

商法原論

日本松本蒸治原著
閩侯陳壽凡譯述



商務印書館發行

商法原論目次

緒論

第一章	商之觀念	一
第二章	商法之觀念	六
第三章	商法之沿革	一〇
第一節	總論	一一
第二節	各國商法	一六
第一款	法國商法及法國法系諸國商法	一七
第二款	德國商法及德國法系諸國商法	一八
第三款	法德折衷法系諸國商法	二〇
第四款	英美商法	二一
第五款	俄國商法	二一
第六款	清國商法	二二

第三節 日本商法	二二三
第一編 總則	二二八
第一章 商法之法源	二二八
第一節 商法	二三〇
第二節 商慣習法	二三四
第三節 民法	二三九
第二章 商法適用之範圍	四〇
第三章 商行爲	四三
第四章 商人	五〇
第一節 商人之意義	五〇
第二節 商業之制限	五六
第三節 商人之人	五八
第一款 未成年者	五九
第二款 妻	六〇

第三款	禁治產者	六一
第四款	準禁治產者	六一
第四節	商人之法人	六二
第一款	公法人	六三
第二款	私法人	六六
第五節	小商人	六九
第五章	營業	七一
第一節	營業之意義	七一
第二節	營業之讓渡	七四
第三節	營業所	八二
第六章	商業登記	八六
第一節	總論	八七
第二節	登記之手續	九〇
第三節	登記之公示	九三

第四節 登記之效力	九四
第七章 商號及商標	九九
第一節 商號之意義	一〇一
第二節 商號之選定	一〇四
第三節 商號之登記	一〇八
第四節 商號專用權	一一二
第五節 商號之讓渡	一一五
第六節 商標	一一七
第八章 商業帳簿	一二〇
第一節 總論	一二一
第二節 日記帳	一二五
第三節 財產目錄	一二六
第一款 財產目錄應記載之財產	一二七
第二款 財產應附之價格	一二九

第三款	財產目錄調製之形式	一三五
第四節	貸借對照表	一三五
第九章	商業使用人	一四一
第一節	總論	一四三
第二節	支配人	一四七
第一款	支配人之意義	一四八
第二款	支配人之選任及終任	一五〇
第三款	支配人之權限	一五二
第四款	支配人之義務	一五七
第三節	非支配人之使用人	一五九
第十章	代理商	一六〇
第一節	代理商之意義	一六一
第二節	代理商之義務	一六五
第三節	代理商之權利	一六七

第四節 代理商之權限	一七〇
第五節 代理商之終任	一七〇

商法原論

緒論

第一章 商之觀念

商法者。關於商之法律也。故學者欲論商法之爲何。當先說明商之觀念。雖然商之意義。甚屬茫漠。不易指明。現今各國商法。關於商行爲所列舉之行爲。殆散漫而缺統一。立法者就於商之爲何。非樹學理的標準而規定之。不過任意湊集諸般之行爲而已。欲藉此探究普通之觀念。而明確商之意義。固難期也。

商者。以媒介貨物之轉換爲目的之行爲。此多數學者所同認也。若依斯說。則立於生產與消費之間。自己無消費之目的。而仰資貨物於生產者。以供給消費者之行爲。直接以媒介貨物之轉換爲目的者。茲稱爲固有商。或狹義之商。二六號 二六三號 二六號因狹義商之發達。遂有補助之。使易於轉換。以是爲目的各種之行爲。如海陸之運送。二六號 二六三號仲立。取次。代理之引受是。二六號 一四號 一二號此等行爲。亦間接以媒介貨物之轉換爲目的者。茲稱爲補助之商。然關於爲他人製造或加工之行爲。作業及勞務之請負。出版。印刷。或攝影之行爲。以客之來集爲目的場屋之取引。寄託之引受等。則難謂

爲貨物轉換之媒介行爲。六二六四條二號三號五號 覺爾托密德。雖於狹義之商。補助之商以外。認第三種之商。務欲網羅是等行爲。以關聯於貨物之轉換。要有牽強之嫌。至於因觀光之旅客運送。生命保險。住家火災保險等。更與貨物轉換之媒介行爲。毫不相關矣。夫以商之意義。限於貨物轉換之媒介行爲。殆屬原始之思想。當上古未開時代。貨物轉換之媒介行爲。爲商之濫觴。固不可掩之事實。惟以此律今日商之觀念。不免刻舟求劍之譏。故貨物轉換之媒介行爲。斯說也。非僅解釋現行商法。不能適當。且有制限商之範圍。阻害商之發達之虞。不可採爲立法之標準。現今各國商法。販賣因先占或原始生產所取得之物。不認爲商行爲。亦此觀念之餘弊也。余著者欲就立法論。而定商之觀念。則於行爲實質以外。其行爲者之狀態。亦應注目也。自稱者

各國商法。認所謂營業的商行爲。特定之行爲。雖僅限於營業者。爲商行爲。二六條若進一步。參酌營業之設備方法。亦可定商行爲之意義。近時立法例中。如瑞士債務法。及德國新商法。稍採此方針焉。

學者有以商爲營利行爲者。例如覺爾托密德伊忒曼反對說巴黑連德夫以商業爲營利事業。固甚適當。而以商行爲爲營利行爲。則誤矣。例如鐵道會社。雖屬營利會社。而各種之運送行爲。不必皆營利行爲。會社有明知無利益而運送者。更有因慈善事業。無償而運送者。然其運送。要不失爲商行爲也。又

有謂營利爲一切商行爲之常素。雖稍愜當。然如手形行爲。則與營利之觀念。毫無關係。二六三號故以商爲營利行爲者。非也。

又有以商謂爲營業者。例如此在中世團體時代。凡非商人團體之團體員。不得爲商。故可謂商

爲營業。又近時德國新商法。復採此主義。謂商行爲者。屬於商人之商業一切之行爲也。德國商法三十

一四條今當人類經濟。日益進步。分業盛行。僅以營業之行爲。視爲商行爲。在立法論上。雖極贊同。

然日本商法。做多數立法例。即特定之行爲。非屬於營業者。仍認爲商行爲。三六條故就日本商法言之。要不能採用此說也。

又有以商謂爲不變貨物之形。而轉換之者。此由羅馬法志格斯達法典以來。至近世紀前。所行之學說。欲以商由工而分也。蓋中世團體時代。營商工業者。各立團體。禁團體員以外之人。營屬其種類之業務。故得區別如此。至團體破壞後。遂失區別之標準。商與工間。無劃然分界。如法國商法。凡施勞力於物品。變形而移轉之者。亦明定爲商行爲。法國商法六三二條德國商法。及其他多數商法。倣之。日本商法。雖無如此明文。而解釋上。凡加工製造物品而讓渡之者。亦認爲商行爲。實無容疑也。依經濟上之意義。所謂工業。在法律上。即商業也。蓋由他人購入原料。而加以製造。營製造業者。依商法之意義。仍不失爲商人。故以商限於轉換之說。非近世法之所認也。

或謂爲商之目的之貨物。有消極的制限。應除却不動產者。近外國之立法例。不認不動產爲商品。例如德國舊商法、匈牙利商法是。蓋不動產之性質。非僅不適於轉換之目的。且轉換之際。須複雜之形式。不便從商法之規定。此一理由也。然不動產之性質。非全不許轉換。有以射利之目的而賣買者。故不能悉謂爲非商行爲之目的。日本商法。無此制限。如第二百六十三條第一號。及第二百六十四條第一號。明認不動產爲商行爲之目的。又意大利商法第三條。規定以營利目的賣買不動產。爲商行爲。德國新商法。與日本商法。第二百六十三條第一號相當之規定。德國商法一項一號雖不認以不動產爲商行爲之目的。然如舊商法。則無此規定。故可認爲附屬商行爲之目的也。參照二六五條

或謂商須以商品。由一地移轉他地。此舊時學者所唱導也。然在同一地。數人之間。轉換商品。爲吾人所常睹者。此謂爲非商。實無理由。斯說之謬。不待言也。

要之。從來學者。就於商之意義。又視爲屬性所論述者。無一足採。卽以商爲貨物轉換之媒介。爲固屬通行之學說。亦僅適合於原始時代之商而已。而解釋現行法。則不適用。且有貽誤立法方針之弊。各國商法。因避概括的商行爲意義之困難。常用列舉之法。故解釋現行法。就於商行爲。及商人之範圍如何。雖少存疑。而欲概括的舉適當之定義。殆勞而無功。余亦僅指摘從來學

說之缺點。至於商之觀念。在法律上固不能以明確之定義。而說明之也。

以上說明商之觀念。茲述商之分類。夫商之分類。因觀察點而異。自經濟上言之。固屬必要。而在法律上商之觀念。既不明瞭。自無正確之分類。故此等分類。概不足置重也。

第一 固有商補助之商

如前所述。多數學者。以直接媒介貨物之轉換為目的之行為。稱為固有商。或狹義之商。補助狹義商之行為。稱為補助之商。如此分類。非僅法律上。毫無實益。即就沿革上言之。商之發達。始於固有商。次及於補助商。除此區別外。亦無他之意義。現行商法。又認固有商及狹義之商。所不屬之商。且近時此二種之商。均占平等地位。欲強附以主從之分。實無理由也。

第二 大商小商

大商者。謂營業之規模大。且取引之範圍廣。得直接以生產者貨物。供給於小商。所謂卸賣者是。小商者。謂營業之規模小。取引之範圍。在於一地方。由大商取得貨物。而直接供給於消費者。所謂小賣者是。大商與小商之區別。經濟上雖屬重要。而法律上則無區別之價值。商法所謂小商人。參照第一編第四章第五節要屬別種之觀念也。唯卸賣及小賣之語。偶見於法典中。二五條二項民法一七三條一項

第三 陸商海商

陸商者。謂在陸上、或湖川、港灣、之商也。海商者。謂在海上之商也。海商自古與陸商分離。發達特速。故關於此之法規。常別爲規定。如日本商法。設海商一編。關於海上之運送及保險。爲特別之規定。陸商海商之分類。僅於此點。認有價值焉。

第四 爲自己之商爲他人之商

爲他人之商者。例如問屋。因他人之計算。而爲商也。爲自己之商者。因自己之計算。而爲商也。所謂自己之計算。或他人之計算者。卽經商之結果。所生之損益。歸於自己。抑歸於他人之意。此種區別。亦基於以商爲貨物轉換之媒介行爲之謬見也。夫以問屋營業爲目的之商行爲。在引受物品之販賣。及買入之委託。問屋於此行爲。實因自己之計算。至於因他人之計算。爲物品之販賣或買入。不過委託之履行。而非其營業目的之行爲也。此種分類。乃以物品之販賣或買入爲主眼。僅決其因何人計算而爲商。非定問屋之商業。悉由他人之計算。故使學者陷於誤謬。實此無用之分類之罪也。

第二章 商法之觀念

商法之語有廣狹二義。廣義所謂商法。指商所固有法規之全體也。學者多分廣義商法爲三。卽商私法、商公法、商國際法是。

商私法者。關於商之私法上法規也。商公法者。關於商之公法上法規也。商公法更可分類爲三。卽商國法、商刑法、商訴訟法。是商國法者。謂關於商之憲法及行政法上之規定。例如保險業法、取引所法、私設鐵道法、銀行條例、質屋取締法、古物商取締法、銃礮火藥類取締法、是商刑法者。謂規定關於商之犯罪。應科之刑罰。散見於刑法及各種特別法之中。商訴訟法者。規定關於商之訴訟手續。散見於民事或刑事之訴訟法中。如爲替訴訟。其最著之例也。商國國際法者。謂關於商國國際法上之法規。學者更分爲商國國際公法。商國國際私法二種。然國國際私法。僅定關於適用法律。一國之國法。實非國國際法。故商國國際法。乃單指商國國際公法而言。

狹義之商法。卽前述三種中之商私法也。商私法。非僅占廣義商法中之大部分。且屬最重要者。蓋商公法、商國國際法。尙未成爲獨立一科目也。但日本所稱爲商法者。更有特別之意義。乃指商法典而言。觀各國商法典之規定。雖多屬於商私法。要亦包含商公法。反之、商私法。（狹義之商法）非必於一法典中盡網羅之。別有種種特別法令、與慣習法。本書所欲說明者。以狹義之商法（商私法）爲主。又欲專就日本商法典而論之。故以下所謂商法。若非指狹義之商法。（商私法）卽指商法典也。

商法者。商所固有之私法也。卽對於一般私法之民法。爲特別法也。民法規定關於一般私法之

原則。商法關於商之特別規定。是商法對於民法。恰如羅馬培尼德爾之立法。對於市民法。或有補充民法之規定者。或有變更民法之規定者。補充民法之規定。謂限於商事所有之關係。及限於商事具特別形體之關係。民法缺其規定者。爲補充之規定也。例如商號、商業帳簿、商業登記、商業使用人、代理商、仲立營業、問屋營業、運送營業、保險、手形等之規定是。變更民法之規定。謂民法縱有規定。而關於商事。有特別之事情。不得適用之際。得爲變更之規定也。例如日本商法第三編第一章、及第二章中之規定是。

如斯商法對於民法。雖屬補充或變更的之規定。然此二法。皆定私人相互間之法律關係。以何者爲二法之限界。學理上無確定之標準。故學者亦有在一般私法中而論商法者。例如格伯爾、德國商法論、忒倫培爾、克普國私法論、及德國民法論、伯志尼爾、德國普通私法論是。又多數英美法之著書。有在一般法律中。說明關於商法之特別規定者。例如培拉克斯敦、欽德、斯知威等。是外國之立法例。若英美及斯加細比亞諸國。別無商法之法典。又如瑞士債務法。不區別民法與商法。而特設關於債權之規定。然則論商法爲關於商之特別法。與民法區別。僅因日本、歐羅巴、南美及其他諸國。對於一般私法。採特別法典之形式。有商法典而已。若離夫沿革。而依於理論。分民商二法。實無理由也。學者或唱商法之規定。逐漸移於民法。民商二法。終歸一致之說。如例

倫培爾克或謂民法與商法各別規定。雖歐洲有一般之慣例。惟非基於學理上之見解。乃出於沿革上之理由者。例如梅博士民法原理一卷二十七頁以下

雖然商法對於民法。所有之特質。固不能不認之。商法有世界的傾向。各國規定商法。非僅大體相同。且如手形、鐵道運送、及海商等。各國欲設共通國際的規定。此之計畫。既脫學者空想之域。漸就實行之端緒。其前途頗足注目。然民法中規定之性質。則不能越國境而謀其適用焉。又商法置重慣習。進化雖無停滯。而民法之規定。則有不易於變更之性質。且就沿革言之。因商法創造制度而後。爲民法所踏襲者不少。故現今民法與商法之限界。縱無確定之標準。而商法因商之發達。常多新定法制。爲民法之先驅。徵諸既往之事蹟。可以明矣。如英美及斯加細比亞諸國。固無商法典。然有商之固有種種單行法。又瑞士債務法。如商業使用人、商業登記、商號、商業帳簿、手形、小切手及其他之證券。凡商所應有之規定。特設別章而揭之。故除商法典形式的意義。依實質的意義而言商法。如英、美、瑞士諸國。固亦儼然有商法也。英國商法大家斯密斯嘗著商法論。其緒論之末。謂「卷末附錄種種單行法。較他國商法典。近於完全之商法典。亦不多讓。」誠非過言。由是觀之。就實質的意義而言。現今世界各國。皆有特別法之商法。又在將來。不論形式上失其獨立與否。（換言之。即不論對於民法典。保有特別法典之形體與否）當永遠保其

存續。要無容疑也。

商法如上所述。由法律上觀察之。有廣狹二義。但能成獨立一科目。爲學者所研究者。則限於狹義之商法。又商法由學問上觀察之。學者有謂爲商業學之一部者。如覺爾托密德、忒爾、巴伊塞等是。商業學者。從是等學者之說。謂關於商業經濟、商業歷史、商業地理、商業簿記及其他商業各種學科之總稱也。然商業學。有如此廣汎意義。實非學者所認。却以商業學之語。用於狹義。且因法律學一部之商法。與法律以外各科目併論。不便於排列。故就學問上而言商法。可謂爲法律學中。私法學之一部也。

第三章 商法之沿革

商法有世界的性質。各國規定。歸於大同小異。既如前章所述。進而考其起源及沿革。卽謂各國商法。同出一源。至近世始漸分化。可也。日本商法。亦就歐洲大陸法中。特倣德國商法而編定。故欲知日本商法之規定。經如何變遷而後成立。必先知歐洲各國商法沿革之大要。夫歐洲大陸之商法。風靡於南美諸國、土耳其、埃及、巴伊智、并推行於日本。是歐洲諸國商法之沿革。卽世界商法之沿革也。如日本固有商法。及東洋諸國商法。或亦爲學者研究之大問題。然僅學日本商法者。始見其必要。茲先述歐洲各國商法。共通沿革之大要。次述重要各國商法之沿革。及現況

之梗概。最後論及日本商法。

第一節 總論

商法者。關於商之法律也。故與商同時發生。且隨商業之進步。而進步者也。歐洲古代。商業之發達。實始於地中海沿岸諸國。培由里格、希臘、埃及、加爾達哥等。斯時發生商慣習之法規。誠耐想像。惜其事蹟湮滅而不傳。關於海商當時之法律。雖有舉羅托海法者。志田博士日本商法論一卷一三頁惟所謂羅托海法。傳至今日。非真當時之法律。固學者所同認。故由今而溯歐洲商法之根源。不外出於歐洲私法之共同淵源之羅馬法而已。夫商法與一般私法異。因時世進步。商業發達。經幾多之變遷。試比較羅馬法時代。舊態雖不復存。而現今規定關於商之交通。要基礎於羅馬之債權法者也。

羅馬於一般私法以外。無商法之特別法。蓋羅馬法。由狹隘窮屈之市民法。進而編成萬民法。此種法律。比較的尙公平。重當事者意思之自由。如利息之制限。其所定最高利率甚高。不困及債權者。又契約中最重要者。如關於商之賣買、組合、借貸、借、及雇傭等。均屬於所謂諾成契約。無形式上之拘束。且羅馬裁判官培連德爾。當適用法律時。常重當事者之意思。不徒制限債權者之權利而助債務者。甚適合於商業。又當時羅馬奴隸之制度尙存。從而分業之發生。商業之發達。

比較的仍屬幼稚。故一般私法之外，不須特別之法規。惟限於海商之範圍。設商事二三特別之制度而已。卽如「亞克志阿、伊斯多利亞」、「亞克志阿、由塞爾德里亞」、「亞克志阿、里培多利亞」、「弗倫斯、那威克姆」、「勒克斯、羅耶、忒、亞克」、「尼祖培姆」等是。茲簡單說明之。「亞克志阿、伊斯多利亞」者。謂就於選任商業上代理人。奴隸之行爲。對其主人。使得請求訴權也。「亞克志阿、由塞爾德里亞」者。謂就於選任船長。奴隸之行爲。對其主人。使得請求訴權也。「亞克志阿、里培多利亞」者。謂已許自營商業。奴隸之債權者。對其主人。使得請求奴隸之特有財產。平等分配之訴權也。「勒克斯、羅耶、忒、亞克」者。卽現今之共同海損法也。「弗倫斯、那威克姆」者。爲海上高利貸借。類於現今之冒險貸借也。又「尼祖培姆」者。謂船長及旅店之主人等。就於旅客攜帶之物品。特重負責任。旅客因「亞克志阿、忒、尼祖培頓」得對之爲請求也。

伊忒曼氏約言羅馬無商法之特別法之理由曰。「羅馬以商法爲特別法。客觀的原因。及主觀的原因。均不存在也。」客觀的原因不存者。卽一般私法。不背馳商業實際之義。主觀的原因不存者。卽羅馬商人。不須具特別之資格。非如中世時代。有商人團體。特種之階級也。

至中世時代。事勢與羅馬法時代異。商法始成爲特別法。此其原因不一。今因避煩雜。僅分類重要之原因。而列舉之。卽客觀原因。與主觀的原因是也。客觀的原因。謂當時一般私法。與商業之

實際相背馳也。但一般私法不適用於商業之實際。更有二種原因。(一)爲商業之進步。(二)爲一般私法之退步也。羅馬帝國分裂滅亡後。至紀元十二三世紀。有十字軍之遠征。歐洲國民之聞見因而擴張。嗜好東洋新貨物。遂有通商貿易之事。降及十五世紀。發見經喜望峯達於印度之航路。又哥倫布發見亞美利加。發掘金銀礦。及增加貨幣。同時商業之發達膨脹。實有可驚之勢。於是各種之商事會社、保險、冒險貸借、商號、商業帳簿、手形、船荷證券及其他海商等。新創制度。件商業之發達而設定。從來之私法爲之一新。蓋是等新法制。實隨夫時世之進步者也。然羅馬末代之法律。較隆盛時。轉形退步。有不便於商業之勢。茲舉其一二之例。依勒格斯亞拉達那之規定。制限債權之讓渡。債權讓受人不得受因其讓受所給付金額以上之辨論。又認因大缺損之取消。凡在時價半價以下。賣却物品者。至後得取消其賣買契約。又契約須有原因。與連帶債務者。以分別之利益。認保證債務者。有檢索之利益。以圖保護債務者。此羅馬一般私法之退步。雖便於農夫武人。然對於商業。最不便之德國法。因德意志人種之勃興。遂同時侵入。又有嚴禁利息之寺院法。因耶穌教之隆盛。甚得勢力。而商業最受害者。卽寺院法也。寺院法。非僅嚴禁利息。且不加工於貨物而轉換。得利益者。尤以爲違法背理。故依寺院法。舉一切之商業。均屬違法背理之行爲矣。如上所述。商業進步。較諸古代。誠不可同日而語。特一般私法退步。而裁判手續。

亦受中古時代形式主義之影響。頗爲繁雜。故商業之實際。與一般私法。每相背馳。商人對於一般私法。勢不得不制定特別法。及創設特別裁判所。自行立法。自爲裁判。以脫一般私法之羈絆。是即中古時代。商法爲特別法客觀的原因也。

商法爲特別法。雖如上所述。有種種客觀的原因。惟更有主觀的原因。補助之。使易於發達者。歐洲中古時代。與日本封建時代同。士農工商。別成階級。從事各種之產業者。皆設團體。不許團體員以外之人。從事其產業。蓋限於團體員。各營其專門之產業也。於是商人亦設所謂商人團體。自行立法。制定適合於商人階級一種之商人法。又自行裁判。爲今日商事裁判所之嚆矢。但商人在占住民中多數之都市。關於商人特別法。亦有定於其都市之法規中者。或特定之都市。住民半屬商人。則其都市之法律。即商人法律也。都市之裁判所。即商人之裁判所也。又各都市。擴張外國貿易。務求庇護在外之市民。其最有名者。即巴薩同盟是也。

如以上所述。中古時代。適應於商人之特別法。依商人團體而設。限定屬其團體之商人。始可適用。故可稱爲商人法。惟分其內容。有因免一般私法之適用。以變更爲目的之消極的規定者。又有商人特別之事項。就於一般私法規定所欠缺之點。而設積極的規定者。論其形式。多屬商人間慣習法。無成文之法典。其中由私人編纂。至今日尙喧傳者。例如阿尼羅判例集。亞曼爾夫海

法。康拉忒爾曼勒、威斯比海法。及比鳩佐拉密爾等。皆關於海商之規定也。此諸法成立之年代及處所。學者雖有爭論。茲不贅述。參照第五編說明關於海商法之沿革仍就商人法之實質而言之。凡各都市、各團體。商人法無同一之規定。固勿論已。惟不能離一般私法之影響。則皆同也。故德意志法系國之商人法。染德國法之氣風。羅馬法系國之商人法。帶羅馬法之臭味。又有混同德意志羅馬二法地方之商人法。其契約法。以從羅馬法爲主。物權法。則有德國法之性質焉。

中古時代之封建制度。漸歸頹廢。成中央集權之王國。商人團體。亦因之而渙散。且十八世紀末葉革命時。封建制度。仍未絕跡。商人團體之制度。亦全歸消滅。於是商業非復商人團體所獨占。非商人團體員可營商業。非商人可爲商行爲。商法失商人法之地位。至成爲一般商事之特別法。卽商事法也。但斯時商法重公平。尙敏重當事者意思之自由。排斥形式主義。爲一般私法之民法所模倣。而一般私法。遂漸蠶食商法之領域。例如民法不認勒克斯亞拉達那之規定。又不許因大缺損取消契約。重當事者契約之自由。不須原因。又不認對於子女、未成年等之特典。凡此法制。皆昔時對於一般私法。而商法特設例外者。因一般私法之進步。遂爲民法所踏襲也。然則實質上。雖屬商法之勝利。而形式上。商法實受民法侵犯其領域。惟商業進步。交通機關完備。而商法更有進步之新規定。領域亦屬廣汎。例如關於支配人代理權之規定。關於代理商

之規定。關於鐵道運送之規定。關於商事會社之新規定等是也。故德國覺薩克謂商法至於近世。被民法侵蝕之區域。與其新得之區域。其廣狹大小。不能斷言。蓋確論也。且如關於商業賬簿之規定。關於商號之規定。及保證不認檢索之利益等法制。實爲商法所固有。民法終不能侵入。是商法常先民法進步。且有其固有之領域。此余論商法之性質。所以左祖伊忒曼氏民商二法歸一之說也。

以上所述。近世商法實質之變遷也。然則論其形式。近世商法。較諸中古時代。果有如何之差異耶。中古時代之商法。爲商人團體之慣習法。非屬於國家立法之法典。惟封建制度破壞。王權擴張。國家漸以立法權用於商事之法律。其最早成立者。即在歐洲中央。執列國之牛耳。雄視一方。法國路易十四世。於一千六百七十三年。及一千六百八十一年。發布商業與海商二法律也。嗣西班牙。比爾巴阿市之商業條例。及普之普通國法繼出。爾後第十九世紀時。世界文明諸國。無不有關於商事之法律。多編成法典。其詳俟次節述之。

第二節 各國商法

文明各國之商法。如前屢述。其規定之大體相同。又逐漸有相近之勢。惟詳爲考察。尙得分數種之法系。歐洲大陸。法國商法先出。一時全歐之商法。皆望風倣之。茲稱爲法國法系之商法。德國

商法繼出。加其固有之法制。採法國商法之所長。而陶冶之。以德國人性質之慎重。討議綿密之學理。其結果。非僅影響於德國法系諸國。卽曩倣法國商法。而制定法典之各國。當改正法典時。亦採德國商法之主義。於是生德法折衷法系之商法。歐洲以外各國。其編纂商法典。無不屬此法系。清國亦然。唯英美法及俄國法。則有特別獨立之地位。故先說明以上三法系。次略述英美法及俄國法。末乃殿以清國。

第一款 法國商法及法國法系諸國商法

法國當路易第十四世御宇時。千六百七十三年發布商業條例。千六百八十一年發布海商條例。此二條例。依法國宰相哥爾賓兒氏意見。以勅令編纂。遂爲現行商法之基礎。并爲今日文明諸國商法。共同之鼻祖。商業條例。由十二章百二十二條而成。規定關於商事之裁判管轄、商人、手形、及破產等。世人或冠以起草者之名。稱爲薩威利法典。又海商條例。包含海上法規之全體。全部由五編而成。并及於公法上之規定。甚屬浩瀚。

法國現行法。卽千八百七年之商法典。其編纂。雖規畫自法國大革命前。要依那破命之決定。而始實行。全部由四編六百四十八條而成。第一編商一般。第二編海商。第三編破產及有罪破產。第四編商事裁判。此法典實施後。改正或補充其一部之法律頗多。不勝枚舉。茲舉最著名之改

正。即千八百三十八年五月二十八日。依法律關於破產之修正。及千八百六十七年七月二十四日。依法律關於會社法之修正。是也。

法國商法。爲現今各國商法之源。各國商法。無一不受其影響。而模放最著者。（純粹法國法系之商法）即荷蘭、希臘、土耳其、埃及、巴伊利之諸國法也。又中央亞美利加、南亞美利加各國法。多模範西班牙舊商法。而西班牙舊商法。既屬法國法系。則此諸國法。亦可謂爲法國法系之商法。

西班牙、葡萄牙、伊太利、比利時、羅馬尼亞、諸國之舊商法。亦屬於法國法系。此諸國或因新法典。或依單行法。修改舊商法。漸移於法德折衷法系。

第二款 德國商法及德國法系諸國商法

德國千七百九十四年。弗利德比大王。於普魯士國法中。由四百九十四條至千四百七十五條。爲關於商事之規定。至德國聯邦全部所行之法律。即千八百四十八年。德國普通手形條例。及千八百六十一年。德國普通商法也。手形條例。復經修正。至今尙有效力。千八百六十一年之商法。所稱爲舊商法者是。其編別。由商人、商事會社、匿名組合、及共算商業組合、商行爲、海商五編。九百一十一條而成。後時加修正。千八百七十年及千八百八十四年。關於株式合資會社、及株式

會社。大加修正兩次。後至千八百九十七年。因編纂民法。遂加全部之修正。茲稱此修正商法。爲德國新商法。其編別。由商人、商事會社、及匿名組合、商行爲、海商、四編。九百五條而成。雖與舊商法。大同小異。其最相異者。卽採所謂主觀主義。以商人之行爲。爲商行爲。商法之適用。限定於商人爲主。有復歸於中古商人法主義之趨勢也。

屬於德國法系之商法。爲奧地利、匈牙利、荷斯里亞、黑爾哥比那等商法。是日本新商法亦屬之。又瑞士及斯加時比亞諸國。雖無商法典。要可算入德國法系中。

奧地利。當脫退德意志聯邦以前。德國普通手形條例。及德國舊商法。大體依然相繼而行。唯舊商法中之海商編。則自始不適用焉。

匈牙利有千八百七十五年之商法。及千八百七十六年之手形條例。皆酷似德國之手形條例。及舊商法。

瑞士各州。雖法制不同。而一千八百八十一年所發布聯邦債務法。則行於全國。全部由三十四章九百四條而成。其中包含會社、手形、小切手、商業登記、商號、商業賬簿、等。商事之規定。

斯加時比亞諸國。卽瑞典、腦威、丹麥等。別無商法典。僅關於商事。各國皆有數種單行法。至千八百八十年之手形法。及千八百八十七年之商業登記、商號、及支配人等法律。則通行於各國。大

體探德國商法之主義。就各國之法律而言。千八百九十五年。瑞典之株式會社法。比較的近於完全者也。

第三款 法德折衷法系諸國商法

屬於法德折衷法系者。即西班牙、葡萄牙、伊太利、比利時、羅馬尼亞、塞爾維亞、亞爾然丁、等國。此諸國。始皆倣法國商法。編成法典。後加以修正。遂屬於折衷法系。唯塞爾維亞。千八百六十年之商法。關於手形。從德國法系之主義。其他則屬於法國法系。社千八百九十五年關於株式會社之改正法亦從德國主義故可入於折衷法系之中。如日本舊商法。亦屬此法系者也。

西班牙於千七百三十七年。經韋里培第五世之認可。發布比爾巴阿市之商業條例。後行於西班牙。及其殖民地各市。千八百二十九年倣法國法典。制定商法。至千八百八十五年。復從德國法之趣旨。制定新商法。屬於西班牙舊商法之法系者。即中央亞美利加南亞美利加諸國。如普拉西爾、智利、羅哥比亞、哥斯達利加、荷西拉斯、薩爾、巴德爾、里加拉曼、古忒曼拉、諸國之商法是也。

葡萄牙一八百三十三年之舊商法。雖屬於法國法系。千八百八十八年之新商法。則從德國法之趣旨。南美亞爾然丁、千八百八十九年之新商法。以倣葡萄牙新商法為主。其規定頗有可觀。

在南美諸國商法中。放異彩焉。

意大利千八百六十五年之商法。雖屬於法國法系。至千八百八十二年之新商法。則屬於德法折衷法系。千八百八十七年羅馬尼亞新商法。殆全模倣之。

比利時。從來雖襲用法國商法。千八百六十七年後。以單行法漸加改正。至千八百八十七年前。設定法律凡十九。是亦兼採用德國法者也。

第四款 英美商法

英國較歐洲大陸諸國。成一種特異之狀態。古來爲慣習法之國。以無法典名。故其商法實非法典。僅由慣習法中關於商事之規定。及關於商事種種之成文法而成。今舉成文法中。關於商事最有密接關係者。如千八百六十二年之會社法千八百六十七年千九百年二次大加修正。千八百八十二年之手形法。千八百八十三年之破產法。但僅行於齒古蘭德其他則別有破產法。千八百九十年之組合法。千八百九十三年之動產賣買法。千八百九十四年之商船條例等是。

北美合衆國。各州法制不同。然以屬於英國法系爲主。英國慣習法。殆一般施行。關於商事之成文法。則概屬州法所規定。因各州而不同。唯一二成文法。可通行於各州耳。

第五款 俄國商法

俄國雖無獨立之商法典。惟千八百三十五年以來。所施行帝國法典第十一卷。關於商事。分爲五編。有種種規定。并包含手形、破產、取引所等。嗣屢加修正。如千八百五十七年之修正。其最著者也。至近時復有修正之議。其中改正手形法。自千九百三年。已實施矣。覺爾托密德商法雜誌第五十三卷有附以加

伊禮爾羅伊黑格爾二氏註解之譯文法學志林第五十一號以下揭載其重譯

第六款 清國商法

清國光緒二十九年十二月五日。裁可欽定大清商律。清國除清律外。法典缺如。清律中。雖有民事之規定。而其數甚少。關於商事者。以從慣習法爲主。然至通商貿易之發達。與外國法制之輸入。則編纂統一之商法典。固有必要。光緒二十九年三月二十五日。命載振親王、袁世凱、伍廷芳、著手起草。同年七月十六日。設立商部。以載振親王及伍廷芳爲長官次官。編纂商法之事業。遂移於商部。袁世凱以本職繁難。至十一月十一日。免起草之任焉。起草者知以至短日月。難期編纂全部商法。先制定公司律（會社）冠之以商人通例。故現時所公布者。即商人通例九條。與公司律百三十一條之二編。合爲百四十四條之規定也。至於他部類。亦期漸次制定焉。

第一、商人之意義。凡經營商務、貿易、賣買、販運貨物者均爲商人。商人通例一條是採用概括的。

而定商業意義之主義也。但其定義不免廣漠耳。

第二、商業能力。滿十六歲以上之男子得營商業。二女子限於法定者得營商業。但須申報於商部。三妻得夫之許可書。申報於商部時得營商業。夫就於妻之債務。不免責任。四

第三、商號。商人用其氏名。或用店號。得營商業。五然無登記商號之制度。故不設商號專用權。惟公司名號。則後設者不得與先設者相同。三公司律

第四、商業帳簿。商人須備日記帳。帳簿水及財產目錄。財產目錄。每年作成一次。六商人通例

商人十年間須保存商業帳簿及營業信書。若喪失時須報告於商會。八

商業登記。商業使用人。關於代理商。雖不設一般規定。而公司律中認登記。冊註之制度。光緒三十年五月二日尙有奏定公司律註冊試辦章程。而特別規定之。登記之規定中。最可注目者。凡屬登記。均申請於商部也。商部中置註冊局。而掌其事務。是排各國所採用之分立主義。而從所謂集中主義者也。夫以清國領域之廣大。與交通機關之不備。而採極端之集中主義。得毋不

便於實行耶。

第三節 日本商法

日本商法有新舊二法典。舊商法係德國人尼斯勒爾氏之起草。明治十四年被命受草。至十七

日本商法有新舊二法典。舊商法係德國人尼斯勒爾氏之起草。明治十四年被命受草。至十七

日本商法有新舊二法典。舊商法係德國人尼斯勒爾氏之起草。明治十四年被命受草。至十七

日本商法有新舊二法典。舊商法係德國人尼斯勒爾氏之起草。明治十四年被命受草。至十七

日本商法有新舊二法典。舊商法係德國人尼斯勒爾氏之起草。明治十四年被命受草。至十七

日本商法有新舊二法典。舊商法係德國人尼斯勒爾氏之起草。明治十四年被命受草。至十七

年稿成進呈。嗣由各種委員審議。二十三年經元老院議決以同年四月法律第二十三號公布之。施行期日。雖定爲二十四年一月一日。惟因有名之法典施行延期論起。其結果屢次延期。依二十六年三月法律第九號自同年七月一日起。實施其一部。第一編第六章（即商事會社）第十二章（即手形）及第三編（即破產并關於商事會社）第一編第二章（即商業帳簿）及第四章（即商業登記）先是關於商事之單行法。頗多。概屬於行政法規（即商公法）而關於純粹之商私法者。僅有明治十五年十二月太政官布告第五十七號爲替手形、約束手形條例。此條例因舊商法一部施行。失其效力焉。

及明治二十五年。法律第八號。延期民法及商法之施行。政府於翌年三月發勅令。設法典調查會。以審議法典之起草。法典調查會委員中。帝國大學法科大學教授。法學博士。梅謙次郎。同法學博士。岡野敬次郎。及司法省參事官法學博士。田部芳三氏。實當商法修正案起草之任。巨舊商法之全部。加根本的大修正。至三十年十二月議竣。提出於第十一帝國議會及第十二帝國議會。但因衆議院解散。未及通過。舊商法。依明治二十九年法律第九十四號。不過於三十一年六月三十日以前。延期其施行。故自同年七月一日起。殆一年間。舊商法之餘部。一時實施焉。明治三十一年。第十三帝國議會之開會也。政府第三次提出商法修正案至三十二年二月議

成。以同年三月一日法律第四十八號公布修正商法。依同年四月之勅令。自同年六月十六日起施行。對於舊商法。學者常稱爲新商法。一就於商法編纂之沿革當參照志田博士日本商法論卷五七頁以下

新舊二商法間。其規定之形式與實質。有種種之差異。不勝枚舉。茲述最要差異之點如左。

(一)新商法。既對於一般私法之民法。爲特別法而編纂。則其規定。僅關於商事之特別規定。以避與民法規定重複。或無故矛盾。舊商法就於此點。倣德國舊商法。并包含屬於民法之一般規定不尠。德國民法典至千八百九十七年始成。自千九百年實施。舊商法編纂於其前四十年。然當民法典施行前。各聯邦互異法律。故商法中。包含屬於民法之規定而規定者。實出於不得已也。至於日本民法與商法。同時并行。二法典之規定。若復重複或牴觸。殊無理由。故新商法所以採與舊商法。相異之主義也。此舊法典之缺點。實爲法典施行延期論。有力之一論據焉。

(二)新商法限於私法上之規定。其屬於公法者。則讓諸特別法。例如私設鐵道法、保險業法、船舶法、船員法、等是。舊商法則不然。多包含公法上之規定。

(三)新商法。限於實體上之規定。其屬於手續法者。則讓諸特別法。如非訟事件手續法是。舊

商法則不然。多包含手續規定。蓋關於手續之規定。每應時勢。屢經變更。若統於實體法而編纂。則法典既有屢受變更之害。而手續法復難有適應機宜之變更。此新商法。所以採與舊商法相異之主義也。

(四)新商法。關於破產之規定。不編入法典中。此倣英法系德法系。廢破產與家資分散之區別。另設單行法。爲關於破產一般之規定。不分商人與非商人。皆可適用破產者也。而依此趣旨之破產法案。經法典調查會之議決。近時公布於世。其爲法律。蓋不遠耳。

舊商法倣法國法系。關於破產之規定。列入商法第三編中。然其適用之範圍。非如法國商法。限於商人。亦非如英德法。不分商人與非商人。乃採一種特異之折衷主義。凡經商停止支拂者。以裁判所之決定。而宣告爲破產者。七舊八商九法條此主義不計停止支拂者。爲商人與

非商人。僅著目其行爲。而決定破產法適用之範圍。故雖屬商人。若非因經商。停止支拂。不認爲破產者。又商人以外之人。因經商停止支拂時。亦適用關於破產之規定。此主義既無理由且不公平。爲學者所同認。故依商法施行法第三百三十八條改正之。與法國商法同。限於商人。適用關於破產之規定。此現行法。關於破產之規定。所以僅適用於商人也。

(五)編別。新商法分總則、會社商行爲、手形、及海商五編。舊商法分商之通則、海商、及破產三

編。如關於社會、手形、商行爲之規定皆包含於通則編中。蓋新商法倣德國商法之編別。而所異者。僅關於手形。不爲單行法。而屬於商法中之一編。反之。舊商法倣法國商法之編別。唯省商事裁判編。則與此異。又舊商法。其規定之實質。模倣法國商法。比較的尙多也。

最後說明新商法之編別。新商法共五編。第一編總則。由七章而成。第一章。依法例規定商法適用之範圍。第二章商人以下之六章。規定爲商之主體之商人。及商人之設備與其機關。第二編會社。由七章而成。特別規定關於法人（即會社）之商人。會社亦屬商人之一種。故第一編中所揭之規定。皆可適用。然關於會社既別設一編而規定之。則關於會社之規定頗屬浩瀚。別成一種之體系。第三編商行爲。由十章而成。占商事中大部分商行爲之通則。及關於各種商行爲爲特別規定。商法全體之中樞也。第四編手形。由四章而成。規定關於有特種沿革與原則之有價證券之手形。手形之行爲。雖亦商行爲之一。二六三條四號惟考德國匈牙利之國法。以手形之規定。讓於特別法。不規定於商法中。則以手形之規定。爲獨立一編。其至當也可知。舊商法第一編第十二章。題爲『手形及小切手』。關於此之規定。以爲商通則中之一章。却失其當矣。觀外國法。關於手形之規定。有設於商法中爲商事契約之一種者。如法國法。及屬其法系荷蘭、意大利、西班牙、葡萄牙、比利時、等國法是。雖然。關於手形之行爲。果屬於契約之一種耶。抑屬於特種之一

方行爲耶。近時多數學說。非僅趨於一方行爲說。卽以手形爲契約之一種。亦不能從關於商事一般之理論。實無容疑也。故以手形爲商事契約之一種。而規定之。頗無理由。反之。德國法。以關於手形之規定。爲單行法。雖因手形之規定。有特別之沿革與原則。故別爲一種而規定之。然亦因千八百四十七年。德國尙無通行於聯邦各國之法典。當時爲實際之必要。及統一聯邦之一手段。故視爲通行聯邦各國之法律。而編纂之。蓋全基於沿革上之理由。而採單行法之形式也。日本商法。就學理上言之。無爲單行法之理由。故不採德國法及匈牙利法（模倣德國法）之主義。又法國法系亦不以手形爲商事契約之一種。乃別設一編。而規定於商法之中也。第五編海商。由六章而成。規定船舶船員等。其占主要之部分者。卽海上運送。及海上保險也。此爲商行爲之一種。固勿論已。至於陸上之運送及保險。商行爲編中。雖有規定。而關於海商之規定。則大異其性質。且由古來之沿革觀之。亦屬特異發達。故不規定於同一編中。如此關於海商之規定。爲獨立之一編。法德及其他各國法典。固皆一致者也。

第一編 總則

第一章 商法之法源

商法之法源者。謂關於商事。可適用私法之淵源也。商法第一條云「關於商事。本法無規定者。

適用商慣習法。無商慣習法時。適用民法。』是本條規定。示商法之法源。有商法商慣習法及民法之三。并示是等法律。依如何之順位。而適用者。詳言之。即關於商事。第一次適用如何之法律。第二次適用如何之法律。第三次適用如何之法律也。但本條雖僅舉商法商慣習法民法三種法律。而此外關於商事特別法令。及關於民事特別法令。與民事之慣習法。亦可適用於商事。故本章分商法商慣習法民法三節。而商事特別法令。民事特別法令。民事慣習法亦併在其中。茲先說明法源之性質。并述其適用之順位。

雖然。本條定商法之法源。與適用之順位。最屬重要。則當說明本條。當先述諸國法之規定。以供參考。本條倣德國舊商法第一條。而匈、一、_條意、一、_條西、二、_項葡、三、_條之諸國法。亦略同。唯葡商法不認商慣習法。則與此異。

德國新商法。關於商法之効力。皆不規定於法典中。而揭諸施行法。採此主義之結果。故無該當本條之規定。唯施行法二、_項規定。『關於商事。限於商法及本法。無特別之規定時。適用民法。』至於慣習法之効力。則一無規定。而讓於學說焉。如此法律之効力。不規定於商法中。特揭諸施行法。與慣習法之効力。無所規定。實爲德國民法所採用之主義。而新商法亦同一轍也。又德國法關於慣習法之効力。俟後說明。

法國商法。無關於商法法源一般之規定。唯第十八條會社契約。有因民法商事特別法及當事者間契約而定者。然此非定民法與商法適用之順位。以民法先於商法也。却於民法中。示商法先於民法之規定。不尠。例如法民法一一〇七條一一五三條一三四一條二〇八四條等但此規定。所謂商事特別法。解釋爲包含慣習法。既屬至當。則對於前揭商法第十八條。民法第千八百七十三條。本章之規定。關於商事會社。限於不牴觸商法及商慣習法。始可適用。明矣。

第一節 商法

依實質的意義。商法者。指關於商之特別私法也。并包含成文法與慣習法。而茲所謂商法。不外依形式的意義之商法。即僅指商法典而言。商法對於民法。以特別法之故。既先適用。對於商慣習法。以成文法之故。又先適用。唯商法中。就於特定事項。定有依商慣習法或民法之規定者。則屬諸例外。但甚尠耳。例如三五條且商法先於商慣習法及民法而適用者。不分商法之規定。爲任意法。與爲命令法。又不問爲法文所明揭。與法文解釋上。在理論均爲當然之結論也。法文理論上之結論者。即專就法文而言。世有稱爲學理上之商法者。然學理非商法之淵源。不過爲解釋商法。探究其精神之一方法而已。故所謂學理上之商法者。乃商法之一部。若謂商法以外。別有學理上之商法。當先於民法而適用。則誤矣。

關於商法之解釋。固當依一般法律之解釋方法。惟當注意者。商法爲關於商事之特別法。非對於民法爲例外法。故解釋其規定時。如有例外規定之解釋。須嚴格解釋法文之字句。苟無明文。非卽從民法一般之規定。必在解釋所許之範圍內。參酌法文之精神。先於民法而適用之也。如上所述。商法之法文。從狹義解釋。無視爲例外規定。而探究法文之精神。當先於民法而適用之。惟所謂探究法文之精神。不可誤解在法文以外。採解釋之材料。不依法文。臆測立法者之意。蔑視法文。反其所明示。而爲便宜之解釋也。苟可離法文。探究立法者之意思。從常識而曲解時。則國家編纂法典。制定法律。殆歸於無用。不如自始從常識與便宜。爲裁判之簡便也。近時裁判所之判決。或有拘泥法文之結果。致生反動。至於蔑視法文。亦有倡苟合便宜之議論者。茲故就一般法文之解釋問題。略述學說之傾向。

就於法文解釋之方法。由多勒爾斯以來。羅馬法派之學者。常置重立法者之意思。每離法文。而探究之。例如威佐司德。謂解釋法律。當依發布當時之法律狀態。與立法者發布之目的。若法文之表示。有不明者。因解釋而明瞭之。有不正者。因解釋而訂正之。故解釋法文之能事。非僅釋明現於法文表面之意義。務探究立法者內部之意思也。反之。近時忒爾著德國私法緒論。謂立法者之意思。無離法文而表示者。故解釋法律。採材料於法文。足矣。如黑格兒、私法論。威巴、民事訴

訟法論。比真克刑法論。亦皆引用德國私法緒論之文句。而贊同斯說。其最極端者。即哥拉也。哥氏謂法律已發布時。爲一有機體。離立法者之意思。而有法律自體之意思。故解釋法律。當從法文之所示。而探究法律自體之意思也。克靈培德私法及公法雜誌第八卷所載論文惟爲德國一般私法。巴忒克騰法。實淵源於幼斯知亞法典。而幼斯知亞法典。乃聚集各種之學說及法令。故法文中多牴觸及缺漏之點。若僅依法文表面之文言。則論理的解釋頗難。勢須於法文以外。別求解釋之材料。臆測立法者之意思。而解釋之。惟至近時。德國各種法典。已稍完備。調和其牴觸。補充其缺漏。庶可專從法文。而爲解釋。日本法令之完備。略近於德國。故解釋法文之方法。可從忒爾之新說。余雖不左袒哥拉之極端說。然法文所表示。既屬明瞭。若強欲曲解之。苟合便宜與常識。固知其不可也。夫法律雖可用適當之手段。應時勢而改廢之。然因適用法律。恣爲改廢。至使國民不知所適從。是不如自始無法律之爲愈也。

關於商事之特別法令。對於商法、商慣習法、及民法。有如何之關係耶。據商法施行法第二條規定。『關於商事特別之法令。雖在商法施行後。仍有其効力。』故商法施行前。已存之特別法令。可先於商法之規定而適用之。雖屬明瞭。而商法施行後。所發布之特別法令。以無規定。故須分別說明。若特別法令。而不牴觸商法、民法、及其他之法律時。其爲有效。固勿論已。若特別法令。牴

觸既存之法律時。則其特別法令。屬於法律。及代法律之命令。八憲法條或因法律所委任之命令。亦可先於法律適用。惟屬於其他之命令。則無効力焉。關於商事之特別法令中。有附屬於商法者。有不附屬於商法之單行法令者。附屬於商法。例如明治三十二年法律第四十九號、商法施行法。同年勅令第二百七十一號。關於小商人範圍之件。三十三年法律第十七號、關於商法中應署名之件。三十二年遞信省令第十九號、依商法第五百六十二條書類之件。同年同省令第二十號湖川港灣及沿岸小航海之範圍之件等是。

商法所不附屬之特別法令。不勝枚舉。茲述其最重要者。例如明治二十三年法律第七十二號銀行條例。同年法律七十三號貯蓄銀行條例。十五年布告第三十二號日本銀行條例。二十七年勅令第二十九號橫濱正金銀行條例。二十九年法律第八十二號日本勸業銀行法。同年法律第八十三號農工銀行法。三十年法律第三十八號臺灣銀行法。三十二年法律第七十六號北海道拓殖銀行法。三十三年法律第七十號日本興業銀行法。三十三年法律第六十四號私設鐵道法。同年法律第六十五號鐵道營業法。二十六年法律第五號取引所法。三十三年法律第六十九號保險業法。三十二年法律第三十八號商標法。同年法律第四十六號船舶法。同年法律第四十八號船員法等法律。又附屬於此等法律之施行規則及其他命令是。凡此特別法

令。雖多包含行政法之規定。而同時屬商私法之規定亦決不尠也。故欲詳密說明商私法。必須論及此等特別法令。但本書因避煩雜。僅引用二三之例而已。

第二節 商慣習法

商慣習法與商法典相合成。所謂實質的意義之商法。法律以其對於民法。爲特別法之故。雖先適用商法。然商慣習法對於商法典。則後適用之。故不問商法典之規定。爲命令規定。與任意規定。商慣習法。均不得有牴觸之規定。換言之。商慣習法對於商慣習法無變更力也。蓋商慣習法。若認有變更力。與商法典之規定。立於平等之地位。而并適用之。是國家以明文規定之法律。至有因慣習法而廢止變更者。使人民不知所適從也。

商慣習法者。謂關於商事之慣習法也。故成立之要件。與拘束力所由生。與一般慣習法無異。唯効力。因有商法第一條特別規定之結果。與一般慣習法不同。以下先就一般慣習法。論其成立之要件。與拘束力所由生。次及商慣習法之効力。

慣習法之成立要件有二。第一、須有慣習。慣習者謂同一狀態。繼續而慣行之習俗也。第二、須有法律之觀念。法律之觀念者。謂被其慣習支配之人。因信其慣習爲法律而從之也。薩威里、培夫達等。關於慣習法拘束力所由生。探國民確信說。謂法律者自然發生於國民間。國民所確信者

卽法律也。而主張歷史派極端議論之結果。至不以慣習爲慣習法成立之要件。却以慣習爲表示已有之法規之一方法。國民間之確信。直接依其行爲而表示者。謂之慣習法。間接依國家之立法。而表示者。謂之成文法。斯德黑、黑拉烏、亞祖格斯、丹運、忒爾、等亦贊同此說。雖然離慣習及法文。全然抽象的而無表示之法律。其存在之不得而認。既無可疑。則此說誠誤矣。威比忒爾之私法論。源於斯丹爾之法理學。及其他眞忒利斯、烏格爾、威特志德、等近時多數學者。皆反對之。慣習者。實定慣習法之內容。爲慣習法成立所不可缺一條件也。但同一狀態。須幾次繼續。又須行於若干之期間。則無一定之標準。不過使人視爲法律。遂生欲從之之觀念。是全屬裁判官認定之問題也。又視爲法律。有欲從之之觀念者。非就適用慣習法之各個人而言。是蓋法律上有從慣習法之必要。受其支配之地方。或某階級之人民間。均能領悟之者也。除以上所述二條件外。尙有列舉慣習法之要件。謂慣習須不反於公之秩序及善良之風俗者。及視爲法律。生欲從之之觀念。須不因於錯誤者。然此出於當然。不必列爲要件之中也。又就於慣習法之成立要件。學說不一。全不能贊同者甚多。因脫商法論之範圍。故省略之。

與慣習法之成立要件。不可不區別者。卽慣習法拘束力之所由生也。慣習法拘束力之所由生。在羅馬法時代。說明國民之意思。爲法律之基礎。及國家主權之思想發達。謂慣習法因國家之

默認而有拘束力。然薩威里等之歷史派出。則謂慣習法因國民之確信而有効力焉。此二說。現今學者爭論甚繁。唱國家默認說者。如意曼挨爾、布倫斯、鳩爾夫、曼連布黑爾、賓真克、薩伊忒爾、里麥靈、德國私法理論卷二十七等是。唱國民確信說者。自薩威里、培夫達以後。至威德細特、及勒格爾斯、黑格爾等、私法學者是。此二派之議論。關於法律根本之觀念異。故前提不同。一謂法者國家之意。一謂法者國民之確信。而所爭論者。要不過欲說明慣習法在實際上。有法力之事實而已。關於議論前提法律之觀念。既不能決定。焉能判斷二說之當否耶。是二說。皆不足以說明慣習法拘束力之所由生也。如志忒爾曼。批評慣習法拘束力所由生之學說。而指摘其缺點。且謂慣習法行於實際。故有効力。至其拘束力所由生。則不論及焉。民事實際卷六 又如忒倫布爾克。亦然。僅以此謂爲沿革上之事實。而不加以說明。巴威克法律論 由是觀之。慣習法拘束力所由生。學說雖極紛繁。而此問題。究屬一般法律。何故有拘束力。法理學上之大問題也。且日本國法。以明文認慣習法之効力。故單純解釋日本國法。無論此問題之必要。茲不詳述。惟當注意者。慣習法成立之要件。與此問題不可混同。慣習法成立之要件者。謂如何之際。始有慣習法之問題也。其拘束力之所由生者。謂慣習法何以有効力之問題也。

關於慣習法之効力。日本國法。以明文定之。法例第二條云「不反於公之秩序。及善良之風俗

之慣習。依法令所規定。而認之者。及限於法令所未規定之事項。與法律有同一之効力。』故慣習法。不過在法令所未規定之事項。有補充力。非僅對於成文之法律。無變更力。即對於命令。亦無變更力。然商慣習法。因有商法第一條之特別規定。法律許其對於民法之規定。有變更力。從而解釋商慣習法。對於民法以外民事之特別法令。亦有變更力。誠適當矣。此爲商法第一條。對於法例第二條之例外規定。或謂非民法未規定之事項。則不認商慣習法之成立。故商法第一條。關於此點。殆屬無用之空文。青木徹二氏商法總論六七頁以下然此實未明法律先於民法。而適用商慣習法之旨趣也。

慣習法之効力。就日本國法解釋之。如上所述。雖可明晰。而在外國。則議論極繁。羅馬志士里安法典。從志格斯姆中。幼力亞魯斯之說。認慣習法。有變更成文法之力。而哥忒克斯中。康斯丹志魯斯帝之命令。則否認之。欲調和此矛盾。研究羅馬法學者之所致力也。然至近時一般學說。慣習法亦爲法律。故有法律之効力。與成文法無異。多認有變更力。唯立法則反是。每欲制限其効力。如關於商慣習法。日本商法第一條之規定。及德國舊商法。匈商法等規定。并奧國民法第十條。索遜民法第二十八條。日本法例第二條等。即其例也。德國民法第一草案。第二條規定。『慣習法。限於依法律所認者。有其効力。』然民法則削除之。以此問題委諸學說。德國新商法亦然。

但德國新法典。非全不認慣習之存在。據民法施行法第二條云。『民法典中。稱爲法律者。謂一切之法規也。』觀此規定。可以明矣。於是新法典中。慣習法之効力。復爲學者爭論之目的。例如對於伊忒曼民法教科書。斯達烏布之商法註釋。及曼哥威爾之商法註釋。均無變更力。哥薩克之商法教科書。則謂『新商法中。慣習法之地位。較諸舊法典。更屬完善。』其民法教科書。則謂『慣習法與成文法。有牴觸時。二法間効力之優劣。委諸各種事實問題。不得謂成文法。常優於慣習法。』此外多數學者。雖不用此誇張之語。而亦認慣習法有變更力。例如克羅麥揆克揆爾德爾克等余解釋德國法。亦贊成此多數說。富井博士於德國法。謂不認有一般慣習法之効力。曼忒倫布爾克等卷七十一頁。與余之所見異。

說明商慣習法。尙須論述者。卽商慣習法。當與事實之慣習（所謂商慣習）區別也。德國事實之慣習。雖與法律之慣習異。而學者例如德國私法理論雜誌亦或混同此二者。其結果至謂慣習法之成立。不須有視爲法律而從之之觀念。然此實一般學說所反對也。夫事實之慣習。非法律之淵源。不過爲解釋當事者意思之材料。民法第九十二條云。『不關於法令中公之秩序之規定。有相異之慣習時。認爲法律行爲之當事者。有依此慣習之意思。則從其慣習。』此卽關於事實慣習之規定也。何則事實之慣習。僅認爲當事者有欲從之意思時。始有其効力。換言之事

實之慣習。不過補充當事者之意思表示。而明瞭其意思之材料也。反之、法律之慣習。（即商慣習法。）以其爲法律之故。不問當事者有從之之意思與否。常可適用者也。但事實之慣習。認爲當事者有依此慣習之意思時。既形成當事者意思表示之內容。故因當事者意思表示之效力。得變更法律中之任意規定。而法律之慣習則不然。不問法令之規定。爲任意的。與爲命令的。均不得反之。日本舊商法與德國舊商法同。用商慣習之文字。然德國舊商法。雖用商慣習之文字。依學者之解釋。多指之爲法律之慣習。與商慣習法同一意義。獨夫爾忒倫德、祖賀爾等二三學者。謂爲包含事實之慣習。日本商法。爲避此疑問。特明稱爲商慣習法。

第三節 民法

民法既定一般私法之通則。則特別法中之商事特別法令。商法。及商慣習法。無規定時。關於商事。亦可適用民法。蓋商法雖屬商事之特別法。非網羅關於商事一切之規定。有事項可從一般私法。而無窒礙者。故不特設規定。而讓諸民法。所以避規定之重複也。商法第一條。有對照民法。指商法典而稱本法者。其所指之民法典。雖屬明瞭。然民法典以外關於民事之特別法令。亦可適用。故商事特別法令。及商慣習法。無規定時。就其特別之事項。先於民法而適用之。但牴觸法律之通常命令。則無其效力。此在商事特別法令所同者也。

關於民事之慣習法。在法令及商慣習法無規定時。可適用於商事。不待言也。

第二章 商法適用之範圍

商法適用之範圍。得由種種觀察之。通常雖分爲四問題。有關於時者。有關於人者。有關於地者。有關於事者。然商法非僅適用於商人特定之階級。又非僅適用於內國人。故關於人之商法適用之範圍。茲無論述之必要。又關於地之商法適用之範圍。在商法及商法施行法中。雖有二三規定。例如二五八條施行法一、二五九條然此當就其特定事項說明之。其他應屬諸一般國際私法之問題。茲亦不論述焉。

關於時之商法適用之範圍。商法施行法第一條規定不遑及之原則曰。『在商法施行前。所生之事項。除本法有別段之規定外。適用舊商法之規定。』惟對此原則。有種種之例外。例如施行法一七條至一八九條此外施行法大部分。雖有規定商法適用之範圍。因無說明之必要。故讓諸施行法之條文。就於說明特定事項之際。當指示之。

關於事商法適用之範圍。卽商事也。商法者。商事所固有之法律也。何謂商事。舊商法第三條云。『商事者謂商人或因他人。一切之商取引及其他。本法所規定之事項也。』是卽商事之定義。惟商法適用範圍之商事。謂爲商取引及其他。商法所規定之事項。有以問答問之嫌。且商法所

規定事項以外。不認爲商事。徒妨害商之發達。及商事之擴張。故日本新商法與德國法同。解釋商事之意義。讓諸學說。而不設規定。

何謂商事。學者之定義。不能一致。或云關於商交通之法律關係也。(黑連德)或云屬於商法律上之事項也。(巴烏斯達夫)或云屬於商之私法關係也。(因忒曼)或云直接基於商之私法之法律關係也。(馬哥爾)然此僅抽象的說明而已。若從斯說。既不能明商之觀念。自不能明商事之觀念。哥薩克謂「商事者屬於商人營業之私法事項也。」夫商人之意義。商法已有明定。似此定義。稍近具體的。是以明確商事之意義。特日本商法。如後所述。不採德國新商法所謂主觀主義。屬諸學者所謂折衷主義之立法。故或種行爲。行於非商人者之間。亦爲商行爲。則謂商事屬於商人營業之事項。凡非商人之商行爲。不包含於商事中。要失之過狹。不足以解釋日本之商法。加拉伊斯謂「商事者商人所固有。及因商行爲。所生之私人交通之生活關係。」然關於商人及商行爲之事項以外之事項。商法非無規定。故此定義。亦未完全也。覺爾托密德謂「商事者。關於商人或商行爲及商品之事項。又因成法之規定。應從商法所定之事項也。」商法綱要 第四版惟商品之語。法律上無明確之意義。凡物品及其他財產。僅爲商之目的者。始稱爲商品。而無性質上之商品。故余謂「商事者關於商人或商行爲之事項。及商法所規定其他之事項也。」在

德國舊商法之下。聯邦諸國中。雖依施行法之規定。欲列舉商事。而明其觀念。不知商事非能盡列舉之也。

以上就於商事所述者。關於事商法適用範圍之商事也。卽因定實體法之適用範圍。所必要之商事也。故學者或稱爲實體法上及私法上之商事。惟在中古商人團體時代。因定其團體之裁判所管轄權有明確商事意義之必要。又法國商法第六百三十一條。至六百三十八條。奧國商法施行法第三十八條。及第三十九條等。限制的所列舉之事項。亦不外定商事裁判所之管轄事項。學者稱之爲形式法上及訴訟法上之商事。詳言之。形式法上之商事者。指屬於商事裁判所之管轄訴訟事件也。日本無商事裁判所之制度。故無形式法上之商事。然近時關於商事裁判之遲緩。議論喧騰。遂有主張設置商事裁判所者。此爲目下之一問題。茲簡單述其制度如左。商事裁判所之濫觴。起於中古商人團體之裁判所。此裁判所。因商人團體之消滅。亦同歸消滅。或代以國家一般裁判所。或代以國家特別裁判所。此特別裁判所。卽商事裁判所也。現今各國制度。雖英國議論最盛。終未設置商事裁判所。僅由商人選出陪審員而已。夫古時所設商事裁判所。因商事裁判所全廢論。極爲有力。遂採折衷說。一千八百七十七年以來。廢止獨立之商事裁判所。於地方裁判所中。置商事部。係代表商人之商人團體。及商業會議所等之推薦。以聯邦

諸國所任命之商事裁判官。而組織之。但其管轄範圍。頗爲狹小。且視爲例外裁判所。因當事者之請求。始有管轄權。法國商法第四編中。規定獨立商事裁判所。其裁判官雖屬國家之任命。然必須商人爲之。倣法國之制度者。比利時也。依一千八百六十九年法律荷蘭及西班牙。千八百三十八年以來。希臘千八百七十九年以來。意大利千八百八十四年以來。雖廢止商事裁判所之制度。然以前固倣法國之制度也。瑞士則委諸各州之自由。其二三州。尙有商事裁判所之制。

然則現今除法蘭西比利時二國外。均無獨立之商事裁判所。各國大有廢止之趨勢矣。日本若獨設置商事裁判所。是反於世界之大勢。或謂須仿德國之制。於普通裁判所內。置商事部。且選出商人爲陪審員。不知陪審員之制度。非僅日本國法所不認。卽現今商人之法律思想。果得爲適當之陪審員耶。亦一大疑問也。是不如用熟達商法之裁判官。就於裁判所之構成組織等。不必改現行法。僅商事之手續。設簡易迅速之制度。以圖事件之進步。故余對於商事裁判所。及商事部之新設說。不能贊同也。

第三章 商行爲

日本商法。所稱爲商人者。謂用自己之名以商行爲爲業也。條四蓋日本商法。以商行爲爲基礎。而定商人之意義。如德國新商法。先定商人之意義。以商人爲基礎。卽以商人之行爲。爲商行爲者。

此立法異其主義者也。故商行爲。非僅在商事中。占重要之部分。且定商人之意義。而明商法之適用範圍。(即商事之意義)亦屬重要。然則說明商人之意義。當先就商行爲之意義。及種類而述之。至於各種之商行爲。則於第三編第一章說明焉。

商行爲之屬於法律行爲。可依其名稱而知之。即商行爲者。關於商之法律行爲也。何謂法律行爲。學者之說不一。若從通說。乃使生法律上効力。私法的意思表示。行爲者欲使其生法律上効力。故法律認其効力也。○法律行爲之意義當參照富井博士民法原論一卷三頁以下川名法學士民法總論三〇〇頁以下故無關係法律上効力之行爲。即非所謂法律事實之行爲。固不得爲商行爲。縱令可以生法律上之効力。而行爲者欲使其生法律上之効力。法律不認其効力之不法行爲。及其他之法律事實。亦不得爲商行爲也。

然則法律行爲中。果如何之行爲。爲關於商之法律行爲。(即商行爲)日本商法。不揭概括之定義。舊商法第四條規定「商取引者謂因買賣借貸或其他承辦之方法。以產物商品或有價證券之轉換。而得利益。又因生計之旨趣。直接或間接所行一切之權利行爲也。左所揭者屬於商取引云云。」而例示商取引之重要者。此條文。即概括的揭商行爲之定義也。西班牙商法。亦概括的揭商行爲之意義。其第二條第二項規定云。「本法所定之行爲。及其他有同一性質之行

爲。推定爲商行爲。」又葡萄牙商法第二條規定云。「本法所定之行爲及其他商人一切之契約并債務。全無民事上性質者。限於行爲不生反對之理由。視爲商行爲。」惟是等規定。其意義均未明瞭。而適用商法時。每生疑問。日本新商法。排斥舊商法之定義主義。乃制限的列舉商行爲。故依日本新商法之主義。商行爲悉列舉於法律。凡法律所列舉之行爲外。不認爲商行爲。換言之。日本商法。所稱商行爲者。謂商法視爲商行爲。所列舉之法律行爲也。此對於定義主義。可稱爲列舉主義。各國商法。概採列舉主義。

日本商法視爲商所列舉之行爲。果如何之行爲耶。卽商行爲之實質如何耶。此在立法上有三種主義。各國商法所規定。其風土民情。雖有差別。要不外屬於此三主義。卽主觀主義。客觀主義。及折衷主義是。

主觀主義者。以商之主體之商人爲基礎。而定商行爲也。例如德國新商法第一條規定。「本法所謂商人指營商業者也。商業者。謂以左所列舉之行爲爲目的之營業也。」第三百四十三條規定。「商行爲者。謂屬於商人之商業。一切之行爲也。」若依此主義。先定商人之爲何。次以商人之營業。或因其營業之行爲爲商行爲。此乃中古商人團體時代所行之主義也。當時所謂商法。卽商人法也。商法適用之區域。限於商人。除商人之行爲外。不認爲商行爲。然至近世。採用折

衷主義。不限商人之行爲。認爲商行爲。如德國舊商法。亦採折衷主義。而商法大家忒爾氏。則唱導主觀主義。謂商法乃營業法。各種之投機行爲。不足稱爲營業。商法論一卷二十五節又德國舊商法草案。如普魯士草案及第一草案。亦採主觀主義。德國新商法。如前所述。與他之各國法異。獨取主觀主義。乃復活中古之商人法主義也。

客觀主義者。謂依行爲之本質。而定商行爲也。詳言之。其行爲者。不問爲商人與非商人。亦不問爲營業與非營業。乃依行爲本然之性質。而分商行爲與非商行爲之法律行爲也。然商行爲。由非商人之人。各個而行之。未足發揮商行爲之性質。必商人因營業而行之。始可爲商行爲。故不問其行爲之主體爲何人。依行爲之本質。而定商行爲之主義。實反於商法之觀念。實際上採此主義之立法例。誠不多見也。

折衷主義者。乃併用以上二主義。而同時認二種之行爲。一種之行爲。不問爲之者。爲商人與非商人。皆稱爲商行爲。一種之行爲。僅限於商人行之。始認爲商行爲也。法國商法。德國商法。及仿法德之各國商法。殆皆採用此主義。日本新商法。與舊商法同。亦從此主義。

如以上所述。日本商法。定商行爲之意義。採折衷主義。故依日本商法。商行爲有二種。(一)因行爲之本質。爲商行爲者。卽不問行爲之主體。爲商人與非商人。皆可爲商行爲也。(二)則因商人

行之。始成商行爲也。前者稱爲絕對的商行爲。或客觀的商行爲。後者稱爲相對的商行爲。或主觀的商行爲。主觀的商行爲者。更可細別爲二。即營業的商行爲。及附屬的商行爲。是營業的商行爲者。謂商人因視爲營業而行之商行爲也。附屬的商行爲者。謂商人因其營業。而爲商行爲也。商法第二百六十三條。列舉絕對的商行爲。第二百六十四條。列舉營業的商行爲。第二百六十五條。規定附屬的商行爲。此各種商行爲。俟第三編第一章詳說明之。

商行爲。與前述分類之方面不同。尙有基本的商行爲。及補助的商行爲二種。基本的商行爲者。謂定商人之意義基礎之商行爲也。換言之。以基本的商行爲業者。乃商人也。商法第四條中。所謂商行爲者。即指基本的商行爲也。補助的商行爲者。謂補助商人營業之商行爲也。故補助的商行爲。在定商人之意義非屬必要。却以商人之存在爲條件。而存在者也。即因商人之營業。而爲商行爲也。試比照前述之分類。合併絕對的商行爲及營業的商行爲。與基本的商行爲相當。附屬的商行爲。與補助的商行爲相當。詳言之。商法第二百六十三條。及第二百六十四條。所列举之商行爲。即基本的商行爲。以此爲業者。商人也。第二百六十五條。所規定之商行爲。即補助的商行爲。補助商人營業之行爲也。補助的商行爲。雖與前述補助之商。名稱相近。而其意義實異。不可混同。

商行爲。與前述分類之方法異者。更有一方的商行爲與雙方的商行爲二種。惟此分類。非如前者。由行爲本質而生之區別。僅某種行爲。由當事者之一方。爲商行爲時。則稱爲一方的商行爲。由當事者雙方爲商行爲時。則稱爲雙方的商行爲。例如甲以得利益而讓渡之意思。買入動產。轉賣於乙。而乙亦以得利益而讓渡之意思。買入時。則甲乙間之賣買。甲依商法第二百六十三條第一號後段之規定。而爲商行爲。乙依同號前段之規定。而爲商行爲。故此賣買。雙方的商行爲也。若同前例。乙單以供自己使用之意思。而買入時。則甲乙間之賣買。甲雖屬商行爲。而乙非商行爲。故此賣買。一方的商行爲也。如此區別。與雙方的法律行爲。一方的法律行爲之區分。不可混同。所謂雙方的法律行爲者。指契約而言。一方的法律行爲者。指單獨行爲而言。與雙方的商行爲。一方的商行爲之觀念。毫不相關也。

雙方的商行爲者。當事者雙方。應適用商法之規定。固勿論已。然法律對於一方商行爲。仍使當事者雙方。適用商法之規定。^三蓋一方商行爲。若僅使當事者一方。適用商法之規定。他之一方。適用民法之規定。非僅法律關係。極爲錯雜。且發生難於解決之問題。故德國新商法。雖數格規定。商人以外之人。不得適用商法。而採主觀主義。惟對於一方的商行爲。則商法仍可適用於非商人之當事者。今舉一例以明規定之必要。如乙怠於支給代金。甲依商法之規定。請求六釐之

遲延利息。而乙可主張依民法之規定。支給五釐之遲延利息。法二七六條民發生故有第三條之規定也。惟例外如第二百八十四條留置權之規定。限於因雙方的商行爲所生之債權。亦可適用。相當於日本商法第三條之規定者。如舊商法第十六條。德舊商法第二百七十七條。匈商法第二百六十四條。德新商法第三百四十五條等是。法國商法。及屬其法系之諸國法。無此規定。故裁判例。每生異議。

就雙方的商行爲。及一方的商行爲之發生考之。當事者雙方。均屬商人時。其間之行爲。固常爲雙方的商行爲。但不盡然。若行爲與一方當事者商人之營業。無所關係。無因一方爲絕對的商行爲之理由。則其行爲。僅屬一方的商行爲。二六三條至二六五條又若與當事者雙方之營業無所關係。無因雙方爲絕對的商行爲之理由時。則其行爲。非全屬商行爲也。當事者雙方均非商人時。其間之行爲。雖常非商行爲。但不盡然。若其行爲。因當事者一方。有爲絕對的商行爲之理由時。則屬一方的商行爲。又若因當事者雙方。有爲絕對的商行爲之理由時。則屬雙方的商行爲。當事者一方爲商人。他之一方非商人。其間之行爲。雖常屬一方的商行爲。但不盡然。若其行爲。因商人之當事者。非商行爲時。得不屬諸商行爲。又若因非商人之當事者。有絕對的商行爲之理由時。亦得爲雙方的商行爲也。

第四章 商人

第一節 商人之意義

商法第四條規定「本法所謂商人者。指依自己之名。以商行為爲業者也。」茲所謂商人者。謂依商法之適用上。而稱爲商人也。如前所述。定商人之意義之基礎的商行為。即基本的商行為。商法列舉之。法律既屬制限的列舉。故其範圍。易由器械的人工的劃定。就中如營業的商行為。別無學理上明確之標準。從而以商行為爲基礎。而定商人之範圍。亦可由人工的任意的劃定。與普通所稱商人之觀念。不必一致。普通所稱商人。有非商法上之商人者。例如貨店屋。販賣自己所採掘之鑛物。普通雖稱爲商人。而其爲業。非商行為所列舉之行爲。故非商法上之商人。反之。普通不稱爲商人。有爲商法上之商人者。例如購買原料。製造他物。而賣却之。又如爲他人製造或加功之行爲。以此爲業者。普通雖稱爲工業者。然以商法第二百六十三條第一號。或第二百六十四條第二號之行爲爲業。故爲商法上之商人。由是觀之。法律規定「本法所謂商人云云」指適用商法之商人。明矣。惟商法以外之法令。所用商人之語。限於法令之規定。無反對之意義者。亦可謂爲商法上之商人。

第四條揭商法上商人之定義。若分拆之。則爲商人之條件有三。即（一）爲商行為。（二）依自己

之名。(二)爲業是也。以下順序說明之。

商人須爲商行爲。茲所謂商行爲者。指基本的商行爲也。補助的商行爲者。商人因營業而爲商行爲。以商人之存在爲條件。其商行爲始能存在。故不足以之定商人之意義。却依商人而定其意義。不包含第四條所謂商行爲。明矣。換言之。茲所謂商行爲者。指第二百六十三條第二百六十四條所列舉之商行爲也。

商人者。須依自己之名。而爲商行爲。依自己之名者。謂在法律上。自己爲權利義務之主體也。與通常意義。所謂依自己之名不同。故以他人之氏名爲商號。而營商業時。其營商業者。商人也。用其名於商號之他人。非商人也。但依自己之名時。第一。不必自經營事務。如無能力者。雖不得爲法律行爲。苟依代理人而營商業。仍可爲商人。例如後見人因被後見人營商業時。其被後見人。商人也。反之。若商業使用人。若會社之執行業務社員。或取締役。雖自執行業務。惟不以自己之名。而用主人或會社之名。故不得爲商人。第二。不須依自己之計算。損益計算之所歸。雖全在於第三者。惟以自己之名。亦不妨爲商人。此爲德國多數學說所同認。德意志帝國裁判所判決例亦然。反之。如匿名組合員。損益之計算。雖在於自己。而法律上。自己非爲權利義務之主體。故不得爲商人也。

商人者。須依自己之名。以商行爲爲業。爲業者。卽營業之意。何謂營業。學說雖繁。而大體則相同。營業云者。謂以所得通常之根源爲目的。同種連續。爲一團之私法的行爲也。茲說明之如左。

(一)營業。以爲營業者所得通常之根源而足。非僅不須唯一之根源。又不須主的根源。如法國商法草案。定商人之意義。雖須以商行爲爲主業。後正文則改之。以常業而足。故營業者。同時得有數種之營業。又僅從所得根源之營業。亦不妨謂爲營業。或有謂營業者。須爲營業者社會的生存之基礎。例如培爾忒倫德兒然非通說也。

(二)營業之目的。雖以所得爲必要。然同時可有宗教、政治、公益、科學之目的。僅須不全排除所得之目的而已。例如因慈善照原價販賣物品。又如因實業教育所設立之學校。購買原料。使生徒製造加工。照原價販賣製作物品。皆不得謂爲營業。反之。爲特定之營業。以此所得者。全供慈善之目的。又出於扶植政治上勢力之觀念。同時以所得之根源爲目的。而發行新聞紙。皆可謂爲營業也。

(三)爲同種連續一團之行爲。不可從嚴格解釋。蓋不須事實上連續。無寸時間斷。爲同種之行爲。又不須事實上爲數箇同種之行爲。僅須有欲爲連續一團之行爲可矣。故各別之營利行爲。雖不得謂爲營業。若連續一團之行爲。則不必長期繼續。例如博覽會期中之賣店。固不妨謂爲

營業也。

(四)營業目的之行爲。以私法上之行爲爲必要。應除關於學問美術之行爲。例如美術家。以大
理石或畫布等之原料。而製肖像及彩畫賣却之。又如醫士賣藥劑於病者。皆不得謂爲營業也。
以上說明商人之三件條。然則在於何時。具備此三條件耶。換言之。發生商人之資格。在於何時
耶。依普通之說。商人資格發生之時期。在於依自己之名。以商行爲爲業之意思實現之時。故不
必實行其營業目的之商行爲也。例如因營商業之目的。買入店鋪或雇入商業使用人時。因營
商業請求商法第五條及七條之登記時。請求商號之登記時。爲商業帳簿之設備時。是皆因其
行爲。而實現欲營商業之意思者。故商人之資格。與其行爲同時發生也。但僅表示欲爲商人之
希望。不得爲商人。不待言也。或謂商人之資格。因開業而發生。志田博士日本商法
論一卷三五〇頁 其所謂開業。
指如何之時期。不能明確。與上述之說明異。余所以不採此說也。

商人資格消滅之時期。在於商業廢止之時。雖既得商人之資格者。而不能推定繼續其商業。此
德國裁判所所判決也。是商業之廢止與否。究屬諸事實問題。惟商業之廢止或因當事者之意
思而生。或由當事者意思以外之原因而生。因於當事者之意思者。即廢業也。廢業之時期。依事
實而決。若僅以一紙廢業書。申報於官廳。不得謂爲廢業。三十四年十二月九日
大審院決定參照 又不得以事實上

無長期取引。而主張爲廢業。蓋必須當事者有欲廢業之意思。與其意思之實現也。因於當事者意思以外之原因。廢止商業者。卽事實上不能繼續商業。或法律上不能繼續商業也。法律上所不能者。例如因施行煙草專賣法。而禁止製造煙草。及因行政官廳之命令。而取消保險會社之營業。免許是。又商人受破產之宣告時亦同。參照二十三年法律三二號商法九百八十五條以下破產法案五四條以下蓋商人因破產之宣告。失其資格也。但關於此點。學說不同。智靈格爾。巴賓接爾克。謂商人之資格。不因破產而消滅。尼曼。亦謂商人之資格。非必常因破產而消滅。而斯達威。馬哥爾。則謂商人之資格。常因破產而消滅。至於會社因解散而失商人之資格與否。俟第二編詳之。

以上說明日本商法上商人之意義及商人資格之得喪也。茲更述外國立法例。關於商人之意義。外國法之主義。多與日本商法同。基礎於商行爲。而定商人之意義。以商行爲爲業者。稱爲商人。不須別具形式之條件。如法國商法。謂商人者。以商行爲爲常業也。德國舊商法。條四三條一意。條八條一三等國法之規定。亦大同小異。然外國中。或謂商人。於以商行爲爲業實質的條件外。須更具備形式的條件者。當中古商人團體時代。若非加入團體。不得爲商人。近世法中如西舊商法。條一葡舊商法。條一商法上之商人。須登記於商人登記簿。南美諸國之商法。有倣之者。但西葡兩國之現行法。商人未爲登記者。僅不得爲一切商業登記而已。西商法一八條葡商法四七條四八條

如上所述。各國商法之主義。雖不盡同。至於定商人之意義。側重於以商行爲爲業。不問其營業之方法及設備。則一也。然瑞士債務法。別出新機軸。并注目營業之方法。債務法第八百六十五條第四項規定依商業製造業及其他商人之方法。爲營業者。當登記於商業登記簿之旨。但如何之營業。爲依商人方法。則不明瞭。故有解釋爲由行政官廳而強制者。德國新商法。採瑞士法之所長。并參酌前述二主義之立法例。定商人之意義。除其營業目的之行爲外。營業之方法如何。亦採爲標準。就於特種之商人。則別須具形式的條件。是關於商人之意義。最新之立法例也。以下述德國商法規定之梗概。

德國商法所列舉之商人。約有四種。第一法律上當然爲商人者。此與日本商法之商人同。其營業目的之行爲。性質上爲商人也。惟德國商法。非如日本商法。先定商行爲之意義。更依此而定商人之意義。乃列舉可爲商人營業（即商業）之行爲。是其相異之點耳。此種商人。規定於第一條。因從法律之規定爲特定營業。當然爲商人。學者或稱爲自然的商人。純粹的商人。直接的商人等。與次述人工的商人。假想的商人。間接的商人。相對而言。第二、因強制登記。而爲商人者。即營業者執行事業之方法及範圍。有商人之營業設備。雖非營商業。而法律上強制登記其商號。於商號登記簿。因此登記而爲商人。例如鑛業者是。德國商法第二條 第三、因任意登記而爲商人者。農

業者及山林業者。雖不適用第二條。而附屬的營業。執行事業之方法及範圍。須商人的營業設備。或與第一條之營業。有同一之行爲時。得登記於商號登記簿。若既任意登記。得爲商人。德國商法

第三條 第四、株式會社。株式合資會社。有限責任會社。及產業組合等。不問其目的如何。得登記於營業登記簿。若既爲登記則同爲商人。此法人之商人。其詳俟本章第四節及第二編說明之。

第二節 商業之制限

營商業。自由也。以不論何人。均得營商業爲原則。忒爾稱之曰。商業之自由。然國家得以法律制限之。日本憲法。不保障營業之自由。故以命令制限之亦可。凡此制限。實出於公益上之必要。各國法規。雖有繁簡之別。此則均有規定。今舉日本國法上制限之主要如左。

第一、國家對於特定人禁營一般商業者。例如判事、行政裁判所長官、行政裁判所評定官、

在職中。不得營商業。裁判所構成法七二條四號 又辯護士。若非得辯護士會之許可。不得營

商業。二十六年法律七號 官吏或其家族。若非得本屬長官之許可。不得營商業。二十九年勅令三十九號

官吏服務規
律一一條

第二、國家對於一般之人。禁營特定之商業者。例如信書之運送。煙草之製造或輸入。原則

上僅政府得爲之。七三三法律一四號 煙草專賣法一條二條三十條。他如販賣害風俗之冊子。圖畫。

阿片煙。或吸食阿片之器具。則刑法之所禁也。刑法二三五七條二

第三、國家限於特定人。認營特定之商業。此外則禁之者。即各種法令。定可以營特定商業

之資格。或因營特定商業。須有官廳之免許或許可也。例如銀行營業。須大藏大臣之認可。

銀行條
例二條保險營業。須農商務大臣之免許。二十八年法律一四號
年內務省令九號
質屋取締法細則一條
同其他

必須免許或許可。載在法令者。如取引所法一〇條、二十四年法律三號、度量衡法、三十二年法律九七號肥料取締法、二十八年法律一三號古物商取締法、三十二年法律八號銃

礮火藥類取締法、二十二年法律一〇號藥品營業并藥品取扱規則二一條、二四條、十年

七號布告賣藥規則等是也。此外府縣令警視廳令所規定者。不勝枚舉。

如上所述。除公法上之制限外。不論何人。得營商業。惟私法上有對於他人。約不營特定之商業

時。則應受拘束。關於讓渡營業之際。屬於商法第二十二條之規定。俟後說明。茲當一言者。對於

特定人。約不營商業之旨。其契約之效力也。此種契約有效與否。學說分歧。而外國判例。亦多不

同。據余所信。此問題所歸着。在於可以適用民法九十條之規定與否。換言之。即其契約。以反於

公之秩序。或善良風俗之事項為目的與否。商法第二十二條。既規定營業讓渡之際。讓渡人有

不為同一營業之特約時。在同府縣內。且不超三十年之範圍內。其特約應有效力。則超此制限

不為同一營業之特約時。在同府縣內。且不超三十年之範圍內。其特約應有效力。則超此制限

契約之無效。可以推知矣。惟在此範圍內。其契約有效與否。當屬諸各種事實問題。三月二十日大審

例院判決
參照

第三節 商人之人

茲所謂商人之人。指自然人。對於商人之人而言也。依日本民法之規定。凡人。不問內外國籍。皆可享有私權。是為原則。民法一條二條蓋日本國法。不認奴隸之制度。人皆有權利能力。且採內外人平等主義。雖屬外國人。亦有權利能力。除法令及條約所禁止外。享有私權。又如第一節所述。商人者。謂依自己之名。以商行為為業也。故法律上自己為權利義務之主體。以商行為為業時。不必親自執行業務。苟有權利能力者。即可為商人。且一切之人。原則上。不問能力之有無。國籍之內外。及男女老幼之別。皆可為商人。僅受前節所述行政法上之制限而已。

雖然。自為商行為者。則須具有能力。關於商事能力。舊商法在第十條以下。詳為規定。而新商法則規定於民法中。其規定於商法者。僅二三特別之例。故茲所說明。亦以商法中特別規定為主。又外國之法制。關於能力之規定。因國風民情而異。不須資為日本商法之解釋。茲不參照。

日本民法。認四種之一般無能力者。即未成年者、妻、禁治產者、及準禁治產者是。但此四者。非無意思能力。非絕對的不能行為。故與德國民法所謂無能力者異。應稱為限定能力者。此外雖有

特別無能力者。民法七九二條九三〇條無說明之必要。以下特就四種之一般無能力者分款

敘述之。

第一款 未成年者

未成年者。為商人時。更可分為二。即法定代理人。代未成年者而營商業。與未成年者。得許可而自營商業是也。

未成年者。仍屬幼年。或智能之發育。尚不完全時。不能得許可自營商業。故須法定代理人。代營

商業。此際法定代理人。以未成年者之名。為未成年者營商業。故未成年者商人也。法定代理人。

僅其代理人而已。參照第一節但後見人為未成年者營商業時。第一、須得親族會之同意。親族會不

能為同意之決議。則請求裁判所。以裁判代之。民法九二九條第二、須為登記。七條一項在後見

人登記簿為之。其手續定於非訟事件手續法。非訟法一七一條登記之目的。在於公示後見人。

有代被後見人營商業之權能。取引得以安全也。

後見人代被後見人營商業時。其代理權所加之制限。不得對抗善意第三者。七條二項是欲

商業之敏捷。保護善意第三者。使與後見人間。取引得安全也。即支配人、會社代表社員、取締役、

清算人、船舶管理人及船長之代理權。所加之制限。不得對抗善意第三者。亦同一旨趣也。

未成年者之法定代理人。除後見人外。有行親權之父及母。行親權之嫡父。無親族會之同意。得為未成年者營商業。其他則與後見人同。須親族會之同意。民法八七八條八八三條九二九條九五二條但不必登記耳。

未成年者之智能十分發達。認為可自營商業時。行親權之父或母或後見人。踐法定之條件。得

與以營商業之許可。此際未成年者。關於商業與成年者有同一之能力。民法六條八八三條八九二條

二條九條惟須為登記。五條施行法四條在未成年者登記簿為之。其手續定於非訟事件手續法。非訟法一四九條

一六六條以下及登記之效力。與上述後見人之登記同。但未成年者自營商業。與以許可者。得取消或

制限之。須無遲滯為登記。非訟法一六八條

如上所述。依民法第六條之規定。既許營業之未成年者。關於其營業。與成年者有同一之能力。惟許為會社無限責任社員之未成年者。不得謂許為營業。不過無限責任社員。會社財產。不能清償會社之債務時。連帶任清償之責。對於外部。有代表會社之權限。對於內部。有執行會社業務之權能。故許為會社無限責任社員之未成年者。關於其會社之業務。當視為有能力者。商法所以特設規定也。六條施行法五條

第二款 妻

妻爲特定之行爲。須受夫之許可。若未得許可。其行爲可以取消。故妻欲爲商人營商業時。受營商業之許可。固事實上所必要也。妻營商業。既得許可。關於其商業。與獨立人有同一之能力。民法一四條一五條一八條然妻依法律所定。有不要夫之許可。與獨立人同。得自由營商業者。民法一七條妻營業。須爲登記。載於妻之登記簿。其手續。非訟事件手續法定之。非訟法一四九條以下及一六七條一七〇條登記之效力。與未成年者同。

許可妻之營商業。夫得取消或制限之。但不得對抗善意第三者。民法一六條夫未成年者。營業許可之制限或取消。固可對抗第三者。而妻則不得對抗善意第三者。蓋未成年者之無能力。縱令害第三者。尙有保護之必要。至於妻之無能力。乃尊重夫權。而保一家之安全。苟害善意第三者。無保護必要之理由也。不過許可之取消或制限。應爲登記。與未成年者同。許爲會社無限責任社員之妻。關於其業務視爲有能力者。與未成年者同。

第三款 禁治產者

禁治產者之行爲。可以取消。故禁治產者不得營商業。從而禁治產者爲商人時。皆以後見人代營商業。與未成年者之後見人同。茲省略之。參照第一款

第四款 準禁治產者

準禁治產者。爲特定之行爲。須得保佐人之同意。若未得同意。其行爲可以取消。民法二條然法律就於準禁治產者。營商業。或爲會社無限責任社員。無特別規定。又準禁治產者之保佐人。非法定代理人。故保佐人不得代準禁治產者營商業。其結果準禁治產者雖屬商人。將不能完全營其商業。惟準禁治產者得保佐人之同意。選任支配人營商業時。始可享受商人之結果。第九章第二節

照參

第四節 商人之法人

法人者。謂依法律而創設人格之社會的組織體也。法人之本質。有擬制說實在說之二。對峙而不相下。余謂法人之人格。既依而創設。與自然人無異。則爲法人之社會的組織體。亦現實存在。與自然人同。從而法人之理事、代表社員、取締役等。非法人之代理人。乃機關也。非法人以外之獨立人格者。乃組織法人之一部也。故法人依其機關。而自行動。有行爲能力。然日本法典以法人之機關與代理人混同。是亦受擬制說之影響也。

法人既有權利能力與行爲能力。得爲商人。固無庸疑。若從擬制說。法人不過依法律之擬制。而認爲人格者。無行爲能力。商人者。依自己之名。以商行爲爲業者也。無行爲能力者。得因代理人而營商業。故法人亦不得不謂爲商人。法人通常分爲公法人私法人二種。以下分款敘述。各種

之法人。如何得爲商人。及商人之法人。應適用之法規。

第一款 公法人

公法人者。謂國家及其機關。以行國家之政務爲目的之法人也。國家機關之公法人。卽公共團體。更分爲二。(一)普通公共團體。以行一般公共事務爲目的者。其權限頗廣。卽府、縣、郡、市、町村、北海道地方費、北海道之區一級町村、二級町村、沖繩縣之區是也。(二)特別公共團體。以行特別之公共事務爲目的者也。其權限常狹。如水利組合。二十三年法律四六號水利組合條例、北海道土功組合。十五年法律一二號北海道上功組合法、及商業會議所。三十五年法律三一號等是也。商業會議所。在舊法時。爲公法人與否不能無疑。故以閣議決定爲公法人。而在新法時。當徵收經費之際。認有依國稅徵收法之權能。其爲公法人明矣。

國家可爲商人與否。德國學者多謂國家以商行爲爲業時。得爲商人(黑連德、巴因夫爾忒倫爾夫、忒爾等)。覺爾托密德、雖謂國家之爲商人。限於因收益。以特定之事業。爲主目的時。然仍認國家可爲商人。而德國新商法。關於商號之規定中。有帝國、聯邦諸國、及內國之地方團體。須登記於商業登記簿。關於商業帳簿之規定中。有是等公法人。不適用特別之規定。是亦認國家可爲商人矣。又關於物品運送之規定。帝國及聯邦諸國之郵便官署。運送物品。不適用之。郵便

官署。非本法之商人。德國商法四五二條是一方以郵便官署之運送。為私法上契約。而非商法之物品運送。一方以官設鐵道。國家亦為運送人。應依商法之規定明矣。其與德國立法。規定相反者。即意大利商法。意商法規定云國、州、及地方團體。不能得商人之資格。惟因商行為。得受商法及商慣法之適用。意商法七條 葡商法第十七條亦倣之。

日本現行法。有認國家可為商人者。如官設鐵道之運送事業。與私設鐵道同。鐵道營業法。及其附屬命令。無特別規定時。則從商法中運送之規定。蓋鐵道營業法。官設鐵道。與私設鐵道。不加區別也。但商法中運送之規定。限於運送人為運送時。始可適用。是官設鐵道。國家為運送人。即商人也。國家因鐵道運送。既為商人。則製鐵所之製鐵事業。以商法第二百六十條第一號之行為業者。亦可謂為商人。創設製鐵所之目的。雖圖製鐵事業之獨立。而同時亦以收益為目的。固不能否認也。

學者或以煙草樟腦食鹽之專賣事業。為國家營業之一例。不知此等事業。國家由收稅之方法行之。且國家收納煙草樟腦食鹽。乃一種公法行為。不得謂以商法第二百六十三條第一號之商行為業者。煙草專賣法四條以下三十二年律令一五號臺灣樟腦及樟腦油專賣規則三條四條 此外郵便電信電話事業之性質。學者多所爭議。余以此為私法上行為。惟郵便與電信。屬諸民法上之請

負。電話則因於雇傭及賃貸借之併合契約。而非以商行爲業者。郵便法三十二年法 律五九號 電信法 三年 替、郵便貯金。固屬銀行取引之一種。而國家非因收益之目的行之。亦不得謂爲營業者。三年 所等作業所。國家以製造供自己使用之物品爲目的。雖有爲一私人供給製造品。惟不能因此謂國家爲營業也。

要之國家關於製鐵事業。及鐵道運送事業。出於公共之目的。以謀國家事業之發達。同時亦以收益爲目的而經營之。組成其事業之行爲。則屬諸商行爲。故國家關於此兩事業。爲法律上之一商人。特國家因此事業。所任用之官吏。乃公法上之行爲。非私法之雇傭契約。不得謂爲商業使用人。明矣。至於商號及商業帳簿。德國商法以明文規定。不適用於國家及其他公法人。似屬必要。然解釋上當然不能適用者也。

國家得爲商人。前已詳述矣。國家以外之公法人中。如普通公共團體得爲商人與否。余謂普通公共團體。由現行法觀察之。無禁止營業之規定。亦得爲商人。如市街鐵道、或瓦斯、或電氣之供給、等營業。有獨占之趨勢。欲使爲公共團體之營業。固國家社會主義之經濟學者所同倡。而亦社會政策上所最必要者也。

至於特別公共團體。其目的依法律之規定而受限制。不許爲目的以外之行爲。故除法律所認許外。固不得爲商人也。

以上說明公法人得爲商人。而公法人爲商人時。則其營業之私法上行爲。常屬商行爲。條二六四

條五 此外公法人非商人者。在私法上之關係。與私人立於對等之位置。而爲私法上之行爲。則當視爲絕對商行爲。三條六 凡此公法人之行爲。尙適用私法上之法規。公法學者。均無異論。故公法人之商行爲。可適用商法。不必揭諸明文也。商法第二條云。公法人之商行爲。限於法令無特別規定時。適用本法之規定。是公法人爲商行爲時。當然適用商法明矣。至於公法人之目的組織。則與私法人異。欲全適用私法之規定。有不利者。故法律之外。更可以命令對於商法。爲例外規定。商法修正案參考書。謂公法人爲商行爲時。可適用商法之規定與否。不能無疑。故本條特揭法令無別定者。適用本法之規定。然如此能闡明立法之理由。殆未之敢信耳。

第二款 私法人

不以行國家之政務爲目的之法人。卽私法人也。私法人由法律之所認而區別時。約分三種。卽民法規定之法人。商法規定之法人。及其他法令規定之法人是。由其目的之事業性質而區別時。約分二種。卽公益法人。私益法人是。由其成立分子而區別時。亦分二種。卽社團法人及財團

法人是。茲依第一分類。就於各種私法人中。論究其爲商人者。

依民法規定之法人。有公益法人。營利法人。及相續人曠缺時之相續財產。而公益法人。雖有社

團法人。與財團法人之別。皆限於不以營利爲目的。自不得爲商人。民法三 又相續人曠缺時之

法人。當由裁判所選任管理人。而管理人僅得有管理行爲。即超過民法百三條以外之行爲。須

得裁判所之許諾。故不得營商業。從而不得爲商人。民法一〇五五條二八〇五

民法所規定之營利法人。從商事會社設立之條件而爲法人。雖一切準用商事會社之規定。惟

非以商行爲業者。與純然之會社異。非商人也。民法三五條 茲專就營利法人言之。營利法人。

既非商人。僅準用會社之規定。若從嚴格之解釋論。關於一般商人之規定。似非全可適用。從而

營利法人。不須備日記帳。亦不須保存商業帳簿。及關於營業之信書。選任支配人。亦非商法上

之支配人。又委託代理於代理商。不生商法上代理商之關係。二九條三六條 更有謂營利法人

之名稱。不得用會社之文字者。一八七條 惟德意志於一千八百四十三年二月九日。關於株式會

社之普國法。規定株式會社。不問其目的在於商業與否。有商人之權利義務。千八百七十年六

月十一日之帝國法。株式會社及株式合資會社。不問其目的如何。悉視爲商人。故無如斯之問

題。余謂從立法論。當倣德意志之主義。營利法人。悉屬會社。應視爲商人。更由解釋論。商業登記

商號商業帳簿商業用人等。商人之一切規定。悉可準用於營利法人。何則。一般商人之規定。與會社之規定。無可區別。而商業登記商號等規定。究亦關於會社之規定也。

商法所規定之法人。即會社也。會社者。謂以商行爲爲業之目的。而設立之社團法人也。四四二條
 一故會社者商人也。除會社特別規定外。一切商人之規定。均可適用。俟會社編說明之。

民法商法外特別法之法人。有公益法人。營利法人。及不屬於二者。極爲紛雜。就中同業組合三
三年法律三五號 同業組合法 產牛馬組合。同年法律二〇號 水產組合。三十四年法律三四號 外國領海水產組

合。三十五年法律三五號 農會。一〇三號 農會。五者。爲公益法人。各有特種之目的。不得爲營利
 事業。自不得爲商人。特別法之營利法人。有株式會社組織之取引所。惟其營業目的之行爲。非
 商行爲。故不得爲商人。僅兼倉庫營業之際。視爲倉庫營業者之商人而已。然取引法之精神。在

使株式會社組織之取引所。視爲一般之法。適用商法中會社之規定。則解釋上。謂株式會社組
 織之取引所。爲民法上營利法人之一。準用會社之規定可也。

不屬於公益法人。營利法人者。即產業組合。三十三年法律三號 產業組合法。三 相互保險會社。保業法。會員組織之
 取引所。取引也。爲產業組合之目的之事業。雖屬商行爲。然所收利益。非分配於組合員。故非商

人。法律僅定準用商人之規定而已。法產業組合 德國法則反是。認爲商法上之商人。九千八百八十一

日德一七條
國產案組

相互保險會社。爲其目的之事業。既非商行爲。而所收利益。亦非分配於會員。故

非商人。日本商法。相互保險。不認爲保險。僅大體準用保險之規定而已。二六四條九號四一八條會員組織

之取引所。非商行爲。不以收益爲目的。故亦非商人也。

此外市町村內之區。市制一一三條一一四條町漁業組合漁業法以下社寺三十五法施行法二八日

大審院判決
固屬一種之法人。然無由營商業而爲商人也。

第五節 小商人

日本商法。依自己之名。以商行爲爲業者。稱爲商人。不問其營業範圍之廣狹。與規模之大小。然

關於一般商人特定之設備。不必強營業規模較小之商人。使之適用。故商法特認小商人之制

度。小商人者。不須適用商業登記、商號、及商業帳簿之規定也。八條小商人之制度。仿自德國法系。

依德國之主義。小商人不失爲商人。其營業之行爲。亦屬商行爲。從而小商人可以適用商法。僅

特定事項。屬諸例外之規定而已。德舊商法一四條○德商法四條等。反之。法國商法區別商人與手

工業者。手工業者。僅非絕對的商人。不認爲小商人。日本舊商法。就於各戶或道路。販賣物品。及

供勞役者。不視爲商取引。似近於法國法系之立法。而新商法小商人之觀念。則與舊商法異。商舊

法七條

小商人之範圍如何。依第八條規定。就於各戶或道路。賣買物品者。稱爲小商人。而不明言其範圍。惟據施行法第七條。有商法第八條所定小商人之範圍。以勅令定之。三十二年勅令第二百七十一號。以商行爲爲業。而資本金額。不滿五百圓者。爲小商人。故資本金額。不滿五百圓者。爲小商人。雖屬明瞭。然就於各戶或道路。賣買物品者。當然爲小商人耶。將限於資本金額不滿五百圓者。爲小商人耶。是不能無疑也。或謂就於各戶。或道路。賣買物品者。當然爲小商人。志田博士則就於各戶或道路。賣買物品者。苟不適合勅令之制限。自非小商人。第八條中。就於各戶等之文言。特舉小商人之例耳。况就於各戶。賣買物品之商人。其設備極宏大者。固罕觀耶。德國商法則異是。規定手工業者及其他營業。不超於小營業之範圍者。而聯邦諸國法。仍可定小營業之範圍。故手工業者。文字有一定之意義。不能以聯邦諸國法制限之明矣。

茲有一問題。卽有會社之小商人與否。德國舊商法第十條第二項。新商法第四條第二項。及第六條第二項。以明文規定。不認會社之小商人。而日本法律。則無此明文。惟就於會社社員之出資額。不設制限。且株式會社。有株主七人。各有五十圓或二十圓之株式時。法律上均認爲成立。一九條一四項故其結果。株式會社。有三百五十圓或百四十圓之資本者。如可認小商人會

社之存在。雖然。會社在法律上。必有商號。五〇條二號三〇六條一號。又會社之設立。若非登記。不得對抗第三者。四五條。而小商人則不適用商業登記商號等之規定。故會社為小商人。非法律上之所認也。

茲更有一問題。即一人得兼有商人及小商人之二資格與否。即一人既營資本金額五百圓以下之商業。同時復營金額五百圓以上之商業。則其商人為商人耶。抑小商人耶。覺爾托密德謂其商人。非小商人。之商人。嘎拉伊亦從此說。惟德國多數學說。及德國裁判所之判決例。則採反對說。以一人可兼有二資格。黑連德哥薩克巴因斯達烏。日本商法亦從此多數說。當依各種營業。而觀察之也。

第五章 營業

第一節 營業之意義

營業者。以所得通常之根源為目的。同種連續。為一團之私法行為。既如前章第一節所述。是依廣義。對於商業以外一般營業。而述營業之意義也。然商法上營業之語。常從狹義。指商人營業上行動之全體而言。依此意義。營業與所謂商業無異。五條七條一九條二〇條二二條二七項三條二九條等。惟商法於主觀的意義外。常用於客觀的意義。有指商人營業上財產之全體者。即如讓

渡營業之際。若以營業之語。從主觀的意義。殆難於解釋。必依客觀的指其目的之財產。故本章以客觀的意義爲主。說明關於營業之事項。後就於主觀的意義。爲營業本據之營業所敘述之。客觀的意義之營業。卽謂商人營業上之財產。對於商人私用財產。而指營業之一團財產也。故此意義之營業。由積極部分。與消極部分而成。積極部分中。非僅指店鋪。商品。什器。及其他動產。不動產。有價證券。關於營業各種之債權。特許商號。意匠。商標等之無形財產權。卽營業上將來所生利益之事實關係。及營業上之秘訣得意等。亦包含之。消極部分。卽關於營業所生一切之債務也。但茲所謂營業之債權或債務者。亦非僅指由營業上取引所生者。乃兼指關於營業之法律行爲。不法行爲。及其他原因所生一切之債權或債務。又關於營業所讓受之債權也。

營業如上所述。謂商人營業上之財產。然營業之語。非有一定不動之意義。而其範圍亦不盡同。如營業之讓渡。非必讓渡營業上一切之財產。不可缺其一部者。故營業之語。或謂從狹義解之。以得意。及秘訣等之事實關係。與有密接之法律關係爲主者。勒格爾斯黑爾格爾 英國法『古佐威爾』之語。亦同。又法國法『渾佐康默爾』之語。亦俗語所常用。而意義極不明瞭。故營業之讓渡。其讓渡財產之範圍。有如何限度。又如何之範圍。財產之讓渡。得謂爲營業之讓渡。是極困難之問題也。此當於次節述之。惟日本商法及德國法。所謂營業。必如勒格爾斯黑爾格爾所

解釋。常從狹義者。則非也。

營業。與商人財產他之部分離。恰如一種獨立之財團。故學者或謂爲獨立權利義務之主體之特別財產者。例如毛姆善巴夫葉商法雜誌卷二論曰。商人營業上之財產。與其私用財產。由帳簿上觀之。特分離而成各別之財團。商號或營業所。於主人之名稱及住所外。別成營業之名稱

及住所。營業上之代理權。不因主人之死亡而消滅。其他百般之法律關係。無關於主人之存亡。依然存續。故營業之爲物。爲商業上之關係之獨立負擔者。主人乃營業之第一使用人也。厄忒

曼之說亦略同。厄忒曼德國商法論一五節一七節又如黑格爾由目的財產說。論營業上之財產。雖無獨立之人

格。而要屬與商人他之財產。全然分離之目的財產也。覺爾托密德商法雜誌四卷伯爾忒倫托夫。亦引用厄忒曼及黑格爾之說。極表贊成之意。唯實際上尙未與此學說相合耳。厄忒曼商法全書一卷然由日本現

行法觀之。商人營業之財產。既非法人。自無獨立之人格。且法律上。商人由他之財產分離。爲別箇之財產而處理之者。亦屬罕觀。蓋營業者。於主人之財產外。非有獨立人格之權利主體也。縱

事實上。因帳簿計算之便利。於主人私用財產。與營業上財產之間。爲賣買之關係。是亦僅帳簿上之關係。非真正之法律關係。例如區別私用財產與營業上財產之際。主人欲以自己店鋪之

商品。供爲私用。或實授受金錢。而依賣買之形式。然在法律上。則非真之賣買。又營業上之財產。

在法律上。非與私用財產。分離而存在。故對於私用財產之債權者。得以其債權。與對於營業財產之債務相殺。而對於營業財產之債權者。亦得以其債權。與對於私用財產之債務相殺。反之。營業之債權者。非於營業財產上。別有優先權。而關於私用財產之債權者。亦非於私用財產上。別有優先權也。要之。營業之財產。對於私用財產。帳簿上雖屬獨立。而法律上則非獨立也。此在德國法與日本法律無異。如厄忒曼等之學說。若爲經濟論。固無可議。而爲法律論。則不足採也。日本現行破產法。商人可分資本。爲數箇之營業。乃對於上述之原則。特設一例外。對於各營業之債權者。由屬其營業之財團。以優先權而受辨論。商法二十三年法律三二二號然新破產法案。則不認此例外焉。

如上所述之營業。非獨立之人格者。別有其主體。營業之主體。謂之主人。營業則屬於主人之財產也。營業之主人。或爲自然人。或爲法人。不過會社爲主人時。則除營業財產外。別無主人之私用財產。又營業之主人。不限於一人。或由數人而成。例如由數人組合而營商業是也。反之。有一人爲數多營業之主體者。例如商人分資本。營數種獨立之商業是也。

第二節 營業之讓渡

如前節所論。營業者。謂關於商人營業之一團財產。非有人格也。且營業既非一之權利主體。亦

非一之權利客體。蓋營業爲各種權利之集合。非一之權利客體也。然概括爲法律行爲之目的。不可不受同一法律上之處分。卽營業之讓渡是也。

營業之讓渡者。謂統括營業上財產。而讓渡之也。故讓渡各箇之財產（如店鋪商品等）非營業之讓渡。然營業之讓渡。非必讓渡營業上全部之財產。其讓渡財產中如何之部分。得謂爲營業之讓渡。是極繁難之問題。此在外國學說。大略相同。法國學者。謂營業讓渡之際。須直接足以表明得意。及其他營業上同一財產之讓渡。德國學者。亦謂須讓渡營業上繼續必要之財產。其如何之財產。爲營業上繼續必要之財產。學者常舉得意、營業上之祕訣等之事實關係。惟余所解釋。則以此問題。屬諸事實問題。或有以店鋪爲要素者。或有以得意爲要素者。不能示一般之標準。特營業之讓渡人。依法律所規定。不得以不正競爭之目的。爲同一之營業。應負此義務耳。

二二條 是得意之讓渡。固皆與營業讓渡相伴者也。營業之讓渡。如上所述。不必讓渡營業上財產之全部。故讓渡營業上財產。如何之部分。須依當事者決定之。就此問題。日本法律。不加以推定。應解釋當事者之意思。而判斷之。或謂營業讓渡之際。營業上之財產。限於無特約者。悉可讓渡。斯達烏哥扎克志田博士
商法要義一卷一三八頁大審院亦從此說判決。當讓渡營業時。則店鋪、貨物、債權、債務、得意、及商業帳簿等、通常悉屬讓渡。故限於無反證者。皆推定爲讓渡。三十三
七
日
大
審
院
判
決然如日本舊

商法第二十八條第二項之規定。若非有法律上之推定。及有商慣習者。則不能下如此之推定。黑運德尼曼等依余所解釋。當事者稱爲營業讓渡之行爲時。則其行爲。可推定爲法律上營業之讓渡。但讓渡營業上繼續必要財產之部分。雖可推定。而他之部分。不外解釋當事者之意思。判斷其有讓渡與否。

營業之讓渡。須因於契約。不包含遺贈。何則外國法律。區別營業之讓渡。與營業之遺贈而規定之。外國學者之論說亦然。更由日本舊商法。勒斯尼爾氏草案二八條至三〇條之用語。及商法第二十二條規定。伴於營業讓渡之特約等觀之。則營業之讓渡。指生存者間之讓渡明矣。且營業讓渡。雙方的商行爲也。即對於讓渡人之商人。則爲最後附屬的商行爲。而對於讓受人之商人。所謂準備行爲。則爲最初附屬的商行爲。關於此點。亦德國裁判所判決之所認也。

就於營業讓渡。法律上之性質。外國學者議論極不明瞭。然皆不視爲一種之獨立契約。法國學者。區別通常營業之賣買、用益、及遺贈而論之。德國商法。雖認生存者間營業之取得。及因於死亡。營業之取得。而亦不認營業讓渡。爲一種之獨立契約。日本商法。雖認營業之讓渡。而營業讓渡之範圍。決非一定。是不得謂賣買贈與等契約以外。別認營業讓渡之獨立契約也。故營業之財產中。就於財產權。在有償者。則有賣買。在無償者。則有贈與。就於債務。則有代讓渡人爲辨論。

之契約。及更改之契約。就於得意、營業上之祕訣等之事實關係。則有以一種行為爲目的之無名契約。此各種契約。在特定之程度。併合爲一之行為而締結之。是所謂營業之讓渡也。要之營業之讓渡。爲複雜契約之併合。而非單純之獨立契約也。

當事者間營業讓渡之效力。由上述之性質。可以推知。詳言之。卽店鋪什器、商品、商業帳簿、及博覽會共進會等所得賞牌、之動產不動產之所有權。并其他之物權。因賣買或贈與而讓渡之也。惟移轉是等權利。雖依民法之規定。僅因當事者間之意思表示而生。而欲對抗第三者。就於動產。則須引渡。就於不動產。則須登記。至民法一七六條一七八條 茲當一言者。因營業讓渡。而讓渡商業帳簿時。不得謂讓渡人違反第二十八條保存之義務也。何則、商業帳簿。爲讓渡財產中。所不可缺少也。營業上所生各種之債權。亦因賣買或贈與而讓渡。惟債權雖因當事者間意思表示而移轉。苟欲對抗第三者。須爲民法第四百六十七條或第四百六十九條之手續。但在手形。則其裏書。爲手形讓渡之條件。非僅以讓渡爲對抗第三者之條件。故讓渡時。須爲裏書也。

特許及其他無形財產權。亦因賣買或讓與而讓渡。此等權利。雖因當事者間意思表示而移轉。苟欲對抗第三者。就於特許。須爲特許法第四條第二項之手續。就於意匠專用權。須爲意匠法第六條第一項之手續。就於商標。須爲商標法第六條第一項之手續。就於鑛物採掘權。須爲鑛

業條例第二十條第二項之手續。就於著作權。須爲著作權法第十條第二項之手續。

就於債務。日本民法。除包括承繼外。不認承繼。故讓渡營業之際。讓受人僅得結代讓渡人爲其辨論之契約。或因債務者之交替。爲更改之豫約。讓渡人之債務。因其辨論或更改。而始歸消滅也。民法四七四條五
一三條五一四條五此與德國民法。認債務引受之法制。大異其結果。大審院判決。雖認營業上之債務。因營業之讓渡而亦讓渡。然債務之讓渡。非日本民法之所認。故非援用商慣習法。不生此結果也。三十三
七
日
大
審
院
判
決

得意營業上之祕訣。及其他事實上之關係。非權利也。故依法律上之意義。不得爲讓渡。而其所稱爲讓渡者。由法律上觀之。乃以行爲爲目的。一種之無名契約也。讓渡人。使讓受人享受由事實上關係所生之利益。爲必要之行爲及不行爲。應負此義務耳。例如得意之讓渡。先以得意紹介於讓受人。及自己不爲同一營業。而奪其得意之無名契約是。又如營業上祕訣之讓渡。以教授其祕訣之行爲爲目的之無名契約是也。

當事者間營業讓渡當然之效力。大體如上所述。法律更推測當事者之意思。規定禁止競業。使讓渡人負特別之義務。即第二十二條第二十三條之規定是也。茲述之如左。

(一)當事者無表示別種之意思時。讓渡人在同市町村內。二十年間不得爲同一之營業。然

如法文所示。是讓渡人。得因特約而免此義務。又得短縮其區域或期間。一施行法
一四條

(二)讓渡人結不爲同一營業之特約時。其特約僅在同府縣內。且不超三十年之期間內。有其效力。蓋制限過嚴。束縛讓渡營業之自由。反於公之秩序。善良之風俗也。茲當注意者。若結超此制限之特約。其地域或期間。依上述之制限而減殺。其特約非全然無效也。

(三)讓渡人不得以不正競爭之目的。爲同一之營業。例如於讓渡店鋪之府縣或市町村。接近之境界。讓渡人不得以非同府縣內。同市町村內爲解。賃屋而爲同一之營業是也。且不得以不正之目的。爲同一之營業者。乃讓渡營業契約當然之效果。非待法律之明文而始生。又不得以特約。免如斯之義務。固勿論已。

營業之讓渡。對於第三者。(即讓渡人之債權者或債務者) 有如何之効力耶。換言之。即讓渡人之債權者。得直以讓受人爲債務者。而訴求之耶。又讓渡人之債務者。得有效對於讓受人。爲債務之辨論耶。此在日本舊商法第二十八條規定尙未明備。德國商法第二十五條第二十六條。則詳爲規定。惟日本新商法。無別段之規定。故不外由一般原則推論而決定之。即如上所述。既依當事者之意思。而定讓渡財產之範圍。特定之債權。明包含於讓渡之目的中。則對於此之債務者。在民法第四百六十七條。及第四百六十九條之手續前。對於讓渡人。得爲辨論。又對於

讓受人。辨論亦屬有效。何則是等手續。僅爲讓渡當事者。對抗第三者之要件。非第三者主張讓渡之必要條件也。若在民法第四百六十七條。或第四百六十九條之手續後。債務者僅對於讓受人。得爲辨論。固勿論已。但手形須從商法中手形之規定。辨論於手形上之債權者。

就於債務。如前所述。債務之引受。非民法之所認。故其結果。讓渡人之債權者。若非債務者之交替。有更改後。依然對於讓渡人。得求辨論。不能直接對於讓受人求其辨論。但讓受人既約代讓渡人。爲債務之辨論時。則其契約。乃因第三者契約之一種。故讓渡人之債權者。得依民法第五百三十七條至五百三十九條之規定。對於讓受人。請求辨論。是依民法之原則。營業讓渡之效力。得及於第三者。惟余甚望有強力商慣習法之發生。而解決此錯綜之關係。如德國商法第二十五條亦採用商慣習法者也。

當與營業讓渡區別者。卽會社之合併也。營業之讓渡。非僅自然人相互間行之。且自然人與會社間。或會社相互間。亦可行之。會社讓受他之會社營業之全部時。雖類似會社合併他之會社。惟在合併之際。則合併後存續之會社。乃因合併。包括的承繼被消滅會社之權利義務。非各營業之讓渡。須一一爲移轉之手續也。八二條一〇五條二二五條二三六條二項又在合併之際。因合併被消滅會社之社員或株主。當然爲合併後存續會社之社員及株主。而在營業讓渡之際。則不生此效果也。

且就於會社之營業讓渡。更須注意者。當會社存續中。不得爲營業全部之讓渡是也。何則。營業全部之讓渡。其必然之結果。至於解散會社。而會社任意解散。違反法律限定之精神也。七四條二號

二號 但合名會社。合資會社。在解散後。雖可依第八十五條規定。讓渡營業之全部。八五條一號

而株式會社。株式合資會社。在解散後。從法定之手續。必爲清算。故與清算不相牴觸。得讓渡營業之全部與否。實一疑問也。德國舊商法與日本商法。均無株式會社株式合資會社營業讓渡之規定。故多爭論。惟判例及學說。多主便利之結果。株式會社。株式合資會社。在解散後。亦得讓渡營業之全部。其辯護最力。如威那之論文是也。覺爾托密德商法雜誌二七卷然就此問題。議論甚繁。俟第二編詳之。

營業讓渡之外。德法學者。有就於營業之遺贈。用益質入或借貸而論者。又如德國商法。營業讓渡之規定。凡基於用益權、借貸及其他類似之關係。引受營業時。可以準用日本商法。雖無此規定。而因遺贈讓渡營業上之財產。或爲類於質入借貸之契約。亦非不可許者。特述如左。用益權非日本法律之所認。茲略焉。

營業遺贈。德國商法。雖未規定。而學者多謂可準用生存者間取得營業之規定。又法國學者。視爲包括遺贈之一種。說明營業之遺贈。就日本民法之規定觀之。僅受遺營業上財產者。不得謂

爲包括受遺者。故營業遺贈之際。受遺者對於遺贈義務者。僅得請求遺贈之履行。而營業上債務。僅依負擔附遺贈之方法。使受遺者代相續人而爲辨論。民法一〇九二條其他關於營業之遺贈。當詳諸民法之著書。茲不贅述。

營業者。非一之權利客體也。故以營業爲目的。設定質權或借貸。非民法之所認。然以組成營業各個之物。質入或借貸。同時以債務辨論爲解除條件。或以物之借貸期間之滿了爲終期。讓渡得意。營業上祕訣及其他事實上關係時。恰與包括質入或借貸營業。收同一之效果。

第三節 營業所

營業所者。謂商人營業之本據也。民法以各人生活之本據。定其住所。民法一條二商法就於營業所。雖不揭此定義。而對於生活之本據。以營業之本據。謂爲營業所。較爲穩當。學者多從斯說。故住所與營業所。非必異所在地。或二者併合同所。而日本併合尤多。又會社營業所以外無住所。會社之住所。卽本店之所在地也。四二條

營業所營業之本據也。營業本據。爲營業之中心。指揮命令其營業主要之所在也。故如工場倉庫貨物積卸所。不過營業事實上之行爲之場所。不得謂爲營業所。但在營業所。不必常行營業目的之商行爲。在本店內。僅執行屬於營業內部之事務。而爲營業目的之商行爲。在支店出張

所等行之其實例決不可少也。

日本現行法對於營業所所認之效力大體如左。

第一 營業所定管轄裁判所對於直接取引有店鋪者則在店鋪所在地之裁判所得起營業之訴。民訴法一六條一項又會社之裁判籍依所在地而定。但所在地必為會社營業所之所在地。民訴法一

四項

第二 營業所定債務履行之場所因商行為所生之債務其履行之場所未因行為之性質或當事者之意思而定時除特定物之引渡外須在債權者現時之營業所為之。至於指圖債權無記名債權之辨論須在債務者現時之營業所為之。二七八條一項二項

第三 營業所定書類送達之場所。民訴法一四四條一四六條至一四九條一

第四 手形之引受或因求支給之呈示拒絕證書之作成及其他手形上權利之行使或保全對於利害關係人所為之行爲須在營業所為之。四四條二條

第五 商業登記須在商人營業所所在地之裁判所為之。九條

一人同時得有數個之住所與否德國民法認之而就日本民法解釋之則住所屬諸唯一。富士井然如同時有數個之營業所法律則認之即第一商人同時

民法原論一卷一六一頁以下川名
法學士民法總論一二二頁以下

得爲數種獨立之營業。故就於各種營業。可以有數個營業所。但此各營業所間。實無所關係。茲不贅述。第二、商人因一種營業。得有數個營業所。此際數個營業所。相互之間。生主從之關係。主者謂之本店。從者謂之支店。

支店者。從之營業所也。從之營業所。須從本店之指揮命令。然支店既屬營業所。非如工場倉庫等。僅爲事實上之行爲。又非如分店及出勤所。僅屬本店之一部。須有多少之獨立。若全然隸屬本店。無本店之指揮命令。卽不能行動者。不得謂之支店。黑連德示支店之標準。謂本店之營業。雖已消滅。須有獨立持續營業之組織。故如鐵道停車場。不可謂爲獨立之營業所。以其非鐵道會社之支店。此德國學說判例所一致也。日本行政裁判所。判決市町村之附加稅賦課。屢認停車場爲營業場。三十七年四月六日判決三十七年四月二十七號事件之判決等。惟其所謂營業場。似與商法上之營業所異。若謂營業場與商法上營業所。同其意義。則此判決。可謂反於通說矣。

支店之意義。大體如上所述。惟有種種誤解之慮。茲特述其應注意者。(一)或謂支店與非支店。出張所之類。學者無明確區別之標準。僅實際上所稱支店者。則解爲支店。有其他之名稱者。則謂爲非支店而已。青木氏商法總論一三五頁。余謂支店之意義。德意志帝國裁判所。及帝國高等商事裁判

所之判例頗多。而學說亦略一致。有名曰支店。實不過分店或出勤所者。或稱爲出勤所。而亦爲支店者。此德國高等商事裁判所。嘗判決也。故前說不足採用。本店支店分店等之區別。在於實質。非僅因當事者所附之名稱。而判斷之也。(一)支店與本店。須同一人。殆屬當然之事。惟日本有稱爲支店。而異其主人者。是非法律上之支店。特宜注意。(二)支店與支店。須同一營業爲目的。若支店與本店。以別種之營業。爲目的時。其所謂支店。非從之營業所。故在法律上。亦屬一種之本店。非支店也。然支店營業目的之範圍。非必全與本店一致者。例如本店兼營卸賣與小賣。而支店僅營小賣亦可也。(四)支店與代理店異。代理店者。屬於商人營業部類。商行爲之代理或媒介而已。非其營業之本據也。故代理店對於代理商。雖爲營業所。而非本人之營業所也。(五)支店須與本店之所在地。異其地域。此爲德國商法之解釋論。通常所倡之說也。然日本商法之解釋。無從之之必要。故如第十條。本店與支店。異其所在地。解爲豫想常情而規定之可也。又支店之商號。不必與本店同。唯會社則須與本店有同一之商號。

支店對於本店。視爲獨立營業所之效果。法律特規定之如左。

第一 在本店所在地。應登記之事項。則支店所在地。亦須登記。一〇條一三條五一條至五三條七六條八一條九七條九九

條一〇七條一一八條一四一條二〇
四條二一七條二四二條二五四條等

第二 商人得置關於支店業務之支配人。故商法上支配人之選任。及代理權之消滅。在所置之本店或支店所在地。主人均須登記。三條

第三 支店所爲之取引。債務之履行。須在其支店爲之。二七項八條商法明文。有以其支店視爲營業所。用語頗不穩當。似以支店爲非營業所。惟由第九條第十條等之規定觀之。法律亦視支店爲營業所。蓋第九條之規定。就於支店之登記。亦可適用也。

第六章 商業登記

信用者。商業之生命也。若無信用。商業難期發達。而信用因明知事實之真相而生。商人當營業時。非因各別相手方。爲各別之行爲。乃以對於公衆繼續取引爲目的。故商人之法律關係。若非公示於一般世人。難博信用。且公示商人之法律關係。亦保護公衆欲與商人交易者。不至被不測之損害。所最必要也。此進步之商法。所以認登記之制度也。

羅馬法命商店揭一定之木牌。當時法文。有足徵者。此外因標札木牌等。商人公示自己營業之狀態。古來各國慣習。亦屬一致。然至中古時代。商人團體成立。漸生組合名簿之制。後爲一般國法之所認。遂進化爲今日之商業登記制度。茲舉現今商法中。關於商業登記之一般規定。如德舊商法、一二條至一四條 匈商法七條至九條 西商法三二條至三六條 葡商法四一條至四五條 瑞債務法八六條至八八條 德

新商法一八條至一六條是也。法蘭西、比利時、荷蘭、意大利等國法，就各種事項，規定登記，而無一般之規定。日本舊商法第十八條至二十二條，有關於商業登記之一般規定。特多屬諸手續之條項。至新商法，手續之規定，歸諸非訟事件手續法。商法中以實質上規定為主。茲特說明商法之規定。

第一節 總論

商業登記者，從法定之手續。依商法所規定。登記應行登記之事項也。故在行政官廳而爲之者。雖類似於登記。而非商業登記也。例如商標或意匠之登錄。在特許局爲之。不得謂爲商業登記。商業登記。須依商法之規定。而登記應行登記之事項。故依民法及其他特別法所規定之登記。雖在裁判所爲之。亦非商業登記。例如不動產登記、永代借地登記、夫婦財產契約登記、身分登記、戶籍登記、產業組合登記、相互保險會社登記、外國相互會社登記、法人登記、外國法人登記是也。至於此等登記。與商業登記。以事而異。不須說明。茲當一言者。商法施行法及非訟事件手續法第三編第三章。規定應行登記之事項。乃補充商法者。故依此規定。而登記應行登記之事項。亦可稱爲商業登記也。

商業登記。須依非訟事件手續法第三編第三章所定手續之登記。船舶登記。雖依商法之規定。而手續則以特別法定之。故非商業登記。五〇條及船舶法三四條三十二條西商法二二條葡商

法^五二 雖以船舶登記爲商業登記之一部。而船舶登記。究類於不動產登記。當屬諸特別法。故德國船舶登記。千八百九十九年六月二十二日以特別法規定之。

依商法之規定。應行登記之事項。有必須登記之事項（即絕對的登記事項）又有得爲登記之事項（即相對的登記事項）應行登記之事項概屬於前者。惟如商號登記。乃僅得登記之事項。所謂相對的登記事項也。登記之事項。皆以法律明文定之。故第九條規定。依本法之規定。應登記之事項也。至於法定以外之事項。非僅不得登記。若登記之。終無效力。德國舊商法亦規定云。依本法之規定。應行登記之事項。而新商法則刪除之。乃當然之事理。決非採反對之主義也。

應行登記之事項。可分爲三種。即關於一般商人之事項。關於自然人爲商人之事項。及關於會社之事項是也。夫登記者。公示關於商人之事項。欲使商人。能得信用。且保護與商人取引之三者之利益也。由保護第三者之目的觀之。似應公示商人一切之關係。然如此。有表揭商人資產之真相。毀損其信用。或暴露營業上之祕密。傷害其利益之虞。法律因計事之緩急。不涉於商人營業上祕密。及不毀損信用之事項。而利害關係及於公衆者。則使之登記。至於營業內部狀態之事項。必公衆之利害。有重大之關係者。始令登記焉。此關於自然人爲商人。應登記之事項較少。而關於會社。應登記之事項獨多。即基此理由也。今舉應行登記事項之條文。關於一般商

人。則有商號及支配人之登記。二一九條至二一條關於自然人爲商人。則有未成年者。妻及後見人之登記。七條關於會社。則有設立解散清算之登記。資本增加。社債募集。本店或支店移轉之登記。及關於外國會社之登記等是也。

應行登記之事項。法律特設二條。爲一般的規定。茲說明之如左。

(一) 在本店所在地。應登記之事項。則於支店所在地。亦須登記。一〇。但對於本條之規定。有

一例外。關於選任支配人。及消滅其代理權之登記。可在所置之本店或支店所在地爲之。三一

條 德國商法第十三條。與日本商法第十條相當。若非證明本店既登記者。則不許在支店爲

其登記。惟第十條規定有本店所在地。應登記之事項云云。故本店與支店之間。登記之前後。

解釋上所不同也。

(二) 變更登記之事項。或消滅其事項時。當事者須無遲滯。爲變更或消滅之登記。一五 又關

於商號及會社設立之登記。有特別之規定。二四條五三條

關於應登之事項之規定中。一般商人及自然人。就於登記之時期。不設規定。而會社則別定之。

即由登記之事實發生時。或其通知之到達時起算。須在二週間內爲之。五一條五三條

九七條一〇七條一二八條一四一條二〇四 或無遲滯須爲登記。又會社不登記應登記之事

項時。則有制裁。如發起人、執行業務社員、取締役、外國會社之代表者、監查役或清算人。怠於登記時。處五圓以上五百圓以下之過料。惟自然人爲商人。怠於登記。則無此制裁。二六一條一勒斯尼爾草案。第二十三條。對於受裁判所一次之督促。仍怠於登記者。雖定罰金之制裁。而舊商法不採用此規定。新商法亦從舊商法之主義。蓋日本從來無登記制度。對於自然人。忽欲強制之。未免過酷。故不設制裁也。西商法及葡商法。對於自然人之爲商人。登記於商業登記簿與否。爲當事者之任意。唯不登記之商人。不享有由登記所生之效果。是其制度。與本法異其趣旨。一四七條亦不科制裁。德商法第十四條則反是。定一般怠於登記之制裁。處三百馬克以下之過料。余謂立法論。應從德商法之主義者也。

茲當一言者。凡爲登記者。須納登錄稅。其詳可參照登錄稅法二九九年法第六條、及第六條之一。茲略焉。

第二節 登記之手續

登記因當事者之請求爲之。是本則也。九條一四七條非唯登記者。受破產宣告時。裁判所僅以職權。爲關於破產之登記。非訟法一五三條二登記之事務。在爲登記申請者之營業所在地之區裁

判所或出勤所爲之。謂之登記所。法九條及非訟法一三九條處理登記之事務者。爲區裁判所判事。謂之登記

官吏。登記之申請。須以備法定形式之書面爲之。謂之登記之申請。登記所對於登記之申請。適

法時。從之而爲登記。不適法時。附以理由之決定。而却下之。當事者得行即時抗告。非訟法一四九條

法二〇條至二五條民訴法四五條至四六六條至於申請登記其他之手續。茲悉省略。欲知其詳者。參照非訟事件手

續法第三百三十九條以下。及商業登記處理手續。三十二年司法令一三號又志田博士日本商法論第一

卷第九十九頁以下。關於登記之手續。解釋最屬周密。可并觀焉。

管轄登記所。因商業登記。特備簿冊。稱爲商業登記簿。商業登記簿有十種。由登記簿之名稱觀

之。可以推知應登記之事項。卽一、商號登記簿。二、未成年者登記簿。三、妻登記簿。四、後見人登記

簿。五、支配人登記簿。六、合名會社登記簿。七、合資會社登記簿。八、株式會社登記簿。九、株式合資

會社登記簿。十、外國會社登記簿。是也。

茲當注意者。登記官吏。受申請書時。在如何之程度。得爲審查之問題也。詳言之。登記官吏。僅審

查申請書形式上之適法與否。(所謂形式的審查主義)或可就其實質。審查申請書之內容。

事實之眞僞耶。(所謂實質的審查主義)蓋登記制度。以公示當事者申請之事項爲目的者。

而非表示法律關係。故登記者。僅證當事者所登記之事項而爲申請。非證其事項之眞正。此德

意志帝國裁判所嘗裁判者也。又實際上欲就無數之申請。一一探究事實之真偽。殆屬不能之事。學者所以多排斥實質的審查主義。而採形式的審查主義也。然申請形式上無不具備。而登記官吏明知申請內容事實之虛偽。苟亦爲登記。與以法律上之效果。是反於一般之條理。彼唱形式的審查主義之學者。亦謂當此之際。可以却下申請焉。例如小爾族格爾利族商業登記及意匠登錄手續余謂日本法律之解釋。不認登記官吏有實質的審查之義務。而認登記官吏有實質的審查之職權。不可謂無實質的審查義務者。即無實質的之審查權。亦不可以有實質的審查權之故。即認有實質的審查義務。惟登記官吏有實質的審查權之結果。在特定之際。負行使審查權之義務而已。日本非訟事件手續法。定登記之申請。不適於商法或本章之規定時。則却下之。非訟法一條然虛偽事實之登記申請。不可謂常不適於商法或本章之規定。今以非訟事件手續法之規定。與不動產登記法。却下登記之申請。列舉而對照之。不動產登記法四九條又非訟事件手續法第十一條。定裁判所當以職權爲事實之探知。及認爲必要之證據調。此在登記所亦可適用觀之。非訟法一條是日本法律之解釋。固認登記官吏有實質的審查權。然不得以此規定。謂登記官吏受理無數之申請時。應一一爲實質的審查也。故登記官吏。非負實質的審查之義務。惟認爲必要時。始行使其審查權。乃由一般官吏忠實義務所生之結果也。要之登記官吏。雖無實質的審查之義務。因有實

質的審查權。認為必要時行使之。而負責質的審查之義務也。若由具體說明之。登記官吏。通常僅因當事者之申請而為登記。認為必要者。始進而審查事實之真偽也。

第三節 登記之公示

商業登記之目的。在於公示事實。故法律許各人閱覽登記簿。及交付其謄本或抄本。非訟法一四二條使登記所為特定事項之證明。非訟法一四三條又登記之事項。裁判所須無遲滯而公告之。非訟法一四一條關於登記簿之閱覽。謄本抄本之交付。公告之方法。德國規定於商法之中。德商法九條日本則規定於非訟事件手續法。

今述日本法律公示方法之大略如左。

(一) 無論何人。雖許閱覽登記簿。而登記簿附屬書類。限於疏明利害關係之申請者。始許之。非訟法一四二條

(二) 就於謄本抄本之交付。雖不必疏明利害關係而請求交付者。須納手數料。另納郵送料時。得請求郵送。非訟法一四三條

(三) 登記所。因申請。須證明登記事項之無變更。或某事項之未登記。就其申請。雖不必疏明利害關係。而原則上須納手數料。非訟法一四三條三十二年司
法省令一四號三條五條六條

(四) 登記事項之公告。至少須一次揭載於官報及新聞紙。公告最終揭載之官報及新聞紙

發行之翌日。視為已公告者。非訟法一區裁判所。每年十二月。定翌年揭載公告之新聞紙。以

官報及新聞紙公告之。但新聞紙休刊或廢刊時。選定他之新聞紙。依同一之方法。而公告之。

非訟法一四五條 又在管轄內。欲為公告。無適當之新聞紙時。得公告於登記所。及其管轄內市町村

役場之揭示場。以代新聞紙上之公告。非訟法一四六條

登記與其公告牴觸者。此為常見之事實。或因登記官吏之過失。或因官報及新聞紙之誤刊。屢

生公告之誤謬。日本商法。規定登記與公告牴觸者。仍可以登記對抗第三者。一四 夫公告者。使

第三者易知登記之事項而設。則由保護第三者觀之。似當依於公告。現今蘭商法即採用之。商關

法二九條 黑連德亦謂立法論上。應贊成此主義。而日本立法者。鑑於誤刊之頻繁。以保護第三者。不

如圖當事者利益。而注重於登記之一面焉。德國商法。關於此點。不設規定。而解釋論或謂登記

本也。公告末也。當以登記為重者。夫黑爾德 惟多數學者謂登記與公告牴觸時。應視為不合法之公

告。黑連德斯達烏尼曼。周格爾巴亨塔倫克

第四節 登記之效力

登記效力之原則。第十二條定之。即登記之事項。若非登記及公告後。不得以之對抗善意第三

者。雖登記及公告後。而第三者因正當之事由。不知時。亦同。此登記效力之一般規定。除日本商法外。有德新商法及匈商法。匈商法第九條規定。登記及公告後。絕對的得對抗第三者。德新商法第十五條之規定。略與日本第十二條同。第十二條之規定。茲分二種說明之。

(一)登記之事項。若非登記及公告後。不得以其事項對抗善意第三者。故非單爲登記。且以公告爲必要。此與舊商法異。舊商法二二條又非登記及公告後不得對抗善意第三者。故在登記前或

登記後公告前。證明第三者之惡意時。得對抗其第三者。但不爲登記及公告。不問出於申請登記者之過失。或登記官吏。受理申請。怠於登記及公告。或既登記而怠於公告。蓋此規定。因保護公益上第三者而設。非因對於怠登記義務者之制裁。而設之規定也。然登記官吏。因故意或重大之過失。而怠慢時。申請人對之得求損害之賠償。非訟法一五七條不動產登記法之規定。爲官吏責任一般原則之例外。惟官吏責任之一般原則。特無規定。故登記官吏之責任。將依此規定而始創設耶。抑依此而制限民法原則之適用耶。行政法學者間。雖有議論。茲略焉。

(二)在登記及公告後。得以登記之事項。對抗第三者。但第三者因正當之事由。而不知時。不在此限。茲當注意者。因正當之事由而不知之舉證。在於第三者之責任是也。故舊商法規定無

論何人。若非證明自己無過失者。不得以不知保護自己。亦同一趣旨也。

有本店及支店者。商法第十三條設特別之規定。即支店所在地。不登記應登記之事項時。則第十二條之規定。僅就於支店所爲之取引。可適用之。德國新商法第十五條第三項之規定亦同。

以上述登記效力之原則。當事者欲免其責任之事項。(忒爾所謂免責事項)適用之最有效者也。例如解任支配人。若非有解任之登記及公告後。主人不得以支配人之解任。對抗善意第三者。故主人在登記前。支配人所爲之行爲。雖負責任。而在登記及公告後。原則上得免責任。取締役清算人等之解任亦同。反之。選任支配人之登記。適用第十二條規定實際上之必要甚少。何則。主人因以支配人之選任。得對抗第三者。而受利益。殆無其事。主人雖無此登記。不妨對於第三者。使支配人爲之取引。若有登記。而第三者亦非負必爲取引之義務也。惟未登記選任支配人。欲以其解任。對抗第三者時。則當如何。除先爲選任之登記。再爲解任之登記外。似無別之方法。德意志帝國高等商事裁判所。及帝國裁判所。嘗於類似之事情。認茲方法焉。

登記之效力第十二條之原則。爲商業登記之一般規定。一切登記。均可適用。惟商法於此。認有左之三種例外。

就於商法施行前之登記
當參照施行法第八條

(一) 商號之登記。爲權利設定之要素之登記也。商號專用權。因其登記而發生。在登記以前。無商號專用權。日本商法登記有權利設定之效力者。僅商號之登記而已。德國商法。則株式會社及株式合資會社設立之登記。爲會社成立之要件。德國商法二〇條三項株式會社及株式合資會社。定款之變更。亦因登記而生其效力。德國商法二七條三項又德國商法第二條第三條之商人（即因強制或任意登記之商人）因登記而始爲商人。故此等登記。皆有權利設定之效力。日本舊商法。株式會社之定款變更。亦因登記而始生效力焉。舊商法二條一〇

(二) 商號之讓渡。若非登記。不得對抗第三者。二一此登記。雖無權利設定之效力。惟較第

十二條所規定之登記其效力更強。恰與不動產物權之得喪及變更之登記相同。民法七七條蓋因登記所生商號專用權。與物權同爲一種之對世權。故其讓渡之登記。亦與物權讓渡之登記。有同一之效力也。今舉第二十一條與第十二條差異之點如左。(一)在第十二條。因對抗第三者。必須登記及公告。而第二十一條。僅登記可矣。(二)在第十二條不得對抗善意第三者。而第二十一條則不問第三者之善意惡意。(三)在第十二條。第三者證明因正當之事由而不知時。雖登記及公告後。仍不得對抗第三者。而第二十一條所不認也。

(三) 會社之設立。在本店所在地。非有登記。不得對抗第三者。四五條 登記之效力。恰與商號讓渡之登記相同。爲對於第十二條原則之例外。且第四十五條。可以僅在本店所在地。爲其登記。不適用第十三條。蓋會社之設立。與人之出生相當。若因第三者之善意與惡意等。得以設立對抗之。異其時期。則法律關係。極爲錯雜。難於解決也。故第四十五條。對於第十二條。爲例外之規定。甚爲適當。惟止以登記爲對抗第三者之要件。而不照德國商法。以之爲會社成立之一要件。在立法論上固不能贊同也。

登記之效力。哥薩克氏分爲權利設定登記。權利確保登記。權利公示登記三種。而說明之。若依斯說。爲法律關係設定之要素者。權利設定登記也。有確保法律關係之效力者。權利確保登記也。除公示法律關係外不別生私法上之效力者。權利公示登記也。以此分類。應用於日本法律所認登記之效力。如商號之登記。卽權利設定登記也。適用第十二條原則之登記。及讓渡商號。設立會社之登記。卽權利確保登記也。至於權利公示登記商法上不認之。唯依非訟事件手續法之規定。關於破產者及妻特定之登記。爲權利公示登記而已。非訟法一一五二條一
五三條一七〇條 除以上所述一般之效力外。特定之登記。有別種之效力者。卽會社設立之登記。其效力及於開業之準備。株券之發行。及株式之讓渡。四六條一四七條 社員退社。或讓渡其持分之登記。其效力

及於解除責任之時期。七三條會社合併之登記。其效力及於記名株式之讓渡。二二條是也。惟此特種之效力。法律因便宜。使附著於特定之登記者。至於登記其物之效力。無議論之價值。茲略焉。登記之效力。尙當說明者。卽因登記而生事項真正之推定是也。此在學者間。議論不一。惟關於登記之手續。學者多採形式的審查主義之結果。故不許如此推定。登記者。雖證明其有登記。而登記事項之真否。除登記之意思表示外。不能依登記證明之。然就日本非訟事件手續法之解釋。登記官吏。有實質的審查權。認爲必要時。應審查事實之真僞。故可謂因登記而生登記事項真實之推定也。

有反於事實之登記時。其效力如何。夫登記者。特定事項之登記也。若其事項不存。登記無效。不待言矣。唯此際或有適用民法第九十三條或第九九條者。例如選任支配人。而登記之者。縱令無選任支配人之意思。而既視爲已選任之支配人。與第三者間。所爲之行爲。須負其責任。此際之登記。或謂爲有設定之效力者。實非也。何則。茲之結果。非登記之效力。乃因民法第九十三條或第九九條之規定。與以特種表示之效力而已。

第七章 商號及商標

商人因指示其商業上自己所用之名稱。謂之商號。商人及其他營業者。因表彰自己製造或販

賣之商品。所用之文字、圖形、記號。謂之商標。

商號及商標。繹歐洲之沿革。古時商人。有與家紋相類一種之記號。（所謂商人記號。）以表彰自己之商品。或代爲自己之署名。或附記於署名。嗣後以商人記號。表彰商品之風習。日益盛行。遂爲今日之商標。惟用於自己署名之風習。後代殆已絕跡。故現今之商號。實始於中世以後商會社也。日本商號。在封建時代。因不認商人自己之姓氏。遂稱各種屋號。而會社之商號。乃近年始生之觀念。是與歐洲之沿革。全相反也。

商號及商標。皆爲商人信用之標識。漸成一種價格。與經濟上貨物同。可爲取引之目的。故視爲法律上之貨物。有保護之必要。而濫用商號及商標者。對於公衆利害。有重大之關係。不可不加相當之制限。現今各國法律。關於商號及商標。均特設規定。茲舉其主要者如左。

關於商號。法典中有一般規定者。如德舊商法以下五條、匈商法以下一條、瑞債務法條八六以下、葡商法以下九條、德商法以下七條。是也。反之、法國商法。僅就會社之商號而規定之。二二〇條二二九條三〇三條及千八百六十七年七月二日意、蘭、西、比等國法亦然。英國法。亦僅關於會社。設商號之規定。即千八百六十二年會社法中之規定是也。

關於商標。不規定於商法中。常定於特別法。如德國千八百九十四年商標條例。法國千八百五

十七年六月二十三日商標條例。英國千八百八十三年特許意匠商標條例。及千八百八十七年商標取締條例。奧國千八百九十年商標保護法。意國千八百六十八年八月三十日關於商標之法律。西國千八百五十年十一月二十日商標條例。以勅令規定之。

日本關於商號。雖在商法中。設一般之規定。舊商法二二三條至三〇四條關於商標。在明治三十二年法律第三十八號。特以商標法規定之。故本章以說明商號爲主。而附記商標。蓋二者性質。頗相類也。又商標之說明。外國商法之著書。揭載尤多。

第一節 商號之意義

商號之定義。非法律之所規定。惟自舊商法始。法律揭其定義。亦屬不尠。今參酌此等法律之規定。揭商號之定義曰。商號者。商人因指示營業上自己所用之名稱也。舊商法二二三條德商法一七條一項等

商號者。商人之名稱也。故非商人。雖有用類似商號之屋號等。不得謂爲商號。惟準用會社之規定而已。至於民法上之營利法人。雖非商人。則可有商號。蓋第十七條之規定。營利法人。亦可適用也。參照第四章第四節但商法不許小商人。適用關於商號之規定。故小商人。不得有商法上之商號也。

反對說志田博士日本商法論一卷二四八頁以下

商號者。商人之名稱也。故商人廢止營業時。商號從而消滅。或商人變更營業之種類時。商號既

歸消滅。若更新營業。有謂當選定同一之商號者。志田博士日本商法論一卷二八四頁蓋論者以商人變更營業之種類。一旦既失商人之資格也。余不採此說。唯商人營業種類之變更。不得害與其新營業為同一營業之他人商號權。因此結果。有變更商號之必要。因亦余之所認也。條一九

○又商人之死亡。非即廢止營業。故商號亦不因商人之死亡而消滅。其相續人。得續用同一之商號。又會社解散時。會社之人格。非同時消滅。故會社之商號。亦不因解散而消滅也。八四條二

三四條二三
六條二項

商號者。商人之名稱也。莫姆森認營業為有人格之結果。遂以商號為營業之名稱。參照第五
章第一節古紹至以商號為有獨立之人格。(覺爾托密德商法雜誌六卷)近時學者。則不認此說。

商號者。商人營業上之名稱也。故與非營業上之名稱。如氏名雅號等不同。所謂營業上之名稱者。用此名稱。可為關於營業之法律行為也。即商人用於營業上而署名。或使代理人用之而取引也。明治三十三年五月八日大審院之判決。舊商法第八百十一條第五號之署名。可僅署商號。但商人不用商號。而用氏名。不妨其行為之效力。固勿論已。例如因電信而為取引。雖用電信號碼。其取引固有效也。獨手形屬於要式行為。不許用氏名或商號以外之名稱耳。

商號者。商人用於營業上之名也。故無關係於營業之行為。不得用之。雖然關於營業事項。如商

業登記。不動產登記之申請。或爲訴訟行爲時。得用商號與否。會社除商號外。無他名稱。固可用商號。至於商人則如何。不動產登記。德國學者間。雖有議論。而日本則依不動產登記法及非訟事件手續法。非訟法第一四九條規定云。凡登記之申請書。須記載申請人之氏名住所。會社爲申請人時。則記載其商號。又不動產登記法第三六條規定云。申請書須記載申請人之氏名住所。若申請人爲法人時。則記載其名稱。故商人爲此申請。不得用商號明矣。至於訴訟行爲。德國舊商法。雖有疑問。而巴夫爾忒倫等。則謂商人亦可用商號爲訴訟行爲。帝國高等商事裁判所。及帝國裁判所。均從此說。故德國新商法。第十七條第二項。明言其趣旨。然日本大審院判決。一個人之商號。依民事訴訟法。第一百九十條之規定。不得爲表示當事者之名稱。三十四年六月二日大審院判決

決

商號者。商人因指示自己所用之名稱也。故與商人因指示自己商品所用之名稱（即商標）異。商號者。名稱也。故非名稱之記號圖形。雖可爲商標。不得爲商號。此商號與商標所以異也。

商號雖屬名稱。若用文書表示之際。則必以文字記載之。而申請商號之登記時。須用日本公認漢字及假名文字。以表彰之。或有謂可用歐字者。法學志林五二號二頁按博士判例批評余不採此說。日本商法。

會社之商號中。從其種類。用合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社之文字。一七條故會社

之商號。不許全部由歐字而成。固商法所明認也。德國學者亦謂商號須用德國文字及羅甸文字。如俄羅斯文字。則不許用焉。

商號之分類。得別爲數種。(一)因商人爲自然人、與爲法人。分爲一個人之商號、及會社之商號。(二)因商人自己選定、與由他人讓受。分爲原始的商號、及繼受的商號。(三)因商號之內容。爲商人之氏名與否。分爲人的商號、及非人的商號。(四)因商號與營業。名實相符與否。分爲自然的商號、及不自然的商號。凡此區別。不須詳述。又商號因有登記與否。別爲登記之商號、與不登記之商號。夫商號因有登記與否。於當事者之權利。有重大差異。依余所解釋。商號已登記時。始生一種財產權之商號專用權也。其詳俟後述之。

第二節 商號之選定

商號之選定。以不須形式爲原則。故不必依廣告等。明示選定特種之商號。即依當事者行爲。可以推定之默示。亦可謂爲商號之選定。故商號不經登記。可以選定。而實爲選定後。乃始登記也。惟會社之商號。須記載於定款之中。五〇條二號一〇六條一二條二號二三七條一號

商號之選定。以自由爲原則。此在日本商法。與德國法系異。而與英國法系、法國法系、同其主義者也。然因公益之理由。或因保護已登記商號之理由。須加以制限者。哥薩克氏解釋德國商法。

關於選定商號之制限。分爲商號真實之原則。商號專用之原則。商號單一之原則。而說明之。商號真實之原則。及商號單一之原則。乃因公益上之理由。而生之制限也。商號等用之原則。乃因保護已登記商號之理由。而生之制限也。茲假探此區別。說明日本商法之規定。

商號真實之原則者。謂商號與其營業。名實相稱也。故稱爲自然的商號之原則亦可。哥薩克說

實之原則僅限於自然人之商號。茲所說明。略與荷連德說明。自然的商號之原則相同。

如德國商法。瑞士債務法。均採此原則。例如德國商

法。自然人之商人。必以氏名爲商號。且禁附加使人誤解其營業之種類。或範圍。及營業主人之

關係之文字。德國商法

其他合名會社。合資會社。株式合資會社之商號。亦加以各種制限。德國商法

一九條

又自然人之商人。選定商號。負登記之義務。設過料之制裁。而強制之。德國商法二〇條

日本商法則反是。原則上採商號自由之原則。故商人用如何之名稱。定自己之商號。均屬自由。即第十六條規定云。商人得以其氏名。及其他之名稱。而爲商號。但對此原則。有二種例外。

(一)非會社。則商號中。不得用可示會社之文字。若有違反者。處五圓以上五十圓以下之過

料。

一八條 法文有「可示會社之文字」。是其所禁止者。非僅會社二字而已。或謂可示會社之

文字。僅限會社二字者。

志田博士日本商法論一卷二七六頁以下

假令法意若此。當規定「會社之文字」。且第

十七條規定「合名會社。合資會社。株式會社。株式合資會社之文字」。以此兩者對照。足

證斯說之誤矣。但何種文字。爲可示會社之文字。則屬諸事實問題。例如商社商會等。即可示會社之文字也。又本條之規定。在商法施行前。所使用之商號。則不適用焉。施行法一二條

(二)會社之商號中。須從其種類。用合名會社。合資會社。株式合資會社之文字。一七條 若既用

此文字。此外均無制限。故合名會社之商號。用非社員之氏名。合資會社之商號。用有限責任社員。或非社員之氏名。株式會社之商號中。用株主之氏名。固無不可。舊商法一一三條

條 唯保險會社。在保險業法。有特別之規定。商號中須明爲其營業之保險之種類。保險業法一五條 更當注意者。第十七條。既以用合名會社。合資會社等之文字爲必要。則與此同意義之

外國語。亦不得用之也。

以上二種制限。即因公益上之理由而生者也。蓋欲使公衆不至以非會社之商人。誤認爲會社。又不誤解會社之種類。而圖取引之安全也。

於此有一問題。即商人得以他人之氏名。用於商號否。或謂舊商法。以商號稱爲屋號。雖屬通例。然不妨用營業者之氏名。舊商法二四條 新商法第十六條。非必變更其實質。商法修正案參考書一七頁 故屋號之

外。得用自己之氏名。而不得用他人之氏名也。或謂就第十六條之解釋。所謂『氏名』特略示其例。由氏名始。不妨用其他之名稱。如他人之氏名。亦包含於其他之名稱中。故以日本商法論。可

用他人之氏名於商號之中也。以余觀之。此二說皆非正鵠。凡人於自己之氏名。有氏名權。若因故意或過失。使用他人之氏名。而加以損害者。不可不負民法上侵害他人氏名權。不法行爲之責任。民法七九條商法第十六條雖規定自由選定商號。然非與以爲不法行爲之手段也。故他人之氏名。除無故意及無過失外。不得用爲商號也。或謂日本民法中。無氏名權之規定。不得認如斯之權利。然德國學者。多於普通法。認有氏名權。或列於絕對權中。例如德國或列於人格權中。例如比夫爾德國民法。亦以明文規定之。德國民法一二條日本民法關於氏名權。雖無特別規定。惟第七百九條。所謂權利者。非限於財產權。并包含身體、生命、名譽等權利。參觀第七百十條第七百十一條之規定。可以明矣。然則與此等權利相類之氏名權。亦可包含於第七百九條所謂權利之中也。商號專用之原則者。謂商號可以專用。而排斥他之同一或類似之商號也。如德國商法。新之商號。若屬存在於同市町村內。且商業登記簿。已經登記之商號。則須區別明瞭。其所使用之商號。不問營業之同一與異種。德國商法三〇條日本商法。自然人之商號。不必登記。故不採此嚴格的商號專用之原則。惟他人已經登記之商號。法律欲保護之。不許因同一之營業而爲登記。日本商法一九條又不得以不正競爭之目的。使用同一或類似之商號。條二其詳俟次節說明之。

商號單一之原則。謂因同一營業。所使用之商號。當單一也。商人同時爲數種之營業時。就於各

營業。得用相異之商號否。對於積極說。無唱異論者。德國舊商法議事錄。亦明認之。唯會社爲各種之營業時。其商號須單一。不待言也。日本舊商法第二十三條規定。若一人分資本爲數箇之營業。就其各營業。以有各別之商號爲必要。故第三編第四十五條第二項規定。商人破產時。對於各營業之債權者。依屬其營業之財產。可以優先權。而受辨償。新商法以其爲無用之制限。刪除之。商法修正案參考書一七頁又新破產法案。亦無舊法第四十五條第二項之規定。已於第五章第一節詳述矣。

商人因同一營業。得有數多之商號與否。學說上雖有爭議。如忒爾、加伊斯禮爾採積極說。其餘多數學者採消極說。故商人讓受他人之營業。同時讓受商號時。須在從來之商號。及讓受之商號中。擇一而用之。但商人有數個營業所時。就於各營業所。得用各別之商號而已。日本商法。無制限明文之規定。似不認商號單一之原則。然就於同一之營業。在同一營業所。若用數種商號。有欺第三者之虞。爲條理上所不可許者。且非所以博信用。圖營業之繁盛也。

第三節 商號之登記

商號之登記。須區別自然人之商人與會社而論之。自然人之商人。商號屬於相對的登記事項。僅商人欲得商號專用權時。不可不登記。反之。社會商號。依設立之登記。屬於應行登記之事項。

蓋依設立登記。既在會社登記簿登記商號時。不必別在商號登記簿。登記商號。商業登記取扱手續故設立登記。當然包含商號之登記。從而商號爲絕對的登記事項也。

商號登記之手續。非訟事件手續法定之。非訟法以下一五八條又依施行法之規定。在商法施行前。已爲

設立登記會社之社名。與從商法之規定。而登記之商號。有同一之效力。施行法一〇條

因登記商號。發生商號專用權。商號專用權之內容。法律之所定如左。

(一)商號專用權。在同市町村內。得排斥他人因同一之營業。登記其商號。又非訟事件手續

法。商號之登記。在同市町村內。因同一營業。若非與他人已登記者。判然區別。不得爲之。九

條施行法一五八條就於同一商號。有二人申請登記時。法律未有規定。故若時日不同。則從

一般之條理。應登記其先提出者。由是推之。提出二以上之申請者。孰可登記。究屬諸登記

官吏之任意也。惟商標法第八條。關於二以上之登記申請者。則有規定焉。又同一之營業。

登記同一之商號者。因市町村之區域變更。至屬於同一市町村時。則如何。據紹爾祖、格爾

力、謂後登記者。失其效力。而解釋日本商法。則宜謂二者共有效力。至商業登記取扱手續

第四十二條。所謂因市町村之區域變更。商號登記之效力消滅者。僅謂市町村之區域變

更。爲登記者之營業所。不屬於其町村而已。

第十九條之規定。舊商法施行前。所使用之商號。不適用之。施行法一項三條故從來用屋號之商人。不因他人登記商號。妨其登記之效力。

(二)商號專用權者。對於以不正競爭之目的。使用同一或類似之商號者。得請求止其使用也。但不妨損害賠償之請求。二項一條茲宜注意者。苟以不正競爭之目的時。雖在相異之地域。亦可對於使用商號者。提起訴訟。且非僅對於使用同一之商號者。可以提起訴訟。即對於使用類似之商號者。亦可提起訴訟。惟就於他人以不正競爭之目的。登記商號者。有舉證之責任。故法律因保護之。特設一推定。即「在同市町村內。因同一之營業。使用他人已登記之商號者。推定爲以不正競爭之目的。而使用之者。」二項一條此僅爲法律上之推定。故被告得舉反證。以明其不然。固勿論已。且使用同一或類似之商號云者。謂依商號之使用方法。而使用之也。若以此用於商標中。則不得謂爲商號之使用。蓋適用商標法之規定。而不適用商法之規定。此在解釋德國法之規定。與日本商法第二十條相當者。多主斯說。德意志帝國高等商事裁判所。及帝國裁判所之判決。亦從之。反對說哥札克馬哥倫真格爾爾巴賓培爾克等茲有疑問者。即第二十條之規定。對於爲商號之登記者。仍有適用之點也。余對此問題。採積極說。例如見甲市登記某商號者。極有名聲。遂在乙市。爲同一營業。登記同一之商號。試

不正之競爭者。則甲市某商。得請求其中止商號之使用。特此際欲舉不正競爭之目的之證據。頗屬困難耳。德國商法。與日本商法第二十條。相當之規定。即德國新商法第三十七條。舊商法第二十六條第二項。及第二十七條。無商號使用之權利者。而使用商號之規定也。此際裁判所處濫用商號者以過料。又因此有被侵害權利者。得請求禁止使用。或損害賠償。此其規定。則對於已爲商號之登記者。無其適用矣。又依德國商法之規定。有請求權者。不限於有商號權者。凡因商號之濫用。而權利被侵害者。皆得求其救濟。是此規定。非新設定權利。乃保護既存之權利。此與日本商法第二十條相異者也。故德國商法。不得謂有與日本第二十條相當之規定也。惟千八百九十六年五月二十七日。關於不正競爭業之法律第八條之規定。却與日本商法第二十條相近。

如以上所述。爲商號之登記者。對於以不正競爭之目的。不問登記同一或類似之商號。皆可行使第二十條之請求權。唯對於舊商法施行前。使用同一或類似之商號者。則無此權利。

利。施行法
三條二項

登記之商號。有前述之效力。故爲商號之登記者。廢止或變更其商號。而不爲廢止及變更之登記時。則第三者徒不得使用同一商號。受不利益。法律於此。使利害關係人。得請求於裁判所抹

消之。有此請求時。裁判所對於登記者。定相當之期間。催告於其期間內可以申請異議之旨。若在期間內。無申請異議。即可抹消其登記。條二四若有申請異議。則附以理由之決定而為裁判。認非又關於商號之廢止或變更之登記。及請求抹消之手續。當參照非訟事件手續法第六十二條至第六十五條。

第四節 商號專用權

商號權法律上之性質。學說紛歧不一。然以權利分類。為絕對及相對權者。常以商號權屬於絕對權之一種。余亦從此分類者也。至分類權利。為財產權及人格權時。商號權將何屬耶。德國多數學者。以此與氏名權同。又為廣義氏名權之一。故應屬諸人格權也。雖然。就日本法律解釋之。則因登記而生商號專用權。固屬一種之財產權。而在登記前商號之權利。不過為人格權而已。因登記而生商號專用權。依余所解釋。乃與特許、意匠專用權、商標專用權。相類之財產權也。故不屬於物權債權。而為哥拉等所謂無形財產權之一。茲述其理由之梗概如左。

(一)日本商法。不強制商號之登記。欲得商號專用權者。始申請登記。此與欲得特許者。出願特許。欲得意匠或商標專用權者。申請登錄相同。德國商法。使商人負選定商號。申請登記之義務。依過料之制裁而強制之。故德國商法。商號之登記。為通常之權利確保登記。蓋不

過確保既存之商號權。而非設定商號專用權。此與日本商法相異者也。

(二)商號專用權。因商號之登記而生。此與特許意匠專用權。或商標專用權。因登錄於特許局之原簿而生。毫無所異。但商號專用權之內容。爲第十九條及第二十條之所定。德國商法與日本商法第二十條相當之規定。非如日本商法第二十條。定商號專用之內容。前已詳述矣。

(三)商號專用權。得自由相續讓渡。此與認特許意匠專用權。或商標專用權。可以相續讓渡相同。德國商法。規定關於商號之讓渡。凡取得既存之營業者。有從前之營業主人。或其相續人明示之同意時。得續用從前之商號。於其營業之旨。依此解釋。既以從前之營業主人。或其相續人之同意爲必要。所謂商號之讓渡。實與財產之讓渡。異其觀念。不過氏名使用之許可而已。故可說明商號權爲人格權也。蓋德國商法。與日本商法異。自然人之商號。必用氏名。合名會社。合資會社之商號。亦必用社員之氏名。兩者對照。以從斯說爲當。而日本商法。則大異其趣旨焉。

(四)日本商法。如次節所述。認與營業分離。而爲商號單獨之讓渡。然德國商法。若非與營業共爲讓渡。則不許之。是亦可爲與日本商法。解釋不同之一論據也。

(五)日本商法。如次節所述。僅就登記之商號認其讓渡。是可謂認商號專用權之讓渡。德國商法。所謂商號之讓渡。則不分爲已登記與未登記者。學說及判例所同認也。此亦與日本商法異。

(六)商號專用權。有財產上之價格。此吾人所常目擊者。不俟辨明。法律認其讓渡。卽因其有財產上之價格也。

就以上所述觀之。日本商法。關於商號之規定。與德國商法顯異其主義。日本商法之規定。與特許意匠商標等法律之規定。類似之點頗多。并認商號專用權。有財產上之價格。得自由行相續讓渡之權利。可以明矣。此余所以謂商號專用權。與特許意匠專用權。商標專用權等。同屬於無形財產權之範圍也。

商號專用權。爲一種財產權。既因登記而發生。則關於登記前之商號。有如何之權利耶。法律固不強制登記商號。而認商人用此指示自己營業。從而選定商號。不能不加制限。一八條至一六條故未登記之商號。亦爲法律所認之制度。非與法律毫不相涉也。法律就於未登記之商號。不許有排斥他人選定同一商號。而使用之效力。且不認其讓渡。故非如商號專用權。可認爲財產權也。然他人無同一商號。而濫用商號。加損害於有其商號者。則有其商號者。得從民法之規定。對於其

不法行爲。請求救濟。換言之。有未登記之商號者。雖無排斥他人選定同一商號之權能。而有使他人不濫用其商號之權能。故未登記商號之權利。恰與氏名權。有同一之效力。得謂爲一種人格權也。

要之、商號權。因商號登記之前後。異其性質。登記前之商號權。爲一種人格權。僅消極的得對抗他人之濫用。登記後之商號權。(即商號專用權)爲無形財產權之一種。有時積極的得排斥他人選定同一商號。又其權利。得自由相續讓渡。故余欲稱前者爲人格權的商號權。稱後者爲財產權的商號權。從來解釋日本商法者多不注意於此。或以商號爲一種人格權。志田博士日本商法論一三六頁是皆知一而不知二也。

第五節 商號之讓渡

商號專用權。爲一種財產權。可以相續或讓渡。既如前節所述矣。而商號專用權之相續。商法中無特別之規定。惟非訟事件手續法第六十一條。廣認商號承繼之登記。即可謂認商號專用權之相續也。

商號專用權之讓渡。與他財產權同。在當事者間。僅因意思表示。而生其效力。惟因對抗第三者。則須登記。二一第二十一條。雖廣規定商號之讓渡。而讓渡以登記爲前提。故可謂限於既登記

之商號。(即商號專用權)始可讓渡也。且非訟事件手續法第六十一條。亦有爲商號之登記者之承繼人。欲續用商號時云云。是商法第二十一條。乃默示僅關於既登記之商號之規定也。

反對說志田博士日本商法論一
卷二九九頁及三〇三頁以下

讓受商號專用權者之資格。有制限與否。商號專用權者。存於別種之營業。苟非因同一營業。則不得續用。故非因同一營業而讓受之。或非與營業同讓受其商號。則無效力。或謂讓受商號者。須在讓受之當時。既營商業者。志田博士日本商法論一卷三〇〇頁此說非也。與營業同讓受商號者。概因讓受而始爲商人也。關於商號之讓渡。此外尙有制限。述之如左。

(一) 自然人之商人。雖讓受會社之商號。而不得使用會社之商號。一八條

(二) 會社之商號中。須從其種類。用合名會社。合資會社。株式會社。株式合資會社之文字。故會社讓一個人或別種會社之商號。不得續用之。一七條

商號專用權。得與營業分離。而單獨讓渡之否耶。舊商法第二十八條。與德國商法同。規定禁單獨讓渡商號。必與營業共爲讓渡之旨。德國舊商法二二三條蓋商號爲營業之名稱。則當從營業而移轉。世人之重商號。究因於營業也。然若離營業。可以單獨讓渡商號專用權。或有詐欺公眾之虞。在立法上似未愜當。惟對照第二十一條至第二十三條之日文。而解釋之。究認商號專用

權。可以單獨讓渡。商法修正案參考書第四編第四章理由參照而商號專用權。爲一種獨立財產權。更無疑義矣。

以上僅述商號專用權之讓渡。然則不認登記前商號之讓渡耶。余謂商號在登記以前。僅爲一種人格權。故不認讓渡移轉之觀念。唯當事者一方。拋棄其商號。他之一方。得約選定同一之商號。不待言也。解釋德國商法者。所謂商號之讓渡。爲讓渡人拋棄其商號。讓受人續用之。同意之一種契約。德意志帝國裁判所。亦從此說。日本學者亦然。志田博士日本商法論一卷三〇頁青木氏商法總論一三七頁余以商號專用權。爲財產權。故不採斯說。而登記前之商號。與他人之商號。選定同一之商號。既屬自由。則認其讓渡。實際上亦無必要也。

第六節 商標

與商號專用權。同屬於無形財產權之範圍者。有商標專用權。此種權利。法律上之性質。及法律保護之理由。無異於商號專用權。故附於商號之說明。簡單而述商標。

商標者。謂營業者因表彰自己製造或販賣之商品。所用文字、圖形、及記號也。故與商號所異者。第一、商號因彰表自己。而商標則因表彰自己之商品也。第二、商號限於商人得用之。而商標則商人以外之製造及販賣業者。亦得用之也。第三、商號雖屬名稱。而商標則文字圖形或記號也。商標之選定。與商號同。以自由爲原則。惟商標法第二條。則有制限。即菊花紋章、國旗、軍旗、勳章、

或與外國之國旗、同一或類似者。紊亂公之秩序、或風俗、及有詐欺世人之虞者。表彰商品普通之名稱及其他產地者。或用商業上慣用之文字、圖形或記號。表彰其品位、品質、形狀者。及以普通所使用之氏名、商號、會社名、或組合名。依普通之書體而記載者。不具欄、地紋其他著明特別之外觀者。不得受商標之登錄。

欲得商標專用權者。須登錄之。商標法第一條營業者。選定商標。雖無登錄之義務。苟欲得商標專用權時。則必須登錄。此與商號無異。惟商號在登記時。登記於商業登記簿。商標則登錄於特許局之商標原簿。故商標之登錄。非一種商業登記。前已詳述矣。

商標之登錄。立法上有三主義。第一、審查主義。每有出願。必審查之。限於出願適法者。則為登錄之主義也。第二、屆出主義。因屆出而登錄之。他人有申請異議時。始為其審查之主義也。第三、公示主義。登錄前於一定之期間內公示之。使他人申述異議。若在期間內。無異議者。始為登錄之主義也。日本商標法。倣美國法。採審查主義。故登錄商標。由特許局審查官。審查之結果。決定為可登錄後。始經特許局長為之登錄。且公示之。

商標專用權。如前所述。與商號專用權。性質相同。惟有二三差異之點。述之如左。

(一)商號專用權。雖制限於一定之地域。一九而商標則在他人已登錄之商標。或他人登錄

失效後。非經過一年。欲以與之同一與類似之商標。使用於商品者。不得受登錄。商標法二條四號

故商標專用權之效力。應及於全國者也。又有工業所有權保護同盟條約。在同盟條約國。出願登錄商標者。於四個月以內。請求登錄時。其出願與由最初出願之日爲之。有同一之

效力。商標法九條

(二)商號專用權。雖不定年限。而商標專用權。專用之年限。則爲二十年。由登錄原簿之日起

算。商標法三條一項 惟商標專用之年限已滿後。欲續用其商標者。得更受登錄。商標法四條

(三)登記之商號。以民事上之請求權。而受保護。而商標之登錄。則依刑事上之制裁。而亦受保護。即以惡意用他人之登錄商標。製造同一或類似之商標。交付或販賣之者。使用於同商品者。又知情販賣其商品。及因販賣所藏者。有刑事之制裁。又對於因惡意以他人之登錄商標。所有之容器包裝等。使用於同商品者。知情販賣其商品。或爲販賣所藏者。又以他人登錄之商標。用同一或類似之商標。使用於其商品販賣之廣告看報引札等。亦有刑事上之制裁。商標法一六條 但是等之犯罪。爲親告罪。待被害者之告訴。而論其罪。商標法一九條

(四)商號專用權。可與營業分離。而單獨讓渡。商標則不得與營業分離而讓渡之。商標法六條 唯欲以讓渡對抗第三者。則須登錄。此酷類於商號耳。

以上說明商標之大體。欲知其詳者。當參照商標法三十二年農商務省令一五號。商標法施行細則。同年勅令一九五號。同年農商務省令一六號。同年七月十二日。加入公布萬國工業所有權保護同盟條約等。

第八章 商業帳簿

凡商人營其商業時。若非通曉自己財產之狀態。及營業之景狀。立一定之企畫。明確計算。而行交易。則難期成效。且非具備記錄。記載取引上之事項。終不能行繁雜之商業取引也。故商業帳簿。與商業同時發生。希臘馬羅等之法制。關於此多有規定。然商業帳簿。稍能具備一定之形式者。實始於十三世紀末之意大利。至用亞刺比亞數字。及複式簿記之方法。遂益發達。夫商業帳簿。一方因商人自己之利益。自屬必要。而他方使商人明確其計算。保護債權者。則因圖取引社會公衆之利益。亦屬必要也。故歐洲中世時代。(十四世紀之頃)商業盛行之都市之法律。認商人自有作成商業帳簿之義務。如法國千六百七十三年商業條例。且以峻刑之制裁。而強制之。現時各國法制。關於商業帳簿。有相反對之二主義。即放任主義及干涉主義是也。英美二國。採放任主義。不以法律直接命作成商業帳簿。惟英國之破產者。若未作成因營業通常必要之帳簿。當受免除命令。使破產者於特定債務以外時。被不利益。且應受刑罰之制裁。英國千八百八十三年破產法

十二
十九年
條千八百
債務者法
六

又實際不作成商業帳簿時。則營業不免困難。故商人無不作成帳簿者。至於歐洲大陸諸國。皆採干涉主義。依法律。頁作成商業帳簿之義務。就中如法國商法。更從嚴正之主義。強制設備日記帳、財產目錄帳及書狀控帳三種之帳簿。非僅就於作成及記載之方法。詳為制限。且以商業帳簿。屬於官廳之監督。法國商法八條至一七條蓋編纂法國商法時。去法國大革命之日未久。當時破產者甚多。故法典受其影響。關於商業帳簿。特嚴為規定也。意大利、比利時、西班牙、葡萄牙諸國法律。亦然。獨德國商法。從寬規定。近於折衷主義。如日記帳。不強制以特定之名稱。僅足以明商人之取引及財產之狀況斯可矣。而財產目錄、書狀控帳等。亦不認官廳之監督。

日本商法。在以上所述諸國法中。類似於德國法。採寬大之干涉主義。而不認書狀控帳。及商業帳簿之作成。記載之方法。不定方式之點。則較德國法。尤為寬大。蓋日本商法之規定。沿襲舊商法之主義。舊商法起草者。所採之主義。雖以從法國商法之干涉主義為勝。惟鑑於日本之舊慣與實際。商人概以薄資取引。無認嚴格規定之必要。且若從嚴格之規定。有不能副商業實際之虞。故為比較的寬大之規定也。參照勒斯尼爾草案三二條理由

第一節 總論

商業帳簿者。商人因明其營業之景況及財產之狀態。視為法律上義務。所作成之帳簿也。商業

帳簿。須爲商人之帳簿。故非商人者。作成之帳簿。雖實質上與商業帳簿類似。不得謂爲商業帳簿。又關於商業帳簿之規定。不適用於小商人。故小商人作成之帳簿。亦非商業帳簿。

商業帳簿。商人須從法律之所命。作成之帳簿也。故此外帳簿。雖關於營業者。不得謂爲商業帳簿。然商業帳簿。非限於日記帳、財產目錄、貸借對照表三種。卽其補助簿各種之詳帳。亦可謂爲商業帳簿。但大審院判決。『商業帳簿者。非僅謂商人從法律之規定。明確其商業上之計算。所作成之帳簿也。卽其任意作成者。既關於商行爲。亦可指爲商業帳簿。』是可謂混同事實上商業帳簿。與法律上商業帳簿者也。

商業簿帳。須因商人明營業之景况。及財產之狀態。爲必要者。德國學者。謂仲立人之日記帳。○三
條九乃記載他人間所締商行爲之事項。故非商業帳簿。又株主名簿。無關係於會社之營業及財產。故亦非商業帳簿。日本商法之解釋。仲立人之帳簿。固可謂爲商業帳簿。而株主名簿。則應從非商業帳簿之說。

日本商法。對於一般商人。所命設備之商業帳簿。約有三種。卽日記帳、財產目錄、貸借對照表是也。外國法典。尙有信書控帳。命謄寫發送信書中。關於營業者。舊商法草案之起草者。以日本素無謄寫信書之器械。命設備信書控帳。時期尙早。不必仿諸外國法典。故強制關於營業信書之

保存焉。五條理由參照新商法亦強制信書之保存。不認信書控帳之制度。與舊商法相同。

日本商法。就於商業之作成及記載。不限定方式。惟日記帳之記載。須整然且明瞭而已。外國法律。皆有此之規定。例如法國商法。商業帳簿。由商事裁判官。或地方行政官。無手數料。每葉附以頁數。附記其氏之頭字。且以署名於帳簿爲必要。又記載須從日期之先後而爲之。且禁存空白及欄外之記載。○法國商法一條一德商法一條德國商法。商業帳簿。當以通用之國語及文字而記載之。裝訂成帙。每葉附以頁數。禁存空白。又不得因塗抹及其他之方法。使字跡難見。或致後日。已爲與否。不能分明等。均有制限。四三條德國商法。日本商法。所謂整然且明瞭。雖屬於事實問題。然當以通用之國語及文字而記載。又因塗抹及其他之方法。及禁使字跡難見。或俟後日。於已爲與否。不能分明等。是解釋上。當然所生之制限也。但日本商法。就於日記帳之記載。雖命整然且明瞭爲之。而他之帳簿。則無此規定。故或疑他之帳簿。不須整然且明瞭記載者。特揆諸事理。決以知其不然也。參照

勒新尼爾草案
三條理由

日本商法。使商人負保存商業帳簿。及關於營業信書之義務。法二八條施行
法一七條關於營業之信書中。當包含電信意。比、西、葡、諸國法律。以法文明示之。又從多數之學說。單純之往復書類。不得謂爲關於營業之信書。

保存期間。定爲十年。就於商業帳簿。則其期間由帳簿閉鎖之時起算。帳簿閉鎖之時期。與德國商法同。卽最後記載之時也。就於信書。不定期間起算點。故應解爲受取信書之時也。保存商業帳簿之義務。各國法律。採干涉主義者。無不認之。惟就於期間。或爲營業繼續期間。荷里比亞等或爲營業廢止清算後五年。西商法或因關係債權之时效而消滅時爲止。普蘭司或爲三十年間。法蘭商有種種之立法例。日本商法仿法、德、意、比、各國之立法例。保存之期間。定爲十年。

保存之義務者。商人及其相續人也。會社解散之際。商法第一百一條。第二百三十三條。別設規定。或謂此爲對於第二十八條之例外規定。故應保存之書類。僅限於解散當時。應有保存義務之書類耶。抑指現存書類之全體耶。不能無疑問焉。志田博士日本商法論余謂此等規定。與第二十八條無所關係。乃特定已消滅之會社。保存書類之義務。自當從後說解釋也。

商業帳簿。反於法律所命之規定。怠其設備、記載、及關於保存之義務時。有制裁與否。自然人之商人。無直接之制裁。是可謂爲不完全之規定也。唯破產之際。破產法。特定間接之制裁而已。其規定如左。

(一)受破產宣告之債務者。商業帳簿。記載苟無秩序。或藏匿、毀滅、又全不記載時。處過怠破

產之刑。二十三年法律三二號商法一〇五
一條四號破產法案三四八條四號

(二)受破產宣告之債務者。以使債權者受損害之意思。藏匿、轉匿、脫漏、貸方財產之全部或一部。或虛偽記載借方現額。或毀滅、藏匿、并偽造、變造、商業帳簿時。處詐欺破產之刑。二年十年十

法律三二號商法一〇五一
條破產法案三四九條三號

至於會社。則有特別規定。若不以財產目錄。及貸借對照表。備置於本店及支店。記載應行記載之事項。或爲不正之記載時。執行會社業務之社員取締役等。處五圓以上五百圓以下之過料。

二九六號一但所謂不正之記載。依大審院判決例。出於詐欺或故意者。勿論已。且包含基於過失者

也。四三五年五月十日大審院判決商業帳簿之證據力。起草舊商法時。倣德法商法等。定爲十分之證據。舊商法三

四九一條至是即從形式探證主義者也。然因牴觸民事訴訟法第二百十七條。所定自由探證主義

之原則。故新商法刪除之。商業帳簿之證據力。悉任裁判所之認定焉。德國舊商法第三十四條

至三十六條。所規定之形式探證主義。當新商法施行前。已以民事訴訟法施行法第十三條刪

除之。故裁判所對於商業帳簿之正否。得以自由心證而判斷之。三十六年六月二日大審院判決參照

又舊商法。關於商業帳簿之呈出及開示。雖有數條規定。而新商法則刪除之。而規定於手續法。

第二節 日記帳

日記帳者。記載日日之取引及其他財產影響所及之事項之帳簿也。日本商法。僅規定備帳簿

云云。與德國商法同。法律上無日記帳之名稱。故商人欲附以如何之名稱。均無不可。例如覺帳、當座帳、大福帳、金銀出納帳等名稱是。反之、法商法、意商法、法律上特有日記帳之名稱。

日記帳應行記載之事項。非僅商取引而已。凡商人之財產。影響所及之事項。悉當記載者也。如商取引以外。通常之法律行為等。勿論已。即其他事實。苟有影響於財產者。亦須記載。例如盜難火災是也。唯家事費用。則每月記載其總額可矣。二五條 又小賣之取引。得分現金賣

與掛賣。僅記載日日之賣出總額而已。二五條 茲所謂小賣之取引。對於卸賣之取引而言。指直

接賣渡於需要者。小額之取引也。參照緒論第一章 現金賣與掛賣之區別。因支結代金定有期限與否。

其詳俟第三編第二章說明之。又特種之商人。法律別定日記帳應記載之事項。如對於仲立人。有第三百九條第一項。倉庫營業者。有三百六十條之規定是也。

茲當注意者。舊商法第三十一條規定帳簿須整齊且明瞭。記入日日所行之取引。是記載須日日爲之。惟新商法僅規定日日之取引。故記載不必日日爲之。但何日取引。前後不明時。則不得謂爲整齊且明瞭耳。

第三節 財產目錄

財產目錄者。謂商人財產之總目錄。以明示財產之狀況爲目的也。在於會社。則財產目錄。常爲

計算利益配當之基礎。例如合名會社。由會社之純財產額。除社員之出資總額。株式會社。由純財產額。除資本及準借金之金額。以其殘額。爲配付利益之金額也。但就於財產目錄。應說明者。卽如何財產。應記載之問題。與記載之財產。應附以如何價格之問題也。又財產目錄。調製之時期。并方式。亦宜述及。尼姆新著貸借對照表論。第一編說明上述之二問題。第二編說明貸借對照表調製之形式。又質謨之貸借對照表論。亦區別上述之二問題。而說明之。

第一款 財產目錄應記載之財產

財產目錄應記載之財產。法律除例示動產、不動產、債權、及債務外。不別設規定。惟所謂財產。與財產權不同。非法律的意義之財產。乃指經濟的意義之財產。此可因例示財產中列舉債務。而知之也。故財產中。除財產權及債務外。如得意、營業上之祕訣。及其他事實上關係經濟的貨物。悉包含之。非然者。雖屬財產權或債務。而無金錢上價格者。則不記載於財產目錄。

應記載於財產目錄之財產。須商人一切之財產。故不限於營業上財產。卽商人之私用財產。亦須記載於財產目錄。縱令營業財產與私用財產。明有區別。亦然。此解釋德法兩國商法。所無容爭也。唯有謂私用財產。總額不誤。則可省略記載者。馬哥威爾 尼曼

又商人別有小商人之商業。或非商業之營業。其所供用之財產。亦須記載於財產目錄。

財產目錄。應行記載之財產。爲商人之全財產。故可分爲積極財產。消極財產二種。積極財產中。即關於動產不動產之物權。債權。無形財產權。及得意。其他事實上之關係也。消極財產中。即債務也。此各種財產。就於特許。無形財產權。得意。及其他事實上之關係。并債務。有詳述之必要焉。質謨謂動產。不動產。債權。常須記載於財產目錄。特許。及其他無形財產權。限於因取得支出費用時。則記載之。得意及其他事實上之關係。限於由他人取得有償時。則記載之。斯達烏普亦從之。又尼姆分財產爲實質的財產。與思想的財產二種。謂動產。不動產。債權。即實質的財產。常須記載。其他之積極的財產。即思想上財產。限於因取得須有費用時。則記載之。是二說者。其論結局同。夫質謨與尼姆二氏。皆屬會計計算有名之大家。而其議論。究未能貫徹法律上正確之論理。質謨之論據。依複式簿記法。凡一項目。必有反對項目。若欲貫徹此論據。則如無償取得之動產。不動產。或債權。亦不須記載。此豈質謨之所認耶。又尼姆之論據。如特許。意匠專權之財產權。又如得意之事實上關係。不外營業上增加收入。減少支出之手段。然因此所生之財產增加。既記載財產目錄中。則此外記載。是等手段本體之價格。陷於重複評定財產之弊。以余觀之。斯說理由。究未圓滿。欲貫徹此論據時。是凡供營業所用之財產。皆不須記載矣。余謂特許。意匠專用權。著作權等。苟有客觀的價格。已明確時。則不區別因取得須費用與否。皆須記載。若商標專用

權。商號專用權。與法律上。或事實上營業分離。而不能讓渡之無形財產權。及得意。并其他之事實上關係。其經濟的價格。限於因取得支出特別費用時。而可表現之者。除由他人取得有償之外。皆不須記載。更由實際之便宜觀察之。此等財產權。及事實上關係。若許絕對的記載時。則因估計過大之價格。有傷貸借對照表真正之原則之虞。似亦感制限記載之必要也。

以債務記載於財產目錄中。此法律明文之所認也。故債務爲金錢債務。與非金錢債務。或通常債務。與連帶。及保證債務。或手形上債務。與非手形上債務。或單純債務。與期限。及條件附債務。均可不問。苟有財產上價格者。必須記載。從來每以財產目錄。與貸借對照表之貸方。屬於同一。常不記載債務。卽未至是。而於保證債務。條件附債務。雖有財產上價格者。亦不記載。如此。可謂反於法律明文違法之所爲也。唯如繳納株金之義務。通常因繳納增加其株式之價格者。可不記載耳。

第二款 財產應附之價格

財產應附之價格。日本商法規定。財產目錄。於動產。不動產。債權。及其他之財產。須附以調製目錄時之價格。二六條 既附以調製目錄時之價格。是財產目錄之目的。在於明示特定時期財產之現額也。故如株式會社。調製財產目錄。及貸借對照表後。須經株主總會承認。當調製後。承認

前。財產價格。雖有變動。亦不得更改。所以此等帳簿調製後。雖生損失。仍得從其帳簿之所示。爲利益之配當。但其財產價格。所生下落之原因。明在帳簿之調製前。則可更改調製後現有之價格。而計算之。此學者所說明。略屬一致。例靈克質謨那伊康 普斯達威普尼曼等唯普里姆克爾因忒曼商法 全書一卷謂帳簿調製後。生損失時。常可更改計算。然非通說也。

價格者。指客觀的價格。即交換價格也。故應與商人自己之財產。所有主觀的價格區別。德國商法。就於株式會社。及株式合資會社。之貸借對照表。設特別規定。凡供營業所用之固定財產。定有相當之減價基金時。則不從時價。得基於買入價格而評定之。故學者或謂供營業所用之固定財產。應附以使用價格者。然解釋日本商法。則不得採此說。大審院判決。第二十六條第二項之價格。指客觀的價格。即調製目錄時之交換價格也。三十五年五月十日大審院判決

雖然。客觀的價格（即交換價格）者。非指分離各個之財產。得獨立賣却之價格。乃以營業之存續爲條件。其財產。伴營業之存續。附以所有之價格也。如此價格。與觀察各個財產之交換價格異。又與以營業全體換價所得之價格亦異。故斯達威普尼姆等稱之爲營業價格。德意志帝國裁判所。及帝國高等商事裁判所之判決。略表明上述之趣旨。營業價格。與主觀的價格。不可混同。營業價格者。非謂商人於自己之財產上。所有之價格。不過謂組成營業財產各個之財產。以

其營業之存續爲條件。所有客觀的價格也。例如有一製造業。其工場之畝地。建物。器械類。分離之。爲無關係各個之財產而評價。與以此爲組成一製造業之財產而評價。則其客觀價格異。營業價格者。不外以製造業之存續爲條件。所有之價格也。尼曼質謨等。排斥營業價格之語。而質謨尤力唱個人價格說。以余觀之。其所爭者。專在文辭。而主義非有所異也。

附以目錄調製時價格之規定。既可適用一切之財產。則就於債權。亦應附以當時之價格。故辨濟期限未到之債權。或債務者不確實履行之債權。應附以債權額較少之價格。又如全不辨濟之債權。則當刪除之。德國商法第四十條第三項。特以明文規定此旨。又時效完成之債權。或有謂當刪除者。加拉伊斯普 克斯爾格然債務者援用時效與否。不能預定。民法四一條且因時效而消滅之債權。亦可爲相殺。民法八條五是不得謂常可刪除也。又附以債權額較少之價格時。則在貸借對照表。以

揭於貸方債權額。與時價之差額。而揭於借方者。固實際上屢見之事。德國之學說亦認之。

商標專用權、商號專用權。及得意、并其他事實上之關係。僅因取得支出特別之費用時。而記載之前已詳述矣。故此等財產。以支出之金額爲限度。亦得附以價格。

債務當附以如何之價格耶。據第二十六條第二項規定。動產、不動產、債權、及其他之財產。似除却債務而言。或謂就於簡單債務。當附以全額者。此雖可說明通常之金錢債務。而如條件附債

務。連帶債務。保證債務。或手形上之償還義務。若必附以全額之價格。則屬過酷。又金錢以外之債務。亦有附以價格之必要。余謂凡屬債務。常可附以時價。即因更改使他人引受債務時。則參酌應與以若干之對償。其他給付物品之債務。則酌量物品之價格。條件附債務。則酌量條件成就。若干之希望。連帶債務。保證債務。及手形上之償還義務。則酌量他之債務者。主債務者。又前之資力者。并自己實行求償權之希望等。均不妨附以相當之價格者也。日本商法第二十六條第二項。不揭債務。乃避債務價格。奇異之文言。其所謂他之財產中。即可包含債務也。德國舊商法之法文。與日本商法第二十六條。同一規定。而帝國高等商事裁判所。其判決文中。認債務當附以時價。至德國新商法。則明規定債務應附以時價焉。但德國就於通常期限附無利息金錢債務。應附以減折價格耶。抑應附以全額價格耶。有所爭議。尼姆黑連德等。雖謂應附以全額。而從多數學說。則謂應附以減折價格焉。質謨斯達威 普尼曼等

次之問題。即第二十六條第二項之規定。為絕對的公益規定與否。商人之財產。苟附以財產目錄調製時較多之價格。則商人之債權者。每因此誤會。且在於會社。以無利益為有利益。法律上不得配當之金額。而至為配當。有害債權者之虞。其為法律所不許。固已。然苟附以視時價較低之價格。則固毫不害及債權者矣。若必使財產附以時價。絕對的不許違反。則有巨萬財產之商

人。每年或每期配當。將夥多之財產。一一評價。不免煩累。且如株式會社。因財產價格之低昂。生利益或損失。常足動搖其基礎。至使株主時抱不安之念。故余謂第二十六條第二項。雖屬公益規定。禁時價以上之評價。若時價以下之評價。自屬無妨。參照法學新報一二卷一卷一曩日東京株式取引所。就於財產目錄之評價。有違反商法事件與否。東京地方裁判所決定。取引所於其建物評定時價以下為違法。三十五年一月十日東京地方裁判所決定而東京控訴院。更使鑑定人為之評價。謂取引所之評價。固非不當。基此理由。變更原裁判。日東京控訴院決定就此問題。德國學者雖有議論。而羅伊加普嘗詳論應附以時價之旨之規定。即所謂貸借對照表真實之原則。相對的者也。時價以下之評價。不妨視為原則而為之。覺爾托密德商法雜誌四八卷現時多數學者皆認此說。反對說拉拉伊

比貸借對照表與租稅照

如上所述。時價以下之評價。雖非法律所禁。然在會社解散時。因清算而調製財產目錄。又會社決議合併時。調製財產目錄。若非從時價評定。則不適合其目的。此種之財產目錄。及貸借對照表。學者稱為清算財產目錄。及清算貸借對照表。其評價方法。與通常不同。又計算退社員應還之股分。調製財產目錄。或匿名組合之營業者。分配利益於匿名組合員。及因返還出資之計算。調製財產目錄。則為時價以下之評價。不得害退社員。及匿名組合員之利益。所以對於上述

之原則。特認例外也。

依調製財產目錄時之價格。評定財產。就於株式會社。若非有特別規定。自可適用。如前所述。財產附以時價較低之價格。雖非不當。而從時價記載之。則尤為正當。故株式會社。乘財產價格之騰貴。以其騰貴價額。算入利益。而配當之。自屬適法者也。但如此足危會社之基礎。每因物價之低昂。影響於會社之利益。使株主立於不安之地位。故近時株式會社之財產目錄。不必悉從時價而評定之。或謂須設例外規定。加以評價最高額之制限者。如德國商法第二百六十一條。就於株式會社。定評價之最高限度。不得超於買入價格。是為第四十條規定之例外焉。又日本國法基於私設鐵道法第二十條。所發明治三十三年遞信省令第三十二號。私設鐵道株式會社會計準則第九條。私設鐵道株式會社記入財產目錄之價格。當據左之標準。

(一)有價證券。於調製目錄現時之價格。超過買入代價或繳股金額時。則記載買入代價。或繳股金額。

(二)就於他之財產。則記入實費決算額。

余以為立法論上。應如德國商法。就於株式會社之財產目錄。商法中設例外規定。分別供用於營業之固定財產。與其他之財產。而規定之。固定財產。無關係於時價。得附以價格。其他之財產。

則時價之外。更以買入價格爲最高限度。而附價格者也。若僅以純然交換價格爲基礎。評定財產之價。實亦英法兩國所不認也。

第三款 財產目錄調製之形式

財產目錄。在自然人之商人。須於開業時。及每年一定之時期。而調製之。在於會社。須於設立登記之時。及每年一定之時期。而調製之。若每年二次配當利益時。則每配當期調製之。項二六條一所謂設立登記之時者。即本店登記之時也。開業時。或設立登記時。應調製之財產目錄。及貸借對照表。學者稱爲開業財產目錄。或開業貸借對照表。德意志帝國裁判所判決。商人無財產而開業時。仍須作成財產目錄。惟日本商法。以如此之商人爲小商人。故無作成財產目錄。貸借對照表之義務。

既經調製之財產目錄。須特設帳簿而記載之。二項六條舊商法倣德法等之商法。財產目錄。及貸借對照表。商人須自署名。二舊商法三條一項蓋欲以此明其責任也。然新商法。就於自己調製。或使人調製。不問署名之有無。均負責任。故可削除此規定焉。商法修正案四頁

調製及記載財產目錄之方式。雖無規定。然與日記帳同。須整然且明瞭記載之。無可疑也。

第四節 貸借對照表

貸借對照表。分貸方借方二欄。對照商人現有之財產。與不可不有之金額。以使明瞭財產之狀況爲目的之表也。或謂貸借對照表。不過示財產目錄計算上之要領。此大誤也。自然人之商人。貸借對照表中之項目。雖比財產目錄。無所變動。而會社貸借對照表之借方欄中。如合名會社。及合資會社。則須記載社員之出資總額。株式會社。則須記載資本及準備金。株式合資會社。則須記載無限責任社員之出資總額。資本及準備金。此等項目。非法律上意義之債務。故財產目錄中。無記載之必要也。尼姆稱此項目爲控除項目。

記載於貸借對照表之項目。須分自然人之商人與會社而論之。自然人之商人。於貸借對照表。貸方揭積極財產。借方揭債務。其積極財產總額。與債務額短少之純財產額。亦揭於借方。使貸方借方二欄之總計額。常能同一。會社於貸借對照表。貸方揭積極財產。借方揭債務及控除項目。若貸方總計額。超過借方總計額。則以其差額爲利益。而揭於借方。若借方總計額。超過貸方總計額。則以其差額爲損失。而揭於貸方。使二欄之總計額。常能同一也。又會社主貸借對照表。當說明合名會社、合資會社之損益分配。株式會社、株式合資會社之計算。再揭表式而詳述之。茲省略焉。

由以上所述觀之。貸借對照表之貸方欄、及借方欄。非指示法律上之貸借關係。可以明矣。其所

謂貸方借方。不外簿記學之用語。或以貸方欄。稱爲資產之部。借方欄。稱爲負債之部。義亦相同。但簿記學上有用反於上述之方法者。以積極財產。揭於借方。資本及控除項目并債務。揭於貸方。此方法。簿記學上。雖屬正當。然實反於普通之觀察也。又二十三年法律第三十二號商法第一千十七條。可解釋爲如前所述之貸方借方。而特設規定者。

貸借對照表若與財產目錄。同時調製。則附於各項目之價格。應與財產目錄符合。唯財產目錄。爲各個財產之總目錄。雖須記載各個之財產。而貸借對照表。則從其種類。一括數箇之財產爲一項目。而記載之可矣。世有不知此區別。混同二者之性質。以財產目錄。爲與貸借對照表貸方之部相等者。是不可不謂爲違法也。雖然。此種誤謬。決非偶然發生。舊商法就於株式會社。命須公告財產目錄。與貸借對照表之旨。舊商法二一八條三十三年法律第五號改正前之銀行條例亦同。

此種規定。實足招世人誤解之原因也。新商法。株式會社。僅貸借對照表。須公告之。一九二二條

貸借對照表調製之時期。及記載於特別之帳簿。皆與財產目錄同。茲不贅述。二七六條

財產目錄。及貸借對照表之樣式。法令中例示不尠。然由商法上言之。概不足觀。例如三十二年大藏省令第二十四號。銀行條例施行規則。又二十六年十月二十八日商工局長通知取引所各種報告書式中。財產目錄。及貸借對照表之樣式。頗屬舊式。難謂爲適法。唯三十三年農商務

省令第十五號保險業法施行規則之樣式。稍近完全。左所揭者。爲自然人之商人。財產目錄及貸借對照表之樣式。至於會社帳簿之樣式。俟第二編述之。帳簿及商業上書類之樣式。則多從德國人。夫靈德爾比之樣式書。作成之。

明治三十六年十二月三十一日財產目錄

資 產	
一、店 鋪
東京市日本橋區鍋町一丁目一番地
二、商 品
第一號細目帳記載
三、什 器
第二號細目帳記載
四、現 金
五、銀行預金
東京商業銀行當座預金
一 二 三 四
五 六
	二二五〇〇
	三五四五〇
	一五〇〇〇
	五五六
	〇〇
	〇〇
	七九

第一銀行六個月定期預金利率年五分五釐

六、公債、株式

無記名軍事公債百圓券五枚

日本鐵道株式會社株券五十圓券五十枚

七、受取手形

約束手形金額二五〇〇圓滿期日三十七年六月

三十日振出人橫濱市某

八、賣掛金

京橋區銀座二丁目

神田區鍛冶町二丁目

本鄉區本鄉二丁目

橫濱市本町一丁目

資產合計

負債

一、支拂手形

一〇〇〇	〇〇	二二三四	五六
四五〇	〇〇		
八〇〇	〇〇	一二五〇	〇〇
二五一七	三〇	二四〇〇	〇〇
二五〇	七〇		
一一六〇	五〇	四九五八	五〇
一〇三〇	〇〇	七〇八四九	八五

約束手形金額五〇〇〇圓滿期日三十七年一月十五日				
二 未拂代金				
橫濱居留地	某商會	一六八五〇	〇〇	五〇〇〇
京橋區銀座一丁目	某甲	五五五	五〇	〇〇
負債合計				一七四〇五
資產		七〇八四九、八五		五〇
負債		二二四〇五、五〇		
差引純財產		四八四四四、三五		二二四〇五

明治三十六年十二月三十一日貸借對照表

資 產		負 債	
一、店 鋪	二二五〇〇	一、支拂手形	五〇〇〇
二、商 品	三五四五〇	二、未拂代金	一七四〇五
三、什 器	一五〇〇	三 純財產	四八四四四
	〇〇		三五

四、現金	五五六	七九	合 計
五、銀行預金	二二三四	五六	
六、公債、株式	一二五〇	〇〇	
七、受取手形	二四〇〇	〇〇	
八、賣掛金	四九五八	五〇	
合 計	七〇八四九	八五	
合 計		七〇八四九	
		八五	

第九章 商業使用人

商人者。依自己之名。以商行為爲業也。非僅不必親自執行業務。且自執行業務者。欲以一人經理。凡百之行為。亦屬難能之事。於是商人之營業。遂有各種補助人。廣義補助人。學者或分爲獨立補助人。與狹義補助人二種。獨立補助人。所謂營補助商業獨立之商人。例如仲立人、問屋、代理商、運送取扱人、運送人、倉庫營業者、及保險業者是。狹義之補助人。爲商人營業上之機關。而補助其營業者。例如支配人、番頭、手代、及他之商業使用人、又合名會社、合資會社、株式合資會社之代表社員、并株式會社之取締役是。

日本商法第一編第六章。規定商業使用人。第七章。規定代理商。至代理商以外獨立之補助人。

則於第三編第五章以下規定之。蓋代理商者。因一定之商人。爲平常屬於其營業之部類。商行爲之代理或媒介。雖可爲獨立之商人。而由爲商人之機關觀之。應規定於總則編。使與狹義補助人之商業使用人同等。此外獨立補助人。由其行爲之點觀之。應規定於商行爲編中。如德國商法。雖屬仲立人。亦規定於第一編中代理商之次章。蓋亦從爲商人之機關而觀察之也。又爲會社機關之代表社員。或取締役。各國法律。皆規定於會社編中。余從法典之順序。本編僅說明商業使用人及代理商焉。

更觀外國法之規定。法國商法。不規定商業使用人。悉讓諸民法。荷蘭比利時等國法倣之。西、葡、諸國法。商業使用人。由代理主人之點觀之。與關於取次之規定。同規定於代理及取次之一章中。意商法三四九條以下。西商法二四四條以下。葡商法二三一條以下。德國商法。第一編第五章。題爲「支配權及商業代理權」。專由代理權之方面觀察。而爲關於支配人及其他商業代理人之規定。第六章題爲「商業使用人及商業見習者」。而規定是等之勞務者。蓋此二章之規定。因觀察點不同。而異其規定。非互相妨者也。支配人及其他商業代理人。多同時爲商業使用人。或商業見習者。然偶有非使用人。而有代理權者。例如與代理權於商人之妻、友人等是。又有商業使用人。或商業見習者。僅施行事實上之事務。而無代理權者。德國舊商法、匈商法、略同。亦規定於第一編第五章及第

六章。瑞士債務法。關於商業使用人。雖不特設規定。而支配人及他之商業代理人。則另章規定焉。

日本舊商法。倣德國舊商法。規定於第一編第五章。題爲『代務人及商業使用人』。而區別代務人與商業使用人焉。惟新商法。則於商業使用人之章中。規定支配人。以支配人亦一種商業使用人也。非商業使用人之商業代理人。不特設規定。僅於第三編第一章中。對於民法原則。有二三之例外規定而已。二六六條余謂商法所規定商業使用人。僅指與商人立於雇傭關係者。若因組合契約。而得代理權。或委任代理於妻及友人等。則不得謂爲商業使用人。故以日本商法。關於商業使用人之規定。比較德國商法。規定支配權。及商業代理權。并商業使用人。及商業見習者。其範圍稍狹。或謂商業使用人中。包含僱傭以外之關係。而有代理權者。志田博士商法要義一卷一七七頁一七八頁二〇頁然此反於使用人通常之意義。又違背法律之精神。固不能無疑也。三五條

第一節 總論

商業使用人者。謂與商人立於雇傭關係。隸屬於商人。而服商業上之勞務者也。商業使用人。須爲商人所雇傭者。縱令有支配人或番頭手代等之名稱。若其主人。非商人時。非商業使用人也。商業使用人之主人。必爲商人。觀法文中規定『商人選任支配人云云』。又『商人選任番頭

及手代云云』可以明矣。三二九條

商業使用人。須與商人立於雇傭關係。而隸屬於商人者。故如代理商。爲自己之營業。補助他之商人營業之獨立補助人。不得謂爲商業使用人。又妻補助夫之商業。後見人爲被後見人營業時。以無雇傭關係。亦不得謂爲商業使用人。又國家及其他公法人以商行爲爲業時。使用官吏或公吏。乃國家及其他公法人任命之行爲。非私法上雇傭契約。亦不得謂爲商業使用人。又會社之代表社員。或取締役。乃爲會社之法定機關。而執行其業務者。非與會社立於雇傭關係。而隸屬之者。亦不得謂爲商業使用人。

商業使用人。須服商業上之勞務者。何謂商業上之勞務。德國學者間。多所爭議。據多數學說。非依商法上商人之意義而解釋之。可依通常用語而解釋之也。例如由商法上觀之。關於製造或加工之業務。亦得爲商業。然從事於製造或加工事實上業務之職工。非服商業上之勞務者也。反對論者 忒爾威德日本商法。關於商業使用人。無定義的規定。如余所揭之定義。特一人之私見耳。若職工等服技術上勞務者。若僕婢服家事上勞務者。若學理之顧問。服科學上美術上高尚之勞務者。謂皆非商業使用人。可謂適合於常識者也。但服是等勞務者。同時服商業上之勞務。則得爲商業使用人。不待言也。

商業見習者。屬於商業使用人與否。是一疑問也。在於羅馬法。學者以見習契約。視爲請負之一種。蓋重見習者之教習。爲主人之義務也。然如德國舊商法。匈商法。第一編第六章。雖題爲「商業使用人」而并規定見習者。同爲商業使用人之一種。一般學說。亦以見習者有服勞務之義務。以見習契約爲雇傭之一種焉。唯索遜民法。則認爲請負之一種。德國新民法及日本新商法。則見習契約。應包含於廣義之雇傭契約中。日本民法。亦同此主義。明文上所無可爭者。故商業使用人中。不妨謂爲包含見習者也。民法六條

商業使用人。因其名稱而分類時。有支配人、番頭、手代及其他使用人四種。又因代理權之有無而分類時。第一種之使用人。有代理權者。支配人、番頭、手代、屬之。第二種之使用人。無代理權者。非支配人、番頭及手代之使用人屬之。第一種有代理權之使用人。更因代理權之性質而分類時。爲支配人、與番頭、手代二種。支配人代理權之範圍。從法律之所定。雖加以制限。亦不得對抗善意第三者。若番頭、手代、代理權之範圍。從主人任意之所定。是二者之代理權。性質上之差異也。法律上更有區別者。卽支配人之選任及終任。主人須爲登記。若番頭、手代及其他代理人之選任及終任。則不須登記也。

以上說明商業使用人之意義及種類。茲再說明各種使用人。先就一般之使用人。與主人之關

係一言之。商業使用人爲服商業上之勞務者。與主人立於雇傭關係也。故雇傭關係之設定。終了之原因。及由雇傭所生主人與商業使用人間。權利義務之關係。應悉從民法中。關於雇傭之規定。因此新商法。特刪除舊商法第五十九條至六十五條之規定。而於第三十五條規定云。『本章之規定。主人與商業使用間所生之雇傭關係。不妨適用民法之規定。』又商業使用中。有得代理權者。而代理權。依日本民法之解釋。若非因委任契約。不得授與。故有代理權之使用人。與主人之間。必有委任關係。此委任關係。限於商法及商慣習法無特別規定者。從民法中委任之規定。故新商法。刪除舊商法中代務人第四十三條。及第四十六條之規定焉。就於代理權授與行爲之性質。約有數說。第一說。代理權之授與。常爲一種之單獨行爲。縱令因委任雇傭組合等契約。發生代理權時。而授權之單獨行爲。仍獨立存在也。德國多數學說從之。第二說。代理權雖必因契約而授與。然非僅因於委任契約。即因於雇傭或組合。亦可授與者也。第三說。代理權之授與。必因於委任契約者。此說混同委任與代理。實無可取。余謂立法論上。固應採第一說。而解釋日本民法。終信第三說爲正當也。

富井博士民法原論一卷下四二一頁
梅博士民法要義一〇九條川名法學士民法總論四〇七頁以下參照

雖然解釋論中。仍有主張第一說者。岡松博士法學志林一卷一七五頁以下
志田博士商法要義一卷一七五頁以下

要之。主人與商業使用人間之關係。雖常屬雇傭關係。而有代理權之使用人。則更有委任關係。

換言之即無代理權之使用人。其選任之行爲。單純之雇傭契約也。有代理權之使用人。其選任之行爲。併合雇傭與委任之複雜契約也。故使用人有適用民法及商法中。關於雇傭及委任之一般規定焉。又使用人。因主人所爲之行爲。遂生主人與第三者間之關係。及使用人與第三者間之關係。有適用民法及商法中。關於代理之一般規定者。且使用人應受之給料。有適用雇傭人給料之先取特權之規定者。民法三〇九條惟在本章。僅說明關於使用人商法中特別之規定而已。

第二節 支配人

支配人。與舊商法之代務人相同。有互於商人全體營業之代理權也。且其代理權。雖有制限。亦不得以制限對抗善意之第三者也。法國法系之商法。（即法商法、蘭商法、比商法等）雖不認支配人之制度。而德國法系則認之。例如德國商法第四十八條以下。及舊商法第四十一條以下。匈商法第三十七條以下。瑞債務法第四百二十二條以下。其所規定。皆大同小異。西商法第二百八十一條以下。意商法第三百六十七條以下。葡商法第二百四十八條以下。所規定者。稍與德國商法。及日本商法之支配人異。唯日本商法之支配人。爲商業使用人之一種。限於與商人立於雇傭關係者。是與德國商法之支配人。亦異其意義也。

第一款 支配人之意義

支配人者。爲商業使用人之一種。有法定範圍之代理權。不得加以制限。對抗善意第三者也。支配人既爲商業使用人之一種。須與商人立於僱傭關係。而隸屬之者。故非商人之使用人。雖附以支配人之名稱。不得爲支配人。又如妻、友人等。非與商人立於僱傭關係者。亦非支配人也。支配人之選任及代理權之消滅。主人雖須登記。而小商人不得爲此登記。八條是可謂小商人不得選任支配人。故小商人之使用人。亦非支配人也。德國商法。以明文定關於支配人之規定。小商人不得適用之旨。第四章第五節。已詳述矣。

支配人。爲有代理權之使用人。非僅服事實上之勞務。且可因主人而爲法律行爲也。故支配人。必具有意思能力之自然人。若無意思能力之自然人。或法人。自不得爲支配人。然既具有意思能力之自然人。則不問其爲無能力與否。○民法一
二條

支配人之代理權。以法律定其範圍。不得加以制限。對抗善意之第三者。三條。若支配人以外商業使用人。其代理權之範圍。則由主任意定之。縱令其範圍與支配人同一。而主人亦可隨時加以制限。故二者代理權之差異。非在於範圍之廣狹。而在於本質也。支配人之代理權。俟第三款詳述之。惟因參考。特舉支配人以外。有不得加以制限。對抗善意第三者之法定範圍之代理權。

者。即如會社之代表社員。七〇條一〇五條一取締役。〇條七清算人。三九一條二一〇五條二船舶管

理人。三五五條五六六條是也。民法上法人理事之代表權。亦同此性質。民法五三條

支配人之選任。及代理權之消滅。主人須登記之。三一條是亦支配人與他之使用人。相異之點也。

就於他之使用人。法律不設登記之制度。

德國商法。除以上所述外。更規定支配人當示自己之名。與爲支配人之文字。附記於主人之商

號。而署名之者。德商法五一條日本商法。則無此規定。惟日本商法。支配人。須附以支配人之名稱與

否。亦一問題也。余謂選任支配人時。雖常附以支配人之名稱。而法律既不規定應附支配人名

稱之旨。則凡授與第三十條之代理者。縱令不用支配人之名稱。亦不妨謂爲支配人。志田博士

於日本商法論七卷一頁及商法要義一卷一八頁論曰。選任支配人時。雖不須用支配人或支配役

之名稱。惟必用支配之語。例如支配某種營業是也。然如此與所謂支配人之選任。不須明示。可

用默示之法。志田博士商法要義一卷一八四頁得毋矛盾耶。余以爲既授與代理權於支配人。則不用支配之名

稱。亦不妨爲支配人。但支配人之代理權。非僅範圍廣汎。且有不得加以制限。對抗善意第三者

之特質。故不可僅就支配人之代理權。與範圍相同之點。斷定支配人之代理權。此宜注意者也。

次當一言者。即商人選任支配人或支配役時。不問有委任代理權之意思與否。直可視爲支配

人已經選任之問題也。或謂既用支配人之名稱而選任時。雖其職務或權限。與商法所規定不同。仍屬商法所謂支配人。適用商法之規定者。志田博士日本商法論 一卷一七四頁以下余不採此說。選任支配人與否。宜因主人之意思而決。若主人無委任支配人代理權之意思時。雖用支配人及支配役之名稱。而選任使用人。而其使用人。非法律上之支配人也。唯此際善意第三者。有可信為支配人正當之理由者。則主人於支配人代理權之範圍內所為之行爲。應負其責任耳。民法一〇九條商法施行法第十九條規定云。『商法施行前。所謂支配人或支配役者。無商法第三十條所定之權限時。則主人由商法施行之日起。三個月內。須改其名稱。主人於前項之期間內。不改支配人或支配役之名稱時。視為已有商法第三十條所定之權限者。』此規定。為商法施行前。所謂支配人或支配役之使用人。實與本問題不相涉也。

第二款 支配人之選任及終任

支配人之選任。為併合雇傭與委任之契約。前節已略述矣。且商法關於支配人之選任及終任。不設特別規定。悉從民法商法中。關於雇傭委任及代理之一般規定。故可省略說明。唯就於支配人終任之原因。當一言者。主人與支配人間之關係。乃併合雇傭與委任之關係。則一遇終了原因。即為支配人終任之原因。故因委任之規定。主人得隨時解任支配人。而支配人亦可隨時

辭任。民法六五一條六又委任。常因委任者之死亡而消滅。民法六五二條六而支配人之代理權。因於商行爲之委任。從商法特別規定。不因主人之死亡而消滅。二六八條六是主人之死亡。非支配人終任之原因也。舊商法及德國商法。雖以明文規定此等事項。而新商法則因其爲當然之規定。而刪除之。參照商法修正

案參考書第
六章理由

支配人之選任及解任。在於自然人之商人。須其商人、或代營商業之法定代理人爲之。支配人不得選任及解任他之支配人。在於會社。則其代表社員或取締役爲之。而決定選任及解任之方法。法律特定鄭重之手續。五七六九條二四三條一會社之清算人。不得選任支配人。蓋支配人之選任。非清算必要之行爲。故不屬於清算人之權限也。

支配人之選任。得因默示之意思表示而爲之。耶。德國舊商法。認默示授與支配權與否。學說不同。黑連德、巴烏等認之。威德、夫爾忒倫德爾則不認之。德國新商法第四十八條。以明文限定明示之授與。日本舊商法。亦規定明示之委託。惟新商法無此規定。似應從民法一般之原則。認默示之選任焉。

支配人之選任。及代理權之消滅。在本店及支店之所在地。主人須登記之。三一條三關於支配人之登記。僅在營業所之所在地爲之。是對於一般登記原則之例外。第六章已詳述矣。此登記之效

力。與一般登記同。至於登記之手續。非訟事件手續法。特設規定焉。非訟法一七二條至一七四條

第三款 支配人之權限

支配人有代主人。爲其營業一切裁判上。或裁判外之行爲之權限也。三〇條 蓋支配人有爲主人營業上一切之行爲之權限。不問其行爲屬於營業上通常所發生與否。又不問取引金額之大小也。唯須屬於營業之行爲。故讓渡營業全部。不以營業存續爲前提之行爲。則不得爲之。其他不關於營業之行爲。雖極輕微者。若無特別委任。亦不得爲之。德國商法。不動產之讓渡。及其他所有權。應受制限之行爲。若非有特別委任。則不屬於支配人之權限。德國商法四九條二項 日本商法。則不設此限制。

支配人之權限。關於營業者。非僅得爲裁判外之行爲也。并可爲一切裁判上之行爲。故得代主人行各種之訴訟行爲。日本商法學者。多謂支配人。亦應適用民事訴訟法第六十三條之規定。除辯護士不在之地。及在區裁判所。爲訴訟外。不得爲訴訟代理人。志田博士日本商法論一卷一頁三三八頁商法要義一卷一

八九頁青山法學士商法總則二三二頁青木氏商法總論一七一頁以下 如此解釋。若屬正當。是商法所與支配人裁判上行爲之權限。殆屬空文。舊商法。就於支配人之規定。與新商法同。認裁判上之代理權。至其他使用人。則規定云。『使用人代主人訴訟。或至裁判所爲某種行爲。限於受特別之委任者。以此觀之。則斯

說之反於法意可知矣。舊商法四五條五二條尼斯勒爾參照三十五年六月余謂支配人依商法之規定。在裁判上。

當然代理主人。不適用民事訴訟法第六十三條者也。大審院之意見亦同。參照三十五年六月

支配人得選任或解任番頭、手代及其他使用人。三項○此規定。可從民法第四百四條。選任復代

理人之例外規定。而說明之。志田博士日本商法論一卷一八三頁以下商法要惟番頭手代等。

非支配人之復代理人。故余以此規定。為當然之規定。反言之。不過默示支配人之權限。不得選

任或解任他之支配人之旨。德國舊商法第四十二條第一項。有相當之規定。而其新商法以其

為當然規定。特刪除之。

支配人之代理權。所加之制限。不得對抗善意第三者。三項○德商法五條。德舊商法四三條。匈商

法三九條。規定支配人之代理權。所加之制限。對於第三者均無效力。日本新舊商法。則僅對於善

意第三者。不生效力。瑞士債務法四二條。亦同。惟日本商法。對於支配人代理權所加之制限。不認

登記之制度。凡登記之事項。悉以法律限定之。支配人代理權所加之制限。非可登記之事項。縱

令登記之。亦全不生效力也。夫所謂支配人代理權加以制限者。指營業上之特定事項。而限定

代理權。或於其代理權。附以條件。或期限也。德國商法第五十條例示是等制限。謂僅就於特定

之行爲。及特定種類之行爲。或僅於特定之時。及特定之地。而行使支配權也。茲宜注意者。支配

人代理權所加之制限。僅民法上所謂代理關係。不生效力。至所謂委任關係。（即主人與支配人之關係）仍有效力是也。故支配人違反主人所定之制限時。主人得解支配人之任。或向之請求損害賠償。固勿論已。

支配人之代理權。如上所述。悉依法律之規定。而定其範圍。不得加有效之制限。然法律上非無當然之制限者。述之如左。

（一）支配人者。關於特定營業之代理人也。故商人營數種之商業時。得僅就其一種營業。選任支配人。非訟事件手續法規定。僅於商人以數箇商號。營數種商業時。則可登記支配人代理之商業。及所用之商號。非訟法一七三條一項是限於以數箇商號。營數種商業時。於數種商業中特定之營業。得選任支配人也。

（二）法律認以支配人。為特定營業所營業之代理人。即主人有本店與支店時。得於各營業所置支配人。僅就各營業所之營業。與以代理權。此法律之所認也。蓋第二十九條規定。商人得選任支配人。使於本店或支店。營其商業。又三十一條規定。支配人之選任。及代理商之消滅。在所置之本店。或支店之所在地。主人須登記之。德國商法。於此之際。明認一之制限。且僅於各營業所之商號不同時。得以此制限。對抗第三者。德國商法五〇條三項

支配人之代理權。屬於法定代理耶。抑屬於委任代理耶。如前所述。支配人之代理權。有法定之範圍。不得以制限對抗善意第三者。然不得謂屬於法定代理者。何則。日本民法。法定代理。及委任代理。其區別之標準。在於代理權發生之淵源。爲委任契約與否。換言之。在於代理權因委任而發生與否。非謂其代理權之範圍。爲法定與否也。法定代理權之範圍。雖常以法律定之。然不得以代理權之範圍爲法定者。卽謂屬於法定代理權也。支配人之代理權。主人因選任而授與之。其選任之行爲。包含委任契約。而支配人者。委任代理人也。參照前節

商人置數多之支配人。委任共同行支配人之權限時。其效力如何。此在支配人與主人間之委任關係。固屬有效。而得對抗第三者與否。則不能無疑。蓋支配人之代理權。極爲廣汎。因防其專橫。用此委任。固常見之事也。德國商法。稱爲共同支配。共同支配。日本舊商法第四十四條認之。卽「數人共同受委任之代務。若非總員共同。不得行之」德國商法第四十八條第二項。亦認之。第五十三條規定「共同支配。所與之代理權。須登記共同支配之旨。」惟日本新商法。無此規定。果得置共同支配人否耶。或謂此非分割支配人之權限。使各人分擔之。恰如共有者。各人共同。而有完全之支配權。卽共同支配人總員。爲一之支配人。故不得謂制限支配人之權限。非適用第三十條第三項之規定也。若從此說。是共同支配。非支配權之制限。得以此對抗善意第

三者矣。此說德國學者如巴烏、忒爾、斯達普、夫力克斯比等所同唱也。但解釋日本商法既不認共同支配之制度。則商人置二人以上之支配人。委任共同行使支配權。仍不得對抗善意第三者。其理由如左。

(一)共同支配人。非支配權之制限。德國學者雖多主此說。然謂爲支配權之制限者。亦屬不少。烏德普黑爾德哥薩克加拉伊斯等且德國商法關於支配人之規定。常由代理權觀察之。如前所述。關於此章之名稱。題爲支配權。而其各條文。常用支配權之文字。如商法第五十條第一項。亦規定「支配權範圍之制限。對於第三者。不生效力。」惟日本商法。則常由支配人觀察而規定之。第三十條第三項。有「支配人之代理權。所加之制限云云」故德國商法。所謂共同支配者。雖非支配權本體之制限。而解釋日本商法第三十條第三項。固不得適用也。何則。同條之規定。非僅如德國商法。單規定支配權不得加制限之旨。且各個之支配人之代理權。亦不得加制限也。但共同支配人之各人。非支配人。必全員合同。始爲一支配人之觀念。若非有明文之根據。固解釋上所不認也。尼曼謂共同支配。其支配權。客觀的雖無制限。而主觀的則有制限。然日本商法第三十條第三項。實亦禁主觀的制限者也。

(二)共同支配。德國舊商法之普魯士草案。已有規定。後議決爲必要。遂於德國舊商法。設二

條之規定。匈商法、瑞債務法、德國新商法、均明言商人得置共同支配人。且關於署名及登記等。有保護第三者之規定。日本舊商法、及勒斯尼爾草案亦同。然日本新商法。不設共同支配之規定。似其主義。不認共同支配。換言之。即欲適用第三十條第三項之規定也。據以上所述之理由。故余謂解釋商法。雖委任數人之支配人。共同行其代理權。亦不得對抗善意第三者也。

第四款 支配人之義務

支配人與主人間。其權利義務。固從關於雇傭及委任之規定。唯商法第三十二條。特別規定支配人之義務。茲說明如左。

支配人之代理權。如前款所述。極爲廣汎。而職務亦甚重大。故支配人爲主人之營業。不可不盡全力。因此法律規定。『支配人。若非有主人之許諾。不如因自己或第三者。爲商行爲。又不得爲會社之無限責任社員。』三二條一項此規定。由支配人爲主人營業。應盡全力之理由而設者也。故與僅慮利益衝突之理由。對於代理商、會社之無限責任社員、取締役、禁爲屬於本人或會社營業之部類之商行爲。及以同種之營業爲目的。會社之無限責任社員。所謂競業禁止之規定者。大異其趣旨也。三八條六〇條一〇五條一七五條二三六條一項一號

支配人若非有主人之許諾。則因自己或第三者。皆不得爲商行爲。故爲自己營獨立之商業。或爲他人之法定代理人。使用人。及取締役。而營商業。固屬不可。且爲自己或他人。營各別之商行爲。亦不可也。極端言之。卽如支配人爲自己振出小切手。亦在所必禁也。二六三條四號惟如此行爲。多推定爲有主人之許諾耳。又法律禁支配人。爲會社之無限責任社員。若非有主人之許諾。雖無代表會社權限之無限責任社員。亦不得爲也。

支配人違背上述之禁止。而爲商行爲。或爲會社之無限責任社員時。則主人得從民法之一般規定。請求損害賠償。或解支配人之任。惟支配人不得主人之許諾。自己爲商行爲時。商法尙有特別規定。主人得以其行爲。視爲代主人而爲之者。三二條二項故主人於支配人自己之商行爲。所得之權利。得使移轉歸於主人。茲稱爲主人之奪取權。或進入權。但主人對此權利。由已知其行爲之時起。二週間不行使者。則當消滅。由行爲之時。經過一年者亦同。三三條三項茲宜注意者。此期間爲法定期間。非時效期間。不因時效中斷、停止之原因。而受影響是也。

主人之奪取權。得代損害賠償而行使與否。換言之。行使奪取權時。別不得請求損害賠償與否。德國商法。雖以明文規定奪取權。得代損害賠償而行使之旨。而日本商法。無此規定。故多疑義。特觀商法之文例。若於此際。更可請求損害賠償。常以明文規定不妨損害賠償之請求。今既無

此規定。則行使奪取權時。不許更請求損害賠償。可依法意而推知之也。德國商法。與日本商法第三十二條相當之規定。乃對於一般商業使用人而言。又雖禁營一切之商業。而各個之商行爲。則僅禁屬於主人之營業部類者。又奪取權之範圍。較日本商法之規定更廣。使用人代第三者爲商行爲時。則其所得之報酬。亦可奪取也。

第三節 非支配人之使用人

非支配人之使用人中。有番頭手代。與其他之使用人。番頭手代。爲商業使用人之一種。關於商人營業某種類之事項。或特定之事項。而受委任者也。一三三條 據商法修正案參考書。『依從來慣習。支配人。在本店或支店。使營其商業而受選任者。其權限甚廣。所謂手代者。則權限甚狹。即因處理營業某種類。或特定之事項。而受選任。僅就於委任之事項。推定爲有代理權。至於番頭之權限。各地各店不同。居於以上兩者之中。』是番頭之權限。由從來之慣習觀之。較廣於手代。惟法律不加區別。故番頭與手代。僅於主人選任時。附以名稱之區別耳。

番頭手代。受某種類或特定事項之委任。而執行之者。其代理權。非如支配人。有廣泛法定之範圍。一從主人所委任者也。惟法律特爲規定。『番頭或手代。關於所受委任之事項。有爲一切行爲之權限』二三三條 此代理權。法律雖規定之。而主人得加以制限。且可以其制限。對抗善意第

三者。不過第三者信爲有權限之正當理由時。則主人就於番頭手代之行爲。應負其責任耳。法民
○一條

非支配人及番頭手代之使用人。推定無代主人爲法律行爲之權限者。三四條故是等使用人以供事實上之勞務。爲其本職。不能代主人爲法律行爲也。然此僅屬法律所推定。苟使用人由主人授與代理權時。固可爲有效之法律行爲。悉從民法及商法中。關於委任及代理之原則。舊商法第五十二條。『商業使用人。在店鋪、倉庫、及其他營業場。代商業主人。辦理某種業務時。或遣送於他所時。又在店中與第三者取引。苟主人不制止。或受第三者之問。答以已有權限時。則視爲有其職分之範圍者。』新商法。雖無特別規定。然或認默示之委任。而有代理權者。或適用民法第一百十條之規定。主人當任其責者。

第十章 代理商

代理商者。謂一定商人之機關。爲屬於其平常營業之部類。商行爲之代理或媒介也。通俗所謂代理店。或代辦店。卽代理商也。

代理商之制度。新設規定者。以德國新商法爲嚆矢。德國舊商法第一草案。雖有規定。而第二草案。則刪除之。蓋因代理商之意義。不能明確。德國商法學者。亦多謂其意義難定也。法、蘭、意、匈、諸

國商法均無代理商之規定。英國法所謂「幼眞德」者。乃包含代理人與仲立人二種。與日本商法。代理商之觀念異。日本舊商法。有代辦人者。舊商法四〇六條以下。尼斯尼爾草案雖用「亞欽德」之語。亦與日本新商法。代理商之規定。實質不同。蓋舊商法之代辦人。有常囑代辦人。與非常囑代辦人。其常囑代辦人。代理特定之營業者。固與新商法之代理商相同。而非常囑代辦人。乃臨時受種種之代理。不屬於代理商之範圍。且舊商法代辦人。限於商行爲之代理。不包含媒介。此較之新商法之代理商。其範圍亦稍狹也。

代理商者。獨立之商人也。依自己之名。以第二百六十四條、第十一號、及第十二號之商行爲爲業者也。此與商業使用人異。又代理商。爲一定商人之機關。而補助其營業者。亦與仲立人、問屋、運送取扱人等。非一定商人之機關不同。新商法。由一定商人之機關觀察之。而規定於商業使用人之次章焉。

第一節 代理商之意義

代理之意義。第三十六條定之。『代理商者。非使用人。而因一定之商人。平常爲屬其營業之部類。商行爲之代理或媒介也。』是與德國商法第八十四條第一項之規定同。

代理商者。須因商人爲商行爲之代理或媒介者也。故非商人者。例如相互保險會社。或鑛業者

之機關。而爲代理或媒介者。雖有代理商、或代理店之名稱。而非商法所謂代理商也。

代理商者。須因一定之商人。爲商行爲之代理或媒介者也。故視爲一定商人之機關。而補助之。此與仲立人、問屋及其他獨立補助人異。仲立人問屋等。乃對於公衆。以補助商業爲業者。此所委託商行爲之媒介或取次等。不限於一定之商人也。

代理商者。須因一定商人。平常爲商行爲之代理或媒介者也。故因一定之商人。臨時爲商行爲之代理或媒介。雖有非商業使用人者。特僅從委任及代理之一般規定。不得謂爲代理商。而適用特別規定也。換言之。代理商者。須一定之商人。有繼續之關係者也。

代理商者。須爲商行爲之代理、或媒介者。故代理商有爲商行爲之代理者。有爲商行爲之媒介者。或有併合代理與媒介者。其爲商行爲之代理者。雖類似於問屋及運送取扱人。而問屋、或運送取扱人者。所謂立於間接代理之關係。依自己之名。因委託者。爲物品之販賣、買入、或運送契約也。委託者之代理人。非以委託者之名爲之。是與代理商異。且問屋及運送取扱人。其於爲一定商人之機關。非有繼續之關係。是亦與代理商不同。又爲商行爲之媒介之代理商。雖類似於仲立人。而其爲一定商人之機關。有繼續之關係。則與仲立人異。又併合商行爲之代理及媒介者。可爲代理之點。亦與仲立人不同。

代理商非使用人。乃獨立之商人也。代理商爲一定商人之機關。有繼續之關係。而補助營業。雖與商業使用人相類。惟使用與主人。立於僱傭關係。而隸屬之。成爲營業之一部。若代理商。非隸屬於本人之營業。乃引受商行爲之代理。或以關於仲立之行爲爲業。獨立之商人也。二一六四條一號

二故代理商。除特別規定外。皆適用商人之規定。且除小商人外。適用商業登記、商號、及商業帳簿之規定。又其所選任之使用人。亦不外商業使用人也。

代理商。爲一商人。殆無疑義。獨青山法學士謂爲非商人。茲述其論據如下。青山法學士商法總則二四七頁以下

(一)就於代理商。法律上非如仲立人、問屋、及其他之商人。用『爲業者』之語。(二)以代理商爲獨立商人時。則非商業使用人明矣。然法律特規定『非使用人』之語。(三)第三十八條之規定。乃打破商人之性質者也。又以代理商爲商人時。則第二百八十四條。所規定之留置權。自可適用。而法律於第四十一條。何以特認留置權。(四)代理商之規定。非如他之商人之規定。置於商行爲編中。而與總則編中商業使用人之規定相並。故代理商非商人也。雖然。(一)代理商。因一定商人。平常爲商行爲之代理或媒介者。若臨時爲此行爲。不得爲代理商。所謂平常爲之。是外爲業之意也。且德國商法。雖用『平常』之文字。不用『爲業』之文字。而註釋商法者。要認代理商爲商人也。(二)『非使用人』云者。乃指其爲獨立之商人。非他商人之使用人也。若以非使用

人之規定。謂爲非商人。理論上不能正當明矣。(二)第三十八條之規定。謂爲打破代理商之商人的性質。斯說亦屬難解。此種規定。乃對於一定商人之機關之補助人。有設置之必要也。又第四十一條之規定。在立法論上。有必要與否。固不能無疑。惟其規定之實質。如第三節所述。與第二百八十四條不同。不得謂爲重複也。(四)代理商。所以規定於第一編者。因其爲一定商人之機關而觀察之也。更不妨爲獨立之商人。如德國新舊二商法。匈商法。因同一理由。關於仲立人之規定。亦置於第一編中。

由是觀之。代理商非商人之說。其根據甚爲薄弱。而代理商可爲獨立之商人。與商業使用人不同。自可明瞭。惟實際依如何之標準。爲二者之區別耶。德國新商法參考書。特示其標準焉。(一)使用人常受一定之俸給。而代理商。則就於各個之行爲。而受報酬。(二)使用人。常爲一定商人所使用者。而代理商。有爲數人之商人。爲代理或媒介也。(三)代理商常與主人異其營業所。而營業務。而使用人。則在主人之營業以外。從事業務者甚少。(四)代理商。自負擔其營業所生之費用。而使用人。無自負擔費用者。

代理商與本人之關係。以契約定之。此契約。學者稱爲代理商契約。商行代理之委託。法律行爲之委託也。商行爲媒介之委託。非商行爲之事務之委託也。故代理商契約。得謂爲委任及準委

任契約之一種。民法六六四條德國商法。委任必須無償。故多數學者。以代理商契約。爲雇傭契約之一種。德國新商法參考書亦然。惟德意志帝國裁判所。嘗視爲請負契約。馬哥威爾從之。以代理商契約。爲請負之一種。據日本民法之規定。委任不必須無償。又雇傭限於供勞務者。故代理商契約。非雇傭也。而爲委任及準委任之一種也。此代理商亦與商業使用人不同。如上所述。代理商與本人。立於委任關係者。則關於委任之規定。多可適用。惟代理商既爲商人。對於本人。雖無特別契約。亦得請求相當之報酬。二七四條代理商與本人間之關係。既屬有償。故不適用民法第六百四十八條第一項之規定。

第二節 代理商之義務

代理商與本人間。權利義務之關係。依代理商契約定之。代理商契約。爲委任及準委任之一種。故代理商爲本人處理事務時。應注意之程度。及物品引渡。并權利移轉之義務。限於契約或商慣習法。無特別規定時。適用民法第六百四十四條。至第六百四十七條之規定。茲僅就商法關於代理商義務。設特別規定者。說明如左。

代理商。爲商行爲之代理或媒介時。須無遲滯對於本人。發其通知。三七條是對於民法第六百四十五條之例外規定也。若依同條。受任者。有委任者之請求時。當隨時報告委任事務。處理之狀

况。又委任終了後。須無遲滯報告其顛末。然代理商與本人間。非委任各個商行爲之代理或媒介。乃屬於某種類商行爲之代理或媒介。包括的委任也。故委任終了後。非由代理商報告委任事務處理之狀況時。本人不能知代理商爲自己之商行爲。其所代理或媒介之狀況。又在各別之商行爲。悉由本人請求報告委任事務處理之狀況。則不勝其煩。故法律使代理商。負無遲滯。就於代理或媒介所爲之商行爲。發通知之義務也。

代理商若非有本人之許諾。不得因自己或第三者。爲屬於本人營業部類之商行爲。或以同種營業爲目的之會社無限責任社員。三項八條此種制限。與第六十條及第一百七十五條。對於合名會社社員。及取締役之制限相同。學者所謂競業禁止是也。蓋若許代理商。恣爲屬於本人營業部類之商行爲。或以同種營業爲目的之無限責任社員。則與本人間。或生利害之衝突。且圖本人之利益。有不忠之慮。故因防止其衝突。而特設制限也。此對於支配人第三十二條之制限。立法上所以異其趣旨也。

代理商非如支配人。爲自己、或第三者之商行爲。及會社無限責任社員。受一般的禁止也。僅就屬於本人營業部類之商行爲。或以同種營業爲目的之會社。而受制限。故與本人營業無所關係之商行爲。不問爲自己與爲他人。均得自由爲之。此與對支配人之制限。亦全異也。

代理商違背競業禁止時。本人得從民法之一般規定。請求損害賠償。又依第四十條第二項之規定。得解代理商之任。然第三十八條。既準用第三十二條第二項。則代理商因自己所爲之商行爲。本人得行使奪取權。至於奪取權之消滅。亦準用第三十二條第三項之規定。

第三節 代理商之權利

代理商對於本人。得請求報酬。又當代理或媒介商行爲時。得請求償還所支給之費用。辨濟所負擔之債務。及所被損害之賠償。此皆適用民法第六百四十八條。至六百五十條。及商法第二百七十四條。所生之結果也。商法關於代理商之特別規定。僅屬一條。特與代理商。以擔保是等權利之留置權也。

代理商。因爲商行爲之代理或媒介。而生之債權。得留置爲本人所占有之物。但有別段之意思時。不在此限。條四一此規定。比較民法之留置權。足見其異同。民法第二百九十五條。『他人之物之占有者。有關於其物所生之債權時。則受其債權之辨濟前。得留置其物云云』故在民法之留置權。僅關於占有物所生之債權。認留置權。若無關係於占有物之債權。則不認爲留置權。卽留置之物。與所擔保之債權間。必須有直接關係者。然在代理商之留置權。則因商行爲之代理或媒介所生之債權。得留置爲本人所占有之物。故物與債權間。不必有直接關係者。此代理商

之留置權。與第二百八十四條之留置權（即所謂商人間之留置權）同。又在民法之留置權。不認不生留置權之特約。當事者雖可任意拋棄留置權。而豫約不發生留置權。則爲不法之契約。應屬無效。然在代理商之留置權。可因特別之意思表示。豫約不發生留置權。此亦與第二百八十四條之留置權同。

如以上所述。代理商之留置權。與民法之留置權異。而略近於商法第二百八十四條之留置權。惟代理商與本人。皆爲商人。雖無第四十一條之規定。亦當然適用第二百八十四條者也。而法律特設規定。果如何之法意耶。尼麥批評日本商法。覺爾托密德商法雜誌五二卷謂法與代理商之留置權。較諸一般商人。效力更強。即第四十一條。所擔保之債權。不問達於辨濟期與否。且所留置之物。凡屬代理商爲本人所占之物。均可留置。非如第二百八十四條。必以與本人間之商行爲。歸於自己之占有者也。據商法修正案參考書。第四十一條。不過修正舊商法第四十八條之字句。而採用關於代辦人留置權之規定耳。特以此與第二百八十四條及民法第二百九十五條比照。則固應從尼麥之言。不問在辨濟期與否。均可行使留置權。至於立法上之當否。雖有可疑。要屬代理商之留置權。特有之性質。與民法之留置權或一般商人間之留置權不同。此外代理商與商人間之留置權。茲特述其異點如左。

(一)第二百八十四條。在商人間。因雙方商行爲所生之債權。爲一般的規定。而第四十一條。在代理商與本人間。僅因商行爲之代理或媒介。所生之債權。而規定之。換言之。卽第四十一條之規定。所擔保債權之範圍。與第二百八十四條異也。又志田博士商法要義。三卷二頁謂因代理或媒介。所發生之債權中。不包含以特約所定之報酬。及賞與金等之請求權。但不明言此請求權。非因代理或媒介。所生債權之理由。余謂此等請求權。固可包含在內也。

(二)二百八十四條。雖規定因債權者與債務者間。歸於自己所占有之物。有留置權。而第四十一條。僅規定『爲本人所占有之物』。故不問其物因何人間之行爲。歸於自己所占有。又不問因商行爲。歸於自己所占有與否。然既規定『爲本人所占有之物』。自不包含因於不法行爲。所占有之物。此與民法之留置權同。

(三)第二百八十四條。債權者。僅能留置債務者之所有物。而第四十一條。凡爲本人所占有之物。不問其物之所有權。應屬何人。均可留置。此與民法之留置權同。而與第二百八十四條異。

代理商留置權之性質。比較民法之留置權。及商人間一般之留置權。已畧述其異同。可以明瞭矣。至於效力及消滅原因等。當從民法第二百九十六條至第三百二條之規定。茲略焉。

第四節 代理商之權限

代理商之權限。以與本人間成立之代理商契約定之。又應從關於代理及委任。法律之一般規定。唯商法以救濟取引不便之目的。關於代理商之權限。有特別規定。即第三十九條是也。

凡商人間買賣。買主須無遲滯。檢查受取之目的物。若發見有瑕疵。或數量不足時。直對於賣主發其通知。若不發通知時。不得請求解除契約。減少代金。及賠償損害。然代理商受物品販賣之委托。有受此通知之權限與否。苟委諸事實問題。則非所以保護買主。敏活賣買。故商法定代理商受物品販賣之委托。有受此通知。及其他履行買賣通知之權限也。三九條 故買主雖不對於賣

主本人。發其通知。而對於受賣主委托之代理商。可以發其通知所以保全買主之權利也。又志

田博士商法要義。謂代理商受物品販賣之委托。并包含媒介物品販賣之代理商。余則謂僅限於委托物品販賣之代理者。又商法要義謂物品包含不動產在內。是亦僅從商法他之條文用例。僅限於動產而解釋之也。志田博士商法要義一卷二三〇頁

第五節 代理商之終任

代理商與本人間。關係之終了。商法就於當事者之一方行為。解除契約。設第四十條之特別規定。此外從民法及商法之一般規定。爲終了之原因者。如契約定有期間時。則其期間之滿了。契

約附以條件時。則其條件之成就。又從當事雙方之合意而解約。本人或代理商之破產。代理商之死亡。禁治產之宣告。及本人廢止商業。讓渡營業等是也。且因此諸原因。代理商與本人之委任關係消滅時。代理商之代理權。亦從而消滅。民法一—一條二項六
五三條商法二六八條

第四十條規定依當事者之一方行為解除契約。蓋從民法第六百五十一條。『委任在各當事者間。隨時得解除之。』當事者之一方。得任意解除契約。爲委任之特質。古來各國法律所同認也。然以此原則。直適用於代理商與本人間之委任關係。則被解除之當事者。甚不利益。非所保持代理商之制度。故第四十條第一項規定。當事者不定契約之期間時。各當事者。在二個月前豫告。得解除契約。是爲民法第六百五十一條之例外。故定有期間者。則從之。可解爲當事者不得任意解除契約也。

雖然。有不得已之事由時。若因定有期間。須待其滿了。又不定期間者。須豫告於二個月前。則當事者有轉受損害之虞。故第四十條第二項。不問當事者已定契約期間與否。有不得已之事由時。則各當事者隨時得解除契約。至於所謂不得已事由。乃屬諸事實問題。應從裁判官決定。不能概括說明之也。

洋裝
厚冊

德 國 六 法

一元
五角

德意志法典。爲近世各法系中

最爲有名之作。本館特將裁

判所編制法、民法、商法、民事訴

訟法、刑法、刑事訴訟法、六種

法典彙譯成書。而冠以爲根

本法之憲法、吾國國會成

立各種法典亦將以

次議訂修改 此書尤爲

參攷必備之書。

中華民國六年二月初版

(商法原論一冊)

(每冊定價大洋陸角)

(外埠酌加運費匯費)

原著者 日本 松本蒸治

譯述者 閩侯 陳壽凡

發行者 商務印書館

印刷所 上海北河南路北首寶山路
商務印書館

總發行所 上海棋盤街中市
商務印書館

分售處 商務印書館分館

北京 天津 保定 奉天 吉林 長春 龍江 濟南
東昌 太原 開封 洛陽 西安 南京 杭州 蕪湖
吳興 安慶 蕪湖 南昌 九江 漢口 武昌 長沙
重慶 常德 衡州 成都 瀘縣 重慶 福州 廈門
廣州 潮州 韶州 汕頭 澳門 香港 桂林 梧州
雲南 貴陽 石家莊 哈爾濱 新嘉坡

★ 此書有著作權翻印必究 ★

中華民國
法令大全
洋裝一冊
二冊

是書自民國創立時始。至正式國會成立時止。凡臨時政府期內所頒法律及各部命令。無不採集。計分爲十五類。如憲法、國會、官制、官規、內務、財政、軍政、司法、教育、農林、工商、交通、地方制度、公文式、禮制、服章、賞卹等類。未附優待條件。共計七百餘目。用五號字排印。裝成袖珍本。最便攜帶。誠爲政學界及一般國民檢查最便之書。

中華六法

全部六冊
二元六角
本書將六法合編。分爲六冊。又刑法附以草案。校訂精審。取攜最便。茲將分冊價目列下。

民法	一冊	三角
商法	一冊	三角
公司法	一冊	一角
民事訴訟律	一冊	八角
刑事訴訟律	一冊	四角

中華民國
臨時政府
新法令
六十冊
每冊角半

本編自民國元年一月起。凡臨時政府所宣布法令。廣爲搜輯。全份六十冊。

中華民國
新法令
每冊二角

是編依正式國會成立。重訂體例。改換格式。自六十一冊起。隨時採輯。廣續前書。搜羅完備。分類精當。足供全國政學各界之用。凡前購臨時政府新法令。或法令大全者。均宜接閱。

中華民國
教育新法令
已出
六冊
每冊角半

本編自民國元年九月以後。凡教育部公布之各種法令。無不廣爲搜輯。

中華民國
現行司法法令
四冊八角

本書分爲十類。一、刑律。一、訴訟律。一、法院編制法。一、解釋法令。一、司法事務規程。一、律師。一、監獄看守所。一、公文式。一、制服。一、統計月報。自暫行適用前清法令及新頒法令。搜羅完備。最便檢查。

