

商事法概要

第一編 序論

第一章 商法之概念

第一節 商之意義

商之意義，在法律上與在經濟上，廣狹攸殊，頗難一致。經濟上所謂商，乃指產業之一種而言，蓋產業得大別為四：即原始產業，加工產業，交通業，及商業是也。原始產業，謂以原始生產為目的之產業，如鑛業，漁業，牧畜業，農業，林業等是；加工產業，謂加工製造之產業，如紡織業，製鐵業，機械業等是；交通業謂變更處所，調和需給之產業，如運送業，倉庫業等是；商業謂介在生產者與消費者間，媒介其需給之產業，故謂商為產業之一種。法律上所

謂商，無論依據何國法律，較諸經濟上所謂商，其範圍為廣，加工製造業，交通業，固早定為商業，即原始產業之經營，如具備商業之規模布置者，現亦視同商業，故法律上商之意義，應依各該國法律所認為商者定之也。

第二節 商法之意義

商法為關於商之法律，得分為形式的與實質的二種：形式的商法，指商法法典而言；實質的商法，指商事法規而言。在無商法法典之國，就法律上之形式言之，自無所謂商法，但其商事法規，仍屬存在，或纂入民法法典之中，或以單行法行之耳。商法較諸民法，其特質頗多，即重簡便，尚公平，規定多屬任意，進步亦較迅速，且富有營利的性質，及國際的傾向是也。

第三節 商法之沿革

第一款 歐洲商法之沿革

古代埃及、巴比倫、腓尼西亞諸邦，其商業雖號稱繁盛，然關於商之法律，則無載籍可稽。至於羅馬，一般私法以外，無關於商之特別法，推原其故，則因羅馬之民法，甚為完備，用於於商事，並無扞格之虞，且當時為商人者，無須特別之資格，非如中古時代有所謂商人團體也。自羅馬帝國淪亡，而為黑暗時代，經黑暗時代，而文明之曙光，再燦於意大利之都市，由是地

中海沿岸諸市，商業復興。自十字軍之遠征，喜望峯之回航，新大陸之發見，商業作長足之進步，關於公司之保險，票據等制度，皆隨商業之發達而生，民法之規定，既不便於商業，且對於新發生之事業，又無規則之可據，於是所謂商法者，遂因時勢之要求而發生。至於使商法發達之大原因，則為中古時代之階級制度，在中古之社會，士農工商，各有等次，從事各種商業者，各有團體，必在其團體以內者，方許從事某專門之業，否則禁止之，此之謂商人團體。其立法也，自製造合商情之法，自為裁烈，以保護其團體之利益，且在商業繁盛之都市，其都市之法律，即為商人法，當時歐洲有名之海法，如行於地中海沿岸之海上慣例，則為 *Consolato*，行於大西洋沿岸之海上慣例則為 *Role Consolato*，行於波羅的海及北海之海上慣例則為 *Searecht* *Von Wisby* 即其例也。中古時代之商法，係商人團體之習慣法，非國家制定之法也。至於國家以立法權所制定之商法，則以法國路易十四世於一千六百七十三年所頒布之商事條例，與一千六百八十一年頒布之海事條例為嚆矢，繼之者有一千八百零七年拿破崙頒布之商法法典，是為法國之現行商法，厥後比利時、意大利、德意志諸國，亦各漸次頒定。

第二款 日本商法之沿革

日本明治十四年，延聘德人洛愛斯來兒氏 (*Rosler*) 起草日本商法，是為日本舊商法。明治二十六年一月經議院之議決，於七月一日施行舊商法第一編第六章，第十二章，及第三編，關於商事會社，則實行第一編第二章，及第四章。是年又設法典調查會，以草創商法修正

等案，至三十年十二月，始行告竣，是爲日本新商法，其內容分爲總則，公司，商行爲，票據，海商五編。三十二年春，經議會之議決，遂於三月一日公布商法全部，於六月十六日施行。後至明治四十四年，又以法令改正其法之一部。昭和七年，復公布新票據法，昭和八年，公布新支票法，均自昭和九年起施行，新商法中第四編（票據）亦即同時廢止，最近復將商法總則，及公司法修正公布。

第三款 我國商事法之沿革

述我國商事法之沿革，當自滿清光緒二十九年十二月初五日之欽定大清商律始。大清商律爲載振，伍廷芳二氏所起草，其所包含，不過商人通則及公司律二編。民國成立，凡清代法律不與國體抵觸者，悉爲有效，故光緒二十九年之商律，復資援用。民國三年，農商部又以清代資政院未決議之商律草案，略加修改，呈請總統公布施行，同年一月十三日，大總統乃以教令公布公司條例，三月二日又以教令公布商人通例，均自民國三年九月一日起施行。公司條例會兩經修正，第一次修正，在民國三年九月二十一日，第二次修正在民國十二年五月八日。國民政府成立。關於民商法之編纂，採取民商合一主義，其不能合併者，則分別訂立單行法規（如公司法，票據法，海商法，保險法等是。）至民國十八年十月三十日公布之票據法，（同日施行）同年十二月二十六日公布之公司法，（二十年七月一日施行）十二月三十日公布之海商法，（二十年一月一日施行），及保險法（未施行）係商事法，非商法法典也。

第四節 商法之法系

(一) 法國商法法系 法皇路易十四於一六七三年三月，頒布商業條例，總計十二章，網羅票據，破產，商事，裁判等規定，復於一六八一年八月，頒布海事條例，總計海上裁判所，海員及船舶，海上契約，港灣警察，海上漁獵等五編，包含海上公私法規，此二種條例，實為法國商法之基礎。嗣後拿破崙氏於一八〇七年頒布商法法典，是為法國之現行商法。此新法典，分為四編：(一)總則，(二)海商，(三)破產，(四)商事審判，當時號稱完善歐洲大陸諸邦，奉為圭臬，然迄至今日，久失修訂，漸覺簡陋，雖時加改補，實不足以符進步之趨勢也。至屬此法系者，則有荷蘭，希臘等國。

(二) 德國商法法系 德意志舊商法，成於一八六一年，此舊商法分為五編：(一)商人，(二)商事公司，(三)隱名合夥，及其算商事合夥，(四)商行為，(五)海商。嗣後重行修正，於一八九七年重行頒布，於一九〇〇年一月一日施行，綜計全體分為四編：(一)商人，(二)公司及隱名合夥，(三)商行為，(四)海商，共九百零五條，此之謂新商法，即德意志之現行商法也。

(三) 法德折衷法系之商法 屬於此系之商法，蓋其初皆欽仰法國商法，以為模範，及德國商法制定，復斟酌採用，重行改正，故稱為法德折衷法系。至屬於此法系者，有比利時、意

大利、西班牙、葡萄牙等國。

(四) 英美商法法系 英國原無商法法典，概以習慣法及判例爲其淵源，自十九世紀中葉以來，因商界之需要，亦頒布多數單行法，如公司法，票據法，商船法等。美國商法亦原淵源於習慣法，無商法法典，嗣後雖有成文之單行法，殆皆各州所頒布，其歸於統一者，則有流產證券法，買賣法等。至屬於英美法系者，則僅有英領屬地耳。

第五節 商法之法源

商法法源者，關於商事之私法淵源也，茲將商法法源之性質，及其適用之順序，分述如左：

(一) 商法 此指商法法典而言，商法爲成文法，故適用先於商習慣法，商法爲特別法，故適用又先於民法，商事之特別法令，又先商法而適用，蓋商法對於商事特別法令居普通法之地位，必特別法無規定時，始適用商法。

(二) 商習慣法 商習慣法者，關於商事之習慣，而認爲有法律之效力，其對於商法爲不成文法，故後商法而適用之，然對於民法，則爲特別法，故適用先於民法也。

(三) 民法 此指民法法典而言，爲私法之普通法，其適用於商事，自應後於商法。民事特別法令，民事習慣法，及法理，亦有時適用於商事。

第六節 商法之效力

商法之效力，可以分爲四：即（一）關於時之效力，（二）關於人之效力，（三）關於地之效力，（四）關於事之效力是也。茲分述如次：

（一）關於時之效力 商法關於時之效力，以不溯既往爲原則，而以溯及既往爲例外。換言之，凡在商法施行後所發生之商事，均適用商法，其在商法施行前所發生者，不得適用，然商法施行法有特別之規定，則不論施行前後之商事，均應依此特別規定。

（二）關於事之效力 商法所適用之事，須爲商事，此商法關於事之效力也。

（三）關於人之效力 不論其爲自然人與法人，（除有特別法令規定者外）亦不問其爲商人與非商人，凡在一國版圖內，爲商事者，均適用商法，此商法關於人之效力也。

（四）關於地之效力 一國內所有之商事，皆適用商法，此商法關於地之效力也。

第七節 商法之立法制度

商法之立法制度，有民商法兩立與民商法合一之分；前者以路易之商令爲前驅，後者以瑞士之立法爲先河。主兩立論者，謂商事以簡便敏捷爲貴，其性質爲國際化，且須隨時勢之變遷，爲相當之修改，故商法須與民法分離而成獨立之法典。主合一論者，謂民事與商事，既無

可明晰區別，且因兩立之故，適用上常生疑問，民商兩法，應合爲一。徵諸各國實例，民商法兩立者，有法、德、意、日、荷、比、西、葡、等國，民商法合一者，有瑞士、蘇俄、土耳其、暹羅、中華諸邦，至英美法系各國，無商法法典，民事商事，亦無顯著之區別也。

第一款 商法法典編訂之體例

商法法典之各編，有聯絡一貫之關係，故商法法典應有總則居其首，以貫串全體。至各國商法法典之內容，極不一致，日本商法法典，分爲總則，會社，商行爲，手形，（票據）海商，五編，德國商法法典無票據，法國則以破產法及商事裁判所組織法訂入商法法典，體例紛歧，可知商法法典應規定之事項，無一定範圍也。

第二款 民商法合一之範圍

在民商兩法合一之國，其合一之範圍，廣狹攸殊，不能一致。其範圍最廣者，首推暹羅（暹羅民法中有公司，票據，保險，等之規定），次爲瑞士及土耳其（瑞士債務法中有商號，商業登記，商業帳簿，公司，票據，支票，等之規定），再次爲蘇俄（蘇俄民法中有公司，保險等之規定。）我國最新立法，雖號稱民商合一，實則所合一者，僅爲通常屬於商人通例之經理人，代理商，及通常屬於商行爲法之買賣，交互計算，行紀，倉庫，運送，及承攬運送等，而於公司，票據，海商，保險，等則另有單行法規。此種立法，是否妥當，學者之間，疑問尚多。

第二章 商業

第一節 商業之意義

法律上商業之意義，立法例未能一致，日舊商法取概括主義，德新商法取列舉主義。概括規定，頗滋疑義，故晚近立法例恆採取列舉主義，一一列舉於法文中，法律上商業云者，即指此所列舉者而言，惟列舉主義，有限制與例示之別，茲所謂列舉，乃限制之義，非例示之謂。我國商業登記法仿德之新商法，採取限制的列舉主義，所列舉之十六種營業，認為商業，不在十六種列舉之內者，皆非商業，故商業云者，商業登記法所列舉之各種營業也；而營業云者，謂繼續而為同種之私法上行爲，其目的在以之為普通收益之根源者也。析言之，即：（一）營業者，須有繼續而為同種行爲之意思，故我人偶然為各種之營利行爲，自不得謂為營業，然所謂繼續，亦非有一定之期間，如展覽會中之販賣店，亦不妨為營業也。（二）營業祇須為營業者收益之普通根源，而不必定須為其惟一之根源，或其主要根源也，例如以醫師而兼售藥品，以販賣藥材之商人而兼販賣雜貨，均不妨其為營業也。（三）營業之目的，雖在收益，然有時或兼有公益慈善諸目的，亦不妨為營業，祇須不全失其收益之目的而已，如為慈善目的而經營

商業之類是也。

第二節 商業之種類

左列各種營業，稱爲商業。（商業登記法第三條）

（一）買賣業 買賣業者，轉換貨物，調和需要供給之營業也。此種營業，在各種商業中，發生最早，其初雖方法簡易，範圍狹小，目的物有限。然今日情形，大異曠昔，就方法而言，則有現買賒買之分；就範圍而言，則有國內貿易國外貿易之別；就標的而言，則不動產與有價證券，亦可列入商品之中也。

（二）貸貸業 貸貸業者，以貸貸行爲爲業之謂，其屬乎動產者，如車、船、輿、馬、儀仗、家具、器皿之租賃是；其屬乎不動產者，如房屋、工廠之租賃是。惟茲所謂動產，當然不包括金錢在內，否則將與貸金業無別。

（三）製造或加工業 製造或加工業云者，於原料施以工作之營業也。製造云者，變造材料成物之謂；加工云者，就材料之原狀，加以工作，而不變更其本質之謂，故煉草製紙，謂之製造，以紙染色，則爲加工，此種營業，僅以動產爲限，關於不動產之製造加工，則爲作業之承攬。又其材料必屬於他人，如礱坊之碾米，染坊之染衣。若自行購備材料，而製造販賣，如絲廠之繅繭繅絲，以之出售，及紗廠之收花紡紗，以之發行，雖變其物之原形，而仍不外乎賤

買賣之性質，已早爲第一款之規定（買賣業）所包含矣。

（四）印刷業。印刷業者，以印刷行爲爲業者也。印刷云者，不依人之筆墨，而用機械力化學力及其他之方法，以複製文書圖畫之謂，如於布帛加以彩染，而非以之複製文書圖畫者，固應屬於加工，而非印刷也。

（五）出版業。出版業者，對於他人交付出版之文藝學術，或美術之著作物，（著作物者，謂文書圖畫之著作）擔任印刷及發行之業也。印刷云者，因機器或印版，及其他化學材料製成文書圖畫之謂也。發行云者，出售或散佈之謂也。出售乃以文書圖畫向公衆有價售賣，而散佈係向公衆無償散發。在出版業所擔任之發行，大抵多係有價售賣。印刷與發行，爲出版業之要素，而著作權（著作權者，謂依著作權法註冊而取得專有著作物重製之利益）之取得，則非其要素，蓋以他人之著作權而印刷發行之，亦得爲出版，是故所謂出版業者，爲達出版之目的言之，或由著作人自己印刷而發行之，（自己出版）或由著作人與出版人以契約而印刷發行之，（如抽版稅是）或由著作人讓與著作權而由出版人印刷而發行之（如賣稿是）者也。

（六）技術業。此爲屬於技術方面之營業，舊商人通例未有規定，爲未法新增之商業。

（七）兌換金錢業或貸金業。兌換金錢業，係以兌換金錢爲業者，卽爲使異種之金錢得以交換利用之行爲，如錢兌業是。貸金業以貸放金錢爲業之謂，如錢莊、銀號是。

（八）擔任信託業。擔任信託業，乃以擔任信託爲業者。詳言之，信託者，係一種財務關

係，即當事人之一方，或第三人之利益，移轉其財產權於他方，而他方尤為依照一定目的，管理使用處分其財產之謂也。其移轉之財產為信託財產，移轉財產權之人為委託人，尤為管理使用處分之人為受託人，受信託財產之利益者為受益人，在信託關係上立於受託人地位，而從事營業者，謂之信託業。其經營主體，有個人與公司（即信託公司）之別，公司之經營，遠優於個人之經營，此今日我國信託公司之事業，所以日就繁榮也。

（九）作業或勞務之承攬業。此乃以承攬作業或勞務為業者。作業之承攬云者，為關於不動產之工作或建設，預約其完成，而負擔其責任，如承攬築造是。（俗稱築頭）勞務之承攬云者，謂為他人供給勞力而負擔其責任，如承攬招工是。（俗稱夫頭脚行之類）

（十）設場屋以集客之業。屬於此者，以人之勞役技藝，或物之展覽，而使人娛樂為目的者，如戲館、電影院、跳舞場等無論矣，凡旅館、菜館、茶館、浴室，以及其他供給物品，設備場屋，以資身體之需要為目的，而集合之營業皆是也。故其要素大別有三：一曰客，即支付價值以入其場屋而利用其設備之人也，此為是種商業之第一要素，蓋無客則業同虛設，而不能持久為商矣。二曰集客，即求客之雲集，而達其營業之目的也，其客之來，雖不以結集多人同時聚集為要件，而由設備場屋者觀之，則固以多人同時羣集為其目的也。三曰場屋，即建築之物也，建築之物，形式無定，大若宮庭、小若茅廬，皆得稱之，惟既為場屋，則必須占有一定之土地，具有相當之設備，若僅設界於曠野，以演藝而集客，或為單純之設備，以供客之遊

玩者，則乏場屋之要素焉。

(十一) 倉庫業 此乃以受報酬而爲他人堆積及保管物品爲營業，例如米棧、貨棧是。所謂倉庫，不必畫棟雕梁之建築，凡有一定之場所，具有一定之設備，斯已美足。

(十二) 典當業 典當種類之分別，雖無一定明文可考，亦稍有數點可分。在昔凡稱爲典者，其質物之類，並無限制，而當舖對於質貨之類，則有限制。此典與當之分別一也。典舖之櫃檯，必爲一字形，而當舖應作曲尺形，蓋典祇有直櫃，不設橫櫃，當則直櫃與橫櫃並設，此典與當之別二也。清末稱爲典者，尙有二舖，一在北京，一在南京，後皆因故自行收歇，以後典遂不存，當亦稱典，質貸之類，固不能無限制，直櫃橫櫃，更無定制，一以視財力之厚薄而目爲伸縮，一以視裝修之便否而定設備，故典與當，不特名稱之混淆，而實質上亦難以區別矣。典當業之功用，爲一種平民金融機關，其營業之性質，頗似銀行之抵押放款，通都大邑，有銀行及錢莊以調劑金融，似無須乎典當業矣，然實際不然，人煙稠密之地，工商屯聚之區，典當業亦因之愈盛，蓋銀行錢莊之調劑金融，大工鉅商，得其便利，而中下社會胼胝手足之小農小工，難資週轉，故處今日之社會，平民銀行貸款合作社等組織，尙未發展，典當業之功用，愈見其宏，況典當不憚貸款之奇零，不畏貯藏之重費，其特別便利之處，實非銀錢業所可比擬。

(十三) 運送業及承攬運送業 運送業謂運送物品或旅客之營業，凡關於貨物旅客之運

送，不論用汽船、帆船、汽車、電車、馬車、人力車及人畜之勞力等皆是。古時販賣必兼運送，近世分業之制盛行，運送遂成專業。運送由其所行之場所以區別之，則有陸上運、海上運送；由其目的區別之，則有旅客運送物品運送。承攬運送業者，以自己之名義，為他人之計算，使運送人運送物品，而受報酬之營業，例如轉運公司是。

(十四) 行紀業 行紀者，以自己之名義，為他人之計算，為動產之買賣，或其他商業上之交易，而受報酬之營業，故行紀雖自為交易，而其損益則歸諸委託人也。

(十五) 居間業 居間業者，為他人報告訂約之機會，或為訂約之媒介之營業，例如介紹土地房屋之買賣，及介紹職業雇工之類皆是。居間業非以自己之名而為行為。又非以委託人之名而為行為，故與行紀業代辦業，均不相同也。

(十六) 代辦業 代辦業者，受商號之委託，於一定處所或一定區域內，以該商號之名義，辦理其事務之全部或一部，例如常代他人辦貨銷貨之類是也。

右述十六種商業，學者名之曰實質的商業，係就營業之內容，而定商業之資格，其餘各種營業，雖同有營利性質，而不得稱為商業，則除商業一種以外，凡漁業、鑛業、及與農林相關之各種營業，均被排斥，範圍過狹，於是更就營業之外觀，而論商業之界限，以明文規定營業雖不屬於十六種列舉之範圍，而依商業登記法呈請登記者，亦視為商業。(商業登記法第四條) 此種商業之資格，因登記而取得，學者名之曰形式的商業。

第三章 小規模營業

第一節 小規模營業之標準

小規模營業者，資本淺薄，規模狹小之營業也。其標準有五，茲列舉如左：

(1) 沿門買賣物品之營業 此種營業，無常設之營業所，攜帶物品，挨戶兜售，謂之游商，如筆客、貨郎、賣花女等是。其為交易，較諸一般設有確定店鋪之商業，其營業設備，大自小自屬判然。法律上以其無確定之店鋪，即應認為小規模營業，初不問其營業資本之多寡，即有雄厚之資本。而為此沿門之交易者，亦仍屬於此種小規模營業之範圍也。

(2) 沿路買賣物品之營業 此種營業，亦無常設之營業所，設攤道傍，買賣物品，謂之露店，如廟會之商業，夜市之商業等是。亦以其無確定之店鋪，便認為小規模營業，其資本之大小，非法律所問也。

(3) 臨時買賣物品之營業 臨時買賣物品之營業，如展覽會中之臨時商店，熱天之飲冰室等是，性質既屬臨時，規模自必不宏，故法律定為小規模營業，至其資本多寡，亦非所問也。

(4) 營手工業範圍內之製造業加工業 此種營業，純恃手工技藝，博得薪工，以資生活者，謂之小手藝人，其營業也，雖不必無確定之店鋪，但其所營之製造加工，不越手工之範圍，其營業之設備恆小，故法律定為小規模營業，至其資本之大小，法律亦不置問。此小手藝人與商業登記法第三條所列舉之製造或加工業，不容相混，製造加工業乃設作坊，開廠肆，雇聘多人，使用各種器具，訂定多數代為工作之交易，得以從中牟利者，始足當之，此則雖同於他人之物上加以工作，然僅由自己手藝，即專恃個人勤勞，博得薪工，以資餬口者，不過為自食其力之手工業而已，不得作為普通商業也。

(5) 其他小規模營業 此指上列四種以外，而斟酌情況，又不能列入普通商業者而言，據他國立法例，或依據資本之大小，或依據營業稅之多寡有無，以劃定之，要之，其為小規模營業，則毫無所疑也。小規模營業，應社會一般日用生活之狀況，種類甚多，前述四種，在商業登記法亦不過特就所謂小規模營業者，為之例示耳，然深虞有所罅漏，故同時又有其他小規模營業之規定，以資網羅。

第二節 小規模營業之效果

小規模營業，不適用商業登記法關於登記及商業帳簿所設之規定，茲析述如左：

(1) 小規模營業不適用關於登記之規定 小規模營業，不適用關於登記之規定，其結果