



商法概論

鄭保華編述

緒論

第一章 商之發達

人類有慾望，即求所以滿足之，商者即滿足人類慾望之一種方法也，然商之發達，固亦有其歷史背景在焉，在原始時代，固無所謂交換分工也，自耕自食，自織而衣，老死不相往來，各自獨立以營生活，迨社會漸進，組織乃較完備，部落間始往來有無相通，或則以彼此剩餘之物，互相交換，物物交換之時代於以發生，然此種交換，但為生產者與消費者直接行動，不必有第三者介乎其間，雖有商之現象，仍無商之實踐，交易貨品固有限，交易範圍亦未廣，即有市場制度，亦惟於規定之時日及規定之場所行之，故其形狀極為幼稚，至於今日，文明進步，科學發達，貨幣之制度興，信用之制度立，生產者專從事於生產，不必與消費者實行直接交易，生產與消費二者之間，有第三者商人為之溝通，市場擴至全世界。



(南)



990
73

界，而商遂大見發達焉。

第二章 商之意義

商之意義不一，採廣義說者，則凡人類以謀利爲目的之經濟行爲者皆是也，故凡直接買賣行爲，或輔助買賣行爲皆屬之，我國商人通例對於商之意義，即取廣義而非狹義也，（參閱商人通例第一條）採狹義說者，乃指某種以謀利爲目的之直接，或間接購買貨品，不必再加人工，而重行賣出之事業而言，然此種狹義之商，意義未免過於狹隘，殊不足概今日商業之全體活動，故亦不足取也，蓋商者雖以媒介貨物之轉換爲其目的，然亦有其例外焉，如製造業或加工業，運送業，承攬運送業，牙行業，居間業，代理業，出版業，印刷業，設場屋以集客之業，堆棧業，擔承信託業，保險業等雖屬於輔助商之性質，與上述專以媒介貨物之轉換之固有商略有區別，要難不認其爲商也。否則以原始之觀念，而限制商之範圍，其阻礙商之發達爲何如乎？故如以商行爲之實質外更視其行爲者之狀態，商之意義，應如下述。

商者，乃人類之經濟行爲，用合法之手段，以信用，貨品，財產或勞務供給他人之需求，換取他人之財物以謀利或不謀利也。

學者間對於商之意義，解釋紛歧，議論不一，要而言之，可分下列數說，均不脫廣義說或狹義說之範疇，略加說明，必要時順附評議，藉資參攷：

一、以商人之行爲即營業而說明商之意義者，可名之曰主體主義之學說，其行爲如購買，保存，運輸或賣出等行爲均屬之，然商人之行爲，隨時勢而演進，固難預加限定，且以社會一般視商人爲人民中之一階級，祇出沿革上之因襲，其在今日，未免陳腐，蓋商人之區別，亦視其營業目的之行爲爲其標準，非祇以商人之行爲而定商之意義者，苟如上說，則因果循環，無理可明，其謬誤不難想見也。况多數各國立法例，亦多有特定之行爲，非屬於營業者，仍認爲商行爲矣。

二、以營利爲目的之行爲而說明商之意義者，可名之曰目的主義之學說或名之曰主觀主義之學說，惟營利之意義，固難確切，且太廣泛，商行爲中亦頗有非專以營利爲目的者矣，如鐵路公司雖多屬營利，然其各種運送行爲，不必專爲營

利也，蓋公司亦頗。有明知無利益而運送者，更有因慈善事業而無償運送者，要亦不脫爲商行爲也，視營利爲一切商行爲之要素，雖不能謂毫不愜當，然如稟據行爲，則與營利之觀念，要無重大之關係，况人類之行爲，要不以商人爲限，如農如工，其爲營利者夥矣，如前所說，要不能稱其爲允當也。

三、有以商爲不變貨物之形，而轉換之者，乃客體主義之學說，或稱之爲客觀主義之學說，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，故區別如此，至團體破壞後，遂失其區別之標準，商與工間，不能再劃然分界，各國商法，多有明定施勞力於物品，變形而移轉之者，亦明定爲商行爲，依經濟之意義，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。再貨物之解釋，是否泛指有形無形而言，抑專指有形，固難確定，即轉換究以實物交易爲限，抑權利之設定，亦認爲轉換，更未有一

定之意義，故難認爲適當之學說也。

四、尙有以折衷主義之學說以說明商之意義者，即折衷以上三說而別樹一幟，如謂以營利爲目的而轉換貨物者爲商，或謂商爲商人之營利行爲，或爲商爲介立於生產者與消費者之間，而轉換貨物之行爲前三說，雖各有缺點，而此諸說，亦未能完備。

其他如認商之目的之貨物，有消極之限制，須除去不動產者，或認商者生產物之運送及分配，或認商者要由一地移轉貨物於他地者，要均非定論也。

總之上述各種學說，解釋在原始時代之商，自有其相當之意義，時勢推演，經濟發達，法制進步，遂不能有其適用，近日各國商法，因避概括之商行爲意義之困難，常用列舉之法，此後商之法律上之意義，自不得不從商法法典，而決定之，其範圍有時自不能不與經濟上商之意義有所區別也，況有時法律上則難有明確之意義足資依據乎？

第三章 商人之效用

上述商之意義，非專爲謀利，蓋商如爲投機買賣，其爲營利也，固最明顯，然以客觀視之，商除謀利外，實尙有其重要之效用，平均價格其一也，蓋現社會之經濟，已非古時之孤立之自給經濟，生產者與消費者，已無直接交換之必要，各人各地生產優良之貨物之交換，必賴商之從中連絡，商人於廉價之時或地買入某種商品而於高價之時或地轉買之，商人因此獲利，同時賣主與買主亦皆因此獲得更比直接交易有利之利益，此受商之居間作用之所賜也。商之效用其次爲促進分工，生產者因商人負擔價格漲落之危險，得專心其生產事業，製衣者專製其衣，造屋者專造其屋，製作精而分工細，產量因之增加，社會亦蒙其利，最後商之效用亦足溝通文化，商業發達，各國人民遂多互相接觸，東西文化，溶爲一爐，智識因之提高，科學亦日見發達矣。

第四章 商之種類

商之種類繁多，舉其要者，約有下述數種：

一、固有商與輔助商 此在根據沿革而分類者也，舉凡昔日獨立之商人，在

營利目的之下，從事於貨物之買賣之商，通稱爲固有商，嗣後商業日趨發達，事務加繁，範圍擴大，而有經紀業及運送承攬等業出以助其成，遂稱之爲輔助商。二者頃已無主從之分，故其區別，在法律上，實無其若何之重要也。

二、自營商與代營商 此乃根據商人之地位而分類者也，自營商，商人爲自己經營之商業，代營商，商人代他人經營之商業，近世商業發達，經商地域之範圍日趨廣大，交易性質之內容，日趨複雜，因此經營商業之技倆與智識，亦日益繁頓，今日之商人，欲親自實行一切之交易，事實上有所不能，結果必須託人代事經營，受人委託者，皆謂之，代營商。又代營商，常受託而爲他人計算損益，自營商則爲自己計算損益此又不可不知也。

三、批發商與零賣商 或稱大商與小商，此乃根據營業規模大小而分類也，批發商，普通由生產者購得多量之貨物，而供給於零賣商，而零賣商則由生產者或批發商購得貨物，直接供給於消費者也。但隨社會經濟之進步，最近亦有所謂「大店舖制度之零賣商店」——即百貨商店之出現，故此種區別，在法律上亦無

多大意義，我國商人通例雖亦有小商人之規定，然與上述分類，其意義亦有不同也。

四、國內貿易商與國外貿易或國際貿易商及通過貿易商 此在根據經商地域之不同而加以分類者也，商業之經營，其貿易限於一國領土之內者爲國內貿易，其貿易超過國界而與外國爲交易者爲國外或國際貿易商，貨物運輸，不祇直接運至貿易國，尚須經過第三國等，而與之交易者爲通商貿易商。此種分類，惟在商業政策或國際貿易上有其地位，法律上亦無其顯著之實益。

五、國營商與私營商 此乃根據商業之主人而分類者也，凡商業範圍極大，非私人所能經營者，或國家法律規定，必須由國家經營，以節制私人資本者，此種由國家或公共團體經營者，均可名之爲國營商，如近時蘇俄因施行共產主義，國內重要商業，遂多由國家經營之，中山先生民生主義及建國大綱中，亦規定鐵路郵政等營業，須由國家經營，以免富者愈富，貧者愈貧。其他凡不由國家或公共機關經營之商業，而由私人經營者，均可稱之爲私人商。

六、海商與陸商 依營業之地域，尙可分爲海商與陸商，商業經營之地在大陸，則名之曰陸商，如鐵道業即其一例，反之，如經營之地在海洋，則可稱之曰海商，如輪船業是。海商比陸商較爲危險，故商法中尙有特別法律，即海商法之規定，我國商業多偏重陸上，海上商業多被外國侵佔，頃正在進行收回恢復之中。

七、輸入商與輸出商 此視國外貿易之輸入或輸出貨物之情形而分，亦有一商人而同時爲輸入及輸出商者，在國家稅收上雖有其區別之必要，法律上亦無重要之位置也。

八、直接貿易商與間接貿易商 直接貿易商者乃本國商人與外國商人爲直接貿易者也，至於間接貿易商，則常經過外國洋行居間，我國商業落後，所有外國貿易，間接貿易，實居多數。

九、同地商與異地商 同地商乃在同一經濟區域內經商者也，異地商者，兼跨二個以上經濟區域經商者也，此乃根據交易之區域爲表準，在法律上亦無多大

意義。

此外如以根據商品而分類，尙可分爲動產商與不動產商，根據商業性質而分類，亦可分爲投機商與需要商，其他如行於沿海諸港之商業，名之曰沿岸貿易商，行於母國於殖民地間之商業，稱之曰殖民地商，從事於戲院，菜館，酒館，茶室，遊戲場等名之曰遊戲商，攜帶貨物旅行各地，從事於商品之販賣，稱之曰旅行商等，更不勝枚舉焉。

第五章 商法之概念

商法者、關於商之關係之各種法規也，其意義有實質與形式之分，商法之實質之意義，即指商事法規而言，又可分爲廣義與狹義，廣義商法者，乃泛指一切之商事法規也，舉凡一切國際商法及國內商法均屬之，亦不論其爲商法法典，商事特別法令，或商事習慣法及其他有關商事之法律也。又國內商法尙可分爲商公法及商私法兩種，所爲商公法者，或爲商國法，或爲商訴訟法，或爲商刑法。商國法乃包括憲法上及行政法上關於商事之規定而言，如憲法上之保障出版自由，

營業自由，及印花稅法，商會法，交易所法等之商事行政法，即其例也，此外如創設有關商務之官署及官制等項以及銀行條例，私設鐵道條例，軍火鎗炮取締條例等，亦均有商事行政法之性質者也。商訴訟法者，乃指規定關於商事之訴訟手續，散見於民事或刑事之訴訟法中及其他法律之中，如法國於普通法院外，更特設商事法院，於工商繁盛之區，總統得以命令設置商事法院，其土地管轄，與初級法院同，則因審判而特有關於商事訴訟所定之程序，自更顯其實益，我國民事訴訟法第五百二十三條「宣示證券無效之公示催告程序，適用第五百二十四條至第五百三十四條之特別規定」，即其一例，日本民訴法中之為替訴訟（民訴四九四條以下）亦屬之。至於商刑法，乃指關於商事之犯罪或科刑之規定也，多散在刑法或其他罰則中，如刑法第二百九十一條第二項規定「從事業務之人因業務上之過失，致人於死者，處三年以下有期徒刑拘役，或一千元以下罰金」及第三百零一條第二項規定「從事業務之人，因業務上之過失，犯傷害人者，處一年以下有期徒刑拘役，或五百元以下罰金」及第三百六十六條第一項「為他人處理事

務意圖爲自己或第三人得不法利益，或意圖加不法損害於本人，而爲違背其任務之行爲，致生損害於本人之財產者，處五年以下有期徒刑，拘役，得併科或易科一千元以下罰金』第二項『本條之未遂罪罰之及刑法上關於偽造貨幣之犯罪』等規定均是也。其他如交易所法保險法及票據法上規定之罰則，亦屬之，例如票據法第一百二十六條第一項規定『明知已無存款，又未經付款人允許墊借，而對之發支票者，應科以罰金，但罰金不得超過支票金額』第二項『發支票時故意將金額超過其存數，或超過付款人允許墊借之金額者，應科以罰金，但罰金不得超過過之金額』第三項『發票人於第一百二十六條所規定期限內故意撤回其存款之一部，使支票不獲支付者準用前二項之規定』即其適例也。

商私法者，乃關於商事之私法上之法規及商習慣法之總稱也，學者間亦有專視商私法爲狹義商法者，要非確論也，蓋國內商法之商私法，如商事特別法令，及商法法典等，如舉凡一切法律中，關於商事之規定，不問其爲公法，抑爲私法，且不問其名稱如何，統稱之曰商法，則有時商私法亦成廣義之商法也。

國際商法，尙可分爲商國際公法及商國際私法兩種，商國際公法，乃指在國際公法中關於商之法規而言，如關於通商航海，一九一〇年各國在布魯塞爾締結船舶衝突規定之條約；關於奴隸買賣船，依一八九六年各國在布魯塞爾所結之條約禁止之；關於鐵路運輸，歐洲大陸諸國，於一八九〇年十月十四日，訂結鐵道貨物交通同盟，設中央事務局於瑞士京城伯爾，當時入會者，有俄、德、意、奧、荷、比、瑞士、盧森堡九國，惟英國因四面環海，未曾列入；關於郵務，一八七八年一月一日，成立一萬國郵政同盟條約 *Union Postale Universelle* 訂於巴黎；關於電報及海底電與無線電，則萬國電報同盟條約 *Union telegraphique Universelle* 成立於一八八五年巴黎會議，設中央事務局於瑞士伯爾，海底電線關於戰時保護之方法，至一九〇二年開國際法協會於比都，加以議決，一九〇六年十一月五日，又在柏林訂有萬國無線電報條約，及一八九二年法國與瑞士之條約，一八九五年荷蘭與比國之條約及同年比國與德國之條約，一九〇八年法國與德國之條約，則皆與電話有關也，至於一九一九年巴黎私會將告終結時，又訂有一航空條約，其他

如票據法規定，在十八世紀初葉，已有學者，立說等書，提倡國際統一，至一九〇九年荷蘭政府，因德意兩國政府之提議，召集票據法統一會議於海牙，議定統一票據法草案，嗣於一九一二年在海陸開第一次票據法院統一會議，我國亦派員與會，惟英、美、日三國則未參與，當由各國斟酌意見，修正前案議決，定名票據統一規則，計二篇，十二章，八十條，惟是票據統一規則所規定者，僅係滙票，本票二種，對於支票，聲明俟規則實行後，再行集會議決云，凡此種種均關於國際公法而有關於商事者，其他即非條約訂定，而應有國際間遵守之商習慣及關於領事規則中貿易事務官，工商事務官之設置等，亦未始非商國際公法之一部也。

商國際私法乃關於各國商法適用之衝突問題。惟亦有認商法之衝突爲非國際私法之範圍者，德法學者曾皆有人主張之，然毫無充分之理由，蓋民法與商法別爲私權保護之規定，並非基本之性質有差，不過程度略別而已，況實際上歐洲大陸諸國及日本等，民商兩法分離，尤多沿革上之原因，學者恆有指責其失當者，

則民法衝突問題既爲國際私法之主要內容，商法衝突問題當亦不能外之也，其在英美派，民商法更以不分爲通例，我國亦然，是不特從法學者之主張不能概括我國及英美於內，且英美學者以其實際上民商法合一，更無於國際私法範圍內除去商法之說，故國際商當亦包含於國際私法之內，因之遂亦有所謂商國際私法矣。

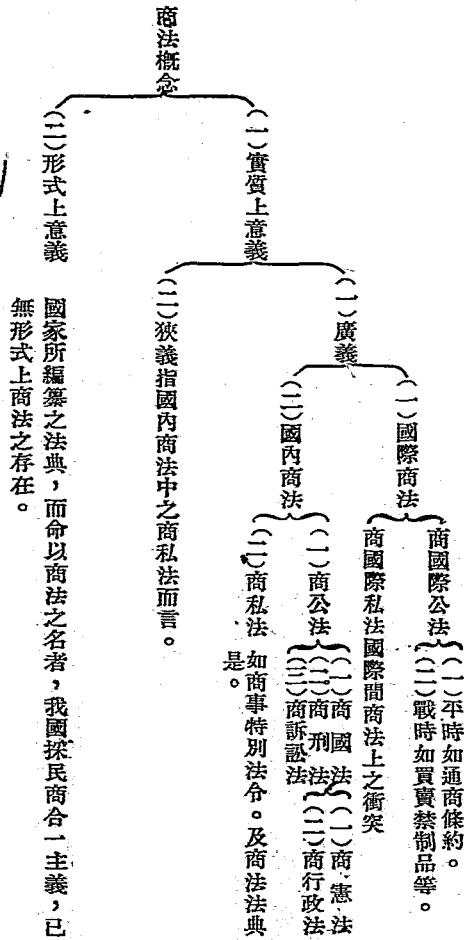
以上所述，均指廣義之商法而言也，然則何謂狹義之商法則狹義之商法者，乃專指國內商法中之商私法典也，如商法法典及關於商事之特別法，以補充商法法典之未備者，統概括之，其他如國際商法，國內商中之商公法均不與焉，如信託法，信託業法，交易所法，票據法，海商法，公司法，保險法等一切商事法規和習慣法等均屬之，如我國現行私法制度，經中央政治會議決定採民商法典統一主義以後，則民法法典以外，已無商法法典之存在，僅就學理上含有商之性質之特殊事項，分別編成單行法而已，如公司法，票據法，海商法，保險法等皆是也。

商法實質之意義既明，試再言形式之意義，所謂形式上之商法者，謂國法所

編纂之法典，而命以商法之名者，質言之，即經過制定法典程序之商法法典是也，在採民商分立制度之國家，所謂商法，自有形式之意義，反之，在採民商統一之國家，於法律之形式上，已無所謂商法之存在，而其實質上之商事法，或則併入民法法典之中，或則編成單行法，已不復具有獨特之性質。且使此種單行法，對於民法成爲特別法，姑名之曰，特別民事法，在我國現制之下，故可謂並無形式上之商法，祇有學理上之商法矣。

今日無以廣義商法爲一種特別科學而研究之，固無足論，即既已分科之商國法，商刑法，商訴訟法及商國際公法，及商國際私法亦無以爲一種特別科學而研究之者，獨於商事私法，即狹義之商法，則各國頗有以爲一種特別科學而研究之者，且日見發達，至於我國，既採民商合一主義，已無所謂商私法，整個商法觀念，實際上已不存在，除特別民事法關於商事部分如公司法，票據法，保險法，海商法，等因單獨頒行，另行研究外，商法概論所述者，惟關於商人在法律上之特殊事項，大致多以昔日頒佈之商人通例作爲研究之對象而已。茲將上所述者，

列表以明之：



第六章 商法之地位

國家所編纂之法典，而命以商法之名者，我國探民商合一主義，已無形式上商法之存在。

法律之分類，可分為國際法與國內法，而國內法又可分為公法與私法，上述及，商法為國內法私法中之一部與民法相對峙，則其在法律上之地位，分析言

之，其特徵凡三，即

一、商法者商事之固有法規也。商法爲支配商事之法規，所謂商事乃民事之一部，而民事一語又與刑事相對稱也，在採民商分立之國家，另有商法法典，成爲民法法典之特別法，普通民事適用民法，商事則先適用商法，然如我國既採民商合一主義，商事部分，多已包括於民法之中，惟關於商事如公司，票據，海商，保險等不能歸併於民法之各部，各自單獨公布而成爲一種特別之單行法而已。

二、商法者私法之一部也。法律有公私之分，其區別之表準，既頗有爭辯，然商法爲私法，則固無人加以否認也，雖商法中如商業登記，商業賬簿及其他各種罰金等規定，略帶公法之性質，要多以規定私人相互間關係爲主，仍應認其爲屬於私法之範圍而爲私法之一種。

三、商法者民法之特別法也。商法維爲私法，而私法之中，民法適用於一般人，商法則僅適用於關於商人或商事之事項，故對於民法爲特別法，凡同一事項，兩法皆有規定者，從「特別法優於普通法」之原則，應先適用商法，商法無規定

or receives them on deposit, that man shall be considered a thief: he shall be slain.

10. If the purchaser have not produced the seller from whom he received it, but the claimant has brought witness recognizing the property; then the purchaser shall be held for a thief, and slain; and the owner shall take his lost property.

15. If a man has brought a male or female slave of a great house, or the male or female slave of a plebeian, to pass out of a gate, he shall be slain.

36. If any man purchase cattle or sheep that the king has given to a soldier, he shall lose his money.

37. If a man has bought the field, or chard, or house of a heavy-armed, or a light-armed, or a feudatory, his contract-tablet shall be broken, his money shall be for feited, & the field, or chard or house shall be returned to the owner.

90. If he (a trader) has lent silver at interest, then for each shekel or silver he shall take a six part of shekel, plus six grains, as interest.

95. If a trader has lent corn or silver at interest, and has delivered the silver in light weight, or the corn in light measure; or if when he collects the debt he takes the silver over weight, or the

corn over measure; then that trader shall lose the whole amount that he has lent.

96. If a trader has lent corn or silver, or it is a day when the elders are not sitting, then he shall lose the whole amount that he has lent.

97. If a man has borrowed corn or silver from a trader, & has not corn or silver for repayment, but has another goods, then he must show what ever he has before the witness, & shall give what he has to his trader. The trader may not refuse to accept it.

100. If a man has lent silver to another man for joint business, then the resulting gain or loss shall be declared before god, and they shall share in equal parts.

101. If a trader has given silver to a retailer for buying & selling, & has sent him upon a journey to employ the silver he has given him, then, if he finds profit in the place where he has gone, interest for the silver he has received, he shall write down; they shall reckon the days, & he shall pay to his trader. If in the place where he has gone he finds no profit, then the retailer shall pay back to the trader double the amount of the silver he has received.

102. If a trader has lent silver to a retailer as a favor, & where he has gone he has suffered loss, he shall return the capital sum to the trader.

者，始適用民法。

第七章 商法之沿革

說明商法之沿革，其法有數種，有以地理，實質，及體裁之三者而觀察說明之者，有據年代而分時期以說明之者，如依地理沿革而說明商法，則商法係發生於南歐地中海，逐漸北趨，遂周大西洋之沿岸，而出北海，更進至波羅的海之西北，及法國王路易第十四世所編纂之法典出，遂以爲據，而南北歸於一，以後散布於全世界，日本穗積陳重博士嘗一言以蔽之曰，商法者起於南而漸於北，因路易第十四世編纂之法典出，而南北歸於一，雖然在上古時代亞洲方面，如希伯來，印度，及巴比倫等民族，亦非無商法遺跡可資攷證也。

商法之沿革苟依實質而說明之，則商法可謂之由商人法進於商法，由商法進於商事法，迨至今日又有由商事法而復歸於商業法，形成一轉化之新趨勢矣。在歐洲商法自民法中分出爲特別法者爲中古時代，此種商法多發生於商人間矣。且獨適用於商人，又爲商人所蒐集編纂而成者，故名之曰商人法，實屬至當，

及至中古，封建制度隨交通發達而具衰，個人自由，日見擴張，職業自由，亦爲衆所公認，士農工商階級廢，凡營商者，不論爲誰，均稱商人，均得適用商法，昔日商人法以商事爲商人之行爲，至此遂轉變商法爲商業法，以商事爲關於商人之行爲矣。迨至近世，商法又一變，自商業法進而爲商事法，蓋凡以營利爲目的而轉換貨物之商行爲，固得稱爲商而適用商法，即不以此爲業者，亦不失爲商，是以商法非獨適用於商業者，即非營業之單純商亦得適用之也，於是以商法爲適用於商事者之觀念起矣。近時之商法，所以皆揭載商行爲之規定，而以絕對之商行爲，即不論行之者爲商人與否亦不論其爲營業與否，而皆當爲商行爲，亦以此也。惟在今日，因時勢演進，法律思想日見發達，民商亦多見統一，遂有復歸於商業法之趨勢焉。

商法之體裁沿革，則上古東西各國，關於商事之法規，類多散見羣籍，其詞簡單無序，不足以應商事之用，爾時懸遷有無，僅沿用商習慣而已，即如歐洲商法，始於地中海沿岸，初亦不過商人自爲規則，互相立約，期共遵守，名之曰商

人法，實現今商法之盟芽也，是爲習慣法時代，泊法王路易十四博採習慣之例，命練達商事者，編爲成文法典，于是全歐諸國，靡然從風，遂變爲法典法時代，頃各國多採民商統一之制度，商法之一部分爲民法所吸收，而他之一部分遂獨立發達成爲單行法。

最後如依年代而分時期以說明商法之沿革者，如羅蘭氏及李恩坎氏等均主張四分說，即第一期爲太古時代，自太古以至西羅馬帝國之滅亡，第二期爲中古時代，即自西羅馬帝國滅亡，以至法王路易十四世之法典編纂，第三期爲近古時代，即自羅馬第十四世之法典編纂以至拿破崙第一世之法典編纂，第四期爲最近時代，即自拿破崙第一世之法典編纂以至今日，至者弗透拉氏則以商法自身爲標準，主張參分說而分歷史沿革爲古代及近代之二時期，自太古以至西羅馬帝國滅亡爲古代，自西羅馬帝國滅亡以後爲近代，更以近代分爲二期，自西羅馬帝國滅亡至阿美利加發見爲第一期，即所謂古商法時代，自阿美利加發見以後爲第二期，即所謂新商法時代，其第一期（古商法時代）更分爲二期，自西歷第五世紀至第

八世紀約三百年，是爲蠻人侵寇時代，自西歷第八世紀第十五世紀，約七百年是爲蠻人土著時代，然欲研究商法之沿革，專從時代上觀察則難免多偏于商法已有發達之時期，固應同時從地理，實質及體裁着眼而觀察之也。茲將上古至現代之法律之有關於商事者，擇要而說明之俾略知其發達進步之一斑：

第一節 古代之商法

(一) 希伯來 Hebrew 印度 Hindus 之商法

希伯來與印度爲亞洲上古明中有名之民族，極富於經濟思想，維以農業爲主，能以其僧侶之經典爲文獻上考據，要亦不無商法遺跡可尋，茲所述者，關於希伯來，約在西歷紀元前一千三四百年間，關於印度，約在西歷紀元前一千年前後然我國周朝初葉亦在紀元前一千一百年間，彼時我國之制度文物旣已大備，經濟思想，亦甚發達，蓋可見之於周禮與尙書也，惜無系統與條理對商法上即有若干足述，亦祇容於述中國商法沿革時說明之。

希伯來與印度均無特別之商法，間有關於商事上法律之規定，亦散見于一般

法律及行爲律之中，故如研究其經濟思想，即可知其關於商事規定之一斑，希伯來之政府與教育惟以擴張法律爲要圖，乃吾人之所知也，摩西 *Moses* 及其門徒之命令，爲一切思想及行爲之準則，印度之情形，大致與希伯來相似凡人生日常生活，幾無不定之于法律之中（然僧侶及猶太人常常反對此種規定之精神，而不遵守之）故本章所述，純取材於當時之行爲律及其他法律，法律所載關於商事者如職業，利息僱傭，工資，財產所有權，度量衡，偽造，專利等問題悉有之，今姑擇其較等者，述之如下：

重利摩西法禁民取利；故無論，金錢，物品，或其他之貸借行爲，皆不准生利（舊約書第五卷）然此法祇行於希伯來人，其有貸款於外國人者，則不禁其取利；且不許貸款於外國貧民以市恩，（舊約書第五卷）察其立法之變遷，初惟不准取利於貧民之貸借，其後始推行於全以色列城 *Land* 之市民，貸款於外國人而取重利，頗有類於居間費用，及貿易漸興，資本有貸借之舉，拉必士人 *Rabbi* 始稍變其舊習。（猶太百科金書之重利章）。

摩西法所定之貸借有二種：(一)不准取利於金錢之貸借，(二)不准多取於食品之貸借，(法律上無重要之反別，惟「多取」一辭，係指食品不准多取而言，與「重利」者不同。)古人對於「利息」一術語，雖具物值之觀念，而無資本之意義與今日經濟學內所用之術語，大不相同，古所目爲「嗜利者」*Usurer*，即貸款與於一定時期之內，而取利息之謂；惟因所取頗重，往往出二入三，故呼取利之人爲嗜利者，命其利息爲「重利」*Usury*。

禁民取利有類于慈善意旨，故貧民之借貸，往往不用抵押品，且可於七年期約既屆之時，延緩歸還之期，惟在常例，財產不能轉賣，故有七年期約及五十年期約之規定，爲履行此規定之故，貧民借款及延期之舉皆別以法律規定之。

然在當日摩西法亦非無所變更，五十年期約之規定，未見實行，而商業之交易，且不能免，所羅門人 *Solomon* 之從事于貿易者既多，希伯來人由巴比倫歸後，因商務日繁，亦視貸借生利爲常習，「百分」*Per cent* 之意蓋起於奴隸制度發生之後利率 *Rate of Interest* 觀念，乃始諸尼亞米亞 *Nehemiah* 之民族雖然，當時執政

者固力求其法律之實行其法律亦實爲研究中世紀諸主義者，所不可不知也。

抵押品有擔保之性質，亦多規定於法律之中，而不能濫取，凡屬必需品，如在體之衣，半扇之磨，皆不得取出抵押品，以其爲維持生命之所必需也，（舊約書第五卷），貸主入借主之室而取其什物以爲抵押品，亦爲法律所禁止，使借主爲貧民，必當返還其抵押品於黃昏之前，據舊約所載取凡嫠婦之牛以爲抵押品，及所取之抵押品爲借主所必需且無他物可以代替者皆爲當時所不許。

婆羅門法典 *Brahmanic law* 所載之利息及重利最詳上級人民之出貸全受禁止，婆羅門人與克夏陞亞人 *Kshatriyas* 皆不得如嗜利者之貸款與人，然貸與自棄其職務之惡人則許之，（瓦西沙法典 *Vasistha* 第四。頁以下）至賤入貴出之輩，多爲當時讀「偉大」*Veda* 經典（印度最古之經典，有百卷之多）者所鄙棄，不收抵押品之貸出，當時常有之，惟取利過重，貸金之利倍於其本，貸穀之利三倍於其本，貨物之，以衡量論者，則八倍于其本，（瓦西沙法典第四七頁），據瓦西沙法典所載，有抵押品之貸款爲二十取五，或年取百分至十五，更有按百分之二，三，四，五，之

四級以取利者，總利交付之限度，說者不一；有謂限於一年者，有謂以與本金之額相等爲限者。任從何說，皆以國王死時爲利息停付之期新王即位時，則併其子母而爲新本金，乃政治上之常例也。

利息交付之法，亦不一而足，概分之，有合交，期交，特定，協定，按日，擔保六種，（見東方聖書（一）第二卷第二三九頁）協定利息可代之以勞力；擔保利息須以實物爲抵押，如以牛馬等爲抵押是也。

由此觀之，印度利息之可考者，蓋爲利息尙公允；利率之於人也分等級，如視爲惡人則重之，視爲善人則輕之；利率之於物也分種類，如金錢穀米則輕，他物則重，總利之交付，則有最高之限度。

希伯來人與印度人間有一相同之點，卽利息交付，皆有最高之限度是也。其限度有以國主之死爲期者；有以五十年爲期者，亦有以息之額等于本金爲期者；及期則利息之交付即停止兩族之民皆曾力求利率之均平，以謀貸主與借主利益之相等。其待遇借主，皆顯示反別；惟一則取於異國之人，一則取利於惡劣之人，

是其不同也。

商業法規 Commercial regulations 及平價 Just Price 貨物買賣皆有平價，當時商業之進步可知矣。希伯來及印度皆有懲罰偽造度量衡之法規，（參閱印度神話，舊約，新約，猶太百科全書）而操奇計贏，專例壟斷，尤爲例禁。拉賓尼加法 Rabbinical law（按此法爲當時希伯來人之市民法）視增高市價以罔利者，與盤剝重利偽造度量衡者同罪。雖居間受酬，亦非法律所許至於民食所需，向不准運售於境外時逢饑饉，官各售其所有於市不得私藏。其他零售之小販取利，亦皆有所規定，如所取不得逾百分之十六又三分之一是也。（見猶太百科全書，此類法規，實皆發生於猶太人被放之後。）

婆羅門法律，亦有同一之規定，商人售貨之價，不得減於其值，亦不得增於其值；違之者則繩之以律。購貨于市中，其貨雖非售者之所有，在購者不爲罪；惟貸主得以取回其所有之貨；此乃近世商業慣例發生之淵源也。然使交易于祕密中，而物價復減損，則處購者及售者以竊盜罪。

上述諸法規惟在求物價之公允，是爲平價，凡僞衡，重息，濫價，（如專利，高價及低價之類，）高利，皆爲法所禁，蓋當一民族之經濟幼稚，財物及勞役皆無定值于市之時，其趨勢不能不如斯也。降至中古，以至今日之專賣物價猶有此意可考焉。總之，市價競爭之舉，既爲古昔東方經濟之所無，而物價不公，（亦可謂爲不合理之索價，）又爲消費者所難堪此類規定，自不能免矣。

礦山及其他森林等經濟物，亦爲古昔之所重據印度神話所載，其所產爲國王專有，並由其任官掌之。

僱傭關係古昔東方諸國，對於食工資者，及僱主與被僱者之關係，亦不無多少之規定，按之婆羅門法律，被僱者中途輟職，則奪其所約定工資之全部，且須納罰金於王，（印度神話第一二五頁），其有因疏虞而損傷器皿者，依價賠償，反之，如僱主中途解去被僱者之職務，則當付出其所約定工資之全部，亦納罰金於王，惟因咎在被僱者而被解僱之時，則不受此法之限制，摩西法對此無可，述之記載；其間雖亦有關於工資及食工資者之規定，而工資之支付，多爲物品，不爲

金錢，其重要之規定，不外對於勞働者須公平，工資須按日支給（見舊約第三卷第五卷）及保護被僱者免於被壓迫之僱傭契約而已。（舊約中馬拉記（↓）之第五頁）猶太人鄙視商人極甚，至呼之爲開奈人 *Cananie*（見舊約，按開奈人爲先於希伯來占據，巴辣斯坦 *Palestine* 之民族，當時常爲其他民族所輕視，）印度蘇德拉 *Cudras* 工匠，實遠不如威西亞 *Vidras* 之農民。希伯來人何爲而輕視工商，及其輕視工商之影響雖不盡可攷，其民之從事於工商者甚少，固讀史者所知也，馬加畢 *經 Books of Maccabees*（按此經爲異於耶教諸經之一部）祇言農而未言商，可爲一證。至所羅門人之至腓民西亞經商者，史事頗足考證，惟多由政府爲之耳。希伯來與印度所定之法，多爲近世所不取，以其有戾於工商業之發展也。

土地交易之契約至五十年時，希伯來人皆須歸還其土地於原業主，此乃崇信天帝、認土地爲其所有，不能永賣於人也，此爲五十年期約，又有七年期約，定土地過七年，停耕一年爲安息期，亦由宗教之觀念而起，定法之初限制較嚴，其後稍寬，七年之末，租戶亦得續租，停耕之年，地租亦可停付，（見摩西法。）又

七年期約定法，雖爲停止債務及限制續租而設，惟至工商漸興，人事日繁，法律之應用愈不能免，故凡工資，抵貸，典券，以及其他特定之債券未有不受七年法之約束者矣。（見塔爾慕法典 *Talmud* 按此法爲當時猶太之市民法。）

(二) 巴比倫 *Babylonia* 之商法

古代成文法規之可攷者，當以考古家新近發現之巴比倫於紀之前一九五八一
一九一六年左右，名王漢謨拉比 *Hammurabi* 在位時頒佈之法律爲最早，故此法律可稱爲世界最古編纂之法典，巴比倫當漢謨拉比之在位也，法律修明，商工業甚盛，國勢盛極一時，此後不久巴比倫遂見衰落，新近於一千九百〇一年法人發現之法律，其名卽曰漢謨拉比法典，*Code of Hammurabi*，（總條數一二八二條）茲將該法典內關於商事者擇要將其英譯原文摘要於下，以資研究，而供參攷，至於漢文翻譯，容待俟諸異日：

7. If a man has brought silver, or gold, or man slave, or woman slave, or ox, or sheep, or ass, or anything else, from the hands of a man's child, or a man's slave, without elder or contract

104. If a trader has entrusted corn, wool, oil, or any other goods to a retailer to trade with the retailer shall write down the value & give it to the trader. Then shall the retailer take a sealed receipt for the silver given to the trader (in settlement).

105. If the trader is negligent & has not taken a sealed receipt for the silver given to the trader, the silver that is not sealed shall not be carried to account.

106. If a retailer has received silver from a trader, & disputes with the trader, then the trader shall call the retailer before god and the elders regarding the silver receive, & the retailer shall restore three-fold the silver he has received.

107. If a trader has wronged a retailer, & the retailer has repaid to the trader all that the trader give him, & the trader conceals what has been given to him, then that retailer shall call the trader before god & the elders; & because the trader has contorted with the retailer, he shall pay to the retailer Six-fold of all that he has received.

108. If a (female) wine-seller has not accepted corn as the price of drink, but silver by the full weight has accepted, & has made the price of drink less than the price of corn, then that wine-seller shall be prosecuted & thrown into the water.

109. If rebels meet in the house of a wine-seller & she does not seize them & take them to the great house, that wine-seller shall be slain.

111. If a wine-seller has given sixty qa of drink on credit for a festival, at the harvest she shall receive fifty qa of corn.

267. If a man hire a field-labourer, he shall give him eight qur of corn per annum.

268. If a man hire a herdsman, he shall give him six qur of corn per annum.

291. If a man hire a pasturer for cattle & sheep, he shall give him eight qur of corn per annum.

(三)地中海沿岸諸國之商法

上古洪荒之匹，史乘無稽然亦有人稱商法濫觴於埃及亞述 *Aegyptus* 及 *Assyria* 等國者，雖文獻無徵，難憑采信，然斷簡殘編，亦足略窺其厓跡，如埃及時早已有金屬貨幣之流通，依紀元前八世紀前後其債務法之斷片記載，正有法定利率規定百分之三十，利息不得超過元本，法律行爲原則上須書面訂立，賣買及消費貸借等一般交易行，均已發生，楔形文字亦已發明，一般商號如商事公司，信用賣買，

供給契約，銀行之貨幣交易，每月之利息計算及複利禁止，抽象之債務負擔證書，不特定之第三者負擔義務之契約，保證及質，任意代理及債權讓渡，無記名證券，指圖證券及其他票據等種種形式，均已存在。即可證之。蓋當太古羅馬未發達以前，商業發達，以地中海沿岸諸國為最除埃及亞述等國外，其他如斐尼基(Phoenicia) 加塞基(Cartage)希臘(Greece)諸國均稱繁盛，因其均在地中海沿岸貿易，故遂有多少之慣例及法規，然皆不傳于今日，其年月亦不詳，惟希臘亦有金屬貨幣，亞力山大東征凱旋後，更許外國商人在法律上得同等待遇，其他如投機交易，海上貸借，保險要素，銀行制度，任意代理，債權轉讓，擔保附消費貸借，營業之貨貸借及讓渡，交互計算，無記名證券指圖證券等則均已發生，則攷之古史，亦有足證者。此外如希臘之羅度斯(Rhodos)海島，因介乎埃及小亞西亞之間，當交通之孔道，握商場之樞紐，凡歐洲之船舶，於途次遇有交涉事件，多在該島解決，因之其地習慣，尤為遐邇所欽仰，立法者因集為成文之法律，名之曰羅度斯海法(Jus Nuvale Rhodiorum, Lex Rhodia)，此約在紀元前九世紀時，此種海事

備註之利益

1. 返許之利益 *Beneficium ordinis*
2. 檢索之利益 *Beneficium exclusionis*
3. 代位之利益 *cedendum actionum*
4. 分担之利益 *Beneficium divisionis*

東吳法律學院講義

三六

法規，爲雅典伊琴海 *Aegean Sea* 各島及地中海沿岸諸國所採用，儼然成爲國際法之一部，後世之海商法，實濫觴于斯時，羅度斯海法，近日可攷者甚少，後世學者，均于該島之海事法規，經多年之探討，雖不無發見，然其可信與否，聚訟紛紜莫衷一是。然其內容，專重於其向海損之一種，想可信也。

羅馬亦爲地中海沿岸之一國，開國雖較後于上述諸國，然其歷史極長，版圖極大，惟其國崇尚武力，而輕視商業，所注重者爲軍事與農務，當時政府雖鼓勵商人至亞非利加洲，西班牙及意大利南部各地購買糧食進口，但其目的專在供給羅馬下級社會之需要，並非提倡商業之表示，高級社會之人民及受法律之限制，不得任意經商，故航海事業，在羅馬不發達，法律上無詳密規定之必要。人民固能尊重契約之自由，法官亦巧于聽訟，故無須乎商法之特別規定，雖然，羅馬法爲近世各國民法之所宗，其中自亦有不少關於商事之規定，此證之優斯體尼亞魯斯帝編纂之 *Justinianus (528-534) A. D.* 法典而可信也，其達吉斯特 (*Heigast*) 章節中如關於契約之規定頗多，均適用於商業交易之法規也。又羅馬法分市民法 *Jus civile*

及萬民法 *Jus gentium* 市民法僅支配於羅馬之市民，外國人則僅適用萬民法，各種交易買賣之法律行為，不受市民法之保護也。羅馬市民有財產權者 *Commercium* 方取得財產及訂結契約之權利，又奴隸之買賣，在羅馬法上亦有規定，對於物之買賣，如爲要式移轉物依市民法之規定，必用曼兮怕著 *Mancipatio* 之方式，其他如使用借貸 *Commodatum* 寄託 *depositum* 貨貸借，*locatio conductus* 代理，消費借貸 *Mutuum* 轉貸 *Sublocotio*，僱傭貨貸借 *locatio conductio operarum*，承攬貨貸借 *locatio conductio operis* 買賣 *emptio venditio* 交換 *Permutatio* 合夥 *Societas* 委任 *Mandatum* 保證契約 *repromissiones* 等在羅馬法上亦均有較詳之規定，又債權契約通常出以口頭訂立，及要式口約 *Stipulatio* 也，後至紀元前三世紀，銀行等營業自希臘輸入，文書契約 *Contractus litteris* 逐漸發達。又如商業家委任經理人 *Institor* 以營商業者關於經理人之所爲，商業家亦負責任，故與經理人相貿易者得對於本人起訴 *actio institoria* 又有給與一定財產於家子或奴隸，令其營商者，其羅馬法曰 *actio tributoria* 至於海商方面，如船舶所有人 *exercitor* 以自己之奴隸或自由人爲船長 *Magister*

Naviis 時，委任其轉運貨物之貨主，得對於船舶所有人起訴 *Actio ex eroforia*。
 又依羅馬法中極少部分之記載，亦曾採用羅度斯海法。(按該項記載見于 Justinian
 皇帝之法律彙編 *Digest* 第十四編第二章題爲 *De lege Rho dia de Jacta*) 攷羅馬法
 之採用羅度斯海法，始于渥格斯脫斯皇帝 Augustus 之世，該帝在位時，曾明令適
 用羅度斯海法，以裁判海事案件，嗣後安多尼努皇帝 Antoninus 登位時，于該島
 法律之適用，亦有同樣之表示，當時人民因船舶沉沒而遭搶劫，伊即諭令依照該
 島法律裁判該案，其理由爲該島法律有統治海上之權力，自是以後，羅度斯海法
 ，凡遇羅馬法無反對規定者，均適用於海事案件。尤以共同海損 *Lex Rho dia de Jactu*
 爲著。又有所謂海上貸借 *Poenus Nauticum* 以單 *保之合意* 是 *利是* 的 *改* 也
 關於海陸商共同適用者，如銀行業之責任 *Receptum Nautarum, Cauponum, Stabulariorum* 等規定，
 人，動物旅舍主人對於受寄物之責任 *Receptum Nautarum, Cauponum, Stabulariorum* 等規定，
 均稱詳密。其他如因證明不可抗力 (*Vis Major*)，可免除其責任，亦有規定也。

第二節 中世之商法

羅馬時代，商法尙無特別法，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，僅將重要之原因，分類而列舉之，即客觀的原因，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，發現經好望角 *Cape of Good Hope* 達於印度之航路，又哥倫布發現美洲，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，於是各種之商事公司，保險，冒險貸借，商號，商業帳簿，票據，載貨證券，及其他海商等，新創制度，伴商業之發達而設，從來之私法，爲之一新，蓋是等新法制，實隨時世之進步者也，然羅馬末代之法律，較隆盛時，較形退步，有不便於商業之勢，例如 *Lex Anastasiana* 之原則，限制債權之買賣，使買主不得超過自己所支付之價額，索取債務，又如「巨虧」之原則，*Lasio enormis*，使賣主得以虧折之

理由，撤銷買賣，其不便於商人，顯然可見，又當時寺院法禁止以金錢放取利息，及不加工於貨物而轉換，得利益者，尤認爲違法背理，亦足使商業發生艱阻，又日耳曼族亦以農夫武人之法行諸域內，尊重形式，貽害商人，商人力圖所以趨避，至裁判手續，因受中古時代形式主義之影響，亦日漸繁雜，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，及創設特別法院，自行立法，自爲裁判，以脫一般私法之羈絆，是卽中世時代，商法爲特別法客觀之原因也。

商法爲特別法之主觀原因，則因歐洲中古時代，其封建制度，隨交通發達而衰落，個人自由，日見擴張，職業自由，衆所公認，分業制度，次第興起，從事各種之產業者，皆設團體，不許團體以外之人，從事其產業，於是商人亦設所謂商人團體 *Kaufmannsorden*，自立規約，制定適合於商人階級一種之商人法，而爲商法之前身，又自行裁判，爲今日商事法院之嚆矢，始成立於地中海沿岸，繼傳播遍於內地焉，但商人在占住民中多數之都市，關於商人特別法，亦有定於都市

之法規中者，或特定之都市，住民半屬商人，則其都市之法律，即商人之法律也，都市之法院，即商人之法院也，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，故此時代實可謂商人法 *Jus Mercatorum* 時代。

然此種商人法，論其形式，多屬商人間習慣法，尙無成文法典之可言，故自有商法以迄法皇路易十四編纂商業法令之時，凡歷二千年，可稱曰習慣法時代，其中由私人編纂，至今日尙喧傳者，多屬法商法，蓋當時海上商業，極爲繁盛，海事法規，乃有存在之必要，中古期內最早之海事法典成于十一世紀之末第一次十字軍遠征之時，至路易十四編纂商業法令之時，僅六百餘年而已，該法典係爲意大利之自由商業共和國名亞末爾非 *Amalfitani* 者所編，因以 *Amalfitan Table* 見稱于世，其內容之完備，爲以前法律所不及，意大利各邦均採用之。

繼亞末爾非之法典以產生者，有五種主要法規，茲分別說明於後：

一、康索拉託笛爾曼爾海法 *Consolato del mare* 此名直譯之，則其義爲海上法官，據一般學者主張，此法編於西班牙之巴西羅拉 *Barcelona*，發起其事者，爲亞

那貢之國王 King of Arragon，故其產生應歸功於西班牙人，但據另一派學者主張其編纂者爲意大利之匹薩人 Pisans，比外復有人主張其爲十字軍遠征時仿照希臘，日耳曼，法蘭西，西班牙，叙利亞 Syria，威尼斯 Venice 及其那亞 Genoa 等國之海事法令所編纂而成者，意見紛歧，莫衷一是，惟無論如何，該法爲中世紀通行於歐洲重商各國之法律，乃不可否認之事實，意大利，西班牙，法蘭西及英格蘭之海事法規，實受其極大之影響，後世海事條例之以其爲基礎者，不一而足，該法之內容與組織，在今日視之，雖不免簡陋幼稚之譏，但在中世紀視之，實爲一關於當時商業習慣最翔實可貴而合於理性之作品，其內容所包括者，極廣，所論及者，有海事法庭，船舶航行，船舶所有權及設備，船舶所有者及船長之職務與責任，運送費，海員之工資，海員之職務，及管理回贖金 Ransoms，海難救助，投票貨物，共同海損，海上捕獲，中立及交戰國船舶相互間之權利。當時海事有爭執時，法官一依是法判決之，故有海上法官之名焉。

二、阿勒倫海法 Laws of Oleron 此法係通行於法蘭西沿海之阿勒倫島 Oleron

上者，乃彙編性質，關於其緣起，學者間意見不一，法國之著名學者，如克來拉克 Clairac 伐蘭 Valin 及愛邁內貢 Emerigon 等則主張其爲法國之產物，最初係奉愛來昂納女王 Queen Eleanor 之命而編纂，供基恩省 Province of Guienne 及大西洋沿岸航業之用者，後爲其子英格蘭王兼基恩侯爵禮查一世所採用而增益；反之英國之著名學者如賽爾騰 Seldon 柯克 Coke 及勃蘭克斯東 Blackstone 等則主張其爲英國之產物，成於禮查一世，爲英格蘭王之時，其來歷之不可攷，殆與 Oonsolato de Imare 無異，此法之內容，大都襲自羅特法及康索拉託海法，間有少數與該二法不同之處，亦無非爲適應西歐商業之需要而設，初與該二法無甚出入也，此法爲後世海商法規之模範，向爲英法二國人所特別尊重，卽在美國亦爲法院認爲裁判海事案件之準則焉。

三、威斯倍海法 Laws of Wisbuy 此法爲波羅的海內哥斯蘭島 Gotland 上威斯倍 Wisbuy 之商人所編，約成於西歷一二八八年，學者間有主張其產生期早於 Oron 及 Oonsolato 二法者，但依照克來拉克 Clairac 之意見，此法係爲補充 Oeron 法

而設，其爲萊因河以北波羅的海各國之海事法規也，正如 *Oleron* 法之爲英國與法國之海事法規，*Consolato* 法之爲地中海沿岸之海事法規，成立之時期，實後於 *Oleron* 及 *Consolato* 一法，其內容與 *Oleron* 法相同者頗多，爲以後亨斯聯盟 *Hanseatic League* 各條件之基礎焉。

四、*Laws of The Hanseatic League* 亨斯聯盟成立於十三世紀中葉，最初係由呂白克 *Lubeck* 勃里門 *Bremen* 及漢堡 *Hamburg* 等城市所發起，當時歐洲封建之制盛行，北部一帶，更爲野蠻民族所割據，其生活較安，文化較高，商業較盛者，莫如亨斯各城市 *Hanse Towns*，歐洲之文化及商業，實以此爲中心，爲防禦海盜及其他外力之侵犯，并保護商業計，此類城市，實有聯盟之必要，聯盟成立後，各該城市之商業，益臻發達，北歐各城市，咸認此聯盟爲得計，故陸續加入者頗多，其勢力益爲雄壯，聯盟各城市，認爲商業發達，有賴乎完美之法典，乃於十六世紀之末葉，先後成立各種海事條例，以資共同遵守，迨西歷一六一四年復由各城市在呂白克會議，將舊有條例，予以增訂，改爲一內容較富之整個海事法規，

題曰亨斯海事法 *Jus Hansaticum Maritimum*，此法之內容，係以 *Oleron* 及 *Wishby* 二法爲根據，因亨斯聯盟勢力之雄厚，引用之區域甚廣，頗爲歐人所重視焉。

五、*Le Couton de la mer* 此爲法國私人之著作，約於十六世紀中成於法國之魯昂 *Rouen*，著者之姓名不詳，其內容以涉及海上保險契約者居多，此項契約爲以前各法規所不提，此書能予以論列，實具有特殊之價值，其所論原則，明晰而準確，頗多爲後世保險法規所採者。

第三節 近世之商法

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，即商事法也，但斯時商法重公平，尙敏活，尊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仿，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司帶雪那

Lokanasthana 之規定，又不許因「巨虧」取消契約，重富事者契約之自由，不許原困，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，遂爲民法所侵襲也，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，領域亦屬廣泛，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，關於公司之新規定是也，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，且有其固有之領域也。

以上所述，近世商法實質之變遷也，苟論其形式，近世商法，較諸中古時代，果有如何之差異乎？則中世時代之商法，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，嗣後第十九世紀時，世界文明諸國，多將有關於商事之法律，編成法典。

總之中世之商人法，多爲團體法及習慣法至近世乃成爲國家立法事業，成爲商業法，且民商漸趨合一，惟後出之前德意志帝國商法，稍復中世紀商人法制度之舊觀，故又可謂由商業法而轉化爲商人法矣。

第四節 現代各國商法概觀及其系統

現代各國之商法，自其編制上言之，則體裁互異，約而言之，可分四大法系，即法國法系；德國法系，折衷法系，及英美法系是也，法國法系，德國法系折衷法系均爲成文法國，而上述三法系中又有以商法爲法典而編纂之者，亦有不用商法之名而於他種之法典中，規定商法所當規定之事者，法德等國均爲有商法法典國，而瑞西·瑞典·挪威，俄均爲無商法法典國，惟法商法之特徵，以商行爲爲基礎，故法商法適用之範圍，亦以商人爲限，認許客觀主義可稱爲商事法國，

而德新商法則以商人爲基礎，認許主觀主義，故實屬於商業法國，此兩法系不同之大較也，至於折衷法系，則多折衷於法德兩系之精神，又各國尙有將商法分爲數種單行法者，總之法國法系乃拉丁民族法律觀念之反射，着重於個人本位主義，德國法系乃日耳曼民族法律思想之反影，恆側重於團體本位主義者也，故二者雖均受羅馬法之影響，惟各民族各有其特性，法律規定之實質，遂多有其不同焉。歐洲大陸，法國商法先出，一時全歐之商法，皆望風倣之，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，於是半德法折衷法系之商法，歐洲以外各國，其編纂商法典，遂多屬此法系，至於英美法系，因多爲不成文法，則有其特別獨立之地位，茲將各法系商法概略，分述如下：

第一款 法國法系商法

法國商法爲近世商法法典之先驅，各國現行商法，多有以該商法爲源泉者，

立法當時，其實質頗稱優良，多數商法，爭模仿之。

法國在現行商法制定以前，當路易第十四世在位時，已有關於商之二法典，即一千六百七十三年三月發布之商業條例，Code Merchant，及一千六百八十一年八月發布之海商條例 Ordonnance de la marine。先於上述二條例者，則有一千五百六十二年十一月之布告(沙洛洛九世)，此布告爲關於設置商事法院及交易所者，又關於破產有一千五百三十六年十月十日之勅令(弗耶索華一世)，與一千五百六十年之勅令(沙洛洛九世)，及一千五百七十九年之勅令(安利二世)，一千六百九十五年之勅令(安利四世)等；關於海上法，則有一千五百七十三年之勅令，一千五百八十四年，一千六百二十九年之勅令，及一千六百七十三年之勅令等，然皆爲簡單之單行法，且其關於海上法者，皆爲公法上之事件，至私法上之規定，則極稀見。路易十四依宰相柯白脫 Colbert 氏之意見，乃編纂上述二條例，亦以勅令頒佈之，以應需要，遂爲現行商法之基礎，并爲今日文明諸國商法共同之鼻祖。商業條例亦稱 Ordonnance de Commerce 又因當編纂時，有商人爲薩威利 Jacques Savary，

爲此條例之編纂委員，厥功頗多，故亦有以薩威利法典名之者 *Coke's Statute*，共分十二章，都一百二十二條，其中規定關於商事之法院管轄，一般商事，票據，及破產等，尤以票據法爲較完備，共有三十三條之多，至於破產則僅十三條而已。

至於海商條例，其內容之完備精密，遠勝於中古時代各海法，實千古不朽之作，方其編訂之時，亦爲法國宰相柯白脫，柯白脫總理法國之商業與航業，雖未躬與纂輯之役，然對於商習慣之調查，材料之搜集，不遺餘力，裨益於該條例之編訂者，良非淺鮮。該法之編訂者，已無可攷，其內容共分五編如左：

第一編 海事法庭 *Amirautés* 之官員及其職權。(計十四章)

第二編 海員及海船。(計十章)

第三編 海事契約(按本編涉及海員雇傭，運送契約，冒險貸借，海損，保險，兼論捕獲及報復等。(計十一章)

第四編 港灣沿岸等之警察。(計十章)

第五編 海上漁獵(計八章)

該條例條數甚多，各章皆較長於商業條例，又該條例之內容實具(一)私法即海商法，(二)公法即行政法，及(三)國際法即海事國際法之三種性質，其範圍之廣，不僅以前各法所不及，抑且爲以後各法典所不如，該條例係參攷以前各法規及海事法之著作而成，據其著名之註釋家法人伐蘭(Vallin)稱其所根據之法規，不下十餘種，該條例不僅爲法國以後海商法之模範，抑且爲近代歐美及東洋海商立法之根據，在世界海商法之沿革上，實佔特殊之地位者也。

於一千六百八十一年後，法國仍有多種海上法規公布，其中一千七百七十六年之布告，及一千八百八十一年之勅令(Ordonnance)爲關於外國駐在領事者；一千七百八十四年及一千七百八十六年之勅令爲關於航海警察者；一千七百七十八年及一千七百七十九年之敕令爲關於掠奪者；一千七百七十九年之告示(Decret)爲關於保險者；一千七百四十七年之告示，爲關於船舶之職工所有之特權者，上述諸敕令，在海事法規中，亦佔重要之地位。

法國現行法，即一千八百〇七年之商法典 Code de Commerce，其編纂雖規畫自法國大革命前，然依拿破崙之決定，而始實行，蓋其時商業恐慌，破產紛起，非有完美之商法典，實難濟其窮也，該法典於一千八百〇六年開始編纂，其年十一月四日參議案始討論其草案，經六十一次之會議，一年之時間，始送附交議法院 Tribunal，（參議院中之內務部及法制部 Sections de l'intérieur et législation）經此部會議決後，更以參議院之總議會決定之，乃提出其決議案于民選議院，復由參議院派出議員一名，說明其理由，既終更送附于議法院，以決其可否，再由議法院以參議院議員二名爲委員，使列席於民選議院，主張其意見，然後民選議院，乃議決而確定之，該法典共分編四十四章六百四十八條第一編總則（Du commerce en général）第二編海商（Du commerce maritime），第三編通常破產及有罪破產（Des Faillites et Banqueroutes），第四編商事裁判（De la Jurisdiction commerciale），其編纂以路易十四商業條例及海商條例爲基礎，改革其扞格，補充其缺漏。最先公布者爲一編，次爲第三編，再次爲第四編，而第二編公布爲最後，于一千八百八年一月一

日起施行，此法雖規定繁瑣，于商業發達，非所適宜，然當時已風靡歐洲大陸諸國，資為模範，拿破崙武力所及之處，幾無不入其勢力範圍之中，爾後社會情勢，日見變遷，該法典頒布日久，難期適應，於是有種種法律之頒布，加以修正，下所述者，乃其最著者也：

- 一、關於破產規定改正之法律（一八三八年）
- 二、關於減輕船舶所有者之責任之法律（一八四一年）
- 三、關於倉庫營業之法律（一八五八年及一八七〇年）
- 四、關於創設有限公司及商業動產質之規定及關於居間人所有特權之法律。（一八六三年）
- 五、關於票據之法律（一八六五年，後一八七四年又加以一部之修正）
- 六、關於廢止商品居間人之特權，而以之為自由營業之法律。（一八六六年及一八九三年）
- 七、關於商業上公司之法律（一八六七年，後一八九三年，一九〇二年，一

九〇三年復加以修正。

八、關於船舶抵當之法律（一八八五年）

九、關於船舶衝突之法律。（一八九一年）

十、關於營業財產之移轉抵押等之法律（一九〇九年）

法國商法，爲現今各國商法之源泉，各國商法，無一不受其影響，現屬該法系之商法，而模仿之最著者，爲荷蘭，希臘，土耳其，埃及，諸國商法，又中央美洲，南美洲各國商法，如巴西，智利，秘魯，模利比亞，哥倫比亞，翁都拉司，華德馬那，本求司，瓜拉馬，考司太利加，聖三爾佛陀，尼加拉等多模仿西班牙及葡萄牙舊商法，而西班牙葡萄牙舊商法，既屬法國法系，則此諸國法，亦可謂法國法系之商法。

西班牙，葡萄牙，意大利，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，乃漸成爲法德折衷法系。

荷蘭商法自一八一一年以來，先適用法國商法，一八三八年四月十日頒佈新

商法，分三編一、商總則二、航海三、破產，共九二三條，十月一日起施行，近除破產法外，雖倡議修正，尙未告成。

希臘商法內容，大都與法國同，一八三五年五月一日制定公布，一八五一年修正，一八七二年十二月十三日修正破產法。

土耳其商法主要者共有四種：一、一八五〇年商法，二、一八六〇年商法附屬法，三、一八六五年海商法，四、一八六二年商事訴訟法，大致與法國商法同。

埃及於一八七四年及一八七五年二年中制定公布商法及海商法，一八七六年一月一日起施行，商法共分三編：一、總則二、商事契約，三、破產，共四二七條，海商別成一法典，都二七五條。商事訴訟採混合裁判制，內外國人，均可任爲推事。然亦有專適用於內國人之法典，以脫條約國人之干涉。

巴西商法一八五〇年六月二十五日制定公布，分三編一、商總則二、海商三、破產，共九一三條，附則三〇條。

智利商法一八六五年十一月二十三日國會議決，一八六七年一月一日起施行，冠首爲總則，下分四編：一、商人及代理商，二、商事契約及債之通則，三、海商四、破產，共一五三三條，商法以外之單行法律，則自一八三六年起至一八七八年止，有航海法（二十四條）商業登記法（四十三條）居間人規則（二十條）施行法（二條）船舶積載檢查之規定（五條）公司股票債券偽造（五條）另有施行法。然瓜拉馬，本求司等諸州，尙施行美兒白之敕令也。

秘魯於一八五三年四月三十日制定公布商法，分五編，計一二六九條。

模利比亞一八三四年十一月十二日頒佈商法，分四編：一、前加書，二、商事契約，三、破產，四、商事裁判，共三三四條。

哥倫比亞一八五二年六月一日頒佈商法。

翁都拉司，華德馬那普日在通行古來之美兒白敕令，後一八七七年華德馬那始制定商法而公布之，一八八〇年八月二十七日，翁都拉司模仿智利之舊商法，亦制定公布商法。

考司太利加一八五〇年以來，採西班牙商法之第一編至四編施行之；一八五三年六月二十二日更採第五編施行之。

聖三爾佛陀於一八五五年十二月一日制定公布商法。

尼加拉於一八六九年三月十二日制定商法而公布之。

第二款 德國法系商法

德國在一七九四年，弗利德比大王頒佈普魯士國法，同年六月一日施行，通行于普魯士，其中由第四百九十四條至第一千四百七十五條爲關於商事之規定，其他如萊因河左岸之諸邦，則適用法國商法，卽巴丁其通行國法之商法，亦多自法國商法增減而成，仍不脫法國法系之色彩，至德國聯邦全部所行之法律，則於一八四八年，方有德國普通票據條例之頒佈施行，一八六一年復有德國普通商法之頒佈施行。前者曾加修正，至今仍有效力；後者卽所稱爲舊商法者是也。該二法編纂之經過，亦有足述者，蓋德國關稅同盟諸國，於一八四六年，在柏林開第八次通常會議，會中五登堡國曾提議編纂統一法典，於是設委員會以編纂德國

普通票據條例，翌年十月二十日又在來比錫（Leipzig）開聯邦委員會，以普魯士提出之草案爲基礎，幾經商討，於該年十二月九日議定德國普通票據草案之全部，於一八四八年十一月二十六日與施行法同時公布，於一八四九年五月一日起施行，至此該法遂成帝國法律，然德國當時制度，帝國法律尙不能直行于各聯邦，非經各邦立法部之採用，仍難有效，幸該法卒被各邦所採用，如普魯士於一八五〇年二月十五日採用，巴丁，萬布兒，福蘭克，馬英一八四九年二月十五日採用，索遜，司律美一八四九年四月二十五日採用，爾由倍一八四九年四月二十八日採用，瓦登堡一八四九年五月六日採用，巴威里一八五〇年七月二十五日採用，其他如海仙則于一八五九年十二月二十六日採用，里培則于一八六二年十一月二十八日採用，陸先布爾及利白爾則于一八六九年採用，於是德國普通票據條例，遂得通行于各邦矣。該法共分三編：一、票據能力，二、匯票，三、本票都一百條，至於修正，則於一八五八年及一八六一年當在諾倫堡商議編訂德國普通商法時，曾兩次選任修正委員，將德國普通票據條例追加條款，即頃所謂諾倫堡之新法

五八

是也，該新法於一八六一年四月十三日經聯邦會議所決議，自該年起至一八六二年止，各邦皆採用之以爲聯邦之法律。

至於編纂德國普通商法即舊商法之沿革，則其發端在一八四八年，德國帝國議會，因編纂法典而選舉委員，雖委員會因政治上種種變化，不能達到目的，然一般國民，已認法律統一，有其必要，次年五月，帝國司法大臣乃命在福蘭斯，馬英州再召集委員會，使編纂德國普通商法草案，此即德國編纂商法之嚆矢，但此法律乃不能即作爲帝國法律蓋一八五六年二月二十一日，巴威里政府，仍在德國聯邦會議，提出編纂普通商法之議，次年復在該國新羅配開編纂委員會，當由普魯士政府提出已成草案六卷，澳大利政府亦提出草案，而該編纂委員會，以前者爲原案，以後者爲參攷，而討論之，其議決之事如下，謂當更招集聯邦委員會，除商法中海商之一部外，其他部之討論及議會，均在新羅配開議，至於海商一部之討論及議會，則在萬布兒開議云。因此於一八五八年，開第二次編纂委員會于新羅配，以討論商法第一編乃至第四編，在其第二讀會與第三讀會之間，更

開討議第五編海商之編纂委員會於萬布兒，如是者數年，至一八六一年三月十一日，編纂委員會遂議畢其草案全部，其月二十六日，通過聯邦會議，其年五月三十一日之聯邦會議，亦不復更改之，其編別一、商人之資格，二、商事公司，三、隱名組合及共算商事組合，四、商行爲，五、海商，九百十一條而成。又聯邦會議，因欲其速成爲法律，乃請於各聯邦政府懇其速採用之，於是普魯士，索遜，巴威里，巴丁，爾由培，白律美，烏天堡，萬布兒等聯邦，均於一八六一年起至一八六五年止陸續採用，公布施行。後時加修正，一八七〇年及一八八四年關於股份兩合公司及股份有限公司大加修正二次，此即德國之舊商法，其與他國商法不同之處，其重要者在一、無陸上保險之規定，二、無票據之規定，三、無破產之規定等。

至於德國新商法，乃於帝國成立後，因順編纂民法之便，帝國政府，認爲舊商法已編纂施行三十餘年雖有一部修正，多與社會情勢相扞格，不足以應需求，故決根本着手，編纂商法草案，以作全部之修正，於一千八百九十七年與民法同時公布施行，與舊商法不同之處，在採主觀主義，以商人爲本位，而定其適用，

非如舊商法之採客觀主義，以商行爲爲其基礎也。其編別，一、商人，二、公司及隱名合夥，三、商行爲，四、海商，計四編共九百五條。德國於新商法頒佈前，曾公布商事法令多種，如一八七二年關於海員之法律，一八七三年商船登記及命名之法律，一八七七年破產法，一八八八年船舶檢查條例等其最著者也。

屬於德國法系之商法，爲奧，匈，瑞士，日本，芬蘭，及斯堪的那維亞半島國，即諸瑞典，挪威，丹麥等國均屬之。

奧國當脫退德意志聯邦以前，德國普通票據條例及德國舊商法，大體依然奉行，無所更改，惟舊商法之海商編，則自始未加採用，另有勅令，以資適用，惟亦有數次之修正。

匈牙利與奧大利聯合後，於一八七五年編纂新商法，翌年公布施行，該年又編纂公布票據條例，昔日一八四〇年及一八四四年公布關於商事之法律，遂歸失效，此等法典，均酷似德國之舊商法及票據條例，除新設陸上保險及倉庫之規定外，無其他重大變更。又其一八八一年公布之破產法，不論民商事均可適用，與

德國破產法，亦初無二致。

瑞士各州，雖法制不同，而一八八一年所發布聯邦債務法，一八八三年施行於全國，全部由三十四章，九〇四條而成，其中包含公司，票據，支票，商業登記，商號，商業賬簿等商事之規定，大體亦模仿德國商法，至於破產之規定，則揭載於一八八九年之法律中。

日本商法有新舊二種，舊商法係德人尼斯勒爾氏 (H. Posner) 之起草，於明治十四年受命，至十七年稿成，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，雖定為二十四年一月一日，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，商事公司，第十二章票據及第三編破產并關於商事公司，第二編第二章商業賬簿，及第四章商業登記等，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關於匯票期票等條例，至此因舊商法一部施

行，遂失其效力。

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，將舊商法之全部，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，不到一年，舊商法之餘部，亦均實施焉。

明治三十一年，於第十三帝國議會之開會時，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，學者稱爲新商法，其與舊商法不同者，在新商法避與民法重複之點，而另成特別法，將多屬於公法者，另訂其

新商法

東吳法律學院講義

六四

他單行特別法，如私設鐵道法，保險業法，船舶法，船員法，所規定者，多爲實體法，其于續法，則之特別法，如非訟事件法，破產法另設單行法，凡此種種舊商法均與之相反，而今加以改正者也，其他如編別上，亦有不同之處，總之在舊商法爲仿效法國商法之編制，分商總則，海商，破產三編，關於公司，票據，商行爲均包含於商總則中，而新商法則以德商法之編別爲準繩，分一、總則，二、會社，三、商行爲，四、手形，五、海商等五編，故應歸入德國法系也。

日本新商法第一編總則，共分七章，第一章依法例規定商法適用之範圍，第二章以下規定商之主體商人，及商人之設備與其機關，第二編會社（即公司），由七章而成，特別規定關於公司之商人，公司亦屬商人之一種，故第一編中所攝之規定，皆可適用，然關於公司既別設一編而規定之，則關於公司之規定，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（即票據），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，惟考德匈諸國法律，均以票據之規定，讓諸特別法而不規定於商法中，在日本則使其獨立，另成一編，不附于商行爲中，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，即海上運送及海上保險是也，雖亦屬於商行爲之一種，然爲沿革上之理由，及與陸上運送及保險性質不同，故亦使其爲獨立之一編也。

芬蘭之票據法及海商法，均模仿德國法，而爲德國法系。

斯堪的那維亞半島諸國，即指瑞典，挪威，丹麥三國而言，雖學者亦有使其另成一法系，而名之爲斯堪的那維亞商法系者，然其勢力不大，祇行于上述三國，且如票據法等全模仿德國法，故今亦將其歸入于德國法系之中，該三國忽合忽離，初別無商法法典，僅關於商事，各國皆有數種單行法，如丹麥之一六八三年之丹麥法典，一八六一年之商事及海事裁判所構成條例，一八七一年之海員雇傭法，一八七二年之破產條例如瑞典則有一七三四年之普通法典，一八六四年之海商條例，一八六二年之破產條例，一八九五年之股份有限公司法，比較尙屬完全

，如挪威本與丹麥法律相同，二國分離後，亦無所變更惟在一八六三年之海上條例及一八六三年之破產條例，則可謂該國之單行法，三國雖各有其單行法，惟近亦有統一之商法規，及一八八〇年之票據法，以法以德國普通票據條例爲模範，共計九十六條，及一八八七年之商業登記，商號及支配人之法律，亦大體將德國法主義，通行於各國。

第四款 折衷法系商法

屬於德法折衷法系諸國，爲西班牙新商法，意大利新商法，葡萄牙新商法，比利時，羅馬尼亞，塞爾維亞，亞爾然丁等國商法，及日本舊商法雖可歸入法國法系，然亦折衷德法二國商法之精神也，上述諸國，始皆多仿效法國商法，編成法典，後加以修正，遂屬於折衷法系，惟塞爾維亞，一八六〇年之商法，關於票據從德國法系之主義，其他則屬於法國法系，然一八九五年關於股份有限公司一部修正後，亦從德國主義，故可入於折衷法系之中。

西班牙於一七三七年經斐列浦第五世之認可，發布比爾正阿市之商業條例，

後行於西班牙及其殖民地各市。一八二九年制定商法，共分共編，一、商人及商業代理人之規定，二、商行爲之規定，三、海商，四、關於破產，五、關於商業裁判，計一二一九條，雖以多仿效法國法典，然採用其內國法及美白兒之勅令處亦不少。至一八八五年復從德國法之趣旨，制定新商法，翌年一月一日起施行，共分四編，九五五條，一、商人及商事一般，二、商事契約，三、海商，四、破產及商事時效，一八九七年加以修正，卽現行之商法，與舊商法不同，雖取範於法國商法，而採傍採德國商法，蓋折衷二大法系之間，採用其所長而制定之者也。

意大利在統一前，法律龐雜，卽有固有法，亦大致採用法國之商法，卽於一八六一年統一後，經意王沙耳的尼亞侯哀馬尼哀氏二世編纂商法典，於一八六五年制定公布，翌年一月一日起施行，然亦屬於法國系，因該法共分四編，都九二三條，乃以沙尼亞國之亞爾培脫之商法爲根據，而參酌各種之單行法而成者，然亞爾培脫商法乃取法於法國商法者，故該法亦難脫法國法系商法之範疇。其後改正之議起，於一八六九年更設委員，使編纂改正法案，至一八八二年始編纂竣

事，加以公布，於翌年一月一日起施行，內容分四編，一、商一般，二、海商，三、破產，四、商事審判，都九二八條，惟商事審判，今已廢止，其法典折衷德法二大法系之間，編制效法國法，而實質則採德國法，選精拔萃，學者賞之。其海商法則於一八六五年六月二十五日另以單行法公布，於一八七七年五月二十四日加以修正。

葡萄牙舊法商，於一八三三年公布，一八三四年一月一日起施行，亦屬於法國法系，而以法國商法爲模範，及酌採其內國法及美白兒法令者也，計分二編，一、陸商，二、海商，計一八六〇條，因其條文繁多，類近註釋，改正之議遂起，於一八八八年卒改正之而另有新商之公布，翌年一月一日起施行，此法模仿大意大利之新商法，故亦德法折衷法系之法律也，其編制，一、商人及商事，二、商事契約，三、海商，四、破產，此外一八九六年又有股份有限公司法及一八九九年破產法之公布施行。

比利時初亦襲用法國商法，其一八〇八年一月一日起施行之商法，共分四編

，一、商之一般之事，二、海商，三、支付停止，四、商事裁判，都六四八條，其中曾與荷蘭合併，後又與其分離，然並無大修正，爲法國法系之商法；初無二致也，其後法國於一八三八年改正其商法第三編，比利時亦步其後塵，直至一八五五年因該法適用不便，乃設委員會，開始起草新商法，其後遂以各種單行法而公布施行之，迄一八八七年，其公布施行之商法共有十九種之多，其較著而與商事關係密切者，如一六五一年，一八八二年，一八八三年及一八八七年關於破產之法律，一八六一年關於居間人之法律，一八六七年關於交易所，票據商及居間人之法律，一八七二年關於質權及租賃之法律，一八七二年關於匯票，期票，商人，商人之夫婦財產契約，商業賬簿及商債務證據之法律，一八七三年一八八六年關於各種公司之法律，一八七九年關於海商之法律等，此種法律，維亦以法國商法爲基礎，然採用德國商法去亦頗多，故亦屬於德法折衷法系，該國昔擬於全部商法改正完成後各種單行法編纂爲一法典，惟至今仍未成爲事實。

羅馬尼亞維於一八六三年即制定商法而公布之，然其新商法則全模仿一八八

二年之意大利新商法，於一八八七年公布，同時九月一日施行，其屬於德法折衷法系，自不待言。

塞爾維亞於一八六〇年制定商法而公布之，其中關於票據之規定，則仿德國普通票據條例，此外部分，皆仿法國商法，至關於海商規定，因無其必要，故未編入。其破產法，於一八六一年以單行法之方式加以公布，大致亦仿德國商法，其後又屢修正，如一八六四年及一八七六年之修正均其最著者也。

南美亞爾然丁，一八五九年對於浮諾司，哀婁司州，公布商法，以法，西，葡，巴西等國爲其母法，內容分四編，一、商人，二、商事契約，三、航海之權利義務，四、商人之支付停止，一七五五條。後施行於全國，其間復有交易所法，交互計算法及支票法等草案之編纂然迄未施行。至於該國一八八九年改正後公布之新商法，以仿效葡萄牙新商法爲主，於翌年五月一日起施行，共分四編，一、商之一般之事，二、商事契約，三、因航海所生之權利義務，四、破產，共一六一一條，其規定頗有可觀，在南美諸國商法中，放異彩焉。

第四款 英美法系商法

屬於此法系者爲英美及其殖民地，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，亦無民法商法之分別，卽有商人法（Law Merchant）之名，亦不過散見於學說及判決例中，而融納於普通法，並無特別成文商法之存在，然英國古時學者，亦有時關於商事習慣法規，蒐集成書，名之曰商法（Commercial law, Mercantile law, Business law），然亦惟爲研究之資料，非謂英國有成文之商事法典也。近年來覺其有種種不便，遂時有若干商事單行法令之頒佈施行，其最著者，有一八五四年之商船條例（merchant shipping act）自後因改正此條例而制定數種條例，以一八九四年之條例集其大成；一八六二年及一八六七年一九〇〇年，一九〇七年三次改正之公司法，（Company act）一八八二年之票據法，（Bills of Exchange act）一八八九年之牙行法，（Factors act）一八八五年之提單或載貨證券修正法（act to amend the law relating to Bills of Lading, 一八九〇年之合夥法，一八九三年之動產買賣條例，（Sales of Goods act）一九〇七年之有限責任合夥法，（Limited partner

casualty) 一九〇六年之海上保險法，(Marine Insurance act) 等，又以上各單行法爲屬蘭，蘇格蘭，愛爾蘭二國聯合王國共通之法律然破產條例，則各國互異，英格蘭之破產條例，於一八六九年，以維多利亞女王即位第三十二年及第三十三年法律第七十一號制定破產條例，其後一八八三年，更以維多利亞女王即位第四十六年及第四十七年法律第五十二號破產例改正前之條例，於一八八六年及一八九〇年，復兩次改正之；蘇格蘭之破產條例以一八五六年制定，今尙行之；愛爾蘭之破產條例，於一八七二年，以維多利亞女王在位三十五年及第三十六年法律第五十八號制定之，其後改正亦不少。又英國因各種商事單行法令，日見衆多，頗感錯雜，編纂商法之議，亦漸興起，倫敦商業會議所，於一八九六年開總會時，議決編纂商法，併對於編纂之方法，亦以決定，而發表意見書，其中最重要之項目，約如下述：

一、滙票及其他流通證券。

二、公司。

三、合夥。

四、動產買賣。

五、本人與代理人之關係。

六、主債務人與保證人之關係。

七、海陸運送業。

八、倉庫動產之質入書入。

九、生命火災及海上之三保險。

十、商業人債務之界限。

以上均為諸國本國關於商事法規之規定，至於其殖民地，則其商事法令，在系統上有種種之不同，有採法國系者，有採德國法系者，亦有採英國法系者，迄今尙未見有編纂商法典之議，今擇要敘述於後。

一、坎拿大 上次拿大則在一八九九年之法律(Consolidated statutes for upper Canada)中，關於商事之規定，有為所揭載者，然亦以採英國古來之習慣法為主，下

坎拿大，則於一八六六年制定民法而公布之，其第四卷第三七八條至一六一二條因載有關於商事之規定，雖亦採英國之習慣法主義，然酌採法國商法之處亦頗多。二、東印度 有一八六六年之東印度公司法，一八七二年之契約條例，一八八一年之流通證券法，契約條例以採用英國古來之習慣法為主，計一六六條，不問民商事，均適用之。

三、馬兒太島 該島於一八五七年制定商業條例，此條例多仿法國商法，計三百二十條。

四、格蘭格島 該島通行周律島依法，屬於德國法系，與英美法系之法律，多有異致。

美國諸州，法制不一，其大體與英國同，無民商法之區別，習慣法成文法併而行之，其習慣法，則仍襲用英國古來之習慣法，關於商事成文法，概委諸州法之釐定，故其內容，因州而異，然法律不能統一，極有不便，故一八八九年由辯護士創始之統一州法委員會 (The Commissioners on uniformity of Legislation) 爲多數州

所贊同，本其統一法案而頒佈於各州者如流通證券法(The Uniform Negotiable Instruments Law) 除喬其亞(Georgia) 州外，均加採用，須佈施行，統一買賣條例(The Uniform Sales act) 有二十四州之採用，倉庫證券條例。(Bills of Lading act) 有二十四州之採用，股票轉移條例(Stock Transfer)，有十五州之採用，合夥條例(Partnership act) 有十四州採用，有限合夥法(Limited Partnership act) 有十二州採用，惟上述統一州法委員會議決之法律，祇有建議性質，必須再經各州立法機關之採用；或略加更動，頒佈施行後，方屬有效，否則亦惟有成一紙空文而已。又此種統一法律，其目的並非在更改昔日之法律，惟將普通法或習慣法更以成文方式加以整理規定而已。又美國除州法(State Law) 外，尚有聯邦國法(National law)，州法效力限於一州而國法效力則及於聯邦全國，其關於商事法律，最著名者有一八六七年之破產法 Bankrupt Law 法該因採商人破產主義，後日異論紛起，遂於一八七八年廢止其通行於全國一般之效力。有一八七二年之船員法，有州際商業法(Inter state business law)，有託辣斯排斥法(Anti-trust law) 及船貨證券法等多種。

近世各國商法之法系，已大致述及、在英美民商不分，雖有若干之單行法，實際上已根本無商法法典之存在，固無容疑，即如屬於法國法系之土耳其，如屬於德國法系之瑞士等國，亦採民商合一制，而無商法法典，已加述及，此外如蘇俄及我國亦以民商統一見稱於世，學者且有認蘇俄商法另成一法系者，今順序分述於後，藉知其沿革之一斑：

一、蘇俄商法之沿革

蘇俄無名為商法之法典，惟一八三五年以來所施行帝國法典(Svod Skazov)第十一卷，曾掲載關於商事之規定，此乃自彼得大帝以來，至一八三二年之間所制定者，而自一八三五年一月一日起始施行之，共分五編：一商之權利，二商之義務（包括票據），三、商船法（船舶、船員、海商）四、商事審判（包括商人破產），五、商業上各種制度，都二八八三條，嗣加修正。第一次在一八四二年，第二次在一八五七年，對於商事之規定，始無遺漏，或總稱之曰商法，(Ustav torgovy) 兩次改正之中，以第二次所改正者最稱完美，惟頒行未久，復有修正之議，當歐戰

前數年，該帝國政府，已擬訂公司法，而改正票據法，亦於一八八九年經俄皇裁可，於一九〇二年頒布，翌年一月一日施行，惟此均指俄國尚在帝政時代而言，歐戰以還，帝制推翻，施行共產主義，改建爲蘇維埃共和國，其民法中已多有關於商事上之種種規定，如該法第五條蘇俄聯邦共和國及各聯邦共和國人民，在蘇俄聯邦共和國領土地內有選擇法律所不禁止的事業或職業，以及買賣財產，（須受法律的限制），締結契約，擔負債務，組織公司（須遵守工業商業章程及保護勞動的規定）等等權利，第十七條凡在蘇俄聯邦共和國境內的法人或自然人，非由對外貿易部介紹，不得參加對外貿易，至國外商場方面，亦非有法律特定的機會，及對外貿易部的監督，不得自由經商，第十八條法人如不遵守他的規則，或合同中所定的目的行爲，及他的機關（總會及董事會）行爲，而反對國家利益者，得由主管機關解散之，第十九條國家的企業及該項企業的聯合，如改成商業性質，而不由國家預算給與補助者，即可依照與國庫無關的獨立法人，自由貿易；但他的債務，須由他自由處分的財產擔負之，該項財產，以私人間所准流通者爲限

法令有特別規定者，則不在此限等等，均其著例也。其他如土地及其他重要企業等爲國有，不准爲買賣標的物，關於合作社之種種規定，契約的債務關係及買賣租賃，消費貸借交易，承攬，委任，合夥分普通合夥，完全合夥，信託公夥，有限責任的合夥，股分公司（股東合夥），保險，惟關於僱傭等規定，多有在特別法之勞工法中規定之者，凡此種種，均爲蘇俄民商合一之表現，而將其商事部分，多以民法規定之，惟蘇俄處處以社會經濟利益爲重，保護農工，無微不至，資本案及不勞不獲之人，法律隨時加以限制及壓迫，俾達到其共產革命，勞動政府專政之目的，此證之該民法總則第一條，國民權利（私權）得受法律上的保護；但行使權利，與社會經濟目的抵觸者，不在此限」之開端規定，即可明其立法之精神也。

二、我國商法之沿革

我國素重人治而輕法治，卽言法律，亦以公法爲重，私法爲輕，名刑雖早發達，錢債多被忽視，重農輕商，古今一轍，欲自上古考察我國商法之沿革，實非

易事，雖然神農氏日中爲市，則商事之法制立，黃帝范金爲貨，則貨幣之法制立，創造書契，則契約之法制立，此後如周官體系以六官爲綱，爲古代法制最完備之法典，內亦包括商法，總之上有稼穡，則交易興，因有商法。物物交換之制度，多有窒礙，因有貨幣法，人事漸煩，不能無契約，再成立契約法，則徵之史籍亦有足信者，惟上古生活簡單，戶口稀少，有社會而無國家，既有國家矣，其一切制度，亦甚不完備，大率因陋就簡，遇有事故，則隨時隨地以應付之，從無創立一種法制以爲人民之準繩者，商法之不能燦然大備，亦理有固然，勢所必至矣。晉時頒布之晉律二十篇中有關市一篇，梁律大業律即第三次隨律因之，然多爲關於商公法之規定，非純粹之商法也。總之，我國賤商之習，深中人心，四民之間，顯有畛域，商事習慣雖陳陳相因，而法典之中，尙未能自成體系，權義關係重信誓而薄書契，及日後間有立案註冊，亦屬任意而非強行，其規模較大者，卽有報部領帖之例，亦不過以此爲稅源，非謂能任保護監督之能事，故商法之產生，尙爲海通以還，懋遷漸盛，迫於經濟競爭，不得不然之結果也。

我國之商法，發達未久，所可述者，當自滿清光緒時代始，先是滿清政府鑒商戰之失敗，悟監督之不容緩，乃於光緒二十九年三月二十五日上諭，命直隸總督袁世凱，商部尚書載振，商部侍郎伍廷芳等，擬訂商法，因我國團體法人之觀念，由來不甚發達，凡數人合資營業，概依固有之商習慣，而負無限責任，與各國合夥之制相同，欲求商戰之勝利，覺非先起草公司法不為功，於是即草定公司律，而冠以商人通例，當時公司律共一百三十一條，罰則屬焉，商人通例僅九條，公司二字之定為法律名詞者，即自此始，商人通例規定商人之意義，凡經營商務，貿易，賣買，販運貨物者均為商人（商人通例第一條），採用概括主義而定商業意義，未免廣冷；商業能力規定滿十六歲以上之男子得營商業（第二條）女子限於法定者得營商業，但須申報於商部（第三條），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（第四條）；商號則規定商人用其氏名，或用店號，得營商業（第五條），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，（公司律第三條）；商業賬簿則商人須備日

記賬，即流水賬簿及財產目錄，每年作成一次，（第六條第七條），商人十年間須保存商業賬簿及營業書信，若喪失時，須報告於商會（第八條），其他則規定商業登記，商業使用人等，關於代理商則，不設一般之規定，於光緒二十九年十一月初五日經欽定裁可公布之，此即欽定大清商律也，關於登記（註冊）之制度，光緒十三年五月二日尚有奏定公司律註冊試辦章程，而特別規定之，其規定中，最可注目者，爲凡屬登記，均須申請於商部，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，在領域廣大，交通機關不備之國家，施行自多不便。上述商法，因有保護而無監督，不能與前進不已之社會環境相適合，於是復有修訂法律館之設，任沈家本，俞寶三，劉若曾，伍廷芳，寶熙等爲修訂法律大臣，使從事於各種法典之編纂，於是欽定之大清商律，遂擬加以根本之修改，於光緒三十四年十月初旬聘日本法學博士志田鈿太郎，起草商法，歷三年餘，至民國元年六月，始行脫稿，邇後刊行之大清商法草案，內含商總則共九章都一〇三條，及商行爲共八章都二三六條，兩編，即其一部，而其殘部，如

公司法都六編三一一條，票據法，都三編，一三章九四條，海船法，計分六編，共一二三條等。雖亦由北政府法制局譯竣，但未經該局審定刊行也，此爲志田氏商律草案。繼志田氏起草之商律草案者，尙有商法調查案，僅商總則及公司律兩編，係全國商務總會所起草上於政府者，亦未見議，決頒佈施行，此外尙有大清商律草案，係宣統二年農工商部採取各商會所編成之商法調查案，復加修訂，而奏交於資政院者，惟未及議決，卽歸廢棄，及民國三年農商部遂以清資政院未議決之商律草案，並參以商法調查案，略加修改，呈請大總統公布施行，同年一月十三日教令第五十一號公佈公司條例，凡二五一條，三月二日教令第二十七號，公布商人通例，卽總則之一部修改之結果，凡七三條，同年七月二十日，更頒佈兩條例之施行細則，規定均自九月一日起同時施行（參閱商人通例施行細則第十四條，公司條例施行細則第十八條），以期暫資援用，其不曰律，而曰例者，蓋以未經制定法律之程序耳。民國十六年，國民政府成立，建都南京，中央政治會議決議編制民商統一法典，交立法院起草，於是以商事法規無獨立性質者，多編

入於民法之中，如交互計算，行紀，出版，經理人及代辦商，倉庫及其他運送營業等，均於民國十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行之民法債編中，有其規定，其於具有獨立性質者，則另編成單行法，如票據法於十八年十月三十日公布，即日施行，內分五章，一、總則，二、滙票，三、本票，四、支票，五、附則，共一三九條；公司法於民國十八年十二月二十六日公布，二十年七月一日施行，內分六章，一、通則，二、無限公司，三、兩合公司，四、股份有限公司，五、股份兩合公司，六、罰則，共二三三條；保險法於民國十八年十二月卅日公布，尙未定施行日期，內分三章，一、總則，二、損害保險，三、人身保險，共八二條；海商法於民國十八年十二月三十日公布，二十年一月一日施行，內分八章，一、通則，二、船舶，三、海員，四、運送契約，五、船舶碰撞，六、救助及撈救，七、共同海損，八、海上保險，共一七四條等均屬之。但關於商人及商業上固有之私法制度，而爲民法中所缺漏未備者，一時既尙未見單行法之頒佈，在新舊法更替之時，昔日之商人商例，既未有明文加以廢止，則與民法無抵

觸之部分，自廣繼有其效力也。

總之我國商法之沿革，可謂由商事習慣法進而為商法成文法，更進而為現代之民商法統一時代者也。

第五章 商法之淵源及其適用

在民商不分之國家，其民法之淵源，即屬商法之淵源，舉凡直接淵源，其淵源之本身，直接有法律之效力，例如命令，自治法，民法法典及其他各種民事法及間接淵源，其淵源本身，雖不為法，然依國家一定之行爲（即立法或裁判等）賦以法律之效力，例如宗教，習慣，道德，條理，判例，學說，外國法，國際法及條約等凡得爲民法之淵源者，亦即爲實質商事法規之淵源，然如此言之，其範圍太廣，其詳惟於研究民法述之，不適於專研究一般商事法之需要，茲特將商法之特殊淵源，加以申述，尤以當一國家分民商法爲兩種，而另有形式之商法時，更顯其有研究之實益。

所謂商法之法源，乃指關於商事之私法淵源而言，約而舉之，可有六種，即

一、商事特別法令，二、商事成文法典，三、商習慣法，四、民事法特別法令，五、民法，六、民事習慣法是也，茲分述於後：

一、商事特別法令 法令者，乃指未經立法程序而頒佈施行之法律命令也，與須經立法機關起草議決通過程序後而頒佈施行之法律不同，商事特別法令者，即關於商事之未經立法程序而頒佈施行之特別法律命令也，以原則上言之，法律命令之頒發，未經立法之嚴重程序，其效力自不能與法律同日而語，故法律既已通過施行，不能即以政府一紙命令遽加變更廢止，法商特別法令，既已頒佈施行於前，苟未廢止，有時雖與現行法有所抵觸，法律上亦常使其繼續有效，且因其為特別規定商事部分之法令，並使其效力高於現行法，如日本商法施行法第二條規定「關於商事特別法令，雖法商施行後，仍有效力」；及我國商人通例施行細則第一條規定「關於商人一切事項，適用商人通例，但有特別法令者，不在此限」，均其例也。又商法施行後頒佈之商事特別法令，如與現行民商法及其他法律並無抵觸，則為有效，固不待言，即有抵觸既存法律之處，有時亦尚可認是種特

法別令爲屬於法律及代法律之命令，（即緊急命令），或因法律所委任之命令，亦可先於法律而適用，至其他命令，則不獨無改廢法律之效力，即當以法律所定之事項亦不得規定之，此徵之我國商人通例抵規定「但有特別法令者，不在此限」，語而未言頒佈之先後，想可信也。商事特別法令之效力在商法，商習慣法，民法等之先而適用之，政最先加以敘述。

二、商事成文法典 成文之商事法典，爲商法之第二淵源，此種成文法典，乃指形式之商法而言，非指包含成文法與習慣法之實質商法也。商事成文法典頒佈施行在新商法法典之前，則當修訂新商法時亦不過博採周詳，參酌中外最新法典，存瑜去癥，昔日商法法典，未必一概棄而不用，故其爲商法之淵源，可無待言。再現行商法之適用，因商法對於民法爲特別法，故最先適用，對於商習慣法，以商法法典成文法，又先適用，惟商法中，苟有就於特定事項，定有依商習慣法或民法之規定者，則可先適用商習慣法或民法，則屬諸例外，但亦不多見耳。

又一般商法法典，當其施行時，常另有附屬法令，即其各法之施行法是也此

種商法典之附屬法令，其性質與不附屬於商法典之單行特別商事法令略有不同蓋附屬法令乃與一般商法法典相伴而存，特別商事法令乃與商法法典相對待，又特別商事法令常頒佈於商法法典之前，或在其後，而施行法則未有先行頒佈者，最早為與商法法典同時頒佈，否則即須稍後頒佈。而定其開始施行之日期及施行之手續或法規適用之方法也。

法律之解釋方法極多，如分有權解釋及學理解釋，學理解釋又可分為文理解釋及論理解釋，其他如擴張解釋，限縮解釋，反對解釋，類似解釋等均可於文理解釋與論理解釋結果兩相矛盾時加以採用，關於商法之解釋，固亦當依一般法律之解釋方法，惟當注意者，商法為關於商事之特別法，非對於民法為例外法，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：非即從民法一般之規定，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，無視為例外規定，而探究法文之精神。

，當先於民法而適用之，惟所調探究法文之精神，不可誤解在法文以外，採解釋之材料，不依法文，臆測立法者之意思，窺視法文，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。

三、商習慣法 商習慣法與商法典相合，成所謂實質意義之商法，商習慣法者，關於商事之習慣，而認爲有法律之效力者，故亦爲商法之一部，其對於民法，爲特別法，雖先民法而適用，然商習慣法，對於商法典，爲不文法則後適用之，故不問商法典之規定，爲命令規定，與任意規定，均不得以商習慣法抵觸之，換言之商習慣法對於商法典無變更力也，蓋商習慣法，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，至有因習慣法而廢止變更者，使人民不知所適從也。惟商法典規定。

商習慣法之得先適用商習慣法時亦得先適用之，但爲例外，商習慣法之得先適用者，亦由商法典規定或賦予而始有其較優之效力也。成立要件，與拘束力

所由生，與一般習慣法無異，習慣本可分爲具體之習慣與抽象之習慣，具體之習慣者，乃某事用某種辦法，事有一定，辦法亦有一定也；抽象之習慣者，乃指無種何事，其辦法歷歷如出一轍也，抽象之習慣，又可分爲單純之習慣及法律之習慣兩種，單純之習慣，多爲私人間之習慣，而法律之習慣，乃由多數人不約不同，遵行此種習慣，歷時既久，又可作爲法律而遵守之，乃漸成爲習慣法矣，據此則商習慣法與單純之商習慣本有區別，我國大理院判例，認習慣法成立之要件有四。(一)有內部要素，即人人有確信以爲法之心，(二)有外部要素，即於一定期間內，就同一事項，反復爲同一之行爲，(三)係法令所未規定之事項，(四)無背於公共之秩序及利益。(參閱民國二十一年上字第二號判決例)，凡此規定，商習慣法自亦無所例外，此商習慣法之存立要件也。可知商習慣法必須具備二要件，即(一)關於商事，須有此習慣，(二)關於此習慣，須遵守之如法律是也。

至於習慣法之拘束力之學說，本有永續慣行說，國民確信說，國家承認說，及法庭採用說，學說紛紜，莫衷一是，就我國判決例觀之，其拘束力之發生，似

酌採上述諸學說融合而貫通之者，非可謂絕對採何種學說也，因其多屬於法理學討論之範圍，故此處略之。

再我國既採民商合一主義，即關於商事而有單行法令，在形式上亦祇可稱民法特別法，非有所謂特別之商事法規也，又在民法總則第一條規定「民事法律所未規定者依習慣，無習慣者依法理」，第二條規定，「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限」，於此卽有二問題；（一）法律規定祇有習慣之名詞，而無習慣法之名詞，蓋習慣法與習慣之區別，有時甚爲困難，商習慣法與習慣，何獨不然，惟民法總則之所謂習慣，亦須合於大理院判決例之要件，方有其拘束力，與習慣法不無類似。（二）民商既不分，商習慣法亦卽民事習慣法之一種，固不應違背公共秩序，善良風俗，苟法律與從其習慣之規定，則其適用時，有時且無先於民法適用之必要，非必須排斥民法，而須從其商習慣，此與採民商分別如日本等國商習慣法之效力常優於民法不同之點也。

四、民事特別法令，在採民商分立制度之國家，民事特別法令，其適用效力

，既優於一般之民法，而商習慣法適用之效力，非惟優於普通之民法，且優於民事特別法令，至於採民商統一制度之國家，所謂關於商事之特別法令，亦即民事特別法令之一種，自較普通民法而先適用，非一般習慣所能左右也。

五、民法 民法既定一般私法之原則，而為私法之普通法，其適用商事，自應後於商法典蓋商法典對於商事特別法令言之雖為普通法，而對於民法言之，則關於商事之特別法也，又一般商事法無其規定時，民法得適用之，例如我國海商法第七條規定「海商本法無規定者，適用民法之規定」，可謂明示民法得後於民法特別法海商法之適用，其他各民法特別法關於商事部份之規定，確無如上述之顯明，然普通民法既與其關於商事部分之特別法為對待關係，揆諸法理，想亦無任何區別也。

六、民事習慣法 民事習慣法亦為商法淵源之一種，有時亦適用於商事，惟其既屬於普通民事方面，而非特別之商事部分，其適用之效力，在於最後，則尤不待言矣。

第六章 商法之效力

商法之效力，與民法同，亦可分爲時之效力，人之效力，地之效力及事之效力四種，有規定商法之中者，如德舊商法，日本舊商法及現行商法是；有另行規定之附屬法令即施行法之中者，如德之新商法是，考其編制之得失，實以將商法效力規定於施行法中爲富，因施行法以揭載關於商法之規定，爲其本來之面目，且爲法典編纂最新之主義也，我國採之。

第一款 關於時之效力

商法關於時之效力，則商法自公布施行之日起始有效力，公布施行之日前關於商事之法律事項，不適用之，即所謂「法律不溯既往」之原則是也。惟有時在施行法中亦有設例外規定者，則雖商事發生在施行之前，有時亦適用商法矣。

又商法因廢止而失其效力，亦爲當然之結果，然有時於新法施行期內，舊法尙有效力，一若雖經廢止，而仍能保全者焉，其實此種效力，僅能支配舊法施行期中所發生之事項，對於廢止以後所發生之事項，則不能支配之也。

商人通例施行細則第五條至第九條關於一部份商人能力之呈報註冊，商事之立案註冊，及立案專用之商號等規定均爲屬於法律不溯既往原則之例外，其他如公司法票據法海商法等施行法亦多有類似之規定焉。

第二款 關於人之效力

採商人法主義之國家，則商法之人之效力，祇限於商人，而不適用於非商人，反之如採商事法主義之國家，以商法適用於商業及商行爲，則雖非商人，苟與商事有關，亦可適用。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」，第三四三條規定，「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，其所謂商法即商人法也，商法適用之區域限於商人，除商人之行爲外，不認爲商行爲；然近世，亦有依行爲之本質，而定商行爲者，詳言之，其行爲者，不問商人與非商人，亦不問爲營業與非營業，乃依行爲原有之性質而分商行爲與非

商行爲之法律行爲也，準此以言，全依其行爲之本質，而定商行爲之主義，卽商
事法主義，而不論其行爲主體爲商人與否也，同時尙有融合上述兩種主義之所長
，而折衷規定之者，可名之曰折衷主義，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，法商法，德舊商法，及仿法德（舊）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。再商行爲本可分爲雙方之商行爲，及一方
之商行爲，在雙方之商行爲，當事者雙方，均應受商法之拘束，固無論已，卽一
方之商行爲，其他一方雖非商人，除法律上有例外之規定外，亦須遵守商法之規
定，雖商法對雙方仍有其適用，此因苟一方適用商法，一方適用民法，非僅法律
關係，極爲錯雜，且發生難於解決之問題，商法既爲民法之特別法，故使其均有
適用之效力也。此雖在德新商法採商人法主義，亦有上述類似之規定。我國商法
，採民商合一主義，商人與非商人之間，在形式上已無顯著之分別，惟在理論上
，當適用特別法時，亦似不能謂一方非商人，而可否認特別法商事部分之適用也。

第三款 商法關於地之效力

商法在原則上適用於一國全領土之內，但如吾國，領事裁判權，不幸尙未取得，則吾國人民與有領事裁判權國人民關於商事涉訟時，尙須由被告所屬公堂審理，惟亦祇關於審理而已，並不能謂不能適用吾國商法也，故依國際私法不動產從物之原則，則如因中國土地房屋等物權涉訟者，仍可適用吾國法律也。再吾國法律適用條例關於能力諸規定，亦爲適用一國領土以內原則之例外，此外如依國際公法，一國商船在外國領海內，應適用外國法亦屬之。尙有在本國領土內，而不適用本國之商法者，如朝鮮臺灣爲日本之領土，而不適用日本商法是。又一國如因幅員廣大，邊疆及內地荒僻之處，言語各殊，風俗習慣亦多不同，而不適用頒佈施行之商法，另以特別法令以治理之者，亦數見不鮮矣。

第四款 關於事之效力

商事可分爲實體法上之商事及程序法上之商事，實體法上之商事云者，即商法適用之目的事項或商之法律的事實之謂也；程序法上之商事，乃指有商事法院

之國，法院管轄之事項而言，範圍較實體法上之商事爲廣。近日之有商事法院者，以法國爲最著，法國商法第四編，有獨立商事法院 *Tribunaux de Commerce* 之規定，凡工商業繁盛之區，總統得以命令設置商事法院，其土地管轄，與初級法院同，以院長一人推事二人以上及候補推事若干人組織之，院長及推事均係選任，凡法國商人在該法院管轄區域內住居五年以上，及曾任或現任商事法院推事，或商會職員，工專審理會會長，均有選舉權。有選舉權而年滿三十歲，曾充一年以上候補推事及爲商在五年以上並於該法院管轄區域內有居所者，得當選爲推事，曾爲推事二年以上始得當選爲院長，其審判以推事三人行之，爭額在一千五百佛郎以下之案件，無上訴權。比利時倣之，瑞士則委於各州之自由，其二三州間亦有商事法院，此外如英最早即倡設商事法院，惟未實行，僅於商人中選擇陪審員。德國於一八七七年，和蘭，西班牙於一八三八年，希臘於一八七七年意大利於一八八四年均先後廢止獨立之商事法院，因商事法院乃中古商人團體時代之產物，商人團體消滅，此制亦漸歸廢除，商事法院訴訟事件，卽程序法上之商事乃漸

失其討論之價值。

至於實體法上之商事，其觀念因各國立法例之不同，未能一致，採商行爲本位制，即客觀主義之商法，則商事指直接或間接關於商行爲之法律事實而言，反之採商人本位制，即主觀主義之商法，其所謂商事，乃指直接或間接有關於商業或商人之法律事實而言，在我國既採民商統一之制度，實體上民商事，之區別，在法律上已不見其重要，惟供學問上之研究，程序上之商事，更無其地位，苟欲抽象定其觀念，則因商人通例採用商人本位制，則商事云者，似亦以關於商人或商業之事項爲重而已。

本論

第一章 商人

商人意義視各國立法主義之不同而有異，採（一）實質主義之國家，如法國商法第一條，德國舊商法第四條，日本商法第四條等均認以特定之商行爲爲常業者爲商人，而以營業之實質，定商人之意義，無須具備形式之要件，匈，意，西，

葡等現行商法從之；採(一)形式主義之國家如歐洲中古商人團體時代，規定營業者，非向商人團體名簿註冊，不得爲商人，西班牙舊商法第一條，葡萄牙舊商法第一條亦規定須登記於商人登記簿方爲商人，南美諸國商法多倣之；採(三)折衷主義之國家，如瑞士債務法第八六三條第四項規定商業製造業及其餘以商人的方法而營業者，皆應登記於本店所在地之商業登記簿，乃兼采上述兩主義而定商人之意義者也；採(四)新折衷主義之國家，如德國新商法，兼採上述三種主義，分商人爲四類；

一、當然的商人 即以德國商法第一條所定各種商業爲業者也，或名之曰自然的商人，純粹的商人，直接的商人，均無不可，此所指之商人，均屬列舉，與我國商人通例第一條第二項規定之商人，意義從同。

二、必然的商人 凡執行事業之方法與範圍須有商人之設備者，負將其商號登記之義務，登記之後，卽爲商人，或名之爲強制之商人，(德國商法第二一條)，經營礦業，必須登記，卽其例也。

三、任意的商人 德國商法第三條規定，農業林業等副業須有商人之設備者，得將其商號登記，登記之後，即爲商人。

四、形式的商人 股份有限公司，股份兩合公司，有限責任公司，及產業組合，不問目的如何，其設立皆得登記，登記後即爲商人，此德國商法第四條之所規定也。

我國對於商人之意義，如依商人通例之規定，則亦略仿德國德國新商法，取新折衷主義，以擴張商人之範，較諸實質主義誠爲進步。

商人通例第一條規定當然的商人曰，「本條例所稱商人，謂爲商業主體之人」，所謂商業之主體，詳言之，即自己營商業者是也，如日本商法第四條亦規定「本法所謂商人者，指依自己之名，以商行爲業者也」，亦以自己在法律上爲權利義務之主體爲必要，與通常所謂依自己之名之意義不同。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，又商人爲商業之主體，有權利能力者，（民法第六條）除法令有特別限制外，均可爲之，

且不必自己經營事務，如無行為能力及限制行為能力人，雖不得為法律行為，苟由法定代理人代營商業或依法定代理人而營商業，仍可謂商人，例如監護人為被監護人經營商業，被監護人，商人也，而監護人則非商人。又非商業主體之人，即令事業上經營商業，亦不得謂之商人，如商業使用人之經理人（民債第五三三條，商通第三一條），夥友（商通第四〇條），及公司之董事監察人等均屬之。又隱名合夥員，雖參預於損益之計算，然在法律上，非自己為權利義務之主體者，亦不得以商人稱焉。

營商業雖以自由為原則，但各國多因公益人之必要而以法令限制之者，則受限制者，既不得營商業，即不得為商人，茲舉其重要者如下：

一、法院組織法第三九條第二款規定推事檢察官在職中不得兼營商業。（法院編制法第一二一條同）

二、律師章程第十四條規定律師執行職務時，不得兼營商業，但如與職務無礙，得律師公會許可者，不在此限。

三、對於，會計師，上海會計師公會章程第二〇條規定會員如欲兼營業者應將商業性質及該會員所司職務地位，報告本會公核議，如與職務無礙者方能許可。

四、至於官吏依兼職條例第二條既以專任為原則，不得已兼任，亦須呈由上級機關審定，依理除審定或許可外，似亦不得兼營商業。

五、國家對於一般之人，禁營特定之商業者，例如郵政，鐵道等運送業，原則上僅政府得為之，他如。販賣猥褻之文字圖畫及其他物品而妨害風化（刑法第二五一條），販賣鴉片及供吸食鴉片之器具（刑法第二七一條，二七二條，禁烟法第六條，第七條）均為刑法之所禁也。販賣私鹽依私鹽治罪法，亦在禁止之列。軍用槍砲不得由私人製造販運買賣，尤不待言。（參閱軍用槍砲取締條例）

如上所述，除公法上之限制外，雖不論何人，得營商業，惟私法上有對於特定人，約不營特定之商業時，其契約之效力如何，學說紛歧，各國判例，頗多不同，其實此問題所應研究者，在於是是否可適用民法及第七二條有背於公共秩序或

善良風俗者爲斷，如商人通例第二二條第二項關於商號轉讓規定，雙方「如定有不爲同一營業之特約者，其特約之範圍關於區域，不得過本縣管轄，關於期限不得過二十年，逾此範圍，其特約無效」，則在此場合，法律固明認其有效力也。

次之商人既爲商業之主體，則何謂商業，亦有足述者，商業一語，本有兩種意義，經濟上之意義及法律上之意義是也，法律上之意義，又可分爲商法上之意義，及其他法會上之意義，各因各國法制不同而異，即在同一國內，商法上所謂之商業，與其他法令中所謂之商業，亦未必同其意義，茲所欲研究者，則商業上於商法上之意義而已。商法上所謂商業，各國立法例中本不一致，有採概括主義者，（日舊商法第四條），有取列舉主義者，（德新商法第一條，日新商法第二六三條第二六四條），概括規定，頗滋疑義，故輒近立法例，恒採取列舉主義，雖將所認定之商業，一一列舉於法文中，而商法上商業云者，即指此所列舉者而言，非其所列舉者，即不認爲商業之主義也，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，商人通例第一條各款仿德之新商法，採取

限制的列舉主義，列舉所謂商業者，共十有七種：

一、買賣業 民法債編第三四五條規定「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約」，以經營買賣爲常業者，卽爲買賣業。買賣之標的既稱財產權，則凡動產，不動產，有價證券等均屬之，惟不動產各國立法例中亦有不認爲買賣業範圍之中者，如德舊商法第二七五條，新商法第一條，匈牙利商法第二六二條，均以不動產買賣，須註冊過戶，程序煩重，而不認爲商業買賣之標的物，又蘇俄民法第二一條既規定不動產之土地爲國有，自不得爲買賣之標的物，卽不動產房屋，依該法第一八二條，亦以未經收回公有者爲限，並須合於相當條件，方得爲買賣之標的物。在我國則各埠通商口岸多有地產公司及銀行中亦多有地產部等設立，不動產自得爲買賣之目的物也。

二、借貸業 借貸業卽經營民法債編之租賃及有償之消費借貸，以物借貸於人，而收取賃金爲業者也，其供給他人利用之物，或爲動產，或爲不動產，其屬於於不動產者，如市房工廠碼頭之租賃是，其屬於動產者，如車船與服樂器之出賃

是，惟所謂動產，不應包括金錢在內，否則將與貸金業無所區別矣。

三、製造業或加工業 民法債編第四九〇條規定「稱承攬者，謂當事人約定，一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約」，本未分動產與不動產，惟茲所言製造或加工者，則專指加勞力於他人動產之上者而言，所謂製造者，加勞力於材料，變其本形，而成爲異種物品也，如製木爲舟，鑄鐵爲輪，溶銅成鉢，釀葡萄爲酒，是加工者，謂不變物之本形，僅加勞力於已成之物品也，如碗施以采，衣染以色，器加以漆，布印以花是。然亦有人主張製造者須自備材料者，如絲廠之購繭繅絲紗廠之收花紡紗是；就他人之物而潤色之者，曰加工，如衣服之縫製，榨坊之榨油是，究採何說，迄未一致，據余所信，尙以爲他人施製造於原料或加工於原物爲當，免與買賣業混而不辨，如日本商法第二六四條卽明製造或加工之行爲，須係爲他人而爲者。又製造加工之行爲，必須脫手工業之範圍，其製造加工之前，必先有種種之設備，如建設工廠，延聘技師，購買機械，而所得報酬，亦非專爲手工勞力之報償，否則將成爲商人通例第三條規定手工範圍內之製造人或加工人之小商人矣。

四、供給電氣煤氣或自來水業 供給者，即以一定之設備，供他人利用之謂也，對其行爲之本質，學者間議論不一，如供給爲物，有認供給契約爲買賣者，亦有人否認之者，謂通常買賣行爲，在標的物之移轉，而供給則重於特定之設備，使相對人因設備而受供給之益，尙非欲以其供給之物而歸諸已有故有買賣業外再定供給電氣煤氣或自來水業焉，如電燈煤氣或自來水公司所供給者是也。自來水及煤氣爲物，毫無疑義電氣是否爲物，尙無定說，但學者間亦多已認之爲物矣，如黃右昌氏於其民律要義第二編私權之客體中論電氣曰：「私權客體，有有體物與無體物之分，法國民法亦然，從日民法，則僅承認有體物，爲權利客體，惟科學發達，吾人所能支配者，已超出有體物界，故近日日用之電氣等亦皆視爲有體物矣，電氣乃力之一種，依法規規定，以財物論，故如保管他今之電氣，而有竊用之行爲者，應依暫行新刑律第三百九十六條（準用第二百七十八條）以侵占罪處斷。關於此點，日本大審院，亦探有罪說，（明治三十六年五月二十一日大審院第一、刑事部宣告），法國於竊盜電氣，認爲有罪，德國則以法界反對之結果

，定爲年罪，對於電氣，別制定一種新法律」，卽其例也，苟認電氣爲非物，則所供給者，無論爲電光抑爲電力，直供給勞務而已，計時則爲雇傭（民法債編第四八二條），藏事則爲承攬（民法債編第四九〇條），與供給自來水或煤氣者，似不無少異也。惟上述各種營業，非其規模宏大，卽與公益或公共衛生有關，非專在營利者可比，目的依中山先生建國大綱及民生主義，本應歸諸國營，惟現除電報外，其他各種營業，尙多由私人經營者，良以國力未充，收買舉辦，均有爲難故也。電氣，煤氣之定爲商業者，自日本商法第二六四條三款規定始，茲復蓋以自來水業，立法超勢，不能不認爲進步。

五、出版業 民法債編第五一五條規定「稱出版者，謂當事人約定，一方以文藝學術或美術之著作物，爲出版而交付於地方，他方擔任印刷及發行之契約」，出版須由出版業者担任印刷及發行，卽出版諸第三條所謂發行人主管發售或散布出版品之意，若僅出售，而非廣爲散布者仍不能稱爲出版，如學生筆記之出售是；或雖散布而專爲供人展覽並不出售。亦不能稱爲出版，如私刊藏本之展覽是

。苟非出版，則以之爲業者，卽非出版業，至所出文藝，學術，或美術之著作物，其著作權雖本屬於著作人，然亦未始非可以契約移轉于出版人卽發行人也。至於出版或爲新聞紙及雜法，或爲書籍及其他出版品，則可參閱出版法卽可瞭然者也。

六、印刷業 關於印刷業，民法債編第二章各種之債中無特殊之規定，其性質雖與出版業略同，蓋出版業亦須有印刷，但出版業並須發行，而印刷業則無此權利也。至於委託付印人與承印人或印刷業之關係，惟有依民法債編承攬之規定，或依關於普通契約之規定而解決之矣，印刷雖普通以機械或印刷以印製文書圖畫，然有時卽用其他化學作用以印製之，亦非不可也。惟攝影一事，日商法第二六四條第六款視爲一種獨立營業，與出版印刷並列，商人通例雖仿多數之立法例，視爲普通之承攬，不認之爲商人，然近日在通商大埠，開設照相商店者頗多，其性質既與買賣，印刷，出版略有不同，似亦有另加規定之必要也。

七、銀行業兌換金錢業或貸金業 銀行業者，藉貨幣及信用之授受，以調劑

金鑄之營業也，山西之票號，數百年前已發行「莊票」，當時實已具銀行之雛形，據銀行法之規定，凡經營下列業務之一者，皆爲銀行：（一）收受存款及放款，（二）票據貼現，（三）滙兌或押滙，其他如發行紙幣，買賣生金銀和有價證券代收款項及保管貴重物品，亦均爲其業務之範圍也，兌換金銀業者，乃以異種類之通貨而爲交換之謂也，如錢店是貸金錢者，以貸放金錢爲業之謂也，如典當是，典當二字之區別，實無明文可供稽考，有謂典者，質物之額，並無限制，譬如有人以連城之璧，而質萬千。其質固不止萬千，則典鋪，決不能以財力不及拒而不收，當者對於質貸之額，可有限也，逾其額限之數，雖值過數倍，當鋪可婉辭却質，此典與當區別之一也，尙有謂典鋪之櫃臺必爲一字形，而當鋪應作曲形，蓋典祇有直櫃，不設橫櫃，當則直櫃與橫櫃並設，此典與當之區別二也，又漢鎮，昔年凡二分取息，二十個月滿當者，爲典，其餘取息稍重，期限稍短者，卽稱當；此典與當之區別三也，以上三說以外，又曰公當爲典，（各當公共設立），昔有二處，一在北京，一在南京，自因故收歇後，典遂不存，當亦稱典，不特名詞混稱

，實質亦難以區別，在前清律例，有典賣田宅之規定，田宅家用「典」字，以此決定用諸不動產者爲典，即可決定用諸其他動產者爲當，此亦不過強求典與當之區別，而推定舊日之「典」範圍實較「當」爲大也。俗云當者，雖與今日之所謂動產質近似，但詳按其性質，亦非盡同，蓋動產質，純然爲債權擔保之性質，當者，純然爲物上責任，一方負擔其物之責任，出當者全不負擔債務，至于回贖者，乃出當者之權利，而非出當者之義務，無回贖時，僅不過出賣其當物，所得損益，出賣者均不過問也，總之，查我國沿習，除典當外，尙有質，押之分，但統之曰典當業也。銀行，銀號，錢莊，票號，錢店，典，當，質，押等業，其性質均在流通金融，故使其另成一業，而受商法之保護也。

八、擔承信託業 信託之意義，衆說紛紜，莫衷一是，要而言之，則信託者，乃委託者將其財產權移轉於受託者，而使其依據一定之目的以管理或處分之行爲，故信託行爲之成立，必須合於下列四條件：（一）必須委託者肯信任受託者，（二）必須委託者將其財產權移轉於受託者，（三）必須使受託者依據一定之目的管

理或處分委託者之財產，(四)必須委託者與受託者成立契約，擔承信託業者，乃以擔承信託爲營業者也，其業務如執行遺囑，管理各種財產，清算，發行介紹有價證券，銀行業務，保管貴重物品，及化其他公司募集股東及公司債等均屬之。攷信託尙有新興之事業起於英，而傳於美，英名 *Trust* 放美國之信託公司，定有擔保附社債信託法(明治二十八年法律第五二號)，我商人通例雖亦認爲商業之一種，都今中亦多有信託公司之設立而信託法尙未見起草通過，頒佈施行也。

九、作業或勞務之承攬業 民法債務第四九〇條規定承攬，其工作本不論爲動產抑不動產，且亦無作業與勞務承攬之分，而商人通例之所爲作業者，乃專指加勞力於不動產者而言，與上述製造加工業，專加勞力於動產者，大不相同，則所謂作業者，例如建築房屋架設橋樑均屬之，作業之承攬者，乃當事者一方完成其事，他方與以報酬之契約，以之爲業者，卽成作業承攬業。勞務有精神與體力之分，前者如醫師診病之勞務是，後者則工匠作工之勞務是，商人通例所謂勞務，乃指後者而言，勞務之承攬者，乃非由投標承辦之作業承攬，乃承攬勞務之供

給契約，如承代募工役而並不自出其勞力者，即夫頭脚行匠目等類一切丁夫工役之招雇是，其與勞務之供給，躬自服役者，又有不同。

十、設場屋以集客之業 有一定設備之場所，以公開招徠客人爲業者，謂之設場屋以集客之業，設備者謂之場屋主人，來集者謂之客人，至於場屋是否屬於主人所有，抑或租賃而得，在所不問，惟須有相當設備，而所集之客人，又須不特定，且由主人取得報酬爲營業者，方符合法定之意義。故旅館劇場，固爲場屋，即茶坊酒肆，球場，妓館，珈琲店跳舞場等亦未始非場屋也。推而廣之，私家之別墅花園，私立之閱報社，圖書館，動物園博物院等，如開放取費，以資營利時亦成設場屋以集客之業焉。至場屋之種類，可分爲二：（一）專爲身體口腹之快樂者，如酒排間，彈子場是，一（專爲耳目之娛悅者，如電影場，遊藝園是，我國現行民法，欲以全國社會之公共利益爲本位，處處以謀公共幸福爲前提，俾實現法律社會化之精神，以保護一般弱者，故於民法債編寄託節內第六〇六條規定「旅店或其他以供客人住宿爲目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損喪失

，應負責任，其毀損喪失，縱由第三人所致者亦同：前項毀損喪失，如因不可抗力或因其物之性質或因客人自己或其伴侶隨從或來賓之故意或過失所致者，主人不負責任」，第六〇七條規定「飲食店，浴室之主人，對於客人所攜帶通常物品之毀損喪失，負其責任，但有前條第二項規定之情形時，不在此限」，及第六〇八條第二項規定。主人無正當理由拒絕為客人保管前項物品（金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品）者，對於其毀損喪失，應負責任，其物品因主人或其僱用人之故意或過失，而致毀損喪失者，亦同足見旅店，飲食店，浴室等處保管責任，已較昔日法律規定為重矣。

十一、堆棧 民法債編第六一三條規定「稱倉庫營業人者，謂以受報酬而為他人堆藏及保管物品為營業之人」，所謂堆棧業者，即與民法規定之倉庫營業大小異，惟堆棧一語，其意義似略，較倉庫為廣汽耳，又堆棧本淵源于寄託，即羅馬法上所謂保管受寄物 (*Locatio Custodiae, hired Custody of a thing*)，而英名 *Mahant's* 是也，所謂寄託者，一方以財物相託，一方承諾保管而收取報酬即棧租或保管費

atolaps 之契約也，堆棧既帶有寄託性質，故民法債編第六一四條規定，「倉庫除本節有規定者外，準用關於寄託之規定」，亦此意也。堆棧業因保管物品，必須有相當設備，固不待言，惟所謂物品云者，其範圍如何，依照普通解釋，應與民法上所謂「物」相同，包括動產，不動產及有價證券等而言，惟商業實際上，以不動產爲寄託者，尙不多見，有價證券及貴重物品，亦以託銀行保管者爲多，故堆棧所保管者，仍以商品或貨物爲其大宗也。至於堆棧業之種類，可分爲保管堆棧業（即普通堆棧 General Warehouse）與保稅堆棧業（Bonded Warehouse）兩種，前者又可分爲一般堆棧業與特種堆棧業，我國之有堆棧業，爲時尚淺，故特種堆棧業，猶不多見，在歐美日本則有米券堆棧業，農業堆棧業，冷藏堆棧業，器具堆棧業，木材堆棧業，棉花堆棧業，羊毛堆棧及蘭棧，油棧等專棧特種物品之堆棧不勝枚舉。至於保稅堆棧，又名關棧，即保管輸入輸出手續未完貨物之堆棧，例如日本保稅倉庫法規定：輸出外國之砂糖，布匹，石油等物，在未輸出以前，若交保稅堆棧保管，可以免納內國消費稅。保稅堆棧，曾見於中世，直至十九世紀，始於

商業上占得重要之地位。堆棧業之固有業務爲保管貨物，發行棧單！其附屬業務，則如堆棧之出租，代保火險，代收貨價，通融資金，寄託物拍賣，寄託物轉運，承辦報關包裝貨物等均其主要者也。

十二、保險業 保險之意義，乃吾人恐偶然事故發生，生命財產受其損害，乃集合多數人，共同負擔其損害之經濟組織之謂也，故保險之成立，必須有一、損害基於偶然事故之發生，二、要有多數人員之結合而分擔同一之危險，三、需集合體各員之出資，經營保險業者，因保險契約之結果，得享下例之權利，即一、得受保險費之權利二、得使被保險者防止被保標的之損害發生之權利，三、保險契約者，受破產或家財分散之宣告，以及保險費全未繳納者，保險者得享受供爲未納保險費擔保權之權利，然他方亦有其義務，如一、填補損害二、有時當承認保險者委付 (Abandonment) 之請求(祇限於海上保險)，三、負擔損害防止之費用，四、交保保險單等均屬之。至於保險之組織，本可分爲相互組織，營利組織，混合組織，國家公營等多種，相互組織乃衆多之人因懼同種危險之發生，彼此協

約，組織社團，以當保險之任，使每一社員，各釀一部之資金，而以之救濟社員中之因危險發生而受損害之組織也，營利組織，即以營利爲目的，而組織公司，以之擔負救濟損害之責，而使要保人，或被保險人，向之給付相當保險費之謂也，混合組織折衷於相互與營利之間，國家公營，則由國家及其他地方自治團體經營之保險，與私營之保險截然不同。要之，保險業在現今各國，因關係公共福利甚大多認爲社會事業之一種，與他業之全然以營利爲目的者不同，瓦格納 (Wagner) 氏之主張，以保險業之性質，非可委於自由競爭與自由經費之營業，故力倡國營保險論，雖未免趨於極端，然保險業經營之各點，應受政府之監督，則不待智者之辯即可信也。至於保險之種類，不勝枚舉，大別之可分爲損害保險（水險，火險等）及人身保險（壽險，傷害保險等）兩種，即我國保險法所規定者也。

十三、運送業 民法債編第六二二條規定，「稱運送人者，謂以運送物品或旅客爲營業，而受運費之人」，無論陸運，海運，空運，均須有相當之設備，而所運送之標的物，則可分爲物品運送及旅客運送兩種，物品運送範圍頗廣，各種

貨物，金錢，有價證券，珠寶，或其他貴重物品等固可視作物品，即動物如牛，馬，豬，羊等，亦均以物品視之；又屍體之運送，既非旅客之運送比，亦應歸入物品運送之列。古時販賣者恒兼運送，邇來分業制度盛行，運送營業乃成爲專業，而爲補助商之一種，然郵電運送及鐵道運送，各國多有視爲國家交通事業之一種，而不許私人經營者，吾國考郵政之沿革，周時即有驛站，迄今已數千年，然其目的，乃帝王藉以傳命而治民，非以便民，清道咸以後，雖於各省設文報局，但仍不遞私緘，咸同以來，信局營業漸興，光緒四年於天津，北京，烟台，牛莊，上海開設五郵務局，委總稅務司赫德管理其事，其後各國客郵，紛紛設立，直至民國十年華盛頓會議，經我代表力爭，方通過撤廢客郵，而成國專營。至於電信，其發展可分爲四時期：一、光緒五年至八年爲官款官辦時期，二、自光緒八年至二十八年爲官督商辦時期，三、自光緒二十八年至三十四年爲商股官辦時期，四、自光緒三十四年以後爲完全國有時期。至於吾國鐵道運送，非由外人經營，即向外國借款建築，或官商合辦，故尙不能種爲完全國有也。至於航空事業，

本亦以國家專營爲宜，我國在民國十八年春，由國民政府明定組織中國航空公司，與美國航空發展公司，簽訂航空運輸及航空郵務合同，凡港澳，京平，滬粵三線，悉歸辦理，施該航空發展公司，讓權於其同國籍之飛運公司，十一月間，滬漢線即開始飛行，最後，改由中美兩國合辦，並將交通部原設滬蓉航空處，併而爲一，其他各綫，亦次第開航業務以郵件運輸爲最，搭載旅客次之，既由中美合辦，自亦不能謂之國家專營矣。

十四、承攬運送業 民法債編第六六〇條規定，「稱承攬運送人者，謂以自己之名義，爲他人之計算，使運送人運送物品，而受報酬爲營業之人！承攬運送，除本節有規定外，準用關於行紀之規定」，承攬運送業與運送業不同之點往一，運送業如輪船火車多定有路線，常以到站或於碼頭爲止，無需輾轉接送，而承攬運送業則帶有包運性質，自其地至某地，包裝包運，不論路途遠近，不論輾轉運輸均屬之，如經小工搬運，再經輪船，火車，駁船汽車，數次駁運或一次運到均歸其承接者是，二，運送業除物品運送外，同時復營旅客運送，而承攬運送則

以承攬物品運送爲限。近日通商大埠所設立之轉運公司，或內地航船民信局，及客棧之包運物品或行李等，均帶有承攬運送業之性質而爲其營業之一種。又承攬運送業之性質，酷似行紀，故在法律上，除有特別規定外，準用關於行紀之規定，蓋行紀爲物品買賣之經紀，承攬運送爲物品運送之經紀，兩者之差異，惟此而已，又承攬運送人與委託人之關係，大體亦爲委任關係，其對於承運人之關係，則不外運送契約當事人之關係耳。

十五、牙行業 民法債編第五七六條規定，「稱行紀者，謂以自己之名義爲他人之計算，爲動產之買賣，或其他商業上之交易，而受報酬之營業」，此項營業，吾國向稱牙行，俗名經紀，現行民法酌定名稱，方改曰行紀，棄此者必須先向官廳領取行帖，名曰牙帖，每年繳納牙帖稅銀，謂之牙稅，牙行業者，雖爲名義上權利義務之主體，而實際上享權利負義務者，則爲委託人也，故牙行業者應照委託人所指定之價額賣出或買入，否則如以低於委託人所指定之價額賣出，或以高於其價額買入，牙行業者必自任補償差額，則對委託人始發生效力，反

之，如以高於委託人所指定之價額賣出或低於其價額買入，則其利益仍歸於委託人，凡此種種新民法債編第五八〇條及第五八一條對於行紀業均有規定也。牙行業即行紀業之營業範圍，有單營販賣，有單營購買，亦有兼營販賣與購買者，又其標的普通雖以買賣動產及有價證券爲大種，然不動產之買賣或爲買賣以外之交易行爲，如所聞廣告之承包、運送保險之承包，領收票據或息摺上金銀債權之承包，及代爲商家包完海關稅餉如報關行者，在日本雖名曰準問屋即準牙行營業，然以我國新民法債編行紀之定義，「其他商業上之交易」一語觀之，則亦可謂屬於行紀或牙行營業之一種，惟依昔日商行爲草案第五十一條規定，則牙行之營業，固以買賣動產或有價證券爲限者也。

十六、居間業 民法債編第五六五條規定，「稱居間者謂當事人約定，一方爲他方報告訂約之機會或爲訂約之媒介，他方給付報酬之契約」，其與行紀業，即牙行業不同之處，乃在行紀業以自己之名義爲委託人之計算參與交易，對於交易之相對人，自得權利並自負義務，而在居間業則祇爲報告訂約之機會或爲訂約

之媒介耳。居間人對於其媒介所即契約，固不負擔損益，而其所媒介訂約範圍，亦不限於物品買賣，且居間人就其媒介所成立之契約，無爲當事人給付或受領給付之權限又因當事人之聲明，有不以當事人一方之姓名或商號告知相對人之義，凡此種種，在民法債編第五七四條第五七五條有其規定，亦其與行紀顯著分別之點也，居間業所介紹成交而提扣佣金者，雖以商事爲大種，然動產不動產之買賣或租賃典質，資金之貸借票據之貼現，保險行爲，及其他婚姻之媒妁，傭側之薦頭，如專以此爲業，不問其當事人爲商人或非商人，亦不問其介紹行爲民事性質，亦可稱居間業之一種，况就以媒介此等行爲爲業之居間業，視上述行爲，固均含有商之性質也，如專以媒介借款爲業者，視媒介借款，卽爲商業，卽其一例，我國通商巨埠，頗多地皮掮客，保險經紀人，洋貨掮客，薦頭行，及一部份專介紹房屋租賃之經租賬房，均可謂之爲居間業，惟婚姻介紹所，在日本維可見及，在我國尙未聞設立耳。

十七、代理業 民法債編第五五八條第一項規定，「稱代辦商者，謂非經理

人而受商號之委託，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之人」可知代理業者，乃以他人之名，就他人之計算，以代理法律行為爲業者也，其職務爲媒介或代辦委託商號之商事，其代理範圍與日商法第二六四條第一二款規定採狹義解釋專以商行爲限，而非泛指代理一切法律行為者，意義大致相同。代理業或代辦商與居間業及牙行業或行紀業不同之處，在前者乃在一定期間以內，專爲一定委託之商號代理或媒介商事，後者乃隨時受人委託，並無「時」與「人」之拘束，且尚有非商事爲限者，又代理業或代辦商就其代理之範圍內，固有爲當事人給付或受領給付之權限，而居間業無之，亦其區別之一點也，至於代理業或代辦商之種類頗多，有專代辦商者，有專介紹商事者，有受全權委任者，有受限制委任者，有直接受委任者，有間接受委任者，(Sole agency)，有全部代辦商(General agent)，有局部代辦商(Sole agent)，其他如販賣代辦商(miles agent)，購買代辦商(Buying agent)，保險代辦商(Insurance agent)，船主代辦商(Seamanship agent, Shipowner's agent) 銀行代辦商，(Bank agent)等，實更僕難數焉。

凡經營上述十七種營業，以同種私法上行爲繼續爲之，而以營利或爲普通收益源泉爲目的又爲商業之主體者，卽爲當然的商人，否則除或可爲形式的商人或其他法令別有規定外，普通雖亦有稱爲商人者，法律上因其所營營業不能稱爲商業，卽以商人視之，遂常不能受特別商法之保護，如爲貧民之救助，乃以慈善爲動機，祇可稱事業，而非營業及爲開礦捕魚而未依形式的商人規定，取得商人之資格者，雖通常亦有名之爲商人，均非法律上之商人也。又營業既依上述乃繼續爲私法上爲謀利之行爲，如偶爲商業，而不以之爲業者，卽非商人，例如買賣，固人人得而爲之，而非人人均爲商人也。又營業如依客觀意義，乃商人營業財產之全體，而茲所謂營業，乃以繼續之私法行爲，及其謀利之目的爲重，係指主觀之意義而言之也。

至於形式的商人爲商人通例第二條所規定，其應具備之條件有三：

- (一)須所營之業，不屬於商人通例第一條第二項所列十七種之營業。
- (二)須有商業之規模布置，此卽營業之設施，包括方法及範圍組織等，既有

相當之商業規模布置，則處理事務，似較誠實敏捷，信用亦可鞏固，商場危險，較可減少，良以近世交通日便，交易漸繁，新興事業，數見不鮮，立法者自難預將各種商業，一一網羅而規定之，苟其設備組織，與一般商業相同，再命其具備相當之條件，然後亦以商人視之，自無不當也。

(二)須呈報該管官廳註冊，雖有商業之規模布置，或仍難知其性質及信用，故更命其呈報註冊，以便監督，而昭信用，官廳既有稽查，則事業經營不致過於腐敗，第三者方能安心與之交易否則仍不能以商人，亦難受商法之保護也。所謂該管官廳，在他國多為法院惟我國現時法院尙未能遍設，關於商業註冊，暫以市政府或以縣政府當之，其詳容於下述商業註冊一章時闡明之。

合於上述各種條件者，即為形式的商人，依此規定，商人之範圍，大見擴張，例如礦業，漁業，森林業，雖非商人通例第一條所列舉之商業，而為之者，苟選派經理，揭示商號等而有商業之規模布置，則一經註冊，法律上即認為商人，是以註冊為取得商人資格之要件，蓋如上述做德之新商法者也。

當然的商人形式的商人意義既明，今當論商人資格發生及消滅之時期，商人資格於何時發生，則當然的商人與形式的商人，略有不同，在前者則自表示其爲商業主體之意思時發生，在後者則自呈報該管官廳註冊後發生，所謂表示，自當依商人自己之名，以營業爲意思實現之時爲準，須外部有可以認識之事實存在，祇有內部要素，尙不充足，例如甲時常委居間業者隱行定期買賣，尙不能稱之爲商人是，再資格發生之時期，既以其營業意思實現之時爲準，故亦不必定須實現營業目的之商行爲而始取得資格也，例如因營商業之目的，攬入店鋪或雇入商業使用人，因營商業而依商法請求註冊時，或請求商號及公司之登記時，爲商業賬簿之設備時，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，又其表示之事實雖多以開業之時爲準，然如公司在開業前，固已取得商人之資格，如公司法第五條第一項規定「公司非在本店所在地主管官署登記後，不得成立」及第七條第一項規定「公司登記後滿六個月尙未開始營業者，主管官署得呈請工商部撤銷其登記」，則公司既采登記要件主義，自其商人資格發

生之時期，必在開業以前，况當然的商人，即未開業，苟已籌備開辦，或先行交易，亦不能不謂之已取得商人資格也，故以開業之行為，而認商人資格之取得，其學說實不足採，營業意思實現，雖賴行為而表示，祇有布置，而未完備，固不足構成其要件，然表示事實與否，純為事實問題，要亦難以抽象加以解釋也。

商人資格消滅，情形亦各有不同，有基於商人之意思者，如商業廢止，全部營業轉讓是，有基於商人意思以外之事由者，如事實上不能繼續營業及法律上不能繼續營業，此外如公司解散及破產宣告，是否得為商人資格消滅之原因，學者間多取否認說，蓋依公司法第五二條規定「解散之公司在清算中，於清算範圍內，視為尙未解散」，雖為關於無限期公司之規定，然依該法第二一四條可準用於股份有限公司，則公司解散後，雖失其營業之能力，而其法律關係，殊難立即斷絕，故須清算以處理之，在此清算時期，公司法既明定公司尙未解散，則其法人資格，當然仍設為一種擬制，視作存在，故公司解散，非商人資格消滅之原因，必清算終了後，公司乃真正解散，商人資格，始歸消滅；至於破產宣告，在破產程

序終結以前，是否亦如公司在清算前，有其擬制，仍視商業之存在，簡言之，即破產宣告，是否爲商人資格消滅之原因，抑待破產程序完全終結後方足認商人資格之消滅，對於此點，學說不同，有認商人資格，不因破產而消滅者，亦有謂商人之資格，非必常因破產而消滅者，然亦有認商人之資格，常因破產而消滅者，我國破產法，現正由立法院徵求各方意見而起草中，如何規定，雖不可必，然破產人於其破產財團，本仍不失其所有權，不過法律爲保護債權者計，奪其占有管理處分之權而已，而破產人之權利能力，行爲能力，固不能因破產宣告而加以剝奪，惟其行爲之關於破產財團而又有害於債權者，則不能生效，非謂一切行爲，皆不能生效也。然既受破產宣告，實際上亦可謂與無行爲能力者相等而已，但爲商業之主體，並非必須有行爲能力，則不能因破產宣告而即認爲有商人資格消滅之原因明甚，惟商人既常因破產宣告而使營業不能或廢止，則事實上雖欲使其資格不歸消滅，亦已不可得矣。茲再將商人資格消滅之原因，基於商人意思及基於商人意思以外之事由分述於下：

一、基於商人之意思如爲商業廢止，則爲商業主體之商人資格當然消滅，惟廢止或廢業之時期，須依事實而決，如依日本三十四年十二月九日大審院決定，則僅以一紙廢業書，申報於官廳，仍不得謂爲廢業。又不得以事實上暫時停止交易，或暫行閉店等休業行爲，雖一時中止其營業之進行，而即認爲商業廢止也。如以我國商人通例而論，形式的商人資格，固自註銷其營業註冊時消滅，而當然的商人，則註銷註冊，撤去牌號，而尙未表示其不爲商業主體之意思時，亦仍不得認爲商人資格之消滅也。再一商人兼營兩種營業時，苟一營業已被廢止，其他營業商人資格，仍屬存在，尤不待言矣。其他如全部營業轉讓，則轉讓人固已自動的，不爲商業主體之表示而消滅其商人之資格。若僅轉讓商號，或營業之一部，則其商人之資格，自當仍認爲存在。

二、基於商人以外之事由者，商人營業不能繼續，或爲事實上不能，如商人死亡，無人繼續其營業是，或爲法律上之不能，如法律之規定或官署之命令禁止某種營業或撤銷營業許可是，凡此種種，均非由商人自願而將營業廢止，然商人

既不能繼續其營業，則其商人資格，自應歸於消滅也。

次之當論大商人與小商人之分別，依我商人通例第三條規定「凡沿門或在道路買賣物品之商人，或手工範圍內之製造人或加工人，及其他小商人，不適用本條例商號商業註冊商業帳簿各條之規定」，又依商人通例施行細則第三條規定「商人營業資本總額不滿五百元者，以商人通例第三條之小商人論」，則法律上所認為小商人者，其表準有四：(甲)沿門買賣物品之商人，即無確定之店鋪或營業所，惟沿門買賣物品，如各種肩挑小販，挨戶叫喚者屬之。(乙)在道路買賣物品之商人，雖亦無確定之店鋪或營業所，然已非挨戶叫喚者可比，惟在道路之中，或沿街設攤，即有時移動處所，亦不失其為小商人之資格，其他如趕市集，廟會等商人亦屬之。(丙)手工範圍內之製造人或加工人，此與上述之製造業或加工業不同，一須開坊設肆，僱用工人，訂購製造加工之器具而有相當之設備，故應歸入於大商人之列，此則專恃個人技藝，以資糊口，徒有勞力而鮮資本，况即有確定之店鋪，及略有設備，然其規模亦極小，如小木作小漆匠作是也。上述三種小商

人其總資本之大小，法律上未加限定，小於五百元固爲小商人，即多於五百元，亦不能即認其爲大商人也，至於（丁）其他小商人，即資本總額須不滿五百元，則其資本總額過少，雖營合於當然的商人之十七種某種之營業，亦仍應視作小商人也。反之，如不合於上述之四種表準，而依法得認爲商人者，均爲大商人，惟此種區別，乃爲商法上之區別，與經濟學者之所謂大商人小商人之區別，自不能同其意義。

又小商人不適用商人通例之規定，爲關於商號，商業註冊，商業帳簿三章，蓋小商人雖有營業之名稱，如堂名鋪號等，但不得與商人通例規定之商號等比，蓋小商人無商號選定權及專用權，亦不能受商號之保護，又其營業名稱，仍不能冒用他人已註冊之商號，至於小商人有時雖亦有與大商人應註冊之事項相同者，如選任經理人，及法定代理人代無行爲能力者營商業等，均無須註冊，即誤行註冊，亦不能生效。又小商人之帳簿，即有之，亦不得謂爲商業帳簿，因其無必須造具及長期保存之義務也。法律上有此規定者，因全國爲小商人者，不可勝計，

非資本不足，卽才識有限，如使其有上述之權利或課其上述義務，則國家固不勝其煩；人民亦力有未逮，徒起種種糾紛，而無裨於實際，至其他商人通例各章之規定，則小商人均得適用之。此外公司雖得以五百元未滿之資本設立之，蓋依公司法分公司爲四種，即無限期公司，兩合公司，股份兩合公司，股份有限公司是也，無限期公司，兩合公司，股份兩合公司之資本，最少限度，法律既無明文規定，其得以未滿五百元之資本設立，固無待言，至於股份有限公司，法律亦祇規定須有七人以上之發起人及每股金額，至少須爲二十之，但一次全繳者，得以十元爲限。（公司法第八七條及第一一一條參照），是股份有限公司之資本金額，亦可爲二百四十元或七十元也，然不得以之爲小商人，蓋商號，商業註冊，及商業帳簿之規定，對於公司強制適用，蓋公司依照公司法之各規定，表示其名稱時，並應標明其種類（第二條第二項），並須登記（第五條）並須編造資產負債表及財產目錄（第四八條第六一條，第一六六條等），資本多寡，非所問也。（二）一人而兼，有商人與小商人之資格，亦無不可，蓋一人經營兩種營業，事實上往往有之，例

如某人一面出資五百元以上經營買賣業，一面出資五百元以下經營加工業，其於買賣業爲普通商人，亦即大商人，而於加工業爲小商人，故關於買賣業應適用商號商業註冊，商業賬簿諸規定，而於加工業，則不適用之。

第二章 商人能力

商人通例第四條規定「凡有獨立訂結契約，負擔義務之能力者，均得爲商人，則依上述規定，可謂已有行爲能力，其得爲商人，自不待言，即僅有權利能力，亦得爲之，蓋得爲商人者，乃權利義務之主體，非必須自己經營商業之謂，得爲商人與否，與得自己經營商業與否，意義不同，不可相混，前者乃權利能力之問題，後者乃行爲能力之問題也，於此可知經營商業事務，原則上方必須其人有完全行爲能力而後可，故商人通例於無行爲能力或限制行爲能力人，爲商人時，特設兩種辦法：（一）使法定代理人代營商業，（二）因營業允許而自營商業，惟商人通例頒佈在現行民法之前，關於無行爲能力及限制行爲能力各規定，已多與民法總則規定相抵觸，現既採民商統一制度，且律以新法優於舊法，自多有失效之

定，惟行使上述兩種辦法時，均應註冊，既非民法所顧及，則並無抵觸之處，自應仍保持其效力耳，茲將上述辦法與民法之所規定者申述於下：

一、由法定代理人代營商業 商人通例第五條第一項規定，年齡未滿二十歲者，及心神喪失或耗弱人，龍人，啞人，盲人，及浪費人，諸無能力者，得由父母，祖父母，及父母遺囑，所指定；或親族會議所選定之法定代理人代營商業」依照民法第一二條規定「滿二十歲為成年」，第一三條各項規定，「未滿七歲之未成年人無限制行為能力；滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力，未成年人已結婚者，有行為能力」，第一四條各項規定「對於心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務者，法院得因本人配偶，或最近親屬二人之聲請，宣告禁治產；禁治產之原因消滅時，應撤銷其宣告」，第一五條規定「禁治產人無行為能力」，將兩法參閱，可知未滿二十歲為未成年人，非無行為能力，即為有限制行為能力雖仍則為商業之主體，但因其對於營商業之利害，非其智識所能及，則其經營商業，不得不由法定代理人代為之，惟限制行為能力人所訂立之契約行為，未經法

定代理人之允許，尙可由契約相對人，得定一個月以上之期限，催告法定代理人確答是否承認，（民法第八〇條），故在未承認前，尙非絕對無效，故無法定代理人之允許，自營商業，不過商業上之交易，雜期確實而已，其於其爲商業之主體，固無妨也。至於心神喪失或耗弱人除依民法總則由其本人配偶或最近親屬二人聲請法院宣告禁治產外，方得認爲無行爲能力，由法定代理人代營商業，否則即自己經營商業，而未由法定代理人代營時，亦不能認爲無效也。至於聾人，啞人，盲人如已達心神喪失或耗弱之程度，自亦可宣告禁治產而認爲無行爲能力，否則亦可自行經營商業並不受商人通例規定之限制，浪費人依新民法第一二條第一項第三款規定「因濫費有陷自己及家屬於困窮之虞者」，法院亦得依本人配偶或最近親屬二人之聲請宣告其禁治產，惟現行民法則廢除之，不加規定，其所以然者，因財富當以社會爲重，以個人爲輕，富人雖稍浪費，在貧人卽不無救濟，法律爲合於社會化起見，故不願特加保護也，則浪費人得自營商業又未成人已結婚者，依民法既有行爲能力，自亦不受商人通例之限制而得自營商業尤不待言

，此兩法規定不同之點也。至於父母依民法一〇八六條本爲其未成年子女之法定代理人，第一〇九一條規定「未成年人無父母，或父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時，應置監護人，但未成年人已結婚者，不在此限」，第一〇九三條規定「後死之父或母得以遺囑指定監護人」，第一〇九四條規定，「父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務，或父母死亡而無遺囑指定監護人時，依左列順序定其監護人。一、與未成年同居之祖父母。二、家長。三、不與未成年同居之祖父母。四、伯父或叔父。五、由親屬會議選定之人」，第一〇九八條規定「監護人爲受監護人之法定代理人」，第一一一一條規定「禁治產人之監護人，係左列順序定之。一、配偶。二、父母。三、與禁治產人同居之祖父母。四、家長。五、後死之父或母以遺囑指定之人。不能依前項規定定其監護人時，由法院徵求親屬會議之意見選定之，又依第一一一三條之規定得準用第一〇九八之規定，禁治產人之監護人爲受監護人即禁治產者之法定代理人，觀此則商人通例關於何人得爲法定代理人之規定，與民法之規定大同小異，惟民法所規定之範圍較廣耳，現既須適用民法，自應依民法爲準。至親屬會議之組織

，依大理院十年上字七〇號判決例，由各房族人多數，或由各房舉出總代表與會，而取決於與會者過半數之同意，即屬合法。

商人通例第五條第二項規定「法定代理人爲無能力者營商業時，應呈報註冊」，及第三項規定「法定代理之代理權，得由無能力者之親族會議加以限制，但不得對抗不知情之第三者」，法定代理人代營商業，第三人不知其確爲何人之營業，因而受害者，往往有之，故必依據實呈報註冊，則世人知權利義務之誰屬，悉法定代理人固得有該營業之代理權，而該營業實爲該無行爲能力人或限制能力人所有，不致混淆，關於呈報註冊之程序，自可參照下述商業註冊及註冊規則辦理，再此項註冊義務依商人通例施行細則第五條，雖代營商業之事項，發生於商人通例施行前，亦應履行之。又無能力者之親族會議，有時爲無能力者之利益着想，加限制於法定代理人之代理權，惟此種限制影響於第三人之利益甚大，故規定使其限制不得對抗善意即不知情之第三者。限制代理權本非註冊事項，即呈報註冊，亦不得對抗第三人也。

二、由法定代理人允許而自營商業 商人通例第六條規定「年齡未滿二十歲者，及有夫之婦得由法定代理人或其本夫之允許，而自營商業，或於公司負擔無限責任，但應取其允許憑證，並由本人及法定代理人或其本夫署名簽押，呈報該管官廳註冊」，男女平等之原則，爲國民黨繼對內政策第一二條所明定，立法自不能背此原則，我國歷次民法草案，多規定妻爲限制行爲能力人，而現行民法第一三條第一五條關於行爲能力之有無限制，均不分男女，已結婚之婦人，關於其個人之財產，法律上有完全處分之權，其得經營商業，自不待言，惟未成人以不能勝任之關係，非經法定代理人認爲勝任，予以營業之允許者，自不得自由經商，惟既得允許，則亦得自行營業，在交易上有處理之全權，不必再處處須得法定代理人之同意，且得爲公司之無限責任限東，其商業上之行爲，與無限責任之負擔，與有完全行爲能力者無異。允許營業之效果如此，故曾否允許之事實，有使世人明知之必要，故法律亦規定命其呈報註冊，呈報註冊時須具備（一）取具允許憑證，（二）由法定代理人署名簽押。此項註冊義務依商人通例施行細則第五

條，即允許營業事項，發生於商人通例施行前者，亦應履行。惟未成年人如於營業上有不勝任之事跡時，依商人通例第七條第一項法定代理人仍得撤銷或限制之，蓋未成年人因營業允許而得自營商業，所以保護其利益也，若於營業上有不勝任之事跡時，則爲未成年人之利益及求交易之安全並維持信用起見，自須謀挽救之方，故許法定代理人得撤銷或限制其允許。至於該條雖同時規定有夫之婦曾其本夫允許而營商業有不勝任時，本夫仍得撤銷或限制，然依現行民法有夫之婦已得自營商業，無須定取得其夫之同意則上述規定，亦應連帶失效。又法定代理人所加未成人之撤銷或限制，依該條第二項應呈報註冊，但不得對抗不知情之第三者，因撤銷及限制事項，影響於第三者頗大，故法律要求其呈報註冊，然註冊後，苟第三者實不知情，亦足因此受其損害，而不能期交易之安全，故上述撤銷限制對於不知情之第三者仍無對抗之效力也。此項註冊義務，依商人通例細行細則第五條規定，即撤銷限制營業允許之事項發生於商人通例施行前，亦應履行。惟上述規定，亦均指年齡未滿二十歲者之未成年人而言，心神喪失或耗弱人之禁

治產人不能援用也。

上述關於商人能力，在古代商法，以商人具有特殊之身分，商法居於身分法之地位，故各依其歷史民俗詳爲規定，今則國家雖得以法令限制營業之自由，然在原則上已絕不承認因人在社會上之地位，及男女老幼內外之別，而使其商人能力上有絕對差異，故各國皆減少特殊之規定，凡依民法規定有行爲能力者，皆有從事商業之能力，不過僅對於民法上無行爲能力人或限制能力人，則使其依一定之條件，而視之爲有商事能力也。

私法人中之營利法人，依特別法之規定，經登記後取得法人資格，得營商業並有商人能力，因不待言，惟公法人及私法人中之公益法人，是否有時亦得經營商業並有商人能力，此一問題也。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，即公共團體，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，如省市縣政府及鄉鎮村等地方團體是也，（二）特別公共團體，依國家公法規定，以行特別之公共事務爲目的者也，

如日本各種公共營造物，各種組合（水利組合，土工組合等）及商業會議所等是也，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，雖亦有謂國家之爲商人，限於因收益，以特定之事業，爲主要目的時，然亦仍認國家可爲商人，而德國新商法，關於商號之規定中，亦認國家及地方公共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，則國家之郵政官署，運送物品，不適用之，郵政官署依該國商法第四五二條不能認爲商人，是一方以郵政官署之運送爲私法上契約，而非商法之物品運送人，一方以官設鐵道，國家亦爲運送人，應依商法之規定明矣。其與德國立法，規定相反者，卽意大利商法，意商法規定國州，及地方團體，不能得商人之資格，惟依該法第七條，因商行爲，得受商法及商習慣法之適用，葡商法第十七條亦倣之。

日本現行法，有認國家可爲商人者，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，對官設鐵道與私設鐵道，不加區別也。但商法中運送之規定，限於運送人爲運送時，始可適用，是官設鐵道，國家爲運送人，即商人也。國家因鐵道運送，既爲商人，則製鐵所之製鐵事業，以該國商法第二百六十條第一號之行爲爲業者，亦可謂爲商人，創設製鐵所之目的，雖圖製鐵事業之獨立，而同時亦以收益爲目的，固不能否認也。

日本學者有以煙草樟腦食鹽之專賣事業，爲國家鐵營業之一種，然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，乃一種公法行爲，依該國煙草專賣法及臺灣樟腦樟腦油及食鹽專賣規則不得謂以商法第二百六十三條第一號之商行爲業者。此外郵便（即郵政）電信電話事業之性質，學者多所爭議，其實亦均爲私法上之行爲，惟郵便與電信，屬諸民法上之講負（按即普通依契約而工作者），電話則因於雇傭及質貸借之併合契約，而非以商行爲業者，（參閱該國郵便法及電信法）郵便爲替郵政兌換郵便貯金（郵政儲金）固屬銀行業務之一種，而國家非因收益之目的行之，亦不得謂爲營商業者（參閱該國二十三年法律五

五號郵便爲替法，二十三年法律六三號郵便貯金條例），又印刷局，造幣局，東京砲兵工廠，大阪砲兵工廠，及干住製絨所等作業所，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商業也。

又國家因經營製鐵事業及鐵道運送業，雖出於公共之目的，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，已如上述，故國家關於此兩事業，爲法律上之一商人；惟國家因此種事業，所任用之官吏，乃公法上之行爲，非私法上之僱傭契約不得謂爲商業使用人也。至於商號及商業帳簿，德國商法第三六條第四二條以明文規定，不適用國家及其他公法人，其他如商業註冊亦如之，因國家對於官吏任用與服務，均有詳密之規定，官署之名稱私人自不得且不敢假冒影射，關於計算，亦已有嚴密之會計法規，故即商法上無明文規定，解釋上當然亦不能適用也。

國家得爲商人，已如上述，其他如國家以外之公法人中，如普通公共團體，苟法律無禁止營業之規定，亦得爲商人，如省市政府等經營關於鐵道，電氣，自

來水等供給營業，則亦可認其爲商人也。

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，固不得爲商行爲也。

上述公法人得爲商人，在日本法律有明顯之規定，我國法律，雖未明定國家等公法人得爲商人，然國家及其他代表機關，對一般人民，依公法言，本爲權力關係，依私法言，仍爲對待或對等關係，在英美，如國家鐵路車輛，行駛不慎，致傷害人民時，人民常以國家爲被告而起訴，請求損害賠償而得勝利者，執此以觀，並參酌各國立法，以理論之，公法人如經營商業時，固與私人經營商業無重大區別，除法令有特別規定外，亦得認爲商人也。

至於不以行國家政務爲目的之私法人中之公益法人，不論爲社團法人，抑爲財團法人，既不以營利爲目的，自不能視爲商人。倘有時經營經濟上可得利益之事業，以達其公益之目的，例如經營貸貨業或買賣業而取得利益作爲慈善之基金，則已不能視爲純粹公益法人，而當與營利法人同視矣。

第三章 商業註冊

商業註冊者，依法定程序，關於商法規定商業上一定之事項，註明於商業註冊簿，俾達公示之目的，而保商業之信用也。蓋商人與公眾繼續交易，範圍既闊，行爲復繁，與公眾之利害關係頗巨，苟法律不令商人對於營業上重要之事項，公布於社會，則非特不能保護公眾之利益，抑且無以昭著自己之信用，交易自不能安全也。查商業註冊之起源肇自羅馬，在昔羅馬時代，商店須懸揭一定之木牌，以公示自己營業之狀態，古時各國習慣，亦屬一致，降至中古，商人團體之制起，而團員名簿之制生，商人須登載其名於團員名簿，始取得商人資格，嗣後逐漸進化，遂成今日之商業註冊或登記之制度，然各國對此，立法例仍未一致，有設商業註冊之一般規定者，如德，日，西，葡，匈，等國商法及瑞士債務法，有不設一般之規定，僅分別規定各款註冊事項者，如法，比，荷，意各國商法，即在德，日等國，雖設有一般規定，但仍非盡覽其特別法之規定，及非訟事件程序中法中所規定不能詳知，至於註冊之機關，義務，公示，效力等，尤多不同，有向

特設行政官署爲註冊者，如英美是，有向商事法院爲註冊者，如法國是，有以商人團體及商業會議所所長，爲初級法院之補助機關，又或以特別行政官吏（如公註人稅務署長）組織之而管轄註冊者，如前普國是，有以普通法院當管轄註冊之任者，如德，日，法諸國是，我國則至今仍純然以行政官署管理商業註冊。至於註冊事項之審查，如採一、形式審查主義，則註冊官吏，對於註冊稟請，僅審查形式上是否適法，至其註冊事項，實際上是否真實，則非所問，故亦無庸審查，德意志帝國法院曾有其例，二、實質審查主義，註冊官吏對於註冊稟請，不惟須審查其形式上是否違法，而其稟請事項之真僞，亦須審查，多數國家及我國商人通例均採之，三、折衷審查主義，乃折衷上述兩種主義，即註冊官吏非負實質之審查義務，但認爲必要時，得進而審查事實之真僞，蓋在實質審查主義，若就種種註冊事項，而一一探究其事實真僞，事實上自有困難然依形式審查主義，祇稟請書形式具備，縱註冊官吏明知其稟請事實虛僞，亦仍須爲之註冊，而與以法律上之效果，則註冊事項之真實，又不可期，此折衷主義採用之理由也。據此主

義，其事項雖經註冊，亦未必推定其事項爲真實之基礎，其證據力若何，可由審判官依自由心證裁判之，日本商法即採此主義者也。

對於商業註冊，是否爲商人義務，則主體不同，規定亦異，故關於註冊事項，有強制註冊與任意註冊之別，如商事公司之註冊，各國皆認爲必要，尤其對於外國公司在內國設立時，更非註冊不可，但因各國對於公司之認許，主義既有不同，種類亦非一致，於是註冊事項，其間自難盡同，關於自然人商業之登記，在德國，凡在法律上應爲登記而不登記者，處三百馬克以下之罰金，在日本，凡未成年入，妻，監護人之爲商業者，須負登記義務，不登記者亦無罰金，上述註冊事項，均由法定，非法之所命，卽爲法之所許，必須註冊，或不註冊卽予以制裁者，爲強制註冊事項或名之曰絕對註冊事項，又稱義務註冊事項；反之，如西班牙，葡萄牙，自然人之爲商人，註冊於商業註冊簿與否，一任當事人之自由，惟註冊者，始享有由註冊所生之效果，則此種註冊，全由當事人任意爲之，雖不註冊，亦毫無制裁者，曰任意註冊事項，或名之曰相對註冊事項，又稱容認註冊事項，我國商人通例，關於強制或任意註冊事項，均有其規定。

就註冊之公示言，則註冊之目的，有純粹作爲公示者，有兼作爲成立要件者，然均有望於公示者一也。惟關於公示之方法，有僅爲註冊已足者，謂世人欲知其事項之有無，自行調查註冊簿而明之可也，無須其他程序，可謂之註冊獨立主義；反之在註冊之外，尙須公告者，謂之公告併用主義，復分爲二，有由當事人爲之曰，謂之私人公告主義，法法系諸國屬之，有由註冊所爲之者，謂之國家公告主義，德法系諸國屬之，惟公告處所，各國法例，亦有兩種，有登載於新聞紙類者，有揭載於特定場所者，前者之例德日諸國法制採用之，後者之例則我國現制採用之，又註冊與公告抵觸者，有認爲應保護當事人利益，以註冊爲準者，日本是也；有認爲應保護第三人利益，以公告爲準者，荷蘭是也；有不設明文，而任諸法官之解釋者，德國是也。

就登記之效力言，有以之爲絕對對抗第三人之要件，如前匈牙利商法第九條規定是，有以之爲對抗善意的第三人之要件，德商法第一五條日商法第一二條規定屬之，有以之爲對抗無正當事由的善意第三人之要件，我商人通例第十一條有

其規定，各國立法例，均各有其原則，又復各有其例外；要難盡同也。

我國商人條例第八條規定「本條例規定應註冊之事項，由該商人各就營業所在地該管官廳呈報註冊」，則何種事項，方可認為商業註冊，有應先說明者，所謂商業註冊者，（一）須為商人事項並須依商人通例規定之註冊，蓋應註冊事項，皆須為商人之事項，而商人通例均有明文規定之，小商人之事項不得註冊，商人通例第三條有其規定，再如依民法及其他特別法令規定所為之登記或註冊，皆非商業註冊也，例如不動產登記，戶籍登記，人事登記，法人登記，技師登記，銀行註冊，公司登記，船舶登記，漁業登記，鑛業登記等，均非此所謂註冊也。（二）須依法定程序，向主管官廳註冊，所謂法定程序者，即依民國十七年十二月十日工商部部令公布之商業註冊暫行規則所為之註冊也，主管官廳依該規則第一條為市政府或縣政府。故如不依商業註冊之程序，而另依其他民法或特別法令所定程序之註冊，亦不得謂為商業註冊，如商標註冊，意匠權註冊，均不合形式上商業註冊之標準也。

商業註冊，以保護第三人爲其重要目的，故註冊事項，大抵以影響及於第三人之事項爲限，故凡事項之涉及商人營業上秘密，其內容狀態，無欄一般公衆利害者，即不必註冊。商業註冊事項，種類頗多，今分述之如下：

(一) 一般人註冊事項，及自然人註冊事項。(甲) 一般人註冊事項有二：其一爲商號註冊，內又可分爲(1) 商號選定之註冊(商通第一九條)，(2) 商號轉讓之註冊(商通第二二條)，(3) 商號變更之註冊(商通第二四條)，(4) 商號廢止之註冊(商通第二四條)；其二爲經理人註冊，內又可分爲(1) 經理人選任之註冊(商通第二七條)。(2) 經理人解任及其代理權消滅之註冊(商通第三七條)；(乙) 自然人註冊事項有二：其一爲未成人營業之註冊，內又可分爲(1) 獨立營業之註冊(商通第六條)，(2) 營業允許撤銷之註冊(商通第七條第二項)，(3) 營業允許限制之註冊，(商通第七條第二項)，(4) 營商業未滿二十歲因死亡致註冊事項消滅之註冊，(商註，第一八條第三項)，其二爲法定代理人代營商業之註冊，(商通第五條第二項)。及法定代理人因死亡而其註冊事項消滅之註冊(商註第一九條

第二項），其二商號註冊人之姓名住址變更時之註冊（商註第一四條）。（上述自然人註冊，在商人通例中，尙有有夫之婦營業之註冊，現法律已采男女平等之原則，有夫之婦，亦得自由經商，故應失效不加贅述）

（二）義務註冊事項或名之曰絕對註冊事項，及認容註冊事項或名之曰相對註冊事項。（甲）義務註冊事項云者，法律上必須註冊之謂也，前節所述，除商號註冊外，均爲義務註冊事項；（乙）認容註冊事項云者，法律上可以註冊之事項也，如商號註冊是，此外事項，苟商人通例未曾規定者，卽不得註冊，縱依商業註冊規則註冊，亦不能生其效力也。

（三）免責註冊事項及設定註冊事項。（甲）免責註冊事項，乃因註冊而免除當事人責任之事項也，如經理人解任及其代理權消滅之註冊，商號廢止及轉讓之註冊是。（乙）設定註冊事項云者，因註冊而當事人發生權利或責任之事項也，如經理人選任之註冊及商號選定之註冊是。

至於商業註冊之程序，依商業註冊暫行規則之規定，分述如下：

(一)商業註冊所 所謂向商人營業所在地該管官廳註冊即以市政府或縣政府爲註冊所，上已述及，所以不以商人之住所地爲標準者，因營業所與營業關係，最爲密切故也，其實註冊以行政官署管理之，不如由法院充之如德日法諸國採用者爲佳，蓋由法院兼理，較特設註冊所，經費固省，況各地皆有法院，即各地可有註冊所，自較便利，況因商人間有任何訴訟，必須向法院提起，如涉及註冊事項，又須由法院向行政官署調查，公文往還，非惟徒費手續，且常遷移時日，故不如直接由法院管理註冊爲便。若夫以當地商人團體與商業會議所所長爲註冊補助機關，則因與一般商人往來較繁，難免徇私容情，亦不能如法院之一秉法律以處理之也。

(二)呈請註冊人 註冊所因呈請註冊人而爲註冊，其呈請人之爲何人，須視其何種註冊而定，如爲商號選定變更或廢止之註冊，須由選定變更或廢止之商人呈請之，(商註第七條，第二三條，第一四條第一項，第一五條第一項)商號變更或廢止之註冊，如由其繼嗣或法定代理人呈請者，應加具證明其資格之文件。惟

商號轉讓之註冊，當由何人呈請之乎？當由讓渡人及讓受人雙方而呈請之抑當由一方而呈請之，在註冊規則規定頗不明瞭，依法理論之，讓受人既爲商號之繼承人，欲續用商號權，似不可不以讓受人爲註冊之呈請人。關於經理人選任，解任及其代理權消滅之註冊，由商業主人如爲公司由代表公司之股東，或股份有限公司之董事呈請之（商註第二〇條，第二二條），關於未成年人營業之註冊，當由未成年者呈請之，應加具已得法定代理人允許之證明書，或與法定代理人聯名呈請之，（商註第一八條第一項），未成年者營業撤銷或限制之註冊，應由其法定代理人呈請之，（商註第一八條第二項），營商業未滿二十歲因死亡，而其註冊事項消滅時，應由其法定代理人加具證明註冊事項消滅之文件，呈請註冊，（商註第一八條第三項），法定代理人代營商業之註冊，由法定代理人呈請之，（商註第一九條第一項）爲無能力者營商業之法定代理人，因死亡而其註冊事項消滅時，應由該法定代理人之監督，加具證明註冊事項消滅之文件呈請註冊，（商註第一九條第二項），商號註冊人之姓名住址變更時之註冊，由原商號註冊人呈請之（商

註第一四條第二項），再各種呈請註冊如呈請人於呈請時另委代理人呈請者，應加具代理之委託書。其呈請書由呈請人或其代理人簽印。（商註第七條）。在日本關於註冊事項，尚有由破產法院知照者，如已註冊之人，受破產宣告時，停止破產程序，取消破產宣告及終結破產程序等均由破產裁判所，通知其事於登記之人之營業所在地之登記所，在我國本無破產法院，惟商業註冊暫行規則，第五條第二七條亦有由受理之官廳知照關於註冊之規定耳。

三、呈請註冊之手續 商業註冊之呈請手續，依暫行規則第七條規定呈請人應具呈請書載明下列各款，由呈請人或其代理人簽印：一、呈請人姓名住址，二、由代理人呈請者，其姓名住址，三、註冊之目的及其事項，四、註冊及公費銀數，五、註冊所，六、年月日，凡由代理人呈請者，應加具委託書，所以證明其有代理權，以上均為呈請書之法定款式，有一不備，呈請即屬違背，商業註冊所即須合其更正或不與註冊，以防冒濫，而昭鄭重。又呈請註冊，必須製作呈請書，履行法定方式，俾日後可以查核，為一種要式行為，非可以言詞為之，尤不待

言。又依該規則第一三條第二一條各規定凡以商號本店或支店之設立爲目的呈請註冊者，除第七條所列各項外，呈請書中尙應載明下列各種註冊事項：一、商號，二、營業，三、本店及支店所在地，四、行用商號者之姓名住址。以其他事項爲目的呈請註冊時，則以該事項所應詳確敘明者爲註冊事項。呈請爲經理人選任註冊者，應於呈請書中加載下列條款，一、經理人姓名住址，二、以數商號營業業者，其所代理之商業及其所用之商號，三、經理人設置之地點。公司爲呈請人時，應加具其選任之證明書。其他如第一四條規定呈請商號轉讓之註冊者應加具證明之文件或轉讓之契約，第十五條第二項商號變更或廢止由其繼嗣，或法定代理人爲之者，應加具證明其資格之文件。第十七條添設支店時若支店之城鎮鄉內現有他人已經註冊相同之營業商號呈請註冊者，應加具證明以前已行用之文件，並須照本店之商號附添字樣，以示區別。第十八條第一項未滿二十歲者自營商號呈請註冊時，應加具已得法定代理人允許之證明書，第三項營業未滿二十歲因死亡而其註冊事項消滅時，應由其法定代理人，加具證明註冊事項消滅之文件，

第十九條法定代理人爲無能力者營商業呈請註冊事，應加具證明其資格已得親屬會同意之證明書，爲無能力者營商業之法定代理人因死亡而其註冊事項消滅時，應由該法定代理人之監督，加具證明註冊事項消滅之文件，呈請註冊及第二十二條公司解任經理人呈請註冊，應加具其解任之證明書，亦均爲呈請時之法定要件，而不可疏忽者也。

四、註冊費用 依商業註冊暫行規則第十一條規定商業註冊應依註冊事項而繳下列之費用：一、商號創設之註冊，每件應繳註冊費十元，二、商號轉讓之註冊，每件應繳註冊費八元，三、經理人之註冊，每件應繳註冊費五元，四、未滿二十歲者營業註冊，每件應繳註冊費五元，五、法定代理人營業註冊，每件應繳註冊費五元，六、其他事項之註冊，每件應繳註冊費二元。上述所收各種註冊費，以四成留充註冊所辦公費，其餘六成，報解工商部。

五、註冊審查 商業註冊，乃公示商人之重要法定事項，故註冊事項必須真實，然究真實與否，註冊官吏，頗難悉知，故註冊官吏，受註冊呈請書後，對於

呈請之一切事項，應審查之，爲商業註冊暫行規則第二三條所規定，乃探實質審查主義者也，如當事人呈請適法時，依該規則第二條註冊所自收受當事人呈請之日起，除有特別情形外，（即指下述呈請違法者而言）應於五日內，將註冊事務，辦理完竣，發給證書，註冊所發給之證書，應依照部頒三聯單填發之，又註冊所每月所發證書，應於次月十日以前，連同應解註冊費，呈部換領執照轉發呈請人；如當事人呈請違法時，如可更正者。則依該規則第四條當事人於註冊後，覺察其註冊事項有錯誤。或遺漏時，得呈經註冊所許可請求更正；或於五日外延展其辦竣之時日，依第三條由註冊所於當事人呈請查有違反法令者，應依更正，始行註冊。因呈請註冊，錯誤遺漏，事所難免，故許其更正，以資捕救，否則如呈請與事實不符，或與法律規定不合，註冊所即可不許其註冊也。又註冊所處理註冊事務，違反法令時，得由呈請人或利害關係人，詳具理由，呈請工商部核辦，及呈請證明事項並無變更，或別無某事項註冊者，註冊所得酌量情形，核給證明書，每件證明書，應繳納公費銀半元，爲該規則第三條第二項及第六條所規定也。

六、商業註冊簿 註冊所爲商業註冊，須依法定格式，備置註冊簿，（商業註冊暫行規則第二六條第二七條第二八條第二九條第三〇條等參照）依註冊之種類，得分爲數種如下：一、商號註冊簿，二、經理人註冊簿，三、未滿二十歲者營業註冊簿，四、法定代理人營業註冊簿。

七、註冊簿之查閱及鈔錄 依照商業註冊暫行規則第九條規定，註冊簿及註冊文件，得由當事人或利害關係人聲敘理由，請求註冊所允許查閱或抄錄，但每次以一商號之註冊事項與有重要關係者爲限。又依該規則第一二條規定查閱註冊簿及註冊文件，每次應繳調閱費一元，如需抄錄者每千字應繳抄錄費銀五角。惟查閱在抄錢祇許在註冊所內爲之，因依該規則第十條有註冊簿除因避事變外，不得携出註冊所，但註冊之呈請書及附屬文件有官廳調取者，不在此限之規定也。

八、呈請註冊之任意 註冊事項，雖爲法之所命，或法之所許，然商人呈請與否，乃其自由，國家無強干涉之必要，此蓋採用呈請主義之結果，故商業註冊暫行規則第五條又設規定，凡應註冊事項之註冊，及其變更或消滅之註冊，非

有當事人呈請，或官廳知照不得爲之，蓋所以避紛擾招搭；而使商人蒙其害也。

商人通例第九條規定凡應在本店該管官廳註冊之事項，若本條例別無規定者，於支店該管官廳亦應註冊，及第十三條業經註冊之事項，如有變更或消滅時，應隨時呈報該管官廳註冊，此爲商業註冊之兩大原則，欲說明本店與支店之關係，先須說明營業所，營業所本有廣狹兩種意義，廣義的營業所，乃指營業用之一切場所而言，惟現所謂營業所，應取狹義解釋，乃商人營業之本據，即商人用以指揮並監督營業之一定場所也。民法第二〇條規定以久住之意思住於一定之地域者，卽爲設定其住所於該地，一人同時不得有兩住所，則住所爲各人生活之本據，與營業人之以營業爲本據，而一商人因營業關係，得有數營業所者不同，又營業所雖未必與商人住所相同然混同者，亦屢見不鮮，要在由事實上而加以判斷耳，惟公司則依公司法第四條必以其本店所在地爲住所，並須載明於章程及登記。工場倉庫及陸棧等，因祇爲營業事實上行爲之場所，而非營業之中心，或指揮命令其營業主要之所在，故不得謂爲營業所。又營業所惟商人或公司始可有之，私人卽稱其事務所爲營業所，非能與商法上之營業所同論，亦不受商法之保護也。

營業所在法律之主要作用、所可述者，大體如左：

一、營業所，在原則上為債務履行之處所。（民法第三二四條日商法第二七八條第一項第二項）

二、關於商業註冊事項，須由商人各就其營業所所在地該管官廳呈報註冊。（商人通例第八條，日商法第九條定該管官廳為裁判所）

三、在票據上無指定之處所者，為行使或保全票據上權利，對於票據關係人應為之行爲，應在其營業所為之。（票據法第一七條，日商法第四四二條）

四、對於設有營業所之人，因關於營業所之業務涉訟者，得由該營業所所在地之法院管轄。（民事訴訟法第七條，日民訴法第一六一條第一項第一四條第二項）

五、營業所為法律文件送達之處所。（民事訴訟法第一三七條第一三九條，日民訴法第一四四條第一四六條至第四九條）

六、定破產事件之管轄法院。(破產第一一一條)

商人既可同時有數個營業所，而數營業所之間，或無何等之關係，例如同一商人在數處經營數種營業，而不相統率者是；或有主從之關係，例如甲營業所對於乙營業所有經濟上指揮之關係者是，主營業所即本店是，從營業所即支店是也。關於本店與支店之關係，本有三種學說，即形式說實質說與折衷說是也，所謂形式說者，謂於其店舖之實質無關，苟為對於本店之營業所，而有支店之名稱者，皆支店也。實質說則謂，店支店或分店等區別，在於實質，非僅因各店所附之名稱而判斷之也，故雖未明白表示其為支店，而實質上為其本店之支店者，亦支店也，折衷說則謂本店與支店之區別，不能全視其形式而定，亦不應一依實質之如何而定，當參酌而定其標準也，依此學說，則支店在形式上固應表示其名稱，實質上更應與本店有主從之關係，此法學者大多數之通說也。本店與支店，須以營同一營業為目的，若支店與本店，各以別種營業為目的時，其所謂支店，非從之營業，故在法律上，亦屬本店之一種，非支店也。然支店營業目的之範圍，亦

非全與本店完全一致者，例如本店兼營批發與零售，而支店專營零售，仍不失法律上支店之意義也。至於本店與支店之主人，務須相同，至於其主人爲自然人或法人，則非所問，否則雖可成爲事實上之支店，然非法律上之支店也。支店與代理商之營業所異，代理商有獨立性質，與其被代理之商號不能謂爲有主從之關係，又異其主人，故不能與支店同視也。支店與本店所在地，是否必須異其地域此在德國商法解釋論，通常雖謂本店與支店必須異其所在地，在我國商法上既無明白規定，則在同一地點，未始不可分設支店，此在通商大埠事實上本店在一埠，內有數個支店，亦極普遍者也。又支店在形式上雖須表示其爲本店之支店之名，而依商號應守單一之原則，應與本店同一商號，然添設支店之城鎮鄉內，已有以本店同一商號營同種營業，且已註冊者，不能遂謂其不可另有單獨之商號，此時惟有將支店商號下加以某某支店字樣以示區別，然公司則依公司法似應與本店有同一之商號耳。

支店依活動之關係，在內部雖須遵守其本店所定之方針，然亦非無若干獨立

之性質，若全然隸屬本店，與本店之指揮命令，即不能行動者，又並無相當之設備，不得謂爲支店，否則將爲機械之行動，如本店派出之坐辦或夥友矣。故支店依商人通例第三條得選任經理人，並爲因支店交易上所生債務之履行地（民法第三一四條及日商第二七八條三項），蓋法律固亦視支店爲營業所也。對於存滅之關係，因本店與支店有主從之關係，苟本店已消滅，支店雖未始不可獨立繼續營業，然此時已失其爲支店之意義，反之如支店消滅，本店未必即隨之而消滅，儘可不受其直接影響也。至於支店在交易上所發生之權義關係，均須由主人取得及担負之，而本店支店相互間，即有法律行爲，則不能發生效力，尤不待言。

本店與支店關係既明，則依商人通例第九條所定，支店亦須註冊，即應在本店該管官廳註冊之事項，於支店該管官廳亦應註冊。

至於商人通例第十三條規定變更註冊與消滅註冊之原則，凡應註冊事項之註冊，及其變更消滅之註冊，非由當事人稟請或官廳知照，即不得爲之，已如前述，故註冊事項，雖在事實上已變更消滅，註冊官吏未必知之，故必待呈請，始得

變更或註銷，而後方得對抗第三者。變更消滅之註冊呈請人，即原註冊之商人，也，但已經註冊之商號如有變更或廢止，而原註冊之商人並不呈報註冊，得依商業註冊暫行規則第十六條，得由利害關係人詳確敘明其利害關係之事由，呈請註冊所註銷耳。

次之當論商業註冊之公告及其效力。關於註冊事項，苟採國家公告併用主義，則於註冊外例須由註冊所另爲公告，其所以有如此規定者蓋因商業註冊之目的，在於使公衆知商人之重要事項，僅有註冊，尙難期其詳知，故法律許其查閱或鈔錄外，並於商人通例第十條規定業經註冊之事項，課註冊所隨即公告之義務，又於商業註冊暫行規則第二段第一項後段規定須公告三日以上，俾以商業敏捷，貫徹設立商業制度之旨趣。至於公告方法，依商業註冊暫行規則第二條第一項規定，須於公告場所揭示，而未規定登載於新聞紙，一因中國教育尙未普及，鄉村人民閱報者少，二因交通阻塞，偏僻之處，多無新聞紙及官報故也。

至於註冊之效力，可分三方面述之，即註冊以前之效力，註冊後公告前之效

力及註冊及公告後之效力是也。德國學者柯薩克氏 *Conrad* 分註冊之效力爲三種：曰權利設定註冊，權利確保註冊及權利公示註冊，爲法律關係設立之要素者，曰權利設定註冊，如商號之註冊，取得商號專用權，及依公司法第九條公司成立登記，即權利設定註冊也。確保法律關係之效力者，曰權利確保註冊，如商號轉讓之註冊，於註冊後，方確保其法律關係之效力是，除公示法律關係外，不別生私法上之關係者，曰權利公示註冊，此非吾國商法之所認也。總之，商業註冊之效力，有特殊效力與一般效力之別。特殊效力，又可分爲兩種：（一）創設效力，即商號註冊，而生有設定權利之效力是，此種權利，亦爲財產權之一種，經創設後可以移轉，亦可繼承，故與人格權不同也。（二）補充效力，即對於既存之瑕疵，經註冊後，苟未註銷即生有補充之效力，此種效力，應就各本條而論定之，一般效力者，即能否以某事項之發生變更或消滅，對抗第三人，所謂對抗效力是也，例如商人通例第一九條第二〇條規定商人取得商號專用權後，他人即不得冒用，或以類似之商號爲不正之競爭，而發生排他的效力是。（日商法第一九條第

二〇條）就一般效力言之，則註冊者，非法律關係成立之要件，惟將已成之法律關係，使之實現而已，如經理人選任解任之註冊，（商通第三七條），非因註冊而始爲任免是，此外附僱於對抗致力而發生者爲救濟的效力，商人已註冊事項，而依法又得對抗第三者，而被第三者侵犯時，得依照民法侵權行爲，提起訴訟，請求損害賠償，以求救濟，如有人故意冒用仿用其已註冊之商號，而因此獲得利益者，並可以刑法詐欺取財罪，對之起訴，惟是否有其故意，須以意思爲斷耳。茲將在註冊前，註冊後公告前，及註冊及公告後之對抗效力，分述如左：

一、註冊以前 商人應註冊之事項，苟未註冊，則有其事項與否，第三者尙難知悉，苟不能確切證明第三者實知其事，則雖在事實上有其事項，法律仍當推定其爲不知情，故商人通例第一一條上半段規定凡應註冊事項，非經註冊及公告後，不得對抗第三者，日商法（第二二條）謂非註冊及公告不能對抗不知情之第三者，於商法亦然，惟此僅謂第三者，而無「不知情」字樣，似第三者雖爲惡意，亦不得對抗之，然註冊及公告之設，本以保護第三者爲目的，若明知該事項之惡意

之第三者，雖在註冊及公告前，應得與之對抗，不能對抗者，故仍以不知情之善意第三者爲恨，此時未註冊之商人對於第三者之惡意，須負舉證之責，例如經理人解任後註冊前，與第三者交易，第三者知情，則責在第三者，第三者不知情，則商業主人任其責是。至於未經註冊公告之事項，惟不得對抗第三者而已，該事項之存在自若也，故第三者得對於該商人主張事項之存根，當事人間及第三者與第三者間亦然。

二、註冊後公告前 依商業註冊暫行規則第二條第一項規定註冊所自收受當事人呈請書之日起，除有特別情形外，應於五日內將註冊事務，辦理完竣，發給證書，並須於公告前所，揭示三日以上，商人通例第十條亦規定業經註冊之事項，該管官廳隨卽公告，則公告以於註冊事務辦理完竣卽時公告爲原則，然因程序較繁，稍緩數日者亦有之，又公告須揭示三日以上，故未滿三日，依法亦尙難謂已有公告之效力，亦尙爲公告前，於此在註冊後公告前之對抗效力如何，遂有研究之必要，此時依商人通例第十一條上半段凡應註冊事項，非經註冊及公告後，

不得對抗第三者之規定，應仍解爲不得對抗不知情之善意第三者，祇能對抗知情之惡意第三者，與未註冊同，又未經註冊及公告，是否由於該商人之過失，亦非所問，蓋本條規定，係公益上爲保護第三者而設，並非對於不履行註冊義務者之制裁故商人不爲註冊，雖非由於過失，仍不得對抗第三者。卽呈請註冊，而註冊官吏因故意或重大過失不受理者，註冊呈請人亦祇得向該註冊官吏請求損害賠償，而該事項仍不得對抗第三者矣。

三、註冊及公告後 商人通例第一一條下半段規定已經註冊及公告，仍不得對抗因正常事由而實不知情之第三者，則於註冊及公告後，原則上本不論善意及惡意之第三者，均得對抗，因註冊程序，已告完竣，效力甚強故也，然第三者苟有正當事由，實不知情，而仍許其對抗，立法未免過苛，故特設例外，許第三者負舉證之責，證明其有正當事由，實不知情，並非因有通常之注意而漫不注意，致有過失，則法律仍使其不得對抗，免第三者因此無辜而受損失，所謂實不知情，以第三者與註冊之商人發生利害關係，卽與之交易之時爲斷，雖事後明知之，

仍不得對抗之，至於正當事由云者，如因罹病不能至揭示場所閱看公告，即其例也。

此外關於本店與支店之註冊事項，有任本店應爲註冊者，有在支店應爲註冊者，有在本店與支店均須註冊者，但各有其效力，本店不註冊，因不得對抗第三者，本店如已註冊，而支店未註冊時，則支店關於應註冊之事項，亦不得對抗第三者，此閱商人通例第九條規定之法意，即可明也。

又註冊乃在註明事實，故其發生效力，當以註冊事項真實爲前提，若註冊事項，全屬子虛，或與事實不符，自無效力可言，然祇一部不實，他部是否亦應同時失其效力及第三者不知註冊不實，而受損害時，能否以註冊不實，對抗呈請註冊人，均有討論之價值，在此場合，註冊事項，法律上既非不可分，則不能因一部不實，而使其他真實註冊之部分失效，如註冊不實，係呈請註冊人之故意或過失，則第三者不知註冊不實而受損害時，呈請人自應負擔損害賠償之責，若註冊及公告均由於註冊官吏之故意或過失，而致不實時，則呈請人自無責任之可言也。

商人通例第一二條規定公告與註冊事項不符之解決辦法如下：

「一公告與註冊事項不符時，應以註冊簿爲準，但非經更正公告後，不得對抗不知情之第三者」，查註冊所依據呈請註冊人之呈請而爲註冊，更依據註冊事項而爲公告，本不致有不相符合之處，然事實上仍難避免，例如牌示之謄寫錯誤，此時應以註冊簿爲準。荷蘭商法第二九條雖以公告爲擴張註冊之精神，在使公衆一閱公告，即可知註冊事項，不必定須查閱或抄錄註冊簿，爲保護第三者起見，使其效力優於註冊簿，而以公告爲準，此舍本逐末之規定也。今苟規定以註冊簿爲準，則呈請註冊人即可不因註冊官吏之故意或過失使公告舛錯遺漏而負責任，且可使第三者隨時查閱或抄錄註冊事項，以確定與公告有無不符，以昭鄭重；然法律仍爲保護第三者起見，加以但書，規定非經更正公告，不得對抗不知情之第三者，俾維持實不知情之第三者之利益，同時仍寓公告生對抗效力之深意焉。

最後如所營商業，關於特許及訂可，在呈報註冊時，應查照專章辦理，爲商人通例第一四條註冊時關於特許許可程序履行之規定，凡特定營業，在法律上應

得主管官廳之特許或許可者，須已經特許或許可後，始得爲商業註冊，應得特許之營業，例如製造販賣及修理度量衡器具營業，依度量衡法第一七條，度量衡器具營業規程第一條第九條第十條及食鹽製造業依製鹽特許條例第一條均非經政府或主管官廳之特許，不准營業；應得許可之營業，例如藥商，依管理藥商規則第三條，長途汽車公司依長途汽車公司條例，民業鐵路公司，依民業鐵路法及交易所依交易所法第二條第七條第九條，均須經官廳核准或依法律規定設立許可後，方准營業，上述種種營業於呈請註冊時，均應附呈特許或許可之證明文件焉。

公司法講義

第一章 總論

第一節 公司之意義

公司者，以營利爲目的而設立之社團法人也。前依此定義，從實質的與形式的兩方面，註釋之如左；（第一條）

第一、公司之實質意義。

公司之實質，係以營利爲目的之社團也。

甲 公司者，社團也。

社團二字，對於財團而言，乃社會的結合中最顯著之二大區別也。社團乃人衆向同一之目的而行動，財團乃利用財產而引起人衆之行動，公司乃社會的結合之一，屬於社團之一種，何則？蓋組織公司者，皆向同一之目的行動故也。吾公司法首揭公司之定義爲團體，因是學者不注意於社團與財團之分別，殊不知民法第四十五條明定：以營利爲目的之社團，其取得法人資格，依特別法之規定。公司既以營利爲目的，當於民法第四十五

條之社團，了無疑義。

雖然，同一社團也，有營利的與非營利的之分，非營利的社團，通說謂之公益社團。公益社團，固亦以社員爲其成立之基礎，惟其社員人數，則無一定之限制，縱社員減少至於一人，亦非法定解散之原因。（註）在營利團體，則以一定人數之股東，爲其成立及存續之要件，若少於此數額，即歸解散。（參照第十二條第八七條第四六條一項第四款第二〇一條第四款）蓋股東若僅一人，已成爲獨立經營之商業，而不具備公司之要件矣。

（註）日本民法第六八條第二項第二款定明須社員全體缺亡，始能解散。荷蘭民法第一七〇〇條定明縱使全體缺亡，亦無須解散。吾民法無明文規定，學者之見解不一，（參閱陳克生民法通義總則第一〇六頁余戟門民法要論總則第一一一頁胡長清中國民法總論第一五五頁）依愚所信，若益社團社員缺亡或僅餘一人，尚不能認爲當然解散。

乙 公司者，以營利爲目的之社團也。

吾民法分社團爲公益社團與營利社團兩種，（民法第四五條第四六條）若從廣義，凡非公益社團，均得目爲營利社團矣。雖然，此種區別，殊屬不當，蓋不以公益爲目的亦不以

營利爲目的之社團，事所恆有。解決此問題，本非易事，其詳屬於民法研究之範圍，前僅就營利與非營利之界限說明之。關於此點，學者議論亦復紛歧，有謂營利爲私益與公益相對待者。殊不知私益之內容，有含有經濟目的者，有不然者，前者可謂爲營利，後者則非營利，二者不可混同。有謂其目的事業含有經濟上意味者，卽爲營利，反之，卽非營利者。此說亦不能解決純爲消極的利益而設之消費合作社等等。故通說均認營利不僅須其目的事業爲經濟行爲，且須分配其所得之利益於社員，蓋營利含有爲積極的利益而進取之意，營利團體發達較早，非營利團體，則因社會進步而逐漸發達者也。故前所謂公司，乃最後所述營利意義之團體。由是以觀，公司所營之利益，不可不分配於股東，公司本以其爲營利之社團，始認其存在，故由此共同經營所生之經濟的結果，必使之歸屬於經營此公司之股東，乃爲當然之理，若股東毫不參與其利益，舉其利益悉充學術慈善之用，則是不以營利爲目的，卽不得謂爲公司，但若以其利益之一部充學術慈善事業之用，則無妨也。

於茲有一問題，卽所謂營利事業，是否須爲商業？易言之，卽公司是否須爲商業團體之問題。從來學者對於此點，爭執至烈，各國立法體例亦不一致，如吾國舊公司條例

以明文規定公司限以商行爲營業之團體，（公司條例第一條）而現行公司法則定明公司爲以營利爲目的而設立之團體，於是論者以此二者有重要之區別，即營利行爲有商業的與非商業的之劃分，所謂商業的營利行爲，即以商事行爲爲營業之謂，如銀行保險事業之社團，謂之公司，有獨立之公司法。及是，非商業的營利行爲之團體，尙不得謂之公司，例如鑛業團體，漁業團體，林業團體，雖以營利爲目的，尙非公司法上之公司，僅能準用公司法，此依舊公司條例言之也。（公司條例施行細則第一條）若現行公司法既定明凡以營利爲目的而設之團體，則無論商業團體，鑛業漁業林業等等團體，均受同一公司法之支配，無所謂適用與準用矣。雖然，嚴格分別此點，係以商業行爲之定義不明而來，蓋商業二字之意義，極其渺茫，不易捉摸，或以商業係以貨物交易之媒介爲目的之行爲，或以商業爲貨物原形交易之行爲，或以商業爲營利行爲，依愚所信，仍以最後一說爲當。吾商人通例第一條雖採列舉規定，而以買賣，借貸等事（共十七種）之營業，謂之商業，然經營商業之目的不爲營利者，殆屢絕無僅有，故以營利分爲以商行爲營業與否，實無必要，即依商業通例第一條所網羅商業之種類而言，亦極詳盡，在鑛業漁業林業等等團體，既係以營利爲目的，自無不依買賣等類行爲而爲營利，其結果適用公司法殆

無二致。舊公司條例施行細則規定準用公司條例，非謂公司以外之營利社團與公司不同，乃因商人通例所列舉之商業，恐有遺漏，故有準用之規定耳。

公司之目的，在爲營利，既如上述，於是有一問題焉；其一，兼以他種私益爲目的之社團，亦包括於公司中乎？其二，設立社團當時，不以營利爲目的，其後能兼以營利爲目的或專以營利爲目的乎？日本學者之通說，皆依其國民法第三十五條及商法第四十二條而爲消極的結論，少數說則爲投極的結論。解釋吾國公司法第一條及民法第四十五條之文義，似亦偏於消極說，然法理上則不可謂得其還鷓者，依愚所信，仍以積極說爲妥。關於第一問題，消極論者所主張之理由，不外謂以公益爲目的之社團，適用民法，以營利爲目的之社團，適用公司法（或其他特別法），若兼以他種私益爲目的，則半適用民法，半適用公司法（或其他特別法）與公司之性質不合，當然不成爲公司。此派學說，殊不足取，就事實言，既有以營利爲目的之事實，則惟有認爲營利團體，庶足以維交易之安全，就法理言，亦未嘗不許有兼以他種私益爲目的之營利團體，公司法條文上規定以營利爲目的之團體爲公司，兼無禁止不得爲他種私益之明文，簡單言之，專以營利爲目的者，爲公司，兼以他種私益爲目的者，仍不失爲公司。關於第二問題，主張消極說

者之理由有二；其第一理由，與前所述略同，毋待煩論。其第二理由，則較為有力，蓋營利團體與非營利團體之登記簿不同，不能由法人登記簿改入公司登記簿，在法律上並無准予變更登記之明文，此在日本商法係以公司爲對抗第三人之要件，尙可爲積極之解釋，在吾國公司法既以登記爲公司成立要件，則不能爲此解釋，僅可歸咎於法律之不備。然若就理論與事實言之，先不爲營利事業，後爲營利事業，本無不可，且公司可兼營目的事業外之行爲；即可知非營利之團體，亦未嘗不可變爲公司，先依法人登記規則而爲登記，後依公司登記規則而爲登記，不過手續稍煩，似亦不必禁止變更其登記，惟法律究嫌未備，殊無怪消極論者之反對也。

第二、公司之形式意義。

公司之形式的意義，卽公司者，爲社團法人也。

社會的結合之形式，有法人與非法人二種；前者乃數人團結爲一個權利義務之主體，後者乃各人各自爲權利義務之主體。各國立法例對於此點，頗不一致，法國商法無明文規定，而其國之學說及判例，則概認公司爲法人。德國商法及瑞士民法則不在接規定公司爲法人，而認許公司獨立享權利負義務，以間接示其爲法人，惟德商法不認無限公司與

兩合公司爲法人，以其適用民法上合夥之規定。日本商法及英國公司則定明公司爲法人，以與非法人之合夥相區別，意比西葡等國之商法，大體相同。從近代立法之趨勢觀之，多有限制合夥事業以促成爲法人之傾向，故吾民法倣英日立法之例，定明公司爲法人，庶幾公司之財產不致與股東之財產相混。而後公司之根本可以鞏固，公司之信用可以加厚，公司之營業亦可因之而發達也。（第三條）

在不認崇限公司與兩合公司爲法人之立法理由，蓋以民法上之社團法人皆有總會，欲決定團體之意思，必於一定場所開會，公同議決，此爲一般團體所從同，惟公司法上之無限公司兩合公司皆無總會，故不得謂爲法人，究竟法人是否必須有總會？此問題頗難解決，嚴格而論，欲合組織員之意思，爲團體之意思，除開會議決外，別無良法，故完全之團體，必有總會，其無總會者，乃不完全之團體也。然團體雖不完全，究亦不失爲團體，例如國家爲最大團體，在憲政國家有議會，在君主專制國家，則無議會，然不能謂專制國家非國家，更不能否認專制國家之人格。由此以觀，總會之有無，乃團體程度問題而已。

第二節 公司之種類

公司依諸種標準，得爲多數之分類，有依組織體而爲區別者，有依信用而爲區別者，有依適用法律而爲區別者，皆不出學問觀念上之分類，殊無詳細說明之必要（註）前僅依公司法之規定，說明公司之種類如左；

（第二條）

（註）依組織而爲區別者，分公司爲單純組織公司與複雜組織公司。

依信用而爲區別者，分公司爲人合公司，資合公司，入資折衷公司。

依適用法律而爲區別者，分公司爲專依公司法之公司與其他特別法之公司。

第一、無限公司。

凡由二人以上之股東組織，對於公司債務，負連帶無限之責任，稱爲無限公司，即公之財產，不足清償其債務時，各股東須以自己之全部財產，任連帶清償之責者也。

第二、兩合公司。

兩合公司者，以無限責任股東與有限責任股東組織之公司也。無限責任股東所負之責任，與無限公司之股東同，而有限責任股東則以出資額爲限，對於公司負其責任。

第三、股份有限公司。

股份有限公司以有限責任股東組織之，公司資本均分爲各股，各股東之責任，僅以繳足

其所認之股份銀數爲限。

第四、股份兩合公司。

股份兩合公司者，以無限責任股東與認定股份之有限責任股東組織之公司也。此種公司，股東中至少一人對於公司債權者負擔無限之責任，其餘各就所認股份，照數繳銀於公司，蓋兩合種性質不同之股東組織而成者也。

以上四種，爲歐洲大陸商法所認之公司組織，其類別之標準究何在？是不可不一爲之研究者，就吾公司法所規定之類別，其標準當求之於視股東投身於公司事業程度之如何，即對於公司事業之運命，股東委身程度之如何是也。

從另一方面言之，其標準則在公司對世信用之基礎，在無限責任股東，對於公司之債務，負擔連帶無限之責任；在股份有限公司，股東僅按其所認之股數，負擔繳納股銀之義務，故無限公司信用之基礎，不僅在公公財產，甯在股東本人之信用。無限公司之債權者，對於公司財產狀態如何，不必顧慮，而股份有限公司信用之基礎，全在公司之財產，若其資金一朝傾盡，股東之中，縱屬富毫，債權者亦不能向之請求清償，蓋股份有有限公司信用之基礎，僅在此股東出資所成之公司財產也。無限公司置重於人，故謂之爲

以人的信用爲基礎，股份有限公司置重於財產，故謂之爲以物的信用爲基礎，因此以人與以財產爲根據之區別，公司法規上遂生出許多之差異，固事理之當然也。置重於人者，就其對內之關係，不得不詳爲規定，置重於財產者，對於其財產之鞏固，不得不妥爲審慎者亦以此耳。

吾公司法所定公司爲上述四種，所謂限定主義是也。爲貫徹此主義，凡組織公司，須標明公司之種類，（參照第十三條第七十一條第八十八條第二百十七條第一款）此不特限於章程之記載及登記，即對外營業，按諸商人通例第十七條，亦須從公司之種類，用無限公司，兩合公司，股份有限公司，股份兩合公司之文字。在特種公司，依特別法尙有限其加以目的商業之種類，如銀行業，須標明爲銀行是也。立法例中，尙有於特種公司，須標明特定營業之種類，例如保險業，須從其保險之種類，加以生命保險或火災保險字樣者，但此種立法，未免過於干涉，而爲多數國家所不取。

公司名稱，關係營業信用至鉅，爲保護公司及社會交易之安全時，凡非照公司辦法，不得用公司或類似公司之字樣，雖承受公司之營業，而並不照公司方法續辦者亦同。（參照商人通例第十八條）至公司法施行法第二十七條之限制，似有混公司名稱與公司商

號爲同一之嫌(註)，殊不必要其立法本意，固亦在保護公司及與其爲交易之第三人，惟與通例第十九條不免有出入也。

(註)公司法施行法第二十七條載：凡同種類之公司，不問是否在同一省市區域內，不得使用相同之名稱。

商人通例第十九條載：同一城鎮鄉內他人既註冊之商號，不得仿用，以營同一之商業。

第三節 公司之住所

自然人在法律上必有一定之住所，公司法人也，其有人格，與自然人同，故亦不可不有住所，公司之營業所，即公司之住所也，不過自然人不得同時有二住所，(參照民法第二十條第二項)而公司之營業所，則無數字上之限制，故公司若有多數之營業所時，則以其主要活動之本店所在地爲住所，其支店所在地，則自之爲營業所，不得謂爲住所，公司住所之規定，在法律上頗關重要，舉其犖犖大者如左；

(第四條)

第一、訴訟管轄上之關係。對於公司提起訴訟，原則上應向公司本店所在地之法院爲之。公司之本店，當於現行民事訴訟法第二條之主營業所，(民訴條例第十六條稱總事務所舊民訴法第二條第三項稱主事務所)惟公司若有數支店，其支店亦爲營業所，應

解爲有特別審判籍之適用，（參照現行民訴法第六條）又公司對於團體員或團體員對於團體員，本於團體關係所生之權利義務所請求而涉訟者，亦得有由公司本店所在地之法院管轄。（參照現行民訴法第九條）

第二、債務履行地之關係，公司之債務者，作於公司履行義務時，以在公司本店爲之爲原則，（參照民法第三百十四條）

第三、票據法上之關係。如關於滙票期票支付之請求，拒絕證書之對成，與失其他票據權利之行使或保全行爲，應向公司之住所爲之，

第四、國際私法上之關係，例如區別內國公司與外國公司，以其住所而定範圍之國籍是，

第四節 公司之設立及登記

第一款 設立

公司之設立者，公司欲完成爲社團法人之手續也，設立與成立異其觀念，設立有種種手續，爲時較久，迨設立之手續完畢，成爲法人，謂之成立，設立非一朝一夕之事，而成立則在登記完畢之時，此其大別也，法律上成立與設立，每多混同，卽學者中亦有誤解。

。(註)此外，有以成立作存在解者，與本書所謂成立之意義亦異。

(註)參閱謝霖著公司法要義第九頁。(商務版)

關於公司設立之程序，因公司之種類不同，設立之程序亦有異，其詳當於後述之，前所欲論究者，即公司設立之基本手續是已。凡欲設立公司，必先有組織，其組織之方法，首先須訂立章程，此為各種公司所不可缺者。(參照第十二條第七十一條第七十二條第八十八條第二百十七條)訂立章程，為法律行為，自不待言，惟究為何種法律行為？學者間議論不一，通說則認為契約行為，然按之理論，則不能無疑。依愚所信，仍以共同行為說為當。設在訂立章程以前或同時，各設立人間未必無契約之存在，然此係訂定章程之準備或輔助行為，不可與章程相混，訂立章程，乃在依各設立人平行的意思表示之一，以創設一一致之新人格，而非依各設立人對立的意思表示之一致，以發生一定之權義關係，故應謂其為共同行為而非契約。

關於社團之設立，民法上有數種主義：即(一)特許主義。(二)許可主義。(三)準則主義。(四)自由主義，特許主義，失之過嚴，自由主義，失之過寬，各國法律均少採用，而適用最多者，則為許可主義及準則主義。至商法上之公司，則有趨準於則主義與自由

主義之傾向，蓋以許可主義，近於干涉，有礙社會經濟之發達故也。吾民法對於公益社團，係採許可主義，（參照民法第四十六條第五十九條）對於以營利爲目的之社團，依民法第四十五條，其取得法人資格，依特別法之規定。在公司法上並無於登記前應得主管官署之許可之明文，其採準則主義，毫無疑義。惟在其他特別法，亦有於特種公司之設立，採許可主義者，則爲公司法之例外也。（參照銀行法第一條交易所法第一條）

第二款 登記

公司之登記云者，公司取得人格之方法也。依吾公司法之原則言之，公司之設立，雖採用準則主義，無關於取得人格之時期，則在登記以後。關於此點，爲舊公司條例與現行公司法最要區別者。舊公司條例採日本法例，在無限公司與兩合公司，止須訂立章程簽名蓋章，即可取得人格，在股份有限公司，則因其設立方法有不同，故其取得人格之時期亦異。其一，發起人設立者，由認足股份時。其二，發起人不認足股份，尙須募集股份，以創立會完結時，爲公司成立時期。至於登記，（舊法稱註冊）則爲對抗第三人之要件，易言之，未登記之公司，不得對抗第三人，所謂對得對抗第三人，係指對外關係，公司處於原動之地位而言。現行公司法則採英國法例，以登記爲成立要件。在立法主義

上，以何種法例爲正當？亦一問題。蓋取得人格之手續，與對抗人格之手續，事同一體，本不可分，今謂取得人格，尙不能對抗第三者，必履行對抗人格之手續，始能對抗，然則公司雖取得人格，仍不能有對抗第三者之人格，其人格等於無有，於理未合。但商事法上之公司，既採準則主義，若非經登記尙不認爲成立，似有準則主義其名而許可主義其實之嫌。雖然，亦有可以解答者，即採準則主義，若以合乎法定手續，即可取得人格，自爲一般人所不易知，難免使受不測之損害，無已，當以登記之時，爲取得人格之時期，蓋對抗之時期，既不可得前，則取得人格之時期，不妨展後，總以取得人格之手續與對抗之手續合爲一體爲是。（第五條第一項）

登記須在營業所所在地爲之，公司僅有一個營業所時，則無問題，若有二以上之營業所時，本店支店，均須登記，（公司法施行法第二十八條第二十九條）其登記之時期，勢不能無先後，當本店已登記之後，支店未登記之前，本店當然取得人格，有對抗之效力，其登記之支店，是否有此效力？不無疑義，據理論言，同一法人，若異地而異其效力，則關係複雜，不便良多，故解釋上應認爲既在本店登記，其支店雖未登記，亦有同一效力。本店若未爲登記，應解爲不得爲支店設立之登記，但在法條上殊嫌種種不

備。

關於公司登記之管轄，應向本店所在地主管官署爲之，設立支店之登記，應向支店所在地之主管官署爲之，所稱主管官署，在省爲實業廳，在隸屬得政院之市爲社會局。（參照公司登記規則第二條）

登記之效力，既如上述，公司能否取得人格，當以是否登記爲準。（註一）學者有謂：依民法第三十條之規定，公司既爲法人，除依公司法及其附屬法令爲登記外，向須依法人登記規則向本店所在地方法院或縣司法機關登記。（註二）此種主張，乃未注意民法第四十五條及法人登記規則第二十四條之規定，殊難贊同。

（註一）十六年上字第一九六〇號判例：『商店是集股開設，名爲公司，若其組織未履行法律上之程序，又未經主管官署註冊有案者，即應認爲合夥，其股東對內對外關係，均應依合夥法例判斷。』又十七年上字第三九四號判例：『公司須依法註冊方爲成立，若僅與人共同受抵房屋假設公司之名，自不能爲有公司之存在。』以上兩例，雖在公司法施行以前，仍不失爲參考資料。

（註二）參閱謝霖著公司法要義第十頁。

登記聲請之期限，有種種立法例，吾公司法則規定：應於章程訂立後十五日內爲之。但公司之登記，爲設立行爲最後之一種程序，若其設立行爲尙未定畢，自無登記之可言，故吾公司法於第一百〇九條第二百二十三條均另設有規定，即就無限公司與兩合公

司而言，在本法第十四條第七十一條亦另有明文，故通則中之規定，可可謂毫無意義，殊不可解也。(第五條第二項)

公司設立登記後，如發現其設立程序或其登記事項有違法或虛偽情事時，經法院裁判後，通知主管官署，撤銷其登記。(第六條)所謂設立程序或其登記事項有違法或虛偽情事，吾國學者多謂係採英日兩國法例，(英公司法第七十九條日商法第四十八條)僅指公司爲不法行爲而言，其實凡有違背登記法規及爲虛偽登記，亦爲撤銷登記之原因，按該文義，甚爲明顯，不過公司若爲不法行爲，依民法第三十六條，法院得爲解散之宣告，而在違背設立程序或爲虛偽登記情形，依本條亦須由法院爲解散之宣告，然後通知主管官署撤銷其登記，殊嫌周折。又按民法第三十四條，法人違反設立許可之條件者，主管官署得撤銷其許可，而公司爲特別法上之法人，其取得法人資格，既依特別法之規定，由主管官署登記而成立，(參參民法第四十五條)則若違反設立程序或有虛偽登記情事，主管官署自亦得撤銷其登記而爲解散。由是以觀，公司法本條之規定殊欠顯豁，依愚所見，應爲下例之修正。

『公司有違背法律妨害公共秩序或善良風俗之行爲者，依民法第三十六條由法院宣告解散後，通知主管官署撤銷其登記。』

『主管官署發現其違反設立程序或其登記有虛偽情事時，得撤銷其登記，宣告解散。』(註)

(註一)民法第三十四條雖僅規定撤銷許可，然學者解釋該條，即謂撤銷許可，應為解散之事由，蓋既撤銷許可，法律上已失其存籍之根據也。(詳見胡辰清著中國民法總論第一三〇頁)

公司之設立，既採準則主義，則若違反準則之條件，似亦得由主管官署撤銷其登記。

登記即須開業，久不開業，則有名無實，此種公司，不特可推測其無經營事業之意，且恐有詐欺行為，將不利於社會，故主管官署於公司登記後六個月尙未開業者，得呈請工商部撤銷其登記。(依現行制度，則呈請實業部。)此六個月之期間，並非不變期間，如確有正當事由，公司亦得呈請准予展限，所謂正當事由，當依具體事實審認之。(第七條)

按日本商法及吾舊公司條例均認此為解散之事理，(日商第四十七條吾舊公司條例第七條)現行公司法未設規定，殊嫌疏漏，在解釋上，應依民法第三十四條之理論，而採積極說。

公司登記事項，如有變更，應於變更後十五日內，向主管官署為變更之登記。此所

謂登記事項，大體即本法第十四條第七十一條第七十二條第一百〇九條（參照第八十八條第八十九條）第二百二十三條（參照第八十八條第一百〇九條第二百十七條）等規定章程內所記之事項，有所變更必須登記；（註）但變更登記，與設立登記之效力不同，若不爲變更之登記，不過不生對抗第三人之效力，而在公司內部關係，仍有其效力。既以登記爲對抗要件，則此十五日之期間，應解爲係注意期間。（第八條）

（註）吾國學者有謂：『支店之添設與遷移，亦爲公司事項之變更，適用本條者』（見王效文著公司法論上册第七十四頁會文堂版）顯未注意公司法施行法第二十八條至第三十條之規定。惟在立法體例而言，則以王君之見解爲是。

變更登記，係對抗要件，已如前述，若有應登記之事項而不爲登記者，是否僅不生對抗效力，則不能一概而論。蓋所謂應登記之事項，乃指公司成立後之登記事項而言，如本法第四十五條第一百八十一條第一百九十五條之登記事項是也。至於公司設立登記之基本事項，按諸公司登記規則第二十三條第二十九條第三十九條之規定，與本法第十四條第七十一條第七十二條第一百〇九條第二百二十三條各規定比較觀察，係以登記爲成立要件，若未經登記，公司即無由成立，不得僅以其不生對抗效力解之也。然則所謂不

得對抗第三人，僅指事項變更之登記與公司成立後其他應登記之事項而言，關於此種效力，立法主義亦有不同，吾公司法則不問第三人是否善意，一律予以保護。（第九條）

公司之解散，應爲登記。至公司之解散事由，在吾公司法係就各種公司而爲分別規定，（參照第四十一條第七十一條第八十三條第二百〇一條第二百零六條第二項第二百零二十七條第二百零三十條）而在通則中又謂：除破產外，應於解散命令或決議解散後十五日內向主管官署聲請爲解散之登記，殊不可解，蓋接受解散命令或股東之決議，不過爲公司解散事由之一端，基於其他事由而解散者，按諸公司登記規則第二十四條第二十七條第三十條之解釋，亦須登記，又關於公司之合併登記，在本法第五十條第二百零四條，既另有明文，而在通則上又僅云除破產外，文義亦欠顯豁。（第十條）

舊公司條例採日本立法例，分解釋登記之情形爲三：（一）因破產而解散之際，其登記適用破產法。（二）因合併而解散之際，其登記日期，與一般解散之登記不同。（三）因破產與合併以外之解散而登記，於解散後十五日內五十之。（公司條例第五十一條第五十六條第二百零五條第二百零七條）關於此點，愚以公司條例之體例爲當。

，爲消滅之時，因破產而消滅之會社，以破產之手續終結之時，爲消滅之時，因合併或破產以外之事由而解散，則以清算手續終結之時，爲消滅之時，蓋以公司解散，尙非即時消滅，公司之設立，既須登記，公司之消滅，亦須登記，始生對抗第三人之效力故也。（日商法係以登記爲對抗要件）（參照日商法第七十六條第九十九條）吾公司法僅有解散之登記，而於解散後之公司清算完結時，則規定呈報法院，此其不同之點。又關於公司之解散，若不爲登記，依本法第九條之解釋，自亦不得對抗第三人。

第五節 公司之能力

公司既爲法人，自應享有權利能力。舊日學說多主張法人之權利能力，應以財產權爲限，此說固失之陝隘而不足取。立法例中亦有規定法人享受權利負擔義務，限於在章程或捐助行爲所定之目的事業範圍內者。（日民第四三條）惟最近立法趨勢，則認法人與自然人享有同一之權利，負有同一之義務，惟依權利義務之性質，有法人不得享受或負擔者，斯爲例外。吾民法第二十六條，亦依此原則而爲規定，依此規定，法人之權利能力，有下列二種之限制：（一）法令上之限制。（二）性質上之限制。其詳屬於民法研究之範圍，茲不贅論，在公司法上之特別限制。卽公司不得爲他公司之無限責任股東，如爲他公

司之有限責任股東時，其所有股份總額，不得超過本公司實收股本總數四分之一。（第十一條）

第二章 無限公司

第一節 無限公司之意義

無限公司者，股東之全體，對於公司之債務，負擔連帶無限責任之公司也。此種責任，爲他種公司所無，實爲無限公司之特質，在兩合公司，雖亦有無限責任股東，然只限於股東之一部，股份有限公司之股東，皆爲有限責任，且其責任係對於公司之責任，故謂無限公司，單祇以人的信用爲基礎者，蓋以此也。

由上所述，無限公司，具有下列特質。

第一、無限公司，須股東之全體，負擔無限連帶之責任，故其股東中若有一人不負擔無限連帶之責任，則不得爲無限公司。

第二、無限責任之股東，對於公司之債務，負擔連帶無限之責任，故其責任，爲對於公司債權者之責任也。易言之，即無限責任股東，對於公司之債權者，直接負擔連帶無限之責任，至股東相互間之關係，苟有定某股東不負無限責任，則其公司仍不妨爲無限公

司也。

第三、無限公司之股東，對於公司之債務，爲從屬債務者負擔責任，公司爲法人，公司之債務，爲法人自身之債務，股東非分担公司之債務者也。不過依法律之規定，對於公司債務，負從屬於債務之責任而已。

吾公司法之無限公司，與日本之合名會社；德國之公開公司，名異而實同，按歐西之商習，對於此種公司，大概以其股東中之一二人姓名爲商號，德區稱爲公開公司者，蓋以此公司須公表股東之名於世之意也。吾商人通例採用商號自由之原則，凡公司雖命其標明足以表示種類之字樣，而不限制公司之商號必須冠以股東之姓名，（參照商人通例第十六條第十七條）因而從其特質以命名，謂之無限公司。

第二節 無限公司之設立

第一款 章程之訂立

凡二人或二人以上設立無限公司，應共同訂立章程，簽名蓋章，各執一份。以訂立章程爲形式的公司設立行爲，與以公司設立爲目的之合夥契約，不可不區別之，關於此點，前已述及。在德國商法，對於此種公司，不認爲法人，主由契約成立，故祇須有當事人

12

意思表示之合致即可，不必訂明書面。吾公司法採日本法例，必須有一定之程式。（參照日商法第四十九條）惟應注意者，即以使用文字爲必要之程式，在民法第三條已有規定，公司法無特設規定之必要，公司法上既規定必須簽名蓋章，因而缺乏其一，即不備程式上要件，又吾國教育尙未普及，不能簽名之人殆居多數，故民法上有以指印符號代簽名之規定，在公司法似不能爲同一解釋，立法者殆於此種行爲嚴格其程序之必要乎

—(第十二條)(註)

(註)無行爲能力人，能否與他人組織無限公司？在吾公司法不失爲一解釋問題，蓋第四十一條第四款之規定，與民法第七十六條及商人通例第五條不無抵觸。在解釋上，愚從消極說，即禁治產人不得爲無限公司之股東。惟未成年人，依商人通例第六條定有明文，不受限制。

第二款 章程之記載

13

章程中所載之事項，依法律定之者，謂之必要事項，此必要事項，不可不記載於章程中，若缺其一，則失其章程之效力，然此等事項以外之事項，代不妨有所記載。所謂必要事項，依本法所定，列舉如左：(第十三條)

(一) 公司名稱。

(二) 所營之事業。

(三) 股東之姓名住所。

(四) 本店支店及其所在地。

(五) 股東出資之種類及價值或估價之標準。

(六) 訂立章程之年月日。

此外尚有所謂任意事項，是否載於章程，悉聽設立人之自由，例如特定執行業務之股東，(參照第十八條)特定代表公司之股東，(參照第三十條)股東退股之事由，(參照第四十一條第一款)公司存續之期限，(參照第四十條)公司解散之事由，(參照第四十六條第一項第一條)欲使此種事項發生效力，則亦須記載於章程，以免日後爭執。

第三款 章程之登記

前述必要的章程記載事項，為無限公司設立之基礎，故自章程訂立後，須於十五日向主管官署登記。至任意的記載事項，如解散事由，代表公司之股東姓名，若載明於章程，亦須登記，但既為任意的記載事項，依理論言，若未經登記，僅不得以其事項對抗第三

人(參照第九條)，而就本法體例言，則與公司設立之登記，混爲一談(參照第五條)，因而解釋上本免發生困難。蓋本條規定，係做自日商法第五十一條；(參照該條第四款第六款)及舊公司條例第十一條，(參照該條第四款第六款)而未顧及本法第五條第九條，關於設立登記與設立後之事項登記，其效力有所不同故也。(第十四條)

又關於股東出資之種類及價額或估價之標準，應否登記，亦有研究之餘地，蓋無限公司之股東其責任既爲無限，則對於出資之多寡，似無登記之必要，國商法卽不設此規定，吾公司法仍以之爲強制登記事項者，蓋爲特別保護第三人起見也。

第三節 無限公司之內部關係

無限公司之法律關係，可區之爲對內對外兩種：對內關係者，公司與股東間及股東與股東間所有之法律關係。對外關係者，公司與第三者及股東與第三者所存之法律關係也。吾公司法稱前者爲公司之內部關係，稱後者爲公司之外部關係。凡爲社團法人，則法人與社員或第三者之間，固有法律關係之存在，而社員相互間尤其爲社員與第三者間，依一般通例，固無法律關係之可言，(參照民法第四十九條)而對於無限公司，法律特認之者，固由於其特殊之性質，一種之異例也。此點雖不無反對說，然徵之公司法第二百十六條第一項第二款，則股東與第三者間固難否認其關係，至股東相互間之關係，則發

生於以設立公司爲目的之契約，至公司設立後仍殘存者也。

關於公司內部關係，公司法之規定，究爲強制規定？抑爲補充規定？在公司法之用語上，殊欠明瞭，依愚所信，應與民法第四百九條採同一解釋，此從民法第四百九條之規定比較觀察，可以推知者也。惟以立法論，對內關係，重視當事人之意思，苟公司章程所定之事項，不違反公序良俗，若因法律已有規定，概不適用，則亦未免矯枉過正也。
。（第十五條）

以下就公司法上規定之內部關係，分別說明之。

第一款 出資之義務

無限公司之股東，皆不可不出資。（參照第十三條第五款）出資者，股東供用於公司之目的所釀出之財產也。其被釀出之目的，稱之謂出資目的，或單稱爲出資。出資之目的，通常皆爲金錢或其他之財產，然勞務與信用，亦可供用於此。

一 財產出資。 財產出資者，股東投其財產於公司，使其供用於公司之目的之意也。通例以金錢出資爲最便利之方法，然亦移轉物權或債權於公司者，又無財產權亦得爲出資之目的。

以物權爲出資之目的，不限於所有權，即利益權亦得爲出資之目的，惟於不動產，應爲登記之程序，於動產，應爲交付之手續，其以債權爲出資者，如係記名債權，應依民法上債權讓與之規定。在公司法上尙有特別規定，即出資者不僅担保債權之存在，並須担保債務者之資力，故以對於他人之債權抵作資本之股東，到期該款無着者，應由該股東補繳，如有損害，並負賠償之責任。（註）（第十六條）

（註）關於金錢債務不履行之損害賠償，原則上爲遲延利息，但債權人若證明有其他損害，並得請求賠償。（民法二二三條）在公司法第十六條，應爲同一之解釋。學者有謂此與民事責任不同者，（見王敦文著公司法論上册第一一三頁）從立法論，民事責任與商事責任或有區別之必要，在解釋上則無所

異。

二 勞務出資。勞務出資者，謂股東爲公司服精神的或肉體的勞務，例如技術家供其技術上之勞務，以之爲出資也。

三 信用出資。信用出資者，股東列名於公司，使公司利用其信用之謂，以信用出資，不外簽名廣告之方法，使公司在業務上得各種便宜，故通說均認信用亦可爲出資之目的。

以勞務或信用爲出資之目的，其估價標準頗屬不易，故應於章程中詳細載明。

關於出資義務履行之時期，在無限公司無所規定，得以章程訂之，若章程亦未訂明，應以受公司請求之時，爲其履行之時。應出資之股東，至期不爲出資，應受下列之制裁：(一)公司得請求強制履行，並得請求損害賠償。(二)公司於催告後相當期間內，該股東仍不出資，得議決除名。

出資義務發生以後，能否減少其出資額？在吾公司法未設明文，似應消極之解釋。或以爲無限公司之股東，本負無限之責任，公司財產不足償債時，股東終不能免其責，則減少出資，毋庸禁止；但就債權者之利益言，減少出資，是直接減少公司債權者之担保，故立法例雖有認許減少出資，亦蓋有一定限制。(日商法第六十二條吾舊公司條例第三十八條)若以吾公司法未設此規定，解爲屬於登記事項之變更，殊難贊同。

第二款 損益之分配

謂無限公司有利益或有損失者，不可不查其貸借對照表，公司財產之總額，若超過股東出資之總額，則爲有利益，不及時，則爲有損失，故此一營業年度，若蒙損失，從次年度成績佳良，若不通盤計算，彌補上年度之損失，而實有盈餘時，仍不得分派利益，(

參照第三十八條)其詳俟於後述，茲依法條之次序，先就盈虧分派之比例言之。

分派盈虧之比例，立法例有不設規定，一任諸章程之記載者，(如章程無記載準用合夥規定)如日本之同法是。吾公司法則設有補充規定，即以股東之出資額之多應為準，又章程中僅就盈餘或虧損之一面，定有分配之比例時，其所定之比例，於盈虧兩方面均適用之，此蓋為推測一般當事人意思之規定，若當事人別有^{三十一}意思載明於章程，自應從其章程之所定，不待言也。(第十七條)

第二款 業務之執行

業務執行者，執行關於公司業務之法律上或事實上業務之謂也，故法律行為以外之事實行為，亦包含之。公司法上關於業務執行與公司代表，確然區別分其觀念，蓋業務執行者，為公司事業內部之關係，而代表公司，則屬於外部之關係，因而分別為之規定。然在事實上，凡代表公司者，多重執行業務，執行業務者，即兼代表公司，即依吾公司法第三十一條第三十三條第三十四條各規定而論，在實際上亦無可分別，就立法論，此種體例，是否得當？不無疑問。其所以分別規定者，蓋不外以無限公司之內部關係，類似合夥，故有關於業務執行之規定，(參照民法)債編(第六七一條)而其對外關係，又以無

限公司有獨立之人格，凡屬法人，不可無代表之機關，此種區別，他出於法理上觀念，非有實際上之理由。論者有以爲執行業務乃永久繼續之事，自公司之成立以至消滅，無日不有業務，即無日不需有担當之人，故專以章程定之，若代表則有臨時推舉者，何時何事，須有代表，非章程所能預定，故並得以股東之同意定之，此所以有區別之必要，吾公司法蓋亦本此意旨而爲規定者歟。

業務執行，爲股東之權利，同時亦爲其義務，故原則上各股東均有業務執行之權利義務；但此種規定，亦無強行之性質，得以章程左右之，章程中若規定委託執行業務於股東中之一人或數人時，自應從章程之所訂，即關於業務執行，或限制其交易之種類，或限制其營業之區域，亦無不可。（第十八條）

股東之數人或全體執行業務時，應依如何方法執行，各國立法例殊不一致，有依合夥法例，須全體公決者，有許各東得單獨執行者，有依多數取決者，有依過半數取決者，吾公司法採日本法例，分別情形，許其單獨執行或依過半數取決，（參照日商法第五四條日民法第六七〇條）即公司之通常事務，各得單獨執行，至於重大事務，仍須過半數取決，又雖爲通常事務，如其他有執行權之股東，對其執行有異議時，即應停止執

行，以待取決於衆。表示異議，解爲須在執行完畢以前，且只得對於具體之行爲爲之，不得對於一般行爲爲之，觀乎法條自明。又行爲人無與以表示異議之機會之義務，亦不待言，被示異議後而仍不停止，以致公司受有損害者，自有賠償之義務。（第十九條）

20-11
19
經理人之選任及解任，屬於執行業務之一，然經理人之地位頗重要，假會章程，特定有執行業務之股東，亦須由股東全體過半數之同意決之。又公司變更章程及爲章程所定事業範圍外之行爲，不得以執行業務同視，亦須全體股東之同意，以照慎重。（第二十二條第二十一條）

所謂章程之變更，乃指章程所記載之事項變更，如關於業務之執行，公司對外之代表，股東之退股事由，均屬之，至於公司組織之變更，如以無限公司改爲兩合公司，應解爲不包括在內。（參照第八十三條第二十七條第二三三條蓋在法律無明文變更組織者，不得變更組織，）又變更章程與修改法律無異，無論爲實質之變更，抑爲文字之變更，非可妄爲區別，蓋因文字之變更，其實質亦往往發生變動故也，又變更者，非必謂新規定與舊規定明相抵觸，即補充與刪除之規定，亦章程之變更。

於茲有一問題，即章程中載有此後不得變更章程之明文時，是否仍可變更？據多數

學者之說，章程中不可變更之規定，乃任意規定，不能因此籠視法律上准予變更章程之規定。法律上既許變更，則以法律之規定，變更章程，未始不可，然此種學說，殊不能說明採章程主義之商法。竊以爲章程中載明不得變更章程之專條，若不變更此條款，自不得變更章程中其他之規定，若股東全體同業廢止此項束縛，則並無不可。

所謂事業範圍外之行爲，係指爲公司爲目的事業範圍外之行爲。然公司所營之事業，既須載明於章程，（參照第十三條）則爲目的事業範圍外之行爲，即屬變更章程，此處無特設規定之必要。或者謂：若以爲屬於變更章程，須爲變更之登記，徒滋煩累，故特規定得經股東會全體之同意而爲變更。然此種解釋殊無以說明本法第八條第九條之立法本旨。况在無限公司，若以爲違反章程之行爲，亦得爲之，其不顧法人之目的，亦未免已甚，此愚對於公司法第二十一條此種規定不免有疑問也。

不執行業務之股東，亦得贊同公司營業情形，查閱財產文件，蓋以各股東本有參與執行業務之權利，則於章程訂明特定某股東一人或數人執行業務時，對於無執行業務權之股東，亦應許其有檢查鑿，以示公允。而執行業務之股東，即負有報告之義務，（註）惟在合夥法例，不執行業務之合夥人有隨時檢查合夥事務財產狀況並查閱賬簿之權，縱

有契約之反對訂定，亦不受限制，（參照民法第六七五條）在公司，似不能爲同一解釋，若章程訂有檢查賬目辦法，例如按每屆營業年度檢查者，即應受章程之拘束，蓋執行業務之股東，乃對於公司立於委任地位，非受他股東之委任故也。（第二十二條）

（註）舊公司條例第二十七條第二項定有執行業務股東之報告義務，現行公司法未設規定，應準用民法第五百四十條之規定，惟報告應向公司爲之，非向行使檢查權之股東爲之。

執行業務之股東，非有特約，不得向公司請求報酬。此與民法第六百七十八條第二項所定之旨趣相同，惟合夥乃依據契約，故報酬之請求，自須合夥契約有訂定，始得爲之，無限公司股東間之內部關係，多依據於章程，雖於計立章程之前，未始無一種契約，然既訂立章程，其相互間之關係，即存於章程以內，故此處應規定爲未載明於章程者，不得請求報酬，其理論始爲貫徹。公司法既曰：非有特約，不得向公司請求報酬，是章程縱無記載，若主張此權利之人證明股東間另有特約，亦得請求報酬矣。（第二十三條）

按合夥人因合夥事務所支出之費用，得請求償還，（民法第六七八條第一項）無限公司之內部關係，因有類似性質，故亦設此規定。惟在公司法上尙有特別規定：（一）加算

利息。(二)請求提供擔保。(三)請求損害賠償。(第二十四條)

債務擔保之請求權，以執行業務之股東爲公司担任未到期之債務而發生，蓋在無限公司，公司之債務與股東之債務，究非一事，若股東担任公司未到期之債務，或恐公司將來無資償還，致受損害，亦可使之供給相當之擔保，以免賠累。惟請求提供擔保，僅係一種請求權，非常然對於公司之財產，取得擔保物權。所發生疑問者，即公司之財產不足清償外債時，股東取得此項擔保權者，能否以之對抗公司其他債權人？依愚所信，仍以採肯定說爲是，蓋股東担任公司之債務，該債權人此後即向此股東行使債權，担任債務之股東即立於該債權人之地位故也。

損害賠償請求權，以限於因執行業務而發生，且於損害之發生，而自己無過失者，始得主張，理論上應由行使請求權人。負證明無過失之責任，非由公司方面證明其有過失，惟在執行業務之股東如有過失，應解爲無此請求權，不適用民法上過失相抵法則。按合夥法例，合夥人中之一人或數人被委任執行合夥事務者，非有正當事由，不得辭任，其他合夥人亦不得將其解任。(民法第六七四條第一項)公司法亦有相同之規定，所以堅執行業務之久任心，以謀公司事業之發達也。所謂無故，即指無正當事由而言，

有正當事由，固得許其辭職，至於退職，縱有正當事由，亦須依章程之所訂，或取決於多數，或經全體股東之同意，如章程並未訂明，應採用第二十一條之法律，應得全體之同意。惟所謂全體，只有被解任之股東以外全體之同意即可。(第二十五條)執行業務之股東，應負下列之義務。

一 注意之義務。

按無限公司與合夥之性質類似，凡由合夥契約所生之義務，各合夥人履行時，其注意程度，只須與處理自己事務同，不必爲善良管理人之注意，則於無限公司股東之執行業務，似亦可以此爲準則。但吾公司法仍規定，股東執行業務，應依照章程及股東之決議，若違反此項規定致公司受有損害者，應負賠償之責，是執行業務之股東應負注意義務之程度，一以章程之記載及股東之決議爲斷。(註)(第二十六條)

(註)前大理院四年上字第一六八號判例：『就股東與股東內部關係而言，衆股東對於共同股東之一人用公司名義所欠之債務，是否負分償之責，應有所欠之債，是否因經理公司業務所生爲前提，若股東中之一人，顯背忠實之業務，即欠缺妥慎處理業務之注意，而爲自己或其私人利益起見，使公司爲無益之負擔者，衆股東當然不應負責。』

二 交付之義務。

股東代收公司款項，屬於相當期間照繳於公司，如不於相當期間照繳，或私自挪用者，應加算利息，一併償還，如有損害，並應賠償。此種規定，並

不專指執行業務之股東而言，蓋不執行業務之股東有時亦有對外代表權，若本於其代表權範圍內所收受之款項，對於公司自亦發生效力。（參照第三十條第二十一條）其收受款項後不照繳於公司，即應負此責任。又此處所謂相當期間，解爲係交易上必要之期間，應就一般觀念決之。（第二十七條）

第四款 競業之禁止

按經理人非得商號之允許，不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得爲同類事業公司無限責任股東，爲民法第五百六十二條所明定，在公司法亦有大體相同之規定，此之謂競爭之禁止；其理由不外避公司營業上利益之衝突。然在不執行業務之股東，亦受此限制，在立法上有無必要？不免疑問，且就商人通例第三十八條與舊公司條例第二十八條比較觀之，限制無限公司之股東較寬，（註）而現行公司法之規定，反較民法第五百六十二條爲嚴，立法尤欠妥慎，蓋凡爲此無限公司之股東，即不得爲他公司之無限責任股東矣。惟此種限制，並非強行規定，若經其他股東全體之同意，亦無不可。（第二十八條第一項）

（註）商人通例第三十八條第一項載：凡經理人非得商號主人之允許，不得爲自己或他人經營商業，

並不得爲公司之無限股東。

舊公司條例第二十八條第一項載：股東非經他股東全體允許，不得爲自己或他人爲本公司營業範圍內之行爲，及附入同類營業之他公司爲無限責任股東。

股東有違反前條規定之行爲時，除得經其他股東全體之同意，議決除名外，若其所爲係爲該股東自己之營業，得經其他股東過半數之決議，以其所爲之行爲，爲公司所爲者，此之謂介入權。(註一)所以認此介入權者，通說多認爲免除損害計算之繁艱，故與損害賠償權選擇行使，少數說認爲如有損害，更得詳求賠償，愚甯贊同少數說，此與民法第五百六十三條比較觀之自明，惟無論如何，除名係與介入權並用，決非選擇行使。

(註二)在本法尙有一疑問，卽介入權，僅於違背此義務之股東自己所爲之營業行爲，得認爲爲公司所爲者，如其營業爲第二人之營業，則不能行使介入權，觀於舊公司條例第二十八條第二項規定：以其自己所營之商業，視爲爲公司所爲者，灼然無艱，本法不加區別，在解釋上不免發生困難。又行使介入權，不過就公司與該股東之關係而定，對於該東之對手人第三者，並不生直接法律關係，不過將該股東所爲營業之經濟上結果，歸屬於公司而已。(第二十八條第二項前段)

(註一)通說均認介入權卽褫奪權，其實祇於單爲自己所爲之營業有適用，否則祇可發生請求權，例

如民法第五百六十三條規定：「經理人或代辦商有違反前條規定之行爲時，其商號得請求因
其行爲所得之利益，作爲損害賠償」。在立法論，以民法之現定爲當。

（註二）王效文主張只能歸公與除名互相選用，與本書見解有異。（見所著公司法論上冊第一三四頁）

無限公司股東違背競業禁止之義務。應受上述之制裁，然若公司不迅速行使其權利，則難免使法律關係不能安定，且有影響第三者利益之虞，故本法規定：自行爲後逾一年者，即不加限制。此期間認爲係除斥期間之性質，並非消滅時效。

第五款 股份之轉讓

關於公司之股份實言之，爲股東所出之資本也。惟其法律上之性質，從來學者持論不一，或以爲有物權性質，或以爲有債權性質，或以爲係權利義務之總和。依愚之見解，公司之股份具有兩種意義：其一，含有計算標準之意味。其二，含有無體財產權意味。在前之意義，即爲定公司損益分配之標準，在後之意義，則爲各股東之財產權，蓋若不認股份爲一種財產權，則不能認其有移轉性故也。

或以爲認股份爲財產權，不過就營業興旺之公司而言，若公司營業虧折，祇有義務，而無權利，即不能說明股份爲財產權。此種見解之根本錯誤，係未明瞭權利之本質，而以權利之爲物乃法律所保護之利益而來，殊不知利益與權利實具各別觀念，例如被繼

承人之債務超過其財產額，任繼承人已無利益，要不能否認其繼承權也，

無限公司之股份，其法律上性質如此，故得爲處分之標的。雖然，無限公司着重於人的信用，非若股份有限公司專注重於公司之資本財產，但使股分之總額不變，可不問各股份所有者爲誰，即不得公司他股東之許諾，而自由轉讓其股份，亦無不可。無限公司，則以各股東之個性爲重。彼此信用，互相結合，一股東之進退，於公司之利害關係匪淺，倘許各股東隨意轉讓其股份，則該股東與公司之關係斷絕，其餘存留股東，難免有意外之虞。無論全部之轉讓，有違共事之初心，即一部之轉讓，添入新股東，此新股東之資力信用如何，直接影響於公司者不少，故股東之轉讓，雖不能絕對禁止，亦不許任意自由，倘非商允各股東而任意轉讓，縱使轉讓者與受讓者間依然有效（註），而公司可概不承認，此時轉讓者依舊爲股東，不能藉此而卸其應負之責任，而承受者對於公司，仍立於局外之地位，不得主張有股東之權利，此無限公司性質使然也。（第廿九條）

（註）本條是否與日商法第五十九條採同一解釋？不無疑問，然舊公司條例第二十九條，（內容與本條同）係採用商律公司編調查案由書，該理由書言明採係日商法例也。認契約當事人間有其效力，既適

合當事人之意思，而於公司無害，故信以此解釋爲當。

第四節 無限制公司之外部關係

無限制公司之外部關係，乃無公司或股東對於第三人法律關係之意也。或謂無公司與股東間之關係，非直接關係，乃由股東代表公司與第三人交涉所在之關係，然徵之公司法第二百十六條第一項第二款，則股東與第三者間，不能否認其關係，無庸疑也。

公司之外部關係，俱屬有關公安之事，法律全爲強制之規定，不得以公司定章訂立反對之條款，而變通適用之，此與一般立法例許內部關係可任意以當事者之意思而變更之認許法不同，故公司定章有違背本節條文之各款，概不作準，惟關於代表權之原則，許以定章變通，有此一部分之例外而已。

第一款 公司之代表

股東有代表無限制公司之權，此各國立法例之所公認，爲商法上一大原則。公司爲法人，不能自與第三者交涉，法律因其必要，認有代之行事者，是謂法定代理人，代理與代表，在法律行爲言之，實際上本無甚差別，惟代表二字常用之於團體關係，以之爲團體之機關，而代理與被代理者（即本人）之關係，則有兩獨立人格之存在，此種區別，純出於學

問觀念上之理由，故凡團體之或爲法人者，其法定代理人爲之代理一切，常稱爲代表。

無限公司之代表權，以屬於各個股東爲原則，蓋因此種公司起源於親族團體，股東之人數甚少，而彼此之信用極厚，故凡屬股東，均可各有代表權，惟在特殊情形，而有除卻某某股東不代表公司之事，所屬例外。亦有以其他股東全體之同意，而被屏除者，此亦便利，並無弊害，又如股東爲多數時，各自行使代表權，則其間恐多衝突，與內部之業務，倘由多數股東各得專行，同有事權不一之弊，故法律許有除卻代表權之規定，以期事權歸一，惟以章程特定某某股東之代表權者，則爲應行登記之事項，（第三十條）所謂特定代表之股東，原不限於一人，此與本法第十八條之命意相同。惟若有數人爲代表時，按諸本條之解釋，仍以各股東單獨代表爲原則，頗滋流弊，即依第三十條之原則，各自單獨而有對外之全權，其流弊亦復相同，故在德國法上，許以定章限制代表權之單獨行使，易言之，章程訂明須有代表權之股東，全體或數人列名，對外行爲始發生效力者，各股東不得單獨代表，蓋法律上雖許各股東有代表權，然以章程限制其行使方法，與代表權之本質無關，況既以章程除卻股東之代表權，則以章程定代表權行使之方法，有何不可。吾公司法不設此規定，似嫌疏漏。

公司因代表股東之行爲，而直接得權利負義務，故代表員之權限，不可不確定。普通代理權，須有本人之授權，其範圍較狹，而公司股東之代表權，則由法律統爲規定，其範圍甚廣，在意大利中世之法律，即公司股東之代表權，亦尚有種種限制，例如不動產之處分，必須全體股東共同爲之，然此種辦法，於商事公司有種種不便，世運進步，股東之代表權亦漸次擴張，法律爲破除一切制限，許有統括的代理權，是名法定代理權，其所包舉之事項，可以買賣，借貸，抵質不動產，承認虧欠賬項，及出立票據，訂立契約，舉凡屬於公司營業之範圍者，均得爲之，所最宜注意者，爲對外與對內之區別，代表之行爲雖爲對外無論如何爲有效，而對內則不能不遵定章及股東之決議，違者當受制裁，此亦理勢所當然也。(第二十一條)

如上所述，股東之代表權爲統括的，而非限定的，惟在內部關係上容，或有所限制，此種限制，在代表者對於公司，自有必遵之義務，然在第三者之對於公司，則可不受其束縛，對代表人於業務範圍以內，蓋有代表全權，自可與其交易，無所疑慮，而公司定章所加之限制，多爲第三者所不及知，如許之藉口向第三者爭執，則第三者必受不測之損失，此所以不可不圖保護第三人之道也。關於此點，各國之立法主義有三：其一，

22
公示限制，而得^(七)以之對抗^(八)第三者。其^(九)不得對抗一切^(十)第三者。其^(十一)分別^(十二)第三人之爲善意與惡意，以定其對抗善意^(十三)第三人^(十四)之標準。吾公司法所謂：公司對於股東代表權之限制，不得對抗即採^(十五)第三種立法例也。（第三十二條）

股東既爲公司之代表，其得爲之行爲，自不以法律行爲爲限，卽事實行爲與違法行爲，公司亦得爲之。向日學說多認法人無侵權行爲能力，故以公司因代表者之行爲，而直接得權利義務者，限於法律行爲，至若加損害於他人時，則是爲不法之行爲，其損害賠償責任，似與公司無涉。吾舊公司條例第三十三條下段規定：除由本人過失者外，公司應任賠償，之責，卽不能脫此見解者也。其實不應以代表有無過失爲分別，應以其行爲是否在業務範圍爲斷，若其行爲在執行業務範圍以外者，自應由本人任其責，反之，若因其執行業務而損害他人時，則公司不能置之不理，蓋於業務範圍內之代表權，無論其行爲是否正當及有無利害，總對於公司直接發生效力，公司無規避之理故也。自理論言之，此等責任，應由公司單獨負之，至代表員所負責任，僅爲公司與該代表之內部關係（參照日商法第六十二條第二項）而吾公司法採連帶責任，蓋亦貫徹民商合一之

13
原則。(參照民法第二十八條)，至於經理人之行爲，公司亦負連帶責任者，則爲公司法上之特別規定(參照民法第一八八條)，所以保護被害人也。(第三十二條)

代表公司之股東，如爲自己或他人與本公司爲買賣貸借及其他法律行爲，不得同時兼爲本公司之代表，蓋以兩面利益常相反對，若以一人兼之，恐難以私意，有失平衡故也。惟有或種之行爲，當事者雙方之利害不致相反者，則雖兼雙方之資格，亦無弊害。如債務之履行時，蓋債務之履行，不外爲其目的之實行，債務之目的，自始卽爲一定而不可移，故就其實行斷無利害衝突之虞也。(第二十四條)

公司代表，得其他股東全體之同意時，是否受此限制？不無疑問。惟本條與民法第一〇六條之文義不同，且公司之代表，卽爲公司之機關，此與代理人與被代理人之有兩人格關係者有異。故在公司法無特別明文，不可類推適用民法第一〇六條前段之法意。

又民法第一〇六條之但書規定，係包含雙方履行而言，而公司法第三十四之但書規定，則明指一方清償，範圍亦有廣狹之不同，立法本旨，殆爲側重保護公司之利益歟！

第二款 股東之責任

無限公司之股東，對於公司之債務。負擔連帶無限之責任，股東之全部負此責，任卽無

25
限公司之特資，所以爲與其他公司區別之標準也。(第二十五條)

股東之責任，惟於對外關係始存在，不問其出資種類之如何，不問其遺失分担之如何，又不問執行業務與代表公司與否。惟在內部關係上，則不妨以章程另定損失分損之辦法，例如對於勞務出資之股東，因計算分析之困難，或不令分損損失，或雖分損損失，而與其他股東稍有差別，均無不可，然此種內部關係，與對於公司債權者之責任，全然異其觀念，縱章程內此等事項已爲登記，亦不得以之對抗公司之債權人也。

各國商法，於此種公司之股東責任，皆有規定，悉負連帶無限之責任，然對於此責任，有定爲股東之直接責任者，有定爲股東之担保責任者，所採主義不一。吾公司法本體係採日本法例，使股東對於公司之債務，立於保證人之地位。故須公司之財產不足清償債務時，始由股東連帶負其責任。

由是以觀，股東連帶負擔責任，乃股東之連帶，非公司與股東之連帶，股東對於公司，立於從債務人之地位，依法得主張後訴之利益與檢索之利益。惟應注意者，股東雖得主張保證債務人之利益，然非必使債權者對於主債務者訴追，俟公司變產低償尙有不足，時始向各股東追償也。債權者對於公司以之爲債務者提起訴訟，不妨同時對於股東

提起訴訟，不過股東在公司財產現存之限度內，得以減少其連帶責任之範圍耳。要之，立法目的，不外將公司之財產與股東之私產劃一界限，以保護公司之債權人而已。

股東對於公司債權者之關係爲連帶責任者，應從民法上連帶債務之規定，債權者對於股東一人或同時或順次對於全體股東，得以請求履行債務，股東之一人履行債務以後，對於其餘股東有求償權，至於如何分担，則屬於內部關係之問題也。

股東對於公司有時立於債權者之地位，此時他股東對於此股東，亦如對於一般第三者同負担連帶無限之責任與否？是一疑問。凡股東對於公司爲權者，不外二種情形，第一種係由股東之關係而來者。第二種係由於與對內關係全無關涉之情形而來者。例如股東有請求分配利益之權利，此權利爲由於股東關係而發生者，他股東皆不負連帶無限之責任，且關於分配利益之請求權，如股東對於他股東可主張連帶無限之責任，是此却須受公司的關係拘束之議論也。至於股東因買賣貸借等原因，對於公司取得債權。忘時股東與公司之關係，與第三者毫無差異，應否主張連帶無限之責任？雖有消極說，而愚則信積極說之理由爲正當也。主消極說之理由，不外謂股東之資格，不可不受章程之拘束，若有一股東對於他股東強制其負連帶無限之責任，是不啻對於他股東命其於章程所定

一定出資額以上更有負擔，且如可主張連帶無限之責任，是自己對於自己亦立於連帶債務之地位，豈非奇觀！惟就法理而論，則爲債權人之股東，即使自負連帶責任，代公司清償對於自己之債務，仍得按民法上之規定向股東求償其代償之超額，於事實上並無窒礙，故謂股東對於公司爲債權者時，不適用本法第三十五條之規定者，非的論也。

自公司法頒行，而商人創辦公司者，幾全趨於有限責任之結構，而不樂於無限責任之組織，此各圖自便之計，亦人情所從同。惟公司祇知享有有限責任之益，公司債權者亦往往慮及有限責任之害，自非公司之財力雄厚，事業穩固，不足取信，故有限公司與無限公司兩者實各有所取，視其所營之事業如何而定。吾國向來高習，本通行無限責任之制，重股東之責任，即以增公司之信用，自不必因有後慮，致生畏避也。

股東爲設立公司之一人，固當然負上述之責任，然公司成立後，加入爲股東者，於其未加入前所有公司原欠各款，亦負責任。據吾現行法之規定，無限公司爲法人，本與各股東獨立，有其固有之人格，故公司之加入分子，雖亦有增新之象，而其於公司之存在，實毫無影響，關於其加入前法人所生之債務，新入股東

36

，以其股東之資格，負此責任，亦當然之結果。（第三十六條）

關於此事，各國立法例有三種主義：其一，新加入之股東，若非舊股東訂有特約，則對於公司之舊債，不負責任，此為英國法所採用。其二，新股東之加入，除於定章內別有相異之訂明，則對於公司之舊債，亦與舊股東負同一責任，此為日本舊商法所採用。其三，不問何人加入公司者，對於加入以前公司之債務，一律負責，此為德國商法及日本新商法所採用。第一種主義之理由，在權利與義務不可不相應，故向不得分配利益之人，而使担当債務，為背於法律之原則。第二種主義之理由，在圖公司計算上之便利，故許新股東預先聲明，而於定章內為反對之訂定，第三種主義，其理由雖大致與第二種相同，且有進而保護交易安全之旨，蓋既屬公司之債務，則凡屬公司之分子，一體負，始足保護債權者之利益，而增進公司之信用，否則債權者不易知其底蘊，難免受不測之損害，故定為強行法，不得以股東內部間之特約，而免除或減輕新入股東之責任也。

無限公司，以股東之無限責任，為其信用之基礎，故就公司之債務，不可不連帶負其責任；但在非股東，而使他人誤信為股東時，於一方使公司之債權者，蒙不測之損害

，於他方減少本公司之信用，而同時使世人更疑及一般公司之不足恃，故有此等情事，必使與無限公司之股東，負同一之責任，即所謂類似股東之責任，股為保護善意之第三者，及維持一般無限公司之信用，自不得不爾也，(第二十七條)

以如何事項，為足使人誤信其為股東之行爲？在各國立法例中，有採列舉規定者，如西班牙葡萄牙及日本舊商法是也。然列舉主義，究有掛一漏萬之虞，故近世商法多採概括規定，以事實為據，由審判者依具體情形而認定之。惟所謂類似股東，必其有為股東之行爲，(註)始負此責任，此種行爲，究依主觀主義？抑依客觀主義？固鮮明確之規定，依愚所信，以依客觀主義解釋為當。至於舉證之責任，應屬於被請求之類似股東，而不屬於為公司債權人之第三者，因無惡意之反證，即推定為善意，乃法律上一大原則也。

(註)依英國法例，凡事實上與股東之權利義務者，亦與股東負同一責任，即隱名股東之責任是，然若事實上分派損益，而並不出名為股東，則無使第三者誤認其股東而藉此信任公司與為交易之理，此種立法，殊不足取，故吾公司法僅規定類似股東之責任，惟隱名股東若主持公司之業務以握事權，足以令他人信其為股東，亦可包括在內。

38

第三款 盈餘之分派

公司非彌補損失後，不得分派盈餘，所以保護債權者之方法，爲充實資本之原則也。
(第二十八條)

公司之純財產超過其資本額，是爲盈餘，所謂純財產者。即公司之資產額中減去其負債額，所餘之財產也。反是，公司之純財產不及其資本額，是爲虧損。盈餘與虧損，雖至易明，然亦因計算方法之不同，而於公司及債權者利害甚有關係，不可不申述之，例如：以某年終公司之收入支出各款兩相比較，以其差數作爲利益或損失，然如此法，僅可謂之盤核賬款，不足以統計盈虧，蓋公司之收入及支出，有種種事由，如股款之續繳，股金之退還，外賬之放出，外欠歸還皆是，彼此出入相較，實與損益無關。又如：以上年終之現存財產，與次年終爲現存財產，兩相比較，以其差數作利益或損失，然此法僅可謂年結之盈虧，不能爲全局之損益。故必以現存財產與現時應有財產兩相比較，作爲損益之標準，此爲歷屆總盤，並非每年小結，損益依此而定，始爲眞確。現時商業場中，每年終計算盈虧，亦有計本年度之損益，與通算開業以來損益之二種者，往往有當年市面暢旺可護盈餘，而應年統算，仍不免虧損者，亦足見非依第三種之計算，不能確定

公司之損益也。

德國商法於無限公司，採前述第二種計算法，分配盈餘。其理由，蓋以此種公司之股東，均負無限之責任，雖於分利事不嚴為限制，然苟公司財產減少至無力償欠外債，仍可向股東追補，不過暫由公司之財產移併於股東之私產，而債權者並不致受損，故不妨許其任意分利，此其一。股份有限公司，若股東止圖目前之利，縱公司受損，可即時脫股，又或移本作利，冀騰股票價值，得以飛賣，重博厚利，不免有射倖之嫌，故法律防制宜嚴，若此種無限公司，則股份難驟脫讓，公司將來之不利，終究及於己身，宜無自欺而貪目前之利者，故不妨由其伸縮自如，此其二。依日本商法，則以不應分之利益，雖止由公司移於股東，不至十分損害債權者，然財產不分派而在公司與分派而移屬於股東，其間公司債權者之利害大有關係，故非真正利益，不得分派，若違反此規定而分派時，公司之債權人得向之追繳。誠以公司之資本額有定，而公司之財產額，則因事業之盛衰，變動異常。其因自然之趨勢，而減少其資產者，雖為法律所不及防，而因人力之處分致減少其資產者，則以保護債權者之故，為法律所當干涉，吾公司法之規定，即從日本之立法主義也。（註）

（註）舊公司條例第三十九條第二項規定：違反前項之規定而分派時，公司之債權者得令其退還，所謂代

債權之行使，即令股東所分得之利，轉入第三者之手時，尙可行使追及權，但若公司之債權人不行使此權時，其分派仍爲有效。現行公司法未設此規定，應解爲違背本條之規定而爲分配時，不生效力，然在立法論，似欠妥當。

第四款 債務之抵銷

法律既以公司爲法人，公司與股東之財產全然分別爲二，不得混而爲一，致違背財產主義，使公司有危險之慮，此公司法所以從多數立法例，設禁止抵銷之規定也。（第三十九條）

所謂公司之債務人，不得以其債務與其對於股東之債權相抵銷，係本於維持公司資之要求，易言之，即對於公司負有債務，自應向公司清償，使得現實之滿足，故法律人定明不得逕由債務人以爲受動債權，用自己對於股東之債權與之抵銷，若經他方（即公司）允許，自亦有效。又股東之債務者，得援對於公司之債權相抵銷，依反面之解釋，似亦有效，故多數說均從此解，其實不然，蓋依民法上之原理，自動債權，須爲對於被抵銷人之債權，不得以對於他人之債權相抵銷，在公司法不能獨異，除有抵銷契約外，應不許股東之債務者爲片面抵銷，蓋公司法第三十九條之本文，不過爲避疑之規定，即

不設此規定，按諸民法上之解釋，亦不容其主張抵銷，因無限公司有獨立之人格，與公司之股東究非同一人故也。

又依舊公司條例第四十一條規定：各股東非於退股及公司解散後，不得按其自己之股份，請求分析公司財產。其實，此種規定，殊無必要，蓋公司之財產，非股東所共有，既非共有，自不得於公司存續中，請求分析，此為當然之解釋，毋待特定之明文也。

第五節 無限公司股東之退股

第一款 概說

依羅馬法，合夥為契約關係，設定此關係之當事者，始終不可分離，若當事者一有變動，則合夥不可不消滅。若以純理言之，無限公司當與合夥並論，不能退股。即認無限公司有獨立之存在，進而承認其人格之國家，亦尚以股東之人的存在為公司存續之條件，一股東之變動，即為公司解散之原因，此歐西多數國商法之通則也。然而以一股東之死亡破產等不測事由之發生，即使公司解散，實有反於公司設立之目的，阻害商業之發達，有傷股東之利益，不可不謂為經濟上一大弊害。日本商法注重公司之團體性，雖有股東退股，公司仍可存續，吾公司法亦然，故以與公司不能相容之事由為解散之原因，以

股東個人之事由爲退股之原因，此深合於公司爲團體之性質，而於實際亦甚便利也。

第二款 退股之原因

退股云者，自公司脫離而喪失其股東資格之謂，其情形可分爲二：依於退股人之意思者，是曰任意退股。非依於退股人之意思者，是曰法定退股。

甲 任意退股。 凡章程中未定公司存續期限者，各股東得於每營業年度終退股，惟應於六個月前以書面聲明。此項退股，類似終止契約之一種，自應適用民法第二百五十八條（參照第二六三）以意思表示爲之。惟以向何人爲意思表示，始生效力？在舊公司條例第四十二條定有明文，現行公司法未設明文，亦應爲同一之解釋，即須向各股東或其代理人爲之。僅向股東中一部爲之者，不生效力，僅向有業務執行權人爲之者亦然，蓋以受退股通知，不屬於執行業務之範圍也。又爲此意思表示，應用書面，以昭慎重，其限於每營業年度終退股，且須於六個月聲明者，蓋爲公司之利益着想。但有不得已之事由時，無論公司曾定有續期限與否，股東得隨時退股，不受營業年度與預告期間之拘束。所謂不得已之事由，例如股東遭遇變故，不能繼續營業，或與多數股東意見衝突，勢難再行共事，均得爲退股之原因。（第四十條）

公司未定存續期限，又雖有定期限而有不得已之事由時，股東得以任意退股，已如上述，其定有存續期限者，在通常情形，似不得任意退股，雖然於章程中訂明股東無論何時，皆可退股，或於退股之時期及預告之期間，別有訂定，亦無不可，蓋公司法第四十條第一項之本文，並非強行規定，此就本條外之文字觀之，可以推知者也。

公司定章上如有不許退股之條款，其效力如何？乃一疑問。就第四十條第二項觀之，全然不許退股之條款，則爲反於公益，股東如有不得已之事由時，應不受其拘束。其存通常情形，即定有存續期限者，如章程中訂有禁止退股之條款，應解爲不許退股，比較適合當事人之意思。其未定有存續期限者，股東仍得於營業年度終之六個月以前，以書面聲明退股。蓋第四十條第一項之除外文字，乃指退股之時期與預告之期間得別有訂定而言，且不定存續期限之公司，公司之運命不能預知，而以定章束縛股東之自由，不但於股東之一己有不利利益，於社會經濟上亦有利利益也。

乙 結定退股。此不依退股人之意思，而由法律規定，於有後述原因之一，即應生退股之效力也。據吾公司法之規定，有左列數種情事：（第四十一條）

（1）章程所預定之事由發生。

(2) 死亡。

(3) 破產。

(4) 受禁治產之宣告。

(5) 除名。

關於(一)定章所預定，例如：定章於股案之資格有限制或附以條件者，股東缺其資格及條件，當然退股，此種退股，不須有意思表示，即發生退股之效力。按舊公司條例(第四十三條第一款)倣日商法規定；其餘全體股東之同意，亦得爲退股，是無異任意將其餘名，而以多數壓迫少數，尤屬違反合作事業之精神，現行公司法不採此規定，洵屬允當。

關於(二)以死亡爲退股之當然事由者，無限公司置重於人之信用故也。在立法例中，有以死亡爲公司解散之原因者僅以爲股東本身脫退之原因者；如德國及其餘歐洲諸國，大都以前者爲原則，而明定之於法律，以後者爲例外，而一任之於定章。日本商法則反是，蓋以一人之死而解散全體，非維持公司之道，雖許以定章變通存有例外，然總不如法律上之原則效力爲大，且按之習慣，亦罕有以一二股東之死亡，因之解散公司者，

吾公司法即採後之立法例也。

死亡者之繼承人與公司之關係如何，公司法未設明文，解釋上自應認爲不許當然繼承。惟按諸吾國習合，似有未合，且公司之股份，爲股東之財產權，除有拋棄繼承情事外，尤無當然消滅之理。

在章程中訂明，由死亡者之繼承人繼承股份時，其效力如何？因公司法未如民法第六百八十七條設有但書規定，學者議論不一，依愚所信，應爲積極之解釋，蓋於此場合，即死亡者生前有以權利義務移轉於繼承人之意思，公司應遵重死者之意思，惟繼承人則得拋棄繼承，自不待言。

關於(三)(四)之規定，以其一則喪失財產能力，一則喪失行爲能力，使其與其他股東繼續經營，自不相宜，故亦定爲當然退股。惟若章程中有反對之條款，許以財產管理人管理其業務，以保持其股東之地位，其效力如何？不免生解釋上之問題，尤其在受禁治產之宣告，因有商人通例第五條之關係，更引起解釋上之困難(註)，從立法之本旨言，仍以從消極說爲是，即雖有反對之條款，亦屬無效。

(註)參照王效文著公司法論上册第一七八頁。

關於(5)除名，即不使與其他股東繼續經營之意思，故於合法除名時，當然生退股之效力，其詳俟於次段述之。

股東被除名，於公司發生重大之影響，故公司法設有限制，須具備左列要件，始得為合法之除名，而生退股之效力。(第四十二條)

- a 應出之資本不能照繳，或屢催不繳者。
- b 違反第二十八條第一項之規定者。
- e 有不正當行為妨害公司之利益者。
- d 不盡重要之義務者。

第一款違背出資之義務，有不能與不為二種，第一種之不出資，屬於不能，依例而論，凡非以金錢或其他代替物為出資之標的者，不可以種類知同物之代替，其勢不能強制履行，又其不出資之原因，由於天災及意外事變所致，非出於本人之故意過失，公司雖因此而受損害，自不得更向要求賠償。第二種之不出資，屬於不為，凡以金錢或其他代替品為出資，而拖延不繼者是，於此情形，公司因得請求強制履行與損害賠償，倘使稽延不久，自可量予通融，法律亦不為干涉，否則，多數人意見不願其入股，亦可不必強制

履行，而直爲除名處分，一任公司之選擇，但雖除名，而損害賠償之責任，仍不能免。第二款違背競業禁止之義務者，除得行使第二六八條之介入權外，仍得將該股東除名。

關於第三款不正之行爲，如違背第二十七條之交付義務，縱未達於侵占之程度，而在公司方面受有不利益者，亦得爲除名之事由。

第四款乃一種概括規定，蓋恐列舉情形有所遺漏。至如何可認不盡重要之義務，應就具體事實決之。

以上所舉，均係於股東對於應盡重要之義務，不爲履行，及以故意或過失而致有違害。在德國商法，作爲公司解散之原因，許訴由法院判斷，但以上所列各事，多屬一二股東本身之事，與公司之全局無關，不應動搖公司之根本，故不以爲解散之原因，而以爲除名之原因，且非必須除名，卽如金錢出資之遲延，有時亦得免予除名，此當視各種情形而酌定之，故除名處分，必得有股東一致之決議者此也。

除名處分，事關重要，除經其他股東全體之同意外，須對於被除名之股東爲通知，始生效力，在未爲通知以前，尚不失其爲股東之權利也。

第三款 退股之效果

退股之效果，有左列數種，依次述之。

一 公司名稱（指商號）列有該股東之姓或姓名者，該股東退股時，得請求停止使用。（第四十三條）

公司商號，於營業上關係極重，若輕易變更，則受易不便，既多煩雜，且或失其主顧，故非萬不得已，總不可不力避其變更。然商號中有用離退股東之姓名者，在公司固屬便利，而退股者為顧其日後之責任，自可請求阻止其姓名之使用。惟退股者拋棄其請求權，或與公司立約，依舊使用，自無不可。

二 退股之股東，與公司之結算，應以退股時公司財產之狀況為準。（第四十四條第一項）

凡公司財產，均為股東共同經營之結果，退股股東雖喪失其資格，然其生產的權利，並不失此而喪失，故股東退股時，該退股股東與公司之間，當為一種之核算，而其核算之基礎，不可不計算公司財產之總額，且不可不照退股當時公司財產之時價核算，蓋苟不依時價核算，無由計退股股東分析財產之額故也。

所謂結算，即按照章程所定標準分攤損益，股東中途退股，亦應按照退股當時之營業狀況，計算損益，如有盈餘，自可收回其出資及應得之利益，若有損失，亦應按股補足。

三 退股股東之出資，不其間種類，均得以金錢抵還。(四十四條第二項)

退股股東之股份，依其與公司結算之結果，有爲積極的，有爲消極的，亦有爲零的。積極的股份，示明對於公司有債權，消極的股份，示明對於公司所負之債務，零的股份，則對於公司，既無請求之權利，亦無被請求之義務。惟股份與出資之標的本不相涉，故不問其出資之標的如何，如有積極的股份，皆得請求股份之給還。其以勞務信用爲出資之標的，而其請求財產之分析，亦與財產出資者毫不異。(註)

(註)本項立法之意義，殊欠明瞭，學者之解釋，尤多誤會。所謂不問出資之種類均得以金錢抵還者，依愚所信，應分三種情形：第一、財產結算之結果，如超出各人出資額以上者，不問勞務信用之出資，均與財產出資無異，亦有分析財產之權。第二、財產結算之結果，如不能超出於出資額者，則勞務信用之出資者，其所以爲出資之勞務信用，亦隨之收回，非若以別種財產之所有權移轉於公司者可比，或須返還其原物，或當償還其價額也。第三、不以金錢爲出資而以其他財產爲出資者，如退

股尚有積極的股份，或返還其原物，或以金錢抵算，概由公司之便。試舉一例以說明之：甲乙丙三人合辦一無限公司甲出現金三千元，乙出房屋作價二千元，丙出勞務作價乙千元，是公司有六千元之資本，（丙有一千元之虛本）而各人損益分配之比例，為三與二與一，設至結賬時，公司之財產增為八千元，合虛本計之，有九千元，則此時利益分派，甲應得一千五百元，乙應得一千元，丙應得五百元。設此時甲退股，甲應分四千五百元，乙退股，乙應分三千元，丙退股，丙僅能分五百元。（不得解為丙分乙千五百元）此就第一種情形而言也。設至結賬時，公司之財產仍為五千元，合虛本計之，正得六千元，設此時甲退股，甲尚有積極的股份，甲應收回三千元，乙退股，乙亦有積極的股份，乙應收回二千元，丙退股，則不能請求退回一千元。此就第二種情形言之也。又設乙於此時退股，公司若返還其出資之原屋，（即房屋）亦無不可。此就第三種情形言之也。雖然公司，章程中之對於勞務信用出資之股東，另定辦法，此屬於公司之內部關係，法律自可不加干涉，舊公司條例第四十七條設有但書規定，現行公司法雖無此規定，解釋上應屬相同。

四 退股時公司事務有未了結者，於了結後計算，並分派其盈虧。（第四十四條第三項）
本項為對於第一項之例外，即原則雖應以退股當時之財產狀況為準而為結算，但如公司事業於退股時尚未了結者，則在該時實無從以為標準而計算之，故必設此特則，仍應俟了結後計算。

五 退股股東應向主管官署聲請登記，對於登記前公司之債務，於登記後二年內仍負連

帶無限之責任。(第四十五條第一項)

退股不問其原因之如何，皆喪失股東之資格，在對內關係，當然發生效力，固無庸疑，然在對外關係，若不登記，則不能對抗第三人。(參照第九條)又雖經登記，對於登記前公司之債務，並非全無責任，須經過二年，其責任始消滅，亦所以保護第三人也。

轉讓股份之股東與退股不同，蓋轉讓之後，有接股人之承頂，其股東之人數與出資，均不致生何變動，而亦必使之與退股人負同樣責任者，蓋恐其脫讓於資力淺薄之人，甚或見公司情形不佳，將其股份廉價脫售，或竟以之贈與他人，以免自己之連帶無限責任，亦在所難免，是皆於公司債權者之但保有礙，故法律有準用退股股東之規定。(第四十五條第二項)

第六節 無限公司之解散

第一款 概說

公司之解散，雖為消滅其人格之原因，然而公司非與公司解散事由發生同時全歸於消滅者也。公司一經成立，其於對外關係，對於第三者發生種種法律關係，對內關係，股東與公司及股東相互間，亦發生種種法律關係，故若解散事由一發生，公司之對內對外關

關係，即絕對的歸於消滅，皆失其效力，公司立即失其活動力，財產亦立即歸於股東之私有，此實不便之事也。以是之故，公司解散後，原則皆須爲清算，公司在清算範圍內，視爲尙未解散，此種觀念與民法上之法人依同一主義者也。公司不依解散即歸於消滅，然而認其仍可存續者，則於清算之範圍以內爲限，故此時已不得爲營業之活動，凡以營業存在爲條件之法律規定，自無適用。

公司雖解散，其在清算中，尙視爲未解散，已如上述。然則清算中公司之性質如何？學說紛歧：有取清算公司說者，有取同一公司說者，而吾公司法則採擬制說（參照第五十二條），即公司本因解散而失其人格，然因法律之假設，於清算目的範圍內，仍視爲存續也。

第二款 解散之原因

公司解散之原由不一，有出於各股東之意思者，有因公司之性質及事業之情形自然而生者，有出於國家監督權之作用者，本法悉以明文列舉，非此不得解散，蓋因公司之解散，事關重大，必確定其範圍以示限制也。

茲就吾公司法規定解散之事由，分述如左：（第四十六條）

- (一) 章程所定解散之事由發生。
- (二) 公司所營事業已成就或不能成就。
- (三) 股東全體之同意。
- (四) 股東僅餘一人。
- (五) 與他公司合併。
- (六) 破產
- (七) 解散之命令。

關於(一)在立法例有採用干涉主義者，即凡屬公司必使定開辦年限，公司不自定年限，則以法律定之，此種立法主義，殊不足採。公司預定開辦年限之法，有指定若干年限者，有以一二股東之終身爲期者，又或不指定年月日，但以一種事業之成功或失散爲限者，前一種爲確定年限，後一種爲不確定年限，總之，限滿即當然解散。至定章預定何種事項之發生而公司因之解散者，此則章程所可自由規定，無待說明。

關於(二)所謂事業已成就或不能成就，不能爲絕對之解釋，若不問營業上成績如何，不問營利之希望，以解釋此能成就與不能成就之意義，則非設立公司之本旨矣，蓋公

司本以營利爲目的而設立，故其經濟的成績之如何，與公司之存續有不可分之關係者也。故必爲相對之解釋，即由於一般經濟現象之變動，將來獲得利益之希望，是否告絕，均不失爲公司事業成功與失敗之準據。今日學者，對此已無異論。若然，本款亦可包括於第一款及第三款以內。無須另設明文。

關於(三)股東之同意，必以公司解散爲目的，若同意於將來一定時期到來始解散，則應訂明於章程，適用第一款。

關於(四)爲公司與公益法人區別之一點、前已述及。(參照第一章第一節)

關於(五)公司之合併，約有兩種：其一、新立之合併，甲乙兩公司均解散，而合成一新立之丙公司。其二、吸收之合併，僅甲公司解散而歸附於乙公司，或乙公司解散而歸附於甲公司。舉合併爲公司解散之原因者，係從被消滅之公司方面觀察，其實，合併之效果，不僅爲公司之解散，其詳俟於後述之。

關於(六)以公司受破產宣告而解散者，爲法律所命令之效果，股東無可如何，至立法例中有以股東之破產爲公司解散之原因者，是以一人之關係而破壞大局，殊無足探。

關於(七)解散之命令，一爲撤銷登記之結果，一爲適用民法第三十六條之結果。(參照第一章第四節第二款說明)

第三款 公司之合併

公司之合併結果，必有二公司消滅，故合併爲公司解散原因之一，前已述其概略，惟關於合併之理論，以及法律規定之要件與效力，均有另爲說明之必要。

第一項 合併之意義及理論

合併者，將二個以上之公司組成一公司之事實也。此事實有二形式：其一，合併二以上之公司而爲一新公司。其二，以此一公司併入於他之公司。前者爲創立的合併，現存之公司皆消滅而化成一新立之公司；後者爲吸收的合併，一公司消滅，而其他之一公司因之擴充。

公司合併之必要，有由於節省營業費與增進競爭力者，有由於規避無用之競爭者，亦有由於救濟瀕於破產之公司者，此種經濟上事由，雖有時使公司不得不歸於合併，然而合併精神之主眼，則在不經法律所規定之清算手續得以處分公司財產也。

相合併之公司，抑必須同組織者乎？抑無妨有異組織者乎？若無妨有異組織，則關

於組織之種類，有無限制？此等問題，實立法！與解釋上至難解決之事，而立法例與學說亦極不一致者也。吾公司法在通則中，未設一股之規定，與日本商法在明治四十四年修正以前之情形相同，因而發生種種疑問，茲將彼邦對此問題之學說，介紹於左，以明其適用。

第一說主張公司之合併，以同組織者爲限，其理由；因商法上各種公司之合併，各規定於本章，在通則中無一般之規定，自不能合併，且各種公司之合併，手續各有不同，故必以同組織者爲限。法律上既未明定不同組織之公司可以合併，則當以同組織爲原則，以不同組織爲例外。大凡解釋法律，當注重狹義一面。謹守原則，不宜從廣義解釋，輕用例外。此種主張，亦未盡當，蓋解釋法律，不能專就文字與法典體例着眼，對於實際之需要，亦須顧及。第二說謂凡可以互變之公司，性質相類，則可以合併，如有甲乙丙三公司，其中雖有一二公司組織不同，然可變爲同樣組織，即可合併爲一公司。雖然，此說不能確當，所謂不能得完全之結果者是也。例如甲乙兩公司爲無限公司，丙爲兩合公司，就法律變更之規定言，只許兩合公司變爲無限公司，不許無限公司變爲兩合公司，（參照日商法第一一八條第二四七條第二五二條至第二五四條（吾公司法第八三條

第二二七條第二三〇條)依第二派之說，亦不過併甲乙丙三公司，爲丁無有限公司，斷不能併爲兩合公司。又如甲乙爲股份有限公司，丙爲股份兩合公司，只丙可變爲股份有限公司，甲乙不能併入丙，爲股份兩合公司，卽合見丙可併入於甲乙，爲股份有限公司，甲乙決不能得完全之結果是也。第三說主張無論何種公司，皆可合併，毫無限制，蓋商法上雖將公司之合併，各規定於本章然未明言不得與異其組織之公司合併，縱謂規定於本章以內，係指同一組織之公司而言，然異其組織之公司，亦可合併，可推測而知也。今日學者之見解，雖多趨向於第三說，(吾國學者之著述亦採第三說，詳見王效文著公司法論上册第一九三頁王孝通著公司法論第二八頁)。然愚確信在解釋上，仍應以第一說爲正當，就立法論，則與公司變更組織之規定，立於同一之基礎者也。(註)

(註)原來日本商法，雖許有公司組織之變更，但亦有限制，卽(一)合資會社之有限責任股東全數脫退，改爲合名會社。(二)株式合資會社之無限責任株主全數脫退，改爲株式會社。(三)株式合資會社得依株主總會之特別決議，改爲株式會社。(四)舊商法所定之各種公司，得改爲新商法上各種公司。關於會社之合併，自亦應採狹義解釋，卽合各會社與合名會社間之合併，株式會社與株式會社間之

合併，合資會社與合資會社合併之適用，株式合資會社與株式合資會社合併之準用。明治四十四年修正商法案，對於會社之合併探不限制主義，（日商第四十四條）對於會社變更組織限制範圍亦狹，此多年紛爭之問題，可告一段落。在立法論，關於公司改組及合併之範圍，均有漸次擴張之勢，吾公司法第八十三條與第二百廿七條第二百三十條對於公司變更組織，既探限制主義，若謂對於公司之合併，係探不限制主義，殊欠一貫，故在解釋上，仍以探狹義說爲妥，按之立法之趨勢，則不免有後時之嫌，此爲吾司法之修正問題也。（關於第四十七條之立法研究資料，可參觀田中耕鈴太郎與木竹雄共著之中國會社法第一〇五頁以下）。

第二項 合併之要件

無限公司之合併，須有全體股東之同意，此爲要件之一，蓋因公司之合併，關係重大，不能由一部份股東主張合併，促其解散，而令不同意者，強視爲退股，法條所謂得以全體股東之同意云云，乃指公司依全體股東之決議，得與他公司合併而言，不可誤解爲經多數議決亦可與他公司合併也。當決議合併之時，並應議定與何公司合併，又使何公司存續，又或應設立如何之公司，且公司之合併後存續者，其辦法之必要變更事項爲何，又如公司之因合併而設立者，其創辦所必要之事項爲何，均須以合併之決議而定之，自合併之決議至合併之實行，其間包括之事實甚多。所欲合併之公司，除各本公司之股東

全體決議外，必彼此訂結契約，或開聯合大會決定一切，更不待言，其有此公司已決議合併而為解散，而彼公司頓翻前議不為合併者，又有因彼公司突然宣告破產或受解散之命令以致不能合併者是否適用本法第四十六條第三款解散之規定，抑得由此公司之股東全體變更其決議，應解釋當事人之意思定之。（第四十七條）

公司之合併，應決議合併時，編造資產負債表及財產目錄，並應於為合併決議後，向各債權人分別通知及公告，並指定三個月以上之期限，聲明債權人得於期限內提出異議，此亦為合併之要件，乃保護債權者而設之規定也。開具財產目錄及資產負債表，所以明收支損益，確定合併以前公司財產上之情形，又以便各債權者查閱，使得決定有無異議。關於編製財產目錄及資產負債表之時期，不無疑問。（參照舊公司條例第五十三條第一項）至催告債權者，使述異議，蓋因一公司與他公司合併，財產上大有變動，就公司而論，合併以後，不獨兩公司之財產混而為一，即兩公司之債務亦混而為一，在債權者雖得對他公司之財產行其權利，而於抵充自己債權之公司財產，亦將與他公司之債權者，平等行其權利，倘以債務少之公司與債務多之公司合併，則必有一公司之債權者受不利益，故苛債權者以其合併為有害於己之權利，必使之得向公司提出異議，表

示反對，始足以資保護。然公司之合併，在有兩公司之決議及其契約，非必公然行之者，若意圖脫避而出以秘密，使債權者在至其合併登記爲止，全被欺朦，無從覺察；必受不測之損害，故欲使述異議，必與以得述異議之機會，所以必命公司向之通知及公告者此也。法條所謂分別通知及公告，即除公告以外，對於所知之債權人，應爲各別之通知。惟是公司之合併，本以圖公司之便利，若於得各公司之全體股東同意而外，須得各公司之債權者之同意，始可合併，則有失合併機會之虞，殊失法律所以許爲合併之意，故僅爲異議之催告，而不必待其有承諾，始可生效，若於所定期限內無異議之聲明，即可視爲承諾，（註）縱然債權人於所定期間內聲明異議，亦僅對於異議者負有相當責任，而於公司之合併並不妨害其進行也。（第四十八條）

（註）參照日商法第七十九條第一項。

在債權者於所指定之期限內有異議時，自不得反於債權者之意思而令其有受損之虞，故必照數償還，或供相當之担保，始可合併，果照此辦理，自無問題。惟法律規定雖嚴，而復點者直允髦視之，置諸不顧，甚或並不先事通知及公告而逕自合併，其在擅自合併之執事股東，爲顯違法律之行爲，自不得免其過罰，（參照第二三二條第二款）除過

罰以外，其合併之行爲，是否有效？在立法上固不無問題，然若使合併之事根本作廢，則所與合併之他公司及其債權者，亦有不測之損害，此吾公司法所以有不得對抗有異議之債權人之規定也。（第四十九條）

第三項 合併之登記

公司實行合併，其結局有兩種：一則因合併而更新創立。一則因合併而資本擴充。兩者均必有一方面因合併而消滅之公司，此在新設立者，應爲設立之登記，在吸收他公司而存續者，應爲變更之登記，因合併而消滅者，應爲解散之登記，既經登記，於是權利義務之繼承，始爲確定。（第五十條）

依德國商法第三百〇五條之規定，公司之合併，自爲合併決議後，公司即因之解散，同時以其決議，呈報註冊，然僅僅爲合併之決議，尙未爲合併之實行，自不必爲解散之註冊，故吾公司法所定合併之登記，乃指須俟合併實行以後，可謂對於本法第十條之特別規定也。（註）

（註）關於本條登記之時期，應如此解，可參照田中耕太郎等著中國社會法第一二一頁。至本法第十條未

將合併除外者，乃主法疏漏所致，參照舊公司條例第五十一條自明。

依日本商法第八十一條之規定，公司有支店者尚須於支店所在地爲上述之登記，吾公司法未設規定，讓諸於施行法中，（公司法施行法第二十條）至怠於爲登記之聲請者，尙有處罰。（參照第二三二條第一款）

第四項 合併之效力

合併制度，所以便公司之擴充及擴張，免清算及設立之週折，其特別之功用有二：一則合併後消滅之公司之各股東仍可列於合併後存立之公司，而爲股東，新舊公司之各分子全然無異，惟以小團體變爲大團體而已。二則法律上權利義務之關係，當然彼此移轉，不必更訂契約，且種種包括，不必一一分別交涉，與尋常商店之脫售出盤者不同；此蓋以公司之解散，比於自然人之死亡，解散之公司所有債權債務概括移轉於合併之公司，比於死亡者之財產及負欠概括移轉於其繼承人也。（第五十一條）

第七節 無限公司之清算

第一款 概說

公司解散時，除合併及破產以外，不可不設一方法，使公司之對外對內關係，事實的可以消滅，以此目的處分公司之財產，謂之清算。

公司解散後，清理財產之方法，除破產應適用破產法及關於公司之合併有特別規定以外，依一般立法例，對於無限公司之清算，有兩種形式：一爲任意清算，即關於解散後財產之處置，得以章程及全體股東之決議行之。二爲法定清算，即不能依章程及全體股東之決議以處置其財產者，則依法律之所規定。（參照日商法第八五條第八六條德商法第一四五條吾舊公司條例第六十條第六十一條）蓋在無限公司，對內關係，基於各股東之互相信賴，對外關係，各股東於解散後一定期間內尙負連帶無限之責任，許其任意清算，亦不致妨害債權者之利益也。惟本法則不設任意清算之規定，從而不得不依於法定手續，未免過於干涉，在立法論，實不必要。（註）

（註）所謂任意清算之特點，即得自由處置其財產，如將營業脫售，而以其債權債務一切移轉於他人，或俟清償債務後，將餘存財產按比例分派於各股東，或全併於一二之股東，又或盤售於別公司及他之自然人，均無不可。至若股東全體或指定一二人使之處理公司財產，如本法第五十三條之所規定者，則非此所謂任意處分財產之方法，乃由清算人依法定手續以處分其財產也。吾國學者有謂第五十三條爲任意清算之規定者，（參照王效文著公司法論上冊第二〇二頁）似有誤會。蓋若爲任意清算，必須準用第四十八條第四十九條之規定故也。（參照日商法第八十五條吾舊公司條例第六十一條）又本法雖無除破產及合併，公云之明文，但本節之清算，不適用於破產及合併，固所當然。

第二款 清算中公司之地位

公司爲一種營利之法人，既經解散，其營業廢止，而人格亦當然消滅，惟因未了之事件甚多，非假定其人格之存在，不足以資清理，故營利之目的，雖經變更爲清算之目的，而其體制結構及權力作用，依然存續，學者稱之爲會社之餘生，蓋比之解散以前之公司，僅僅目的不同而已。（第五十一條）

公司法第五十二條倣日商法第八十四條而設，與民法第四十條第二項相對應，惟前段曰：解散之公司，後段曰：視爲尙未解散，純然踏襲舊公司條例第五十九條之用語，殊欠邏輯，應如民法第四十條第二項而爲下列之修正：『公司至清算終結止，在清算範圍內，視爲存續。』

第三款 清算人之產生

公司解散後，代表公司而執行業務之股東，當然失其職權，清算人者，即整理公司解散後之財產，兼有執務股東及代表公司之權限者也。

清算人產生之方法，立法例有以視解散原因之如何而不用者，若其解散之原因，當於本法第四十六條第一項第四款第七款之事由者，則由法院依利害關係人之請求爲之選

派清算人，除此以外，則由股東自行清理或以過半數決議選任清算人。（參照日商法第八八條第八九條吾舊公司條例第六十三條）本法無此區別，惟如果解散之原因，為股東僅餘一人，解釋上應適用第五十五條，由法院依利害關係人之聲請，選派清算人，而解散之原因，由於官署之解散命令者，仍須適用第五十三條之原則，在立法論，殊欠精密。茲依吾公司之規定，以述清算人之類別。

第一 股東選定清算人。 無限公司之清算人，得由股東選任之，其選任之方法，法律雖未規定，自得參照第五十六條關於解任之方法，以股東過半數之決議行之。在兩合公司之清算，既定有明文，（參照第八十五條）而於無限公司，自無獨異之理，關於此點，在法條上似嫌脫漏。（第五十二條前段）

一 選定清算人，既無人數之限制，即選定股東以外之人，亦無不可。惟無行為能力及宣告破產之人，應解為無當選之資格。

第二 法定清算人。 清算人以股東自任為原則，故除經股東之決議定有清算人外，概由全體股東自任清算，是謂法定清算人。惟章程中有預定清算人之產生方法者，似亦不妨認為例外，關於此點，德商法有明文規定，日本商法亦可為如此解釋，在吾公司

法，是否能爲此解？不無疑問，惟以定章預定清算人，其利害關係並不及於外部，殊無干涉之必要，依愚所信，是例雖非本條所明認，而亦不在禁止之列也。（第五十二條後段）

法定清算人有死亡者，清算事務，由其繼承人行之，繼承有數人時，應推定一人行之，所以定繼承人爲清算人者，蓋以公司在清算中，不生股東脫退之觀念，股東若死亡，其繼承人有與股東相同之權利義務。但吾公司法僅於全體股東清算之場合，設此規定，範圍殊失之狹，徵之日商法第一百〇二條及吾舊公司法第六十二條，均無限制，可供立法上之參考者也。（第五十四條）

第三 法院選派清算人。 舊公司法條例倣日商法規定，由法院選任清算人之情形有二：一爲公司之解散，股東僅餘一人。一爲公司之解散，由於法院之命令。蓋股東僅餘一人，已無公決之可行，而公司之解散，出於法院之命令者，多由公司事業有妨害公安之行爲，自不應聽其自行清算。現行公司法則以不能依第五十三條之規定，定其清算人時，而後由法院因利害關係之聲請，選派清算人，依此解釋，上述第二種情形，自不包合在內，（註）即股東所選任之清算人有不適於爲清算之情事時，除依第五十六條得由法

院解任外，尙不能由法院逕行選派。由是以觀，非特流弊滋多，且與關於股份兩合公司（第二二八條）清算之規定，亦有多少矛盾，按之德國商法，只須有重大理由，亦得由利害關係人請求法院選派清算人。實較吾公司法採不干涉之立法爲優也。（第五十五條）（參照德商法第一四六條第二項）

（註）依日本學者之解釋，即第一種情形亦不包在內，蓋依第五十三條，不能由股東爲決議時，始由股東自行清算，該條下段所謂全體股東，不限定爲多數之股東也。（參照田中耕太郎等著中國會社法第一二〇頁）若然，則第五十五條將無適用之餘地矣，故對此種見解，不表贊同。

第四款 清算人之解任

清算人之種類，已如上述，有因選任而爲清算人者，有爲法定清算人者，因選任而爲清算人者，其中又有股東選定與法院選派之別，惟無論爲何種清算人，凡有不稱職情事，法院得因利害關係人之請求，將其解任，所謂利害關係人，大體上卽指公司之債權人，而公司之股東，亦可包括在內，蓋股東所選定之清算人，固得由股東過半數之決議，將其解任，但如股東之中意見不一，不能得過半數之決議時，若不由法院解任之，不特有有害一部股東之利益，甚至有有害公司債權者之利益也。至於股東自爲清算人，則無將股

東相互間解任之餘地。(第五十六條)

第五款 清算人之呈報

公司因解散而選定清算人時，清算人代表公司，爲公司解散後一切行爲，不但爲公司之利益，且爲保護第三者之利益，其清算之人果爲何人，在公司之債權者有利害關係，固必須使知之，卽其他之第三者，亦不可不使知之，此公司法上所以有呈報及公告之規定也。按德商法規定關於清算人之呈報，除由法院任免者外，概由股東呈請登記，日商法則規定由清算人自行呈請登記，吾公司法於就任之呈報，則由清算人自爲之，於解任之呈報，則由股東爲之，立法理由何在？苦難索解。至清算人之更易，亦須呈報，自不待言。(第五十七條第一項及第二項)

清算人由法院選派者，法院應依職權爲之公告，解任時亦同。(第五十七條第三項)

對於本條之立法，尙有批評之點，卽本條除法院選派之清算人，關於選任及解任須公告外，在股東選定之清算人，則僅以呈報法院爲已足，不以登記爲必要。如此辦法，殊不足以惟護第三者之利益，卽與本法第十條及第十三條第十四條第三款比較觀之在法

理上殊不貫徹，而與一般立法例亦不一致，殊爲憾事。

由於法院所選派之清算人，雖謂可以公告代登記。然關於公告之日期及公告內應記之必要事項，（如姓名住所等等）在法條上亦未見明確。

依第五十三條下段由股東自爲清算人時，本無呈報或登記之必要，然本條第一項僅云「清算人」，是否與日商法第九十條爲同一解釋？究不免若干疑問，按之立法技術，殊欠精密。

第六款 清算人之職務與權限

清算人之重要職務有下列種種：（一）了結現務。公司解散當時，其尙未了結之事務，有爲公司未履行者，有爲對手人未爲履行者，亦有雙方均未履行者，關於此等事務，皆應了結，（二）索取債權。此不同爲對於第三者之債權與對於股東之債權均屬之，惟必以到期者爲限，又對於股東出資之請求，應解爲亦包括在內。（參照日商法第九十二條）（三）清償債務。公司負擔之債務，無論爲對於第三者，或對於股東者，均不可不清償之至，關於未到期之債務，是否得拋棄期限利益？不無疑問，（參照民法第三一六條）依愚所信，對於依第六十二條報明及已知之債權，縱未到期，按之第六十一條第二項側重清償迅

速之立法旨趣觀之，應解爲得爲期前之清償。(四)分配賸餘財產。公司債務履行之後，如有純財產時，以之分派於各股東，關於分派之時期及比例，俟後述之。(第五十八條第一項)

清算人因行前項之職務，有代表公司爲一切行爲之權，此不僅爲裁判外之行爲，卽裁判上之行爲，亦包括之，蓋公司一經解散，除股東自爲清算人外，卽喪失其代表之資格故也。(第五十八條第二項)

清算人有代表公司爲一切行爲之權，既如上述，惟清算人有數人時應以如何方法執行清算事務？不免發生問題，由各清算人各自單獨決定其意思，以行清算事務乎？抑須共同決定其意思，以行清理事務乎？吾公司法定以清算人之過半數決之，但在對外關係，若依此辦理，往往延誤事機，缺乏敏算，故定明對於第三人之關係，各有代表公司之權。惟不許剝等一部清算人之對外代表權，在立法上，殊無必要，蓋從第三十條之立法意旨考之，未嘗不可特定對外代表公司之清算人也。(第五十九條)

清算人之權限，如前所述，其範圍甚廣，於此得加以制限否耶？就民法上觀之，法人之董事，其代表權得加以限制，但對於此項權限所加之限制，不能對抗善意第三人，

公司法亦爲同一之規定。惟在法理論，若以股東之決議，限制清算人之權限，似有出於清算目的之範圍，況法律上既設解任之規定，亦無限制其權限之必要。（第六十條）

第七款 清算人之責任

清算人既爲公司解散後唯一之機關，自不得濫用職權，圖不正之利益，故清算人之行爲，在股東及法院與公司之債權者，皆得監督之，而要以股東之監督爲原則，因而清算人對於股東負有兩種最要之責任？其一、即檢查公司財產情形，造具資產負債表及財產目錄，送交各股東查閱。其二、遇有股東詢問時，應將清算情形，隨時答復。惟股東全體自任清算人時，則無本條之適用。至於應行清算完結之期限，原則爲六個月以內，可爲吾公司法之創例，在立法上頗堪注目，但違反本項之效果，並無何種規定，亦未定其罰則，僅不過一種注意規定而已，是其實效性之如何，尙有疑問也。（第六十一條）

清算之職務，有收取債權與清償債務種種，前已述及，故清算人就任後，應以公告方法，催告債權人報名債權，對於明知之債權人，並應分別通知，蓋公司之債權，往往非債權人所能盡知，使之公告及通知，所以保護債權人之利益也。惟公告及通知，不過促債權人之注意，若債權人逾期而未呈報，並不因此而喪失其權利，彼時對於公司清償

他債權人後所錄之陸產，仍得求償，即股東之責任，亦須經解散登記後，經過一定期間始消滅。清算人於公告期限未滿，自不得對於一部分之債權，提款歸還，反之，若逾公告期限，自不必顧及未呈報之債權，而將其除斥於清算以外，此並非制裁債權人之怠惰，實欲達迅速事結清算之目的也。至催告期限，在法條上無規定，應由清算人斟酌情形定之，惟依前條第二項之立法旨趣觀之，不能在六個月以上。亦不待言。又對於已知之債權，縱經通知後而未呈報，似亦不能於清算中將其除斥。此在舊公司條例第七十一條定有明文，可供解釋上之參考者也。（第六十二條）

若依一般立法例，對於無限公司，並未如本法定催告債權之手續，僅於股份有限公司之清算，設此規定，（日商第二三四條日民第七九條第八〇條德商第二九七條瑞債第六六七條）其立法理由，蓋以無限公司解散後五年內，各股東之連帶無限責任，依然存在，故無此種規定之必要，尤其在無限公司，既有任意清算辦法，則應否對於債權者公告及通知，自可由其酌定，法律不加干涉，然若不設此規定，難保無分派既結之後，有債權者報出，而加清算人以不法分派之制裁，債權人與清算人不免兩受其損，此猶就分派後無賸餘財產而言也。假如分派後尚有餘存財產，本可以之分派於各股東，（參照第

六十四條)；若彼時又有債權人出而爭執，勢必重起糾紛，故莫如促債權人報明債權，移爲便益。

公司解散時，除合併及破產外，必履行清算手續，已如上述，蓋合併方法，大致因避清算手續之煩，然以清算事務，較之破產手續，則寬嚴疏密，又復不同，故清算人發見公司財產不足清算其債務之時，不可不停止清算，而爲破產控告之聲請，一經宣告破產，即移交其事務於破產管財人，故聲請宣告破產，亦爲清算人責任之一。(第六十三條)

清算人負此責任，但於清算中負之，若經過一定期間，清算事務，已經了結，而復於期間後，呈報債權，即使公司已無餘存財產清償，清算人仍無請求宣告破產之義務，至此係債權者之懈怠，而非清算人之過失，除直接向各股東主張權利外，無他道也。

清算人非清償公司債務後，不得將公司財產分派於股東，此亦爲清算人責任之一，蓋公司之財產，爲公司債權人之特別担保故也。(第六十四條)

在德國商法及日本舊商法，許清算人於償清債務以前，於一定條件之下，先爲分派，謂之假分派，蓋以公司債務之一部，有附條件而未成就者，有爭議而未決者，以一部

財產之不克核計，遂延公司財產之全部，皆固定而不能運用，其爲股東之不利，何可勝言，然探此種立法例，不特其核計有益誤時，不得不取回已經配當之財產，而歸之債權者，勞幾次之手續，并恐爲清算之人以詐欺之術，而加害於債權者，將以公司無復可望之債權，充爲償清債務之用，是又立法者所不可不防，蓋保護債權者之利益，較之保護股東利益爲尤重，本法所以採日新商法之例，規定非清償債務後，不得爲分派也。雖然，以清償債務而後分派，亦未免過於遲延，在公司對於未到期債務，固可拋棄期限利益，而爲清償，在附條件之債務與有爭執之債務，亦不妨使股東提供担保，或將該項債額提存，而爲分派。（註一）

分派餘存財產，德商法係採平均分配法，各股東各引出其原有之出資額，其餘財產平均分派，即以人爲標準，出資額之多寡，在所不同。此種立法，殊不足採，吾公司法依日本法例，依所出之資本價額定之。（註二）（第六十五條）

（註）股東中若有爭執，應否停止分配？（參照德商法第一五五條第二項）應採積極說。蓋本條係從消極方面定清算人之責任，即於本清償債務以前，不得分派，至得爲分派之時期，清算人於其職務完結以前，可斟酌行之。

(註二)本條亦非經制規定，參照本法第十五條。

清算人應於清算完結後十五日內造具決算報告書，送交各股東請求其承認，如股東不於一個月提出異議，即視為承認，但清算人有不正當之行為者，不在此限。(第六十六條)

清算之正當與否，於各股東之利害有重大影響，故必俟各股東之承認，而後為不負責任，然使承認之期過於遲緩，則證據不免湮滅，其行為之正當與否，必至無從辨別，而於正當之清算人，或及有不利益處，故法律上僅予以一月之期間，然若清算人有舞弊情事，則不能曲恕，此公司法第六十六條所以有但書之規定也。(註)

(註)本條與日商法第九十八條相同，惟日商法於清算人之造具計算書，則無期間之限制。

清算人應於清算完結後十五日內，向法院呈報，與其他立法例比較，亦有疑問，蓋清算之完結，關於公司之一切關係歸於消滅，故在德日商法及吾舊公司條例均以之為登記事項，(德商第一五七條日商第九九條吾公司條例第七六條)而吾公司法僅以呈報於法院為已足，立法似有未當。(第六十七條)

本條所謂清算完結與前條所謂清算完結，是否同一意義？亦有斟酌之餘地，從理論

言之，以在股東對於計算報告書無異議或經過異議之期間，始爲清算完結，而爲登記或呈報爲當，關於此點，在法條用語上，殊欠明確。

第八款 股東之責任

公司之賬簿，及關於營業與清算事務之文件，應自清算完結時起，保存十年，其保存人，以股東過半數定之，是爲股東保存賬簿文件之責，而願清算人之事也。(第六十八條)

公司營業之狀況及損益之計算，全依賬簿及其他書信以表見之，故有保存之必要。通例賬簿自其記載最終之日十年間保存之，書信自其收受之日十年間保存之，而在清算之時，其起算點特異，即自清算完結後，(註)十年間保存之，蓋於清算之後，保存賬據文件，一方使證明公司營業之狀況於日後，他方使證明清算之當否於當時故也。決定以何人爲保存，似屬清算人之權限，願自清算人決定，往往有自爲其私，而以己意屬之股東以外之人，或其間股東一部相與睚比之人，名爲保存，實則舞弊，藉以彌縫其不當之清算者，故以股東過半數定其保存者，正以矯正其決，然事實上往往有可否之股東適得同數，亦有其他不及半數之股東，據正當之理由而述異議者，於茲場合，似有由官廳定其保存人之必要，本法未設此規定，尙有缺陷。

(註)從理論言，亦應定為從為清算完結之呈報時，為其起算點，斯為妥當。

股東之連帶限責任，自解散登記後五年而消滅，所以自解散登記起算者，蓋公司雖一解散，往往有歷久不能清結，又雖清結，而有一時不及知所遺漏未清之債務，設無之結束規定，則忽受意外之僱告，必有受其損失，且或使已分派之權利，長久浮宕，不能確定，殊欠安全，此所以有股東責任消滅期間之規定也。(第六十九條)

債權人未於第六十二條所定之期間內呈報債權者，當除却於清算程序以外，僅能對於公司餘存財產行使其權利，或向股東追償，已如前述，然若股東之對外責任已消滅，而公司之餘存財產尚未分配時，可否仍得就未分配之餘存財產行使權利？解釋上不無疑問。依愚所信，應採積極說，蓋本條僅定股東責任之消滅期間，而於消清償債務後所未分配之錄存財產，自仍得就其取償也。

對於本章之規定，尚有一言者，即於清算人之權責與關於執行業務之股東比較，尚覺不備，例如報酌請求權，(參照第二十二條)代墊費用求償權，(參照第二十四條)對於公司之賠償責任，(參照第二十六條第二十七條)對於第三人之賠償責任(參照三十三條)在理論上應有相同或準用之規定，公司法未設明文，殊嫌疏漏。

第三章 兩合公司

第一節 兩合公司之意義

兩合公司者，以有限責任股東與無限責任股東組織之公司也。此種公司，其中除一部分之股東負有連帶責任外，其餘股東無對於公司債權者之責任，是其特質。第七十條）

股東有對於公司及對於公司債權者之兩方面專就對於公司債權者而言，可分別爲兩大類：其一，除向公司繳足股本外，更無了債之責任，是爲無責任之股東，其二，除向公司繳足股本外，更有了債之責任，是爲有責任之股東，而有責任者，又可細分爲二種：一則對於公司債權者之責任，定有限額，一則對於公司債權者之責任，全無限額。第一類之全無責任者，如股份有限公司之股東與兩合公司之無責任股東是，第二類之第一種，其責任有限制者，如英國法上之限制保證責任股東是，第二類之第二種，其責任爲無限者，如無限公司之股東是，此於理論上區別股東對於公司債權者責任之性質，極爲明瞭，故有限責任，惟可指第二類中之制限保證責任而言，若指第一類之不負責任，始爲有限責任，言之未免失當，蓋有限無限之字面，惟對於公司之債權者之直接責任，始可言之，若對於公司之債權者，全不負責，則無所謂責任之有限，只可謂爲無責任。若

然，吾公司法第七十條第一項本文乃蹈襲日商法第一〇四條之用語，雖有第二項規定，在解釋上不生問題，而在體例言，實不足表明兩合公司之特質。依愚所信，應爲下列之修正；『兩合公司之股東，至少應有若干人負無限責任，其餘股東除對於公司繳足資本外，不負對於公司債權者之責任。』

兩合公司之制度，亦有二種：其一，爲歐洲大陸各國所通行之制。其二，爲日本明治二十六年以前舊商法特創之制。第一種之兩合公司與別種公司特異之處，一則股東之責任有區別，二則股東之辦事權有區別，簡言之，卽對外負責任之股東得以主持業務，對外不負責任之股東則不能參與，前者爲其原因，而後者爲其結果。第二種之兩合公司，則以股東之責任雖有區別，而主持業務之權初無二致，只問其資格是否股東，不問其責任是否無限，否則一部分之股東僅得出資分利，而不能握權任事，但立於客位而不得爲商業主體，幾與隱名公夥之匿名人無異，而兩合公司亦將等於隱名公夥矣。

今欲認兩種股東一律有辦事權，則可以獎勵出資，且僅以有限責任股東構成公司，亦頗合於以公司爲法人之主義，惟不妨以定章特定一部分股東負無限責任耳。第二種之兩合公司，爲日本舊商法起草員德國學者羅愛斯拉氏所特創之制，細按此制之精神，實欲

以股東之無限責任爲例外，而以股東之有限責任爲原則。但以股東之無限責任爲例外，僅許公司以定章特定無限責任之股東。而不明定於法律，則實際上人多趨便利，而願減輕其責任，法律雖許有此例外，亦未必能實行，况章程例許自由變更，勢必隨變更其責任，第三者致爲所惑，充其流弊所至，將無底止。又既許股東一律有業務執行權，在心理上決非無限責任股東之所願，則無限責任股東可以隨時退股，尤足數第三人之疑慮，或因此動搖公司之基礎。因是自本新商法採用歐洲大陸各國通行之制，認兩合公司必置無限責任之股東，而執行業務之權亦以之屬於無限責任股東，不可謂非立法上一大進步。吾公司法採日新商法主義，其理由可恍然矣。

由上所述以觀，則兩合公司，不問採取何種制度，均有若干主從之意味，固屬無可否認。（即第一種之兩合公司，以無限責任股東爲主，第二種之兩合公司，以有限責任股東爲主。）不過現行法制之兩合公司，雖除欲有限責任股東之業務執行權及代表權，然於公司章程之訂立與修改，股東之除名與加入，一切根本大計，仍得有權參預，非若隱名合夥人但許分配損益及檢查權之行使，而對於組合之營業全無表決權者所可同論也。

兩合公司必置無限責任之股東，如前所述，關於無限責任股東部分，自可準用無限公司之規定，故在本章內所規定者，多為對於所謂有限責任股東之特別規定耳。（第七十一條）

惟所謂準用，非僅指關於無限責任股東部分與有限責任股東無涉而言，乃除本章有特別規定外，亦在準用之列，例如準用第二十一條第二十八條第四十六條第三款所謂全體股東，應解為仍包含所謂有限責任股東在內。

（註）第二十九條與第四十二條之全體股東，是否包含有限責任股東在內？抑僅指無限責任股東全體而言，在法條上殊欠明瞭，係於後述之。

第二節 兩合公司之設立

兩合公司之設立程序與無限公司相同，即訂立章程與登記是也。訂立章程，除記載第十三條所列各款事項外，並應記載各股東之責任為無限或有限，以示區別。此章程訂立後，應於十五日內向主管官署聲請登記，在日商法第一〇七條吾舊公司條例第八十三條定有明文，本法不設明文，按之第七十一條準用第十四條之規定，亦可達到同一之結論，蓋第十四條第一款乃指章程中必要記載事項而言，而兩合公司之章程必須證明各股東之責

任爲無限或有限，係屬必要的記載事項，自亦須一律登記也。（第七十二條）

立法例有於登記事項之公告；則僅以揭示有限責任股東之人數爲已足，對於其姓名住所及各人所出資本額，概不揭示，與對於無限責任股東之辦法不同者，（參照德商法第一六二條）其理由以法律對於官吏律師及退役軍人等等，例禁其經營商業，惟許附股於股份有限公司，若必以有限責任股東之姓名職業住所等等，一律公告，則如官吏律師人等雖欲投資爲營利事業，亦將有所顧忌，因之縮手，此非所以擴充出資之途。且有限責任股東，僅對於公司負繳足資本之義務，對於公司之債權者，並無責任，在第三者與有限責任股東之身家，本無何等之交涉，雖不將其姓名住址公告，亦不致損及第三者之利益。吾舊公司律調查案即採此種法例而加以變通，於有限責任股東，除人員總數及出資總數以外，不必公告其姓名住址，蓋如純粹上述立法例，於有限責任股東之人數以外，概不公告，則併公司之資本總額幾何，第三者亦將不得而知，殊非保護交易安全之道也。現行公司法第七十二條雖未明定有限責任股東之出資總數，然既曰：除記載第十三所列各款事項外，則與無限責任股東一律辦理，可想而知。（參照公司登記規則第四十四條）所以將有限責任股東之姓名住址及出資額一併揭示於公衆者，不外使第三者洞悉

公司之內容，同時亦確定有限責任股東公司之地位也。

第三節 兩合公司之內部關係

第一款 出資之種類

兩合公司之有限責任股東出資額，亦爲必須登記事項。如前所述，惟其出資之種類，則有限制，即不得以信用或勞務爲出資之標的，此爲強制規定，縱章程中有反對之條款，亦所不許。（第七十二條）

世運進步，商業日繁，因之商業資本之種類，亦日以擴充，就大體言之，可區別爲財產上之出資與財產以外之出資二種。財產以外之出資，一爲勞務，一爲信用，在無限責任之股東，又以勞務與信用爲出資之標的，不待多言。在有限責任股東，是否須限制其出資之種類？不無研究之餘地。解釋德國商法者，皆區別爲對內關係與對外關係而言，所謂有限責任股東以出資額爲限度而負擔責任者，僅於對外關係爲然，其於對內關係，無論爲何種出資，均無不可。然從兩合公司之性質及其沿革上觀之，此種解釋，殊不精確，况有限責任股東，既不得執行業務及爲公司代表，自不必置重於其人之勞務信用，故在吾公司法之解釋上，勞務信用，自在屏除之列，無款問也。

第二款 經理人之選任及解任

兩合公司之有限責任股東無執行業務之權，爲一般立法例所公認（參照第七十七條），而經理人之選任及解任，亦屬於業務執行之範圍，應解無限責任股東取決，自不待言，公司法第七十四條實爲一種避疑規定，縱不規定，按之第七十九條第七十二條第二十條，在解釋上亦當然妙是者也。（第七十四條）

第三款 股東之檢查權

有限責任股東，對於公司業務，既無參與執行之權，設於業務之成績及財產之狀況，概無過問之權，則對於公司有義務而無權利，殊非有限責任股東之所願，且於任事之無限責任股東，亦不免有專橫無忌之嫌，故法律上許有限責任股東於每營業年度終，得檢查公司之業務及財產之情形，其行使檢查權，應向執行業務之股東爲之，亦不待言。公司法第七十五條，亦僅於行使檢查權之時期，與第二十二條規定有別，然公司定有檢查辦法，往往於章程中記載之，故雖無規定，按之第七十一條準用第二十二條之結果，亦無若何問題。（第七十五條）

第四款 股份之轉讓

有限責任股東以其股份轉讓與他人時，應得無限責任股東全體四分之三以上之同意，爲吾公司所規定。若不備此要件而爲讓與時，對於公司，自不發生效力。(第七十六條)

對於本條之疑問有種種，其一，無限責任股東，以人之信用爲重，故有脫卸轉變，新舊替代之時，必住其他各股東之全體一致，此以人的結合當然之結果。若有限責任股東，其加入於公司，僅限於財產，且並不參與業務，是即新舊替代，轉變脫讓，似可任其自由，而不必待他股東之承允。其二，兩合公司之無限責任股東，並無人數之限制，設若無限責任股東之人數，僅有二人或三人，不能構成四分之三以上人數之同意時，在解釋上不免發生困難，舊公司條例第八十九條規定，係以無限責任股東全體之允許爲要件，驟觀之，固較本法爲嚴，但若無限責任股東人數不足四人時，尙不發生適用上困難。其三，有限責任股東違反本條之規定而讓與其股份者，是否其讓與行爲根本不認爲成立？抑僅不得對抗公司？與本法第二十九條生同樣之疑義。凡此諸端，均不失爲公司法之修正問題也。

至於兩合公司之無限責任股東轉讓股份，則依第七十一條準用第二十九條，必得他股東全體一致同意，此不論有限及無限責任之股東均包含於其中，不僅得無限責任之

股東全體承允而止。蓋有限責任股東之投資加入，係信任無限責任股東之故，若可不得其同意，則殊失當初結合之初衷也。

第五款 競業之禁止

對於有限責任股東，吾公司法不禁止其競爭營業，蓋有限責任股東既不執行公司業務，其於本公司之關係，較為淺薄，故無慮其知悉公司內部之情形，專為自己之利益也。且兩合公司之制，本為營業者廣集財產資本而設，若必禁有限責任股不許為與本公司相同之營業，則人多裹足不前，殊失採取此種公司之立法本旨，故無限公司各股東以負禁止同業競爭之義務，不適用於有限責任股東。（第七十七條）

法律設此規定，不過為謀有限責任股東之便益，苟公司以定章嚴定禁約，雖有限責任股東亦不得為同業競爭，此固可任其自由，而為法所不禁者也。

第四節 兩合公司之外交關係

第一款 股東之責任

兩合公司之無限責任股東對外之責任，與無限公司之股東回，此外之股東，僅於出資限度內對於公司負其責任，對於公司之債權者不負責任，此為兩合公司之特質，前已述之

。惟有限責任股東如有令人信其爲無限責任股東之行爲者，對於善意第三人，仍負無限責任股東之責任，此與非股東而有使人誤信爲股東時，常與股東同負責任者，蓋出於同一之理由也。舉例言之，如有限責任股東本無執行業務及代表公司之權，然若以章程行其執務或代表，亦爲法所不禁，設使該股東處於此等地位，即難免對外責任。（第七十八條）

由誤信之第三者方面言，誤有限責任爲無限責任，較之誤信非股東爲股東尤易，一則資格各異，一則責任有殊，在前之情形，第三者不難察知，在後之情形，第三者極易混淆。惟善意惡意之分，不能僅以登記與否爲斷，蓋第三十七條與本條同爲保護第三人之特別規定也。

第三款 公司之代表

兩合公司之有限責任股東，既無執行業務之權，亦無代表公司之權，此爲一貫之理由，舊公司條例於第九十一條既規定有限責任股東不得代表公司，而於第九十一條復規定，除章程或全體股東之同意特定代表外，凡無限責任股東均得各自代表公司（參照本法第三十條）實嫌重複。所應注意者，即關於業務執行權與代表權應解爲非強制規定，不妨

以章程左右之，蓋所謂有限責任股東無執務權及代表權者，乃指不得以股東之資格當然有此權利耳，假若有限責任股東被選爲經理人，本爲法所不禁（即無限公司之經理人亦不限於股東）而商業經理人亦有執務權與代表權，足見有限責任股東亦非絕對不能執行業務與代表公司也（第七十九條）

兩合公司之無限責任股東當然有代表權，不待煩言，惟依第七十一條準用第三十條，得以章程或全體股東之同意特定公司之代表，此所謂全體股東，應解爲不包括有限責任股東在內，固其原則上既無代表公司之權，則關無限責任全體股東會議時，自不必令其參預也。

第五節 兩合公司股東之退股

無限責任股東之退股原因，依第四十一條之規定，計有五種，就中如第一款及第三款，於有限責任股東亦得準用，其餘之事由，如死亡，受禁治產之宣告，除名，在本章內均設有特別規定。

有限責任股東不因受禁治產之宣告而退股，其死亡時，其股份解屬於其繼承人。所以規定與無限責任股東不同者，不外謂有限責任股東既不執行業務，又不代表公司，於

第三者之權利義務，實無何等之關係也。其在例外情形，縱許其執行業務或代表公司，然若受禁治產之宣告，或死亡，亦不能執行業務或代表公司，其在財產上之地位，毫不爲之變動，則於受禁治產宣告時，使由法定代理人行使檢查權，分配損益於死亡時，使其繼承人承受股份，亦無流弊，且較合於習慣也。（第八十七條）

繼承人有數人時，依民法第一千一百五十一條，股份屬於共有。惟不設與本法第一百十三條相當之規定，不免生煩雜之虞。

有限責任股東遇有不得已之事故，不論公司定有存續期間與否，得徑全體無限責任股東四分之二以上之同意退股，若無限責任股東人數不足，無可構成四分之三之意思時，或其理由而拒絕同意時，自得聲請法院准其退股。至是出有不得已之事由，法院有認定之權。（第八十一條）

雖然，在兩合公司之無限責任股東退股，遇有不得已事由時，依第七十一條準用第四十條第二項之結果，該股東得隨時退股，毋須其他股東之同意，而於有限責任股東之退股，及加重其要件者，蓋以無限責任股東之對外責任重，故不宜束縛過甚，而有限責任股東對外本不負責，故不許其輕易脫退，亦無大礙，惟本條爲吾公司法之創例，在德

日諸國商法上均無此規定也。

本條僅爲對於第四十條第二項之例外規定事抑爲對於註條全體之例外規定事頗有疑問，從立法之本旨觀之，應從後說，蓋第四十條第一項係認退股爲任意行爲，而本條則以無限責任股東四分之三以上之同意或經法院許可爲要件，足見非有不得已事由，不得退股。

對於有限責任股東之除名，在日本商法與吾舊公司條例均不另設規定，以之準用關於無限責任股東退股之法條，本法則以第四十二條第二款第四款，於有限責任股東不受影響，又以爲除名時，不以其他有限責任股東參預爲便利，故特設專條。（第八十二條）

反之，無限責任股東之除名，是否須有限責任股東參預？不無疑問，但除名關係，甚爲重要，似應解爲第四十二條之股東全體，仍包括有限責任股東在內，況如無限責任股東僅有二人時，不得以他股東一人之意思將另一股東除名，如不加入有限責任股東在內，事實上更多窒礙。（參照田中耕太郎等著中國會社法第一五八頁）惟如此解釋，與本條之立法亦有多少矛盾，從本條之立法旨趣觀之，認有限責任股東與公司之關係較爲淺

薄，今謂對於有限責任股東之除名，不使其干預，而對於無限責任股東之除名，反使參預決議，殊不異澈，由此以觀，仍以日商法及吾舊公司條例之不另設明文，使其準用無限公司股東退股之規定，即不問何種股東之除名，均須得公司其他全體股東之同意爲妥當也。

第六節 兩合公司之解散

兩合公司之解散事由，與無限公司同，惟此種公司之特質，必須有有限責任與無限責任兩種股東之存在，如有一種股東全體退股時，兩合公司即失其要素，不可不解散。然一公司之解散，影響於社會至鉅，雖無限責任股東全部退股時，法律上不認僅由有限責任股東組織之公司，遇此情形，實無他法，若有限責任股東全體退股時，尙餘無限責任股東，苟得其一致，不妨更變組織，改爲無限公司。（第八十三條）

兩合公司與無外公司，其組織最相類似，德國商法許其互相變更，日商法自改正後亦然，如以無限股東全體之同意，加入有限責任股東，即可由無限公司改爲兩合公司，又如因無限責任股東全體之同意，使有限責任股東退出時，亦得由兩合公司改爲無限公司，吾公司法第八十三條之立法，仍與日本改正前之商法相同，（參照日商第一一八條

第一項)僅許兩合公司變爲無限公司，且變更之場合，僅以兩合公司中之有限責任股東全體退股時見之，殊嫌陝隘。

就實際言，法律上縱絕對禁止變更組織，仍可達變更之目的，例如將原公司解散，另組織異種類之公司，並無不可，不過手續較繁而已。

兩合公司改爲無限公司時，應於十五日內向主管官署聲請爲兩合公司解散之登記，並爲無限公司設立之登記，(第八十四條)

此種解散與設立之登記，乃就其形式而言，論其實際，實未嘗解散，未嘗設立，不過組織變更(即章程變更之一種)而已。若然，變更組織，止須爲變更登記，不必爲解散之登記。蓋變更組織，僅爲內部關係，與公司之債權無關，而變更之作用，即在免除解散後之清算，故公司律調查案第一百零九條止規定分別呈報註冊，而在公司登記規則中，亦似僅爲變更之登記，即可(規則第四十一條)獨於此場合，又爲分別解散與設立之登記，殊欠一貫。惟無論如何，此種登記，僅有形式之意義，此與公司合併後分別爲解散或設立之登記情形相同也。

兩合公司之清算程序，準用無限公司清算之規定，惟將有限責任，股東除外，易言

之，即有限責任股東不能有清算權。關於清算人之選任及解任，統由無限責任股東過半數之決議行之。（第八十五條第八十六條）

按日商法對於此點未設規定，其國判例亦認有限責任股東無清算權，（大審院判錄第一三輯第四一五頁）而學說則反對之，蓋無限責任股東之執務權與代表權已因公司解散而消滅，嗣後兩者即居於同等之地位，均可加入為清算人選任成解任之決議，即在不選任清算人時，亦得為法定清算人，吾公司法仍採日大審院判例之見解，蓋以清算人之權限職責，與執行業務代表公司大體相同故也。惟有限責任股東雖不能參預決議，其有被選為清算人之資格，則不待言，又第五十五條之規定，於兩合公司之清算，亦有適用。

第四章 股份有限公司

第一節 股份有限公司之意義

股份有限公司者，以七人以上股東出資所構成之資本分為若干股，各股東除對於公司負出資義務外，不負對外責任者也。故股份有限公司具有下列特質：

一 資本總額之確定。 股份有限公司為純然之資本團體，此項資本，為公司債權者

之唯一担保，故在成立之先，應確定資本總額，由發起人認足或募集，而認股人且須繳足二分之一以後，始有成立公司之可能也。

二 資本須分爲股份。 股份有限公司之資本，應分析爲若干股數，每股有一定之金額（吾公司法規定之原則，不得少於二十圓，但一次繳足者，得以十圓爲一股。）股東之出資大者，不妨倍其股類，而出資少者，亦可集資認股，惟股份之金額，則須均一，與無限公司之資本出於雜湊者不同。

三 股東人數之限制。 股份有限公司之股東，至少須爲七人，若無七人爲發起人時，卽不能設立此種公司，公司成立以後，若股東人數不滿七人時，爲公司解散之原因。

四 股東不負對於公司債權人之責任。 各股東以其原認或接受之股份銀數爲最高限度，負擔繳清此額之義務，對於公司之債權者，始終無法律上之直接關係。

第二節 股份有限公司之設立

第一款 概說

無限公司兩合公司之設立行爲，以訂立章程之形式而完成，極其簡單，而於股份有限公司，則大異其趣，發起人先訂立章程，對於其所定資本之總數，必認足股份如發起人認足並繳足第一次股款時，公司卽可成立，否則發起人不認足股份時，應招募足額，股份

招過時，應召集創立會待其決議，關於此種順序之經過，法律多設強行規定，使發記人不假此手續，此種主義，不獨吾公司法爲然，徵之各國商法，皆有如是之規定也。

股份有限公司，法律所以取嚴格之手續，而使其複雜者，無他，蓋附隨於股份有限公司組織所發生之弊害，概在胚胎於設立時期，故不可不防止之其主旨之所在，不外使發起人與將來成立之公司，免利害衝突而已。發起人若急謀私利，有害公司之利益，則公司之基礎，自始薄弱，其貽害於社會經濟無窮，且世人參與公司事業者，研究其事業之前途者實少，雖亦較資，而於公司創立之際，概皆信賴其發起人以其人之如何，決其去就，此固實例所明示者也。若在此時期，發起人即不顧全其信用，則是詐欺世人，此創立詐欺之預防手段，即股份有限公司設立時法律規定之本旨也。

第二款 公司之發起

股份有限公司，應有七人以上之發起人，發起人者，企圖設立股份有限公司之人，其目的在依一定之計劃，取得公司人格之效果，而章程之訂立，爲公司設立之第一手續，以此爲發起人之職務，因當然之事也。（第八十七條）

在無限公司與兩合公司之成立，法律上並未規定其人數，惟公司既爲團體，當然不

能不有二人以上之股東，而股份有限公司，則不能僅由少數人組織，故須有發起人數最低額之限制，此爲多數國家商法上之通例也。（德商法定五人以上，英商法日商法均定七人以上。）所以設此限制者，蓋股份有限公司規模較廣，資本設大，若人數過少，則所認之股份，必不能多，且此種公司，不止互相親信者之法令，須徧向公眾歡誘興業，而以其名招集股本，不得不於其事業使負共同責任，以博公眾之信仰，若由二三人主持計劃，或多失之疏漏輕忽，且若遇奸詐之徒，易生藉招股而爲撞騙之弊故必定人數之最低限制。所以必須七人以上者，則以此種公司本有兩種成立方法，若股本全由發起人担認，不另招股而成立，則公司各種機關，如董事監察人以及股東會之額定最少人數，不能不勉強企及，此所以定爲必須七人以上也。

法人亦可爲發起人，此時關於發起時應辦之事項，以其代表人對外任之，惟無限公司爲發起人時，應注意本法第十一條之規定。

發起人必須自認股份，若不立此限制，則發起人不惜徒藉聲勢，以爲提倡號召，視招股如募捐，對於事之成敗，全不負責，當然不足以堅社會之信仰，即欲投資興辦事業者，亦將裹足不前矣。

第三款 章程之訂立

設立股份有限公司，應先由發起人訂立章程，章程中記載關於公司組織之根本的準則，故發起人不可不署名蓋章，其詳可參照無限公司之說明。章程既爲公司之基本準則，則法律卽有規定記載事項之必要，此事項大別之爲二：一爲絕對的必要事項，二爲相對的必要事項是也。

一 絕對事項。(第八十八條)

- (一) 公司之名稱。
- (二) 所營之事業。
- (三) 股份之總額及每股金額。
- (四) 本店支店及其所在地。
- (五) 公司爲公告之方法。
- (六) 董事或監察人當選之資格。
- (七) 發起人之姓名住所。

以上所述之事項，第一，第二，第四，第七諸款，與無限公司章程記載事項相同，

毋庸多述。(參照第十三條第一款至第四款)關於第三款列爲必要事項者，卽前述股份有限公司資本確定之原則，如公司資本定額百萬圓，分爲一萬股，每股百圓是也。按日商法第一百二十條第三款標明「資本總額」，本法稱爲股份總額，雖解釋上可達到同一之結論，然從第一百四十七條第一百七十條之用語考之，在章程中應記資本總額，實較爲明瞭。關於第五款公告之辦法，並未指定用如何之方法，按德國商法於股份有限公司，規定爲公告者，必須登載於官報或官報以外之新聞紙，由公司於定章中指定之，否則任諸發起人自由訂立，殊有流弊。(參照日商法改正要綱第七四)關於第六款之規定，實爲最新之法之傾向，徵之日商法及吾舊公司條例，均定明董事之股數，易言之，須定明有若干股以上之股東，始有被選爲董事之資格。此種辦法，未免有背民權主義之精神，且有埋沒人才之弊，現行公司法不但不以股份爲當選之標準，並有施行法第二十一條之限制，所以防止大股東出於操縱獨占之一途也。至本法第一百三十九條雖與日商法第一百六十八條相同，然旨趣則異，蓋該條僅係定股東當選後之責任，易言之，卽章程中如果定明有股份數額限制時，始有適用，惟在立法論，究不無遺憾耳。

此外，在公司律調查條理第一百十一條規定發起人所認之股數，亦爲章程中必要記

載事項之一，蓋以發起人以認之股份多少，一則可示其資力之厚薄，二則可示其與公司關係之淺深，以保證其對於此事注意之程度，此於添招外股時，尤爲重要，關於此點，在立法上似有斟酌之餘地。又以上之必要事項，如第四款至第六款，在日商法及吾舊公司條例均有容許日後補足之規定，（日商第一二二條公司條例第九八條第二項）例如本店已在上海，支店地址尙未確定，又如董事監察人當選之資格，公告之方法，事關重要，須待創立會或股東會議決者，概該日後補足，吾公司法廢除此規定，在解釋上不免發生疑問。

（註）學者有謂，雖未規定，亦可採用一解釋者。（詳見王效文著公司法論下冊第一六頁）。

二 相對事項。（第八十九條）

（一）解散之事由。

（二）股票超過票面金額之發行。

（三）發起人所謂受之特別利益。

右列事項，規定與否，固屬發起人之自由，然欲使其發生效力，則須載明於章程以杜爭議。

關於第一款之規定，與無限公司同，（參照第十四條第二款）毋待說明。關於第二款所謂股票超過票面金額之發行者，即認股人負擔超過票面銀數之出資義務是也。公司應收認股人所繳之股份銀數，從公司一方面言，是為發行價額，從認股人一面言，是為引受價額，此發行或引受之價額，通例常與股份票面額相等，然有時亦得由公司增價發行，例如每百圓之股份，須實收百零五圓是也。當公司決定發行超過票面金額之股票時，亦有兩種方法：或確定發行之劃一價額，使認股人必須每股一定繳足銀若干。或僅定發行之最低額，使認股者必須至少繳足銀若干。用前法，則認繳價額自始已有一定；用後法，則認繳價額須至報名認股之際，始得知其實價，不能豫定，且亦不能一律。此兩種方法，實與各種商品之定價發售情形相似，即每股之票面定額，猶商品之的實成本，而每股增收之溢價，猶商品售得之盈餘也。或謂股份得由票面額以上發行，在東西各國固久已通行而吾國情形，適與相反，欲以票面額以上之價額招人入股，恐難辦到，法律設此規定，殊無必要。不知額面以上之發行，有視全國市面金融之大勢，及該公司將來事業將來之情況，而易於達其目的者，此在公司固甚有益，而於認股人亦並無所損，蓋公司以所得超過之金額，歸入公積項下，使公司根本堅實，信用增廣，亦自為各認股人之

間接利益，且創辦時既得此餘額以作公積，則日後法定公積易於足額，分派盈餘之機會較多，但使將來有利可圖，不惜目前以高價取得，此與還買別種產業相同，是使認股人增額引受，亦非不可行之事也。至於票面金額以下之發行，於公司之基礎有礙，法律不承認其有效，不待煩言。（參照第九十六條）關於第三款所謂特別利益者，定爲關於盈利之分派時，或比之各股東得以儘先，或比之各股東得以優厚。其餘如添招新股時儘先認取之利益，解散時剩餘財產優先分派之利益，均爲特別之利益。其不屬於財產範圍者，如股東總會議決權，與公司辦事權。雖發起人亦無特別優異之處。可受特別利益之人，有僅限於發起人者，有不限於發起人者，各國立法殊不一致，吾公司法除於優先股另有規定外，（參照第一八八條第一九〇條）其他利益，（如酬勞金）應解爲以發起人爲限，蓋爲其盡力於創辦之一種酬勞也。惟特別利益，亦不必爲全體發起人所享受，於章程內訂明應由何人享受時，應存記其姓名以示識別。

（註）特別利益享受之權，是否有移轉性？在理論上不無疑問，司法院之解釋核積極說。

（詳見二十年院字第四五一號二十一年院字第八二一號）

此外，在日商法及吾舊公司條例，尙有金錢以外之出資，設立費用及發起人得受報

酬之數額，亦須載明於章程，始生效力。（日商第一二二條公司條例第九十九條）反之，在本法未設規定，然於第九十一條第九十二條既有主管官署檢查之規定，而於第九十四條又定爲認股書應記載之事項，又第一百〇三條第一百〇四條定爲須經檢查報告於創立會，則此等事項均應於章程中載明可知，立法體例，先後殊欠一貫也。

除右之相對事項外，其他散見於各條之中，可載於章程者，亦復不少，如股款遲延繳納之違約金，（第一二二條）股東會之決議方法，（第一二八條）董事執行業務及經理人選任之決議方法，（第一四四條）董事及監察人應得報酬之數，（第一四〇條第一五二條）開業前利息之分派（第一七三條）特定代表公司之董事，（第一四五條）特定公司之清算人（第二〇五條）均屬之。

第四款 股本之集成

股份有限公司爲純然之資本團體，故有資本確定之原則，對於資本之總額，必須成立與此相等之確定的債務，此債務因認股而發生，其認股者固不同其爲何如人也。有發起人認定股份者，稱之爲發起設立，有發起人不認足股份，更招募其未認之股者，稱之爲招募設立，兩者固有其區別，故適用之法規亦異。

第一 發起設立。

發起人認足股份總數時，應即按股繳足第一次股款，並選任董事及監察人。（第九十條第一項）

公司之資本定額並不過鉅，或發起之人數極多時，其股份全由發起人認足，亦非難事，且不必向人募股，較為簡便，至第一次繳足之股款，不得少於票面金額二分之一。（參照第九十六條第二項之說明）公司成立後，發起人之資格當然消滅，必須舉定董事監察人等常設之機關，以使辦事。在德國商法，董事及監察員不必定出於股東，吾公司法則採日本法例，以股東為限，夫以股東共同所出之資本，交付之於利害無干之人，使其董理業務，固不相宜，然監督董事之機關，似有專門會計智識之必要。關於此點，在立法論，尚有斟酌之餘地。

董事及監察人之選任方法，以發起人表決權之過半數定之。（第九十條第二項）所謂表決權，乃每股有一表決權，一股東而有十一股以上者，應以章程限制之。（參照第一二九條）

董事於就任後，應即呈請主管官署選派檢察員查驗等，以股款已否繳足。其以金錢

外之財產出資者；其姓名，財產之種類，價格，與公司核給之股數，又應歸公司負擔之設立費用，及發起人得受報酬之數額，主管官署亦有檢查權，以檢查其是否確實。（第九十一條）

本條爲設立經過之調查，即檢查發起人關於公司之設立，已履行法定手續與否，以及發起人所爲之行爲是否正當之意也。其主旨之所在，不外防止發起人之作偽欺世以及冒濫開支，以期保護公司與將來爲股東者之利益耳。

此所謂發起人得受報酬數額，是否爲特別利益之一種？殊有疑問。（參照第八十九條）徵之次條之文義，則報耐似不包括於特別利益以內，然從理論言，殊無區別之必要。次條係明文受檢查之效果，主管官署既得核減特別利益之數額，則亦應受檢查員之查驗可知，而第九十一條刪去此點，更屬無謂。在立法體例言，仍以舊公司條例規定爲當。（參照條例第一〇二條第一〇三條）

檢查員之責任，僅在查驗，查驗以後，應將其結果報告於主管官署。由主管官署審核，如認發起人所得受之特別利益，報酬，費用等等，有冒濫情弊，得裁減之。其抵作股款之財產，如認爲估價過高者，得減少所給股數或責令補足。（第九十二條）

對於本條有一疑問，即核減股數之結果，能否免除現物出資之義務，改以金錢出資？例如認股人以所有之不動產抵作股款，估價五千元，作為五股，（每股千圓）若認所估之價過高，將其股數減為四股，或責令其補足一千圓。然若認股人不願減少股數或出資補足，則將所抵作股款之不動產收回，而將所認之五股，改以金錢出資，似無不可。（參照日商法第一二四條吾舊公司條例第一〇二條）公司法雖未設此規定，解釋上以認其有選擇權為當。

又按日商法以檢查權屬諸法院，法院為裁減或其他處分，以裁判之形式為之，如有不服，得對之提起抗告。吾公司法以檢查權屬諸行政機關，若當事人對於其處分認為有不當者，除依訴願程序救濟外，別無他法。

第二 招募設立。

發起人不認足股份者，應募足股份總數，是謂招募設立。（第九十三條）

股份有限公司以資本為重，額定之股必須認足，而後資本不缺，發起人為公司之原動，不可不先自認股，以為提倡。各國法例有限制發起人之認股必須滿幾分之幾者，有不設限制者，吾公司法則讓諸施行法中，即發起人所認股份不得少於股本總額二十分之

一，其股本總額在百萬圓以下者，不得少於十分之一。（參照施行法第二十六條）

招股應具招股章程，並應備具營業計劃書，由發起人記明姓名經歷及認股數目，連同招股章程，由全體發起人具名呈由主管官署備案後，方得開始招股。前項招股章程應載明募股期限。（參照施行法第二十二條）

茲依公司法規定募集設立之程序，簡述如左：

甲 認股

認股之聲明，係信用發起人，而自願加入公司之意思表示，此不可不有一定之程式，以防日後之爭議。立法者於此有兩種規定之方法：一則命發起人僅揭定章中重要事項於通告，以之發送或廣告，使人知公司之根本計劃，有願入股者，可自向籌備處查閱章程，各將股數及姓名記入認股草簿，或以書函陳達，是為簡章，荷比等國及日本舊商法行之。其又一方法，則發起人必備認股證書空白紙，依照法律所規定刊入定章，使人知公司之根本計劃及認股人所應擔負之義務，有願入股者，必須索取此種認股證書空白紙，按式填寫所認股數金額及其住所，並簽章蓋章，是為證書認股主義，德國及日新商法用之。此兩者各有長短一則簡便而失之疏放，一則鄭重而失之繁累，未能輕下斷語，

吾公司法則採第二種主義，蓋爲保護認股人起見，且使辦法一律，俾於權義關係更呈明確也。

認股既爲嚴格的要式行爲，故法律規定應記載於認股書之事項如左，（第九十四條第一項）

- （1）訂立章程之年月日。
 - （2）第八十八條第八十九條及第九十一條所列各款事項。
 - （3）各發起人所認之股數。
 - （4）第一次繳納之股款。
 - （5）股份總數募集之期限，及逾期未募足時，得由認股人撤銷所認股份之聲明
- 認股書中之（1）（2）（3）（4）等款，均與舊公司條例相同。惟加入第五款，實堪注目，此規定乃採自日商法第一二六條惟稍異其趣，依日商法係迄一定時期，公司成立時，得由認股人撤銷改正要綱改爲於創立會不完結時本法除於第一百〇八條規定認股人之撤銷權外，復於本條規定逾期未募足時之撤銷權，其保護認股人個屬周至，但募集股份是否終了，外部不易明瞭，以之爲標準殊不適當，且公司之進行，有所阻礙，蓋招募股

份，本非事易，因經濟狀況之推移，於一定時期內不能募足，往往有之，若遽予認股人撤銷權，不免有功敗垂成之嘆也。（註）

（註）股份募集之期限過長，亦有流弊，民國十九年三月頒行有限公司招股暫行辦法第三條載：發行人於招股章程內載明招股期限，呈經主管官署查檢後，定其適宜期限，發行人若於此期限內不能募足股份總額時，一切手續歸於無效，惟有特別情形，發行人得請求延長期限。現行公司法及施行無此規定，因而施行法第二十三條第二項之募股期限，是否為不變期限？殊有疑問。依愚所信，本條第五款乃認股人得行使撤銷權，並非逾期未募足者認股無效，若然，則於公司之進行，不無妨礙也。

以超過票面金額發行股票者，認股人應於認股書註明認變之金額。（第九十四條第二項）

額面以上之金額，所以必使聲明者，蓋當收取第一次股銀時，必使與正額以內之股銀一併繳納，而此所收得之溢價，除去招股酬勞等費外，須以之歸入公積項下，故必有確數，藉以稽核。

關於認股之性質，有採契約說者，有採單獨行為說者，各有理由，惟認股為法律行

爲，則無異論，按之一般法律行爲之原則，意思表示有瑕疵時，自得據以撤銷，然在公司法上，則有特別之限制，俟於後述之。（參照第一一〇條）

認股人非爲確定出資之義務人，蓋發起人對於認股人有分配股數之權，例如所認股數超過股本總額時，發起人可自由定其配當之方法，俟分配確定後，認股人始爲股份取得人而負繳納股款之義務。（第九十五條）

股票得爲超過票面金額之發行，已如前述，惟發行低於票面金額之股票，則爲法所不許。易言人，即認股人繳納股款，須照實際所認之股數繳納，此種規定，不外資本充實之原則，以固公司之基礎。（第九十六條第一項）

認繳之股份 全部一時繳納，亦謂所當然，惟公司資本總款，爲公司事業全部所必要，其成立之當初，未必全行需用，若徒爲貯藏而負擔危險，不免投費於無用之地。就經濟一方面言之，大資本之集合，一時亦或不易，故各國通例分爲數次繳納，至分爲若干次，立法例殊不一致，吾公司法定爲第一次應繳之股款，不得少於票面金額二分之一，至以後應繳之股款，則無限制，不妨以章程定之，或陸續催繳亦可，但章程中若訂明須一次繳清，或每股金額不滿十圓者（參照第一百十一條），則無分期繳納之餘地。（第

九十六條第二項)

股份總數既足，公司資本有着，營業可望成就，因之有收取資金之必要，故發起人有向認股人催取繳款之權與責任。(第九十七條第一項)

法律僅定向認股人催取第一次股款，並無一定期限，然依第一百〇八條之規定，於六個月內不繳足時，其他認股人有撤銷其認股權，可見不得在六個月以外，徵之施行法第八條之立法旨趣，亦以六個月為最長期，甚為顯然。

以超過票面金額發行股票時，其溢額應與第一次股款同時繳納。(第九十七條第二項)

票面以上之溢價，所以必與第一次股款同繳者，益股份之額面以上發行，本所以增加公司之實力，而有益於第三者，惟恐名為額面以上發行，藉博公司之信用，而其實際繳納，亦不過照額二分之一，人易受欺，且非一律交楚，則延欠參差，計算亦多不便，況此票面所溢價額，非為經募之沾潤，而以歸入公司之公債，故公司發行票行金額以上之股份者，所謂第一次繳款，必包括票面以外之溢價在內。

認股人延欠第一次應繳之股款時，發起人應定二個月以上之期限，催告該認股照繳

，並聲明逾期不繳，失其權利。(第九十八條第一項)

認股既定，即應繳納股款，無論公司已否確定成立，均應任其責成，此爲認股人對於公司發起人之義務，亦即發起人對於各認股人之權利。倘認股人於第一次應繳之股銀或併其面額以上之溢價，任意延繳，則有礙公司之成立，而發起人及其他認股人均受損失。此時本可由發起人訴進履行，惟亦不必依此程序，僅可撤去其所認之股，以便另行招募，免礙公司之進行；然即使欲撤去其所認之股，亦不應操之過急，故定有催告辦法，以期認股人從容等繳。

發起人已爲前項之催告，認股人不照繳者，即失其權利，其所認股份，另行募集。前項情形，如有損害，仍得向該認股人請求賠償。(第九十八條第二項第三項)

發起人已立限通知，并予警告，倘認股人依舊延欠，即是無心入股，此不待更有通知或公告之手續，而可確定爲所認之股當然失效，另行招募，所謂失權處分是也。既使其權利，而仍得向之請求損害賠償者，蓋認股人於此場合，無異違約，依民法上之原則，因當事人之一方不履行義務，而行使契約解除權者，若另有損害，自不妨請求賠償。茲有疑問者，即前認股人能否於另行募集時，續行認股？在公司法未設限制，以不能

爲消極之解釋。

乙 創立會

創立總會主爲決議公司之設立與否，會集各認股人而覘其意見之機關也，在英國公司法，不認此制度，蓋發起人各自認定股份後，即可呈請登記，成立公司，所有認不足額之股，可以隨後陸續招募，故無須有招集各認股人決議設立與否之創立總會。在德日法，則有創立會制度，惟其辦法亦有不同，德國於招募設立之公司，如股份總數募足時，由發起人召集總會，選舉監察員及董事，向各認股人收齊第一項股款，卽呈請裁判所登記。裁判所以於實行登記以前，按照入股人名冊召集總會，俾爲設立與否之決議，自召集之總會完竣後，始實行登記。是在德國法上有兩次之總會，程序冗繁，惟由官廳監督其進行，較爲慎重。依日本商法，僅有一次創立會，（惟事實上一次流會後自亦可二次召集且不須官廳之監督。吾舊公司條例係採日商法例，而現行公司法則折衷於二者之間，觀於本法第一百條第三項及施行法第二十四條之規定，極爲明顯者也。

第一次股款繳足後，發起人應於三個月內召集創立會。（第九十九條）

按德日商法於召集創立會之期間，均無規定，吾舊公司條例亦僅規定：第一次股銀

繳齊後，發起人應速召集創立總會。（條例第一一〇條）在本法則定爲第一次股款繳齊後三個月以內召集。驟觀之，似嫌過緩，然就第一一〇八條與公司條例第一百二十條比較觀之，並無此弊，即在發起人收齊股款後有三個月之準備期間，亦甚得當。

創立會在法律上之性質，與股東總會固有不同，然關於會議之形式，則多有類似之點，故有準用股東總會一部分程序之相當規定。（第一百條第一項）

本條定準用之條文，俟於述股東總會時，加以說明，惟第一百三十四條第一項之下列段，（無記者股票部分）似無準用之餘地。在第三項亦有同樣之缺點。（參照第三項說明）同時脫漏第一百三十七條之準用，亦有訾議。

創立會之決議，應有認股人過半數，代表股份總數過半數者之出席，以出席人之表決權之過半數行之。（第一百條第二項）

關於此事各國之法律，有如下之數種：其一。德國商法於創立會決議公司之成立，至少有總人數四分之一及股本總數四分之一以上之多數，於更改定章及擴充公司負擔，則須到場若認股人全體之同意，此外尚有單以人數過半數決議之事項，是於創立會有三種決議之方法也。其二，日本舊商法，於創辦草章之確認，須股份與人數，皆爲總數過

過半數之同意，此不限定出席數，而以總數之過半數爲表決者也。而於議定其他事項，如財產出資之價格，發起人之報酬，則有人數過半及股數過半出席；而以其表決權過半數爲之，此限定出席數，而以權數之過半數爲表決者也。其三，日本新商法則不同創立會所議何事，概以人數及股份之過半數出，而以表決權之過半數行之。吾公司法即採最後之立法例也。

雖然，吾公司法與日新商法亦有不同之點，在日商法係以之爲特別決議要件，（日商第一三一條第二項參照第一六一條第一項第二〇九條）即與變更章程之股東會決議要件相同，而在通常股東總會之決議，尙無須此嚴重。在本法係以之爲通常決議要件，即通常股東總會之決議，亦準用此規定，（參照第一一八條第二項），於特別決議，更加重其要件，（參照第一八六條）如此處置，按之創立會之重要性，不免有失權衡，尤其在第一百〇七條之關係上，不免與第一百八十六條生立法之矛盾。

出席人數不滿前項定額時，得以出席人數表決權之過半數爲假決議，並將假決議通知各認股人，其發有無記名記之股票者，並應將假決議公告，於一個月內再行召集創立會，其決議以出席人表決權之過半數行之。（第一百條第三項）

假決議之方法，乃對於一種會議流會時之救濟也。蓋在行某種決議之場合，既有一定人數與股數之限制，流會事實，在所不免，故得以出席人之過半數爲假決議，以待日後開會時之追認，此在日商法於變更章程之股東會不能滿法定人數及股數時，有此補充規定，（日商第二〇九條第二項）吾公司法即倣此而設者也。惟本條對於公告無記名式股票者一節，係完全因襲日商法，顯未注意本法第一百四十四條第一百二十五條，蓋在創立會完結以前，絕對不能想像有無記名股票之發行也。

創立會應辦之事項，有左列各端：

（1）發起人之報告。（第一百〇一條）

認股人對於公司創辦經過之一切情形，多半不明，必須使之稔悉關於公司之詳細事實，故法律定有發起人應負誠實報告發起經過於創立總會之義務，俾資參考。

（2）選任董事及監察人。（第一百〇二條）

本條與日商法第一百三十三條全然同旨，並參照本法第九十條之說明。

（3）調查事項。

董事及監察員選定後，應就下列事項，從事調查，而以其結果報告於創立會。

(第一百〇三條第一項)

(a) 股份總數已否認足。

(b) 各認股人第一次股款已否繳足。

(c) 第八十九條第三款及第九十一條各款所列事項是否確當。

本條與第九十一條單純設立之場合相應時，惟在單純設立時，發行人若不認足股份，即不能選任辦事人，因而適用第十一條之餘地，而在招募設立時，若股份未募足，或雖募足而第一次股款未繳足時，並非絕對不能召集創立會，不過創立會選出董事監察人有調查之權而已。董事及監察人怠於爲上述之調查，依日商法，應與發起人同負連帶責任，(參照第一〇五條)本法不設此規定，是否類推適用第一百四十八條第二項第一百六十三條？尙有疑問。

董事監察人，如有由發起人中選出者，創立會得另選檢查人，爲前項之調查與報告。
(第一百〇三條第二項)

董事及監察人如係發起人，使其調查報告，恐有褻祖，此時創立會得另選檢查人。另選之檢查人，應不限於認股人，蓋調查第九十一條所列各款事項是否確當，有時須有

相當智識經驗故也。應另行選任，屬於認股人之自由，苟認股人信任發起人，即不另選人檢查，亦所不妨。惟在德國商法則採強制規定，而日商法改正要綱亦認此點與單純設立之場合同，須由官廳派員檢查，均可供立法上之參考。

(4) 決議事項。(修改章程及爲公司不設立之決議，另段述之。)

發起人所得受之特別利益報酬或設立費用，如有冒濫，創立會得裁減之。抵作股銀之財產，如估價過高者，創立會得減少其所給股數，或責令補足。(第一百〇四條)

創立會行使比較，與第九十二條相同，惟如發起人不服其決議，並無救濟方法之規定，似有缺陷。依愚所信，於招募設立之場合，亦不妨官廳派員檢查，以期公正，而免爭執。又創立會爲此種決議時，應有剝奪發起人表決權之必要。(參照日商法改正要綱第八八)

丙 發起人之責任。

未認之股份，及已認而未繳第一次股款者，應由發起人連帶認繳，其已繳而經撤銷者亦同。(第一〇五條)

公司招募不足之股，及催收不足之第一期股款，此必責成發起人認繳，似覺苛刻，然創立總會本應俟股份總數募足及第一次股款繳齊後召集，此為發起人事先應有籌畫，一旦召集總會以後，查悉股數尚未認足或第一次股款尚未繳齊，是其報告事實全然不符，自不得不由發起人任其責，若不然，則已召集之總會作為無效，須俟股數招足及第一次股款繳齊，再行召集，則曠時煩費，諸多不便，故有一變通之法，使發起人負連帶認繳之責，俾股款有着，得以早日觀成。

前二條情形，公司受有損害者，得向發起人請求賠償。（第一百〇六條）

股數及股款之缺短，與財產價值之浮開，開辦費及酬勞之濫支，既由發起人包認賠償，或如數核減，而公司受有損害者，仍得向發起人請求賠償。所謂受有損害，例如出資之財產隱伏瑕疵，以致有礙業務，包認餘股有所稽延，以致別增債息等是，此為保護公司之規定，所以防制發起人之懈怠也。此外，在公司不或立之場合，尚有施行法第二十五條之規定。

丁 章程之修改與公司不設立之決議。

創立會得修改章程或為公司不設之立決議。（第一百〇七條）

公司定章，爲公司內部之憲法，各股東所應一律遵守，此項定章，自發起人訂定而後，既利發宣布，載入認股證書，各認股人於此簽名認股，似已默示許可設於創立總會許得修改，或失認股人之初意，故學者有反對之解者。然招募設立之場合，認股書究不過要約之引誘，所以促社會之注意，並非以認股人填寫認股書時，視爲已有對於章程之承諾也。况章程雖由發起人訂定，不無偏私或缺漏之處，且自訂定章程迄於開創立會之日，時間經過，已甚久遠，其內容難免有不適現時需要之點，故以許創立會得修改爲宜。

修改章程與本法第八節之變更章程，是否同一意義？在吾公司法不失爲解釋上之問題，按之德日商法，均明定創立會得變更定章，（德商第一九六條第四項日商第一三八條）故愚信爲不過文字上之區別而已。即吾公司法於成立後之公司，謂之變更章程，於創立時之公司，謂之修改章程，在實際上無要區別。如謂修改章程，僅爲增刪細目，不能爲主要之變更，殊與召集創立會之立法精神不符。然則能否增減資本？愚信爲亦採積極之解釋，蓋如招募之股份超過定額時，不妨以專業之需要，擴充資本總額，如股份招不足額時，雖由發起人依第一百〇五條負連帶之責，然創立會中之各認股人，免除發起

人種此義務，亦所不妨，况減少資本總額，與發起人連帶認繳未招足之股份，其觀念亦不必一致，股份有限公司於成立之先，雖須確定資本總額，然資本總額，在法律上要無最低額之限制，只須不違背第一百十一條之規定，要非一成不變者也。至於裁減發起人之特別利益報酬或設之費用等等，本亦屬於修改章程之範圍，惟公司法既有專條，自不包括於修改章程之內。

修改章程之決議方法，既未另設規定，不外適用第一百條第二項，關於此點，本法不採特別決議要件，在立法論，不無研究餘地，可參照第一百條第二項之說明。

創立總會，本為決議設立而召集，如許得議作罷，似與事理相反，然或因經濟狀況之變動，國家法令之制定或更改，及視其所營事業之性質若何，而覺公司成立以後，亦無利益之可把握，又或因認股人與發起人之意見不投，利害衝突過是，至此仍必強使成立，豫料日後難得圓滿之結果，故不如以其存廢，一任各認股人之意向，而及早廢罷之為愈也，惟創立會於修改章程之後，則不能為此決議，誠以修改章程之決議，一經成立，顯見已有為設立意思也。

戊 股份之撤銷

股份總數募足後，逾六個月而第一次股款尙未繳足，成已繳納，而發起人不於三個月內召集創立會者，認股人得撤銷其所認之股份。（第一百〇八條）

認股爲法律行爲之一種，民法上規定撤銷法律行爲之原因多端，如詐欺，脅迫錯誤，公司法上均適用之，（注意第一一〇條）更於上述原因以外，認有一種特別可以撤銷之原因。就純理言，公司招募各股，既經認定，斷無可以任意翻異之理，否則動搖公司之進行，關係非淺。然設發起人募股已足，不向名認股人催取股款，或催取而久無眉目，任意延宕，致召集創立總會，遙遙無期，殊使各認股人失望，且已投之資本擱置日久，於認股人尤有不利，故有認股人特別撤銷權之規定。

有撤銷權之認股人，係指繳足第一次股款之人，此與第九十四條第五款之撤銷權不同，該條款係定逾期股份未募足時，認股人有撤銷權，而各認股人繳納第一次股款之責任，則在股份總數募足以後，故股份總數募足後，而不繳足第一次股款者，亦無本條之撤銷權，此極爲顯明者也。本條與該條款雖不衝突，然設此許多階段，殊嫌複雜，立法主義係兼採德日商法之例，（德商第一八九條第三項第四款改正前日商法第一四〇條）而未注意明治四十四年改正後日商法第一百二十六條故也。日商法改正之理由，係以法定

期間過長或過短，均嫌膠柱，且股份是否募足，股款是否尙未繳齊，認股人多難知悉，恐減少撤銷權之實效性，故仿商法設一概括規定，即逾一定時期，公司尙未成立者，認股人有撤銷權，其立法之改正，頗堪注目。

本條定：「發起人不於三個月內召集創立會者」係與第九十九條相呼應，但認股人之撤銷權，必俟發起人逾第九十九條之期間，而後可以主張，故文字上亦有修改之餘地，似應易爲：「或已繳足逾二個月而未召集創立會者」，較爲顯明。

認股人行使撤銷權與否，屬其自由，如不撤銷，自可依第一百〇五條責成發起人認繳，並請求定期召集創立會。反是，如撤銷其所認之股份，並索還已繳之股銀及法定利息。

第五款 設立之登記

公司設立之登記時期，因情形而異：股份全由發起人認足者，應於第九十一條所定之檢查完結後，爲登記之聲請。股份非全由發起人認足者，應於創立會完結後十五日內，爲登記之聲請。（第一百〇九條）

應行登記之事項如左：

一 第八十八條第一款至第五款事項。

二 各股已繳之金額。

三 董事及監察人之姓名住所。

四 定有解散事由者，其事由。

本條所定期間，爲對於第五條第二項之例外，而其大旨大體係日商法第一百四十一條第一項，惟登記事項中，闕有設立之年月日，建設利息，特定代表公司董事之姓名住址，均不設規定，除設立之年月日一款，因本法係採登記成立主義，尙無必要外，在第一百七十三條，既承認建設利息，在第一百四十五條，既得依章程特定公司之代表，竟不以其爲登記事項，殊不合理。（參照第十四條第三款）

關於登記之時期，大陸法與英國法不同，英國法採建設主義，有七人以上之創辦人，各認一股以上之股份時，不必俟有全數之認足，即可呈請政府登記，領到許可證，公司即成立，於成立以後，陸續募股，而圖資本之充實，雖以後改正公司法，非確實認足資本，則公司不能開業，然不因此影響於公司之成立也。大陸法則採資本確定主義，非依法律所定之準則，募足股份，收齊第一次股款，不得聲請登記。在理論上，兩派主義

各有得失，吾公司法採大陸制者，不外防止招搖杜絕濫設而已。

公司在未登記以前，認股人在一定情形之下有撤銷所認股份之權，已如前述。惟在公司登記之後，則不得撤銷。（第一百十條）

本條之限制，究指公司法之特別撤銷權而言？抑連民法上之撤銷權包含在內？愚信應採廣義說，否則動搖公司之基礎。所生問題者，即限制行為能力人之認股行為，在吾民法，並非認爲得撤銷之行為，或以之爲無效，或以之爲效力未定，（參閱民法第七八條第七九條）不免生解釋上之困難。從法理言之，有無能力之資格，爲法律所定，不應藉口，此在公司登記以前，發起人應有相當之注意，故仍適用民法第八十條以下之規定。

第三節 股份有限公司之股份

第一款 股份之意義

股份有限公司之股份，有三種涵義：一指構成公司之資本之一部，二指對於公司之持分，三指表彰股份之證券。第一意義之股份，與無限公司之股份性質，並無差異。第二意義之股份，雖亦與無限公司之股份性質（權利義務之標準或尺度）相同，然組成此股份

之形態，則有多少異點，無限公司之股份金額，不必要均一平等，而股份有限公司之股份金額，則須均一平等，此其一。無限公司股份之分合，可就其一部分爲之，而股份有限公司之股份，則不許有此辦法，此其二。在無限公司，一人不能有數個股份，其取得數個之股份者，當然合爲一個，反之，在股份有限公司，一人得有數個股份，此其三。第三意義之股份，則爲股份有限公司之特質，尤其爲無記名式股票，不能不謂其含有物權意味。

第二款 股份之金額之均分及

吾公司法規定：股份有限公司之資本應分爲股份，每股金額應歸一律，不得少於二十圓，但一次繳定者，得足以拾圓爲一股。（第一百十一條）

股份之意義，（第二意義）與無限公司股份差異之點，如前所述，故在無限公司，祇認定股東人數，更不必劃定股份金額，而在股份有限公司，則須劃定股份金額，蓋前者係以人爲單位，後者係以股爲單位。以人爲單位者，其資本附着於人，則當以人爲標準，而不以資本爲標準，改其股份不必均分。以股份之金額爲單位者，其人附着於資本，即當以資本爲標準，不以人爲標準，故其股份不可不均分。此股份有限公司爲資合團體當

然之結果也。至股份有限公司之資本。究應分爲若干股份，法律並未明定，然依公司之發起設立而論，至少須有七人，則至少必爲七股，此又不待言者也。

公司之資本額，既以股爲單位，而各款之金額，必使一律者，其理由不僅便於調查，凡賬簿之記載，手續可省煩雜，利益之分配，計算亦較整齊，且在交易所買賣股票，但言某公司股票價格若干，即可知其價值之漲落，不待煩言，可期種種便利也。

股份金額，應否限制？不失爲一立法上研究問題。主張法律不限則金額者，以設立股份有限公司，重在獎勵一般人之投資，且因公司所營事業之種類，社會經濟之狀況，未可一律，若於股份懸一定額，不免失其敏捷故不如一任諸章程之自主訂定。然若絕不設最低額之限制，則入股之人過於普遍，難免有鄉愚受欺奸商圖騙之事，且股東名簿之記載，股東總會之召集，以反催告認股人繳款繳款之手續，均嫌煩雜，故多數國家商法之通例，均設最低額之限制，至限制之方法，則立法例不一：有公司之資本總額之多寡而定者，如法國一千八百九十年之法律，公司資本在二十萬佛郎以上者，每股至少須一百佛郎，資本在二十萬以下者，每股至少二十五佛郎是。（日舊商法做此）有以股份之記名式與否而分者，如德國舊商法，於無記名股份，每股至少一百達拉爾，於記名股份，每

股至少五十達拉蘇是。有以公司營業之目的而分者，如德國新商法，每股以一千馬克爲原則，但若公共事業，含有地方性質之必要者，得由聯邦議會許可發行二百馬克之記名股份；又因某種事業，保證各股份一定之利息者，亦得聯邦會議許可發行二百馬克之記名股份。吾舊公司條例採日商法之制，以繳股之方法而分等級，即分期繳款者，至少爲五十圓，一次繳款者，至少二十圓。（十二年修正之條例，改爲二分期繳納者，爲二十圓，一次繳納者爲五圓。）現行公司法即做此而爲規定，因公司條例定第一次應繳之股款爲四分之一，現行公司法則爲二分之一，故略爲變動，實際上則無甚區別也。就以上之立法主義考之，實以德新商法之辦法爲優，爲公共利益而爲地方必要之事業，所以得許發行小額之股份者，使小資產階層有人股之機會，又爲担保利息之公司，所以得許發行小額之股份者，則因有限保息之故自無奸商設計誘騙之慮，吾公司法不採此制，學者所引爲遺憾者也。

第三款 股份之繳納

股份有限公司之股東，除對於公司負繳納股款之義務外，對於第三者無何等之責任，此點與兩合公司中之有限責任股東相同。至股款繳納，各國法例，均不得以其對於公司之

債權相抵銷，蓋不外爲貫徹資本充實之原則也。（第一百十二條）

所謂不得以其對於公司之債權，抵作股款，自指公司成立後而言，在第一次應繳納款時，根本不生此問題。惟在法條用語上尙有欠明瞭者，即股東以其對於第三人之債權，抵作股款，是否可行或者謂：若以對於第三人之債權抵作股款，自可準用第十六條辦理。此種解釋。不但於法無據，即依股份有限公司之性質，及本法第一百二十一條以次之規定觀之，恐亦不許。舊公司條例規定；股銀應繳現款，不得向公司以別種債權作抵，實較明顯，在現行公司法，亦應作如斯解釋也。

第四款 股份之共有

股份有限公司之股份，雖不可分割，然爲數人所共有，則爲法律所不禁，徵之民法上共有之法則，亦當然如是。在民法上之共有，以共同行使權利爲原則，於分別共有，各共有人且可按其應有部分有各別之使用權。但若株守此原則，無論利益之分配，殘餘財產之分析，及其他議決權之計算等事，必多煩雜，而於以股份爲單位之性質，亦有未合，故公司法限定於此場合，應推定一人行使股東權利。惟行使權利雖係一人，而享受權利，仍係共有，共有人同享此權利，即不能不同負義務，故又有連帶繳納股款之規定。

(第一百十二條)

依民法上連帶債務之法理言之，公司得向共有股份中任何一人或其全體請求為全部之給付，然而在公司法上既有除權手續之規定，則在催告繳款時，宜向其全體為之，俾各共有人均得注意。

第五款 股票之發行

股票者，表示公司股份之有價證券也。公司之股票，有記名式者與無記名式者兩種，在無記名式股票，非持有人不得行使股東之權利，有記名式股票，若欲對抗第三人，不可不經一定手續，故前者為俗稱認票不認票之證券，以其占有而生絕對效力，實含有動產物權之意味，關於物權法上占有之法理，於性質所許範圍內，均有適用，惟無論為記名式與非記名式，其為有價證券則一。公司發行股票，固不能公司成立以前，然為設立登記以後，第一次股款已經收齊，認股人既不得撤銷股份，即不妨發行股票。（第一百十四條第一項）

立法例有許於公司未成立以前，得發行假股票，俟金額繳足後，始發行正式股票者。夫在公司未成立之前，許其發行股票，不但名不符實，且有欺世之虞，流弊叢生，自非

所宜，然若許在金額未繳足之前，即可發行股票，似亦有紊亂市場價格之危險，不過吾公司法既規定分期繳納者每次分繳金之記載，（參照第一一五條第一項第四款）且第一次應繳之股款必為二分之一，（參照第九十六條第二項）其餘二分之一，又分為數次繳納之事實其詳，故實際上尙無甚窒礙。（關於無記名股票，參照第一一五條。）又本條不過限制公司發行股票之時期，非謂公司成立成後，必須迅速發給股票，其在章程中訂有應立後若干時發行股票，自無不可，即因印刷之未齊，以致延期者，亦事所恆有。據吾國商場實例，大多須待股款繳足後，始發給股票，公司法若即依此通例為規定，亦甚合習慣也。

違反前項之規定，除有罰則外，（參照第三三二條第六款）其股票作為無效，持票人受有損失者，得對於發行人請求損害賠償。第一百十四條第二項）

此所謂無效，指當然無效，不待依公示催告程序而後無效，其受有損害之人，通常為在市場為買賣之人，惟法律限於現時持有人，其範圍殊失之狹。（參照日商法第一四七條）又本項之發行人，在發起設立場合，指發起人而言，在招募設立場合，有時指董事而言，但亦不限規定此等人，祇須有為發行之事實，其人即負此義務。

立法例有於違背法定金額最低制限而發行股票時，亦設有同此規定者，（德商法第二〇九條）本法以許超過票面金額之發行，故不採之，其實二者並不衝突，蓋法律許超過票面金額發行股票，究不許低於法定票面金額發行股票，例如以五圓一幣之股票發行，在解釋上仍屬無效，因而受有損失者，亦不能無救濟方法，公司法既未規定：祇能依法上之原則決之也

第六款 股票之方式

股份有限公司之股票，須具備一定方式，其方式即除載明左列各款事項外，應編號數，並由董事五人以上簽名。（第一百五十條第一項）

一 公司之名稱。

二 設立登記之年月日。

三 股數及每股金額

四 股款分期繳納者，其每次分繳之金額。

關於股票之編號，立法例亦有不同，一為依股票之號數而特定其股份，此在限每一股發給一票者，原可依此辦理，然若數個股份，亦得合發一股票時，則股票之號數，尚有

不足以識別其股份者，二爲以股份編列號數，例如公司之股份，共有一千股，卽係千字文之次序，編列爲一千號，變一股爲一號，自天地元黃以次順列，卽不啻以天地元黃等字樣，爲每一股份之名稱，每一股份既有識別之名稱卽可依此與其他股份示其區別，而不必以每一股票計算號數，故雖合併若干股份而共發給一股票者，亦易識別，吾公司律調查條第四百四十六條卽採此法，而大陸諸國商法之通例則採前法者也。現行公司法條探通例，按票編號，因之實際上能否合數股份而發票？不免發生問題。

股票須由董事五人以上之簽名蓋章，蓋與本法爲一百三十八條相呼應，惟在實際上，殊無五人以上之必要，（參照日商法第一四八條）又若董事不止五人，是否須經全體簽名蓋印抑僅以有五人簽名蓋印爲已足？似應從後說。

本條所定股票應載明之事項，在立法論，尙有疏漏之處，如發行月票之年月日，公司之圖章，若爲優先股者，其優先享受之權利種類，亦不可不記載也。

記名股票爲同一人所有者，應記載同一姓名或名稱。（第一百十五條第二項）

本項爲吾公司法之特創規定，與本法第一百二十九條但書有應切關係者也。惟同一人而用各別之姓名或名稱爲股法行爲時，（卽避免本項之適用）殊無方法防止，故本項之實

效性如何？尙有疑問，其結局不過爲之訓示規定。

本項之名稱，指法人之名稱商號而言，對於自然人則不得記載其別號，否則更難識別。在數人共有之場合，亦應記載各共有人之姓名。

第七款 股份之轉讓

股份有限公司以各股份爲至，不以此股份之人爲主，故股份有轉讓性，不受何種限制，爲各國商法所認之原則，然各國商法均不以之爲強行法則；如公司章程中定明禁止轉讓或轉讓須受何種限制，亦所不妨，吾公司法雖未明定此旨，信爲應如此解釋，蓋章程中別有規定，屬於內部關係，並不妨害公益也。惟若爲禁止轉讓，應於股票內，註明其旨，否則不足以維護交易之安全。

公司之股份，雖以轉讓爲原則，然在公司未爲設立登記，則不得轉讓，蓋恐於公司創辦之始，廣求認購股份，一面乘機脫售，以圖牟利。不過股份有限公司之股份，既以股票表示之，而在公司未爲設立登記以前，不能發行股票，實際上讓與股份之事亦殊鮮見。立法例尙有禁止預約脫售股份之規定者，（日商第一四九條後段）其實設此明文，殘無必要，蓋在未取得股票以前而爲脫售，卽等於預約轉讓，既已規定公司之股份，非於設

立登記後不得轉讓，則禁止預約轉讓，自包含於其中矣。（第一百十六條第一項）

對於發起人，本法特別規定，在公司營業雖始後一年內，不勝轉讓其股份。蓋發起人爲保證公司之設立及業務成績良好者，應加重其責任，故禁止其於公司成立後一定時間內與公司斷絕關係。依理論言，對於其認之股份，非於繳足股款後，其爲發起人之責任猶未盡，亦應禁止其轉讓，徵之吾公司第一百二十一條以下之規定，似不能爲此覺釋，在立法論，猶有未足。又發起人將其股份讓與其他發起人，或其取得之股份係在公司成立後者，（即於發起所認二十分之一或十分之一之股份外，受讓他人股票者。）似亦不必受上述之限制，公司法不設此例外，亦有未當。（第一百十六條第二項）

股票有記名式與無記名式二種，前已述及，無記名式股票之轉讓，概許任意移轉，毫無問題，而有記名記之股票，則須將受讓人之姓名，住所，記載於公司股東名簿，並將受讓人之姓名記載於股票，否則不得以其轉讓對抗公司及第三人。（第一百十七條）

記名式股票，公司祇認股東簿上記名之人爲股東，故當脫股時，必向公司履行過戶手續，使知某某股份現歸何人所有，一則可許分派利益，行使議決權，一則便於開會之通知，及股銀之催繳。若不照此辦理，亦非無效，在讓與人與讓受人間仍可發生效力，不

過公司及第三人得不認其有效而已，然有時公司及第三者亦可援引其轉讓之事實，認其有效，以保護自己之利益，如向其催繳股款是也。

關於股票之抵質，立法例不一其核，在吾公司法未股規定，自應適用民法第九百零八條，即以無記名股票爲資權標的者，因交付而生效力，至以有記名股票者爲資權之標的者，是否應依背書方法爲之，尙有問題但通說均以抵質亦爲處分權利之一種，應依本條辦理者。

按日商法第一百五十條之讓渡二字，已於明治四十四年改正後用程轉二字，蓋包含繼承言之，本條僅規定轉讓，似於繼承不生過戶問題，然若繼承人有數人，因分割之結果而靜屬一時人，自有變更股東簿之必要，又在指定繼承之場合，爲權義關係明瞭起見，亦有此必要，關於此點，祇有賴判例解釋爲之補充。

第八款 無記名股票之限制

股票之方式，在各國商法上，共分三種：一爲記名式，一爲無記名式，一爲指示證券式。第一第二兩種股票，其意義毋待詳述，最後之一種，又謂命令股票，票面上載有第一股東之姓名，即當讓與於其指示者之旨，而裏面則記載讓受人之姓名，其書式惟與票據

之背書辦法相同，惟此種股票，歐洲各國法律雖不禁止其發行，而實際上發行之者殊少，吾公司法故亦不認有此。對於無記名式股票之發行在亦採禁止主義者，如日舊商法及吾國舊公司律是，推其立法用意，或以商業尚在幼稚時代，驟用無記名股票，社會不免駭怪，甚而因此阻礙股票之流通性，故不如僅用記名記爲妥。殊不思股份有限公司，既係以財產爲重，於股東人身全不着眼，用無記名記並無不宜，而人情於私有財產，往往多可隱飾，嘗見達官巨賈有以巨資儲存於我國銀行者，若用無記名式，揆諸一般心理，或易招徠入股，且國家經濟端貴流通，無記名股票之讓與，既無過戶手續，又無背書記裁流通極爲便利，故各國商法皆認此制度也。

各國商法之通例，對於發行無記名股票，僅有時間之限制。不設數額之限制，吾公司法則有特別規定，即無記名股票不得超過股份總數三分之一。（第一百十八條）

立法理由，爲便於取締而防流弊，且依公司之性質而論，如不設限制，則有全體股票均得爲無記名式之可能，（參照第一二五條第一項）殊失卻社團法人之精神，而大股東從中操縱，更所不免。惟如何實行？法律上並無詳密之規定，亦生許多疑點，蓋基於由東平等之原則，任何股東在繳足股款後，均有向公司請求發給無記名股票之權，若超過總

股份三分之一限制，是否以其請求之先後爲關鍵。抑用按分比例或抽籤法定之。又違反此限制而爲發行時，其超過部分是否無效？抑將超過部分改爲記名式。（參照施行法第十二條）如此種種問題，均有法律不備之嫌。

第九款 股份收買與受質之禁止

公司之資本，係由股份集合而成，若由公司取得自己所發行之股票，則公司與股東之資格合而爲一，權利義務混同，公司人格即律於消滅，故法律禁止公司自將股份收買，其以股票爲抵押品者，蓋以抵質之結果，往往必至公司取得所有，故亦一律禁止。（第一百十九條）

近世各國商法雖多設此禁例，然亦不能毫無變通，若其股銀業已繳足，因欠負公司債務而以之抵償，或以之爲担保品，否則絕無財產可供履行或担保時，亦不妨由公司暫行收受，然後公估出售，公司法不設例外，似有未安。（參照舊公司條例第一三二條）

所謂不得自將股份收買，乃指公司不能自爲本公司之股東取得股票所有權之意，所謂不得收爲抵押品，乃指不得以之爲設定質權之標的，由公司取得占有之意，論者有以爲法文僅禁止收買，如買賣以外之原因取得者，可不受限制，其見解實有誤會。不過公司

因受其他買主之委託，由公司出名而代爲他人取得者，既非公司收爲己有，則非律所禁。（參照前大理院五年上字第六八〇號判例）

第十款 股份之銷除

公司之資本總額，由各股份集合而成，額定之股份，在公司存立期內，例不能減，然有時因公司之資本總額過多而無實用，又或欲使股數減少，而分派盈利可以較多，又或因內外國人集合組織之公司，欲設法摺除外股，此皆於股份之銷除有關，然股份之銷除，不但有足使資本減少害及債權者之虞，且因股份之銷除，有一部分股東致被擯斥，徧枯不平，故股份之可以銷除與否，法律須有明文規定。「第一百二十條」

股份之銷除，通常必致缺損資本，故非經資本減少之規定，力爲債權者予以保護，不得爲之，其詳俟於後述。（參照第一八六條第二百零條）不過立法例中有除依減少資本之規定以外，認有公積外逐年提存之盈餘以爲準備，在章程中定明者，亦可銷除股份若干，蓋依此而爲銷除，於公司之債權人亦不致有損害也。吾公司法則以銷除股份之事重大，不容以章程定之。

至銷除之方法如何，於股東之權利有關，公司法不設規定，祇得讓諸章程，大體不外

自由與強制二種：自由銷除者，由公司備價收回股票，其不願為股東之人自可向公司交還股票領取代價，其方式一如買賣，然公司此種買收方法，並非公司欲自行取得股份之意，與前條並不發生抵觸。強制銷除者，或依抽錢方法，或依一定次序，使之脫出股份，加章程中訂明依此等強制方法而銷除之股份，得改給利益證券，以酬其勞，亦無不可，嗣後持有此種證券者，僅能視為有特種債權，不能與股份相提並論也。

第十一款 股款之繳納

股份有限公司之股款，係採分期繳納辦法，除第一次應繳股款外，尚有未繳部分，通例多由公司於成立後陸續收取，惟每屆收取時，應於一個月前向各股東分別催告及公告。（第一百二十一條第一項）

收取第二次股款，其緩急情形，與收取第一次股款不同，故於為失權處分之催告以前，應為通常催告，惟在立法論，最初殊無公告之必要。因數釋上，若怠於公告，僅有催告者，不生效力，於公司方面殊有不利也。

受前項之催告及公司而屆期不繳者，公司得再定一個月以上之期限，分別催告及公告，並聲明逾期不繳，失其股東之權利。（第一百二十一條第二項）

股東到期不繳，對付之方法，寬嚴緩急，視各種情形而不同，設欲採用失權處分之法，不可不寬定期限，嚴爲催繳，警告以逾限不繳應當失權之旨，使得注意，免致延玩自誤。惟本項所定之催告期限，與第九十八條比較，似失權衡，蓋於創立之際，有從速繳納股款之必要故也。

公司已爲前項之催告及公告，股東仍不照繳者，即失其股東之權利。（第一百二十一條第三項）

股份有限公司，全恃各股東所繳之股銀而成立，若股東任意短欠延宕，賻資本必因之缺乏，且若相率效尤，公司直有傾覆之勢，故於股東之逾期不繳款者，應有嚴重之制裁，在無限公司，行爲除名處分，而在股份有限公司，許爲失權處分，倘公司已照法定手續，屢次催繳，而股東置之不理者，本可請求強制履行，但必照通常方法，向多數股東一一訴追，則既苦煩費，又患延曠，殊非公司之利，故許以最簡便之法，使其爲失權處分也。

關於失權處分，應解爲非強制規定，即逾期雖當然失其股東之權利。然各股東延欠情形，不必一致，苟可請求強制履行而使盡出資之義務者，亦不必定採此種異常方法，使

暴露公司內容之虛敗，及股東感情之淡薄，又設如公司股票價跌，全無過問之人，而股東確有資力時，則亦以強制繳納爲宜，其利害之審擇，要以一任公司自由爲之爲當，若必爲生失權效果，似近過於干涉。

股東繳款遲延者，應加算利息，如章程定有違約金者，公司得請求違約金。（第一百二十二條）

股東有對於公司繳納股款之義務，雖不必一次繳齊，然不可不依公司所定之期日，照數分繳，其繳款之日期，有由章程訂定，期限未確定者，有由董事臨時酌定，需用催收者，總之，俟有相當之期日，公司準備應用，設到期無着，勢必貽誤，因此而受損失，自應向其加算遲延利息以爲賠償，在章程中定有違約金者，公司更得請求違約金。

本條規定，僅於繳款遲延之股東有所適用，此從法條之位置觀察，信爲如斯解釋者也。（參照德商法第二二條）故對於失權之股東，縱令日後向其有所請求，亦不適用本條，在立法論，似以日商法之體例爲當。（參照日商第一五三條）

股份銀數尙未繳足而轉讓其股份者，於受讓股份之股東受失權處分場合，對於公司仍負義務，此時公司得定一月以上之期限催告各轉讓人繳納，轉讓人受前項催告最先繳納

股款者，取得其股份，逾期不繳者，公司得拍賣其股份。（第一百二十三條第一項第二項）

所以定讓與人之責任者，蓋在股款尙未繳足以脫讓其股份時，設受讓人無資力繳納股款，則公司於額定之股銀，無從收取，即或付諸拍賣，亦恐一時不易脫售，故不得不追及原讓與股份之人，使之負擔保義務，以此事由其脫讓股份之所致也。然脫股人對公司雖負擔保之義務，而對於受讓股份後欠繳之人，自有索償之權利，惟欲向之索償，常苦耽延，且往往有因其人之窮乏，而求償無着者，是則於脫股人未免波累，故不如逕以股份歸其所有，使其重爲股東，此爲德日商法所從同，吾公司法亦採此辦法也。按德國法例，乃採順序主義，對於輾轉脫讓之股東，次序催告，由後溯前。而日本法例則採同時主義，對於各脫股人分別催告，不分先後，就事實言，自以後一種主義，較爲迅速簡便，故本法從之。又依本法之文義考察，公司似亦不必向各轉讓人催繳，而將股份逕付拍賣，蓋法律係認脫股人對於公司負擔保義務，並非認其有優先承買股份之權，惟日商法第一百五十三條第二項之規定，則與此點有異。

拍賣所得之金額不敷應繳之股款時，仍得依次向原股東及轉讓人請求補償。（第一百

二十三條第三項)

股東雖受失權處分，而於出資之義務，仍不能免，此亦為各國商事法上之特則，蓋若不然，股東可對於公司之催告繳款，任意不理，其有礙商界之公益實甚故必嚴為規定，股東雖失其權利，仍不能免除責任，其責任之限度，為拍賣所得金額不敷應繳之股款，惟遲延利息及違約金之規定，於失權股東無適用，在立法論，殊欠允當。（參照第一二二條說明）至對於讓與股份之人，立法例有不令其負補償責任者，然不如此，不足以貫徹保護公司之資本，吾公司法所謂依次向原股東及轉讓人請求補償，乃謂先向與權之股東請求，如其不能履行，再向各讓與人請求，對於讓與人中任何人皆可請求，並非僅於讓與之次序而為順序之請求，惟法條用語殊欠明瞭，不免有誤會解釋，若謂本項係採德商法之順序主義，而前項又採日商法之同時主義，立法者斷不如斯矛盾也。

股份之轉讓，自載於股東名簿後，經過二年，上述轉讓人之責任即歸消滅。（第一百二十四條）

讓脫股份之人所負擔保義務，責任甚重，使必常令負擔此重任，為人情所甚苦故有短期消滅時效之規定。惟此期間之起算點，亦有多少疑問。（參照日商法改正要綱一〇七）

股款非繳足後，公司不得因股東之請求，發給無記名股票。股票爲無記名式者，其股東得隨時請求改爲記名式。（第一百二十五條）

無記名式股票之當採用，前已述及。然股票之發行通例，不禁止轉讓，無記名股票讓與以後，其受讓人之姓名住所，皆不記載於股東名簿，而可以對抗公司，公司不知現在股東之姓名住所，而亦認其股東權利，則於繳納股款之催告，不免發生困難。即幸而知其人之姓名住所，又得以公告催促之，然持有無記名式股票之人不履行繳納股款義務，而前讓與人之輾轉交付，公司實無可稽核，因而公司對於輾轉讓股之人行使第一百二十三條之權利，其困難又當如何。欲免此種弊竇，要次設一限制，即股款未繳以前，不許改爲無記名式，此各國商法之通例也。

公司以發行記名股票爲原則，故無記名股票，須待股東之請求，始行發給，在通常情形，均以記名股票請求掉換，其掉換之手續，以及原記名股票如何保存，在法律既無規定，應以章程定之，惟在立法論，似有相當規定之必要。發給無記名股票，應受第一百十八條之限制，惟依如何方法定其限制。在法條上亦有種種疑問。至以無記名股票改爲記名式，則不受何種限制，不待煩言。

第十二款 股東名簿

股東名簿應編號，記載左列各款事項：(第一百二十六條)

- 一 各股東之股數及其股票號數。
- 二 各股東之姓名住所。
- 三 各股份已繳之股款及其繳納年月日。
- 四 各股份取得之年月日。
- 五 發行無記名股票者，應記載其股數號數及發行之年月日。
- 六 發行優先股者，應於號數下註明優先字樣。

按記載關於股東各事項之簿冊，共有三種制度：其一，為股東名簿之制度，其二，為股票根票之制度，其三，為股份根簿之制度。第一種制度，乃以股東之姓名為經，而以其他事項為緯，蓋以百家姓為綱目者也。此制度於發行無記名股票者，不甚適用，勢非另備一無記名股票簿不可。第二種制度，乃以股份票為經，而以關於股份之其他事項為緯，此制度不論股票為記名式與無記名式，均可適用，然若許合數股份而共給一票，則殊不便，且在股票未發給以前，不能有股東名簿。第三種制度，乃以各股股份為經，

而以其他有關事項爲緯，蓋猶田畝之魚鱗圖冊編列千字文者相同。此制度無上述兩種之缺點，且無論何種情形，概可適用，惟格式太舊，不易檢查，亦有缺陷。吾公司法本條既曰：股東名簿，蓋採第一種制度者也。

第四節 股份有限公司之機關

股份有限公司爲法人，若不藉自然人之力，則不能實現其團體的生存，股東以其決議表現公司之意思，董事代表公司以執行業務爲其常職，監察人以監視董事之執行業務爲其主要任務，此三者皆公司之機關，所以有意思機關，執行機關，監督機關之名稱也。此種名稱，在理論上雖未必正確，然足以表示其行動之性質，似亦未可排斥，吾公司法以此爲必要機關，以下分別說明之。

第一款 股東會

第一項 股東會之種類及召集

股東會分爲兩種：一爲股東常會，一爲股東臨時會，常會爲報告公司營業狀況而召集，故每年必須舉行一次，通例均以每屆結賬後一定時期內召集之，假如公司以每半年爲其營業年度，則每半年須召集一次，法條定明每年至少召集一次，乃以通常情形公司結賬

以一年一次者居多，故設此總括的規定，非謂無論何種情形儘可召集一次也。蓋公司每屆結賬後，須由董事以各項表冊提出於股東會，得其承認，（參照第一六八條）若解爲每年二次結賬，亦以開會一次爲足者，則賬目過時難於稽考，殊失立法之本意。至於臨時會之召集，則無定數，大體爲有關於公司利害必要情形，隨時召集，此外，在章程中亦得訂定。又常會及臨時會召集之定期，亦得由章程中定之。（第一百二十七條）

股東會以由董事召集爲原則，然法律上有例外規定，如第一百三十三條之股東，第一百五十九條之監察人，第一百七十五條之法院命令，其詳俟於後述。故在法條上應規定：除有特別規定外，由董事召集，始符體例。（第一百二十八條第一項）

第二項 股東會之決議

第一決議之方法。

決議之方式有三：一爲通常決議，二爲特別決議，三爲假決議，其區別之標準，即以表決權之方法而異。通常決議，應有過半數及代表股份總數過半數之出席，以出席人表決權之過半數行之。特別決議，應有股東過半數及代表股份總數過半數之出席，以出席人表決權三分之二以上之同意行之。假決議，即以出席人表決權之過半數行之。吾公司法除

於變更章程，（第一八六條第二項）公司之解款合併。（第二〇三條）募集公司債（第一七六條）設有特別規定適用特別決議外，其通常決議，亦以有股東人數與股份額數有過半數到場之限制，若不滿此定額，僅能舉行假決議。（第一百廿八條第二項）

按德日商法於通常決議，均以出席股東表決權之過半數行之，（德商法第二五一條日商法第一六一條第一項）於本法則加重其要件，幾與日商法之特別決議相當，是否妥當？不無疑問，即與限制股份數之要件之立法例相比較，亦無如斯之嚴格。（法法爲資本金四分之一，俄法爲三分之一。）推究立法理由，蓋以限制股東人數須達過半數，則小股東所占席數或較多，以免大股東有所壓迫操縱 而以股份總數須達過半數爲限制者，同時又可顧全大股東之利益，易言之，即使股份與人數互相牽制。否則如德日商法之例，不能抑制大股東之專橫也。

雖然，本項亦非強制規定，得以章程變通之，但章程中定有出席股數時，應受施行法第十四條之限制，簡言之，即緩和或加重股份數之要件，非全無限制，而於股東人數，則於行通常決議之場合，容許其自由規定也。

如上所述，本法對於通常決議，既設人數與股數之出席要件，（即定足數要件）因而

不得不許假決議制度，以資救濟，此徵之本項準用第一百條第二項之結果，即再行召集股東會，以後祇以出席人表決議之過半數行之，極爲明瞭，而施行法第十五條乃不必要之規定，尤無容疑。或以爲施行法第十五條係緊接第十四條，乃指依公司章程之定足數要件而不能滿此定額時，亦有適用，若然，則不應指不滿法定人數一事而言，此可見施行法第十五條文字上有語病也。

第二表決議之原則及其限制。

股東會之決議，以股東在會議中行使表決議行之，在無限公司與兩合公司，以其爲人合之團體，不問股東人數若干，每人有一表決議；在股份有限公司，以其爲資合團體，每股有一表決議，此爲多數國商法上所認之原則，吾公司法上依此原則而爲規定者也。雖然，此原則爲資本主義下所適用，按之現代思潮，殊屬不適應，故立法趨勢，多定有補救辦法，在吾公司法上，亦斟酌情形，設置例外，即一股東而有十股以上表決議者，應以章程限制其表決議，但每股東之表決議及其代理他股東行使之表決議，合計不得超過全體股東表決議五分之一。（第一百二十九條）

一 股有一表決議，爲公司法上之原則，在特別法上容有限制非若干股以上不得有表

決權者，此爲特別公司之性質，而非一般公司之所許，否則不足保護股份所有人之利益也。然一股有一議決權，固足保護股東之利益，仍不免伸張巨額股東之勢力，因此法律上有限制表決權之規定。按德日商法及吾國舊公司條例均規定許以章程限制之，本法則將強制規定，即必須以章程限制之，此其不同之點。又關於限制之方法，日商法並未規定，德商法定有兩種方法：一爲確定一最高額，如一股東之股份縱超出十股以上，不得有十個以上之表決權。一爲分別等級，如有十股以上之股東，於十股有十個表決權外，每五股有一表決權是。吾公司法僅云應以章程限制之，而未示明限制之方法，但在章程上自可參酌德法之成例辦理。至本法但書之規定，亦爲吾國公司法之特例，蓋以第一百二十八條準用第一百條第二項之結果，有總股份四分之一以上之大股東仍不免有操縱大會之機會，故有不得超過全體股東表決權五分之一之規定。

對於本條之立法，學者有認爲尙不能達限制之目的者，（參照王效文著公司法下冊第一〇頁第一二三頁）亦有認爲過唱高調恐阻礙大資本家之投資者，（參照田中耕太郎等著中國社會法第二六一頁第二六三頁）其實兩派見解，均有所偏，呈吾國立法以三民主義爲中心思想，立於民生主義節制資本之基礎上，不能不排斥個人主義，同時在吾

國社會企業尙未臻於發達之時期，亦不宜過肆吹求，故愚信本條之立法根本原則尙無不當。

在立法技術言，則有不備，即本條規定之限制議決權，既準用於創立會，（參照第一〇〇條第一項）自應爲原始章程中規定之事項，顧何以不揭於第八十八條絕對的必要事項之中？若謂議決權之限制事關重大，應依如何限制方法，須待創立法議定，（參照第一〇七條）則焉有準用之可言？此又假如原始章程中應有規定，則以如此重大事項，應記載於認股書中，庶促一般投資者之注意，而第九十四條脫漏之點，亦嫌失當。

表決權許代理行使，而代理人不以股東爲必要，（參照第一三〇條）若非股東而代多數股東行使表決權，是否受此限制？不無疑問，從立法之目的言，似應爲同一之解釋。此外，尙有施行法第十七條第一條之規定。

股東得委託代理人出席股東會，但應出具委託書。（第一百三十條）

股東會決議事件，不許用書函表決，然必使其親自到場，則或以道里睽隔，或以事務見煩，諸多不便，故許股東六具委託書，派人代理出席，至委託書之格式如何？是否須由委託人簽名蓋章？本法無明文，應依民法上之原則解決之。（參照民法第三條）

立法例有限定代理人必爲公司股東者，有不然者，吾公司法係採後例，但此非強制規定，不妨以章程定之。又一人代理多數股東行使表決權，往往以其一人之意見而壓迫多數，故亦不妨以章程限制代理人之表決權，公司法第一百二十九條但書之規定，縱解釋上可以適用於非股東而爲代理人之場合，然以章程限制代理人之表決權，並不生衝突也。

股東對於會議之事項有特別利害關係者，不得加入表決，亦不得代理他股東行使其表決權。（第一百三十一條）

股東於總會之決議，無不有直接或間接之利害關係，然要爲全體股東所共同，若有特別利害關係，而使之參與於其關係事項之決議，斷難公允，故必除外之，卽爲他人代理行使表決權，亦須一併禁止，始可杜取巧勾結之弊。關於此點，立法例有採列舉主義者，卽列舉有利害關係之事項，使該股東不得參與表決，吾公司法則採概括規定，所謂有特別利害關係，乃因其事項之決議，該股東取得權利，免除義務，或喪失權利，或增負義務之意，

執有無記名股票者，非於開會前五日將其股票交存公司，不得出席。（第一百三十

六條)

無記名式之股份，其股東爲誰，公司不得而知，故必使先期報名呈驗股票，以防詐冒之弊，又恐有暫時移借，利用他人之無記名股票，並非股東而加入總會之決議，故必限數日以前交存公司，非俟總會完竣，不得取回。

雖然，無記名股票爲一種認票不認人之證券，執有無記名股票之股東，究爲何人，本無查考之必要，則只須憑票入場，即可與會，若恐持票之人並非股東，則雖於五日前收存股票，亦無從杜絕頂冒，本條乃倣各國商法通例而設，實無何種必要。

第三項 股東會召集之特例

有股份總數二十分之一以上之股東，得以書面記明提議事項及其理由，請求董事召集股東臨時會。(第一百二十三條第一項)

股東會之召集，以董事主持爲原則，但召集股東臨時會，有爲董事所不利或爲董事所不願者：設非許有例外，恐董事之專橫益甚，而無以達保護股東之目的，故各國立法例均有少數股東權利之規定。惟法定少數之限度，各國不同，日商法定爲有股份總數十分之一，德商法定爲二十分之一，本法係採後例，蓋旣爲保護少數股東而設，自不應限

定過高。

所謂股份總數二十分之一以上，不問爲一人抑爲數人，此解釋上毫無疑問者，惟在立法論，除限定股數外，再限定人數，似亦不妨。又所謂股份總數二十分之一，此處乃指資本總額二十分之一而言非謂占二十股中之一股也。若不然，假如公司之總股數不滿二十股，則發生困難。例如某公司資本總額壹千元，分爲拾股，每股乙百元，則執有一股股份之股東，亦可請求召集，因其股本超過資本總額二十分之一以上也。

前項請求提出後，十五日內，董事不爲召集之通知時，股東得呈請官署許可，自行召集。(第一百二十三條第二項)

法定少數股東之權利，各國法例皆主張之，惟效力不甚同，如日本舊商法規定一部少數之股東，祇有請求權，而無召集權，德日新商法均認有請求權及召集權惟董事不應股東之請求，是其與股東間已發生裂痕，若不認其有召集權，殊無以達保護此少數股東之目的，依理而論，此時應由股東請求法院召集，吾公司法規定呈請主管官署許可自行召集，亦欠妥當。

第四項 股東會召集之程序

股東會之召集，應先通知各股東，對於持有無記名股票者，應事先公告，使其有所準備。其通知及公告之期日，因常會與臨時會有所不同：常會之召集，須於一個月前通知，對於持有無記名股票者，須於四十年前公告。臨時會之召集，須於十五日前通知，對於持有無記名股票者，須於二十日前公告之。又通知及公告中應載明召集事由及提議之事項。（第一百二十四條）

股東總會為公司表示意思之機關，欲得知各股東之意思，不可不召集總會，惟股東人數既多，猝然集合，必不能應，此不可不通知及公告者一。關於召集目的之事，有不可預為調查者，有須事先加以研究者，否則貿然臨議，過於倉皇，此不可不通知及公告者二。通知為召集記名股東之方法，在探股東名簿制度，即以該簿之記載為標準，若股東住所變更而不通知公司，則以通知送達於其舊住所為已足，若股份已轉讓，未依過戶手續辦理，亦以通知原股東為已足。對於持有無記名股票之股東，則用公告方法，公告日期較通知提前者，因無記名股票持有人須於開會前五日將其股票交存公司，且因查閱公告較為困難故也。惟事實上召集股東會之公告，不但對於無記名股東為之，即對於記名股東，亦往往一併促其注意，此固法律所不禁，不過對於記名股東除公告外，仍須

分別通知，絕不可疏忽者也。通知及公告中所載明召集事由及提議事項，前者指召集之目的或原因，後者指欲討論及決議之事項，故事由與事項不可說爲一談。

第五項 股東會之記錄

股東會之議決事項，應作成決議錄，由主席簽名蓋章，決議錄並應記名會議之時日及場所，主席之姓名及決議之方法。決議錄應與出席之名簿一併保存。（第一百三十五條）

股東會會議，應備議事錄及決議錄兩種：一以記其會議時進行之狀況，一以記其決議後確定之方針，本法雖僅規定決議錄一種，然就條文第二項觀之，似決議錄即包含會議錄而言。在德國商會，此種決議錄須具一定之形式，且須用法院或公證人作製之證書以爲騰載，是爲公證書之一種。吾公司法則以主席簽名蓋章爲已足，是爲私證書，其方法較便，而其效力則較爲薄弱。所謂決議方法，不但須記明或爲通常決議，或爲特別決議，即依第一百二十九條第一百三十一條之規定，如何行使表決權，以及對於決議之贊否，均應記載。又關於決議錄及出席股簿東之保存，似與施行法第十六條有重複。

第六項 股東會之職權

股東會得查核董事造具之表冊，監察人之報告，並決議分派盈餘及股息。因爲前項查核

，股東得選檢查人。(第一百二十六條)

股東會重要之職權，分爲二大端：一查核賬目，二分派股息紅利。蓋總會爲公司最高之監督機關，雖有常設監察人以爲監督，然此少數之人易爲董事所誘惑，而相翼爲謀，故監察人以外，不可不有總會以監臨之，至股東之主要目的在分派利益，故分派股息及紅利之決議，亦爲總會最要職權之一。

雖然股東會之職權，本不止此兩種，例如選舉董事監察人，解任董事監察人，募集公司債，變更章程，以及章程所定由股東會決議之事項，均無不由股東會解決，故日本商法於改正後將此種規定刪除。(改正前商法第一五八條)

查核賬目而遇有疑竇時，不能以股東執行其查核，而須委任稽核之權於一二有專門會計學識之人，於是有第二項檢查員之規定。

第七項 股東會違法之救濟

股東會之召集或決議違反法令或章程時股東得自決議之日起一個月內聲請法院宣告其決議爲無效。(第一百三十七條)

關於總會決議之否認權成撤銷權，立法例有採列舉主義者，(德商法第二七一條)蓋恐不爲限制，徒滋紛擾，吾公司法則採改正前日商法例之概括主義，以違背法令章程之

召集或決議，均得請求宣告無效，蓋非如此，不足保護股東之利益也。惟所謂召集或決議違背法令章程，解釋上又有廣狹之不同，有謂不問其議決事項之實質若何，專着眼於其手續是否違反法令章程者，例如不於召集以前公告及通知，或違反通知及公告之期間，又或不於通知及公告中載明召集事由及提議事項。又如不依第一百二十九條第一百三十一條行使表決權，代理人之出席未具委託書，無記名股票持有人未將股票交存等等，自得請求宣告無效，若不涉及程序部分，即不適用此規定。(註)有主張不限於召集之手續及決議之方法，凡為違反法令章程之召集或決議，均包括在內者。在理論上言，應從前說，蓋本條設有排斥期間，其目的不過在糾正程序上之錯誤而已。

〔註〕十八年院字第八八號判例：『公司條例第一百〇五條所稱之違背法令及章程，係指召集手續及決議方法而言，若股東會選舉舞弊，不享本條期間之限制。』

本條在立法上，尚有種種疑點，按舊公司條例係規定呈控主管官署，故為非訴訟事件，現行公司法僅云聲請法院宣告無效，是否必須依訴主張？在非訟事件程序法未頒行前，依愚見解，仍不得不依訴之方式為之。股東提起此訴，是否有人數之限制？依愚見解：此為必要的共同訴訟，應由利害關係相同之股東提起，不許由任何一人提起。此訴

之性質，究爲確認之訴？抑爲形式之訴？依愚見解，法條雖明定宣告無效，非如德商法定爲撤銷，仍爲一種形式之訴，蓋如空過此期間，而不起訴，仍爲有效也，至此項訴訟，應以董事爲被告？抑以公司爲被告？法無明文，易生疑問，依愚所信，應以公司爲被告，此可參照舊公司條例第一五一條而推知也。

第二款 董事

董事者以代表公司執行業務爲職之常設機關也。蓋股東總會雖爲公司之最高機關，但不過於公司之內部關係認之，而對於公司之外部權限，則爲代表公司之董所職掌，第三者與股東總會毫不生交涉，故第三者不得援總會之決議而對抗公司，公司亦不得援之而對抗第三者，觀此，則董事之地位及其性質，又恍然矣。

第一項 董事之選任

選任董事，各國之立法例不同，由其選任之機關言之，德商法許以章程自由規定，法律不明定辦法，而法日商法則規定須由股東會選舉。由被選任之資格言之，德商法與商法不限被選之人須爲股東，法日商法則限定被選之董事必爲股東，股東以外之人不能有當選之資格。吾公司法規定：公司董事至少五人，由股東會就股東中選任之，係採第二種

立法例，極爲明顯，蓋重視股東之利益，不能由股東會以外之機關選任，亦不容股東以外之人當選，雖立法之趨勢，爲廣求人才，漸趨於無限制主義，（參照日商改正要綱一（二四）然就吾國日下社會情形而論，尙嫌過早。（第一百二十八條）

或者尙有疑一股之股東與非股東無異，故必限於有一定之股數，始能當選，如舊公司條例許以章程限制須有若干股以上之股東始有被選之資格，甚爲得當，新公司法刪除此款不免發生流弊者，此種主張，未免偏於資本主義之立場，忽視股東權利平等之精神，殊不足取。吾公司法不但不爲此定明，即使章程中定有此種限制，（參照第八八條第六條）尙不能超越施行法第二十一條之標準，蓋不如此，難免大股東蓋把持操縱之能事也。

關於董人之人數 多數立法例均不設限制，少數立法例採限制主義，其限制之方法又不一律，有定最高限額及最低限額者，如吾國舊公司律定明須有三人以上十三人以下，卽其適例，有係定最低額者，如日商法定爲至少三人，吾公司法定爲至少五人是。採無限制主義之理由，以董事爲公司業務之執行員，其人數當依公司之狀況而定，以法律懸定其人數，似失之刻，然募集股份而設立之公司，其股東人數必定衆多，則爲執行業

務及代表公司之董事亦不宜過少，蓋一方可以杜專斷之弊，他方亦可免叢脞之憂，此第一主義之不足取也。（惟於發起設立之公司，法律不設例外，似亦未當。）又董事人數過多，易生推諉之弊，於執行業務之取決，亦有窒礙，法律自不必為最高額之限制，此第二主義之不足取也。至於公司法不採日商法限定三人以上之理由，已於立法原則中說明之，蓋在民權觀念尙未十分發達之今日，若開會取決時，三人中有一人缺席，則無從為會議及表決，此可以限定至少有五人也。

董事被選任後，應將章程所定當選之資格應有股份之股票，交由監察人於公司中保存之。（第一百二十九條）

法律雖不限定董事須有一定數額之股份，然章程中欲設此種規定，只須不超越施行法第二十一條之範圍，亦無不可。假如章程中定有此種限制，則該當選之董事應將其所有股份之股票交由監察人於公司中保存，以杜絕其讓與股份，使與公司之關係益為密切，所謂股份之担保是也。依多數立法例，均定由公司保存，惟日本商法以股票由公司保存，無異董事自行執管，蓋執行公司之業務而管理其財產者，厥惟董事，而監察人監督董事之機關，由監察人保存較有實益，本法亦倣之。惟此種股票，係指當選時已取得之

股票而言，且其股票合於章程所定當選資格之數爲限，若超過定數之股票及以後讓受之股票，卽不適用此規定。在意比一派之商法，則有特例，因依其商法，當選之人不妨爲非股東，若爲股東，亦不須有章程所定之股份數，不過以後須繳存一定股份之股票而已。

第二項 董事之報酬

營利團體之董事，與民法上法人之理事異，以有報酬爲原則，蓋董事執行公司業務，負重大責任，果無報酬，權利義務極不平等。至定報酬之方法，各國立法例多以章程或股東會決議定之。（第一百四十條）

第三項 董事之任期

董事任期不得逾二年，但得連選連任。（第一百四十一條）

關於董事之任期，法律有不加限制者，有爲六年，五年，或四年之限制者，又有調劑於二者之間者，吾公司法係採日商法例，以三年爲最長期，在章程中若定一年或二年爲滿期者，亦所不禁，且得連選連任，蓋以董事於公司事務，操有全權，久於其任，則易啓弊端，所以有最長期之限制。但若改選一次，則全易生手，又恐有影響於公司營業

之虞，此所以有但書之規定也。

第四項 董事之解任

董事得隨時以股東之決議，將其解任，但定有任期者，如無正當理由而於任滿前將其解任，董事得向公司請求賠償因此而受之損害。（第一百四十二條）

立法例有規定董事當然退職之原因者，例如宣告破產，宣告禁治產，死亡等等，董事即當任退任，吾公司法不設此規定，不外依民法上之原則解決之，（參照民法第五〇條）蓋董事與公司之關係，不外乎委任關係而已，依委任之本則而論，股東會亦得隨時將董事解任，（參照民法第五四九條第一項）

但定有任期之董事，須有正當理由始可將其解任，否則不特董事受有不利利益，即公司之事業亦有妨礙進行之虞。不過公司法並決因其無理由而剝奪股東會之解任權，僅付以賠償之義務，若然，是其結局與民法上的示之原則無大出入，（參照民法第五四九條第二項）亦立法上一問題也。

立法例又有認監察人亦有解除董事任職之權者，如德商法是，但多數國商法均不認此例外，吾公司法亦然。至董事能否隨時辭任？雖本法無明文，然信爲得準用民法第五

百四十九條之規定。

第五項 董事之缺額

董事缺額，達總數三分之一時，應即召集股東臨時會補選之。董事缺額，未及補選，而有必要時，得以原次多數之被選人代行職務。（第一百四十三條）

董事於任期之內，忽有缺額，以無執行業務之人，將不利益於公司，不得不有補救方法，關於此點，立法例有許由監察人代理者，如德商法是。（吾公司條例第一七四條。參照）有許舊任董事於未補選以前仍執行職務者，如改正後之日商法是。以監察人爲監督董事之機關，使其代理董事職務，自屬不當，於茲場合，應召集股東臨時會補選，惟在未補選以前，如許舊董事執行職務；不但出於解任者爲股東所不信任，且若爲宣告破產或禁治產之人，受其他法令之限制，亦無可繼續任事，故吾公司法定以原選次多數之被選人代行職務，以此等人本居於候補董事地位，殊無以局外人參預公司業務之嫌也。所應注意者，即第一次選舉董事時，須當次多數被選人，以備缺額時普行補充，否則事實上將生困難，故公司章程中定有選舉方法者，應着眼於此。

第六項 董事之權限

董事對內執行業務，對外代表公司，法律祇就此兩點爲原則的規定，茲分述其概念如次：

一 執務權。

董事之執行業務，除章程另有訂定外，以其過半數之決議行之，關於經理人之選任及解任亦同。（第一百四十四條）

公司董事於內部之執行業務，其權限極廣，除法律明定應由股東會決議之事項以外，總屬董事之職權，惟公司不妨以章程定其範圍，例如設有常務董事或主席董事專其任務，或於各董事之權限立有等差；或將各種事務分別派定，均無不可，若不然，有五人以上之董事，如何執行業務，不可不定一方法，吾公司所規定以其過半數之決議行之，經理人之選任及解任，其事比較重要，所以不採例外決議方法者，亦無非謀公司業務上之便利也。

關於此事之立法例，頗不一致，德商法規定原則由董事共同處理，但得以章程另定辦法，英商法規定用比較多數決方法，前一種失之迂緩，後一種失之專恣，吾公司法採用過半數取決方法，乃採日商法之例也。

二 代表權。

公司得依章程或股東會之決議，特定董事中之一人或數人代表公司。（第一百四十五條第一項）

公司爲法人，其與第三者之關係，無論審判上與審判外之行爲，苟在營業範圍內者，均以董事代表公司，此因毫無疑問者，其依章程或股東會之決議特定董事中之人或數人代表公司，亦無不可，惟未經特定者，董事之對外代表權究須共同代表乎？抑各董事均有單獨代表權乎？在解釋上不免生疑問，吾國學者固多採後說，然本條何不明言準用第三十條之規定即以包括第三十條下段之事例？此爲立法上一大缺漏也。又在例外情形，剝奪一部分之董事代表權，於登記事項中漏此規定，亦嫌失當。（參照第一百〇九條之說明）

本法第二十八條又第三十一條至第三十三條，於股份有限公司之董事亦有準用。（第一百四十五條第二項）

關於董事應受同業競爭之禁止，學者間有倡反對論者，謂董事本不負無限責任，以無限責任股東之應禁止者，推而及於董事，未免悖於立法原則，苟強推及之，責種種之

不問，蓋選舉董事，當以熟練於公司營業而有經驗者充之，如適用無限責任股東之禁止法，則為董事者於其就職時必停止一切自己固有之營業，勢必無人願充此董事，且以暫時之被選，而攢棄其永久之事業，亦殊不當，若謂此處禁止，非禁止其就職前固有之營業，與無限責任股東之事例不同，則設此禁止規定，殊無實益，且如此解釋，亦將陷於循環論之錯誤，例如甲公司選舉某董事係為另一乙股份有限公司（同種營業）之董事，雖依論者之說在甲公司可不受禁止，而在乙公司則仍受禁止，至於為乙公司之無限責任股東，則須退出乙公司，施行法定有明文。（施行法第十九條）故應對於本條之準用第二十八條，亦同意於反對說。所謂準用第二十八條，須待其餘股東之全體同意，於無限公司，股數人少，尚不生困難，於股份有限公司，欲得全體股東之同意，事所難能，縱云須加禁止，何不如日商法規定以得股東會之決議，許其為他公司之無限責任股東等事，較為明確，又舊公司條例第一百六十二條之規定，亦可供參考，至第三十一條至第三十三條之規定，準用於股份有限公司之董事，尚無不典。

第七項 董事之義務

董事應將章程及歷屆股東會決議錄，資產負債表，損益計算書，備置於本店及支店，並

將股東名籍及公司債存根簿備置於本店。前項章程及簿冊，股東及公司之債權人得隨時請求查閱。(第一百四十六條)

董事備置各書類，爲職務範圍以內之事，大致多對於股東及第三者而設，德商法爲概括的規定，日商法爲列舉規定，其中又分兩種；一爲常時應備置之書類，一爲股東會前應備置之書類，本法實倣效之，故將第二種規定於第六節以內。(參照第一六六條)

股東及第三者雖有險閱書件權，然在股份有限公司，股東人數甚多，若不規定一定時間，於實際上亦多未便。(參照第二十二條第七十五條)

公司虧析資本達總額三分之一時，董事應即召集股東會報告，又如發見公司財產顯有不足抵償債務時，應即聲請宣告破產。(第一百四十七條)

公司財產虧蝕過半，立法例有以之爲公司解散原因者，然股本虧蝕過半，未必無補救方法，不必定使之解散，但此時亦不能任董事之苟且彌縫，勉強堅持，以致一敗塗地，倘股東會以其業務日後尙有希望，或別有可籌之款，則不妨依舊維持，或節省開支，或添加資本，否則可依股東會之決議，自行解散，免致債務日增，虧累愈甚，故必使董

事於此負有召集總會據實報告之義務。惟多數立法例均限於虧折半數，本法規定虧折資本總額三分之一時，即須召集大會報告，結局未必於公司有利，是亦立法上應考慮之點。

公司財產顯然不足清償債務，爲保護債權人計，應使董事負有聲請宣告破產之責任，此與第六十三條之用意相同。公司虧折資本達總額三分之一，與公司財產不足清償外債，二者未必一致，應解爲祇須具備第二項規定之要件，董事應即爲破產宣告之聲請，不必召集股東會取決。

除上所述而外，尙有關於董事義務之概括規定，即董事執行業務應依照章程及股東會之決議，違反此規定，致公司受有損害者，對於公司負賠償之責。（第一百四十八條）

本條規定董事注意之責任，與第二十六條意旨相同，惟本法不規定對於第三人之責任，（參照舊公司條例第一六三條第二項）蓋以董事謹守股東會決議及章程爲限，若如舊公司條例第一百六十三條第二項之所定，（參照日商法第一七七條第二項）雖係股東會之決議，董事如有違背章程時，對於第三者仍不能免賠償之責，亦嫌過酷。至其因不法行

爲所負對於第三人之責任，依第一百四十五條第二項準用第二十三條，自不生問題。

在立法論，本法與第二十六條均未定明連帶責任，不無缺陷，又法條止規定依照章程，其應遵照法律，亦不待言，其違反法律（關於強行規定）以致對於公司受有損害者，亦應負賠償責任。（參照十八年院字第九二號解釋公司條例第一六三條第一項）

第八項 董事之訴訟

股東會議決對於董事提起訴訟時，公司應自決議之日起一個月內提起之。（第一百四十九條）

董事在公司中爲最重要之機關，權限甚廣，每易營私舞弊，危及大局，苟經總會議決，可由公司出面呈控，行此訴訟者，爲監察人，但股東會亦得另選他人使代表公司爲訴訟。

有股份總數十分之一以上之股東得爲公司對董事提起訴訟，於此情形，法院因監察人之聲請，得命起訴之股東提供相當之担保，如因敗訴致公司受有損害時，起訴股東對於公司負賠償之責。（第一百五十條）

立法例爲保護少數股東利益起見，均有特別規定，限於股東會否決對於董事提起訴

訟時，許由少數股東向監察人請求提起訴訟，以資救濟。（參照日商法第一七八條吾舊公司條例第一六四條）吾公司法則大體倣德商法例，祇須股東提起訴訟之目的，係爲公司，而不附其他要件，易言之卽毋須經過股東會之否決，亦可提起訴訟，且依吾公司法之規定，此時起訴係以股東本人之名義，非用公司之名義，因而前條所定之期限，亦不適用。惟如此解釋，不免有濫訴之弊，故亦有主張應與日商法爲同一解釋者。從本條之立法精神考之，重在發揚少數股東權，信爲以通說之見解爲是。然職員之專橫，固宜抑制，而股東之濫訴，亦須預防，故又有提供担保及負賠償責任之規定。此外，尙有一注意之點，卽股東提起訴訟後，不問爲記名股東與執有無記名股票之股東，應解爲在訴訟未結束以前，不可轉讓其股份，蓋法律認少數股東有此權，係維護其利益，若脫讓股份，是已與公司斷絕關係，不但利害無關，且在訴訟程序中發生當事人適格與否之問題。甚至一面以興訟爲搗亂工具，一面又脫讓股份以冀卸責，流弊滋多，不可不防，因而立法例均規定於此場合，該股東須於起訴前，將股票交由監察人收存，吾公司法脫漏此點，適用上不免生困難竊以爲在解釋上，以提供股票，卽包括於担保以內爲當。

公司與董事間之訴訟，除法律另有規定外，由監察人代表公司，股東會亦得另選代

表公司爲訴訟之人。(第一百五十一條)

關於公司內部各機關之訴訟，立法例有種種：以可爲原告之人而論，英美法例許股東用個人名義起訴，德日法例則不然，（德商法係認少數股東不經股東會之否決，亦得請求起訴，非認其以股東之名義起訴。）無論經總會之議決，或有股份總數十分之一以上之股東請求，亦須由公司出名對於董事訴訟，此其一。以可爲被告之人而論，在德國法併及於發起人，日本法則以董事及監察員與公司爲限，此其二。以公司訴訟時之代表而論，在德國法，公司爲被告時，無由股東會另選代理人之規定，而日本法則否，此其三。夫公司與董事間發生訴訟，與公司與第三者爲訴訟不同，在後之情形，當然以董事爲公司代表，在前之情形，公司與董事處於利害相反之地位，自無由董事代表公司之理，故通常以異其職掌之監察人爲代表，庶可以杜其弊，然監察人雖稔悉公司業務，或與董事交誼優厚，不克行使訴訟上應有權能，爲公司之利益計，以許股東另選他人任代表爲妥當，吾公司法本條後段即採日商法例也。至少股東依前條之規定對於董事提起之訟，乃自爲訴訟主體，不生代表者問題，公司法此處所謂法律另有規定，乃指特別法容有其他規定而言也。

第三款 監察人

監察人亦股份有限公司必要之機關，其常職在監視公司業務之進行，有時亦代表公司，各國法例均有此種規定，雖其權限，各隨乎法律而異，而所以負監督公司財產之狀況及其營業之重任，則大體相同者也。

第一項 監察人之選任

監察人由股東會就股東中選任之。(第一百五十二條)

關於監察人之選任，立法例均分兩派；其一，不限有股東之資格始能當選，德商法採之。其二，必限於有股東之資格始能當選，(惟不拘於有一定之股數)日商法採之。就立法主義而論，自以德國法例爲優，蓋監察人之職務，屬於專門技能，營業之狀況不必言，卽如查賬一端，必諳練簿記之學，新進各國，其法制上雖有監察人之應，然多不必其職務，平日既不知勤懇，就任之後，但對董事報告書類爲形式上檢查足矣，其能摘發詐僞誤謬之潛伏，或資產負債成立之正否，以悉其事業安危之程度如何，而得其真相者，殆如鳳毛麟角，故不可限於股東中選任之，吾公司法採取日商法例，已覺不當，且依第八十八條第六款之解釋，尙可以章程限制其股數，較之日商法尤屬變本加厲，况施行

法第二十一條定其標準不得超過資本總額千分之一，反不如不限制股份數較爲徹底。按日商法之改正要綱，爲廣集人才起見，已改從德國法例，吾公司法不注意及此，殊不免有後時之嫌也。

至監察人之人數，本法未加規定，除依章程所定外，在解釋上，雖一人亦不妨，蓋董事執行業務取過半數之決議法，而監察人各得單獨行使盡察權，無二人以上之必要也。但論者有以爲「既定明」各得單獨行使監察權」從字義上即不止一人，此種見解係由字面銓釋，與立法本旨未必相符。

第二項 監察人之報酬

監察人應採有給制，爲各國商法所從同，吾國公司法亦然，惟關於董事報酬之規定，既準用於監察人，殊無特設專條之必要。（第一百五十二條）（參照第一四〇條）

第三項 監察人之任期

監察人任期一年，但得連選連任。（第一百五十四條）

關於監察人之任期，有定爲得爲五年者，有定爲至少二年者，吾公司法係做改正前之日商法例，定爲任期一年，其所以較董事之任期爲短者，以監察人處於監督董事之地

位，若去就相偕，必主互相狼狽，以爲公司之不利，且物久則腐，人之恆情，故無論公司之狀況若何，一年一度改選之，並無不便，且許其連選連任，則監察人苟爲得力之人，亦可於改選時續舉之，實際上無其妨碍也。

第四項 監察人之解任

監察人受股東之委託而任職，亦以股東總會之決議而解任，與董事無異。（第一百五十五條）

關於監察人與公司之關係以及監察人之辭任，可參照第一百四十二條之說明。

第五項 監察人之職務

監察人之職務，大致如左：

一 查核董事辦理公司業務，是否適合法律章程及股東會之決議，並舉發董事於職務上有過怠及不正之行爲，爲行使此種職權，得隨時調查公司財務狀況，查核簿冊文件，並請求董事報告公司業務情形。（第一百五十六條）

二 復核董事造送於股東會之各種賬冊，並報告其意見於股東總會。（第一百五十七條）
對於前二條所定事務，監察人因需有專門智識經驗之人，始能查核翔實時，得代表

公司委託會計所或律師辦理之。其費用由公司負擔。(第一百五十八條)

關於第一點，主爲查察董事職務之當否，及舉發其過失，並非有禁止及處分之權。即查有不合，祇可據情於股東總會，以待決議。

關於第二點，各種賬冊，均須股東總會檢查，或准或駁，然其中有無錯誤，非一朝一夕所能明瞭，股東會時間既極匆促，且非熟諳簿記者，不能精密計算，而監察員爲特定機關，故使先期查核，報告意見於股東會。

惟本法既限制監察人之資格，如前所述，有種種缺陷，其結局乃有委託會計所等辦理查核賬冊之補充規定。不過監察人乃使用此等人爲其補助者，對於股東會要由監察人負其責。又所謂前二條所定事務，乃指關於會計上審查事務而止，其報告意見於股東會，仍由監察人自爲之。

三
監察人認爲必要時，得召集股東會。(第一百五十九條)遇有關於公司之利害重要事件，召集股東臨時會，本爲董事之權限，然此等臨時會本無定期，深恐董事或怠於召集，且若於董事有應解任之情事，非使監察人有召集之權，必生困難。

本條規定，與日商法第一百八十二條相當，惟依日商法該條下段，此時股東會得特

選檢查人，檢查公司之業務，稽核財產之狀況，吾舊公司條例亦有相同之規定，（條例第一七二條第二項）本法於得選任檢查人之場合，均散見於各處，（第參照第一〇三條第一三六條第一九四條第一七五條）故此處不得不從消極解釋。

第六項 監察人之權限

監察人各得單獨行使監察權。（第一百六十條）

監察人之人數，未註明定，雖可僅有一人已足，然事實上以有二人以上者居多，其行使監察權，應否取決於多數，當為明定。日商法於此點不設規定，解釋上亦多採各自單獨行使職權說，吾公司法既有明文，自不生何種疑問也。

監察人不得兼任公司董事及經理人。（第一百六十二條）

監察人為監督業務之機關，董事及經理人為被監督者，監督者與被監督者不得以一人任之，此當然之事也。各國立法例之原則雖大致從同，而例外則異，有許董事偶然有代理監察人之權者，如吾國舊公司律即採此辦法，有許監察人於董事缺額時，得代行董事職務者，如德商法即採此規定，夫以被監督者而代理監督者，理論不順，無待煩言，即以監督者代理被監督者，亦不能謂無弊害，吾公司為絕對劃清此界限計，不許有例外

，依第一百四十三條第二項之救濟方法，亦僅以候補董事代行職務，又依施行法第二十七條，在本法施行前，以監察人執行董事職務者，（參照舊公司條例第一七四條）自施行之日起，停止董事職務，並依公司法第一百四十三條第二項規定補足董事名額。

董事爲自己或他人與本公司有交涉時，由監察人爲公司之代表。（第一百六十二條）

本法第一百五十一條係定訴訟行爲之代表，本條則定法律行爲之代表。關於董事與本公司爲法律行爲，立法例有全然禁止者，然此種立法，殊失之酷。有須以得監察人之承認爲要件者，亦於事實無補。吾公司法係採德國法例，不禁止其與公司爲法律行爲，不過董事既爲公司之代表人，若使代表公司與其自己爲法律行爲，默然違背代理原則，（參照民法第一〇六條）故應以監察人代表公司。

本條之適用，不僅指董事自己與本公司爲法律行爲而言，即兼允他公司或商店之執行業務者（如依第一四五條第二項準用第二八條經其他股東全體同意時）與本公司有交涉時，亦適用此規定，又民法第一百〇六條之但書規定，應解爲於此亦有適用。

第七項 監察人之責任

監察人因不盡職務，致公司受有損害者，對於公司負賠償之責。（第一百六十三條）

監察人負有監督之責，故溯其職者，應負賠償之義務，惟此種賠償義務，非連帶責任，因監察人本得各自單獨行使監察權之故。所謂不盡職務，本法既不採列舉的規定，則凡因故意過失不盡其監督業務之能事均包括之，例如違背公司法第一百五十六條至第一百五十九條之規定，即以不盡之職論。（參照十八年院字第九二號解釋）

第八項 監察人之訴訟

監察人亦公司重要機關之一，雖無辦事之實權，而有監督之職責，怠於其職責，必與以制裁，欲實行其制裁，必許股東之訴訟。故股東會決議，對於監察人提起訴訟時，公司應自一個月內提起之，此與對於董事之訴訟相同，可參照前所說明。（第一百六十四條第一項）

公司與監察人發生訴訟，依原則，仍由董事為公司之代表，但為杜絕流弊計，股東會亦得另行選派代表，立法理由與第一百五十一條下段相同，可參考之。（第一百六十四條第二項）

公司願對於董事提起訴訟，固須經總會之決議，但恐多數股東與監察人相結納，不

能通過，爲保護少數股東利益，故許有股份總數十分之一之股東得直接對於監察人起訴，此外關於提供担保與敗訴時應負賠償責任之規定，均與第一百五十條相同。（第一百六十五條）

第五節 股份有限公司之會計

股份有限公司亦與他種公司同受關於商人通則之支配，有作成商業賬簿及保存之義務，（參照商人通例第二六條至第二八條）不待言也。然股份有限公司，爲純然之資本團體，其信用則專依公司財產以維持之，故不可不明其財產狀態之推移，示立於其營業上之關係者以信用之基礎，同時又使爲股東者得安心投資，此所以各國商法，對於股份有限公司之會計，均有嚴悉之規定也。

第一項 計算書類之造具公告及承認

公司於變營業年度終，應由董事迫具左列各項表冊，於股東常會開會前三十日交監察人查核。（第一百六十六條第一項）

一 營業報告書。

二 資產負債表。

公司 法

三 財產目錄。

四 損益計算書。

五 公債金及股息紅利分派之議案。

前項表冊，監察人得請求董事^等前交付查核。(第一百六十六條第二項)

無論何國何種公司，凡營商業，總須結算賬目，惟其結算之期節，不盡相同，通常情形，結算賬目，總在每屆年終，然亦有積兩年結算一次者，亦有每年須結算二次者，結帳之期日，不必盡與年終之期日相同，故有干支年度與營業年度之別。營業年度之起訖，不必限定以正月朔日爲始，以十二月末日爲終，可任後某月日某日起，至某年某年某月某日終，爲一營業年度。惟公司之營業年度，其期日不宜過長，應使之結帳期日接近，蓋期日短，則了結多而延宕^々，結算勤，則移挪難而弊混自絕也。吾公司法雖未定明每年必須結賬一次，然徵之第一百二十七條第一百三十六條之注意，不許以積兩年或三年始一次結賬，甚爲默然，即依社會商情而論，亦多以一千支年度爲營業年度，故所謂每營業年度，通例即指一年結帳一次而言，但公司章程若定明每半年結帳一次，亦所不禁。

造具各項表冊，爲董事之職務，各國法例，大致相同，其異焉者，亦有數例：一則備置之時期不同，日本商法規定於股東總會前一週送監察人查核，德國商法須在股東總會二週前備置，吾公司法則爲開會前三十日，蓋恐備置之時間過於倉猝，雖有各項冊報羅列，而謬誤之點一時未由指摘。二則監察人報告有無之不同，例如吾國舊公司律僅有分送股東查核之規定，而無須送呈監察人查核，按之德日商法均有先期支監察人查核之明文，故吾公司法亦倣後例，蓋以各股東多注意於個人私利，而未必注意於全體公益，監察人職守所關，稽核必精，且公司之營業狀況，監察人平日籌之已熟，於冊報之真實與否，覺察較易。

公司冊報之種類不一，所以示營業及財產之狀況，而法律強使造具，以備查考。至冊報之種類，據吾公司法所定，計有五種，所謂營業報告書，即前一營業年度關於公司營業成績之報告書，所謂資產負債表，即一方記載所有資產，一方記載債務及資本，資方多於債方，是爲利益，債方多於資方，是爲損失，所以明公司資產與負債之情形也。所謂財產目錄，應詳記公司現有財產之確數，如動產。不動產，證券，債權等等，惟市面有時價之物及證券，不得超過造表時之價格，若時價高於買入或製造之原價時，不得

超過原價，其餘之財產，至多照買入或製造之原價而定，債權之不確實者，僅可記其約估之數，若預計難於索取者，不得列入，而開辦費及管理費，不得作為正號之財產列入。所謂損益計算書，乃指一營業年度之收入支出情形，其與資產負債表固不一致，然其大概情形，實可依資產負債表而推知也。所謂公積金及股息紅利分派之議案，乃指內股東會議決定之準備議案，其詳可參照第二項之說明。

吾公司法復恐表冊複新，在開股東會前三十日之期間，不足盡查核能事，故定明監察人得請求提前交付查核，以期翔實。

董事所造具之各項表冊，與監察人之報告書，應於股東常會開會前十日，備置於公司本法，股東得隨時查閱。（第一百六十七條）

關於冊報有備置與分送之不同，立法例有規定由公司各別分送於各股東者，如英國法是。有併認備置與分送兩種手續者，如德國法原則上僅以備置於公司本店為已足，各股東有請求時，然後應其請求而分送。有不認分送手續者，如日本法是。就以上三種立法主義而論，自以德國法例為優，吾公司法勿採日商法例，不過限定須於開會前十日備置，此其異點也。（參照日商法第一九一條）

備置與分送，其利便與煩雜，不難想像，因之折衷派之立法例又有備置於分店之規定者，如吾舊公司律是也。但股份有限公司之股東人數既夥，散居者衆，即分店亦不能隨股東之散居者以設立，雖有此規定，仍未能便於全體股東，而在公司則已感其煩苦，故本法不採此辦法，而以第一百四十六條備置分店之書類爲已足。至本條不許公司之債權者有查閱之機會，亦以第一百四十六條已有規定之故。

董事應將其所造具之各項表冊，提出於股東會，請求承認，經股東會承認後，董事應將資產負債表，損益計算書，及公積金與股息紅利分派之決議公告。（第一百六十八條）

股東會之查核權與監察人之查核權，前已述及，（參照第一三六條第一五七條之說明）股東會依據監察人之報告意見，從事查核，如發見其錯誤疵累，或命其修正，或竟予否認，均無不可。否則即予承認，從承認後，董事應將各項冊報公告，所以發揚公司之信用，並免外界對於公司之內容有所誤判也。關於公告之範圍，平法例有僅以資產負債表一種爲限，其他冊報不在其內者，（參照日商法第一九二條吾舊公司條例第一八一條）蓋使第三者明瞭公司之盈虧，有此一種表冊已足，吾公司法則擴張及於各項表冊，

無非欲以公司內容和盤託出，使其明瞭盈虧之由來，無絲毫之假借也。此外，尚有施行法第二十二條之呈報規定，亦爲官署監督權之一表見。

各項表冊，經股東會之承認後，視爲公司已解除董事及監察人之責任，但有不正行爲者，不在此限。（第一百六十九條）

董事自將公司冊報提出要求總會承認，於此所生之結果有三：一絕對不承認，無論經股東會自行查核或選任檢查人查核，發覺有弊竇時，董事及監察人應受一定之制裁。

二相對承認，即指出錯誤或有疑義之處，命其修正，或責成重行造具，再依上述程序請求承認。三絕對承認，即本條所定之承認而免其責任，但責任雖免，而其後查有情弊係因董事或監察人不正行爲者，仍不能免責，是爲留保請求權。所謂不正行爲，乃有惡意者爲限。

關於承認之效果，依德商法不能認爲當然免責，尙須經一種決議，而日商法則採當然免責規定，其改正要綱，則又從德商法例。依愚所信，公司法既有留保請求權之設，則無免責決議之必要，若以免責事大，有採特別決議制之必要，則不應再有留保請求權之規定。

第二項 盈餘之分派

公司分派盈餘，有一前提要件，即須提出一定數額之公積金，此爲各國通行之制度。有強制與任意之不同，英國法係採任意提出制，由章程中定之，而大陸法制則採經制規定，吾公司法定明須提出盈餘中十分之一爲公積金，乃採後之法例。（第一百七十條第一項）

股份有限公司，所以必使之提存公積，而於法律上規定之者，蓋此種公司產以所集股本爲限，股東不負無限責任，設有不幸，公司之基礎動搖，非特公司債權者受其損失，而社會金融亦受其牽累，爲鞏固公司之基礎，所以設此強制規定。

法定公積金，自兩種財源提出之，其一爲盈餘中十分之一，其二爲超過票面發行股票所得之溢價，此所謂十分之一，即法定之最少額也，以章程之訂定或股東會之決議，增高其額，亦無不可。

各國法定公積金之制度，其提取盈餘之最少數，多爲當於二十分之一，而法定公積金之最高額，至多者不過當於資本總額四分之一，至少者以達於資本總額十分之一爲足，吾公司法所定標準，較任何國家法定公積金之數額爲高，其立法當否，尙有若干疑

問。

超過票面金額發行股票所得之溢價，爲法定公積金之一種，前已述及，此種溢價，所以使歸入公積項下者，其理由有數端，一則以此種方法籌備公積，最爲簡易，即開業一二年後，盈餘尙少，亦得存有公積，以增公司之信用。二則此種溢價，並非營業上之利益，乃各股東取得股份之出資，不宜以之作爲利益而分派，否則等於以票面額發行股票，不免近於欺世。（第一百七十條第二項）

惟依本條第一項規定，法定公積金以達於資本總額二分之一爲足，所謂達於資本總額二分之一是否不包括超過票面金額發行股票所得之溢價在內？不免發生解釋上之問題。就文義言，第一項之但書，僅爲該項前段之例外，但依次條之文義觀之，似不同此項溢價充作公積金已達於資本總額二分之一，或連同提出之盈餘共達於資本總額二分之一，亦得分派股息。若然，其意義殊欠明瞭，尤其在次條之關係上，尤其許多曖昧之點。

公司非滿補損失及依前條規定提出公積金後，不得分派股息及紅利，公司無盈餘時，不得分派股息及紅利，但公積金已超過資本總額二分之一，或由盈餘提出之公積金有

超過該盈餘十分之一之數額者，公司爲維持股票之價格，得以其超過部分充派股息。（第一百七十一條）

股東入股於公司，其目的立爲分派利益，然所謂利益者，乃彌補損失後尚有純盈餘之謂，若資本額尙未扣足，蠶食其資本財產之一部以爲盈利，自欺欺人，影響實鉅，故不得僅計現年出入之盈餘，不顧前年之計算如何，卽作爲利益以之分派，所以謀公司資本之完實也。又公司雖確有盈餘，然欲以之分派於各股東，必須提存法定之公積金以備不時之需，或謀擴充營業，非然者，祇無一時之盈利，不顧百年之天局，非所以謀企業發達之道，多數國商法皆有此原則規定，吾公司亦不能獨異也。

就理論言，公司祇有所謂盈餘，（卽利益）而無所謂股息，蓋入股乃投資，並非存儲，惟吾國商人習慣，當公司創辦招股時，多預訂一定之利息，不論開辦與否及將來盈虧若何，卽以股銀交到之日起息，於利息以外，再計盈餘，故有股息與紅利之分，所以期入股之踴躍。現行公司法爲適應社會習慣，除有第一百七十三條之建設利息規定外，復於本條規定一般公司之盈餘亦分股息紅利兩種，此與各國法例迥殊，卽與舊公司條例亦判然有別，其立法之當否，不無研究餘地。

本條第一段之原則規定，雖大致與一般立法例相同，然插入第二段『公司無盈餘時，不得分派股息及紅利。』以致觀念混淆，蓋若認本段亦為原則規定，則與第一段有重複，因第一段已具此觀念故也。故本段似為緊接第三段（但書）之例外規定，即不問歷屆營業年度是否有盈餘，祇須具備第三段（但書）之要件，即可分派股息，但既曰：公積金已超過資本總額二分之一，或由盈餘提出之公積金超過盈餘十分之一之數額者，則可見歷屆年度均無虧損可知，此為原則，而非例外，似此前後矛盾，殊不可解。或曰：第三段（但書）之公積金乃指第一百七十條第二項之獨立公積金而言，而該段之盈餘，乃指本營業年度之盈餘而言，此種解釋，固屬勉強可通，然與法條文字不符，且第一百七十條第二項之公積金，獨立的可超過資本總額二分之一者，其事實殊不多見，（即超過票面金額百分之五十發行股票）畢竟無何等實益。

綜上所述，本條之立法技術，固屬舉措，即就立法之趣而論，亦不甚妥當，蓋於特種公司，既設有建設利息之規定，（見第一七三條）殊無再分別股息紅利及特設例外分派股息之必要。依愚見解，仍以舊公司條例之規定為合理。（條例第一八三條第一八四條）

公司非彌補損失及提存公積金，不得分派利益，已如前述，無事實上難保無違背法律之事，設無補救方法，則前述之禁止規定，等於具文，公司辦事人與各股東可以勾結爲奸，暗中減耗公司之資產，使債權者受其虧累，雖科罰辦事人亦於事無濟，故必予公司之債權人請求退還之權。（第一百七十二條）

債權人行使此請求權，乃行使公司之權利，即代位權，其結局應將已分派之利益歸存於公司，此不待言。立法例有限定以惡意之分派爲要件者，（德商法第二一七條）易言之，即股東以善意受取爲利益者，無論如何，該股東無返還義務。吾公司法不能爲此解釋，蓋本法於此並未規定如德商法之較短責任期間，足見係欲充分保護債權人之利益也。

公司非依第一百七十一條之規定，不得分派利益於各股東，已如前述，惟特種公司，自設立登記後，如需二年以上之準備，始能開始營業者，經主管官署之許可，得以章程訂明於開始營業前分派股息於股東。前項股息之定率，不得超過週五年釐。（第一百七十三條）

此所謂建設利息，乃公司法上之一例外規定，蓋如鐵路，鑛業，森林等等事業，須

用極大工廠，非短時間所能開業，主管官署亦可認爲有正當事由，准予延展，（參照第七條）假如開業以前，全然禁發額定之利息，則當創辦之始，必主無人樂於認股，即認股以後，勢必減價脫售其股份，而間接妨害公司之信用，故不能不權許於開業以前，分派額定之利息，以安各股東之心，乃因公益之必要，爲一大變則，非普通公司所能授例也。依公司法所設之限制：（1）須依其業務之性質，必登記後需二年以上之準備始能開業，（2）須經主管官署之許可，（3）須訂明於章程，（4）利率不得超過週息五釐，若違背此規定而爲分派時，應認爲無效，蓋第一百七十二條之規定，並無於此準用之明文，況此種建設利息乃法律上例外規定，以採嚴格解釋爲宜。

股息及紅利之分派，除章程另有訂定外，以已繳股款之多寡爲準。（第一百七十四條）

利益分派，以何者爲準而定其比例率，各國法例殊不一致，英德商法概採按股分派法，然按股分派，惟繳款一律毫無參差者，始可適用，若同是一股，而股款有繳足與否及彼此多寡之殊者，則按股均分，似失公平，德商法爲補救此點，規定全部股份，不以同一比例繳股款時，則各股東先由純利中照所繳股銀提息四釐，餘再按股平均分派，若

某年利入不足四釐分派時，則以準此遞減之比例而定其數額，此項子利，以公司所定應行繳股款之日起算，（德商法第二二四條）此蓋准於公司盈餘內先各提官利四釐，其繳納股款多者，所收官利自亦較多，宜無不均之虞。然此種辦法，仍未能達補救之目的，例如每股百元之股份，甲股金額繳足，乙股僅繳半數，一時於盈餘中，除各照所繳股款提息四釐外，餘款按股均分，假如各得十元，則甲股之餘利，僅得一成，而乙股之餘利則倍之，故曰不能達補救之目的也。日本商法，係按各股已繳之銀數分派，此例繳納雖有多少，而分派之比例，總歸一律，且不必分官利及餘利兩重之分派，法最簡捷，吾公司法亦做比例。惟對於優先股之分派，（參照第一八八條）或有特異之分派法，得於章程內定之，自不待論。

第三款 檢查

有股份總數二十分之一以上之股東得聲請法院選派檢查員檢查公司業務及財產情形，法院於檢查員報告後，認為必要時，得命監察人召集股東會。（第一百七十五條）

股份有限公司之業務財產，受監察人之監察，然監察人或有濶職之處，故應予少數股東檢查權，又恐少數股東或不能明瞭會計事項，或恐藉此為搗亂工具，故許該少數股

東聲請法院選派有學識經驗之人爲之檢查一切。法院依檢查員之報告，如認爲會計上有弊端或有其他重要情形，得命監察人召集股東會。

關於此點，各國商法皆有大體相同之規定，惟學說上有反對之者，其理由以官力侵入商業最要之機密，爲人所最嫌惡，且於營業自由之原則有違。然在實業幼稚，公司制度尙未發達之時代，政府對於人民自應盡保護之責任，勢不能避干涉之嫌，而放任之。故官廳之檢查權，在他國或有相當議論，在吾國現況之下，殊無可非難者也。

第六節 股份有限公司之公司債

股份有限公司之資本，雖爲股東所繳納之股款所構成，然有時公司以事業擴張或虧折之結果，亦覺有增加事業資金之必要，當此之時，公司非不可向他人借款，然用普通消費貸借之方法，廣集鉅資，頗不容易，即欲發行新股，增加資金，不僅須種種手續，且發行新股，必須既定股銀全部繳納之後，始可實行，此有重要之限制，而欲臨時籌指鉅款，更非易事，於是法律規定股份有限公司可以依一定條件發行公司債，得籌集鉅款於一時焉。

法律對於無限公司與兩合公司，並未認其有募集公司債之方法，蓋以股份有限公司

，一切監查稽察，均較他種公司爲嚴，而於發行債票時，又必具備一定之形式，使爲有價證券，具有流通性，按諸無限公司與兩合公司之性質，殊不相立，故此等公司若有籌款必要時，除報收新股或依普通消費貸借之方法外，別無他道也。

發行公司債，爲契約而非單獨行爲，殆爲通說，惟此契約之法律上性質若何，則又有多少爭論，有以此爲買賣契約者，有以此爲無名契約者，有以爲消費貸借契約者，今日學說多趨白於最後一種，誠以發行公司債與普通借款，在本體上原無差異，所不同者，僅其附屬之事項而已。

第一款 公司債募集之要件

公司債之募集，須經股東會之決議，蓋股東會爲公司最高之意思機關，凡公司中重大事項，莫不由此取決，而公司債爲重大事項之一，所以須此嚴重之手續者，於一方關係公司營業上之根本方針，於他方影響於股東有極大之利害，其程度恰與章程之變更無異，故公司募債時，須由股東總數過半及代表股份總數過半之出席，而以出席表決權三分之二以上之同意行之。若出席之股東不滿此定額時，得行假決議，於一個月內再召集股東會取決。(第一百七十六條)

第二款 公司債募集之限制

公司之總額：不得逾於已繳股款之總額；如公司現存財產少於已繳股款總額時，不得逾現存之額。（第一百七十七條）

本條定公司債總額之限制，蓋以公司債之募集，為一時資力之補助，往往較招股為易，然因容易之故而不指濫募，經濟上必生種種危險，故必加以限制，因公司之財產實為其債權之担保，若借債過多，則担保之力，必失之薄弱也。例如公司資本總額為一百萬圓，其已繳納之股款，實祇五十萬圓，則公司債之募集，不得逾五十萬圓，又如公司已繳股款總額為五十萬圓，因營業有損失，而現存財產，實祇有四十萬圓，則公司債之募集，不得逾四十萬圓，至現在財產之多寡，自應按最近之資產負債表為準。

本條所謂已繳股款，所謂現存財產，均不包含未繳足之股款，此解釋上不容爭論者。若然，公司應用催繳股款辦法，似不應先行募債，此點為立法上可考慮之問題。

公司債券每張金額不得少於二十圓。（第一百七十八條）

本條定公司債每份金額最低之限制。惟與股份原則的限制同額，殊失權衡，（參照第一一一條）蓋在法不認公司債分期繳納之法，其一次繳足之債款，應以十圓為最低額

爲妥當。又公司債與股份之性質不同，應否如股份以資本均分爲單位？似不無疑問，按舊公司條例祇規定每份金額不得少於二十圓，易言之，某份金額如超出二十圓，自所不禁，要不強其額面之均一。現行公司法既曰：債券每張金額不得少於二十圓，解釋上不許有每份金額不同之債券可知，立法本旨，殆以公司債券有流通性，爲便於交易起見，應使每份金額歸於一律者也。

公司債如預定償還金額超過券面金額時，於同次發行之各種債券，應有同一之超過率。（第一百七十九條）

本條定公司債償還時逾額之限制，因公司債償還之金額與券面額同一，是爲通例，然以公司信用之程度，或市面銀根之情形，定以券面以上之金額爲其償還之額，亦多有之。於此場合，其金額亦必使之均一，若許以不均一之方法，定爲償還之金額，足啓社會射倖之心，而敗極國民之凡記也。至於定券面額以下爲償還之金額，縱高其公司債之利率，實際上亦必不行，公司法雖不設明文業止，要無何種流弊。

第三款 公司債募集之公告

公司債募集時，凡關於公司中財產之概略，及其募集之重要條件，對於公司內外一般人

有務使團知之必要，故董事於募集之先，應將左列事項公告：（第一百八十條第一項）

- 一 公司之名稱。
 - 二 公司債之總額及債券每張之金額。
 - 三 公司債之利率。
 - 四 公司償還方法及期限。
 - 五 前已募集公司債者，其未償還之數額。
 - 六 公司債發行之價額，或其最低之價額。
 - 七 公司股本總額及已繳股款之總額。
 - 八 公司現存財產之總額。
 - 九 公司債募足之預定期限，並逾期得由應募人撤銷其應募之聲明。
- 第一款之名稱，毋待說明。第二款之總額，指新募之公司債額而言，如債額十萬圓是。第二款之分額，如公司債總額十萬圓，其債票之份數係五千，則每張金額二十圓是息。第三款之利率，如年利五釐或六釐或七釐，由公司表示每年當付於公司債權者之利息若干是，此等利章，要均一平等，其應否受民法上最高度之限制，學者中常有爭論，要以

採積極說爲當。第四款之標準，依公司事業之性質與由公司債所得金額之使用方法，而有差異，故償還方法，或同時支付，或分期支付，均無不可，至償還之期限，或僅定最初期限及最終期限，或確定日期，要於發行公司債時定之。第五款係指前次已發行公司債而未償還之數額，所以示明爲償舊債而募新債也。第六款乃指券面雖以上或以下發行之確定價額或最低價額。第七款與第八款乃與第一百七十七條相對應，毋庸贅述。第九款爲吾公司法所特創，與第九十四條第一項第五款同一旨趣，惟立法當否？不無疑問，因募債與招股性質不同，應募公司債非可與認股投資比較故也。

董事得備聯單式之應募書，載明前項各款事項，由應募人填寫所認數額及其住所，簽名蓋章。(第一百八十條第二項)

本項規定，與本法第九十四條之旨趣相同，惟在立法論，既以之爲公告事項，又以之爲應募書記載事項，殊嫌重複。按日本商法於明治四十四年改正前，亦採用公告主義，嗣後爲保障應募人之確實計，恐公告不足以資週知，乃改爲照認股書辦法同樣，本法一面蹈襲改正前日商法之例，一面又做改正後日商法之規定，以致重複。且依本項之又一句，乃一種任意規定，未免設却日商法改正之精神，而與本法第九十四條第一項及第一

百九十二條第一項比較，（係應字而非得字）亦不貫徹。

第四款 公司債之繳納及登記

公司債募足時，董事應向各應募人請求繳足其所認數額。董事自收正公司債款後，應檢十五日內將前條第一項第二款至第四款之事項及公司債發行之年月日，向主管官署聲請登記。（第一百八十一條）

公司債究與公司之股份不同，公司之股份，可以分期繳款，而公司則必須一次繳齊，蓋公司之所以募債，實迫於一時金錢之需要，若許分期繳納，殊無以濟目前之急用。公司債所募之額，既已如數收齊，則公司財產狀況必生一大變動，故有登記之必要。

第五款 公司債券

募集公司債，由公司發行債券，債券者表明公司債之有價證券也，有記名式與無記名式兩種，隨公司之情形，任意發行之。

公司債之債券應編號，載明發行之年月日，並第一百八十條第一項第一款至第四款之事由，由董事簽名蓋章。（第一百八十二條）

公司債票編號，與股票之編號情形相同，其發給之債券，亦係一債權發給一債票。

而用單獨債票式。其與股票之形式比較，(第一一五條)不須經董事五人以上之簽名蓋章，加入發行債券之年月日，是其優點。不過本法施行法第十一條仍定爲須由董事五人以上之簽名蓋章，未免誤解本條法意。

公司債存根簿應將所有債券依次編號，並載明左列各款事項。(第一百八十三條)

- 一 公司債債權人之姓名及住所。
- 二 第一百八十條第一項第二項至第四款之事項。
- 三 公司債發行之年月日。
- 四 各債券取得之年月日。

關於公司債存根簿之方式，乃採債票根簿之制度，即以債票爲經，而以各債票上關涉各事項爲緯，此與本法股東名簿(第一二六條)以人之姓名爲經者不同，不論債券爲記名式與無記名式均可適用者也。(本法既認無記名式債券之發行，而於記載事項中，不規定公司條例第一百六十條第八款之旨者，係採債票根簿制度之結果，非可認爲脫漏。)

以記名式之公司債轉讓時，非將受讓人姓名住所記載公司債存根簿，並將其姓名記

載於債券，不得以其轉讓時抗公司及第三八〇（第一百八十四條）

記名公司債之轉讓，與記名股份之轉讓相同，應殘行一定方式，非如無記名式債券之轉讓祇依交付手續者可比。若不從本條之規定，其效力雖可及於當事人間，然不得以轉讓對抗公司及第三人。至以債券爲質權之標的，在本法無特設規定，應依民法上權利質之原則解決之。

債券爲無記名式者，債權人得隨時請求改爲記名式。（第一百八十五條）

債券與股票相同，得發給記名式與無記名式兩種，惟股份之金額可分期繳納，而債券金額則須一次繳足，故事實上無須有掉換手續，即在繳款當時，請求發給無記名債券亦無不可。又執有債券者並無如股東所得享受之權利，故亦不設無記名式債券數額之限制。

按日商法亦許以有記名式債券請求改爲無記名式，本法似在認此轉換手續。依愚所見，本法既採債票根簿制度，不如裁入應募書內由應募人自始擇定記名式或無記名式，（參照第一八〇條第二項）根本刪除本條規定，以期簡捷。

第七節 股份有限公司章程之變更

公司之章程，爲公司行動之準則，公司之機關如董事監察人皆不能踰越此範圍以行動，故公司機關不能變更其所遵守之規則。然公司爲社聞法人，股東全體之意思，即公司之意思。若以股東之總意變更其行動之範圍，亦未見其不可，故吾公司法做多數法例，國設變更章程之規定。

第一款 變更章程之決議

公司非經股東會議決，不得變更章程或增減資本。(第一百八十六條第一項)

公司章程，有隨本公司事業情形，或世界商業金融狀況之變遷，而積久不能不酌加修改者，然公司定章爲全體股東行動之矩矱，非可轉易變更，在董事及監察人不過爲公司從屬之機關，應確守定章，不得尺寸諱越，自無可以擅爲變史之理，即定章預以變更之權，委之於辦事機關，亦全然無效，惟股東全體之合意，始可主宰公司之行動，而酌定其範圍，非有股東會之決議不可。

所謂變更，有廣狹二義，廣義謂公司之基礎的事項之變更，狹義則專指組織之變更而言。(如以股份有限公司變爲無限公司或兩合公司，)關於第二種之變更，除有特別規定可適用此決議外，(參照第二二七條)應解爲不包括在內。又變更章程之最要事項，厥

維增加或減少資本，法律於此點，設有較詳規定，（參照次條以下）故增減資本，當然民於變更章程以內，本法特爲標明者，或以第八十八條第三款未指出「資本總額」字樣，而爲此祛疑之規定歟。

變更章程及增減資本，採用特別決議法，由股東過半數代表股份總數過半數之出席，以出席表決權三分之二以上之同意行之。（第一百八十六條第二項）

有解本項亦非絕對的強制規定者，蓋依施行法第十四條，認爲容許章程中爲相異之規定，因施行法第十四條不僅於通常決議有所適用也。然第一百二十八條第二項之除外規定，有「本法另有規定或公司章程另有訂定」兩種情形，故甯解爲係強制規定爲妥。

股東會不備定足數要件時，許用假決議制度，惟與第一百條第三項第一百二十八條第三項比較，似失權衡，蓋特別決議與通常決議既寬嚴不同，而假決議則毫無異致，何也？又按日商法於變更公司目的事業，不許用假決議法，（參照舊公司條例第一九九條第四項）本法概不區別，似亦欠斟酌。（第一百八十六條第三項）

第二款 資本之增加

公司非收足股款後，不得增加資本，此與募集公司債之限制不同。（第一百八十七條）

章程之變更，其最著者，爲資本之增加及減少，法律於此兩點，設有較詳之規定。按公司增加資本，有視營業情形及經濟界之大勢，欲圖擴充者，亦有以供償還夙債之用者。在暫時需用，原可募集公司債，而欲發達其事業，永久運用鉅款，則以增加資本爲通例。然究何時可以增加？徵之各國法例，有全無限制者，如英國法及德日舊商法是；有限制須股款繳足後，始可增加資本者，如德日新商法是。兩相比較，第一例能應銀根寬緊之情形，而得易於募集資本之機會，然原股款尙未繳足，實無增加資本之必要，且若不加限制，必有濫招新股，籍以投機，危害公司基礎之虞，故立法趨勢，多從第二例，吾公司法亦然。

近世商法，雖多採此原則，亦認有例外，卽對於保險公司，或以特別法許其隨時增加資本，或許其以章程訂定隨時增加資本，蓋以此種公司，實際不必要多額營業資金，惟因爲萬一之担保，須有資本之準備而已，此爲保險公司之特性，須寬其限制。吾公司法固可不加此例外規定，但若以特別法認許特種公司不受此原則之限制者，自亦無妨。

增加資本之方法，有增加股數者，有增加股款者，然加繳股款，殊背股份有限公司

股東責任之原則，雖以股東總會之決議，亦不能強制使其加繳，故增加資本，專以添招新股爲主，至公司募集社債，乃增加營業資金，而非增加資本；尤不可不區別也。

公司增加資本或整理債務時，得發行優先股，但應於公司章程中訂明優先股應有權利之種類。(第一百八十八條)

添招新股，有優先股與普通股之別，優先股者，謂關於財產上有特權之股份，而公司有立時分派利益，或解散時分析賸餘財產，比較普通股有優待之特權者也。其許給權利之方法，種種不同，此可一任章程或股東會決議定之，惟公司增加資本之原因，前已述及，法律僅限定非收足股款後不得增加資本，至增加資本之原因，究爲擴充業務，或爲償還夙債，均可不同。吾公司法本條加入『或整理債務』數字，殊嫌贅文。(參照舊公司條例第二〇一條)

發行優先股之立法例不一，有準其發行全無時期之限制者，有須於增加資本時始得發行者，前者如德國商法，後者如日本商法。依理論言，優先股之發行，本爲推廣招股，獎勵投資而設，若於發起當時，亦許發行優先股，不但有投機取巧之弊，且無端破壞股東權均等之原則，故以第二種法例爲優，吾公司法本條規定，即採日商法之主義。

主本法第一百二十六條第六款所規定，乃指爲股東名簿應記載之事項，並非許於公司發起時亦得發行優先股，學者中不免有誤會之處也。（參照王效文著公司法論下冊第八五頁）

公司已發行優先股者，其章程之變更，如有損害優先股東之權利時，除股東會之決議外，更應經優先股東會之決議。優先股東會準用股東會之規定。（第一百八十九條）

按優先股之權利，僅爲財產上之權利，若決議權則與普通股無異。然若無特別之規定，則易被迫於多數之股東，可藉變更章程而以總會之決議，損害優先股東之權利，况變更章程，特關優先股之事項，則此種優先股東於會議之事項，爲有特別利害關係，不得加入表決，（參照第二二二條）其結局優先股東之地位殊失保障，而法律所定優先股之妙用，亦無由貫徹，故有此例外規定，卽除股東會之決議外，須另開優先股東會取決。至優先股東會召集之程序，決議之方法，皆與通常股東總無殊，自可用準。

公司添募新股時，應先儘舊股東分認，如有餘額，始得另募。（第一百九十條）

關於添招新股之法例，依日商法，不論何人均可認股，且不論認股之多少；德商法及英國法例則須先儘舊股東分認。就以上兩種立法例而言，實各有利弊，主張第二種立

法例之理由，不外以新股之認購，視爲一種利益，即當增加資本之際，舊股票價格騰高過於票面價額時，是取得新股股者可得極大之利益；倘當時舊股票價格低落不及票面額時，因法律不許爲票面額以下之價額而發行股份，因此公司欲使認股者之踴躍，常將新股作爲伏先股發行，是又爲取得新股者有利益之明徵。殊不思舊股票價格低落，則公司營業振可知，以優先股爲招徠，乃不得已之辦法，未必定爲有利，况如此迂迴，未免延宕招股之期限，故利之所在，弊亦隨之。惟所謂先儘舊股東分認，不過謂舊股東有此優先權，並非其義務，故關於增加資本之股東會決議另定辦法者，自無不可。又按德商法之規定，舊股東之認新股，須各按其原有股份，此例分派，本法僅云由舊股東分認，文義尙欠明瞭，在解釋上，除經關於增加資本之股東會決議，另定辦法外，應用此例分派法爲當。

公司增加資本時，有以金錢以外之財產抵作股款者，其人，其財產之種類價格，及公司核給之股數，應於決議增加資本時同時議決之。（第一百九十一條）

因增加資本添招新股，應否許以金錢以外之財產出資，在立法論，尙有疑問，然德日商法均許之。不過在德國商法以低作新股款之財產之種類及價值，由關於資本增加之

決議同時確定之，易言之，即估定價值之權，由舊股東操之，而新股東無覆核之權，日商法自明治四十四年改正後亦採此例。至改正前之日商法，則由出資者與董事議定，而於股款募足後，由董事報告於股東會，更由監察人調查其是否確當，股東會，如認為不當，得予核減，是估定價值之權，新舊股東一律。第一種立法主義，蓋以出資之財產，由舊股東會以特別多數決議之方法，而估定其價值，自可確當，非若發起人之少數意見訂定，或慮偏私浮冒。倘有情弊，先為舊股東所不甘，且舊股東亦自有認購新股者，決不至獨為新股東之不利。在發起時，因公司尙未成立，許發起人自由核定，仍須由創立會復按核減；在增加資本時，公司存在已久，舊股東之特別決議，深是表示公司之意思，故許於增加資本之決議，問時核定，可不必更開新股東會，對之為報告調查甚或加，裁減也。第二種立法主義，則以添招新股，董事實居於發起人相等之地位，自得於出資之財產，確定其價值，但須照發起設立之原則，有股東會以為之監督，財產之出資，每易以估價之不實，致損害於公司，新舊股東關係既同，自應一律有查核之權。吾舊公司條例係採第二種法例，（參照條例第二〇四條至第二〇六條）而現公司法則採第一種法例，所可異者，公司法於第一百九十四條，復有監察人調查及報告之規定，可見立法主義

之模稜矣。(參照第一九四條說明)

公司添募新股，與發起設立之公司募股之事例相同，而董事此時所居地位亦與發起人相似，故應由董事備聯單式之認股書，載明左列各款事項，由認股人填寫所認股數金額及其住所，簽名蓋章。(第一百九十二條第一項)

一 第八十八條第一款至第六款第八十九條及第九十一條第一款之事項。

二 增加資本決議之年月日。

三 增加資本總額及每股金額。

四 第一次繳納之股款。

五 發行優先股時，其種類及各種優先股之總額

公司添招新東，有全由舊股東認足者，此與公司發起時由與發起人認足股份情事相同；亦有舊股東不能盡認，而另招新股東入股，與公司發起時，於發起人以外另行招股情形相同。要之，認購新股，必有入股之憑信，故無論原有股東及欲助入之股東，均必填惠認股證書，繳存公司，吾舊公司條例於增加資本時之認辦新股，並無準用發起時認股書制度之規定，現行公司法做德商法及改正後日商法例而增補之。

本條第一項規定，大體與第九十四條相同，其差異點，即認股書所載之事項而已。按德日商法於公司之名稱，所營之事業，以及股份總額等等，均不必記載，（即本法第八八條之事項）而第八十九條第三款與第九十一條第一款之事項，於添招新股時亦無何等重要關係，本法一併列入，似嫌過詳。至第九十四條第一項第五款之事項，於此處不加規定者，所以期募股之整齊，否則一部認股人尙未加入，一部認股人又退出，未免延宕募足期限，在立法上固無不當，但獨於招新股之場合，刪除此點，與第九十四條比較，亦覺奇異。又第三款之每股金額，亦嫌重複，蓋在股份有限公司，新股份與舊股份之金額自應歸一律，既包括於第一款，（即第八八條第二款）毋再揭示之必要。又第九十四條第二項，於招募新股場合，脫漏此規定，應解爲有準用之餘地。

同時發行數種優先股者，認股人應於認股書填明其所認股份之種類及其數額。（第一百九十二條第二項）

優先股受利益之方法，有種種不同，前已述及，大致均載明於章程以內（參照第一八八條但書）惟若同時發行數種，應由認股人填明所認股份之種類及其數額。

新股招足後，董事應經速向各認股人催繳第一次股款，其以超過票面金額發行股票

時，其溢額應與第一次股款同時繳納，當新股款第一次招足後董事應即召集股東會報告關於募集新股之事項。(第一百九十三條)

本條立法旨趣，與公司之發起，召集創立會大旨相同，惟此股東會，包括新舊股東言之。

復次，則為監察人之調查，並應將調查之結果，報告於股東會。其應調查之事項如左：(第一百九十四條)

- 一 所募股份已否認足。
- 二 各新股第一項應繳股款已否繳足。
- 三 有以金錢以外之財產抵作股款者，所核給股份之數是否適當。

為前項之調查報告，股東會得另選檢查人。(第一百九十四條第二項)

本條與第一百〇三條旨趣相同，可參照該條之說明，惟有議論者，即本條仍做日商法改正前(二二四條)之規定，而抹煞改正後日商法第二百十二條之精神。蓋吾現行公司法第一百九十一條既探改正後日商法第二百十二條之例，已如前述，而於此又規定股東會之檢查權，立法殊欠貫徹，且查核以後，若認為不實，並無準用第一百〇四條第二項

之明文，即設此規定，尤屬毫無意義。

第一百九十三條之股東會會完結後，董事應於十五日內將左列各款事項向主管官署聲請登記。(第一百九十五條第一項)

一 增加資本之總額。

二 增加資本決議之年月日。

三 各新股已繳之股款。

四 發行伏先股者，其優先股應有權利之種類，各種優先股之總額及每種每股之金額。

本項爲增資登記之規定，惟優先股每股之金額與普通股本無差別，蓋增加資本，擴充股份，當仍採金額均一之原則，(參照第一百九七條第一一條)茲以之爲登記事項，殊不可解。

在德國法，每次添招新股，須經前後兩次之註冊，其一，爲增加資本之決議，其二，爲增加股本之實行，但亦許有例外以此兩種之呈報註冊一併爲之。依日本法，則惟增加資本實行後，註冊一次，蓋若增加資本，僅經股本會決議而未實行，是於變更章程尙

附有條件未成就，殊無先爲註冊之必覆，本法卽從後例，

上述事項，未經登記前，不得發行新股票或爲新股份之轉讓。（第一百九十五條第二項）

本項規定，與第一百十四條第一百十六條旨趣相同，如違反之而爲發行，應解爲無效（參照第一一四條二項），至第一百十四條第二項之但書規定，不設準用之明文者，蓋以此際公司早已成立，發行人必爲董事，持票人受有損害時，其救濟方法，依第一百四十五條第二項第三十三條決之。

公司添募新股所發行之新股票，應編號載明股數及左列各款事項，由董事五人以上簽名蓋章。（第一百九十六條）

- 一 公司之名稱。
- 二 增加資本登記之年月日。
- 三 增加股份總數及每股金額。
- 四 發行優先股者，優先股之總額及其優先權利。
- 五 增加股份之股款分期繳納者，其每次分繳之金額。

公司添招新股所發給之新股票，與原有之舊股票，其應記載之事項大略相同，（參照第一一五條）惟公司於創辦時不准發行優先股，而添招新股時，則常有優先股之發行，其股票應註明所得享受之特別利益，俾資以爲書面上之憑信。其實，爲增資而發行新股票，祇須對於原則所規定，（第一一五條）加以補充爲足，本無獨立形式之必要，而本條第三款之股份總數與第一百十五條第一項第三款之股數，是否同一意義？殊費解釋，若謂不同意義，則區別之理由若何？又第一百十五條第二項於此無準用條文，亦嫌疏漏。

因增加資本而漲募新股，與公司創辦時招股情形大體相同，故有一概括準用之規定。
。（第一百九十七條）

對於本條之規定，殊嫌不備，例如第一百〇八條第一百一十條不應除外，而第一百一十一條至第一百三十條則當然適用，無待準用之明文者也。（第一百十七條至第一百二十六條亦屬當然適用範圍）若謂第一百〇八條之創立會字面與第一百一十條之公司登記字面，於增資場合有準用難以相當之苦，亦應另設專條，即董事不於一定期間召集股東會，應許認股人有撤銷權，又爲第一百九十五條之登記後，不得撤銷。

第三款 資本之減少

公司之資本，可因公司營業之情形及世界經濟之大勢，而以增加或減少，資本之減少，亦爲變更章程之一端，事極鄭重，僅僅股東會得爲此決議，且其決議亦必須用特別決議之方法，非但減少之數額必須明定，即減少之方法，亦須同時決定之。股本減少之事例，大要有二：其一，爲實質上之減少，如因股款過多或營業縮減，致鉅款擱置，本重利輕，因而議減是。其二，爲計算上之減少，如虧折過甚，彌補爲難，致各股東無利可分，因而議減是。在後一種之減少，係截去耗損之數，照現時存本，作爲定額，此於現時財產毫無出入，不過賬目上改定原有資本，使之縮小而已。至第一種實質上之減少，則公司財產當然照減，其方法不外兩種，一爲減少股數，一爲減少股銀。減少股數之辦法，又有兩種，其一爲消除，其二爲合併。減少股銀之辦法，亦分兩種，其一，若已金數繳足時，則照所減之數退還各股東；其二，若尚有未繳足之款時，則按照各款應減之數，免其繳納，祇須減少後之股銀，合於法律所定最低額之限制即可。減少資本之一般情形，其最有適用者，當爲實質上之減少而用消除或合併方法，蓋計算上之減少，不過一種形式，與公司外部無何等重大關係，而減少股銀之辦法，若遇原來每股金額適當法

定最少限度時，（十圓或二十圓）即無法實行故也。

減少資本，爲應行登記之事項，其不適用合併方法者，似無換給新股票之必要，（參照改正後日商法第二二二條）本法則不明言，蓋用減少股銀之方法以減少資本時，亦未嘗不可發給新股票，不過公司應於爲減資登記後，定六個月以上之期限通告各股東換取而已。（第一百九十八條第一項前段）

本項下段設有失權處分之預告規定，而次項復有失權之明文：即股東於前項期限內不換取者，即失其股東之權利，公司得將其股份拍賣，以賣得金額給還該股東。（第一百九十八條第一項後段及第二項）

因減少資本而合併股份時，其不適於合併之股份，準用前條第二項之規定。（第一百九十九條）

公司減少資本，似股東並無何種義務，其所以有失權處分規定者，蓋爲解決合併股份之種種困難也。以合併交換之方法，而消滅一部股份，應將所欲減少之股份，按照各人原有之股份比例分派，至爲公平。（例如有十股者新爲五股）然於奇偶不合比例之股份，若何折合，頗生困難，此時既不能取得一新股，又不許取得半股之新股，更不能強使

之與人共有，（例如止有一股者不能折爲半股有三股者不能折爲一股半之類）是惟有使之向他人取得一部分股份合成定數，如額交換，或將原有之股脫售於人，如額始合分派之比例，然彼此相當機會，未必果能一一適合，若任其隨意交換脫讓，勢必參差不齊，故不得不有相當規定。如德國商法第二百九十條之規定，因減少資本之決議所預定之方法，實行合併各股，可使全體股東將其所有之股票，悉數呈交，絕由公司按原有各股，以同一比例核減，然後於折合應得之股，將原股票發還，併附公司所定減股賠償之金額，其或有不合比例之股份，無從換取新股票者，亦須呈交股票，由公司代爲籌畫，否則，與全不呈交之股票一律辦理，得由公司聲明作廢，換以新股票，發賣得價歸還原主，庶可使股東全體均平如一，而無參差，且不致因少數股東之梗阻，牽累大局，法律示以準則，實行較爲簡易，實爲一種最新之立法，故吾公司法亦依此原則而爲規定，惟法條尙嫌簡略，不外由公司章程補充之。至此種辦法，不適用於減少股銀之場合，自不待言。

第四十八條及第四十九條之規定，於減少資本時準用之。（第二百條）

公司減少資本，除計算上之減少以外，須將已繳之股款付回若干，或將未繳之股款

免除若干，此於公司之財產大有變動，爲保護公司債權人起見，故設此規定。

第八節 股份有限公司之解散

第一款 解散之原因

股份有限公司因左列各款事由而解散。(第二百〇一條)

- 一 章程所定解散之事由發生。
- 二 公司所營事業已成就或不能成就。
- 三 股東會之決議。
- 四 有記名股票之股東不滿七人。
- 五 與他公司合併。
- 六 破產。
- 七 解散之命令。

以上各款，按與無限公司之解散事由大體相同，所異者，僅第三與第四兩款，(參照第四十六條)茲僅就此兩點說明之。

此所謂股東會之決議，指特別決議而言，(參照第二〇三條)蓋在無限公司，必須全

體股東同意，而有限公司之股東衆多，若經全體同意，勢所難能，但公司之解散事關重大，自不容依通常決議方法取決。至股東不滿七人，則與公司設立之要件不符，（參照第八十七條），其以有記名股票之股東爲限者，則爲易於查考起見。在德國商法，不以股東之最少人數爲解散之原因，極端言之，雖股分總額歸於一人，亦可不致解散，其理由以股份有限公司爲物的結合，非人的結合，故人數之多少，與公司之存續無關，在發起時，所以限定發起人數者，不過以發起人負有創辦之責，且事實上非有多數人不能集事故也。然所謂股份有限公司爲物的結合者，乃以此種公司不置重於股東自身，究不能因此否認其爲社團法人之性質，況若果股東人數不滿七人，則董事監察人股東會各機關之人數不便分配，殊失却爲營利團體之精神，故吾公司法仍以不滿一定人數爲解散之原因焉。

第二款 解散之程序

公司解散時，除破產外，董事應即通知各股東，其發行無記名股票者，並應公告之。（第二百〇二條）

公司至解散時，不可不使各股東知其事實，故董事於記名股東，當一一發通知，於

無記名股東，亦須對之而爲公告，至破產之場合，依破產法之規定，由法院爲破產宣告之公告，不須再由董事爲通知及公告。

股東會爲公司解散及與他公司合併決議，準用第一百八十六條第二項之規定。（第二三〇條）

本條定解散決議之程序，蓋以此種事件有重大性，須有特別決議始可取決。

因合併而解散之公司，準用第四十八條至第五十一條之規定，（第二一〇四條）

本條定因合併而解散之程序，所以照無限公司辦理者，爲保護債權人利益計，不待類當。又此所謂合併，在吾公司法上之解釋，應指同種類之公司而言。此外，尙有疑問者，即股份有限公司間合併，非若無限公司間合併之簡易，例如所有股份之新舊交換，因合併而增加資本，在法律上似應定若干原則以明適用。

第九節 股份有限公司之清算

第一款 清算人之產生

公司之解散，除破產及合併另有辦法外，須將公司財產清算。立法例雖許無限公司得行任意清算方法，而於股份有限公司，則必須經法定清算程序；然實行清算，必須有清算

人，茲依吾公司法所定，述清算人之種類如左。（第二百〇五條）

第一 法定清算人， 股份有限公司之清算，以董事爲清算人，乃法律上之原則，蓋以董事爲公司之執行機關，公司業務，統由董事執管，當公司解散，以董事爲清算人，本係熟手，實較他人爲適宜。

第二 選任清算人。 若董事有死亡，解任，逃避，辭退等事，自得由股東另選清算人，又或於章程中已有訂定，特定某某人爲清算人，或須聘請會計所爲清算人，則不以董事爲清算人亦無妨。

第三 選派清算人。 股東會不選任清算人或選任清算人辭退或不適當時，法院得因利害關係人之聲請選派清算人；但依吾公司法之解釋，尙有不備，即須不能依第一項之規定定清算人者，始由法院因聲請選派清算人。所謂不能，須達於何種程度，法文欠明，此其一。又公司解散之原因，出於解散之命令者，似應由法院選派清算人爲得當，從吾公司法，此時仍適用本條第一項，按與本法第二百二十八條顯生矛盾，而與第五十三條有同一之缺點，此其二。

關於聲請法院選派清算人之立法例，亦有不同，依德商法，聲請之權屬於監察人及

有股份總數二十分之一股東，而日本法則泛言利害關係人，包含債權者在內，範圍較廣，吾公司係採後例，信爲得當。

第二款 清算人之解任

清算人難保無不當之行為或不適宜之事，此又不可不爲解任之規定，按各國通例，除官廳選派之清算人不能由股東會解任而外，其餘一切清算人，得由股東會決議解任，如以董事爲清算人時，董事既要股東所選出，當然得由股東會將其解任，其以章程所定或另選之清算人，亦不外出於股東會之意思所推舉聘任，股東會決議將其解任，要無不當。此外，法院得因監察人或有股份總數十分之一以上股東之聲請，將清算人解任，此則不同何種清算人，法院均有解任之權，惟在聲請選派清算人時，既不須爲監察人或有股份總數十分之一以上之股東，而於聲請解任，忽設此限制，立法前後殊不一貫（第二百〇六條）。（參照第五十五條第五十六條）

第三款 清算人之權利義務

清算人於其職務範圍以內，有與董事同一之權利義務。（第二百〇七條）

清算人與董事雖其目的有爲清理與營業之不同，而其權力作用則一，言其權利，如

執行清算事務，對外代表，召集股東會，請求報酬等是。言其義務，如算結賬目，保護財產，登載廣告，遵守定章及股東會之決議是。且對於監察人亦應受其監督，如有監察人之請求，須對之為報告，又公司之清算事務及財產狀況，亦應任監察人隨時調查，呈交股東會之賬冊，應先選監察人查核等是。本法於此為概括之規定，其有特別規定者，係於後述之。

清算人之報酬非，由法院選派者，由股東會議定，其由法院選派者，由法院決定。
(第二百〇八條第一項)

本項之前段，按之第二百〇七條適用第一百四十條之結果，本無另設明文必要，其後段則為特例，蓋由法院選派之清算人，其報酬之數額，自應由法院決定為當。且商法於此雖無明文，惟依其國之非訟事件程序法，於裁判所選任清算人之場合，公司所給與報酬之數額，裁判所得因董事及監察人之聲請定之。吾舊公司條例僅有第二百二十二條之概括規定，對於法院選派之清算人，並未另設規定，而又無非訟事件程序法以資準據，以致適用上仍由股東會議定，殊欠允當，故本增補之。

清算費用及清算人報酬，由公司現存財產中儘先給付。(第二百〇八條第二項)

本項規定清算費用之先取特權。清算人之報酬亦清算費用之一，所以揭出者，特爲明瞭起見。立法本旨：以清算費用爲各債權者共同利益所支出，所謂共益費用，應儘先當償故此處之公司現存財產，有第一百七十七條現存財產之意味，非除去債務後之純財產，易言之，卽此種費用應先於公司之債務而爲給付。但此種規定，在德日商法均未之見，其當否尙有疑問，按清算人如調查公司財產不足償還債務，應爲破產宣告之聲請，（參照第二二四條第六三條）經宣告破產後，卽依破產法處理，其在宣告破產之墊支費用，已取償者，是否生破產法上否認權之問題？未取償者，是否祇作普通債權，與其他破產債權同一待遇？均不免生解釋上之困難也。

清算人就任後，應卽檢查公司財產情形，造具資產負債表及財產目錄，提交股東會請求承認。（第二二〇九條）

本條定清算人就任後結賬造報之義務，蓋清算人非查悉公司財產之多寡，無從着手清算，而所造冊報，非經股東會承認，亦恐有侵吞隱匿之弊。惟公司法將舊公司條例第一百二十條第三項關於公告之規定刪除，似未妥當，至股東會因調查前項冊報是否符合，依第一百三十六條自得選任檢查人，亦不待言。（參照舊公司條例第一百二十條第二

項)

清償債務，賸餘之財產，應按各股東所繳股款之數額比例分派，但公司發行優先股向章程另有訂定者，不在此限。(第二百零十條)

公司解散後，非俟清償債務尚有餘存財產，各股東不得以之分派，而此餘存財產之分派，以何者爲準而定其比例率，徵之各國法例，約分兩種。其一，以每股之股票面額爲準，此爲德國法所採之主義。其二，以各股已繳入之股款額爲準，此爲日本法所採之主義。吾公司法係採後例，與本法第一百七十四條立於同一之基礎。可參照該條之說明。惟尙有待研究者，卽分派餘存財產與分派盈餘情形究有不同，在後一種情形，公司並未解散，其股款未繳足者，公司對之有種種補救辦法：(參照第一二二條至第一二五條)在前一種情形，公司已解散，而解散之時，各股股款未必一律繳足，或則全繳，或則半繳，例如每股百圓之股份，甲股東金數繳足，乙股東僅繳其半，一旦公司解散，除清償債務外，餘存財產，以各股已繳之股款總額計算，比例分派，各得收回五成股本，則出資百圓者，損失五十圓，出資五十圓者，僅損失二十五圓，相形之下，仍欠公平，若依德國法，此時必使將未繳足之股款，照必要限度而繳入之，然後以票面銀額爲準而分派

，雖事多週折，而實際則移公平。以上係就餘存財產僅足退還股本或可退還股本一部時言之，若餘存財產除足退還股本外，尚有盈餘，則日本法例又似德國法例爲優，如前述之例，各股份可得五成盈餘時，依日本法，甲可得一百五十圓，乙僅可得七十五圓，若依德國法，則將甲所多繳之五十圓先行退還，然後再按每股五十圓之比例而爲分派，如斯辦法，僅繳款一次者與已繳二次者，事實上分派盈餘仍無差別。不過公司解散時，總以無盈餘之場合爲多，故分派餘存財產，似仍以德國法例爲妥當。

清償完結時，清算人應於十五日內造具清算期內收支計算書，損益計算表，連同各項簿冊，提交股東會請求承認。股東會得另選檢查人，檢查前項簿冊是否確當。簿冊經股東承認後，視爲公司已解除清算人之責任，但清算人有不正當之行爲者，不在此限。
(第二百十一條)

本條定算結後交賬之義務，與第六十六條之旨趣相同，惟無有限公司以少數股東結併而成，其計算可向各股東請求其承諾，而股份有限公司則以多數股東結合而成，不能一求各股東之承諾，故須以賬冊呈交股東會復核。且彼則限股東於一個月以內不述異議，即免其責任，此則無期間之限制，而又得選任檢查人查核其簿冊之當否，此正清算手續

寬嚴之異點也，若有不正當行爲，其責任不能寬免，與公司存立中之董事相同。（參照第一六九條）

第四款 清算之完結

公司之各項簿册及文件，應自清算完結登記後保存十年，其保存人由清算人及其他利害關係人聲請法院指定之。（第二百十二條）

本條定書類保存之規定，與第六十八條之旨趣相同。惟無限公司解散後，保存書類之人由股東過半數決定，而此則由法院据聲請而爲選派。又依商人通例第二十八條，凡商業賬簿及與營業有關之文件，應保存期間爲十年，公司爲營利團體，亦受此原則之支配，惟本條所定之起算期，殊有未當，蓋依第二百十四條準用第六十七條，僅有呈報法院之規定，並無清算完結而爲登記之明文，故解釋上不外自呈報時起算。

清算完結後，如有可以分派之財產，法院因利害關係人之聲請，得選派清算人重行分派。（第二百十三條）

本條爲重行清算之規定。在德日主法例，均未設如斯明文，在解釋上，在爲清算完畢之登記以後，如發現仍有餘存財產，則不能認公司消滅，從而所爲清算完畢之登記實

不合法，得請求塗銷登記，仍由從來之清算人繼續清算，若清算人不存在，則由利害關係人請求法院另派清算人。但於此場合，原有清算人已有不堪勝任清算職務之嫌，故不問原清算人是否存在，以由法院據利害關係人之聲請另派人重行清算爲當。又本條係因舊公司條例第二百二十八條而來，依其事例乃利害關係人於十年保存賬冊文件期中查出公司尙有可以分派之財產，請求重行清算而言，非僅指股東再分配餘存財產也。

第五款 清算程序準用之法條

股份有限公司之清算與無限公司之清算，二者目的相同，故除本節特有規定外，其餘程序，均得準用。依本法所定，第五十二條第五十七條第五十八條第六十條至第六十四條及第六十七條之規定，於股份有限公司之清算準用之。（第二百十四條）

對於本條所規定之準用法條，殊嫌有不當之缺陷，如本法第六十一條第一項之規定，已於本節另有規定，（參照第二〇九條）殊無準用之可言也。

此外，尙有一點與無限公司清算不同者，即清算人不依第六十二條所定期間報明債權，即除卻於於清算程序以外，僅能就公司之餘存財產行使權利，（參照舊條例第二二三條）若無餘存之財產，則公司既已解散，且因清算完結而消滅，其債權亦歸無着，蓋

股份有限公司之股東除出資外，並不負其他責任故也。

第五章 股份兩合公司

第一節 股份兩合公司之意義

股份兩合公司，以兩種性質不同之股東，結合而成，其異於兩合公司者，以其中有限公所出資本，均分爲各股，非按名核定股份，其異於普通股份有限公司者，以其資本非盡均分爲各款，而兼有無担無限責任之股東，故此種公司組織複雜，或以爲兩合公司之變體，或以爲股份有限公司之變體，實則別異於此兩種之外，而獨立爲一種公司也。

此種公司制度之起源，殊難探究，其見於法律者，則自一千八百七年之法商法爲嚆矢，嗣後各國多倣效之。按其立法本意，不外爲補救股份有限公司之缺陷，蓋股份有限公司雖能聚集多數資本，然全部公司無一負担無限責任之人，于公司之債權者，不免有意外之慮。殊不思法律于股份有限公司，既採資本維持之原則，即恐有所不足，亦不妨于特種公司更定董事無限責任制以資補充，况就東西各國商業習慣者之，此種公司組織，實居少數，吾公司法設此規定，亦不外倣多數國商法通例，按其實際，則無何種需要

者也。

股份兩合公司之特質，即公司中之股東，至少有一人負無限責任，其他之股東與股份有限公司之股東地位相同，惟所謂一部股東負無限責任，又有兩例：其一，無限責任股東亦必須認繳股份，別無認股以外之出資，不過多負一對外責任而已。其二，無限責任股東之出資與認股繳款不同，不過于出資以外，亦不妨認股，可以同一人而兼有兩種資格。在前例，兩種股東，僅有責任之區別，而無出資之區別于後例，兩種股東，不僅有責任之區別；且有出資之區別，且責任不同之原因，即由出資方法不同所致，兩相比較，自以後例為優，蓋在無限責任股東既可以勞務信用為出資之標的，且其所有股份，對于公司有固定之性質，非若股份有限公司之股份可以任意脫讓者也。吾公司法第二百零十五條雖做德商法之用語，然就第二百零九條第二款觀之，乃認無限責任得認有股份，其探第二例，更顯然矣。（第二百零十五條）

股份兩合公司于左列各款事項，準用兩合公司之規定。（第二百零十六條第一項）

一 無限責任股東對內之關係。

二 無限責任股東對外之關係。

三 無限責任之退股。

其餘事項，除本章有規定外，準用關於股份有限公司之規定。（第二百十六條第二項）

股份兩合公司，既獨立自成爲一組織，自當特別規定，然除極少部分外，主用關於兩合公司所規定及關於股份有限公司所規定，非相合而成，而兩合公司所規定，亦大部準用無限公司所規定，此各國法制大略所同者也。

所謂無限公司對內關係，不外爲無限股東相互間之關係及無限責任股東與有限責任股東間之關係，此爲德日商法所從同，惟本法以股份兩合公司既爲法人，若直接言明無限股東相互間之關係及無限責任股東與有限責任股東間之關係，殊于認爲法人之體例有違，故改爲對內關係，名稱雖異，實際則同。所謂對內關係，如業務之執行，經理人之任免，出資之種類，不執行業務者之檢查權，競業之禁止，股份之轉讓等等，所謂對外之關係，如解散後股東之責任，轉讓後股東之責任，加入股東之責任，代表公司等等。所謂無限責任股東之退股，實不外內部關係之一種，所以別爲規定者，乃符無限公司之體例。（參照第二章第二至第四節）又本條所定準用，因第七十一條之結果，大體均準用

無限公司章相當之法條，然亦有因解釋上之結果，適用兩合公司中特定之法條者，例如有限責任股東不能有業務執行權及代表公司權，則爲顯然之事也。（參照第七十九條）又關於應經全體股東同意之事項，尙須注意本法第二百二十五條，自不待言。

第二節 股份兩合公司之設立

第一款 章程之訂立

設立股份兩合公司應由無限責任股東爲發起人，訂立章程，載明左列各款事項，簽名蓋章。（第二百十七條）

一 第八十八條第一款至第五款之第項。

二 無限責任股東之姓名住所。

三 無限責任股東股款以外之出資，其種類價格，或估價之標準。

股份兩合公司發起人之資格，徵之各國法例，有專限於無限責任股東者，如日本法是，有不限於無限責任股東者，如德國法是。本法係從前例。惟就理論言，在普通股份有限公司，既可由發起人認足股份，不必定須招募，則股份兩合公司，亦可一例辦理，所定股份，或全由發起人認足，不必排除有限責任股東於發起人以外，蓋組織股份式之

公司，本有發起設立與招募設立兩種，若依前一例，僅許無限責任股東爲發起人，是則止有招募設立，而不能有發起設立，殊失之狹。不過如此辦法，必須確定發起人之人數（應有七人以上）否則由一二人發起，一面可由其自認足股份，一面又由其負無限責任，殊失卻股份兩合公司之意義，吾公司法既不限定發起人之人數，則應採日本法例，自屬當然。

公司發起時章程上所應記載之事項，無因公司之性質而弊，股份兩合公司中既有股份有限責任股東與無限責任股東之區別，則章程上應記載事項須表見此特質，本條第一款爲股份有限公司章程上應記載事項，第二第三兩款即表明無限責任股東之事項也。

第二款 股份之募集

無限責任股東應負募集股份之責。（第二百十八條）

關於此點，有德日立法例之不同，前已述及，蓋股份兩合公司之無限責任股東，既不限定人數，（參照第二百二十五條）自須招募股份，以達到組織股份兩合公司之目的，雖德國法例於發起人不限定爲無限責任股東，其中一部分之有限責任股東認足股份，即可成立股份兩合公司，但若發起人全部認足股份，而又全部負無限責任，其法律上並無

禁止之明文，（參照德商法第三二〇條）是其結果仍無以貫徹股份兩合公司之意義，故吾公司法仍從日本法例，使無限責任股東與認股份者界限劃清，從無限責任股東亦得認股，但既使負募集股份之責則不能由無限責任股東全部認足股份，已極顯明。依愚所信，爲解決種種困難起見，（即德日二法例各有缺點）在法律上亦可另定辦法，即發起人係負無限責任者，必責令募集股份，若發起人有若干人已上，其中一部份認足股份，其餘一部負無限責任，或全部認足股份，僅有一部於認股外再出資而負無限責任，則不妨設爲例外，庶不致有全部股東同負兩種責任之矛盾，亦可達發起設立較爲迅速之目的，不知立法者以爲如何也。

認股書應記載左列各款事項。（第二百十九條）

- 一 第八十九條第九十四條第一項第一第二第四第五各款及第二百十七條所載之事項。
- 二 無限責任股東認有股份者，其股數。本條第一款之第八十九條，已揭於第九十四條第一項第二款，本文規定，實屬重複。而第八十八條第一至第五款已揭於第二百十七條第一款，其第六第七兩款，本非股份兩合公司章程中必要記載之事項，

故結局六嫌重復。

第二款 創立會

股份募足及第一次股款繳足後。發起人應于三個月內召集創立會，此為股份兩合公司準用股份有限公司之事項，惟股份有限公司於創立會中選任董事及監察人，而在股份兩合公司，其無限責任股東恰立於董事地位，當然代表公司執行業務，不必另行選任董事。雖創立會應於股東中選任監察人，然無限責任股東則不能當選，其認有股份者，亦同受此限制，蓋無限責任股東處於董事地位，而監察人對之負監督之任務故也。（第二百二十條）

無限責任股東雖得於創立會及股東會陳述意見，亦無表決權，其認有股份者亦同，蓋股份兩合公司係混合組織，股東會不過代表一部份股東（即有限責任者）而非全體最高意思機關，不過與無限責任股東之團體互相對立，故不許無限責任股東有加入表決權，至關於公司重大事項，應得無限責任股東之同意者，在本法已另有規定。（第二百二十一條）（參照第二二五條）

監察人應調查第一百〇三條第一項及第二百十七條為三款之事項 報告於創立會。

(第二百二十二條)

本條與第一百三十一條之規定大略相同，惟彼則董事及監察人共同調查，而爲報告，此則僅限于監察人任調查報告之責，並無董事，蓋以無限責任股東處於董事地位，以其自己所行之事，而合其查調報告，不惟無益，且有弊端，其理由與無限責任股東不得兼爲監察人同。

第四款 設立之登記

公司創立會完結後，應于十五日內，將左列各款事項向主管官署聲請登記。(第二百二十二條)

一 第八十八條第一第二第三第五各款，第一百〇九條第二第四各款，第二百十七條第二第三各款所載事項。

二 定有代表公司之無限責任股東者，其姓名住所。

三 監察人之姓名住所。

本條所定，爲對於第五條第二項之例外，與第一百〇九條同。惟關於設立之年月日，建設利息，不以之爲登記事項，殊嫌疏漏。又本店及支店所在地，(參照第八十八條

第四款）在第一百〇九條既以之爲登記事項，（參照第一〇九條第一款）而此處將其刪去，亦嫌先後不一貫。

第三節 股份兩合公司之機關

股份兩合公司之機關有三：一爲無限責任股東，一爲股東會，一爲監察人。關於監察人，除有第二百二十條第二項之限制外，其餘事項均準用股份有限公司之規定，（參照第二一六條第二項）無庸再述，茲僅就無限責任股東與股東會在股份兩合公司中之特點述之。

無限責任股東執行業務代表公司，其對內對外關係準用兩合公司之規定，已如上述，惟此種股東在股份兩合公司中之地位，恰如股份有限公司之董事，故大體可準用關於股份有限公司董事之規定。不過本法第一百三十一條至第一百四十二條之規定，依其性質不能準用，即第一百四十三條至第一百四十五條亦不發生準用之問題，此可參照第二百十六條第七十一條及第二章第二節與第三節之法條自明，故所準用者，乃造具賬冊，召集股東會，受監察人之監督隨時報告公司營業等等事項耳。又無限責任股東，亦不必人人執行業務代表公司，其無執行業務及代表權者，當然無準用董事職之務可言。（第

（二百二十四條）

在股份有限公司，以股東會爲最高意思機關：在股份兩合公司，因其中有負無限責任股東，故關於公司之根本事項關係全體者，除經股東會議決外，更須有無限責任股東之同意。其股東會之決議，于此場合，應適用特別決議。所謂須全體股東同意之事項，如章程之變更，公司之合併及解散，無限責任股東之轉讓股份，除名，遇此等事項，即以無限責任股東全體之同意與有限責任股東會之特別決議組成公司之最高意思以資解決也。（第二百二十五條）

第四節 股份兩合公司之解散

股份兩合公司解散之事由，準用兩合公司之規定，然兩合公司之解散事由，多與無限公司相同，故結局乃準用無限公司解散事由之規定。（參照第四十六條）至第八十三條之下列規定，亦無準用之可言，蓋在股份兩合公司中之有限責任股東不發生全體退股問題也。（第二百二十六條）

按德國法，於股份兩合公司遇有不得已事由，無限責任股東得照兩合公司之規定，由股東一人訴請法院判令解散，而有限責任股東亦得由股東總會以議決權四分之三多數

決議，訴請法院判示解散。(德商法第三三〇條第三項)日本法於股份兩合公司，則非特有派責任股東無此權利，即無限責任股東亦不能有此權。(日商法第二四六條)在立法論，自以後一種爲優。吾公司法係採前例，而對於有限責任股東並無如德商法之限制，則依準用第四十六條第二項之結果，可認有限責任股東一人亦得聲請法院發宣告解散命令，其不當毋待多言。

又有限責任股東不滿七人時，在股份兩合公司並未設準用股份有限公司解散之明文，(參照第二〇一條第四款)是不以一定人數之有限責任股東爲成立要件，易言之，有限責任股東止有一人時，亦不妨爲股份兩合公司。然如此解釋，殊失卻股份兩合公司之意義，故此點亦不失爲立法上之一問題。

無限責任股東如全行退股，有限責任股東得依第一百八十六條第二項之規定，決議改爲股份有限公司。(第二百二十七條)

股份兩合公司，本今無限責任股東與分認各股之股東而成，無限責任股東全部退股時，早不成爲股份兩合公司，而當然解散。然公司解散，影響於社會尙鉅，宜有以挽救之，故設本條之規定，與第八十三條之命意相同，此時無限責任股東之認有股份者，亦

得行使表決權，不受第二百二十一條之限制。惟改組後之登記，本法不規定密接於本條之後，而包括于第二百三十條之規定以內，以致引起種種疑問，俟於後述。

第五節 兩合公司之清算

股份兩合公司之清算程序，大體準用股份有限公司之規定，在股份兩合公司章程內，僅有特別規定兩點，一為清算人之產生，一為清算人之職責，茲分述如後。

一 清算人之產生。

公司之解散，除因合併破產及以命令解散外，應以無限責任股東之全體或其所選任之清算人，與股東會所選任之清算人共同清算，但章程另有訂定者，不在此限。（第二百一十八條第一項）

股份有限公司之清算人，通常以董事任之，而在股份兩合公司，則以無限責任股東執行業務處於董事地位，若依原則，應由無限責任股東任之。然無限責任股東不過股東之一部，若任其擅行清算，或非有無限責任股東所其願，故使兩部股東會同辦理，以昭公允。若章程別有訂定者，又當別論，其因合併破產及以命令解散之場合，則因情形而異，如公司合併，毋庸清算，破產則依破產法規辦理，以命令解散者，則由法院選派清算

人是也。

無限責任股東選任清算人時，以過半數決之，股東會所選任之清算人應與無限責任股東或其所選任之清算人人數相等。(第二百二十八條第二項)

股份兩合公司解散之際，無限責任股東，與認股之有限責任股東，利害殊多相反，故使調和章制，彼此平權，此蓋保護分認各股之股東，而防制無限責任股東之專橫也。本項是否得以章程為相異之訂定？不無疑問，然依前項之旨趣，若以章程排斥有限責任股東之清算權，既無不可；則以章程訂明股東會所選之清算人人數得較少於無限責任股東，亦自不妨。

二 清算人之職責。

清算人除依第二百零九條及第二百一十一條之規定，將各項簿冊提交股東會請求承認外，並應請求無限責任股東全體之承認。(第二百二十九條)

本條定清算人報告賬冊之特例，即在股份有限公司之清算，清算人於就任之際，及竣事以後，所有核定及報銷各賬，止須請由股東會承認，而在股份兩合公司，則除股東會以外，更有一部無限責任股東，故須得其允准，至如何允准之法，此處未設規定，自

準用第六十六條。

第六節 兩合公司之變更組織

吾公司法僅許股份兩合公司改爲股份有限公司，不許股份有限公司改爲股份兩合公司，此徵之第二百二十七條已極明顯。惟變更組織，則有兩種不同之事例，一當解散時爲挽救之方法，一在存立時，因時宜而變通，前者爲必要之變更，後者爲有益之變更，（參照商法第二四七條第二五二條）要旨自變更後與原有公司之結梅互異者也。然公司組織之變更，除兩合公司改爲無限公司外，（參照第八十三條）關係債權人之利害立鉅，須在不害公司債權者利益之限度內，始生絕對的效力，此第四十八條及第四十九條所以有準用之必要。（第二百二十條）

本條文字上殊嫌不備，以致發生疑義，即本條是否爲指第二百二十七條之事例而言？抑指解散事由未發生以前，得適用第二百五條以變更公司之組織而依言？通說以採後之見解爲當，蓋若爲解散時之挽救方法，殊無準用第四十八條第四十九條之必要，且就事理論，以無限責任股東全體之同意與有限責任股東會之特別決議，變更組織爲股份有限公司，並無禁止之必要，不過在第二百二十七條之後，既未設登記之規定，則本

條於必要變更與有益變更均有適用，尙有不可解者，即第四十八條第一項何以在刪除之列？

第六章 罰則

關於公益之法規，有違反者，當與制裁，而制裁之方法，民商事與刑事不同，刑事上之違犯，可按律科刑，而民商事上之違犯，惟有照各本法，或認其行爲無效，或命其直接履行，或令其賠償損害，此三種處分方法，公司與普通商人所同適用，惟公司爲營利團體，其事業之盛衰影響於社會者至鉅，若不規定處罰，不足以維法記而全公益，此各國商事法上對於公司均特定罰則。驟觀之，似在私法中不應有公法之規定，然此實爲法典編訂之一大例外，且公法與私法之界限，究無明確之觀念，故爲便利計，即將罰則規定於本法中，亦無妨也。

關於處罰之各義，在刑事上之違犯，有罰金，而民事上之違犯，則惟有過怠金，而不可視之爲刑罰，吾公司法做英德之例，稱爲罰金，且有徒刑之規定，（參照第二三三條）蓋作爲刑法上之制裁，徵之司法院院字第一一九一號之解釋，認爲此部分係特別刑法，益無疑問。

英將公司法所定之罰則，分述如後：

甲 專科罰金。

公司執行業務之股東，發起人，董事，監察人及清算人有左列各款情事之一者，得科五百圓以下之罰金。(第二百三十一條)

- 一 違反本法關於呈報期限或聲請登記期限之規定者。
- 二 違反本法關於公告期限或通知期限之規定者。
- 三 本法所定應許查閱之簿冊文件無正當理由而拒絕查閱者。
- 四 對於依本法而為之調查有妨礙之行爲者。
- 五 違反第九十四條第一項第一百九十二條第一項及第二百一十九條之規定，不備認股書，或認股書記載不實者。
- 六 違反第一百一十四條第一項及第一百九十五條第二項之規定，發行股票者。
- 七 違反第一百二十五條第一百八十二條及第一百九十六條之規定，於股票債券之記載不實者。

八 公司章程，股東會決議錄，股東名簿，公司債存根簿，營業報告書，資產負債表

，財產目錄，損益計算書及有關於分派股息紅利與提出公積金之議案，不備置於本店，或有不實之記載者。

本條第一款與第二款僅於呈報，登記之聲請，公告或通知定期限期者，有所適用，在法律未定期之場合，如第四十八條第一項，第六十二條，第一百六十八條，第二百零二條等規定，法律僅命其應爲此等行爲，並未如第五條第十條第五十條第六十七條第八十四條第一百〇九條等規定有期限，因而無適用之餘地，在立法論，殊欠斟酌。又對於第二款之公告及通知用不正當方法者，就文義言，亦不適用本款。

第三款乃與第二十二條第一百四十六條第一百六十七條等相對應，至第四款與次條第四款對照，文字欠明，然就舊公司條例比較，次條乃指妨碍檢查人之行爲之場合而言，本號乃指妨碍檢查人以外者之調查而言。（參照條例第二四九條第三款）若然，則本款爲第七十五條第一百〇三條第一項第一百五十六條第一百五十七條第一百六十六條第二項第一百九十四條第一項第二百二十二條等相對應之規定。

第五款爲對於認股書之規定，而對於同等重要之公司債應募書，不設罰則規定，殊有疏漏。立法本旨，蓋以第一百八十條第二項非強制事項，然若有不實之記載，亦應處

罰。又第五款第七款及第八款僅於此等書類爲不實之記載者有處罰，而於不爲法定事項之記載者，則無文明，亦不外立言上之疏漏，解釋上應屬相同。

公司執行業務之股東，發起人，董事，監察人及清算人有左列各款情事之一者，得科一千圓以下之罰金。（第二百二十二條）

- 一 違反第一百四十七條第一項第一百七十五條第二項之規定，不召集股東會者。
- 二 對於官署或股東會陳述報告不實者。
- 三 違反第四十八條第四十九條之規定而與他公司合併者。
- 四 對於依本法而爲之檢查，有妨礙之行爲者。
- 五 違反第一百二十條之規定而銷除股份者。
- 六 違反第一百二十五條第一項之規定而發給無記各股票者。
- 七 違反第一百六十三條第一項及第一百四十七條第二項之規定，不即聲請宣告破產者。
- 八 不依第一百七十條第一項之規定提出公積金者。
- 九 違反第六十四條之規定分派公司財產者。

十 公司度解散之命令而解散時，不將事務移交於清算人者。

第一款之規定，依日商法及吾國舊公司條例罰金最高度為五百圓，本法以其情節較重，移置本條。第二款雖舉不實之陳述及報告，而隱蔽事實亦包括之。第三款僅於公司合併之場合有適用，而於有同一重要性之資本減少與變更組織，（參照第二百零二條第二、三十條）而無準用或適用之明文，立法亦有疏漏，應解為有準用之餘地。

第四款之檢查，依前所述，（參照前條第四款）應解為指妨碍檢查人之檢查行為而言，質言之，即為第九十一條（查驗）第一百〇三條第二款（調查）第一百三十六條（查核）第一百七十五條（檢查）第一百九十四條第二項（調查）相對應之規定，而第七十五條（檢查）則不包括在內者也。蓋本法於調查項次，隨意用「調查」，「檢查」「查驗」，「查核」等字面，而無一定之位置，故不能專就此字面而為解釋，應參照舊公司條例第二百四十八條第二百零二十九條之規定，庶不致誤會也。

第八款僅於違反第一百七十條第一項規定有處罰，而對於違反該條第二項規定，不為處罰，立法似欠完密。第十款關於解散命令之規定，亦有疑問，蓋本法除第二百零二十八條以外，於其他公司，並無因官署之命令而解散，必由法院選派清算人之規定。（參

照第五三條第五條第二〇五條）又違背第一百七十七條之規定而發行公司債時，未許處罰規定，亦嫌疏漏。

乙 選科罰金。

公司執行業務之股東，發起人，董事，監察人及檢查人有左列各款情事之一者，科一年以下之徒刑，或二千圓以下之罰金。（第二百二十三條）

一 聲請爲設立登記或增資登記時關於股份總數之認足，股款已繳之總數，有不實之陳述者。

二 不論用何名義爲公司收買本公司股份或收作抵押品者。

三 違反本法之規定，分派股息或紅利者。

四 在公司章程所定之事業範圍外，動用公司財產爲投機事業者。

本條乃探改正後日商法第二百六十一條，以此等事項關係較鉅，科罰上較重。惟在日商法，僅爲對於股份有限公司及股份兩合公司之規定，而無公限司與兩合公司則不用。本法雖不區別此點，但本條第一款與第二款之規定不適用於無限公司與兩合公司，乃性質上所當然。第三款與第四款，在立法論，亦無適用之必要，何以言之？以人的信

用爲結合基礎之公司，其執行業務者有不正行爲，乃其自身負擔此不利益結果，且其他股東亦有業務執行權或監視權，弊害並不甚著也。

第一款爲第一百〇九條第一百九十五條相對應之規定，如股份並未募正，已繳之股款與登記聲請書不符是，第二款乃指百司假借其他名義，而收買本的司股份或爲消費貸借而收作担保亦是。第三款主爲第一百七十一條第一百七十四條相對應之規定，而第十七條第三十八條是否有適用？尙難解答，蓋本法既不如日商法將無限公司兩合公司除外，似有適用；然既曰：股息或紅利，而不統稱盈餘，仍以從消極之說爲是。第四款乃爲超越公司目的事業而爲投機交易者之處罰規定，蓋此種行爲，非將關係股東之利益，於社會一般之安全亦有影響，雖處以徒刑，亦不爲酷。

公司法講義終

商標法

二十四年十一月二十三日國民政府修正公佈

第一條 凡因表彰自己所生產製造加工揀選批售或經紀之商品，欲專用商標者，應依法呈請註冊。

商標所用之文字、圖形、記號或其聯合式，應特別顯著，並應指定名稱及所施顏色。

商標所用之文字，包括讀音在內。

第二條 左列各款，均不得作為商標，呈請註冊。

一 相同或近似於中華民國國旗、國徽、國璽、軍旗、官印、勳章或中國國民黨旗、黨徽者。

二 相同於總理遺像及姓名別號者。

三 相同或近似於紅十字章，或外國之國旗，軍旗者。

四 有妨害風俗秩序，或可欺罔公眾之虞者。

五 相同或近似於同一商品習慣上所通用之標準者。

六 相同或近似於世所共知他人之標章，使用於同一商品者。

七 相同或近似於政府所給獎章，及博覽會勸業會等所給獎牌褒狀者。但以自己所受獎者，作為商標之一部份時，不在此限。

八 有他人之肖像，姓名、商號或法人及其他團體之名稱者。但已得其承諾時，不在此限。

九 相同或近似於他人註冊商標失效後未滿一年者。但其註冊失效前已有一年以上不使用時，不在此限。

第三條 二人以上於同一商品，以相同或近似之商標，各別呈請註冊時，應准在中華民國境內實際最先使用並無中斷者註冊。其呈請前均未使用，或孰先使用無從確實證明時，得准最先呈請者註冊。其在同日呈請者，非經各呈請人協議妥洽，讓歸一人專用時，概不註冊。

第四條 同一商人於同一商品，使用類似之商標，以作聯合商標為限。得呈請註冊。

第五條 外國人民依關於商標互相保護之條約，欲專用其商標時，應依本法呈請註冊。

第六條 因商標註冊之呈請所生之權利，得與其營業一併移轉於他人。

承受前項之權利者，非呈經更換原呈請人之名義，不得以之對抗第三人。

第七條 凡在中華民國境內無住所或營業所者，非委託在中華民國境內有住所或營業所者為代理人，不得為商標註冊之呈請，及其他程序。並不得主張商標專用權，或關於商標之權利。

前項代理人除有特別委託之權限外，於本法及其他法令所定關於商標之一切程序及訴訟事務，均代表本人。

第八條 前條代理人之選任、更換，或其代理權之變更、消滅，非呈經商標局核准註冊，不得以之對抗第三人。

第九條 商標局於商標有關係之代理人，認為不適當者，得令更換之。並得將其關於商標所代理之行爲，作為無效。

第十條 商標局於居住外國及邊遠或交通不便之地者，得依職權或據呈請延展其對於商標局所應為程序之法定期間。

第十一條 凡為有關商標之呈請及其他程序者，延誤法定或指定之期間時，其呈請及一

切程序，得作爲無效。但認爲確有事故窒礙時，不在此限。

第十二條 凡聲明事由，呈請關於商標之證明，圖樣之摹繪，及書件之查閱或抄錄者，

商標局除認爲須守祕密者以外，不得拒絕。

第十三條 商標自註冊之日起，由註冊人取得商標專用權。

商標專用權，以呈准註冊之圖樣，及所指定之商品爲限。

第十四條 凡以普通使用之方法，而表示自己之姓名，商號或其商品之名稱、產地、品質、形狀、功用等事者，不爲商標專用權之效力所拘束。但自商標註冊後，以惡意

而使用同一之姓名，商號時，不在此限。

第十五條 商標專用期間，自註冊之日起以二十年爲限。

前項之專用期間，得依本法之規定，呈請續展。但每次仍以二十年爲限。

第十六條 商標專用權得與其營業一併移轉於他人，並得隨使用該商標之商品，分析移轉。但聯合商品之商標權，不得分析移轉。

第十七條 商標專用權之轉移，非經商標局核准註冊，不得以之對抗第三人。其以商標專用權爲質權之標的物時，亦同。

第十八條 商標專用權除得由註冊人隨時呈請撤銷外，凡在註冊後有左列情事之一者，商標局得依職權，或據利害關係人之呈請撤銷之。

一 於其註冊商標自行變換或加附記以圖影射而使用之者。

二 註冊後並無正當事由，迄未使用，已滿一年，或停止使用已滿二年者。

三 商標權移轉後已滿一年，未經呈請註冊者。但因繼承之移轉，不在此限。

前項第二款之規定，於聯合商標仍使用其一者，不適用之。

商標局為第一項所定撤銷之處分，應於六十日以前，通知商標專用權者，或其代理人。

因受第一項所定撤銷之處分有不服者，得於六十日內，依法提起訴願。

第十九條 商標專用期間內廢止其營業時，商約專用權因之消滅。

第二十條 商標專用或其專用期間續展之註冊，違背第一條至第四條之規定者，經商標局評定，作為無效。

第二十一條 商標局應備置商標簿冊，註錄商標專用權。或關於商標之權利及法令所定之一切事項。

凡經核准註冊之商標，分別註錄於商標簿冊，並發給註冊證。

第二十二條 商標局應刊行商標公報，登載註冊商標，及關於商標之必要事項。

第二十三條 註冊事項遇有呈請變更或塗銷時。經商標局核准後，應登載商標公報公告之。

第二十四條 商標專用或其專用期間續展之註冊，應由呈請人於呈請時，照繳規定之註冊費。但經商標局核駁時應發還之。

第二十五條 呈請註冊者，應就各商品之類別，指定其所使用商標之商品。

前項商品之分類方法，於施行細則定之。

第二十六條 商標局於呈請專用之商標經審查員審查後，認為合法者，除以審定書通知呈請人外，應先登載於商標公報，俟滿六個月，別無利害關係人之異議，或經辯明其異議時，始行註冊。

呈請專用期間續展之商標，經審查合法者，應換發註冊證，並登商標公報公告之。審定商標自行變換或加附記以圖影射而使用之者，商標局得依職權，或據利害關係人之呈請撤銷之。

第二十七條 商標呈請人對於核駁有不服者，自審定書送達之日起，三十日以內，得具不服理由書，呈請再審查。

對於再審查之審定，及審定商標因受前條第三項所定撤銷之處分有不服時，得於六十日以內，依法提起訴願。

第二十八條 商標異議，準用前條之規定。

經過異議之註冊商標，於前條訴願決定後，對手人不得就同一事實及同一證據，請求評定。

第二十九條 左列事項，得由利害關係人請求評定。

一 依第二十條規定其註冊應無效者。

二 應認定商標專用權之範圍者。

違背第一條或第二條第一款至七款規定，其註冊應無效者，審查員得請求評定。

註冊之商標，違背第二條第八款第九款，第三條或第四條規定者，自登載商標公報之日起，已滿三年時，概不得請求評定。

第三十條 請求評定時，應呈請求書於商標局。凡關評定事項，各當事人所呈之書狀，商標局應抄示對手人，令依限具書互相答辯，並得發詰問書，令之陳述。

第三十一條 評定依評定委員三人之合議，以其過半數決之。

評定委員由商標局長就各該事件指定之。

評定委員於該事件有利害關係或向曾參與者，應行迴避。

第三十二條 評定得就書狀評決之。但認為必要時，應指定日時，傳集當事人，口頭辯論。

關於評定之各當事人，延誤法定或指定之期間時，評定不因之中止。

第三十三條 關於評定事件，有利害關係者。得於評定終結以前，呈請參加。其准駁應詢問當事人，並由評定委員合議決定之。

參加人關於評定之行為，與其所輔助當事人之行為相抵觸者無效。

第三十四條 對於評定之評決有不服時，自評定書送達之日起，三十日內，得請求再評定。其一切程序，適用關於評定之規定。

第三十五條 對於再評定之評決有不服時，得於六十日內，依法提起訴願。

第三十六條 關於商標事件，經評定之評決確定後，無論何人不得就同一事實及同一證據，請求為同一之評定。

第三十七條 凡非營利事業之商品，有欲專用標章者，須依本法呈請註冊。

前項之標章，準用關於商標之規定。

第三十八條 商標註冊費，及其他關係商標事件應繳之公費，於施行細則定之。

第三十九條 本法施行細則由實業部定之。

