

265-1042

論 原 法 商

冊 一 書 全

著 非 去 王

0370



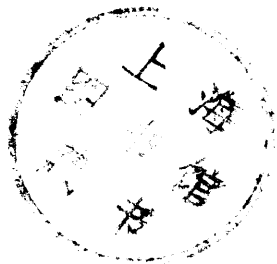
征 庫 贈

上 海 工 人 圖 書 館

上海图书馆藏书



A541 212 0008 4502B



0370

~~1544015~~

凡例

一、我國現制采民商統一主義。無形式上之商法。然有關於商事之原理原則。非不存在。既未爲民法所收容。復未爲其他公司、票據、保險、海商、諸特別私法所具備。不容忽視。尙須研究本書之作。卽在闡明此類原理原則。而於其原始要終之點。反覆推敲。定名曰商法原論。

一、右項所稱有關商事之原理原則。率露布商人通例中。故卽資之以爲根據。但如商人之能力、經理人、代理商等條項。亦既爲民法債編所網羅。兼舉。概不闖入。以免重贅。

一、世界私法制度。不外民商分立主義與民商統一主義兩派。我新民法迺採用後者。本書爲新民法及其他特別私法發布以後之初作。書中特立一章。輒就此兩主義之立場。比較剖析其同異。且隨在闡揚民商統一主義之精神。不厭詳伸其說。蓋欲澈頭澈尾。識解新立法制度之真諦。故與

從來囿於民商分立主義之論述。不無差別云。

一、本書重要之參考。爲青木徹二商法總論（青木氏商法全書首卷）松波仁一（耶商法論總則編）（松波私論之一部）松本烝治商法原論志田鉀太郎日本商法論總則同氏商法要義。其他學者著述與拙見契合者。間有採用。未能一一列舉焉。

一、本書間有引用「商法調查案」之處。特此誌明。示不掠美。

一、本書設「附註」一欄。凡有餘未盡之理解。或其他涉於枝葉之問題。悉置此欄內附帶說明之。

一、本書雖以商人通例爲說明之範疇。但不囿於一隅。輒多取他國立法例。相互印證。以爲攻錯之資。故含有比較性。

一、曾憶禪家有公案一則「僧問某尊宿。情生智隔。情未生時如何。宿曰。隔。僧復問。情未生時。隔箇甚麼。宿曰。梢郎子。未遇人在。」著者於世間法。未

能了達得澈。其於商法學一科。尤在門外。律以上開公案亦直稽郎子見解耳。竊願與普天下錦繡學者。智慧大德共參此一「隔」字。

一、本書成於我國實施氏商統一制度之後。除普通學理不相鑿衲。仍予采用外。其無可依據援引者。頗多私創之見。乖戾舛錯度所難免。當世鴻彥。其賜鍼砭。匡其紕繆。企禱。無既。

一、本書編末殿以拙作商業法制定建議及原草案法條理由書。一得之愚。用供考鏡。

中華民國二十年五月二十一日

著者附誌於江蘇上海地方法院

商法原論目錄

發凡

第一編緒論

第一商之觀念 第二商之對象 第三商之種類 第四商之發達

第一章 商法之概念

第二章 商法之沿革

第一節 古代之商法

第二節 中世之商法

第三節 近世之商法

第一款 法蘭西商法

第二款 德意志商法

第三款 奧大利匈牙利商法

第四款 意大利和蘭及比利時商法

商法原論目錄

登記號 7833

三

一

一〇

一一

二四

二七

三〇

三一

三五

四〇

四二

商法原論目錄

第五款	瑞西債務法	四四
第六款	西班牙葡萄牙商法	四五
第七款	俄羅斯商事法	四七
第八款	埃及商法	四八
第九款	羅馬尼亞商法	四八
第十款	斯堪的拉比亞商法	四九
第十一款	樸利比亞商法	五一
第十二款	智利秘魯商法	五一
第十三款	亞爾然丁商法	五一
第十四款	巴西商法	五二
第十五款	希臘商法	五二
第十六款	塞爾維亞商法	五三
第十七款	土爾其商法	五三

第十八款	英吉利商事法	五三
第十九款	北美合衆國商事法	五六
第二十款	日本商法	五七
第二十一款	我國商事法	六二
第三章	商法之系統	六六
第四章	商法之制度	六八
第一節	民商分立制度論	六九
第二節	民商統一制度論	七六
第五章	商法之法源	八六
第一節	商事特別法令	八六
第二節	一般商事法	八七
第三節	商習慣法	八八
第四節	民法	九七

第六章 商法之効力……………九八

第一節 關於時之効力……………一〇〇

第二節 關於人之効力……………一〇二

第三節 關於地之効力……………一〇三

第四節 關於事之効力……………一〇四

第二編 本論……………一〇七

第一章 商業……………一〇七

第一節 商業之意義……………一〇七

第二節 商業之種類……………一〇九

第二章 商人……………一二七

第一節 商人之意義……………一二七

第二節 商人之分類……………一三二

第三節 商人之能力……………一五〇

第二章	營業	一五八
第一節	一般之說明	一五八
第二節	營業之轉讓	一六二
第三章	營業所	一六八
第一節	營業所之意義	一六八
第二節	營業所之效果	一七〇
第三節	營業所之種類	一七一
第四章	商業註冊	一七三
第一節	商業註冊之概念	一七三
第二節	商業註冊之意義	一七六
第三節	商業註冊之性質	一七六
第四節	商業註冊之事項	一七七
第五節	商業註冊之程序	一七九
第六節	商業註冊之公告	一八四

第七節 商業註冊之效力……………一八五

第一款 註冊及公告之效力……………一八五

第二款 公告與註冊事項之不符……………一八九

第六章 商號……………一八九

第一節 商號之意義……………一八九

第二節 商號之沿革……………一九四

第三節 商號之設定……………一九六

第四節 商號之活動……………二〇〇

第五節 商號之內容……………二〇一

第六節 商號之註冊……………二〇五

第七節 商號之權利……………二〇九

第八節 商號之轉讓……………二一一

第九節 商號之變廢……………二二四

第七章 商業帳簿……………二一五

第一節 商業帳簿之概念……………二一五

第二節 商業帳簿之性質……………二二〇

第三節 商業帳簿之種類……………二二三

第一款 日記帳……………二二三

第二款 財產目錄……………二二六

第三款 貸借對照表……………二三二

第四節 商帳書信之留存……………二三六

第五節 商業帳簿之將來……………二三六

第八章 商業使用人……………二三八

第一節 商業使用人之意義……………二三九

第二節 商業使用人之種類……………二四一

第一款 夥友……………二四三

第二款 勞務者……………二四三

第三款 商業學徒……………二四四

第二節 商業使用人之解約……………二四四

商法原論目錄終

附錄

商業法制定建議書……………一

商業法案制定之綱要……………一

商業草案……………三

第一章 商業及商人……………八

第二章 營業行爲……………九

第三章 商業登記……………一七

第四章 商號……………二二

第五章 營業所……………三一

第六章 商業帳簿……………三二

第七章 商業所用人……………三七

第八章 商業學徒……………四四

商法原論

湘陰王去非著

發凡

商法者。有關於商事之法規全體也。商事與非商事（即民）其範圍最難明確。因而商事法之觀念。亦備難決定。夫在采民商法律分立制度之國家。則所謂商事者。學理上（上實）之範圍。姑不置論。而在法律上（形式）尙有法定的標準。可資準繩。商事之範圍。既有一定。則商法之觀念。亦自易於詮釋。反之在采民商法律統一制度之國家。則所謂商事者。早已與民事。冶爲一爐。而於法律上。不復得以窺見確定之範圍。因而研究商法。亦益較艱難。如我國者。固采民商法律統一制度者也。則商法之在於現行制度之下。欲從而研究之。甯不大費周章。而爲至困難至浩蕪之事業邪。

雖然。學理者。法律之所自出也。商法之觀念。與其求之如法律。而終莫能明。甚或徒致糾紛。則孰若求之於學理。比較的足以窺其涯際之爲愈。蓋求之於彼而不得。亦不得不致力於此。以求有得。此亦無可奈何之事。而爲吾輩苦心孤詣。所暫引爲無辦法之辦法也。

且夫在於我國現行制度之下。雖無所謂整個的商法（商法法典）然而有關於商之現象。亦未始不露布事

實於日常交易及經濟社會之內。有關於商事之法規。亦未始不散見於民法或其他特別私法之中。研究商法者。固不患商法原理原則之缺乏。一方取材於此。而獲得所謂商事與商法法規之資料。一方復以科學的方法整理編制之。而使之成爲學理上之商法。審若是。則現制之下。雖無整個的商法。而學理上固自有其整箇的商法在也。

然則商法之資料如何。商法之編制又如何。此則有關於研究之實際的問題也。以言商事。要不外包含下列各種之事項。(一)關於商人在法律上之特殊事項。(二)關於特種商人組織之事項。(三)關於商行爲及商業之事項。(四)關於票據之事項。(五)關於船舶航海之事項。準是以談。則商事云者。直接或間接關係于商人及商業之事項也。以言商法。則爲民法及其他特殊私法。而特有關商事之法。規也。以言商法之編制。則爲就以上所列各項商事有關之法。規。結集而排列之。而編制之。俾得整然有序。而完成吾人學理上之所謂整個的商事法之全體也。唯上開第二項至第五項。均須有特別研究之必要。故本書之範圍。亦僅伴隨上開第一項標準。而定其研究之對象。即不外以各國商法法典中之總則(即我國之商人通例)所規定條目爲範疇。而敘述學理上之綱要。姑定名曰商法原論云爾。

147	1041
22584	

第一編 緒論

第一 商之觀念

商法者。關於商之法律也。故欲知商法之意義。當先明商之觀念。自來言商之觀念者。聚訟盈庭。續紛不一。觀現時各國法例所列舉爲商行爲者。類皆立法者任意爲之。而非據學理之標準。以定商之爲何也。故欲於共通觀念中。求商之明確意義。殆不可得。無已茲姑就從來學者所倡導商之界說。列舉而評隲之如左。

(一) 商者營利的行爲也。此說以營利爲商。其義失之太泛。蓋營利的行爲。不僅以商人爲限。即如農之農也。爲營利也。農業行爲。即爲營利的行爲。他若山野之樵。江海之漁。開礦之工。一。是皆以營利爲目的。果如是說。而以營利者爲商。則商以外之營利者。如農。如樵。如漁。如工。皆當目之曰商。是則商之範圍。毋過太過淵博。而不明確乎。故此說之不當。不待智者而後知也。

(二) 商者經濟的貨物之轉換也。此說以經濟的標的物(貨物)與交易(轉換)之方法爲根據。而說明商之意義。但貨物之解釋。尙未歸於一定。有謂貨物以有形的爲限者。有謂無形的(如智能意匠之類)

亦得稱爲貨物者。即使從後者之說。不以有形的爲限。則股份公司之股票及其他票據。是否有形的貨物乎。且所謂轉換。如實物交易。固爲轉換。若權利之設定。亦爲轉換乎。故此說於上開說明。已屬廣泛無當。更何能說明商之觀念耶。

(三)商者不變物之形狀而轉換者也。此說因貨物二字。意義太廣。易爲不變物之形狀。而縮小前說之範圍。意謂改變物之形狀。爲製造家之事。屬工而不屬商。必不變物之形狀。乃得稱之爲商。此種見解。亦屬謬誤。仍不能說明商之觀念。蓋商人買入物品。必改良形狀。始能暢銷。爲商人常有之事。若因其改變物之形狀。遂目爲非商。是違反社會一般之習慣也。豈得謂爲當乎。

(四)商者生產物之運送及分配也。此說因前說所謂『物』意義太廣。故以生產物爲限。又以『轉換』用語亦泛。故改爲運送及分配。其意固欲彌補前說之缺憾。然亦未見允當。蓋通常之智能產出物。是否生產物。經濟的無形貨物。若股票票據。及其他有價證券。是否生產物。殊不明瞭。如不以爲生產物。是因此定義。反使商之範圍縮小。且僅言運送及分配。則保險事業。自不在內。然今日固公認保險爲商業之一種。故此定義。亦殊不足采也。

(五)商者購買保存運搬或賣却之行爲也。此說謂購買保存運搬賣却四者之中。有一如此。即謂

之商。非謂四者俱備而後可。然商果無出此四者之外者乎。如照相館、電燈公司、及以租賃房屋爲營業之商人。即非四者所能包含。故此定義。亦非正確。

(六) 商者使生產物歸於消費者之手之營業也。此說以生產物爲限。與第四說同。且因以上各說。皆嫌廣泛。故以營業爲條件而限制之。然亦不免有顯著之缺點。如保險公司。即非使生產物歸於消費者之手。而不得不謂之爲商。况營業云者。以此爲常業之謂。實際上以獲得利益爲目的。試行一二次者不少。雖不以此爲常業。而不得不謂之爲商。故此說殊嫌掛漏。

(七) 商者以獲利爲目的而有價的取得貨物。且以之讓與於他人之營業也。此說之範圍頗狹。如賤買貴賣。專指純粹之商而言。若商不僅止此。而含有幾分非純粹的意味。此說即有未合。

(八) 商者其標的之貨物受有消極的限制者也。此說所謂消極的限制。如不得以不動產爲商品是也。各國立法例。如德舊商及匈商。均主是說。蓋因不動產。不特性質上不適轉換。而其爲轉換也。要複雜之方式。難從法律之規定。然謂其性質上全然不得轉換者。又非也。世以射利之目的。而買賣不動產者。比比皆是。若皆斥之爲非商。則大不可。故以物品之性質。爲商之標準者。亦非定論也。

(九)商者。要由一地。移轉貨物於他地也。此說爲舊時學者所倡導。然在同一地數人間移轉貨物

者。此事之常。若以之爲非商。有是理乎。故是說紕繆。亦不待辯而自明。

綜上諸說。皆經濟學家所主張。此外學說尙多。不勝枚舉。學者當知經濟學。尙在幼稚時代。其所主張之議論。可以篤信者少。故商之觀念之確定。必俟經濟學進步之後。未可一蹴而躋者也。且夫商之觀念。其不能明確也如此。但在采民商分立制度之國家。而編纂商法法典。其立法上又不得不決定其適用之範圍。以爲其法律之中心點。於是而益感困難矣。是以法國學者及德國學者之一部。乃倡商之一語。其義有二。其一爲經濟上之意義。其二爲法律上之意義。經濟上之意義。奈何。其要旨。蓋謂商者。與原始產業。製造。加工業。交通業。四項。同屬於產業之一種。其目的。則在立於生產者與消費者之間。媒介貨物之轉換也。上開諸說。皆係着眼於經濟上之意義。具體而微者也。法律上之意義。奈何。其要旨。蓋謂商者。應從商法法典。而決定商之意義。其範圍與經濟上之意義。不能苟同也。是故以經濟上意義之所謂商。而說明商法法典之所謂商。雖非全相鑿柄。然終不得謂爲有當也。學者之言如此。雖亦言之有理。持之有故。第所謂從商法法典而決定商之意義。果居何等乎。充是說也。則是商法者。關於商之法規也。商者。商法之所規定者也。豈非陷於迴環無據之理論乎。此余所以僅論從來學說

分類	編號
147	1041
登記號	22584

之缺點。而慨歎商之意義。法律上無確定之依據也。

第二 商之對象

商之對象。斯爲商品。商品云者。爲轉換標的之物之總稱也。何物始得謂之爲商品。則苟有轉換性之貨物是已。轉換性云者。非場所移轉之義。權義之移轉而已。故不動產之類。亦得爲商品。但所謂商者。非必以商品爲要素。商品以外之行爲。亦常爲商之對象。故商之對象。法律上之觀念。與通俗上之觀念。其範圍有廣狹之分也。

第三 商之種類

一、固有商與補助商。此係以商業發達之次第爲標準。而區別之。固有商者。乃直接爲貨物轉換之媒介。補助商者。則爲固有商之輔佐者也。此分類於法律上毫無實益。而自沿革上言之。不過固有商先發達。補助商繼之耳。實無區別之必要。各國商法於二者之外。有認他種之商。則非此分類所能包舉。且二者地位。今日已躋同等之域。其間更無主從之差異也。

二、自商與他商。此係以商之效果。終局歸屬何人爲標準。而區別之。自商者。以自己之名行商。損益之計算。悉歸自己者也。他商者。以他人之名行商。損益之計算。不屬自己。悉歸他人者也。(如行

業紀營）二者之區別。在經商之結果。究歸自己或他人耳。然此亦誤於媒介轉換之謬說。非確論也。自行紀營業言之。在承受他人之委託。其爲此行爲。亦以自己之計算。非以他人之計算。至爲他人販賣或買入物品者。不過履行委託。非其營業之目的也。此分類。謂其以物品之買賣爲觀察點。而決其歸於何人計算則可。而謂牙行之營商業。屬於他人之計算者。則過矣。是故學者多數誤解。未始非此分類階之厲也。

三、大商與小商。此係以營業規模之大小爲標準而區別之。大商者營業之規模大。交易之範圍廣。直接由生產者取得貨物。以供給小商。所謂批發是也。小商者營業之規模小。交易之範圍狹。由大商批受貨物。而直接供給於消費者。所謂小販是也。然此區別。在法律上亦無價值。各國商法。及我商人通例所謂小商人。與此分類。固異其觀念也。

四、陸商與海商。此係以商行爲之場所爲標準而區別之。陸商者。在陸上或江河湖川港灣等經商也。海商者。在海上及與海相通之水面經商者也。古代海商有特殊之發達。故其所定之法。規與陸商異。各國之商法法典中。大率皆有海商一編。我國現行私法制度雖采民商統一主義。然亦有單行之海商法。特定海上運送及保險等。故由此點觀之。則此分類。比較的爲有實益也。

五、國內商與國外商。此係以國境之內外爲標準而區別之。國內商者。專在版圖以內行商者也。國外商者。於外國行商。或巨國內外而行商者也。此區別在於商業政策上或國際貿易上有其價值。而於法律上則毫不顯著其實益。

六、輸入商與輸出商。此係以懋遷之宗旨爲標準而區別之。輸入商者。以自外國輸入貨物爲主者也。輸出商者。以本國貨物輸出於外國爲主者也。此於國家稅收額率上尙有區別之必要。法律上亦無區別之價值。

七、同地商與異地商。此係以交易之區域爲標準而區別之。同地商者。在同一經濟區域內經商者也。異地商者。兼跨二箇以上之經濟區域經商者也。此區別於法律上亦無實益。

第四 商之發達

自有人類。即有衣食住。求滿此慾。則不可無方法。是實不問古今東西所必有之現象。商之起源。亦存乎此。原始時代。人民渾噩。社會之組織未完。人民各自獨立以營生活。以一己之生產。供一己之需要。無所謂交換分業。有無相通。短長相補。當是時。商之現象。固無從表現也。是謂商之蒙昧時代。泊夫時勢推移。人羣進化。社會組織。遂漸完備。交換分業之事。亦次第興起。至是商之現象。始稍萌芽。然其初

業亦僅物物相易。其狀極爲幼稚也。是謂商之萌芽時代。迨至輓近。貨幣之制度興。信用之制度立。加之海禁大開。交通益便。商賈輻輳。懋遷絡繹。於是由物物相易時代。進而爲物幣交換時代。更由國內貿易。轉而爲海外貿易矣。商之繁榮。爲前世紀所未有。嗣後變遷遞嬗。尙不知伊於胡底也。是謂商之全盛時代。

第一章 商法之概念

第一 商法之意義 商法爲關於商之法規也。其意義有形式上與實質上之別。形式上的商法。指商法法典而言。實質上的商法。指商事法規而言。在採民商分立制度之國家。所謂商法。自係形式的意義。反之。在採民商統一制度之國家。於法律之形式上。已無所謂商法之存在。而其實質上之商事法規。或則併入民法法典之中。或則編成單行法。已不復具有獨特的性質。計亦惟有各從其類。分別研究而已。但關於商人之特殊制度。如商業、商號、商帳、及商業註冊等項。於民法及其他單行法之中。尙有所不備。且在實際上彌感需要。非可棄置無已。茲維就此等制度。統括的研究之。仍命名之曰商法耳。

第二 商法之特質 商法者。商之固有私法。對於民法成爲特別法者也。就此界說分析言之。則商法

在於法律上之地位。其特徵凡三。一則曰商法者。商事固有之法。規也。二則曰商法者。私法之一部也。三則曰商法者。對於民法。成爲特別法者也。觀此則商法之特質。灼然可知已。茲更引伸言之如左。

一、商法者。商事固有之法。規也。商法爲支配商事之法。規。所謂商事。乃民事之一部。而民事一語

又與刑事相對待而稱也。民事與刑事之界限。在學理上甚難區劃。而商事與普通民事亦有同然者。夫商事思想之在法律上。其始原濫觴於訴訟。其繼浸假發達。而及於實體法焉。是故學者每謂商事爲商法上之訴訟。良非無故也。雖然。如我國者。固非若法國之另設有商事法院。故商事一語。其在訴訟程序上。毫無特殊之意義。至於實體法上。普通民事。適用民法。商事則先適用商法。此采民商分立制度之國家之定則也。(我國除外)故兩者界限。勢須劃明。然商事之本質。極爲曖昧。而解說之者。亦復聚訟盈庭。莫衷一是。有由私法上觀察之。以爲商之事實。有以爲法律上屬於商之事實。有以爲商之法律關係。並牽連及於商之法律關係之法律事實。有以爲商法上之法律關係。有以爲私法上基於商之法律關係。有以爲交通上商之法律關係。有以爲商法上之訴訟。更有以爲關於商之法律事實。而惹起權利之發生移轉變更消滅者。綜錯紛紜。莫知所極。而各國立法例中。復有以條文明定其定義者。如西葡兩國商法第二條。日本舊商法第三條

是。然徒滋疑義。莫能闡明其性質。蓋立法家未嘗定一定之觀念。懸爲準繩。以規定商之爲何也。不過於法律上之事項中。將含有商業之傾向者。漠然網羅耳。故欲由學理上抽象的規定商事之概念。以爲商事與非商事之標準。勢所不能。惟可概示其內容耳。今參照各國法例。舉其重要者如左。

(甲) 關於商人在法律上之特殊事項。如德日各國商法中之總則。及我國之商人通例是。

(乙) 關於特種商人(公司)組織之事項。如各國商法中之公司法。及我國之公司法是。

(丙) 關於商行爲及商業之事項。如各國商法法典之商行爲編。及我國民法債編中之有關營業之法規是。

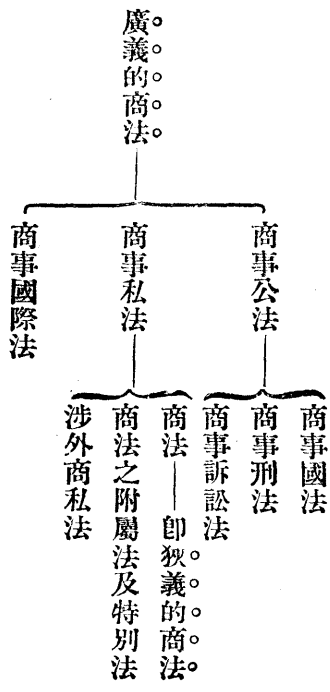
(丁) 關於票據之事項。如各國商法法典中之票據編。及我國之票據法是。

(戊) 關於船舶航海之事項。如各國商法法典中之海商編。及我國之海商法是。

綜右所舉。均爲法律上之事項。以其含有商業的傾向。致爲各國商法所收容者也。要之直接或間接關係於商業及商人之事項也。蓋商業之主體。斯謂商人。商人在營業上之法律行爲。斯爲商行爲。有商業。然後有商人。有商人。然後有商行爲。故商事者。可謂爲法律上之事項。並以商業爲其中

心點者也。所謂商業者奈何。嗣於第次編詳論焉。

二、商法者私法之一部也。商法為適用於商事之私法。故為私法之一部。夫法律有公私之分。其標準如何。自羅馬法以來。久為學者所爭論。然對於商法之為私法。從未聞有反對之者。則其應屬於私法也。無疑矣。雖然。同為關於商事之法律。有規定公法的事項者。有規定國際的事項者。有規定私法的事項者。故商法一語。而又有廣狹二義。廣義的商法。包含商事公法、商事國際法、商事私法之三部分。狹義的商法。則專指商私法而言。即關於商事私法上之法律也。今就此解釋列表如左。以示商法之位置。



(甲)商事公法。商事公法者。規定國家與個人之關係。而特有關於商事之法規也。皆以國家權力而遂行之。非個人所得而規避者也。就中包含商事國法、商事刑法、及商事訴訟法、三部類。商事國法云者。乃網羅憲法上及行政法上關於各種商事之法規統稱之也。例如營業法。爲國家對於箇人營業所設之規定。故屬於商事國法。他若印花稅法、商會法、交易所法、等亦然。以其多爲商事行政法。故有時稱商事國法爲商事行政法者。然不惟行政法。即憲法上而有特保障營業之自由者。亦爲商事公法。且更有創設有關於商務之官署及官制等項。其性質亦屬商事公法。可知商事行政法。包含未盡。不如商事國法之能收容一切也。此外銀行條例。私設鐵道條例等。學者多稱之爲商事公法。然與一般行政法。究未分門別戶也。故商事國法一語。乃網羅一般有關於商事之國法。而概稱之耳。非獨立有此一科也。商事刑法云者。乃指於商事有關之法規。而散在刑法及其他罰則中者。強爲命名。亦非有商事刑法之一獨立學科也。至於商事訴訟法云者。指訴訟法及其他法律。因審判而特有關於商事訴訟所定之程序法而言。此在有商事法院之國家。殊顯實益。我國現行私法制度。乃采民商統一主義。而現行司法組織。自來即無商事法院之設置。故商事訴訟法一門。亦徒供吾人爲學理研究之對

象而已。

(乙) 商事私法 商事私法者。規定箇人與箇人間之關係。而特有關於商事之法規也。就中亦包含商法。商法之附屬法。及特別法。涉外商私法數種。所謂商法。專指狹義的商法而言。乃規定一般商事之大原則。故學者稱之為原則法。其最主要者。自係各國之商法法典。(形式上之商法)亦即經過立法程序國家所頒行之商法。我國現行私法制度。采民商統一主義。故民法法典以外。無商法法典之存在。僅就學理上含有商的性質之特殊事項。分別編成單行法而已。如公司法、票據法、海商法、保險法等是。且使此等單行法。對於民法成爲特別法。姑名之曰特別民事法。故在我國現制之下。並無形式上之商法。祇有學理上之商法也。抑更有注意者。各國商法法典所包含之範圍。亦又不能盡同。姑自德日法制言之。德前帝國之商法法典。其範圍狹。除一般商事商行爲公司等法規。爲商法法典所包含外。其他票據國內水運保險海商等。另以單行法制定之。反之日本商法法典。則網羅商一般會社(公司)商行爲手形(據)海商等法規。蔚然而成一大法典。法典以外。別無發生可視爲商事私法之餘地。故其範圍。至爲廣博。此又二者之差異也。復次所謂商法之附屬法。如各國之商法施行法令是。(我國商人通例施行細則亦同)商法

之特別法。如德國商法典以外之票據法、保險法等是。復次所謂涉外商私法。即定內外國人相互間之關係。而特有關於商事之法規。亦即國際私法中之一部也。

(丙) 商事國際法 商事國際法者。規定國家與國家之關係。而特有關於商事之法規也。此種法規之形式及制裁。與國內法大相歧異。故對於前述之商事公法及商事私法。其非同義可知。最重要者。如通商條例及國際間所應遵守之商習慣是也。

抑有關係於國際法之規定。亦可認為商事國際法者。就中如領事規則。為國際法所規定。而其中關於貿易事務官、商工事務官等之設置及派遣之法規。則亦可認為商事國際法。又有時在外國通常適用之法。而亦可認為商事國際法者。如船舶法、票據法等是也。商事法固分三種。而吾人所欲研究者。則其中之商法也。歸納而下定義。即如左。

『商法者。規定特關於商的個人間之關係之法規總稱也。』

夫商法之為私法。雖如上述。然慎勿因此誤解。而謂其中悉為私法的規定也。參考各國之商法。多有公法的規定。散布其中。如日本商法會社編有罰則之章。手形編有過料之條。及散在各編章。違反公共秩序善良風俗之行為。而科以制裁之明文。此外其總則編更有關於商業

登記商業帳簿等多數之公法的規定。要而言之。殆無一非規定國家與箇人間之關係。而以國權遂行其威力者也。更自我國論之。過去時中所頒行之商人通例、公司條例。現在時中所頒行含有商事性質之特別私法之公司法、票據法。又何一不收容公法的規定。而與日本商法典同出一轍也。雖然畢竟任意的規定居多。強行的規定甚少耳。準是之故。商法之稱爲私法。乃舉其全體大量觀察言之而已。若必精密的正確的推敲之。則商法者。亦不過包含比較的大多數之私法的規定。而非純然的私法也。又商法稱爲私法。所得之實益。其最大者。在其規定爲強行的抑爲任意的。有疑未決之時。則可推定其爲任意的也。

三、

商法者民法之特別法也。商法爲特別法。特別法云者。對於普通法而稱者也。普通法與特別法。其區分之標準。有基於土地而然者。有基於人而然者。更有基於事項而然者。質而言之。通行於一般之土地。或適用於一般之人。又或支配一般之事項者。普通法也。反之。通行於特別之地。或適用於特別之人。又或支配特別之事項者。特別法也。商法之爲特別法。適以民法爲普通法。與之相對待而稱者也。其特別之點。果安在乎。則由民商兩法規定之標準而決焉。是故民法爲適用於普通私人之法。商法則爲適用於特殊商人之法。民法爲支配普通民事之法。商法則

爲支配特殊商事之法。故曰商法者。對於民法成爲特別法者也。其區分之標準。皆取決於人及事焉。若民商兩法之間。所采之主義不一貫時。則亦間有普通法以人爲基礎。而特別法以事項爲基礎。然在編纂民商兩法典之國家。其例殊不多見也。

雖然。右開說明。係本於采民商分立主義之各立法例所生之理解。若我國者。則固采民商統一主義。前已迭述之矣。審是而上開之說明。亦徒成爲學理上探究之問題而已。蓋在我國現行私法制度之下。所謂整個的商法之觀念。實際上早已不復存在。即其商法之內容。一方爲民法所蠶食。他之一方。復另闢塗徑。獨特發達。成爲特別民事法。雖實質上不妨仍謂含有商事性質。而形式上要難尙附以商法或商法之一部之名。觀於我民法債編之規定。及公司法票據法保險法海商法等。之單獨頒行。尤足證余說之非無據矣。

商事須有商法。似農事須有農法。工事須有工法。然此皮相之論也。在實際上殊無編纂此類法律之必要。蓋在經濟學上關於農業工業。其行爲之價值。與商業雖立于對等之地位。然農工之行爲。殆與一般行爲同。即偶然爲工行爲。而須特別法則支配者。亦多包含于商法商行爲編中。故從古來之沿革。及現在之情形以觀。農法工法實無編纂之必要。繇是言之。則商法者。對於民

法之唯一的特別法也。

學者之言如此。揆諸近代社會之進步。法律之變遷。與乎我國私法制度之不變。抑又大謬不然者。且夫社會者。進步而不息者也。法律者。規範社會之現象者也。因社會之進步。而新事物新現象。隨在可以產生。則立法者固當通權達變。方便制法。以追隨其後。而謀應付。譬如勞働及土地諸問題。皆爲輓近社會新興事業之最關重要者。隨而各國制定勞働法。土地法。甚囂塵上。且見諸事實矣。果如學者之言。不必因農事有農法。因工事有工法。則是不必因勞働及土地而制勞働法與土地法矣。雖曰未始無一偏之理。其於不足以應付社會之進步何。且更自我國現制論之。因民商法律統一之故。商法已歸解體。因商法解體之故。而特別法勢必加多。則學者所謂商法。乃對於民法之唯一的特別法。其理論尤屬根本不能存在矣。故自學理言之。實質上之商法。雖仍不妨稱爲民法之特別法。然要不得謂爲民法之唯一的特別法也。

商法爲特別法。而非民法之例外也。考諸各國商法。雖其中不少事例。謂爲特別規定也。可謂爲例外規定也。亦可。例如日本民法上之利率常年五厘。而其商法上之利率常年六厘。不論謂爲特別法。抑謂爲民法之例外法。固屬均可說明。然不得即此而謂一律皆同。蓋有原則。然後有例。

外。例外者。與原則相對待而稱者也。而商法之規定。於民法中往往無其原則。在票據海船之規定。其例尤屬不少概見。即民法中或有類似之規定。亦非必爲商法之原則。在公司之規定。此例殊夥。且商法乃獨立發達。與民法並行不悖。故更不可目爲民法之例外法也。

商法稱爲特別法之實益。在關於商事。先適用商法。然後適用他法。又商法非例外法。亦即特別法之實益。在於商法無適切之規定。則宜探求商法之精神。參照類似之規定。比附援引。以求其適用。終至無可尋覓。始求諸民法也。若爲例外法。則其法無規定。即適用其原則矣。非可得而類推也。此解釋商法者所應深長思之者也。

第三 商法之將來 商法之意義及其特質。已述如上矣。而學者間有唱國際商法論者。大意謂爾來各國商事法。其內容每多類似。是以學者率懷使商事法規。趨於同一之希望。蓋以商業起於交易。自交通發達以來。各國商賈。彼往此來。絡繹不絕。因之商業越國境而行。使各國商事法規。大相鑿枘。則其適用。頗感困難。雖在民事行爲。亦有若是之情事。然究不及商事之甚。彼民法者。不認外國法人。而於商事法。則率認外國公司之存在。益足證二法之差異矣。且由此更可知各國商事法規。有世界的傾向。徵之各國關於票據海商之規定。其有世界的傾向。無論已。即關於公司陸運等法規。殆亦同然。

雖現代立法例。鑒於商事法規之相歧異。欲避免此困難。思所以救濟之者。不得已而遵循國際私法之原則。以資決擇。然若圖免除糾紛計。是終不若有統一的規定之爲愈也。

第二章 商法之沿革

按商法之沿革。若徒以編年體列舉而說明之。其實益殊鮮。故學者類采特殊的標準焉。有從一般歷史區分之者。有從商業史區分之者。有從商法史區分之者。更有從商法自身進化變遷而區分之者。其學說繁雜。殆莫甚於此商法沿革之問題矣。夫說明商法之沿革。而從於一般歷史區分之標準。不適應。自無待深論。至依於商業史商法史或商法之進化。以定其標準者。其說尙各有相當之見地。而爲輓近學者所分別採用者。茲依次說明如左。並定余書所採用之標準焉。

(一)商業史區分說。此說謂商法與商業。有相互牽連不可分離之因果關係。即商法常伴隨於商業之趨勢而發達。故其說明商法之沿革。當依商業史所區分之標準焉。據此標準。則可析爲(1)商法之地理沿革。(2)商法之實質沿革。(3)商法之體裁沿革。(4)商法之時代沿革。四項。日本商法大家志田鉀太郎博士。實首倡之。其論商法之地理沿革也。略曰商法由其發達之地域上觀察之。則商法者發生於南歐地中海沿岸諸國。逐漸北趨。周大西洋之沿岸。迤邐而出。

北海。東進而至波羅的海之西北。及法王路易十四世所編纂之二大敕令出。遂以爲據。而南北歸於一。以後傳播於全世界。穗積陳重博士嘗以一言蔽之曰。商法者。起於南而漸於北。因路易王之法典出。而南北混一次之。論商法之實質沿革也。略曰。自商法之實質。而觀察其沿革。則商法者。可謂由商人法。進而爲商業法。由商業法。進而爲商事法。迨夫今日。又有由商事法。而復歸於商業法。形成一轉化之新趨勢焉。再次。其論商法之體裁沿革也。略曰。由商法之體裁。而觀察其沿革。則商法爲由商習慣。進而爲商法類編。更變而成爲法典者也。迨至今日。商法法典廢止。論勃興。各國有采民商統一制度者。於是商法之一部分。爲民法所吸收。而他之一部分。獨立發達。成爲單行法焉。更次。其論商法之時代沿革也。略曰。自商法之時代。而觀察其沿革。則自太古。至西羅馬帝國滅亡。以迄近世國家組織大成。而探究商法遞嬗變遷之跡。蓋由商習慣。及商人團體之自治的規條。進展而移歸於國家之立法事業者也。

(二) 商法史區分說。此說係以高法歷史之年代。而說明商法之沿革者。而其區分年代之標準。又有三種。(甲) 四分說。羅蘭氏及李恩坎氏主張之。即第一期爲太古時代。(自太古以至西羅馬帝國之滅亡) 第二期爲中古時代。(自西羅馬滅亡以至法) 第三期爲近古時代。(自路易氏立法至拿破崙) 第四期爲最近時

代。(自拿破侖之法
典以至晚近)(乙)多分說。弗特拉氏主張之。即第一期爲古代。(自太古以至
西羅馬滅亡)第二期爲近代。

(自西羅馬
滅亡以後)更以近代分爲二期。初期爲古商法時代。(自西羅馬滅亡至
亞米利加發見)後期爲新商法時代。(自亞
米利加發見
以後)

而於初期古商法時代。又細別之爲兩期。一爲蠻人侵寇時期。(自西歷第五世紀至
第八世紀約三百年)二爲

蠻人土着時期。(自西歷第八世紀至第
十五世紀約七百年)(丙)三分說。日本商法學者青木徹二博士主張之。蓋自上

開兩種標準。參酌而釐定之。即第一期爲古代之商法。(自太古以至
西羅馬滅亡)第二期爲中世之商法。(自西
羅馬
滅亡至路易十
四世立法以前)

第三期爲近世之商法。(自路易氏立法
以後至於晚近)

(三)商法演進區分說。此說謂以商法形態之遞嬗演進。而說明商法之沿革者。日本商法名宿松

波仁一郎博士實倡導之。其言曰。自羅馬帝國滅亡。而爲黑暗時代。經黑暗時代而文明之曙光。

再耀於意大利之都市。由是商業之勃興。初止於地中海沿岸諸市者。自十字軍之遠征。喜望峯

之廻航。新世界之發見等。乃徧及歐洲全部。遂至有如今日國內的及國際的商業焉。因商業之

發達。而生商習慣。由商習慣。進而爲習慣法。更進而生成文法規。遂生法典。故商法之沿革。大體

上可謂爲由習慣法時代。而躋於法典時代者也。

綜上所舉三說。因其觀察之點不同。故其區分之標準自異。各有見地。難分優劣。然若先自三說大體

上比較論之。第一說就商法之地理實質體裁時代而一一探索其沿革。非不美善。然於始終之點。均裂分爲四。其於本末之處。缺連貫串合之精神。故其弊流於瑣碎複雜。而終莫能明其系統。第三說以學理之眼光。說明商法由習慣法時代。進而爲成文法時代。其於說明大體的商法之沿革。且藉以知過去有名之商法。固屬簡括稱便。然如英國。則至今亦尙無所謂法典者。如瑞士且采民商統一制度。更無所謂商法典者。由是而知此說所示之標準。固非通於萬國而無例外者。此雖在松波氏亦自爲釋明之矣。若夫第二說特立商法史區分之標準。既不標榜於商業史。復不以空泛之理論爲根據。伴隨商法一切發達之跡象。從其年代之先後。連貫而敘述商法沿革之終始本末。是誠具酌乎其中之優點也。唯此說有四分多分及三分之別。然前兩說。一則流於浩瀚。區分過煩。一則弊在籠統。史見涉於細碎。後之一說。斟酌之。區分謹嚴。故本書即依之以說明商法之沿革焉。（本章共分三節。參照青木士商法總則講義。松波仁一即改正日本商法論。）

第一節 古代之商法

上古洪荒。其事混沌。商法之原。無從稽考。或稱其濫觴于埃及亞西里亞等、東方諸國。然文獻無徵。難憑采信。惟據殘編斷簡。口碑傳說。得以略窺其厓跡耳。其他菲尼細亞、加塞基、希臘等、地中海東部沿岸諸

國。俱遠在上古。於地中海上。以商業稱盛。或稱當時商業繁榮。習慣叢生。而羅度斯 (Rhodus) 海島介乎埃及小亞西亞之間。(即南方及埃及東方抵非尼細亞西方之希臘) 當交通之孔道。握商場之樞紐。凡歐洲之船舶。於途次遇有交涉事件。多在該島解決。因之其地習慣。尤爲遐邇所欽仰。立法者因集爲成文之法律。顏曰羅度斯海法。 (Lex Rhodia) 實爲商法之開祖。學者嘗考該法之內容。專重於共同海損之一種。通行於地中海附近沿岸諸國。雖以羅馬帝國之強盛。法制之美備。而關於海事限於與羅馬法不抵觸者。亦適用之。觀羅馬皇帝奧古斯吐士 (Augustus) 『余支。配陸。而羅度斯海法。支配海。』之語。益足證該法之勢力矣。夫以當時商業之盛。不無習慣之生。然秩序未立。掠奪相向。凡百事物混昧榛狂。必曰已有羅度斯海法。恐亦出於後世之僞託。眞贋難明。(蓋在伊時。非尼西亞人多爲海賊。橫行地中海沿岸。遇商船至。輒加剽掠。應其求。而避其擾。而彼野蠻之海賊。固亦恐商船不能如常相供。因亦選擇商船所悅者。置諸沿岸。彼等去後。商船乃取之以行。然此亦祇物交物而已。必謂已有羅度斯海法。實難確信。) 故欲溯商法之起源。惟有求諸羅馬法。蓋羅馬法者。乃世界私法之源泉故也。

粵稽東西史乘。察宇內人種。其闕於法律思想。而具卓越的法治才能者。當推羅馬爲巨擘。然其羅馬法尙未特別編成有關商事之法律焉。溯厥因緣。一則因當時商業之幼稚。一則羅馬法制之進步。無須特爲編纂也。

原夫羅馬人者。政治國民也。尙武國民也。故賤視產業。而以徵討爲能。懋遷之業。視爲戰敗國民之所務。其他產業。亦委諸奴隸之手。自不屑爲。故其生活之資。或來自掠奪。或取諸賦貢。迄夫末流。國勢寢衰。瀕於滅亡。舉國之民。莫能糊口。其商業之幼稚。亦可概見。故一般私法。已足以支配而有餘。無須別纂商法之必要。且在羅馬法發達之極度。不拘泥形式之如何。能尊重契約之自由。以適用於當時之商業。毫無窒礙。而當時之法官。巧於聽訟。能探究當事人之真意。以爲於斷。故對於商之特別事項。亦無須有商法之特別法規也。彼優斯體尼亞魯士帝 (Justinianus) (五二八年乃三五三四年) 之法典編纂中。關於商業交易。並無特別項目。可以知矣。其達吉斯特 (Digest) 章節中。關於諸各種契約之部分。固非無適用於商業交易之法規。然此乃偶然之現象。決非於商事成爲特別之法制也。其他尙有關於海上商業之規定。如商業證券、冒險貸借、共同海損之分担、及船長對於船員行爲所負之責任等。僅可適用於海上商業者。此研究羅馬法者之所知也。然此亦因海上交易。與普通交易情形殊異。固亦未能以普通私法之原則律之也。

綜上所述觀之。在羅馬法無稱爲商事法者。從可知矣。至其對於商法之發達。多所貢獻。則固不可湮沒也。蓋中世之法學者。關於商業事項。若於他種法律原則無其規定者。則多採用羅馬之原則。以補充之。

即至現今商法上之各原則。亦有可援用羅馬法、以說明之者。雖然近世之稱爲商法者。其中之大部分。實發達於中世以後。故自法理上之沿革以觀。商法與羅馬法。顯非有直接之聯絡也。

第二節 中世之商法

商法對於一般私法至形成爲特別法者。實肇始於此時代。今欲審其由來。應先敘述當時商業之大勢。羅馬式徵日爾曼蠻族。世居北方。乘勢南侵。蹂躪無所不至。歐洲中原。烽烟徧地。史家謂之黑暗時代。當是時。霍苻塞途。行旅側目。禍亂相尋。慶市皆閉。商業之衰。一何可言。曾幾何時。而秩序回復。地中海沿岸之南鄙。商業早具萌芽。然因封建制度。立國太多。越境納稅。甚受壓迫。其後十字軍興。歐洲各國。無論何人。皆從事軍旅。蓋以耶蘇教主。卜葬於耶路沙冷。(猶太
老城)教徒多居西方。而其葬地乃。回教徒之故里。時加毀損。耶蘇教徒深恨其不法。於是各國諸國協組軍隊。以與之抗。道經地中海沿岸。意大利南部人民。熟於航路。乃包連軍裝糧食。自此次戰爭消滅後。日爾曼民族。亦漸次開化。悉東西各國所需要之物品。乃益經營商業。而意大利適當東西交通之孔道。富強都市因之接踵而生矣。

時經濟社會。亦因受耶蘇教義之感化。視勞動爲神聖。諸種職業。昔之委諸奴隸者。今則變爲自由市民所經營。分業制度。次第興起。而種種新業務。新交易。新關係。等於以生焉。彼羅馬法已形簡陋。而商業上

復發生新奇契約。亦與從來羅馬法之形式。背道而馳。遂至切盼新法規之發生矣。此卽商發生之原因。而商業固有之新習慣。相踵而生者。亦以此也。且當時海上商業。極爲繁盛。故商習慣法之最發達者。亦首推海商法焉。今舉其重要者如左。

(一) 康索拉託雷爾海法 (Consulado del mar) 以義譯之。則爲海上法官。乃第十三世紀西班牙之巴魯塞羅地方。以加達羅尼亞語編纂而成者。地中海一帶皆奉行之。專就海商而規定。然關於海上捕獲之規定。亦間有之。或云關於海上發生紛爭時。法官必據之以爲判斷。是以有海上法官之名也。或又云。海商紛爭。概依此判決。書冊其物。不啻爲法官。因而有此名者。總之。不論依據何說。要可證明其於當時爲具有威力之法。故至今尙爲世人所注意也。

(二) 洛爾握勒倫海法 (Rocle de jugemens d'Olerons) 以義譯之。則爲一種卷冊。乃十四世紀在法國沿岸之西方握勒倫島所編纂者也。通行於大西洋。其記載關於大西洋海商之習慣。與地中海習慣。大相類似。蓋因大西洋之習慣。多傳自地中海上故也。是後英國蒐集此法。作成海上黑表紙。用爲裁判。法國海法。南則據康索拉託。西則據握勒倫。故現今考法國海商語。其在地中海與在大西洋者。差異之點尙多焉。

(II) 威士比海法 (Wistbyse Seeracht) 威士比海法乃第十五世紀於谷蘭特島之威士比海所編纂者也。通行於波羅的海及北海方面。而沿襲前述二法之處尤多。至今德意志及瑞典、挪威、丹麥等半島國法令。尙間接蒙其影響者也。

以上三者。乃歐洲有名之海法。其占勢力於海洋。不問可知。此外於意大利有阿馬非法。法蘭西有格頓法。德意志有漢德法。漢撒同盟法。以及英、葡、奧、荷亦有多種之法。無非沿商人之習慣。漸次進趨。以至發達。至十七世之末葉。遂有法王路易第十四世之大商令發布。是爲法典時代之開始。總之歐洲商法自其地理上之沿革論之。一言以蔽之曰。起於南。而漸於北。使無路易大王。而南北終難望統一也。自其體裁上之沿革論之。則自習慣法。進於單行法。終乃成爲法典。斯同彰明較著者也。(參照本章首段之說也。)

抑中世時代。身分階級。鴻溝劃然。是使商法成爲特別法之大原因也。即承封建之餘波。各階級間。壁壘儼然。一般人民。各自有其身分之法。營商業者。屬於商人階級。(Handelstand) 因而相集組成商人團體。(Collegia mercatorum) 以團體名義行使立法權、審判權矣。其團體所下之判決例。及商人間之習慣。與夫團體之條例等。因集成一種法律。此之謂商人法。(Jus mercatorum) 是乃現今商法之前身也。且當是時。舊國淪喪。新邦未立。大小諸侯。割據獨立。互爭雄長。商人之營業也。上無國家之保護。

而須自捍衛。故商人團體。俱在都市。而各都市皆各有特別法。未相溝通。是以各市交易。甚爲不便也。復次當時教會法之禁止。極爲峻嚴。因欲求特別法規以便交易者。是亦商法發達成爲特別法之一原因也。蓋耶蘇教義。原有利息禁止之明條。其時教會法之勢力。彌漫全歐。極爲偉大。匪微影響於一般之社會。即商業與法律。亦幾欲以其教義規範之。故社會萬有皆蒙宗教之羈勒。而於商業爲尤甚。乃至不堪其弊。然世運進步。新潮激盪。商業之興。未容或緩。即腐心教義者。亦知教會法規。終難維持。意欲於兩者之間。講求調和之策。表面上似若遵奉教規。而實則於利息禁止法。已爲幾分之讓步。卽金錢授受不妨生息。故借商法爲特別法之口實。以遂其目的。而商法因與一般私法分離獨立。寔成爲特別法矣。要之。中世時代。商法之所以發達爲特別法者。其故凡三。普通私法與商業不相適應。其一也。商人自成特別之階級。其二也。教會法之規定。過於峻嚴。其三也。

第三節 近世之商法

迨夫近世。與中世時代之世態。大異其趣。教會法利息禁止之不當。自宗教改革以來。素爲爭論之焦點。亦終歸廢止。而昔時寺院教義。因大勢之所趨。亦多歸破滅。故就此點目商法爲特別法者。至失其範疇矣。且封建崩頽。秩序鞏固。商人團結。自然解體。故其團體之自治的規定。及習慣之類。亦至漸次消滅矣。

益以國家統一。市府淪止。市府條例。類皆移歸於國家之立法事業矣。故商法特別存在之理由。殆掃地盡矣。然當時民法及民事訴訟之程序。尚非充分完備。故商法猶有特別存在之必要。而國家亦採用此方針焉。其始以單行法頒布之。旋覺其不便。終至編纂統一之法典矣。故學者稱近世爲法典時代之大成。良以此耳。

又近世商法之特徵。與中世之商人法。爲正反對。即客觀的定或交易。而以爲適用於彼交易之法律。其爲交易者。是否商人。非所問也。但後出之前德意志帝國商法。稍復中世商人法制度之舊觀。故自商法實質上之沿革論之。可謂由商人法進於商業法。由商業法又轉化爲商人法矣。(參照本章首段之說明)

綜上所述觀之。近世商法。非若中世時代爲團體法。抑或爲習慣法。乃多成自國家之立法事業。茲就諸國商法法典及無法典諸國之商事法律。分別詳述其沿革。以資考鏡焉。

第一款 法蘭西商法

法國近世商業。日趨發達。商事法令。亦逐次增加。當路易十四世以前。有關於設置商事法院及交易所之敕令。(如一五六三年十一月沙洛洛九世之布告)有關於破產之敕令。(如一五三六年十月十日弗耶案第一一五六〇年沙洛洛九世之敕令)更有關於海上法之敕令。(如一五七三年一五八四年一六二九年一六七三年之敕令等)然皆爲簡略之單行法。且其關於海上法者。皆爲

公。法。上。之。項。目。私。法。上。之。規。定。無。與。焉。迨至路易十四世御宇以來。(一六四三年至一七一五年)國勢隆盛。同時商業航海亦大發達。遂有感於商法之必要。而其輔弼之賢相。戈魯柏爾氏。謀獎勵工商。擴張海權。知非講求商事立法。難期奏效。因而頒布數多之法令。就中於商法史上。最爲著名者。則首推左列二大敕令焉。

第一 商事敕令 (Ordonnance de Commerce)

此敕令係一六七三年三月所頒布。或譯爲商事條例。綜計全卷共分十二章。都一二二條。所纂入者。概屬重要商事。共分一般商事。票據。破產。商事裁判等四編。就中規定最進步者。首推票據法(共三條)。而最不完全者。厥爲破產法。(僅十條)然統就全體觀之。尙屬完美。且具法典之體裁。洵爲當時之傑作。蓋當編纂之際。曾延重要商人。詳爲調查。時有老商人曰沙華利 (Jacques savary) (一六二年至一六九零年)者。亦充起草員。多所貢獻。故亦以商人法典 (Code Merchant) 或沙華利法典 (Code Savary) 稱焉。法國後此頒行之商法典。其編纂之順序。及其大部分規定。亦多採自此敕令也。

第二 海事敕令 (Ordonnance de la marine)

此敕令係一六八一年八月所頒布。或譯爲海商條例。較諸商事敕令。尤爲重要。規定事項。亦極廣汎。海上之公法私法。兩俱包含。綜計全卷。共分五編。(共十 (一) 海上法院。(四章) (二) 海員及船舶。(共十 (三章)

(三)海上契約。(共十) (四)港灣警察。(共十) (五)海上漁捕。(共八) 其編纂也。先就港灣商人分章調查。繼付諸委員作調查案。閱十年之久。始竟全功。故在路易十四世所頒布之敕令中。最爲完美。不特該國歡迎。全歐亦望風而靡。迨至今日。其規定之實質。尙多有效力。其稍經變更而實則遺存者。亦復不少。凡外國立法者。關於海事立法。必資爲模範焉。故其勢力。遠非商事敕令所能媲美者也。此二大敕令。自其實質以觀。足稱爲一種法典。且國家以立法權之頒布統一的商事法律者。實以此爲嚆矢。故法蘭西至今稱爲法典編纂之初祖也。

路易十四世時代所頒布之法令。此外尙多。然以時會推移。法條之規定。至與社會之實情大相懸隔。或改或廢。時或頒布新法令。以填補其缺漏。終至法令錯雜。撲朔迷離。而法令簡陋之譏。於焉遽起。是以一七八七年有改正委員會之設。以改正上述之敕令。及其他商事法令。然未幾而大革命起。改正事業。因歸擱淺。迄夫一七九〇年國民會議 (Assemblies constituantes 1789-1791) 曾創議制定民商法。然亦未見諸事實。及執政官政府。於一八〇一年四月三日組織委員會。使擬定商法。於同年十二月三日脫稿。提交開議。然世人多輕視商法。以爲商事及海事二敕令。尙可足用。而置諸不顧。及一八〇六年商業上生大恐慌。破產者。及銀行停止支付者。踵相接。拿破侖氏怒髮無旣。諮詢臣下預防之策。答之者謂

除頒布商法外。別無良策。氏乃命員調查。並擬訂草案。經閣議者六十。有一次。終成爲法律。自一八〇八年施行之。法國之現行商法典(Code de Commerce)是也。其從來之商事法律。概歸廢止矣。惟一六八一年之海事敕令中。其屬於公法之部分。及其他新法典所未規定之事項。則舊法仍繼續其效力。此外凡與新法典之規定不相違反之習慣。亦保存焉。綜計新法典分爲四編。凡六百四十八條。第一編商總則。(du Commerce en general)第二編海商。(du Commerce maritime)第三編破產。(des faillites et de banquerotes)第四編商事裁判。(de la jurisdiction commerciale)該新法典之編纂也。乃以商事及海事二敕令爲基礎。參以商業社會之意見。而實則不過改革其扞格之處。補充其缺漏之點耳。實質上與前述敕令。非有優劣之分。且規定繁瑣。於發達之商業。允非適宜。然與民法實同稱爲十九世紀初葉之大事業。故當時歐洲各國。皆以最新之法典最新之法律目之。直接間接成爲他國立法之好模範矣。盧森堡公國即全然採用。比利時亦僅略加變更。南德意志諸邦。當德意志新商法實施之前。亦適用之。其他歐洲大陸諸國之法典。莫不資以爲參考。要之拿翁武力之所至。斯其法典勢力範圍之所及。於法學之發達。厥功甚懋。然邇來社會狀態。日趨進步。而法典頒布既久。難相適應。漸覺簡陋。時頒布特別法以補充其缺憾。復假借判決。以匡正其解釋。不得已而講求彌縫之策。蓋此大

法典已不足符進步之時勢也。

第二款 德意志商法

德意志帝國未統一之時。其各聯邦尙在分治時代。無商事法之制定。維時萊因河左岸諸邦。全然適用法國商法。巴丁一國亦係就法國商法增損而適用之。其特有商事法者。惟普魯士一國而已。乃一七九四年弗勒德力西大王所頒布。自同年六月一日施行。此之謂普魯士一般法典。(Das allgemeine Landrecht) 考該法典內容。門類極爲繁複。舉凡民法商法及其他公法的規定。莫不包含。其涉及於商事者。多至一九九零條。票據法海商法。亦均在其中。此法典在十九世紀初葉。實與法國商法對峙輝映焉。前者爲日爾曼民族文化之反射。即着眼於團體本位之主義。後者乃拉丁民族文化之反影。即着眼於箇人本位之主義。德則盛誇其一般法典。爲世界商法法典之先河。法則炫耀路易王之商令。爲世界商法法典之前驅。兩相爭執。各不相下。然自兩法頒行之年代。及其法規所含之性質考之。則以後說爲當也。何則。蓋路易王之商令。頒行在前。且純係商事法規之性質。而普之一般法典。頒行在後。又網羅一切公私法律之規定。左祖後說。固其宜矣。

其後德意志各聯邦。欲制定共同之商法。然因障害繁多。卒不果行。及一八三六年開第一次德意志關

稅同盟 (Zollverein) 總會。瓦敦堡國代表建議。德意志須編纂統一的法律。各邦代表。多聽其議。而皆以艱鉅之業。難望成功。致無結果。迄一八四六年該關稅同盟。復於柏林開第八次會議。會議中瓦敦堡代表舊事重提。即就所提議之事。經多數議決。於是設委員編纂票據法案。是爲德意志普通票據法之發端。翌年十月二十日。各邦代表至來比錫開聯邦委員會。以普魯士所提出票據法案爲基礎。多方討論。其年十二月九日。遂議可德意志普通票據法案之全部。一八四八年十一月二十六日。連同該法施行法而公布之。自一八四九年五月一日起。遂爲德意志帝國法律。而有其效力矣。然德意志當時制度。帝國法律。對於各聯邦。尙非直接生效。須有待於各聯邦立法府採用。始可施行。幸自一八四八年二月十四日起。以至一八六二年十一月廿八日。間德意志各邦。大抵採用之。(如普魯士一八五〇年二月十五日。一八四九年二月十五日。索通、司律美、於一八四九年四月廿五日。爾育培於一八四九年四月廿八日。瓦敦堡於一八四九年五月六日。巴威倫於一八五〇年七月廿五日。均先後採用之。然海仙於一八五九年十二月廿六日以前。里培於一八六二年十一月廿八日以前。陸先布爾及利白爾則在一八六九年以前。皆未採用之。)至稱爲德意志普通票據法矣。考該法計分三章。即第一章票據能力。第二章匯票。第三章本票。都一百條。云。嗣乘諾倫堡會議。德意志普通商法之便。於一八五八年及一八六一年。兩次選任修正委員。使於該法中。追增條款。是即稱爲諾倫堡之新法。此法以一八六一年四月十三日。爲聯邦會議之所決議。而各聯邦於此年至一千八百六十二年之間。皆採用之。以爲各聯邦法律焉。

至德意志之普通商法。有爲一八六一年之舊法。又有爲一八九七年之新法。舊法分爲五編。第一編。商人。之。格。資。第二編。商。事。公。司。第三編。隱。名。組。合。及。共。算。商。事。組。合。第四編。商。行。爲。第五編。海。商。計。九。百。十。一。條。此。商。法。之。歷。史。亦。有。同。乎。票。據。法。者。試。就。其。制。定。之。沿。革。略。言。之。一。八。四。八。年。德。意。志。帝。國。議。會。因。編。纂。法。典。而。選。舉。委。員。此。爲。其。發。端。雖。其。委。員。會。因。政。治。上。之。變。動。不。得。達。其。目。的。然。法。律。統。一。之。觀。念。已。浸。染。於。國。民。至。翌。年。五。月。帝。國。司。法。大。臣。命。在。福。蘭。克。馬。英。州。召。集。委。員。會。使。編。纂。德。意。志。普。通。商。法。草。案。是。爲。德。意。志。編。纂。商。法。之。嚆。矢。然。此。草。案。非。即。爲。帝。國。法。律。其。後。至。一。八。五。六。年。二。月。二。十。一。日。巴。威。俞。政。府。於。德。意。志。聯。邦。會。議。提。出。編。纂。德。意。志。普。通。商。法。之。議。其。年。十。二。月。十。八。日。遂。爲。聯。邦。會。議。所。議。決。乃。以。翌。年。一。月。十。五。日。爲。期。開。編。纂。委。員。會。於。巴。威。俞。國。之。諾。倫。堡。由。是。普。魯。士。政。府。提。出。已。成。之。草。案。六。卷。於。該。會。奧。大。利。政。府。亦。提。出。草。案。而。該。編。委。會。以。前。者。爲。原。案。以。後。者。爲。參。考。而。討。論。之。其。決。定。之。事。項。如。下。謂。當。更。招。集。聯。邦。委。員。會。除。商。法。中。海。商。之。一。部。外。其。他。部。之。討。論。及。讀。會。均。在。諾。倫。堡。開。議。至。於。海。商。一。部。之。討。論。及。讀。會。則。在。萬。布。兒。開。議。云。因。此。於。一。八。五。八。年。開。第。二。次。編。委。會。於。諾。倫。堡。以。討。論。商。法。第。一。編。乃。至。第。四。編。在。其。第。二。讀。會。與。第。三。讀。會。之。間。更。開。討。論。第。五。編。海。商。之。編。委。會。於。萬。布。兒。如。是。者。數。年。至。一。八。六。一。年。三。月。十。一。日。編。委。會。遂。議。畢。其。草。案。全。部。是。月。二。十。六。日。通。過。聯。

邦會議。其年五月三十一日之聯邦會議。亦不復更改之。且欲使其速成爲法律。因而請於各聯邦政府。懇其迅予採用。於是普魯士。以一八六一年六月二十一日之法律。認以爲普國法律。且裁可而公布之。自一八六二年三月一日起。施行於其國內。其他如安遜。則於一八六一年十月二十六日。巴威侖則於同年十一月十日。巴丁則於一八六二年八月六日。爾由培則於一八六三年十月二十六日。白律美則於一八六四年六月六日。瓦敦堡則於一八六五年八月十三日。萬布兒則於同年十二月二十二日。皆以此用爲其國之法律。而施行之。是之謂德意志舊商法。此舊商法。與他國商法不同之處甚多。如無陸上保險之規定。無倉庫票據及破產等之規定。其最著者也。但其後稍加變更。及一八八四年。對於股份有限公司。更大加修正焉。其後一八六六年普奧戰爭起。舊日之聯邦制度。爲之破壞。奧大利亦遂與德意志諸國分離。其年八月。凡德意志新教各邦。皆聯合以結成北德意志聯邦。推普魯士爲盟主。屬於同盟者。計二十二國。於是自此二十二國中。從新召集全權委員。議決北德意志聯邦之憲法。至翌年即一八六七年七月二十六日。始公布之。而德意志舊商法普通票據法。及諾倫堡之新法。亦皆爲北德意志聯邦法律。即一八六九年六月五日之法律是也。從來德意志普通票據法。不行於周里西及霍斯坦兩州者。至是亦受其支配。

泊一八七〇年普法戰爭起。其年十一月十五日。更制定德聯憲法。仍以普爲盟主。而組織德意志聯邦。於是因此聯邦憲法第八十條之故。其舊商法及普通票據法與諾倫堡之新法。遂共爲聯邦法律焉。翌年一月十八日。德意志聯邦改爲德帝國。同年四月十六日。遂又制定帝國憲法。舉凡是年四月十六日及二十二日之法律。皆以此憲法第四條爲基礎。而制定之者。故上所述諸法律。亦爲帝國法律。一八七二年七月十九日。更以帝國法律。施行此諸法律於阿爾沙、斯洛倫二州焉。

德意志帝國既成。於是舊商法及票據法遂通行於全國。且一般私法之規定。亦遂趨於統一。自一八七四年以來。設置委員。使從事於編纂民法。經數次修正。至一八九六年夏。始畢第三讀會之程序。以爲帝國法律。而公布之。然其舊商法爲尙未編纂民法時所已制定。又係以單獨施行爲目的。而編纂之者。故於理論上其應揭載於民法之規定。而亦揭載之於商法之中。今與民法併行。甯可不加脩正。且舊商法自編纂以來。既經三十餘年。雖脩正其一部。然終嫌不足以應時勢之所需。且斟酌之於經驗與學理二者。非根本上大加修正不可。以故帝國政府制定民法之時。同時即着手商法之起草。遂於一八七四年公布民法時脫稿。後經帝國議會協贊。於一八九七年公布爲帝國法律。自一九〇〇年一月一日。與民法同時施行。綜計全卷。凡九百零五條。分爲四編。第一商人。(Handelstand) 第二公司及隱名合夥

(Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft) 第三商行爲 (Handelsgeschäfte) 第四海商 (Seehandel) 此之謂德意志新商法。即德帝國之現行商法也。其編纂也。乃以舊商法爲基礎而稍變動。其條文款目。則毫無損益也。並務與民法之規定相調和。且參考從來之判決例及外國立法例焉。試比較新舊商法而論之。其最相異者在舊商法採用客觀主義。以商行爲爲基礎。而定其適用。新商法則採用主觀主義。以商人爲基礎。而定其適用也。

破產法一八七七年二月所頒布。即德帝國現行法也。但其後亦少加變更。此乃獨立之法律。其適用也。不問商人非商人。非若法國法定爲商法法典中之一編也。蓋在法國採用商人破產主義。而德國則採用一般破產主義。斯迥其大較焉。

此外該國當舊商法施行之時。所公布關於商事之法令。至爲繁頤。迨新商法施行之後。此項法令。或存或廢。千頭萬緒。然於述該國商法之沿革。無其實益。故從略焉。

第二款 奧大利匈牙利商法

自德意志舊商法頒行以來。其首先蒙其影響。厥維奧匈兩國。

奧大利原爲舊德意志聯邦之一。至一八六六年普奧戰爭後。始告分離。而與匈牙利合爲共同國。故一

八五〇年德意志票據法一八六三年之商法。皆施行於其國內。惟海商法則未採用。蓋以該國原有海上法故也。此乃於一七七九年由馬麗耶特勳薩皇后所頒布。及一八四七年復經修正者。然多爲海上警察之法規。故該國今日關於海上私法之全體。尙無成文法。一遵習慣法焉。又其破產法。於一八六八年以特別法頒布之。此乃模倣一八五五年之普國破產法。故其適用亦不限於商人。而與德帝國破產法相類似者也。

匈牙利王國。雖與奧國同爲一帝國。然各有其國會。蓋對外一致。而對內則仍各有其統治權。故其法律亦非同一。昔時自一八三九年至一八四四年間。該國國會先後制定之法律甚多。而商法即散在各種法律之中。後因一八四八年之事變。奧國法律輸入國內。及一八六一年復行廢止。而商法及其他私法。乃復活矣。然舊法簡陋。籌議修正。欲全然採用奧國所行之德意志舊商法。不加變更。似乎不可。乃少損益之。於一八七五年。由該國大學商法教授阿巴基 (Apathe) 氏起草。以編成法典。略加修正。同年頒布。自其翌年施行之。是爲匈牙利王國之商法。共分二編。第一編。商。事。公。司。第二編。商。行。爲。凡五六六條。其海上法規闕如。惟以習慣法及馬麗亞特拉薩后之條例充之者。與奧國同。然就倉庫出版契約及保險 (險除外) 則又有規定。票據法係一八七六年所制定。自其翌年施行。乃倣德意志票據法者也。破產法係

一八八一年所頒布。其不限於商人。則同乎德意志法也。

第四款 意大利和蘭及比利時商法

意大利者。近世法律之策源地也。蓋自來歐洲各國之商事法律。皆以商習慣為基礎。而此種習慣。則概發生於該國。降及中世近世。多變為意大利市府條例。而此種條例。又為各國立法所參考故也。

意國於十九世紀初葉。已有編纂法典之議。然因境內四分五裂。大小國家。割據稱雄。然皆壤地偏小。各自為治。其一般法律。固屬彼此綜錯。而商事法律。亦各地自為風氣。或取法乎德。或淵源於法。又或保守其固有法。(該國固有法亦非純粹法國商法多混)及一八六一年沙耳的尼亞侯哀馬尼哀氏二世。蒙法國

之援助。得以統一其疆宇。遂建設意王國。於是着手編纂法典。於一八六五年六月二十八日。始制定商法而頒布之。共分四編。凡九二三條。自翌年一月一日施行於意大利全部。然甚為簡陋。早議改正。乃於一八六九年復設委員會。使編纂改正法案。因起草多耗時日。乃至一八八二年四月二日。始頒布新商法。自其翌年一月一日施行。此乃意大利現行商法(Codice di commercio)是也。共分四編。第一編商一般。第二編海商。第三編破產。第四編商事審判。凡九二八條。而商事審判。以成績惡劣。於一八八八年一月二十五日。以法律廢止之。其法規之排列。取法乎法。其規定之實質。則採自德意志舊商法。蓋自

法德兩國收普集華。洵良好之法典也。此外尚有海商法典。(Codicepar la marina mercantile)於一八六五年六月二十五日公布之。旋於一八七七年五月二十四日加以改正。關於海事項。具公法的規定也。

和蘭自一八一一年施行法國商法。至一八一七年廢止其中之商事審判。及一八三八年四月十日頒布新商法。(Wetboek van koophandel)自十月一日施行。共分三編。與法國之前三編同。即第一商總則。第二海商。第三破產。凡九二三條。海上以外之保險。及內水商船法。亦規定其中。此法律並施行於該國各領地。其後曾議改正。但未告成。惟破產法則於一八九三年頒布施行。無論商人與非商人。皆可適用者也。

比利時亦採用法國商法。而編成法典。一八〇八年一月一日起施行之。共分四編。第一編商總則。第二編海商。第三編支付停止及破產。第四編商事法院。共六四八條。至一八一五年十月十八日。與和蘭合併為納沙蘭德王國。至一八三〇年十月十九日。再與和蘭分離為獨立國。仍繼續施行。其時並未加以修正。迨後法蘭西於一八三八年五月二十八日。以法律改正其第三編。比利時因之亦於一八五一年四月十六日。以法律改正其第三編。關於通常破產。有罪破產。及支付停止等法規。再至一八五五年。乃

又設委員會。使着手起草。改正第一編第二編。以爲單行法。遂公布而施行之。其改正法律之基礎。或斟酌乎法。或取法乎德。其意旨猶擬將此項單行法規。仍裒集爲一法典云。

第五款 瑞西債務法

瑞西聯邦。當一八八三年以前。關於商事。各州之間。其有固有之商法者。惟弗萊白爾一州。其他諸州。或用法國商法。或僅有民法。而無商法。或擴張民法。而適用於商事。或專照習慣以行。要之各州自爲風氣。綜錯糾紛。蓋以當時之聯邦政府。無權限頒布統一法律。足以施行於全國故也。及一八七四年。新憲法告成。據其第六四條。關於商事及動產之立法權。爲聯邦政府之權限。因聘柏林大學步元慶氏擬訂。於一八八一年。由國會通過。自一八八三年一月一日起實施之。初原以債務法及商法之名稱。提出於國會。及頒布之時。改稱爲瑞西聯邦之債務法 (Bundesgesetz über das Obligationenrecht; Code-federal des obligations) 焉。凡九〇四條。第一編規定一般契約債務之總則及動產權之移轉。(共二二八條) 其他二十八編規定民事商事共同契約之原則。(二二九條至九〇四條) 焉。此法典乃以一八六六年德勒思敦民法草案爲基礎。而編纂者。於學理。實際。兩相適合。洵良好之法典也。此國之商事法。固由斯而統一。然並不及保險。至一八九三年。修正海陸運送之部分。要之。此國不設民法商法之區別。乃其一特色。且亦

開晚近立法例。采取民商統一制度之先河也。

泊一八九八年十一月十六日。因憲法之改正。聯邦政府之立法權。遂及於私法全體。以從來之民事的規定。州異其法。極爲不便。故從關於私法全體。擬訂債務法典。終於一九〇七年頒布。而於一九一二年施行焉。此乃世界最新之法典。一切私法規定。皆網羅其中。亦仍無民法商法之區別。惟股份有限公司法。合夥法及票據法。則以其法律關係。與他種法制。性質迥異。故以特別法頒布之。其他破產之規定。則揭發於一八八九年四月十一日法律之中焉。

第六款 西班牙葡萄牙商法

西班牙原有商事規則。曰西伯魯條例。乃昔時比爾波市。商人團體之委員。爲其團體而擬訂者。及一七三七年斐利浦五世認爲法律。遂推及其効力於他種商事法院及殖民地。至一八二七年頒布敕令。雖首都瑪德里之商事法院亦以之爲準據法矣。此法律之編制。乃以路易十四世之二大敕令爲模範。而所規定之事項則較多。其於商事以外。尙網羅票據、海商、及保險等事項焉。要之其實質上固多受二大敕令之影響。然亦參照西班牙固有之風俗習慣。而設新的原則焉。

後一八二九年五月三十日頒布商法。自其翌年一月一日實施。此即西班牙之舊商法 (Codigo de c

omnesio)是也。大體上仿法國商法。共分五編。都一二一九條。第一編商人及代理商。第二編商行爲。第三編海商。第四編破產。第五編商事審判。復於一八三七年七月頒布商事審判法。(Ley de enjuiciamiento en los negocios causas de comercio)與商法相並行焉。

此舊商法之內容。於法國商法。及西班牙固有之習慣外。並參酌舊比爾波法。苦心孤詣。煞費經營。自足稱爲獨立之法典。故南美各共和國及中美各國多採用焉。後此舊商法。亦稍受變更。於一八六八年廢止商事審判及商事審判法矣。

及一八八五年十月十六日。復制定其改正之商法。即新商法。而公布之。自其翌年一月一日起施行。共分四編。凡九五五條。第一編商人及商事一般。第二編商事契約。第三編海商。第四編破產及商事時效。此即西班牙之現行法。並施行於殖民地。此與舊商法不同。雖亦取範法國商法。然旁徵德國商法之所長。折衷二者而成之。故其規定。斐然可觀焉。

葡萄牙商法 (Codigo commercio Portugaluz) 係約瑟 (Jose) 斐來納 (Ferreira) 及波爾格士

(Borges) 三氏共同草定者。於一八三三年九月十八日頒布。自其翌年一月一日

志田氏則謂一月十四日姑併誌之以待考證

施行。計分陸商及海商二編。凡一八六〇條。其編纂也。於西班牙商法外。並參酌法國商法和蘭商法

草案又普國一般法典中之商事規定及比爾波市法其効力及於葡國全境并其殖民地。在當時固亦足稱良好之法典。然考其內容比之各國商法中爲最浩瀚者。故或謂其近乎註釋。或謂其有似教科書。而致種種之批難焉。改正之議於以興起。至一八七〇年乃設改正委員會。至一八七八年始擬訂改正案。由國會可決。於一八八八年頒布。自其翌年一月一日施行於全國并殖民地。是爲葡萄牙新商法。亦分四編。(一)商人及商事。(二)商事契約。(三)海商。(四)破產。就中主要部分尤以繼受意比商法居其多數焉。

第七款 俄羅斯商事法

俄羅斯無名爲商法之法典。惟在一八三五年所頒布之法律全集 (Сводъ законовъ) 中其第十一卷揭載關於商事之規定而已。共分五編。第一編商之權利。第二編商之義務。(稟據亦在其中)第三編商船法。(合船泊船員海商三者而成)第四編商事審判。(亦在其中)第五編商業上之諸制度。凡二八八三條。乃自彼得大帝至一八三二年之間漸次發布者。其後經一八四二年及一八五七年之兩次略加脩正。始彙纂成篇。顏曰商法。(Ustawъ torgowy) 然頒行未久。復有改正之議。當歐戰前數年。該帝國政府已擬訂公司法。破產法草案。而稟據法亦於一八八九年經俄皇裁可。一九〇二年頒布。翌年一月一日施行。是爲俄帝國時

海總工
藏書
上海工人

第二章 商法之沿革

四八

代之現行票據法。歐戰以還。帝制推翻。改建蘇維埃共和國。實施共產制。政體既經丕變。法律自亦隨之改革。其民商法制。迥異於他國。茲略而不述焉。

第八款 埃及商法

埃及於一八七四年及一八七五年之交。與歐洲列強。締結改正法院組織之條約。因此制定新法典。經條約國承認而頒布之。其法典有二。即一商法二海商法。此法典於一八七六年一月一日施行之。其商法共分三編。第一編總則。第二編商事契約。第三編破產。共四二七條。海商則別爲一法典。都二七五條。其與此二法同時制定者。尙民商事訴訟法。但在埃及。采混合法院制。內外國人均可任爲推事。以審理訟案。且並不問訴訟當事人之國籍如何。故此等法典。對於外國人亦有其效力焉。

此國商法及海商法。固適用於內外國人。然其後更制定專適用於內國人之法典。且專設管轄內國人訴訟之法院。凡事之不涉及外國人者。皆得擺脫條約國之羈勒。但其要則。仍不外以前述之法典爲準據焉。

第九款 羅馬尼亞商法

羅馬尼亞。以一八六三年十二月十日。制定商法而頒布之。自其翌年一月一日起施行於全國。此商法

在一八四〇年。僅先爲該國一部之谷納介所頒布。於其翌年爲施行之始期者。後遂推及其効力於全國焉。

其後改正商法之議起。遂采其模範於一八八二年之意大利新商法。編纂改正案。於一八八七年四月十五日頒布之。自其年九月一日起施行。按意大利新商法。爲折衷於法德兩商法者。故此國商法。亦可謂屬於法德折衷法派也。

第十款 斯堪的拉比亞商法

斯堪的拉比亞。爲噠瑪瑞典及挪威三國之總稱。自來雖離合靡定。然非常爲異國者。故其共通之法典。不少概見。近世各該國政府。皆以有共通商法。便利滋多。正謀促其發展。其已成爲三國之共通法律者。第一爲一八八〇年之票據法。凡九六條。係以德意志普通票據法爲模範而編纂者。第二爲一八八七年之商業登記簿商號及經理人之法律。茲更就該三國之所有商事法律分別敘述如左。

(一) 噠瑪商事法 此國之商事法規。乃由數種法律而成其重要者。第一爲一六八三年四月十五日之噠瑪法典。(Danske Lov) 此法典類乎普魯士之一般法典及俄羅斯法典者。而非近世之法典可比。其中關於商事之規定甚多。第二爲關於一八六一年二月十九日之商事及海事

法院組織法。第三爲關於一八七一年五月十二日之海員雇入之法律。第四爲一八七二年五月二十五日之破產法。此諸種法律。於商事適用上尙未圓滿。故自一八七一年以來。任命商法編纂委員。使調查商法草案。以爲編成商法法典之準備。嗣已告厥成功云。

(1) 瑞典 此國之商事法規。其重要者約有三種。第一爲一七三四年之普通法典。(Svensker rikets lag) 第五編。『即以商部 (Aongels belk) 爲題之第一編。』此編包含關於商事之規定極夥。第二爲一八六四年二月二十三日之海商法。第三爲一八六二年九月十八日之破產法。此法於一八六七年十一月五日一八六八年九月十二日及一八七〇年五月十二日等之法律所改正者甚多。

綜右所述觀之。此國關於商事之法律。頗不完全。亦未設置商事法院。至一八七六年。下院以議員白耳克特氏之提案。建編纂商法法典之議。於其國之元首。適斯堪的拉比亞以統一半島內諸國之法律爲便利。已編成上述之票據法。故此國政府未別爲着手焉。

(三) 挪威商事法 此國自一五三六年至一六八七年頃。其法律之一部。固與噠瑪同。而自一六八七年至一八一四年頃。其法律之全部均與噠瑪相同。迨後二國分離。然關於商事法規。大部分

仍無變更。其重要者。第一爲一六八三年四月十五日之噶瑪法典。第二爲一八六三年三月二十四日之海上法。第三爲一八六三年六月六日之破產法。是也。

第十一款 樸利比亞商法

樸利比亞國於一八三四年十一月十二日頒布商法。蓋模倣於西班牙商法而成者。共分四編。第一編加法規。第二編商事契約。第三編破產。第四編關於商事之司法。共三三四條。未幾即施行於全國焉。

第十二款 智利秘魯商法

智利商法。於一八六五年十一月二十三日經國會議決。自一八六七年一月一日起施行。卷首冠以總則。以下共分四編。第一編商人及代理商。第二編商事契約及債之通則。第三編海商。第四編破產。都一五三三條。商法以外。尙有其他之單行法焉。

秘魯於一八五三年四月三十日制定商法而公布之。此法典共分五編。計一二六九條。係以西葡兩國之舊商法爲模範者也。

第十三款 亞爾然丁商法

亞爾然丁於一八五九年十月八日對浮諾司、哀樓司州。公布商法。係取範乎法西葡及巴西等國商法

而編纂者。共分四編。第一編商人。第二編商事契約。第三編關於航海之權利義務。第四編商人之支付停止。共一七五條。至一八六二年十月十日遂爲施行於亞爾然丁全國之法典。其他如交易所法、交互計算法、及支票法等。亦逐次制定焉。

其後至一八六九年六月。制定民法。商法因而改正。改正後於一八八九年十月五日經國會之議決。自其翌年五月一日起施行。此改正之商法共分四編。第一編商一般。第二編商事契約。第三編因航海所生之權義。第四編破產。共一六一條。窺其大體。仍參酌法西葡之商法爲多云。

第十四款 巴西商法

巴西商法。於一八五〇年六月二十五日以西和葡三國之商法爲基礎而制定者。共分三編。第一編商一般。第二編海商。第三編破產。共九一三條。及附則三十條。

第十五款 希臘商法

希臘於一八三五年五月一日。制定商法而公布之。迨至一八六六年三月二十一日以來。并施行於亞屋尼亞諸島。該商法之內容。與法國法同。殆可稱爲法蘭西商法之譯本。其關於商事裁判之法規。亦同時所制定而公布者。然至一八五一年。更以法律改正之。其關於破產之規定。則於一八七一年十二月

十三日。亦以法律改正焉。

第十六款 塞爾維亞商法

塞爾維。於一八六〇年一月二十五日。制定商法而公布之。其中關於票據之規定。則做德國普通票據法。其他部分。皆做法蘭西商法。至關於海商之規定。以無甚必要。故商法中未揭載之。至其破產法。於一八六一年三月十七日。以單行法公布之。亦做德國法。其後於一八六四年十一月十五日。及於一八七六年一月二十四日。屢以法律改正之焉。

第十七款 土爾其商法

土耳其關於商事之法規。其主要者。計有四種法典。即第一、一八五〇年之商法。(與法蘭西商法第一編及第三編相當者) 第二、一八六〇年之商法附屬法。(與法蘭西商法第四編相當者) 第三、一八六五年之海商法。(與法蘭西商法第四編相當者) 第四、一八六二年之商事訴訟法。此四者。非獨適用於內國人。即當事者之一方為內國人。而他之一方為外國人時。對於當事者之雙方。皆當適用之也。

第十八款 英吉利商事法

英吉利自古為習慣法國。民商法律。原無區別。其商人法 (Lex Mercatoria) 語。雖常散見於學說及判

決例之中。然此亦僅表明其習慣法中之特殊法規。爲由商人之習慣而來耳。惟徵諸實際。該國之民商法律。概淵源於二種法源。即習慣法 (Common Law) 及成文法 (Statute Law) 是也。而此二種法源。於各地。復自爲風氣。概言之。於商習慣。則英格蘭與愛爾蘭相同。而蘇格蘭獨異。於成文法。則適用於英格蘭者。亦可適用於愛爾蘭。而蘇格蘭則自有其特別法。殆與羅馬法略同。要之習慣法多。成文法少。固屬彰明較著者也。惟自來學者因說明之便宜。網羅商業之特種法規。而以商法或商習慣法 (Commercial law. Law merchant. Merchantile law. Custom of trade) 稱焉。衡其分量。與大陸諸國之商法法典雖固無大差異。然一考其內容。則系統各別。有不可同日而語者。蓋英國商事法律之發達。甚爲殊異故也。英國原無法典。與時勢之進步。有相背馳之嫌。然其國之攻鑿法典。亦自言之成文。持之有理。惟成文法制定之緊要。末由否定。故近五十年間。多發布商事特別法。以確定商業上之交易關係矣。今舉其重要者如下。(一)商船法於一八五四年制定之。自後因改正此例。更制定數種之條例。尤以一八九四年之條例。集其大成。(二)公司法於一八六二年制定。而於一八六七年一九〇〇年一九〇七年三次改正之。(三)票據法於一八八二年制定之。(四)合夥法於一八九〇年制定之。(五)動產買賣條例。於一八九三年制定之。(六)海上保險法於一九〇六年制定之。綜上所舉六種。爲聯合王國

(英格蘭愛爾蘭
蘇格蘭三國)

共通之法律。而其破產法則各國互異。蓋三島之習慣各異。不能強同故也。於英格蘭則有一千九百年之改正破產法。於蘇格蘭則有一八五六年之破產法。於愛爾蘭則有一八七二年之破產法。其制定之沿革詳見拙著破產法論。(駁書尚在修正之中。刊行有待。)茲不贅論焉。此國關於商事之單行法規既屢見制定。頗感錯雜。因而編纂商法法典之議。亦漸興起。倫敦商業會議所於一八九六年總會中。決議編纂商法之事。并對編纂之內容而發表意見書。今將其擬網羅於商法中之要項。列舉如次。(甲)匯票及其他之流通證券。(乙)公司。(丙)合夥。(丁)動產買賣。(戊)本人與代理人之關係。(己)主債務人與保證人之關係。(庚)海陸運送業。(辛)生命火災及海上之三保險。(壬)倉庫動產之質入書入。(癸)商業上債務之限界。是也。

復次英屬殖民地之商事法令。其系統各有不同。有屬法法系者。有屬德法系者。有採用英吉利自來之習慣法。而屬於固有法系者。然卒未聞有編纂商法法典者也。今更舉其重要殖民地之法制情形如次。

1. 坎拿達 上坎拿達與下坎拿達。異其法系。上坎拿達。以英吉利古來之習慣法為主。而稍加以變更者。其一八五九年所制定之法律。(Consolidated statutes for upper calada)有關於商事之規定。下坎拿達。雖亦採用英吉利古來之習慣法。然斟酌法國商法之處甚夥。於一八六

六年制定民法而公布之。其中第四卷(第二二七八條至二二六二二條)即載有關於商事之規定。(如商業證券、

險及冒險貸借等。均就商法而稍加變通者。)

嗣由該上下共殖民地之國會以母國法即英法為基礎。制定新法。施行

兩地。商事法律。遂有統一之傾向。而異系法制。漸次減少矣。至一八九〇年(一九〇二年)英本

國之票據法。亦稍予變更而施行坎拿達全境焉。

2. 馬爾太 馬爾太島於一八五七年制定商業條例計三二〇條。多取範乎法國商法。至今猶有

效焉。

3. 東印度 東印度尚依屬人主義。歐人用歐洲法。土人用其固有法。然其後則有廢止舊主義。而

頒布通行法律之傾向。於是一八六六年頒布印度公司法。一八七二年頒布契約法。一八八一

年。頒布流通證券法焉。

第十九款 北美合衆國商事法

美國之法律。與英國同。即民事與商事之法律。其淵源於習慣法與成文法而成。其習慣法傳自英國。而

成文法。則據該國憲法。共有二種。一為州法。(State law)其效力僅限於各州者。一為國法。(Nation

l law)經國會制定。而通行於全國者。美國國會。非其憲法所列舉之事項。無制定法律之權限。苟一旦

以國法頒布之。則各州不得就其事項。復制定法律。然美國憲法。凡商業事項。不規定爲合衆國之立法事項。故各州之商事法律。自爲風氣。然皆淵源於英。故各州之間亦無大差異。惟法國及西班牙二國之法律系統。間稍混雜其中耳。

由是言之。此國關於商事之成文法。各州所專有者多。全國所通行者甚少。其通行於全國中之最重要者。厥維一八六七年三月二日所頒布之破產法。（該法采商人破產主義。故爲商事法律之一。）及一八七二年六月七日所頒布之船員法。是已。其破產法始則雖及其效力於全國。後以異論紛起。遂於一八七八年。廢止其通行於全國一般之效力矣。

第二十款 日本商法

日本當維新以前。無商事法規。足以稱者。及維新後。始制定商法法典。其舊商法法典編纂。純取法西歐。即模倣拿破侖之商法。蓋當時日本政府。及一般之人民。皆知編纂商法法典爲必不可緩之事。政府因欲收回領事裁判權。非法典完備。不能達其目的。人民以交通日盛。經營業者日多。與外國通商。若無商法法典。殊爲不便。且新事實。新現相。新關係。日出不已。非編纂商法法典。不足以促社會進化。但純粹模倣歐西法制。有不合於日本當時之情形。然當時人民。異常踴躍。因知商法與商業。大有關係。雖其規

定與社會有不相適應之處。亦不克顧及。寧犧牲其一時之利益。以求達編纂之目的。故朝野上下。出以果心。持以毅力。而期其必成。於是於明治十四年（西歷一八八一年）由該國司法大臣山田顯義及司法省。所延聘之德人羅及司雷爾（H. Rosler）氏。爲商法法典起草員。從事擬訂。但羅氏爲德國有名之行政法專家。商法非其所長。日本政府伊時不知法學專門。有精於此而不精於彼之別。以行政專家起草商法。用違其長。當羅氏起草時。朝野上下。以爲法典所包者廣。其最重要者。爲公司法及破產法。於是特設公司法及破產法委員會。以討論之。僉以本國人爲其委員。二年後（明治十六年後當西歷一八八三年後）羅氏商法脫稿。參以委員會之調查。於明治二十三年（西歷一八九〇年）公布之。預定翌年一月一日施行。時值法人濮索那特（G. Boissonade）氏所編纂之民法草案告成。日本學者。多爲法國法派。及英美法派。故對於德國法派。多所抨擊。此時爲法典爭論最劇烈之時代。羅氏草案。遂不能行。即後人所謂舊商法草案是也。但學者雖多方攻擊。而政府必欲毅然實行。始能收回領事裁判權。即小有不便。亦不能顧及。其時議院已成立。非通過議會。不能實施。而議員又多爲英美法派。及法國法派。乃主張延緩法典施行之期。其主張延期之理由。凡三。即如左。

第一理由。謂民法與商法。有密切之關係。商法爲德人所編。民法爲法人所制。學派不同。必相衝突。且

普法戰爭後兩國人士感情甚惡。今政府聘茲二國人分任起草。門戶水火。殊爲失策。此二種法典。必不可同時施行。故非延期不可。此一說也。其在當時極爲動聽。

第二理由。謂編纂法典。須集思廣益。博采周詢。徧徵世界之立法例。以資抉擇。今以重要大法。委諸法德兩國之人起草。勢必專採其本國法制。致爲該兩國法制所束縛。遺珠之譏。在所難免。且亦爲日本之奇恥大辱。故非延期不可。此又一說也。亦曾鼓動一時。

第三理由。謂民法之家族制度。爲日本人所固有。法人起草民法。已破壞此制度。故對於商法。亦以同一之理由。非難之。謂日本商人有固有之商習慣。今德人起草商法。亦必將此種種習慣破壞無餘。故非延期不可。此又一說也。持之有故。故在當時亦占勢力。

以上三理由。皆反對者所極力主張。而持以爲抨擊之工具者。其他英美派學者。亦不願實行此法典。其反對意思早已蘊蓄於胸。惟未宣諸議論耳。以至實行派與延期派。互相攻擊。延期派勢力較大。占優勝之地位。商法草案不能通過。遂緩期施行。然自議會決定延期後。政府因不能達實行之目的。引以爲恨。如是當時又發生一種議論。謂商法全部雖不能實行。然不妨將破產法、公司法、票據法。作爲單行法。稍加潤色。立刻施行。此外之部分。付諸法典調查會。再細加討論。以爲法典之預備。政府採用此方針。故於

明治二十六年。(西歷一八九三年)乃施行第一編公司法。(第六章)第二編票據法。(第十章)商業登記。(第二章)商業帳簿。(第四章)及第三編之破產法而已。學者稱之爲日本舊商法。考所以先行此三編之理由。蓋因當時公司日多。不可無管理之法。票據苟無統一之法。則全國金融之現象。隨之紊亂。破產與商事。亦大有關係。故先將此三編施行。此政府不得已而思其次之苦衷也。法典調查委員會成立。伊藤博文適掌綸扉。謂編纂法典。學派爭論。最爲可恨。用此則彼必攻擊。用彼則此必攻擊。於是將英美學派、德國學派、法國學派、學者。皆網羅於調查會中。擇其學問最優者。二三人爲起草員。而學識之卑陋者。因優勝劣敗之結果。自是不能復贊一詞。將來提出議會。必無非難之論。致礙國家政策之進行。此伊藤之方針也。自調查會成立後。(明治二十八年)開始調查商事。越四年告厥成功。是爲新商法。時明治三十二年也。(西歷一八九九年)

一 卽於是年三月一日公布。六月十六日施行。當時起草員爲梅謙次郎、田部芳、岡野敬次郎三人。補助者爲志田鈿太郎、加藤正治二人。其編次雖從德國商法。然一以本國之商事習慣爲基礎。共分五編。都六八九條。第一編總則。第二編會社。第三編商行爲。第四編手形。第五編海商。是爲新商法。亦卽日本之現行商法也。

此新商法規定之形式。及其實質。與舊商法差異殊多。茲列舉其重要者如左。

(一)新商法對於民法爲特別法。故民法所未備者。乃規定於商法之中。以免重複。而舊民法係法人所編。舊商法係德人所纂。故多重複矛盾之處。新商對於民法。則其精神上、形式上、均屬一貫也。

(二)新商法止規定一般商事私法。其屬於公法者。則讓諸特別法。如鐵道保險業是。舊商則網羅商事之一切法規。而設規定。不合乎商法之本質。蓋商法係一種私法故也。

(三)新商法止規定實體法。一切商事程序。概不列入。而舊商法則反是。內中有關於商事程序之規定。極不合乎商法之體裁。蓋商法純係一種實體法。而非程序法故也。

(四)新商法不列破產法規。而以之爲單行法。此亦模倣德國商法所應有之結果。夫破產既在商法之外。故無論商人與非商人均得適用之也。舊商法則否。以破產法規列爲商法之一編。而其適用。則不以商人爲限。是誠不可解之一端也。

(五)新商法之編別。分五編。舊商法止分通則、海商、破產、三編。而公司及商行爲票據等規定。均以之納入於通則之中。但舊商法雖倣法國商法。而無商事法院制度。新商法雖倣德國商法。而不置票據法規於商法法典以外。此新舊商法不同之處。亦即法德商法不同之處也。

日本商法發布以來。迄今三十餘年。發見不完全之事甚多。故該國司法省又於明治四四年(西歷一九一二年)

設法律調查委員會着手起草。以改正之。業已完竣。其起草員係法學博士岡野敬次郎、富谷太郎、司法省參事齋藤十一郎云。

第二十一款 我國商事法

商業之起源最古者莫我中國。若古者田制較詳。商事從略。周禮地官特詳市政。然有關於商之公法。而無關於商之私法。李唐以後。律文稍備。亦大都名刑爲重。錢債爲輕。且多事後之究懲。不立當然之準。則政令所在。俗尙因之。重農輕商。古今一轍。上而國家大計。下而民衆生涯。既莫不尙尊貴。專味於羣治。且閉關之世。交通阻塞。經濟微薄。事業狹迫。方之歐洲羅馬。商業制度大略相同。雖史遷傳貨殖。然亦僅紀箇人之治生致富。未聞有片言及於商之法制。漢宋計臣迭進鹽鐵均輸。平準市易。均爲當時大利所在。有官家之壟斷。無商業之經營。嗣是而降。邊關海舶。漸興互市之利。非無巨賈爭逐。什一大抵人自爲計。靡有法制足資遵仰。其內地般富釀資營商者。所在而有。然一切齟合起滅。從事苟簡。權義關繫。重信誓而薄書契。足爲助長豪猾奸欺之具。間有立案註冊。亦屬任意。而非必強行。其規模較大者。則有報部領帖之例。而朋充有禁。要不過以此爲稅源。非必注意於保護監督之治軍。向無紀律。可馭參伍。而不足以統師旅。綜稽二千餘年之商業歷史。亦足以徵其大凡矣。

泊。夫。近。代。海。禁。大。開。通。商。貿。易。日。趨。發。達。經。濟。競。爭。於。焉。劇。烈。而。各。種。新。事。業。新。制。度。多。隨。外。國。商。貨。以。輸。入。覺。編。纂。統。一。的。法。典。爲。經。國。之。要。政。而。不。容。或。緩。者。矣。先。是。前。清。政。府。鑒。商。戰。之。日。疲。悟。監。督。之。必。要。於。光。緒。二。十。九。年。三。月。二。十。五。日。之。上。諭。命。袁。世。凱（時任直隸總督）載。振（時任商部尚書）伍。廷。芳（時任商部侍郎）等。擬。訂。商。法。彼。等。奉。命。公。同。籌。議。當。以。纂。脩。商。法。門。類。繁。雜。實。非。剋。期。所。能。告。成。而。籌。辦。公。司。又。爲。目。前。振。興。商。務。之。要。圖。刻。不。容。緩。乃。提。前。迅。擬。商。法。中。之。公。司。一。門。並。於。卷。首。冠。以。商。人。通。例。即。於。同。年。十。一。月。初。五。日。以。上。諭。頒。行。之。此。即。今。日。所。謂。大。清。商。法。者。是。也。而。我。國。之。有。商。法。制。度。亦。以。此。爲。嚆。矢。焉。綜。計。全。文。公。司。法。都。一。三。一。條。罰。則。屬。焉。商。人。通。例。共。九。條。稍。足。以。示。維。護。而。使。有。遵。循。且。一。般。社。會。亦。得。藉。以。啓。導。由。事。實。而。漸。晉。於。法。律。椎。輪。輦。路。厥。功。至。鉅。顧。草。創。伊。始。難。語。完。備。且。有。保。護。而。無。監。督。亦。易。偏。失。不。足。以。曲。盡。情。僞。而。持。天。下。之。平。故。頒。行。數。年。社。會。進。步。既。甚。迅。疾。按。之。實。際。已。多。不。便。之。感。叙。遭。簡。陋。之。譏。於是。更。命。沈。家。本。俞。寶。三。劉。若。曾。伍。廷。芳。寶。熙。等。爲。修。訂。法。律。大。臣。籌。設。脩。訂。法。律。館。使。從。事。於。各。種。法。典。之。之。脩。訂。關。於。商。法。於。光。緒。三。十。四。年。十。月。初。旬。延。聘。日。本。法。學。博。士。志。田。鉦。太。郎。着。手。起。草。歷。三。年。餘。至。民。國。元。年。六。月。始。行。脫。稿。邇。後。刊。行。之。大。清。商。法。草。案。即。其。一。部。而。其。殘。部。如。公。司。法。票。據。法。海。船。法。等。亦。早。由。前。北。政。府。法。制。局。譯。竣。惟。未。經。該。局。審。定。刊。行。焉。（按民國八年十月，余紹宋李祖虞、余榮昌、三君合輯之實用司法法令輯要）

第二卷內、) 此之謂志田案。茲將該案全部五編、揭示其綱目如次：(一)第一編總則。其分法例、商業、商業登記、商號、營業所、商業帳簿、商業所用人、商業學徒、代辦商之九章、都一零三條。(二)第二編商行爲。共分總則、買賣、牙行營業、運送承攬營業、運送營業、倉庫營業、損害保險營業、生命保險營業之八章、與總則相銜接。自第一零四條至第三三九條。共二三六條。(三)公司法。共分第一編總則(包含法兩例通則章) 第二編合名公司(包含設立、內部之關係、外部之關係、股東之入股及退股、及解散、五章) 第三編合資公司、第四編股分公司(包含設立、股分事、監查員、會計、公司債、定章之變更、及解散、九章) 第五編股分合資公司、第六編罰則都三一一條(四)票據法。共分第一編總則(包含法例) 第二編匯票(包含通票之發行及款式、票背簽名、承諾、代人承諾、保證、滿期日、付款、拒絕及求償權、代人付款、副票、草票、匯票之偽造變造及遺失時效等十二章) 第三編期票。共九四條。(五)海船法。共分第一編總則(包含法例) 第二編海船關係人(包含所有者、海員、二章) 第三編海船契約(包含運送物品契約、運送旅、客契約、保險契約、三章) 第四編海損(包含共同海損、海船之衝突、二章) 第五編海難之救助。第六編海船債權之担保(包含法定質權、二章) 共二六三條。綜上所舉觀之。可知志田氏起草之初衷。與脫稿時之方針。兩相異致。即其始原欲網羅商事法律。編成商法法典。觀其卷首冠以總則一編。可以知之。其後一變而爲單行法主義。觀其公司法、票據法、海船法等草案。均冠有法例。並均自第一條起算。足以徵焉。然此案並未頒布。成爲私人之草案而已。及民國三年。鳳凰熊氏秉政。當時號稱第一流內閣。以施行

大政之方針。立待適用之法律。即由國務總理熊希齡、農商總長張謇、呈請前北政府當軸。欲先行擬訂。作爲現行條例。提前頒布。當被照准。議以前清農工商部。採取各省商會所編成之商法調查案。復加修訂。定爲商法草案。較之前清通行之商法。增多至二百餘條。頗爲完備。乃以其公司法一部改稱公司條例。作爲現行條例之一。凡二百五十一條。於民國三年一月十三日。以教令頒布之。復以其總則一部。改稱爲商人通例。亦作爲現行條例之一。凡七三條。於同年三月二日。以教令頒布之。同年七月二十日。更頒布兩條例之施行細則。並均於同年九月一日同時施行。（參照商通施行細則十四條。公司施行細則十八條）在我新公司法未施行以前。尙賡續有其效力焉。

自是厥後。國事紛更。無暇及此。迄國民政府建都南京。立法院成立。鑒於民商統一制度爲商事立法之新趨勢。於是以商事法規。無獨立性質者。編入於民法之中。（如互交計算、行紀、出版、經理人、代辦商、倉庫及其他運送營業等）其於具有獨立性質者。則編成單行法。（如公司法、保險法、海商法等）以實現民商統一主義之精神。但關於商人及商業上固有之私法制度。而爲民法中所缺漏未備者。一時尙無其他單行法之頒行。則以新舊法迭更之法理論。其原有商人通例。關於是等之法規。既與新法不相抵觸。又無明文加以廢止。似尙應賡續其效力焉。此關於我國商事法制沿革之概略也。

由上所述沿革略觀之。是我國之商事法制。其始居於不完全之單行法地位。而未躋於歐陸諸邦及日本所謂商法法典之時代。其繼則又從輓近私法制度之新趨勢。而採用民商統一主義。故論我國商事法制之沿革。其遞嬗變遷之跡。殆與法德及日本諸先進國不同。其步調者也。余嘗爲之論斷曰。中國之商事法制。蓋由商事混沌時代（商事習慣時代）進而爲單行法時代（商法創時代）更進而爲民商統一時代（私法大成時代）云。

第三章 商法之系統

試考前章所述商法之沿革。而分別其系統。方今歐洲大陸文明各國法律。大別爲二。法國法系及德國法系是也。前者乃拉丁民族法律觀念之反射。恆着眼於箇人本位主義。後者乃日爾曼民族法律思想之反影。輒側重於團體本位主義。二者又皆受羅馬法之影響。惟各具固有的法律之覺性。故法制之實質亦因而異矣。先是歐洲大陸諸國欽慕法蘭西商法。一意倣效。及德意志舊商法出。望風而靡者。無慮數十國。亦有就此兩法系。收瑜棄瑕。折衷採用者。於是乎歐陸諸國之商法。於法德系統以外。更生所謂法德折衷法系矣。至於英美。則其商法之發達。與歐陸諸國分道分鑪。獨樹一幟。前已言之矣。故分商法之系統爲法德折衷及英美四派別。並列舉其所屬諸國焉。

第一 法蘭西法系

屬於此法系者。爲意大利、比利時、西班牙、及葡萄牙、諸國舊商法。現時尙屬之者。於歐洲大陸。僅和蘭、土爾其及其他二三國。於美洲尙有中央美洲諸國中、與南美諸國中之繼受西班牙舊商法者焉。

第二 德意志法系

屬於此法系者。爲奧大利、匈牙利、瑞典、挪威、瑞西、諸國。及日本之現行商法。至我國之商人通例、乃採用商人本位制。故自其立法之主義觀之。亦可謂屬於此法系者也。

第三 法德折衷法系

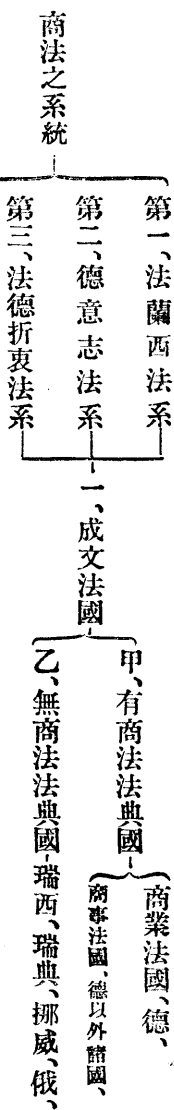
屬於此法系者。爲意大利、西班牙、葡萄牙、比利時、各國之新商法。及日本之舊商法。又羅馬尼亞之新商法。乃踏襲意大利新商法者。南美智利之新商法。乃倣效葡萄牙之新商法。故亦屬之。其他亞爾然丁及巴西之商法。亦均取範乎法西葡和諸國商法者。因亦屬於此法系焉。

第四 英美法系

屬於此法系者。爲英吉利、及北美合衆國。又英領各屬地、及暹羅前此之商法亦同。此乃英美固有之法系。而以不文之習慣爲基礎者。以其非便利之法系。故其勢力、不易傳播他國。輒近各該國。亦漸有

傾向於成文法之趨勢。輒制定多數之單行法。以資適用。而彌補其缺憾焉。

綜右所述四種法系。自其法律之實質。以區別所屬諸國。又不外為成文法國、與不文法國兩大類而已。即凡屬於法、德、及折衷三法系者。皆為成文法國。而屬於英美法系者。率為不文法國。成文法國。又分為二種。(一)有商法法典者。此更自立法主義觀之。又有商業法國與商事法國之分。(二)無商法法典者。至不文法國。則以用習慣法為主。間亦制定單行法焉。茲列一表如左。



第四、英、美、法系 —— 二、不文法國 —— 習慣法國 —— 英、美、及其他、

〔附註〕(一)參照前章及本章所述。則諸國屬於表內之何者自明。故未備舉。(二)我國雖無商法法典。然自商人通例之立法精神觀之。則屬於商業法國也。此點於次章明之。

第四章 商法之制度

商事私法之立法制度有二。即民商分立制度、與民商統一制度。是已。概觀世界各國之立法。不標榜於

此。即。依。附。於。彼。兩。相。對。峙。互。廣。其。傳。亦。由。儒。家。之。分。漢。宋。佛。宗。之。有。禪。淨。也。譚。民。商。分。立。制。度。者。必。首。舉。拿。翁。之。立。法。事。業。爲。前。驅。而。以。東。鄰。日。本。爲。繼。裔。論。民。商。統。一。制。度。者。又。主。瑞。西。開。其。端。而。我。國。現。制。續。其。承。者。也。於。彼。於。此。門。戶。顯。然。溯。自。十。九。世。紀。以。來。民。商。分。立。制。度。光。耀。彪。炳。振。鐸。古。今。精。神。普。被。乎。當。時。勢。力。充。塞。乎。後。世。迴。憶。當。日。歐。陸。無。論。龐。然。大。國。蕞。爾。小。邦。一。旦。受。其。傳。播。殆。莫。不。依。之。以。爲。立。法。之。典。型。果。拿。翁。有。知。雖。在。九。原。亦。當。躊。躇。滿。志。者。也。雖。然。立。法。事。業。固。當。垂。諸。久。遠。要。亦。非。亘。古。而。無。變。矧。乎。商。事。私。法。之。制。度。尤。以。供。社。會。之。需。要。應。世。運。之。遷。流。爲。前。提。哉。彼。民。商。分。立。制。度。疇。曩。雖。暢。行。一。時。而。無。阻。即。時。至。今。日。亦。尙。未。全。然。消。失。其。勢。力。然。強。弩。之。末。音。響。之。餘。已。無。濟。於。輓。近。之。新。局。面。新。運。會。矣。故。自。邇。來。學。者。盛。倡。商。法。法。典。廢。止。之。說。以。來。而。民。商。分。立。制。度。之。勢。力。爲。之。寢。衰。彼。民。商。統。一。制。度。者。於。是。乎。乘。運。而。興。且。由。理。論。見。諸。事。實。成。爲。今。日。最。時。髦。之。立。法。制。度。矣。緊。夫。此。兩。制。度。之。本。根。既。異。故。其。編。制。之。體。例。立。法。之。基。礎。與。乎。法。規。之。配。置。亦。因。之。而。不。能。無。異。矣。試。仲。論。之。如。左。

第一節 民商分立制度論

民。商。分。立。制。度。即。采。用。民。商。對。待。之。原。理。（即普通法與特別法之關係）於。民。法。之。外。更。制。定。有。關。商。事。之。法。律。焉。變。詞。言。之。即。網。羅。一。切。商。事。之。私。法。法。規。而。編。成。爲。整。簡。的。商。法。以。與。民。法。相。對。待。學。者。以。法。典。主。義。稱。焉。其。

採用此主義之國度爲誰。則參照第二章商法之沿革。其第三節近世之商法內所敘述者自明。故茲惟就學理上討論斯制度之內容焉。

第一 商法法典編制之體例

(甲)立法之基礎 商法適用於限於商事。各國立法。靡不攸同。第商事之範圍。有以商人爲中心點而劃定之者。有以商行爲爲中心點而劃定之者。亦有併用兩者爲中心點而劃定之者。於是乎商法法典編纂之基礎。亦由是而分矣。茲分別說明之如左。

(A)商人本位制(主觀主義) 此種主義。乃以商人(客易之主體)爲基礎之立法制度也。即具特殊之分者。始爲商人。故以商人本位制稱焉。據此主義。商法者。商人之法也。商人以外。不可適用。故雖於同一之行爲。商人爲之。則可適用商法。非商人爲之。則須適用民法。或其他法令。故亦以主觀主義稱焉。

按此主義。於中古時代。曾盛行一時。維時歐洲大陸諸國。人民間階級之制度。壁壘儼然。商人自成特別之團體。此種商法。爲發生於商人相互間。而特適用於商人。且爲商人所蒐集編纂而成者。故名曰商人法。實屬至當。例如法蘭西商法。因專爲商人而特設商事法院。因關於商

人之停止支付。而特設破產法之規定。是之謂純然的主觀主義。中古時代。一切商法。幾盡爲此主義之勢力所籠罩。中古而後。其封建制度。隨交通發達而具衰。箇人自由。因商業普及而益振。職業自由。爲世公認。於是士農工商之階級皆廢。從來所謂商人者。乃階級上之名稱。至是而不得貫以極端之主觀主義。即凡營商者。不問爲誰。皆稱商人。並得適用商法。以此世人關於商法之觀念。遂生一大革新。蓋古來以商法爲商人法。以商事爲商人之行爲。至此而頓變其舊思想。以商法爲商業法。以商事爲關於商業之行爲矣。是之謂革新的主觀主義。亦以商業本位制稱焉。考諸德意志帝國新商法。其第一條規定曰。『本法所稱商人。謂營業之人。所稱商業。謂以左列行爲爲目的之業務』云云。其第三七三條規定曰。『凡商人在其營業上所爲之行爲。爲商行爲』云云。是即先記列一定之行爲。斯爲商業。營商業者。斯爲商人。商人在營業上之行爲。斯爲商行爲。由是觀之。是先有商業。然後有商人。有商人。然後有商行爲。別無所謂絕對的商行爲。故德國商法。自學理上觀察之。在形式上。以商法爲適用於商人之法。(商人法)同時在實質上。欲定商人之所由發生。而昭示目的行爲之商業。即以商法爲適用於商業之法。(商業法)蓋即採用此革新的主觀主義也。

(B) 商行爲本位制 (客觀主義) 此種主義。乃以商行爲 (交易之客體) 爲基礎之立法制度也。而行爲之認爲商行爲。乃由行爲自身之性質而判斷之。其爲之者。是否商人。其行之者。是否營業。均非所問。故亦以客觀主義稱焉。

按此主義。所謂商行爲。僅有絕對的商行爲。然多數之商行爲。謂爲非商人者。皆得簡別爲之。則亦殊未足以發揮其性質。蓋其中有必以商人之營業。始得爲之者。故不問其行爲主體之爲何人。且不問行爲前提。是否營業。祇依其本質而定商行爲。實有反於商之觀念也。故自來立法例。無採用之者焉。

(C) 兩本位制 (折衷主義) 此種主義。乃併用前述二種主義。以商人與商行爲兩者爲中心點而劃定商事之範圍也。即一方面依客觀主義。認絕對的商行爲。復於他方面。依主觀主義。認相對的商行爲。故亦以折衷主義稱焉。

按此主義。德舊商及法法系諸國多采之。日本商法亦同。徵諸日本商法所取者。本爲客觀主義。其第四條規定曰。『本法所稱商人。謂用自己之名。以商行爲爲業者。』云云。其第三條規定曰。『當事者之一方所爲之商行爲。以本法之規定。適用於雙方。』云云。推其意旨。蓋謂雙

方均係商人。適用商法。即一方商人。而他方非商人。若其行爲爲商行爲。亦適用商法。是爲根本的主義。然自其第二五六條規定「凡商人爲營業而爲之行爲。皆謂之商行爲。」之點觀之。則實參雜主觀主義之觀念也。他若商業註冊、商業帳簿、商號、商業代理人、商業使用人、交互計算等規定。尤以商人爲前提。是則日商之採用兩本位制。固屬毫無疑問者也。

綜右所述三種制度比較而論之。最善者爲商人本位制。何則。蓋所謂商事。決不能脫離商之觀念。而商之觀念。根諸營業。質言之。商即商業。此乃萬古不易之真理。商人本位制。即採用此真理。故揆諸實際。若合符節也。若夫商行爲本位制。及兩本位制。均認有絕對商行爲。斯行爲之認爲商行爲也。乃本於行爲自身之性質。其爲之者。是否商人。其行之也。是否營業。俱非所問。雖偶爾所爲之行爲。亦得謂爲商行爲。商與營業。若無關係。匪特戾於真理。抑且反乎實際。故適用之時。流弊滋生。宜乎德意志帝國商法。捨商行爲本位制。而用商人本位制也。我國民商法律制度。雖始終未躋於法典時代。然前此所頒行之商人通例第一條曰。本條例所稱商人。謂爲商業之主體之人。凡左列各種營業。謂之商業云云。（志川案商總二條三條商法總則調查案一條參照）是先定商人與商業。亦採用商人本位制者也。

(乙)法規之配置 商法法典編纂之形式。（即法規之配置）由其立法上所採用之根本主義。（即立法之基礎）及

其所包含之內容。(即法典實質的資料)而有異。考諸前述第二章第三節之沿革。可以知之。故茲惟就各國商法法典大體上。而舉其編次如下。(1)二編制。匈商葡舊商屬之。(2)三編制。和比巴埃等商及日舊商屬之。(3)四編制。法、普、樸、羅、意、德、商法。西、葡、新商、亞、新舊商屬之。(4)五編制。德與西舊商、秘、噠、瑞、挪、俄、商法及日現商屬之。志田氏前此爲我國起草商法。其最初欲采法典主義。所定編次凡五。稽其內容最與日本相類似焉。

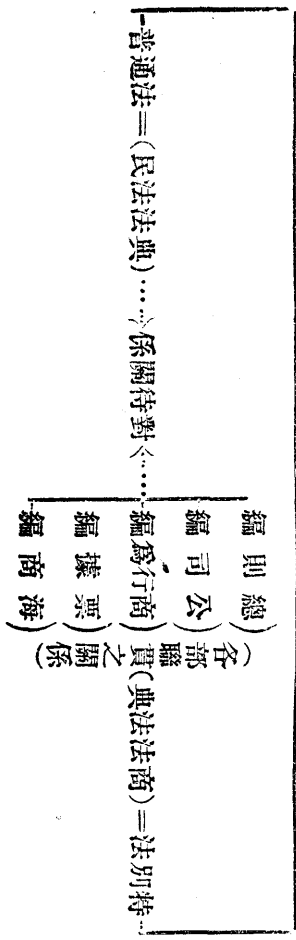
第二 商法與民法之對待關係

商法者對於民法成爲特別法者也。此於第一章已略言之。即民法爲根本法規。而商法乃其對待法規也。在前此民商統一制度。尙未顯著的見重於世之際。學者之間。亦僅研究此民商兩大法典。有其對待關係而已。而其所以對待之實益及形式。尙多忽略無更深之鑿研者。一旦民商統一制度。日益發揚其光輝。而後於是民商兩法典相互間之對待關係。以視商事單行法與民法簡別間之對待關係。其實益及形式。有不能不區別之差異在焉。商事單行法與民法簡別間之對待關係。當於次節探究之。故茲所論述者。乃民商兩法典相互間之對待關係也。

夫商事法律。而以法典之形式編纂時。其與民法法典發生對待的關係。自不待言。然有注意之點存

焉。即其對待關係之實益存於形式的法典之全體而非以其實質的法規之或部分彼此相對待也。故一言普通法與特別法必舉其法典之全體言之而非舉其簡簡的法規言之也。雖在實際上揀出商法法典中之或法規而謂曰此乃民法之特別法規也。然此要係自研究之便宜上如此云云。在於法理上尚不得謂為正確之論也。又更自商法法典自身言之法典之全體徹頭徹尾各部分有聯絡一貫之關係亦初非各自獨立而不相連貫也。故制法典者必有總則居法典之首位。總則云者貫分則。(即法規各部)之全部且於無反對之規定者適用之。是即表明此聯貫的關係也。試圖解如左。

私法



(附註) 此圖解以日商編次為標準

第二節 民商統一制度論

民商統一制度。不設民商之區別。就商事固有之私法法規。無獨立性者。使之附入民法法典之中。成爲民法內容之一部。其有獨立性者。更制定單行之法律焉。學者以單行法主義稱焉。實爲輓近私法制度之新興事業。從來商法法典存廢之問題。學者爭論甚劇。斯制度即商法法典廢止論。戰勝之勝利也。故欲明斯制度之綱要。應先明商法法典存廢之學說。蓋商法存廢之爭。爲其因而民商統一即其果也。次之始論此制度對於法規之配置。及單行法與民法之對待的關係焉。

第一 商法法典存廢之問題

商法爲國內私法之一部。對於普通之民法法典。成爲特別法。此爲一般學者所公認。毫無疑貳者也。夫對於民法。別有商法之一大法典。其理由。亟須說明。據吾輩見解。則謂商法法典之存在。僅本諸沿革之理由。非出於現今文明社會之所必要者。試申論之。

其一 抽象的方面觀察

(一) 自商法適用範圍論。夫決定商法適用之範圍。必分別爲商業或商行爲。與其他之營業。或普通之法律行爲。然試將此兩者比較觀察。何故前者獨能適用商法。而後者則否。

(例如漁業礦業)

類) 其理頗不可解。可見非有確然不易之根據而立此區別也。

(二) 自法制之沿革上論。往古最進步之羅馬法。並無自民法分離之商法法典。今日商業最發達之英美。亦無可與民法明確區別之商法。折衷德法兩法系之瑞西債務法。亦綜合民商二事而成者。由此可見近日法例。已有不認商法獨立存在之傾向矣。

其二 具體的方面觀察

(一) 總則編不必存在之理由。法律主腦。斯為總則。而總則一貫的原則。乃法典組織之最大要件。有總則則綱舉目張。易於貫串。無總則則體裁散漫。無所歸宿。民法總則之一貫原則。為數甚夥。而商法則寥寥無幾。故缺乏法典組織之最大要件。夫實之不存。名將焉副。商法總則。殆類夫此。

(二) 商行為編不必存在之理由。商行為居於商法獨立編次之地位。且又列舉各種商行為。則對於各該行為。應有詳細之規定。然在各國。罕見其例。大都制定特別法以支配之。(例如關於鐵道運輸之法律、出版印刷之法律、以及關於交易所之法律、保險倉庫之法律)並無窒礙。可見商法中之商行為編。並非必要。不但此也。商行為編中之交互計算買賣及隱名合夥等規定。若專屬商人。則非商人不能適用。於實際不

便。若商人適用。非商人亦能適用。則不當規定於商行爲中。準是以譚。不如刪除商行爲一編。而使其附入民法之中。或成爲完全之單行法。庶較妥協。然自是商法法典又少一重要之編次。而商法獨立存在之理由。益形薄弱矣。

(三) 公司編不必存在之理由 商法中之公司法規。準用於營利的社團法人。故不如編制民法中。或制定爲民法附屬之單行法。較爲妥當。觀此益足證商法並非具有確然不可移易之價值矣。

(四) 票據編不必存在之理由 票據法雖在有商法法典之國。使之成爲單行法。亦復不少。如德意志、奧大利、及匈牙利等國是也。夫網羅票據法於商法法典中。究其利益。不過圖節省三四條文已耳。並無何等特殊理由。是則亦未始不可自商法分離。而成爲單行法。彼商法者。更無存在之必要矣。

(五) 海商編不必存在之理由 海商法規之大部分。凡與商行爲絕無關係之船舶。咸得準用。與公司法同。故亦以獨立制成單行法爲適當。若是而商法之材料無餘。其組織亦復解體。自然歸諸消滅矣。

綜上所述、商法法典之存在。僅本諸歐洲大陸諸國（法德奧匈
西北意葡）沿革上之理由而已。然現在德法英日學者。謂商法法典之存在。非必純粹本諸沿革上之理由。尙有其他種種理由。足爲存在之根據者。茲更列舉。加以評駁。以便學者之採擇。而供立法之借鏡焉。

第一學說。謂『民法及一國固有之法。商法爲世界大同之法。範圍廣狹。既有不同。則其組織。不能無異。萬難相提並論。等量齊觀。故民法法典之外。當然應有商法法典也。』斯說固未可厚非。特世界共同之事務甚多。非商法所能概括。既未能一一網羅。編成各種法典。而乃獨於商法津津注意。誠不免罣一漏萬之弊矣。故此說以之辨別民商法則可以之爲商法法典存在之理由。則余所不敢附和。

第二學說。謂『商法之規定。爲日進的。民法之規定。爲守成的。彼羅馬法之民事規則。現今各國民法中。猶有存者。商法爲新產之法。日進不已。與民法之爲守成者不同。故二者不能不兩相對峙。』此說亦未嘗無理。然世界漸趨於文明。日進不已之事業甚多。亦非商法所能概括。既無各種新法典。又何獨厚愛於商法。而使之必存。故此說理論殊欠圓滿。與上說略同。余亦不能贊成。

第三學說。謂『商人重信用。貴迅速。商法既以此爲基礎而制定。以期契合商事敏捷之精神。故與他

種法律性質殊異。不能不獨立存在。」此說亦自有一偏之理。但其他法律。何嘗不重信用。何嘗不貴迅速。故執此以爲商法法典存在之理由。未見其當。余亦不能滿意。

第四學說。謂「商法組織之法條。與民法組織之法條。比較觀察。差異之點甚多。(一)民法以契約自由主義爲原則。祇須當事人雙方合意。初不問其方式如何。商法最重方式。方式不合。斯契約無效。以票據而論。倘有一字之訛。立即歸於無效。(二)民法中注意之程度較低。稍不注意。亦無關緊要。商法則須異常注意。注意少差。即生重大之責任。謂之重責過失。(三)民法中之法律關係。苟無特別之表意。以無償爲原則。商法則以有償爲原則。(四)民法公示之事項少。故不置重公示主義。商法公示之事項多。故特重公示主義。此外尙有爲民法所無。而商法所獨有者。如商業帳簿、商業註冊、及商號等。勢不能規定於民法中。有此種種理由。故商法非與民法對立。而自成一特別之法典不可。」此說亦不能盡信。蓋法規同異。雖在一部法典之中。亦恆有之。如民法債之法規。率含有任意性質。而物權法規。則強半屬於強行性質。烏能以法規之異性。而認爲商法存在之理由耶。余仍不能無簡然。

依上評賢。四種學說。皆不能闡明商法法典存在之理由。則商法法典不必存在也明矣。夫商法法典

既可不必存在。然則其組織法規。可盡廢乎。是又不然。蓋吾輩主張商法之廢止云者。非謂將從來組織商法之一切法規。概行抹殺也。亦非謂將其法規悉數納諸民法法典中也。如果一概抹殺。或悉數納諸民法之中。則商人無所遵守。一切交易。動多窒礙。不便孰甚。故解散商法後。關於各種制度。尚須各自採取適當之配置方法。俾有歸宿。據吾人理解。其配置之方法。計有三種。(一)商法總則中之法例。為各種法律共通之規則。可以廢棄。其他總則中之原則。可納入民法中。(二)法規有獨立之性質者。則可訂為特別的單行法。如公司可定為公司法。或營利社團法。票據可定為票據法。或有價證券者。商行為中之保險。可定為保險法。海商可定為海船法。(三)法規無獨立之性質者。若與他法相類者。可配置於他法之中。如商行為之大部分。納入於民法之中。商業及商號之註冊。可納入於註冊法(行政法規)中。如此配置。庶較妥善也。且若是則商法法典一部分。為民法或其他法律所吸收。而他之一部分。獨立成為單行法矣。然此有宜注意者。即商法之形式雖歸解體。而其實質。無論時勢如何推移。必仍然存在。而與民法並立於受研究之地位。殆可逆料者也。雖在無法典之英美諸國。尚於普通私法外。就公司票據海商諸法。極力研究。益足證余說之不誣矣。準是以譚學理上之商法。自當永久存在。形式雖歸解體。實質斷不至與之俱亡也。

(以上說明參照民國十四年八月二日舊都法律評論第一〇九期拙著「商律法典存廢之將來觀」)

第二 民商統一制度之完成

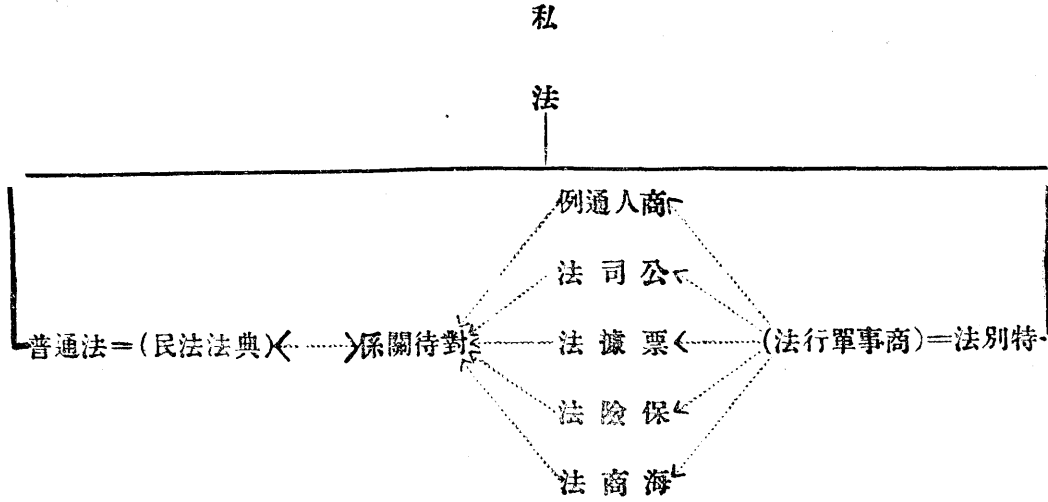
自商法法典廢止說凱旋以來。民商統一制度。隨之崛起。爲世推重。其勢則然也。雖目前立法例中。採用之者。尙不多觀。然吾人決料斯制將來必能擴展其勢力。敢斷言也。我國現行私法制度。效法瑞西。打破民商區別。殆亦善迎合潮流者也。其對於商事法規之配置。亦采上開之理解。以爲立法之標準。即（一）法規之有獨立性者。訂爲單行法頒行之。如邇來中央所頒行之公司法、票據法、保險法、及海商法。皆疇曩商法法典中之重要部分。而均具有獨立的性質者。今既採用民商統一制度。故應以單行法發布之焉。（二）法規之無獨立性者。納入民法法典之內。如經理人及代辦商、交互計算、行紀、倉庫、運送營業、承攬運送、亦屬於商法法典中總則及商行爲規定之重要部分。然以無獨立的性質之故。其勢不得不納入民法之中。致爲我現行民法債編所收容也。惟我國之商人通例。在形式上未經立法機關之協贊。而以教令頒行之。自屬命令性。然其實質則與各國之商法總則無異。故在學理上仍不失爲商事法規之一。茲與現行民法相比較。而以『新舊迭更』及『法律優於命令』之法律言之。則商人通例中之規定。有與民法相當類似或抵觸者。皆在失效之列。例如商人通例第五條至第七條關於商人能力之規定。（但各該條之註冊程序、仍屬有效、茲除外之、）又第三十一條乃至第三十九條關於經理

人之規定。及第六十條乃至第七十三條關於代理商之規定。既與新民法齟齬。自應均歸失效也。其他規定。既無新法之頒行。又與民法無所衝突。且該條例並未經明令廢止。則於法理上。尙應廢續有效。（本書研究之對象。亦即限於該條例未失效諸部分。並參考其他立法例。以資印證。特此註明。）惟該條例既已殘缺不完。將來非另行制定新法。不足以言補救。而謀革新。是則有望於中央及立法諸公云。

第三 商事單行法與民法之對待關係

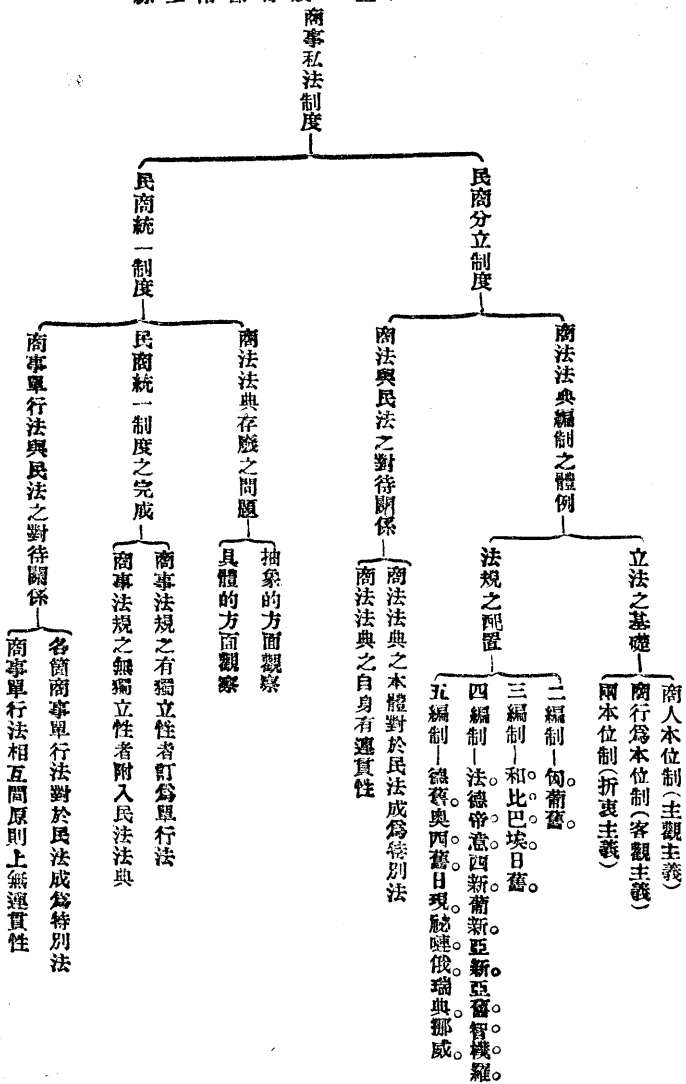
民商統一制度下之商事單行法。均各別對於民法法典。發生對待關係。故公司法者。民法之特別法也。票據法者。亦民法之特別法也。推而至於保險法焉。海商法焉。莫不皆然。公司也。票據也。保險也。海商也。自沿革上及其實質上言之。原屬商事。故稱之爲商事單行法焉。然以其與民法仍有對待的關係。故亦可稱爲特別民事法焉。其稱謂如何。無關重要。但知其爲民法之特別法。斯亦足矣。

抑此諸種之單行法。成箇別獨立的狀態。法之全體。其相互之間。不生連貫統屬之關係。各自屹然獨立存在。雖然此亦僅就通則言之而已。間亦有此單行法內所包含之某種法規。而認爲彼單行法中之法規之特別的或例外的法規均可者。例如海商法中關於海上保險之規定。即認爲保險法中之損害保險法規之特別法固可。即認爲例外法。亦無不可也。（海商法一四）此又其變則也。試圖解如左。（五條參照）



(附註) 此圖解以我國現制為標準

綜上兩節特設一圖以資概括



第五章 商法之法源

商法之法源者。適用於商事之私法淵源也。從來關於法律之淵源。其意義有二。其一指法律所由出之權威。例如所謂上帝或元首之意思者是已。其二指構成法律之規則之材料。例如所謂法律(法典)或判決例者是已。通說皆取第二義。以說明法源之界說。商法之法源。當亦同此義例也。在有商法法典之國家。(例如法德諸國)其所謂法源。自係指其法典之淵源而言。而其法源之最要者。可別爲四。即(1)關於商事之特別法令。(2)商法法典及其附屬法令。(3)商習慣法。(4)民法及其他法令是已。然在無商法法典之國家。(例如如)既於民法以外。別無所謂商法法典。一切有關商事之法律。類皆以單行法行之。從而關於法典主義制度之下。所謂商法之法源之理論。似已鑿柄不適用於用。然自學理上假定各種之有關商事之單行法類。(例如商人通例、公司法、票據法、保險法、海商法、)擬制。成爲學問上商法之全體。(以下凡稱商法、即指此學問上商法而言)於此而探討所謂商事私法之法源。要亦非實質上理解上所必不可能者也。審是則我國私法。雖采民商統一制度。而商事私法之法源。苟於學問上探究之。尙可得其端緒也。茲仍依據上開之標準。述之如左。

第一節 商事特別法令

商事特別法令者。學問上商法（即商人通例、公司法、票據法、保險法）以外。而特有關於商事之其他法令也。質言之。學問上商法。即我現行一般商事單行法（舊稱一般）之全體。而其他之商事特別法令。又與之有對待關係存焉。故商法之狀態。可分兩方面觀察之。其對於民法。常居於特別法之地位。一旦離民法。而對於其他之商事法令。則又占普通法之地位矣。所謂法令。乃法律命令省稱之文。二者完成之詳細步驟。應於法學通論研究之。但其最顯著之區別。在法律須經立法機關之協贊（國會）而後頒行。在命令則無庸經過立法程序。即便頒布施行。此其大較也。商事特別法令。亦同此義例。其種類頗多。殆難枚舉。而其最重要者。如各國之銀行條例、私設鐵道條例、礦業條例。皆屬之是也。

商事特別法令。與一般商事法有如何之關係。據商人通例施行細則第一條規定云。『關於商人一切事項。適用商人通例。但有特別法令者。不在此限。』是即表明商事特別法令。有優先於一般商事法而適用之效力也。

第二節 一般商事法

一般商事法。有實質的意義。有形式的意義。前者謂關於商之私法。而一切商成文法。與商習慣法。均包含在內也。後者則專指關於商事成文的私法之部類。亦即一切商事單行法之全體也。於茲所謂一般

商事法。即指此形式的意義而言。考其分量。蓋與各國之商法法典相當。惟一則為學理上擬制之名稱。一則為立法上實在的名稱耳。

一般商事法之適用次第如何。以其對於民法為特別法。故先適用之。以其對於商習慣法為成文法。故又先適用之。雖其中有定特殊事項。應依商習慣法。民法之規定者。然亦罕矣。（日商三五條參照我商通無相當之條文。以商通頒行時。尚無民法故也。）

一般商事法。為定學問上商法之基礎之成文法。固無論矣。而就施行此各種商事法言之。則尤有賴乎必要之法律及命令。此必要之法律及命令。即以附屬法令稱焉。例如我國之商人通例、公司法、票據法、保險法及海商法。在學問上均屬於一般商事法之種類。而其各法固有之施行法。則適為其附屬法令。是也。附屬法令與商事特別法令。似是而非。蓋二者雖同為一般商事法以外之法令。然一則與一般商事法緊相伴隨而存在。一則與一般商事法對待而存在。且商事特別法令。或先於一般商事法而發布。或後於一般商事法而發布。而附屬法令。則僅能與一般商事法同時發布。或稍後而發布。斷無有先於一般商事法而發布者也。此其理極微。固不可不深長思之也。

第三節 商習慣法

商習慣法者。謂關於商事之習慣法也。自學理言之。與一般商事法（商成文法）相合。即成爲實質的意義之商法矣。凡一般商事法部類中。不問其爲強行的法規。任意的法規。皆不得以商習慣法抵觸之。蓋商習慣法之對於一般商事法。無變更力故也。不然。令二者立於同等地位。而國家以明文特定之成章。易爲習慣法所變廢。則人有靡所適從之患矣。至商習慣法產生之理由。蓋以商事無限。而一般商事法之規定。則有限立法者。既無包舉萬有之技能。雖欲將關於商事之一切規定。悉網羅於一般商事法部類之中。然事實上實有所不能。此商習慣法之所由生也。

商習慣法者。爲關於商事的定例之慣行。而至有法的效力者也。夫定例之慣行。何以成爲習慣法。習慣法何故而有拘束力。前者爲關於商習慣法成立要件之問題。後者爲關於商習慣法拘束力所由生之問題。此兩問題。在法學通論或民法中。關於一般習慣法說明之理論。於商習慣法。皆可應用之。故茲不欲疊牀架屋。重爲申述。亦不就重要之關鍵。示其綱目。相互印證爲之說明而已。即如左。

（一）習慣之觀念與種類。夫欲知習慣法之觀念。當先明習慣之觀念。蓋習慣者。習慣法之根本前提也。以此而推及於商習慣法。其理正同。然則習慣者何。其種類有二。即具體的習慣。與抽象的習慣。是也。前者指某事用某種辦法。事有一定辦法亦有一定也。後者乃指無論何事。其辦法屢

歷如出一轍也。此種習慣。又可分爲單純的習慣。與法的習慣之兩種。吾人自定每日寢與飲食之時刻。然他人未必如此。是爲單純的習慣。反之多數人不約而同。歷久不變。即爲法的習慣。單純的習慣勿足論。研究法的習慣之意義。當先從兩方面觀察之。以考究其實質。蓋習慣有可作爲法律而遵守者。有不可作爲法律而遵守者。如喪葬婚嫁。有貧富緩急之不同。如必遵守定例。窒礙殊多。此不能作爲法律遵守者也。至於買賣及其他交易。則有一定之程序。度量以何者爲準。定金以若干爲率。稍有不明。障礙即生。此可作爲法律而遵守者也。

雖然。習慣而稱爲法的習慣。應否作爲法律而遵守。關於此問題之學說。頗近心理上之理論。茲分三段說明之。(一) 人民視爲法律而遵守。與法律有同一之效力。所謂習慣法是也。(二) 國家不認有法律之效力。而一般人即當事人間。視爲法律而遵守者。(三) 其程度尙不能有法律之價值。將來或能使之視爲法律而遵守者。三種意義。皆從習慣之本質而出。學者以事實的習慣稱焉。然此事實的習慣。又有廣狹二義。狹義之事實的習慣。指法的習慣中第二第三兩言。廣義之事實的習慣。賅單純的習慣而言。特此二三兩項。果足成爲習慣法否邪。請更於次項討論焉。

(二)習慣法之成立要件。習慣法成立之要件有二。第一須有習慣。第二法律觀念。商習慣法之成立要件亦同此理解焉。

原夫習慣法是否以習慣爲其前提要件。自來學說有兩大派別。第一派謂法律乃自然生於國民間。國民所確認者。斯即法律。故從一方面觀之。習慣即法。習慣以外。別無所謂習慣法。更從他方面觀之。習慣與習慣法。意義攸同。故不以習慣爲習慣法成立之要件。僅以之爲表示既存在之法規。此蓋極端主張歷史派之說耳。遵是說也。國民間之確信。依其行爲所直接表示者。謂之習慣法。依國家之立法所間接表示者。謂之成文法。雖然。雖習慣或法文。抽象的認法律之存在。不可得也。是以近世多數學者。皆反對之焉。第二派謂習慣與習慣法。自有其分界。蓋習慣者。實定習慣法之內容。爲其成立上必不可缺一要件。於是更附以法律之觀念。而習慣法甫成立焉。遵是說也。則習慣必屆如何之時期。進而爲習慣法之問題。隨之以起矣。屬於此派學者之主張。諸說職職。其重要者。則有永續慣行說。民衆服從說。國家默認說。法廷承認說。錯雜紛紜。莫衷壹是。諸說之得失因緣。應讓諸法學通論或民法中推敲之。不屬於商法論範圍之內。故茲從略。最近之學者。脫離玄妙之空理。着眼于實際之法理論。則謂習慣法之成立要件有二。第一須有

習慣習慣者何。有一習俗。以同一狀態繼續而慣行之。(定例之慣行)者是也。第二法律觀念。法律觀念者何。謂習慣所支配之人。信習慣為法律而從之者是也。蓋習慣實為習慣法之前提要件。其以同一狀態行之。應幾經反覆。至其期間。則別無定準。惟使人信其為法律而從之。有此觀念便足。是在司法官之認定耳。又所謂信其為法律而從之者。非對習慣法所適用之各箇人而言。乃謂其支配之地方或其階級之人民。皆信為法律上之必要而從之也。余輩以為從法理方面說。明習慣法之成立要件。應以此說為較當。

(三)習慣法效力之發生 習慣法之效力。學者每以之與習慣法之成立要件混為一譚。實則不可不有以區別之。蓋一則言如何情形。方有習慣法。一則言習慣法何故而有拘束力。混而為一。豈得謂當夫一般習慣法有無拘束力。自來立法例其主義凡三。一曰絕對否認主義。即絕對的排斥習慣法之適用也。二曰絕對認可主義。即絕對的承認習慣法。與成文法有同等之效力也。三曰相對的認可主義。即附加一定之條件而承認與成文法有同一的效力也。其所附加之條件。非必攸同。細別之又有四種。(1)限於成文法(即民法法典)所明認者。(2)限於成文法所未規定之事項者。(3)限於無反乎成文法公益之規定者。(4)折衷以上三種辦法而為之規定者。日

本立法例定習慣法之效力。即采折衷主義。其「法例」第二條云：「習慣不反於公之秩序及善良風俗者。限於法令所認定。或關於法令所未規定之事項。與法律有同一之效力。」是習慣法者。關於法令所認定之事項有優先力。而關於法令所未規定之事項。則有補充力。然無論如何。法令之規定。習慣與之抵觸。則習慣決無變更法令之力也。日本一般習慣法之效力如此。更進而論日本商習慣法之效力。則又與此不同。該國商法第一條云：「凡關於商事。本法無規定者。適用商習慣法。無商習慣者。適用民法。」是定商習慣法與民法適用之次第。亦即所以表章商習慣法之效力也。其對於商法也。為不成文法。故後適用。其對於民法也。為特別法。故先適用。且商業最重習慣。故特置商習慣法於民法之上。蓋欲使與民法相異之商習慣。易於發生也。夫商習慣法。雖先於民法。然尚未成爲「法」之商習慣。則仍居於民法之下。總上論結。日商第一條之特別規定。法律上既許其對於民法有變更力。則對於民法以外之民事特別法令。當亦有變更力。蓋此條對於該國「法例」第二條。爲例外規定耳。

（我國志田案商法總則第一條。關於於商業。法律無規定者。適用商習慣法。無商習慣法者。適用民法云云。始完全與日商相稱。並參照日舊商一、德舊商一、德帝商施二、奧商一、匈商一、意商一、西商二之一項、葡商三、和商一之一項、羅商一、亞商一五、智商二六、墨商二、）

日本商法對於商習慣法及其效力之規定如此。而在學者間。則有欲將該商法第一條完全刪

除者。如松波仁一郎博士是已。其理由如左。

(甲) 商習慣法與商習慣之區別。甚爲困難。商習慣與商習慣法。其區別之標準。甚爲困難。觀於多數學者就一般習慣法與習慣區別之主張不一致。足以徵焉。雖自日本國法之解釋。二者之區別。甚爲顯明。然即依其解釋。而凡稱爲商習慣者。殆可同時稱商習慣法。試伸其說。據日本『法例』第二條規定。是即國法上、於某習慣。與以法之效力。因此而其習慣直即爲習慣法。依例推類。而將可稱爲商習慣法者舉之。則(1) 依於法令之規定。而被認之商習慣。或(2) 關於法令上無規定之事項之商習慣。準此規定。則凡善良之商習慣。泰半直即爲商習慣法。其不得爲商習慣法者。惟關於法令有規定。且不罹於法令不認之事項之商習慣而已。夫如斯廣認習慣法。其得失可否。屬諸立法論之批評。若解釋既存的成文法。則固爲如此。由此推論大多數之商習慣。直即商習慣法。則無論稱爲商習慣或商習慣法。有何區別哉。兩者既屬無可區別。則學者所爭論習慣進而爲習慣法之時期之必要。自然消滅矣。

(乙) 以商習慣法爲法律時。則於審判上。頗感困難。商習慣法。亦爲國法之一種。其內容較成文法繁雜。審判官欲盡悉之。是殆不能。因之反增審判上多少之窒礙。且違法之審判。爲上訴之

理由。違反商習慣法之審判。亦爲上訴之理由。則將生濫訴之弊。且縱令此時曲解。而謂成文法的國法。與習慣法的國法。其效力攸分。將習慣法的國法。以之與事實同視。果爾。則蓋若自初即逕稱習慣之爲愈耶。

(丙)商習慣法無先於民法適用之必要。日本民法第九二條既云。『可認法律行爲之當事者。爲有從於習慣之意思時。則從其習慣。』依此推類。則苟可認商行爲其他法律行爲之當事者。爲有從於商習慣之意思時。當然使先從其習慣。自非然者。則可解爲無從其商習慣之意思。在此情形。固無須排斥民法。而必使從其商習慣之必要也。

按松波氏所舉之第三理由。方之松本烝治博士之主張。則頗異趣。附帶的介紹於下。松本氏之言曰。『有與商習慣法應區別者。即事實的習慣也。事實的習慣。與習慣法之異點。德國學者多混之。其結果。至有以習慣法之成立。不必信爲法律而從之觀念者。是反於一般學說矣。何者。事實的習慣。非法律之淵源。不過爲解釋當事者意思之材料。日本民法第九二條云。(習慣與法令中無關公之秩序之規定有不同者。而認法律行爲之當事者。有從之之意思時。則從習慣。)是事實的習慣。僅限於當事者有從之之意思。始有效力耳。易言之。事實的習慣。不過補充當事者之意思。表示明瞭其意思之

材料。非若法律的習慣。既爲法律。不問當事者服從與否。常適用也。且事實的習慣。苟認當事者有從之的意思。則其意思表示之內容。爲習慣所構成。故尊重意思表示之效力。使之得變更法律中之任意規定。非如法律的習慣。不問法令之任意規定。命令規定。皆不得違反之也。日舊商與德舊商。同用商習慣文字。然德國多數學者。解爲法律的習慣。與商習慣法無異。惟少數學者。謂亦含有事實的習慣。日商法爲闢此疑義。故易爲商習慣法。『平情而論。凡法的習慣。何莫而非事實的習慣。故仍以松波氏之說爲然也。』

關於習慣法之效力。日本立法例之規定。及學者之解釋也如此。求之如吾國法制之下。將如何。我國現行私法制度。於民事則有民法法典。於一般商事之部類。則有簡別之單行法。其在民法方面。固認一般之民事習慣爲其法源。與他國立法例無異。而其定習慣之拘束力。即習慣適用之次第。尤與日本相類。蓋亦采用折衷主義者也。據我民法第一條規定云。『民事。法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。』同法第二條規定云。『民事所適用之習慣。以不背於公共秩序。或善良風俗者爲限。』考其精神。殆日本法例第二條中所稱『不反公之秩序……或關於法令所未規定……』之旨趣。如出一轍。但無日法例同條所稱『限於法令所認定……』之文字。似其範圍廣狹

攸分。然考我民法全編中多有『另有習慣者。從其習慣。』及『但有特別習慣者。不在此限。』等之規定。其在物權編。尤屬不少概見。(民法七七六、七七八、七八一、七八四、七八五、七八六、七九三、八〇〇、八三四、八三八、等條參照)是其精神。仍與日法例無以異也。且逕稱『習慣。』而不曰『習慣法。』於是學說上關於習慣進而為習慣法之時期上之糾紛。均歸消滅矣。此自一般的習慣言之。至於商習慣則如何。我國私法制度。係采民商統一制度。民法以外之單行法部類。在學理上雖可總括的稱為一般商事法。(學問上之商法)然立法之實際。民商已歸統一。若是所謂『商習慣』者。亦僅於學理上有可稱商事法之法源之理解。在於立法之實際上。尚難定其適用之次第。又况一般商事法之部類。均對於民法為特別法。則特別法無規定。求之如普通法。理所固然。若於兩法之間。而以一商習慣左右之。是不啻從根本上破壞。自來所謂『對待的關係』之法理矣。此我國私法制度。所以始終不采日商第一條之理解。而定商習慣有先於民法及後於一般商事法適用之效力也。進是則商習慣於學問上。縱可以商法之法源解之。而於立法之實際上。尚不得以此解之。又即合於立法上得以商法之法源解之。然於民法及單行法之中間。到底不發生適用之次第之問題也。

第四節 民法

民法者定一般私法之原則也。故於商事特別法令一般商事法及其附屬法令無規定者。即商事亦適用之。何者。一般商事法。雖在商事。爲特別法。非網羅一切商事而悉包含之。其從普通私法無障礙者。多不設規定。讓諸民法。蓋以避重複之嫌也。

於茲所稱民法。自係指民法法典而言。然此外關於民事特別法令及民事習慣。亦無不可適用之理。故其在商事特別法令一般商事法及其附屬法令無規定時。對於特別事項。宜先民法而適用。至抵觸法律之通常命令。則固無效力。此與商事特別法令所說明。無以異也。

民法爲一般商事法之來源。在一般商事法無其規定時。民法得適用之。此出於對待關係之理由。此種對待關係之實益。雖在一般商事法不以明文昭示之。揆諸定理有必然者。惟一旦以明文昭示其適用之次第。則其對待關係更爲顯著而已。例如我國海商法。即屬於一般商事法之部類。今海商法第七條云。『海商本法無規定者。適用民法之規定。』是即以明文昭示民法之適用。然在公司法票據法保險法等。亦同屬一般商事法之部類。雖未以明文昭示之。而其與民法有對待關係。仍至明顯也。

第六章 商法之效力

商法之效力者。商法適用之範圍也。關於商法之效力。應如何規定。始較妥協。此爲立法上一大問題。

題。如認爲商法內容之一部。以附隨規定於商法之中爲常。反之。如認爲非商法之內容。不逃爲適用商法之附隨事項。則以另行規定於附屬法令。即施行法之中爲常。自來立法例。不屬於彼。即屬於此。而莫能或外。其間之得失優劣。於以判焉。考德國舊商法。及日本舊商法。均於商法諸編之首。置以總則。揭載關於商法效力之規定之一部。日本現行商法。則於第一編總則中。其第一章以法例爲題。而揭載關於商法效力之規定之一部。德帝商法。則將商法效力之規定。完全自商法中抽出。而納入於施行法中焉。考其得失。夫德國舊商法。設總則一編。而以商法效力之規定。載諸編外。另成一章。此或由不得已所致。要非他國之所同然。彼日本舊商法。既於第一編規定商之通則。而商法之效力。乃商之通則。今反揭載諸編之外。其體裁實非得宜。所以致此者。其主要原因。則以日舊商成於德國學者之手。故取德國法爲模範也。至日本現行商法。則以此加入第一編中。雖較舊商法稍形進步。然考該商法例一章之中。關於商法效力之規定。僅二三條文。豈得謂爲完全。實際上。有增加規定之必要。雖該商法以此讓之於施行法。然割裂之譏。在所難免。故自立法論。整以網羅一切關於商法之效力。而規定之於施行法之中。爲得策。蓋施行法。以揭載關於適用商法之規定。爲其固有之目的。則由商法中除却關於商法效力之規定。而納入施行法之中。此德帝國民

商兩法典所採而成爲編纂法典之最新主義也。我國商事法制。采單行法主義。一般商事法自成部類。其相互之間。居於4行之地位。缺連貫之關係。故各單行法之効力。亦各自成部類。而不相掩質而言之。即各自有其適用之範圍也。而各該單行法亦既各自有其附屬法。故其効力之規定。當然以納入各該施行法之中。爲最合於法理者也。觀於我國之民法法典固屬如此。即一般商事法部類中之商人通例、公司法、票據法、保險法、海商法、等之施行法。亦均設有各該法之効力之規定。足以徵其價值焉。

商法之効力。須從四方面觀察之。即第一關於時之効力。第二關於人之効力。第三關於地之効力。及第四關於事之効力。是已。今分節論述如次。

第一節 關於時之効力

商法關於時之効力。與民法同。即以不溯既往爲原則。而以溯及既往爲例外。是已。(茲以商人通例爲說明。此原則例外之標準。)

其他屬於商事法部類者。皆可類推。試申論之。

商法時之効力。其體態有二。即法律的効力。與事物的効力。是已。(一)法律的効力。以法律規定施行期。

(各國法律。有預定何年月日開始施行者。特不言何年月日廢止。)在施行期內皆適用此法。特其効力不及於未施行前耳。(商通施一) (二) (四條參照)

事物之效力。以事物爲標準。何時發生之事物。則適用何時法律。不適用發生以前之法律。及發生時尙未施行之法律耳。斯二者皆屬於不溯既往之原則焉。法律的效力。其關係較爲簡單。而事物的效力。其關係較爲繁雜。故立法例中有以明文規定之。即商法施行以前所生之事項。在施行法中若無特別規定者。不適用新商法之規定。而適用舊商法。反之。凡生於新商法施行以後之事項。則不適用舊商法。而適用新商法之規定。是爲時之效力之原則。（日商施第一條參照。法德等國之民商法律雖於施行法中不特認此原則而學者之解釋則仍以此爲事理之當然者也。）

自右開之原則觀之。則生於新商法以前之事項。當準照其當時所施行之法律。（舊法）而發生變更或消滅其法律關係者也。故舊法一旦廢止。而施行新法以後。尙當準照舊法之規定。而不使在舊法之下所確定之法律關係有所變動。否則在舊法之下所確定之法律關係。因新法施行之故。而生異動。則其結果。必使人民懷抱疑念。而交易因之不靈活矣。其弊豈可勝言乎。

雖然。對此原則。有例外焉。即新法施行以前所發生之事項。亦得適用新法之規定。此之謂溯及既往的例外。（商通施二條五條乃至九條參照）此於公司法尤爲顯著其實益。蓋新法時代所設立之公司。照新法辦理。此爲當然。然若舊法時代之公司。不適用新法。則同一公司。而辦法歧異。商業上秩序必起紊亂。故而認此例外也。（我新公施第一條以下參照）

綜上所述各方面觀之。商法若無施行法。則其效力無由而顯。施行法者。實定商法適用之範圍。而調和新舊法律衝突之準則也。故亦以經過法稱焉。(例如我國之商人通例公司法票據法等商事單行法。皆附有施行法是。)

第二節 關於人之效力

商法關於人之效力云者。即商法對於如何之人而為適用之謂也。此問題不論采商法法典主義與商事單行法主義。要之。在理論上均有說明之必要。夫經營商業者。謂之商人。其受商法之適用。毫無疑義。然商法者。決非僅適用於商人。雖非商人亦適用之。(中古時代之商法。基於商人團體而發達。商人形成特殊之階級。故商法亦惟商人得適用之。是曰商人法。中古而後。商法乃適用於商業或商行爲之法。故雖非商人亦應適用之。)蓋有時其人雖非商人。然以與商事有關係故。亦得適用商法焉。所謂與

商事有關係。即對於商人立於相對人之地位。而發生商之法律關係也。如志田案商行爲編第一〇六條本文曰。『法律行爲中當事人一造係商行爲者。兩造均適用本編之規定』云云。(日商三條參照)例如某

甲至某店買物。某店固商行爲。某甲實非商行爲。然因某店一造爲商行爲。則某甲之行爲。不能不適用商法。又如商人通例第二九條乃至第五十九條所定之商業使用人及商業學徒。以其商業主人爲商人。故該使用人及學徒亦受商法之適用。又如公司法之規定。似僅適用於營業之主體(公司)。殊不知其不然。蓋關於公司之規定。不獨適用於公司。凡公司中之股東、董事、監查人、檢查員等皆可而適用之。

且不僅此也。即公司之債權人及債務人皆可適用之也。又如海商法所定之船舶管理人、船長及其他船員等，均非海上商人。（商業之主體）然以其與海商事業有密接之關係，故亦受海商法之適用。由是觀之，則商人以外，尚有各種非商人，皆須適用商法。（商法法典或商事單行法）也。且不啻惟是而已。商法之適用，亦非僅限於本國人也。凡服從主權之外國人均應適用之。蓋國家有領土主權，凡在領土主權以內，無論何國人均應受駐在國法律之支配。迺一定之原則也。故自商法全體之精神言之，無論商人與非商人，內國人與外國人，自然人與法人，商業主人與使用人，商法對之皆得有其效力。是以其適用於人之範圍，至爲廣漠也。

第三節 關於地之效力

商法與民法同。關於地之效力，應自兩方面觀察之。即（一）商法之適用在領土內之一部分，是否受有限制。（二）外國法行於領土內，或內國法行於領土外，其程度如何。是已。自第一方面言之，我國土地遼闊，習俗各異，西藏與內地不同，而蒙古又與西藏互異，黔湘以南，瑤苗雜處，服制斑斕，言語侏離，風氣習俗迥然不同。一旦欲以法律頒行於各該部分，困難情形，不言而喻。故我國現在民法法典及諸種商事單行法，雖曰頒行於全國，而實際上不能不受有特殊之限制焉。此不但我國土地廣大者如是，即以日

本論對於琉球、朝鮮、北海道、台灣、亦輒有種種限制。惟其限制之程序。以命令行之。如其命令未明定者。則通行於全國。例如明治三十一年七月十六日台灣總督府之律令第八號第一條。以台灣島適用商法（舊商法）及其附屬法令爲原則。而本島人及中國人之外。凡無關乎人之商事之事項。則不適用之。至於因開疆拓地所得土地。適用商法與否。則又另須明示之。不得以此命令而概括之也。又自第二方面言之。此種情形。在實際上尙非重要。蓋關於身分能力。用本國法。關於不動產。用住所地法。爲國際私法所規定。是以外國人之身分能力。及不動產事項。不能稱爲直接之關係。即亦無研究之價值。況我國領事裁判權。未全收回。故關於此問題。尙難得適當之解釋。較之第一問題。有緩急之別。此研究商法所宜知者也。

第四節 關於事之效力

商法適用之目的事項。謂曰商事。（即商之法律的事實）設置商事法院之國。其管轄事項。（較諸商法適用之目的事項。其範圍爲廣。）亦

謂曰商事。前者稱實體法上之商事。後者稱程序法上之商事。

實體法上之商事。奈何。學說及立法例。所抱之觀念。尙均未歸一致。故欲從實質的方面。定商事之界說。其勢殆有所不能。且每近於幻想。無已。亦唯有視商法之編纂主義如何。從而概括的說明之耳。故就商

行爲本位制(客觀主義)之商法言得概括的謂商事云者乃直接或間接關聯於商行爲之法律的事實也。就商人本位制(主觀主義)之商法言得概括的謂商事云者乃直接或間接關聯於商業或商人之法律的事實也。(參照第一章說明)

程序法上之商事奈何蓋指應屬於商事法院之訴訟事件而言如中古商人團體時代因定其團體之法院管轄權每說明商事之意義。商法(六三一條乃至六三八條參照)與商法(奧商施三八條及三九條參照)限制所列举之事項以

定商事法院之管轄是也。考商事法院之起源在於中古商人團體時代自商人團體既歸消滅此制亦廢。其管轄事項及權限有移歸於國家之一般法院者有變爲國家之特別法院者所謂特別法院即商事法院是也。現今各國中倡設商事法院者以英國爲最然迄未實行僅於商人中擇陪審員耳。德國前亦有商事法院嗣廢止論興遂採折衷說一八七七年以來廢止獨立之商事法院於地方法院置商事部以聯邦諸國所任命之商事審判官組織之由商人團體及商業會議所推薦然其管轄之範圍甚狹且屬例外的法院要當事人請求始有管轄權法國商法第四編有獨立商事法院之規定其審判官雖由國家任命而必屬於商人比利時做之和蘭西班牙一八三八年後希臘一八七七年後意大利一八八四年後始廢止商事法院之制度究其未廢止以前固亦做法之制度也瑞西則委於各州之自由其

第六章 商法之力效

一〇六

二三州有商事法院焉。

由是觀之歐洲諸邦、除法比外、罕有獨立商事法院之設置。誠以此制純基於沿革上之理由。有反於世界之大勢故也。夫在采民商分立制度之國家且然。若我國者。固采民商統一制度者矣。實體上之商事與民事之區別。亦僅成學問上研究之對象。而於法律上無其必要。則程序法上之商事。益無足深論。隨而商事法院亦徒成爲沿革上之產物。但說明之以資考鏡而已。故自我國現制論之。商法關於事之效力。自係指實體法上之商事而言。而所謂實體法上之商。事。殆又不過網羅各種商事單行法之部類。於學問上所得認爲商事者。抽象的定其概念。我國商人通例固采商人本位制者也。故商事者。直接。或。間。接。有。關。於。商。業。或。商。人。之。法。律。的。事。項。也。

第二編 本論

第一章 商業

第一節 商業之意義

商業者商人通例所列舉之營業也。(商通第一條二項參照)茲就此定義分析說明之如左。

第一 商業者營業也。

營業者同種之私法上行爲。繼續爲之。其目的在以之爲普通收益之源泉者也。分析言之。則(一)營業者對於同種行爲。須有繼續不斷而行之之意。故偶然販賣物品。或爲簡別的(不同的)營利行爲。不得謂之爲營業。何則以其缺繼續而爲同種行爲之意思故也。然所謂繼續。亦非謂在事實上要有一定嚴格之永久的長期。但貴有此精神耳。故博覽會期中之販賣店。亦仍不失爲營業之一種也。(二)營業行爲須爲私法上之行爲。公法上行爲無營業之觀念。不法行爲又不能成立。故營業行爲須係私法上行爲也。然同一私法上行爲。其僅有關於技藝美術之行爲。仍非營業行爲。如美術家以大理石製成肖像。畫家以絹布繪成畫品而出售。不得謂之爲營業也。(三)營業之目的。祇須以其所

得。爲。普。通。收。益。之。源。泉。即。足。不。必。其。爲。惟。一。之。源。泉。亦。不。必。爲。主。要。之。源。泉。也。故。營。業。者。同。時。可。有。各。種。營。業。且。營。業。之。所。得。即。不。爲。重。要。收。入。之。源。泉。亦。不。妨。爲。營。業。也。(四)營。業。之。目。的。雖。在。收。益。然。同。時。亦。不。妨。有。宗。教。政。治。科。學。公。益。等。目。的。混。雜。其。中。祇。須。不。全。失。收。益。之。目。的。斯。可。矣。譬。如。專。爲。慈。善。用。原。價。販。賣。物。品。即。不。得。謂。之。爲。營。業。然。若。以。特。定。營。業。所。生。之。利。益。供。慈。善。之。用。則。不。失。爲。營。業。或。本。爲。扶。植。政。治。上。勢。力。開。一。報。館。然。同。時。若。又。以。此。爲。收。益。之。源。泉。亦。不。妨。爲。營。業。也。

第二 商業者商人通例所列舉之營業也。

商人通例第一條列舉營業凡十七種。此即於法律上劃定商業之範圍。此等以外別無所謂商業也。蓋自理論言之。商業之觀念有二。即社會上之商業與法律上之商業。是已。兩者之觀念有時相互貫通。有時不相貫通。故其範圍非必攸同。例如買賣業、出版業、印刷業、及銀行業等。通常在社會上固認之爲商業。即在法律上亦認之爲商業。此兩者之觀念相互貫通者也。反之如工業、製造業、及居間業等。通常在社會上固不以商業稱之。然在法律上則以商業稱之。此兩者之觀念不相貫通者也。他若開礦捕魚。社會上類多目之爲商業。而爲法律所不認焉。是則論商業之本質。固屬營業。然其觀念則有社會上與法律上之別。茲所研究者。既爲法律問題。自應以法律上所稱者爲斷。故所謂商業者。

即商人通例第一條所列舉之各種營業。舍此以外。更無所謂商業也。

第二節 商業之種類

商業之種類。商人通例第一條列舉之。都十七種。茲分別說明之如左。

第一 買賣業 此乃謂以動產不動產或有價證券之轉販出入。又動產或有價證券之拋賣買價爲業者也。通常所稱爲商業者。多屬此焉。無論何國。自古而有。惟其買賣之方法。交易之範圍與乎買賣之標的物。則隨世運之推移而日進。如先行售出而後買價。即現今商場習慣所通行之空盤拋賣（買以現金付價。而賣主却非現貨交。實由訂一約。俟轉販後方付貨也。）豫約到期（買賣成交之當時。不必交貨。但約訂一定之期限。到期必須交貨也。）購貨解交（賣主一時不能交貨。由他方購貨備交也。）此買賣之方法進步者也。又如買賣越國境而行。致促國際貿易之發達。此買賣之範圍擴張者也。又如以不動產及有價證券作爲商品。此乃買賣之標的物推廣者也。夫不動產爲民事買賣契約之標的物。此固毫無疑義。至其可否列入於商業。則各國立法例不一其揆。歐洲諸國法制。於不動產之買賣。向不列入商業。德國舊商法第二七五條及西班牙利商法第二六二條。均有明文規定。德帝國商法第一條。於商業買賣。亦僅列動產而不及不動產。夷考厥由。蓋以不動產之買賣。實際上本非數見之事。且須註冊過戶。程序煩重。非若普通商品之易於流轉者可比。然也。至近時。則雖不動產亦多有持

以射利而盛行買賣者。如我國現時各處通商口岸地販極多。有組織公司以營之者。夫既有射利之意思。且以之爲營業。即具商業之性質。何能以其所買賣之物爲不動產而有異。故以不動產之買賣爲營業者。亦應認爲商業。我商通既僅概稱曰買賣業。自當包含以不動產之買賣爲業者也。惟動產或有價證券易於移轉。故雖同一爲射利之買賣。而常用先售買償之方法。而爲交易。然於不動產之性質。則不相適應。故預約拋買及買償之行爲。自應除外。不動產而專以動產與有價證券爲限也。復次有價證券之名目。雖爲我國從來商習所未有。然考諸實際。未嘗無此制。其種類（一）爲股票。（二）爲社債券。（三）爲國債證書。（四）爲地方債證書。即我國現時所有各種公司之股票。及津浦與滬杭甬鐵道公司所發行之鐵路債票。又民國時代北京政府所頒發之六厘公債國庫證券。以及昔年前清政府所頒發之息借借票。昭信股票。北洋所發行之直隸公債等類是也。惟此數種。在各國類皆信用確著。流轉便捷。故得隨時變換金錢。而爲買賣之標的物。我國現因種種關係。未能流通無滯。因而以是種買賣爲業者。尙不多見。然就中股票一項。在中外通商大埠久已作爲貿易於市場之上。遂日定有市價。股票交通公司之創辦。流通買賣益得自由。故是種買賣。其必至成爲買賣業者。乃自然之趨勢也。

第二 借貸業 此乃謂以物借貸於人而收取貸金爲業者也。此種營業之標的物有動產與不動產之二種。其屬乎動產者如車船與服樂器儀仗什具燈彩等之租賃皆是其貸金或先期支付或返還時支付一任當事人之自由。關於原物之毀損與返還之遲延則生損害賠償之責任於民法債編中。有其原則之規定。茲不贅其屬乎不動產者如市房工廠要津船步等之轉租皆是其租賃程序較動產尤覺煩重。即（一）須訂立書據始能發生法律行爲之效力。不若動產僅以言詞表示爲已足也。（二）須設定抵押權或其他不動產擔保物權。非若動產僅責原物返還也。其他關於期間之存續擔保之提出亦借貸當事人所當注意者也。

第三 製造業或加工業 此乃謂以製造行爲或加工行爲爲業者也。製造加工云者謂專取他人之材料而加以工作與自行購買材料而製造販賣者不同。其自行備料者如絲廠之購繭繅絲以之發賣。啤酒公司之購麥釀酒以之出售。及紗廠之收花紡紗以之發行。雖變其物之原形而仍不外乎賤買貴賣之性質已早爲買賣業所包含。此則原料均非由自己買賣。僅僅爲人代製如碓坊之碾米。染坊之染衣及榨坊之榨油。以至器物之油漆衣服之縫製等是。

製造與加工。在理論上區別匪易。要之製造云者。全變其物之原形之謂也。如絲廠之繅絲是。加工云

者。僅。修。飾。材。料。而。不。全。變。其。原。形。之。謂。也。如。染。坊。之。染。衣。是。茲。所。謂。製。造。加。工。僅。爲。關。於。動。產。者。至。於。不。動。產。之。製。造。加。工。則。當。屬。於。作。業。或。勞。務。之。承。攬。業。如。工。程。師。建。築。房。屋。或。營。造。廠。包。攬。工。作。而。從。事。修。築。是。也。

抑。製。造。加。工。之。行。爲。必。須。脫。手。工。業。之。範。圍。手。工。業。者。以。得。酬。金。爲。目。的。而。代。他。人。施。工。作。於。其。物。也。故。自。其。得。酬。金。爲。目。的。之。點。觀。之。兩。者。頗。相。類。似。然。以。製。造。或。加。工。爲。營。業。者。當。其。製。造。加。工。之。前。必。先。有。種。種。設。備。如。建。設。工。廠。延。聘。技。師。購。買。機。械。皆。爲。製。造。或。加。工。而。設。其。所。得。工。資。乃。種。種。設。備。之。報。償。非。僅。由。服。勞。務。而。然。彼。手。工。業。者。僅。由。服。勞。務。而。得。酬。金。故。不。得。稱。爲。商。業。也。雖。然。手。工。業。者。亦。非。特。徒。手。徒。足。之。力。間。亦。有。需。用。其。他。器。具。者。則。所。得。酬。金。亦。未。始。非。設。備。之。報。償。與。製。造。業。或。加。工。業。何。異。但。此。問。題。應。從。服。勞。務。及。設。備。之。重。輕。大。小。解。決。之。即。服。勞。務。者。其。所。費。之。勞。力。占。大。部。分。至。器。具。之。設。備。不。過。爲。勞。力。之。設。備。故。雖。有。設。備。亦。異。於。製。造。業。或。加。工。業。若。製。造。加。工。其。設。備。之。事。甚。多。而。單。用。勞。力。時。較。少。故。雖。用。勞。力。而。所。得。工。資。非。專。對。於。勞。力。之。報。償。故。自。成。爲。製。造。業。或。加。工。業。也。

此外又有與製造加工之行爲相似。而不得目之爲商業者。如請託書畫名家。作字畫於宣紙素絹之

上。即成一種珍貴之品。售價甚昂。可謂之製造。亦可謂之加工。此書畫家開列潤單例受酬金。與商業無異。然通例皆不認此為商業。蓋商業集於營利之一點。書畫為一種藝術。自彼書畫家主觀的心理言之。名為貴財貨賤之。執書畫家之手而問之曰。爾與市賈奚若。其不赫然怒勃然變乎色者幾希矣。觀此可知書畫為文化藝術之好尚。誠與商業之專以營利為目的者。有間矣。

第四 供給電氣煤氣或自來水業 此乃以電氣煤氣或自來水之各種供給行為（參照附註1）為業者也。如電燈公司自來水公司（煤氣燈公司）及自來水公司之營業。是然同一電氣之供給。有能作為商業經營者。有不能作為商業經營者。應視國家之政令而有異。如電燈公司。可作商業經營。而電報與電話。其作用非僅電氣之供給。須另有人司機通報。且其事主為公益而非主營利。應歸國家經營。而未可作為商業也。我國電報局向招本商承辦。亡清末年。由海收買。而其業歸官。電話則初由洋商承辦。厥後各省情形不一。有與電報局相併而歸官辦者。亦有由地方團體或箇人舉辦者。迄今猶未一致。故此兩種之電氣事業。在於我國。尚難謂其專為商人之營業也。又供飲料之自來水各國。率由國家經營。（如本商法即不以日之為商業是）蓋以飲料之配給事關衛生公益。非主營利。宜強制全市公用。而非可任意取捨。縱不由於國營。亦應歸地方團體經辦。而不屬商業故也。然公益之與營利。非必截然不能兩兼。

地方獨占之事業。非可據以爲全無商業性質。此又不可不察。至於我國情形。又與各國不同。國事紛更。迄無甯歲。政府於其應爲振興之國營事業。亦且未遑舉辦。其他更力有所不逮。加之內地自來水公司。類多集股創辦。視爲一種營利事業。與電燈公司之辦法相同。固不必強畫爲國營事業。而博理論上公益之虛名。是以本條例規定爲商業之一種。正非無故也。惟若北地甜井水之售給。純屬自然之地產者。此則與自行開採之礦物以之出售相同。而與此際自來水業以沙漏淨水之配定供給行爲有異。尙難作爲商業耳。

〔附註〕

1. 供給行爲之性質。供給行爲之承買如何。學者頗多異議。有以爲買賣者。有以爲非買賣者。此與民法債編有關係。通說皆以爲非買賣行爲。蓋通常之買賣在於標的物之移轉。於其標的物之本身。有無設備。非所關也。而此則着眼於特定之設備。非着眼於物之移轉。故相對人因設備而受供給之益。尙非欲以其供給之物而歸諸自己所有也。故供給行爲。不得與買賣同視。

第五 出版業 此乃以出版行爲爲業者也。出版云者。印成書報圖畫。頒行發賣之謂也。如書局雜誌。

社。印刷書籍雜誌發售。保存版權。而爲營業。是夫出版行爲。較其他行爲爲複雜。當先明著作權之所在。 (或自有著作權。或得他人之承) 次明印刷權之所在。然後問出版者爲何人。故關於出版之行爲。必

有此三種關係。但此際之所謂出版。僅有出版之契約。可已其著作印刷。有無契約。可不必問。蓋必著

作權印刷權屬人而我欲取得而利用之乃有著作權印刷權之契約若自有著作權印刷權則契約不至發生惟發賣契約必不可無無發賣契約斯不得謂爲出版更不得謂爲出版業矣。

第六 印刷業 此乃謂以印刷行爲爲業者也。印刷云者用一種技術製造書報圖畫之謂也。(參照附註²)
如印刷廠印製一切書籍圖畫碑帖新聞雜誌之營業均屬之印刷不論用機械與否總須設立廠作非僅盡印訂之勞而取得薪工者始足當之也。

印刷與出版不同以出版而兼營印刷者易以印刷而兼營出版者難何則蓋出版乃學問上之組織如書局編輯書籍圖畫自行印刷而出版以發售是反之印刷僅爲經濟上之組織如印刷廠僅能就已編成之書畫而印製並無出版發行之權是也。

〔附註〕 2.日商列入撮影(即照像)一項撮影云者以光線的作用於紙及玻璃板上複製實物之形態也此爲歐洲法德各國法制所無日本松波仁一耶氏雖謂係因隨文明之進步而列入之然此種行爲與彫刻繪畫醫師等同爲技術上之承擔似尙與純然的商事上之行爲有間故本條例仍不採用之也。

第七 銀行業兌換金錢業或貸金業 此乃謂銀行兌換或貸借諸種交易爲業者也此等營業包括零換兌換貼現支存借放及押款等事小自錢店以至銀行票號當舖等營業均屬之典當一業爲我國貿易大宗其取息遠過於普通利率自異於民事之貸借行爲而以金錢爲貸付不得謂爲動產質

貸。借。營。業。且。須。還。本。取。贖。又。與。倉。庫。寄。托。之。營。業。為。異。論。其。性。質。蓋。與。銀。行。之。押。款。相。類。似。故。宜。以。之。列。入。於。商。業。中。銀。行。類。也。抑。考。諸。邇。來。國。內。外。銀。行。之。放。款。多。有。以。動。產。或。權。利。為。抵。質。又。有。專。以。不。動。產。為。抵。押。者。日。本。此。風。尤。甚。西。人。常。譏。日。本。各。銀。行。為。質。當。銀。行。其。實。不。獨。日。本。然。也。晚。近。平。甯。津。滬。漢。通。商。大。埠。之。內。外。各。銀。行。亦。莫。不。然。是。典。當。之。與。銀。行。其。性。質。最。為。相。近。惟。彼。日。本。之。質。物。屋。不。過。與。我。國。之。押。貸。店。(小押店)相。等。其。地。位。甚。卑。且。取。締。甚。嚴。迥。非。我。國。典。當。之。比。德。國。學。者。或。以。質。物。及。其。他。之。金。錢。貸。付。業。為。非。銀。行。交。易。然。銀。行。之。押。款。以。股。票。棧。單。等。為。權。利。質。與。典。當。之。貸。款。以。衣。飾。服。御。等。為。動。產。質。其。營。業。之。方。法。差。同。是。則。以。典。當。一。業。歸。入。銀。行。類。要。不。得。謂。為。不。當。也。

第八 擔承信託業 此乃以擔任募債之信託之行爲爲業者也。(參照附註)如信託公司之營業是蓋爲便於股份有限公司之募集公司債而發生其辦法設如有某汽車公司甲欲募集公司債總額一百萬元各別募集不能取信於應募之人爰以汽車營業之一切財產總共包括估價若干作抵於信託公司乙委託募集全數之公司債是甲爲委託者乙爲受託者甲與乙雙方訂結信託契約而彼應募公司債之第三者丙丁等得受此信託契約上擔保之利益是爲受益者設募公司債之公司不幸破產得由受託者出名總代各公司債權者而實行其擔保權是爲擔保附公司債信託法之概略

考此制度發其源於英國。而傳播於美國。爲盎格魯薩克遜民族之特有制度。他國罕見其例。日本向亦無此法規。嗣因股份有限公司於商業上益占重要之地位。欲籌措鉅款。以擴張其事業。整理其財政。莫妙於公司債之募集。惟因公司自行募集。則社會一般人士。難悉公司根底之深淺。多懷疑慮。且以公司債權者。無何等之擔保。應募者。每不踴躍。致難如數募集。殊多不便。而在向有之法律。又無統多數之公司債權者。而一括保護之道。若使對於各個之公司債權者。一一爲之設定抵押權質權。則又嫌煩累。而於事勢有所不能行。實業社會深感法律不完備之苦。於是立法者。做美國通行之信託公司之辦法。創定擔保附社債信託之新制度。使信託公司爲法律上之名義人。以爲總公司債權者之利益。而代總公司債權者。以當實行其擔保權之衝。其在信託公司訂結信託契約。而爲信託之承受。是即爲擔承信託之營業。

此擔保附社債信託法所附之擔保品。可包括一切動產不動產債權及其他無形之財產。作爲一箇之財團。以爲買賣抵質之標的物。名爲鐵道或工業或礦業財團。即以此等財團作爲社債之抵押品。不必一一分析。而以土地抵款若干。房屋抵款若干。機器抵款若干。致煩碎參差。且因分析估計。而價爲貶抑。自有此財團作抵之制度。與擔保附社債信託法之制度相輔而行。於各種股份有限公司之

募。集。公。司。債。甚。為。便。利。且。於。商。情。市。面。亦。裨。益。良。多。吾。國。自。昔。所。患。苦。之。英。美。銀。公。司。即。國。際。間。信。託。公。司。之。制。其。要。索。我。國。路。礦。作。抵。而。代。為。輸。入。外。債。是。即。以。鐵。路。或。礦。業。財。團。之。抵。押。法。作。為。公。司。債。信。託。之。担。保。其。與。吾。國。鐵。路。及。其。他。實。業。公。司。訂。立。借。款。合。同。議。明。中。費。扣。佣。而。轉。向。敦。倫。柏。林。出。售。債。票。是。即。為。信。託。之。承。受。而。於。國。外。為。公。司。債。之。募。集。雖。其。詳。細。辦。法。或。未。盡。同。而。大。要。不。出。乎。此。丁。茲。漏。卮。日。甚。實。業。待。興。籌。款。匪。易。此。等。新。制。亟。宜。研。究。以。備。取。法。並。挽。利。權。此。商。人。通。例。所。以。采。之。為。商。業。之。一。種。且。考。諸。吾。國。頒。行。之。新。公。司。法。既。於。股。份。有。限。公。司。采。用。公。司。債。募。集。之。法。制。則。此。公。司。債。信。託。及。其。擔。保。之。方。法。必。與。之。相。因。而。發。達。即。此。種。信。託。公。司。所。有。募。集。信。託。之。承。受。行。為。亦。必。隨。之。發。生。故。除。商。人。通。例。僅。列。為。商。業。外。而。其。詳。細。辦。法。猶。有。待。乎。擔。保。附。公。司。債。信。託。法。之。制。定。是。則。有。望。於。立。法。院。諸。公。迅。為。努。力。者。也。

〔附註〕

3. 信託之起原。

信託二字。出於英語脫拉斯。

Trust (美國脫拉斯為大公司。英國脫拉斯為信託) 其始為受寄財

物之意。例如甲擁鉅資。恐死亡之後。其子浪費。於是將其財產。送交於乙。聲明此財產。并非贈與。乃為保全其子之利益起見。

凡由此財產所產生之孳息。始歸其子處分。據英國普通法。甲既以財產付乙。即乙為權利者。而衡平法。則以甲子為權利者。而乙為虛位權利者。是信託之觀念。其初僅為受寄財物之關係而已。迨後浸假擴張其用途。而為擔保附社債信託。且成爲

新興的營業焉。日本采英國信託法。為担保社債法。信託公司。猶之受託財產權之乙。信託公司為社債承受人之利益起見。

與乙受託財產權為甲子利益起見相同。信託公司祇能收受擔保品。而不能處分之。猶之乙受甲之財產。而不能處分其財

產乙與甲必有異常交誼。當由甲財產內予以管理財產之報酬。信託公司亦當由借款公司與以報酬。故兩者之間若合符節也。

第九 作業或勞務之承攬業 此乃以承攬作業或勞務爲業之謂也。(參照附註4)承攬云者因當事人之一造約明相對人完成其事項相對人約明俟其事項有結果與以報酬而生效力者也。例如房屋修建。橋梁架設。道路敷築。河川開濬。鐵軌鋪置。沉輪之撈揚。以及碼頭港壩之築造。凡由投標承辦者是爲作業之承攬業。如承爲代募工役而並不自出其勞力者。即如夫頭脚行匠目等類。一切丁夫工役之招雇。是爲勞務承攬業。此二種承攬業於實際上甚爲便利。故致爲近世各國商法所公認矣。

〔附註〕

4. 作業與加工製造不同。加工製造專指助產言。作業則指加勞力於不動產或因勞力之結果而成一不動產而言。又凡爲加勞力於不動產之契約。謂之作業之承攬。即我國慣例應允代爲修造房屋者之工程包辦人是也。反之價值締結代募工役之契約。謂之勞務之承攬。第勞務之承攬與勞務之供給。又有不同。供給勞務者躬自服役者也。勞務之承攬者代雇勞務者也。此區別之概要也。

第十 設場屋以集客之業 此乃以公開場屋招徠人客爲業者也。(參照附註5)如旅館、客棧、澡堂、茶坊、

酒肆、菜館、書棚、球場、飯莊、戲園、妓館、跳舞場、馬戲、電光影戲場、私家開放之園林(如上海之張園、愚園等是)及閱報社。又各國所有之私立圖書館、博物館、動植物園、牛奶店、珈琲店、酒排間等。凡入場收費。藉以取利。

者皆是英國法及日舊商均稱為公共之歡場為遊娛場。然如旅館客棧茶店澡堂。儘有勞人非專遊。豫。日本商改為以客來集為目的之場屋取引。較為包括。自西俗東漸。競尚浮華。沿江瀕海。斯業尤甚。故本條例列舉為商業焉。

〔附註〕

此類營業。以招徠人客為目的。特必有一切設備。於是有利用設備之人。與供給此等設備之人。締結契約。是之謂場屋交易。至於設備繁瑣。以及場屋主人之為所有人。或為賃借人。無所用其區別。惟利用設備者。既至。乃場屋交易之營業。營業者。即以場屋營業稱焉。

第十一 堆棧業 此乃以受人寄託保管其物為業之謂也。(參照附註6)如為他人堆存貨物而收取棧租。即各處米棧貨棧及各國之倉庫營業等是。然雖無倉庫廠棧等房屋。而於空地圍以柵欄。存積煤斤。鹽引。煤油等貨物者。亦屬於此種。故不僮曰倉庫營業。而曰堆棧業也。

堆棧業我國內地設立最早。凡人堆存貨物。悉依時日。以定收取租金。至後英日堆棧營業。建設於我國通商口岸者甚夥。一則因白門訂約五口通商。(廣州、福州、寧波、廈門、上海)於是長江內河。遂駛英人船舶。怡和太古。分設公司。船舶所至。堆棧即成。運彼華物。易我原料。俗僮冥頑。飲鴆止渴。利權外溢。喪耗何窮。今日貧弱。繫誰作俑。興念及此。悲忿難勝矣。一則馬關締約。長江上游腹地。亦許通航。(重慶、沙市、長沙、漢口、上海、杭州、蘇州)日清大阪公司。相續航行。堆棧躉船。次第林立。以有限之菁英。供無窮之攫取。敲骨吸髓。煎

脂成油。夫以漏卮之不塞而徒怪夫財政之拮据不亦太可慨也乎。

〔附註〕

7. 堆棧淵源於「寄託之引受」。寄託云者一方以財物相託一方承諾保管之契約也。自其以保管財物爲常業一點言之斯爲寄託引受之營業。寄託之標的物以動產爲多而我民法（五八九條以下）無此限制。故解釋上不動產及有價證券皆得爲寄託之標的物。但商業實際上以不動產爲寄託者極少。雖謂絕無其事可也。故就標的物言。可分爲金銀鑽石、硨磲、瑪瑙等。高價物之寄託及其他商品之寄託。金銀鑽石之屬。率寄託於銀行。而以之爲銀行之附業。其他之商品則多寄託於堆棧。（聞亦有由銀行代辦者。）故堆棧之名稱。雖較倉庫爲渾括。然猶不及商法調查案稱爲「寄託引受之營業」能涵蓋一切也。

第十二 保險業

此乃謂以保險爲業者也。

（參照附註7）

即必須取得保險費者。蓋保險之組織有二。即

相互保險與營利保險。是已。前者無營利之目的。惟以相互分擔危險爲條件而組織者也。後者則以保險事業爲營業者也。故保險事業中。惟營利保險爲商業也。

〔附註〕

7. 保險之概要。保險爲担保經濟上危險之制度。人類社會有種種危險。概可稱爲經濟上危險。如房屋被火。或因風坍塌。人類死亡。或旅行遇盜。皆是一日在人類社會中。即一日不免此危險。於是集多數人。設法以自衛衛。凡意念中所預料之種種危險。衆人中有一人實現此危險之狀況。則多數人共救濟之。觀此可知保險之理由。在平均損害。然欲平均損害。不可無公平之法。則所受損害須爲多數人通有之損害。然後可使多數人平均負擔之。若一保險公司中。甲以生命之危險。令人人負擔。乙以火災之危險。令人人負擔。火災稍慎。即無死亡。人皆不免。失火之事少。而死亡之事多。其負擔即有不公平之處。必不能達保險之標的。欲達此標的。斯不可不指定保險之種類。或爲火災保險。或爲人壽保險。集同一標的之人。負擔同

一。損害。方。合。保。險。之。旨。趣。第。求。合。此。保。險。之。旨。趣。尤。不。可。無。相。當。之。組。織。否。則。其。標。的。仍。不。可。得。而。達。各。國。關。於。保。險。之。組。織。有。二。(一)集。多。數。同。一。標。的。之。人。共。約。分。擔。危。險。而。不。收。取。保。險。費。者。是。之。謂。相。互。保。險。(二)由。營。業。者。對。於。其。同。一。標。的。之。各。人。締。結。契。約。擔。保。經。濟。上。之。危。險。而。收。取。保。險。費。者。是。之。謂。營。利。保。險。保。險。業。者。即。指。此。營。利。保。險。而。言。也。斯。二。種。保。險。組。織。無。論。誰。屬。自。其。擔。保。危。險。補。償。損。失。之。點。觀。之。其。方。法。可。分。之。為。二。種。(A)定。額。保。險。此。即。不。問。其。人。所。受。損。害。之。程。度。如。何。皆。以。一。定。金。額。予。之。如。人。之。死。亡。不。問。其。因。死。亡。受。何。等。損。害。(如。生。前。日。獲。百。金。死。後。則。受。損。甚。鉅)祇。單。以。一。定。金。額。是。故。此。類。多。屬。之。人。壽。保。險。(B)填。補。損。害。保。險。此。則。視。損。害。之。大。小。為。填。補。多。寡。之。差。等。如。火。災。運。送。海。上。等。保。險。是。火。災。撲。滅。船。沉。遇。救。則。照。所。損。失。之。數。填。補。之。無。定。額。也。

第十三 運送業 此乃謂以運送為業者也。運送云者為某種設備將人及物由此處送往彼處之謂也。自其運送之標的物言之則有物品運送與旅客運送自其運送之方法言之則有輪船帆船火車電車汽車馬車飛艇人力車及人畜之努力者皆是總之應為某種之設備自其運送之地方言之則有海上運送與陸上運送邇來各國更有空中運送是運送之地不止海陸二者矣古時販賣必兼運送今則分業之制盛行運送遂成專業以為商務之補助矣。(參照附註8)

〔附註〕

8. (1) 德舊商及帝商於陸上及內河等處之運送限於旅客之運送作為商業實則毫無區別之實益故商通不採用之。(2) 郵便寄信亦由此運處往彼處與運送之性質相類是否商業應視一國之政令為轉移但就各國多數之例言之概不以郵政為營業而屬之國家交通政務之部類焉航空鐵道亦同惟各國有以航空及鐵道為私人營利事業則即可作為

第十四 承攬運送業 此乃謂以承攬運送爲業者也。質言之。即以包代運送貨物射利者。日本謂之運送取扱營業。即航船民信局通運公司及客棧之兼任接送行李者之所爲。皆是。無論商貨及旅具。凡自某地至某地。由其擔任包裝包運。雖距離甚遠之地。中經馬車火車輪船駁船小車夫力等數次。輾轉駁運者。亦歸一手經承遞交銜接包運到達。此與輪船火車等之定有路綫。且兼載人客者。雖同一運送。而其營業之方法迥然不同。故應與之區別。而另爲一類。

第十五 牙行業 此乃謂以承包轉代爲業者也。(即民法上之經紀營業) 質言之。即受他人委託。由自己出名。與第三者交涉。就中提扣用費酬謝者。日本謂之問屋營業。其包代之事務。共分二大類。第一爲各種貨物之包代採辦。與包代行銷。(參照附註) 其包代採辦者。如蠶繭之於蠶繭紗廠。之於棉花等類。由廠家先與產地之莊店行戶。訂定貨物之名色品質數量與約略價目。及每件用費酬勞等。囑代採辦。即由承包者自向該地之產戶收買。隨後照約解交者。是其包代行銷者。如廠織之呢絨。及廠製之肥皂紙烟等類。由廠家訂定貨價及其扣用。頓批交各地之莊店行戶。使代行銷。而由承包者自向該地之用戶脫售。再行照繳貨價者。第二爲採辦行銷貨物以外之各種包代事務。日本謂之準問屋營業。如各國新聞廣告之承包。關於運送及保險之承包。及關於領收票據或息摺上金銀債權之承包。皆

是有清之季。北京向有各金店專爲報捐上兌。轉代與部庫書吏接洽一切事務者。又上海向有一種報關行專爲商家包完海關稅餉。轉代與關吏接洽一切事務者。其性質蓋亦與此種營業相類。

〔附註〕 9. 牙行於商業上之功用極爲重大。而包代貨物之探辦行銷其制度在歐洲各國自三四百年前與國際貿易之興盛。

同時發生尤爲有利無弊。蓋因派遣商夥至遠地收貨及銷貨。既須重給薪修。及任房租店用貿易之衰旺不定。徒多耗費。更恐所用非人。鞭長莫及。或有意外之損害。且人地生疏。尤多種種不便。自有包買包銷之法。既可免以上所言之危險及耗費。且可互相利用。推廣其貿易。即就產戶及用戶而論。亦多便益而少週折。故爲近世各國所通行。況於貨物之運送。更有委託包裝之制。於搬運之事。益多便利。此等事實均爲吾國現時商習慣所有。其應定之規則。另於民法債編詳述之。

第十六

居間業

此乃謂以居間紹介爲業者也。質言之即招覓主顧代理兩邊從中說合成交而後

提扣用錢。此本有民事上與商事上之兩種。民事上紹介如婚姻之媒妁。傭僕之薦頭。(即日本傭)及

田房買賣租賃典押。以至金錢借貸等事之經手中代人等皆是。商事上紹介凡屬有關商業上之賣

買借貸製造運送保險等類一切由其說合成交者皆是。商通上所定居間紹介營業似應以商事上

之紹介爲斷。惟民事紹介之中除婚姻媒妁一項外其餘薦頭及經手中代人等有專以取利作爲營

業者如地畝買賣之紹介則有俗稱地皮掮客之一種。房屋租賃之紹介則有滬上所行經租帳房之

一種。既專以紹介一事爲其營業。此不必論其所紹介之事爲民事商事總之可作爲商業也。(參照附註10)

〔附註〕

11各國立法例。如德法意等國商法。有明言專爲商行爲之媒介者。而日本商法。則但云關於仲立之行爲。不確定爲商事或兼民事之媒介。雖似易起疑問。然可以其媒介之行爲。是否作爲營業而斷決之。故雖不明定爲商事上之紹介可也。

第十七

代理業

此乃謂受他人之委託。而以其爲商交易之代理爲業者也。質言之。即常爲某商介紹貿易。及代爲收貨銷貨者。此即民法所謂代辦商。與各莊號自行派出之坐辦夥友不同。且與通常之掮客有異。與包收包銷各種貨物之坐莊領莊亦異。其性質應於民法債編論究之。故不贅焉。

綜上所開。爲商人通例所列舉之商業種類。

(參照附註11)

蓋以定商法適用之範圍也。就中有采自各國多數

商法者。如第一款至第三款。第五款至第七款。第十款至第十七款。是有因時勢之必要增入者。如第四款。第八款。及第九款。是至關於是等營業。其實體法上之權義關係。在采民商分立制度之國家。類以商法法典及商事特別法令規定之。於商事法令無其規定者。始適用民法之規定。我國乃采民商統一制度。於法律上。已不見民事商事之區別。關於是等營業之權利義務。或於民法直接規定之。(如買賣、租賃、承攬運送、問、居代辦商等是)或於特別法令規定之。(如保險、信託、銀行等是)又或於民法示其通則。而以特別法規定其特別者。(如出)其他各種營業。於法無明文規定。自不得不適用其固有之習慣。以定其權利義務。

〔附註〕

11特別市場之交易。於右述十七種之商業外。尚有特別市場之交易者。爲商人通例所未舉焉。茲撮述其大凡。用資

考鑄特別市場之交易者。即於交易所而爲各種物品。或有價證券之交易之謂也。日本於取引所（即我國之交易所）之設立。須受政府之許可。有一定之地域。於一定之時。會合一定之人。而爲一種或數種物件之買賣。其經理者。謂之仲買人（即我國之經紀人）。得於買賣兩方。提取手續料。國家按其交易額而稅之。其交易所之市價。認爲公平市價。其營業之種類。爲股票。穀米及棉花。絲斤。煤油。紗布等數大宗。有即時交易。延期交易。及定期交易之區別。我國向時。無如各國交易所之組織。惟各種牙行定制。非經報部納稅。領帖不得開辦。其營業須指明地段。且米。荳。花布等。必須指定種類。不得影射冒濫。名其人曰牙儉。係使會合交互務持物價之平。許爲代客買賣。出入兩方扣用。年納額稅於官。向例各省所發牙帖。均有定額。不得任意增添。近數十年來。辦法推廣。凡抽提行用者。均須照納牙稅。得予領帖開辦。因此各類之牙行及行棧。添設漸多。其得經手買賣。從中提扣。且須經官許可。及受監督。並納年稅等事。與各國交易所之制度。差爲近似。而其實際辦法。殊多相異之處。若英美兩國之交易。所於其所經手之交易。不負擔保之義務。及賠償之責任。且全然爲私人之團體。自然集會。而無施以監督之法律。此在我國如各業之總會及公所等。按照月期。或定時刻。會集同業。探悉商情。市面。講定物價。並或參入買客。訂約買賣者。均與略同。而各業公所。既非日常交易之地。各業總會。又多任意集散於茶樓等處。無一定之場所。及其主任。故全國各處。儘多天然的市集。而於人爲的市集。如交易所之商業上重要制度。概未得見。出入各貨。在通商口岸。市價之低昂。全操縱於洋行家之手。與各國主持貿易之交易所。其重要職員。須由本國商人爲之者。情事相反。稍後。滬上已有股票交易所。及股票交換所之創辦。此即各國股票交易所之制。而其監督之方法。未周。恐難保無阻儉之賣空買空。如各國交易所中。以空相揚。爲投機交易之流弊。且股票之交換。尚止爲交易所營業中。有價證券之一種。交易以後。宜漸推廣。及於他種國際貿易之大宗貨物。然雖在伊時。尙無完全組織之交易所。而此股票交通公司等之創設。要不得。不謂爲我國特別市場交易之萌芽。迨至。轉近。因工商業之繁榮。國際貿易之發達。此特別市場之交易。益覺需要。至切。於是各種物品。及有價證券之交易。

所。逐。漸。興。起。如。匯。上。之。金。業。交。易。所。紗。布。交。易。所。雜。糧。交。易。所。及。證。券。交。易。所。等。是。并。由。國。家。各。國。其。交。易。制。定。各。種。法。規。以。支。配。之。至。是。始。與。各。國。交。易。所。制。度。同。其。步。驟。矣。我。商。人。通。例。頒。行。於。民。國。三。年。維。時。特。別。市。場。之。交。易。尙。未。興。起。且。以。自。來。遺。有。牙。行。經。紀。等。固。有。制。定。足。資。應。用。故。未。列。舉。爲。商。業。焉。卽。此。足。證。商。人。通。例。已。不。符。新。時。勢。之。進。步。矣。且。自。新。民。法。頒。行。後。已。采。民。商。統。一。制。度。商。法。固。有。之。制。度。卽。商。通。所。包。含。者。如。商。人。之。能。力。經。理。人。代。理。商。等。在。民。法。之。中。均。有。其。規。定。於。是。商。通。在。於。現。制。之。下。一。部。仍。保。其。效。力。一。部。因。與。新。法。重。復。抵。牾。之。故。應。歸。失。效。致。成。爲。一。殘。缺。不。完。之。私。法。矣。故。無。論。自。學。理。方。面。及。實。務。方。面。言。之。欲。使。私。法。制。度。完。備。除。廢。止。商。人。通。例。另。制。同。其。性。質。之。新。法。以。頒。行。之。殆。無。其。他。之。途。徑。以。爲。救。濟。吳。爾。則。所。謂。特。別。市。場。之。交。易。一。項。當。可。加。入。以。與。各。種。營。業。相。併。列。是。則。有。望。於。立。法。當。局。者。也。

第二章 商人

第一節 商人之意義

商人者。經營商業之主體之人也。(商通第一條一項參照)茲就此定義。分析說明之如左。

第一 商人者。經營商業之人也。

商業爲商人通例所列舉。凡十七項營業。所稱商人。必爲營此十七項營業者。否則非商人也。此乃指商法之適用上所稱爲商人者。與普通之商人。異其觀念何者。商人之意義。既以商業爲基石。而商業於法律上。采列舉主義。卽其營業。是否商業。輒爲法律所束縛。而立法者。所定爲法律上之商業。類皆

以。已。意。定。之。非。據。學。理。上。之。標。準。是。商。業。之。範。圍。純。爲。機。械。的。人。工。的。之。一。種。形。式。主。義。所。支。配。則。商。人。之。觀。念。自。亦。不。能。脫。機。械。的。人。工。的。標。準。矣。故。有。普。通。之。商。人。而。商。法。上。謂。爲。非。商。人。者。例。如。經。營。開。礦。撈。漁。等。事。業。之。人。通。常。固。以。商。人。稱。焉。然。以。其。營。業。非。商。人。通。例。所。列。舉。故。非。商。業。而。該。等。營。業。之。主。人。因。亦。非。茲。所。稱。商。人。矣。反。之。亦。有。普。通。不。認。爲。商。人。而。商。法。竟。謂。爲。商。人。者。例。如。成。衣。漆。匠。通。常。固。不。以。商。人。稱。焉。然。以。其。營。業。乃。商。人。通。例。所。列。舉。故。爲。商。業。而。該。等。營。業。之。主。人。因。亦。爲。茲。所。稱。商。人。矣。然。則。所。稱。商。人。必。爲。經。營。商。業。之。人。也。而。法。條。言。『。本。條。例。所。稱。商。人。』。云。云。者。亦。即。明。其。爲。商。法。適。用。上。之。商。人。也。雖。然。若。商。人。通。例。以。外。之。法。令。有。云。商。人。者。苟。其。規。定。無。背。於。商。人。通。例。之。意。義。固。亦。可。謂。爲。商。人。者。矣。

第二 商人者經營商業之主體之人也。

商人爲經商營業之人。固已。然。僅營商業。尙不可。即謂之商人。必也。爲商業之主體。而後始可。商業之主體。云者。即營業上。一切權利義務。歸於自己之謂也。質而言之。自爲營業主人。基於營業上所發生之權利。歸於自己享有。基於營業上所發生之義務。歸於自己負擔。蓋即營業上。一切權利義務。所攸歸也。但其業務。是否親理。則非所問。故經理人。坐辦。夥友。學徒。通常固以商人稱焉。然非茲所謂商

人也。公司及女子之爲商業主人者。通常固不以商人稱焉。然乃茲所稱商人焉。何則。前者受人使用。決非營業上一切權利義務所攸歸。而後自營其業爲營業上一切權利義務所攸歸故也。又其損益。是否以自已計算行之。亦非所問。故行紀以承包轉代爲業者。亦爲商人。蓋交易上所生損益。雖歸於委託人而交易上所生權利義務。則由自己担負爲權利義務所攸歸故也。反之如隱名合夥員。雖參預於損益之計算。然在法律上。自己非爲權利義務所攸歸。故不以商人稱焉。

商業之主體爲商人。其意義已如上述。然凡人之營商者。依何時機。成爲商業之主體耶。依何時機。消滅此主體之資格耶。是爲有關於商人資格之取得與消滅之問題。茲分別說明如左。

(一) 商人資格發生之時期。商人資格之取得。以何時爲其始期耶。此在自然人。由非商人而成爲商人。其資格發生時期。應以其營商業之目的。是否實現。即是否營業開始以爲標準。蓋自然人營商。當開始營業(即開業)以前。其營商業之目的。尙未實現於外部。在事實上無從認識其爲商業之主體。自不能謂其已取得商人之資格也。第所謂營業開始。果在何時。或謂營業準備着手之時。或謂營業意思實現之時。要之裝潢店舖。招僱商業用人。設宴張燈。舉行開業典禮。以及籌備開辦。先行各種交易。凡有足以表現其營業意思之行動。均爲營業開始之時也。至於公司法

人取得商人資格之時期。因法人與自然人性質不同。故其論斷亦異。我國公司法。關於公司之成立。采登記要件主義。公司非在本店所在地主管官署登記後。不得成立。（公司法第五條一項）是以登記爲公司取得法人人格之要件也。且公司之生活範圍。原不能與營利事業離異爲二。則據此論斷。公司於以法人設立之同時。即當然發生商人之資格。而爲營業之主體矣。故不能與自然人營商同論。而以開業與否。爲定其取得商人資格之準據也。更觀公司法有「公司登記後。六個月尙未開始營業者……」云云。（公司法第七條一項）益足證公司商人資格之發生。其時期必在開業以前。可謂毫無疑義矣。

（二）商人資格消滅之時期。商業主體（即商人）全然終了。其商業上之活動者。是之謂商業終止。（或曰商業終了或曰商業廢止）商業終止。則於此時期。客觀的營業。既失其存在。即商人之資格。當然歸於消滅。此

無容置疑者也。茲就商業終止即商人資格消滅之各種原因。大別爲左記之二種說明之。

甲。基於商人之意思者。營業之終了。有基於商人之意思者。亦有不然者。其基於商人之意思。使營業之終了者。在商法學者通常稱之曰廢業。或稱之曰歇業。商人廢業。即商人資格因之消滅矣。惟於此須注意者。即所謂廢業或歇業。全屬商人之任意行爲。法律上並無何等拘束。故以廢業

爲商業終了之原因者。必以商人依自由意思。實行廢止其營業爲必要。若商人尙無廢止其營業之意思時。僅一時中止其營業之進行。如暫行閉店。停止其交易之類。祇可認爲休業。不能謂爲廢業。即此時之商人資格。猶依然存在。固無俟於煩言也。

乙、基於商人意思以外之事由者。基於此類事由。而成商業終止之原因者。更可分爲事實上商業繼續之不能。與法律上商業繼續之不能。事實上之不能。如加工業製造業之商人。因他人加害身體。致成殘廢。不能工作。河川運送業之商人。因舟楫觸礁沉沒。不能營運。是其一例。其他世事萬變。因某種事實之關係。致成商業不能繼續之原因者。自屬不勝枚舉。法律上之不能。或因法令之規定。或因官署之命令。其營業被禁止。不能爲商業之繼續者。亦種類甚多。如國家發布以某種商業。定爲國家專營之法令。或商人受破產宣告。(商人公
司均同)或於營業上有違反公共秩序。善良風俗之行為。由行政衙門或司法官署。命其商業廢止。公司解散。又或經主管官署之特許。得爲某種營業之商人。因其有不勝任該項商業之事跡。或有法定事由發生時。由官署撤銷其特許。其著例也。且夫商人破產。公司解散。因商業繼續不能。而其商人資格。即於焉歸於消滅。固法理上當然之結果也。但徵諸實際。多數立法例。往往爲圖清算之便宜計。於既經解散之公

司。當其清算終了以前。仍設爲一種擬制。認其公司尙未失其存在。我國公司法規定解散之公司。在清算中於清算範圍內。視爲尙未解散。(公司法第五九條及二一四條)即此意也。由是言之。公司雖經解散。在現制之下。尙不能謂該公司之商人資格。即隨解散而同時消滅也。至破產一項。以我國現時尙無制定公布之破產法或條例。而前清之破產律。又早經明文廢止。其箇人或公司破產。是否於破產程序終結以前。亦應擬制。仍視其商業存在。雖不能引據法條。以資徵實。但自事理上言之。商人破產之必須清算。亦與上述公司解散事同一律。以彼例此。則當破產程序終結以前。亦自以擬制視該破產商人之資格。尙未消滅爲便利也。

商人與非商人之區別。其實益安在。固依時依地。各有不同。而依我國新民法及商人通則之立法精神。以觀。則其重要者如次。(1)商人於姓名外。得有商號。非商人不得有之。(2)商人應備賬簿記載各種事項。非商人無須爲之。(3)商人得選任經理人。使專理其業。非商人不得爲之。(4)商人得用代辦商。非商人不得用之。其他特別法令。尙多關於商人規定其特殊之權利義務。以與非商人示其區別。要在隨時加之意耳。

第二節 商人之分類

第一 實體商人與形式商人

按商人通例第一條第二項列舉營業之種類以劃定商業之範圍其第二條乃就營業之外觀而擴張商業之限界以便推廣法律之適用依第一條第二項之規定稱爲商人者謂爲商業之主體之人是爲根於商業之實質而固有商人之資格此之謂實體商人依第二條之規定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是爲由於註冊之形式而取得商人之資格此之謂形式商人考其所以於實體商人之資格外更規定形式商人之資格者蓋限定必爲營業之人始可稱爲商人適用商人通例而其餘各種營業雖同有營利性質同有營業所商號經理人及賬目往來而不得作爲商人適用商人通例則除商業外之各種營業凡漁業礦業農林業與夫各種實業均被攆斥範圍過狹故就其事業經營之規模與其布置之方法凡有類似於商業之狀態者更爲定一標準使因註冊而取得商人之資格也。(參照附註)

商業之規模布置如設立店面揭示牌號選任經理人備置各種賬簿保存書信及立案註冊等事是惟局面較廣事務較繁之營業始爲必須其外觀事實概與商人之營業無異而不得當然爲商人者蓋因法律上之商業限於法條所列舉純以學理爲標準而類別凡物產之購入而又賣出者固爲商

業。若自有之物產。以之出售。尙難謂爲商業。又原料之自行購置。經製造而出版者。以及原料之由他人交付製造而歸還者。固爲商業。若自有之物產。自行製造出售。尙難謂爲商業。因之如漁業、礦業、鑿業、墾荒樹藝、牧畜、開採石油池、鑿甜水井、製鹽、造冰等業。皆在商業範圍之外。不得適用商人通例之規。即營此等事業者。不得謂之商人。實際上殊多不便。必有以補其缺漏。此又法律上規定形式商人之理由也。

〔附註〕

關於商人資格之規定。各國立法例。非必攸同。綜舉之計有四種。(1)形式主義。如歐洲中古商人團體時代。營業

者。非向商人團體名簿註冊。不得爲商人。近世如西班牙、葡萄牙、舊商法。要登記於商人登記簿。方爲商人。(西舊一條、葡舊一條) 南美諸國中之商法。多做行之。(2)實質主義。凡以商行爲營業者。即凡營業者。爲商人。無須具備形式之條件也。如法商法(一條)、匈商法(三條)、意商法(八條)、四現商(一條)、葡現商(三條)、德舊商(四條)其觀念均同。日現商第四條曰。『本法所謂商人者。謂用自已之名。以商行爲營業者。』云云。亦即採用此實質的主義也。(3)折衷主義。此即兼采前兩種主義。而擴充之。以定商人之觀念也。如瑞士債務法第八六三條四項云。『商業製造業。及僱商人的方法爲營業者。皆應登記於本店所在地之商業登記簿。』(4)新折衷主義。此又兼采上開三種主義。而定商人之觀念也。德帝商採用之。其規定爲商人方法凡四。第一。法律上當然之商人。此與我商人通例第一條第二項所稱之商人正同。即因經營法律所規定之特定商業。當然爲商人者。(德帝商一條)是之謂自然的商人。又曰純粹的商人。或直接的商人。其意從同。第二。因強制登記之商人。凡事業執行之方法及其範圍。有須商人之營業的設備者。其營業者。縱非營業之人。法律上有強制登記其商號於商業登記簿之權。經強制登記之後。則營業者即爲商人。如經營礦業者。即其例也。亦謂之強制商人。(德帝商二

條) 第三、因任意登記之商人。凡經營農業及森林業者。雖不受第二條之適用。即並無必須登記之義務。然於特定之情形。(如以農林爲主業而有兼營之副業或係商業或係有商人的設備之營業者)而任意登記時。亦可聽之一經登記後。因之即爲商人。亦謂之任意商人。(德帝商三條) 第四、股份有限公司、股份兩合公司、有限責任公司、與產業組合。不問其目的之如何。其設立皆得登記。登記後即爲商人。可稱之爲形式的商人。(德帝商四條)

綜上所述四種主義比較論之。形式主義與實質主義。立場雖有不同。而皆置重於是否商業。其營業方法設備之如何。非所問也。似尙不無罅漏之嫌。折衷主義。即謀補此缺憾。而着眼於營業之方法。然其所謂依商人的方法營業者。究何所指。亦未明確。故在瑞士輒依於行政官署之強制的解釋。至新折衷主義。則參酌前之三種主義。於實質的商業外。復益之營業方法。(登記)以定商人之觀念。即對於特種商人。要具形式的條件。是在立法上別開生面者也。故自立法論之。此數種主義。應以德國法例最爲詳備完善。能不肯商業社會之實情。最堪取法也。

惟德國法於依商人的設備之營業。必強制登記。此蓋因歐洲各國沿革。凡商業本須強制登記之故。然於我國習慣不合。即向有領帖開張之例。亦非必強制各業皆然。故改從任意登記主義。又德國法於單純爲農作或山林之事業者。無論如何。不得登記爲商人。此本當然。不必特定。且若依公司辦法。而爲懸荒牧畜樹藝等事業者。不能不照公司法而取得商人之人格。適用商法之規定。故惟個人之單純爲農林業者。始可除外。又德國法於農林業之副業。其內容或外觀合乎商業者。可登記爲商人者。此仍不外乎商業及依商人的設備而營業之兩種。惟其登記可以任意。與以上兩種登記出於強制者不同。故在德國法必須設此區別。若於商業之登記。本不採用強制主義者。自不必更爲農林業之副業而特別規定。故予以合併。亦足包括。日本商法之於商事公司。有本營商業定爲法人者。亦有爲其他營利事業之團體。因照商公司設立之條件。而作爲法人者。其照商公司設立之條件而爲登記與否。純出於任意。而非強制。故商人通例印本此意。改德國之強制登記。而爲

任意登記。其因登記而取得商人資格者。總以此例包括之焉。

我國私法現已采民商統一制度。有關商業及商人之制度。除具獨立性之條項。另以單行法訂定之外。其無獨立性者。率半納於民法之中。惟所謂商業。所謂商人。於民法中亦僅有此文字而已。其意義如何。範圍如何。規定缺如。是皆有待乎一種單行法之制定也。究竟採用何種主義。非將來該項單行法頒行後。無從懸揣。故此際亦惟有就商人通例說明之一途徑而已。

第二 大商人與小商人

商人者。商業主體之人也。但須爲商業之主體。即爲商人。初不問其營業規模之大小。與夫營商資本之厚薄。總之均商人也。均爲商人。即均全部適用商人通例之規定。此在理論上。固甚正當。惟按諸實際。若規模狹小。資本微薄之小商人。必令其與通常商人（此通常商人對於小商人言即爲大商人）一律適用商人通例全部之規定。非特無以舉適用之實益。抑且有不堪負擔此規定中之義務。而徒滋紛擾者。此商人通例小商人制度之所由設。而其立法主旨。蓋重在爲小商人謀便利也。茲就此制度分論如左。

（一）小商人之標準。商人通例。斟酌營業規模之大小。分商人爲大商人與小商人二種。大商人者。普通商人也。非小商人。即爲大商人。故先列舉小商人之標準。而大商人之範圍自定矣。何者。應作爲小商人。其標準有四。（商通第三條參照）今列舉於左。

A. 沿門買賣物品之商人。此種商人。無常設之營業所。攜帶物品。挨戶兜售。謂之行商。如筆客。

貨郎、賣花女等是。其爲交易較諸一般設有確定店舖之商人。其營業設備大小。自甚判然。法律上但以其無確定之店舖。即應認爲小商人。初不問其營業之總資本。是否未滿五百元之數。即其已滿五百元以上之資本。而爲此沿門之交易者。亦仍屬於此種小商人之範圍也。(參預D項之說明)

B. 在道路買賣物品之商人。此種商人。亦無常設之營業所。設攤道傍。買賣物品。謂之露店。如廟會之商人、夜市之商人、或趕集之商人等是。亦以其無確定之店舖。便認爲小商人。營業資本之大小。非法律之所問。同於上項之說明。要之斯二種小商人。實際上畢竟罕以大宗資本而營業者。

C. 手工範圍內之製造人或加工人。此種商人。純恃手工技藝。博得辛工以資生活者。謂之手工職業人。(即手職工人)其營業也。雖不必無確定之店舖。但其所營之製造加工。不越手工之範圍。故其營業之設備恆小。即亦不得定爲小商人。又其資本之大小如何。法律亦不置問。與前述兩項有同然者。茲從略。

此手工業人。與商人通例第一條之製造業或加工業。不容相混。其製造業或加工業之商人。乃設作坊、開廠肆、僱聘多人。使用各種器具。訂定數多代爲工作之交易。得以移轉出入。從中牟利。

者。始足當之。此則雖同於他人之物上。加以工作。然僅由自己藝業。即專恃箇人勤勞。博得辛工。以資糊口者。不過爲自食其力之手業而止。尙不得作爲普通商人也。要之一則偏重於資本。一則偏重於手工。此其所以異也。

D. 其他小商人 此指上列三種以外。而斟酌情況。又不能列入普通商人者而言。據他國立法例。或依據資本之大小。或依據營業稅之多寡有無。以劃定之。要之其爲小價格交易之營業。則毫無所疑也。原夫小商人因應社會一般日用生活之狀況。種類甚多。前述三種。在商人通例亦不過特就所謂小商人者。爲之例示耳。然深慮有所罅漏。故同時又有「其他小商人」之規定。以資羅網。更以附屬法令補充其意義。商人通例施行細則第三條規定。『商人營業資本總額。不滿五百元者。以商人通例第三條之小商人論。』即其例也。

此項小商人既專以資本數額之多少爲標準定之。但其營業資本總計在五、百圓未滿之數。即應包含在內。至其所營之商業。爲買賣業耶。貸貸業耶。抑或爲製造加工業耶。又或爲其他種類之營業耶。則均不因有所區別。統稱之曰小商人而已。請於次段發爲疑問推敲之。

徵之商人通例施行細則。指定資本金額五百元以下者。爲小商人。假設有資本金額在五百元

以上。而其商人乃如法律中所稱沿門或在道路買賣物品者。其爲大商人乎。抑爲小商人乎。此誠有研究之價值。關於此問題。有二種學說。(甲)重本法說。謂本法有優越附屬法之強力。彼施行細則僅爲一時之便利起見。不能與本法同等。故有五百元以上之資本。而爲沿門或道路買賣物品者。仍宜據本法之規定。斷爲小商人。(乙)重附屬法說。謂施行法既根據本法所委任。則效力甚大。且足以補本法之不足。即應受其制限。故有五百元以上之資本。而爲沿門或道路買賣物品者。仍宜據施行法。斷爲大商人。據余輩見解。則信第一說爲是。蓋商人通例第三條定小商人之標準。雖係列舉的規定。然猶恐未盡。故條文中用『其他小商人』五字。然『其他』二字。用語極爲含糊。故在該條例施行法特以明文釋之。然此施行法不過爲補充本法之不備而已。決非定小商人之要素者也。換言之。乃專爲解釋『其他』二字。非解釋沿門道路手工範圍內之小商人也。故自資本上觀之。小商人可分爲二類。(1)不問資本之大小。凡沿門道路手工範圍內之小商人。皆屬之。(2)除第一標準外。無論經營商人通例所列舉之某種商業。凡資本不滿五百元者。皆屬之。此余輩所自信爲正當之解釋者也。

(二) 小商人之效果 小商人就其營業。不適用商人通例關於商號、商業註冊、及商業帳簿、所設

之規定。此商人通例第三條之所明定也。故凡人之營商者。無論其操業之種類若何。但按其營業之情況及資本之數額。有一與前述小商人相當。則其人爲小商人。即其業爲不適用商號商業註冊商業帳簿之業也。茲就小商人不適用之規定。分析說明其效果如次。

A. 小商人不適用關於商號之規定。商人使用商號。爲商人固有之權能。小商人因不適用關於商號之規定。亦即不能有商號之選定權。更不能有商號之專用權。故在事實上縱或使用商號。抑或經註冊爲其營業上之名稱。而依解釋之結果。亦祇能視爲尋常之一種堂名或舖號。非可依商人通例所定得要求保護之商號比也。且不甯惟是已也。更自消極方面言之。小商人之商號。固不足稱爲商號。然若以競爭之目的。使用他人所註冊之商號。則有此商號權者。對之固得以禁止其使用。或請求損害賠償也。

B. 小商人不適用關於商業註冊之規定。小商人不必無與註冊事項相當之事由發生。惟依法律規定。小商人既不適用關於商業註冊之規定。其結果即有與法定應行註冊之事由發生。在小商人亦無庸呈報註冊。此亦小商人之一異點也。例如法定代理人代無能力者營商業時。例須呈報註冊。(商通五
條參照)小商人之法定代理人。雖無須註冊。然並不以此使小商人不可以法

定代理人代營商業也。

C. 小商人。不適用關於商業帳簿之規定。商人應備置商業帳簿。此商人通例所課於通常商人之義務也。小商人因不適用商業帳簿之規定。即小商人當然無備置之義務。雖然無備置之義務者。究非無備置之權利。故小商人關於營業備置各種帳簿。爲逐一整然明晰之記載。亦與大商人之作成帳簿。有同一之證據力。固不能以小商人無備置帳簿之義務。即謂其帳簿不能以帳簿論也。

綜上所述。小商人所不適用者。惟商號商業註冊商業帳簿各條之規定耳。至於商人通例上其他規定。則均得適用之。此又解釋上必然之結果也。試考立法之理由。又可得而言之。蓋行商露店。本可轉徙無常。且無營業所及商帳之備置。更無從有註冊之管籍。其不能適用商號商業註冊商業帳簿各條之規定。自無待煩言。至於手工範圍內之製造人或加工人及其他小商人。本有固定之營業所。非不能適用此等之規定。然此等小商人。均以細微資本週轉營業。規模狹小。無適用之必要。即強行之。反多周折。而損其利益。故商人通例。斟酌此種情形於商人之中。特設小商人一階級。使不適用商號商業註冊商業帳簿各條之規定也。

(三) 小商人之餘論 小商人之標準及其效果已述於上矣。然茲尚有關於小商人之間題者。凡三則。一則曰公司亦得以小商人存在否耶。二則曰一人得兼有商人與小商人之兩資格否耶。三則曰小商人得選任經理人否耶。此三問題於法律之適用及解釋所關匪淺。而學者主張亦不一致。茲分述如左。

A. 公司亦得以小商人存在否耶。公司亦得成爲小商人否。其在以明文不認公司爲小商人之立法例。自不發生何種問題。如德舊商第十條第二項及德帝商第四條第二項第六條第現項是已。反之其在無明文規定之立法例。則恆惹起學者解釋上之爭議。如日本商法及我國現制是已。通觀我國公司法。公司分爲四種。(公司法二條一項參照)均無限定其資本金額。必須達到某數以上。方可成立之明文。是在無限公司、兩合公司、股份兩合公司。其得以五百元未滿之資本設立。固不待言。即如股份有限公司。雖依公司法第一百十一條之明文。每股金額。至少須爲二十元。然依同法第八十七條股份有限公司。有七人以上之發起人。即能成立。則解釋上僅有七人發起。且每人僅認一股。亦不能不認公司爲已成立。是雖在股份有限公司。亦非無以未滿五百元資本成立之理。亦甚顯然。準是以論。法律既無不准以未滿五百元資本設立公司之制限。而

公司是否得爲小商人之間題以起。學者就於此項疑問之解答。有主持積極說者。謂公司設立。既得僅以五百元未滿之資本而成。則依商人通例施行細則。所定資本不滿五百元者。以小商人論。自不能不認公司之得爲小商人。吾輩對於此項學說。若專從理論上立言。固非絕對不能贊成。惟統觀商人通例之全文。從實質上探究立法之真意。商人通例第三條所以特區劃小商人一階級者。其主旨全在不令小商人適用關於商號商業註冊商業帳簿各種之規定。原非漫然爲無意識之區別。蓋如雖在小商人。亦全與通常商人一律適用全編之規定。立法上既無區別小商人之必要。亦自無認小商人存在之餘地。此理之至明者也。今商人通例既明定小商人不用商號商業註冊商業帳簿各條之規定。而於公司設立。則又不問爲何種公司。均令遵行關於商號商業註冊商業帳簿各條之規定。一則曰公司之名稱應標明其種類。(公司法二條二項參照)再則曰公司應造具財產目錄資產負債表云云。(參見公司法各條之中)是商人通例所定小商人不適用關於商號商業註冊商業帳簿等項規定之明文。原專爲自然人之營商而設。並不兼括法人之公司在內。蓋可推知。故由是言之。法條上於小商人不適用之各規定。在公司既無亦不適用之餘地。則其論結。無論公司資本是否不滿五百元。均不得以小商人爲居。即法律亦不以小商

人目之。其義亦自瞭然。此吾輩對此問題。所以取消極說。認公司之不能以小商人存在也。

匪直此也。公司可得而成爲小商人。殆又不過想像上有如斯之困難問題而已。若自實際的情形觀之。凡人之於社會上設立一公司也。必求信用鞏固。授受安全。鞏固之法。安全之方。端賴資本雄厚。萬無以四五百元。孟浪從事而創辦公司者。縱或有之。亦不過少數市儈狡猾者流。欲從中俾利而已。然其不能見信於社會。固可想見。是以上述之問題。於實際上益非必要矣。

B. 一人得兼有商人與小商人之二資格耶。在同一人同時以五百元以上之資本爲一營業。以五百元未滿之資本爲又一營業。此時該營業主體之人。應爲單有商人之一資格耶。抑應解爲併有商人及小商人之二資格耶。學者對於此點見解。殊不一致。有主張一人不得併有商人及小商人之二資格者。其論旨。在謂一人同時一以五百元以上之資本。一以五百元未滿之資本。分別爲兩種營業。亦不過取得商法上所謂商人之一資格而已。並不能因營業種類及資本之差異。致生商人人格之複數。而反對論者。則謂一人得併有商人及小商人之二資格。其論旨。在謂一人同時一爲五百元以上大資本之營業。一爲五百元未滿小資本之營業。其營業既全然爲獨立之經營。則自大規模之營業觀之。其人爲大商人。自小規模之營業觀之。其人即爲小商

人是一人得兼二資格明甚。固不容強混二資格而爲一資格也。吾輩於解釋此項問題。亦贊成後說。蓋商法認商人（對於小商人言。即爲大商人）。其小商人之區別。非於商人全體之人格認之。而關於其營業之如何認之者也。此理與論定商人與非商人之區別相同。在同一人或時以商人資格爲行動。或時以非商人資格爲行動。既無否認之理。即同一人就於甲營業爲大商人。就於乙營業爲小商人。兩種資格。同時併立。事實上既無窒礙之處。即法理上亦決無扞格之虞。

C. 小商人得選任經理人否耶。按商業主人選任經理人。雖未爲註冊。亦不失爲經理人。似雖在小商人。亦得選任經理人者。而其實不然。商人通例關於經理人之選任解任。均命商業主人呈報註冊。並非如商號註冊。可任商業主人之任意爲之。此可知立法之旨。認經理人制度。與所設之註冊制度。兩相關聯維繫。非可自由分離矣。小商人依前揭第三條之明文。既不適用關於商業註冊之規定。即小商人之不得選任經理人。自可據此論決。無可疑也。至除經理人外。選用其他之商業使用人。如夥友勞務者之類。既無須行註冊之規定。則小商人使用此等之夥友。令爲自己從屬。以助其營業。自屬毫無不可。此固無俟於贅論已。（商人通例關於經理人之規定。因新民法有其規定。似應失效。惟據民法經理人之選解。無必須註冊之明文。是則小商人亦未始不可選任經理人以助其營業。將來或另有單行法頒行。方可決定從違。）

第三 自然人商人與法人商人

以上所述。乃商人通例中之商人之分類也。而於學理上。尚有一種區別。即自然人商人與法人商人。是已。

凡自然人得為權利之主體。故亦得為商業之主體。且如果有完全之行為能力。則得為法律行為。因之亦得獨立營業。又即令為限制行為能力人。或無行為能力人。而不能獨立營業。然亦不妨使人代營。其於商人之資格。即得為商業之主體。固毫無所損也。故自然人之得為商人。於法律上無庸置疑。其足供吾人之討論者。厥維法人營商之一問題而已。茲為澈底瞭解法人營商之法律關係為如何。不憚煩瑣。引伸其詞說如左。或亦不無纖微之裨益焉。

法人者。依法律規定所成立之人格。一社會的組織體也。(民法二五條參照)關於法人之本質如何。從來學者。聚訟紛紜。其最重要者。有擬制說實在說之二者相互抵觸。有如冰炭。余謂法人之人格。依法律而成立者。與自然人無異。且信法人為社會的組織體。其現實存在。亦與自然人從同。故其董事代表股東等。非法人之代理人。乃其機關耳。非法人以外之獨立人格者。乃組織法人之一部耳。蓋法人依於機關。自為行動。則固有行為能力也。

夫以法人爲有權利能力。行爲能力。則其得爲商人。固無疑矣。即從擬制說。謂法人不過依法律之擬制。認爲人格者。無行爲之能力。然所謂商人者。乃商業之主體之人。非必親理其業務也。是縱無行爲能力。亦得依代理人而營商業。故法人不失爲商人。雖在擬制說。亦非否認者也。雖然法人常別爲二種。一曰公法人。二曰私法人。將謂均得爲商人耶。抑亦有所限制耶。請於以下分論其何者可爲商人。並及其所適用之法規焉。

(一) 公法人。公法人者。謂國家及其機關。以行國家政務爲目的者也。國家機關之公法人。(即其公法)得分爲普通公共團體。與特別公共團體。前者之目的。在行一般之公共事務。其權限常從廣義推定之。如省市縣政府。及鄉鎮村等地方團體是也。後者之目的。在行特別之公共事務。其權限常從狹義推定之。如水利組合。及農商工會等團體是也。夫國家及其餘公法人。是否得營商業。學者議論。既不一致。立法例亦各攸分。(附註1)竊以爲對於此問題。宜分兩方面觀察之。即(甲)須分別國家及餘之公法人。是否得營經濟上可得利益之業。與(乙)經營此等事業時。商事法上是否認爲營業是也。第一問題。雖爲行政法上決定之問題。然國家及其他普通公共團體。爲達其共同之目的。於手段上。並無所限制。故以營利事業爲其手段。決無不可之理由也。第二問題。則爲學

者素所爭論。有謂『國家及其餘公法人。爲行政政治事務者。故不得爲營利事業。即令可以爲經濟上可得利益之行爲。然仍視爲行政行爲。而非營利行爲也。』云云。但就此點似應分別論之。若國家及其餘公法人以其所得利益充公共之用途。而行營利事業。則爲商法上之營業。是不待言。蓋因其目的。全在得利。適合於營業之性質故也。至於得利目的之外。尙有其他目的。與之並立時。倘得利之目的。被其他之目的所掩。則非營業。而屬諸行政行爲也。例如國有鐵道。其主要之目的。則在營利。與私設鐵道無異。故即令有交通行政上之目的。然仍爲營業。反之監獄中之製造加工。雖有得利之希冀。其主要之目的。則在授人以技藝。爲出獄後生活之準備。故非營業。而爲行政行爲也。

〔附註〕

(一) 國家可得爲商人乎 (二) 德意志多數學者謂國家以商行爲營業者亦可爲商人。雖論者有謂國家之爲商人。限於以收益爲特定事業之主要目的者。然其認爲商人。則無以異。(三) 意商第七條云。『國州及地方團體。雖不能取得商之資格。因其係商行爲。亦受商法商習慣之適用。』(四) 日商第二條云。『公法人之商行爲。限於法令無別段規定時。適用本法之規定。』此與德國學說相近如耶。抑與意商相近如耶。則尙有商權之餘地也。(五) 其餘公法人可得爲商人乎 (一) 普通公共團體可得爲商人否。自一般法律觀之。既別無禁止之規定。故斷其可爲商人。例如市街鐵道或供給煤氣電氣者。其營業有獨占之傾向。在社會政策。應使之歸於公共團體。是又社會經濟學者所主張者也。至於(二) 特別公共團體。其目的爲法律規定所限制。涉於目的以外之行爲。皆不得爲。故除法律規定所許外。不得謂之爲商人也。(以上松本丞治學說)

國家及其餘之公法人。既可營商業。即爲商人。自無待深論。但此等公法人所用之吏員。是否適用商業使用人之規定。亦一問題。夫官吏爲命令服從之關係。而非民法上之雇傭契約。自不能以商業使用人目之也。又關於商業註冊商號商業帳簿之規定。於國家經營商業時。亦適用與否。國家官吏之任用與服務。自有詳密之規定。而各官署之名稱。又非私人所得而假冒影射。關於計算。復有嚴密之會計法規。故關於此等之商事法規。性質上不必適用於國家也。(附註²)

〔附註〕

²公法人適用商號及商號商業註冊及商帳否。德帝商以明文規定之。其第三六條。帝國聯邦諸國及內國之地。方團體。不須登記於商業登記簿。云云。(下略)其第四二條。帝國聯邦。或內國地方自治團體。得不適用第三九條。乃至四一條關於商帳之規定。云云。(下略)關於此點。日本法尙屬曖昧。故議論紛紜焉。

(二) 私法人 私法人者。非以行國家政務爲目的者也。自其成立之份子區別之。可分爲社團法人。與財團法人。自其事業之性質區別之。可分爲公益法人。與營利法人。茲就第二類之區別。論其可否爲商人。

(甲) 公益法人 公益法人雖有社團與財團之別。然皆不以營利爲目的。此各國民法所同然者。但亦或有時經營經濟上可得利益之事業。以達其公益之目的。例如以慈善爲目的之公益法人。得以慈善資金之目的。而營買賣物品之事業。固無不可。然此際已非公益法人。而與營利

法人同視矣。(舊民章六八條參照)故公益法人究不得爲商人也。

(乙) 營利法人 凡以營利爲目的之社團。其取得法人資格。依特別法之規定。(民法四五條參照)此

種營利社團。即公司法上所稱公司。其種類凡四。(1) 無限公司。(2) 兩合公司。(3) 股份有限
公司。(4) 股份兩合公司。凡屬公司。均爲法人。(公司法一條二條三條參照)公司之營利事業。如屬於商業

之範圍。其得爲商人固無疑問。縱令所營者而非商業。然既具備商業之規模布置。且經呈報註
冊。即亦不得不認爲商人。故營利法人無論從實質的方面。或形式的方面。解釋。要皆可認爲商
人。從來學說。頗偏於空理的推敲。實未見允當也。(附註三參照)

〔附註〕3 公司是否以商業爲限。立法主義攸分。在采民商分立制者。皆以商業爲限。且網羅其法規於商法典之中。
如法德及日本。是在采民商統一制者。則祇問是否營利。初不問是否爲營商也。如我公司法是。依前者之例。經營商
業之公司。卽爲商人。自不待論。然營其他營業而設立之公司。是否亦爲商人。則言人人殊。有采消極說者。有采積極
說者。日本多數學者。因其民法第三五條之規定。故多采積極說。我國舊公司條例。公司以商行爲營業而設立之團
體。(公條一條)對於商業以外之營利團體。則無明文。惟於公司條例施行細則第一條二項。有以營利事業爲目的
所組織之團體。除法令別有規定外。準用公司條例之規定。故亦可用積極之解釋。謂之爲商人也。

第三節 商人之能力

關於商人能力之觀念有二。即商人之權利能力。與商人之行爲能力是已。商人之權利能力者。卽有權

經營商業。而爲權義主體之資格也。商人之行爲能力者。即因經營商業而爲法律行爲之能力也。前者爲商人身分之關係。後者爲商人行爲之關係。二者雖相爲維繫。然畢竟不可混淆。宜有以區別焉。蓋凡有商人之權利能力者。未必悉有商人之行爲能力。而凡有商人之行爲能力者。則無不具有商人權利能力之資格也。例如未成年人或禁治產人。雖屬有權營商。然不能親理其業。反之成年人或精神健全之人。既能親理其業。即能有權營商。故有權營商之資格。人人得而享有之。而可否自營其業。則恆因年齡精神之關係而有異。非必盡人皆有爲其行爲之能力也。商人之權利能力。其遞嬗變遷。自有其歷史之過程。比諸民法上之權利能力。非必攸同。故於法律上有特別研究之必要。至商人之行爲能力。除因行爲能力而惹起之商人註冊。爲其特殊之點。應別爲規定外。其一般之原理原則。殆與民法所昭示於吾人者。實無稍異。商法上即亦無另置規定之理由。故茲惟就商人權利能力之規定。與有關商人行爲能力之註冊。分別說明之如左。

第一 商人之權利能力 文明通例。營業自由。商人資格。本無限制。(附註1. 參照)凡屬人格者。皆得爲商人。不因人之地位、男女、老幼及內外。而有軒輊。所謂人民營業自由之權利。商法之上。無須特爲規定者也。惟我國各處商習。間有迹近壟斷。非入其業幫。不能爲某種營業。動加干涉。恣行傾軋者。於買賣

業以外之商業爲尤甚。此種習氣。不早革除。殊妨營業之自由。故商人通例特爲規定。凡有獨立訂結契約。擔負義務之能力者。均得爲商人。(商通第四條參照)以破除從來之陋習。徵之東西各國。罕見其例。蓋以營業自由。載在憲典。不必規定之於商法中也。(附註2。參照)至於無行爲能力者。或限制行爲能力者。皆不能獨立訂結契約。而擔負義務。雖有權利能力。而行爲能力。或全無。或被制限。故不能獨自爲各種法律行爲。因之亦不能獨立。而自經營商業。然商人資格。不宜有所制限。故雖爲無行爲能力者。或限制行爲能力者。亦依法律之規定。或使人代營。或使彼自營。而其得爲商人仍無以稍異也。雖然。人民商業之自由。亦祇能活動於法許自由範圍之內。然非絕對無限制者也。故國家因公益或其他理由。對於特定之人民或特定之事物。於公法上及私法上。設有限制之明文。則就其限制之點。自無主張營商自由之餘地矣。(民元臨時約法第六條前大理院統字第六七六號解釋參照)茲舉一般重要之限制如左。

(一) 公法的限制 公法的限制者。謂人民依公法規定之效果。而就於營業受限制也。屬於此種限制者。在現行法令中。頗占多數。茲舉其重要者於左。

甲 因刑事法之規定。禁止營業者。例如製造販賣鴉片嗎啡。及發行彩票。或爲其買賣之媒介。

與夫販賣猥褻之書畫物品。或銷燬制錢。化銅售賣。並運販罌粟種子等類是也。(刑法二七一條至二七三條禁烟法)

六條七條九條刑法二八（條二五一條民五一月二）
十七日司法部呈准銷燬前清制錢罪刑法條參照

乙 因行政法之規定不准一般人營業者。例如郵局運送信物及電信事業定為國家之專營。

菸酒收為國家公賣等類是也。至電信限於特定地點及一定用途。政府或亦有時許可由個人或團體私設。然亦僅許其自用。非許其以電信營業。此不可不有以分別之也。（電信條例二條三條
捲烟統稅條例參照）

丙 對於掌理特種職務之人民於在職中不許營業者。例如推事檢察官在職中不得經營商

業。律師非得律師公會之許可亦不得經營商業是也。（法院編制法一二條律
師章程一四條參照）

丁 非經政府或主管官廳之特許不准營業者。例如食鹽製造者非經政府之特許不得製鹽。

人民欲以製造販賣及修理度量衡器具為業者須得地方主管機關之許可等類是也。（製鹽特
許條例）

一條度量衡法一七條度量衡器
具營業規程一條九條十條參照

戊 於特定商業非經官廳核准或法律規定不許營業者。例如藥商必須開具姓名年齡住址。

及營業之牌號地點稟經官廳註冊給予執照始准營業。交易所須呈經工商部核准依據交易

所法始得成立等類是也。（管理藥商規則三條交易
所法二條七條九條參照）

除右列各款之外。尚有依地方警察行政而設有特種營業之限制。非取具一定之舖保水印。或並須繳存一定保證金。不准營業者。如以舊貨物之買賣交換。或加工改造。出售各項營業。非將舖號區域。貨類。及店主。經理人。姓名。年籍。住址。資本。詳細填註。取具八等以上三家舖保水印。呈報警察廳核准。不准開張營業。拍賣行商。除令取三家舖保水印外。尚須寄存二百元之保證金等類是也。關於此項警察法規上之限制。種類頗多。各地方不必盡同。是特就前京師警察章舉其一例而已。

前京師警察廳取締舊貨營業章程
條拍賣行取締規則一條二條參照

(二) 私法的限制 私法的限制者。謂人民依私法之效果。而就於營業受限制也。屬於此種限制。可更分為左列兩端。

甲 基於法文之明定營業受限制者。例如商號與營業一併轉讓。或僅轉讓營業。當事人間。並無特約者。則轉讓人在十年之間。不得於同一城鎮鄉內。為同一之商業。經理人或代辦商。非得其商號之允許。不得為自己或第三人經營與其所辦理之同類事業。亦不得為同類事業公司無限責任之股東等類是也。(商人通例三二條一項二三條並民
法五六二條公司法二八條參照)

乙 基於契約之締結營業受限制者。此即所謂當事人合意所生之限制也。例如商人以商號

及營業一併轉讓。或僅轉讓營業。當事人間定有不爲同一營業之特約者。其特約之範圍。關於區域。不過本縣轄境。關於期限。不過二十年者。其特約爲有效。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者。此等契約。只得於營業種類處所或時期。加以限制等類是也。（商人通例二二條二項）
第二三條五三條參照

綜上所述觀之。則營業自由。非絕對無限制者。已極了然。設於此有違反營業自由之限制者。其營業行爲。應認爲有效耶。無效耶。對此問題。吾輩以爲。應就各個事實。論究其營業目的之行爲。是否在於反背公安秩序。及善良風俗。即是否有害於公益。以資剖判。而不能單舉一概括的標準。以爲解答。茲爲分別論之。例如製造運販蠹國病民鴉片嗎啡。輸入販賣傷風敗俗之猥褻圖畫。此種妨害國家公益之營業行爲。本不能認爲商業。即其行爲。在私法上當然無效。若如官吏營商。充任公私商業執事人員。雖其違反官吏服務命令。應受訓告或付懲戒之制裁。然屬另一問題。而不能謂其營業行爲。在私法上當然無效。且其行爲。又非可以違服務令爲理由。任意撤銷。則結局。似尙應以其行爲爲有效。又如違反警察取締規則。或競業禁止之規定。而從事營業者。其營商行爲之自體。並非有違法之傾向。即不能謂其所營之業爲非商業。不過因違反限制之故。發生行政法上之制裁。與私法上之損害

賠償等問題而已。夫固非其行為自體。不能發生商事法上之效力也。

〔附註〕

(一) 粵稽古代。賤視商業。自由人民。營商有禁。迨後此風稍熄。然尙限於賤民之一部。而於士夫。仍不之許。蓋在當時。多以商人之身分爲不名譽。中古之世。漸視商業爲有益。乃限於自國之人民爲之。於是從來之賤商思想大變矣。迨至近古。對於歸化人及久居內國之外國人亦許之。遂無內外國人之分。惟對於竊盜及詐欺取財等罪人。仍絕對禁止。在此時代。則以商人并無何等之不名譽。且視之爲人生應有之一種權利也。(二) 營業自由之原則。大抵於各國憲法中確定之。但亦間有不然者。試舉一二成例言之。日本昔時有所謂株仲間者。例定非有仲間之株式。不得爲商賈。此於商業之壟斷實甚。至今大坂商界。尙有株仲間之餘習。當時立法者欲破除其限制。故商法第十條。有得因契約獨立而負義務之各人。總得爲商之規定。此一例也。所謂株仲間者。卽商界中之各業幫。亦謂之商業仲間。其始因同業者。謀彼此通便。及整頓業規而起。本祇爲一種私約。後以機智日出。不得不借助官力。呈請批准存案。於是有株仲間之制限。本業之人。公訂規條。各執議單。是爲仲間之株札。年納若干規費於官。有違背同業規條者。得加譴責。其不入業幫。而擅營該業者。得控官嚴懲。日本株仲間之制如此。至如法國昔時。於商人之制限。較日本爲尤甚。例如欲營商業者。必入其業之組合。且必先修業若干時。其期限甚長。入費亦甚多。且於修業期限以內。須受苛酷之使役。期限既滿。又必製作一奇巧之物品。呈請官吏認可。至其加入組合時。又別有一番手續。需費亦甚鉅。制限之苛如此。故法國商法草案第一條。有不論何人。有行商業之自由一語。惟因參議院以此種定期。應讓之於公法。遂予刪除。此又一例也。我國習慣。於商人資格之限制。雖無若日本及法國之苛酷。然商工百業。其有類於此者。頗衆。故商人通例。做日本舊商法及法國商法草案規定。凡有能力者。均得爲商人。而營商業。固所以破除各種限制。而合營業自由之正則也。

第二 商人之行為能力 商人之行為能力與一般的行為能力了無所異。在一般的行為能力關係。

於私人相互間之授受。至重且鉅。故應於一般私法。即民法中。示其根本原則。此種原則。不問商人與非商人。皆應遵守。初非僅僅商人爲然也。故自來各國商法。皆不設商人行爲能力之規定。而使

之適用民法。惟我國私法制度本不完全。當商人通例制定之時。尙無民法法典。雖前清現行律有成丁制。然與商人及商業不相適應。故商人通例。基於便宜起見。於商人之能力。並置規定焉。即該條例第五條乃至第七條是也。現在民法頒行。且確立民商統一制度。則商人通例所規定之商人之行為能力。微論與現行民法有所抵觸及不符。應歸無效。且律以新法優於舊法之定則。亦在失效之列。故在現行私法制度之下。研究商人之行為能力。尙非如前此之重要。又即令欲加以研究。亦惟有以民法為準。非可徒循商人通例之規定也。但商人通例關於行為能力之根本法則。固已失效。然其附隨於能力而存在之註冊關係。既非民法所願及。則其法則似尙保持其效力焉。茲所欲說明者。亦惟此註冊之關係而已。試分述如左。

(一) 法定代理人代無行為能力人。或限制行為能力人。營商業者。應行註冊。蓋在法定代理人。不過為法律上所定之代理人。而無行為能力人。或限制行為能力人。實為其商業主體。故必使據實呈報註冊。一以使公眾知法定代理人得有該營業之代理權。一以使公眾知該營業實為該無行為能力人。或限制行為能力人之所有。而不弊混。此呈報註冊事宜。應由法定代理人任其責。屬於強制。非可任意者也。(商通六條二項志)
田案五條參照)

(二) 限制行爲能力人。獨立營業者。應行註冊。法定代理人。允許限制行爲能力人。獨立營業者。限制行爲能力人。關於其營業。有行爲能力。(民法八五條參照)故限制行爲能力人。既得營業。允許。則於營業上。交易。早有全權操縱。不必事事。得法定代理人之同意。是以得有營業。允許之限制行爲能力人。即爲完全之商人。其經營商業。與人訂結契約之效力。與完全行爲能力人。無異。但相對人。若不知其是否。真得允許。須事事。致問其法定代理人。亦極煩瑣。故亦必呈報註冊。使公衆周知。關於其商業。實有完全行爲能力。以免疑誤。且必使本人及法定代理人。署名籤押者。所以示信也。(商通六條志田)

(參照
案四條)

第三章 營業

第一節 一般之說明

第一 營業之意義

營業一語。而有廣狹二義。廣義的營業。係汎指商業以外各般之營業而言。即第一章所說明者。狹義的營業。則專指商業而言。質而言之。即商人之營業也。特此狹義的營業。又有二種觀念。第一主觀的觀念。謂商人在營業上之一切行動也。此蓋自商業主人之活動方面而主觀的觀察者。故亦以主觀

的營業稱焉。第二客觀的觀念。謂商人在商業交易上之一切財產也。此乃以之爲客觀的存在物（商業之標的物）而觀察者。故亦以客觀的營業稱焉。通常所稱商人之營業云者。固得解爲主觀的意味。然如所謂營業之轉讓。若亦以主觀的意義解之。殆不可通。必從客觀的方面指其一切財產。其意始明。準是則法律上營業之用語。固未可執一而論也。特本章所說明者。則指此客觀的營業。引伸言之。非指商人之活動。乃指其商業交易上。一切財產關係。足以資其活動者也。

第二 營業之成分

營業（客觀的）之成分。學者常分之爲二。即積極的部分與消極的部分是也。試分別述之如左。

(一) 積極的部分 積極的部分。更可分爲左列各種。

(甲) 商業上之設備。如現貨、店用什器、銀錢、有價證券、書件、商業帳簿、電話、店舖、倉庫、製造所、地皮、以及其他動產、不動產。凡因商業交易上而設置者。皆屬焉。

(乙) 商業上之權利。凡與營業結合之權利。屬之。如商號權、商標權、著作權、出版權、意匠權、專賣特許權（無形財產權）等。是又凡因營業而存在之權利。亦同。如地上權、永佃權、抵押權、質權（權物）等。是其他對於商業使用人及代辦商等之競業禁止權、介入權、以及由交易所發生之

然。債權等亦包含之。又營業關係所生侵權行為求償之債權如商標權商號權侵害之債權亦

(丙) 商業上之事實的關係 積極的部分不僅財產與權利即關於營業之事實關係果有財產的價值亦不失為營業之部分如信用聲望以及營業上之秘訣博覽會之獎章賞牌凡營業主人得用之以吸收主顧招徠人客而獲利者皆是。

(二) 消極的部分 消極的部分即關於營業上一切之債務也此有關營業之債務亦得為營業之部分惟所謂有關營業之債務非必指由營業交易上所生也其原因於侵權行為或不當得利所生之債務苟有關於營業者亦包含在內。

營業之成分既如斯廣泛故其範圍亦難明確也。因之影響於營業之轉讓所關尤鉅。蓋自通常情形言之營業之轉讓非必包括其營業上一切之財產(積極的)而不得缺其一部也。亦非必僅轉讓其積極的部分而不轉讓其消極的部分也。質而言之包括的轉讓固有之然而限定的轉讓亦未嘗無之。是則轉讓之界限如何洵解釋上之一問題也。

營業在法律上之性質極爲漠然。學者解釋約分兩派。一謂爲營業之主體。其意以營業有特別的名稱。(商號)有特別的住所。(營業所)有特別的審判籍。與夫債權人之求償。先向營業財產而後及其他財產代理權之存續。主以營業之存續爲限。而於本人之生死無關。某種契約關係之存滅。亦主以營業爲根據。初不問契約當事人之如何。又宜以營業爲主。而作成資產負債表。進是以譚營業與商業主人似若分離。恰有二人之觀。宜視爲人格。故營業自體在商業之關係上爲獨立之享有者。或負擔者。商業主人特其第一之使用人而已。此說爲德儒莫姆遜所倡導。恩德曼附和之。二謂爲財產之集合。其意以營業財產不過商人舉其私用財產使用於營業耳。雖彼此設有貸借界限。分明與商業主人恍若二人。然亦僅爲計算之便宜。非具有獨立存在之性質。故營業非有人格。乃一種包括財產。尙爲營業主人權利義務也。此說德儒貝格爾主張之。由此說推論。其結果如左。

(甲) 營業主人於營業財產與私用財產。固得自由劃分。且劃分之後。亦得自由改廢。然此僅爲帳簿上之區別。於法律上並不發生何等差異之效果。此其結果一也。

(乙) 營業交易上之債權人。得於商人之私用財產上請求清償。而營業交易以外之債權人。亦得於營業財產上請求清償。此其結果二也。

(丙) 營業上之債權債務與其他債權債務得相抵銷。此其結果三也。

若夫一人分資本爲數箇營業者。其數箇營業相互間之關係亦與上述無異。蓋營業雖爲數箇。而同屬於一人。則此一箇營業之債權債務與彼一箇營業之債權債務同屬於一人之權利義務。在法律上全無差異故也。

第二節 營業之轉讓

第一 營業轉讓之之概念

營業之轉讓與習俗所稱之推盤受盤及生意出頂其義無別。在當事人之衷心固未嘗不以營業視同一個物件。由一方轉讓而他之一方承受之。然在法律上營業既非權利之主體。亦非權利之客體。僅僅爲財產之集合。無獨立之存在。不得爲單一權利之標的。故轉讓營業云者。乃以複雜契約使營業之諸成分在法律上同歸於一種運命而已耳。

第二 營業轉讓之意義

營業之轉讓者。商人以其總括的營業財產移轉於他人而繼續營業之法律行爲也。故其注意之點有四：(一)總括的營業財產。(二)法律行爲。(三)繼續營業。(四)契約關係。試分說如左。

(一) 總括的營業財產 營業轉讓之內容爲總括的營業財產。故若以營業財產之各部分割轉讓之。則祇成爲單純的財產權之移轉而已。非營業之轉讓也。然所謂總括云者。非必指營業財產之全部。但在不害營業之個體性之可能範圍內。則組成營業財產之各部分。縱令稍有變更。或稍有增減。即亦無傷於營業之轉讓。此其理甚奧也。

(二) 法律行爲 營業轉讓之行爲爲法律行爲。蓋當事人一方轉讓。一方承受。因而惹起法律上之效果。故謂之法律行爲。法律行爲有有償行爲與無償行爲之別。營業之轉讓。以有償行爲爲固。可使其發生。即以無償行爲亦可使其發生。學者或疑營業之轉讓。專自有償行爲發生者。誤也。有償之轉讓。對於營業構成部分之財產。與買賣互易無異。無償之轉讓。與贈與同。而其爲法律行爲則一也。

(三) 繼續營業 營業轉讓。須爲移轉總括的營業財產。固與單純財產權之轉讓。良有不同。且即使如此。亦尙不足以言營業之轉讓。故當轉讓時。受讓人須有繼續營業之意思。若無此意思。即令有總括的營業財產之轉讓。亦不過一單純財產包括的轉讓而已。非營業之轉讓也。例如商品雖屬營業財產之分子。然若以之出售於通常之主顧。則僅爲普通之買賣。而非營業之轉讓。

又如雖將總括的營業財產出售。然受讓人並無繼續營業之意思。或改爲他種之營業。亦僅爲普通之賣買。而非營業之轉讓。其著例也。

關於主顧或營業上秘密等事實關係。本無權利之可言。故轉讓人對於受讓人。使其得以享受。此關係發生之利益。即可初非必具有何等具體之授受也。

(四) 契約關係 營業之轉讓。轉讓人依其轉讓而脫離營業。受讓人依其轉讓而繼續營業。故自兩方之行爲觀之。一則爲最後的法律行爲。一則爲最初的法律行爲。併合此兩個行爲。斯爲合意行爲。亦即整個的轉讓行爲。此轉讓行爲。在法律上之性質。爲契約關係。質言之。轉讓行爲者。契約行爲也。故因繼承遺贈。或公司之合併。而承受營業者。非轉讓營業也。所以者何。蓋繼承遺贈。或公司之合併。在法律上。皆分別置有特殊的規定。不得以營業之轉讓目之也。

營業之轉讓。爲契約關係。已如上述。而此種契約之狀態。與通常之契約。大相迥異。通常之契約。強半爲單純獨立之狀態。或基於買賣。或基於贈與。或基於互易。又或基於其他之債務關係。當事人對於一種特定之事項。合意其契約。於是而締結而完成。至於轉讓營業之契約。則不然。蓋營業由營業諸成分。集合所組成。而營業諸成分之性質。又非必攸同。當轉讓時。勢必先就營業。

諸成分一一訂結契約。由此箇別的契約併合之爲一箇行爲始足云爲營業之轉讓。故營業之轉讓。迺複雜契約之併合。非單純的獨立契約也。商法上所認營業轉讓者。究不脫乎買賣及贈與等之範圍。即其複雜契約之訂結。輒以此等事項爲基石。營業財產之轉讓爲有價者。則屬於買賣。反之營業財產之轉讓爲無價者。則屬於贈與。複雜契約者。即指此諸種有價的無價的之契約也。併合者。即指此契約之混成體也。至於營業轉讓之效力如何。請於第四項詳論之。茲不贅焉。

第三 營業轉讓之範圍

營業轉讓之範圍如何。法無明文規定。通常所謂轉讓營業。率包含商品、商號、店舖、商帳、及信用在內。然或有分營業成分爲要素。常素者。謂信用爲要素。以爲轉讓營業必不可缺者。謂店舖、商品、商號、商帳、簿爲常素。以爲常與營業一併轉讓。而時亦分離。要之營業之範圍。旣不明瞭。而法律亦未規定。故當轉讓之際。何者應一併轉讓。何者可與之分離。又其所包含者。果當如何。不免發生疑問。惟有尊重當事人之意思。並參察營業之種類狀況及商業習慣以解釋之耳。

第四 營業轉讓之效果

(二) 對於當事人間之效力 商人信用爲營業之中心。轉讓營業。常置重焉。故商人通例於轉讓營業。不問其爲單獨轉讓。爲商號一併轉讓。皆使轉讓人於同業競爭。負避止之義務。蓋受讓人之讓受營業。原欲以其營業之信用。博取利益。若轉讓人復得爲同一營業。與之競爭。必害受讓人之利益。恐轉讓營業。有其名而無其實。故特禁止轉讓人爲同一營業也。今就當事人彼此特約之有無。分別說明之如左。

(甲) 當事人彼此並無特約時 營業轉讓當事人。若彼此並無特約時。則轉讓人在十年之間。不得於同一城鎮鄉內(附註)爲同一之營業。(商通二二條一、項二三條參照)此之謂法定區域。夷考其由。蓋營業一旦轉讓。則關於營業上一切之設置及權利。因受轉讓契約之束縛。自應移歸於受讓人。此若令轉讓人仍得再營同一之營業。其結果必使受讓人之權利。蒙其損失。且因營業不能專屬。時致轉讓之效力。不能見信於社會。甚非所以維持商業之秩序。故法律特有此禁止之規定焉。在轉讓人固不得借口無其特約以規避法之適用者也。然使此禁止規定之期間。過長區域過廣。即其限制。漫無標準。則又使轉讓人歷久受其羈勒。甚焉者。迺至畢生而永無重整旗鼓及奮發有爲之機會。豈惟個人之生計。由是而絕。即社會國家亦自茲而窮。徇一方之私利。壞天人之

公理。故法於其期間與區域。斯又不得斟酌之。務求其無偏私一面也。

(乙) 當事人彼此定有特約時。當事人如定有不爲同一營業之特約。轉讓人固當遵守特約。不得爲同一之營業。然全聽諸特約。毫不加制限。則必至破壞營業之自由。斷絕轉讓人之生計。故復設一制限。其特約之範圍。關於地域不得過本縣管轄區。關於期限不得過二十年。此所謂契約區域。逾此範圍。其特約無效。(商通第二二條第(二)項(三)條參照) (參照附註2)

〔附註〕(1) 法文所謂同一城鎮鄉。其標準如何。有謂應以轉讓人之營業所在地爲標準者。有謂應以受讓人之營業所在地爲標準者。前說較當。蓋若採用後說。則當受讓人於數處城鎮鄉有其營業所時。究以何處爲標準。殆無從判定之矣。又同一城鎮鄉。非一個城鎮鄉之謂。例如甲在濟南青島均有營業所。甲苟將二處之營業轉讓於乙時。則於該兩處均應受同一營業之禁止也。(2) 商人通例第二十二條第二項所稱逾此範圍。其特約無效。解釋上有兩說。甲說謂逾此法定範圍。其特約全部無效。即等於無特約。惟轉讓人尙受同條第一項之限制。乙說謂非特約全部無效。祇令其逾此部分無效耳。例如約定期間爲二十五年。約定地域爲道或省。則二十年有效。其餘之五年無效。懸應有效。而省道無效。是已。多數學者均采後說。吾輩亦以爲然。

(三) 對於第三人間之效力。關於營業轉讓對於第三人之效力如何。商人通例尙無特別之規定。故轉讓營業。欲使之對於第三人亦發生相當之效力。則非就營業上之各箇權利義務。依法及其他特別法令。一一履踐其必要之程序。尙難致完全之效果也。例如動產須交付。不動產

須登記。(民法七五八條)遂此程序。非但不能與第三人對抗。即當事人間。亦不能發生效力。至關

於債權之讓與。則非轉讓人或受讓人通知債務人。(即現在所 謂第三人)對於該債務人。亦不發生效力。

(民法二九 七條參照)又轉讓營業。轉讓人所負之債。通常由其自己理楚。但亦間有隨營業資產權利一

併轉讓者。此時受讓人既就營業概括承受其資產及負債。應對於債權人。(即現在所 謂第三人)為承受

之通知或公告。否則不生承擔債務之效力。(民法三〇 五條參照)其他轉讓營業時。關於票據、有價證券、著

作權、特許權、意匠權、商標權等之讓與。須經特別法令所規定之方式與程序。苟不履踐此等程

序。則第三人尙得視轉讓人為權利者。受讓人不得對第三人主張其權利也。其例不遑枚舉。暫

從略焉。要而言之。當事人雖締結契約。轉讓營業。苟非就其成分。一一分別履踐其法定程序。則

對於第三人尙不得謂即有效力。而轉讓營業。必且等於具文。難期實效矣。故欲使轉讓營業不

致有名無實。其程序頗繁雜也。

第四章 營業所

第一節 營業所之意義

營業所者。營業之事務所也。即商人在商業交易上一切行爲所根據之處所也。人非商人。則無營業所。

苟無營業。亦無營業所。且若非營業之本據地。(即營業之中心地)亦不得稱為營業所也。試更分析述其意義如次。

(一)營業所者處所也。營業所為一處所。與民法上所謂住所。髣髴相似。然而住所為人之生活本據。舉凡錢財田土婚姻繼承及其他社會上一切普通事項。皆資之以為據。其範圍廣大無垠。而營業所則不問是否為人之生活本據。僅指商業上之事物行為活動之處所也。其範圍常狹。夫在普通之商人。固多以住所為營業所。而營商業。然規模稍大之商人。則於住所之外。另有其營業所矣。是則營業所與住所。雖同為處所。而其觀念則嶄然獨立。不可混淆也。又住所雖有移轉。營業所非必當然隨之移轉。惟在公司以本店所在地為住所。(公司法四條參照)故住所之所在。與總營業所之所在相一致。不無有異耳。至於營業所設置之時。無須何等之方式。亦不受何等之限制。惟在公司則須載明於章程。且應登記而已。

(二)營業所者營業之本據地也。營業所者。商業交易所根據之處所。故為營業之本據地。(即營業之中心地)換言之。即關於營業之指揮命令所自發之主腦所在也。故工場貨棧倉庫廠廩第供事實上行為之用途者。不得謂之營業所也。有以營業所為商人基本行為作為(如營業上契約之締結)之地

者。有以營業所爲商業上指揮發動之地者。其實皆不外商人於營業上活動中心地之意耳。

(三) 營業所者商人營業之事務所也。營業所。惟商人始可有之。普通人不得有之也。普通人縱令自稱其事務所爲營業所。亦不生法律上之效果也。然以營利事業爲目的組織之團體（如公司）以適用特別法。故亦得有營業所也。

商人於同時而有數箇獨立之營業。則就各營業。分別設置數箇之營業所。其間各自獨立。毫無牽連之關係。然商人因一箇之營業。而有數箇之營業者。則其間主從之關係。於以生焉。爲主者

曰本店。（總營業所）爲從者曰支店。（分營業所）嗣後詳述焉。

第二節 營業所之效果

營業所在法律上之效果如左。

(一) 營業所爲定商業註冊管轄官廳之標準。（商通八條參照）

(二) 爲商業交易上債務履行之處所。（民法三一四條日商二七八條參照）

(三) 行票據權利或保全其債權所爲一切行爲。於其利害關係人之營業所爲之。（票據法一條參照）

(四) 訴訟管轄區域以營業所所在地爲標準。（民訴法七條參照）

(五)在民事訴訟定函件配送之處所。(民訴法一三七條及一三九條參照)

(六)定破產事件之管轄法院。(破草一一一條參照)

第三節 營業所之種類

營業規模闊大之商人。其事務之範圍廣汎。僅有一營業所。不足以應其繁劇。多有設數個營業所者。而數個營業所之間。自生主從之別。為主者曰本店。為從者曰支店。茲述其二者之要件、關係、及區別如左。

一、本店支店之要件 本店支店之關係。其成立須具備下列二要件。(甲)本店支店之間。須為同一營業。若營業不同。則其關係不能成立。但所謂同一營業者。其營業之目的相同而已。其營業之範圍。則非必悉同於本店。例如本店兼營批發與零售。而支店則專營零售。法律上仍不失為支店也。(乙)本店與支店。須隸屬於同一主人。至其主人為自然人為法人。非所問也。故不隸屬於同一之主人。縱令有支店之名稱。然此乃事實上之支店。而非法律上之支店。例如我國外省各埠。每於其營業字號。標以「上海分此」或「北平支店」等用語。而其營業主人。並非同一。此蓋無非圖招徠主顧。以暢旺其營業。於法律上不得謂為支店也。(丙)本店與支店之間。有從屬的性質。即支店須隸屬於本店之下。而營本店營業中一部之業。故代理商之營業所。非支店也。以代理商為獨立之

商人而代理商之營業所。迺獨立之營業所。既非屬於同一之主人。亦非與本商人之營業所有從屬的關係也。此外本店與支店之設置。不必限於異地。雖與本店相同之地。亦可設支店。惟其所任。決不可相同也。

二、本店支店之關係 本店與支店相互間之關係有三。(甲)活動之關係。本店爲商業上活動之主宰。關於營業發指揮命令。支店輔助本店當交易之衝。共爲屬於同一商人同一營業所也。然其間因有主從之別。故在內部支店當遵守本店所定方針而爲交易也。(乙)存滅之關係。本店與支店。以有主從之關係。故本店消滅。支店即當然隨之而消滅。反之。若支店消滅。則於本店之存在。無直接之影響也。(丙)權義之關係。本店與支店俱爲同一商人同一營業之營業所。決非有法律上之人格。故其各交易上所發生之權利義務。俱由營業主人負擔。而本店與支店彼此之間。若爲法律行爲。亦不生效力也。

抑支店不可無支店相當之設備。即於本店所定營業方針之範圍內。有能自由交易之設備者。始可謂之支店。若夫僅遵本店之指揮命令機械的行動者。如本店派出之坐辦夥友。非支店也。

三、本店支店之區別 本店與支店。其區別之標準及實益如下。(甲)區別之標準。關於本店支店

區別之標準。自來有形式、實質、及折衷之三說。自事理上觀察之。要以折衷說爲最諦當。(附註1) 參照

(乙) 區別之實益。本店支店之區別。不僅爲學理上問題。且於法律上。顯其實益。卽凡應在本店該管官廳註冊之事項。於支店該管官廳。亦應註冊。其一也。(商通九) 條參照支店得選任經理人。其二也。(商通三) 條參照

支店交易上所生債務。以其支店爲履行地。其三也。(日商二七八) 條三項參照

[附註] 1 本店支店區別之標準。自來有三說。第一形式說。謂於其店舖之實質無關係。苟爲對於本店之營業所。而有支店之名稱者。皆支店也。第二實質說。謂名稱之間題爲末。實質爲本。故其實質爲主營業所者。本店也。爲從營業所者。支店也。名稱如何。非所置重也。第三折衷說。謂本店支店之區別。不能純自形式定之。亦不能單由實質定之。必參酌於二者之間爲標準。卽支店者。有支店之名稱。而又有對於本店之實質者也。以上三說。以折衷說爲多數學者所採用。

第五章 商業註冊

第一節 商業註冊之概念

第一 商業註冊之必要

信用者。商業之生命也。無信用。則商業不得發達。信用何以生。因明知事實之真象。而後發生。商人。之爲營業。非對於個人爲之也。乃對於公衆繼續爲交易耳。然則欲使公衆盡知其真象。而以博信用者。非於特要之法律關係公示之不可也。且爲保護一般公衆計。保護特定相對人計。使其不蒙不測之

損害。以圖交易之安全。謀經濟之發達者。亦以周知狀態彼此無猜爲尙。此進步之商法。所以同認商業註冊之制度也。

第二 商業註冊之起源

粵。稽。羅。馬。時。代。命。商。店。揭。一。定。之。牌。號。以。公。示。其。營。業。之。狀。態。此。係。古。來。習。慣。各。國。皆。同。降。及。中。古。商。人。團。體。之。議。起。而。合。夥。名。冊。之。制。生。凡。願。爲。商。人。合。夥。員。者。必。於。合。夥。人。冊。上。記。入。其。旨。始。與。以。商。人。資。格。此。爲。商。人。法。時。代。亦。居。然。有。強。制。註。冊。之。效。力。其。後。一。般。商。人。主。義。之。立。法。變。爲。商。行。爲。主。義。之。立。法。未。列。入。名。冊。者。亦。得。爲。商。人。因。而。又。變。化。其。合。夥。名。冊。之。意。義。以。公。示。商。人。營。業。上。之。狀。態。爲。其。目的。而。發。生。現。今。商。業。註。冊。之。制。度。此。關。於。商。業。註。冊。起。源。之。厓。略。也。

第三 商業註冊之事項

各國立法例。關於商業註冊之事項。其規定之方法不同。有於註冊事項。設一般規定者。是之謂概括主義。有不設一般規定。而於每個事項分別規定者。是之謂箇別主義。其設一般規定者。如德國新舊商法。瑞士債務法。匈牙利。西班牙。葡萄牙。等國之商法。日本新舊商法。是其不設一般之規定。而於每個事項。分別規定之者。如法。比。荷。意。等國之商法。是。而一般規定之方法中。又細別爲兩種。有專爲實

質上之規定者。如日現商是。有舉實質與程序而一併規定之者。如日舊商是。我商人通例。則專自實的事項而爲一般之規定。蓋采概括主義。且用實質的規定之方法焉。

第四 商業註冊之主義

各國立法例。關於商業註冊之立法主義。得分爲三種。(一)自由主義。其註冊與否。悉聽當事人之自由。惟一旦註冊。則得與第三人對抗。否則不能發生對抗之效力也。西班牙、葡萄牙及日本新舊商法。咸採用之。(二)強制主義。由法律限定某種事項。使必註冊。若延宕不遵。卽科以罰鍰之制裁。此於第三人及註冊人兼保護之也。德帝商法及維愛斯雷氏日商草均採用之。(三)呈請主義。由呈請人呈請。亦可註冊。惟不生特別的效力。僅第三人業經查閱其註冊知悉某事項。則不得主張善意。(即不知情)以對抗註冊人而已耳。我國商法調查案、志田案及商人通例。似均採用之。此三種主義。自第一種主義言之。一旦註冊。卽得對抗於第三人。故其對抗之範圍廣。不問第三人知情與否。皆得對抗之。其待遇第三人似不無苛刻之嫌。自第二種主義言之。其著眼之處。重在保護第三人。而兼帶保護註冊人。然何以必須如此強制。亦非有確切不移之根據。更自第三種主義言之。註冊與否。非必強行。一旦呈請。則及其效力於第三人。自屬圓融之辦法也。

第二節 商業註冊之意義

商業註冊者。就商人通例規定之事項。依商業註冊規則所爲之註冊也。茲就此定義。分析說明其要件如左。

(一) 商業註冊之事項。要爲商人通例規定應行註冊者。故依民法及其他特別法規定所爲之登記或註冊。非商業註冊也。例如不動產登記、人事登記、法人登記、技師登記、銀行註冊、輪船註冊、旅行業註冊、公司註冊。或則全然與商業註冊相異。或則有類乎商業註冊。要之。既非由商人通例規定所應行之註冊。即亦不得謂爲商業註冊也。至其與商業註冊實質上之異點。所涉及者太廣。既非本書之範圍。茲不具論。

(二) 商業註冊之程序。要依商業註冊規則所定者。故如商標註冊。意匠權註冊。似與商業註冊無異。然其註冊之程序。非依商業註冊規則。而另有其他特殊法規所定之程序。故仍不得謂爲商業註冊。要之。商業註冊之意義。非依實質上之觀念。乃純由形式上的標準也。

第三節 商業註冊之性質

商業註冊法律上之性質。爲對抗第三人之條件。即以既存之權利。向第三人而主張之。故學者以權利

確保之效力稱焉。然此乃原則不無例外。例外維何。即商號註冊。非以之爲條件。亦卽非以既存之實事向第三人主張。乃資之而新創設權利。(商號專)故學者以權利新設之效力稱焉。由是言之。商業註冊非必單一性。實則爲一種複雜性之註冊也。(參照附註1)至論商業註冊之作用。則不外爲積極的狀態與消極的狀態兩種。此則與一般之註冊或登記。固毫無所歧異也。(參附註照2)

〔附註〕(1)德國學者柯扎克 *Conrad* 氏。其論註冊之效力。曾分爲三種。一曰權利設定註冊。二曰權利確保註冊。三曰權利公示註冊。依其說也。註冊者爲法律關係設定之要素者。斯爲權利設定註冊。註冊者有確保法律關係之效力者。斯爲權利確保註冊。註冊者於公示法律關係外。別不發生私法上之效力者。斯爲權利公示註冊。準此分類。證以商人通例中商號註冊。與乎公司法第五條之公司成立登記。屬於第一種。其適用商人通例第十一條之註冊。及商號轉讓之註冊。則屬於第二種也。至權利公示註冊。非商法所認。卽亦不贅。(2)商法上之註冊。其作用之狀態。與其他註冊或登記。有同然者。卽積極的狀態。與消極的狀態。是已。前者卽商法上之或種法律關係。必須經過註冊程序。以爲完成之條件者也。例如取得商人資格之註冊。未成商人營業。法定代理人經理人之註冊。商號之註冊。及公司成立之註冊。皆其適例也。後者卽商法上之或種法律關係。係必須經過註冊程序。以爲銷去或終結的條件者也。例如代理權消滅之註冊。退股之註冊。股東責任完結之註冊。公司合併之註冊。公司解散之註冊等。皆其適例也。

第四節 商業註冊之事項

商業註冊之事項。散見於商人通例各條之中。茲列舉如下。

- (一) 商人註冊。(商通二條參照)
- (二) 年齡未滿二十歲人註冊。(商通六條參照)
- (三) 法定代理人註冊。(商通五條參照)
- (四) 撤銷或限制註冊。(商通七條參照)
- (五) 商號註冊。(商通一九條二一條二四條二五條參照)
- (六) 經理人註冊。(商通三七條參照)

綜上所舉觀之。商業註冊。有關於形式。商人者。如一號。是有關於行為能力者。如二號。三號。四號。是有關於一般商人者。如五號。六號。是。(參照附註)要之。其註冊事項。均由法定。即非法之所命。或法之所許。則不得為之。其基於法之所命者。是曰絕對的註冊事項。而基於法之所許者。是曰相對的註冊事項。考諸上列諸種。除商號註冊外。概皆屬於絕對的註冊事項焉。此外之事項。則不得註冊。縱即註冊。亦不生其效力者也。夷考厥由。蓋商業註冊之制度。由於一面為商人全信用。一面為公眾謀利益。則專從公眾利益計。即保護第三人之目的。着眼。似宜舉商人所有營業關係之全般。盡宣於眾。無絲毫隱秘。然而發表商人資產之真相。轉至毀損其信用。洩露營業上之秘密。又恐傷害其利益。是非所以保商也。故法律權其

輕。重。計。其。緩。急。其。不。必。秘。密。而。利。害。關。係。及。於。一。般。公。衆。者。即。有。毀。損。商。人。信。用。之。虞。亦。在。所。不。惜。務。必。使。之。註。冊。若。涉。於。營。業。內。部。之。狀。態。且。於。一。般。公。衆。之。利。害。非。有。重。大。關。係。者。則。無。須。註。冊。立。法。意。旨。蓋。無。非。調。和。商。人。利。益。與。一。般。公。衆。利。益。爲。主。不。欲。有。所。偏。倚。也。

〔附註〕

1. 於商人通例第六條。尙有所謂有夫之婦註冊。此因民法採男女平等之原則。有夫之婦。爲完全行爲能力人與夫

無別。故該條之註冊。亦不復能適用之。而自然消滅也。

凡於註冊事項。皆得適用之規則。計有二端。列舉如左。

第一 凡應在本店該管官廳註冊之事項。若本條例別無規定者。於支店該管官廳亦應註冊。(商通九條參照)

第二 業經註冊之事項。如有變更或消滅時。應隨時呈報該管官廳註冊。(商通一三條參照)例如年齡未滿二十歲者。營業允許之撤銷。經理人代理權之消滅。商號之廢止變更及營業遷移等是。

第五節 商業註冊之程序

商業註冊。應依商業註冊暫行規則處理之。茲略述其法定程序如左。

(一) 管理註冊之機關。商業註冊。應由該商人各就其營業所所在地該管官廳呈報註冊。此商

第五章 商業註冊

一八〇

人通例第八條之所規定。然所謂該管官廳者。究係何種官廳。勢須有待於附屬法令之規定。始不至無所遵守。據商業註冊暫行規則（民國十七年十二月十日工商部部命公布之以下簡稱商註規則或商註）第一條規定。商業註冊。以市政府及縣政府為註冊所。蓋對於商人通例第八條補充之規定也。（參照附註¹）

〔附註〕

1. 關於管理註冊之機關。各國法例。非必攸同。約分為四。（一）設置特別官署為註冊者。如英國是。（二）以商人團體及商業會議所所長。為初級法院之補助機關。又或以特別行政官吏（如公註人稅務署長）組織之者。如前普國是。（三）純然以行政官署管理之者。如我國是。（四）由法院充之者。如德日法諸國是。此四者之中。自立法論言之。以法院為最優。蓋以特設註冊所與法院較。則經費浩繁。不若使法院兼管此事。各地皆有法院。即各地皆有一註冊所。既可樽節。又甚便利。若夫以商人團體與商業會議所所長為補助機關。於事實上亦未嘗不便。但既為團體與會議所長。則與一般商人往來接洽。自不免有瞻徇情面等弊。不如專委之法院。則一秉法律。弊無自生。至於行政官署。其性質與法院迥乎不同。而商人倘有訴訟情事。必至法院提起。故屬之法院。較之屬於行政官署。尤為嚴厲。而遇事又可免間接之煩也。

抑商業註冊所。不以商人住所地為標準。而以營業所所在地為標準。究其理由。蓋因其與營業有最大而且密切之利害關係故也。

- (二) 呈請註冊之要件 商人呈請註冊之要件有二。(甲) 應照法定款式。具呈請書於註冊所。(乙) 依照法定額數繳納規費。茲分述如左。

(甲)呈請書之作製。凡呈請註冊者。應具呈請書。載明(1)呈請人姓名住址。(2)由代理人呈請者。其姓名住址。(3)註冊之目的及其事項。(4)註冊費及公費銀數。(5)註冊所。(6)年月日各款。而由呈請人或其代理人簽印。且凡由代理人呈請者。尤應加具代理之委託書。(商註七條參照)以證明其代理權之存在。夷考厥由。蓋呈請註冊。若聽商人之便。任意爲之。必至無從查核。故不可不具呈請書。此其一。然但用呈請書。而別無證據。則事實或不清楚。甚且自相違背。亦殊難免。故又須簽印。以昭鄭重。此其二。惟用極重之程序。而必須當事人躬親爲之。或有嫌遵守之煩。致來不願奉行之結果。故又酌乎事理之宜。而並許以委託代理人。此其三。要之呈請註冊。應具備法定之方式。而非可以言詞行之。故呈請爲要式行爲也。

(乙)註冊費之繳納。凡呈請註冊者。應繳納註冊費。爲其義務。至其應繳費額之多寡。則恆因註冊事項而有異。據商業註冊規則第十一條規定之標準如下。(1)商號創設之註冊。每件應繳註冊費十元。(2)商號轉讓之註冊。每件應繳註冊費八元。(3)經理人之註冊。每件應繳註冊費五元。(4)未滿二十歲者營業註冊。每件應繳註冊費五元。(5)法定代理人營業註冊。每件應繳註冊費五元。(6)其他事項之註冊。每件應繳註冊費二元。綜上所收各種註冊

費以四成留充註冊所辦公費。其餘六成報解工商部。

(三) 註冊事項之審查 商人呈請註冊之內容是否違法及有無錯誤。苟非審查無從覺察。其影響於商人之信用及公衆之利害甚大。故商業註冊規則第二十三條特設規定。註冊官吏自受註冊之呈請後。對於呈請之一切事項。應審查之。此即法律所課之審查義務。而爲註冊官吏所必應遵行者也。其審查之效果如左。

(甲) 當事人呈請適法時 在此情形。註冊所自收受當事人呈請書之日起。除有特別情形外。(參照次項)應於五日內。將註冊事務辦理完竣。發給證書。其證書之方式。應依照部頒三聯單填寫之。且註冊所每月所發證書。應於次月十日以前。連同應解註冊費。呈部換領執照轉發呈請人。(商註二條參照)

(乙) 當事人呈請違法時 在此情形。註冊所既經查得當事人之呈請。違反法令。則應令更正後。始行註冊。(商註三條一項參照)此即前項所稱之特別情形。故於五日以外。尙須延展其辦竣之時日也。但當事人於註冊後。覺察其註冊事項有錯誤或遺漏時。亦得呈經註冊所許可請求更正。(商註四條參照)夷考厥由。蓋呈請註冊事項。錯誤遺漏。在所難免。使不許其呈請更正。則當事人之

利益。無由保全。且與註冊之目的不符矣。

註冊所處理註冊事務。違反法令時。得由呈請人或利害關係人詳具理由。呈請工商部核辦。

商註三條
二項參照

(四) 註冊簿及註冊文件 商人應註冊事項。各有不同。故註冊所應分別其事項。具備下列註冊

簿。(1)商號註冊簿。(2)經理人註冊簿。(3)未滿二十歲者營業註冊簿。(4)法定代理營

業註冊簿。此等註冊簿。應按照部定格式編訂之。並宜依部定簡目簿之格式。各附以一簡目

簿。(商註八
條參照)考其理由。蓋一則所以使其整齊明瞭。一則所以便於檢查也。

註冊簿及註冊文件。得由當事人或利害關係人。聲叙理由。請求註冊所。允許查閱或抄錄。

商註九條
本文參照夷考厥由。蓋以註冊之目的。原欲使公衆。易知其實事。而取得其信用故也。但每次

以一商號之註冊事項。與有重要關係者為限。(同條但
書參照)且在此時。如係查閱。每次應繳銀一

元。如係抄錄。每千字應繳銀五角。(商註一二
條參照)以示限制。而此項規費之繳納。並非因以為利。

不過充掌其事者公吏之報酬而已。

註冊簿。除因避事變外。不得攜出註冊所。但註冊之呈請書。及附屬文件。有官廳調取者。不在

此限。(商註十
條參照)

(五) 呈請註冊之任意。註冊事項雖爲法之所命。或法之所許。然商人呈請與否。乃其自由。國家無強行干涉之必要。此蓋採用呈請主義之結果。故商業註冊規則第五條又設規定。凡應註冊事項之註冊。及其變更或消滅之註冊。非有當事人呈請。或官廳知照。不得爲之。蓋所以避紛擾招搖。而使商人蒙其煩累也。

此外凡呈請證明事項並無變更。或別無某事項註冊者。註冊所得酌量情形。核給證明書。但應繳納公費銀半元。(商註六
條參照)蓋當事人固常得繳納規費。請求鈔錄。然其所給鈔本。容或有不實不盡之處。則貽誤良非淺鮮。故法又許其呈請核給證書也。其他詳細辦法。則依工商部所定商業註冊暫行規則。(商通八
條參照)爲之。未能一一贅述焉。

第六節 商業註冊之公告

第一 公告之必要

註冊之目的。原欲使一般公眾知其事項。而取得信用。然僅爲註冊。其註冊事項。在第三人實尙難知。雖註冊公開。有待查事。得向註冊所查閱或鈔錄。而商業界事務繁冗。諸尙敏捷。如須一一查閱。豈不

憚煩。故商通爲貫徹其設註冊制度之趣意。更進一步。凡業經註冊之事項。註冊所隨卽公告。

(參照十條)

1. (參照)商業註冊規則第二條第一項後段規定須公告三日以上。故註冊所實有公告之義務也。

(參照附注)

第二 公告之方法

公告之方法。各國法例不一其揆。(參照附注)商業註冊規則第二條一項後段規定。須於公告場所揭

示云云。夷考厥由。蓋商人閱報者甚少。且在偏僻縣鎮。多無報紙。而交通阻塞。他處官報及新聞紙亦難達到也。

[附註]

1. 關於註冊事項。有註冊獨立主義。與公告併用主義兩種。前者謂註冊卽足。無須其他程序。後者則謂註冊之外。尚須公告。而公告併用主義。復分爲二。有由當事人爲之者。是曰私人公告主義。法法系諸國屬之。有由註冊所爲之者。是曰國家公告主義。德法系諸國屬之。

2. 公告之方法。各國法例。亦有兩種。有登載於新聞紙類者。有揭載於特定場所者。前者之例。德日諸國法制採用之。後者之例。則我國現制採用之也。余則以爲兼用兩法爲優。雖稍嫌煩雜。然商人利益。公衆利益。其獲保全者矣。

第七節 商業註冊之效力

第一款 註冊及公告之效力

商業註冊及其公告之目的。在欲社會上公衆知某事實之存在。故其效力。非在創設法律關係。乃單純

的以之爲條件。而以法律上之既存事實。得與第三人對抗耳。(參照附注1)雖然僅爲註冊。而此效力尙不得謂已完全發生也。故必有待於公告而後可。商人通例第十一條有其規定曰。凡應註冊之事項。非經註冊及公告後。不得對抗第三者。卽已經註冊及公告。仍不得對抗因正當事由而實不知情。(善意)之第三者。茲卽此規定推論之如左。

(一) 註冊以前 凡應註冊之事項。而未經註冊。則其存在與否。第三人勢難知悉。苟無特別之理由。法當推測其不知情。故註冊以前。不得以註冊事項與第三人對抗。然第三人實已知情。則雖未註冊。亦得對抗之。蓋註冊之目的。亦不過使之知之而已。換詞言之。註冊以前。不得對抗者。惟不知情之第三人。若知情之第三人。固不論註冊之有無。一律均得與之對抗也。(參照附注2)

(二) 註冊後公告前 註冊以後。卽時公告。固屬有之。然因程序周折之故。稍遲數日者。亦事所恆有。果爾則註冊後公告前。其間之效力如何。其知情之第三人。得以對抗。不知情之第三人。不得對抗。與夫第三人之不知情。不問其是否由於過失等。均與註冊以前無以異。故雖註冊。而公告未終。則其間之效力。尙不免薄弱也。惟在註冊以前。不生第三人知情之推定。此則生其推定爲異耳。此點固無法條之明定。然既已設註冊之制。對於公告與以主的位置。且由法律之規定。以

使其查閱鈔錄。則在註冊後。雖公告前。亦不得生第三人知情之推定也。故當此時。第三人欲主張不知情。須自任舉證之責也。(參照附注3)

(三) 註冊及公告後。在於此際。註冊程序已告完竣。故其效力最強。知情之第三人。自得與之對抗。即不知情之第三人。亦得對抗之也。雖然註冊及公告後。第三人亦偶有因正當事由而實不知情者。倘使亦得對抗。則其待遇第三人仍嫌過苛。(參照附注4)故法又特設例外。使仍不得對抗之也。是則在註冊及公告後。第三人之不知情。因有正當事由與否。而效力攸分。質言之。第三人苟為常規之注意。即能知有註冊之事項。而漫不經心。因以不知。則雖不知情。亦得以其事項而對抗之。反之。第三人之不知情。毫無過失。乃由正當事由。則不得對抗之也。惟此第三人之不知情。係主張有利於己。當自認舉證之責也。

[附註]

1. 例如未成年得法定代理人允許。獨立營業。此不待註冊。而自然發生此事實。即已先於註冊而存在。不過須有註冊以為條件。方能對抗第三人。換言之。以冊註發揚其獨立營業之效能也。於茲所謂條件。即由此事實而發生彼事實之謂。

2. 例如經理人解任後註冊前。與某甲交易。某甲知情。則責在某甲。某甲不知情。則主人任其責是。

3. 如前例經理人解任。業經註冊。法律推定某甲可以知悉。此推定於某甲不利。某甲得提出反證。以證明不知情。而可以不受推定法則之適用。

4. 所謂因正當事由。例如因感冒流行病之類。假臥室中。不能出戶閱覽公告是。

綜上論結。關於註冊之效力。就知情之第三人一方面言之。不論註冊公告之前後。有無。皆得對抗。就不知之第三人一方面言之。因公告之前後。而其效力有異。即在公告之前。不知情之第三人。不問是否因正當事由。皆不得對抗。而在公告之後。非因正當事由者。得以對抗。其因正當事由者。仍不得對抗。但註冊後不知情之舉證。及公告後因正當事由之舉證。皆由第三人任其責任耳。(參照附註5.)

〔附註〕 5. 註冊及公告後。不知情之第三人。因有正當事由與否。效力攸分。實足以肇事實上之爭執。無寧一刀兩斷。凡經註冊及公告後。絕對的得對抗第三人。犧牲偶有不知情之第三人。而避彼此爭執之虞。如前匈牙利商法第九條之規定。較為簡便且易實行也。故日儒青木氏。謂既經公告。則有絕對無限之效力。似不必以保護少數當事人之故。徒惹起多數人之紛議。即謂此也。(青木氏商法總論第二〇四頁)

註冊因公告之前後而效力有等差。則以何時為已經當生問題。商業註冊規則第二條第一項規定曰。應揭示三日以上。故三日期滿。即為已經公告。實所以避其爭執也。質言之。三日以內尚為公告前。必至第四日始為公告後。方能發生完全之效力矣。

此外註冊。在於本店與支店之間。立法例中有規定其相互間之效力者。(參照附註6.)然在商人通例。則尚無明文規定。要亦可為同樣之解釋也。

〔附註〕 6. 關於註冊事項。有在本店應為註冊者。有在支店應為註冊者。有在本店及支店。均須註冊者。但其效力。則兩不相

審。故本店不註冊。當然不能對抗第三人。本店雖註冊。支店不註冊。則支店所爲之交易。亦不能對抗第三人。(日商一三條) 又支店既已註冊。則於支店所爲之行爲。以其註冊爲標準。而生其效力。(志田案一三條二項)

第二款 公告與註冊事項之不符

凡註冊之事項。必依據其呈請而爲之。公告之事項。必依據其註冊事項而爲之。似註冊與公告。萬無不符之理。然以註冊官吏之過失。故意。或揭示之誤寫。舛錯遺漏。亦往往而有。然則註冊與公告。孰應與以決定力乎。夫公告之設。原在擴張註冊之精神。使一般公衆無須一一查閱。而容易周知。故從保護第三者方面觀之。似當依公告爲准。(荷商第一一九條) 然註冊爲本。公告爲末。故與公告以優等效力。實有舍本逐末之嫌。對於註冊當事人。無乃過苛。且其所以致此舛錯遺漏者。非註冊官吏。卽揭示寫錄之人。與註冊之當事人。毫不相干。既不相干。而使之任其差誤之責。亦豈人情。况第三人當得查閱或鈔錄以確定其不符之有無。而註冊者於不符之生。毫無防遏之策乎。故公告與註冊事項不符時。應以註冊簿所載爲準。而得以對抗第三人。惟第三人若實不知情。信爲正確。而亦得對抗。未免過酷。故非經更正公告後。不得以註冊簿所載對抗不知情之第三者也。(商通一二一條參照)

第六章 商號

第一節 商號之意義

商號者。商人在營業上用以表彰自己之名稱也。茲就此定義。分析說明之如左。

第一 商號者名稱也。

商號者一種之名稱也。自不可不以文字表示之。故繪畫彫刻。以及其餘各種符號。雖得爲商標。然不得爲商號。然則應以何種文字表示之。雖法無明文規定。應釋爲用中國之文字。自無疑義。(參照附註1.)且雖以文字爲名稱。亦無須含有一定之意義。故以自己及其他字樣。均無不可。(商通一六條參照)又以外國文字所書成之名稱。譯爲中國之文字。亦不失爲商號也。

〔附註〕

1. 商號表示之文字。是否限於本國文字。此有二說。其一謂不限於本國之文字。雖他國之文字。亦可用之爲商號。是爲消極說。其二謂以本國之文字爲限。他國文字不得用之。是爲積極說。學者解釋未歸一致。惟通常皆采後說。

第二 商號者商人之名稱也。

商人始有商號。非商人不得有之。此爲商法上之定則。所謂商人。自係商業之主體。故商業使用人既非商業之主體。卽無商號。又商人以外所用之名稱。外觀上雖有類於商號。然非法律上之商號。凡屬表彰商人之名稱。卽可稱爲商號。該商人是爲自然人。抑爲法人。(公)要非所問也。

第三 商號者商人在營業上所用之名稱也。

商號之意義有二。卽實質的商號與形式的商號是也。自實質的言之。則商號者。乃商人於其營業上所用之名稱也。在商業註冊簿中有註冊與否。可不問也。從此意義。則各商人皆必有商號。而使用於營業上也。自形式的言之。則商號者。乃商人於註冊簿中所註冊之名稱也。不註冊之商號。雖於營業上用之。然法律上不認有商號之價值。從此意義。則商號非註冊不可。然商號究應註冊與否。則以該商人之有無商號註冊之義務而決焉。學理上所謂商號。皆指實質的意義而言。若從形式的意義。則法律上特稱爲業經註冊之商號。(商通二條參照)

夫商號既爲營業上之名稱。故關於營業得用之以取得權利。担負義務。而商人之署名於書據或單據。亦可舍其姓名。而以商號代之也。

商人始有商號。非商人不得有之。此商法之大原則。歷久而不變者也。所謂商人。乃包括法人與自然人二者是。又毋待煩言。然可疑者。小商人是也。自實質的商號意義觀之。則凡商人在營業上得用其名稱。以表彰自己者。皆曰商號。然則小商人於營業上用名稱。以表彰自己。固無不可。是小商人實際上固有商號也。第自形式的商號意義觀之。商人之有商號。須註冊始有商號權。否則雖有若無。不受法律之保護。今者小商人雖爲商人之一種。然凡關於商號之規定。概不適用。(商通二三條參照)是小商人

又不可不謂無商號也。由是觀之。可知小商人祇能有實質的商號。而不能有形式的商號。所以不能適用商通第二章之規定。但論者以其不適用商號之形式的規定。而欲埋沒有實質的商號之法理。此則誤謬之見解也。

第四 商號者。商人表彰自己之名稱也。

故不用以表彰商人自己之名稱。則不得稱為商號。例如商人欲表彰商品所用之名稱標幟。是為商標。依商標法之規定。(民國十四年九月十二日公布修正商標條例)然非此際所謂商號也。蓋商號所以保全商人之信用。而商標則為維持商業上秘密之符牒。二者大相逕庭故也。

商號之意義。已如上述矣。然則商號何以起。蓋起於商人之需要。古者人羣始立。智識猶蒙。重農工而賤商賈。商人地位。不齒齊民。才高識遠者。往往掉臂去之而不顧。職此之故。商業不發達。而伴於商業而起之設備制度。亦因之不發達。自交通日廣。商業漸盛。各國之文物制度。接而益近。商事之範圍廣。而商業之種類夥。斯伴於商業而起之設備制度亦大備。而商號於斯以起。不但此也。法人主義。業已磅礴宇宙。公司組織。益見其多。集零星之資本。而滙為巨金。合多數之股東。而經理一業。於此時也。不有一確定名稱。以承乏其間。其足應商業之用乎。此又商號盛行之所由來也。迨行之既久。弊害少而實利益多。法律

非惟不禁止。且從而保護之。保護既周。人益樂趨。而作僞之途。亦由此啓焉。然無論爲保護計。與爲防維計。要皆不可不有法律以規定之也。至立法制度。則有不設概括規定。而僅於公司認之者。亦有獨立爲一標題。而網羅商號之規定者。我商人通例。則采後種之制度。即自立法論。亦以後制爲優也。(參照附註1)

〔附註〕

1. 商號制度。各國立法例。約分爲二。(甲)關於一般商人。不設概括的規定。而僅於公司設商號規定者。如法、意、西、比、和等國商法。及英國公司法。是蓋歐西制度。商號起於公司故也。(乙)商號獨立爲一標題。網羅關於商號之規定。無論爲法人商人。自然人商人。無不適用之者。如德國舊商法、德帝商法、瑞西債務法、匈牙利商法、葡萄牙商法、日本商法。及我商人通例。是蓋以商號之需要。非獨公司。雖自然人亦有同然。故均得認之也。此兩種制度。比較論之。乙種爲優。衷考其由。甲種制度。以自然人商人。無須於本名之外。別定稱號。以施之營業。非如公司。本無人形。但依法律之所規定。而結合團體。其初卽無固有之名。必以選定商號爲義務也。然此自爲自然人商人。常用商名之習慣而起。若習慣上爲自然商人。本多別定商號。則選擇之途。不宜自割。此甲種制度之不宜採用。理由一也。商號爲財產權之一。有經濟上之價格。持有者可任意轉讓於第三人。與財產無異。各國碩儒博學。論議殆一。苟商人別定商號。爲法律所不許。勢將以眞實姓名。經營商業。一旦倦厭於是。而有待轉讓。每苦於無從。是商號特爲一種人格權。而非財產權可比。予商人以不利。莫此爲甚。此甲種制度之不宜採用。理由二也。古時有不許商人用氏名之禁令。如日本封建時代。此縱不適用於今日。顧商業日形發達。種類益見繁夥。商人必有因地位與身分。視用己名爲長途。而以隱名合夥兩合公司之範圍爲狹者。此甲種制度之不宜採用。理由三也。我國亡清商律。於商人通例。列有商人營業或用本人眞號或別立店號某地某堂名字樣。均聽其便云云。商人許用商號。爲自來法制所許。實行既無弊害。改革奚可輕言。此甲種制度之不宜採用。理由

四也。現行商人通例。本此數端。特採取德葡日本等法例。及我國之舊制與習慣。參酌而擴充之。有由來矣。

第二節 商號之沿革

商號因商業之進步而發達。其始也。自然人大抵以自己之姓名。而營商業。然商業重簡捷。貴迅速。尚信用之故。如此遂不能不有適合之名稱。以圖實際上之便利。而商號尙矣。其間種種變遷改良。始成今日交易界上固有之物。且因社會上特別情事發生。亦足以促商號之進步。在昔一時。商業從商人單獨經營時代。進而爲合夥經營時代。合夥營業。非單獨營業可比。於是。有合夥之名稱。是曰商號。最後由合夥發達而爲公司。公司爲法人。凡社會的組織體。尤不能不有商號。至是而商號益形發達焉。

歐美各國。自古以來。因封建制度之結果。自然人商人於商業上。皆用姓名爲商號。公司本無姓名。故另定名稱。以爲標識。且在歐美各國。人民腦海中。富於團體性。故公司之事業。似較個人之商業。易爲發達。因之關於公司商號之觀念。亦萌芽較早。但法制上並無關於一般商號之規定。至近年則商號始漸漸發現於法典內矣。

日本當中世時紀。亦爲封建制度時代。四民之階級。分別甚嚴。惟士許稱姓。商人僅可稱名。蓋在當時。頗賤視商業故也。然在商業上僅用其名。則彼我之別。洵屬困難。遂有屋號之制。(如越後屋、武藏屋)後此其

(如越後屋、武藏屋等)

後此其

範圍漸次擴張。不用某屋之名，而可用相類似之符號。(如某軒、某堂、某樓、某館之類、)當是時，屋號不獨於商業上使

用之。商業以外之事業，亦可沿用。在法律上頗占重要之地位。但他種事業上使用，則往往與氏名合併

用之。(如稱某屋某某)自明治維新後，封建制度廢止，而四民階級亦因而顛覆。採四民平等之原則，士農工商

皆可稱姓。然商人經營商業，尚有沿用向來之屋號者。亦有改屋號而冠以姓名者。商號制度之混雜，如

斯為極。且在斯時，捨姓名及屋號，則法律不認為商號也。又公司之商號，則於近年始見之。當維新以前

公司雖已萌芽，然其思想尚屬幼稚。維新以後，設立公司者接踵而起。後有國立銀行之產出，則公司商

號之發達，益蒸蒸日上矣。

我國商業萌芽最早，神農氏作列廛於國，以聚貨物。日中為市，以交有無。唐虞三代，關於商事，散見於經

典。書之於史冊者頗多。若以年代考之，較各國為早。則商號一事，當亦在各國之先。自不待言。第我國商

人所用之商號，乃商人間絕對的自由。國家不加以何等之干涉。且非若東西各國，經若干之波折，始成

為一種商號，乃任其自然而發達。故我國商號之沿革，實無足稱焉。

由是觀之，商號之沿革，東西異趣。其在歐西，由公司之名稱，逐漸發達。而及於個人之商號。而在東洋則

由個人之商店而發達。及近世公司之制度興，而商號亦及於公司。至其觀念，則商人自有商號，以信用

爲基礎。永久爲其營業所用。雖主體迭更。而商號仍爲營業之中心。蓋取其一定名稱之便也。

第三節 商號之設定

商號之設置選定。其關係綜錯繁雜。而於商法原理上。發現二個之大原則。試分析說明之如左。

第一商號自由之原則

商號設置。法律無庸強制之。其設置與否。全聽商人之自由。此之謂商號自由之原則。惟對此原則。應從兩方面觀察。卽創設之自由。與名稱之自由。是也。

(一)創設之自由 商號之設。原在圖商人營業上之便宜。而法無須強制之。故商人在營業上。表示自己。亦可用自己固有之姓名。非因爲商人故。而必以另設商號。爲其義務。實則商人之設定商號與否。全聽商人之自由。此之謂商號創設自由之原則。故商號經設定之後。其改廢存續。亦商人之自由。惟不得因之而侵害他人之權利耳。(參照附註1)然公司則爲例外。蓋公司爲法人。本無姓名。非另創商號。無由表彰自己。勢不可無商號也。要之自然人商人設定商號與否。全爲自由。而公司則性質上應有之也。

〔附註〕

1. 設定商號。其主義有二。(甲)強制主義。以設定商號爲商人之義務。如德國商法及日本舊商法是。(乙)自由主

義。商人之設定商號與否。均聽其便。如日本商法及我國商人通例是。按德國商法。以強制登記爲本。商號亦應行登記之一種。故因強制登記。而商人遂有設定商號之義務。日本舊商法雖爲模倣德國法而出。然強制登記。非舊法所採。自無必以設定商號。爲商人義務之理。及新法爲之改正修補。尤以自由主義爲歸宿。惟無論爲自由主義。爲強制主義。而商號之規定。要不可一日或缺。因商號之不備。而使商人營業不能准備。店舖不能公開。甚者勒令閉歇。固無如此辦法。然略示以啓導之機。俾知設定商號。若者爲禁令之所干。若者爲法制之所許。順導之。則受法律之保護。違行之。則致權利之損喪。則斷斷乎有利於商人。而規定不厭其詳者也。

(二)名稱之自由 商人因表彰營業。而另創商號時。其名稱如何。商人有選擇之自由。故用商人自己之姓名名之固可。即用其他字樣名之。亦無不可。(商通一六)此之謂商號名稱自由之原則。(參照

附註)然此原則。非絕無限制者。即法律於特殊情形。對於名稱選擇之自由。而認相當之例外耳。

〔附註〕2.商號之選定。立法之主義有二。(甲)自由主義。謂某種字樣。不可加諸商號。除某種字樣以外。皆可以自由選用者也。如英法系。德法系。日本。及我商通是。(乙)干涉主義。謂商號之中。不可無某種字樣。去某種字樣。則非法律上之商號者也。如德法系諸國是。茲二種主義。若自立法論。應以自由主義爲優。彼干涉主義。須以商人姓名附加商號之中。立法理由。約有兩點。一則取其一見商號。即知爲某人所有。而第三者不至蒙其詐欺。二則將來遇有涉訟。無真名與商號並舉之患。而承冒隱匿之弊。應可絕無。然此制。適於必以姓名爲商號之俗尙。而不適於不必以姓名爲商號之習慣。平素業已選擇自由。一旦割其自由選擇之範圍。而強加限制。未免轉嫌拘束。我商通以是採用英日主義。無論商人之姓

第六章 商號

一九八

名或其他字樣。均得以之爲商號也。

徵之前清商律。有某堂字樣。實相當於日舊商之屋號。亦卽爲商通第十六條其他字樣所囊括。蓋在歐美各國。以個人爲單位。而非以家族爲單位。故無相當於日之屋號及我之堂名。其商號必以姓或姓名爲之。似非得已。如我國及日本。或者本於家族主義。個人鮮自獨立。而沿有堂名。或者基於封建積習。商人不能稱氏。而有屋號。苟依歐美之習慣。而勵行商號。採用姓名之制。必致紊商業上之秩序。而妨其發達。故無論爲屋號爲堂名。皆不在嚴禁之列。如日舊商規定。商號以屋號爲之爲通例。是屋號爲商號之原則。而有屋號以外之商號。乃爲特例。實反於商號之性質。又如前清商律。列翠堂名。亦失之確層。蓋立法者於此。但於法文不定有禁屋號與堂名爲商號之明文。斯可矣。

第二商號單一之原則

一人得同時創設數個之商號否。本條例無明文規定。然商號既爲營業上之名稱。營業若有不同。則商號自得分別設定之。(參照附註3) 惟同一商人。於同一營業。設數個商號者禁之。此之謂商號單一之原則。(參照附註4) 商號單一之原則。有時得擴張而適用之。(一) 公司雖兼營數種商業。亦不得分別設定商號。(參照附註5) (二) 數人合夥營業。亦只得取一共同之商號。(參照附註6) 蓋在前者。其商號絕對限於一箇。而在後者。商業主人雖有數員。而其營業惟一故也。

[附註]

3. 人之姓名。在國法上。因整理戶籍。明確身分。限於一人一箇。至於商號則如何。實而言之。一人得同時設置二以上之商號耶。抑一人僅許設置一箇之商號耶。此爲一繁複之問題。考諸他國立法例。有以明文規定。若一人而爲數

種營業。則就其各個營業。應分別設定商號。是一人得有數個商號。爲法律所明許。例如日舊商第二三條。『凡一人分資本爲數個營業時。其各種營業。須有其各別之商號。』是日現商無明文規定。我商通亦付之缺如。然商號既爲營業上之名稱。縱令主人同一。而營業互異。則其商號。自不得不異。是商通雖未明定。而精神上未嘗不許商人於幾種營業分別設定商號也。但與日舊商差異之點有二。即（一）日舊商謂數箇營業。必須有數箇商號。商通則任人自由。故雖以一商號。經營數箇之商業。亦不爲違法。（二）日舊商設定數箇商號。以分割資本爲限。商通則不問是否分割同一之資本。不妨有數箇商號。要之日舊商數營業有數箇商號。乃強制且附條件之規定。而我商通對於數箇營業。設定數箇商號與否。一任箇人之自由。此其大較也。

4. 商人同一營業。可用數箇之商號乎。我商通亦無明文規定。學者多采消極說。考其理由。蓋商號爲表章商業之工具。如使同一營業。而能用數箇之商號。不免有故意欺人之嫌。在理所不許。且即以商人本身論。如此而設數箇商號。亦非所以廣博信用。增晉營業繁榮之道也。是違反所以設商號制度之精神。故一種營業。限於一箇商號。此之謂商號單一之原則。故商人受讓營業。若商號亦在其內。則新舊兩商號之中。不可不選擇其一也。又本店與支店之商號亦不可不相同。誠以本店與支店之營業相同。則其商號亦不可不從同。而用之以表示主從關係之形式也。

5. 公司無論如何情形。（經營一箇營業。或經營數箇之營業。）其商號從以一箇爲限。蓋公司之商號。與自然人之姓名。同爲表章自己惟一之名稱。實言之。一面爲商號。一面卽爲表章公司之人格。公司之人格。既有一而無二。則其表章之名稱。亦惟有一個。乃與姓名僅限於一箇之理論相同者也。

6. 數人合夥營業。得取一共通之商號。以施之營業。蓋其商業主人。雖有數人。而其所爲營業。則惟一箇故也。在合夥

營業。若必取商號。則合夥人均由之取得權利。負擔義務。公司則不然。因公司爲法人。故其商號。非股東之共通商號。乃公司自己之商號也。

第四節 商號之活動

商號得以活動之範圍。惟以營業上私法的行爲爲限。故不能以之起訴或受訴。此與德帝國商不同。

（參照附註1）蓋本條例既無明文。自不得不下消極的解釋耳。反之若公司商號以外。別無名稱。故無論何事

均得用之。至於小商人。則商號規定。全不適用矣。（參照附註2）此蓋基於商通第三條規定所生之結果

也。

〔附註〕

1. 商號使用之範圍。商號爲商人營業上之名稱。凡關於營業。商人均當用之。然則其使用。得無制限乎。據德國

商法第十七條二項規定。商人得以自己之商號。起訴或受訴。商通無此規定。且考我民訴法訴狀之上。應記明當事人

姓名。（民訴一一七條二三五條參照）由此推論。則自然人商人起訴時。須用自己之姓名。不得用商號。且商人呈請註

冊時。其具呈請書。應由呈請人簽署。（商業註冊七條參照）是亦不許以自然人之商號呈請註冊也。故商人得以商號

活動之範圍。惟關於營業爲私法的行爲耳。至於公司。商號以外。別無名稱。故無論何事。均得用之。此又必然之理也。

2. 小商人可否使用商號。小商人營業上於自己姓名以外。尚可用特別之名稱。此毫無疑義者。至於此特別名稱。是

否可解爲商法上之商號。斯固一問題。學者有謂凡營業上之名稱。其可以註冊者。即爲法律上之商號。自非然者。則非

上之商號。此其主張尚非不當。蓋商通第三條小商人不得用商號之規定。其意即爲小商人營業上特別名稱不能註冊之義。故自理論之此說實有相當之見地也。

第四節 商號之內容

商人設定商號與否。法聽其便。而設定商號。其選用如何名稱。亦聽其便。據商人通例第一六條規定。以其姓名固可。(參照附註1.) 以其他字樣亦可。(參照附註2.) 故法律就商號之內容。毫不加以干涉。以均聽選擇者之便爲原則。但基於公益上之理由。而有左列兩種例外。

〔附註〕

1. 商通何故明認商人得以其姓名爲商號。考其理由。夫人之姓名。原爲表章自己。決不因以之爲商號。或不以之爲商號。而有所區別。然若以之爲商號。而註冊時。則生商號專用權。衡其結果。自屬不同。故有此規定也。

2. 他人之姓名。是否得用之爲商號。學者議論不一。有謂雖他人之姓名。亦可以之爲商號者。是爲積極說。有謂不得用他人之姓名爲商號者。是爲消極說。比較兩說。各趨極端。均嫌偏激。夫商人通例第一六條。商人得以其姓名或其他字樣爲商號。徵之解釋論。不但本人之姓名。即此外無論何人之姓名。皆可用之。何則。蓋他人之姓名。亦包含或其他字樣之意義中故也。但凡人對於自己之姓名。皆有其姓名權。姓名權受侵害者。得請求法院除去其侵害。並得請求損害賠償。(民法一九條參照) 故凡有因故意或過失使用他人之姓名。他人因之受有損害者。則是侵權行爲也。行爲人對之自應負其責。不能以商通第一六條商號選定自由之規定。爲此侵權行爲之手段也。故他人之姓名。即可用爲商號。亦須限於無過失非故意始可。否則法律失其調和矣。

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。

(商通一七)
條參照

蓋各種公司之性質不同。而股東之責任攸分。債權之担保亦異。在第三人欲審定公司之組織。判斷股東之責任。非藉商號不為功。若使性質互異之公司。彼此假託。濫襲名稱。則無限公司得以任意揭用兩合公司字樣之商號。兩合公司復得任意揭用股份有限公司字樣之商號。啓世人之迷惑。而遂市儈之奸機。弊之所及。勢必至大亂商人之秩序而擾其和平。故法律特設此強行規定。務令其必遵也。且法律既稱『標明無限公司……字樣』。故不得解為僅用意義攸同之文字為已足。(參照附註5)但法律僅責令用此等字樣。則是否附加他之文字或姓名。非所問也。(參照附註4)

(參照附註4)

〔附註〕

3. 於此有兩說。一說謂應解為須用法律固定之字樣。例如無限公司、兩合公司、股份有限公司、股份兩合公司。是二說謂應解為得用意義攸同之字樣。例如無限會社、合資公司、合名會社、株式合資會社。是。揆諸立法之精神。公司制度。有關公益。重在強行。故以第一說為當。

4. 例如某某無限公司。或股份有限公司某某銀行。又或綴以股東之姓名及其他種名稱。均非法之所禁也。

公司之商號。應分別標明其各種性質之字樣。已如上述。然在他國立法例。亦有對於某種公司。不屬用其字樣於商號中考。是側自有特殊之理由耳。(參照附註5)

〔附註〕

5. 公司商號中應分明標明其種類否。立法攸分。甲。據日本商法第一七條規定。應就各種公司。全行分別標明其種類之字樣。故無論何種公司。皆須遵守斯例。然如(乙)德國法則否。前帝國商法第二十條明定。股份公司及股份兩合公司。必將其文字表示於商號。而合名公司及合資公司。則無此規定。是合名公司及合資公司。無須標明合名合資之字樣於其商號也明矣。夷考厥由。約有數端。合名及合資公司。要有股東一人之姓名。包含於商號之中。其規制與箇人之商號無異。因而不必以合名合資字樣標示於商號。此其一。德國之合名及合資公司。非盡法人。因而單獨營業之商人。與爲公司營業之股東。其所負責任。差異甚微。強加合名合資字樣。以示區別。似非必要。此其二。至於日本凡公司均屬法人。而其責任復有無阻有限之攸異。故公司之組織與箇人營業之組織。其性質判然不同。是以必須就其種類分別標明之。俾他人一見。卽知公司組織。而於判斷股東責任之種類也。我公司法亦從日例。公司爲法人。著有明文。(公司法三條)故於其商號。亦須標明屬其同類公司之字樣。而不可混同。雖然商通第一七條規定。殆與公司法第二條第二項。同其命意。竊謂有關公司者至鉅。愍以公司法規定之爲當。則商通適形其贅疣耳。

準特別條例所設立之公司。其商號用其條例所命而已足。無須依商人通例第十七條之規定。而標明公司之種類。例如中國銀行。殖民銀行等。其組織。固爲股份公司。而其商號中。則可不標明也。

第二 凡非照公司辦法不得於商號中用公司或類似公司之字樣(商通一八條一項前段)。蓋恐奸商市儈者流利用公司字樣。假托規模闊大。招搖射利。致世人蒙其欺騙。因而先事防遏之也。故個人或合夥營業於其商號中。不僅不得用公司二字。卽類似公司之字樣。(參照附註6)亦不得用之也。其承受公司之營

業。而並不照公司方法續辦者亦同。(同條後段) 違背此規定者。處以五元以上五十元以下之罰金。(同條參照) 且夫箇人之信用。恆不如團體。以團體資力雄厚故。且法律惟以團體之組織。無自然人以直接負其責任。以故防閑之術極周。因以法律之防閑。而於團體之營業。信之愈深。好點者乃得以商號之假託。借箇人之實。而冒團體之名。有害公安。莫此爲甚。此又嚴其罰例之所以也。(參照附註7)

〔附註〕 6. 類似公司之字樣。如某商社、某商會、某組、某團、以至某業種結合皆其例也。

7. 日舊商不設單獨商人禁用公司字樣。於商號之限制。惟舊商施行法第二條規定。非公司而營商業者。不得用公司文字於其商號。違者以地方法院命令。科以二十元之罰金。然此爲實體法上所必定之明文。其性質斷非可揭之施行法中者。又其罰金僅有二十元之額。制裁亦失之輕。日現商乃以之爲最低限而擴張其最高限爲五十元。並加入於商號之規定中。(日商一八條) 自屬正當。故商通采之。

商人通例施行前。業已行用之商號。違反此規定者。自商通施行之日起。三個月內一律改正。(商通施行七條參照) 蓋在商人通例施行之前。行用此種商號。固不應處以罰金。然長此以往。實有害於公安。故特設限期使改正之也。

商人之商號中。用是以標明營業種類之字樣與否。亦聽其便。故與營業無關係之字樣。亦得用之。而在他國法例則亦有特設規定。務使其商號。足以標明營業之實際。以圖營業與商號之合一。此之謂商號

真實之原則。(參照附註8.)

〔附註〕8. 商號真實之原則者。商號與其營業之實際。適相符合之謂也。德商及瑞債。同采此原則。茲就德商商書之。凡自
然人之商人。必以其姓名爲商號。且不許附加可以誤解營業種類營業範圍等文字。(德商一八條二項)且自然人之
商人。有註冊其所選定商號之義務。違者以過料處罰之。(德商一九條二四條)即適用此原則之結果也。日商及商通。
原則上採商號自由之主義。故無如德商之規定也。

第五節 商號之註冊

第一 商號註冊之必要

商號爲營業上之標識。示商人之信用與否。及商業之盛衰。惟商號是賴。設許同一營業之各商人間。彼此影射。相習爲非。不特有害於善良之商人。而逞快於奸詐之市儈。且恐影響及於一般商界。而大足以擾亂商人之秩序。故法設商號註冊之制。使註冊者於一定之範圍就其商號。有專用權。而排斥他人之冒濫。雖然此商號註冊。非商人之義務。乃其權能。惟欲取得專用權者。始須註冊耳。(參照附註1.)故商號註冊。有新創法律關係之效力。而於一般之商業註冊。成爲例外也。

第二 商號註冊之效果

商號註冊之標的。在使註冊者取得專用權。其既取得專用權之後。亦即發生法律上之效果。試分述

如左。

(一) 實質上之效果 實質上之效果奈何。即業經註冊之商號。如有他人冒用。或以類似之商號。爲不正之競爭者。該號商人。得呈請禁止其使用。並得請求損害賠償。(商通二〇條一項參照)是已故自學理言之。實質上之效果。即不外由禁止呈請權、與賠償請求權、二者所構成。茲更分析說明其要素如左。

(甲) 他人冒用或以類似之商號 冒用商號云者。謂他人所使用之商號。與業經註冊之商號。完全相同。毫無軒輊也。以類似之商號云者。謂他人所使用之商號。雖非同於業經註冊之商號。然頗混淆近似也。(參照附註²)

(乙) 以爲不正之競爭者 故即使他人冒用或以類似之商號。倘非爲不正之競爭。則該註冊者。尙不得呈請禁止其使用。惟既有不正競爭之目的。則不問其營業地域之異同。皆足以侵害商號專用權。故無區域之限。得行訴追。冒用者固爾。即類似者亦然。何則世之假著名商店之類。似商號。以售其詐欺之具者。屈指難數。若無以禁之。則世人直接受其愚弄。而業經註冊之商號。亦間接損其信用。甚非所以謀商業之發達也。特是欲明他人爲不正之競爭。則有商號專用權者。應負舉證之責。然舉證甚難。且奸商市儈。有實行其不正之競爭。而避免其事實者。若必一一

舉證。則愛之適以害之。故法律上特爲設推定之規定。凡在同一城鎮鄉內。以同一營業。而用他人已註冊之商號者。亦推定爲不正之競爭。(同條二項參照)以圖保護專用權焉。其在同一城鎮鄉內。而不以同一營業者。或以同一營業。而不在同一城鎮鄉內者。以法所推定。而商號註冊者之呈請禁止。尙須自任舉證之責也。

具備右列兩種要素者。自得呈請禁止其使用商號。且若尙受有損害。並得請求賠償。觀此可知商號專用權實質上之效果。乃成於禁止使用呈請權與損害賠償請求權也。雖然此爲原則。非無例外。其例外維何。卽商人通例施行後。爲商號註冊者。對於商人通例施行前。業已行用同一或類似之商號者。不得行使此項權利。(商通施九條二項參照)是也。

〔附註〕

1. 商號之註冊。因自然人商人與公司而略有差異。自然人之商號。爲相對的註冊事項。商人欲得商號專用權時。始須註冊。否則聽其自由。法律不予置問。故曰爲其機能。非其義務也。反之公司之商號。爲設立註冊中。必不可缺之事項。卽所謂絕對的註冊事項。公司必須爲之。否則其程序不備。故商號之註冊。迺其義務也。

2. 冒用或以類似之商號。必係依商號之使用。冒用或混用之。故用之於商標。尙難謂爲不當。惟可依據商標法以求解決耳。冒用之例。卽用其原號。如甲之商號爲震泰乙亦稱爲震泰是類似之例。卽用含混之商號。如甲之商號爲震泰乙乃稱爲振太。或正泰之類是。

(二) 形式上之效果 形式上之效果奈何。即同一城鎮鄉內。他人既註冊之商號。不得仿用以營同一之商業。(商通一九條一項參照) 否則與法律承認專用權之旨趣相背馳矣。故仿用以營同一之商業

者。其做用無效。然此乃原則。亦有例外。即商通施行前舊已行用之商號。不適用此種規定是也。

(商通施細九條一項參照) 至於添設支店。若支店之城鎮鄉內。現有他人業經註冊之商號。其營業及商號。均與自

已本店相同者。該支店之商號。須照本店之商號。附添字樣。以示區別。(商通一九條二項參照) 蓋當此項情形。

禁其使用。則本店之設支店。原非為不正之競爭。聽其使用。則實同仿用。恐致薄弱註冊之效力。故

法律許其與本店商號同一使用。惟必加以可為區別之字樣也。

同一商號。如兩人以上皆呈請註冊。法律無明文規定。究應如何處理。關於此問題。如時日不同。互有先後。自應從一般之條理。使最先呈請註冊者。取得商號專用權。如同時呈請。法律既無依據。條理又各相稱。則惟有委之註冊官吏。任其判斷。別無可解也。

又同一營業。同一商號。本在相異城鎮鄉。皆經註冊。若以行政區劃上理由。城鎮鄉之區域變更。此相異城鎮鄉變為同一城鎮鄉時。兩者註冊之效力。各有變化乎。關於此點。有以在後註冊者應失其效力。然而依我商通之解釋。應以兩者各均不變其效力為正當。何則。法律所保護之權利。不能

以偶然之事情。異其效果也。

第六節 商號之權利

商人因商號註冊而取得專用之權利。斯爲商號權。(商號專用權)商號權之性質如何。自來學說紛歧。或謂之爲人格權。或謂之爲財產權。然前說極不允當。蓋人格權。夫人而不可缺。而商號惟限於商人。且聽其便故也。後說甚妥。蓋商號爲商業上信用之標識。有財產上之價值故也。惟在註冊以前。斯仍不得謂爲人格權的商號權耳。(附註參照)

〔附註〕1. 商號權在法律上之性質。尙特有趣。試分三段推論其究竟。(一)商號權在法律上之性質。學說靡定。大部由權利之分類而殊。有分權利爲絕對權與相對權者。則商號權通常皆以之爲絕對權之一種。此固無容置疑者也。若分權利爲財產權及人格權者。則商號權應歸何類。其說益紛。德國多數學者。概以爲同於姓名權。或以此爲廣義的姓名權之一種。因而商號權遂爲人格權矣。然而依我商人通例之解釋。商號權應分別論之。何則。未註冊之商號。與已註冊之商號。其權利良有不同也。故在註冊以前商號之權利。固不過一人格權。而既已註冊以後。其所發生之權利。則有專用的效。當爲一種財產權也。然依此註冊所發生之商號權。又非屬於物權或債權也。其範圍與特許權。意匠專用權。商標專用權。屬於一類。即學者所謂無形的財產權之一種也。所以認爲無形的財產權者。其理由略有數端。A. 商通商號之註冊。非出於強制。惟欲得商號專用權者。始呈請註冊。此與欲得特許者。始呈請特許。及欲得意匠或商標專用權者。始呈請登錄無異。德國商法。強制商號註冊。商人有此義務。漢者且有過料之制裁。故德國商號之註冊。乃權利確保

之註冊。我商通之註冊。則權利新設之註冊也。B. 商號專用權因註冊而始生。此亦與特許權、意匠專用權、或商標專用權由於登錄而始生者無異。其商號專用權之內容。即商通第十條第二十條所規定者也。德國商法中雖亦有與此相類之規定。然非定商號專用權之內容也。C. 商號專用權可以自由繼承或轉讓。此亦與特許權、意匠專用權、商標專用權可以繼承、可以轉讓、正同。德國商法第二二條商號轉讓之規定。有「取得他人之營業者。須得其從前之營業主人或其繼承人明示之同意。始得爲其營業。續用從前之商號。」夷考厥由。蓋因商號之轉讓。與財產之讓與。其觀念不同。不過姓名使用之允許已耳。其以商號爲人格權者。即以此爲根據。然德國商法。自然人之商號。必用其姓名。合名公司。合資公司。亦必用其社員之姓名。以是解之。固無不可。而我商通之旨趣。則反是。故未嘗一律以視之也。D. 依我商通商號可與營業分離。商號與營業。不必一併轉讓。商號可以單獨轉讓。此點與日商同。而與德商異。蓋德商商號與營業。若不一併。則不得轉讓之也。E. 我商通僅認業經註冊之商號。可以轉讓。詳言之。商號之專讓。僅限於有專用權者。否則無可轉讓也。德商則異是。其既註冊者固無論已。即未註冊者。學說判例。亦共認其轉讓。此其所以異也。F. 商號專用權有財產上之價格。此固吾人所習聞者。而法律上之所以認其轉讓。亦爲此耳。綜上論結。則商號專用權。與特許權、意匠專用權、商標專用權。同爲無形的財產權。足以徵其大凡矣。(2) 雖然商號專用權。既因註冊而始發生。則未註冊以前。其商號究爲何種權利乎。法律雖不強制商號註冊。然而商人在營業上可用之。以爲表章自己之名稱。且關於其選定。亦賦與種種之限制。(商通一六一七、一八各條)故未註冊之商號。苟無背於所賦之限制。法律上亦默認之。非謂毫無價值也。惟法律對於未註冊之商號。不與以排斥他人使用之效力。並不認其轉讓。故財產權之觀念。自無由發生。然而不有同一商號之他人。若濫用其商號。致損害於此商號者。被害人可依民法之規定。對此不法行爲。請求救濟。易言

之。未註冊之商號。雖無禁止他人選定之權能。而有禁止他人濫用之權能。故與姓名權有同一之效力。亦人格權之一種也。(3)要之商號權在法律上之性質。因註冊之前後。而有差異。註冊前之商號權。爲人格權之一種。僅得消極的對抗他人之濫用。註冊後之商號權。則變爲商號專用權。爲無形的財產權之一種。於一定之程度。得積極的排斥他人之使用。且許其自由繼承轉讓。故前者可稱之爲人格權之商號權。後產者可稱之爲財產權的商號權也。學者多極端的主張人格權說。與財產權說。是皆知其一而不知其二者也。(以上見松本系治商法原論)

第七節 商號之轉讓

商號既爲財產權。故得繼承或轉讓之。繼承另有普通規定。故商人通例僅就轉讓之方法及限制。而爲規定。試述之如左。

第一 轉讓之方法

商號爲表彰營業之名稱。其本質并無何等之價值。因持有商號者。慘淡經營。俾取信用。始具有財產權之性質。惟轉讓商號。易啓導爭端。法律爲防其漸而杜其微。因特設一鑑別之標準。即商號之轉讓。有效與否。以註冊爲定憑是也。蓋註冊既取任意之法制。於商人之商號。原可任其自由使用。不必強制註冊。干涉過嚴。但商號之爲物。因視同財產。而得轉讓。因法許轉讓。而利害關係之波及極廣。自非公布大衆。不足以謀保護而啓見聞。故商通第二十一條規定。凡轉讓商號。非爲轉讓之註冊。不得以

之對抗第三者云云。由是觀之。商號權之轉讓。僅由當事者彼此合意。即生效力。惟欲對抗第三者。則須註冊之程序也。

商號轉讓之註冊。僅爲對抗第三者之條件。故在第三者無妨以之而對抗當事者。轉讓商號註冊之效力。於一般商業註冊之效力。成一例外。即不論第三者之善意惡意。及過失之有無。又不論公告之有無。苟經註冊。均得對抗之也。

商號轉讓。有商號必隨商業轉讓。與商號得以單獨轉讓之二派。爲學者間最劇烈之爭議。而各國立法例亦互異。如德國商法日舊商法。屬第一派。日本現行商法我商通。屬第二派。自立法論。自實際論。要皆以第二派爲妥協也。(參照附註1.)

〔附註〕

1. 兩派主張。各有不同。試分列其主張如下。(一)主張商號必隨商業轉讓之論者。以爲單獨轉讓商號。實際殆稀。大

抵與營業相併而讓與。且商號單獨轉讓。不免有欺罔公眾之虞。蓋商號之信用。實由商業主人之勤懇篤實而生。今易其人而仍其號。其所接頂之商人。果能以副其商號之信用與否。未可知也。故單獨轉讓商號。例所必禁。又况更自一般法理論之。商號乃附隨特種之商業。而生效力。今轉讓其商號。而不轉讓其營業。則讓受人若與讓與人。經營同一之商業。尙自可說。否則其商號并無何等之價值。故轉讓商號。必轉讓營業。實合於實際之情形也。(二)主張商號可以單獨轉讓者。謂單獨轉讓商號。實際上固不多見。然不可謂之絕無。如營業相同之商人。一商人之商號衰替。他商人自棄其

商號。而承其名譽素著之商號。以之使用於自己之商業。亦往往而有。又如近鄰之商店。營業相同。以此承彼。僅覓其商號。而生財像具。及一切帳簿等。以自己營業上所固有。無用別置。其例亦非無之。是固無取乎必隨營業而為轉讓。至謂單獨轉讓。恐有欺罔之虞。亦殊不然。設以單獨轉讓商號。逆憶承受之匪人。而有害於相與交易之公眾。以此例之無繼承。是為人之商號。不能由子嗣接用。而商號僅為姓名權。其使用不過狹乎。若謂商號附隨營業而存在。是猶未解商號權自註冊後。形成一種無形的財產權。乃主權利非從權利也。在受讓人之衷心。必因其信用而受讓之。實際上斷非其同業而孟浪受讓之。以自甘其損失者也。且即令有之。亦受讓人之自由。斷非可以強制其不必讓受之者也。故比較論之。自以第二派主張為允當。且不啻惟是已也。若再從商號權之性質論之。則單獨轉讓。於理尤當。蓋多數之學說及立法例。無不以商號權為財產權。米如論者之言。以為必合營業始可讓與。是其財產權之性質。終不完備。而學者間所稱商號權為財產權之一種。亦不免成爲謬論。故第一派之說。實與法理相背馳。故驗之實際。按之法理。皆以許單獨轉讓。而其理始正。其說始通。

第二 轉讓之限制

轉讓商號及承受商號之人。是否以商人為限。從事理上言。商人始有商號。非商人不能有之。（商通一六條）且亦無承受商號之理由。故商號轉讓之當事人。必皆為商人。且必以同一之營業為限。營業不同。斯即無承受商號之必要。又從法律上言。自然人不得續用公司之商號。而公司則不得續用異種公司之商號。此又自商人通例第十七條第十八條之規定所生之結果也。

於此有一問題。卽未註冊之商號。可否轉讓。是否。學者間議論紛如。通說以爲未註冊之商號。充其極爲一人格權。與移轉讓與之觀念。本不相容。故其轉讓非法律上之所認。惟當事人間一方約拋棄其商號。他之一方因而選定同一之商號耳。此其契約固屬有效。然不能以之爲商法上商號之轉讓。質言之。此種契約。惟能發生以不行爲爲標的之債的關係。決非商號轉讓之觀念也。

第八節 商號之變廢

第一 商號變廢之意義

商號之變廢云者。卽商號變更或廢止之謂也。夫商號爲商人在營業上之名稱。故(1)商人廢業。商號隨而消滅。此之謂商號之廢止。而(2)商人又得廢止其原來之商號。而選定新商號。此之謂商號之變更。且(3)商人得變更其營業之種類。而此種變更。亦可謂之商號之變更。(參照附註1)蓋以商號之設。原爲特定之營業故也。

第二 商號變廢之程序

商號因履行法律所定之手續。而始生專用權。然若因有專用之權。卽至變更或廢止之時。而亦任其自由存在。勢必至陷世人於迷惑之途。故商通特設規定。凡業經註冊之商號。如有變更或廢止時。應

隨時呈報該管官廳註冊。(商通二)若原註冊之商人並不呈報註冊。則利害關係人得呈請該管官

廳註銷。(商通二五) (條一項) (參照附註2)惟該管官廳受前項之呈報時。應先催告原註冊人酌定期限。俾得陳

述異議。若期限內并無異議。其註冊即應銷去。(商通二五) (條二項)

〔附註〕(1)例如瑞映祥綢莊。今主人變更其營業。然仍用原來之字號。則此字號已非原來之商號。蓋原來之商號。已隨其原來之營業(綢緞業)而消滅故也。

2. 商號註銷各國攸同。然寬嚴互異。茲例示之。(甲)德國商法據德商第三十一條之規定。商號之廢止或變更。須向其管轄之法院商號註冊簿上。而行註銷。以註銷為商號原主之義務。若不履行。則有罰例。據同法第十四條之規定。認為秩序罰。此蓋出於強制註冊之結果。若採自由註冊主義。則無所謂罰例矣。(乙)日本商法。據日商第二十四條第一項規定。已行註冊之商號。如有廢止或變更時。如本人(商號持有者)未行註銷。則利害關係人。請求法院註銷其註冊。以註銷非商號原主之義務。故如利害關係人未呈報時。則商號可任其自由存在。因之商號原主轉得優游局外。有異議之權利。無呈報之義務。此實由於自由註冊而然也。以上二種立法例。德失之嚴。未免防閑過甚。日失之寬。又太放任。商人通例第二十五條規定。蓋折衷德日兩國法例。寬嚴並至。權衡悉當。且於官廳受呈報之後。猶加以催告原註冊人酌定期限。使之陳述異議。其立法周。其用意密。庶得其平矣。

第七章 商業帳簿

第一節 商業帳簿之概念

第一 商業帳簿之意義

商業帳簿一語。其意義有廣狹之別。關於商業之事項。不問其直接間接。均可記載之書類。廣義的商業帳簿是也。商人依商人通例之規定。所應記載之書類。狹義的商業帳簿是也。茲所謂商業帳簿者。即此狹義的商業帳簿是也。

第二 商業帳簿之起源

商業帳簿之制度。發其源於希臘羅馬。然形式尙簡。十三世紀末葉。意大利用亞刺比亞數字。及簿記之方法。始漸發達。迨後因整飾營業狀態。及防止詐欺倒產起見。自十四世紀以來。凡商業繁盛之區。其法律必使商人負備置之義務。降及輓近立法。殆莫不認此制度矣。

第三 商業帳簿之必要

商人非熟知其財產之狀態。及其營業之景况。鮮能經營籌劃。而獲倍蓰。且貿易事繁。出入之款亦鉅。尤貴一一記錄。以防遺漏。否則眉目不能清晰。經理人等。每居中舞弊。無可稽查。及事敗。小則虧蝕。大則失業。爲害匪淺。此商業帳簿所以與商業同時發生也。匪特此也。夫商業帳簿。爲商人計。固爲至要。即爲社會公衆之利益計。亦必使商人明確其計算。乃得保護債權人。不至爲奸商市僧所欺弄也。何則商人資本已罄。每四處張羅。以謀大振其業。一時投資者惑於表面之殷實。措款以濟之。未幾而事

業不成。倒閉繼之。而害遂及於社會之經濟。此事之常。是皆坐於日常無帳簿或帳簿失真有以致之。故無論從商人自身方面計。及社會公眾方面計。法律皆有使商人備置商業帳簿之必要。而其帳簿之內容。尤須以真實明晰爲前提。徵之中外古今。蓋如出一轍矣。

第四 商業帳簿之法例

商業帳簿。商人應否備置。自來立法例。有三主義。(一)干涉主義。如法國之法制是。(二)放任主義。如英美之法制是。(三)折衷主義。如德日之法制是。第一主義。監督過於嚴酷。第二主義。處置又偏於自由。均不免畸重畸輕之弊。惟第三主義。則調和二者之間。斟酌取捨。寬嚴相濟。洵最善之制度。故我商人通例。採用之焉。(參照附註1)

〔附註〕

1. 商業帳簿之備置 商業帳簿之備置。本各商人爲自理其業。純由習慣而起。在昔羅馬時代。商人已有備置帳簿之習慣。惟屬於任意。非必強行。其後商業益臻繁盛。通都大邑。失機敗事之商人。所在而有。自非帳簿。不足以察其過慮與否。於公益上。亦視設備帳簿。不可一日或緩。法律爲此置特別之規定。此證之東西商業史而可知者也。

法制既起。寬嚴斯見。關於商業帳簿之編置。其主義有三。試分舉如左。

(一)干涉主義 如法國之法制是。法國於帳簿之種類。及記入方法。設詳細之規定。使官廳檢查之。遠在路易十四世之商事勅令。已見萌芽。關於帳簿有不正行爲者。處以詐欺破產之刑。(死刑)然嚴酷之制。倏廢倏起。終歸滅絕。自草

命起後。經濟益竭。倒帳蜂起。立法者乃知嚴重之規則。爲不可缺。而復置細密之干涉規定焉。

按法國法之可舉者。略有數端。第一爲商人有備置一定帳簿之義務。即商人至少有設置日用帳、信件帳簿、財產總目三種之義務。第二此等帳簿。爲防詐欺之記載。應以法律所定之格式而處理。並受官廳之監督。第三遵守此法之帳簿。爲訴訟上之證據。享有特權。第四但其證據。爲供原被兩造之用。第五其帳簿之記載。違法律所定之處理規則。則失其特權。並論以詐欺倒帳之刑。西班牙商法規定犯此者。既處上述之刑外。更加特別之罰金。而法律益屢。要之皆偏於干涉主義者也。

(二) 放任主義 如英美之法制是。英美主義。於帳簿之備置。純任商人之自由。法律毫不加以干涉。而實際上商人無不備置者。此蓋出于商人之自重。或有間接之關係。於法律上固放任之也。

按英美法於備置帳簿。並無其義務。然帳簿不具。於倒帳法甚爲不利。又以詐欺而不記入帳簿者。以詐欺倒帳之刑論之。德帝國刑法亦揭此旨。又英國法雖於訴訟上稍以證據力予其帳簿。然無一定。各隨其狀況而異。非至商人死後。固不有完全之證據力云。

(三) 折衷主義 如德日之法制是。此制就其帳簿之設備。爲商人之義務。則傾於干涉主義。祛官廳之監督。則傾於放任主義。然比較德日。寬嚴又復不同。德國法規定帳簿之記載。應爲通行之言語文字。且須製造成冊。而在日本。皆非必要。蓋德國法。中多采自法國法而來。特去其尤嚴重者。此外西班牙商法。嘗於依據法國法外。更科以巨額之罰金刑。其嚴厲殆又凌駕乎法國法且上之矣。

按德國舊商法。不復規定一定之帳簿。而但規定得悉貿易及財產狀況之帳簿。在信件帳簿及財產目錄。則類於法

國法。而加一種資產負債表。其處理帳簿之規則亦同。惟不受官廳之監督。帳簿不有完全之證據力。非附以宣誓。則不得爲證據。至其帳簿之開示及通知。亦以法國法爲據。德帝商稍取寬大之主義。而大旨多同。日商較之德帝商。尤爲寬大。然皆以帳簿爲商人之義務。則固無甚出入也。

各國之立法主義及其法制之大略如此。自外觀之。其差異甚大。而其實甚微。蓋商業帳簿之規定。實在倒產。無論何國法制。其目光無不法集於此。法國尙矣。即素所稱爲放任主義之英美。其於倒帳之頃。未嘗稍弛禁例。其故可深思也。論者動稱倒產之禍。英美兩國。比之法國及歐洲大陸諸國獨多。然彼兩國商人。縱不享官廳之監督。而未始不以正當之記載。部譽其帳簿。從可知倒產與否。不因帳簿記載之精粗。而因營業者博取利益之心。過甚與否。及投機過度與否。並誤信資力過厚與否也。採極端之放任主義。如英美。微之事實。流弊或不能免。而如法國之法制。失之嚴重。窒礙尤多。至祛法國干涉主義。而師德日之比較寬大主義。其利益較厚。此可斷言。

且自習慣一方觀之。商人生長無法律之國。俯仰優游。寬弛已久。一旦趨於極端之干涉。雷厲風行。舉凡商人之帳簿。悉移而置之官廳監督之下。必且大拂乎商情。而阻礙商業之進步。況商業不同。帳簿之應用。隨之而異。尤非干涉主義所能一一取而風正之者。干涉主義之不適用。既如是。因之近世立法例。大抵趨於放任主義矣。

夫就今日之立法論。則以英美之放任主義爲最善。蓋以公正商人。法卽不命其備置。自無意於備置者。反之奸詐之商。法卽命以備置之義務。苟不加以制裁。亦決不見其遵行。極端所趨。遂有廢止帳簿之說。廢止說。以法律無制裁。斯商人多規避。然平時縱無制裁。於倒帳或涉訟之時。其帳簿苟有虛偽。法院卽得科以詐欺之罪。及以自由心證。而推定爲具有帳簿者之不利。至平時與第三者無關係。其虛偽與可疑與否。固不必輕加干涉。以商人未必遵行。而遂倡廢止帳簿。

之說。是因咽廢食而已矣。

第二節 商業帳簿之性質

商業帳簿者。商人因法律規定。所作成之書類。且以備置爲其義務者也。茲就此定義。析述其性質如左。

(一) 商業帳簿爲商人所作成。商業帳簿。爲商人固有之制度。非商人不得適用之。且不必作成之。卽商人爲明瞭營業之景况。及財產之狀態。而作成之也。(參照附註1)故商人以外之人所作成之帳簿。雖其實質上與之相似。亦不得謂爲商業帳簿。又小商人所作成之帳簿。亦非商業帳簿。此則蓋於商人通例第三條所規定之結果也。

(二) 帳簿之備置爲商人之義務。商人以帳簿足證其貿易之情形。與夫財產之關係。羣專習以爲便。法律雖不強制其備置。而各商人爲自理其業。必樂爲備置。否則自受其害。故備置與否。可聽商人之便。然以備置帳簿。非獨其商人之利益。於第三人亦有利害關係。故商人通例第二六條規定。商人應備置帳簿。而以之爲商人之義務也。(參照附註2)

(三) 其作成應依法律之規定。商業帳簿。須爲商人依法律卽商人通例之所命。而備置之帳簿。故法律所命以外之帳簿。縱與營業有關。亦不得謂商業帳簿也。(參照附註3)我商通規定。對於一

般商人命其不可不備置之商業帳簿。共有三種。曰日記帳。曰財產目錄。曰貸借對照表（即資產負債表）是也。（參照附註⁴）此等帳簿之內容。由法律定之。法定事項。必須記載。法定以外之事項。則不得記載之也。

〔附註〕

1. 商業帳簿。須為表明商人營業景況及財產狀態所必要。故股東名簿。雖亦為商業上所用之帳簿。然此與公司之營業及財產無關。故不得稱之也。

2. 商人預備置商帳之義務。乃商通之所命。有違意之者。受制裁與否。關於自然人商人。法無直接之制裁。惟於破產時。則破產法上有其特別規定。即間接加以制裁耳。（破草三二九條三款及三三〇條三款參照）關於公司。有特別規定。如不備置貸借對照表（資產負債表）財產目錄於本店及支店者。或有不實之記載者。則執行業務之股東發起人董事監察人及清算人得科五百元以下之罰金。（公司法二三一條八款參照）所謂不實之記載者。即記載失真之謂。無論出於詐欺或故意。或出於過失。併包含在內。（日本明治三十五年五月十四日大審院判例）

3. 日本大審院判例。例不僅為法律所命商人所作成之帳簿。即商人在任意所作成者。祇須與其行為有關。皆可謂之商業帳簿。是事實上之商業帳簿與法律上之商業帳簿。混淆莫辨矣。故為明確此區別起見。不可不以法律所命者為限。

4. 外國商法多有命商人須備置書信雜記帳。凡發出書信中與營業有關者。皆須謄寫於此。以備他日之參考。我國通關於書信之保存。雖有監行規定（商通二八條）然所謂書信雜記帳者。無此制度。此點與日現舊商法同。

關於商業帳簿之款式。他國立法例。有以明文特定之者。(參照附註5)我商通則否。又其帳簿所記載之文字。有無限制。立法例亦各攸分。(參照附註6)而我商通亦放任之也。

〔附註〕 5. 商業帳簿之款式。顯著之法例有二。(甲)法國法制。商事法官或地方行政官。不收規費。於商帳之每葉。記其頁數。附載其姓名之首字。且應簽名於商帳。其記載方法。應從逐日之順序。禁止留存空白。或爲欄外之記載。(法商一〇條一一條)(乙)德國法制。商帳應製成冊帙。每頁亦附以頁數。各行記載無空格。其有塗抹或其他之方法。致不堪閱覽者。又或變更。致無從辨別其是否爲後日所爲者。皆嚴禁之。(德帝商四三條)考諸日商規定。則無上開法例之嚴。惟於日記帳。昭示其整齊明白記載之旨。(日商四三條)較爲寬和。我商通亦於日記帳。規定逐一明晰記載。(商通二六條)云云。從日例也。由是觀之。商通於商帳之款式。實無定期也。雖然法律於商帳之款式。無其規定。但商人不得以法無明。率行己意而爲之。卽尙須遵照一般之通行規則而記載之。不得任意改竄添插。及凌亂污損。致難辨別。(商法調查案四三條)此又解釋上所當然也。

6 商業記帳。應用如何之文字。其主義有二。(一)干涉主義。如希臘西班牙等國之法制是。關於商業記帳之文字。設最嚴之限制。必爲本國文字。始得用之。此外俄帝商法。以本國及其某某一二國之言語文字爲限。其範圍稍寬。德帝商法四三條。尤爲寬大。不以本國及某某國之言語文字爲限。但通行於德帝國以內者。皆得用之。是干涉主義中之最寬大之立法例也。(二)放任主義。如法蘭西意大利比利時日本等國之法制是。關於商業記帳之文字。絕不設限制。故無論何國之言語文字。皆得用之也。夫商事法制有畛界從同之傾向。義取開通。不宜閉塞。記載之文字。奚可拘泥。德商

法凡爲德帝國所通行者之語云云。其範圍頗難確定。解釋上輒生疑問。且歐洲各國。狗牙相錯。地域接近。語言文字。本出同源。所謂通行者。舉一定之標準。猶覺易之。即放任其標準。亦可得適當之論斷。若以之施於我國。則弊竇叢生。此商人通例。采放任主義之所以也。

第三節 商業帳簿之種類

商業帳簿之種類。各國法例。非必攸同。(參照附註1)我商人通例。則爲日記帳、財產目錄、貸借對照表、三種。茲逐次分款述之如左。

〔附註〕

1. 商業帳簿之種類。各國立法例亦各不同。法商屬於商人義務者有三種。一日記帳。二目錄帳。三信件存根簿。西商於法國三種外。又有賒戶簿。及因營業種類。而遵其合議規則。所定之簿。德帝商及日商同爲日記帳。財產目錄。貸借對照表三種。我商通亦然。其他帳簿非商通上所謂帳簿。備置與否。均聽其便。法律上毫不干涉之也。

第一款 日記帳

日記帳云者。謂記載日常交易。及凡關於財產出入之各種事項之帳簿也。日常交易。謂商事之交易。及銀錢之出納等。而凡關於財產出入之各種事項。謂不問於營業有無關係。但於商人之財產。可生影響之一切事項。如商品之買賣。銀錢之收納。固無論已。即或因火災地變。牲畜之死亡等事實。致財產有所增減。又或因他人不法行爲之侵害。惹起財產上之變動。亦包含之。要而言之。凡於財產稍有關係之事

項。皆須逐一記載於帳簿。用以推知商人財產之動靜狀況也。雖然是乃原則。尚有二種例外如左。(商

二六條
參照)

(一) 日用款項僅記其每月之總數 此為對於上開逐一記載之原則第一例外。日用款項。謂商人日常家用之款項也。按自然人商人與公司異。其私有財產與營業財產。頗難劃然各別。日常家用。恆挹取之商店。而列為銀錢出入之一。其必須記入帳簿中者。一以防商人家屬流於豪侈。記入帳簿。足使觀省而自返。二以考核倒帳之商人。果出於浪費所致。抑由於不可抗力而然。可因此分別施以處理之法。但此等款項。畢竟少於營業費用。且常設特別會計。故無庸逐一記載。徒滋煩瑣。而僅記其每月之總數也。

(二) 零賣商得分現金賒賣兩種按日記其總數 此為對於上開逐一記載之原則第二例外。零賣商謂日常零星出售商品。對於批發(躉)而言也。現金交易。付價交貨。法律關係。即時終了。賒賣交易。類非一次。其法律關係。日後每多繼續為之。故兩者在法律上有所差異。自應示以區別。以便將來之稽考。但零星出售之貨價。與日常交易為出入之大宗自別。若強加以逐一記載之義務。繁瑣過甚。故許其記每日之總數也。

除上列二例外。凡有關財產之各種事項。均須逐一記載。其記載方法如何。非法律之所問。故用西式簿記。可用中國之記帳方法亦可。又其記載文字如何。商通亦無限制。故用國語可。卽用外國語亦可。惟命其明晰記載也。(參照附註1)

日記帳。有從實質上規定之者。有從名詞上規定之者。商人通例從前例。故日記帳。非法律之術語。而爲學問上之名稱。實際上雖用流水(現金交易)批發(賣)貨源(買)滾存(銀錢出納)等稱。亦自無礙。但其實質。符合於法律之所命。斯可已。(參照附註2)

〔附註〕1. 明晰記載之標準。究以如何程度爲定。日商及我商通無其規定。日本松本丞治氏謂「余以爲記載常用通行國語文字。及塗抹至於不堪卒讀者。或由他之方法。不得辨其是否爲後日所變更者。亦當嚴禁」云云。我商法調查案第四三條一項規定。『商人於商業帳簿及合同。其餘各種必要之記載。應用本國通行文字爲準。』同條二項規定。『商業帳簿應照通行規則。明晰記載。不得任意改竄添插。及凌亂污損。致難辨別。』皆對於明晰所下之註腳也。尤以志田案所定之標準。爲益周密。其第四四條云。『商人記載商業帳簿。不得爲左列各款之行爲。一、普通應記載之部分。留存空白。二、已記載之部分塗抹。或以其他方法。使人閱覽不清。三、變更記載。使人不能辨別其先後。』蓋從消極方面決定其不明晰。非不明晰。斯爲明晰記載矣。商通雖無明文規定。其在事實上固應采同樣之解釋也。

2. 日記帳之制度有二。(甲)實質主義。此主義但規定其應記載之事項。而不規定日記帳之名稱。如德日商法及我

第七章 商業賬簿

三二六

商通是。(乙)形式主義。此主義於法律上揭發日記帳之名詞。非僅規定其實質之事項已也。如法意諸國之商法最比較論之。自以實質主義爲最善。蓋各種商業不同。斯帳簿不能不隨之而各異。商法律強以日記帳拘束之。往往不能切合實用。而窒礙殊甚。雖西南商稍加變通。使於日記帳外。加造欠戶簿。及同種營業所共議必設之帳。似與形式主義。切用稍同。然明定各種帳簿之名目。總不若從其實質的規定。俾商人各按其事類分別設置之。得以伸縮自如之爲得也。

第二款 財產目錄

財產目錄云者。謂記載屬於商人凡有財產上之價格者之目錄也。其財產之範圍。較資產爲廣。雖債務亦包含其中。蓋以財產上之價格。有積極的方面。有消極的方面。自積極的方面稱之曰「積極財產」。即資產。自消極的方面稱之曰「消極財產」。即債務是。故商人通例所謂財產。乃包括資產及債務而汎稱之者也。夫商人之所以應造具財產目錄者。蓋凡商人計算損益。須先調查其現存之財產額。以之與其資本額相對照。自其對照之結果。甫可判斷其損益。故正確之財產目錄。爲計算損益之標準。實有造具之必要也。(參照附註1) 茲據商人通例規定。說明財產目錄之事項如左。

〔附註〕1 財產目錄。在於公司。常爲計算利益分配之基礎。例如無限公司。其純財產額中。除去股東出資總額之殘餘。即

爲其可以分配之金額。股份有限公司。其純財產額中。除去資本及公積金全額之殘餘。即爲其可以分配之金額是也。

(一) 應造具目錄之財產。應造具目錄之財產。爲凡屬於商人之財產。故不問其爲營業財產。爲

用財產均須造具目錄記載於特設之帳簿以表明財產之狀態也。其重要者爲動產、不動產、債權、債務。其餘之財產如商號權、商標權、特許權以及凡有財產上之價格者亦皆屬之。此徵之商通第二七條一項之規定可知已。(參照附註)至其記載之方法如何。法律雖無明文規定。然其必須適合於明瞭商人財產狀態之目的。所不待言也。

〔附註〕2. 財產目錄乃以明晰記載一切財產爲目的。商通二七條一項之規定甚明。但詳細推諷。尙不免疑竇。茲附述之於此。甲) 各種物權應以之爲積極的財產而記載之。是不待論。然如以下所舉兩點。則應注意。一、質權抵押權留置權等。其權利之本身。本非爲構成財產之內容。僅有確保債權之效力。故就債權本身之價格估計。雖因此等物權之有無。而大有不同。然各該物權之本身。則未有獨立可記載於財產目錄之性質也。二、所有權則須依法律上之觀察。以決取得之時期。而判斷其應否記載。例如於一月一日造具財產目錄之時。商人已於是日締結購買特定動產之買賣契約。其所有權利。應於是時歸屬於該商人。故卽爲應記載於財產目錄之所有權也。乙) 債權。亦應爲積極的財產而記載之。但對於此點亦有應注意者。卽本於雙務契約之債權債務。彼此相對待之時。是否亦應記載是也。關於此點。學者主張不同。有謂不應記載者。有謂應記載者。以後說爲當。蓋以此種債權。應列入債權以記載之。債務應列入債務以記載之。最爲適當也。丙) 其餘財產權。亦應依同一之標準。以記載之。例如特許權商標權著作權等均應記載是也。關於此點。學者中有謂此等財產。若爲傳來取得。且已付對價之時。或爲原始取得。因其取得。已出費用之時。則應記載。其不然者。則不應記載。竊以爲此說不可贊同。蓋財產目錄爲明瞭一定時期之財產狀況。今對於物權。既不區別其爲傳

來取得爲原始取得。對於此種之財產權。似亦無區別之理由也。(丁)消極的財產(即債務)亦均應記載之。至於債務是否爲金錢。又是否爲附條件。附期限。均非所問。此外如保證債務連帶債務亦均相同也。

(二) 造具目錄之時期 關於財產目錄造具之時期。從商人通例之規定。應區別爲自然人商人與公司而研究之。茲分述如下。(甲)在自然人商人於開始營業及每屆結賬時。應均造具之。(商通條一項參照)當開始營業應造具者。因欲知曉當時之財產狀況也。每屆結賬應造具者。則因欲知曉每

屆結賬之計算也。(乙)在公司於設立註冊及每屆結賬時均應造具之。(同條同項參照)

(三) 應附於財產之價格 動產、不動產、債權、債務、其餘財產目錄。於造具目錄時。應附記現時之價格。(商通二七條二項參照)(參照附註3)蓋恐狡詐之徒。任意填載以欺罔公衆。故限定其估價之標準也。然所謂價格本有交換價格與使用價格之分。商法上之價格。乃指第一種而言也。(參照附註4)

〔附註〕3 關於造具財產目錄時。財產所應附記之價格。其主義有三。(A)時價主義。應附記造具目錄時之價格。商人不
得左右操縱者。(B)原價主義。應附記其財產取得之價格者。(C)低價主義。附記造具目錄時之價格。或附記其以下
之價格。均聽商人之便。惟所記之價格不得高於時價者。此三種主義。各有得失。我商通則採用時價主義爲其通則。但
時價高於原價。尙須記其原價。是爲特則。現於本條例第二七條二項三項之規定而可知也。

4 財產的價格。有交換價格與使用價格之別。交換價格。係指物之自體。在交易上(經濟上)所生之價格。即客觀的價

格也。使用價格。則指所有者商人自己對於物之需用所生之價格。即主觀的價格也。例如商人建設商店。用款千元。自商人觀之。是其商店有千元價格。而按之當時時價。則僅值八百元。是其客觀的價格。比主觀的價格低落矣。反之時價值一千二百元。則其客觀的價格。又比主觀的價格騰貴矣。故二者常有差異。不能無所區別。財產目錄中所應附之價格。究應以何者為準。立法例及學說均有不同。德商法於股份有限公司及股份兩合公司之貸借對照表。則謂凡供營業所用之固定財產。不依時價當懸其買入價格評定之。是以使用價格即主觀的價格為準也。日本大審院判決例（日明治三十五年五月十四日大判參照）曾解釋該國商法第二六條第二項之價格。為客觀的價格。即謂該條所指調製目錄當時之價格云者。乃交換的價格也。我商通規定與日例正同。雖然。所謂客觀的價格（即交換價格）者。又非指其分離於各箇財產。而獨立賣却時所應得之價格。乃以營業存續為條件。當營業存續時。此財產之自體有如何價格也。故其應附之價格。既與個別觀察各箇財產所應得者不同。而與變賣營業全體。換價所得之價格亦異。學者多稱之曰營業價格。蓋營業價格。與主觀的價格。二者不可相混。營業價格者。非商人腦中認為自己財產上之價格。乃組成其營業財產中之各箇財產。以其營業存續為條件。所應有之客觀的價格也。譬如今有一製造業焉。若分離其工場之土地建物器械類。使之互無關繫。就各種之財產。各為評價。其價格當如何。若以此數者。為組成一箇製造業之財產。而評其價。又當如何。二者間客觀的價格。當必異矣。所謂營業價格者。即指其以製造業之存續為條件所有之價格也（松本氏商法原論參照）時價高於原價時。須記其原價。蓋所以副於時價主義之精神。鞏固商人之地位。保護債權人之利益也。價格不明者。謂無價時可考。又無原價可稽者。此則惟計其估計之價耳。（商通二七條二項參照）至不棄取之債權。應削除之。（商通二七條三項參照）蓋所以防商人財產之暗虧。而保護其債權者也。至於債務則應全數記載。

第七章 商業賬簿

蓋以自己之債務當全數清償也。

財產目錄之形式如何。法無明文。然應明晰記載。不能雜亂無章。則與日記帳同。無庸贅述。今試列財產目錄之樣式如左。

中國商店民國十九年十二月三十一日財產目錄

資產(積極)之部

項	目		數	支	數	值
	總	價				
(一) 不動產						
A. 地畝 <small>(上海市江灣 稻地五十畝)</small>			1100.00			元
B. 房屋 <small>(上海市中國商店占 地面積二畝五分)</small>				150.00		元
(二) 動產						
A. 商品 <small>(種類件數價 值見貨帳)</small>					35.20	元
			61.10			元

B. 器具 (櫥椅碗燈及其他)
 (雜件見用具帳)

(三) 現款

四二〇〇〇元

二六〇〇〇元

(四) 有價證券

四〇〇〇〇元

A. 股票 (新華百貨股份有限公司)
 (股票十張每張五十元)

五〇〇元

B. 國債票 (實業有獎證券)
 (十張每張一百元)

二〇〇〇元

C. 公司債票 (大中電器股份有限公司)
 (公司債票三張每張百元)

一五〇〇元

(五) 債權

一五〇〇〇元

A. 存款 (上海實業銀行定期一年)
 (存款一萬元年利六釐)

一〇六〇〇元

B. 欠帳 (主顧李君購綢)
 (十疋皮襖三件)

一三〇〇元

C. 貸款 (趙君於十九年一月一日)
 (借洋一千元地五畝作保)

一〇〇〇元

D. 票據 (本票匯業銀行發行)
 (十年六月三十日支取)

二五〇〇元

合計三二二・六〇〇元

負債 (消極財產) 之部

(一) 未付價金 <small>(自天津大豐皮貨莊買入灰鼠皮襖二十件)</small>	一·六〇〇
(二) 支付票據 <small>(本票五千元二十年七月十五日支付)</small>	五·〇〇〇
(三) 存 項 <small>(王君暫存無息本 店存摺第三號)</small>	二·四〇〇
(四) 其他債務 <small>(天津和豐號代墊五千元 本店為周君擔保三千元)</small>	八·〇〇〇
合計一七·〇〇〇元	

前後兩抵淨存洋(純財產)三〇五六〇〇元

第三款 貸借對照表

貸借對照表云者。謂貸方借方兩欄。記載財產目錄之摘要。(參照附註1)而用考核商人營業盈虧之表冊也。茲所謂貸方借方。非指示法律上權義關係(貸借之權利義務)之意義。實不過簿記學上之一用語耳。(參照附註2)

至其應記載於貸借對照表中之項目。(容內)固恆因自然人商人與公司而有不同。然其目的。在使二欄之總計額。保持同一的狀態。則略無歧異也。(參照附註3)

【附註】 1 所謂貸借對照表者。其表分爲貸方借方兩欄。對照商人現在之財產。與其不可不有之金銀。而目的在使財產

狀況一目了然也。然貸借對照表。實爲比核盈虧而設。故謂爲僅示財產目錄計算上之要領者。非也。何則。蓋自然人商人。其貸借對照表中之項目。固與財產目錄無異。若公司之貸借對照表中。其借方欄中。在無限公司兩合公司。應記載股東出資總額。在股份有限公司應記載資本及公積金。在股份兩合公司。應記載無限責任股東之出資總額。與資本及公積金。茲數者。非法律上意義之債務。故財產目錄中。無記載之必要。有稱此等項目。爲控除項目者。是即財產目錄與貸借對照表有時合一。而非常合一之例也。

【附註】 2 貸借對照表在比核盈虧。然所謂貸方與借方亦僅爲簿記學上之用語。實言之。在計算上。核對現存財產與現

在應有財產之必要。而設者也。即一方視營業爲一個財團。他之一方面。以有資本主義及債權人爲前提。而昭示其間之想像的權利義務也。貸方欄可解爲資產之義。以營業財團爲主幹。列舉凡屬於其權利之項目者也。借方欄亦可解爲負債之義。列舉營業財團對於資本主及債權人其計算上所負義務之項目者也。蓋資產爲現存之財產。故以爲之。負債乃對於資本及債權人必須清償者。故以爲借。以此貸借兩種關係作成對照表。而比較其多寡。即可知營業之盈虧也。

【附註】 3 貸借對照表所應記載之項目。須分自然人與公司論之。自然人之貸借對照表。貸方揭積極財產。借方揭債務。其積極財產總額。與債務額相消除。所剩之純財產額。亦常揭於借方。蓋使貸方借方二欄之總計額。歸於同一也。公司之貸借對照表。貸方載積極財產。借方載債務及控除項目。若貸方之總計額。超於借方。則其相差之額爲利益。記於借方。若借方之總計額。超於貸方。則其相差之額。爲損失。記於貸方。亦以使二欄之總計額。歸於同一也。

抑更有注意者。貸借對照表。於財產目錄同時造具。故其各項目所附之價格。應與財產目錄相符。惟財產目錄。為各箇財產之總目錄。於各箇之財產。皆應記載。貸借對照表。則僅依其種類。括數箇之財產為一項目。以記載之耳。世人不能區別二者之性質。每誤以財產目錄等於貸借對照表之貸方欄。則誤之甚矣。

貸借對照表。應記載於特設之帳簿。此與財產目錄正同。而其造具時期。亦與財產目錄毫無所異。(商通條參) 貸借對照表。在股份有限公司及股份。兩合公司均應公告之。(公司法一六八條及二一六條參照) 蓋以此二種公司。對於第三人之利害關係。極為重大故也。

今試列貸借對照表之樣式如左

中國商店民國十九年十二月三十一日貸借對照表

資產(貸)之部		負債(借)之部	
地畝房屋	二〇〇・〇〇〇元	未付價金	一・六〇〇元
商品器具	六一・二〇〇元	未付票據	五・〇〇〇元

現款	四二〇〇元	存項	二四〇〇元
有價證券	四〇〇〇元	其他債務	八〇〇〇元
存款	一〇六〇〇元	純財產	三〇五六〇〇元
欠帳	一三〇〇元		
貸款	一〇〇〇元		
票據	二五〇〇元		
合計	三二一六〇〇元	合計	三二一六〇〇元

貸借對照表與財產目錄。實際上有差異之點三。茲更舉之。(一)財產目錄不記載資本及公積金因其為利益上之金錢而非元本上之金錢故也。反之若在公司之貸借對照表則常記載之。此其一。(二)財產目錄不記載損失及利益。因其目的只在計算財產之總數。而不計及其盈虧故也。此其二。(三)財產目錄之記載詳。對照表之記載略。就不動產言。對照表雖可分列土地與房屋等項。而財產目錄則更詳記其所在地也。此其三。要之。二者記載之方法不同。而其目的一則計算總數。一則比較盈虧。此其大較。

也。

第四節 商帳書信之留存

凡商人之商業帳簿。及與營業有關係來往之書信。(往之書信 應存底稿)應留存之。而其留存期間。立法攸分。(參照

附註 1) 我商通定為應留存十年。(商通二十 八條參照)商通施行前。所有之帳簿及來往書信亦然。(商通施細十 二條參照)而

十年之期間。在商業帳簿。則自其終結之日。(最後一 載之日)起算。在於書信法律固無規定。然事理上自應以

受信之日起算也。至法律之所以設留存期間之理由。蓋所以防詐欺偽造之弊。更足以資後日起訴證據之力。故多一留存之件。即多一證據之利益。亦即減少一叢弊之途也。

〔附註〕 1 關於商帳留存期間。各國立法例。可分為二。(甲)以確定年限為期。如荷蘭以三十年為限。我國及德法意均以

十年為限是。(乙)以不確定年限為期間者。如玻利非亞及智利商法以營業繼續期間為限。西班牙商法以營業廢止清理後。經過五年為限。巴西商法以債權時效之消滅為限是。比較論之。自應以確定年限為期間者為最優。故立法例多從之也。

第五節 商業帳簿之將來

商業帳簿之設。一方面商人為自理其業。出納便利起見。一方面國家欲監督狡猾不正商人之欺罔行

爲。然自第一方面觀之。似無監督之必要。若自第二方面觀之。則果屬狡猾之商人。雖有帳簿之設。亦無法監督。因之學者間有倡商業帳簿廢止論者。蓋自然商人於營業開始之時。及每年一定之時。作動產不動產債權債務其他一切之財產總目錄。於其財產上附以目錄遺具之時價。誠非易事。因以財產一一記載。已屬困難。附以時價。尤屬絕無之事故也。又貸借對照表。則商人有意於記載者。有不欲記載者。有不知應如何記載者。故作成此等帳簿。則法律上不可不示以一定之標準。以資遵守。但法律規定闕如。疑義以起。雖然縱爲貸借對照表之記載。而實際上亦無何等之實益。至於日記帳。則遵守之者。尤鮮其人。良以逐日明晰記載。關於財產上一切之事項。實屬不可能之事實。因商人之一進一退。殆無不與財產有關係故也。

商業帳簿之規定。其遵守之困難如此。縱不遵守。則除認爲過失怠之破產材料而外。并無他項制裁。一旦不至於破產。則商人不遵守。尤屬無法可制。而商業帳簿與法律無直接之關係矣。故學者間多謂商業帳簿於商事法上無規定之必要。甯刪除之。以免具文之嫌。惟限於某種商業或法人商人。爲特別之規定斯可矣。雖然此屬諸立法論。利害得失。亦殊尙有商榷之餘地也。

第八章 商業使用人

商人者。商業主體之人也。故雖爲商人。不必親理其業。卽親理其業。而萬般行爲。必待一人爲之。亦事實上不可能之舉也。於是商人營業。不能不有待各種之補助人以補助之焉。此廣義之補助人。學者更有分之爲獨立的補助人。及狹義的補助人兩種。所謂獨立的補助人者。係經營補助的商業之獨立的商人也。如牙行業者、居間業者、代理商、運送人、倉庫業者、及保險業者是也。狹義之補助人。則爲商人營業上之機關。以補助其營業者。例如經理人、夥友、勞務者是也。

我商人通例第六章規定、商業使用人及商業學徒。第七章規定代理商。代理商以外之獨立補助人。則不規定於商人通例中。而應規定於商行爲法中。蓋代理商之營業。係爲一定之商人代理或介紹。雖亦爲獨立之商人。然而自其爲商人機關之一點觀察之。故置之於通例篇中。使於狹義補助人之商業使用人同其地位。至其他之獨立補助人。係自其行爲之點以觀察之。故應置之於商行爲法中也。

雖然。此在我新民法頒行以前。固應作如是觀。一自新民法頒行後。私法制度。采用民商統一主義。舉凡經理人代理商（即民法之代辦商）及其他代理商以外之商業補助人如上開之牙行等。均爲新民法所網羅。無庸再於商法中推敲之。故茲所研究者。亦惟於商人通例有其規定之商業使用人。而爲

新民法所未包含者也。

第一節 商業使用人之意義

商業使用人者。以僱傭關係。隸屬於商業主人輔助其營業之人也。(商通二九條參照)茲就此定義。分析說明之如左

第一商業使用人之主人。商人也。

商人使用於商業上之人。始可謂之商業使用人。故非商人。雖使用他人輔助其事務。然非商業使用人也。質言之。商業使用人須為商人所僱傭者。其主人苟非商人。縱有經理人夥友勞務者等名稱。即非此所謂之商業使用人也。商業使用人之主人。須為商人。試徵之法文中。『凡經理人由商業主人選任』云云。(商通三一條參照)即可明梗概矣。

第二商業使用人。因僱傭關係。隸屬於商業主人者也。

商業使用人。迺因僱傭關係。而為商人之隸屬機關。藉非然者。縱令輔助商人之營業。非商業使用人。如夫婦、監護人、代理商、董事等之輔助商業。皆非有僱傭關係者。即不得謂之商業使用人也。(參照附註1)

所謂隸屬機關。則指從隨於他之主體。而無獨立之資格者也。

〔附註〕¹ 商業使用人與商人須立僱傭關係而隸屬之。故如代理商雖補助自己以外商人之營業。而其營業爲自己之營業。皆不得謂之爲商業使用人。實一獨立之補助人也。凡妻補助其夫之商業。監護人爲被監護人營業。皆不得謂之爲商業使用人。以其無僱傭契約之可言也。即國家以及其他之公法人爲商人時。所使用之官吏或公吏。亦非商業使用人。以國家或其他之公法人。任命此等官吏之行爲。非私法上之僱傭契約故也。若公司之代表股東或董事等。亦非商業使用人。以其爲公司之法定機關。而執行其業務。非於公司立於僱傭關係隸屬於此者也。

第三商業使用人。輔助商業主人之營業者也。

商業使用人。在輔助商人營業。輔助營業云者。即爲商人服營業上之勞務。(參照附註²)故服商人營業外之勞務者。非商業使用人也。抑更有注意者。即商業使用人爲主人服勞務。具有繼續的性質。故與供各個勞務之日僱不同。此因商習慣上商業主人與商業使用人之僱傭契約。多係長期的契約。故也。

〔附註〕² 商業使用人。須爲服役於商業上之勞務者。何謂商業上勞務。其意不明。夙爲德國學者所爭論。多數學說主張

商業上勞務之意義。不必依商法上商人之意義以解之。即以普通用語之意義以解之即足。故製造加工業若從商法上之明文觀之。其爲商業無疑。然而關於製造加工等事實上之業務。普通用語之意義。並不合商業之觀念。故從事此等業務之工人。非服役於商業之勞務者。即非商業使用人也。我商通第二九條規定凡從屬於商業主人以助其營業

者。謂之商業使用人。是則商業使用人必有直接助其主人之營業者。如工人如夫役等。凡服役於技術上之勞務者。非商業使用人。如婢如僕等。凡服役於家事之勞務者。亦非商業使用人。如學理之顧問等。凡服役於科學上或技術上之高尙勞務者。亦非商業使用人。以此等人皆非直接助其主人之營業者故也。然凡服役於此等勞務者。如同時又服役於商業人之勞務。即同時又直接助其主人營業。則當然爲商業使用人。是則無可疑者也。

商業使用人與商業主人相互間之地位因僱傭關係而成。故自設定以迄終了之原因。與乎由僱傭所生之權義關係。悉從民法僱傭之規定。(日商三五條參照)學者有謂雙方爲委任關係者。然此惟於設定關係成立後。容或有之。其在設定之當時。則絕對以僱傭關係爲基礎者也。(參照附註³)

〔附註〕³ 僱傭爲當事人約定一方於一定或不定之期限內爲他方服務。務他方給付報酬之契約。(民法四八二條參照)故報酬爲僱傭關係成立之一要素。然商業使用人爲商業主人服商業上之勞務。有不受其報酬者。亦可稱爲僱傭關係。此屬極罕之事。蓋商業使用人實際上必受主人多少之報酬。且在商法規定。已明白認之。(商通四四條五三條參照)故此關係爲僱傭關係。毫無可疑。雖然爲商人服勞務而不受其報酬。事實上亦不能謂之絕無。果爾。則不以其人爲商業使用人可也。總之商業使用人對於商業以受報酬爲僱傭關係成立之必要條件。而莫能或異者也。報酬通常多爲金錢。然衣食住三者亦可稱之也。

第二節 商業使用人之種類

商業使用人之種類。各國學說立法例攸分。(參照附註1)而其如何規定。法制亦有不同。(參照附註2)據我商通規定。商業使用人。分爲三種如左。(商通三。條參照)

- 一、 經理人
- 二、 夥友
- 三、 勞務者

右列三種爲商業使用人。就中經理人一項。自新民法頒行以來。已與代理商同爲包含民法債編之中。以新舊迭更之法理論之。商通之規定。自在失效之列。故茲所欲研究者。即夥友與勞務者。又商業學徒以其性質相近。故亦與商業使用人併立而規定之也。

〔附註〕1 商業使用人。外國立法例及學說。有區分之爲高等使用人。與普通使用人者。有類別之爲智識的使用人。與技術的使用人者。有分析之爲事務的使用人。與學術的使用人者。凡此皆係學理上之分類。於實際上曾無何等實益。據我商人通例。則以關於營業上之事務。其代理權限之有無廣狹。而類別之。卽分商業使用人爲經理人。夥友。勞務者三種。以此分類。卽可知某種商業使用人之代理權爲如何。於實際上頗有利益。故此分類法。洵至善也。

〔附註〕2 關於商業使用人之規定。立法例可分爲三。甲。以商業使用人與代理商共規定於一章者。如日舊商是。乙。商業使用人獨立爲一章。與代理商分別規定者。如日現商是。丙。商業使用人獨立爲一章。與代理商分別規定。且附商業學徒於商業使用人章中者。如商人通例。德帝商是。此三種立法例。以第三種爲最善。蓋在性質相異之代理商。區

別不可不嚴。而在同一性質之商業學徒。自當使之包括靡遺也。惟德國商法。關於使用人對外之代理權限。與內部之僱傭關係。亦分章規定。我商通則但以使用人之代理權限。與民法特異者。統作一章而已。而使用人內部之關係。自可適用民法。是其差異耳。

茲僅就夥友、勞務者及商業學徒。分款述之如左。

第一款 夥友

夥友者。由商業主人或經理人選用。使為商業上某事項之使用人也。(商通四)〇條夥友於其所受委任之事項。有辦理之權限。故其代理權較經理人為狹。且其範圍亦常不能確定也。(商通四)一條

凡夥友於所受委任行為。而署名時。應加以某商號夥友字樣。以便與經理人有別。此其規定。蓋恐第三人受朦朧也。(商通四)二條

夥友亦為商業使用人。故其執行職務。須躬親其事。且對於主人之關係。與經理人有同然者。故本條例三六條及三九條亦準用之。(商通四)三條

第二款 勞務者

勞務者。依商業主人或經理人。所與訂之僱傭契約。服商業上勞務之使用人也。(商通四)四條此種使用人。

無代理爲商業上行爲之權。但以特定行爲委任時。得由商業主人或經理人表示之。(商通四) 勞務者於所受委任行爲而署名時。應加以某商號某人字樣。以便與經理人及夥友有別。(商通四) 至於勞務者。應服勞務之範圍。及應受之報酬。若未約定時。從其地方之習慣。(商通四七) 其僱傭期間如爲不確定者。彼此各得俟至年終解約。惟須先聲明。(商通四九) 九條

第二款 商業學徒

商業學徒者。謂就商業師修習其營業上技藝之徒弟也。其修業以契約定之。商業師應注意其本業之修習。使服其業務。又應與以通學之時間。(商通五) 六條至於修業之期間。於契約未經明定者。依其本業之規約。或該地方行之習慣。(商通五) 七條商業學徒修業契約前。得受試驗。其試驗期間。至多不得過三個月。(商通五) 八條

第三節 商業使用人之解約

商業主人與商業使用人之契約解除關係。可分兩面論之。

一商業主人對於商業使用人。遇有左列各款。得隨時解約。經理人對於夥友及勞務者亦同。(商通五) 〇條

(甲) 商業使用人。違背自己所受之委任時。

(乙) 商業使。用人爲不正之行爲時。

(丙) 有不得已之事故時。

二商業使用人對於商業主人。遇有左列各款。得隨時解約。夥友及勞務者對於經理人亦同。(商通五) 一條

(甲) 商業主人不給相當之報酬時。

(乙) 商業主人爲不正之行爲時。

(丙) 有不得已之事故時。

商業學徒於修業契約成立後。關於彼此解約時。準用右開之規定。(商通五) 八條

其解約之效力。惟對於將來發生。若解約之原因。出於當事者一面之過失。其對手人得請求損害賠償。

(商通五) 二條

商業主人與商業使用人。預以契約訂明至委任或僱傭關係終了後。仍於其營業上行爲受限制者。此等契約。只得於營業種類處所或時期。加以限制。不得因此限制。致阻礙商業使用人事業之發達。(商通五)

(五三) 條 至於商業使用之人解約。如出於商業主人之違反契約。或有不正之行爲者。則雖有預約。亦不

受其拘束。(商通五)
(四條)

商業使用人與商業主人。約明其經手或介紹而成之商行為。應得報酬者。準用六九條之規定。(商通五)
(五條)

商法原論終

商業法制定建議書

爲建議制定商業法。貫徹民商統一主義之精神。完成特別私法之制度事。竊查吾國私法制度。自來殘缺不完。幸自新民法及各種單行私法頒行以來。私人間之權義關係。始有遵循。洵不朽之盛業。惟現行民法。雖採民商統一主義。將有關於商業或商人之法律條項。概與網羅。但如營業行爲、商號、商業註冊、商業帳簿、及所用人等法則。其關涉於商人及營業上之權義者至鉅。在公司票據保險海商等。已作成單行法。則此類有關營業之法則。自亦不容忽視。亟應制定。俾資準繩。加之商人通例一部分法則。如經理人、代理商、行爲能力等。已爲新民法所收容。律以新舊法律迭更之原理。該條例遲早必歸廢止。而無令其成爲一種殘缺的狀態。使之存續有效之理。若是則新法之制定。尤爲不可須臾或緩者矣。自非然者。則商人間之營業。及一般授受上之權義。無由遵

守。爰不揣譎陋。草訂商業法案。共分商業及商人、營業行爲、商業登記、商號、營業所、商業賬簿、商業所用人、及商業學徒八章。都六十七條。稍足以示準繩。而維商業。所有建議緣由。是否有當。理合恭備建議書。連同草訂之法條一冊。敬

陳

貴委員會。靜候

公決。實爲至便。謹呈

立法院商法委員會

附商業法草案一冊

建議人 王去非

商業法案制定之綱要

一 商業法制定之根本理由 我國現行私法制度。固采民商統一主義。第所謂民商統一云者。即於民法法典以外。不復設商法法典。與之對立而已。決非將一切有關商事條項。使之消滅。或屏棄不顧也。觀於我國民法之容納幾多。含有商事性質之條項。即足以徵其大凡。惟我國民法所容納之部分以外。尚有關於商人與商業固有之制度。及其附屬制度。而為民法所不備者。窺立法諸公之初意。即欲以此留待於特別法之制定也。此類條項。率揭載於將廢而未廢之商人通例中。茲為整飭特別私法制度。及廢止商人通例計。似宜制定本法（商業法）以頒行之。庶得與民法收相輔而行之效。

二 商人及商業之規定 查「商人」及「商業」之文字。輒見於民法法條之中。然其意義種類範圍。民法曾無規定。是則何謂「商人」及何謂「商業」至為漠然。其於法律之運用。及解釋上。不無缺陷疑竇。况「商業」及「商人」無論習慣上及事理上。自來即有此觀念。是故民商法律之區別。雖可廢止。而此觀念。卒不可得而廢止之。先進之立法例。如瑞士國。其私法制度。與我國現制。大體上無異。其債務法中。對於商人且下一定之界說。而其他有關商業之條項。亦頗完備。我國民法。既有「商業」「商人」等文字。而法無詳細規定。不稍無遜色。然立法者之欲留以有待於特別私法之制定。其意固顯然可見也。

故本此旨趣。首先規定之。俾與民法相呼應。

三營業行為之規定。茲所謂營業行為。卽他國立法例之商行爲。質言之。卽商人在於營業上所爲之法律行爲。此種行爲。雖爲民法中法律行爲之一種。惟基於商人交易上之慣例。重敏捷。尙迅速。似民法之規定。尙多有與之不能相適應者。民法中雖將交互計算、運送、倉庫、運送承攬等。通常所稱爲商事契約之部類者。網羅規定之。然於此種營業行爲之通則。未予容納。茲特設概括的規定。且亦如民法之采簡便主義。以期活用。不踏襲各國冗繁之辦法。其於商人間。或商人與非商人間之授受上。似非無補也。

四商業登記之規定。關於商人之營業。一方有一已信用之關係。他之一方。復有公衆利害之關係。故商人欲公布其營業狀態於社會。胥賴此登記制度爲工具。在於一般法人及公司。既設登記制度。則自然人之營業者。亦有設此制度之必要。民法無此規定。故仍宜採用。且設詳細之法則焉。

五商號之規定。『商號』之文字。亦見於民法法條之中。惟無特別法則。因而所有商號之專用與冒用。禁止及轉讓等。於商人營業關係匪淺。均無可遵守。窒礙良多。故亦詳設規定。以資遵守。

六營業所之規定。住所爲人之生活本據地。於民法有其規定。而營業所（本店支店）則爲商人營業

之本據地也。舉凡商人交易上、或訴訟上、一切權義關係、皆賴此以資準據。我民法對此尙無特別規定。故從自來立法例之趨勢、仍爲之設規定也。

七商業賬簿之規定。商業賬簿、爲證明商人貿易情形、與夫財產關係之簿據。不惟於實體法上有規定之必要。且於訴訟上、尙依之以爲解決紛爭之有力證物。故非使商人備置不可。關於此類商業帳簿之種別內容等、民法亦無規定。故仍以規定之爲宜。

八商業所用人之規定。商人爲商業主體之人。然非親理其業。每使他人代其勞務。經理人僅所用入中之一種。民法有其規定。然經理人以外之其他夥友勞務者、學徒等、分佐其事。恆與主人發生權義關係。而民法一般委任及僱傭之規定。猶不足以支配之。故於本法仍設規定。俾與主人間之權義。不至毫無所遵守。而肇紛爭也。

九商業學徒之規定。此從各國立法例所設之規定。其情形與商業使用人有同然者。茲從略。

商業法草案

(附理由書)

王去非纂

第一章 商業及商人

謹按本章規定商業及商人所適用之法則。爲本法全部之綱領。

第一條 稱商業者，謂左列各種營業。

- 一 買賣業。
- 二 租賃業。
- 三 製造業，或加工業。
- 四 供給電氣，煤氣，或自來水業。
- 五 出版業。
- 六 印刷業。
- 七 銀行業，錢業，或典押業。
- 八 擔承信託業。
- 九 作業，或勞務之承攬業。
- 十 設場屋以集客之業。
- 十一 倉庫，堆棧，寄託，之業。
- 十二 保險業。
- 十三 運送業。

十四 承攬運送業。

十五 行紀業。

十六 居間業。

十七 代理業。

十八 物品，或有價證券，交易所之業。

理由

謹按本條列舉商業種類。以限定適用本法之範圍。而其所列舉之種類。有從各國多數商法而定者。如第一款，至第三款，第五款至第七款，第十款至第十七款是。有因時勢之必要增入者。如第四款第八款第九款第十八款是。

(參照) 我商通一·志田案二·商法調查案一·前清商一·日舊商四五·日現商五六三
·二六四·法商六三二·六三三·德舊商二七一·二七二·德商一之二項·奧商三七二
·二七二·匈商二五八·二五九·意商三至七·西商二·葡商二·和商三四·比·八七
二年法二三·亞商八·智商三·墨商七五·

第二條 稱商人者。謂經營商業之主體之人。

雖非經營前條之營業。而有商業上之設備者。自經聲請登記後。

爲商人。

理由

謹按本條規定商業主體之名稱。其第一項。凡營商業之主體者。學術上。謂曰實體商人。其第二項。雖非經營商業。然有商業上之規模布置。學術上。謂曰形式商人。前者是爲因於法律而固有商人資格。後者是爲因於註冊而取得商人資格。所以於第一項外。必更有第二項之規定者。因限定必以營業者。始可作爲商人。適用本法。而其餘各種營業。雖同有營利性質。同有營業所，牌號，經理人，及帳目往來。而不得作爲商人。適用本法。則除商業一種以外。凡漁業，礦業，及與農林業相聯之各種實業。均被擯斥。範圍過狹。故必就其有商業之設備更爲定一標準。使因註冊而亦取得商人資格。庶乎不致有所罣漏矣。

(參照) 我商通二。商法調查案二。志田案二之一項。前清商一。日舊商九。日現商四。法商一。德舊商四。德商一。二。三。四。奧商一。匈商一。意商八。西商一。葡商一。三。和商二。比一八七二年法一。智商七。墨商三。西舊商一。葡舊商一。一。瑞債八。六五。

第三條 沿門或在道路營業之人，或手工範圍內之製造人，或加工人。及其他資本不滿五百元之小商人。不適用商號，商業賬簿，商業

登記之規定。

理由

謹按本條係指明本法中特別規定之專適於大商人者。不適用於小商人。若必強爲適用於小商人。反嫌其限制過甚。不惟無益。抑且有害。故本條一面舉示小商人之例。即限定小商人之範圍。一面指明本法中之規定。何者不適用於小商人。

(參照) 我商通三。我商通施三。志田案六。商法調查案四。日舊商七。日現商八。德舊商一〇。一一。德商四。奧商一〇。一一。匈商五六。

第四條 因營業而生之權利義務。及商人之行爲能力。適用民法之規定。但特別法令，另有關於其權利義務之規定者。不在此限。

理由

謹按本條規定民法及其他特別私法適用之次第。我國采民商統一制度。商人之行爲能力。與一般私人之行爲能力。毫無軒輊。自應適用民法之規定。故本條僅指示其適用之次第而已。不復如商人通例別設規定。以期貫徹民商統一之精神。至所謂因營業上所生之權利義務。例如因買賣業，運送業，運送承攬業，行紀業 等所生之權利義務。皆於民法有其規定。自應適用。故本法亦爲指示明白。但(一)民法所未備而有其他特別法令者。自應適用之。又(二)雖爲民法所已備。然更有特別法令規定之者，亦應先民法而適用。

之。除此以外。均應依比附援引之方法。而適用民法之規定。以免或種營業，民法未曾規定無從適用之誤解。此本條之所由設也。

第五條 限制行爲能力人，獨立營業者者。應行登記。

理由

謹按本條係規定限制行爲能力人若爲商業主體自行營業時。有公示之義務。蓋限定行爲能力人。卽已滿七歲而未滿二十歲之未成年人其能力欠缺。不適於專尙敏捷之事業。故民法規定限制行爲能力人須得其法定代理人之允許。始得獨立經營商業。及其他之營業。然限制行爲能力人獨立營業。曾否得有允許世人無從知悉。故本法使其負登記之義務。至其登記程序。宜以特別法令定之。（民國十七年十二月十日工商部令公布商業註冊暫行規則參照）

（參照）我商通六・志田案四・商法調查案一一・前清商二至四・日舊商一〇至一四・日現商五・法商二至七・六五至七〇・德舊商六至九・奧商六至九・意商九至二〇・西商五至一二・二一之七號至九號・葡商一六・四九之一號至三號・比一八七二年法四至一五・羅商九至二一・亞商九至二四・智商九至一八・墨商六至一一。

第六條 法定代理人代無行爲能力人。或限制行爲能力人營商業者。應行登記。

理由

謹按本條係規定無行為能力人或限制行為能力人爲商業主體。而非獨立營業。由其法定代理人代營者。亦有公示之義務。蓋無行為能力人依民法無行為能力。若爲商業主體。自應由其法定代理人代營。而限制行為能力人爲商業主體亦同。故一面須別於限制行為能力人獨立營業。一面又須明示其代營者之爲何人。此所以使法定代理人，負登記之義務也。

(參照) 我商通五之二項・志田案五・商法調查案八之二項・日舊商一〇之二項・日現商七・意商一二・西商五・比一八七二年法八・

第二章 營業行爲

謹按本章規定商人在營業上所爲之法律行爲之法則。蓋民法所規定之法律行爲。乃其通則。一般私人咸得適用之。而此乃其特則也。蓋惟商人或與營業上有關係之私人。始適用之。且應先於民法而適用之也。

第七條 商人於其營業上所爲之法律行爲。爲營業行爲。

商人與非商人間所爲之法律行爲。推定爲營業行爲。

理由

謹按本條規定基本的營業行爲。與推定的營業行爲。蓋商人因營業行爲所生之權利義務

。與一般人因法律行為所生之權利義務。不必攸同。尙須區別。本條以次各條（第八條乃至第二十條）皆爲基於商人之營業行為而發生。與一般人有異者。故應先定營業行為。以免發生對於本條以次各該條。是否可得適用之問題。輒肇紛爭也。質而言之。本條以次各該條。惟涉及商人之營業關係者。始得適用之。否則。仍宜適用民法之規定也。
（參照）志田案一〇四・一〇五・德商三四三・日商二六五。

第八條 商人於營業上應負常規注意之義務。但法律別有規定者。不在此限。

理由

謹按本條規定商人注意之標準。而對於民法成爲特則者。民法原則。凡法律上苟無特別之規定。（民法一七二條五三三條五九〇條等參照）則各人所負擔之注意義務。僅有與處理自己事務爲同一之注意而已。惟商人則不然。商人當其營業時。所担负之注意義務。則必須有通常商人之注意。不能僅以有與處理自己事務之同一注意爲已足。此本條所由設也。

（參照）志田案一〇七・德商三四七。

第九條 營業上之代理。雖不明示代理本人者。對於本人仍有效力。但相對人得對於該代理人。請求履行。

理由

謹按本條規定商事代理之效力。而對於民法成爲特則者。民法上代理人，於其權限內。須表示本人之名義。否則對於本人不生效力。（民法一〇三條一項參照）商業法則不然。夫商人之代理也。須有代理權限。固與民法無異。然縱不明示本人名義。對於本人。亦有效力。於學問上以匿名代理稱焉。所以有此歧異者。蓋商業交易。以簡易迅速爲貴。以便宜秘密爲重。代理人之爲某種行爲也。有時不遑表示爲本人。有時且以表示爲不利。故特設此簡捷規定也。但相對人，不知另有本人。僅信用代理人。而凡與爲交易者。必強其對於本人。始可請求。亦有受意外損害之虞。故復使對於代理人仍得請求履行。以資保護焉。此本條所由設也。

（參照）志田案一〇八・日商二六六。

第十條 營業上之代理權。不因本人之死亡而消滅。

理由

謹按本條規定商事代理之消滅。亦對於民法而成爲特則者。民法任意代理權。固因其授與之法律關係定之。（民法一〇八條參照）。然其本人之死亡。是爲授與之法律關係終結之原因。故在民法任意代理權。不可不解爲因本人之死亡而消滅。然此種規定。在商業界，最爲不便。故本條特設例外規定。使任意代理權。不因本人之死亡而消滅也。

(參照) 志田案一〇九・日商二六八。

第十一條 商人自其營業上平常之顧主。受有關於營業部類契約之要約時。應迅發承諾與否之通知。

怠於前項之通知。視爲承諾。

理由

謹按本條規定商人諾否通知之義務。亦對於民法而成爲則特者。原來民法上對於要約人之意思表示。無諾否通知之義務。卽不發承諾通知，亦不得視爲業已承諾要約。(民法一五六條以至一八二條參照)然於商業之期迅速重信用。不相適應。故本條設此特例。卽商人受平常其營業上顧主屬於營業部類之要約，應速發諾否之通知。否則卽視爲業已承諾也。

(參照) 志田案一一三・德商三六二・日商二七〇

第十二條 商人在營業上所收受之物品。或有價證券。應負保管之責任。

但保管物之價額。不足清償保管費用。或係易於毀損之物。又或因保管必致損害者。得提存或拍賣之。

理由

謹按本條規定商人保管物品之義務。此亦一特則也。民法原則。無論何人，非依法律規定。（如民法一七二條五三五條五九〇條等是）或因意思表示。而特負有義務者。則對於他人。以契約之要約。及其他目的所送致之物品。概無保管之義務。然而為商業上交易之確實與信用起見。不能以此原則為滿足。故本條特別規定。商人在其營業上所收受之物或有價證券。應担负保管之義務。顧此義務。若毫無限制。而使商人負担。亦非公平適當。故又必規定其義務之限制。即其物價額不足償保管費用。或其物易損敗。又或因保管致受損害者。則應保管人有提存或拍賣之權。以保護之也。

（參照）志田案一一四・日商二七二・德商三六二。

第十三條 商人於營業上代他人為行為。或供給勞務。或負管理保管及其類似之任務者。得請求相當或定額之報酬。

理由

謹按本條規定商人因供務而取得之報酬請求權。對於民法。亦為特則。民法上除僱傭承攬（民法四八二條四九〇條參照）等特別規定外。凡為他人供給勞務。苟當事人間並無特約。則不能請求供務之報酬。是為原則。然而商人營業。以營利為主眼。自不宜適用此種無償原則。故本條特設異例的規定也。

(參照) 志田案一一五・德商三五四之一項・日商二七四

第十四條 商人在營業上。曾爲銀錢之代墊消費貸借或消費寄託者。得請求自其行爲日起之法定利息。

理由

謹按本條規定商業上墊款之利息請求權。亦一特則也。蓋民法上之消費貸借除有特別約定（民法四七七條參看）外。以無利息爲原制。然於商人以營利爲目的者。不相適應。故本條特別規定。以示維護之意。

(參照) 志田案一一六・日商二七五・德商三五四之二項

第十五條 商人相互間。在營業上應付利息之債。其利率未經約定。亦無法律可據者。爲週年百分之六。

理由

謹按本條規定商業上之法定利息。此亦對於民法而成爲特則者。據民法規定應付利息之債務。其利率未經約定。亦無法律可據者。週年利率爲百分之五。（民法二〇三條參照）然商人關於商事金錢之需要頻繁。固不能囿於普通民事利率。此各國之商事利息。所以較高於民事利息。已成一般之通例矣。本條就兩造商人間所生之債。規定其法定利息爲週年百分之六。亦對於民法原則，而設例外也。

(參照) 志田案一一七・日商二七六・德商三五二・則仍定百分之五。

第十六條 商人相互間因營業上所生之債。自履行到期日起，得請求利息。關於利息之債。從其營業上之習慣。

理由

本條規定商人之遲延責任。據民法規定債務人受債權人催告給付之時起。其遲延責任。即行開始。(民法二二九條參照)然在商人間之關係。若以特別催告。為債務人遲延責任之條件。則於商業上迅速與確實之目的。殊不相符。故本條特別規定凡因兩造商人間所生之債。由履行期之到來時起得請求利息。(商草十五條)但利息債權則從其習慣。此又與民法第二〇七條相呼應也。

(參照) 志田案一一八條・德商三五三。

第十七條 數人爲一人或全員爲營業行爲負債者。應各自負連帶責任。

理由

謹按本條規定商人連帶債務之責任。連帶債務者。同一內容之債務。而有二以上之債務人。各負全部責任之謂也。據民法規定。多數當事人之債務。以平等比例爲原則。(民法二七一條參照)然此不能適用於重信用貴確實之營業行爲。故本條設此特例即民法以

分担主義爲原則。而本法以連帶主義爲原則也。茲就此規定。而列舉其要件如下。(一)債務所由生之行爲。須係營業行爲。(二)債務人其中至少一人，須係營業行爲。(三)債務所由生之行爲。須係同一之行爲。

(參照) 志田案一一九・德民四二七・日商二七三之一項

第十八條 主債務人因營業行爲負債時。其保證人應負連帶責任。

理由

謹按本條規定商業上之保證。亦與民法有異。民法，保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前。保證人得拒絕清償。(民法七四五條)然在商業交易。因欲使債權之實行迅速簡易。故本條設有特例。凡下列各款情形。保證人與主債務人。負擔連帶債務。即(一)主債務人因營業行爲而負債者。(二)保證爲營業行爲者。觀此，可知營業行爲之保證。無民法上所謂先訴之抗辯及檢索之利益。至於保證人有數人時。則適用連帶之原則。而無分別之利益。此又與民法相同者也。(民法七四八條參照)

(參照) 志田案一二〇・日商二七三之二項

第十九條 營業上之給付或請求。應於通常營業時間內爲之。

理由

謹按本條規定給付之時間。查民法債權之履行及其請求之時間。若無特約。雖至履行時

期之終期。亦得爲之。(民法一二一條參照)然於商業情形。甚不適宜。故本條特定營業上之給付。非在普通營業時間內。債務人不得履行債務。而債權人亦不得請求履行也。

(參照) 志田案一二一・日商二八三・德商三五八。

第二十條 對於營業行爲給付之標的，時期，處所，無特約者。應從給付地之習慣。

理由

謹按本條商業上之給付。據民法當事人於債之標的。無特約者。應給付何物。設有各種規定。以爲準繩。(民法一九九條至二〇一條二〇八條至二〇九條參照)又給付之處所及時期。亦設有規定。(民法三一四條以下參照)然此均與商業似不適應。故本條設此特則也。(參照) 志田案一二二・德商三五九・三六〇・三六一・日商二七八。

第三章 商業登記

謹按本章係規定關於商業上公示之方法。

第二十一條 本法規定應登記之事項。由該商人聲請營業所所在地之地方(縣或初級)法院。登記於商業登記簿。

理由

謹按本條係規定本法關於商業登記所採用之根本主義。分析言之。第一，登記。須本於應為登記當事人聲請。第二，須登記於商業登記簿之公簿。第三，其公簿，須備於當事人營業所所在地之法院。至其登記之程序。宜以特別法令規定之（參照第五條理由）本法所定之應登記之事項。則散在各條之中。參閱之自明。

（參照）我商通八，志田案七。商法調查案一三。日舊商一八之一項。日現商九。法商二六七。德舊商一二之一項。德商八。意商一六商施一。匈商七之一項。西商一六二一。葡商四五。四六。四九。五五。瑞債八九五。亞商二五。三四。三六。智商二〇。二二。墨商一八。二一。

第二十二條 應在本店所在地登記之事項。若本法無特別規定者。於支店所在地。亦應登記。

於支店所在地之登記。若本法無特別規定者。非證明在本店所在地，業經登記者。不得為之。

理由

謹按本條係規定關於登記本店與支店之關係蓋。登記事項中，有三種。一。為在本店支店所在地皆應登記者。二。為應在本店所在地登記者。三。為應在支店所在地登記者。本店乃支店之前提。故應在本店所在地登記之事項。原則上在支店所在地。亦應登記。

但此種事項。若在本店所在地。尙未登記。而先在支店所在地登記。則又不合。必須證明在本店所在地。已有登記。而後始能在支店所在地登記也。

(參照) 我商通九・志田案九・商法調查案一九・日現商一〇・德商一三。

第二十三條 無論何人。得聲請閱覽登記簿。及其附屬文件。如繳納規費者。並得請准鈔錄。

登記之當事人及利害關係人。得繳納規費。聲請交付登記簿。及其附隨文件之繕本，或節本。如繳納郵費者。並得請准照寄。無論何人。得聲請交付登記事項，無變更，或無登記事項之證明書。

理由

謹按本條。乃關於閱覽登記簿交付繕本節本證明書之規定。無論何人。均得閱覽登記簿。及其附屬文件。或聲請登記所。交付證明登記事項無變更或其事項無登記之證明書。蓋使欲知登記事項之人。隨時可以查悉。至登記事項之當事人及利害關係人。常須引用此登記事項。以證明自己之法律上地位。徒閱覽登記簿。及其附屬文件。似尙未足。故使其得聲請登記所交付其繕本或節本。如繳納相當費用並得請准抄錄或郵寄也。

(參照) 志田案一〇・商法調查案一四・日非訟法一四二・一四三・德舊商一二・德商

八之二項・九・西商三〇・葡商六〇・智一八六六年法三九・墨商三〇・

第二十四條 已登記之事項。登記所應於官報。及指定之新聞紙公告之。其無適當之新聞紙者。應以揭示公告之。

公告自最後登載之官報，及新聞紙，發行日之翌日起。發生效力。

理由

謹按本條與前條皆登記事項之規定。有相互牽連之關係。蓋前條之規定。對於世人之求知登記事項者。已予以種種便益。而對於未嘗求知之人。仍不免無有遺憾。故本條規定。應以官報公告之。並應登載於登記所指定之新聞紙。若登記所認為無適當之新聞紙。可以公告登記事項者。須於城鎮鄉告示場公告之。並使其自最後登記日之次日。發生效力。
 (參照) 我商通一〇・志田案一一・一二・商法調查案一五・一六・日舊商一九之一項
 ・日現商一一・日非訟法一四四・一四六・德舊商一三・德商一〇・一一・奧商一三・
 匈商八・瑞債八六二。

第二十五條 應登記之事項。非登記及公告後。不得與善意第三人對抗。

雖經登記及公告後。若第三人因正當事由不知者。仍不得對抗之。

理由

謹按本條係規定登記之效力。登記事項依第二十三條第二十四條之規定。其公告已完全無缺。於原則上。登記及公告後。不問何人。不得以不知其事項爲抗辯。本條第一項之規定。實卽此意。在登記公告前。雖不得與善意之第三人對抗。然在登記公告後。卽時得與藉口於不知其事項而爲抗辯之人對抗。但其不知之故。實有正當事由者。則使得證明之以爲抗辯。故復設第二項例外規定。以保護第三人也。

(參照) 我商通一一・志田案一三・商法調查案二〇・日舊商二二・日商一二一三・德舊商二五・德商一五・奧商二五・意商九八・九九・西商二六・葡商五七・匈商九・瑞債八六三。比一八七三年法一一・亞商三二・三九・智商二三。

第二十六條 登記與公告不符者。應以登記簿所載爲準。但非經更正公告後不得與善意第三人對抗。

理由

謹按本條係規定處置登記與公告不符時之方法。蓋登記簿上所記。若與聲請不同。其登記自不生效力。若登記雖正確無誤。而公告之際。或因排印等之錯誤。至使登記與公告不符。則不可不特設規定。以決定之。本條卽規定其登記與公告。均視爲無效。

(參照) 我商通一二・志田案一四・商法調查案二二・日現商一四・和商二九之二項。

第二十七條 本法規定應登記之事項。若有違背而不聲請者。由管轄登記之法院。處以十圓以上一千圓以下之罰鍰。

理由

謹按本條係維持商業上公示方法之登記制度。而規定怠於登記者之制裁也。例如有某事項法律上雖規定必須登記。而不能期商人之必登記。蓋無登記。在商人未必皆有直接之不便。故往往置之不顧。而其間接之影響。害及商業全體者實鉅。故本條對於此等之人。審其事之輕重。處以十圓以上一千圓以下之罰鍰。至其聲請登記之期間。則明定於各登記事項之規定中。如第三十一條（商號登記）第四十二條（營業所設置之登記）第四十三條（營業所遷移之登記）等是也。又宣告此罰鍰之裁判屬於管轄其登記之法院者。為圖實際上便宜也。

（參照）志田案一五・日舊商二五六・日現商二六一之一號・德商一四。

第四章 商號

謹按本章。係規定商人關於其商業。用以表彰自己之名稱。

第二十八條 稱商號者。謂商人就其營業在裁判上。或裁判外，所用以表彰自己之名稱。

理由

謹按本條係闡明商號之本義。以維持其商業上之秩序。商人（除小商人外）爲表彰自己。往往用某種堂名字號以營商業。或爲商業上訴訟當事人。蓋爲保護其信用所不可缺者也。故本條規定。商人就其營業。在裁判上或裁判外。所用以表彰自己之名稱，卽爲商號。

（參照）志田案一六・日舊商二三・德舊商一五・德商一七・奧商一五・匈商一〇・葡商一八之一號・一九之一項・瑞債八六五之二項。

第二十九條 商人得以其名姓或其他名稱爲商號。

理由

謹按本條係規定用爲商號之名稱。以自由主義爲原則。據各國多數之立法例。有自然人之商號。須用其姓。（加以名或其名之第一字母）公司之商號。則從其種類。或須用人名。或不得用人名等制限。然中國若如此制限。則違向來之習慣。實多不便。故本法以自由主義爲原則。然以保護商業上公衆而論。則商人中自然人之商號。與公司之商號。不可無別。而公司中又應區別其種類。故於公司法特設規定（公司法第四條參照）使與本條相輔而行。以謀商號之整齊完備也。

（參照）我商通一六・志田案一七・商法調查案二五・前清商五・日舊商二四・日現商一六・德舊商一六・德商一八・奧商一六・匈商一一・葡商二〇・瑞債八六七。

第三十條 非照公司組織之營業。其商號中。不得用公司或類似公司之字樣。雖承受公司之營業。而並不照公司之組織續營者亦同。

理由

謹按本條。豫防非公司之商人假冒公司名義。行其欺詐之規定。非公司而用表示公司之名稱以營業。固應絕對禁止。即使承受公司所營之業。而並欲承受其商號者亦不能許其爲例外。此本條後段之所以設也。

(參照) 我商通一八。志田案一九。商法調查案二七。日舊商施二。日現商一八。德舊商一六之二項。奧商一六之二項。匈商一一。瑞債八六七之二項

第三十一條 商號之創用。廢止。變更。及承受時。應於二週內登記之。

理由

謹按本條之規定。係欲表示商號於商業登記簿上。以保其真確。故強制各商人登記。詳言之各商人當開始商業時。必須登記其商號。與登記營業所同。創立後。如廢止從來所用之商號。而別用他商號時。或因廢止商業。而廢止商號時。及承受他人之商業。同時並承受其商號時。均須登記。此本條之所由設也。

(參照) 我商通二四。志田案二〇之一項。商法調查案三六之一項。日舊商二五之二項

• 日現商二一・德舊商一九二五・德商二九・三一・奧商一九・二五・匈商一六・西商
一六・一七・二〇・葡商二六・四六・四七・五一・瑞債八六五・亞商二五・三九・智
商三六五・三六七・四七六・墨商一九。

第三十二條 在同一城鎮鄉內。不得用他人已登記之商號。爲同一之營業。

支店設於他人已登記商號之同一城鎮鄉內者。應照本店之商號。附增字樣登記之。

理由

謹按本條係規定同一登記所管轄區域內。不許有相同商號並立之原則。而對於已登記之商號。予以排斥他人。此後在同一登記所登記。同一商號之權利。（此卽商號專用權之第一作用）蓋因前條既強制其登記商號。而次條又規定已登記之商號有特別效力故也。然如某商人在甲登記所已登記其本店。其後因設支店於乙登記所管轄區域內。而爲登記時。則不得因乙登記所。已有他人登記。與其相同之商號。而排斥不許。故本條設第二項規定。僅令附加足以表示其爲支店之字樣於商號。而爲登記也。

（參照）我商通一九・志田案二一。商法調查案二八。日現商一九・德舊商二〇・二一之二項・德商三〇之一項二項・奧商二〇・二一之二項・匈商一七・葡商一七・瑞債八六八。

第二十三條 已登記之商號。如有他人冒用。或以類似之商號。爲不正之競爭者。該號商人得或請求停止其使用。並得請求損害賠償。於同一城鎮鄉內。使用他人已登記之商號。以營同一之業者。推定其爲不正之競爭。

理由

謹按本條係規定商號登記後之特別效力。蓋未登記商號之商人。對於同業中使用與已相同之商號者。不問其爲正當之競爭與否。皆不得請求停止其使用，若商號已登記。則自無相同者登記於前。亦不得有相同者登記於後。此法律上所確保者也。遇有未登記之商號。與自己商號相同或類似。而爲不正之競爭者。自得請求停止其使用。否則商號之登記。毫無實益矣。然他人用同一或類似之商號。雖因請求而停止使用。如在請求前。往往已有受損害者。若不能請求賠償，則仍難保奸商不生嘗試之心。在請求以前。故意爲不正之競爭。此所以設第一項後段之規定。並得請求損害賠償也。至所謂不正競爭之目的。雖似明顯。然亦有難於證明者。必須免除已登記商號者之舉證責任。故復設第二項之規定。於同一城鎮鄉內用他人已登記之商號。以營同一之業者。推定爲不正競爭之目的。則遇有爭論。彼使用同一商號者。欲自明其爲非不正競爭之目的。則非舉出反證不可也。

(參照) 我商通二〇・志田案二二・商法調查案二九・日舊商二六・三〇・日現商二〇
・德舊商二七・德商三七之二項・奧商二七・匈商二四・葡商二四・瑞債八六八・

第三十四條 商號，得與營業分離。而爲讓與。

理由

謹按本條係規定商號得與商業分離。而爲單獨讓與。蓋商號乃商人爲表彰自己任意所用之名稱。與商業並無不可離之關係。故得與商業分離而單獨讓與也。

(參照) 日舊商二八之一項・德舊商二三・德商二三・奧商二三・葡商二四之二項・(以上均係反對的法條) 商法調查案三〇本文。

第三十五條 商號讓與。非爲讓與之登記。不得與第三人對抗。

理由

謹按本條係規定商號讓與時之登記。若無讓與之登記。則不能與第三人對抗也。蓋未登記之商號。本無排斥他人使用同一或類似商號之效力。故其商號之讓與。實無法律上之效力。不過事實廢止從來所用之商號。而承受人者。同時創用其所廢止之商號耳。

(參照) 我商通二一・志田案二五・商法調查案三〇・但書・日現商二一。

第三十六條 承受他人之營業。並承受其商號者。若對於債權人。不從速表示特別意思。對於讓與人。用其商號所負之債務。應負清償

責任。但債權人仍不妨對於讓與人。請求履行。

前項讓與人之責任。自登記讓與營業之日起。逾一年因時效而消滅。

理由

謹按本條係規定承受他人商業。並承受其商號之商人。對於讓與人以前於其商業上所擔負之債務。不俟更改。即直接立於債務人之地位也。蓋承受商業。並承受其商號者。乃欲藉其商號。以博世人之信用。故讓與人用其商號所負之債務。與自己用其商號所負之債務。其間無可區別。惟承受人當承受時。如速通知債務人。聲明因商業主體變更。其讓與人所負之債務。非更改不歸承受人擔負。則債權人可用相當方法。請求讓與人履行債務。及其他事項。此時可毋須使承受人負此債務。否則讓與人之債務。若因讓與商業。而即可倖免。則世之營商業者。均不以責任爲重矣。故規定更改以前。仍不失其債務人之地位。而與承受人共同擔負全部義務。然承受人既爲債務人以後。則亦毋須使讓與人永遠負債務之責。復設第二項。自登記之日起。逾一年。即因時效而消滅。

(參照) 志田案二六。商法調查案三三。日舊商二八之二項三項。德商二五二六。

第二十七條 商號與營業同時讓與者。當事人間。若無特約。以十年爲限。讓與人不得在同一城鎮鄉內。爲同一之營業。

前項之讓與。若訂有不爲同一營業之特約者。其契約之効力。關於

區域。不得超過最小行政管轄區劃。(縣)關於期限。不得超過二十年。違此規定。其特約無效。

理由

謹按本條第一項係規定以商號與商業同時讓與之商人。雖無特約。而欲再創同一之商業。亦應受時期與地方之限制。蓋讓與商業。並讓與商號之商人。是顯有廢業之意。雖無特約。十年內。亦不得自同一城鎮鄉內。爲同一之商業。其所以限定十年及同一城鎮鄉內者。因漫無界限。恐湮沒人民之技能。而窮讓與人之生計。非國家社會之利也。其第二項規定承受商業。並承受其商號者。雖有特約。亦不得永遠妨礙讓與人之商業。蓋當事人以特約訂明在一定之期間及區域內。不再爲同一商業時。其特約自應有效。然其期間過長。區域過廣。則實際上與承受之利益。毫無妨礙。而徒湮沒讓與人之技能。亦屬有損無益。故規定其特約之效力。以一最小行政區劃(縣)爲界。並以二十年爲限。

(參照) 我商通二二·志田案二七·二八·商法調查案三一·日舊商二九·日現商二二
第二十八條 於商號之廢止或變更時。而不爲登記者。利害關係人。
得聲請法院。塗銷其登記。

法院受前項聲請時。應定相當之期間。催告該商號之商人。於期間內。聲明異議。逾期而不聲明者。塗銷其登記。

理由

謹按本條係規定已登記之商號廢止變更時。須表示其廢止變更之事實於登記簿。蓋已登記之商號。第三十二條以下。已規定其效力。若廢止變更時置之不顧。而不再登記其事。是使世人受不當之限制。此本法第三十一條既令商人爲廢止變更之登記。本條復使利害關係人。得聲請法院塗銷其登記。而法院遇有此聲請。應指定相當期間。催告其商號之商人。若對於塗銷有異議。應在此期間內聲明。逾此期間。不聲明者。即塗銷登記。(參照) 我商通二五。志田案二九。商法調查案三六之二項。日舊商二五之二項。日現商二四。德商三一。瑞債八六六。

第三十九條 商人使用商號違第二十條及三十一條之規定者。管轄登記之法院得禁止之。

第四十條 商人違背第三十條第三十一條第三十七條及第三十八條之規定者。處十圓以上一千圓以下之罰鍰。

理由

謹按本條係規定怠於登記商號之商人。及讓與商業後。在一定之期限。及區域內。再營同一商業之商人等之制裁。

(參照) 志田案三一。日舊商二五六之一號。日現商二六二之一項一號。德現商三七之

一項。

第五章 營業所

謹按本條係規定商人據以營商業之營業所

第四十一條 稱營業所者。謂商人據以營業之處所。但本店之外。得設支店。

理由

謹按本條係規定營業所之本義。及其種類。即商人之營業。必有據以營業之處。其爲例外者。不過普通行商而已。（行商之規模小者爲小商人。其規模大者。爲大商人。亦應有據以營業之處。）而商人中有祇設一營業所者。有設二處以上之營業所者。如有二處以上之營業所。必須有本店支店之別。本店祇能有一。支店則不妨有二處以上。此體察商業社會之實際。而設之規定也。

（參照）志田案三二・日舊商七・日現商四四之二項。

第四十二條 商人自設營業所之日起。二週內。應向營業所管轄地之登記所登記之。

商人已爲設置營業所之登記。在同一區域內。再設營業所者。僅於前登記附記之。

理由

謹按本條係規定有營業所之商人。依第三條規定除外小商人。皆應登記其營業所於商業登記簿。與其他商業登記相輔而行。以確保商業上之信用。而同一商人在同一登記所管轄區域內。設二處以上營業所者。無須爲二次登記。故本條僅令其在已登記之事項中。附記在同一區域內。設他營業所之事實。足矣。

(參照) 志田案三三。日現商五一之三項四項。

第四十三條 遷移營業所者。自遷移之日起二週內。應在舊所在地爲消滅之登記。在新所在地。爲前條第一項之登記。

在同一登記所之管轄區域內。遷移營業所者。僅爲遷移之登記。

理由

謹按本條與前條皆爲保持商人營業所登記之正確而設。營業所之遷移。其所遷之地。有在從來登記所管轄區域以內者。有在以外者。而登記之規定。卽因之而異。如遷移於管轄區域外。須用正式塗銷從來登記所之登記。(消滅之登記)。而在遷移地之登記。爲設立之登記。若遷移於同一管轄區域內。則毋須爲此二重行爲。惟更改從來之營業所登記(移轉之登記)。足矣。

第六章 商業帳簿

謹按本章係規定商人應設備帳簿。記明其營業上事務。及財產情形。

第四十四條 商人應設置帳簿。將日常交易。及凡關於財產出入之各種事項。逐一明晰記載。但其日用款項。僅記其每月之總數。零賣商。得分現金賒賣兩種。按日記其總數。

理由

謹按本條係規定商人應設帳簿。以記載其已執行之業務。及財產移轉變動之情形。無論何國。其商業上各有其習慣之記載方法。設備若干帳簿。本條特規定依明晰之記帳方法。記載於其所設備之帳簿。為商人之義務。有此規定。故法院得命商人提出帳簿。依民事訴訟法之探證主義。以決定其效力。又有罪破產之規定。亦因本條而愈顯其實效。是於商業信用之維持發達。有莫大之關係。可不言而喻也。

(參照) 我商通二六。志田案三六。商法調查案三七。前清商律六。前清破產律二。日舊商三一。日現商二五。日現破日舊商之一部九七九。一〇五一。法商八之一項。一〇。德舊商二八之一項。三二。德商三八。奧商二八之一項。三二。匈商二五。意現二一之一項。二五。西商三八。四三。葡商二九。三四。三九。和商六。比一八七二年法。一六之一項一九。瑞債八七七。

第四十五條 商人於營業開始時。及每屆營業年度之終。均應編製動

產不動產債權債務及其他財產目錄。及資產負債表。記載於特設之帳簿。但以每次編製各依編記頁數。蓋有騎縫印。連綴成冊者。無庸特記於帳簿。

前項財產目錄。及資產負債表。商人或其法定代理人。應簽名蓋章。

理由

謹按本條係規定。使商人於營業開始時。及每營業年度之終。須以其所有之動產不動產之債權債務及其他財產逐一記明其價額。參照第四十六條編製財產目錄及資產負債表。記入特設之帳簿中。其結果。在預備可爲民事訴訟法之探證。並定破產之關係。此爲商人必有之義務也。然商人若以此項財產目錄及資產負債表。依其編製之次序。編記頁數。並於各頁。蓋騎縫印。連綴成一冊。則此冊雖將來尙可續綴。未能即名曰帳簿。然已綴之部分。其效用實與帳簿無異。故毋須另行特設帳簿。此第一項之所以設也。又此項財產目錄及資產負債表。應由商人。或其法定代理人簽名蓋章。以明其責任。此第二項所由設也。

(參照) 前清商律七。前請破產律二五一。日舊商三二之一項。日現商二六之一項。日舊破九七九。一〇五一。法商九。一〇。德舊商二九至三一。德商三九。四一。匈商二六。二七。意商二二。西商二五至三七。葡商三三。三六。荷商八。比一八七二年法一

七·瑞債八七七·奧商二九至三一 意商二二之二項·二三之一項

第四十六條 財產目錄及資產負債表中。應記明編製時各財產之價額。

但編製時之價額。高於原價者 應記其原價。價額不明者。應記其估計之價。其不能索取之債權。應削除之。

商業帳簿所記之價額。應依中國貨幣計算之。

理由

謹按本條係規定商人編製財產目錄及資產負債表。應如何記明財產之價額。在原則上須記明時價。若時價高於原價。則仍以原價為準。是蓋一面使商人之財產情形。得以確知。一面防商人用不正之手段也。凡物之時價漲落不定。不可豫知。若因偶然時價之高漲。即計算爲利益。不獨於理論無當。但恐商人中有確係損失。而以現存財產。故意開列高價。巧於隱蔽。甚或爲虛僞之分配利益。其害實不可勝言。故設第一項之規定以防止之。又價額不明之債權。若不加入計算。則其財產情形。仍難確知。應規定記其估計之價額。至不能索取之債權。則已無財產之價值。自應除去。此又第二項之理由也。至商帳本因欲悉商人財產情形而編製者。若商人各自任意採用一種貨幣。以爲計算價額之標準。或各帳之中各項所用之標準不同。其不便實甚。隨而編製之目的亦不能達。故第三項又定明以中國貨幣爲標準也。

(參照) 日舊商三二之二項・日現商二六之二項・德舊商三一・德商四〇之一項・三項・奧商三一・匈商二八。

第四十七條 商人記載商業帳簿。不得爲左列各款之行爲。

(一)於普通應記之部分。留存空白。(二)於已記明之部分。塗改。或以其他方法。使人閱覽不清。(三)變更記載。使人不能辨別其先後。

理由

謹按本條係規定記載商業帳簿。應行禁止之事項。第一爲防日後之添加記入。禁其每頁留存空白。第二禁其塗抹已入之部分。或以其他方法。使人閱覽不清。第三禁其變更記載。使人不能辨別其先後。凡此皆所以保記帳之正確。而全帳簿之效用。並所以使有罪破產之規定。得收實效也。

(參照)意商二五・西商四三・四四・葡商二九・三九・和商六。比一八七三年法一九羅商二九。法商八一〇。德舊商三二。德現商四三。奧商三一。匈商二五。

第四十八條 商業帳簿。自帳簿終結之日起。應保存十年。

前項期間。於未記入特設帳簿之財產目錄。資產負債表。及營業有關之書信文件單據準用之。

理由

謹按本條係規定商人擔負保存帳簿義務之期間。若商業帳簿。永久保存。無甚實益。故從多數立法例。自帳簿終結時起算保存。以十年爲限。

(參照)前清商八。日舊商三四。日現商二八。法商八之二項。一一。德舊商二九之二項。三三。德商四四。奧商二九之二項。五三。匈商三〇之一項二項。意商二一之二項。二六。西商四一。四二。四九。葡商三六。四〇。和商九。六九。比一八七二年法一六之二項。一九之二項。瑞債八七八。羅商三〇。

第七章 商業所用人

謹按本章係規定第一種補助商人參預其商業上行爲之從屬機關。故名曰商業所用人。

第四十九條 稱商業所用人者。謂從屬於商人。而補助其營業之人。

前項商人。對於其所用人。爲商業主人。

理由

謹按本條係規定商業所用人之本義。凡商人經營商業。大都利用他人相助。有使其從屬於已。而利用之者。有各爲獨立商人。不使其從屬於已而利用之者。前者卽商業所用人及商業學徒是。後者如民法上之代辦商居間人行紀業等是。本法以規定前者爲準。此等商業所用人概係商人以受其補助爲目的。而置諸補助人之地位者。與商業學徒之以學習爲目的。置諸補助人之地位者不同。故須區別之。

第五十條 商業所用人。爲經理人夥友及勞務人三種。

理由

謹按本條係規定商業所用人之種類。其所以分爲三種者。蓋因其代理權之有無。並其代理權範圍有廣狹之差也。

第五十一條 商業主人與經理人夥友之法律關係。除民法之規定外。依特約約定之。

理由

謹按本條係與民法關於經理人之規定。相呼應而設置者。

第五十二條 夥友由商業主人選任。就營業上某種類或特定之事項。代商業主人爲普通應爲之一切行爲。但左列各款之行爲。非有特別授權者。不得爲之。(一)就商業主人所有之不動產。訂立移轉或附有負擔之契約。(二)代商業主人負擔票據上債務之行爲(三)金錢之消費貸借。(四)代商業主人爲訴訟當事人。

理由

謹按本條係規定夥友之權限。夥友雖無經理人代理權之廣博。而在一定範圍。亦有代理

權。蓋商人亦有爲自己商業上某種類事項。例如購買物品或特定事項。選任其人予以代理權。而使當其任。其選任本旨。若係使從屬自己者。則曰夥友。所謂普通所應爲之一切行爲。卽其代理權之範圍也。然其行爲是否爲某事項普通所應爲者。則人之見解各有不同。故規定較重之行爲。須有特別授權。始得爲之。而其所謂較重之行爲有四。一訂立不動產之移轉契約及擔負契約。二票據之發行承受。及其他票據上債務之擔負。三金錢之貸借。四審判上代理主人等是也。故本條特舉之以明其權限也。

(參照)日舊商五一之一項。二項。五四。日現商三三。德舊商四七之一項。二項。德現商五四之一項二項。奧商四七之一項二項。匈商四三。意商三七七至三七九。西商二九。二。葡商二五六。羅商四〇二。至四〇四。瑞債四二六。

第五十三條 對於夥友代理權所加之限制。不得與善意之第三人對抗。

理由

謹按本條係確保夥友代理權之規定。蓋夥友之代理權。雖不如經理人之廣博。然世人在其選任目的事項之範圍內。必信賴夥友有代理權。而與之交易。若主人在其代理權上。擅加限制。則世人每受意外之損害。故本條規定。雖加限制。除已知或應知之第三人外。不受其影響也。

(參照)日舊商五三。德現商五四之二項。

第五十四條 夥友於其所代理之行爲。而簽名時。應記明某商號夥友

之字樣。

理由

謹按未條係規定夥友代理主人署名之方法。蓋夥友之權限。雖不如經理人之廣博。然其從屬主人。補助商業無異。代理主人事務署名之時。必須記明主人商號。並加足以表示其爲夥友之字樣。然表示夥友之字樣。與表示經理人之字樣。易於誤認。故二者之間。須有明確之區別也。

(參照)日舊商五一之三項・德舊商四八・德現商五七・奧商四八・匈商四四・

第五十五條 勞務人由商業主人依僱傭契約。使其服商業上之勞務。

理由

謹按本條規定原則上無代理權關係。祇服勞務者。卽勞務人是也。凡商人營業。卽有經理人與夥友。亦必須有無代理權祇服勞務之所用人。此等所用人。皆以服勞務受報酬爲主。故名曰勞務人。質言之卽與主人訂立僱傭契約。而服其商業上之勞務之人也。

第五十六條 務人無代理商業主人。爲營業行爲之權限。但經商業主人就特定行爲授以代理權者。不在此限。

第五十四條之規定。於前項但書情形準用之。

理由

謹按本條與前條。皆規定勞務人本義。經理人可據登記而知。夥友可據主人授權行爲與選任關係而知。若登記簿既未公示其爲經理人。而又不能詳其有無代理權之所用人。則須視爲無代理權。此種所用人。若欲代表主人。須證明其有授權行爲。例如有委任狀一以保主人之利益。一以保世人之利益。此本條所以規定勞務人無代理權也。又此種所用人。本以服勞務爲主。雖就某行爲臨時授以代理權。而其地位。仍係勞務人。不能變爲夥友。蓋選任之目的。既非使其爲代理人。而授權時。又非更改選任契約也。故設但書釋明此義。至其代理人署名之方法。與第十五四條之意同

(參照)日舊商五一之三項・五四・日現商三四・德舊商五八・奧商五八。

第五十七條 勞務人應服勞務之範圍。及其應受之報酬。若無特別約定時。從其地方之習慣。

理由

謹按本條係規定勞務人在主人商業上應服勞務之範圍。及其應受之報酬。雙方如有特約者。僱傭契約從其特約，而決定。若無特約。從地方上之習慣。若無習慣。應斟酌訂立僱傭契約之事情。從民法規定以決定之也。

(參照)日舊商六〇・德商五九。

第五十八條 勞務人之僱傭期間。如爲不確定者。彼此各得俟至營業

年度終。解除契約。但應預先聲明。

理由

謹按本條係規定主人與勞務人皆得在一定前提之下。解除無期之僱傭契約。蓋當事人不定契約期間。是無永久繼續其關係之意思。大抵隨時任意解除契約。然自主人一面言。勞務人爲商業上使用之人。若突然解除契約。則商業恐致停滯。自勞務人一面言。素賴主人之報酬。以謀生。突然解除契約。生計必至困難。故本條規定。各當事人於每營業年度之終。預先聲明。方得解除契約也。

(參照)日民六二七·德現商六六·

第五十九條 商業所用人。對於商業主人。遇有左列各款情形。得隨時解除契約。(一)商業主人爲不正之行爲。(二)商業主人至期不給報酬。(三)有不得已之事由。

理由

謹按本條係規定商業所用人。因特定事由解除契約。一例如商業主人爲無端之懲罰詈罵。或過度加重其工作。延長其工作時刻。皆是。二主人至期不給報酬時。是違反契約。且有妨商業所用人之生計。商業所用人亦可解除。三其他不得已之事由。則以前例諸端爲標準而推定之也。

(參照)日民六三一·日舊商六四之一項·德舊商六三·奧商三六·匈商五八·

第六十條 商業主人對於商業所用人。遇左列各款情形。得隨時解除契約。(一)商業所用人。違背自己所受之委任。(二)商業所用人爲不正之行爲。(三)有不得已之事由

理由

謹按本條係規定主人因特定事由解除契約。一例如商業所用人不服勞務或絕對不堪勞務。是有背契約本旨。乃當然之解除。二例如商業所用人有失信用行爲。犯罪行爲。若主人仍使用之。恐失墜商業上之信用。主人亦得解除之。三其他不得已之事由。亦以前列諸端爲標準而推定之也。

(參照)日民六二八·日舊商六三·德舊商六四·德商七〇·七二·奧商六四·匈商五九·

第六十一條 依前二條規定解除契約者。惟對於將來發生效力。但解除原因。若係應歸責於當事人一造之事由。相對人得請求損害賠償。

理由

謹按本條係規定商業主人或商業所用人從前三條規定。解除契約之效力。蓋商業主人與商業所用人之關係。一則供勞務。一則給報酬。惟當事人之意。本無得失。故解除效力。不溯既往。惟廢止將來契約上之拘束。然其原因。若應歸責於當事人一造者。則因解

除所生之損害。相對人自可以請求賠償也。

(參照)日民六三〇。

第六十二條 商業主人廢業時。不問所定所用期間如何。其與商業所用人之法律關係。即行終止。但商業所用人。得請求損害賠償。

理由

謹按本條係規定商業主人與商業所用人之關係。因廢止商業。即行終止。蓋商業所用人之服務乃供給於主人商業之用者。若廢止商業。則其前提消滅。主人與商業所用人之關係。自應告終。然廢止商業。不問其原因如何。主人皆當對於商業所用人任其責。故本條明定商業所用人得請求損害賠償也。

(參照)日舊商六五一。

第八章 商業學徒

謹按本章係規定第二種補助商人。參與其商業上行爲之從屬機關。名曰商業學徒

第六十三條 稱商業學徒者。謂從於商人。學習商業服商業上勞務之人。

前項商人。對於其學徒。爲商業師。

理由

謹按本條係規定商業學徒之本義。蓋佐理商業之人。不獨商業所用一人一項。亦有受委託。一面使學習商業。一面服勞務者。此等人名曰商業學徒。此為各國所同。故本條亦從而認之耳。

(參照)德帝商七六之一項。志田案八三。商法調查案六八。商通五六。

第六十四條 商業學徒之學習。以契約定之。商業師應注意其本業指導。使服其業務。並應予以通學之時間。

理由

謹按本條係規定學徒契約。及商業師對於學徒應盡之責任。商業學徒之學習之內容期間等。均以契約定之。凡商業師對於商業學徒。決非僅用之供灑掃奔走。以虛擲其光陰者。必使實地練習。以為將來應世之計。彼為徒弟者。既擇定商業。即當習特種勞務。商業師應加意指導。不得以他種勞務。奪其學習本業之機會。蓋其旨趣。無非欲使商業學徒。有所成就也。商業學徒為修業之便宜。固應服商業上之勞務。然不可使任繁瑣之事務。與勞苦之事情。致荒廢其學業。故又應與學徒以通學之時間也。

(參照)德帝商七六之二項三項。商法調查案六九。商通五六。

第六十五條 學習之期間。未經約定者。依其本業之規約。或其地方之習慣定之。

理由

謹按本條係規定學習期間未經約定之標準。蓋我國幅員遼闊。商界之風氣各殊。即就修業期間而論。工商業大都以六年爲期。即俗所謂『幫三年學三年』是也。而所結契約。仍各隨雙方之意思。至各業之規約。各省不同。甚則各市各縣不同。各地之習慣。各市各縣不同。甚則各鎮各鄉不同。故本條僅設一概括規定也。

(參照)德帝商七七之一項。商法調查案七〇之一項。商通五七。

日本於工商業見習者。初定十年。明治五年後。改爲七年。但民間多沿舊商。仍以十年爲度。(並註)

第六十六條 學習契約前。得定試驗期間。其期間至多以三個月爲限。

理由

謹按本條係規定學徒之試驗間之。蓋學徒之是否適於該業之學習。在商業師素稔其心性者。或可知曉。若雙方毫無關係者。備難決定。不慎於始。鮮克有終。故當締結學習契約以前。定一試驗期間。俾商業師得以審察而決從違。然其期間過短。仍難從容考查。過長。則又蹉跎歲月。致學徒之光陰。擲諸虛牝。皆未允洽。故最長期間。以三個月爲限。此本條之所由設也。

(參照)德帝商七七之二項。商法調查案七〇之二項。商通五八。

第六十七條 學習契約成立後。關於彼此解約時。準用第五十九條至第六十一條之規定。

理由

謹按本條係規定學徒解約之準則。蓋商業學徒之服勞務。大體上與商業使用人相同。故商業使用人解約之規定。於商業學徒解約時。可準用之。無須別設規定也。如商業師方面不給報酬爲不正之行爲。又或有不得已之事由。(第五十九條)及學徒方面違背職務。爲不正之行爲。又或有不得已之事由。(第六〇條)均可隨時解約。且解約之原因。若由於當事人一造之過失。其相對人尙得請求賠償。(第六一條)以保護其利益也。

(參照)德帝商七七之三項。商法調查案六八。商通五九。

(完)

中華民國二十年七月出版

商法原論（全書一冊）

實價不扣

定價二元二角

外埠寄費加一

著者

王去非

出版者

王去非

印刷者

上海東新印刷所

美租界舟山路舟山里廿六至八號

寄售處

南京法律評論社

上海商務印書館

（及外埠各分館）

上海小西門文路尚文書店

商法原論勘誤表

頁數	行數	誤	正
凡例後頁	三	實施氏商統一制度	實施民商統一制度
凡例後頁	三	不相鑿納。	不相鑿柄。
凡例後頁	五	企禱無既。	企禱無既。
目錄	八	商業草案	商業法草案
第一編	八	牙行	行紀
一三	一	第次編	第二編
一九	一	而非民法之例外也。	而非民法之例外法也。
二八	一	此即商發生之原因。	此即商法發生之原因。
二九	五	漢撤同盟法。	漢撤同盟法。
七六	二	自商法適用範圍論。	自商法適用之範圍論。
八一	五	可納入法中	可納入民法中
八二	二	有與民法相當類似	有與民法相類似
八四		(民法法典)……	(民法法典)……
一〇六	書邊	商法之效力	商法之效力
第二編		(如上海之張	(如上海之徐園
一一九	一三	[附註] 7.	[附註] 6.
一二一	二	(即日本履	(即日本人
一二四	九	人口入所)	口履入所)
一二五	一	[附註] 11	[附註] 10
一二五	一	運送、承攬運送、問	運送、承攬運送、行
一二六	一〇	行紀、居間、代辦商等是)	紀、居間、代辦商等是)
一二七	三	或定時刻	或例定時刻
一四四	六	固有制定	固有制度
一四九	六	兩資格耶	兩資格否耶
一五六	二	適用商號及商號	及商號三字刪去
一六七	六	入費亦甚多	納費亦甚多
一九四	七	[附註] ()	[附註] (1.)
一九八	七	凡社會	即社會
二〇九	六	亦失之瑣屑。	亦失之瑣屑

本書匆促付印錯誤之處未及訂正茲就發現各字列表勘正
 此外尙恐難免甚望 閱者之指正而加以鑒諒也

上海图书馆藏书



A541 212 0008 4502B

1953

上海工人圖書館

406554