

中華民國三十四年十一月十日復刊

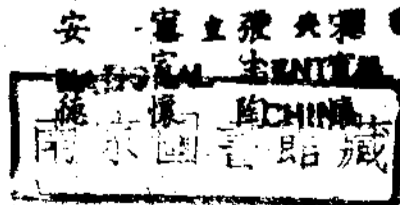
三 月 號

震旦法律經濟雜誌

第二卷
第四期

★ 目 要 ★

法定代理人與法人之代表	章慶淵
關於懲奸法令之多餘的討論	俞鐘駱
買回制度存在之流弊	張志陶
外國公司之定義內應否刪去「營業」二字	宋家懷
現階段的進口業務	鄭永祥
被繼承人之債權人能否代繼承人為限定繼承	
更改制度存在之得失	
董事人數之限制	
商人的定義	安



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、本刊文字發表後文實由作者自負
- 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式千元至五千元
- 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

本刊訂購價目表

訂購辦法	冊數	價格
零售	一冊	壹百伍拾元
訂閱半年	六冊	玖百元
訂閱全年	十二冊	壹千捌百元

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 Mars 1946

Volume II. Numéro 4

Publié par

La Faculté de Droit de l'Université L'Aurore

223 Avenue Dubail, Shanghai, Chine.

不許轉載

中華民國三十五年三月一日出版

震旦法律經濟雜誌

第二卷 第四期

上海震旦大學法學院

編輯人 劉墨聖 鄭永祥

電話八五七六一號

發行人 孫立時 邵振華

上海重慶南路二二三號

電話八〇一四七號

印刷者 土山灣印刷所

上海福州路三八四號

總經售 中國圖書雜誌公司

電話九六四五二號

本刊刊登廣告價目表

刊登地位	全	面	半	面	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

本期每冊另售法幣壹百伍十元

法定代理人與法人之代表

章慶瀾

法定代理人乃別於意定代理人而言，即非由本人之意思表示而有代理權者，凡依法律之規定公署之處分及依第三人之選任而有代理權者皆屬之。由於法律之規定者，例如未成年人之行親權人或監護人，（民法一〇八六・一〇九一）禁治產人之監護人（民法一一一〇）是。由於公署之處分者，例如法院選派之清算人（公司法五五・七一・二〇五十一）是。由於第三人之選任者，例如親屬會議選定之監護人（民法一〇九四）是。至於法人之代表，乃法人之機關，與自然人之手足耳目無異，非法人之代理人也。關於訴訟之法定代理，即何人爲訴訟當事人之法定代理人，依民事訴訟法第四七條規定，既應依民法及其他法令之規定，則無訴訟能力之未成年人或禁治產人爲訴訟當事人時，除法律有特別規定外，應由其行親權人或監護人爲法定代理人代爲或代受訴訟行爲，固無問題；若就法人言之，法人爲訴訟當事人時，應否由法定代理人代爲或代受訴訟行爲，則以其有無訴訟能力爲斷。

法人有無訴訟能力，實與其本質如何之問題有關，關於法人之本質，在持假說說者，大抵否認法人有行爲能力，在持實在說者，則無論主張法人爲團體人，抑爲組織體，無不認其得依代表機關而爲法律行爲。德日二國民法因無如瑞士民法認法人有行爲能力之明文，（瑞民法四五）學者間之解釋，遂生積極消極兩說。惟我民法第二七條第二項規定：「董事就法人一切事務對外代表法人，」第五十五條第一項規定：「社團以總會爲最高機關，」其認法人有行爲能力，解釋上可謂毫無疑義。法人既有行爲能力，則依民事訴訟法「能獨立以法律行爲負義務者有訴訟能力」之規定，法人之有訴訟能力，自無待煩言而解矣。

法人既有訴訟能力，當然由其代表機關爲訴訟行爲，因之其代表機關所爲之訴訟行爲，亦即法人之行爲而非個人之行爲，與代理人之行爲僅及其效力於本人者有異；故民法上法人之董事，（二七）公司之董事或股東（公司法三〇・七一・一四五・二一六）實即法人之機關之一，直與自然人之器官無殊，并非法定代理人。民事訴訟法所以僅有法定代理人之規定，不

及於法人之代表，亦未以關於法定代理之規定準用於法人之代表者，說者謂係立法者以法人爲無訴訟能力人，所有關於無訴訟能力人暨法定代理人之規定，於法人本均有適用之故，蓋則以爲法人之代表，既根本非屬代理關係，其爲訴訟行爲，不啻自然人爲當事人者之器官機能作用，故訴訟法毋庸就此特設規定，而關於法定代理之規定，亦無準用於法人代表之必要。至於民事訴訟法第五二條有關於法定代理準用於第四十條第三項之代表人之規定者，正因非法人之團體，訴訟法僅識其有當事人能力而無訴訟能力之故，其所謂代表人自不能與法人之代表等量齊觀。如立法者果係認法人爲無訴訟能力人，而以爲其代表當然可適用於法定代理之規定，則對於同一無訴訟能力之非法人團體，亦不必以關於法定之規定準用於其代表人，然而訴訟法一則設此規定而一則無之，可見立法者之意并未認法人爲無訴訟能力人也。準是以論，法人代表之爲訴訟行爲既非屬代理關係，則凡法人爲訴訟當事人者，當事人書狀及法院裁判書類，均應列董事或股東爲代表人而不應列爲法定代理人，現行事例概列爲法定代理人，實不無商討之餘地。

抑猶有連類論及者，即得爲訴訟上行爲之代理人如商號經理人或船舶經理人等，其代理權實本於法律行爲而生，法律不過因其經理人之資格從而認其當然有代理其主人爲訴訟行爲之權限，（民法五五五・海商法二〇）此等人在私法上固仍應解爲意定代理人，即民事訴訟法亦未嘗認其爲法定代理人，不過使其準用關於法定代理之規定（五二）現行事例不稱爲訴訟代理人而稱爲法定代理人，似亦不無可議。至於個人開設之商號，僅該號主爲商業主體，其在訴訟上即自爲當事人，雖其自行執行業務，要與合夥組織之商號——非法人之團體——執行合夥事務之合夥人（民法六七九）有別，關於此項商號業務之訴訟，竟有列號主爲法定代理人者，其於法無據，尤無待論。又如因國家爲主體之法律關係而涉訟者，本應由國家機關代表爲訴訟行爲，最高法院判例謂應以現在代表國家機關之公務員爲當事人，（十八年上字三〇五號）即認法人之代表就法人之法律關係有爲訴訟之權能或受訴訟之責任，是又將代表機關進一步而劃入當事人之領域矣。



關於懲奸法令之多餘的討論

俞鍾駱

前爲法令週刊撰「肅奸與循法」一文，連載於該刊第九卷第二第三兩期，該刊編輯人特別持重，事前得筆者同意，就原稿節刪一部；但其節刪結果，竟以「立法上不能謂非顧慮周詳」一語結束全文，與筆者之原意未能盡符。茲承本誌索稿，爰就前文所未發表者，稍加整理，改以今題，聊充篇幅。

在處理漢奸案件條例未公布前，各政軍機關依已廢之中華民國二十七年公布之懲治漢奸條例第十四條（註一）及特種刑事案件訴訟條例第三條，（註二）對於檢舉漢奸案件不但有權完成其偵查，並得逕行移送於管轄法院以提起公訴論；故在各政軍機關尚未完成其偵查前，對於人犯之留置，雖有漫無限制之憾，仍未可逕指爲違法。今於處理漢奸案件條例第七條已明定「收復區高等法院或其分院開始辦公後政軍機關應將有關於漢奸之行為財產及其他調查資料移送檢察官偵查，」及各收復區高等法院或其分院次第復員之後，各地政軍機關對於漢奸嫌疑入犯仍事捕而不解，甚至有已逾越刑事訴訟法所定檢察官在偵查中命行羈押及其得請延長之最多期間而竟無以別尋救濟之途，則中華民國三十三年八月一日公布施行之保障人民身體自由辦法第二條（註三）及第七條（註四）各規定，豈非皆屬具文。

關於漢奸財產，在已廢之懲治漢奸條例第九條第一項及重訂之新懲治條例第八條第一項雖均規定爲沒收其全部，（註五）但在處理漢奸案件條例第四條第一項則分爲追繳，沒收，或發還被害人三種不同處分，且示以「漢奸所得」爲範圍。（註六）於是被檢舉者在犯罪前得自祖遺繼承及其他一切與漢奸罪行無因果關聯而取得之財產應否併予沒收，在解釋上不能無問題。筆者之見，以爲新懲治條例第八條第一項所謂犯第二條第一項之罪者沒收其財產之全部，就中之「其」字，應解爲非專指「其人」，而係兼指「其犯罪」；即其人因犯第二條第一項之罪而所得之財產，應爲全部沒收，方與處理條例第四條之法意無忤。

或謂處理條例係於本年十一月二十三日公布施行，重訂之新懲治條例係

於本年十二月六日公布施行，兩條例對於沒收漢奸財產之範圍法文既有寬嚴之別，仍當從後法優於前法之原則，僅從其後，而不應別尋曲解。但查該處理條例之公布施行已後於舊懲治條例七載之久，舊懲治條例第八條第一項又與新懲治條例第九條第一項一無區別，則該含有對於舊懲治條例加以闡釋並補助實施等作用而續頒之處理條例，於受其補助之實體法雖經重訂而於其內容實質無變更之部份當不失其闡釋及補助實施之效用。故懲治條例雖已於處理條例施行後旬餘之久即行重訂，如別無廢止處理條例第四條規定之明文，即未宜否認其尙繼續有效。目前各地法院對於漢奸案件所宣示之判決，於漢奸財產概稱全部沒收，核與新懲治條例第八條第一項之法文雖未可逕謂其有何違誤；然因處理條例第四條之繼續存在，必應於其判決確定後之執行時分別合理處置，方不失爲循法。

沒收爲從刑之一，依刑法總則第三十九條及第四十條之規定，除免除其刑，得專科沒收，及對於違禁物得單獨宣告沒收外；應隨同主刑判決，併宣告之。於漢奸案件則因懲治條例第八條第二項另有對於未獲案犯經國民政府通緝而罪證確實者得單獨宣告沒收其財產之全部之特別規定，得就未經審判處刑之漢奸先予單獨宣告沒收其財產之全部，惟此所謂沒收其財產之全部，亦同應適用處理條例第四條，併如前述見解以涉及其罪刑之所得者爲限。且因其沒收之宣告，惟法院有其權限，法當經由檢察官依刑事訴訟法第二百三十條第二項提起公訴後聲請法院爲宣告，始稱合法。至其宣告之裁判，則不妨以裁定行之。

處理漢奸案件條例係以「犯人」爲對象，懲治漢奸條例係以「行爲」爲對象，兩條例相輔爲用，固足以彰刑事政策之功效。但因兩條例先後布行，隔時不久，其內容又均兼含實體與程序之兩種規定，孰爲主從，不易分辨。有以其人曾任偽職之地位言，應依處理條例厲行檢舉，而核其所謂犯罪行爲，則未盡合於懲治條例第二條之各款者。在過去雖有司法院院字第一九七八

就解釋，（註七）認在偽組織任職者，顯係一面通敵，一面圖謀反抗本國，今且重訂憲治條例以第三條該括規定爲應以通謀敵國圖謀反抗本國論罪，（註八）但所謂通謀敵國圖謀反抗本國之犯罪要件是否成就？亦仍繫於其行爲之因果關聯之一切事實，應經分別具體審認，依法本不應就具體之犯罪事實運爲抽象的概括斷定；院解認爲既任偽職，即屬一面通敵，一面圖謀反抗本國，似不能謂非生硬觸目背乎邏輯之理智而重訂之憲治條例第三條之該括規定，如果可認爲已將漢奸之罪行包蓄無餘，則將反映同條例第二條第二款以下各規定皆屬多餘的贅文；因該第三條所謂『憑借敵偽勢力爲有利於敵偽，或不利於本國或人民之行爲，而爲前條第二款以下所未列舉者概依前條第一款處斷』，雖係僅就『曾在偽組織或其所屬之機關團體服務者』爲規定，察其立論之據，要不外認以『通謀敵國圖謀反抗本國』之論文已可兼對一切『有利於敵或不於我國或人民之行爲』包蓄不遺，信如其說，謂可用於『曾在偽組織或其所屬之機關團體服務者』而無憾，則亦可以移用於偽職以外之一切人民；又何取乎再有第二條第二款以下之分別列舉。現在各地法院對於曾在偽組織任職之漢奸，審判結果多有未能舉其特殊之罪惡，而逕以『通謀敵國圖謀反抗本國』論知其罪刑者，一問其人從事偽職之經過，則不但絕無可與敵謀合意思之才能與機會；甚至因其任務特殊，仍在奉行吾本國固有未變之法令，最明顯之舉例：如淪陷區內各級偽法院中之推事，雖云執行偽務，亦仍必援引我中華民國既定之民刑各種實體法及程序法，且必須顧及既往之判例成規及統一法律解釋而少有不同；是從任何方面皆未能指出其行爲具有如何反抗本國之圖謀。而在被檢舉後，因憲治漢奸條例法文不備之故，竟不得不歸納於第二條第一款之範圍，與僭竊政權，擁兵自衛，公然敵對本國之元惡互奸同其罪名，寧能謂當？筆者言此，非欲爲彼多數之附逆細奸張目，惟以存在於憲治條例之法文上疎漏爲憾。倘於其條例第二條之通謀敵國之『圖』，易而爲『偽』，則第三條所需該括規定之罪行，僅須就第二條第十三款及第十四款之原來文字稍加增易，已不慮無歸納；用於上舉事例之判決，當較逕以『通謀敵國圖謀反抗本國』稱者爲得體，而上述生硬觸目未合邏輯之院解及若干文不對題之判決，亦不致於再見而累見。

處理條例雖已明白規定漢奸案件除被告原屬軍人復任偽軍職者外，概歸

法院審判，及應由檢察官盡其偵查職權；而實際上各地漢奸案件多仍專恃政軍機關發動檢舉，鮮有出於檢察官之職權上自發行動。且對於業被開始檢舉之被捕在押各案犯，亦必靜待政軍機關之移送，而後檢察官始予接受偵查。此非檢察機關之甘於放任，蓋由於檢察職權之不爲有關方面所重視，實主易位，習非成是。欲求矯正風氣，必先促使政軍機關肯於循法，能以循法爲美德，則無礙於厲行保障人民身體自由辦法及其實施事項之規定，對於漢奸案件之檢舉偵查，亦無往而非切實協助，乃能達於檢治漢奸條例第十四條所謂迅速審判之本旨。當務之急尙有賴於司法行政最高機關會同各有關之政軍最高機關就頒布施行已逾周年之保障人民身體自由辦法及其實施事項之兩種法令，強調其應與處理漢奸及檢治漢奸兩條例併行不悖，相輔爲用，效力無所軒輊，再以明文闡示特種刑事訴訟條例第三條之規定，已不適用於懲奸案件，庶不致有再事誤解之藉口。

漢奸爲八年抗戰中之可恥的產物，因肅奸而需公布特別刑法，並輔以特種之審判程序，皆屬因時制宜，而非非常之現象。吾人固不樂有此近乎畸形之法則經常存在，或望其一再修增；惟念有待於處理懲治之案件既多且衆，有待於淨化整飭之收復區，猶半於全國，似非特種刑事訴訟條例所訂之三年施行期間所能畢事，則知有缺憾，亦不應計時久暫，存不置議焉。

註一。舊憲治漢奸條例第十四條犯本條例之罪者由有軍法審判權之機關審判之其管轄有爭執時呈由中央最高軍事機關核定

註二。特種刑事訴訟條例第三條司法警察官署移送案件於法院時應用移送書記載左列事項

一 被告之姓名性別年齡職業住所或居所或其他足資辨別之特徵

二 犯罪事實及證據並所犯法條

司法警察官署依前項規定移送之案件以提起公訴論法院得逕行審判

註三。保障人民身體自由辦法第二條各機關依法逮捕人民經訊問後如認爲誤行逮捕或嫌疑不足時應立即釋放不再經取保手續如認爲非屬

於其管轄者應於二日內移送於依法有管轄權之機關核辦

註四。同前辦法第七條執行逮捕人員或其長官如有違反本辦法之行爲應依照懲戒法規暨刑法之規定懲治之

註五·舊懲治漢奸條例第九條第一項犯第二條之罪者沒收其財產之全部
重訂懲治漢奸條例第八條第一項犯第二條第一項之罪者沒收其財產之全部

註六·處理漢奸案件第四條第一項漢奸所得之財物除屬於公有者應予追繳外依其情形分別予以沒收或發還被害人

註七·司法院院字第一九七八號解釋某甲充當偽維持會副會長及偽黨絲

改進會委員兼總務主任顯係一面通敵一面圖謀反抗本國應構成修正懲治漢奸條例第二條第一款之罪
註八·重訂懲治漢奸條例第三條曾在偽組織或其所屬之機關團體服務遷藉敵偽勢力為有利於敵偽或不利於本國或人民之行為而為前條第二款以下各款所未列舉者概依前條第一款（按即圖謀反抗本國者）處斷

買回制度存在之流弊

張志陶

我債編仿照德·奧·瑞士·日本等國民法，亦於買賣中認許買回制度之存在。但就經濟上觀之，買回制度，殊多弊害，實無維持之必要，蓋法律所以設定買回者，其理由無非為物之所有人或因一時處境困迫，無法籌款，不得不將物出賣，以應急需，然而永遠捨棄，殊非所願，嗣後若有餘資，尙思出價收回，物歸舊主，雖不動產之抵押，以及動產之出質，亦足籌措現款，而又便於取贖，但所得之款，究較出賣為少，因此買回制度，得應時而生，何如買回之認許，必使物之所有人地位，久懸不定，買受人固可將標的物管領處分，然而輾轉流通，勢所難能，在不動產，既少改良之希望，在動產，復鮮訂立買回契約之可能，蓋在通常動產買賣中，標的物多係消費物，物經消耗，自難買回，即使非消費物，其使用效能，每不久遠，更不適收回，何況吾民法物權編，既認有典權，則不動產所有人欲籌現款，而不願喪失產權者，尙可出典，何必應用此利少弊多之買回制度，反使社會經濟陷於週轉不靈之境地，且法律之目的，既在促進社會之進步，則僅為少數出賣人利益而設立之買回制度，自無維持其存在之必要也。

退而言之，於買回制度存在之際，關於買回之性質，宜有統一之解釋，按買回制度者，出賣人於訂立買賣契約時，保留在一定期限內，再買回其已賣標的物之權利也。而根據德民法四九七條之規定，出賣人向買受人表示行使買回權之意思時，買回即行成立，故所謂買回，論其性質，自非原來買賣

契約之解除，而係另有之再買賣契約，但此再買賣契約，究係本契約，抑或預約，未免爭議，德·奧民法，則採取全一主張，認為係屬再買賣之預約，瑞士債法則兩說兼採，規定約定買回，或以本契約，或以預約，均無不可，法國民法雖明定買回為出賣人保留買回權之契約，但相沿舊說，仍多解為保留解除權之契約，日本民法明定出賣人得依買賣當時訂立之買回契約，而為原來買賣契約之解除條件，故亦採取保留解除權說，至於我民法三七九條之規定，則與德民法四九七條內容，步驟一致，故其解釋，必有採再買賣之預約說者，然而預約僅為約定將來締結本契約之契約，其效力僅在使雙方當事人負將來須為締結本契約表意之義務，其預約債權人一方，雖表示締結本契約之意思，尙須經預約債務人之同意，本契約始得成立，否則預約債權人僅得訴請債務人表意，締結本契約，更須俟本契約締結後，再訴請本契約之履行，程序迂遠，結約困難，故我國學者頗多主張買回係附停止條件之再買賣契約，蓋買賣當事人，於訂立買賣契約之際，隨同訂立買回契約，使出賣人於一定期限內，得以表示買回之意思為停止條件，而買回其標的物，出賣人如不表示其買回意思，則條件欠缺，尙難發生買回之效力也，立說妥善，較預約說近情多多，於買回制度尙在施行之時，自應明定採取，以歸一律，而切實用。

外國公司之定義內應否刪去「營業」二字

宋家懷

新公司法於去年經立法院三讀通過，原定本年一月一日施行，惟因該法規定，外國公司須在其本國設立登記「營業」者，方得聲請認許並在中國境內營業或設立分公司，一部分在華外商表示反對，現由立法院重行審議有關條文內「營業」二字應否刪除。按我國過去對外國公司雖有本國公司外國公司之區別（民法總則施行法第十一條至第十三條），兩者區別之標準，以及取得外國公司資格之要件，均無規定，事實上，因領事裁判權關係，若干外國公司在外國並無營業，僅依照外國法律組織成立，向外國政府登記，即成爲外國公司，實則營業範圍固限於中國，股東會董事會等機關均在中國。此外，我國人民組織公司，有時亦利用此項方法，以外國文字選定公司名稱，并向外國政府登記後，即以外國公司自居，避免中國政府之監督管理。此次修正公司法，立法院對外國公司資格之取得要件予以明文規定，並限於在外國經營業務者方能認爲外國公司，即爲針對上述流弊而來。此項規定，是否得當，姑就管見所及，臚陳如左：

（一）就法律立場，立法機關應否刪去「營業」二字？

公司國籍問題，爲一切有關公司事項之基本問題，公司之設立，組織，股東會與執行業務各機關之職權，以及公司之解散清理，均與公司國籍有不可分離關係，公司國籍決定後，始能知應適用何國法律以解決上述各事項，惟公司國籍之決定標準，學說紛紜，舉其重要者，有（一）股東國籍說，（二）準據法說，（三）住所地即本店所在地說，（四）營業中心地說。第一說以多數股東之國籍決定公司國籍，適用時頗感困難，股東人數龐雜，調查其國籍，殊非易事（公司如發行無記名股票者，更不待論），且股份隨時可以轉讓，股東國籍，朝暮不同，公司國籍勢必時時更易，其說自不足採。第二說以公司準據何國法律組織成立，取得該國國籍，適用時亦頗危險，發起人如以取得某國國籍爲有利，即可準據某國法律組織公司，其實公司與該國風馬牛不相及，無絲毫關係。第三說以公司住所地即本店（修正公司法改稱本公司，第八條云本法所稱本公司爲公司依法首先設立以管轄全部組織之總

事務所）所在地決定公司國籍，蓋本店爲公司總神經樞紐，公司對內對外事務，悉聽本店之指揮，管轄公司全部組織之機關，如股東會董事會總經理監察人等，均以本店爲活動中心，公司與其本店所在地之國家關係最爲密切，自應受該國之節制，取得該國國籍。但本店須爲現實管理公司全部組織之總事務所，如有名無實，外懸招牌一方，標明某公司總事務所字樣，內僅侍役或書記一二人，負責人員從不蒞臨者，僅能認爲通訊處，非此之所謂本店也。此說理論上最有根據，爲大部分國家所採取，惟適用時，區別名符其實與有名無實之本店，有時頗感棘手，遇有疑義，通常由法院斟酌一切情形決定之。第四說認公司應取得營業中心地之國籍，公司在某國境內經營業務者，認爲某國公司，營業範圍及於二國以上者，以營業中心在何國爲斷。該說以爲本店是否有名無實，往往不易審斷，營業則顯而易見，公司方面，無從取巧，惟公司營業所在地，有時亦頗難斷定，例如開設工廠，廠址在某國，發行所在他國，將以何者爲準？

我國修正公司法第七條云「本法所稱外國公司，謂以營利爲目的依照外國法律或經外國政府特許組織登記營業並經中國政府認許在中國境內營業之公司」，似採上述第四說。但同法第二九二條（「外國公司非在其本國設立登記營業者不得聲請認許非經認許給予認許證者不得在中國境內營業或設立分公司」）之「設立」二字，當然指設立本公司（本店）而言，且該條所謂「在中國境內設立分公司」，亦可認爲本公司已在外國設立，徵諸同法第二九四條第四款所稱「本公司所在地及中國境內設立分公司所在地」，則外國公司以其本公司在國外者爲限，更無疑義，是兼採第三第四兩說也。所應注意者，外國公司，祇須在國外營業，不問其營業範圍大小如何，（通常採營業中心地說者，均主張營業「中心」在國外，始能認爲外國公司）。立法者對於外國公司所以有如此週密規定，除本公司在國外外，尙須在國外營業，純係針對過去流弊，已如上述。但以前外國公司在中國享受種種特權（領事裁判權其最著者），并逃避合法捐稅，現今我國國際地位增高，基於平等

互惠原則，改訂對外條約，嗣後外國人（包括自然人及法人）在我國國境內不能主張任何特權。今昔環境既屬不同，公司法應否對外國公司予以嚴格限制，似有斟酌必要。公司而為中國國籍者，固應遵守中國法令，公司而為外國國籍者，其法律上之權利義務（包括納稅義務在內），與中國公司同，修正公司法第二九七條已有明文。故取得外國公司資格之要件，應否限制，全視外國人在我國是否繼續保持若干特權為斷，如特權尚未全部廢止，取得外國公司資格之要件，應予嚴格限制，立法院方面應堅持保留「營業」二字，如外國人已不再在中國享受任何特權，「營業」二字未嘗不可刪除。但刪除後，外國公司必須在外國有本店一點，必須維持，否則營業所在地在中國，總事務所亦在中國，僅向外國政府登記，或外國之總事務所，徒有虛名，負責人員均在中國者，此種掛「洋商招牌」之公司，似難認為外國公司。難之者曰，「營業」二字刪除後，任何公司，祇須在外國領得一紙登記證書，即可取得外國公司地位，本國人民，亦可假借名義，逃避我國法律（例如我國公司法關於組織設立之規定，較他國法律為嚴者，即依照他國法律組織設立）。不知營業二字刪除後，外國公司仍須在外國有本店（修正公司法第二九二條參照），本店專指管轄公司全部組織之總事務所，修正公司法第八條亦有明文。在外國之本店，苟屬有名無實，我國政府仍可認為不具備外國公司之要件。況外國公司須經我國認許，方能在我國境內營業或設立分公司，如有「專為逃避其本國法律或利用第三國法律取得法人地位向中國請求認許企圖享受第三國人民權利」之情形，依修正公司法第二九三條，儘可不予認許，無論「營業」二字刪去與否，認許之權，操諸我手，自無喪失主權之可言。且營業二字，縱予以維持，營業範圍大小，法律既無規定，外國公司或中國人民之在外國本無營業者，嗣後祇須在外國設一小規模事務所，仍可取得外國公司之地位，限制與不限制之結果，仍屬相同。

（二）就法律立場，外國公司方面應否堅持刪去「營業」二字？

外國公司，基於傳統的觀念，認外國公司之地位較中國公司有利，此項見解，於外人在華享受特權時代，固不足怪，惟在不平等條約取消，中外人民平等待遇之今日，猶狃於過去成見，因中國法律否認其外國公司之資格，惴惴不安，亦未免錯誤。蓋外國人既不再享受任何特權，又何必堅持保留過去「外國公司」之地位？有以為已成立之外國公司，在其本國並無營業者，

因營業二字之限制，不得不組織中國公司，改弦易轍，手續滋繁，不知此次我國修正公司法係最新穎之立法，其內容較歐美先進各國，毫無遜色，外國公司依照我國新公司法改組，決不致感受任何不便。依我國新公司法規定，無限公司有限公司股東半數須在國內有住所，股份有限公司發起人及董事須半數以上在國內有住所，董事長及常務董事均須在國內有住所，此點不難辦到，蓋公司既因在外國無營業而改組，負責人大部分在中國居住，蓋屬當然之事。此外，股份有限公司之情形，董事長或代表公司之董事尚須有中華民國國籍，恐亦非困難之事，因除董事長或代表公司之董事一人外，其他負責人（如董事總經理經理等），仍可由外人充任。難者曰，外國公司有時雖在國外無營業，惟資本既在國外募集，股東均係外人，董事會股東會等均設外國，斯時如依中國公司法改組成中國公司，原來股東及董事安能遠涉重洋，參加各項會議？惟此種情形，事實上迨不多觀，法律規定，原以大衆為對象，少數情形，概不入，事所恆有，自無斟酌之必要。是故外國公司堅持刪去營業二字，一若改組成中國公司後，即須受種種無謂束縛，未免杞人憂天。

（三）就經濟立場，公司法應否刪去「營業」二字？

戰後建設復興工作，在在需款，如能在不喪失主權及平等互惠原則之下，利用外資，未嘗不可考慮。惟另一方面，我國工商業，尚在萌芽時代，外人恃其雄厚之資本，在我國樹立大規模工商企業，我國固有公司，能否與之競爭，亦應注意。故當今基本問題為：外資究應鼓勵抑應限制？二者各有利弊，孰捨孰取，作者於經濟學素乏研究，未敢貿然置答，如鼓勵外人投資，對外國公司之條件應放寬，如限制外資，以保護本國企業，外國公司資格之取得條件，不妨從嚴（最近某地商人電請政府維持公司法內營業二字，其理由即為法律如不限制外國公司，本國工商業將無法與之抗衡）。惟我國經濟政策，似傾向於利用外資助成建設，但以不喪失主權及平等互惠為基本條件，公司法內營業二字，果有妨碍外人投資之虞者，自不妨修改條文，以期完成建設復興工作。

我人之結論為：就法律立場，立法院既無維持營業二字之必要，外國公司亦無堅持刪去營業二字之理由，此問題祇能就經濟立場，以最有利於我國之方法解決之。

現階段的進口業務

鄭永祥

現階段的進口業務，正面對着兩種極端：一種是二十世紀的現代絕不應有的風險，一種則是大得驚人的豐厚利潤。本市著名經濟學者 John Ahlers 氏形容前者，謂現在的進口商人，有如十七八世紀時到東印度羣島販運香料的航海冒險家，他們負着極大的風險；而對於後一點，則以為他們所可獲取的利潤，是自太平天國以來（一八五〇——一八六〇）的一百年間所空前未有的。

J. Ahlers 氏繼續分析（參考 *Import Profits Today May be Largest Since Tai-ping Era, China Weekly Review, Feb. 9, 1946*）謂現階段進口業務的風險，是由於下列的三點。

第一，我國對外匯率的尚未確定。正常的進口業務，應該是這樣經營的：進口商人在外國訂了貨色，比方說，在美國訂了一批貨色，他就應該預先在外匯市場買入美匯期貨，期貨的期限，和該批貨色到達的期限相同，以便在貨一到手，他就可以交付價金。因為訂貨和交貨的期限，當有着相當的距離，為免除這期間美匯上落的風險，所以預先要買入美匯，這樣，進口商人就可以正確的確定他的成本，而不致受美匯暴漲的風險。但是現在怎麼樣呢？因為我國對外匯率的尚未確定，外匯期貨市場，無由建立，所以進口商人們也無從預先買入外匯期貨。雖然在上海有美金票的黑市，可是，假如預先買入美金票以備將來付款的話，進口商人們就要負擔雙倍資金的損失：一方面他們要在美國付給出口商人全部貨款的價值，同時在國內又要動用相等的資金以買入同值的美金票。這樣，他們的週轉資金的數額就要大增，而同時所能買入的商品的數量却被限制着祇能為前者的一半；除此而外，買入外幣現鈔，也同樣要受外匯上落的風險。因此，外匯率的不確定，使從事進口業務者，有如從事賭博般的危險。

其次，是國內物價的尚未穩定。我們都知道，現在國內的物價，比起外國（主要是現階段和我國貿易有最大可能性的美國）來，要大上兩千至三

千倍，而現時物價的趨勢，又是動盪不定的。便宜的進口貨一來，可能使物價大大的回跌，這樣，進口商人們的風險，就顯得極大——假使物價一時大落的話。

最後，是海關課稅的標準。現在海關採行的，是從價稅（*Ad Valorem*），可是，問題來了，究竟以進口貨在出口國的價格為標準呢，還是以國內相同的貨物的價值作標準呢？海關稅則所規定的，是兩者均可，採用前者時，是以 *c. i. f. China Ports* 為準則，換言之，即以該貨貨價（*Cost*）加保險費（*Insurance*）及至中國口岸之運費（*Freight*）之和作標準。採用這種標準徵稅時，固可大利於進口商人，可是海關却不是每次都用這標準則，大部的徵課，是以國內貨價作標準的，而國內的貨價，又可能大上大落，因此，進口商人們的風險，也就可想而知了。

就以上三點的所述，進口商人們雖然負着絕大的風險，可是，他們的利潤，却是無可比擬的。進口貨色，受着普遍的歡迎，不但是由於心理的關係，而且是由於價值的關係。自太平洋戰事以後，上海的市民們就和外國斷絕了關係，外國商品因為日益減少的關係，也日益的增高它們的身價，一些著名的商品，竟成了同類中的偶像，它們的普遍的受歡迎，是可想而知的。其次，戰爭進行期中，國內的廠家，一方面因為外國原料的斷絕，他方面受着敵偽的壓迫，所以對於出品方面，是日就簡陋，不但不能求精，而且也不願意從事求精；反之，國外的商品，尤其是美國的商品，則因為戰爭的關係，而日益精進，戰爭勝利，人們都歸功於製品的精良，更加上種種軍隊裏的傳說，益發使外國商品（主要的是美國製品）增加其身價，和受人歡迎。最後，最大的原因，還是國內的物價，受了八年戰爭的影響，高漲到驚人的程度，而美國的物價，所漲甚微，相形之下，精美的外國貨物，反比粗劣的國製品，為廉價得多，這又怎能遏止外國貨物的暢銷呢。也就是這最後的原因——國內外物價的絕大差額——而使進口商人們能夠大獲其利。

試想，J. Ahlers氏這樣寫述，在正常的時期，大宗貿易的進口商人所能獲得的利潤不過是百分之一點五至百分之三，或者百分之四左右，而現在的進口商人，從事得早的，可能兩倍，三倍、甚至四倍他們的利潤，即從事得較遲的，也容易的可能獲取百分之五十或者百分之一百的利潤——這是自太平天國的時代以來，一世紀間絕無僅有的機會。

固然，有許多進口商人在大聲疾呼，要求外匯匯率早日確定，外匯市場早日建立，徵稅標準早日取捨，運費及保險費早日減輕，通商條約早日簽訂，和政府的更大保護，可是在一切都恢復正常的時候，進口業務的風險固然沒有了（或者減至最低），不過同時他們那些歷史上祇能有一次的的大利潤也沒有了。

現在的進口業務就是面臨着這各走極端的路。

二月十二日

附註：本文主要的是J. Ahlers氏“Large Profits Await Importers”一文的介紹，可却不是該文的翻譯。本刊對於介紹外國著述的宗旨，我們早加申述，贊成採取溶會貫通再加介紹的方式，而不採用逐字翻譯的方式，因為這有翻譯之長，而無翻譯之弊。不過我們却堅持：第一，絕不歪曲原意，而應攝其精華；第二，應逐字翻譯的地方，還是逐字翻譯；第三，絕不把洋酒裝入中國瓶，而貼上自己的名字出賣。本文凡引申原著的地方都加註明，其他則是作者的發揮，全文構造，也加改易，不過原意則是保留的，對照來看的讀者，當會相信我們的話。對這個介紹的方式，讀者們有什麼意見，我們願意虛心的接受。

上期勸誤

本刊上期出版，適值舊歷年關，因為要趕着準期出版的關係，所以沒有充分的時間校樣，略有錯誤，們我在這裏一一更正，並對讀者和作者們致最大的歉意！

頁數	行數	字數	錯誤	更正
五八(上)	二	六	漏植	和他們(有)
全	五	十四	接	接

全	十二	二十	多植	刪去「體」字
全	十五		漏植	種是實際上的。
五八(下)	八	廿一	當	常
全	九	十三	漏植	營業稅
全	十一	五	證	註
五九(上)	廿四	二十	定	激
五九(下)	八	十二	這	區
全	九	十五	定	激
六十(上)	五	四	天	季
全	全	十九	一	二
全	全	廿三	二	一
全	十	十五	多植	刪去「即」字
全	廿七	二	貨	債
六十(下)	一	五	兩	丙
全	二	十八	相	組
全	十一	五	之	元
六二(下)	全	廿三	之	元
全	十八	三	漏植	結語下加「符號」
六二(上)	廿一	十三	有	使
全	全	二十	垂	錘
六二(下)	六	四	足	是
全	十八	十七	足	是

被繼承人之債權人能否代繼承人爲限定繼承？

宋家懷

吾國破產法第五十九條第一項規定「遺產不敷被繼承人債務而有左列情形之一者，亦得宣告破產：（一）無繼承人時（二）繼承人爲限定繼承，或繼承人全體拋棄繼承時，（三）未拋棄繼承之繼承人全體有破產之原因時」。遺產不敷被繼承人債務，爲遺產宣告破產必須具備的要件，（一）（二）（三）各款之要件，祇要具備其中之一爲已足，如遺產足敷清償被繼承人債務，縱令有（一）（二）（三）各款情形之一，也不能宣告遺產破產，此項規定，驟視之，頗有充分理由。按破產原爲債務人不能清償債務時適用的特別程序，得宣告破產者以享有法律上人格者爲限，徵諸破產法第一條及第五十七條所用「債務人」三字毫無疑義，遺產歸繼承人取得，法律上並無獨立的人格，自不能宣告破產，各國破產法所以規定遺產亦得爲破產程序之主體者，純係適應事實上需要，保障被繼承人之債權人利益。普通破產程序既限於債務人不能清償債務時，始能適用，遺產宣告破產，亦限於不敷清償債務之情形，蓋屬當然之事。所不同者，前者係「不能清償」，後者係「債務超過」（兩者之意義，可參考破產法書籍，茲不贅）。但我人應注意者，無人繼承，繼承人爲限定承認或繼承人全體拋棄繼承時，如遺產足敷清償債務，固無宣告破產之實益，在第五十九條第一項第三款之情形，未拋棄繼承之繼承人全體有破產之原因，即繼承人全體均不能清償其債務時，假定遺產足敷清償被繼承人債務，似亦不能宣告破產，而被繼承人之債權人，勢必蒙受意外損失，因爲債務人（即被繼承人）生前原係有資力者，債權人本可以執行其財產以供清償，今債務人死亡，遺產與繼承人之個人財產相合併，遺債亦與繼承人之固有債務相合併，而繼承人對於其個人所負之債務，本無清償能力，因繼承遺產之結果，被繼承人之債權人與繼承人之債權人處於同等地位，共同執行繼承人財產（包括遺產在內），被繼承人之債權人，即不能獲得全部清償。例如被繼承人甲有財產一萬元債務一萬元，繼承人乙有財產一萬元債務二萬元，繼承未開始前，如甲之債權人執行甲之財產，可以獲得十足

清償，乙之債權人，以乙之財產供清償，祇能得百分之五十。繼承開始後，甲乙財產合併，共計三萬元，甲乙債務合併，共計三萬元，清償成數爲百分之六十六，故被繼承人之債權人，原可以全部受償者，現在減爲百分之六十六，繼承人之債權人，原來祇可獲得百分之五十者，現在增加至百分之六十六。并且，如遺產非一萬元而爲九千元者，被繼承人之債權人即能以遺產不敷清償被繼承人之債務爲理由，聲請法院宣告遺產破產，債權人反可以就遺產部分優先於繼承人之債權人而受償（破產法第一一五條參照），其清償成數爲百分之九十，債務人之財產增加，反不利於債權人，豈非咄咄怪事。通常情形，債之關係成立時，債權人僅注意債務人之資力，決不就債務人之未來繼承人的財產狀況，也預先調查清楚，因債務人在債務未清償前死亡一事，既非債權人所能預料，債務人之繼承人爲誰，亦非債權人所易查悉，現因債務人死亡的結果，突有素不相識，負債纍纍之繼承人出而繼承遺產，使債權人蒙受損失，安能謂爲公平。

破產法第五十九條第一項既如此規定，自不能認遺產超過被繼承人債務時，債權人得聲請法院宣告破產，我人今進一步探討債權人根據現行法律有無補救方法。按被繼承人的財產（包括積極財產與消極財產）與繼承人的財產（包括積極財產與消極財產），於繼承開始時，合併爲一體（民法第一一四八條），就繼承人之債權人而言，無所謂遺產，無所謂繼承人個人財產，遺產即繼承人個人財產之一部，自可予以執行，被繼承人之債權人，如欲排斥繼承人之債權人，就遺產部份，優先受償，必須先將遺產與繼承人個人財產分離，此即繼承法所謂「財產分離制度」。考財產分離立法例有兩種：（一）法國法例，法國民法規定三種財產分離制度（甲）獨立的財產分離——將財產分離規定爲獨立制度，由被繼承人之債權人聲請法院宣告之，財產一經宣告分離，遺產應儘先清償被繼承人之債務，如有剩餘，繼承人之債權人始能主張，但遺產如不敷清償被繼承人之債務時，除繼承人已依限定繼承或拋

棄繼承之方法，限制其責任者外，仍應以個人財產清償之。(二)從屬於限定繼承的財產分離，即繼承人爲限定繼承時，亦發生財產分離之結果，(新時，繼承人所聲請者，乃限定繼承，非財產分離，財產分離不過爲限定繼承之結果)，限定繼承之目的，在使繼承人僅在所得遺產範圍內，負責清償債務之責，但繼承人爲限定繼承時，遺產與繼承人個人財產即不能合併爲一，故而被繼承人之債權人就遺產部份，可以排斥繼承人之債權人，優先受償。獨立的財產分離，由債權人聲請，限定繼承，由繼承人聲請，爲兩者不同之點。(三)從屬於遺產破產的財產分離，遺產宣告破產時，遺產與繼承人個人財產也應分離，遺產破產之聲請，被繼承人之債權人與繼承人均得爲之，但必須以被繼承人生前已停止支付爲理由(法國法以停止支付爲宣告破產之原因。我國法以不能清償爲宣告破產之原因，債務人停止支付時，祇能爲不能清償之推定)。

(二)德國法例：德國法並未將財產分離規定爲獨立的制度，故僅有從屬於遺產破產及公家管理遺產的財產分離。(甲)遺產宣告破產時，產生財產分離之效果，被繼承人之債權人得就遺產部份，排斥繼承人之債權人，但遺產宣告破產時，繼承人之責任亦同時限制，繼承人僅就所得遺產限度內負責清償債務之責。遺產破產得由被繼承人或繼承人之聲請宣告之。(乙)公家管理遺產，相當於法國法之限定繼承，所不同者，公家管理遺產，被繼承人之債權人及繼承人均得聲請，限定繼承惟有繼承人可以聲請，且公家管理遺產制度，顧名思義，遺產應由法院指定管理人管理之，限定繼承則遺產仍由繼承人管理。公家管理遺產時，遺產與繼承人個人財產亦屬分離，繼承人之責任亦同時限制。

我國民律草案認財產分離爲獨立的制度，規定甚詳。依民律第一五六二條，被繼承人之債權人或受遺贈人，在繼承開始後三個月內，得聲請法院，將繼承財產與繼承人固有財產分離之，以充清償之用。新民法繼承編大體摹仿德國民法，故並無財產分離制度，但於限定繼承一章，又從法國法例，規定繼承人得爲限定繼承，並未採德國法之公家管理遺產制度(公家管理遺產，被繼承人之債權人及繼承人均得聲請。)因此，我國法律雖承認限定繼承(民法第一一四五條三項第一一五九條)及遺產宣告破產(破產法第一一五

條)發生財產分離的結果，但限定繼承祇有繼承人可以主張，遺產宣告破產，債權人雖可以聲請，又限於遺產不足清償被繼承人債務之情形。假定繼承人未爲限定繼承而遺產宣告破產之要件又不具備(即遺產足敷清償被繼承人債務)，債權人既不能如法國法之聲請財產分離，也不能如德國法之聲請公家管理遺產。其實，此項結果，全因立法者疏忽而來，一方面摹仿德國法(刪除獨立的財產分離)，一方面摹仿法國法(限定繼承祇有繼承人可以聲請)。如今大錯既已鑄成，我人祇可以在無辦法中謀一解決方法。本來，遺產足敷清償債務時，宣告破產的要件，雖不具備，如繼承人爲限定繼承，亦爲法律所許，然繼承人既無力清償其個人債務，決不願爲限定繼承，使繼承人優先受償，而損害自己債權人的利益。被繼承人的債權人，格於民法第一一五四條的限制，不能爲限定繼承。但是，民法第二四二條規定，「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利，但專屬於債務人本身者，不在此限」。被繼承人的債權人能否根據第二四二條，代繼承人爲限定承認？茲將該問題分爲兩部份：(一)繼承人之債權人能否代繼承人爲限定承認？(二)被繼承人之債權人能否代繼承人爲限定承認？解答如下：

(甲)繼承人之債權人能否代繼承人爲限定承認？

限定承認爲繼承人的權利——限定承認，一方面足以限制繼承人的責任，一方面使其取得償還債務後的剩餘財產，當然爲繼承人可以行使之權利。繼承人怠於爲限定承認，他的債權人可以代爲聲請——遺產不敷清償被繼承人債務，而繼承人並不以限定承認的方法限制自己的責任，對於個人所負責任的清償能力，如無影響，固不能認爲「怠於行使其權利」，如因未爲限定承認的結果，不能十足清償個人所負債務或減少該項債務之清償成數時，應認爲「怠於行使其權利」，繼承人之債權人即可以代繼承人聲請爲限定繼承。關於此點，過去大部份學者採反對說，以爲債權人取得債權後，無權阻止債務人負擔新債務，繼承人未爲限定繼承而承受被繼承人之債務，僅係一種新債務的負擔，非原來債權人所應干涉。其實此項見解，也並無充分根據。原來債權人所以不能阻止債務人負擔新債務的理由，因爲此項新債務，係合法成立，債務人本身方面，應受其拘束，故而他的債權人也不能不尊重

其效力，反之，如該項新債務，債務人本來可以利用某種方法，否認其效力而未利用者，原來債權人不妨予以利用，而否認新債務之效力，例如債務人負擔之新債務，依法得撤銷者，原來債權人即不必加以尊重，可以代債務人主張撤銷，在遺產繼承的情形，繼承人是否必須承受被繼承人的債務？依據繼承法則，繼承人本來可以採取特種方法（拋棄繼承，限定繼承）限制自己的責任，所以繼承人承受被繼承人之債務和自己負擔新債務，情形並不相同，因為前之情形，繼承人有法逃避，後之情形則否。如遺產不敷清償債務而繼承人怠於拋棄繼承或為限定承認，不啻負擔依法得撤銷之債務，原來債權人即可以代為聲請限定繼承以保全自己的債權（我人認為繼承人之債權人祇能代繼承人聲請限定繼承，而不能代為拋棄繼承，因為債務是否超過遺產，通常在清理程序終了時，始能知悉，如債權人並未查明遺產的實際狀況，逕行拋棄繼承，假定清償債務後，尚有賸餘，繼承人即無從取得，反之，如債權人代繼承人為限定承認，則兼有單純承認與拋棄繼承之利，而無兩者之弊，如債務超過遺產，繼承人僅於遺產限度內負責，如遺產超過債務，賸餘財產，仍歸繼承人取得）。

一、聲請限定繼承並非專屬於繼承人本身的權利——民法第二四二條第一項但書規定，專屬於債務人本身的權利，債權人不得代為行使，繼承權原則上屬於一定親屬關係的人始能享受（例外，在指定繼承的情形，被繼承人所指定的繼承人，不以具有一定親屬身分為必要），就人情而言，繼承人與被繼承人之關係最為密切，繼承人亦為被繼承人生前最喜愛之人，唯其如此，法律才規定他們相互間有繼承遺產之權，繼承權既然以感情為基礎，似乎應專屬於繼承人本身，如有他人代為行使，未免與繼承權的本旨不符。我人應知民法所承認的繼承制度，並非以前的宗祧繼承，而是財產繼承，民法第一四八條規定：『繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務』，繼承人根據繼承權而取得者，限於『財產上』的權利，根據繼承權而負擔者，限於『財產上』的義務，於身分方面的事項，絲毫無涉，故而繼承權的根據，雖係身分關係（至少在法定繼承的情形），其內容，純粹是財產關係，如遺產超過債務，繼承的結果，無非使繼承人的固有財產增加，在相反的情形，如遺產不敷清償債務，繼承的結果，無非使

繼承人的固有財產減少，繼承權縱由第三人代繼承人行使，祇要其行使方法有利於繼承人，與繼承權的性質毫無衝突。況乎債權人代繼承人為限定承認的情形，與繼承人的地位，不發生任何影響。在債權人未為限定承認前，對於繼承人應適用單純承認的規定，所謂單純承認，即繼承人不附何種限制，承認其繼承，換言之，依法有繼承權之人無條件接受繼承人的地位，取得按其應繼分所應得之遺產，並對於被繼承人之全部債務，願負無限責任。在債權人已為限定承認後，繼承人仍保持其繼承人的資格，取得按其應繼分所應得的遺產，僅對於債務的責任，變為有限而已。就債務的責任由無限變為有限一點而言，似乎違反繼承人原來的意思，但繼承人如果有十足償還被繼承人所負債務的意思，儘可一方面依限定繼承的規定，以被繼承人的財產供清償該項債務之用，一方面以固有財產清償自己的債務，這個人債務全部償還後，將固有財產的賸餘部份，償還被繼承人債務之未清償部份，如繼承人堅持單純承認，無異減少其固有債權人的清償成數，藉以增加被繼承人之債權人的清償成數，此種『慷他人之慨』的舉動，礙難認為正當。

（乙）被繼承人之債權人能否代繼承人為限定承認？

被繼承人之債權人即繼承人之債權人——繼承開始後，繼承人承受被繼承人財產上之一切權利義務，已如上述，被繼承人之債權人嗣後即應向繼承人主張權利，所以被繼承人之債權人已一變而為繼承人之債權人，繼承人之債權人，依據上開說明，既然可以代繼承人為限定承認，被繼承人之債權人，當然也可以依民法二四二條之規定行使同樣權利。但於此發生一問題，遺產不敷清償債務，繼承人固有為限定承認的必要，遺產足敷清償債務時，繼承人如聲請為限定繼承，即應將遺產儘先清償被繼承人之債務，如單純承認，則因遺產與固有財產合併的結果，繼承人原來所負的債務，反可以增加清償成數，所以民法二四二條所謂『怠於行使其權利』的要件，在遺產足敷清償債務的情形，似未具備，因為單純承認既然較限定承認有利於繼承人，他並未『怠於行使』限定承認之權利，關於此點，我人可以解釋如下：

遺產足敷清償債務時，如繼承人未為限定承認，也可以認為怠於行使其權利——民法第二四二條所謂『怠於行使其權利』與通常之『有過失』不同，因為權利人行使其權利與否，本非他人所能干涉，根本無所謂『怠於行使

『，但假定權利人不行使其權利之結果，有損於債權人之利益時，始應認爲『怠於行使』，所以，權利人是否『怠於行使』，應就債權人之立場審斷之，如權利之不行使有損於債權人之利益時，債務人即應認爲『怠於行使其權利』，繼承人不爲限定承認的結果，既能使其一部份債權人（即被繼承人之債權人）消債成數減少，雖有利於其他債權人（即繼承人之固有債權人），既受損害之債權人而言，已可認爲『怠於行使』其權利，該項債權人爲『保全債權』（民法二四二條參照）起見，即可以代繼承人爲限定承認。

我的結論是：被繼承人之債權人，爲保全其債權起見，可以代繼承人

爲限定承認，藉以排斥繼承人之債權人參加分配遺產。（我人同時主張繼承人之債權人如有保全他們債權的必要，也可以代繼承人爲限定承認，藉以排斥被繼承人之債權人參加分配繼承人固有財產）。當然，此種見解，在他國法律，並無先例，但是，爲了彌補現行法律的缺陷起見，似不能不採取此種辦法，以保護被繼承人之債權人的利益，這完全是無辦法中的一種急救方法，希望立法者能將民法繼承編予以修改，將財產分離規定爲獨立的制度（法國法例），或准許被繼承人之債權人爲限定承認（德國法例），均無不可，這樣才可以不絕種種糾紛，予被繼承人之債權人一種明確的保護。

更改制度存在之得失

張志陶

我民法，債編，關於債之消滅原因，列舉清償，抵充，提存，抵銷，免除，混同數種，而無更改之規定，按更改云者，謂因消滅舊債務，而發生新債務所訂立之變更債務要素之契約也。夫更改契約之成立，首須當事人間有爲消滅舊債務而發生新債務之更改意思，並須雙方協意，始生更改之效力，蓋債務人所以負擔新債務者，乃在使舊債務歸於消滅，亦即舊債務之消滅，爲新債務之發生原因，故在更改，舊債務之消滅與新債務之發生，同時併行，新債務一經發生，舊債務即歸消滅，故更改契約，亦爲債之消滅原因矣。

更改制度，首見於羅馬法中，復因當時別無債權讓與及債務承擔之規定，故當事人欲變更債務之要素者，除更改以外，別無他法，是以更改制度，實用良多，降及近世，債權讓與及債務承擔之制，悉已採取，更改之用，似漸減少，至今大陸法系國家除法國民法，尙沿襲羅馬法，僅認更改，不認債權承擔外，其餘如德日民法，已無規定，瑞士債法，亦僅關於債務更新，設置條文而已，至於我國民法債編，步趨德國，對於更改，未有明定，蓋亦以爲既有債權讓與及債務承擔以後，更改制度，可以刪除，此點殊有未妥，考

諸更改制度之於今日，猶有相當效用，債權讓與及債務承擔，僅在變更債之主體之時，有其適用，至於其他債務要素之變更，尙須利用更改者不在少數，況且在利用債權讓與而變更債之主體之時，更受法律上限制，例如依據民法二九四條，有禁止債權讓與之規定，諸若僱傭，委任，租賃，使用借貸等契約所生之債權，依其性質，係注重特定債權人債務人間之主觀關係，其給付，重在原債權人其人，若許其任意將債權讓與，未免使債權內容，發生變動，因此猶須賴之更改，方可有效，足見更改制度，不可遂廢，益有言者，近世盛倡契約自由之原則，當事人如欲利用更改制度締結契約時，苟所結契約，不背於公序良俗，自非不可成立，於是可知，更改制度，更有明白規定之必要，雖然我國民法，並非不認更改，最高法院及司法院判解例中，關於更改判例，仍不少概見，但更改實用既多，應用範圍又廣，自宜見於律文，詳加制定，則匪特可省却司法院最高法院頻頻解釋之煩，更可使法律本身，益臻完密，法益良多，不必贅述矣。

董事之人數問題

宋家懷

外國法律，通常均不規定股份有限公司董事之人數。一九三七年德國公司法第七〇條「公司董事得由一人或數人充任」；一九一一年瑞士債務法第六四九條「股份有限公司董事人數為一人或數人」；一八六七年法國法律關於董事人數無明文規定，故章程訂定董事為一人或數人，均無不可；一九二九年英國公司法雖就董事最低人數設有限制，亦僅限制為二人（英國公司法第一三九條「本法施行後登記之公司至少應有董事二人」）。獨我國現行公司法規定董事最少人數為五人（第一三八條），新公司法則減至三人（新公司法第一八四條「公司設置董事至少三人」）較諸德法瑞等法例，對董事人數，毫無限制，予章程絕對自由之權者，固屬不同，與英國公司法董事最少人數之限制相較，亦有差別。考我國前公司條例並不限制董事人數，任憑章程自由訂定（民國五年前農商部解釋為董事人數須在三人以上，以便開會時取決於多數，此項解釋，於法毫無根據，自不足採），此項辦法，頗有理由；蓋公司業務性質不同，資本大小各異，資本雄厚業務繁複之公司，一人精力有限，無暇兼顧，其董事人數，應酌予提高，資本微薄業務簡單之公司，董事一人已可應付裕如，固無庸設多數董事也。現行公司法不區別公司範圍大小，一概規定為至少五人，殊不足取，新公司法雖減低為至少三人，仍欠缺彈性，良以法律既限制董事最少人數為三人，章程訂定不得低於三人，否則即屬違法，一切公司，不問業務繁簡，資本大小，必須有董事三人以上，似嫌過分。難之者曰，股份有限公司專為大規模企業而設，董事人數，定為三人以上，並無不當，不知我國公司法就公司資本最低額，並無限制（德國公司法第七條「股份有限公司之資本不得低於五十萬馬克」），近數年來，股份有限公司制度，已成時代寵兒，任何企業，新組織者，固採股份有限公司方式，原為合夥商號者，亦莫不爭相改組為股份有限公司，其中固不乏資本雄厚，組織嚴密之公司，惟因陋就簡，資本微薄者，亦所在皆是，法律既規定全部資本應分為股份（現行公司法第一一一條新公司法第一五五條），並未限

制資本最低額，小公司祇須依照法定程序組織登記，亦取得股份有限公司資格。或以為新公司法已增入有限公司一種（現行公司法種類祇有四種，新法除原來四種公司外，增入有限公司一種，所謂有限公司乃「二人以上十人以下之股東所組織，就其出資額為限，對公司負其責任之公司」），小公司似應採用有限公司方式，不應組織股份有限公司，故上述流弊，似有危詞聳聽之嫌。惟我人應注意者，有限公司為以前所無，國人習於保守，任何法律新制度，均不敢輕易嘗試，即以股份有限公司而言，遠在三四十年前，其制已自歐西傳入我國，當時商人狃於積習，未見採用，最近數年來，始風行一時。有限公司制度，短時期內，決不致被人重視，組織小公司者定必捨此而就股份有限公司，故我人以為新公司法第一八四條限制董事最少人數之規定，仍不免受人非難。復次，法律規定，費乎前後貫串，指臂相連，新公司法第五條既規定股份有限公司股東人數為五人以上（現行公司法定為七人以上），則股東五人已能合法組織公司（在發起設立之情形，發起人認足全部股份者，公司即可依法登記，故公司僅由發起人五人組織成立者，為事所恆有）。惟股東雖祇有五人，其中三人應被選任為董事，因公司法第一八四條係強制規定，自應適用於一切公司（祇有股東五人之上限），除董事三人外，普通股東尚賸二人，而公司依法應設董事及監察人二種，賸餘股東二人中，一人復須當選為監察人，換言之，公司股東之不兼任董事監察人職務者，祇一人而已。依公司法規定，公司每年須開股東常會，董事應將其所造具之各項表冊，提出於股東會請求承認（新公司法第二二八條），各項表冊經股東會決議承認後，視為公司已解除董事及監察人之責任（第二二九條），按股東對於會議之事項，有自身利害關係，致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，亦不得代理他股東行使表決權，新公司法第一七七條亦有明文，應否承認各項表冊之議案，提付股東會表決時，董事監察人自不得參加，但除董事監察人外，有表決權之股東，祇餘一人，如該「碩果僅存」之

股東，可以單獨為決議，恐任何會議，無此先例，如認為不可，則承認表冊之權，究應屬諸何人，股東會為公司最高機關，股東會召集及決議之方法，公司法規定甚詳，新公司法第一七三條云：『股東會之決議，除本法另有規定外，應有代表股份總數過半數之股東出席，以出席股東表決權過半數之同意行之』，計算出席股東代表之股份是否已達股份總數過半數，以及決議是否具備出席股東表決權過半數時，不應將對決議事項有特別利害關係，不得參加表決之股東所代表之股份及其依法本得行使之表決權計算在內，蓋屬當然之事，如算入該項股東所代表之股份及其依法本得行使之表決權，則該項股東持有公司過半數股份或其表決權占全體股東表決權過半數以上者，股東會召集與決議，將不可能。惟在我所討論之情形，如將董事監察人所代表之股份與彼等原來所有之表決權扣除，僅餘股東一人，就法理言之，該股東一人出席，可以認為代表股份總數過半數之股東出席，該股東一人之表決，可以認為出席股東表決權過半數之同意，此種『由一人組織成立』，『一人單獨表決』之股東會，恐非立法者預料所及。考現行法股東人數至少為七人，董事人數不得少於五人，所以規定董事必須五人以上者，『公司法原則草案總說明』解釋如下：『舊條例規定至少為三人（舊條例未規定董事人數，僅前農商部有董事必須之人以上之解釋），按民權初步，至少三人始能開會，三人中若一人缺席，則董事會無法行使其職權，故改為五人』，新公司法雖將董事人數由五減為三人，同時亦將股東人數由七人以上減為五人以上，無論依現行公司法或新公司法規定，除應被選為董事之股東外，尚餘股東二人，其中一人又須任監察人之職，參加股東會表決之股東仍祇有一人。新公司法減低股東最少人數之理由安在，我人固不得而知，其規定董事人數必須三人以上者，仍不外乎公司如祇有董事一人或二人，董事將無法開會取決於多數，其錯誤計有二點：（一）董事是否必須開會取決於多數？依新公司法第一九二條，董事在職權上須召集總行動時，得組織董事會，是董事會明非公司必要之組織，董事執行職務，並非當然依開會方法解決云。難者曰：『董事會雖非公司必要之組織，但『董事之執行業務，以其過半數之同意定之』，新公司法第一九一條有明文規定（現行公司法第一四四條亦有同樣規定），故在未組織董事會之公司，董事執行業務，仍須開會取決多數，否則

第一九一條『以其過半數之同意定之』，將不可解，不知新公司法第一九一條無非因公司如有多數董事而各董事意見不一致時，公司業務將無從進行，故明定於此場合，應取決於多數，該項規定之目的與新公司法第三九條（現行公司法第十九條）相同，新公司法第三九條云：『（無限制公司）股東之數人或全體執行業務時，關於業務之執行，取決於過半數之同意』，如因第一九一條而解釋股份有限公司董事必須為三人以上，則我人亦可由第三九條推斷無限制公司股東亦須有三人以上，否則第三九條『取決於過半數之同意』，即屬不可能，此項解釋方法顯與第三二條有抵觸（第三二條『無限制公司之股東應有二人以上』）。準是以觀，第一九一條不足為董事須有三人以上之根據。（二）如董事必須為三人以上，則新公司法不應將股東人數由七人減至五人，如股東為七人者，三人任董事，一人任監察人，其餘三人尚可以組織股東會合法表決。考英國公司法雖限制董事人數為二人以上，同時規定股東人數至少為七人（英公司法第一條），比國公司法雖限制董事人數為三人以上，同時亦規定股東人數至少為七人（比國公司法第二九條第五五條），我國公司法一方面限制董事最少人數，他方面對股東人數規定過低，前後矛盾，適用時有無窒礙，固未能逆料，至少難逃理論上之非難也。

歡迎投稿

稿酬從豐

商人的定義

宋安德

我國民法債編起草時，採取民商合一主義，以前商人通例的經理人，代辦商（商人通例稱爲代理商），都規定於民法內，其他國家商法典通常認爲商行爲的特種買賣，交互計資，行紀，倉庫，運送營業和承攬運送等，也一并訂入民法債編內。依據我國法律，法律行爲固不能分爲商行爲和商行爲以外的行爲，爲法律行爲的人也不能分爲商人和非商人，雖事實上一般人稱經營商業者爲商人，此種稱謂並無法律上意義，因爲一切人民，不問其爲商人或非商人，都應適用同樣的法律規定，應享之權利，應負之義務，均屬相等，此項區別，自無必要，故而在民商劃分的國家，對於商人的定義，有詳細規定。民商合一的我國，沒有規定取得商人資格的要件，可以說是當然的事。法律上既不承認商人構成特殊階級，一切規定，自不應因人民爲商人與否，而有異，適用時方可以前後貫徹。但是，事實上，我們在法律條文內，居然仍舊見到「商人」二字，且此項規定，祇能適用於商人，商人以外之人不能援用。我們姑舉下述二例：（一）留置權，必須債權之發生與爲留置權標的之動產，有牽連關係者，始能成立（民法第九百二十八條第二款）。但是，民法第九百二十九條云：「商人因營業關係而占有之動產，及其因營業關係所生之債權，視爲有前條所定之牽連關係」。如債權人或債權人沒有商人的身份，即無適用該條之餘地，應由債權人證明「牽連關係」，始能主張留置權，反之，如二人都是商人，就「視爲」有牽連關係，并且，因條文方面既用「視爲」而不用「推定」，根本不能提出反證。留置權是物權，有對抗一般人的效力，其成立要件，既因債權人債務人有無商人身份而不同，我們就應問：什麼人能稱爲商人？（二）我國破產法關於和解程序，規定有二種，第一種是法院之和解，就是由債務人向法院聲請，和解程序在法院指揮之程進行者（破產法第六條以下），第二種是商會之和解，就是由債務人向商在會聲請，序下和解商會指揮之下進行者（破產法第四十一條以下），前者適用於一切的債務人，後者祇能適用於商人（破產法第四十一條「商人不能

清償債務者，在有破產聲請前，得向當地商會請求和解」），假定商人以外之人向商會請求和解，即不應予以受理，可是商會根據什麼標準以決定聲請人是否有商人身份，法律並無明文，截至今日，債務人因不能清償債務而依和解程序清理其債務者，固屬不多，原因在乎戰事期內，物價上漲，幣值暴跌，借債時與清償時的貨幣價值，往往相差甚遠，在債務人方面，還債是一件輕而易舉的事，非但不至於無力應付，且有人以舉債爲生財之道。可是今非昔比，戰事業已結束，幣值逐漸穩定，以後債務人的清償債務，決不能和以前同樣容易，萬一週轉不靈，不能不依和解程序辦理，假定向法院聲請，固無問題，如債務人以商人自視，向商會請求，商會一定有無所適從之苦。且就我國情形而言，人民都有「怕見官」的習尚，法律既於法院之和解外，替他們闢了一種特別程序，定必趨之若鶩，徵諸破產法說明內所謂：「我國商人，自動請求商會和解，原爲事所恆有」等語，以後商會之和解，一定佔很重要地位。

我們現在將關於商人的定義，可以採納的兩種解決方法，分述於後：

（一）我國民法對於商人資格之取得，雖無規定，依以前的商人通例第一條第一項（民國三年三月二日公佈，同年九月一日施行），商人的定義如下：本條例所稱商人謂爲商業之主體之人（商業之種類，規定於該條例第一條第二項），同時該條例第二條復規定：「除前條第二項所列各種外，凡有商業之規模布置者，自經呈報該管官廳註冊後，一律作爲商人」。依司法院二十二年院字第九八七號解釋：「從前施行之一切法令，除與黨綱主義或國民政府法令抵觸者外，暫准援用，前經國府頒有明令，則關於商人通例各章，在民法中所未規定者，如與民法不相抵觸，並不違背黨義，自可援用，不因民法之施行而失效」。所以，關於商號，商業登記及商業帳簿等，民法債編既無規定，以前仍應繼續適用商人通例（商業登記法已於民國二十六年六月二十八日公佈施行，該法對於商號，商業登記及商業帳簿，均有詳細規定，現

在已無須再援用商人通例第三四五各章。商人通例第一條關於商人的定義，民法所以未加規定，並非立法者的疏漏，因為民商既已合一，商人與非商人的區別，當然無此必要，商人通例第一條一項雖與民法之條文無抵觸，顯已違反民法之立法原則，當然不能再引用。如採取此種見解，不應再在成文法中覓取商人的定義，因為「商人」二字，已非法律名詞，何人爲商人，純係事實問題，祇須經營任何營業，不問其營業之種類如何，都視爲商人。所謂營業，據一般見解，必須具備下列要件（一）營業必須爲營利事業，苟非以營利爲目的，例如純粹以宗教，政治，公益，科學爲目的之事業，即不能視爲營業，反之，事業之目的，如有數種，祇須其中之一爲營利，該事業即應以營業論，例如因提倡學術而發行刊物，如同時以營利爲目的。也應認爲商業。（二）所謂事業，以有連續性或繼續性者爲限，如僅「偶然」的爲營利行爲，無論一次或數次，仍不能視爲營業，例如某人購置衣料一件，原爲供裁製自己衣服之用，其後因衣料漲價，轉售他人，因而獲利，不能認爲買賣業。（三）必須以媒介或輔助物品流通爲目的之營利事業始能稱爲營業，故而農人開墾土地雖亦係營利行爲，不能以商人論。至於「經營」二字，亦係事實問題。爲營業之主體，即享受因營業而生的權利並負擔其義務者，固應以商人論，例如獨資開設商店之主人或合夥事業之合夥員，（反之，商號的經理人，雖爲商號管理事務，但既非商號權利義務的主體就不能視爲商人）。即令非營業之主體，如營業與其人之關係，有不可分離的關係，似乎也應當作商人看待，例如無限公司的股東，兩合公司和股份兩合公司的無限責任股東，因公司營業而生之權利義務，雖屬於公司而不屬於股東，但股東與公司之間既有不可分離之關係，股東也應視爲商人。

（二）我人也可以認爲商人通例第一條關於商人的定義，於民法施行後，繼續有效，司法院院字第九八七號解釋云「關於商人通例各章在民法所未規定者，如與民法不相抵觸，自可援用」。商人的定義，爲民法債編所未規定者，且與民法並無抵觸，因爲民法物權編第九二九條已有「商人」二字，商人通例第一條第一項，可以說是和民法第九二九條相呼應，至於認爲違反民商合一的原則，毫無根據，所謂民商合一，即法律規定的適用，原則上，不因行爲人是商人或非商人，行爲是商行爲或商行爲以外之行爲，而有區別

，但是，爲了實際上的需要，不能不就若干商行爲予以特別規定，或將某項規定限於商人始能適用，試以民法債編而言，既然已有寄託之規定，何必再就倉庫另設專章，既然已有委任及僱傭之規定，何必再就經理人另設專章，凡此種種，無非因有關商業之事項，有時不能適用普通規定。并且，如以爲商人通例關於商人的定義，違反了民商合一的大原則，則違反該原則者，並非商人通例而爲民法本身，民法物權編如沒有第九二九條的規定，商人通例第一條也可以棄而不用，正因爲民法第九二九條有商人二字，所以才把商人通例第一條補充之。況乎認商人通例第一條的存在，也並沒有抵觸民商合一的原則，因爲法律如無明文將某項規定限於商人始能適用，商人通例第一條也無援用的必要，立法者如欲貫徹民法合一的原則，即應刪除民法第九二九條及破產法內商會之和解一節。所以關於商人的定義仍可援用商人通例第一條和第二條的規定。司法院二十一年院字第八三六號解釋似乎即採取這種見解：「報社係一種出版業，按現行繼續有效之商人通例第一條第五款出版業爲商業之一種」。該解釋內既有「現行繼續有效之商人通例第一條」一語，繼續有效者不僅爲第一條第二項關於「商業」的種類，同條第一項關於商人的定義似乎也應包含在內。商人通例第一條所謂「商業之主體之人」專指爲其權利義務之主體，故而經營商業而享受因該商業而生之權利並負擔其義務者固應視爲商人，如非權利義務之法律上主體，縱令間接受權利負擔義務，也不能取得商人的資格，例如無限公司的股東，兩合公司或股份兩合公司的無限責任股東，權利義務的主體爲公司，所以股東並非商人。但是，應注意者，民國二十六年六月二十八日國府公布商業登記法，商業之種類，列舉於該法第三條，同時於第四條明定：「凡營業雖不屬於前條列舉之範圍而依本法呈請登記者，亦視爲商業」。於此可以發生二疑問：（一）商業登記法第三條相當於商人通例第一條第二項，關於商業的種類，兩者列舉之範圍，並不完全相同，依後法優於前法之原則，當然應適用商業登記法；然而商人通例第一條第二項，係承同條第一項而來，因第一項將商人規定爲「商業之主體之人」，故第二項將商業之範圍，予以確定，第二項既因與商業登記法第三條之規定相抵觸而當然廢止，第一項是否亦同時廢止？如認爲同時廢止，商人的資格，將以何者爲標準？如認爲繼續有效，則關於商人的定義，仍

適用商人通例第一條第一項，至於何者為商業，適用商業登記法第三條。兩說相較，後說比較合理。(二)商業登記法第四條相當於商人通例的第二條，可是前者規定商業之範圍，後者規定商人資格之取得，是否可以同時適用？即營業雖不屬於商業登記法第三條之範圍而聲請商業登記者，視為商業，(商業登記法第四條)，從而為該營業之主體之人，也視為商人？還是應認為商人通例第三條已因商業登記法第四條之適用而廢止？兩說相較，前說比

較合理。

上述兩種見解，各有相當理由，孰是孰非，殊難斷定，然第一說關於商人的定義定和商業的範圍過於空洞，適用時頗感困難，第二說純粹以商人通例和商業登記法為根據，關於商人資格之取得，商業的範圍，都有一定標準，所以似以採取第二說為宜。

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

每册零售法幣壹百伍拾元