

商 人 通 例

編 纂 者

李 浦

發 行 所

北 京 東 四 牌 樓 汪 家 胡 同

朝 陽 大 學

中 華 民 國 十 二 年

(1 9 2 3)

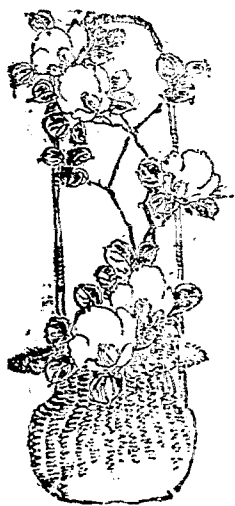
商人通例序

往者余習法學於北洋大學。總考法理。廣涉博覽。洪纖畢舉。未嘗專精一門也。卒業後。負笈東瀛。始專攻商法。既聞彼邦鉅儒之議論。參以歐美名哲之著述。潛心幽緝。頗有微悟。爰以暇晷。編爲講稿。寒暑迭更。幸告蒞事。歸國以來。承乏北京大學法政大學及朝陽大學講席。遂以夙所受於師友者。轉獻於同學諸子。繼述前緒。闡揚舊聞。於斯學固未有所發明也。頃者朝大重刊法律科講義。臻採拙著。并附以講堂口授之筆記。余乃先就商人通例。加印百部。分贈同好。付印倉卒。未暇細較。文理錯午。自所不免。尙希大雅賜以繩糾。實爲厚幸也。

民國十二年十二月直隸李浦序於靜修齋



商人通例序



商法商人通例講義目錄

論緒

第一 商法之意義

第二 商法之廢止

第三 商法之法系

第四 商法之沿革

第五 商法之編纂

第六 商法之來源

本論

第一章 商人

第一節 商業

第二節 商人之意義

第三節 商人之分類

第四節 商人之資格

第五節 商業之限制

商人通例 目錄

頁數

一

二

三

五

九

十

十三

十九

二十二

二十五

二十八

第二章 商人能力

三十

第三章 商業註冊

第一節 總說

三十六

第二節 商業註冊之意義

三十七

第三節 商業註冊之程序

三十七

第四節 商業註冊之原則

四十五

第五節 商業註冊之種類

四十五

第六節 商業註冊之公示

五十二

第七節 商業註冊之效力

五十三

第四章 商號

第一節 商號之意義

五十六

第二節 商號之選定

五十七

第三節 商號之註冊

六十

第四節 商號權之性質

六十三

第五節 商號之轉讓

六十四

第五章 商業帳簿

第一節 總論

六十六

第二節 商業帳簿之意義

六十八

第三節 商業帳簿之種類

六十九

第四節 商業帳簿之保存

七十三

第六章 商業使用人及商業學徒

第一節 總說

七十五

第二節 商業使用人之意義

七十六

第三節 商業使用人之法律關係

七十七

第四節 商業使用人之種類

七十九

第一款 經理人

八十

第二款 夥友

八十六

第三款 勞務者

八十六

第五節 商業學徒

八十八

第七章 代理商

第一節 總說

八十九

第二節 代理商之意義

九十

第三節 代理商之特質

九十二

第四節 代理商之權限

九十三

第五節 代理商之權利

九十四

第六節 代理商之義務

九十七

第七節 代理契約之解除

九十八

商法商人通例講義

直隸李 沛靜波編述

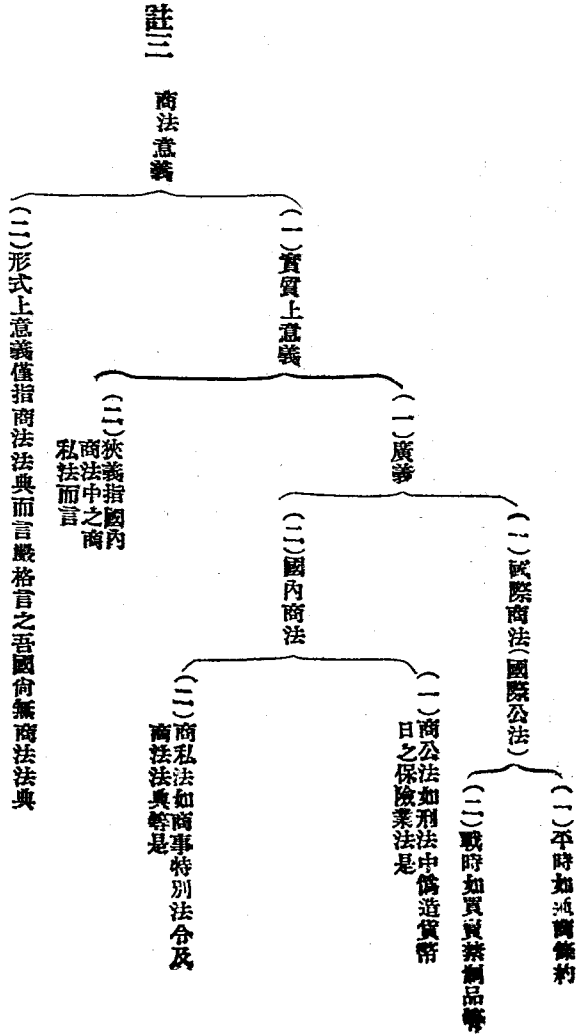
緒論

第一 商法之意義

商法意義有實質與形式之分。而實質上意義又有廣義與狹義之別。廣義商法者關於商事（註一）法規之總稱也。學者分之爲國際商法及國內商法二種。而國內商法更分爲二。即商公法與商私法。是國際商法者謂國際公法上關於商事之法規也。商公法者謂公法上關於商事之法規也。商私法者謂私法上關於商事之法規也。蓋一切法律中凡關於商事之規定不問其爲公法。抑爲私法。且不問其名稱若何。統稱爲商法。故名之曰廣義商法。狹義商法者即國內商法中之商私法是也。如商法法典（註二）及關於商事之特別法以補充商法典之未備者。統概括之。至形式上之商法。謂國家所編纂之法典。而命以商法之名者。質言之。即經過制定法典程序之商法法典是也。僅此形式上之商私法。乃茲所欲研究者（註三）。

註一 商事二字法典中揭其意義者惟日本舊商法第二條而已

註二 商法法典乃構成商法之中心不得即謂之爲商法以商法法典外尚有許多之補充法也如商法施行法是



第二 商法之廢止

商法與民法。係對待之名詞。民法爲商事之普通法。而商法乃商事之特別法。(參照舊商律草案第一條日商法第一條)民法不足用。則以商法補充之。民法不適當。則以商法救濟之。(註一)兩法之關聯甚切。斯其互之境界難分。事體發生。究應適用民法。抑應適用商法。往往有困難之處。故

大陸、法、家、盛、唱、廢、止、商、法、民、商、法、統、一、之、說。日本學者亦主張之。略謂民商二法。可統一者則統一之。其不可統一者。則定爲特別法。(註二)事實上學理上民法之外。商法實無獨立之必要也。

註一 商法對於民法比較言之商法規定之性質有三種如左

一 獨立規定 是乃民法所無而爲商法特有之規定也如票據(日名手形)保險等規定是

二 補充規定 是乃補充民法所不足之規定也如代理商居間等規定是

三 救濟規定 又曰變更規定乃變更民法原則之規定也如商行爲草案第五條(日商法第二百六十六條)變更民草第二百十三條之規定又如商行爲草案第六條(日商法第二百六十八條)變更民草第二百四

十五條之規定是

註二 商法中獨立規定如公司票據保險等可作爲特別單行法補充及救濟規定可被民法吸收使民商法歸於統一

第三 商法之法系

近世各國商法。除英美法別樹一幟外。分三派。曰法、法、系。曰德、法、系。曰折衷、法、系。試分述之。

一 法法系商法。法、之、商、法。制定於千八百零七年。共分四編。六百四十八條。第一編總則。第二編海商。第三編破產。第四編商事裁判。其後雖屢有修改。(註一)而大體則無甚變動也。如希臘荷蘭土耳其商法。及日本舊商法。皆係屬於法法系者。

註一 一千八百三十八年五月二十八日則有修正破產之法律。一千八百六十七年七月二十四日則有修正海

司法之法律

二德法系商法。德、之、舊、商、法。制定於千八百零一年。共分五編（註一）九百一十一條。至千八百九十七條。全部修正。稱新商法。共分四編。九百零五條。第一編商人。第二編商事公司及匿名夥合（日名匿名組合）第三編商行爲。第四編海商。而千八百四十八年制定之票據法。（日名手形法）今仍施行。比較言之。票據法又居於商爭特別法之地位矣。（註二）與大利匈牙利之商法及瑞士債務法之關於商事者。皆倣德商法。日本之新商法。亦隸於德法系焉。

註一 德舊商法第一編商人之資格第二編商事會社第三編匿名會社及其算商行爲組合第四編商行爲即日

海商（志田商法論第三十七頁）

註二 之票據法係一千八百四十六年起草翌年十二月議定草案全部一千八百四十八年十一月二十六日

公布施行其內容共分三章曰票據能力曰匯票（日名爲替手形）曰期票（日名約束手形）計共百條

三折衷法系商法。折衷法系者。初探法主義。而後參以德主義之謂也。如西班牙意大利葡萄牙。比利時之商法。初爲法系。後倣德商法而修正之。遂成折衷法系焉。

四英商美法。英法關於商事。向適用慣習法。無所謂商法典。然關於商事之單行法甚夥。其最重要者。則千八百八十二年之票據法。千八百九十年之合夥法。千九百零七年之有限責任合夥法。千八百十四年之商船法。及千九百零六年上保險法是也。

美國、各洲、法律、頗不一致。其關於商事之法律。係襲用英之慣習法。至關於商事之成文法。多以各州法規定之。其通行於全國者。僅一二耳。

第四 商法之沿革

商法之沿革。可分爲歐洲商法之沿革。日本商法之沿革。及我國商法之沿革而說明之。

一 歐洲商法之沿革。上古東西各國。關於商事之法規。類多散見羣籍。其詞簡單無序。不足以應商事之用。爾時懋遷有無。僅沿用商慣習而已。歐洲商法。始於地中海沿岸。初亦不過商人自爲規則。互相立約。期共遵守。名之曰商人法。實現今商法之萌芽也。是爲習慣法時代。迨法皇路易十四。博採慣習之例。命練達商事者。編爲成文法典。於是全歐諸國。靡然從風。遂變爲法典法時代。歐洲商法之沿革。可分此二時代而說明之。

(甲) 習慣法時代。自有商法以迄法皇路易十四編纂商令之時。凡歷二千年。曰習慣法時代。然其間所可述者。實惟有紀元後千百年頃。意大利商業勃興之初。至路易十四商令編纂之時。僅六百餘年而已。其法之最要者如左。

1. 康索拉託。直譯之。即海上審判官之謂也。是法乃第十三世紀於西班牙之巴爾賽洛那編纂之。通行於地中海。其內容以海商法爲主。間有關於海上捕獲之規定。爲海事有爭執時。審判官一依是法判決之。故名曰海上審判官。

2. 阿勒倫。阿勒倫者。乃法國沿岸一島。緣阿勒倫一書。成於其地。遂以其地之名名之。是書通行於大西洋。凡大西洋之海商習慣。悉載入之。英國海法。多基於此。法國海法。凡分二部。其瀕於地中海者。則惟康索拉託是依。而瀕於大西洋者。則惟阿勒倫是據。

3. 威斯比。威斯比一書。乃第十五世紀於谷託蘭特島之威斯比港所編纂者。通行於波羅海及北海。今德瑞等國之法令。尙多受其影響焉。

右述各習慣法。乃歐洲三海面所編纂之最著者。厥後商習慣法。逐漸發達。屢至第十七世紀之末。遂有路易十四之大商令。是爲法典時代之開始。

(乙) 法典法時代。自路易十四商令編纂之時。迄於現今爲止。凡歷三百餘年。曰法典法時代。蓋商業漸漸進步。從來之商習慣。因地而異。頗不適於應用。遂有編纂法典之舉。其法典之最重要者如左。

1. 路易法典。路易法典計有二種。(一)爲一六七三年之商令。(二)爲一六八一年之海令。(註一)前者專規定陸商。後者專規定海商。法國商法即合路易商令與其海令中之一部而成者。故路易法典實爲商法法典之嚆矢。

註一 商令(又名曰商事條例)海令(又名曰海事條例)皆出自當時名相戈爾伯魯之擬商令共十二章一百一十二條規定商事之審判管轄商人稟據及破產等海令共五編海上法規全體統包括之

2. 法國商法。法爲孕育商法之鼻祖。自路易法典頒布後。歷百餘年。至拿破崙一世。取路易十四之商令與海令。大加增改。彙爲一部。於一八零七年制定而頒布之。是爲拿破崙商法。在當時雖稱完善。足爲各國之模範。但與現時商業情況。則多所未合。

3. 德國商法。德之新商法。制定於一八九七年。本其固有之法。制取法國商法之所長。而推廣其義。使之與商情密合。實近世最進步之商法也。德國商法。斬新之規定頗多。學者咸贊之。我商人、通例、及公司條例。體裁上。雖仿日商法。而內容。則有採自德法者。

二日本商法之沿革。日舊商法。係德國洛斯克來兒 (R. Schenk) 所起草。第一編總則。第二編海商。第三編破產。其體裁上。雖倣法商法。而實質上。採自德國法者。亦不尠。公布於明治二十三年。然延至二十六年。始施行。公司票據破產諸部分。其餘並未施行。(註一) 新商法。乃梅謙圃野田部三博士所起草。共分五編。曰總則。曰公司。曰商行。曰票據。曰海商。公布於明治三十二年。同年施行。其大體係德法系。所不同者。日以票據法。屬于商法。而德之票據法。則獨立爲單行法。日新商法。施行以後。明治四十四年。復大爲修正。是即日本現行商法也。

註一 日舊商法係明治十四年聘德人起草。十七年脫稿。二十三年公布。本定於二十四年施行。旋經二十三年十月議會議決。延至二十六年一月施行。而二十五年復議決。延至二十九年十二月施行。然二十六年因道不及。特遂先施行公司票據破產諸部分。

日舊商法不適用於其原因有三

一 未注意日之舊習慣

二 程序法與實體法混合規定

三 民商法規定衝突因民法爲法人起草商法係德人起草

三、我國商法之沿革。我國昔無商法。有之自前清光緒二十九年之欽定大清商律始。是律係載振伍廷芳等起草。僅商人通例九條。公司律百三十一條。其規定簡略。體裁不整。斷難適於應用。迨至宣統二年。農工商部提出大清商律草案。於資政院。此案內容較爲完備。然資政院未及議決。即歸廢棄。民國三年。農商部遂以清資政院未議決之商律草案略加修改。呈請大總統公布施行。同年十一月十三日。教令第五十一號。公布公司條例。三月二日。教令第二十七號。公布商人通例。均自九月一日同時施行。（商人通例施行細則第十四條。公司條例施行細則第十八條）以期暫資採用。其不曰律而曰例者。蓋未經制定法律之程序耳。（註一）

註一 民國商法沿革紀略

一 前清欽定大清商律係光緒二十九年三月二十五日命載振袁世凱伍廷芳三人起草。旋於七月十六日設商部。命伍廷芳任起草商法之責。遂先編定商人通例九條。公司律一百三十一條。於同十二月五日奉准轉

公布

二 志田氏商律草案係光緒三十四年聘日本法學博士志田鈺太郎所起草其印行於世者僅商總則及實行係兩編而已

三 商法調查案僅商總則及公司律兩編係全國商務總會所起草上於政府者

四 大清商律草案係宣統二年農工商部採取各商會所編成之商法調查案復加修訂而提交於資政院者惟未及議決即歸廢棄

五 商人通例公司條例係民國三年農商部本前清資政院未議決之商律草案並參以商法調查案略加修改呈請公布者

第五 商法之編纂

各國商法編纂之主義可分爲三。一有以商人觀念爲基礎而編纂之者。曰主觀主義。又曰商人本位制。有以商行爲觀念爲基礎而編纂之者。曰客觀主義。又曰商行爲本位制。有折衷於二者之間者。即兼用上述兩種觀念爲基礎而編纂之者。曰折衷主義。又曰兩本位制。試分述於左。

第一主觀主義。又名曰商人主義。此主義以商法爲商人之法。對於商人以外之人。原則上不適用之。故同一行爲商人爲之。則適用商法。非商人爲之。則適用民法或其他法令。依此主義而編纂商法。則首先規定商人爲商業主體之人。次規定商人於其商業上所爲之法律行爲。乃爲商行爲。商行爲草案第一條。若與商人無關係者。則無獨立之商行爲。是先有商人。然後有商行。

爲例如德國新商法是（德商法第一條）我商人通例即仿照德之新商法而採此主義者

（第一條）

第二客觀主義。又名曰商行爲主義。此主義對於特定之行爲。就其本質上而認爲商行爲。商人爲此項商行爲。因適用商法。即非商人而爲商行爲。亦適用商法。蓋只問行爲之實質。至爲之者。是否商人。及是否以之爲業。均非所問也。據此主義而編纂商法。則先列舉商行爲。次規定以商行爲爲營業曰商業。然後規定商業主體之人爲商人。是先有商行爲。然後有商人。但各國商法。尙無完全採此主義者。

第三折衷主義。兼用上述主觀與客觀二主義之謂也。依此主義。於某種行爲。無論爲之者是否商人。就其行爲之性質。而認爲商行爲（客觀主義）而於他種行爲。則因營業而爲之者。始得爲爲商行爲（主觀主義）例如日本新商法是（日商法第二百六十二條第二百六十四條）

第六 商法之法源

商法之法源者。關於商事之私法淵源也。舊商律草案第一條曰。（關於商業。本律無規定者。適用商習慣法時。無習慣法。時適用民律。）可知商法之法源。爲商法商習慣法及民法三種。然關於商事之特別法令。民事特別法令及民事習慣法。而適用於商事者亦不尠。故均爲商法之法源焉。茲將此等法源之性質及其適用之順序分述如左。

一商法。茲所謂商法。專指形式上商法而言。即所謂商法法典是也。商法爲成文法。故適用先於習慣法。商法爲特別法。故適用又先於民法。所謂先於他法者。必商法無規定時。始適用他法之謂也。

然關於商事之特別法令。又先商法而適用之。蓋商法對於商事特別法令言之。則商法又爲普通法矣。必特別法無規定。時始適用商法也。

二商習慣法。商習慣法者。關於商事之習慣。而認爲有法律之效力者。亦商法之一部也。其對於商法爲不文法。故後商法而適用之。然對於民法則爲特別法。故適用先於民法也。第所謂商習慣。法必具備二要件。所謂二要件。即第一關於商事。須有此習慣。第二關於此習慣。須遵守之如法律是也。(註一)故商習慣法與單純之商習慣。有別。且其成立之要件。與其拘束力之所由生。(註二)亦不可混同。

註一 習慣法成立之要件有四(一)有內部要素即人人有確信以爲法之心(二)有外部要素關於一定期間內同一事項反復爲同一之行為(三)係法令所未規定之事項(四)無背於公共秩序及利益(參二年上字三號大理院判決例)

註二 慣習法之拘束力有國民確信國家默認法庭採用三說

三民法。民法者。乃私法之普通法。其適用商事。自應後於商法。蓋商法對於商事特別法令言之。雖爲普通法。而對於民法言之。則關於商事之特別法也。惟茲所謂民法。乃專指民法法典而言。

然民事特別法令及民事習慣法。亦有時適用於商事。故商事所適用之法令。可依次列舉如。

- (一) 商事特別法令。
- (二) 商法。
- (三) 商習慣法。
- (四) 民事特別法令。
- (五) 民法。
- (六) 民事習慣。

本論

第一章 商人

第一節 商業

商人者爲商業主體之人也。故欲知何爲商人。須先知何爲商業。然商業一語。其意義有二。曰經濟上之意義。曰法律上之意義。而法律上商業之意義。又分爲二。即商法上之意義。及其他法令上之意義。是也。茲所欲研究者。則商業於商法上之意義而已。但商法上所謂商業。其意義若何。立法例又不一致。致有取概括主義者。（日舊商法第四條）有取列舉主義者。（德新商法第一條。日新商法第二百六十三條。第二百六十四條）概括規定。頗滋疑義。故晚近之立法例。恆採取列舉主義。即將所認定之商業。一一列舉於法文中。而商法上商業云者。即指此所列舉者而言。非其所列舉者。即不認爲商業之主義也。惟列舉主義。有限制與例示之別。茲所謂列舉。乃限制之義。非例示之謂。本通例仿德之新商法。採取限制的列舉主義。列舉所謂商業者。凡十有七焉。（第一條第二項）

一 買賣業。以得利爲之意。益有償取得動產不動產。或有價證券謂之買。將其所取得者。以得利益之意。而轉讓他人謂之賣。（參日商法第二百六十三條第一款）買賣業者。乃以買賣爲業之商業也。其買賣之標的。共分三種。曰動產。曰不動產。曰有價證券。惟不動產得爲買賣之標的。與否立法例頗不一致。德新舊商法（新商法第一條。舊商法第二百六十一條）均否認之。日商法（

第二百六十三第一款)則以明文規定。不動產亦得爲買賣之標的。本通例所謂買賣解釋上宜採日之立法例。但預約買賣(日商法第二百六十三條第二款)之標的則僅指動產及有價證券二者而言。若不動產則不包括之。其標的之取得須爲有償而其取得之動機須在得利益而爲轉讓即於取得之時有利用市價之變動得利則賣之意是也。至其實行轉讓之時果獲利益與否則非所問。

動產不動產之意義若何。應從民法之規定。(參民草第七十條)惟何爲有價證券則學說不一。而其最通行之說謂有價證券者欲行使其所表彰之權利而以占有爲要件之證券也。

二 質貸業。即以質貸之意。有償取得或賃借動產不動產。而以其所取得或賃借者轉爲質貸之行爲是也。(參日商法第二百六十四條第一款)其屬乎動產者如車船輿服之出貨是其屬乎不制產者如市房工廠之租賃是。惟茲所謂動產當然不包括金錢在內。否則將與貸金業無別矣。

三 製造業或加工業。凡加勞力於他人動產之上者曰製造或加工。其區別之標準約有二。說第一說謂製造者加勞力於材料。變其本形。而成爲異種物品也。如製木爲舟。鑄鐵爲輪是。加工者謂不變物之本形。僅加勞力於已成之物品也。如器刻以花。帛施以采是。第二說謂由自備材料而成全之者曰製造。如絲廠之繅繭。線絲紗廠之收花紡紗是。就他人之物而潤色之者曰加工。

如物之油漆。衣之彈染。是究探何說。迄未一致。然二者均以勞力爲本。且以動產爲限。則無以異也。又其製造或加工之行爲。須係爲他人而爲者。日商法曾明定之。（日商法第二百六十四條第二款）本通例雖無明文。解釋上亦不容疑。

四供給電氣煤氣或自來水業。供給者即以一定之設備。供他人利用之謂也。如電燈煤氣或自來水公司。所供給之電氣煤氣或自來水。是煤氣爲物。毫無疑義。電氣是否爲物。尙無定說。果爲物也。則其供給契約。當爲買賣。其非物也。則所供給者。無論爲電光抑爲電力。直供給勞務而已。許時則爲雇傭。（民草第七百十七條）歲事則爲承攬。（民草第七百三十四條）與供給自來水或煤氣者。似不無少異也。電氣煤氣之定爲商業者。自日之商法始。（日商法第二百六十四條第三款）本通例於電氣煤氣外。復益以自來水業。誠最新之立法例也。

五出版業。出版者。即將印刷之文書圖畫。而出售散布之謂也。（出版法第一條）故出版一語。指出售及散布二者而言。若僅出售而非廣爲散布者。（如學生筆記）或雖散布而專爲供展人覽。並不出售者。（如私刊藏本）均不得謂之出版。即以之爲業。亦非出版業也。至所出之文書圖畫。是否爲自己之著作。則非所問。（參日商法第二百六十四條第六款）

六印刷業。印刷者。用機械或印版及其他化學作用。印製文書圖畫之謂也。其印刷與出版分業行之。或與出版合業行之。及由自己爲之。抑由他人爲之。均非所問。惟攝影一事。日商法視爲一

種獨立營業。與出版印刷並列。(日商法第二百六十四條第六款)本通例仿多數立法例。視攝影爲承攬之一種。不認爲商業。故未規定之。

七銀行業兌換金錢業或貸金業。銀行業者。以金錢或有價證券之轉換爲媒介。並發達其信用之營業也。其業務之主要者。如存款匯兌折扣貸放發行兌換券買賣有價證券皆是。兌換金錢業者。(日名兩替參日商法第二百六十四條第八款)以異種類之通貨。而爲交換之謂也。如錢店是。貸金業者。以貸放金錢業之謂也。如當舖是。夫兌換金錢業及貸金業。本爲銀行業務。而本通例特認爲獨立營業。俾與銀行業並立者。蓋有不用銀行之名。而以是種爲營業者也。故各予以商業之名稱焉。

八擔承信託業。擔承信託業者。乃以擔承信託爲營業之謂也。例如甲公司欲募集公司債五百萬元。不自募集。而以公司之財產全部。抵押於信託業者之乙公司。爲之代募公司債之全部是也。此項關係。甲爲委託者。乙爲受託者。其所訂契約。曰信託契約。而應募者之第三人。(如丙丁等)爲公司債權者。若委託者(甲公司)破產。則由受託者(乙公司)代表各公司債權者。(丙丁等)實行擔保權。是即擔承信託之制度也。此制發源於英。流傳於美。各國商法。鮮有認之爲商業者。日仿美國之信託公司。定有擔保附社債信託法。(明治三十八年法律第五十二號)我商人通例。則認爲商業之一種。可謂爲進步之立法例也。

九作業或勞務之承攬業。凡加勞力於不動產者曰作業。與製造加工加勞力於動產者大不相同。如建築房屋架設橋梁是質言之。即不動產之製造加工也。作業之承攬者乃當事一方完成其事。他方與以報酬之契約。與民法上之承攬無異。以之爲業者。斯爲商業耳。

勞務有精神與體力之別。前者如醫師。是後者如工匠。是茲所謂勞務。乃指後者而言。勞務之承攬者。乃承攬勞務之供給契約也。如承攬招工之類是。（參日商法第二百六十四條第五款）

十設場屋以集客之業。場屋者。有一定設備之場所也。設備者。謂之場屋主人。來集者。謂之客。設場屋以集客之業者。乃公開場屋。以集客爲業之謂也。祇有一定設備。以集不特定之客。斯足已。無須定爲建築物。且不以場屋主人自己之場屋爲限也。如旅館劇場之建物。固爲場屋。即蹴球場賽馬場之曠地。亦場屋也。其場屋之種類。可分爲二。（一）專爲身體口腹之快樂者。如球房茶樓是。（二）專爲耳目之娛悅者。如電影場遊藝園是。（參日商法第二百六十四條第七款）

十一堆棧業。堆棧業者。乃設置營造物。而以代人保管貨物爲業之謂也。換言之。即當事者之一造。約明爲相對人保管某物。而受取報酬之營業也。其保管物者。謂之受寄人。其相對人謂之寄託人。例如倉庫營業是。（參日商法第二百五十七條）惟其保管之標的物。是否以動產爲限。抑無論產動不動產。皆可。立法例尙未一致耳。（參日商法第二百六十四條第十款）

十二保險業。保險有營業保險與相互保險之分。而營業保險。又有損害保險與生命保險之別。

損害保險。可分爲二。曰火災保險。曰運送保險。而運送保險。復分爲二。即陸上運送保險與海上運送保險是也。其詳讓之保險法。惟茲所謂保險。乃專指營業保險而言。即以收取一定之保險費者爲限。若相互保險。則不包括之。（參日商法第二百六十四條第九款）

十三運送業。運送業者。以移轉貨物或旅客之所在。爲其標的之營業也。就運送之標的物言之。有物品運送與旅客運送之分。由運送之區域論之。有海上運送與陸上運送之別。茲所謂運送。乃各種運送之總稱也。例如鐵路公司輪船公司之運送皆是。古代販賣恆兼運送。近因分業制盛行。運送遂成爲專業焉。（參日商法第二百六十四條第四款）

十四承攬運送業。承攬運送業者。謂由自己出名而以他人計算。使運送人運送物品之營業也。與運送業不同。運送業乃以實行運送爲業者。無論爲物品運送。抑爲旅客運送。總概括之。而承攬運送業者。係專指物品運送而言。若旅客運送。則不與焉。例如通運公司及客棧之包運物品。或行李是。（參日商法第二百六十四條第十一款）

十五牙行業。牙行業者。乃以自己之名。就他人（委託人）之計算。而以買賣動產。或有價證券爲業也。（商行爲草案第五十一條）故牙行業者。雖爲名義上權利義務之主體。而實際上享權利負義務者。則爲委託人也。牙行業與日本所謂問屋營業相當。（日商法第三百十三條）我商行爲草案（第五十一條）名曰行鋪營業。商事條例草案（第八十六條）又名曰買賣經紀。其買賣

之標的。有二。曰動產。曰有價證券。若不動產之買賣。或爲買賣外之行為。名之曰準牙行。日本所謂準間屋是也。(參商行爲草案第七十八條日商法三百二十條)

十六居間業。居間業。日名曰仲立營業。乃以介紹他人間。法律行爲爲業者也。例如介紹土地屋房之買賣。介紹職業雇工或金錢貸借是。與牙行業不同。蓋居間業。乃廣爲他人介紹一切商行。而不以買賣物品爲限。且目已不出名焉。吾民草(第七百五十七條)亦規定居間。故居間行。惟商事有之。民事亦然。惟其所介紹者。一爲商行爲。一爲民事契約。微有不同耳。(參日商法第二百六十四條第十一款)

十七代理業。代理業者。乃受他人之委託。而爲代理商行爲之謂也。其代理係廣爲公衆爲之者。曰商行爲代理之擔承。(日商法第二百六十四條第十二款)專爲一定商人爲之者。曰代理商。本通例既特設代理商一章。(第六十條以下)則茲所謂代理業。乃指商行爲代理之擔承而言。非專爲代理一定商人自無疑義。

右述各業。謂之商業。除第四款自來水業。第八款擔承信託業。係特別增入外。其餘各款。與各國商法之規定。大致相同。(日商法第二百六十三條。第二百六十四條。德商法第一條第二項。法商法第六百三十二條。第六百三十三條參照)

第二節 商人之意義

如前所述。商業之觀念既明。斯商人之意義確定。蓋商人者。乃爲商業主體之人也。故所謂商人。係指商法上商人而言。與世俗所稱之商人。其範圍大不相同。本通例第一條第一項於（所稱商人云云）之上。特冠以（本條例）三字。即此意也。（註一）

註一 日商法總則仿德舊商法首列法例三條。今日各國商法除匈意葡等國商法外。無有如日本商法首列法例。吾商人通例首以商人名章。不設法例。蓋採德之新商法也。

本通例所規定之商人。可別爲二：（一）因爲商業而稱爲商人。（二）依註冊而作爲商人。詳言之。前者乃以純粹商行爲爲業（第一條）法律上原有商人資格者。各曰實質的商人。後者乃非以純粹商行爲業。不過有商業之規模布置。註冊後始取得商人資格者（第二條）名曰形式的商人。此蹈襲德國新商法之立法例也。所不同者。形式的商人在德商法有強制註冊（德商法第二條）與任意註冊（德商法第三條第二項）之別。而在吾商人通例。則爲任意註冊而已。（註一）試分述其意義如左。

註一 德商法形式的商人有爲強制註冊者。即非以純粹商行爲爲業。而其營業之方法及範圍。全依商人施設者。則強令註冊（德商法第二條）有爲任意註冊者。即以農業林業爲主業。而以商業爲副業者。可任意註冊（德商法第三條）

第一實質的商人 卽本通例第一條所規定之商人也。換言之。卽爲商業主體之人也。實質的商

人之要件可分述如左。

一須爲商業。商業與事業不同。而與營業亦異。事業者以某種動機繼續從事於某行爲之謂。其動機在營利者爲營業。否則爲非營業。其行爲係商行爲者爲商業。否則爲非商業。例如貧民之救助。乃以慈善爲動機。故爲事業而非營業。鑛山之開闢。雖以營利爲動機。而行爲則非商行爲。故可謂之營業。而不得謂之爲商業。蓋實質的商人。乃以本通例第一條所列舉之商業爲其營業之謂。若偶爲商業而不以之爲業者。不得謂之商人。例如買賣人皆爲之。惟爲之者未必即爲商人。究爲商人與否。視其以買賣爲業與否而定之。營業二字其意義有主觀與客觀之別。客觀營業。乃商人營業上財產之全體。主觀營業。乃以營業爲所得之通常來源。而爲一團之私法行爲也。茲所謂營業。係指主觀之意義而言。

一須爲商業之主體。商業主體者。即關於商業爲其權利義務之主體也。凡有權利能力者（民草第五條）均可爲之。蓋商之主體不必親執行其業務。且其商業之損益亦不必悉歸於自己也。例如監護人爲被監護人經營商業。被監護人雖爲商人。而監護人則非商人。又如牙行業者或承攬運送業者。雖其商業之損益不歸自己。然亦不失其爲商人。但非商業主體之人。即令事實上經營商業。亦不得謂之爲商人。如經理人（第三十一條）夥友（第四十條）無限責任股東（公司條例第十八條第八十五條）及董事（公司條例第一百七十五條）監察

人（公司條例第一百七十條）等是。

第二形式之商人。本通例第二條曰：（凡有商業之規模布置者。自經呈報註冊後。一律作為商人。）是即所謂形式之商人也。依此規定。商人之範圍。大為擴張。例如礦業漁業森林業。雖非本通例第一條所列舉之商業。而為之者。苟選派經理。揭示商號。居然有商業之規模布置。則一經註冊。法律上即認為商人。是以註冊為取得商人資格之要件。蓋做德之新商法也。試舉形式之商人之特徵。如左。

一 所營之業。不屬於本通例第一條之所列舉者。

二 營業之設施。（即方法及範圍）有商業之規模布置者。

三 商人之資格。經註冊後始能取得者。

第三節 商人之分類

商人之分類。因觀察之點不同。斯所分之種類亦異。就營業之主體言之。可分為業個人與商法。人。就營業之規模觀之。可別為大商人與小商人。試分述於左。

第一商個人。指自然人為商人而言。商人無庸親執行其業務。前已述之。故自然人有權利能力者。皆得為商人。其是否有行為能力。則非所問。惟限制能力者及無能力者之為商人。須具備法定條件。又法律上對於特定之人。或特定商業。恆設有限制。其詳俟後述之。

第二、商人。法人有公法人與私法人之別。其得爲商人與否。不可一概而論。試分述之。

一、公法人。公法人者。國家及其他公共團體之謂。國家得爲商人與否。立法例大不一致。舊新商法（第二十六條第四十二條第四百五十二條）明定國家得爲商人。意大利商法（第七條第十七條）則反之。日商法雖無國家得爲商人之明文。而有國家爲商人之實例。本通例關於國家得爲商人與否。雖無明文規定。然國家經營特種營業。乃事實上所不能免者。故解釋上宜認國家得爲商人。蓋無庸疑。

國家以外之公法人如地方團體。有時亦得爲商人。德新商法（第三六條）曾明定之。蓋爲社會政策計。如電氣煤氣等商業。宜令地方團體經營之。庶不至爲私人壟斷。致害公益。故此種公法人亦宜認其得爲商人。

公法人爲商人時。日商法（第二條）設有特別規定。即關於其營業上之商行爲。除法令別有規定外。均適用商法是也。本通例無此規定。蓋公法人爲商業時。恒設特別法令。即日商法第三條。亦罕見其適用焉。

二、私法人。私法人有依商法而成立者。有依民法而成立者。依商法而成立之法人。如公司是。公司者。乃以商業爲目的之法。人當然得爲商人。依民法而成立之法人。有社團法人與財團法人之別。（民草第六十條）又有無經濟上目的及有經濟上目的之分。（民草第六十七

條第六十八條)無經濟上目的之社團法人及財團法人。日民法名曰公益法人。德民法名曰非經濟法人。其不得為商人。殆為學者之通說。至有經濟上目的之社團法人。即日民法所謂營利法人。雖準用關於公司之規定。(民草第六十七條日民法第三十五條公司條例施行細則第一條二項備考一)然其得為商人與否究難一概而論。蓋營利法人而不以商行為業。與公司之純以商行為業者。兩者終有不同耳。

備考一 日民法第三十五條

以營利為目的之社團依商事公司設立之條件得為法人

前項之社團法人準用關於各商事公司之規定(比較公司條例施行細則第一條第二項)

第三大商人。大商人對於小商人而言。乃以商行為業者之總稱也。與單稱商人。殆無以異。特以有小商人之名稱。則非小商人者。遂名之曰大商人。是乃商法上之區別。與經濟學者所謂大商人與小商人。其意義大不相同。

第四小商人。法國商法。無所謂小商人。不論商人之資格。及其設備之如何。於商法之適用。毫無差異。惟手工業者。則不以之為商人。德日商法。均有小商人之規定。本通例亦然。夫商人者。謂為商業主體之人。其營業範圍之大小。似非所問。然關於商人之特別設備。對於規模較小之商人。實無強行之必要。故商號商業註冊商業賬簿之規定。小商人不用之。試舉本通例規定之小

商人如左（第三條日商法第八條）

（一）沿門或在道路買賣物品之商人。

（二）手工範圍內之製造人或加工人。

（三）其他小商人。即資本總額不滿五百元者是也。（商人通例施行細則第三條）

小商人之範圍已如右述。但尙有宜注意者：（一）沿門或在道路買賣物品之商人及手工範圍內之製造人或加工人。其資本額雖踰五百元以上亦仍爲小商人。蓋所謂沿門云云。乃以營業方法爲標準。而定小商人之範圍。與其資本之多寡固無涉也。（二）公司雖得以五百元未滿之資本設立之（註一）然不得以之爲小商人。蓋商號商業註冊及商業帳簿之規定對於公司雖制適用。其資本多寡非所問也。（三）一人而兼有商人與小商人之資格亦無不可。蓋一人經營大小兩種商業。事實上往往有之。例如某人一面出資千元營運送業。一面出資二百元營貨貸業。其於運送業爲普通商人。而於貨貸業則爲小商人。故關於運送業應適用商號商業註冊商業帳簿諸規定。而於貨貸業則不適用之。

註一 依公司條例第九十七條股分有限公司得由七人組織之又第百二十四條每股數得爲五十元但一次全

繳者不妨爲二十元是公司資本總額可爲三百五十元或百四十元

第四節 商人之資格

商人通例 要論

商人之資格。乃商業主體於其營業上。稱爲商人。之謂。故必有客觀之營業。始有商人之可言。在自然人之商人。乃於其營業範圍內而稱爲商人。故一面有商人資格。一面仍不妨有他種之資格。惟法人之商人。則僅於其目的範圍內。而有法律上之人格。故公司除有商人資格外。他無何種之資格也。商人資格之得喪。與商法之適用。大有關係。試分述於左。

第一商人資格之發生。商人資格何時發生。則實質的商人。與形式的商人。略有不同。在前者。則自表示其爲商業主體之意。思時發生。在後者。則自呈報該管官廳註冊後。發生。惟所謂表示其爲商業主體之意。思。則學說有二。有謂須表示於外部者。有謂不必表示於外部者。例如某甲時常委居間業者。隱行定期買賣。從前說雖非商人。從後說則爲商人。然爲商業主體之時。須由外部。有可以認識之事實存在。始爲得當。故以探前說爲宜。

所謂表示於外部者。非向公眾表示之謂。祇有表示之事實。斯可矣。至何爲表示之事實。則學說又分爲二。有謂開業爲表示之事實。則應自開業之時爲商人。然公司在開業前。已取得商人資格。公司條例第五條。是說殊不足採。有謂商業布置爲表示之事實。則應自布置完備時爲商人。然完備與否。殊難確定。要之表示事實。與否。純爲事實問題。斷難抽象的解之。

右述云云。乃指自然人之商人而言。若公司。則自其成立之時。取得商人資格。徵之公司條例規定。蓋無容疑。參公司條例第九條第八十一條。第四百四條。第四百十九條。第五百二十八條。

第二商人資格之消滅。商人資格之消滅其情形不一。有由於商業廢止者。有由於全部營業轉讓者。有由於營業繼續不能者。有一於此商人資格即歸消滅。惟公司解散及破產宣告是否爲商人資格消滅之原因。則學者頗有爭論。茲分述於左。

一商業廢止。商人者爲商業主體之人。故商業乃實質商人之最要條件。若商業廢止。則其商人資格當然消滅。然此就商業全部廢止而言。若一人兼營兩種商業。而僅廢止其一。則其商人資格僅就其廢止之商業。視爲消滅而已。對於其餘之商業。固仍爲商人也。至註銷註冊撤去牌號。則非商業廢止之標準。自不得爲商人資格消滅之原因。是爲與形式的商人之異點。

(註一) 形式的商人資格自註銷其營業註冊時消滅實質的商人資格自表示其不爲商業主體之意時消滅之

二營業轉讓。商業主體乃商人條件之一。若將營業全部轉讓。則不得爲商業主體。而其商人資格應歸消滅。自不待言。若僅轉讓營業一部。或僅轉讓商號。則營然仍然繼續存在。商人資格亦不因之而消滅。須注意焉。

三營業不能。商人營業事實上或法律上。至於不能時。商人資格即應消滅。其由於事實上不能者。如商人死亡。無人繼承其營業。是其基於法律上不能者。如營業禁止及營業許可之撤銷。是惟營業不能與商業廢止不同。蓋營業不能。商業必歸於廢止。而商業廢止。則非悉由於營業不能。故商業廢止。營業轉讓。學者謂爲自動的。不爲商業主體之表示。營業不能。則謂爲

被動的，不為商業主體之表示。而其為商人資格消滅之原因，則無以異。

四公司解散。公司之商人資格，有謂自解散時消滅者。然公司條例第五九條曰：「凡解散之公司，在清算範圍內，視為尙未解散。」蓋公司解散後，雖失其營業之能力，而其法律關係，殊難立即斷絕。故須清算以處理之。在此清算時期，我公司條例第五十九條，既明定公司尙未解散，則其法人資格即當然仍為存在。故公司解散，非商人資格消滅之原因。必清算終了，後公司乃真為解散。商人資格始歸消滅。

五破產宣告。破產宣告，是否為商人資格消滅之原因，學者頗有爭論。依破產法規定，破產人於其破產財團，仍不失其所有權。不過法律為保護債權者計，奪其占有管理處分之權而已。而破產人之權利能力，行為能力，固未因破產宣告而剝奪之。故破產人對於破產財團所為之行爲，惟限於有害債權者，不生效力。非一切行爲，皆無效也。雖破產人於破產宣告後，實際上與失行為能力者，毫無以異。然為商業之主體，本不以行為能力為要件。故破產宣告，非商人資格當然消滅之原因。但因破產宣告，往往至於營業不能，或營業廢止，其商人資格終歸於消滅而已。

第五節 商業之限制

商業主體，凡有權利能力者，均可為之。已如前所述矣。且營業自由，幾於各國僉同。歐美諸國，均賦

在憲法。我憲法第九條亦明定之。故經營商業。似無限制。然關於特定商業或對於特定之人。亦非毫無限制者。試分述其限制於左。

第一因營業性質之限制。其情形有二。列舉於左。

一由於違反公益而受限制者。例如販賣鴉片或其吸食器具之營業。及販賣猥褻書畫之營業。均有害公益。應行禁止之類是。

二基於行政理由而受限制者。例如郵政、鐵路、食鹽、烟草、電話、電報、等營業。基於行政上之理由。往往以特別法令。定為政府經營之專業。或須經官廳核准。始可經營之類是。

第二因職務之限制。其情形有二。列舉於左。

一因從事特別職務。而被限制營業或被禁止營業者。例如官吏不許經營商業之類是。

二因經營特定營業而被禁止兼營他業者。例如交通銀行中國銀行禁止兼營他業之類是。

第三因競業禁止之限制。其情形有二。列舉於左。

一因資格而受限制者。例如經理人非得商業主人之允許。不得為自己或他人經營商業。（商人通例第三十八條）代理商非有本商人允許。不得為自己或他人經營與本商人營業相同之商業。（商人通例第六十六條）公司之無限責任股東。非經他股東全體允許。不得為自己或他人為本公司營業範圍內之行爲。（公司條例第二十八條）股份有限公司之董事。

非得監察人之允許。不得爲自己或他人爲本公司營業範圍內之行爲。（公司條例第五百十八條第二項準用第二十八條）是。

二因營業轉讓而受限制者。例如營業之轉讓人。在十年以內。不得於同一城鎮鄉內。爲同一之營業。（商人通例第二十二條）商業主人與商業使用人預以契約訂明至委任或雇傭關係終了後。仍於其營業上行爲受限制之類是。（商人通例第五十三條）

第二章 商人能力

營業自由。近世通例。商人資格。原則上本無限制。故有獨立訂結契約負擔義務之能力者。即民法上所謂有行爲能力者。（民草第七條註一）其得爲商人。自不待言。（第四條日舊商法第十條）即僅有權利能力者。亦得爲之。蓋得爲商人者。乃得爲商業主體。非得自己經營商業之謂。得爲商人與否。與得自己經營商業與否。二者不可相混。前者乃權利能力之問題。後者乃行爲能力之問題。也。試述本通例關於商人能力之規定如左。

註一 民草關於行爲能力之規定如左

第一有行爲能力者要件有二

(一) 達於成年（民草第十條）

(二) 有識別力（民草第十八條）

第二無行為能力者共有二種

(一) 未滿七歲之未成年人(民章第十二條)

(二) 禁治產人(民章第十九條)

第三限制行為能力者共有三種

(一) 滿七歲之未成年人(民章第十三條以下)

(二) 禁治產人(民章第二十三條以下)

(三) 妻(民章第二十六條以下)

第一未成人。即生齡未滿二十歲者(民章第十條)其為商人之情形可分為三種如左。

一 無法定代理人之允許自營商業。未成人之行為未經法定代理人之允許雖原則上得以撤銷(民章第十四條)但非絕對無效。故無法定代理人之允許自營商業。不過商業上之交易難期確實而已。而於其為商業之主體固無妨也。

二 得法定代理人之允許自營商業。依民法規定。子營職業須經行親權之父或母允許(民章第一千三百七十五條)日民法第八百八十三條)被監護人營業須經監護人之允許(民章第一千四百九條)日民法第九百二十一條)蓋未成人之智能發達至能自為營業時其法定代理人得允許其經營商業(註一)惟未成人之父母允許其自營商業無須經親族

會之同意。若監護人允許被監護之未成年人自營商業。則須經親族同意。(民草第一千四百二十一條第一項) 始得允許之。其行親權者爲繼母或嫡母。允許其未成年之子自營商業時亦然。(民草第一千三百七十一條準用第一千四百二十一條) 若允許與否。親族會不能議決時。得呈請審判廳審判之。(民草第一千四百四十九條日民法第九百五十二條)

註一 法定代理人之允許無須一定方式。明許默許及允許一種營業或數種營業均無不可。

未成年人。若依法得營業允許後。則與成年人有同一之能力。(民草第十六條) 即就其營業一切行爲。均得全權操縱。獨立爲之。不必更一一經法定代理人之允許。始得與第三者爲有效之法律行爲也。其由法定代理人之允許。而於公司負擔無限責任時。則關於公司之業務。亦與成年人同視。(第六條日商法第六條備考一)

備考一 日商法第六條

許爲公司無限責任股東之未成年或妻關於其公司之業務看做能力者

惟經允許與否。他人莫得而知。第三者與之交易。恆恐有撤銷之虞。殊非交易安全之道。故應取其允許憑證。由未成年人及其法定代理人署名簽押。呈報該管官廳註冊。(第六條商業註冊規則施行細則第十七條日商法第五條) 且營業開始後。若未成年人於其營業上有不勝任之事跡。時則法定代理人得將前之允許撤銷或限制之。(註一) 其撤銷或限制。亦應

呈報註冊。但不得對抗不知情之第三者。(第七條商業註冊規則施行細則第十九條)惟本通例第七條第二項。謂不得對抗知情之第三者。民草第十六條之理由書。則謂即向善意之第三人。亦可對抗。兩者未免矛盾。宜修改之。

註一 行親權者之父母撤銷或限制其允許無須得親族會之同意。若嫡母繼母或監護人則不然。非得親族會同意。不得撤銷或限制之。

三由法定代理人代營商業。代營者。未成人。仍為商業主體。之謂。蓋未成人若關於營業之利害。非其智識所能及。則經營商業。不得不由法定代理人代為之。依民法規定。原則上由行親權人(父母)代營商業。(民草第一千三百七十條第一千三百七十六條)若無行親權人。則由監護人(祖父母)代之。(民草第一千四百一十條第一千四百二十條)無法定監護人。(民草第一千四百十二條)則由父母遺囑所指定。(民草第一千四百十三條)或親族會議所選定。(民草第一千四百十四條)之監護人代之。(第五條第一項)

行親權者之父母。代其未成年之子經營商業。無須經親族會之同意。若由行親權者之嫡母繼母或監護人。代營商業。則非經親族會之同意。不得為之。(民草第一千四百二十一條第一項第一千三百七十一條)若親族會不能議決得。呈請審判廳審判之。(民草第一千四百四十九條)

法定代理人代營商業。第三人不知其確為何人之營業。因而受害者。往往有之。故不問法定

代理人爲行親權者或監護。人均應呈報註冊。第五條第二項日商法第七條第一項。且法定代理人之代理權。雖由未成年者之親族會議。加以限制。(民草第一千三百七十一條第一千四百二十一條第一千四百二十七條)亦不得對抗不知情之第三者。(第五條第三項日商法第七條第二項)

第二禁治產人。禁治產者。即本通例所謂心神喪失者。(第五條)民法上認無絕對無能力者是也。(民草第二十一條日民法第九條)無行爲能力人之行爲無效。(民草第八條第一項)經營商業。須與他人爲種種法律行爲。故禁治產人。不得自營商業。應由法定代理人代爲之。

第三準禁治產人。準禁治產者。即本通例所謂羸弱人、聾人、啞人、盲人、及浪費人。(第五條)民法上認爲限制無能力者是也。(民草第二十三條)準禁治產者。經保佐人之同意。(註一)得自己經營商業。本通例雖無明文規定。解釋上亦無疑義。蓋據民草第二十五條規定。準禁治產人。與滿七歲之未成年人。有同一之能力。未成年人。既得自營商業。準禁治產人。亦當然得自營商業也。至其得由法定代理人代營商業。則與未成年人同。(第五條第一項)

註一 依日民法規定。保佐人非法定代理人。故保佐人不得代準禁治產人經營商業。而本通例則不然。依本通例第五條規定。雖保佐人亦爲法定代理人。故得代準禁治產人經營商業。

右述禁治產者。及準禁治產者。由法定代理人代營商業時。均須呈報註冊。且其代理權限。卽由親族會議。加以限制。亦不得對抗不知情者之第三者。均與對於未成年人之規定相同。前已述

之。茲不贅。(第五條第二項第三項)

第四妻 即本通例所謂有夫之婦。其經營商業。若未得夫之允許。則其商業之行爲。得撤銷之。若經夫允許後。則於其商業。即與獨立之婦。有同一之能力。(民草第二十八條第一項)其經夫允許。而於公司負擔無限責任時亦然。惟其經營商業。須經夫之允許者。乃由於夫權之作用。非因其能力之欠缺。故有左列各款情形。時則無庸經夫允許。即可自營商業。試列舉其情形如左。(民草第三十條)

一 夫婦利益相反

二 夫棄其妻

三 夫爲禁治產人或準禁治產人(註一)

註一

夫爲禁治產人或準禁治產人時。依民草第一千四百三十三條及一千四百三十九條規定。妻可爲其監護人或保佐人。故妻之營商無須經夫允許。

四 夫爲精神病入

五 夫受一年以上之徒刑在執行中者

有夫之婦。若依法經夫允許。自營商業時。應取其允許憑證。由本人及其夫署名簽押。呈報該管官廳註冊。(商業註冊商業註冊規則施行細則第十八條)日商法第五條)雖得有允許。若於營業上有不勝任之事跡時。則其夫仍得撤銷其允許或限制之。但其撤銷或限制。亦應註冊。且不

得對抗不知情之第三者(第七條)

諸無能力者由法定代理人代營商業(第五條)或限制能力者之自營商業(第六條)及其營業之允許經撤銷或限制者(第七條)均應呈報註冊。已如前所述矣。此項註冊義務即其經營商業及撤銷或限制。係在本通例施行以前者。本通例亦適用之。(商人通例施行細則第五條)惟曾依舊例立案給示者。則與依本通例註冊者有同一之效力。(商人通例施行細則第六條第一項)

第三章 商業註冊

第一節 總說

商人之營業。乃對於公眾繼續行之者。故與公眾之利害關係頗巨。若無一定方法以表示其營業狀態。非特不能保護公眾之利益。抑且無以昭著自己之信用。各國商法咸設商業註冊規定。蓋由於此。

在昔羅馬時代。商店須懸揭商牌。(俗名招牌)降及中世。商人團體之制起。而團員名簿之制生。商人須登載其名於團員名簿。始取得商人資格。嗣後漸漸進化。遂成現今之商業註冊。但今日商業註冊制度。立法例亦不一。致有設一般之規定。為各種註冊事項之通則者。德法系商法屬之。如日本西班牙葡萄牙商法。有不揭一般通則。僅規定各種註冊事項者。法法系商法屬之。如比利時荷蘭意大利商法。是我商人通例仿德法系。故亦設一般之規定焉。

第二節 商業註冊之意義

商業註冊者。依法定程序。於營業所所在地之該管官廳。就商法所規定之註冊事項。註明於商業註冊簿之謂也。(第八條日商法第九條)該管官廳。指縣知事署而言。(商人通例施行細則第四條商業註冊規則第一條)攷各國管理註冊機關。多以審判廳充之。(日商法第九條德商法第八條)前清商律草案。(第七條備考一)亦係由審判廳管理之。本通例以地方法院尙未遍設。故易爲該管官廳。使行政機關管理之。所謂法定程序。即商業註冊規則所規定之程序。所謂註冊事項。須係商法上之所明定者。若依民法規定所應註冊之事項。則非商業註冊。如不動產註冊是。(民草第九百七十九條)

備攷一 商律草案第七條

本條例規定應登記之事項。須由當事人聲明營業所所在地之審判衙門登記於商業登記簿

第三節 商業註冊之程序

註冊之程序者。即實行註冊時所經過之程序也。其情形可分述如左。

第一、註冊所。註冊事務。於聲請註冊人營業所所在地之該管官廳爲之。(第八條)是名之曰註冊所。註冊所在各省地方法院未遍設以前。暫以縣知事署當之。(商業註冊規則第一條商人通例施行細則第四條)至註冊所詳細辦法。則另以施行細則定之。(第十五條)

第二、稟請書。當事人、聲請註冊時、應具稟請書。依本通例規定。聲敘事實。由稟請人署名蓋章或簽押。向各該縣註冊所稟請之。(商業註冊規則第五條)公司、稟請註冊、亦應具稟請書。依公司條例規定。逐款填報事實。股份有限公司由董事。其他各公司由執行業務之股東。署名蓋章或簽押。向各該縣註冊所稟請之。(公司註冊規則第一條)其稟請書須具備法定之形式。載明一定之事項。若由代理人稟請者。且須加具代理之囑託書。(商業註冊規則施行細則第八條)公司註冊規則施行細則第三條)註冊所、自當事人稟請之日起。除有特別情事得延長期限外。應於三日內。將註冊、事務、辦理完竣。(商業註冊規則第二條)

第三、註冊當事人。商業註冊。以由當事人、聲請為原則。(商業註冊規則施行細則第三條)所謂當事人。即稟請註冊之人也。然因註冊事項不同。是以當事人亦異。試列舉之。如左。

一、法定代理人代無能力者營商業時。即由法定代理人稟請註冊。(第五條第二項)其稟請書內須加具足證明其資格。及已得親族會同意之證明書。(商業註冊規則施行細則第二十二條)若因法定代理人死亡。而其註冊事項消滅。則由法定代理人之監督人稟請註冊。且須加具足證明其註冊事項消滅之文件。(商業註冊規則施行細則第二十三條第二十四條) 民草第一千四百二十六條)

二、未成年人自營商業時。即由未成人。或與其法定代理人、聯名稟請註冊。其稟請書內須載

明營業之種類。並加具已得法定代理人允許之證明書。若未成年人死亡。而其註冊事項消滅。則由其法定代理人稟請註冊。且須加具足證明其註冊事項消滅之文件。(商業註冊規則施行細則第十七條第二十一條第二十四條)

三有夫之婦自營商業。即由有夫之婦。或與其本夫聯名稟請註冊。其稟請書內須載明營業之種類。并加具已得本夫允許之證明書。若有夫之婦死亡。而其註冊事項消滅。則由其本夫稟請註冊。且須加具足證明其註冊事項消滅之文件。(商業註冊規則施行細則第十八條第二十二條第二十四條)

四商號註冊。由選用該商號之人稟請。商號轉讓。則由讓受人稟請之。商號註冊之稟請。除載明一定事項外。(註一)須載明其營業種類。凡承頂已註冊之商號。稟請註冊者。須加具證明其資格之文件或轉讓之契約。商號廢止或變更。當事人應即稟請註冊。若由其繼嗣或法定代理人稟請時。須加具證明其資格之文件。(商業註冊規則施行細則第十二條第十二條第十三條第十四條)

註一 所謂一定事項參商業註冊規則施行細則第八條

五經理人選任解任之註冊。(註一)均由商業主人稟請之。在公司則由代表公司之股東或董事稟請之。經理人選任註冊之稟請。除載明特定事項外。須加具其選任之證明書。其解任經

理人之註冊。亦須加具其解任之證明書。(商業註冊規則施行細則第二十五條至第二十七條)

註一 經理人之選任解任參本通例第三十七條公司條例第二十條第八十七條第一百五十七條

六公司設立之註冊參公司條例第十一條第八十三條第二百一十一條第二百三十八條)在無限公司。由全體股東。在兩合公司。由全體無限責任股東。在股份有限公司。由董事及監察人全體。在股分兩合公司。由無限責任股東及監察人全體稟請之。(公司註冊規則施行細則第六條第十一條第十二條第二十一條

七公司支店設立本店支店遷移及事項變更之註冊(公司條例第十二條第十三條第十四條第八十一條第二百二十二條第二百三十一條第二項)在無限公司。由代表公司之股東全體。在兩合公司與股分兩合公司。均由代表公司之無限責任股東全體。在股份有限公司。則由董事全體稟請之。(公司註冊規則施行細則第七條第一項第十一條第一項第十三條第一項)

八公司解散之註冊(註一)在無限公司。由全體股東或其繼嗣。在兩合公司。由全體無限責任股東或其繼嗣。在股分有限公司。由全體董事及監察人。在股分兩合公司。由全體無限責任股東或其繼嗣及監察人稟請之。(公司註冊規則施行細則第八條第十一條第一項第十

八條第二十五條)

註一 公司解散之註冊參公司條例第五十一條第九十六條第二百一十五條

九無限公司或兩合公司因各股東稟請而解散者(公司條例第五十八條)其註冊由各股東稟請之。(公司註冊規則施行細則第十條第十一條)

十資本增減之註冊。在股份有限公司由董事及監察人全體。在股份兩合公司。由無限責任股東及監察人全體稟請之。(公司註冊規則施行細則第十四條第十五條第二十條第二十三條)

十一公司債募集清償或分還之註冊。在股份有限公司由董事全體。在股份兩合公司由無限責任股東全體稟請之。(公司註冊規則施行細則第十六條第十七條第二十三條第二項第三項)

十二清算人選任解任及清算終了之註冊。均由清算人稟請之。(公司註冊規則施行細則第二十七條第二十八條第二十九條)

十三公司因官廳命令而解散者其註冊則由官廳知照該管註冊所爲之。(商業註冊規則施行細則第三條公司註冊規則施行細則第八條第三項第十一條第一項第十八條第三項第二十五條第三項)至破產註冊則由審判廳通知該管註冊所爲之。(破產法草案第二

十九條第三百二十條第二項)

第四商業註冊簿。註冊所爲商業註冊。須依法定格式。備置各種簿冊。(商業註冊規則施行細則第二條公司註冊規則施行細則第二條)是名之曰商業註冊簿。依註冊之種類。得分爲數種如左。(商業註冊規則施行細則第一條公司註冊規則施行細則第一條)

一商號註冊簿。

二經理人註冊簿。

三未滿二十歲者營業註冊簿。

四有夫之婦註冊簿。

五法定代理人營業註冊簿。

六無限公司註冊簿。

七兩合公司註冊簿。

八股分有限公司註冊簿。

九股分兩合公司註冊簿。

第五註冊期間。註冊期間。有毫無規定者。有僅定爲速行註冊者。有定爲十五日者。此十五日期間。應自何時起算。則因各種註冊而不同。原則上。自應註冊事項發生時起算。然亦有明定其起

算點者。例如公司條例第十一條第八十三條之類是

第六註冊更正。當事人於註冊後。若覺察註冊中有錯誤或遺漏。得稟請更正之。（商業註冊規則施行細則第六條）商業註冊之稟請。註冊所若查有違反法令時。應令更正後始可註冊。若註冊所於處理註冊事務有違反法令時。得由稟請人或利害關係人詳具理由。稟請農商部核辦。（商業註冊規則第六條）

第七註冊規費。商人於本店所在地內。因商號之創設或承頂稟請註冊者。應繳註冊規費銀三元。因其他事項稟請註冊者。每次應繳註冊規費銀一元。（商業註冊規則第七條）公司於本店所在地稟請設立註冊。或因增加資本稟請註冊。均應依公司種類及資本多寡。分別照繳註冊費。若公司因其他事項稟請註冊者。一律繳註冊費銀三元。其因解散及清算稟請註冊時。則繳註冊費銀一元。（公司註冊規則第三條第四條）

第八註冊審查。商業註冊。乃公示商人之重要法定事項。故註冊事項。必須真實。然究真實與否。註冊官吏。頗難悉知。故註冊官吏。受註冊稟請書後。得審查之。惟其審查權限。應至如何程度。則學說有二。即形式審查主義。實質審查主義。及折衷審查主義。是也。試分述於左。

一形式審查主義。註冊官吏。對於註冊稟請。僅審查形式上是否適法。至其註冊事項。實際上是否真實。則非所問。故亦無庸審查。是為形式審查主義。此主義專重形式。不顧真實。故事項。

雖經註冊亦難證明其爲真實。未免有背商業註冊之精神。故不能採用之。

二實質審查主義。註冊官吏對於註冊稟請。不惟須審查其形式上是否適法。而其稟請事項之真僞亦須審查。是爲實質審查主義。依此主義。凡經註冊事項。即有證明其爲真實之力。與商業註冊所以公示法定事項。俾衆週知之用意。甚相符合。我商業註冊規則施行細則第二十八條曰：（註冊官吏受註冊稟請後。應調查關於稟請之一切事項。）即採此實質審查主義者。

三折衷審查主義。即折衷上述二主義之謂。蓋在實質審查主義。若就種種註冊事項。而一一探究其事實真僞。事實上殊不可能。然依形式審查主義。祇稟請書形式具備。縱註冊官吏明知其稟請事實虛僞。亦仍須爲之註冊。而與以法律上之效果。則註冊事項之真實。又不可期。故折衷於二者之間。俾註冊官吏僅有實質審查之職權。而不負實質審查之義務。惟遇註冊事項。其真否有可疑時。則註冊官吏職權上得審查之。是爲折衷審查主義。據此主義。其事項雖經註冊。亦未必爲推定其事項爲真實之基礎。其證據力。若何由審判官自由裁判之。就立法論。似以此主義爲優。

右述規定。乃關於普通商業註冊之程序。若所營商業。關於特許及許可者。應查照專章辦理。（第

第四節 商業註冊之原則

商業註冊。是否爲商人義務。主體不同。規定亦異。故關於註冊事項。有強制註冊。與任意註冊之別。註冊與否。由當事人任意爲之。雖不註冊。亦毫無制裁者。曰任意註冊。事項如自然人商人之註冊。是若爲必須註冊。不註冊即予以制裁者。曰強制註冊。事項如法人商人之註冊。是何者爲強制。何者爲任意。應就各條而論定之。茲揭關於商業註冊之兩大原則。如左。

第一凡應在本店該管官廳註冊之事項。除本通例別有規定外。於支店該管官廳亦應註冊。（第九條日商法第十條）所謂別有規定。如經理人之選任或終任註冊是。（第三十七條日商法

第三十一條）

第二業經註冊之事項。如有變更或消滅。應隨時呈報該管官廳註冊。（第十三條日商法第十五條）其曾依舊例立案之事項。如已變更或消滅。雖在本通例施行後。亦應依本通例註冊（商人通例施行細則第六條第二項）所謂變更。即註冊事項中生有變更。須爲變更註冊是。（公司條例第十四條第二百二十二條）所謂消滅。即註冊事項歸於消滅。須爲消滅註冊。如經理人之解任及其代理權之消滅註冊是。（第三十七條日商法第三十一條）

第五節 商業註冊之種類

商業註冊之種類。可分爲三。（一）關於一般商人者。（二）關於無能力商人者。（三）關於公司者。試

依本通例及公司條例之規定列舉於左。

第一、般、商、人、之、註、冊。 分爲二種。即商號註冊與經理人註冊是也。分述之。

甲商號之註冊。 商號註冊於商號註冊簿爲之。(商業註冊規則施行細則第一條第一號)其種類如左。

一商號選定之註冊。(第十九條日商法第十九條)

二商號轉讓之註冊。(第二十一條日商法第二十一條)

三商號變更之註冊。(第二十四條日商法第二十四條)

四商號廢止之註冊。(第二十四條日商法第二十四條)

乙經理人之註冊。 經理人註冊於經理人註冊簿爲之。(商業註冊規則施行細則第一條第二號)其種類如左。

一經理人選任之註冊。(第三十七條日商法第三十一條)

二經理人解任及其代理權消滅之註冊。(第三十七條日商法第三十一條)

第二、無、能、力、商、人、之、註、冊。 分爲三種。即未成人(未滿二十歲者)之註冊。有夫之婦(妻)之註冊。及法定代理人之註冊是也。分述之。

甲未成人之註冊。 未成人之註冊於未成人營業註冊簿爲之。(商業註冊規則施行細

則第一條第三號)其種類如左。

一獨立營業之註冊(第六條日商法第五條)

二營業允許撤銷之註冊(第七條第二項)

三營業允許限制之註冊(第七條第二項)

乙有夫之婦之註冊。有夫之婦之註冊。於有夫之婦營業註冊簿爲之。(商業註冊規則施行細則第一條第四號其種類如左。

一獨立營業之註冊(第六條日商法第五條)

二營業允許撤銷之註冊(第七條第二項)

三營業允許限制之註冊(第七條第二項)

丙法定代理人之註冊。法定代理人之註冊。於法定代理人營業註冊簿爲之。(商業註冊規則施行細則第一條第五號)其種類如左。

一代理營業之註冊(第五條第二項日商法第七條第一項)

二營業禁止之註冊(第十三條日商法第十五條)

第三公司之註冊。分爲四種。即無限公司之註冊。兩合公司之註冊。股份有限公司之註冊。及股份兩合公司之註冊。是也。分述之。

甲無限公司之註冊。無限公司之註冊於無限公司註冊簿爲之。(公司註冊規則施行細則

第一條第一號)其種類如左。

一 公司設立之註冊。(公司條例第十一條日商法第五十一條)

二 支店添設之註冊。(公司條例第十二條日商法第五十一條第二項)

三 本支店遷移之註冊。(公司條例第十三條日商法第五十二條)

四 事項變更之註冊。(公司條例第十四條日商法第五十三條)

五 出資減少之註冊。(公司條例第三十八條日商法第六十六條)

六 公司解散之註冊。(公司條例第五十一條日商法第七十六條)

七 公司合併之註冊。(公司條例第五十六條日商法第八十一條)

八 清算人之註冊。(公司條例第六十五條日商法第九十條第九十七條)

九 清算了結之註冊。(公司條例第七十六條日商法第九十九條)

乙 兩合公司之註冊。兩合公司之註冊於兩合公司註冊簿爲之。(公司註冊規則施行細則

第一條第二號)其種類如左。

一 公司設立之註冊。(公司條例第八十三條日商法第一百七條)

二 支店添設之註冊。(公司條例第八十一條第十二條日商法第一百五條第五十一條第

二項)

三本支店遷移之註冊。(公司條例第八十一條第十三條日商法第一百五條第五十二條)

四事項變更之註冊。(公司條例第八十一條第十四條日商法第一百五條第五十三條)

五公司解散之註冊。(公司條例第八十一條第五十二條日商法第一百五條第七十六條)

六公司合併之註冊。(公司條例第八十一條第五十六條日商法第一百五條第八十一條)

七公司繼續之註冊。(公司條例第九十六條日商法第一百八十八條第二項)

八清算人之註冊。(公司條例第八十一條第五十六條日商法第一百五條第九十條第九十

七條)

九算了結之清註冊。(公司條例第八十一條第七十六條日商法第一百五條第九十九條)

丙股分有限公司之註冊。設分有限公司之註冊。於股分有限公司註冊簿爲之。(公司註冊

規則施行細則第一條第三號) 其種類如左。

一公司設立之註冊。(公司條例第二百一十一條日商法第一百四十一條)

二支店添設之註冊。(公司條例第二百二十二條第十二條日商法第一百四十一條第二項第

五十二條)

三本支店遷移之註冊。(公司條例第二百二十二條第十三條日商法第一百四十一條第二項

第五十二條

四事項變更之註冊。(公司條例第二百二十二條第十四條日商法第四百十一條第二項第

五十三條)

五公司債之註冊。(公司條例第九十五條第二項日商法第二百四條之三)

六公司資本增加之註冊。(公司條例第二一八條日商法第二百十七條)

七公司資本減少之註冊。(公司條例第二百二十二條第十四條日商法第四百十一條第二

項第五十三條)

八公司解散之註冊。(公司條例第二百十五條日商法第二百二十五條第七十六條)

九公司合併之註冊。(公司條例第二百十七條第五十六條日商法第二百二十五條第八

十一條)

十清算人之註冊。(公司條例第二百二十九條第六十五條日商法第二百三十四條第九

十七條)

十一清算了結之註冊。(公司條例第二百二十九條第七十六條日商法第二百三十四條

第九十九條)

丁 股份兩合公司之註冊。股份兩合公司之註冊。於股份兩合公司註冊簿爲之。(公司註冊

規則施行細則第一條第四號)其種類如左。

一 公司設立之註冊。(公司條例第二百三十八條日商法第二百四十二條)

二 支店添設之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第十二條日商法二百三十六條第二項第五十一條)

三 本支店遷移之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第十三條日商法二百三十二條第二項第五十二條)

四 事項變更之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第十四條日商法第二百三十六條第二項第五十三條)

五 公司解散之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第十五條日商法第二百三十六條第二項第二百二十五條第七十六條)

六 公司合併之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第二百七十條第五十六條日商法第二百三十六條第二項第二百二十五條第八十一條)

七 公司繼續之註冊。(公司條例第二百四十二條日商法第二百四十七條)(註一)

註一 公司解散事由發生後而不解散仍繼續辦理者名曰公司之繼續參公司條例第五十條第九十五條第二

百四十二條

八公司組織變更之註冊。(公司條例第二百四十七條日商法第二百五十三條)(註一)

註一 公司存續中由某種公司變爲他種公司名曰公司之組織變更參日商法第八十三條之四第八十三條之

二第百十八條之二第二百五十二條

九清算人之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第二百二十九條第六十五條日商

法第二百二十六條第二項第二百二十四條第九十七條)

十清算了結之註冊。(公司條例第二百三十一條第二項第二百二十九條第七十六條日

商法第二百二十六條第二項第二百二十四條第九十九條)

第六節 商業註冊之公示

商業註冊之目的在於公示商人之重要事項故法律定種種方法以期此類事項之能以公示爲試述其公示之方法如左。

第一註冊之查閱 註冊簿所註事項無論何人均得查閱惟註冊之惟附屬文件限於有利害關係者始准查閱(商業註冊規則施行細則第五條)且註冊事項及其附屬文件若利害關係人照繳相當公費並得鈔錄之其查閱費每次銀二角鈔筆費每千字銀二角(商業註冊規則第七條第二項)

第二註冊之證明 無論何人得依法定程序聲請註冊所交付某事項並無變更或別無某事項

註、冊、之、證、明、書、無、變、更、即、業、經、註、冊、事、項、並、無、變、更、之、謂、無、註、冊、即、未、曾、有、同、一、註、冊、之、謂、註、冊、所、於、其、所、稟、請、之、事、件、應、用、印、文、證、明、記、其、年、月、日、由、註、冊、官、吏、簽、名、蓋、章、發、給、稟、請、人、（商、業、註、冊、規、則、施、行、細、則、第、七、條）

第三註、冊、之、公、告 業經註冊之事項於註冊後五日內以註冊所名義公告之（商、業、註、冊、規、則、第、三、條）
商業註冊規則施行細則第四條註一）其公告方法應於縣知事署前及其他張貼示諭之處揭示七日以上（商、業、註、冊、規、則、第、四、條）
公司設立之註冊經農商部核准登政府公報公告之（公、司、註、冊、規、則、第、二、條、第、一、項）

註一 註冊公告法系由當事人爲之德法系由法院爲之本通例謂由註冊所名義公告之蓋探第二主義也

註冊公告略如右述。然若公告與註冊不符時將以何者爲準據乎。夫公告制度之設乃使第三者週知註冊事項。庶不至蒙其損害。自保護第三者之點視之似宜以公告爲準。然註冊爲本。公告爲末。既有本末之分。斯有輕重之別。若因公告錯誤。遂使註冊無效。未免權衡失當。故本通例仿德日商法而以註冊爲主。凡公告與註冊牴觸時應以註冊簿所載爲準。但非經更正公告後不得對抗。不知情之第三者（第、十、二、條、日、商、法、第、十、四、條）

第七節 商業註冊之效力

商業註冊之效力有特、殊、效、力、與、一、般、效、力、之、別。特、殊、效、力、其、種、類、不、一。如創設效力。即商號註冊。

而生有設定權利之效力是(第十九條第二十條日商法第十九條第二十條)補充效力即對於既存之瑕疵而生有補充之效力。如公司經註冊後認股者不得藉口於受詐欺或被強迫而撤消其股份是(公司條例第二百二十三條日商法第四百十二條)此種效力應就各本條而論定之。至一般效力者即能否以某事項之發生變更或消滅對抗第三人所謂對抗效力是也。就一般效力言之則註冊者非法律關係成立之要件。不過將已成之法律關係使之實現而已。如經理人選任解任之註冊(第二七條)非因註冊而始爲任免是然對抗效力在註冊及公告前與註冊及公告後其結果大不相同。試分別說明之。

第一註冊及公告前。註冊及公告乃對抗力之形式要件。故應註冊之事項(註一)非經註冊及公告後不得對抗。第三者(第十一條前段)日商法(第十二條)謂非註冊及公告不能對抗。不知情之第三者。德商法(第十五條)亦然。本通例(第十條)僅云第三者而無(不知情)字樣。似第三人雖爲惡意亦不得對抗之。然註冊及公告之設。本以保護第三者爲目的。若第三人爲惡意雖註冊及公告前應得與之對抗。故本通例雖僅云第三者亦應爲知情與不知情之別。對於惡意第三人當然得對抗之。(註二)

註一 第十一條(應)字宜注意若非應註冊事項即爲註冊亦無對抗效力

註二 註冊之對抗力以及於本通例施行地之全部爲原則但有例外即商號註冊僅於同一城鎮鄉內發對抗

力是也

第二註冊及公告後。註冊及公告後。原則不論善意惡意。皆可以對抗。但有例外。即第三者因正當事由而實不知情時。雖經註冊及公告。仍不得與之對抗。(第十一條後段)惟果有正當事由。與否屬於事實問題。故主張正當事由之第三者。應負舉證之責。

要之對於惡意第三者。不論註冊公告之前後。皆可以對抗。至對於善意第三者。能否對抗。則以公告前後為標準。此項註冊效力。在本通例施行前所發生之事項。曾依舊例立案者。與依本通例註冊有同一之效力。(商人通例施行細則第六條)

註冊效力。已如右述。惟註冊者。乃註明事實之謂。故註冊之發生效力。當以註冊事項真實為前提。若所註冊事項。全屬子虛。或與事實不符。均無效力可言。然註冊一部不實。他部是否失其效力。又第三者不知註冊不實。而受損害時。能否以註冊不實對抗。聲請註冊人均為疑問。試分解決之。

第一註冊一部不實。其真實部分之註冊。是否因之失其效力。曰註冊事項。法律上非不可分者。一部不實。他部不應失效。例如股分有限公司設立之註冊。(公司條例第二百一十一條)如註冊事項中董事姓名為虛偽。則僅董事註冊為無效。其餘部分仍為有效是。

第二第三者不知註冊不實。而受損害時。能否以註冊不實對抗。聲請註冊人。曰是須分別論之。若註冊不實。係由於聲請人之故意或過失時。則聲請人自應負損害賠償之責。若由於註冊官吏。

之、故、意、或、過、失、者、則、聲、請、人、自、不、負、責、而、註、冊、官、吏、亦、惟、負、民、事、上、之、責、任、而、已、但、法、律、別、有、規、定、時、則、不、在、此、限。

第四章 商號

第一節 商號之意義

商號者。商人於其營業上。所以表示自己之名稱也。本通例仿德日立法例。而於商號定義。未設規定。故所謂商號。祇可由學理上解釋之。(註一)試分述於左。

註一

各國商法關於商號於法典中特設一般規定者如德國新商法(第十七條以下)瑞士債務法(第十條以下)葡萄牙商法(第十九條以下)匈牙利商法(第十五條以下)日本新商法(第十六條以下)是至法商法則僅有關於公司商號之規定屬於法法系之意比西諸國商法及英法皆然我國商人通例則設一般之規定焉

第一商號者名稱也。故圖形記號得以之為商標。而不得以之為商號。商標乃指示商品之記號。而商號則指示商人之名稱。故商號表示應以文字記載之。但僅可用本國文字乎。抑兼可用外國文字乎。學者頗有議論。夫商號之設。本以示衆為標的。故以用本國文字為正。當惟我國滿漢蒙藏文字大不相同。應以地方公用文字為宜。在我國文字尙未統一之際。絕不能以一種文字限之。

第二商號者，商人，之，名稱也。無商人則無商號，故非商人所用之名，稱例如一家之堂號或民法上有經濟目的法人之名稱。（民章第六十七條）雖與商號類似，均不得謂之爲商號。又小商人，不適用商號之規定。（第三條）故小商人，雖有字號，亦非商法上之商號。至商人，之爲自然人，或法人，則非所問。

第三商號者，商人營業上之名稱也。即商人於營業上爲法律行爲時，用以署名，或使代理人用之，而與他人交易上之名稱也。但商人於商號以外，而用其他名稱，與人交易者，其行爲非必無效。例如依電信而爲交易，雖用電信略號，其行爲亦爲有效是。

第四商號者，商人爲表示自己所用之名稱也。如商人所用之商標，乃指示自己商品之記號，而非表示自己之名稱，故不得謂之爲商號。

第二節 商號之選定

商人選用商號立法上，有二主義，即真實主義及自由主義是也。試分述於左。

第一真實主義。是主義德新商法採之。（德新商法第十八條）即選定商號，法律上加以嚴重限制。使商號之名稱與商人之姓名及其營業之種類，名實彼此相符。例如自然人之商人，須以其姓名爲商號，其附加之字樣，若於其營業之種類及範圍上，有足以令人誤解者，概禁止之。故學者名之曰商號真實之原則。

第二自由主義。是主義日新商法採之（日商法第十六條）即選用如何商號原則上毫無限制。商人可以任意選定之謂也。其名稱與商人之姓名及其營業之種類有關與否均非所問。故學者名之曰商號自由之原則。

我商人通例第十六條曰：（商人得以其姓名或其他字樣爲商號）是商人之商號。或用自己之姓名。或用其他之名稱。均無不可。蓋就本通例言之。關於商號選定。固以自由主義爲原則者也。然若毫無限制。殊不足以保交易之安全。所謂自由。非絕對毫無限制。不過於一定範圍內。得以自由選定而已。（註一）故對於自由主義之原則。又設有限制。如左。

註一 對於自由主義之限制。如公司不可無商號。及不得以反乎公共秩序或善良風俗之名稱爲商號。均爲當然。

解釋無庸贅述

第一公司之商號。應各視其種類。分別標明。無限公司。兩合公司。股份有限公司。股份兩合公司。字樣。（第十七條日商法第十七條）是爲對於公司商號之限制。公司商號中。須用此法定字樣。（註一）蓋公司之組織。各有特色。而股東之責任。亦有異點。若公司種類。不於商號中標明之。則與之交易者。望其名而不知其實。恐將有意外之虞。但除此限制外。商號中無論附加如何文字。皆非所問。

註一 依特別法設立之公司。其商號。不必標明公司之種類者。例如中國銀行交通銀行。雖皆爲股份公司。而其

商號中並無股分公司之字樣是（日本之正金銀行日本銀行亦然）又依特別法規定有商號中須表其營業者如保險營業商號中須標明保險之種類是（日保險業法第十五條）

第二非公司之商號不得用公司或類似公司之字樣其承受公司營業而不照公司方法續辦者亦同若違反此項規定則處以五元以上五十元以下之罰金（第十八條日商法第十八條）是爲對於個人商號之限制所謂類似公司之字樣凡其字意足以與公司相混者統概括之例如商會商社等字樣是此項規定對於本通例施行前業已使用之商號亦適用之故有違反此項規定者應自本通例施行之日起三個月內一律改正（商人通例施行細則第七條）

除右述限制外商人於同一營業同時不得有二個以上之商號是爲商號單一之原則蓋一個商業選用一個商號乃合商號爲商業上名稱之旨而不致混淆法律上之主體然於此有疑問數端（一）小商人得選用商號與否（二）數人得公用一個商號與否（三）得選用他人姓名爲商號與否試分解如左

第一小商人得選用商號與否 小商人於其營業上除自己姓名外得使用其他名稱殊無疑義惟此項名稱是否爲商法上之商號換言之即小商人能否選用商號則學者頗有爭執日本松本氏主張不得選用志田氏主張得選用之余取松本說蓋本通例第三條所謂小商人不適用于商號規定之意即謂小商人不得爲商號權之主體既不得爲商號權之主體則其所使用之名

稱自非商法上之商號。但公司則依公司條例規定。均應選用商號。故對於公司。自無此項疑問。第二數人得公用一個商號與否。所謂數人公用一個商號。其意義須明辨之。(一)數人各自為異種營業。而選用一個商號者。乃數人各有之數個商號。非數人公用之一個商號。(二)數人獨立為同種營業者。於同一城鎮鄉內。就同一商號。祇准一人聲請註冊。亦無數人公用一個商號之關係。必也數人共同營業。始有公用一個商號之說。夫數人共同營業。在法律上。主體雖為數人。而其營業。則為同一。其得公用一個商號。自無疑義。

第三選用他人姓名為商號可否。曰不可。蓋依民草規定(民草第五二條至第五五條)姓名權為人格權之一。乃人人所當享有之權。若選用他人之姓名而為自己之商號。未有不侵害他人之權利者。故選用他人姓名為商號。則為法所不許。但事實上用他人姓名為商號者。殊罕見耳。

第二節 商號之註冊

商號註冊。在自然人之商人。為相對註冊事項。在法人之商人(公司)為絕對註冊事項。業經註冊之商號。無論自然人商人或公司均發生一種專用權。即所謂商號權是也。(註一)商號權之效果。依本通例所規定者。凡如左。

註一 商號權因註冊而發生。非因選定而發生。故商號選定之先後與商號權之發生毫無關係。例如對於同一商

號甲先乙而選定乙先甲而註冊則乙取該得商號專用

小商人雖不適用商號規定然小商人若以競爭目的而使用他人已註冊之商號則有商號權者亦得禁止其使用或請求損害賠償

第一商號註冊後在同一城鎮鄉內他人不得仿用其商號以營同一之商業。即在同一註冊區域內對於同一營業不許有相同商號之並立。學者名之曰商號專屬之原則。故業經註冊之商號有排斥他人仿用之效力。但地域上限制於同一城鎮鄉（註一）目的上限制於同一商業。若商業雖為同一。而在他城鎮鄉內或在同城鎮鄉內而非營同一商業。或即營同一商業。且在同城鎮鄉內而商號之未經註冊者皆不生此效力也。（第十九條第一項日商法第十九條）

註一 第十九條所謂城鎮鄉係沿用前清城鎮鄉自治章程所稱而來據該章程第二條內明載凡府廳州縣城州地方為城則通例所稱當然亦不以城為限

第二添設支店於他人已註冊同一商號之城鎮鄉內且其營業亦與自己本店相同者於該支店之商號須照自己本店商號附添足以表示其為支店之字樣。例如某商人本店係在甲註冊所後擬於乙註冊所添設支店不得因乙註冊所已有他人註冊與其相同之商號而不許甲添設支店於乙註冊所此項規定於理未始不合但實際上不免生種種弊害耳。（第十九條第二項）

第三業經註冊之商號如有他人冒用或以類似商號為不正之競爭者該商號商人得呈請禁止

其使用並得請求損害賠償。所謂類似商號如瑞馱祥瑞福祥佛照樓福照樓之類是。蓋奸商市儈巧取他人之商號而爲不正之競爭者。不論其是否在同一區域及是否爲同一營業。既註冊該商號之商人均得請求禁止其使用。(第二十二條第一項日商法第二十條第一項)惟何爲不正競爭事實上頗難明確。故法律設推定的規定。凡在同一城鎮鄉內以同一營業而用他人已註冊之商號者。即推定爲不正之競爭。(第二十條第二項日商法第二十條第二項)

右述商號權之效力依商人通例施行細則規定。尙有三種例外。試列舉於左。

一商人通例施行前曾依舊例立案給示專用之商號與依商人通例第十九條第二十條註冊之商號有同一之效力。(商人通例施行細則第八條註一)

註一 商人通例施行細則第九條內載商人通例施行前舊已行之商號不適用商人通例第十九條之規定。商人通例施行後爲商號之註冊者對於商人通例施行前業已行用同一或類似之商號不得行使商人通例第二十條之權利等語。而依細則第八條通例施行前如已經立案給示之商號當然受通例第十九條之保障。有第二十條之權利。可以禁止他人使用同一或類似之商號。則細則第九條之規定不過對於通例施行前已行用而未經立案給示及施行後始爲註冊之商號爲例外之規定而已。(四年上字三百九十四號大理院判決例)

二商人通例施行前舊已行用之商號不適用商人通例第十九條之規定。(商人通例施行細則第九條第一項)

三商人通例施行後。爲商號之註冊者。對於商人通例施行前。業已行用同一或類似之商號者。不得行使商人通例第二十條之權利。（商人通例施行細則第九條第二項）

商號註冊。既發生特別效力。故業經註冊之商號。如有變更或廢止時。應隨時呈報該管官廳註冊。（第二十四條）然商人對於已變更或廢止之商號。視爲無關緊要。棄置而不註冊者。往往有之。既未爲變更或廢止之註冊。則第三者仍不得選用同一之商號。未免受不當之限制。故商號變更或廢止。而原註冊之商人。並不呈報註冊時。則利害關係人。得呈請該管官廳註銷其註冊。（第二十五條第一項）該管官廳受利害關係人之呈請後。須酌定一相當期限。催告原註冊之商人。使其於期限內陳述異議。若逾期並無異議。則其註冊即應註銷。（第二十五條第二項）

第四節 商號權之性質

商號權在法律上。性質若何。學說紛紛。莫衷一是。就公權與私權言之。則商號權爲私權。而非公權。自絕對權與相對權分之。則商號權爲絕對權。而非相對權。蓋無疑義。惟商號權究爲人格權。抑爲財產權。則因立法之主義不同。斯解釋之結果。亦異。據本通例規定。商號權之性質。因註冊之前後。其效力。頗有差異。蓋未經註冊之商號。不過爲廣義姓名權之一種。無排斥他人使用之效力。惟他人濫用時。受害者得依民法規定。（民草第五十一條以下）請求救濟而已。反是業經註冊之商號。則發生商號專用權。而爲無形財產權之一。得排斥他人之使用。（第十九條第二十條）且得以自

由轉讓(第二十一條)故就本通例言之。在註冊前之商號應爲人格權而註冊後之商號則爲財產權也。

商號權雖爲財產權然非物權亦非債權。蓋商號權乃以無體物爲客體之權利實一種特別財產權與所謂特許權及著作權正相類似。且商號權雖爲絕對權然僅於同一城鎮鄉內且爲同一營業而始有其效力較之普通絕對權可以對抗世人者其效力大形薄弱。故學者(日本片山氏)又名之曰相對的絕對權。

第五節 商號之轉讓

商號轉讓乃諾成契約無須有何等形式。僅當事人之意思表示即發生效力。本通例第二十一條曰(凡轉讓商號(註一)非爲轉讓註冊不得以之對抗第三者)乃以註冊爲對抗第三人之條件。非以註冊爲轉讓商號之條件也。蓋未爲註冊則第三人不知其轉讓之事實。將蒙不測之損害。故非註冊後不得對抗第三人。然既經註冊後則不問第三人之爲善意抑爲惡意皆得以對抗之。故商號轉讓之效力較之一般註冊其效力實爲強大。(註二)惟承受商號之人亦須受第十七條及第十八條所設之限制。試列舉於左。

註一 第二十一條所謂(轉讓商號)乃指已註冊之商號而言名曰轉讓商號實即轉讓商號權者吾商律草案第二

十五條謂商號已註冊者得讓與之較本通例規定似爲明確

註二 第二十一條與第十一條之比較

(一) 第十一條須註冊及公告後始得對抗第三者第二十一條僅註冊後即可對抗第三者及告與否則非所問

(二) 第十一條如第三者能證明因正當事由而實不知情雖註冊及公告後仍不得與之對抗而第二十一條則不認此例外

一公司不得承受自然人之商號及異種公司之商號(第十七條日商法第十七條)

二自然人之商人不得承受公司之商號(第十八條日商法第十八條)

蓋公司商號須用標明公司種類之字樣。而自然人商號則與公司商號大不相同。若公司承受自
然人及異種公司商號。或公司商號轉讓於自然人在法律上均為契約不能。其契約應為無效故
也。

惟商號權應與營業一併轉讓耶。或得與營業分離而單獨轉讓耶。立法例頗不一致。夫商號者。不
過為營業上之名稱。故立法例有不許與營業分離而單獨轉讓者。如我商律草案是。(商草第二
十四條備考一) 然據本通例規定第二十一條曰(凡轉讓商號) 第二十三條曰(商人僅
轉讓其營業) 一則專言商號。一則僅言營業。是就本通例言之。商號得與營業分離而單獨轉讓
蓋無容疑。

備考一 商律草案第二十四條

商號須與商業同時讓與但得專讓與商業

商號轉讓前已述之營業二字其意義有主觀與客觀之別。(參本講義第一章第二節)所謂營業轉讓乃指客觀意義而言故營業轉讓云者即商人將其營業上之財產統括與之謂也若爲單純財產轉讓即僅將各個財產而爲各別讓與者不得謂之爲營業轉讓且在營業轉讓受人須繼續爲營業否則爲普通買賣仍非營業之轉讓也惟無論商號與營業一併轉讓或僅轉讓營業轉讓人均須負左之義務。

一當事人間無特約時商號與營業一併轉讓或僅轉讓營業當事人間若無特約則轉讓人在十年之間不得於同一城鎮鄉內爲同一之營業(第二十二條第一項第二十三條)但於本通例施行前轉讓商號及營業若當事人間並無特約則此項規定不適用之。

二當事人間有特約時商號與營業一併轉讓或僅轉讓營業當事人有不爲同一營業之特約時其特約之效力以在本縣管轄區域內且不過二十年者爲限倘逾此範圍則其特約無效(第二十二條第二項第二十三條)

第五章 商業帳簿

第一節 總論

商人之經營商業而與人交易其關係錯雜糾紛甚爲繁瑣倘不備具記錄以審知其營業情形及其財產狀況則其營業計劃無從確定一旦商業失敗豈惟商人自蒙不利而與交易之人亦且受其損害故法律特設規定使商人備具帳簿明記其財產及營業狀態是不惟保護商人自己利益抑且保護公眾利益此所以有商業帳簿之制度也惟各國商業帳簿立法上所採之主義約分爲三即放任主義干涉主義及折衷主義是也試分述於左

第一放任主義 是主義英美法探之法律對於商人使不負帳簿備置之義務商人備置與否得自由惟商人破產時若無商業帳簿則於自己甚爲不利故法律上雖無備置帳簿義務而實際上殆無有不備置者（一八八三年英國破產法第二十八條）

第二干涉主義 是主義法法系諸國商法探之（法商法第八條至第十七條）法律不惟明定備置商業帳簿爲商人之義務而其帳簿種類及其記載方法咸設有詳密規定並使受官廳之監督焉

第三折衷主義 是主義德法系諸國商法探之（德商法第三十八條至第四十七條）法律雖使商人負備置帳簿之義務然其帳簿種類及其記載方法均聽商人自由且不與官廳以監督之權本通例第二十六條僅規定商人應備置帳簿而明晰記載至其記載方法並無明文規定且不使官廳監督即採此折衷主義者

第二節 商業帳簿之意義

商業帳簿者。商人爲明其業務及財產之狀況。負法律上之義務而作成之帳簿也。(註一)試分晰說明之。

註

一 商業帳簿有實質意義與形式意義之分。實質意義指商人所製之一切帳簿而言。其備簿原因基於法律規

定或出於自己意思。則非所問形式意義。指商人基於法律規定所製之帳簿而言。凡非依法律所備置者均

非商業帳簿。而形式意義又有廣義與狹義之別。狹義僅指本通例第五章所規定之帳簿而言。廣義則公司

條例所規定之公司計算書類及依其他法令所規定之帳簿。統包括之。茲所謂帳簿係指形式之狹義之帳

簿而言

第一商業帳簿者。商人之帳簿也。故非商人所作成之帳簿。雖實質與方式類似商業帳簿。亦非

商業帳簿。又小商人不用商業帳簿之規定。(第三條)故小商人之帳簿。亦非商業帳簿。

第二商業帳簿者。商人爲明其業務及財產狀況之帳簿也。如股東名簿(公司條例等百四十

一條)雖爲公司帳簿之一。然不得謂爲商業帳簿。

第三商業帳簿者。商人負法律上之義務所作或之帳簿也。所謂負法律上義務而作成之帳簿。

指本通第二十六條及第二十七條所規定之帳簿而言。除此項法定帳簿外。商人任意作成之

帳簿。雖係關於商業。亦不得謂爲商業帳簿。

第三節 商業帳簿之種類

商業帳簿之種類。本通例仿德日立法例規定三種。曰日記簿。曰財產目錄。曰貸借對照表（註一）試分述之。

註一 日記簿名曰動聽商業帳簿財產目錄及貸借對照表名曰靜聽商業帳簿參看尾商法原理第二四二頁

第一、日記簿。日記簿者商人以明晰記載方法及財產出入事項之帳簿也（第二十六條第一項日商法第二十五條第一項）或僅爲一冊或依交易種類而分爲數冊其名稱有法律上定名爲日記簿者如法意商法是有法律上不定其名稱者如德日商法是。本通例仿德日立法例於法律上不定專名。故商人得自由附以名稱如商人之流水帳（日本名曰仕入帳）是。

日記簿所記載之事項。除日常交易外。凡財產之增減變更。或本於法律上之原因（如財產之讓渡）或基於自然之事實（如天災之損害）不問其原因若何。凡影響於其財產之一切事項。須悉爲記載之。且其所記載者。原則上。須將日常交易逐一記載。但有二例外如左。

一日用款項。僅記載其每月之總數。無須日日記載。所謂日用款項。指商人之家事費用而言。

（第二十六條第一項但書）

二零星交易。零賣商得分爲現金與賒賣兩種。按日記其總數。所謂零賣商。指直接供給物品

於需要者之商人而言。(第二十六條第二項日商法第二十五條第二項)

日記簿之記載方法。本通例無特定形式。惟須逐一明晰而已。然僅逐一記載。是否即為明晰。殊為疑難問題。昔我商律草案第四十三條第四十四條。曾設有詳密規定。惜本通例本採入之。

第二、財產目錄。財產目錄者。商人一切財產之總目錄也。在自然人之商人。於開始營業時。在公司則於設立註冊時。二者均於每屆結帳時造具之。(第二十七條第一項前段日商法第二十六條第一項) 將商人全部財產。記載於特設之帳簿。以表明其財產之狀況焉。試分為財產目錄。應記載之財產及財產應附記之價格。而說明之。

一、目錄應記載之財產。財產目錄之造具。在明示商人財產之狀況。故其記載之財產。乃商人所有之全部財產。詳言之。非僅商人之營業財產。即商人之私用財產。如家具衣服。均須一一記載之。其所記載之財產。可分為積極財產。與消極財產。二種。積極財產。即動產不動產債權。及其餘財產。消極財產。即債務是也。動產不動產及債權之意義。應依民律解釋之。其餘財產。如特許權著作權及營業上之秘訣。一切無形之財產。倘有金錢上之價格者。均屬之。至所謂債務。則不問為金錢債務。抑為連帶債務。或保證債務。凡得以金錢評價之債務。而影響於商人之財產者皆是。(第二十七條第一項後段日商法第二十六條第一項)

二、財產應附記之價格。財產目錄記載之財產。所應附記之價格。原則上以造具財產目錄時。

之時、價、爲、標、準。但、有、例、外。卽、時、價、高、於、原、價、時、須、記、其、原、價。若、價、格、不、明、則、記、其、估、計、之、價。
第二十七條第二項第三項日商法第二十六條第二項）換言之。卽其附記之價格均不得爲時價以上之評價也。夫時價以上之評價。有危及債權人之虞。自應嚴行禁止。然絕對依時價。則有巨萬財產之商人。評價時將不勝其煩。故於債權人毫無損害。而爲時價以下之評價。因無不可。但債務則不在此限。

惟財產價格有交換價格（又名客觀價格）與使用價格（又名主觀價格）之分。茲所謂價格乃指交換價格而言。交換價格者。非商人就自己財產所有之主觀價格。乃買賣市場所認之客觀價格也。詳言之。非分離各個財產。作爲獨立之物。而得賣却之價格。乃各個財產。以營業之存續爲前提。其財產與營業相伴。所有之客觀價格。俗所謂市價是也。例如商人工場內之機械等。如分離零售。其價格當然減少。故必以營業存續爲前提。而評定其價格焉。

財產應附記時價之規定。對於債權亦適用之。故清償期屆前之債權及履行不確實之債權。其附價應較低於原額。價格不明之債權。應記其估計之價格。不能索取之債權。應削除之。（第二十七條第三項）不能索取。如因時效完成之債權是。（註一）

註一 時效完成之債權有主張不應除去者。蓋時效雖完成而債務者援用與否尙未確定（民草第二百七十六條）且因時效而消滅之債權有時仍得爲抵銷故也（民草四百七十二條）

債務亦應附以時價。縱通常之金錢債務。無附價之必要。然有條件附之債務及金錢以外之債務。均應按時評價。蓋無庸疑。

第三貸借對照表。貸借對照表者。分爲貸方及借方兩欄。將商人現有之積極財產與消極財產兩相對照。使其財產情形。能以一目瞭然之表也。所謂貸方及借方。乃簿記學上之用語。非法律上之貸借關係。且貸借對照表與財產目錄二者。不可相混。(註一)財產目錄。乃商人財產之總帳簿。須將各種財產。分類別項而詳細記載之。至貸借對照表。則爲商人財產之簡要。僅提綱挈領而概括記載者也。換言之。貸借對照表。祇依財產種類。總括而記載之。例如土地若干。合爲一類而記載之是也。

財產目錄與貸借對照表之異點(寺尾商法原理第二百四十七頁)

- (一) 財產目錄須將各種財產分類別項而詳細記載之。對照表則爲財產簡要。僅提綱挈領而概括記載之。
- (二) 在公司之貸借對照表。其借方欄內。須記載控除項目。而財產目錄。則無庸記載。
- (三) 財產目錄。以明示財產狀況爲目的。而對照表。則以明示損益有無爲目的。
- (四) 對照表。須將資產與負債(包括資本及公積金而言)對立記載之。若有利益。則記載於負債部。若有損失。則記載於資產部。而使其平均財產目錄。則資產與負債。不以對立記載爲必要。只列舉其財產即可。且負債部內。亦無資本與公積金。

(五)貸借對照表在股分公司及股分兩合公司須公告之而財產目錄則否

貸借對照表。應記載之款目。在自然人之商人。與公司不同。自然人之商人。則於貸方欄中。記其積極財產。於借方欄中。記其債務。其積極財產總額與債務總額相較之差額。為其純財產額。亦記於借方欄中。使其貸借兩方之總額相同焉。至公司則於貸方欄中。記其積極財產。於借方欄中。記其債務及控除項目。控除項目者。公司之資本及公積金。(日名準備金參公司條例第一百八十三條)是也。若貸方欄中之總計額。超過借方欄中之總計額。則其差額為利益。即記於借方欄中。反是若借方欄中之總計額。超過貸方欄中之總計額。則其差額為損失。即記於貸方欄中。以使兩欄之總計額相同焉。

貸借對照表所記載之財產。與財產目錄所記載之財產無異。故貸借對照表所記載之財產。無庸附記其價格。至其遺失之時期。及應記載於特設之帳簿。均與財產目錄相同。茲不贅述。(第二十七條第一項第二項)

第四節 商業帳簿之保存

商業帳簿。除小商人外。商人均負設備之義務。但商人果設備與否。其設備果依法律規定與否。及依法設備後。果任意毀滅與否。均須有預防之法。始可免異日之爭。故法律規定。使商人於一定期間內。須保存其商業帳簿。惟其保存期間。各國立法。例大不相同。有為確定期間者。如德法意比西

日本及和蘭是其期間有不定者。如智利巴西是。(註一)本通例仿多數立法例。關於商業帳簿之保存期間定為十年。蓋探確定期間之立法例也。至其期間起算之點則自帳簿終結之日起算。(第二十八條日商法第二十八條)

註一 第一確定期間

一 德法意比日 十年

二 西班牙 五年

三 和蘭 三十年

第二不確定期間

一 智利以營業繼續期間為限

二 巴西以債權時效消滅以前為限

商業書信。(註一)固無須書信簿之作成。然與營業有關係之書信亦不可不保存之。其保存期間亦為十年。(第二十八條)惟其起算之點。本通例則無明文規定。昔我商律草案第四十七條定為自停止連續之日起算。本通例於商業書信不認為商業帳簿之一種。故無所謂連續。則其起算之點應自收受書信之日起算。始為通說。

註一 所謂營業書信電報亦包括在內。西葡意比等商法均有明文規定。至單純之收據則不得為書信。

右述保存規定。即本通例施行前所有之帳簿書信。亦適用之。(商人通例施行細則第十一條)

第六章 商業使用人及商業學徒

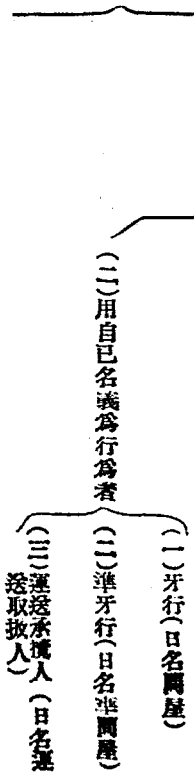
第一節 總說

商人之經營商業。無庸親執行其業務。蓋商人不以有行為能力人為限。無行為能力者。亦得為商人。且縱為有行為能力人。而不能自營商業者。亦往往有之。故有補助商人營業之機關。名之曰商業補助人。惟商業補助人。其意義有廣狹之別。就廣義言之。商業補助人。指獨立補助人。與狹義補助人而言。獨立補助人。乃獨立商人而營補助營業者。例如牙行居間代理商及運送承攬人是。狹義補助人。乃隸屬於商人之機關。而補助商人之營業者。例如商業使用人是。(註一)

(一) 僅為交易之媒介者——居間人(日名仲立人)

(一) 為一般商人者

註一 商人之補助機關



(一) 爲一定商人者

(一) 獨立補助機關代理商

(二) 從屬補助機關——商業使用人及商業學徒

法國商法。無商業使用人之規定。蓋讓之於民法焉。德日新商法。商業使用人與代理商各獨立爲一章。惟德商法於商業使用人章中。附屬商業學徒之規定。而日商法則否。就立法論之。似以德之立法例。較爲完善。蓋商業使用人與代理商不同。商業使用人之關係。乃商業主人與所用人之關係。代理商之關係。乃代理商本人而對於第三者之關係。故商業使用人與代理商。自應分別規定。然商業學徒與商業使用人。甚相近。法律規定。商業使用人時。似宜將性質相同之商業學徒而包括規定之。故本通例仿德商法。將商業使用人及商業學徒。總括而規定爲一章焉。

第二節 商業使用人之意義

商業使用人者。從屬於商業主人。以助其營業者也。試分述如左。

第一商業使用人者。補助商人者也。故爲廣義商業補助人之一種。非僅普通商人有用商業使用人之權。即小商人亦得使用之。但經理人須履行註冊程序。(第三十七條日商法第三十一

條)而小商人不用註冊規定。故小商人雖可使用夥友及勞務者。但不得補助經理人。

第二商業使用人者。從屬於商人者也。故獨立商人如牙行商人代理商人等。雖亦補助商人營業。而對於其所補助之商人。不發生主從關係。即非立於從屬地位者。均不得謂為商業使用人。又如公司執行業務或代表公司之股東及董事監察人等。皆為公司機關。而立於特別地位者。故亦非商業使用人。

第三商業使用人者。助商人之營業者也。故如僕婢烹飪。僅服商人家事上勞務。而與營業無關者。非商業使用人。又如技師顧問。服科學上高尚勞務者。亦非商業使用人。且商業使用人之主人。須為商人。若非商人而有使用人。則其所使用之人。不得謂為商業使用人。

第三節 商業使用人之法律關係

商業使用人對於商業主人。立於一定之法律關係。惟此種法律關係。究為如何性質。則可分為三種。(一)委任關係。(二)僱傭關係。(三)委任及僱傭兩種關係。蓋商業使用人中。有代主人為法律行為者。即所謂有代理權之使用人。則為委任關係。有專服商業上之勞務者。即所謂無代理權之使用人。則為僱傭關係。有為法律行為。且服商業上之勞務者。則兼有委任及僱傭兩種關係。(第五十三條)故各使用人與商業主人之關係。不可一概而論。然除本通例有特別規定外。商業使用人與商業主人之關係。固不妨以契約定之。茲就契約解除及特別契約分述於左。

第一契約之解除。其情形有二。由商業主人對於商業使用人而解除者。有由商業使用人而解除者。試分述如左。

一商業主人對於商業使用人。或經理人對於夥友及勞務者。遇有左列各款情形。得隨時解約。

(第五十條)

- (一)商業使用人違背自己所受之委任時。
- (二)商業使用人爲不正之行爲時。
- (三)有不得已之事故時。

二商業使用人對於商業主人。或夥友及勞務者對於經理人。遇有左列各款情形。得隨時解約。

(第五十一條)

- (一)商人主人不給相當之報酬時。
- (二)商業主人爲不正之行爲時。
- (三)有不得已之事故時。

右述契約之解除。其效力僅及將來。至契約解除前。當事人所有之一切關係。絲毫不受影響。但解除契約原因。若出於當事者一面之過失。其對手人得請求因解約所生之損害賠償。(第五十二條民草第七百三十三條第六百七十五條)

第二特別之契約其情形有二分述如左。

一商業主人與商業使用人豫以契約訂明。至委任或雇傭關係終了後。仍於其營業上行爲受限制者。則以關於營業種類處所及時期者爲限。不得漫無範圍。致有碍商業使用人事業之發達。(第五十二條)但商業主人違反契約。或有不正行爲。致商業使用人解約者。雖有特約。不適用之。(第五十四條)

二商業使用人與商業主人。約明其經手或介紹而成之商行爲。應得報酬者。若因商業主人之故意或過失。而中止其行爲時。商業使用人。仍得索全數之報酬。(第五十五條第六十九條)

第四節 商業使用人之種類

商業使用人。可分爲二。一曰有代理權之使用人。二曰無代理權之使用人。前者如經理人及夥友。後者如勞務人。是有代理權之使用人。又可細分爲二。(一)就一切事項。有代理權者。曰經理人。(二)僅就某種類。或特定事項。有代理權者。曰夥友。(註一)試分款說明如左。(第三十條)

註一 日商法商業使用人之種類

一支配人(新商法)代務人(舊商法)

(一)番類

(二)手代

(四)其他使用人

第一款 經理人

第一經理人之意義。經理人者。關於商人營業之一切事項。而有代理權之商業使用人也。(第三十二條日商法第三十條第一項)試分述如左。

一經理人者。商業使用人也。故非商人之使用人。縱附以經理人之名。亦不適用關於經理人之規定。且經理人非商人。以其非商業之主體也。

二經理人者。代理商人之營業者也。故商人之家務事項。而與營業無關係者。則經理人無代理權。

三經理人者。代理營業上之一切事項也。故僅就某種類或特定事項而有代理權者。(第四十條)非經理人是為經理人與夥友之異點。

第二經理人之選任。經理人乃從屬於商業主人。而補助商人之營業者。故經理人應由商業主人選任。使於其營業所專理其商業。(第三十一條日商法第二十九條)依德商法第四十八條規定。商人及其法定代理人。均得選任經理人。本通例雖無法定代理人。得選任經理人之明文。然無能力者經營商業時。其代為營業之法定代理人。(第五條)應有選任經理人之權。蓋無容疑。惟經理人則不得選任經理人。蓋一商人而有數經理人時。本欲其互相箝制。以防弊竇。若經

理人得選任經理人。恐將朋比爲奸耳。

經理人之選任。在自然人之商人。固由商業主人或其法定代理人爲之。在公司則經理人之選任。因公司之種類不同。故其選任之方法亦異。即（一）在無限公司。雖定有執行業務之股東。亦須依全體股東之過半數決之。（公司條例第二十七條）（二）在兩合公司。雖定有執行業務之股東。亦須依無限責任股東之過半數決之。（公司條例第八十七條）（三）在股份有限公司。除章程別有規定外。由董事之過半數決之。（公司條例第一百五十七條）（四）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）（五）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）（六）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）（七）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）（八）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）（九）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）（十）在股份兩合公司。除章程別有規定外。須以無限責任股東之過半數決之。（公司條例第二百三十九條）

第三經理人之權限。經理人之代理權限。其範圍若何。本通例設有特別規定如左。

一 經理人於營業上之事務。無論涉訟與否。有代商業主人辦理之權。（第三十二條）
二 經理人於營業上之事務。無論涉訟與否。有代商業主人辦理之權。（第三十二條）
三十條第一項。所謂涉訟與否。均有代理之權者。即經理人之代理權。不限於私法行爲。若關於營業有訴訟時。無論商業主人爲原告。抑爲被告。經理人能代主人爲訴訟行爲之謂。蓋經理人於營業一切事項。凡主人之所能爲者。彼皆得代爲之。其交易金額之大小。貨物之多寡。及是否爲訴訟行爲。均非所問。德國學者謂經理人。即主人。蓋即此意。

然經理人權限之範圍固僅限於營業者。若不關於營業之行爲。例如主人家務中之物品購買。則非有特別委任。經理人即不得爲之。又經理人之代理權。自以營業存在爲前提。故營業讓與。營業廢止。凡與營業存續不相容者。經理人均不得爲之。

二商業主人加於經理人代理權之限制。不得對抗。不知情之第三者。(第三十三條日商法第三十條第三項)所謂加代理權以限制者。例如僅就特定行爲或特定種類之行爲。而有代理權之類是。(註一)關於此德商法(第五十條第二項)有例示規定。本通例雖不採例示主義。而解釋上亦無殊異。惟經理人之代理權。將絕對不可限制乎。抑相對不可限制乎。立法例頗不一致。有取相對不可限制者。即經理人代理權之限制。僅對於善意第三人。不能對抗。如日本商法是。(日商法第三十條第三項)有取絕對不可限制者。即經理人代理權之限制。無論對於善意或惡意第三人。皆不能對抗。如德國商法是。(德商法第五十條第一項)本通例仿日商法。取相對不可限制主義。僅對於善意第三人。不能對抗。蓋此項規定。本爲保護第三者而設。若爲惡意第三者。則無保護之必要矣。

註一 對於代理權限制之方法。限於地域者。如專司某路貿易。是限於時期者。如某事項須於某年月內完結。是限於額數者。如若干元以上不得爲之是。

三經理人有選用夥友及與勞務者訂立雇傭契約之權限。(第四十條第四十四條日商法第

三十三條第一項)據民章第二百三十四條規定。代理人非具備法律上條件。不得遷任。代理人。經理人。選用夥友及與勞務者訂立契約。學者有解爲民律之例外規定者。然夥友及勞務者。非經理人之復代理人。謂爲民律例外規定。殊非正當。

第四經理人之義務。經理人之義務。除依契約規定外。本通例所定之特別義務凡如左。

一 經理人非得商業主人允許。不得爲自己。或他人經營商業。並不得爲他公司之無限責任股東。(第二十八條第二項。日商法第三十二條第一項)此項規定。非謹防經理人與主人營同一商業。致生利害關係之衝突。並恐經理人心有旁騖。不能竭力從事於主人之營業。故經理人非經主人允許。無論何種營業。均不得擅自爲之。是名之曰。競業禁止。與代理商(第六十六條)公司之無限責任股東(公司條例第一十八條。第八十一條)及董事(公司條例第一百五十八條第二項)之競業禁止。比較言之。其立法之旨趣。雖同。而禁止之範圍則異。即在代理商無限責任股東及董事。僅以屬於本人或公司營業範圍內之行為爲限。始被禁止。而經理人則不問其所營之商業。是否與主人營業相同。概禁止之。是也。

經理人違背上述之禁止時。商業主人除得依第五十條隨時解約。及第五十二條請求損害賠償外。對於經理人爲自己所爲之營業。得視爲爲商業主人而爲者。即由經理人之行為。所生之權利義務。均使歸屬於主人。所謂主人之進入權。是也。(第三十八條第二項。日商法第

三十二條第二項註一。進入權者。乃主人與經理人之關係。與經理人對於第三者之行為毫無影響。故主人之進入權。不得對第三者逕行之。又經理人爲第三者所爲之營業。主人亦無進入權。蓋不得侵害第三人之利益也。

註一。進入權與損害賠償請求權。究爲重複權利。抑爲選擇權利。法律雖無明文規定。然進入權本爲代損害賠償而

設。故當釋爲選擇權利。

商業主人之進入權。自覺察之日一月以內。或自事成之日一年以內。不行使時。即行消滅。是乃法定期間。即經過其期間而不行使。則其權利當然消滅。並非時效期間。故無停止及中斷。右述經理人之行爲禁止。自本通例施行之日起。六個月後實行。(商人通例施行細則第十

二條

二經理人不得用他人代自己執行職務。(第二十六條)蓋經理人之權限既大。而其職務又極重要。商業主人恆注重其人而選任之。若經理人不自執行其職務。而使他人代爲之。則大背主人選任之本旨。故關於經理人之代理權。民律上復代理之規定不適用之。

三經理人代主人署名時。須記明主人商號。并加足以表示其爲經理人字樣。(第二十四條)蓋經理人雖係從屬於主人。而補助其商業。然亦非絕無自己之事務。在自己事務與代理主人事務之間。必有明確之表示。以免他人之誤解。故署名時須表明其爲經理人。以示區別。

第五經理人之終止。經理人之代理權。由經理人之死亡。或契約之解除。或委任契約之終結而消滅。(第三十五條但書)自無待論。唯據民章第二百二十五條規定。本人死亡。亦代理權消滅原因之一。然商事上之代理權。若因本人死亡而消滅。則於商業之活敏安全。將發生種種障害。故本通例設有特別規定。即經理人之代理權。不因商業主人之死亡而消滅。是也。(第三十五條)

第六經理人之註冊。經理人之選任及其代理權之消滅。商業主人均應於十五日內。向該營業所。該管官廳呈報註冊。(第二十七條日商法第三十一條)蓋經理人之權限。甚為廣大。得代商業主人。為商業上一切行為。若不公示於眾。則影響於公眾之利益甚巨。故其選任及代理權消滅。均應呈報註冊。唯此項註冊。乃對抗第三人之條件。而於商業主人與經理人之法律關係。固毫無影響。故商業主人縱未呈報註冊。而於經理人之選任及解任。均無妨碍。但不得以其選任及解任。對抗不知情之第三者。是與一般商業註冊同。

所謂該營業所。該管官廳。乃指經理人所在之營業所而言。例如商業主人就同一營業。而設置數營業所。則有總營業所與分營業所之別。於此情形。其總營業所選任之經理人。僅借在此總營業所。該管官廳註冊。無庸在分營業所。該管官廳註冊。對於商業註冊。原則言之。實為一種變例。(參本講義第三章第四節)本通例第九條。所謂特別規定。蓋即指此。

第一款 夥友

第一夥友之意義。夥友者。由商業主人或經理人選用。使就商業上特定事項。而有辦理權限之商業使用人也。(第四十條第四十一條日商法第三十三條)蓋夥友之權限。不若經理人代理權之廣泛。僅就某種類或特定事項。而有辦理之權。是為夥友與經理人之異點。

第二夥友之選任及終任。夥友之選任。不僅由商業主人為之。為圖實際便利計。即經理人亦得選用之。(第四十條)至夥友之終任。則與經理人略同。所異者。夥友之選任。或終任。均無庸註冊。故夥友。小商人。亦得使用之。

第三夥友之權限及義務。夥友之代理權。雖不如經理人之廣大。然世人在其選任事項之範圍內。必信賴其代理權。而與之交易。故夥友於其所受委任之事項。有辦理一切行為之權。(第四十一條)即於其特定之事項。凡主人所應為之一切行為。彼皆能代為之。至夥友之義務。本通例所規定者。有二。(一)不得使他人代自己執行職務。(第四十三條)(二)於所受委任行為署名時。應加以某商號夥友字樣。(第四十二條)是與對於經理人之規定。其主旨相同。

第三款 勞務者

第一勞務者之意義。勞務者。原則上。無代理權。依商業主人或經理人所與訂之雇傭契約。而服商業上勞務之商業使用人也。(第四十四條第四十五條)試分述於左。

一勞務者。商業、使用、人也。故非商人所用之勞務者。縱名爲勞務者。亦不適用關於勞務者之規定。

二勞務者。服商業上之勞務者也。其應服勞務範圍。若僱傭契約上有特別訂定時。自應尊重當事人之意思。而從其特約。其未經約定者。則從其地方之習慣。(第四十七條)

三勞務者。依商業主人或經理人所與訂之僱傭契約。而服商業上勞務者也。故勞務者與商業主人之關係。純爲僱傭關係。與經理人及夥友與商業主人之關係。頗不相同。勞務者之僱傭契約。若其期間未確定時。當事者俟至年終。各得解約。其所以限於年終者。爲當事人便於結束計也。然若突然解約。彼此均有不便。故須豫爲聲明。庶僱者別僱安人。被僱者另謀他事。各得有備無患耳。(第四十九條)

四勞務者。原則上。無代理、主、人、爲、商、業、行、爲、之、權、也。然若以特別委任。使代爲特定行爲。亦未爲不可。惟須由商業主人或經理人。表示其授權之行爲。以昭明確。(第四十五條)但勞務者之性質。不因授權而稍易。此其所以爲勞務者。

第二勞務者之選任及終任。勞務者由商業主人或經理人依僱傭契約選任之。至其終任與夥友同。惟勞務者既原則上無代理權。故其選任或終任。均無須註冊。是與經理人異。而與夥友則同。

第三勞務者之職務。勞務者之職務。不過服商業上之勞務而已。與有代理權之經理人及夥友不同。其服勞務之範圍。即其職務之範圍。特所謂商業上勞務。其範圍若何。雇傭契約有訂定者。應從其規定。若未經約定時。則從其地方之習慣。(第四十七條)惟勞務者既以服勞務爲主。則在勞務者無須特別智識。在主人亦無專屬必要。故勞務者無妨使他人代自己執行職務。此與經理人及夥友之異點也。

第四勞務者之權利及義務。勞務者對於商業主人之權利。即報酬請求權。其報酬之額。自以契約所定者爲準。惟未經約定者。則從其地方之習慣。(第四十八條)至勞務者之義務。則除依雇傭契約服商業勞務外。勞務者於其所受委任行爲署名時。應加以某商號某人字樣。以示區別。(第四十六條)此項義務。與對於經理人及夥友之規定同。

第五節 商業學徒

商業學徒者。以商業研究爲目的。訂立契約。爲商人服商業上勞務之人也。(第五十六條)蓋商業學徒一面學習商業。一面補助商人。故對於主人之關係。非僅爲營業之補助。兼有師弟之情誼。試晰述之如左。

一商業學徒者。爲商人服商業上勞務之人也。然與商業使用人不可混同。蓋使用人乃補助營業者。而學徒乃學習商業者。其異點一。商人對於使用人曰商業主人。而對於學徒則曰商業師。

其異點二

二商業學徒者。與商人訂立契約。以商業研究爲目的者也。此種學習契約之性質。若何學者。有爭論。在注重商人教誨學徒之義務者。每謂爲承攬之一種。而注重學徒爲商人服勞務之義務者。又釋爲雇傭之一種。本通例第五十六條曰（商業師應注意其本業之修習。使其勞務）云云。是商人教誨學徒之義務。與學徒爲商人服勞務之義務。二者似爲並重。故學習契約之性質。據本通例解釋之。既非承攬。亦非雇傭。乃一種無名契約而已。

商業學徒之契約。有定修業期間者。有不然者。其期間之未經明定者。則依本業之規約。或地方之習慣行之。（第五十七條）而我國之習慣。其修業期間。恆以六年爲率。俗所謂幫三年學三年是也。（註一）

註一

日本工商見習本定爲十年。明治五年後改爲七年。而民間沿用舊習仍爲十年。

修業契約之前。商人得定一試驗期間。但至多不得過三個月。蓋若期間過久。將於學徒有害。故以三個月爲限。（第五十八條）至修業契約成立後。關於彼此之解約。準用關於商業使用人之規定。（第五十九條準用第五十條至第五二條）

第七章 代理商

第一節 總說

代理商之制度。自古各國皆有。然見諸法律而於商法中特設規定者。則自德之新商法始。德舊商法曾設代理商規定。卒以無明確定義。遂刪除之。英美法所謂商事代理人。實兼居間牙行及其他商事代理人而言。與德商法之代理商。迥不相同。日舊商法有所謂代辦人者。僅得爲商業代理。而不得爲介紹。較諸代理商之營業範圍。似爲少狹（註一）然日本新商法。已仿照德商法改正之。本通例仿德、日、新商法。亦特設代理商一章。

註一 日舊商法代辦人有二種（一）常囑代辦人與德國代理商之性質相同（二）臨時代辦人不遵臨時各別

代理實與代理商無涉

關於代理商之立法主義。有二。有謂代理商應與居間業承攬業相次。而於商事契約編規定者。如日本舊商法是。有謂代理商應與商業使用人相次。而於總則編規定者。如德日新商法是。本通例特規定代理商。即採德、日之立法例也。

第二節 代理商之意義

代理商者。非商業使用人。而常時爲某商人代理。或介紹其營業範圍內之商行爲者也。（第六十條日商法第三十六條）試析述於左。

第一代理商者。非商業使用人也。此爲消極的說明。蓋代理商爲獨立商人。與隸屬於商人之使用人不同。故對於所代理或介紹之商人。稱曰本人。

第二代理商者爲商人營業之代理或介紹也。故代理或介紹非商人之行爲。則不得謂爲代理商。但其所代理或介紹者。祇係商行爲即可。無論專爲代理。抑僅爲介紹。或兼爲代理與介紹。均非所問。代理意義。仍依民律解釋之。(參民草第二百二十三條以下)至於介紹。則不過周旋他人間商行爲之成立而已。代理商爲代理時。其立於權利義務關係者。雖爲本商人。而實際上爲法律行爲者。則爲代理商。若爲介紹時。則代理商僅有事實上之行爲。而爲法律行爲者。乃別有當事人。故爲代理時。代理商爲行爲人。而爲介紹時。則代理商非行爲人。是爲代理與介紹之異點。

第三代理商者。爲某商人營業之代理或介紹也。故如牙行居間。爲一般商人之代理或介紹者。不得謂爲代理商。(註一)所謂某商人。乃特定商人之義。非限於一商人之謂。故同時爲數商人代理或介紹者。亦不失其爲代理商。

註一 代理商與牙行之比較

- (一) 牙行限於物品之買賣。代理商則不以物品買賣爲限。得以各種商行爲爲目的。
- (二) 牙行所爲之物品買賣。在委託者未必爲商行爲。代理商之所爲。則必屬於本人營業範圍內之商行爲。
- (三) 牙行係臨時受一般委託者。爲行爲代理商。則係常時爲一定商人爲行爲。
- (四) 牙行以自己名義。爲行爲代理商。則以本人名義爲之。

代理商與居間之比較

(一)居間所介紹之商行爲不限於一定種類代理商所介紹者則以本人營業範圍內之商行爲爲限

(二)居間受一般人委託而爲介紹代理商爲一定商人而爲介紹

第四代理商者。常時爲某商人營業之代理或介紹也。所謂常時。即對於某商人須有繼續關係之謂。若係臨時爲營業之代理或介紹者。乃偶然之行爲。不得謂爲代理商。

第五代理商者。爲某商人代理或介紹其營業範圍內之商行爲也。故其代理或介紹之行爲。不

屬於本商人營業之範圍內者。仍非代理商。

第三節 代理商之特質

代理商。乃爲某商人營業之代理或介紹者。則其爲商業補助人。自不待言。然代理商與商業使用人比較言之。在法律上及實際上均不相同。試列舉其異點如左。

第一代理商與商業使用人。雖皆爲補助商人營業之機關。但商業使用人乃商人之從屬機關。而代理商則爲獨立之補助機關。故商人對於商業使用人稱主人(第二十九條)而對於代理商

稱本人(第六十一條)

第二商業使用人。僅隸屬於一商人。而代理商則不妨爲數商人代理或介紹。

第三商業使用人。非商人。而代理則爲商人。

第四商業使用人。服勞務於主人之營業所。而代理商則有獨立之營業所。

第五商業使用人。恆受一定工資。而代理商則就每一行為而受報酬。(第六十八條第七十一條)

第六商業使用人。因營業所需之費用。統歸商業主人負擔。而代理商因營業所生之費用。則歸自己負擔。(第七十條第二項)

第七商業使用人之服勞務。應服從主人之命令。而代理商之為代理或介紹。則有自由裁量之地。

第八商業使用人。於契約終了後。即失其為營業機關之資格。而代理商則與本人之關係雖消滅。仍有商人之身分。

第九代理商就其代理或介紹事件所生之債權。得扣留代本商人執管之物件。(第七十三條)而商業使用人。則無此權利。

第四節 代理商之權限

代理商之權限。除得以契約訂定外。本通例設有特別規定者。可分述如左。

第一代理商之職務。有專任代理之勞者。有僅執媒介之役者。有二者兼為之者。其權限之廣狹。悉可由委任契約定之。但代理權。則須由本商人明示授與。若未經本商人明授。以代理權者。則代理商祇能為介紹行為。(第六十三條)蓋欲使代理權之確實。而期交易之安全也。惟名實未覓

不符耳。

第二代理商僅有介紹之權限者。若代本商人訂結買賣等契約。本商人知之而不速向對手人通知作廢。即爲本商人默認。(第六十四條)蓋代理商對於本商人。有隨時通知之義務。(第六十二條)凡代理商擅訂契約。而爲越權之行爲。本商人自有覺察之途。倘僅責代理商之違約越權。而並不向對手人聲明作廢。是非本商人之懈怠。即早有承認之意矣。商事貴乎敏速。故無庸特別之追認行爲。即視爲默認。

第三買賣通則。買主於所買受之物品。應速爲檢查。若有瑕疵或數量短缺。即宜通知賣主。而爲解約減價或損害賠償之請求。(民草第五百七十一條第五百七十二條)故代理爲販賣物品之代理商。關於物品之瑕疵或短缺及到期交付等事。有受對手人通知之權限。(第六十五條)蓋代理商立於本人與對手人間。爲雙方交易之樞紐。若代理商無收受此項通知之權。則買主須直接通知本商人。非特遷延時日。抑且諸多不便。故法律特設規定。使代理商有受對手人通知之權。

第五節 代理商之權利

代理商對於本商人之權利。本通例設有特別規定者。約分二。即(一)報辭請求權。(二)留置權。是也。茲分述於左。

第一報酬請求權 代理商之報酬額如無特約。應按其所辦成之事務計算。(第六十八條前段)蓋代理商亦為獨立之商人。其代本商人所為之行爲。無論爲代理或介紹。自得請求相當之報酬。其報酬之多寡。應以契約所定者為準。無特約時。始按其所辦成之事務。而各別計算之。至代理或介紹販賣物品。而遇有報酬之爭議者。應俟貨價交代後。照已交銀數比例計算。(第六十八條後段)蓋受任者所應得之報酬。非委任事務履行後。不得向委任者請求。是爲原則。故爲代理或介紹販賣物品之代理商。必其所代理或介紹之買賣業。經付價。始得有報酬請求權。所謂比例計算。即視其貨價交付之多少。而比例給付之。如貨價有短欠。其報酬亦可比例照減。代理商在其所代理或介紹之行爲。未經履行以前。不得請求報酬。是爲原則。然亦有一例外。即凡因本商人之故意或過失中止其行爲者。代理商仍得索全數之報酬是也。(第六十九條)代理商之所得。名曰報酬。似應就其已代理或介紹之事務。始可索取。然凡經明示指定地域。承受代理或介紹者。代理商於其所指地域內。即有代本商人獨爲代理或介紹之權利。故在其地域內。雖代理商未爲經手。而由本商人自爲。或另委他人代爲之行爲。除有特約外。代理商亦得請求報酬。(第七十條)蓋此項情形。代理商每預出種種費用。以謀將來之利益。若本商人在其區域內。不經代理商之手。而自爲行爲。或使他人代爲之。則代理商應得之利益。將受損害。故仍得請求報酬。

應付報酬之期間。如未經特約訂明。則於每季結算一次。照數給付。(第七十一條)

第二留置權。代理商於其專為代理或介紹事件上所生之債權。除有特約聲明外。得扣留代本商人執管之物件。(第七十三條)德商法僅設有一般商人之留置權。(德商法三百六十九條)而無代理商留置權之規定。本通例倣日商法(第四十一條)而規定代理商之留置權。故茲所謂留置權。與民律上留置權固殊。即與一般商人留置權亦異。(商行爲草案第二十條)試述其特徵如左。

一 民律上之留置權(民草第一千二百八十八條)其債權僅限於與占有物有關係者。而代理商之留置權則不然。凡債權發生由於商行爲之代理或介紹者。其債權雖與占有物無直接關係。亦得留置之。其特徵一。

二 民律上之留置權。乃法律當然所生之結果。當事者不得任意以契約禁之。反是代理商之留置權。當事者得以特約聲明而預禁其發生。(第七十三條但書)其特徵二。

三 商人間之留置權。其債權僅限於雙方均係商行爲者。即其占有之原因。必由於當事者間之商行爲。乃有留置權。而代理商則凡因代本商人所爲之代理或介紹而發生之債權。皆得留置之。其特徵三。

四 商人間之留置權。占有其物。須係債務者之所。有而代理商之留置權。則不問其物之所有權。

屬於何人。凡代本商人所占者。皆得留置之。其特徵四。

第六節 代理商之義務

代理商對於本商人之義務。本通例設有特別規定者。約分爲四。即（一）注意義務。（二）通知義務。（三）競業禁止義務。（四）費用擔負義務。是也。茲分述如左。

第一注意之義務。代理商於其所代理或介紹之事務。應妥慎保護本商人之利益。（第六十一條）例如相對人之資力信用。交易之情形及市場之狀況。皆宜時時注意。以圖本商人之利益。至注意之程度。則以管善良理之注意爲準。（民草第三百二十五條第七百六十六條）

第二通知之義務。代理商於其所代理或介紹之事務。業經議訂。應即通知本商人。（第六十二條）依民律（民草第七百七十七條）規定。若無委託者之請求。則除必要情事外。受任者僅於委任事務終了後。報告其顛末。而代理商則不然。蓋其所代理或介紹者。乃本商人營業之全部。或一部。非僅單一之行爲。若由本商人隨時請求報告。則請求者將不勝其煩。若待委任終了。始行報告。則本商人於代理商所爲之各個行爲。又不能知其狀況。故法律特設規定。使代理商就各個行爲。不待委託者請求。即隨時報告。蓋爲敏速簡便計耳。

第三競業禁止之義務。代理商非有本商人允許。不得爲自己或他人爲與本商人營業相同之行爲。並不得爲同業公司之無限責任股東。（第六十六條第一項）是名之曰競業禁止。然限於

與本商人營業相同之行爲。及同種營業公司之無限責任股東。非如經理人之一切商行爲。皆在禁止之數也。

代理商若違反上述規定。則本商人除得隨時解約。並得請求損害賠償外。對於代理商爲自己所爲之行爲。得視爲爲本商人而爲者。僅曰爲自己。蓋代理商爲他人所爲者。本商人不能攘奪第三人之利益也。學者名此種權利曰本商人之進入權。即就代理商之行爲。使其已得或應得之利益悉歸屬於本商人之謂。此項進入權。自本商人覺察之日起。一月以內。或自事成之日起。一年以內。不行使時。即行消滅。(第六十六條第二項)是與對於經理人之規定略同。宜參照之。

第四費用負擔之義務。代理商於通常之營業上一切雜費。除契約有特別規定。或該地方別有習慣外。不得向本商人請求。(第七十條第二項)蓋代理商爲獨立商人。於獨立之店舖。其營業上所生之通常費用。(如店租及旅費等)均應由自己擔任。不得求償於本商人也。

第七節 代理契約之解除

代理商與本商人間之關係。以契約滿期而消滅。其契約未經明定期限者。彼此各得於兩月前預先聲明。屆時廢約。(第七十二條第一項)若遇有特別情形。則不問契約之有無期間。得依第五十條至第五十二條之規定。彼此隨時解約。(第七十條第二項)

商法商人通例講義終

商人通例勘誤表

頁數	行數	勘誤	正
一	七	仰	抑
三	六	於	變
四	二	夥合	合夥
	六	第日	第五
	八	之	標之
	十二	六五	六日
	十四	英商美法	英商美法
九	二	六年上	六年之海上
	十三	係兩編	爲兩編
十	十三	商習慣法時	時學刪
十三	十二	利爲之意益	利益之意
	十四	券證	證券
十四	九	出貨	出貨
	十	不稱產	不動產
十五	十一	供展人	供人展

商人通例勘誤表

		商人通例		勘誤表	
十六	六	金錢業	金錢爲業		
十八	十五	草案第	第字刪		
十九	三	屋	房		
	四	房	屋		
	五	居間行	居間不		
二十	四	法例	法例者		
	八	商行爲業	商行爲爲業		
二十二	十一	業個人	商個人		
三十	一	監察人	股東會		
三十二	十一	未成年	未成年者		
三十三	二	對抗知	對抗不知		
三十七	九	聲明	聲請		
三十八	七	三日	三日		
五十二	十一	惟附屬	惟字刪		
六十八	十三	作成	作成		
七十七	一	不得補助	不得使用		
八十五	十三	僅借在此總	僅在此		

九十四
九十六
九十七
九十八

十四
十五
七
九

分二
占有其
管善良
於獨立

分爲二
其占有
善良管
有獨立

商人通例 勘誤表

商人通例 勸誤表

中華民國十二年

月付印



北京朝陽大學出版

西單牌樓皮庫胡同
京師游藝書畫所印刷
電話 西局二一七一

