

法政論義

辛冊

289079

上海图书馆藏书



A541 212 0015 5734B

商  
法  
總  
則

(第二十五册)

國立貴州  
大學移贈

~~1543159~~



凡例

- 一 本書以日本法學博士志田鉀太郎之著書更以氏之口授講義參酌之
- 一 本書列舉歐美各國之編纂商法年月及其法典大要以備參考
- 一 本書中之不表明其爲何國者概屬日本之法令
- 一 本書所用名詞概仍日本所譯出者編者學識謏陋不敢擅改閱者諒之

編輯者識



# 商法總則目次

## 總論

第一章 商……………一

第一節 商之發達……………一

第二節 商之意義……………二

第三節 商之種類……………四

第二章 商事……………五

第三章 商法……………六

第一節 商法之意義……………七

第二節 商法之沿革……………九

第一款 商法之地理的沿革……………一〇

第二款 商法之實質的沿革……………一四

第三款	商法之體裁的沿革	一七
第四款	商法之時代的沿革	一九
第三節	商法之系統	二一
第一款	埃及商法	二三
第二款	亞兒原奈商法	二四
第三款	白耳義商法	二五
第四款	樸利比亞商法	二九
第五款	巴西商法	二九
第六款	智利商法	三〇
第七款	哥倫比亞商法	三一
第八款	考太利加商法	三一
第九款	獨逸商法	三一
第十款	英吉利商法	四〇

第十一款	佛蘭西商法	四四
第十二款	希臘商法	五七
第十三款	華德馬那商法	五八
第十四款	翁求拉司商法	五八
第十五款	伊太利商法	五八
第十六款	尼加拉商法	五九
第十七款	荷蘭商法	六〇
第十八款	澳大利商法	六〇
第十九款	秘魯商法	六一
第二十款	葡萄牙商法	六一
第二十一款	羅馬尼商法	六二
第二十二款	露西亞商法	六二
第二十三款	惠德兒商法	六三

第二十四款	奇奈比商法	六三
第一項	噠馬商法	六三
第二項	瑞典商法	六四
第三項	那威商法	六五
第二十五款	瑞西商法	六六
第二十六款	塞爾維商法	六六
第二十七款	西班牙商法	六七
第二十八款	土耳其商法	六七
第二十九款	匈牙利商法	六八
第三十款	北米合衆國商法	六九
第四節	日本商法之編纂	七〇
第五節	商法之効力	七〇
第一款	關於時之商法之効力	七一



第二款	關於人之商法之効力	七三
第三款	關於地方之商法之効力	七六
第四款	關於事之商法之効力	七七
第六節	商法之淵源	七九
第一款	商事成文法	七九
第一項	商法(法典)	七九
第二項	商事特別法	八一
第二款	商事不文法	八四
第三款	民法	八六
<b>第一編 商業</b>		
第一章	商業之意義	八九
第二章	商業之種類	九三
第一節	因其目的而區別其商業	九三

第二節 因其所行之地域而區別其商業……………九四

第三節 因其取引之利害歸着點而區別其商業……………九五

第四節 因其大小而區別其商業……………九五

第三章 商業之主體……………九六

第一節 商人之意義……………九六

第二節 商人之種類……………九七

第一款 人……………九八

第一項 未成年者……………一〇一

第二項 禁治產者……………一一三

第三項 準禁治產者……………一一六

第四項 妻……………一一八

第二款 法人……………一二三

第一項 公法人……………一二三

第二款	私法人	一二四
第四章	商業之補助	一二五
第一節	商業之使用人	一二八
第一款	支配人	一二九
第二款	非支配人之商業使用人	一四〇
第二節	代理商	一四五
第一款	代理商之意義	一四五
第二款	代理商之職務	一四六
第三款	代理商之權限	一四八
第四款	代理商之終任	一四八
第五款	代理商之留置權	一四九
第五章	商業之監督及保護	一五〇
第一節	商業登記	一五〇

第一款	登記之事項	一五一
第二款	登記之當事者	一五三
第三款	登記所及登記官吏	一五九
第四款	登記冊簿	一六四
第五款	登記之手續	一七四
第六款	登記之公告	一八四
第七款	登記之證明	一八六
第八款	登記之効力	一八七
第九款	不爲登記之結果	一九〇
第十款	登記之更正	一九一
第十一款	登記事項之變更及消滅	一九一
第二節	商號	一九二
第一款	商號之意義	一九二

第二款 商號之沿革……………二〇〇

第三款 商號之種類……………二〇三

第四款 商號之選定……………二〇四

第一項 選定之方法……………二〇四

第二項 商號之實質……………二〇五

第五款 商號之變更……………二二〇

第六款 商號之廢止……………二二一

第七款 商號之登記……………二二二

第八款 商號權……………二二九

第九款 商號之讓渡……………二三四

第三節 商業帳簿……………二三八

第一款 商業帳簿之意義……………二三八

第二款 關於商業之主義……………二四〇

第三款 商業帳簿之設備	二四四
第一項 設備商業帳簿之種類	二四四
第二項 設備商業帳簿之方式	二四八
第三項 設備商業帳簿之場所	二五〇
第四款 商業帳簿之記載	二五一
第一項 記載於商業帳簿之事項	二五一
第二項 記載於商業帳簿之方式	二六三
第五款 商業帳簿之保存	二六九
第六章 商業之開始及廢止	二七四
第一節 商業之開始	二七四
第二節 商業之廢止	二八二

# 商法總則

仁和 陳漢第編輯

## 總論

### 第一章 商

#### 第一節 商之發達

有人民。則有衣食住。求滿此慾。則不可無方法。是實不問古今東西。所必存之現象。商之起源。亦存於此。

在原始時代。社會之組織未完。人民各獨立以營生活。一己之需要。以一己之生產而消費之。無所謂交換分業。有無相通。長短相補。故在彼時代。商之現象無從得見也。社會漸進。其組織亦漸完備。交換分業之事。亦次第興起。至此商之現象始發達。然在其萌芽。則僅物與物相易。其狀極爲幼稚。迨至今日。于是貨幣之制度興。信用之制度

立。商之現象。乃大發達。

## 第二節 商之意義

商者。經濟現象之一端。至其意義。則古來之學說。岐爲數種。

### 第一 主體主義之學說

此說乃由主體而說明商之意義者。以爲商者。乃指商人之行爲而言。然此說以社會一般。視商人爲人民中之一階級。故云如是。所謂出於沿革上之因襲者也。其在今日。已屬陳腐。商人之區別。既以營業目的之行爲爲其標準。則其學說。顯係循環論理。其誤謬可想見。

### 第二 目的主義之學說（或謂主觀主義之學說）

此說爲因目的而以主觀之意義。說明商爲何物者。以爲商者。乃指以營利爲目的之行爲而言。然營利一語。其意義未能精確。故此說亦不得爲十分適切。

### 第三 客體主義之學說（或謂客觀主義之學說）

此說爲因目的物而以客觀之意義。說明商爲何物者。以爲商者。乃指轉換貨物之



行爲而言。然貨物成一語。轉換成一語。其意義極曖昧。故此說亦未能十分適切。

第四 折衷主義之學說

此說爲折衷以上三說而別樹一說者。或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。或謂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。

關於商之意義。如上所述。有數多學派。至今未能歸一。然關於商而特編商法。則當先假定商之意義。以此爲基礎。而學理各執一說。商之意義。究未有一定之見解。其漫然編纂商法者。則所謂主義不貫。支離滅裂不可收拾者。至若日本新舊商法之起草者。則于商之意義。抱一定之見解。而不以此揭之於明文。故不過徵之于其說明處。由其規定而以歸納法考察其意義之所在耳。

由舊商法所揭載之商行爲之定義（第四條）不難推測其所採用之意義。夫舊商法之所謂商取引者。用賣買、賃貸、及其他取捌之方法。而轉換產物、商品有證價券。或以謀利益。或以支生計。而其直接、間接所爲之權利行爲（即法律所爲）之總稱也。故以

謀利益及支生計之故。而用取捌之方法。以轉換商品及有價證券者。謂之商。新商法中。凡當屬乎商行爲中之行爲。一一列舉之。不若舊商法之掲載商行爲之定義。故欲知其所採用之意義。必先於其列舉之各行爲中。發見其共通之點。然後決定之也。新商法之商行爲中所列舉之行爲。其數十八。欲歸納之而知其商之意義。殊非易易。否則仍不能知。于商之意義抱一定之意見者。當編纂商法時。爲斷不可缺之要素。然及其立法之事業既成。當解釋其義。適用其義之時。則可不必知立法者所採用之意義。故我輩對於新商法起草者所採用之意義。未嘗刻心探之者也。但其以商爲通例有營利之目的者。故可謂之爲略有採用目的主義說之傾向。

### 第三節 商之種類

所謂商者。因其觀察之方面不同。得區別數類。

#### 第一 固有商及補助商

固有商者。爲性質上本來之商。曰基礎商。補助商云者。補助固有商者之謂也。

#### 第二 陸商及海商

陸商及海商之區別。乃以行商之地爲標準。然有以陸上行商爲陸商。海上行商爲海商者。又有因便利上。以在海上行商之一部。而與陸上行商相牽聯者。俱稱爲海商。不用陸商之名稱者。通例多從後說。

### 第三 內國商及外國商

內國商云者。專在內國行商者之謂。外國商云者。在外國行商。或亘內國外國而行商者之謂也。

### 第四 爲己行商者及爲他人而行商者

爲己行商者。即以自己之名而行商者。其損益悉歸於自己。爲他人而行商者。即以他人之名而行商者。其損益乃歸於他人。

## 第二章 商事

商事一語。不獨學說上使用之。即商法上亦使用之。然其意義。未必一致。

在舊商法。以明文規定商事爲何者。以爲商事爲商行爲及規定于其他商法之事項也。（舊商法第三條）夫商行爲。在規定於商法事項中。爲最顯著者。所以特舉此者。不

過爲便於例示故。畢竟規定於商法之事項。皆爲商事也。

在獨逸新舊商法。及日本新商法中。不以明文規定商事爲何者。而止用商事之語。故此所謂商事者何。是必須研究論決者也。獨逸商法中之所謂商事者。解釋者或由私法上觀察之。以爲商之事實。或以爲法律上屬於商之事實。或以爲商之法律關係及牽聯于商之法律關係之法律事實。或以爲商法上之法律關係。或以爲私法上基於商之法律關係。或以爲交通上商之法律關係。或以爲商法上之訴訟。或以爲關於商之法律事實。而惹起權利之發生、移轉、變更、消滅者。其說種種。而吾輩則以最後之見解爲最當。而採用之爲基礎。解釋新商法者也。

關於商之法律事實。而惹起權利之發生、移轉、變更、消滅者有二。一爲有商行爲之名之法律行爲。一爲關於商人之事實。

又有以商事爲由商行爲及關於商人之事實而生之法律關係者。是乃從法律事實之效果而觀察之者也。但其結局。殊無所異。（商法要義參照）

### 第三章 商法

## 第一節 商法之意義

商法之語。有形式上之意義。及實質上之意義。自形式上解釋之。則商法爲國家所編纂之法典。而附以商法之名者。其實質如何。則非所當問。如日本明治二十三年法律第三十二號所公布之商法。及明治三十二年法律第四十八號所公布之商法者是也。若自實質上解釋之。則商法之語。有廣狹二義。廣義者則爲關於以商爲名之經濟現象之法規全體。（即關於商事之法規全體）而不問其形式之如何也。廣義之商法中。又分爲商事公法。商事私法。及國際商法之三種。

商事公法又分爲商事國法。商事刑法。商事訴訟法之三種。商事國法云者。指其以憲法及行政法爲主。而關於商之法規而言。商事刑法云者。指在刑法及其他刑罰法中關於商之法規而言。商事訴訟法云者。指訟訴法及其他法律因審判關於商之訴訟而規定之手續法而言。

商事私法云者。指關於商之私法的法規而言。所謂狹義之商法是也。狹義商法中最主要者。爲形式上之商法。（即商法典）其他法令中有私法的規定者亦不少。然形式

上之商法。非悉爲狹義之商法（商事私法）此不可誤解也。雖在狹義之商法。務以專蒐集私法的規定爲編纂之目的。而有時亦謀其便宜。而使包含他種規定。又更有時因私法的規定。與他種規定難于區別。不得已併他種規定而皆揭載之。蓋未可一概論斷之也。

商事國際法。更分爲商事國際公法。及商事國際私法。商事國際公法。乃指在國際公法中關於商之法規而言。如關於通商航海之規定。及關於領事之規定者是也。商事國際私法。乃指在國際私法中關於商之法規而言。其主要者。爲關於涉外的商事之規定。而以關於涉外的商行爲之規定爲最。如施行法第二百二十五條及第二百二十六條。以其爲規定涉外的手形行爲者。故皆屬於商事國際私法中者也。

今日無以廣義商法爲一種特別科學。而研究之者。固無足論。即既已分科之商事國  
法、商事刑法、及商事訴訟法。及商事國際公法及商事國際私法。亦無以爲一種特別科學而研究之者。則甚可怪也。不過商事國法散見于憲法行政法之著述中。商事刑法散見于刑法之著述中。商事訴訟法散見于民事訴訟法之著述中。商事國際公法

散見於國際公法之著述中。商事國際私法散見於國際私法之著述中而已。獨於商事私法（即狹義之商法）則從來以爲一種特別科學而研究之。有非常發達之處。我輩論述本書。注重在此狹義之商法。然亦未必專限乎此。且不但形式意義之商法。（揭載於商法典中者）即非私法的規定者。亦宜加以說明。即商事公法及商事國際法。亦必多少引用之處。務使讀者於商之法規。得其概念也。

## 第二節 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。例如羅蘭氏及李恩坎氏等。則以商法之沿革分爲四大時期。第一期爲太古時代（即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佛蘭西國王路易十四世之法典編纂）第三期爲近古時代（即自路易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）至若福透拉氏則以商法自身爲標準。而分歷史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亞米利加發見爲第一期。即所謂古商法之時代。自亞米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。自西曆第五世紀至第八世紀。約三百年。是爲蠻人侵寇時代。自西曆第八世紀至第十五世紀。約七百年。是爲蠻人土著時代。然我輩欲說明商法之沿革。則不以前說爲滿足。而後說係在商法發達時代而觀察之者。故亦未能完備。此所以從地理、實質、體裁、及時代之四者而觀察說明之。庶可無餘蘊矣。

### 第一款 商法之地理沿革

商法之沿革。由其發達之地域上而觀察之。則商法係發生於南歐羅巴地中海之沿岸諸國。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。及佛蘭西國王路易第十四世所編纂之法典出。遂以爲據。而南北歸于一。以後散布于全世界。穗積陳重博士嘗一言以蔽之曰。商法者。起于南而漸于北。因起路易第十四世編纂法典。而南北歸一。



當太古羅馬未發達以前。握地中海之商權者。爲有名之非尼西亞人。其次爲希臘人。因其在地中海沿岸營貿易。故遂有多少之慣例及法規。然皆不傳至今日。其年月亦不詳。惟編纂于羅德海法內之法典。傳至今日。然此法今雖稱爲蒐集地中海太古商業之慣例者。而年代及事蹟。亦不得其詳。

地中海沿岸貿易之盛大。因而見商法之發達者。實在中古十字軍遠征以後。蓋十字軍之遠征。影響於歐羅巴諸國者。歷史家不遑枚舉。然其中助文明之發達者。則以開商業之途徑爲最。

自十字軍遠征以來。各地遂發生商業上之首府。而以伊大利爲最。于是地中海沿岸貿易。漸次隆盛。而歐羅巴內地貿易。亦漸發達。於地中海沿岸所發生之商業上之慣例。彙集漸多。遂得以凌駕羅德海法。而變其組織。編纂成名。爲特兒馬之法典。而傳於後世。

其後商業所行之範圍愈廣。及于歐羅巴之西海岸（即大西洋之沿岸）商業之隆盛。亦日增月盛。其所通行之商業上之慣例。遂編纂之爲法典。而名之曰握律隆。是即蒐

集太西洋沿岸諸港所通行之海上裁判例者也。其編纂年月至近。亦當在西曆紀元一千二百十六年以前云。

海上商業。其發達之大勢。直不知所底止。更向北而進。一至英蘭諸島。一迂迴而行。經荷蘭、獨逸諸港。而至波羅的海。于是有惠司比海上法典之編纂。是不外蒐錄北海及波羅的海沿岸諸港所通行之商業慣習者。而其蒐錄之材料。以漢斯貿易同盟之諸市府所通行之海上法慣例爲最重要。

商業發達。乃促商法之改良。商法發達。更助商業之隆盛。兩者相依而並進。南則地中海之商業。北則北海及波羅的海之商業。兩相競爭。謀其繁盛。于是一時衰微之歐洲文明。因此而再興焉。

至第十七世紀。封建制度漸衰。國家權力。漸趨于集中主義。國家之組織亦漸堅固。而無處不際會。建立善良政體之時機。其利用此機。以使文明之光彩。粲然出現於歐洲之中原者。佛蘭西國王路易第十四世也。王在位時。所經營而傳至今日者。不遑枚舉。惟其中最足以惹世人之注意。而最益於法律社會者。即其所編纂之商業二法典是也。

先是佛蘭西國威漸趨隆盛。其商業範圍亦漸擴張。于時發見於商業前途有碍之一事。即商業上慣例之不歸一也。佛蘭西之地理。係介於南方商業之中心（地中海）與北方商業之中心（北海）之間。東則恃陸上交通。而與漢斯貿易同盟之諸市府經營商業。西則恃大西洋之沿岸航海。而在西班牙及葡萄牙暢行貿易。因在此位置。故南方商業上之慣例與北方商業上之慣例。相接觸于其國。遂使其國商業一時有混沌錯亂之觀。然異種之文物相接觸時。其間必發育特種之文明。故佛蘭西之商業。可謂前途大有期望。于是達時務之路易第十四世。見機而動。欲令商業上之慣例歸於一轍。乃命宰相考兒培編纂其法典。一爲一千六百七十三年所制定之商業條例。一爲一千六百八十一年所制定之海商條例。此二法典不獨佛蘭西以此爲編纂商法之基礎。即歐羅巴大陸諸國。亦無不然。其裨益於法律社會者。實屬不少。穗積陳重博士所謂因路易第十四世之編纂法典。而南北始歸一者。蓋指此之效果而言也。洵爲至理。南北兩法。在佛蘭西而歸于一。其歐羅巴之商業大勢。概有所定。各國相繼而從事于編纂商法。一千七百十七年所制定之西班牙美兒白條例爲其始。一千八百七年制

定之佛蘭西商法。一千八百六十一年制定之獨逸商法。一千八百八十二年制定之伊大利商法等。皆依次而成。不勝枚舉。而歐羅巴商業之大勢稍定矣。然更逢一新時。是即世界商業之時期是也。

先是大克馬氏者。於一千四百九十八年回航亞弗利加南端之喜望峯。開與東印度直接相通之海路。哥崙布氏。於一千四百九十二年。發見亞米利加之新大陸。其後遂得一周世界。於是人類活動之範圍。亦因此擴張。從來地中海、北海、或波羅的海。範圍較小。其間所通行之商業。亦漸生世界的傾向。迨至第十九世紀。遂爲全世界商業之時代。歷家家嘗有言曰。喜望峰之回航。可謂一變世界之商業者。而商業之變遷。與商法之變遷相伴。故商法再變而爲世界商法。而從來專行於歐羅巴者。亦遂橫行於世界。於是不論東西。均編纂商法。所謂商法散布於全世界者。即此之謂也。

## 第二款 商法之實質的沿革

自商法之實質而觀察其沿革。則商法可謂之爲由商人法進於商業法。由商業法進於商事法者也。

在歐羅巴其商法自民法中分出而爲特別法者。爲中古時代。其時商法由民法中分離而爲特別法者。其理由約有數端。今舉其重要者如下。

第一 在中古時代。與日本明治維新前相同。人民間有階級之制度。確然不紊。士農工商。各世其業。爲武士者。不爲農工。不營商業。封建之規則。適用於武士。而對於商人。毫無痛痒。亦毫無利益。而商人又無有自防自衛之具。一旦遠去故鄉。於千里異邦。謀其生業。信用與安全。又不能不分享有。于是其間發生強固之團結力。有違背商業上之慣例者。則加以制裁。或定新取引之規則。遂商人獨立爲一階級。商法爲民法之特別法。而使商法發達者。亦時勢使然也。研究商法沿革學者。所以尊重中古時代之伊太利、西班牙等諸市府所定之諸規則。及商人私自編纂之商法類典者。亦爲此故也。

第二 在中古時代。羅馬法之學者解釋法律之方法。極形偏頗。且往往混入邪說。以此爲羅馬法中巧妙之規定。然於商業日進之狀況。未能適合。因此於商人有特別法之發達也。

第三 羅馬之古代法者。悉以商業之交通。任民自由。且以維持商業信用之故。對債務者。採嚴酷主義。至中古。則羅馬法漸變爲嚴重監督主義。且待遇債務者。亦漸寬大。而宗教法又勵行利息之制限。故獨逸之古法。流於形式主義。重迅速與信用。而欲安全以營利之商人。則未足以滿足也。因此商人間。遂有商法之發達。是亦勢使然也。

此種商法。爲發生於商人間。而獨適用於商人。且爲商人所蒐集編纂而成者。故名曰商人法。實屬至當。

及至中古。其封建制度。隨交通發達而具衰。其個人之自由。既已擴張。因而其職業之自由。亦爲所公認。於是士農工商之階級皆廢。從來所謂商人者。乃階級上之名稱。而至此則凡營商者。不問爲誰。皆稱商人。並得適用商法。以此世人關於商之觀念。遂生一大革新。蓋古來以商法爲商人法。以商事爲商人之行爲。而至此頓變其舊思想。以商法爲商業法。以商事爲關於商業之行爲矣。

迨至近時。商法乃又變。自商業法進而爲商事法。蓋商者以營利爲目的。而轉換貨物

之行爲也。故凡以此爲業者。固可不必論。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。于是以商法爲當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。而以絕對的商行爲（即不論行之者爲商人與否。亦不論其爲營業與否。而皆當爲商行爲者也。）置諸首位者。蓋不外乎此。

商與商事之意義。皆不明確。學者苦心孤詣。欲定其意義。限其範圍者不少。然終未見其成。而商人之在社會。爲特別之作用者。此特別之法律。所以不可緩也。輒近所編纂之獨逸新商法。乃以商人爲適用商法之基本。是大有與商業法相類之觀。要之商法之實質的沿革。乃由商人法進而爲商業法。由商業法進而爲商事法。然在今日。則不無有由商事法。而復歸於商業法之勢。

### 第三款 商法之體裁的沿革

由商法之體裁而論其沿革。則商法爲由商習慣。進而爲商法類編。更變而爲法典者也。其一部分。今與民法將合併。

商法乃起因於地中海之沿岸貿易。既如第一款所述。在其發達之初期。則爲商業上之慣例。而爲不文法者。無待論也。及經時既久。商業上之慣例。愈積愈堅。遂以一私人之力。編纂而成一私法典。彼羅德島之海上法。特兒馬、握律隆、惠固比法典。亞麻非法典。忒蘭美等之諸法典。皆無不如是。

然至近世。自佛蘭西國王路易第十四世所編纂之商業條例。及海商條約二法典出。爾來西班牙之美兒白條例。普魯西之普通國法。及獨逸之普通手形條例。亦相繼編纂。其他以國家立法機關而制定之。關於商業之法令頗多。商法遂大概爲成文法。夫商法之發達。既非如昔日之比。不獨以商業上之慣例爲基礎。即其大部分。多以立法之作用而成。爾後時勢所趨。遂使商法之法規。蒐集統一而爲一大法典之組織。其着先鞭者。爲一千八百七年之佛蘭西商法。而獨逸、荷蘭、白耳義、意大利、西班牙、葡萄牙、澳大利、匈牙利、羅馬尼亞、塞耳維、土耳其及希臘等諸國。則相繼倣之。亞米利加南北及中央諸國。及亞細亞、亞弗利加之二三邦國。亦附其驥尾。然則日本之編纂商法。亦可謂時運使然。



英國則尙未編纂法典。然亦漸次行之。雖今日美國尙稱爲不文法國。然商船條例、手形條例、及會社條例等。皆爲單行法。而業已行于其國。法典編纂之論亦漸熾。聞倫敦商業會議所。已謀起草云。

#### 第四款 商法之時代的沿革

中古時代商法之源。以習慣法爲其主要。故欲研究之。不可不恃其裁判例。以爲重要之材料。然其他非全無探究商法法規之門。如商業市府所發布之法令。如商人團體所決議而定之法規。至若海商法。則有以一私人之力所編纂之法典。此皆可用爲參考。今將其重要者。列舉如左。

#### 第一 忒律隆

#### 第二 亞麻非法典

#### 第三 特兒馬

#### 第四 惠司比海法

#### 第五 忒蘭美

## 第六 漢司海法

## 第七 萬布兒海法

## 第八 普魯西海法

第十七世紀以後。在歐羅巴諸國。其國家組織頗屬整頓。故以立法作用而制定之商法。遂接踵而起。其開端者爲佛蘭西國王路易十四世所制定之二法典之公布。即一千六百七十三年之商業條例。及一千六百八十一年之海商條例是也。現今歐米諸國所行之商法。其基礎皆採於此。其次爲西班牙之美兒白條例。是爲一千七百十七年所裁可者。爾來西班牙之各殖民地。皆繼受之。而傳其實質至于今日。

在美兒白條例之次而編纂之大法典。即普魯西之普通國法。是爲一千七百九十四年所公布。以同年六月一日爲始而施行之者。其內容乃包含民法商法等。凡關於商法者。約二千餘條。其後因獨逸普通商法已制定。故遂失其効力。然編纂此法典者。爲弗利克大王。其功績實不遜於路易十四世。此不可忘也。

至第十九世紀。歐米諸國之國家組織愈形完全。立法事業亦大爲進步。於一千八百

七年。佛蘭西商法。于是編成。其次一千八百四十七年。獨逸普通手形條例。一千八百六十一年。獨逸普通商法。亦成。自是以後。各國相競而從事于編纂商法。或以佛蘭西商法爲模範。或以獨逸普通商法爲標準。或折衷取捨乎兩者。或保存發見其特色。如英國。古來以習慣法國自任。而至近日。其商事之成文法。制定者亦漸繁。迨夫最近。則有因制定民法之故。遂修正其商法。而別開一新生面者。即獨逸是也。至若第十九世紀各國商法之系統。則讓諸次節。

### 第三節 商法之系統

于第十九世紀末期。(即現今)觀察其全世界之商法。可大別爲四種。

- 第一 以商法爲法典而編纂之者。
- 第二 分商法爲數種單行法者。
- 第三 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。
- 第四 不以商法爲成文法者。

又以商法之實質爲基礎。且以其母法爲標準。而探究其系統。則可分爲七派。

第一 佛蘭西商法派。屬於此派之國如下。

(甲) 佛蘭西 (乙) 伊大利(舊) (丙) 荷蘭 (丁) 白耳義(舊)

(戊) 里克生堡 (己) 希臘 (庚) 土耳其 (辛) 埃及

第二 西班牙及葡萄牙舊商法派。屬於此派之國如下。

(子) 西班牙(舊) (丑) 葡萄牙(舊) (寅) 巴西 (卯) 智利

(壬) 秘露 (己) 樸維亞 (午) 哥倫比亞 (未) 本求司

(申) 瓜拉馬 (酉) 考太利加 (戌) 三沙法陀 (亥) 尼加拉

第三 獨逸商法派。屬於此派之國如下。

(甲) 獨逸 (乙) 澳大利 (丙) 匈牙利 (丁) 瑞西

(戊) 斯堪的拉維亞(就手形法而言之者瑞典則就海商法而言之也)

(己) 芬蘭(就手形法及海商法而言之也)

第四 佛蘭西及獨逸折衷商派。屬於此派之國如下。

(甲) 白耳義(新) (乙) 西班牙(新) (丙) 伊大利(新) (丁) 塞耳維

(戊) 羅馬尼亞 (己) 葡萄牙(新)

第五 露西亞商法派。屬於此派者。惟露西亞一國。

第六 英吉利商法派。屬於此派者如下。

(甲) 英吉利 (乙) 北米合衆國

第七 斯堪的拉維亞商法派。屬於此派者如下。

(甲) 暹馬 (乙) 瑞典 (丙) 那威

日本商法。屬于以上系統中之何者。徵諸其編纂之沿革。即可知之。日本商法編纂之始末。當于次節詳論之。

### 第一款 埃及商法

埃及於一千八百七十四年。及一千八百七十五年之交。與歐洲之重要諸國。結改正裁判所構成之條約。因此制定新法典。經條約國之承認而公布之。其法典凡二種。

## 第一 商法

## 第二 海商法

蓋此法典以一千八百七十六年一月一日爲始而施行之。其商法共分三編。第一編總則。第二編商事契約。第三編破產。共四百二十七條。海商法則別爲一法典。共二百七十五條。此外尙有與商法海商法同時所制定之民商事訴訟法。爲規定商事訴訟之法。但在埃及。混合裁判所之制度。通行于其地。內國人及外國人。均可任爲判事。以裁判訴訟。並不問其訴訟當事者爲何國籍。故此等法典。對於外國人。亦可適用。此種商法及海商法。雖亦適用於內國人。然其後更制定專適用於內國人之法典。且設管轄內國人訴訟之裁判所。凡事之不關於外國人者。皆得脫條約國之干涉。但其大概。皆以前之法典爲準則。

### 第二款 亞爾然丁商法

在亞爾然丁。一千八百五十九年十月八日。對於浮諾司、哀婁司州。公布商法。其商法。係取範乎佛蘭西、西班牙、葡萄牙及巴西等之商法而編纂者。共分四編。第一編商人。第二編商事契約。第三編關於航海之權利義務。第四編商人之支拂停止。共一千七百五十五條。

至一千八百六十二年十月十日。遂爲施行於亞爾然丁全國之法典。其他如取引所法、交互計算法、及小切手法等草案之編纂。則雖已告竣。然尙未確定。其後至一千八百六十九年六月。制定民法。因而商法亦加改正。其改正之商法。一千八百八十九年十月五日。經國會之議決。自其翌年五月一日起施行。此商法。共分四編。第一編商之一般之事。第二編商事契約。第三編因航海所生之權利義務。第四編破產。共一千六百十一條。

### 第三款 白義耳商法

白耳義。則全然採用佛蘭西商法。自一千八百八年一月一日起施行之。此法典。共分四編。第一編商之一般之事。第二編海商。第三編支拂停止及破產。第四編商事裁判所。共六百四十八條。其後至一千八百十五年十月十八日。與荷蘭合併。成爲納沙蘭特王國。至一千八百三十年十一月十九日。再與荷蘭分離。爲獨立國。其時並無大修正者。依然施行之。

其後。佛蘭西。于一千八百三十八年五月二十八日。以法律。大改正其商法第三編。白

耳義干是亦傲之。而改正其商法第三編。即一千八百五十一年四月十六日關於通常破產、有罪破產及支拂猶豫等之法律是也。

至一千八百五十五年。乃設置委員。使着手于改正商法第一編及第二編。迨改正成後。以爲單行法。遂公布而施行之。其改正之法律。多採佛蘭西法爲基礎。然採用獨逸法者亦不少。待他日改正完成後。擬以此爲單行法。編纂爲一法典云。

茲將一千八百五十年以來所公布之各種單行法律。列舉如左。

第一 一千八百五十一年一月二十八日所公布之關於不表見之瑕疵擔保訴訟之法律。共八條。

第二 一千六百五十一年四月十六日所公布之關於通常破產、有罪破產及支拂猶豫之法律。

第三 一千八百六十一年五月五日所公布之關於仲立人之法律。

第四 一千八百六十二年十一月十八日所公布關於倉荷證書之組織之法律。

共九條。



第五 一千八百六十五年五月五日所公布之關於負債之利子之法律。共四條。  
第六 一千八百六十七年十二月三十日所公布之關於取引所、手形商、及仲立人之法律。共八條。

第七 一千八百七十二年五月五日所公布關於質權及問屋之法律。此法律。共十八條。蓋以代商法第七十一條乃至第九十五條者。

第八 一千八百七十二年五月二十日所公布之關於爲替手形及約束手形之法律。

第九 一千八百七十二年十二月十五日所公布之關於商人、商人之夫婦財產契約、商業帳簿、及商債務證據之法律。共二十五條。

第十 一千八百七十三年一月二十日所公布之關於航海證書之法律。共二十一條。

第十一 一千八百七十三年五月十八日所公布之關於會社之法律。共百三十九條。分十一章。即總則、合名會社、單純合資會社、株式會社、株式合資會社、產業

組合、當座組合、及匿名組合、會社之清算、訴訟、及時效、外國會社、及罰則是也。另有附則及經過法。

第十二 一千八百七十三年五月二十一日所公布關於商事會社所發行之證券之供託之勅令。共十條。

第十三 一千八百七十三年七月二十日所公布之關於小切手及其他之支拂委託、現金支拂之約束之法律。共六條。

第十四 一千八百七十四年六月十一日所公布之關於保險之法律。共七十六條。爲規定一般之保險及個個之陸上保險者。

第十五 一千八百七十九年八月二十一日所公布之關於海商之法律。共二百三十七條。蓋代商法第百十九條以下至第百九十六條。及第二百十六條以下至第四百三十六條者。

第十六 一千八百八十二年十二月二十六日所公布之關於破產事件之訴訟手續之無費用之法律。共五條。

第十七 一千八百八十三年七月二十日所公布之關於破產前之協諧契約之法律。共三十三條。至一千八百八十六年一月一日。始失其効力者。

第十八 一千八百八十六年五月二十二日所公布之關於會社之法律。

第十九 一千八百八十七年六月二十九日所公布之關於破產前之協諧契約之法律。

#### 第四款 樸利比亞商法

樸利比亞國於一千八百三十四年十一月十二日。公布商法。其商法皆摸倣西班牙商法而成。共分四編。第一編前加規則。第二編商事契約。第三編破產。第四編關於商事之司法。共三百三十四條。

#### 第五款 巴西商法

已西商法。於一千八百五十年六月二十五日。以西班牙、荷蘭、葡萄牙之商法爲基礎制定者。共分三編。第一編商事一般之事。第二編海商。第三編破產。共九百十三條。及附錄三十條。

### 第六款 智利商法

智利商法。於一千八百六十五條十一月二十三日。經國會議決。自一千八百六十七年一月一日起施行之。共分總則第一編（商人及代理商）第二編（商事契約及債務一般之事）第三編（海商）及第四編（破產）之五者。計一千五百三十三條。然瓜拉馬、本求司、白拉亞尼等諸州。則尙施行美兒白之命令也。今將其商法以外之單行法律中最重要者。列舉於下。

第一 一千八百三十六年七月二十八日之航海法。共計三十四條。

第二 一千八百四十八年十二月二十九日之法律。

第三 一千八百六十六年八月一日之商業登記法。計四十三條。此法與商法均自一千八百六十七年一月一日起施行之。

第四 一千八百六十六年九月一日之仲立人規則。計二十條。其末附經過法。二條。

第五 一千八百七十四年四月四日之命令。此爲船舶出發共和政府所許可之

港時關於其所當爲之船舶積載之檢查之規定。計五條。

其他關於會社株券僞造等。則有一千八百七十八年九月六日之法律草案。計五條。另有經過法。

#### 第七款 哥倫比亞商法

哥倫比亞商法。乃於一千八百五十三年六月一日。所制定而公布之者。此屬於西班牙及葡萄牙商法派。

#### 第八款 考太利加商法

考太利加自一千八百五十年以來。採用西班牙商法之第一編乃至第四編。以施行於國。至一千八百五十三年六月二十二日。更採用西班牙商法第五編而公布之。

#### 第九款 獨逸商法

獨逸聯邦。在編纂商法以前。共有三種法律。

第一 普魯西 在普魯西則通行一千七百九十四年之普通國法。

第二 萊因河左岸之諸邦 此諸國則通行蘭佛西商法。

第三 巴丁 巴丁則通行於於巴丁國法之商法。蓋此商法。係佛蘭西商法之略加增減者。

其後。獨逸普通手形條例及獨逸普通商法。編纂成後。始取關於商事之法律而統一之。

今日所行之獨逸商法。乃爲合獨逸普通商法及獨逸普通手形條例其他數多之附屬法令而成者。

獨逸普通手形條例。共分三章。第一章手形能力。第二章爲替手形。第三章約束手形。計共百條。茲略述其沿革。夫獨逸關稅同盟諸國。一千八百四十六年。於伯林開第八回通常會議。會議中烏天堡所提議之事。經多數議決。於是設委員以編纂獨逸普通手形條例。是爲獨逸普通手形條例編纂之發端。於翌年十月二十日。至拉浦溪開聯邦委員會。以普魯西提出之草案爲基礎。多方討議。其年十二月九日。遂議了獨逸普通手形條例草案之全部。一千八百四十八年十一月二十六日。以爲施行條例而公布之。自一千八百四十九年五月一日起。遂爲帝國法律。而有効力。獨逸當時制度。帝

國法律不能直行於各聯邦。若各聯邦立法部不採用之。即歸無効。然各聯邦於一千八百四十八年二月十四日至一千八百五十年七月二十五日之間多採用之。如普魯西則于一千八百五十年二月十五日。巴丁、萬布兒及福蘭克、馬英。則于一千八百四十九年二月十五日之法律。索遜及司律美。則于一千八百四十九年四月二十五日。爾由培則于一千八百四十九年四月二十八日。烏天堡則于一千八百四十九年五月六日。巴威里則于一千八百五十年七月二十五日。皆以法律命施行此法律於國內。于是獨逸普通手形條例。遂行於各邦。然海仙則于一千八百五十九年十二月二十六日以前。里培則于一千八百六十二年十一月二十八日以前。陸先布兒及利白爾則在一千八百六十九年以前。皆未嘗以法律採用之也。

其後在新羅配商議獨逸普通商法時。於一千八百五十八年及一千八百六十一年。兩次選任修正委員。使於獨逸普通手形條例中追增條款。是即稱爲新羅配之新法。此法以一千八百六十一年四月十三日。爲聯邦會議之所決議。而各聯邦於此年至一千八百六十二年之間。皆採用之以爲各聯邦法律。

獨逸普通商法。有爲一千八百六十一年之舊法。又有爲一千八百九十七年之新法。舊法分爲四編。第一編商人之資格。第二編商事會社。第三編匿名會社及共算商行爲組合。第四編商行爲。第五編海商。計九百一十一條。茲就其制定之沿革而言之。一千八百四十八年。獨逸帝國議會。因編纂法典而選舉委員。此爲其發端。雖其委員會。因政治上之變動。不得達其目的。然法律統一之觀念。已浸染於國民。至翌年五月。帝國司法大臣。命在福蘭克、馬英州。招集委員會。使編纂獨逸普通商法草案。是爲獨逸編纂商法之嚆矢。然此草案非即爲帝國法律。其後至一千八百五十六年二月二十一日。巴威里政府。于獨逸聯邦會議。提出編纂獨逸普通商法之議。其年十二月十八日。遂爲聯邦會議所議決。乃以翌年一月十五日爲期。開編纂委員會於巴威里國之新羅配。由是普魯西政府。提出已成之草案六卷于該會。澳大利政府亦提出草案。而該編纂委員會。以前者爲原案。以後者爲參考。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。其他部之討論及讀會。均在新羅配開議。至于海商一部之討論及讀會。則在萬布兒開議云。因此於一千八百五十八年。開第二



次編纂委員會于新羅配以討議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。至一千八百六十一年三月十一日。編纂委員委。遂議了其草案全部。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。且欲使其速成爲法律。因而請於各聯邦政府。懇其速採用之。于是普魯西。以一千八百六十一年六月二十一日之法律。認以爲普魯西法律。且裁可而公布之。自一千八百六十二年三月一日起。施行于其國內。其他如索遜。則于一千八百六十一年十月二十六日。巴威里則于同年十一月十日。巴丁則于一千八百六十二年八月六日。爾由培則于一千八百六十三年十月二十六日。白律美則于一千八百六十四年六月六日。烏天堡則于一千八百六十五年八月十三日。萬布兒則于同年十二月二十二日。皆以法律而用此爲其國法律。而施行之。是即獨逸之舊普通商法。獨逸舊商法。與他國之商法不同處甚多。如無陸上保險之規定。及無手形之規定。無破產之規定等。乃其重要者。

其後一千八百六十六年。以普墮戰爭之故。舊來之各聯邦制度。皆爲所破壞。澳大利亦遂與獨逸諸國分離。其年八月。凡獨逸新教之各邦。皆聯合以結成北獨逸聯邦。推普國爲盟主。屬於同盟者。計二十二國。於是從此二十二國中。新召集全權委員。議決北獨逸聯邦之憲法。于翌年一千八百六十七年七月二十六日。始公布之。而獨逸舊普通商法。及獨逸普通手形條例。與新羅配之新法。亦皆爲北獨逸聯邦法律。并規定其有効力。即一千八百六十九年六月五日之法律是也。從來獨逸普通手形條例。不行於周律烏依及霍司坦者。至此其効力亦及於是州。

其後一千八百七十年。普佛戰爭起。其年十一月十五日。更制定獨逸聯邦憲法。以普魯西爲盟主。而組織獨逸聯邦。于是因此聯邦憲法之第八十條。獨逸舊普通商法。及獨逸普通手形條例。與新羅配之新法。遂共爲聯邦法律。其翌年一月十八日。獨逸聯邦。改爲獨逸帝國。其年之四月十六日。遂又制定帝國憲法。其年四月十六日及二十二日之法律。皆以此憲法第四條爲基礎而制定之者。故上所述之諸法典。亦爲帝國法律。一千八百七十二年七月十九日。更以帝國法律。施行此諸法典于阿爾薩斯洛

## 命二州。

獨逸帝國已成。于是獨逸舊普通商法。獨逸手形條例。遂通行于全國。不僅此也。即促私法之法規。亦趨乎統一。自一千八百七十四年以來。設置委員。使從事于編纂民法。爾來經數次修正。至一千八百九十六年夏。始了第三讀會之手續。以爲帝國法律而公布之。然獨逸舊普通商法。爲尙未編纂民法之時所已制定。而以單獨施行爲目的。而編纂之者。故於理論上。爲應揭載于民法上之規定。而有揭載之於商法中者。今與民法駢行。則又可不大加修正。且獨逸舊普通商法。自編纂以來。既經三十餘年。雖修正其一部。然終嫌不足以應時勢之所需。且斟酌之經驗與學理。二者非從根本上大加修正不可。因此帝國政府。與制定民法同時。着手于編纂商法草案。遂于公布民法之年脫稿。後經帝國議會之協贊。以一千八百九十七年。公布爲帝國法律。是即爲獨逸新商法。即在世界。亦爲最新之商法也。編纂此新商法之趣旨。其大要在附屬於新商法草案之覺書中。已載於法典質疑錄。所望學者用之以供參考。

此外關於商事之法令甚多。今以其重要者列舉於左。

第一 一千八百六十七年十月二十五日之關於商船國籍及揭揚聯邦旗權之法律及命令 獨逸舊普通商法第四百三十二條乃至第四百三十八條。乃以此法令而改正之。

第二 一千八百六十七年十一月十四日之約定利率之法律。

第三 一千八百七十年六月十一日之株式合資會社及株式會社之法律。

第四 一千八百七十二年十二月二十七日海員之法律。此法律計六章百十條。自一千八百七十三年三月一日起施行之。于其施行之日。廢止獨逸舊普

通商法之第五編第四章。(即第五百二十八條乃至第五百五十六條)

第五 一千八百七十三年六月二十八日商船登記及命名之法律。此爲廢止一千八百六十七年十月二十五日之法律第十七條而代之。

第六 一千八百七十四年五月七日之座礁條例。

第七 一千八百七十六年八月十四日於海洋或沿海船舶救助信號條例。及水

先案内信號條例。

第八 一千八百七十七年一月三十日之法律。(民事訴訟法施行條例)因此法律第十三條。於是獨逸舊普通商法之第三十三條乃至第三十六條第三十七條第二項第三十九條第七十七條第七十八條及第七十九條第二項。遂被廢止。而其舊法之第三十七條第二項及第三十九條。則以訴訟法第二百五十九條及第三百九十九條代之。

第九 一千八百七十七年二月十日之破產法。

第十 一千八百七十七年七月二十二日之海難檢查之法律。

第十一 一千八百八十年一月七日之豫防海上船舶衝突之命令。

第十二 一千八百八十一年二月十六日之命令。命令爲停止一千八百八十年一月七日之命令第十條之効力者。

第十三 一千八百八十四年七月十八日之株式會社及株式合資會社之法律。

此法律爲改正一千八百七十年六月十一日之法律者。

第十四 一千八百八十八年六月二十日之船舶檢查條例。

第十五 一千八百八十八年十二月二十三日之法律。此法律爲改正一千八

百六十七年十月二十五日之法律者。

第十六 一千八百九十二年四月二十日有限責任會社之法律。

以上皆爲獨逸舊普通商法施行間時所公布之法令。于獨逸新普通商法制定之後。關於此而公布之法令。及新商法與舊商法施行中時所公布之法令之關係。則至今猶未得其詳。

#### 第十款 英吉利商法

英吉利從古爲慣習法國。無民法商法之區別。于其學說及裁判例中。商人法之語。(Lex Mercatoria) 往往散見。然此不過言其慣習法中之特殊法規。爲由商人之慣習而來者耳。雖古來英國有以商法 (Commercial law, Mercantile law, Laws of Business) 爲題之教科書者。然此亦不過蒐集經商所需之法規之書。不足謂其有成文法也。

迨至近年。其國商事之單行法。遂屢見制定。且編纂商法之議。近來漸盛。倫敦商業會

議所於一千八百九十六年之總會。議決編纂商法之事。併對於編纂之方法而發表意見書。今將其擬編纂於商法中之最重要項目。列舉如左。

- 一 爲替手形及其他之流通證券。
- 二 會社。
- 三 組合。
- 四 動產賣買。
- 五 本人與代理人之關係。
- 六 爲主之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 商業上債務之限界。

今于英吉利之關於商事而所制定之單行法中。舉其重要者。列之如下。

第一 一千八百五十四年之商船條例。自後因改正此例而制定數種條例。以一千八百九十四年之條例而大成之。

第二 一千八百六十二年之會社條例。此條例爲一千八百六十七年之條例所改正者。

第三 一千八百六十七年之會社條例。

第四 一千八百八十二年之手形條例。

第五 一千八百九十年之組合條例。

第六 一千八百九十三年之賣買動產條例。

第七 一千八百九十四年之商船條例。

以上爲聯合王國（即英蘭、蘇格蘭、愛蘭三國）共通之法律。其破產條例。各國互異。

第一 英蘭之破產條例。一千八百六十九年。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。其後一千八百八十三年。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條例。



改正前之條例。於一千八百八十六年及一千八百九十年。復兩次改正之。

第二 蘇格蘭之破產條例。以一千八百五十六年。制定破產條例。至今尙行之。

第三 愛蘭之破產條例。於一千八百七十二年。以維多利亞女王第三十五年

及第三十六年法律第五十八號。制定破產條例。其後改正亦不少。

至英吉利之殖民地。則其商事之法令。系統種種不同。難以概言。有屬於佛蘭西商法派者。有屬於獨逸商法派者。有採用英吉利古來之慣習法而屬於英吉利商法派者。然尙未聞有編纂商法典者也。

## 第一 東印度

東印度以一千八百七十二年。制定公布契約條例。此條例以採用英吉利古來之慣習法爲主。計二百六十六條。不問民事商事。皆適用之。

## 第二 上加拿陀

上加拿陀則在一千八百五十九年之法律 (Consolidated statutes for Upper Canada) 中。關於商事之規定。有爲所揭載者。然亦以採用英吉利古來之慣習

法爲主。

### 第三 下加拿陀

下加拿陀。以一千八百六十六年。制定民法而公布之。其第四卷（第二千二百七十八條乃至第二千六百十二條）載有關於商事之規定。雖爲採用英吉利古來之慣習法者。然斟酌佛蘭西商法之處亦不少。

### 第四 馬兒太島

馬兒太島以一千八百五十七年。制定商業條例。此條例多取範乎佛蘭西商法。計三百二十條。

### 第五 格蘭特島

格蘭特島則通行周律島依法。蓋周律島依法。爲屬於獨逸法系。故格蘭特島所通行之法律。亦可謂屬獨逸商法派。

### 第十一款 佛蘭西商法派

佛蘭西。在現行商法制定以前。已有關乎商之二法典。即路易第十四世之二勅令是

也。蓋其前已有一千五百六十三年十一月之布告（沙洛洛九世）此布告爲關於設置商事裁判所及取引所者。又關於破產有一千五百三十六年十月十日之勅令（弗郎索華一世）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（安利三世）一千六百九年五月之勅令（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。至私法上之規定則甚欠缺。及至路易第十四世之治世。其國勢隆盛。與夫商業航海。皆大發達。遂有感於商法之必要。乃用宰相哥白兒之意見。編纂二種法典。其一即一千六百七十三年三月之勅令。稱爲商人法典（Code Merchant）或稱爲沙佛里法典（Code Savary）爲掲載關於陸上商業之規定者。所以稱爲沙佛里法典者。因有商人名沙佛里。爲此法典編纂委員。而占大勢力。編纂委員。咸以沙佛里所起稿之原案爲基礎。編纂而成之故也。此法典分十二章。其分類法。與現行商法同。其條數僅一百餘條。其關於手形之規定。雖有三十三條。稍稱完備。至其第十一章。（關於破產

之規定)則第十三條而已。

其一則爲一千六百八十一年八月之勅令。此勅令不僅關於海商事件。兼包含海上法規。其第一編爲海上裁判所。(計十四章)第二編海員及船舶。(計十章)第三編海上契約。(計十一章)第四編港灣警察。(計十章)第五編海上漁獵。(計八章)條數甚多。各章皆較長于一千六百七十三年之勅令。爾後遂被採用于歐羅巴各國。徧行於世。其第二編及第三編。爲後所編纂之現行佛蘭西商法第二編所取法者。至其第四編及第五編則尙通行於今日。此外一千六百八十一年以來所公布之各種海上法規。爲數亦不少。其中一千七百七十六年之公布告及一千八百八十一年之勅令。(Edit)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勅令。爲關於掠奪者。一千七百七十九年之告示。(Declar)爲關於保險者。一千七百四十七年之告示。爲于關船舶之職工所有之特權者。此諸者。與一千六百八十一年之勅令。均在海上法規中。占最重要之地位。

在佛蘭西有路易第十四世之二勅令。且屢有改正增補。而終不足以應其商業之發達。因是不可不大加改正。蓋一千七百八十七年。雖設置委員會。以改正所述之勅令。及其他商業之法令。然以有革命之亂。因而中止。一千八百九十年。於憲法議會。雖廢止商事裁判所及海上裁判所之區別。而置商事裁判所。又廢止美德別（職工組合長之類）及仇蘭特（職工年行司之類）之制。宣言商工業之自由。而下令編纂商法。然此亦未實行。一千八百一一年四月三日（共和第十一年七月十三日）第一元首拿破崙。命編纂商法組織委員會。使從事于編纂。于是始漸見實行。就其決定書觀之。則其委員長。爲內務省所任命者。委員則以巴里控訴院判事可哪。商事裁判所判事惠穹。前商事裁判所判事栢羅愛。法學博士羅克琉。商人惠太爾。前判事柯隆伯。及貧院支配人麥爾仇七人任之。委員會起草案時。各據實際之經驗。以爲必要者。則變更增補之。此外則悉照路易第十四世之二勅令。其中簡明適切處。則全然採用之。至翌年十二月四日。始竣。乃呈之於元首。元首乃于是月九日。下該草案於大審院控訴院商事裁判所及商業會議所。諮詢其意見。大審院等所呈出之意見書。凡編纂爲三卷。

而付諸奇劇。更以編纂委員中三名校訂。並作說明書。而以 (Révision du projet de code de commerce) 爲題。于一千八百三年出版。此草案已經修正之後。乃提出于參議院。(Conseil d'Etat) 然未經詳加討議。即拋擲之。其後破產甚多。商業社會因生恐懼。乃於一千八百六年。再繼續編纂商法之事業。其年十一月四日。參議院始討議其草案。延至一年之久。前後經六十回之會議。始送附交議法局。(Tribunat) (參議院中之內務部及法制部) (Sections de l'interieur et legislation) 經此部會 (內務部法制部) 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。更送附于議法局。以決其可否。再由議法局以參議院議員二名爲委員。使列席于民選議院。主張其意見。然後民選議院。乃議決而確定之。此草案共分五部。各部或包含數章。或包含全編。乃陸續議決公布于其國。蓋自第一編第一章至第七章。爲一千八百七年九月十日所議決。于其月二十日。始公布之。其第八章爲九月十一日所議決。于其月之二十一日。始公布之。其第三編爲九月十二日所議決。于其月二十二日。始公布之。其第四編。于

九月十四日始議決。而于其月二十四日公布之。其第二編爲最後。以九月十五日議決。而于其月二十五日始公布之。諸部之議決公布。雖互有先後。而九月二十四日所公布之九月十五日之法律第一條。載有「凡商法之規定。當自一千八百八十一年一月一日起而施行之」之字樣。其第二條。則載有「凡從來法令之關於既規定于商法中商事者。當自九日起而廢止之」之字樣。凡此法典分四編。第一編商業一般。第二編海商。第三編通常破產及有罪破產。及第四編商事裁判。計六百四十八條。一千八百七十七年以來所公布之法令。有爲改正商法及關於其他商事者。各舉其中重要者。列之如左。

第一 一千八百十七年三月十九日之法律 此法律爲同月二十一日所公布者。其第一條。規定甚精密。而商法第百十五條。則義甚曖昧。故以此代之。其第一條。則用以補商法第百六十條之闕點。

第二 一千八百二十三年三月三十一日之法律 此法律爲改正商法第四十二條者。

第三 一千八百三十八年五月二十八日之法律 此法律爲其年六月八日所公布者。商法第三編。關於破產之規定全部。（自第四百三十七條至第六百二十四條）及商法第六十九條第六百三十五條。爲其所改正。舊法之不備。于是乎得補闕焉。

第四 一千八百四十年三月三日之法律 此法律爲其月之五日所公布。而以改正商法第四編中第六百十七條第六百二十三條第六百三十九條及第六百四十六條者。且於第六百二十二條中。添加一項。于第六百二十七條中。添加二項。于是商事裁判所之構成。因此改革。當爲終審裁判之事情。因此增加。

第五 一千八百四十一年六月十四日之法律 此爲改正商法第二編中之第二百十六條第二百三十四條及第二百九十八條者。即減輕船舶所有者之責任者。

第六 一千八百四十四年七月五日之法律 此法律爲規定發明特許之事項者。



第七 一千八百四十八年三月二十三日之法律 此法律爲改正商法第一百七十三條者。

第八 于一千八百四十八年八月二十八日。提出于國會中。而于同月三十日。被可決之法律。此法律爲更正商法第四編中之自第六百十八條起至第六百二十一條。及第六百二十九條者。更商事裁判所之裁判官。爲商人所選舉。此乃增加其選舉人數者。

第九 于一千八百五十二年三月二日。提出于國會。而于其同月五日。被可決之法律。此法律爲廢止一千八百四十八年八月三十日之法律者。其第二條乃載明重複施行一千八百九年十月六日及一千八百四十年三月三日之法律。及商法第六百十八條起至第六百二十條及其第六百二十九條。

第十 一千八百五十四年六月十四日之法律 此法律爲改正商法第二百七十七條者。即規定何者當視爲遠洋航海之事件者。

第十一 一千八百五十六年七月十七日之法律 此法律爲規定關於株式合

資會社之事件者。其前對於會社事件。其強制仲裁裁判。爲商法中自第五十一條起至第六十三條所規定。至是遂廢。

第十二 一千八百五十六年七月十七日之法律 此法律爲改正商法第五百四十一條者。債務者如值破產時。而結委棄其財產於債權者之和解契約者。關於此契約。此法亦設有規定。

第十三 一千八百五十七年五月三十日之法律 此乃對於在白耳義爲法律上有効之株式會社。及對於其他之會社。而許可其行使權制于佛國內者。

第十四 一千八百五十七年六月二十三日之法律 此法律載有關於商標之規定。

第十五 一千八百五十八年五月二十八日之法律 以此法律爲取引規定存放於共同倉庫之商品之事件者。

第十六 一千八百五十八年五月二十八日之法律

第十七 一千八百六十一年七月三日之法律

以上二者。爲揭載關於競賣商品及卸賣商品之規定。待一千八百六十三年所發布之三告示。始補充而完全之。

第十八 一千八百五十九年三月十二日之告示 此告示爲補一千八百五十八年六月二十八日法律之缺點者。且爲補足關於取引存放於共同倉庫之商品之規定者。

第十九 一千八百六十二年五月三日之法律 對於商事裁判所之裁判其控訴期間。以此法律短縮爲二個月。且商法第六十條第六十六條第三百七十三條第三百七十五條及第六百四十五條之期間。亦爲所改正。

第二十 一千八百六十二年七月二日之法律 此法律改正商法第七十四條第七十五條及第九十條者。即改正關於手形仲立人之規定者。

第二十一 一千八百六十三年五月六日之法律 此法律爲改正商法第二十七條及第二十八條者。即改正關於會社之規定者。

第二十二 一千八百六十三年五月二十三日之法律 此法律有關於商業上

動產質之規定。且爲改正關於仲買人所有特權之規定者。商法第九十一條起。至其第百八條。因此而爲所改正。

第二十三 一千八百六十三年七月十八日之法律 此法律爲創設有限責任會社(即不必得政府許可之株式會社等類是也)者。

第二十四 一千八百六十五年五月二十三日之法律 此法律爲關於小切手之規定。

第二十五 一千八百六十五年六月十四日之法律 此法律計共五條。載有關於小切手之規定。

第二十六 一千八百六十六年五月十九日之法律 此法律爲關於海商而改正海關稅法者。

第二十七 一千八百六十六年六月十三日之法律 此法律爲蒐集商慣習者。

第二十八 一千八百六十六年七月十八日之法律 此法律爲廢止商品仲立人之特權。而以之爲自由營業者。凡與此相牴觸之法令。皆爲所變更。

第二十九 一千八百六十七年七月二十二日之法律 此法律爲廢止對於民事或商事及外國人之民事上禁錮者。

第三十 一千八百六十七年七月二十四日之法律 此法律計六十七條。所以規定株式合資會社。廢止一千八百五十六年七月十七日之法律。以一般之株式會社。爲不必得政府之許可者。故以此廢止一千八百六十三年七月十八日之法律。又於此法律。新規定關於不定資本會社、通清等之事件。且關於會社設立之公告。統一其規定。故商法第三十一條第三十七條第四十條及自第四十二條起至第四十六條。皆爲所廢止。

第三十一 一千八百六十八年一月二十二日之法律 此法律載有關於保險會社之規定。

第三十二 一千八百七十一年十二月二十一日之法律 此法律爲改正商法第六百八十條起至第六百三十一條者。

第三十三 一千八百七十二一年一月三十日之法律 此法律載有關於商船之

規定。

第三十四 一千八百七十二年二月十二日之法律 此法律爲改正商法第四百五十條及第五百五十條者。

第三十五 一千八百七十二年六月十五日之法律 此法律載有關於所持人支拂之手形被盜或紛失之規定。

第三十六 一千八百七十四年二月十九日之法律 此法律爲改正一千八百六十五年六月十四日之法律者。即改正小切手之規定者也。

第三十七 一千八百七十四年二月十日之法律 此法律計三十條。載有關於抵當船舶之規定。

第三十八 一千八百八十年二月八日之命令 此命令載有關於外國株式流通于內國之規定。

第三十九 一千八百八十年二月二十七日之法律 此法律載有關於無能力者讓渡其所有證券之規定。

第四十 一千八百八十三年八月三十日之法律

第四十一 一千八百八十五年七月十日之法律 此法律亦載有關於抵當船舶之規定。

第四十二 一千八百八十六年一月十二日之法律 此法律爲廢止商事上利息之制限者。

第四十三 一千八百八十九年三月四日之法律 此法律爲規定關於裁判上之清算者。遇商人之有特別事情。而可不受破產法之適用者。方可適用此法。此爲破產法中之一例外也。

此外尙有一千八百八十四年爲上院所可決之會社法草案。然尙未聞以爲法律。

### 第十二款 希臘商法

希臘於一千八百三十五年五月一日。制定商法而公布之。其商法之內容。大概與佛國法相同。故殆可稱爲佛蘭西商法之譯本。其關於商事裁判之法規。亦其時所制定而公布者。然至一千八百五十一年。更以法律改正之。其關於破產之規定。則于一千

八百七十一年十二月十三日。亦以法律改正之。

希臘商法自一千八百六十六年三月二十一年以來。遂施行於亞握尼亞諸島。

### 第十三款 華德馬那商法

華德馬那與翁求拉司。皆通行古來之美兒白勅令。一千八百七十七年七月二十日。始制定商法而公布之。而其所取去者。爲西班牙及葡萄牙之商法。

### 第十四款 翁求拉司商法

翁求拉司。古來爲通行美兒白勅令之國。一千八百八十年八月二十七日。始制定商法而公布之。其所準據者。爲智利之舊商法。（智利商法。乃倣西班牙及葡萄牙之商法而成者。故此國商法。亦屬於西班牙及葡萄牙之商法派。）

### 第十五款 伊太利商法

伊太利于近代之間。國土四分五裂。曰沙爾的尼亞。曰培尼司。曰隆拔地。曰墨豆奈。曰白耳麻。曰羅馬。曰太卡尼。曰流波耳。是皆壤地偏小。各自爲治。其法律亦彼此綜雜不同。至其商法。則或取法乎獨逸。或取法乎佛蘭西。或保守其固有法。即所謂固有法者。



亦非純粹。佛蘭西商法。頗有混合于其間者。故其國最通行者。爲佛蘭西商法。

其後一千八百六十一年。沙爾的尼亞侯哀馬尼哀二世。得佛蘭西之援助以統一其國。遂建設伊太利王國。于是始着手于編纂法典。一千八百六十五年六月二十八日。乃制定商法而公布之。自一千八百六十六年一月一日起。施行于全國。此商法乃以沙尼亞國之亞爾培脫之商法。傍爲根據。而參酌各種之單行法而成者。亞爾培脫商法以爲取法于佛蘭西者。故此商法亦爲屬乎佛蘭西商法派者。蓋無容疑也。其後改正之議起。于一千八百六十九年。更設委員。使編纂改正法案。第至一千八百八十二年四月二日。始制定而公布之。是爲新商法。自一千八百八十三年一月一日起。遂施行于全國。此爲折衷獨逸佛蘭西之二商法。而拔其萃以成之者。斬新之規定甚多。爲學者之所賞讚也。

一千八百六十五年六月二十五日。更以法律公布海商法。於一千八百七十七年五月二十四日。後以法律改正之。

### 第十六款 尼加拉司法

尼加拉以一千八百六十九年三月十二日制定商法而公布之。

### 第十七款 荷蘭商法

荷蘭自一千八百十一年以來採用佛蘭西商法以施行于國內。於一千八百三十八年四月十日始制定而公布之。其內容第一編爲商業一般之事。第二編航海。第三編破產。凡三編計九百二十三條。自其年十月一日起施行之。迨至近年復設委員會使其審議修正商法之事。然尙未告成。

### 第十八款 澳大利商法

澳大利前爲獨逸聯邦之一。當其時則採用獨逸普通手形條例及獨逸普通商法。蓋其國于一千八百五十年公布獨逸普通手形條例。于一千八百六十二年十二月十七日。以法律公布獨逸普通商法。皆施行之于國內者也。

及至一千八百六十六年與普魯西開戰。以是遂不列于獨逸聯邦而與匈牙利合爲共同國。然舊來法律仍施行之一無更改。

獨逸普通商法之第五編爲關於海商之規定。當初不爲奧所採用。故至今未行。蓋現

行之海商法。爲一千七百七十九年德勒沙女帝之勅令。其後於一千八百四十七年。及一千八百七十九年。經兩次之更正者也。

### 第十九款 秘魯商法

秘魯于一千八百五十三年四月三十日。制定商法而公布之。此法典共五編。計一千二百六十九條。而以西班牙及葡萄牙之舊商法爲模範者也。

### 第二十款 葡萄牙商法

葡萄牙商法。爲一千八百三十三年九月十八日所制定而公布者。自一千八百三十四年一月一日起。施行於王國及殖民地。此亦以佛蘭西商法爲模範。而參酌美兒白之勅令及內國法者。計一千八百六十條。於各國商法中。稱爲最浩澣者。故或謂其近乎註釋。或謂其似教科書。有種種批難。

然至近年。改正商法之議。遂起于其國。以一千八百八十八年。改正而公布之。自一千八百八十九年一月一日起。乃施行于全國。此法所以爲模範者。爲伊太利之新商法。

第二十一款 羅馬尼商法

羅馬尼以一千八百六十三年十二月十日制定其商法而公布之。自一千八百六十四年一月一日起。施行于全國。此商法在一千八百四十年。爲羅馬尼一部之骨拉介所制定公布。以一千八百四十一年爲施行之始期者。後遂及於全國。

其後改正商法之議起。遂取法于一千八百八十二年之伊太利新商法。以編纂其改正案而公布之。于一千八百八十七年四月十五日。自其年九月一日起。乃施行之。伊太利新商法。爲折衷於佛獨二商法者。故此法亦可謂之爲屬乎佛獨兩法之折衷派。

第二十二款 露西亞商法

露西亞無名爲商法之法典。唯有名爲佐攷能之露西亞帝國法典。而于其第十一卷。揭載關於商事之規定而已。此乃自彼得大帝以來。至一千八百三十二年之間所制定者。而自一千八百三十五年一月一日起。始施行之。計五編。二千八百八十三條。其後于一千八百四十二年。及一千八百五十七年。經兩次略加改正。於是其中商事之

規定始無遺漏。或總稱之曰商法典 (Torgoni oustaw) 而兩次改正中。以後年所改正者。爲最有力。

### 第二十三款 三沙爾伐德兒商法

三沙爾伐德兒。以一千八百五十五年十二月一日。制定其商法而公布之。

### 第二十四款 斯堪的奈比亞商法

斯堪的奈比亞爲噠馬、瑞典及那威三國之總稱。古來忽合忽離。本非常爲異國者。故其共通之法典。殊不鮮少。迄至今世。三國政府。皆以爲有共通商法。爲便茲多。正謀使其發達。茲舉三國所共通之法律。列之如左。

#### 第一 一千八百八十年之手形法

此手形法以獨逸普通手形條例爲模範而成者。計九十六條。

#### 第二 一千八百八十七條之商業登記簿、商號及支配人之法律。

#### 第一項 噠馬商法

噠馬之商事法規。乃由數種法律而成。今舉其重要者如左。

第一 一千六百八十三年四月十五日之噠馬法典。(Danske Lov) 此法典類于普魯西之普通國法及露西亞法典者。而非近世之法典可比。其中關於商事之規定甚多。

第二 關於一千八百六十一年二月十九日之商事及海事裁判所構成條例。

第三 關於一千八百七十一年五月十二日之海員雇入之法律。

第四 一千八百七十二年五月二十五日之破產條例。

以上所舉法律。適用於商事上。尙未圓滿。故于一千八百七十一年以來。任命編纂商法委員。使調查商法草案。其大部分。既已脫稿云。

### 第二項 瑞典商法

于瑞典之關於商事之法規中。列舉其重要者如左。

第一 一千七百三十四年之普通法典(Sveriger riker sag)之第五編。(即以

商部 (Aonngels belk) 爲題之第一編) 此編中包含關於商事之規定甚多。

第二 一千八百六十四年二月二十三日之海商條例。

第三 一千八百六十二年九月十八日之破產條例。此條例爲一千八百六十七年十一月五日之法律，一千八百六十八年九月十二日之法律，及一千八百七十年五月十二日之法律，所改正者不少。

此國不設置商事裁判所。關於商事之法規，亦不完全。一千八百七十六年，下院以議員白耳克特氏之發案，建編纂商法典之議於國王。於其時，適斯堪的奈比亞半島諸國之政府，以統一諸國法律爲便利，已編纂前所述之手形條例。故瑞典政府，至今尙未着手于編纂。

### 第三項 那威商法

那威自一千五百三十六年，至一千六百八十七年之間，其法律之一部，與噠馬同。而自一千六百八十七年，至一千八百十四年之間，其法律之全部，皆與噠馬相同。其後二國分離，而關於商事之規定，大部分至今尙無變更。今列舉其重要之法律如左。

第一 一千六百八十三年四月十五日之噠馬法典。

第二 一千八百六十三年三月二十四日之海上條例。

第三 一千八百六十三年六月六日之破產條例。

第二十五款 瑞西商法

瑞西國分數州。各州法律互異。即商法亦然。其有固有之商法者。惟福來白耳一州。其他諸州。或用佛蘭西商法。或僅有民法。而無商法。或擴張民法。而適用於商事。或民法商法皆無。專照習慣而行。以僻在山間之一小邦。而法律種種不同。至于如是。其不便可知。遂有必須統一法律之議。草案屢次編纂。而總不成。及至一千八百八十一年。始制定債務法而公布之。自一千八百八十三年一月一日起施行之。此債務法。乃包含民事及商事之債務關係之規定。如會社法。亦爲其一部分。其他關於破產之規定。則揭載於一千八百八十九年四月十一日之法律中。

第二十六款 塞爾維商法

塞爾維。於一千八百六十年一月二十五日。制定商法而公布之。其中關於手形之規定。則做獨逸普通手形條例。此外部分。皆做佛蘭西商法。至關於海商之規定。以無甚必要。故商法中不揭載之。



其破產法。爲以一千八百六十一年三月十七日之法律。定爲單行法而公布之者。大概做獨逸法。其後屢加改正。蓋于一千八百六十四年十一月十五日。以法律改正之。更於一千八百七十六年一月二十四日。以法律復改正之。是皆其修正之最顯著者。

### 第二十七款 西班牙商法

西班牙。以一千八百二十九年五月三十日。制定商法而公布之。自一千八百三十年一月一日起施行之。此法典之第一編。爲商人及商業代理人之規定。其第二編。爲商行爲之規定。其第三編。爲海商。第四編。關於破產。第五編。關於商業裁判。計一千二百十九條。大概模倣佛蘭西商法者。然採其內國法及美兒白之勅令處。亦不少。其後。至一千八百八十五年十月十六日。復制定其改正商法而公布之。自一千八百八十六年一月一日起施行之。此與舊商法不同。雖取範乎佛蘭西商法。而傍採獨逸商法之長所。折衷二者而成之。其中有甚足觀者。

### 第二十八款 土耳其商法

土耳其之關於商事之法規中。其主要者。分左之四法典。

第一 一千八百五十年之商法。(與佛蘭西商法第一編及第三編相當者)

第二 一千八百六十年之商法附屬法。(與佛蘭西商法第四編相當者)

第三 一千八百六十五年之海商法。(與佛蘭西法第四編相當者)

第四 一千八百六十二年之商事訴訟法。

以上四者。非獨適用於內國人。即當事者之一方爲內國人。而他之一方爲外國人時。對於當事者之雙方。皆當適用之。

#### 第二十九款 匈牙利商法

匈牙利當未與澳太利聯合之時。有一千八百四十年及一千八百四十四年等之法。律。皆爲關於用事商法規。迨與澳太利聯合後。至一千八百七十五年。始制定商法而公布之。自一千八百七十六年一月一日起施行之。更於一千八百七十六年。制定手形條例而公布之。自一千八百七十七年一月一日起施行之。此等法典。皆取法乎獨逸普通商法。除其新設陸上保險及倉庫之規定外。與獨逸法無所變更。

其破產條例於一千八百八十一年始制定而公布之。是亦取法乎獨逸破產條例者。併民事商事皆可適用之。以此可見爲獨逸法之譯本。

### 第三十款 北米合衆國商法

北米合衆國之法律與英吉利同。無民法商法之區別。慣習法與成文法併而行之。一無所異。其關於商事之慣習法。係襲用英吉利古來之慣習法。其關於商事之成文法。各州所專有者多。全國所通行者甚少。茲舉其通行於全國者中之重要者。列其二三於左。

第一 一千八百六十七年三月二日之破產條例。此條例爲施行於全國一般者。後以異論紛起。遂于一千八百七十八年廢止。其通用于全國一般之効力。

第二 一千八百七十二年六月七日之船員條例。

北米合衆國其商法大體屬於英吉利商法派。而至昔曾爲佛蘭西之殖民地之州。如加福尼亞州。露地亞州等。則至今尙屬於佛蘭西商法派之法律。此即各有民法典。而商事亦適用之者是也。

#### 第四節 日本商法之編纂

日本之編纂商法也。因維新時。欲與外國結對等條約。及撤去領事裁判權。於是制定各法典。商法其一也。編纂之時代。可劃爲三期。

第一 翻譯法國商法法典時代。司法卿江藤新平譯之而未用。

第二 聘用外人編纂法典時代。用獨人海利麻編纂之。即今日所採之舊商法。亦未實行。

第三 本國人自編法典時代。以梅謙次郎、田部芳及岡野敬次郎三氏爲商法起草委員。即現行之商法法典也。

#### 第五節 商法之効力

獨逸舊商法。及日本舊商法。均於商法諸編之外置總則。以掲載關於商法効力之規定的一部。日本新商法。則於第一編總則中。其第一章。以法例爲題。而掲載關於商法効力之規定之一部。

獨逸舊商法。設總則一編。以關於商法効力之規定。掲載之於編外。而獨立一門。此或

由不得已所致。至日本舊商法。則於第一編。規定商之通則。而商法之効力。爲商之通則。乃反揭載於諸編之外。其體裁實非得其宜者。新商法則以此加入第一編總則中。實較舊商法稍爲進步。然關於商法効力之規定。決非如是之少數。而即爲完全者。尙宜添加其他規定。雖新商法以此讓之於施行法。而我輩以爲商法與施行法中。擇其一者。使網羅一切關於商法効力之規定者。爲適當。蓋施行法以揭載關於適用商法之規定。爲其本來之目的。則由商法中除去關於商法効力之規定。而加入之於施行法中。反較爲妥當。獨逸民法及新商法之所採。而爲法典編纂之最新主義也。日本新商法。不倣之者。頗屬疑問。

商法之効力。須由四方面觀察之。即關於時之効力。關於人之効力。關於地方之効力。及關於事之効力是也。今分款說明爲下。

### 第一款 商法關於時之効力

凡生於新商法施行以前之事項。爲不適用新商法之規定。而適用舊商法之規定者也。反於此。凡生於新商法施行以後之事項。則爲不適用舊商法之規定。而適用新商

法之規定者也。此爲關於時之商法効力之原則。蓋自明治三十二年六月十六日起。施行新商法。自施行之日起。廢止舊商法（但除第二編）乃當然之結果也。（施行法第一條）

生於新商法施行以前之事項。則當準照其當時所施行之法律（即舊商法）之規定。而發生變更消滅其法律關係者也。故舊商法一旦廢止。而施行新商法以後。尙當準照舊商法之規定。而不使於舊商法之下所已發生變更消滅之法律關係。有甚異動。否則。在舊商法之下所已發生變更消滅之法律關係。因新商法施行之故。遂生異動。則其結果。使人民懷抱疑念。取引不靈。在所不免。但有時對於在新商法施行以前所生之事項。亦當自其施行之日起。有適用新商法規定之必要者。此在施行法中。一一以明文指示之。如新商法施行以前。所設立之會社。自新商法施行之日起。適用新商法之規定者。是其一例也。（施行第一條及第二十二條）至對於新商法施行後所生之事項。則以適用新商法之規定爲當然。蓋自新商法施行之日起。舊商法既已廢止。故新商法在當時。爲唯一有效之法律也。唯有時因立法上之便宜。不絕對廢止舊商

法僅限定其範圍而尙使繼續其効力者。此爲不論新商法既施行。舊商法既廢止。而仍當適用舊商法之規定者。乃特別法令中。有當照舊商法之規定之字樣。則雖新商法既已施行。而仍當適用舊商法之規定。如日本私設鐵道株式會社。在明治二十年勅令第十二號私設鐵道條例改正以前。當適用舊商法及其附屬法令中關於株式會社之規定者。其一例也。（施行法第三條及第九十四條）

要之關於時之商法効力。須恃立法上之手段而詳細決定之。施行法關於此點。設置數十條之規定。或揭其原則。或舉其例外。或指示其適用。皆不外乎此。故茲僅就其大體而說明之。至其詳細。則於各編章節中論述之。

## 第二款 關於人之商法効力

商法非獨適用於商人。即非商人者。亦適用之。如關於會社之規定。似僅適用於會社。殊不知其不然。蓋關於會社之規定。不獨適用於會社。凡會社之社員、株主、機關等。皆當適用之。不僅此也。即會社之債權者及債務者。亦可適用之也。

商法既不獨適用於商人。則必何人爲必適用之者。如公法人及外國人。亦必適用之。

乎。此問題也。新商法第二條。凡公法人之商行爲。如法律命令中無特別規定時。皆爲當適用商法之規定者也。然則對於公法人。適用商法之規定。爲事理所當然。而不適用者。爲其例外耶。抑對於公法人。以不適用商法之規定爲原則。而限於商行爲以此爲例外耶。關於此點。議論多端。其議論所歸着。實於前問題之斷案。有至大之影響。

我輩以爲雖公法人。亦得爲商行爲。而商法爲適用於商行爲者。則公法人適用商法之規定。乃理所當然。惟公法人之組織目的等。與私法人大異。概使之適用商法之規定。則於實際上殊多不便。所以於法令中。許以爲例外而設特別之規定者也。然則公法人。亦當適用商法之規定。唯就其商行爲而言之。則於法律命令中。有特別之規定時。可謂不適用商法之規定而已。

公法人之商行爲。如法律命令中。無特別規定。則當適用商法之規定。然則在非爲公法人。爲商行爲。而爲相手方爲商行爲時。亦得以特別之法律命令。使不適用商法之規定否。是於解釋上。爲牽聯新商法第二條及第三條之一疑問也。我輩則以爲新商法第二條。單稱公法人之商行爲云云。而不包含對於一般之公法人所應適用商法



規定之一切事情。則其行爲爲公法人爲相手方所爲之商行爲。而非爲公法人所爲之商行爲。且當準照新商法第三條。雙方皆適用此商法之規定時。不得以特別之法律命令。除去其商法之適用也。此爲正當解釋。

商法當適用於外國人與否。此乃問題。有以明文規定商法之當適用於外國人者。即雷立司氏之草案者是。然在今日。不採用屬人法主義。則此事殆爲理所當然。新商法不以明文規定此者。甚得其當。

更有一言。即關於在臺灣島之臺灣人及華人者是也。臺灣島爲日本版圖之一部。則臺灣人爲日本國之臣民。在臺灣島之華人。爲在日本國版圖內之外國人。以此理論之。商法之對於在臺灣島之本島人及華人。不可不適用之也。然對於在新版圖之臺灣島之臺灣人及華人。有不能與內地施行同一法律之事情。明治三十一年七月十六日。臺灣總督府之律令第八號第一條。除臺灣島之本島人及華人外。凡無關係人之商事之事項。概不準照商法（舊商法）及其附屬法律。此雖係關於舊商法者。然新商法如施行於同島時。亦當設同一之規定。而存續其趣旨也。

### 第三款 關於地方之商法効力

今若採用屬地法主義。則此商法爲專適用於日本國內之事項。而不適用於國外之事項。然今日既非純然行屬地法主義之時代。故此商法。不獨日本國內之事項。即國外之事項。亦適用之。

雖然。於日本國外之事項。不適用日本國之商法。而適用外國之商法。是爲便宜起見。不但此也。日本國內之事項。尙有以適用外國之商法爲便宜者。如遇此種時。則特許其從外國之商法。法例及施行法中。往往見有此種之規定。

例如臺灣島。其島爲日本國之新版圖。商法似當然施行於其地。然與日本國之舊版圖之事情。多所差異。有全然不得使用同一之法律者。故其施行否。一任於命令。明治三十一年七月十六日。臺灣總督府之律令第八號第一條。以臺灣島適用商法（舊商法）及其附屬法律爲原則。而本島人及清國人之外。凡無關係人之商事之事項。則不適用此商法（舊商法）及其附屬法律。明治二十九年三月三十一日法律第六十三號。及明治三十二年二月八日法律第七號。）若施行新商法於其島。大約必

發同一趣旨之命令也。

#### 第四款 關於事之商法効力

若商法因適用於商事而編纂者。則其事項。苟屬於商事。必適用商法之規定。反於此。凡不屬於商事者。其不得適用商法之規定者。固不待言。

商法乃適用於商事。而不適用於非商事之事項。如法律有特別規定時。則亦有不適用於商事者。亦有適用於非商事之事項者。至其中不關於公眾秩序之規定。法律行為之當事者。得表示反對之意思。以除斥商法之適用者（民法第九十一條）商事中。有商行爲。有非商行爲之事項。至商行爲中。有爲當事者一方中之某人而爲之商行爲。有爲其一方而爲之商行爲。有爲雙方而爲之商行爲。若爲當事者雙方所爲之商行爲之商事。則商法之規定。當然適用於雙方。然商事之爲一方所爲之商行爲。而非爲他一方所爲之商行爲者。果可以商法之規定。適用於雙方乎。抑獨適用商法之規定於商行爲之一方。而不適用商法之規定于不爲商行爲之他一方乎。此疑問也。且不獨此。更就商事之爲一方中之某人所爲之商行爲。而非爲他人及他一

方所爲之商行爲者言之。亦不能無疑。于此時。商法之規定。果可適用於雙方乎。抑專適用之于爲商行爲之某人。而對於他人及他方。不得適用商法之規定乎。此大有疑問存焉。日本新舊商法。對於前之問題。以明文決定之。以爲當適用商法之規定于其雙方。則其立法論究屬妥否。固置勿論。至其解釋上。已無存疑之餘地。至後之問題。則其中並無明文。惟新商法第二百七十三條。關於連帶。設有規定。謂雖在專爲當事者一方中之某人所爲之商行爲時。亦當適用商法之規定于其中之他人。由是觀之。在專爲當事者一方所爲之商行爲時。其他方亦適用商法之規定。則爲其一方中某人所爲之商行爲時。其中他人及他之一方。亦可適用商法之規定也。有以此爲商法之適用。過於擴張者。而反對此說。如商法起草者之所說。然非我輩所贊成也。

商法當揭載關於商事之規定時。有直接規定之者。有援用他法令之規定而規定其當適用者。是所謂間接規定之者。其法不一。然皆不外乎規定于商法中之事項。故商法中。有當適用他法令之規定時之字樣。則適用其規定。即適用商法之規定也。援用他法令之規定。明言其當適用。而揭其詳細之規定者。爲立法上便宜之處。簡潔

其法典之文者不少。其効有若綜合彼此共通之規定。而設一總則者。以是此種規定。商法中隨處皆是。其中如商法全體之總則。即爲援用商慣習法及民法之規定者。謂商法（除第一條外）中。關於商事。而無別段之規定者。則適用商慣習法。無商慣習法。則適用民法云云。此爲最重要者。（舊商法第一條及新商法第一條）

## 第六節 商法之淵源

### 第一款 商事成文法

#### 第一項 商法（法典）

日本現行之商法（法典）以明治三十二年三月九日法律第四十八號商法（新商法）之第一編乃至第五編。及明治二十三年四月二十七日法律第三十二號商法（舊商法）之第三編（明治三十二年三月九日。以法律第四十九號第三百三十八條乃至第四百四十五條改正之）而成。其他爲明治二十三年四月二十七日法律第三十二號商法（舊商法）之總則、第一編、及第二編。雖今日既已廢止。然依施行法之規定。至今日尙有効力。故謂此曰商法之淵源。

新商法第五編第三十四章六百八十七條。第一編總則第一章法例(三條)第二章商人(五條)第三章商業登記(七條)第四章商號(九條)第五章商業帳簿(四條)第六章商業使用人(七條)第七章代理商(六條)第二編會社第一章總則(七條)第二章合名會社(五十五條)第三章合資會社(十五條)第四章株式會社(百十六條)第五章株式合資會社(二十條)第六章外國會社(六條)第七章罰則(二條)第三編商行爲第一章總則(二十三條)第二章賣買(五條)第三章交互計算(六條)第四章匿名組合(八條)第五章仲立營業(八條)第六章問屋營業(八條)第七章運送取扱營業(十條)第八章運送營業(二十二條)第九章寄託(三十一條)第十章保險(五十條)第四編手形第一章總則(十一條)第二章爲替手形(八十條)第三章約束手形(五條)第四章小切手(八條)第五編海商第一章船舶及船舶所有者(二十條)第二章船員(三十二條)第三章運送(五十一條)第四章海損(十二條)第五章保險(二十七條)第六章船舶債權者(十條)今日所行之舊商法計一編十一章八十七條。即其第三編是爲破產法第一章破產宣告(七條)第二

章破產之効力。(十二條)第二章別除權。(五條)第四章保全處分。(六條)第五章財團之管理及換價。(十五條)第六章債權者。(十五條)第七章協議契約。(七條)第八章配當。(五條)第九章有罪破產。(四條)第十條因破產所生之身上之結果。(五條)第十一章支拂猶豫。(六條)

舊商法雖使關於破產之規定。包含於商法中。然關於破產之規定。實非應揭於商法中者。新商法用此主義而編纂之。明治三十二年三月九日。以法律第四十八號公布者。爲商法之全部。而非其一部。明治二十三年。法律第三十二號。存續商法第三編之効力者。爲修正破產法爲獨立法典以前。一時之便宜處分也。我輩凡關於破產之規定。於本書中。不論述之。

今後若改正商法。則其改正之法律。宜作爲商法之部分。決不可以爲關於商事之特別之法令也。

## 第二項 商事特別法

關於商事之特別法令。其數甚多。可大別爲二種。一爲商法典之附屬法令。一爲不附

屬於商法典之單行法令。前者爲明治三十二年三月九日法律第四十九號之商法施行法。明治二十三年八月七日法律第五十九號之商法施行條例。明治三十二年六月十五日勅令第二百七十一號之關於小商人範圍之件。其年五月二十六日遞信省令第十九號準照商法第五百六十二條之書類之件。其日遞信省令第二十號之湖川港灣及沿岸小航海範圍之件等。此因施行商法而制定之法令也。後者如明治三十二年三月七日法律第四十八號之船舶法。其日法律第四十八條之船員法。其年六月十二日遞信省令第二十四號之船舶法施行細則。其日遞信省令第二十五號之船員法施行細則等。此爲因欲與商法施行而制定之法令也。

舊商法第一條。謂凡關於商事而不規定於本法者。則適用商慣習及民法之成規云。新商法第一條。乃謂凡關於商事而不規定於本法者。則適用商慣習法。無商慣習法者。則適用民法云。因此生一疑問。即關於商事。在商法上無所規定。而於特別法中。有規定時。則當先適用商慣習法或民法。而不當適用特別法乎。此不可無疑。新商法與舊商法不同。于施行法中。明瞭規定之。謂凡關於商事之特別法令。雖商法施行後。仍



有効力云然。即以此疑問。與新商法第一條。比較而參照之。其商事特別法與商慣習法及民法。三者効力之優劣。亦不免有疑義存焉。

日本新舊商法。有規定於本法云云之字樣。獨逸舊商法。則有規定于此法典云云之字樣。由此觀之。則其於商事特別法中有規定。而商法中無規定之事項。似未豫想及之。一若宜解作商事特別法。不當適用於此也。但此係規定商事特別法以外之法令。與商法之關係者。而非斷絕商事普通法（商法）與商事特別法之連絡者也。故獨逸舊商法之解釋者。以爲其第一條。非除去商事特別法之適用者。當包括而解釋之。蓋所謂法典云者。即因其解釋而必生之法規之全體也。日本新商法。亦當下同之解釋。蓋其第一條之規定。並非妨礙商事特別法之適用。且施行法第二條。有關於商事之特別法令。雖商法施行以後。仍有其効力。其關於商事之特別法令。當在商法之先。適用於商事之句。

而適用商慣習法民法于商事者。因有新商法第一條之規定故。則適用商慣習法民法。即適用商法之謂。是則關於商事之特別法令。當在商慣習法民法之先。而適用之。

也。如此論決。想無不可。

關於商事特別之法令。雖當在商慣習法及民法商法之先。而適用之。然何種事項。當以關於商事之特別法令而規定之乎。此須研究者也。

夫法律爲有改廢法律及命令之効力。則關於商事而制定特別之法律。不論如何事項。皆得規定之。然可代法律之命令（即緊急勅令）不獨亦有改廢法律及命令之効力。即當以法律所定之事項。亦得規定之。故當發緊急命令時。苟具備其必要條件。則凡關於商事。不論如何事項。皆得規定之。至其他命令。則不獨無改廢法律之効力。即當以法律所定之事項。亦不得規定之。僅在法律中無規定。且不須爲法律所規定之事項。始得爲其所規定。凡法律有規定之事項。及當以法律規定之事項。皆不得以命令規定之。唯發布於商法施行以前之特別命令。照施行法第二條。不因商法施行失其効力。由于法律之委任而發之命令。則雖當以法律規定之事項。亦得規定之。

### 第二款 商事不文法（商慣習法）

在商事成文法之次而當適用者。爲商事不文法（商慣習法）照舊商法第一條。凡商

事之無規定於本法者。當適用商慣習及民法之成規。然商慣習云者。指與法律有同一効力之商慣習（即商慣習法）而言乎。抑指不與法律有同一効力之商慣習而言乎。此甚不明瞭。且商慣習與民法之規定兩存之時。當先適用何者。此在法文上。亦甚曖昧。自理論上觀之。不與法律有同一効力之商慣習。僅可認作當事者有準照此之意思時。以爲當事者之意思表示之內容。而準照之也。非不論當事者之意思如何。而皆得適用之也。舊商法第一條所謂商慣習者。當解作與法律有同一効力之商慣習。此不待言也。與法律有同一効力之商慣習。專爲關於商事者。而爲對於民法之特別法。故當在民法之先而適用之。至新商法第一條。則以明文而決定此種之疑義。而以表明商事之在商法無規定時。所適用之商慣習。爲與法律有同一之効力者。一以表明非無商慣習法時。不得適用民法者也。蓋商慣習之効力。佛蘭西學者中。頗生議論。獨逸舊商法制定之際。亦提議商慣習之語。爲包含與法律有同一之効力及不與法律有同一効力之二者。而贊成者少數。故不採用。新商法有鑑於此等沿革。斷然用商慣習法之語。可謂甚得其當。

以上爲解釋論。若由立法上觀之。徵之於編纂法典之趣旨。則其認商慣習法否乎。不能無疑。夫以成文法（法典）整頓一國之法律制度。則凡從來商慣習法。皆務必編纂於法典中者。即於時勢之變化。亦始終注意。隨之而加以改正。務使無成立商慣習法之餘地。是其目的也。然今日之立法者。可希望之。而斷不能行之。雖間有毅然否認慣習法成立之立法例。然諸國中。概皆以此爲突飛之規定。而不採用之。故日本新舊商法。亦認可商慣習法之成立。照法例第二條。慣習與法律有同一効力者。專限於不反乎公衆之秩序善良之風俗時。則於其時。使認可商慣習法之成立。一無害於公衆之秩序善良之風俗也。

### 第三款 民法

在商事成文法及商慣習法之次。而適用於商事者。爲民法。故關於商事。若商事成文法商慣習法。有特別規定時。則必適用之。反之。若商事成文法及商慣習法中。無特別規定時。則必適用民法。蓋由于商事成文法及商慣習法。爲關於商事之特別法。而民法。爲其普通法。故此爲當然之結果。且爲商法明文所規定者。至舊商法。則以不規定

於商法之事項。爲當適用商慣習及民法之成規。而二者之間。無所區別。故商事之於商慣習法及民法中。皆有規定時。當先適用何者。頗屬疑問。而舊商法。則明定二者之順序。其事非不規定于商慣習法時。不適用民法。故毫無所疑。（舊商法第一條及新商法第一條）

當適用諸商事之民法。不獨民法典而已。即其他關於民事之特別法令。及民事慣習法等。皆在其中。然其重要者。爲民法典。（即明治二十九年四月二十四日法律第十九號之民法第一編第二編第三編。及明治三十一年六月十五日法律第九號之民法第四編第五編）

商法總則 總論 第三章 商法



# 第一編 商業

## 第一章 商業之意義

商業一語。有數多之意義。有經濟上之意義。有法律上之意義。雖法律上之意義。亦有商法上之意義。及其他法令上之意義。其經濟上之意義。爲經濟學者所論究。全屬於本書之範圍外。其法律上之意義。各從其國法制之所定。未必皆同。即在一國之法制上。其商法上所謂商業。與其他法令中所謂之商業。不必同其意義。今以法律上之意義爲主。而說明之。而商法上之意義。尤爲重要。

商法上所謂商業之意義。可從其觀察之方法。區別其主義爲二。

(甲) 第一主義。爲在佛蘭西、獨逸(舊)伊太利及其他各國。其法制所採用者。以爲

先從性質上。定商行爲之爲何者。以商行爲爲其目的之營業。即商業也云云。

(乙) 第二主義。爲獨逸新商法所採用者。以爲營業之以一定之行爲爲目的者。即

商業。而爲商業者。即商人。商人之在其商業之範圍內所行之行爲。即商行爲。

如獨逸之新商法。以商法爲商業法。則採用第二主義爲正當。然尙未達此時代之日。本商法。其解釋時。採用第二主義。決不可也。況舊商法第九條第一項。及新商法第四條。乃以商行爲之基礎。而定商人爲何物也。因此決定商業之意義。當採用第一主義。已無疑竇。今用第一主義。以說明商業之意義。

第一主義之所謂商業。即以商行爲爲目的之營業也。而新商法第四條。則謂商人。即以自己之名爲商行爲。而以此爲業者是也。然則以自己之名爲商行爲之事。即商業者也之定義。與此僅其辭不同。而其意則一。

蓋以商業爲目的之行爲。既如前述。夫獨限於商行爲中性質之商行爲。（新商法第二百零六十三條及第二百零六十四條）而不包含附屬商行爲（新商法第二百零六十五條）何則。蓋爲附屬商行爲之人。爲商人。故必于商業成立後。始得有所謂附屬商行爲。若商業未成立以前。則無附屬商行爲也。雖舊商法第九條第一項。止言商取引。新商法第四條。亦止言商行爲。然推度以上所述之理由。其所謂商行爲者。指性質上之商行爲而言。斷非包含附屬商行爲也。



爲商業之目的之商行爲。照法律所規定。其範圍雖稍明確。而營業爲商業本體。其語雖普通所用之熟語。但欲於法律上。正確說明其意義。頗爲困難。例如雷司立氏（舊商法草案之起草者）其解釋營業。以爲一獨立之狀態。（Selbstständiges Wesen）此未免漠然。舊商法第九條一項後段。以爲營商業云者。以商取引爲常業之謂也。此乃欲以常業之語。以說明營業之爲何物。然日本普通用語。常業營業二語。其用法無別。所謂常業者。其語意之不明。與營業無異。爲此規定之模範者。爲佛蘭西商法。其國學者之所說。以爲第一條之所謂常業（Profession habituelle）者。由職業（Profession）與常慣（Habituelle）之二觀念而成。然曰職業。曰常慣。皆非正確之意義。故欲以常業之語。解釋營業。所謂以疑決疑是也。

欲決定營業之意義。雖頗困難。然欲了解商業之爲何物。只知其包含以下二觀念。即可也。蓋其二觀念。即營業者。爲一種行爲之業也。發自己之名而爲之也。（新商法第四條）茲對於此二觀念。聊說明於左。

## 第二 以一種行爲之業。

以一種行爲之業云者。即以繼續之希望而反覆其行爲之謂也。然不必期其永久繼續。自其當初。定一定之期限者亦可。更不必有繼續之事實。卽中途而廢止者亦可。更不必絕無間斷而反覆其行爲。卽其間有中斷中止者亦可。

## 第二 以自己之名而爲之。

營業必須自己之名而爲之。故以他人之名爲一種行爲者。不得謂之營業。然亦不必定須自己爲一種行爲。使他人以自己之名爲一種行爲者。于營業之成立。並無妨害。與以自己之名爲一種行爲者。乃無所異。且以自己之名爲一種行爲。其行爲所生之利害。不必定歸於自己。雖以自己之名爲之。其行爲所生之利害。結局有歸於他人者。惟具備其他要件時。始無妨於營業之成立。

其他一般于營業之觀念中。果包含得利益之意思與否。此一疑問。雖議論種種。然就商業而言之。則當然解作其必須有得利益之意。思者爲當。

舊商法第九條第二項之所規定。不以經營農作、牧蓄、養蠶、守獵、捕魚及採藻之業者。爲營商業者。而列舉其所視作商業之營業。然其所以爲此規定者。以其法之商行爲

(即商取引)之意義。過不精確。失於廣漠。故設此條以矯正之也。如新商法。則明確以限定其商行爲之意義。故無需乎此。

## 第二章 商業之種類

商業因觀察方法不同。得分爲數類。或以商業目的之事物爲標準。或以商業所行之地域爲標準。或以商業取引利害之歸着點爲標準。或以商業之大小爲標準。其區別多端。而此等區別中。就其于商法之適用上。最爲必要者。說明之于以下諸節。

### 第一節 因其目的而區別其商業

爲商業之目的之事物多端。因而由此以區別商業。其種類亦多端。究未能一一枚舉。但此區別。於法律上。極爲緊要。因其種類不同。而其所當適用之規定亦多異。例如仲立商業。則有舊商法之第一編第八章第三節及第四節。新商法之第三編第五章。如問屋營業。別有舊商法之第一編第八章第五節。新商法之第三編第六章。如運送營業。則有舊商法之第一編第八章第七節第八節。及第二章第五章。新商法之第三編第八章及第五編第三章。如倉庫營業。則有新商法第三編第九章第二節等是也。

第二節 因其所行之地域而區別其商業

以商業所行之地域爲標準。而觀察商業時。則或區分之爲國內商業及國外商業。或區分陸上商業及海上商業。前者非商法上之必需。後者則爲商法上所極緊要者也。

若在今日之國家組織整頓。立法機關完備之時代。而始發生海上商業。則或者可無因海上商業之故。而爲之設特別規定。如今日者也。然在歐商巴。其商業發達之初期。要皆依賴慣習。其陸上商業與海上商業。其發生全然不同。既于緒論中言之。夫海上商業。在太古。則非尼亞亞人爲之。其間所生之商業慣習。遂累積而成羅德海上法典。以支配地中海沿岸之商業。降至中世。雖歐洲大陸。爲教會法及封建法之所支配。然其支配海上商業之海上法。則全然不受此等影響。依然行於地中海大西洋之沿岸市府。且愈發達而支配北海之沿岸。及波斯同盟諸市府。更進而北漸。以支配波羅的海之沿岸市府。迄至近世。佛蘭西國王路易十四世。於編纂法典時。以關於海上商業之規定。別爲一法典。其後于編纂佛蘭西現行商法時。則於商法中。特設一編。爾來各國

之編纂商法。概倣其例。故日本舊商法。則于第二編。新商法則于第五編。揭載關於海商之特別規定也。

### 第三節 因其取引之利害之歸着點而區別其商業

所謂商業取引利害之歸着點。易而言之。即以自己之計算及以他人之計算爲標準。而區別商業爲自己商業及問屋商業是也。此區別法。於商法之適用上。有至大關係。以商人之計算而爲問屋營業。則商法中。對於此有特別之規定。即所謂狹義之問屋營業。而舊商法第一編之第八章第五節及新商法第三編第六章之所規定者也。至於運送取扱營業。則舊商法第一編之第八章第六節及新商法第三編第七章所規定者也。

### 第四節 因其大小而區別其商業

商業得因賣買貨物之多寡。及其他取引之多少。以爲標準。而區別爲小商業及其他商業也。蓋此區別。於適用商法規定上。有關係者。營小商業者。稱爲小商人。凡商業登記、商號及商業帳簿之規定。皆不適用於其人。（新商法第八條）

在新商法。有沿戶或路中賣買貨物者及其他小商人云云之規定。夫以沿戶物爲目的之商業（略該當於行商業）及以路中賣買貨物爲目的之商業（露店商業）其爲小商業。固無待言。然就其他商業言之。則何者爲小商業。乃一問題。此當照商法施行法第七條所言。以勅令定之者。即明治三十二年六月十五日勅令第二百七十一號。以五百圓未滿之資本營商業者。稱之爲小商業者是也。

### 第三章 商業之主體

#### 第一節 商人之意義

商業之主體。詳言之。即自己營商業者是也。此爲商人。故不營商業者。則不得謂之商人。例如支配人。則爲主人而營商業者。又如匿名組合員。雖供給資本以受損益之分配。然非自己營業者。皆不得謂之商人。舊商法第十二條第二項。就人之妻而例示之。明言妻助夫以營商業者。不得謂之商人。然此固當然之理也。

自己營商業者。謂之商人。此近世各國法制所公認。日本舊商法第九條第一項之規定。以爲商人云者。營商業者之謂。營商業云者。以商取引爲常業者之謂也。新商法第

四條。在其本法。則以爲商人云者。以自己之名而以商行爲爲業者之稱也。以上所云。其趣旨皆無所異。然就商業之語義論之。則各國法制不必出於一致。雖皆以營商業者爲商人。然其商人中之所包括者。殊大異也。

### 第六節 商人之種類

商人得因其所營之商業之不同。分爲數種。

第一 因商業目的之事物。而區別商業。則得爲仲立營業、問屋營業、運送取扱營業、運送營業、倉庫營業等。此前章第一節所述也。由此以區別商人。亦得別爲數類。即爲仲立營業者。爲仲立人。爲問屋營業者。爲問屋。爲運送取扱營業者。爲運送取扱人。爲運送營業者。爲運送人。爲倉庫營業者。爲倉庫營業。

第二 因商業所行之地域。而區別其商業爲陸上商業、海上商業。則既如前章第二節所述。雖舉經營陸上營業之人。而欲包括之於一名稱之下。然恐終不可得。即欲包括經營海上營業之人。亦恐無是以爲其名稱。然以商行爲之目的。而以船舶供航海之用。其船舶之所有人。賃借人。及海上保險營業者。皆爲經營海上

營業人中之最重要者也。

第三 因商業取引之利害之歸着點。而區別其商業爲自己商業及問屋商業。  
(廣義)此既于前章第三節述之。然對於自己經營商業之人。無包括之名稱。然經營問屋營業之人。則有特別之名稱。即經營問屋營業(狹義)者曰問屋。經營運送取扱營業者曰運送取扱人。

此外經營商業者。有爲人。有爲法人。因此得別之爲二。以下分款說明此二者。

### 第一款 人

舊商法第一編第一章。不獨關於營商業之人(自然人)其規涉于微細。即關於自然人之不以商行爲爲營業者。亦詳細以規定之。其關於能力及登記等事。則二者全無所異。(舊商法第十條乃至第十三條及第十四條第一項)蓋舊商法爲在民法之先。以施行之計畫而立案者也。此亦其所不得已也。然既有民法以後。則關於能力之規定。當揭之於民法中。若揭之於商法中。則損法典之體裁者。實屬不少。至若非營業而爲商行爲者。必如商人之爲登記。則爲一二之商行爲者。不勝其煩雜。且與商業登記



之名稱。未免有所乖戾。其以商法爲商行爲商法之趣旨。於舊商法中。隨處可見。惟各國法制中。殊不多見之例也。絕對非難之。雖不免失於苛酷。然至於登記專事。而應用其趣旨。則理論及實際上。決不可是認者也。新商法第一編第二章。則關於能力之規定。悉讓於民法。僅揭載其關於登記之規定。不但此也。其須爲登記者。獨限於營商業之人。若於非營業而爲商行爲者。則不必登記。是可謂其至當。

自然人亦得以觀察之標準不同。而分爲數種。或分之爲成年者及未成年者。或分之爲禁治產者準禁治產者及其他者。或分之爲夫妻及無配偶者。於此等區別中。以何者爲可以自營商業者。以何者爲不能自營商業者。以何者爲在一定之制限下得營商業者。以下詳論之。

現行法第十條第一項。定爲凡得因契約而獨立以負義務之人。即得自己經營商業。區別自己之可以營商業與否。其標準即在得因契約而獨立以負其義務與否。所謂獨立者。當爲法律行爲之時。不必得法定代理人或保佐人之同意。或其夫之許可者是也。然其意義。不獨不明確。即所謂得因契約以負義務者。其用語亦失於狹隘。元來

所謂經營商業云者。以繼續同一種類之商行爲之意思。而反覆以行之者之謂。不俟他人之同意。及其許可。而自己有爲法律行爲之能力者。其能爲此也。固不待言。故法典中。不須明言之。然舊商法之所以掲載此者。以日本封建時代之經營商業者。與其身分有關聯。有一定之身分者。得經營商業。其他。則皆不得經營商業。因欲排斥此因襲。所以承認營業自由之原則。而表明之者也。新民法及新商法。則不揭若此之規定。甚得其當。故有完全爲法律行爲之能力者。即解作自己可以營商業者也。

自然人。以有完全之能力者。爲其原則。凡無能力或其能力被制限者之外。皆有爲完全之能力者。因此就經營商業者之人而言之。則亦以自己能經營商業者爲原則。其自己不能經營商業者。及僅能在一定之制限下。而自己經營商業者。皆爲例外。我輩祇須知其何者爲自己能經營商業者。何者爲自己不能經營商業者。何者僅能在一定之限制下。而自己經營商業者。即已足矣。是所以在本款中。關於未成年者禁治產者。準禁治產者及妻之四者。而特說明之。

以上以從能力之方面而觀察之者爲主。更從登記之方面觀察之。則以營商業之故

而須爲登記者。非自己能經營商業之人。乃自己不能營商業之人。及僅能在一定之限制下自己經營商業者也。由此點觀之。于以上四者之中。亦可說明之。

### 第一項 未成年者

未成年者。在一定之限制下。自己得經營商業。或由其法定代理人。（行親權之父又母或後見人）代未成年者而經營商業。今區別此二者而說明之。

### 第一 未成年者自己經營商業

舊商法第十條之規定。以爲未成年者。其年齡滿十八歲。且得父或母或後見人之承諾。（此承諾爲關於創立獨立之生計者乎。抑爲關於經商者乎。明文上有闕疑。）而創立獨立生計者。則得經營商業。未成年者而欲自己經營商業。則須受登記。受登記後。自其登記日起。凡關於商事。皆與成年人者有同一之能力。而新民法及新商法之規定。則反乎此。以爲凡未成年者。自己經營商業時。則（一）須得法定代理人之許可。（二）須爲登記。（三）須法定代理人不取消其許可。或不限制其許可。今照新民法及新商法。說明之於左。

(一) 法定代理人之許可

未成年者。非得行親權之父或母或後見人（此等皆為法定代理人）之許可。不得經營職業。故未成年者。自己經營商業之時。亦須得法定代理人之許可。（新民法第八百七十八條第八百八十三條第一項及第九百二十一條）

法定代理人。對於未成年者。而許可其經營商業時。不必須照一定之方式。即默示亦無妨。（未成年者。當申請登記時。須用書面。而證明其既得法定代理人之同意者。當作別論。）更有許可其經營一種之商業者。或許可其經營數種之商業者。於實際上。適宜以順從其所定。但不限商業之種類。而各般商業。廣為許可者。此非法律之所認也。（新民法第六條第一項）

行親權之嫡父。對於未成年者。許可其營商業時。不必得親族會之同意。但行親權之繼父或母。或後見人。對於未成年者。許可其經營商業時。須得親族會之同意。（新民法第八百七十八條第八百八十六條第一號第九百二十一條但字以下之句。及第九百二十九條。）若親族會。不能決定當與其同意與否。則得由親族會員。請之裁判

所。求其下可代其決議之裁判。（新民法第九百五十二條）

未成年者。經法定代理人所許可之種類之商業。則關於其商業。與成年者。有同一之能力故。其關於商業之法律行爲。不必一一得法定代理人之許可。（新民法第六條第一項）

未成年者。未得法定代理人之營商業之許可。則不得營商業。其許可與否。在法定代理人之權內。不論何人。不得主張不服。但法定代理人。當許可之時。須得親族會之同意。若不得同意而許可之。則將生何等之結果。且在此時。對於親族會之不同意。得主張其不服否乎。其第一問題。雖新民法第八百七十八條第八百八十七條及第九百三十六條之解釋上。不無疑竇。然其未成年者之不得經營商業者。即爲其結果。此推定頗爲穩當。至第二問題。則新民法第九百五十一條。謂自其決議之日起。於一個月內。親族會員。及其他揭載於新民法第九百四十四條之人。皆得訴其不服於裁判所。此所以匡正其決議者也。因親族會不能決議。而裁判所以裁判代其決議時。則當照非訟事件手續法第一百二條第一項。親族會員。及其他揭載於新民法第九百四

十四條之人對於其裁判。抗告之於上級裁判所。以申立不服者也。

(二) 登記

合乎法律。而得許可以經營商業之未成年者。須爲登記。新商法第五條之規定。以爲未成年者經營商業時。須爲登記。似得許可之適法與否。在所不問。但得其許可而不適法者。如後所述。不得照非訟事件手續法之規定。而爲登記者也。故新商法第五條。亦專就未成年者。適法而得許可以經營商業而言也。

不獨自新商法施行後。經營商業之未成年者。須依以上所述之規定而爲登記。即新商法施行以前。經營商業之未成年者。亦須依以上所述之規定而爲登記。新商法施行以前所生之事項。爲適用舊商法之規定者。爲一原則。此乃其例外也。(商法施行法第一條及第四條)

營商業之未成年者。申請登記時。當具備商業登記之申請一切之要件。(非訟事件手續法第一百四十九條)更於申請書內。須記載營業之種類。并須附以上諸書面。(非訟事件手續法第一百六十六條)

第一 證明既得法定代理人同意之書面。但法定代理人於申請書中。連署其名時。則可不必附此書面。

第二 行親權之繼父或母或後見人。已得親族會之同意時。其證明既得親族會同意之書面。若親族會不能決議。請求裁判所。代其決議時。則於非訟事件手續法中。無所規定。是一缺點。以意度之。此時當附以裁判之正本。

因上述之登記之故。在區裁判所內。備有一種商業登記簿。稱爲未成年者登記簿。  
(非訟事件手續法第四百十條第二號)

### (三) 取消其許可或制限其許可

未成年者。得法定代理人之許可而營商業。若有不堪營業之事蹟。則其法定代理人。得取消其許可。或制限其許可。(新民法第六條第二項第八百七十八條第八百八十三條第二項及第九百二十一條) 法定代理人。若取消其營商之許可。則未成年者。全然不得營商。若制限其許可。則不得出於其制限之外。以營商業。有親權之嫡父。爲法定代理人。而取消其營業之許可。或制限其許可。則不必得親族

會之同意。若有親權之繼父。或有親權之母。或後見人。爲法定代理人。而取消其營業之許可。或制限其許可。則必須得親族會之同意。若親族會不能決議其應與同意與否。則當由親族會員。請求裁判所。爲代其決議之裁判。且須裁判所同意於取消其許可。或同意於制限其許可。（新民法第八百七十八條第九百二十一條但書及第九百五十一條）若不得同意。而法定代理人逕取消之。或逕制限之。則亦仍歸於無効。

法定代理人。雖以爲其未成年者。尙有不堪營業之事蹟。而取消其營業之許可與否。或制限其許可與否。悉屬於其權限之內。不論何人。不得唱言不服。但親族會員。對於親族會之決議。或對於代其決議之裁判。得唱言不服。其他載於新民法第九百四十四條之人。亦得爲之。蓋對於親族會之決議。自決議之日起。於一個月內。得以訴其不服於裁判所。對於裁判所之裁判。則得抗告其事於上級裁判所。（新民法第九百五十一條及非訟事件手續法第一百二條第一項）

法定代理人。取消其未成年者營商之許可時。或制限其許可時。均須即時申請登記。



若其許可之取消。或其制限。爲得親族會同意者。則當於其申請書中。附以既得親族會同意之證明書。（非訟事件手續法第六十八條及第六十六條第二項）至親族會不能爲決議。而以裁判所之裁判。代其決議時。則非訟事件手續法中。無其規定。是實一缺點。以意度之。當附以其裁判之正本。

若法定代理人。申請制限之登記。則登記所。須記載其事於原登記。（非訟事件手續法第六十九條）

#### （四） 未成年者之死亡及營業所之移轉

若營商業之未成年者死亡。則其登記事項。自然消滅。此時當爲消滅之登記。（新商法第十五條）若本人既已死亡。不能申請登記。則由行親權者或後見人。申請登記。而行親權者或後見人爲申請時。當用書面爲之。且須附以他種書面。足以證明未成年者之死亡。（商業登記取扱手續第二十五條及第二十八條）

營商業之未成年者。移轉其營業所時。則登記事項。因之變更。故當爲變更之登記。（新商法第十五條）若其移轉之處。爲前之登記所所管轄外者。則登記事項。因之消

滅。但此非絕對者。故當登記其事於登記用紙中之消滅欄內。而閉鎖其登記用紙。若在其管轄內。更有他營業所。則其登記事項。尙屬存在。則不必登記其事於消滅欄內。而閉鎖其用紙也。(商業登記取扱手續第四十條)

## 第二 法定代理人代未成年者經營商業

照舊商法第十條第二項之規定。未成年者之後見人。得代未成年者經營商業。但此須時爲登記。然未成年者之經營商業與否。一任於後見人。不獨甚危險。且對於未成年者。遠不及行親權之父母之代。未成年者以營商業者。此未免有缺點。新民法及新商法。就未成年者之法定代理人。代未成年者以經營商業之時。詳細以規定之。實屬可謂得當。

照新民法及新商法之規定。未成年者之法定代理人。代未成年者而營商業時。須有二條件。即(一)得親族會之同意。(二)爲登記。(但有例外)今照新民法及新商法說明之於左。

### 一 親族會之同意

未成年者之法定代理人。即行親權之父母或後見人是也。得以代未成年者而營業。其行親權之嫡父。代未成年者以營商業時。則不必得親族會之同意。但行親權之繼父或母或後見人。代未成年者以營商業時。則必須得親族會之同意。若親族會不能決議應與以同意與否。則由親族會員。請求于裁判所。求其下可代決議之裁判。但須其裁判同意於法定代理人之營商業者。（新民法第八百七十八條第八百八十三條第一號第九百二十九條及第九百五十二條）

親族會之決議。或裁判所之裁判。同意于法定代理人之代未成年者以營商業時。其商業之種類。不必限定。或同意於營一種之商業。或同意于營數種之商業。或同意於營各種之商業。均無不可。

法定代理人。得親族會之同意。或得可代親族會之同意之裁判。而經營商業。則其關於其商業。有如何之權限乎。蓋其關於其商業之行爲。全然不必得親族會之同意也。至若借財保證。及以得喪不動產或重要之動產之權利爲目的之行爲。或關於此等權利之和解。及仲裁契約。皆須得親族會之同意否乎。此亦疑問。然就未成年者言之。

其既得法定代理人之許可以經營商業。有新民法第六條第一項之規定。故足知其關於商業之行爲。不當適用新民法第四條第八百七十八條第八百八十六條及第九百二十九條等之規定也。至若得親族會之同意。而爲未成年者以營商業之法定代理人。則對於此。無類似于新民法第六條第一項之規定。故難言其關於商業之行爲。爲不當適用新民法第八百七十八條第八百八十六條及第九百二十九條等之規定也。

新商法第七條第二項。謂加於後見人代理權上之制限。不得以此與善意之第三者對抗。但其適用此規定之區域。殊不明確。蓋僅適用此於既得親族會同意之商業乎。抑後見人代被後見人所爲之行爲。而當適用商法之一切行爲。皆當適用此乎。是在疑問中也。果以此爲僅可適用於既得親族會同意之商業。宜規定之於民法中。不獨不可掲載之於商業中。且當及於對於未成年者行親權之父母。非獨限於後見人也。蓋新商法之規定此者。僅不過補新民法之缺點而已。（商法施行法第六條。謂新商法施行前所定之制限。亦自新商法施行之日起。當適用此規定也。）

行親權之繼父或母或後見人。欲代未成年者營商業。而親族會之決議。或可代決議之裁判。不同意於此時。則不得營商業。其同意與否。悉在親族會或裁判所之權內。然亦可由親族會員。及其他掲載於新民法第九百四十四條之人。對於其親族會之決議。在一個月內。訴其不服於裁判所。對於代其決議之裁判。則抗告於上級裁判所。

(新民法第九百五十一條及非訟事件手續法第二百一條第一項)

## 二 登記

未成年者之後見人。得親族會之同意。(或可代其同意之裁判)代被後見人(未成年者)以營商業時。須爲登記。新商法第七條第一項。謂後見人代被後見人而營商業時。須爲登記云云。其得親族會之同意與否。不問也。然不得親族會之同意者。如後所述。不得照非訟事件手續法之規定而爲登記。即可知新商法第七條第一項。乃專指後見人得親族會之同意而營商業者而言也。

不獨自新商法施行後。代被後見人而營商業之後見人。須照前所述之規定。而爲登記。即新商法施行以前。代被後見人而營商業之後見人。亦須照前所述之規定而爲

登記（商法施行法第四條）

代被後見人而營商業之後見人申請其登記時。當具備關於申請商業登記所定之一般之要件。（非訟事件手續法第一百四十九條）此外更須於申請書中附加證明既得親族會同意之書面。（因親族會不能決議。而裁判所之裁判代其決議時。則非訟事件手續法中無關於此規定。是一缺點。以意度之。此時當附加其裁判之正本。）因有此登記。故區裁判所特備一種商業登記簿。名曰後見人登記簿。（非訟事件手續法第四百十條第三號及第一百七十一條）

後見人代被後見人（未成年者）而營商業時。商業登記。既如前述。反於此。行親權之父母。代未成年者而營商業時。須爲登記與否。雖無明文。然因此無明文。故得解釋之。以爲不必爲登記也。蓋行親權之嫡父。代未成年者而營商業。則不須得親族會之同意。與後見人代未成年者而營商業者有異。由此可知其爲登記。可不必也。反於此行親權之繼父或母。代未成年者而營商業。則須得親族會之同意。與後見人代未成年者而營商業者。毫無所異。由此可知其必須爲登記。蓋其不爲登記。絕無理由也。

### 三 後見人之死亡。營業所之移轉。

代被後見人而營商業之後見人。如值死亡。則使登記事項消滅也。故當爲消滅之登記（新商法第十五條）但後見人既已死亡。勢必不能爲登記之申請。則由後見監督人爲登記之申請。但後見監督人爲此申請時。須以書面爲之。且須附加足以證明後見人死亡之書面。（商業登記取扱手續第二十七條及第二十八條）

反於此。代被後見人而營商業之後見人。移轉其營業所時。則使登記事項變更。故當爲變更之登記（新商法第十五條）但移轉至登記所所管轄外。則使登記事項消滅。但其消滅非絕對者也。故於登記用紙中之消滅欄內。爲其登記。以閉鎖其登記用紙。但在其管轄內。猶有其他營業所時。則其登記事項。尙屬存在。故不必登記其間於消滅欄內。以閉鎖其用紙也。（商業登記取扱手續第四十條）

### 第二項 禁治產者

禁治產者。即得法定代理人（即後見人）之許可。亦得營商業否乎。關於此事。在民法及商法中。不見明文。然其一方。則有禁治產者。以後見人。使得取消其行爲之規定。而

無禁治產者。可得法定代理人之同意而爲法律行爲之規定。於其他一方。則無禁治產者。可被許可其營業之規定。故禁治產者。當謂爲自己不能營商業者也。（新民法第八條第九條及第九百二十九條）

禁治產者。自己不能營商業。已如前論。然法定代理人（即後見人）得代被後見人（禁治產者）而營商業者。此舊新民法所同認也。新民法及新商法。謂在此時。其後見人（第一）須得親族會之同意（第二）須爲登記。具此二者。方爲適法。

### 第一 親族會之同意

禁治產者之後見人。代被後見人而營商業。則須得親族會之同意。若親族會不能決議。應與同意與否。則由親族會員請求裁判所。下可代決議之裁判。其裁判。若同意於此。則後見人得營商業（新民法第九百二十九條及第九百五十二條）若親族會裁判所。與以同意時。則其營業之種類。不必附以制限。

後見人已得親族會之同意。或已得可代親族會同意之裁判。則可營商業。其關於商業。有如何之權限。蓋其關於商業之行爲。雖爲掲載於新民法第十二條第一項之行



爲亦不須得親族會之同意否乎。此問題尙無除斥新民法第九百二十九條之適用之明文。則難斷言其不適用也。

新民法第七條第二項。謂後見人代理權之制限。不得以此與善意之第三者對抗。商法施行法第六條。謂雖定於新商法施行以前之制限。亦自其施行之日起。適用此規定。然其適用之區域。不獨不明瞭。且載之於商法中。亦非所宜。此既前項之所述也。

禁治產者之後見人。欲代被後見人以營商業。而親族會之決議。或可代決議之裁判。不與以同意時。即不得營商業。其與以同意與否。悉在親族會裁判所之權內。但由親族會員及其他揭於新民法第九百四十四條之人。對於親族會之決議。於一個月內。得以訴其不服於裁判所。其對於代決議之裁判。亦得抗告於上級裁判所。（新民法第九百五十一條及非訟事件手續法第二條第一項）

## 第二 登記

禁治產之後見人。得親族會之同意。（或可代決議之裁判）代被後見人（禁治產者）以營商業時。須爲登記。新商法第七條第一項。謂後見人代被後見人營商業時。須爲

登記。其得親族會之同意與否不問也。然不得親族會之同意者。如後所述。不得照非訟事件手續法之規定。而得爲登記者也。因此可知新商法第七條第一項。乃限於後見人得親族會之同意而營商業而言也。

不獨自新商法施行以後。代被後見人而營商業之後見人。須照前述之規定。以爲登記。即新商法施行以前。代被後見人而營商業之後見人。亦須照前述之規定。以爲登記。（商業施行法第四條）

代被後見人而營商業之後見人。申請其登記時。凡關於商業登記申請之一般要件。（非訟事件手續法第四百九條）皆須具備。且須於申請書中。附加既得親族會同意之證明書面。（親族會不能決議。而以裁判所之裁判代其決議時。則非訟事件手續中。無此規定。是一缺點。以意度之。當附加其裁判之正本也。）因有此登記。故於區裁判所中。備有後見人登記簿。即商業登記簿一種。（非訟事件手續法第四百十條第三號及第一百七十一條）

準禁治產者。自己得營商業與否。並無明文。但既無禁止之規定。即可解釋其爲自己得營商業者。其營商業。有須得保佐人同意之事項否。新民法第十二號第二項。無所揭載。故照同條第二項。如裁判所不宣布其旨。則不必得保佐人之同意。至若關於商業。而揭於同條之行爲。則非保佐人之同意。不得爲之。

蓋準禁治產者。其能力受制限。則得營商業。其能力不受制限。則不得營商業。所以制限準禁治產者之能力者。與制限未成年者之能力。制限妻之能力。其故不同。

其他準禁治產者。雖附以保佐人。但保佐人。決非法定代理人可比。故準禁治產者。非如未成年者及禁治產者。其法定代理人。有營商業者也。（新民法第十一條及第十二條）

#### 第四項 妻

人之妻。自己得營商業。當其營商業時。不必得夫之許可。且夫非妻之法定代理人。故夫無代妻營商業者。在此點。是妻與未成年者及禁治產者。大異其趣。

#### 第一 夫之許可

當妻營商業時。雖曰不必得夫之許可。然得夫之許可而營商業時。其關於商業。與獨立人有同一之能力。因此可知於商業以外。凡揭載於新民法第十四條第一項之行為。須得夫之許可。而後可爲之。若不得夫之許可而爲之。則得取消其行爲。至關於商業。而揭載於新民法第十四條第一項之行爲。則不必得夫之許可而可爲之也。（新民法第十五條）

妻若得夫之許可。則關於營商業之事。與獨立人有同一之能力。已如是矣。然不得夫之許可。亦得營商業。且與獨立人亦有同一之能力者。有數種。列之如左。

- 一 夫之生死不明時。
- 二 夫遺棄其妻時。
- 三 夫爲禁治產者時。或爲準禁治產者時。
- 四 夫因瘋癲。被監置於病院時。或被監置於私宅時。
- 五 夫處禁錮一年以上之刑。而在刑之執行中時。
- 六 夫婦之利益相反時。

在此等時際。妻不得夫之許可。而營商業。與獨立人有同一之能力。雖揭載於新民法第十四條第一項之行爲。亦可不得夫之許可而爲之。（新民法第十七條）  
未成年之夫。對於其妻而許可其營商業時。須得法定代理人之同意。（新民法第十八條）

妻若無揭載於新民法第十七條之事由。亦不得夫之許可。而營商業。可乎不可乎。此疑問也。就新民法第四編第三章第二節中。並無關於此事之規定。故由是觀之。夫之許可之有無。於妻之得以營商業與否。無所關係。唯不得其許可。則照新民法第十五條。不能與獨立人。有同一之能力。凡揭載於新民法第十四條第一項之行爲。須一一得夫之許而爲之。如此解釋。方爲正當。

## 第二 登記

妻營商業。必爲登記。是爲新商法第五條所規定。至妻與獨立人有同一之能力與否。在所不問也。然如前所述。妻照非訟事件手續法之規定。而爲登記時。須得夫之許可。或須有不必得其許可之事由。故其不能與獨立人。有同一之能力。而營商業時。則不

必爲登記者。不獨新商法施行以後。營商業之妻。須照前述之規定。而爲登記。即新商法施行以前。營商業之妻。亦須照前述之規定。而爲登記也。（商法施行法第四條）營商業之妻。其申請登記時。凡關於商業登記申請之一般要件。（非訟事件手續法第一百四十九條）皆須具備。且於申請書中。當記載營業之種類。更須附加以下諸書面。

第一 妻得夫之許可而營商業時。

- 一 得夫之許可之證明書面。若夫連署於申請書中。則此書面。可不必附加。
- 二 證明未成年之夫。與妻以許可時。既得所必要之同意（即法定代理人之同意）之書面。

第二 證明新民法第十七條所載之事由之書面。此事由。即妻不必得夫許可。而可營商業時之事由也。

因前述之登記。故於區裁判所。備有妻登記簿。即商業登記簿一種。（非訟事件手續法第四百十條第三號）

夫婦結財產契約。而與法定財產制不同。其事既已登記。則其妻如爲商業登記之中請。或于商業登記後。更爲變更管理者分割共有財產之登記。皆須以書面呈知於登記所。有呈知時。則登記所記載其事於當事者之商業登記。（非訟事件手續法第七十條）

### 第三 許可之取消制限

夫不論何時。得以取消其所與之許可。或制限之。此種取消制限。非其許可時可比。即無特別明文。其尙未成年之夫。亦不必得法定代理人之同意。而可爲之。（新民法第十六條）

夫而取消其所與之許可。其妻並非因此而不得營商業。且其關於商業。未必盡無與獨立人同一之能力。若有揭載於新民法第十七條之事由時。夫雖取消其營商之許可。而其妻尙能有與獨立人同一之能力。若無揭載於新民法第十七條之事由時。則其關於商業。凡揭載於新民法第十四條第一項之行爲。欲爲之必須夫之許可。而其夫制限其所與之許可時亦同。

夫而取消其營商之許可。或制限之。當即爲登記之申請。無所遲滯。若爲制限之登記申請時。則登記所記載其事於原登記。（非訟事件手續法第六十八條及第一百六十九條）

茲就許可之取消制限。對於第三者之効力。試一言之。新民法第十六條。謂許可之取消制限。不得與善意之第三者相抗。故假使登記及公告後。似尙得適用此規定者。然許可之取消制限。若即新商法第十二條所謂之登記事項。則登記及公告後。其對於善意之第三者。（除因正當之事由而不知者外）似乎可與對抗。但畢竟未免有疑。

## 第二 妻之死亡及營業所之移轉

營業之妻死亡時。則使登記事項消滅。故當爲消滅之登記。（新商法第十五條）但本人既已死亡。不能爲登記之申請。故其夫當爲登記之申請。夫爲此申請時。當以書面爲之。然必須附加足以證明妻之死亡之書面。（商業登記取扱手續第三十六條及第三十八條）

反於此。營業之妻。移轉其商業所時。則使登記事項變更。故當爲變更之登記。（新



商法第十五條）若移轉至登記所所管轄外時。則相對以使登記事項消滅。故當爲其登記於登記用紙中之消滅欄內。而閉鎖其登記用紙。但於前管轄內。有他營業所者。則其登記事項。尙屬存在。故不必爲登記於消滅欄內。而閉鎖其用紙也。（商業登記取扱手續第四十條）

## 第二款 法人

法人中。有公法人。有私法人。公法人中。更有所謂國家。所謂行政區畫。及公共目的之營造物。有公共目的之團體等數種。至私法人。亦有社團法人。財團法人之二種。此等皆無自己經商之能力。然可使法定代理人。代其經商與否。則因法人之種類。不免有差異。今分別而說明之。

### 第一項 公法人

公法人中以國家爲其最重要者。故公法人。得恃其法定代理人以營商業與否。乃一疑問。我輩對於此。抱積極之意見。然研究之者。乃屬於憲法及行政法等（所謂公法）之範圍。故不論及之。

雖然。若公法人。果有營商業者。則當適用商業之規定。此無待言也。唯其商行爲。於他法令中。無有特別規定。則當照其規定。而不適用商法之規定也。（舊商法第十七條及新商法第二條）

### 第二項 私法人

營商業之私法人中。最重要者。稱爲會社。即社團法人之一種。代會社而營商業者。即代表會社之無限責任社員。或取締役。或外國會社之代表者是也。關於會社。商法中有特別之規定。於第二編。當詳述之。茲不贅述。（舊商法第一編第六章但除第五節及新商法第二編）

有非會社之社團法人而營商業者否乎。是一疑問。但營商業之社團法人。並非專限於會社。故無會社。即無營商業之社團法人。此難斷言之也。蓋會社者。以營商業之目的而設立之社團法人也。就營商業之社團法人。未必專限於會社。蓋最初以經商以外之事業爲目的。而組織社團。其社團雖非會社。而照設立商事會社之條件。以最取得法人之資格。則其後得變更定款。以營商爲其目的。然其社團法人。固非會社也。

（新民法第三十五條第一項及新商法第四十二條）

有財團法人而營商者乎。是亦一疑問。然若以法律特爲之設規定。則營商之財團。亦得爲法人。唯問于財團法人。無與關於社團法人之注文（新民法第三十五條）相類之規定。故不能如營利目的之社團法人之容易設立也。（新民法第三十三條）

#### 第四章 商業之補助

法人未必皆爲自身有經商之能力者。例如禁治產者。及尙未有天然之行爲能力之未成年者。更如會社。皆非自身有經商之能力者。雖法律上認其假他人以補助之。其他有於法律上。雖爲自身有營業之能力。而事實上。自身不得營商業者。例如一人有數個營業所者。更如營業所雖祇有一處。而於數處爲其取引者是也。此皆不得不假他人之補助。補助此類商人之商業者。總稱曰商業補助人。

商業補助人中。有補助他人之商業。同時而自身營商者。又有專補助他人之商業。而自身不營商業者。前者曰獨立之商業補助人。後者曰狹義之商業補助人。所謂獨立之商業補助人者。如代理商、仲立人、問屋人、及運送取次人等。是蓋其一方。

爲補助他商人之商業。而爲商業補助人。於他一方。雖補助他商人之商業。而自以更以相對之商行爲爲業。故非爲一商人。（新商法第四條第三十六條第二百六十四條第三百五條第三百十三條及第三百二十一條）

反於此。所謂狹義之商業補助人者。如支配人、番頭、手代及其他之使用人是。至代表合名會社、合資會社、株式合資會社之無限責任社員。株式會社之取締役。外國會社之在內國之代表者等。亦屬於此。此乃單補助他商人之商業者。

前述之商業補助人。非悉規定于商法中。其一部。爲民法及其他法令所規定。而商法所規定之商業補助人中。有以法律定其權限者。有不然者。

就新商法而言之。其權限爲商法所定之商業補助人。凡如左。

一 支配人。（新商法第三十條第一項）

二 代表合名會社、合資會社、株式合資會社之無限責任社員。（新商法第六十二條第一項、第二百五條第二百四十三條及第七十條）

三 株式會社之取締役。（新商法第一百七十條第二項及第六十二條）

四 會社之清算人。(新商法第九十一條第二項第一百五條第二百三十四條及第二百三十六條)

五 船舶管理人。(新商法第五百五十三條第一項)

六 船長。(新商法第五百六十六條)

右所舉之商業補助人。皆以法律定其權限。若鑒於其代理權。加以制限。亦不得以此與善意之第三者對抗。(新商法第三十條第三項第六十二條第二項第九十一條第三項第一百五條第一百七十條第二項第二百三十四條第二百三十六條第二百四十三條第五百五十三條第二項第五百六十七條及新民法第五十四條)

反於此。商法不定其權限之商業補助人中。有全無代理權者。有有代理權者。其全無代理權者之中。如問屋、運送取扱人等是也。蓋此皆以自己之名。而爲其行爲。故不得有代理權。又如商業使用人之被委託以非法律行爲之事務者。則以其行爲。非法律行爲。故不必有代理權也。

如上所述。商法所規定之商業補助人。雖有數多。然其中有補助一定之商人之商業。

而更不問商人與否。皆補助其商行爲者。如仲立人、問屋、及運送取扱人等。又有補助一定之商人之商業。而在會社編海商編中。有其特別之規定者。如代表會社之社員、取締役、外國會社之代表者、清算人、船舶管理人及船長。除此等之外。商業補助人中。僅支配人、番頭、手代及他種商業使用人與代理商之二者而已。此二者。揭載於新商法第一編總則中。故以下分節說明之。

### 第一節 商業使用人

非爲營業而與人以商業實務之勞。以補助使用者之商業。是曰商業使用人。受商業使用人之補助。而營商業之商人。是曰主人。

商業使用人中有支配人。有番頭。有手代。有狹義之商業使用人。（即除支配人番頭手代外之商業使用人）以其代主人爲法律行爲之權限（即代理權）之有無爲標準時。得區別爲二種。一爲有代理權者。如支配人、番頭、及手代等。皆屬之。一爲無代理權者。即狹義之商業使用人是也。有代理權者之中。更以法律規定其代理權之範圍與否爲標準。而得區別之爲支配人與番頭、手代。

商業使用人。既有數種。新商法於其第一編第六章中。爲之設特別之規定。商法之規定。以爲主人與商業使用人間所生之僱傭關係。不妨適用民法中之關於僱傭之規定也。（新商法第二十五條）主人授商業使用人以代理權。因而委託之爲法律行爲。則主人與商業使用人間。成立委任契約。不獨此也。縱使主人不授以代理權。而單委託之爲法律行爲。其主人與商業使用人間。亦成立委任契約。故於此等時際。當然可適用民法中之關於委任之規定。（新民法第六百四十二條）若主人不授與代理權於商業使用人。且不委託之爲法律行爲。單委託之非法律行爲之事務。則其主人與商業使用人間。雖不成立委任契約。然照新民法第六百五十六條之規定。則以爲可準用其關於委任之規定也。要之主人與商業使用人間。一方則有僱傭關係。而同時在他一方。則有委任關係。或準委任關係。此爲通例。唯委任關係。或準委任關係。非若僱傭關係。無與新商法第三十五條相類之特別規定。故在新商法第一編第六章中。有規定者。不得適用民法中之關於委任之規定也。（新商法第一條）

### 第一款 支配人

支配人。爲在本店。或在支店。代主人而經商之商業使用人也。在舊商法。其所謂代務人。與支配人。不無有所差異。然於大體相類似。故施行法。爲便宜之故。以舊商法之所謂代務人。自新商法施行之日起。爲皆當適用關於支配人之規定云。（施行法第十八條）

商業使用人。有爲支配人者。有不能者。究以何爲標準。而區別之乎。豈主人以支配人之名而選任之者。即爲支配人。主人不以支配人之名。而選任之者。則非支配人乎。此蓋主人果用支配人之名。而選任之。則其支配人之職務權限。雖與新商法之規定。不相一致。而仍得爲新商法所謂之支配人。凡新商法中之關於支配人之規定。皆適用之。蓋主人所定之職務權限。如與新商法之規定。不相適合。則當準據新商法之規定。而決之者也。反於此。主人不用支配人之名時。雖不能以他一事。而即謂其爲新商法所謂之支配人。然在主人已表示其選任支配人之意思時。而亦不能以他一事。即謂其非新商法所謂之支配人也。然則當以何時爲主人已默示其選任支配人之意思之時乎。是亦一疑問。然據我輩之所信。以爲果用支配人之名而選任之。則認作主人爲



已默示其選任支配人之意思。決無不可。要之商業使用人之爲支配人與否。當以用支配人名而選任之與否。以決之者也。

新商法施行後所選任之商業使用人。如前所述。得區別其爲支配人與否。但新商法施行前所選任者。於新商法施行以後。即依照前之所述。以區別其爲支配人與否者。有所不能也。蓋新商法施行前所選任者。非豫料有新商法之規定。而附其名者也。故施行法對於此點。設特別之規定。揭之如左。

一 新商法施行前。稱爲支配人及支配役者。與新商法所謂之支配人。有同一之權限。或有更大之權限。則自新商法施行之日起。當適用新商法之關於支配人之規定。

二 新商法施行前。稱爲支配人及支配役者。較之新商法中所設之支配人。無同一之權限。則主人當自新商法施行之日起。在三個月內。改其名而用他名。若不改其名。則視作新商法中所設之支配人。而以之爲有同一之權限。以適用新商法中之關於支配人之規定。（以上施行法第十九條）

## 第一 選任

支配人爲商人所選任之人。而使在其本店或在支店以營商業者也。（新商法第二十九條）

營商業之未成年者（準禁治產者或人之妻皆同）不須法定代理人之同意。（保佐人之同意或夫之同意）而可經選任支配人也。蓋選任支配人爲一種營業之行爲。而未成年者（及妻）既得營業之許可。則有單獨爲此種行爲之能力。故不須法定代理人之同意也。（夫之許可）至於準禁治產者。其須有保佐人之同意之行爲。爲新民法第十二條第一項中所列舉者。而選任支配人之事。不在其所列舉中。則照同條第二項。若裁判所對於選任支配人之事。不宣告其須得保佐人之同意時。則可不必得保佐人之同意也。

未成年者之法定代理人。或禁治產者之法定代理人。代無能力者而營商業。則其法定代理人。得代無能力者而選任其支配人。於此時。當適用新民法第百六條之規定。

會社之選任支配人。當因會社之種類而區別之。在合名會社。則以社員之過半數決之。在合資會社。則以無限責任社員之過半數決之。在株式會社。則以取締役之過半數決之。在株式合資會社。則以代表會社之無限責任社員之過半數決之。（新商法第五十七條第一百十條第六十九條後段及第二百四十三條）

其他之選任支配人。法律上並無一定之方式。但選任之而置之于本店或于支店時。則在其所置之本店支店之所在地。主人當登記之。是謂選任之登記。（新商法第二十九條及非訟事件手續法第七十二條第一項）

選任支配人之登記。雖當由主人申請之。但會社而為申請人時。則當由法定代理人申請之。蓋在合名會社。則由代表會社之社員申請之。在合資會社及株式合資會社。則由代表會社之無限責任社員申請之。在株式會社。則由取締役申請之。（非訟事件手續法第七十二條第二項）

選任支配人之登記申請書。於登記申請書一般之要件。（非訟事件手續法第一百四十九條第二項）皆須具備。更須記載左之諸事項。

一、支配人之氏名、住所。

二、置支配人之場所。

三、主人以數個之商號。營數種之商業時。則其支配人所代理之商業。及其所用之商號。

四、會社爲主人時。則其設立登記之年月日。

支配人選任之證明書面。不必附加於申請書中。但會社爲主人時。則須附加之。（非訟事件手續法第七十三條）若申請支配人數名之登記。則在同一登記用紙中而爲登記乎。抑在各登記用紙中而爲登記乎。是屬疑問。然此其主人乃一人。自此方面觀之。似登記之于同一用紙。即已足矣。然商業登記取扱手續。反以支配人爲登記之主要目的事項。故由此方面觀察之。當各分別而登記之于用紙中。（商業登記取扱手續第三十九條）

## 第二 職務

支配人之職務。即在本店支店中而爲主人營商業是也。（新商法第二十九條）其職

務範圍。詳細皆因主人與支配人間之契約而定。非法律之所能一定也。支配人若背反其職務時。則對主人。不能不負其責任。

支配人。於其職務範圍內之行爲。則得爲之。其於職務範圍外之行爲。則不得爲之也。是所謂不得超過主人與支配人間所立之契約範圍是也。但此雖原則。亦有例外。蓋支配人雖於職務範圍外之行爲。若不背委任之本旨時。則得爲之也。（新商法第二百六十七條）

支配人有代主人而營其商業之職務。故欲盡此職務。凡與主人有利害關係相衝突之行爲。皆有不爲之義務。故非主人之許諾。不得爲自己或爲第三者而爲商行爲。更不得爲會社之無限責任社員。（新商法第三十二條第一項）支配人而違背此義務時。其結果如何。當區別而論之。

一 支配人不得主人之許諾。而爲自己以爲商行爲時。

此時主人可以其商行爲。作爲自己之所爲。但自主人知其行爲之時起。在二週間內。須行此權利。至遲自其行爲之時起。在一年內。即須行此權利。若在此期間

內而不行時。則此權利當然歸於消滅。（新商法第三十二條第二項及第三項）再此規定。照施行法第二十條之規定。舊商法所謂之代務人及商業使用人。若反乎舊商法第五十條之規定。而爲其行爲時。亦得適用之。

二 支配人不得主人之許諾。而爲第三者以爲商行爲時。

此與前者異。蓋其主人。不得以其行爲作爲自己所爲也。

三 支配人不得主人之許諾。而爲會社之無限責任社員時。

此當分別論之。若支配人可退出會社時。則主人對於支配人。得請求其將來退出會社。反于此。若支配人不得退出會社時。則主人雖對於支配人。請求其退社。然到底不能實行。此時主人得請求其退社與否。商法中雖無明文之規定。然照一般之原則論之。則得請求之者。亦當然之事也。（新民法第四百十四條）

以上諸者。其主人對於支配人。可以請求損害賠償。且其與支配人之契約。亦可解除。而即時解其任。（新民法第四百十五條及第五百四十一條以下）

被選任爲支配人者。當然有代其主人而爲一切裁判上裁判外關於營業之行爲之權限。(新商法第二十條第一項)故在其權限之範圍內。支配人爲法律行爲。而表明其代主人所爲者。則其法律行爲。對於主人。直接生其効力。若知其爲主人所爲者時。或能其爲主人所爲者時。則對於主人。亦直接生其効力。(新民法第九十九條第一百條)若支配人。爲法律行爲。而不表示其爲主人所爲者。而其法律行爲。爲商行爲。則不問相手方。(即爲法律行爲之對面之人)知其代主人所爲者與否。其行爲對於主人。直接生其効力。然相手方若不知其代主人而爲之者。則對於支配人。亦得請求其履行。(新商法第二百六十六條)

支配人者。如前所述。有代主人爲裁判上之行爲之權限。然裁判上之行爲。於民事訴訟法上。有一制限。蓋照民事訴訟法第六十三條。除辯護士不在及在區裁判所之訴訟外。其得爲訴訟代理人者。專限於辯護士。故除支配人而爲辯護士外。及除其裁判所無辯護士時外。支配人不得爲訴訟代理人。代主人而於地方裁判所。控訴院大審院。以爲訴訟行爲也。

支配人。非得主人之許諾。或有不得已事由時。以不得選任爲複代理人爲其原則。（新民法第四百四條）然於番頭、手代及其他之商業使用人。假使無主人之許諾。無不得已之事由。而支配人亦得以選任之。（新商法第三十條第二項）再支配人對於自己所選任之番頭、手代及其他之商業使用人。可解其任者。此無待論也。即主人及其他之支配人所選任者。亦得解其任。（新商法第三十條第二項）

支配人之代理權。及由主人授與之者。而與由法律所規定之法定代理人之代理權不同。但支配人代理權之範圍。爲法律所一定。而不許擅自狹縮者也。是所以保護第三者。而令其取引安全者也。故對於支配人代理權。所加之制限。不得以之與第三者對抗。但第三者而知其支配人之代理權有制限時。則無應保護之之理。故對惡意之第三者。得以加於代理權之制限。與之對抗。（新商法第三十條第三項）

#### 第四 終任

支配人任期有定之時。則因其期滿。當然終其任務。再不問任期之定與否。主人及支配人二者之一。不論何時。對於他一方。得以表示解除之意思。于是支配人。因此解除



之意思表示。遂終其任務。若由主人表示此解除之意思時。則謂之解任。由支配人表示此解除之意思時。則謂之辭任。（新民法第二百二十七條第三百三十五條第六百五十一條第六百五十二條及第六百二十條）但會社爲主人。而解支配人之任時。則當以與選任支配人同一之方法。而決之也。

主人或支配人。如值破產時。支配人因此而當然終其任務。若支配人死亡或受禁治產宣告時。則支配人亦因此而當然終其任務。（新民法第六百五十三條及新商法第二百六十八條）

支配人之任務終了時。其代理權。亦當然消滅。（新民法第一百一條及新商法第二百零六十八條）但于此時。主人當在置其支配人之本店。或支店所在地。而登記之。是曰代理權消滅之登記。（新商法第三十一條及非訟事件手續法第七十四條第一項第七十二條第一項）

支配人代理權消滅之登記。當由主人之申請而爲之。但會社爲申請人時。則當由其法定代理人之申請而爲之。此與選任之登記同也。（非訟事件手續法第七十四

條第一項及第一百七十二條第二項)

支配人代理權消滅之登記申請書。於登記申請書一般之要件。(非訟事件手續法第一百四十九條第二項) 必須具備者。固然也。至若會社爲主人。因其解任。而爲代理權消滅之登記申請時。則須附加證明其解任之書面也。(非訟事件手續法第一百七十四條第二項)

非訟事件手續法中。于支配人解任之登記。與其代理權消滅之登記。雖區別而載之。然既解任。則代理權因之消滅。故解任之登記。當然包含於代理權消滅之登記中。若二者果須區別而分別揭載。則其新商法之規定。可云不完也。

第二款 非支配人之商業使用人

所謂非支配人之商業使用人者。即代主人而在其本店支店中。以營主人之商業一部之商業使用人也。得分爲番頭、手代、及狹義之商業使用人之三種。

非支配人之使用人。有番頭、手代及狹義之商業使用人之三種。果以何爲標準而區別之乎。蓋主人用番頭之名而選任之者。則謂之爲番頭。不用手代之名而選任之者。

則謂之爲狹義之商業使用人。然不用番頭手代之名。而依其職務及權限之如何。以決其爲番頭爲手代。此乃一疑問也。然我輩以爲支配人之職務權限。規定於法律。故法律既定支配人之職務權限。則雖不用支配人之名。亦可解釋爲選任支配人者。吾輩雖不以爲然。但此固一說也。至番頭手代及狹義商業之使用人。其職務權限。爲法律所不定。故欲因其主人所與之職務權限。以分何者爲選任番頭。何者爲選任手代。何者爲選任狹義商業之使用人。此無其標準以決定之也。故因其權限之如何。以決其爲番頭爲手代者。乃斷不能也。

## 第一 選任

番頭、手代及狹義之商業使用人。乃爲商人所選任。而使營商業之一部者也。（新商法第三十三條第一項及第三十四條）

得選任支配人者。即得以選任番頭、手代。及選任其他之商業使用人。唯合名會社。合資會社。如值選任支配人時。則在合名會社。乃以總社員之過半數而決之。在合資會社。乃以無限責任社員全員之過半數而決之。如前款所述。選任番頭、手代。或選任狹

義之商業使用人。則以執行業務之社員之過半數而決之。此其不同處也。（新商法第五十四條第百九條第二項。及民法第六百七十條。）以上所述之外。支配人亦得選任番頭、手代。或選任狹義之商業使用人。是亦與支配人之選任。相異之處也。（新商法第三十條第二項）

又選任番頭、手代及狹義之商業使用人。於法律上。別無一定之方式。與選任支配人無所異。但關於選任之登記。則其規定。全屬反對。蓋選任支配人時。如前所述。必須登記者也。而選任番頭、手代及狹義之商業使用人時。則不必登記也。

## 第二 職務

番頭、手代及狹義之商業使用人之職務。與支配人不同。代主人而營其商業之一部者也。新商法第三十三條第一項。乃於番頭及手代。用此趣旨以規定之。番頭及手代之職務。即處理主人之營業之某種類。或處理主人所委任之特定事項者也。此等職務。其詳細之範圍。乃在主人與商業使用人間之契約。與前述者無所異焉。番頭、手代及狹義之商業使用人。背其職務時。對於主人。當負責任。再番頭、手代、狹義之商業使

用人得爲其職務內之行爲。若其職務外之行爲（即不受委任之行爲）而不出於委任本旨之範圍外者。則亦得以爲之。此外種種行爲。皆非所宜爲者也。（新商法第二百六十七條）

以有新商法第三十二條第一項之規定。故支配人。非主人之許諾。不得爲自己及代第三者而爲商行爲。又不得爲會社之無限責任社員。此前款之所述也。然於番頭手代。及狹義之商業使用人。則無此規定。故除有特別之契約外。凡番頭等。即無主人之許諾。亦得爲自己及代第三者而爲商行爲也。又得爲會社之無限責任社員也。唯契約上所定之服務。則不可少缺。

### 第三 權限

茲就權限言之。番頭、手代。及狹義商業使用人。其間大有差異。今將逐條說明之。

第一 狹義商業使用人。即支配人、番頭、手代以外之商業使用人。可推定其對於主人所委任之事項。爲無代主人爲法律行爲之權限者也。（新商法第三十四條）故狹義之商業使用人。而有代主人爲法律行爲之權限（即代理權）者。必

需主人以特別之意思表示而授與之者也。蓋通例如此。

第二 番頭及手代 番頭及手代對於主人所委任之事項。當然有代主人爲一切法律行爲之權限。故其處理被委任之事項。值不得已之時。則裁判外之行爲。固不必論。即裁判上之行爲。亦得爲之。（新商法第二十三條第二項）故番頭手代對於被委任之事項。當然有代理權。以此一點。與無代理權之狹義商業使用人相比。其不同可知。主人對於番頭、手代。定其委任事項之範圍時。可間接伸縮其代理權限。就此點而言。其與有法定權限之範圍之支配人。又不同也。

#### 第四 終任

番頭手代。及狹義商業使用人。其任務之終了。與支配人之終任者。同其事由也。而同時其代理權。亦歸于消滅。（民法第一百十一條第六百五十一條乃至第六百五十三條第六百五十六條及新商法第二百六十八條）唯其終任。與支配人之終任。其不同者有二。其一。即支配人得解番頭、手代。狹義商業使用人之任是也。其二。即番頭、手代狹義商業使用人之代理權。雖歸于消滅。而不必登記者是也。（新商法第三十條

## 第二項及第三十一條)

### 第二節 代理商

關於代理商之規定。從來立法例中。所不多見。如日本之舊商法。凡關於商事。以代理他人之商事爲營業者。總稱曰代辦人。關於此點。雖有規定。然其主要。不過自委任者與代辦人間之契約上而觀察之耳。固未嘗以爲補助一定商人之營商者而規定之也。最新編纂之獨逸新商法。則就此一點。大加刷新。在規定商業使用人之條文之次。即加關於代理商之規定。日本新商法。亦倣之。而揭載之於第一編第七章。

關於代理商之規定。舊商法中。所不存也。故其適用。與關於其他事項之規定。不無有異。蓋新商法。以不適用於其施行前所生之事項爲原則。而關於代理商之規定。則自其施行日起。凡其施行前所定之代理商。亦當適用之也。(施行法第二十一條)

#### 第一款 代理商之意義

所謂代理商者。非使用人。乃爲一定商人謀利。而居常代理或媒介其營業部類之商行爲者也。(新商法第三十六條)代理商與商業使用人。皆爲一定商人謀利。而代理

其營業部類之商行爲者也。但商業使用人。基於契約。其所當報酬于主人之勞。乃有商業實務之性質者也。至于代理商。則非基於雇傭契約而服務者也。乃一受任者也。且商業使用人。不能自己獨立以經商。而代理商。則一方補助主人之商業。而一方自己獨立以經商者也。然則。可知代理商。非商業使用人。而爲商業使用人。非代理商也。非商業使用人。乃爲一定之商人謀利。而代理其營業部類之商行爲者。非獨立代理商而已。即代理商之外。亦有爲一定商人謀利。而臨時代理其營業部類之商行爲者。但此僅準照一般關於代理之規定。即已足矣。而不必適用關於代理商之規定也。仲立人與代理商同。蓋皆非使用人。而平日媒介他人間之商行爲者。但仲立人。不必爲一定之商人謀利。而代理商。則不然也。此其所以不同。况仲立人。爲媒介商行爲者。而代理商。則于媒介商行爲之外。更須代理其商行爲者也。（新商法第三百五條）

## 第二款 代理商之職務

代理商。乃爲一定商人謀利。而代理或媒介其營業部類之商行爲者也。故即以此爲其職務。代理商所得代本人（即委任人）而代理媒介之行爲。乃專限於其本人營業



部類之商行爲。但其本人營業部類之商行爲中。果當以何者託其代理。何者託其媒介。是皆聽諸本人與代理商之委任契約者。（新商法第二十六條）

代理商之職務。乃因委任契約而定。代理商所不得出乎其範圍外。而爲行爲者也。唯不於委任本旨相反時。即其職務範圍外之行爲。亦得爲之。（新商法第二百六十七條）若代理商。爲其職務範圍外之行爲。且不爲其職務範圍內之行爲。而屬於其當爲者。及其他背反職務時。則對於本人。當負責任。此無論也。

代理商之代爲本人而代理媒介商行爲時。當即通告其本人。是爲民法第六百四十五條之例外。而新商法所特以明文規定之也。（新商法第二十七條）

代理商既有代本人而代理媒介其營業部類之商行爲之職務。則與本人有利害關係。故不可不避其相衝突也。是以非得本人之許諾。不得爲自己爲第三者。而爲本人營業部類之商行爲。且不得在以同種營業爲目的之會社。而爲其無限責任社員。（新商法第二十八條第一項）若代理商。違背此義務。及不得本人之許諾。乃爲自己而爲本人營業部類之商行爲時。則本人可視作其爲本人而爲之者。但此權利。自本

人知其行爲之時起。於二週間內。即須行之。最遲自行爲之時起。於一年內。即須行之。在此期內而不行。則當然歸于消滅。（新商法第二十八條第二項）代理商若不得本人之許諾。而在與本人同種之營業爲目的之會社。爲其無限委任社員時。本人得請求其退出會社。（民法第四百十四條）其他不論何時。本人對於違背義務之代理商。不獨得請求損害賠償。且得以解除其與代理商所結之契約。（民法第四百十五條第五百四十一條以下及新民法第四十條）

### 第三款 代理商之權限

代理商之權限。因本人之意思表示而定。凡關於代理一般之規定。皆可適用之。故不一一說明之。但新商法中。關於代理商之權限。特設規定。蓋受販賣物品之委託之代理商。關於賣買之目的物之疵瑕。及其數量之不足。或其他賣買履行。皆當然有受其通知之權限。是即第三十九條之規定也。

### 第四款 代理商之終任

當事者若定契約之期間。則因其期間之滿。代理商之任務。遂當然終了。（民法第百

三十五條) 若不定契約之期間。則兩當事者(即本人又代理商)得豫告於二個月前。而解除其契約。再無論其定契約之期間與否。若有不得已事由。則兩當事者。雖不爲豫告。而隨時得解除其契約。(新商法第四十條) 解除此等契約時。當自表示解除意思時起。其代理商之任務。即爲終了。(民法第五百四十條第六百五十二條及第六百二十條)

本人或代理商。如值破產時。則代理商當然了其任務。若代理商死亡時。或受禁治產宣告時。則代理商亦當然了其任務。(民法第六百五十三條及新商法第二百六十八條)

代理商之任務。既已終了。則其代理權亦當然消滅。(新民法第一百十一條及新商法第二百六十八條)

#### 第五款 代理商之留置權

代理商。因代理媒介商行爲。遂生一切債權。其就此等債權。對於爲本人而占有之物。有留置權。(新商法第四十一條) 然如有特別之意思表示。則其無此留置權。尙與一

般之留置權。無所有也。（新商法第四十一條。但書及第二百八十四條。）此留置權之效力及消滅。可適用關於留置權一般之規定。（民法第二百九十五條乃至第三百二條）

### 第五章 商業之監督及保護

國家因監督保護商業之故。設許多之法規。有關於一般之商業者。有關於特種之商業者。其關於一般之商業而最重要者。即舊商法第一編所揭載之商之通則中。第二章乃至第四章。及新商法第一編總則中。第三章乃至第五章之商業登記商號及商業帳簿之三種是也。關於監督保護商業之一般法規。（即關於商業登記商號及商業帳簿之規定）可適用於一切之商業。唯小商業。則無須適用此。已如前所述。所謂在其適用區域之外者。

#### 第一節 商業登記

商人之營業。不但爲個個之商行爲。亦不但對於個個之相手方。而爲之也。蓋其營業。在對於公衆一般。繼續而爲商行爲者也。故其効力及於第三者之事項。須廣爲公示。

務使世人易得而知之也。國家若不爲之設備使世人易得而知之方法。而尙謂某事項對於第三者當生效力。則第三者勢必因此而蒙意外之損失。反於此而謂某事項對於第三者不當生效力。則必致商人受其不利益。是商法之所以設商業登記之制度。以公示其一定之事項。而使得以其事項與對抗第三者相對抗也。

關於船舶之登記。在商法中。雖有規定。而商法不以此爲商業之登記。故關於商業登記之規定。不得適用於船舶之登記。

### 第一款 當登記之事項

當登記事項中。有必須登記之事項。有不過僅可登記之事項。然則在何時。當登記何種事項。此當依商法其他法令中之所定而決之也。若於法令中。無其規定者。而登記法令中所不規定之事項。則其無效力可知。

當登記事項中。有因商法之規定而當登記者。有因施行法之規定而當登記者。有因非訟事件手續法之規定而當登記者。有因商業登記取扱手續法而當登記者。前三者皆非以法律而軒輊其效力。而其後者。則依非訟事件手續法第五十六條之規定。爲

因執行法律而發之司法省令也。故以此而定當登記之事項。及當爲登記之申請者。殊不當也。如會社之商號。則以爲不必登記于商號登記簿中。而照法律之規定。爲當登記之事項。若不登記。已非甚不當耶。

當登記事項中。有須在本店所在地而登記之者。有須在支店所在地登記之者。有須在本店及支店之所在地。而登記之者。有不規定其須在何地爲登記者。其須在本店之所在地而登記之事項。於新商法中無特別之規定時。其在支店之所在地。亦須登記。(新商法第十條)其不規定在何地爲登記者。則在本店及支店之所在地。必當爲登記。前者徵之明文。已無所疑。後者雖無明文。亦屬當然之理。至于其須在支店之所在地而爲登記之事項。則在本店及他支店之所在地。亦須登記之與否。此不能無疑。然揣新商法起草之趣旨所在。似若須在支店之所在地而爲登記之事項。其在本店之所在地。亦須爲登記也。今姑不問新商法起草之趣旨如何。專據其明文。而公平觀察之。則此解釋。不容不疑也。

當登記之事項。以在本店及支店之所在地皆須登記者爲原則。故商業登記總則。乃

載之新商法第一編。其第三章。即揭此原則。而并表示其例外。（即僅須在本店之所在地而爲登記之事項。及僅須在支店之所在而爲登記之事項。）而於各條並不表示此原則之適用。惟揭載其例外之適用而已。此於立法上。可謂至當。新商法之規定。不出於此者。我輩不解其爲何意。況新商法中。規定其當在本店之所在地而爲登記者甚少。而適用新商法第十條之例。實亦甚少者乎。

## 第二款 登記之當事者

因當事者之請求。而爲登記。其當事者之營業所。即登記所所管轄之土地。故必先知當事者之爲何人。

商號之登記。須由商人請求之。其用商號者。即登記之當事者也。然商號讓渡之登記。當由何人請求之乎。當由讓渡人及讓受人雙方而請求之乎。抑當由一方面請求之乎。此點在新商法中。規定頗不明瞭。然照非訟事件手續法之規定。則爲商號登記者之承繼人。欲續用商號時。須爲其登記之申請。故不可不讓受人爲登記之當事者也。（新商法第二十條及非訟事件手續法第六十一條第一項）

關於未成年者之登記。當由未成年者請求之。關於妻之登記。當由妻請求之。故未成年者及妻。爲登記之當事者也。唯未成年者死亡時。則當消滅其登記之事項。其時則當由對於未成年者行親權者。或由後見人。請求其登記。若妻死亡時。則當由夫請求其登記。此時之行親權者及後見人及夫。皆爲登記之當事者也。（新商法第五條及商業登記取扱手續第三十五條第三十六條）

關於後見人之登記。則後見人當自己爲登記之當事者。而請求之乎。抑登記之當事者。爲被後見人。而用其法定代理人之資格。以請求登記乎。皆不明瞭。然似以前者爲得當。至後見人死亡時。亦爲消滅登記之時。則當由後見監督人。請求其登記也。要之關於後見人之登記。以後見人及後見監督人。爲其當事者。（新商法第七條第一項及商業登記取扱手續第三十七條）

關於支配人之登記。當由主人請求之。故主人爲登記之當事者。（新商法第三十一條及非訟事訟手續法第七十二條第一項第七十四條）茲可疑者。即會社爲主人時是也。據非訟事件手訟法第七十二條第二項第七十四條。謂會社爲申



請人時。當由代表會社之社員。或由取締役。申請登記云云。此時似以社會爲登記之當事者。而又以其法定代理人。爲其登記之當事者。然會社與法定代理人。同時在同一之事項而爲登記之當事者。無此理也。非訟事件手續法。所以設此規定者。吾輩實不能解。

關於會社之登記。新商法中。有三個之文例。其一。即新商法第五十一條第一項。第四百一十一條第一項。第二百十七條第一項。第二百四十二條。第二百五十四條。第二十五十五條第一項。第二項。等。爲『會社須爲……登記』是也。其二。如新商法第九十條。第九十九條。及第二百四條第二項等。謂『清算人取締役須爲……登記』是也。其三。如新商法第五十一條第二項。第五十三條。第五十三條。第七十六條。其他之規定等。僅云『須登記……』或僅云『須爲……之登記』是也。其於何人須爲登記。並不規定。由第一之文例觀之。似若會社可請求登記者。由第二之文例觀之。似若取締役清算人可請求登記者。今更徵之於新商法第二百六十一條之規定。似若後之解釋。較爲正當。但取締役清算人等。元來爲代表會社之人。其有爲登記之義務者。因其爲會社

代表之人也。然則可知請求登記之當事者爲會社。而代表會社之社員、取締役、外國會社之代表者或清算人、僅不過爲會社之法定代理人。而請求登記而已。新商法第二百零六十一條。關於會社之登記。而怠其行爲之時。其執行會社業務之社員、取締役、外國會社之代表者或清算人。皆當受罰。蓋登記乃會社之代理人之所當爲。此所以罰其不爲所當爲者。而非以其人爲本人而當爲登記者也。

以上乃專據新商法之規定。而論會社登記之當事者。究爲何人。若參觀非訟事件手續法。則不能無奇異之感。蓋非訟事件手續法。關於會社之登記。而定其當請求之人。用五種之文例。

第一種之文例。在合名會社。則當由總社員。請求登記（或其相續人）。在合資會社。則當由無限責任社員之全員爲之（又其相續人）。在株式會社。則當由總取締役及總監查役爲之。在株式合資會社。則當由無限責任社員之全員及總監查役爲之。值設立、解散（有一、二之例外）合併、變更資本之增減（於株式會社或株式合資會社）及社債。皆須登記。其時見此文例。

第二種之文例 在合名會社則當由代表會社之總社員請求登記。在合資會社株式合資會社則當由代表會社之無限責任社員之全員爲之。在株式會社則當由總取締役爲之。於支店之設立本店支店之移轉及其他之變更皆須登記。(有二、三之例外)此時見此文例。

第三種之文例 在合名會社則當由代表會社之社員請求登記。在合資會社株式合資會社由代表會社之無限責任社員爲之。在株式會社則當由取締役爲之。值社員取締役監查役之氏名住所有變更時或株式會社社債一部之償還時須爲登記。其時見此文例。

第四種之文例 由合名會社之各社員或由合資會社之各社員請求登記 因社員之請求而解散或因判決而取消其設立皆須登記。此時見此文例。

第五種之文例 當由現任清算人請求登記。於清算人之解任或其變更須爲登記。此時見此文例。

據以上之文例觀之。會社似非登記之當事者。且雖非會社之法定代理人。亦可請求

登記。則即欲以會社爲當事者之本人。餘則爲其代表會社而請求登記者。亦無此餘地矣。然則關於登記當事者之規定。新商法與非訟事件手續法。其規定遂不相一致。不可謂非立法上之一大缺點。因此社員之相續人。或不執行會社業務之社員。雖在其當請求登記時。而不請求。亦無足以科其制裁。（新商法第二百六十一條之制裁）此不權衡之極也。我輩則以爲會社之登記。徹頭徹尾。當以會社爲當事者。而因不得已之故。得使法定代理人之總員及其他者爲登記。惟於申請書中。使署名捺印。俾可以爲信。然後主義乃一貫也。

照商法及非訟事件手續法及他法律之規定。凡捺印於登記之申請書之人。（除因委任而代理申請登記之人外）當照司法省令（商業登記取扱手續）所定之雛形。（即申請應如何寫法而作之模型也）豫調製印鑑。而提出於登記所者也。改印之時。亦如之。在登記所。備有印鑑簿。以備對照而保存之也。（商業登記取扱手續第六條第七條及第八條第一項）

登記當事者之規定。既已說明。茲更附述一言。即當登記之人。受破產宣告之時。當如

何者是也。此時當由破產裁判所。通知其事於登記之人之營業所在地之登記所。且停止破產手續時。或取消破產宣告時。或終結破產手續時。或認可確定協諧契約時。亦須由破產裁判所。向前所述之登記所。通知其事。如支拂猶豫無効力之時。須由認可之之裁判所。向前所述之登記所。通知其事。如受協諧契約之認可之破產者。受有罪破產之宣告時。或其協諧契約被取消時。亦須由受訴裁判所。向前所述之登記所。通知其事。而登記所。在受此等通知後。須以職權而記載其所受通知之事項於破產者之登記內。但不必爲公告也。（非訟事件手續法第一百五十二條及第一百五十三條）

### 第三款 登記所及登記官吏

#### 第一 登記所

##### 一 登記所之管轄

凡官廳而有取扱商業登記事務之權限者。即一般之裁判所也。蓋裁判所所以爲非訟事件而取扱商業登記之事務者也。

取扱商業登記事務者。爲裁判所。而其事物之管轄。爲區裁判所（又出張所）其土地之管轄。則以當事者之營業所而定。（裁判所構成法第十五條。舊商法第十八條第十一項及新商法第九條）但舊商法之規定。雖謂以當事者之營業所住所而定其土地之管轄。然於營業所之外。別以住所爲標準。甚屬無謂。故新商法削除之。照此等規定而定此區裁判所或其出張所。稱曰管轄登記所。（非訟事件手續法第三百二十九條）

## 二 事務之委任

登記所之土地管轄。爲以當事者之營業所而定者。故不互相侵犯。是以一登記所。對於他登記所管轄之商業登記事務。不得取扱之也。但司法大臣。有特別委任時。則得以取扱之。故就此點論之。司法大臣之委任。於法律所定之土地管轄。爲例外者也。（非訟事件手續法第一百五十五條）

## 三 事務之停止

登記所雖不得隨時停止其事務。然其事務。有不得不停止之事故時。可由司法大臣

命其停止事務。但不得超過一個月之期間。有此命令。則得停止其事務。（非訟事件手續法第一百五十七條及不動產登記法第十條）

#### 四 管轄區域之變動

登記所之管轄區域。與區裁判所（或出張所）之管轄區域相同。故區裁判所（或其出張所）有管轄變動時。其登記所之管轄區域。亦當然有變動。

登記所之管轄區域。有變動時。如甲登記所管轄地之一部。轉屬於乙登記所時。則有二種。（第一）分設登記簿時。其區畫之全部。由甲登記所之管轄。轉至乙登記所之管轄者是也。（第二）不分設登記簿時。其中一部有變動者。或分設登記簿。而其區畫之一部有變動者。所謂由甲登記所之管轄。轉至乙登記所之管轄時是也。在二者。則甲登記所。以其變動部分之登記簿及附屬書類。移送於乙登記所。而乙登記所。在登記簿之表紙上。記載其管轄變更之事。及其年月日。且變更其所記載之登記所名稱。而在二者。則甲登記所。以其變動部分之登記簿之謄本。（此謄本。僅謄寫現在之登記。）及附屬書類（或其謄本）。移送於乙登記所。（移送登記簿謄本時。須在謄本

抄本證明書交付帳中。記明其爲謄本。及其年月日。及乙登記所之名稱。而契印其爲謄本以示信。且甲登記所之登記用紙中。其豫備欄內。當記載因管轄變更而已轉出之字樣。及其年月日。而登記官吏。更捺印以閉鎖其登記用紙。至乙登記所。則照甲登記所送來之登記簿謄本。錄其登記於乙登記所之登記簿內。（此謄本。須逐序編綴而爲一帳簿。）蓋乙登記所。當在登記用紙中之登記番號（號目）欄內。按其登記簿之登記順序。而記載其新番號（號目）更在其左側。書明前之登記管轄。且記載前之登記番號。於豫備欄內。則記載因管轄變更而所轉入之字樣。及其年月日。然後登記官吏。捺印於其下。此爲其大要也。商業登記取扱手續之規定。關於此點。不無有曖昧錯雜之處。然以之與不動產登記法及其施行細則相比較研究之。則上所述之解釋。最爲穩當。（商業登記取扱手續第八條第一號第十四號第三十一條第三十二條第五十條及不動產登記法施行細則第三十六條第七十四條第一項其他不動產登記法第九條參觀）

## 第二 登記官吏



在登記所官吏而有取扱商業登記事務之權限者。一般爲區裁判所判事。稱爲登記官吏（狹義）至區裁判所之書記。則不過聽所屬判事之命。補助其事務而已。（登記補助官吏）然此二者。總稱爲廣義之登記官吏。

登記官吏。如遇以下所舉之時。當照法律。不許其執行執務。（非訟事件手續法第一條第五條及民事訴訟法第三十二條第四十一條）

一 登記官吏及其妻。爲登記申請人時。或關於登記事項。登記官吏與登記申請人有共同權利者。及有共同義務者之關係時。

二 登記官吏及其妻。與登記申請人。或與申請人之配偶者。有親族關係時。至姻族之關係。則雖婚姻。既已解除。亦適用此限定。

三 登記官吏。關於登記事項。受代理人之委任時。或已受其委任時。或有爲其法定代理人之權利時。或已有此權利時。

登記官吏。當執行職務時。因其故意。或重大之過失。使申請人及其他人受損害。則須任賠償之費。但非因其故意。或非因其過失。則其所加之損害。並無賠償之責。即

因不重大之過失。而至加人以損害者。亦不必任賠償之責也。（非訟事件手續法第一百五十七條及不動產登記法第十三條）

第四款 登記簿冊

管轄登記所。因備商業登記。故特備簿冊。稱曰商業登記簿。（舊商法第十八條第一項及新商法第九條）

第一 登記簿之種類

商業登記簿。因謀取扱事務之便宜。故分爲數種。舊商法則分之爲八種。「第一」商號登記簿。「第二」後見人登記簿。「第三」未成年者登記簿。「第四」婚姻契約登記簿。「第五」代務登記簿。「第六」合名會社登記簿。「第七」合資會社登記簿。「第八」株式會社登記簿。但非訟事件手續法。因商法之修正。遂有所變更。蓋分以下十種（明治二十三年司法省令第八號第一條及非訟事件手續法第四百十條）

第一 商號登記簿。

第二 未成年者登記簿。

第三 妻登記簿。

第四 後見人登記簿。

第五 支配人登記簿。

第六 合名會社登記簿。

第七 合資會社登記簿。

第八 株式會社登記簿。

第九 株式合資會社登記簿。

第十 外國會社登記簿。

外國會社之登記簿中更分四種。即合名會社登記簿。合資會社登記簿。株式會社登記簿。及株式合資會社登記簿。凡無所歸屬之會社登記則登記於同種或極類似之會社登記簿內。(商業登記取扱手續法四十七條第一項)

第二 登記簿之見出(索隱)

各登記所備有各商業登記簿之見出帳。是以商業登記簿過于浩澣而不便於搜索。

故也。(非訟事件手續法第一百四十一條)

見出帳。照司法省令(商業登記取扱手續)中所定之雛形而調製之。照イロハ之順序。豫先從イ起至ス。皆各立部。每記載登記番號于登記用紙時。在商號及會社之登記。則照其商號。在未成年者、妻、後見人、及支配人之登記。則照其姓名。在見出帳之相當之部內。以其商號、姓名、及編綴登記用紙之登記簿冊數頁數。及登記番號記入之。若值閉鎖其登記用紙之時。登於見出帳中之備考欄內。記載其事由。而以朱蓋抹其見出。若商號有變更時。或未成年者、妻、後見人、支配人之姓名有變更時。則轉寫其見出於見出帳中之相當之部。而於前見出之備考欄內。記載已轉寫於第幾冊第幾頁之字樣。而以朱蓋抹其見出。使一見可知。(商業登記取扱手續法四條及第二十八條乃至第三十條)

### 第三 登記簿之附屬書類

因登記之故。凡當事者所提出之申請書及其他書面。而須保存於登記所之物。須記載其登記簿之冊數及其頁數於其上。更照登記簿之區別。依年月日之順序。而編綴

之。又因登記之故。凡官廳所送付之囑託書及他書面。雖關於其物。無所規定。然亦當與前者同一取扱之。此總稱爲登記簿之附屬書類。故登記所不得不備以下諸帳簿。  
(商業登記取扱手續第八條第二號乃至第十一號及第九條)

- 一 商號登記申請書附屬書類綴込帳。
- 二 未成年者登記申請書附屬書類綴込帳。
- 三 妻登記申請書附屬書類綴込帳。
- 四 後見人登記申請書附屬書類綴込帳。
- 五 支配人登記申請書附屬書類綴込帳。
- 六 合名會社登記申請書囑託書附屬書類綴込帳。
- 七 合資會社登記申請書囑託書附屬書類綴込帳。
- 八 株式會社登記申請書囑託書附屬書類綴込帳。
- 九 株式合資會社登記申請書囑託書附屬書類綴込帳。
- 十 外國會社登記申請書囑託書附屬書類綴込帳。

茲就附加於登記申請書之書類之原本而言之。若請求還付其原本之時。則當使申請人附加謄本。而其謄本。須記載與其原本不相錯誤之字樣。于登記官吏還付原本時。則當記載其事於謄本而捺印焉。所以若是者。其故不外乎此也。（商業登記取扱手續第四十六條）

#### 第四 登記簿之設備

商業登記簿。當照司法省令（商業登記取扱手續）所定之雛形。在地方裁判所而調製之。各登記所（出張所爲登記所時。則由區裁判所爲之）於每年十一月中。須豫計來年中所必需之登記簿之冊數。及各冊之張數。向地方裁判所。請求交下如上之冊數帳數。若出乎豫定外之時。得臨時請求之。無論何等緊急之時。登記所皆不得自行調製。（商業登記取扱手續第一條第五十條及不動產登記法施行細則第四條）

各商業登記簿之冊數。當從其便宜而定之也。或爲一冊。或分爲數冊。皆無不可。然商號登記簿者。每市町村。（在不施行市町村制之地方。則仍其從來之町村及其相類之區域。在東京市京都市及大阪市。則以每區）各別爲冊。至照施行法第十五條第

一項之商號登記。則於東京市及大阪市之登記所。（除東京區裁判所及大阪區裁判所之本廳外）其每管轄。皆別備商號登記簿。（商業登記取扱手續第二條及第三號）

商業登記時。地方裁判所長。當記載其張數於表紙之裏面。且署其官職氏名。又押捺其官印。更須契印于每葉之綴目。（騎縫）（非訟事件手續法第一百五十七條及不動產登記法第十八條）連於登記簿之各用紙內。在登記之前。豫先記入其頁數。（商業登記取扱手續第五十條及不動產登記法施行細則第五條）

#### 第五 登記簿之閱覽

登記所。不問何人。皆許閱覽登記簿。然至於登記簿之附屬書類。單限於疏明（申明）登記上利害之關係而爲申請之人。方可閱覽。但限於有關係之部分。（舊商法第十九條第一項末段及非訟事件手續法第一百四十二條第一項第二項）

請求閱覽登記簿及其附屬書類者。當記載以下諸者於申請書中。（一）登記簿之種類。（二）欲閱覽之登記事項。（三）登記所之表示。（四）記載年月日。更須經請求者之署名捺印。

後。方可提出。而至於請求閱覽其附屬書類者。則於申請書中。當記載其足以疏明利害關係之理由。又須附加足以疏明其關係之書面（但不必納手數料）登記官吏受此申請書以後。於受附（掛號）帳內。記載（一）請求之目的。（二）申請人之姓名。（三）受附之年月日。（四）受附番號。於是照其受附番號之順序。而為相當之處分。若許其閱覽時。則使請求者在登記官吏之前閱覽之。（商業登記取扱手續第十條第十一條第五十條及不動產登記法施行細則第三十四條第三十七條）

#### 第六 登記簿之謄本又抄本之交付

登記所。不問何人。凡納手數料時。皆當交付其謄本或抄本。若先納郵稅料而請求時。則登記所當以郵便送付之。（舊商法第十九條第一項末段及非訟事件手續法第一百四十二條第一項第三項）

請求交付其謄本或抄本之人。當記載以下諸者於申請書中。（一）登記之種類。（二）請求交付其謄本或抄本之登記事項。（請求交付抄本時。則亦當記載請求交付抄本之部分）。（三）手數料之金額。（四）登記所之表示。（五）記載年月日。更須經請求者署名捺印後。方



可提出其申請書。若登記官吏受此申請書。則於受附帳內。記載(一)請求之目的。(二)申請人之氏名。(三)受附之年月日。(四)受付番號。而後照受附番號之順序。爲相當之處置。若須交付謄本或抄本時。則作之。(謄本。則當以與登記簿用同一樣式之紙。抄本。則當以美濃罽紙。其末尾。須附加一物。其物須記載『此謄本或抄本。乃照登記簿而所造者。並足以證明與登記簿。無所差異。』之字樣。更須契印。至登記官吏。亦須記載年月日於此。而署名捺印。且蓋登記所之印。)在謄本抄本證明書交付帳內。亦當記載謄本抄本之區別。交付之年月日。及申請人之氏名。於謄本抄本契印之後。乃以其謄本抄本。交付或送付於申請人。(商業登記取扱手續第八條第一號第十條第十二條第五十條及不動產登記法施行細則第三十四條第三十五條第三十六條第一項)

謄本抄本之用紙一枚。(不滿一枚者仍以一枚計算)手數料計金十錢。即貼收入印紙於申請書而收納之也。但官吏公吏。爲政府之利益。而以其職務爲請求之時。此則可不納。(明治三十二年司法省令第十四號第一條第五條及第六條)至郵送料。則

以郵便切手(郵票)納付之也。(商業登記取扱手續第五十條及不動產登記法施行細則第三十三條)

### 第七 登記簿之保存

登記簿及見出帳當永久保存。雖登記於此之事項盡已消滅亦不得毀棄之。至於登記申請書及其他附屬書類則可不必永久保存。自申請書受附日起算保存至十年已足矣。(非訟事件手續法第一百五十七條及不動產登記法第二十條)

### 第八 登記簿之持出

登記簿及其附屬書類不得持出登記所外。若在以下所舉之時則得持出之。(非訟事件手續法第一百五十七條不動產登記法第二十二條商業登記取扱手續第五十條及不動產登記法施行細則第二十條第二十一條)

第一 因避事變之時。此時不問其爲登記簿爲附屬書類皆得持出登記所外。唯持出後登記官吏速以其事稟知司法大臣。

第二 有裁判所或豫審判事之命令時。或有其囑託時。此時登記官吏限於有

關係之部分。以申請書及其他之附屬書類。送付之於裁判所或豫審判事處。此即持出登記所外也。至於登記簿。則雖有裁判所豫審判事之囑託及命令。亦不得持出。

### 第九 登記簿之滅失

登記簿及其附屬書類。有滅失之虞時。登記官吏。詳細查閱其狀況。且以其處分法。申報於地方裁判所長（其登記所。若係出張所時。須經由管轄區裁判所）。地方裁判所長。爲相當之檢查後。更稟知於司法大臣。不問有無稟知。若司法大臣。認爲登記簿及其附屬書類。有滅失之虞時。亦得命其爲必要之處分。若登記簿之全部或一部。既滅失時。則登記官吏。無所遲滯。以滅失之事。由年月日。及滅失之登記簿冊數。及其他司法大臣。命登記回復之處分。所必要之事項。須一一記載。且豫定回復登記期限。申報地方裁判所長（其登記所。係出張時。須經由管轄區裁判所）。地方裁判所長。爲相當之檢查後。更稟知於司法大臣。司法大臣。得以其意見。定一定之期限。而命其爲登記回復所必要之處分。（非訟事件手續法第一百五十四條第一百五十七條不動產登記

法第二十四條商業登記取扱手續第五十條及不動產登記法施行細則第二十二條第二十三條)

茲因便宜附說於此。蓋登記所欲毀棄關於登記之帳簿及書類時。須作目錄。而經地方裁判所長之認可。(其登記所係出張時。須經管轄區裁判所)不得以獨斷廢毀之。(商業登記取扱手續第五十條及不動產登記法施行細則第二十四條)

#### 第十 從來之登記簿

新商法、非訟事件手續法、及商業登記取扱手續之施行後。當照新定之樣式。以調製其登記簿而登記之。但施行前所已設立之登記簿。則亦不因此全然失其効力。即調製新登記簿後。於便宜上。有仍登記於從來之登記簿者。商業登記取扱手續。豫想此種事情。(第一)新商法施行前所登記之事項。如有變更消滅之事。則登記於從來之登記簿。(第二)新商法施行前所設之會社。若照施行法之規定。而當追加于其會社之登記之事項。則必登記於從來之登記簿。(商業登記取扱手續第四十九條)

#### 第五款 登記之手續

## 第一 登記之申請

商業登記。非以登記所之職權而爲之者。必因當事者之請求而爲之也。（新商法第九條）非訟事件手續法更精密言之。謂須登記之事項之登記。及其變更之登記。及其消滅之登記。除非訟事件手續法無特別規定外。則非當事者之申請。不得爲之。（非訟事件手續法第一百四十七條）

當事者而登記所請求商業登記。謂之登記之申請。此須當事者及代理人。稟到於登記所。且須以書面爲之。此書面。稱爲登記之申請書（舊商法中。謂之陳述書）（舊商法第二十條前段非訟事件手續法第四十九條第一項及商業登記取扱手續法第十四條）登記申請書中。當記載以下諸事項。而當事者或其代理人。須署名捺印。

第一 申請人之姓名住所。會社爲申請人時。則記載其商號及本店或支店。

第二 用代理人爲申請時。則須載其氏名住所。

第三 登記之目的及事由。

第四 登錄稅額。

第五 年月日。

第六 登記所之表示。

申請書若及於數頁時。則申請人當契印於每葉之綴目。但申請人有數人時。則用一人之契印即可。不必用各人之契印也。

照非訟事件手續法之規定。須數人連署而為申請之時。若有正當之事故而不能連署。則僅以其餘之人連署而申請之。亦無不可。但須證明不能為連署之理由。

作登記申請書及他關於登記之書面時。字畫須明瞭。金錢及他物之數量、年月日、番號、則須用壹貳參拾等字。其文字勿改竄。若須訂正插入或削除時。則以其字數記載于欄外。而於文字之前後。附加括弧。並捺印于其上。其削除之文字。其字體。尚須存在以備復查。（以上非訟事件手續法第一百四十九條第一百五十條商業登記取扱手續第二十五條第五十條不動產登記法施行細則第三十八條第三十九條）

其他。申請商業登記之人。須照登錄稅法之所定。納登錄稅。（明治三十八年三月二十二日法律第八十三號第六條第六條之二第十七條第十八條）

## 第二 申請之受理

登記官吏。受取登記申請書後。於受附帳內。記載登記之目的、申請人之氏名。（會社爲申請時。則其商號）受附之年月日、及受附番號。且于申請書內。亦須記載受附之年月日、及番號。此受附帳。照司法省令（商業登記取扱手續）所定之雛形。調製者也。受附番號。每一年。則更新之。（但限於明治三十二年分六月十六日起十二月三十一日止則更新之）于受附帳內。記載申請人之氏名或商號之時。若申請人之數甚多。則僅記載其書于申請書中之當頭者之氏名或商號及其他人員。即已足矣。（商業登記取扱手續第五條第十五條第五十條及不動產登記法施行細則第十二條第十三條第七十四條）

登記官吏。受取登記申請書及其他書面後。當作受領證書。交付于申請者。其受領證書中。記載受附之年月日、及受附番號。且以其原符。存置於受領原符元帳內。（商業登記取扱手續第八條第十二號及第十六條）

登記官吏。受取申請書後。當無所滯遲。調查關於申請之一切事項。俟其調查後。或準

其申請。或却下其申請。（商業登記取扱手續第五十條及不動產登記法施行細則第四十七條）

### 第三 登記

登記官吏。以其申請爲適法後。照其受附番號之順序。以登記之。在舊商法。則規定其當於申請之日或其翌日爲之。但新法。則無如是之制限也。（舊商法第二十條末段及商業登記取扱手續第十七條）

登記時。當於登記用紙中相當欄內。記載登記事項及登記之年月日。而登記官吏。捺印於此。但申請書中所記載之代理人之氏名住所。則不必登記之。（商業登記取扱手續第十八條第一項第五十條及不動產登記欄施行細則第五十一條）關於此點。有須說明之事三。即登記用紙、登記法、及登記事項之朱抹是也。

#### 一 登記用紙

登記簿。分爲數個登記用紙。一用紙內。登記一登記事項。蓋每商號一個。每未成年者一名。每妻一名。每後見人一名。每支配人一名。每會社一家。皆爲之備一登記用紙也。



故同一之當事者。而有數個商號之登記申請時。則每一登記用紙中。登記其每一商號。若有支配人數名之登記申請時。則亦每一登記用紙。登記其一名。（商業登記取扱手續第三十四條及第三十九條）

登記用紙。照順序而附以登記番號。但登記用紙中之某欄內。如無登記之餘白。則新添繼續用紙。其時。則不照番號之順序。即附以前用紙所附之番號。但附記第一第二第三等文字。以表明其爲繼續用紙。（商業登記取扱手續第二十四條）

在登記用紙中。以朱塗抹其登記番號。使以後不得再登記者。謂之登記用紙之閉鎖。閉鎖登記用紙。當于以下之時爲之。

第一 若就商號、未成年者、妻、後見人、及支配人之登記而言之。則在其應消滅其登記時。

第二 就合名會社、合資會社、株式會社及株式合資會社之登記而言之。則在己登記精算結了時。若或不精算。則在登記其解散時。

第三 就外國會社之登記而言之。則在其登記支店廢止之時。

#### 第四 登記營業所移轉時。即

一 自行登記之未成年者、妻、後見人之營業所。或安置支配人之營業所。移轉至登記所管轄外時。但其登記所所管轄內。猶有他營業所。則不在此限。

二 登記商號之人之營業所。移轉至有商號効力之區域外時。

三 會社移轉其本店或支店。至于登記所管轄外時。但其登記所管轄內。猶有本店或他之支店。則不在此限。

第五 因市町村區域（就商號登記之効力言之。假作為市町村之區域者亦在內）之變更。致使其商號登記之効力消滅時。

以上諸者。爲閉鎖登記用紙之重要者也。其他。尙有不在此列舉中者。（商業登記取扱手續第二十條第四十條乃至第四十二條第四十四條第四十五條及第四十八條）

#### 二 登記欄

登記用紙。因便宜而分爲數欄。以表示記載欄內事項之名稱。故須記載登記之事項

於各相當欄內（即表示其須登記事項名稱之欄）（商業登記取扱手續第十八條第一項）

然外國會社與日本新商法所認之會社其種類不同故其登記事項之名稱不能與所設登記欄之表示相符合此時則當就最類似之欄內記載其登記事項而附記其名稱至應登記於從來登記簿中時而其登記用紙中無與其事項相當之欄可登記者則當登記於變更欄內（商業登記取扱手續第四十七條第二項及第四十九條但書）

變更欄內當登記其事項之變更消滅欄內當登記其事項之消滅然有往往登記其以外之事項今舉其重要者如左（商業登記取扱手續第二十二條第二十三條及第四十條乃至第四十二條）

第一 非變更之登記而須登記於變更欄之事項。

一 社債或資本或株金增加既已登記其後凡遇同一之事項皆須登記于其欄。

二 更正變更欄內之登記事項者。

第二 非消滅之登記而須登記於消滅欄之事項。

一 已自行登記之未成年者、妻、後見人之營業所、或安置支配人之營業所、移轉至登記所管轄外、且於其管轄內、爲他之營業所時。

二 登記商號之人之營業所、移轉至有商號効力之區域外時。

三 因市町村區域（就商號登記之効力言之、其假作爲市町村之區域者、亦同）之變更、其商號登記之効力消滅時。

豫備欄云者、義如其名、係登記未嘗特設一欄之事項者也。但因避其疑義、故以明文規定以下諸事項。此係可登記之于豫備欄者。（商業登記取扱手續第二十一條第二項及第四十八條）

第一 裁判所禁止其營業時。

第二 裁判所命外國會社之支店閉鎖時。

第三 外國會社廢止支店時。

此外更有非登記事項而記載於豫備欄者。蓋照新商法第五十一條第二項、第五十二條第一項、第八十一條、第一百十八條第二項之規定。謂已爲其法第五十一條第一項所規定之登記時。須記載其事由於豫備欄。照非訟事件手續法第一百五十三條及第一百七十條第二項之規定。則須記載於商業登記之事項。亦當記載於豫備欄也。  
(商業登記取扱手續第二十一條第一項及第二項)

登記用紙中之某欄內。不記載登記事項。而完了其登記時。且其欄不復豫備他日登記他種事項。則於空欄內。交叉朱線。至雖已記載登記事項之欄內。尙存餘白。而其欄內。他日已無登記事項。則亦於餘白地。交叉朱線。(商業登記取扱手續第十九條)記載登記事項之後。或記載其當記載于豫備欄之事項後。而該欄尙有餘白。唯其餘白。他日尙須記載他種事項。則當在其左側。劃一朱線。使其已記載之部分。與餘白以此分界。就此點而言之。商業登記取扱手續之規定。頗失于狹隘。(商業登記取扱手續第十八條第四項)

登記。其字畫須明瞭。記載金錢及他物之數量。年月日。及商號。皆須用壹貳參拾等字。

其文字切勿改竄。若必須訂正，插入或削除時，則以其字數記載于欄外。又于文字之前後附加以括弧，並捺印于其上。至其削除之文字，當存其字體，以備復查。（商業登記取扱手續第二十五條）

### 三 登記事項之朱抹

已登記之後，即使他日失其登記之効力，其登記事項亦不朱抹之。但值變更之登記時，或登記更正時，則例外也。凡其經變更更正之登記事項，則皆以朱塗抹之。名朱抹其朱抹之文字，當存其字體，以備復查。（商業登記取扱手續第十九條）

### 第四 申請之却下

登記之申請，若不適於新商法，或不適于非訟事件手續法第三編第三章之規定時，則登記所當以附加理由之決定，而却下其申請。却下此申請之決定，照民事訴訟法之規定，當送達之於申請人。申請人對於此決定，得爲即時抗告。（舊商法第二十一條及非訟事件手續法第五十一條）

## 第六款 登記之公告

登記所。須以登記之事項。在登記所。無所遲滯。而公告之。（舊商法第十九條第一項前段及新商法第十一條）照舊商法。則遇登記所所在地。有發行之新聞紙者。即公告之于新聞紙上。無發行之新聞紙者。雖照司法大臣之所定而爲之。然公告之方法。乃爲非訟事件手續法所定者。斷不容司法大臣之容喙也。蓋非訟事件手續法之規定。謂凡登記之事項。當公告於官報及新聞紙上。最少在一回以上。若其區裁判所管轄內。無適當之新聞紙。可使公告之者。則在登記所及其管轄內之市町村役場之揭示場。而公告之。若選定可以爲公告之新聞紙。則當豫定。蓋區裁判所。于每年之十二月。選定翌年載登記事項之公告之新聞紙。而公告其事于官報及新聞紙上。其掲載公告之新聞紙。若休刊廢刊時。則更選定他新聞紙。而以官報及新聞紙公告其事。（非訟事件手續法第四百四十四條第四百四十五條及第四百四十六條）登記事項之公告。於官報及新聞紙上。最少在一回以上。有時或至數回。此時究以何日爲公告之日。此則非訟事件手續法第四百四十四條第二項所規定者也。謂公告之日。當以最終掲載其事項之官報及新聞紙爲標準。蓋以其發行日之翌日。爲公告之日也。公告當以

登記其事項之登記所之名爲之（商業登記取扱手續第二十六條）

### 第七款 登記之證明

#### 第二 登記濟證

登記申請人納手數料後。得請求其交付登記濟證。（登記完了之證明書也）（手數料以貼用於申請書之收入印紙納之）受此請求後。登記官吏照司法省令（商業登記取扱手續）所定之雛形。作登記濟證。於登記濟證交付帳內。記載其事。而後交付之於申請人。（商業登記取扱手續第八條第十五號第二十七條及明治三十二年司法省令第十四號第四條第五條）

#### 第二 登記事項無變更之證明。或某事項無登記之證明。

登記所當因申請而證明其登記事項無所變更。或證明其某事項無登記。無此申請時。申請人當記載須證明之事項及年月日。提出其自己所署名捺印之申請書二通。且每一件納手數料金二十錢。但官吏公吏爲政府利益。以職務而請求者。不在其內。（以收入印紙貼附於申請書而納之）登記官吏於此申請書之一通。附證明文。記載



年月日。署名捺印。且押捺登記所之印。更於謄本抄本證明書交付帳內。記載其事。而後以此交付于申請人。（非訟事件手續法第一百四十三條商業登記取扱手續第八條第一號第十三條及明治三十二年司法省令第十四號第三條第五條第六條）

#### 第八款 登記之効力

登記之効力中。有一般之効力。有特別之効力。關於其特別之効力者。因便宜上。于各編章節述之。茲僅說明其一般之効力。

舊商法中。關於登記之一般効力。其第一。即登記之事項。乃公之物而爲裁判所所認知者是也。（舊商法第二十一條前段）然登記之事項。當由登記所公告之。故爲屬於公者。此不待言也。既爲屬於公者。則不生法律上之効果。亦無須明言者也。至登記之事項。當以爲應被裁判所所認知否。此關於訴訟法之問題。非商法之所規定者也。

舊商法中。關於登記一般之効力。其第二。即登記事項。得與第三者對抗是也。（舊商法第二十二後段）然登記之事項。由登記所公告以後。始生効力。若公告以前。即生若是之効力。則不當也。蓋公告。所以使第三者知登記後事項而爲之也。因以第三者。

有能知登記事項之途。故可以登記之事項而與之對抗。若于公告前。得以登記之事項而與第三者對抗。則于登記外而更爲公告之用意所在。未免因此而沒却。故新商法與舊商法。皆以登記事項爲得與第三者對抗。但此効力。非公告後。則不發生。在公告前。唯可與惡意之第三者對抗而已。（新商法第十二條前段）

登記之事項。得與第三者對抗。但其事項。須爲法律所已許其登記者。法律所未許其登記之事項。雖登記之。亦不得與第三者對抗也。舊商法不明示其趣旨。而於新商法第十二條前段內。則有須登記之事項云云之字樣。蓋即以上之趣旨也。

登記其必須登記事項時。得與第三者對抗。此舊商法新商法所同認也。（唯得對抗第三者之時期。有所差異。）然有一例外。蓋在舊商法。以爲第三者。若不知登記之事項。即得證其非已之過失。則不得以登記之事項而對抗之也。在新商法。則以爲第三者。因正當之事由。而不知登記之事項時。不得以登記之事項而對抗之也。（舊商法第二十二條後段及新商法第十二條後段）

蓋登記。有時與公告相牴觸者。此時。其應措重於登記。而以登記與第三者對抗乎。抑

將措重於公告。而以登記與第三者對抗乎。在舊商法。則專以登記爲與第三者對抗之要件。故雖登記與公告互相牴觸。而無其明文。亦當以登記與第三者對抗。至新商法。則以登記及公告皆爲對抗第三者之要件。故二者立於同等之地位。不得措重於一方。可知非有明文。即不得以登記與第三者對抗也。然第十三條之明文。以爲登記。雖與公告互相牴觸。亦得以之與第三者對抗。

其登記事項中。有在本店之所在地而爲登記者。有在支店之所在地而爲登記者。在本店及支店之所在地。皆須登記之事項。而僅在本店之所在地。登記其事。在支店之所在地。乃不登記之。則在本店之所在地所爲登記之効力。能及於支店之所在地乎。抑在本店之所在地所爲登記之効力。不能及於不爲登記之支店之所在地乎。此在舊商法。無所規定。但在本店之所在地所爲登記之効力。若能及於不登記之支店之所在地。則對於支店所爲之取引。與在支店之所在地登記者。同一有其効力。此甚不當也。故新商法。謂支店之所在地而須登記之事項。若不登記于其地。則對於支店所爲之取引。而不得以登記之事項與第三者對抗。由此觀之。在本店之所在地所爲登

記之効力。不及于支店所爲之取引也。（新商法第十三條）

在新商法施行以前。而照舊商法之規定所爲之登記。其在新商法施行以後。有何等効力。是一問題也。施行法。關於此點。其規定極爲的當。蓋新商法施行以前。而照舊商法之規定所爲之登記。與照新商之規定所爲者。有同一之効力者也。（施行法第八條）

### 第九款 忽略登記之結果

須登記之事項而不登記時。得以其事項對抗惡意之第三者否乎。是關於新商法第十二條解釋上之一疑問也。但在其條。僅言須登記之事項。而不言已登記之事項。由此觀之。則關於已登記之事項。已定其對於善意第三者之効力。而同時關於須登記之事項。亦若已間接決定其對於惡意第三者之効力。且在須登記之事項。而不登記之時。其對於第三者而全不能反抗者。必俟有特別之規定。故須登記之事項而不登記時。亦得以其事項與惡意之第三者對抗。此言之無礙者也。

要之。忽略登記之一般結果。乃在不得以須登記之事項而對抗善意第三者之一事。

其他在特別之時。因不爲登記之故。遂有雖以須登記之事項。對於惡意之第三者。亦不得對抗之者。又有罰其出過料（罰款）者。是皆當在各本條說明之。

#### 第十款 登記之更正

當事者受登記後。在其登記中。發見錯誤或遺漏等事。則得在管轄登記所。申請其更正。有此申請時。則登記所。當於其登記用紙中之變更欄內登記之。而朱抹其已更正之登記事項。（非訟事件手續法第四百四十八條及商業登記取扱手續第十九條第二十三條）

#### 第十一款 已登記事項之變更及消滅

既登記事項中。若有生變更者。則當事者。須即時爲變更之登記。若登記之事項消滅時。則當事者。亦須即時爲消滅之登記。（新商法第十五條）

新商法適用上述之規定。同時加多少之變更。且處處散見其規定。如商號之讓渡。支配人代理權之消滅。社員之退社。會社之解散。皆有其規定也。此皆變更或消滅其既登記之事項者也。然各有特別之名。其無特別名稱之登記變更及登記消滅。皆所謂

狹義之登記變更或登記消滅也。總稱此二者曰廣義之登記變更。及登記消滅。以上爲既登記之事項。變更消滅於新商法施行後者之規定。反於此。其變更消滅於新商法施行前者。則與前不同。其當事者。須即時爲登記與否。此在施行法中。分別而言。蓋在新商法施行以前。已有變更消滅之登記。則不必再爲登記。但在新商法施行以前。未有變更消滅之登記。則新商法施行以後。當即時登記之也。（施行法第九條）

## 第二節 商號

### 第一款 商號之意義

商號云者。以一定之商人。於其商業上。所以指示其自己而用之名者也。（舊商法第二十三條）故或稱曰商名。此蓋與日本從來慣例上所用之屋號。略同其意。唯屋號者。專限於自然人。不但不能施之於會社。即商人用自己之姓名者。亦不包含於其內。此未免失於狹隘。所以日本新舊商法。皆用商號之語者也。

商號之意義。可由二方面觀之。蓋由實質上觀察之。則以之爲商人於其商業上。所以

指示自己而用之名也。在商業登記簿中。有其登記與否。可不問也。故從此意義。則各商人。皆必有商號。而使用之于其營業上。何必更於法律上。定商人爲必有商號之義務耶。僅以有登記其所有之商號之義務與否。決之可也。反於此。若由形式上觀察之。則以爲商號者。乃專指商人以爲商號。而於商業登記簿中。所登記之名稱是也。若不登記者。則雖商業上。指示自己而用之。于法律上。亦不稱之爲商號也。故從此意義。則商號自必登記。法律上。可不必更定其有登記商號之義務。唯以各商人之有有商號之義務與否。以決之可也。在舊商法。則其所稱之商號。皆實質上之意義。其形式上意義之商號。則特稱之爲『既受登記之商號』。（舊商法第二十五條第二項及第三十條）新商法亦倣之。凡商號皆用於實質上之意義。若指形式上意義之商號而言。則特稱爲『已登記之商號』也。（新商法第十九條及第二十條第二項）

有商號之人。乃係商人無疑。商人者。蓋即以商行爲爲業之自然人。及以商行爲爲業之法人（會社）也。凡非商人者。不得有商號。（舊商法第二十三條及新商法第十六條）蓋商人用商號而於其營業上。以指示自己之名稱者。亦當然之結果也。然可疑

者。小商人是也。蓋小商人雖爲商人之一種。而凡關於商號之規定。皆不適用於其上。(新商法第八條)故照新商法第一編第四章之規定。小商人得有商號耶。不得有商號耶。此不無有疑存焉。商號之語。由形式上觀之。則專限於登記之名稱。此小商人。不得有商號者。亦理所當然。若由實質上觀之。則不問其已登記與否。凡商人於商業上所以指示自己之名者。皆爲商號。然則小商人在商業上。亦得用名稱以指示其自己。是其有商號可也。唯其不適用於商號之規定。則於前者異。然因商號之規定。不適用於小商人。而欲埋沒小商人有商號之事實。則不可也。故小商人不得有商號之說。究非得當者也。如前所述。僅用商號之語者。乃指實質上之意義而言。故採其後說。以爲小商人。亦得有其商號者。實屬妥當之見解。

商號。爲商人所用之名稱。已如前述。但其名稱。必爲用以指示商人自己者也。(舊商法第二十三條)若不用以指示商人自己而用之名稱。則不稱爲商號。例如商人欲表彰自己之商品。其所用之名稱及標識。皆稱爲商標。使照關於商標之特別規定。於商號無間也。(明治三十一年三月一日法律第三十八號商標法)商人所以維持其



商業上之秘密之符牒。亦屬特別之地位。皆與商號無所關係者。

商號。雖爲用以指示商人自己之名。然其名。係用於商業上。且爲商人自働以用之者。至特限於一定之商人而指示之者。即所設特定名辭。夫名而用於商業上者否。頗屬重要之事。蓋於一方。在普通之時。所以區別用以指示某人之名（如人之姓名）與商號者也。於他一方。則所以區別商業以外所用之名稱（如文人之雅號藝人之藝名）與商號也。商號爲商人所自働而用之者否。亦屬緊要之事。蓋所以區別綽號與商號者也。綽號者。爲他人指一定之商人而用之名稱也。商號之爲指示一定之商人之名稱與否。亦不可忽之。蓋所以區別指示某種商人之名稱（例如吳服店、運送店等）與商號者也。然不因此之故。使二人以上之商人。用同一之商號。有所妨礙。即在其時。其名辭仍爲特定名辭。各同一姓名。而爲二人以上所用者。亦不得謂非特定名辭也。每人只用一個商號乎。抑得用二個以上之商號乎。對此問題。須區別而論之。蓋視其營一種商業或營二種以上之商業者。以爲準也。

羅氏草案。以爲一人而營數個營業時。各營業。各須有特別之商號。至舊商法。則略變

更之。以爲一人。分其資本而爲數個之營業。則其各營業。各須有特別之商號。（舊商法第二十三條）學者有解釋此舊法之規定。爲任意法者。是實反於草案編纂以來之沿革。并無視『須爲……』之語也。故我輩與多數之學者。解釋此規定爲強行法。而羅氏說明此草案之規定曰。『商號者。乃表示營業者而僅於其營業上者也。故若一人而爲數種之營業。則須有數種之商號也。但（一）於一地方內。有數個之營業所。倉庫、帳場時。（二）同一種營業。而在他之地方。有支店時。則不以爲營數種之營業者。僅以本店之商號即可。然若互相獨立。彼此爲無關係之營業時。則可謂爲之數種之營業。故其營業。各當用特別之商號。此所以分離其各種營業上之請求及其債務。而區別其計算。且值破產時。尤爲緊要者也。』而舊商法。則基於此理由。以爲凡分資本而營數種之營業之商人。值破產之時。則對於其各營業之債權者。各當由屬於其營業之財團內。以優先權而受其賠償者也。（舊商法第一千四十五條第二項）又以爲在此時。其各營業。應各有特別之商號。則可使其適用。至於完全。雖然。其各營業之分資本與否。由外觀之。無從察知。則此規定之適用。亦至難矣。即使其有分資本之事實。其財團

中。何者爲屬於此。何者爲屬於彼。亦頗難決定。故各營業而有別異之商號時。其債權債務。得區別其爲關於何種營業者。然欲以此而區別其財產之屬於何種營業。則不能也。以如是之曖昧標準。而對於某債權者。與以優先權。『債權者。關於債務之財產。有平等之權利。』此乃原則。今使其適用之範圍減縮者。實非正當之規定。若果有時而各貯藏其特別之積立金。且全然使其營業之原則互異。則當破產時。分離各營業之清算。其關於一營業之債權者。在屬於其營業之財團中。對於他營業之債權者。有先受賠償權利。此亦屬必要之事。然此當規定於特別法令中。在商法中。則無須使各營業各有別異商號也。故新商法。謂分資本而營數種之商業時。其各營業。不必有別異之商號。其於分資本之時已然。其在未分資本時。不必各有別異之商號者明矣。以一人而營數種之商業。不必各有別異之商號。已述於前矣。但在此時。得各有別異商號否乎。此則新商法之解釋。不能無疑。雖然。商號者。僅於一種商業上。指示其商人者耳。非如人之姓名。到處用之者。故在營數種之商業時。在甲商業。用某名稱。在乙商業。雖不妨用同一之名稱。即有各別之名稱。亦無礙也。（非訟事件手續法第一百七十

三條第一項第二號及商業登記取扱手續法三十四條)

夫姓名不得有二個以上。一人止可有一姓一名者。現行法上所行之原則也。(明治五年五月七日太政官布告第四百四九號)此原則者。所以防姓名之混亂。整理戶籍。明確各人之身分。極爲緊要者也。故國法制。皆認可之。各人既止可有一姓一名。則與姓名有相類之性質者。雖其使用之途。有廣狹之差。於原則固可同適用也。然則商號與之相類。似乎一種之營業。亦止可有一個。況自然人所得以爲商號而用之文字。僅限於其姓或姓名。此今之制度也。是則一營業止可有一個商號。此外不得更有者矣。但據我輩之意。以爲自然人所得以爲商號而用之文字。專限於姓或姓名。則於同一商號中。獨以姓爲商號。或併姓名而爲商號。均無不可。在甲地。單以姓爲商號。或以姓名爲商號。在乙地。因欲與他人之登記商號區別。或加符號。而以自己之姓。或以自己之姓名。以爲商號。亦可也。況在新商法。並無如是之制限。不論如何名稱。皆得用爲商號。蓋一種商業。所以須有二個以上之商號者。以其營業所。有在數處地方。在甲營業地。他人尙未登記與其同一之商號。而在乙營業地。則他人已登記與其同一之商

號。則此時若不許其用二個以上之商號。則甚不便。況其不許之理由。固未之見也。 (於同一地之同一商業。用二個以上之商號者。甚非所以得第三者之信用。故實際上皆不用之。) 在新商法。亦無禁止之規定。故一種之商業。可用二個以上之商號。此解釋上之所當然者。

數商人共同而用一個商號可乎。是組合時所起之問題也。夫合名會社。非法人也。在數人共同而營商業時。則當照合名會社之規定。以總社員之姓或姓名。爲其商號。或以社員中之一人或數人之姓。能表示會社關係之文字於姓名上。以爲商號。此即數人共同而有一商號者也。然新商法。認合名會社爲法人。其會社之商號。非總社員之共同商號。是則共同商號。不能發見於關於會社之規定中。然此外更有發生共同商號者矣。即民法中。所謂組織其組合。數人共同而營商號者是也。在其時。其組合。非法人。故不得設組合商號。但各組合員。共同設一商號。則其執行組合業務之組合員。爲組合所爲之行爲。與爲自身一人所爲之行爲。當以何者爲區別之標準。此即用共同商號而爲之者。爲組合也。反此者。即爲自身一人而爲之也。新商法中。凡一

切之名稱。皆許作爲商號。但非會社。則禁用指示會社之文字。故以總組合員之姓或姓名。爲共同商號。或加組合之文字。於組合員中之一人或數人之姓或姓名上。而以爲共同商號。或加組合之文字。於組合之目的事業之名稱上。而以爲商號。或不加組合之文字。而以某名稱爲共同商號。均無不可。（新商法第十六條及第十八條）要之數人得共同而用一商號者。在解釋上。殆毋庸置疑也。

類乎數人共有一商號而其實非者。即匿名組合是也。蓋匿名組合之營業者。其商業上使用之商號。雖類于組合員之共同商號。然此時之營商業者。唯營業者而已。其匿名組合員。固非營業者。可知匿名組合員。非商人也。既非商人。其不得與營業者。共同而有其商號者明矣。

## 第二款 商號之沿革

日本中古以來。因封建制度之結果。凡士農工商之階級。皆公認之。惟士許稱姓。（苗字）商人單可稱名。而不公認其稱姓。（苗字）是以在商業上。僅用其名。則彼我之區別。甚屬困難。故屋號之制遂起。各商人於其名上。加以某屋之字樣。（商人每仍祖先

舊生居地之名而用之。如越後屋、武藏屋、紀伊國屋等。乃用國名也。如江戶屋、大阪屋等。乃用市府名也。如吉田屋、佐野屋等。乃用宿驛村落名也。其他或依營業所之所在地。如角屋是。其不用地名者甚少。後擴張漸廣。即不用某屋之名。亦得爲屋號。（例如某軒、某堂、某館）在茲時代。屋號者。不獨於商業上使用之。即商業以外。亦可代用爲姓。在法律上。頗占重要之地位。其時之屋號。概與名合併而用之。（例如稱爲某屋某某。）故主人死亡隱居後。常用新主人之名。則其商業上之名稱。未免因之變更。然此種名稱之變更。於商業上。非常嫌惡。故相續人。皆承繼前主之名。故其屋號及名。皆可以爲家督相續之特權也。

日本自明治維新後。廢止封建制度。顛覆階級制度。採四民同等之原則。自明治三年九月十九日起。乃公許平民與華族士族。同用其姓。（苗字）五年八月四日。禁止改稱姓名。並改稱屋號。有同姓名者。得管轄廳之許可。得以改姓名。（明治三年九月十九日太政官布告及明治五年八月二十四日太政官布告第二百三十五號）既公認用姓以後。遂不重屋號。有商業上襲用以前之屋號者。有商業上用姓名者。於是商號

之制度。乃大混雜。然捨姓氏名及屋號之外。則爲法律上所不公認。故商人當死亡隱居時。其相續人。當承繼前主之姓及屋號。若襲用前主之名者。則不得不踐改名之手續。於茲時也。管轄廳斟酌商業上之便利。多認許其改名。（明治六年六月十九日新潟縣伺第一條同年六月二十六日太政官指令第一條）然於實際上。甚爲煩雜。因欲避此煩雜。故當相續人出身之際。得與被相續人命同一之名。然是于實際上。亦甚不便。若此法律上之缺點。苟於姓名以外。有可公認爲商號者。則可救濟其弊。故在前所述之時。相續人得不改名而用前主之名於商業上也。

日本自然人之商號。中古以來。其發達如是。至會社之商號。則始於近年見之。維新以前。其會社之萌芽。雖已略見。然其思想。殆甚幼稚。維新以來。二三之會社踵起。後有國立銀行之制定。一時又有多數之會社設立。以此短年月。成若是之進步。其在今日。關於會社商號之觀念。已見其大發達矣。

歐米與日本。其事情全屬相反。然在封建制度盛行時代。乃公認姓名。故商人於商業上。皆用姓名。遂不至捨姓名而認他者爲商號也。至若會社。則非如自然人之有氏名



也。故須定其名稱。以代人之姓名也。此其關於會社商號之觀念。已極發達。但法制上並未設有關於一般商號之規定。僅規定會社之商號。即其社名而已。至近年始以此及於一般之商人。於法典上。其關於商號之通則。亦漸揭載矣。

要之歐米由會社之商號。發達至自然人之商號。日本則由自然人之商號。發達至會社之商號。其間發達之順序顛倒。實爲事情不同所致。是亦法制沿革上之一奇觀也。

### 第三款 商號之種類

商號者。因其觀察之方面不同。故得以區別數多之種類。其有商號者。爲自然人乎。抑爲會社。以此區別自然人之商號。及會社之商號者也。又商號分自身設定之者與否之二種。因此以區別原始的商號。及繼受的商號。又自其商號之實質如何。以區別氏之商號。物名商號。屋號商號。及折衷商號等。又自其已登記與否。以區別登記之商號。及不登記之商號。更商號因其初之使用時日不同。得區別爲舊商法施行前所使用之商號。舊商法施行後而新商法施行前所使用之商號。及新商法施行後所使用之商號等。由此等區別。所生之差異。當於本節中之他款內說明之。茲特省略之。

#### 第四款 商號之選定

商號當照法律之規定。或照自然之原因。以主觀的而定之。非常以客觀的而定之者也。其選定之方法。當說明於第一項。欲選定時。應以何物用於商號。此乃關於商號之實質問題。當說明於第二項內。

#### 第一項 選定之方法

選定商號之方法。因自然人與會社而異。

營商業之自然人。凡關於法律之行爲。有爲此之能力者。自己得以選定其商號。無爲此之能力者。可由法定代理人選定其商號。亦可由委任代理人選定其商號。當選定商號時。不必一定明示其意思。商號之所以在商業上而表示自己者也。故使用其名稱。得以默示而選定之也。

會社之商號。不當於會社成立後。由法定代理人選任之。須於成立以前。或與成立同時。而選定者也。蓋設立會社者。（在株式會社及株式合資會社。爲發起人。）定其商號於設立契約中。因其記載定款而選定之。其選定與會社之成立。共生效力。即可知

會社之商號。最遲當與會社之成立同時。用明示之意思表示。（記載於書面）而選定之者也。

### 第二項 商號之實質

商號之表示其商人。在其實質上。蓋商號之實質。所以積極而定其在其表示商人間之關係。消極而決定與他人之商號爲同一類似者否。故欲保持商號之真實。必關於商號之實質。而設適當之規定。關於商號實質之規定者。其在商法中。有重要之位置。此可推知者也。

監督商號之真實。及保護其真實者。立法例上。分二主義。一爲屬於獨逸法系諸國之所採者。以爲當以法律定商號之標準者也。其一爲屬於英吉利及佛蘭西法系諸國之所採者。則對於會社。僅設二三特別之規定。而於一般商號。未規定其標準。羅氏草案及舊商法。與前所述者同。而新商法亦然。蓋國家之干涉。務不加於其上。此於商業之發達上。最爲必要。雖然。關於商號。而毫不加干涉。則其弊害。亦甚可懼。此所以不可放任之也。

商號之實質。不外以圖形（例如紋章）文字及結合此二者而成。用文字者。其規定甚明瞭。但專以圖形爲商號。或以圖形加於文字而爲商號。則無規定之明文。然商標與商號相類。多以圖形、字體、記號、及其結合者爲要部也。（明治三十二年三月一日法律第三十八號商標法參照）夫商標者。表示商品（即商業之目的物）商號者。表示商人（即商業之主體）二者相類似。故商號似乎亦得專用圖形爲之。或以圖形加於文字上而爲之。唯會社之商號。當隨會社之種類。而附加合名會社、合資會社、株式會社、或株式合資會社等文字。故不得專以圖形爲會社之商號。關於其他之商號。商人得用其氏、姓名、及其他之名稱。以爲商號。但表面上。雖爲許容的規定。而其內。實包含禁止的規定。以其非名稱。故不得爲商號。蓋圖形者。非名稱也。故不得爲商號。若此決論。實非無稽之說。况商標者。爲使於得第三者信用而設。夫商標主與第三者之間。縱不生法律關係。而用商號之商人。與第三者之間。則生權利義務之關係。其事體輕重不一。然則用圖形爲商號者。難以辨其爲何人之商號。則反不如不許用之之爲得計也。故我輩不認可其僅以圖形爲商號。而並不認可其以圖形加於文字上而爲商

號者也。(新商法第十六條)司法省亦採用此解釋。商號必有有形之文字表彰乎。抑以無形之言語表彰乎。換言之。即商號之實質。獨限於文字乎。抑得以由言語而成乎。是一疑問也。蓋商號者。因對於一般之第三者。表示自己之商品。故其性質上。必有有形的而表彰之。不得以無形之言語而表彰之也。然若以商號對於一般之第三者。用以表示自己。則反屬於變例。不若以此爲對於限定人而表示自己者之爲通例也。故由言語所成之商號。非不能想像之。例如以『ダイマル』(即大丸二字之假名)之語爲商號。當既有『ダイマル』之音以後。可不問其爲『だいまる』或『大丸』及『臺滿留』(與大丸二字同假名同音)者是也。此問題。雖不易決。但會社之商號。必須用可。以示其種類之文字。且得以此記載於定款者。記載於定款者。必以文字。故實際上。可謂其不得以言語爲會社之商號也。其他。在自然人之商號。其登記。亦必以文字記載之。則可知登記之商號。斷無用言語者也。唯在不登記之商號。則不依文字而表彰者。往往有之。

商號之文字。不必定用漢字。及片假名。平假名等。即外國文字。(例如朝鮮羅馬等文

字)亦可用之。雖古代文字(例如梵字)亦不妨用爲商號。唯商號者在實際上必使用他人易知之文字。此謀便利者也。在法律上。不論何種文字。皆得爲商號。

用於商號之文字。法律上。以不加何等制限爲原則。雖非絕對的無制限。而國家必以不害商號之真實爲度。認其自由選定。故苟有紊亂商號之真實時。得以公力干涉之。以保持商號之真實。是國家對於商號之行政之本義。國家基此本義。由二方向加制限於商號之實質之選定。一爲積極的之制限。即命其以某文字加於商號中。一爲消極的之制限。即禁止其以某文字加於商號中。今分類說明之。

### 第一 積極的之制限

一般之商號所共通之積極制限。即商號之文字。必爲一名稱。非名稱之文字。即不得以爲商號。是由新商法第十六條之裏面。解釋而生之當然之結論也。或以此規定。爲僅許其單用姓、姓名及他名稱爲商號者。而非加積極的之制度者也。蓋此解釋。非無理由。然採用之。不獨便此規定歸於無用。並于國家設一定之制限。以保護商號真實之趣旨。有所悖也。故我輩不採用此說。

以上所述。爲一般之制限。其關於自然人之商號。關於會社之商號。皆有特別之制限。今分別而說明之。

### 一 關於自然人商號之積極制限

獨逸新舊商法。匈牙利商法。及羅氏草案等。以爲凡商人。皆得以其姓。姓名爲商號。蓋姓名者。因欲表示其人。區別彼我。爲一般之所用者也。故商業上用之。亦爲正當。且用商號而明確。以表示其商人。使與他人不相混淆。則以姓或姓名爲商號。尤爲必要。關於此點。僕索那特有言曰。全廢自然人之商號制度。而僅使各商人。以其署名及印鑑。呈上於裁判所及行政廳。則方爲得當云云。此意見。爲我輩所同意。但自來呈上印鑑於行政廳（市區役所、町村戶長役場）往往有詐欺者。因此反使第三者。蒙不意之損害。欲使第三者之易於辨別。則用從來所行之呈上之制。即足矣。又氏名既登記于戶籍。而第三者可就戶籍而知之。故不必呈上其署名於裁判所行政廳也。若謂其呈上署名。印鑑於裁判所行政廳者。所以比較對照而判別其真僞者。則此終屬徒勞。况保護監督其商號之真實者。令其差出署名。印鑑。豈猶慮其不足耶。故此意見。不得採用。

之。

歐米各國皆無可與日本相當之所謂屋號者。故其商號必用姓或姓名。於實際上毫無牴牾。日本自封建以來。用屋號者。至今猶存。雖公認用姓以後。而屋號乃盛行於商業上。欲使如歐米諸國之用姓或姓名者。則規定之。誠爲困難。若強而行之。即紊亂商業上之秩序。且亦妨害其發達。故舊商法不以姓或姓名爲商號。而通例以屋號爲商號者也。然屋號爲通例與否。是爲事實論。可不必載於法典。但於法律上。不禁其以屋號爲商號者。即足矣。此新商法所以於一方。不採用以姓姓名爲商號之外國立法例。而於他一方。則不論以姓以姓名。或以別種名稱。皆許其用爲商號者也。要之新商法關於自然人之商號。無積極的之制限也。

## 二 關於會社商號積極制限

合名會社商號中。必用『合名會社』之文字。合資會社商號中。必用『合資會社』之文字。株式會社商號中。必用『株式會社』之文字。株式合資會社商號中。必用『株式合資會社』之文字。是關於會社商號而爲新商法所認之積極制限也。（新商法第十



七條)

新商法施行以前所設立之合名會社。其商號（社名）中有不用合名文字。而單用『會社』文字者。此在舊商法。以爲其施行以後所設之合名會社。其社名中僅以用『會社』文字即可。不必用『合名』文字故也。然在新商法施行以後。令其改商號。而用『合名會社』之文字者。所以保持商號之劃一。即可因商號而知會社之種類者也。施行法。謂自新商法施行之日起。於三個月內。當改其商號。用『合名會社』之文字云云。且命其爲登記。若不改時。或既改而不登記時。其執行會社業務之社員。處罰五圓以上。五十圓以下之過料。（施行法第十一條及舊商法第七十五條第一項）

在舊商法及舊商法施行條例。分別用於會社商號中之文字。及附于會社商號之文字二種。舊商法施行以後所設立之合名會社。其商號中。當用總社員或其一人或其數人之姓。又舊商法施行以前所設立之合名會社。其商號中。當附『合名會社』之文字。又舊商法施行以後所設立之合名會社。其商號中。當附以『會社』之文字。又合資會社。當附以『合資會社』之文字。又株式會社。當附以『株式會社』之文字。然用於會

社商號中之文字。與附加於會社商號之文字。不獨無區別之理由。且登記合名會社社員之氏名。住所以後。在商號中。亦無表示其氏名之必要。此等皆不以會社爲法人時代之遺物也。（舊商法第七十五條第一項第三百三十九條第一項第七十三條後段及舊商法施行條例第八條）舊商法施行以前。所設立之株式會社。特以法律定其商號。例如日本銀行、橫濱正金銀行者。於舊商法施行以後。其商號中。不必附『株式會社』文字。此舊商法施行條例第八條第二項但書之所規定也。而新商法第十七條之規定。對於施行以前所設立之株式會社。無適用之規定。（施行法第三十二條。所謂關於會社之規定者。指新商法第二編而言。不包含關於商號之新商法第十七條之規定。）則此種之株式會社。即使新商法施行以後。亦毋庸改其商號也。

## 第二 消極的之制限

一般之商號所共通之消極制限。不得以不正之競爭目的。而選定與他人登記之商號同一或類似之文字。以爲商號者是也。蓋在舊商法。若同一之營業。在同一之地域內（市町村或自來之宿驛町村）選定與他人登記之商號同一之文字。而以爲商號

者。爲所禁也。然與他人登記之商號相類似之文字。而用爲商號者。則未之禁。此不獨失於狹隘。且以同一之營業。在同一之地域內。而使用之商號。方適用此制限者。亦失於狹隘。蓋凡有害商號之真實。出於不正競爭之目的者。即使非同一之地域內。或非同一之營業。亦須適用此制限也。舊商法。以其營業及地域相同之時。方可適用此制限者。與立法之趣旨。未免互相支牾。故新商法。改此制限之適用範圍。僅問有正之競爭目的與否。而不問其營業或地域之異同也。（舊商法第二十六條舊商法施行條例第一條及新商法第二十條施行法第十三條第二項第十四條第十五條）以上爲一般之制限。此外。無不得加於商號中之文字。但對於特種之商號。則消極的之制限甚多。今說明於在。

### 一 關於自然人之商號之消極制限

關於自然人之商號之消極制限。被認於各國立法例者甚多。今舉其重要者如左。

#### (甲) 指示會社之文字

在不認會社爲法人之時代。對於一人之信用。與對於數人集合體之信用。大有輕重。

是則實際上。單獨一人經營商業。而用指示會社之文字時。則不僅使第三者。陷于錯誤。并有謀博過度之信用。而故意爲之者。是可謂詐欺行爲之極也。故對於單獨經營商業之自然人。其以指示會社之文字。加於其商號者。在所必禁。此等法制。在合名會社。許其以會社之文字。或指示會社之文字。加於社員一人之姓。姓名上。而用爲商號。而不令其附合名會社之文字。故在單獨經營商業者。亦使得用會社之文字。或指示會社之文字。則用合名會社以營商業者。與單獨營商業者。未免混同。即在不以會社爲法人之法制。且禁其以單獨營商業之自然人。於其商號中。加入會社之文字。即加入指示會社之文字。亦在禁例。

然至近年。法人之觀念。乃大發達。遂咸以會社爲法人。但其理由。全屬不同。蓋以會社爲法人時。會社比之自然人。凡權利之享有（權利能力）及行使（行爲能力）於能力上。受其制限。發生消滅。亦不相同。其性質若此之相異。故最要者。在照商號以區別會社與自然人而已。是以在一方。則會社之商號。必使附加會社之文字。在他一方。則非會社而營商業者（即自然人）其商號。禁其用指示會社之文字。如是始得以達其目。

的。新商法第十八條。凡非會社而商號中用指示會社之文字者。則禁之。若有用之者。處罰五圓以上。五十圓以下之過料。且施行法第十二條。自新商法施行以前所使用之商號。則不適用此規定。（不營商號之社團法人。用指示會社之文字於其名稱上。如自然人用指示會社之文字於其姓名。或商業以外使用之名稱上。（例如雅號、俳名、藝名等）則無妨也。

舊商法則不規定此制限。唯舊商法施行條例第二條。則謂非會社而營商業者。不得用會社之文字於其商號。若違此規定。以地方裁判所之命令。處罰二十圓以下之過料。但其性質上。非常揭載於施行法中者。故新商法。以此加入於商號之規定中。且其違反此規定者所受之制裁。失之過輕。故新商法。擴張其最高限。至其最低限。則亦規定之也。

所謂指示會社之文字者。包含何種文字之謂乎。單指『會社』之文字乎。抑凡『商會』『商社』『組』『社』等文字。亦包含者乎。蓋既稱指示會社之文字。似較普通會社之文字。更有廣汎之意義。然我輩則不以爲然。蓋必以何種文字。得以指示會社者。此客觀

的所定之間題。因用一文字。而第三者遂誤信爲會社。亦不可謂其文字。直可指示會社者也。在會社之商號中。必用會社之文字。以此文字之有無。而爲區別會社與否之唯一標準。然則會社之文字。即可指示會社者之謂也。要之不得陷入於自然人商號中之文字。唯會社之文字而已。而『會』或『社』之文字。因不必論。即『組』『商會』『商社』『仲間』『組合』等文字。亦得附加于其商號者也。

『會社』之文字。不得用於自然人之商號。已如前所述。但其發音及意義皆同之文字。其發音同而意義異之文字。又如與會社相當之 *Gesellschaft, Company, or Com* 等之外國文字。皆不得用於自然人之商號乎。蓋自禁用會社之文字於自然人之商號之趣旨而推察之。第一種及第三種之文字。當禁其用於自然人之商號。第二種之文字。似得許其用於自然人之商號。至第一種之文字。雖偶有他之意義。然此乃因有同音異義之文字。而不得已者也。且得解釋之爲指示會社者。則作爲指示會社之文字也。故於自然人之商號。不許用此等文字。實屬正當。又第二種之文字。上同其音。而其文字。並不指示會社。故許用於自然人之商號中者實無礙也。又第三種之文字。乃

指示其爲會社者。且得用此以代「會社」之文字。故不得用之於自然人之商號。我輩對此規定之當否。不能無疑焉。蓋許以屋號爲商號。揆諸現今之事情。此亦不得已也。因此與各國立法例不同其規定。如舊商法者。此實不得非難之也。但自來稱屋號之範圍。未見十分明確。而慣習上。雖非全無制限。然屋號之意義。近於曖昧。若以廣義解釋之。則可包含一切之名稱。若是。則不如許其以一切之名稱而爲商號也。若許其用一切之名稱而爲商號。則國家設關於商號之規定。是實無謂。且悖戾監督保護其真實之趣旨。於自來之立法例。株式會社。可以其目的事業之名稱爲商號者。實以株式會社。非若自然人之有姓名。亦不得已而使然者也。有氏名之自然人而使之做株式會社之例。實所謂於不同事情之下。而下一之判斷者也。至其許用他人之姓或姓名。以爲商號者。則更不得其當也。

(乙) 非自己之姓或姓名之名稱

關於商號之一般規定。在各國立法例。必以其自己之姓或姓名爲商號也。凡他人之姓或姓名。固屬勿許。即以營業之目的事物及其他之名稱爲商號者。亦所弗許。但日

本因封建之結果。至今尙有用屋號者。在商業上。較之用姓者。反爲多數。故即欲以法律排斥之。實不能行。因此而法律調查委員會。當審議舊商法時。其大部分。固屬模倣獨逸舊商法。而關於此點。則特採反對之主義。蓋商號。以自來稱屋號者爲通例。而以營業者之姓或姓名爲商號者。亦無妨礙。其所以若此規定之者。爲此故也。然新商法。則更進一步。屋號固屬可用。即以他人之姓姓名。及其他種之名稱。皆得用爲商號。此全然採用放任主義者。（舊商法第二十四條及新商法第十六條）

其在一方。如獨逸之民法。其規定謂有妨害其使用自己之名之權者。或有因他人不正以使用與其自己同一之名。而至害其利益者。則除去此妨害。且以後。亦得防止其妨害於他一方。如日本之刑法。有處罰詐稱姓名者之規定。然在商法。許其以他人之姓或姓名爲商號。其間旨趣。不免抵觸。雖禁用他人之姓或姓名。以爲商號。而認可商號之讓渡。終必以他人之姓名爲商號者。對於商號之讓渡。既不禁止之。則反不如於最初。許其以他人之姓名爲商號之爲得計。執是論者頗多。雖然。商號讓渡時。許其用他人之姓或姓名於商號者。不得已之規定也。即此乃許其商號讓渡所必要之規定。非



許其用他人之姓或姓名於商號者。直爲正當也。故不得施之于原始的商號。我輩於立法上觀之。則自然人之商號。當用自己之姓或姓名。此則爲例外。僅許用從來之屋號。而不許用自己姓名之外之名稱者。最爲當也。

## 二 關於會社之商號之消極制限

舊商法關於會社之商號。極加消極的制限甚多。即

- 一 合名會社之商號。非社員之氏。不得用之。
- 二 合資會社之商號。非無限責任社員之社員或非社員之姓。不得用之。
- 二 株式會社之商號。不得用株主之姓。

(舊商法第一百三條第一百二十九條及第一百七十三條)但此等皆不以會社爲法人時代之所遺傳。苟認會社爲人格。則其商號中用指示會社種類之文字。(即用合名會社、合資會社、株式會社、或株式合資會社等文字。)即已足矣。其用社員株主之姓與否。斷非所宜問。用若此之區別。以判明會社種類者。實屬無謂。又何人爲無限責任社員。何人爲有限責任社員。查登記簿。即可知之。蓋株式會社。本無無限責任社員。此

法律上亦甚明確。斷不能以其商號中用其姓者。即爲無限責任社員。不用其姓者。即爲非無限責任社員。況世間同姓者甚多。姓不足以確實指示其人。故新商法不泥於沿革。凡關於會社之商號。不加以消極的制限者。甚正當也。

以上說明關於商號實質之制限。其他關於匿名組合營業者之商號。有特別之規定。當於便宜時說明之。

#### 第五款 商號之變更

自然人得用選定商號之方法。以變更其商號。會社亦得用定款變更之手續。以變更其商號。

當變更商號時。有變更其一部。有變更其全部。是皆須遵守述於前款第二項之制限。

由變更商號之事情觀察之。有必要的變更。有任意的變更。如設立於新商法施行以前之合名會社。其於商號中不用『合名』文字者。乃變更其商號。而加『合名』之文字。又于新商法施行以前所設立之合資會社。若變更其組織。而爲合名會社。爲株式會

社。爲株式合資會社。又爲株式合資會社。因變更其組織。而爲株式會社之故。變更其商號。又合資會社之無限責任社員之全員。因退社故。改爲合名會社。而繼續其會社。又如株式合資會社之無限責任社員之全員。因退社故。改爲株式會社。而繼續其會社等。凡其商號之變更。皆爲必要的變更。其他概爲任意的之變更也。

商號變更之効力。自其變更之時起。即行發生。但其効力。只及於變更以後。而其未變更以前。則不追及也。

#### 第六款 商號之廢止

商號者。商人於其商業上。所以表示自己而用之名稱。故營業存續。其商號亦存在。若廢止其營業。或讓渡其營業。而其後尙非全然無須用其商號時。則其商號。決不得廢止也。商人變更其營業之種類時。一旦廢止其商號。則在新開之商業。更選定其商號乎。抑繼續從來所用之商號乎。或謂商號者。爲商人之名稱。而其所以爲商人者。因欲以商行爲爲業故也。以甲之商行爲爲業之商人。雖至於以乙之商行爲爲業。而于其商人之資格。則毫無異動。故于其商號。亦不受其影響。執是說者。頗有其人。或謂商業種

類之變更者。乃廢止從來之商業。失商人之資格。而同時又開始新商業。因此以復得商人之資格者也。雖其後之商號。與從來之商號。用同一之文字。其前後商號。實屬各別云云。我輩以後說爲是。商業之種類變更。即爲營業之廢止。亦爲商號廢止之一原因也。

### 第七款 商號之登記

商號者。以得在用商號之人之營業所在地。而登記之於商號登記簿內者。爲原則也。(舊商法第二十五條第一項)然有時。須登記商號於他地商號登記簿。此即新商法施行以前。在東京市、大阪市。已爲商號之登記者。自新商法施行之日起。於六個月內。當在他地之登記所。爲商號之登記者是也。(施行法第十五條第一項)

會社之登記。登記於會社登記簿以外。尙得登記於其他之商號登記簿乎。抑登記於會社登記簿之時。與登記於商號登記簿者。有同一之効力。而無須登記於商號登記簿者乎。施行法第十條。謂新商法施行以前。爲設立之登記之會社之社名。照新商法之規定。與已登記之商號。有同一之効力云云。商業登記取扱手續第三十三條之規

定。謂會社之商號。不必登記於商號登記簿云云。然商號未必皆可。不登記於商號登記簿者。前已述之。若此規定。可謂欠缺也。或有解此規定者。以爲此乃規定。謂凡已登記會社之商號。于會社登記簿者。則與登記於商號登記簿者。有同一効力耳。但此終爲牽強附會之解釋。

茲所最可疑訝者。即施行法第十五條第一項與商業登記取扱手續第三十三條之關係是也。施行法第十五條第一項之規定。謂會社之商號。亦須爲登記云云。商業登記取扱手續第三十三條之規定。謂會社之商號。可不必登記於商號登記簿云云。故專照施行法第十五條第一項時。則限於若此事情。方須於商號登記簿中。登記會社之商號。而照商業登記取扱手續第三十三條之規定。則在施行法第十五條第一項之事情。亦須登記之於會社登記簿。然我輩以爲於會社登記簿中。已登記會社之商號時。則當與登記於商號登記簿者。有同一効力。若是規定之。豈不簡明乎。

申請商號之登記者。可以書面爲之。但其書面。凡關於登記申請書之一般要件。（非訟事件手續法第四百十九條第二項）皆須具備。此外須記載營業之種類。（非訟事

件手續法第六十條前段)

當登記商號時。於同市町村內。凡同一之營業。其登記商號。不得與他人所登記之商號相同也。即與他人登記之商號。不能判然區別者。亦不得登記。雖然。欲登記商號之人。而值他一商人。自舊商法施行以前。於同市町村內。營同一之營業。而已登記其一之商號。雖在此時。仍得登記之。唯申請登記時。須證明其爲自舊商法施行前所使用者。(新商法第十八條施行法第十三條第一項及非訟事件手續法第五十八條第一百九條)

今一商人。值他一商人。自舊商法施行以前。於同市町村內。營同一之營業。其所使用之商號。與彼所登記之商號。又不能判然區別時。則亦須證明其爲自舊商法施行以前所使用者。而受商號之登記否乎。非訟事件手續法第五十八條。關於此點。無例外之規定。故仍以不許其爲商號之登記者解之。雖然。苟證明自舊商法施行以前所使用者。則雖同一之商號。亦許其登記。況其類似之商號者乎。不許登記類似商號之理由。吾未之見也。蓋非訟事件手續法第五十八條之規定。雖爲與新商法第十九

條相對者。然施行法豫想其後者。而置前者于度外。所以生此缺點也。又施行法第十四條。解釋新商法第十九條。以爲其所謂市町村之意義。乃在不施行市制町村制之地方。則以自來之町村或相類之區域充當之。在東京市京都市及大阪市。則以其各區充當之。至非訟事件手續法第一百五十八條。其所謂市町村之意義。於同法中。毫無所規定。是亦一缺點也。

攷其有缺點之原因。蓋非訟事件手續法第一百五十八條。本爲應揭載于商法中者。因有遺漏。故以手續法補之。若商法中有此規定。（即商法第十九條。若有此規定）則不唯無此缺點。且其體裁。亦得其宜。論者或謂非訟事件手續法第一百五十八條。乃所以使登記官吏了解新商法第十九條之適用者也。故一規定於手續法。一規定於商法中云云。但此說殊不足取。

使用已登記之商號之人。其姓名、住所、及營業所。皆有其登記。故其變更。乃登記事項之變更。須即時爲登記者也。（新商法第十五條）非訟事件手續法第六十一條第二項。謂商號登記者。若有變更姓名住所之事。當即時申請其登記。若此之規定。不過

明言其當然之理也。

由商號登記者之相續人或由商號登記者而讓受其商號之人。如欲承繼前者之商號而續用之。則爲已登記事項之變更。故須即時登記之。唯其申請登記時。可以書面爲之。其書面中。凡關於登記申請書之一般要件。（非訟事件手續法第一百四十九條第二項）皆須具備。此外當附加足以證明相續人之書面。或足以證明讓受人之書面。（讓受讓書）（新商法第十五條及非訟事件手續法第一百四十九條第一項及第一百六十一條第一項）

變更或廢止登記之商號時。當自登記商號之人。無所遲滯而爲變更消滅之登記也。申請登記時。得以書面爲之。惟其書面。凡關於登記申請書之一般要件。（非訟事件手續法第一百四十九條第二項）皆須具備。此外。在申請商號變更之登記時。則須記載其營業之種類。若由相續人或法定代理人而申請之時。則除以前在同一之登記所。已申請登記者外。當附加可以證其資格之書面於申請書。（新商法第十五條及非訟事件手續法第一百四十九條第一項第一百六十條後段第一百六十二條）非訟事



件手續法第六十二條第一項。關於此點。明示新商法第十五條之適用。然實則無用之明文也。

已登記商號之人。雖已變更商號。或已廢止商號。而遲滯其登記之時。可由有登記上利害關係之人。請求（申請）裁判所（登記所）抹消其商號之登記。此申請書得以書面爲之。或以口頭爲之。並可請登記官吏調製調查書。書中記載左之事項。由申請人或代理人。署名捺印。（新商法第十五條第二十四條第一項及非訟事件手續法第一條第八條第三十三條）

一、申請人之姓名、住所。

二、代理人爲申請時。其代理人之姓名、住所。

三、申請之趣旨。及其原因之事實。

四、年月日。

五、裁判所（登記所）之表示。

其他申請人。當呈出證據方法。其方法可使裁判所即時調查其證據。且可使信其主

張之真實者。用此以疏明（陳明）其有登記上利害關係。若有證據書類。則其原本謄本。當附加之。（非訟事件手續法第一條第九條第二項第十條第三十三條第六十三條及民事訴訟法第二百二十條）

若有抹消商號之登記之申請。則裁判所（登記所）對於登記商號之人。告知其事。且定不及一個月之相當期間。若有異議。則催其於其期間內。申立其異議。若受告知及催告者。或不知其居所時。則以同於登記公告之方法。於告知及催告之外。在登記所所認為相當之新聞紙上。揭載其同一之公告。（新商法第二十四條第二項及非訟事件手續法第六十四條）

于登記所所定之異議申立期間內。其登記商號之人。並不申立異議時。則登記所。可直抹消其商號之登記。（新商法第二十四條第二項）

登記所所定之異議申立期間內。其登記商號之人。如有異議之申立時。則登記所用附加理由之決定。以裁判之。因此裁判。而其權利及所害者。（對於却下異議申立之裁判。則惟申立人。得為即時抗告。）則對於此裁判。自裁判告知之日起。於七日內。可

向直近上級裁判所爲即時抗告。有即時抗告時。則原裁判之執行當然停止。而抗告裁判所。用附加理由之決定而裁判之。對此抗告裁判所之裁判。則非以其爲違背法律爲理由。不得再爲即時抗告。（非訟事件手續法第十七條第一項第二十條第二十二條乃至第二十五條第六十五條及民事訴訟法第四百六十六條）若認異議之申立爲有理由。而却下抹消登記之申請之裁判。已確定時。則不抹消商號之登記。若認異議之申立爲無理由。而却下其異議之裁判。已確定時。則登記所直可抹消其商號之登記。

#### 第八款 商號權

使用商號之人。關於其商號。有二樣之權利。即自己使用其商號之權利。（積極的商號權）及使他人不得使用同一類似之商號之權利。（消極的商號權）斯二者是也。總稱此二者。曰商號權。

##### （第一）積極的商號權

使用商號之人。自己使用商號。即所謂在商業上。有用之以表示其自己之權利者也。

故其爲商行爲時。不獨得用商號以表示自己。即署名於手形及他種證券時。亦得用之也。

使用商號之人。其自己得使用之。此固然也。即支配人及他種代理人。亦可用以表示其自己。至支配人及他種代理人。代本人而署名於手形及他種證券時。可用本人之商號者。此更當然之理也。

凡商人。有自己使用商號之權利。又有使他人代自己而使用其商號之權利。是皆名爲積極的商號權。蓋此權利。非俟登記其商號後。而始發生。與商號之選定同時而發生者也。然至可以其權利而與人對抗之範圍。則因其商號之登記與否。而有大大差異也。

第一 不登記商號之時。此更可分爲二種。

一 舊商法施行以前（即明治二十六年七月一日以前）所選定之商號。蓋

有此商號者。雖不自行登記。且值他人已選定其同一類似之商號。而登記之時。亦得完全保有其積極的商號權。而得自行使用。且以其積極的商號權。不

論對於何人皆可對抗。即對於登記同一類似之商號者。亦得以抵抗之。（舊商法第二十六條但書及施行法第十三條第二項）

二 舊商法施行以後所選定之商號。蓋有此商號之人。雖不自行登記。而適值他人已選定其同一類似之商號。而登記之。則他人之選定。雖在其後。亦不得以其積極的商號權。而與登記商號之他人相抗者也。（不登記商號者。對於登記商號者。無以商號之同一類似為奇貨。而行不正競爭之目的者。則不在此限。）故有舊商法施行後所選定之商號。而不為登記。則其積極的商號權。以他人已選定其同一類似之商號。而登記之之故。其範圍遂因之而狹縮。（舊商法第二十六條舊商法施行條例第一條及新商法第二十條施行法第十三條第二項第十四條第十五條）

第二 登記商號之時。此時得以完全享有其積極的商號權。並對於用同一類似之商號。而行不正之競爭者。得與之對抗。

（第二） 消極的商號權。

使用商號之人。有使他人。不得以不正競爭之目的。而使用同一類似商號之權利者也。故他人。若以不正競爭之目的。而使用其同一類似之商號時。則對於此。得請求損害賠償。並得請求停止其使用。然在以下諸種之時節。而使用商號者。則無此權利。  
(新商法第二十條第一項及施行法第十三條第二項第十五條)

一 使用商號之人。不登記商號時。(雖自舊商法施行前而使用其商號者。亦同。)在此時。不論對於何人。無消極的商號權。

二 使用商號者。於新商法施行以前。在東京市大阪市。已登記商號。然自新商法施行日起。于六個月內。仍不至其市之他登記所內。登記商號時。此時。在未嘗登記之登記所所管轄之區域內。其人。已失前所列舉之權利。即已失其消極的商號權也。然在其他地方。仍不失其消極的商號權也。

三 自舊商法施行前。他人已使用其同一類似之商號時。在此時。則對於其人。不得有消極的商號權。然對於他人。仍有消極的商號權也。

四 于舊商法施行後。他人已得使用商號之人之承諾。而用同一或類似之商

號時。在此時對於其人。亦不得有消極的商號權。然對於他人。仍有消極的商號權也。

在舊商法施行之時。而在非同一市町村（在不施行市制町村之地方。則以從來之宿驛町村等當之）之地方。他人已登記同一類似之商號。則對於此人。尙得有以上所述之權利乎。且可請求停止其商號之使用乎。可請求損害賠償乎。在施行法中。關於此點。並無例外之規定。則仍當積極以決定之。然自立法上觀之。終欠完備。

有不正競爭之目的與否。當由使用商號權之人（即原告）證明之也。然在同市町村内。（若在不施行市制或町村制地方。則以從來相類之町村及他種類於此之區域充之。在東京市京都市及大阪市等地方。則以其各區充之。）營同一之營業。而使用他人已登記之商號者。則可推定其爲有不正競爭之目的。故無須使原告證明被告有不正競爭之目的。反須使被告證明其無不正競爭之目的也。（新商法第二十條第二項及施行法第十四條）

原告對於被告。主張有不使被告用同一類似之商號之權利。而被告對於原告。亦主

張有不使原告用同一類似之商號之權利。以與之抗辯。則當如何處置。其在法律。並不依商號登記之順序。而區別其權利之優劣。故于原被告中。不能視誰先登記商號。以決定孰爲是者。縱依登記之順序。而決定其是否。亦有不妥。蓋若原被告同時商號登記。則此標準。復不可用。新商法之規定。不及乎此。亦其缺點也。

### 第九款 商號之讓渡

商號。可由于契約。有償或無償而讓渡者也。當讓渡時。或並其營業而讓渡之。或僅讓渡其商號。於舊商法明文中。不許僅讓渡其商號。必並其營業而讓渡之。但新商法。則已刪除此條。我輩由商號讓渡之性質而推論之。商號並不與營業相連。故得謂可僅讓渡其商號也。（商法要義參照）

使用商號之人。得讓渡其商號。然不自行登記商號之人。亦得讓渡之于人乎。是一疑問也。或人見新商法第二十一條中。有『商號之讓渡。若以不登記。則不得與第三者對抗。』之規定。以此爲根據。而謂可讓渡其商號。專限於登記其商號者云。然此條文中。所謂讓渡商號者。所以表明欲以其讓渡而與第三者對抗者。不可不先登記商號。



也耳。吾未見其有使在當事者間。生効力之讓渡。亦須限登記商號者之用意也。蓋此疑問。非自商號權之性質及商號讓渡之効力而解釋之。到底不能決之也。（評論於後）

讓受商號之人。須在讓受之當時。與讓渡人同營一種之商業者乎。抑不營與讓渡人同種之商業者。亦可乎。日本舊新兩商法。皆無明文。並不定其制限。似可解作其無制限。雖然。是終不免陷於淺薄之見。蓋營一種商業。而爲商法上所認之商人者。乃關於其商業。始可使用其商號。非營商業者（即非商人）則不得使用其商號。故讓渡之當時。若非營商業者。則不得讓受其商號。此無待論也。商號乃專就特種之商業而有其効力者也。不營與讓渡人相同之商業者。雖讓受其商號。非開始與讓渡人同一之商業。則不得續用其商號。（新選定同一文字之商號者。則作例外論）夫商號之讓渡。於法律上。無何等之意味。故我輩排斥後說。而採用前說。

又讓受商號之人。須與讓渡人同其種類否乎。換而言之。蓋讓受自然人之商號者。必限於自然人乎。讓受合名會社之商號者。必限於合名會社乎。讓受合資會社之商號

者。必限於合資會社乎。讓受株式會社之商號者。必限於株式會社乎。讓受株式合資會社之商號者。必限於株式合資會社乎。夫自然人之商號。不得用「合名會社」「合資會社」「株式會社」及「株式合資會社」之文字。反於此。合名會社之商號。須用「合名會社」之文字。合資會社之商號。須用「合資會社」之文字。株式會社之商號。須用「株式會社」之文字。故雖自然人。讓受會社之商號。或合名會社。讓受其他會社之商號。或讓受自然人之商號。或合資會社。讓受其他會社之商號。或讓受自然人之商號。株式會社。讓受其他會社之商號。或讓受自然人之商號。或株式合資會社。讓受其他會社之商號。或讓受自然人之商號。然其讓受人。亦不得續用讓受之商號。不加變更。則不得使用也。讓受自己不得使用之商號。理論上之所不許。故我輩以爲讓渡人而爲自然人時。則讓受人。亦限於自然人。讓渡人而爲合名會社時。則讓受人。亦限於合名會社。讓渡人而爲合資會社時。則讓受人。亦限於株式會社。讓渡人而爲株式合資會社時。則讓受人。亦限於株式合資會社。

商號讓渡之効力。在讓渡人。則爲讓受人而拋棄其商號權。而同時在讓受人。則選定與讓渡人相同之商號。而取得其商號權者也。或謂商號讓渡之効力。即讓渡人之商號權。移轉於讓受人者。與物權及債權之讓渡。無所差別云云。然不知商號權。乃人格權之一。與物權債權之性質不同。故讓受人。自來營與讓渡人相同類似之商業。而使用同一之商號者。則讓渡人。僅拋棄其商號權。而讓受人。並無選定與讓渡人同一之商號。而取得其商號權之事。此非法律上所謂商號之讓渡也。

商號讓渡之効力。在一方。則拋棄商號權。在他一方。則取得商號權。故即不登記商號之人。苟有其商號權。亦得讓渡商號。然則何種事情。爲不登記商號之人。亦可有其商號權。何種事情。爲不登記商號之人。即無其商號權。此皆述於前款。參觀之可也。

商號讓渡之効力。在當事者間。僅以其讓渡之意思表示（契約）而當然發生者也。讓渡登記之公告。固不須爲之。即他種方式。亦所不需。反於此。若對於第三者。僅以讓渡之意思表示。則不足也。既登記而履行公示之方式後。始得以讓渡之効力。與第三者對抗。（新商法第二十一條）在讓受舊商法施行前所使用。而尙未登記之商號時。亦

得適用新商法第二十一條及非訟事件手續法第六十一條之規定乎。抑亦得適用新商法第二十一條及非訟事件手續法第一百五十九條之規定乎。此最費思索之疑問也。夫新商法第二十一條並不問其商號已登記與否。而在施行法中亦不另設例外。故在讓渡未登記之商號時亦得適用。至非訟事件手續法第六十一條則僅規定讓受已登記之商號者。其於讓受未登記之商號者則未嘗論及。且讓渡人有自舊商法施行前使用其商號而與他人所登記者相同者則受此人之商號之讓受人。若申請登記則當如何。其百五十九條未嘗豫想及之。此不可謂非法文之缺點也。商號之讓渡雖登記其事。然亦不得因此以妨害第三者之權利。此蓋在乙之市町村。有營業所之人。讓受在用市町村有營業所者所使用之商號時。而於讓受人之營業所所在地方。本有營其同一之營業。而使用其同一之商號者。則讓受人不得於其地。登記其讓受商號而使用之。是雖商法中無明文。然亦理所當然也。

### 第三節 商業帳簿

#### 第一款 商業簿帳之意義

商業帳簿。商人所以明確其商業上之計算。而作成之帳簿也。商業帳簿之語。有實質上之意義。有形式上之意義。其形式上之意義。又有廣狹二義。

第一 實質上之意義。蓋此意義。即指商人所以明確其商業上之計算。而作成之一切帳簿而言也。在法律上。並不區別商人之義務所應作成者。及商人所任意而作成者。

第二 形式上之意義。蓋此意義。即商人照法律上之規定。所以明確其商業上之計算。而作成之帳簿是也。商人若不照法令之規定。任意而作成其帳簿。則在法律上。不稱之爲商業帳簿。此意義之商業帳簿中。更分廣狹二義。

一 廣義 廣義上所稱之商業帳簿者。照新商法第一編第四章。『商業帳簿之規定』而作成之帳簿。固屬於其中。即照第二編第四章第五節。『會計算之規定』而作成之書類。及照其他法令之規定。而作成之一切帳簿。亦皆包含在內。

二 狹義 狹義上所稱之商業帳簿者。專指照本法第一編第四章。『商業帳

簿之規定』而作成之帳簿而言也。如日記帳、財產簿、目錄帳、及貸借對照表帳等。皆是。

商業帳簿之語。須區別實質上之意義。及形式上之意義。形式上之商業帳簿。非有法律規定。則不存在。蓋非採干涉主義之法制之國。則不存在。至實質上之商業帳簿。則無法律上之商業帳簿之規定。亦可存在。蓋在放任主義之英米法律。及日本舊來制度之下。亦可存在者也。

### 第二款 關於商業帳簿之主義

作成商業帳簿。爲商人之義務與否。此在各國立法例上。有二主義。

第一 放任主義 在英米法律上。並無作成商業帳簿之義務。故其法律。亦不設關於商業帳簿之規定。

第二 干涉主義 在歐洲大陸諸國。其法律。令商人有照一定方式而作成某種

帳簿之義務。故於其商法中。必有關於商業帳簿之詳密規定。其中最嚴重者。爲西班牙舊商法。寬大者。獨逸新商法。澳太利商法。及匈牙利商法等。

開編纂商法之先聲。而爲各國商法之模範者。爲佛蘭西國。其國於一千七百六十三年。路易第十四世之勅令第十一章第十一條。令商人各設備帳簿。違者。處以詐欺破產之刑（死刑）是爲立法上關於商業帳簿。而採干涉主義之最先者。然其刑罰。過於慘酷。故實際上。殆不能適用。未幾。即廢止矣。其後。至一千八百七年。編纂商法時。於第一編第二章中。新設關於商業帳簿之詳細規定。違之者。處以有罪破產之刑。此亦干涉主義之規定。其後。爲各國多數立法例之模範。如日本新舊商法。亦倣此也。

日本舊來法令中。對於商人。不命其作成商業帳簿。是亦同於英米法之採放任主義也。迨至明治二十六年七月一日。僅對於商事會社。施行舊商法第一編第四章之規定。故其日以後。對於商事會社。亦如歐洲大陸諸國之採用干涉主義。及在新商法中。則對於一般之商人。亦令其作成商業帳簿。是可謂全然如歐洲大陸諸國之採干涉主義也。要之日本之法制沿革。由放任主義。而進於干涉主義。在始終如一。固守放任主義之英米。將來果得前後貫徹乎。抑他日亦將移於干涉主義乎。此關係于日本之沿革。所當注意者也。

英米之所以採放任主義者。因同國人民間。不羈獨立之觀念盛行。厭法律之干涉。而其國人民。尤富於進取的之氣象。雖法律不命令之。而帳簿之作成。有明確計算之利益。故皆自行作之。其不作成帳簿者。即時失墜商業會社之信用。此較之處以禁錮罰金之刑。尤感苦痛。故結局用輿論之制裁。以強制其作成帳簿。故採放任主義之英米。其商人間。實無不作成商業帳簿者。

且英國之破產者。可向裁判所。請求其下免除命令。然破產者。當營職業時。若不作成通常必要之帳簿。而又不明示其受破產處分于前三年內之商行爲及會計之狀態。則裁判所可不發免除命令。或在一定之期間內。停止其實行。或附以條件而發之。若不作成營職業所需之通常帳簿之破產者。則以爲有罪破產。處以二年以下之重禁錮。輕禁錮。其所以若是者。仍不外乎間接以強制其作成商業帳簿也。在日本採放任主義之時。其商人。亦作成商業帳簿。一如英米。然觀于法律無規定。而各商人皆作成商業帳簿之事實。不足以決定干涉主義與放任主義之利害得失也。

干涉主義極端之弊害。徒使各商人負煩雜之義務。重敏速輕便者。乃商業實際。而與



相背戾。使不精於法律簿記等之商人。照一定法令。依一定方式。以作成帳簿者。是責其所不能。而使拋棄其自行作成帳簿。所得之利益。且對於不作成帳簿者。而科其刑罰。實爲苛酷。斯三者。實爲弊之重大者。至放任主義極端之弊害。則使各商人。曖昧其營業上之計算。易於詐害債權者。以壟斷不正之利益。在破產時。其弊害尤多。

我輩以爲關於商業帳簿。其主義之最適當者。不在放任主義。不在寬大主義。而在干涉主義中之嚴重主義。如日本舊商法。則以其國。從來採用放任主義。一旦設嚴重之規定。於商業會社。不獨有激變。且究非可堪也。故採寬大主義。至新商法。亦採同一之主義。然所以使商人擔負作成商業帳簿義務者。以國家監督其商業。整理其秩序故也。則欲達此趣旨。使商人負煩雜之義務。何所不可。即附以刑罰之制裁。而強制之。亦屬至當之事。若在破產之時。對於違背商業帳簿之義務者。科以刑罰之制裁。而以爲正當。則不至破產。而違商業帳簿之義務者。即用刑罰之制裁。科之。以防有罪破產於未萌。是爲必需而適切者也。故我輩以爲新商法之規定。而關於商業帳簿者。失之於寬大。但此事。不徵於實施上之經驗。到底不能精確斷之也。

### 第三款 商業帳簿之設備

營商業者（即商人）須備商業帳簿。蓋此義務。在營一種之商業。或營二種以上之商業。皆無所異否。易而言之。即各種之營業。不必各備其種之商業帳簿乎。夫財產目錄帳。及貸借對照表帳。各商人止備一冊足矣。此其性質上觀之。亦毋庸疑也。至於日記帳。則不能無疑。然以愚見觀之。以爲法律對於各種之營業。既無使各備日記帳之規定。則商人就各種之營業。可任意備各別之日記帳。總而言之。可解釋之爲法律無必爲之義務也。

商人須設備商業帳簿之義務有三。「第一」關於其帳簿之種類。「第二」關於其帳簿之方式。「第三」關於其設備帳簿之處所。故我輩區分須設備之商業帳簿之種類。須設備之商業帳簿之方式。及須設備之商業帳簿之處所之三項。而說明之。

#### 第一項 須設備之商業帳簿之種類

就商人所當設備之商業帳簿之種類。於各國立法例上。互有差異。唯須設備日記帳者。爲各國立法例所同認。至於產財目錄帳。貸借對照表帳。及書狀控帳等。有規定爲

須設備者。有規定爲不必定須設備者。在日本新舊商法。則須備日記帳、財產目錄帳、及貸借對照表帳之三者。至於書狀控帳。可不必備。

苟設備書狀控帳。則每日發送之一切信書及其中關於營業者。均須謄寫。然自各商人（而以大商人爲最）觀之。實不勝煩雜。但與其他帳簿對照時。足以知其營業之狀態。國家欲維持商業社會之秩序。監督其商業。實以此爲最適切。故除關於商業帳簿。全然採用放任主義者外。在此外之各國立法例。皆使其設備日記帳及書狀控帳等。日本新舊商法。所以不倣之之理由。實不得而知。或因謄寫術之發達。尙未普及。即使其設備。而於實際上。亦恐不能行之故歟。然如新商法第二十八條。既使關於營業之信書。皆須保存。則何妨更進一步。使設備可以對照考究之書狀控帳。此蓋甚緊要也。立法者慮施行之困難。而不使其設備者。亦屬遺憾之事。

## 第一 日記帳

日記帳云者。即記載每日之取引及他種影響于財產之事項之帳簿也。（舊商法第三十五條及新商法第二十五條）在佛蘭西、伊太利等商法。法律上稱之爲日記帳。

日本新舊商法及獨逸商法等。則法律上無日記帳之名。僅依其所記載之事項。與其他之帳簿區別而已。蓋由日日記入之一點觀察之。則日記帳之名。最爲適切。故一般用此語。在新商法之解釋。則並非法律附以此名者。即用各種名稱。亦無窒礙。（例如當座帳、諸用帳等之名稱）

## 第二 財產目錄帳

商人當於一定之時期。作財產目錄。以此記載於特設之帳簿內。此帳簿名曰。財產目錄帳。（舊商法第二十二條第三十二條及新商法第二十六條第二十七條）然此乃便宜而用之者。非法典上所有之名稱。故不論用如何名稱。皆無礙也。

在外國之立法例。其財產目錄。不必一定記載於帳簿。雖然。此種立法例。因不備財產目錄帳。故必須保存其財產目錄。是則實際彼此無甚差異。然由保存之點觀察之。不如使記載于帳簿之爲得計。故日本新舊商法。使商人。必備記載財產目錄之帳簿（即財產目錄帳）也。

財產目錄帳。當特別設備之。不能與日記帳共用者。固無待言也。即與其他之帳簿。亦

不能共用。(唯貸借對照表帳。不在此限。)是因新舊商法。有「特設帳簿」云云之規定。故當如是者也。

### 第三 貸借對照表帳

商人當于一定之時期。作貸借對照表。而記載之于特設之帳簿。其帳簿名曰貸借對照表帳。(舊商法第三十二條第三十三條及新商法第二十六條第二十七條)其名稱。亦便宜而用之。于實際上。固不論用何種名稱。皆無妨礙。與財產目錄帳無所異也。在外國立法例。其貸借對照表。亦有如財產目錄。不必一定記載於帳簿。然此法例。因不備貸借對照表帳。故必保存其貸借對照表。是則于實際上。亦無甚差異。但由保存之點觀察之。不如使記載于帳簿之爲得計。故日本新舊商法。亦如財產目錄帳。必使其備貸借對照表帳者也。

貸借對照表帳。亦如財產目錄帳。當特別設備之也。其不能與日記帳共用者。亦與前同。即與其他之帳簿。亦不得共用。然與財產目錄帳共用。則無妨礙。此蓋新舊商法。對于財產目錄及貸借對照表。止有須記載于特設帳簿內之規定。而無須記載于特設

帳簿內之規定。故可如是者也。

### 第二項 設備商業帳簿之方式

日本新舊商法。僅規定商人須備商業帳簿之事。其于所當設備之商業帳簿之方式。則別無規定。然法律既對於商人。命其備商業帳簿。照一定之方式。而記載一定之事項。則所以使他日不得變更增減。以維持帳簿之真實。必須有一定之方式以防之也。而無所規定。吾不知其故。

在佛國、獨國及其他諸國之立法例。雖有寬嚴之別。然對於須設備之商業帳簿之方式。無不設有規定者。今以爲參攷。而舉其所規定之重要者如左。

第一 帳簿當用製本 是在德國新舊商法及澳大利商法等。以明文規定者也。

在法國。則雖無明文之規定。然據其他之規定。以探究其精神。則可作同一解釋。此學者之所一致也。苟帳簿當用製本。則記載于非製本之紙片者。其無商業帳簿之効力。固不待言矣。

第二 帳簿之每葉。須順次附以番號頁數。是在獨逸新舊商法、澳大利商法、佛

蘭西商法及伊太利商法等。皆以明文規定者也。在獨逸、澳太利。則商人于每葉自行附以番號。在佛蘭西、伊太利。則商人不得自行附之。須由商事裁判官或地方行政官附之也。（但不徵手數料）蓋于每葉附以順次之番號者。防其後日增減變換其帳簿。故由此推想。法典之所謂附商號者。不僅在各葉附以番號。即在終末之紙葉。其番號之傍。亦須記載最終葉字樣。今以上所述爲法文之解釋。而論其當否。雖終不能無疑。然以爲此說。揆諸立法之趣旨。所以在商業帳簿之各葉。使附加番號者。最爲適切。是不難斷言者也。

第三 於帳簿之各葉。附記番號之官吏（商事裁判官。或地方行政官）須各葉所附記之番號之傍。不需手數料而押其花押（Paraphes）（記入姓之第一字）。是在許商人自行附記番號之法制之國。如獨逸、澳太利等。則無此規定。至在使官吏附記番號之法制之國。如佛蘭西、伊太利等。則有此規定也。所以爲此規定之理由。以僅使官吏附記番號于每葉。而官吏所附記之番號。無判定其真僞之標準。則他日變更時。無證明之途也。

第四 於帳簿各葉附記番號之官吏。須不需手數料。而檢署 (Wizog) 于其帳簿。是在其國法制。使官吏附記番號於帳簿各葉。而使畫花押者。如佛蘭西、伊太利等。始有此事。蓋檢署云者。即記載已履踐上以方式之字樣。及其帳簿之用法。而署名於其上之謂也。在佛蘭西商法。雖不明言當檢署時。當記載總葉數及檢署之年月日等。而解釋之者。以此爲當然。但在模倣佛蘭西之二三國。皆以明文規定之也。

在獨逸、澳太利、佛蘭西、伊太利及其他各國。若不用以上之方式者。爲其法律所不認爲商業帳簿也。即事項之記載於此者。亦不認爲記載于商業帳簿也。是以此等之方式。必于記載帳簿以前而履行者也。

### 第三項 當設備商業帳簿之處所

在日本新舊商法。概不規定其當設備商業帳簿之處所。可聽商人之便宜。或備之于住所。或備之于營業所。若有數營業所。(本店及支店)則僅備之于一處。亦可。或于各營業所皆備之。亦可。法律對乎此。毫不加以制限。蓋有數營業所時。在其所有之營業



所。各設備商業帳簿。要爲便利。徵之于實在情形。亦無不然。但法律上。並無規定。使各營業所。必備商業帳簿也。

#### 第四款 商業帳簿之記載

商業帳簿。僅僅設備。猶不足也。非使各商人。于其所設備之商業帳簿中。記載一定之事項。則究不能達其設備帳簿之趣旨。此所以記載一定之事項于商業帳簿者。爲各商人之義務也。今分之爲當記載于商業帳簿之事項。及記載于商業帳簿之方式。說明其義務于下。

#### 第一項 當記載于商業帳簿之事項

在商業帳簿。凡法律所定之事項。皆須記載于其中。而其記載之事項。尤必須真實。蓋凡實際存在之事項。而須記載于商業帳簿中者。皆不可遺漏。不可變更。而當記載之也。故不得以實際不存在之事項。作爲實際存在之事項。而記載之。若商業帳簿之記載不真實時。即稱爲不正之記載。

記載於商業帳簿之事項。不可不真實者。固然也。但其真實之事。僅主觀而以爲真實

即可乎。（蓋商人自信爲真實之事項而記載之。假使其事項。反於真實。則爲不正之記載乎。）抑亦須客觀而以爲真實者乎。我輩以爲若須其事項爲客觀的之真實。則斷不得行之于實際。而單以主觀的真實爲已足。則必有知其不真實而記載之。且尙主張彼乃信爲真實而記載之者。此大可慮也。然因此而排斥主觀主義。則不可也。蓋雖主觀而信爲真實者。即可認爲真實。但信爲真實者。必須有相當之注意。若無此相當之注意。安信其事項爲真實而記載之。則與知其事項之不真實而記載之者同。如是。庶主觀主義。不至濫用。並可不至用客觀主義。而責人以不能。要之商人記載其事項于帳簿。當以相當之注意。判斷其事項之真實與否。認爲真實。則記載之。認爲不真實。則不記載之可也。

記載於商業帳簿之事項。依帳簿之種類而異。茲別其類。而說明于左。

（第一） 記載於日記帳之事項。

記載於日記帳之事項如左。

一 日日之取引 此即商人每日所爲之商行爲也。此不獨以營業爲目的之商

行爲。即因營業而爲之商行爲（不能證明非營業之一切行爲）亦須記載之。

二 他種影響于財產之一切事項。凡商人增減財產（不獨於商人營業上組成資本之財產而資本以外之財產亦包含在內）之事項。不問其爲法律行爲。爲不法行爲。或爲其他事項。皆須記載之。

以上之事項。須一一記載。若總括每日分。或總括一週分。或總括一個月分而記載之。則法律所不許。若日常之細事。亦逐一記載之。則反令帳簿之記載。過于錯雜無稽。故制限事項。特設例外。且記載每月每日之總額。即已足矣。

一 小賣取引。小賣取引。不必一一記載。分現金賣與賒帳賣。而記載其每日所賣之總額。（此指金額。非指物品之數量）則已足矣。但小賣以外之取引。涉於些細者。法律上並無規定其事之明文。當解作一一須記載者。然則各人所買入之少額物品。因短距離之運送。而得之少額運送賃。及在劇場、寄席、及他種以來客爲目的之集會屋。因來客而得之少額入場料。皆須一一記載。此可謂不勝瑣屑矣。

在日本。從來指示少額之取引而有一定之範圍之語。于習慣上。尙未發見。故些少取引及少額取引之語。而以爲當記載每日總額者。則頗缺明瞭。但較之以其例外之範圍。僅限于小賣取引者。則稍得其當也。

二 家事費用 家事費用。亦不必一一記載。僅記載其每一月之總額足矣。但如社會等。素無家者。則無家事費用。故雖日常些細之費用。亦當一一記載之也。

以上。爲一般之商人所當記載于日記帳之事項也。(舊商法第三十一條及新商法第二十六條) 其他在特別之商人。當記載于日記帳之事項。亦有規定。茲列舉于左。

一 仲立人。當其所媒介之商行爲。于當事者間。已成立時。須以左之事項。記載于帳簿。(新商法第二百九條第一項)

甲 各當事者之姓名及其商號。

乙 行爲之年月日。

丙 行爲之要領。

二 倉庫營業者。以預證券及質入證券交付寄託者時。須以左之事項。記載于帳

簿。(新商法第三百六十條)

甲 受寄物之種類、品質、數量及其捆包之種類、個數並記號。

乙 寄託者之姓名及其商號。

丙 保管料。

丁 若定保管之期間時。則其期間。

戊 若付保險于受寄物時。則其保險金額、保險期間、保險者之姓名並其商號。

己 預證券及質入證券之番號。及其作成之年月日。

此外。倉庫營業者。因遺失預證券、質入證券之所持人之請求。使供出相當之擔保。而更交付證券時。則須以其事記載于帳簿。(新商法第三百六十六條但書)又因寄託物之競賣代金。不能抵當其記載于質入證券之債權全部。故記載其所支拂之金額于質入證券。而返還其證券時。則亦須以其事記載于帳簿。(新商法第三百七十一條)

又于日記帳內。應記載記載之月日與否。亦一問題也。蓋帳簿之須記載其記載之月

日者。通例也。在日本新舊商法。別無明文。似不以此爲必要事項。然逐序而記載者乎。且何時所記載乎。殊不明瞭。欲明瞭以區別之。則不若記載其月日。日本新舊商法之所以不加之于必要事中者。殊一疑問也。

## 第二 記載于財產目錄之事項。

記載于財產目錄之事項。即財產目錄是也。財產目錄中。有依法律之規定。義務之所應作成者也。有不論其法律之規定如何。任意而作成者也。商人所作之財產目錄。不必須記載之物。唯照關於商業帳簿之規定。（即新商法第二十六條及第二十七條）而作成之者。則必記載也。（舊商法第三十二條第三十三條及新商法第二十六條第二十七條）

財產目錄。商人財產之總目錄也。不問其爲積極的財產。爲消極的財產。或爲關於營業之財產。或爲不關於營業之財產。無所區別。皆須逐一記載之也。今以新商法定爲所應記載之事項。列舉于左。（新商法第二十六條第一項）

## 一 動產。

二 不動產。

三 債權

四 債務。

五 其他之財產。

財產目錄中。須記載個個之財產。若總括數個之財產而記載者。則非財產目錄之本旨。從來之慣例上。以財產目錄。與貸借對照表等之貸方。視爲異名同物。是實忘却調製二者之目的之差異。亦誤之甚者也。

所以使作成財產目錄者。欲知商人之財產。以何者組成。有幾何之價格。且欲藉以知在何時。其財產之現額。增加若干。在何時。其財產之現額。減去若干。以詳知其變動。增加減者也。若僅記載其財產。則甚不便。蓋財產之價格。時有變動。以今日之價格。欲推知曩日之價格。殆非所能。即使取引所及其他市場。有公定之市面。然亦因種種之事情。遂生變動。容不能概照市面之價格者也。無市面價格之財產。儻若不于調製財產目錄時。規定其可正確比較之方法。使容易知得其財產價格。則無法以救其弊。故使調

製財產目錄之商人。附記當時之價格。是實最簡便適切者也。是以各國立法例。皆命其商人記載其動產、不動產、債權、債務及其財產於財產目錄。附記其調製目錄時之價格。日本新舊商法亦倣之。于財產目錄中。附記調製時之價格。至關於作成財產目錄之時期。當區別其爲自然人及會社。今列示如下。

第一 自然人。

一 開業之時。

二 每年一回一定之時期。

右之規定。即作成財產目錄之時期也。

第二 會社。

一 會社之設立登記時。

二 每年一回一定之時期。若每年二回以上。分配利益者。則其分配時期。

右之規定。即作成財產目錄之時期也。（新商法第二十六條第一項及第二十七條）  
開業或設立登記以後。定時期而使每年作財產目錄者。所以謀詳知財產狀態之變



化。以比較財產之增減也。較之舊商法之規定。雖已改良。然尙不得謂其完全也。蓋

第一 會社設立登記時云者。謂在本店之所在地。而爲設立之登記者乎。抑謂在本店及支店之所在地。而爲設立之登記者乎。或謂係在本店之所在地。而爲設立之登記者。雖然。果此係指示本店所在地之登記者。則新商法應有明言。此蓋其文例。(新商法第四十五條第四十六條及第四十七條)以余觀之。此終欠明瞭。

第二 會社。若于每年中。二回以上。分配利益。則令其於分配時。作財產目錄。此所以明其損益。詳其分配時之財產狀態者也。然則每年中。一回分配利益之會社。僅于每年一回之一定時期。使其作財產目錄者。猶不足也。于其分配期。亦須作之。而無此規定。則又不能無疑者也。

記載于財產目錄之事項。及作成財產目錄之時期。已如前所述。財產目錄帳中。當記載其照此規定所作成之財產目錄者。乃不可忽略也。至作成財產目錄之年月日。當記載于財產目錄帳中與否。則不論日本新舊商法。即各國立法例上。亦無所規定。是

亦一缺點也。

### 第三 當記載於貸借對照表帳之事項

當記載于貸借對照表帳之事項。即貸借對照表是也。蓋貸借對照表。亦如財產目錄。有商人照法律規定。以爲義務而作成之者。有不拘法律規定。任意而作成之者。商人所作之財產目錄。不必記載于其中。唯照關於商業帳簿之規定。（即新商法第二十六條及第二十七條之規定）而作成之物。則必記載之也。（舊商法第三十二條第三十三條及新商法第二十六條第二十七條）

貸借對照表。乃由表裏二面。以觀察商人之財產狀態。而記載其所得之結果之書面也。換言之。蓋于一方。以商人現有之積極的財產。類別爲數項。而列舉之。於他一方。則以商人現有財產之出所爲標準。而類別其債務（即消極的債務）爲數項。其商人所對於債務而必須現有之金額。亦類別爲數項。而列舉之。若前者超過後者。則以其金額爲利益。而加入于後者中。若後者超過前者。則其金額爲損失。而加入于前者中。以此平均二者之金額。是即貸借對照表。所以稱爲財產目錄之摘要者也。總之不外乎

使商人之財產狀態。一目瞭然而已。（新商法第二十六條第一項）

貸借對照表。須分相反對之二欄。其一方名曰貸方。他方名曰借方。（新商法第二十六條第一項）然則當以積極的財產。及其損失爲貸方。以消極的財產。及其他現有之金額。及其利益爲借方乎。抑當以積極的財產。及其損失爲借方。以消極的財產。及其他現有之金額。及其利益爲貸方乎。此日本新舊商法解釋上之一疑問也。商法中之所謂貸方及借方者。與民法上之所謂貸借。非同一之意義。然此係主觀的觀察之名稱乎。抑係客觀的觀察之語乎。亦不可不思慮者也。於簿記學上。兩說皆無不可。蓋貸方及借方二語。各有全反對之二用法。然于商法上。則與之不同。夫舊商法第一千十七條。謂貸方之超過借方。若判然時云云。此蓋以積極的財產爲貸方。以消極的財產爲借方者也。故關於貸借對照表。亦當採用同一之解釋。以積極的財產。及其損失。爲貸方。以消極的財產。及其他現有之金額。及其損失爲借方也。此即主觀的觀察也。（就此事之詳解。須將曩日同文館刊行之商業世界第一卷第十二號參觀之）

貸借對照表之性質。既如是。故對照貸方及借方時。必以金額表明之。是所以新商法

關於財產目錄。有必附以價格之規定。而關於貸借對照表。不掲載明文者也。

記載于貸借對照表之金額。與記載于財產目錄之價格。不可不符合乎。財產目錄。與貸借對照表。須同時作成乎。抑不必同時作成乎。是三者。乃相牽連之疑問也。我輩以爲財產目錄。不獨須與貸借對照表。同時作成。且貸借對照表。須以財產目錄爲基礎。而作成之。故記載于貸借對照表之金額。與記載于財產目錄之價格。萬不得相符合者也。

貸借對照表。須與財產目錄。同時作成之。故

第一 在自然人。

一 開業之時。

二 每年一回一定之時期。

第二 會社。

一 會社設立登記時。

二 每年一回一定之時期。若每年中。二回以上。分配利益。則其每分配期。

上所規定之時。即當作成之時期也。（新商法第二十六條第一項及第二十七條）貸借對照表。更當舉其全部。以記載于貸借對照表帳。至于其作成之年月日。明文以爲不必。故以不必記載解釋之。是實我輩之所遺憾也。

## 第二項 記載于商業帳簿之方式

各國法律。關於商業帳簿記載之方式。雖有許多之規定。但日本新舊商法。唯關於日記帳。則須整然明瞭而記載之。（舊商法第三十一條第一項及新商法第二十五條第一項）然既須定商業帳簿之方式。則亦須定商業帳簿記載之方式。此所以防後日增減變更商業帳簿之記載。而維持其真實者也。今先以各國法律所認之商業帳簿記載之方式。列舉于左。次及于日本商法之所規定者。

第一 商業帳簿中。于通常當記入之部分。不得存空白。于通常不當記入之部分。（即欄外）則不許記入。蓋前之規定。所以豫防他日記載于空白者。後之規定。所以使他日易辨明已記載與否者也。但此規定。有二例外。即

一 在有書狀控帳之制度之國。其實際上。多用徹寫帳。（*Presse a ropier*）夫

此方法可正確謄寫其信書也。且不至誤寫。故無須校正。但用此方法。則于書狀控帳中。必存空白。蓋其每葉。僅得謄寫一封信書。故一葉中。既已謄寫信書。則他信書。勢必謄寫于他葉也。是以此方法。雖有背于法律之明文。但自精神觀察之。則已完全無缺。是爲佛蘭西法學者所認定。於實際上。實所不得已者也。

二 已記載于帳簿之事項中。至後日而發見其有誤謬。或其義務。歸于消滅。亦不得記載其事于欄外。須以當時之年月日。更記載之。但欄外須加參照之符號。以明二者之關係者。則法律之所不禁。此亦爲佛蘭西法學者所認定者也。

第二 記載于商業帳簿之原內容。不得以畫線。或以其他之方法。令人不易解讀。並不許塗抹。是所以使其削除改正。必出于正當。蓋原文。至不能解讀。或塗抹其文字。則他日對于其削除改正。出于不正與否。必起爭端也。

第三 變更商業帳簿所已記載之事項。若用不能辨別其爲記載當時所爲者。抑爲後日所爲者之方法。則所不許。是所以防他日有不正之變更也。

第四 商業帳簿中。不許隔字記載。是防他日變更增減者也。

第五 商業帳簿。須以月日之順序而記載之。在日記帳書狀控帳。固無待言。即財產目錄帳。及貸借對照表帳。亦須依作成之順序而記載之。

第六 關於商業帳簿所用之言語及文字。有毫無制限者（佛蘭西、伊太利）有設制限者。其設制限者之中。亦有採嚴重主義。必用自國之言語及文字者（希臘、西班牙）亦有採寬大主義。用自國或他一二國之言語及文字者（露西亞）亦有限于一國或二三國之言語及文字。唯必須用自國一般所通用之言語及文字者（獨逸、澳太利）蓋關於商業帳簿所用之言語文字。若嚴重而制限之。則不便于商人。若全無其制限。一任商人之自由。則必有用隱語秘辭。及自國內所不知之他國語者。故關於商業帳簿所用之言語文字。雖不設規定。如佛蘭西商法者。而學者猶有以為必用自國之言語及文字者。然其無明文。不得如是解釋也。是亦為佛蘭西多數之法學者所一致。故不採用此說。日本新舊商法。與佛蘭西商法同。亦不設規定者也。故其解釋。亦無所異。

第七 商業帳簿。每年一回。須商事裁判官或地方行政官。畫花押 (Paraphes) (記入姓之首字) 檢署 (Vises) (記載已履踐方式之字樣而署其名) 于其上。但書狀控帳。不必履行此手續。在佛蘭西、伊太利等之法律。設此手續者。已說明于本節第三款第二項。蓋彼所以定商業帳簿方式者。使商人不得爲詐欺之記載。及變更增減其記載者也。且于法律所定之期間內記載。而先記載于他種秘密帳簿。待至後日。增減變換而轉寫之。其弊亦可因之杜絕。

在其國法律。不許商事裁判官地方行政官。干涉商業帳簿者。則無如是之規定。凡關於破產。則其國立法例。亦有與此類似之規定。蓋破產主任官。交付破產者之商業帳簿于破產管財人前。須認證其現狀者也。(舊商法第一千五條第三項)

第八 商業帳簿。當整然明瞭而記載之。(舊商法第三十一條第一項及新商法

第二十五條第一項) 是爲商業帳簿記載之方式之本旨。如以上所述之規定。皆敷衍或根原于此本旨者也。



日本新舊商法。唯關於日記帳。須整然明瞭而記載之。至關於財產目錄帳。及貸借對照表帳。皆無明文。因是可作二種解釋。(其一)須整然且明瞭而記載之者。限于日記帳。至財產目錄帳及貸借對照表帳。則可不必整然明瞭而記載也。(其二)日記帳。固當整然明瞭而記載之。即財產目錄帳及貸借對照表帳。亦須整然明瞭而記載者也。蓋前說者。以爲其法典之規定。只言日記帳之當整然明瞭而記載。至財產目錄帳及貸借對照表帳。則不設之規定。此蓋關於財產目錄帳及貸借對照表帳。採用反對之主義者也。然此法終不免過于拘泥字句。至若後說。則其結果。誠爲至當。然帳簿之必整然明瞭記載者。乃當然之理。法律何故僅就日記帳而言。若以帳簿之整然明瞭而記載者。非屬當然之事。則何以關於財產目錄帳及貸借對照表帳。在法典上。不設規定乎。故非以其規定。爲無用或以爲不完備。則明文之解釋。不得採用後說。蓋此二說者。各有缺點。然草案起草者之意見。在後說也。即于實際上。亦以後說爲妥當。即可知其商業帳簿者。不問其爲何。唯以整然明瞭而記載之可也。

整然云者。謂何事乎。明瞭云者。謂何事乎。此蓋事實上之問題。然要之整然云者。立其秩序而不錯雜之謂也。例如不從年月日之順序而記載者。即不得謂之爲整然。明瞭云者。使易了解其記載事項之謂也。若用秘辭隱語。則不得謂之爲明瞭。至在他種處所。則須應其事情。而決定其是否整然明瞭而記載者也。

在獨逸、佛蘭西及其他各國之立法例。關於商業帳簿記載之方式。皆有詳細之規定。至日本新舊商法。則僅規定其當整然明瞭而記載而已。蓋既有關於商業帳簿之規定。則必使實際上。奏其效用。而實際上奏效用之主要。在記載之方式。但自來習慣上。一任商人之自由。今一旦設束縛干涉之規定。亦甚不當。然因此而關於商業帳簿規定中。所稱爲骨子之部分者。皆排斥之。亦未免可惜。或有以日本新舊商法所謂整然明瞭而記載之條文。則代獨逸、佛蘭西及其他各國立法例之詳細規定也。故當作同一之解釋云云。但獨逸、佛蘭西及其他各國立法例。如前所列舉。其大部分。皆敷衍其整然明瞭而記載之原則者也。苟無明文。究不能作爲同一之解釋。唯遇事實問題。當判定其爲整然明瞭記載與否時。則可以其不照月日之順序而記載者。爲非整然記

載。以用秘辭隱語而記載者。爲欠缺明瞭。然此不過偶作同一之觀察而已。在佛蘭西、獨逸、澳大利、伊太利等之立法例。及日本新舊商法。關於商業帳簿之閉鎖。皆不設規定。蓋閉鎖云者。終結帳簿之記載之謂。不獨禁其以後再爲記載。且此係保存帳簿期間之起算點也。故當十分明確。在佛蘭西、伊太利等之立法例。代此閉鎖之方式。每年一回。使商事裁判官地方行政官。於商業帳簿中。（除財產目錄及貸借對照表。）畫其花押。而檢署焉。其制度。未免過于干涉。故亦不足取。然則以法律規定閉鎖之方式。以使其明確。亦至要之事也。

#### 第五款 商業帳簿之保存

商人當保持其商業帳簿。蓋既以法律規定各商人當設備商業帳簿。而記載一定之事項。則亦必使其以爲義務而保存之。若不使其保存。則商人果照法律之規定。以設備商業帳簿。記載一定之事項與否。亦不得而知。且于商業帳簿中。若有不利益之記載。他日皆須查究。若一旦毀滅。則其事之真相。亦無從知之。法律使商人負保存之義務者。僅在照法律而設備之商業帳簿。至于商人之不照法律而任意設備之帳簿。則

其事。關於商業其保存與否。亦任諸商人。斷不强其照法律而保存之也。（新商法第二十八條）

蓋商人所受取之與其營業有關之信書。雖非商業帳簿。於法律上。亦如商業帳簿。皆須保存者也。蓋與營業有關之信書。與商業帳簿相較。則得推知其營業之狀態。即使其信書。出於偽造。若以出信人爲質。則亦易于發覺。較之偽造商業帳簿。尤爲困難。兩者相較。此爲足以措信者。日本舊商法。關於營業而受取之信書。不令其負保存之義務。而新商法。即規定之。（新商法第二十八條）

新商法第二十五條。關於帳簿（即日記帳）不獨規定其須記載營業之事項。即非營業之事項。而影響于財產者。皆須記載。而于書信之保存。而採用反對之主義。在關於營業之書信。則令其保存。而不關於營業之書信。雖其中記載影響于財產之事項。亦不須保存。此何故也。蓋關於營業之書信。令其保存。既屬革新之一端。更進而使不關營業之書信。亦務須保存。則恐於商業會社。有急劇之變動。故不出此者也。

至關於會社清算之書類。雖非商業帳簿。亦使保存。已述于第二編。茲宜參觀之。（新

商法第一百一條第百五條第二百三十三條及第二百三十六條)

各商人關於商業帳簿及其營業而受取之書信。皆當保存之。則須貯藏之。務使不因火災及其他意外之事變。而至于毀滅。然使其負永久保存之義務者。亦屬無用。而徒令商人苦之而已。蓋所以使保存商業帳簿及書信者。不過欲藉此而得明其記載事項耳。至其記載事項。既已終了。其商業帳簿及其書信。既爲無用之時。則無須令其保存。且每年之商業帳簿。積聚而貯藏之。殊屬不便。故各國立法例。皆定當保存商業帳簿之期間。至其期間有長短。其起算點。亦有差異。如日本新舊商法。則定爲十年。新商法。則關於商業帳簿。規定其保存期間之起算點。爲當自帳簿閉鎖時起算者也。(舊商法第三十四條及新商法第二十八條)

商業帳簿。由閉鎖時起。保存至十年間。然則關於營業之書信。由何時起算。而保存至十年間乎。而新商法中。雖無關於此之明文。然當由受取時起算也。

商人有保存商業帳簿及關於營業書信之義務。其義務非俟其廢止營業。即行消滅。亦非俟其死亡。即行消滅。蓋商人雖已死亡。其相續人。亦負保存之義務。會社因合併

而解散時。則由承繼其權利義務者（即爲合併後存續之會社）或由因合併而設立之會社員擔保存之義。雖然會社之不因合併而解散。且清算已結了時。則以無代負保存之義務者之故。遂不可不定一特別之處分。故舊商法。在合名會社或合資會社。則由其社員當保存之責。在株式會社。則由株式總會所決議委任其保存商業帳簿及其他書類之人。當保存之責。在新商法。謂在合名會社及合資會社。則由社員之過半數所決定之人。當保存之責。在株式會社及株式合資會社。則由因清算人及他利害關係人之請求。而裁判所所選任之人。當保存之任。（舊商法第三百三十四條第三百三十七條第二百五十四條第二百五十五條第一項第五號新商法第一百一條第三百五條第二百三十三條第二百三十六條及非訟事件手續法第一百二十六條第三項）

在舊商法。關於解散之會社之商業帳簿保存期間。不設特別之規定。以其爲當照一般之規定。故雖于商業帳簿以外之書類所應保存之期間。規定缺如。但對於其保存商業帳簿之期間。則無容疑也。新商法。則規定商業帳簿及關於營業書信之保存期

間。而對乎解散之會社。又特規定其商業帳簿及關於營業書信之保存期間。會社之商業帳簿。及關於營業之書信。關於清算之一切書類。概自清算結了之登記後。（在合名會社合資會社。以定款或總社員之同意。選定方法。以處分會社財產。則以在本店之所在地。而爲解散之登記標準。）須保存至十年間。故其對於商業帳簿之一般規定。關係複雜。遂惹起其疑問。蓋右述之規定。係指示一般規定之適用者乎。抑規定一般規定之例外者乎。是不可不請求也。若前述之規定。係指示一般規定之適用。而非其例外。則規定清算書類之保存期間。即已足矣。至于商業帳簿及營業書信之保存期間。則可不必規定之也。何則。蓋商業帳簿及營業書信之保存期間。乃須照一般之規定。清算結了之登記後之十年間。（有時以在本店之所在地。而爲解散之登記者爲準）即滿期者也。然就其規定商業帳簿及營業書信之保存期間之一點。以觀察之。則此不可謂非對於一般規定之例外者也。唯以此爲對於一般規定之例外。則照該條之規定。而須保存之商業帳簿及營業書信。乃專指清算結了之登記之時（有時以在本店之所在地。所爲之解散之登記爲準）已有保存之義務者乎。抑其時所

存之商業帳簿。不問其有保存之義務與否。皆當保存之乎。此于明文上。有疑義在也。若用如前說以解釋之。則平常所不必保存者。在會社解散時。當延長其保存期間。而其保存之乎。則其理由之所在。殊不易知也。（舊商法第三百三十四條、第三百三十七條、第二百五十四條及新商法第一百一條、第一百五條、第二百三十三條、第二百二十六條）

## 第六章 商業之開始及其廢止

### 第一節 商業之開始

凡非商人者。而開始其商業。曰開業。因此開業。而始有商人之資格。

開業之一語。僅表示開始商業之意思。即謂之開業乎。抑不但須表示開始商業之意思。且事實上。須開始商業。而以商業之目的。而行其商行爲者。始可謂之開業乎。是亦一疑問也。雖然。寧採用其後說。稍爲適當。

夫商業。不問其爲何人。爲何時。爲何地。皆得開始之。法律以無何等之制限爲原則。然亦非全無其制限者。今舉其制限之重要者如左。



第一 國家以法令。禁有某種身分之人。不得營商業。例如判事、臺灣總督府法院判官、行政裁判所長官、行政裁判所評定官、又辯護士。于在職中。不許營商業者。是也。（若辯護士得辯護士會之許可。則不在此限。）如官吏及其家族。亦不得營商業。（此與商法之所謂商業者。其意義稍有不同。）（若得本屬長官之許可。則不在此限。）亦然也。（裁判所構成法第七十二條第四號明治三十一年七月臺灣總督府律令第十六號臺灣總督府法院條例第十四條第四號明治二十三年六月法律第四十八號行政裁判法第四條第四號明治二十六年三月法律第七號辯護士法第六條第二項明治二十七年七月勅令第三十九號官吏服務規律第十一條及明治八年四月太政官達第六十五號）

第二 國家以法令。或限其人。或限其地。而禁其營某種之商業。或不限其人與地。而禁其營某種之商業。故在其法令範圍內。不得營所禁之商業。但限于地及時人之時。則在其地域外。及在時期外。或爲此外之人。即得開始其種類之商業。例如非株式會社。不得營保險事業。或不得營貯蓄銀行事業。此限于人而禁止。

其營某種商業者也。又如政府以外之人。不得營煙草輸入業。此不限于人而禁止其營某種商業者也。又如除臺灣島外。在日本國領土內。不得營鴉片煙。及吸食鴉片烟所用器具之賣買業。此限於地域而禁止其營某種商業者也。（明治三十三年三月法律第六十九號保險業法第二條同二十三年八月法律第七十三號貯蓄銀行條例第二條同三十二年三月法律第三十五號煙草專賣法第二條第十九條之三同三十年一月臺灣總督府律令第二號臺灣鴉片令第四條及刑法第二百三十七條乃至第二百三十九條）

第三 照國家法令之規定。營某種種類之商業者。須得官廳之許可。故不得官廳之許可。即不得開始其種類之商業。例如營銀行事業之人。須得大藏大臣之認可。營電氣事業之人。須得遞信大臣之許可。營度量衡之製造販賣業及保險事業之人。須得農商務大臣之免許。營銃炮、火藥、石油、肥料古物之賣買業之人。須得地方長官之免許者是也。（明治二十三年八月法律第七十三號銀行條例第二條同二十九年五月遞信省令第五號電氣事業取締規則第七條同二十

四年三月法律第三號度量衡法第八條施行法第九十五條同三十三年三月法律第六十九號保險業法第一條同三十二年八月法律第五六號銃炮火藥取締法第六條同十六年二月太政官布告第六號石油取締規則第三條同三十二年四月法律第九十七號肥料取締法第二條及同二十八年三月法律第十三號古物商取締法第十三條)

第四 照國家法令之規定。營某種種類之商業者。不得營他種類之商業。即禁止其兼業也。故各別之商業。不得兼營之。例如營保險業者。不得兼營其他之商業。營生命保險業者。不得兼營損害保險業者是也。(明治三十三年三月法律第六十九號保險業法第三條及第四條)

第五 會社着手于開業之準備。(開始其以爲目的之商業)當於其本店之所在地。爲設立之登記。否則即不得開始。亦不得着手於開業之準備也。(新商法第四十六條)

第六 照法令之規定。開始某種種類之商業及一般之商業者。有須得他人之許

諸者。例如支配人開始商業。而爲商行爲者。須得主人之許諾。又如代理商。開始與本人同類之商業時。須得本人之許諾。合名會社之社員。或合資會社之無限責任社員。開始與會社同類之商業時。須得他社員之承諾。株式會社之取締役。開始與會社同類之商業時。須得株式總會之認許。株式合資會社之無限責任社員。開始與會社同類之商業時。須得其他無限責任社員之承諾。及株式總會之認許。諸者是也。（新商法第三十二條第三十八條第六十條第一百五條第一百十三條第一百七十五條第二百三十六條及第二百四十四條）

第七 讓渡營業之人。不問其商號與營業。同時讓渡與否。于一定範圍內。不得開始與讓渡之營業同一之商業。詳言之。即

一 讓渡營業者。對於讓受人。不得以不正之競爭目的。營同一之營業。

二 讓渡營業者。對於讓受人。雖無不正之競爭目的。亦不得與讓受人。在同市

町村。（在東京市、大阪市及京都市。則不得同區。在不施行市制町村制之地方。則不許同在從來之町村。及同在其他相類之區域。）營同一之營業。但

此制限。自營業讓渡之時起算。凡二十年間。若當事者。於其年限內。有不營同一營業之特約時。則在其特約中所定之年限內。仍須照此制限。然其特約。不得超過三十年之範圍內。過之則無効力。（若超過三十年則於其超過之部分無特約之効力）

三 讓渡營業者。若有特約。謂于某地域內。不營同一營業云云。則不問與讓受人同市町村與否。亦不問對於讓受人。有不正之競爭目的與否。凡在特約中所定之地域內。不得營同一之營業。但特約中所定之地域。不得出同府縣。（如北海道者看做一府縣）若出于同府縣之區域。則對於其超過之區域之部分。無特約之効力。

以上之制限。當自營業讓渡時起算。以二十年間爲期。若當事者。特約于某年限內。不營同一之營業。則于其特約中所定之年限內。須照其制限。然其特約之効力。不得超過三十年。故特約中所定之年限。若超過三十年。則僅對於其超過之部分。無特約之効力。

若當事者以特約而規定不營同一營業之期間。則其期間當自讓渡營業時起算乎。抑當自其特約時起算乎。若營業之讓渡與特約在同時。則雖無須決定此問題。若二者互異其時。則此問題必須決定。我輩對於此問題。以後者爲正當。雖然。至特約所可定之最長期間之起算點。則不得與此同論。蓋于無特約時。其當適用之法定期間。當自讓渡營業之時起算。而此最長期間亦當自讓渡營業之時起算。若以此最長期間爲當自特約時起算。則背乎法律之趣旨。

以上之制限。於讓受人廢止其所讓受之營業時。尙可適用之否。夫不使讓渡人爲同一之營業者。雖爲讓受人之權利。然不因讓受人之廢止其所讓受之營業。遂消滅其權利。故不得以讓受人權利消滅爲理由。而否定此問題者也。畢竟當由制限之趣旨而決定之也。即

一 其第一之制限。所以不使讓渡人對於讓受人行不正之競爭者也。故讓受人若現在不爲其所讓受之營業。則不得適用。此無待言也。

二 第二及第三之制限。不問有無不正競爭之目的。欲使讓渡人所爲之營業。不同乎彼所讓渡之營業者也。故讓受人。現爲其所讓受之營業與否。或已廢止其所讓受之營業與否。可付諸不問。要皆得適用之也。

不使讓渡人爲同一之營業者。係讓受人之權利。若讓受人。拋棄其權利時。則讓渡人。即可爲同一之營業。若讓受人。或死亡。或解散。而無繼承其權利者。以至歸于消滅。則讓渡人。得爲同一之營業也。（以上新商法第二十二條第二十三條及新行法第十四條第十六條）

今就對於商業開始之制限。而欲付以一言者。即因當事者之意思表示之制限是也。夫在讓渡營業時。特約不營同一營業者。新商法第二十二條及第二十三條之所許容也。然並無讓渡營業之事。而特約不營某種商業者。或特約不爲一切商業者。可乎不可乎。或謂不爲商業之契約。不問其關於特種之商業。或關於一般之商業。皆爲以反于公衆秩序之事項爲目的之法律行爲也。故歸于無効云云。（新商法第九十條）但在我輩。則對於其論決之當否。不能無疑。蓋若其契約。爲不問其時期。地域。與其商

業種類之如何。全然不營商業者。則論者之說。固爲正當。若其契約。爲限於時期。地域。及商業之種類。而使不營商業者。則並不反於公衆之秩序也。與營業之讓渡同時。且限其時期及地域。與讓渡之營業。而特約不營同一營業者。于一定範圍內。既屬有效。則無讓渡營業之事。而爲同樣之契約。亦無當作爲無効之理由。于商法中。揭載關於營業讓渡之規定者。固屬緊要。而規定根于契約之營業制限之効力。亦屬必要之事。新商法規定不及乎是。實可爲最遺憾者也。

## 第二節 商業之廢止

營商業之人。任意或非任意而終結其營業者。謂之商業之廢止。因商業之廢止。遂失商人之資格。

營商業之人。任意而廢止其商業者。可毋庸說明。若營商業之人。非任意而廢止其商業者。則不得不稍加以說明。蓋營業之人。非任意而廢止其商業者。其例甚多。如事業之不成。資本之缺乏。國家禁止其營業等是也。然其重要者。則在乎其第三之原因。國家可用法令之規定。以禁止商人之營業。但不能悉舉其例。今姑以新商法及其附



屬法令所規定者。列舉如左。

第一 不得政府之免許而營保險事業者。(施行法第九十五條第二項)

第二 保險事業。與他之營業兼營者。(施行法第九十七條第一項第一百條第一百十一條及第一百十四條)

第三 生命保險事業。與損害保險事業兼營者。(施行法第九十七條第二項第一百十條及第一百十四條)

在上所舉之第一項。裁判所得即時發禁止其保險營業之命令。在其第二項及第三項。則自新商法施行日起。若于六個月限內。不廢止其兼業時。裁判所得發禁止其保險營業之命令。

禁止保險營業之命令。乃由本店所在地之地方裁判所。以職權。或因檢事之請求。而發之也。蓋在聽利害關係人之陳述。求檢事之意見後。用附加理由之決定。而裁判之也。檢事及受禁止保險營業之命令者。對於其裁判。得爲即時抗告。若有抗告時。即停止原決定之執行。抗告裁判所。若認定受禁止保險營業之命令者之申立。爲有理由

時。則爲相當之裁判。其抗告手續之費用。爲國庫所負擔。即在前審時。抗告人所擔負之費用。亦爲國庫所負擔也。（施行法第九十五條第二項第一百條第二項及非訟事件手續法第二百二十六條第一項第三百三十四條第三百三十五條第三百三十五條之三）

禁止營業之裁判。若值確定時。則爲其裁判之裁判所。向管轄被禁止營業者之本店及支店所在地之登記所（商業登記所）囑託其登記。若抗告裁判所。禁止其營業。而其裁判已確定時。則由抗告裁判所。向登記所囑託登記。登記所受其囑託後。即于被禁止營業者之本店及支店之登記內。記載其事。蓋此當記載於登記用紙中之豫備欄也。（非訟事件手續法第三百三十五條之二、第三百三十五條之三及商業登記取扱手續第二十一條第二項）若被禁止營業者。尙未爲商業之登記。則不問其爲會社。爲自然人。皆可不必爲此手續也。

非訟事件手續法第三百三十五條中。有三規定。蓋在對於非會社而既爲商業登記者。照施行法。而禁止其營業時。其條設有規定。餘則無之。然如前所述。若照施行法。則對

於非會社者。而禁止其營業者。未必皆爲既爲商業登記者也。對於不爲商業登記者。而禁止其營業之時。非訟事件手續法。又將如何處置。是實不堪驚訝者也。

上海图书馆藏书



A541 212 0015 5734B

光緒三十三年 四月十九日  
明治四十年 五月三十日  
發行

編輯者 陳漢第

印刷者 長谷川辰二郎

日本東京市神田區  
錦町三丁目一番地

丙午社

中國天津河北公園

小川印刷所

日本東京市神田區  
錦町三丁目一番地

中國各省各書肆  
日本東京各書肆



發行所

印刷所

發賣所

# 商法會社之一

(第二十六册)

上海图书馆藏书



A541 212 0024 5574B

# 凡例

(一) 是書從日本法學博士松波仁一郎會社法講述譯述。不參加他種會社法之講義錄。

(一) 編中艱深之名詞不常見於他法者。略加解釋。

(一) 編中所謂第某條者。皆指新商法而言。若引用舊商法及獨逸新舊商法之規定。則標示以區別之。

(一) 原本所用地名人名。多用漢字音譯。標示以符號。其外國法律之名詞。則仍書外國文。

(一) 原本引用外國學說。文字失之艱澁。譯文述其大意。期其明瞭。

(一) 原本所分章節款。悉依法典所定。譯者仍之。

# 商法 會社法 目次

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



# 商法會社法

## 第一章 總論

鄞縣 陳時夏 編輯

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

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

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

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

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

於日本商法所謂會社者。以商行爲業之目的。而設立之社團法人也。

社團者。自然人之集合也。於自然人之集合中。有僅爲自然人之集合者。有依法律之

擬制 謂無現實之存在而準擬實際之存在也 而爲權利義務之主體者。在於後者曰社團法人。會社者。爲社

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

爲法人之會社。與其他社團法人區別之點。在以商行爲爲業之目的。故雖有營利之

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

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

會社設立之目的。不可不合法。若以反於公之秩序與善良風俗之事項爲目的。則其設立行爲爲無效。而自始視爲不成立。又最初適法成立之會社。爲反於公之秩序與善良風俗之行爲時。則裁判所得因檢事之請求。或以其職權命其解散。第四十八條於會社之設立。有單以當事者之行爲爲足者。有尙於其他須國家之免許者。關於此有二主義。前者曰免許主義與干涉主義。後者曰準則主義與放任主義。立於此二主義之中間者。則有公認主義。免許主義之理由如左。

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

者而與以免許。所以保護社會公衆之利益者也。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

茲所謂第三者。包善意者與惡意者而言之。故於會社設立之登記前。雖或人已知會



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

就右所述第四十五條之規定。與關於商業登記第十二條之規定之關係。有二說。

第一說。會社之設立。因於其本店之所在地爲登記。得直對抗第三者。不必爲公告。

此第四十五條之規定。爲第十二條之例外之規定也。

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

右之二說。果孰得法之正解。一委諸君之研究。而不下斷定。

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

會社於其本店之所在地爲設立登記後。既過一定之期間。尙不開業時。不惟使社會

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

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

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

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

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

## 第二章 合名會社

### 第一節 設立

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

於會社之名稱。悉用社員之名時。則社員之數。自爲少數。故雖不以法律直接限定其

社員之數亦可也。

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

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

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

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

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

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

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

定款者。爲契約。其相與結此契約。固必須爲契約之總社員之同意。即就其契約而爲



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

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

(一) 目的。  
(二) 商號。

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

官爲有效者。或以爲無效者。

(三) 社員之氏名住所

於獨逸則於商法第百六條規定之。當記載於其屆出書。

(四) 本店及支店之所在地

無支店時。以無其所在地。故無記載之要。所謂所在地之地者。與手形法所謂振出

地

謂發出手形之地也

支拂地

謂定給付金額之地也

之地。非必同其意味。故爲手形法之解釋之所謂地

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

(五) 社員之出資之種類及價格與評價之標準

於右五箇之事項。記載於書面。各社員署之名時。則會社於是成立。

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

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

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

第五十  
一條

(一) 目的。

(二) 商號。

(三) 社員之姓名住所。

(四) 本店及支店。

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

(五) 設立之年。月。日。

(六) 定存立時期及解散之事由。時則其時期及事由。

(七) 社員之出資之種類及以財產爲目的之出資之價格

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

(八) 定代表會社之社員時則其氏名

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

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

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

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

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

於爲登記之事項中生變更時。要於二週間內。於其本店及支店之所在地爲登記。第五十三條 所謂事項之變更者。於普通之意味。雖爲既存事實消滅。新事實發生。不知僅爲十三 既存事實之消滅。亦爲一種之變更。蓋登記者。以雖登記事項之少許變動。亦使公衆知之。而關於登記事項之消滅。亦不可不視爲變更也。從而改既定之解散事由。更以

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

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

第二節 會社之內部之關係

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

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

就合名會社所最當研究者。爲社員之持分之性質。持分之語。在民法共有之規定。謂

各共有者得就其共有物之全部爲應其持分之使用也。民法第二百四十九條又在民法組合之

規定。謂組合員就組合財產而處分其持分時。其處分不得以之對抗組合及與組合

爲取引之第三者也。民法第六百七十六條又在商法。於船舶共有之下。有關共有者各自之持分

之規定。第五百四十條以下故持分之語。不獨限於合名會社之處者也。今就上述此等之持分。

而觀察其共通之點。則於持分之生之際。必於二人以上者之間有共通之財產。以此

言持分。則所謂持分者。得云對共通財產之各人所有權利之額。若加以義務之觀念

而言此持分。則所謂持分者。又得云對其共通財產之各人所有權利義務之額。於會

社法無特說明持分之規定。當準用合名會社之規定者也。又於民法組合之規定。謂

脫退之組合員之持分。不問其出資之種類如何。得以金錢拂戾。還與之之意也之。從此點解

釋。則所謂持分者。有謂爲受金錢之拂戾之權利者。而於合名會社之社員之持分。雖

亦有爲如是之說明。然爲持分者。不惟受金錢之拂戾之權利。尙包含諸種之權利者

也。今若分解之而悉爲列舉。雖頗爲困難。而於其主要者之中。如以金錢受出資之拂

戾之權利。於會社存續中受利益分配之權利。與干涉會社之業務及監督之權利。尙



有種種之義務。亦隨之者也。彼於持分之讓渡。爲要他社員之同意者。蓋全從義務方面而觀察。持分者也。商法之規定。謂社員不得他之承諾而讓渡其持分時。其讓渡不得以之對抗會社。第五十條 蓋合名會社。雖以置重於爲其社員之人。忌他人代爲社員而出之。亦得謂由於持分之內。而有包含義務之現象者也。

士陶布氏者。獨逸商法之註解家也。嘗採合名會社之例而說明持分曰。設有甲乙二人組織會社。甲爲三千圓之出資。乙不以財產出資而平分其損益。若於其際所損失爲二千圓時。則甲負擔其半之一千圓。然持分之額爲二千圓。似乙亦當爲一千圓之負擔。但乙本非爲財產出資者。故不別出此一千圓。是所謂持分者。乃消極的也。在獨逸以勞力爲無財產上價值。若社員得以勞力爲出資。故說明持分。有斯奇妙之說。而在我國則視勞力有財產上價值。得爲出資。其勞力可以金錢估算。故與以金錢出資者同。得說明其持分。而與士陶布氏之所說明。有不可歸於同一者。無他之社員之承諾而爲持分之讓渡。雖不得以之對抗會社。然讓渡人與讓受人之間。則有完全之效力。故讓受人者。得依讓渡人就從其持分所生之利益。移轉於自己。

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

社員得他社員之承諾而讓渡其持分時。則其讓渡。不惟對讓受人及會社爲有效。即對於與會社爲取引之第三者。亦有效者也。此讓渡。當於本店及支店之所在地爲登記。就其讓渡前所生會社之債務。則於登記後二年間。當負擔其責任。是豫防會社衰頹之時。欲讓渡持分而免其責任者也。於此之際。持分之讓渡人。就會社之債務所負責任。欲嚴重而貫於條理。得別之爲二種。第一以自己之出資額負擔之。第二於會社之財產不足支拂其債務之處。則不可不以自己之全財產無限而負其責任。或謂一旦讓渡其持分於他人後。唯於會社之財產不足支拂其債務之處。負擔責任可也。果如斯說。則於社員出資減少之處之規定。爲不得其權衡。蓋商法於『社員出資之減少不得以之對抗會社之債權者。但於本店之所在地爲其登記後二年間。債權者不對之。而述異議時。則不在此限。』有其規定故也。

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

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

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

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

合名會社之性質之範圍內。以總社員之同意。雖何事得爲之也。

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

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

的。亦得使之遂時。則必有濫用百出之虞。羅威斯爾氏曰。海運會社於從前之航路外。開新航時。雖不使變更定款亦可。果如此說。則爲新航路而較從前之航路非常長大時。將如何。從前單爲橫濱神戶間之航路。而增爲歐米清韓國之航路時。將如何。在羅威斯爾氏雖云不使變更定款亦可。而余則信爲當使變更定款者也。又羅威斯爾氏曰。輸出會社。雖至營輸入事業。不改正定款可也。而余亦信爲當使改正者也。關於如何之事項。當使改正。余與氏固異其見解。而異其見解者。尙不止此。而如氏之寬大之解釋。時實更生規定之濫用者也。

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

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

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

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

次就社員之權利義務說明之。

### 第一 社員之權利

社員之權利。其主要者如左。

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

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

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



(三) 社員有執行會社之業務之權利。所謂執行會社之業務者。謂欲達會社之目的。而爲種種之行爲也。例如處分會社之財產。整頓會社之營業帳簿。任免支配人以下之使用人等是也。第五十條 使用人中支配人。有重大之權利。其選任及解任。常以總社員之過半數之同意爲必要。故任免之權在於各社員。茲所謂使用人者。乃限於番頭手代以下之人也。第五十七條

執行會社之業務之權利。於社員相互之間。得隨意制限之。若或社員超其制限而爲或之行爲時。則會社得使其社員以直接履行及損害賠償之方法。盡其所應員之責任。但此制限。對於善意之第三者則無效力。

執行會社之業務之權利。雖其於內部得爲制限。而爲社員非必有此權利存也。故以定款於社員中特定其執行業務者。得由他之社員奪其權利者也。然以定款特定執行業務之社員之處。在不有執行業務之權利之社員。不過對於執行業務之社員爲之監督而已。

於定款無何等規定之處。則各社員執行會社之業務之權利。爲其當然之權利。

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

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

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

## 第二 社員之義務

社員之義務。其主要者如左。

(一) 社員負爲出資之義務。此義務於受利益配當及受持分拂戻之權利。爲相

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

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

(二) 各社員負執行會社之業務之義務。執行會社之業務。爲各社員之權利。同

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

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

(三) 社員非有他社員之承諾。負不得爲自己及第三者爲屬於會社之營業部類。

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

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

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

從其行爲時經過一年者亦消滅。

### 第三節 會社之外部之關係

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

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

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

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



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

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

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

爲會社之代表者。當行其職務而加他人以損害時。會社有賠償之責否乎。就民法第四十四條第一項之規定言之。則法人之理事。就行其職務而加損害於他人者。法人任其賠償之責。於此亦準用之。在會社當爲賠償者也。支配人當行其職務而加損害於他人者。適用民法第七百十五條之規定。即該條所云。因或事業而使用他人者。就被用者爲其事業之執行。而加損害於第三者時。則任其賠償之責是也。是似爲會社之代表者。亦得適用。而難於適用者。則以會社之代表者。非使用人也。又會社之代表者。其準用民法法人之規定。民法第四十四條第一項或準用使用人之不法行爲。民法第七百十五條之規定。

雖爲同一之結果。然使會社之代表者。若準用使用人之不法行爲之規定。勢必就其但書之規定亦準用之。是不免惹起幾多之疑問。同條但書曰。使用者於其被用者之選任及其事業之監督。爲相當之注意時。又雖爲相當之注意。而可生損害時。則不任

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

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

代表社員之行爲。其爲會社之行爲也。非必以會社之商號爲其行爲。在會社思想之

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

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

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

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

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

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

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

或對於其社員。隨意者也。唯會社及社員同時破產時。則依破產法之適用。先於會社財產而充辨濟。故或學者謂獨逸之合名會社非法人。又或學者謂獨逸之合名會社雖爲法人。而非純然之法人。乃相對的之法人。關於此點。在法國亦議論不一。或學者謂會社之債權者。得於其始直請求社員爲其債權之辨濟。或學者謂會社之債權者。必先對於會社求爲其債權之辨濟。而後對於社員。亦得直求爲辨濟。是等之說。皆誤解會社之社員間連帶責任之存在。而以會社與其社員之間亦有連帶之責任。不知會社之債務與社員之債務。全爲別物。而社員之債務。同於保證人之債務者也。於會社財產不足之處。而任辨濟之責之社員。爲現在之總社員。蓋法律既以合名會社爲法人。就會社之債務。使各社員負連帶之責任。則所謂負此連帶責任之社員。當爲於其支拂會社債務之時之總社員。而其社員從會社設立之當時存在乎。從債務之生以前存在乎。抑於債務既生以後不知其事實而入社者乎。可不同之也。然在沿革法上及比較法上。於合名會社之社員。有就其入社以前所生之債務。不負責任者。或以社員相互間之契約。定新入社員無此責任者。又有輕減其責任。使得對抗第三

者。故日本商法特以法文明其不然之趣意也。第六十條 獨逸之舊商法伊太利之商法等。皆與日本商法同其趣意。

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

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



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

或社員欲減少其出資爲半額者。會社之債權者。得對於以前其社員之出額之全部。而爲請求。若已被減少出資爲半額時。似唯對其半額有優先權。然就他之部分。亦有與他之債權者立於同等之位置之不利。欲避此弊。故社員出資之減少。不得以之會社之債權者。即社員雖減少其出資。而會社之債權者。對於其減少以前之出資額。有優先權者也。然於本店之所在地爲出資減少之登記後。二年間。債權者對之不述異議時。則得以其出資之減少對抗債權者。余於此點不能無憾。何也。出資之登記。當於本店及支店之所在地爲登記。減少者。僅以本店之所在地爲登記。而使得對抗會社之債權者。則待與支店爲取引之第三者。不得不謂失之酷矣。法律於爲不當之利益之配當之際。亦設保護第三者之規定。蓋與不使社員出資之減少。對抗會社之債權者。出於同一之趣意也。所謂爲不當之利益之配當者。乃就不

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

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

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

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

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

之觀念。而在理論亦有缺點於實際多生爭議者。故新商法不採之也。

#### 第四節 社員之退社

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

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

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

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

### 第一 因於當事者之意思者

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

(二) 總社員之同意。

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

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

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

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

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

於商法除名之事由者。有如左之規定。第七十條

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

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

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



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

(丁) 社員於不有執行會社業務之權利之處。而干與其業務之執行時。其他社員不盡重要之義務時。此爲概括的規定。而依解釋之方法。雖如前所述對會社爲不正之行爲。得包含之於本項之中。又社員不有代表權而代表會社之處。爲前號記載之所漏。於此亦得使包含之也。

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

三者則必須登記。

於社員以其一致除名或社員外。有因社員之請求。而裁判所除名或社員者。第八

十三  
條

(四) 各社員之意。會社因契約而成立。在於合名會社。則更置重於爲其社員之人。故各社員以不得自由退社爲原則。然於左之所載則爲例外。即各社員得隨意退社者也。

(甲) 社員有不得已之事。由時不拘以定款定會社之存立時期與否。無論何時得爲退社。第六十三條第二項 所謂不得已之事由者何。雖全爲事實之問題。若寬擴解

釋時。則爲破法律所限定退社之事由之意味。故不可不爲嚴格之解釋。即所謂不得已之事由者。例如社員因就公職。與罹或種類之疾病之際。而他之社員爲無能力時。或不盡其他重要之義務時。雖得爲彼等社員之除名。然欲除名者爲一人不盡義務者。若於多數社員之處。即不能如何。從於此得請求會社之解散。第八十三條 何如自爲退社。與會社絕其關係爲得策也。

因不得已之事由而退社者。無論何時可也。且不必爲其豫告。

(乙) 不以定款定會社之存立時期。時與定之。以或社員之終身時。在採用干

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

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

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

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

第二 不因當事者之意思者

(一) 社員之死亡。凡以社員之死亡。爲當然來會社之解散。而法律不設其規定

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

退社之規定而爲退社者也。

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

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

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

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

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

以勞務及信用爲出資之目的之退社員。亦得受其持分之拂戾。現今多數之立法。莫

不然也。然有不以勞務及信用爲出資目的之思想之國。雖認勞務及信用得爲出資之目的。亦以是等之資本。爲不得受金錢之拂戾。故日本商法特以明文示之。雖以勞務及信用爲出資之目的之退社員。尙有受持分之拂戾之權利者也。但定款別有所定時。則從其定款。第七十一條

於會社之商號中。用退社員之氏或氏名時。則退社員得請求止其氏或氏名之使用。

第七十二條

若社員退社。而其氏或氏名之用於會社商號中。放任之不爲請求者。則認爲

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



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

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

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

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

### 第五節 會社之解散

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

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

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

### 第一 因當事者之意思者。

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

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

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

十三  
條

## 第二 法律所認之事由

(一) 存立時期之滿了其他一定之事由之發生。從定款之本質言之。雖以入於

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

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

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

雖定於定款之事由發生。而因社運隆盛。不忍使之解散。且以一旦解散而再爲

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

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

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

合併之規定同。關於此等之事。在合名會社不生判決例。惟株式會社有之。

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

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

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

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

社員爲二人之處。其一人突然死亡時。則會社當同時消滅。殘存者不得與死者之相續人。依然繼續其會社。要爲解散之清算。取立債權。可收還之債權也 辨濟債務爲

殘餘財產之分配。爲登記。若當此之際。不願解散。得以定款豫定社員死亡時。與其相續人共繼續會社。而此定款之有效與否。雖視乎兩社員與相續人之關係。



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

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

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

於多數之社員破產時。雖事實上常來會社之解散。然解散之原因。仍在他而不  
在各社員之破產。所不可不注意者。又如社員之停止支拂。亦不能認爲解散會  
社之原因。有認爲解散之原因者。乃關於會社之根本觀念異於日本法者也。  
會社雖爲資力不充分。或停止支拂。而不能因之使會社之解散。欲會社之解散。  
必須爲會社之破產。在他國法會社於破產後。若債權者之協議成。得復權而繼  
續爲會社。於日本之會社。則一旦破產。當然解散。復權之事。不規定於會社法也。  
(五) 合併。溯合併之源。雖以入之因當事者之意思之解散中爲當。然有特殊之  
規定。故由便宜上入之法律所規定之事項中。

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

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

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

以外國法不以合名會社爲純然之法人。而於其契約之範圍內。可爲活動之餘地者大也。日本舊商法關於會社之合併。亦以無其規定。屬生實際上之不便。故於日本明治二十九年。先發布關於各銀行之合併之單行法。後規定商法。乃就他之會社。亦設合併之規定。遂爲今日之原則者也。在獨逸舊商法。僅規定株式會社之合併。其新商法則於此外之株式合資會社之合併。亦規定之。漸次有擴其合併之規定之傾向。在於法國。其關於合併之法律之規定。迫於實際之必要。於第二帝國之時。先使合併諸多之鐵道會社。爲六大會社。其後認合資會社乃株式會社等之合併。遂至於合名會社之合併。亦得爲之也。就合併最著進步之法律。爲伊太利之商法。蓋於其商法中明言無論如何會社。得爲合併者也。

合名會社者。無論如何會社。以得合併爲原則。唯依或規定之適用。有不得合併者。則爲例外。即或之會社。雖與異其目的之營業之會社爲合併可也。與異其組織之會社爲合併亦可也。例如以倉庫營業爲目的之合名會社。雖與以鐵道營業爲目的之株式會社爲合併。而合併此一會社設立新之株式合資會社。亦無

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

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

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

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

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

會社之合併。以總社員之同意爲之。其同意須表示其議決之形式。第七十八條參照 在定款之變更。不以議決之形式爲必要。而就合併爲必要者。蓋合併者。較普通之事項。更爲重大故也。

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

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



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

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

第七十八條  
至第八十條

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

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

### 第六節 清算

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

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

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

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

會社因破產而解散時。當從破產之手續。爲種種之處分。雖此處分亦爲清算之一種。

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

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

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

算者。

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

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

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

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

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

清算人之種類。其種類有三。即

第一 總社員。

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



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

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

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

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

者也。

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

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

於社員死亡之際。關於清算死亡社員之權利。使其相續人行使之。在合名會社。置

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

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

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

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

## 第二 由社員之選任之清算人。

總社員以或者爲清算人而一致時。以定款定當爲清算人者時。則無何等之疑。不須別爲說明。所當說明者。即於定款無何等之所定。而於會社解散之前後選任清算人之際也。於此之際。清算人之選任。以社員之過半數決之。其解任亦然。社員間意思各殊而不得過半數時。又內二人之社員所成立之會社。而其二人之

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

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

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

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

社員於選任爲清算人者。無論何時。得解任之。而其清算人有不正之行爲與否。有生第三者或會社不利益之狀況與否。則非所問。苟有社員之過半數決議以上。無論何時。得爲解任者也。第九十六條第一項使爲清算人者。以置重其人。而委任以全權也。故

其解任也易。雖豫告有不必要者。又因解任而有生損害於清算人與否。亦非所問。若欲與此被解任者。有請求因其解任所生損害之賠償權。必須有其明文。例如船舶所有者。雖無論何時。得爲船長之解任。若其解任無正當之事由。則得使船長對船舶所有者。請求因其解任所生損害之賠償。第五百七十四條在解任清算人之處。不設

如此之明文。故清算人因其解任所生之損害。當解爲無請求賠償之權利。尙從民

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

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

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



其選任及解任之當時之意見而決者也。

### 第三 裁判所所選任之清算人。

裁判所選任清算人之處有二。其第一之處。爲會社因裁判之命令而解散之時。於

此之時。裁判所因利害關係人及檢事之請求。選任清算人。第九十條 又裁判所認會

社之行爲。有反乎公之秩序及善良之風俗時。與會社於登記後久不着手其事業

時。得以其職權命其解散。第四十七條 於此之際。裁判所雖得以其職權爲清算人之

選任。然法律於裁判所之選任清算人。常必要利害關係人及檢事之請求者也。

其第二之處。爲社員一人而解散會社之處。於此之際。若法律無何等之規定。雖其

一人之社員得自爲清算。或就其社員所欲之人選任爲清算人。然往往有害於利

害關係人之利益。故於此亦因利害關係人之請求。使裁判所選任之也。第八十條

裁判所所選任之清算人。社員不得隨意爲解任。雖有其清算人之承諾。社員亦不

得解任之也。蓋無爲選任之權利者。亦無爲解任之權利。故無選任與承諾區別之

規定。其於裁判所所選任者。當然解爲社員不得解任之者也。

### 清算人之職務

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

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

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

### 第一 現務之結了。

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

者。不可不爲交換更改相殺免除等之行爲也。

## 第二 債權之取立及債務之辨濟

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

爲商人。在營業中亦爲商人。即至解散不得爲營業之後。又未嘗非商人也。何也。會社之內生而迄於絕對的消滅。有一貫之同一人格。非於其間由商人變爲非商人者也。所謂商人者。在以自名之名而以商行爲爲業者。雖常現爲業而非現爲業。亦必少可爲其業者。會社者。於解散之後。惟於解散之目的之範圍內存續。而不得會業。從此點觀之。似會社非商人。然依會社法之規定。雖比際之會社。亦爲商人。即所謂會社者。爲以商行爲爲業之目的而設立之法人。蓋始終使爲商人之意也。余於或者之所論。謂商業之目的。存於會社設立之際可也。謂雖後變爲非商業之目的。亦不妨爲會社。則不敢言也。余之所信者。以商業之目的而存續爲必要。唯法律因便宜上雖於解散後。亦以同一人格於同一資格而視爲存續者也。恰如商人破產雖已不得爲營業然

關於破產手續則得以商人之資格進行之也 若以此際之會社爲非商人。則於商業登記登記非商人。於商法規定非商人之清算手續。必生不合。又若於法文規定會社雖解散後。而於清算之目的之範圍內。尙以商人之資格而視爲存續時。或不無生世人之疑。故於現文異之也。是無論合名會社。無論株式會社。皆屬同一。即在獨逸。其於解散後之會社。亦

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

於清算中會社之財產。分明不足完濟其債務時。而清算人不爲破產宣告之請求者。則處以千圓以下之過料。第二百六十條第六號若社員於業務執行中。知不能以會社財產

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

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

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

前。爲出資之請求。蓋極自由也。

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

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

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

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

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

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

### 第三 殘餘財產之分配

清算人完濟會社之債務時。以其殘餘財產分配於各社員。固也。若於清算人現務

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

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



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

殘餘財產分配之割合。當依於出資之割合。

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

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

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

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

第九  
條第九  
十八條

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

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

第一百  
一條

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

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

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

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

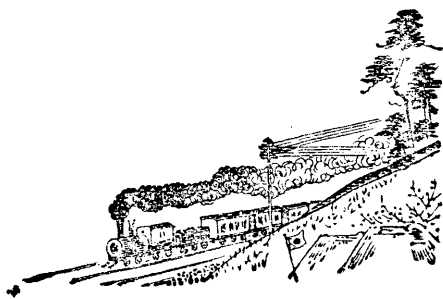
於設立取消之際。裁判所依利害關係人之請求。選任清算人。第百條雖然。不問其取消

之理由如何。常依利害關係人之請求。而使裁判所選任者。非也。蓋於或時亦可以總

社員及其過半數之決議。而以其被選任者爲清算人也。

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

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



### 第三章 合資會社

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

爲合資會社而設立者。爲爲兩替手形取引等之會社。此等之事業。亦須多額之資本。且一朝失敗。可使多數者之破產。有冒險之性質。於交通不便警察不整之時代常有之。故以一個人或唯無限責任社員。不得營之。而於無限責任社員之外。有有限責任之出資者之必要。遂成爲合資會社者也。如捕獲會社者。雖不受法律之推定。然當株式會社之未起。凡以此業務爲目的之會社。殆皆採合資會社組織之狀況。至後乃有一箇人或合名會社營銀行事業者。然至株式會社銀行多。而合資之組織大減少矣。

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

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

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

於合資會社成立後。有限責任社員悉退社時。得以無限責任社員之一致。使繼續會社爲合名會社。第一百零八條是使得省略新合名會社之手續也。於此之處。似乎合併。蓋一法人消滅。而他之法人代之而生。如見其繼續存在者也。

自初惟有有限責任社員。至後得唯以有限責任社員存續合資會社否乎。就立法論雖

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

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

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

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

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

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

有限責任社員者。唯得爲會社之帳簿之閱覽財產之調查等。不得執行會社之業務者也。從此點觀之。合資會社者。似乎匿名組合。似可準用匿名組合之規定。然觀於合資會社爲法人之點。與有無限責任社員之點。及從通常少數社員成立之點。則其近似於合名會社員頗多。故合資會社者。準用關於合名會社之規定。而於本章唯規定合資會社特殊之事項。其多數之規定。則關於有限責任社員之事項。第五條  
有限責任社員。惟以財產得爲出資之目的。不得以財產以外者爲出資之目的。第八條  
茲所謂財產者。果指何者而言。不可不決定之。或謂財產者。謂凡組成人之財產之權利。或謂財產者。謂可得以金錢估算之一切有形無形物。此等之說。爲民法上之議論。

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

勞力信用商號商標版權等。常於此爲議論之標準。以商標及版權爲財產。殆無異論。就商號多數之說。亦認爲財產。唯至勞力及信用。則聊有所疑。若以財產爲可得以金錢估算者。或組成人之資產者。則勞力及信用。亦得爲財產。此在日本民法雖有認之。然於商法第百八條所謂財產之中。如不包含勞力及信用者。採立法者之意思。以有限責任社員者。不執行會社之業務。不代表會社。唯對其出資得受利益之分配。不許各勞力及信用。以人爲本。而可生金錢上之價值者爲出資。第以金錢有價物等使人易知且不難於評價者（即學者所謂客觀的財產）爲出資也。從合資會社之沿革及其性質與合資會社法起草之狀況觀之。雖得本此趣意爲推測。然於法文云惟以財產得爲出資之目的。而不明示除外勞力及信用之旨。故若理論上決其勞力及信用爲財產時。尙不可不云得爲出資之目的。使理論上之結果。而以除外勞力與信用於財產中爲正當。則推究其理論。無論商號商標等。或使爲特定之行爲不行爲之權利。皆



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

合資會社者。就無限責任社員與有限責任社員之存在。及何人爲無限責任社員與何人爲有限責任社員。既須明示。故關於會社之目的商號社員之住所出資并各社員責任之有限無限。當記載於定款。且爲登記。第一百六條 第一百七條 在他國於合資會社無限責任社員之記載。於其氏名住所之外。有記載身分職業等之必要。就有限責任社員之記載。單以其氏名足矣。是兩者有其區別。在於我國。則僅使記載社員之責任有限無限而已。其他總與合名會社之處同一者也。

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

第百九條云。各無限責任社員。於定款無別段之定時。有執行會社之業務之權利。負

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

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

項。雖有特定業務執行社員時。亦當以無限責會社員之過半數決之。與合名會社同。以定款與總社員之同意。不特定代表會社之無限責任社員時。則如無限責任社員代表會社。關於會社之業務執行。得以定款爲特別之定。關於代表會社。則於定款外。又以總社員之同意。得爲特別之定。與合名會社亦同也。第九百九條第一百十條及第一百十四條

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

爲有限責任社員。有使信自己爲無限責任社員時。則對於善意之第三者。與無限責任社員負同一之責任而已。於法律雖汎云有使信自己爲無限責任社員之行爲。而多數之行爲。包含於其中。其如何之行爲。可包含於其中。則全屬事實之問題。第一百五條及第一百六條於定款雖有明以或者爲有限責任社員登記之者。然在第三者無當見此登記之責任。故雖不見之。亦不妨爲善意之第三者。若彼等對於第三者。使信自己爲無限責任社員者。當與無限責任社員負同一之責任者也。

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

有限責任社員。雖不得自執行會社之業務。而得爲業務執行之監督。蓋在匿名組合

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

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

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

有限責任社員。既爲以物爲本位之社員。則極端言之。有限責任社員之持分。使爲隨意之讓渡。亦可也。然法律於此。稍置重於爲社員之人。於有限責任社員之持分之讓渡。必要無限責任社員全員之承諾者也。第一百十二條 在合名會社之社員。不得他之社員之承諾而讓渡持分時。不得以之對抗會社。是從不能之方面規定之也。就合資會社之有限責任社員。有無限責任社員全員之承諾時。得讓渡其持分。是從可能之方面規定之也。所以異其規定之方面者何也。在立法者之精神。雖不欲於此間爲多少之區分。然爲法律之解釋。而因其間爲區別之理由不明。反生疑問。有限責任社員。不得無限責任社員全員之承諾而讓渡持分時。謂其讓渡全無效乎。不然。在合名會社之社員。雖不得他社員之承諾而讓渡其持分時。其讓渡於讓渡人與讓受人之間爲爲有效。而在合資會社之有限責任社員持分之讓渡。當更寬其解釋。故不得無限責任社員全部之承諾。而爲持分之讓渡者。惟不得對抗會社。而於讓渡之當事者間。當解爲有效者也。

得無限責任全員之承諾爲讓渡。而經相當之手續後。無論何人。得對抗之。唯就持分

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

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

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

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

非合名會社之社員。得爲業務執行員否乎。關於日本商法解釋上之疑問也。單云業務



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

日本與之同一而已。

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

第一。在商法各社員於定款無則別之定時。有執行會社之權利。負義務。第五十六條是

於定款無所定。各社員雖有執行業務之權利義務。而以定款別爲規定時。各社員之權利義務。當消滅者也。於定款所定無所制限。故以社員中之或者爲業務執行社員。可以社員外之人爲執行員。雖社員中不出一執行社員。亦可也。

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

曰各社員有執行之權利義務者。謂凡爲社員皆有此權利義務也。曰得以定款爲

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

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

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

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

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

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

組合員之謂也。

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

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

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

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

第四。舊商法規定社員以外之人。不得爲業務擔當者。新商法不規定之。爲許之。

主意。

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



法之規定同一。而引舊商法。適爲新商法不許社員外之人爲執行員之解釋之助也。

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

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

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

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

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

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

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

第二。於會社之機關。使組織會社之一員當之者。實爲至當。蓋使之深與會社共利害之關係。而保護會社及一般之利益者也。故在株式會社。其取締役當從株主中選任。在株式合資會社。則使其無限責任社員執行業務。第一百六十四條第二百四十二條由此推之。則在合名會社。亦爲必使社員當業務之執行之主意明矣。第二百四十三條及第二百四十四條

或曰。合名會社與株式會社。其性質不同。在合名會社。以少數社員相互信用。其性

質類於組合。無論何人。可爲業務執行者。若株式會社爲財產會社。株主各不相識。使無論何人。可爲業務之執行時。必生濫用之餘地。故使株主爲取締役。而其所當有株式之數亦使之一定者也。夫在株式會社。爲其取締役者。限於株主。則明言之。而在合名會社則未嘗明言之。其爲無論何人可爲執行員之主意可知。此解釋雖亦有其理由。然余謂於合名會社不特揭以明文者。蓋因他之規定自得知之。不俟言也。於株式會社。雖可云有株主總會之意思機關。有監查役之監督機關。雖何人爲取締役。而可爲濫用之餘地。比較的爲少。可以無論何人爲之。又於株式會社。雖可云置重於財產而設立。非僅置重其人。於株主中若無適當之人物時。雖使株主外之人爲取締役亦無不可。蓋與財團法人以無論何人爲理事者同也。然必使從株主中選任者。由於會社全體之利益與社會公衆之保護也。在合名會社既無何等之意思機關。又無特別之監督機關。則其業務執行者。當由社員中選任。不俟論也。又雖特定業務執行社員時。而就重大業務之執行。必以總社員之過半數決之者。第五十七條其至少須有一人之業務執行社員。亦可推而知也。

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

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

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

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

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

欲破此論者曰。商法第一百五條之規定。非關於公益者。此說也。余不採之。或曰。有限責任社員。雖不得爲業務執行社員。而社員以外。則得爲業務執行社員。蓋爲社員時。雖在他之社員與在社會全體。有過信之之弊害。而爲社員外之人時。則其人必自注意。而他之人亦注意之。故可也。然此說也。余又不採之。或曰。在合資會社。雖不得以社員外之人爲執行員。而在合名會社。則得爲之。蓋合資會社者。由無限限之兩社員而成。其中之無限責任社員。可以自執行業務。而保護有限責任社員之利益。故社員外之人不得爲執行員。若在合名會社。則凡社員皆爲同種之無限責任社員。有總社員之同意。無論以何人爲執行員可也。此因合資會社之規定。而非關於合名會社之決論也。余又不採之。蓋此等之說。皆爲出不得已牽強附會之言。不待余之說明。而言者則不自覺也。

故關於右之合資會社之有限責任社員之規定。爲主張本論最有力之助。

第四。因有關於代表社員之規定。而得知社員外之人。不得爲業務執行員。

商法規定不以定款或總社員之同意。特定代表會社之社員時。各社員代表會社。

第六十一條 是即示以定之云時。惟其社員代表會社之意也。亦因此規定。而社員外之

人不得爲代表者之主意。可以明瞭。又商法規定非社員者。有爲信自己爲社員之

行爲時。則使其人對於善意之第三者。與社員負同一之責任。第六十五條 夫僅爲信自

己爲社員之行爲。而亦使與社員負同一之責任。則爲適法之代表者。必以社員充

之可知也。若代表者必以社員充之。則業務之執行者亦必以社員爲之。可無疑也。

或謂關於此一爲內部關係。他爲外部關係。不得爲同一之論。此反駁之說未爲當

也。

反對論者必曰代表者。爲對於第三者。故必以社員充之。若業務之執行。爲內部之

關係。雖何人爲之可也。又於代表者之規定。謂不以定款特定代表會社之社員時。

各社員代表會社。注文中特云代表會社之「社員」。其必從社員中選任。固無疑義。

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

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

或以關於業務之執行。不用社員之文字。第五十六條關於會社之代表。用社員之文字。

第六十一條比較內外關係之二條文。而謂其一限於社員。一則非社員亦可者。然以此

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



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

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

則非此之處。其爲必使社員執行業務之主意。可了然也。

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

於商法規定關於會社之罰則。同時就其適用罰則者列舉之。即發起人、業務執行社員、外國會社之代表者、監查役、及清算人是也。第二百六十一條 第二百六十二條 在合名會社受此

罰則之適用者。爲業務執行「社員」。而非業務執行者。又爲執行社員。而非汎稱爲代表者。蓋日本商法於合名會社合資會社。必以執行業務之社員之存在爲前提也。會社法第七章之罰則。爲處罰會社之自然人。望其遵守會社法也。爲合名會社

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

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

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

上海图书馆藏书



A541 212 0024 55748

光緒三十三年五月初十日  
明治四十年六月二十日

發行

編輯者

陳時夏

印刷者

長谷川辰二郎

發行所

丙午社

印刷所

小川印刷所

日本東京市神田區  
錦町三丁目一番地

中國天津河北公園

發賣所

中國各省各書肆  
日本東京各書肆

# 商法會社之一

(第二十七册)

上海图书馆藏书



A541 212 0024 55758

# 商法 會社法目次

## 第四章 株式會社

第一節 設立	一五
第二節 株式	六九
第三節 會社之機關	一四八
第一款 株主總會	一四九
第二款 取締役	一八八
第三款 監查役	二四七
第四節 會社之計算	二六四
第五節 社債	二九四
第六節 定款之變更	三〇九
第七節 解散	三五—

第八節 清算……………三五六

第五章 株式合資會社……………三六九

第六章 外國會社……………三九一

第七章 罰則……………四一五

商法會社法目次畢



# 商法會社法

鄞縣 陳時夏 編輯

## 第四章 株式會社

歐羅巴諸國之商法。就合名會社及合資會社之性質。頗有議論。其爲法人與否。極爲曖昧。至株式會社。則其爲法人極爲明確。其疑之者。僅拉爾一人而已。

即獨逸法之解釋。亦毫無可疑。其以合名會社爲法人者。皆謂株式會社當然亦爲法人。而不說明其理由。至關於合名會社之性質。有懷疑者。又有斷言其非法人者。而於株式會社則皆明言其爲法人。且說其區別甚詳。更有爲之詳說者。兩會社雖皆得以享權利負義務。而見於法文者則各異。蓋在合名會社。其會社止於自己商號之下。得權利負義務。而株式會社之於權利義務。則以株式會社之資格。獨立而有之。此其差別甚明。故雖有置重於「會社」之文字。而明示株式會社之爲法人者。或置重於「獨

立有權利義務」之文字。而欲爲之說明者。說明之方法雖異。而其結論以之爲法人則一致。所以歐洲學者之說會社法者。多奉之爲標準。而說明株式會社。得爲法人。得自己獨立之商號。得以自己之名爲訴及被訴。而會社之權利義務。與株主之權利義務。全爲各別者此也。日本於此事項以其爲一切會社所共通。故於會社法之總則說明之。

株式會社之異於合名會社合資會社之點。在合名會社及合資會社。團體之一員有持分。在株式會社。爲有株式。一以團體員爲社員。一則稱爲株主也。此外如社員與株主其相互間關係。及各自對於會社權利義務。皆相異是也。會社之性質既異。故其設立之手續。業務之執行。業務執行之監督方法等。亦不得不異。此等事項。其說明讓之於後。總論中所當說明之事項。即株式會社株主對於會社債務。不負無限責任。不置重於株主之人。而置重於其財產。及關於株式會社設立之立法主義等而已。在合名會社合資會社。其無無限責任社員時。會社不能成立。而在株式會社。則不得有無限責任之株主。法律以明文規定株主之責任。以株式金額爲限度之旨。此株主

之性質也。(第四百四十四條)故使資力富裕之株主。超於株式之金額辨濟會社之債務時。止爲對於會社又其債權者之贈與或代位辨濟。決不得謂之盡株主之責任。又資力不充分不能辨濟自己債務之株主。欲超於株式金額負擔會社之債務時。其人之債權者。得拒之而先使辨濟債權於自己。夫自取締役監查役執行會社業務及監督無限之責任觀之。似株式會社亦有負無限責任之株主。然彼等皆對於自己之行為及過失而負責任。即爲取締役監查役負責任。決非作爲株主對於會社之債務負無限之責任也。苟反於法令而加損害於他人時。無論何人。皆負無限之賠償責任。反於定款而加損害於株主時。其應負無限賠償責任。爲理所當然。此則取締役監查役與普通之株主無有區別。蓋違反契約。加於他人之損害。其賠償爲負擔自己之義務。決非負擔會社之義務也。夫株式會社者。置重於財產之會社也。而合名會社合資會社。則置重於人之會社也。故社員不得漫讓渡其持分。又不得由會社脫退。雖云死亡。而其相續人不能當然承繼先人之權利。而有其持分。反之株式會社。則無論何人。皆得爲株主。雖外國人亦常有不被排除者。(第五百五十五條)其得株主之方法。雖依

公告爲普通。株主相互間又會社之發起人與株式引受人。通常互不相知。其雙方之所觀察。專在財產。故法律所規定以關於出資之注意爲多。例如株式之拂込。以金錢爲原則。就拂込不得以相殺對抗會社等是也。故學者指株式會社爲依於物之會社。又曰資本的會社。所以與以人爲主之合名會社區別也。稱爲依物會社。所以與折衷之合資會社區別也。於會社之名附以株式之文字。所以示其特質之一端云。

日本商法所以稱此會社爲株式會社者。以此會社之資本分爲株式故也。法蘭西商法則用 (*Société anonyme*) 之文字。即無名會社之意。因合名會社之商號。用社員之名。株式會社之商號。不用株主之名故也。和蘭商法。初雖與法國相同。其後於航海會社用株式之文字。故商法亦有株式會社之名稱。漸傳於法國。而爲一般的。通常於會社之上。冠以株式之文字。更於其上附以事業之名。而爲會社之商號。日本商法。不設何等之強制的規定。故株式會社之商號。概因事業之目的定之。但在特別法有或會社必當加事業之目的於商號者。於關於銀行鐵道保險其他會社之特別法見之。合名會社及合資會社社員。以二人以上爲已足。不問其爲會社設立之際。與會社設

立之後。然在株式會社。其設立之際。必要七人以上之發起人。設立之後。至少必要四人之重役（即二人之取締役與一人之監查役）與三人之株主。且要自有七人以上之株主。蓋要七人以上發起人之理由。（一）株式會社之設立。要爲種種之法律行爲。苟僅少數之發起人。則不充分。（二）欲得世人之信用。廣募集株主。不可僅有少數之發起人。（三）株式引受人有迷於其事業之美名。不探究其實質而引受其株式者。故負責任者。當使之多數也。取締役及監查役。雖未規定其由發起人中選任。而以由發起人中選任爲便利。蓋發起人爲七人以上時。其選拔爲尤便也。獨逸商法發起人要五人以上。設立後之株主。則無妨止於五人。

在獨逸商法。其合名會社及合資會社。必要以商業爲目的。惟株式則不須以商業爲目的。以有營利之目的爲已足。雖以土地之營業爲目的者。亦得成立株式會社。此即株式會社之目的。不必附於商業之證據也。然日本商法株式會社。則必要以商業爲目的。表面之規定。雖彼此相異。但獨逸商法不認關於土地之營業爲商業。故以土地營業爲目的之株式會社。可爲不以商業爲目的之會社之例。然日本商法。關於土地

之營業亦可爲商業。若獨逸商法株式會社。不要以商業爲目的之論據。單存於土地營業。亦得爲株式會社目的之點。則其規定之實。日本商法與獨逸商法或爲同一。然獨逸學者之多數。謂株式會社之目的。不限於商業之理由。猶別有所在。則讀獨逸學者著書之人所普知也。

株式會社之起源及沿革。嘗述於總則。茲省略之。茲所說明者。爲株式會社特別之異點。且關於株式會社近世之立法主義焉。株式會社不見於希臘。立曼氏消極的證明之。至羅馬法無株式會社。已於前屢述之。不俟言也。其正確之起源。有謂在伊太利其他之拉丁國者。有云在獨逸其地之北部諸國者。前者起源於「孟鐵斯」後者起源於「勒得乃」順次述之。

「孟鐵斯」或稱爲「馬阿拿」或稱爲「馬火拿」蓋由亞刺比亞語之「馬唔拿」而來。即債權者團體之謂也。其最著者。如或定數之債權者。貸附或金額於國家。各自負擔其中之定額。在其定額中。必負其責。而其在定額以上者。則不負其責。國家對此團體支拂利息。以歲入充之。應債權者之出資額。而分配之於債權者。其出資額分爲持分。名

「羅卡」恰如今日之株式。

此團體雖爲法人。而其「羅卡」之不得自由讓渡。殆與今日之株式會社無所異。其最古者。千三百四十六年之皮阿奴之「馬阿拿」是也。然其性質稍涉曖昧。至第十五世紀於該奴亞所謂「格阿爾古」銀行之同種之團體起。「羅卡」流通頻繁。其新性質亦因之而明。說株式會社之起源者。皆以之爲嚆矢。

「勤得乃」者。船舶之共有也。船舶與陸產異。未必供共同之利用。若爲其利用有不同意者時。雖不同者爲多數。亦得排斥之。而委之少數者之利用。故有以船舶之共有爲組合之說。而以論會社之起源者。至今日不問何國。其船舶之利用與否。皆規定以共有者之多數決之。夫共有雖有謂爲事實而非契約之說者。然船舶之共有。與普通之共有異其立法之基本。故無論何國。皆有關於船舶共有特別之規定。而其狀稍與會社相似。在佛蘭西。其慣習上分船舶爲二十四部。在英吉利。以法律分船舶爲六十四部。故英吉利船舶之共有。對於一船舶。如有六十四株之會社狀態者也。船舶共有。既有如是之狀態。故其進而爲株式會社。見爲容易。且以合資經營航海之事實進步時。

因之而株式會社經營之。亦非難事。此無論合資會社株式會社。皆由航海業而起。與大商業始於海商相符合也。

在於獨逸。其法律與慣習。皆不定船舶持分之數。故船舶之共有。雖不如株式會社限定其資本者。然獨逸學者中。多以株式會社之起源。歸於船舶之共有者。

共有者雖不得當然曰會社。然其由共有而進步爲株式會社。則固無容疑者。如和蘭之東印會社。(千六百二年)英國之東印度會社。(千六百十三年)巴朗丁堡 (Brandenburg) 之亞美利加會社等。皆備有株式會社之性質是也。

株式會社爲集合多數人之資產而營事業。其適合於經營冒險事業或新規之事業者。在國家以認其爲株主會社爲有利。故早成立爲法人。而旋形發達。然屢濫用之以發起株式會社。則不免詐害株主及第三者。而起經濟上之大恐慌。故學者政治家於此。多講豫防之策。而懲於不能豫防而主張全廢株式會社之制度者亦有。是無論自何國之沿革觀之。不免有此議論之時代。但全廢之論。不過就一時的現象而論。由全體言之。固信其有今日之堅固發達者也。



關於株式會社設立之立法主義有四。述之如左。

### 第一 公立主義

此主義有謂株式會社之弊害。由一私人圖謀私利濫行設立而生。欲絕弊害之根本。當使設立株式會社者。限於國家市町村等之公法人者也。夫國家自爲設立與使他之公法人設立。雖有不同。而其根本主義則一也。此主義更細別爲二。

(一) 株式會社爲公法人所設立。其株主限於公法人所認者。若在自治團體。則以屬於其團體者爲限。

(二) 設立株式會社者。雖限於公法人。然會社一旦成立後。則無論何人。得爲株主。以如此限定株式會社之設立。其不適於今日承認商業自由原則之時代固也。然今雖無採此原則。而不免反對之有陷於極端者。即謂在公法人。雖得自爲營利之事業。爲公法人同時具營利法人之資格。而爲他人設定株式會社。則反乎公法人之性質也。然此說也。今尙有爲例外而存在者。如公法人自設定株式會社或發法令而特設定之是也。

## 第二 免許主義

此主義雖對於一切之會社而論。然其多數之問題。皆關於株式會社。故學者多就株式會社而說明之。

欲設定株式會社。須依其性質之大小。有國家之免許。或自治團體之免許者也。茲所謂國家者。於其中有中央官府之意。有直接於地方官廳之意。又其免許有從會社之發起。株主之募集。創立總會之招集等。至於設立之各階段。皆規爲必要者。有單於設立行爲終結。其會社將成立之際爲已足者。若惟以會社成立之際。有免許爲已足。則發起人將任意發起會社之設立。募集株主。而爲詐害第三者之事。縱令不得設立之免許。而因自己已得利益。即不免使第三者蒙其害。甚或明知必不能得其免許。而有隱秘發起會社以欺瞞世人者。故雖會社設立之發起。亦以免許爲必要。其不得免許而爲發起。必科以刑罰。彼云於各段階皆須免許者。蓋極端欲貫徹此主義者也。

從全體批評之。此主義於或時代固認爲必要。而觀之吾國現時之狀態。又採用一

部之免許主義者也。我商法雖舍免許主義而採放任主義。然於特別法而採免許主義。往往趣於極端。然由現存會社之統計言之。於免許之下而設立者。較之於放任主義之下設立者。占其多數。寧以多數者爲適於我國之情。而以之爲原則也。其依放任主義而設立者。雖亦有之。然大都爲小資本及有弊害之會社。今若以免許主義爲原則。至後來國民株式會社之智識增進。弊害減少。改爲放任主義。固未爲晚也。即一切政略採放任主義之英國。其千九百年之新法。亦改其放任主義之會社法。而稍用干涉之主義。是全然放任之不適於商業界。可以知矣。

免許者。有國君之免許。有國家之免許。其沿革的說明。雖爲必要。而非本講義之所急。故略之。

### 第三 準則主義

或稱爲條件主義者也。此主義以免許主義難於適用而發生。依此主義時。則法律豫設一定之條件。若或團體具備此條件時。無須其他何等之手續。其會社即可成立。

何人認定爲具備其法定之條件耶。當分二者述之。其一使發起人或株主自身認定之。若有異論之株主。及利害關係人爭議時。則訴之於裁判所。由裁判所定之。即使裁判所以或會社之設立爲無效。或取消其或行爲。與使其補充之之謂也。其二即從初使裁判所決定。俟其決定始設立會社者也。後之主義。爲裁判所審查主義。略稱之爲審查主義。蓋得免許主義與放任主義之中庸者。多數人贊成之。

反對此審查主義者曰。使行使司法權之裁判所。審查不生爭論之事件。而爲行政官廳之所爲。是破裁判所之性質者也。夫可使裁判所審查者。使行政官廳審查之。亦無不可。使裁判所爲審查。其審查之結果。於法定之條件具備者。則使之成立。不完備者。則爲之却下。是其語雖與免許主義異。而其實則與免許主義同也。雖然。許否之權。全然掌握於官府。與僅就其從法律之規定與否而爲審查者。其根本異也。又事項之許否。雖爲行政官廳之所爲。然就或事實審查其適合法令與否。爲屬於裁判所之職務者。決非反乎裁判所之性質者也。

#### 第四 公。示。主。義。

免許主義在行政官廳審查事項之適否。而決其許否。至審查主義。則裁判所審查其法律與事實之適合與否。而決會社之成立不成立。以保護公衆。然具備法定之條件與否之事。甯使爲株主者及與會社爲取引者。自爲調查。故以使發起人公示其關於設立會社之重大事項爲可者。即公示主義之要旨也。依免許與審查主義時。則官廳與裁判所不能保審查之前無被害者。即從事於審查。而就其當時所生之被害。亦有爲審查所不及者。若採公示主義。則世人各自爲注意。以保自己之權利。於自治之國民。採此主義。蓋最適當者。此主義在法律定公示之事項及公示之方法以明責任之所歸。雖發起人之氏名住所及職業。皆公示之。尙於或種之書類。亦使發起人署名之。

右四主義。因國與時世不同。故採用之理由亦異。又有不得僅採一主義時而兼採其他之主義者。故其分類稍難。然由大體言之。則英國採公示主義。獨逸爲準則主義。獨逸由千八百六十一年之舊商法至千八百九十七年之新商法。經三度之改正。即於千八百六十一年之舊商法所採用之免許主義。於千八百七十年之株式會社。改爲

純粹準則主義。千八百八十四年之會社法。爲加以審查之準則主義。此主義於獨逸之會社。最爲適用。故千八百九十七年之新商法。亦採用之。彼之會社法。於新商法殆皆採用。所加變更者。惟就制會社法之株式合資會社及株式會社之順序。而顛倒之。先其株式會社。與編纂之體裁條文之併合配置等。稍加改良而已。於其實質無所異也。故關於千八百八十四年之會社法之著書。多得引用之爲獨逸新商法之說明。就諸國之主義而分類之。多有入之準則主義中者。是彼等以從法律之規定而設立。不須一一官廳許可之會社。悉入於其中。即從特別法之規定而設立之會社。其入之準則主義之中。固不俟言。雖惟爲其一社之設立。而出於特別法令者。亦歸入之也。此以其會社爲遵奉法令而設。充規定於法律之要件而生。故謂其當立於準則主義之下者也。然果如斯言之。則一切之會社。無不可入於準則主義之中。必不協其分類之精神。故欲明此等特別法之精神。與準則主義之主意。自不能不就或會社之果可入其中否乎。而解釋之也。準則主義者。國家以自己設立會社。與每設立一會社。必須免許。不勝其煩。乃作一定之法規。使適合於此法規者。即成立其會社。故此法規。謂使一般

之會社從之得以成立而作可也。若因或會社與特種類之會社。而發布或之法令。使其從之而得設立者。則常與準則主義相分離。而其因或之一會社而出特別之法令以設立之者。更不能爲準則之主義。蓋超乎免許主義而近於國立主義者也。彼以法令爲國家之意思表示而使或者成立會社者。單從設立者之方面見之。然不得謂設立者。從其特別法令而設立會社。即爲據於準則主義者也。

### 第一節 設立

合名會社及合資會社之設立。雖以作成定款（即會社契約）爲已足。而在株式會社之設立。則必須多數之手續。其手續雖因所在而不同。然無論何處。至少須有二次之手續。即一爲定款之作成。一爲株式之引受是也。

定款者。爲會社之契約。無會社則定款無獨立存在之理。故於會社設立以前。雖無眞之定款之存在。而後日所爲之定款。便宜上得稱爲定款者也。第二百二十條云。『發起人作定款』所謂眞定款者。即此意也。

此爲關於定款文字之注意。次就定款之實質所當注意者言之。即定款者。自始至終。

爲會社之契約。決非發起人間之特別契約是也。發起人欲設立以或事業爲目的之株式會社時。於各自之間。必爲何等之契約。其不別爲特種之契約。默示從組合之規定者有之。其明爲特約定其相互間之關係者有之。於法律雖無特別之名稱。而事業家附以特別之名稱者有之。學者時或謂定款者。即會社契約之前發契約也。時或謂之會社契約之豫約者。然云豫約者。則不適當。基爾克氏云會社之前身。奇獨氏於獨逸商法雜誌第九卷。關於此點有所論。以發起人團體爲通常組合。故屢稱爲「苦林成古斯額這爾霞夫」云。

發起人之一人。爲關於會社之設立之行爲。他之發起人受其拘束否乎。發起人間之責任爲連帶無限否乎。皆問題也。此問題雖可依發起人間契約之有無及其關係之性質而決。然非吾會社法之所規定者也。

作成將來會社之定款者。爲會社之發起人。獨語稱 (Gründeln) 英語稱 (Promoter) 而稱主唱會社之設立者爲主設立者。應其主唱而引受株式。使成立其會社者。則云從設立者。即引受普通之株式引受人也。依會社之性質爲發起人者。雖必要有特別



之資格。然此當以特別法定之。於商法中凡得爲一切之法律行爲者。皆得爲會社之發起人。余以爲一個會社。亦得爲他會社之社員或株主。故一個之株式會社。得爲新會社之發起人。モザツク可薩氏與余說同。

定款記載事項分二種。

第一 絕對的事項。

細別爲左之二者。

(一) 發起人於作定款之際所記載之事項。

(甲) 目的

(乙) 商號

(丙) 資本之總額

(丁) 一株之金額

(戊) 發起人之氏名住所

(二) 於創立總會或株式總會得以補足之事項。

(甲) 取締役應有株式之數

(乙) 本店及支店之所在地

(丙) 會社爲公告之方法

取締役雖有一株亦可。即不豫定共有株式之數。會社亦得成立。就會社爲公告之方法亦然。會社之住所爲本店之所在地。作定款之際。雖可定而記載之。然法律顧實際上之便宜。則算入之於以後所定事項中亦可。

以此等事項皆爲重大。故當有株式引受人又株主之半數以上當資本之半額以上者出席。以其議決權之過半數決之。

於絕對的記載事項有所欠缺時。爲缺定款之要素。其定款全然無效。

有云關於監查役事項亦當入於絕對的記載事項中。然我商法認取締役與監查役之間有差異者。

## 第二 相對的事項

定相對的事項與否。雖全屬當事者之隨意。若使其有一定之效力。則必須記載之。

於定款。我商法認爲相對的事項如左。

(甲) 存立時期又解散之事由

(乙) 株主之額面以上之發行

(丙) 發起人所受特別之利益及受之者之氏名

(丁) 以金錢以外之財產爲出資之目的者之氏名其財產之種類價額及對之所

與株式之數

(戊) 應歸會社負擔之設立費用及發起人所受報酬之額

茲稱設立費用者。非實額。乃估計之額。從會社發起之當時。至會社成立之費用也。蓋會社自漸次成立之時。從定款之作成。株主之募集。申込證之作成。總會之招集。檢查役之費用等。其額頗多。而就此額於此事實發生以前。記之於作成之定款中。不能得其實額者也。其實費較估計額少時。本不得不爲減少。若即拋棄時。則爲不當利得或贈與。皆非設立之費用也。估計額少而實費大者。當變更定款。增加其額。就其執付者而給還之。此變更增減之權在總會。故若實費比估計

額大。總會認而裁判所不認時。爲發起人之損失。發起人自支出之。若他人貸與於發起人者。則得對之而請求辨濟。

其他雖有相對的事項。皆非重要者。無記載於發起人所作定款之必要。

於相對的事項中最須注意者。發起人所受特別之利益及報酬也。夫使發起人與所設之會社共利益。不如就其以設立會社爲營業之事。明記載其所受報酬之額於定款。但此不過一時的報酬。不必與各別之報酬額。及凡可受報酬額者之氏名相爲對照。反之發起人於將來可因會社繼續而受特別之利益者。則其額與可受其額者之氏名必使對照。而記載於定款之中。夫法律雖無因繼續而受利益之規定。而於酬其發起設立之勞。既明有一時之報酬之規則。其可受特別之利益。亦可因規定而類推之也。此所謂特別之利益者。至少於通常之際。得認其爲繼續的。即與普通之株主所受之利益相對之稱也。故株主可受之利益。爲發起人者亦受之。是爲均一之利益。不必記載之於定款者也。

以金錢以外之財產爲出資者。依國而異其規定。於嚴重法律之下。株式會社之出

資。雖單限於金錢。然我商法及獨逸商法。就得以金錢以外之財產爲出資之目的者。設其規定。故以債權爲出資之目的者。及以引受人無資力之手形爲出資之目的者。往往有之。於定款中其出資財產之種類與其價格。及對之所給株式之數。皆記載之。以便判斷其相當與否。且爲如此出資者之氏名。必記載之於定款。

發起人以外之人。不得以金錢以外之財產爲出資。以凡出資。皆限於金錢。惟發起人有特別之理由。故設此例外。但此例外。務宜狹其範圍。蓋株式會社爲金錢之會社。必使其其實也。此在立法論無異議者。而解釋論則否。有二三說如左。

爲獨逸人通常之解釋。謂引受人祇有發起人及應募集者之二種。應募集者。依株式之申込而爲之者也。其申込以署名於申込證爲之。然申込證必記載金錢以外之出資者之氏名。及對之所給株式之數。故通常之引受人。於爲引受人以前。不可不定金錢以外之出資者。蓋在通常於發生引受人以前。有爲引受人者。唯發起人。故解爲限於發起人也。爲我商法之解釋。得利用之。然必云發起人以外者之氏名。財產之種類與株式之數。先記載於申込證。使其署名。而得申込所記載之數之株

式。則此解釋不免反於法之精神。第二百二十二條第四號。無發起人之文字。其不別入以他者可知。

以上所述。爲關於會社設立之處。至增資之際。得以金錢外之財產爲出資否乎。則當爲別論。(第二百十四條第二百十五條第二百十三條)

非一時出資。而於會社存續中。爲一部或全部之期間給付者。得爲出資乎。又爲是等出資之際之資格。及對之所給株式之數。當如何勘定之乎。皆研究之問題也。於獨逸商法有與此關聯之條文。故獨逸學者多有論之者。

有云關於株式之共有及記名式或無記名式。亦須記載之於發起人所作定款中者。然此等竊於後定之。如我商法可也。

定款者。會社契約也。即爲會社之基礎之契約也。無論株式會社合名會社合資會社。皆無差異。雖有云在合名會社合資會社爲會社契約。而於株式會社不爲會社契約者。然我會社法。於此二種會社之定款。不設區別。雖在獨逸有言其有區別者。然獨逸亦未嘗有此區別。唯在獨逸以合名會社合資會社。爲非純然之法人。於其定

款有等於組合契約爲書面之點。故見其與株式會社之定款。有所不同。實則二種會社之定款不惟形式爲同一。於實質亦爲同一者。獨逸新舊商法。其示株式會社之定款。皆用會社契約之語。而新商法改舊商法之所云會社契約（定款）而惟云會社契約。無論獨逸學者之說明定款。多以之與會社契約混用。而其二者之爲同一。亦得以知之者。如「的爾」<sup>テイル</sup>「蒲海德」<sup>ブヘルト</sup>固云同一。即「買哥俾」<sup>マッコーペル</sup>「斯打唔」<sup>スマタウ</sup>「加拉斯」<sup>カライス</sup>「可河」<sup>コツホ</sup>等亦莫不然。彼「排該路」<sup>ベックケル</sup>氏謂定款者爲充法律之要件。而會社契約者。包含其他之各種種事項。故定款非會社契約。此言也。是不知於定款之事項。有絕對的與相對的者。又「薩苦斯氏」<sup>ザックスマ</sup>曰。定款爲會社契約時。則會社契約與設立契約。必至岐異。是其不明之點。由先誤信會社契約與設立契約爲同一也。會社契約與設立契約不同。故以定款謂爲會社契約。決非不當者。多數人之誤解。皆與氏相若。而以其契約與欲設立會社之前發契約相混同者也。

雖云定款中得爲如何之所定。然其所定者。須不反公益且不害株式會社之性質。若就各株式定每於事業年度受一定之利息之配當。則於原則上爲無效者也。

以如此契約爲無效者。先就合名會社外部關係之末所說明之主意相同。且較彼之事情尤嚴者也。

第九十五條云。非填補損失控除準備金後。不得爲利益配當。非控除損失後。不得爲配當。與所謂無利益不得爲配當。蓋同一者。至所謂拂一定之利息。則雖無利益。亦必爲配當。即不免與此規定相反。又若云有利益之時。得應拂込金之割合而配當之。雖本爲有效。然此乃利益之配當。非利息之配當也。以利息配當之定爲無效者。增進會社之鞏固。保護其與會社取引之第三者也。株式會社其責任以資本爲限度。關於會社外之債務。無論對於何人。可不負其責。故必使與會社爲取引者。豫知其辨濟力。株券發行之價格。不得下於券面額。使其會社或其發起人發行百圓株爲五十圓。號稱資本百萬圓。而實產爲五十萬圓者。不可也。或以額面以上之價額發行株式時。其超過額面之金額。使其與第一回之拂込同時爲拂込。是會社徒表示其爲額面上發行之氣象以欺世人。至其實力與額面之發行無所差異者。亦不可也。(第一百二十八條)若使會社得配當一定之利息。而減資本之實額。恰如發行券面額以下之株式。(第九條)



有百萬之資本。於第一回拂込得二十五萬圓。本年配當十萬圓。明年又配當十五萬圓時。則與無拂込者等。第三者必因之而受其損害。故曰非填補損失後。不得配當利益者也。在合名會社。對於會社之債權者。有多數無限責任之社員。尚非損失填補之後。不得配當其利益。則在株式會社。對於會社債權者。以會社財產爲限。無一人負其他之擔保責任。則其不得爲一定利息之配當。更可知也。(第十七條參照)獨逸商法。以明文示其利息配當之契約。及其配當之無效。我商法於解釋上信爲當然。故未置明文。(獨商法第

二百十)  
五條

定配當利息者。無效也。俗云。拂一定之利息於優先株主者。蓋自利益中拂以一定之利息也。若無利益而拂之。則無效。又有謂有一定之利率時。自準備積立金中支出而支拂之者。準備積立金者。積立利益金而備之。爲配當利益者也。不過就今年可爲配當者。延至明年而已。如郵船會社數年間得爲一割二分之配當。雖無何等之利益。亦得繼續此配當者。蓋以利息之有無。以一年或一事業年度爲標準。而積立金者。以長年者爲標準故也。積立金拂盡之後。而猶繼續此配當者。則爲無效。其有實際行之者。

是違反商法也。

又有似利益之配當而實不然者。即補給利息之配當也。就或公益之事業。有國家或自治團體與起業會社以一定之補助者。有與以資本之幾分者。又有使株主出其資本。而應其拂込之株金與以定期之補助金者。即於會社未得一定之利益。與之金錢。使與得一定之利益有同一之狀況而得分配者也。又有明與株金之利息於會社者。此所受之利息。會社配當之於株主。其形式爲利息之配當。其實質爲政府下付金之取次分配。是於會社之資本不爲減少。故不至破以上所述之原則也。夫會社雖祇爲取次行爲。然一旦配當其所取得。則云爲利息之配當亦無不可。如此特別之時。不可不視爲例外也。

又有學者所稱之建設利息。商法亦稱利息。而明許爲配當者。亦原則之例外也。此於商法認之。又有屬以特別法定之者。至後關於會社之計算時述之。(第一百九十六條)次於定款之作成而爲必要者。株式之引受也。蓋發起人若不引受株式。將於會社爲不利益之行爲。必使發起人引受株式。其數亦有一定。且於未有株金全額之拂込。及

於會社設立後或年限間。所不得使讓渡其株式者。我國雖不設如此細密之規定。而使發起人引受株式之精神。固明瞭也。(第一百二十五條)

因發起人所受株式之數。於會社成立期間生其差異。學者所謂即時成立。漸次成立之二種也。

夫即時成立者。見於發起人引受株式總數之時。即其引受與會社同時成立。而發起人(即株式引受人)即爲株主。至株式之拂込取締役之選任等事。乃會社成立之後所爲之事項。但茲所謂即時成立。謂會社與總株之引受同時而成立。其總株之引受。則不必同時而引受。故發起人雖今日引受其半。明日引受其四分之一。經數日而引受其殘部。亦無不可。至總數滿額之時。而會社即時成立也。

漸次成立者。見於發起人不引受株式總數之時。此即發起人以外之人。亦可引受株式。然雖有株式總數之引受。而會社亦非即時成立。蓋尙有株金之拂込。創立總會之招集。取締役及監查役之選任等之必要也。

如是二者雖均屬株式總數之引受。而前者則因之而遂使會社成立。後者則尙需種

種之手續也。但前者之所以易爲者。則以發起人對於一切之株式而負責任。不至生關於株式引受之爭。且發起人以互相知之故。互有信用。又其名雖云創立總會。其實不過僅發起人之集會。而不必新附以別名。使召集之。惟然。故公衆之保護。充分與否。則尙屬疑問也。

然則謂當發起人始表示引受株式總數之意思。時會社即與定款之作。成同時成立亦可。但即時成立。可分爲二。其一。即發起人以前發契約。定總數之引受。記載之於定款。而遂使會社成立。其二。即前發契約。無論定與不定。皆不記載之定款。惟俟定款作成之後而爲引受。是也。然依日本商法之解釋。及立法之主旨言之。則其事之順序。爲發起人者。不可不先作定款。次爲株式之引受。至於法律。則尤以發起人作定款而署名爲最要。而資本之總額。及一株之金額。又皆須揭明而定之於定款事項中。故當定款未定以前。即株式之金額亦不能定。且有他種事項須記載於定款者。使於株式金額未定時。而分別爲之。則其後必生出不能定之事實。故非舉法律所規定之各事項而悉記載之。定款不成立也。信如是也。無論如何。不可不先定定款。明記株式之總數

後。而引受之。使會社成立明矣。此蓋自形式言之。其議論有爲此者。然即以實質而論。株式總數之引受。實使各引受人。生重大之負擔。故於引受之先。必須悉使確知關於此事之重要事項。而後引受。使會社成立者。此也。

發起人引受株式之總數。使會社成立後。其發生之事項如左。

一 發起人須從速爲第一回之拂込。(不得下株金四分之一)且選任取締役及監查役。

二 取締役當選任後。得因使從速調查以發起人所受特別利益金錢以外之財產。爲出資之目的者。應歸會社負擔之設立費用。並發起人所受報酬之額。及爲第一回之拂込與否。可請求於裁判所。選任檢查役。

三 裁判所若聽檢查役之報告。而認爲不當時。可爲相當之處分。

株式會社既成立。則發起人當然爲株主。固不待論。然以是之故。其爲第一回之拂込。及選任取締役監查役等。全係對於會社之義務。亦至爲明甚。故此義務不履行時。即不能不對於會社而負責任。雖然。當會社雖已成立。而代表者尙未一次發生時。果以

何人行使會社之權利。責問發起人不履行義務之責任乎。此誠一疑問也。苟發起人於此時。豫定契約。則亦可從之。然謂其不足爲會社代表者之議論。反從此出焉。

取締役及監查役之選任。以發起人之議決數之過半數決之。然就彼等之性質言之。依法律之規定。雖屬明瞭。惟因使調查某事項爲裁判所選任之檢查役。則其性質僅於商法上之規定求之。不明實甚。蓋自既有監查役。而又由裁判所特選任檢查役之點觀之。則此時之檢查役云者。可謂爲由公益上之理由而發生。而非僅爲會社之代表者。斯即汎認爲國家及社會之代表者。諒無不可也。即不然。亦決非純然會社之代表者。可斷言也。

又檢查發起人爲第一回之拂込與否。最爲嚴重。如其尙未爲拂込。則督促之。如督促之而猶不爲者。則可命其解散。又如資本之總額。一株之金額。有不當時。本可爲相當之處分。但其處分方法。在商法上甚不明瞭。而其結局。大概命其催告解散而已。若發起人不引受株式之總數時。則其會社。非創立總會終結時。不能成立。創立總會之終結以前。須經過之階級頗多。而以株主之募集。爲最先之事項。是以開創立總會。

以株式總數之引受後第一回之拂込爲必要者。職此故也。爲株主之募集者。則爲發起人。應募集而爲株式之引受者。則爲普通之株式引受人。此二者。即學者所謂主設立者與從設立者之別也。至其關係。無論自何方面觀察之。皆歸於同一之事實。但前已就主設立者之發起人。專爲說明。故茲更就從設立者之普通株式引受人。而說明之。

關於株式引受之學說。可大別之爲單獨行爲說。與契約說之二種。其間如「儀爾克」氏。則所謂具備二者之性質。而爲折衷說者。蓋氏欲專就團體說。共行爲說等。以說明萬事。故對於株式之引受。亦信其由契約而出。但爲說明之便宜上計。故於單獨行爲說。所深致意焉。其言曰。株式之引受。爲共行爲之一要素。又同時爲未來株式會社之利益。取結契約也。株式之引受。與通常爲第三者利益之契約不同。職是之故。所負擔之義務。純然帶團體的性質。且此義務。因其非不相知者間之義務。而係社團法人之社員之義務。故株式之引受。實即創設法人內部行爲之一也。云云。此氏所以當厠身於契約說之學者中也。故與其謂其所主重者。在論株式之引受。毋寧謂其欲說

明團體說而爲是言。但僅就其表面言之。則氏之關於株式引受之說。其真亦自不可沒也。

極唱單獨行爲之說者。爲「勒滿」氏。氏於論手形時。既已主張此說。其於論會社。亦主張之。氏之言曰。株式之引受。何謂也。蓋即以欲得未來株式會社員之資格爲目的。之單獨行爲也。是殆與以身分行爲。而取得國籍之行爲相等。就即時成立者言之。則株式之引受。是在履行將設立會社之組合契約。又同時自未來株式會社觀之。爲單獨的入社行爲。是也。即就暫時成立者言之。亦爲單獨的行爲。是即株式之引受。只關於使引受人生有義務。僅據引受人之意思表示而發生。無須發起人之承諾。會社據引受人之引受單獨行爲。即爲得有權利。決非發起人。據於引受而承繼對於引受人而得之權利。亦非發起人。爲未來之會社。而始與引受人結引受契約也云云。大凡單獨論者之說。多謂契約必要意思之合致。而至於株式之引受則無之。發起人只爲株式募集之單獨行爲。而引受人所只各自爲引受之單獨行爲。是即彼等兩者之間。雖無何等契約。而關於引受之權利義務。亦足發生云云。



契約之說也。佛人勒翁康獨人加乃斯哥薩苦斯打唔等大都唱此說。其關於發起人之引受總株無多議論。惟謂此爲株式之「友巴拿墨」而與普通所稱之引受。即（支愛西魯古）有別。是蓋專據募集而言。其關於引受之契約更細別爲二說。

其一謂設發起人因株式募集而爲株式申込之誘引。株式引受人被此所誘引而爲之申込。即所謂株式申込。發起人據割當之行爲而承諾之。以使契約成立。主是說者。爲英人巴爾馬及在獨逸探契約說學者。多數之所主張也。惟伯倫德則謂以視爲申込者爲通常有時亦得承諾云。

其二說。則有謂株式引受契約。係由發起人申込引受人承諾而成立者。此說本爲少數之所主張。而在獨逸。伯鐵爾眞銀低滿之外。尙有數名。皆爲此說者也。就本說而說明之。則發起人因停止條件之成就。須負對於引受人。使有一個或一個以上株式之義務。而引受人所因停止條件之成就。須負爲拂込及將來爲株主之義務。且發起人之停止條件云者。即有會社得以成立之引受。是以分配於其引受人之株式之謂也。若株式之引受不充分時。會社即不成立。又若引受之數。較之株式之總數多時。或至

使引受人。不能有一個之株式。則在此時。條件即不成就。而爲發受人者。雖不必使引受人得有株式。唯就不得爲不當利得之點言之。須返還先所受證據金。又或因時宜僅爲募集漏之通知。亦可。而反乎此者。株式之數。或足以使株式引受人皆得爲株主時。則不可不使引受人皆爲株主。此蓋由株式引受契約生出發起人之最大義務也。而平常單言由株式引受契約生出發起人之義務云者。即指此也。又引受人之停止條件云者。實若已被募入之意。若僅謂附條件於承諾者。則不可。所以謂引受人之承諾。負停止條件附者。頗有語弊。以引受人者。須爲絕對的之承諾。而負停止條件附之義務者也。

至於引受契約之成立。申込與承諾。皆屬必要。此雖與普通契約同。而其契約之狀態則異。以是之故。即申込與承諾。亦與普通者異其狀態。而有限於說明之虞。其以爲單獨行爲而欲說明之者。雖生於獨逸。但就既因當事者雙方之意思。拘束其雙方。而生各自屬行義務之根本點觀之。而認爲與其他之雙務契約爲同一。則即謂之爲契約。其說亦實足以自圓。蓋當有多數之引受人時。其中意思之不合致者。亦可想像其有。

然無論誰何。苟非有意思之合致。則即無生此義務之理。所以以組合視爲契約者。若再進一步言之。即株式之引受。亦可視爲契約也。明矣。而問其果以何者視爲申込。則有不得不因時而異者。雖在同探契約說者之中。亦生二個之差別。但無論用何說。皆得說明。然則果探何說。且既經採用之後。即不得不貫徹其說。而爲反說明。苟若以申込者爲發起人。則一切皆須據此以爲說明之標準。余今試就發起人爲申込之說而說明之。

依契約而負權利義務者。其爲當事者。至爲明甚。以是之故。引受契約之當事者。既爲發起人與引受人。則引受人之義務。爲對於發起人而負者。亦當然也。雖然。其義務之履行。實以導會社之成立。及成立後對於會社爲拂込之義務。故可視彼等爲因未來第三者之利益。而爲此契約也。此正與父母爲未成兒爲契約相類。但在英法。法理甚發達。於商法上未來之會社。與胎兒稍稍不類。遂不得適用此法理。是故持團體說欲以說明諸現象之儀爾克氏<sup>キ</sup>。謂此行爲爲創設的共合行。爲引受人所負之義務。有團體的性質者。此也。

發起人當爲株式引受之申込時。無論爲個個之申込。或汎爲公告之申込。皆無妨碍。而其申込。不過定承諾之方法。得即使承諾者。作株式申込證之要式證書。以表示其承諾之意思而已。然則既各此定承諾之方法而爲申込。則即使承諾者。雖以此外之方法。表示承諾之意思。亦不能使契約成立。明矣。惟定承諾之期間與否。則非法律之所問者。茲特列舉須記載於株式申込證之事項於左。

- 一 記載於定款之事項。
- 二 定款作成之年月日。
- 三 各發起人已引受株式之數。
- 四 第一回拂込之金額。

欲應株式之募集者。須從發起人之所定方式。於其所定之期間內。而爲承諾。至於承諾之方法。則不僅爲發起人之所定。而實爲法律之所命。故不得隨當事者之意思而爲變更。其方式。則係記載自己可引受株式之數。於株式申込證之二紙。而署名焉。其所以須用二紙者。一存於發起人之手內。一則有謂因證明株式總數之引受。須提出

於裁判所者惟日本無提出於裁判所之規定故二紙之用途不詳。引受契約。發承諾之通知時。（即署名于株式申込證而發送之時）而成立耶。抑發起人受取其申込證之時。而成立耶。此問題之解決。專在于株式引受契約。或與普通契約相等。則其承諾也。亦與普通之承諾相等。抑或依於其與普通相異之點而定之。是也。若以爲與普通者相異也。則其承諾之意思表示。所生之效力時期。可適用意思表示之原則。而承諾之通知。存在于到達彼發起人之時。又若以其承諾。與普通者之承諾無異也。則引受契約。亦可謂成立于引受人發承諾通知之時。法文云。爲株式之申込者。應于其引受株式之數。而負拂込之義務。而所謂申込者。有謂爲送其申込證于發起人之意者。然就此文字言之。或無如此深重之意味。然則發通知之時。契約即成立也。無疑矣。而當事者雙方之義務。爲停止條件附者。故無論如何解釋。而其實際之效果。殆無差異也。

採第二種之契約說。則引受契約之承諾。即法文所謂株式之申込也。承諾者。即法文所謂株式申込人也。且彼之承諾。同時而契約成立。即以彼爲株式引受人也。是故受

株式引受契約之申込者。即有株式申込人之資格。而存在之時間。殆云無有可也。

爲承諾之株式引受人。雖依承諾而負義務。若其承諾。因出于詐欺或強迫時。則得取消之者。固據民法之規定。而即以商法言之。亦章章也。商法云會社已爲登記時。株式引受人。不得因詐欺或強迫而取消其申込。(第百四十三條)然則在會社登記以前。得取消其申込也。明矣。但就取消株式引受之承諾言之。則於商法上有特別之事項。是即于株式總數之引受後。一年之內。第一回之拂込。尙未終了時。及第一回之拂込已終了後。六月之內。發起人尙未招集創立總會時。是也。此時引受人可以取消承諾。而其結果。得請求其拂込金額之返還。(第百四十四條)

此種之請求權。至何時始得行使之耶。若會社成立後。株式引受人。早無此權。于此時也。對於會社。得請求與否。此問題。殆無決之之必要。若謂其成立後。此權尙存立。則會社爲被告耶。抑發起人爲被告人耶。則此問題有不可不解決者。蓋通常之請求。皆在會社成立以前。則此時之被告者。係發起人無疑也。

因欺詐強迫之株式引受。于會社登記之前。得取消之。其後則不得取消。至關於總株

之不引受。第一回不拂之取消時期。則不附期限。故無論何時。得取消之。是即于會社成立登記之後。亦得取消之也。但于此有謂登記後。雖已不得取消。但在登記之前。會社雖已成立。亦得取消之者。又有謂成立後。即不得取消之者。更有謂總會已招集。即已不得取消者。以因此招集。而可以取消之原因。早歸消滅。故也。其最後者。爲「折苦フエツク墨西亦イシツ」氏。而亦尙有得爲其他之解釋者。

登記後雖不得其欺詐強迫爲原因而取消之。然亦得以其他之原因爲理由。而取消之者。亦彰明較著也。例如無能力者之取消。是也。無能力者。即手形債務。亦得取消。故雖登記之後。亦無不可取消者在也。(第四百三十八條)

株式引受人最重之義務。株金之拂込也。夫拂込之時期。及金額之事。其一部分。依法律而定。其一部分。依發起人之意思而定。依法律而定者。株式總數已有引受。則發起人須從速使其爲第一回之拂込。且于第一回拂込之後。必有尙需某條件是也。至依發起人之意思而定者。即在于得株式總數之引受。須用如何之方法。引受之後。所謂從速之時期。以何者爲相當之點。是也。關於此有爭議時。其結局。雖俟裁判所之判決。

然以發起人之意思而先行之者其餘地亦正多也。

至于發起人請求第一回之拂込。必須已有總株之引受。是故不得先此而請求拂込。條文云。(第一百二十九條)有株式總數之引受時。發起人必須使爲第一回之拂込。則總株之引受。已作爲拂込請求之前置條件。苟如是也。其拂込也。則固會社之事業。有可期望而爲之。使無總株之引受。則不得認爲有可期望故也。如其許之。則發起人必至爲欺詐。及往往妄費此拂込金。而用于他株式之募集費等。以其與募集新株增加資本時。爲同一也。(第一百二十三條)

法律上第一回之拂込。不得下株金四分之一。故發起人於此範圍之內。如何酌定。皆無不可。惟發起人得使引受人一時拂込其株金之全額與否。則頗有疑問。蓋引受人承諾株金全額之拂込時。固可。若引受人拒絕之之時。得強之否耶。

據第一說云。發起人得強其引受人一時拂込其株金之全額。蓋定拂込金額若干。一任發起人之隨意。而又別無不得強使拂込株金額之明文。是故發起人可得爲之。且法文上第一回之拂込云云者。在通常時。分數回使之拂込。故法律不過以通常者爲



標準。而設此規定。就法律之主意言之。則不特不禁於一時使拂込其株金之全額。且必有特定于一時可使拂込全額之規定。可想見也。(第百二十八條第百四十八條第百四十二條)

據第二說云。法律于發起人引受總株時。謂須從速爲第一回之拂込。于有發起人以外之引受人時。謂使記載第一回拂込之金額於株金申込證。而常用第一回之文字。其第一回云者。自含有第二回以下之意味也。若以爲發起人得任意使人一時拂込金額。則第一回之文字爲無用。即由株式會社之性質而言。會社之成立以前及成立後。均不得使一時支拂其金額者。以會社法之原則推之。不能不謂其如是也。且於第百四十五條第百四十八條等。規定一時拂込全額者。或係引受人承諾而拂込之時。抑或因特別法。得強要其全額拂込時。始得適用之也。

若法律之精神。果如第二說。則發起人即要求拂込株金之大部分。而等于全額之拂込時。亦不得也。果爾。則引受人得以此拂込爲違法。而可不應其要求。非以若干之巨額。爲破壞此立法之精神耶。又所謂相當之時期。相當之額。果如何耶。此純然事實上之問題也。

但以上二者之解釋。皆不過商法上之解釋。而在實際上即有歧異之處。亦不得誤認爲違反商法。蓋在特別法上。既有對於或會社。使發起人得即請求株金全額之拂込。甚至于或期間內。必命其拂込全額者。則又有分爲若干次。于第一回拂込。許其得下株金四分之一者。此係特受政府保護之會社。及受特別監督之會社等。皆其例也。而以保險鐵道銀行等爲目的之會社。此例尤多。

關於第二百二十八條。或質問于余曰。發起人請求第一回之拂込。不得下株金四分之一。固也。若以四分之一以上。則無論多少。皆可。然則使甲引受人拂込四分之一。乙引受人拂込四分之二。可乎。蓋皆不下四分之一之金額也。又問第二百二十八條。果爲株金拂込乎。抑無會社而有株式乎。此二問。皆以不知法文所用之略字使然耳。無會社則無株式。恰與無會社則無定款取締役相類。凡此皆會社成立後。爲定款取締役株式之意。法文因其返復用之。過於繁冗。故單曰株式定款等也。夫所用之同一文字。本甚相類。是故當法之適用及準用之之時。必須就法之意思以爲解釋。故于會社設立之節。所謂株式云者。殆與會社設立後之株式相同。故株式之節。曰對於株金之拂込。不得

以相殺對抗。又曰。株式之金額。必須均一。又曰。株式之金額。不得下五十圓者。(第一百四十五條)皆於設立時之株式。得適用之。又株式金額之均一云者。額面之均一。必指拂込實額之均一而言。固不待言。故發起之際。第一回之拂込。不得區別甲則四分之一。乙則四分之二。而使其拂込也。明矣。且可參照次節所說明者。

株式發行之價額。不得下券面額。若許其得下時。則徒張大其虛聲。而與會員爲取引者。有受其欺詐之虞。故也。至以額面以上之價發行株式時。其超過額面之金額。使其與第一回之拂込。同時拂込之。蓋許其以額面以上之價額。發行株式。不特無害。且足以增加會社之辨濟力。而有益于第三者。惟所恐者。在于以額面以上發行株式。博會社之信用。而其拂込。亦不過額面四分之一。且實際之拂込。亦等于額面之發行。是也。故爲豫防其弊。使其超過額面之金額。與第一回之拂込。同時拂込。又爲計算上之便宜起見。亦一理由也。

株式引受人不履行第一回拂込之義務時。則發起人定一定之期間。催告其拂込。若經過其期間。猶不履行時。則得使引受人失其權利。此期間專爲株式引受人之利益而

設。故發起人祇可延長。不能縮短。發起人若既爲此通知。而引受人尙不履行義務時。不特失其權利。且以其義務不履行。而發起人及他之株式引受人所生之損害。亦必使其賠償。此時發起人對於其引受人所引受之株式。更得募集株主。引受人對之。不得陳述異議。(第三百三十條)

發起人之有此權利者。爲解除權之行使耶。若然。則解除之方法。解除之效力。及解除權之拋棄等。皆應從民法之原則。至民法中所規定契約解除之原則。當事者之一方面。不履行其債務。則相手方定相當之期間。催告其履行。若干期間內。猶不履行。則得解除其契約。此原則亦爲商法第三百三十條所採用。而相當之期間。定二週間以上。且民法上解除權之行使。有所謂不妨請求損害賠償之原則。而以商法第三十條所採用之點觀之。則于發起人與株式引受人間所有之契約。其發起人之權利。即視爲解除權。亦無不可。

當解除契約之時。返還之金額。必須付以利息。故發起人對於已爲一回拂込之引受人。必附以利息。而返還之。然發起人對於引受人。亦得以請求損害賠償。故得以彼此

相殺。然發起人有時。仍請求其他之金額者有之。惟此等時。引受募集外。有證據金不附利子之特約。其通常也。故有以違約金。及其他之名義。不返還已拂込之金額全額者。因特約使然。本無不可。若用違約金等之名義。具備外國學者所謂罰金之實時。則爲有害公安。或作爲無效。抑或令其減縮程度。始得也。

發起人所有之權利。苟既爲解除權矣。何以民法規定外。更規定之于商法耶。曰引受以契約爲前提。前已論及。故發起人與引受人之間。無契約之學說。不可適用。即令發起人與引受人之間。雖有契約。而于民法所謂相當之期間。實際上必須定爲何日間。方得。且欲表明發起人有再募集之權利。故設第三百三十條之明文云。

以立法論批評之。則以上所述者。全認爲發起人之權利。而毫不入於義務。以法文言之。不過僅有發起人。得催告拂込。又當不拂込時。更得募集株主之規定。是故發起人于此。即不催告拂込。而受其他之引受人所拂込金額。亦無妨碍。又對於不拂込之引受人。喪失其權利。其株式總數。雖無引受之者。不必更募集株主。亦無不可。即其他之法文。有謂發起人。必須爲某種行爲者。明明以此爲其義務。而茲乃不過曰得爲而已。

故認此爲發起人之權利。解釋上固無疑義。然使于此時。如認強爲催告。及未失權而爲再募集等事。以爲不可。而更以爲或一種之權利。如其如是。則或宜以別種條件。使發起人負此等行爲之義務。即不然。於其他之方面。其已爲拂込之引受人。認其有某種之權利。而有保護之必要。若如此僅有第四百四條。及其他現在之規定。則于發起人之監督。頗有不完全之弊也。

株式之引受。爲發起人與引受人之契約也。發起人有使引受人拂込之權利。引受人有負拂込之義務。故引受人之義務。以通常言之。存在於株金全額拂込以前。然創立總會終結。會社成立時。則果對於何人負此義務耶。若以爲對於會社。則本于法律之規定。頗甚明確。但學理上。株主對於會社而負義務之理由。須如何始可說明。又以爲引受人與發起人爲契約。對於發起人而負義務。但會社之設立後。早已無發起人。所以欲說明此問題。而有種種之學說出也。

第一 發起人自己現得權利。非與引受人而結契約。且自己雖立於契約之表面。而受利益者（即真權利者）將來之會社也。故會社對於引受人當然有請求拂込之

權者。與英國平衡法之「齒那斯德」之原則相等。所以在英國法之下。易于解釋也。獨逸學者之中。所有主此說者。如「加乃斯」「虎苦勒俾克」「魯羅勒爾」等是。

反對此說者駁之曰。此關於株式引受。及其附隨于引受之拂込之權利。固可謂其各是。但會社對於發起人。所負擔設立之費用。須負支拂之義務。此亦可謂爲發起人因會社而爲之事耶。蓋就使會社得權利之點而言。則可以「齒那斯德」之法理說明之。而就使其負義務之點而言。則不得以其法理而說明之也。或云。祇據附隨于引受之拂込而論。不必據設立費用而論。然關於此等事。不可不統一說明之也。明矣。

第二 發起人者。將來會社之代理人也。依代理人之行爲。而得權利義務者。本人也。故會社依發起人之行爲。得直接對於引受人。而有拂込之請求權。或有謂此時會社尙未成立。既不成立。則等于無有。然則無所謂本人。而反謂有代理人非也。云云。然此非全然無有者也。現在雖云無有。而將來可期必有。且即其在將來者。亦確能想像而得之。即不幸而不成立焉。其成立之計畫。亦必存在於其間。故與絕無之情

勢。迥然不類。如根抵當。雖關於將來之債務。而現在亦得發生擔保權。然則于此得爲將來之代理也。明矣。夫與本人發生之權利義務。則爲本人之權利義務。若本人未生時。或即謂爲發起人之權利義務。抑或謂爲無論何人。皆無此權利義務。諒無不可。譬如有一胎兒。彼爲之施種種之行爲。迨其生時。乃係死體。與此卻正相類。至於代理有無權限之代理者。故此際以發起人爲代理人。原非不當。代理爲本人爲某種行爲。而依其行爲。得權利義務者。則屬本人。代理人原無何等之關係。蓋在會社設立之際。會社雖成立。而發起人與會社之間。尙有種種之法律關係。故雖有謂爲非者。然彼與此。自爲別論也。是故會社成立而取得權利者。謂係發起人爲會社所爲行爲之結果。亦得。迨其後。會社與發起人之間。尙存法律關係與否。抑或因此之故。而彼等之間。有新法律關係之成立與否。皆非所問。獨逸株式會社法之注釋家「林古」氏。則屬于此說者也。

第三 事務管理說。此說雖爲別派。然大概折衷于爲第三者之契約說。(一)與將來會社之代理說(二)之間。故無說明之必要。而聽我國及佛哇民法之說明者。自可應用



之也。關於事務管理之學說。於佛國頗發達焉。

第四 發起人與引受人之間。所成立之契約。無論何時。爲存于兩當事者間之契約。而依之以得權利義務者。亦即此兩當事者也。如此則得請求拂込者。雖限于發起人。但發起人讓渡其權利于會社。故會社發生此權利。至于發起人當引受株式時。有拂込之義務。因此而謂會社係承繼拂込請求權于發起人。承繼之前。則實以發起人對於發起人有請求權爲前提。如對於自己而請求也。此雖有非之者。而亦決不然也。蓋發起人固有爲一人時。然大抵必有數人。故可云發起人對於發起人。負拂込之義務。例如甲發起人對於乙發起人而負之。是也。此即相互對於他人而負之也。以是之故。謂一切皆讓渡之於會社者。亦可。此「那邦德」ラバンド之說也。會社之規定。不重形式者。則此說明。亦非不可。惟無論何國之會社。多形式的之規定。故以權利承繼說而說明之者。屢見適用之不當也。

余以爲據引受契約。而負第一回拂込之義務者。係引受人。而有使人拂込之權利者。則係發起人。發起人爲自己而使之拂込。決非爲現在及將來之他人而爲之。可斷言。

者。惟使歸于已有而消費之。則不得。蓋據後來之狀況。有必歸之于會社所有者。則亦有須返還于引受人。故也。若謂不得隨己意消費之金錢。係爲他人而保持之者。則其意味。發起人實係爲他人保持金錢。但其他人云者。爲會社耶。抑爲引受人耶。

創立總會終結。會社成立時。發起人與引受人。皆消滅。悉爲有株主之新資格者。此時株主有第二回以下之拂込義務。會社有請求之權利。此權利義務。非由引受契約而生。蓋引受契約之效果。僅存于契約之當事者。發起人與引受人之間。此等人消滅。而當事者亦消滅也。不履行引受契約所生之義務時。雖不可不別爲詳論。但當彼等履行之時。則契約之目的早達。蓋謂引受人如爲第一回之拂込。則將來須負爲株主之義務者。而茲早已履行之。故契約早已不存在也。若以爲引受契約。乃定會社成立後。會社與株主之關係。則或于此後之關係。不可不用契約以爲說明。然余則以爲于實際上。無如此久長之契約。即實際上或有之。而法律亦不與其契約以全部之効力者。可斷言也。

然則會社成立後。其株主拂込之義務。不可不謂依會社法特別之規定而生者。然以

此規定爲不足則謂爲依創立總會之行爲。而負其義務。亦得。蓋創立總會者。各引受人皆表示其負此義務與否之會合也。且以此會合。表示其會社已成立。更須爲拂込之意思也。此意思。無論其爲積極的或默示的之表示。而皆得依其意思表示。而使之負義務也。明矣。夫二人以上之意思合致。雖得云契約。而當創立總會。必須從多數決之。是故即有明言不負此義務者。尙須強使負之。故不得以契約說明之也。至以單獨行爲說。爲意思表示。雖所言無大謬誤。而非可以說明此者。要之。不外謂爲法律之所規定也。引受人爲株主而負株主拂込之義務。其直接之原因。係依此法律特別之規定。而非據當事者之意思也。然其所以至此者。則因引受人既表示其引受之意思。故說明之方法。遂謂其拂込之義務。出於株主之意思表示。亦可。關於意思表示。有單獨契約二說。前已說明之。

余既專說明株式引受矣。然關於會社有負擔設立費之義務（即發起人以設立故與第三者所爲之取引而使會社對於第三者負此義務）者。其法理亦相同。故無論如何。皆得與創立總會引受人之行爲。據附于創立總會法律之效力。而說明之。可與

### 創立總會相參照也。

株式總數之引受後。所當從事者。創立總會之招集也。創立總會者。從一定之方式。組織引受人之團體。而與會社成立後之株主總會相當。故其招集之方法。議決之手續等。亦大與株主總會相似。今就便宜上。略稱將來之定款曰定款。將來之株主曰株主。言之。則本會即稱株主總會。亦未嘗不可。但一則爲成立法人之機關。一則不過契約之集合耳。故必須避此二者之混同。又須明白本會之目的。特用此創立總會之文字也。

在某國中。雖有創立之一部分。任一私人之隨意爲之。其他之一部分。任裁判所爲之者。然在我商法上。則一任之于當事者。蓋其招集爲發起人。而常隨發起人之意思以爲之。非如株主總會。或應株主之請求而爲之。或株主自招集之也。惟第一回拂込之後。須從速而爲招集者。爲發起人之義務也。發起人因爲招集。記載總會之目的。及議決事項等。于通知書。于二週前發之。受此通知者。爲株式引受人者。固不待言也。至于創立總會之成立。必須引受資本半額以上之引受人。有半數以上者。出席。茲所

謂株式引受人者。乃指一切之株式引受人而言。發起人之爲引受人者。亦包含在內。而此外引受人之數不定。故此種之引受人。即爲一人。亦無妨碍。是即發起人之爲引受人者有七人。與此外之引受人者一人。相合爲八人。亦即可開創立總會也。或有謂成立創立總會之引取人。雖不定數。然僅有一人。固可創立總會。但以一人之故。不能爲議決。又與總會之性質不相容。故當爲議決之會時。至少必須二人以上之人方得。且創立總會。必要引受人之半數以上。此時發起人既爲引受人。則此會至少必須四人以上。無疑矣。惟發起人以外之引受人。不言須幾人以上。故發起人以外之引受人。雖一人亦可成立創立總會。但發起人對於總會多數之事項。有特別之利害關係。因而不得加入議決。故當此時之總會。殆無論何事。皆不得舉行也。

夫議決以到會議決權之過半數爲之。對於一株之引受。即有一決議權。此通例也。然或限制十一株以上之引受人之議決權時。則從其制限。又若無特別之規定。及無特別之利害關係。則發起人與其他之引受人。有同一之權限。

數人共同引受一株時。則須定一人。以行使株主之權利。且株主之權利。即以代理人

行之。亦屬無防。惟對于議決權則不可。

創立總會招集之手續。及決議之方法。與法令及定款相反對。則引受人得請求裁判所宣告其議決之無效。由議決之日起。一日內行之。元來創立總會之招集及決議。于當事者之利害。大有關係。故關於此之規定。須使爲嚴格以履行之。故有與此相反之行為。其當然無效也。固不待論。但若果貫徹此理論時。却反于第三者及引受人全體之利益有損。故當此時苟無異議。則亦即聽之。惟因此而被害權利者。請求裁判所宣告無效時。則使裁判所宣告其無效。關於此詳細之說明。俟述株主總會時。再說之可也。

創立總會。使一切之引受人。特依于募集表示其關於會社設立意見之機會也。引受人得此機會。關於會社創立之事項。皆可明悉。而述關於定款之意見。抑制發起人之專橫。選任取締役及監查役等事。是故茲當創立總會時。得視之如人。而說明其所謂權限者也。

第一 選任取締役及監查役。皆由引受人中選任之。發起人中選任之。亦可。

茲所謂取締役及監查役者。爲將來之取締役及監查役。而決非現在之眞取締役。人皆知之。蓋無會社。自無有機關之理故也。恰如略稱其將來之定款曰定款。發起人作成之定款是也。故關於眞取締役之規定。及判決。不得適用於此略稱之取締役。例如取締役選任之登記是也。

在創立總會選任取締役之時。裁判所判決後。而取締役即爲會社之機關。若會社成立以前。爲機關之取締役者。決無有先存之理。唯就株式會社有無形之人格言之。則其機關有不可一日缺者。故于創立總會。不過選任其爲將來會社成立而當機關之人。而被選任者。遂爲會社之機關。但此必在會社成立之時也。舊商法第六百六十七條之規定。發起人得設立免許時。得引繼其事務于取締役。由是觀之。則會社設立前。取締役起執行之事務。可以知矣。

## 第二 使爲報告。

報告有二法。即使發起人關於會社創立之事項而爲之者。與使自己所選任之取締役及監查役。調查法定之事項。而報告之者。是也。

取締役及監查役。由發起人中選任與否。固屬總會之隨意。總會使其由發起人所選任者。調查報告自己之行爲。固無不可。然不欲之之時。特求檢查役之選任。使彼與其他之取締役監查役等。共調查而報告之。亦未嘗不可。若一切之取締役及監查役。皆由發起人中所選任時。即僅使此檢查役調查報告。亦可。總之。此乃創立總會之權利而非義務。即不可以檢查役之選任爲常也。其理由即以此專屬引受人之利益。故引受人既已信用發起人。亦不必強使他人調查及報告故也。此事在立法上。果屬至當耶。如以爲當。彼即時成立者。爲調查同種之事項。必須求裁判所。選任檢查役者。不已失當耶。蓋在彼時。因選任取締役及監查役。僅屬發起人之隨意。故公益上有使他人調查種種事項之必要。而於此時。則發起人與發起以外之引受人之意思。亦合併爲一。而選任此取締役與監查役。故在引受人早信用之。即不必強使他人調查也。但雖從此點以區別之。而就立法論言之。尙有研究其可否之價值也。

被選者之間。若調查上之意見相異時。則使其各報告其調查之結果。以被選者決



非一團體也。又對於報告之事項。無意見一致之規定。則取締役等。調查報告之事項如左。(第三百三十四條)

一 有株式總數之引受與否。

二 各株已爲第一回之拂込與否。

三 關於發起人所應受特別之利益報酬。及會社之設立費用。及金錢以外之出資事項。正當與否。

調查之結果。或無株式總數之引受。即或有一旦總株式之引受。後亦取消之。而于現在。則無對於總株之引受。又或雖已有總株之引受。尙未爲第一回之拂込者。則使發起人。連帶引受其株式。且使其爲拂込。蓋創立總會。在株式總數之引受。及完全爲第一回之拂込。後而始可招集之者。今發起人不俟條件完備而招集之。故須使發起人對之負責任也。又條件不備而招集之總會。本可謂爲當然無效。但欲貫徹此理。則于一切之利害關係人。有不利利益。故祇使缺少其手續者。任嚴重之責而已。惟發起人於此。連帶責任之外。因條件不完備而招集。以致加損害于他人。必須

賠償之。

調查之結果。有未引受之株式。或一旦雖已引受。而出于詐欺強迫。被引受人取消者。或謂其不得創立總會之招集時期。而取消之者。在此等時。發起人可以引受之者。以明文示之。不問其株數之多少。故如此一株之株式。與發起人以外引受人所有之一切株式。皆所不問也。嗣後如因發起人爲詐欺的廣告。其應募株主悉取消其引受。又發起人以外之引受人。有二三人益憤其創立總會太遲。而取消之者。此等時一切之株式。皆發起人而應爲引受者也。

於斯時也。會社果依于即時成立而成立耶。或依漸次成立而成立耶。曰。依漸次成立而成立也。我商法。認會社之成立有二種。所定之條文各異。其一曰。發起人引受株式之總數時。會社因之而成立。又其一曰。發起人不引受株式總數時。則會社因創立總會之終結而成立。(第二百二十三條 第二百二十九條)故發起人引受總株時。則其引受之原因。及引受時期之爲何時。皆可不問。而若可以即時成立者。而實決不然也。余以爲發起人之引受。既在定款作成之後。則一時而悉引受之。或今日半分。明日四分之一。

分割而引受之。皆無不可。不必如「斯打唔」スタック「林古」リンク「馬此可俾」マースビー等之所謂一時引受也。我國法上之解釋。固不待論。即若獨逸之解釋。亦莫不如是。惟法理上以爲不然。則亦限於其後者。以爲一旦爲株主之募集。則早已可謂即時成立。不得爲引受故也。夫開創立總會。著手于種種之調查後。始發見有未曾引受者。遂不得已悉引受其贖餘焉。則到底不能使其即時成立也。必矣。自主觀的言之。即時成立。則發起人之當初。必須有總株引受之意思。若至後不得已而始引受之。誠爲不可。又其初若係不得已而有引受總株之意。思則亦不可。必須從最初時。即有引受總株之意思。且此意思。必須發表于外部。換言之。必須無反對意思之表示者也。表反對之意思者。則株主之募集也。今既自有引受其總株之意思。則須始終一貫。即不必募集株主亦可。若夫募集云者。欲得引受人而自表示自己不引受總株之意思也。故客觀的論之。又形式的解釋之。則發起人引受總株。得爲即時成立。而于募集株主之前。必須引受之。即所謂不必爲株式之募集者。此也。故株主募集之後。已不得爲即時成立。即時成立之外。更有所謂會社成立者。則漸次成立也。故余于本問。曰漸次成立也。

發起人欲成立會社。速使人爲第一回之拂込。爲調查報告。至議應議之定款。創立總會。使之終結。固也。惟引受及未拂株之拂込義務。須互爲負擔。然因此結果。或生出據契約及不法行爲等之原則。而負擔責任者。有之。或惹起關於取締役監查役之選任。諸般之調查。及一切之繁曠者。亦有之。然當釀出此變故時。則會社究難成立。則惟有據第三百八十八條。爲設立廢止之決議而已也。

在獨逸商法。此時發起人之引受及拂込之業務。對於會社而負者。(第二百三條)與我日本稍有不同。若漸次成立之手續。中途變更。則無可使爲即時成立之理。於是時遂發生有已爲第一回拂込之株式。與毫未拂込者之二種。但對於無拂込者。須從速使其拂込。而謂于一時而有二種株式之會社者。非也。

創立總會。對於發起人所應受之特別利益及報酬。而認爲失之太多時。則可減少之。失之太少時。亦可增加之。至會社之設立費用。亦得增減。惟設立費用。認爲過少時。則其增加之方法。稍稍困難。蓋以強爲增加。其實即成贈與故也。

有以金錢以外之財產。爲出資之目的者。其某種類之財產。認爲不當時。則使除去

之。又其估量之價額。認爲過多時。則或減少之。抑或減少株式之數。皆得。此時所減株式之數。若以金錢拂込。仍得有其株式之原數。第三百三十五條之但書曰。有以金錢以外之財產。爲出資之目的者。或對之而減少所與株式之數時。此人得以金錢爲拂込。例如前述者。又如以專賣特許權。估價爲一萬圓。而與以百圓之株者百株。而創立總會後。認爲太多。而減爲六十株時。則其出資者。對於四十株。以金錢拂込。則可仍有其百株也。然則此時。彼以其特許權之出資者。全作罷論。而此百株皆以金錢拂込之。則如何耶。曰。法律上別無得以金錢拂込其所減之株式之規定。故一切皆以金錢拂込之。亦未嘗不可。蓋自己之特許權。信爲有一萬圓之價值。而出資則作爲六千圓。然亦非必即定爲當作六千圓。故也。

然則此人在此時。全取消其爲引受人亦可耶。蓋彼別無一文之財產。唯有此特許權。如使引受株式。必以金錢拂込。則即可陷于破產。亦或雖有金錢。而對於特許權爲估價之會社。不欲其爲株主。則無論何如。皆有使引受人取消引受之理。而爲法律之解釋。則不得爲之。以其得取消株式引受之時。係法所規定。而此時未言及者。

故不得取消之也。又法文云。減少其株式之數。得以金錢爲拂込。而不明示以其他之權利。故亦不得云有他之權利也。

減少其株式之數時。則以金錢得爲拂込。而此人不拂込之。則據其應減株式之數而減少之。于是使發起人連帶而引受之。此蓋據第三百三十六條之規定。而爲此解釋者。以草率行爲之發起人。使之受不利益之結果。洵至當也。

金錢外之出資者。自不得取消其引受。而其減少之株式。亦不必以金錢拂込。蓋此乃彼之權利。而非其義務也。若一切之株式。皆不與之。則彼自不能爲引受人。而無拂込之義務。此時發起人。須引受其一切之株式。

夫當創立總會。至使有此等之行爲者。其原因必出于發起人之惡意及過失。創立總會。得據不法行爲之原則。對於發起人。更得請求損害賠償。法文上甚明瞭也。於此尙有一言。即第三百三十六條。所謂僅有未曾引受之株式。則發起人引受之。是故其初即全無引受之者。亦必以爲可使發起人悉引受之矣。而不知非也。蓋開創立總會。發見有未曾引受及有引受取消者。始使發起人引受之也。

### 第三 定款之變更及設立廢止之決議。

定款係隨發起人之意而作成者。其他之引受人。尙未述絲毫之意見。故欲使彼等受定款之拘束。不可不先使彼等陳述其意見。發起人中對此定款。有不表同意者。于創立總會時。得主張變更之。即或先表同意。或進而爲某規定時。亦得主張變更之。蓋此自作成款之時始。至開創設總會。其間必經過無數之時日。而事情亦因以有變更焉。故甚可藉此以補其缺點也。在法律上。創立總會時。議論之主張者。與贊成者。皆無制限。

會社設立之廢止。亦然。蓋在創立總會。爲設立廢止之議決時。則會社終歸于不能成立。故已拂込之金額。必返還于各引受人。若設立費用之負擔者。未曾豫定。及于創立總會。亦不明示之者。則發起人自負擔之。其負擔之分配。因特別契約之有無而異也。

創立總會之權限。其明定于法律者。不過以上所述之事項耳。此外之事項。亦得爲之與否。頗有議論。或云創立總會。爲表示一切引受人意思之機關。故苟非違反公益者。

無論何事。皆得爲之。亦如當事者據有契約。無論何事。皆得爲之也。但法律既特爲規定。謂創立總會。得爲何種之事。則排斥其他事項之意。自在言外。此當認爲至當者。而前述之事項。已被包含在內。從解釋上擴張之。而附隨之之行爲。自可得爲之也。故雖限於此等事項。而亦不覺有不便者在焉。若以爲創立總會。無論如何事項。皆得爲之。則恐釀出各種之弊害。即如創立總會。原以引受人之半數以上。引受資本之半額以上者。出席。而以其議決權之過半數議決之。方爲有效。若僅以不達總數三分之一者之意思。亦得謂爲總會之議決。則殊不合。所以總會之權限。不可無限制者此也。

然則發起人于會社成立前。豫期其成立。而與第三者締結賣買契約。迨至創立總會。而認以爲可時。則爲會社之行爲。而得使會社取得其權利義務與否。此問題一依其行爲。可入於前述事項與否而決。此非設立廢止之決議。亦非取締役之選舉。于此或置之於發起人所爲創立事項之報告。抑或置于取締役所爲調查之報告。即不然更置之于總會所爲定款之變更中。而其最有關係者。則或應歸于會社負擔之設立費用與否。是也。但總會於發起人創立事項之報告。而認以爲可時。則發起人免除責



任。而其行爲皆爲會社之行爲。故此賣買不得云創立事項。又總會使取締役調查設立之費用。而若認爲可時。則發起人所墊給各費。須返還之。所負之債務。成爲會社之債務。故此賣買亦不得入于設立費用。然余決不曰一切賣買皆不可謂爲會社之行爲也。其代價之支拂付。或應支拂者。如可得謂爲設立費用。則發生此賣買者。即謂爲會社之行爲。亦何獨不可。故爲法律論之決斷。必先知其關於事實認定之爭點。至不得已而以金錢外出資之名義而提供之者。則屬於本問題之外。須于實際上解決之也。

此乃關於創立總會之是認決議之說明也。至株主總會有與此相類之決議。則當如何。此屬於株主總會之性質。于述其權限之後。而特說明之。創立總會。必須爲種種之事項。亦必須費許多之時日。其會合之度數。無制限。故凡經法定之手續而集會者。皆爲創立總會也。至創立總會所爲之事項。悉告竣時。則爲終結。會社即因之而成立。而其當然之結果。即株式引受人爲株主。惟當資本增加時。株式引受人須何時始爲株主。稍有爭論。於後詳論之。

如以上所述會社之設立。由定款（即會社契約）之作成。及株主募集。創立總會之招集等。而遂至于成立者。若皆得以爲契約而說明之。則其初必爲契約也明矣。嗣後雖有其他之各種行爲。亦得以此說明之。蓋對於一切事。欲以契約說明之者。則以發起人之發起行爲。係組合及類于組合之契約。即株式之引受。亦契約。即總會之招集議決等。亦無往而非契約也。然總會之決議。以出席者多數決之。其在未出席及少數者之方面。則無論共有如何之意思。或即積極的表示反對之意思。亦必使服從此決議焉。故謂此爲基礎于意思合致之契約者。非也。使未出席及少數者。若于此豫先表示從多數出席者議決之意思。則可應之曰。此之服從者。出于以前意思之合致也。例如明日取引之買賣契約。今日締結之。迨至明日。賣主雖表示反對之意思。而其買賣亦得名爲契約。蓋其初。已爲服從其議決之意思表示。後雖不服。亦不可不從前此之意思表示。意思表示。必出于二人以上之合致。故得稱爲契約也。惟創立總會之決議。當然以團體性質之資格。命團體各員遵奉之。當其初。即于引受人之意思。毫不過問。故不可與買賣同一視之。然則即可假定此爲非契約矣。但就會社可謂爲因契約及契

約效果之種種行爲而成。不可謂爲因契約效果之種種行爲而成之說推之。則即謂爲單由契約及種種之行爲而成者。固可。且即因其以契約爲中心之故。而謂應稱爲契約說。亦未嘗不可也。「威鐵」氏于獨逸商法雜誌。以株式會社設立之豫備。係引受人間之組合契約。而于會社之存在。爲必要之前提。當定於此前提之事項要件完備時。則會社即因之成立。由是會社爲株主之債務者。又同時會社財產。即依株主之拂込及拂込債務而成云云。此說誠可廁於契約說學者之林矣。又「儀爾克」氏謂設立社團法人。其基礎之契約。一方面屬於契約法。又同時爲法人創立之要素。故其他一方面。係屬於團體法者。此亦偏重于契約說。而爲之說明也。

契約說之外。「勒滿」氏以單獨行爲說明會社成立。但其弊則在于牽強附會。而有不<sub>レ</sub>成其爲說明之言。「孔且」氏之共同說。亦不明瞭。而「伯克」「勒額斯伯爾格」之等說。則頗屬曖昧。

會社之創立。雖無特別之方式。而欲對抗第三者。則以登記爲必要。蓋法律上特命其于會社成立之日起。二週間內。于本店及支店之所在地。登記一定之事項。若違背之。

則處取締役及監查役以過料。

登記之事項如左。(第四百四十一條)

- 一 (一)目的。(二)商號。(三)資本之總額。(四)一株之金額。(五)會社爲公告之方法。
- 二 本店及支店。
- 三 設立之年月日。
- 四 若定存立時期及解散之事由。則其期及事由。
- 五 對於各株已拂込之金額。
- 六 定開業前配當利息時。則其利率。
- 七 取締役及監查役之姓名住所。

此與發起人記載於定款事項參觀之。則大體相同。蓋彼係供發起之用。故關於發起人之事項。亦包含在內。而此乃會社成立後。示第三者。以會社之狀況。且早已無發起人。故其間自有差異也。至定款之記載事項中。須揭明取締役所有株式之數。而登記事項則無之。但即使登記之。亦無妨害。故於實際上。亦有登記之者。

如已登記事項中。生變更時。則登記之。且關於登記其本店及支店有移轉或新設支店時。準用合名會社之規定。故不再爲說明。

爲會社成立後之登記時。則株式引受人。不得以欺詐及強迫爲原因。而主張取消其引受。(第四百十二條)蓋登記。係使第三者對於各事項而確信之。日本商法之主義。若公告與登記相牴觸時。則以登記爲重。故一旦會社成立已爲登記後。則不許引受人取消其引受。致使會社不成立。故此引受人必爲株主也。明矣。如或不欲爲其株主。則除依據株式之讓渡。及其他之方法。脫離會社之外。則無他途。關於此點。乃與民法之原則相異者。故置以特別之明文。惟引受人對於爲欺詐或強迫者。得求損害之賠償時。乃可適用民法之原則也。

## 第二節 株式

日本國法關於株式會社之規定。係本獨逸法。而參照英佛等國之諸法律。而成者。故欲知會社之性質及沿革。不可不遡此等之母法。

在獨逸商法。稱株式曰「阿苦其」佛蘭西則曰「阿苦雄」皆係從拉丁語之「阿

「**苦約**」<sup>シホ</sup>而出。含有請求之意味。而爲主觀的之語也。緣羅馬法無株式會社及與此相類私法法人之規定。故學者假用拉丁語。而加之以株式之名。夷攷其歷史。則始用此語者爲和蘭人。在十七世紀之始。和蘭人曾用之於航海會社。繼而英人亦用之於東印度會社。及西印度會社。又「**阿苦其**」<sup>アグキチ</sup>之外。有所謂「**巴脫**」<sup>バウト</sup>。「**薄爾雄**」<sup>ボルン</sup>之文字者。和蘭英吉利佛蘭西及「**斯康基那比亞**」<sup>スカンジナビア</sup>等國。皆曾用之。故至今日。英國則用此語。而佛獨等之大陸諸國。則用「**阿苦約**」<sup>アグシホ</sup>之語。而會社之名稱。遂由是出焉。

就法理上言之。則株式之性質。學者間頗有種種議論。有謂有物權之性質者。有謂爲物權債權之合體者。有謂爲與利益配當請求權。附隨於此之權利集合者。有謂爲與於會社業務之共同執行權者。其議論甚不一致。但其說皆不完善。故迄今無有能行者。且其所以成爲問題者。實在於爲債權與否是也。多數之學者。每先發起是債權與否之問題。其次則謂如其果係債權。則與普通之債權得同一視之與否。若其不同也。則當進而論其標準之如何。此常例也。即我日本民商法之解釋。亦大概如此立論。而自其大體言之。則株式者。爲權利義務之總括也。就此點而言。其與合名會社合資會

社之持分。其本質原不相等。有株式者即曰株主。至於法律。原係規定對於株主之會社所有權利。與對於會社所負義務者。故必須研究由此規定所摘出株主之權利義務。及總括其權利義務。而於其國法上之株式。果係如何者。此也。

至於株主之權利。則所謂謂利益配當。及出席於總會而陳述意見。與當清算時。得受財產之分配等事。是也。而其義務之最重者。莫如株金之拂込。故株主一旦既履行此義務。遂殆無他義務之可言。其所餘留者。僅權利而已。（假定以取締役爲不須本人承諾之說爲可則株主於一時有爲取締役之義務）所以通常皆僅從權利之方面以觀察之。此即和蘭人用「阿苦約」アハクヨク之語。今日學者亦謂株式爲對於會社之權利。所由來也。且此權利中之所主重者。在受金錢之利益。而其狀況。較之合名會社員所有者爲尤甚。故有謂株式者。係得金錢之權利。即少注意而深察之者。亦謂株式者。係表示金錢之權利集合也。獨逸學者中。謂此爲社團與其社員之間。所存之社員權中之財產權者。亦有之。

第一百四十三條。謂株式會社之資本。必須分之爲株式云者。誠可爲助此等學說之所

主張也。然僅觀此法文。則株式者。係資本之所分割也。以此之故。組織資本者若係金錢時。則株式亦係金錢。組織資本者若係金錢及物品時。則株式亦即係金錢及物品。又資本雖非金錢及物品。而得以金錢表示其額時。則株式亦即係以金錢表示之額也。明矣。所以多數學者。皆由金錢方面以觀察株式。亦不能謂其無理由。惟僅從此方面觀察之。則不能無錯誤也。且本條之所重者。不在於示株式之性質。而在於示株式會社資本之狀態也。蓋在合名會社。雖不必分其資本以爲持分。而在株式會社。則不可不分其資本以爲株式。故僅以明文示之。且其理由。欲因是以避株式文字之突出也。又株式之文字。有種種之意義可用。其由法律規定之便宜而出者。恰與保險法有所謂目的之文字。有三種用法相類。獨逸人「盧洛」ルイ氏所著之株式會社論。其株式之語。亦有三種用法。即用於株主權。及資本之一部。與株券。是也。「加乃斯」ガイヌス氏亦分之爲業務權及請求權。而又各細別之爲二三。且千九百三年三月。獨逸帝國裁判所。於株主對於會社爲請求拂込金返還事件。所下之判決。其解釋。謂關於株主權。而與日本國法所謂株主者。及認爲株主之權利者。頗稍有差異也。



株主對於會社。果爲別人乎。此問題關於我民法第四十四條之適用。議論極多。但當專據同條所謂他人文字之意味。與民法商法之關係如何。以爲斷。

關於株式之本質。雖有種種之學說。然以此爲財產權之一種。得以買賣讓與者。則毫無別議。且謂得以之爲差押物。亦無異論。至其差押之方法。定於民事訴訟法。是即得以發行取引之株券者。則據對於有體動產。強制執行之規定中。據有價證券差押之規定。而差押之。若係有不得爲取引之性質者。則據對於債權及其他之財產。強制執行之規定。而差押之。蓋謂株式爲債權。則即含於債權之文字中。如謂其非債權。則係含於其他之財產權內。而得以適用之也。(民事訴訟法第五百八十一條乃至第五百八十三條第六百二十五條)

株式會社之資本。可分多少之株式。在法律雖未嘗明定。然株主苟有七人以上。則至少必須分爲七株。英吉利法當發起人七人。各自引受一株時。則會社即因之而得以成立。此事較之合名會社。有二個之持分。則爲已足者。有差異也。

株式與持分。本有大差異之點。余原不欲特別舉其異點。但因說明株式。而因比較其與持分相異者。而研究之。

株主之責任。係有限者。即以其株金之額爲限度。苟拂込其金額之後。則無論會社員若干之債務。亦不負償還之責任。蓋因其責任有限。對於會社。與對於會社之債權者。無異也。是故株主與會社債權者。無有關係。至於合名會社之社員。使當以會社財產不克償還會社之債務時。則必須負償還之責任。而與會社債權者。有直接之關係。此其大異也。但此事引受株式者。與讓受株式者。毫無區別。是即引受株式者。以其所引受株式之額面爲限度。而負責任。讓受株式者。則以其讓受之際。所餘賸之未拂金額爲限度。而負責任者也。

就責任有限之點觀之。則株主與合名會社之有限責任社員。雖若相類。然株主則無論有如何之關係。而皆常負有限責任者也。是故無論對於會社。對於會社之債權者。莫不如是。至於合資會社之有限責任。則係專對於會社之債權者而言。而於內部關係。則得以契約之故。而負出資外之責任也。若夫外部關係。其無限責任社員。當會社財產不足以償還會社之債務時。則以其全財產償還之。而有限責任社員。則出資之外。不負責任也。然無論其對於會社之債權者。或會社。均不負責任。而使內部關係。

一旦變更則亦得使有限責任社員負出資額外之負擔所以與不得以契約變更其責任之株主異也。

株主之責任以株式之金額爲限。故雖以株主總會之決議亦不得增加株主之金額。此蓋係以多數之決議強或株主欲使負擔其所引受株金額以外之責任而與株式之性質相反者。故舊商法雖認之而新商法則不認。但依於施行法。今則即於商法施行前所已設立之會社亦不認之。（舊商法第二百九條施行法第五十五條）其說詳後。

株式之金額必須均一。此蓋在株式會社原可豫想其有多數之株主且其株式容易輾轉。故在此等時爲便於計算起見並以防各種之詐欺不得不如是也。至于合名會社有限責任社員之數無法律上之制限是故理論上雖較株式會社株主之數爲多亦未嘗不可。但因有另外之規定其數自少也。又讓渡持分雖亦繁雜且爲法所不禁然持分之讓渡必須無限責任社員全員之承諾者則見於規定以是之故實際之輾轉不甚繁雜所以使其持分之額歸於均一之規則而不認爲必要也。株式之金額必須均一。故株主不得隨意合併株式及分割之也。其得爲之者僅對於

總株式耳。至會社須如何始可合併及分割其株式。並其手續等。於後詳述之。有多數之株式者。得表示之而合併其株券。故不覺株式合併之必要。但有少數之株式者。則有時或覺株式分割之必要。是蓋在讓渡之際。常有如是者。由是言之。合併與分割之間。自有區別。是故在某國無明示禁止株式合併之旨。而唯就其分割者而明禁之。此也。

株式雖不能分割。而得以數人共有之。共有云者。其共有者間。對於會社爲有效。固不待論。故就共有者間之關係言之。苟無格外之規定。則當適用民法上共有之規定也。此共有之實質。與英吉利法之船舶共有相類。惟在英吉利法。船舶持分。其共有者之數。至五人而止。以其便於計算。而在日本國法。則無此制限。故共有者之人數。無論多少。皆無障礙。

株式之共有。雖所認許。但當適用或準用民法所規定之原則（即各共有者對於共有物之全部得應於其持分而爲使用之原則）時。則恐生混亂之弊。故使共有者。其中特定一人。使行株式之權利。又使會社對之得以通知一切。及爲利益之配當。是故

自會社察之。恰與一人之株主相同。而於會社之利益。則仍可視爲數人共有者。就株金之拂込言之。則若使各共有者負連帶之責任也。(第四百四十六條)

至於就株金拂込之義務言之。雖曾特設明文。示其當負連帶之責任。然其他之義務。無有規定。則對於此問題。雖不能不生或使各共有者負之。抑或爲共同。或連帶。又或僅使行使株主權利者負之。之種種疑問。但株主之義務。殆不過拂込之一事。故憑空想像其他之義務。以解決此等諸問題。毫無實益。

共有株式之數。謂不拘多寡。皆屬無碍。但就共有言之。則於其共有者。權利少而義務重。故當相續遺贈時。雖可暫爲共有。然而須速爲分割。成爲各人之專有。職是之故。長期之共有者。不過組合與其他有特別之事情者。及有極少數株式之小資產者而已。

至於株式之金額。有因法律之有嚴正文而歸於一定者。或在法律僅定其最低之金額而止者。並有一任當事者之所定者。但在後者中。尙分二三種。蓋此等固係依其國情。及經情之狀況而異。而亦係因會社之性質。事業之目的。企業者之如何。而異者。

以其一切皆隨狀況之變更而變更。有不得不如是也。故不得假定一切之情勢。而一一說明之。日本商法。就漸次拂込之株式言之。其金額至少不得下五十圓。若單就一時拂込之株式言之。則其金額得下至二十圓而止。但金額少之株式。可得多數之株主。且有使小資力者得爲株主之利益。然另就一方面觀之。則株主之數過多。且有驅可與會社事業無關係者。而使生出有關係之弊。不特此也。即其株券。亦可豫想其必成流通證券自由輾轉之物。以是之故。須設一定金額以上之規定。方爲適宜。恰與三十圓以內之手形。不許爲無記名式者。正相似也。

獨逸商法。通常株式之最低額。爲千「馬克」。若以公益事業爲目的。及公法人爲利益之保障等事。得聯邦會議之許可。亦可下至二百馬克。此蓋對於公共之事業。可以使多數人民有利害關係之故。又公法人之保障云者。又係因使貧民得爲株主。不至被不測之損害而殆爲此者。此全出於會社之政策也。又獨逸商法。當全部拂込終了之前。使株主不得讓渡其株式。此名爲被拘束之株式。此株式之金額。得下至二百馬克。

設有一會社。其一時拂込者。係發行二十圓之株式。後當再發行新株時。苟係同爲二十圓株。即不得爲漸次拂込者。蓋漸次拂込者。必須在五十圓以上故也。所以在此時。若得爲漸次拂込之株式。則與既已拂込者。不能均一。必須變更以前所已拂込之二十圓株。佛國之學者中。有以此時生異種之株式爲可者。又在英國學者。亦謂當初作異種之株式。或後來作異種之株式。皆無不可者。是故在我國法之下。雖亦有作如此說者。但我日本國法。採取貫通株式之均一主義。故不得與他國同一論之。至於普通株式與優先株式之區別。俟述定款之變更時。再詳細說明之。

常成爲討論之問題者。則在於五十圓金額株式之會社。變更定款。得爲二十圓株與否是也。言以爲可者。則謂在法律上。株式之金額。不得下五十圓固也。但附於一時拂込其金額者。亦得下至二十圓。然則此二十圓之拂込。既已充實。斯亦可耳。其始亦或拂込十五圓或十圓。今既現已拂込二十圓。則既往可不問。只據現在之狀態而滿足矣。惟在十二圓五十錢或十五圓之拂込會社則不可。故必須避之也。云云。據此見解。則不俟五十圓金額之拂込。只須此二十圓已拂込。即可成爲二十圓株明矣。然論者

亦不得謂其以五十圓金額之拂込爲前提者。蓋以法之精神欲使金額五十圓之成立故也。

從法文之解釋。固不得以五十圓株爲二十圓株。即就立法之理由言之。亦莫不如是也。其法文云。株式之金額。不得下五十圓。但限於一時拂込株金之金額者。得下至二十圓。蓋五十圓株者。原則也。二十圓株者。例外也。故於例外。須爲嚴重之解釋。是故依其解釋。謂五十圓株得爲二十圓株云者。必須有明白之根據。然其根據實未嘗有也。法文不云乎。限於一時拂込株金之全額者。故漸次拂込之五十圓株。不得爲二十圓株也明矣。又五十圓株。於第一回之拂込。或已拂込二十圓或三十圓者。亦不得爲二十圓株。何也。蓋以此二十圓或三十圓者。非法文上所謂一時拂込株金之金額。乃株金五分之二。或五分之三也。據法律之主意言之。株有二種。皆由初時定其種類。即五十圓以上之漸次拂込者。與二十圓以上之一時拂込者。是也。初着手時。必須於二者之中。選擇其一。故當其初也。無論作二十圓或三十圓之株。皆無不可。但既爲五十圓株者。改其支拂之三十圓。而爲三十圓株。則所不許也。況於第一回拂込十二圓五十



錢。而後徐徐拂込三圓五圓者耶。

株式金額之區別。以國而異。有以株式之記名式。與無記名式。而爲區別者。(獨逸舊商法第二百零七條) 又或有以事業之目的如何。與公法人之關係等。爲區別者。在日本商法。則係以拂込之漸次。或一時。而區別之。尋其立法之理由。蓋有二。(其一) 株式會社原係集多數之金。以經營大事業。故必須便於起算。而業務之執行。亦必歸簡易。且由日本經濟之狀況。而認一株五十圓爲相當。或某會社。又因急欲着手經營。而使一時拂込株金全額者有焉。但常使支拂五十圓。則屬苦人所難之事。(其二) 會社事業。苟可以使小民不必與者。而特使其漸次爲少額之拂込。則於不知不識間。彼等必趨至焉。而因以受虛家之欺詐。以是之故。非一時支拂二十圓之全額。則有不可者在也。且五十圓株。其第一期。必使支拂四分之一以上者。亦大概出於此理由也。然就此理由言之。則二十圓尙嫌過少。宜增加爲二十五圓或三十圓。但此亦屬別論。而其關於此者。則尙有 (Roessler) 草案。第二十六條之註釋。可以瀏覽。雖不完全。然以備參攷可也。

在舊商法之下。所設立之會社。亦不得變五十圓株爲二十圓株。故無論或欲減少。其

資本而爲此。或欲暢銷其株券而爲此。皆屬不法者也。余輩以爲關於商法。宜採此說。是故據商法施行法。凡關於受新商法之適用之一切會社。皆如此也。假使採反對之說。則株式之變更。即此等之會社。諒亦無不可者也。(施行法第二十二條第五十五條第二項)

關於株式之性質。及株主之權利。其大概已說明矣。今將移論株券。不可不先言得爲株主之人。此等之原則。本無論何人。皆得爲株主。不問其爲成年或未成年之男女與否。及爲日本人與外國人與否。惟限於受國家特別保護之會社。及事業之性質上。不容外國人者。以特別之法令禁之。此事既見于法例。及民法之規定者。抑章章也。然設使某外國人有不當有之株式。則如之何。曰。此不過事實上所有而已。至於在法律上。雖已爲讓渡人。仍然爲所有者也。若其讓渡用日本人之名義。則即爲此人所有乎。抑或爲無主之物乎。如與其謂爲無主也。毋寧謂爲日本人之所有。且在法之眼中。株主者。原係日本人也。故彼日本人。雖將此賣買讓與。又隨已意消費其賣得金。甚且消費其每年之配當。而實際上出金之外國人。不得請求引渡而返還之。試舉例以明之。譬如有一外國人於此。本不得共有日本之船舶。而事實上與日本人共有之。且用日本

人之名義而登記。其後日本人賣卻之。且消費其賣得金。由外國人提起公訴。及私訴。而大審院得據以上之理由卻下之。是也。余就大體言之。甚以此說爲然。但如此則日、本人頗有涉于欺詐財產之嫌。當爲別論而處罰之。然對於欲脫漏國法之外國人。不與以私訴之權者。更不待言矣。

株式者。本係權利義務之包括。而爲無形之物。於此而表示之。則必須有有形之物。此蓋稍與對於手形上之權利。以手形之商業證券爲必要者。相類也。其表示株式者。稱爲株式。

株券者。雖亦不必一定與與株式相伴。在理論上。無株券之株式。可以想像得之。是即株式之數甚少。而發起人引受一切之株式。使會社成立時。則即不發行株券。而得以繼續其會社。是也。然當株式之讓渡。對抗會社。及其他之第三者。則必須以讓受人之氏名。記載之於株券。或無記名式之株券。交附於讓受人。此二者。皆以株券之存在爲必要。故就通常言之。株式與株券。誠爲不可分離之物。但俗人則恒視株式與株券爲同一。且有時即在法律上。亦有用株券之文字以代株式者。至定款言本會社不發行

株券時。其定款之效力如何。諸君宜詳細討論之。

株券中。必須記載之事項。而取締役署名之者如左。(一四八條)

一 會社之商號。

二 從第四百十一條第一項之規定。於本店之所在地。爲登記之年月日。

會社自調查終了之日。及創立總會終結之日。於二週間日內。在本店及支店之所在地。須使登記其目的。商號。資本之總額。一株之金額。公告之方法。本店支店。設立日。存立時期。解散事由。拂込金額。配當利率。取締役監查役之氏名。至於株券。或使記載此中之某一種。不必記載其他。惟登記之年月日。必須使之記載。蓋使欲使此知事者。得以自閱覽之也。

三 資本之總額。

四 一株之金額。

五 番號。

右之要件中。若缺其一。則株券即成爲無效。然有以此要件中無株式之總數爲可怪

者。不知此本屬易知之事。緣此事本不成一要件。會社即隨意記載之。無妨碍也。株券發行之年月日。當判斷株券之有效無效時。有最大之關係。若謂此爲不成要件者。則不思之甚也。

當一時拂込株金之金額時。則用右之記載。即得。否則每回拂込。必須記載其金額於株券。蓋其初若使僅記載額面之金額。而不明示其尙存有未拂金額。則恰可視爲與已拂込金額者爲同一。此誠會社之不利益也。不特此也。又有使第三者受損害之虞。故務須使會社竭力豫防之。若會社怠於爲此。致他人受損害時。則得使被害者對於會社。要求損害之賠償。亦有時據第二百六十一條第八號。科取締役以過料者。第四百四十八條第二項之規定。亦不外此意也。此項謂當漸次拂込時。每回拂込。必須記載其金額於株券。故於每回拂込。會社幾若有記載之義務。而株主亦若有使之記載之義務。而法律之意。則有不如是者。蓋其意不過謂全額未拂込者。不可視之如已拂込者。故全額未拂込時。須於株券明記其實事。若拂込時。株主請求其記載。則僅照其所拂込之金額。記載之於株券而已。不然。必謂俟有拂込始將其所拂込之金額。每次記

載。則頗近於使會社強迫株主而呈株券也。故必如上所言。不強制株主。亦不生弊害。而任株主之隨意也。然猶必須記載之者。則以其或記載於何時。或拂込於即時。或無遲滯。或其時係會社之隨意。抑或係株主之隨意。故也。若會社於此時。任株主之隨意。則實際上非強要的之規定。若爲強要的。則對於不記載之之會社。及其株主。不可不設特別之制裁也明矣。至於取締役。固得據第二百六十一條。科以五百圓以下之過料。但對於株主。則生出各種之問題。亦非法律之所豫計。故恆覺多困難也。

前言科取締役以過料。固也。然有因此而不能已於言者。第二百六十一條之八號云。株券應記載之事項。而不記載之者。則處以五百圓以下之過料。又第四百四十八條云。株券記載之事項。取締役必須署名。職是之故。有人因以爲取締役之姓名。不入於記載事項之中。即使不記載之。彼等或亦不受此制裁。此誠大謬也。記載云者。表示其姓名于紙面。及其他之物件之謂。所以署名一事。實爲記載中最重要之物也。會社之商號。資本之總額等。無論用如何之方法記載之。皆可。惟取締役之姓名。則必署名。或以代之之方法記載之。方得。是即使彼等之責任。愈加重大。以是之故。彼等若不署名。則

即科以以過料。亦當然也。且對於可用通常之方法記載而不記載之者。猶當處以過料。則明示以記載之方法而不記載之者。則必罰之也。明矣。可參照舊商法第一百七十六條。

又有時亦有當一部之拂込時。則使發行假株券。俟其全部拂込。始發行本株券者。然在日本法律上。乃係從初時。即使發行本株式。而記載漸次之拂込者也。

得以發行株券之時期云者。當發起人引受株式總數而設立會社時。則在檢查役之調查既畢而爲登記之後。當依於募集而設立時。則在會社成立而爲登記之後。緣在此等時。關於會社之調查。既已告竣。第一回之拂込。亦已畢納。而爲引受人者。亦不得因詐欺與強迫。而取消其引受。職是之故。發行株券。明株主之權利。且使其株式易於讓渡。而得以之對抗會社及其他之第三者。此也。

於斯時也。會社可以發行之株式者。即記名式。與無記名式。是也。凡株金之金額。未拂込時。其株券用無記名式。使得以自由轉讓。必生種種弊害。故不如禁之之爲愈也。然在日本商法。既於株券。認其爲記名式。與無記名式之二種。則關於會社發行之時期。

不能有何等之差別。是故在解釋上。此時無論何種。皆得發行。惟對於會社有不利利益。且對於第三者。有受損害之虞。因是之故。只能望其不發行此無記名式之株券而已。

會社雖有發行記名式及無記名式之權利。但株主在拂込株金全額以前。則不得請求會社。爲無記名式之株券。此係會社。因催告各株主。使其拂込株金而認爲必要之故。蓋無記名式株券之讓渡。其讓受人之姓名住所。皆不記載於株主名簿。而亦得以之對抗會社。是故會社不能知現在株主之姓名住所。而又須認其株主之權利。不得不爲株金拂込之催告。誠屬困難。即幸而知其現在株主之姓名住所矣。又得以公告催促之矣。然其株主不履行拂込之義務。而欲使讓渡人拂込。則此時之事。必尤屬困難。可以臆斷也。又第一百五十五條云。株金全額已拂込時。則株主得以其株券。請求改爲無記名式。就此規定言之。則苟非使全額拂込後。不得請求之。其意自章章也。但同時對於株主。有此制限的之規定。而會社則無之。因是之故。可謂會社當必要登記之後。無論何時。得發行無記名式之株券者也。



凡株主若欲改其株券爲無記名式者。則必須有如上所舉之條件。然改無記名式之株券爲記名式時。則無所謂條件。且不問其拂込之程度爲如何。無論何時。皆得請求之。凡株式或要件不完備。及在不得發行之時期中而發之者。均屬無效。且可使因此株式之發行而被損害者。得爲賠償之請求。至明甚也。然此會社至於日後。或補充此要件。或已到可以發行之時期。則此株式爲有效與否。關於此點。頗有議論。亦間有謂因日後之補充而得使之爲有效者。但此多因實際上之便宜。而爲此議論耳。若爲正確之解釋。則實際上之形跡。與法理上之論決。毫不可混。苟使在法律上既無特別之規定。則無效之物。斷無有成爲有效之理。故一旦以未經記載會社之商號。取締役之署名等。之書面。作爲株券而發行。至於日後。雖加之以會社之商號。取締役之署名。其株券亦不因之而遂變爲原來有效之株券。蓋此非變無效者爲有效。而必須更新發行要件完備之株券故也。不特此也。即使在必要登記之前。發行形式完備之株券。尙且作爲無效。以原來無效者。因後日之登記。遂當然成爲有效者。其理斷斷乎無之也。故不得不新發行者此也。然使不作如此解釋。則顯然破壞法律所規定發行時期。與

要件之嚴密精神也必矣。惟就實際論之。則此時新發行之手續何如。當補充之際。可視爲何時發行者。此誠實際上之困難問題也。若夫株券必須記載其發行之日。則此問題。或稍有易解處也。

株主得隨意讓渡其株式。此係原則。是即株式與持分相異之點也。而至於株式之讓渡。得以對抗會社及其他之第三者。在無記名株。則必須交付其株券於讓受人。蓋如以株式爲債權。因以無記名株式爲無記名債權而論之。則亦得適用民法之規定。所謂無記名債權。視爲動產。動產物權之讓渡。苟非引渡其動產。則不得以之對抗第三者云云也。(民法第八十六條 第一百七十八條) 商法立法者之意。或亦如是。然株式實不得謂純然之債權。是故不得專適用民法之條件。惟就精神的解釋言之。則謂能適用之亦可。又就株式而分解之。則實含有債權。債權者。乃株主之主要原素。故言可準用債權者之規定者此也。而或者曰。無記名株式。不得離株式而懸想之。蓋無株券。即無無記名株式也。無記名株式之買賣云者。株券之買賣也。株券。動產也。故可適用動產讓渡之規定云云。然余之所信者。則不曰株式者。株券也。不曰株式之買賣者。株券之買賣也。無株券

買賣之前。已有株式之買賣。而株式之買主。不過依買賣而行使其所已得之權利。以請求株券之引渡而已。不得當然請求株券故毋寧從法之精神的解釋。謂無記名株式之讓渡。對抗第三者。必須株券之交付也。若夫在立法者。或早於株式。難言爲債權。無記名株式。亦難言爲無記名債權之點。而注意焉。必當已設一規定。今既不注意於此。故以意解釋之。以補其缺而已。

在記名株式。必須將讓受人之氏名住所。記載之於株主名簿。且必記其氏名於株券。故就其讓渡言之。其得以對抗會社及其他之第三者。不必移其株券之占有於讓受人。此也。若指記名株式。爲純然指圖債權。則其讓渡。得以對抗會社及其他之第三者。必須裏書及交付。此民法四百六十九條之所定者。在獨逸法之下。可以如此解之。而在日本則不然。是蓋與無記名株式之讓渡大異也。且以通知會社及以會社之承諾爲不足。是又與普通債權之讓渡大異也。此等之手續。雖不完全。而其讓渡于當事者之間。則爲有效。故設若讓渡人拒絕履行此手續。或妨碍此手續時。則讓受人可以直接求其履行。或解除其契約。且可求損害之賠償。

在記名株式。其株券之效力。與無記名株式株券之效力。各有不同。蓋在無記名株式。其讓渡時。必須交付株券。且可假定其交付爲已足。而在記名株式。則不然。故其對於善意之第三者之關係。其株券。即被失去或盜取。亦無妨碍。此其狀態之所以大異也。

世人往往以在當事者間之效力。及對抗第三者之條件。常相混同。而余則以爲株式之讓渡。則僅以讓渡之合意而已足成立。是即在當事者間。不必移轉株券之占有也。唯對抗會社及其他之第三者。依商法之規定。則必須記載讓受人之姓名於株券。(第一百五十條)即以商法論之。亦只明言株式上之記載爲必要。而株券占有之移轉。未嘗明言。是故爲法條之解釋。雖株券之占有不移轉。而讓受人亦得以之而對抗會社。及其他之第三者。明矣。此蓋記名株券。在法律上之性質。與無記名株券之性質大異故也。惟在實際上。讓受人對於會社。請求改書其名義。欲以受讓渡人所占有之移轉。而自有其株券時。則通常雖在記名株式之讓渡。其株券亦由讓渡人交付於讓受人。改書名義。而得以對抗第三者也。

會社無調查讓渡真偽之義務。恰與債權之讓渡時。債務者無調查讓渡真偽之義務相類。但在會社。有調查其讓渡真偽之權利與否。關於此點。頗有異議。或謂株券之得以裏書讓渡者。爲指圖債權之一種。故民法之適用上。會社得以有此權利。此蓋據獨逸法者之言也。至於我國株券。非爲當然指圖者。與獨逸法上之株式不類。故此論決可謂之不當也。惟就債務者關於債權之讓渡。可發異議之點。而因以推論此讓渡。於會社有直接之利害關係言之。則亦可謂會社有此調查權。但會社不得藉口調查。遲延其手續。若據定款可以拒絕改書名義。則從之。

有時亦得據定款以停止一時株式之讓渡。故其讓渡。即明定須會社之承諾。亦無妨礙。惟我國不似獨逸以商法明文規定被拘束之株式。故定款所定以制限株式之自由讓渡者。較之獨逸。自有制限也。(獨逸商法第二百二十二條)若定款無此規定時。則株式原可以自由讓渡。但有二種之制限。一關於時之制限。一關於人之制限。

第一 發起人引受株式之總數時。及調查後了後。依於募集時。於會社成立後登記前。不得讓渡株式。

會社成立後。引受人雖得爲株主而有株式。但在登記以前。世人對於會社。無由深悉其底蘊。故恒有因此受欺詐及其他之事。而招意外之損失。且在登記前。株券尙未發行。其讓渡究係何人。頗難知悉。故於登記前若許讓渡。即于會社亦有不利。株式之讓渡。所以在此時不能禁止者。此也。

或有謂不必禁株式之讓渡。只須規定其登記前。不得發行株券亦足矣云云者。亦有之。不知於斯時也。於一方面觀之。無株券而買賣株式。其事必有墮壞於冥昧中而不可問者。又於一方面觀之。發行似株券而非之證券。實與發行株券之行爲無異。故不嚴爲禁止不得也。

又有謂登記前雖不得讓渡株式。而登記後讓渡之豫約。則亦未嘗不可爲。且於實際上屢見之。但此行爲。不止破壞登記前禁止讓渡之精神。又同時生一弊害。故設有禁止此豫約之明文。即我商法之下。所認權利株之讓渡無效者。此也。且不問其買賣之爲協議。或依於公賣。皆爲無效。

如上所認權利株之買賣。既爲無效矣。然則所謂買主者。得援據不當利得之法理。

請求返還其已支拂之代金與否。此誠一問題也。但此問題全依其買賣之爲不法行爲與否而斷。若其爲不法行爲也。則當據民法之規定。(民法第四百六十八條)不得請求返還其已給付之金錢。若非不法行爲也。則請求其返還也亦得。以余之所信者言之。商法上所以禁權利株之買賣者。乃出于公益上之必要也。既違背之而爲買賣。即不能不謂之不法行爲。是故買主之不得請求返還其金錢也。固也。或裁判所云。『舊商法第一百八十條。係屬於所謂強制法之規定。是以本件行爲。雖屬不法。而至謂不得取還基於不法原因之給付者。則以其行爲之性質。乃關於爲給付者。及當事者。雙方之醜行也。例如賭博。及授受金錢相約爲殺人事。是也。本件權利株之讓渡。其性質非當然醜行應爲無效。不過因第一百八十條之規定。始爲無效也。』云云。以余觀之。苟既爲不法行爲。則其性質之爲醜行與否。亦所不問。且此裁判所之所謂醜行云者。果有如何之意味。頗難索得其解。即由其所舉賭博殺人之例推之。則如強盜強姦亦然。又如所舉賭博推之。則欺詐亦然。然則法律之規定以禁止不法之射利行爲者。而彼實已干犯之。猶得謂非醜行耶。以醜行之俗語而譯法語。則爲

不法行爲。故余認此判決。在根本之主義雖可。惟當法之適用時。而妄以此解之。則其於法文也。必使陷於狹隘之弊。可斷言也。

## 第二 株式不得讓渡于會社。

會社不得取得自己發行之株式。故無論何人。皆不得讓渡其株式於會社。夫使會社不能取得自己之株式者。以株式之爲物。乃係對於會社權利義務之包括。使其歸於會社而存在之。則與通常之法理相反故也。若強使存在。或依據混同之法理。使之消滅時。則會社表面上之資力。與實際上之資力。大相岐異。不特破壞關於初立會社總株引受與拂込之嚴重規定之旨意。而且有害及第三者之虞。所以禁止讓渡株式於會社。而並使會社。不得以其爲質權之目的。而受其株式者。皆本於同一之旨趣也。

且當株式之償卻。亦依於上同一之旨趣。苟非經株主總會之決議。使會社之債權者。得可以陳述異議之機會後。則不許爲之。但從定款之所規定配當於株主之利益而爲之者。不在此限。蓋株式之償卻。雖似會社對於株主辨濟其所負之債務。



但其債務之關係在於會社與株主之間而止。至於對於會社之債權者。無論會社與株主均以株式之金額而負責任。故苟漫然償卻株式。必致減少債權者之擔保。所以必使債權者得以陳述異議也。此與不得有優先權債權者之同意。不得先償還普通之債權者。正相類也。

株式之讓受人。不承繼讓渡人已身之瑕疵。故會社不得以其可對於讓渡人之抗辯。而對抗讓受人也。在普通之指名債權。則債務者對於讓渡人所得主張之理由。即可以之對抗讓受人。固不待論。又當承諾債權讓渡之際。尙留有異議。則其一切之事由。可以對抗讓渡人者。亦得以之對抗讓受人。更不待論。(民法第四百六十八條)至於記名株式。有難言其爲純然之指名債權者。故不得適用此規定也。所以株主。雖或對於會社而負債務。及不得使行自己株主權之一部分時。而苟一旦將其株券讓渡於人。則其新株主。亦得享有株主一切之權利。蓋株式者。有附于株式之一切權利也。若株主乃屬于其人之關係。故不得限制之。

在昔米國。關於此事。曾起爭端。是蓋會社之取締役。雖明知會社事務之失態。不整理

之。且其地位自居于不負會社之責任。不十分主張株主之權利。而以自己所有之株券讓渡於他人。于斯時也。株主（即讓受人）得享有完全權利與否之問題。即因之發生。有謂宜用前所揭明之理由。而新株主之權利。應完全無缺者。更有認其係以善意讓受其株式。尤應當完全者。然則認以善意之故。則其權利應當完全。而至出于惡意時（即知取締役之失態而讓受之時）則此讓受人。似可謂併其瑕疵而亦承繼之。且在手形之讓受人。其出於惡意時。尙且設承繼其瑕疵。而在株式則似可不必論矣。然持此以決定日本民法商法之條文。則有難者在也。

且夫株式者。得爲質權之目的者也。但就可以讓渡之點言之。則顯有明文之可據。而就可爲質權之目的言之。則實未有明文也。然由此物得爲讓渡。可供擔保之理。與在會社。不得以爲質權之目的。受自己株式之點推之。則其不得質入於會社者。未嘗不可質入於他處也。且株式既爲一種之財產權。則凡民法上之質權。以財產權爲目的者。宜皆得適用之。乃此株式雖得爲質權之目的。而亦禁之者。殆不過爲船舶質入禁止之有明文也。

（商法第六百八十八條）

質權設定之方法。及以之對抗會社及其他之第三者之方法如何。商法上無特別之規定。故不得不依民法而民法上則權利質之規定。除特別數條以外。皆準用關於動產不動產之規定。惟株式爲債權與否。議論極多。余則不以此爲純然之債權。惟其在民法上可視爲債權。蓋以視記名株式爲指名債權之一種推之。可以明瞭也。(民法第六百六十四條)夫欲準用民法者。既不得不視株式爲債權。或準於債權。固也。但因假定視爲民法之債權。而種種之議論。遂從此出焉。

然則關於無記名式。準用所謂無記名債權。視之爲動產之規定。(動產質之設定須引渡其動產於債權者)(民法第八十六條)(第四百四十四條)則其設定也。必交付株券。且以之對抗債權者及其他之第三者。則只須占有其株券。即足矣。

至於記名株式。有一大困難之點焉。其設定之方法。準用所謂民法第三百六十三條。以債權爲質權之目的時。若有債權之證書。則質權之設定。即因其證書之交付固也。但於此雖使其交付證書。而其關於對抗會社及其他之第三者。則有疑問。何以言之。民法規定指名債權之質入。對抗會社及其他第三者之方法。其通知債權者。及債務

者之承諾。特明言不適用之於記名株式。又類於記名株式之記名社債之質入。對抗會社及其他第三者之手續。亦有規定。是即所謂從關於社債讓渡之規定。記入其質權之設定於會社帳簿。是也。（民法第三百六十四條第三百六十五條）惟對抗記名株式質入之手續。則無規定。商法上亦無之。故關於此解釋。生二種之學說焉。

甲 記名株式之質入。因株券之交付而生效力。但其對抗會社及其他第三者之方法。則無格外之規定。故有謂爲對世的效力者。唱此說者。一則由民法設此規定之沿革。一則務欲使株式易於質入。由前之說。則謂民法之草案。記名社債與記名株式之間。不設差別。是即記名株式及記名社債之質入時。則從其關於讓渡之規定。故苟非記入之於會社之帳簿。則不得對抗第三者。而其規定之對抗條件。後爲衆議院所削除。推其削除之意。即以對抗不須條件之意也云云。由後之說。則謂經濟界之事。皆貴迅速。株式之質入。亦務須使其容易。是故株式之讓渡。不得準用普通債權之讓渡對抗方法。且不准用記名社債之讓渡對抗方法。由是言之。其不設條件者。洵爲至當。衆議院之修正。亦殆出於此意也。若不如此解釋。則當附以如何之

對抗方法。非余之所敢知也云云。

以上二說。均係出於一己便宜之解釋。而以之妄解法律。其實與現行法全體之精神。絕不相容。夫債權之質入。以證書之交付云者。實關於質權設定之規定也。其以效力對抗第三者。自爲格外之規定。而關於指名債權者。則載於第三百六十四條。關於記名社債者。則載於第三百六十五條。是故僅謂記名株式。不須何等之方式者。非也。且就指名債權之對抗條件言之。其質權設立之通知也。甚爲單純。至於記名社債。則會社之所有債權者。及一切之關係人。均須使之正確明瞭。使記入之於會社帳簿。由是言之。則記名株式。更須有正確之手續也明矣。然則謂記名社債。需此手續。記名株式無須此手續者。不已顛倒錯亂耶。

記名株式。單以交付株券爲質入。無須此外之手續。即可以之對抗第三者。此與無記名株式之質入。無有差別。民法上普通指名債權之對抗方法。其通知債務者及其承諾。而特明言不適用之于記名株式者。或其意以記名株式之質入。可視爲無記名株式爲同一故也。惟余則信以爲不然。蓋以此與普通之指名債權。及無記名

債權。全異其方法。（即記名株式用最適當之方法欲使之得以對抗第三者之謂）故也。

夫以質權祇須交付而即可對抗會社。則質權者有受利益之配當權時。則如何。又如質權者。其質權之設定。不通知於會社。亦不記入於其名簿。尙得請求之耶。若然。則爲會社者。須如何可以知質權者。此亦一問題也。或曰。當請求利益之配當時。必告知其爲質權者。故即可視此爲通告。果如是也。則其通知。在現今可得利益配當之際。亦可爲之耶。又如以如此之請求。亦可謂爲質權設定之通知耶。若以此亦爲通知。則此說已成爲無論何如。質權設定之效力。對抗會社。皆必須通告之說矣。是蓋通告之時期雖異。而就以通知爲對抗會社條件之點言之。則與普通之指名債權。視爲同一。而非純然甲說也明矣。

或有以甲說爲非。而又謂記名株式之質權設定。及其對抗條件。乃係與債務者之通知也。即於記名公債亦然云云。但公債本特別之規定。是即因特別之理由而出者。故不得用之於記名株式。況以法律明文。而謂不得適用之於記名株式者乎。或

者又謂莫若適用記名社債之規定。而記入其對抗條件於會社之名簿云云。蓋記名株式。與其謂爲類於記名公債。毋寧謂爲類於記名社債。且法律上亦無禁之之明文。然雖無明文。而其究竟。及民法草案上。記名株式之對抗條件。與記名社債之對抗條件。可爲同一。乃議會特別削除之焉。是故今日仍與不削除者。同一解釋。則未免有蔑視立法機關之嫌。又有謂宜從指圖債權之質入規定。以株式亦指圖債權之一種也。但記名株式。果爲指圖債權與否。未敢確定。而貿然視爲指圖債權之一種。而其對抗條件。亦遂準用之。則不可也。

乙 記名株式之質入。其對抗會社及其他之第三者。必須記入質權之姓名住所於株主名簿。且其姓名。亦必須記載之於株券。而或者乃謂不必如此正確。祇須以質權之設定。記入於株主名簿。斯可矣。果如是也。則與記名社債之質入之對抗條件。大相歧異。是故既採乙說。則必曰。記入及記載。皆屬必要。由是則株式之質入。對抗會社及其他之手續。甚覺繁縟。或至妨株式之利用。即於經濟界上。亦有不利益者在焉。故當或改正法律。或爲質權者。僅講求其他之手段可也。

雖然如論者之所思考。原非不便。質權既因株券之交付而設立。則當事者之間。即爲有效。故質權者。得以對抗債務者也。夫株券既已占有。而債務者無論何如。不得更質入於他人。斯即不記入之于帳簿及株式。亦可以達擔保之目的也明矣。債權者於此。如猶欲更加鞏固焉。則即記載之。亦無不可。且此記載亦非難事。若係難事。則此極爲流通頻繁之株式讓渡。必有適用之理在也。且夫在讓渡時之必可適用。又在實際上。每日可以適用。而不覺有所困難者。則即適用之於質入。亦無困難之可慮。自理論上言之。對抗質入。或必須他種手段。但其手續。既未明爲規定。則準用最相似者。亦當然也。然質入可視爲權利一部之處分。而因此遂準用其全部處分之讓渡之規定者。決非不當也。

世俗有謂如欲以質入對抗第三者。必須將質入記入于會社之帳簿。否則欲與彼株爲取引者。見會社之帳簿。無質入之記入。遂信爲有效。而與之爲取引者有之。云云。然余則不以此理由。維持乙說。蓋與彼株主爲取引。信其有株式。而欲以金錢貸之者。無有不問其有株券與否。如彼已質入。則無由出株式以相示也。設使向質權者轉借而



出以相示。則即取其株券爲擔保亦可。然則彼質權者。已失其質物之占有。而以金錢貸之者。得有完全之質權也。

在法律之解釋。雖從乙說。亦不得謂爲完全。如欲其完全無缺也。則記名株式之質入。

必使記載其質入之意思。及債權額年月日等。而後交付。如手形手形之質入裏書關於書權利額議論頗多。余則信

以爲然。倉庫證券之類。而得以之對抗一切之人。若以爲失之放漫。則以記入會社之帳

簿爲必要亦可。若以此爲非對抗第三者之條件。而以爲專對抗會社之條件。亦無不可。

其實際上之慣例。債務者（即株主）以白紙之委任狀。附于株券。當不能辨濟債務時。得使債權者爲讓渡受任者而讓渡之。此慣例既認爲商慣習。故有效。然即此于債務者。有不利者。在焉。蓋即白紙之委任狀。無論何時。無格外之條件。而與以得爲讓渡之權件。故不德之債權者。不時讓渡之。而債務者不得向善意之第三者取還之也。就此點觀之。白紙委任狀附之記名株券。恰與無記名株券相類也。明矣。

又有時附于記名株式讓渡之契約。苟當債務辨濟時。則可買戻。買還或返還之。此亦

僅于債權者有利益。於債務者不利益也。如此方法。蓋非株式之質入。乃買戻條件附之買賣也。英法兩國。每每用之。而在日本。則有難于採用者在也。

茲更將關於記名株式之質入。參照外國法而論之於下。

獨逸 獨逸之商法。無記名株式質入之規定。而專就民法以推定之。與日本相似。至民法中。關於據裏書而得以讓渡之證券質入。則設有明文。而手形株券等屬之。是故株券之質入方法。及對抗當事者以外者之條件。皆從此一般之規定。曰一爲當事者之合意。一爲交付裏書之證券。但裏書不必爲質入而記載。較之手形證券。尤屬簡易。且可以之對抗第三者。惟對抗會社。則必須記入于株主之名簿。(民法第一千二百九十九條)

二條商法第二百二十二條第一千二百七十四條商法二百二十三條

佛國 記名株式之讓渡。依記入於會社之帳簿而生效力者。則其質入。亦依其質入證書之記入而爲之。(商法第九十一條)關於記入讓渡之會社。無有問題。關於不記入讓渡之會社。其說有二。一則謂單以證書之交付者。一則謂須同記入帳簿者。惟採後說者居多。因有此等之爭議。故質權者付與于債權者。所稱爲讓受「孔爾勒補爾」之

買戻證書與我日本相等。

英國 在英國有普通法上之質入。與衡平法上之質入。茲所言者。係專就前者言之耳。此時爲質權者。如讓受人之書換名義。故自外形上觀之。純粹之讓渡也。此係英國固有之制度。然當書換名義時。則債權者爲株主。于未拂之時。須負拂込之義務。故不如得株券與白紙讓渡證。合意則爲讓受人。不合意則不爲讓受人之爲得也。其一般之性質。與日本之白紙委任狀相等。故不贅及。此讓渡證之書式。則定於會社法中也。

衡平法上之質入。依株券之交付而爲之。

株主者。當負拂込株金之義務者也。如發起人引受株式之總數時。則會社成立後。卽爲第一回之拂込。其他株主。單爲株式引受人。於未成爲眞株主以前。亦須爲第一回之拂込。皆已於前說明矣。茲更就以株主之資格。須拂込株金時。及法律上規定關於拂込手續之點言之。斯卽謂爲關於第二回以下之拂込也。亦可。余特想像其情狀而說明焉。

夫拂込必須於二週間前催告。二週間前無論何時皆可。即一月前。或二月前。或一年前。皆無不可。蓋在金額過多時。自當早爲催告。若額少時。則不必如上所說也。但金額無論如何巨大。若催告過早。亦難保株主之不忘卻。故宜即事勢而善思之。恰於適當之時而催告之可也。

定款有規定則從之。總會已決議則從之。若無規定。又無決議。則從取締役所信爲適當者亦可。但於此有謂若定款已定有拂込之時期。則株主不待取締役之催告。亦不可不拂込者。而不知其不如是也。蓋以獨逸法之解釋。並日本商法之解釋觀之。甚爲明瞭故也。關於規定拂込金額之多少。亦與此相同。至于一時可以請求全額與否。亦已於他處論之。

金錢以外之出資者。可取得其與出資相當之株式。則此只有出資之義務。而無拂込之義務也。明矣。但當創立總會減少其所得株式之數。而須以金錢拂込時。則對於其株式而爲拂込者。亦當然也。但此非以金錢以外出資者之資格而爲拂込。是故佛蘭西學者。謂金錢以外之出資者。無所謂拂込之義務。無拂込之義務者。本無須催告者。

也。

又有謂拂込必須爲一式之催告。即使有種種株式之時。如優先株之類而於同種之株主。必須以一式催告之。又如現在之株主。雖不記載於株主名簿。而株式會社若知之。則亦可催告之也。

且未曾引受之株式。據第二百二十九條。其第一回拂込未完之株式。發起人有連帶拂込之義務。而株式之共有者。亦有之。此等皆屬變體。前已說明者。茲不贅述。

株金當由會社催告拂込時。則可拂込。但株主若不拂込。而會社不得強制之。且拂込請求權。債權也。既爲債權。則似可從債權行使之規定。而請求其履行。獨逸人有謂或爲強制執行。或依失權處分。皆屬會社之隨意。惟一旦選用其意。須始終行之。且對於一切之株主。亦須如此者云云。但株式拂込請求權。與普通之債權。其實質相異。不得由會社而讓渡於他人。是故關於其行使之手段。不能不求其能適合株式之性質。然我日本商法。關於株式之拂込。設嚴格之規定。謂會社必須催告其株主。拂込若株主不拂込時。得爲再度之催告。若株主猶不拂込。則株主爲失權。株主失權。則會社對於

各讓渡人必須再發催告。若讓渡人亦不拂込。則必須競賣其株式。其競賣金。若不滿于滯納金時。則得請求失權之株主。辨濟其不足額。由是言之。其規定第一次催告後之方法。洵有一瀉千里之勢。故立法之意。在使人依此方法。然競賣手續終了之後。不得爲強制執行也。可概見矣。

或謂關於催告讓渡人拂込。及競賣。用必須之文字。關於對於株主爲再度之催告。則僅用得之文字。是故再度之催告。即不爲亦可。且既爲初次之催告。若不拂込。即爲強制執行亦可。若不採此方法。而爲再度之催告時。則其後不可不適用法律所謂必須之規定。至競賣而後。已云云。此亦一理也。是蓋以第一回之催告。須使其據民法民事訴訟法之強制執行。或會社法之競賣方法。以爲斷決。苟一旦擇一而行。則須始終貫徹。此說亦未嘗不是。然就會社法全體之規定。與株式之性質。爲前所揭者觀之。則必使執行會社法所規定之手段。蓋第一回催告後。爲第二回之催告與否。本屬會社之隨意。但非使其於強制執行。與會社法之規定手續中。與以選擇執行之餘地。而實于會社法之手續範圍內。使其選擇也。即使會社欲速收款於第一回催告後。即爲第二

回之催告。其意欲速至於競賣地步。但以經濟界之情狀觀察之。僅據第一回之催告。欲使急速拂込。其勢究有所不能。斯即繼於急速之催告。亦屬無益。而反失會社之信用。故會社於此。使能觀察此等之情況。雖催促之終歸無益。而不爲第二回之催告。徐以俟經濟界景象之恢復。斯爲得計也。惟一旦既爲再度之催告。則不得躊躇。即須繼續履行其後之手續。但株主之失權後。於何日間可催告讓渡人。讓渡人若不拂込。於何日間可競賣。皆未明言。會社于此。須熟察而深思之。惟第一百五十三條第二項云。會社對於株式讓渡人。於不下二週間之期間內。必須發可爲拂込之催告。夫二週間。乃催告與拂込間之期間耳。非失權與催告之期間也。故會社於株主失權後之一月以後。催告讓渡人。固可。即於失權之翌日。催告讓渡人。亦無不可。

當清算之際。會社現存之財產。不足以完濟債務時。則清算人不拘辨濟之期。可以請求拂込。(第二百三十四條第九十二條)請求拂込之債權。若係因商行爲而生者。從請求時起。五年消滅之。非商行爲而生者。十年消滅之。(商法第二百八十五條民法第百六十六條第百六十七條)又清算之時。清算人如急欲了結。爲繼續之請求。亦或不至遲延於五年與十年也。

株金之拂込。由會社以請求於株主者也。而取締役。則以會社之業務執行者之資格而實行之。若取締役不實行時。則會社之債權者。亦得行之。民法云。債權者。爲保全自己之債權。得行屬于其債務者之權利。(第四百二十三條)即學者所謂間接訴權是也。乃債權者保全自己之債權。爲自己利益起見。雖得以自己之名義爲之。然有時實行此權時。必須俟債權之期間已到。且依株金拂込之手續。而始得爲之。若會社之定款。謂株金之拂込。必經株事總會之決議。則亦必須俟決議後。始得爲之。于斯時也。即會社自己在總會決議之前。亦不得請求拂込。則爲會社之債權者。其不得請求也。本屬理之當然。無足怪者。職是之故。總會若不決議。則會社之債權者。誠無可如何。唯有對於會社。強行自己之債權。使會社破產。得以辨濟其債權而已。假差押假處分等之諸問題皆從省略焉

會社所有之拂込請求權。不得讓渡。大阪控訴院之判決云。「株式會社。關於株式之權利關係。只在引受其會社株式及讓受株主之間。而其權利之一部分。(即限于一二回之株金拂込請求權)如分離之而爲一債權。讓渡之他人。則不特與株式之性質不相容。且爲法律所不許。故其讓渡爲不適法。」此就大體言之。可謂正確。至謂不



得分離拂込請求權而爲讓渡云者。即不特讓渡所分離一二回之請求權而不得。即讓渡總拂込請求權亦不得之意也。若謂其意係分離之而爲讓渡則不得。而全體則可以爲之者。此決非此判決之意。觀其前後文。自可瞭然。但分離而讓渡之者。則尤屬不可。是故或就其重者而言。特加此句云爾。

反對之說者。則謂拂込請求權。一債權也。既爲債權。則可以讓渡。且在株式會社之財產會社。其如拂込請求權者。可專就財產之點觀察之。蓋會社祇以得與株金相當之金額爲已足。故自己請求株主。與讓渡此請求權於第三者。而得金錢。使第三者請求株主。皆可隨意。以法律上無禁止之明文。故得如是也云云。然此說有不能不謂之誤者在也。蓋彼只由株式會社之性質一方面而觀察之。而不見其全面。故致生此誤解。何以言之。夫債得以讓渡者。固也。但其性質有不許讓渡時。不在此限。(民法第四百六十六條)如株金拂込請求權。其性質上不得讓渡者也。株式會社之爲財產會社。無論何人。皆無異議。而即此財產會社。其於財產之確保。必甚置重。其關於對於株金拂込。各讓渡人之請求。準備金積立。株式之消却。資本減少之規定。尤嚴重焉。即商法之規定。所謂凡

關於公益者。不得隨意變更之。且就關於株金拂込之手續。及因此手續之欠缺而生出效果等。(第一百五十二條乃至第一百五十四條)之規定。觀之。皆可知此拂込請求權者。決不許讓渡於他人者也。如許之。則彼取締役如欲避事之繁重。屢屢爲之。實足以妨害會社之鞏固。而于他之株主。及會社之債權者。或皆釀出意外之損失。即在讓渡拂込請求權之株主。亦有種種之不利益。其間詐僞脅迫錯誤等事。亦必因之而層出不已焉。是謂此爲不讓渡物者。洵至當也。

清算人不拘辨濟之時期與否。而得使株主拂込者。必因會社之現存財產。不足償還債務故也。證明其不足者。係清算人之責任。而其證明之也。則以通常之方法。須裁判官認定之。唯清算之清算報告。僅以株主總數之多數決而承認者。尙未十分完備也。

株金拂込之請求權。亦一財產權也。會社既履行一定之手續。而請求拂込於株主。以後會社雖解散。而清算仍得以請求其辨濟。決無須經解散後清算人請求之條件與手續也。至解散之效力。有以解散之決議而發生者。又有必須官之認可者。而於後者

雖解散決議後。請求拂込。原爲會社存立中之請求。故得以在通常時之方法。續行其請求者。此也。

負株金拂込之義務者。其爲現在有此株式之株主。固不待論。但欲使彼等拂込。須於二週前催告之。若屆期不拂込者。可爲再度之催告。若猶不拂込。則其株主之權利。即喪失。然無論如何。其催告與拂込之間。必有二週間以上之期間。方得。且使通知株主以當然應知之事項。(此即于一定之期間內若不拂込即喪失株主之權利之事項)以此株主。原與普通債務者。狀況不同。務宜盡力以保護之。至於我國。株主不拂込時。則不待會社之通知及其公告。而當然爲喪失權利。故爲株主者。不可不大爲注意。在獨逸。則爲一般之公告。或單就某株主而通知之也。(獨商法第二  
百十九條)

再度之催告。與失權之通知。既屬於會社之權能。則當最初之催告。而彼等不拂込時。會社放任之。使其繼續爲株主。亦無妨碍。惟在此時。對於讓渡人。不得請求拂込。但以此之故。不能得充分之拂込。必致使他之株主。及會社之債權者。有所損失。蓋無疑也。若此放任。或出于取締役之過失。及不注意。則被害者對於彼等。得請求損害賠償。蓋

此雖曰權能。亦即爲責任之歸着。有不可不知者在也。

不拂込之株主。雖失株主之權利。而不得免株主之義務。故會社苟競賣其株式。而所得金額。若不滿于滯納金額時。則使之辨濟其不足額。又若定款定有違約金時。亦使其辨濟之。(第一百五十三條第三項)在法文上從前之株主云者。即向之能請求不足額之謂。以其

既失株主之權利。不得言株主故也。且自此以下所論失權處分者。全係關於以金錢出資之株主而言。而不適用於以他物出資者。此「林古」之所說也。見「林古」株式會社法釋義

從前之株主。雖失權利。而尙有辨濟不足額(即滯納金額之不足額時)之義務。法文

已明爲揭出。(第一百五十三條第三項)但競落人(即新株主)新受會社請求拂込。若不應時。則從

前之株主。仍立於支拂之地位與否。抑或彼因競賣與株式之關係斷絕。毫不負此義務與否。此亦一問題也。苟爲法文上之解釋。其從前之株主。對於競落人。多因其爲讓渡人與否。而決定之。

多數之解釋者。皆謂從前之株主。非現株主(即競落人)之讓渡人。故無擔保的拂込之義務。例如株主負擔株金拂込之義務。以其有株式故。苟一旦移轉其株式於他人。

則其拂込株金之義務。亦當然移轉於他人。至爲明甚。換言之。株金拂込之義務。爲附隨于株主資格之物。惟僅限于法律有特別明文者。成爲例外。如商法第一百五十三條第二項。是也。然據商法第一百五十二條之手續。其已受株金拂込之催告。而猶不拂込之株主。因此喪失其權利者。此本係第一百五十三條第一項所規定。以是之故。其株主對於競落人。不稱爲株式之讓渡人。抑章章也云云。又有謂銀行對於株主。爲再度之催告。而不拂込者。則發喪失其株主權之催告。而株主亦遂不爲拂込者。以其早已喪失株主權故也。故本件株金拂込請求。頗失當也云云。此說頗爲多數學者所主張。試更進而論之。則猶有說焉。元來株主之權利及義務。以通常之理論之。本應在一人。不待言也。故負株金拂込之義務者。即爲有株主權。株主權喪失時。則其義務亦必免也。是故無特別之明文時。若移轉其株主權。則拂込之義務。亦可視爲移轉。惟法律上既有明文。謂株式之讓渡人。對於株金之拂込。亦有擔保之義務。(第一百五十三條第二項)則此時之讓渡人。雖非現在之株主。亦不得不負拂込之義務也。明矣。然此所言從前之株主者。非本條所謂之讓渡人。故謂不負擔保的支拂之義務也。亦可。

此解釋。在法文上及法理上。均有缺點。何言之。蓋法文上只云不爲拂込之株主。失其爲株主之權利。而關於義務。則未嘗一言及之。且不曰非株主。失株式。而僅曰失株主之權利。則即謂其義務依然存在。亦未嘗不可。又即立法論言之。前之解釋。亦可斷言其不當。蓋此時從前株主。較讓渡人之負擔爲輕。讓渡人負此義務。從前株主。不負此義務也。(第一百五十三條第四項之義務與此不同)于斯時也。設有一會社。其氣景趨於衰弱。而爲株主者。雖有拂込之資力。而不拂込。直待至競賣時。而免其責任。如受一圓拂込之催告而不應。至競賣之而得十錢時。則只須支拂其餘之九十錢。即早無義務之可言。是即以十三圓四十錢之拂込。第一回拂込之十二圓五十錢與滯納不足額九十錢而免五十圓之責任也。夫如是也。故可信株主爲有五十圓之責任。而其使與會社取引之第三者。蒙受損害。并破壞關於株式會社設立嚴重之規定。更不待言矣。亦有學者謂如競賣株式。課重大之義務於貧民爲已甚者。然因是之故。特定使一時拂込之制。若大株。則非貧民之所應持者。故無不可也。且謂從前株主。既無最早拂込及不足額支拂之義務。則從前株主之讓渡人。亦決無此義務。可斷言也。

關於本問題。東京控訴院之意見。頗與余相似。不幸其判決爲大審院所駁斥也。從前之株主。當辨濟滯納金之金額。而欲得復權時。則仍可再爲株主。或謂使其復權。則與關於其失權爲再度之催告。及爲鄭重通知之意相反。恰如使株主得三回之催告。故不可也云云。又有謂法律上祇規定失權。而無復權之規定。故不得使之復權者。並有謂一旦既使之失權。已發催告讓渡人之命。故必使依之者。然「林古斯打晤」則謂限于不禁止者。即解釋爲得爲之者。未嘗不可。且不必拒絕將拂込者及催告其他之拂込與否不可知者。但此徒驚于空理。無裨實益。而與獨逸空論家相雷同。殊無謂也。且強使株主不得主張復權。而許否之權。假之會社。固無不可。更進一步而論之。謂爲必使復權。亦無不可也。

又當失權後尙無買主以前。其株式果應爲何人所有。若以此爲會社所有。則顯與會社不得取得自己株式之規定。自相衝突。然此乃特別之事。可視爲例外者。且其株式亦不過使暫時歸會社所有。尙不至破壞彼規定之主意。故此與舊商法同。并與獨學者所說同。皆謂此宜使歸於會社也。謂此爲從前株主之所有固不可。謂此爲無主物

更不可也。

夫謂株主失權後。株主爲會社所有云者。不過僅較之謂爲從前株主之所有。及爲無主物者。其說爲優長耳。故於一方面。顯然設有會社不得取得自己株主之明文。且有設置之之理由。而於他方面。又既無會社於某時得自己株式之規定。其於解釋上。而生疑問者。固不得不然之勢也。或以爲第五百十一條。會社不得取得自己之株式云者。蓋示會社不得自進而取得其株式之意。然因法律規定之結果。不得已而爲自己所有時。并未包含在內。且本條祇曰。會社不得取得株式。不曰不得有株式。夫取得云者。如現取得而爲讓受之意也。故因株主之失權。而致會社有株式者。乃非同條之例外也。此說雖亦有理。但本條所謂取得云者。不可作如此解釋。又其他處所用取得之文字。亦決不能以此狹義解之。故與其謂爲作如是解。毋寧謂爲不得以其爲從前株主之所有。及爲無主物。故不得已而歸會社所有也。即以立法論言之。法律上可置明文。如舊商法謂株主不爲拂込時。會社對於株主。得宣告其喪失株券之所有權。而此時之株券。爲會社所有者是也。(舊商法第二) (百十四條)



在大審院。亦以此無格外之良法。亦謂不得已暫時歸會社所有。且大審院。因此而謂會社者。係對於競落人之讓渡人。從前之株主。非讓渡人。故以後彼等不受拂込之請求。此一部分與余說相同。惟就前後株主拂込義務之全消之點言之。則與余說歧異也。

株式已讓渡時。會社對於不爲拂込之株主。使喪失其權利後。對於讓渡人。必須催告拂込。

株式讓渡人所負拂込之義務。係擔保之義務。而條件附者也。其條件。即對於現在之株主。再度之催告。及失權之通知也。此乃置重於形式者。是故苟不經過此時。則事實上現在株主之不拂込等。雖已確實。且其催告所用之方法。雖係法定認爲有力者。而亦以爲未經必要之手續。及讓渡人之支拂條件。尙有未至。讓渡人不必拂込也。其中若經過二年之時期。則彼始全免其擔保之義務。乃關於此。大審院不依手續。謂即令對於株主。據強制執行。及其他之方法。以確定其不能支拂之事實。亦無不可。職是之故。讓渡人之責任。不得發生。必至使株主爲拂込。而履行法律上所特定之手續後。始

得發生也。然則讓渡人自登記其株式讓渡于株主名簿時起。於二年之內。會社雖得以催告其拂込。請求其辨濟。若不履行商法第一百五十二條之規定。則商法第一百五十四條所規定讓渡人之責任。消滅之時效。依然進行無碍也。

株金之拂込。必於二週間前催告之。其株主若屆此時日猶不拂込。則會社更須通知其於一定之期間內。使爲拂込。但此期間。不得下二週間。若在株主之已失權時。則會社對於株式之各讓渡人。於不下二週間之期間內。發拂込之催告。(第一百五十二條第一項)

(第二項)但其期間之遵守。極須注意。若少一日。即不得爲適法之通知。而即不得行使其權利也。前所謂不下二週間云者。實與之以二週間以上之猶豫也。例如一月一日催告株主。云一月二十日拂込。若一月二十日不拂込時。則云二月十日拂込。至于二月十日猶不支拂之株主。則爲失權。此時對於讓渡人。則應云三月十日拂込。此所謂催告與拂込之間。與以二週間以上之猶豫也。蓋因期間短少。受不利益之判決者。頗多故也。

關於催告有種種問題。此無他。即第一百五十四條所規定讓渡之責任。爲時效乎。抑爲

絕對的消滅理由乎。亦或爲絕對的消滅理由。而於二年內。若爲第一回之拂込催告。即得。抑或不可不爲第二回之催告。又或此中對於讓渡人。必須爲適法之催告乎。關於此有三學說。

### 第一 第一回催告說。

今參照我商法之母法（即獨逸商法）其規定謂株式之被承繼人之義務。其持分之讓渡。須從屆出于株主名簿之日起。于二年之期間內。對於株主爲請求金額之制限。（第二百二十條）此其意是即讓渡人之責任。只須於二年內對於現在之株主。催告其拂込爲已足也。

元來現在之株主。關於拂込之事。其對於會社也。係負擔主責任。而株式讓渡人之責任。乃係擔保主責任之從責任也。所謂從責任者。當負主責任之人不履行其義務時。而此擔保之。是故不可不以主責任者有將履行其義務之狀態時。（即對於現在株主會社催告其拂込時）以爲決定從責任存否之標準。故以株式之讓渡記載於株主名簿時起。於二年內。若對於現在之株主。苟既已催告其拂込。則即使

對於讓渡人之催告。早已經過以上所謂之期間。而讓渡人亦不得辭其責云。

對於此說之批評。其與第二說第三說重出之點。概從省畧。而僅述其關於其他之要點。蓋本說以現在之株主。與讓渡人之關係。視爲保證之關係。而遂信民法之保證規定。亦得適用於此。此不能不謂之誤也。何也。民法第四百五十七條所規定。謂對於主債務者之請求履行。雖對於保證人。亦生效力。由是言之。若讓渡人爲現在株主之保證人。則謂得適用保證之規定。本屬毫無爭議。然讓渡人本不得云株主之保證人。且讓渡人當現在株主不爲拂込時。所負拂込之債務。雖極明確。但係由會社法之規定而生者。故不得以其形之相似。而即謂爲民法之保證也。論者作此輕率之論斷。其說適與或據讓渡人不爲拂込時。對於他讓渡人。得以求償之理由。而即謂此爲保證規定。(第四百五十六條)之根據者。其弊相等也。則于此時。即謂爲保證者。其謬誤不待言矣。在會社法。使株主於讓渡後。亦負拂込之責任者。蓋出于使鞏固會社資本之特別理由。而此讓渡人之責任。二年而使歸消滅者。以株式輾轉極繁。故對於讓渡人。于不容會社鞏固之限內。務須使速免其責任。而會社及讓渡人。亦均得以少受煩累。故當據會社

法之特別法理而解釋不可妄援民法以爲用也。

又使適用民法保證之規定。則會社對於現在之株主而請求。株主若遲滯。則讓渡人亦必使負遲滯之責任。而遂不得不使其支拂多數之利息。此必至之理也。且既適用保證之規定矣。則對於被主債務者之時效中斷。而所謂對於保證人亦生效力之規定。亦不可不適用。而讓渡人之責任。亦遂不知存續至於何時而始止矣。此蓋非以第一百五十四條之期間爲時效。不認絕對的之消滅期間者也。然則第一回催告說之論者。自謂非彼期間之時效。而就其解釋言之。又如受時效之適用者。洵屬自相矛盾也。第一說之謬誤。即在根據適用民法保證之規定。今已糾正之。無可再言者。惟謂第二回之催告。無論在何日後。皆可爲之。故亦有讓渡人。無論至何年之後。亦亦負此拂込義務之弊等。

彼援用獨逸法之處。俟他日評之可也。

## 第二 第二回催告說。

讓渡人之責任。係負補充現在株主不拂金之義務也。是故苟非現在株主之株金

不拂込。則自無履行其債務之理。據商法第一百五十二條云。現在之株主。受株金拂込之催告而不拂込。更受第二回之拂込通知。於其期間內。猶不支拂時。則不拂之事。可以確定。讓渡人履行補充義務之理由。亦由此發生。是故商法第一百五十三條第二項。於其手續後。置催告讓渡人拂込之規定。但其責任依商法第五十四條。自記入其讓渡于株主名簿之後。經過二年。全歸消滅。然則雖在無期限內。其應盡義務之事。由不發生。亦不得不謂其責任歸於消滅也明矣。

此說較前說稍有理由。是蓋獨據會社法以爲解釋。謂讓渡人依會社法。而於株式讓渡時。有負拂込之義務。其責任以二年免除。若二年內株主之不拂事實確定時。則不得免云云。至其缺點。即在株主之不拂事實。於二年內確定則可。且只須此事實確定。則不問會社催告讓渡人與否。而讓渡人無論何年間。皆須負此責任。是也。現在株主雖已爲再度之催告。而彼不拂込。勢必請求讓渡人。故讓渡人有履行義務之責。固也。然或請求現在株主。而株主於某期間內。放棄不理。以致請求讓渡人。則讓渡人誠不堪其累矣。故主張本說者。推其意。亦或有以再度催告爲不足。但自其語句上求之。則

仍不得不作如此解也。

又有駁本說者曰。此雖以附隨于第二回催告之不拂。而確定現在株主之不拂事實。然商法第一百五十三條第三項云。「若從前之株主。二週間內。不辨濟其不足額。則會社對於讓渡人。得請求其辨濟。」則知以從前株主不辨濟之事。爲對於讓渡人請求之前提條件。是故從前株主之不拂事實。不可不謂確定于從前株主不辨濟之時。此第二說所以反乎法律之文理解釋也。但此駁論。亦屬謬誤。

### 第三 對讓渡人催告說。

株式讓渡人者。係被催拂込。始知爲拂込者也。故會社欲保存對於讓渡人之權利。於讓渡記載後二年內。不可不催告拂込。

駁之者曰。發生讓渡人之義務。非在拂込催告之時。乃在請求辨濟不足額之時也。蓋會社催告讓渡人拂込。讓渡人雖不拂込。不得依強制執行使之支拂。必先競賣株式。使從前株主辨濟其不足額。而其後如猶有不足額時。亦不得強請。必須經此等手續。始有請求之眞力。故于此二年內不爲之。則讓渡人之義務。亦消滅云云。余

對於此說。欲名之曰。辨濟請求說。此說亦自有理。而其立論之結果。必可使讓渡人早免除擔保之責任。但彼之責任。既因現在株主之不拂而確實。且由會社傳來拂込之催告。即爲應盡擔保義務之豫報。苟讓渡人於此。若爲拂込。即可以取得株式也。本無疑義。故讓渡人此時之責任。原未嘗消滅也。或謂此不過規定讓渡人之權利者。蓋讓渡人欲取得株式。則爲拂込。若不欲取得。則任其放棄亦可。且即使其不爲拂込。亦無特別之裁判。唯不得取得株式。故較之以後被請求辨濟爲拂込而取得株式者。僅立於不利益之地位而已。此說亦有見地。雖然。一方面有催告拂込之權利。而相手方應之而爲拂込。以盡自己之責任。則以其二年時期之計算爲標準。洵至當也。

會社當請求讓渡人拂込時。或必須自接近從前株主之讓渡人始。順次以請求之耶。抑或無論對於何人。及同時對於一切之讓渡人。皆得請求之耶。諸國之主義。毫不一致。就獨逸言之。手形之償還請求。則採不順序主義。而拂込之請求。則採順序主義。故會社自接從前株主之讓渡人始。順序追溯。以至於引受人。于斯時也。有謂若請求其



後之讓渡人。而不支拂。則即得請求于前之讓渡人者。有謂當追溯前讓渡人之先。不可不強制後讓渡人者。更有謂二者之中。隨會社任意爲之者。其議論紛然歧出。但順序主義之缺點。即在使會社以請求拂込之故。需種種之手數。及費用。并遲延拂込之時期。且於此早爲請求。或亦可得拂込。而過遲則彼等資產愈耗。已成爲無資力者有之。不特此也。且實與以隱匿財產。及其他詐僞行爲之機會。即彼對於手形之償還請求。而排斥順序主義者。其理由亦以必變更之。方得適用故也。我日本商法。故不採此順序主義。使會社無論對於何人。皆得請求拂込。且會社對於各讓渡人。亦皆必請求其拂込也。

各讓渡人云者。自記載其讓渡于株主名簿後。未經過二年之讓渡人也。已經過二年之讓渡人。無拂込之義務。不必通知之。余故謂之爲記載後未經過二年者。且此二年。即名簿記入之時。及現今催告時之間也。但或謂名簿記入。及第一回催告。爲此二年者。又有以爲不然者。關於讓渡人義務消滅所述之學說。可參觀之。

會社對於各讓渡人。雖云必須發拂込之催告。而株主失權後。於何日間發之。則未嘗

明言。故當發之之時。或對一切之讓渡人。同時發之耶。抑異時發之耶。此亦一問題也。法律上無特別之規定。故有謂任會社之隨意。對於此人。今日發之。對於其他。即明日發之。亦可者。但以拂込之催告。關於同樣之株式。必用一式之理推之。則知以同時發之者。爲至當也。

會社既有催告。則最先拂込者。取得株式。固也。然在會社雖同時催告各讓渡人。而株主之所在。各有遠近之不同。到着之時期。亦即因之而各異。是故某某則先得拂込之機會。某某至於日後。方始知之。此間之不公平。須何如而後可。且同時有數讓渡人。提供拂込。則當受何人之拂込耶。換言之。當使何人取得株式。或認其接近於從前株主者之權利。抑或認其株主爲平等共有。皆問題也。然而此等問題。專發生於其株式可取得之時。而與此關於失權處分競賣等時之株式。初無關係。故詳細研究。姑俟之實際問題發生之後焉。

各讓渡人之義務。係對於現在株主。及法律上所謂從前株主之義務。而爲從義務。毫無異議。但在讓渡人間。視爲保證人間之義務耶。抑視爲連帶者間之義務耶。則頗有

議論。其直接而爲爭議者。即在於或讓渡人之一人已支拂之之時。果得對於何人而爲請求。是也。

第一說謂各讓渡人之義務。不外民法上所謂保證債務。故以自己之出捐。而得共同之免責者。對於其他之讓渡人。可有求償權。但此讓渡人間之保證義務。不得以此推測之。又各分擔之之時。其株亦必歸共有。即或人雖曰最先拂込。得以求償於他人。而遂使其株式爲自己專有焉。誠不當也。

第二說則謂株金者。由現在株主拂込之。固當然也。若讓渡人支拂之。則讓渡人(丙)對於株主(丁)可得求償。據此理以推之。使(丙)應拂込而不拂込。其讓渡人(乙)拂込之。則乙對於丙。亦得求償。即乙之讓渡人(甲)其對於乙也。亦如是也。但于此有謂其中甲於乙。乙與丙。必須順序而請求償還者。又有謂甲對於其下者。無論何人。皆得求償者。更有謂須分爲間接訴權。及直接訴權者。其說之複雜。可想見也。

第三說則謂如僅以商法解釋之。固不待論。即以之入於民法而爲解釋。而讓渡人亦無求償權之可言。蓋求償權者。非依法律之規定。及契約之效力。則不發生者也。且商

法惟使讓渡人對於會社而負責任。對於他人則未嘗使負責任。是故或讓渡人對於其他之讓渡人不得求償者。此也。或又謂商法不過規定會社與讓渡人之關係。而讓渡人與讓渡人間之關係。則列之於民法云云。惟商法者。實係定會社與讓渡人之關係。又同時定讓渡人間之關係也。故不可不深考株式之性質而決之。且夫讓渡株式。即係將一切之權利義務。同爲讓渡。故負拂込之義務者。本係現在之株主。但法律專計及會社及其債權者之利益。雖爲各讓渡人者。亦必使其負責任也。既設此特別之規定。又同時使被請求之讓渡人。自負擔之。以使取得株式。而自不至求償於他人。蓋關於株式株主。及株式讓渡人之事。皆不能漫然適用民法。惟會社所得之金。較請求拂込之額爲多時。則當適用民法。緣以其爲不當之利得使出捐者。請求其返還。如不使請求之。雖於讓渡人間。依然存在。而不得別爲求償。於是被請求之讓渡人。遂獨負重大之義務。而公平之理失矣。由是言之。此說終不免於據普通之條理。以說明特別關係之謬誤也。明矣。

株式讓渡人不拂込時。則會社不能不競賣其株式固也。會社依通常之方法而解散

則清算人爲之。又若當會社破產時。則破產管理人亦依此手續而爲之。試設一問曰。今有三十圓拂込濟之株于此。催告十圓之拂込。繼因不拂込而競賣。其競落之價。爲五圓。而此競落人。遂爲株主。固也。但當負此十圓拂込之責耶。應之曰。不然。彼實以五圓而得四十圓拂込之株式也。蓋會社原請求十圓于從前株主。繼因競賣而始變爲五圓。故其所餘之五圓。得以請求于從前株主。至於強制執行而後已。若從前株主無資力時。則會社即代受五圓之損。

余前既言會社競賣其株式。可取得賣得金矣。但此時株式質權者之權利則如何。蓋質權非他。乃係附于質物。先于其他之債權者。而受自己債權之辨濟之權利也。是故使會社爲株主之普通債權者。與其他之債權者。分別優劣。則質權者之權利爲優先。是即質權者。先取得其株式之賣得金也。然就會社之拂込言之。對於株主所有之權利。有不得與普通之債權。視爲同一。即使其根本之性質。可謂同一。而當失權時所規定。仍有不得視爲同一者。且正確言之。則質權乃存在於株式爲株主所有時之物。至株主依法律規定而喪失之之時。則其質權亦歸消滅。恰如物消滅時。其存在此物上。

之質權。不得不消滅也。會社既爲二回之催告。株主尙不拂込。則株主之權利喪失。株主權利既喪失。則即無所謂株式。而質權亦即因之而消滅也明矣。若以爲會社競賣株主之株式。則或生出與株主之質權者競合之問題。及質權之權利。亦或有優先之理由可據。但會社乃係競賣自己之株式。故其解釋。仍如前言。無問題發生也。至問保護之方針。當在株主之債權乎。抑在會社乎。則自當在會社也。故取得未拂株式爲質者。須于此極留意焉。

株主既喪失株主之權利時。則株券即失價值。在獨逸商法。使會社另發行新株券。而在日本。則無明文。但雖無明文。然苟既失株主權。則自無株券存在之理。故彼先所取得之株券者。其失價值。不待論矣。于此或發行新株券。抑或即使以從來所有株券再爲有價證券。皆屬于會社之隨意。然欲用舊有者。則必須從前株主於失權時。即交付之于會社。但無交付此會社之規定。故會社或不得強制之。如不得強制之之時。則自必另發新券也明矣。故于實際上。大約與獨逸商法。可得同一之效果云。(獨逸第二百一十九條參照) 競賣若經手續而爲之之時。則競落人之權利爲正確。否則彼雖有株券而爲株主。然

因競賣手續之乖誤。及競賣之前。條件未備。雖已競賣亦無效。例如會社應爲二度之催告而不爲。並有讓渡人而不催告之類。是也。且不遵守二週間之期間。其結果亦如是。此時競賣。作爲無效。是故因此競賣而得株式者。實即一無所得。此時或謂會社依然有此株式。或謂株主失權之前。則仍爲其株主所有。由是自株主讓受之者。不得取得株式也。當此時也。競落人對於會社。得請求損害之賠償。亦屬當然之理。在獨逸。則務張大其競賣之效力。欲以保護第三者。遂謂善意之競落人。可取得其株式云云。如是則株主頗受損害。蓋彼雖有二週間前請求拂込之權。而於一日前被請求而未拂込。又彼翌日之催告。均可謂會社之違法。乃竟因此不拂込而喪失其株式。殊無謂也。若其許之也。則理論之結果。必至會社雖不爲一切之催告。而遂競賣其株式。而對於善意之取得者。不得不使收得株式也。必矣。且必至於不得已。即以此競落人爲株主也。亦明矣。況競賣之手續既誤。雖現在株主。亦有保護之必要。使于此更以現在株主仍爲株主焉。則是一株式而有二株主也。此論者之謬誤。即以獨逸商法解釋之。自可明瞭。而以我日本商法解釋之。則更不待論矣。

株式之競賣。如何而可耶。有謂不必從競賣法。而可任會社之隨意判決者。此雖多數學說及慣習。大抵皆爲一致。然亦未嘗無反對說也。所謂不必從競賣法云者。謂或會社已經鄭重之手續而競賣。故不從競賣法亦可之意。又有謂信用爲商人之證言。故可謂爲慣習者。惟此乃關於一事件而云然耳。且商慣習云者。在本問題關於公益規定之解釋。雖可視爲不適當之言。然就競賣法之解釋言之。乃係規定物之競賣方法。而非規定株式無形之權利。故謂會社以自己所信爲適當之方法。而競賣之。亦無不可者。其理論本一貫也。

反對此說者曰。競賣法所謂物者。較之民法上所謂之物。不可不以廣義解釋之。即不然。亦必須以解釋補其不足。即如有價證券之物。亦必包含在內是也。若株式不包含在內。則商法第一百五十三條之競賣。亦不得爲之。蓋商法以競賣爲必要。競賣云者。公賣也。經一定之手續而賣卻。非單純之賣却也。當無競賣以前。所謂競賣云者。皆如其字以解之。謂使價額競騰而賣卻之也。令既特有競賣法。苟若不從其規定。即不得稱爲競賣。且動產不動產及一切物。皆須使從此方式而競賣。獨關於株式。則謂可隨意



賣卻恐無此理也。苟係普通之債權。或亦出於不得已。而各株式之有價證券。則不可不經此手續而賣卻之。云云。此亦薄弱無根據之論也。在民事訴訟法。以有價證券爲有體動產。對於有體動產之強制執行中。執達吏有差押有價證券之規定。然此民事訴訟法。屢爲競賣法所援用。是故民事訴訟法所認者。亦即競賣法所認者也。由是競賣法。亦以有價證券而視爲有體動產（是即入之于動產中之意）矣。且就競賣法之法文。而嚴重解釋之。記名株式之競賣。不在競賣法之範圍內。此則爲多數學者之所贊成也。（民訴第五百八十二條競賣法第十二條）

據認爲正當之競賣。而能得記名株式者。則爲會社之株主也。從前株主交附株券。或不交附。皆得使會社新發行株券。又在平常時。從前株主。或遺失株券。或雖有而不呈出。亦得以新發行。惟當非常之時。讓受人雖不讓受從前之株券。亦爲株式取得者。而有株主之權利。

因競賣而得之金額。若不滿滯納金額時。則使從前之株主。辨濟其不足額。從前株主。若不辨濟時。則得對於讓渡人而請求之。

條文上謂當競賣株式時。須先催告各讓渡人拂込云者。乃係指有可催告之讓渡人時而言也。苟當現在自爲株式引受人（即原始之株主）時。則無株式讓渡人。故不得據第一百五十三條第三項之文字。而適用之。必須依其精神的解釋而適用之也。蓋本條係謂使有拂込之責者爲拂込。若不拂込。則須競賣之。獨逸商法亦云。株主不拂込時。則失其權利。讓渡人若不拂込。滯納金額時。則會社依取引所之時價而賣卻。或公賣之。（第二百十九條）此係想豫有讓渡人時而設此規定。然其解釋者。則以爲即無讓渡人時。亦得適用。與日本商法爲同一之主意。又舊商法云。怠于拂込之株主。更受拂込之催告。猶不拂込時。則會社對於其株主。得宣告其失株券之所有權。于是其株券爲會社之所有。且經宣告喪失所有權之株券。于一月內公賣之。納其代金于會社。（第二百四條第二）甚爲明瞭。新商法則省略文字。而不明言。然其主意無異。實由一般之規定（百十七條）而出。亦甚章章也。雖然。于此或亦不能無爲反對之解釋者。如其爲之。則必謂有株式之讓渡時而不拂込。則競賣之。無讓渡時。則不競賣。其顛倒錯亂。失當已甚。且必使會社雖欲競賣而不得。雖欲請求不足金額而不能。而徒有此未拂株。其不當也。更不待

論矣。

夫競賣而無買主時。則會社可一時暫有其株式。而保管之。如前所述。但此時讓渡人。不得強辨濟其金額。而主張取得其株式。必隨會社之意。或先請求從前之株主。不得辨濟。始請求讓渡人。若會社承諾讓渡人之辨濟時。則使讓渡人取得株式。與從前株主。因已辨濟而復權者相等。

讓渡人當不爲拂込不辨濟時。則對之而負責任。固不待論。即定有支拂違約金時。亦必從之。

又競賣之手續。雖已完備。而無買主時。則會社對於從前之株主及讓渡人。得請求其支拂滯納金額之全額。若彼等不能支拂。則亦祇好聽之。而其結局。則惟有株式之消却。資本之減少。會社之破產。任意解散而已。且或以幾度試爲競賣。或至何時始爲競賣。皆依取締役等所信爲適當者爲之。若當不能豫定時。則請求于讓渡人等亦可。或曰。如欲競賣而無賣主時。則不得已。姑且置之。以待時期。如其時期未至。則只得聽之。不過會社受其損而已。尋其理由。則以法文之中。原謂讓渡人不拂込時。會社必須

競賣株式。若競賣金不足時。得向從前株主。請求其不足額。夫既曰必須競賣。則不可不競賣也明矣。又僅曰得請求不足額。則不得請求全額也亦明矣。云云。此說實不能不謂之誤也。在法律上。使會社必執競賣之手續者。以爲庶幾公平正大。取得其金額。非曰即無賣主。亦必賣之。即僅一錢。亦必賣之。而爲可得請求其不足額也。論者不察。乃謂法文上有所謂必須競賣者。不問如何之狀況。皆須競賣。此亦太拘泥於文句矣。果如此也。則無讓渡人之株式。（即株式引受人爲現在之株主時）或亦不得競賣其株式。何以言之。法文上謂株主不拂込時。失其權利。株主既喪失權利時。會社對於讓渡人。必須發拂込之催告。若讓渡不拂込時。則會社必須競賣其株式。然則競賣之先。必須催告讓渡人。苟無讓渡人。即不得履行此手續也明矣。由是觀之。無論何人。不可拘泥於此等文句。以爲解釋。必須爲精神的解釋無疑矣。精神的解釋者何。即各有讓渡人時。則催告其讓渡人。若無讓渡人。則不得已而遂得競賣之。是也。但關於讓渡人。既得如此解釋。而其關於競賣也。則何獨不可如是。且即所謂得請求不足額云者。亦曰競賣之而有競賣金時。則請求其不足額。若無競賣金時。則亦得請求金額也。又茲

所謂無競賣金之例。即如無競落人之時是也。又有時雖有競落人。其競落代價。與競落費相等。或有時反較少焉。而其結局。必至于其所請求之金額。與金額相等也。亦無疑矣。

論者之中。又分二說。或謂四十五圓之株式。請求五圓之拂込。及至競賣時。以一圓賣之。其競賣費用。每一競費去一圓時。則對於讓渡人。不得請求。蓋以其僅賣一圓。即費去一圓。毫無差贖。故不與以滯納金額之請求權也。或又謂此時亦得請求。則以其既爲競賣。法律之要件已備故也。其競賣之結果。雖僅取得一圓。而其一圓之費用。乃係由會社雜費中所支出者。故得以彼一圓爲競賣金。以請求其不足額之四圓。而雜費之一圓。亦可作爲損害賠償而請求之。如是論之。則競賣金無論少于競賣費用幾何。而會社皆有不足額之請求權矣。只須一經競落後。則即金一錢二錢。而與法文所謂不足額之文字。猶適合也。

夫徒置重文字。則必生以上之愚論。固勢所必至也。然使爲如此嚴格以解之。則取締役可強爲競賣。其競賣代價。即不足償競賣費用。亦必爲之。如僅二十五圓拂込者。請

求二十五圓之拂込。而嗣以一圓賣之。此時即需十五圓之費用。而因欲請求不足額二十四圓。亦必賣之。此十五圓之費用。固一時由會社墊付。使不拂株主讓渡人等償還之。若彼等無資力時。則會社受其損害也。是即兩方面中。必有一方面毫無益處。而損失十五圓。夫以二十五圓拂込之株券。僅售一圓。誠不如不競賣之爲愈。若再賣至一錢時。則更不待論矣。又若無賣主時。則更可知矣。夫競賣。固法律之所命。而出于不得已者。但無競落人時。即使請求滯納額亦可也。必謂如前例已賣一圓。則可請求二十四圓。已賣一錢。則可請求二十四圓九十九錢。苟若不得時。則不得請求。此說於理論上。頗矛盾也。若勉強爲之。必使會社不得已使競落人以一厘購其一錢者。蓋欲強從法文之字義。故支出此等無益之費用也。

所謂競賣不問多少。以得金錢爲要者。其意以爲苟不如是。則會社專橫而不必競賣。遂得請求讓渡人等也。然既須競落。則必爲之。至謂須知其競落人之有無。則非至競賣後。無從懸料。故此乃過慮也。

會社競賣株式。賣得金不滿于滯納金時。則使從前株主辨濟其不足額。固也。但于此

有剩餘金時。則不可不返還之。蓋會社所得此賣得金者。即可作爲從前株主所已拂込者故也。若依他人之出捐。而得過剩金額。就理論上言之。亦可謂爲不當之利得。且所謂株主不拂込株金時。喪失其權者。即不得行使株主權之意。而不過制限爲株主之權利而已。或謂競賣手續終了以前。其株主之資格。尙未喪失者。亦有之。其理由。蓋謂競賣株式所得之金額。爲從前株主之物。會社不過從中僅取得應拂込之金額。而過剩金仍爲從前株主之所有云云也。惟由純理上言之。則株主對此株式之金額。無論至何時。須使負其責任。金額以外。決不使其負責。無不當利得。亦無不當損失也。故株主當爲株主時。固不待論。即于讓渡之後。或依法律規定。而于失權之後。及競賣之後。其額面之金額。而可使其拂込。至他方面。則因自己拂込。所生金額之剩餘。亦可取得也。故或株主有四十五圓拂込株式。受五圓拂込之請求。而不拂込之際。會社競賣之。若售四十五圓時。使會社從中除去五圓。恰與得株金全額之拂込。在同一之地位。使從前株主。可得四十圓之返還也。然使會社悉取得其金額。則會社對於五十圓之株式。合四十五圓之拂込。及賣却代金之四十五圓。而得九十圓矣。此即不當之利得。

也。

此使會社返還剩餘金于從前株主者。不但本于純理上之理由。且現行民商法。亦可以此解釋。而我大審院不採此說。以從前株主。已非株主。又非株式之讓渡人。故對其以後之拂込。不負義務。與會社早無格外之關係故也。夫株式已爲會社所有。則會社賣却自己之所有物而得者。一切皆爲所有。不拘其賣得金之多少。惟少而不滿請求金額時。則請求從前株主。給付其不足額。此原係會社之權利也。蓋謂失權株歸會社所有者。即關於剩餘金。亦大抵採此說。獨逸商法之解釋者。關於此「カ只チイ機セン龍ク苦」。處分之性質。其說大概相同。亦云剩餘金不必返還。「コ薩ンク」。商法至舊商法則採與此相異之主義。謂從前之株主。對於不足金之給付。負擔責任。倘剩餘時。則會社返還之于從前株主。(舊商法第二  
百十五條)而新商法無此規定。即是不使返還之之主義也。此新商法之解釋及立法論。雖難十分贊成。然如此主義如此解釋者。前所述理由之外。不外欲使會社多得金額。鞏固其資本。且可免去關於返還種々複雜之事。蓋今所假定從前株主而已拂込者。不過係一人。若其株式屢屢轉輾。其拂込出于多數之株主。則



剩餘金之還付當如何耶。以按分比例而付之耶。抑平分之耶。此等問題。遂發生焉。欲得公平。非常困難。既無論如何不能得正確之公平。不若從最初時。即歸會社之所有。豫防此等問題之發生。且可使會社有鞏固之資力。固未嘗不善也。

株式讓渡。有種種之方法。通常以賣買爲之。即交換贈與等。未嘗不可。且就買賣言之。直接讓渡于買主。固可使代理人賣却之。亦無不可。至于今日。附以白紙委任狀而賣却之。慣習。法廷亦且認之。其認之之意。大概如上所述者。余對於其大體。亦表同意。曰。株式記名者。添附所謂白紙委任狀。（即書換其不記被任者之氏名年月日之株券名義及其他一切之處分悉使代理人爲之之狀）與株券共委付于他人者。其株券與委任狀。必相補而始能輾轉流通。此固普通之慣習。亦顯著之事實也。是故株券名義者。添附該委任狀。而對於受交付者。附與以委任狀記載之權限。而可改書其名義。此本無容疑者。然則所有之者。無論何時。得以被任者之資格。記載自己之氏名于白紙委任狀。明矣。以是之故。即可當然推定其有書換自己之名義於株券。而有株券之處分權。由是與之爲取引之善意第三者。不得使彼于株券之上取得之權利。歸于無

效者。無論矣。夫有如此之株券。及白紙委任狀時。則即記名株式。可以自由賣買。故往往有騙取株券。偽造白紙委任狀。而賣却之事。惟此時株券名義者。無賣却之意。又無賣却之形式。故其賣買爲無效。至已購買之者。對於偽造者。祇可請求損害賠償。此時讓受白紙委任狀附之株式者。及擔保之之銀行。雖受損害。而欲保護株主之權利。則有不得不如是者。處此之方法。銀行必非常注意。調查其印影之真偽。且于一切名義者。考核其真實。而一方面對於偽造者。嚴加制裁而已。白紙委任狀之偽造。得以偽造文書論。且有謂白紙不得爲何等之文書者。然此非純然之白紙。而乃一委任狀也。委任狀之權限甚大。故爲文書。可問以文書偽造罪。若其因此取得財產。則同時當問其詐欺取財罪。故往往有數罪俱發者。

株主于株金之拂込。不得以相殺對抗會社。若許之之時。則必至使會社無實現之資本也。且假使會社有多數之債權者。而株主爲一人時。得與拂込義務相殺。而其結果。恰如以優先權與于株主也。又不得以代物辨濟。盡拂込之義務。此亦與上爲同一之主意。若會社承諾之。則可與對於會社之債權相殺。法文云。株主對於株金之拂込不。

得以相殺對抗會社。此不過株主不得對抗。若會社既已承諾。則即可視爲得以相殺爲拂込也。然此非以會社與株主之意思而得變動之。而係專着意于公益上者。大審院曾有不得以代物辨濟及手形爲拂込。即當事者間有承諾。亦不得以之爲拂込之言。至于相殺。亦有可以適用此之理由也。

讓渡人當拂込滯納金額時。亦不得以相殺對抗之。蓋此解釋。本由株主對於株金之拂込不得以相殺對抗會社之理由而出者也。(第一四四) 法文上以廣義解株主。故可云

現在之株主。從前株主。讓渡人之株主時。讓渡人亦不得對抗相殺。至第一四四條之株主。爲現在之株主。故若由法之精神的解釋。雖係讓渡人。亦可拒絕相殺。蓋使株主不得對抗相殺者。原係必使支拂金錢。以固會社之資本。故當株主不支拂時。使有擔保責任之讓渡人支拂之者。亦不可不爲此同一之解釋。而不得相殺也。所謂主債務與從債務。雖可由其目的不相同之點。以爲推論。而就鞏固會社之資本。保護其債權者之點。而言之。則純然一致也。然法律對於株主。明曰不得對抗相殺。對於讓渡人。毫無一言。或有因此遂謂讓渡人得對抗相殺。且得使以相殺盡拂込義務之讓渡人。得

爲株主之虞。故必糾正之。而後無論何人。對於株金之拂込。不得以相殺對抗會社。且以株金之拂込爲對抗相殺者。不得爲株主也。

或株主拂入株金。即得自己債權之辨濟。恰與相殺所得之結果相同。理論上雖爲有效。而事實上。不得如是推定之。

有與株主不得對抗相殺爲同一之理由者。亦得據交互計算而爲拂込者也。

### 第三節 會社之機關

法人不能自表示其意思。依其機關而爲表示者也。其機關之自然人。雖爲各箇人。亦爲集合體。在一般之法人。此機關爲理事、監事及總會。而在會社則稍異其趣。

在合名會社、合資會社。雖亦須有其會社之意思表示之機關。然在是等之會社。專置重於爲社員之人。且其社員通常爲少數。故不設形式整齊之特別機關。亦無不可。反之株式會社者。其性質及狀態。與他之會社有所不同。就其設立。既有一種特別之法定手續。而就其表示會社之意思。爲種種之行爲。亦於法律設特別之規定。例如於株式會社之決議。須總會之招集。而於合資會社則不須總會是也。於或之判決。謂「在

合資會社無從一定之方式必開社員總會之規定。雖有從一定之方式必開社員總會之民法法人之規定。而此規定之第六十二條。固不能準用於本件者也。蓋商法之法人。本不得謂可準用民法法人之規定也。其謂商法之法人。一概不得準用法法人之規定。雖言之不免於過。而關於本論部分之解釋。則余亦與之同意也。

株式會社之機關。從職務之性質而區別時。則爲業務執行機關。會社代表機關。普通之監督機關。最高之監督機關。調查機關等。就其存在之時而區別時。則爲常時機關及臨時機關。此等之分類。爲學理上之說明。雖屬適當。而爲我商法之說明。寧從法典所認之機關而順序論之。於法典所認之機關。即株主總會取締役及監查役也。

### 第一款 株主總會

株主總會者。有爲定款之變更會社之解散之決議取締役監查役之選任等之權限。又得監督他之機關之行爲。無論從何點觀察。蓋最高之機關也。在獨逸商法。不特設株主總會之款。唯就取締役監查役之規定。有云『會社之事項。關於業務執行屬於株主之權利者。依總會之決議行使之。』蓋從裏面而示其株式總會之性質之一部。

也。(獨乙商法第  
二百五十條)故雖得分總會爲通常之株主總會與優先株主總會。而寧以後者爲特別。於其招集方法決議之手續等。以多準用普通之株主總會之規定。可不須特爲說明。惟於後論定款之變更之際。當爲多少之說明。而茲則專論通常之株主總會可也。

在外國有株主隨意集合之創立總會與裁判所所招集之創立總會。依此二種之總會。而會社乃以成立。即依裁判所所招集者。亦稱爲株主總會也。然在我國則所謂株主總會者。爲凡會社成立後之集會。即於創立總會後之集合也。依招集之人而區別之。爲取締役而招集之株主總會。監查役所招集之株主總會。及裁判所所招集之株主總會。尙依招集之時期。有分爲定時的與臨時的。又有就可招集之處與可決議之事爲標準而區別之者。爲此等之區別。雖未嘗不可。然強爲斯區別而說明之。亦非必  
要者。

招集株主總會之人。通常爲取締役。會社惟從發起人成立之處。取締役必存在於會社成立之後。而於招集第一回之株主總會。因募集而加株式引受人成立之處。其稱

爲取締役者。謂從會社之成立前而存在。此名稱上雖不正當。然在立法之趣意。則視彼如會社成立後之取締役。蓋其人後爲眞之取締役而招集第一之株主總會也。

取締役招集總會。有因自己之意思而招集者。有因株主之請求而招集者。有資本十分之一以上之株主。得記載總會之目的及其招集之理由於書面。提出於取締役。請求爲總會之招集。(第一百六  
十條)若株主雖請求招集。而取締役不爲招集之手續時。則爲其請求之株主。得裁判所之許可。得自招集總會。株主於此際爲其招集。非代取締役而招集總會也。乃因自己之權利而自招集之。而爲因於總會之業務之執行者也。此權利爲使株主制取締役之專橫。基於會社之利益。雖以定款不能奪此權利也。本此同一之主意。若改資本十分之一爲多時。亦不許之。而減資本爲二十分之一。與三十分之一。則無妨也。可薩氏（カザク）本此同樣之見解。謂在獨逸商法。雖以二十分之一爲最低限。而百分之一亦可也。故爲立法論可批評之點。在單以資本之十分之一。有一大株主之隨意得招集總會。而於此條件之外。雖株主員數之十分之一。亦必要也。

受招集者。於招集之際。得於會社對抗株式之所有者。記名株式之讓受。雖於當事者

問爲有效。而就讓受人之氏名。不記載於株券。且就其氏名住所。不記載於株主名簿者。則讓受人不得對抗株主於會社。而無受招集之權利。又爲株主而不通知自己之住所於會社時。亦無受會社於其住所爲通知之權利。若株主爲其通知。因會社之怠慢。不記載之於株主名簿。而向舊記載之場所發其通知時。則如何。以其通知爲無效。而其決議亦爲無效乎。抑會社向有記載於株主名簿之住所。爲其通知足矣。唯不記載於株主名簿而使株主所生之損害。爲之賠償乎。嚴格論之。則當以其通知爲無效者也。

會社爲避總會前後之混雜。得於開總會以前之或期間內。拒絕名義之書換。又得禁止株式之讓渡者也。當招集之時。於知其住所之株主。當從總會日二週間前。發招集之通知。於有無記名式之株券者。其住所不記載於株主名簿。則從會之日三週間前。公告以開總會之旨。而記名之株主不受招集之通知者。亦得依公告而知有總會應其招集。蓋無論通知。無論公告。皆不過關於開總會而使株主知之之方法。而株主無論由何方法知之。得出席於總會者也。欲出席者。要持其可爲株主之相當證據物。不特



之者。拒絕其出席。出於不得已也。有無記名式之株券者。欲出席於總會。行其議決權。當從開會日一週間前。供託其株券於會社。

雖依法令或定款。許以女子與違犯商事法令而處刑者爲株主。然而有不許其出席於總會時。則加何。於此等之處。使拋棄出席權。以代理人行使之。

總會之通知。當於二週間前發之者也。若於較此爲短之期間前而發通知。不可也。而於二週間一日後。亦不可何也。蓋於其日發通知。而於即日開總會。故不可也。若即時發而即時開。則更不可也。於此等之處。無論何人。未有述異議者。即異其說而論之。於或總會之議長。就議或事項終了。宣告解散。而於株主之未去之前。欲決議殘餘之事項時。可爲有效否乎。雖有云有效者。蓋誤也。何也。議長既宣告散會。早無總會。於其後開總會時。要更爲二週間之通知。故直爲通知直爲開會者。亦無效也。尙於他點雖得謂如斯總會爲無效。不如就此點爲觀察。而益可明其無效也。

於發行新株之際。其株式引受人爲株主以上。不問其拂込額等於舊株主之拂込額與否。得受招集而出席於總會。其議決權。依定款之所定行之。若於定款則無何等之

所定時。則全與舊株主有同等之權利。雖然。只爲株式引受人而未爲株主者。不能招集於總會。此於增資之際。決株式引受人爲株主之時間問題。蓋必要者也。

受總會之招集者。招集之際。得於會社對抗株式所有者之事。如前所述。於理論上固無所疑。然於實際上則屢生爭議。而其所最易生爭議者。在或者於現在。果爲於會社得對抗之株主否乎。又在株主破產之際。今舉二三之例說明如左。

會社違反法令或定款。而除名或株主。不招集其株主而開總會爲決議者。無效也。

株式屬或株主。於株主總會議決之爲他人之株式。而招集其他人使決議者。不法也。又不拘於總會爲如斯之議決。若取締役招集眞之株主而爲決議者。亦爲有效也。

破產者因破產而失其多種之行爲能力。又訴訟上之能力。亦被減少。而株主爲株主之權利。爲一種財產權。爲株主出席於總會而爲辯論之權利。似於減縮能力者。不復存在。故對破產者發招集狀。使其出席爲決議。有疑爲無效者。不知破產者無論依破產法之規定。依商法之規定。皆不奪此權利。苟爲株主以上。終得出席於總會者也。

凡株主皆有受招集之權者也。故對於一人不發招集之通知時。其招集之手續爲違法。其議決亦無效。雖以總會之決議或定款之規定。不能奪此權也。縱會社於或株主怠於發通知。於他之社員悉發之。而應其招集而會合者爲大多數。又贊成其或議決者亦爲大多數。若未受通知之株主。獨出席而爲反對。即於現在可以通過之決議。其決議亦無效也。蓋既於招集之手續違法。而決議之實質與其議事之方法等。可不俟論也。

於招集之通知及公告。須記載總會之目的。及於總會所當決議之事項。此記載於通知爲必要者。若不記載之而發通知者。則爲違法。雖基於此違法之通知而爲總會之決議。亦屬無效。然則所謂總會之「目的」者。果如何乎。所謂當決議之「事項」者。又果如何乎。此文字即在獨逸商法。於招集總會之際。示其「目的」就不務爲通知之「事項」不得爲決議之文字。而我國譯用之也。而目的與事項。果有區別乎。曰有之。羅斯勒爾氏之舊商法草案。謂招集總會。當示其會議之目的及事項。例如計算招告之承認。配當之許可。取締役之選舉等。當示之也。是氏於總會之目的與事項之間。雖如不

爲區別。然是不過說明之疏漏。固非以目的與事項爲同一視者。若氏果爲同一視。則氏之陷於誤謬。不能解也。何也。使此二者果得同一視。實用此無益之蛇足文字。於法律用蛇足文字。爲其解釋。要有充分之理由。而此則無其理由故也。故目的與事項。有全異之意味。即不解爲有全異之意味。而亦當解此二者於或點之昇。以一句不得滿足。乃用二句者也。在獨逸商法。就此二文字。雖有解爲有同一之意味者。是決不然。既用「目的」與「事項」之文字。則此文字必非同一之意味。而爲立法者各與以別異之意味無疑也。況於總會之目的。云當於二週間前爲通知。於決議之事項。則云於一週間前爲通知足矣。益以見二者之不同也。故於招集之際。毫不示其目的。而於一週間前通知決議之事項者。其爲違法之通知。固不待論。即示其目的。而爲二週間內時。亦不爲適法之通知者也。(獨逸商法第二百五十條第六條第三百二十條)無論爲獨逸商法之解釋。其目的與事項。顯爲不同。縱爲日本舊商法之解釋。亦莫不然。夫於舊商法就會議之目的及事項。密結而記載者。尙可爲之區分。而如新商法就總會之目的。及於總會當決議之事項。明白別書者。豈可復解爲二者之無所異乎。則於通知必當記載此二者者。實當然事。

也。

然則所謂總會之目的者。果爲如何乎。曰。即因何開此總會之主意也。如以爲承認計算之主意。爲選舉取締役之主意而解釋之者。雖得謂於定時總會所可爲。然不得云總會之目的。而其加以當記載決議事項者。又爲如何乎。若亦同前之解釋。謂當爲承認計算之議事。與選舉取締役之議事。果如是。是總會之目的。與其決議之事項。從同一物異點而可見者。夫就目的與決議事項。雖有爲同物異視。然如廣云定款變更之目的。又云密議定款第幾條爲如何之變更。則目的與決議事項。得區分之也。就大體言之。目的者。爲廣大之題目。決議事項者。爲詳細各種之項目。雖或時其題目與在其下之項目。同歸於一者。然通常必非同歸。故寧別異之也。

余就目的與事項。所以爲斯之源詳說明者。蓋於獨逸及日本學者中。常有以此二者爲同一故也。又於通知書當記載決議事項。論其如何詳細記載。以此爲前提也。

於總會之通知書。僅記載「報告及利益配當之件」時。可視爲適法之通知書乎。余曰否。只記載「定款變更之件」者則如何。余亦曰違法。何也。蓋商法就當決議之事項。使

於二週間前通知株主者。使其株主於總會知爲如何之討議。而與以準備之餘地也。非單使之知議事之題目也。故雖於總會目的外之決議事項。亦記載之而使知之也。或謂雖不使株主自爲調查攷慮。而保護株主之利益則有監查役。無論何時。得調查會社之業務。就取締役欲提出於總會之書類。而報告於株主者也。即株主自身欲爲調查。於總會之開會前。雖得充分爲之。亦不須於總會之前謄寫各種之書類而送達之於株主也。蓋果以此送達爲必要。則從非常之費用與手數。却爲會社及株主各自之不利益也。然余輩謄寫一切之書類送達於株主。固未嘗言之。即會社當於議決事項之通知外。送交調查議決事項之材料於株主。亦未嘗言之。惟云不許單爲議題之通知。至總會而實示其事項使欲於咄嗟之間爲議決而已。於此之處以監查役爲保護株主之利益。故有謂可使監查役爲之者。實則監查役之職務。爲監查役之職務。而株主則各有其株主之權。彼與此決不得相混者也。

果如是當爲如何之記載乎。則有依其所在而不同者。然其結果。則不外委之裁判官之認定。當開定時總會之際。會社於其通知書中。單記載某月某日某處開定時總會。

議定時總會所常議時。無論何人。不能視爲不備之通知書。蓋各人皆知法律。於定時總會。當調查取締役提出之書類及監查役之報告書。且有利益及利息配當之決議。不須更於通知書謄寫此法文者也。唯於此中之二者。缺其一或二時。須明爲記載。若極端言之。謂不記載亦可。則在常識之人。必認斷爲不充分之通知矣。更進一步言之。於通知書記載開定時總會議商法第五十八條之規定事項。而促株主之注意者。謂其不充分者。尙非多數。即變其例。於通知書單書決議重大之事項。或於通知書單書定款變更之件。雖有云其不充分者。而云其不充分者。亦非大多數也。

如斯在一方單記載總會之目的與題目。而於定時總會。有云記載當議之件及定款變更之件等爲不足者。在他方有云當送交議事調查之材料者。當此之時。將如何。亦惟取其中間之程度而已。然以何程度爲適宜。則其結局各於所在委之裁判官之認定也。委之裁判官之認定者。謂裁判官認爲相當之程度也。與法律所謂相當之期間者同。夫委之裁判官之認定。其因裁判官之如何。而異其認定。因異其認定。而使會社生不安之念。雖亦有之。然必豫想是等千百之事項。而規定之於法律。則又未免膠柱

鼓瑟之見無已。就法律或附屬令示其形式之大體之標準。如英國之制。然是與我國法異其主義。於我國亦不得爲之。唯在會社各自注意。從判決例而會其大體之意向耳。關於此等之事。大審院所採之意見。雖少趣於極端。然於大體則與余之意見同一。不拘實業家對之有囂囂之議論。法律家亦有附和雷同者。而大審院終始一貫此主義。尤余輩之所多也。此種之判決雖不少。而其爲最先之例。驚動實業家者。則爲勸業銀行之違反商法事件。

株主總會者。通常每年一回招集之。在年二回以上受配當利益之會社。則於每配當期招集之。會社失其資本之半額時。因爲報告。當無遲滯招集之。(第一百七十四條)尙於必要之際。無論何時得招集之者也。於法文所謂要於每年一定之時期招集之者。此一定之文字。非如手形法所用之一定之文字。有嚴格之意味。於或範圍內。就取締役認爲相當者而一定之可矣。通常以定款定之者。多以月定之。而由取締役定之者。則定其日。

在定時總會。則云取締役「要」於一定之時期招集之。在臨時總會。則只云取締役招



集之。而不云要招集之。因之有謂在臨時總會。只示其於取締役認有開之之必要時。而招集之。而爲招集與否。全出於取締役之自由者。夫爲此解釋。雖未嘗不可。然果爲此解釋時。則不免來取締役之專橫。又於法文所謂「每有必要」者。其必要之有無。依于取締役之認定乎。容株主其他之人之認定乎。於取締役與株主。就其必要之有無。而異其意見時。又當如何乎。所不免生其問題者也。尙信爲取締役有招集之必要。而不爲招集時。則科之之制裁當如何。又不免生其問題者也。若欲使取締役能履行其義務。則此事爲取締役之義務可知。而對其義務不履行之制裁。亦可知矣。(第五百十九條)

株主總會之權限。頗爲廣大。由會社解散之決議。至通常書類之調查之事。皆得爲議決。尙於取締役監查役之選任解任。資本之增減。定款之改正等。亦得爲議決者也。然是關於總會全體言之。若分之爲定時與臨時之時。則關於各自之權限。有各別論之之必要。於第五百十八條。規定定時總會。調查取締役所提出之書類及監查役之報告書。且決議利益與利益之配當。書類之調查。爲監督之作用。或謂爲利益與利息之

配當案之決議。於調查取締役等之原案後爲之。亦得云監督之作用者也。監查役之報告。以常爲簡單。故有更使總會之調查。若取締役所提出之書類。爲關於業務執行複雜之書類。雖合多數之株主。有難於調查者。故法律使總會得特選任檢查役。檢查其書類之正當與否者也。既以明文因使調查書類之當否。得選任檢查役。則使調查記載於本條外之書類及他之事。不得選任檢查役也。

依我商法之文字而區別總會時。則爲定時總會與臨時總會。其各自之性質權限等。依前所述雖可知之。然爲其學理的之說明。亦不可少者。即關於其區別之標準之學說也。

甲說 所謂定時總會者。謂於每年一回（又云每配當期）之一定之時期。取締役招集之也。所謂臨時總會者。謂取締役每有必要而招集之。乃不定其時者也。故此二者之區別。以總會招集之時爲標準而生之區別也。

乙說 所謂定時總會者。謂調查取締役所提出之書類及監查役之報告書。且決議利益及利息之配當者。所謂臨時總會者。謂決議其定時總會所決議以外之事項。

也故此二者之區別。可依於決議事項之性質而定。

余謂右之二說。非互相排除者。唯一基於形式的標準爲區別。一基於實質的標準爲區別耳。故若合此兩說而下定義。謂定時總會者。於每年一回之一定之時期。由取締役之招集。而調查取締役所提出之書類及監查役之報告書。且決議利益與利息之配當之總會也。至臨時總會。亦如前例。合兩說而出之。則其定義必完全者也。雖然。前述之甲乙兩說。寧以之爲爭總會之權限論。即主張甲說者。謂定時總會者。惟定總會之時。不定議決之事項。會社於定時總會。得隨意就何等之事項爲議決者也。主張乙說者。謂定時總會者。僅得議決一定書類之調查與利益之配當。不得議決其他之事。若須欲爲之。則取締役或會社。當自受制裁者也。苟其所爭在於此點。則余寧採乙說。於商法區別定時總會與臨時總會者。專以時爲標準。於形式的定義。雖可云定時總會者。於一定之時期而招集之者。然余即同此所云。亦決非使定時總會之權限爲無限之主意。故余之定義。縱與甲說同一。而至爲總會之性質權限論。則等於乙說者也。讀者而明乎余意也。則際如斯爭際之時。合形式與實質而爲完全之定義可

也。

或謂定時總會者。單由招集之時期而名之。而其權限則無一定者。此誤也。何也。商法於定時總會所謂調查書類決議配當者。皆以明文定之。(第一百五十八條)即權限也。解爲限於此之所載。乃正當之解釋。若以定時總會謂無論何事得爲之。此規定乃無益者。又云定時總會者。在通常爲書類之調查與配當之決議。於或之處。雖他之事項亦得議之。果如其說。則示於法文之定時總會。當異其規定。今明言調查書類決議配當。不得解爲惟此爲通常之事項。而於其他尙有非常之事項也。若以會社之總會。惟一定時總會。其權限限於此二項。爲失之狹。因而擴張其解釋。雖於實際上或有理由。然此固有臨時總會在。得使取締役每有必要而招集之也。就臨時總會之規定。與定時總會之規定相併而明書之。而謂不論於定時總會。亦得爲非常事件之議決者。不可也。

論者曰。雖有臨時總會。然開臨時總會。要特別招集之手續與費用。際有總會之定時總會。而使議決或事項者。實便利也。即謂就或事項於定時總會之際。可得決議者。使之決議。若於開定時總會前或閉會後。迫於必要決議者。則可招集臨時總會而使之

法謬者此言也。亦有其理在爲立法論。雖或可採。而爲解釋論。則不能贊成之。余謂雖如現行法之所定。亦信爲有理由存也。何則。於定時爲定事。縱多數人亦常便利之。若雖爲定時。而得爲異事。則株主或因不測而忘其權利之行使者。在法律即不保護。怠慢之人。而有可得保護之方法。而不保護之。不可也。薄於保護權利者之法爲惡法。故以良法使於定時議定事。而使非常事於非常時議之也。或論者謂如取締役監查役之選任解任。屢屢有其事實。且其事實多生於定時。當入之定時總會之事項中。其可入與否。姑爲別論。而如論者之說。其限定定時總會之權限。固與余輩同說者。唯論其權限之大小而異其說耳。余於此點。亦從現行法爲解釋。即取締役等之選任解任。可置之於定時總會之外。無論何時。得爲之者也。所以有無論何時爲此權利者。以保護會社之利益之必要。當嚴爲留保之也。使限於年一回之定時總會爲之。此權利之効力。有來薄弱之虞。又若不限於定時總會。雖臨時總會亦得爲之。則或選任者。當抱於何總會爲選任之疑。且於定時議會而許之時。必就此事項與他之通常事項同視。而引株主之注意者少。有於不知之間而生決行之弊者。故限定爲臨時總會之議決事。

項也。

論者之中。亦有其意與吾人所說同一。惟慮事之困難。而謂當從便宜上之理由。大其定時總會之決議事項者。然取締役之選任。其他之事項。限於臨時總會者。在實際上。亦決不生所述之困難。定時總會與臨時總會之開會。雖當隔其時日。若其招集狀。不以別封發之。而如現今諸會社取常行者。以同封而爲二總會之通知。則於定時會終結後。得直開臨時總會者也。

於定時總會。只得爲法律所列舉之事項。而其他之事項。則於臨時總會爲之者也。然臨時總會。果何事得爲之乎。是不可不說明之。

關於此有二說。一謂總會者。爲作成會社之意思與表示之最高機關。無論何事。得以爲之。一謂總會者。惟限於法律所明許之事。得以爲之。關於法人之權限。一般之論。在英人有詳論之處。在獨逸人。於以擬制說及實體說明之法人之際。有合而爲此權限論者。余關於法人採擬制說。謂法人之權限。限於依法令而被許可者。決不與自然人之權利同一。其有疑之際。則決爲無權限者也。關於會社。亦主此說。而有謂株主總會

雖何事得爲之者。所當反對也。夫總會者。僅得爲株式會社所得爲之事項。又僅得爲不反於公之秩序善良風俗之事。其權限蓋又嚴格以解釋者假。於商法於定時總會列舉其事項。關於臨時議會。單云開會之時期。而不言得爲之事項。使解釋者之間。生其疑問。然謂總會得爲反乎公之秩序之行爲。則固無人出之。若謂總會不得爲與株式會社之性質不相容之行爲。則又無人不同意也。由此觀之。總會爲反乎株式會社之性質之行爲。則爲反乎公之秩序之舉動。故有云總會者。單謂不得爲反乎公之秩序善良風俗之行爲足矣。然此二者亦得以區別。即云總會於公之秩序善良風俗之外。不得爲反乎會社之性質之行爲亦可也。無論如何。於議論之實體。皆屬相同。不俟贅言。而其所當言者。乃其所爭者。果關於如何之事項。而生者也。

其所爭者。雖得各就其所在而決之。然如會社不得以總會之議決。而沒收或株主之株式。使歸於會社或他人之所有。則固彰明無疑者。又雖就或株主之各。株謂較他之株主。當拂込多之金額。其決議亦明爲無效也。又於增資決議之際。使現在之株主。強引受其新株。其決議又明爲無效也。使株主就株式以外之金額而使負責。其爲無效

之決議亦同。蓋雖有此等之決議。決不得以多數決而爲壓制。反乎株主之有限責任。即反乎株式會社之本質。於或意味。即爲反乎公之秩序之事項也。株主之負擔。非各株主所得隨意減免。必因總會而決議之者。乃就其減免言之耳。若反而論之。謂以總會之決議。於株主之責任。得以隨意定之。雖進爲使株主負超過第四百四十四條之金額之責任。亦得決議爲之。是不惟誤於同條之規定之主意。且誤解總會之權限。若裁判所基此誤解。以下判決者。源可歎也。覺其誤解。而云不得強其株主。至以其決議爲有效。蓋無價值之甚者也。

定時總會與臨時總會。有同日開之者。有續一日二日而開之者。如斯接近之際。常誤其表示。於訴訟其他之時。有書臨時總會爲書。定時總會者。是當示其實而訂正之也。

株主總會之決議。常生重大之結果。故在他國之法律。即其議事。亦使爲記錄。而保存於會社。或登記於登記簿。若其議決可不俟言矣。所以如此之鄭重者。蓋使缺席之株主。得以請求閱覽者也。



於株主總會所議之株主。爲關於會社之利害而表示自己之意見機關。亦爲表示會社之最高意思之機關也。故無出席於株主總會者時。則會社之意思。不能表示。而會社不得爲何等之事業矣。從此點觀之。出席於株主總會者。當爲株主之義務。然我商法就株式會社之株主。不如合名會社之各社員。有負擔行業務之義務之規定。又就出席於株主總會之義務。亦不設何等之規定。故於解釋上。不得認株主有出席於總會之義務也。蓋雖使株主負出席義務。而其直接履行。甚爲困難。若以過怠約款其他之方法而強行之。亦有認爲不可者。是以株主出席於總會而發言者。爲從株主之權利方面觀察。其不出席於總會時。亦視爲權利之拋棄可也。

株主總會之決議。通常以出席株主之議決權之過半數爲之。茲所謂出席株主者。限於自爲出席及使代理人爲出席之二者。若以書面述其意見者。非前所謂出席者也。又當注意者。或株主使或人爲代理人出席之際。其爲代理人者。不行議決權。而仍由其本人行之者。是其行使素非本人之行爲。又非爲本人之代理之行爲。故結局其株主權。不得行使者也。

代理人者。雖株主以外之人亦有爲之。若代理人自身亦爲株主時。則行自己所有之議決權與本人所有之議決權。雖爲代理人述此之意見。爲株主述他之意見。亦無妨也。唯於實際。則多述同一之意見。夫述同一之意見。而爲多數株主之代理人者。必不免以一人而左右其議決。因之有謂一人所有之議決權。既加制限。基于同一之精神。在一人爲代理之議決權之數。亦當加以制限者。然我商法則無之也。

株主雖以悉有議決權爲原則。無例外之可言。然就總會之決議。有特別利害關係者。不得行其議決權。此不得行議決權之理由。顯然可知。不須特爲說明。茲所云利害關係者。謂因其議決而得權利負義務或起訴。不得使其人行自己之議決權也。此就明文之所定言之。若爲解釋。謂即爲他之株主之代理人。亦不得行其權利。乃有理由之解釋也。然於此有問題焉。於發行優先株之際。欲減優先株之利率之議案。以使優先株主行其議決權否乎。有謂優先株主明與此議案有特別之利害關係。當不使之行議決權。有謂茲所謂有特別之利害關係者。乃各箇之株主。非如優先株主就一團一種而言之也。又一會社之株主。爲他會社之株主時。其兩會社間起爭議而開總會。無

論於何會社有議決權否乎。又或人爲二個會社之取締役之際。就其兩會社之合併問題而議事時。有議決權否乎。當東京二個之電氣鐵道會社合併問題起時。有種種之議論。可參攷之也。

於株主間爲契約。約自己關於或事項決不發言。或約贊成相手方之意見。或濫行他人之議決權者。謂之議決權之賣却與奪取。在他國之商法有罰之者。如獨逸於有云必贊成或意見時。則處以三千馬克以下之罰金。或一年以下之禁錮。就他人之議決權而奪之或借之者。每一株科以十馬克至三十馬克之罰金。而其額決不得下千馬克。(獨逸商法三百十  
七條三百十八條)關於我國之商法。則無此制裁。其以斯之行爲認爲不足罰乎。將性質上雖爲可罰。而以事實上難於判明。不得已而不罰之乎。抑雖可罰。而因規定其罰則於商法認爲不可乎。皆不明者也。

欲以代理人行議決權者。必須使其代理人提出證明代理權之書面於會社。議決權者。就一株爲一個。在大資本之會社。不惟議決權之數多。於計算不便。即一人有多之株式時。其議決亦爲一人所左右。故有十一株以上之株主之議決權。特以定

款、限制之也。(第一百六十二條)單從法文之文字解釋。雖各有十一株株主之議決權。得制限與五個或六個等。不知有十株之株主。必與以十個之議決權。不得爲此等之解釋也。蓋法律之趣意。單爲十株者。則就其一株爲一個議決權。而在十一株以上者。得以其每十株爲一個。或每五株爲一個而加之制限也。

以定款定非十株以上之株主。不與以議決權。非五株以上之引受人。不使爲株主者。爲商法之解釋。無論如何言之。不能謂其有效也。於商法有一個之株式者。即爲株主。爲株主必與以出席於總會之權。此第一百六十二條之規定。爲關於公益之規定。不許漫爲反對之契約而變更之也。若得以定款自由制限株主之議決權。則示於法文有十一株以上者之議決權之制限。殊非必要。故制限有十株以下之株式者之議決權。無其效也。既有制限爲無效。則全然奪其議決權之爲無效。可不俟言也。彼云非十株以上之株主無其議決權者。與云於九株之株主無議決權同。皆歸着於無株主權而使爲株主矣。此皆就現行商法爲解釋。若在外國法。則在一株以上株主之權利。有可得制限者。又學者之中。有云在株式會社。無論何人。不得有十株以上之議決權者。有

云雖定於定款。亦非無效者。

非引受五株以上者。不使爲株主。此定款之無效。限於特別之規定所不許者。此會社不能成立者也。若依特別之規定而許之成立者。則在其會社之議決權。每五株爲一箇。雖定款亦有效也。唯於此有問題者。乃較五十五株爲少之株式之株主。得制限其議決權否乎。於第六十二條之議決權。雖一株爲一個。其十一株以上者。得制限之。依此規定爲比例。則非有五十五株以上。其株主之議決權。亦不爲制限之也。特別之會社。當有特別之規定。若無特別之規定。自可就十一株以上株主之議決權之制限。以解釋之也。

議決者。曰依出席株主之議決權之過半數。其議決權。稱爲行使議決權。而非稱其爲出席所存在之議決權也。以不屢屢行使議決權。謂表同意於原案。是就出席於總會之議決權。與實際行使之議決權爲同一視。而務欲導之於議決者。不知默示之同意與議決權之不行使。兩者有其區別。決不能相混者也。又於前所謂過半數者。謂指絕對的之過半數。非數說中所謂最多數之意味。故議論多歧異時。無論何事。不得爲決

議者也。

會長之選舉。議事之方法。行使議決權之方法。與多數決之採擇等。使總會定之。總會招集之手續。及其決議之方法。反於法令及定款時。則株主得請求裁判所宣告其決議之無效。(第一百六十三條)此無效宣告請求權。即獨逸法所謂「爭效權」。關於此說明之點甚多。以下順序說明之。

第一 有無效請求權者。株主也。其株主爲取締役或監查役與否。又其株主有因其決議而被損害與否。皆可不問之也。有此權利者。限於株主。若株主以外之人。雖因此決議而被非常之損害。或因其決行有被損害之虞。唯依他之救濟規定。而受保護。不能有請求無效之權者也。蓋於法文謂株主有此權。故爲此種之解釋。在他人即不得有此權也。

第二 株主惟於左之所記者有此權。

- (一) 招集之手續。反乎法令。或定款時。關於此例。前既詳述。於茲不贅。
- (二) 決議之方法。反乎法令。或定款時。例如非株主者出席而行株主之議決權。

雖爲株主。不待招集漫出席而行議決權。稱爲代理人者。無適當之代理權而行其議決權。又無記名株主。不供託株券而行議決權是也。又如當以出席株主之過半數決之者。而以總株主之過半數決之。或未得過半數而明爲議決之是也。後者之例。即違反第六十一條之規定。其爲違反乎決議之方法。雖何人無異論也。然於非株主者出席之處。無適當之代權者出席之處。株主不供託無記名株出席之處。有謂非反乎決議之方法者。蓋以決議前所爲之違法。不生無效請求權。而無效請求權。惟限於反決議之方法之際而生者也。夫單從文字言之。無權利者之出席。誠有難云違反決議方法之點。然前所謂決議方法者。不得爲如斯之狹解也。決議方法者。不限於投票選舉等之行動。迄於議決之討論。皆包含之。更進言之。爲討議票決者之適當之人。亦包含之。即廣決議之方法之意味。舉凡討議之人。討議之方法。投票之方法。與計算其票之方法等。總得包含其間者也。既於招集之手續。與二週間前之通知。及決議事項之記載等。因有違法之點。尙有爲無效之請求。則無權利者於總會行其權利時。無以其決議爲有效之理。

而爲狹義解釋之不當。又不俟言也。

無效宣告之請求。限於右所揭之二者。決不得因解釋而擴張其範圍者也。苟於此中所載者而違反時。不須其他何等之條件。或於他雖有大之事情。得行使此權者也。又雖因違法之決議。於會社可生非常之利益。亦得請求無效。何則。雖爲會社之利益。有爲株主之不利。益者。即會社與株主得有利益。而第三者或不利益者。更進一步。此決議無論會社。無論總株主。無論第三者。皆有利益之可見時。各株主亦得請求無效之宣言者也。法律不云利益不利益之如何。唯於此二處。使各株主得爲無效之請求。故爲株主者。無論不出席於總會之處。得請求之。即出席而贊成其議決者。或自爲原案提出而盡力於其通過者。亦得請求之。又自受議決之施行。基于決議而爲拂逆者。其得有此權亦同一也。蓋法律不問其決議爲何人所主唱。又不問因何人之盡力而起。唯於招集手續及決議方法違法時。定得請求無效而已。凡決議者。未有不求其於總體無不利者。若果無論何人無不利益。則其決議固可易於通過。然此不過假定其有之。非易有之者。即偶或有之。其果爲無人之不利益



乎。亦不能不決其所爭者。若許其決議爲有效。則將屢生濫用專權之弊。故雖如失之過嚴。所不計也。關於株主自爲其決議之提出。亦得使之請求無效者。蓋於其提出之際。察會社及第三者等之利益。又信爲適法之行爲也。至後發見其不然。欲改其過。故亦得使爲請求者也。恰如或會社之發起人。雖始自爲發起。於創立總會。仍得主張其會社之不成立者同也。又其株主於決議之時爲同一之意見者。不使請求其決議之無效。雖亦有其理。然果就當初爲同一之意見與否而爲細別。未免煩雜。寧以無論如何之株主。無論對於如何實質之決議。得使請求無效。爲正確之適用也。

第三 株主者。得以訴請求於地方裁判所者也。關於本件爲訴訟事件乎。爲非訴訟事件乎。於訴訟法學者間。雖有其議論。然云爲現在權利之侵害。得以訴訟方式爲之者。多數學者之所唱者也。在商法無論訴訟事件。無論非訟事件。皆用請求之文字。不與訴及申請爲區別。故有請求之文字。不妨依於訴之方法者。又此事件。非以金錢或物件爲直接之目的。乃關於無形之權利。故不屬於區裁判所。而爲其第一

審者。在地方裁判所也。此專關於訴訟法及裁判所構成法爲說明。於茲略焉。

第四 於株主起訴之際。其代表被告之會社之爲取締役。可不俟言也。若請求其無效宣告之決議。爲取締役選任之決議。而現在之取締役。依此決議而爲取締役時。則如何。曰。是不必拘。得使其取締役代表者也。會社又若關於或決議。取締役欲自請求其無效時。則如何。曰。其取締役爲株主而訴會社。他之取締役。可代表會社者也。又若取締役之總員請求無效時。可一面爲原告之株主。於他面爲被告會社之代表者而應訴乎。曰。是以不許之爲宜。可依第八十五條。使監查役代表會社者也。又若取締役及監查役之總員。請求無效時。則如何。曰。可依民事訴訟法第四十六條之規定。申請特別代理人者也。

於株主訴其會社時。會社當使適當之代表者應之。若爲不適當之人。則株主述其異議時。會社雖出其不適當之代表者。不得以之爲特訴之抗辯。妨訴抗辯者。爲法律所特定之被告抗辯之一種。即於民訴第二百六條第二項第四號所謂法律上代理欠缺之抗辯。止得對於相手方之法律上代理人提出之。被告於自己無法律

上代理人權限。不得提出抗辯者也。

第五 株主爲此訴時。須供託其株券。且依會社之請求。須供相當之擔保。擔保依有請求而供之。株券則不待請求。必當供之者也。蓋無效之訴。孰勝孰敗。事關重大。而其進行之中。於他人之利害。亦有非常之影響。既與各株主以此權利。同時又當防其濫用。若僅使供託株券。在多株之株主。固可防之。而在一株或二株之株主。則不能防之。是以使會社得請求相當之擔保也。定擔保相當之額。當就株主請求之性質決議之方法如何。及議決之目的如何。與其事物之價位等參攷之也。

當二人以上之株主請求無效時。雖各株主不可不供託其株券。然其擔保則由一人供之亦可也。蓋擔保者。在不使會社因無益之訴訟而被損害。苟有足以填補此損害之物時。在會社自可滿足。雖由何人供之。無所不可。故依株主供託之。豫防會社之損失。同時爲防止株主濫用此請求權。亦可不計其供擔保者爲何株主也。於法文云株主爲無效請求時。須供託株券供擔保。二者似可同視。然株券之供託與擔保之供託之間。二者有其差異者也。又於法文所謂供託與擔保者。非訴之提

起之前提條件。乃於供託擔保之前。亦得提起其訴者也。然雖得提起其訴。而於未有供託擔保之問。則訴之審理。不能續行。蓋不俟供託而進行其訴者。與法文所謂株主爲訴時要供託其株券之主意相背也。故爲手續法之解釋。亦信爲未有此供託。得停止其訴之進行者。至於擔保。則稍異其趣。蓋擔保者。非法律所無之事項。乃由會社之請求而供之也。會社拋棄此權利時。雖無擔保。而其訴訟亦得進行。若會社有其請求。則株主不可不供之。於未供此擔保之間。會社得請求停止訴訟之進行者也。於此有謂妨訴之抗辯者。有謂擔保爲備會社所受一般之損害之賠償。非訴訟法第二百六條第五號所云之保證。不得曰妨訴之抗辯者。是專屬於商法以外法律之解釋。雖不必於茲論之。然於株主未供之時。則訴不進行。於適當之時期不供之時。則訴當却下。固無疑也。

第六 雖株主起訴。其取締役得執行其決議者也。訴訟之權利拘束。於此決議非直無效者。固不俟言。即於其施行力。亦無所影響者。若爲其決議而明反乎公益時。則取締役之不得爲執行。與他之決議無所異也。又於或決議因無效宣言之結果。而

有重大之影響者。雖可不決行之。若宣言之效力。邇之既往。而從決議之際。視爲無效時。則使決行後之事情之復原。必形困難。即從宣言之時以後。使之失效。而於決行之部分。仍爲有效。未決行之部分。不得爲決行。於株主或第三者。亦可生其不公平者。但在實際。株主於提起其訴時。得同時求假處分。故結果此議。有不至於決行者也。(民訴第七百六十條)

第七 決議無效之宣言。其效力果爲如何。詳言之。即有此宣言時。其決議會如無議決乎。或未宣告爲有效。至宣告則失其效力乎。採後說者。謂規定於商法第一百六十三條之株主總會決議無效宣告之判決。非如普通之處。從決議之當時爲無效。不過爲裁判所認定宣言。於裁判所宣言無效時。始使其決議。不發生何等之效果者。從人事訴訟見之。即所謂創設的裁決之一種。故此判決。惟向將來生其效果。而非於判決以前邇及其效果者也。尙就其理由言之。於法文第二云。株主得請求無效之宣告。則其宣告之事項。當然從宣告之時生其效。而決議之無效。亦從此時而爲無效者也。若立法者就宣告之效力。果邇之既往。當記載請求無效之確認。今單云得

請求無效之宣告。則爲如此之解釋。不得不謂至當然或有慮此宣告之遡及效力。生種種之混雜。欲想像其結果而採將來說者。

裁判所以或決議爲無效者。苟虛心靜氣觀之。裁判所以其決議等於法律之無效也。所謂法律上無效者。法律上無之也。故或決議曰無效時。與云無或決議等。縱思爲有。亦與曰無等也。恰如信無效之契約爲有效。於取引後而知爲無效時。使當事者復不爲何等之行爲之原狀也。於法律曰無效者。爲此意味。即於民法曰無效者。亦小有此意味。若以民法所云無效之文字。與商法所云無效之文字。爲同其意味。亦於商法所云無效者。爲等於無者。即裁判所就或商事契約判決爲無效時。謂其契約等於無契約。基于其契約所爲之行爲。當使復其原狀者也。雖契約與決議不同。然云無效之契約。與云無效之決議。其爲無效之文字之用法。則同一也。無效者。自始爲無效。與本有物而後無之者異。故若以其無效。謂從宣告之時爲無效。必須有特別之明文者也。此主張既往說者之論。就立法者使宣告後生無效之主意。謂雖不云無效之確認。而云無效之宣告可以明者。然無效宣告之文字。不得解爲如

此之意味。若以如此之論法爲得其正。何以立法者不云株主得請求其決議失將來之效力。而單云得請求無效之宣告。是其無效乃請求法律上爲無效之宣告。非本如無效力者而請求之也。而如論者之說。即不云株主得請求無效之宣告。亦得爲無效宣告者矣。又有採遯及說以爲證者如獨逸之「爭效權」謂取消請求者。以雖爲取消。而取消之效力。遯於既往。縱有時於法律特別規定之處。其取消之效力。不遯於既往。然無其特別規定者。則遯及即有取消之性質。而無效之性質。較取消爲強。故曰自始無效也。

採既往說所生實際之不當。在以此決議自初爲無效。蓋自初視爲無效。則基此決議之會社所爲之行爲。皆無效也。或爲選任取締役之處。則其人當非取締役。且爲其取締役所爲之行爲。當盡爲無效。又爲利益配當之決議。其基於決議既得配當利益者。不可不請求其返還。又爲增資之決議。既發行株式者。則爲無株式。既受拂込者。則當爲返還。於此之際。會社與株主間之關係如何。對於第三者之關係如何。雖基于無效之決議所爲之取締役之行爲。然其爲裁判上裁判外一切之行爲。取

締役尙有其權限。故第三者常以此等之行爲爲有效。若第三者信此決議爲無效。而與爲取引時則如何。又雖常復其原狀。而於事實上有不能回復原狀時。則如何。不免生其問題矣。苟云宣告者。惟使其決議於將來失效力。則決不生此等之問題。故一部之學者。慮既往說結果之困難。而採將來說也。

將來說之缺點。在以決議從宣告而始失其效力。於宣告前所爲之行爲。皆以爲有效。因之有依同一之決議所爲之行爲。或以爲有效。或以爲無效者。例如新株發行之決議。雖爲無效。而既發行者。則以爲有效也。尙有見爲不合者。爲新株發行之決議。同時爲最先申込順次爲株式引受人之決議。直見決行。既於或數有申込而生引受人爲有效。而於宣告之後爲無效。必生困難者也。又如拂込。拂込於宣告前者。爲有效。拂込於宣告後者爲無效。拂込於宣告前者。從決議而爲株主之義務。而未拂込之株主。則無拂込之義務。不能謂公平也。然則就已拂込之株主。而返還之乎。有謂從有效之決議。其拂込爲有效。不須返還。若尙當返還。則其前之決議爲無效。故不得曰返還也。又決議爲利益配當之決議。既一部配當終了時。當如何乎。已得



之株主。基于有效之決議。主張自己所得之權利爲正當而不返還時。若使依然爲其所有。則未得之株主至後終不能得其權利。對於株主亦不公平也。如斯從同一決議之執行所生事項。或爲有效。或爲無效。不能得其公平。而欲悉同一之保其公平。至不能不設種種之口實。就關於民商法之諸規定皆爲曲解。何如以其無效之決議。爲自初無效。基於無效決議所爲之行爲。悉爲無效。而因此所生之結果。當保護株主及第三者之利益者。委之民商法普通之解釋之爲簡乎。余謂由實際之結果之議論姑置之。若爲純粹之法律上解釋。則所謂決議之無效宣告者。當解爲裁判所無其決議。又其無效者。當解爲自初爲無效也。

關於本論。可就獨逸商法第二七一條第二七二條第二七三條參攷之。

株主之決議無效宣告之請求權。雖會社解散後。亦不消滅者。若爲其宣告而不見有何等之實果時。或雖基于無利益則無訴權之原則不之許。而有實果與否不明時。則有多少之異論。有云請求者不可不因無效宣告。而證明有其實果。以證明之責。在於請求者。若請求者不爲有其實果之積極的證明時。得不許其請求也。然證明有其實

果時。可不問其實果之多少。得許其宣告之請求。亦何人無異論也。會社雖於違法決議後解散。而關於解散後之清算。於株主以大有利害之關係。不可不許其對於解散前之會社之決議。爲無效之宣告。若於解散之決議而有違法之實者。則更當許爲無效之宣告。即會社依法令之規定而消滅之際。亦多有使株主無效其消滅前之決議之必要。爲其宣告之結果。而可使其會社復活者。固當許之。即不使復活者。亦當許之也。

決議無效之宣告之請求。要從決議日一箇月內爲之。而總會之決議。爲各個獨立者。就請求其無效。亦不可不對於各總會之決議而各別爲之。故株主於或事件之第一審口頭辯論之際。就株主總會決議之無效。不掲載於其訴狀之一定之申立中。而至後爲其追加請求者。非訴之擴張。乃全提起新訴也。無論我國之大審院。無論獨逸之帝國裁判所。皆採此主義。今舉千九百三年九月獨逸之帝國裁判所之判決之大要如左。

株主於株主總會。對其決議申立異議。於一箇月之期間內。起請求總會決議之無效

宣告之訴。其起訴之原因。爲於招集之通知。不記載正當決議事項。及於其決議當依定款用特別之議決方法而違反之。至訴訟之進行中。其株主就與前揭之原因全無關係之定款違反事項。而爲申立。帝國裁判所不許其新原因之申立。曰。於總會之株主。雖得基于一定之理由。申立異議。又於訴訟。雖不妨主張他之原因。然一旦定訴訟之原因而有訴訟之提起以上。無變更訴之原因之權利。於申立之補充訂正以外。不許提出新原因。雖爲原因之追加。亦不許之。今追加申立所請求以外之請求。其不可許明矣。

以上所述。爲關於株主總會之招集總會之決議方法及決議之效力等。凡決議之共通事項也。尙有就決議之方法及得爲決議之前提。而細別之者。即因決議事項之如何而定之。在普通之事項。單以出席株主之過半數之決議足矣。而其出席株主之數。可不問其出資額之比較爲如何也。在比較的輕微之事項。皆依此方法而決。若於出席員數及出席資本額之數。附以制限。非守上之制限而出席者。不得爲議決。此爲比較的重大事項所依之方法。如爲社債募集定款變更之議決是也。其中定款之變更。

以爲會社契約之變更。無論何國之法律。皆有明瞭之規定。於他之事項。準用其規定者也。至關於定款變更之議定方法。亦因定於其定款之事項如何而有所異。當於後述之。在獨逸於會社設立登記後二年內。以資本十分之一以上之額而爲買受營業所或不動產之契約者。要以出席資本之四分之三以上之同意。在其登錄後未超一年者。必要全資本額之四分之一之同意。(獨逸商法第  
二百七條)

## 第二款 取締役

取締役之意義有二種。一以取締役爲抽象的之機關。一以取締役爲自然人。獨法之學者。附以異稱。一云取締役。一云取締役員。又獨人勒曼氏（Lewin）謂取締役者。爲會社之機關。而取締役員者。爲組織此機關之人。我商法無如斯二語之用。故我國之學者。爲如斯之區別而說明者少。正確言之。固當如是也。雖或有議論必要爲此區別。然於我國取締役之觀念。與獨逸法稍有所異。於大多數之處。無爲此抽象與具體之區別之必要。故余於茲爲取締役之概論。不更爲其區別。而概云取締役也。關於取締役可論之點頗多。於後分數段說明之。

取締役者。會社之機關也。執行會社之業務。代表會社。爲執行機關之取締役。除說明其業務之性質外。多不生法理論與解釋論。故於茲所論者。專在於爲代表者之取締役。所謂爲代表者之取締役者。爲會社之代理行爲與代理以外之行爲者也。曰行爲者。雖其難之任務。亦當任之者也。因此複雜之性質。於是關於其就任解任等。有種種之說明。而最當先論者。即在以或株主爲取締役。要得或株主之承諾與否是也。

以或株主爲取締役。要其株主之承諾。取締役爲會社之機關。因會社爲或行爲之權限外。有爲之之義務。又不得濫營與其會社同種之營業。不得爲他會社之取締役。關於會社之業務。須負爲通常人以上注意之責任。其使或株主負此義務與責任。要其人之承諾者。當然之理也。或謂在官吏之任命。尙須其本人之承諾。於取締役可無論也。此說也。余雖不採之。然於現今之世。欲使一私人較他之私人多負義務與責任。而云不須其人之承諾者。必明以法律規定之。而此固無其規定者也。又或株主選任爲取締役時。果必當爲其取締役否乎。更進一步言之。即因選任而爲取締役者。則其人較他之株主必至多受負擔。與株主平等之主意。亦相反也。故雖云此選任爲株主之

多數於總會決之。出于不得已者。然解總會有如斯之權限。則不可。何也。如於總會以多數決使或株主較他同種之株主多受配當。又就或株主之株收沒於會社。雖爲決議亦屬不可是也。

或曰。凡株主於爲株主之際。未有不覺悟。既被選任爲取締役。不可不當之者。故可使株主爲取締役也。從是不免以問題決問題矣。爲株主而被選任者。果有不可不任取締役之規定。則爲如此會社之株主者。謂其預有覺悟可也。然如吾人之說。株主雖被選任爲取締役。而於自己未表示其承諾之意思。可不爲其取締役。則無論何人。未有不計算之而就其任者也。故有覺悟之點。必不足以爲解決此問題之理由。尙有云取締役者。雖依選任當然爲取締役。若不願爲之。無論何時。得以辭任者。此解釋亦非也。何也。取締役無論何時。得以單獨之意思而爲辭任否乎。蓋問題也。即無論何時得爲辭任。而亦有因辭任不可不表示其意思之困難。若爲其意思表示。要有或種之方式時。則更見其困難。又在會社一方面觀之。雖今日選任。可爲選任之登記。明日辭任。又可爲其辭任之登記。然先選任者之人之果承諾就任與否。不可不正確。必待其承諾

而後可爲登記者也。又不欲爲取締役而辭之者。既曰辭之。必一次爲取締役者也。若謂一次不欲爲取締役。雖片時不願有此職名者。必其一次不可不以多數壓制使爲取締役。則未敢云然也。

夫此事不過爲形式上之事。又不過使手數之繁多而已。不可如此。況有不止於此者乎。何也。取締役之責任。爲連帶之責任。若或者反於自己之意思而被選任。於辭任之手續中。就或事項有與他之取締役負連帶之責者。其人適在外國。接選任之通知遲。是未知之時。至不可不爲其取締役矣。又所謂依選任當然爲取締役者。若其人爲官吏公吏等。不得爲營利的會社之取締役。則如何。在官吏當受懲戒。而直辭任者。得免其懲戒乎。或以有如斯身分者。爲無取締役之資格。其選任自初爲無效乎。抑待其人無效宣告之訴。依裁判所之宣告而以之爲無效乎。不免生種種之問題矣。假令以有官吏公吏等之身分者。以爲無被選之權利。亦無被選之義務。固無不何。設其人爲他之株主。而任他之株式會社之取締役。或爲合資會社之業務執行社員。則如何。於其會社之定款。定爲其會社之取締役者。一爲他會社之取締役時。當然不得爲其會社

之取締役。又如何。若以有如此之定款之會社之役員。謂不得選任之。然會社之定款。與官吏懲戒法等之法令不同。雖於其會社有如斯之定款。而他之會社之株主。有不省之而依然選任其人者。至有使被選者失有利於爲彼會社取締役之職者。又於個人間爲契約。例如或者與或商人爲匿名組合。而爲巨額之出資。於其契約中定明商人若一爲或會社之取締役時。此組合失其效力。是因選任而有使其商人失效於匿名組合之不利益者。又選任遠在外國者之人。於未提出其辭任之期間中。有經過登記期間而處過料者。蓋爲如此之解釋。終不免有如此之結果也。又於此之處。在株主選任之先。明言自己不願被選任時。則效力如何。若不拘豫有其辭任之意之明示。其一生選任之效。必使爲取締役。又不免生其問題也。

以取締役之爲取締役。必要其人之承諾者。蓋至當之說也。外國之學者。亦概採此說。在他國雖有就或種之事情。行其單獨說者。然關於取締役之選任。則以採契約說爲通常。如「可薩」コザック「漢士陶布」ハインスタウフ「林古」リンク「勒拉德」レナウフ「起的爾曼」チータルマン等之說是也。尙「起的爾曼」チータルマン氏於千九百二年之獨逸商法雜記。明言監查役之選任。爲對於被選者之申込。



因被選者對之之意思表示。而會社與被選者之間。乃成立契約。我國之大審院則反之。謂取締役之選任。爲單獨行爲。以總會之選任。被選者當然爲取締役。因之招世人之物議。在大審院所據之理由。『謂取締役選任之決議。爲單獨行爲。非依被選者之承諾就任而始生效力。惟依其決議而生選任之効力。』此理由余自明治三十四年以來。至於本年。屢於大審院見之。在控訴院地方裁判所等。亦採此說。從而我國之判決例。殆如一定。然余不解我裁判所基于如何之理由。而採如此之說。亦不解無論如何之判決。唯於取締役之選任。則云單獨行爲。雖偶有所說明。不過謂此選任爲單獨行爲。而非雙方行爲。以決議直生其効力。不須被選者之承諾。亦不待爲被選任者之通知而已。未嘗詳示以決定爲單獨行爲之理由者也。今舉世所謂單獨說之理由。由私人之所示者。加以批評。

彼等曰。於法文取締役者。謂從株主中「選任」之也。既曰選任。則被選任之人之爲取締役。當然也。若就任而須其人之承諾。當示其事於法律。不於法律示之。而曰須其人之承諾。不可也。不知會社者。不得以多數決而使一人之株主。多負義務與責任。使其

負之者。須其人之承諾。若強使一人多負其義務。爲可不問其人之意思如何。而無明文可乎。無此特別之明文。則基于私法的行爲之原則。而云要負義務者之承諾。不得謂不當也。商法所謂取締役者。謂從株主中選任之。不得從株主外之人選任之也。在獨逸及英國之法律雖許之。然我國則必從株主中選任者蓋明示之也。關於此點之條文。採單獨說者。多援爲根據。謂本條規定選任之効力。其効力爲絕對的。可不問被選任者之意思之如何。有此効力。乃見本條之價值。若於就任要被選者之承諾。則其人爲承諾。將無取締役。而失選任決議之効力矣。是誤也。爲決議之決議効力。不拘被選者之諾否如何。確然存在者也。無此決議。被選者雖爲承諾。不生取締役。有此決議。則得與被選者爲交涉。待其承諾而作爲取締役者也。又決議者。羈束株主之全體。不得於其被選者爲取締役。而唱異議者也。此効力及於株主全體。故爲強有効力之決議。然其効力亦止於此。若謂更得直使或株主反其意而負取締役之義務責任。則不可也。

又曰。不以選任直使被選者爲取締役以上。必至不得取締役。何則。要被選任爲取締

役者之承諾時。果由何人申込於其被選者。株主總會者。非人。亦非會社之代理人。不得因會社爲此法律行爲。總會亦不得爲此法律行爲。則無申込者無承諾。故曰至不得取締役也。此說也。當就株主總會如何得爲如何不得爲者而研究之。余視株主總會爲會社最高之機關者也。在或時亦得執行會社之業務代表會社者。蓋株主總會雖非自然人。而有法律之明文。與以爲或行爲之權限者也。既有爲或行爲之權限。則雖云得以自己之決議。通知於其株主。亦不足怪也。株主總會者。表示會社之意思之機關也。謂此機關爲使或株主爲取締役之決議。其意思表示。有使其株主知之之力。又非不當也。有云一有決議即以其決議爲申込者。更見爲簡便者也。縱令總會惟有爲決議之權。無執行其議決之權。而因既存在之取締役。爲此通知於被選者可也。若取締役無一人之存在時。則如何。曰。可使監查役爲一時之取締役。若總監查役一時皆死亡時。則又如何。從吾人之說。在總會得使適當之人通知之。而從總會單得爲決議者之說。則於此之際。已不能如何爲之矣。彼等強就法律爲狹隘之解釋。所謂徒自苦耳。且想像此等極端之處。雖採單獨說。亦不免生其困難者。何也。論者於此之處採

單獨說者。當被選者當然就任者也。若被選者死亡不執行其職務時則如何。雖選任他人。而其入亦悉死亡時又如何。謂不困難。有不信也。

又曰。爲取締役要被選者之承諾。則於未有其承諾之際。將無取締役。又於其人不承諾之時。則以不得取締役。而有欠缺會社之機關之虞。故於被選者未有承諾之際。以他之取締役執行會社之業務可也。又急欲得他之取締役者。開臨時總會速選任之可也。於被選者不承諾之時。至缺取締役者。以選任直使其人爲取締役。亦無不可也。果云得以選任直使其人爲取締役。是暴亦甚矣。被選者之不承諾者。有不承諾之理由存也。如論者之所說。則會社必陷於悲運。招其惡評。而善良之商人。不願爲取締役矣。故雖求承諾。而以不應之故。遂以唐突選任。直使爲取締役者。不可謂非爲株主之陷穿者也。

如上所述。單獨行爲說。以無充分之理由。故余與多數獨逸之學者。同採契約說。謂以總會之決議。由會社申込之。得被選者之承諾。而生取締役者也。然採契約說者之中。亦分爲多說。如委任說。雇傭說。及此二者之合同說。是也。

第一 委任說。於會社與被選者間之契約。委任契約也。即會社因爲或行爲委託於被選者。被選者承諾之而生其效力也。取締役者。因會社爲各種之法律行爲。若受他人之委託而爲法律行爲者。則悉爲委任。於其他不加何等之原素。而悉委任之者。則爲取締役受會社之委任者也。然取締役因會社而爲非法律行爲之事務。則其爲之也。以非基於委任。不可不謂其受準委任。此爲第一之論者。其他有云取締役與會社之關係。雖爲委任關係。然取締役非委任代理人。有云從委任關係而生者。得云委任代理人。又有云取締役與會社之關係。謂爲委任關係足矣。雖委託以法律行爲以外之事務。其性質亦與委託以法律行爲無異。而於委託以法律行爲之處包含之。故廣云委任關係可也。又有云法律行爲之事務與非法律行爲之事務。大有所異。在民法亦爲其區別。於其事務有準用委任之規定者。故取締役與會社之關係。當合委任與準委任觀之爲正當。然此皆不過民法之委任與準委任之解釋論。而大同小異耳。併爲第一種之論者可也。

從此委任說。則關於取締役之選任解任與其報告管理之義務等。就商法無規定

者。當然適用民法委任之規定矣。姑就此說不適於實際者言之。例如委任以無報酬爲原則。(民法第六百四十八條)而於我國會社之取締役。則通常皆受報酬。而不受報酬之例外。蓋少有也。單爲事實上之差異。雖似可以適用。不知以無報酬爲原則者。可寬其任意管理等之規定。常得報酬者。必嚴其規定。有不能適用者。獨逸學者中有云。取締役無報酬時。可規爲委任之關係者。

第二 雇傭說 以取締役與會社之關係。爲雇傭關係者曰。雇傭者。爲當事者之一方。約對於相手方服勞務。相手方約拂之以報酬。而取締役者。亦約對於會社服勞務。而會社約拂之以報酬者。故以之爲雇傭關係。乃正當也。取締役所供之勞務。雖較之通常人所供之勞務爲高尚。亦於或意味之勞務。不甚相違者。縱尋常之見。以此爲擬於不倫。然取締役者。以供勞務於會社。從而視爲有雇傭之關係者。蓋會社爲商人。而取締役爲商業使用人也。爲勞務之解釋。誠得爲如或之所云。蓋受俸給之官吏。給衣食之兵卒。皆服勞務而受報酬者。取締役亦服勞務而受報酬。故可入於前述之定義中。雖然。於民法所謂

勞務者。單爲精神上或身體上之行動。非別爲法律行爲。爲法律行爲者。於委任規定之。又雖非法律行爲。而爲或之事務者。則使依於準委任。曰僱傭者。僅爲單純之行動。取締役非僱人。乃因委託而爲種種之包括的行爲。決非爲單純之機械的之行動者也。又無論何人。未有以取締役爲會社之商業使用人者。不惟通常不以之爲商業使用人。即於商法就商業使用人之規定。亦未有以之爲適用於取締役者。又取締役者。通常雖受報酬。然以無報酬不妨爲取締役者。而稱爲以報酬爲要素之僱人。不可也。

獨逸多數之學者。雖以取締役爲委任關係。然少數之學者。亦有謂在僱傭關係者。又或者謂取締役無報酬時。爲委任關係。受報酬時。則爲僱傭關係。

第三 合同說。即謂取締役者。在於會社委任及僱傭之關係之說也。前二說無論何者。皆只示取締役性質之一部。又無論何者。皆爲單獨。不能爲充分之說明。故謂取締役實有此二種之關係也。於此合同說中有兩說。(甲)說謂取締役者。爲受任者且僱人也。故於民法委任之規定可適用。於民法僱傭之規定亦可適用。乃以物理

的合前二者也。雖然委任者以無報酬爲原則。僱傭者以受報酬爲要素。而同一之人。有不得同時適用此二原則者。依委任之點。委託爲法律行爲。依準委任之點。委託事務。依僱傭之點。使供勞務。則有使爲事務與使供勞務之差。不免生如何之問題矣。是於不受報酬之原則。同時欲適用可受之原則。又於無論何時得請求解任之規定。復適用不得請求之規定。其困難可想見也。因此困難。於是所謂(乙)說起。乙說者。以化學的合前二說。爲有異於二原素之新關係也。即取締役與會社之關係。非委任。非僱傭。亦非併合此二者。乃化合此二者而新爲一種也。故於民法爲無名之關係。而其適用之原則。不限於委任之原則。於或之處。適用委任之原則。於他之處。適用僱傭之原則。得由便宜而出之也。獨逸學者謂取締役受報酬時則爲僱傭。不受報酬時則爲委任。雖近於此說。亦在此說。無論取締役受報酬之際。可適用委任之原則。又無論不受報酬之際。可適用僱傭之原則。決非就適用於二處之原則。爲正確的分割者也。獨人「俾連特」如此說。

第四 余之說。余謂取締役者。謂依於與會社之契約。置於規定商法者之位地也。



尙從具體的言之。謂取締役者。由會社就規定於商法之權利義務爲申込。而受諾之者也。然於其中有委託爲法律行爲之原素焉。分析此原素而觀之。則取締役者。會社之委任代理人也。又於其中有委託非法律行爲事務之原素焉。分析此原素而觀之。則取締役者。會社之準受任者也。又於其中有約供勞務之原素焉。就分析此原素而觀之。則取締役者。會社之雇人也。不云法律行爲。不云非法律行爲之事務。亦不云勞務。而於會社不可不爲之者。即取締役亦可爲之者也。縱取締役有得云委任代理人或準受任者或雇人之點。然非純然委任代理人。非純然準受任者。非純然雇人。與會社同化而爲同體之主人之點。亦有之也。彼言取締役爲會社之機關者。雖必非以此爲委任準委任雇傭之一。然其以爲合之者。必思於他尙有不得分析之關係者也。又稱取締役爲會社之代表。而避其代理人受任者雇人等之證者。亦必思取締役之關係。不止此三關係者也。余思取締役者。雖代理人準受任者雇人以外之性質。亦有之。假令指此三者以外之原素爲雜素。則得謂取締役與會社之關係。由委任關係準委任關係雇傭關係雜關係之四原素而成。對於

會社而有商法上特別之關係者也。是爲於商法之特別法取特發之新物。於商法創造此新物。特別設詳細之規定。若其規定完全。而復就民法之規定以觀。雖似不可。然限有民法。於商法爲避重複之規定。往々有就或規定委之民法者。又商法之規定即爲充分。而因學者之研學心。亦有比之民法命名之契約及羅馬法取命名之契約。夫就商法特發之新契約。縱可與民法及羅馬法之契約。爲比較的之研究。然必以商法之契約。謂當入於民法或羅馬法取命名之契約之一。則不可也。欲擬於民法之有名契約者。雖較之欲擬於羅馬法之有名契約。爲有理由。而強以入之。又未嘗非愚之甚者。商法者。獨立法也。非民法之注釋書。故民法所不命名之契約。發生於商法者。不足爲驚駭。唯於商法之規定不足之際。調查適用於民法。以如何之規定爲最適當者。若猶就此商法之新物。於民法所命名之舊物中之最相似者。欲爲命名契約之規定之適用。必形柄鑿。何如遡契約之總則。而爲正面平易之解釋乎。獨人莫路勒氏モル曰。其株式會社法。取締役無代理權而爲代表會社。非會社之代理人。不拘其行爲。爲出於會社之名義與否。而其會社可取得其權利義務者也。

此說可參攷之。

取締役者。於商法取特發之會社之代表者也。而不云爲民法上所稱之法定代理人或委任代理人者。何也。蓋以取締役爲代理人。則爲民法所命名之一關係。又以取締役爲代理人。則代理人之規定。可視爲當然適用於取締役。又於商法。可視爲民法所制定之代理人之細分矣。故不云之也。

說明取締役之性質。或謂惟止於是。然關於取締役之事。常有適用代理之規定或準用之者。採取取締役爲會社代理人之說既衆。於是多有就其如何爲代理人而討論之者。余於茲姑從取締役之性質中。就唯關於代理之原素。爲分析採取即假定爲代理關係之取締役而議論之。果爲法定代理人乎。抑爲委任代理人乎。

取締役爲法定代理人與否。不可不因法定代理人意味之如何。而異其議論。若所謂法定代理人者。爲於法律所必出之代理人。是即如「士陶布」氏之所云。爲法律上必要之機關。則取締役之爲法定代理人。可無議也。就法定代理人有依委託與否。而細別爲委任的法定代理人非委任的法定代理人。雖不得謂其誤謬。然其命

名之方法則不便。果依此命名時。則取締役爲法定代理人之船舶管理人。亦爲法定代理人矣。在法人命爲或行爲之處之代理人。又悉爲法定代理人矣。法人以不得自爲行爲。而命之爲或行爲之法令。爲必使其代理人爲之之主意。以其代理人因法令之所令而爲代理人故也。或謂法定代理人者。有法定代理權之代理人也。果爲如此意味。則取締役之爲法定代理人。亦無有議論之存在。蓋取締役者。得爲關於會社營業一切之行爲。其權限之制限。不得以之對抗善意之第三者。明定於法文者也。然是雖不得謂之誤。但因其命名之方法間生困難。而關於法律之適用。乃屢有困難之感。故依此方法時。於法定代理人之中。亦生因委任之法定代理人與不因委任之法定代理人。與前說所謂委任的法定代理人非委任的法定代理人同。縱或不因僱傭生法定代理人。而如支配人船長。則因此說而爲法定代理人。以無論如何。有法定之代理權也。

余於法定代理人。不以命名爲標準。而以代理人之爲代理人。有容自己之意思與否爲標準。以此標準而爲區別。則無自己之承諾。而於法律規定生或事實時。當然

爲代理人者。可云法定代理人者也。例如親之生子時。雖無不欲爲其代理人之意。而依法律之規定。當然爲代理人者。又如男子與女子爲婚姻時。亦當然爲代理人者。又如親族合選定。或者爲幼者之後見人時。不問其被選者之意思如何。又當然爲代理人者。獨逸有名學者蒲蘭苦氏（フランク）於民法之注釋書。謂法定代理人者。於法律上當然在或特定之地位。蓋與余說相似者。依此標準時。則會社之株主。雖於株主總會。被選任爲取締役。而未有其承諾之意思表示時。非代理人。因會社之申込。爲自己之承諾。而始爲代理人。故取締役非法定代理人也。

非法定代理人。其爲委任代理人乎。於代理人不外法定代理人與委任代理人之二種。以此二種爲前提時。取締役既爲代理人而非法定代理人。則依消極的說明。而取締役之爲委任代理人可知。又於代理人若云有三種以上時。（即云法定代理人委任代理人丙種代理人丁種代理人等）則證明取締役非法定代理人之外。其非丙種代理人。非丁種代理人。當一一證明之。證明非此等之代理人。而後可爲委任代理人之消極的說明不然。則不可不積極的證明其爲委任代理人也。夫

分爲如此代理人而異其說明方法者。雖亦有之。然今日通常所謂代理人者。惟法定代理人與委任代理人之二種。故從通常所謂代理人之說。既證明取締役爲非法定代理人。與證明其爲委任代理人等也。尙於茲加以積極的說明。會社以法律行爲及非法律行爲之事務。委託於取締役。而取締役承諾之。是二者之關係。爲委任關係。(廣義)故取締役爲委任代理人。然有對此而爲非難曰。委任者。爲委託當事者之一方爲法律行爲。若會社之於取締役。乃與以包括的之權限者。而非委託法律行爲。爲委託爲法律行爲者。就如何之事而委託之。悉爲明瞭。取締役所受之委託。其爲何事。有不明者。故取締役非委任代理人。是說也。蓋以委任爲有包括的與各個的。於代理爲有總理代理人與部局代理人。又不知人所共認支配人船長等之爲委任代理人者。殆無辨駁之價值。又有云取締役者。爲會社之機關。爲會社之代表。萬事皆得爲之。與依委任而爲或事者。蓋相異也。從別點論之。吾人亦就此說。而屢有所論。今於假定取締役爲代理人而論之際。則其所論。不可不限於代理內者。於代理有得爲一切之行爲。現於商法。就商業使用人之規定。與船長船舶管理

人之規定。明示其例。雖論者亦以認此等之人有委任代理人之性質。而依同一之理論。不可不認取締役爲委任代理人者。也。故假定取締役爲代理人。余必謂之委任代理人也。

曰取締役爲委任代理人者。謂「假使」以取締役爲代理人也。代理人惟有法定代理人與委任代理人之二種。所謂法定代理人者。不拘自己之意思。當爲代理人。取締役之爲取締役。以必要其人之承諾爲前提。故依吾人取締役非代理人之說。法律上殆爲無益之議論。又取締法定代理人者。爲法律命其必置代理人之處。所生之代理人。與凡有法定代理權之代理人。依此說時。則取締役雖依委任而就任。可兼爲法定代理人。又如大審院之判例。取締役之爲取締役。不須其人之承諾者。則取締役終不得爲委任代理人也。

取締役之性質。既論其就任焉。次當就取締役之財務及權利等述之。最後則就其解任述之。茲因說明之便宜上。先就解任分爲理論與解釋而爲說明。

從理論上言之。契約者。以當事者之意思而成。故爲契約之解除。亦須當事者之意思。

取締役者。因與會社爲契約而爲取締役。而不爲其取締役。亦須會社之承諾者也。雖有不得已之事由時。得以特別之理由。不須相手方之承諾。然在原則。以合意而成者。不可不以合意而解。又從立法論言之。取締役者。就會社及株主全體之利害。使於一身負之者。故務使之於一定之期間。忠實執行其職務。不得隨意免之也。不然。則取締役往往爲無謀之舉。至自覺其不堪而辭之。反得免其責矣。縱於此之際。可依他之規定。加以相當之制裁。然欲適用他之規定。亦有限定。若須相手方之證明。多有使取締役免其責者。故不輕易其辭任也。夫在通常之際。由契約而成之連鎖。尙不得以一人切斷之。況基于總會之決議。因會社與己之合意而爲取締役者乎。反對者曰。果如是。是會社不承諾取締役之辭任。取締役無論何時。當在其職而負責任。待取締役不免於酷。不知非酷也。在通常之他之契約。亦如是也。定一定之期間而爲僱傭契約之雇人。不得濫請求其解雇。定一定之期間而貸與金錢者。不得濫請求其辨濟。彼取締役欲惟於或期間不爲取締役。當豫定其期間。若取締役於就任之性質上。假定爲不得附如此之期間。則定爲三年間者。不得不於三年間奉其職。苟不欲之。何如自始不承



諾取締役之爲愈乎。余於取締役之就任。常云要其人之承諾。故於茲亦得爲此論。然如我國之裁判所。於取締役之選任。可不問其人之意思之如何。彼不知被選爲取締役者。亦云之已爲取締役。則此議論不得入也。裁判所關於選任。既爲誤謬之解釋。其結果至關於解任。亦不可不爲誤謬之解釋。誤謬一貫。於是取締役被選任時。可不問其承諾之有無。與選任事實之知不知。當然使爲取締役。而於辭任之際。亦以自己之隨意。無論何時得辭之。雖即時無不可辭之。而於同時爲選任及解任之登記。遂不堪其繁。今不幸裁判所皆採此解釋。使無益選任之事續出。登記煩雜。有每因懈怠而科過料者。

即離與選任之關係。而爲獨立的解釋時。取締役亦不得隨意辭任者也。何也。以法律謂會社無論何時。得解任取締役。不云取締役無論何時。得辭任故也。在取締關係。則會社與取締役。二人格在對等之地位。而於其中之一方。既明言無論何時。得與相手方絕其關係。則解爲他方無此權者。蓋正當也。若雙方皆得同一爲之。必就其事明爲記載。或悉不爲記載。亦可無待解釋而知之也。今僅於一方曰無論何時得爲解任。則

以他方不云得爲辭任。故解爲不得辭任也。尙有謂會社得爲解任者。則取締役亦得爲辭任。倘單云取締役無論何時得辭任時。在會社亦得云無論何時得以解任。未可知也。然此反論誤也。就船主言之。僅云船主無論何時得解任其船長。則船長於未至其期間及未有特別之事由時。非解爲不得隨意辭任乎。又雙方無論何時得爲契約之解除者。以明文定之。於委任非各當事者無論何時得解除之乎。（民法第六百五十一條）於傭船契約。因不可抗力至不能達爲契約之目的時。非各當事者得爲契約之解除乎。（商法第六百四條）然如裁判所之判決。以會社之解任。雖明文規定無論何時得以爲之。而就取締役之就任。則以於法律無何等之規定。亦視爲無論何時得以辭任。實可謂誤於法律解釋法之初步者矣。

云會社與取締役之關係爲委任者。謂適用委任之條文。取締役得隨意辭任也。以此關係爲委任時。當然生此論決。唯論者於此當然之結果。何故再言。有謂所以爲此重複說明者。以法律於同一之事。常再言之。或三言之。務使之明了也。或謂隨解除之賠償之規定。民商法亦有所異。故再言之也。或謂此關係。就委任與雇傭合而觀之。當置

重於委任之關係。準用委任之規定。無論何時。得解任取締役也。有云不得置重於委任。於委任與雇傭之間。當無所輕重。即以委任之方爲重。而至於解除。亦不得惟依委任之規定。當併適用雇傭之規定。若此二者之規定不一時。無論何者不得適用。須依契約之原則也。又有云取締關係爲一種特別關係。其解除須雙方合意者。與余說等也。

余謂取締役辭任而不爲其取締役。在於會社承諾之之時。此辭任之意思表示。因須通會社而議決於株主總會。然謂取締役之單獨行爲而可生解任之效時。則以何時爲解任。取締役不可不示之也。關於此大有議論。有取締役之意思表示爲已可。而取締役當爲如何之表示乎。有謂無論向何者而表示之可也。有謂以書面向會社發之可也。有謂要到達於會社者。有謂不得向會社發之。當就其機關之取締役發之者。有謂取締役不可不以書面表示者。有謂無論口頭容態皆可爲表示者。有謂須通知於株主總會者。

關於取締役選任解任。其大體之法理論及解釋論。概如前所述。而果探如何之說。其

影響於當事者者極大。以無一一列舉之暇。姑畧之而說明他之問題。即於株主總會以從來之監查役。選任取締役之處。其効力如何之問題也。會社無論何時得解任監查役。其解任之方式與監查役之意思。可不問之者。以商法示其明文。故雖爲如可之說。得直解任之者。至得直以其人爲取締役否乎。則所說不同。依余輩之說。以株主爲取締役。要株主自己之承諾。未承諾之際。非取締役也。彼選任監查役者取締役。而未得監查役之承諾時。其選任之決議。不過使一名之監查役之解任而已。若依大審院之說。在株主既因選任之決議當爲取締役。則以選任監查役爲取締役之決議。當於解任監查役時。即爲取締役也。時或以有監查役不得兼取締役之規定。思如斯之決議爲無效者。不知此決議爲解任監查役。非一人兼有二資格者也。

尙有關於登記之問題。即依決議當然爲取締役者。當從其決議日二週間內爲登記。從有被選者之承諾時爲取締役者。當從其承諾日二週間內爲登記。又其辭任於取締役之意思表示直爲有效者。當從其表示日二週間內爲登記。又要向取締役爲表示者。向會社亦可爲表示者。或要通知於總會而在到達之時者。皆可從其表示日到

達日起算。當於二週間內爲登記。若不然。則有科以過料者。然此二週間以無里程之猶豫。而其起算點則不可不爲注意。在民事訴訟法嘗就其里程而計算之。於此可適用否乎。乃問題也。非訴事件手續法第十條之所載。關於期日期間等。（即審問期間抗告期間等）準用民事訴訟法之規定。若規定於商法之登記期間。不許準用民事訴訟法。故於取締役生變更之處。當從商法之規定。從其就任日二週間內。於本店及支店之所在地爲登記。不與以里程之猶豫者也。

今於左示其數種判決之大意。而裁判所以如何爲取締役之選任解任。蓋可知矣。

(一) 取締役者。當於會社之機關之株主總會。爲其選任或解任者。故爲其被選任之取締役。欲自爲解任者。亦當申込於其株主總會。蓋事理之當然也。

(二) 取締役之解任。對於會社之取締役表示其意思者。法律上爲有效。故會社之取締役。有當爲其抹消之登記之義務也。

(三) 取締役者。雖因株主總會之選任。有爲取締役之權利。而非因法令及法律行爲等。負擔爲取締役之義務。從而其辭任。不要取締役之決議。其他之條件。得單獨而

爲之。而有辭任之申込時。即爲其辭任之事實發生。故不可不從其發生日起算。而爲登記。但此判決中所云取締役雖因總會之選任。有爲取締役之權利。而非因法令負擔爲取締役之義務。殊不明瞭。

(四) 取締役者。當於株主總會從株主中選任。雖如苟爲株主。有不得拒其就任之義務。然株主與會社間之關係。惟爲出資取得株式。從會社而受利益之配當。不得於

他認其有義務者。故雖於株主總會被選任爲取締役。不可云以爲株主之故。當於

一定之期間中爲取締役也。(迄此所論與余同者而裁判所何故不貫此理論云要其人之承諾實不解也)加之依我商法之規

定。取締役之選任。不俟被選者之承諾。而直生其效力。若不許其辭任。則不拘爲取

締役者。有就職之意思與否。至不可不從總會之決議。服其事務。是豈法之精神乎。

雖或有謂於商法中無許取締役辭任之明文。不知關於此無有何等之規定。以上

者。正宜解爲不妨辭任者也。基于以上之理由。故取締役對於會社之取締役表示

辭任之意思。申請爲變更登記者。在會社之取締役。當基此申請而爲登記者也。

(五) 株主總會爲取締役之選任。與取締役爲其辭任。皆爲單獨的行爲。非雙方的行

爲。故依一方之意思表示發生效力。不俟當事者雙方意思合致之後而發生其效力。本件之抗告人。就選任爲取締役。既受其通知。即立於取締役之地位者。不得以發就任不承諾之通知爲理由。謂無爲取締役之責。而以其選任爲無效。有申請變更登記之義務者。其與抗告人等不俟論也。蓋於法定之期間內。申請變更之登記。有其充分之餘地。徒以不承諾爲理由。不申請之而使經過法定期間者。不得辭其懈怠之責也。

右裁判所裁判之理由。於抗告人不承諾之申出。謂以視於會社之書面爲之。其手續爲不當。竊未敢信也。

(六) 株式會社與其取締役之關係。由委任關係而成。故於商法及定款別無規定者。取締役無論何時。得以其單獨之意思表示。爲其委任之解除。(即解任)商法中就其解任及辭任之制限。不設何等之規定。或謂非依商法第六十五條第六十九條之規定。於取締役辭任之結果。其法定人員不生欠缺。與監查役有二名以上者。又非依商法第八十四條之規定。可使一時取締役行其職務者。則有效之取

締役。不能爲辭任之意思表示。然會社業務之執行。與會社之存在。爲別之問題。不得以取締役辭任之結果。其法定人員之欠缺。爲不能爲會社業務之執行之理由。而解同條爲取締役辭任之制限也。又於本件雖於會社之定款。無所規定。有取締役數名之辭任。亦各爲有效。而非訟事件手續法第百八十八條。當爲右登記之變更申請者。爲現在之取締役云。

於以上之判決外。關於此種之判決尙多。上所示者。不過從明治三十四年迄本年見於各級裁判所者舉其一二。而其多者。皆爲從下級裁判所之抗告。就此等之判決全體而評論之。其關於取締役之就任辭任之解釋。爲下級裁判所之區裁判所之決定。或協於法理與實際。其進於上級行之者。余不能無遺憾也。

關於取締役之就任及解任。於定款得如何定之乎。則各依其情形而決之。而此判決。乃解定款之所定得廣其範圍者也。然云會社不得以有其定款。而拋棄此解任權。是無論在「エン因的曼デマン」之商法。及獨逸之判決例。莫不與余同說者也。

此說也。雖凡取締役與監查役。同時爲辭任之意思表示時。亦悉爲有效。即至於會社



無一人之責任者之際。又不得謂不可也。若採委任說。則適用委任之規定。即『於委任終了之際。而有急迫之事情時。受任者要就其未處理之委任事務。爲必要之處分。』是也。不採委任說時。則準用此規定。尙依商慣習默示之契約等之法理。有使爲善後之處分之主意也。

取締役雖因死亡禁治產等。爲當然解任。而非因會社之破產及解散。爲當然解任。蓋於會社之破產其他解散之際。其破產及清算上之任務。雖以法律上屬之破產管財人與清算人之職務。在取締役之權利義務。已爲終了。然其他之任務。則取締役尙有其權利義務者。如破產以前登記之任務。不得云破產事務。取締役怠於爲之者。不免受過料之制裁是也。

終就取締役監查役之解任。關於其責任免除之獨逸帝國裁判所之裁判。及其學者之詳論示之。亦未始非知獨逸之取締役團監查役團與各取締役各監查役之關係之助也。

在獨逸之或會社之株主總會。其解任或監查役。除其被解任之監查役外。徵他各監

查役之意見。議決而實行之。對此議決。有起無效之訴者。獨逸帝國裁判所之爲無效。千九百三年六月。曰。關於監查役解任之表決。不得爲分離之表決。監查役團者。當各會議體官廳。爲一體而提出營業報告書等於總會。求責任之解除。因此解除得以解任者也。又雖在解任者。當爲一次之表決。而其表決。不入之監查役全體者。賓那<sup>ヒンナ</sup>氏以此判決不協於實際之慣行。又可生保護監查役薄弱之結果。乃駁之曰。果如是判決。則因一人之監查役怠其義務。而使盡忠實義務之責任者。亦不得解除之矣。甚至於一人之監查役辭任之後。他之監查役怠其義務時。與監查役一人死亡時。有不得解除他之監查役之責任。殊不合也。裁判所所以下斯判決之理由。以於商法第二百六十條。可於取締役會議。或監查役會議。提出書類於總會。求責任之解除。雖云役員會議而不云役員。然商法非必就監查役團與各監查役爲正確之區別。當各於其所在爲正當之解釋。監查役者。因契約及類似契約之關係。爲會社管理財產者。若怠其義務時。對於會社有損害賠償之責。而責任之解除。於會社或宣言此義務者無違反其義務。或拋棄此賠償之請求權。對於各役員爲之者也。故責任解除者。得爲各別之議決。一人

與之一人不與之也。余於獨逸帝國裁判所之意見及「賓那」氏之意見。其爲獨逸商法之解釋。雖皆得謂之正確。然用取締役團與監查役團之文字。得與各役員明爲區別者。亦以其在獨逸商法之下耳。使「賓那」氏各員各免之說。欲爲我商法之解釋。恐不能主張之也。

爲取締役者。要爲株主否乎。在英獨之主義。無論何人可爲取締取。蓋得求有爲之人物於株主以外者也。我國與法蘭西法系諸國相等。於株主總會從株主中選任。故於株主中無適當之人物時。可以或株主之株式。讓渡於或有爲之人物。使表面上爲適法之株主而選任之也。或謂如是。寧以株主外之人爲取締役。不知是雖爲表面上之適法。而其人固與株主無所異。亦較之表裏共非株主者。爲對於會社能盡其忠實者也。我國使取締役供託株券。即使之對於會社盡其忠實。故株主以外之人。不得爲取締役。雖有云可使株主外之人。供他之有價物以爲擔保者。何如以取締役爲株主。使供其株券之爲簡。且可爲會社全體之利益乎。所謂株主者。無論爲一株之株主。無論爲數人共有之一株。皆株主也。然此往往與會社之利害關係。失之薄弱。不能望其忠

實於社業。故在或會社。有以特別之法令。定爲取締役者。必有若干以上之株式。又雖在通常會社。亦有以定款限定取締役之資格。以不反公益與不反會社本質之程度爲有效。至反乎會社本質之程度。人各異其所見。蓋爲本會社之取締役。必一人當有總株式十分之九者。若定爲當有百分之九十九時。雖明爲無效。然定爲四分之一以上時。亦人各異其所規者也。

取締役無論男子。無論女子。無論外國人。皆可爲之。特別之會社。就其中之或者有不許之者。以法律之明文示之。獨人「士陶布」氏曰。苟爲有意思能力之自然人。雖小兒亦得爲之。然知取締役之職務。可爲取締役。小兒不知取締役之職務。其不能爲之。不俟言也。在妻之爲取締役。由其夫許爲營業與否而決。其許之也。得爲之。其不許之也。即不得爲之。不許爲取締役者。雖被選任爲取締役。不待辭任。不爲取締役。蓋自初不爲一度之取締役者也。關於未成年者亦然。此等之人之爲取締役。皆由他人之承諾與否。無所異其論決。而論監查役。其大體亦同一也。

會社有確保取締役之忠實。使取締役就定數之株式。供託於監查役者。因之有疑於

定款有如斯之定時。被選者若不爲供託。有不得取締役之資格者。又有明知不至於是。而欲辯護取締役登記之懈怠。爲之證言者。此誤也。於商法第六十七條之規定。所謂『取締役當供託定款所定員數之株券於監查役』者。非得爲取締役之資格之要件。又非不爲供託。不得爲屬於取締役之任務之行爲也。商法第六十四條。規定取締役者。於株主總會。從株主中選任之。不須何等之條件。故被選任爲取締役者。不拘供託株券與否。得行取締役之任務也。但此供託株券之義務。在會社得強其履行。若取締役不履行之者。可於總會解其任。此爲大審院之意見。余與之同一者也。

取締役爲株券之供託。爲擔保而供託之也。漠然言之。即依供託而使取締役增對於會社之忠實心也。今更進一步而研究此供託之法律上之性質。在會社於此株券之上。果有優先權否乎。亦一問題也。此供託不過保障取締役之忠實。不得視爲會社所損害之擔保乎。縱視爲擔保。亦不得視爲比於他之權利而有優先乎。詳言之。即會社於此株券之上。有民法上之質權。先取特權留置權。及商法所特定之留置權與否之問題也。在質權不可不爲設定行爲。在先取特權。惟限於法律規定之處。在留置權有

留置權之條件。若於供託株券之際。有設定質權之行爲時。會社於此株券上有質權。雖不俟言也。而不設定時。不得謂有質權者也。又先取特權者。關於公吏之保證金。民法雖有明文。(第三百二十條)而取締役之供託株。則無此明文。又於民法及商法之留置權之條件。於此之處不備之者。留置權亦不存在者也。在思爲可得有者。以動產質權雖多不設定。若得爲設定則如何。在一部之論者。謂於如此漠然關係之上。終不得設定質權。是固不謬。不知關於根底當權既得設定。而關於會社將來之債權。使設定質權。亦屬不可。縱在通常或見爲難。然法律特以欲保護會社爲規定。此供託會社求貫此主意。於其上行擔保權可也。其明示以一一之設定時。雖屬明瞭。然唯以定款定各處設定之方式。亦不可也。

取締役兼有執行會社之業務。代表會社之權利義務者也。在合名會社。雖得使或社員單執行業務。使他社員代表會社。而在株式會社。則業務執行者與代表者不得分離。其不得分離者。以會社之性質上不得分離之也。蓋既有執行機關監督機關最高機關等之多數機關。若更爲細則。徒有增其機關之嫌。又於取締役之各種。雖附以專

務取締役、常務取締役、取締役、會長、頭取、社長、總裁等之文字。然此等單爲會社之內  
部關係。又雖表示於外部。亦不過爲推定或事實之資料。非法律所認特別之機關  
也。

取締役須三人以上。其於株主總會選任之。或最初於創立總會選任之。皆前所述者。  
於取締役中有缺員之際。以取締役及監查役之協議。得由監查役中定行一時取締  
役之職務者。(第一百八十四條)然監查役與取締役之地位。常相與對立。故使行一時取締役之  
職務之監查役。於未有株主總會之承認時。不得行其監查役之職務者也。

業務之執行。通常以取締役之過半數而決。若使總取締役之一致執行之。或各自執  
行之。須有特別之所定。取締役分爲常務取締役與普通取締役。於會社重大之事項。  
當以取締役之過半數決之。固也。若決議之執行與他輕微之事項。則得定於定款。使  
常務取締役專行之。雖然。因執行會社之業務而排斥他取締役者。法律所不許也。  
支配人之任免。亦以取締役之過半數爲之。在外國之法律。有須監查役之同意者。

(第一百六十九條)取締役得兼支配人否乎。或裁判所謂取締役與支配人之權限同一。兼之無

益。是僅言無益之故不得兼。而關其可否。則有種種之議論。

代表會社者。各取締役也。各取締役得爲關於會社之營業一切之行爲。(第七十四條)加取締役職權之制限。不得以之對抗善意之第三者。故不拘會社之內部關係如何。第三

者與各取締役爲法律行爲。得對抗於會社。又因取締役之行爲而被損害。得對於會社而請求賠償。蓋支配人無共同支配人。取締役亦無共同取締役也。尙第三者無當視登記之義務。故使或取締役爲常務取締役而登記之者。雖與其他之取締役爲法律行爲。亦得使其負義務於會社也。但或取締役反乎定款爲權限外之行爲時。則對於會社其他之被害者。當負損害賠償之責任。可勿論也。

取締役代表會社。其爲會社起訴。及代會社爲被告。當出頭於裁判所者。取締役固有裁判上之權限。然會社對於取締役起訴之處。則取締役既爲被告。不能復爲原告之理人。故以監查役代表會社。但於此有二個之問題。

所謂會社對於取締役而起訴者。其對於取締役之全員乎。是以取締役之全員爲被告。其殘存者唯監查役。不生何等之問題。而生其問題者。爲對於取締役之一人而起



訴之處。於此之處。他之取締役可代表會社乎。抑必以監查役代表會社乎。所不能無疑者。云必要爲監查役者。謂現以明文限於監查役代表會社。不以他之取締役代表會社。故代表會社者。不可不爲監查役。且從立法上言之。取締役等平常共其行動。卽於其間生其情狀。一旦使他之取締役對於一人之取締役而爲交涉。亦不可也。在以他之取締役爲可代表會社者曰。此規定禁同一人於同一事件同時爲原告或被告。與民法第八條所謂同一人不得爲雙方之代理人。同其趣意者。若會社對於或取締役起訴之際。以他之取締役爲會社之代表。是爲訴訟當事者非同一之人。非商法之所禁也。又不存如斯之餘地。於實際亦屬不合。何也。執行業務者。通常代會社爲訴訟。今排除可爲其代表者。而使在監督之位置者屢當訴訟之煩。亦非會社之利益者也。

其次之問題。爲會社取締役之際。其監查役代表會社之訴訟。限於或以取締役之資格而訴之乎。抑不問以其取締役之資格爲被告人。與以個人之資格爲被告人而訴之乎。有云爲其人爲取締役。無論以其如何資格而訴之。當使監查役爲代表者。

蓋明文只云於會社訴其取締役之際。監查役代表會社。而未云訴其如何之資格之取締役。故凡訴凡爲取締役之人之際。皆適用之。若於法文所定。曰會社訴爲取締役之人之際。則無論如何之資格。悉包其中。較之現定之法文。自爲明確。又若於法文所定。改書爲取締役之自然人。與爲取締役之人。無論其如何之資格。訴之之際。監查役代表會社。固尤爲明確。然法文以不得爲若此之明書。故簡單其詞而曰訴取締役之際也。不亮此起草者之苦衷。而爲皮相之解釋。謂法文所謂訴取締役之際者。限於爲取締役之資格者而訴之。何其誤也。此立法可爲此解釋之理由。以爲取締役之甲。與爲個人之甲之間。無所分其關係。故於生其事實之點。亦不可爲區別也。反對是說。謂限於訴爲取締役之資格之際者。曰。關於訴訟代表會社者。雖通常爲取締役。然於會社訴或取締役之際。若使他之取締役代表會社。則其代表者之爲攻擊。或有不充分之虞。故唯於此際爲例外。使監查役爲代表者。此例外當狹義解之也。又於法文所謂取締役之際者。解釋上爲訴有取締役之資格者之際之意味。但有取締役之資格者。與他之取締役共其利害。共其責任。使他之取締役代表會社而訴之。雖可生其情弊。

若爲個人之資格。以無如斯之結果。自可適用原則。使他之取締役爲代表者也。或裁判所謂商法第百八十五條定監查役代表會社者。不過對於會社之取締役之爲取締役資格者。而主張會社之請求權耳。若訴爲個人之取締役之際。即不適用此規定。蓋採後說者也。

依或株主之請求。於株主總會決議對取締役提起訴時。或否決之而有資本十分之一以上之株主請求於監查役時。則會社當從其決議或請求日之一箇月內。提起其訴。訴之提起後。與通常訴訟同其進行。使被告之取締役爲直接履行。支拂損害之賠償。又從民事訴訟法之規定。使支拂訴訟費用。依株主總會之決議而提起訴時。其訴訟費用。雖爲會社之負擔。而依資本十分之一以上之株主請求而提起訴時。則使其株主負擔訴訟費用。尙於加會社以損害者。使之賠償。蓋防濫訴之弊也。

基於右同一之精神。得使爲訴訟提起之請求之株主供託其株券。且因監查役之請求。假供相當之擔保。此訴提起之請求。限於欲起訴而被株主總會否決者。與會社對於取締役欲起訴者。得以爲之。不得以定款擴張其範圍者也。株主當供託之株券。爲

其所有一切之株券乎。爲在資本十分之一之株券乎。雖有所疑。然從株主當供託其株券之文字觀之。得解爲一切之株券。尙從防濫訴之弊之趣意觀之。亦在使供託多之株券。更從供託株券外使供擔保處觀之。此株券亦當解爲株主所有之一切之株券者也。(第一百七十八條)

取締役之職務。如招集株主總會。執行會社業務。整理帳簿。及爲登記等。不遑枚舉。前惟就揭於本款者示之。即帳簿之備附。資本減少之報告。及破產宣告之請求是也。

取締役當於本店及支店。備置定款及總會之決議錄。且當於本店備置株主名簿及社債原簿。(第一百七十一條)此於前就總會決議之際使作議事錄之說明。可參照之。

記載於株主名簿之事項。第一百七十二條規定之。記載於社債原簿之事項。第一百七十三條規定之。其條文中所謂各株式取得之年月日與各社債取得之年月日者。示現在之株主及現在之社債權者。於何時取得各株式與各社債也。此等之株主名簿。及社債原簿。株主與會社之債權者。得以閱覽。若取締役無正當理由而拒之者。當處過料。

會社失其資本之半額時。取締役當無遲滯招集株主總會而報告之。(第一百七十四條)此所謂資本者。爲已拂込之金額。及代之之財產。詳言之爲指從其金額取得之財產乎。抑未拂込之金額。(即對於會社之株主之債權)雖在通常會社之財產目錄之資產中者。亦包含之乎。若爲後之意味。則資本之總額爲一定者。於實際之計算。唯以金錢以外之財產爲出資之處。稍感不便。然使解爲前之意味。則不惟在以金錢以外之財產爲出資之處。見爲困難。即爲金錢之拂込之處。亦至每有拂込而異本條之適用。從而云失資本之半額。果爲如何之狀況。有難解其意味者。不如解爲後之所說爲當也。如出資悉爲金錢。其拂込終了爲十萬圓者。而會社全失此十萬圓時。其爲失資本之總額。不俟言而可明者也。若以此十萬圓買入有十萬圓價值之物品時。雖失其資本金。而於資本之實額。爲毫不減少。又若以其買入物品之金之十萬圓。悉貸付於他人時。亦以取得十萬圓之債權。而於資本之實額爲不來變更。此見解爲正當時。則所謂資本之減少者。當謂會社財產不足於資本額。并所謂會社財產者。就集合金錢物品債權等而言之。故由此等之集合。控除債務。爲其實額。此實額爲資本額之半時。取締

役當報告於總會者也。

以上所述之例。在於拂込終了之處。而在於拂込未終了之處。亦同一也。於此之處。以未拂込額爲會社之債權（即財產）而計算之也。故於資本金十萬圓有六萬拂込額之會社。雖失其三萬圓。亦不招集總會。至失其五萬圓時。始生招集總會之義務者也。若於他無何等之財產。而負五萬圓之債務時。則同於失資本之半額。亦有招集總會之必要。

至不能以會社財產完濟會社之債務時。取締役要直爲破產宣告之請求。此義務較前之義務更爲嚴重。蓋前之義務。在無遲滯招集總會。而於此之處。當直爲破產宣告之請求也。其制裁亦較前爲重。以於前之處之過料。爲五百圓以下。於此則爲千圓以下也。

先就終了拂込之處言之。終了拂込之處之會社財產。爲金錢有價物及凡對於人之債權。集合此等之財產。至不能完濟債務時。則使取締役爲破產宣告之請求者也。然玆所謂至不能以會社財產完濟會社之債務者。有二種之解釋。試述之於左。

(一) 不第謂會社財產之總額較債務額爲少。亦謂債務既達辨濟期。取締役當以會社財產一一辨濟者。將欲辨濟而爲計算。確知其不足完濟也。故取締役於或時期。就會社之財產與會社之債務爲比較。雖發見會社之財產較其債務爲少。亦不須爲破產宣告之請求。在法律不拘其他當有適當之文字。而特用至不能完濟債務之時之文字。其爲此趣意。蓋可得知者。苟非此解釋。則取締役當日日就會社之財產與會社之債務爲比較矣。

(二) 法律之規定之結果。取締役當日日就會社之財產與債務比較之者。蓋不得已也。若依商法第二十五條之規定。於商業帳簿爲正確之記入者。此比較決非困難。故發見以會社財產無完濟其債務之望。當直爲破產宣告之請求也。生此規定之理由。以財產之額既較債務之額爲少。於現在之債務。無完濟之望。若尙繼續業務。使既存之債權者。減其共同擔保。使新生之債權者。須被其損害。必至來經濟界之擾亂。欲防止之。故設此規定也。倘待辨濟期之到達。於得欲辨濟之際。及於一一爲辨濟之際。雖發見不能完濟其債務。亦不須爲破產宣告之請求。則此規定之目的。

將無以達矣。加之債務之辨濟期。以依其債務而異。有或者全得辨濟。或者稍不得辨濟之虞。尙如反對論者之解釋時。則唯於支拂之停止及類於支拂之停止之事實發生之時。得爲破產宣告之請求。而不須特有本條之規定。其結果反使取締役與會社。較通常之債務者多受恩典。不可也。又從法文之文字言之。於清算之際。所謂不足完濟債務。與於此之處。所謂不能完濟債務。二者自有差異。蓋於此之處。不待發見實際之不足者也。

後之解釋。雖亦有多少牽強附會之嫌。而其大體則正當者也。

於拂込未終之際。則會社之財產中。有使株主爲拂込之債權。其現存之會社財產。雖至不能完濟其債務時。取締役亦不須爲破產宣告之請求。蓋於債務之辨濟期未到達時。會社可依然如故。至辨濟期到來時。得依告株主之拂込。以拂込之金錢。充其辨濟也。此於不須爲一時拂込之事業之會社。及一時當辨濟多額之債務之會社。（如保險會社。）多適用之。尙於商法第九十二條所謂會社現存之財產。與本條所謂會社財產者比較之。當參照民法第八十一條之規定。



取締役之代表會社執行會社之業務也。不可不如善良之商人。就自己之業務所當注意者。爲之注意。因此結果。而取締役遂有避止之義務。避止之義務者。一在於與會社爲取引。一則關於其他之事。第一百七十六條云。取締役限於得監查役之承認。得爲自己或第三者與會社爲取引。此規定之理由。與商法之總則。使支配人及代理商負斯義務同一也。其單有監查役之承認而得爲取引者。以其事之小而認之也。

有云會社之取締役。屢濫用其地位。與其會社爲取引。會社必被損害。當絕對禁止其間之取引者。獨逸之「卡乃斯」カライス「路諾爾特」ルノルト「法蘭西之」フランス「他勒爾」テレル「勒翁康」レオンカン等皆爲是說。

在我國雖亦有唱之者。然絕對禁止之。則非也。我商法得監查役之承認。可與會社爲取引。所以須監查役之承認者。防取締役濫用其地位。生會社之不利。故就各取引。必得其承認。若以爲煩。關於一箇年及或種之事件。使爲包括的承認。則非法律之所許。其取引無論爲大取引。爲繁續的取引。又無論事之大者與時之長者。苟得解爲一個之取引。即可爲一之承認。若雖爲細微之取引。而爲別個之取引者。要得特別之承認。此法文之解釋。明瞭不俟言也。但於事實。果迄如何之程度。可視爲一個之取引。乃

問題也。又於法文所謂要得監查役之承認者。爲監查役之全員乎。抑監查役之一員乎。未有明文。果如何解之。亦問題也。有謂於他之條文(第百七十五度)用監查役一人之文字。則玆所謂監查役者。當云監查役之全員。非監查役之全員時。不拘他之監查役之承認。非不許爲取引者。然此說誤也。何也。所謂監查役者。雖爲一人。亦監查役也。雖得一人之同意。亦得監查役之同意也。法文中單云監查役。而指監查役之一人者頗多。雖於第百七十五條用監查役一人之文字。乃就其必要用者而用之耳。又一人之監查役承認。他之監查役不承認。當如何。此事實若同時發生時。與一人同時同意不同意之處。同爲無意味。即爲無承認者。又一人先不承認。其他之人後爲承認時。爲於其承認之時承認者。又一人先爲承認。其他之人後爲不承認時。可不顧不承認之語。而續行取引。恰如或物之所有者曰賣其物。至相方手從事於買受之際。而忽曰不賣其物。買者可不顧其言也。在獨逸認取締役與監查役之一團。在我國則不認之。雖以定款設取締役會。第三者可以不顧。蓋其所謂取締役。所謂監查役者。無論如何。皆可以一人爲完全之取締役。爲監查役。而監查役者。則較之取締役。更得各爲獨立行其職

權職務者也。或學者曰：雖監查役一人之同意。若他之人不同意之際。使取締役與會社爲取引不可也。又一人之監查役在旅行中。而他之監查役在會社所在地欲與以承認者。亦必待旅行者之歸。而不顧實際之不便。蓋豫防濫用。故如是嚴重也。此說爲立法論雖有理由。然余爲立法論則不採之。而爲解釋論。更不採之也。

取締役不經監查役之承認。而與會社爲取引者。無效也。無爲行爲之權限者。雖爲之亦屬無效。乃一般之原則。於此亦適用之也。故所謂取締役與會社爲取引。要得監查役之承認者。爲公益上之規定。雖定款不得改之。既有如是嚴格之規定。其有爲破之之行爲者。謂之無效。乃當然也。然於此尙有多少之異論。今示其一二如左。

(一) 取消說。大審院雖採此說。而不明示其理由。謂「此規定爲出于欲保護會社之利益之趣旨。若取締役不得監查役之承認。爲自己而與會社爲取引時。其行爲雖非當然無效。而求取消之權。不可不云屬之會社。何則。會社苟無此權利。多不得達同條之目的故也。」其說如此。而何故非當然無效。又何故求取消之權。不可不屬之會社。則未嘗明示其理由。全無權限者爲或行爲時。法律上以無效爲原則。而

使當事者得取消之者。要有特別之規定。於此之處。既無何等特別之明文。當解爲無效者也。在大審院之意。謂苟爲無效。雖於會社有利益之際。亦不可不爲無效而使復其原狀。不如以取消權屬之會社。於會社不利益之際。得以取消。有利益之際。其取引可依然有效。此規定爲保護會社之利益而生。故必當解爲會社之利益者也。然是爲立法論而非解釋論。在法律與以取消權之處。必明言之。又於或行爲得視爲會社之行爲以保護會社之利益者。亦必明言之。於此之處。以無何等之明言。必當解爲無效者也。

(二) 無權代理說。爲無權代理說者曰。取締役爲自己與會社爲取引。以經監查役之承認。爲必要之條件。故不經監查役之承認之行爲。即民法第百十三條所謂無權代理人之行爲。此行爲雖當然對於會社不生其効力。而有會社追認之之時。亦爲有效者。此說也。唯於會社之取締役。以個人之資格爲取引之處。云其取締役爲無代理權。其取引爲無效者也。關於此點。固可爲不少之批評。即以此點爲正。於取締役以個人之資格。與會社爲取引。而其際之代表會社者爲他之取締役。則此說

未嘗及之。是於此際代表會社之取締役不得曰無權代理人。更須別爲說明者也。

(三) 有效說

謂於此之處之取引。絕對爲有效。非待追認始爲有效。又非可以取消者。蓋自始至終而有效存在者也。唯於法律所禁之點。使取締役賠償會社所被之損害而已。此說之理由。極爲單純。謂於條文只云取締役限於得監查役之承認時。得爲自己與會社爲取引。未云爲之之時爲無效也。此說於理論一貫之點。雖較之取消說無權代理權說爲優。然亦不得謂之不誤。無權限者爲或行爲時。縱不明言爲無效。而依解釋當爲無效者。又爲此說之解釋時。非於取締役濫用其地位而使會社生損害之處。則會社不有其權利。而損害之證明。當從會社爲之。勢必至取締役多安心爲有效之取引。加損害於會社。不得達本條規定之目的矣。

取締役得監查役之承認時。得因自己或第三者與會社爲取引。固也。於此之際。自己得代表會社否乎。即同一人得以二資格爲取引乎。抑取引當爲二人。而此際之會社代表者。須爲他之取締役乎。當於取締役因自己與會社爲取引之處說明之。

民法第百八條云。「無論何人就同一之法律行爲。不得爲其相手方之代理人。」該條所謂人者。謂資格同一之人。若以異其資格。視如別人。謂得以一之資格。爲一方之當事者。以他之資格。爲相手方之代理人。雖不發生本問。然使許爲如斯之解釋時。則取締役乃常有二之資格。殆不能爲該條之適用。又若以既爲一方之當事者。雖爲相手之代理人。亦爲各別之二資格。從此解釋時。更無適用本條之餘地。故此等之解釋。無論何人。皆不採之。於此果爲正當之解釋。必云同一人不得以取締役之資格與個人之資格。於一身爲其取引者也。反對之者。若惟爲民法第百八條之規定。則於商法取締役經監查役之承認。因得與會社爲取引者。若以商法之規定。爲就同一之行爲禁爲相手方代理人之民法第百八條。及制限理事代理權之民法第五十七條之例外。限於會社之取締役得以爲之。亦誤也。何也。商法第百七十六條。決非規定民法之例外。唯取締役欲與會社爲取引。須經監查役之承認而已。若代表會社者爲取締役一人時。雖於適用上生其困難。然此取締役一人外之人尙多。且於不得已之際。監查役亦得代表會社。與此等之代表者爲取引也。故商法第百七十六條。不過定取締役得

與會社爲取引與否。而於其際以何人代表會社。當委之民法之原則。在民法同一人不得爲相手方之代理人。則其取締役亦不得爲會社之代表者也。苟同一人得爲相手方之代理人。是屬於重大之事。而會社之取締役與會社爲取引。尤關公益。若於此之際。許自代表會社而與自己爲取引。在法律必揭之明文。而此固無規定之明文也。

取締役因自己與會社爲取引。其例頗多。如銀行之取締役。從其銀行僅受金錢之際。爲其手形之取引。於銀行爲受取而發行約束手形。或於銀行爲手形之裏書讓渡而得金錢是也。而爲取締役之甲。發償還請求之通知于個人之甲。有無效者。蓋雖爲發通知。而得云取引者。此發信爲無效也。裁判所曰此通知。以銀行代理人之甲對于個人之甲而發。爲違反民法第八八條之規定。不能有效。何則。手形金償還請求之通知。爲可生手形權利保全之效果之法律行爲。故依同條之規定。無論何人。不得爲其相手方之代理人而發此通知者也。尙於代理禁止之規定。有云惟委任代理之處適用之。如取締役不適用法定代理者。而裁判所則云無論如何代理。得以適用。甲會社之

取締役爲乙會社之代理人。即爲雙方之代理人。爲其雙方之會社。以一人締結契約。亦決爲無效也。

取締役不得因自己或第三者。爲屬於會社之營業部類之商行爲。又不得爲以同種營業爲目的之他會社之無限責任社員。其欲爲之者。須得株主總會之認許。於前日承認。於茲日認許者。以監查役者。爲與取締役併立之會社機關。而株主總會。爲位於取締役之上之最高機關也。(第一百五十五號)取締役無株主總會之認許。因自己而爲商行爲時。則株主總會得視之爲會社而爲者。得視之爲會社而爲之權利。若監查役之一人。從知其行爲時二箇月間不行之。或從其行爲之時一年內不行之。則其權利消滅。蓋取締役於此之避止義務。以代理商之避止義務者也。

第一百七十五條之規定。云取締役不得爲以同種營業爲目的之他會社之無限責任社員。而不云不得爲他之會社之有限責任社員。則其得爲他會社之有限責任社員。雖不俟言。而得爲他會社之取締役或監查役否乎。則有議論。或謂既不明禁。即不妨爲之。然取締役無論在何會社。當執行其會社之業務。若因第三者爲商行爲。而其會



社之營業與此會社之營業爲同一。則依明文之規定。取締役自不能兼他會社之取締役。若爲或會社之取締役。而其會社非爲商行爲者。雖得兼之。然就取締役之性質以論。亦不得爲者。故在事實上縱有如斯爲之者。而非法律上之取締役。不能謂有效也。

取締役爲會社之代表者。有法定之權限。限於權限內之事。得以爲之。加其制限。不得對抗善意之第三者也。又會社爲法人。唯於其目的之範圍內。有權利負義務。(民法第三條)若爲其範圍外之事者。雖以會社之名義爲之。亦不得爲會社之行爲。即不能使會社有其權利義務者也。反之屬於會社之目的之範圍內。且爲取締役之法定權限內之行爲時。雖以定款縮少。其行爲對於第三者爲有效。而第三者得以主張之也。民法第一百三條。適用於未定其權限之代理人。如取締役乃有法定權限者。不得適用之。故取締役爲反乎定款之行爲。雖對於會社負其責任。而對於相手方。即不得主張其行爲爲無效或取消也。又雖以會社之定款。分取締役爲專務取締役常務取締役顧問取締役等。而第三者無論如何。皆視爲同種之取締役。得因會社爲一切之行爲者。

若甲取締役約爲賣買。乙取締役欲解除之。與同一人先約爲賣買。而後欲解除等也。又同時甲取締役曰爲賣買。而乙取締役曰不賣買。與同一人曰賣買曰不賣買等也。尙於會社之定款。往往有使其專務取締役。就取締役會之決議而爲執行者。若其專務取締役無決議而爲之。亦有效也。於或事件。裁判所從甲取締役受總會決議之異議申立。從乙取締役受其取下異議之請。而決定之曰。「會社者。爲我國法律上法律之假定。而非實在者。亦非有意思者。取締役所表示之意思。爲取締役之意思。非會社之意思。不過取締役於其權限內所爲意思表示。得直接對於會社生其効力。不得謂會社之眞意也。故雖取締役之意思互相矛盾之處。而苟於其權限內表示者。無論何者。其對於會社。皆可生其効力也。」

取締役者。會社之代表者也。在商人於或之處有當署名者。取締役亦當因會社而署名。商法於商人當署名之處。雖多有規定。如手形之振出裏書而於會社不得自爲署名。當使取締役代表會社而署名者也。舊商法認有社印。新商法不認之。新商法不置重會社之社印。若用社印。果何人爲之押捺乎。代表會社者爲取締役。當使取締役押捺之也。既使

取締役爲押捺寧使取締役爲署名。故於此點新商法不認社印者也。所謂署名者。其真意謂自書之也。然常須自書。則感不便。故以特別法使爲記名捺印。代其自書。彼取締役雖代自書而爲記名捺印亦可也。但既置重於取締役之印。有謂於會社之設立登記際。當使取締役屈出其印鑑者。(獨逸商法第二百三十條 第二百三十四條)

因取締役爲會社之代表所爲之行爲。而得權利義務者。會社也。使取締役離取締役之資格。其得爲各種之行爲。誠不待言。若仍爲取締役而爲非取締役之資格之各種行爲。其究以何資格爲之時。或有難於分別者。余謂此際雖爲會社之取締役而爲之。亦與會社無關係。而當云因自己而爲之也。又當記載會社之取締役之爲何人。而押以取締役之印者。與當記載取締役一個人之爲何人。而押以取締役之印者。雖爲明瞭。而於其他之處。亦有不明瞭者。欲決其不明瞭。人各異其所見。於會社之商號爲肩書。而異名其下。於證書之本文中。押以會社之割印時。余推定其人爲會社之取締役。而爲此行爲。而或者曰。謹爲此點。不得云以其取締役資格爲其行爲。蓋署名者。可認爲以個人之資格爲之也。此謂誤於事之屬於認定。不能爲上告。大審院判決之理由。

曰。「會社之重役與會社各異其人格。故於普通之處。一個人之重役。以其人之名義而負擔債務者。雖推定非會社之債務。然爲重役之人與會社之關係。事實上殆在同體之狀態之際。則因其行爲而負擔債務者。爲會社而非個人。」又於會社讓渡其債務之處。其通知於債務者。當表示其以取締役之名義而爲之否乎。關於此亦有判例曰。「不可不表示之規定與以會社之商號所爲之通知。必視爲非其代表者之行爲。其無此規定。而以會社之商號爲其通知者。果爲其代表者之所爲否乎。全爲事實上之問題。當以自由心證而判斷其事項也。」此判決爲得其當。

終所論者。爲取締役對於第三者之關係。取締役爲會社而爲其行爲。故因取締役之行爲而得權利義務者爲會社之自身。若行爲職務。而加損害於第三者時。在原則上惟會社任賠償之責。取締役不稍任其責也。(民法第四十四條)雖然。使取締役之行爲。反乎法令或定款時。於會社任損害賠償之責之外。使取締役亦任賠償其損害之責。俾被害者無論對於會社或取締役。得求賠償其損害。於此之際。會社就取締役所爲之行爲。悉負其責任乎。若取締役爲反乎法令之犯罪行爲時。當如何乎。又爲反乎定款明無

權限之行爲時當如何乎。皆問題也。然此當爲別論。茲所論者。謂會社就取締役行爲當負其責任者。乃云無論會社無論取締役。皆當負其責任其者也。

有會社不負責任。而使取締役任其責任者。取締役之行爲。雖依於株主總會之決議。亦使其取締役對於第三者之責任無變更者。何則。第三者之所注目者。第一爲法令。其次爲定款。若稱爲株主總會之決議而反於定款。不拘加第三者以損害。而不使之賠償。則第三者必至不信用其定款。其於此之際。使取締役更請求會社之償補。當別論也。(第一百七十七條)

此規定從全體言之。固爲正當。然使爲反乎法令而被損害於第三者之取締役。免其損害賠償之責任。則不可。即於株主總會決議。使取締役爲違法行爲之際。取締役於株主總會述異議。且通知其旨於監查役後。實行其決議者。其取締役不能無損害賠償之責任者也。在立法之趣意。以取締役有從株主總會之決議之職務。因實行其職務而使負損害賠償之責任。失之於酷。故一於總會述其異議。即解除其責任。是爲反於定款之行爲之際。或見爲可。若就爲反於法令之行爲之際。亦免除之。不可也。法令

者。爲會社以外之最高者。單於會社之內部述異議。而使免對於外部之責任。是以法令與會社同等。又置之會社以下矣。且商法唯以取締役述異議於總會。通知其旨於監查役。爲可免其責任。而不須反對其決議之執行。是雖知或行爲爲反乎法令而爲之。尙得免其責任。而不知之爲其違法之行爲者。不得免其責任。知而爲之。其情較重。反以免之。可謂顛倒事之順序者也。故余謂第一百七十七條第二項。當全爲削除。或改正此規定。爲「前項之規定。於對其行爲述異議。且不爲其執行之取締役。不適用之。」或爲「對於其行爲述異議。且通知其旨於監查役之取締役。雖對於三者當任損害賠償之責。而對於會社。得請求其補償。」亦余所希望者也。蓋有斯所改之規定。不惟第三者對於爲不法行爲之取締役。得從民法之規定。求損害之賠償。亦異於商法所設庇護之規定矣。

取締役就會社之雇人。爲選任監督而不注意時。則會社對之而任其責。會社爲無形法人。不得自爲選任監督。所謂選任監督者。於實際爲其代表者之取締役爲之。而取締役之意其職。會社當明負其責任。故略言爲會社怠於選任時。則任其責者。決非誤

也。

取締役對於會社所有之權利。其重者爲報酬請求權。報酬請求權之性質。雖與代理人商業使用人等所有之請求權相似。然取締役非純然之代理人。而有如會社本人之觀。又非使用人。而有似主人自身之點。故定其所與報酬之額。及其支拂之方法。自不得不與代理人使用人有所差異。即通常多以定款定之。於定款無所定者。則以總會之決議定之。(第一百七十九條)於條文單就報酬之額言之。此之解釋。寧爲擴張雖支拂之時期及方法亦及之也。又從一方言之。以此等之事。可推理而知。又得謂本條之無用者也。

### 第三款 監查役

在株式會社。不使株主直接監督業務之執行。而別設一定之機關。非設之與否。一任總會之決議也。故於必設之點。與一般之法人有所不同。蓋在一般之法人。其置監事與否。得依於總會之決議者也。(民法第五十八條)尙有所不同者。在惟爲總會選任不得以定款選任之點。無論在合名會社。有監督業務之執行者。在合資會社。有執行業務者與

監督之者。分爲有限及無限之社員。然非如株式會社之有正確之特別機關者也。縱在株式會社。其始之置之與否。亦爲會社之任意。然於後終有置之之必要。使無此特別之監督機關。則依募集之會社有不得成立者。而稱此機關則云監查役。

監查役於株主總會從株主中選任。以總會之決議。無論何時。得解任之。(第一百六十七條)但解其任不出於正當之理由時。得使監查役對會社請求損害之賠償。與取締役同也。尙使爲監查役。須其人之承諾。就其辭任。須有總會之決議。或得其同意。亦與取締役同也。監查役有不執行業務之性質。或疑爲無爲法律行爲能力者。亦得爲監查役。然苟知監查役之職務。則無能力者之無爲監查役之資格。自不難知之者。故就任之際。雖有完全能力。而因破產與禁治產以退任者。(第一百八十八條)當然也。其更置明文者。則以監查役與取締役。稍稍異其性質者也。又在取締役要三人以上。而在監查役則無此規定。解爲無論幾人亦可也。爲如斯之區別者。蓋視監查役與取締役相異故也。

業務之執行。以取締役之過半數而決。就監查役無與此相當之規定。其準用取締役



之規定乎。或監查役之各自得爲監督行爲乎。抑必要總監查役之同意乎。不能無疑。通常多以定款定之。若於定款無何等之所定時。當解爲監查役之各自。有爲監督行爲之權利義務。蓋業務之執行。苟非共同。誠有所難。至於監督。則不惟可各自爲之。亦以各自爲之爲得其當也。尙於法文所謂監查役者。乃爲關於監督行爲者。故解爲監查役之各自。有監督之權利義務者。正當也。若於監查役之各自。就爲監督而異其說時。則從欲爲監督行爲者之意思。有妨害之者。得訴之裁判所排除其妨害。或召集總會從其決議亦可也。

因取締役之任期。不得超過三年。而監查役之任期。定爲一年。乃出二個之差異。其一明爲年數之差。其一在於取締役者。雖各何短日之任期。得以定之。而在監查役者。其任期當爲一年。不得定一年較短之任期者也。取締役之任期。僅定爲一年者。蓋豫防與取締役親密而生其情弊也。從此理由推之。雖有云禁爲同一人之再選者。然雖總會所信任者而排斥之。不必也。且於他無適當人物之際。亦屬可慮。故許爲再選者。實正當也。又使監查役之任期不得較一年爲短者。以會社之計算複雜。於短日月難以

調查監督者也。從此理由言之。似取締役之任期。亦有一年以上者。在法律雖無如斯之明定。然觀於會社所採之主義。自無一年以上者。與法律就取締役與監查役所異之如何。自可推測之也。

爲不待一年之任期滿了而退任者之補缺。而被選任者。其任期爲退任者之殘期。如議會之議員乎。抑從新任之時計算而爲一年乎。雖人各異其所見。然會社與監查役之關係。與議會與議員之關係。異其性質。當以後之解釋爲正。從實際之慣習言之。則至總會補缺而延期。蓋監查役之任期。常在於從一總會迄他之總會之間者也。何故就監查役有此多少關涉的規定之理由。苟知監查役之職務時。自明瞭之也。

監查役之職務。其規定於本款者。爲書類之調查及關於訴訟代表會社之義務。而多之規定。雖從權利方面爲規定。亦同時可知其爲監查役之職務者也。監查役須調查取締役欲提出於總會之書類。報告其意見於株主總會。(第一百八十三條)在法律雖以調查取締役提出之書類之權利。與之總會。然果於總會爲一一之調查。必感其不便。故使監查役先爲調查而報告。至更有調查之必要時。乃自調查之。或別選任監查役而使調

查之也。取締役須從定時總會之會日一週間前提出必要書類於監查役。(第九條)監查役於此期間內不能完其調查時當報告其旨於總會。若其不能終了由於懈怠者則監查役自不可不負其責者也。

於會社與取締役之間之訴訟。監查役代表會社。(第一百八十五條)無論代會社爲原告爲被告。無所區別。蓋於會社與取締役利益相反之處。依民法代理之原則同一之趣旨。不能使取締役代表會社故也。其受取締役所提出供託之株券與承認取締役與會社爲取引。皆同此性質者。又在通常關於取締役與會社之訴訟。雖以監查役代表會社。然株主總會得使他人代表會社。又資本十分之一以上之株主。請求對於取締役而提起訴訟。亦得特指定代表者。於是等之處。監查役所不能爭之者也。何也。蓋在是等之際。株主總會及十分之一之株主。或疑查監役與取締役有其情素。或以監查役於訴訟之技倆。未能充足。或以保護自己之利益。信較監查役有適當之人物。若強其使監查役代表會社不可也。

監查役自對於會社爲訴訟之當事者時。其不得代表會社。固不俟言。若監查役爲原

告時。則代表爲被告之會社者。當爲取締役。於會社爲原告對於監查役而起訴之際。亦同。然在株主總會決議訴其監查役時。則總會得特指定或者使代表會社。又訴之提起。雖在總會否決。而由十分之一之株主欲提起訴時。亦得就自己所認爲適當者。使爲會社之代表者也。而於株主總會決議提起其訴。又從十分之一株主請求訴之提起。於取締役時。則會社當從決議與請求日之一箇月內。提起其訴。但爲此請求之株主。須供託其所有之株券。且因取締役之請求。須供相當之擔保。尙於會社敗訴時。使對於會社任損害賠償之責。(第七十八條 第七十七條)

監查役因負監督業務之義務。而更生附隨的之避止義務。即不得兼取締役或支配人也。(第八十四條)是雖有株主總會之決議。亦不得兼之。法律上在監查役雖得兼爲番頭手代其他之使用人。然實際上則未有聞者。若藉名爲普通之使用人。而行支配人之實行。違法也。但監查役者。得爲他會社之取締役或支配人。其會社與自己之會社爲同種營業之目的與否。可不問也。尙爲他會社之無限責任社員。因自己與第三者爲屬於會社之營業部類之行爲。總可隨意。唯於行一時取締役之職務之間。則不得爲

之耳。

監查役行一時取締役之職務之際。即於取締役缺員之際。以取締役及監查役之協議。從監查役中指定或者使其行其職務者也。使監督機關而行執行機關之職務。事屬重大。故必要與取締役監查役之協議。且使監查役從一定之手續。於未得株主總會之承認。不使行監查役之職務者。蓋防監督與被監督之行爲。集合其一身也。余對於規定之趣意。雖亦贊成。而不能無所疑惑。所疑惑者。即監查役一人之際也。在他國監查役爲三人以上者。固不出此問題。而如我商法之監查役。以一人爲己足。則當一人之際。即不免屢生此問題。果生此問題。將如何適用第八十四條之規定乎。從立法之趣意攷之。無論如何。於此之際。不得爲本條之適用者也。何也。其一人之監查役行其取締役之職務時。必不得行監查役之職務。從而爲一般之株主監督業務之執行者。至無其人也。是可謂反乎法律必置取締役之趣意。故於法文所謂於取締役中缺員時。從監查役中選定或者使其行一時取締役之職務者。當解爲監查役有數人之處者也。即所謂於監查役「定」之者。其定之之後。尙有他監查役之存在之意味。可知

也。

監查役怠其任務。而使會社被損害者。不惟對於會社負賠償之責任。即加于第三者之損害。亦使負其責任。(第一百八十六條)此規定惟監查役有之。而取締役則無有也。若削除本條。則監查役損害賠償之責任。來其變動。於此之際。第三者惟對於監查役得爲損害賠償之請求乎。抑對於有斯監查役之會社亦得請求之乎。若無論對於何者得爲請求。其義務有保證之性質乎。有連帶之性質乎。不免生種種之問題。又取締役之任務。爲不惟對於會社。併對於第三者乎。惟對於會社。因怠其任務而其對於第三者負損害賠償之責任。果基于如何之理由乎。亦當研究之問題也。

欲使取締役盡其義務。必與之以權利。即對於取締役得求事業之報告。又得調查會社財產之狀況是也。(第一百八十一條)尙認爲有招集株主總會之必要時。得招集之。(第一百八十二條)法律既以此爲監查役之權利。同時就監查役之義務亦當明書。即認爲有招集之必要而不招集時。雖負其責任。寧從正面。定爲監查役之義務。不拘於他事項亦含有義務之意味。而就招集取締役之臨時總會與監查役招集株主總會。用他之文例。使解

釋者抱其疑惑不可也。尙於取締役所謂每有必要招集臨時總會。與於茲所謂認有必要時得爲招集。於其間果有如何差異之意乎。(第百五十九條 第百八十二條)抑在獨逸商法亦從權利方面規定。而此亦倣之乎。所當研究之者也。

監查役雖有求營業之報告調查業務之狀況之權利。而不得自執行業務。故越此範圍而爲干涉者。不可也。

監查役可受之報酬。雖得定于定款。若于定款不定之時。則得以株主總會之決議定之。與取締役無所異也。(第百七十九條 第百八十九條)關於報酬之立法主義。各國不同。然在通常則

監查役之報酬。較之取締役爲不利益。例如以收入之一部定爲報酬時。在取締役以純益爲標準。而在監查役。則除去此中配當於株主之一定金額。而以其殘額爲標準。又對於取締役之報酬定于定款時。若爲減少。亦必依于定款者。又因此變更定款。在取締役要多數之一致。而在監查役。則單以出席者之多數決之者也。

我商法不認所謂豫備監查役。故監查役之豫選爲無效。蓋規定於商法之機關之外。無會社之機關。於商法既無所謂豫備監查役。無論何人。未有謂於監查役之外。尙有

豫備監查役之一種機關。與監查役並立而行其義務者也。唯有謂豫選任可爲監查役者。於缺員時。可不爲何等之行爲。直使之爲監查役。其論旨以法律所不禁之行爲。無論何事。得以爲之。法律既不禁監查役之豫選。故豫選亦爲有效。然以監查役之性質論之。則決不許爲豫選者也。監查役者。爲於其當時監督會社之業務。要爲其當時之適任者。防與取締役生其情素。或因他之理由。特定其任期爲一年。雖在最適任者。決不使依然繼續其地位。必待再選而後可也。今未至選任之時期。豫置選任之監查役。至直以之爲監查役時。使實行其職務。可謂最不通於事情者。又爲如此之決議者。亦束縛後之株主總會者也。雖有株主總會。得自由爲解任。不受其束縛者。然既須解任。即爲其解任已受其束縛矣。於解任要解任之決議。即不可不爲一之行爲。爲此行爲。必須手續。因手續之困難。遂有依然任其存在者。或雖爲解任之手續。而或期間有使行監查役之職務者。有謂雖未嘗一行監查役之職務。可先完了解任之手續者。有謂於或者爲監查役之前。可取消其選任。使其決議爲無效者。然雖使爲如此之行爲。亦際必要之際。當選任適當之監查役。况關於新任與解任之人物。不可不加攷慮。在



或人不選任爲監查役。縱出于不出意。而既爲監查役之人。而解其任。當不能不費躊躇者。尙許爲豫選。而於法律定監查役之任期爲一年之趣意。必被其破壞。若當豫選者爲限於現在之監查役以外之人。似無所不可。然許爲豫選。則於當豫選者之間。不能立此差異。而較普通之株主。有熟練監查之事務者。即現在之監查役。有最適於爲將來之監查者。苟入之當豫選之中。而以之爲豫選監查役時。至現在監查役之任期終了。使繼續爲其監查役。是有一年以上繼續爲監查役之實矣。豫選者。爲一種之選舉。若云得爲豫選。則再選之選舉。亦云得以豫爲之者。以再選之豫選。爲反乎第一百十條之精神。故爲無效。是爲解釋之最得其當者。由此理由推之。凡豫選悉解爲無效可也。

尙從將來之事見之。如此之豫選。爲株主總會拋棄其權利。夫可得拋棄之權利。雖不妨爲拋棄。而如選任監查役之權利。乃不得拋棄者。故其豫選無效也。又從現在之事見之。則株主總會。爲無權限之事矣。蓋現在之株主總會。惟於現在有得選任必要之監查役之權。若選任於將來株主總會所當選任者。超其權限者也。

人多從實際之結果立論。謂若不許豫選。則於無監查役之處。必無有行監查役之職務者。然於監查役任期滿了之際。則有急迫行其職務之人。以爲無行爲之人。而作極端之想像。則豫選者悉死亡之際。亦不可不想像之矣。又會社恐是等之際生其困難。有設二人以上之監查役。異其任期之滿了者。非必須爲豫選也。

或曰於任期之滿了前。使選任之。可也。於現在之監查役之滿了前。而選任者。即爲豫選。無論於一日前爲選舉。於十年前爲選舉。皆屬豫選。其至於缺員不復選舉之點。乃同一者。不得以其期間之長短。而區別豫選爲有效無效者也。然此欲得空理之正確。而不免誤於法之精神矣。何也。法律於未接選任監查役必要之時機。不許選任之。爲任期之將盡者之代。而選任監查役者。非茲之所謂豫選也。而以何時爲此區別之標準。則一依裁判官之認定而定。其最爲有力之標準。以監查役之任期爲一年。而以其時定之也。

以監查役之豫選爲有效者。其從明文所不禁之點而解釋之乎。或雖爲如斯之豫選。以會社無論何時。得爲解任。故以爲可乎。抑以數年前豫選監查役之事。於實際亦有

之乎。然迄今日。則未見有此實際者。不見於實際。而會社爲如此之豫選者。恐爲法律之所不許也。若果許之。必生如此之事實。又不免因之生種種之弊害者也。爲豫備監查役者。既爲我國法所不認。則監查役之豫選。自爲無效。所謂豫選者。謂未接於選任之必要時機而選任之者。其迫於必要之時機與否。屬於裁判官之認定者也。而以其豫選爲非者。謂其於再選現在之監查役與新選他人。無所差異也。或者就此而區別之。謂新選任或株主爲監查役。雖於現在之監查役不生缺員之先。亦無不可。而再選現在之監查役。必在其任期滿了之後。即在爲其監查役者至不爲監查役之後也。其理由以法律關於再選。云任期滿了之後。關於新選。無所言之故也。此爲法文之文理的解釋。固未嘗不有其理由。然云關於再選必在現在者不現在之後。新任者雖於數十年前置豫選亦爲有效。是仍不免拘泥於文字。強於二者之間立其差等。而其差等之理由。終未能爲充分之說明者也。在他之一方之論者。謂再選爲任期滿了之後。滿了後之文字。爲無益之詞。監查役之任期爲一年。但不妨再選之者。文章與俚言非一致也。惟云任期滿了之後不妨再選之者。亦非深知法文也。又所謂不妨再

選之者。雖有言此爲注意的之文字。非禁止的之文字。於任期滿了前再選。無論何時爲可者。亦迫於曲解也。然則所謂任期滿了後者。果爲何所用而言之。蓋視監查役之選任。果迫於必要與否。而以之爲有力之標準者也。甲株主於明治三十八年七月一日選任爲監查役。則於明治三十九年七月一日。不可不爲選舉。其依或之事由。於明治三十九年六月三十日開臨時總會之際。其總會再選任甲亦可也。若依一部論者之說。必以任期滿了前爲不可。當再於翌七月一日或二日開臨時大會選任甲矣。又如乙或丙以明治三十九年七月以後爲取締役者。於明治三十八年七月一日選任甲之際。同時爲選任亦可矣。余謂甲與乙丙之間。（即新選者與再選者之間。）決不生如斯之差異。如他之極端論者。謂無論如何。常非同一。縱迫於必要之際。爲皆同一。而其認定迫於必要與否。亦由爲新選者爲再選者而決其遲速。不能謂無異也。然遲速之認定。爲事實之認定。雖裁判官以如何決之。不得爲有上告之理由者也。余於以上雖專就監查役爲說明。而於理論。則取締役亦同一者。即取締役之豫選。爲無效。而所謂豫選取締役者。不置於我商法之眼中者也。

我商法規定爲株式會社之機關者。限於株主總會取締役及監查役之三者。至檢查役之文字。散在各條。其當任命與有任命權者。雖示之。而其性質則不明瞭。選任檢查役者。爲官吏乎。爲一個人乎。異其規定之法令。在佛蘭西商法關於檢查役不特設規定。唯於或時裁判所使檢查會社之帳簿與業務。而有認任命檢查役。從而說法蘭西商法者。自當參照英吉利獨逸伊太利之制度。在於獨逸於其始不特置檢查役。雖後置之。亦不甚置重。唯採用審查主義感其必要。稍設詳密之規定。

學者分檢查役爲三。即第一爲法律上之檢查役。第二爲裁判上之檢查役。第三爲會社上檢查役是也。

法律上之檢查役。於取締役與監查役共爲發起人之際。及取締役與監查役以自己之財產讓渡於會社與從會社受特別利益之際。見爲必要者。一千八百八十四年獨逸之株式會社法規定之。而爲獨逸新商法所採用者也。檢查役有公法的之性質。當使代表商業之公之機關。如商業會議所或商工業會議所選任之。被選任爲檢查役者。當依一定之方式。爲調查報告。若於會社之所在地。無如斯公之機關時。則使裁判

所選任之。蓋一千八百八十四年之會社法。使取締役與監查役協議之後爲選任。而現行商法則改正之也。

裁判上之檢查役。法律與以調查會社業務於一部株主之權利。其結果得於管轄會社所在地之裁判所。請求檢查役之任命。任命之後。有調查會社之帳簿其他書類金錢所有額等。報告之職務者也。

會社上之檢查役。於株主總會因使調查貸借對照表及他之事而選任之。此種之檢查役。以株主總會之決議選任。其權限得以株主總會之決議定之。尙以定款豫定之者。亦無不可也。

上所述獨逸之檢查役。其法律上之檢查役。多參照英吉利之會社法而定。英國迄一千九百年。一般之會社。其選任監查役與否。皆爲隨意。唯如銀行保險等。在英人所謂有準公之性質者。必要選任。若新會社法。凡會社皆以之爲必要之機關。（一千九百年英國會社法第二十一條）無監查役時。則因保護株主之利益。關於檢查。自不可不爲詳細之規定。故英

國之會社法。其關於會社之檢查。亦較之他國之會社法。規定爲細密者也。（一千八百六十二年）

之會社法第五)選任檢查役。有在商務院者。有在會社者。無論何者選任之。檢查役得命十六條以下)取締役提出帳簿。爲質問爲審問。爲審問時。得使取締役爲宣誓。若取締役不承認之。或就其他者妨害之。則不免科刑。商務院任命檢查役。以其會社爲銀行等爲目的。其資本分爲株式時。依有其三分之一者之請求。在他之會社時。則依有株式於其資本之五分之一者之請求。在資本不分株式之會社時。則依其社員之數五分之一以上之請求。爲選任檢查役之請求者。當疏明其理由。同時疏明其請求非有惡意者。在英國非如獨逸使商業會議所選任檢查役。蓋英國之商業會議所。爲純然私立的性質。而與獨逸異其性質者也。又無裁判上之檢查役者。以認此等之事項。爲純然行政事務故也。

有於會社置相談役者。以監查役之權限。限於監督之事項。不得稍干涉其業務。而偶於取締役有不得決行之事項。乃生相談役者也。然於此之際。雖置相談役使干涉其業務。而無規定於法律之代理權。我商法不認有相談役。故其性質不明。唯限於不反公益不害會社之性質。得使有如何之權限。其行爲自如代理委任。僱傭。於民法之規

定。及取締役監查役商業使用人等之規定。可適用或準用之也。

#### 第四節 會社之計算

於會社存續間所爲之計算之最重者。爲關於利益之配當。蓋設立會社者之最大目的。在於利益之分配故也。關於此事大體之原則。雖與合名會社無所異。然在株式會社。以有一種特別之事情。迄於利益分配之要件。與分配之手續。異於合名會社者也。

利益之配當。不可不在填補損失之後。若違反之而爲配當時。則會社之債權者。得請求返還。與合名會社同也。然在株式會社。取締役務欲多其配當額。即所謂多評價差益之弊也。評價差益者。財產之額騰貴時。即就其騰貴額入於益金之部。夫使騰貴價額常依然存在者。固無不可。若一有下落。則將減少會社之資本財產。害其鞏固。故當於評價控除之也。又有云於法律當禁爲此差異之分配者。在株式會社。於損失填補之外。尙有一之要件。即先須控除準備金是也。

商法關於準備金爲左之規定曰。



會社每於配當利益要爲準備金積立其利益之一部(第一百九十四條)

會社非控除準備金之後不得爲利益之配當(第一百九十五條)

此爲基本規定。尙以如何爲準備金乎。以如何爲準備金之所出乎。以如何爲反乎法律之規定。而配當利益。當受制裁乎。余就此等之事項。就所謂準備金者。果爲如何。及當如何保管。如何記入貸借對照表之諸問題。說明之。

當其始也。無論何國之法律。未有設準備金之規定者。唯取締役深能注意者。自積立利益之一部分。以備非常而已。後以此準備爲得其宜。於是或會社有使取締役必備若干之準備金。而至定於定款者。定於定款而實行之者。則會社之基礎鞏固。不然者。則其基礎薄弱。基礎薄弱之會社。屢屢破產而害國家之經濟。遂至以法律強制之。而所謂法定準備金者。由是而起。蓋始由會社之隨意。而今則依法律之規定也。因此沿革上之理由。所生法定準備金之名稱。爲同時示諸國之立法主義之語。如我國之主義。即所謂法定準備金之主義者也。會社於法律所強要一定之準備金。而積立之外。尙有積立或金額。而自稱準備金者。是準備金實有二種以上。法定準備金之名。比較

於任意的而用者亦有之。在以法律之規定命爲準備金之國法之下。而云法定準備金時。以之謂對照於會社隨意所積立之任意準備金可也。又規定於法律者。爲此準備金。而如我國商法。不規定他之準備金。說者謂單云準備金時。多指此法定準備金者也。

最先爲法定準備金之規定者。爲一千八百六十七年之法國會社法。(第三十條)多數之國皆倣其制。一千八百八十二年伊太利之商法倣之。一千八百九十七年之獨逸商法。及我國之現行商法。亦倣之。同此規定準備金之法律中。如我國單規定其額之出。與違反之制裁之一部。其他悉委之解釋。如獨逸商法。於此等之諸點詳細規定之外。雖其使用方法及記入於貸借表之方法等。亦詳記之。然此等關於會社法全體之制定法。不一加以批評可也。

準備金之目的。在因會社之基礎。獨逸商法(第二百六十二條)爲填補會社之損失。要設準備金。學者解此規定。謂法定之準備金。於填補損失之目的而被使用。當爲制裁的之規定。即於資本之實額減少之際。使補充之。於會社解散之際。在破產者。務使會社之債

權者不被其損失者也。有此目的。故一入於準備金中。即在法定額內。早不得爲分配者。如於或年度得五萬圓之利益。於悉得分配之內。以其一萬圓入之準備金中。至翌年毫不得利益時。不得取此一萬圓而爲分配。蓋一入準備金中。早定其用途。在株主不能對之而有分配之請求權者也。其得爲請求者。唯於會社解散之時。已完濟會社之債務。而後有此權利耳。余雖採此說。然關於是尙有問題。即獨逸人中題爲「於破產之際之準備金之運命」討論者。多有爭點者。在於此準備金之上之會社之債權者與株主之權利之順位如何也。於準備金中。有從株式之發行價額爲券面額之差額而成者。有從年年之利益之一部而成者。雖依其如何而異其議論。然一一區別而爲說明。則嫌其煩。故於前專就關於通常所生利益積立準備金說明之。

在極端言株主於準備金之上有權利者曰。株主之權利。位于會社之債權者之上。株主就自己可取得之權利而不取得之者。恰如寄託所置之金額者也。在以株主爲等於會社之債權者曰。株主與他之債權者。共於準備金上有其權利者也。或無論何者。其爲論據之處。在於株主爲責任有限之點者曰。株主者。雖就株金額負其責任者。拂

込株金之金額時。在會社雖已有何等之負債。而株主得不支拂之也。例如在百萬圓之會社。而拂込其全額百萬圓時。會社以百萬圓爲限於責任。故關於其上有二十五萬圓之準備金。雖株主亦有其權利者也。然是誤也。株主之責任。以株金額爲限度。不俟言也。從而在五十圓之株。拂込五十圓時。早於其上不須拂込者。雖然。不得因此而云各株主於會社之財產上有債權也。於百萬圓之全額拂込以上。早不須爲拂込者。與會社有百萬圓以上之時。請求其額之權利者。全爲各別。百萬圓之會社。負擔百二十萬圓之債務而完濟之者。不得謂各株主就一株負五十圓以上之責任也。準備金者。法律於如斯之處欲保護會社之債權者而設此規定也。以會社之所得金爲利益。適法決議分配於株主之後。雖株主對其金額有債權。與會社之一般債權者在同等之地位。然於其他之處。則株主無對於會社之債權。百二十萬圓者。爲會社之財產。於破產之際。先供債務之辨濟。以其餘者。始分配於株主者也。是雖無何等之條文。亦得爲如此之解釋者。如我商法於不控除準備而爲配當時。在會社之債權者。得使返還。殆無反對之餘地者也。此問題於乃布起西銀行之株主總會討論之際。雖有云株主

於準備金上亦有權利者。然果路特士丹因氏反對之。與余之說同。揭于獨逸法律新聞。可參攷之。

會社積立法律所定之額以上之準備金。於法定準備金之外。有任意準備金之時。則株主對之有其權利否乎。其不得有之。雖與法定準備金所述之理由相同。然不得謂即此所述之理由也。會社之財產。爲債權者之擔保。株主於特定者以外。對於會社不有債權。故會社先以其總財產辨濟於債權者。至有餘之時。始得分配於株主者也。債權者得從破產財團受辨濟。於破產財團中。包含準備金者。故依破產法之說明。亦得說明此論決者也。（獨逸商法第二百三十二條  
第二百六十二條參照）

法定準備金之額。爲資本四分之一。余謂即積立法律定額以上之準備金。於法定準備金之外。有任意準備金之際也。百萬圓之會社。以其四分之一之三十五萬圓。積立爲法定準備金。以其他之二十五萬圓。積立爲任意準備金。是所謂法定準備金及任意準備金。皆屬同一。不生何等之問題。若云法定準備金爲三十萬圓。任意準備金爲二十萬圓時。則於所謂法定準備金三十萬圓之性質。當生其問題。會社反乎法定準

備定之規定而爲配當時。會社之債權者。得使返還之也。於此之際。會社以或年之三十萬圓。組合於法定準備金。至翌年無利益時。得從此三十萬圓中取其五萬圓。而爲五分之配當乎。使稱爲法定準備金者。在法律唯定其最低額。而在法定之額以上。會社亦得隨意定之者。則既定之後。即爲嚴格之法定準備金。早不得從其中爲配當。而爲此配當者。即爲違法矣。然使所謂法定準備金者。爲迄法律所示最低額之準備金之意味。則於其定額之上。雖有如何之名義。而非法律所要之法定準備金。故就其五萬圓爲配當亦可也。由後之意味言之。所謂會社有三十萬圓之法定準備金與二十萬圓之任意準備金。非正確之語。爲法律之解釋。寧云二十五萬圓之法定準備金與二十五萬圓之任意準備金也。余採此解釋。以法定準備金爲法律所要之最低額。在我商法爲資本四分之一。即於本例爲二十五萬圓也。從而會社雖如何超資本額之餘額。爲區別命名可也。若分超資本額之五十萬圓。以二十萬圓爲法定準備金。以三十萬圓爲任意準備金。即爲違法。又或反對之名三十萬圓爲法定準備金。名二十萬圓爲任意準備金。法律上亦以其二十五萬圓爲法定準備金。二十五萬圓爲任意準備

金也。法文云。會社送達其資本之四分之一。要爲準備金積立其利益。而於四分之一以上。則不加何等之制限。故會社雖以如何之額得爲積立。而不得以之爲法定準備金而不可動也。蓋四分之一以上。非法律之所必要。而出於會社之任意者。任意積立者。得任意分配之。當然也。在獨逸之判決例及學者之多數。如「俾連特」「可薩」「士陶布」「賓那」「蒲爾特」「拍他遜」「腓的獨富」「海該漢」「諾伊康布」之諸氏。皆同余說。反對者僅「林苦」「奇蒙」等之二三人而已。

作準備金之財源。在我國爲二種。在獨逸則爲三種。

(一) 利益。會社每於配當利益爲準備金。要積立其利益之二十分之一以上。(第九百  
條)以每於配當利益而爲積立。其無利益時。不須積立。可不俟言也。於或年不得利益。毫不積立。至翌年有非常之利益。而積立其二十分之一者。亦屬隨意。非法律之必要者也。又於利益多大之處。其一次積立。迄資本之四分之一。限於一次而止。爲可者。則於利益極少之際。雖經百年。尙不達四分之一亦可也。每於配當積立之額。爲二十分之一以上。而於以上則無制限。故雖以二十分之一(即金額)爲積

立金。無不可也。積立以如何之額。委之總會之所定。或謂會社得利益之際。株主有請求其分配之權。若會社得多大之利益。悉以之爲準備金。而毫無所分配。是有利益而不分配。奪其株主之權利者也。此種之權利。雖以多數不得奪之。在株主得請求其無效者也。然此問題。與就如何之事項得爲多數決。如何之事項。要悉得其同意。如何之事項。雖悉得同意。亦不得爲之之大體論。相關連者也。余謂準備金之積立。於總會得決議之。至法定之準備金。爲法律所令爲積立者。更得於總會爲決議。而於會社任意爲積立之際。亦信爲於總會得以決之者。若會社於其年度內所得之利益。悉於其配當期爲配當。既極煩雜。又害會社之鞏固。故必解爲以若干之數。繰越於次期。(繰越者越前而上之也)或以他之名義得積立之也。而其年額以不定於法律。不外依總會之決議。若其於定款有所定者。則後其定款。不俟言之也。云減定款所定之率。爲定款變更之決議。雖爲有效。而爲增率之決議。則有害株主之權利。唯限於其增率爲會社之利益之所必要。不可缺之際。乃爲有效。此區別吾人之所不認者也。



(二) 額面以上拂込之金額。以額面以上之價格發行株式時。要就其超於額面之金額。但入之於準備金。(第九十四條第二項)即差額金之組入也。所以爲如斯方法者。其一以此方法爲作準備金之最易者。又其一爲不如斯時。則會社以額面以上之價額發行株式。如見非常有望之社。直以其差額金分配於株主。使與其以實額面爲發行者爲同一。或速爲分配。如見其會社於募集後忽得利益。不免欺世人者也。獨逸產學者謂券面額與差額相合在株主爲取得株式之出資額。在會社爲會社財之增加。非資本之增加。然雖非資本之增加。而亦等得資本之利益。得以使用之者。此差額非利益自身。必與資本並入貸借表中之借部。當長爲保存。不得分配之也。

在獨逸於此外有使株主支拂或金額。而不增加資本。以其際之拂込金。入之準備金中。然爲我國法所無。故於前不說明之。

所謂準備金者何耶。我商法就準備金之如何。不明示之。設準備金之目的。雖得爲窺測。而其準備金之如何。殆無可窺測之規定。故當參照學說及外國之立法例等說明。

之。蓋從最嚴格者而次第進於寬大者也。

(一) 所謂準備金者。爲限於「金」者。如銀非金也。如貨幣非金也。如器具機械。更非金也。其得以之爲金者。無論金塊。無論砂金可也。此以準備金之金。解爲金貨。故以此爲嚴格之解釋。爲正確之解釋。爲所讀之字之解釋也。然爲此解釋。先於其目的爲法文之曲解矣。付之一笑可也。雖採金貨本位之國。以準備其金爲通常。而依準備金之多少。亦與銀行其他諸會社之信用相上下者也。

(二) 以準備金限於金者。爲失之狹。謂無論銀、銅、鉛。苟爲金屬之意味。皆可也。此不爲金之文字之曲解。較之限于黃金之說。可謂適於實際者矣。

(三) 所謂準備金者。貨幣也。廣言之。即於一國得爲強制通用之有價物也。勿論金貨國之金貨。銀貨國之銀貨。即於金貨國爲補助貨之銀銅貨。亦得入之。又在通用紙幣之國。其紙幣亦得入之。

以上三說。過拘泥於文字。我法律所用準備金之文字。若離準備而唯就金之文字置重。不可也。是所謂準備金者。當解爲一個之意義。

(四) 準備金者。雖有價證券。亦可也。以限於貨幣。失之過狹。故謂雖公債株券等亦得入之。其中如限於國債地方債之公債。與會社之私債株券等。及手形船荷證券倉荷證券等。雖皆無所不可。而皆以之爲或程度之有價證券。即容易換金錢而得供債務之辨濟者也。其明爲某某證券不得列舉之。又不列舉之而委之解釋者也。在獨逸之草案。雖不得云有此說。而以此說爲可者。以從其理由中所謂「準備金者欲無論何時。得達設之之目的。就易得換價爲金錢。而注意保存者。爲重其責任之會社機關之義務也。」者觀之。而得知之也。

(五) 準備金謂爲財產。可也。前說謂準備金當爲有價證券。然有價證券。畢竟爲物權或債權。得與財產同視。而有處分權者。又前說謂手形得爲準備金。既得以手形爲準備金。何故借用證書。(即金錢貸借之債權)不得爲準備金。得以銀塊銅塊等爲準備金。何故土地不得爲準備金。若土地可爲準備金。則家屋亦可。家屋可則一般財產。亦可以動產不動產債權。爲可則特許權版權海面使用權鑛山採掘權等無所不可也。是所謂準備金者。當云準備財產者也。

因獨逸之學者多採此說。我國之說明準備金者。直雷同之。其說明方法。亦惟就獨逸學者誤謬之說明爲解說。從此說。其得達設準備金之目的乎。又準備金者。果爲與準備財產同其意味。而得說明之乎。若果如云爲準備財產者之所云。則會社就準備金之積立。甚形困難。至使會社無益保管其財產矣。又於作貸借對照表之際。固見困難。而於財產之價值變動之際。更感其困難矣。無論在獨逸商法之下。此理由不能爲充分。而爲我商法之說明。亦不能爲當。若如論者所云。以此爲準備財產。則強以法律使於資本外設準備金。何如在百萬圓資本之會社。使拂込百二十五萬圓。在拂込百萬圓會社之資本。稱爲八十萬圓之爲簡乎。

或曰準備金者。爲易得換價之財產。其云準備金爲財產之點。雖與第五說等。而所謂易得換價準錢。附以制限之點。則其實質上與第四說（即有價證券說）等也。其以如何爲易得換價金錢。則依時與處而不同。結果歸於判官之認定者也。雖然。裁判官關於此種之事。以商慣習爲重。聞商人之言。多云爲善良商人之準備金者。即茲所謂之準備金。若於或時或裁判官以非金銀。塊謂難於換價。雖反乎常識。亦於其際不得以

他之財產爲易於換價矣。又他之判官。雖以如何之財產。謂易得換價。在海面使用權。鑛山採掘權。固不待言。而使或人。一日走千里之債權。亦云易得換價。則如斯奇妙之債權。亦爲株式會社之準備金矣。然如此論之。不免兩趨於極端。有常識之判官。如公債私債株式等。皆以爲易於換價者。故此說之實際。當云與第四說等也。

獨逸學者多採以準備金爲準備財產之說。其財產之使用方法。與記入於貸借表之方法。多有所說明。今細說之。並就獨逸法。較我國當廣解準備金之理由。及獨逸學者中之準備金爲最大意義之準備財產。於普通財產有特定之點者。及云準備金畢竟爲貸借對照表中之借方數字者。示之於後。

或者曰。準備金者。非獨立而可分離財產之一團。不過爲不可分配貸借對照表之借方之一項目而已。故雖云準備金。亦可謂之準備勘定。而就準備金爲保管或利用與否。於法律一無所定。於定款定利用之方法時。則從其定款。爲利用而買入有價證券者。其有價證券非準備金。不過爲與準備金之額。有相當額之財產。又於貸借表。其有價證券。雖有入於貸之部者。然爲準備金之有價證券。則不入於貸之部。蓋準備金者。

常在於借之部。其價一定不動。非如入於貸部之有價證券。依價之高低。而來變動者。又證券之利息。亦不入於準備金中。而入於爲利益得以配當者之中也。俗以準備金之利用或放下。爲有如此之意味。實則於此非利用或放下之者。故宜改其語也。

或者曰。準備金爲供損失填補之用。依第三百六十二條第一項之法文。而可明瞭者。即株主得請求會社以準備金供貸借表之損失之填補也。法律爲填補損失而使置準備金。其損失爲非常之損失。或通常之損失。可勿問也。唯比較貸借表之貸方借方之總額。於損失之處填補之而已。於其年之貸借表。任其損失不填補之者。當於次回之貸借表。從準備金中減去其損害額也。

或者曰。所謂純益者。從總貸方引去總借方之殘餘也。於此表中當入於貸方者。爲債權。不動產。動產。現金。有價證券等。當入於借方者。爲資本。準備金。營業費借務等。準備金者。其結局當歸於株主或會社之債權者。故從會社見之爲借方者也。

或者曰。資本入於借方之部。依同一之理由。準備金亦入於借方之部也。爲積極的財產之準備金。入於借方之部。雖見爲奇。然株式會社之貸借對照表。非使知會社財產

額而作之。乃使知年年配當幾何之利益而作之也。世人謂準備金者。爲獨立爲一團之金額或財產之實現者。是置此金額於不經濟之地位。雖云得買公債株券等。亦誤解準備金之性質者也。準備金者。等於資本金。無論何事。得直接使用之。決非與資本金分別而存在者。唯在於帳簿上之數字耳。勿論在於帳簿上之數字。非徒書之。亦須有即此所書之實價者。故書之借方者。其可配當之利益。自見爲增加者也。

或者曰。準備金者。爲會社之現存財產。入於貸借表中之借方之部者。在欲因此知可配當利益之額也。雖然。是非僅以欲知利益之額爲目的。不得與減價償却單有有此目的而入於借方之部者同視也。準備金者。合資本金而組成會社之財產。雖與利益配當之情形相宜。入之於表中之借之部。決不得謂債務。不過爲債權者之利益從分配額控除。一時入於借之部耳。故同此所謂貸借對照表。其個人之表與株式會社之表。有其差異。在於個人。以此爲對照財產。是以爲準備金之財產。入之貸部。而在會社則示其財產者。則有財產目錄。其貸借對照表。唯算出得配當之利益。而不得配當之準備金。乃入之於借部者也。

獨逸學者之說明。概爲如此。雖亦有異其說者。然其大體則多以準備金爲準備財產。而不以之爲獨立之一團。唯在於貸借對照表之借之部足矣。此讀獨逸書者皆當同之。而欲適用於我國法之解釋者也。不先解我國法而後參攷獨人之說。而先讀獨人於獨逸法下所論之書。謂於我商法之解釋。亦得用之。此初學者所屢蹈之弊。不足怪也。獨人中就準備金雖多有論貸借對照表者。而特爲之算書。則唯「奇蒙」シモン及「西勒墨」ヒル之二氏。

定於我國法者。惟法定準備金。此外就名爲準備金而積立者分類之。有以使積立之動力爲標準者。有以積立之目的爲標準者。以法律之力使之積立者。即所謂法定準備金。已如前所述。於茲省焉。而示其他。

(一) 於定款使積立之者。自始定於定款時。則株主悉依其所定。固無所爭。若自始之定款無之。於株主爲株主際之定款亦無之。從而彼等欲限於年年多得分配者。一旦使其以多數決就多額之金爲準備金。不爲分配。不免以反其株主之豫期。減殺利益配當權。不受如斯定款之拘束矣。詳言之。即謂其定款變更之決議。非得



全株主之同意。乃無效也。此不惟在獨逸人中有其爭議。即爲我國法之解釋。亦有其爭議。然此事實爲得以定款定之與否之問題。當與他之同種之問題。爲同一之解決者。若不反乎公之秩序與會社之性質時。得以定款定之。則其結局當依判官之認定而決。使余爲判官。於大概之處。終以之爲有效。所謂大概之處者。非極端之處。例如本會社爲準備金之金塊。非達十倍。不爲利益之配當。如此定之。是極端者。不認爲有效也。

(二) 因株主總會之決議者。關於此亦與余同說。即以限於反於公之秩序與會社之性質爲無效也。唯於定款異其所定者。雖以充此條件爲已足。然總會之決議。在於定款以下。若於定款而禁之者。不可不先改其定款。有云雖以定款不得作準備金者。即謂不得以總會之決議。而更作之也。然則關於利益之繰越金當如何乎。雖曰準備金曰繰越金。爲會社隨意取附之名稱。而至不分配利益之一部。爲會社之財產置積立之事實。則同一也。蓋雖爲準備金。亦有減價償却金。與配當平均準備金。而所謂繰越金者。不過一種之準備金。若準備金不得以總會之議決而積立。則

爲年年之繰越金。亦將依總會之決議而不得爲之。是會社雖於一厘之微。悉須爲配當。不堪其煩矣。余不爲如斯之不便解釋。謂普通之準備金。得決議作爲繰越金。固易得決議者。利益小時。以全部爲繰越金可也。利益大時。以全部爲繰越金亦可也。即數年間繼續。有大利益。尙繼續舉全部以總會之決議爲繰越金。亦無不可也。其他取締役或監查役。因定款及總會之決議。雖有與以積立準備金之權限。然其原動力以在定款與總會之決議。不必視爲別種而討論之也。

從積立之目的而區別之者。即於如何之用途。用其準備金。而爲其區別也。爲此區別時。則於法定準備金。有填補資本欠缺之目的。有擔保會社債權之權利之目的。而未至會社解散之際。其不分配之金。不得爲利益而配當之也。

法定準備金以外之準備金。則非法律之所命。又非法律之所禁。任會社隨意爲之。其名稱亦有種種。今於其中舉其多實行者。

(甲) 減價償却準備金。物必使用。使用必削耗。遂至於無價者也。如船舶稱爲二十年或三十年之船舶者。至其年早不得使用之也。今以例示之。三十萬圓之船舶。

有三十年之船齡時。其船舶每年爲一萬圓之減價。至三十年之後。欲以同種同質之船舶。繼續航海業。則其會社當年積立一萬圓。即於第一年之終。其船價爲二十九萬圓。合準備金一萬圓。則爲三十萬圓。至第二年之終。其船價爲二十八萬圓。合準備金二萬圓。亦爲三十萬圓。常以三十萬圓之財產。存於會社。至三十年之終。船舶爲無價時。因計算便宜假定爲無價有其準備金之三十萬圓。得以購入船舶者也。應船舶所減之行度而積立。故此有名。或從購入新船見之之點。名爲新調準備金者。

此準備金爲會社之基本財產。常有保存之目的。不得以之爲利益而配當也。所得稅者。爲就利益之所得而課之稅。而於此種之準備金。有云不得課之者。所得稅者。以人所得之金額爲準而課之。不問其所得者分配其金額與置積立。及爲其積立之目的如何。故此種之所得金。亦有云得課稅之者。此雖專入於所得稅之解釋。而亦足以爲研究準備金之性質之參攷。學者不可不注之意也。在行政裁判所。就船舶償却準備金。解爲不課所得稅。

新代船準備金不課之。則爲新代家屋之準備金。亦不得課之矣。爲新代家其動產

之準備金不得課之。則會社際現在物之消滅而欲作新物之準備金。又一切不得課之矣。然則或會社待三十萬圓之船舶滅失之時。欲更作六十萬圓之船舶。盛爲營業。年年積立二萬圓者。當如何。一萬圓爲現產保存。故不課稅。其他之一萬圓。爲獲得新產。故課之稅乎。抑以二萬圓爲購入新船之準備金不可分。悉不課之稅乎。有一隻船舶之會社。至三十年後。欲爲二隻之營業。年年積立二萬圓之準備金時。以其一隻明爲營業之擴張準備金而課稅之乎。若不課之。則於一切營業擴張之準備金。亦不課之乎。或唯航海業者爲擴張航海業所增加船舶之數之準備金。不課之乎。不課一切之營業擴張準備金。則爲損失準備而備之金額將如何。又爲利益配當平均準備金而備者將如何。於損失準備利益平等準備者而不課之。則此準備金來流用於營業擴張準備金時將如何。不許其流用而會社於實際爲流用時之制裁。以如何流用謂不得許乎。得云不許流用時。此二種之準備金。雖不可不爲正確的區別。然究以如何爲區別乎。如獨逸人之所云。惟爲貸借表之借部之數字時。雖不得附此區別。然假定得附此區別。而會社於其總收入中。以何程度爲現

存財產之保存費、營業擴張費、損失填補金、平均配當準備金。果得隨意定之乎。使得隨意定之。果得達其區分之目的乎。不達其目的。將以如何之方法達其目的乎。亦不免生種種之問題矣。尙此問題雖云同於償却金。爲會社所隨意。而以依商法及特別法令而命之者。亦當異其解決者也。

獨逸人爲獨逸商法之解釋。其所謂新調準備金者。謂於會社之營業繼續的必要之不讓渡物買入價額。減其消耗額者。(獨逸商法第二百零六十一條第三號) 在他之會社之貸借表。雖可記入其表作成現時之物價。而惟株式會社之貸借表。得記載買入之價額。同時記入新調準備金於借之部。故新調準備金者。非由分配額而被控除之金額。乃使知現存財產之價額者也。從而前記之物件。不記入買入價額於貸之部。而記入現在價額者。可謂此準備金之性質來其變動。然吾人之所謂新調準備金者。則與此稍異其意味。又此爲獨法固有之規定。其雷同獨逸學者之說而不說明我商法。當注之意也。

尙於獨逸之學者中有稱爲「匿準備金」者。謂從或財產之實價。而以廉價依算。如

三十萬圓之財產而云二十九萬圓是也。是從貸借表之外面觀之。其爲何事。雖不明瞭。然此却與前記之減價償却金生同一之結果。努爲保存會社之財產額之行者也。三十萬圓之物。經一年使用。而爲二十九萬圓之價時。則書其價爲二十九萬圓。與記價三十萬圓於貸之部。記入償却準備金一萬圓於借之部。歸於同一之結果者。諾伊卡布氏ノイカブ於有此準備金之處與無此準備金之處對照之而示之以表。

(略表)

(乙) 利益平均配當準備金。獨逸之學者曰。此準備金雖不備準備金之本質。然於

我國多附以此名。記之貸借表。在外國亦非無其例也。抑會社年年分配利益者。利益多時多其配當。利益少時少其配當。自然之理也。然常爲如此之分配時。則於或年雖受巨額之配當。而於他年至無配當。以其配當爲生活者。必感困難。故如斯之配當。在世襲財產株之會社。最不得其宜。又果爲如此之配當。於多有利益可望之年。其株式暴騰。於無配當之望時。其株式暴落。將不免因之而獎勵投機心。時或法律有禁其爲極端之配當者。在監督官廳有不認可之者。故善良之會社。欲平均年

年之配當額。於多其利益之際。積立其一部。而稱爲配當平均準備金也。然於此配當平均準備金之中。尙有附以區別者。即所謂第一配當準備金第二配當準備金是也。無論如何。皆爲適法。而究以何充之。則當參照法定準備金之說明。唯判官當爲認定之際。較之法定準備金爲寬。於貸借表中當爲若何之記入。雖依于貸借表所依之次第。若以不可配當者。採入於借方之獨人之說時。則此種之準備金。亦可入於借部者也。

尙我國人有不改獨逸人之所說而採用之者。謂準備金必書於借方。然於我國。雖入於貸方之部。亦無不可。余雖思等於獨人之說。以書於借方爲便利。但我商法則未嘗命之。故依會社之情形。無論如何書之可也。在日本最大會社之鐵道會社之貸借表。入之於貸之部。其他之會社中亦有人之於貸之部者。是入之於貸之部者。必不得謂違法者也。

利益之配當。依定款應拂込株金額之割合爲之。故對於不依定款而爲拂込者。不爲何等之配當。此利益之配當。在不依株式之割合有多數之株式者。其拂込金額少時。

較之有少數之株式者。亦受少額之配當也。蓋利益者。畢竟爲對於被利用之資本而來。故以如斯定之。實至當也。而從純理言之。雖如斯定之。尙不公平。何則。會社之利益之一部。從會社之信用而生。其信用在他之人依會社之請求而皆爲拂込。故不惟以株式爲標準而不爲拂込者。有爲同一之配當之不公平。即以可與之利益與未拂込之金額相殺。亦不公平也。因之有謂不完全拂込之株主。既不能直得分配之利益金。當就其可受分配之利益金。保存於會社。待其拂込而後與之者。然此亦未能見爲公平者也。凡株式悉爲拂込時。此規定恰與云利益之配當。依株式之割合而爲之者。生同一之結果故也。(第百九十七條)

以上就在通常株主間者言之。若於發行優先株之際。有多與其配當於株主者。株主於受取利益之配當。先取得對其額之債權。雖有與此債權之發生。同時行使其債權而得辨濟者。然債權發生之期。在株主總會決議利益配當案之際。而由其時期迄爲實際之拂渡。通常有多少之期間。債權者即於其期間存立者也。若於株主總會議決之外。要得官之認可。或要第三者之承諾。則此債權之發生。爲附以條件者。不俟



言也。又就其履行雖亦得附以條件。然此皆特別也。

於取得債權時與拂渡時之間。以期間之存在爲通常。株主在於與會社之營業所或總會之場所遠隔之處。屢有利用此債權者。一旦爲株主之債權時。雖後之會社蒙如何之損失。當依然就其額與之株主。不得組入之於準備金中。尙會社有使株主易得利用此債權。而發行證券者。於其證券。有記名式無記名式或指圖式之各種。在獨逸常於株券附此證券。每有利益配當之決議。得使記入其金額而爲請求。此等證券。於利用之後。有引換其殘券。使於新株券附此種之證券而行使之者。尙在他國。有會社不自爲支拂。而委託銀行等以支拂之者。由是觀之。配當金之實際拂渡。與其以前所生之債權。益有區別之必要矣。

以於總會議決時。爲株主之債權。爲株主之財產。故株主之債權者。得以會社爲第三債務者。而差押其債權。雖然。株主之配當金額。在於總會之決議前。不能確定。則受配當之債權。於總會前亦不確定。從而株主者於總會前對於會社不有此債權。而於其確定以前所爲之轉付命令。法律上不有其効力也。

會社不填補損失。而積立準備金。爲利益配當之決議時。有云此決議爲無效。在株主不生債權者。有云未爲此無效之決議。則爲有效。株主得以請求支拂。唯債權者述其違法。得請求其配當金之返還。

雖於會社開始事業得其利益。而未爲法定之積立金。不得配當其利益。則於未得利益之際。無論何物。不得爲配當可知。而於開業前不得配當之。更可知矣。雖然。依會社事業之性質。於會社成立之後。有不易得開業者。若於此際長日月間。雖如何不與之株主。則或之株主。有因之而讓渡其株式者。或避爲以斯事業爲目的之會社之株主。而有妨於大事業者。是以無論何國之法律。於會社成立後一定之期間內。縱不得利益。亦得爲或種類之配當。此不云利益而云利息。以於立事業之基礎之際之利息。曰建設利息。於迄工事完成之利息。曰工事利息也。而分配此利息。欲與非經一定之條件不得配當利益之精神。不相矛盾。及使會社藉建設利息之名。不破爲利益配當之嚴重法律規定。則於得爲配當此利息之處。與所須之手續。及得爲之期間。並配當之利率。當嚴重定之。即得配當此利息之處。在依募集之會社。爲會社設定登記後二年

以上不得爲開業時。在發起人引受總株式之會社。爲會社成立。於第一回拂込之調查終了而登記後。二年以上不得爲開業時也。得爲配當之期間。爲迄於爲開業之時。而其利率。不得超過法定之利率。

配當利息。以定款定之。且其定款。必要得裁判所之認可。所以必要得裁判所之認可者。以於登記後永不開業時。將以多拂利息而漸次減少會社之資本。危會社之基礎。有害於會社之債權者故也。於此之際。若裁判所認其會社。終無於適當之時期爲開業之望時。得因檢事之請求。或以其職權。命其會社之解散。(第四十條)故不生其弊害者也。利息者。爲對於元本而生。元本爲拂込之株金額。則於利息配當之割合。使應其拂込額而配當之者。實爲正當。亦較之應拂込之割合而配當利益之處。更有明瞭理由也。

取締役欲明於財產關係之會社地位。不可不記載各種之帳簿。供監查役及株主之調查。於會社設立登記之時。及每年一回或年二回以上。爲利益之配當之會社。要於每配當期作財產目錄貸借對照表。(第二十六條)夫在一般之商人。尙使作之。則本此

同一之趣意。使會社更鄭重爲之者。當然也。記載於財產目錄之價格之估算額。最可得其正確者。在有取引所或市場之相場者。依取引所或市場之相場定之。否則比較取得當時之價格與時價。以其低者爲標準。若是者。於法律有規定之者。又雖不規定於法律。而有就判決慣習等定之者。又於商法難爲一般之規定。而有僅就會社定爲如斯者。余謂在商法之總則。當全廢商業帳簿之規定。而就會社。更爲精密之規定可也。一個之商人與所謂株式會社者。大異其事情。而欲於第一編之總則一括之。立法者之誤也。

取締役於上所述外。當於適當之時期。作成營業報告書、損益計算書、準備金並關於利益或利息之配當之議案。從定期總會一週間前。提出於監查役。(第百九條) 監查役調查此書類。附以意見。於總會之會日前。送還於會社。於總會調查此書類與報告書而後承認之。承認之後。取締役監查役對於會社之責任。視爲解除。(第百五十八條第百九條) 取締役就監查役所送還之報告書。與自己所作之書類。當共備置於本店。以供株主及會社債權者之閱覽。(第百九條) 又取締役凡於書類得總會承認時。要公告貸借對照

表(第一百九十二條)

就此等之規定。當爲批評者。在監查役之調查期間。並株主及會社債權者之閱覽期間。失之過短者也。雖云在株主得於株主總會爲充分之調查。又得選任檢查役爲調查。然此必要總會之議決。各個之株主。固不得各自調查之也。至於會社之債權者。更不有出席株主總會爲如斯調查之權利。不如於提出此等書類之株主總會之先。示之株主及會社之債權者。稍與以長期間之爲得也。

株主總會承認書類時。取締役並監查役之責任。固可解除。(第一百九十三條)若不承認時再爲調查。而起株主與取締役等之爭。有至不得不仰裁判所之裁判者。又雖株主總會承認其書類。而取締役及監查役有不正之行爲時。亦不能解除其責任。並所謂不正行爲者。非單指點其任務。亦指其爲積極的之惡事也。且其不正之行爲。不惟關於求書類之承認。即關於爲書類之作成或調查。及與書類無關係所爲之行爲。亦包含之也。

取締役及監查役之責任。必同時解除之乎。抑單獨得解除之乎。是當依其責任之如

何而區別之也。若關於求書類之承認。作成帳簿。與爲調查。無論何者爲不正行爲。於承認之資本有其缺點。各不得解除其責任。使無關係於此等之事項。而爲不正行爲時。則爲不正行爲之人。雖不能解除責任。而其他之責任。得以解除者也。

總會因錯誤而爲承認時。當如何。此問題雖當就其錯誤存在於如何之點。與依如何之原因。有區別之必要。而於大體則從民法之原則可也。

依以上之規定。在株主之權利。固得充分保護。然此等爲株主總會召集之際。若雖無株主總會召集之際。亦使株主欲調查會社之業務並會社財產之狀況。得請求裁判所。爲檢查役之選任。但此須爲資本十分之一以上之株主。且須示其調查之目的。疏明請求之原因。第百八十九條並非訟事件手續法第百二十六條以下以使各株主自爲調查。慮其煩雜。故使裁判所選出其人以調查之。而從株主中選任檢查役。亦有之也。

被選任之檢查役。其調查之結果。當報告於裁判所。裁判所聞其報告。認有招集株主總會之必要時。則得使監查役招集之。

當會社營其事業。多取得債權負擔債務者。當然之事也。又其債務之原因。不問依於賣買。依於交換。依于消費貸借。皆與自然人等。又約爲返還金錢。而從相手方受取金錢時。固爲消費貸借。即其初不依消費貸借而負擔給付金錢之義務。至後約以其金錢爲消費貸借之目的時。亦爲消費貸借。與自然人等也。尙於此際支拂利息及返還元本。於民法有充分之規定外。在商法亦須有特別之規定。有特就貸借金錢之處。設別段之規定者。又就會社之債務。於會社法不設何等之規定之國。亦有之。雖然。爲會社之事業。須有多額之資本。既於成立之際。採異於普通之資本蒐集方法。則就其成立後所得之金錢。亦有設特別方法之必要。蓋國家其他之公法人。從民法之規定。得爲消費貸借外。欲依特種之方法。得巨額之金錢。而出公債市町村債之法令。就株式會社亦然。有設特別之規定。使依其方法而得金錢者。我商法即此主義。而特於會社之第五節爲此規定者也。若無此規定。則會社依一般之方法而爲消費貸借之外。雖得依公告募集等。爲類似之貸借。然所謂社債募集者。則不得爲之。法律所認之社債。依此規定而始發生。其社債之募集。亦當依此規定爲之。可勿論也。若最早

爲此類似之行爲。不可也。又在合名會社及合資會社。當解爲不得爲社債之募集。故此等之會社。依民法之消費貸借方法而得金錢外。無他途也。

社債者。以與普通之債務不同。故其負此社債之條件與手續。於成立後之形式。亦與普通之債務相異。寧以之爲類於株式。而與株式比較說明之爲便。

關於社債之性質。學者各異其說。有以之爲純然消費貸借者。有以之爲似於消費貸借之無名契約者。有以之爲債權之賣買者。謂此爲債權之賣買者。以社債之應募者。其欲貸借金錢於會社之精神。在欲買受會社發行之株券所表現之債權。故得云爲賣買。銀特曼氏シテマン謂社債應募者。雖爲貸借之意思。亦有欲得會社發行之債券之意思。即屬此說。雖然。社債權者之爲社債權者。在交付金錢於會社之後。而其權利。在於或期間之後。得其交付之金額者也。故從法律之性質上言之。不得爲債券之賣買。

應社債者。爲貸借者也。然規定於民法之貸借。債務者當以讓受同額者爲返還。在於社債。往往有過其額以爲返還者。故在或者謂社債缺於貸借之本質。當以之爲一種之獨立無名契約。余謂說明商法上之現象。雖不須強遡及於民法。又多種之行爲。雖



云爲商法特生之行爲。然於社債之本質。終信其爲民法之消費貸借者也。於民法之消費貸借。債務者返還自債權者所取同數之額。在於社債。則會社返還受取以上之金額。亦明示之。於民法許加利子於元本爲返還。無特約時。通常視爲附利息者。又債權者貸與金錢之際。有以手數料其他之名義。較一定之金額而少與之者。在於商法。有爲券面以上之償還。或認券面額以下應募其社債。雖云爲消費貸借。亦無不可也。若云於民法之貸借。以同額之返還爲要素。爲異於此而爲特約時。非民法上之貸借。乃爲一種之無名契約。如彼之利子手數料。決非加減於元本。而與元本金爲別物者。則爲社債之說明。以券面額以下應募者。亦僅以應募額爲貸與。而其額與券面額之差。謂其以之爲利子或手數料得之。亦可也。蓋百圓之社債。以九十八圓應募時。謂其二圓爲利子可也。而從實際應募者見之。亦常以此爲利息之計算。決非反乎消費貸借之性質者也。故余爲社債之規定。得就消費貸借而說明之。多數之說。蓋與余同意也。

爲社債之說明。若比於株式說明之。則株式與社債之異同。由是而明。不須特說矣。

(一) 社債者。非依株主總會之決議不得募集之。此決議爲總株主之半數以上。當資本之半額以上之株主出席。以其議決權之過半數決之也。(第九十九條 第一百零九條) 即與爲定款變更之決議同。所以亦須如斯鄭重手續者。以社債之募集。有利害於會社其他之人。其程度與定款之變更無差異也。若會社負擔與社債之總額爲同額之債務。而非社債時。即不須有此手續。取締役苟有監查役之同意。足以爲之。若經同意後有招集臨時總會之必要。當招集之。而於總會。以出席株主之議決權之過半數決之可也。是就法理上論之耳。然在通常之債務。欲求如社債所得之額。有不見爲易者。使取締役強欲得之。而屢用惡劣之手段。彼監查役於此之際。較之總株主。更當注意於取締役之舉動者也。若怠其注意時。其監查役對於會社及第三者。須負損害賠償之責任。(第一百八十六條) 又在通常之債務。縱可得與社債同額之金錢。亦異其利率。又雖同其利率。而於會社之外部關係上。亦以依於社債而爲之爲宜也。在株式之募集。有不要總會之決議者。惟發起人引受總株之際。因不須株式之募集。即於募集株式之際。亦以發起人之決議爲之。蓋當斯之時。會社尙未成立。自無

所謂總會。無總會自無由得其議決也。至會社成立之後新募集株式。則凡爲株式。於未有一回之拂込以前。得以募集。於全額拂込以後。即不得爲募集也。(第一百十條)至於社債。非株金之一部拂込之後。不得爲募集。是與株金全額拂込前得爲募集。二者有其區別也。

欲募集社債時。取締役當就社債之總額、各社債之額、利率、償還方法等之事項公告之。又資本之拂込金額。現在財產償還未了之社債額。亦須公告之。是使應募者知現在及將來之會社資力爲主目的也。又使公告其發行之價額。以額面發行時。公告其額面。以異於額面之額發行時。公告其最低額。是使應募者得定引受之價額。與公債同也。(第二百零三條)

此公告爲募集社債必要之手續。其不依公告而得之者。則非社債。我商法於社債之引受。不以書類爲必要。且於其引受之方式。法律亦無何等之規定。故關於此點。與株式不同。即株式之募集。不須公告。而其引受。則須株式申込證。且其書類當由發起人作之者也。(第一百二十五條 第一百二十六條)然得株式與社債之方法。爲此區別。殊無理由。寧

改爲無論何者。使依公告爲募集。使以申込證爲申込。况實際之慣例。固已有如斯者乎。尙於以額面以上之價格發行株式之際。雖當使引受人於其申込證。記載其引受價額。而就社債之募集。以不定何等之方式。惟爲額面之記載。於記載額面外。無妨以口頭爲引受。亦異點也。略言之。即於株式不定募集之方式。而定應募之方法。在社債則定募集之方式。而應募之方法。任當事者之自由也。此一爲設立會社作資本之必要事項。一爲會社成立後。負擔一種債務之方法。以異其性質。故不得不生此區別。然迄斯而外。實無區別二者之必要者也。

(二) 社債之總額之制限。社債者。爲增會社之營業資力必要之手段。於株式之募

集。雖有不應之者。而社債之募集。則應之。蓋會社有多數之株主。此多數之株主。出

席於總會。即得干涉會社之行爲者多不欲募集株式。又多不欲爲永久資本之增加。而願爲一時

之資力之補助也。又株式者。當爲長期間之保存。非用困難之償却方法。不得使之

消滅。有寧願得其社債者。當在或種之法令。有就特種之事情而制限得爲株主者。

更見有社債之必要。法律者。即認此必要而許爲社債之募集也。然既許之。而就其

濫用。自不可不爲豫防。社債亦爲一種之債權。等於他之債權。得對於會社之財產請求辨濟者。若會社中多爲社債。則他之債權者之擔保。必失之薄弱。故從單純之理論言之。當募集社債。宜先得會社債權者之同意。然凡爲會社之債權者。悉行調查。殊感困難。縱令其債權於調製貸借對照表之際。得爲調查。而欲得彼等之同意之方法。亦形困難。是以使之與負普通之債務之處同。不須與債權者爲協議。依他之方法以保護之也。而其重者。在制限社債額。即在普通之債務。於其額無所制限。而在社債則制限之者。爲保護他之債權者。及凡與社債權者株主等有關係之人也。

制限之標準。雖有種種。而我商法則以先拂込之株金額爲標準。即於會社無他之債務。得以其先所拂込之株金額。償還一切之社債者也。雖然。若拂込金變更爲他之財產時。即不得依此標準。而當以會社之現存財產爲標準。即此財產不滿於所拂込之株金額時。則社債之額。以現存之額爲限者也。使於此之際。尙有他之債權者。雖未盡充分之保護。亦以不能強貫理論。不得已止於此程度者也。至於現存財

產較多於拂込金額時。似可如其額爲社債之募集。而亦僅以拂込之株金額爲限者。努爲債權之保護也。即於拂込之株金額與現存財產之二個標準中。以其低額而爲社債之額之制限也。

於此制限內至決定社債之募集之後。而減少其物或減少其價額時。雖可使取締役公告減少募集之額。既公告後。使別採相當之手段。然必要如斯之精密。則會社將不得繼續其事業。故一旦決定募集額以上。無論其後有如何之變動。得以遂行之者也。於茲所謂現存財產者。爲依最終之貸借對照表而定。非於爲社債募集之決議之際而定者。亦從便宜出之也。

尙關於此規定所當注意者。即此規定。與欲應社債者以注意。雖保護募集前之債權者。而不足保護社債權者於募集後也。縱募集當時之財產。足以完濟其當時之債務。而於其後若復負擔債務時。則其債權者必有多數。而共同之擔保。失之薄弱。倘後來之債權者。於會社之財產上。有其質權或抵當權者時。而社債權者之擔保。更爲薄弱。其防之之法若何。若使社債權者於應募之當時。在會社之財產上。爲質

權或抵當權。或以法律與社債權者以先取特權。似未無所不可。然果以如此權利與之社債權者時。彼爲反對論者。必云因之而減少會社之信用。却爲社債權者自身之不利益矣。或云關於社債。可使會社立保證人。於會社不得爲辨濟之際。則使保證人辨濟之。此固適法。然爲如此之保證。非富豪者不可。惟大銀行足以當之。彼銀行條例。果許銀行得爲如斯之行爲否耶。是又不能無疑者。

於社債爲第二回募集之際。此社債之額。得單獨迄拂込額及現存財產額而上之否乎。從法文<sup>(第二)</sup><sub>(百條)</sub>之表面見之。雖無論如何得爲解釋。然果許其上於此等之額。則破乎立法之趣意。故前之社債存在時。不得就其殘額爲募集者也。於法文所謂社債之總額。不得超過株金募者。非解爲將欲募集之社債。當解爲一切之社債。此解釋就大體論之。固爲適當。然於欲償還高利之社債而募集低利之社債之際。則生其不合。何則。若已一次募集制限額之社債時。雖欲於後募低利之社債。以償還前之社債。而非豫償還前之社債之一部。無募集後之社債之餘地也。故不得已以或者爲債權者向之爲消費借。先償還現在之社債。更募低利之社債。而爲辨濟於

其債權者之方法也。

於社債之拂込。以不禁爲相殺。故先與會社爲消費貸借。爲普通之債權者。後以之當社債之拂込亦可也。但不得因此而破制限社債額之法律之趣意。

在株式以無募集額之制限。故始爲幾株之募集。後又爲幾株之募集。亦任意也。關此於點。與社債不同。但社債亦有依特別之法令。得官廳之認可。超商法之制限而爲募集者。此於社債之利息得國家其他公法人之保證之會社有之。又如前所述以低利代高利之際。亦屢見其特例者也。

(三) 各社債之金額不得下二十圓。是與株式之金額不得下五十圓。出同一之精神者也。而欲圖計算之便宜。避紙幣發行類似之行爲。亦有之。在株式爲一時拂込其金額之際。得下至二十圓。而社債則爲一時當拂込全額。是株式與社債之間無有差異者也。

云社債之金額不得下至二十圓者。謂其券面不得下二十圓之意味。若發行之價額。雖較此以下可也。在株式之發行價額。規定不得下額面券。而在社債則無此規



定。又就社債之募集。止云公告其社債發行之價額及其最低額。不示最低額如何之制限。故爲解爲會社得隨意定之者。而社債之可於券面額以上爲發行。不俟言也。從而於社債有二種之發行方法。爲券面額以下發行時。則利率低。爲券面額以上發行時。則利率高。在會社視于經濟界之狀況與人情之如何而定之也。社債之金額。以不須均一。雖先募或種次募別種。尙屬不妨。則同時募數種。亦無妨也。(第二條)

完了社債之募集時。取締役須就各社債使拂込全額。即社債爲使一時拂込全額。非如株式使分割而爲拂込者也。或云既常爲全額拂込。則其額當較二十圓爲小。不然較之株金四分之一拂込之規定。未免失其權衡。然從我國現時之狀況言之。則當如現行法之所定。雖引受額面以上者。亦當使之同時爲拂込者也。

引受人不爲拂込時。會社得請求其拂込。若請求之尙不爲履行。則不以其人爲社債權者外。更得對之爲損害賠償之請求。此與使拂込株金之際不同。而可爲嚴其形式之催告者也。

拂込雖常爲金錢。然不禁相殺之對抗。故社債權者得依相殺而完拂込之義務。此於社債權者有金錢爲目的之債權之處。固得適用。而以其他爲目的之際。即當委之解釋。專依民法相殺之性質如何而決定之也。

取締役從受拂込日二週間內。須就社債之總額、各社債額、利率、償還之方法、期限等爲登記。當於同一之時期。或與此時期相前後。須記載法定事項於社債原簿。

(第二百四條第二項)

社債之償還。當於公告之時期。以公告之方法爲之。與基于契約辨濟債務無所異也。若於償還之時期方法不特爲公告。而募集社債。其爲社債果有效否乎。姑置之不論。使以之爲有效時。則準用民法消費貸借之規定。得使債權者定相當之期間。爲償還之催告。在會社無論何時得爲償還者也。(民法第五百九十一條)

定償還之時期及方法之標準。依會社事業之性質。與由社債所得金額之使用方法等。而有其差異。償還之方法。使於法律無所限定。或同時支拂之。或分割年月支拂之。或不拘時間支拂之。皆可也。尙依社債之種類。而變更償還之順序。亦可也。定

其順序者。其依番號或依抽籤。亦可也。雖欲支拂額面之金額。而較額面以上者支拂之。又無不可也。若於法律有所制限者。其當償還之金額。定爲超過券面額時。則其金額須就各社債爲同一。苟或異之。則定支拂高額於何人。殊感困難。又使定爲抽籤時。亦有誘起射倖心之弊故也。此事項爲關於公益。非以特別之法律。不得變更。其用特別之法律而異於尋常者。勸業銀行之社債其例也。

會社法欲不使人起射倖心。於社債之償還金額。定爲超於券面額時。其金額須就各社債爲同一。然此果得充分達其目的否乎。爲先決之問題。在會社償還券面額以下之金額。得消滅其債務與否之問題。或從消費貸借之本質立論。謂債務者不辨濟債務之目的之總額時。不得使之消滅其債務。嚴格言之。即不得辨濟債務額以上。亦不得辨濟債務額以下也。唯於法律有特別之規定。許償還券面額以上之際。乃爲有效。其他說無效者也。從此說時。則償還者。於第二百二條之規定外。常爲同額。於他不生何等之問題也。

雖然。若使會社得償還券面額以下之金額。消滅債務。尙生其問題者也。蓋會社者。

得爲券面額以下金額之償還者。在一般之消費貸借。亦得以辨濟元本之一部。而消滅其全部。以事不關公益。故有債權者之承諾。即見爲可也。縱令在普通之貸借。不見爲可。而在社債亦見爲可。何則。社債者。爲會社設於法律之特例。屢能爲普通所不能爲之事也。夫受取少數之金額而支拂多額之金額。在普通之貸借。雖爲反乎利息制限法之行爲。或以爲不法。而如會社則得以券面額以下發行社債券而償還額面。又於償還之際。雖爲元本以上之額辨濟。亦爲社債之辨濟。別不與其以上者分別而視爲贈與。則爲其以下之償還。基于當事者之同意時。以其債務之辨濟有效。信爲無不合也。果從此說。在會社或不免利用之而啓其射倖心。即當償還之金額爲券面額以下。其額不同。使或者較他者少所得。有消極的之不均。多其利率時。則得爲社債之募集也。然此雖可禁之。而消極的之差等。不生通常之弊害。又於實際亦稀有行者。故法律惟就其爲利害之大之積極的不同者禁之而已。

關於利息。在社債亦與株式不同。即不問有利益於會社與否。與會社開業與否。及超過六分之利率與否。終當支拂於社債權也者。而社債較株式易得之理由。亦在於

此。

以上爲社債之特質。亦爲與株式之異點。尙就此二者相類似者言之。在株式有株券。在社債則有債券。皆得以記名式或無記名式發行。其金額拂込之後。皆得使其權利者爲變更。又就記名式者爲讓渡。欲對抗會社及第三者。須記載其讓受人之氏名住所於會社之帳簿。記載其氏名於券面。記載一定之事項及番號於證券。使取締役署名之。尙於社債原簿。當記載一定之事項。備置於本店。以供株主及社債權者之閱覽。與當記載於株主名簿等無所異也。又募集之目的並其形式。難有如前述之不同。而其募集之實質。則皆相類似。得以契約而說明之也。

就以社債爲質權之目的。當參照前述以株式爲質權之目的。(第二百五條第二百六條及第二百七條)

第六節 定款之變更

定款者。於會社設立之際。爲設立行爲之要件。於設立後。爲其存續之要件。其爲變更。最當注意者也。其爲或者之變更。雖與設立之際同。要總株主之同意。然新設立之會社。與已成立之會社而加變更。於事情有所不同。變更者。比較的得使易爲之。雖依變

更事項之如何。異其變更之手續。而使之唯依於株主總會之決議而爲之可也。即於最初之定款。定以此外之方法。得變更定款。其所定者無效也。尙決議之方法。若較此法律之所定。更爲嚴重。其所定固爲有效。使簡易定之。亦無效也。蓋爲會社法之原則。總會之決議。雖以出席議決權之過半數爲之。(第一百六十一條)而於定款之變更。則不須他之何等條件。亦恐其議決之方法。較定於法律者爲簡易。有害於公益故也。

關於定款之變更。其定於法律之議決方法。在總株主之半數以上。當資本之半額以上之株主出席。以其議決權之過半數決之。即無論人數及金額。皆必要半額以上。所以防大資本家與多數小資力者之專橫也。若依此規定而取極端之例。則各株主有同數之株時。加一人於總株主之四分之一。得爲定款之變更。因之有謂當須設嚴重之規定者。在外国法律。要有議決權之四分之三以上之出席。以我商法之規定。失之於寬。認有弊害。則於定款。較此爲嚴重之規定。就或事項要爲四分之三之同意。或要總社員之一致。可也。其他解散合併事業之變更等。以法定者多不充分。而爲要四分之三或全員之同意。亦爲有效。若定爲或事項之議決。有四分之一以下爲可者。無效

也。獨逸商法以四分之三之同意爲原則。關於事業之變更資本之增減等。必使依此方法。其他則得以定款變更之。（獨逸商法第二百七十四條及第二百七十五條第一項）

欲爲定款變更之決議。招集株主總會。而應之者不滿法定之數時。則得使出席株主爲假決議。此假決議以出席株主議決權之過半數爲之。欲以此假決議爲本決議。當先對於各株主發爲此假決議之旨之通知。尙發行無記名式之株券時。當公告其趣意。更招集第二回之株主總會。以出席株主議決權之過半數。而決假決議權之認否者也。此所謂決議否者。非追認之意味。於假決議生本決議之効力。在第二回決議之時也。若其議案無論在何總會不得過半數。又在第二回總會被否決時。雖云已爲一次之決議不得也。從而不得爲定款之變更。不俟言也。

若雖在第二回之總會亦不爲議決時。當招集第三回總會否乎。於法律雖無有明文。亦法律視爲無命之之必要。不招集亦可也。故於此之際。有不爲何等之決議而止者。若取締役等必欲變更其定款。更招集總會。全屬別論也。

依以假決議爲本決議之方法時。雖出席株主極屬少數。尙得爲定款之變更。不免危

險。故於變更會社目的之事業之際。不適用此方法。即於事業之變更。必有人數與金額之半數以上出席。始得爲本決議也。此適當之規定。不惟限於是等之處。在他之事項。亦可適用。而果以如何事項爲得適用。則當就定款變更之性質。記載於定款如何事項。而區別之也。定款者。本爲契約。雖於定款無何等之規定時。而於定款之變更。亦必要契約之變更所必要之條件。唯普通之契約與定款有所不同。於定款之變更。若悉適用普通契約之原理時。或釀會社之不便。故惟就或之重要事件。須有普通契約之變更所要之條件。與近此之條件。可也。於定款之事項。有關於公益與否。有法定與否者。其不關公益且非法定之事項。以比較的少數者之同意而使變更之亦可也。又雖爲法定之事項。而如營業所之所在地公告之方法與商號等。則依假決議方法而使變更之亦可也。尙於變更資本之總額一株之金額。則詳於後之所述。爲法律之解釋所可疑者。乃關於合併及解散之定款之變更也。

會社之解散。若得云事業之變更。固不得依假決議之方法決議解散。又不得變更解散之事由。然解散者。爲物之消滅意味。變更者。爲存在之意味。故二者相異。不得云解散



爲事業之最大變更者也。於定款之變更中。含廢止或條項之意。廢止多種之條項時。雖爲一部之消滅。而就其全體觀之。則所謂定款者。尙依然存在。而其會社亦依然存在。是無論如何之解散。又與消滅異也。至於合併。在自己合併於他會社之際。可得與解散爲同一之論。然於此之際。營異於自己之事業而繼續其事業時。固得解爲事業之目的之變更。若爲同一之事業時。即不得謂事業之變更。故從法律之文字言之。解散與合併。共得以假決議之方法而決。然視於立法之趣意。而惟所謂解散者。當以重大之方法。即特別決議之方法而決。在法律不明言者。以解釋上當然如此。亦以如斯重大之事項。在株主必當多數出席。無認之之必要也。故於法律雖不詳。彼在善解釋者。自能知其要本決議者也。本決議即特別決議

會社以定款之變更。得使株主負如何程度之義務。而加之不利益乎。蓋定款之變更。屢屢使株主之全員或一部蒙其不利益者也。如營業所及公告之變更之方法等是也。於斯之際。若以多數者之意思。謂不得壓制少數者。則會社之事業。將終於不得營之。自不能不以會社爲得爲者。然雖有總會之決議。而無法律上之原因。濫奪或株主

之權利。亦所不許。故議論之所認。在迄如何之程度。得以總會之決議。而強少數者之。不利益與否者也。此問題程度上問題。其結局不外依裁判官之認定者。

會社得變更定款而增加資本之總額。其時期與方法。則於法律有所限定。即會社之資本。非株金全額之拂込後。不得增加之也。(第一百十條)此規定之趣意。在禁其欲以大言

欺人。亦防重株主之負擔而薄弱會社之基礎也。或謂有四分之一之拂込。得使發行

株券之趣意。與株式會社全體之放任主義比較。雖非株金之全額。而有其二分之一

或四分之三之拂込。當許其增資。然於原則上非全額拂込之後。當不得爲增資者也。

於獨逸商法。欲以株式之發行增加資本時。要變爲資本之全額拂込。但比較的極少

數之拂込未濟時。苟有大部分之拂込則已足。此法律之規定。自相矛盾者也。究以如

何之程度。見爲極少額。委之登記判事。判事若以之爲少額而拒其登記。固非濫用其

權限。而在事實上則屢有因此而起爭議者。實不當也。於此點獨逸法之規定。失之於

寬。在學者亦云。雖反乎此規定發行株式。非無效者。不如我國法之正確也。(獨逸商法

第十八條)但以特別法令設其例外。亦屢有之。如保險會社是也。(第二百七

增資者。當依於新株之發行。其他法律所認之方法者也。會社之資本。分爲株式。不入於株式之金錢。不得爲資本。以寄附行爲而得多數之金錢時。其配當之於株主乎。抑入之於準備金中乎。皆無不可。然入之於資本時。是爲不歸於株式之資本。不可也。以株主總會之決議而增加株式之金額。不得強之各株主。何則。株主之責任。以株式之金額爲限度。見此限度而引受株式或讓受之也。若至後依他人之意思而增加株式之金額。使重其責任。必有不得爲拂込而失其株式外。尙有不免於義務之結果。以株主於此。固甚爲困難者也。此與以多數決而剝奪株主之權利同。不惟反乎公益。亦反乎會社之性質者。若增加金額之株式。其引受與否。爲各株主之隨意。雖無此憂。而不免因之生株式金額不均一之結果。故法律不許之也。在於他國。雖有以明文禁之。而在我商法。則不設明文。以解釋而決其爲如斯也。尙商法於許增資。規定其方法。雖於株式金額之增加。不設其規定。而亦爲不得強株主受之之趣意。可推而知也。依此同一之趣意。其合併多株式。使或株主生失其權利之結果者。自不得爲之。我國裁判所有類似余說者。而株主全員同意時。得增加一株之金額否乎。亦不難爲之解決。

矣。

於發行新株式之規定。多類於會社設立之際之規定。無特爲說明之必要。於此際之新爲株主。與因讓受或相續而爲株主者不同。又以一時生多數之株主。與會社設立之際引受株式。多所類似。學者有稱爲一部之設立者。

於新發行之株式。雖得附以特權。然不得因此而破株式金額之均一。又以關於公益。不得特於法律所許之處外。各異其金額。因新株募集之際。有許優先株之規定。而直推定金額之不均一。亦爲許之者。誤也。新株發行之價額。不得下株券額。

有使募集新得引受人者。有舊株主引受總株。恰如設立之際。發起人引受總株者。雖依於募集。而先與其引受之權利於株主。亦無妨也。但不得以總株主之決議。強使舊株主爲引受。與前述之趣意同也。

引受株式者。應其所引受株式之數。負爲拂込之義務。取締役待總株之引受。當急就各株。使爲第一回之拂込。其額爲株金之四分之一以上。若以額面以上之價額。發行株式時。則使其超於額面之金額。與第一回之拂込。爲同時之拂込。引受人不爲拂込

時當以爲再拂込之旨及不拂込則失其權利之旨通知之。受此通知尙不拂込。則使引受人失其權利。更募集株主。(第二百十九條)若有未引受之株式。或申込而被取消。與不爲法定之拂込之株式時。則當使取締役連帶而引受其株式。又負其爲拂込之義務。(第二百十六條及第二百三十六條)就新株有法定之第一回拂込時。則使取締役招集總會。爲新株募集之報告。當此之時。雖應新株之募集者。亦受招集。不俟言也。(第二百十三條)不依募集。而引受總新株時。則不適用募集之規定。而在使之調查新株式引受之狀況與拂込。招集總會者也。

監查役當調查總株引受之有無。拂込之有無。與金錢以外之出資者之株數適當與否。報告之於總會。若總會更認有爲調查之必要。得請求裁判所選任檢查役。(第二百十四條)由調查之結果。發見誤謬時。有依其事項之大小。全以其引受契約爲無効。而不生新株式者。或補充其欠點。而完全總行爲。使取締役監查役等。爲損害之賠償。對於金錢外之財產所與株式認爲不當時。得減少之。於此之際。出資者可拂込金錢。維持其株式。與設立之際同。

總會終了時。當從其終了日二週間內。登記增加總額。增加決議日。各株拂込額。優先株之權利。(第二百十七條及第二百四十一條)於未爲此登記之際。不得發行新株券。若違反之而發行株券者。則爲無効。得使被害者對於發行者請求損害之賠償。又於未爲此登記之際。不得爲新株式之讓渡。或爲其特約。(第一百七四條)又於未爲此登記之際。就引受人之性質。雖稍屬曖昧。然在登記之後。縱因詐欺或強迫而引受。亦不得取消。又於新株記載舊株券事項之外。雖爲此登記之年月日亦記載之。在優先株券。使記載其株主之權利。

爲新株發行第一回之拂込。總會之招集。監查役之調查報告。取締役之引受拂込義務。皆與設立之際等。(第二百十三條至第二百十六條)在總株引受後一年內。未終第一回之拂込。與拂込後六箇月內。不招集總會時。得使引受人取消其申込。亦與創立總會之際同。(第二百十九條及第二百四十條)然則無總株之拂込。而詐稱爲有拂込。招集總會。基其決議而爲登記者。其得使引受人取消其申込。實至當也。於登記之後。引受人雖不得因詐欺或強迫。取消其申込。而在其他之事。則得以取消之也。又就株式未嘗引受或引受而未拂込。

者。無爲株主而出席於總會之權。若使之出席。則此開會之總會爲無效。蓋決議之手續方法。稍有所欠缺。在株主得請求其無效。而使真正之株主。服從如此之決議。斷無是理者。故此非以決議登記之有無。決失其權利與否者也。苟不如是。則未嘗引受或引受而未拂込者。詐無爲有。早成不可動之局。而爲總會之前提所規定之趣意。必至於破壞。在真正爲引受爲拂込之株主。其權利亦不見爲其所蹂躪矣。縱在詐欺之點。不得訴之取締役。而終不得爲有效之救濟方法。故余信爲株主於無適法之拂込。而爲總會之決議者。得取消之。又得請求其無效也。(第四百十條第百六十三條)若爲商法與手續法之解釋。假定爲不得爲之。則當改正其法令。關於此或裁判所謂第四百十條之論文。爲會社未登記之際之規定。殊不明了。開總會爲適法之決議。然後有登記之順序。若無引受無拂込。則無總會。無總會何有登記。彼所謂未登記之際之規定。果爲此意味。固屬不謬。若以第四百十條之規定。爲即申込之取消。於登記後不得爲之之意味。則誤矣。雖登記後亦得取消申込者。第四百十二條之所明定也。該條者。示因詐欺強迫以外之原因。雖登記後亦得取消之意也。尙裁判所謂其實體上雖有違法之存在。而

於形式上之手續完全。當事者自無所爭。此言也。其爲稍整理形式。雖實體之違法。亦不足計之意耶。則其所言者非也。無論如手形。專置重於形式。而違法之點。未有寬之者。是於會社咎違法者。當然也。僅以百分之一爲引受或拂込。謂整其形式。而登記者。已見爲可。不免違於會社法之精神者也。又於判決。有云原告於株主總會之當時。關於會社所爲之不法行爲。不述異議。至新株增加之登記結了後。雖欲請求其取消。而可得爲斯請求。於法律未有規定。至因此而却下之者。非也。株主雖於總會不述異議。而至後認總會之決議有違法時。亦得述異議。而請求無效。又雖於總會自贊成其決議。或自爲發案。於後亦得請求其無效者。彼如第三節第一項所說明。謂於總會不述異議者。不足採也。又云登記之後。雖欲請求其取消。而無可爲斯請求之規定。亦裁判官之誤解也。在商法規定此際之取消請求權。與規定總會之決議無效宣告之請求權。屢如所述。若申込得以取消。而已登記不得取消。則雖取消申込。無何等之益。當云雖申込亦不得取消之也。使以是爲別論。則因手續法而來實體法之不當。速當改正其手續法。然余不惟於現今之手續法。信爲不至如是。即申込不爲適法取消。而其決



議宣告爲無效時。亦信爲得應之爲登記之變更。又不可不爲之者也。

在大審院關於此點。雖未有其判決。亦務必保護誠實之株主與株式引受人。如本問之際。他之株主不爲引受或拂込時。亦使彼等有應之之權利者。此從或事件之所云。『無論於舊商法之時代在株式會社爲資本之增加以達其目的而欲得其利益以應募集之株主亦因會社達其目的始可受所得利益之配當若無總株主之引受則會社不能得豫定之資金不能得豫定之資金即不能達豫定之目的而在株主亦無得豫定利益之配當之望矣故非總株數之引受在既爲引受之株主亦有拒絕其拂込之權者當然也』可以知之者。余不知大審院以拒絕拂込之權與株主。而請求已拂込者之返還之權。果與之株主否。不知無總株式之引受無第一回之拂込而爲諸般之行爲者。有與株主請求無效或取消之權否。唯於通常。信其有拂込義務之株主。無拂込義務時。與株主以此等之權利。若與以此等權利。則於拒絕拂込之權與不須拂込請求拂込金額之返還之權之間。果有何等之差異。所欲一問者也。

增加資本時。當爲增加資本之登記。而登記之申請。則依于非訟事件手續法第百八

十九條之特別規定。添附株主總會之決議書。及同條第一號至第三號所示之書類。於同法第八十八條之規定。不過關於變更登記之一般規定。若依此規定。惟添附總會之決議書。則非適式之申請。故惟以決議書爲申請。當被却下。使更爲適式之申請。若經過二週間。又不爲適式之申請時。當受登記懈怠之制裁。所謂非適法之申請者。爲等於若無者。就例言之。如所謂『於資本減少之方法爲適法之抗告其論旨雖有理由。然資本減少之登記申請書於添附株主總會之決議錄外。尙須添附非訟事件手續法第九十條第二項所載之書面關於本件之申請。就同條所定之書面即證爲催告之書面。未嘗添附之。故以本件申請爲不適法而却下之』是也。

雖資本之減少。亦爲定款之變更。故須爲定款之變更所要之決議。尙爲其決議時。從其決議日二週間內。作財產目錄及貸借對照表。對債權者催告異議之申立。有述異議者。則對之爲辨濟。或供其擔保。以資本減少與資本之增加不同。於債權者之利害。大有影響者也。又在商法規定爲資本減少之決議時。謂須於同時決議其減少之方法。蓋漠然爲資本減少之決議。固不可爲決議。即必就其爲如何之減少爲決議。亦有

所不足故定爲強要以如何之方法減少之也。然必爲強要。則又未盡然。若委之會社之隨意。亦無所弊害者。以會社雖云欲減少其資本之半額。而依然如其曩昔時。則爲不實行之決議。不見其強要決議減少之方法。若就其決議而欲實行。未有不議決其減少方法者也。然立法者之意。以會社單爲資本減少之決議。或定其減少之額。而在不得實行之狀態時。必來人心之不安。是勿論爲其會社之株主之不利。亦爲一般經濟界之不利。故必使同時決議減少之方法也。然關於第二百二十條所謂同時者。果有如何之意味乎。又此決議爲單決議可迄何日間而孤立存在乎。亦問題也。

於或總會有欲先爲減少資本之大體決議。次爲減少其半額之決議。又次爲其減少方法之決議者。得云同時之決議乎。抑爲異時之決議乎。若以嚴格解所謂同時之語時。當包括以上之三決議。就其一而不爲決議者不可也。蓋於實際雖爲異時之決議。而前之二決議。爲條件附之決議。即俟有第三之減少方法之決議。而共生決議之効力也。雖然。余謂同時之文字。必無用如斯嚴格之解釋。雖爲異時之決議。亦有得云同時之決議者。議決之時。非無必連續。如於午後一時爲第一之決議。休息之後。至二時

爲第二之決議。再休息之後。至三時爲第三之決議。法律上亦視爲同時之決議。而無不合者。是所謂同時者。當以如斯解也。故亘三日間之總會。雖每一日爲一個之決議。亦得視爲同時之決議。蓋苟爲同一之總會爲之者。終可云爲同時者也。同一之總會爲之者。可云同時。故先爲資本減少之決議。次爲贈與前取締役慰勞金之決議。後爲資本減少方法之決議。無不可以之爲同時也。反之雖在同日或同時間內。而於別之總會爲決議時。即不得云同時。或謂僅此減少之方法而未決議者。亦不能爲資本減少之決議。然資本減少之決議與減少方法之決議。得以區別。而在法律亦得明別之。特以有同時之規定。故有爲是等議論之必要也。

減少之決議。與減少方法之決議。不可不在同一之總會。而望其接近而爲之者。望其於同瞬間爲之也。爲減少之決議。而不爲其方法之決議。必至人懷疑惑。有害於經濟。故雖以株主之一致。亦不得反之也。就總會雖爲減少方法之決議。而就其決議拋棄之不實行時。則如何曰。使株主迫其實行可也。若株主雖一人無有迫之。而却望其不實行時。則如何。當附以何等之制裁。而可速使之實行。其不實行者。雖如可加以制裁。

然法律則未有定之。余則信爲不定制裁可也。於決議減少與減少方法後。於實行有感其困難者。又依經濟上之情形。防有急變。以不實行爲宜者。如斯之際。寧使之不實行其決議。若以無論何時。留此無用之決議爲不可。則於次回之總會消滅之可也。雖永久拋棄之而不決議其消滅。亦可也。

欲解決資本減少之方法之各種問題。當先就資本減少之處一言之。

資本之減少。在於不以現在之資本爲必要之際。例如欲爲戰後之經營。而盛行清韓間之貿易。設立大資本之物產會社。至後無此等之需用。而以其半額爲充分時。減少其資本是也。此減少之資本。若無益而存於庫中。不利益孰甚。不如拂戾於各株主。俾各得自爲利用。又無其用而依然存其資本時。少利益配當之割合。減會社之信用。而拂戾之。於人無所害。於會社有所利也。又會社之損失爲重大之損失。於會社貸借表之貸方。常及於借方。此被減之資本額。究無填補之目的。若伴現在之資產爲資本額。必生不當之現象。彼或大資本之會社。因屢受損失。至後不可不爲填補。而有永年間不能見利益之配當。爲株主所不能堪者。是於會社之信用大爲減殺。寧減少資本。不

以其減額填補欠損。而以益金入法定準備金。俾速得配當之爲愈也。

關於資本減少之方法。在我國雖不爲何等之規定。然其方法苟爲不反乎公之秩序。與會社之性質。無論如何。可也。普通之減少方法。爲(一)一株金額之減少。(二)株式之數之減少。(三)合株金額與株數而減少之是也。

第一 株金額之減少 如百圓株減少爲五十圓株是也。會社果遵奉爲保護債權者所設之規定。於他不來何等之齟齬。則百圓之額有五十圓拂込時。其未拂之五十圓免除之可也。或既拂込百圓之金額。而返還其中之五十圓可也。或拂込百圓。而如未拂込五十圓亦可也。於會社無資產時。多依此方法而減少資本。又就一株有七十圓之資產之際。有返還其二十圓者。有即以之入於準備金中者。

百圓之株。雖得減爲五十圓。而不得減至五十圓以下。其得至五十圓以下者。限於即時拂之株式。例如百圓之株。去其七十圓之欠損時。則不可不以之爲三十圓拂込之五十圓株。尙生二十圓之拂込義務。即關於百圓之一株。當爲百二十圓之拂込也。然此爲反乎有限責任之原則。故其所議。須得總株主之同意。但亦有與此異

說之判決例。當於後詳之。

第二株數之減少。如以百圓之株一萬株爲資本之會社。因減少五十萬圓。而減其株數爲五千是也。於此之際。當以如何減其數乎。若各株主每有二株。則以其二株爲一株。事之易者。然其中之或者有五株時。於實行不免困難。與以二新株則不足。與以三新株則過多。而如二株半之株數。則又無之。雖有云就現在之十株與以三株者。就三株與以二株者。而於實行亦常感困難。又在一株之株主時。亦有不能聯合其人之株。而與以新生之株式。今就以二株爲一株之際。示一株之株主當如何之例而論說之。

於此之際。有云使一株之株主。更從他人讓受一株。則爲二株之所有者。可與以一個之新株。若不得讓受時。則使拋棄從來所有之一株。爲此論者之中。有云若拋棄其一株。則會社當讓受之。有云得隨意爲讓渡。有損害則會社當爲賠償。有云委聽之株主之所爲。若際合株之實行。而尙未終其處分時。則得與無其株者同視。是彼等之間。關於對其株主之處置。已不免生其異論。而其說之不當。不可俟言也。爲此

等之說者所據之理由。謂法律既許減少資本。使會社隨意定其方法。則於不反乎公之秩序與會社之性質者。無論如何爲之可也。即使一株之株主。雖失其株式。無所不可也。夫以法律不限定減少方法。苟於不反公之秩序會社之性質。雖如何爲之亦可者。固亦吾人所同意。然關於此一株之株主之失權。果爲不反乎公之秩序與會社之性質乎。則吾人之意思。與之不同。彼等之說。雖認爲不反之。而吾人則認爲反之者也。無論何人。未有爲株主而使負株主以上之責任。亦未有同時因他人之行爲而使失株主之權利。又未有依法律規定之外。而使失權者也。在法律唯云爲資本減少之決議。當同時爲資本減少方法之決議。不得云此法文在會社得有使或株主反其意而使失權之權也。又論者非以會社得消却其株式乎。消却者。常以抽籤行之。依抽籤而消却其株者。即反自己之意而失權者也。若以消却之方法得以爲之。則雖依於合株。亦云得以爲之矣。株式消却之性質與方法。姑置之不論。假令以抽籤消却。謂雖反其株主之意而使失權。而在抽籤。凡株主皆委之同一之運命。不反乎株主同等之原則。而在合株之際。他之株主依然得爲株主。惟或株



主失其爲株主。固不免於其間附極端之差等者也。故余謂有失權株主之同意。則可。反其意而爲合株決議者。則不可。彼使五株之株主拋棄其一株。須其人之同意者。於大體之理論亦如是也。唯於此之際。其人得依然繼續爲株主。與一株之株主。稍有不同。而其一個之株反自己之意而失之點。仍與一株之株主同也。

爲實際之便宜。而感合株之必要。在會社常有之。然爲合株而不得或株主之同意。亦時見之。於此之際。有因不得爲合株。而至不能爲資本之減少者。是無論會社無論多數之株主。皆有所不利益。宜以法律規定補其缺點。此在獨逸。亦有如是之議論。獨逸之帝國裁判所。於實際之必要上。屢許多數壓制。致抗學者之批難。故新商法第二百九十條規定。於贊成資本減少之際。會社使株主悉提出其所有之株券。而付與以新株。新株之付與。有依其資本減少之度。對於四株而與以二株者。對於三株而與以二株者。勿論其提出之舊株爲無効。即一株之株主。不得與以新株之際。其一株亦爲無効。唯因此所被之損害。爲之賠償而已。是獨逸國裁判所曲解法律。使法律來此規定者。我國於將來之立法。當以此爲參攷。如彼之使端數之株主

爲合併新株之共有者。終不能釐成之也。

明治三十六年與三十七年。有數個之判決例。今揭其一問如左。

今有一銀行。有一株五十圓之總株數一萬株。就一株有三十五圓拂込之際。於營業上生二十五萬圓之損失。因無回復之望。減其株數爲五千株。其損失之二十五萬圓。既從拂込之中引立。視之爲現實之消却。而未拂込之部分。欲殘存之而從株主取立者。果適法否乎。

有似於資本減少而非者。例如五十圓株拂込二十五圓。因填補缺損。除去其五圓。而以其額爲未拂込。使各株爲完其二十圓拂込之株。有是等之決議時。其決議之効力如何。云拂込其既拂込。則反乎事實。若許之。要有特別之明文。會社爲資本減少之方法。以百圓拂込之株爲五十圓拂込之株者。非使拂込既拂込。而消滅既拂込。以減少資本者也。於五十圓株拂込五十圓。而使拂戻其已拂込或消滅之者。雖不反乎株式之性質。然於五十圓株已有二十五圓之拂込者。除去其五圓。爲二十圓之拂込。更使拂込殘額三十圓。是就五十圓株使爲五十五圓之拂込。有害於株式之性質者也。於

此解爲五十圓之株更爲五十五圓之增込時。在獨逸法或可。若我國雖可爲此解釋。而於本問之際。非拂込五圓於株式金額之外。而爲株式金額支拂五十五圓者。不可不之爲無效也。既以反乎株式之本質爲無效。則雖有總株主之同意。亦不得以之爲有效。又既以之爲無效。雖爲實行而登記之。終不能成爲有效者也。終關於株式之消却說明之。

株式之消却。雖有種種之問題。而其重要者。在爲之之方法。及株式之消却。必伴於資本之減少與否之問題也。欲決此等之問題。當爲立法論乎。當爲解釋論乎。當說明日本之商法乎。抑說明獨逸法蘭西之商法乎。或參攷獨法學者之說乎。或雷同之乎。所不可不區別者。而先此等之諸研究爲說明。則在株式之消却之意味。

有云株式之消却。爲株金之拂込。不過就拂込五十圓金額之株式。拂戻其五十圓者。有云株式之消却。使會社取得株式。而混同株式之權利義務歸於消滅者。有云株式之消却。在減少會社貸借對照表中株金之項目者。而多數則云株式之消却。在以無論如何之方法使之消滅株式。又云從株主之方面觀之。爲使消滅株主權之方法。例

如百萬圓之會社。有百圓株一萬株。消却三千株而爲七千株是也。其消却之目的。有出於因資本額之過大而欲減少之者。有出於因株主權之過大。於總會之招集等。悉感其困難。而欲減少之者。有出於由內外雜種之株主而成之際。欲使或種之株主失其權利者。

消却之方法。獨逸人分爲強制的與任意的。所謂強制的者。謂或株主不欲爲消却而消却之也。所謂任意的者。謂基於其株主之意思而消却之也。於強制的消却之中。其有株主總會無限沒收或株主之株式之事。雖得想像。然此行爲之爲不法。不俟言也。又於其中有會社爲有償而收回之。如國家所爲之徵發者。亦不法也。蓋不問其價值之相當與否。徵發的之行爲。於個人間不得爲之故也。於會社惟使或株主反其意而失權者。亦反於株主平等之主意也。又於其中有爲抽籤者。抽籤者。無論何人。立於同一之地位。其幸不幸。一委之運命。故雖比之沒收徵收。見爲適當。而亦有使抽籤之株主。反其意而喪失株主權者。余謂抽籤者。非有全員之同意。不得行之。獨逸商法。於或株主爲株主之際。在定款定有此等之消却方法者。雖見爲可。不然者。不能也。然在多

數之處。皆不定於定款。而須有全員之同意。蓋與吾人之說同一者。我國法無獨逸法相同之規定。故余信爲非全員之同意。不得用如此消却方法。而欲以定款定之。亦必在全員同意之上。若有規定於法律之多數決（即二分之一之同意）（第一百二十九條）亦不能謂有效者也。

任意之消却者。基於株主之意思而爲之。謂或株主單使消却自己之株式也。有即因自己之意思而消却者。有就其株式賣之於會社或遺贈於會社。至歸於會社所有之後而消滅之者。或學者謂任意之消却。其株式必歸於會社之所有。故任意消却株式之規定。爲會社不得取得自己株式之規定之大例外。余亦認會社消却株式。取得自己之株式。然於未取得之時。則思爲不得消却之者。由會社與株主之合意。可使在株主之權利中者。即因之而消滅。可使株主所有之株主權。因之而拋棄。其所拋棄之權利。一旦歸於會社之所有。謂會社因拋棄而受利益。固無不可。然因之而云會社得其權利。則無益也。如債務者使爲或出捐之債權者。拋棄其債權之際。不云取得其債權者之債權而使消滅之。而云債權遂以消滅是也。於強制的消却之際。株式爲株主之

所有得云絕對消滅。則於任意消却之際。亦得云絕對消滅。無所疑也。關於此點。二者無可區別之理由。獨人伊姆布謂株式之消却。爲會社因株式之消却之取得。雖其言亦有一部之眞理。然從原則言之。爲獨逸法之解釋。尙不免於誤謬。其不得採爲日本商法之解釋。更不俟言也。

在會社不得以強制的沒收或株式。在株主亦不願以無償的讓渡於會社。則爲株式之消却。必須金錢。然使消費會社之金錢而爲之。其有影響於會社之債權者之利害必大。故法律不可不力爲債權者之保護。其保護如何。我商法中關於株式之消却之規定。惟左之一項。(第一百五十一條第二項)

株式非從資本減少之規定。不得消却之。但從定款之所定有可配當於株主之利益時。則不在此限。

西班牙商法。與我商法相類。謂「會社得以純益消却株式。即從資本減少之規定。得從資本金中消却之。」是也。今爲我商法之說明。而分爲右之甲乙兩項。

(甲) 從資本減少之規定而爲之消却。此消却之方法。極爲漠然。何則。若我商法明

定資本減少之方法時。其謂關於株式之消却。從資本減少之規定者。固爲正當。以債權者見資本減少之規定。得直知株式之消却方法也。然在我商法。不規定資本減少之方法。唯云於株主總會爲資本減少之決議時。要同時決議其減少之方法。以資本之減少對抗債權者。當對於述異議之債權者爲辨濟或提供而已。而關於吾人所欲知減少之方法。毫不規定之也。(第二百二十條)故無論如何方法。皆當謂可。余於前論資本減少之際。其方法有三。(一)爲株金額之減少。(二)爲株式數之減少。(三)爲其株金與株數之減少。而於本論爲株式消却之說明。恰於資本減少方法之第二。有多須於此說明者。其於賣却會社之或財產。而得金錢之後。取得或株式。而消却之可也。與或財產於或株主而使拋棄其株式。而消却之。亦可也。或謂有償消却。必當以會社之金錢購入株式。然如此規定。於商法無之。若不疑其煩。而必欲以金錢購入。固不能無其明文者也。株式爲金額之拂込。爲一部之拂込。於會社之消却所要之費用。與對於債權者之關係等。雖來變動。然此爲事實上之差。非法理上之差。例如取得五十圓拂込之株式。較之所得二十圓拂込之株式。多其代價。是也。又如償

權者等。對於現在之金塊商品等。信爲有鞏固之擔保者。若以賣却之而消却株式時。信爲有危害於債權。而速唱異議是也。

於此之際。於貸借表雖減其貸之部。而在借之部。亦爲資本之減少。例如會社之資本十萬圓。其實產同之。有十萬圓之商品。若賣却商品五萬圓。而消却僅此五萬圓之株式時。則其資本當爲五萬圓。無異論者也。又於法文所謂株式者。非從資本減少之規定不得消却。是只許從資本減少之規定而爲消却也。有謂雖消却之。必非減少資本者。資產五萬圓。株式之數亦有其半分。其資本依然十萬圓也。此說余不取之。

(乙) 以可配當之利益而爲消却。所謂可配當之利益。依會社定款之所定如何。而見爲不同。蓋於定款無何等之規定時。會社以除去法定準備金所有之餘額爲利益。得悉以之充消却株式之用者也。若於定款之所定。有機械償却準備金。職工救濟金等。每於利益配當期當先控除時。則控除之。即從定款之所定。唯以可配當之利益得爲消却也。又若於定款之所定。有利益配當準備金。當積立純益之十分之



一時亦不可不除去之也。所以如是者，使蓋會社之債權者及其他之人，見其會社之定款，深能鞏固會社之基礎而信用之也。即見其會社不爲無理之多數配當。雖機械償却準備金或職工之救濟金等，尙爲積立。有素不信之而不貸與以金錢者。至是亦信而多貸與之也。法律本此同一之觀察，故不使易爲株式之消却，而務使依資本減少之規定，嚴守定款者也。

依上述之理由時，則會社欲消却株式，不得改其定款。去機械準備金職工救濟金等之項目，而用其金圓以消却株式矣。何則？果其許之，在會社將隨意變更其定款。直以其多數之金圓而消却株式，必使債權者因之失望故也。且果爲許其改之，主意則於法文必單云會社以可得配當於株主之利益金而消却株式時，不須從資本減少之規定。而所謂『從定款之所定』之文字，當削除之。俾債權者及與會社爲取引者，可變爲覺悟。今法律謂會社從定款之所定，以可配當之利益而消却，是於其會社之定款，必設儲種種之準備金，而使鞏固會社之基礎者。若於消却株式之際，變更其定款，則與其初無定款者無所異。故余謂當消却株式，不得變更可配

當利益之規定也。嚴格言之。即得實行於其際。而不得變更之者也。雖然。關於可配當之利益。一旦爲定款之所定時。謂其永久不得爲變更。則又未盡然者。雖屢爲改正可也。如於株式之消却無關係之部分。雖爲如何之改正。無所不可者。又無論何時爲變更可也。如於株式之數年前或一年前。皆可爲其變更者。而從理論上言之。即一日前或同日。亦可爲其變更者。蓋其以可配當於株主之利益而欲消却株式之時。非欲消却株式而變更定款之時也。由此而論。理論上之所云。固不得外之者。但實際於今日午後以可配當之利益而欲消却。於午前爲定款之變更。急登記而行之者。則爲惡意之變更。以其行爲爲不法行爲外。有罰其取締役者。獨人「賓那」ビシナ「士陶布」スオウブ等。謂任意之積立金。得用於株式之消却。換言之。即不須從純益中扣除之也。然此說也。獨人中尙反對之。若爲我商法之解釋。其不當不俟言也。我商法雖不依準備金積立金之各自之性質而定。固得爲依定於定款準備金與否而形式的決之也。

「士陶布」スオウブ氏謂無償之消却。(例如贈與或遺贈)得與以可配當於株主之利益而

消却者同視者。非也。爲我商法之解釋。此說不能採用。蓋於株式之消却。適用資本減少之規定者。原則也。其不適用之者。例外也。此例外務當嚴格解之。不得濫爲擴張如贈與及遺贈之虞者也。至爲形式的解釋。則更無如氏所云之餘地。從理論上言。於株式之消却。適用資本減少之原則。慮會社濫減少其株式。害其債權者之利益也。若以可配當於株主之利益而消却之時。以於債權者無何等之損害。故使易爲消却。彼會社因消却不爲何等之出捐。是於會社之資產。毫無所減。而於債權者亦未嘗少不利益。而無償之消却。雖不從資本減少之規定可也。然此說也。我商法不採之。所以不採之者。以使易爲株式之消却。認爲不可也。雖云在贈與遺贈之際。無所不可。然往往有藉手數料等之名義。而行賣買之實者。且於其他亦可生種種之弊害。故不認之也。

以上余就法文所謂『從定款之所定』以可配當利益於株主不在此限。而以其從定款之所定之句。爲配當利益之冠詞爲解之也。縱不以此文句爲冠詞而解釋之。亦信爲當如前解釋者。要不外乎利用彼之文句也。若就同文句解爲「以」字之冠

詞。即解爲從定款之所定而消却者不在此限。而於此之際。其消却之方法。亦當豫以定款定者。又此二者無論就冠於何者解之。最適於債權者之保護者也。

在株式拂込未完時。可爲株式之消却否乎。例如有資本百萬圓株數二萬株之會

社。當完其半額之拂込時。於五十圓株爲二十五圓拂込會社有五十萬圓之資產與五十萬圓之債

權。在百萬圓之債權者。信爲能辨濟而貸與之。宜也。於此之際。會社欲以利益爲消

却。就純益之二十五萬圓。消却總株式之半數。而爲一萬株。時則會社止有二十五

萬圓之未拂請求債權。其資產凡有七十五萬圓。爲債權者之擔保。不免薄弱。果可

許債權者之述其異議乎。或雖從定款之所定。以可配當於株主之利益爲消却。而

免除二十五萬圓拂込之義務。爲七十五萬圓之會社。與普通之際同。從使資本減

少之規定乎。所當討論之者也。

從定款之所定。以可配當於株主之利益。而爲株式之消却時。其爲資本之減少乎。

有云常爲資本之減少者。有云於或處爲資本減少。於他處非資本減少者。有云決

非資本減少者。其餘區別。頗涉複雜。今略其中立之說。而就其兩極端之說述之。以

明全額拂込之處之疑。

余爲日本商法之解釋。謂株式之消却。必來資本之減少者。爲獨逸商法之解釋。亦信爲同一。即爲立法論。又當云如是者也。商法云。株式會社之資本。要分爲株式。以此解之。謂日本之株式會社。有分爲株式之資本。與不分爲株式之資本。不可也。雖有云株式之消却。必不來資本之減少。又云原則上日本株式會社之資本。雖悉分爲株式。而爲唯一之例外。以利益消却株式時。亦有不分株式之資本者。雖然。在株式會社分資本爲株式者。爲株式會社絕對之要件。若云有不分株式之資本。當示其明確之例。不然。不得解爲如此之例外也。株式之消却。爲株式之消滅。於一萬株之內消却五千株時。其殘存者爲五千株。消却一萬株時。雖一株無之也。故吾人謂消却株式時。雖資本亦來減少。如有一萬株之會社。而消却一萬株時。其會社爲無資本而歸於解散者也。彼以消却爲非資本之減少者。以百萬圓之會社。雖消却五千株。而此五千株爲百萬圓之資本也。然則其一株之名義上之價。爲二百圓之意乎。或一株之價。如舊之百圓。而他之百圓（即資本總額中五十萬圓）爲空爲會社

之資本而存於株式外之意乎。抑以一萬株悉消滅時。無有株式。故會社解散。若株式雖全消滅。其資本依然有百萬圓之存在。而使株式會社依然存立之意乎。以資本分爲株式者。會社之特質也。若得解爲有不分株式之資本。則雖無株式。亦可云株式會社矣。此余所未聞也。總株式消却時。株式會社至全消滅。則消却半分之株式時。亦可生消滅株式會社之半分之現象。若云雖消却株式之半分。其資本依然存在。則雖消滅其九分。亦不可不云其資本之依然矣。即株式雖悉爲消滅。又無不可謂其資本之依然矣。爲此等理論上之結果。必有無株式而生株式會社之奇觀。不如謂消却株式時。爲減少其消却部分之資本。最爲自然平易之解釋也。然其他謂雖消却株式而不減少資本者。尙有種種之說。

或者曰。我商法以利益爲株式之消却。不認資本之減少。何則。於法文謂株式非從資本減少規定。不得消却之。而以利益爲消却。不在此限也。(第一百五十一條)株式之消却。通常爲資本之減少。若雖使從資本減少之規定。而在以利益爲株式之消却。則非資本之減少。故不要從資本減少之規定也。是就以利益而消却。證非資本之減少。

而以之爲資本分株式之規定之例外者。然非也。第一百五十一條之規定。非決株式之消却。爲資本減少與否之問題。而於欲消却株式時。得言株主總會決議其方法。就所知之債權者而通知之。對於述異議之債權者爲之辨濟者。以於資本減少之總則。有其規定。而玆利用其文字者也。若惟採單純的文理解釋時。則凡株式之消却。非資本之減少。雖以會社之資產爲消却。亦非資本之減少。以果爲資本之減少。則非從資本減少之規定。不得爲之者。當然不俟言也。夫爲此解釋。吾人與反對論者。皆不得不認資本減少之說爲誤。然無論何人。皆云以資產之消却。爲資本之減少。未聞有爲此文理解釋者。是則雖以利益爲消却。亦同一也。法文云株式者。非從資本減少之規定。不得消却之。但以利益而爲消却。不須從此規定者。非云前者爲資本之減少。後者非資本減少之意。以前者有害於既存之債權者之虞。故使爲辨濟催告。而後者無此妨害。故云不要爲之。其所以曰既存之債權者。以將來之債權者。不在此規定之中。蓋會社當變更定款減少資本之際。於將來可生與否未知之債權者之利害。不能慮及之故也。故法律唯於會社隨意減少其資本。使之不害既

存之債權者。盡其鄭重之手續而已。

然於茲尙有一反對論。其言曰。會社之資本額。爲會社債權者之擔保。若於株式之消却。每來減少其資本時。則此擔保亦漸漸減少者。例如貸方百萬圓。資本百萬圓。若於貸方生其以上之金額。爲百二十萬圓時。則以其二十萬圓爲純益金而爲分配。雖爲分配。在債權者尙有百萬圓之擔保。固無所害。使會社以此二十萬圓消却株式。而減少資本爲八十萬。至翌年於貸之部有百萬圓。較之借部之八十萬圓。多其二十萬圓。則其得分配於株主之資產爲八十萬圓。而百萬圓之債權者。將不能得充分之擔保。故於此之際。其資本同爲百萬圓。資產爲百萬圓時。亦不可即使分配者。此論者欲使於借方之部。記載其本來之資本額。而從云實際減少之資本爲不減少也。果如此說。寧如「リンダク株古」「シモン奇蒙」之所論。謂雖減少資本。而因保護債權者。當記載於借部之爲得。然吾人無論對於何者。皆反對之。蓋減少資本。而強辨爲未嘗減少。最無謂也。又於法律。無使其減少者。空記載於貸借表之規定。不能強也。有謂於商法所云分資本爲株式。及許消却其株式者。其法之可否。姑爲別論。若以其



減少株式。爲直來資本之減少。可以豫想。彼債權者。自講其自衛之策。則於會社有百萬圓之資本。而在百萬圓之資產。有百萬圓之債權者。固可得充分之辨濟。即此會社得二十萬圓之純益。爲資產百二十萬圓時。無論以其二十萬圓分配於株主。或以之消却其株式。債權者尙依然可受充分之辨濟。而於此之時。請求爲債務之辨濟可也。雖然。因其債務之辨濟期未到來。不得爲請求。至翌年其會社之資產爲百萬圓。資本爲八十萬圓。差引二十萬圓視爲利益而分配時。則其資產爲八十萬圓。又至翌年爲六十萬圓。迄債務辨濟期之到來。而資產爲四十萬圓。債權者必不免被其損害。欲保護之。必不可減少資本。就年年之資產爲其分配。故雖以利益爲消却之際。亦當云不減少其資本也。從保護債權者之點言之。此論固非無理。然單爲此保護。則如所謂於貸借表依然記載其資本額。而置之貸部。非較此以上不可云利益者。即如奇蒙等之所云亦無不可也。但貸借表者。不過爲事物之記載。蓋物之影也。而在我國於貸借表之如何。及其記入方法之如何。不定於法律。雖其準則。亦未有示之者。而欲就此說實行之。必不能也。故欲得彼等所言之結果。不可追加法律之規

定。即當云以利益爲株式之消却時。雖減少資產。而關於將來之利益之配當。如毫不減少資本可也。如見爲毫不減少資本者。單關於利益之計算配當。保護消却當時之債權者。而有就資本視爲不減少之必要也。就其他者觀之。固有以減少資本爲正當者。欲達一部之目的。而爲全體無理之解釋。謂有不分株式之資本。深不解也。

又雖保護債權者。亦惟就其消却當時之債權者而保護之。若其後之債權者。因定款之變更。而知資本之減少。其與會社爲取引而注意之者。決不蒙其損失故也。而於此際之見不當者。在同一會社之資本。或債權者。以其實際資本爲資本。他之債權者。以其既往之資本。即早非資本者爲資本也。又如此之際。於兩者之權衡上。計算亦生其困難。若有非常之困難。則寧捨理論而求實際之便宜。凡債權者之視既往之資本如現在之資本者。悉保護之可也。

余爲我國法之解釋。謂雖以利益爲消却。而消却株式時。亦爲資本之減少。其使會社債權者之被損失。蓋不得已也。而此法之不完。則信爲當訂正之者。其猶有解釋

之餘地者。在第一百五十一條第一項。以普通之方法爲株式之消却者。非爲依告或辨濟於債權者之後。(第二百二十條及第七十八條至第八十條)不得爲之。而以利益爲消却者。不須依告辨濟者也。然因株式之消却。不使債權者被其損失。則於株式消却當時之資本額。非超過相當之資產者。亦當使之不得爲利益之配當。此雖於減少資本與否。貸借表之借部記載其減少額與否。所當注意。寧就爲債權者共同擔保之財產之充分存在於會社與否。爲債權者之保護而深注之意也。又或論者常謂唯入資本額於貸借表之借部。對照於貸部。爲得見純益之方法。而於此之外。無得見爲純益之方法者。余雖亦視此爲善良之純益算出方法。而尙謂其他有其方法者。即置資本額於度外。從一切之積極的財產。而控除債務爲純益之方法也。於財產目錄有總財產。次則有債務。由前者而減後者之差。爲剩餘金或益金。得分配之者。故存於局外之資本額。雖有如何之變更。得云債權者不被損失也。

有於株主受株金之拂戻中。消却株式者。有單爲受株金額同額之配當之意味者。後者雖有株金之拂戻。然其株式依然也。株式之數。株主之權。莫不如故也。不過株

主受一種之大配當而已。縱云株金之拂戾。亦決非云受拂込株金之返還。使其株式與無拂込同也。以果如此言之。爲返於創立總會之昔。法律之所禁也。故無論何人。無解爲此意味者。又以此爲株主權之消滅。株式數之減少。亦未有聞者。

因株式之消却而減少資本與否。在獨逸亦分其說。其與吾人同云。減少者。爲「土

陶布」「林古」「奇蒙」等。其中之說明最明瞭者。「土陶布」氏也。氏曰。資本減少。故

雖於翌年之貸借表。不記載其所減之資本額於借之部。亦不害於債權者。會社非於差引債權債務之總財產之後。不生純益。即非存置債權者之擔保之後。不生可

得分配之利益者。若於得分配利益之際。債權者之擔保。固存於他之鞏固之處者也。「林古」「奇蒙」二氏。謂資本雖減少。而惟於貸借表當記載不減少之額。獨逸之

商法理由書。與之類似。至「可薩苦」「馬可伯爾」「俾連特」「賓那」等。則皆爲資本

不減少論者。我國之云資本不減少者。雖居多數。然無論何人。未有詳示其理由者。偶有示之者。皆專以書於貸借表之借方者。爲定於法律。作其前提。若就其所示之

說。問以我商法何無規定。則毫無反駁之價值。其他所云者。亦不過在保護債權者

使爲債權之擔保而已。

因曰。我國學者之言貸借對照表所記之方者。專本於獨逸人之式。其中信賴「奇蒙」シモン「勒姆」レムカ之貸借對照表者最多。甚或迷信之。謂於此外無作貸借表之方者。不知此等之貸借對照表。決不可即採之以爲我國之用者。我商法唯云會社作貸借對照表。而所作之方。則委之各人之自由。唯在判官之認定。使可視爲對照表而已。故關於本論。就雖資本與準備金。多入於借方。若因實際之便宜。其與多數人採同一之記入方。或以資本金準備金等。入之貸方。皆無不可。決不得謂違法也。日本鐵道會社。爲國中會社中之最大者。其最近所作貸借表。有於貸方之部。爲是等之記入。普通之會社雖反之。非違法也。欲基此貸借對照表。即日本鐵道會社之

貸借對照表省略

爲準備金資本減少等之說明。自當就前所說明加以變更。

終就優先株說明之。

優先株與普通株式不同。有種種之特權。會社以之而誘導多數之引受人者也。其所謂特權者。在於會社解散之際。先受會社財產之分配。或於定期利益之配當之際。先

受幾分之配當。而後與他株主平等受殘餘之分配。法律以如此之不均一。爲反乎株式平等之原則。而不認之者。亦有之。然於實際。則有認之之必要。蓋監督得其宜。自足防其弊害。故我商法認之。

於會社設立之際。不認之。單限於資本增加之際認之者。蓋自初許之。易生弊害。故於設立之際。無許之之必要也。至會社成立開始事業之後。因資力之不足。不得充分之利益。雖欲不起社債而募集株式。然應募株式。僅得普通之權利。亦無人應之者。故有發行優先株之必要也。舊株主之得引受此株式。固爲隨意。若舊株主依或方法。以其從來之株式爲優先株。在法律雖無何等之規定。當於發行株式之際。記載其旨於定款者也。

優先株之性質。既如前所述。故優先株主之利害。亦常與普通株主之利害不同。使凡事項皆於株主總會爲決議。則優先之株主。往往有被壓於多數普通株主之憂。欲免此憂。則於定款之變更。當及損害於優先株主時。使株主總會決議之外。更爲優先株主總會之決議。如欲減少優先株之利率。及消却優先株之際。在優先株主之總會。準

用株主總會之規定。蓋優先株之發生。比較的爲新。而關於此之法理。尙未充分發達故也。(第二百十二條)

### 第七節 解散

株式會社解散之事由。與合名會社解散之事由。大體相同。唯於會社之性質上所不許共通者。而設其相異之規定耳。如存立時期之滿了。事業之成功。合併。破產。裁判所之命令。爲共通之解散事由。其於合名會社所謂依社員之同意者。株主會社則易之曰株主總會之決議。又合名會社所謂社員爲一人時者。株主會社則易之曰株主減爲七人未滿時。在他國之法律。於此之外。雖資本之減少。亦以之爲解散之事由。以在合名會社有無限責任之社員。苟非支拂之停止。縱爲如何資本之減少。得不命之解散。而在株主會社。則無一人爲無限責任之株主。苟資本之減少。超於一定之限度。自當使之解散者。然我商法惟云株式會社失資本之半額時。使取締役報告之總會。至會社財產不能完濟會社之債務時。使取締役請求財產之宣告。不以其資本之減少。直爲會社解散之事由也。(第一百七十四條)

在合名會社有依社員之同意爲必要之際。在株式會社則以依株主之同意爲必要。是於理論上固爲正當。然不能實行之也。又變更會社事業之際。雖以比較的嚴重之多數決爲必要。不得依少數之假決議方法。而於解散之際。則爲法文之解釋。不免生其疑惑。其理由以本節第二百二十二條。爲解散事由總會之決議。止云從第二百九條之規定。就文字上觀之。如第二百九條之第二項第三項。共得適用故也。

在合名會社有二人得存續會社。爲一人時。則解散。在株式會社則最少有三人之取締役與一人之監查役之必要。就此論之。固以有四人爲已足。然其設立之際。發起人要有七人。則其存續。亦須有七人者也。在他國於設立之際。則要有多數。雖其對株式引受人及他之人負責任之多數者。不得漫爲會社設立之發起。至一旦成立以後。即不須有此多數者。此似便利。然株主之少數。不合株式會社之性質。若許其少數時。必有藉株式會社之名。以營個人之事業者。如我商法常須七人以上。蓋得其當也。株主減爲七人未滿時。則會社當然解散。其殘存之或株主。雖一時有他人之株式而欲讓渡之於他人。不能也。尙會社爲拂込催告之手續。而應之者。未滿七人時。謂會社



亦當解散。固無不可。但就於第一百五十三條所云株主不爲拂込時則失其爲株主之權利者言之。則爲當然之失權。非會社得以隨意爲解散者。又爲株主者。必併有其權利義務。若失其權利時。雖負其義務。不得爲株主。以雖負義務。非爲現在之株主之義務。乃由爲從前之株主之義務而生者也。尙於法律單云株主減爲七人未滿者。不限於株主之種類。雖發行無記名株之處。亦可得適用者。然無記名株者。依株券之輾轉。生讓渡之效力。得以對抗會社其他之第三者。而讓渡總株式於七人未滿之株主。有於不知會社之間。來會社之解散者。若一旦減七人未滿之後。雖更就其株式讓渡於多數者。而既在解散之後。別已無株式。從而其讓渡爲無效也。故於會社解散之時。當使取締役爲其清算人。無遲滯調查財產作成帳簿。(第二百二十六條及第二百二十七條)但此等於無名株發行之際。果如何適用之耶。於會社株主減爲未滿七人。果如何得知之耶。四人之株主。得依重役知之。又調查彼等取有株券之番號。於四人以外之尙有株主亦得知之。固也。而其四人以外之人。爲一人耶。爲數人耶。別不明瞭。立法者未嘗豫想是等之情形。又信爲無是等之情形。不設特別之規定。故於第二百二十三條合併之規定。亦僅

就記名株言之。而未就無記名株言之。以無記名株難以羈束。不得不任其自然也。關於合併大體之手續。與合名會社相同。即會社爲合併之決議時。作財產目錄。催告債權者。債權者有異議時。則爲之辨濟。或供其擔保。與承繼消滅會社之權利義務。爲必要之登記是也。而其異者。在合名會社。發合併必須總社員之同意。在株主會社則以株主總會之決議爲之。及設記名株之讓渡之規定是也。

會社欲爲合併時。得於一定之期間停止記名株之讓渡。是於招集株主總會之際。以不欲記名株主之變更而出之。故止之之時。於欲招集株主總會之處。得停止其讓渡。而在通常之處。則單停止株券之書換而已。夫讓渡本爲有效。限於合併得停止其讓渡者。以合併者。於會社及株主之權利。來種種之變動。若爲讓渡。其有影響於相手方之會社者不少。故務使其株主爲同一之人也。僅爲株券書換之停止。固得達其一分之目的。然爲此停止。惟使之不得對抗會社。而於當事者間。仍得爲有效之讓渡。不免生其弊害。故就其爲讓渡亦停止之也。此停止在計會社之利益。若會社雖不停止讓渡。無不所可。或使爲自由之讓渡。反於合併有便宜。時亦得許之也。

於會社停止記名株之讓渡之際。雖以其株式供擔保。亦無妨也。彼云不得爲讓渡者。亦不得供擔保。其論固爲正當。然於茲之處。決非以記名株爲不讓渡物。不過停止一時之讓渡而已。於或之短期間經過後。仍得如曩日爲讓渡者。則於停止其讓渡之間。以之供擔保。固無不合也。於讓渡停止之期間中。得爲辨濟期限到來之債權之擔保。則於其期間經過後。爲辨濟期限到來之債權之担保。又未嘗不可也。

於株主總會爲合併之決議時。從其決議日迄爲合併之登記。禁記名株式之讓渡者。爲法律之所命。非會社得自由爲許否者。即未有合併之決議。在株主雖不受何等之拘束。而一旦既爲合併之決議。不拘就其決議爲同意爲反對。早不得爲其株式之讓渡。若許其讓渡。別雖爲合併之決議。而在實際上非株主者。不拘束其合併之決議。由讓受株式而不與其合併之決議爲株主者。反拘束其決議矣。至株主多不注意於合併之決議。必有因之而爲不利益於會社及相手之會社之事。就合併而望博奇利者。不可也。故於合併完了。就因合併存續之會社。未爲變更之登記。因合併而消滅之會社。未爲解散之登記。依合併而設立之會社。未爲設立之登記。禁爲記名株式之讓渡。

者也。

如是則株式會社之合併。其特殊之事項。限於發行記名株之際。而就發行無記名株之際。則與合名會社之合併無所異也。同爲株式。以無記名者爲與記名者同一。似亦有其理由。然雖設此規定。亦不得實際之適用。發行無記名株之時。在會社與株主。皆專求簡單。故不設嚴格之規定也。

會社解散時。取締役當無遲滯發其通知於株主。且於發行無記名式之株券時。要公告之。(第二百一十四條)

#### 第八節 清算

關於清算之原則。亦合名會社與株式會社之間。無大差異。合名會社清算之規定。於此多準用之者。如會社解散後於清算之目的之範圍內。尙視爲存續。如關於清算之規定。適用因合併無破產以外之事由之解散。及清算人之職務之大體是也。

株式會社於解散之際。其爲清算人者。取締役也。取締役之當然爲清算人。即獨逸學者所謂天然當爲清算人者。此爲第一種之清算人。雖然。取締役亦非必當爲清算人。

使定款定以取締役以外之人爲清算人。或於株主總會選任清算人。皆無不可。若是者。依定款與株主總會之選任而生。爲第二種之清算人。此種之清算人。使取締役中之或者爲之可。使普通之株主或株主以外之人爲之。亦無不可。取締役或者之當選爲清算人與當然清算人蓋不同而爲清算人者。得辭其爲清算人否乎。則有差異之議論。在取締役與他之取締役共辭之者。雖須有特別之理由。而被選任爲清算人。則於自己未爲承諾之間。得不爲清算人。其第三種爲裁判所所選任之清算人。此種之清算人。有因利害關係人之請求而選任者。有因檢事之請求而選任者。前者之中。分之爲三。(一)會社因裁判所之命令而解散時。(二)取締役不爲清算人。而定款及株主總會亦不別定清人算時。(三)會社着手於事業後。發見其設立之無效。準解散之處而爲清算時是也。利害關係人不爲選任之請求時。何人當爲清算耶。抑凡利害關係人爲之耶。又於始得早爲不爲清算之決議耶。以法律必有要爲清算之規定。凡當然爲清算人之取締役。皆當爲之耶。若取締役怠於職務。其科之之制裁。又當如何耶。若是等者。皆得與合名會社爲同一之論。

關於清算與合名會社之異點。即在合名會社。於會社着手事業後而取消其設立時。要爲清算。而在株式會社。則於發見其設立之無效時。而爲清算也。(第一百條及第二  
百三十二條)於始信會社爲完全設立。至後想像其無效或被取消。而在合名會社則惟云取消。不云無效者。蓋合名會社之設立。甚爲單純。通常爲少數者。其爲無效之設立。殆絕無也。若有爲無效之設立。則於其際不依清算之方法。而使以普通之方法。決當事者之權利義務可也。此立法之可否。固當於合名會社之章論之。非此所論之範圍。然從此趣意而推究株式會社所規定之理由。以在株式會社。於後發見設立之無效。屢屢有之。其補充之不得完全者。雖從普通之方法。而消滅其權利義務。深爲困難。故使依於清算之方法。亦於事業着手以後。而取消其設立。雖爲絕無稀有之事。然苟有之。終使依於清算之方法者也。夫於設立無效之際。尙須爲清算。則於設立被取消之際。其更須清算。可不俟言。以取消之際。較無效之際。更爲複雜故也。若以立法之理由。以於事業着手後而取消其設立。殆爲絕無。蓋會社之總則。規定會社非於其本店之所在地爲登記者。不得着手於開業之準備。其無登記前開始其事業者。實明瞭也。(第四十  
六條)又觀于

株式會社之規定。會社因創立總會之終結而成立。須從其成立之日二週間內爲登記。爲登記之後。株式引受人。不得因詐欺或強迫取消其申込。則會社於着手事業之後。早不得爲設立之取消。又明瞭者。(第三百三十九條第四百一十一條及第四百四十二條)是不免爲誤解也。於登記後。引受人雖不得因詐欺或強迫取消其申込。然得因此外之原因。而取消其申込者。縱令此外不復有不得取消申込之原因。然株式申込之取消與設立之取消。全爲別物。會社之設立。因株式申込之取消而被取消者有之。因其以外之事由而被取消者亦有之也。其較之合名會社之設立。於事業着手後被取消而見爲多者。蓋可想像。至特須法律之規定者。亦以其設立較合名會社爲複雜。要多數之合意與手續。其取消見爲更多故也。是則株式會社之有此規定。實正當也。若立法者之趣意。爲雖於會社着手其事業後。取消其設立。而在使依普通之方法。爲複雜之計算。則其趣意不能謂其當。又若云本條所謂無效者。於其中含有被取消而爲無效之意。則當爲明示。於現在之法文。固不得爲斯解釋者也。

關於清算人解任。第二百二十八條規定之。即於株主總會選任之清算人。得以株主

總會之決議解任之。又有重要之事由時。裁判所得因請求解任之。其第一項規定。惟關於株主總會選任之清算人之解任。固爲明瞭。而第二項單規定裁判所得解任清算人。若以此項爲獨立之法文。雖爲凡關於清算人解任之規定。然從與第一項之規定見之。則惟株主總會所選任之清算人可得適用之規定也。即通常所謂株主總會之決議。雖須鄭重之方式。而有重要之事由時。裁判所因監查役與資本十分之一以上株主之請求。得解任之也。假令以此規定爲凡關於清算人。得以適用。亦限於有重要事由之處。則其他之處將如何乎。不免生其問題矣。於他無何等特別之規定而得解任清算人者。即得選任清算人者。蓋株主總會。得選任清算人。亦無論何時。得解任之也。若以定款定其爲清算人者時。則不可不以定款之變更解任之。又因裁判所選任之清算人。於裁判所之外。亦不能解任之也。關於清算人之解任變更。要爲登記。清算人之職務。其大體亦與合名會社相同。今就二者共通之點言之。即先登記自己之氏名住所。終了殘務。取立債權。辨濟債務。分配殘務財產。清算終了時。爲終了之登記等是也。現存之財產不足完濟債務時。不拘辨濟期之如何。得使爲拂込。又有行其



職務。必要之一切權限。又清算人有數人時。關於清算人行爲。雖以其過半數而決。而對於第三者。則各自代表會社。在合名會社。清算人於就職之後。當無遲滯調查會社財產之狀況。作財產目錄貸借對照表。交付之各社員。而在株式會社。則以一一交付於株主。事有所難。提出於株主總會而求其承諾可也。至欲調查其清算之當否。則株主總會得特選任檢查役。尙經株主總會之承諾後。清算人當公告貸借對照表。(第九條至第九十四條第百五十八條第百九十二條第百二十七條)

清算人非辨濟會社之債務後。不得分配會社之財產。欲速爲辨濟。可催告債權者請求之申出。就所知之債權者。爲各別之催告。就一般之債權者。爲三回公告催告之。若經過此申出期間。而不申出債權者。則爲殘餘財產之分配。

於清算之結果。而生殘餘財產時。其分配之於株主。不俟論也。然關其分配之割合。則生種種之說。或曰。當比例株數而爲分配。或曰。應拂込之金額而爲分配。此等之說。在同種之株式。與就各株爲同一之拂込者。固無不可。然於株式。有二種以上者。有同種之株式。而異其實際之拂込額者。又有實際之拂込額雖同。而異其拂込之方法者。故

我商法不採此等之說。而於第二百二十九條爲之規定曰。

殘餘財產。要依定款應拂込株金額之割合分配之。各株主。但於會社發行優先株之處。有異此之所定時。則不在此限。

於發行優先株之處。其株主得較普通之株主受多額之分配。其多受分配之方法。苟以先與之殘餘財產之半分爲可。則從殘餘財產中。先就其所拂込額拂之。尙有餘時。與他之株主爲平等分配可也。又在異種之優先株。異其分配固可。若在同種之優先株主間。即不可不爲同等之分配。其方法當依本條之所定。決不得單純應株式之數者也。

我國法不云應株式之數。而云應拂込之株金額者。以雖有多株式而不爲拂込者。不得分配。惟有多拂込者。多爲分配。乃至當也。例如有五十圓之株式百箇者。僅爲第一回之拂込（即拂込二百五十圓）有五十圓之株式五十個者。爲全額（即二千五百圓）之拂込時。則後者多受分配者也。蓋後者株式之數爲半數。而拂込之金額爲倍額。其受前者之倍額之分配。當然也。殘餘財產之分配。畢竟與彼等受拂込之金額之

返還相似。有多數之株式。爲少數之拂込。其不隨時履行株主之義務可知。而使之少受。又當然也。其應拂込額而與之者。蓋尙出於寬典者也。夫所以有多株式而少爲拂込者。以會社催告各株主拂込。或株主應之爲拂込。他株主不應之爲拂込。而會社又常不急行失權處分強制執行等之手續。故長有不同之株式之存在也。即就同時募集之株式。悉爲同額之拂込。而因增加資本募集新株之際。亦不免生其異額。蓋資本之增加。非株金額拂込之後。不得爲之。其舊株爲全部拂込。而於新株唯爲一部拂込者。常有事也。於此之際。若云無論何人。單純應株式之數分配之。不問其拂込之額之如何。不可也。

分配者。惟應拂込之株金額爲之。雖拂込金額而非株金者。不入此規定之內。在於獨逸。拂込非株金之金額者。得受利益之配當。固當就此點爲說明。若我國無之。不爲特別之說明可也。而當注意者。在云依定款爲拂込之點。所謂依定款爲拂込者。其有不依定款而爲拂込之處。可豫想也。何也。會社爲其秩序的之營業。又擴張之以定款定拂込之方法。常有之也。若或株主不依定款而爲拂込。必來會社計算之混雜。不可也。

又或株主對於會社之催告不拂込。而爲袖手之旁觀。後見殘餘財產之多。而欲突爲拂込者。又或株主有見殘餘財產之多。不待會社之催告進而爲拂込者。是即拂込亦生其差異。所不能不豫防之也。夫從株主自進而爲如此之拂込者。雖爲稀有之例。然達其解散會社之目的之際。則亦得以發生者。例如在運河開鑿請負會社與戰爭中爲或事業之會社。常有此事情故也。

會社因損失而解散之際。於殘餘財產未達拂込額而不爲拂込者。得依然應拂込額而受分配時。則多爲拂込者。爲多分擔其損失。非公平也。例如百五十萬圓之會社。而有三百萬圓之殘餘財產時。拂込百圓者。與以二百圓。拂込五十圓者。與以一圓。可也。以爲倍額之拂込者。與以倍額之利得。當然也。然使會社之殘餘財產爲七十五萬圓之際。亦依上之比例。與拂込百圓者以五十圓。與拂込五十圓者以二十五圓時。則前者比於後者。至不可不負擔倍額之損失。不得謂公平。於異其株式之際。或出於不得已。而有同數之株式。在此因爲適時之拂込而多其損失。在彼因違反法令與定款不爲拂込。而得少其損失。不可也。如同須爲百圓之拂込。甲拂込百圓。乙拂込五十圓。而

甲受五十圓之返還。乙受二十五圓之返還。則甲之所損爲五十圓。乙之所損少二十五圓。不免因怠其義務而許爲少損矣。故必使乙爲百圓之拂込。即不拘會社已經解散。不能不使拂込其未拂之五十圓也。然乙爲百圓之拂込。而僅使得二十五圓之返還者。何也。蓋乙爲怠其義務者。故得使之多受損失也。而生其問題者。在會社解散清算中。尙得使拂込未拂之金額乎。抑以於此際爲拂込。雖不依定款爲拂込。而既爲通常之債權。得強制而使辨濟乎。如是則不適用清算人不拘辨濟期得使爲拂込之規定。(第二百三十四條第九十二條)而得行債權之取立之職務與否。不能不研究之也。如必欲勵行拂込則如所前述。解爲使乙被七十五圓之損失者。爲其議論之所存。即於此之際。爲未拂込金額之拂込。尙得云爲依定款之拂込與否是也。關於殘餘財產之分配。獨逸舊商法第二百四十五條及新商法第三百條與「林古」リンケ「勒曼」レマン「賓那」ベナ之株式會社法詳之。可參攷之也。

清算人於清算中欲與會社爲取引。須得監查役之承認者。與取締役欲與會社爲取引之際同也。就清算人與會社之間訴訟時。監查役代表會社。就會社與監查役之間

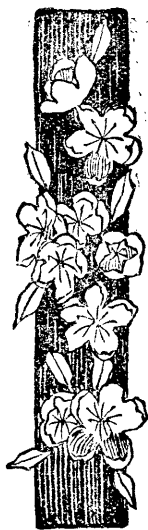
訴訟同。得特定代表會社者。

監查役欲爲監查。無論何時。得對於清算人求爲事業之報告。調查清算之狀況及會社財產之狀況。又調查清算人欲提出於株主總會之書類。要於株主總會報告其意見。以監查役當然有此職務。清算人不得兼也。但於清算人中有缺員時。監查役雖得一時行其職務。然於行其職務間及未得株主總會之承認。則不得行監查役之職務。  
第七十六條第八十一條第八十三條第八十四條第八十五條第八十七條第二百三十四條

清算人每於求株主總會之承認及聽其意見之必要。得招集株主總會。又從資本十分之一以上之株主。求株主總會之招集時。不可不招集之。清算人若不爲總會招集之手續。則株主得請求其招集。又總會招集之手續。與議決之方法。違反法令或定款時。各株主得請求裁判所。宣告其決議爲無效。此決議無效宣告之請求。亦爲清算人之義務。其於自招集總會之際。及其招集手續與方法有缺點之際。皆不可不請求其決議無效之宣告。若爲總會之決議。而爲違反法令或定款時。清算人當對之述異議。且通告其旨於監查役。不然。就其違反而執行之者。對於第三者當任損害賠償之責。

此清算人之責任。與取締役所負之責任。同其性質。曩就取締役所說明者。於是亦見適用。至其批評又同一也。

清算事務終了時。清算人當無遲滯作決算報告書。提出於株主總會求其承認。依此承認。而清算人之責任。乃以解除。尙於清算結了。當爲其登記。而登記後之十年間。須保存會社之帳簿。關於其營業之信書。及關於清算一切之書類。其保管者。在合名會社。以社員之過半數而定。在株式會社。則因清算人其他之利害關係人之請求。裁判所選任之。是如清算人其他之利害關係人無定之之權利義務。唯裁判所得以定之者。夫以是解之。固無不可。然裁判所因清算人及其他之利害關係人之請求。得以選任。而無請求時。裁判所將如何乎。雖何人不爲選任。從而至於無帳簿之保管者。又將如何乎。於利害關係人無請求選任保管者之義務。於清算人亦無此義務乎。不免生其問題矣。第一百一條 第一百五十九條 第一百六十條 第一百六十三條 第一百九十三條 第二百一十一條 第二百三十條 第二百三十一條 第二百三十三條





## 第五章 株式合資會社

限於會社之種類。而分爲合名會社合資會社及株式會社之三者時。則得以合資會社有限責任社員之持分爲株式否乎。又得以株式會社之或株主（爲其取締役之株主）之責任爲無限乎。皆當決之問題也。若認不規定於商法之有限責任會社與株主無限責任會社之成立爲有效。則其會社視之爲合株會社之一種乎。將視之爲株式會社之一種乎。又當生其議論矣。法國學者。就與我國之株式合資會社相同者。謂爲合資會社之一種。獨逸學者中。亦有如此言之者。一千八百七年法國始定商法之際。多有合資會社之性質者。亦漸呈近似株式會社之傾向。獨逸舊商法。次合資會社而規定株式合資會社。學者示其社員之名。今尙用關於合資會社所用（*Kampfe*mentur）（*Kommanditist*）之文字。至新商法改編纂之體裁。先株式會社而後株式合資會社。使便準用株式會社之規定。且其準用株式會社之規定。亦較前爲多。我商法次株式會社規定株式合資會社。與獨逸商法同。更進而與以無限責任社員及

株主之名。由創立總會株主總會之規定。迄監查役之選任、職務、並業務執行代表會社之機關。皆類似于株式會社。故我國之株式合資會社。視爲類於株式會社可也。然株式合資會社雖類於株式會社。而非株式會社之一種。恰如合資會社非合名會社之一種。株式會社非合資會社之一種。蓋我商法分會社爲合名會社合資會社株式會社株式合資之四種。明有規定。其各爲獨立之會社。固無疑也。

既有從有限責任社員及無限責任社員而成之合資會社。又有分資本爲株式之株式會社。何故於其中而認有株式合資會社乎。曰。在株式會社。取締役關於業務之執行。雖負其責任。而關於會社之債務。則不負無限之責任。夫於株主中無一人負無限之責任。在世入必有不信用其會社者。至於合資會社。其有負無限責任之社員。似可副世人之所希望。然在合資會社。其社員之數。通常極少。故其集資本也難。且在合資會社。凡有限責任社員。皆得於營業年度之終。檢查會社之業務及會社財產之狀況。有重要之事項時。裁判所因其請求。無論何時。許爲檢查。是於會社有如斯之多數權利者。犯會社之所嫌忌也。又在有限責任社員。雖得自爲業務之執行。而欲讓渡其持

分之一部。至不可不得無限責任社員之全員承諾。因之有不欲爲其會社之社員者。欲調和此等之缺點。於一方置無限責任社員。使得社會之信用。於他方分資本爲株式。使多其應募之人。故認有株式合資會社者也。此爲我國及獨逸認斯種會社之理論上之理由。在獨逸一千八百七十八年一千八百八十八年及一千八百九十七年。開會社法之議事。每有主張株式合資會社之廢止者。常爲此理論所敗。於我國亦同一也。

雖然從實際之狀況見之。不信用株式會社者。雖有一二無限責任社員之加入。亦未必即信用之也。又欲爲株式之自由讓渡者。多願於有正確權利之株式會社爲株主。不願爲無限責任社員專權下之株式合資會社之株主也。又得組織株主合資會社而募集多數株主者。未嘗不可組織合資會社而募集多數之有限責任社員。非必須爲株式合資會社者也。故於法律設株式合資會社之規定。雖不得議其非。而其實益則固難言之也。我國之現狀。實用者少。若惟依理論上之結果。以此爲不能不設。則亦如規定於獨逸單行法之有限責任會社。因欲規定商法中。而圖理論之貫徹而已。

株式合資會社。以無限責任社員與株主組織之。(第二百三十五條)其無限責任社員之數。雖一人可也。可代表會社之無限責任社員。準用取締役之規定。此因株式會社取締役。要三人以上。而茲則爲例外也。又無限責任社員與株主及第三者之關係。因其準用合資會社之規定。可以知之。無限責任社員。必不可不爲株主與得爲株主之問題。與會社之資本。悉分爲株式與否之問題相牽連。或國之法律。資本必分爲株式。故無限責任社員。必爲株主。不可於株式之金額以外。得以資產供會社之業務。所謂無限責任社員者。與無限責任之株主。歸於同一。至日本國法。無限責任社員與第三者之關係。不特準用合資會社之規定。且株主募集之際。無限責任社員。引受株式時。要記載其數於株式申込證。無限責任社員。雖得出席於創立總會。述其意見。而不得加於決議之數。引受株式時亦然。因不引受株式之處。無限責任社員。得不爲株主故也。而其會社之財產。有分爲株式者。亦有爲無限責任社員出資之金錢及其他之財產者。株式合資會社之要素。必要無限責任社員與株主。消滅其一方時。株式合資會社因而消滅。然無限責任社員之全員退社時。株主可繼續爲株式會社。此雖有明文之規

定。(第二百四十七條)但不欲繼續時。得與無限責任社員全員。共爲退社。而會社因之解散。又無限責任社員。取得一切之株式時。是會社僅以無限責任社員成立。所謂株式合資會社者。自當消滅。惟無限責任社員間之關係。因其準用合資會社之規定。故可依第一百十八條第一項。但書之規定。以無限責任社員之一致。繼續爲合名會社而已。社員一旦取得一切之株式之後。雖讓渡於社員以外之人。當其取得之際。株式合資會社之存在。既已消滅。苟非以特別之規定。使後之株式讓渡。復於從前之狀態。其會社仍不免消滅也。

株式合資會社。爲獨立特種之會社。雖有固有之規定。然亦多準用合資會社及株式會社之規定。無論何國。罔不如是。其所異者。則在何會社之規定多準用之點也。實質之如何。姑置之不論。形式上日本商法。原則準用株式會社之規定。至準用合資會社之規定。則列舉之。如左。

第一 無限責任社員相互之關係。

第二 無限責任社員與株主及第三者之關係。

無限責任社員與株主之關係。恰如無限責任社員與有限責任社員之關係。即內部之關係也。

無限責任社員與第三者之關係。爲外部之關係。實際之適用。專在代表會社。與第三者爲關於營業取引之時。

### 第三 無限責任社員之退社。

是爲株主相互間之關係及株主與第三者之關係。付於株主之脫退。總適用株式會社之規定。故有謂株式合資會社。在無限責任社員。則從合資會社之規定。株主則從株式會社之規定者。雖不正確。然大體之說明。則甚便宜。又有謂僅株主組織法人。即株主第一次爲株式會社之一員。第二次爲株式合資會社之一員。至株式合資會社。止於株式會社與社員之團體而不爲法人者。德國學者。爲德國法之解釋。有爲此說者。余與多數之德國學者。共反對之。至日本無主張此說者。

### 第四 解散之事由。

株式合資會社。因與合資會社同一之事由而解散。(第二百四十六條)然合資會社。因其準

用合名會社之規定。故株式合資會社。因合名會解社散之事由第七十四條所列舉者及前述之無限責任社員株主全員之退社而解散。(第一百五條及第一百十八條)要總員同意之事項。必不能以合資會社之規定。全適用於株式會社。故以無限責任社員之一致與株主總會之決議代之。

株式會社。得以株主總會之決議。爲會社之解散。而株式合資會社。則不適用之。又不得以株式總會之議決。爲解散之請求。何者。其解散僅準用合資會社之規定。決非於其解散事由之外。併株式會社之解散事由。亦準用之也。觀於不認株式會社之決議。與無限責任社員之意見有同一之力。可以知之。即使認爲同一。而無限責任社員。決不能以一人請求解散也。其在合資會社。有不得已事由時。雖與各社員以會社解散之請求權。而株式合資會社。既明言其不準用。(第二百四十條但書)是因會社解散之請求。極爲重大。不容易許之之趣意也。然德國則以株式總會四分之三之決議方法。得爲請求云。

株主減至七人以下時。會社解散否耶。有謂關於株主。準用株式會社之規定。株主減

至七人以下。即不能爲株主總會。故可解散者。又有謂株式合資會社之解散。準用關於合資會社之規定。合資會社但有有限無限責任社員各一人爲已足。故株主雖一人亦可。又株式合資會社。其社員止要有二種。故株主亦可爲一人。一人不能開總會時。即不必要總會者。

以下就株式合資會社之設立業務之執行清算變更等之特殊事項說明之。

發起株式合資會社者。其成立後。可爲無限責任社員。發起人作定款。記載一定之事項。要署名。與株式會社發起之時共通之事項。如目的商號一株之金額本店支店所在地及公告方法是也。

在株式會社之時。並資本之總額。亦使記載之。而此處。單使記載株金之總額。蓋株式合資會社之資本。爲株金之總額。與無限責任社員之出資。於株金總額之外。使記載無限責任社員出資之種類及價額。又評價之標準時。合之即得知其資本之總額。故不爲資本總額之記載。然實則明記載於會社之定款。較爲適當也。合名會社合資會社。即無記載之必要。而株式合資會社。似宜記載云。



不云記載發起人之氏名住所。而云記載無限責任社員之氏名住所。蓋日本國法。以無限責任社員爲發起人。故或云發起人或云無限責任社員。畢竟歸於同一而已。

(第二百三十七條)

發起株式合資會社之設立時。必不可不募集株主。株式會社。募集株主。限於發起人不引受株式總數時。其引受與否。爲發起人之隨意。然在株式合資會社。則必募集株主。(第二百三十八條)若無限責任社員。不募集株主時。有爲合名會社之虞。又無限責任社員。引受株式總數時。悉爲無限責任社員之株式會社。而爲日本國法所不許之會社。既爲國法所不許。而一切之株主。悉歸於無限責任社員時。株式合資會社。遂因之消滅。

募集株主。要作株式申込證。使引人記載種種之事項。等於株式會社。又其可記載之事項。大體等於株式會社。即定款所揭之事項。定款作成之年月日。第一回拂込之金額。第二百二十二條所記載之事項。及無限責任社員。引受株式之際。其各自引受株式之數是也。在株式會社之際。發起人引受之株數。其發起人必不可不引受株式。所

以防僅以發起爲業而得利益之弊。株式合資會社。無限責任社員。因其負重大之責任。雖不引受株式。亦不生弊害。故引受株式與否。爲其任意。但引受時。要記載於株式申込證而已。

有株式之引受時。必使爲第二回之拂込。拂込既終了時。要無遲滯招集創立總會。與株式會社同。然執行總會之事務。則二者各異。而株式會社。在創立總會。可使選任取締役監查役。在株式合資會社。因有無限責任社員。代表會社。執行業務。故不置取締役。又無限責任社員。自初定之。其中以或人如代表。又執行之機關。無限責任社員。則不得爲監查役。所以慮利害之衝突也。因同一之理由。無限責任社員之議決權。被排斥於總會。蓋倣之德國商法者。(第二百三十九條  
第二百四十條)

雖在創立總會。不以株主總會無限責任社員之出資。算入議決權。因其以株金以外之出資。換算株金。定議決權之數。頗爲困難。且豫防無限責任社員專橫之弊也。以立法論言之。無限責任社員。引受株式時。與通常之株主等。與以議決權。至利益之配當。會社財產之分配等。與他人視爲同一。似無不可。因無限責任社員。付於其株式。與他

之株主。爲同一之拂込。負擔同一之義務也。且彼等自負無限之責任。較之普通株主。尤注意會社之利害。似宜許其以與議決權與否。定於定款。然依現行法。無限責任社員。不得加於總會議決之數。又其株式。關於議決權不算入之。是幾與無株式者相等也。例如株式之總數爲一萬。而無限責任社員之株式爲二千。當其議決。止以八千株式計算之。無限責任社員。雖不得加於議決之數。但出席於總會述其意見。則法律明認之。

監查役當調查有引受株式總數與否。第二百二十二條第三號乃至第五號之事項。爲正當與否。又當調查無限責任社員之株金以外之出資種數又價格又評價之標準。而報告於創立總會。

創立總會。認或事項爲不當時。得變更之。又得爲定款之變更及設立廢止之決議。創立總會終結時。會社遂成立。自其日起二週間內。要爲第二百四十二條列舉事項之登記。（第三百三十四條第三百三十五條第百三十八條第二百四十一條）

關於無限責任社員之業務執行與會社代表則如何。此爲登記事項。定可代表會社

之無限責任社員時。要登記其氏名。(第二百四十條第五號)可代表會社之無限責任社員。準用關於株式會社取締役之規定。(第二百四十三條)會社有業務之執行與代表。理論上可爲分離。以上單爲代表之規定。至執行之問題。則未之及。然第二百四十三條。使代表會社之無限責任社員。準用取締役之規定。此爲分離業務執行與會社代表。僅就代表準用取締役之規定耶。抑想像代表會社者。常爲業務執行者。而規定耶。不能無疑。以該條但書推之。後之想像。爲得其當。何者。本文爲無限責任社員。準用取締役之規定。但書則爲其例外。如由株主中選任者。三人以上者。以總會決議無論何時得解任者。供託一定之株券於監查役者。爲或種類之商行爲。要受總會之認許者。報酬以總會之決議定之者。其他關於取締役之規定。與株式合資會社之規定不矛盾者。須可準用於無限責任社員。不得嚴爲解釋。限於會社代表也。

然法律之解釋上。有業務執行之權利義務之社員。與有業務執行及會社代表之權利義務之社員。二者相對立。皆認爲會社代表之社員。而準用取締役之規定。則前之情形。可準用合資會社之規定也。此解釋亦有理由。何者。業務執行。爲內部關係。內部

關係。即社員相互間及社員與株主之關係也。法律付於此關係。準用合資會社之規定。(第二百三十一條)因之各無限責任社員。定款無別段之定時。有執行會社業務之權利。負義務。又無限責任社員。有數人時。業務之執行。以過半數決之。支配人之選任及解任。雖特定業務執行社員。而無限責任社員過半數取決之規定。亦適用之。

依解釋之如何。而可準用之。法文相異。猶幸其無論準用何者。不生大差異耳。至嚴格法律之解釋。則關於會社代表。準用株式會社取締役之規定。關於業務執行。專準用合資會社之規定。

株式合資會社通常之業務。雖由無限責任社員執行之。至重大之事項。不可不得他人之同意。例如無限責任社員。通常代表會社。而特定代表會社之無限責任社員時。又爲定款之變更。其他不在會社目的範圍內之行爲時。無限責任社員一致之外。尙要株主總會之決議。此株主總會之決議。因其爲重大之事項。必要爲本決議。即適用第二百九條之規定也。(第三百四十四條 第四百四十四條)

株式合資會社之株主。不得干涉業務。又不得隨意任免無限責任社員。較之株式會

社之株主。其權利爲少。爲補足之故。由株主中選任監查役。使之任執行株主總會決議之責。(第二百四十四條)故德國學者謂株式合資會社之監查役。不止爲單純之監督機關。而爲一部之執行機關也。然監查役決非僅爲株主之機關。而爲會社全體之機關。其株主總會。決非在社員之上者。故使監查役而爲株主總會之機關。則不得立於社員之上。而爲其監督也。

株式合資會社之清算人。爲無限責任社員之全員與株主總會代表者二種。爲使之互相牽制。故使雙方皆出清算人。且雙方要爲同數。無限責任社員。不欲全員爲清算人時。可選任或人爲之代表者。其選任以無限責任社員之過半數定之。無限責任社員。無論何時。得解任其所選之清算人。至其解任。亦以無限責任社員之過半數決之。(第二百四十八條 第二百四十九條)

無限責任社員。選任或數之代表者。株主總會。亦選任與之同數之代表者。而從事清算時。無限責任社員。隨意解任其代表者中之或人。而不選任可代之代表者時。株主不必減少其代表者。蓋使兩種類之代表者同數。以相制者。雖爲法律之精神。而此規

定之意。在使無限責任社員與株主同等。以無限責任社員之隨意。定其代表者之數。而使株主總會從之。尙可破其同等之趣旨。況以無限責任社員之隨意。減少代表者之數。而使株主亦減少自己代表者之數。不益反其趣旨耶。故株主總會。一旦選任與無限責任社員之代表者同數之代表時。至於後日。雖減少無限責任社員之代表者。仍可繼續之。若因雙方異數。而失權衡時。無限責任社員。可更爲補充選任。

然無限責任社員。自初選任或數之代表者。而其後增加之時。其時之株主則如何。夫無限責任社員。果得爲此與否。雖爲問題。假令可以增加。或得株主之同意而增加。則株主亦得增加自己代表者之數。此理所當然也。法文所謂於株主總會選任之清算人。要與無限責任社員選任者同數。蓋保護株主之趣意也。

得爲清算人者。雖爲無限責任社員之全員。又其選任者。而此外亦認無限責任社員相續人之權利。然無何等之規定。是相續人悉得行使清算之權利。故準用合名會社之規定。即要定可行社員權利者一人是也。(第百四條)

此外尙有相關連而可批評者。即第二百四十八條第三項。株主總會選任之清算人。

要與無限責任社員之全員或其相續人同數。其相續人之意義也。無限責任社員之數爲十人時。株主總會之選任者。亦當爲十人。然所謂其相續人者。單依字義上解釋。則十人之社員中三人死亡。僅餘七人時。因與死亡者三人之相續人同數。株主總會。更要選任三人之代表者。但法律之趣意。乃謂併生存者七人與死亡者之相續人三人。合爲十人。一人之死亡者。而有五人之相續人時。亦不過看做一人。而與死亡者生存時之數相等也。所以生此批評者。即基因於其相續人之文字。無限責任社員之相續人。不行使先人之權利。是與無相續人者等。而行之則與先人生存者等。法律所謂債權者得請求辦濟及株主有受配當之權利者。即明言債權者株主等死亡時。其權利存於相續人也。此爲依相續法其他之規定。當然而生之事故。本不待多言。而前則反復言之。此所以有此批評也。合名會社合資會社株式合資會社。置重於無限責任社員之爲人。使之因死亡而退社。與他之情形。不可同日而論。然至於清算。其第二百四十八條第一項所謂清算以無限責任社員之全員爲之者。其中自包含有相續人在也。或社員死亡。其相續人自得爲之清算。惟慮相續人有數人之際。故設第二百



五十條之規定。然則第二百四十八條第三項之規定。可不必加入其相續人之文字也。若以爲必要。全員或其相續人之文字。是第一項亦不可無此文字。及因無此文字而生疑也。或謂第三項爲關於員數。故必使之明瞭。然無何等權利者之員數。法律上已等於無。其有權利者。亦已包含於無限責任社員之中。不如削除其相續人之文字之爲得也。

清算要合無限責任社員與株主爲之。是爲原則。然不妨以定款爲相異之規定。即使無限責任社員全員。爲清算固無不可。又僅以選任者爲清算亦無妨也。又無限責任社員及株主之全部。由清算被排斥。甚或爲員數之變更。皆可隨意。蓋所謂同等同權者。限於定款無別段規定之際也。此等規定。爲定會社解散時之原則。至他之際。尙有他之特別規定。當注意之。(第二百四十八條第一項但書)

株式會社清算之規定。會社解散時。除合併及破產之際外。以取締役爲其清算人。(第二百一十六條)株式合資會社之規定。會社解散時。有除合併破產及因裁判所命令解散之際外云云。一見似因裁判所命令解散之際。二者之規定。頗有差別。實則決不然。蓋

無論何等會社。裁判所得因利害關係人又檢事之請求。選任清算人。此時亦準用合名會社之規定也。參照第二百三十四條第二百三十六條第二項及第八十九條等自明。

株式會社。清算人就職之後。要調查會社財產之狀況。作製財產目錄。清算既終。要作決算報告書。提出於株主總會。求其承認。依其承認而解除責任。至株式合資會社。除株主總會承認之外。要得無限責任社員全員之承認。(第二百五十一條第二百三十條  
第二百二十七條第九十三條)

清算人有數人時。關於清算之行爲。以其過半數決之。無限責任社員之全員。及與之同數之株主。爲清算人。而以過半數決之者。無限責任社員。不承認時則如何。又以過半數決者。必不可不承認之耶。此在他之際。雖亦有問題。而此時其清算人。無限責任社員。通常爲半數。一人之外。皆不同意於清算之事項。因其一人。同意於株主之代表者。而至於議決者頗多。故決此問題。極爲必要。余謂於此際無限責任社員得不與以承認也。

株式合資會社。得變更爲株式會社。有不生何等變動而爲會社之任意變更者。有因

無限責任社員全員退社。僅存株主而變更者。因其事情異。故變更之條件與手續亦異。通常所謂會社之變更者。亦有前之情形時。至後之情形。可繼續爲株式會社。茲先說明前者。

變更株式合資會社之組織。而爲株式會社時。株主總會決議之外。必要無限責任社員之一致。此時株式總會之決議。要爲規定於第二百九條之特別決議。一旦決議變更時。株主總會。直決議株式社會組織之必要事項。即定可爲取締役監查役者。會社機關之規定。又改商號等是也。至以前之監查役更爲株式會社之監查役。或以無限責任社員。選任取締役。皆可自由。無限責任社員不有株式時。要定其可引受之數。其大體則從株式會社設立規定之手續。

爲此等決議之株主總會。恰如創立總會。凡有株式者。皆得述其意見而加於議決。故無限責任社員。亦得應其株式之數。行其議決權。(第二百五十三條) 法文則云無限責任社員。得應其引受株式之數。行議決權。是決非僅指將來可引受株式之數。凡株式合資會社既引受株式之數。亦算入之。即所謂可引受之株式者。指一切之株式。對於將生之

株式會社。亦可用此等文字也。關於此點。與前所述之株式會社創立總會相等。故株式合資會社之無限責任社員之權利。既無較株式權利尤多之必要。又無可少之理由。付於變更會社之組織與否之根本問題。雖要彼等全員之同意。而一旦變更既定。當議決株式會社組織必要事項之際。則不必要其全員之同意。但使彼等平等加於株式總會決議爲已足。因其要平等。故不得減殺彼等之權利。此無待言者。依第二百四十條。無限責任社員。雖引受株式。不得加於創立總會及株式總會之議決。而彼等引受之株式。不算入於議決權。爲避疑之故。故有第二百五十三條後段之規定也。然無限責任社員得於從來所有株式之外。新引受株式。則不俟言。

無限責任社員與株式之關係。既如前所述。至關於第三者。則準用當合併之際。自爲變更決議之時。二週間內。作財產目錄等。催告一切之債權者。有異議時。要爲辨濟與擔保。(第二百五十條第二項)會社反此規定變更組織時。其結果在解釋上頗生疑義。法律付於爲變更之際。準用合併之規定。即準用帳簿作成對於債權者催告辨濟等之規定。至反於此規定而爲合併。不得反抗有異議之債權者。獨不準用之。其理由何在耶。(一)說。

以株式合資會社爲株式會社之變更。因與設立同視。缺其手續時。會社不成立。又合併之際。要爲變更登記及解散登記。故本問之情形。因株式合資會社之解散登記。與變更會社之設立登記。而始見株式會社之成立。且爲此登記。付於組織之變更。要得債權者之承認。又要辨濟或供擔保於債權者。不經此條件。不得以其設立對抗第三者。至合併與組織變更。何者爲重。又二者之間。何故設此差異。自屬別論。而解釋則不可不如以上所說明也。(第四百十一條第二百零五十四條第八十一條)(二)說。謂雖反於此規定而爲變更。亦得對抗有異議之債權者。蓋既有規定。必不可不伴以制裁。除外其制裁。即免其制裁之趣意也。依他國之法律。會社變更完成之後。有使取締役辨濟於債權者。遺漏對於債權者催告及其他手續時。使在會社變更前後之取締役。負其責任。日本亦同此趣旨也。

株式合資會社。依與合資會社同一理由而解散。合資會社無限責任社員又有有限責任社員。全員退社時。解散之規定。準用於株式合資會社。故無限責任社員之全員退社。又株主悉讓渡其株式於他人時。會社因之解散。合資會社在日本國法上。因其無

僅以有限責任社員而成者。故無限責任社員悉退社時。不得繼續會社。然其有限責任社員悉退社時。則可繼續爲合名會社。此等規定。株式合資會社。亦準用之也。又無限責任社員悉退社時。得繼續爲株式會社。法律既有明文。故此繼續必要株式會社之決議。且當爲株式會社組織必要之決議。又當與株式合資會社解散及株式會社設立爲同一之登記。(第二百四十七條)此際之條件手續。比之任意變更之際。極爲簡單。不要帳簿之作成及對於債權者之催告辨濟。所以生此差異者。一則會社爲自己之利益。進而變更其組織。故許爲之。同時會社之債權者。亦不可不保護之也。後之處。無限責任社員。悉爲退社。所殘存之株式。或任會社歸於消滅而使至於清算耶。或繼續爲株式會社耶。二者必不可不擇其一。故寧許其繼續。通常此際株主之利益。併爲債權者之利益。故不必別謀於債權者。亦得使繼續會社也。至無限責任社員。知爲債權者之不利。而退社。欲繼續爲株式會社而使不至於清算者。雖或有之。然是等人於退社之登記後。二年間負其責任。故濫用者亦不多見也。(第七十三條 第一百十八條)

## 第六章 外國會社

自然人有日本人與外國人。關於其身分能力等。所適用之法律異。夫私權之享有。既依法令及條約而有所異。則關於法人之生差異者。理之當然也。徵之沿革。在自然人。自羅馬法以來。無論何國。皆僅認自國人有入格。至外國人則以物視之。而不有人格。雖認外國人爲人。然必較自國人爲劣等。至其後則無論自國人外國人。悉爲平等。以法人言之。因法人觀念之不發達。與國際關係之未密接。有不認外國法人者。殆既認有法人。而最初所認者則爲外國之國家。次及於其一部之行政區劃。然其初亦惟國交之禮儀上。認之而已。其後遂以爲義務而認之。又有以認之爲自國之便益者。由一般之公法人。而漸進及於私法人。但認私法人之方式與範圍。及付與所認者私權之大小等。經種種之變遷。至今諸國規定。尙不一致。因欲使之統一。一千八百九十一年在漢堡之國際法會議爲決議。其後至一千八百九十七年於哥賓海岡之會議後議及之。漸次有統一之傾向。日本外國法人。僅認國或國之行政區劃及商事會社爲原

則其所認者。則與成立於日本之同種者。享有同一之私權。所以不悉認一切之公法人。及私法人何以僅限於商事會社。而不及於民事法人者。皆當於民法中論之。蓋認商事會社之理由。以會社通常無論何國。皆以營利爲目的。其種類性質相類似。恰如商法之有萬國的性質。會社亦有萬國的性質。非如民事法人有種種。關於政治宗教。因各國政體慣習等而異也。然商事會社之有害公安風俗者。則不認之。

外國會社者何。有種種之學說。然如「那巴德」ナバード「巴爾」バル「羅蘭」ローラン等之學者。持學理論。謂法人無有國籍。此在學理上雖無不可。而實際極不適合。

認外國會社之方法有種種。有直接以法令定之者。有爲條約之結果者。有爲行政官廳之認可者。有爲裁判所認定者。其詳讓之民法。

雖認外國法人。然決非與內國會社。有同一之權利。故自然人之外國人不許所有之土地。又銀行之株式等。外國法人。亦不許有之。但爲日本法人者。因無要以日本人組織之規定。故雖外國人。而從日本之法律。組織法人時。亦爲日本法人。而得有日本法人所可有之權利。爲有此情形。故有以此種法人所不許有之權利。列舉於法律。或此



種法人欲所有或權利。使從特別之規定者。例如所有自國船舶之法人。其社員及代表者必爲自國人是也。又有認外國會社者。爲欲使其會社爲法律行爲爲訴訟之當事者。故其會社雖在本國。亦得爲法律行爲。爲訴訟之當事者。例如匿名組合。雖用 (Gesellschaft) 或 (Société) 之文字。然不得認爲外國會社。蓋欲以之爲法人。必有可與法人同一視者。故英法德所稱爲會社。而日本不認之者極多。外國會社。限於營業否。又外國會社。常要營業否。在日本雖不生此問題。而如德國形式上稱爲商事會社者。不問其事業之目的。惟組織與業務之執行方法。爲商業的時。即可稱爲會社。故日本常生認此種會社之問題。然余以不認解釋之。何者。日本會社法之條文云。會社者謂以商行爲業而設立之社團也。(第四十條)其會社法中。謂有外國會社之規定。故解釋上外國會社之本質。要與日本會社之本質爲同一。當民法認外國法人之際。列舉國或國之行政區劃及商事會社。其範圍極狹。故商法上凡缺乏日本會社之本質者亦不認之。固可如是解釋也。

外國會社之種類要與日本會社之種類同一否。有多少之議論。具體的言之。日本國

法認合名會社合資會社株式會社株式合資會社以外之外國會社耶。民法第三十六條。被認許之外國法人。與成立於日本之同種者。有同一之私權。而異種之會社。未嘗明言不認之。然則既認之會社。其會社與日本會社之同種者。有同一私權。至異種會社。可享有如何之私權耶。於此事極不明瞭。意者其殆不認之耶。商法第二百五十五條云。外國會社。與成立於日本之同種者。又最類似者。可爲同一之登記。若民法之所謂種。與商法之所謂種。爲同意義。則商法所認許外國會社之範圍。較民法爲廣。或謂民法單規定其有私權。而商法則規定登記之義務。表面上雖不相矛盾。而民法有私權之會社。與日本會社爲同種者時。其所負義務。亦爲同種。在商法上有爲登記義務之會社。苟爲同種者及類似者。其有權利者。亦爲此等之會社。故民法商法其認外國會社之範圍頗相異也。欲調和之。則民法所謂種。必較商法所謂種者。其意義爲廣泛。當以包含商法之種與類解釋之。以此等比較論解商法。是日本商法。亦認四種會社以外之外國會社也。在國法相異之場合。二國會社全爲同一者。其事極稀。以德國之(Aktiengesellschaft)爲株式會社。以法國之(Société en Commandite)爲合資會

社。不過其性質略爲相當。示其爲同種者而已。商法不特認同種者。且認類似者。故與日本國法所示之四種稍異者。不可不認之。否則德法之會社。其爲日本所不認者。不知凡幾。而與日本法律大異之英美會社。將大半爲日本所不認也。至類似之程度。依人之所見而異。結局歸裁判所之認定。日本之所認者。不可不與成立於日本之會社。爲同一之登記。決不許爲類似之登記。若於外國會社無此等規定時。非從日本國法新作之。又依特別之法令及條約。不得以其成立對抗第三者。因有此規定而生自然之制限。故原則上雖泛認類似之外國會社。亦不生弊害也。(第二百五十五條 第二百五十七條)

外國會社。通常於日本認爲成立者。即於日本登記支店時也。於日本設本店者。假令雖不能於日本設立。而與在日本設立之會社。適用同一之規定。即可認其成立。然於日本不有本店者。以其無如斯之便宜。故設特別之規定也。(第二百五十七條 第二百五十八條)

爲支店之登記以前。第三者得否認其會社之成立。故第三者雖明知外國會社。在外國盛營商業。又在日本設有支店。然可否認之。否認既爲自己之權利。苟有利益於自己時。亦得主張其成立。故速爲登記者。外國會社之利益也。加之登記爲其義務。不爲

之者可以適用罰則。商法會社在登記以前，第三者得否認其成立。以他之規定。會社又當爲登記及公告。雖不爲公告。得對抗第三者與否。其問題則前既述之。故不贅論。

外國會社。定於日本之代表者時。要爲登記。其代表者。有爲關於會社業務一切行爲之權限。加以以制限。不得對抗善意之第三者。恰如合名會社之代表者。有相等之權限。且較之負尤大之責任。若其代表者。付於會社之業務。爲反於公之秩序。又善良風俗之行爲時。裁判所因檢事之請求。又以職權。得命其支店之閉鎖。因其支店閉鎖。而在日本之外國會社之存在。遂歸於消滅。以其非日本之會社。故不得命其解散。此蓋不以會社之行爲決之。而以代表者之行爲決之也。(第四十條)外國會社。得更選任他之代表者。請求繼續其支店耶。抑得爲新設支店必要之手續耶。因無明文。當依閉鎖効力之解釋決定之。若解閉鎖爲在內國消滅時。則後之支店。可看做爲新設立者。故不可不爲新設支店之手續。

代表者可以支配人爲之與否。依代表者意義如何而定之。若代表者僅以得爲關於

會社業務一切之行爲。加其權限之制限。不得對抗第三者爲已足時。即以支配人爲之。固無不可。然代表者於代理之外。尙可爲一切之事。如合名會社之社員株式會社之取締役。爲會社之機關。居於主人之地位。則支配人不得爲代表者。假如日本國法。支配人不得爲代表者。而外國會社之本國法。得以支配人爲會社代表者時。日本應認之否耶。又日本會社法所稱之業務執行社員取締役之外。尙有代表機關。存於外國之會社法時。應認之否耶。此等問題。以屬於能力資格之事項。亦認外國法。惟與本國法不相容者。不得已要排斥其代表者而已。

外國會社之代表者。即會社之代表者也。無論在本店在支店。皆可爲會社之代表者。蓋其本人即爲會社。而在法律之眼中。無所謂本店之人支店之人。苟無人即無爲代表之代表者。理之當然也。余謂日本商法之解釋。無限於支店之支配人。所謂支店之支配人者。不過以會社之支配人。而置身於支店而已。無論在本店在支店。皆有一切之法定代理權。日本之支配人且然。外國會社之代表者。亦何獨不然。蓋外國會社較之日本之會社。其代表者之權限。必加大。又雖云代表者。實則主人也。自有本人之觀

念言之。則代理人也。較之爲雇人之支配人。其權限之加大。固非無理由也。以下述關於外國法人爲何之學說。

依民法第三十六條。外國法人。除國之行政區劃及商事會社之外。不認許其成立。民法既認許商事會社之外國法人。而商事會社之外國法人。即外國會社也。而商法又有關於外國會社之規定。是民法所認許者與商法所規定者。全爲同一。故無論說民法者說商法者。皆當說明外國會社。又外國會社。因其適用內國法。故說國際私法學者。亦當說明外國會社。此等論者。多混同立法論與國法之解釋。又必先讀外國人之書。以先入爲主而解釋日本商法。夫以一切之會社。可區別爲內國會社與外國會社之二種者。則欲知外國會社之範圍。以說明會社爲何與內國會社爲何爲已足。若以會社當分爲內國會社外國會社。及不屬於何者之會社三種時。則爲前之說明。尙有不足。並併第三種之會社亦說明之。然亦不過止於得知外國會社之範圍。至外國會社之意味。尙未明瞭。必當爲積極的說明。余以積極的說明讓之於後。而先積極的說明內國會社。

日本商法之解釋。最有爭論者。則內國會社之性質也。余謂日本商法。當說明如何會社爲內國會社之際。必稱內國會社爲日本會社。而以日本爲主。玆先述自由會社立法論之標準。有採左所列舉標準之一之國者。有採用二三標準之國者。

第一 設立地主主義 設立地主義者。依或會社在何地設立。定其會社之國籍。即在日本設立者。謂之日本會社。蓋設立爲一種行爲。非如存在之狀態。故既在日本設立。無論其後行於何地。皆爲日本會社。此主義與自然人國籍之探出產地主義者相等。關於自然人。採此主義時。生於日本之子。爲日本人。生於英國之子。爲英國人。其英國人後雖漫遊中國。住居美國。仍爲英國人也。會社亦然。一旦設立於日本。後雖移本店於朝鮮。在中國爲營業。然仍爲日本會社也。

在自然人。雖有僅探出生地主義之國。而在會社。則無僅探設立地主義之國。此爲一般論者所主張。有以爲日本商法。僅採此主義者。但不過形式的解釋。俟後說明之。

採此主義時。則在本國設立者。無論其從何國之法。皆爲日本會社。但依他之原則。

於日本爲行爲時。要從日本法。是實際上亦加入第二主義也。

第二 準據法主義。依或會社從何國之法設立。而決定其國籍。從日本國法設立時。爲日本會社。從英國法而設立時。爲英國會社。欲貫徹法人擬制說者。多主張此說。即會社依法律之擬制而生。其會社之國籍。要從其產出法律之國籍也。

依此主義。雖於日本爲設立。而從英國法時。其會社爲英國會社。雖在朝鮮設立。而從日本法設立時。爲日本會社。故京義鐵道會社。雖在朝鮮設立。而準據日本法時。爲日本會社也。

僅依此主義。有以法律爲借物之感。在外國設立。於外國有本店。而在外國營業者。偶然因其設立準據日本法。而以之爲日本會社。偶然準據英國法時。以之爲英國會社。其結果苟依日本法。雖其會社之設立地本店營業地在外國時。亦得爲日本會社也。

第三 本店地主義。一般謂之住所地主義。固無不可。然會社之住所爲本店。且日本國法亦用本店之文字。故不如稱爲本店地主義。較爲直截。此種論者之中。有謂



法人以住所爲本據。而爲營業。又定裁判籍。故以之定國籍極爲適當。恰如戰時定爲敵物與否採住所地主義者。又有謂定物之敵性。雖可以其所有者之國籍。至會社之國籍。則當依其住所者。此爲「哥爾特修米德」ゴールトシュミット「巴爾」バル「基的爾曼」キチケルマン「路邦」ルパン「他勒爾」テレル等所採之主義。在漢堡一千八百九十一年國際法協會之決議亦然。惟住所與商業地異。故在中國營業者。得置本店於日本。然有爲單欲得日本會社之權利。而僅置住所於日本之虞。而主張不認此主義者。國際法協會之決議。則否決之。會社之本店。無論置於何國。皆無不可。非必要置於營業地。又非當置於株式最多之住國。以置於最便利之地爲已足。其便利與不便利。由會社自爲觀察。他人不得濫否認之。亦不得強認定之。故雖云住所地主義。實則與營業地主義資本地主義相接近也。

僅依此主義時。置本店於日本。而在英國設立。在朝鮮營業。資本主悉爲英美人。尙得謂之日本會社。若朝鮮採營業地主義時。其會社雖爲日本會社。然同時又可爲朝鮮會社。

第四 營業地主義。或會社爲自國會社抑爲外國會社。因與自國有密切關係與否定之。而營業之在自國者。是與自國關係最密。故稱之曰自國會社。欲適用此主義。不可不先定營業地爲如何之地。若以執行事務之地爲營業地。則本店爲執行事務最重要之地。是本店之所在。爲營業地。與住所地主義歸於同一。然採營業地主義者。必以爲非住所地主義。故不可不爲別個之主義。即現爲營業之地也。如爲鐵道。則爲敷設鐵道運轉列車之地。如爲物產會社。則爲蓄積物產及販賣之地。如爲保險會社。則爲募集被保險者。受保險料。支拂保險金之地。然則如海運業。以海上航行爲業者。將以何地爲營業地耶。又雖在陸上營業。而跨數國時。將以何者爲營業地耶。答之曰。或會社爲自國會社。其營業非必要在自國。惟其中心不可不置於自國。而持此理由爲答辯者。如伊大利商法第二百三十條云。有營業之中心於內國之會社。謂之內國會社。其一例也。法人「里翁康」リオンカン德人「勒曼」レマン氏等。亦主此說。唱此說者之一部。理論上雖首肯住所地主義。但所謂住所者。苟僅有事務所之看板。則不可。何者。會社自身之爲本店爲主事務所者。要使他人不得否認之。故實際

欲行住所在地主義。必不可不以營業之中心。置於自國也。若以往所爲營業之中心。而解釋真正之本店。即爲指營業之中心時。此二說遂歸於同一。

從營業地說。會社之爲內國會社與否。必先定營業之中心。事實上在自國與否。若不在自國時。不能爲內國會社。又現在雖在自國。而他日移於外國時。遂爲外國會社。其後復移於本國時。仍爲內國會社。此雖不過以一定之期間決之。必非使之日日時時爲變更。然仍不免頻繁變更會社性質之弊。採此主義於法典者。僅亞爾然丁一國而已。

第五 資本主國籍主義。在株式會社。則爲株主國籍主義。爲自國之會社者。株主不可不爲自國人。會社爲自國人所成立。然後可認爲自國會社以保護之。外國人所組織者。即爲外國會社。然外國人往往藉名會社。蓋僅有個人。不能成立會社。故會社採此主義。不可不豫防此奸計也。此說有因會社與組織之各人。不能充分區別而生者。雖能明爲區別。有因其國之政略上認之者。採法人實在說者。往往易傾於此說。

此主義其會社所營爲國家的事業。又因或理由排斥外國人。在此種會社。固無不可。然爲一般之原則。則不適當。苟要僅以自國人組織時。則外資輸入。必甚困難。欲使之輸入。必至略曲其主義。而資本主之或部分。亦可以外國人爲之。因之必生內外人比例如何之問題。又採用此主義之結果。株主變更。即變更會社之性質。又當發行無記名株式時則如何。亦一問題也。

第六 資本主義 依其會社之資本。屬於何國而決定之。但會社中之株式會社。爲財產的會社。其所置重者。在資本之所出。至爲何國人所出。其人之國籍。不必置重之。法人「達勒」氏。則謂當依株式募集國之如何而決之。其與前說異者。百人之株主中。一人爲甲國。出九十萬圓。九十九人爲乙國。出十萬圓時。從前說時。以九十九人之國籍爲會社之國籍。從本說時。僅以其富者一人之國籍法定之。又有不依其人之國籍決之。而依其人出資之場所決之者。例如在比利時募集株式。而應之者。其過半之出資。爲法國人。以其在比利時國出資。故仍爲比利時會社。此說雖非無理。然因偶然出資地在比利時。其資本主全爲法人。而稱之爲比利時會社則不可。

又所謂出資者。止於爲出資之豫約耶。抑要實際交付金錢耶。以其易生此等問題。故寧以最多數出資人之國籍爲標準而定之也。無論如何說明。其唱此說者皆極少數。故不必深說明之。

依形式的解釋。日本商法爲採設立地主主義。商法第二百五十八條曰。

於日本設本店。又於日本以營商業爲主目的之會社。雖於外國設立。要與設立於日本之會社從同一之規定。

即或會社雖於外國設立。要與設立於日本之會社。從同一之規定。而以設立區別內外會社也。此主義外國極少採用。又學者亦多以此主義爲不可。巴黎之萬國株式會社會議。亦嘗明言其非。依學者之說。雖不取此主義。然日本商法。則採用之。讀是書者。其腦中不先入外人之學說。其解日本商法。未有不以爲採設立地主主義者。即或會社於或之際。要與設立於日本之會社。從同一之規定。夫既以於日本設立之會社。爲一切之標準。是即以於日本設立者。爲日本會社之主義。此主張日本商法。定日本會社採設立地主主義之理由也。依形式的解釋。既以爲採設立地主主義。然此種解釋。不過僅

就條文之文字解釋之。果然是在日本設立日本會社。依英國法可也。依德國法可也。無論依如何之外國法。皆無不可。是於日本設立之會社。皆日本會社也。此形式的解釋。與實質的解釋。決不同一。蓋日本在本國設立會社者。必當遵奉日本商法之規定。以第二編規定有會社法。故在日本設立會社者。必不可不從日本商法。實際言之。日本會社。乃依據法主義也。又苟依日本之法律。無論其會社之本店。置於何所。其營業之地在何所。皆無不可。則爲日本會社者。可置本店於朝鮮。又可在中國爲營業也。然爲日本會社者。必不可不置本店於日本時。是實際上爲住所地主義也。又營業地不可不在日本。是實際上爲營業地主義也。若以爲本店當置於日本。又當於日本爲營業時。是實際上併採用住所地主義與營業地主義也。又株主不可不爲日本人時。是資本主義也。日本會社探設立地主義。而其結果則採準據法主義。此固易知。而其餘亦當一一分而研究之。夫依日本法。於日本設立之會社會員及株主。不必全爲日本人。其不採資本主義明甚。又設立於日本會社之資本。不必在日本募集。又不必在日本爲出資。其不採資本主義亦明甚。惟可爲問題者。在於日本可否不有住所及

營業所限於日本內否之問題也。

會社法設立會社。無不可不置本店於日本之規定。惟要於本店之所在地。爲登記而已。然在日本無本店（即法人之住所）者。而以之爲日本之法人。事實上殆難想像。且在日本國無本店。即不得與以日本國之保護。又不能監督之。此其根本上。與日本無有關係。其不得爲日本會社者。理所當然也。會社法第一條云。本法所謂會社者。謂以業爲商行爲爲目的而設立之社團也。此僅指日本會社。商法固非使外國會社之定義。亦依日本國法之主義也。又第二條限於合名會社合資會社株式會社株式合資會社之四種。爲日本會社。亦非以外國人會社。亦依日本商法爲區別之主義也。第三條云。會社爲法人。此不過指日本會社可爲法人之意。又云。會社之住所。其本店之所在地。亦專指日本會社之住所。因一一明言日本。不堪其煩。故使讀者自覺之。但云本店。其意義或不明顯。會社之設立。非於其本店所在地爲登記。不得對抗第三者。則其本店之當設於日本。可不待言而解。至云會社非於其本店所在地爲登記。不得著手於開業之準備。亦必以於日本置本店爲其前提。何者。苟置本店於外國。亦無不可。則

日本會社。在外國曾登記與否。必一一調查之。且日本官廳。到底不能監督之也。又云會社登記後。六個月不爲開業時。又爲反於秩序及善良風俗之行爲時。得命解散。苟在日本無本店。此法律將如何適用耶。此等之點。較之外國會社於日本設支店之際。其代表者爲反於公之秩序善良風俗之行爲。得命其支店之閉鎖之規定。商法於日本會社。其必以於日本置本店爲前提明甚。會社法之總則。凡七條。各條之中。皆可爲日本會社本店要置於日本之解釋資料。又第二百五十八條。雖云於日本設本店之會社。而在外國設立之際。要與設立於日本之會社。從同一之規定。而所謂於日本設立者。即以日本會社。要於日本有本店爲前提。亦可爲解釋上之一助也。

依同一之論法。日本會社。不可不於日本爲營業。會社法第四十七條云。會社於本店所在地。爲登記後六個月內。不爲開業時。裁判所得命其解散。此依開業之有無而定其解散也。所謂開業者。謂開始營業。不在日本爲營業之會社。不能適用之。有解爲在或會社無適用者。然商法之規定。固適用於一切之會社也。故爲日本會社者。其在日本營業。要如何程度。可依第二百五十八條類推解釋之。但京釜鐵道會社。湖南汽船



會社等。則有特別之法令。

依以上之理由。日本法凡日本會社之住所。皆當在日本。即採住所地主主義也。然有當注意者。即日本因採設立地主主義之結果。而爲準據法主義。因採準據法主義之結果。而爲住所地主主義是也。設立地主主義。雖爲絕對的。而他之主義。則不過附隨而來者。故云日本會社。不可不於日本有本店者。雖爲住所地主主義。然於日本有本店者。非必悉爲日本會社。苟僅採住所地主主義時。是於日本有本店者。悉爲日本會社。其會社設立於何地。準據何國法律設立。皆不問之。惟見其現在之本店所在地。即可決其國籍。依吾人之說。在朝鮮設立會社之本店。雖移轉於日本。然非日本會社。依住所地主主義之說。則爲日本會社。關於主營業所之事。亦爲同一。

爲日本會社與否。依設立地之如何定之。除第二百五十八條法文之外。依商法之參考書。亦可以知之。其言曰。

於外國設立之會社。而設本店於日本。又在日本以營商業爲主目的者。將認爲內國會社。當然適用本編第一章乃至第五章之規定耶。抑認爲外國會社。而適用關

於外國會社之規定耶。不能無疑。蓋此種會社。不特事實上與內國會社毫無所異。苟不使與在內國設立之會社。從同一之規定。則爲避日本法律之適用。而故意於外國設立此種會社者。又爲勢之所必然。此本條規定。所以使之與在日本設立之會社。從同一之規定也。

僅在日本設立之會社。爲日本會社。其論理之結果。不於日本設立之會社。即非日本會社。此際將爲外國會社耶。抑爲無籍會社耶。爲欲議論簡單。姑假定爲非無籍會社。是不於日本設立者。悉爲外國會社也。其外國會社之中。有置本店於日本者。有置本店於外國者。有自設立之初。置本店於日本者。有設立之際。置本店於設立國。而其後移轉於日本者。又外國會社之中。有僅於日本爲營業者。有僅於外國爲營業者。有在日本與外國雙方共爲營業者。其中有以在日本營業爲主者。有以於外國營業爲主者。有自初欲以日本營業爲主。而其後以外國營業爲主者。有自初欲以外國營業爲主。而其後以日本營業爲主者。無論何者。皆爲外國會社。雖自初置本店於日本。僅於日本爲營業。其主意悉實行之。仍不免爲外國會社。例如日本人欲於東京爲電氣營

業。雖置本店於東京。而以其在朝鮮設立。仍爲外國會社。又雖爲外國會社。其實與普通之日本會社相等。或類似之。但不適用日本會社法。是藉外國會社之名。而行日本會社之實。以圖免日本法令之適用者。往往有之。爲防之之故。而有第二百五十八條之規定。即法文所謂外國會社於（外國設立之會社）當從日本之會社法也。有左之二情形。

一 設本店於日本時。不問爲設立之初。即在日本。抑先設於外國而後移轉於日本之情形。移轉之際。其會社一旦消滅。而於移轉之國爲新設立耶。抑繼續同一人格。僅移辨其本店。與人之移住居於外國或移國籍。仍爲同一人格者相等耶。在德國則外國會社變爲內國會社時。主張消滅者頗多。在法國則多主張繼續其存在。惟必合於移轉前之國法。乃能變更定款也。此因其國之外國會社之如何而異。但既爲國際交通。以法令認外國會社之存在以上。其移轉自可看做如自然人之移轉。在採法人實在說者。雖多唱之。余謂雖採擬制說。尙有唱之者。蓋日本國法上之解釋。不得不然也。至外國會社雖變爲日本會社。尙繼續同一之人格。蓋外國會社。

單移轉本店於日本。依然爲外國會社。其繼續同一人格。不待言者。

二 以在日本營業爲主目的時。苟僅在日本爲營業。可不從日本法之規定時。必有籍名外國會社。爲種種之奸計者。然所謂單在日本爲營業者。極少必有一部分在外國營業。但秘之而以在日本營業爲主耳。至如何程度方可謂以在日本營業爲主。結局要因認定。以取引之數。所得金之額。事務員之多少等定之。而最多之情形。主營業之國雖置本店。資本案則在本國。而於本國爲放資。故營業行於外國。而置本店於本國者。屢屢有之。因本店地與營業地相異。故必別爲規定。夫置本店於日本者。雖在外國設立。尙可謂之外國會社。則本店在外國。僅營業在日本之際。其爲外國會社。理固然也。第二百五十八條之解釋。本店在日本者。雖在外國設立。仍爲日本會社。此種論者中。亦有主張營業店雖在日本不爲日本會社者。然在同。一法文同字句之中。何故爲此區別。其答辯頗爲困難也。

(一) 雖在外國設立而於日本置本店之會社。(二) 雖在外國設立。而以於日本營商業爲主目的之會社。其爲外國會社耶。抑爲日本會社耶。將與設立於日本之會社適用同

一之規定耶。或適用日本會社法之規定耶。此外如日本會社之定義等。關於商法之適用。不生何等之實差。余則尊理論。此等之會社。尙可爲外國會社。因其與日本會社。適用同一之規定。而以之爲日本會社。則空論而已。惟或會社由外國會社變更爲內國會社時。採法人消滅說者。於內外會社之區別。大有影響。余則主張本店之移轉及主營業地之移轉。會社不因以消滅者。故此際其會社爲日本會社。抑爲外國會社。不過空論之爭。特因本條之解釋。往往有懷惑者。故對之示余之說。且乘此機會。聊爲會社國籍之比較的研究而已。

外國會社有數人爲代表者時。各自代表會社。恰如日本之業務執行社員取締役。至代表者之行爲。使會社負其責任。

關於支店及代表者之登記。生於內國者。要於內國會社同一之期間內爲之。生於外國者。登記之期間。自其通知到著之時起算之。(第二百五十六條)爲不利益於會社之事項時。有因支店不明其通知到著之時者。亦有會社自遲滯通信之發送者。支店之遲滯。雖得科以內國法之制裁。至本店之遲滯。則有不能如之何者。夫支店可認爲外國會社

之一部。而科以本店遲滯之制裁耶。違法之事項。起於外國者。可依屬地主義之原則。不科以何等制裁耶。依日本國法所謂滯遲又過失觀之。在外國會社所在地之法律見爲適法者。將如之何耶。此等問題。爲國際私法可決之問題。其一部既依日本之法律解決之矣。

株券債券之發行。株式社債之讓渡等。準用關於內國會社之規定。其際則自初看做設於日本之支店爲本店。(第二百五十九條)至株式社債以外。似應準用關於日本會社之規定。然法律特舉此等事項。至他之事項。則不能無疑。此際亦有以支店看做本店之必要。蓋可看做支店爲本店者。其他尙多。而獨限於此際者。失之狹也。

## 第七章 罰則

會社之罰則。有二種意味。其一爲罰會社。其一爲罰與會社有關係之自然人。得罰會社與否。此與法人可爲刑罰客體與否之論相關係。有謂一般之法人。雖不得爲刑罰之客體。而會社則爲例外者。又有謂一般之法人。雖得爲刑罰客體。獨會社爲例外者。故依法人之一般論。不得直以之決會社之刑罰論。蓋其根本之議論異也。

羅馬法以一切法人不得爲不法行爲。如「威爾奔」即斷言市町村不得爲不法行爲者。又「腓亞排赫」氏以近世之思想。說明法人之無犯罪能力。爾來信之者益多。如「愛利內克」氏。雖知法人亦得爲警察的處分。然尙信法人爲無犯罪能力。但近來則主張法人得爲犯罪者多。如「基耳軒未爾該」即主張此論者。至付於羅馬法以來之定說。明爲反對者。則德國團體法說之唱道者「儀爾克」氏也。爲此論者。不可不分爲現行法之解釋與立法論。又無論自何方面立論。爲欲其議論之正確。必先決定犯罪及刑罰。爲如何之意義。通於一般之意義姑措之。至爲此議論者。以如何意義使用此

文字不可不知之。若以爲犯罪之要素。必要人之積極的又消極的行爲。且解釋其行爲。爲身體之行動時。則不有身體之會社。自不得爲犯罪行爲。又以刑罰又加於身體之苦痛時。無身體之會社。亦不得科以刑罰。定犯罪與刑罰關係之現行法令及適用執行刑罰之法令。不明規定會社之犯罪與可科之刑罰。僅就現行之刑法刑事訴訟法之名稱觀察之。亦有主張會社不得爲刑罰之客體者。然離一二之現行法。汎爲一般之法理論時。則會社亦得爲刑罰之客體。

主張會社不得科刑罰之一理由。蓋會社無可科之刑罰。假令有之。亦不得爲正確之執行方法。因有此理論。故爲本論者。不可不先明刑罰之意味。以刑罰爲加於身體之苦痛。故會社無可科之刑罰。是其他之苦痛。皆可刑罰。則有財產刑之罰金也。自由刑之營業停止也。最後極刑之解散也。會社不支拂罰金之際。如適用於自然人。換刑之禁錮勾留。雖不得爲之。而可代之。使爲營業之停止。營造物一部之破壞。或沒收其財產。或有以解散爲會社任意之事項。難爲刑罰者。然失自己之生命。非國法之所禁。不妨以之爲死刑。蓋爲犯罪主體之人。既有差異。則可科刑罰之種類。其必相異者。理所



固然也。不得因刑罰之種類異。而謂此爲刑罰彼則非刑罰。且同爲自然人。依時代依國及兩性年齡之如何。而可適用之刑罰。不能不異。或國或時代。不得見爲刑罰者。在他國他時代。無妨見爲刑罰也。

主張會社不得科刑罰之他之理由。則在會社不得爲犯罪之主體。會社爲無形之物。其意思依自然人之決議而生。其行爲依代表者而行。會社之成立。必爲適法。故於目的適法之範圍內而存在。苟其代表者之行爲。爲適法時。會社之行爲雖爲不法。不能爲會社之行爲。即會社其性質上不能爲惡事也。此在國家責任論主權者之責任義務等。雖屢有說明者。而不得適用於會社之際。苟如是。是以問題決問題也。何者今之問題。在決會社能爲惡事與否。又以適法之目的成立者。不必限於常爲適法之行爲。在日本會社法。認會社得爲反於公之秩序又善良風俗之行爲。并其制裁。亦規定之。(第四十條)得權利負義務爲反於公之秩序之行爲者。無不得爲犯罪行爲之理由。惟其行爲與自然人之行爲。異其狀態性質而已。刑法未進步之時代。並有形物亦罰之者。自今人見之。必以爲奇怪。必至強爲解釋。以合於今日之思想。以爲其時仍認刑罰

客體自然人之存在。而不知其時代之制度。固明爲罰物也。今以會社爲刑罰之客體。在會社法理不發達之社會。稍稍見爲奇異。然會社既爲人以上。行或種類之犯罪。而科以刑罰。固非不能也。「科那」<sup>penalty</sup>謂法人雖有犯罪能力。而不得科以刑罰。此由不知法人有相當之刑罰。容易科罪而誤會也。

商法定科與會社關係之自然人之罰則。此有二說。其一以爲非刑罰。而爲特殊之民事制裁。蓋如直接履行又損害賠償。僅爲普通制裁。因使遵守會社法之規定爲猶不足。故謂特別之民事制裁。但名爲罰則。則不適當也。此說恰如以懲罰爲非刑罰。而論普通刑法與軍律之異同。以懲戒非刑罰。而示刑法與官吏懲戒法之區別。不爲根本論。而依手續之異同。爲區別名稱之枝葉論。在或目的。雖爲必要。研究現行成文法之際。固非無用之說。而在根本的法理論之際。則其說易生誤解。無論何者。皆爲刑罰。凡國家直接與苦痛於違反者。此名爲罰。其餘依便宜論。悉得爲刑罰。固無不可。又區別刑法之所謂刑罰與商法所科之罰。治罪之方法異。故一方宜名爲刑罰。一方當附以他名。卽如是亦無不可。蓋畢竟出於便宜之區別而已。

無論何名稱。其僅規定於商法者。皆失之輕。或謂定於商法者。爲民事上之制裁。至公法上之制裁。則讓於刑法行政法。不得僅以會社法之規定。談會社所科制裁之輕重。故謂依罰則而科者。爲民事上制裁。此大不可也。然爲便宜上。並此亦揭於商法中。即會社可科之他之罰則。亦揭之而有可見。爲會社法之便。蓋成刑法之罪者。要有應之之要素。行政法規。不過適用於銀行保險業等之各別會社。以其通於一般之會社。爲不充分而增加之者。舊商法並設重禁錮之制裁。德國商法有「厄奮古利斯」<sup>グフェンクリス</sup>有公權剝奪。英國法有服役之禁錮及無服役之禁錮。法國於一千八百六十七年之法律。有關於會社之種種罰則。

罰則中之過料。依爲普通刑罰與否。而生現在之差異。即爲刑罰時。要受刑事裁判所之判決。不服之際。得爲控訴上告。苟認爲非刑罰時。依決定科之。不服之際。得爲抗告。抗告中得停止執行。日本商法。則認後者。

日本商法爲罰則設特別之章。而適用於一切之會社。他國法之規定。多僅關於株式會社與株式合資會社。設規定而已。蓋合名會社合資會社。業務執行社員。無限之責

任。與會社共其利害。雖無別之制裁。怠於其義務者較少。在株式會社則不然。此其理由也。又株式會社較之合名會社。以關於公益規定爲多。故制裁之規定爲多。且在外國合名會社之法人。非如株式會社之正確。亦一理也。自此點觀之。合名會社。以與合名會社業務執行社員株式會社之取締役。置於同一規定之下。殊有欠正確之嫌。日本商法爲避煩雜。科以同種之制裁。而規定於同一條文。然以其認定之範圍。委於裁判官。或可避實際上之不公平也。法國法外國會社之代表者。有特別之規定。日本商法。則爲同一。即適用同一之罰則。如會社之業務執行社員取締役監查役清算人發起人及外國會社之代表者。無論何者。在會社之成立中或其前後。皆可爲會社之機關或其代表者又相當之者。

取締役科過料之情形。大別爲二種。

五圓以上五百圓以下之過料者。

一 怠於爲會社法所定之登記時。

二 怠於爲會社法所定之公告或通知。又爲不正之公告或通知時。

三 依會社法之規定。可許閱覽之書類。無正當之理由。而不使閱覽時。

四 妨依會社法規定之調查時。

五 違反第四十六條之規定。而著手於開業之準備時。

六 反於第二百二十六條第二項及第二百三十八條第二項之規定。不作株式申込證。不記載應記載之事項。又爲不正之記載時。

七 違反第四百十七條第一項又第二百十七條第二項之規定。發行株券時。

八 不記載株券又債券可記載之事項。又爲不正之記載時。

九 定款株式名簿社債原簿總會之決議錄財產目錄貸借對照表營業報告書損益計算書及關於準備金利益利息配當之議案。不備置於本店及支店。不記載可記載之事項。又爲不正之記載時。

十 反於第七十四條第一項又第九十八條第二項之規定。不招集株主總會時。

十圓以上千圓以下之過料者。

- 一 對於官廳又總會爲不實之申立。又隱蔽事實時。
- 二 違反第七十八條乃至第八十條之規定。爲合併會社財產之處分資本之減少。又組織之變更時。
- 三 妨檢查役之調查時。
- 四 反於第一百五十一條第一項之規定。取得株式。或爲質權之目的而受之。又違反第二項之規定而消却之時。
- 五 違反第一百五十五條第一項之規定。以株券爲無記名式時。
- 六 反於第一百七十四條第二項又民法第八十一條之規定。怠於爲破產宣告之請求時。
- 七 反於第九十四條之規定。不積立準備金。又違反第九十五條第一項及第九十六條之規定爲配當時。
- 八 違反第二百條之規定募集社債時。
- 九 違反依第二百六十條之規定之裁判所命令時。

十 於民法第七十九條之期間內。爲辨濟於或債權者。又違反第九十五條之規定。分配會社財產時。

第一所揭之登記懈怠事件。可參照取締役選任辭任之際所說明者。即於選任後二週間內。可爲登記而不登記時。處五百圓以下之過料是也。選任要被選者之承諾時。自有其承諾之時之二週間內。至僅以決議生選任之事實時。自其決議之時起算之。又關於會社之合併。以有兩會社各自決議爲已足者。爲自其有決議之時之二週間。以決議後實行合併之時爲合併之時。即由其時起算之。余說已見前。不再錄。惟實際家當注意者。日本裁判所。取締役之選任。以總會之決議。直發生取締役。而合併則僅決議尙不足。必要爲實際之合併。故不可不爲登記也。然往往有拘泥大審院之判決。而信其誤說者。亟宜主持正論。以促其誤判之改正也。

會社設立後。空過法定之期間。未至開業而解散之際。亦不可不爲解散之登記。又會社設立之登記。及其他或事實之登記。因手續之違法其他之原因。至於無效之際。其事實消滅時。不可不登記之。設立之登記。因違法而至於無效。又因後之原因而無效。

者。其會社不可不爲解散之登記。夫設立之登記。既爲無效。是與未設立者等。似既無設立亦無解散。而不及爲解散之登記。而實際上辦理則不然。蓋登記止於對抗第三者之條件。非依登記之有無。爲事實之有無。此日本法廷之意見也。

商法第二百六十一條第一號。有所謂怠於爲本編所定之登記時云云。然則將以僅登記會社法所記載之事項爲已足耶。或規定於會社法以外法令之事項。亦不可不登記耶。所謂記載於會社法事項之中。包含有在會社法中及在他之法令中耶。此問題爲與商法施行法之關係。例如施行法第五十條。株式會社之發起人。於商法施行前。著手於株主之募集。從舊商法之規定。於設立會社之際。會社付於各株。爲株金四分之一拂込以後。二週間內。要爲商法第四百十一條第一項所定之登記。又施行法第七十九條。株式會社。於商法施行前。而得債券認許之事。一時不使爲金額之拂込時。有第一回拂込以後。於二週間內。要於本店及支店所在地。爲拂込金額及商法第三百七十三條第三號乃至第六號所揭事項之登記。(商法施行法第二十四條第三十一條第三十二條第三十六條第八十條參照)即依施行法要爲商法第四百十一條所定之登記。又商法第三百七十三條所揭之事



項。亦要爲登記也。若以商法第二百六十一條第一號所云怠於會社法所定之登記。解爲僅商法所定。而取締役不及見他法時。則雖不登記。施行法所定之事項。亦不能科以五百圓以下之過料。以嚴正解之。自宜如是。然施行法與商法相待而行。且涉於新舊兩商法。爲會社行爲者。未有不見施行法。加之本例之登記。爲會社所必要。苟不爲之。是不爲普通會社之登記也。若不以此等施行法之登記規定。解爲與商法相關聯時。是爲無制裁之規定。而損法之威力也。何者。依施行法。在商法施行前。於本店所在地爲設立登記之株式會社。其定款不定商法第二百一十條第一號乃至第七號所揭之事項者。由商法施行之日。六個月內。要變更其定款。取締役違反此規定時。處以五十圓以下之過料。又裁判所認可定款之規定時。取締役於二週間內。要於本店及支店所在地。爲其登記。取締役怠於爲此登記時。處以五十圓以下之過料。（施行法第五十條第七）關於規定制裁前揭之事項。以無如此之明文。故僅施行法爲無制裁。且解施行法爲獨立的。怠於或登記。雖可處以五十圓以下之過料。怠於他之登記時。別無何等之制裁。惟從一般之原則。因之釀損害於他人時。當爲賠償而已。此說雖非無理。

之解釋。然法律所命重大之事項之登記。與其解爲不附強要之手段。毋寧解爲可受商法之制裁也。然則何故或事項以施行法示制裁。而他之事項。讓之商法耶。蓋規定於商法之制裁。爲五百圓以下之過料。而規定於施行法者。則爲各別。故分之也。此爲適於便宜之解釋。且所謂登記云者。過料云者。施行法及手續云者。在正確理論之外。以可以便宜爲解釋之資料也。自理論上言之。商法之制裁。限於怠於爲商法會社編登記之際適用之。至施行法。則不適用。蓋施行法雖明記制裁於或登記。至他之登記。則不明記之。又不明言受商法何條之制裁。是爲無制裁也。此雖適於文理解釋。至便宜解釋。則以前說爲確。

取締役監查役等。當誠實行其職務。又決不可爲虛言僞行。因之而法律設有制裁。取締役監查役等。不記載財產目錄貸借對照表總會決議錄等可記載之事項。又爲不正之記載時。處五百圓以上之過料。又對於總會。爲不實之申立。又隱蔽事實時。處千圓以下之過料。(第二百六十一條第九號 第二百六十二條第一號)然其他書類爲不正之記載之制裁如何。株主其他之人爲不實申立之制裁如何。可科制裁之事項。所列舉二十個之中。皆無此事。

項。不可不解爲無商法之制裁。至其理由。別批評之。

商法所謂營業報告書等可記載之事項。爲如何程度之事項耶。可申立於總會之事實。爲如何程度之事實耶。此雖委於各情形之認定。而大體可分爲寬嚴二主義。寬言之止於記載事件之表題。雖無報告之實而亦可。至極端嚴格。則不得實行。而會社之取締役等。常可受制裁也。其間之調理斟酌。一任判官之技倆。取締役有專橫之弊時。裁判官務求其嚴。惡株主濫用法文騷亂會社時。則務求其寬。其在德國。近時因過於嚴之故。取締役往々凡一切之事。皆公表之。甚至發會社之隱事。而爲會社之不利益。例如「那伊布起西」<sup>ライブチヒ</sup>之地方裁判所。或會社之重役。因其會社有不測事由所被之損害。以自己之財產償之。又慮其害會社之信用。不以此事實記載於報告書。該裁判所遂認爲不法。而處其取締役監查役以營業報告書偽造之罰。因有如此裁判之故。或會社之取締役。消費數十萬馬克。監查役發見之。當大騷動之際。取締役之親族。以此事實不記載於報告書爲條件。申出欲自辨償其消費金。而監查役拒之者。蓋監查役於可記載於報告書之事而不記載時。有被處罰之恐也。因此其親族亦不償消費金。

取締役逃亡。會社大被損失。貸借對照表論之著者「勒姆」氏評此事項曰。

密補充會社資本之缺陷者。不可罰之。蓋會社營業之秘密。不要爲公然主義之犧牲。商法第三百十四條。取締役監查役。於總會報告書等。關於會社之狀況。爲虛偽之記載時。處一年以下之懲役。附加二萬馬克以下之罰金。此條文僅限於取締役等。爲欲欺會社或公衆。故意爲虛偽記載之際。適用之而已。株式會社之取締役等。付於會社之狀況。爲虛偽之記載時。雖可處罰。至爲法之所許爲不實之記載者。即不處罰。恰如殺人者有罰。至司法官殺人則爲其職務不加罰者相等。取締役爲會社之利益。雖爲不實之記載。亦非不法。且爲取締役等之義務。豈有罰行義務者之理耶。又商法第二百四十一條。使取締役等負善良管理者之注意。若秘此事項而爲會社之利益。則秘之即所以注意。自不負其責。與官吏關於公務之守秘密不負其責者。固同一趣旨也。

如此是公然主義與秘密主義。有相衝突之點。如何而後可以調和之耶。曰各事項。每思其可公之或可秘密之。二者孰爲會社之利益。決其以秘密爲利益者。則當秘

之。此爲取締役之權利。同時亦義務也。在取締役自身。總以爲公示之可輕其責。然爲會社之利益。不可不秘密之。取締役應總會又監查役之請求。雖不可不開陳事實。而作營業報告書之際。非必無論何事。皆當自進而爲記載也。貸借對照表。雖不得記載虛僞之數字。至營業報告書。則無記載一切事情之必要也。

氏蓋僅見公然主義之害點。起反動而走於秘密主義之極端者。夫德國裁判所之主義。雖稍失之嚴。但如氏之說。則又失之寬。苟爲會社之利益。雖重大之事項。不要報告於株主。而以會社之利益與否。委於取締役之專斷時。其弊害之續出。極易明瞭。苟能得其中正。則無論爲何人所唱。吾人皆贊成之。若僅偏於一方。如德國裁判所。則傾於嚴。有時會社因之而受一時之不利。然嚴則一切之會社。必能正肅營業。可豫防秘密彌縫詐欺等之續出。要之氏之言。在會社取締役愁訴於秘密之際。或可用之。非學者解法律之言也。

虛僞之記載不實之申立等。依事實而判定之。關於銀行條例違反事件。大審院解之曰「銀行條例第十條所謂虛僞之報告者。其爲較現實之利益得多大之利益之報

告。抑爲較現實之利益得寡少之利益之報告。不必問之。乃指示異於真實報告之一切事項。此在法文上無容疑。」此種解釋。可供參考。故會社誇示其盛大時。即所謂較事實尤多之利益。如欲減少所得稅之時。即所謂較事實少也。又有或會社得九分之利益。因虛陳在九分內外而被罰者。

會社法規定之制裁所科之行爲不行爲。同時以他之刑事法被罰時。依數罪俱發之例否耶。此依會社法之制裁。在現行法令上。得爲刑罰與否之解釋而定之。在法理論。自爲特別。至現行法令之立法者。多以過料爲刑罰。故不依刑法數罪俱發之原則。過料之外尙得科以刑罰。例如取締役爲或行爲時。於科以銀行條例第十條又戶籍法第二百十條制裁之外。尙可科以會社法之制裁。凡併會社法之制裁而科之者。多爲關於銀行條例之違反。私書僞造行使。詐欺破產等。

此外外國之法律。有併株主其他之人之制裁而定之者。例如約受報酬而於總會贊成他人之說。詐爲株券之書換。以行株主之權利。或貸與株式株券於他人者皆罰之。罰則有漸次增加之傾向。德國法其制裁爲一年以下之禁錮及三個月以下之禁錮。

罰金分爲二萬馬克以下者。一萬馬克以下者。三千馬克以下者。英國法制裁爲二年以下有服役之禁錮與無服役之禁錮。然日本商法單區別其制裁爲五圓以上五百圓以下之過料與十圓以下千圓以下之過料。或失之過輕。觀條文自能明瞭。(第六十一條第二百六十二條)

取締役監查役等支拂過料之責任。各自負擔之。余信爲非規定於民法之連帶義務。其在德國。使取締役等對於官負連帶義務。在相互間。使得爲償還之請求。取締役等雖無支拂過料之資力。會社不必支拂之。依民法之規定。法人就代理人行其職務。加他人以損害者。當任賠償之責。此雖可適用於會社。而過料不得云爲加於國家之損害賠償。故此規定。不能準用之。且義務之負擔。不得容易推測。況由罰則而生之義務耶。此場合使會社立於保證之地位。而欲使爲支拂。不可無特別之規定也。

上海图书馆藏书



A541 212 0024 5575B



光緒三十三年六月二十一日  
明治四十年七月三十一日

發行

編輯者

陳時夏

印刷者

長谷川辰一郎

日本東京市神田區  
錦町三丁目一番地

發行所

丙午社

中國天津河北公園

印刷所

小川印刷所

日本東京市神田區  
錦町三丁目一番地

發賣所

中國各省各書肆  
日本東京各書肆



