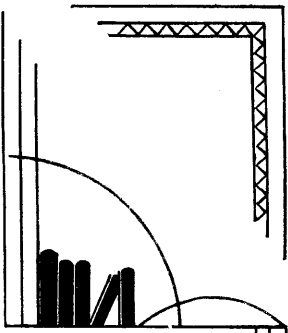


商法一教材

國立上海商學院圖書館



登記號碼 1653
書碼 347.7
S295
價格
來源 李悅清

J80

上海图书馆藏书



A541 212 0008 4571B

202038

~~1544728~~

第一編 總論

第一章 商法

第一節 商法之意義

商法之意義有二曰形式上之意義一曰實質上之意義所謂形式上之意義者端因國家既以商法之名而編纂法典則此種法典概得稱之為商法而其實質之如何應不向也至于實質上之意義自當有廣狹二義之區別

夫所謂廣義者係相關於商事法規之全體而言詳究之約可拆為三類即其一為私法的商法其二為公法的商法其三為國際的商法是也而公法的商法之中又可分為三種有如甲為商事刑法即在刑法及其他各種罰則關於商事上之規定者屬之乙為商事國法即在憲法及行政法中關於商事



上之規定者皆是也。何為商事訴訟法即在訴訟法中關於商事訴訟之規定者也。

若就狹義言之其在經濟上法律上最重要之地位莫如所謂私法的商法惟其義狹而并為各個私人間之關係斯即吾侪有志商學者所當詳悉討論者耳。

第二節

商法之性質

夫狹義的商法既為私法的商法亦即規定個人間商事關係之法規也。蓋商法之規定無論何國大都主合實用其向縱頗有出入之處然其特質因得略舉而拆述之如次。

(一) 商業者私法也

商法為私法之一部分夫固盡人皆知然

商法之中未必絕無公法的規定有如公司法中之罰則票據法中對於濫發支票人之科罰何莫非規定國家與個人間之關係而以國權強行之不過在商法中此種特殊之規定殆

屬甚鮮而任意之規定實占多數故自大体論之其法允稱私法耳

曰商法者特別法也 商法對於民法為特別法業為社會所公認自無待言至其所以為特別之緣由則又為吾侪所當究知者耳或謂民法者乃關於一般人之法而商法者則關於特別人之法也夫根柢曰民階級說為主體主義之說業為多數學者所否認而晚近各國所定之法典率皆趨重行為則民法與商法之區別標準自應以一般行為與特別行為為斷故即途謂民法者為關於一般行為之法而商法者乃關於商行為之法似較適當近理者耳

特是商法對於民法雖為特別法而決非為民法之例外法實為吾侪所應亟先辨明者也蓋商法之為法倘非獨立編纂亦須單獨頒行既非為民法之補充法自無例外之可言故

凡關於商法固當適用商法必過商法中確無明文規定即該
比附援引而終究于依擬時方得適用民法其理本甚顯著否
則但憑一己之利得以任意而趨避之正無煩于特別之規定矣
三商法者國際的者也 按各國商法之規定似均以期臻一致為
主旨徵諸過去及現代諸國商法之改訂實際上率都大同而
小異預料將來容有統一之可幾良以商事之範圍不僅以國
境為限且貿遷有無以商之受慮設肆于情勢亦甚難止故處
世界大通之世倘彼此之法律特著殊異則其適用自多困難
而糾紛必日益滋長此各國之對於商法所以不嫌雷同而有漸趨
統一之傾向耳

第三節

商法之沿革

商法之起源大都由于習慣而來故其沿革亦不外由習慣而至
于成文溯在上古之腓尼基迦太基巴比倫等國曾以商業繁盛或

著稱逆料當時必有商事上共守之規則第以無文獻之足徵洵屬憾事現為高法沿革上最下之資料者厥惟洛特海法至其編訂之時期已絕不可攷在西曆紀元前數百載其時地中海中之洛特島適當商舶往來之衝商業繁頻遂生習慣由是彙集習慣彙垂為信條並以其成于洛特之地故即以島名名之雖其內容僅為法商之一部分然其勢力之大實非當時地中海之全區能受其支配即以羅馬帝國全盛時代之權威猶是認之而未便超置之也迨羅馬解紐蠻族南侵歐洲中原全入黑暗時代商業到處衰頹而所謂洛特海法者竟于無形中燭滅而影滅再閱千載餘年漸入所謂習慣法之時代中矣

夫自羅馬帝國既亡新都未與大小諸侯割地獨立商人失家國家之保護不得不自籌防維救濟之方于是各就歷來經數之所得採取商事一定之習慣約為共同恪守之規則并編訂

和模粗具之商事件裁裁制所以為之排解糾紛嗣因其他各
團體時亦援引此中之習慣以釋兩方之爭執故雖為商習慣
不需附有法律之効力矣斯即習慣法之名稱所由肇起者耳
惟在此時代中最著之習慣法可得而述舉之于左

(一)地中海之習慣法 當十三世紀時西班牙羅惹爾那之地據
地中海沿岸各地海商之習慣編成一書凡遇地中海沿岸各地
若有商事上之紛爭法官必須以此為判斷故是書之名稱
即曰海上裁判官是徵當時之具有偉大勢力焉

(二)大西洋之習慣法 迄十四世紀中葉法國國瀕海之屋來浪島
博徵大西洋中海商之習慣編為法典遂為之為屋來浪其所記
載大致與地中海之習慣法相類似美國曾以此以解一切海上事件
之紛爭法國則視其所瀕之海洋以定適用之標準如屬地中海
瀕則以海上裁判官為依歸若在大西洋瀕岸則以屋來浪

為根柢其勢力之雄盛夫亦可以想見矣

曰波羅的海及北海之習慣法 由地中海大西洋商業之發達漸暨于北海波羅的海之區域于是又蒐錄北海及波羅的海沿岸諸港通行之商業習慣而有所謂惠思比海上法典之編也然惟此種習慣法即在近今德意志瑞典挪威丹麥等國之法令中尚有幾許陳蹟之可尋耳

總之右所歷舉者為海上有名之習慣法惟率行雖久其範圍要僅以海商為限迨一六七三年法國路易十四頒布商業條例實為商法獲睹成文之新紀元然此又僅為陸上商事之規定嗣于一六八一年更有海商條例之制定不第法蘭西商法之基礎由是樹立而潮流所趨除英美外各國相仿之詢于法制上放一熒燿異彩此日本穗積陳重博士所謂因路易十四之編纂法典而南北始歸一者蓋即指定是項效果

而言故最近各國之商法言之難以編纂上之不同約可分為
四大法系如左

(一) 法國法系 有意大利比利士西班牙葡萄牙等國之曰
商法皆屬此系者也顧現今屬于斯系者僅荷蘭希臘土耳
其埃及諸國而已蓋在路易十四頒布商令以迄閱百有餘
年而至拿破侖第一時代已覺此種法令未能悉與時勢
相合適于應用於是亟亟改訂遂于一八〇七年而有所謂
破倫商法之頒布按諸當時情勢力固覺臻于美備之域故
堪為各國編纂商法之藍本即日本之曰商法亦非若是
為模範焉不過相沿迄于今茲以時日計之又向百有餘年
矣一般社會之狀態當然已多更易以前所見為美備者
益或自嫌殘缺繼而諸法蘭西人亦未能諱莫如深矣

(二) 德國法系 即如奧匈瑞士日本等國之新商法皆屬之惟德國之商法難以規定於普國國法中者為始然僅限於普魯士之一偶不足為德意志者全國之法也俾即向之有國稅同盟乘機規定票據法規通行全國于是更進而商法之制定是為一八六一年同盟之法迫乎一八七一年日耳曼帝國成立之時即以此為帝國法典之一部又重徑改正于一九〇〇年公布施行洵足稱為世界最新之商法焉

曰德法折衷法系 凡得稍為此種法系者大都始採法主義而嗣又參用德主義如意大利西班牙葡萄牙等國之新商法及日本現行之商法皆屬之更若滙豐衣意大利新商法之羅馬尼亞暨模範葡葡牙新商法之南美亞爾然丁亦附屬斯系者也

曰英美法系 此為英美之特色以又文之習慣為依拠未

有特定法典其所謂商法者亦不過為歷來法律之整理而惟
法及數種有關於商事之條例已耳因非便利之法系故他國
不易仿效微之吾國向無商法自前光緒二十九年始有欽定商律
之頒布然只商人通例暨公司條例二種至宣統二年復有商律
草案之編成未及頒布而國社已墟迄民國三年為應時勢之需
要起見重將四有之商人通例及公司條例稍加修正以教令頒行
全國其他各國且設有修訂法律館以專司編纂之任然時
逾十載稿經屢易尚未公布于世且立法院正式成立本民
商合一之旨以努力進行自十八年十月起果已次第頒布不過
對於商行為之規定業為民法第二編所吸收此外若公司法
票據法海商法保險法等則概取單行法主義而分別公布施行者耳

第四節

商法通用之範圍

商法之適用往往以商事發生之時期地點及行為人之身分各有不

同故其範圍亦不得不用之而異茲分別述之于次

(一)關於時之適用範圍 此當其他種法律受同一法則之支配夫法律之效力以不溯既往為原則故商法對於其施行前所發生之事項亦不得一律強制適用然有時基于特殊理由必須使其效力溯及施行以前之事項者又有基于特殊情形必須使其改正俾於施行后所發生之事項適合者惟均應以明文規定之為其必要者也

(二)關於地之適用範圍 蓋由于現代國家之各種法律莫不採取屬地主又凡一國之法曲、惟冀推行于本國之境域而侵及他國之領土內為原則商法亦不能獨標歧異也特是有謂商法為國際的法或為世界的法又有謂當今之世言商業發達万国互市應無國斷之可言但今在高業上有巨大勢力之國家即其商法亦得施行于他國而為內外共通適用者然此不過就事實而推論其勢

力之應如何耳若夫有涉外法權之國家對於僑民所為之商法自然不肯適用僑居國之法律而仍適用本國之法律反之但如國雖有新領土之獲得而對土民商民事之成立及效力亦尚有因習慣之懸殊昔時適用他國法律者要皆屬於例外也即如吾國之蒙回藏各部亦以習慣上互有不同之處曾有倡言宜設特別法于商法之外以冀民情適合者且又當作別論耳

三關於人之適用範圍 是即不論本國人与外國人要以均可適用為原則蓋時至近代已舉古昔商人之階級完全衝破由是商法也者純為關於商事之法律凡得適用該法律者不僅限于商人苟其事項屬於商行為或與商人有關係者不同其為自然人或法人當然皆可適用之也

以上所述係就一般之商事成文法而言至于特種商人或特種商

事而有所謂商事特別法之頒行如銀行法交易所法之類斯其
適用之程序原可先於商法而適用之惟于此尤須注意者即凡
特別之法果在商法實施前所制定而由現行商法有抵觸者苟
未經商法施行法明定其有效則當援後法改廢前法之原則
隨現行商法之實施廢止或變更之此外尚有所謂商習慣者又
應繼商法之後得以適用之也不過此種習慣概以不悖於公共秩序及
善良風俗者為準抑且必為法令所認可並為律法之無明文規
定者方許其為彌補缺陷起見隨時隨地堪以援引與法律
有同一之效力否則既違法理或與法律所規定有節外生枝
之嫌均絕無主張之餘地者耳

第二章 商人

第一節 商人之意義

商人之意義在法律上言之即為商業主體之人是也(二回通第二

各一項)所謂主体也者係由營業上所生之一切權利義務全歸其享受負擔如斯而已若夫業務之是否親理概非所向即如未成年者之委託代理人經營商業而未成年者固儼然不失為商人也反之在事實上縱為商業之經理人或夥友学徒等確實親執業務然皆非為權利義務之主体故不得謂之商人

第二節 商人在商業上之制限

商業之經營雖以任何之人均得為之為原則然就其所營商業之目的以暨經營商業者之資格自亦不得不稍受如左之制限焉

(一)由法律上之規定而受制限者 斯則又有對人與對物或一般與特種以及須具特定條件之制限例如片襪襪物等之販賣郵政電報等之事業係對於一般之人絕對的禁止其經營也者又如硝磺火藥之製造販賣限于備具一定之條件對於特定之商人方許其營特種商業也至若有特殊身分之現任官吏則不許

經營業與所屬之人民爭利更如經理人與代理商倘未得其主人或本人之許可亦不許其得以自由易行他業或為與本人同種類之營業推而至于無限公司之股東股份有限公司之股東股份有限公司之董事非經其他股東全作之同意不得為自己或他人為與公司同類營業之行為及為他公司之無限責任股東凡此皆對於特定之人而加制限者也此外若保險事業非個人所得經營必須組織公司以為之者亦正得認其為對於營業方法而有制限者耳

二由契約而受制限者 凡商人向由彼此之訂立契約而營商業因亦為法律所認許然其契約倘沒無限限制只顧一方面之便利而有壓抑他方面之行為則其影響於一般之經濟上者弊害殊多斷難任其阻碍商業之發展是故商人倘將營業轉讓于他人雖由雙方契約之關係致受商業上之制限而法律上對於一

切商人由契約而受之制限中所有時期與地域二項亦不得不斷畧為規定商通第二二條以示準繩而昭公允其詳容於後章縷述之

第三節 商之自然人

商人有自然人與法人二種自然人者對於法人而言也舉凡有獨立訂結契約負擔義務之能力均得為商人商通第四條蓋在吾國之立法上不認奴隸制度故無人有不權利能力并且照新民法摠則施行法第二條之規定即屬寄居本國境域之外國人于法令之制限內亦得享有私權能力是以只須具有權利能力之人固可不向國籍之內外而皆得為商人何以言之商人也者既認之為商業主體之人以經營商事為業不必拘于親執業務之謂故在法律上苟自己確為權利義務之主體而以商事為業者自得此日為商人不過須受行政上之制限已耳

吾國新民法認為一般無能力者大別之為未成年人及禁治產人

故營業之自然人亦當本此準則而共通適用之茲分述之于次

(一) 未成年人在商人通例中所謂年齡未滿二十歲者即民法上

所稱為未成年人也或者年齡未達七歲完全幼稚無能又或

年齡縱越七歲而智識尚未圓滿倘具若令其自營商業鮮

不失敗故得置法定代理人以代為之經營一切而保護其利益不過

法定代理人必須由其父母或祖父母遺囑所指定倘無遺囑指定

時應由親族會議選定之(商通第五條一項)非可任意充當之也

雖然法定代理人不過以年齡未滿二十歲者之名義代為經營一切

故在年齡未滿二十歲者仍為商業之主体而為商人所以必令

其呈報註冊者一方面得以俾眾周知該法定代理人以夫有該營

業之代理權而又一方面并可使人等知其所營之業係為年齡未

滿二十歲者之所有藉免彼此有所混蔽而起紛爭(商通第五條

二項)惟在呈報註冊時必須附具足以證明其資格及已得親族

會議之證明書是以代理人之代理權不啻法律所賦與洵屬
廣大而有力量然苟一任其為所欲為漫無拘束容有不利于未成
年者之虞故法律為保護未成年者之利益計特為之設有
規定得由無能力者之親族會議加以限制並為保護不知情之第
三者計不許因有代理權所加之制限藉以對抗之(商通第五條三項)良
以商業上之行為端貴敏捷倘必逐一調查其是否屬於權限之內而後
徐々確定其交易難免有稽延之誤然以偶不加察之故輒使已成
之法律行為得由片面隨時提出之主張居然可以取清則又甚非
交易安全之道務必兼籌並顧兩得其所庶有合于立法之本旨
焉若年齒未滿二十歲之人智能已十分發達認其堪以自營
商業時則法定代理人亦可無須過為束縛得許其自營商業
(商通第六條前段)於其時也雖屬幼弱之人而在商業上之能力
則完全與成年者同蓋法律之對於未成年人特為設置法

定代理人使其代營商業者無非因其年事幼沖既無智識
又乏經驗未便信其有獨立營商之能力已耳苟智能已全
經驗亦具堪與成年者相埒徒以年齡關係而必壓抑之使
其有所依賴不得憑一己之自由意思而與他人為種之法律
行為則匪特不足以發展青年之能力且于事實上亦定多
窒礙故又特設規定以資變通也 能力且于

但年齡未滿二十歲者雖經法定代理人之允許得以獨立自營
商業原係一種變通辦法然倘無公示之方式則亦無以徵信于
他人是以必須取得允許憑証并須經過未成年入及法定代理
人署名簽押呈報註冊之手續(商通第七條後段)惟法定代理
人縱已變通辦理允許未成年入之獨立經商如嗣后察見其
情形實有不能勝任愉快時仍得由其撤消前時之允許或
加限制于未成年之營業能力(商通第七條一項)特是無論其

為掃清或加限制又應對於官廳重有呈報註冊之手續而亦不得對可抗不知情之第三者（商通第七條二項）至若法定代理人允許未成年者得為公司之無限責任股東時其須履行之法定手續與上述之允許獨立營業正復相同（商通第六條前段）又如未屆成年之人而業已結婚者法律上以其身體之發育與智識之完全要與成年人各已概括認其為有行為能力即在法定代理人亦不能再加以限制者矣（民法第十三條三項）

（二）禁治產人 在新民法所規定凡心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者皆為禁治產人所謂心神喪失者即患癲之癩白痴精神病之類又精神耗弱者係指盲啞等殘廢廢之人而言在商業上自亦當共通準用之夫禁治產人或以神經錯亂不能為合理之行為抑或如覺欠全識別力未能與常人相埒故在法律上概認之為缺乏行為能力应在保護之別均禁其自由徑商

以保全其利益即欲其營業以圖發展其資產亦由當其父母或
祖父母以及親屬會議所選定之法定代理人以代為之（商通第
五條一項）于代理人須有呈報註冊之法定手續以暨代理權
附加限制不得對抗不知情之第三者完全與對於未成年人之
所規定者相同惟在七歲以上之未成年人法律上則認為有限制
行為能力只須法定代理人之允許或追認胥與常人所有之
行為有同一之效力而對於禁止治產人却無此項明文之規定故
除撤消禁止治產宣告外絕無自營商業之機會是其特異之點也

第四節

商之法人

夫所謂法人者即為一個之社會組織依法律而創設之人格
也關於法人之本質學者向之議論雖有或張擬制說或主
實在說等之不同而就各國大多數之立法例觀之其得以取得
商人之資格也應無異議不過法人原有法公人與私法人之區別若

夫私法人之得以徑商自不待論惟公法人之能否經營商業
均為法律上之一問題而為吾條所應明晰者也茲分別而
略釋之于次

(一)公法人 公法人者係指國家及其機關以行國家政務為
目的者是也雖其所有之行為應以公共之事業為目的然當
其經營公共事業之際兼有利益之可得一似營商業者
之所為亦決不與公法人之性質相抵觸是故就國家言由鐵
路而營運送事業國家不啻一商人也推而至于省縣城
市而有電燈電車自來水等事業其經營即省縣城市
亦不啻一商人矣惟公法人之經營此種事業其組織與目
的要與私法人之所為者大相殊異所以商于此層每有特殊
之法令未可一般適用商法之規定也

(二)私法人 按吾國法律所規定凡屬宗教慈善學術技藝以及

其他關於公益之社團純然與商業之觀念無涉者皆應于登記前經
主管官署之許可方得成為法人若夫以營利為目的之社團
則其取得法人資格須依特別法之規定（民法第四六第四五兩條）
即在商業上見為最屬主要而最為普通者莫如公司法所
規定之四種公司是耳

第三章 營業

第一節 營業之意义

營業二字若以狹義解釋之即為商人對於業務上所有行動之
總稱也然此要為主觀的意義與商業之名稱亦無甚殊異至
于就客觀的意義言之則為對於商人私有財產稱其營業之一
團財產耳實由積極部分與消極部分相合而成所謂積極
部分者有如店舖商品生財並其他之動產不動產有價証
券或關於營業各種之債權以暨特許商標意匠商標等

之無形財產也且包含營業打來可生利益之事實關係皆屬之若夫消極部分即關於營業上之一切債務是也惟就之所謂關於營業之債權債務事項不必直接限於營業上之交易而來凡由法律行為或以其他讓受等原因所致者概應包括在內

抑營業財產對於商人之私有財產似具有獨立財團之現像故學者向亦有認其為特別財團而為獨立權利義務之主体者彼等所主張之理由或以為商人營業上之財產與其私有財產由帳簿上觀之既可毫不相混即商號及營業所容與主人之名稱與住所亦復不同且營業上之代理權得因主人之死亡而消滅其他之一切關係又與主人之存亡去涉是以就營業之主體言在商業上之關係均為獨立之負擔者而主人不啻為其第一使用人而已又或謂營業上之財產雖無獨立人格然與

商人其他所有之財產係全然分離者也惟就吾國現行法律之所規定者論之商人於營業上之財產既非法人自無獨立人格且于法律上並無以之為特別財產必須與商人之私有財產分別處理者是故營業之本俾與非于主人財產以外得為獨立人格之權利主体雖在事實上主人或以自己店中之商品供其使用為計亦之便宜起見亦有依買賣債之形式授受金錢者然此不過帳簿上之關係在法律上非真為買賣債自不得稱為真正之法律關係良以營業上之財產若就法律言之固非與私有財產絕對的分離而存在故耳是以對其私有財產有債權者即得以其營業財產之債務相抵銷反之對其營業財產有債權者亦得以其私有財產之債務相抵銷且不論為營業上之債權者或為私有財產之債權者均不能分別其財產之部分而言之

簿也之獨立非有法律上之獨立也

如也所述營業原之獨立之人格要有主体存焉營業之主
体即為主人所謂營業者即其所屬之財產也惟主人要有自然
人與法人之區別倘主人而屬法人則除營業財產以外當然亦無
所謂主人之私有財產者耳至于營業之主人原非絕對的僅限
于一人有如數人合夥而共營一業者自屬常見不鮮又有一人
而為數種營業之主体者如彼巨商大賈分其資本而營數
個之商業其实例正亦不鮮也

第二節 營業之轉讓

營業既指商業上財產之集合者而言故無他三三之存在非特不
得認為一種之權利主体並不得分為各別之權利主体何者營業係

各種權利之集合非為各別的權利客體也是以轉讓云者乃以
一括而為法律行為之目的俾受同一處分而自歸于一種命運耳雖
然夫所謂一括者又非必轉讓營業上之財產全部也故營業財產
中果轉讓如何部分始得謂為營業轉讓似尚為討論之一問
題惟據法學學者間之所主張則謂須轉讓信用或其他財產足
以直接表明其為同一之營業者而德國學者則乃謂須轉讓保
存營業舊態所必要之財產故其所指定者亦多在信用以及
營業上之種々要件等然苟持平論之凡若此者要比皆屬於各
個的事實問題其中因有以店舖為要素者亦有以信用為要
素者實未能一概的示以標準也惟有審察營業之種類狀
况及商業上之習慣以解釋之可耳

抑營業之轉讓要由契約而成若純粹遺贈則非轉讓也且其
行為又為死方的商行為故由轉讓人之一方面視之不啻為其最

後之附屬的商行為而自讓受人之一方面視之係一準備行為儼然為其最初之附屬的商行為也此蓋証諸德國裁判所之判決例亦曾是認之

又信用為客觀的營業之主要條件故在轉讓與受讓營業者間恒重視焉照吾國法令所規定不論其為單獨轉讓或與商号一併轉讓皆必使轉讓人對於同業競爭負避免之義務者實緣讓受人之讓受營業原欲以其營業之信用博取利益若轉讓人仍得任意為同一之營業而與競爭勢必有碍于讓受人之利益是轉讓營業不當有其名而無其實矣此法律所以特設規定不外為有保障讓受人之微旨耳茲姑就營業轉讓之當事者間彼此特約之有無分別而說明之于左

(一) 當事者間彼此並無特約時 凡營業之轉讓倘双方之當事人彼此並無特約時則轉讓人在十年之間不得於同一城鎮鄉內為

一之營業(商通第二二條一項及第二三條)但轉讓人得于事後
另以特約免此義務或縮小其區域或減短其期限

(二)當事者間彼此定有特約時 抑營業之轉讓如當事人間定
有不為同一營業之特約時則在轉讓人固當遵守特約不得為
同一之營業然苟悉憑當事者之特約而竟毫無制限勢必至破壞
營業之自由斷絕轉讓人之生計容于公共秩序善良風俗有所妨
碍亦為法律所不許故復為之特設規定以期防護周至是以就其
特約之範圍言屬於區域一層不得踰越本縣之管轄境畧關於
期限之長短至多不得過二十年若逾此範圍其特約為無效
(商通第二二條二項及第二三條)但無效云者以法理論之非全
然須受拘束之謂又不過令其縮小區域或減短期限適拿法律
之所規定者已耳

以上所述為轉讓營業當事者之效力照民法所規定固因其意

思之表示而生但欲以之對抗第三者尚須履行民法及其他特別法令規定之程序始生效力例如動產須交付不動產或商標要註冊以及營業上所生各種之債權均須分別履行法定手續否則不生對抗之效力也特是因營業之轉讓連帶而轉讓其商業帳簿者不得謂為違反了保存之義務(商通第二八條)何者商業帳簿之為物當營業轉讓時容為轉讓財產中之不可或缺者也至于債務之移轉除由繼承及公司合併得包括承繼外私法上罕有概認之者故營業讓受人訂立承擔契約並經債權者之同意(參閱新民法債編第三〇〇及第三〇一條)又或須有債權者分別訂立更改契約尚無此等特別契約則營業債務決不生轉讓之效力也迨讓受人實行償債或因更改契約則轉讓人之債務皆因之而消滅是其結果而轉讓無異然在法理上則債務原非轉讓之目的也

若夫信用以及營業上之種々要件云云者不過為事實上之關係原
非一實體的權利在法理上亦不得為轉讓之目的也故其所謂轉讓
者由法律上觀察之不不過為一種無名契約以行為為目的身申言之
即在轉讓人務使讓受人獲享事實上同條所生之利益而身作為及
不作為之義務已耳有如為信用之轉讓者宜介紹書主顧及表示
自己不得為同一之營業以奪其信用是也更若營業上種々要件
之轉讓不過在轉讓人就其營業上所有一切之特殊利益並其應用
之秘訣盡情披露使讓受人得以繼續利用之也

抑若營業之轉讓當有區別者即公司之合併是也蓋營業之轉讓不
惟自然人間經見不鮮即自然人与公司間或竟公司相互間亦數々
觀之有如甲公司讓受乙公司營業之全部似若合併乙公司之行為
無甚分別然按諸實際則頗有懸殊之點因在合併后所存之公司
對捨由合併而消滅之公司應包括的承繼其權利義務非如營業轉

讓須各個之財產為逐一移轉之手續也并且由合併而消滅之公司其股東當然仍為存續公司之股東故其轉讓營業完全喪失其為商人之資格有又不得認為同一之行為焉

第三節

營業所

營業所者係商人營業之本據恰如吾儕之以生活為本據而有所謂住所者也惟商人之住所與其營業所容有異其區域而為不同一之地址者亦屬經見之事雖照新民法第二〇項之規定一人同時不得有兩住所而在商法上之營業所所要不必以一處為限即于提營業所以外設有二處以上之分營業所亦無不可

只有就公司言即以其本店之營業所為住所此外復無所謂社團法人之住所矣是其特異之具也

夫所謂營業之本據者即為營業之中心易言之係關於營業上指揮命令之總匯處所耳故如工場貨棧等處僅為辦理事務行

為之場所不得謂之營業所不過營業所之行者又不必限于為營業目的之商行為如在分店之營業所專司營業內部之事而營業目的之行為一任支店為之亦屬事所恒有者耳

吾國現行法對於營業所之效力得公述之如次

(一) 定商業註冊之管轄 即應註冊之事項須由該商人各就其營業所所在地該管所為之

(二) 定訴訟審判之管轄 舉凡設有營業所而從事商業製造或其他營業之人因財產權涉訟者得由營業所所在地之法院行之

(三) 定履行債務之處所 如由營業上所生之債務除法律另有規定或契約另有訂定外大都以債務者現時之營業所為履行之處所

(四) 定行使及保全票據上權利之處所 凡關於票據上權利之行使

或保全等行為若無指定之處所者須在利害關係人之營業所為之

(五) 定文件送達之處所 不論尋常或訴訟之文件須以營業所為送達之處所

(六) 定破產管轄法院之標準 商人一經破產時所有涉于破產之訴訟須于營業所所在地之法院行之

攷德國民法雖認自然人得于同時有數个之位所而吾國新民法之規定則反是惟于商人之營業所乃不必以一處為限此係体察商業之實際而有特殊之規定耳由此規定爰生下列之兩種結果即其一商人得同時為數種獨立之營業故得同時有數个之營業所其間各自獨立毫無關係其二商人因一個之營業而有數個營業所者則其相互間應生主從之關係主者何本店是也從者何支店是耳

支店對於本店既有主從關係故在內部之營業方針自應以服從其指揮命令為原則然支店固儼然有相當設備亦一營業所非如工場貨棧等僅為辦理事實行為之處所而已所謂對於本店應服從其指揮命令者並非對於外部之一切事務不得本店之指揮命令概乏自由行動者其間必有多少獨立之性質存焉若全然隸屬於本店非其指揮命令而一切不能行動者則不得謂之支店

抑支店之意義往往有因觀念之不同而引起誤解之處是又不可不辨之宜亟也即(一)或謂支店與非支店之別學者向所持論既無明確之標準故僅因其命名為支店者遂以支店目之若附以其他之名稱則為非支店身詎知本店與支店之區別全應視其在實質上之如何以為衡非可第憑當事者所附之名稱而為判斷也徵諸德國高等商事裁判所之所判決者實屬不乏其例(二)支店與本店

應同屬于一主人。然証諸吾國商界之事實，上恆有用支店名義，而又不必隸于同一主人者。此即所謂事實上之支店。非法律上之支店也。(三)支店與本店宜以同一之事業為目的。若支店之營業目的與本店迥異者，則對於本店之營業自無主從之關係。斯其所謂支店者在法律上儼然亦一本店，不可謂之支店矣。惟于此所辨別者，即支店之目的。其營業範圍又不必悉同于本店也。例如本店兼管批發及零售，而支店則為專營零售者，要于法律上亦不失其為支店之成立也。(四)支店與代理店異。代理店者，不過對於特定商人所有營業部類中之商行為而為代理或媒介之處。所實非其營業之本據也。是故代理店也者，僅由代理商自身觀察之，則固為其營業之所。然非特定商人之本人營業所，自屬彰々明甚。(五)支店與本店之所在地須異。其地域者，此為解釋德國商法之通說也。而按諸吾國商法之所規定者，則不盡然。即如商人通

例第九條之規定不過豫想本店與支店或有異其所在地之事
實耳又且支店之商號亦不必與本店相同惟公司則支店與本店
須用同一之商號由上所述支店對於本店既有多少獨立之性質故
在法律上應與本店有相同之行為者數事應舉之六次

(1) 凡應在本店該管官廳註冊之事項於支店該管官廳亦須
呈報註冊

(2) 支店亦得選任經理人

(3) 在支店交易上所生之債務應以支店為履行地

第四章 商業註冊

第一節 商業註冊之起原及性質

信用者商業之第一生命也信用之原源營業之消長隨之是故
欲使公眾盡知其真相莫博碩客之信用而營業之發展匪
將商業上之法律關係公示之不可也且為保護一般公眾之利益

計務令不無信用之商人漫為交易減少不測之損害亦以周知其營業狀態派絕猜疑之為貴此所以進步之商法莫不是認商業註冊之制度耳

溯在羅馬時代命商店懸揭一定招牌藉以公示其營業之狀態斯即上古歐西各國一般之商習慣降及中古商人團體之風起而合夥名簿之制生凡願為商人合夥員者必于合夥名簿上記入其首始均以商人資格實質為商業註冊之濫觴然尚不過公示商人之資格而已厥後由商人主義之立法進而為商行為主義之立法縱未記入名簿者亦得為商人爰又變更其合夥名簿之意義而以公示商人營業上之事項為其目的遂浸成為現今商業註冊之制度焉

攷各國之立法例關於商業註冊共有三種其一為強制主義係由法律規定強使註冊若延不註冊則科以罰金此乃對於第三者

及註冊者兼籌保護之道也其二為任意主義凡註冊与否全由
當事者之任意惟一經註冊方得對抗第三者否則無此效力也
其三為稟請主義如當事者而不請註冊亦可允許惟不生特別效
力僅在第三者確知其有某種事項之註冊則不得以不知情對抗
註冊者耳

又商業註冊之處可稽諸各國法例亦非一致英法則以之隸屬於行
政官署而德法乃以之隸屬於審判機關照吾國商業註冊暫行規
則第一條之規定明示以市政府及縣政府為註冊所要而英美
之制實實為近是也

按之商業註冊在法律上之性質大都為對抗第三者之要件即以
其所保持之權利而向第三者主張之故學者間輒以權利確保
之效力稱焉凡商業註冊之原因皆如是然未始絕無例外即如
商標註冊不僅以之為對抗條件乃由是而創設權利(商標專用

權)是以又特稱其為有權利創設之効力焉

第二節 商業註冊事項

由商法之規定所應該冊事項區為絕對的與相對的兩種所謂絕對的者係附有國家之強制力俾其不得不遵率之是也所謂相對的者不過由當事者為保障其權利起見得為註冊已耳商法中所規定雖多屬於絕對的然為商事之註冊則為相對的特別是註冊事項皆以有法律明文所規定者為限凡在法定以外者不容註冊即令呈請註冊亦絕不發生何等効力

原夫註冊之目的要在保持商人之信用企圖交易之安全則為保護第三者計似宜舉其一切關係悉行宣布于公眾然而盡情披露秘密莫諱容或毀損其信用妨害其利益是又非所以保商之道也故法律上權衡事之輕重緩急擇其無秘密之必要而利害關係縱涉及于一般者則必使註冊若僅為其營業內部

之狀況而與一般公眾之利害非有重大關係者則無須強制註冊。試觀商法中之各種規定凡為自然人之商人其應註冊之事項尚簡而公司見為較繁者職是故耳。就吾國現行法之規定所應註冊者不外如左之數項。

(一) 年齡未滿二十歲者之營業註冊 (商通第六條)

(二) 法定代理人註冊 (商通第五條及商業註冊暫行規則第一二條)

(三) 商號之創設或轉讓及其變更或消滅之註冊 (商通第一九、二〇、

二四、二五、各條)

(四) 經理人註冊 (商通第三七條)

右列註冊事項均由法律以明文規定當事者負有呈報註冊之義務不過無何之制裁已耳。

至于註冊事項法律上均可適用之規則有二即其一應在本店該管官廳註冊之事項若法律另無規定者于支店該管官廳

亦應公亦之事項於支店所在地亦應公亦也其二業經註
冊之事項如有變動或消滅時應隨時呈報該管官所註冊(商
通第一三條)究其用意之所在無非欲使註冊事項務而實際
情形適合耳若夫關於商號及公司設立之註冊則另設特別
之規定焉

抑法律對於一般商人及商子無能力者之為商人雖各設有註
冊之規定然無嚴限之時期惟對於商之法人則往往由其事實
之發生須於十五日內速為註冊並且對於公司設有特別之制裁
有如發起人執行業務股東董事監察人清算人等急為註
冊應科以五百圓以下之罰金是也(參閱新公司法第二三一條
一款)而自商人則反是良以吾國向無註冊制度若遽以之強施
及于自商人之商人要未免失諸過酷証諸日本商法之所規

定者大致與吾國相同他若西葡兩國對於自然人之商人其
註冊亦否一任當事之意思惟德國商法則一般的定有制
裁凡急于註冊者必應科以三百馬克以下之罰金耳

第三節 商業註冊程序

註冊以當事者之呈請為原則而商業註冊應以市政府或縣政
府為註冊所（商業註冊暫行規則第一條）在呈請註冊者須備
具法定形式之呈請書並敘述其事由呈請人署名蓋章或簽
押向註冊所行之商業註冊暫行規則第七條）惟其呈請若有
違反法令之規定時則註冊所應附以理由令其更正始行註冊
（商業註冊暫行規則第三條）倘註冊所對於處理註冊事務
有違反法令時呈請人或利害關係人亦得詳具理由呈請實業
部核辦（參閱中央各機關組織法及商業註冊規則第六條

第三項若夫管理註冊之機關各國之立法例亦非一致大約可分為三種其一係置特別官廳為註冊所者英美是也其二以行政官廳兼充者吾國是也其三以法院兼充者日德法等國是也斯三者中要以法院兼充註冊所之制為最良蓋使法院兼管註冊之事不第可節經費且于事實上亦洵覺便利吾國之以行政官署權當註冊所者殆緣各地方法院尚未遍設或係一時之變通辦法並非為確定之永久制度歟

至于管理註冊事項之官吏凡接受註冊之呈請后其應審查之程度果可僅就形式上審查其合法與否抑更應就實質上之審查事實之真為歟在各國學者多數之主張都趨向于形式的審查主義其所持之理由無非以註冊官吏乃記錄非審判官於事之真偽無判斷之義務且調查真偽實際上容有不可能之勢故以審查形式而已足惟據吾國法

令之所規定者言之明有註冊所對於當事人之呈請查有違
反事項應令更正云々者（參閱商業註冊暫行規則第三條）
似係採用實質的審查主義不應僅就形式上審查其合
法與否且須更就實質上審查其事實之真偽以決定註冊
之准駁也良以註冊官吏之所為要非機械之作用可比倘對
于註冊事項不論有無懷疑概予註冊自屬不合故或謂註
冊官吏雖無實質的審查之義務而卻有實質的審查之
權力又或謂註冊官吏原有忠實于職守之義務但令于其範
圍內固應盡實質的審查之責也

第四節

商業註冊事項之公告

推原商業註冊之目的無非欲使一般公眾確知其事實籍以
取得其信用若僅立案于官廳除當局者得以自知外在第三
者焉能周知縱云註冊公開遇有待查事件得向註冊所查閱

抄錄然商界事務冗諸高敏捷若遇交易之事項逐一查閱
註冊事項始能成立匪惟煩瑣不堪實足貽誤時機甚匪師
以匡助交易之發展促進公眾之利益也是故法律上為貫徹
其註冊制度之意旨起見特有更進一步之規定凡業經註冊之
事項該管官廳須隨即公告（商通第一〇條）又如商業註冊
暫行規則第二條之即規定者則謂註冊事項之公告須于
註冊后五日以內行之夫如是縱令第三者容或未及目擊
亦易訪自傳聞并且迅速宣佈于公眾胥吏自無從高下
其乎與商人朋比為奸詢可以安公眾之心而保商業之信
用者矣德國商法關於閱睽註冊簿請求鈔錄及其公告
之方法規定頗詳吾國商法則讓諸商業註冊規則茲就
吾國法令對於商業註冊公告之方法列舉于左

何註冊所于註冊簿內所註事項不論任何人之請求均可准予

查閱若繳納相當之公費及郵費等并得抄寄之（參閱商
業註冊規則施行細則第五條）

（二）註冊所于有稟請證明其註冊事項並無變更或別無其
事項註冊者應于其所稟請之事件用印文證明並記其年
月日由註冊官吏簽名蓋章發給稟請人（參閱商業註冊規
則施行細則第七條）

（三）註冊事項應于公告場所揭示三日以上（參閱商業註冊
暫行規則第二條）

若夫註冊事項與公告不符時究應以何者為準方祇允洽
諸各國之立法例亦未呈一致之觀或謂公告之設既為
第三者知悉註冊之事項以免受欺則由保護善意第
三者之方面觀之似宜以公告為準有若荷蘭之商法中即
依此主義而規定焉又或謂公告事項偶因註冊官吏之

過失或揭示之錯誤致失真相者亦屬事所恒有若遽據以為憑要非所以保護當事者之利益也應得仍以註冊事項對抗第三者為是日本商法即本此主張者耳要之就法理上論之註冊為本公告為未倘予公告以優越之效力不免有本末倒置之嫌且其所以不符之緣由多因註冊官吏之過失或由揭示之錯誤與註冊者毫不相涉而竟強使負責衡諸情理要屬欠當况在第三者尚可查閱註冊簿得以窺知不符之實在情形乎故公告與註冊事項不符時自應照註冊簿所載者為準俾得持以對抗第三者惟在第三者係係實不知情只信公告為真確倘許亦得持以對抗則又未免失諸稍偏故非更正公告后不得對抗不知情之第三者此即商人通例第十二條規定之奧旨耳抑註冊公告之目的端在使一般公眾知某種事項之存在故其

效力非在創設法律關係乃僅以之為條件即以法律上之業經存在事項對抗第三者耳然僅為註冊猶屬不足必經公告始能生完全之效力也查商人通例第十一條之規定曰凡應註冊之事項非經註冊及公告后不得對抗第三者即已經註冊及公告對於因正當事由而實不知情之第三者仍不得對抗之蓋所以規定註冊效力之原則也由此原則論之可知商業註冊者原非可直接而生絕對的效力者耳茲更析述之于次

(一) 註冊前之效力 凡未經註冊之事項在第三者勢難知悉苟無特別之理由法律上當推測其為不知情故在註冊以前不得以註冊事項對抗第三者惟第三者實已知情則雖未經註冊亦生對抗之效力質言之凡在註冊以前只在不得對抗不知情之第三者如為確已知情之第三者則不

向註冊之有無均得對抗之也

(二) 註冊后公告前之效力 註冊事項之公告雖有規定時期必須于註冊后五日以內行之惟在此未公告前之數日中其註冊之效力應如何按照商人通例第十一條前段之規定既云凡應註冊之事項非經註冊及公告后不得對抗第三者可見註冊須因公告發生間接的效力不能僅因有註冊之事實發生直接的效力也良以若在註冊以後公告以前對於知情之第三者當然可以^對抗然此非註冊之效力即凡對於惡意之第三者縱未註冊亦得對抗之也

(三) 註冊及公告后之效力 依照商人通例第十一條後段所規定即令已經註冊及公告仍不得對抗因正當事由而實不知情之第三者可見註冊之事究不能發生絕對的對抗一般第三者之效力也明矣然苟過此種事情發生

在實不知情之第三者亦必須舉出正當事由證明非因自己之過失所致方足為不知情之辯護耳

要之註冊之效力就知情之第三者一方面言之不論註冊之有無及註冊公告之前後均生對抗之效力就不知情之第三者一方面言之因公告時期之或前或后而效力各異即在公告之前則一概不得對抗若在公告之后對於無正當事由(即不過失)者亦得以之對抗對於有正當事由(即無過失)者則不得對抗之惟在註冊或公告后須分別有不知情及無過失之證明均為第三者之責任也

由是觀之註冊公告之前后效力既各有等差然則究以何時認為已經公告矣查商業註冊暫行規則第二條之規定

自揭示三日以上云々者故屆三日期滿即為已經公告實以避爭執也此外如分營業所註冊之效力與總營業

所完全相同不過須以分營業所之在地之註冊為標準
焉

註冊效力之原則如右所述已盡之矣惟商人通例對於特
註冊猶有特定之效力者數端試逐述之于左

(一)商號註冊 商號之註冊係權利設定之要素也凡商號之專
用權必因註冊而後發生其未經註冊者不能享受此權利吾
國商法于註冊認其有設定權利之效力者僅限于商號因
其專用權所生之效果於同一之城鎮鄉內有排斥一般之第
三者使用該號之強大力量(商通第一九條)如遇有他人冒用
或以類似之商號為不正當之競爭者則該註冊之商人得稟
請禁止其使用并得請求損害賠償(商通第二〇條)

(二)商號轉讓註冊 商號之轉讓非註冊不得以之對抗第三
者(商通第二一條)此雖無設定權利之效力然此語一經註

冊之效力為特強端以此種註冊之事項直與不動產物權之得喪變更而為註冊者實質相類似故也又且因註冊而生之商號專用權要與物權同為對世權故其轉讓之註冊其效力亦復相同茲將商人通例第十(一)條與第二十一(一)條之規定比較其不同之點述之于下即(1)第十(一)條對抗第三者要註冊及公告而在第二十一(一)條則只須註冊(2)第十(一)條不得對抗不知情(指善意的)之第三者而在第二十一(一)條則不問第三者之是否知情(無善意惡意之區分)(3)第十(一)條只須第三者得證明因正當事由而實不知情者雖經註冊及公告后亦無對抗之效力而在第二十一(一)條則不然蓋有直接的效力焉

(三)公司設立註冊 公司之設立非在本店該管官廳呈請註冊后不得以之對抗第三者其效力與商號轉讓之註冊

相同係對於第十一條之規定而為例外也。良以公司之設立恰與自然人之出生相似。苟因第三者知情或不知情之事由而異其對抗之時期。則其法律關係恐益紛繁難解矣。然其效力僅為對抗第三者之要件。非若德國商法以之為成立公司之要件也。

綜上所述可知。關於一般註冊之效力。大概不外三種。即其一為權利設定之註冊。夫其所謂設定者。猶言設定法律關係之要素者耳。其二為權利關係之註冊。確保云者。即言有確保法律關係之效力者也。其三為權利公示之註冊。夫既以公示為目的。則其所謂效力者。不當端在以法律關係公示之而已。至于其他特定之註冊。自當另有特定之效力。例如公司設立之註冊。其效力涉于公司之成立。並股票之發行。與股票之轉讓。參閱新公司法第五一、四、一一

大各条)又股東退股或其股份轉讓之註冊其效力及于解除責任之時期等項是也(參閱新公司法第四五條)惟此種特定之註冊徵諸各國法典均為關於商之法人而設對於經營商業之自然人則罕有若是之規定耳

第五章 商號

第一節 商號之義^德

商號者謂商人關於商業在審判上或審判外因表彰自記所用之名稱也今姑就此意義而析述之于次(按吾國商人通例關於商號之意義並無規定然徵諸各國之立法例正不乏以明文規定者故參照德日商法之規定而下定義如上)

(一)商號者商人所用之名稱也 商號必以商人之存在為唯一要件故苟非商人雖有用類似商號之名稱然以其用

之者非商人即不得謂之商號反之如商人通例中所稱
之小商人概不適用商號之規定是明為商人而卻不得
有商法上之商號者也不過就實質際言之小商人亦正
不妨一任己意選用表彰自己之名稱特不得享受法
律上之保護已耳

(二)商號者商人關於商業所用之名稱也 商號又必以營
業之存在為要件故商人廢止營業商號亦隨之而消
滅至如營業種類之變更學者間輒有謂其商號亦應
即時消滅者因有確鑿之理由可據也例如有營雜貨業
之商店原用某々字樣之商號嗣後改為綢緞業因同業
中早有某々字樣商號之商店且經先期註冊則新政業者
自應受法律上之拘束不廢棄其舊用之商號而改用新
商號矣斯即商號應隨營業變更而歸消滅之一証雖

在事實上或無上述同業間之妨礙仍得沿用舊商號者然
因營業變更須重向該管官廳履行呈報註冊之手續（
商通第一三條）亦不啻為其新營之商業選定同一之商號
耳惟商人之死亡營業既非必隨之廢止故商號亦不因其死亡
而消滅其繼嗣人當然仍得續用同一之商號（此指已註冊之
商號而言若為未註冊之號）商係一人格權與權利移轉之觀
念不合）又若公司之解散以在清算之時期內為限其商號
不即因之而消滅斯則以其內部之組織與自自然人所營之
商業根本上確有不同之點故設特殊之規定焉（參閱新
公司法第五二條）

（三）商號者商人關於商業在審判上或審判外所用之名稱也
商號既為商人關於營業上應用之名稱易言之即關於營

業之法律行為始得用之故其行為苟與營業無用則

無論在審判上或審判外均不得使用也如商人不用商號而
用氏名及其他之名稱仍無碍其行為之效力例如憑電報為
交易者雖用電報畧號亦為有效惟于票據之要或行為
則恒須用氏名及商號耳

(四)商號者商人用以表彰自己之名稱也 此與商人用以表彰
自己商品之名稱者不同實質即商號與商標攸殊之點也故凡
不屬於名稱之記號或圖形僅可定為商標而不得用為商號
抑商號雖僅為名稱然以文書而表示之者則當憑文字之
記載故商號註冊之呈請者須以吾國之漢字記載之并且
在公司之商號中宜從其種類標明無限兩合股份有限股
份兩合等字樣(商通第一七條)是徵商號之文字無論其為
自個人或為法人之所用不得純以他國文字而構成之者要屬
彰明甚

至于商號之分類由其主俾之為自然人或為法人而區別者則有個人商號與公司商號之不同抑究其選定之出于自己或間接由讓受而來者則有原始的商號與繼受的商號之差別又由商號之實際而別其合于商人之氏名與否者則有人的商號與非人的商號之殊異更如就其商號之字義究與營業之性質有無關係者則有自然的商號與不自然的商號之分別然均無關係惟由註冊與否而別其為已註冊商號及未註冊商號時則甚有用于當事者之權利要有研究之價值者耳故以次專就此點詳論之

第二節 商號之選定

商號者原係商人就其營業表示自己所用之名稱故原則上不必採用形式的廣告等之手續以明示其選定只憑一己之默示意思而選定之者自無不可不過自其選定之方法時其效力等

項論之在自然人與公司向應有顯著之差異即(1)自然人之商號得由自然或代理人任意選用而公司必由股東或發起人選定之(2)自然人商號之選定不須取若何之形式而公司則即為其成立之要件并須首列于章程中(3)自然人之商號不必在其籌備時期內預行選定而公司則必在其設立前之擬訂章程時即須選定之(4)自然人之商號一經選定後即可發生其效力而公司之商號雖由選定後似與公司之設立同時可發生其效力然揆諸實實際際其所選定之時期與其所發生效力之時期恒非出于一致者也

抑商號之選定原則上因可一任自由是故商人設定商號時選用若何名稱均聽其便(商通第一六條)此與德法系相異而不同于法英之法系者也然因公益上之理由或為保護已註冊之商號起見亦不得不稍加以限制故德國商法之限制選定

商號者共有三種即(1)商號真實之原則(2)商號單一之原則(3)商號專用之原則是也茲姑即此說明吾國商法之規定焉

所謂商號真實之原則者即謂商號與其營業之實際要名實相符也故或者稱為自然的商號之原則若德國商法若瑞士債務法同採用此主義者也是以凡為自然人之商人須用其氏名為商號且其所附加之文字足以令人誤解其營業之種類範圍及其主人者皆嚴禁之又于商號選定后強責其負有呈報註冊之義務否則當受罰金之制裁至如對於公司之商號亦分別而有種々之限制按諸吾國商法則不然蓋原則固採商號自由主義者也故商人通例第十六條之規定曰商人得以其姓名或其他字樣為商號是明許商人可以選定任何名稱為自己之商號矣但于此亦有如左述之二種例外焉

(一)非照公司辦法者其商號中不得用公司或類似公司之文字雖承

受公司之營業而並不照公司方法續辦者亦同如有違反此規定者應處以五元以上五十元以下之罰金(商通第一八條)或在商人通例施行前業已行用之商號而有違反此規定者亦應自商人通例施行之日起三個月以內一律更正(商通施行細則第七條)

(二)公司之商號應各視其種類分別標明無限兩合股份有限股份兩合等字樣(商通第一七條)蓋所以明示公司之組織俾公眾易知股東之責任而保交易之安全也不過其中亦有多數之例外有如中國銀行交通銀行等係依據特別條例而設立其商號僅照該條例所稱謂者而已足不必更依商人通例之規定標明公司之種類耳

抑所謂商號單一之原則者即謂對於同種類之數個營業而其所用之商號要以單一為宜也若商人同時為數種營業則其所選用之各商號自可彼此互異按諸吾國商業註冊規則施行細則既有明文規定(第二六條、二七及二六條)即德國舊商法議事錄亦明認之惟公

司雖兼營數商業而商號則常限于一個也至于自然人之商人而
營數個同種類之商業時雖在吾國之商法中並無禁止使用數個
商號之明文並且証諸商號習慣亦恒有用不相同之商號而營同
種類之商業然就事實上言之以同一商業主位之人經營數個同
種類之商業似以用同一之商號較足以堅公眾之信用也

此項有正法章用之者則若商號之類以同一公同年用不得
與他人重複錄外或以類似之商號或與他人商號有混淆之虞
則新創之商號須與舊商號之商號要有明瞭之區別
且商法對於自然人之商號既無強制之規定故亦採此原則惟因保

護他人已註冊之商號在一切商標中不得仿照以營同一之商業並
不得為同一商號之註冊倘有以不正當競爭之目的使用同一及類
之商號者則在業法中既註册之商人得呈請禁止使用(商通第一

九一項及二〇條一項)而已

第三節 商號之註冊

商號之註冊須分別自然人及公司論之。自然人之商號為相對的註冊。事。凡商人若欲得其商號之專用權始須履行註冊之手續。而公司之商號則為設立註冊時所不可缺之事項(參閱新公司法第百零七條第一項及九第二二三條)又查設立註冊時既載明商號于公司註冊簿自應與重行註冊于商號註冊簿故謂設立之註冊業已包含商號之註冊可也。即謂公司之註冊為絕對的註冊事項亦與不無耳。茲姑就商人通例所定商號註冊之效力公別述之于次。

(一) 積極的專用權。此所就商人使用商號之權利而言之者也。凡商人以商號而為法律行為不僅為表彰自己始用其商號即若名于一切証券亦當然得使用之且下第自己可以使用即經理人以及

其他使用人亦得為主人而使用之耳

二消極的專用權 新章就禁止他人使用同一或類似商號之權利而言之者也不外如前章所述得有呈請禁止使用暨可要求損害賠償之權利而已但法律上對於此項亦設有數種例外焉即(一)凡在商人通例施行後為商號之註冊者對於商人通例施行前業已行用相同或類似之商號不得主張禁止使用權及損害賠償請求權(商通施行細則第九條二項)(二)添設支店時若支店所在之城鎮鄉內適有他人業經註冊之商號而其營業又後於之相同則該支店之商號仍得照用本店之商號惟須附添字樣以示區別(商通第一九條一項)(三)商人通例施行前業已行用之商號雖在同一城鎮鄉內有他人註冊之商號亦可繼續使用以營同一之營業(商通施行細則第九條一項)

三消極的專用權 新章就禁止他人使用同一或類似商號之權利而言之者也不外如前章所述得有呈請禁止使用暨可要求損害賠償之權利而已但法律上對於此項亦設有數種例外焉即(一)凡在商人通例施行後為商號之註冊者對於商人通例施行前業已行用相同或類似之商號不得主張禁止使用權及損害賠償請求權(商通施行細則第九條二項)(二)添設支店時若支店所在之城鎮鄉內適有他人業經註冊之商號而其營業又後於之相同則該支店之商號仍得照用本店之商號惟須附添字樣以示區別(商通第一九條一項)(三)商人通例施行前業已行用之商號雖在

同一城鎮鄉內有他人註冊之商號亦可繼續使用以營同一之營業(商通施行細則第九條一項)

則第一六條

之商號之專用權原由註冊而取得者亦然在商人通例施行前
曾依舊例立案給示專用之商號只須補行註冊亦得有同一之
效力焉（商號註冊施行細則第五條）

第四節 商號權之性質

商號權在法律上之性質如何學者間大都由權利分類之觀念不同
故特論恒難一致如以絕對的與相對的之分類言之則商號權固為
絕對權按諸事實亦無欠濫之處又如以財產權與人格權之分類言
之則商號權之性質亦與人格權無異蓋紛擾德國學者不同多數之見
解實謂同于姓名權是商號不啻為人格權矣特是由吾國之法律解釋
之在未註冊以前商號之權利自屬于人權而不既註冊以後則已獲
得商號之專用權儼然形成為一種之財產權矣惟商號之專用權又

非屬於物權或債權者也其範圍不過特許專利及商標等相埒
要為無形財產權之一種而已

雖然商號專用權固因註冊而始發生然在未註冊以前其商號亦並
非毫無權利可以任人蹂躪也在法律上雖無強制商號註冊之規定
而商人于商業上用以表彰自己者原為法律所認許且於其選定
時加以種種之制限(商通第一六至一八條)故就法理上論之縱為
未註冊之商號但無違背于其所制限者法律亦當認之苟有可
以成全之處自亦無不曲予維護者也不過未註冊之商號在原則上既
不克享專用之利益者當然不能有財產權之觀念故法律不認其
得以轉讓之權利即有他人選用同一之商號亦無排斥其使用之權
力惟若以他人之濫用或因因而有所加害之處則受害者自可遵照民法之
規定對於該不法行為請求救濟擇言之舉凡未註冊之商號雖無禁止

他人選用之權亦頗有異於他人選用之權能故姓氏名稱有同一效力亦人格權之一種也

要之商號權須視其註冊否否而性質迥殊未註冊之商號權乃一人格權僅消極的得以對抗他人之選用已註冊之商號權則竟為商號專用權不啻屬於無形財產權之一種於一定之範圍內得積極的排斥他人之使用且許其自由承繼或轉讓焉

第五節 商號之轉讓

商號專用權之轉讓原視其他之財產權無所殊異僅由當事者間之意思表示即生效力惟欲以之對抗第三者則必須經過註冊之程序照商人通例第二二條之規定雖係泛言商號之轉讓然既以應為轉讓之註冊為前提則其所謂轉讓者必指業經註冊之商號而言絕無疑義者耳

若夫承商號專用權之資格應否加以限制似亦有討論之必要夫就法理上論之商號之專用權既因有特種之營業而存在故必須為同一營業者始可承受之或同時營業與商號一併承受方生效力然于此亦有二種例外即(一)凡自然人之商人不得承受公司之商號而續用之(二)公司亦不得承受異種或個人之商號而續用之耳至于商號之得與營業分離而為單獨轉讓者照商人通例第二條至第二三條之規定固可反覆證明其為一種獨立之財產權矣惟在轉讓未經註冊之商號則其轉讓之行為固非法律所認許是故遇有此種事實時應視為營業者間之自由契約關係一方情甘拋棄其商號而他之一方不啻因是而選定同一之商號焉

第六節 商號之變更及廢止

所謂商號變更者即商人更換從前所用之商號而另行選用新商

號也其方法在自然入應依選定商號之手續而行之在公司者依變更章程之程序而為之且當變更之時不向真為一部變更或全部變更均須遵率商法關於變更商號之規定耳

抑由變更商號之事實而觀察之又有必要的變更與任意的變更之別例如在商號中所表示公司之種類與現行法規所標示之種類有不符時須照該法規之規定變更其商號並須加入足以表示公司種類之字樣又如依照法規所規定凡由合公司因有限責任股東之全部退股改組而為無限公司或股份兩合公司因無限責任股東之全部退股改組而為股份有限公司時則其商號之變更皆為必要的此外概屬任意的者也

又未經註冊之商號不過為一種人格權僅可消極的對抗他人之濫用遙經註冊后則為一種無形之財產權具有積極的作用暨消極的

排斥他人同一使用之權力倘業已變更而仍令其保持原有之權力不第無以確保世人之信用並且妨礙他人選用商號之自由甚有害于國家之經濟發展也是故法律上特又為之規定焉凡已註冊之商號如有變更時應隨時呈報該管官廳為變更之註冊(商通第二四條)若原註冊之商人並不呈報註冊得由利害關係人呈請該管官廳將其註銷(商通第二五條一項)以便他人可以自由選用惟該管官廳如銷此註冊時須先催告原註冊者于酌定之相當期間以內令其陳述異議必俟定期屆滿並無異議始可銷去耳(商通第二五條二項)夫商號既為商人關於營業上用以表彰自己之名稱是故一旦廢棄商業則其構成營業之要素也根本消滅商號因即隨之而廢止茲就其廢止之原因而觀察之得區別為兩種如左

(一)商號之普通的廢止 斯即為商人喪失其資格時不同其商號

(二)商號之特別的廢止 此處指商人不廢止其商業而僅廢止其商號之謂也。易言之即商人只廢止向來使用之商號有表示以後不繼續使用之意耳。

要之廢止商號者無論其為普通廢止或特別廢止均須呈報該管官廳註冊其理由正與關於商標變更之各項規定者大致無所殊異也。

第七節

商標

夫商標專用權原與商號專用權同為無形財產權中之一種故其在法律上之性質暨法律所以保護之理由兩者間亦無顯著之差異也。惟就其本体言之商標者係商人商標彰自己所製造或販賣之商品所用之文字圖形記號耳故與商號不得有下列之異點即其一商號用以表彰自己而商標則用以表彰其商品其二商號之行

使係僅限于商人而商標則為商人以外之製造者或販賣業者皆得使用之其三商號者係一名標而商標則為文字商形之記號耳

此商標之選定雖以自由為原則然應新商標法之規定(參閱新商標法第二條)亦有種之限制茲始歷舉之于次

(一) 相同或近似于中華民國國旗官印勳章

中國民黨之徽者

(二) 相同于總理遺像及姓名別号者

(三) 相同或近似于中華民國國歌及國歌之聲音聲調者

(四) 有妨礙風俗秩序或可欺罔公眾之虞者

(五) 相同或近似于同一商標或習慣上所通用之標章者

(六) 相同或近似于世所共知他人之標章使用于同一商品者

同或近似于政府所給獎章及博覽會勸業章所給獎牌標狀

但以自己所受譽者作為商標之一部分時不在此限

(1) 有他人之肖像姓名商號或法人及其他團體之名稱者但已得
其承諾時不在此限

(2) 相同或近似之他人註冊商標失效後未滿一年者但其註冊失效
前已有一年以上不復用時不在此限

(3) 此等項皆不得為商標之註冊者也

又商標之註冊與商標之註冊亦無所殊異凡營商業之人不必絕對

的負此義務其應如何辦理則須經此法定之手續

若夫就立法上而論商標註冊之事項則不外三種主義即(一)有呈請

者必先審查頗難認其立法者方許註冊是謂審查主義(二)有呈報者

即須註冊必俟他人有之或呈議時始審查之是謂呈報主義(三)本

錄前于一定期間內公告之以便他人陳述異議必其期間內無異

義者始行註冊是謂公^示義吾國新商標法係仿日美之立法例採用
審查主義故必俟審查員之審查後認為合法者除以審查書通知
呈請人外應先登載于商標公報俟滿六個月別無利害關係人之
異議或經辯明其異議時始得核准(參閱新商標法第二七條)
又商標之專用權其性質雖概同于商號之專用權然其中要有差
異之點存焉茲如所述之如左

(一)商號專用權之效力係限于一定區域而商標則無區域之限制故
其專用權之效力直可普及全國並且照新商標法第六條之規定外
國人民依關於商標互相保護之條約欲用其商標時得根據本法
呈請註冊故吾國商民如欲積極行使其商標專用權時亦得援互惠
之例向有締結特約之國家請求註冊其範圍之廣狹非如商號之
侷限于一隅者所能望其項背也

(二)商號專用權原無一定年限而商標專用權則由註冊之日起算以二十年為限若期限既滿而尚用續用該商標者得于期滿之三個月以前呈請續展縱自一次以至多次均無不可惟每次至多仍以二十年為限(參閱新商標法第一六條)

(三)已註冊之商號僅以民事上請求權保護之而既註冊之商標則以刑事上之制裁保護之

(四)商號專用權得與營業分離獨立轉讓而商標則概須與其營業一併轉讓也至其欲以該轉對抗第三者亦非註冊不可參閱新商標法第一七及一八兩條)

以上所述係就商標之大概而言者也若語其詳應待註于商標法之全文耳

第六章

商業帳簿



上海图书馆藏书



A541 212 0008 4571B

1900

