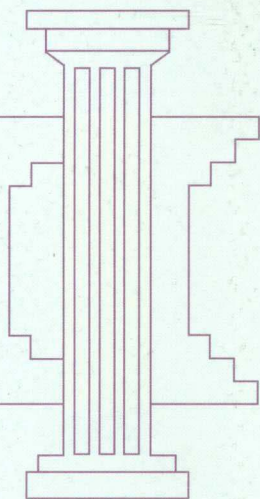


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

商法总则

「日」志田钾太郎口述 熊元楷 编 何佳馨 点校



上海人民出版社



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

商法总则

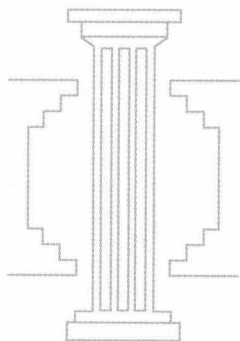
上海人民出版社



〔日〕志田钾太郎 口述 熊元楷 编 何佳馨 点校



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FOUNDATION



图书在版编目(CIP)数据

商法总则/(日)志田钾太郎口述;熊元楷编;何佳馨点校. —上海:上海人民出版社,2013
(清末民国法律史料丛刊. 京师法律学堂笔记)
ISBN 978-7-208-11910-9

I. ①商… II. ①志… ②熊… ③何… III. ①商法—
总则—研究 IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第270385号

责任编辑 曹怡波

封面装帧 王晓阳

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

商法总则

[日]志田钾太郎 口述

熊元楷 编

何佳馨 点校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 11.25 插页 4 字数 114,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11910-9/D·2393

定价 28.00 元

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

京學
師堂
法筭
律記

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬堂等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的形成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思凝虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以

诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利，那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013 年 12 月 1 日

点校者序

—

本书《商法总则》，是京师法律学堂笔记中的第十一册，由熊元楷编辑。

熊元楷，安徽宿松人，清末民初比较活跃的法学家，具体生卒年月不详，因掌握日文，对日本法律也很熟悉，估计是留日法科学生。

熊元楷曾任民国初期（1915年前后）直隶高等审判厅民庭的推事，在“日商加藤确治与索松瑞等因违约涉讼一案”和“赵荫南与德商爱礼司洋行因拖欠货款一案”等十多个华洋诉讼上诉案中，熊元楷都担任审判长或推事的职务。尤其是前一案，熊元楷写的判决书竟长达25 000余字，陈述案由、阐述法理之详细可见一斑^①。

熊元楷的主要著作有《民法总则》（上、下）、《民法债权总论》、《商法第一编总则》、《商法第四编有价证券法》、《破产法》、《国际私法》（以上各书均为编译，由北京安徽法学社于1912年出版）等。

熊元楷的事迹，主要见于上述由北京安徽法学社1912年前后出版的一套22册京师法律学堂笔记著作。

^① 参见直隶高等审判厅书记室编辑《华洋诉讼判决书》，何勤华点校，中国政法大学出版社2003年修订版，第89—120页。

二

《商法总则》一书,原是日本学者志田钾太郎在京师法律学堂所作的讲义,经编辑者记录整理后,结合志田的商法著作一起编辑,由安徽法学社于1912年作为“法律丛书”第十一册公开出版。

志田钾太郎(1868—1951),是日本著名商法专家。1894年毕业于东京帝国大学法科大学,入研究生院专攻商法,选择的研究题目为“公司法与保险法”。同年,他与粟津清亮(1871—1959)、玉木杰三郎(1870—1945)三人一起组织了保险学会(它比1899年成立的德国保险学会早了3年),第二年并开始编辑出版《保险杂志》(后改名《保险学杂志》)。

1896—1898年,志田出任法典调查会商法修正案起草委员的辅助委员,同年受派遣赴德国研究商法。回国后于1903年获得法学博士学位,并任东京帝国大学商科和法科教授,东京高等商业学校(一桥大学的前身)教授。在他的建议之下,明治大学于该年创设了商学部。

志田的主要著作,除了由熊元楷编辑的本书之外,还有:《商法修正案参考书》(八尾书店1898年),《日本商法论》(全4卷,有斐阁1899—1901年),《日本商法典的编纂及其修正》(明治大学出版部1933年),《民法总则编讲义》、《商法商行为讲义》、《商法保险法讲义》(均为明治大学出版部,出版时间不详),等等。此外,志田还发表了110余篇论文,其中半数以上是保险法方面的作品。

1908年,志田钾太郎受聘来华,担任清政府修订法律馆顾问,负责起草商法,于1911年完成(简称“志田案”)。与此同时,志田钾太郎接受中国政府委托,开始了票据立法的事业。他考查外国之票据

法成例，斟酌中国票据运作的习惯，于1909年拟定票据法草案，计三编十三章九十四条。

在参与立法的同时，志田在京师法律学堂讲授商法等课程，出版了《商法第一编总则》（即本书）、《商法·会社、商行为》、《商法第四编·有价证券、船舶》（京师法律学堂笔记第11册，第12册，第13册，均由熊元楷编辑，北京安徽法学编辑社1912年版）等。此外，志田为了配合中国的商事立法，还发表了一些关于中国商事法制建设的论著，主要有：《各国商法法典之编纂史略》（《法学会杂志》第1卷第1—2期，1911年）。

1912年7月，志田钾太郎回到日本。1926年起担任明治大学商学部部长，1940年至1943年任明治大学校长。志田钾太郎的事迹，主要见于坂口光男：《志田钾太郎》，载《ジュリスト》，第1155号，1999年5月。

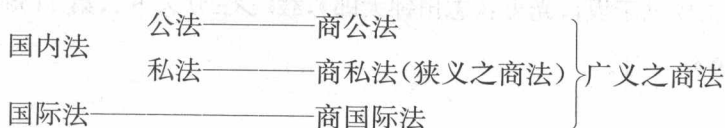
三

志田钾太郎的商法全书由绪论和五编正文组成，绪论有六章，依次是商法之意义、商法法典存在之当否、商法之沿革、商法上文明诸国之分类、商法之适用和商法之著书。正文第一编，总则，涉及总论、商行为、商业等三章；第二编，会社（即公司），包括总论、合名会社、合资会社、株式会社、株式合资会社、外国会社、罚则等七章；第三编，商行为，分总论、仲立（经纪）营业、取次（代销）营业、运送契约、寄托契约、保险契约等六章；第四编，有价证券，涉及总论、无记名证券、指图证券和记名证券四章；第五编，船舶，论述了总论、船舶物权、船舶债权等内容。

本册是第一编总则部分,除论述总论、商行为、商业等三章内容之外,还对商法全书之绪论中的商法之意义、商法法典存在之当否、商法之沿革、分类、适用和著书等做了阐述。受篇幅限制,本序仅就若干重要的问题作一些介绍和评述。

1. 商法之意义

欲明商法之意义,必先解“商”之含义。对此,学术界有各种观点,志田钾太郎认为,所谓商,就是以得利益之目的,而有偿地取得货物且以之让渡于他人之营业。而商法,就是以商法典所决定之适用范围为标准之国内私法,与民法是私法领域中的基本法不同,商法是私法中的特别法,商法中未规定或触及的事项,适用民法的规定。具体图示如下:



商法诞生于古代罗马,只是当时尚被包含在普通私法之内,没有分开。中世纪以后,商法以商人法的形式遂与民法分立,成为一个独立的法域。1667年路易十四(Louis XIV, 1638—1715)之制定商事法的事业,虽然意义重大,但实际上仅仅是将中世纪的商人法转变为国家法而已,商法成为法典,实为1807年法国制定商法典始^①。

自法国后,欧洲各国纷纷编纂商法典,从而在世界上形成了一个商法典的体系。至20世纪初叶,世界上已经有法、德、意、奥、日、荷、比、西、葡、希腊以及美洲地区等几十个国家制定了商法典。但

^① 参见本书第17页。

也有部分国家没有追随法国模式,而是以民商合一的形式,否定了编纂商法典的做法,如瑞士、瑞典、挪威、俄罗斯等。

对民商合一和民商分立的利弊,学术界一直存在着争议,但最后中国是采取了民商合一的模式,没有制定商法典,而仅仅在民法典之外,颁布了一些商事上的单行法律如公司法、票据法等而已。

2. 商行为

商行为是商法上特定的法律行为,它决定了商事之范围以及商人之概念,故是商法上的核心内容之一,一般分为基础的商行为与附属的商行为两种。在基础的商行为中,又分为绝对的商行为与相对的商行为两种。

绝对的商行为得单由行为之性质而为商行为者,具体有如下5种^①:

(1) 意思在于得利益而让渡,就动产、不动产或有价证券,以有偿取得为目的之行为,或以其所取得者之让渡为目的之行为;

(2) 以可自他人取得之动产或有价证券之供给契约,及因履行而以有偿取得为目的之行为;

(3) 交易所之交易;

(4) 关于票据及其他商业证券之行为;

(5) 担保附公司债务总额之引受(接受)。

相对的商行为,指于行为之性质外,还需要以此为营业,始得成为商行为的行为。具体有如下13种^②:

① 参见本书第43—49页。

② 参见本书第49—59页。

(1) 意思在于贷贷,就动产或不动产,以有偿取得或赁借为目的之行为;

(2) 关于为他人制造或加工之行为;

(3) 关于供给电气或瓦斯之行为;

(4) 关于运送之行为;

(5) 作业或劳务之承包;

(6) 关于出版印刷或摄影之行为;

(7) 以吸引客人之目的之场屋交易;

(8) 外汇与其他银行交易;

(9) 保险;

(10) 寄托之交易;

(11) 关于中介与行纪之行为;

(12) 商行为代理之交易;

(13) 据担保附社债信托法第三条信托之引受。

附属的商行为,是指商人因营业所为之行为。商人非之非营业之行为,如收养、婚姻等,则不算。这里的核心,是要把握住,必须是与营业相关者,才算商行为。

3. 商业

商业,是指商行为的营业^①。它可以分为主观的与客观的两种。从主观的意义上言,以某动机从事于某行为而继续者之活动状态,称事业;若行某事业之动机,在于为所得之常源,且其事业之性质,当然与此动机合致时,则谓其事业为营业。为营业目的之行为,若

^① 参见本书第82页。

为商行为时,则谓其营业曰商业。

因此,商业与事业有别,与营业也有别。从事实上观之,商业是事业之一种,如读书非商业,但也可以谓之事业;从行为上观之,商业是营业之一种,如矿业、渔业非商业,但也都可以称之为营业。

从客观意义上言,商业就是主观的商业资料之财团。主观的商业,有不以财产为必要者,如A付B金若干,定购一种货物。B即以A所付之金,为制造货物之资本,是徒手经营,不必有财产。然就普通情形而言,财产实为商业之基础。

商业之主体,称商人^①。各国商法,对商人都有定义。日本商法的定义为:用自己之名,以商行为业者,称商人。商人有自然人与法人两类。如果主体为一人时,为单独主体;二人以上时,为复数主体。

商人除了自己劳动外,还使用一些辅助者。一般而言,辅助者有三类:(1)为商业主体之代理人而为商业活动的辅助者,主要在主体是未成年人、禁治产者或法人的情况下。此时,辅助者一般都是主体的监护人,或法人的代表等。(2)以自己之名,因商业主体而为商业的活动的辅助者,主要是批发商、承运人等。(3)因商业主体而为媒介、传达及其他劳务的辅助者,如经纪人、经理、海员等。

商人于其营业上因表彰自己所用之名称,曰商号^②。它在登记之前,仅是一种名称权;一旦登记之后,就化为一种专用权,他人不得再用同一或类似之名称。因此,商号属于财产权之一种,受法律保护。

① 参见本书第91页。

② 参见本书第129页。

为使商业正常运行,必须要有营业所。如有多个营业所时,必须以一处为主营业所,其他各处为从营业所(分店)。商业的运行,还需要商业账簿、商业信书(信件、电报等)。这些,商法都有详细的规定。

四

《商法总则》一书,是中国最早引入的外国商法学作品。该书作为京师法律学堂的讲课笔记,虽然简略,但融入了原著者志田钾太郎,毕生研究商法的心得,以及其从事商法实践的经验。概括地说,本书有两个特点:

第一,本书以日本现行商法为经,以日本商法修正案为纬,与其他专据旧商法或新商法的著作不同,具有更为系统、更为综合之优点。即使与志田以往的著作相比,也给人以耳目一新的感觉。

第二,本书的形式,虽出自日本商法;但其精神则以最新学理为依据。它不以条文来诠释学理,而是以学理为原则,自成体系,在体系的展开之中,结合立法的实践,结合商法典的相关条文。这是区别于当时的其他同类作品的地方。

由于志田是清末商律的起草者,中国近代商事立法中,包含了他的心血与智慧,也体现了他的立法理念和商法观点。因此,本书对于中国近代商法与商法学,都有着重要的指导作用。一定程度上,它也是中国近代商法学的源头之一^①。

何佳馨

^① 参见何勤华著:《中国法学史》(第三卷),法律出版社2006年版,第347页。

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。