的存在讓採取異見的法官儘量的發表和反駁，在法律的進展上對於理的闡明和智慧的啓發可以發生很大的效果。法律的終點是一個核心，可是達到這核心的方法和途徑各人不同，我們應該含棄小徑尋出大道，避免崎嶇走上平坦，這一途徑的選擇是一個維持正義的法官應該注意的事情，那麼接受「異見」，無疑可以供給法官選擇途徑時的資料。

也有人反對「異見」，認爲「異見」足以減弱判決的力量，使一般人對於判決的信念發生動搖。我們不否認這種說法，如果判決中有兩個相反的意見，很容易引起對於法院的懷疑究竟他們有沒有支持法律的公平和正義。然而，在不犧牲個人主觀意見下獲得的一致協議，固然足以增強判決的力量，但爲了迎合輿論，用形式的一致來掩飾少數「異見」，便無由達到支持正義追求真理的目的。這是因爲維護法院信譽和崇高的因素是每一個法官的獨立人格，法官不只是參與審判，去盲從和附和別人，應該憑着他主觀認爲對的去作公正而獨立的裁判。法官們的人格決不是出於同一模型，那麼判決的形式的合一是不是表示他們人格的共同？

異見

「異見」的發表也許有人認爲足以發生謗言，引起批評有損法院的尊嚴。然而法院應該接受輿論的指摘，公平的批評，人民的監督，如果一味固執，不顧公意，那遭到反對是必然的結果。我們也不必顧慮到「異見」會損害法院的尊嚴，因爲法院的尊嚴決定在他行使法律的方法、而並不在他人的指摘和毀譽。

我在上面已經說過「異見」是法官基於他主觀人格對於特定事物所獨持的意見，如果僅爲了一時意氣用事，似乎非爭一個你長我短，是一件有失面子的事情；或者離開了法律正義的立場，純粹出於私人的報復或攻訐；或是要表示自己的學識深邃，卓見高人一等，便故意不屑贅詞，與人論駁；或是個性傲慢偏僻，缺少和別人合作的能力；由於這種原因產生的「異見」便歪曲了我們希望效法和推行「異見」的原來意思，反容易促成人民對於法院的不滿和攻擊，法院威信將一敗塗地，不幸的結果就可能想像的了。

法官在表示「異見」時應該獨立，但獨立的意思不是指頑固的偏激和偏強，一個獨立的法官裁判上都有明確的表示，他不論是贊成或反對應說明他所以贊成或反對的理由；他不能模稜兩可；或急於發表意見隨便的附和他人。他應該站在獨立的地位上把當事人的利益公正的平衡；他可以攻擊也可以直諫，沒有寬容沒有苟且；他也沒有義務一定要贊成多數的意見，因此在五人合議的裁判中，即使已經有四個入已經決定了判罪，他還可以爲了法律的正義而據理力辯。雖然對於現在的判決已不能發生什麼影響，可是對於將來同樣案情的判決很可能發生變更前判例的力量。

審判「異見」是互相合作的民主精神的具體表現，爲英美法放一異彩，不問現在我國社會和法院關係密切的程度以及一般人民法律智識的水準如何，我們覺得實有仿效的必要。此外，在可能範圍內也希望法院能够把每年審判的案件按期詳細報告，讓我們知道法官們法律思想的變更已到了什麼地步。

英國商法之衍變

張宗植

吳經熊先生曾將有唐一代詩之發展，列爲春夏秋冬四季，指出各季的特徵，以說明事物之演化，有其自然的連續性。此種觀察方法，可謂推衍明道先生『萬物靜觀皆自得，四時佳興與人同』之義而成立者。我們若將社會或自然之任何一部門，體味推索其發展的程序，往往便覺得其中自有一脈相承、也像生命的連續一樣，是一種有機的演進，也有遺傳與環境的因素在支配着似的。所以 Dr. Le Bon 在其所著 *Psychology of Peoples* 中寫道：『我們的祖先們一代又一代地塑造着我們的思想與感情，以至於我們行爲的動機。』

就法律而論，也如有機的發展一樣，各部門都有其自然形成的過程，縱然我們不固守歷史學派的成見，以爲法律只是歷史的產物、無可改造，但作一種趣味的尋索，確實可以發見一種『生命』之存在，只是許多成因，往往被另外一種『解釋』來代替了，或者被重疊相因的事實所淹沒了，遂至『柳密行人看不見，輪蹄相屬但聞聲』耳。

隨便舉例，如英國的商法，一經玩味，便覺其傳介於十三世紀以前孕育於愛德華三世 (Edward III) 之後結胚於柯克 (Lord Coke) 任大法官 (Chief Justice) 之際，而成形於孟斯菲爾 (Lord Mansfield) 之時，發育順序至爲自然，好像是花落蒂生，純出本性，其中縱不免有許多偶然因素，但綜覽全史，即屬一線相循，無中斷轉接之痕跡可尋。

英國在十世紀以前，無商業可言，但到第十一世紀以後，意大利及北歐荷蘭商船，開始到英國貿易，購買羊毛，於是有所謂『市集』出現，當時稱此類市集曰 *Staple*，原是庇欄之意，這是與羊毛貿易可以發生聯想的字。這些外國商船，便將商法的花粉，帶到英倫，但

Staple 之在英國本土者，爲數不多，大部爲英國商人將羊毛送至外國的 *Staple* 去售賣。當時有名之 *Staple*，有法郎德斯之 *calais*，比國之 *Antwerp*，荷蘭之 *Rotterdam*，挪威之 *Bergen* 等，在英本土者，爲 *York*, *Newcastle*, *Bristol*, *Westminster*, *Cantebury* 等，這些市集都是『英洋雜處』之區，所有交易，都帶有『國際貿易』性質，其交易上發生之爭執，律爲『涉外事件』於是英國原有之普通法 (*Common Law*) 無法處斷，加以普通法院，只有上午開庭，而商船之出入，係以潮汐爲準，時間上不易相配合，故不得不另設法庭受理，於是有特設之所謂 *Court of The Staple* 或 *Court Repondous* 出現，以求迅速解決此類案件，法官恆由當地市長 (*Mayor of The Staple*) 任之。

所謂 *court Repondous* 據後來柯克的解釋，是『拍去腳上的泥土之時』之意，正形容這種法庭開庭之迅捷方便，柯克氏寫道：『這法庭在每一市場均可隨時成立，以審理該市場上所發生有關契約或侵害之案件，爲謀商業之順利進行起見，其迅速有如塵土之自腳上掉落。』

此類法院，始於十三世紀，至愛德華三世之時已趨極盛（即一二六六年以後），法官所運用之法律，則並非英國之普通法，而是所謂商民之習慣，即後來的商法。 (*Law merchant*) 商法在當時並不看作普通法的一部分，它是獨立的單位。故十七世紀時 *Sir John Davies* 在法院判例中找不到有關商事案件的判例，恍然大悟兩者之不相混淆，認爲：『英國普通法的書冊中不易找到涉及商事和船舶的記載，理由顯然是因爲普通法已將這部分的案件讓給另一種法律去處理，那就是商法，它不是英國法而是外國法的一支派。』商法是各國法這一

觀念，確是十三世紀以來就被英國人認出了的。英國第一部商法的著作是一六二二年出版的 Gerard malyne 所著之「古商法」，這書名他用了兩個拉丁字，「Constitutus vel Lex mercatoria」並在序文中說明：「余署此書之名以古稱 Lex mercatoria 而不用 Jus mercatorum 者，蓋此法乃各國所承認之習慣法，而非任何一國所制定之單一法典也。」其後 Lord Mansfield 亦謂：「商法並非某一國所特有之法律，而為各國共通之法律。」今日商法為世界之觀念，實肇始於此。

Staple 當時原多控制於意大利及西班牙人之手，連十三世紀以下，弗郎德斯開始限制外人在本國市場經營，於是英國本土的市集漸見重要，愛德華三世時乃制定市集法(Statute of Staple of 1354)，意、西、荷、弗之商法，漸為英國之各種特設法院所採用，就當時之 court Pepondrous 判例尋查，已有引用「商法」字樣以判決關於票據等的例子。同時在若干沿海重要口岸，並由政府指定設立特設法院，由有名望而慎重之商人數人合組，以便運用商法審理保險、海商、等案件。此等法院所應用之法律，當時稱之謂「商法」或「海法」(Law of the Sea)與歐洲各國所通用者相髣髴，其內容大多採自「Laws of Oleron and Wisbury」，「Consolato del mare」等外國法典。享受此等法律之保護者，則以商人為限，不合商人身份的人，不得在這類法律之下有何主張。此種限制直到十七世紀時還存在，在商事法院中，被告可以「對造係屬紳士並非商人」而為抗辯。

經過了這樣長的一段孕育時期，英國法起初因外國商法之介入而不得不特設法院，不容其與本國的普通法混淆。但到十七世紀時，局面改變了，原被視為外來因素的這些花粉，開始與內部的卵子結合而結胚了。

到結胚時期，商事案件開始移交普通法院管轄，所有特設法庭都逐漸消滅。這時期可謂開始於 Lord Coke 任大法官的 1606 年，到 1756 年 Lord mansfield 任大法官時為止。

英國商法之衍變

英國社會經過十世紀至十七世紀幾百年的淘汰，國內商業漸發達，商業行為已不限於「涉外」事件中，本國人間亦多有票據，託運，保險，航海等行為發生，對外貿易上習用的商法，實有擴充範圍應用到本國人民之間的必要。特設法庭已覺不能普遍利用，於是商法就移歸本國的普通法院(King's Courts of Common Law)管轄。惟商法僅視為「習慣」，由陪審官決定其當否，且只作「事實」看待而不作為「法律」。故每一案件必須先證明當事人至少有一方為商人，然後在辯論中正式宣明本案須按照商業習慣辦理，此習慣為何，則由陪審官決定之。對於此期之特徵，Scrutton 所著「Elements of Mercantile Law」有一段描述最為恰當：「商法僅視為習慣，且例以此類習慣與事實並舉，交由陪審處理，而不加以法律上之說明，習慣與事實既混而不分，故鮮有以判例確立任何法律原則者。因之此時期對於英國商法體系之建立，並無貢獻。」

此種辦法，蓋因商法在此時雖混入普通法院，仍視為化外之物，而不能與本國法同等視之。彼時之視商法，正如今日之視外國法然，法庭上商人說明某種習慣之存在，恰同今日律師之說明外國法有某種規定的存在，俾作為事實而供法官之採納。不得援引之以作判決也。

此一時期繼續至一世紀半之久，直到一七五六年 Lord Mansfield 繼任大法官時乃頓形改觀。孟氏研討民法，深致不滿於此種狀態之存在，欲謀所以改進之道。彼於各國法律，博洽精研，深悉商人及銀行家有將各種習慣獲得法律上的承認之願望。彼發現此類商業習慣普遍為歐洲各國所奉行，乃決心要在此類習慣中探討出它們的法律原則。彼以羅典法(Rhodian laws) 西班牙海法(Consolato del Mare)奧勒倫及依司培法(laws of Oleron and Wisby)以及路易十四律令(Ordonnances Louis XIV)為淵源，旁及一切海上習慣及法家著述，以建立一法律之體系。

此類法律原則，均經孟氏運用援引，造成多數判例，至今傳誦。

前此之大法官，原係普通法之最高司法人，孟氏身膺此職，而殫精竭力以完成與普通法素不相容之商法體系，終使此外來之商法，與普通法結合為一體，厥功可說至偉。英國商法，至此亦已成形了。

商法在羅馬法中為萬民法(Jus Gentium)之一支脈，在英國久視為「外國法」，逮孟氏之後，英國不再以外國法視之，而認為本國法之一部分矣。嗣後商法原則與普通法原則相淆相併，漸不辨其各別之特徵。今日之英國法中，如對各個原則玩味之，自不難追溯何者淵源於商法，何者淵源於普通法，但兩者既均歸普通法院管轄，且各個原則亦均在法理上互相援用，界限漸歸泯滅，可謂融合無間了。不僅普通法與商法漸趨一致，即使衡平法中，也有了商法原則的闖入。

在現代英美法中除流行於中古時代的寺院法(Cannon Law)已經湮沒無存，僅有一些原則被引用外，大致可分為三個部分，一是普通法(Common Law)，包括刑法及民法；一是衡平法(Equity)，十六世

紀以來為補救普通法之不足而單獨發展出來的法律：一是商法(Law Merchant)即外國法經孟氏吸收入英美法的法律。衡平法歸 Court of Chancery 管轄，普通法與商法則歸 King's Bench 管轄。其中商法雖為外來的法律，但經過這一段孕育結胎成形的過程，融會了各國商法之長處，而成為世界上最為完善的商事法。不過歷史常常使我們走螺旋式的道路，原是世界的商法，被各國吸收為各自的本國商法，到今天天下一家的趨向日益明顯，商法恐怕又要脫離各國的懷抱，而發展為統一的國際法了。說不定多少年之後，雜色斑斕的各國商法，會被一個共通的商法所代替，而湮滅無存，正如工部詩所云：「爾曹身與名俱滅，不獨江河萬古流。」

各民族古來的努力是值得景仰的，但是如舊流注海一樣、各種法律的最後歸結，終究是世界水準的一致，與消滅人類間歧異。這在商法方面尤為顯著。

一代法學權威荷姆斯之思想

林永悞

本文為讀 MAX LERNER 所作 "THE MIND AND FAITH OF JUSTICE HOLMES" 一書之後，有感而作。該書自一九四三年出版以來，今已四版，足徵荷氏思想，為世所欽崇如此。

作者附註

洵不虛傳也。

荷氏有稱為「民主」之鬪士，其思想具有民主精神之深刻表現。荷氏有稱為「自由」之先鋒，其思想洋溢自由平等之獨特見解。方今舉世紛紜，強權吞滅真理，有須如荷氏之民主戰鬪精神、荷氏之自由思想見解者更切。緬懷先哲，倍切遐思，安得世有荷氏挽救倒之狂瀾乎！

近代法學學者為文著述荷姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 之生平者，不下百有餘家，而研究之者則尤倍之。凡荷氏之判決詞稿，文章，言論，書信等，均為人視若珍寶，畢力蒐集，蓋荷氏不特於法學上有特殊之貢獻，即於文學及哲學思想上造詣亦深，一代法學權威、

早歲荷氏曾參與美國南北之戰，與役凡四載，迨後研究荷氏其人，知其戰士生涯與執法生活實二而一，兩者同居重要，兩者生活同有冒險性及有規律性，兩者均為爭取自由，兩者均具戰鬪之意義。荷氏對於法律所發生興趣者有三：一以法律為職業之一種工作，

二以法律爲社會文化研究之基礎，三以法律爲調處社會糾紛之方式。

法律素被常人所忽視，因而對於律師及法官之工作，亦以無足輕重，等閒視之。荷氏於其所發表之言論或文章中，竭力糾正時弊，畢生精力，亦謀爭取律師地位之提高，使人尊重此職業之神聖。證之荷氏早年自傳（註一），渠稱以其家庭之背景，及其文學之造就，殊可從事文學之創作，惟渠決志從事於習法，並以法律工作爲其職業，足以見其所負之職志矣。

一九一三年荷氏編其講演錄，或在哈佛，耶魯，勃朗各大學法學院，對學生之演講；或在各次法律學會席上之講演，莫不諄諄引伸法律工作之重要，與從業者應有之努力。感情流露，溢於言表，其聳勉後學善誘不倦之精神如是。

世人常以法律爲枯燥乏味之學，荷氏頗不謂然。以爲凡足引人入勝者，非物體之本身而已，須其物體與其他物體之關係發生，而後始能引人之興趣。渠次論及法律之學，以爲法律不僅使學者自身明悉生活之規則，並就而知他人之生活，社會之動態。此一專門之學，光華繽紛，所包括者爲社會整個之生活。「吾人日常接觸法律，並不從人類學家，學生與哲學家，之觀點視之，蓋以一個劇中扮演之角色，從而認識法律具有先見之明與控制之能力。」*「We see her daily, not as anthropologists, not as students and philosophers, but as actors in a drama of which she is the providence and overruling power.」*（註二）法律不僅是義務，亦爲權利；不僅爲個人，亦爲大眾。蓋惟社會生活愈複雜，而個人生活愈有意義，愈豐富。故吾人須正視生活，而後生活始有價值。

當荷氏編美國法律評論雜誌（*The American Law Review*）時，飽讀近代法律名著及判例，其思想爲之一新，由是對於法律哲學，饒有興趣與涉獵。其以法律爲社會文化研究之基礎，多本達爾文，斯賓塞之說而光大之。達爾文以人類文化循自然法則而演進，荷氏以人類

文化循社會法則而演進；斯賓塞主靜態之說，荷氏主動態之說。

荷氏以社會整個之組織，故忽視個人或某種特殊之個人，然而非謂荷氏並無人道主義（*humanism*）。凡讀荷氏之著述與言論，均敬佩荷氏富於同情心；但荷氏所力求避免者，即不以個人之情感，而影響於立法之精神而已。荷氏並以英美普通法中已大部分爲個人而設，若謂缺乏個人之意識，殊非屬實。普通法現仍依經驗而發展，尙無邏輯之確定，惟終有一日從經驗而成邏輯之定則。若邏輯之定則有彼此衝突時經驗可作裁定。經驗者積多數人之生活規範，而成爲社會之法則，此即法律所由成也。

荷氏任馬塞殊色州最高法院法官垂二十年，建樹甚多。有如釐訂警察權之範圍，公務員之責任，勞資之關係，侵權行爲法之性質與依據，及刑事訴訟程序之保障等等，均與憲法內審有密切的關係，並與其服務聯邦最高法院時所努力者，後先輝映。

法官之任務與立法者之任務同爲制法，此荷氏非常重視其職務。在其晚年中，荷氏力將其社會思想置於法律之中，影響立法之政策至鉅。

任聯邦最高法院法官三十年中（一九〇二——一九三二年），與美國法律史上最大之貢獻者有二：一爲司法解釋之方法，一爲應用此方法之一定方式。今日美國司法解釋所採用之放任主義，可謂由於荷氏所樹立之風格始。荷氏對於政府行政權力，力主加強，不滿憲法中對於行政權之削弱。故對憲政之觀念則主隨時可以增刪，以適應時代之需要。渠深信法律須與生活打成一片，富有冒險性，視生活之經驗而長成。所以，渠於法官期中深感美國司法須有新之精神與新之方法，以代守舊之思想。

荷氏畢生精力致力於工作外，並勤於自修，常讀哲學，社會學，政治學，及文學諸書，手不釋卷。並喜於公餘，與杜威（*Dewey*），亞丹新（*Brook Adams*），白德萊（*Bradley*），柏樂克（*Pollock*）等人交

遊，互通信札，切磋琢磨。故其學問博觀廣收，彈見洽聞；思想亦日新月異。讀其法理意見，而知其思想精粹，爲常人所不及。

有聞美國聯邦最高法院於進行每一案件時，按例在未作任何決定前，首席法官必將該案件之事實，法院之辯論，法院之意見，一一付印，分發於各法官，徵其意見。荷氏每次發表其思想與意見時，率多使其同僚驚異，歎爲莫及。蓋其識見卓越，由於博學廣聞所致。

論 優 先 股

史 濟 蓮

荷氏與經熊師善，時有書信往來，多談論治學之法。吾讀其書，想見其人，對其思想尤欽慕焉。

註一 Delivered by Holmes at a class dinner at "Young's" in Boston, July 20, 1884.

註二 "THE LAW," Suffolk Bar Association Dinner, February 5, 1885.

優先股在美國稱爲 Preferred Stock 在英國則稱爲 Preference Shares。優先兩字之意義，頗易爲初學者所誤解，以爲優先股者即各種權利均優先於普通股之股份也。此種解釋未免失之過狹，廣泛言之，凡股東某種權利或義務因法律或章程之賦予，而不同於普通股者，均得謂之優先股，其存在之要件有三：

(一)必須根據法律或章程。我國新公司法第一二五條二四八條規定公司在開業時得發行一部份之優先股，增資時得發行優先股，而對優先股之權利義務及其他必要事項均由章程規定之。(新公司法第一五六條)

(二)自積極方面言，必須有與普通股不同之點，否則便成爲普通股而無所謂優先股。

(三)此種不同之點，可能爲權利或限制，然實際上此兩者往往並存，互相參雜，本文係就此種優先權 (Preferences) 與限制 (Limitations) 加以約略之分析與檢討。

一 優先股之優先權

所謂優先權者乃相對之權利而非絕對之權利也如。『七厘優先股』

並非謂此種股份每年必可得七厘之股息，而僅對普通股而言，在普通股能享受任何股息之前，優先股當先派足七厘。故公司營業不佳時，優先股東所得爲二厘，三厘或竟一無所得。且優先權之變化甚多，要皆視章程而異，在英美且有以優先股契約定之者，今分述如下：

(一)優先分派股息權，其中所分爲累積與非累積兩種：

(甲)累積優先股 此種股份若股息未派足規定利率時，來年公司盈利中當先予補足，而後普通股始能享派息之權利。唯在英、美時有若干公司，因優先股逐年累積額過鉅，普通股股東往往利用其股東會中之優勢，誘使優先股讓步，犧牲一部份，以便普通股分派者。

(乙)非累積優先股 於公司營業情形不良之年度，優先股息未派足者，次年無補足之權。故在英、美此種優先股並不受人歡迎，照勞夫教授 (Prof. Lough) 所言，有下列數種之原因：

(a)對於每年優先股息之分發，普通股東與優先股東之間易起利害衝突，在優先股固希望股息照發，否則其權利就此喪失，而普通股但求不發，使逐年累積，至相當時期，優先股息分派後之餘利，可全部爲普通股享受。且實際上股東會之權限，又往往操之於普通股之手，雖在獲利之年，亦儘可藉口現金不足而不予分派。

(b) 公司營業之結果預計其盈餘僅可供優先股息之用，則董事可將此種應發股息，轉為某種改良或發展費用，使帳上無盈餘可見。茲舉例明之。設第一年公司獲利八萬，適足供 8% 優先股十萬股（票面十元）之股息（今董事將其轉去，使無盈餘，以免優先股分派。次年又獲利八萬，而後公司將第一年之八萬一併轉回使成十六萬，如此優先股獲息八萬，而普通股亦有八萬，實則此十六萬息均係優先股之權利也。

(c) 對於董事會之延發股息，法律上亦無任何明文之規定以保障優先股，當時皮孝潑氏 (Ebadon) 曾抨擊勞夫敦授之理論，以為公司之獲利，原不必每年均派為股息，否則徒然削弱營業之基礎，阻礙事業之發展。且公司基礎穩固，優先股自亦受利。唯皮氏之說過於偏重理論，實際上優先股每不能享受基礎優良之權利。故 1883 至 1929 年間，美國之一般習慣凡非累積優先股，當公司獲利而未派息之年度，其股息有補足之權利，此則又逐漸趨向於累積優先股矣。後至 1929 年美國最高法院對華柏許鐵路案件 (Wabash Ry. Case) 判決非累積優先股當公司雖獲利而未經派息者，不得累積後，前說始行推翻。

(一) 參加分派紅利之權

(甲) 參加優先股 優先股息在規定利率之外，並可參與普通股之分紅，而參加權利之方式，種類甚多，今舉其三：

(a) 全部參加 優先股普通股均已分得訂定股息後，若有餘利，由普通股優先股兩者均分，此種優先股為全部參加優先股。

(b) 部分參加 此種優先股於獲得訂定股息後，對於紅利分派之數額，有所限制。

(c) 層次參加 此制之下，股息分派之程序可舉例以明之，優先股 7%，普通股 7%，如尚有餘額時，優先股 3%，普通股 3%，再有餘額，而後均分。此制目前我國尚無用之者。美則曾見用於鐵路中。

(乙) 非參加優先股 優先股於訂定股息之外，別無享受紅利之

權。換言之，公司之全部盈餘除規定優先股息外，全歸普通股享受。

(三) 優先分派剩餘財產之權

此種優先股當公司清算時，依法定程序償清對外債務後，分配股東剩餘財產時，優先股有優先權。優先股而兼有此種權利者，保障鞏固，易受人歡迎。尤其公司因景況不良而增資時，最宜給予此種權利，否則優先股徒有優先利息之引誘而對所投本金，反一任普通股東處置而缺乏保障，必不為人所垂青也。

(四) 表決權

就一般而言，優先股多無出席股東會表決議案之權利。按英美習慣，雖無表決權之優先股，當達公司一連數期不發優先股息時，則可享有表決權。優先股所享之表決權可分為二大類：

(甲) 優先股享與普通股同樣完全之表決權者。美國加洲於一九二九年前規定優先股當享受無限制之表決權。我國則由公司章程訂定。

(乙) 優先股享有有限制之表決權者。

(a) 章程規定於某種事故發生後，優先股得享有表決權，此種事故普通如數期不發息，約定償債基金未能照付，活動資金力劇減，資產總額少於特定數額等等。

(b) 優先股僅對少數特定事項有表決權。

(五) 其他保障

在英美更多以章程明文規定賦予優先股各種特別保障，以使其所投資本穩妥。其中最主要者為：

(甲) 公司債之發行 若干公司雙方約定不發行以資產為担保之抵押公司債。若干公司則規定非經優先股東大多數同意，不得發行任何公司債。亦有優先股東雖無表決權而有否決權 (Veto) 者。

(乙) 優先股之發行 公司章程中有訂定非經優先股東幾分之幾之同意，不得發行他種新優先股。

(丙) 特定比率之優待 為保障優先股起見，約定公司當局對若干