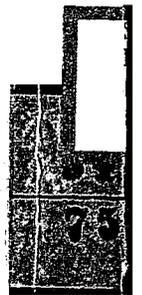


法政講義第一集

第二十六冊



商博會社

丙午社印行

3477

7561

鄭希濤先生

惠贈



116
7920900
3

商法會社之一

(第二十七册)



+11369

凡例

- (一) 是書從日本法學博士松波仁一郎會社法講述譯述。不參加他種會社法之講義錄。
- (一) 編中艱深之名詞不常見於他法者。略加解釋。
- (一) 編中所謂第某條者。皆指新商法而言。若引用舊商法及獨逸新舊商法之規定。則標示以區別之。
- (一) 原本所用地名人名。多用漢字音譯。標示以符號。其外國法律之名詞。則仍書外國文。
- (一) 原本引用外國學說。文字失之艱澁。譯文述其大意。期其明瞭。
- (一) 原本所分章節。款。悉。依法典所定。譯者仍之。

商法 會社法 目次

第一章 總論	一
第二章 合名會社	一三
第一節 設立	一三
第二節 會社內部之關係	二二
第三節 會社外部之關係	三八
第四節 社員之退社	五二
第五節 會社之解散	六六
第六節 清算	八二
第三章 合資會社	一一九

商法會社法

鄞縣 陳時夏 編輯

第一章 總論

就會社之起原。學者間有種種之說。置重於合名會社者。謂有組合既開會社之端緒。則會社之起原。比較的爲早。置重於株式會社者。從法人之會社觀察。則會社之起原爲遲。尙有說手形法者。以該諾亞之貸付銀行爲會社之起原。說海商法者。以船舶共有者出共通之資本而營航海業。爲會社之起原。皆各依其所研究而不同者也。

夫論正確之起原。學說雖異。而云於羅馬法無會社。則一致者也。於羅馬無會社。其重要之原因。雖在於商業之不發達。而亦有他之原因存焉。何也。當斯時也。爲家長之制度。家長者於其家族之上。大有權利。凡家族之財產。皆得爲一己自由之處分。故無別設會社之必要。又斯時也。在宗教上之思想。以不自勞而得利益。爲反於道德。故惟出資本而受利益之分配者。不免受其非難。而會社之發達。遂被其阻害。至後家族制度

衰。商業進步。於資本與勞力之關係。知以一人之資本運轉於他人而分配其利益。於是有匿名組合與普通之組合。遂成今日之會社。尙從他點觀之。多數之子孫。於先人死後。繼續其事業。仍共同而爲之者。已有類似會社之觀。至無親族之關係者。亦相與團結而爲事業。遂生今日由多數人而成之會社者也。學者就此現象。謂團體者。由相續的團體而進於契約的團體。雖於現今。尙關於他之事項。屢屢見此現象者也。

以上爲普通之說明。而或以市町村之團體利害共通。爲會社之起原者。或以對國家有特別之債權者之團體。爲會社之起原者。此等所說。不過一時的現象。又有特別之目的。當入於說明團體一般之沿革中。非所以論商事會社之起原者也。

就我國會社之起原言之。其明與以會社之名稱。而爲商業之團體者。始於明治二二年之爲替會社。即今銀行之前身也。後明治四年於東海道其他之驛次。許陸運會社。至明治八年。以司法省令。許會社爲訴訟之被告。漸漸近於法人之觀念者也。

於日本商法所謂會社者。以商行爲業之目的。而設立之社團法人也。

社團者。自然人之集合也。於自然人之集合中。有僅爲自然人之集合者。有依法律之

擬制 謂無現實之存在而
準擬實際之存在也 而爲權利義務之主體者。在於後者曰社團法人。會社者。爲社
團法人之一種。其設立管理解散等之事。限於無特別之規定者。適用民法上社團法
人之原則。舊民法規定會社。其會社爲非法人。舊商法規定會社。其會社爲法人。蓋名
同而所附之意義異也。現行法改在民法上者爲組合。規定於商法者爲會社。故於現
在所謂會社者。悉爲法人。在他國今尙於會社有二種之意義。頗屬曖昧。惟日本現行
法於其間明立區別。此我國法之優於外國法之點也。於外國法之會社有二種之意
義者。例如於英國所謂 (Company) (即會社) 者。其中有爲法人者與非法人者之二
種。爲法人者。謂之 (Incorporate) 非法人者。謂之 (Unincorporate) 於法國所謂 (Société)
(即會社) 者。有在民法上者與在商法上者之二種。學者每合此二種而苦於下定義。
即獨乙法之所謂 (Gesellschaft) (即會社) 者。亦如法國。有在民法上者與在商法上
者之二種。在民法上者雖非法人。而在商法上者。就其全體則以商事會社爲法人。關
於合名會社則分其說。

爲法人之會社。與其他社團法人區別之點。在以商行爲營業之目的。故雖有營利之

目的。而非以商行爲業者。不過一種營利的社團法人。不成爲會社者也。又必須爲業。故雖有爲大之商行爲者。而由各別而爲之時。亦不成爲會社者也。日本商法於爲商行爲之行爲。以明文列舉之。故於其實質雖等於商行爲。而爲列舉以外之行爲。法人不得稱爲會社。此爲正當法律之解釋。然於實際則有因其形式與目的大相類似。而謂以營利爲目的之社團法人。全然適用會社之規定者。此在適用之者之眞意。雖或爲可。而終不免爲法律之曲解者也。在獨逸之會社。嘗欲限於有商行爲爲業之目的。雖後擴張。即不以商行爲爲業。得稱爲會社。亦不要如上所述爲法律之曲解者也。會社者。惟以營商業之目的。而設立。且此目的。爲其存立之要件。故會社之社員。雖以其總社員之同意。得爲非會社目的之範圍內之行爲。或全變更商業之種類。然決不得變更其目的於商業以外。是商業實爲會社之存立要件。離商業則無會社者也。例如以航海爲營業之會社之社員。以其總社員之同意。而變更爲慈善的事業時。則其會社消滅。此爲會社之本質所當然。無俟更爲說明者。雖然。或者就商法第四十二條之明文。會社者。謂以商行爲爲業之目的。而設立之社團。過注重於其「設立」之文。

字。謂會社在設立之當時。雖不得以商業以外之事業爲目的。一旦設立之後。即變更其目的而營商業以外之事業。亦無不可。有所誤解。故特一言之也。

會社設立之目的。不可不合法。若以反於公之秩序與善良風俗之事項爲目的。則其設立行爲爲無效。而自始視爲不成立。又最初適法成立之會社。爲反於公之秩序與善良風俗之行爲時。則裁判所得因檢事之請求或以其職權命其解散。第四十八條

於會社之設立。有單以當事者之行爲爲足者。有尙於其他須國家之免許者。關於此有二主義。前者曰免許主義與干涉主義。後者曰準則主義與放任主義。立於此二主義之中間者。則有公認主義。

免許主義之理由如左。

(一) 組織會社者。通常爲多數之人。此多數之人。不知爲其會社之目的之事業性質如何。爲發起人之人如何。加入於會社。而與會社爲取引者。亦眩其資本之大。定款之美。不調查其會社之實質。而輕率與之取引。皆往往被不測之損害。故國家豫就其會社事業之性質。與爲其發起人之人。及他各種之事項。詳爲調查。認爲無危險

者而與以免許。所以保護社會公眾之利益者也。

(二) 大資本之會社。通常營獨占的事業。於社會公眾之利害。大有關係。故爲獨占的事業者。官吏不可不干涉之。又小資本之會社。易有停止支拂與破產之事。一會社破產時。不惟害及他會社之信用。且有延而招一般經濟界之恐慌之虞。故國家必精細調查其會社事業之性質與其資本額等。豫防右之危險者也。

(三) 會社者。爲法人。其多數社員之責任有限。而其利益則無限。其所謂責任者。惟於一定之限度爲負擔。而彼等之所謂利益者。皆於社會公眾所不利益者也。故其設立。必要國家之免許。尙就所謂法人者言之。本爲依法律之規定而生之人。故其成立時期。亦不可不在國家之免許之時期也。

爲準則主義之理由。又當對右之免許主義而有所言。有之在營業自由及契約自由之全盛時世。就會社之設立。無必要國家干涉之理由。更就此免許主義而駁之。謂免許主義者。雖云國家許否會社之設立。爲保護爲會社之社員者及與會社爲取引者。然此等之人。自注意可也。不必國家之保護之也。又雖云會社之獨占事業。於社會公

衆之利害大有關係。故國家當許否會社之設立。然此亦誤也。何也。國家之干涉之也。以其事業爲獨占的之故。決非爲營之者爲會社而干涉之也。又論者雖云以小資本之會社。易爲破產。國家當調查資本之多寡而決許否。然小資本者之破產。在自然人亦同一者。於一方認營業之自由。而於他之一方不直認之。於國家。定其成立之許否者。非也。會社爲法人。其社員通常有限責任之點。大與自然人不同。雖於或點。有不利於社會公衆者。無甚相遠。然欲避之。則有種種之方法。非謂於會社之設立。必要國家之免許之理由也。

右所述免許主義及準則主義。孰是孰非。不得直爲論斷。要觀察其國之商業之進步。與官之程度。於信用之發達如何。爲應時勢之立法。現今一般之風潮。皆由免許主義而進於準則主義。英吉利獨逸與他歐洲文明諸國。多採用準則主義。於文明之大國中。今尙採用免許主義者。僅奧太利一國耳。若日本商法。亦採用此準則主義者也。然從日本現在之事情見之。則採用準則主義。尙不能無過早之感。蓋於日本之現在所有會社之多數。皆依特別法之規定。於國家之免許之下而設立者也。

日本商法之主義。以準則主義而設立會社者。以私人爲設立行爲足矣。而其設立行爲。依會社之種類而不同。有單以定款之作成爲已足者。有迄創立總會之終結。要爲多種之行爲者。而於此中間所爲之行爲。亦有種種。因會社之如何而異。故不能爲一括之論。然其精神之所在。則在作成有效之會社契約。即所謂定款之作成也。

於定款。以有書面爲必要。或者謂口約亦可。或甚至謂意約亦可者。是以會社之意義爲廣。有法人與非法人之二種。雖就國法之下一部之會社。或得言之。而於日本國法之下。亦所不許之說也。蓋於日本法之下之定款。必以書面作之者也。

會社者。雖因欲設立之當事者之行爲而成立。然欲使其會社得對抗於第三者。要於其本店之所在地爲設立之登記。第四十五條未爲此登記。則會社不得對抗於第三者。其

社員所爲之行爲。全視爲社員自己之行爲。社員因此行爲而得權利也。自得之。負義務也。自負之。雖或依於組合之關係。亦惟使各社員共同得權利。負義務。而欲此權利義務。於會社設立登記後。爲會社之權利義務。則必須相手方之承諾者也。

茲所謂第三者。包善意者與惡意者而言之。故於會社設立之登記前。雖或人已知會

社之成立。與其會社之社員爲取引而得權利。會社亦不得對抗之也。但未登記之會社。雖不得以其設立對抗第三者。而其第三者則不妨對抗其會社者也。

就右所述第四十五條之規定。與關於商業登記第十二條之規定之關係。有二說。

第一說。會社之設立。因於其本店之所在地爲登記。得直對抗第三者。不必爲公告。此第四十五條之規定。爲第十二條之例外之規定也。

第二說。會社之設立。非於其本店之所在地登記且爲公告後。不得以之對抗善意之第三者。何則。於第十二條規定當登記之事項。非於登記及公告之後。不得以之對抗善意之第三者也。此規定爲商法總則之規定。故雖於會社設立之處。亦當然見爲適用者也。若第四十五條者。僅示其會社之設立當登記之事項。而此設立得對抗第三者之手續。當依第十二條之規定。尙從立法之精神論之。如會社者。公示於第三者。而後可使爲行爲者也。普通之事項。猶有爲公告之必要。而斷無限於會社而有不必要之理由存也。

右之二說。果孰得法之正解。一委諸君之研究。而不下斷定。

會社非於其本店之所在地爲登記者。不得着手於開業之準備。或謂於開業之準備。其得或動產不動產之所有權。與設定地上權。及結僱傭契約。多與第三者爲法律行爲。故欲以會社之設立對抗第三者。有須登記之規定足矣。而會社非爲登記不得爲着手於開業之準備之規定。可不必者也。雖然於開業之準備中。非與第三者爲法律行爲。乃會社單爲或事之際也。故使會社於登記前得爲是等之事。須以法律之明文示之者也。第四十六條 非於登記後不得着手於開業之準備。故雖以社員一己之名義。而購買土地家屋。若認爲開業之準備時。則其行爲爲違法。爲此違法行爲之社員。當處以五圓以上五百圓以下之過料。第二百六十一條 但會社者。於其登記之前。雖不得以其成立對抗第三者。而於會社與社員之間。則已爲有效之成立。故社員與其會社爲法律行爲時。其行爲爲有效。雖爲違法可受制裁之行爲。亦非常無效者。有於或處爲無效。而於或處爲有效者。又會社於其登記之前。不能着手於開業之準備。則其不得着手於其目的之事業。可不俟言也。

會社於其本店之所在地爲設立登記後。既過一定之期間。尙不開業時。不惟使社會

公衆有懷疑惑之念。企同種之事業者有受妨害之虞。而避官廳之監督之弊。亦將由是而生。故法律使裁判所得因檢事之請求或以其職權。命其會社之解散。日本商法定右之期間爲六箇月。即會社於其登記後經過六箇月。尙不爲開業者。裁判所得命其解散者也。於此際會社之解散。以一屬於裁判所之職權。故裁判所得視其當時之事情而伸張其期間。又雖裁判所命之解散之時。若會社有正當之事由。亦得請求期間之伸張。例如航海會社。於豫定之期日。不得取得船舶時。又如鐵道會社。向外國定製軌條而未到達時。得具其事由。而請求裁判所伸張其期間。此事由爲正當之事由。故裁判所必當爲相當之伸張者也。

日本商法之種類有四。即(一)合名會社(二)合資會社(三)株式會社(四)株式合資會社是也。於舊商法會社之種類。有(一)合名會社(二)合資會社(三)株式會社之三種。認爲不充分。故更於新法加以株式合資會社者也。然加此株式合資會社之一種。果爲必要否乎。就現今此種之會社觀之。固極居於少數也。在獨逸之商法。與日本新商法所認之會社相當者有四種。其他稱爲(Stille Gesellschaft)而用(Gesellschaft) (即會社)者。與

日本商法之匿名組合相當。故日本新商法不入之會社之中。而爲前示之四種類。又獨逸於日本商法所認會社之外。尙有有名之二種會社。其一稱爲營利會社。又其一稱爲有限責任會社。結局則會社有六種而所說明者爲多。

於日本商法會社之種類。雖限於前示之四種。然商法非妨其他別種會社之創設也。而可豫想得爲別種會社之創設者也。何也。於商法第四十二條所謂『於本法所謂會社者』之規定。是尙有於他法所謂會社者可豫想也。

會社者。必須商號。其商號不可不應會社之種類。而加以合名會社合資會社株式會社及株式合資會社之文字。此關於商號之第十七條所規定者也。若不加以此等之文字則如何。又有合名會社之性質者。而用合資會社之文字加其商號。以其名爲或法律行爲時。其效力當如何。生此等之問題時。不外依其法律行爲之性質與爲其法律行爲者之意思如何。而異其斷定。有於或之處爲有效。於或之處爲無效者。又有視其事情而科以刑罰者。

第二章 合名會社

第一節 設立

合名會社之名稱。爲法國法學者波荃愛氏 (Pothier) 所用之名稱。即採用於法國商法 (Société en nom collectif) 所詳之名稱也。於獨逸商法雖用 (Offenen yesselschaft) 之名稱。而於學者間尙多有用 (Kollective Gesellschaft) 之名稱者。此名稱所由來。以此種類之會社之商號。用集合社員之名。使一見而知爲何人組織之會社者也。即在今日。尙有國採此主義。於商號使集合社員之名。不使最少用其社員一人之名。與株式會社生用表示營業之目的之商號。相爲對照者。雖然。若以社員一人之名。亦以爲可。於合名之名稱。已不符實。況於商號雖用如何之名稱亦無不可之國法下。其合名之名。之更不符其實乎。故用此名實不符之文字。不如示其會社之實質。例如稱爲無限責任者。而可略稱爲無限會社。或稱爲連帶責任會社是也。

於會社之名稱。悉用社員之名時。則社員之數。自爲少數。故雖不以法律直接限定其

社員之數亦可也。

無論如何之法律。其於合名會社之社員之數。皆希望其少數者。何也。蓋於此社員間之關係。酷似組合。須相互相知。對於外部而負連帶之責任。故必使相與信用之人之間爲組織。得豫防爭端之生者也。舊商法限爲七人。若新商法則不以明文設何等之制限。於會社之名稱。得隨意附之。故其社員之數。無論幾人可也。不必如舊商法限於七人以下者也。雖然。在法律雖不設其限定之數。而從會社之性質論之。則社員之數。當爲少數。若有多數之社員者。是因其必要而許之者也。

或云。爲合名會社之說明。當說明以商行爲爲業之團體。雖然。在我國之會社。皆以商行爲爲業。非如他國之株式會社。以商行爲以外之事業爲目的。亦得爲會社者。故惟就合名會社而說明以商行爲爲業之團體。實不見其必要者也。又云。於合名會社。當說明有二人以上者。雖然。凡所謂會社者。皆社團法人也。而社團法人。皆有二人以上者之必要。又無俟於說明者也。又云。於合名會社當說明有商號而爲權利義務之主體爲訴訟之當事者。此於以合名會社爲非法人之法律。與以合名會社爲法人與否

未詳之法制。及雖以合名會社爲法人而於會社中認爲非法人之法制。誠有說明之必要。以就爲合名會社與組合爲區別。而此等之說明所不可緩也。然日本於商法所規定之會社。皆爲法人。故於日本國法之下而爲此等之說明。亦無益者也。又於合名會社之社員間。雖有共通之計算與損益之分配等之事。然可準用關於組合之說明。於知民法之諸君。自能了知之。更不煩於說明者也。

爲合名會社之特質。而與他之會社顯異之點。爲各社員負連帶之責任。即商法第六十三條曰。『不能以會社財產完濟會社之債務時。則各社員連帶而任其辨濟之責。』是也。在於株式會社。爲株主而負無限之責任者。雖一人無之。在株式合資會社及合資會社。雖有負無限之責任者。而限於其人員。非如於合名會社之總社員負之也。因此特別之性質。而合名會社之社員。遂皆有代表會社之權限。又於定款要各社員之署名。生種種異於他會社之規定矣。

合名會社者。因定款之作成。而成。立定款者。爲一種之契約。即定款者。爲二人以上者之意思之合致。而得此意思之合致。則成立爲會社也。或設會社者。從二人以上者之

單獨行爲成立。即數人者。爲有同一之目的意思表示時。雖非合意。亦成立爲會社。雖然。各個之意思表示。不足以連結當事者。而爲連結之者。則契約也。此定款所以云契約也。即從會社之發達史觀之。所謂會社者。亦爲依契約而使成立。更徵之現今多數之學說。亦莫不然。故欲覆之。不可無有力之理由。或有謂單獨行爲之同時發表者。謂從來代理者。必由委任契約而起。今雖依非委任契約之單獨行爲。亦可發生。又從來於手形行爲總爲契約。今爲單獨行爲亦有之。此過爲好奇之說。不過欲於會社亦應用之也。不知此於會社之制度。所決不得應用者。若他日得有應用於會社之時期。而於其最早之時之會社。與今日之所謂會社者。已異其性質矣。

尙有謂依單獨行爲而得生法人者。例如依寄附行爲而生財團法人是也。然財團法人與社團法人者。兩者不得同一視。茲以商事爲目的之會社。而欲與財團法人爲同一之論。實不可也。又有謂會社者。由共同行爲而成。然無意思之合致。而謂會社得以成立。此當與單獨行爲說同受非難。不足採也。

定款者。爲契約。其相與結此契約。固必須爲契約之總社員之同意。即就其契約而爲

變更。亦必須其總社員之同意。而定款者。欲因之而使會社之成立。又定各社員之權利義務。使對於第三者亦得對抗。則以記載於書面爲必要。從而定款者。當視爲書面契約。即依此書面之作成。而會社乃成立也。於定款爲會社之成立要件。恰與手形相似。故以記載於書面。爲其必要。然或往往誤解。謂定款者。書面其物也。不知定款爲記載於書面之契約。而書面非物質也。此不可不注意者也。

於法律示定於定款之事項。有缺其一。其定款即屬無效者。是爲定款之絕對的要件。此絕對的要件如左。第五十條

(一) 目的。
(二) 商號。

於合名會社之商號。當附記某某合名會社。此總則所載者。又於其際會社之商號。須用可示其爲會社之文字。亦總則所載者。而其所用之文字。無論爲外國文字。無論以外國文字譯爲日本語。而依裁判官之認定。就可示其爲會社者足矣。見可示其爲會社者。得爲商號。不可見者。不爲商號。故雖爲同一之文字。有從所見之裁判

官爲有效者。或以爲無效者。

(三) 社員之氏名住所

於獨逸則於商法第百六條規定之。當記載於其屆出書。

(四) 本店及支店之所在地

無支店時。以無其所在地。故無記載之要。所謂所在地之地者。與手形法所謂振出

地

謂發出手形之地也

支拂地謂定給付金額之地也之地。非必同其意味。故爲手形法之解釋之所謂地

者。爲獨立之最小行政區劃。假定其例。如市町村是。而於茲不得直就其解釋爲應用者也。

(五) 社員之出資之種類及價格與評價之標準

於右五箇之事項。記載於書面。各社員署之名時。則會社於是成立。

於右事項外。會社者。尙有就其內部之關係與外部之關係。定種種之事項者。若有定之之時。則當同記載於定款。而稱此種之事項。曰記載於定款之相對的必要事項。

雖已成立會社。而不爲登記。不能對抗第三者。此前所說明者也。當登記之事項。而意

於登記時。則處以五圓以上五百圓以下之過料。第二百六十一條 會社者。從作定款日之二週間內。要於其本店之所在地。與或設有支店時。其支店之所在地。爲左事項之登記。

第五十一條

(一) 目的。

(二) 商號。

(三) 社員之姓名住所。

(四) 本店及支店。

法律者。不謂本店及支店之所在地。而單云本店及支店。本店及支店之所在地。雖不與登記所之所在地同一。而登記所之所管轄地多時。則有曖昧不明之虞。必當登記於所在地也。不惟所在地。尙有多少之事項。亦當爲記載者。因法無正文。遂至不明。或者謂記其所在之場所(即番號)足矣。

(五) 設立之年月日。

(六) 定存立時期及解散之事由。時則其時期及事由。

(七) 社員之出資之種類及以財產爲目的之出資之價格。

此異於定款。不須就非財產爲目的之出資之價格及評價之標準。而爲登記者。蓋爲第三者所注目。專在於會社之財產也。爲此說明固可。然合名會社者。置重於爲其社員之人。即第三者亦專依社員之信用如何而爲取引者也。而欲知會社於財產以外之出資。可以如何金錢估算。寧以非財產爲目的之出資之價格及評價之標準。亦使之登記。故從全體言之。於會社設立之登記。當使定於定款之事項。悉爲登記。而至少就規定於法律之絕對的。必要事項。使之登記者也。

(八) 定代表會社之社員時則其氏名。

雖定業務執行社員而不須登記者。以業務之執行。爲會社內部之關係。無使第三者知之之必要也。

右所揭八個之事項。雖爲登記事項之重要者。然於他尚有種種當爲登記之事項。即當爲登記之期間。爲從作定款日之二週間內。當爲登記之場所。爲會社之本店及支店之所在地也。於合社設立之後而設支店時。則於其支店之所在地。要於二週間內。

爲前述事項之登記。尙於本店及他支店之所在地。亦須於二週間內。爲設其支店之登記。第五十一條第二項於茲所謂設支店者。爲設支店之決議之時乎。爲現實開設支店之時乎。抑爲於支店開始業務之時乎。不能無疑。於控訴院雖決爲爲設立之決議時。而在大審院則決爲已開設支店之時。能得其實情者也。

於管轄本店及支店之所在地之管轄地域內。而設登記時。則爲設其支店之登記足矣。第五十一條第三項會社移轉其本店及支店時。則於舊所在地。要於二週間內爲移轉之登記。

於新所在地。則須於同一期間內爲定於第五十一條之登記。第五十二條第一項於同一登記所之管轄區域內。而移轉其本店及支店時。則惟使爲其移轉之登記。是以同一帳簿。使就同一之事項爲重複之記載。不惟無用。却有使帳簿繁雜之虞也。第五十二條第二項

於爲登記之事項中生變更時。要於二週間內。於其本店及支店之所在地爲登記。第五十三條所謂事項之變更者。於普通之意味。雖爲既存事實消滅。新事實發生。不知僅爲既存事實之消滅。亦爲一種之變更。蓋登記者。以雖登記事項之少許變動。亦使公衆知之。而關於登記事項之消滅。亦不可不視爲變更也。從而改既定之解散事由。更以

他之事由爲解散之事由時。固當爲變更之登記。即僅爲廢止其解散之事由之際。亦當爲廢止之登記也。又改特定之會社代表社員。而以他之社員充之時。固不待論。即僅爲廢止其特定者時。亦當登記者也。由此同一之理由推之。則或代表社員死亡時。其當爲登記。不俟言矣。而當登記者怠於爲登記時。則爲業務執行社員者。不能免於過料也。

當爲登記之期間。爲從當登記事項之生時之二週間內。此期間決不得爲延長者也。關於登記事項。因登記申請人與登記裁判所異其意見。不得於其期間內登記時。則如何。若以爲不得已而許其延長時。是濫以見解之異爲理由。而生長怠於登記之弊。然申請人勤於其期間內爲申請。因偶然意見與裁判所異。而不得於期間內爲登記。不惟爲會社之不利。且於自身受其處罰者。不可不謂失之酷。故余之所信。申請人於其期間爲申請。而與裁判所意見相異之際。依抗告其他法律所認之手段。而盡力完其登記者。不得謂違反於商法者也。

第二節 會社之內部之關係

所謂會社之內部之關係者。雖爲會社與組織會社之社員之關係。而其結果。則不外社員相互間之關係也。雖從會社爲法人所生之效果言之。其重要者。爲對於第三者之關係。次之爲各社員對於會社之關係。最後爲社員相互間之關係。而論會社之內部關係時。則其結局。在論社員之權利義務。故依學者所謂會社之內部關係者。當說明社員相互間之關係者也。

會社之內部關係。專依當事者之契約而定。苟其所爲之契約。不反於公之秩序及善良之風俗。且限於不害合名會社之性質者。無論如何爲之可也。而商法之規定。專爲無契約其他之意思表示而設。故以契約而異其所定者亦有之。若其契約充分時。本節之規定。殆不見其適用者也。獨逸之學者。設合名會社內部關係之規定。乃法律代當事者而爲契約。雖無契約亦可者。即商法之所規定。亦不充分之處。得依於民法之規定者也。蓋合名會社之內部關係。酷似組合。故「準用」組合之規定。曰準用而不曰「適用」者。以一爲法人。而他則僅爲單純之契約也。

就合名會社所最當研究者。爲社員之持分之性質。持分之語。在民法共有之規定。謂

各共有者得就其共有物之全部。爲應其持分之使用也。民法第二百四十九條又在民法組合之規定。謂組合員就組合財產而處分其持分時。其處分不得以之對抗組合及與組合爲取引之第三者也。民法第六百七十六條又在商法。於船舶共有之下。有關共有者各自之持分之規定。第五百四十六條以下故持分之語。不獨限於合名會社之處者也。今就上述此等之持分。而觀察其共通之點。則於持分之生之際。必於二人以上者之間有共通之財產。以此言持分。則所謂持分者。得云。對共通財產之各人所有權利之額。若加以義務之觀念而言此持分。則所謂持分者。又得云。對其共通財產之各人所有權利義務之額。於會社法無特說明持分之規定。當準用合名會社之規定者也。又於民法組合之規定。謂脫退之組合員之持分。不問其出資之種類如何。得以金錢拂戾。還與之之意也。從此點解釋。則所謂持分者。有謂爲受金錢之拂戾之權利者。而於合名會社之社員之持分。雖亦有爲如是之說明。然爲持分者。不惟受金錢之拂戾之權利。尙包含諸種之權利者也。今若分解之而悉爲列舉。雖頗爲困難。而於其主要者之中。如以金錢受出資之拂戾之權利。於會社存續中受利益分配之權利。與干涉會社之業務及監督之權利。尙

有種種之義務。亦隨之者也。彼於持分之讓渡。爲要他社員之同意者。蓋全從義務方面而觀察持分者也。商法之規定。謂社員不得他之承諾而讓渡其持分時。其讓渡不得以之對抗會社。第五十九條蓋合名會社。雖以置重於爲其社員之人。忌他人代爲社員而出之。亦得謂由於持分之內。而有包含義務之現象者也。

士陶布氏者。獨逸商法之註解家也。嘗採合名會社之例而說明持分曰。設有甲乙二人組織會社。甲爲三千圓之出資。乙不以財產出資而平分其損益。若於其際所損失爲二千圓時。則甲負擔其半之一千圓。然持分之額爲二千圓。似乙亦當爲一千圓之負擔。但乙本非爲財產出資者。故不別出此一千圓。是所謂持分者。乃消極的也。在獨逸以勞力爲無財產上價值。若社員得以勞力爲出資。故說明持分。有斯奇妙之說。而在我國則視勞力有財產上價值。得爲出資。其勞力可以金錢估算。故與以金錢出資者同。得說明其持分。而與士陶布氏之所說明。有不可歸於同一者。

無他之社員之承諾而爲持分之讓渡。雖不得以之對抗會社。然讓渡人與讓受人之間。則有完全之效力。故讓受人者。得依讓渡人就從其持分所生之利益。移轉於自己。

又讓渡人者。得使讓受人盡屬其持分之義務者也。尙有謂讓受人得直接於會社而申立讓渡人之權利者。是對於第三債務者之債權者之權利。有其規定。依其規定之解釋如何而定之也。當併民法研究之。

社員得他社員之承諾而讓渡其持分時。則其讓渡。不惟對讓受人及會社爲有效。即對於與會社爲取引之第三者。亦有效者也。此讓渡。當於本店及支店之所在地爲登記。就其讓渡前所生會社之債務。則於登記後二年間。當負擔其責任。是豫防會社衰頹之時。欲讓渡持分而免其責任者也。於此之際。持分之讓渡人。就會社之債務所負責任。欲嚴重而貫於條理。得別之爲二種。第一。以自已之出資額負擔之。第二。於會社之財產不足支拂其債務之處。則不可不以自已之全財產無限而負其責任。或謂一旦讓渡其持分於他人後。唯於會社之財產不足支拂其債務之處。負擔責任可也。果如斯說。則於社員出資減少之處。爲不得其權衡。蓋商法於『社員出資之減少不得以之對抗會社之債權者。但於本店之所在地爲其登記後二年間債權者。不對之而述異議時。則不在此限』有其規定故也。

定會社之內部關係。有須總社員之同意者。有以總社員之過半數之同意爲已足者。前者之例。如定款之變更。爲其他非會社目的之範圍內之行爲。及會社之解散等是。尙於或社員讓渡其持分。欲以其讓渡對抗會社之處。及欲爲屬於會社之營業部類之商行爲之處。須有他社員之同意。須有他社員之同意者。亦總社員之意思歸於同一之結果也。後者之例。如支配人之選任解任是。

於合名會社必要總社員及社員之過半數同意之處。依如何之方法而得之乎。在株式會社及株式合資會社。雖有株主總會。定其招集之方法時議決之方法等。而在合名會社則無何等之所定。故無論如何。可也。雖欲得社員之同意。不及別開會議。而得各個之同意。亦可也。又表示其同意之方法。無論以口頭以書面。無不可也。且其表示非必爲明示也。即默示亦得行之。所以如是者。蓋合名會社之社員。通常爲少數。而有父子兄弟與親友之關係者。故無使強開總會有依於議事之形式之必要也。雖然。若於有父子兄弟等之關係者之間。亦重儀式時。與社員爲多數。有依一定之形式之必要時。則得以定款定之。此等之處。總與組合及船舶共有之處等。爲同一論可也。

要過半數之同意之處。其過半數爲社員之頭數之過半數。若欲避關於出資之不公平。則可豫以定款議決。依其持分之價額之過半數。若於各處以計算持分之價額之過半數爲繁。則可豫就資本分其大之持分。依其一人有數個。如於株式會社一人之株主而有多之株式可也。或謂如是言之。則分割資本爲數多之持分。而使持分如株式。不免與合名會社之性質相反。不知上所述之事。全爲會社之內部關係。而未嘗有害於公益。且雖爲如斯之資本金分割。而於各社員所有之全額。仍得認爲一個之持分。決不害於合名會社之本質者也。法律既許一個之持分。爲數人之共有。而爲計算之便宜以分割一個之持分。故亦所不禁也。

定款者。既以總社員之一致而作成。故其變更。亦必要總社員之一致。即爲非會社目的之範圍內之行爲之處。亦要其一致者也。例如以陸上運送之目的。設立會社。而爲海運時。與爲運送所設立之會社而爲倉庫業時。是爲法文所載會社之目的之範圍外之行爲。而從須有總社員之同意推論之。以有其總社員之同意。遂謂雖如何之行爲。亦得爲之。不可也。唯就定款之性質及總社員之同意之效力論之。則得謂於不害

合名會社之性質之範圍內。以總社員之同意。雖何事得爲之也。

此就條文爲普通之解釋。尙就舊商法草案第九十八條羅威斯爾 (Richter) 氏之註解見之。謂非會社之目的之範圍內之行爲者。如海運會社於從前航路外開新航路。爲輸出會社者。并爲輸入之事業。或爲贈與爲義務外之支出等也。迨倫敦之航路而延長爲里府。又日清間之航路。而延長至朝鮮。此不須一一爲定款之變更。有總社員之同意足矣。又對於貧民出小義捐金。若一一使變更定款。亦失之煩。此氏所論之主意也。余雖有所贊成。然規定之方法不善。不能無種種之疑惑者也。

就理論言之。會社之目的。雖不示於定款可也。即示之而惟爲其主要者可也。若皆於定款定之。則會社之行爲。悉入於目的之範圍內。無所謂目的之範圍外者。故謂會社之目的。其示於定款者。惟爲其主要者可也。然爲此理論。果依如何之根據。得爲各期之解釋乎。所不能不問者。又分主要之目的與否。其標準亦頗困難者也。而從實際上觀之。在使合名會社豫定目的而記載之於定款。且就其登記之必要者。務使遵守其主意。而不使有逸於定款以外之目的者也。若單有總社員之同意。雖定款以外之目

的。亦得使之遂時。則必有濫用、百出之虞。羅威斯爾氏曰。海運會社於從前之航路外。開新航時。雖不使變更定款亦可。果如此說。則爲新航路而較從前之航路非常長大時將如何。從前單爲橫濱神戶間之航路。而增爲歐米清韓國之航路時將如何。在羅威斯爾氏雖云不使變更定款亦可。而余則信爲當使變更定款者也。又羅威斯爾氏曰。輸出會社。雖至營輸入事業。不改正定款可也。而余亦信爲當使改正者也。關於如何之事項。當使改正。余與氏固異其見解。而異其見解者。尙不止此。而如氏之寬大之解釋。時實更生規定之濫用者也。

故即依本條規定。於或會社爲目的外之事。單以總社員之同意爲已足。而於其目的外之事。務必爲嚴重之解釋。而力貫於立法之大主義。余爲立法論。寧希望定爲非變更定款不得爲會社之目的外之事者也。至少從第十八條之規定中。削除其「其他會社之目的之範圍外之行爲」之文字。而爲解釋者也。如羅威斯爾氏之所言。謂倫敦航路。延長迄於里府。無使改正定款之事。偶於一二回爲之。更不見其要。又於爲贈與之處亦然。雖然。於此等。若別以明文定得爲目的之範圍外之事。則從附隨於目的

之行爲觀之可也。現今關於株式會社。雖無如此之規定。而無論爲何國會社法之解釋。有不以之爲非違法乎。合名會社與株式會社不同。有總社員之同意。其得爲定款外之行爲之餘地。或亦有之。而欲以明文公許此也。則不可也。

會社之定款。爲定會社之組織。而亦有於其中定會社之目的者。社員既得變更其定款。故爲定款之一部會社之目的。亦得變更之也。即得以其定款之變更。而變更其目的者也。所以許其變更目的者。蓋於或時解散成立會社。更新立他之會社。要種種之手續。故會社之目的變更。雖爲重要之事項。而就會社之設立。欲貫所採放任之主義。則委之社員之隨意者也。雖然。其新爲之事項。如銀行業保險業。於特別法必要官之認可時。則不可不從其規定。此不俟言也。

總社員一改欲爲商業外之事業時。則會法仍得爲法人而存續之乎。爲別論雖得爲存續。而亦早非會社矣。

次就社員之權利義務說明之。

第一 社員之權利

社員之權利。其主要者如左。

(一) 於會社存續中受利益之配當之權利。此權利爲合名會社社員之權利中最重要者。

抑會社者。以營利之目的而成立。各社員者。以營利之目的而設立會社。故受會社營業上所收得利益之配當。爲社員必要之權利。雖有定款如何之所定。不能奪其權利者也。雖或時其配當額非常少數。於事實上有不受利益之配當之觀。或其配當之金額。直贈與於他人。而有全不受利益之配當之觀。然不得因之謂社員無受利益之配當之權利。若有無受利益之配當之權利者。是其人全不有社員之資格者也。

(二) 社員於自己之退社及會社解散之際。有受持分之拂戻之權利。此權利在以勞務與信用爲出資之目的之社員。雖非必要。得以定款定爲無此權利。而以財產爲出資之目的之社員。則常有此權利者。雖有定款如何之所定。不能奪其權利者也。

(三) 社員。有執行會社之業務之權利。所謂執行會社之業務者。謂欲達會社之

目的。而爲種種之行爲也。例如處分會社之財產。整頓會社之營業帳簿。任免支

配人以下之使用人等是也。第五十六條 使用人中支配人。有重大之權利。其選任及

解任。常以總社員之過半數之同意爲必要。故任免之權在於各社員。茲所謂使

用人者。乃限於番頭手代以下之人也。第五十七條

執行會社之業務之權利。於社員相互之間。得隨意制限之。若或社員超其制限

而爲或之行爲時。則會社得使其社員以直接履行及損害賠償之方法。盡其所

應員之責任。但此制限。對於善意之第三者則無效力。

執行會社之業務之權利。雖其於內部得爲制限。而爲社員非必有此權利存也。

故以定款於社員中特定其執行業務者。得由他之社員奪其權利者也。然以定

款特定執行業務之社員之處。在不有執行業務之權利之社員。不過對於執行

業務之社員爲之監督而已。

於定款無何等規定之處。則各社員執行會社之業務之權利。爲其當然之權利。

若或社員欲執行會社之業務。而有他之社員拒其執行時。則得請求裁判所之救濟者也。

社員之權利。其主要者。既如右所述。此外執行會社業務之社員。尙有受相當之報酬之權利。及受立替金代爲支拂之金錢也之辨濟與其他爲會社支出費用之辨濟之權利等。不俟言也。在外國之法律中。其合名會社之社員。雖就其拂込之出資額之幾分。有充自用而爲借出之權利。於日本商法則不認社員有是權利者也。

此外關於會社之事項。有陳述意見與相互監視之權。定有執行業務之社員時。他之社員。雖無此執行權。而其監視權利更爲大。其範圍及方法。以定款定之爲當。若無何等之所定時。則依慣習與可準用民法組合之規定者決之。如檢查會社之業務及會社財產之狀況。聽執行社員之報告等是也。民法第六百七十三條

第二 社員之義務

社員之義務。其主要者如左。

- (一) 社員負爲出資之義務。此義務於受利益配當及受持分拂戻之權利。爲相

對的。無論從會社本質觀之。從會社沿革觀之。莫不以此爲社員所負所最重義務。而無有何等之議論者也。若金錢以外者得爲出資之目的與否。雖有議論。而解決之。則得爲出資之目的也。又財產以外者得爲出資之目的與否。亦一問題也。於日本商法。則勞務及信用之二者。皆明認得爲出資之目的。然爲此等之評價。則極爲困難。故其評價之標準。以定於定款爲必要。於民法組合之規定。認勞務得爲出資之目的。而就信用。則毫無明文。故於民法。雖可論信用不得爲出資之目的。而在商事則以信用得爲出資之目的。於外國之學者間。全無異論。故日本商法於勞力外之信用。亦定其得爲出資之目的也。

既許勞務及信用爲出資之目的。則地上權永小作權等一切之物權。及普通之債權。亦得爲出資之目的。可無疑也。以債權爲出資之目的之處。若債務者至辨濟期不爲辨濟。則社員不可不任其辨濟之責。尙於此之處。支拂其利息外。雖損害之賠償。亦不可不爲之。是無異組合員以金錢爲出資之目的之處。於怠其出資時。支拂其利息外。尙須爲損害之賠償也。

(二) 各社員負執行會社之業務之義務。執行會社之業務。爲各社員之權利。同

時爲各社員之義務。故以執行業務者有廣大之權限。且受多額之報酬。此通常就執行業務之權利方面爲觀察。而從他方面觀察時。則當爲各社員之義務。何也。於執行會社之業務。不可不如有思慮之商人。用法意於執行自己之業務者爲之注意。又爲執行會社之業務社員時。不能從事於他業。因之社員有不欲爲業務之執行者。然社員雖不願爲業務之執行。不能使社員以外之人。執行會社之業務。故以業務之執行。爲各社員之義務也。但以定款特定或社員爲執行業務者時。則他之社員。得免此義務也。

受會社法之制裁者。在有執行業務之義務者也。雖通常爲各社員。然法律許以定款定其例外。故於定款若有此例外之所定時。惟爲所謂業務執行社員者。受會社法之制裁。而其他社員。則不受制裁。雖他之社員。於事實上或執行業務。而非所謂執行社員。亦不受此制裁。又不有伴此之權限者也。

(三) 社員非有他社員之承諾。負不得爲自己及第三者爲屬於會社之營業部類。

之商行爲之義務及不得於以同種之營業爲目的之他會社爲其無限責任社員之義務。此義務稱爲社員之避止的義務。爲防止與會社之競爭而設者也。故有就競爭禁止之義務。略稱爲禁競義務者。而此義務與代理商所負擔之義務同種。又有他之社員之承諾。得以免之者。與支配人得本人之承諾得免其義務。亦無所異也。

社員若違此義務。而因自己爲商行爲時。則他之社員。依其過半數之義決。得就其所爲之商行爲。視之爲會社而爲者。就社員之免除禁競義務。必要總社員之同意。而違此義務所爲之行爲。視之爲會社而爲者。以過半數之同意爲已足。似失其權衡。然此二者。不惟於其事情有重輕之差。亦以社員違義務所爲之行爲。視之爲會社而爲者。於會社無所損。即於會社有損害者。亦得使之賠償者也。又此事稍爲業務之執行之均點。故以過半數之同意爲已足也。

社員違此禁競義務而爲商行爲。視之爲會社而爲者。既如前所述。而此視之爲會社而爲之權利。他之社員之一人。從知其行爲時。二週間不行之者。則消滅。又

從其行為時經過一年者亦消滅。

第三節 會社之外部之關係

所謂會社之外部之關係者。乃會社與第三者爲取引而生之關係也。雖利害之所歸。在各社員對於第三者。然苟以會社爲法人。則其關係之當事者。不得不謂在會社。卽爲學理之說明。亦不能不云在會社者也。故於獨逸商法雖云社員間之關係及社員對於第三者之關係。而學者則皆以爲會社之內部關係與外部關係而說明之也。會社爲法人。不能自與第三者爲法律行爲。故有置代表者之必要。因他人爲法律行爲。而有使其他人得權利義務之權限者。謂之代理人。今因會社而爲行爲。似稱爲代理人亦無不可。然爲法人之代表者。有法定之大權限。於得爲一切之代理行爲外。不惟得爲代理以外之事。而亦與普通之代理人。有大異其狀況者。故則稱爲代表者。爲合名會社之代表者。各社員也。以定款及總社員之同意。不特定代表會社之社員。時則各社員代表會社。第六十條就此條文言之。其爲設立之際。以定款定代表社員。在設立後。以總社員之同意。而定代表社員之趣意乎。抑爲無論設立之際。設立之後。又

無論何處。得以定款及總社員之同意。而定特別之代表社員之趣意乎。又於設立之後。以特別之社員爲代表者。當爲定款之補足否。既有代表社員。而因增減變更。當爲定款之變更否。皆不能無疑者。余謂第六十一條所謂「以定款及總社員之同意」之規定。當削除總社員之同意之文字。單爲「以定款不特定代表會社之社員時」之規定可也。

行各社員之執行業務之權利義務。曰以定款。行各社員之代表權。曰以定款及總社員之同意。故爲比較解釋。則執行業務之事。雖以總社員之同意。可云不得行之。或行其代表權。則有總社員之同意。雖不變更定款。亦得爲之。夫行其代表權如是。而獨於行其業務執行權。有總社員之同意而不變更定款者。必曰無其效。是無論如何言之。於業務執行權與會社代表間。終不得其權衡者也。業務執行權與會社代表權。當置之同等之地位。其變動當使依同一之條件或同樣之手續。若立其區別時。則各社員之代表。爲對於外部。而業務之執行。僅爲內部之關係矣。故就代表權。當更使之從嚴格之手續者也。

以定款定或社員爲業務執行員。以他之社員爲代表社員可乎。於大多數之處。所謂業務之執行者。在因會社與第三者爲法律行爲。例如因會社爲物之賣買。爲金錢之貸借是也。故於實際上此業務執行之資格。不能與代表權之資格分離。若分離之。會社之不利也。雖然。爲法律之解釋。則此二資格。未嘗不可謂得以分離者。何也。商法者。於第五十六條許以定款特定執行業務社員。又於第六十一條許以定款特定代表社員。此二個之條文。非聯結之規定。乃各別之規定。故此二個之條文。各別爲其適用。得解釋或社員爲業務執行社員。他社員爲會社代表社員者也。反對論者曰。此二者以一爲會社之內部關係。故規定之於會社內部關係之節。一爲外部關係。故規定之於會社外部關係之節。不過因二者異其性質。不得已異其規定之場所。而爲全體之解釋之際。則宜使二者聯結。以業務執行社員與代表社員。爲同一之社員。然余謂法律於規定之適用。雖屬曖昧。若謂其欲求形式之美。而使執行權與代表權分離爲別個之節。則不得認之也。且法律之精神。果有實質上之併合意味。必明示之。而設特別之規定。限於合名會社不得爲特別之規定。則無其理由者也。

於茲尙有當研究者。即業務執行者。必不適於代表會社者也。於業務之執行。如決定營業之方針。爲會計之整理。及帳簿之記載等。其事項雖熟練者與第三者爲取引。尙見爲拙。故此二資格。以別之爲各箇人乃便利也。但所謂業務之執行者。固會社爲如何之事。皆包含之。而此所包含中之事。有必不爲代表者所執行之業務者。蓋代表者以對外爲要。而在內部爲計算爲帳簿之記載者。決不得云代表。故代表者雖有業務之執行。不過爲單純之業務執行而已。

會社之代表者。爲法定之代理人。與否。欲決此問題。當先決法定代理人之爲何。此問題雖學者各異其說。然以會社之代表者所有之代理權。爲法定代理權。則學者間所無異論者。即爲會社之代表者。於會社之營業。有爲一切裁判上及裁判外之行爲。所謂包括的權限者也。唯從其制限見之。則爲會社之代表者之社員。惟有自與會社爲法律行爲之處。不得謂有代理權。蓋就代表社員自身之利益與會社之利益相反之事項。其社員不有代理權者也。會社加代表社員以代理權之制限。不得以之對抗善意之第三者。此雖與加支配人之代理權之制限。不得以之對抗善意之第三者。出同

一之趣旨。然會社之代表者非使用人。其地位與支配人不同。而其代理權恰與法人之理事相等。故法律於會社之代表者。準用民法第五十四條之規定。不用商法第三十條第三項之規定也。

爲會社之代表者當行其職務而加他人以損害時。會社有賠償之責否乎。就民法第四十四條第一項之規定言之。則法人之理事。就其職務而加損害於他人者。法人任其賠償之責。於此亦準用之。在會社當爲賠償者也。支配人當行其職務而加損害於他人者。適用民法第七百十五條之規定。即該條所云。因或事業而使用他人者。就被用者爲其事業之執行。而加損害於第三者時。則任其賠償之責是也。是似爲會社之代表者。亦得適用。而難於適用者。則以會社之代表者非使用人也。又會社之代表者。其準用民法法人之規定。民法第四十四條第一項或準用使用人之不法行爲。民法第七百十五條之規定。雖爲同一之結果。然使會社之代表者。若準用使用人之不法行爲之規定。勢必就其但書之規定亦準用之。是不免惹起幾多之疑問。同條但書曰。使用者於其被用者之選任及其事業之監督。爲相當之注意時。又雖爲相當之注意。而可生損害時。則不任

賠償之責。果於會社之代表者亦爲適用時。則先當就會社與代表者之間。果有僱傭關係否乎。不可不決之者也。又合名會社者。就其代表者之選任及其事業之監督。果爲相當之注意否乎。亦不可不決之者也。是無論如何。當爲消極的之解決。故於會社之代表者。不能準用關於使用人不法行爲之規定。而準用民法法人之規定也。合名會社社員之代表權限。殆無際涯。苟在會社之目的之範圍內者時。雖濫用之。尙爲有效。但相手方則得對於會社而請求其履行。關於此有判決之例。以依獨逸帝國裁判所所下之判決。於茲略焉。

業務、執行社員。爲會社之目的以外之行爲時。則如何。然會社者。於其目的之範圍內存在者。今爲目的以外之行爲。當以不使會社任其責爲本則。關於此有一判例。雖屬於舊商法之解釋。然新民法亦援用之。即日本明治三十六年一月之判決是也。會社者。賠償其代表社員所加於他人之損害時。則得對其代表社員更爲求償。所不俟言也。

代表社員之行爲。其爲會社之行爲也。非必以會社之商號爲其行爲。在會社思想之

幼穉時代。專重形式。代表者之行爲。爲會社之行爲時。以會社之商號爲之爲必要。至後漸爲寬大之解釋。一千六百七十三年法蘭西商令。規定因會社而爲署名之行爲。雖爲一社員之行爲。總社員亦任其責。而其社員之行爲。有須用會社之社名否乎。而生問題時。法國大審院依右商令之規定爲判決。謂其行爲爲會社之行爲。不必用會社之社名者也。後法國商法承繼商令所規定。於生此等問題之際。常爲如此之解決。尙於法國之合名會社。不須必附以一定之商號。依諸種之證據。而其行爲分明爲會社之行爲足矣。獨逸之舊商法第百十四條。有同此趣意之規定。日本商法亦與法國商法同其趣意。即爲會社之行爲者。不必以社名。雖以代表者之氏名。亦得爲會社之行爲者也。是以代表社員與會社。於事實上。有同體之狀況。不問用何之名。得爲會社之行爲也。唯會社與代表社員者。異其法律上之人格。故於普通之處。社員以自己之名義所爲之行爲。可推定非會社之行爲也。

各代表社員者。無論如何。皆有爲關於會社之營業一切裁判上及裁判外之行爲之權限。故時或各代表社員之行爲間。來其矛盾。欲避此矛盾。而以定款定爲會社之行

爲者。雖有豫以代表社員之過半數決之。或以代表社員之四分之三決之。然是全爲會社之內部關係。而對於外部。則毫不生其效力。以對於外部。各代表社員皆有全權者。如主人與數人之支配人以共同支配權之處。其契約惟主人與支配人之間有效。其對於第三者。則各支配人均有全權。若於各代表社員之行爲而生矛盾時。其行爲之性質。依生其行爲時之前後等。得決其行爲有效無效或取消與否者也。因其行爲而受損害者。得使之對於會社及其代表社員而請求賠償者也。爲此解釋。其結果通常爲會社之不利。恰如數人之支配人。互矛盾而爲行爲時。爲主人之不利。或人爲多種之矛盾爲行爲時。爲其人之不利益也。法國之學者。謂或社員雖反對他社員之業務執行。然其社員與第三者爲法律行爲時。則會社不得以其內部之反對。而對抗第三者。即此意也。

會社不能以其財產完濟其債務時。則各社員連帶而任其辨濟之責。是爲合名會社。異與他之諸會社之主點。亦爲日本商法之合名會社與他國商法之合名會社之異點也。於社員間雖有如何之契約。而對於外部。則各社員悉負連帶無限之責任。若有

一人而不負此責任者。其會社早非合名會社者也。今就此與他之會社比較之。在合資會社。必有一人以上之有限責任社員。在株式會社。爲株主之責任。皆屬有限。又在株式合資會社。亦必有一人以上之有限責任社員。惟在合名會社。則社員之責任。悉爲連帶無限。而與他之會社大相異也。是合名會社者。所以較於他會社大其信用。同時無論第三者無論社員自身。必須明其總社員之性質資力者也。

合名會社者。爲純然之法人。而所謂各社員者。全爲別人。故存於此兩者間之權利義務。不得爲相殺與混同。例如或人對會社有或之債權。而對其社員則負擔同額之債務。不得就其債權債務而爲相殺者也。其對於社員有債權對於會社有債務者亦同。在組合當有此類似之規定。則於會社之見爲必要。可無論也。民法第六百七十七條參照

各社員雖就合社之債務。負連帶無限之責任。然非主債務。乃爲從債務。且爲條件附之債務者也。即以所謂會社之財產不能完濟會社債務時爲條件。於條件到來後所當履行之債務也。故會社之債權者。當其始不能請求社員爲其債權之辨濟。於此點與獨逸之商法異。蓋獨逸之商法。會社之債權者。於其始請求債權之辨濟。對於會社。

或對於其社員。隨意者也。唯會社及社員同時破產時。則依破產法之適用。先於會社財產而充辦濟。故或學者謂獨逸之合名會社非法人。又或學者謂獨逸之合名會社雖爲法人。而非純然之法人。乃相對的之法人。關於此點。在法國亦議論不一。或學者謂會社之債權者。得於其始直請求社員爲其債權之辦濟。或學者謂會社之債權者。必先對於會社求爲其債權之辦濟。而後對於社員。亦得直求爲辦濟。是等之說。皆誤解會社之社員間連帶責任之存在。而以會社與其社員之間亦有連帶之責任。不知會社之債務與社員之債務。全爲別物。而社員之債務。同於保證人之債務者也。

於會社財產不足之處。而任辦濟之責之社員。爲現在之總社員。蓋法律既以合名會社爲法人。就會社之債務。使各社員負連帶之責任。則所謂負此連帶責任之社員。當爲於其支拂會社債務之時之總社員。而其社員從會社設立之當時存在乎。從債務之生以前存在乎。抑於債務既生以後不知其實事而入社者乎。可不同之也。然在沿革法上及比較法上。於合名會社之社員。有就其入社以前所生之債務。不負責任者。或以社員相互間之契約。定新入社員無此責任者。又有輕減其責任。使得對抗第三

者。故日本商法特以法文明其不然之趣意也。第六十四條 獨逸之舊商法伊太利之商法等。皆與日本商法同其趣意。

退社後之社員。就於本店之所在地爲退社之登記前所生會社之債務。於其登記後二年間。負其責任。若云退社員就退社前會社之債務負責任。則爲新入社員者。惟就入社後之債務任其責可也。或新入社員者。惟就其入社以前二年間所生會社之債務任其責可也。然法律者。其使退社員於退社登記後二年間。就會社之債務負其責任者。以專爲保護第三者。非使新入社者之責任。因之而輕減也。雖於同時或者退社或者入社之處。恰如增一人之債務者。然因之而利於會社之債權者。其結果亦得增會社之信用者也。

尙於社員出資之減少。不得以之對抗會社之債權者。蓋保護第三者也。社員之出資。本有登記。有登記而第三者乃信用會社。與會社爲種種之行爲者也。若其出資減少。則其會社之辨濟力。亦從而減少。使之對抗。則第三者必被不測之損害。故使合名會社爲非法人。在爲會社之債權者。無論對於會社。無論對其社員。得隨意請求辨濟。可

不問其順位之如何。於其出資之減少。或無甚痛痒之感。若合名會社爲法人。則其財產與社員之財產。全爲別物。會社之債權者。就會社之債務。對於社員既非直接之債權者。故於此不可不嚴其規定。以保護第三者也。

或社員欲減少其出資爲半額者。會社之債權者。得對於以前其社員之出額之全部。而爲請求。若已被減少出資爲半額時。似唯對其半額有優先權。然就他之部分。亦有與他之債權者立於同等之位置之利益。欲避此弊。故社員出資之減少。不得以之會社之債權者。即社員雖減少其出資。而會社之債權者。對於其減少以前之出資額。有優先權者也。然於本店之所在地爲出資減少之登記後。二年間。債權者對之。不述異議時。則得以其出資之減少對抗債權者。余於此點不能無憾。何也。出資之登記。當於本店及支店之所在地爲登記。減少者。僅以本店之所在地爲登記。而使得對抗會社之債權者。則待與支店爲取引之第三者。不得不謂失之酷矣。

法律。於爲不當之利益之配當之際。亦設保護第三者之規定。蓋與不使社員出資之減少。對抗會社之債權者。出於同一之趣意也。所謂爲不當之利益之配當者。乃就不

可云利益者而爲配當之處也。其甚者爲其資本之配當是也。又不填補損失而分配收得金是也。又於填補損失之外。當爲準備金之控除。若於此不爲控除而分配收得金時。亦不當之配當者也。不當之配當。雖可以之爲無效。然於會社之原則。雖斯不當之配當。亦視爲有效。唯使爲會社之債權者。得請求受配當者之返還而已。

尙有難認爲會社之外部關係事項。亦規定於本節中者。如第六十五條之所載是也。該條云。『非社員者。有使信自己爲社員之行爲時。則其人對於善意之第三者與社員負同一之責任。』所謂非社員者。謂全與會社無關係者也。或於會社之商號必用社員氏名之處。有實非社員。而許諾其氏名使用於商號者。謂當與社員負同一之責任。此以事實上稍與形式上之會社有關係。故以斯規定。謂可置於會社之關係中。然日本商法於會社之商號。非必要用社員之氏名。即用社員以外者之氏名。亦所不禁。故或人之氏名。有用於其人無所關係之會社商號者。雖其人知其事實。而不能直以其人爲有信自己爲社員之行爲也。然於或之處。亦有使與社員負同一之責任。尙於非社員者。就使信自己爲社員而負責任者。在爲類似會社之業務執行之行爲。雖

實體上於會社無何等之關係。然於形式上不可認爲社員者。爲使信自己爲社員之行爲時。其行爲多屬詐欺者也。夫因詐欺而加損害於他人者。其當負責任。固不俟言。尙於社員負同一之責任外。當從一般不法行爲之原則及刑法之規定而受制裁者也。關於本條之解釋。可參照舊商法第百十三條羅威斯爾氏之商法草案。及英法之獨路曼特巴得奈等之說明。

於上所述之處。若會社知非其社員而爲使自己信爲社員之行爲。而不禁止時。則當認會社爲惡意與過失。就其人之行爲而負責任。即無何等之責任。而其損失亦會社自被之也。本條於用社員以外之人氏名於商號之處。最多適用。若其他之處。則依民法不法行爲之規定及刑事之規定足矣。

舊商法有非無限責任社員。而與無限責任社員同負辦濟會社債務之責任者。即（第一）非無限責任社員而承諾表示其氏名於社名者。（第二）非無限責任社員而與於會社之業務執行者。但商業使用人。則不在此限。蓋惟限於非無限責任社員。而於事實上有無限責任社員之權利義務者也。然此舊商法之規定。不惟不適於法人

之觀念。而在理論亦有缺點。於實際多生爭議者。故新商法不採之也。

第四節 社員之退社

所謂社員之退社者。謂爲社員者。於爲社員之權利義務全然消滅。無論於內部之關係。於外部之關係。至爲社員而有與會社無關係之事實也。而說明社員之退社。或有云社員之資格之喪失者。或云於總社員合同而與會社之關係絕。爲除一人外而總社員絕之時。來會社之消滅者。當稱之曰解散。於社員一人退社之際。從其人觀之。爲等於解散者。可稱爲一分之解散。又有與此反對不稱爲會社之解散。而稱爲總社員之退社者。於外國之法律中。別無社員之退社與解散之區別。二者規定於同節之中。故不能不有此等之說明方法。獨逸之學者。先說明解散之性質與其效果。而後說明各社員之退社。是在獨逸商法之說明。固爲正當。然從日本之商法言之。則先從各社員之退社而爲說明可也。此說明方法之不同。亦從會社爲法人與否而生者。以會社爲法人。則各社員之死亡破產等。無直接影響於會社。而會社之解散。得與社員之退社。爲各別之說明。若以會社爲非法人。則合名會社專置重於爲社員之人。而與結

契約。苟因各社員死亡破產而退社時。爲覆會社契約之基礎。以先說明解散而後說明社員之退社爲便利。蓋在羅馬法以會社爲契約關係。後之法律常承繼之。雖一人之死亡破產。亦以爲解散之原因。而無有之爲退社之思想者也。

雖爲社員一人之退社。而可生會社之解散者。則退社之原因。當限於重大。不使易爲退社。若僅爲社員之脫退者。雖寬其退社之條件可也。社員之退社。於原則爲可惹起解散。與使各社員易爲退社。唯於或之處爲例外。即於退社附以困難之條件。或退社只爲各社員之脫退。決不使惹起會社之解散。或不許其容易退社。或雖容易退社。而於一定之期間內。使與社員負同一之責任。與解散之際等。要之從全體言之。退社者於可來會社之解散主義之下。比較的爲困難。不然者。即比較的爲容易者也。

依日本商法退社之原因。有因當事者之意思者。有因法律所規定一定之事由者。從全體觀之。其類於組合員之脫退之點頗多。觀民法第六百七十八條以下之規定。可以知者。又類於商法匿名組合之契約解除之規定者亦有之。

第一 因於當事者之意思者。

(一) 定款之所定。定於定款之事由發生時。則不要他之何等之行爲。當然爲退社。故或稱爲法律上之退社原因。或稱爲由一定之事實之原因。然余邇依定款之由來。則以此爲包含於因當事者之意思之退社原因中。

(二) 總社員之同意

(三) 他之社員之一致。因他之社員之一致而退社者。稱爲除名。獨逸法於或之處之除名。爲裁判上之原因。即裁判所於或之處。得因社員之請求。而爲或者之除名也。此爲裁判所之權能。故於或社員雖生除名之原因。而裁判所若不除其名。亦未嘗不可解也。

於除名者。以無退社之意思爲必要否乎。又其意思之有無。可不問否乎。學者間盛有議論。而其如何。則當以可名爲除名者與否而決。依此所決之結果。則或會社之除名者。不得爲他之會社之代表。不得爲公之機關之役員者也。或謂於除名以除名者無退社之意思爲必要。若除名者亦有此退社之意思時。即爲總社員之同意。當云他之退社原因。雖然。法律者。不以除名反乎除名者之意思爲必

要。故觀察之主點。寧在他之社員之一致。而爲正當之解釋。亦當云於除名者之意思如何。毫無關係於除名者也。

於茲又有一問題。即除名者。限於一時一人乎。抑同時得爲數人之除名乎。或主張限於一時一人者。謂會社爲法人。雖如同時得爲數多社員之除名。然日本商法所謂他之社員之一致者。實示其一人以外之一致。尙從立法論言之。若同時得爲數多社員之除名。則於社員間相爭之際。直得以多數之議決。而使反對之少數者。悉爲除名。又於除名原因中。有云社員不盡重要之義務者。而以何者爲重要之義務乎。又以如何之程度。認爲不盡義務乎。是反存事實認定之餘地。以爲多數者濫橫之餘地。故務當嚴重其除名。以豫防多數壓制之弊者也。雖然日本商法汎云除名者。得以他之社員之一致爲之。勿論被除名者之數。未嘗限定。即當一致之社員之數。亦未爲限定。故苟有定於法律之除名事由發生之際。雖以幾人之社員之一致。而使幾人之社員爲同時之除名。亦無妨也。但爲一人之社員。不能云一致。故自不見其適用。然此一人之社員。其於會社解散之請求權。

亦未嘗無之。若以此解散之請求權。而苟有二人以上之社員之一致。則可云得爲他之總社員之除名者也。唯爲事實論。則如或者所說以多數者之一致。一舉而爲少數之除名。非無可恐之點。所本法律限定除名之原因。故得依其解釋而避此弊也。

於商法除名之事由者。有如左之規定。第七十條

(甲) 社員不能爲出資時。及於受催告後相當之期間。不爲出資時。如出資之目的之動產。因不可抗力滅失。至於不能爲出資。以勞力爲出資之目的者。因疾病其他之事故。而至不能爲履行是也。然於此之際。唯有不作爲之事實足矣。而不作爲之原因如何。可不問也。

(乙) 社員不得他之社員之承諾。而因自己或第三者爲屬於會社之營業部類之商行。爲與爲以同種之營業爲目的之他之會社。無限責任社員時。

(丙) 社員對於會社爲不正之行爲時。商法於社員對會社爲不正行爲之機會。限於執行會社業務之際。及代表會社之際。故際此以外者。社員雖有對手

會社爲不正之行爲。而不以之爲除名之原因。雖然。非會社關係之事項。既規定於會社關係之節。則於此之規定。亦當擴張。即凡爲不正之行爲者。皆得爲除名而限於會社之內部關係與外部關係之不正行爲者。非也。若爲現行法之解釋。強欲就爲會社關係以外之不正行爲者。而除之名。則非依第七十條第五號之規定。謂社員不盡重要之義務耳。

(丁) 社員於不有執行會社業務之權利之處。而干與其業務之執行時。

(戊) 其他社員不盡重要之義務時。此爲概括的規定。而依解釋之方法。雖如前所述對會社爲不正之行爲。得包含之於本項之中。又社員不有代表權而代表會社之處。爲前號記載之所漏。於此亦得使包含之也。

於法律所規定原因不生。欲單以多數之決除名社員者。非定款之所定無效也。雖爲或社員之除名。而不以除名之旨通知於除名者。則不得與除名者對抗。於此通知之前。除名者尙爲社員。得求利益之配當。又其執行業務或代表會社。不惟對於第三者有效。即在其社員與會社之間。亦有效者也。若以除名欲對抗第

三者則必須登記。

於社員以其一致除名或社員外。有因社員之請求。而裁判所除名或社員者。第八

條十三

(四) 各社員之意思。會社因契約而成立。在於合名會社。則更置重於爲其社員

之人。故各社員以不得自由退社爲原則。然於左之所載則爲例外。即各社員得隨意退社者也。

(甲) 社員有不得已之事。由時不拘。以定款定會社之存立時期與否。無論何時

得爲退社。第六十三條第二項所謂不得已之事。由者何。雖全爲事實之問題。若寬擴解

釋時。則爲破法律所限定退社之事由之意味。故不可不爲嚴格之解釋。即所

謂不得已之事。由者。例如社員因就公職。與罹或種類之疾病之際。而他之社

員爲無能力時。或不盡其他重要之義務時。雖得爲彼等社員之除名。然欲除

名者爲一人不盡義務者。若於多數社員之處。即不能如何。從於此得請求會

社之解散。第八十三條何如自爲退社。與會社絕其關係爲得策也。

因不得已之事由而退社者。無論何時可也。且不必爲其豫告。

(乙) 不以定款定會社之存立時期時與定之以或社員之終身時。在採用干

涉主義之法律。雖於會社必確定其存立之時期。而在日本商法。則無論合名會社。無論株式會社。不以確定其存立時期爲必要。故在會社有不定其存立時期者。不定其存立時期時。則其會社得視爲永久無限存續。又無論何時得隨意解散。恰如無期限債務之際。雖何時得請求其辨濟者也。由後之意味解釋之。則社員無論何時得爲退社者。誠爲明瞭。而由前之意味解釋時。依公益上之關係。亦當使如社員無論何時得退社。故不定會社之存立時期時。雖就如何之意味爲解索。莫不以如社員爲得自由退社者也。然計會社之利益。則當於六個月前爲其豫告。且限於營業年度之終得爲退社。

以或社員之終身定會社之存立時期時。亦有以爲不定會社成立時期之際之一例而爲說明者。是雖不得謂之誤。然人之終身之長短。本屬不明。而此無期限與條件附之異。尤不可忘也。何也。以或社員之終身間定會社之存續之

際。其使如社員得爲隨意退社之理由。以於會社存立期間未定之處。常俟其時期之到來者。對社員則失之酷。強俟其時期之到來者。又有因之危其社員之生命之虞者也。或謂以社員之終身爲會社之存續期間者。爲束縛人身之自由。反乎公道。當使各社員隨意得爲退社。此說也。就其終身間受束縛之社員。雖得言之。而於他之社員。則不見其適用者也。又謂以人之終身間許會社之存續者失之長期。故認其任意之退社。然此說也。又不能爲日本商法之說明。何也。日本商法以定款定之者。雖如何之長期亦爲有效故也。故此等之議論。爲立法論雖有一顧之價。而爲解釋論則可決言其不當者也。

尚有非眞退社。而法律亦視爲退社。適用退社之規定者。即會社因存立時期之滿了與其他定於定款之事由之發生而當解散之際。以社員一部分之同意而欲繼續會社者。就其不同意之社員視爲退社是也。第七十五條

第二 不因當事者之意思者

(一) 社員之死亡。凡以社員之死亡。爲當然來會社之解散。而法律不設其規定

者。則於社員死亡時。當以其社員爲退社。亦不須特以法律規定之也。而特規定之者。則亦有故。即未貫徹法人主義之國之法律。有因社員一人之死亡而規定會社之解散者。或以特約規定。雖社員一人之死亡。而不以之解散會社。得以其殘存社員之同意而繼續之者。又學者謂通常社員之死亡。雖爲退社之事由。而必不爲會社解散之事由。故日本商法特就社員之死亡揭於明文者。一以示日本法採用異於他國法之主義。一以示採用右學者之所說者也。又商法之原則。異於民法之原則。雖本人死亡而不消滅代理權。雖匿名組合員死亡。而匿名組合尙爲繼續。因之有疑合名會社之社員雖死亡。亦不退社者。故設此明文也。社員死亡時。其社員之相續人爲社員否乎。專以總社員之意思而定。若總社員決議死亡社員之相續人爲社員。而相續人亦表示加入之意思時。則其相續人爲社員。而此相續人之爲社員。非承繼先人之社員權。乃純然爲新入社員者也。或問曰。豫以定款定社員死亡時。以其相續人爲承繼者。其契約爲有效也。則相續人當然被羈束而續死者爲社員乎。曰然。若相續人不欲爲社員之時。亦可從

退社之規定而爲退社者也。

社員死亡時而其相續人當然爲社員者。與前之社員同。而爲無限責任之社員。或以定款定之時。必使爲之者。殊失之酷。於獨逸新商法。得使相續人請求相續。爲有限責任社員。若他之社員容其請求。則其會社爲合資會社。不容之則得使相續人直爲退社。此既舊商法之點。雖爲獨逸學者之所誇。而日本商法則不設斯之規定者也。

(二) 社員之破產。社員破產時。亦當然退社。雖於此之際。尙有得繼續爲社員之定款。無其效也。而社員爲禁治產者之際。有云繼續爲社員之定款有效。亦有謂雖有定款無其效者。

(三) 社員之禁治產。社員爲禁治產者時。當然退社。而於定款有與此反對之。定時。則其効力如何。以之爲有效者。曰。社員雖爲禁治產者。而後見人得代之。而爲法律行爲。且社員非必執行會社之業務。或爲會社之代表。故爲禁治產者。而失其行爲能力時。尙得存續其社員之資格。恰如合資會社之有限責任社員。單

受利益之分配。負擔損失。其所異者不過責任之有限與無限耳。雖然。合名會社之本質。在置重於爲社員之人。而如此之契約。則有害於公益之虞。當以無效解之爲正當。

爲退社員之權利之重者。在應持分之割合。而受金錢之拂戾。在於共有。以就現物分割爲原則。限於事實上不能爲現物之分割時。及分割現物而顯有減少其物之價格之虞時。則有例外。即競賣其物而就其代價受分配是也。然會社之財產。爲法人之包括財產。而有一定之價格可得計算。爲退社員者。不能就會社之所有物或債權等。爲各別之分割而取得之。蓋會社得不問退社員之出資之種類如何。而常以金錢爲其持分之拂戾者也。以金錢爲持分之拂戾。雖有計算會社總財產之必要。然於退社之當時未完了其計算者。於其完了之後爲拂戾。亦無妨也。若於此之際。會社與退社員。共以須長日與費用。不願爲其計算時。則依交換更改其他之方法。而取得一定之金額。或取得一定之債權。又無妨也。

以勞務及信用爲出資之目的之退社員。亦得受其持分之拂戾。現今多數之立法。莫

不然也。然有不以勞務及信用爲出資目的之思想之國。雖認勞務及信用得爲出資之目的。亦以是等之資本。爲不得受金錢之拂戾。故日本商法特以明文示之。雖以勞務及信用爲出資之目的之退社員。尙有受持分之拂戾之權利者也。但定款別有所定時。則從其定款。第七十
一條

於會社之商號中。用退社員之氏或氏名時。則退社員得請求止其氏或氏名之使用。第七十
二條 若社員退社。而其氏或氏名之用於會社商號中。放任之不爲請求者。則認爲承諾其使用。或認爲有使信自己爲社員之行爲。而使對第三者與社員負同一之責任。故爲退社時。當速請求止其使用者也。雖然。如前所述於日本法會社之商號。雖爲如何之使用。亦屬無妨。則退社員就自己之氏或氏名。使用於商號中。而不禁止者。當然不得謂對於第三者而與社員負同一之責任。若會社一旦因退社員之請求變更其商號後。因他之理由。更使用與退社員同一之氏名於其商號時。則退社員亦不得請求禁止其使用。或其商號於不退社員之氏外。尙用他社員之氏者。退社員又不得請求止其使用者也。

我商法之缺點。在於法文僅云「退社員之氏或氏名」故退社員就會社之商號中用自己之商號時。不得請求止其使用。雖爲精神的解釋。得使退社員請求止其使用。不知即幸得爲此之解釋。交不能無疑問也。於此之處加會社之制裁。單爲商法之規定尙不充。分。當於此外依賴行政法規裁判所之職權等也。

退社員者。既與會社全無關係。則就退社後之會社債務。當然不負何等之責任。雖然。在於退社之登記前者。第三者多不知退社之事實。故爲保護第三者。使退社員就爲退社登記前所生會社之債務。於其登記後二年間任其責。然退社員就退社前所生之債務。果如何負其責乎。雖無法律規定。然欲得其公平。則當先使退社員就從前之出產額。與會社財產同負第一次之責。尙爲不足時。則當以全財產與他之社員連帶。而負第二次之責者也。

於社員讓渡持分之處。有代讓渡人爲社員之讓受人。故讓渡人不受其持分之拂戾。是從表面上觀之。無論會社財產。無論社員之數。皆未嘗減少。而尙使讓渡人就其讓渡前所生之會社債務負其責任者何也。蓋不如斯。則不能充分保護第三者。故與上述退社之際使退社員負其責任者同也。而退社員之責任。如上述當分爲二次者。不

外使社員出資減少之處得其均衡。然日本商法之規定不甚完全。爲法文之解釋。不能謂有二次之責任。此余所遺憾也。

第五節 會社之解散

所謂會社之解散者。謂爲法人之社團之消滅。而有假設立比較於自然人之生死者。既消滅者。不得爲權利義務之主體。無論何人。欲因會社爲何等之法律行爲。亦不能也。此雖爲當然之理論。然求此理論之一貫時。則於會社之解散後。就共有之債權債務而爲清算。頗爲困難。故法律於清算之目的範圍內。尙以會社爲存續。即理論上雖已消滅。而依法律之規定。以更各存續者而爲辨理。且注意於其規定之語辭。而云尙「看做爲存續者」是也。此規定全從實際上之便宜而出。恰如私權之享有。始於出生。在原則雖胎兒不能享有私權。而就家督相續。則可視爲既生者也。

在未認會社爲法人時代。其於會社解散之事。已爲研究。故較之論社員之退社。於理論有所進步。而論解散之原因。有分爲法律上與裁判上者。於法律上之原因中。勿論規定於定款者包含之。即依當事者之意思者。亦包含之。於裁判上之原因中。則包含

判決及命令。而細別之。則有因裁判所之職權與因檢事之請求之區別。此種之分別。雖爲獨逸學者間所行之區別。然依於當事者之意思者。亦使包含於法律上之原因中。在理論上不能無不當之嫌。又以裁判上之解散。而說明放任主義之法律。亦不能無不便之感。故余不採此區別。而更區別爲依當事者之意思者。與因規定於法律之事由者。至附屬此區別而加裁判上之原因。必非理論。寧主便宜也。

第一 因當事者之意思者。

於因當事者之意思之中。有定款之所定。有總社員之同意。有不得已之事由時。各社員得請求裁判所解散其會社。而裁判所應其請求。得下解散之命令。於此之際。裁判所之解散。雖包含於因當事者之意思之解散中。然亦有舉之於因裁判所命令之解散中者。是雖無所不可。然溯解散之由來。則爲社員之請求。自以入於因當事者之意思之解散中爲適當。蓋於社員間相爭。不得圓滿繼續其會社之事業之際。與社員中不得適當執行業務者之際等。社員必有此請求者也。或謂社員。有不得已之事由時。得退社而受持分之拂戾。故於他之社員欲繼續會社之處。而與一

社員以請求解散之權利不可也。且不與之。亦毫不害社員之利益者也。不知社員於退社之際受其持分之拂戾。與會社解散之際。使清算而受其持分之拂戾。其利害大有所異。故於退社之外。有與以解散之請求權之必要。會社之解散。其影響及於他之社員者頗大。與各社員以請求權。雖可爲監督他社員之一方法。然欲防其濫用。則不能不就不得已之事由而爲之認定者也。

或社員請求會社之解散。而裁判所認爲無解散之必要時。則裁判所得因社員之請求。代會社之解散而除名或社員。此與以他社員之一致而除名或社員者異。雖除名之事由。不明示於法律。而裁判官可參照關於除名事由一般之規定者也。第八條

十三

第二 法律所認之事由

(一) 存立時期之滿了其他一定之事由之發生。從定款之本質言之。雖以入於

因當事者之意思之解散中爲適當。然從說明日本法之便宜。則當人於法律所認之事由中。在干涉主義之法律。必使會社定一定之存立時期。如退社之處之

所述。若當事者不定其存立時期。則以法律定其時期。又使各社員於一定之條件之成就。許爲解散之請求。然在日本法。則一般法人。皆不採此主義。故合名會社亦不取之也。何也。就民法之組合言之。不以契約定組合之存續期間時。則各組員無論何時。得爲脫退。就商法之匿名組合言之。當事者不定存續期間時。則各當事者於營業年度之終。得解除契約。固爲不取前述之主義。而就合名會社論之。其於不欲永久爲社員者。得使六箇月前之豫告。於營業之終爲退社。亦不取前述之主義明矣。

依存立時期之滿了。而解散會社者。必須以定款定其存立時期。僅有總社員之同意。則無有如定款之効力。故非更就其解散爲同意者。則會社不解散。依此理由。答以定款定會社之存立時期時。於其時期滿了後欲爲會社之存續者。雖必要總社員之同意。然僅以總社員之同意決議解散者。其會社依然存續。而其繼續更不須社員之同意者也。

雖定於定款之事由發生。而因社運隆盛。不忍使之解散。且以一旦解散而再爲

設立。頗爲困難。故法律於此之際。得使以社員之全部或一部之同意而繼續會社。雖然。不得從不同意者之同意。故不同意者視爲退社。而與之爲拂戾其他之計算。蓋彼等以會社解散而爲清算。雖於受殘餘財產分配之處。非無利益。而爲會社全體及第三者利益計。亦寧許之繼續者也。稱爲社員一部之同意者。雖不限定其數。若有百人中二人之同意。即無不可矣。

於此之際。會社之債權者。得對之而述異議否乎。雖稍不明瞭。然法律認債權者有異議權之際。必明示之。不別示之者。視爲第三者無異議權可也。欲解散會社之際。其可述異議者雖多。而欲繼續會社之際。殆不見其必要。即不得已。亦得依他之規定而有請求解散之餘地者也。又在社員自身。亦不得於繼續述異議者。當解爲第三者不得述之。尙於此當與合併異議權之規定爲比較。

繼續之會社。與繼續前之會社。爲同一之人格。故繼續前會社之權利義務。即爲繼續後會社之權利義務。不得視爲因更改而消滅舊之權利義務。發生新之權利義務者也。蓋不如是。必因之而更設繼續之規定也。此與因不更爲清算而設

合併之規定同。關於此等之事。在合名會社不生判決例。惟株式會社有之。

(二) 會社之目的事業之成功及其成功之不能。事業之成功及其不能。雖共爲事實問題。然事業之成功。其認定之也易。而成功之不能。往往起困難之事實問題。結局歸裁判所之認定。而爲裁判所之解散原因。在於他國。雖有以裁判所之判決或命令。確定其時期者。然日本法則單以之爲法律上原因。故其結果有認爲事業之成功及其不能之事實發生。同時爲會社之解散者也。今舉極端之例言之。如總社員尙信其事業得以成功。而因不能之會社。既已解散。亦當解散者也。若社員間關於成功之不能與否。而其爭議時。多依第八十三條之適用。而爲裁判上之解散。此原因爲一般法人之解散原因。雖無規定商法之必要。然以易生問題。故特設明文也。

(三) 社員爲一人時。在民法上之法人。曰因社員之缺亡而解散。在商法上則云社員爲一人時而解散。普通之法人與合名會社有所異者何也。合名會社者。多由少數社員成立。常有此規定之適用。蓋由少數之社員成立者。多有父子兄弟

夫妻等之親族關係。例如父子設立會社時。因父之死亡而使解散會社。或以爲
酷。而欲使其子不爲解散之清算。繼續會社之營業者有之。或社員之一人。於不
盡重要義務之際。爲其人之除名。而欲使殘餘社員不爲清算。繼續會社之營業
者亦有之。然一人之社員。而使商事之社團法人之存在。不可也。蓋社員爲一人
時。其會社必當消滅者也。單從契約之關係見之。若惟當事者之一方。已無存續
其關係之理。今會社明爲契約之關係。而欲社員爲一人時。使其會社仍存續而
不消滅者。無是理也。

日本法於非法人者。不許用可示其爲會社之商號。故會社消滅。雖商號亦當變
更。蓋名與實當共消滅也。

社員爲二人之處。其一人突然死亡時。則會社當同時消滅。殘存者不得與死者
之相續人。依然繼續其會社。要爲解散之清算。取立債權。可收還之
債權也。辨濟債務爲
殘餘財產之分配。爲登記。若當此之際。不願解散。得以定款豫定社員死亡時。與
其相續人共繼續會社。而此定款之有效與否。雖視乎兩社員與相續人之關係。

相續法之規定。反乎公益與否。及不害合名會社之特質與否而有所異。然多數學者解爲有效。余亦與之同意者也。

因社員爲一人而爲解散會社之規定者。從會社爲商事法人之點而觀察之也。然合名會社者。不得置重於爲社員之人而觀察。他國之法律。有於合名會社以置重於社員之人爲理由。雖一人之社員退社。亦來會社之解散者。在日本法則除多數社員中之二人。雖其他者俱爲退社。不爲會社之解散。蓋不置重於人之點者也。

(四) 會社之破產。是與凡法人因破產而解散者同。若各社員之破產。則無解散會社之理。然他之國法。亦有以各社員之破產。而使會社之解散者。此不能充分貫徹會社之爲法人者也。何也。社員中有破產者。當然可使之退社。不能因之而解散會社。即因之失會社之信用。而至難繼續業務時。各社員亦可認爲不得已之事由。請求裁判所爲之解散。而裁判所應之下解散之命令者也。至不俟裁判所之命令而以總社員之同意爲解散者。雖未嘗無之。然此當別論也。

於多數之社員破產時。雖事實上常來會社之解散。然解散之原因。仍在他而不
在各社員之破產。所不可不注意者。又如社員之停止支拂。亦不能認爲解散會
社之原因。有認爲解散之原因者。乃關於會社之根本觀念異於日本法者也。

會社雖爲資力不充分。或停止支拂。而不能因之使會社之解散。欲會社之解散。
必須爲會社之破產。在他國法會社於破產後。若債權者之協議成。得復權而繼
續爲會社。於日本之會社。則一旦破產。當然解散。復權之事。不規定於會社法也。
(五) 合併。溯合併之源。雖以入之因當事者之意思之解散中爲當。然有特殊之
規定。故由便宜上入之法律所規定之事項中。

所謂會社之合併者。謂舉或會社之權利義務移轉於他會社。而因之使消滅既
存之一個或數個之會社之行爲也。有一個之會社。舉其權利義務而移轉於他
之既存之會社者。有二個以上之會社。舉其權利義務。而移轉於新設立之會社
者。在前者會社之解散與其權利義務之移轉。因合併之行爲而同時併生。固不
生法理上之難問。在後者即因合併而新設立會社者。因合併之行爲。而其會社

之解散與其權利義務之移轉之二個結果外。尙併生新會社之設立之結果。故理論上生其困難。有云未設立之會社。無移轉以權利義務之理由。故必先爲新會社之設立。而後舊會社之權利義務得移轉之。亦有云因合併之行爲。同時生以上之三結果者。無論如何解之。而實際上不生差異者。恰如說明賣買。因賣買之成立而直移轉所有權。與說明賣買之成立。賣主及買主一旦生其權利義務。其權利義務當直爲履行。而目的物之所有權。當直移轉於買主。同其實際之結果也。然強欲貫此理論。謂先有會社設立。而後既存之權利義務得移轉之。則當盡會社設立所要之條件與手續。次爲移轉既存之會社之權利義務於其新會社之行爲。若不須此等之行爲。則不可不設多少特別法律之規定。果如是。設其欲求簡易而設合併規定之用矣。故會社之合併。以使同時生上述之三結果解之可也。

就外國合名會社之規定。於合併多無特別之規定。故欲行合併之實。必須多種之手續。雖於通常可適用關於民商法權利義務之移轉之規定。然亦尙多不便。

以外國法不以合名會社爲純然之法人。而於其契約之範圍內。可爲活動之餘地者大也。日本舊商法關於會社之合併。亦以無其規定。屬生實際上之不便。故於日本明治二十九年。先發布關於各銀行之合併之單行法。後規定商法。乃就他之會社。亦設合併之規定。遂爲今日之原則者也。在獨逸舊商法。僅規定株式會社之合併。其新商法則於此外之株式合資會社之合併。亦規定之。漸次有擴其合併之規定之傾向。在於法國。其關於合併之法律之規定。迫於實際之必要。於第二帝國之時。先使合併諸多之鐵道會社。爲六大會社。其後認合資會社乃株式會社等之合併。遂至於合名會社之合併。亦得爲之也。就合併最著進步之法律。爲伊太利之商法。蓋於其商法中明言無論如何會社。得爲合併者也。合名會社者。無論如何會社。以得合併爲原則。唯依或規定之適用。有不得合併者。則爲例外。即或之會社。雖與異其目的之營業之會社爲合併可也。與異其組織之會社爲合併亦可也。例如以倉庫營業爲目的之合名會社。雖與以鐵道營業爲目的之株式會社爲合併。而合併此二會社設立新之株式合資會社。亦無

妨也。今就合名會社觀之。有總社員之同意時。既得爲定款之變更。與他非會社目的之範圍內之行爲。則與異其從來營業以營業爲目的之會社之合併。其得爲之。可不俟言也。或謂與異其組織之會社之合併不可。然日本商法之規定。其範圍頗廣。有總社員之同意。即得爲之。於他不設何等之制限。故於實際上或有難易。而爲法律之解釋。雖如斯之合併。亦不可不云得爲之也。更就株式會社觀之。株式會社者。以株主總會之決議。得爲合併。而規定其際決議之方法合併之手續等。亦未嘗加以不得與他種類之會社之合併之制限。故爲株式會社之解釋。亦當云得自由爲合併而不禁止者也。唯稍有反對論所當注意者。即關於合併之規定。於各章爲各別之規定。如伊太利之商法。而不設於會社法之總則是也。雖然。欲執是以日本商法爲禁止各種類之會社之合併。則不可。縱日本商法起草之際。或有不得置合併之規定於總則之事狀。然從觀察日本商法規定之全體之酷似伊太利商法之規定之點。及觀察合併之範圍。漸次於諸國擴張之狀況。而觀日本商法所制定之點。與日本商法較勝他國會社法所採用放任主義

之點。於會社之合併。亦以放任自由解之爲正當者也。商法施行法第四十二條云。於商法施行前所設立之合資會社。得從商法之規定而爲合併。但合併後存續及因合併而設立之會社。要爲定於商法種類之一。由此規定觀之。在立法者之意思。亦未嘗不廣認異種類之合併者也。又所謂合併之範圍漸次擴張者。例如獨逸舊商法。惟認株式會社之合併。至新商法。雖株式會社與株式合資會社之間。亦認其合併是也。舊商法第二百四十七條新商法第三百五條第三百六條 在法國雖無明文。而爲學者之解釋。亦欲廣認異種會社之合併。更徵之英國。其爲會社法之解釋。又未嘗不廣以解之者也。一千八百六十二年第一百六十一條第一百六十二條一千九百年會社法

一會社得自由與他之會社爲合併者。原則也。而其例外所謂依或規定之適用有不得爲合併者何也。例如於株式會社。必要七人以上之株主。若以二人之社員所成立二個之合名會社。雖爲合併。不成爲株式會社者也。又如爲鐵道營業之二個株式會社。雖欲合併認營保險業。設立合名會社。然營保險業者。要爲株式會社。在法律有其規定。故亦不得爲之也。尙法律於合名會社社員之數。不設

制限。而欲合併大之株式會社爲合名會社。雖社員之數爲如何之增加。非有不
法。然合名會社之各社員。於原則上有執行會社之業務。代表會社之權利義務。
縱以定款限於特別之社員。而於大之事項。則須有總社員之同意。爲自然之制
裁。故欲於此爲合併所不可得也。

尙有其實稍似合併而名則否者。即一之會社爲合名會社之一社員是也。在日
本雖不生是之問題。然若許其有是也。則其會社與合名會社之他社員。同爲無
限責任社員。而得以存續。獨逸人入斯路巴哈於其所著書中詳論之。

會社之合併。以總社員之同意爲之。其同意須表示其議決之形式。第七十八
條參照 在
定款之變更。不以議決之形式爲必要。而就合併爲必要者。蓋合併者。較普通之
事項。更爲重大故也。

會社之財產。爲會社之總債權者之共同擔保。若社員隨意與他之會社爲合併。
而來此擔保之變動。則會社之總債權者。不能不被其損害。又在合名會社。於會
社無財產之際。有總社員負連帶無限之責任。而會社之債權者。得受其辨濟。若

因合併而變合名會社爲株式會社。則社員皆爲有限責任之株主。而會社之債權者必被其損害。即與他之合名會社爲合併。設立新之合名會社。而因合併生多數之債權者時。則因社員辨濟力之減少。而會社之債權者。亦不免於損害者也。故欲完全保護會社之債權者。必於合併要有是等債權者之同意。雖然。得總社員之同意。既非容易。若後欲必得是等債權者之同意。或有失其合併之機會之虞。是以依他種之方法。而爲是等債權者之保護也。即雖無債權者之同意。或雖有債權者之異議。亦得爲合併。唯對於述異議者。不爲辨濟與不供相當之擔保時。不得以合併對抗之耳。若對於其他之人。則其合併。得視爲完全成就者也。於債權者述異議之際。未爲辨濟及供相當之擔保。其合併得對抗其債權者。對其債權者。其會社視爲依然存續者也。而其債權者對於會社辨濟所不得之部分。得對其社員爲請求。亦如故也。雖然。此對於債權者言之。若對於第三者其合併爲有效。則第三者以對於合併後所存會社之財產得爲請求。而於二人之債權者間。將對同一之財產。而起優先權之爭。於此之際。不可不認舊會社之債

權者有優先權。使舊會社之債權者爲其債權之登記。若無登記。不得對抗第三者時。欲使新會社之債權者。亦不被損害。固可得其公平。然於法律不爲如斯詳細之規定。不能免此爭端者也。因之有防何人被其損害。而爲立法之論者。謂債權者於合併述異議時。會社非對之爲辨濟或供相當之擔保。全然不得爲合併。合併者。不惟對於述異議之債權者。不能對抗。即對於其他之人。亦不能爲對抗。且爲第三者雖可因合併得其權利。亦不使得之也。

會社爲合併之決議時。要從其決議日二週間內。作財產目錄及貸借對照表。而於二週間內。若對於其債權者有異議。要爲於一定之期間內當述之之公告。且於所知之債權者。要各別催告之。但其一定之期間。不得下至二箇月。是因調查認爲必要。故定爲二箇月也。若會社不爲右之公告。與對於所知之債權者不爲催告。而爲合併時。則其合併不得以之對抗其債權者。又債權者雖有右之公告與催告。而對於合併不述異議時。則視爲承認之者。其對之而述異議時。則會社非爲其辨濟或供相當之擔保。不得以其合併對抗其債權者也。第七十八條至第八十條

會社爲合併時。於二週間以內。當於本店及支店及所在地爲登記。就因合併而消滅之會社。爲解散之登記。就合併後存續之會社。爲變更之登記。又就因合併而設立之會社。爲第五十一條第一項所定之登記。即登記始作成定款之際。所當登記之事項也。第八十一條 此等登記之事。雖未必悉爲解散之事項。而揭於本節者。以規定上之便宜也。

會社因合併而解散時。以既爲右之登記。而不須更爲他之解散之登記。不俟言也。即會社因破產而解散之際。其宣告貼示於裁判所之揭示場。與破產者之營業所。或於其地之新聞紙爲公告。皆爲破產法所規定。亦不須別爲解散之登記者也。雖然。因其他之事由而解散會社之際。則二週間內。必須於其本店及支店之所在地爲登記。第七十六條

第六節 清算

以會社之解散爲等於自然人之死亡而觀之時。則於會社解散之際。其所有之權利義務。當歸於何人之所有。亦可以自然人死亡之際爲比喻而說明之也。於自然人死

亡之際。有相續人者。則其相續人承繼先人所有之權利義務。若無相續人。又於他無特別規定時。則其死者之財產。當與財團法人同視。有債權也。爲之取立。即收歸之意有債務也。爲之辨濟。以其殘餘者爲無主物而使歸於國有者也。會社因合併以外之事由解散。而無當然承繼其權利義務者時。若亦與自然人死亡之際同其辨理。取立債權。辨濟債務。使其殘餘財產歸於國有。則不可也。亦爲社團法人之會社。與自然人不同。法人雖消滅。而組織此法人各分子之社員。尙爲權利之主體而存在。故當視此等之社員如相續人。得分配會社之財產者也。於法律認會社爲單純之契約。雖對於外部。亦不過爲多數當事者之集合者。無論於會社存立之際。其權利義務爲社員之權利義務。而於其解散之際。亦毫不生變更。若法律以會社爲法人。則在解散前者。固當爲會社之財產。即在解散之後。而其以前之會社財產。亦有不得遂視爲各社員之財產者。苟於此之際。直以會社之財產爲各社員之財產。不惟爲會社之債權者蒙不利益。即爲社員之債權者。亦當蒙其不利益也。何也。於會社有充分之資力而社員無資力之際。會社之債權者。當會社之存續。得受充分之辨濟。一至解散。有非與社員之債權

者共同。不得求其辨濟於社員者。且有因之不得一分之辨濟者。反之社員有充分之資力而會社無資力之際。依右同一之理由。亦可使社員之債權者蒙其不利益者也。故欲不生如斯之結果。當使會社解散後。以會社之財產。先辨濟會社之債務。尙告不足時。則使各社員任其辨濟之責也。

於會社解散後。凡與第三者爲取引之事。及社員相互間之關係。以早使之完結爲便宜。故雖解散後之會社。於清算之範圍內。尙視爲存續。此存續爲消滅後之存續。是以獨逸之學者。稱爲死後之生活。即日本商法第八十四條所謂「會社者。雖解散之後。而於清算之目的之範圍內尙視爲存續者」是也。在他國不如日本商法設以明文。而以認會社解散後之存續。當設規定。屢於學者之議論。何如日本商法設明文之爲愈乎。在獨逸之商法。較日本商法爲精密。使在斯狀態之會社。與通常之會社有其區別。於清算中會社之商號中。用清算中某某會社之文字。若日本以登記使知爲解散後之會社足矣。第六十七條

會社因破產而解散時。當從破產之手續。爲種種之處分。雖此處分亦爲清算之一種。

然破產之際之手續。與普通稱爲會社之清算者不同。故無論法律之規定。無論學者之說明。莫不爲此二者之區別也。

雖會社解散而不爲其清算者亦有之。即會社之合併之際是也。於合併之際。雖因合併而有二個會社之解散。或惟其一方之解散。不爲清算。只舉解散會社之全財產。使承繼於新會社。爲財產之包括的處分。此爲合併之特別規定所生一大理由。參

尙有單稱爲會社財產之處分者。就不得加於法律所規定之清算中。故或稱爲注意之清算。即以定款或總社員之同意。定解散時處分會社財產之方法。而遂行之是也。會社有豫以定款。定會社財產必換金錢分配。並定其換價方法者。或爲分配現物之約束者。或於或社員約返還其出資者。則其爲處分。總屬有效。當會社法未充分發達之時代。其會社爲契約的。爲會社財產之處分。一定於契約。其特別之現象。唯於破產之際見之。至以會社爲法人之思想發達。關於清算。亦生特別之規定。其所謂清算者。謂從規定於法律之契約外方法。而處分會社之財產者也。後以此爲原則。而以依契約而處分者爲例外。遂有所謂任意之清算之稱。然任意之清算。亦有之。不得名爲清

算者。

社員於解散之際。爲其契約所定處分會社財產之方法。與爲法定之清算。雖屬隨意。然始爲任意之處分。不得至着手後變更爲法定之清算。亦始爲法定之清算。不得至着手後變更爲任意之處分。換言之。不許混同二者。而計自己之利益者也。爲任意之處分時。於債務辨濟未終以前。亦得爲財產之分配者。以豫使債權者得述異議也。若不得使債權者述異議而處分其財產。則其處分。不能以之對抗其債權者。爲法定之清算時。雖無使債權者述異議之必要。而非辨濟其債權之後。亦不得爲其會社財產之分配者也。若使會社得就任意處分與法定清算之二者。爲自由之併用。則將先依任意處分而自由分配其財產。復依法定清算之規定。而使債權者不得述異議。必生不當之結果。故法不許之也。

以定款或總社員之同意。而定解散之處分會社財產之方法時。從其解散之日二週間內。作財產目錄及貸借對照表。對其債權者有異議。當公告以於一定之期間內述之。且於所知之債權者。要爲各別之催告。債權者對此處分之法。不述異議。則視爲

承認之者。若述異議時。則會社非對之爲辨濟與供相當之擔保。不得爲會社財產之處分。會社不爲右之公告與催告。或對於述異議之債權者。不爲辨濟不供相當之擔保。而爲會社財產之處分時。不得以其處分對抗其債權者。而債權者雖於其已分配之財產。尙視爲會社之財產。得對之而求辨濟者也。

然於此際。得分配之社員之債權者之權利。當如何乎。例如或人。見或社員得會社財產之分配。以爲有資力者。而貸與金錢。而其社員所有之財產。爲會社之財產時。則其社員之債權者。必被不測之損害。若於此之法律。就會社財產之分配。僅爲不得對抗會社之債權者。在爲社員之債權者。或無必被右之不利益之理。而爲會社之債權者。以不得對既受分配之社員之財產請求辨濟。將依此規定。而無何等之利益矣。縱從會社法之規定。不與社員之債權者。以優先權。而於受動產及金錢之分配之際。依即時取得與他之規定而取得者。則會社之債權者。亦不得追及之。是其爲會社之債權者之保護。不能謂充分也。而所謂爲此法律之規定。亦較合併之處更不充分矣。會社以定款或總社員之同意。不定其解散之際處分會社財產之方法者。則不可不

爲法定之清算。法定之清算者。從會社解散時迄爲其財產之分配之總行爲。皆包含之。雖爲包括的。而其主要者。則爲現務之結了。債權之取立。債務之辨濟。及殘餘財產之分配。或者說明法定之清算。謂以會社財產而換金錢之行爲。然僅曰此行爲。則規定於法律之總清算行爲。不能包含之。且於清算。有就會社財產遂爲分配者。故於法律亦廣云會社財產之分配。不云金錢之分配。爲日本法之說明。或者之說。不得謂充分也。但如或者所說之行爲。以之爲清算之通常事項或爲其主要事項而說明之。則亦未嘗不可者也。今欲說明清算之爲何。先就清算人之種類言之。

清算人之種類。其種類有三。即

第一 總社員。

清算以總社之爲之爲本則。如組合解散時。總組合員共同而爲清算者等也。合名會社之社員。其性質上當然得爲清算人。決不俟選任。故有稱爲自然之清算人者。若以定款或總社員之同意。特定或社員爲清算人時。其當以特定之或社員爲清算人。所不俟言也。於茲生其問題者。或社員得反乎他之社員之意思。而辭其爲清

算人否乎。換言之。即社員得隨意辭其爲清算人否乎。隨意不得辭。而於不得已之際。得辭之否乎。更從反對之方面觀之。即爲社員得聽其多數所決任或社員之辭清算人否乎之問題。此問題與社員得辭爲業務執行員與代表者否乎之問題。雖當關聯而論。然於茲所論。則單在得辭清算人否乎之點。余信爲不得辭之。亦不得斥之也。何也。蓋法律規定清算。以總社員及其選任者爲之。而不認他之方法。若以總社員之同意。無選任之清算人時。則總社員不可不爲清算。今使社員得隨意辭其爲清算人。則總社員亦得辭其爲清算人。而有不能爲清算之狀況。是不惟會社之不利。亦凡與會社爲取引者之中之債權者之尤不利也。

或曰總社員皆辭其爲清算人時。裁判所依利害關係人之請求。得選任清算人。然於日本法。裁判所得選任清算人之處。法律有所限定。不得謂無論如何之處。裁判所得選任清算人者也。今使裁判所無論何時。有得選任清算人之權。而被選任者亦辭其爲清算人時。當如何。若於此使裁判所強制所選任之清算人。使當清算之職不可也。故寧使總社員負清算人之義務也。

或曰。雖以定款定爲清算人之社員之處。而有正當之事由時。其社員得辭其爲清算人。蓋引用民法之規定也。於民法以組合契約從組合員中選任清算人者。其組合員有正當之事由時。得辭其爲清算人。論者之意。以商法雖無何等之規定。而爲此同一之趣意之解釋。得使社員辭其爲清算人者也。然余謂直爲如斯之論不可也。何也。自然爲清算人者與因社員之選任而當爲清算人者之間。有其差異。因社員之選任而當爲清算人者。其諾否得以自由。因法律之規定而爲清算人者。不得與之同一論也。民法以組合契約選任清算人之處。其組合員有正當之事由時。雖得辭任。而於未選任之際。有組合之解散。則組合員當共同而爲清算。即學者亦爲此解釋。謂於此之處。組合員不得辭其爲清算人。故於合名會社之處。亦當爲同一之解。

關於清算。雖各業務執行之處。不規定社員有爲清算之義務。而其有代爲清算之權利。亦不規定之。然不規定有權利者。可以有權利解之。則不規定有義務者。以有義務解之亦可也。蓋於所謂清算以總社員爲之之中。可解爲包含權利義務之二

者也。

得以多數決定而奪或社員之清算人之權利否乎。就此問題。或論者曰。於定款無何等所定之處。得以總社員過半數之同意。而奪或社員之清算人之權利。何則。於商法就清算則云以其總社員及其選任者爲之。就清算之選任。則云以社員之過半數決之。故以社員之多數決。得定其爲清算人。或否定其爲清算人也。然此論也。未敢云然。於商法第八十七條。先規定清算以總社員爲之。次規定以總社員之意見使選任者爲之。於總社員之意見。定當爲選任清算人之後。果以何人充之。則有以社員之過半數決之之規定。決非規定自始以社員之過半數。排斥少數之社員。得選任同志者也。清算人雖非社員。亦得選任。故當嚴其法文之解釋。而防遏多數者之壓制也。

以定款豫定或者爲清算人時。須從其所定。不俟論也。蓋定款者。本出於總社員之同意者也。

於社員死亡之際。關於清算死亡社員之權利。使其相續人行使之。在合名會社。置

重於人。若新加入。必須總社員之同意。又或社員死亡之際。於豫有定款定其相續人爲社員之外。而其相續人之爲新社員。亦更須總社員之同意。雖然。清算者。與會社存續中執行營業業務不同。唯爲現務之結了。債權之取立。債務之辨濟。及爲殘餘財產之分配。雖與相續人以此權可也。且於或社員死亡之際。雖會社存續。尙不可不對其相續人爲類似清算之計算。故關於會社解散之際。使其相續人行使關於清算先人之權利。決非不當者也。雖已死亡社員之相續人。尙得行使關於清算之權利。而各社員之可行此權利者。不待疑也。亦從此點觀察。其不能以多數決而奪或社員爲清算人之權利。可以明矣。

於多數者主張以其所選任之特別社員爲清算人。於少數者主張以總社員爲清算時。則當以總社員爲清算。於除名之處。雖規定以他之社員之一致。得爲或社員之除名。而於清算之處。以無如斯之規定。不許多數社員曲解法文。以其一致而奪或社員爲清算人之權利者也。縱爲獨逸之解釋。謂得奪或社員爲清算人之權利。而爲日本商法之解釋。終不得爲是論也。

於社員死亡之際。而其相續有數人。則關於清算而可行社員之權利者。要定爲一人。若依持分之價格而定其權利之數。則承繼死者之持分而行使者有數人。雖其意見影響於他社員之利害者少。而不能無混雜之虞。故有設一人之代表者之必要。況在合名會社。專以社員之人數爲標準。而決各種之事項。一社員死亡之際。而使其相續人之一人行其社員之權利者。蓋至當也。又行使此權利者。若屢爲更替。亦甚覺其不便。故雖有數人。必限爲一人也。

多數社員死亡。而其權利皆歸於一人之相續人。此相續人承繼之而行使權利也。不得行使多數各別之權利。蓋於斯之處。爲減少社員之數而已。

第二 由社員之選任之清算人。

總社員以或者爲清算人而一致時。以定款定當爲清算人者時。則無何等之疑。不須別爲說明。所當說明者。即於定款無何等之所定。而於會社解散之前後選任清算人之際也。於此之際。清算人之選任。以社員之過半數決之。其解任亦然。

社員間意思各殊而不得過半數時。又內二人之社員所成立之會社。而其二人之

社員之意思不一致時。當如何定其清算人乎。此問題不惟爲是等之處所起之問題。凡當以過半數而決事項之處。皆可起此問題者也。若選任之時。起此不能得過半數之問題。其結果當使總社員爲清算。於解任之時而起此問題。則現在之清算人。依然續行清算者也。尙有爭而釀紛擾者。當受免裁判所之干涉。

清算人雖通常以社員充之。然以社員以外之人充之。亦不妨也。蓋爲清算人者。決不要與會社同其利害之關係。又在第三者。亦不以社員爲清算人與否爲重。蓋會社既解散後。無置重於社員之人物之必要。所望於清算者。唯誠實且迅速完了計算而已。而多以社員外之人爲清算人者。以清算爲一種之技術。必須專門家。故其資格不限於社員也。

社員以過半數選任不利益於利害關係人之清算人時。則利害關係人。得請求其解任。爲日本商法之解釋。在欲選任此清算人之際。雖利害關係人不得妨其選任。而其得爲請求者。唯選任後之解任耳。如將被選任爲清算人者。而有詐欺其他不法之行爲。在特別之處。或與此相異。而於合名會社之規定。則無與利害關係人妨

其選任之權利。第九十六條所載。謂有重要之事由時。裁判所因利害關係人之請求。得解任清算人。是僅許其請求已選任者之解任。不得謂豫請求防止其人之選任也。故爲日本法之解釋。當云利害關係人無斯請求權。而爲立法論。則有可求清算人之解任重要之事由。亦得請求止其人之選任。例如將被選任爲清算人者。而其人之性行有重大之瑕點是也。

社員於選任爲清算人者。無論何時。得解任之。而其清算人有不正之行爲與否。有生第三者或會社不利益之狀況與否。則非所問。苟有社員之過半數決議以上。無論何時。得爲解任者也。第九十六條第一項 使爲清算人者。以置重其人。而委任以全權也。故其解任也易。雖豫告有不必要者。又因解任而有生損害於清算人與否。亦非所問。若欲與此被解任者。有請求因其解任所生損害之賠償權。必須有其明文。例如船舶所有者。雖無論何時。得爲船長之解任。若其解任無正當之事由。則得使船長對船舶所有者。請求因其解任所生損害之賠償。第五百七十四條 在解任清算人之處。不設如此之明文。故清算人因其解任所生之損害。當解爲無請求賠償之權利。尙從民

法之原則觀之。既以清算人之解任。認爲過半數社員之權利。不附以何等之義務與責任。則因認爲純然之權利。而不使生損害賠償之義務。實當然者也。但過半數之社員。就此解任而有不法之行爲時。其適用不法行爲之原則。不俟言也。

所以易其解任者。因爲清算者。凡關係於各方面之事項。皆得以全權爲處分。必爲社員最所信用之人。缺其信用時。而猶使爲清算人。則無是理。故向之信用之者。至是即得解任之也。若因其解任而使清算人得請求損害之賠償。則社員之懼其請求者。或仍用不信用之人。依然爲清算人。必至清算之事務。陷於不整之狀態。而於公益亦受其害。苟欲使社員無慮於此。當使社員得自由解任清算人。而不問其解任之結果與理由之如何也。唯欲使社員不濫爲清算之解任。以過半數之議決爲必要。

於茲所謂過半數者。爲於清算人之選任及解任之當時之過半數。故於清算人之解任後。因多數社員死亡而其相續人爲一人者。其過半數即生差異。又社員不必因守其意見。雖始有選任或者爲清算人之同意。後亦不妨主張解任之。蓋是總依

其選任及解任之當時之意見而決者也。

第三 裁判所選任之清算人。

裁判所選任清算人之處有二。其第一之處。爲會社因裁判之命令而解散之時。於

此之時。裁判所因利害關係人及檢事之請求。選任清算人。第九十條 又裁判所認會

社之行爲。有反乎公之秩序及善良之風俗時。與會社於登記後久不着手其事業

時。得以其職權命其解散。第四十七條 於此之際。裁判所雖得以其職權爲清算人之

選任。然法律於裁判所之選任清算人。常必要利害關係人及檢事之請求者也。

其第二之處。爲社員一人而解散會社之處。於此之際。若法律無何等之規定。雖其

一人之社員得自爲清算。或就其社員所欲之人選任爲清算人。然往往有害於利

害關係人之利益。故於此亦因利害關係人之請求。使裁判所選任之也。第九十條

裁判所所選任之清算人。社員不得隨意爲解任。雖有其清算人之承諾。社員亦不

得解任之也。蓋無爲選任之權利者。亦無爲解任之權利。故無選任與承諾區別之

規定。其於裁判所所選任者。當然解爲社員不得解任之者也。

清算人之職務

爲清算之職務當第一爲之者。其選任之登記也。是使世人與解散後之會社交涉。而知當於何人爲之也。若無何等之登記時。認其總社員爲清算人可也。又社員爲一人時。認其社員爲清算人可也。會社依裁判所之命令而解散。無何等之登記時。其檢事與其利害關係人。不特請求清算人之選任者。認其總社員爲清算人亦可也。若或之利害關係人。不以總社員爲清算人爲然者。則利害關係人之一人。得請求適當清算人之選任。既有一定之清算人之選任。裁判所當使其人爲清算人之登記。而怠於此登記之義務者。可處以五百圓以下之罰金。所謂清算人之登記者。爲其氏名住所之登記也。於後變更之時。則當爲其變更之登記。又解任之時。其殘存之清算人當爲其解任之登記。登記之地。爲本店及支店之所在地之裁判所。

清算人之選任解任及變更之登記。當於其事實生時之二週間內爲之。於清算結了之處。於法律不設一定之期間。而當迅速爲之者。則爲事實之問題。蓋所設清算結了者。多歸於事實問題。故有解釋之餘地也。

清算人當爲登記之義務。乃附隨的之義務。而爲其固有之義務。則規定於日本及諸國之法律者如左。

第一 現務之結了。

會社雖解散。而其以前着手之行爲。有尙未終了時。則當使清算人終了之者也。會社解散。不能爲營業。縱實際上。有爲之者。亦非會社之行爲。蓋會社一度解散時。於清算之目的之範圍外。不存在故也。雖然。不爲誤解。清算人當清算之際。不得爲新之行爲。以清算人之職務。頗爲複雜。不能不爲各種之法律行爲。例如締結委任契約。而選任代理人。又如就或財產爲讓渡或讓受。而最多者。則爲交換更改等之契約。此等之行爲。總視爲因會社而爲之。其行爲爲有效者也。會社解散前着手之行爲。清算人無論何時。得終結之。而清算人因會社所爲之新行爲。要在清算之目的之範圍內。會社於營業中所爲之行爲。有長期者。例如請負工事。又如從或者。長年月可受引渡之賣買。又如雖爲停止條件附之契約。而其條件尙未到來是也。於斯之處。會社不能隨意短縮其時間。與使其條件之成就。而欲速其清算之終了。

者。不可不爲交換更改相殺免除等之行爲也。

第二 債權之取立及債務之辨濟

債權者。爲對於特定之人而要求特定行爲之權利。而所云債權之取立者。雖爲要求積極消極之行爲之權利之行使。然於商法。則爲專以金錢爲目的之債權。無論從規定之實質上。從所謂取立之語句之意義上。皆可得推知之者。故爲要求其行爲不行爲之行爲。寧以不包含於現務之結了中爲當。以金錢爲目的之債權。以比較的限定者爲易於實行。以債務者無資力。債務之辨濟期未到來。債權爲條件附者。爲困難。故於此之際。有減少金額而使短縮其期限者。於條件附之債權。有因更改而使消滅。變爲他之債權者。

或國之法律。清算人當債權取立之終與在取立中時。若認會社財產可生剩餘者。得直以其一部之財產分配於社員。至後會社財產不足時。仍可使之返還。故得早爲分配。在日本商法則非辨濟會社之債務後。不得爲財產之分配。苟清算人急欲以其財產分配於各社員。於一方當迅速取立債權。同時於他方當迅速辨濟債務。

從而關於期限附及條件附之債權債務。皆必須與相手方爲種種之法律行爲者也。所謂債務之辨濟者。於債務之中。雖包含特定之行爲不行爲。然此等之事。多入於現務之結了中。茲所云者。當與前所述之債權同解爲專以金錢爲目的。唯不用取立之文字。較債權之處爲廣。然所謂清算人當爲債務之辨濟者。亦可專以金錢爲支拂解之。如就有價物之所有權移轉與物之引渡。而附加之是也。

會社因破產而解散時。雖辨濟期限未到來之債務。亦以破產宣告而視爲期限之到來。因其他之事由而解散時。必總債務當然未至辨濟者。清算人得隨意就或債務者長期間之辨濟。或債務者條件附者。雖俟其何年後之條件之成就可也。但巨不相當之長期間。在清算人亦有因之當負職務懈怠之責之虞。故於此之際。有拋棄其期限之利益者。有不俟條件之成就而爲辨濟者。或爲更改而全其利益者。債務多以金錢爲目的。而與債權者之協議易得一致。於實際所屢見者也。

當辨濟債務時。何者爲先。何者爲後。爲清算人之隨意。就或債務以契約定優先支拂者。則從其特約。若清算人以詐害或債權者之意。先爲或種類債務之辨濟時。

其因之而被損害者。得行使其廢罷訴權者也。清算人先以如何之債務爲辨濟。其識別之標準。在以會社所負擔之最易且最可多使輕減者爲最先。若在同等者。則當以平等之割合爲辨濟。又其所要之手數料費用等。亦當參攷之者。蓋此與破產之處不同。多與清算人以自由活動之餘地者也。又有社員爲會社之債權者時。有謂先辨濟於他之債權者。而後辨濟之。此在條理上論之。固當如斯者。但日本商法不特設如斯之規定。爲法人之會社與社員。全爲別個之人格。故日本商法之解釋。無論於何者。先爲辨濟。不得謂不法也。

余於前所述。謂欲清算之迅速。於一方當取立債權。同時於他方當辨濟債務。又云清算得隨意就如何之債務。先爲辨濟。皆爲現行法之解釋而言之也。而欲於債權間極得其公平。則當使清算人爲公告。且使清算人催告債權者爲請求之申出。若於所知之債權者。則各別催告其申出。於總債權之申出之後。使比較其大小緩急等而爲辨濟者。雖似不可。然關於合名會社。亦信其得爲如斯之手續者也。蓋新商法之合名會社。非準用民法第七十九條之規定。故清算人無何論時爲辨濟。無論

就何人先爲辨濟。不受第二百六十二條第十號之制裁。在於株式會社。則準用民法。清算人不可不爲公告與催告。不爲之者。可處以過料。依法律之精神的解釋。欲擴張合名會社之處者。雖亦可云合名會社得準用之。然株式會社於清算之際。其準用民法第七十九條之規定。有其明文。第二百三十四條而合名會社。則不設如斯之明文。故爲日本商法之解釋。不得謂合名會社準用之也。尙於此。爲商法與民法之比較的解釋。

於商法第九十一條規定清算人之職務。其第二項準用民法第八十一條。於民法第八十一條。規定清算中法人之財產。至分明不足完濟其債務時。清算人當直爲破產宣告之請求。而合名會社之清算人。亦當於會社之財產分明不足辨濟其債務時。不可不爲破產宣告之請求者也。然於商法第九十二條之規定。會社現存之財產。不足完濟其債務時。清算人得不拘辨濟期。使社員爲出資。是清算人不得先執出資請求之手段者也。於民法曰法人之財產不足時。於商法曰法人現存財產不足時。以其間稍有文字上之差異。遂不能不生規定之衝突。即以所謂財產者與

所謂現存財產者爲同一。而比較兩法時。則一須請求破產之宣告。其清算人之職務。爲規定於命令之公益法。而一則得使爲出資與否。由清算人之隨意。蓋任意的也。雖如清算人不可不請求破產之宣告。然立法者之精神。非必使清算人爲破產宣告之請求。即清算人就現存於會社之財產。至分明不足完濟其債務時。亦尙得執使社員爲出資之策。唯清算人之督促社員。而認社員不能爲出資時。與社員雖爲出資。而認其所出之資不能完濟債務時。始得爲破產宣告之請求者也。是商法於準用民法外。所以設第九十二條之利益也。

或者極端解之。謂清算人當先使各社員之出資。至後不能完濟會社之債務分明時。始可請求破產之宣告。然商法使社員爲出資與否。雖解爲清算人之隨意。而當清算人使社員出資困難。認爲多費手數與費用時。亦得使清算人直爲破產宣告之請求者也。

清算人於清算中。其會社之財產。至不足完濟其債務分明時。不惟得直請求破產之宣告。亦不可不爲之者也。而普通之債權者。於對清算中之會社。得爲破產之申

請乎。曰。亦得爲之。於合名會社之清算中。債權者得請求其辨濟。若於此際會社不爲支拂者。是爲停止支拂。停止支拂者。依他之規定得爲破產之申請。蓋無疑也。或者曰。會社解散後。非商人。可適用於商人之破產。不得適用之。又曰。雖使破產。而亦如清算可也。是不知清算人之清算。與破產後之破產人之計算。大不相同。既破產後之計算。不得曰清算也。蓋清算者。爲社員隨意所選任。雖以頗爲自由。易陷於放漫。而在破產手續。則有破產管財人破產主任官等。甚爲嚴重。殊相異也。在於清算中。當爲債務之辨濟。若雖有債權者之請求而不辨濟。此事理上所不可也。又在解散之前。尙以停止支拂而可爲破產之宣告。今在解散之後。其更得爲之不俟言也。又認爲不足完濟其債務時。雖有使清算人自進而爲申請者。然清算人甘受制裁而不爲申請者。亦未嘗無之。又他人雖有認會社財產之不足辨濟。而清算人不認之者。亦有之。故於斯之際。使債權者得申請破產。而保全其權利也。

謂破產者。對於商人爲之。會社解散後。不爲營業。則非商人。故不得爲破產之宣告。此說也。爲法文之解釋。雖亦有其理由。然會社於解散之際。亦商人也。蓋會社在始

爲商人在營業中亦爲商人。即至解散不得爲營業之後。又未嘗非商人也。何也會社之內生而迄於絕對的消滅。有一貫之同一人格。非於其間由商人變爲非商人者也。所謂商人者。在以自名之名而以商行爲爲業者。雖常現爲業而非現爲業。亦必少可爲其業者。會社者。於解散之後。惟於解散之目的之範圍內存續。而不得會業。從此點觀之。似會社非商人。然依會社法之規定。雖比際之會社。亦爲商人。即所謂會社者。爲以商行爲爲業之目的而設立之法人。蓋始終使爲商人之意也。余於或者之所論。謂商業之目的。存於會社設立之際可也。謂雖後變爲非商業之目的。亦不妨爲會社。則不敢言也。余之所信者。以商業之目的而存續爲必要。唯法律因便宜上雖於解散後。亦以同一人格於同一資格而視爲存續者也。恰如商人破產雖關於破產手續則得以商人之資格進行之也。若以此際之會社爲非商人。則於商業登記登記非商人。於商法規定非商人之清算手續。必生不合。又若於法文規定會社雖解散後。而於清算之目的之範圍內。尙以商人之資格而視爲存續時。或不無生世人之疑。故於現文異之也。是無論合名會社。無論株式會社。皆屬同一。即在獨逸。其於解散後之會社。亦

有判決之爲商人者。關於會社之日獨法。有所不同。在獨逸法稱爲形式的會社。不關其目的爲商業與否。苟業務執行之方法爲營業的時。則以之爲會社。然彼之判決。雖不得悉爲我所應用。亦未始不足以資我之參攷者也。

於清算中會社之財產。分明不足完濟其債務時。而清算人不爲破產宣告之請求者。則處以千圓以下之過料。第二百六十條第六號若社員於業務執行中。知不能以會社財產完濟會社之債務。而不請求破產宣告時。則如何。關於株式會社。則有明文規定。處取締役以過料。在於合名會社。以無其規定。不得科社員以此制裁者也。所以設如斯之差異者。蓋株式會社者。有一定之資本金額。其株主於株式以外。不負何等之責任。是爲會社債權者之擔保。甚爲薄弱。故不可不講保護之途。若在合名會社。其不能以會社之財產完濟會社之債務時。可使各社員連帶而任其責。第六十三條是爲債權者之擔保。已屬單因。故雖無如斯之規定亦可也。若各社員不至無資力時。雖亦與株式會社之處同一。當使執行社員速爲破產宣告之請求。而於斯之處。則以異於通常當與株式會社爲區別者也。

於第九十二條所謂出資者。謂社員對於會社負擔出資之義務。而未履行者也。社員之債務。會社之債權也。債權爲財產。有債權於現在者。有其現在之財產者也。此爲債權之法理論正當之解釋。然果爲此正確之解釋。則於法文所謂現存之財產不足時。使社員爲出資之語。殆不成意味。故解釋本條。當於財產分爲有現存者有不現存者。所謂現存之財產者。爲現存之金錢有價物等。廣其義爲凡物權與會社對於社員外之人所有之債權等。雖少對於社員有出資請求之債權。不可不除外之。此可與第六十三條所謂不能以會社財產完濟會社之債權者比較之。

於會社之現存財產不足完濟會社之債務時。清算人得使社員爲出資。法文所明定也。而於其他果不須何等之條件乎。即於會社債務之辨濟期到達以前。與社員之出資期限未至之時。亦得請求之乎。此問題於第九十二條亦明定之。所謂不拘辨濟期得使爲出資是也。若就會社債務之辨濟期解之。則清算人於會社債務之辨濟期到達以前。亦得請求爲出資者也。又從社員之出資期限解之。雖清算人於出資期限未至之時。亦得請求爲出資者也。無論如何。清算人於此二期限之到着

前。爲出資之請求。蓋極自由也。

所謂會社債務之辨濟期者。有從法文之語氣解之。謂於法文既云會社財產不足完濟其債務時。得不拘辨濟期使爲出資。則爲其債務之辨濟期。自足知之。尙爲之說明。謂社員之出資。要爲支拂債務者。在通常雖可使於債務之辨濟期爲出資。而於解散之處。其債務當速爲辨濟。故不拘其債務之辨濟期如何。得使社員爲出資。而易其辨濟。尙於此之出資。當早爲請求。不然。必與辨濟期相左者也。此外於破產之際。亦舉失債務之期限論之。雖其所論亦有一部之理。然僅言會社之債務之辨濟則非也。

有以之爲社員之出資期限而論者。亦從注文之語氣而論之也。謂於注文所謂會社現存財產不足時。不拘辨濟時得使爲出資者。爲補財產之不足。而使速爲出資者也。社員之出資。本爲對於會社之債務。其債務有無論何時當爲履行者。有於或期限（即辨濟期）而爲履行者。當於辨濟期履行者。於其期限之未到來時。不爲出資可也。但在解散之際。亦欲貫此普通之理。不無遲緩清算之虞。故使清算人不拘

其辨濟期如何。得請求出資者也。反對論者謂雖云會社債務之辨濟期。然會社債務之辨濟期。無關係於社員之債務之辨濟期。社員之債務之辨濟期已至。而會社債務之辨濟期未至。社員之當爲出資。非因其解散前與解散後而有所異者也。又會社債務之辨濟期已至。而社員之出資期限未至者。社員雖不須爲出資。而因辨濟之未至亦使爲出資。故須明文也。同引破產。而此則設於破產之際。債務者失期限之利益。同言解散。而此則謂結局得使爲債務者之社員者。不拘時期如何而爲出資者也。後之說協於理論。雖外國之學者亦多爲斯之解釋。（日本之立法者濫用「其」之文字。以於茲唯云辨濟期不云「其」辨濟期。而視爲受上之「債務」者不可也。）是雖欲單限於社員之出資期限。而仍有所包含。即使清算人得自由請求出資。俾速終了清算也。於法文所謂不足時。與民法所謂至不足分明時。視爲同意味可也。

清算人得使社員爲出資者。以會社對於社員而有出資之債權也。此債權於債權之點。與普通之債權同一。清算人得以通常行使債權之方法而行使之。即清算人

認會社之財產不足完濟其債務時。得直請求出資者也。然當此之際。有使清算人開陳會社之狀況及清算進行之程度者。於新商法雖未有判決例。而關於舊商法。則屢有大審院之判決。其判決之中。多云出資之辨濟期。而新商法第九十二條所謂辨濟期。其必非限於會社債務之辨濟期可知。又用出資辨濟期之文字。其非余一人亦可知矣。

各社員雖爲資出。而認爲不能完濟會社之債務時。則清算人得請求破產之宣告。若以總會社財產不能完濟債務時。則各社員連帶而任其責。至是而所謂社員者。乃始對於外部而履行義務。發輝其合名會社之特質。各社員所負擔連帶之責任。於爲會社解散之登記後五年間而繼續。是恐因不得已之事由與偶然之事由。債權者不得受債務之辨濟。故特保護之也。然法文之意甚廣。雖因過失不得受辨濟之債權者。尙得主張其權利。唯因過失而被損害於社員時。使任賠償之責耳。

第三 殘餘財產之分配

清算人完濟會社之債務時。以其殘餘財產分配於各社員。固也。若於清算人現務

結了之際。而生有新債務。亦俟此新債務辨濟後。可爲殘餘財產之分配者也。於第九十五條所謂債務者。無論會社營業中之債務。或解散後之債務。皆包含之。若假定第九十一條第二號之債務。爲營業中之債務。則第九十五條之債務。其意味爲廣。無論如何。苟云債務之辨濟。必當有此二個之意味。而於辨濟第九十一條之債務時。以爲可直分配財產者。是誤也。在或國雖有規定財產之分配可先於債務之辨濟。於辨濟債務生不足時。再使返還者。然唯於辨濟營業中所生之債務後。使分配財產。固屬不可。亦於日本所不採者也。在日本必於總債務辨濟後得爲分配。而廣解爲第九十五條之債務。若云第九十一條第二號之債務。雖從現務結了所生之債務亦包含之。而其第一號第二號。非相排除者。則於第九十一條之所云與第九十五條之所云。皆屬同一。不得謂其解釋之適當矣。

現務之結了。果可生新債務與否。一任精算人之判斷。又精算人當辨濟之債務。債權者有請求辨濟者。有未請求辨濟者。清算人之所知也。其自所不知之債務。不須悉爲搜索。即令知之。欲就未來請求之債務。悉自進而爲之辨濟。而提供其辨濟與

否。保存其財產與否。皆可隨意。爲清算人者。唯以善良管理者之注意而處之者也。法律於此點不別設規定。雖得爲如何之解釋。然商法規定會社之解散後經過五年。雖於會社財產分配之後。而尙有殘餘財產之存者。得使不受辨濟之債權者。對其財產而請求辨濟。從此點推之。則清算人即未嘗盡搜索其債權者與悉爲支拂。亦解爲得以分配者也。

殘餘財產分配之割合。當依於出資之割合。

清算人當行上述之三職務。必須有爲一切裁判上及裁判外之行爲之權限。而加此代理權之制限。不得以之對抗善意之第三者。第九十一條第二項及第三項

清算人有數人時。關於清算之一切行爲。雖以其過半數決之。而對於第三者則各自代表會社。第九十條 此與支配人之權限與會社存續中社員之權限。蓋同一者也。

清算人既有斯重大之權限。得處分他人之財產。故或謂當監督清算人職務之執行而設置特別之機關者。然日本法不設特別之監督機關。從日本法所規定清算人之職務執行之監督方法觀之。即使清算人就職之後。當速調查會社財產之現狀。作財

產目錄與貸借對照表。交付之於社員。且因社員之請求。須每月報告清算之狀況。又任務終了之時。當速爲計算。求各社員之承諾。若各社員對於清算人之計算。不述何等之異議。或與以積極的承認時。不別生問題。社員死亡時。則其相續人承認之。第九條 第十四條 第十八條

社員對右之計算而述異議時。當如何。於商法雖無何等之規定。而有使之再爲計算。不改選清算人者。又清算人營私利時。得解其任。又與會社之債務者共謀而免除其債務。或延長其期限。與變更債權之順位者。各社員得對之而述異議。或以其清算之全部爲無效。或以其一部爲無效。或取消其全部與一部。或求其損害之賠償。

清算人之職務終了後。於會社之帳簿。其他關於營業之信書。及關於清算之一切書類。會社當選任保存者。此保存者以社員之過半數定之。保存之年數。爲清算終了之後十年間。第一百一條

社員及利害關係人。無論何時。得閱覽此帳簿信書及關於清算一切之書類否乎。欲閱覽之時。當請求裁判所與他之舊社員及利害關係人否乎。又須悉得彼等之同意。

否乎。於此之處。爲社員者與他之利害關係人之間。有其區別。在他國雖規定之於會社法。在日本商法則無有細密之規定。又在日本商法於保存者不盡其義務時。何人對於保存者得爲直接履行與損害賠償之請求。保存者死亡與保存者因破產禁治產等而爲無能力時。當如何爲之。皆無規定。故不得已依契約法之原則事物之性質等。而一一決之也。而其保存者之爲社員與爲清算人或他之人。所不問也。

會社依契約而成立。依契約法之原則。其成立有無效者。有被取消者。於有效成立之後。就解散之際之清算。既有所述。而於成立無效時。果爲如何。所不能無疑者。然會社之成立無效之際。會社未曾成立。無所謂清算。於此而云清算。不當也。

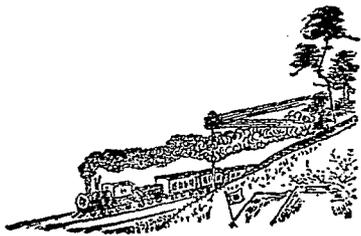
在會社之成立被取消之際。其取消之效力。雖遡於既往。自初視爲不成立。然當於未被取消之際。則其會社爲成立。於着手事業後被取消者。其實際之狀況。類於解散。故使準於解散之處而爲清算者也。

於設立取消之際。裁判所依利害關係人之請求。選任清算人。第百條雖然。不問其取消之理由如何。常依利害關係人之請求。而使裁判所選任者。非也。蓋於或時亦可以總

社員及其過半數之決議。而以其被選任者爲清算人也。

或者曰。在會社之設立被取消後。則無社員。不得云總社員及其過半數之社員。故云依利害關係人之請求。然裁判所於實際選任清算人。必選任舊社員。或選任舊社員所希望之人。雖於法文不云以總社員及其過半數所選任者爲清算人亦可也。然此說非也。何也。既於法文汎云利害關係人。雖舊社員以外之人包含之。若有舊社員以外之人之請求。即不可不容之也。且裁判所所當選任者。無何等之制限。縱反乎舊社員之希望爲選任。亦無不可也。或者曰。會社解散之事由。由於破產與裁判所之命令者。以全難信用社員。而使破產管財人爲計算。與或使裁判所所選任者爲清算同。於會社設立被取消之處。常由社員之惡意與過失。亦可常使裁判所選任清算人。而欲不使裁判之濫爲干涉。故設至當之規定。必須有利害關係人之請求而使選任清算人者也。然此亦不能爲充分之說明。何也。若利害關係人不請求清算人之選任時。在舊社員不得爲清算。必至無清算人故也。唯舊社員爲清算之處。得謂之清算人與否。雖有所疑。然準於解散之情形而爲清算者。附以清算人之名。亦無不可也。

在他國之會社。其爲外觀上設立者。雖於實際其設立爲無效。尙使準於解散之情形爲清算。若日本法則不然。不惟其會社之設立爲無效。即於其設立被取消之際。苟非着手於事業後而被取消者。亦不須爲清算。故在會社既已設立登記。爲開業之準備。及與第三者爲取引。而取得債權負擔債務之後。其不能謂着手於事業之際。亦不須爲清算。唯依民商法一般之規定。使爲複雜之行爲而已。至迄如何之程度得云事業之着手。全歸於事業之認定。故裁判官注意其進於或程度。解爲事業之着手。而使依於清算之手續者也。



第三章 合資會社

就合資會社之起源及沿革。既於總論言之。若更研究合資會社之特質。固大爲知其沿革之助。然合資會社之特質。在由有限責任社員爲無限責任社員成立。其執行會社之事業代表會社者。唯無限責任社員。若以此特質而說明合資會社之起源。亦最爲有益者也。有資力而無技倆者。與有技倆而無資力者。專組織合資會社。例如航海。由航海事業所生之利益。雖較他事業所生之利益爲多。資本家未有不欲營之者。然爲航海之事業。須有勇氣與技倆。資本家無勇氣與技倆。不能自爲之也。因不能自爲之。而遂與有勇氣有技倆者合而爲之也。

於會社之社名。若用社員之氏名使之登記。且就社員之職業亦屢使之登記。則非商人中如官吏公吏者。欲出資於營利事業。必懼其氏名之發表。不爲會社之社員。寧爲匿名組合之出資者矣。欲使此等之人出資於會社。於是有限責任社員不登記其氏名者。或就爲官吏公吏之社員。不使登記其氏名者。或有限責任社員雖登記其

氏名。而亦視爲非商人者。以此種種之方法而獎勵出資於會社。遂漸次來合資會社之發達。

有限責任社員與無限責任社員之間相互之關係。及此等之社員對於第三者之狀況。因觀察之不同。而說明合資會社亦見其差異。即無限責任社員爲資力者而執行會社之業務時。有云專置重於此無限責任社員之合資會社。爲類於匿名組合者。又有云有限責任社員。等於匿名組合之出資者。無執行會社之業務之權利。反之無限責任社員爲無資力而止執行會社之業務時。則此無限責任社員。往往視如有有限責任社員之使用人。其受利益之配當。無異受給料之支拂。遂有謂合資會社爲組合契約與勞務之貸借契約之混合者。合資會社之狀態不同。而規定於法律者。自不能不依國與時代而來其差異。故無論爲如何之說明。不得謂之誤謬者也。

合資會社者。於羅馬不認之。羅甸語之 (Commanda) 者。便於說明合資會社之起源之語也。此語爲信認。有依託之意味。即資力者信認事業家使營事業。或以自己之財產委託於事業家而受其利益之分配之意味也。於第十世紀第十一世紀之頃。在

地中海之沿革。稱爲 (Commande) 之契約。或謂此契約以金錢與商品委託於商人或海員而使賣買。約以其利益之一部與之云契約也。或謂此文字。尙包有代理之意味者。今日法國商法。稱 (Rommandiar) 爲有限責任社員者。爲信任之意味。故對之被信任者。稱 (Commande) 與無限責任社員之稱相當。在獨逸商法所謂 (Rommandist) 者。全襲用法國商法之文字者也。尙於法國及獨逸之商法。其稱 (Romplementar) 爲無限責任社員者。從執行事業之意味而出。與云匿名組合之營業者之語同。有欲從此同文之語源。而證合資會社與匿名組合之沿革相交又者。當其始合資會社與匿名組合。二者不立其區別。至後有明爲區別二者之必要。法王路易十四世之商令。與會社以 (Société en commandite) 之名稱。始有明白之定義。改從來 (Rommandiar) 之思想。爲現今之會社思想。伴此法人思想之發達。而合資會社之特質。遂在於由有限責任社員與無限責任社員之二者成立之點。依此特質。在一方得與僅由無限責任社員成立之合名會社爲區別。在他方則得與常爲責任有限之株式會社爲區別者也。

欲以右之特質表示於社名。當空塞留達討論之際。雖有附以混合會社之名之議。然未嘗使變更從來所用之名稱。故今日尙稱爲 (Commandite) 之會社。此名稱在歐羅巴大陸諸國皆繼承之。

日本之合資會社。亦襲用右 (Commandite) 之會社之制度者也。日本最初用「差金會社」之名。近於其實。後改爲合資會社。因十數年之慣用。而合資會社之名稱。亦噲炙於人口。故於新商法亦附以此名稱也。而合資會社之名稱不適合其實。與合名會社之名稱不符其實者同。

爲適當證明合資會社因冒險事業而發達者。在推定捕獲會社爲合資會社。即二人以上之人欲爲捕獲而設立會社時。限於無特約者。得推定之爲合資會社也。捕獲者。於戰時熾裝私艦。強奪可視爲敵物之財產。爲交戰國民及從交戰國得免許狀之中立國民之權利也。私艦之熾裝。不惟須有多額之資本。而於戰時欲以武力強奪財產。其危險亦不能免。故資力者爲出資而熾裝之。而使非役之軍人其他之勇者。爲捕獲之實行。遂成合資會社者也。千八百五十六年。巴里會議。於文明國間廢私熾。日本加

盟焉。即未加盟之米國及西班牙。亦宣言於戰時不爲虜裝。日本規定捕獲物爲國有。故此種之合資會社。單爲沿革上之談助而已。

爲合資會社而設立者。爲爲兩替手形取引等之會社。此等之事業。亦須多額之資本。且一朝失敗。可使多數者之破產。有冒險之性質。於交通不便警察不整之時代常有之。故以一個人或唯無限責任社員。不得營之。而於無限責任社員之外。有有限責任之出資者之必要。遂成爲合資會社者也。如捕獲會社者。雖不受法律之推定。然當株式會社之未起。凡以此業務爲目的之會社。殆皆採合資會社組織之狀況。至後乃有以一箇人或合名會社營銀行事業者。然至株式會社銀行多。而合資之組織大減少矣。

尙就合資會社之沿革爲比較的研究時。則千八百六十一年之普魯西商法草案。認合資會社爲匿名組合之一種。爲獨逸新商法之解釋。亦有以之爲定義。謂對外部商事會社所現之匿名組合。其優於匿名組合者。在得知社會之出資額。可與以若何之信用。而其弊亦在於此。即僅以名義上出資。不無欺詐公衆之虞。不可不設豫防之規

定者也。在法蘭西商法分合資會社爲二種。其一種如日本之合資會社。其一種如日本之株式合資會社。又獨逸千八百九十二年之單行法。認單以有限責任社員所組成之會社。此等皆於爲會社立法之際。可供參攷者。以下只就規定於日本法之合資會社說明之。

合資會社者。以有限責任社員與無限責任社員而組織。此二種之社員。爲合資會社之要素。若缺其一方。早不能存立爲合資會社。蓋自初缺其一方時。則合資會社不成立。於設立後缺其一方時。則合資會社當消滅。又惟以無限責任社員而欲設立合資會社。亦終不能成立之也。又不能以欲設立合資會社之意思。而生合名會社者。其結局雖如何之會社不得成立者也。

於合資會社成立後。有限責任社員悉退社時。得以無限責任社員之一致。使繼續會社爲合名會社。第一百八條是使得省略新合名會社之手續也。於此之處。似乎合併。蓋一法人消滅。而他之法人代之而生。如見其繼續存在者也。

自初惟有限責任社員。至後得唯以有限責任社員存續合資會社否乎。就立法論雖

有所議論。然合資會社者。從沿革上有有限責任社員與無限責任社員而成立。今日各國之立法例。殆爲一致。獨逸千八百九十二年之單行法。雖唯以有限責任社員得成立會社。然此會社與他之會社不同。爲特別法所規定。繼後五年編纂商法之際。此特別法依然存在。而未嘗入之商法之中。惟學者謂此單行法所規定之會社。亦爲商事會社。與規定於商法之四種會社並爲說明。而名爲有限責任會社。至合資會社之名。則亦唯限於商法典所規定。爲從有限責任社員與無限責任社員所成立之會社者也。

日本舊商法之起草者羅威斯爾氏曰。歐羅巴諸國之法典。限定會社之種類。而唯從有限責任社員所成之會社。獨排除之。無理由也。會社之組織。一任當事者之意。或唯以無限責任社員設立。或以混合社員設立。或唯以有限責任社員設立。皆當許之也。當時日本人雖有贊成此說者。然若唯以有限責任社員。使得設立會社。則所謂社員者。莫不因其責任之輕。而爲不當之行爲。在第三者必多受其害。欲監督之或豫防之。又不能不設多種之規定。縱令爲多種之規定。認此會社。而欲使從有限責任之株

主所成之株式會社。起業者不感其不便。此會社亦決不可認者。故據歐羅巴諸國不認此會社於法典。固可知其不必要。而如日本之會社思想未甚發達。又以不設異種類之多數會社爲當者也。

在日本無單以有限責任社員成立之會社。故組織合資會社之無限責任社員悉退社時。無依然繼續會社之方法。強使繼續。則從來之持分均一時。即以之爲株式。若從來之持分不均一時。則均之爲株式。而使爲株式合社。雖無不可。然苟如斯亦非使合資會社直繼續爲株式會社之必要。蓋株式會社之性質。法律有其規定。有從其所定。使新設立之必要也。於例外之處。或團體欲不改其舊爲株式會社。而繼續爲一法人者。則出於特別之法令可也。如國立銀行繼續法是。

合資會社者。有無限責任社員與有限責任社員之二者。足以設立。非必要其多數之社員也。故極端言之。謂由有限責任社員一人與無限責任社員一人得以成立可也。或曰果如是。則無限責任社員之一人。隨意執行會社之業務。代表會社。而他之社員。殆有若無之弊。不知以此爲慮。即在多數有限無限之責任社員之際。亦同一也。若欲

防止無限責任社員之專斷。而定無限責任社員之數。與限定業務執行社員爲幾人以上。必不可也。何也。日本商法關於會社。採用放任主義。若是則反乎根本之趣意也。或曰社員當有二人以上。蓋法律所規定須以過半數之決議之處。若二人不得過半數也。不知有二人時。其二人若爲同意。即充此條件。不同意即不得過半數而不能進行。與有百人之社員而各異其意思不能進行者同也。

有限責任社員者。唯得爲會社之帳簿之閱覽財產之調查等。不得執行會社之業務者也。從此點觀之。合資會社者。似乎匿名組合。似可準用匿名組合之規定。然觀於合資會社爲法人之點。與有無限責任社員之點。及從通常少數社員成立之點。則其近似於合名會社員頗多。故合資會社者。準用關於合名會社之規定。而於本章唯規定合資會社特殊之事項。其多數之規定。則關於有限責任社員之事項。第百五條有限責任社員。惟以財產得爲出資之目的。不得以財產以外者爲出資之目的。第百八條茲所謂財產者。果指何者而言。不可不決定之。或謂財產者。謂凡組成人之財產之權利。或謂財產者。謂可得以金錢估算之一切有形無形物。此等之說。爲民法上之議論。

縱各有其理由。然欲就此等之說而適用於是。則必見其不合。蓋於財產之文字。雖有廣狹之意味。而就其何者爲適用。於本條之適用上終滋紛議也。

勞力信用商號商標版權等。常於此爲議論之標準。以商標及版權爲財產。殆無異論。就商號。多數之說。亦認爲財產。唯至勞力及信用。則聊有所疑。若以財產爲可得以金錢估算者。或組成人之資產者。則勞力及信用。亦得爲財產。此在日本民法雖有認之。然於商法第八條所謂財產之中。如不包含勞力及信用者。採立法者之意思。以有限責任社員者。不執行會社之業務。不代表會社。唯對其出資得受利益之分配。不許各勞力及信用。以人爲本。而可生金錢上之價值者爲出資。第以金錢有價物等使人易知且不難於評價者（即學者所謂客觀的財產）爲出資也。從合資會社之沿革及其性質與合資會社法起草之狀況觀之。雖得本此趣意爲推測。然於法文云。惟以財產得爲出資之目的。而不明示除外勞力及信用之旨。故若理論上決其勞力及信用爲財產時。尚不可不云得爲出資之目的。使理論上之結果。而以除外勞力與信用於財產中爲正當。則推究其理論。無論商號商標等。或使爲特定之行爲不行爲之權利。皆

有可疑之餘地。若定爲或特定行爲不行爲之權利。不得爲出資之目的。則求金錢有價物之引渡之債權當如何。又不能無疑者。是終不得爲明瞭之決定矣。故若商法第百八條之趣意。果在不得以勞力及信用爲出資之目的。宜以明文示之者也。

合資會社者。就無限責任社員與有限責任社員之存在。及何人爲無限責任社員與何人爲有限責任社員。既須明示。故關於會社之目的商號社員之住所出資并各社員責任之有限無限。當記載於定款。且爲登記。第百六條 第百七條 在他國於合資會社無限責任社員之記載。於其氏名住所之外。有記載身分職業等之必要。就有限責任社員之記載。單以其氏名足矣。是兩者有其區別。在於我國。則僅使記載社員之責任有限無限而已。其他總與合名會社之處同一者也。

就合資會社內部及外部之關係。其過半準用合名會社之規定。又就本章特爲規定者。關於無限責任社員之事項。亦概得從合名會社之規定而推測之也。蓋合名會社之無限責任社員。與合名會社之社員同其性質者也。

第百九條云。各無限責任社員。於定款無別段之定時。有執行會社之業務之權利。負

義務。此與第五十六條所謂合名會社之各社員。於定款無別段之定時。有執行會社業務之權利。負義務。爲同一之趣意。雖然。於第九條第二項規定所謂無限責任社員。有數人時。會社之業務。以其過半數決之。而於第五十六條之次。則無與此相當之規定何也。或者說明之曰。合名會社者。準用組合之規定。於組合既有類此第九條第二項之規定。民法第六百七十條故於合名會社之章。無更設斯規定之必要。若在合資會社。則總社員非有執行會社之業務之權利。自有不得準用組合之規定之恐。而云惟其一部之社員有執行會社之業務之權利義務。或有誤解爲各自執行之者。是以特設第九條第二項之規定也。或者曰。在合名會社。各社員有行業務之權利義務。常各自單獨爲執行。而合資會社之無限責任社員。與合名會社之社員稍有所異。非依其過半數之決議。不得執行會社之業務。於第九條第一項所云各無限責任社員有執行業務之權利義務。非從決議而被排斥之意味也。

各無限責任社員。雖以得執行會社之業務爲原則。若以定款特定業務執行社員時。則他之無限責任社員。不得執行會社之業務。唯支配人之選任及解任。爲重大之事。

項。雖有特定業務執行社員時。亦當以無限責會社員之過半數決之。與合名會社同。以定款與總社員之同意。不特定代表會社之無限責任社員時。則如無限責任社員代表會社。關於會社之業務執行。得以定款爲特別之定。關於代表會社。則於定款外。又以總社員之同意。得爲特別之定。與合名會社亦同也。第百九條第百十條及第百十四條

如上所述。關於合資會社之無限責任社員之事項。無論於其實質。無論於法文之規定。殆與合名會社之社員等。歐洲學者中有云合資會社之無限責任社員。別設立合名會社者。然於一會社內而認他會社之存立。於以會社爲法人之法律之下。終不能認此說。即以會社爲非法人之法律之下。亦以此說爲不當者也。但爲社員者。以不限於自然人。而於合資會社之社員中。雖合名會社或株式會社亦有之。然當爲別論也。有附責任社員。不得執行會社之業務。代表會社。其理由不須特爲說明。然關於此點。當視爲合資會社之一特質。且爲關於公益之規定。雖以定款或總社員之同意。亦不得變更之者也。依或法律之規定。爲有限責任社員而執行會社之業務。或代表會社時。則視爲無限責任社員。在日本商法之有限責任社員。常爲有限責任社員而存在。唯

爲有限責任社員。有使信自己爲無限責任社員時。則對於善意之第三者。與無限責任社員負同一之責任而已。於法律雖汎云有使信自己爲無限責任社員之行爲。而多數之行爲。包含於其中。其如何之行爲。可包含於其中。則全屬事實之問題。第一百六條 於定款雖有明以或者爲有限責任社員登記之者。然在第三者無當見此登記之責任。故雖不見之。亦不妨爲善意之第三者。若彼等對於第三者。使信自己爲無限責任社員者。當與無限責任社員負同一之責任者也。

雖有限責任社員。亦得爲會社之支配人。曰或。支配人者。有爲會社之營業一切裁判上及裁判外之行爲之權限。不得執行會社業務代表會社之有限責任社員。不能爲支配人。或曰。有限責任社員爲支配人時。不可不與無限責任社員負同一之責任。不知有限責任社員之不得執行會社業務代表會社者。乃言其於社員之資格不得爲之也。而爲會社之使用人。即不能云然。尙從第一百八十四條觀之。監查役不得兼支配人。其不得爲者。定於明文者也。若無何等之禁言。則解爲得爲之可也。

有限責任社員。雖不得自執行會社之業務。而得爲業務執行之監督。蓋在匿名組合

之出資者。亦有業務執行之監督權。而與此監督權於合資會社之有限責任社員。使得檢查會社財產之狀況者。當然也。其得行使此監督權也。通常在營業年度之終。且限於營業時期內。若有重要之事。由時。則請求裁判所。無論何時。得行使之。又得求會社財產目錄及貸借對照表之閱覽。第一百十一條

有限責任社員。以不執行業務。又不代表會社。而對於會社之業務。無有直接之關係。故得隨意因自己或第三者爲屬於會社之營業部類之商行爲。又得爲以同種之營業爲目的之他之會社之無限責任社員。第一百十三條

有限責任社員。因定款所定之事由總社員之同意與破產及除名而退社時。雖與無限責任社員及合名會社之社員同一。然於受禁治產之宣告。亦不使之退社。則與彼等異。又有有限責任社員。因死亡而退社時。其相續人當然代之爲社員。不須豫爲特約。又與彼等異也。第一百十七條 是以有此等之差異者。因有限責任社員。置重其出資之財產。不置重其人也。故學者就無限責任社員。稱爲以人爲本位之社員。而就有限責任社員。稱爲以物爲本位之社員也。

有限責任社員。既爲以物爲本位之社員。則極端言之。有限責任社員之持分。使爲隨意之讓渡。亦可也。然法律於此。稍置重於爲社員之人。於有限責任社員之持分之讓渡。必要、無限責任社員、全員之承諾者也。第一百二十二條 在合名會社之社員。不得他之社員之承諾而讓渡持分時。不得以之對抗會社。是從不能之方面規定之也。就合資會社之有限責任社員。有無限責任社員全員之承諾時。得讓渡其持分。是從可能之方面規定之也。所以異其規定之方面者何也。在立法者之精神。雖不欲於此間爲多少之區分。然爲法律之解釋。而因其間爲區別之理由不明。反生疑問。有限責任社員。不得無限責任社員全員之承諾而讓渡持分時。謂其讓渡全無效乎。不然。在合名會社之社員。雖不得他社員之承諾而讓渡其持分時。其讓渡於讓渡人與讓受人之間爲爲有效。而在合資會社之有限責任社員持分之讓渡。當更寬其解釋。故不得無限責任社員全部之承諾。而爲持分之讓渡者。惟不得對抗會社。而於讓渡之當事者間。當解爲有效者也。

得無限責任全員之承諾爲讓渡。而經相當之手續後。無論何人。得對抗之。唯就持分

讓渡之登記前所生會社之債務。於登記後二年間負其責任。此準用合名會社之規定。不俟言者也。

無限責任社員讓渡其持分。須得有限責任社員全員之承諾乎。於合名會社之規定。社員不得他社員之承諾。雖讓渡其持分。不得以之對抗其會社。在合資會社亦準用之。其所謂他之社員者。解爲會社之總社員時。則無限責任社員。當得有限無限之總社員之承諾。若解爲以合名會社之規定。惟於無限責任社員準用時。則一之無限責任社員。得他之無限責任社員之承諾足矣。可不拘有限責任社員之意思如何也。此兩種之解釋。從其前者。其困難在或無限責任社員欲讓渡持分。須得他之有限無限責任社員之悉爲承諾。而有少數出資之有限責任社員一人不承諾之。即不得讓渡其持分。從其後者。其困難在僅有無限責任社員之承諾爲可時。則多數之無限責任社員。將於有限責任社員不知之間。讓渡其持分。而想像其極端。至有無限責任社員悉以相互之同意。於一度讓渡持分。而使會社之解散者。是無論爲何種之解釋。皆有一理。亦無論採何種之解釋。不能無弊也。然余於此則寧以採前之解釋爲安全。所謂

須總社員之同意者。雖因一人之有限責任社員之不同意。有至不得爲讓渡者。然惟以無限責任之同意爲可時。苟有一無限責任社員之不同意。亦有至不得爲讓渡者。是其實同。而言之之程度爲差耳。於無限責任社員持分之讓渡。所以使之困難者。不如是不符無限責任社員之本質也。僅負有限責任不執行會社之業務不代表會社者。尙不許隨意讓渡其持分。而使得無限責任全員之同意。則於負無限責任。而肩荷有限責任之社員之利害者。不使濫爲持分之讓渡。非當然乎。是爲法之精神的解釋。尙從文理的解釋之。於合名會社所規定。謂社員不得他之社員而讓渡時。不得對抗其會社。第五十條 他之社員者。即總社員也。總社員者。在合名會社爲無限責任社員。在合資會社爲有限無限之兩社員。故於此得云有此兩社員之承諾也。

就合資會社之解散。於因無限責任社員全員及有限責任社員全員之退社而解散外。總準用關於合名會社之規定。就清算無特別之規定。亦準用關於合名會社清算之規定者也。

非合名會社之社員。得爲業務執行員否乎。關於日本商法解釋上之疑問也。單云業務

執行員時。可以二種之意義解之。即於廣義。爲因會社爲法律行爲及爲非法律行爲之細微行爲之總稱也。於狹義。謂如商法所謂合名會社之業務執行社員。爲業務之執行也。爲前之意味時。則會社之支配人。亦爲業務之執行者。又番頭手代與臨時所雇用之人。亦得爲業務之執行者。果爲如此意味。即社員外之人亦得執行業務。固毫無所疑。不須辨論者也。而其所當議論者。在以法定之權限爲合名會社之業務之執行。唯社員爲之乎。抑使社員以外之人。等於執行社員。亦可以權利義務爲之乎。換言之。即或者無業務執行社員之名。而得有其實否乎。而此議論之所關聯者。在社員之爲業務執行者。雖無一人亦可否也。合名會社之各社員。雖有執行業務之權利義務。然會社得以定款選其中之或者當之。惟使或者當之者。因業務之執行而排斥他人也。排斥社員中之或者因可。而謂凡社員皆得爲排斥者。則獨逸學者之所討論也。余謂日本法之解釋上。在合名會社。不可不爲業務執行「社員」。而非合名會社之社員。決不得爲業務執行者也。商法改正案之參攷書。關於此點。無可參攷之價值。他如日本之著書與論說中。亦無詳論之者。雖偶或一二及之。亦唯參攷獨逸之學說。謂

日本與之同一而已。

今就爲相互之爭點者而爲說明。先言以社員外之人得爲業務執行者之說之理由。而後加以余之批評。

第一。在商法各社員於定款無則別之定時。有執行會社之權利。負義務。第五十六條是於定款無所定。各社員雖有執行業務之權利義務。而以定款別爲規定時。各社員之權利義務當消滅者也。於定款所定無所制限。故以社員中之或者爲業務執行社員可。以社員外之人爲執行員。雖社員中不出一執行社員。亦可也。

爲本論之爭點之重者。實在於本條之解釋之如何。若本條之主意。爲以定款雖爲如何之所定。而其所定爲有效。則早無議論之餘地。雖然。若於本條之主意。爲有反乎公益與合名會社之性質不相容之所定。而以之爲無效者。則有爲本論之必要。故其問題。不在於定款雖如何定之爲有效。而在於爲業務執行員。惟選在社員外之人。果爲不反公益。又與合名會社之性質相容與否者也。

曰各社員有執行之權利義務者。謂凡爲社員皆有此權利義務也。曰得以定款爲

別段之定者。謂惟以其中之或者得爲業執行社員之意也。故於本條業務之執行。雖得言必示以一人以上之社員。然是不免以問題決問題矣。余不爲如斯之說明。而於本條所許別段之定中。從公益與會社之性質及法律全體之精神觀之。證爲因業務執行員而得排斥總社員者。不含之也。

第二。以定款之所定。得以社員外之人爲執行員。可深信無疑者。若有所疑。則可準用民法組合之規定以決之。蓋執會社之內部關係。於定款及商法別無所定時。得準用關於組合之規定也。從組合之規定觀之。以組合契約而委任業務之執行者。有數人時。以其過半數決之。組合之常務。組合員及各業務執行者得專行之。民法第六百七十條。廣爲業務執行者。而不限於各組合員。是於組合員外得有業務執行者也。於組合認之。則類似於組合之合名會社。亦準用之。而得以社員外之人爲執行員也。於此論當分爲二段而加批評。於合名會社得準用組合之規定者。雖云由於合名會社自組合發達之沿革。雖云於現在之實狀。此二者有大相類之點。而其準用之。必於商法有其明文者。故雖如論者之所說。而於本問之處。則其所謂準用者不可

不注意者也。於商法之解釋生疑時。當先從商法之規定。而解法之精神。決不得倉卒而走於民法。即不得已而走於民法。而其事體果得準用民法與否。又不可不先決之者。組合者個人關係也。不過一契約之成立之現象。於組合員之外。無組合之人格。而合名會社者。爲由法律之擬制而生之法人。較社員而有獨立之人格。以無形人不能自爲行爲。乃有得爲其行爲者之集合。不得與組合同一視也。故在組合。得以組合員以外之人爲執行者。而在合名會社之人格。決不得謂得員以外之人。得爲執行員。於後就獨逸商法與日本商法比較說明之處。可參照之也。

余爲民法之解釋。於組合亦信組合外之人。得爲業務執行者。蓋與論者同也。而與余輩異者。蓋雖在民法上之組合。亦有云組合外之人不得爲執行者。此說亦有理由。雖於余輩之間。非有爭點。而以與本論有關係。故一述其說。

彼等曰。於民法若解爲雖何人得爲業務執行者之執行者。則茲所欲論之執行者。乃非在主人之地位之執行者。而爲組合員之雇人。故彼之規定。不得準用於此。又於民法雖云於組合業務之執行者中。含有組合員外之人。然於民法不明定之。即

論者欲援用本論。而爲合名會社於社員外得認業務執行員之說。其得認之旨。亦未嘗明定之。論者之所援用。雖在民法第六百七十條。然於同條不云組合員以外之人得爲業務執行者。故從全體之主意觀之。寧謂限於組合員者。何也。於同條。先云組合之業務執行。以組合員之過半數決之。是示業務之執行。當組合員全體爲之之原則也。次云以組合契約委任業務之執行者有數人時。以其過半數決之。即通常以總員爲執行者。雖以總員之過半數而決。而特於其中選或者爲執行者時。則僅以其數人之過半數決之也。又次云不拘有此規定。各組合員及業務執行者得專行之。是在原則上雖當以總組合員之過半數或執行組合員之過半數而決。而各員亦得專行之也。或云於茲所謂各組合員及各業務執行者。於後之處。有組合員外之執行者。雖然。該條第三項。受同條中前二項而用此文字。特有明文。所謂不拘前二項之規定是也。即受第一項所云以組合員之過半數而決業務之執行。而各組合員得專行之。受第二項所云委任執行者有數人時。以其過半數而決。而各執行者得專行之。故無論就第一項之所云。就第二項之所云。皆業務執行

組合員之謂也。

如前所述。爲關於民法之解釋。余不採之。寧與本問之反對論者採同一之解釋。雖此解釋若正當。可更使反對論根據之薄弱。然是則過入於民法之解釋論矣。故今暫置之。要之於民法之組合。雖許組合員外之執行者。而不得謂準用於合名會社者也。

第三。於民法法人之規定。無限於以爲社員者爲理事之規定。故雖非社員者。當認其得爲理事者也。同爲法人。既認非社員者得爲理事。則於合名會社之非社員者。亦得爲業務執行員矣。

是不知一般之法人與合名會社之間。有其區別者也。汎云法人。其中有社團法人與財團法人。財團法人無社員。無論何人得爲理事。不俟言也。在社團法人。則有種種之性質。若使凡社團法人皆由其社員中而任命理事。則實際上必生不便。故民法之原則。不定其何人爲理事。但因其法人之種類。有使得爲別異之規定者。如商法之會社。即有此別異之規定者也。在株式會社株式合資會社等。則以明文定之。

在合名會社合資會社等。則因默示之規定而得知之。商法之會社。其異於民法一般法人之例頗多。例如於民法之社團法人之登記事項中。只云理事之氏名住所。民法第四十六條第八號而在合名會社。則云社員之氏名住所。定代表會社之社員時。則其氏名。第五十一條第一號及第六號特反覆其社員之文字。是在一般之法人。不如合名會社置重於社員也。故以一般法人雖社員外之人亦可爲代表者。而證之合名會社。則在記載於會社法者。得云使社員爲代表者之主意。即定代表會社之社員時。特使登記之。不定之時。以既登記之各社員爲代表也。若以合名會社雖社員以外之人亦得爲代表者。則本此意之所定。又當使爲登記之規定。今既不爲此之規定。而云定代表會社之社員時。當登記其氏名。則其爲排斥社員外之人之主意可知矣。右之所述。專就代表者言之也。而關於業務執行者。則未嘗述之。故或者曰。以關於代表者之規定。而決關於業務執行者之問題。不得也。雖然。關於代表者之論。爲解決關於執行者之問題最有力之材料。觀後所說。蓋益明矣。

第四。舊商法規定社員以外之人。不得爲業務擔當者。新商法不規定之。爲許之之

主意。

是誤解舊商法者也。在舊商法亦不以明文規定社員外之人不得爲業務擔當者。唯從其會社之社員之性質與他之規定觀之。知有此趣意。蓋與新商法同也。舊商法於合名會社登記事項。爲各社員之氏名住所。特定業務擔當社員時。則舉其社員之氏名。是與新商法無所異也。舊商法第七十九條
新商法第五十一條唯在新商法之代表社員。爲舊商法之業務擔當社員。而知其業務執行員要爲社員耳。其他社員間之權利義務。因商法及會社契約而定。就異於會社之目的之業務與事項。要有業務擔當之任之總社員之承諾。關於會員契約之規定施行之事項。則以有業務擔當之任之社員多數決之。無業務擔當之任之社員。無論何時。得監視業務之實況。檢查會社之帳簿及書類。且關於此等之事。得述其意見。有業務擔當之任之各社員。只有爲代務之委任及解任之權利。毫無以社員外之人不得爲業務擔當者之明文。其於各條用社員之文字。亦使吾人知舊商法之業務擔當者。爲限於社員之趣意。彼反對論者。謂於舊商法有社員外之人不得爲業務擔當者之規定。不知舊商法之規定。與新商

法之規定同一。而引舊商法。適爲新商法不許社員外之人爲執行員之解釋之助也。

第五。或曰。從實際之便宜。雖以社員外之人爲執行員可也。或曰。得因業務之執行而排除總社員者。此論有二種。

(一) 合名會社者。通常由少數而成。時或社員中之人。亦有不得執行業務者。例如其會社由父子兄弟夫婦等之少數人而成者。其父兄死。子弟尙幼。若使之自爲業務之執行。則雖爲社運興隆之會社。亦必至解散。故不爲如此嚴重。而有總社員之同意時。使他人爲執行員。繼續會社。亦無不可也。

父兄死子弟尙幼。可使法定代理人爲之者。法律所不禁也。合名會社者。由少數之社員而成。置重於社員間相互之信用。對於無論何者之行爲。而負無限之責任者。必使其中之或者爲業務之執行。故法律謂各社員有爲業務之執行之義務。即學者所謂會社自然生而有業務執行者之意也。而如論者所引父子兄弟等之會社。則更有於社員中出執行員之必要。或云父子兄弟等之總社員。信用

或者而使執行業務可也。自信而自爲之。其招損失之時。則爲咎絲自取者。然此說也。非於契約自由之範圍內得以說明者。蓋雖在保護彼等外之社會公衆。亦不可不保護之也。參照後之說明可以知之矣。

(二) 理論上言之。執行員雖可爲社員以外之人。然於實際。則決無此事。蓋以社員外之人爲執行員。未會有其例。如論此之說。乃自白其不行於實際之理論。而務望其行之者。適足爲吾人之論之助也。何也。彼信爲會社不選任社員以外之人。爲其業務執行員者。爲反乎日本法。又雖許之。亦信爲不可選任之者也。故從反對論者觀之。信爲不得設者。雖非誤解。縱以之爲誤解。而其誤解爲多數人之誤解。則此事實之問題。亦不可輕視者。又其信爲得爲者。雖非誤解。而於實際不見爲之者。亦信其無爲之之必要。不爲之爲得策也。夫舉萬人信爲不必要者。而獨云不可爲之規定設於法律。是不忠於法律之解釋者也。

以上所述。爲反對論之理由。而其答之。於社員外之人不得爲執行員之理由。尙未示之。故於下更述積極之理由。而補充前之所說明。

第一。商法於示其業務執行者之處。常用執行「社員」之文字。無廣用執行員之文字者。若於條文所云各社員於定款無別段之定時。有執行會社之業務之權利負義務者。其主意爲以別段之所定。雖社員外之人亦得爲執行員之主意。則於規定執行者之權利義務之處。當用廣義之文字。而常云執行「社員」。是法律於合名會社之業務執行者。必限於社員之意可知。又於條文所謂各社員有執行業務之權利義務之下。復於次條續云雖特定業務執行「社員」時。就支配人之選任及解任。則以社員過半數決之。是執行者。常爲社員之主意。又可得推測之也。雖其他可廣云執行員之處。亦多云執行「社員」者。

第二。於會社之機關。使組織會社之一員當之者。實爲至當。蓋使之深與會社共利害之關係。而保護會社及一般之利益者也。故在株式會社。其取締役當從株主中選任。在株式合資會社。則使其無限責任社員執行業務。第百六十四條第百四十二條由此推之。則在合名會社。亦爲必使社員當業務之執行之主意明矣。第百四十三條及第百四十四條或曰。合名會社與株式會社。其性質不同。在合名會社。以少數社員相互信用。其性

質類於組合。無論何人。可爲業務執行者。若株式會社爲財產會社。株主各不相識。使無論何人。可爲業務之執行時。必生濫用之餘地。故使株主爲取締役。而其所當有株式之數亦使之一定者也。夫在株式會社。爲其取締役者。限於株主。則明言之。而在合名會社則未嘗明言之。其爲無論何人可爲執行員之主意可知。此解釋雖亦有其理由。然余謂於合名會社不特揭以明文者。蓋因他之規定自得知之。不俟言也。於株式會社。雖可云有株主總會之意思機關。有監查役之監督機關。雖何人爲取締役。而可爲濫用之餘地。比較的爲少。可以無論何人爲之。又於株式會社。雖可云置重於財產而設立。非僅置重其人。於株主中若無適當之人物時。雖使株主外之人爲取締役亦無不可。蓋與財團法人以無論何人爲理事者同也。然必使從株主中選任者。由於會社全體之利益與社會公衆之保護也。在合名會社既無何等之意思機關。又無特別之監督機關。則其業務執行者。當由社員中選任。不俟論也。又雖特定業務執行社員時。而就重大業務之執行。必以總社員之過半數決之者。第七十五條 其至少須有一人之業務執行社員。亦可推而知也。

雖然。僅從株式會社之取締役及關於株式合資會社之無限責任社員之規定而言。尙信爲不充分。故於下更從合資會社之規定而類推之。

第三。於商法明文曰。有限責任社員。不得執行會社之業務代表會社。第一百十五條 此關

於合資會社之業務執行之規定也。於此規定之先。其所規定者曰。不以定款或總社員之同意。特定代表會社之無限責任社員時。則各無限責任社員代表會社。於有限責任社員不得執行業務。有其明文。於無限責任社員之業務執行。不有明文。第一百十四條 或以爲準用合名會社之規定。其可信與否。雖爲一疑問。然有限責任社員

之不得執行業務。所以示之明文者。其理由以業務之執行。於會社有重大之關係。務使慎重出之。在有限責任社員之責任。既於出資之額被制限。其與會社之利害關係。自不如無限責任社員之密切。使之執行。必至輕舉妄動。不惟害會社之利益。且害社會一般之公益。即有限責任社員之利害關係淺。故從業務執行員中排斥之也。此說明學者一致。即更進一步。若許其執行時。而謂不損會社之利益害社會之公益者。其異論亦少所聞也。故此規定。無論何人。皆以爲關於公害者。雖以定款

不得變更。即於定款雖定有責任社員得爲會社之業務執行社員。亦可謂其無效也。爲有限責任社員之會社社員。尙不得執行公益上之業務。則非社員者。其不得執行之。更可知矣。

欲破此論者曰。商法第百十五條之規定。非關於公益者。此說也。余不採之。或曰。有限責任社員。雖不得爲業務執行社員。而社員以外。則得爲業務執行社員。蓋爲社員時。雖在他之社員與在社會全體。有過信之之弊害。而爲社員外之人時。則其人必自注意。而他之人亦注意之。故可也。然此說也。余又不採之。或曰。在合資會社。雖不得以社員外之人爲執行員。而在合名會社。則得爲之。蓋合資會社者。由有限無限之兩社員而成。其中之無限責任社員。可以自執行業務。而保護有限責任社員之利益。故社員外之人不得爲執行員。若在合名會社。則凡社員皆爲同種之無限責任社員。有總社員之同意。無論以何人爲執行員可也。此因合資會社之規定。而非關於合名會社之決論也。余又不採之。蓋此等之說。皆爲出不得已牽強附會之言。不待余之說明。而言者則不自覺也。

故關於右之合資會社之有限責任社員之規定。爲主張本論最有力之助。
第四。因有關於代表社員之規定。而得知社員外之人。不得爲業務執行員。

商法規定不以定款或總社員之同意。特定代表會社之社員時。各社員代表會社。
第六十一條 是即示以定之云時。惟其社員代表會社之意也。亦因此規定。而社員外之

人不得爲代表者之主意。可以明瞭。又商法規定非社員者。有爲信自己爲社員之行爲時。則使其人對於善意之第三者。與社員負同一之責任。第六十五條 夫僅爲信自己爲社員之行爲。而亦使與社員負同一之責任。則爲適法之代表者。必以社員充之可知也。若代表者必以社員充之。則業務之執行者亦必以社員爲之。可無疑也。或謂關於此一爲內部關係。他爲外部關係。不得爲同一之論。此反駁之說未爲當也。

反對論者必曰代表者。爲對於第三者。故必以社員充之。若業務之執行。爲內部之關係。雖何人爲之可也。又於代表者之規定。謂不以定款特定代表會社之社員時。各社員代表會社。注文中特云代表會社之「社員」。其必從社員中選任。固無疑義。

然對於業務之執行者。則無如此之明文。雖以何人充之可也。故從條文之文字觀之。業務執行之處與會社代表之處。其差異自可知者。

以代表會社者與執行業務者爲各別之人。余所信也。又以代表者爲對於第三者。而以業務執行者。僅爲內部之關係者。亦余所信也。又事之關於第三者。當更爲注意。使社員負重大之責任。而以此二關係爲不得同一論者。尤余之所首肯也。故余於此。決非以代表者須爲社員之理。而云執行者亦必爲社員。唯以合名會社之外部關係之規定。於會社之代表者。不明言必爲社員。而得因解釋決代表者之必爲會員。是以從同一之解釋方法。謂會社之業務執行者。雖無須爲社員之明文。亦得解爲須爲社員者也。

或以關於業務之執行。不用社員之文字。第五十條關於會社之代表。用社員之文字。

第六十一條比較內外關係之二條文。而謂其一限於社員。一則非社員亦可者。然以此

兩箇條之規定爲全不同。是妄爲比較的區別焉。不可也。從規定之文字方面觀之。一爲各社員於定款無別段之定時。有執行會社之業務之權利。負義務。一爲不以

定款或總社員之同意。特定代表會社之社員時。各會社代表會社。其文字之所置。誠有所異。若前者爲不以定款特定執行業務者時。各社員有執行業務之權利。負義務。後者爲不以定款特定代表會社之社員時。各社員代表會社。則爲此比較的區別。或無不當。而如現定之文字。則決不得如論者之解釋也。又單就第五十六條之規定。而爲解釋時。雖有所疑。若併第五十七條而爲解釋時。則第五十六條之中。於不從社員中特定執行者之際。爲使各社員爲執行者之意味。當無不明矣。

第五。從合名會社之本質論之。合名會社者。爲純然之法人。而社員各自關於會社之債務。有連帶無限之責者也。從此二種之性質。得斷言執行者之必爲社員。何也。社員爲負無限之責任者。故於其事業。不可不自己者執行之。雖最先選任支配人。委任之以一切之業務。然支配人之任免。亦爲業務執行之一。其任免之者。即執行一部之業務者也。在合名會社。從有特定業務執行社員時。而於支配人之任免。則以社員之過半數而決。其更使社員操其任免者。使總社員必爲其幾分之業務。云執行也。夫雖有特定之業務執行社員。而就或事項。尙以總社員之過半數而決。

則非此之處。其爲必使社員執行業務之主意。可了然也。

雖然如此業務之執行。與普通所稱業務執行。異其意義。縱暫置之不論。而其他之業務執行。亦必社員爲之者。若於會社無一之業務執行社員時。是爲法人於使用人外之業務執行者無一人。換言之。即可爲主人之自然人之執行者。雖一人亦無之也。夫至無連續法人與使用人者。爲法人之性質所不許者也。然則使社員外之人爲執行者。立於合名會社主人之地位。而使用支配人以下乎。而其主人之性質不明。不免反乎合名會社之本質。故合名會社雖有多數之社員。而至無一人負關於會社業務之責任者。於法律之適用。當大感其困難者也。

於商法規定關於會社之罰則。同時就其適用罰則者列舉之。即發起人、業務執行社員、外國會社之代表者、監查役、及清算人是也。第二百六十一條 第二百六十二條在合名會社受此罰則之適用者。爲業務執行「社員」。而非業務執行者。又爲執行社員。而非汎稱爲代表者。蓋日本商法於合名會社合資會社。必以執行業務之社員之存在爲前提也。會社法第七章之罰則。爲處罰會社之自然人。望其遵守會社法也。爲合名會社

於業務之執行者中。無一人之社員時。則合名會社不得適用此罰則之規定。比之他會社。殊失之均衡。若猶許之。或更免其制裁。不拘無以社員外之人爲執行者之事。而於法律凡於會社欲設均一之規定之主意。未免相反矣。

日本人有云於合名會社之業務執行者。亦可用社員外之人者。有云得因業務之執行而驅逐總社員者。此學佛法獨法之學者。直以獨逸學者之所說明。而欲應用於日本之解釋也。在於獨逸。關於此問題。雖有爭議。多謂得因業務之執行排除總社員。如士陶布漢立曼三氏。皆主此說。一千九百年得黎斯丁之上等裁判所。亦本此主義而下判決。雖然。其訴訟之起也。必有他之反對說之存在。又少數之學者。亦有對之唱異論者。不得云獨逸之學說之盡爲一致也。即於獨逸。其學說判例。皆以爲社員外之人得爲業務執行者。而一致時。亦不可據之以爲日本法之解釋。於獨逸合名會社之社員。當然爲商人。日本之社員。非當然爲商人。於獨逸之合名會社社員。其執行會社之業務。以加於自己之業務之注意而爲注意足矣。於自己之業務。常輕率執行之者。於會社之業務。亦可以輕率執行之。決不須用通常商人所用

之注意。與日本之合名會社殊相異也。又於獨逸之合名會社。會社之債權者。其先請求會社爲債務之履行。或請求其社員爲債務之辨濟。得以注意。唯於二者同時破產之際。先從會社財產而得辨濟。從此等之點觀之。彼此之合名會社之性質。又大有所異者。夫在我爲純然之法人。在彼則不然。有謂非法人者。有謂非純然之法人者。無論如何。終不得謂與我合名會社同一也。而合名會社爲法人否乎。於本論有至大之關係。余輩以合名會社爲法人。故云必要爲自然人之主人之業務執行員。而援用獨逸之學說以相攻擊者。實無異的而放矢也。又關於獨逸之合名會社之代表之規定。及學者之所說明。與日本亦有所異。而欲援用彼國之論者。不可不爲注意。如前言得黎斯丁上等裁判所之判決。以總社員之共同代表權之定於定款者爲有效。而謂以定款定因業務之執行除外總社員者。亦屢有效。終不得應用於日本者也。

民國二年三月三十日四版

商法會社上下二冊

定價大洋壹元

編輯者 陳時夏

出版者 丙午社

印刷所 羣益書社



總發行所 上海 棋盤街 羣益書社

分發行所 長沙 府正街 羣益圖書公司

55
75-161

