

中華民國三十四年十一月十日復刊

四 月 號

震旦法律經濟雜誌

第二卷

第五期

要 *

評公司法第一百十九條用語之失當……………瞿曾澤

股份有限公司董事之選任……………宋家懷

亟須革新的經濟教與學……………鄭永祥

目 *

債權人祇有一人時債務人能否宣告破產……………宋家懷

行紀制度對於不動產應否適用之商權……………張志陶

法律限制債權人行使撤銷權之程度……………張志陶

國際私法內「法律關係之種類確定」問題……………安 德

國際公法上一個新的犯罪行為——毀滅種族罪……………鮑萊著
民標譯

民法四八〇條之多餘……………張志陶

和各位同學和讀者們告別……………鄭永祥

國立中央圖書館

南京圖書館藏

投稿簡章

- 一、凡關於法律經濟原理之探討學說之批判制度之介紹實務之研究暨有關問題之檢討等著述本刊皆所歡迎
- 二、來稿不拘文言白話但須繕寫清楚並加新式標點
- 三、投寄譯稿請附原書如不便寄遞則請詳示書名作者出版年月日及地址
- 四、來稿請附通訊地址及真實姓名發表時用何筆名聽擇
- 五、來稿收到概不作復投寄之稿登載與否原稿恕不寄還請自留副本
- 六、本刊文字發表後文責由作者自負
- 七、來稿一經刊載版權即歸本社所有不得再在他處發表
- 八、來稿本社有權酌量增刪
- 九、來稿錄取後每千字酌酬法幣貳千元至五千元
- 十、來稿請郵寄上海重慶南路震旦大學內震旦法律經濟雜誌社

本刊訂閱價目表

訂閱辦法	冊數	價格
零售	一冊	叁百元
訂閱半年	六冊	壹千捌百元
訂閱全年	十二冊	叁千陸百元

注意：凡訂閱者如遇本刊以後售價提增時不受任何影響

每冊一月一十日出版

REVUE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE DE L'UNIVERSITÉ L'AURORE

1^{er} Avril 1946

Volume II. Numéro 5

Publié par

La Faculté de Droit de l'Université L'Aurore

223 Avenue Dubail, Shanghai, Chine.

本刊刊登廣告價目表

刊登地位	每期價目		
	全	半	四分之一
封面底	二萬元	一萬二千元	七千元
封面裏	二萬元	一萬二千元	七千元
普通地位	一萬五千元	八千元	五千元

備註：刊登半年全年者另有優待辦法

本期每冊另售法幣叁百元

不許轉載

中華民國三十五年四月一日出版

震旦法律經濟雜誌

第二卷 第五期

編輯人

上海震旦大學法學院
劉墨聖、鄭永祥

發行人

上海重慶南路二二三號
孫立時、邵振華

印刷者

上海福州路三八四號
土山灣印刷所

總經售

上海福州路三八四號
中國圖書雜誌公司
電話九六四五二號

評公司法第一百十九條用語之失當

瞿曾澤

法律名詞，涵義各別，未許苟同。公司法第一百十九條載「公司不得自將股份收買或收為抵押品」，查「抵押品」三字，係沿襲公司條例第一百三十二條及公司律第一百五十條之舊有用語而來（註一）但查民法第八百六十條載，「稱抵押權者，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產得就其賣得價金受清償之權」。是知抵押權之標的物，即抵押品字樣，限於指不動產而言，且在供債權擔保時，該不動產仍由債務人或第三人占有，並不移轉於債權人占有。至於股份顯與不動產不同，在供債權擔保時，並應移轉於債權人占有，按諸民法第九百零一條及第八百八十四條規定，委係質權之一種，且因表彰股份者厥惟股票，而股票有記名與無記名之分，其以無記名股票為設定質權之標的者，即應將該股票交由債權人占有，始生設定質權之效力，其以記名股票為設定質權之標的者，並應以背書方法為之，均為民法第九百零八條內所明定。公司法第一百十九條規定之本旨，在禁止公司收買自己股份外，並禁止公司收受自己股份，以供債權之担保。既云股份，既云收受，其為權利質權而非抵押權，至為明確，故在德日商法均定為質權之標的，（註二）乃我公司法竟稱為抵押品，用語失當，自無可諱，茲查新公司法第一百六十三條，就抵押二字，依舊沿襲未改，（註三）夫豈別有見地，否則衡諸前述民法用語，究難認為得當也。

（註一）公司條例第一百三十二條，「公司不得自將股份收買，及收作抵押，其因股東失權或抵償債款而暫由公司收存者。即應定期公估出售」。公司律第一百五十條「公司之股份，不准即由本公司作價取得，及收作抵押，其因股東失權或抵償債款而由公司暫時取得者，應即定期公估脫售」。

（註二）德商法第二百二十六條第一項，「股份有限公司關於收買股份，非經委員會之議決，不得於通常營業取得自己之股份，並不得受為質權之標的」。日本新商法第二百十條，「公司除左之場合外，不得取得自己之股份，及受為質權之標的。一，為股份之銷除時。二，因合併或讓受他公司之全部營業時。三，為達公司權利實行目的之必要時」。

（註三）新公司法第一百六十三條第一項，「公司不得自將股份收買，或收為抵押，但於股東清算或受破產之宣告時，得按照市價收為抵償其清算破產前結欠之債款，惟須於六個月內將此項股份售出」。

股份有限公司董事之選任

宋家懷

除一九三七年一月三十日之德國公司法外（註一），其他國家法律均規定股份有限公司之董事應由股東會選任（我國現行公司法第一三八條新公司法第一八四條）。惟董事既為股份有限公司依法必須具備之機關，公司設立時，固應選任董事，公司設立後，原來董事任期屆滿或缺額時，亦有重選之必要。依法國法律（一八六七年法律第三五條），公司設立時，得於章程中指定董事，我國新公司法能否為同樣解釋？按公司設立程序，可分為發起設立（發起人訂立章程，認足股份總數）與募集設立（發起人不認足股份，餘數向他人招募足額）兩種。發起設立之情形，董事即於章程中指定，似無不可，因發起人認足股份總數時，應即按股繳足第一次股款，並選任董事及監察人（新公司法第一二九條）。前項選任方法，以發起人表決權之過半數定之（同條第二項），選任董事，祇須發起人表決權過半數為已足，訂立章程，應有發起人全體之合意（新公司法第一一七條），董事於全體合意之章程內指定，自應認為有效。募集設立之情形，依新公司法第一四三條，應由創立會選任董事及監察人，如發起人預先在章程中指定董事，與第一四三條規定，顯有抵觸，況發起人所認股份總數，祇須占資本總額十分之一（新公司法第一三三條二項），其餘十分之九得由第三人承募，發起人於章程內指定董事，自無拘束其他股東之理，最高法院二十一年上字第七九號判例即明示此旨。推選董事及監察人係創立會所應辦理之事項。違法所產生之董事，在召開創立會時，尚可另選，以圖補救，斷不能因有違法選舉，即可免除創立會之召集。董事應由股東會選任，係公司法之原則規定，其他法律，基於特別理由，將選任董事之權，委諸國家，自無不可，營業法第五條第三項。中央政府或地方政府設定營業權後，得准許外國人入股合組股份有限公司經營營業

，但應經行政院核准並受左列各款之限制（三）公司董事及總經理等職應由中華民國中央或地方政府選派，又民國二十九年三月二十一日公佈施行之特種股份有限公司條例第九條規定。特種股份有限公司公股之董事監察人由政府機關指派。不適用公司法第一百三十八條及第一百五十二條（現行公司法）之規定。即其適例。新公司法第一八五條亦規定。政府或法人為公司股東時，其所得指定為董事之人數，應按所認股額，比例分配，以公司章程訂定之。前項董事，得以本身職務關係，隨時改派，所謂。比例分配。以章程訂定。即明示政府或法人所得指定之董事，於。以章程訂定比例分配之人數。後，由政府或法人自行指派，無須經過股東會之選舉，第二項之。隨時改派。指政府或法人自行改派，亦無疑義。惟新公司法第一八五條大體承襲特種股份有限公司條例第九條，而該條例專指政府機關與本國人民或外國人合資設立之公司，第九條之規定，頗見允當，新公司法第一八五條。政府。或法人。三字，所謂。法人。一般情形，包括公私法人在內，是普通私人組織之公司承募他公司股份時，亦應於章程內訂明其應分配之董事人數，如所認股份為數極微，是否亦應比例分配董事人數？例如公司資本分為一萬股，某私人認購一股，董事人數應為一萬人，某私人應獲指定董事一席之權，始能認為。比例分配。抑有進者，法人而於招募股份時認購若干股者，尚可以章程訂定其所得指定董事之人數，如於公司設立後，受讓他人股份，是否須修改章程，增加該法人得指定董事之人數？就現代國家証券流通之狀況而言，股票隨時可以轉讓，如法人購入股票，均須改訂章程，比例分配董事人數，公司方面將不勝其煩！竊以為該條。政府或法人。脫胎於特種股份有限公司條例之。政府機關，新公司法因。政府機關。

未能包含政府內，故將政府與其機關（政府機關）分列，故法人二字應解釋為政府機關，始有意義。

董事因死亡，宣告禁治產，或其他原因，發生缺額時，比國法律規定餘存董事及監察人得共同選任臨時董事補充缺額，俟股東會開會時，再行正式補選。德國公司法第七六條規定，遇有急迫情形，法院得因利害關係人之聲請，選派臨時董事。依我國現行公司法及新公司法，董事缺額達總數三分之一時，應即召集股東臨時會補選之。董事缺額未及補選，而有必要時，得以原選次多數之被選人代行職務。（新公司法第一九〇條）。惟董事缺額未及補選，而原來選舉，並無次多數之被選人（例如應選任董事五人，被選人祇有五八），或次多數之被選人因故亦不能執行董事職務時，究應如何辦理？法無明文，比國法例，認董事與監察人有權補充缺額，似太危險，於法亦無根據，似以仿德國法例，聲請法院選派臨時董事為宜。

新公司法關於董事積極或消極資格，均無規定，所謂積極資格，即董事應具備之資格，所謂消極資格，即董事不應具備之資格，換言之，具備是項資格者，不應當選為董事也。依現行公司法第八八條，章程內應載明董事當選之資格，新法刪除此項規定，改為章程應載明董事及監察人之數及任期。（第一二七條第六款），嗣後董事祇須有股東資格為已足，不問其股份數額之大小，雖第一八六條有「董事在任期中將其所有股份全數轉讓時，當然解任」等語，但該條既限於「全數」轉讓，則董事轉讓股份時，僅保留一股，仍不能解任，一八六條在實際上恐無適用之餘地，其效力實等於零。新公司法以為何人有股東身份，即應有當選董事之資格，如章程必須載明董事當選之資格，大多數股東將抱向隅，不知章程限定股東持有多少股以上若能當選董事，事實上小股東祇有選舉權無被選舉權，董事一職將被大股東壟持，固屬違反股東權利平等之原則，現行公司法為補救上述弊害起見，於施行法第二一條規定，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資本總額千分之三，在監察人不得超過千分之一。但董事當選資格，不以持有一六股份為限，如章程規定董事必須對於公司經營之業務，具有多少年以上經驗，或必須曾在某種專門學校畢業者，此項限制，純為公司利益着想，不致釀成大股东壟持之流弊，似應認為正當。現行法雖有章程必須記載董事當選資格之規定，大多數公司恐尚未能予以適當利用，斟酌公司業務之性質及需要，限制董事人選，至少發起人起草章程時，能預促其注意，日後社會人士對董事人選之重要性，有正確認識時，該項規定，終有充分發揮效用之一日。今新公司法并此而刪除之，一般公司，自必漠視董事當選資格，濫竽充數，所託非人，其流弊安可勝言。或以為章程如限制董事當選資格，與股東平等原則，顯不相符，新公司法予以刪除，礙難認為無理由，不知公司業務，董事經營之，公司對外事務，董事代表之，雖習慣上我國公司均設總經理，經理一職，總經理，經理等非公司必須具備之執行機關，且若兼經營業務，原則上應秉承董事意旨，在董事監督指揮下執行職務，未可大權獨攬，一意孤行，新公司法第二一九條，總經理或經理不得變更董事之決議，或逾越其規定之權限，即其明証，是故董事人選，是否適當，足以影響公司業務前途，安能不謹慎從事。惟各種企業，苟非專門人才，決難勝任愉快，人非萬能，宜於彼者未必宜於此，認購若干股份者，股東資格，固不容否認，有無董事資格，尚未可一定，董事經營業務，應以公司利益為前提，並非在保護其個人之股東權利，如認股東當然有被選董事資格，不脫以前公司為股東私產之窠臼，殊屬非是。應注意者，新公司法雖於章程必須記載之事項內，刪去董事當選之資格一款，如公司章程仍有是項記載，既與法律任何規定，毫無抵觸，似應認為有效，但章程中規定董事必須持有公司股份若干股以上者，現行公司法施行法第二一條設有限制，遍觀新公司法條文，並無同樣限制（新公司法施行法內有無補充規定，固不得而知，但新公司法第十章附則，

即在解決有關新舊法交替時代之各種問題，有施行法之性質，日後恐不再有新公司法施行法之公布，應如何辦理？

新公司法刪除現行公司法董事當選之資格一款，我人固認爲矯枉過正，因噎廢食，惟我人儘主張當選資格，應由章程訂明，即維持現行公司法第八八條第六款，同時因新公司法第一二七條第六款。董事及監察人之入數及任期，爲現行法所無，新法增入是項規定，頗有理由，亦以保持爲宜。至法律應否。自行規定董事當選資格，爲另一問題，似應區別情形，就積極與消極資格，分別解答：

(一)積極資格，全視公司業務種類性質及需要而決定，未可一概而論，祇能由各公司斟酌具體情形，訂入章程，法律自不能越俎代庖，否則閉門造車，枉格難通，其弊反較不規定尤甚。新公司法除第一八四條及第一九三條外，並不規定董事積極資格，頗有理由。依該法第一八四條。董事須半數以上在國內有住所，又第一九三條第二項。董事長及常務董事均須在國內有住所，同條第三項。董事長須有中華民國國籍，不設董事長者，其代表公司之董事，至少應有一人有中華民國國籍，所謂。在國內有住所者，。有中華民國國籍。即積極資格，但。在國內有住所者。不以中國人爲限，外國人在中國有住所者，亦具備新公司法第一八四條第一九三條第二項之要件（依新法第一八四條，祇須半數以上之董事在國內有住所，其餘董事雖在國內無住所亦無不可）。至具有中華民國國籍者，以董事長或代表公司之董事一人爲限，其他董事，均可由外國人充任，較諸特種股份有限公司條例第二條一特種股份有限公司准許外國人認股者。公司董事過半數應爲中華民國人，寬大多矣！

(二)消極資格，與積極資格不同。積極資格，因公司而異，法律未便規定，消極資格，指若干過去行爲，足以推斷行爲人不應獲得公衆信用，苟以他人利益見託，難免故態復萌，作損人利己之勾當。公司財產，不特各股東血本攸關，且爲公司債權總

担保，董事如有不正當行爲，非但各股東投資蕩然無存，且債權人之債權，亦無着落，近代經濟組織，各種企業，均有聯帶關係，牽一髮而動全身，一公司倒閉，牽累其他商號者，數見不鮮，苟能嚴格限制董事消極資格，定可弭患無形。但公司股東，往往見不及此，所託非人，事後追悔，已嫌太遲。法律對於依法處理他人事務者，如律師會計師等，均有消極資格之規定，獨對於掌理公司大權之董事，無雙字道及，殊難索解。考法國商法，就股份有限公司董事之消極資格，亦無規定，頗受學者非難，爲適應事實需要，一九三五年八月八日公佈命令，規定如下：董事消極資格，分爲兩種：(甲)遇有某數種情形，依法「當然」不得執行董事職務，(乙)遇有某數種情形，得由法院宣告「喪失執行董事職務之權」。(甲)有下列情形之一者，當然不得爲股份有限公司之董事：(一)因「重罪」(crime)（註二）被處刑或因竊盜罪，背信罪，詐欺罪，依法應處詐欺罪或詐欺破產罪之刑之罪，公共保管人之侵占罪，故意發空頭支票罪，妨害國家信用罪，上述各罪之未遂罪或幫助犯上述各罪而處刑者，(二)宣告破產尚未復權者，(乙)股份有限公司之董事執行職務時有重大過失，如公司被宣告破產者，法院得宣告該董事嗣後喪失執行董事職務之權（即不得在他公司爲董事），惟宣告與否，法院有自由衡量之權。此外一九二九年英國公司法第一四二條亦禁止宣告破產尚未復權之人爲公司董事。我國新公司法及破產法均無同樣規定，故不問股東過去有無不正當行爲，足以推斷其不應獲得公衆信用，仍有當選董事之資格，殊不足以保護公司及其債權人之利益。我人以爲立法者應仿法國法例，明定曾犯某數種罪名（該項犯罪必須足以影響行爲人對外信用時，始應剝奪其當選公司董事之資格）而被處刑者，不得當選董事，受破產宣告尚未復權者，不得當選董事，公司董事執行職務時有重大過失，於公司被宣告破產後，得由法院宣告該董事嗣後不得爲他公司之董事。此外，董事與監察人間之親屬關係，似有限制必要，蓋董事與監察

人處於對立地位，監察人之職務，在監督董事及其他人員之執行公司業務，新公司法規定「監察人得隨時調查公司財務狀況，查核簿冊文件，並請求董事報告公司業務狀況」（第二〇四條），「監察人對於董事所造送於股東會之各種表冊，應核對簿據，調查實況，報告意見於股東會」（第二〇五條），「公司與董事間訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司」（第一九九條）。我國公司情形，大部份股份往往在少數股東之手，此少數股東間，又均有親屬關係，選任董事監察人時，即由彼等「包辦」，某為董事長，某某等為常務董事，某某等為監察人，其實均「清一色」之一家人也，雖有少數董監，由其他股東選出，則勢孤力單，毫無實權，試問父子兄弟叔侄，一為董事，一為監察人，安求其能「大義滅親」，「公事公辦」，故一部份股份有限公司之監察人，尸位素餐，形同虛設，其甚者狼狽為奸，庇護徇私，置公司利益於不顧，視股東權利如弁髦。按一九三五年法國代法律命令規定「董事四親等內血親或姻親以及董事之配偶均不得被選為監察人」，法國法所以規定與董事有一定親屬關係者不得當選監察人，而未提及與監察人有一定親屬關係者不得當選董事，因原則上董事任期最長為六年，監察人任期不得逾三年（法國一八六七年法律第二十五條第三十二條），往往董事任期尚未屆滿，監察人已須改選，法律僅就監察人方面規定，自無不當。我國公司法，對於董監間親屬關係，無絲毫限制，流弊滋多，已如上述，法律自應予以適當規定。惟依新公司法第一八八條及第二〇二條，董事任期不得逾三年，監察人任期為一年，如仿法國法

例，明定監察人不得由董事之配偶或若干親等內之血親姻親充任，固無不可，但我國公司，董事與監察人任期相同（均為一年）者，比比皆是，且監察人任期未滿，董事有缺額須行補選，亦屬常有之事，如法律僅限制監察人之當選資格，則遇有董事與監察人同時選任而其相互間有親屬關係時，應如何辦理？或新選董事與現任監察人（新公司法第一九〇條之情形）有親屬關係者，又應如何辦理？竊以為公司法為杜絕爭端，應同時規定，與董事有一定親屬關係者，不得當選為監察人，與監察人有一定親屬關係者，不得當選為董事，二人同時被選為董事及監察人而其相互間有一定親屬關係者，監察人之選任無效（即被選為監察人者，不得充任監察人職務，董事之選任，仍屬有效）。

上述種種消極資格，法律似應予以規定，蓋消極資格不問公司業務性質，均有適用可能，如以曾犯詐欺，背信，侵占或其他有關信用之犯罪者，或尚未復權之破產人，充任董事，公司營業，定必一敗塗地，而發起人對於此點，往往忽視，未必將消極資格訂入章程，投資於已成立之公司而購買其股票之人，或與公司發生借貸關係之債權人，亦無暇調查董事過去行為，迨公司營業失敗，始發覺董事人選不當，則已噬臍不及矣！

（註一）德國公司法規定，組成監察人會之監察人（監察人會稱曰 Aufsichtsrat）由股東會選任，組成董事會之董事（董事會稱曰 Vorstand）由監察人會選任，並非由股東會自行選任

（註二）法國刑法區別罪之種類為三：重罪（crimes）輕罪（délits）違警行為（contraventions）。

亟須革新的經濟教與學

鄭永祥

本市著名經濟學者 John Ahlers 氏在九十九卷第七期的密勒氏評論報上著文痛論我國經濟教育水準的低下，將其病源一一指出，而大聲疾呼，認為經濟人材為我國現在建國所必需，其水準的高下足以影響我國建國的成就，全文立論精闢，見解正確，實在值得我們虛心接受，筆者特為介紹於下，希望經濟系教與學的雙方都能猛加反省，而不要看輕了我們在建國過程中所肩起的重大的責任。（原文見 China Weekly Review, Nov. 24, 1945, "School Training Standards Lowered"）

這幾年來，中國大學裏經濟學程的水準，有江河日下之勢，到了今天，可謂已屬低下非常。在大部份別的國家裏，大學教育的程度，因為戰爭的影響，某一部份或者其全體雖然也有低落的趨勢，然而就是和他們已經降低了的水準相比，中國大學經濟教育的程度也是比不上的，這無論是就已畢業的或未畢業的大學生們而言，這論斷都屬正確。就一般而論，經濟系畢業的大學生們，只有對於一般經濟原理的脆弱的智識，和對於現實問題的一點可憐的技術，至於現代經濟的潮流和世界經濟的大勢的智識，則他們差不多是全不具有的。

這種不良的現象，實在有對付的必要，因為這對於中國經濟的再建與再造並不有利。我們必須使它大大的改變與革新，務必使從大學經濟系畢業出來的青年都是裝備完全的，這樣他們才能夠對於完成他們的任務有充分的自信與能力。我們不要忘記：中國將來的樣子決定於中國人民們所賦予它的樣子，而大部的中國人民們決不能在他們大學裏所學的或所計劃的而外更賦予中國一個第二種的樣子，從這可以看出，學經濟的青年們對於他們祖國的再建是有着怎樣大的一種責任，因為經濟對於國家的重要性，我們是用不着多所申述的。所以對於造成經濟教育水準低下

的病源，我們必須把它指出並加以鏟除，否則中國的再建就只是徒託空言。病源是不止一種的，列舉起來，可以有屬於戰爭的，屬於國家的，屬於教育設備的，屬於教授的，屬於學生家長的與屬於學生們本身的等六種。其中戰爭一項，現在戰事已經結束，可以不再論列，僅就其餘五點，申說如下。

一、國家的責任。中國政府對於經濟教育程度低下的責任，就是未能夠以充分的財力支持這高等教育。和軍費，警察費，行政費等比較起來，對於這高等教育的支出，實在是少得可憐的。在平時，進步的國家，對於教育費的支出，有高達收入全部的四分之一或三分之一的，這正可作為中國的榜樣。即在舊時的中國，不也曾以文化領導過世界嗎？歷代中國重視教育的精神，實在值得馬上恢復。

二、教育設備的責任。一般地說起來，中國大學的設備，是貧乏得可憐的，這種不完全的設備，也影響到經濟教育程度的低下。所謂完善的設備，並不指華麗的校舍，宏大的校園，舒適的寢室等等而言，因為這只是學校的軀體，而不是它的靈魂。學校真正的靈魂是寄托在教授和學生們的身上，在圖書館的參考書和實驗室的儀器裏。中國大學的校董會太注重形式而忽畧精神了，所以他們以為維持學校的行進，就只是保持校舍的完整，最多也不過加強鐘點和學分並種種的儀式等等而已。

其實經濟學習所不可少的是各種合時的參考書誌。在這方面，中國大學裏所有的，實在太令人失望了，因為大部他們所有的都是不適用的。學生們所能讀到的參考書，大都是在第一次世界經濟恐慌以前出版的，這些書的理論和例證都根據一個過時的經濟年代。在這些參考書中，不要說一九四〇年出版的那些了，就是在在一九三〇年出版的那些當中吧，許多够得上水準的著作，從

來未能達到中國各大學的圖書館，而就所能購置到的參考書中，也往往一本參考書，要供一班有五十至一百人的學生閱讀，這對於學生們的水準是怎樣一個重大的傷害，也就不言而喻了。對於中國的富翁們，實在沒有比出錢購買充分而現代的參考書誌供給大學的圖書館更能使他們對國家有更大的貢獻了。如果要提高中國經濟系大學生們的水準的話，圖書設備的完全，實在不能忽畧。

三·教授的責任 中國經濟教育水準的低下，教授們的責任也是很重大的。以學歷而言，中國教授們也許是够資格的，然而以對於實際問題的學識而論，也許不無可以商議的地方。教授當中，有許多對於中國或別地方的經濟現實，是毫不接觸的，他們傳授十幾年前他們自己從學校裏學得的理論和解釋這些理論的課本裏的例子，而不是他們自己的經驗。許多對於現代的經濟潮流，經濟大事，經濟的進展，經濟的理論和述作，都不能好好的把握。更甚的，許多只是把外國的課本，原裝的搬來教授給學生，對於這些課本，適合不適合中國建設之用，他們很少理會到的；許多則只是把外國的課本，念書般的念一遍，就算數了。

然而，即佈這樣，我還是要對這些教授們脫帽致敬，因為他們是困苦地生活着。過去的十年中，他們一直就是在半溫飽的狀態中，他們是中國受着最刻薄待遇的人們，雖然在中國社會中，他們有着很高的地位。現在上海最好的教授們，也許還沒有那些倒囊苦力的收入的多。在一九二六至一九三七年的時期中，教授們的收入，大概是四十至五十担米左右，而現在的薪俸，則大概抵不上一担米的價值，這就是說，他們的生活，要比戰前打上百分之九十八的大折扣。所以教授和教授的家庭們，都是過着啼饑號寒的可憐的生活。

因此，整天為兒女們的生活和教育而煩惱着的教授們，自然沒有多餘的金錢和多餘的時間，去購買新出的著述而從事進修，當然也更沒有餘閑去思想什麼現在的經濟大問題了。其實教授們

大可捨棄他們教師的生活而從事別的入息較豐的工作，例如銀行職員，掙客，跑街等之類，但真的改行的，只占極少數，大部份教授們則是苦守着他們的崗位，雖然他們並不能完全盡責。所以要想提高經濟教育的水準，首先必須改善大學教授們的生活，以鼓勵他們，能完善地教育學生們。

四·學生家長們的責任 學生家長們的責任，是在經濟上盡力支持大學的高等教育。在戰前，上海著名大學的學費大概是在國幣七十五元左右，相等於八担米的價值，而在去年秋季的學費，則不過是偽幣八萬元，只合着十分之一担米的價值，這在大學的學費來說，實在不能算是一回事。雖然在一些公務員等的家長說起來，這已經不是很輕的負擔，然而一些富有的家長，無動於學校籌募經費的呼籲，則也是一樁很可嘆息的事實，不但如此，這些富有的家長們，還往往利用學校分期繳款的辦法而延遲付款，或者當現鈔缺少的時候，而以支票付款，這種種的不合作，實在是可恥的態度。

在原則上，我們贊成高昂的學費，有錢的家長，不但應該供給他們子女的學費，也應該負擔貧苦子弟學費的一部份。我們可以取法進步國家的辦法，在高昂學費的原則上，對於成績優異的貧窮的學生統予免費或減費的例外，這樣才不致使公務員的家長和百萬富翁的家長有不公平的負擔，而大學教授們也可以勉強地維持生活了。要提高經濟教育的水準，有錢的家長們實在不能逃避他們出錢的責任。

五·學生們的責任 最後，造成經濟教育水準低下的原因，學生們的責任，應該最大。大部中國選擇經濟系的學生，並不是他們有志於經濟的研習，而是因為他們以為入經濟系並不需要如入別種系別的需要對某門學問有特別的能力（因為他們並沒有這能力）；有的則以為入經濟系可以安穩穩的畢業，因為經濟系專門的課程並不多，所以這是得到學士文憑的捷徑，而他們讀大學的目的，並不在求學問，求為自己將來的生活得一個良好的基

礎，而不過是獲得一張大學畢業的文憑，以作入場券一樣，混進社會各種職業之門而已；更有的則因為經濟系畢業可以找到並不費力而收入較豐的工作，例如銀行職員之類；再有的他們入大學經濟系是出於不得已，因為他們在高中裏並沒有好好的準備，所以一無所畏，入學考試對於他們就顯得過於困難，所以只可以入課程較「普通」的經濟系；更有不少是講別科讀不上而中途轉學經濟的。這般糊塗虫充塞了整個中國的經濟系，而許多有志之士，因為家長貧窮的原因而不能入學，中國經濟教育的程度那得不低下？所以，想改進經濟教育的水準，對於這班心懷不軌的糊塗

份子必須作一個無情的清算，否則，經濟教育永遠是一團糟。除非對上面指出的各種弊端作一個忠誠而澈底的改革，中國大學畢業的經濟學士們絕對不能對於他們的質地有任何改進的，假使這些經濟畢業生們質地不能改進的話，中國對於它自己的經濟復興和建設就絕對缺乏人材，假使中國不能自主地把握它自己的經濟問題的話，中國永遠不能希望自由，獨立，強大和繁榮。

中國經濟的教與學亟須來一個澈底的革新！

（三月十八日震旦經濟學院）

債權人祇有一人時債務人能否宣告破產

宋家懷

債務人不能清償債務時，他的債權人定必爭先恐後向其追索，消息靈通的債權人可以先發制人立即執行債務人的財產而獲得全部清償，其他債權人因得訊較遲，無從行使強制執行法第三十三條「參與分配」之權利，等到他們向債務人索債時，債務人已無財產可供執行。法律為避免債權人間此種不公平的地位，所以才有破產程序的制定，遇有債務人無力清償債務時，將債務人宣告破產，破產程序一經開始，任何債權人（有担保物權者除外）不得單獨對債務人開始或繼續強制執行程序，債務人全部財產組成破產財團，以其賣得價金按比例分配給各債權人，因此，債務人不能清償債務而發生的損失，並非由少數（或多數）「消息不靈通」的債權人負擔，而由全體債權人按照他們債權數額的大小比例分擔。破產程序之目的，既在使債權人遇有債務人無力清償能力時獲得公平的滿足，各國學者通常均認「多數債權人之存在」為開始破產程序必要條件之一，因為債權人如祇有一人，他祇須依照強制執行程序執行債務人的財產，根本不發生清償數額公平不公平的問題，當然無適用破產程序之必要。此項見解，表面上看來，似頗有充分理由，但是我人如研究我國破產法的內容，恐

不能為如此解釋，因為債權人祇有一人時，無論在債權人方面，或債務人方面，仍有適用破產程序的實益：

（一）債權人祇有一人時，破產程序對於債權人的利益：債權人之行為，如有損害於債權人的利益，依民法第二四四條的規定，債權人本可以聲請法院撤銷之。得撤銷之行為分為有償行為無償行為兩種，無償行為適用第二四四條第一項的規定，有償行為適用第二四四條第二項的規定。可是，如債務人對債權人甲乙二人負有債務，甲之債務已到期，乙之債務未到期，債務人之財產不足清償該二債務，假定債務人意圖損害甲的債權，提前清償對乙的債務，甲應依何種方法救濟？債務未屆清償期者，債務人本來可以拋棄期限的利益，於期前為清償，民法第三一六條設有明文，此時債務人的清償行為固屬有損害於債權人甲之利益，然清償既不能認為民法第二四四條第一項的無償行為，也不能認為同條第二項的有償行為，無償行為指當事人一方由行為取得利益，他方無須支付對價之行為，債權人因清償而受領給付標的物，全係根據自己固有的債權而來，自不能謂因清償而獲得利益，故清償當然不是無償行為，有償行為指當事人雙方均由行為獲得利

益而雙方獲得的利益處於對價關係之行為，清償行為係債務人基於原來之債之關係而履行其債務，雙方均不能謂為由清償而獲得任何利益，所以清償也不是有償行為。債務人提前清償自己未到期的債務，既不能列入無償行為，也不能列入有償行為，債權人無從引用民法第二四四條予以撤銷，我國立法者即採取此種見解，破產法第七八條既有債務人在破產宣告前所為之無償或有償行為，有損害於債權人之權利，依民法之規定得撤銷者，破產管理人應聲請法院撤銷之。之規定，同法第七九條復規定「債務人在破產宣告前六個月內所為之左列行為，破產管理人得撤銷之」

(二)對於未到期之債務為清償，如未到期債務之清償已包含在民法第二四四條無償或有償行為之內，破產法第七八條足資應付，何必再設第七九條的規定？債務人宣告破產時，債權人即可利用破產法第七九條的規定，由破產管理人聲請法院撤銷債務人對於未到期債務所為之清償行為，已如上述，斯時債權人甲可以先聲請法院宣告債務人破產，然後根據第七九條撤銷債務人對乙之清償行為，要求乙將其所受領之給付返還於破產財團，比例償還兩人的債權。債權人祇有一人時，驟視之，似無宣告破產的必要，可是，在上面所述的情形，如不宣告破產，債權人無從撤銷債務人對於未到期債務之清償，仍以宣告債務人破產為宜。

(三)債權人祇有一人時，破產程序對於債務人的利益：債權人祇有一人時，債務人有清償能力，固無問題。如債務人無力清償債務，假定適用普通強制執行程序，依強制執行法廿七條規定「債務人無財產可供強制執行，或雖有財產，經強制執行後所得之數額仍不足清償債務者，經債權人同意，得命債務人寫立聲據，載明俟有實力之日償還」前項情形，如債權人不同意時，應於二個月內續行調查，經查明確無財產，或命債權人查報而到期故意不為報告，執行法院應發給憑証，交債權人收執，載明俟發見有財產時，再予強制執行。故強制執行後，債務人之債務，仍未消滅，日後有實力時，仍應負償還之責，且債權人發見

債務人有財產時，隨時可以聲請強制執行。如債務人負債數額過多，終其身將無力自拔，勤勞所得，無非供債權人執行之標的，一生幸福，斷送殆盡，法律對於債務人之待遇，未免過酷。假定債務人被宣告破產者，依破產法第二四九條的規定，「破產債權人依調協或破產程序已受清償者，其債權未能受清償之部分，請求權視為消滅」，破產雖為不名譽的名詞，可是債務人如能忍受暫時恥辱，以後對於債務未清償部分，即免償還義務，債務人又何樂而不為。如我人堅持債權人須有二人以上時，債務人始能宣告破產，即可以發生下面不公平的結果：債務人欠債權人甲一萬元，因債權人祇有一人，不能適用破產程序，應依強制執行程序辦理，故債務人如無力償還全部債務時，對於餘存部分，仍應負責，債務人同時欠債權人甲乙二人各五千元（合計一萬元），債權人有二人，可以適用破產程序，債務人祇須將現有財產交出，供償還債務之用，對於未清償部分，日後即可以免責。此種結果，自不能謂為公平。所以有人以為無論債權人為一人或數人，債務人均可聲請法院宣告破產，藉以享受破產法第一四九條自利之益。

除上述種種理由外，我人如就破產法各條文觀之，也找不出債權人為二人以上時，債務人方能宣告破產的根據。破產法第一條「債權人不能清償債務者，依本法所規定和解或破產程序清理其債務」，第五七條云「破產對債務人不能清償債務者宣告之」，可見債務人不能清償債務時，即可以適用破產程序。債權人為一人或數人，在所不問。所應注意者，債權人如祇有一人，破產法第一一六條以下關於債權人會議之規定，自不能適用，調協計劃祇須得該債權人之同意，不必準用破產法第七七條關於和解之規定（破產法第一三七條「第二十七條關於和解之規定於調協準用之」，第二十七條「債權人為和解之決議時，應有出席債權人過半數之同意，而其所代表之債權額，並應占無担保總債權額三分之二以上」）。

行紀制度對於不動產應否適用之商權

張志陶

行紀制度，萌芽頗早，降至近世，商業發達，交易頻繁，行紀原為包代買賣之補助機關，功用既著，推行益廣，營業規模愈大，交易範圍日興，因此各國民商法典，莫不於行紀制度，設置專章，詳細規定，蓋若不見諸明文，則不足以規範之，保障之，並促其發展也。

稱行紀者，我債編五七六條謂以自己之名義，為他人之計算，為動產之買賣，或其他商業上之交易而受報酬之營業也，按其定義，自須（一）以自己名義，即行紀人須以自己名義，代他人為行為，而由其行為所生之權利義務，均由行紀人享受及負擔然後移轉於委託人，故嚴格言之，行紀與間接代理，實相雷同，（二）為他人之計算，所謂為他人之計算者，即指由行紀人行為所生之利益及損失，均歸屬於他人（指委託人）而言也。（三）為動產之買賣，或其他商業上之交易，故行紀人所得代為買賣者，以動產為限，不動產買賣，自不在行紀範圍之中，至於他商業上之交易，言非動產（或不動產）之買賣，而為有關商業之交易行為是也。

行紀之定義既明，於茲尤應提出討論者，即行紀人所得代為行為之範圍，關於此點，立說有三，或謂行紀人所得代為行為者以買賣及其他行為為範圍，此說失之過泛，尚無採用，或有以買賣及其他商行為範圍者，則德日等國舊商法中頗多採取，然而又嫌過狹，苟非商行為，即不在行紀範圍之內，自屬不切實情，又有以動產買賣為範圍者則瑞士債法，德日新商法中，均有規定，即經營代人買賣貨物之營業，謂之行紀，此說就其代為行為之種類言之，較第二說為狹，但就所得代為行為之人的範圍言之，則較第二說為廣矣。

綜上三說，行紀人所得代為行為之範圍中，均無不動產買賣之規定，其理由無非為行紀制度，每在代表他人在遠方買賣貨物

，而不動產，固定處，搬動不能，轉讓匪易，不宜行紀代辦，故未予包含，但就現代情形而論，人事關係，日趨複雜，不動產出賣，係屬常有，至於一般行紀商設立之地產房產公司，經營代為他人買賣不動產之營業者，又復在在皆是，作者以為社會經濟亦既應力謀充裕，則行紀範圍之擴大，使買賣不動產包括在內，足促使經濟之發展，利益良多，自有採取之理由也。

於此尤應附帶說明者，不動產買賣，若不規定於行紀範圍之內，則於行紀條文之解釋，每生模稜兩可之虞，易致扭歪法律，頻起爭執，蓋在我國債法，不認有準行紀之存在，例如以承辦買賣以外行為常業者，所營事業，既為商業，則其代為行為，自屬商業之交易行為，當然在行紀範圍之內，且於債編五七七條復明白規定行紀除法律有規定者外，準用關於委任之規定，故不動產買賣，法律既無準行紀之規定，自應準用委任條文，方符立法之本旨，然而一般學者，頗多主張買賣不動產可準用行紀之規定，其立論理由謂不動產買賣，可視為商業上交易行為，此說未敢附從，蓋我國債法，對於行紀之範圍，係採列舉規定，且既已明定買賣在前，如不動產買賣，亦屬包括在內，必當見諸明文，不使遺漏，足見決非立法者之疏忽所致，反言之，若不動產買賣可認為商業上之交易，則動產買賣，又何獨不然，何以僅將動產買賣，見於文字，不動產買賣，包括於商業交易之中。益有言者，動產及不動產買賣，既均可包括在商業行為之中，則法律又何不以不採概括規定，而取此遺漏不全之列舉規定耶。是以此種立論未敢贊同，但就不動產買賣準用委任規定之效果而言，則與動產買賣應用行紀所生者，迥然不同，若根據行紀之規定，則行紀人為委託人計算，所訂立之契約，其契約之他方當事人不履行債務時應由行紀人負直接履行契約之義務，然若根據委任之規定，則

受任人並無如行紀人之直接履行契約之義務，究屬動產與不動產之買賣，除標的物外，別無軒輊，何以所得結果，若此懸殊，於情於理，殊屬不通者也。

總之，行紀之範圍，若一經擴充，而將不動產亦包括在內，則一切問題，均可迎刃而解矣。

法律限制債權人行使撤銷權之程度

張志陶

債權人之撤銷權，為保全程序之一種，與代位權同為保護債權人之權利而設。所謂債權人之撤銷權者，即債務人因保全債權而享有得撤銷債務人所為有害債權行為之權利也。蓋債權人之財產為清償債務之担保，若債務人無充分清償債務之實力，而猶積極的處分財產，使之減少，或消極的增加負擔，另負債務，則必致清償能力，益趨薄弱，甚至使債權人無法追償，蒙受損失，其有害債權，彰彰明甚，故法律為確保債權，並防止債務人惡意行為起見，特認許債權人得享有撤銷債務人行為之權利，此即撤銷權之所由設也。

至於債權人之行使撤銷權，根據我民法二四四條第一項之規定，須債權人聲請法院撤銷，關於此點無非在防止債權人濫用權力，蓋民法二四四條之立法本旨，係在保障債權人，但如債權人據此規定濫施權限，則必致債務人一切行為，有隨時被撤銷之虞，故須債權人聲請法院，使法院處於客觀立場，斷定有無撤銷之必要，以昭公允，而免紛爭，立法至為妥善，然而同條第二項規定債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者以受益人於受益時，亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之，此點殊欠妥當，按債務人之有害債權行為，可分積極消極兩種，前已論及，而無論積極消極行為，又可分為有償行為及無償行為兩種，我國民法對於債務人之無償行為，祇須行為本身，有害債權，即可由債權人主張撤銷，不問債務人是否出於惡意，此乃二四四條第二項之反面解釋。所得之當然結果，蓋債務人在實力薄弱之際，猶為無償行為，致害及債權人權利，自毋庸問其

是否出於惡意，均可撤銷，且受益人在無償行為，既純受利益，苟被撤銷亦不生積極損害，於情於理，自屬可通，至於債務人之有償行為，則須債務人於行為時，明知其有害於債權，並須受益人於受益時亦知其情事者為限，始生撤銷之效力，易言之，即債權人所得撤銷債務人之有償行為，須以債務人及受益人均出於惡意為要件。夫所謂受益人者，即指債務人之相對人而言，據二四四條第二項後段之解釋，又當然包括轉得人在內，轉得人者，自受益人處取得權利之人也。故債權人撤銷權之行使，在有償行為，必須債務人，最初受益人及轉得人間，均有惡意，始得生效，其中如有一人善意，即屬不能援用，限制過嚴，不切實情，且債務人及受益人若有詐害意思，偶因轉得人之善意，債權人即不可引用撤銷權以保護債權人之利益，亦屬顯失公平，自不可謂非立法上之缺陷也。

考諸德奧，瑞士諸國法例，撤銷權之行使，在有償行為，僅以債務人與受益人之惡意為要件，毋須轉得人亦有惡意，苟債務人與受益人均有惡意，即不問轉得人之本意如何，均可撤銷，債務人行為，一經撤銷，則受益人即被視為自始未曾取得權利，而轉得人亦成無權占有矣。此項原則，本可據以對抗轉得人，然若轉得人本為善意，亦得對抗，未免繁及無辜，故為維持交易安全起見，必須轉得人惡意時，始得對抗，故債務人及受益人之惡意，可作為撤銷條件，而轉得人之惡意，僅屬對抗條件矣，立法周詳，殊宜採用者也。

國際私法內「法律關係之種類確定」問題

安 德

國際私法係解決涉外私法關係一切法律衝突之國內法，所謂涉外私法關係，指涉及外國人或外國地之私法關係而言。過去我國因領事裁判權關係，訴訟當事人雙方均為外國人時，固由外國領事法院受理，當事人一方為外國人他方為中國人時，如外國人為被告，依照訴訟法「以原就被」之原則，亦須向外國領事法院起訴，我國法院受理之訴訟，祇限於少數無領事裁判權國家之人民以及外國人對中國人起訴之情形，故國際私法在我國適用之機會甚少（註一）。現在領事裁判權既已廢止，各國在華僑民均應受我國法院管轄，則遇有涉及外國人（或涉及外國地）之法律關係，必須依照國際私法審斷應否適用我國法律或他國法律，故國際私法在我國所佔地位，與以前大不相同，已成爲重要法律之一種。

（註一）我國關於國際私法之法律，祇有民國七年八月五日公佈施行之法律適用條例，該條例規定大體仿日本法例，國府成立後，繼續援用。惟該條例之制定，先於民法及其他法律，其內容與民法等不能互相呼應，似有修正之必要。

按國際私法之目的，既在解決因涉外私法關係而生之種種法律衝突，先應將各種抽象的涉外私法關係明白分類，然後規定某項法律關係應適用何國法律，惟具體的涉外私法關係，既涉及外國人或外國地，外國人主張或外國地成立之法律關係，其名稱或意義與內國國際私法所規定之抽象的涉外私法關係，未必完全相同，斯時究應依何國法律（內國法或與內國法發生衝突之外國法？）確定該具體的法律關係之種類（即確定該具體的法律關係屬於內國國際私法所規定之某種抽象的涉外私法關係）？法律關係之種類確定後，始能依照內國國際私法關於此種法律關係之規定決定應適用內國法或外國法，斯即學說上所謂「法律關係之種類

確定」問題，下述二例，足以說明該問題之重要性：（一）我國法律適用條例第五條「人之能力依其本國法」，同條例第二十六條「法律行為之方式，除有特別規定外，依行為地法」，依自遺囑之方式締立遺囑，就我國法律解釋，似應認爲第二十六條「法律行為之方式」問題。按荷蘭法律，禁止自遺囑，依該國判例，自遺囑之禁止，爲一人之能力問題。如有荷蘭人在我國爲自遺囑，其效力如何？如依我國法律確定該法律關係之種類，應認爲「法律行為之方式」問題，依法律適用條例第二十六條辦理，該遺囑爲有效。如依荷蘭法律確定該法律關係之種類，應認爲「能力」問題，依法適用條例第六條辦理，適用遺囑人之本國法（即荷蘭法），故該遺囑爲無效。（二）馬爾德（Male）籍夫婦二人居於法領阿爾及利亞（Algérie），夫死亡後，妻對於其夫在阿爾及利亞之不動產主張權利，向當地法國法院起訴，依法國國際私法規定，不動產之繼承適用不動產所在地（即法國法），而關於夫妻財產制，則應適用當事人結婚時之住所法（馬爾德法）。當時（一八八九年）法國繼承法律規定，夫妻之一方繼承開始後，其配偶就被繼承人之不動產部份無用益權。關於夫妻財產制方面，馬爾德法規定爲，夫妻之一方死亡時，他方得取得一部份遺產，此項取得，並非基於繼承人之身分，純粹夫妻財產制度之效力。法院受理該案件後，首先應解決之問題爲：原告主張取得其夫遺留之一部份不動產，究係繼承權利，抑係因夫妻財產關係而生之權利？如採第一說，應適用法國法，原告之請求，應予駁回，如採第二說，原告之請求爲有理由。確定原告主張之權利爲繼承權利抑爲因夫妻財產關係而生之權利，是否適用法國法律，或適用馬爾德法律？如適用法國法律，則夫妻之一方死亡後，他方要求給與一部份遺產，並非夫妻財產關係之一部份，祇能視

爲繼承問題 如適用馬爾德法律，夫妻之一方死亡後，他方要求給與一部份遺產，爲夫妻財產制之效力問題，並非繼承問題。

以上所引二例，可證明「法律關係之種類確定」問題爲解決法律衝突之先決問題，如該法律關係之種類未曾確定，無從知悉應依照內國國際私法何項規定辦理，迨法律關係之種類確定後，始能根據內國國際私法關於此種法律關係之規定，決定應適用內國法或某外國法。惟確定法律關係之種類，是否須依照內國法，或與該法律關係有關之外國法（即與內國法發生衝突之外國法）？依內國法確定法律關係之種類，與依外國法確定法律關係之種類，所得結果往往不同，從而內國國際私法規定之適用，亦大有差別。過去國際私法學者，對於該重要問題，均不注意，若輩僅研究某項抽象的法律關係應適用何種地法，某項抽象的法律關係應適用當事人本國法，而依據何種標準（依據何種法律）確定某項具體的法律關係應列入何種抽象的法律關係，則無人提及，一八八九年法國 *Batiff* 首先提出該問題後，各國學者競相討論，該問題之解決方法，雖各人見解不同，其重要性固無人否認，現在與「反致條款」(renvoi) 成爲國際私法之兩大基本問題。

一般所謂「法律關係之種類確定」問題，又可分爲二部份：
(一) 法律關係本身之種類問題 (二) 內國國際私法規定內容之種類問題。
(一) 法律關係本身之種類問題例如：宗教儀式之結婚，在若干國家認爲法律行爲之方式問題，可以適用行爲地法，即依行爲地法承認之婚姻儀式而結婚者，雖未履行依當事人本國法應具備之宗教儀式，其婚姻仍屬有效，其他國家認宗教儀式之結婚爲婚姻之成立要件問題，應適用當事人本國法，故當事人僑居外國依當地承認之婚姻儀式而結婚，如未履行依本國法應具備之宗教儀式，其婚姻爲無效。夫妻能否以契約採取共同財產制，若干國家法律認爲應依當事人本國法辦理，其他國家認爲應適用契約自由之法則。若干國家法律規定妻爲限制行爲能力人，結婚後妻之行爲能力是否限制，應依夫之本國法辦理，抑應依妻之本國法辦

理？(妻於結婚後不一定取得夫之國籍，有時仍保留其固有國籍) 我國法律適用條例第五條云「人之能力依其本國法」，惟妻於結婚前本爲有行爲能力人，其行爲能力之限制，乃結婚之結果，亦可適用同條例第十條「婚姻之效力依夫之本國法」，故妻之行爲能力應否限制，如係「能力」問題，應適用妻之本國法，如係「婚姻之效力」問題，應適用夫之本國法。若干國家法律禁止離婚，同時亦禁止已離婚者再行結婚(例如西班牙法律)，惟離婚之禁止與否，應依請求離婚者之本國法辦理(即夫妻之一方請求離婚而請求者之本國法不承認離婚制度時，其請求應予駁回，惟如他方請求離婚而他方之本國法並不禁止離婚者，仍應受理)，抑應認爲夫妻一方之本國法禁止離婚時，此項禁止於雙方均適用之(即夫妻一方之本國法不承認離婚制度者，縱令他方請求離婚，亦應駁回)，法國法採前說，西班牙法採後說；復次，離婚後再婚之禁止與否，應依離婚者之本國法辦理，抑應同時適用與離婚者結婚之人之本國法，法國法採前說，西班牙法採後說，故已離婚之法國婦女與西班牙籍男子(該男子從未與他人離婚)結婚，法國法認爲有效，因離婚者之本國法(即法國法)並不禁止離婚者再婚，西班牙法認爲無效，因西班牙法禁止與已離婚者結婚，離婚者之本國法是否禁止再婚，在所不問。離婚制度禁止與否，已離婚者再婚之禁止與否，均爲屬人法 *statut personnel*，乃法西兩國所共同承認，惟屬人法之效力是否僅及與本國人民，抑同時及於一與本國人民結婚之他方，兩國法律見解各異。(二) 內國國際私法規定內容之種類確定問題，即內國國際私法規定內容之意義，應以內國法解釋，抑應依與內國法發生衝突之外國法解釋？例如我國法律適用條例第二十六條云「法律行爲之方式依行爲地法」，所謂行爲地，究指何地而言，應依法庭地法 *lex fori* 決定之，抑應依當事人自願採用之法律(即法律適用條例第二十六條第一項之法律)決定之？一部份學者認爲斯時不發生「種類確定」問題，因內國國際私法規定內容之意義，當然依照內國法決定之，此種見解，

顯有誤會，內國國際私法若干規定之內容，如依內國法決定其意義，爲事實上所不可能。例如法律適用條例關於親屬繼承等事項，大都適用當事人本國法，決定當事人之國籍，不能依照我國關於國籍之法律，因我國關於國籍之法律僅規定取得中華民國國籍之條件，並非規定取得他國國籍之條件，自不能類推適用我國國籍法第一條而決定當事人爲英國人，爲美國人，唯有具備英國或美國國籍法之條件者，始能認爲英國人或美國人，故國籍之決定，祇能依照外國法，不能依照內國法（所應注意者，決定當事人之國籍，先應就我國國籍法審查當事人是否具備「中國」國籍法之要件，如具備中國國籍法之要件，則當事人爲中國人，如不具備中國國籍法之要件，必須確定中國以外其他國家之國籍時，應依外國國籍法，不能適用中國國籍法矣）。此外關於住所並非當然依內國法確定之，有時必須依行爲地之法律或與繫爭事件有關之法律決定住所，始能避免種種抵觸。

「法律關係之種類確定」問題，大概意義，已如上述，我人應進一步探討具體的法律關係應依何國法律確定其種類。多數學者均認涉外私法關係之種類，應依法庭地法 *Lex Fori*（即內國法）確定之，惟所引理由，頗不一致，大約可分爲（一）國家主權說——法院審理案件時，原則上，依據國家主權之作用，當然適用內國法律，毋庸斟酌外國法律規定與內國法律有無抵觸。國家所以承認外國法律與內國法律有衝突，並在若干情形之下，規定外國法律優先於內國法律而適用者，純係對本身主權自動的予以限制，此種限制，既出諸國家自願，則在何種情形之下，國家主權應受限制（即在何種情形之下，本國法院受理之案件，應適用外國法律）祇能由國家自行規定，法律關係種類之確定，既與「國家主權應否限制」（即「應否適用外國法律」）有關，自應依內國法解決之，如依外國法確定法律關係之種類，不啻將「本國主權在何種情形應受限制」一事，委諸外國國家之手，自非自主獨立國家所能忍受。首倡「法律關係之種類確定」問題之 *Barin* 氏即採取

此項見解，惟認內國與外國法律衝突爲兩國主權之衝突，適用外國法律即屬限制國家主權，學說上已嫌陳舊，良以涉外私法關係，有時不得不放棄內國法律，適用其他國家法律，故外國法律之適用，與國家主權無絲毫關係，上述理由，顯無根據。（二）法官能力說——內國法院受理案件，遇有涉外私法關係，祇能依內國法律確定該法律關係之種類，因內國法官所知者爲內國法，如必須依外國法律確定種類，法官能力，似有未逮，此說認法官不知外國法，依內國法確定法律關係之種類，事實上較爲便利，亦無理由，蓋法律關係之種類，如因法官不知外國法，適用內國法解決之，則法律關係之種類確定後，依內國國際私法應適用外國法時（例如依內國法律，確定某涉外關係爲能力問題，應適用當事人本國法），亦可援用法官不知外國法律之理由，仍適用內國法。涉外私法關係所應討論者，並非「法官是否知悉外國法律」之問題，乃「法官應否適用外國法律」之問題，如應適用外國法律，雖法官不知該法律，亦應設法查悉其內容，利用於繫爭事件也。（三）正義說——涉外私法關係有時必須適用外國法律以爲裁判者，純因正義觀念而來，若干情形，如強令當事人服從內國法，與公平原則相抵觸，惟內國國際私法既規定具備某種條件應適用何國法律，則該項條件是否具備，當然應由內國法決定之，如依外國法決定條件之是否具備，與內國立法者之正義觀念未必能完全吻合，此說根據國際私法之目的，說明依內國法確定法律關係種類與國際私法本旨相符，頗有理由。

法律關係之種類，應依法庭地法確定之，乃學者間通說，惟少數學者採反對說，認爲內國國際私法既規定應適用某外國法規，應將該外國法規全部適用，始能前後貫澈，確定法律關係種類，亦屬外國法規範圍，當然亦在適用之列，否則，確定種類依照內國法，種類確定後應適用之規定，依照外國法，是將外國法規適用於外國法所未規定之事項矣。例如我國法律適用條例明定人之能力依其本國法，自書遺囑之禁止，依荷蘭判例，爲能力問題

，如我國法院認荷蘭人在中國締立自書遺囑為法律行為之方式問題，依照行為地法（即中國法）該遺囑為有效。不特違反荷蘭法律，抑且違反我國法律，依中國法確定法律關係種類之結果，法院實際上適用者，既非中國法，亦非荷蘭法，中國法規定人之能力依其本國法，而法院關於本事件並未適用當事人本國法，竟依行為地法處理，故法院實際上適用者非中國法也，荷蘭法禁止本國人民為自書遺囑，而法院認該遺囑為有效，故法院實際上適用者非荷蘭法也。按確定法律關係之種類，如適用法庭地法以外之法律（即外國法）其弊有二：（一）外國法種類龐雜，有當事人本國法，有當事人住所地法，有行為地法，有標的物所在地法，法官有無所適從之苦，且同一私法關係，因當事人為甲國人，依甲國法確定為能力問題，應適用內國國際私法關於能力之規定，因當事人為乙國人，依乙國法確定為方式問題，應適用內國國際私法關於方式之規定，法律關係之內容既屬相同，時而適用能力之規定，時而適用方式之規定，前後矛盾，顯失公平。（二）如依外國法確定法律關係之種類，必須先知依外國法律中之何國法律為之，此一問題之解決，不能不求諸內國國際私法，惟內國國際私法已將一切法律關係分為若干種類，若者應適用住所地法，若者應適用行為地法，故法官於數種外國法律中選擇其一以確定法律關係之種類時，必須先假定該法律關係屬於某種類，然後依照內國國際私法關於該種類之規定，選定某國法律以供確定法律關係種類之用，但該法律關係既有待於確定，安能假定為某種類，此項假定顯無根據。

法律關係之種類，依法庭地法確定之，僅屬原則，如依法律關係之性質，其種類由法庭地法確定，顯與正義觀念相悖，有背事物當然之理者，仍不能不依法庭地法以外之法律確定種類，惟學者對於何種情形不應適用法庭地法，意見不一，一般公認之例外，為下列數種：（一）物之種類（例如物之定義，動產與不動產之區別）應由物之所在地法確定，因當事人締結以某物為標的之契

約，通常俾調查該物所在地法律，如所在地法認該物為動產，當事人即遵照所在地法關於動產之規定訂立契約，故物之種類，如不依所在地法確定，於交易安全，大有妨害。（二）不法行為（侵權行為）——行為是否具備侵權行為之要件，應依行為地法確定，否則依行為地法該行為為非侵權行為者，因法庭地法認為侵權行為之結果，行為人應負賠償責任，安能謂為公平。應注意者，此例外在我國不適用，法律適用條例第廿五條云「關於因不法行為發生之債權，依行為地法，但依中國法不認為不法者，不適用之」，故行為是否不法，先應以中國法（法庭地法）確定之，如具備中國法關於不法行為之條件，始應依照「不法行為適用行為地法」之原則，審查該行為是否具備行為地法關於不法行為之要件，故不法行為為一種類之確定，仍依照法庭地法（中國法）為之。（三）當事人國籍之確定，不能依法庭地法為之，應適用當事人主張取得國籍之國家之國籍法，因法庭地法祇能確定何人有內國國籍，不能確定何人有某外國國籍。（四）住所之確定，通常應適用與繫爭事件有關之法律（關於國籍及住所之確定，可參照前述「內國國際私法規定內容之種類確定問題」）。

綜上所述，法律關係之種類確定問題，乃適用國際私法各項規定之先決問題，法律關係之種類不確定，即無從知悉應適用何國法律。我國法院受理涉外案件，尙未多見，日後判例方面對本問題所採之解決方法，固不得而知，惟一切法律關係不問其性質如何，均依照法庭地法即中國法確定種類，必有扞格難通之弊，如原則上根據中國法確定其種類，遇有特殊情形，依法律關係之性質應適用外國法者，仍依照外國法辦理，始能兼籌並顧，應付裕如。



國際公法上一個新的犯罪行為——毀滅種族罪

鮑萊著民標譯

英美法蘇四國對於德國戰犯的起訴書，已於去年十月十八日公布，該起訴書，控告：一節第三項，戰爭罪行。內載有：德國對於預謀及有計劃之毀滅種族罪 Genocide 一即殲滅某民族及某種宗教信仰之全體人民，其最著者如波蘭人猶太人等是——應負責任。等語。

在正式的起訴書內，我們第一次看到毀滅種族罪一詞，它的意義，來源和它對於以後的國際公法所生之影響，都值得我們討論。

首創毀滅種族罪的名詞者，為美國 Duke 大學 Lemkin 教授。這位教授，在他所著的書 (Carnegie 財團出版) 內，解釋「毀滅種族罪」Genocide 一詞的意義如下：Genocide 是希臘文 genos (意義是種族，民族) 和 cide (意義是殺死) 二詞的集合，殺人的犯罪行為既稱曰 homicide 殺死該種族的犯罪行為既稱曰 infanticide，殺死 (毀滅) 整個種族的犯罪行為應稱為 genocide (毀滅種族罪)。毀滅種族罪就是以預定之計劃，採用種種方法，藉以毀滅某民族的生存基礎，並達消滅該民族之目的，其採用之方法包括消滅該民族的政治，社會組織，文化，言語，國家觀念，宗教信仰，經濟制度等。毀滅種族罪的特點，就是它以整個民族為對象，對於該民族的人民所施之種種不法行動，並非施諸個人，它們完全以某民族一分子的資格而受到此種待遇。毀滅種族罪的實施行為，分為兩階段：(1) 將某民族「被壓迫者」予以毀滅，(2) 以自己之民族移植該地，第一階段所採用之方法有政治，社會，經濟，文化，生理 (減低生殖率)，物理 (食品之限制)，宗教 (虐待教會) 等各方面的毀滅行為，以及破壞道德 (散布有傷風化的書籍，強迫婦女賣淫，鼓勵飲酒) 的行為。

關於這個問題，Nineteenth Century 期刊批評如下：毀滅種族罪，違反 Rousseau Portalis 的原則，此原則乃海牙協定所承認，

依照該原則，戰爭應對有主權的政府及其軍隊為之，不應對該國人民及不屬於軍隊之人為之。可是，根據納粹主義，國家的最重要因素為民族——人民——希特勒曾對 Rauschning 說：「過去的歷史上，戰勝者享有消滅戰敗的民族或部落全部之權，我們以不流血和逐漸進行的方法達到此項目的，充分表現了我們的人道觀念」(H. Rauschning, La voie de la destruction, P. 138)。

納粹主義所實施的毀滅各民族計劃，其範圍和重要性可謂曠古未有，國際公法方面自應採取一個新的原則，方才能適合此種新的局勢。一九四五年十月十八日的起訴書正式承認毀滅種族罪，可認為國際公法上一大進步，美法兩國的審判官和檢察官對此均表示滿意，前者以為此後其他國家不敢再犯同樣的罪，後者以為德人在法國境內之暴行可以獲得適當制裁。

據 Lemkin 教授的意見，此新罪名的承認，不僅足以懲罰紐倫堡的納粹戰爭犯，對於以後和平時期民族的保護亦有極大效用。紐倫堡的納粹戰爭犯，固然因毀滅種族罪的結果，將受致命打擊，無從卸除他們的罪責，可是此項新罪名，並非認定他們刑事責任不可缺少的工具，因為他們種種行為，依德國刑法，已構成普通刑法上的犯罪行為，德國國家的統治權既不再存在，自可由協約國代其行使，處罰該項犯罪行為。惟其中一部分，對於殺人的罪行，雖屬知情，是否應負責任，不無疑問，例如維也納和波蘭管理醫院的官吏，依照「上級機關的命令」對於需要施急救手術的病人，拒絕收容，但是，此種情形，可以適用「不作為亦能構成犯罪行為」的原則，而處罰之，當然，承認「毀滅種族罪」的結果，此種行為的處罰，於法更有堅強的根據了。

承認「毀滅種族罪」最大的效用，在乎以後任何國家如採取以毀滅國內少數民族為目的之行為時，聯合國即可受理此項案件，遇有該事件應負責的人員離開本國國境而往外國時，例如一九

三五年戈林的出國，即可予以逮捕。
上述新原則——承認毀滅種族罪為特種犯罪，如被國際公法採用（應注意者，紐倫堡戰爭犯的辯護人對該原則的採用，已提出

反對），嗣後少數民族的保護，較以前更為堅強，就世界和平的維持而言，當然有極大貢獻。

譯自 *Le monde*—5:12-45

民法四八零條之多餘

張志陶

稱消費借貸者，謂當事人一方約定移轉金錢或其他代替物於他方，而他方以種類品質，數量相同之物返還之契約也。故就消費借貸之定義觀之，其標的物須為代替物，代替物者，乃指別於非代替物（或特定物）而言，即在一般交易上，着眼其物之種類，品質，數量者謂之，例如米穀布匹等是，代替物與消費物不同，所謂消費物，即依物之通常用法非消耗或讓與不能達使用目的之物也，例如金錢是。多數消費物中，多為代替物，但亦有消費物而非代替物者，至於消費借貸之標的物，則以代替物為限，無論其代替物係屬消費物或非消費物，則與借貸契約之成立無關矣。

消費借貸契約成立後，其效力即在使貸與人負交付其物之義務，而借用人則負返還種類品質，數量相同之物之義務，但如所借者為金錢時，則借用人之返還，除契約另有訂定者外，尚須依

據民法四八零條第一，二，三，三款之規定，即（一）以通用貨幣為借貸者，如返還時已失其通用效力，應以返還時有通用效力之貨幣償還之（二）金錢借貸，約定折合通用貨幣計算者，不問借用人所受領貨幣價格之增減，均應以返還時有通用效力之貨幣償還之（三）金錢借貸約定以特種貨幣計算者，應以特種貨幣，或按返還時返還地之市價以通用貨幣償還之。關於此點未免小疵，蓋上述三款，在民法二零一條及二零二條關於金錢債務之給付中，已有明文規定，可資應用，自毋庸再在消費借貸中，重複提及，反遭蛇足之譏，況且二零一條及二零二條，均屬強行規定，不容契約當事人有所變更，而在四八零條，則為任意規定，許由當事人間另行訂定返還之方法，不受法律條文之拘束。故前後規定，顯屬不同，未免後先矛盾，一朝應用，使人無所遵循，故不得謂非立法上之錯誤也。

和各位同學和讀者們告別

鄭永祥

在兩年前的秋季裏，本刊創辦的時候，葉彭院長神父和邵振華同學叫筆者負責關於經濟方面的編輯，這兩年以來，戰戰兢兢，得到各師長和同學以及讀者們的幫助和鼓勵，總算盡了筆者棉力。不過筆者來自南方的，現在和平已復，不能不返回僑居的的地方幫助家長經營事業，因此自四月份起，筆者以百二分的依戀脫離本刊的編務，在本刊說起來，也許能因此去蕪存菁，更

加顯得出色，因為筆者根本是濫竽充數的。在本期和讀者諸君見面時，筆者已經去國千里了。我熱愛我們的祖國——我還沒有離開它，我已經想它了，我將永遠能嗅到它的氣息。在告別的時候，我謹祝我們的祖國強大、繁華、安樂、和平；也祝各位同學和各位讀者們進步、快樂。三月廿五日

顧守熙律師

事務所：英士路二九〇號
電話：八四五三八

孫立時律師

事務所：英士路二九〇號
電話：八四五三八

本刊已呈請社會局轉呈中宣部內政部核發登記証

每册零售法幣叁百元