

日本松本蒸治原著
閩侯陳壽凡譯述

商法原論

商務印書館發行

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

次議訂修改此書允爲

參攷必備之書。

壬七三四

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

上海北河南路北首寶山路

印刷所 商務印書館

上海棋盤街中市

總發行所 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蘭谿
吳興安慶蕪湖南昌九江漢口武昌長沙
寶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★

二三四八

商法原論目次

總論

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	二三
第一編 總則	二八
第一章 商法之法源	二八
第一節 商法	三〇
第二節 商慣習法	三四
第三節 民法	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·····	一二二
第五節 商號之讓渡·····	一一五
第六節 商標·····	一二七
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。二六三號二號因狹義商之發達。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。仲立。取次。代理之引受是。二六四號一號一二號此等行爲。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。

二六四條二號三號五號
六號七號九號一〇號

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。

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。二六四條若進一步。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。

例如覺爾托密德伊武
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。卽特定之行爲。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。卽商業也。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。德國商法二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。行爲。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爲目的之行爲。稱爲固有商。或狹義之商。補助狹義商之行爲。稱爲補助之商。如此分類。非僅法律上。毫無實益。卽就沿革上言之。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

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。商國際法者。謂關於商國際法上之法規。學者更分爲商國際公法。商國際私法二種。然國際私法。僅定關於適用法律。一國之國法。實非國際法。故商國際法。乃單指商國際公法而言。

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

伊爾曼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。一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