

580

商法

總則
會社



商法總則目次

第一章 商之概念

第二章 商之分類

第三章 商事

第四章 商法

第五章 商法之沿革

第六章 商法之法源

第一節 商事特別法令

第二節 商法及商法施行法

第三節 商慣習法

第四節 民法

第七章 商法之效力

商法總則 目次

上海图书馆藏书



A541 212 0008 4496B



202068

一四七九二四一五七一八二二

第一節 公法人之商行爲

二三

第二節 一方商行爲

二四

第三節 經過規定

二五

第八章 商業之主體

二六

第一節 概論

二六

第二節 未成年者

三一

第三節 妻

三三

第四節 後見人之商業

三五

第五節 小商人

三六

當九章 營業

三七

第一節 營業之意義

三七

第二節 營業之讓渡

三九



第三節 營業所

四二

第十章 商業登記

四五

第一節 登記事項

四五

第二節 登記手續

四七

第三節 登記事項之公布

四九

第四節 登記之效力

五〇

第五節 登記公告之舐觸

五三

第十一章 商號

五五

第一節 商號之自由

五五

第二節 商號選擇之自由

五六

第三節 商號登記

五八

第四節 商號登記之效力

五九

第五節 商號之讓渡

六一

第六節 登記抹消之請求

六四

第十二章 商業帳簿

六五

第一節 日記帳

六六

第二節 財產目錄

六八

第三節 貸借對照表

七一

第十三章 商業使用人

七六

第一節 支配人

七九

第一款 支配人之選任

七九

第二款 支配人之權限

八一

第三款 支配人之登記

八四

第四款 支配人之行為禁止

八五

第二節	番頭手代	八七
第三節	其他之商業使用人	八九
第十四章	代理商	八七
第一節	代理商之通知義務	九二
第二節	代理商之權限	九三
第三節	代理商之留置權	九四
第四節	代理商之類業禁止	九五
第五節	代理商之契約解除	九七



商法講義

杭縣徐令譽編述

第一編 總則

第一章 商之概念

商法者適用於商事之私法。而爲對於民事之特別法也。故欲知商法之意義。必先以研究何者爲商及何者之爲商事爲第一要義。

世無論古今地無論中外既認私有財產之制度而營個人經濟之後則財貨交易有存在之必要所不俟言雖在原始時代之社會而欲以一己所需要之物品悉出諸一己之手以資其供給事實上實所不能故與他人爲有無之相通亦必然之勢也今日所謂商之觀念雖由單純之思想而遙趨於複雜不僅以交易者當之而此交易之事則實爲商之萌芽也。

社會進步之第一級則物品之直接交易次第減少而生一貨幣之媒介物以爲間接之交易此雖屬於買賣取引之新現象而在其初則雖以貨幣爲媒介仍不過由

生產者直接供給物品於消費者已耳。故此時代商之觀念尙未發達也。至第二級則有立於生產者及消費者之間媒介兩者之需要供給以營利益者。於是而生商人之一階級。此商之新觀念所由以發生也。及第三級則交易之事日益複雜。而商之觀念亦有多少之變遷。其所謂商者不僅限於物品之交易買賣等之直接媒介。尙有輔助之便利之確實之圓滑之者。此雖爲附屬之取引而苟於通常之場合有營利的設備。以上亦無不可以商稱之。如銀行運送倉庫保險等之業務。雖非物品之交換買賣之直接媒介。而以其爲輔助爲便利爲確實爲圓滑之故。故亦屬於商之範圍也。

經濟上商之意義如右所述。已可得其概要。就法律上言之。其大體雖亦採經濟上之意義爲基礎。而範圍則決非同一。有較經濟上意義而擴張之者。亦有縮小之者。依於國體之不同而廣狹遂互有差異。故法律上商之觀念僅可於一國之成法間求之。至欲通世界各國而求其定義。不唯不能。且亦不必也。今欲明商之概念。先下

一最簡明定義於左卽

商者以媒介物品之運轉之營利的行爲也。

依此釋商。故關於農事鑛業木產。其他原始生產之行爲者。皆不得爲商也。

從來學者聞下商之定義。多不完全。誠以商之觀念。非絕對不動者。於或時代之商。所下適當之定義。至他之時代而復覺其不當。又於經濟上見之。則商之概念。雖有一致之定義。而於法律上。則商之範圍。又各有廣狹之不同矣。

依於一說。則商者。指不變物之形體。或雖少變其形體。而不變其主要之部分。以司其轉換者而言。循此立論。是以商業與製造業爲相對之結果矣。然在今日則商業與製造業。並非有明確之區別。法律上均看做爲商。故雖有改變其物之形體者。亦不礙其爲商。換言之。卽變其物之形體與否。不得爲商與非商之區別標準也。

依他之說。則商者。由此場所之物品。而移動於他場所之行爲也。然此亦不得爲商之特質。蓋物品之運轉。亦非以變更場所爲必要。有時於同一之場所。而其所所有者。

或占有者變更之時。法律上亦可稱之爲物品之移轉也。

或又謂商者必以動產爲目的物。夫商之目的物。雖有限於動產者。而在今日則匪僅不動產可以爲商之目的物。且於有體物以外。亦有可以爲商之目的者。如商號權。特許權。其他債權等。亦均可以之爲商品也。故謂商之目的物。必限之於動產者。亦非也。

商之範圍如右所述。誠難決定。故欲由學問上下一明確之定義。實感非常之困難。而前所揭之定義。則雖屬簡單。亦尙爲比較的完善之定義也。

第二章 商之分類

以商爲業者。則稱之爲商業。而營商業者。則稱之爲商人。故所謂商之分類。商業之分類。商人之分類。實際上皆無大異。不妨併而論之。今述通常之分類如左。

第一 固有商補助商 固有商者。本來之性質上屬之於商。卽直接媒介貨物之流通者也。補助商者。補助固有之商。而俾其臻於圓滑者。如銀行保險之類是也。

然現時此二種之商實立於平等之地位。互相補助。初無所軒輊於其間也。

第二 大商小商 此以營業上設備之有無與資本之多寡爲區別者也。小商人者就戶戶或道路間爲貨物之買賣及資本金在五百圓以下而爲營業者之謂。其他之商則皆大商人也。大商人者不過爲小商人相對之用語。非法律之用語。故稱之爲普通商人亦無不可。法律上區別之實益即在普通商人則商法皆可適用。而小商人則僅適用商法之一部分也。

第三 內國商外國商 內國商者其商之行爲但及於國內者也。反之則稱爲外國商。然巨內外兩國而皆營其貿易者亦以外國商目之。而不得謂爲內國商也。

第四 陸上商海上商 陸商及海商之區別以場所爲標準。即行商於陸上者爲陸商。行商於海上者爲海商是也。然在湖川港灣之商則亦隸之於陸商。以海商編中無此規定也。又從便宜上起見。凡行商於海上之一部分及其海上所營之商業與陸上有牽聯之一部分者亦統稱之爲海商而有特別之規定。

第五 卸賣商小賣商 卸賣商者。直接由生產者取得物品而供給於他商人。之謂。其營業之規模範圍。通常屬於闊大者居多。而足以應一般之需要者也。小賣商者。由卸賣商與他商人而取得物品。以直接供給於消費者之謂。其營業之規模。通常屬於狹小者居多。僅足以應一方之需要者也。是種區別。在經濟上雖屬重要。而法律上則無甚差異。僅關於商人之日記帳記入而異其方法耳。

第六 爲自己之商與他人之商 前者以自己之名爲自己之行爲。後者以自己之名爲他人之行爲也。前者意義明瞭無俟詳解。後者之例。則問屋是已。蓋問屋者。以自己之名而爲他人爲物品之販賣或買入。以爲營業者之謂。此之營業。不過立於相手方與委託者之間。代爲買賣之行爲。而其所買賣之物品。則皆屬於他人非自己也。

第七 製造業手職業 此兩者均爲關於物品製造之業。前者則以有相當之設備爲主。而指揮監督其使用人。以從事於製造業之謂。後者規模狹隘。專以得賃

金爲目的。而自當其製造之勞者之謂。此區別雖不過爲程度問題。而於法律上亦有其實益。卽製造業之人爲商人。其行爲亦爲商行爲。而手職業者則不然。故前者適用商法。而後者不適用商法也。

第八 勞動及請負 專以得賃金爲目的而服勞務者。則稱之爲勞動者。如車夫傭工是也。對於他人爲作業。又勞務之請負者。則稱之爲請負人。就供給勞務之一點言之。雖屬相同。然一則專在於得賃金。而自爲其勞動。一則利用他人之勞動。以期其工作之完成者也。此區別雖似無謂。而亦有法律上之價值。卽勞動者非商人。其行爲亦非商行爲。故不適用商法。而請負人則明明商人。且明明爲相對的商行爲。故日本商法二六四條之五號。規定之也。

第二章 商事

商事之意義。極不確定。德國新舊商法及日本新商法。於何者屬於商事之範圍。皆無規定之明文。然商事之語。則不但學說上使用之。法文上亦使用之。故關於商事

之問題實有研究論決之必要。德國商法之解釋者或以商業上之法律關係當之。或以屬於商人之法律上事實當之。且有以商法上之訴訟目之爲商事者。其他學說尙多未暇殫述。而日本舊商法第三條則下商事之定義曰。

商事者不拘其爲商人或其他之人。總之爲商取引及其他規定於本法之事實也。

就此定義言之。其規定極不明確。仍未由定商事之範圍。蓋商法爲商事所適用之法律。欲知何者之爲商法。先不可不知何者之爲商事。不知商事之爲何。卽商法亦無從研究。然說明商事而僅以商法所規定之事項當之。是不過以疑答疑耳。焉用此定義爲。

日本新商法則不下商事之定義。而一任諸學者之解釋。今就學者間所共認之定義述之。則

商事者從商所生之法律關係及商人固有之法律上事項也。

據此則由商取引而生之權利義務關係其他關於商人之商號商業帳簿商業登記之事項及關於會社之事項皆包含於商事之範圍中矣。

第四章 商法

商法之意義有廣狹之別廣義商法則爲關於商事法規之全體凡商公法商私法商國際法皆屬之狹義商法則僅指商事所適用之普通私法者而言茲所說明之商法卽爲此狹義之商法也試分析言之於左

第一 商法者法律也 據此則勅令省令及其他命令中雖有關於商取引之規則亦不得謂爲商法何也以商法必依憲法上之手續經過議會協贊之法規也

第二 商法者關於商事之法律也 據此則不關於商事之法律雖有關係於商人者亦不得云商法也

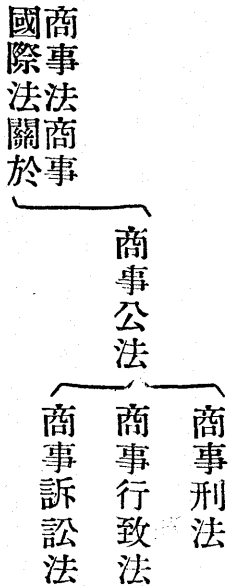
第三 商法者私法也 公法私法之區別非真有確定之標準德國學者間有種種之紛議或則以法律中規定權力關係爲公法規定權利關係爲私法者或則

以關係國家及其機關之法規爲公法。一私人間之關係爲私法者。是種學說。雖不得全謂爲誤謬。而瑕疵甚多。故今學者。多不主張之。今學者間所主張。則以法律中。國家之任務。占主要之部分者。爲公法。不然者。則爲私法。詳言之。卽其法規所規定。與國家之任務。無直接關係之事項者。爲私法。依於此點。則商法者。當然屬於私法之部分也。彼國家間對於商事所定監督之方法。如保險業法。銀行條例之類。雖爲關於商事之法律。然因其以國家之任務爲主。故不得云私法。因之亦非所謂商法也。

第四 商法者。商事固有之普通法也。民法爲定一般私法之通則。故爲普通法。商法與民法相對。則特別法也。何則。關於商事之問題。不適用普通之民法。而先適用商法也。然對於民法言之。固不得謂爲普通法。而對於商事特別之條例言。則其爲普通法。當無可疑。蓋商法者。定商事適用之大原則。而爲其固有之普通法也。

唯其爲商事固有之法規故苟於商事不特別規定者雖與商事有關係之時亦非商法例如商人爲營業而賃借店鋪就一方言之則爲商行爲然由此而生之法律關係雖爲商事而此商事所適用之法規則非商法乃民法也此非民法之適用侵入商法之領域實以民法者定一般私法之原則故苟非特別規定於商法之中又不屬諸商慣習者仍當適用民法之規定也

商法之特質如右所述當無疑義今爲便於記憶起見更就商法在一般商事法律中屬於如何之地位圖解如左



通商航海領事等之規則

商法（狹義）講義中所述明者此商法也

商事私法（商法附屬法及特別法）

涉外商私法（商施一二五一二六條所規定者）

第五章 商法之沿革

商法法典與民法法典兩相對峙。自來學者皆不敢有爲疑義。雖然民法者規定私人活動之大原則也。商者亦不外私人活動之一部分。則商之規則何不包括於民法之中。而又爲特別之規定。試從沿革上而推其理由。

攷民法之由來。實導源於羅馬。當羅馬帝僞斯季諾痕之時代。民法已有規定。而商法則非胚胎於羅馬法。而爲其產出物也。其淵源有二。一則當歐羅巴之中世。日耳曼人種侵入歐洲。宅於地中海沿岸。勢力日盛。因而組織營業團體。從事之貿易。適當其時。封建制度。又已破廢。市人之實力。日益擴張。毫不受諸侯之支配。且因之而

取得自治權。以支配其個個之團體及郡市全般使發達特別之習慣法規。此卽商人之肇源也。一則歐洲內地之野蠻人變游牧而爲土著亦感有無相通之必要而設立市場以一定之時期麇集於市內交易而退各得其所。而經濟團體遂見發達。久而久之。此市場亦取得或種之自治權。而商人間固有之法規亦至是而發達焉。以上兩淵源小之則個個商人之規則大之則各團體各都會各市場之規則合之而遂成爲法律。其後乃漸次流布普及於全歐。而德法二國最受影響。故十七世紀法王路易十世遂制定二法典而公布其一。卽一六七三年制定之商業條例。其一爲一六八一年制定之海商條例。此二法典者固爲商法編纂之嚆矢。亦卽大陸諸國商法之編纂之基礎也。迨至十九世紀拿破侖第一世乃彙前二條例而纂成商法法典。嗣是而德葡意西荷比南美各國復接踵而起。從事於商法之編纂矣。姑勿詳論。請更進而言日本之商法。

日本之編纂商法法典也。始於維新之初。欲與各國結對等條約。然非有完全法典。

則外人不用其法律而領事裁判權終不能撤去。故商法之編纂重感其必要也。茲分三期言之。第一期直譯法蘭西商法法典而用之。即江藤新平爲司法卿時也。第二期聘德人海洛曼愛司路氏爲商法草案起草員。即舊商法是也。第三期命梅謙次郎岡金敬次郎田部芳爲起草委員。即新商法是也。夫欲結對等之條約。必先有文明之法律。邇者民國肇造。百度更新。必能體恤商情。振興商務。編一完全之商法法典。以造福於商界。當不致如前清之商律漏略不完。致貽日本松本氏之譏評也。諸君其拭目俟之。

第六章 商法之法源

商法之法源云者。指可供商事法規適用之材料者而言。關於商事應適用之法。規則由成文法與慣習法而成。成文法者。依適法之手續。已經公布之法律命令者之謂。慣習法者。由主權者所認定與法律有同一效力之不文法者之謂。今就商事中述適用法規之順序如左。

第一 關於商事之特別法令

第二 商法及商事施行法

第三 商慣習法

第四 民法

更依右列之順序而分節說明之。

第一節 商事特別法令

特別法之適用。先於普通法。此國法一般之原則也。關於商事亦何獨不然。抑國家之所以制定商法者。爲關於商事可以適用也。則有一商事事件發生而適用商法。當無俟言。然依其業務取引之性質。據一定之準繩。有不能羈束之場合。故立法者應於各事項而有特別法之規定。則遇有特別法時。先商法而適用。亦當然之理也。然於一方則因國法之原則。有後法律優於前法律之效力。故商法施行前所發布之特別法律。爲商法而奪其效力。此一疑點也。又於他之一方。則以法律之效力優

於命令爲國法之原則。故商法施行前關於商事所發布之特別命令當然失其效力。此又一疑點也。有此二疑點。是以商法施行法第二條特規定之曰：（關於商事特別之法令雖商法施行後仍有其效力）以明示商法施行前之特別法律並不因商法施行以後其效力遂爲所奪。且關於商法施行前之特別命令其效力亦尙爲存在。故結局關於商事之特別法令先商法而被其適用也。今就特別法令之重要者而舉之則

第一 銀行條例及關於各種銀行條例之類

第二 保險業法之類

第三 私設鐵道法、鐵道營業法、鐵道運輸規定之類

第四 特許法、意匠法、商標法、著作權法之類

第五 郵便法、電信法之類

第六 取引所法之類

第七 船舶法船員法之類

第八 質屋取締法賣藥規則藥品取扱規則之類

於此有當注意者。普通法及特別法之關係。非絕對的而爲相對的也。商法爲商事之普通法。關於其他商事之法令。雖爲特別法。而於特別法令之內。亦尙有普通特別之關係。於此場合。則關於其事項。亦先適用特別法。而次乃適用普通法也。例如銀行條例貯蓄銀行條例。對於商法法典。雖均爲特別法。而於其中。則銀行條例與貯蓄銀行條例。又有普通法特別法之關係。故關於貯蓄銀行之法律關係。先適用貯蓄銀行條例。其條例無規定時。則從銀行條例。若銀行條例亦無規定之時。始適用普通之商法法典也。

第二節 商法及商法施行法

商法者。定關於商事大原則之法典。限於他特別法令無規定時。而受其適用者也。其爲強行規定與任意規定。則非所問。總之有明文者。則依其明文。無明文時。則從

於法律解釋之原則亦得探究其精神而爲適用也。

此所言之商法蓋指日本現行之新商法法典而言。舊商法則因新商法之實施而歸於廢棄。應無適用之效力矣。雖然若商法施行前所發布之特別法令中有依於舊商法之規定時。則此種之舊商法雖在新商法施行後而仍有其效力也。

第三節 商慣習法

關於商事適用商法。商法無規定時。適用商慣習法。無商慣習法時。始適用私法。普通法之民法。此商法第一條之所定也。即屬於商事之範圍。商慣習法之適用。較商法爲後而在民法之先也。故商慣習法之規定與商法之規定有抵觸之時。則當適用商法。固無俟言矣。

獨是關於商法之法律關係。適用商法固無可疑之問題。但於商法無規定之場合。何以排斥成文法律之民法。而適用不文法律之商慣習法乎。此一問題也。欲知商慣習法之爲何。則於商慣習之所由成。先不可不知之也。

商慣習者事實也。亦不過一般慣習之一種。因其爲關於商事之慣習。乃僅以商慣習稱之。故商慣習者在商事上有同一之場合。連續不絕。而爲同一之行爲也。其果連續不絕與否。則爲事實之問題。故結局依於裁判官之認定也。然則商慣習法者何乎。卽其商慣習與法律有同一之效力者也。夫以一事實之或慣習變而爲一法律之商慣習法。要若何之條件。頗不易於說明。或則以主權之承認爲必要。或則以權利之固信爲必要。異說紛紛。靡所底止也。雖然。於成文法典之國。認或種之事實與法律有同一之效力。其條件仍不可不於成文法徵之。法例第二條規定之曰。「不反乎公之秩序或善良風俗之慣習。限於依法令之規定所認者。及法令無規定之事項者。與法律有同一之效力。」由此釋之。則商慣習亦因具備此條件而成爲商慣習法。與法律生同一之效力。故先民法而見其適用也。

且夫一國之所以認慣習法者。有二理由。一則因立法之機關。均不完備。當不能編

纂法典之時不能不以慣習法而資其適用。一則因或理由而其國之成文法典有不完全之時不能不以慣習法而補其缺漏。然慣習法爲不文法律。人民欲知所適從。殊非易易。故編定法典以求祛其弊害。此各國法律界之一般傾向也。既因此理由而編纂法典以後。則凡人民相互之關係。解釋法典而以資適用。固當然之事。即使於明文無可徵者。而就其法典全體之精神。比附之援引之。亦得發見法理而爲其適用。然尙慮此方法之有缺點也。於是不得不認慣習法以補充之。是蓋出於立法者用意之周匝也。商事之認慣習法。亦此理也。

獨是所謂商慣習法。非可以事實慣習當之也。事實慣習僅可爲解釋當事者意思之材料。不可爲商事私法之法源。觀民法九二條之規定。則知必當事者認有從之意思時。其慣習始有效力。非其初卽有當適用之性質也。故當事者之自由意思。有不認其慣習之時。卽可以避其適用。若商慣習法之適用。則不繫於當事者之意。思而自附與以法律之效力也。此不同之點也。

爲立法論者。謂既認商慣習法以後。卽爲法律。而不可不依之。以爲其處分。故裁判之時。或有違反此慣習者。卽可就其違反之點。而爲上告及破毀之理由也。雖然。慣習法之存在與否。裁判官苟無特別之理由。卽無從知之。以裁判官僅有通常成文法之知識也。然商慣習法既認爲法律。則不待當事者之申立。而裁判官以自已之職權。自不可不爲其適用。此實強裁判官以不能者也。故實際則商慣習法之存在與否。仍不外乎當事者之證明而已。以法理言。固未見其有當也。

第四節 民法

民法者。所以定一般私法之通則。故苟於商事特別法令。商法商慣習法無規定者。雖關於商事。亦無不可以適用。此定理也。而茲可附以一言者。卽認商慣習法之適用。先於民法。實無謂之規定也。依於法律。則不反乎公之秩序。或善良之風俗之慣習。與法律有同一之效力者。必限於左之二場合。

第一 依於法令之規定而認之者。此種之商慣習法。以其爲適用法令之結果。

而受其適用者。故於商法無特設明文之必要也。

第二 關於法令無規定之事項者。此種之商慣習法有存在之場合。於民法上亦可斷其無同等之規定。何則。若其事項於民法有規定者。非所謂法令無規定之事項也。故認此商慣習法之存在者。其與民法之規定。必不致有競合之場合。既不競合。則所謂先民法而適用者。全屬於無意義矣。

右之所論不誤。則商法第一條。慣習法之云云。真可謂爲不必要矣。

第七章 商法之效力

適用商法之根本在於商事實。既述之矣。故言商法之效力者。不外關於商事而被其適用之意義。此蓋就商法適用之本體言之也。其他關於時地及人。尙有必要知其適用之範圍者。唯此爲依於一般國法之原則所規定之事項。非僅於商法中研究之。茲但就商法及施行法所特設規定之點而略述之。

第一節 公法人之商行爲

凡商行爲必適用商法。此固不問其主體之如何也。故雖非商人。雖外國人。雖公私之法人。苟其所爲之法律行爲。而在於商行爲。無不可適用商法者。然於國府縣市町村其他之公法人。不僅於私法上爲權利之主體。其在公法上亦尙有固有或委任之權力。故於數多之場合。不與一私人立於平等之關係。因之亦不受普通私法之適用者頗多。基此理由。故關於其所爲之商行爲。當適用何種之法規。不能無疑。雖公法人而爲商行爲。則其性質上與純然之一私人無異於此。而適用商法亦本無可疑之點。祇公法人之組織目的與他之法人不同。竟欲其絕對適用商法。不僅實際上固形不便。且恐與他之法令來衝突之虞。故關於公法人之商行爲。有特別之法令時。則從其特別法令之規定。無者始適用商法。例如國家爲鐵道運送烟草專賣等之事業。有幾多之特別法令。先適用其規定。僅限於無規定之時。而適用商法也。於此點論之。則雖在命令而其效力尙優於商法之法律矣。

商法上對於公法人之商行爲。雖有適用商法之規定。而民法上對於公法人之法

律行爲則無適用民法之明文。此蓋因適用民法爲當然之事故。無特別明文之必要也。然商法之所以特設明文者。蓋亦由於向之尊士農賤工商之風習。以爲公法人之行爲必不願附以商行爲之名稱。其結果必有不適用商法之傾向。故立法者就此疑竇而消釋之。特爲適用商法之規定也。

第二節 一方商行爲

吾人之法律行爲。有當事者雙方皆出於商行爲者。亦有僅其內之一方屬之於商行爲者。如商人間之賣買。其雙方若皆出於商行爲。則雙方適用商法。固無俟論。使僅當事者之一方而有商行爲之行爲。則一方適用商法。他之一方或可適用民法。否則當事者之雙方或皆適用民法。或皆適用商法。均不能無疑。例如學生由書肆而買入書物。其賣買在於書肆。固爲一商行爲。而在於學生。則不過爲普通之法律行爲。今假使其賣買爲信用之賣買。書物之代價支拂。或不免於遲延。在書肆則依商法二七六條。請求六分之利子。在學生則依民法四百四條。所規定之五分利子。

爲充分之主張於此場合則依其適用法律之如何而與當事者之利害卽有重大之影響。商法欲決此問題故對於當事者一方有爲商行爲之行爲雙方皆適用商法此其結果雖不爲商行爲之相手方不免有不利利益之處然亦不得已也。蓋一方若適用商法而他方適用民法事實上殆所不能。即使無不能而竟不適用商法則是商法者僅僅適用於商人間恐亦與設商法之精神相悖矣。然於此尙有二問題。

第一 一方之當事者有數人之時僅其中之一人而爲商行爲之行爲他之當事者亦皆適用商法否乎。曰然此可由商法二七三條之精神類推而得之者也。

第二 僅當事者之一方爲商行爲之場合而其相手方爲公法人之時亦可適用商法否乎。此商法之二條與三條關連之問題也。決此問題亦可斷爲雙方適用商法以此第三條所規定並不區別相手方之人格也。

第三節 經過規定

新商法之適用對於施行後所發生之事項而言其以前所生之事項則適用舊商

法之規定不待問也。故例如在舊商法時代所締結之保險運送等契約自當適用舊法。然關於或事項依其商法施行法之規定則雖生於新商法施行前之時亦有適用新商法者。例如商法施行前所設立之會社即以適用新商法爲原則。其他類此之規定亦正不鮮。

雖然此亦非無反對之者。即設立於商法施行前之合資會社仍受舊商法之適用。其他特別之法令中有當依舊商法之規定者。此種之舊商法雖在商法施行後仍不失其效力也。

關於新舊商法之適用後論各事項時尙當爲適宜之說明。茲僅略舉其概耳。

第八章 商業之主體

第一節 概論

商人者不論男女又不問其爲自然人爲法人總之以自己之名而以商行爲爲業者之謂。故商社會社亦爲商人。因之關於商事之規定皆受其適用也。今就商人

要素分析之

第一 商人者以商行爲爲業者也。以商行爲爲業者即營商業之義。至何者爲商行爲則當於講述第三編時爲詳細之說明。日本商法所認之商行爲雖有三種而得以之爲業者則限於二六三條之絕對商行爲與二六四條之相對商行爲。若附屬之商行爲則因商人而始生者非定商人之基礎之商行爲也。即限於業絕對商行爲相對商行爲之場合者爲商業因之而生商人之資格故假使自_法然人或法人雖爲營利事業而不以商行爲爲業則不生商人之問題也。例如業_法牧畜業或礦山業之社團法人不能有商法上法人之資格何則是等之營業雖亦以營利爲目的而非以商行爲爲業也。換言之則商業者固必以營利目的爲事業而營利目的之事業不皆屬於商業也。民法上之財團法人因其無營商業者故不論何等之場合亦不成其爲商人也。

持極端之論者謂業相對商行爲之商人理論上不能有也。何則相對商行爲以

限於爲營業之時而始得成爲商行爲者其營業以前既非商行爲則業此非商行爲之行爲者亦不成爲商人也雖然此論非也相對商行爲之行爲苟有以爲營業之狀態瞬間卽變爲商行爲且同時而取得商人之資格也

第二 商人之營商業必以自己之名者也 自己之名者謂由其行爲所生之權義以本身之名義而任負擔之責者也故非以自執業務或專爲自己之計算爲必要而僅以自己之名爲必要也

(甲)藉他人以營商業者亦爲商人 例如命支配人番頭爲一切取引之主人者固商人也不自執業務而委任代理人之本人亦爲商人故營會社或商業之被後見人者商人也

(乙)不以自己之名者皆非商人 例如支配人番頭手代其他之商業使用人又會社之無限責任社員或取締役及爲被後見人營商業之後見人等皆非商人也

(丙)爲他人計算者亦爲商人。爲他人計算者由其行爲所生之結果其損益歸著於他人之謂。例如問屋雖爲他人之計算而究以自己之名營商業者故爲商人。反之匿名組合員則非商人以其商業上之損益雖歸屬於自己而不以自己之名爲之者也。

如右所說明則以自己之名而業爲商行爲者均之商人也。故想像極端之場合雖全用他人之資本全倚他人之勞力全爲他人之計算苟以自己之名而營商業者即得附與以商人之名。其他則概非商人也。關於此之應說明者尙有三點。

第一 右所述者不過商法上商人之意義。故於他之特別法有別異之意義時則固由其特別法之適用而當從其意義也。例如於商業會議所所稱爲商業者與商法上之商人其範圍不盡相同。如會社之無限責任社員取締役取引所理事長等在商法上雖非商人而於商業會議所條例言之則商業者也。

第二 雖以公法人之名而營商業之場合均爲商人。此商法解釋上之當然結果。

也。故國或市町村其他依於行政諸法令所規定之同業組合與產業組合之類。有營商業之時。亦商人也。不過關於公法人之商業往往有特別法令之存在。是以就實際上論。則商法中商人之規定。不適用者居多。竟謂公法人無論何時何地而決無爲商人者。亦非正當之論也。例如國家依官設鐵道而營物品及旅客之運送業。則國家亦可目之爲商人。其鐵道之賃金。在法理上之性質。非營造物之使用料。而可解爲基於運送契約之報酬也。

第三 現今一般之營業。概以自由爲原則。但使其營業而出於適法者。則不問何人皆得爲之。因之而人人皆有得爲商人之資格。其國籍之內外。族籍之等差。皆不問也。然法律對於或有身分資格者。亦非無禁止及制限之事。例如判事不得營商業（裁構七二條）辯護士不得辯護士會之許可者。不得營商業（辯護士法六條）官吏及家族欲營商業者。必要本屬官長之許可（官吏服務規律十一、二十七及刑法二七五條）有給之町村長或助役。欲營商業者。必要郡長之

許可（町村制五百條）於或種之銀行有禁其爲事業以外之營業者（日本銀行條例勸業銀行法三三農工銀行法二五條等）其他於取引所法等亦設爲種種之制限。凡有此種之禁止或制限之時。若違反之而自營其商業則果生如何之結果乎。曰公法上雖受規則違反之制裁而私法上則其行爲亦非絕對無效也。

以上關於一般商人之說明也。至因商法之規定而分述或種之商人則讓之於下。

第二節 未成年者

未成年者爲法律行爲要法定代理人之同意不得同意之行爲則可以取消。關於商行爲固亦同此規定也。故事實上則未成年者不得營商業。然就實際言之。彼由幼時而諳習商業之未成年者。關於商業上之技能與他之成年者殆無區別之必要。一日因其親之死亡不自爲之。即無人爲之。是使祖傳之商業。至是有中絕之虞。亦非立法者所當出也。故法律欲祛此弊而特設一種之便法。凡未成年者有營業

許可之規定也。即許未成年者爲一種或數種之營業。則關於當業與成年者有同一之能力（民六條）故苟受此許可以後。則最初之個個行爲不必一一得法定代理人之同意而可爲有效之取引也。至關於許可之手續及取消制限等。則於民法親族編中規定特詳。

未成年者得適法之許可而自營其商業之時。則即由其時而取得商人之資格。當此之時。彼與未成年者爲取引之相手方。對於未成年者果受適法之許可與否。多不能悉知。使一一對於其父母或後見人悉詢問其許可之有無。事實上當不勝其煩。故未成年者果受適法之許可而得營商業。則必要爲其登記。有此規定。庶第三者不致抱不安之念也（五條）由商法施行前營商業之未成年者。其規定亦與此同（施四條）至其登記之手續。則參照非訟事件手續法之各條文可矣。

登記之事。非未成年者爲商人之條件。雖不爲登記而事實上。有爲營業之時。則未成年者亦商人也。且即怠於登記。而亦別無所謂制裁也。

若夫未成年者。因其親之死亡與其他之理由。不得不爲會社之無限責任社員。亦事實上所常有也。然會社雖爲商人。而其社員則不然。爲會社之無限責任社員者。就經濟一方面言之。原與營商業相同。而以法律上言之。則兩者固絕不相侔也。故許營業者。非卽許爲會社之無限責任社員。設有未成年者爲無限責任社員之時。果爲適法與否。仍不免有疑議之存在。故法律於此場合。復特設許可之制度。凡許未成年者爲會社之無限責任社員時。關於其會社之業務。看做爲有能力者。有此規定。則對於會社業務上之行爲。不必有代理人之同意而得爲有效也。(六條)於商法施行前。許爲會社無限責任社員之未成年者。自商法施行之日。關於會社之業務。亦看做爲能力者。(商施五條)若夫登記之事。則要爲社員與許營商業不同。不必要也。何也。以會社法別有登記之制度故也。

第三節 妻

私法上女子與男子。同以有能力爲原則。然有夫之婦。則爲民法十四條之行爲者。

必要受夫之許可。無許可而爲之。行爲得取消。雖然若夫許其妻爲一種或數種之營業。則關於其營業內與獨立人有同一之能力。又夫所許可者。夫雖仍得以取消或加以制限。而於一定之場合。則不要夫之許可者。亦固有之也。此詳細之規定。則就民法十五條乃至十八條中研究之可也。

雖然妻者服從於夫權者也。妻爲商業。其果有完全之能力與否。不可不使第三者知之。故商法復有要爲登記之規定。蓋以期取引之安全也。此雖由商法施行前已許營商業之妻。亦從於新商法之規定。而要爲登記者也。(商施四條)關於是等之手續。則參照非訟事件手續法一六七條以下可矣。

又許爲無限責任社員之妻。與其許可。雖在於商法施行前者。皆看做爲能力者。而亦無登記之必要。此規定之理由。殆與未成年者同一例也。

就與妻之商業相關聯者述之。則

第一 妻由商業而生之權利義務及事實上之損益。皆歸於妻之特有財產。(民

八〇七條)

第二 妻爲商人必限於以自己之名而營商業者。若僅事實上關爲夫之營業部類任管理指揮之事。或與以利益之分配。不能取得商人之資格也。至通常之家政爲夫代理人之時。更無論矣。

第四節 後見人之商業

禁治產者。不得自爲其法律行爲。因之而不得營商業。未成年者。則雖有得營商業之許可。而未經許可之時。則實際上與不得營商業者。殆歸著於同一之結果。凡於此之場合。則其商業可以後見人營之。卽後見人基於親族會之同意。可以被後見人而營其商業也。惟後見人之營業。亦以登記爲必要耳。(商七條民九二一九條)自商法施行前營商業之後見人。亦同至怠於爲登記之時。亦均無所謂制裁也。後見人代被後見人而營商業之時。關於其商業必要之行爲。皆有得爲之權限。故營業上有必要支配人之時。亦不妨於選任也。然此後見人之權限。親族會亦非不

能制限者。但不得以之對抗善意之第三者耳。且對於善意之第三者。雖加於商法施行前之制限。亦不容對抗也。(施六條)

至於準禁治產者。商法無何等之規定。故於營商業之際。而爲列舉於民法十二條之行爲。亦必一一得保佐人之同意。無同意之行爲。則皆得以取消。故注意甚深之第二者。決不濫與準禁治產者爲取引。是事實上幾陷於不得爲商業之結果也。對於準禁治產者。尙有論點。卽(一)無商業許可之規定。(二)事實上雖營商業。而不
要登記。(三)保佐人不得代準禁治產者營商業是也。

第五節 小商人

普通之商人。雖伴於商法中商人之資格。而皆適用其規定。至在於小商人。而亦必悉從其規定。則不但手數之煩。而實際之利益亦少。故關於商號商業登記商業帳簿之規定。不適用於小商人也。此恰與船舶之中。有普通船及小船之區別。關於小船。不適用海商編之規定。同一意義。然小商人之範圍。果如何乎。就日本所稱爲小

商人者述之則

(一)就戶戶而賣買物者

(二)於道路而賣買物者

(三)營業之資本金在五百元以下者 右第一及第二其主眼雖限於無常設之營業所者此則雖有常設之營業所而苟其營業資本不滿五百元之時亦屬之也

就右所規定言之則小商人之範圍已可了然其不適用於小商人者僅商法中關於商號商業登記商業帳簿之規定故其他則仍適用商法之規定也

第九章 營業

第一節 營業之意義

營業之意義有二用之於主觀的則與業商行爲而營商業之義相同前文所述本斯義也用之於客觀的則即商人營業上之財產對於商人之私有財產而別爲一

團之財產者之謂。故於此意義之營業。則實由積極部分與消極部分而成。積極之部分。凡商店商品器具其他之動產不動產有價證券及關於營業之各種債權。特許意匠商標商號等之無形財產權。皆包含之者也。消極之部分。即關於營業部分而生之總債務也。此所謂關於營業之債權債務者。不僅指由營業上之取引而生者。乃就關於營業之法律行為不法行為與其他原因而生之債權或債務者而言之也。

營業者。商人與他部分之財產相分離。恰如一獨立之財團。表示於外形者。故關於營業之學說。學者間有謂為獨立之權利義務之主體者。其主張之論點。謂商人營業上之財產與其私有財產。自其帳簿上觀之。亦特為分離而成一別個之財團。故商號或營業所者。於主人之名稱及住所以外。而別成一營業之名稱。與營業之住所。其營業上之代理權。并不因主人之死亡而消滅。其他各種之律法關係。亦於主人之存亡。不相係屬。而依然為存續者。故營業之自體。實為商業上關係之獨立負

擔者而主人則其營業之第一使用人也。雖要由日本之現行法論之。則商人之營業以非法人而不有獨立之人格。且非於主人之財產以外而得爲獨立之權利主體。縱令事實上爲帳簿計算之便宜。而設營業資本與非營業資本之區別。有所謂營業之貸營業之借者。要此僅爲帳簿之關係。非有真正之法律關係也。如上所述。則營業非獨立之人格。而別有所謂主體也。營業之主體。卽爲主人營業者。屬於主人之財產也。營業之主人。或爲自然人。或爲法人。而在會社爲主人之場合。則營業財產以外。無別有主人之私有財產。又營業之主人。亦不必限定於一人。或有合數人而成者。例如數人依於組合而營商業是也。反之。一人而亦有爲數多之營業主體。例如商人分其資本而營數個之獨立商業是也。

第二節 營業之讓渡

營業之讓渡者。商人於其營業上之財產。悉舉而讓渡於他人之謂。故讓渡個個之財產。如或則以店鋪爲讓渡。或則以商品爲讓渡。非營業之讓渡也。雖要營業之讓

渡亦非以營業上財產全部之讓渡爲必要。即營業上之財產中如何之部分有讓渡之時，亦得謂爲營業之讓渡也。惟此種之讓渡，則其讓渡之範圍不可不由當事者決定之。商法對於此問題，初不下其推定，不外乎應各個之場合，解釋當事者之意思以爲判斷而已。商法之所規定者，則僅在於讓渡之效力。今爲述之，則

(甲)當事者間有特約時，讓渡人爲不爲同一營業之特約，則從於特約之主旨，而不得爲營業無論矣。然使其所特約者，奪自由於無制限，從其特約而讓渡人之生計，或不能保全，亦大可慮也。故法律不能不有以制限之。凡讓渡人爲不爲同一營業之特約時，則其特約於北海道或同府縣內，且不超於三十年之範圍內，有其效力。此即所謂契約區域也。(二二條二)故例如在日本國內一年間，或永久於同一府縣內，不爲同一營業之特約，是超於其法之範圍之部分，雖有契約亦無效矣。

(乙)無別段之意思表示時，營業讓渡之當事者，不爲別段之意思表示時，則

讓渡人於二十年間在同市町村內不得爲同一之營業（二二條一項）然依此
法文之解釋則讓渡人或因於特約而得免此義務或因於特約而其區域其期
間未嘗不可以短縮也

如右所述是營業之讓渡人依特約或法律之規定於一定之場所及一定之年限
內而失其爲同一營業之權利者也於此制限以外爲同一之營業雖全屬於自由
然使以不正競爭之目的爲之則亦爲法之所禁也例如於同一之市町村或與同
一之府縣極接近之他市町村及他府縣中之或場所爲同一之營業即可謂爲有
不正競爭之目的者故均爲義務之違反也然爲同一營業之代理商或使用人則
固非法之所禁矣

凡此皆營業讓渡之當事者間之關係也至對於第三者之關係則於商法別無規
定之明文故欲對之而有其效力不可不經民法所定之手續也（民四六七條以
下）苟不踐此手續則債權者對於讓渡人失請求履行之權利債務者亦對於讓

受人而不負履行之義務。故實際欲爲完全之讓渡。則此至複雜之手續。殆所不能避者矣。然有商慣習法之時。則非所論也。

第三節 營業所

普通商人以住所充店肆而營商業者。固亦不少。而規模闊大之營業者。則於其住所以外。多別有營業所之存在。營業所者。商人於商業上爲取引之中心。與民法之所謂住所相似而不同。蓋住所必爲人生活之本據。而營業所則爲生活之本據與否。皆非所問。但商人以之爲商業上活動之場所耳。或稱之爲店鋪。其意義初無區別。故商人於其住所而營業之場合。其住所雖同時而復爲營業所。然法律上不別與以營業所之名稱。僅對於住所以外。定商業之根據時。始以營業所稱之。又營業所爲取引之場所。與專爲製造或專爲保管之場所不同。故如工場倉庫貨物積卸所等。不得謂爲營業所也。試述營業所於法律上之效果如左。

第一 營業所者。定商業登記之裁判管轄所之標準也。(九條)

第二 營業所者。定債務履行之場所。即因商行爲而生之債務。若因其行爲之性質。或常事者之意思表示。未明定履行之場所時。則除特定物之引渡外。要於債權者現時之住所爲之。其他流通債權之辨濟。則當於債務者現時之營業所爲之。(二七八條一項二項)

第三 爲關於手形上之權利行使。或保全之行爲。則要於利害關係人之營業所爲之。(四四二條)

第四 營業所者。定訴訟之管轄裁判所之標準。即對於有直接爲取引之店舖。於其店舖所在地之裁判所。關於營業得以起訴也。(民訴法一六條一項)又會社之裁判。籍依其所在地而定。而其所在地。則即會社營業所之所在地也。(民訴法一四條二項)

第五 營業所者。於民事訴訟爲書類送達之場所。(民訴法一四條一四六條乃至一四九條)

獨是通常取引之範圍。至爲廣泛。商人以一營業所爲不能滿足其行爲而不能不多設店舖。以使其營業之擴張者。蓋亦不少。當此之時。其數個營業所之間。有主從關係時。則稱之爲本店及支店。本店者商業上活動主宰之店舖。而支店則輔助本店。而爲取引之店舖也。支店輔助本店。以有地理上之區別爲前提。即於本店相異之場所。對於外部與本店爲同種之營業。取引之店舖也。本店支店。雖爲同一商人同一營業之店舖。而其間確有主從之關係。故內部則支店當從本店之指揮也。在於會社則本店與支店皆爲其登記。故若爲支店以外之設備者。一見即可以區別之。無難決之問題也。

於此可附論者。即會社之本店所在地則住所也。(四二一之二)蓋會社爲商業上之法人。營業所以外無別有住所之理。其生活之本據。則營業所也。故此營業所即看做爲其住所。其僅於本店而定爲住所者。則以原則上祇可有一住所。不能有二住所之理。由此與民法五十條定法入之住所。在於其主事務所爲同一之規定也。

第十一章 商業登記

商業者對於公衆而以繼續取引爲目的。故於公衆可生利害關係之法律上事項。不可不設一定之方法以公示之。又由商人一方面觀之。公示方法爲自己信用之基礎。營業上亦大享非常之利益。此進步的商法所以認有商業登記之制度也。登記之事。有爲法律關係發生之條件者。有單爲對抗第三者之條件者。又法律有命爲登記者。亦有許爲登記者。又法律對於怠爲登記之義務之人。有加以制裁者。亦有不加以制裁者。然關於公益之事。則固以處過料爲原則也。

第一節 登記事項

登記之場合。限於法律之所命。或許容者固已。至所謂應登記之事項者何乎。則卽於商法中有關係之各條是也。今舉其例。則

(一) 未成年者。妻或後見人之商業登記。(五及七條)

(二) 商號及讓渡之登記。(十九及二二條)

(三)支配人之登記(三二一條)

(四)各種會社設立之登記(四五、四六、五一、一〇七、一四一、二四二各條)

(九)外國會社支店代表者之登記(二五五、二五六條)

(六)清算資本增加者之登記(九〇、二〇四、二一七條)

右列之事項爲法律所規定者。出乎規定以外。當事者即不得隨意而爲其登記。即登記而亦不生何等之效力也。

至於本店所在地應登記之事項。在支店所在地。雖非必皆要爲登記。然以本店支店有密接之關係。於本店所在地而應爲登記者。半屬於支店所在地。不可少之登記。此而欲就其狀態之如何。豫以定登記事項之分界。殊非易易。故一般於本店所在地。應登記之事項。則於支店所在地。亦要爲其登記。惟於本法有別段之規定時。則出於例外。此蓋防混亂之弊。而出於立法上之便宜也。(十條)

獨是登記事項。亦非一成不易者。假令既登記以後。而其事項忽有所變更。忽罹於

消滅。當此之時，若當事者不復爲變更消滅之登記，則事實與登記相違，既無以取信於人，而登記所亦有不正確之嫌。故當事者於此不可不負擔義務而速爲變更或消滅之登記也。此推諸設登記之精神，可謂當然之理也。

第二節 登記手續

登記之事，由於當事者之請求，非裁判所以其職權而爲之者。至請求登記應用何等之手續，則非訟事件手續法第三章詳揭之。今舉其重要者有四。

(一) 登記之場所 商業登記爲非訟事件區裁判所有取扱之權限，故謂求登記者，于其營業所在之地之區裁判所，或其出張所爲管轄之登記所。

(二) 登記簿 依登記事項分爲十種。

(甲) 商號登記簿。

(乙) 未成年者登記簿。

(丙) 妻登記簿。

(丁)後見人登記簿

(戊)支配人登記簿

(己)合名會社登記簿

(庚)合資會社登記簿

(辛)株式會社登記簿

(壬)株式合資會社登記簿

(癸)外國會社登記簿

(三)請求登記之方法 請求登記者於法定要項均當記載於申請書而其中請人或代管人並要署名捺印則其登記始有效力(非訟法一四九條)

(四)請求登記之人 登記之人必爲當事者固也但於應以連署爲申請之場合其連署者因正當之事由不能連署時則其他人亦得爲申請惟不能連署之事皆則必須證明耳(非訟法一一五〇條)

第三節 登記事項之公布

登記制度爲對於第三者之公示方法。然實際上若僅有登記，則其所登記之事項，第三者仍無由知之。若因其未知而必一一出頭於裁判所，以閱覽其登記簿，或受謄本抄本之交付，則手續繁雜甚，非敏活之商業社會所希望者也。故法律上關於登記之事，更爲進一步之規定，卽其事項已登記於裁判所者，裁判所要無遲滯而爲其公告是也。至關於事項變更消滅之登記亦同。

登記事項之公告於官報及新聞紙爲之。至少亦要爲一度之掲載。若區裁判所之官吏認所管轄之區域內無適當之新聞紙以爲其公告之時，則於登記所及管轄內市町村役場之揭示場亦得爲之。至可爲公告之新聞紙亦必基於豫定者。卽區裁判所於每年十二月掲載翌年登記事項之公告。選定某種之新聞紙及官報爲之。若選定之新聞紙值休刊或廢刊之時，則當更選定他之新聞紙以公告之。於登記事項公告之後，尙有縱覽之方法，可分三種說明之。

(甲)無論何人有欲閱覽登記簿者皆爲登記所官吏之認許

(乙)納付手數料者可交付其謄本或抄本納付郵送料者可送付其謄本或抄本

(丙)利害關係人於其關係部分內許閱覽登記簿之附屬書類

第四節 登記之效力

登記及公告之目的在於使公衆皆知或事項之存在故其效力不過以存於法律上之事項爲對抗第三者之條件而已今依商法第十二條所規定分三場合而說明其效力如左

第一 登記以前 就立法論在登記之前第三者對於或事項之存在與否無由推測而知故當事者於應登記事項未爲登記時無論如何不得對抗第三者亦一定之理也然第三者或以他種之方法探知其事項於此場合則雖未登記而亦未嘗不可以對抗換言之則登記以前不得對抗善意之第三者而對於惡意

之第三者則不拘登記之有無皆得對抗之也然欲主張第三者之爲惡意則當事者非有真實之證據不得任意而推定其爲惡意也

第二 登記後公告前 前節所述已登記之事項裁判所要無遲滯而爲其公告然所謂無遲滯者亦非刻不稍緩也其間已登記而尙未公告之時有若何之效力是亦可研究之問題也關於此問題對於惡意之第三者當然可以對抗固無容疑而對於善意之第三者則仍與未爲登記時同一不能對抗蓋登記之理由在於使公衆皆知而未經公告則其所登記之事項祇當事者知之裁判所知之而第三者仍不得而知是有登記與無登記等決無對抗之效力也顧或謂登記而未公告其咎當歸於裁判所使其效力仍與未登記時等則所以保護登記者未免過薄不知裁判所之不爲公告使出於故意之怠惰則登記官吏當任遲滯之責若裁判所非有意於公告之情形不過因手續之往復多少必有經過之日則不得歸過於裁判官亦固其所故此時之效力仍甚薄弱也

第三 登記及公告後 於此場合既經多數之手續故效力最爲強大無論第三者之爲惡意爲善意無不可以對抗之然登記公告以後第三者或有特別正當之事由不能了知其事項者亦在所不免於此而概看做第三者明知其登記之事項亦屬失之過酷故例外亦有不得對抗者換言之即第三者用相當之注意有可知登記之事項而怠於爲之者雖爲善意亦得對抗反之並無過失而實因正當之理由無由知悉者仍不得對抗之也然其第三者之不知實出於正當之事由必要第三者立證之又無容疑也

要之對於惡意之第三者則登記公告之前後之有無皆所不問而可以對抗而對於善意之第三者則依於公告之前後而有其區別即於公告之前凡善意者皆不得對抗而公告以後則有過失之善意第三者亦可對抗而無過失者則終不容相抗也至於登記後善意之立證及公告後無過失之立證則皆出於第三者之責任也

依於公告之前後而生登記效力之差別。則何時始認公告之完成。亦應研究者也。關於此問題。登記所以登記所之名刊。所登記之事項於官報或豫定之新聞紙。自最後刊報之翌日起。看做爲公告完成。有此規定。則實際上可免紛爭之議論矣。爲立法論者。謂登記公告之後。經過多少之手續。自應有絕大之效力。若對於無過失之善意第三者。依然不能對抗。則效力仍未完足。徒釀事實上紛議之種子。非得策也。母甯設爲直截了當之規定。於登記公告以後。予以絕對之效力。則事實上可以免多少之紛議。立法始爲便利。雖於少數之場合。犧牲無過失之善意第三者。亦無所顧慮也。

第五節 登記公告之抵觸

公告者。公告其所登記之事項也。未有登記。如是而公告。不如是者。然有時因登記官吏之過失。或新聞紙之誤載。致生公告之舛錯。事實上亦容或有之。當此之時。將以登記爲標準乎。抑以公告爲標準乎。二者之間。固不可不與以決定力者也。夫所

貴乎公告者原爲登記之精神加一層之擴張使第三者關於登記之事項不必閱覽登記簿而皆可以周知故由保護第三者言之雖與公告以效力無不可者然登記爲本而公告爲末若與公告以優等之效力則不免有本末倒置之嫌况公告之誤非登記者所與知彼爲登記之當事者關於登記之手續完成則所應盡之義務已爲終了而以登記官吏或新聞紙過失之結果仍使登記者負擔其責任實爲失當故於此場合不可不保護登記者而斷然與以對抗第三者之效力也况乎於一方則深加注意之第三者因閱覽登記簿或受謄本抄本之交付於登記與公告有無觝觸與否既有確知之便宜於他方則登記當事者關於登記與公告之間欲使其不生觝觸別無可加注意之餘地乎故雖與公告有所觝觸而亦得以對抗也至於登記與申請相異之時則爲別之問題不得謂申請爲本而登記爲末也故申請與登記相異之時僅關於所登記之事項得對抗第三者固不俟言而當事者間於既登記後若發現其登記之錯誤或遺漏之時尙得申請於管轄之登記所而再

爲更正之請求也。

第十一章 商號

商號者。商人爲表示自己所用之名稱也。日本慣習有用屋號或自己氏名者。法文上則以商號二字括之。但關於商號有如何之權利乎。此則當於商號登記之前後而區別之。在於登記以前。不過爲單純之名稱權。而在於登記以後。則實爲一種財產上之名稱權。所謂商號專用權是也。夫商號者。依法律上之性質。其保護之程度甚低。唯他人以不正競爭之目的。而用同一之商號。則認爲不法行爲。而加以保護耳。

第一節 商號之自由

商號爲商人隨意附屬之名稱。故用與不用。亦一聽商人之自由。不用商號而單以固有之氏名爲名稱於商業上。亦絕無不便利之處。故商人對於商號原非有必用之義務也。

雖然此指自然人之商號言之耳。非所論於會社也。蓋會社爲法人。無所謂固有之氏名。故欲證明其法人之時。非用或種之名稱。不足以表彰之。換言之。卽無名稱之會社。無由表示自己。故以商號之選用爲必要也。故自然人而營商業。則用商號與否。雖全屬於自由。而會社則必無不用商號者。卽於其作定款時。先以選定商號爲必要。不然則其定款無效。而會社卽無從設立。會社之商號。卽舊商法所稱爲社名者也。依於民法上所規定。則法人之名。名稱也。因會社之所營者爲商業。故其名稱呼之爲商號云爾。

第二節 商號選擇之自由

商號之用。不用既出於自由。則用商號之時。應選擇何等之名稱。亦自出於隨意。有用氏者。有用氏名者。亦有用其他之名稱者。皆無不可。 (十六條) 故新選定商號之場合。固所勿論。卽因契約而讓受他人之商號。或因相續而承繼他人之商號。時有以讓渡之。或被相續人之氏名。而用爲商號者。亦無妨也。但依此原則。而有三例外。

第一 會社之商號中從於其種類要用合名會社合資會社株式會社株式合資會社之文字(十七條)此其理由所以保商號之劃一使依於商號得容易知會社之種類而並可判斷社員責任之種類也獨是商號中關於他部分之實質則法律初不加以干涉或示事業之種類可即記或社員之氏名亦可如所稱大倉合名會社書籍株式會社之類是也

施行法十一條凡商法施行前所已設立之合名會社其社名中不用合名會社之文字者自其施行之日起三個月內從於新商法十七條之規定要改其社名且爲其登記也

第二 非會社之商號中關於表示會社之文字不得用之(十八條)蓋成立會社必規模闊大而資本殷實者故營商業者往往欲影射之以惑人而不知者易爲其所欺商法上故特禁之凡關於組合及個人之商號均不得用會社之文字即不明用會社而與會社同意義之文字如商會商社等亦不得加入於商號之中

雖在讓受會社之營業時亦同其制限有違反此制限者必當以過料罰之也然由商法施行前所使用之商號則此制限不受其適用故舊時於個人營業所稱之商號至今亦可以使用蓋爲不害既得之利益而出於立法者之寬大也

第三 於其他特別法有特別之規定者則從其規定例如保險會社其商號上必
要示保險之種類是也（保險業法一五條）

第三節 商號登記

確實之商人選定或商號而永久使用於營業之上此其商號實足以爲世人信用之目標而爲營業上所不可缺之事使他人用同一之商號而爲同一之營業則於本人之營業必大蒙其損害故商業上欲達收益之目的則關於商號無論何人均不得自由襲用亦一定之理也當此之時若法律無適宜之規定則狡猾者每利用有信實之商人之商號而爲不正競爭之行爲其流弊殆不堪設想此商號所以有登記制度也登記商號非商人之義務而爲商人之權利因登記以後則於一定之

範圍內即得享有其專用權也至於登記之手續則當於非訟事件手續法一五八條以下詳之

第四節 商號登記之效力

商號登記之目的在於得專用權故登記之效果亦不出此必要之範圍分述如左

第一 實質上之効力 規定於二十條云

爲商號之登記者對於以不正競爭之目的使用同一或類似之商號者得請求禁止其使用但不妨爲損害賠償之請求

今就條文上分析其禁止及請求賠償權之要素如下

(甲)他人所用之商號與自己同一或類伺之商號 在於日本則天賞堂之與時天正堂榮太樓之與榮大樓皆所謂類似之商號也

(乙)他人以不正競爭之目的 使用同一或類似商號之他人苟非出于不正競爭之目的則商號登記者即不得請求其使用之禁止故請求使用之禁止

者不可不以不正競爭之目的而爲其立證者也但此種之立證實際上至爲困難使於此而不設特別之規定遂認其爲不完全之專用權則於立法之精神不合故特設一便利之方法凡同一市町村內爲同一之營業而用同一之商號者推定其爲不正競爭之目的則在冒用之他人既不易爲非不正競爭之反證而在商人又不必爲調查證據之煩此則保獲專用權之趣意也

反之於同一市町村內而非爲同一之營業或同一之營業而非於同一之市町村內則法律上決不能下何等之推定而禁止其使用也

以上所豫之二條件皆已完成則對於使用不正之商號者得請求禁止且於其所受之損害亦有要償權例如販賣漆器之商人以山本屋之商號登記於裁判所而他人復用山元屋之商號販賣其粗惡之漆器因之而使山本屋之物價日漸低落而購亦者復減少則其所受之損害皆得有要求賠償之權故結局則實質上之效力既有使用禁止請求權復有損害賠償請求債也

第二 形式上之效力

前述實質上之效力爲私法上之效力而茲所述形式上之效力則登記法上之效力也效力若何則商人一爲登記以後他人即不得於同一市町村內爲同一之營業而再爲其登記反此禁止則登記無效力而不能享其商號轉用權矣對於右之原則而有一例外即在新商法施行前所使用之商號假令他人依於商法之規定而先爲其登記則雖爲同一之商號亦許其登記而得享有其商號專用權也

第五節 商號之讓渡

商號者商人表示自己之名稱爲營業上信用之目標而有財產上之價值者也由法律上附與以效力之點言之則爲一種之權利即所謂專用權也而關於此專用權之性質則或以爲人格權或以爲財產權又或以爲人格權與財產權之混合者而實則可解爲一種對世權之財產權故得以之爲讓渡之目的也

商號之讓渡在於當事者間有單純之合意時雖亦可生效力然因其不登記之故即無對抗第三者之效力例如甲以其商號讓渡於乙而未爲讓渡之登記則因契約之關係讓受人之乙即得使用其商號而讓渡人之甲即無使用之權利在當事者間固雙方合意而有其效力也然第三者之丙若亦使用其同一之商號則乙即不得禁止其使用何則既無登記即不得以讓受之事實對抗第三者也故欲收商號讓受之實效則當以登記爲必要無可疑者然尙有當說明之點在

第一 以嚴格言之則所謂商號之讓渡者一方拋棄其使用而他方新設之之意味也

第二 事實上有時不得爲商號之讓受者例如以個人而讓受會社之商號又或種類之會社而讓受他種類會社之商號皆不得爲之此由一七條及一八條之制限而生之自然結果也

第三 不爲登記則第三者使用同一之商號時讓受人而欲禁止其使用第三者

可因其未登記而本承認其有讓受之事實讓渡人而欲禁止其使用第三者又
可因其已讓渡而不承認其有請求之權利是終不能行使其專用權也既無專
用權亦何取此商號而爲此讓受之手續乎

第四 商號讓渡之登記與會社設立之登記同其效力之強大對於商業登記一
般之原則而爲其例外卽以之對抗第三者時不問其爲善意爲惡意有過失無
過失而皆爲有效也

第五 商號與營業同可讓渡而不可質入也

關於商號之讓渡既如上述矣實際上商號之讓渡普通多與營業相連若與營業
分離之讓渡則事實上殆不多覩然亦不得謂其絕無也例如三河屋吳服商讓渡
其商號於他之吳服商而自己則別用新商號仍爲從前之營業事實上亦容或有
之此種之讓渡依本法二〇條及二一條之規定亦可解爲有效然離乎營業而僅
讓受其商號實際之利益絕少故爲立法論者可否認之也

第六節 登記抹消之請求

已爲商號之登記者欲廢止其商號或變更之時則不可不以變更廢止之事項急爲其登記蓋已之商號既已廢止既已變更自不妨任他人之使用然使不登記其廢止或變更之事實則此棄置不用之商號尙存在於登記簿之中彼他人之用此商號者即不免爲重疊之登記而重感非常之迷惑故法律特設規定以限制之即揭載於本法二四條云

已爲商號之登記者於廢止其商號或變更之場合不爲其廢止或變更之登記時則利害關係人得以其登記之抹消請求於裁判所

同條第二項云

於前項之場合裁判所對於已爲登記者定相當之期間有異議則於有期間其催告其申立若其期間內無異議之申立時要直抹消其記

此規定之理由蓋因前之商號若不抹消而後之商號復爲其登記則不免有商號

抵觸之問題而失專用權之性質也。至其手續則參照非訟事件手續法一六三條以下可矣。

關於商號尚有一問題。即用英德法等之外國文字亦可為商號。乎法律無何等之規定。自無不可以使用。唯不以西文會社之意義用之於普通商人。之商號中。又為登記時則必須譯用漢字。或日本之假名。否則法律不認之也。

第十三章 商業帳簿

商業帳簿者。記載商業上之事項。使明晰其關係之狀況。有出納帳。注文帳。荷送帳等數多之名稱。蓋商業以帳簿為主要之物。凡關於商品之取引。一切皆記載之。以為後時關係發生之證據。力且不唯於商業上有特殊之證據力。即於破產時亦藉以知營業財產之實況。故法律因公私利益之關係。而使商人有調製保存之義務。然法律上所命其調製。命其保存之帳簿。亦僅限於日記帳。財產目錄。貸借對照表之三種。自餘一切之帳簿。則一任商人之自由調製。可保存。可即不調製。不保存。而

亦無不可。法律初不設何等之規定以制限之也。今就法律上所認定之帳簿而說明於下。

第一節 日記帳

日記帳者，記^載日^日之^取引及其他與商人財產有影響之一切事項，依其記載而可知商人財產上之動狀者也。就此定義揭之，其記載之內容略可見矣。

(甲) 日^日之^取引 此指商人每日所爲之商行爲而言。凡商品之授受金錢之出納^與之夫營業目的以外之行爲，皆詳載焉。

(乙) 其他與財產有影響之一切事項 凡於商人財產上（組成營業之資本及資本以外之財產皆包含之）有變動之時，不問其爲法律行爲不法行爲及其他之事項，皆記錄焉。

以上事項須一一詳記之。若僅每日每週或每月而記載其數量之總額，則爲法律所不許。然使不問其營業之大小與營業關係之有無，必逐一皆爲其記載，則其所

記載者不免有錯雜之處。故限於或事項而有例外之規定。僅記載日日或月月之總額爲已足也。分述如左。

(一) 小賣取引 小賣取引不必爲逐一之記載。僅分現金賣與掛賣而記載其日日賣上之總額(此總額指金額言。非指物品之數量也)爲已足。然有可疑者。法文於小賣以外爲瑣屑之取引者。既未別爲規定。自當依一一記載之原則。但若賣上者。僅爲少額之財物。或爲短距離之運送。僅得少額之運送賃。又如劇場貸席。其他以客之來集爲目的之場屋。僅得少額之入場料者。一一皆記載之亦未當也。(二五條二項)

(二) 家事費用 家事費用亦無須一一記載之。僅每月記載其總額而已。蓋是等之金額。比之通常營業費。較爲微細。且實際上。每月之家事費用。常爲格別之計算也。(二五條一項)

以上爲一般商人記載於日記帳之事項。至其記載之方法。則法律不設何等之制

限從歐式可從日本之舊式亦可且其所記載之國語亦不必盡爲日本語卽外國語亦可用之但依於法律之所命爲整然且明瞭之記載卽爲適法何謂整然明瞭則爲事實上問題如文字之改竄追記日附之顛倒等皆認爲蕪雜而不明瞭者也日記帳之名稱非法律上之用語故實際上雖用他種之名稱亦一聽商人之選擇但求其實質上適合法律之規定斯可耳

第二節 財產目錄

財產目錄者有財產上之價格之總目錄也財產之中有積極的有消極的積極財產爲動產不動產債權專用權以及其他一切之財產權皆是消極財產卽債務是也以嚴格言之消極財產似不得以財產目之茲特爲便宜上計故亦稱之爲財產耳財產目錄以示財產明細之現狀爲目的者故不問其爲積極爲消極之財產皆不可不詳記之也

財產目錄上之當注意者卽附價格於動產不動產債權其他之財產則要附其目

錄調製時之價格（二六條二項）例如買入營業家屋時其價格爲一萬元而至於目錄調製之當時其價格低落不過爲八千元之價值則當依八千元記載之其他商品之價格有低昂時亦同至關於債權之價格當若何此則須視其債權之狀況以爲標準若預料可受全額之辨濟時則記其全額其預料不能爲全額之辨濟者則應歸於損失之部分可以控除之至於全無望其辨濟之債權則無待記矣關於債務則必應記其全額何則調製者之自己固有當辨濟其全額之義務者也價格有二種交換價格及使用價格是也交換價格者因或物之賣買所得報酬之額即指其物之固有價值也故於其所有者之如何毫無關係或稱爲絕對的客觀的又物的價格均無不可凡商品之市場價格株式之取引所價格等皆屬於此交換價格也

使用價格者其物僅對於所有者之需要而爲其價格故於一般之賣買上初無價值之可言而自所有者之一方觀之則爲非常珍貴之物蓋交換之價格雖少而使

用之價格則甚多。系譜其他之骨董品屬之。此使用價格非物之自身所固有。而由所有者所認定之價格也。故有稱之爲相對的客觀的及人的價格者。

於商法上之價格。則應以交換價格解之。何則。使用價格無所謂時價。而交換價格則時時常有其變動。立法者即因價格之有變動而不能不設嚴格之規定。其調製目錄時。一切財產皆要以時價附之者也。

夫法律之設嚴格的規定者何。蓋因商人之財產。使較目錄調製時多附其價格。則彼債權者必蒙不利益之事。而在於社會則無利益者變爲有利益。依於法律上。所不得配當之金額。而受其配當。有其害於債權者。尤非淺鮮。反之而所附之價格較諸時價爲低。則於債權者初無所損。而與立法之精神不背。故二六條之二項可解爲半面之公益規定也。

至財產目錄作成之時期。則因會社與自然人而有其區別。試分類說明之。

第一 自然人財產目錄作成之時期

(甲) 開業期

(乙) 每年一回一定之時期

第二 會社作成財產目錄之時期

(甲) 開業期

(乙) 每年一回之一定時期(二六條)或年二回以上爲利益配當時之配當

期(二七條)

若夫記載之方法須整然者卽有條理之意義。要明瞭者卽使人一覽周知之意義。然作目錄之年月日要記載於目錄帳否乎。法律無規定之明文亦缺點也。

第三節 貸借對照表

貸借對照表者記載財產目錄之摘要分爲貸方與借方以使人一覽而知其過不及者也。茲所謂貸方借方者非法律上權利義務之意義而簿記學上之用語也。此於一方則以營業看做爲一財團。他方對之而別有資本主如營業之債權爲前提。

而指其間假想上之權利義務也。所謂對照云者，以貸方與借方相比照而爲之表也。換言之，卽現有財產與現有財產所由來之額數相對照之表也。曰貸方者，何商人之資產卽其財團也。離商人與財團而觀之，商人以資產貸與於財團者也。曰借方者，何財團之負債爲借之於商人者。商人立於其間，以現有財產之總額與財產由來之總額比較對勘，卽可知其營業之贏絀。如貸方財產總計爲十萬元，而借方財產總計則爲九萬元，則所餘之萬元，卽爲純益金之額。此卽歐洲所謂平均表者是也。是可見其財產目錄不同。

世之學者，往往謂財產目錄與貸借表中之資產部相同，有略之而不記者，此誤也。財產目錄就總財產現在之狀態，而以詳細記述爲目的。貸借對照表則在於平準貸借之關係，而爲損益計算之基礎。故其記載之方法，互異不可不知也。若財產目錄果同於貸借表之資產部，可略而不記，則法律何以認爲必要於貸借對照表以外，復特命其調製財產目錄乎。其所以命其調製者，正爲兩者各有別異之目的，而

記載之方法亦互相差別也。況乎財產目錄亦非必與貸借表中之資產相一致。例如債務一項貸借表中之資產部雖所不載而財產目錄中則不可不詳記之。故貸借對照表中之資產與財產目錄初非同一。彼混同二者之性質而遂於財產目錄之調製時概從簡略者不可不謂爲違法也。

關於作成之時期則與財產目錄爲同一之規定於茲略焉。

以上即日商法所命調製之三種帳簿也。此外於株式會社等尙有命備特種之帳簿者。當俟後之說明。今就商業帳簿中所必要說明之二三點略述於下。

第一 商業帳簿並非有特別之證據力。在舊商法三九條雖認商業帳簿有證據力之場合。而新商法則刪除之。故裁判官閱覽其帳簿之記載信爲有證據與否。得以自由之心證決之。蓋彼採極端干涉主義之國家。則於一定之場合自當認帳簿爲有證據力。如伊法是也。若僅命其作成帳簿而別無他端之干涉。則關於證據力初無設規定之必要也。

第二 商法雖命商業帳簿之調製。而別無強爲其公告之事。僅在株式會社株式合資會社。則其貸借對照表。實以公告爲必要。(一九二條二項二三六條二項)蓋此二種之會社。其利害關係及於第三者甚大。非公告不足以徵信。其他於個人或合名會社合資會社。則固不要爲何等之公告也。

第三 商業帳簿之作成及記載之正實。雖爲商人之義務。然違反之。亦非別有制裁。僅陷於破產時而生處罰之效果耳。

(甲) 詐欺破產 受破產宣告之債務者。不問其支拂停止及破產宣告之前後。但有使債權者蒙損害之意思。而揭載過度之借方現額。又毀滅藏匿其商業帳簿。或僞造變造之者。則當處詐欺破產之刑。(破產法一〇五〇條)

(乙) 過怠破產 受破產宣告之債務者。不問其支拂停止及破產宣告之前後。但其商業帳簿之記載。毫無秩序。或藏匿毀滅。又全不記載之時。與夫財產目錄。貸借對照表。怠於作成者。則當處過怠破產之刑。(破產法一〇五一條)

然此爲一般商人之規定。若在於會社時。則雖不在破產時。亦尙有一定之制裁。其制裁若何。卽財產目錄貸借對照表中。應記載之事。而不爲記載。又或爲不正之記載者。對於執行會社業務之社員。取締役等處。五元以上五百元以下之過料是也。蓋既爲會社。則與個人之情形。自不相同。社員株主三者等。莫不被利害之影響。其受害較大。故處罰亦加重也。

第四 商人之商業帳簿。要爲十年之保存。蓋非如此規定。則商人果否設置商業帳簿。及記載一定之事項。不得而知也。至其期間之起算點。則當自帳簿閉鎖之時始。所謂閉鎖者。終結帳簿之記載。示以後不再爲記載。且禁止其再爲記載也。由此起算。要滿十年而保存之責任始爲終了。

第五 爲立法論者。謂關於商業帳簿之規定。爲一般商人之義務。必揭載於商法。總則無謂也。何則。在正直之商人。則雖無法律之規定。而自不怠於帳簿之作成。及記載。而在不規則之商人。則此無制裁之義務。雖揭載於法律。而不能實行。故

此規定總則中可以刪除之。僅於會社爲特別之規定可也。蓋會社於第三者之利害關係非個人營業之比。且對於社員及株主亦有計算正確之必要。商業帳簿固萬不可缺者也。

附商業信書

信書者指簡札葉書電報其他營業上受取之通信書類皆是。此種信書從其受取之日起算亦要爲十年之保存。其保存之理由與商業帳簿大致相同。而在於歐洲之商法則受人之信書固須保存。即與人之信書亦須保存其原稿。所以不嫌煩雜者。因其商人莫不有寫信機。每書一紙可得兩紙。故即以謄本保存之。日本商人則此種器具不能皆備。故但保存受取之信書爲已足也。

第十四章 商業使用人

商人之營業不能以自己總當業務之衝也。明矣。即使能自當之。而百務糅雜集於一人。事實上亦必有不能者。例如一人而有數個之營業所。又或一營業所而有數

多之場所爲取引之時則一人之身勢萬難於兼顧於是商業之主體感他人補助之必要就小營業觀之則家族妻子皆其補助者其大者如法人如特別商業愈不能無補助此商業使用人所由發生也

商業使用人謂依於僱傭契約以補助使用者之商業而服勞務者也而受商業使用人之補助以營商業者則謂之商業主人主人與商業使用人之關係爲民法上之僱傭關係而非出於委任關係商業使用人之對於主人則立於從屬的地位者也由斯以言故與補助商之仲立人問屋及代理商皆有差異蓋補助商者對於固有的商業雖爲補助的行爲而實則皆爲獨立之商人其於本人之閒既無僱傭關係而亦不處於從屬的地位故本人對於是等商人之關係亦僅能適用委任的規定若主人之與商業使用人則純然爲僱傭的關係即彼有或種之代理權者依民法上之解釋謂代理權非因委任契約則不得授與然亦祇得稱爲準委任耳以其性質固當然適用僱傭之規定也即本法第三五條云

本章之規定主人與商業使用人間所發生之雇傭關係不妨適用民法之規定所謂雇傭之規定即詳載於民法六二三條乃至六三一條關於期間給料等之規定是也但關於此點有商慣習法時則當先民法而適用又無可疑者

日本商法上所認之商業使用人有三種

第一種商業使用人 有法定之總括代理權者稱之爲支配人即舊商法所謂代務是也

第二種商業使用人 限於特定之範圍有代理權者即番頭手代是也

第三種商業使用人 於推定上認其無爲法律行爲之權限者即俗所稱丁稚小僧之類法律上則無一定之名稱也

今就此三種之順序而分節述之

第一節 支配人

第一款 支配人之選任

支配人者主人於其本店或支店爲營商業而選任之者也至其選任之方法則自然與法人不同

在營商業之未成年者準禁治產者與妻不必要法定代理人與保佐人及夫之同意而得選任支配人蓋支配人之選任亦屬於營業行爲之一、未成年者及妻既已許可其營業則其於營業中之行爲當然與獨立人有同一之能力若猶必要法定代理人之同意與夫之許可是與許可其營業之意抵觸矣有是理乎

又準禁治產者當然要保佐人同意之行爲皆列舉於民法一二條之一項而獨於支配人之選任則不包含於列舉之中從可知任免之權悉可由準禁治產者主之初不必一一稟承於保佐人也

未成年者與禁治產者之法定代理人代無能力者而營商業之時則其法定代理人基於營業上之必要亦得代無能力者而選任支配人於此場合則民法一〇六條之規定可適用也 以上自然人

若會社而選任支配人之時則依於會社之種類而有其區別。

第一合名會社 支配人之選任及解任雖特定於業務執行社員之時亦以社員之過半數決之

第二合資會社 支配人之選任及解任雖特定於業務執行社員之時亦以無限責任社員之過半數決之

第三株式會社 支配人之選任及解任於定款無別段之規定時以取締役之過半數決之

第四株式合資會社 支配人之選任及解任於定款無別段之規定時以無限責任社員之過半數決之 以上法人

社團法人及其他非商人之普通人皆不得選置支配人即事實上有選置者亦不能受法律上支配人之待遇也

支配人者固置之於本店或支店者也然在同一之本店或同一之支店內僅限於

選任一個支配人乎抑不限於一支配人而可爲數個之選任乎解此問題則主人基於營業之必要上雖選數個之支配人亦無妨也

第二欸 支配人之權限

支配人者主人之雇人不僅服事實上之勞務且對於外部亦有代主人爲一切行爲之權限其權限之範圍所包者廣舉凡係於營業上之一切裁判外及裁判上之行爲皆得爲之此法定之代理權也故支配人於其權限以內爲主人而與第三者爲取引之時其取引則主人之取引故取得之權利亦主人之權利而支配人不與右負擔之義務亦主人之義務而支配人無涉焉此固由代理原則而生之當然結果也且其代理行爲亦不必明示其爲本人卽不爲明示而事實上既出於爲本人之行爲則其效力仍及之於本人此與民法上之代理不同民法上之代理權其範圍狹代理者必明示其爲本人否則對本人而不生其效力商法上之代理權其範圍廣支配人雖不爲明示其行爲對於本人而亦生效力所以必如此規定者蓋商

業以賣買爲中心點貴迅速而重秘密有時不遑表示其爲本人有時欲表示之而轉於本人有不利益之事故不以明示本人爲必要也然支配人爲主人之營業機關故於營業無關係之事項則其無代理權又不待言矣

支配人之權限不僅爲裁判外之行爲且可及於裁判上之行爲如訴之提起仲裁和解等一切之行爲皆得爲之是也唯對此而有一制限卽於地方裁判所以上則不得爲商業主人之訴訟代理人詳言之則訴訟行爲當由原告或被告自爲之否則以辯護士爲訴訟代理人限於無辯護士時始得以支配人當之獨於區裁判所則爲例外之規定雖有辯護士而亦許支配人爲訴訟代理人故支配人於區裁判所外實際上無得爲訴訟代理人者何則以地方裁判所所在地莫不有辯護士在也（民訴六三條）

顧或者謂商法三〇條明言一切裁判上之行爲故關於支配人之爲訴訟代理當撤去民訴六三條之制限理論上較爲正當况乎商法之發布較民事訴訟法爲遲

就此點言之凡後法與前法有抵觸之時則後法有優先之效力是民訴六三條關於支配人之部分當因商法三〇條而消滅可無容疑雖然民訴六三條之精神原以防藉雇人之名而流於濫訴之弊害乃爲此公益的規定其次項三項之許雇人爲訴訟代理則真不得已之例外也故解釋此條之規定當下極度之狹義不得因他之實體法有一切裁判上云云之字文而遂排斥民訴之例外規定也

支配人不必得主人之承諾得選任番頭手代其他之使用人或解任之（三〇條二項）蓋主人既選置支配人而託以一切之營業則於營業之必要上而雇入使用人或解雇使用之皆可看做爲支配人應有之權限也

支配人之選任雇傭也支配人者主人之雇人也其法定代理權不基於委任實因雇傭契約而取得支配人之資格同時因法律上之規定而取得總括之代理權故屬於法定代理權範圍內之事項不問主人有委任之意思與否當然有代理權者也獨是支配人雖有法定代理權而非即爲主人之法定代理人也法定代理人者

對於無能力或意思能力有欠缺之人由法所選定而初不關於本人之意思若商人則以自由之意思而選任其代理人者故非所謂法定代理人不過其代理權之範圍出於法律所規定耳代理權之範圍與代理權之本源固不容混同也

支配人之代理權唯其爲法定代理權故加制限於支配人之時則不得對抗於善意之第三者此在立法上論之固與制限法人理事之代理權基於同一之理由而主人之制限支配人則效力尤強可以爲種種之制限其制限之種類則以關於時期場所業務等爲多僅不得以之對抗善意之第三者耳

第三款 支配人之登記

支配人之選任及其代理之消滅各從其本店或支店之所在地主人要爲其登記（三二條）其登記之方法則與一般商業登記爲同一之手續蓋支配人之代理權範圍甚廣營業上殆與主人立於同一之地位故必當使第三者知某某確爲某商之支配人對於某商有何等之權限然後可直行其取引而不疑此所由見登記之

必要也

雖然支配人之登記固爲必要然苟怠於爲登記之時則法律亦並無直接之制裁何則登記之事與代理權之成立初無關係卽不爲登記而既有選任支配人之事實則法律上亦認之爲支配人也其所以必爲登記者實際上不過欲使第三者共知其有支配人之資格耳至於登記之效力則亦依一般商業登記之原則唯結局於舉證之責任而生差異耳

第四款 支配人之行爲禁止

支配人者受主人之給料而營主人之商業因其雇傭關係所發生之事項以一身商之而盡忠實於主人者也故支配人非得主人之許諾不得爲自己及第三者爲商行爲或會社之無限責任社員（二二一條）至其商行爲與會社之營業果屬於主人營業之部類與否則非所問卽無關係於主人營業之商行爲無論其營同種之業或別種之業與夫會社之無限責任社員皆禁止之其所以必加禁止者非因其

所營之業必與主人之利害相反也實因支配人之權限之職務至重且大必當以全力舉之若一方爲主人爲商行爲他方又爲自己或第三者爲商行爲則力有所分對於主人之營業其精神卽不能專注此法律所以有禁止之規定也

支配人若違此禁止爲自己而爲商行爲之時主人基於義務違反之理由上所生之損害得請求賠償固無容疑然有有形之損害亦有無形之損害其狀況頗不易深知商法爲保護主人起見而別設一種之制裁卽於此場合主人得以其支配人所爲之商行爲看做爲自己之商行爲支配人所得之權利看做爲自己之權利法律上所稱爲介入權是也若不看做其爲自己之行爲而單以損害之結果請求支配人之賠償亦無不可卽主人與^本二者中有任擇其一之權也(三二一條二項)惟既行使介入權而復請求損害之賠償則爲法律所不許

至支配人爲第三者而爲商行爲之時則主人不能看做爲自己之行爲因主人祇能加制限於支配人而不能害第三者之利益也

若支配人爲會社之無限責任社員則主人對於支配人雖得請求其退社然退社效力之發生則在於依會社法所規定之退社原因發生之時若僅主人爲退社之請求則不生效力也

主人之介入權從主人知其行爲之時始經二週間而不行則時效因之而消滅若主人不知其行爲則自其行爲之時始經過一年而不行者亦同

第二節 番頭手代

番頭手代者位次於支配人而爲第二種之商業使用人由主人或支配人所選任因僱傭契約而定其執行之事務者也關於其事務之一時分雖亦有代表主人與第三者爲取引之場合然其取得之代理權則非如支配人爲法定權限不過基於特定之委任事項而有其代理權耳換言之主人與支配人關於其營業而雇入番頭手代委任以或種類及特定事項之時則其番頭手代就所受之委任事項有爲一切行爲之權限也例如因主人之委任而爲物品之買入或賣出則凡商品之受

取讓渡代金之支拂收入及其他取結必要之契約皆得爲之是也

番頭及手代在法律上之性質初無何等之差異唯依日本現行之商慣習則番頭當較手代之權限爲大

今更述番頭手代與支配人之異點如左

第一選任之不同 選任支配人之權惟主人有之而番頭手代則支配人亦得選任其異點一

第二權限上之不同 支配人之代理權爲法定之範圍而番頭手代之代理權則非法律所規定而基於主人之委任且支配人有全部之代理權而番頭手代則必限於或種類與特定之事項其異點二

第三登記之不同 支配人之任免主人必須登記而任免番頭手代則無登記之必要其異點三

第四行爲禁止之不同 支配人非得主人之許諾不得爲自己及第三者爲商行

爲與會社之無限責任社員此三三條所規定也然關於番頭手代則不設是種之規定故卽是爲之亦爲法律所不禁其異點四

第三節 其他之商業使用人

此使用人與支配人異與番頭手代亦異例如商肆之丁稚小僧等在法律上皆推定無代理權三四條規定之顧推定云者亦非絕對無代理權臨時委任限於某事得代理主人者亦有之然普通則不有此權也夫限於某事臨時委任得毋與第二款之番頭手代於或種類及特定事項有代理權者同乎是不然番頭手代必由選任必有期間如某日至某期間內得爲代理而臨時云者則無題問之可言其性質與番頭手代迥不相同惟皆爲雇傭契約之關係則同耳

第十五章 代理商

輔助商人營業之機關有二。一爲從屬之機關。一爲獨立之機關。上所述之商業使用人從屬之機關也。今所述之代理商獨立之機關也。蓋代理商者爲一定之商人

平常屬於其營業部類之商行爲之代理或媒介者也。今說明其要點如左。

第一 代理商者爲商行爲之代理或媒介者也。即屬於他人營業之部類。有時爲商行爲之代理。有時亦爲商行爲之媒介。有時且併代理與媒介而兼爲之者也。

第二 代理商者爲一定之商人之代理或媒介者也。蓋代理商之行爲爲繼續的。非一時的。故必限於一定之商人。而常受其委託者。若對於一般商人而以補助商業爲業。則爲問屋仲立人。而非所謂代理商也。

第三 代理商者獨立之商人也。代理商對於第三者爲代理。則以他人之名。而與單純之商人不同。然關於其業之代理或媒介之引受。則以自己之名。而非如商業使用人。必須用主人之名也。故可謂之獨立之商人。

更進揭代理商之特質。與最類似之商業使用人對照。而述其異點。

(甲) 商業使用人與主人之關係。爲雇傭關係。故立於從屬的地位。反之代理商

與本人之關係則爲委任關係是獨立的而非從屬的故商業使用人對於商人稱之爲主人代理商對於商人則僅稱爲本人也

(乙)商業使用人必被使用於一個之商人而代理商則爲一人或數個之商人而行其代理或媒介者也

(丙)商業使用人非商人而代理商則商人也

(丁)商業使用人必於主人之本店支店而執行其業務者代理商則於自己之固有店鋪而爲其營業者也

(戊)商業使用人受主人一定之給料而代理商則爲通常報酬而受其手數料也

(己)商業使用人爲主人所爲之行爲其費用歸於主人之負擔而代理商因其營業所生之費用則歸於自己之負擔

(庚)商業使用人因雇傭契約之終了全失其營業機關之資格而代理商則於

委任關係消滅之時亦尙不變其商人之身分也

右代理商與商業使用人在法律上並其實際上之異點也

關於代理商之委任及因代理關係所生之權利義務在商法無規定之點以皆依民法之規定也茲但就商法有特別規定之事項說明之

第一節 代理商之通知義務

依民法之原則凡受任者有委任者之請求無論何時於委任事務處理之狀況當爲其報告又委任終了之後亦要無遲滯而爲報告其顛末之義務此規定於民法六四五條及六五六條者即受任者之報告義務限於有委任者之請求時而爲之也若商法上之代理商而亦適用如此之規定則不免有不便之處何則商業尙迅速貴簡易若必待本人之請求而始爲報告則於取引上必受不便捷之害且關於商人之事務委曲繁重必一一皆爲其請求手續亦不勝其繁故代理商與本人之關係商法之規定較民法尤爲嚴重即三七條云

代理商爲商行爲之代理或媒介之時對於本人要無遲滯而發其通知。依此規定是本人無論其請求與否又無論其委任之終了與否代理商皆有通知之義務者也。蓋代理商由本人所受之委任非如民事上委任之單一在委任之時本人不過就或種類之商行爲而爲概括的委任及既經委任以後則代理商所爲之個個商行爲本人并無由豫知雖欲請求而不能且代理商與本人之關係非一時的而爲永續的設在委任關係之繼續中則某種事項業已告成某種事項尙無定議本人更無從懸擬故不待委任之終了代理商必要無遲滯而發其通知者正爲商事上之便宜計也。

第二節 代理商之權限

於民法上受物品販賣依託之代理人關於賣買目的物之瑕疵及其數量之不足其他賣買之履行有受通知之權限與否依本人與受任者間所結委任契約之內容而定故買主必須一一調查其有權限與否而決其通知與否之問題依此規定

到底不勝其煩。商法爲取引上之迅速之簡易計。凡爲代理商者。當然決定其有此權限。卽三九條云。

受物品販賣之委託之代理商。關於賣買目的物之瑕疵。又其數量之不足。其他賣買之履行。有受通知之權限。

就此規定言之。例如買主向代理商購入生絲若干包。忽發現與見本相違之時。基此理由。而欲爲契約之解除。否則爲代金之減額。凡關於此種事項。但須通知代理商。而不必復爲本人之通知。使代理商對於本人。生直接之效力。蓋因取引之頻繁。不得不爲便宜之規定也。

第三節 代理商之留置權

依民法所規定。必債目的物與債權之間。有必要之關聯。而後得行使其留置權。然代理商與本人之間。平常初無所關係。其關係之發生。大都由於商品之受取。又代理商因信用之故。亦常有爲立替或前拂者。使其行使留置權。亦必以物與債權關

係之有無爲必要。則保護代理商者。不免失之過薄。故商法推定當事者之意思。凡代理商限於無別段之意思表示。因爲商行爲之代理或媒介而生之債權。得留置爲本人所占之物。(四一條)例如運送會社對於其代理店。不支拂其配達之手數料。則代理店由會社所受取其他之運送品。卽得行使其留置權。以供其債權之擔保。卽留置權之目的物不必與債權有必要之關係。異於民法之所謂留置權也。唯其效力及消滅。則仍依於民法上之所規定耳。

此留置權與本法二八四條之留置權不同。其詳細之規定。則當讓諸商行爲編之說明。

第四節 代理商之類業禁止

關於類業禁止之規定。卽三八條第一項云。

代理商非有本人之許諾。不得爲自己及第三者爲屬於營業部類之商行爲。又不得爲以同種營業爲目的之會社無限責任社員。

其所以爲此規定者。因類業之商行爲而使代理商得任意爲之。則代理商爲本人計利益。必不如其爲自己計利益之工。卽其營業部類之商行爲。非屬於自己而屬於第三者。然一方既爲本人計利益。他方又須爲第三者計利益。對於本人必不能盡忠實之義務。而本人之利益大有妨礙。故關於同種之營業。不得爲之也。其第二項又規定之云。

第三十二條第二項及第三項之規定。代理商違反前項之規定之場合。準用之。依此規定。則代理商與支配人。實處於同一之地位矣。故本人若基於代理商違反制限之場合。而不看做爲自己之行爲。但解除其契約。或要求其損害之賠償。當然得行使之。又無論也。

代理商之類業禁止。與支配人之行爲禁止。相同。其不同之點。則支配人者。絕對禁止其爲他商行爲之自由。而代理商則僅屬於本人營業之部類。而加以制限。故雖不得本人之許諾。而於他營業之部類爲自己及第三者爲之。亦無礙也。

第五節 代理商之契約解除

本人與代理商之間所成立商行爲之代理或媒介之契約。從於左之區別而解除。第一期間有定時。就民法言之。雖委任契約期間有定時。各當事者無論何時皆有解除之權利。祇依於或場合。在行使解除權者。當爲其賠償損害而已。（民六五一條）反之而爲代理商之關係。則其契約期間有一定之時。除當事者有不得已之事由外。卽不得隨意而爲其解除也。蓋代理商者。繼續爲本人之代理媒介。以資其生計者甚多。要在其期間以內。本人突然爲契約之解除。則所得之常源一時消滅。代理商必狼狽不堪。且卽以商人一方面言之。於向時所倚任之代理商。一旦對於本人而解除其契約。在商人亦重感其不便。故商法爲民法之例外。而不許其任意解除者。正爲雙方之利害計也。但遇有不得已之事由時。則又不可一例視矣。

第二期間無定時。當此之時。各當事者於二個月前。先爲預告。則得爲其契約

之解除但遇有不得已之事由時則不必爲此豫告無論何時皆得解除也



第一編總則終

商法會社目次

頁數

第一章 總則	一
第一節 會社之緣起	一
第二節 會社之意義	三
第三節 會社在法律上之性質	三
第四節 會社之種類	五
第五節 會社之設立	八
第一款 定款	八
第二款 設立之登記	一三
第六節 會社之住所	一六
第七節 會社之商號	一七
第八節 會社之合併	一七

第九節 組織變更與會社繼續	一九
第十節 支店及移轉之登記	二〇
第十一節 司法機關之干涉	二二
第二章 合名會社	二四
第一節 合名會社之設立	二六
第一款 定款之作成	二六
第一項 絕對必要事項	二七
第二項 任意事項	二九
第二款 設立登記	三一
第二節 會社內部之關係	三三
第一款 出資	三五
第二款 會社之業務執行	四一

第一項	業務執行者	四一
第二項	執行業務社員之權利義務	四六
第三項	執行業務社員之辭任解任	四九
第四項	業務及財產之檢查	五一
第五項	定款變更與目的外之行爲	五一
第六項	持分	五三
第七項	競爭行爲之禁止	五七
第三節	會社外部之關係	五九
第一款	會社代表	六〇
第二款	不法行爲之責任	六二
第三款	社員之連帶責任	六三
第四款	出資之減少	七一

第五款 利益之配當	七六
第一項 利益配當之條件	七六
第二項 利益配當之割合	七九
第三項 損失分擔	八〇
第四節 社員之退社	八二
第五節 合名會社之解散	九五
第六節 清算	一〇八
第一款 緒論	一〇八
第二款 清算人之任免	一一〇
第三款 清算人之職務	一一三
第三章 合資會社	一一八
第一節 合資會社之設立	一二〇

第二節	對內關係	·····	一一一
第三節	對外關係	·····	一二六
第四節	退社	·····	一二七
第五節	解散	·····	一二九
第六節	清算	·····	一三〇
第四章	株式會社	·····	一三〇
第一節	株式會社之本質	·····	一三〇
第二節	對於株式會社之國家的制度	·····	一三八
第三節	株式會社之設立	·····	一四二
第四節	株式	·····	一六一
第五節	會社之機關	·····	一七八
第一欸	株主總會	·····	一七九

第二欸	取締役	一九一
第三欸	監查役	二〇三
第六節	會社之計算	二〇七
第一欸	書類之整理	二〇七
第二欸	株主之調查權	二〇九
第三欸	利益或利息之配當	二〇九
第四欸	準備金	二一三
第五欸	社債	二一五
第七節	解散	二二〇
第八節	清算	二二二
第五章	株式合資會社	二二七
第六章	外國會社	二三八

商法第二編 會社

第一章 總則

第一節 會社之緣起

在昔個人營業之時代。往往因資本之不足。雖明見有絕大利益之事業。而不能爲。卽令爲之。而仍因規模之狹小。不得收充分之利益。因是種種不便利之故。而個人主義。一旦變而爲團體主義。集合多數之資本。以大爲設備。而經營其商業。遂能建莫大之事業。而占莫大之利益。此會社之所由昉也。故會社之緣起。畢竟在於感個人營業之不便。而擴張其效用。無可疑者。而至於會社之種類。則依其國情而不同。亦隨乎時代而互異。要之。從會社之發源。以迄於今日。其種類有漸次增加之傾向。則可斷言。蓋會社之進步。伴於人事之關係。人事關係日益複雜。故會社之組織。亦因之而複雜。日本維新以前。其商人營業之組織。與現今會社之情形。無相合者。維

新以後日本所稱會社之制度皆由歐洲所輸入不過數十年而發達業已若是可知矣。

歐洲之有會社也實肇始於羅馬法之組合契約然其時之觀念非有法人思想之存在也不過以多數之人結同一契約時各當事者從其契約之目的上所營之事業於其利益則分配之於其損失則分擔之僅一計算之關係云爾蓋個人主義爲羅馬法所主唱若以個人而服從於團體之下則爲羅馬人所深絕者故於羅馬法之所謂組織者契約關係也即存於當事者間之債權債務之關係也或學者對於羅馬之組合稱之爲有社員無會社其於羅馬法主義之真理思過半矣。

如上所述是羅馬法之組合不過以一種之契約關係而構成一特別之團體於法律上初不認有人格之存在其對於第三者之關係仍爲各組合員自己之關係與組合別無影響故合之今日之會社其對內關係雖得沿襲羅馬法之說而對於第三者之關係則全不得根據之也。

泊夫中世從商業繁盛之原因而知勞力與資本不可不謀利用之方法。同時關係組合之規模亦日益擴張而組織遂形完備。其結果遂能樹獨立之機關成獨立之財產。依於法律之擬制認定爲有人格者。卽今日之所謂會社是也。

第二節 會社之意義

會社者爲共同之出資以營商業爲目的而設立之社團法人也。然會社雖以商行爲爲業所設立之團體而其團體究不得悉稱爲會社。例如匿名組合亦爲營商業之團體而不能以會社目之是也。今就會社之定義而分晰如下。

第一 會社者由契約而設立者也。

第二 會社者必要由二人以上之結合而成之社團法人也。

第三 會社者必限於以商行爲爲業而設立之者也。

第三節 會社在法律上之性質

歐洲各國之商法非無以會社看做爲契約之一種者。然會社之成立雖基於契約。

而直以會社之本身視之爲契約則組合與會社其區別必不明瞭故舊商法倣德之商法關於會社之規定與關於商事契約之規定而有其區別是明以會社爲非商事契約之一種矣。本法亦然。

蓋從於新民法之精神則會社爲社團法人斷不容疑故本法四四條特明定之。然依舊商法之解釋則合名會社果爲法人與否學者間尙多爭議關於此點在德商法之草案亦有多數之議論列述於下。

第一 契約說(或組合說) 此說以羅馬法爲根據其意義前已述之不贅。

第二 法人說 法人說者散見於德之諸法令中至合而觀其通則可以合名會社斷定之爲法人也。即(一)會社有獨立之住所(二)會社遇有訴訟時得爲原告亦得爲被告(三)會社有獨立之財產其所有之不動產及其他物件均得以會社之名義登記之(四)會社至破產時無論在形式上或實體上皆與社員之破產爲獨立(五)凡新加入於會社之社員關於其加入前所負之債務亦復負

擔責任(六)會社之債權債務與社員之債權債務彼此不得相殺是也。凡此諸種之規定其間必有貫徹之主義。主義維何即以會社爲法人之主義也。

第三 折衷說 循此說之主旨是以會社爲相對的法人也。即會社於對內之關係則爲組合而於對外之關係則爲法人。然以理論上言之則組合與法人萬不能以並立何則同一之法律關係既爲權利之主體同時即不得爲非權利之主體。若據此說則由對內關係觀察之與對於第三者關係觀察之其所有權債權其他之債務或則屬於各個之社員或則屬於團體其議論亦不免自相矛盾矣。綜上三說自以次說爲允。故商法特明定之也。

第四節 會社之種類

商法上會社之種類有四。即合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社是也。(四三條)此外私人所隨意組織之會社則爲商法所不認。商法之所謂會社者限於上列之各種而各種皆有詳細之規定。若私人而許設別種之會社則將據如何

之規定。既不可得而知。且不據商法之規定。得任意設立之時。則關於四種會社。必爲詳細規定之主意。亦爲其打破矣。故不可不嚴爲制限也。

依會社之性質而爲會社之分類。可大別爲人的會社及物的會社二種。人的會社。專藉人以爲之組成。故社員之全部或一部。必爲無限責任者。物的會社。則專置重於會社之財產。其社員則不負何等之責任。故直可以無責任稱之。其所以稱爲有限責任者。僅從社員投入於會社之資產或勞務上一點言之耳。又社員之責任。既以有限無限爲標準。雖亦有爲有限責任會社及無限責任會社者。而人的會社與無限責任會社物的會社。與有限責任會社。究非同一。唯就大體言之。則二者初無異致。前者之著例。爲合名會社。後者之著例。則株式會社也。

會社中關於社員之責任。其有限無限之意義。既如上所述矣。茲更從此點之關係上。而分別說明之。

第一 合名會社 以無限責任社員之全部組成之。即會社對於第三者負擔之

債務。若會社財產不足辨濟時。各社員連帶而負其責任。非定款別有規定。則社員對於會社。皆有執行業務代表會社之權利義務也。

第二 合資會社 以有限責任社員與無限責任社員組成之。有限責任社員但出資而已。其權利義務與無限責任者不同。

日本舊商法之合資會社與新商法之合資會社。組織大異。舊商法採用德人洛愛斯路之意見。僅有限責任社員一部。亦許組織合資會社。實際上有非常之危險。故新商法必以有限無限爲組成之必要也。

第三 株式會社 株式會社。純然爲財產之集合。由各株主供出其株式金額所組成。對於會社則履行其契約之所定。對於會社以外。不負其責任也。

第四 株式合資會社 株式合資會社者。以無限責任社員及株主而組織之者也。由或點言之。則類於株式會社。由他點言之。則又類於合資會社。故無論從沿革上言。從實質上言。皆不外此二種會社之集合體。然商法既分會社爲四種。則

四種皆爲特立獨殊之會社。合資會社既不得云合名會社之一種。則株式合資會社亦不得云株式會社。合資會社之一種也。

此日本商法所認之會社也。其他尙有所謂外國會社者。亦非於四種會社外而有特別之組織。只其設立時。依其所準據之國法如何而分之耳。其詳當於後說明之。

第五節 會社之設立

會社之設立。從於其種類而手續互異。合名會社及合資會社。其手續爲簡單的。而株式會社及株式合資會社。其手續則爲複雜的。至於會社共通必要之條件。則爲定款之作成。及登記二項。今順序說明之。

第一款 定款

欲設立會社者。必先作成定款。定款者。會社契約之條項而記載之於書面者。卽關於會社之組織及活動之基礎。一切所定之重要事項也。商法中所用之定款。有書面之意義。然亦就便宜上言耳。其實定款之本質。非書而也。不過舉會社契約之條

項記載於書面耳。或即稱之爲會社之契約。亦無不可。會社之定款恰如國家之憲法。然凡組織及活動之方法。必依之而始能確定者也。

定款之作成一契約也。即設立會社之當事者。因意思表示之一致所成立之法律行爲也。抑契約者。由締結之形式上區別之。則得分爲諾成契約。問答契約。書面契約。及要物契約之四種。諾成契約者。因當事者意思之一致而成立之契約也。問答契約者。因履一定之方式。必爲口頭問答而成立之契約也。書面契約。因其所約束之事項。記載於書面而始成。要物契約。則以物之引渡爲契約成立之條件。與質契約相等。此四種契約。中間答契約。不過爲羅馬之遺傳物。無說明之必要。據晚近之法理。而適合於社會之實際者。則當以諾成契約爲本。則即其契約不必經通常繁瑣之手續方式。而僅由當事者意思之一致。即可成立。至於書面作成。或物之引渡。基於特別之必要上。亦僅爲其例外。而加入於契約之成立條件中耳。

若夫會社契約。則爲書面契約。對於諾成契約。而爲其例外。即一切定款。必要作成。

書面而記載之者也。夫民法之組合雖無書面其契約亦得成立而會社之設立獨視爲必要者蓋以會社爲法人與組織之社員相離而亦有特別之存在故會社之權利不得視爲社員之權利會社之義務不得視爲社員之義務使非明載於書面則將來因社員之變更或財產之變動必致釀意外之紛爭而末由徵信不特會社蒙其害社員蒙其害卽第三者亦蒙其害充其極甚至損一國商業之信用大可懼也基於此點故商法對於會社以書面契約爲必要假使當事者間僅有設立會社之合意而不記載於書面則必不生會社之效力雖然書面契約亦卽爲契約之一種故法律限於無特別之規定則適用一般契約之原則凡設立者間有錯誤詐欺強迫或無能力等之原因則因其意思之表示或視爲無效或許其取消皆無不可定欸作成時凡記於書面之法定事項各設立者必要爲其署名蓋當事者間對於定欸記載之內容須證明其合意者也至其記載之事項如何則必爲關於組織會社之重要事項後當詳述今就定欸作成之效果述之亦依於會社之種類而不同

第一 合名會社及合資會社 在於此種會社則定款作成後當事者間即發生會社成立之效果故其設立之手續至爲簡單僅此定款之作成爲必要耳至得以其設立對抗第三者與否則爲別之問題當於登記部分述之

第二 株式會社 此僅定款作成不生會社設立之效力尙要爲他種之手續者也此會社之設立有二場合一爲同時設立一則募集設立也同時設立者即作成定款之發起人因引受株式之總數而會社成立者也於此場合若事實上一方爲定款之作成同時即有株式總數之引受則會社以瞬間而發生其手續亦頗簡單實際與合名合資之設立實不相違雖然謂株式會社僅因定款之作成即爲成立不得也因其成立必待有株式總數之引受耳反之作成定款之發起人未引受株式之總數而尙待募集株主以引受其株式則經第一回之拂入而開創立總會議決重要之事項俟總會告終結之時始爲會社之成立此場合稱之爲募集設立其手續繁雜與同時設立者不同

於右之二場合定款之作成皆不過爲會社設立之一階級無會社成立之效果也然對於設立者間已生一種之法律關係矣

第三 株式合資會社 此其設立手續與株式會社無大差異只發起人必要爲無限責任社員且無限責任社員不得引受株式之總數因其僅有募集設立而無同時設立者此則與株式會社相異之點也

以上所述之商事會社有僅因定款作成而卽成立者有不僅因定款作成而尙要爲他種之手續始得成立者然無論其爲何種之場合總之謂會社必基於契約而始成則無疑義德學者間雖反對此說而就日本會社之設立行爲言則以契約解之爲正當其間合名會社及合資會社僅因定款之作成而卽爲成立故其行爲認之爲契約本無容疑卽他二種之會社其設立雖要繁雜之手續似不得謂之爲契約然能探究其真相而說明契約之法理亦無難也俟後論二會社時當詳述之於此有宜注意者會社雖因契約而成立然其所以得成爲會社者最初實非契約

之關係固依於法律之規定純然爲法人者也。此爲與組合根本相異之點。

第二欸 設立之登記

(一) 登○登○記○之○必○要○ 以上所述合名及合資會社則因定欸之作成而成立。株式及株式合資會社則因創立總會之終結而成立。然此所謂成立者僅對於內部之關係耳。對於外部不得卽云成立也。對於外部而可爲成立則必俟其既登記始蓋不經登記之手續則第三者不知會社存在之基礎。決不敢與之爲取引。卽與爲取引亦不免有危懼之觀念。故本法四五條特明定之。「凡會社之設立非在其本店所在地爲登記則不得以之對抗第三者。」由此觀之則設立登記之必要亦斷然矣。

雖然登記爲對抗第三者之條件。非爲會社成立之條件。雖未爲登記而其設立之當事者間及加入者間之自爲成立如故也。故內部之社員不得執未經登記之理由而否認其成立。

(二)登記之手續 會社設立之登記其事項則揭於商業登記中也其場所則本店及支店所在地之登記載判所也無支店則僅於本店爲之雖有支店之場合而會社欲以其成立對抗第三者則但於本店所在地登記之爲已足其支店所在地之爲登記或不爲登記與會社之成立初無關係僅對之而有特別之制裁卽本法二六一條之一項所規定處以五圓以上五百圓以下之過料是也

(三)登記之效力 於本店所在地爲設立之登記其生效力在於對抗第三者既如前述矣此外尙有附隨之效力列舉如左

(甲)登記後得著手於開業之準備 開業準備者指營業家屋之賃借商品之販入等而言此種準備之著手必俟登記後始得爲之若未經登記而先爲是等之準備則有過料之罰則(二六一條五款)故商法於四六條特明定之云「會社非在本店所在地爲登記則不得爲開業準備之著手」

(乙)登記後須於六個月內爲開業 此以登記之時爲開業期間之起算點至

當開業時而不爲開業。非有特別之事故。則必無開業之決意。當可斷言。故本法於四七條規定之云「會社於本店所在地爲登記後六個月內不爲開業。裁判所因檢察之請求。又以其職權得命其解散。但有正當之事由時。因其會社之要求。得伸長其期間。」

(四)與一般商業登記之差違 會社之登記亦爲商業登記之一種。故可適用一般之通則。然亦有不同於商業登記而屬於民法上法人設立之登記者。即(甲)一般商業登記事項必有公告而始得對抗第三者。而會社登記則雖無公告而亦得對抗(乙)一般商業登記以登記事項對抗第三者時。則依公告之前後而於第三者意思之善惡過失之有無。皆有其區別。而會社登記則必無是種之區別。此其不同之點。蓋皆由認會社爲法人之結果也。

(五)變更登記 前之所述皆關於設立登記之事也。然登記之事非必一成不變也。會社之中社員不止一人。非無表異意者。且舊社員或有退社之意見。新社員

或有加入之行爲於此場合必不能與前之登記相合故不可不變更之欲爲變更之登記則必在二週間內於其本店及支店所在地爲之商法於此規定雖設於合名會社之部然因他之會社亦可準用故於總則一章中述之

第五節 會社之住所

自然人以其生活之本據爲住所法人以其主事務所爲住所此民法之所規定也會社亦爲一種之法人故商法上關於會社亦有住所之規定與民法之精神實爲同一夫會社究以何者爲住所乎則四四條之二項定之以本店之所在地爲住所是也蓋會社之本店卽民法法人之主事務所也關於商業之取引莫不以本店爲中心以此場所而定爲住所夫固適當之規定也而本店支店之所在地何在乎則以定欸定之且必爲其登記故人人皆知非如普通商人之營業所生識別困難之感也會社之住所在於本店之所在地其結果有如左之二者

第一 會社之普通籍依其本店之所在地定之（民訴一〇條）

第二 關於涉外私法依住所地法律之場合則欲定其依何國之法律必以其本店所在地屬於何國即決其從何國之法律（法例參照）

第六節 會社之商號

依於戶籍法之規定凡爲自然人則戶籍簿中必記載其氏名而會社則法人也故戶籍上無氏名之存在既無氏名則以何者爲表彰表彰會社者商號是也商號與人之氏名相等有選擇之自由而不設何等之制限或以社員之氏名爲商號或以事業之種類用其他之名稱亦可雖然亦非絕對無制限也會社之中種類不同故當其選用商號時必以合名會社合資會社株式會社株式合資會社等各稱附之始爲適用蓋附以此種之名稱則見者即得依之而判斷其會社之性質有不致迷惑之感實爲便利之規定至如外國會社或必要用社員之氏名或必要示事業之目的則限制過嚴且無必要之理由蓋關於此種之事不妨一任其自由也

第七節 會社之合併

會社之合併者二會社又二以上之會社合併而爲一新會社。又一之會社併合於他之會社之謂。前者爲純粹之合併。後者則吸收之合併也。於舊商法關於合併之規定。至爲狹隘。不經迂遠之手續。則不得爲會社之合併。新商法則於各種會社之規定。甚寬。不必經清算之手續。卽得便宜。而爲其合併。關於合名會社。則有七七條。以至八二條之規定。合資會社亦準用之。關於株式會社。則有二二二條至二二五條之規定。株式合資會社亦準用之。故同種之會社。固得爲其合併。卽異種之會社。亦未嘗不許其合併也。且其得爲合併者。并不必以同種之營業爲目的。雖運送會社與銀行會社有合併之時。法律上亦認爲有效。惟實際上如此之事。殆不經見耳。或者謂商法會社編中總則之部。不規定合併。而於各種會社之部。規定之。是卽不認異種會社合併之法意也。故合併之有效者。必限於同種會社之間。例如合名會社。僅得與合名會社合併。而不得與合資會社或株式會社合併。雖然。此非正當之論也。商法於合併之規定。不置於會社總則中。而置於各種會社之部者。因會社之

組織各異故其決議與他之手續亦難同一爲便宜上計不如各別規定之爲愈而決非不許異種會社合併之法意也

第八節 組織變更與會社繼續

變或種類之會社之內部組織爲他種類之會社是爲會社組織之變更商法中認會社存在中之組織變更僅如左之場合

第一 變更株式合資會社之組織爲株式會社

第二 設立於商法施行前之合資會社變更其組織爲定於現行商法之合資會社株式會社或株式合資會社

此外雖非會社組織之變更然亦有類似之場合卽於會社解散之事由發生時本來之會社雖經解散而爲實際上之便益故許會社之繼續有三場合

第一 合名會社因存立時期之滿了其他定於定款之事由發生於會社應解散之場合以社員之全部或一部之同意得繼續會社

第二 合資會社於有限責任社員全員退社之場合以無限責任社員之一致得繼續爲合名會社

第三 株式資合會社於無限責任社員之全員爲退社之場合其株主從一定之決議方法得繼續爲株式會社

商法除揭於右場合之外不認組織變更及會社之繼續例如合名會社爲株式會社又其所反對之株式會社爲合名會社則爲法之所不許雖然爲立法論者既認各種會社之合併矣則於會社之組織變更亦何不一概認之不僅彼此可得其權衡即實際上亦大覺其便利也關於合併組織變更及會社之繼續雖待後之詳述茲僅爲注意上故先揭之

第九節 支店及移轉之登記

第一 支店新設之登記 於會社設立後新設立支店時則於其支店所在地限於二週間內要爲登記且於本店應登記之事項亦須一一詳記之既以明支店

之內容亦藉以惹起世人之信用也。雖然若爲本店及支店之同一區域內（即同一登記所管轄區域內）而更有支店之設立則不必復爲同一之登記。蓋既免無用之手續且於同一登記所之登記簿存同一會社之二個之表示於登記簿之整理上亦爲不合。故於此場合僅登記其支店之設置爲已足也。

第二 移轉登記 此非僅關於支店之登記也。即會社移轉其本店或支店之時其舊所在地於二週間內皆要爲移轉之登記。即在同一期間內於新所在地之登記所要爲設立登記事項之登記。若其所移轉之區域仍在前管轄之區域以內則但登記其移轉可矣。此爲例外之規定與前條之第三項同意。

上之二場合所爲二週間之期間者將何時起算乎。則以有新設或移轉之事實時爲起算點而非有支店之新設及店鋪移轉之決議時即爲其起算也。

此亦共通之規定也。故本法雖置之合名會社之部而茲於會社編之總則不妨先述及之。

第十節 司法機關之干涉

公益社團及公益財團之設立與會社之共同利益有重大之關係故非得行政官廳之許可則不得設立此民法之所規定也反之無關係於公益而僅爲私人營利之目的所設立之會社則國家即不必悉用其干涉舊商法一五六條限於株式會社雖有以設立免許爲必要而新商法則因其無必要之理由而刪除之故現今各會社之設立商法上一任私人之自由也

獨是依其事業之性質因治安公益及風俗取締之必要國家之行政官廳既有營業許否之權則固不問其爲個人營業爲會社營業也故特別法令中對於以或事業爲目的之個人或會社之營業其應受官廳之許可者亦往往有之即如非訟事件手續法關於株式會社株式合資會社有時其所營之事業應受官廳之免許者則當爲登記申請書時以添附其免許書又有認證謄本爲必要其實例也就嚴格言之設立免許與營業免許本非同一其設立必要免許者無免許則會社不能成

立而關於營業免許之場合。則雖無免許。而會社之成立初無所礙。不過係於或營業則無免許不得爲之耳。雖然此法理上之論也。實際上則設立免許與營業免許初無大異。如上例株式會社及株式合資會社。當其爲設立登記之申請書時。必要營業免許書之添附。卽無免許不得營業。所生之變態。特在本法中。則關於設立。固不認國家機關之干涉也。

然亦非絕對的無制限也。商法因保證公益之必要。對於既許設立之會社。裁判所尙有得命其解散之權。是可分二場合言之。

(甲)會社爲反乎公之秩序或善良之風俗之行爲時。於此場合。裁判所得因檢事之請求。或以其職權解散之。蓋初以適法之目的。認其設立有效之會社中。途忽變更其目的。而有不法之行爲。則裁判所爲公益計。雖解散之。而不爲過酷。例如貿易會社。而密爲鴉片之輸入。海外移民會社。而密爲醜業婦之輸送。又如旅人宿者。固無論何人。皆得宿泊之營業也。然其營業之主人。知有犯罪者而藏

匿之。又或明知其爲賭博者賣淫者而宿泊之一任其局賭賣淫而不之拒則與公之秩序或善良之風俗必有大害。自非亟爲解散不可。關於此規定雖外國會社其揆一也。

其他於特別法上行政官亦尙有解散之權。例如取引所之營業苟認其有害公益時可由農商務大臣解散之是也。

(乙)會社爲登記後六個月內不爲開業時 此規定已於登記效力中略述及之。蓋無故而不爲開業則有會社之名無會社之實不免有利用此會社組織而爲詐欺之行爲。且於取締上亦生不便之結果。故不如解散之之爲愈。至於已爲開業之準備與并無開業之準備則非所問。惟其不爲開業者果別有正當之事由則因會社之請求未嘗不可伸長其期間也。

第二章 合名會社

合名會社者爲商事會社之一種。其各社員對於會社之債務立於連帶保證之地

位者也。合名會社與他之會社區別之標準在於組成之社員全體對於與會社取引之第三者有連帶無限責任之點。而此責任究從何時發生乎？則依本法六三條之規定。所謂會社財產不能完濟會社之債務時。各社員連帶任辨濟之責。是即表明合名會社之大特質。社員立於連帶保證之地位者。此意味也。蓋各社員間其初亦非與會社共爲連帶債務者。祇以會社之財產不足償却其債務之全額時。始連帶負擔責任也。

由是言之。則合名會社之社員其關於會社有極重大之責任。而各社員間感會社之利害至切。視會社之盛衰不啻如自己之盛衰。故其社員必誠信相孚和衷共濟。始得以維持全局。不然則到底不能期事業之進步也。因是之故。故合名會社之設立半由於親子兄弟其他親族朋友間所組成。此合名會社或所以稱爲家歛的團體也。又與此會社爲取引之公衆皆信用乎社員者。故又名之爲人的會社也。合名會社之社員關於會社之債務雖立於連帶保證之地位。然僅其責任之基本

與連帶保證爲同一之觀念而決非如民法之保證人也。故社員之自身非會社之保證人。社員則固社員之資格也。是以直採民法保證之規定。不當適用於合名會社之責任問題。蓋本法中關於各社員間之關係及社員與會社並第三者之關係固別有其規定。凡社員間之權利義務皆爲此規定所支配者。即商法無規定之時^猶必限於不反其性質之範圍內始可適用民法保證之規則也。

第一節 合名會社之設立

第一款 定款之作成

合名會社之設立由二人之上者爲設立之契約而記載之於書面所謂定款是也。何謂定款前已說明之。在舊商法七四條關於合名會社難^難定社員數之最高限爲七人以下而新商法則無此制限凡在二人以上則無論幾人皆無不可。唯此種會社如前之所述爲家族的團體故實際之社員普通皆屬於少數者也。定款者會社契約之要項凡重大之事皆有記載之必要故商法於會社之設立不

但要定款之作成且更爲進一步之規定關於其記載事項凡法所列舉之事項非一一記載之其定款仍歸於無效也

定款應記載之事項有二一爲絕對必要事項非明揭於定款則其定款全屬於無效一爲任意事項其定款之記不記雖爲設立者之隨意唯欲其事項有效力之時則亦以記載有定款爲必要也分述如下

第一項 絕對必要事項

第一 目的 卽表示會社事業之目的如銀行營業倉庫營業之類是也

第二 商號 必要加合名會社之文字例如米穀販賣合名會社或合名會社東京銀行之類在舊商法八二條則用總社員又其一人或數人之氏名而附於會社之文字德國之商法亦設同樣之規定而新商法則用社員之氏名與否一任會社之自由唯合名會社之四字無論若何之場合皆有加入於商號中之必要實可謂爲適當之規定也

第三 社員之氏名住所 社員之資格別無制限無論爲自然人爲法人爲日本人爲外國人均無不可法人則不妨以商號代氏名之記載未成年者得法定代理人之許可準禁治產者得保佐人之同意妻得夫之許可亦皆得爲社員其不得爲社員者見於現行法中僅有左之例外

(甲)受破產宣告之債務者非得復權不得爲會社之無限責任社員

(乙)於有日本船舶之合名會社其社中之全員要悉爲日本人故外國人不得爲社員

第四 本店及支店之所在地 如東京或橫濱之謂但記其市町村之名已足其丁目番地等則無記載之必要

第五 社員出資之種類 出資云者不僅限於金錢若商品若不動產若債權若勞務若信用之類其記載之理由在於明會社財產與社員私有財產之區別也

第六 社員出資之價格及評價之標準 此記載之理由以關於利益之配當持

分之拂戾殘餘財產之分配等皆有其必要者也

右六種之事項爲定欸中必設記載之事項苟缺其一則其定欸卽爲無效而此法定事項記於定欸之時必要各社員之署名卽定欸之完全成立在於記法定事項且署名之時故會社之設立卽發生於此瞬間之各社員間也

第二項 任意事項

會社之設立者於設立之際爲避後日之紛爭故預以種種之合意而記於定欸其合意之事但限於不反法律強行的規定皆爲有效其記載於定欸之時可羈束當事者勿論矣卽爲立法論凡定於當事者間之或事項亦必命其記載之若不記載卽定爲無效力之事項今試述此任意事項於左

第一 定社員之業務執行時 爲合名會社之社員者因其負無限之責任故關於會社之業務固當然有執行之權利義務者也雖然若或社員有商業上之經

驗或特別之技能則得託以業務執行之任於此場合必記載其旨而置於定款之中不然則不生法律上之效力也

第二 定代表會社之社員時 各社員固當然有代表會社之權若僅於或社員而特定爲代表社員他之社員不爲代表時則亦以記載其旨於定款中爲必要

第三 定社員退社事由時 此以商法第六九條一號規定社員退社之事由有「定於定款事由之發生」云云也

第四 定以勞務或信用爲出資目的之退社員拂戾其持分時 此以商法七一
條規定中有「但定款有別段規定時不在此限」云云也其詳應讓於後茲故述
從略

第五 定會社存在時期及其他解散事由時 此規定於六八條及七四條一號
者也

第六 於會社解散之場合定財產之處分方法時 此以商法第八五條規定會

社財產處分之方法中有「得以定欸定之」云云也。惟此雖記載於定欸之後，尙得因總社員之同意而補充決定之故，非純粹之任意事項也。

其他尙有對於會社內部之關係，可從社員間之合意而成者，亦以記載於定欸爲得策，以便於防後日之爭也。

第二欸 設立登記

因定欸之作成而會社成立，既如前述，故當作成之時，雖得生社員與會社及社員間之權利義務，而對於第三者則不公認其成立，以其未經設立之登記也。關於設立之登記，本法五一條規定之云。

會社自作定欸之日始，二週間內於其本店及支店所在地左之事項，要爲登記。

(一) 目的

(二) 商號

(三) 社員之氏名住所

(四)本店及支店 此與登記本店及支店之所在地者不同所在地云者指市町村言之。如云大坂神戸之類。此則就其所在地而不可不詳細記載其場所。即關於何丁目何番地皆當記之是也。無支店則不要登記。固無俟言。

(五)設立之年月日 即定款作成之年月日也。

(六)定存立時期及定解散事由時其時期及事由。

(七)社員出資之種類 不問其已供出與否也。

(八)以財產爲出資目的之價格 登記爲對於第三者公示之方法。而第三者利害之關係則限於財產出資。故如勞務或信用之財產以外之出資。在定款以其爲定當事者間之關係。雖定其評價之標準。而在登記則無必要。以其不能爲會社債權之擔保也。

(九)有定代表會社之社員時其氏名 代表社員與業務執行社員雖相異時。亦僅登記代表社員。以僅代表社員與第三者有關係也。

右皆會社成立根本之重要事項。故公示之。其他之事項有定於定款中者。亦不得登記。得爲登記者。限於法令之所命或許可之場合者也。

登記者。因總社員之申請而爲之。其申請書中要添附定款。且社員中有未成年者。或妻之時。其社員之爲同意者。要以其同意之證添附於書面。又右登記事項中生變更時。二週間內於本店及支店所在地要爲登記。惟所謂登記事項之變更者。指實質的變更而言。故如地名之改稱。非登記事項之變更也。

第二節 會社內部之關係

會社爲法人。與社員相離而有別個之人格。故亦得有其固有之法律關係也。而關於會社之法律關係。得從兩方面區別之一。爲會社內部之法律關係。一則會社外部之法律關係也。會社之內部關係者。會社與組成分子之社員之關係。及社員與社員之關係之謂。至於外部之關係。則會社與第三者及社員與第三者之關係。換言之。卽與會社爲取引之衆人對於會社。又社員之關係也。

定會社之內部關係則必有其適用之規則此商法四五條所規定也今述其規則之順序加左。

第一 定款 定款爲會社契約不僅記載法定事項而已凡社員間關於會社之關係有合意者亦皆記載之故會社與社員社員與社員之間關於法律關係第一須依定款之規則決定此事理之當然也

第二 商法 凡會社適用商法固也獨於其內部之關係則定款之規定爲當然的適用而商法之規定轉爲補充的適用蓋以尊重當事者之意思也

然則定於定款者無論何事皆爲有效適用上對於商法莫不有優先之效力乎曰理論上亦有不必然者蓋雖規定於定款而反乎法律強行之規定仍不生其效力關於此點則不適用定款之規定第一次即適用商法也雖然實際上則商法五五條以迄於六十條無一屬於強行之規定者故凡定款之所約無論何事但不反於公之秩序及善良之風俗以上則其規則悉爲有效是凡會社之內部

關係固皆適用定款也。

第三 民法組合規定 關於會社內部之關係若定款中商法中皆無何等之規定時則民法中關於組合之規定準用之（五四條）蓋對於外部之關係則會社與組合一爲法人一非法人規定上判然不同而決不能爲共通之適用然由其內部關係觀之則合名會社之於組合實際上不甚懸殊故限於性質上無所妨者則民法組合之規定亦得適用於合名會社之內部關係也惟關於財產之部分則組合財產仍屬諸總組合員之共有而會社則有獨立之財產斷非各社員之共有財產此則性質上所不能適用者不得因有準用之法文而遂欲強依民法六六八條之規定也。

第一款 出資

會社者藉社員之共同出資以爲營業者也故必先由社員繳納其出資於會社固無筭言所謂出資之繳納者卽出資義務之履行云爾而出資之種類價格及評價

之標準則必定之於合名會社之定款中。社員即從其定款之本旨爲擔担出資之義務者也。至以何時爲繳納其出資之時亦皆依於定款之規則。規則中不定繳納之時期時則可從一般私法之原則。俟會社爲請求之時而繳納其出資。或雖定繳納之時期而其期限爲不確定時。即由社員知其期限之到來而繳納之可也。若夫出資之種類則法律中既不爲列舉又無所制限。故必要財產與否可不問之。列舉通常出資之目的而說於下。

第一 金錢 以金錢爲出資之目的最普通又最便利之方法也。社員既約爲金錢之出資則不可不依應繳納之時期而繳納金額於會社以爲義務之履行。若應繳納而不爲繳納時則必有其制裁。制裁維何即於支拂利息外尙要任損害賠償之責者也。蓋會社營業之資金全藉此社員之出資。往往因怠於出資之故而使其資金缺乏。雖明見極利益之事業而不能爲其受害。良非淺鮮。故從民法一般之原則。雖對於以金錢爲目的之債務其賠償之責不過至支拂利息而止。

而商法則爲此例外之規定使其受兩重之制裁蓋受害大則制裁不得不加嚴也

第二 動產不動產 以商品地所家屋等爲出資之目的事實上亦常有者也而以此爲出資目的之社員則必當移轉其所有權然卽不以其所有權畀之於會社而但以使用收益權畀之於會社亦未嘗不可所謂使用權收益權之出資也於此場合其社員亦不可不舉其物而引渡於會社使會社得實行其使用收益之權且引渡以後設其物有陷於滅失之時其損失亦不歸於會社之負擔而仍歸出資者之負擔以其物之所有者仍爲社員而非會社也

於會社解散之社員退社之場合則以物之所有權爲出資之社員不得請求其原物之返還而以使用權收益權爲出資之社員則得請求其原物之返還此其異點也

第三 債權 以債權爲出資則其債權必完全移轉於會社固也然債權有指名

指圖無記名之別故其移轉之手續亦自不同或須盡通知之手續或須盡裏書之手續或須盡引渡證書之手續當隨其債權之種類而定之唯其債權至應受辨濟之期而債務者若不爲其辨濟則社員當自認其辨濟之責且於利息之應支拂者損害之應賠償者亦皆由社員擔當之蓋非如此則一方對於他之出資社員有不權衡之弊一方對於會社之財產亦有不鞏固之虞也社員負擔此種之責任適如保證債務然非從債務而爲獨立之債務也蓋保證債務其初雖不有債務之存在而因債務者之不履行則條件卽由是發生矣

第四 專用權 專用權者若商號著作商標意匠特許皆是此種專用權亦可爲出資之目的因得其專用權卽可有財產之作用也惟專用權亦不外一種之權利故繳納方法卽以各會社所定權利移轉之手續爲準據無不可者

第五 勞務 上述之四種皆財產出資之場合也然社員之出資初不限於財產故商法關於勞務亦明認其可爲出資之目的也(七一條)民法之於組合亦然

(民六六七之二項)唯通常之財產則不過限於一時的否則依一定之繳款時期而履行其出資義務已耳而在勞務出資之場合則社員之資格一日存在即約定之勞務一日不得辭例如合名會社營機織之事其機織師願出其專門上之智識以自盡監督之責或竭其製造之能事以爲出資之目的則從於定款之所定其社員即不可不服技術上之勞務否則不僅除名而尙當受民法四一四條以下之制裁也

勞務出資所以與財產出資異者因無固有之價格必須示其評價之標準記載於定款而定其社員權利義務之標準也

第六 信用 依民法組合之規定則勞務雖可爲出資而信用則否合名會社則並得以信用爲出資之目的也信用何以得爲出資之目的因利用其信用而亦可得財產上之效用也蓋商業以信用爲最重彼負商業上之重望者果肯以其氏名或商號加入於會社之商號中或承認列名於社員之中則足以增會社之

信用者當復不鮮。不僅取引上可得其便宜。且因利用名望家之信用。而又得借入輕利之資金。其獲益正無窮也。

以上出資之種類既已說明。關於出資中尙有二三點之可述者。即

第一 在株式會社關於株金拂込之時期。雖有嚴格之規定。而就合名會社言之。則出資之納付時期。一任諸定款之所定。蓋此會社以無限責任爲基礎。與株式會社不同。雖不設干涉的規定。而亦無害於第三者也。故其定款之所定。爲次第出資時。固有爲一時之拂込者。亦有分割數回而爲繼續的出資者。即定款中不定爲繼續。而繼續拂込之時。亦無不可。取出資之效果也。

第二 不問若何之場合。社員之出資義務。未完了間。得俟其期限之到來。而爲出資。其期限不到來之時。可不履行其義務。然至現存於會社之財產。不足完濟債務之場合。則不問其期限之到來與否。而不可不繳納其全部之出資。即限於此場合。失期限之利益也。

第三 不履行出資之義務。則依於別之所述。有利息之支拂及損害賠償等之制裁。此外於合名會社尚有特別之制裁。即對於社員怠於爲出資義務之時。他之社員。卽有除名之權利也。

第四 會社必以出資爲基礎。而得爲營業取引。然如勞務如信用之出資。則非爲會社之營業資金。成營業之資金者。則僅限於財產出資而已。

第二款 會社之業務執行

會社爲無形人。故不能自執行其業務。卽不可不依自然人而代爲業務之執行也。至何人得當其任。則可於下說明之。

第一項 業務執行者

第一 定款無定之場合。關於業務之執行。各社員間。皆以有權利義務爲原則。(五六條)蓋各社員出資之價格。雖互有不同。而對於第三者之責任。則無不同。故與社員全體以業務執行之權。不能不謂其公平也。况乎合名會社多爲家族。

之團體。僅互相信任者。所組織而成。故無論何社員爲營業之執行者。當不致有紛爭之恐。此而與各社員以平等之權利。誰曰不宜。

雖然如實際上社員之多數。關於會社業務之執行。有表示異意時。於此場合。此如何。曰是當以社員之過半數決之（民法六七〇之一項）。蓋必須總社員之同意。勢既有所不能。而各社員無論何事。皆可以獨斷獨行。則各社員之行爲不免有所矛盾。而致生危險之結果。故以過半數決之最適當之規定也。（民五二之二參照）茲之過半數云者。爲絕對過半數。非比較多數之謂。又計算其過半數與否。則依於員數決之。非如共有者之持分及株式會社之株式。依於其權利之分量而決之也。（民二一五二商一六五參照）故例如有社員十人。共議會社之業務。執行。甲說爲六人。乙說爲四人。則甲說實爲過半數。依甲說而執行其業務。固所勿論。若其意見分爲三說。甲說五人。乙說三人。丙說二人。則無所謂過半數。不得依甲說而執行其業務。且即使加擔於甲說之社員之持分較之加擔於乙說

及丙說之社員之持分多至數倍而其不得稱爲過半數則一也。在此場合各社員不外互相融和以謀其妥協之道。此則合名會社爲家族的團體之本色也。右之所述卽一般業務之執行。決之於全社員過半數之意義也。然關於各種之事項必逐事逐物悉以過半數決定之。則其不便殆有不可名狀者。故法律規定於會社之常務各社員得專行之。以避實際之不便。然不加以限制則對於社員之處置常務又不免流於擅斷放恣之弊。故於其常務未終了以前與他社員以述異議之權。俾不至軼於常道以外。若或社員有述異議時則必依於一般之原則。不可不以過半數決定之是也。

然則業務執行與常務執行有如何之差異乎。此兩者間雖不能明確而示區別之標準。然業務者指關於會社營業之大體方針。而常務者則依於此方針。日日爲其所應爲之通常事務也。就銀行營業之例言之。則預金利子應爲何分。釐貸付利子以何者爲擔保品。應爲何等之制限。是爲關於銀行之大方針。故屬之

於業務之執行當由社員過半數之決議。至其於一定之利子步合又一定之擔保品範圍內日日對人爲貸付及預金之事則屬於其常務之執行各社員皆得專行之者也。

第二 定款有別段規定之場合 以上爲適用於定款無定時之原則。雖然有時因某社員之才具夙優經驗素富而又爲衆望之所孚者則由衆社員之合意公舉某社員爲業務之執行而預定之於定款事實上亦常有也。於此場合則業務執行之權利義務僅某社員有之而他社員無與也。獨是其業務之執行僅委託於一社員時則一切之業務悉依一社員之獨斷固無待言。若業務執行之社員不止一人而或爲數人之時此數人間之意見又復不能一致則其業務之執行仍當以其過半數決之。其理由及說明亦同於前之所述。祇對於無執行業務之權利又無其義務之他社員則不得與其決議耳（民六七〇之二）

次關於會社之常務則業務執行之社員不必要過半數之決議。各社員皆得專

行之。但於其結了以前。他之業務執行社員。有陳述異議之時。則爲其例外。（民六七〇之三）至無權利并無義務之他社員。亦不得執行此常務。又無俟論矣。尙有應注意者。業務執行不必限定其爲社員也。卽委託社員以外之人。亦未嘗不可。唯定欵中則不可不明載之。既經明載。則雖社員以外者而執行業務。其權利義務亦與本來之社員初無少異。且依於或場合而此業務執行者。關於會社之債務與社員亦負擔同一之責任（六五）雖然實際上則業務執行大率屬於本來之社員爲多。而委任社外者。殆不數見也。

以上關於業務之執行。已說明其概略。而於會社中選任支配人或解任之場合。則如何就理論上言之。支配人之選任解任爲業務執行之一部。本不相違。故業職務行之社員有定時。一任其社員之所定。亦無不可。然支配人之職權爲極重要之執權。凡關於會社之營業一切裁判上又裁判外之行爲。皆有得爲之權限。故支配人之任免。直接及於會社之盛衰。有至大之影響。雖定業務執行社員之時。尙須得總

社員之過半數決之也。(五七)

第二項 業務執行社員之權利義務

會社之業務。如上所述。無論爲各社員間之執行或社員以外者之執行。皆享有一定之權利而負擔一定之義務者也。關於此點。則業務執行之社員。亦準用民法六七一條關於委任之規定。但所當注意者。即社員之執行業務。其權利其義務。實依於法律之規定。而爲各社員之本則。初非由於委任契約之結果也。即使依於定款之所定。僅某某社員有執行業務之權利義務時。亦不得謂之爲委任。甯解爲遵守定款而排除他社員之權利義務之爲愈。其可稱爲委任者。祇對於社員以外之人。而執行其業務之場合耳。今先由義務述之。則

第一 執行業務之社員。從於定款之本旨。當以善良管理者之注意。而負處理會社業務之義務。

第二 業務執行之社員。有他社員之請求。無論何時須報告業務執行之狀況。又

任務終了之後更當無遲滯而報告其顛末。但此僅限於定業務執行社員時。始受其適用。何則。若各社員而共執行業務時。則固不必求其狀況之報告也。

第三 執行業務之社員。當其執行業務。而有受取之金錢或其他之物品。自以引渡會社爲必要。關於收取之果實亦同。獨是通常所稱爲引渡者。由甲手而渡於乙手之謂。若會社則爲無形人。通常引渡之方法。必至不能適用。故茲所云之引渡。不外從會社管理之方法。而爲其管理而已。例如會社之規則中。關於金錢出納之保管。或收置於金庫中。或預入於某某之銀行。有所規定時。則但盡其通常之手續。已可謂之爲引渡也。

次則執行業務之社員。以自己之名爲會社而取得之權利。亦必要移轉於會社。關於移轉之場合。仍不可不履行法律所應盡之手續。固當然也。

第四 執行業務之社員。應引渡於會社之金額。又爲會社謀利益而用之金額。社員有私自消費之行爲。則自其消費之日以後。要拂其利息。若有損害時。亦當任

賠償之責也。

以上皆執行業務社員所負擔之義務也。若述其享有之權利則

第一 執行業務之社員。雖以無報酬爲原則。然限於有特約之時。則亦得請求其報酬也。

關於受報酬之場合。以期間定報酬時。則於其期間經過後。得請求之。以他方法而定之之時。則依其方法。若全不定何等之方法。則其請求之時。當解爲任務終了之時。又執行業務之社員。因不屬其責任之事。由於業務執行之半途而謝却其委任之場合。其社員得應其既爲業務之割合。而請求其報酬也。

第二 關於業務執行有需於費用之時。則執行業務之社員。得對於會社而請求其前拂。

第三 執行業務之社員。曾出可認爲必要之費用時。對於會社得請求償還其費用。及其支出日以後之利息。又因會社之業務。曾負擔可認爲必要之債務時。得

得使會社代自己之辨濟。即辨濟尙未到來。猶得使會社供相當之擔保也。又爲執行會社業務之故。無過失而受損害之時。其所受之損害。對於會社亦有請求賠償之權也。

右爲執行業務之社員對於會社之權利。獨是所謂請求云者。將對於何人而爲請求之意思表示乎。何則。會社爲無形人。必無由直接而爲其通知。或爲其請求。關於此點。商法雖無明文之規定。而以理衡之。則卽由執行業務之社會取用會社之金錢。以充自己之辨濟。而記載其旨於會社之商業帳簿中。以供他社員之調查。亦無不可。若其處置有不當之時。對於會社當自任損害賠償之責。此一法也。若會社中而置有支配人時。則屬於其應有之權利。對支配人而受取其金額。此又一法也。然此種事實之發生。必先規定於定款中。始不致生迷惑之感耳。

第三項 業務執行社員之辭任解任

如上所述。會社之業務執行以總社員當之爲本。祇限於定款有別段之規定時。

始由社員中之一人或數人而擔任之者也。當此之時，其業務執行之社員無正當之理由。雖非不得爲辭任或解任之事。然合名會社之社員關於會社之營業，人人抱同一之心思，而應盡瘁於會社之事業者，況托以業務執行之大任者，其負擔較他之社員尤重，而其關係亦較他之社員爲親。設一旦因自己之私見，而遽爲辭任，則會社之不利，孰有甚於此者？且他之社員亦必感非常之迷惑。故法律非有正當之事由，不許其辭任也。關於解任亦然。

由是言之，則無論其爲辭任爲解任，必要有正當之事由可知。而所謂正當之事由者何耶？則事實之問題也。試舉一例明之。如業務執行之社員爲疾病或他之公務，至不能執行其業務時，則可爲辭任之正當事由。又其社員或爲不正之所爲，否則或與他社員之意見有大衝突之時，到底無調和之方法，於此而命其解任，亦得論定爲正當之事由也。

至以社員外之人而託以業務之執行時，則得以委任之法理解之。即無論何時得

解除之是也。

因辭任解任之結果。竟至於無執行業務之社員。則依於合名會社之本則。以總社員執行之。但定款有別段之規定時。則例外也。

第四款 業務及財產之檢查

合名會社之社員。以負擔無限責任之故。對於會社之盛衰。有極重大之利害關係。故雖因定款之所定。不親任業務之執行。而因其為會社之保障。亦不可不與以調查盈虧之權基。此理由法律對於合名會社之各社員。雖或無執行業務之權利。而於其業務之情形及財產之狀況。則隨時得檢查之（民法六七三條）且不僅許其檢查已也。並於定款以上之權利。亦可與之。例如不執行業務之社員。於右之檢查權以外。關於一定之事項。雖欲執行業務社員之報告。固亦無所不可也。

第五款 定款變更與目的外之行爲

定款者關於組織會社所定之要項。為極重要之契約。此而謀變更之。不啻一變會

社之基礎。故不許其容易變更者也。然因經濟事情之變遷。而會社之事業亦不能不隨之而變遷。必絕對禁之。實際上轉有苦其不便者。惟茲事重大。非一二人所能主張。故欲變更定款時。必要得總社員之同意也。（五八條）何則定款之作成本由於總社員之合意。則仍因總社員之合意而變更之。於理論上事實上皆爲不易之原則。固無容疑。至關於其表同意或爲決議之方法。則別無何等之規定。故或以口頭爲表示。或以書面爲表示。或集合總社員而共同的表示。其意思或通知各社員而各別表示其意思。均無所不可也。

其他不關於定款之變更。而爲會社目的之範圍外之行爲。則何如。例如如有汽船會社。於此本以營內國沿岸之航海業爲目的。而成立者。今忽謀伸長其航路。而欲爲外國之航海業時。此雖與其本來之目的。非全然相反之行爲。較定款之變更。原非一例。然雖非相反之行爲。而實爲前異之行爲。出於各社員之所不預期。其利害關係。所關至大。故商法之規定。亦與定款之變更相同。必要總社員之同意也。唯此項

規定。關於合資及株式合資會社。雖皆爲準用。而於株式會社獨無準用之規定。亦本法之缺點也。何則。法人者。從於法令之規定。僅因定款所定之目的範圍內。有權利負義務者。故苟無特別之規定。卽不得爲目的外之行爲也。

第六項 持分

持分之用語。散見於民商法者甚多。其意義亦非一致。在合名會社所云之持分。則不得與其有者之持分。有物權的效力者同年而語。當無俟論。蓋民法規定共有者之持分。爲指共有物或共有權之目的上。所有權利之部分者而言。組合員之持分。其組合財產亦屬於總組合員之共有。故卽可以同一之意義解之。又船舶之共有。不問其共有者間。有組合關係與否。而其規定亦與民法之關於共有者同。是皆與社員之持分。異其性質者也。

社員之持分。在理論上。得以兩種之意義解釋之。其一則爲權利義務之總括。卽所謂社員權是也。在民法社團法人之社員權利及株式會社之株主權利。學者皆稱

之爲團體權。其實合名會社之社員權性質上亦與此同。而此社員權又可細別爲二。即（一）依於定款之所定。於會社獲利益時。得請求利益之配當。解散時得受殘餘財產之分配。退社時得受屬於其權利之拂戻。此皆財產的內容所有之權利也。（二）爲達會社設立之目的。而有之權利。即執行業務代表會社及檢查會社之業務。與夫財產之狀況等。有種種之權利。以上二者。皆爲社員權之構成部分。然前者則爲社員純然之權利。而後者則一方雖可目之爲權利。一方又可謂之爲義務。故解社員權者。當以社員之資格。所有權利義務之集合者解之。始爲正當。

持分之第二意義。即於會社解散或社員退社之場合。對於會社爲請求或支拂之財產的數額也。今爲講述之便宜。而設例以明之。有甲乙二人於此共設立合名會社。甲釀出三千圓。而乙初不爲財產之出資。凡會社有利益及損失之時。則二人相約爲平分。於此場合。設於其初年度會社之損失爲二千圓。則甲以負擔半額之故。尚有二千圓之殘餘。乙亦負擔千圓之損失。然乙之計算爲消極的。其會社之財產

實際僅存千圓。而甲有二千圓之持分。乙則有消極的千圓之持分。使其會社即時解散時間。甲可受二千圓之拂戾。而乙不可不爲千圓之支拂。蓋甲之持分爲積極的。而乙之持分則消極的也。依此例以言。是積極的持分與會社財產其數額非爲牽聯的可知。且積極的持分於會社之存續中。其數額不過爲想像的。又可知再申言之。則於會社之存續中。積極的持分對於會社非卽爲現存之請求權之意。消極的持分對於會社亦非卽爲當支拂之債務額之意。蓋在會社之存立時期未滿了之時。則其持分之如何。全依其營業之成績而定。甲之持分或者可超出於二千圓以上。或者轉不能不爲其支拂。雖何人不能預知之。卽乙之持分亦未定之數也。蓋社員之持分必於清算之時始爲現實之數。積極的持分則爲向會社或他之社員所示補償之權利額。消極的持分則示對於會社爲支拂之債務額也。

合名會社社員之持分有二種之意義。既如上所說明。而在商法中關於退社之社員。得請求拂戾之持分。則屬於第二義之所謂計算上之額者。蓋甚明瞭。唯於當注

意者。退社員之得受持分之拂戾者。必指有積極的持分者而言。其持分若爲消極的時。不唯無拂戾之可受。且對於會社而不可不爲其支拂也。

關於持分讓渡之持分。學者間有謂其屬於第一義。卽可以社員權解之者。然不能爲正當之論也。夫在讓渡持分全部之場合。則讓渡人喪失社員之資格。而生讓受人取得社員資格之結果。以社員權解之。固無可疑之點。然在持分之一部讓渡時。則不能以社員權之意義而爲其說明。且於五九條及七三條之二項。以同一支字而爲二種之解釋。亦似無謂。故商法上持分之用語。甯皆以第二義解之爲正當也。爲持分之讓渡。不可不得他社員之承諾。無承諾而爲讓渡之時。則不得以其讓渡對抗於會社及他之社員（五九條）然終不得爲持分讓渡之場合。而當事者間。因雙方之合意。亦未嘗不生其效力。例如社員由會社所受之利益。而分配其幾分於第三者。或社員由會社所負之損失。而分擔一部於第三者是也。唯此種契約。僅社員與第三者之間。可生契約之關係。而第三者對於會社或他之社員。則不生何等

之法律關係。故此第三者關於會社之業務。無議決權。亦無執行權。又無待論矣。

第七項 競爭行爲之禁止

合名會社之社員。以其資格。當然可執行會社之業務。而享有其權利。負擔其義務。故其於會社營業之狀況。知之獨詳。且能窺見其秘密。而洞燭其機宜。若利用之。而與會社爲競爭。則會社之受損害。將不可勝言。故商法第六十條第一項。特明定其限制。「凡社員非有他社員之承諾。不得爲自己或他人。爲屬於會社營業部類之商行爲。或爲同種營業會社之無限責任社員。」蓋防患於未然也。此條之規定。與代理商之競業禁止。其立法上之理由。適相脗合。

雖然爲他人爲商行爲。則人所易知者也。即使秘不告人。而他之社員亦尙不難於調查。若專爲自己而行使競爭之手段。則於會社仍易被非常之損害。故同條第二項。又規定之。「凡社員違背競爭禁止之規定時。其所爲之商行爲。他之社員得依過半數之決議。看做爲爲會社者。」有此制裁。則他之社員或不致受其害。但他社

員之行使此權利也。亦必有其限制。故同條第三項又云：「定於前項之權利。他社員之一人。由知其行爲時二週間不行之而消滅。若由其行爲之時經過一年而不知者亦同。」蓋知之而不行或經一年之久而尙不能知。非由放棄必出於怠惰。放棄則無用法律之保護。而怠惰則又爲法律所不當保護。故罹於時效而消滅也。

若夫社員爲第三者而爲屬於會社營業部類之商行爲。則其所爲之商行爲不得看做其爲爲會社也。若亦看做其爲爲會社。勢必至有害於第三者之權利。故於此場合不外以除名及損害賠償等之方法加之於社員。以爲其制裁而已。

因定款之所定而不執行其業務之社員。於前者擄之競爭的行爲亦當禁止。以其行使檢查權之結果。於會社內界之狀況莫不深知。苟利用之。而與會社爲競爭。亦大感其不便。且此等之社員。雖不執行業務。而於會社之營業與自己之營業視之亦當爲同一之尊重。固立於有責任之地位。而不應競爭者也。以上於合名會社內部之關係。略已說明。此外如利益配當。責任分擔。退社員之持分拂戾。及於會社解

散時殘餘財產分配之割合等。尙有幾多之內部關係。則因欲依法文之順序而說明之。故俟諸後述。

第三節 會社外部之關係

會社外部之關係者。謂會社與第三者及第三者與社員間之法律關係也。內部關係稱之爲對內關係。則外部關係稱之爲對外關係可也。會社外部之關係。非如內部關係。因當事者自由意思之所定爲任意的。而此則悉依強行法之所定者也。故除法所規定之外。雖以定款或總社員之同意。亦所不許。即僅以法之規定。定法律關係之標準也。

會社爲法人。故對於外部之關係。全與組合之法理相異。非如內部之關係。以商法無規定之。故關係民法組合之規定。亦得準用之也。

與第三者之法律關係。不必限於登記以後。即登記前亦得有之。然實際上則殊少。其例何則。以登記之前。會社不得着手於開業之準備也。

第一款 會社代表

合名會社法人也。離乎其社員而有獨立之權利義務與自然人相同。即關於訴訟之事亦未嘗無所謂當事者之能力。然會社之自身則不能為法律行為及訴訟行為也。猶之訴訟能力必以當事者能力為條件而有當事者能力者亦不必即有訴訟能力。故合名會社之為法律行為或訴訟仍必出於代表會社之自然人無可疑者。

日本民法之於組合則業務之執行與組合員之代表權毫無區別而在於合名會社則以會社代表為對外關係業務執行為對內關係相並峙而初非同一。凡屬社員皆有代表會社之權利其社員若不欲代表會社時即不可以定款或總社員之同意定之。蓋社員以有代表權為本則以無代表權為變態也。試分述之如左。

第一 以定款特定代表社員時 此因或社員信用素孚聲望卓著久為商業上所倚重以之而定為會社之代表不獨會社蒙其利即各社員間亦皆蒙其利也。

但既以某社員定爲會社之代表時，則他之社員不得代表，而此代表社員之氏名，則不可不爲之登記。登記以後，其代表社員對於第三者，始爲有效之會社代表也。（五一之一之六）

第二 以總社員之同意而定之時 代表會社之社員不設定於定款者，實際上雖不多見，然若有不定之時，則後以總社會之同意補充定之可也。於此場合亦以登記爲必要（六一條）

業務執行社員，僅許於定款定之，而定代表社員，則不必悉依於定款，而許以總社員同意定之者，何也？蓋對於外部之代表社員，其一切之行動，仍依於內部業務執行之方針，有本末不同之點，且因或代表社員之死亡及其他之事故，使代表者來缺乏之時，有此規定，亦可爲應急之必要而選出之也。

右之所述，不問爲何之場合，而可代表會社者，必以社員爲限。此則與業務執行之場合相異之點也。

代表會社之權限爲無制限的所謂總括代理也。凡關於會社之營業一切裁判上或裁判外之行爲皆得有得爲之權限（六二一條一項）若加代表權以制限之時則不得以之對抗第三者也（六二四項及民五四條）獨是定數人之代表社員共同而代表會社之時可解爲代表權之制限與否雖亦爲一之疑問然商法中既有各社員代表會社之規定是明認社員間有各自獨立之代表權爲附着於社員資格之權能故以共同代表爲代表權之制限者非正當之解釋也。

第二款 不法行爲之責任

代表合名社會之社員或其他之代理人於行職務上而加他人以損害之時則會社任賠償之責（六二一條一項民四四條一項）夫會社爲法人合名會社之目的則在於營商業彼代理人者既於其範圍內有爲一切行爲之權限則於其行職務之時而或有不法之行爲本非會社所知（與此亦法理上當然之結論然自實際上觀之使被害者僅得對於其代理人爲賠償之請求而不得以會社爲被害者之相手

方則彼代表社會或其他之代理人設乏於資產時則被害者必致全然失救濟之策且自會社之一方面言之亦大害於信用而使世人不致與代理人爲安然之取引立法者有鑒於此故關於代表會社或其他之代理人有不法行爲時其行爲限於其爲職務上者則賠償責任當歸於會社之負擔即會社中之使用人有不法之行爲亦依此民法七一五條之所定會社與有賠償之責也

第三款 社員之連帶責任

合名會社之社員關於此會社之債務負連帶無限之責任此責任則合名會社之特質而爲與他會社區別之標準既如上所說明社員負擔此種之責任則不必問會社所負擔之債務其內容如何目的如何又不問其債務之成立在法律上之原因如何總之會社對於第三者之關係其債務有應歸其負擔之時不可不連帶而任辨濟之責者也

社員連帶責任之性質德國學者其說不一或謂合名會社非爲法人其商號之對

外關係不過爲社員外形的總括之名稱。其會社之債務以根本上言之。則社員之債務也。故會社負擔之債務。仍不外乎社員自己之負擔。此一說也。或又謂社員責任之原因與會社債務之原因一也。非會社先負擔責任。社員始依於法律之規定而負擔責任者。故會社責任之原因爲契約。而社員責任之原因則卽其社員之資格也。社員非爲第一位之責任者。亦非從責任者。此又一說也。日本商法則以合名會社爲法人。社員爲關於法人之債務而負責任者。故於會社與第三者爲契約之場合。會社責任之原因爲契約。社員連帶責任之原因則附著於社員之資格。而卽依於法律的規定。此爲正當之解釋。蓋會社之債務與社員之債務。其成立之原因不同。必會社債務成立後。社員關於其債務。始負擔連帶無限之責任。是會社爲第一次之債務者。而社員則第二次之補充責任也。社員對於會社債權者之關係。可適用民法上連帶債務之規定。故債權者對於社員之一人。或同時或順次對於總社員得請求全部或一部之履行。第三者僅對於他社員之一人。關於其社員之負

擔部分爲債務之免除。則於他社員之利益。亦可生其效力也。然會社與社員非卽爲連帶債務。故仍可爲同一之論定。若會社以其財產已履行債務之時。則會社之債務消滅。或會社已受債務之免除時。則會社之債務亦爲消滅。以會社債務消滅之故。而社員之連帶責任亦不得不因之而消滅。蓋會社之債務爲社員責任之基礎也。社員之責任。基因於會社債務。故關於會社債務之事由。其影響常不得不及於社員之責任。會社任遲滯之責。則社員之責任亦因之而大。因歸於會社責任之事由。至不能履行其債務之時。其結果亦同歸於社員之負擔。卽對於會社而有時效之中斷時。對於社員亦自可生其效力也。

社員之連帶責任。對於第三者而存在。既如上所說明。而社員對於會社亦有立於債權者之地位者。於此場合。他之社員亦如對於第三者負擔連帶無限之責任否乎。亦一可供研究之問題也。社員對於會社而取得債權者之資格。或有爲社員之關係者。亦有與社員關係。其原因初不相連屬者。彼如社員說求利益之配當。是爲

純然之社員關係。又如社員辨濟會社債務之場合。對於會社有求償權。直接不因社員之關係而亦生社員關係之結果。此等之權利。即不能使他之社員亦如對第三者而負擔無限之責任。蓋社員之一人辨集會社債務之時。對於他之社員雖未嘗不有求償權。然使概適用連帶債務之原則。則必與合名會社設立之本旨相違。故在會社存續中。不許對於個個之社員而遽為債權之行使也。

社員有因賣買質貸借消費貸借手形之授受及其他原因而為會社之債權者。於此場合。社員對於會社之關係。不異於第三者。對於會社之關係。其對於會社而執行其債權亦與第三者之地位無所徑庭。然對於他之社員亦得主張連帶無限之責任否。於此問題之學說不一其致。而以消極說為是。就其理由略述之。蓋社員雖有會社債權者之資格。同時仍保有社員之資格。而不得受定款所定之拘束。假使社員於會社之存續中。強制他社員以無限之責任。則其結果。必致使他之社員負擔過度之出資。是違反定款之所定。而定款將歸於無效矣。故以會社之財產不

能完濟其債務之時。其應歸他社員所負擔之部分。僅可記載之於帳簿。而不能命其爲超於一定之出資。蓋社員者關於會社內部之規定。固不可不服從者也。社員之無限責任。必在會社債務成立之當時。有社員之資格者。始使其負擔。此本則也。然卽非當時之社員。而在商法上使負擔同一之責任者。亦有三。

(一)新入社員 於會社設立後。新加入之社員。生於其加入前之會社債務。亦負擔其責任。六四條。此規定自理論上言之。似不免陷於一偏。蓋義務必與權利相伴。新入社員之權利。至入社之日而始發生。其未入社以前。與會社初不有其關係。無關係卽無責任。况以前之利益配當。前之社員受之。而新入社員者不與焉。不享其利而專負其責。則待新入社員者。不免失之過酷。而有不權衡之弊。又况前社員所負之債務。安知非由當日之第三者信用社員之一身而起乎。故在英國法一種之契約見之。在入社前所生之債務。新社員不負其責。卽日本舊商法一一五條之規定。凡新入社員於契約上。無別段之規定時。則入社前所生之會

社債務當負擔之。從可知舊法以契約之故。可不負擔入社前債務也。雖然會社非契約之關係。而有法人其所負者。乃會社之債務。非社員之債務。既爲社員。卽立於連帶責任之地位。若必就入社之前後而分負其責任。則不特計算上不勝其繁。卽於無限責任之原則亦屬相違。且使債權者之權利不能確實於取引上。亦有不便利之處。故商法對於新加入之社員。使與前條所規定之社員負同一之責任也。例如或會社既有五萬圓負債之場合。有甲之社員新加入於其會社。則其加入以後。於會社所有若干之借金。有連帶之責任。固所勿論。卽其加入以前。關於會社負擔之債務。甲之社員亦與他之社員。皆連帶而有辨濟之責任也。

(二) 類似社員 非社員者。有爲可信自己爲社員之時。其對於善意之第三者。與社員負同一之責任。六五條卽無社員之資格者。其所爲之行爲。實能使他人陷於誤信之時。則對於被信人之與爲取引者。亦負擔無限之責任也。而所謂類似行爲者。果屬諸何種之行爲乎。舊商法上則採列舉法。今述於下。以供參攷。

(甲)承諾自己之氏名使用於他人之商號中。例如商業會社最重信用。彼會社之設立者。往往欲借大資本家之氏名。而加入於會社之商號中。以增長信用之助勢。彼資本家或明示或默示而許其使用是也。又如已退社之社員。其氏或氏名仍存在於商號中。而聽其續用不爲取消。亦其例也。

(乙)非社員而干預會社之業務執行。例如以贊成員或顧問員之名義。於會社之業務皆所預聞。不啻與社員同盡其職務者是也。

(丙)非社員而事實上有社員之權利義務者。例如不定自己所負之責任。但於會社之損益則與督實之社員同受其配當。即日語所謂黑幕社員是也。

關於此類似社員之責任。尙有應注意之二三點。試更述之。

(一)爲立法論者。謂社員之責任對於一般之會社債權者負之。而此類似社員之責任。則僅對於其誤信之第三者負之。故所謂與社員負同一之責任者。非完全之規定也。何者。謂對於第三者。自任其責之爲當乎。

(口)此類似社員之行爲。實出於不知。又實陷於誤信者。非可憑虛而構之也。必舉其事實以證明之。而證明之責任則非他人。第三者也。

(八)類似社員之責任。其責任本由行爲而發生。有永續之行爲。乃始有永續之責任。否則偶一爲之。則對於第三者不過負一回之責任。不能使之常負社員之責也。

(三)類似社員。當第三者主張無限責任時。其第三者之債權。不問其自己果參與事件與否。但有使第三者陷於誤信之行爲。均不得自謝其責任也。

(二)退社員。退社員既爲退社之登記後。其二年以內生於退社前之會社債務。尚負擔其責任。(七二條)此定社員之免責期間也。夫社員之責任。係於社員之資格而存在。既經退社。則與會社之關係業已斷絕。不但退社後之債務非所與知。即生於退社前之債務。亦可不負何等之責任。雖然使社員之任意退社者。全然得自免其責。則彼無資產之後。相集而設立合名會社。加一有名之富豪爲

社員因之而信用盛行。發生會社之債務。而此富豪者忽然而自由退社。其所負之債務絕不負何等之責任。則會社之債權者必致大招其損失。此退社後所以必仍使之負擔責任也。至其退社之時期。則不依實際退社之日時。而依退社登記之日時。何則對於第三者有退社之效力。必在登記之日以後。故二年之期間。當由登記之日起算。亦爲此也。

如上所述。則社員外之負責任者。雖有三種。然新入社員因取得社員之資格。而使負責任。退社員亦因其從前社員之資格。而使負責任。故嚴格言之。可稱爲社員外之負責任者。僅有類似社員而已。

第六款 出資之減少

合名會社雖非如株式會社。豫有一定之資本額。而社員應差入之財產出資。固必有其總額之可稽者也。財產出資之價格。爲登記事項之一。第三者因之而知會社營業之資本額。又因之而得爲信用之取引者也。故財產出資之增減。對於會社債

權者實有重大之利害關係。蓋社員出資之減少，即來會社財產之減少也。夫會社之財產，因營業成績之良否，物價變動之如何，其增減常不能一定。或則照原有之資本額而為數倍之增加，或盡舉其所有之資本額而悉歸於無有。此與為取引之第三者固無由而知之。所可知者，僅此記載於定款之營業資本有幾多之數額耳。立法者亦常欲維持會社之資本，故會社非填補損失後不得為利益之配當。亦可見會社之資本額常欲其保全於會社之財產中。且可見其保全資本額之意，即為保第三者之信用而出之也。若社員之出資忽然有減少之時，則會社財產即因之而減少。夫會社財產為會社信用之第一基礎，即為會社債權者之共同擔保。出資減少，直不啻減少債權者之共同擔保也。此在財產充足之時原無所礙，否則會社債權者因出資之減少而有害其利益者不少矣。或者謂合名會社之社員其責任皆連帶無限，故雖為出資之減少亦與會社債權者初無所礙。然此非正當之論也。蓋出資以後，則為會社之資本而歸屬於會社財產中，可以供債權者之特別擔保。

一旦因出資之減少而歸於社員之私有財產中。則會社債權者對於其財產即無最早之特別權利。僅不過與社員之債權者共有受平等分配之權而已。故財產之在會社與歸於社員之所有。會社之債權者實有重大之關係也。

因有以上之理由。故法律爲保護債權者起見。對於出資之減少必加以一定之制限。今述其手續如左。

社員之出資額。應記載於定款之事項也。故出資之減少。即爲定款之變更。而必先以總社員之同意決之。得其同意。則社員間始克生出資減少之效力。然欲對於債權者而發生效力。則不可不於會社之本店所在地。爲出資減少之登記。既登記後之二年間。會社債權者若對於出資之減少。不陳述異議之時。則其出資之減少。始能有完全之效力。故經過二年以後。第三者雖有如何之理由。亦不能陳述異議。不問其爲善爲惡意也。

獨是在二年之期間內。債權者若陳述異議之時。則如何。曰其債權者之債權。已達

於辨濟之期則辨濟之即在辨濟期以前之時而苟無害於相手方之利益則會社亦當拋棄其期限之利益而即為辨濟之何則期限者原為債務者之利益而設法律上固可以推定之者也

此出資減少之手續也關於此尙有應說明之事項在

(一)對於出資減少而可述異議者必限於減少登記以前之債權此雖法律無文明之規定當然之事也

(二)出資減少時社員所有之拂戻請求權為基於特別之理皆非伴於社員資格之當然權利也

(三)出資減少者減少現在社員之出資額也若或社員以退社之結果而拂戻其持分則退社員出資額之拂戻雖即會社資本之減少非法律上所謂出資之減少也

(四)出資之減少者謂財產出資之減少也若勞務若信用之出資則雖亦定評

價之標準而揭之於定款。然此不過爲社員間之權利分畫。防有爭議而設耳。且勞務信用之出資。雖無可爲會社之資本。而非可以供第三者之擔保。故法文雖言出資減少。初不明定出資之範圍。而以法理上解之。則不以財產爲目的之出資。固不包含之也。例如以勞務爲出資之社員。本以整理帳簿監督技術等之勞務。預約於定款之中。而後則辭帳簿整理之事務。單任其技術之監督。得總社員之同意。爲定款之變更。而變其評價標準之時。則依於初之標準。有一萬元出資之價格。依於後之標準。卽減半而爲五千元。此而目之爲出資之減少。亦非不可。然不過在社員間其出資之見積額有所變更。而對於第三者則絕無何等之關係也。由此觀之。則所謂出資之減少者。必限於財產出資。可無疑矣。

(五) 至於出資之增加。則法律初無制限。故僅依定款變更之方法。卽可以自由增加於此場合。但於所登記之事項。爲變更之登記。可矣。(五二條) 蓋出資之增加。其結果不過爲增加會社之權者之擔保。無論何人。皆不受其損害者也。然於

株式會社。則因特別之理由而增加資本。亦必設一定之制限。此俟日後之說明可也。

第七款 利益之配當

在於個人之營業。則其營業上有收益之場合。或更用爲營業之資金。或卽用之於家事費用。全屬於商人之自由。初不待法律之有所規定也。獨至於會社之營業。則其社員爲利益之配當。卽生特別之問題。非就以下之條件及割合分述之。不能喻也。

第一項 利益配當之條件

會社財產爲會社債權者之擔保。若故意而減少之。則有害於債權之利益者甚大。且社員對於會社之出資額。既爲登記而公示於第三者之後。則會社之財產與社員之出資。不可不有相當之數額而保存之於會社。故法律爲維持會社財產之方法。卽與利益之配當。亦必設一定之制限。何則。利益亦會社財產之一部。既拂渡於

社員則於會社財產即受直接之影響是以本法六七條特爲明確之規定凡會社非填補損失後不得爲利益之配當且所謂會社之利益者即會社財產超過於資本額之部分之意義也例如開業之時其資本爲十萬元泊營業年度之終會社財產若增至十二萬元之時則二萬元即爲利益否或會社財產僅成爲九萬元則一萬元即損失也故有損失則無利益當不俟言而法文必明爲規定者亦以防虛僞之配當而特示財產維持之定則使與會社爲取引之第三者不致或蒙其損害耳蓋詐欺之徒往往不問其有真實之利益與否而僞爲利益配當以分割會社之財產者此不可不預防其弊也若違反此規定而漫爲配當之時則會社債權者得使之返還於會社也(六七之二)關於此尙有應詳說者試更述之

(甲)會社財產超過於資本額云者謂會計之積極財產與消極財產相抵償外較之登記時之出資總額尙有贏餘者也至社員之出資有未盡繳入者時則其未繳人之部分即爲會社對於社員之債權故其額可加入於會社之財產中也

(乙)填補損失云者使會社財產仍復其資本額之數也故所謂填補損失後爲利益之配當者即會社財產既充其資本額以後而處分其殘餘部分之義也

(丙)會社財產超過於資本額則謂爲利益故有營業之成績甚惡而得利益者亦有營業之成績極優而轉招損失者何則會社所有之動產不動產其價格常有其變動故於調製財產目錄之時其價格騰貴則營業之收益雖少而亦有利益價格低落則營業之收益雖多而仍不免於損失要之於配當時期依其會社財產現時之價格果超過於資本額以區別其利益或損失可也至配當之期應屬於何時則多以定款定之或年一度於十二月行之或年兩度於六月及十二月行之皆無不可

(可)於會社計算年度之終僅就本年之收入與支出互相對照而收入超過於支出之時亦未必即謂爲利益也必於今年之財產較之於前年同時期之財產實有贏餘而始可謂之爲利益故可配當之利益必限於超過資本之部分也

(或)會社之定款中若定有準備金役員賞與金之時則非除去是等金額後不得爲利益之配當惟此爲純然之內部關係初不與第三者相關假使違反定款之規定不除去是等之金額而爲利益之配當則反對之社員雖可主張無效而第三者對之則不得述其異議也蓋既超過乎會社之資本則於會社財產部分之處分悉屬於會社之隨意矣

(若)在於株式會社若爲不法之配當則對於取締役當處以十元以上千元以下之過料而合名會社之業務執行社員爲不法之配當則無此制裁不過由債權者得請求其返還此其故因一則合名社員之社員其責任既連帶無限當不致如取締役等有不當之行爲一則其社員既負無限之責任則會社債權者亦不致大蒙其損害固無俟設嚴律以相繩也

第二類 利益配當之割合

利益配當應定若何之割合亦爲會社之內部關係無明定於法文之必要故定款

上其割合有定時。則依定款。無則應其出資之價格而定之可也。然有時所揭載於定款者。於社員責任之負擔額。則定其割合。而於利益之配當。獨不定之者。是亦即可就其負擔之割合而推定。爲與利益之配當額相通者也。但有反對之證據時。則不在此例。

第三項 損失分擔

損失分擔與利益配當雖非一事。而因對照之便宜。故亦可於茲說明之。夫合名會社之社員。僅依於定款而負擔出資之義務。及會社無資力時。關於會社之債務。當連帶任辨濟之責已耳。至於會社繼續中。其營業上有招損耗之時。則社員不過不能受利益之配當。而初無填補之義務。故損失分担之語。在會社之存續中。無此事也。必至會社破產之場合。各社員始不得分擔其責任。故損失分擔之割合云者。卽所謂社員間責任負擔額之割合也。

雖然合名會社之社員。其連帶責任。爲法之行強的規定。故各社員之責任分擔額。

雖定於定款。或已得總社員之同意。而對於會社債權者。仍不得以內約之所定爲抗辯之理由也。然其內約對於外部則無效。對於內部則有效。如某社員應會社債權者之請求。而辨濟會社債務之時。則對於他之社員。依其各自之分擔額。未嘗不可行使其求償權也。例如有甲乙丙丁之四社員。其責任額爲一二三四之割合時。甲以會社之債務十萬元支拂於會社之債權者。則對於乙之求償權爲二萬元。對於丙之求償權爲三萬元。對於丁之求償權爲四萬元。固所勿論。然甲不能因自己之負擔額對於十爲一之比例。遂以不支拂於萬元外之理由。提出於債權者而爲其抗辯也。

若夫會社因營業而或有損失。則各社員間於解散之場合。其殘餘財產之分配。卽因之而減其內容。於退社之場合。其引受持分之拂戻。亦因之而減其分量。然此僅事實上元本之減少。與法律上所謂損失分擔者。不能一概論也。故對於利益配當。而言之損失分擔。卽解爲社員辨濟責任之分擔。亦無不可。

至於定責任分担之割合，則亦與利益配當之場合同，可無俟複述也。

第五節 社員之退社

在羅馬法中以組合爲契約關係，其契約上之債權債務與設定之當事者，有不可相離之關係，故不許當事者之有所變動，當事者之變動，即組合消滅之原因也。而在以組合律合名會社之法律，則理論上不可不依同一之原則，而不認有獨立之存在，即在於認有人格者，亦尙以人的存在爲會社存立之條件，因之一社員之變動，即爲會社員解散之原因，雖以此爲外國商法之通則，亦無不可。然如一社員之死亡破產或禁治產等，因不測之事由而解散會社，其結果至欲爲清收之事，不可不謂其反乎會社設立之目的，而阻害商業之發達，且與社員之利益相悖者也。因此之故，於是不問社員之異動，而變其會社之存續，有種種之規定，或則於解散之事由發生後，許他之社員繼續，其會社或則因社員自己之事由而罹於除名，亦認他之社員繼續其會社也。雖在德國商法，不以合名會社爲法人，而以爲契約關係。

誠不能脫沿革上之羈絆，然其企圖會社之存立者，立法亦未嘗不周。蓋德商法雖以社員之死亡及破產爲解散之事由，而預以契約定會社存續之時，則社員之退社事由發生視之爲當然退社。社員有死亡之場合，則相續人得繼續會社，又有重要之事由，或社員雖爲解散之請求，而裁判所因他社員之申立，得使解散之社員除名。且除爲解散預告之外，雖解散事由發生，尙看做爲業務執行權之存續。凡此皆出於保存會社之趣意也。日本商法則以與會社之存續不相容之事由爲會社解散之原因，而以社員自己發生之事由，則認爲退社之原因。此亦由合名會社當置重於社員人格之故而確立此大原則也。夫一社員之退社與會社之生存皆有關聯，原不應許其爲任意之退社。然於民法之組合，既認組合員之脫退，豈以爲營業機關而行動之合名會社，轉可不認社員之退社乎？况乎合名會社法律上固認其有人格者耶？故認社員之退社與認社員入社之主義，初無所異也。

第一 退社之事由

退社者於會社之存續中、或社員喪失其社員資格者之謂、其事由則大別爲二、卽有意之退社、及無意之退社是也。

有意退社之原因亦不一

(一) 一方行爲 定款上不定會社存立之時期時、又定或社員之終身間存續

於會社之時、則社員爲預告於六個月之前、卽得於營業年度之終而爲其退社、

此六八條一項之所定也、預告須由營業年度之終而上溯以前之六個月爲限、

故其營業年度若與歷年相同之時、則預告之期、至遲亦當以六月三十日爲限、

至後期之預告、法律上不生其效力、若其預告既不愆期、則不問退社之後不利

於會社與否、而其社員皆有退社之權利也、預告爲一方的行爲、其形式在法律

上初無必要、唯社員以相互間之法律行爲而欲爲退社者、則對於他之總社員

不可不表示其意思、不僅當對於代表社員而爲之也、

不問定會社存立之時期與否、凡有不得已之事由時、則各社員無論何時、得爲

退社此同條第二項之所定也故在存立時期有定時則有不受時期拘束之利在存立時期無定時亦不受豫告期間之拘束且并不必待營業年度之終也至何者爲不得已之事由則爲事實之問題結局仍不外依裁判官之判斷耳

(二) 定於定款之事由發生退社之事由定款上得自由定之而在定社員之期間條件資格之場合則其期間之滿了條件資格之消滅卽爲退社之原因

(三) 總社員之同意會社定存立時期之場合在其時期到來之前又定款上所定退社之事由在未發生之先而欲爲退社則不可不得他社員之同意卽彼不執行業務又無代表會社權利之社員亦不可不得其同意也此亦非命令的規定故豫依社員過半數之議決而定之亦無不可

若夫不定會社存立時期之場合則但有總社員之同意卽不必有預告之期間并不必問營業年度之終否而皆得爲退社也

(四) 持分全部之讓渡持分全部之讓渡則其讓渡人喪失社員之資格當然

爲退社者固無待說明也（七二條第二項）

無意退社之原因亦不一更述如下

（一）死亡 死亡爲社員退社之事由，當不俟論，在羅馬法則以死亡爲組合解散之強制的事由，若其相續人與組合相繼續之時，卽爲背反組合契約之本質。現今歐美之商法，亦多以社員之死亡爲合名會社解散之原因，唯於其規定之任意的點，則與羅馬法全異其旨趣，而日本商法則不過以死亡爲社員退社之原因，與會社之存立初無直接之影響也。

於此所應研究者，則會社與死亡社員之相續人之關係也。若一社員死亡以後，他之社員始與其相續人相約而繼續會社，則法律上不可不解爲死亡社員之退社，與其相續人之入社，蓋定欸既無何等之規定，則社員因死亡而退社，其相續人不能代被相續人之地位，而卽爲社員也。反之而定欸之中，豫定社員之死亡時，許以相續人爲社員，則相續人卽承繼被相續人之權利義務，取得社員之

資格而可爲社員關於既往之債務與將來發生之債務皆負擔連帶無限之責任。固當然之結果也。然定款之規定以取得相續人之資格爲前提。故若爲相續之拋棄則相續人即不得爲社員矣。

(二) 破產 破產者社員退社之強制的理由也。舊商法一〇五四條凡受破產宣告之債務者非得復權不得爲社會之無限責任社員。又家資分散及受身代限之處分者亦當適用民法施行法第二條及第三條之規定也。

(三) 禁治產 以禁治產爲退社之事由者蓋因其連帶無限之重大責任及與他之社員當從事於共同營業之原則也。

(四) 除名 除名者剝奪社員之資格之行爲也。故除名不可不有重要之理由。商法第七十條列記除名之事由如左。

(一) 社員不能爲出資之時。例如社員出資之目的以特定物爲主之時。其物因偶然之事故而忽遭滅失則其危險即由出資者負擔是也。

(口)不問其受催告與否、而於相當之期間內不肯爲出資之時、此亦財產出資之關係也。

(ハ)社員違反競爭禁止之規定時、此因他社員之一致、不但得爲除名、且得使之爲損害賠償、若以他項處分而代其除名、則亦由於會社之隨意耳。

(ニ)社員執行社會之業務、或代表會社之人、對於會社之金錢、而以自己之目的消費之、或濫用會社之名義、而爲不正之行爲是也。

(ホ)無執行會社業務之權利之社員、關於業務之執行、而漫爲干預之時、

(ヘ)於社員之資格上所應盡之重要義務、而不盡之之時、例如不作成財產目錄、貸借對照表及怠於爲業務之執行、又毀棄會社之重要書類是也。

除名之法定事由、不外乎上之所述、然不妨以定款而擴張其範圍、或左右其適用也。社員遇有除名之事由、則以他社員之一致、即得強制其退社。初非如德國商法之必有待於裁判也、唯不以除名之事情通知於被除名之社員時、則不得對抗其

社員耳

(卜)由於裁判之除名 社員因不得已之事由至欲以會社之解散請求於裁判所之時、其事由若僅關於社員之一身者、則裁判所得以除名而代會社之解散也(八三條)此除名爲裁判直接之效果、其裁判未至於確定、則社員之資格依然存在、但裁判所得爲假處分而禁止其業務之執行、或禁止其爲會社之代表耳、蓋裁判之除名、必有社員之請求始得爲之、不得因於解散之訴裁判所遂可以自由之判斷而爲除名之裁判、且除名之申立、亦不得獨立爲之也。

第二 退社之登記

社員因退社而喪失社員之資格、不必問其原因之如何、而於對內之關係、當然可生其效力、初不俟言、然對於外部之關係、則非爲退社之登記、不論其爲會社爲退社員、皆不得以社員資格之消滅對抗於第三者也、社員之異動爲登記事項之變更、由其變更之時始二週間內其本店及支店之所在地、不可不爲其登記也、至其

登記之效力，則亦與一般之登記相同。

第三 持分之拂戾

社員因退社而資格消滅，故一切執行業務代表會社與夫監督營業之權利，退社員皆不得有之。又退社以後所有社員之權利義務，亦非退社員之所與知，故生於退社後之會社債務，決不負擔連帶無限之責任也。且既經退社，則此後對於會社即立於第三者之地位，其對於會社之請求，與第三者之請求，初無所異。換言之，即與普通之債權者相同，而得行使其持分拂戾之權利也。其請求之基礎，雖屬於會社之關係，而他之社員及新入社之社員，對於退社員之請求，則固負擔連帶無限之責任者也。

退社員之財產的權利，不隨退社而消滅，故會社與退社員之間，不可不為其計算，即稱之為一種之清算，亦無不可。唯此清算，為對內關係，是以民法組合之規定，可以適用也。

(一) 退社員以特定物之使用或收益爲出資之場合，則其物之自然的得請求其返還。何則？特定物之本體非出資之目的也。然其特定物因不歸於會社責任之事由而或遭滅失之時，不得向會社而求其補償，固不俟言矣。

(二) 清算之目的在於計算退社員之持分，而其計算則以退社之當時現存於會社財產之狀況爲基礎。所謂退社之當時者，詳言之，即依於預告而爲退社者，在其營業年度之終時，因社員之一致而被除名者，在通知其退社員之時，因裁判上而致除名者在裁判確定之時是也。至計算會社財產之額，雖與每營業年度所作成之財產目錄貸借對照表爲同一之原則，然持分之計算，則必以會社財產之真正價額爲基礎，不但超過真實之價額不能依之爲計算，即不及真實之價額亦不能依之爲計算也。夫商法二六條之二項，僅爲半面的強行規定，雖不許超過乎財產之實價，要不妨附以不及實價之價額，而計算退社員之持分，則不能依此例也。

退社員之持分、有積極的計算、有消極的計算、積極的計算、則示退社員對於會社所有之債權、消極的計算、則示退社員對於會社而爲債務者也。退社員必有積極的持分之時、始得請求其拂戻、其拂戻則不論其出資之種類如何、而皆以金錢爲之、故退社員不得指定出資之目的物而請求其原物之返還、會社亦不得強爲原物的返還、又不得爲金錢以外之財產之分配也、又其請求拂戻之權利、并不問退社員所供之出資屬於何之種類、卽以信用或勞務爲出資者、亦可依勞務信用之評價而請求持分之拂戻也、(七一條)若退社員之持分、爲消極的計算之時、則退社員純然爲會社之債務者、而不可不爲其辨濟、在民法及商法雖無特別之明文、而依組合契約之所定、應分擔其損失、固當然之結果也、退社員之持分、既以計算會社之財產爲基礎、則雖會社之債務、亦不可不算入於會社財產之中、故退社員於對內關係、則對於會社之債權者、有受債務免除之權利、而對於會社之債權者、至不得不盡連帶無限之責任時、則對於會社及

他之社員得請求全額之補償也。

(三) 生於退社前之事項若退社之當時有未結了者得於其結了後而爲其計算故有未了之事項時則退社員之持分不能爲終局的計算因其結了之結果如何而退社員或可受利益之分配或轉受其追徵者此未了之事項於退社員雖有利害之關係然因其已喪失社員之資格故關於未了事項之結了一存於會社與第三者之間退社員不得有所干預而行使其他社員之權利也。

(四) 退社員之清算爲純然之對內關係不有強行之性質故皆得以定款或總社員之同意定之雖不爲清算而以預定之金額爲計算亦無不可又以勞務或信用爲出資目的之場合若定款上定爲不與出資者同受其拂戾則其持分所算出之價額卽可以度外置之矣。

第四 退社員對於第三者之責任

合名會社以社員爲主依於其人之信用而成者故對於社員之責任不可不以嚴

格繩之、即退社員於本店所在地、當爲退社之登記、而其登記前所生之會社債務、則由登記之時始、二年內尙負擔其責任也（七三條一項）蓋社員若忽然而爲自由之退社、全然與會社之關係斷絕、則會社之債權者、必致受非常之損害、又此責任期間登記後、僅限以二年者、蓋退社員與殘留之社員不同、既不能參與社務而保護自己之利益、卽有利益而亦不能躬受其配當、若使之永負重大之責任、亦不免失之於太酷也。

又爲持分全部讓渡之退社、亦負擔同一之責任（七三條二項）於此場合、則讓受人之新社員關於入社前之債務、亦負擔無限之責任、此同一之責任、既有讓受人而代爲負擔、似退社員卽無爲二重負擔之必要、然依其新舊社員之資產如何、於第三者皆可蒙重大之影響、故法律專爲保護第三者起見、其二重之責任、仍併存之、而不使退社員之卽免其責也。

退社員之責任、以對於會社債務之存在爲前提、故第三者之債權、若權於時效而

消滅。則雖未經過二年而退社員亦不負其責任固當然之理也。

第六節 合名會社之解散

會社因解散而失其人格與自然人因死亡而失其人格者相同。然非因解散之事由發生。對於會社內外之法律關係。即同時消滅。或失其效力者也。會社既至於解散。亦非遽失其活動力。會社財產亦非條變為社員個個之私有財產。所謂不可不為其清算。而於清算之目的之範圍內。尚看做為會社之存續也。（八四條）此觀念非商法所固有。實與民法法人所採用之主義相同。而在會社解散之事由發生以後。不論於對內關係於對外關係。而尚認為有人格者之行動。在法律上之性質。學說不一。此固不可不就其根柢上。所謂組合主義與法人主義為區特之標準。而至於論理的之推究。則不認其有所異。同學者間之說明。皆謂合名會社之解散。僅為合名會社之消滅。非會社因解散之故。而事實上遂滅其跡也。會社固依然存在。不過法律上變易其性質。改而為清算之會社耳。未嘗不認一種特別會社之存在也。

其與合名會社之所異者。則在於不營商業。即間有營之者。亦止在於爲最後之商行爲。此形容會社因解散而變其性質之趣旨也。惟合名會社爲營利之目的而設立者。故於其清算之時。或以爲喪失營利之能力。或以爲營業團體之消滅。其立論雖非無見。然所謂清算會社之觀念。決非爲營利會社所獨有。即民法之所謂公益法人。亦皆可依同一之理論。故曰研究清算會社之性質。當以法人共通之觀念說明之。始能得以真相。若以營利或營業之思想爲基礎。究非完全之論也。

謂解散後所存續之會社。在清算目的之範圍內。看做爲合名會社者。係出於法律之擬制。此實適合乎日商法之趣旨也。蓋清算會社。無認爲一種特別會社之理由。不過謂其不能營業。已喪失其生產力。則無非出於清算之目的云爾。

已解散之會社。僅於其清算目的之範圍內。看做爲其存續者。不得以之爲營業團體而活動也。故凡法律上關於營業之規定者。皆不適用於清算會社。其社員之執行業務代表會社之權利。皆共解散而消滅。即所謂競爭禁止者。亦當然失其效力。

又有執行業務代表會社之權利與無此權利之社員亦無所區別矣。於此有可申論者。合併爲會社當然之消滅而不爲清算。故無認此手續之必要。又於破產之場合。則依破產法之規定。而爲破產財團之處分。亦不得謂爲商法之清算。故於破產法第五條之規定。凡會社受破產之宣告者。於破產手續之範圍。尙看做爲存續也。

第一 解散之事由

(一) 存立時期之滿了。其他定於定款之事由發生。定會社存立之時期。則因其時期之滿了而生解散之效力。當然之理也。存立時期雖爲解散事由之最普通者。而若以特定之事故發生。定爲解散之事由。則亦聽諸會社之自由。故定於定款之解散事由。初無強行之效力。使於存立時期之滿了前。或於他之解散事由發生前。預爲定款變更之手續。而延長其期間。或變更其解散事由。亦無不可也。

會社雖解散之後社員得繼續會社若一部社員繼續會社之時則他之社員即看做爲當然之退社者（七五條）此制度蓋以退社員可受持分之拂戾初不被何等之損害且同意爲繼續之社員若以同一之目的而必使爲設立之更始則不僅要無益之勞費且因清算之故而使本來之取引至是而中絕其受害決非淺數故一方則許其繼續一方則認爲退社也認此退社之制度則於會社之權利者亦不致或蒙其損害何則以債權者對於退社員仍得主張其權利也

（二）會社目的之事業之成功或其成功之不能以定款而定會社設立之目的則既達其目的會社即因之而解散固也至事業成功不能之意義則議論會無一定若以絕對的爲解釋不問營業上之結果與營利之希望如何但因定款所定之目的有不得施行之時如以特種物品爲販賣目的之會社而政府忽爲專賣法之施行又或因科稅太重而收支不能相償至會社不得不解散之時始稱爲成功之不能不僅其見解失之於過狹且亦反乎會社設立之趣旨也蓋會社

之設立。本以營利爲目的者。其經濟上之成績如何。與社會之存續。卽有不可相離之關係。不妨以相對的意義解之。例如因鐵道之敷設。新航路之開通。關稅之賦課等。而所得利益之希望。至絕於將來。又如極大之資本家。故說以同種營業爲目的之會社。而此會社之資本。萬不能與之競爭。必自處於劣敗之地位。亦可謂爲事業成功之不能也。

(三)總社員之同意 不問定社會之存立時期與否。而以社員之同意卽爲解散會社。此之同意。必其目的專在於解散社會者。若於將來一定之時期已到來之場合。始約而爲會社之解散。則不外乎遵守定款之所定而已。

解散之事。雖以全員之同意爲原則。而定款中不妨定議決之體樣也。

(四)會社之合併 合併有二種。其一爲甲會社合併於乙會社者。在此場合。則甲會社爲解散。而乙會社爲存續。其一則爲甲乙二會社相合併。而別設立一丙會社者。於此場合。則甲乙二會社皆解散也。凡以合併爲會社解散之原因者。僅對

於解散會社爲然。非合併之效果。僅僅爲會社解散之意義也。但既爲合併。則無不有一會社之解散者。

(五)社員爲一人時。社團法人斷無以一社員而可爲存續者。故二人所組織之合名會社。其一人人生退社之事由時。則會社卽不得不因之而散解。故二人之會社於同意之退社除名。裁判上除名之觀念。不能相容者也。

(六)會社之破產。會社受破產之宣告。則依於法律之命令的効果。使其營業團體之性質而不克生存者也。德商法於社員之破產。雖亦認爲會社解散之原因。而日本商法則不然。明定社員與會社全然爲別個之人格。因之而社員之破產其結果。初於會社之解散。別無關係者也。

(七)裁判所之命令。合名會社因裁判所之命令而解散者。卽於本店所在地已爲登記後六個月不開業時。則因檢事之請求。或裁判所以自己之職權。得命其解散(四十條)此一例也。又會社爲反乎公之秩序或善良風俗之行爲時。裁判

所因檢事之請求。又以其職權亦得命其解散（四八條）此又一例也。

合名會社解散之原因。既如以上所說明。而其原因於強行的場合。則會社不能繼續固不待言。若非爲強行的。而以總社員之同意。得繼續會社與否。一問題也。在存立時期之滿了。其他定於定款之事由發生。則以社員之全部或一部之同意。得繼續會社。固爲法律所明示。然假如以總社員之同意。決議解散。或合併以成立之後。而不能履行。又或合併契約已解除之場合。尙得繼續會社否乎。對於此問題。則以主張消極論爲當。蓋繼續者包含解散之意。與看做爲不解散者之謂。非全然回復舊態之謂也。會社於清算之後。不過於清算目的之範圍內。視之爲存續。故非清算範圍內之行爲。皆所不許也。然爲立法論者。謂合名會社以人的信用爲基礎。故會社之存在。一委諸社員之自由。決無不可。而必無損於會社債權者之利益。況於存立時期之滿了。其他定於定款之事由發生後。固明認會社之繼續乎。

第二 合併

會社之合併者。一會社併吞他會社。又新會社設立之目的與現存會社相合同之謂。前既言之矣。日本商法認會社合併之自由。故於同種之會社與異種之會社。又合併之會社。所營事業之目的果否相同。概所不問。而參照他國之法律。則德商法對於株式會社與株式會社。或與株式合資會社相合併。又株式合資會社與株式合資會社。或與株式會社相合併。雖皆爲法律之所認。而兩株式會社相合併。而別設第三株式會社。則有所不許。又異種之會社與株式會社相合併。亦無所規定。葡商法於第二百八條。僅規定一株式會社被他株式會社所合併之場合。而株式合資會社則同法之所不認。故無可以合併之理。瑞債務法則於株式合資會社與他株式合資會社。亦認許其合併。而其規定合併之最廣且詳者。則爲意商法及奧商法。凡同種會社之合併。異種會社之合併。與夫二會社解散而合併於新設立之第三會社。皆同法之所許也。其他一八九四年那威之株式會社草案規定。併吞之場合及第三會社之設立。一八九六年塞國株式會社法。以被他會社併吞爲解散事。

由之一。皆足以資參考者也。

於英國之法律。則關於合併之規定。獨付闕如。而美國法律規定。鐵道會社之合併。材料頗多。又法之會社法。不設合併之規定。而依學者所說明。則稱二種之合併。爲併吞。而以設立第三會社爲目的之合併。則稱之爲狹義之合併也。

抑會社之所以要合併者。在節省營業費。增進競爭力。避無用之競爭。而拯救將倒閉之會社。雖有種種經濟的事由。而其所以爲主眼者。則在於不履踐清算之手續。而得爲會社財產之處分。然各國之法律。於株式會社。雖認其合併。而不及於合名合資之會社。蓋前者則以法定清算爲解散必然之結果。有不得不認許合併之理由。而後者則其營業之資金不甚巨大。社員之數亦自有其制限。且一切之取引。其關係又非盡複雜。而尤有社員相互之信用。與無限責任爲基礎。故其清算亦不必從法律之所定。得以定款及總社員之同意。而自由爲會社財產之處分。故或舉營業之全部。而移於他之會社。則社員即得加入於會社之中。此其認合併之實益較

之株式會社固甚少也。雖然合名合資之會社而果爲合併亦非無經濟的之利益。苟非出於保護債權者之途則卽無否認合併之理由也。

日本商法所定之合併則屬於包括的承繼之原則故以解散會社之財產爲一團而歸於他之會社或新設會社之財產其所有之債權債務亦一概爲其會社所認繼。故此會社之債權者仍爲他會社將來之債權者債務者對於其會社亦當然而應盡履行之義務。關於個個之債權不爲讓渡而亦非有所更改也（八一條）又合併者卽欲爲合併之會社間之契約也。甲會社而被乙會社所併吞之場合則甲會社之社員全部或一部爲乙會社之社員而讓渡其營業全部於乙之會社。又甲乙兩會社相併合而新設丙會社之場合則甲乙二會社之全部社員或一部社員讓渡營業之全部而爲丙會社之設立。此固各種之合併所共通之理論也。

會社之合併。爲合名會社解散之事由者因其會社爲他會社所併吞或與他會社相合同而設立新會社也。於前之場合則解散之合名會社其社員之全部或一部

必爲存續會社之社員及株主。於後之場合則必爲新設會社之社員及株主。無論如何之場合。於解散合名會社之時。則固以總社員之同意爲必要也。

循上所說。則合併既爲包括的承繼之原則。是欲解散之會社之債權者。在合併以後。卽爲存續會社。或新設會社之債權者。而當實行合併之時。其於債權者之利益。有無傷害與否。固不可不預爲計也。故會社爲合併決議之時。自其決議之日始。二週間內。當作成財產目錄貸貸對照表。以先明會社財產之狀況。次則於其期間內。公告債權者。許其於一定之期間。而陳述其異議。且已知之債權者。又不可不爲各別之催告。其異議申立之期間。雖委諸會社之所定。然亦不許在二個月以下也。（七八條）在其期間以內。不爲異議申出之債權者。則看做爲合併之承認。而申出異議之時。則會社應卽爲辨濟之。或供其相當之擔保也。（七九條）合併之手續法。律上。有如此之規定。則於不履行之時。有如何之結果。亦不可不明瞭者也。故未爲公告而遽爲合併時。不得對抗於一切之債權者。其已知之債權。不得催告。而遽爲

合併之時不得對抗於未受催告之債權者也（八〇條）有述異議之債權者未爲辨濟未供擔保而遽爲合併之時則不得對抗於其債權者也（七九條第三項）凡以上之場合則其合併即無對抗力無對抗力云者對於不得對抗之債權者雖於實行合併混合財產之後法律上亦看做不生其效力也然於或債權者可以對抗於或債權者則無對抗力實可謂錯雜無定者也

第三 解散之登記

解散事由已發生之時除合併及破產之場合外二週間內於本店及支店之所在地不可不爲解散之登記（七六條）雖因存立時期之滿了而解散者其登記亦視爲必要也蓋解散之登記爲基於公益上之理由而非社員相互間之義務的事項故不得以社員之一人不履行社員義務之理由而拒絕其登記也至於解散之效力則共事由之發生而發生非因登記而始爲解散也然解散爲法律上所定之登記事項故以解散而對抗第三者則不可不依一般登記之原則也

於會社合併之場合。對於已解散之會社。則爲散解之登記。對於存續之會社。則因合併而生登記事項之變更。應爲變更之登記。又於新設立會社之場合。則當爲設立之登記（八一條）。又會社因破產而解散之時。則破產裁判所以破產宣告之旨。通知於營業所所在地之登記所。其登記所。卽就其所通知之事項。而爲其登記也。

第四 社員於解散後之責任

會社既解散之後。則在其存續中所生之債務。或第三者之權利。皆受其影響。故於會社本店之所在地爲解散登記後。必經過五年。而社員之責任。始當然歸於消滅。（一〇三條第一項）此免責期間。關於會社債務上。僅社員對於第三者之責任適用之。故社員對於會社之權利。會社對於社員之權利。社員相互間之求償權。社員基於獨立之原因。而對於會社所有之權利。或因獨立之原因。而對於第三者所負擔之債務。皆不適用者也。但退社員之持分。請求權。因清算人之行爲而生之債務。亦不可不適用之。且雖五年經過以後。尚有殘餘財產之時。則會社之債權者。仍得

對之而請求其辨濟也（一〇二條第二項）

第七節 清算

第一款 緒論

會社財產不定自由處分方法時。則解散後其營業之始末不可不爲其清算。故清算亦非必伴解散而生。有解散而不要清算者。事實上亦容或有之。其他因合併或破產而罹於解散之場合。則以有特別之手續。亦不要爲商法上之清算手續也。故會社於解散後。所爲清算者。必須具備左之二條件也。

第一 解散之原因出合併及破產以外者

第二 定款及總社員之同意。關於會社財產不豫定自由處分方法者。

條件具備。始得從事於清算。獨是清算有二義。於狹義之清算。則履行法定手續之謂。廣義之清算。則依於定款之所定。及於會社解散後。依總社員之同意而處分會社財產之謂。而在合名會社。則以認會社財產之自由處分。故不必強制爲狹義之

清算手續。此德國學者所以謂清算之事。非合名會社解散後必然之結果。不過爲任意的之性質。或又謂清算。雖爲解散之普通形式。其實亦不外法律上之任意的結果也。日本商法亦以定款或總社員之同意關於財產之處分方法。即與以優等之效力。至不依其方法之場合。始當爲嚴格之清算耳。（八五及八六）若定款中既無所規定。或總社員之同意不成立之時。則各社員皆有請求爲嚴格清算權利也。自由處分方法。爲會社財產之自然的分配。如社員之一人讓渡營業之全部。或第三者之個人。及會社引受其營業者。皆是爲此種之處分。苟定款中無特別之規定。則以有全員之同意爲必要。其死亡社員之相續人。宣告禁治產者之代理人。宣告破產者之管財人。皆立於應表同意之地位者。苟不得此等總員之同意。則不可不爲嚴格之清算。夫業務之執行。雖可依多數之決定。而財產處分方法。則當然不可以適用。何則。業務之執行不屬於清算也。惟定款中預定清算之決議。可以依過半數者。則不妨從定款之規定耳。

此對內關係之財產處分方法也。若對外之關係則其財產之處分必以無害於債權者之利益爲至要而不能悉聽諸社員之自由。其方法若何則卽於二週間要作成財產目錄貸借對照表及盡公告催告之義務。與對於陳述異議之債權者應爲辨濟或供擔保等之種種手續耳。不盡此等之手續卽不可不爲嚴格之清算矣。狹義之清算卽爲法定之清算。如現務之結了債權之取立及債務之辟濟殘餘財產之分配等。凡揭於清算人之職務者皆是。卽清算之實體也。稱爲清算之行爲亦無不可。然清算人之職務在法律上所規定者實不止於此。故清算行爲與其稱清算人之職務毋甯謂爲清算實質之爲愈也。

然依商法之規定則會社有不解散而爲清算者卽會社著手於事業後取消其設立是也。於此場合則裁判所因利害關係人之請求而不可不選任清算人以爲其清算。當在事業著手之前則不在此限。因著手之前會社之法律關係固甚少也。

第二款 清算人之任免

清算人以總社員當之爲本則。否則以社員之過半數而選任其清算人（八七條）
若於社員死亡之場合其相續人有數人之時。則關於清算上得行社員之權利者
不可不定爲一人也（二〇二）

在通常之場合則清算人之選任全放任之於社員。而若有公益之必要上則清算
人不可不由裁判所選任之。即揭於左之場合是也。

第一 因社員爲一人而解散會社時。於此之時。則裁判所因利害關係人之請
求得選任清算人（八條八）

第二 會社著手於事業後而取消其設立時。與前場合同不具論（二〇〇）

第三 會社因裁判所之命令而解散時。於此之時。則裁判所因利害關係人或
檢事之請求得選任^{清算}支配人（八九條）

不問爲社員之選任裁判所之選任。而其清算人之資格皆非以社員爲必要。雖選
任社員以外之人亦無不可。祇揭於左方者則不得爲清算人也。（非訟法一三八）

條)

(一) 未成年者

(二) 禁治產者及準禁治產者

(三) 剝奪公權者及停止公權者

(四) 被裁判所解任之清算人

(五) 破產者

又社員已選任之清算人，不問何時皆得以過半數之決議而爲其解任。若有重要之事由，則裁判所因利害關係人之請求，亦得命其解任也。(九六條)

清算人有選任之時，則其清算人在二週間內，於本店及支店之所在地，要登記其自己之氏名住所。(九〇條) 蓋清算人爲清算會社之代表者，故與登記會社之代表社員同一趣旨也。其解任清算人或有變更之時，亦不可不爲其登記。此登記則因現任清算人之申請而爲之。(九七條) 凡怠於爲以上之登記者，皆處五元以上

五百元以下之過料（二六一條一項）至關係登記之手續則規定於非訟法之一七五條乃至一七七條茲不具述

第三款 清算人之職務

清算人之職務揭於九一條之一項其職務與公益法人之清算人初無所異即

第一 現務之結了

此與民法七

第二 債權之取立及債務之辨濟

八條爲同一

第三 殘餘財產之分配

之說明略之

清算人行右之職務爲必要之一切裁判上或裁判外之行爲皆有法定之權限故加代理權以制限之時不得對抗善意之第三者也（九一條之二項及三項）又清算人有數人之時關於清算之行爲當依過半數之決定而行之而對於第三者則固各自代表會社也（九三條）此其立法之精神與解散前之會社所規定之執行業務代表會社者實無所異

清算人行前所揭之職務時則不可不爲一定之手續。今條舉其手續如下。

(一)事務之整理。就職以後關於會社財產之現況不可不爲從速之調查。而作成財產目錄貸借對照表以交付於社員。又有社員之請求則清算之狀況每月不可不爲其報告也。(九四條)

(二)殘餘財產之分配。會社負擔之債務當悉以會社之財產辨濟之。唯限於辨濟既了而尚有餘者則分配之於社員。換言之。卽清算人非辨濟會社之債務後不得以會社財產分配之於社員也。(九五條)若違反此規定則十元以上千元以下之過料。清算人不得辭其罰矣。

分配殘餘財產之割合則依於定款及總社員同意之所定。若定款無規定而總社員之意見又不能一致之時則應各社員出資價額之割合而分配之可也。(民六八八條二項)關於此點準用組合規定之理由。蓋以此殘餘之財產其分配時之割合如何。固屬於清算中會社之內部關係也。(五四條)

(三) 出資差入之請求 現存於會社之財產不足完濟其債務之時，則清算人不論其辨濟期之如何，得使其會員爲出資（九二條）。此所謂現存於會社之財產與會社財產初非同一。蓋指財產目錄中資產之部對於所差未納出資之債權額者而言。而其財產有動產不動產爲債權爲其他之財產權，皆不問也。蓋財產目錄中資產之部雖對於會社未拂入之出資額亦包含之，但不得直利用其請求權。而充社會債務之辨濟，必其出資先供出於會社，而後可供會社辨濟債務之用。清算上所必要者，故清算人當爲其請求也。

又不論其辨濟期之如何，得使之爲出資者，因其事既係於社會解散之後，則急於爲保護第三者起見，而於社員出資之義務上所附屬之期限之利益，有不暇顧也。約言之，即社員至此時而失其期限之利益也（民二二六、二二七對照）。清算人依於右之規定，對於出資未全之社員，雖有供出請求權，然不得漫然而爲其請求也。必其殘務整理之結果，所現存於會社之財產實不足完濟其債務。

有可以證明者始得爲之耳。

於此有當注意者。卽對於全部已供出之社員則雖現存於會社之財產不足完濟其債務而亦無更負出資之義務者。唯於破產時之連帶責任則爲別個之問題。非出資義務之問題也。

(四)破產宣告之請求 在清算中會社之財產不足完濟債務之情形已至於明瞭時。則清算人要公告其旨而直爲破產宣告之請求。怠於破產請求者處十元以上千元以下之過料。而怠於爲公告者則處以五元以上五百元以下之過料也。(九一條四項及二六一條二項二六二條六項)

清算人以引繼其事務於破產管財人之時爲清算人終任之時。於此場合有已支拂於債權者。或有不法分配於社員之財產破產管財人得取戻之也。(九一條四項)故會社債權者於既受適法之辨濟以後。一旦忽爲破產管財人所取戻。致不能保有其既得權。是實可謂爲法律之缺點也。况商法上關於合名會社

之清算不準用民法七九條之規定。果基於何等之理由。固吾人所不能解也。或者出於立法者之遺漏。亦未可知耳。

(五)清算結了。清算人以會社殘餘之財產。分配於社員。或引繼其事務於破產管財人於任務告終了之時。要無遲滯而爲其計算。以求各社員之承認。而社員對於其計算一月以內。不陳述異議之時。則看做爲已承認者。故清算人之責任。可以解除。唯於清算人有不正之行爲。則例外也。

清算已結了之時。則清算人於本店及支店之所在地。要無遲滯而爲其登記。(九九條)此登記之申請於其所得計算承認之證據。不可不添附於書面也。(非訟一七八條)

以上所說明者。卽商法上關於清算之手續。所規定之事項之大體也。若於清算無直接之關係。而商法規定於清算中者。尙有二項可附述之。

其一 書類保存。會社帳簿及營業信書。與夫關於清算一切書類。以社員過半

數之決議而定之者要爲十年之保存而其十年之極算點則

(甲)以定欸或總社員之同意於會社解散之場合定會社財產之處分方法而不要別爲清算手續者則由其在本店所在地爲解散登記時起算之

(乙)在其他應爲清算手續之場合則由其爲清算結了之登記起算之(一〇一條)

其二 社員責任 社員連帶之責任爲合名會社之一大特質然使解散後亦永負此過重之責任則保護債權者失之於過厚而待遇債務者又不免失之於過酷故商法採時效主義於爲解散登記後定免責期間爲五年也(一〇三條一項)然經過五年而會社財產或尙有殘餘之時則債權者亦仍得行使其請求權初不因時效而消滅也(一〇三條二項)

第二章 合資會社

合資會社者由有限責任社員與無限責任社員所成立之商事會社也(一〇四

條)詳言之。即以有限之對物信用與無限之對人信用爲會社信用之基礎。與他之商事會社不同。此即合資會社之特質也。蓋總社員若悉有連帶無限之責任。則爲合名會社。否則反對之而責任悉屬於有限。則又變而爲株式會社。合名會社之社員。因責任無限之故。其罪營會社之事業。不啻經營自己之事業。而社員之結合既堅。信用亦厚。非親族或友人之間。多不得加入於社員之列。因此之故。故欲集大資本成大企業。到底不能自達其目的。而彼株式會社者。吸合多數之小資本。而爲大資本。雖適於爲偉大之營業。然因會社之組織複雜。與株主之責任有限。因之詐欺爭段易行。而足讓社會之實害。故比較的能免此兩缺點者。則莫如合資會社也。日舊商法之合資會社。則僅有限責任社員。亦許其組織。且以此爲合資會社之通則。而有無限責任社員者。轉視之爲例外。然合資會社於一方則採株式會社之所長。凡社員之欲爲出資者。則其責任即可以出資額爲限度。於他之一方。則又採合名會社之所長。或社員因負連帶無限之責任。而會社之信用愈以強固。故實際於

社員之中。苟無一負擔無限責任者。則不但不能維持會社之信用。且恐奸狡之徒。往往利用此有限責任。而濫設此種之會社。以貽害於第三者也。換言之。則合資會社者。位於以人爲主眼之合名會社與以物爲主眼之株式會社之中間。而爲一種之混合組織也。

第一節 合資會社之設立

合資會社之設立。行爲與合名會社同。屬於定款之作成也。而其定款實質上之基礎。必成立於契約之當事者間。亦與合名會社無異。唯其所應記載之事項。則雖與合名會社定款之記載事項相同。然合資會社爲兩種之社員所組織者。故某某之社員負擔無限之責任。某某之社員其責任僅以出資爲限度。而不可不分別記之也。〔一〇六條〕

合資會社因定款之作成而成立之時。於二週間內。在本店及支店之所在地。應爲設立之登記。其登記事項。亦與合名會社無異。惟各社員責任之有限無限。不可不

登記之也（一〇七條）

第二節 對內關係

對內關係者。會社與社員及社員相互間之關係。此其在法律上之規定。不有強行的性質。而一任當事者之自由。亦與合名會社無異。惟就無限有限之固有關係言之。亦有研究之必要。

第一 出資義務

各社員不可不爲出資者。組合之本質也。而合資會社之無限責任社員。則得以金錢其他之財產勞務或信用爲出資之目的。與合名會社社員之出資相同。故無說明之必要。而有限責任社員之出資。則不可不屬於財產的。在德國法。關於此點有數多之學說。或僅以金錢爲說明。或不專主金錢而謂財產所有權。不可不以移轉爲目的。又或則謂所有權雖不移轉。而單與會社以使用權。亦可爲出資之目的。但不許以勞務爲出資。再進而言之。則并有認勞務亦可爲出資者。而在日本商法。則

以勞務或信用不爲財產出資故有限責任社員不許以爲出資之目的也

第二 業務執行

合資會社之業務執行爲無限責任社員之所掌有限責任社員以不干預之爲通則故於合名會社爲變則者於合資會社却以此爲法定之常態也其無限責任社員之業務執行因從於合名會社之規定而悉依其定款者故定款中若除斥其業務之執行亦未始不可也（一〇九條一項）夫既云定款之所定則有限責任社員亦不可不表其同意固無俟論又無限責任社員有數人之時或執行業務者有數人之時則當依過半數而取決之（一〇九條二項）若關於支配人之選任或解任則雖不執行業務之無限責任社員亦有同等之權利故不可不以全員之過半數而決之也（一一〇條）

有限責任社員不有執行業務之權利此一一五條所規定者也然此規定不有強行之性質故不妨以定款而左右之若定款中以業務執行權委託於有限責任社

員之時亦聽諸社員之隨意也。

有限責任社員於每營業年度之終限於營業時間內得閱覽會社之財產目錄貸借對照表且有檢查會社業務及財產狀況之權利此權利爲各有限責任社員獨立所得行者非必待共同而始得行之也若無限責任社員當執行業務之時或不整理會社帳簿之嫌疑或有請求會社解散之理用則并不必待營業年度之終無論何時得申請於裁判所而檢查其會社之業務及財產之狀況矣。

第三 定款變更 準用五八條之規定即要總社員之同意是也。

第四 持分讓渡

持分之觀念及讓渡之意義在合名會社中已詳說之而合資會社之有限責任社員則不過有財產上之利害關係非置重於社員之本身者故欲讓渡其持分之全部或一部則但經無限責任社員全員之承諾爲已足不要得他之有限責任社員之承諾也「一二二條」此蓋因有限責任社員非若無限責任社員與會社有密切

之關係者。故彼此之間須設其差別耳。

第五 競爭禁止

有限責任社員不執行會社之業務。其社員所有之權利不但比之合名社員爲小。且關於會社之事業。不過以金錢上之利害爲主要之關係。而有薄弱之檢查權。故假使爲自己或第三者。爲屬於會社營業部類之商行爲。或爲同種營業之會社之無限責任社員。與會社之利益亦不致有衝突之恐。况乎爲株式會社之取締役乎。此競爭禁止之規定。於有限責任社員所以無適用之必要也。——二三條——然使因定款之所定。而以業務執行權委託於有限責任社員時。則當然受競業之制限。又無待言矣。

第六 損益分配

會社於營業年度之終。依一定之率配當損益於各社員而定其持分結果。則其持分爲消極的爲積極的。皆自此而明。此與合名會社相同者。而在於合名會社。則其

損失以終始一定之割合。而配當於各社員。法律上嘗不定其限度。故雖社員出資額已盡之後。其社員有分擔損失之時。其持分亦爲消極的。在合資會社之持分。則無限責任社員。當適用此原則。固不俟言。而有有限責任社員。則以一定之出資爲限度。而負責任者。若超乎其出資額。尙得配當損失。而爲消極的持分之計算乎。換言之。則損失之分擔計算。亦以出資額爲限度否乎。此問題學說不一。有謂損失分擔之限度。雖於對內關係。而亦有其限度者。而或則反對之。謂有限責任社員。以出資之額爲其責任之限度者。謂於對內關係。不超乎出資之額。而以自己之私有財產爲負擔。非對於損失之配當與無限責任社員爲特殊之待遇之意。仍與他之社員負擔會社全部之損失者也。故雖其出資額已爲全部之供出。而將來仍依一定之率。而與以利益之配當。同時又不可不受其損失之配當也。唯於會社解散或社員退社之場合。無超乎出資額。而爲其補償耳。於此場合。則會社之損失。不可不由他社員分擔之也。

第三節 對外關係

合資會社因定款之作成而對內關係即可生設立之效力然其營業團體之活動所謂發生對外之關係者則必在於爲登記以後也分述於下

第一 會社之代表

會社之代表爲無限責任社員之所掌有限責任社員不有其代表權（一一四條一一五條）無限責任社員所謂當然之代表者其各自代表會社之時定款上無特別規定之必要亦無爲登記之必要也然以定款或總社員之同意不妨除斥其社員之代表權於此場合則其代表社員之氏名不可不登記之至對於代表社員之代理權若加以制限之時則亦與合名會社中所述者相同

第二 社會之責任

合資會社以無限責任與有限責任之社員所組織者其一部之社員則以其全財產而任連帶辨濟之責一部之社員則以出資爲責任之限度故其範圍自不得不

易有限責任社員於已釀出其出資全部之時即得拒債權者之請求而不負擔其他之責任也。雖然有限責任社員若有可使信爲無限責任社員之行爲時則對於善意之第三者即與無限責任社員負擔同一之責任（一一六條）例如承諾自己之氏名使用於會社之商號不表示爲支配人而代表會社是也。

第三 財產維持

財產維持與合名會社同。雖社員有有限無限之別而出資之觀念無別。故法律無特別之規定。

第四節 退社

退社之觀念不問無限責任社員與有限責任社員皆與合名會社無異。而有限責任社員之異動與會社之存立初不及其影響。尤足爲日本商法認退社制度有力之明證也。

至於退社之事由則雖有限責任社員亦與無限責任社員無異。然有限責任社員

不過有財產的利害關係。故禁治產之宣告不爲退社之原因（一一七條二項）即死亡雖爲退社當然之原因。而其相續人依於法律之規定。亦可取得社員之資格者（同上第一項）但定款中不得爲相續人不得爲社員之規定也。

因總社員之同意而退社之場合。則欲爲退社者。不問其爲無限責任社員與有限責任社員。雖有限責任社員亦不可不表其同意。而同意之場合。又除名之場合。皆以具備合資會社存續之條件爲必要。故合資會社至僅有一無限責任社員。一有限責任社員之時。則爲同意之退社及除名。嚴格言之。卽爲會社解散之原因。而無退社之觀念也。又有限責任社員之退社。亦爲登記事項變更。故其應爲登記者。亦與合名會社相同。

有限責任社員退社之時。當算出其持分。其積極的持分則爲示債權之額。消極的持分則爲示對於會社之債務額者。亦與合名會社無異。然有限責任社員其分擔會社之損失。以不超乎出資額爲限。故雖使其負擔額示超過出資額之計算。而亦

無以自己之財產填補其不足額之義務也。

第五節 解散

合資會社解散之事由亦不異於合名會社。凡合名會社中要總社員同意之事項。則合資會社之有限責任社員亦不可不表其同意也。

合資會社以有限無限社員所組成。故無限責任社員或有限責任社員若爲全員之退社時。則會社即不得不因之而解散。以無限責任社員之退社爲解散之原因者。因有限責任社員所組織之會社。新商法上僅認有株式會社故也。然有限責任社員全員之退社。則合名會社存續之條件已具備之時。以無限責任社員之同意得繼續而爲合名會社也。而於此場合。則二週間內。一方要爲合資會社解散之登記。一方又要爲合名會社設立之登記也。故其繼續之決議。在解散以後至遲亦必在二週間以內。何則由解散之日。二週間內若不定財產之處分方法時。即不可不爲法定之清算也。

第六節 清算

合資會社當然之清算人則總社員也。故有限責任社員亦與無限責任社員同有爲清算人之權利也。

於僅有一無限責任社員一有限責任社員之會社。若其一人有退社事由發生之時。則清算人之選任亦當由裁判所爲之也。

第四章 株式會社

第一節 株式會社之本質

株式會社者。七人以上之有限責任社員所組織之商事會社也。參照外國之法律而表株式會社之性質。則依於國而不同。德國商法以純然之法人爲株式會社之特質。其所以然者。因德國不以合名會社爲法人也。而至論日本之商法。則凡會社皆法人。不能以此爲株式會社之特質。且德國法於合名會社及合資會社。雖必以營商業爲目的。而株式會社之目的。則不限定爲營商業者。就此點以言。亦可爲與

他會社區別之標準。而日商法則凡屬會社皆以營商業之目的爲必要。故亦不能依此點以爲區別。其他英法各國之會社其性質互異亦無不然。

株式會社爲商事會社之一。與他之會社同以商行爲爲業之社團法人也。此與他之商事會社雖亦爲共有之性質。不得爲株式會社之特色。然所謂社團法人者。不可不稍加說明。蓋合名會社及合資會社。外國商法中有視爲法人者。亦有不視爲法人者。而稱以株式會社爲法人。則諸國殆歸於一致。其所以公認爲法人之理由。則因株主總會取締役及監查役爲會社之鼎立機關。社員關於會社債務之責任。爲有限的。且亦非直接的。一切會社之業務皆取決於株主總會。而以團體的共行爲必要。凡此皆以株式會社爲法人之根據也。

株式會社之社團法人不能以一人組織之明也。法比匈之商法則定株主之數爲七人以上。德則十人以上。葡則九人以上。凡此皆定株主之最少數也。而在定最少數之法律。則或有單爲設立之條件者。或有以爲存續之條件者。在於前者則一旦

會社已設立之時。雖株主不及定數。而無傷於會社之存立。在於後者。則爲會社解散之原因。雖不定最少數之法律。而或則定取締役及監查役之數。命其由株主中所選任。或則規定社員應出席於總會之定數。亦有間接而定社員之最少數者。日本商法。則會社設立之條件。以七人之社員爲最少數。而以株主之數下於七人。爲會社解散之事由。蓋設立條件存續條件兼而有之矣。

株式會社之特質應說明者有三

一 必有以社員出資而成之確定基金

株式會社爲純然之資本團體。故其始卽以一定之基金爲必要。所謂資本也。此資本雖不可不以金額表示之。而其額則法律上初無何等之制限。雖株式會社之資本。其金額自以鉅大爲通例。又資本不大。則機關錯雜。於經濟上亦大爲不利。然爲立法論者。則各發起人引受株式之總數。一時拂込株金之全額。則但有百四十元之資本斯可矣。

資本由社員之出資而成。社員各就其所有之財產，分離而歸屬於會社之所有。即因之而組成會社之資本。故資本爲社員之所供，又別無不供出資而可爲社員者。會社之資本，其始卽不可不確定，稱爲資本。確定之原則，因資本確定之原則而生。資本維持之原則及資本不變之原則，然資本雖以不變爲原則，若至於資本之增減，亦經濟上不得已之制度。又資本維持之原則之所以存也。蓋一則以資本爲對世之唯一擔保，故必使全額之充實，以保護債權者之利益。一則期會社基礎之鞏固，而不使損傷株主之利益。故於資本生損失之場合，非填補之後，會社不得自由處分其財產與株式組織之制度，不能相離者也。但資本之額，爲理想上之數額。會社財產，則事實上之數額也。二者無論於理論上於實際上，其數額必不能相符。雖株式會社以一定之資本而開始其營業，法律亦禁其爲券面額以下之株式發行。以冀於會社財產之資本額，不至減少。然其額之不能相等者，匪僅於事實上之狀態爲然，且可謂法律之規定，亦預期之者也。何則？彼雖禁發行券面額以下之株式。

而不禁發行券面額以上之株式。其於超過之金額。則以爲會社財產而保存之。又設法定準備金之制度。割利益之一部。以備他日之損失。是皆保律上關於會社財產與資本之間。所生差異之原因也。又出資雖以金錢爲本則。而供金錢以外之財產。亦爲法律之所認。於此場合。則不動產其他物的出資之價額。畢竟至評價之間。題常不能保其正確。且於株主不履行其出資義務之場合。雖強制之而亦難得其豫定之金額。是亦會社財產與資本之數額不相符之原因也。

二 會社之資本必分割一定之株

株式會社之資本。分割爲株者。明各資本爲株主所組成。而不可不供出資之意。其資本之額。以金額表之。則其資本一部之株。自亦不可不以金額表之者也。株金之額。各國之規定不一。小之而蒐集畸零之資本。雖有使株式會社易於設立之利益。而資本之不豐者。以多年慘澹經營之結果。貯蓄少數之資本。因欲博奇利而投於投機的事業。以組成會社者。其流弊亦正不少。日本商法則以五十元爲通則。而在

會社設立之際。限於一時拂込株金之全額時。則以二十元爲通則。株金額之均一。爲日商保所採用之主義。他國之法律。亦有採此主義者。法伊葡匈之商法其例也。此雖便於計算各社員之權利及爲轉換之目的。而在增加資本之場合。則必依據前發行之株金額。亦殊覺其不便也。

株式必以金額表之。且其金額通於總數而不可不均一者。故株式之數。自不可不有其一定。約言之。則株數乘於株式之金額者。卽資本之總額也。

三 各社員之責任有限

有限責任者。專以其一定之財產出資爲其責任也。其責任之標準。依其株數定之。而其株則以金額表之。故株主之責任。自以其引受株式之金額。或讓受株式之金額爲限度也。(二四二條一項)此有限責任屬於株式會社之本質。而爲保律所絕對的命令者。今就此有限責任之意義而說明之。

(甲)社員之有限責任。爲對於會社而存者。非對於會社債權者。直接負擔其責

任之謂社員。唯與會社爲法律關係，而與會社債權者無直接之關係。一般之所認也。對於第三者，則享權利負義務者，獨有會社。而社員對於第三者之關係，社員相互間之關係，則所不認。學者間說明此種之狀態，雖亦有以株式會社之社員於對內關係，則負擔義務，於對外關係，則不有其責任者。然其所謂對內關係對外關係之用語，則與合名會社合資會社之意義，絕不相同。可知唯法商法於株主之責任，與合資會社之有限責任社員相同。對於第三者，亦負直接之責任。爲學者之定論。而以日商法解釋之，則殊未當。又於株式會社不控除法定準備金而爲利益配當之時，會社之債權者，雖得使之返還（一九五條二項）然此與株主之有限責任，毫不相關也。何則？其株主對於債權者之直接關係，無關於株主之資格，而以不法之行使爲責任之原因也。

（乙）社員出資之目的，不可不以金錢及其他之財產。金錢爲本則，其他之財產爲變例。故非金錢而以財產爲出資之目的，則法律必特定變格之手續，而不可

不爲其履行。所謂認資本株而不認勞務株者。固資本團體之結果也。

(丙)以額面以上之金額發行株式之場合。則株主拂込之金額較之表示於株券之金額爲大。因之其總額之計算。遂生超過於資本額之結果。而此超過額面之金額。亦爲社員之資格所負擔者。故所謂株主之責任。必以株式之金額爲限度者。至此而遂成原則之例外。此超過之額。雖組入於法定準備金之中。而所謂原則之變例者。仍不易其性質。又雖在應株金額而定議決權之法律。亦無有舉此差額而算入之者。日本商法揭株主責任之原則。必以其引受或讓受之株式金額爲限度。而以超於其額面之金額與第一回之拂込。同時而拂込之者。則視爲株主之義務。其於變例之意味益瞭然矣。(一一九條二項)

(丁)株式會社之社員責任。以金額所表者爲限度。此不僅示出資之義務。且指附隨之社員資格之事。一切不命其負擔。此原則固無論其爲定款爲依株主總會之決議。皆不許其有所左右也。

歐洲各國之商法關於株式會社之商號有禁爲人的商號之使用而以表示特別之名稱或事業選之爲商號者伊比是也有表會社之目的之事業爲通例而且用株式會社之文字者德國是也有僅不用人的商號而不加以其他之制限者瑞西是也日本商法則僅命其用株式會社之文字而不禁其用人的商號換言之卽物的商號不可爲株式會社之特性也

第二節 對於株式會社之國家的制度

國家對於株式會社之關係因時世而共爲變遷與各國社會的狀態法制發達之程度及經濟的現象相牽聯者雖不能一致而就大體以言則由特許主義經免許主義漸推移準則主義與公示制度相輔而行者亦可稱爲沿革之順序也

第一特許主義

此主義行於十七八世紀之交凡株式會社之設立悉憑乎國家付以特權之行為每設立一會社必因其行爲之發現而始生會社設立之效果故關於株式會

社之規定無一般之法規。皆準據於其會社特別之法則者也。因此之故。遂使會社行動之準則。與夫變更之行爲。亦皆出於國家之認許。凡一切營業團體之活動。國家皆採用干涉主義。如設立之手續。監督官之設置。營業之報告及派遣官吏於總會。以稽察業務。檢閱帳簿等。皆特許主義附隨之制度也。在今日雖以特許主義爲例外。而亦非悉歸於廢棄也。

第二 免許主義

因特許主義而成立之株式會社。多罹於失敗。同時因株式組織之會社。其經濟的效用至多且大。而又不能否認之。於是發生免許主義。以調和此種之利害。免許主義者。一伴於株式組織。而以豫防經濟之危險。抑壓會社之濫設爲宗旨。凡會社設立。皆以免許爲必要。雖認國家之監督干涉。亦與特許主義無異。而於其根本之思想。則有不同者。一則有創設的效力。一則不過有確認設立的效力。又一則爲立法的特許。一則爲行政的免許也。且於免許主義時代。則關於株式會

社一般之法規已有存在。不可不謂爲一大進步。換言之。卽特許主義。僅認株式會社爲私人組織之機關。而不認爲法律上之制度。反之而爲免許主義。則爲株式會社特別之法制。而待遇之也。日舊商法。卽採用免許主義。而以設立之免許爲必要者也。

第三 準則主義

此主義則以株式會社有一般應遵奉之法規者存。履行其法規之所定而生法律上之效果。爲其本體。大多數之立法例。皆採用此主義者也。抑準則主義者。於會社之設立。雖以放任於當事者之自由爲主眼。而非竟杜絕國家之干涉也。司法機關於各株式會社之設立。以宣言的態度而臨之。僅查照其法定條件之存否。而附以法律之效果。卽受法律規定之拘束之意也。

與準則主義相伴而行之者。則公示主義也。今日採用準則主義之法律。無不依公示主義者。僅其所依者有厚薄之差耳。其所以必用公示主義之。輒旨。則因株

式會社。由發生以迄於消滅與社會有重大關係之事項。對於外而發表之。則一以定會社之社員及債權者。對於會社之態度。一以使社員之爲債權者。得明晰會社事業之狀況也。

日本商法與他國多數之立法例採用準則主義。而廢止舊商法之免許主義者。非僅爲監督官廳之信用不足重也。蓋發起之認可。稱爲設立之免許。則國家於株式制度。必用其干涉之手段。而爲實質上之調查。斯可耳。若其所爲之調查。僅在於定款之規定。違反法律與否。設立之手續與商法之所定相抵觸否等。專屬於形式上之調查。則免許主義。固無保存之必要也。然實質的調查。斷非主務官廳所能爲。於此而漫欲拒其設立。是不當之干涉也。然許可其設立。是欺罔世人之端也。果其然。則唯有委諸當事者之判斷。但設一應遵奉之法規。與公示主義相伴。而使世人得以考查其利害亦已足矣。

此所稱爲免許者。爲會社設立之免許。故與其目的上所營事業之性質。有認免許

之必要者不可不爲其區別。如私設鐵道保險事業之營業株式會社，雖無不可爲，而必要得官廳之免許。然其免許爲營業之免許，非設立之免許。就設立言，固皆準據於商法會社之規定，而初不認國家有干涉之權也。

第三節 株式會社之設立

合名會社合資會社之設立行爲極爲單純，但依於定款之作成，而卽爲成立。若株式會社之設立，則不然。蓋伴於株式組織之各種弊害，皆於會社設立之時期而發生者。故各國關於其設立之法律，必特設嚴正之規定，而強制會社之遵守也。其所以嚴設規定之理由者，蓋因發起人於設立會社之始，關於一切之利害，決無有獨立而各不相侵者。發起人之利，而爲會社之所害，則發起人不可不自負擔之。若嫁損失於會社，是使會社之基礎自始而卽形薄弱。至於直接間接而有害株主及債權者之利益，更不待言。故發起人爲私益，而以會社之利益供其犧牲者，固不可不豫防之也。夫吾人於會社事業之前途，非不顧慮，而於會社創立之際，則信發起人

者極深。每因其人之名望如何而定入社之觀念。固徵諸各國之實例而無不然者也。若於此時期而發起人濫用其信用以圖私利。是負世人之信賴而轉藉之爲欺罔之具。奚其可哉。故關於株式會社之設立。不可不設嚴正之規定者。卽爲對於設立詐欺者之豫防手段也。

第一 定款之作成

發起人者企圖株式會社之設立。而以一定之計畫取得株式組織之人格爲其目的者也。而定款之作成則爲會社設立之第一手段。卽爲發起人之當然職務。日本商法雖不如德國商法有凡爲定款之作成者卽看做爲發起人之規定。而欲設立會社者先不可不^作成定款。則固商法中所規定也。

定款之作成爲發起人之所掌（二二〇條）關於會社行動之規則皆不可不揭之於定款。此蓋使投資本於社會者得依定款之記載而爲其判斷也。德法比葡之商法亦採用此主義。而於英國法則不以定款全部之確定爲必要。發起人僅揭其大

綱足矣

日本商法列舉定款應記載之事項分爲絕對的及相對的兩種。

絕對的事項爲必應記載於定款者。缺其一則定款不成者也。分述如下。

(一)目的

(二)商號

(三)資本之總額

(四)一株之金額

(五)發起人之氏名住所

(六)取締役應有之株式之數

(七)本店及支店所在地

(八)會社爲公告之方法

由一號以迄五號爲發起人所必應記載者而不可委之於日後之補足者也。由六

卽一種單獨的入社行爲也。就漸次成立言之。其爲一種之單獨行爲。亦無可疑。株式之引受。爲引受人自生之義務。而不要發起人之承諾。會社則逕由引受之單獨行爲。而取得其權利。決非發起人對於引受人承繼而得之權利。又非發起人爲未來之會社。與引受人結引受契約者也。總之契約者。以意思之合致爲必要。株式之引受。則無此合致。僅發起人爲株式募集之單獨行爲。引受人爲引受之單獨行爲也。

(二) 契約說 倡此說者。卽以株式之引受爲契約之行爲。在同時成立之場合。固爲契約。卽漸次成立之場合。亦契約也。就同時成立言之。則各自申込各自承諾者。相互而爲申込人及承諾人也。就漸次成立言之。則其說可分爲二。(甲)說由發起人申込。而引受人爲承諾者。謂發起人由停止條件之成就。而有一個以上之株式。申込於引受人。引受人則承諾之。依停止條件之成就。而爲其拂込。以負株主之義務也。而茲所謂停止條件者。卽會社有達於成立程度之引受。而其

引受人又有得受分配之株式之謂也。假使株式之引受不足而會社不成立之時，則條件不能成就。否則株式之引受業已滿額，或引受人至不得受一個之株式，則條件亦不成就。無請論。發起人皆至於履行義務之時機，而始止者也。發起人履行此義務而為相手方之引受人時，不可不謂為相手方履行自己之義務而為引受人，因之而為拂込及其他之行爲也。(乙)說由株式引受人申込而發起人爲承諾者，謂發起人所爲之募集者申込之誘引也。公衆應之而爲其中込，然後發起人因株式分割之結果而爲其承諾耳。或學者尙有於此二說之間，謂有時申込發起人申込，有時由引受人申込，亦不必出於一定者。總之必出於契約之行爲，則無疑也。

(三)團體說 此說爲德有名之團體法學者所唱，謂株式之引受爲共同行爲之要素，同時爲未來之株式會社之利益所取結之契約，與單爲第三者之利益之通常契約不同。其負擔之義務則爲社團法人之社員之義務，固帶一團體的性。

由一號以迄五號爲發起人所必應記載者而不可委之於後日之補足者也。由六號以迄八號則雖以發起人記載爲原則。然苟未記載其定款亦非必卽爲無效。於後日創立總會及株主總會時得以補足之者也。此八號之事項皆最爲重大者。於決議之時必要株式引受人或株主半數以上當資本之半額以上者爲出席。而以議決權之過半數決定者也。(一一一條一二一條)

相對的必要事項其爲記載與否雖屬諸會社之隨意而欲有效力則不可不記載於定款者也。更記於下。

(一) 存立時期或解散之理由。

(二) 株式額面以上之發行。

(三) 發起人受特別之利益及受者之氏名。

(四) 以金錢以外之財產爲出資目的者之氏名其財產之種類價額及對之而與以株式之數。

(五) 應歸於會社負擔之設立費用及發起人應受之報酬額。

此外關於株式之記名無記名等雖亦有謂之爲相對的事項者。而日本商法則不採之。雖然法律規定相對的事項。僅僅有使其記載之主意。而非有禁止記載其他事項之主意。故無論何事會社。皆可隨意而記載之。稱之爲任意事項可也。惟反乎公衆秩序善良風俗之事。則與會社之觀念兩不相容。始歸於無效耳。次於定款之作成而應爲之者。卽株式引受之事。所謂次於定款之作成者。卽在定款未定之先。其株式之引受皆無效也。

第二 株式之引受

關於株式引受之性質。有單獨行爲說。契約說。團體說之三種。

(一) 單獨行爲說 唱此說者謂株式之引受卽以得未來社員爲目的。而爲之單獨行爲也。此屬於一種之身分行爲。與取得或國之國籍者相等。就同時成立之場合言之。則引受株式與設立會社之契約。同時而爲其履行。其引受之行爲。

質者而株式之引受則創設此法人之內部行爲也。蓋此說亦以株式之引受爲一種之契約。但由其契約而生之結果則株式之引受當然爲會社之社員。故曰團體的行爲也。

綜上三說。自以契約說爲正當。而欲說明其契約之成立及效力。則發起人引受總株與不引受總株而尙待募集株主者。自有其區別也。更述如下。

同時成立之場合。卽發起人引受總株之時。會社卽因之而成立也。以株式之引受與會社之成立爲同時者。故稱之爲同時成立。獨是同時云者。謂總株之引受與會社之成立同出於一時之謂。非謂株式之引受亦悉屬於同時也。或發起人引受於今日。他之發起人引受於明日。固無不可。又同一之發起人。今日引受某數。明日又引受某數。亦無不可也。於此場合。則會社未底於成立。僅發起人相互爲申込人。承諾人而有引受契約之存在。必待引受最後之株式爲總株之引受。同時始爲會社之成立者也。會社既經存立。則株主要無遲滯而爲第一回之拂込。其拂込之數則

不得下於株金四分之一。且取締役及監查役至此亦應爲選任。其被選任之取締役對於會社重要之事務。如發起人所受特別之利益報酬及金錢以外之出資設立費用第一回拂込之有無等。要無遲滯而爲其調查。而監查役之選任。同時亦當請求於裁判所也。

發起之人不爲拂込之時。則會社得爲其催告。然此催告權當屬之於何人乎。若屬之取締役。則取締役未經選任。無所謂取締役也。若屬之發起人。則眞之發起人於會社設立後已不存在。即使存在。以非爲社會之代表機關。亦不得爲會社而爲之也。無已則必彼發起人者。從於準委任或事務管理之原則而爲之乎。

漸次成立者。其株式之引受。不僅限於發起人。而必更爲株主之募集。會社經總株之引受及引受後之拂込。創立總會之階級而始漸底於成立之場合也。於此場合。則總株之引受。不過爲會社成立之基礎。非如發起人引受總株而即時。遂見會社之成立。亦非謂發起人與其他之人。但引受其總株而即認會社之成立也。蓋總株

之引受。僅屬於發起人與不專屬發起人而尙待募集其他之株主。其情事實大不相同。又在漸次成立之場合。發起人雖不引受株式而單爲發起。凡所有株式皆出於募集之行爲。亦未嘗不可。唯依商法上之解釋。則發起人固不可不引受其株式也。然發起人之引受。不必要何等之方式。與同時成立者初無稍異。故僅就發起人以外者之引受而爲其說明可也。

發起人當募集株式之時。初不必依公告之方法也。依於迴狀可。依於口頭亦可。日本商法與德澳瑞法之規定相同。並無強制其爲公告之日文。然於實際則於會社組織之大綱。未嘗不公示之。以爲勸誘公衆之方法。蓋採用德國之主義。所謂株式申込証制度也。故欲爲株式之申込者。必當踐法定之形式。俾會社得依於證券而可知資本確定之總額。又應其勸誘者關於會社根本之規定。內部之狀況。皆可偵知而爲其判斷。且因其申込而於自己所負擔之義務亦可了然。而不致受發起人之蒙蔽。是株式申込證者。於一方則爲表示會社之情狀。於他之一方。又可爲引受

株式明證商法會社依於口頭申込或以書面

之申込者法律上皆不有其效力。

因出於表示會社情狀之目的而認申込證之制度則關於申込證中所應記載之事項法律不可不明定之。然使必記載定欸之全部則不但過於煩雜而轉恐有不達其目的之虞。故但選定欸之規定中所最爲重要者而記載之可也。試述其事項如左。

(一) 定欸作成之年月日。

(二) 記載於定欸之絕對的及相對的事項。

(三) 各發起人引受株式之數。

(四) 第一回拂込之金額。

以上所說明者皆指以金錢爲出資之目的而言之也。蓋公衆爲株式之申込。普通多限於金錢。而供有價物之出資者不可不謂法律之所不認。何則。有價物之出資屬於定欸之相對的。必要事項。凡出資者之氏名。其財產之種類價格及對之而與

以株式之數。皆應記載於定款。且非於確定後。不得爲其募集者也。

至於以額面以上之價格而發行株式之場合。則株式申込人於引受之價額。當以記載爲必要。固理之當然也。

於株式證上所記載引受之株數。由於發起人之分配。而引受某數之株時。則卽負第一回拂込之義務。然其意思表示。苟出於詐欺。或強迫而爲之者。則迄於會社登記之時。而皆得爲其取消。若無能力者之意思表示。則無論何時。亦皆得以取消也。凡引受人若全數取消。而僅存發起人。則彼發起人欲企圖會社之成立。舉其所已取消之株數。而悉爲引受之時。亦不得爲同時成立也。

第三 第一回之拂込

株式引受之結果。各引受人卽負拂込第一回金額之義務。然其履行之前提條件。則以有總株之引受爲必要。蓋引受人之爲拂込者。固望會社事業之成立。若無總株之引受。則會社之成立無期。故拂込請求之前提。以引受總株爲必要。又既有總

株之引受。則愈望會社之速成。故發起人對於株主要無遲滯而督促其爲第一回之拂込也。

第一回拂込之金額。以各株四分之一爲最少額。其額必載之於株式申込證之中。蓋金額過小。則世人每不顧自己之資產如何而妄爲多額之申込。其流弊必多。日本商法以四分之一爲最少額。比於外國之法律爲額較多。蓋亦以防空株申込之弊也。若株式之金額不滿五十元之時。則株金之全額皆不可不拂込於會社矣。第一回之拂込要對於各株爲之。故其金額之拂込若僅有當資本四分之一者不可也。又其拂入之金額中僅有數個之株式當株式金額四分之一者亦不可也。而拂込之時則以現實之金額爲必要。故對於會社所有之債權。際株金拂込時不得以相殺爲對抗之條件也。

株式引受人應發起人之催告而不爲株式之拂込時。則發起人得通知株式引受人而更指定一定之期間（限於二週間以上）於其期間內若不爲拂込之時。則即

喪失株式引受人之權利於此場合則對於此不拂込之株式更不可不募集新株主以充當之蓋株式總數之引受固會社設立之要件也

第四 創立總會

創立總會者次於第一回之拂込而生之階級也爲會社設立之總會故不可稱爲株主總會而此總會則皆由株式引受人所組織凡株式引受人皆有參與之權利而不可不與以議決權唯此總會之有待決議者屬於何之事項乎於歐洲各國之法律則形式的有定爲設立之決議者而日本商法則於發起人既引受株式之總數會社即因創立總會之終結而成立依此規定是不要爲設立會社之決議而但決議其定於法律之事項足矣

創立總會雖非即株主總會而於大體之規定則同其應用多數決議之原則尤其最著者也夫株式引受人對於會社根本的事項既因申込之故而表其同意則於會社設立之後但依多數之取決誠不可謂爲失當蓋不能因一二人之不同意而

遂失多數之希望者也若夫創立總會之召集者則爲發起人其被召集者則爲株式引受人其召集之時期則當於第一回之拂込終了後無遲滯而爲之一切召集之手續議決之方法等因與株主總會基於同一之法理故大半準用株主總會之規定也

發起人之召集創立總會也必由會日之二週間以前對於各株式引受人而發其通知凡總會之目的及總會應議決之事項皆載於通知書之中其株式引受人對於一株皆有一個之議決權爲原則唯定款之中於有十一個以上之株主若制限其議決權時則從其制限又關於總會之決議有特別之利害關係者亦不得行其議決權而其議決之際則有株式引受人半數以上又引受資本爲半額以上者出席時始以議決權之過半數定之若總會召集之手續議決之方法反乎法令或定款之時則株式引受人得請求於裁判所而主張其決議之無效唯其請求則必自決議之日始限於一月以內爲之耳

於創立總會應爲之事項述於左方

(甲)取締役及監查役之選任

取締役及監查役雖大率由發起人中選任之然選任以外之引受人固亦未始不可也唯非發起人又非引受人而欲選任爲取締役監查役之時則始爲法律之所不許耳

(乙)爲一定之報告

發起人關於會社創立之事項要爲其報告固也至取締役監查役之所應調查報告者則卽如前之所述(一)有株式總數之引受與否(二)各株皆已有第一回之拂込與否(三)發起人應受特別之利益報酬及對於金錢以外之出資所與之株數屬於會社負擔之設立費用果出於正當與否是也若於創立總會之時發起人所受特別之利益認爲不當之時又申込取消之株式或但引受株式而不爲第一回之拂込時得使發起人連帶而負引受或拂込之義務若於會社

有損害之時尤當使其負賠償之責又對於金錢以外之出資若所與之株式過多得減少之於此場合則被減之數仍當使其爲金錢之拂込以維持從前之株數也

(丙)定款之變更或設立廢止之決議

定款爲發起人所作成其他之引受人尙未述絲毫之意見故欲使其受定款之拘束不可不先使彼等陳述其意見即發起人亦得主張其變更或增減者也蓋自作成定款之時以迄於開創立總會必經過多少之時日難保其事情之不有所變更也關於設立之廢止亦然

於總會而爲設立廢止之決議時則會社終不能成立故已拂込之金額必使返還於各引受人其關於設立費用之負擔則不爲何等之意思表示而又無習慣者則由支出者自負擔之可也

於創立總會應爲之事及得爲之事項限於以上之三種顧或學者謂創立總會爲

總引受人之集合但限於不反公益則無論何事皆得爲之是不然總會之決議得以過半數爲之是受決於多數卽得以壓制多數者故不可不限於法律所認之事項也又商法於創立總會時列舉其應爲之事項則解爲不得爲以外之事項固至當也若如學者之解說則當用概括的文字以規定之而不當用列舉的矣

第五 會社之登記

會社既成立之時要登記一定之事項應登記而不爲登記則當處取締役以過料之罰則且不爲登記之時則不得以會社之設立對抗於第三者登記之日則在同時成立之場合於取締役調查必要事項已第之時起二週間內爲之在漸次成立之場合則自創立總會終結之日起二週間內爲之其登記之場所則爲本店及支店之所在地也

應登記之事項如左

- 一 (1)目的(2)商號(3)資本總額(4)一株之金額(5)會社爲公告之方法

二 本店及支店

三 設立之年月日

四 定存立時期或解散事由之時期或事由

五 對於各株已拂込之株金額

六 定開業前配當利息時之利率

七 取受役及監查役之氏名住所

登記事項生變更之時則要爲變更之登記又會社既設立之後而復設支店之時則於支店之所在地應爲各項之登記而於本店及他之支店之所在地要登記其復設之支店唯在同一登記所之管轄內而設立支店之時則但登記其支店之設立爲已足不必更爲他項之登記至會社若移轉其本店或支店之場合則於新舊之兩所在地皆當爲必要之登記其事項及詳細之手續則同於合名會社之場合於茲略焉

右七個之事項與發起人記載於定款事項參觀之則大體相同惟定款爲供會社設立之用者故關於發起人之事項亦包含之登記則以會社成立後之狀況表示第三者爲目的者故其間自有其不同之點也

會社已爲設立登記之後則株式引受人不得因詐欺或強迫而取消其申込蓋登記之制度在於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抵觸時則以登記爲重故一旦已爲會社成立之登記以後則不許引受人取消其引受致使會社有不成立之虞故此引受人必爲株主也明矣如或不欲爲株主則除依據株式之讓渡及其他之方法脫離會社之外別無他途也

第四節 株式

株式有三種之意義分述於下

第一 株爲資本之一部

株式會社必以一定之資本爲中樞而活動者又分割爲株屬於其資本之本質既

如上所說明蓋資本之分割爲株者卽株爲資本之構成部分而合算其株之時必不可不表示資本之額者也株式會社之社員欲參加於會社之事業而釀出其資本之一部故欲明參與會社之計算的標準必當以株爲單位以此單位而決社員之出資義務卽依此單位而定社員所行之權利此株式會社所以稱爲資本的團體也

日本商法僅認金額株而不認表資本一部之株故株券必命其記載金額而其金額之最小額則以五十圓爲本則在法國則於一八九三年之時凡株式會社之資本額在二十萬佛郎以下者則以二十五佛郎爲法定之最小額若其資本額之較大者則以百佛郎爲法定之最小額德國於一八八四年之株式會社法則其最小額以千馬克爲原則日舊商法亦蹈襲法國商法依於資本之多寡以區別一株之金額對於資未額在十萬圓以下者每株金額爲二十圓超於十萬圓之時則每株金額爲五十圓也

夫株式會社之資本其所以分割爲株者蓋以社員既共爲出資則多數之危險即可分擔於多數之資本家也故一株之金額過大則反於株式會社之經濟的本義而過於小則彼資本微薄之人初不解株式組織之如何亦將爭爲出資而干與投機之事業一日因事業之失敗勢必舉半生蓄積之資財悉罹於喪失其不利孰甚於此且若輩趨利若鶩初不顧會社事業之前途故依於株式之轉賣而欲博奇利者必踵相接也况乎株金額既小則配當之利益亦少使株主對於會社之事業日益冷淡悉放任於取締役之所爲而自已唯立於旁觀者之地位無意而行其議決權亦無意而監督其業務之執行此實不可不謂爲悖乎團體的行動之制度也總之株主於會社之事業要有深厚之利害關係立法者之所以必定株金之最小額者誠欲絕一時之投機心及攫取暴利之弊而欲使株主之能熱心於會社之事業耳

株金之額不可不出於均一此日本商法之所規定也即外國之法亦有其例蓋在

於株式組織之貴族的時代（即大株主獨出席於株主總會之時代）則行使株主權全部之大株主與僅受利益配當之小株主雖有所區別而及至株主之同等待遇同等權利之原則既已普行則此區別自不見其存在且於權利之計算於爲轉換之目的上日臻於簡便起見故株金額遂至以均一爲原則也

就經濟的論之則所謂株者爲示參與會社事業之標準而由法律的論之則又以定權利義務之單位因此而遂生左列之結果

（一）部分株爲日本商法所不認以部分株者不與各株以完全之株主權其株主僅純然有財產上之權利而得預於利益之配當殘餘財產之分配已耳蓋認部分株之理由在於使小額株券之發行有流通之便而其實質上遂致認有議決權之株主與不有議決權株主之結果而與株主必有一個議決權之原則相抵觸故日本商法凡株金額必定爲均一且必定株金之最小額固斷不有部分株之思想也

若夫株之共有則與部分株全然爲別個之問題以數人而共有一個之株仍不反乎株爲單位之原則唯共有者而欲行株主之權利則不可不定爲一人也

(二) 株不可分之原則雖爲德比諸法所明揭而循其趣意之所在則卽以資本之分割爲株者屬於會社的行爲而非株主之個人的行爲故株主則不許就一個之株而爲自由之分割蓋讓渡一株之一部則讓渡人及讓受人皆不得對於會社而行使株主之權利也若日本商法則關於不可分之原則固無說明之必要矣

若夫株主而使他人參加於自己所有之權利則固不反於不可分之原則也何則以他人止對於株主而有其權利對於會社直接固無何等之關係也

第二 株主權

株者表示株主之權利而株主權者則爲株主資格所有之權利義務之集合故可稱爲社員權而以一種固有之團體的私權說明株主權之性質固至當之論也學

者或舉株主權之內容謂不外乎請求利益配當之權利分配殘餘財產之權利及干預會社事業之權利者然此三種之權利而謂爲株主權必有之要素其持論之誤固所勿論卽以之而盡株主權之範圍亦謬見也在他國之法律雖有謂株主於會社之財產上有比例的持分者然株主非財產之共有者又於會社之財產上不能有物權的權利也又以株主權解之爲債權者亦屬未當株主於相互之間無債權的法律關係之存在固不容疑卽對於會社之關係亦異於債權者債務者之利害關係而不相對立故以要求利益配當之權利爲主權利依之而說明株主權之本體者謬之甚者也然則所謂株主權者固非僅由純然之權利所成有時義務亦包含之卽株主之出資義務是也惟株主至完納株金全額之時則出資義務減消而權利乃得占其主要之部分矣

今就株主之資格上所有之權利而爲其分類

(一) 株主爲行自己之利益而得之權利 此權利不要他株主之補助得獨立

而行使於單獨者即請求株券之發行與株券交付之權利及依法律並定款之所定有利益配當之時則請求其配當之權利是也此種之權利以株主僅爲自己之利益而行使之者故行使之時於他之株主無所利亦無所害彼於株金全額完納之後得請求其株券爲無記名式之權利即屬此種（一五五條）

（二）株主爲行自己之利益同時又爲會社之利益而得之權利 此各株主不待他株主之補助單以株主之資格當然得行使之者可大別之爲二一則爲議決權即參與會社事業之權（一六一條）及株主總會召集之手續或決議之方法有反乎法律定款之規定時有請求宣告決議無效之權是也一則爲少數株主權即株主總會召集權對於取締役監查役請求提起訴訟之權利（一七八一八七條）又爲調查會社業務及財產狀況而以檢查役之選任請求於裁判所之權利及請求清算人改任之權利是也（二一八條二項）是等之權利株主非爲個人之利益而行之實爲會社之利益及間接於一般之株主利益而行之

者學者稱株主爲會社之機關而行之權利卽屬此種

此二種之權利法律特基於公益上之理由所付與於株主者雖依定欸以株主總會之決議而不可奪亦不可侵蓋擴大多數株主權之範圍雖爲法律所不禁然苟加重於法定之條件而制限其權利則反於資本團體之觀念而使會社機關來分裂之虞固法律所斷斷不許者也

以上爲一般株主權之說明而法律於一般株主權以外又認株有一種特別之權利者是卽附帶於特種之株之權利也原來株式會社純然爲資本之團體其株主權之範圍一依其出資之程度而定株金額爲同一時則一切之權利亦以同一爲原則而對於此同等原則而成爲例外者則優先權之制度也日本商法所認爲優先權者僅與以利益配當及殘餘財產分配之權利而於議決權於少數株主權則不許有優等之權利蓋純然於財產上之權利與以優等之待遇也關於配當利益之優先權則先於普通株主而得以特定之割合爲配當關於分配殘餘財產之優

先權則對於券面額而得受優先之拂戾但此之優先權必依於營業之成績無財產之狀態而定即於會社存續時必實有可配當之利益於會社解散時必辨濟債權後實尚有殘餘之財產乃始得行此優先權耳故非與會社債權者相抵抗而行之又非爲破產債權者而行之株主仍僅以株主資格所享有之權利學者間關於此點固不聞有異說也

會社之優先株必限於增加資本之場合而始得爲其發行(一一一條)而資本之增加則非於株金全額完納之後不得爲之(一一〇條)故優先株之發行亦以株金全額之完納爲條件而於會社設立之時期則在所不許蓋優先株之發行於募集新株之場合最見其必要若於設立之際而許其發行則認爲足以釀種種之弊害也外國之法律則不然

優先株之發行必依於特別之決議且其發行之旨尤不可不記載於定款之中也(一一一條及一一〇九條)

擾先株主僅與以財產上之特權前既言之矣蓋會社之業務爲株主全員利害休戚之所繫若對於一種株主而與以優等之地位則或因得其同意而致生專橫之弊或因少數株主之不同意而使會社營業上之必要及有利之方法卒致於不克實行故關於會社全體之利害而不暇顧株主一部之利害者固當然之事也故日本商法對於優先株主雖有特別之殊遇亦僅屬於財產上之一方面卽在於定款變更時有使優先株主蒙損害之場合必須得優先株主之同意然亦非得優先株主個個之同意但得優先株主總會之決議爲已足矣（二二二條）

株主權之讓渡以自由爲通則故會社於設立登記後株主得以其權利移轉於他人然株式讓渡之自由以不屬於株式會社之本質故加以禁止可被以制限亦可法律所認爲唯一之制限者不可不解爲在於得會社之承諾也株主權非爲債權故其讓渡不能以債權之讓渡律之亦當然之理論也又株主權不僅由純然之權利而成卽出資義務亦爲其組成之分子唯其主要之部分在於權利故由權利方

面觀察之則稱爲權利之移轉此一般學者之定論也卽株主權之讓受人取得株主之地位同時對於會社而負擔株主拂込之義務其讓渡初無買賣交換贈與等之別在當事者間皆直接而發生其效力唯對於會社及第三者而欲以讓渡之情事爲對抗則依於記名株式於無記名株式而有多少之差異在於前者則以讓受人之氏名住所記載於株主名簿且以其氏名記載於株券爲必要不履行此手續則對於會社而得行使株主權者依然讓渡人也在於後者則雖非民法上所謂無記名債權而其讓渡之手續則與民法上之規定無別故欲以其讓渡而對抗於會社及第三者固不可不爲株券之引渡也

株主權亦得爲質權之目的以此權利爲質之時商法無特別之明文故亦不外乎依民法之規定也

株主權爲自由輾轉之目的故其間無歸於會社自己之所有者蓋會社若自己而取得株式之時在法律上不僅爲對於自己而生行使株主權之侵態并使會社債權者所擔保之會社財產亦失其分擔於個個株主之實質且因維持株式之價格

遂使買收之時有罹於昂貴之傾向大可懼也故雖外國之法律初無絕對的限制會社自己之取得株式而日商法關於此點則固認爲絕對的無效初不問其讓渡人之爲善意爲惡意及取得之方法若何也

會社不得以質權之目的而受自己之株式是何故蓋亦因有減却會社財產之危險也至彼取締役必以定於定款上員數之株券供託於監查役者此不過保證株主資格之存續且使於會社事業有密接之利害關係不可解爲質權之設定也

株金之拂込要爲催告此催告則依於株主同等待遇之原則要對於各株主爲之且催告爲法律之所命雖定款定有拂込之時期時而不許省略必當於拂込期日前二週間爲之也株主至於其期日而不爲拂込時則會社對之得請求遲延之利息及定款所定之違約金也（一五三條一項民四一九及四二〇條）

株主不履行其出資義務之時則會社對之不妨起訴訟而出以強制執行之手段唯對於個個之株主而欲採此種之方法則殊屬不便故法律特認一最有力最簡便之強制手段稱之爲除權手續對於不爲拂込之株主更定一二週間以上之期

而使其拂込且以不爲拂込則失株主權利之旨通知於各株主若株主受其通知而仍不爲拂込則卽不得不行此除權手續也執行此除權手續與否若定欸無特別之規定而亦無株主總會之決議則一存於取締役之判斷在株主則並無請求履行手續之權利初不待言也

株主喪失其權利以後則不但不能行使將來之權利并其既拂込之株金額亦全然歸於損失而不得爲何等之主張當然之結果也或學者雖有謂株主失其純然之社員權而財產的權利則依然存在故至於他日競賣株式時其代金若超過於滯納之金額則其所殘餘者仍不可不歸於失權之株主然此說於法律上初無何等之根據不足採也更由義務之方面觀察之學者雖有謂株主於失權後尙有應負擔其義務者然由株主權之本質謂之株主權之喪失則不僅株主權利之消滅卽義務亦因之而消滅固正當之解釋也其因株式競賣無得之代金若不滿滯納金額之時失權株主雖有不可不辨濟其不足額之義務（一五三條三項）然此非舊義務之尙存實可謂法律所特命其負擔者今試以例解之假定對於券面額百

圓之株於五十圓拂込之後而催告三十圓之拂込因株主之滯納而致喪失其權利於此場合則存於將來之二十圓其拂込之義務消滅固學者一般之所認也而獨於催告之三十圓猶依然有拂込之義務夫何說以解此要之既行使除權之手續則株主權之喪失即生絕對的效力故失權株主爲滯納金額之拂込仍不得回復其原狀也

株主雖已失其權利後而會社因欲圖資本之充實故對於失權株主其株金拂込之責任仍不因之而消滅因怠於拂込雖發生失權之效果而初無責任免局之效果此株式讓渡人之從責任所以重見爲必要者也即會社對於各讓渡人須定而述之期間內發宜爲拂込之催告而受催告之讓渡人若爲滯納金額之拂込則與以復爲株主之機會蓋苟不使其取得株主之地位而單命爲拂込義務之履行則待遇讓渡人者不免失之於過酷而同時有數讓渡人爲拂込之時則最先爲滯納金額之拂込者取得其株式此本法一五三條二項之所規定也雖然讓渡人之從責任苟不定免責之期間則讓渡人始永久負擔重大責任而妨株式之賣買因之

株式不便於融通至株式會社之特色無資本吸集之便利亦殊未當故一五四條又規定之凡前述之讓渡人拂込之責任自登錄其讓渡於株主名簿後經過二年時而消滅蓋於一方爲防株式之投機的轉賣使讓渡人負擔一定之責任他方爲重株式之正當流通而特制限其拂込期間也

會社終不得株式讓渡人之拂込其最後之手段則爲株式之競賣此競賣爲直接收得滯納金額之目的故因競賣而得之代金若超過於滯納金額則其餘額爲會社之所得可爲一般收入之處分反之因競賣而得之代金不滿滯納金額時則得使失權株主辨濟其不足額若二週間內不辨濟之時則當對於讓渡人而請求之也（一五二條三項）

第三 株券

株券者於株主資格發生後爲表彰其權利而發行之者故株券之性質非學者之所謂設權證券蓋明甚也彼手形上之權利以手形稱爲證券者與此之株券固不可同年而語然株券爲有價證券之一則固學者之所公認在於無記名式之株券

則非證券之占有者不得行株主之權利在於記名式之株券則依於株主名簿之登錄而決定其爲株主與否與無記名式之株券自異其趣而不可以株券之占有爲株主權行使之條件然於株券之讓渡則欲對抗於會社及其他之第三者亦以株券之書換爲必要且關於株主權之行使尤以株券之供託爲必要故證券之占有亦可目之爲權利利用之條件也

株券者所以表彰株主權同時又以供讓渡之用而爲其真正之擔保故法律於株券上必定其應記載之事項也至其記載之事項屬於何種則

- (一) 會社之商號
- (二) 在本店所在地設立之年月日
- (三) 資本之總額
- (四) 一株之金額
- (五) 拂込金額 每回拂込須記載其金額但一時拂込株金之全額者不在

此例

又於資本增加之場合而發行故株時則關於資本之增加要記載其登記之年月且其新株爲儘先株時則株券上亦不可不明揭之也（一四八條及二一八條）

株券之發行亦不必於每株爲之對於數個之株式而發行一個之株券亦可也在日本之實例則發行五株券十株券或百株券者蓋亦不鮮但不得以定欸之規定而強爲若斯之株券蓋株主對於一株固有受一個株券交付之權利也

株券依於權利者之指定方法得分爲記名式及無記名式之二前者之株券則株主之氏名商號均有其記載而後者則無之關於記名式之株券則記載一個人之氏名商號或法人之名稱商號可又一個人之株券并記數人之名稱亦無不可株券有全部皆記名式者又有全部皆無記名式者又有一部爲記名式而他之一部爲無記名式者日本商法則以記名式爲本則亦如法德英等之法律凡無記名式之株券非完納全額株金之後不得行之者也

關於無記名式株券之發行多於定欸設特別之規定爲通則如德意葡瑞匈等之商法莫不皆然日本商法則於株金全納之後株主得請求其株券爲無記名式又

無記名式之株券亦得請求爲記名也（一五五條二項）

以明株券之移動爲目的故法律命爲株主名簿之設備株主名簿者關於株券之所在及記名式之株券而使現在之株主得以一目瞭然其帳簿雖有以株式爲標準株主爲標準之別而其目的則一也至記載於株主名簿之事項列舉於商法一七二條者則

（一） 株主之氏名住所

（二） 各株主之株式之數及株券之番號

（三） 各株拂込之株金額及拂込之年月日

（四） 各株式取得之年月日

（五） 發行無記名式之株券時其額數番號及發行之年月日

此株主名簿備置於會社之本店在營業時間內無論何時不可不供株主或會社債權者之閱覽也（一七一條）

株式會社爲法人故非藉自然人之力不得發現其團體的生存株主總會則以其決讓而代表法人之意思取締役則以代表法人而當其業務執行之任爲常職監查役則以監視取締役之執行業務爲責任日本商法以此三個機關爲株式會社必有之機關而各於其職務之範圍內一切得行動自由者也

第一項 株主總會

株主總會爲株式會社之最高機關其決議則爲法人意思之發現故有拘束他之機關及株主而使之服從之效力然此不過言會社內部之關係對於外部則株主總會無固有之人格又不得爲會社之代表且非如取締役或監查役爲常設之機關僅因招集而成立者也

株主總會得分爲二（一）定時總會（二）臨時總會是也定時總會者依於法律及定款之所定於每年一回一定之時期由取締役招集之在於每年二回以上爲利益配當之會社則每配當期招集之（一五七條）而其應議決之事項則爲財產目錄貸借對照表營業報告書損益計算書準備金及利益或利息配當之議案取締

役對於是等之書類及監查役之報告書當提出於總會而供各株主之取決也
臨時總會之招集限於左之場合

第一 於取締役認爲必要之時（一五條）

臨時總會之招集雖爲取締役之義務而取締役亦非無怠於爲招集者然以定
欵而特定招集總會之時則取締役應遵奉之而爲其招集不待言也

第二 當資本十分之一以上之株主有請求之時（一六條）

此爲普通少數株主權之一若於券面額上有當資本總額十分之一之株主以
總會之目的及其招集之理由提出書面而爲總會招集之請求則取締役當應
其請求而招集之此請求權不能制限而亦不可剝奪故不得以定欵而加重其
條件若減輕其條件則依本法之解釋無不可也請求之人以株主爲必要在於
記名式之株則依於株主名簿而得知其爲株主與否并請求者之株式該當於
資本之幾分皆無不可以深知而至於無記名式之株則請求者不能證明其爲
株主爲非株主其證明必依於株券之呈示而爲之唯其供託非法律上之條件

故不得以定欵定之也

取締役應以上之請求尤必考查其有招集之理由與否若認其爲有理由之時而後乃爲招集之手續也

第三 監查役認爲必要之時

此雖對於取締役所認爲強制之手段同時亦爲監查役之職務也

第四 會社失其資本之半額時

會社之損失及於資本半額之時則取締役要無遲滯而招集株主總會并不可不以其事實而盡其報告之責若取締役怠於招集之時則於負擔損害賠償之責任外尙當受二六一條十號之制裁也

總會招集之目的雖在於報告會社財產之現況然若僅止於報告則始無何等之實益故如會社之解散資本之增加社債之募集及其他相當之畫策取締役皆當具其案而預通知於總會以期總會之決議若特別招集總會而爲單純事

實之報告必至報告終了而籌畫善後之策始再爲總會之招集則不免費煩難之手續矣

總之不問其爲定時總會與臨時總會其招集必要爲適法者則無可疑更申論之
第一 招集之人不可不爲有招集之權能者

日本商法於有招集權者法律上皆有其限定而不許以定款擴張其範圍彼如取締役者固爲招集總會之普通機關（一五七條一五九條及一六〇條一項）其他則監查役爲取締役之牽制機關亦須招集總會之權利（一八二條）又於會社解散之後則清算人亦與取締役有同一之權利（二三七條二三〇條二三四條）在於德國商法之二五三條則依於法律及定款之所定不與他人以招集總會之權利總會則當由取締役爾集之然以定款而得與個個株主以招集權否則學說雖各不同而多數之學者則羣採積極說之見解唯日商法則於個個之株主及其他不定於法律者皆不認其有總會招集權也

當資本額十分之一以上之株主爲少數株主權之一雖對於取締役得請求爲總會之招集而法律亦不命取締役之盲從必當審查其論求之當否苟認爲無理由之時亦不必皆應其請求然請求者對於取締役亦不能甘受其拒絕又其拒絕容或有不當者故於請求後之二週間內不爲總會招集之手續時則請求者在會社本店所在地之地方裁判所得自申請其招集之許可也（非訟一六六項）裁判所附其理由而爲決定之裁判則對於申請許可之裁判雖不許爲不服之申立而對於不許可之裁判則得爲其抗告也（非訟二〇及一三一—一三二條）

若無總會招集之權能者而招集總會之時則非法律上之總會雖有決議亦不得不歸於無效即以株主之全員出席且其全員爲一致時亦不生法律上之效力也

第二 總會招集之形式自會日二週間前對於各株主當發其通知其通知書則

於總會之目的及應決議之事項皆不可不記載之（一五六條一項及二項）若會社發行無記名式株券之場合則自會日三週前不可不以開總會之理由及總會之目的與夫應讓決之事項而爲其公告（一五六條三項）此其理由蓋因無記名式之株券不能知現在之株主果爲何人因之而無由發其通知故不得不出於公告耳非於有記名式之株券之場合即可解爲對於株主之各別通知因公告而可從省略也

關於總會開會之場所則法律上無明文故得以定款而自由定之若定款無特別之規定則以會結之本店爲總會之場所固正當之論也

總會之讓長亦依於定款之所定若定款不定之之時利總會應自爲議長之選舉也

在日本之商法雖不直接使備總會之議事錄然以其爲取締役之職務故總會之議事錄有當備置於本店及支店且以供株主及會社債權者閱覽之規定固

不問其總會之爲定時爲臨時而不可不成之者也至於其議事錄之形式雖不爲何等之規定而於會社之日時場所決議之成績則例所常載無論何人皆絕無疑議之存者也若夫決議之結果則凡議決之法贊否之數已通過之提議及已否決之議案亦皆此議事錄中所應記載之事項也

株主之出席簿法律亦無所規定然記載出席之株主及株主之代理人屬於何人以之爲他日之證據而有保存之必要固不待說明也

屬於株主權最重要之分子而萬不可奪之權利則議決權是也凡有株主之資格者則必有議決權而不有議決權者則不認其爲株主抑定株主之議決權必以預於會社事業之程度爲標準此本則也日本商法採用株金額均一之意義故以株爲單位依於株數而即得算出議決權之數惟於此亦有例外之規定卽有十一株以上者其株主之議決權得以定款而制限之此蓋防小株主受大株主之壓制而設者亦可知日本之商法非絕對的命其以株數而計願議決權之數也而所謂制

限之意義者何以例解之則或定議決權之最高限（如一株主不問其株數之若之若何總不得有二十以上之議決權是）或定議決權計算之事（如十一株以上每五株或十株而與以一個議決權是）皆是也

議決權之行使固伴於株主之資格而存在然株主以代理人而行其議決權亦爲法律所特與之權利故禁止代理人之選任期限定代理人之資格均不可也惟其爲代理權之證之書面則以供出於會社爲必要耳（一六一條二項）

有無記名株之株券者非由會日一週之前供託其株券於會社則不得行其議決權（一六一條二項）

總會決讓時有特別之利害關係者不得行其讓決權（同上第四項）何謂特別之利害關係則法律上無一定之標準不外依各場合之事實而爲其判斷以例解之則對於取締役監查役若議決應提起訴訟與否之時則取締役監查役卽爲特別之利害關係者也或對於株主之一人應爲契約與否則其株主卽特別之利害關

係者其他議決取締役監查役之選任或解任亦可下同一之斷案固一般學說所公認者也

議決權行使之方法如投票起立舉手等皆依於定款之所定其定款中不定之時則依讓長之所決可也

如以上所說明皆僅爲議決權之規定而不及參與於總會之權利然議決權爲參與權之一部學者多主張此說故或則以議決權爲參與權之一分子或則以爲社員權之一分子當然所不得侵犯者其持論非不正當唯議決權與參與權其觀念不同故雖不能行議決權者亦得出席於總會而爲其論辯攻擊之事特對於有無記名式之株券者非供託其株券於會社則不能行其議決權同時即可解爲不能有參與權也

株主總會之決議除法得特別爲規定之場合則出席於總會之株主其議決權以過半數爲之爲本則（一六一條一項）是爲超乎議決權總數之半之意義也故於

可否同數之場合依於議長之所決又或以抽籤之方法而爲其決定者皆爲法律所不認而所謂過半數之計算者將依於行使議決權者乎抑將依於任意或法律之規定并不行使議決權者之議決權亦算入之乎此亦一問題也依日商法之解釋則所謂過半數者卽爲總數之半數以上之意義凡於議決權之總數中任意而不欲行使及依於法律之規定而不能行使之議決權亦應算入之也至出席云者則爲現在於總會之意非不可不以言語及他之方法而表示其意思之義也總會之決議雖依於議決權之過半數爲本則然不妨以定款而設特別之規定（六一條一項）例如要議決權四分之三之同意或要全員之一致皆無不可又於可否同數之場合依於議長之所決亦未嘗不可也總之依於定款之所定則無論加重無論減輕無一而不可者也

日本商法對於此本則所認之例外得稱之爲特別決議關於定款之變更社債之募集解散及合併之場合則必有總株主之半數以上而當資本過半額之株主爲

出席之時始不可不以其議決權之過半數而爲其決議蓋此種極重要之事項其決議之方法自不可不出於鄭重者也

株主總會應從於法律及定款之所定而爲其招集之手續至其決議之方法亦不可不以法律及定款爲依準此一六三條第一項所規定者也所謂招集之手續反乎法律或定款者卽不由會日二週間前之招集對於一部之株主不發其招集之通知其通知^知如書中關於總會之目的及應決議之事項而不爲其記載又於發行無記名式株券之場合其法律所定之期間內不以其法定事項爲公告者皆是也所謂決議方法反乎法令或定款者卽誤爲議決權之計算於有特別之利害關係者而使其行其議決權皆其例也凡於是等之場合則各株主得以其決議之業效請求裁判所之宣告（一六三條一項）此爲株主之固有權非定款之規定或總會之決議所得而制限者也

此請求宣告之理由在反乎法令或定款而爲總會招集之手續及決議之方法故

請求者不必爲彼損害之人其決議亦不必要有利害之關係者也又其決議果爲會社之利益與否請求者果出席於總會與否抑於總會中果反對決議與否皆所不論但其手續其方法有不合乎法令及定款之時皆得主張其決議之無效也至於有此請求宣告之權利者屬於何人乎則

(一) 株主 株主之請求權要於總會之當時已有株主權之存在者故由總會之當時以迄於訴訟之終了不可不有株主資格之存續若在總會之時並非時^株主則雖由決議之日一個月內而取得株式者亦不能有此^請說求權也株主爲此請求之時則當供託其株券且遇有會社之請求尤不可不供相當之擔保也(一六三條三項) 株券之供託者指請求之株主所有一切之株券者而言擔保則以充會社所有之費用及損害賠償之目的者也

(二) 取締役及監查役 取締役及監查役爲會社之利益亦有實行求請權之責任若其資格已消滅之時則雖不得以其資格而行使此請求權然因其株主

之資格依然存在故仍得以株主之資格而爲其請求也

(三) 清算人 決議無效之宣告清算人不可不爲其請求者法律固特爲規定者也

決議無效之請求必依於訴訟其訴訟則要由決議之日一個月內而提起之者也
(一六三條一項及二項)對於會社之訴訟則以取締役爲代表機關者固爲常例
若請求者卽爲取締役之時則此時之代表會社必屬於監查役矣(一八五條)
株主總會由決議之日一個月內無提起訴訟者則其決議始爲有效凡取締役監
查役及一切之株主皆受此決議之拘束不待言也夫此所謂決議有效者蓋專指
招集之手續決議之方法有反於法令或定款者而直若反乎其他強行規定之決
議如強制株主爲新株之引受或減少株金額而致不滿於法定之最少額使有害
於株主之權利則爲絕對的無效不待爭而自不生其效力者也

第二款 取締役

取締役在株式會社之地位固爲當執行業務代表會社之責任之常設機關也雖然監查役於特定之場合亦有代表會社者故取締役非唯一之機關也又若以取締役爲會社必不可缺之機關言之則因於死亡及其他之理由而至有缺乏之時會社亦不至卽失其存在或不能爲營業的行爲故亦非絕對的必要之意義也遇取締役全員解任之時又不及法律及定款所定之最少額而會社之活動仍不因之而停止當此之時則支配人及其他會社之社員依然得行其職務唯法律所特使取締役負擔之行爲則不得爲之耳今說明取締役之性質如左

(一) 要爲株主 取締役應有之株式之數要以定款定之(一一〇條五號)而其定數之株券則不可不供託之於監查役(一六八條)因此規定故無不爲株主而可爲取締役者

(二) 不可不於株主總會而爲其選任 在於發起設立之場合則依有爲株主之發起人之互選在於募集設立之場合則於創立總會選任之(一二三條一

三三條)於其他之場合則取締役之選任爲株主總會之專屬事項(一六四條)而不許委任於他之機關又爲取締役者亦不許選任他之取締役也取締役雖以三人爲法定之最少數然若以定款而增加其數亦無不可

(三) 以三人爲最少數 此一六五條所規定者也

(四) 任期不得超過於三年 定最長時期之法律實例甚多法比匈伊葡瑞之法律莫不皆然日商法一六六條所規定之三年卽爲法定之最長期不能再延長其時期固所勿論而欲短縮其時期之時則一任諸定款之自由法律初不爲其制限也

取締役之任期雖不得超過於三年而及其任期滿了之後亦不妨再爲其選任(一六七條)日商法於同一之時期雖行取締役全員之改選而行一部分一改選使新滯^ル取締役共當其營業之責任者則爲外國一般之實例如意大利之商法卽定一部分改選之規則其退任者皆依於抽籤而定之者也

任期之滿了爲退任之原因固也然即在時期滿了以前亦得以株主總會之決議而隨意可爲其解任其解任之原因由於總會之決議而定之者則不問其理由之如何取締役皆不得反對其決議而主張其資格之存續又限於重要之事由而始爲解任者至此而亦喪失其效力唯在任期滿了前無正當之事由而遽爲解任之時則取締役因解任而生之損害得對於會社而請求其損害之賠償也（一六七條）

取締役雖在其任期滿了前得辭其任但無不得已之事由而於會社又爲不利之時期於此而漫爲辭任則因此而生之損害不可不命其賠償（民六五一條）是又解爲委任關係之結果也

取締役所受之報酬有爲一定之給料者有應其取引額而與以手數料者其他之賞與金亦一種之報酬也此報酬不定於定款則當依於總會之決議（一七九條）又若僅以利益之幾分而充賞與金之時則應以表示於貸借對照表中之利益爲

標準固正當之論也

取締役者會社之代表機關也關於會社之營業有爲一切裁判上及裁外行爲之權限而此代表權則各取締役所各自有者也日本之貫例雖於取締役中常設所謂專務取締役者然在法律上並非有奪他取締役代表權之效力唯於第三者知其無代表權時則可以此爲證明之事實又所謂共同代表者應解釋爲代表權之制限與否則與合名會社社員之各自代表權爲同一之說明又加代表權以制限之時亦無再說之必要也「一七〇六 民五四條」至於爲特定之行爲應經監查役之承認或當受株主總會之認許者則代表權之制限也

取締役爲會社之代表者故除履行債務之場合外不得以自己之資格與會社爲法律行爲「民一〇八條」日本商法一七六條明定取締役爲自己或第三者而與會社爲取引則當得監查役之承認故不問取締役之自己代表會社之場合與他之取締役代表會社之場合皆不可不得監查役之承認解釋上固不生其疑義也

取締役爲執行會社業務之機關決無以法律或定款而特委託於他之機關者故稱取締役爲執行機關者卽此義也又加取締役以代理權之制限則不得對抗於善意之第三者故關於會社營業之行得總之爲會社又對於會社直接而生其效力者也雖然定款者會社行動之準則也株主總會者會社最高之機關也故取締役不可不遵奉定款之所定而服從株主總會之決議因之欲爲特定之行爲則當經總會之認許或監查役之承認此外如限定營業行爲之種類營業的作用之區域皆有拘束取締役之力也又選任取締役之契約亦當然得附加其制限蓋取締役對於會社之關係不過爲隸屬的吏員於不遵守其制限之場合則對於會社而任損害賠償之責固當然之理也

若夫株主總會之決議有違反法律或定款之行爲而強制取締役之執行則如何於此場合取締役欲遵奉之則對於第三者不得辭其責欲不遵奉之則又不得反抗總會之決議故取締役救濟之法不外乎提起決議無效之訴德國學者雖有謂

欲對於第三者免責之法不外乎辭任然無解於取締役之不當遵不法之決議之理由也

「一」取締役於定款無別段之規定時則以其過半數而執行業務 關於支配人之選任及解任亦同「一六九條」

「二」書類之設備 株式會社爲商人亦應以商業帳簿之規定於設立登記之時及每年一回一定之時期要作成財產目錄及貸借對照表「二六條」又商業植簿及關於營業之信書當爲其保存「二八條」此皆屬於取締役之職務此外爲法律之所特命者如定款及總會之決議錄則備置於本店及支店株主名簿及社債原簿則備置於本店凡株主及會社之債權者在營業時期內無論何時皆得許其閱覽也「一七一條」又所成之財產目錄貸借對照表營業報告書損益計算者準備金及利益又關於利息配當之議案須由定時總會之日一週間前而提出於監查役「一九〇條」且備於本店之一切書類尤不可不提出於定

時總會也

「三」會社因損失而失其資本之半額時則要無遲滯而招集總會不可不盡其報告之責「一七四條一項」又至於不能以會社財產完濟會社之債務時則取締役不可不直為破產宣告之請求「一七四條二項」夫日本現行破產法雖以支拂不能為一般破產之原因而所謂支拂不能者即債務者對於應辨濟之債務已至無資產之可履行者之謂而茲所謂示能以會社之財產完濟會社之債務者則與支拂不能之意義迥不相同雖債務之額非常巨大而有支拂之能力者亦正不鮮蓋限於債務者之信用而不可謂為支拂之不能故況以財產不足或債務超過即認為破產之原因法律上固無所不可也此在個人所組織之會社雖以支拂不能為破產原因因申立而為破產之宣告而在於資本的會社組織則財產不足有以為破產原因之必要蓋株式會社以資本為唯一之擔保以外別無有負擔責任者故於財產未甚減少之先即不可不為債權者之保護此

所以與財產不足之場合命取締役爲破產宣告之申立也

四 競爭禁止 取締役非有株主總會之認許不得爲自己或第三者爲屬於會社營業部類之商行爲或爲以同種營業爲目的之會社之無限責任社員（一七五條一項）即屬於會社營業之部類匪僅不得以之爲營業并不得爲第三者爲個個之商行爲故爲他會社之取締役及支配人番頭皆法律之所禁也然其得爲株主及合資會社之有限責任社員則固當然所不俟言者又不得爲同種營業爲目的之合名會社社員及合資株式會社之無限責任社員此固不問社員之執行業務與否代表會社與否也

取締役犯競爭禁止之時則會社對之得請求其損害賠償又於取締役爲自己而爲商行爲之時會社依於總會之決議亦得看做其爲會社而爲之者（一七五條二項）此權利由監查役之一人知其行爲之時二月以內不行使之而消滅又由其行爲之時經過一年而不知者其時效亦因之而消滅也（同上第

三項）競爭禁止與取締役之資格不可相離故解任辭任則禁止亦從之而解除又會社既解散之後亦無所謂競爭禁止之觀念矣

取締役之執行業務應盡相當之注意（民法六四四條）若怠於爲注意之時則對於會社當然任損害賠償之責然所加損害之行爲果基於株主總會之決議時則他日雖宣告決議之無效取締役仍得以其決議而對抗會社之請求唯明反乎法律或定款又因於自己之惡意而使爲決議之時則取締役不得辭其責任也

取締役於任損害賠償之責時總會當依於普通之決議而爲訴訟之提起又於否決之場合當資本十分之一以上之株主應提起訴訟請求於監查役而實行損害賠償之請求（一七八條一項）此株主之請求權爲少數株主權之一雖多數爲反對之決議而亦可行之此即不可以多數不當之決議而壓抑少數之旨趣也

株主總會對於取締役而爲起訴之決議時又有少數株主之請求時則會社不可不提起其訴訟而於後之場合則請求者要供託其株券且有監查役之請求時尤

不可不供相當之擔保也（一七八條二項）

（二）訴訟提起之期間由決議或請求之日起爲一個月（一七八條一項）此一個月之期間將對於會社而命之乎抑經過一個月而卽不得爲起訴乎學者間雖不能無疑然有新決議或新請求之時則取締役不得以期間之經過而爲其抗辨固明甚也

（二）代表會社者監查役也 然於總會則得使他人而代表會社又因於少數株主之請求則亦得特別指定代表也（一八五條）在於總會之決議時則總會所選定者爲第一位監查役爲第二位在於少數株主之請求時則指定者爲第一位總會之選任者爲第二位監查役爲第三位此定代表之順序也

（三）因少數株主之請求而起訴之場合則於會社敗訴時其株主對於會社應任其損害賠償之責（一七八條三項）對於被告之取締役及其他株主則以無賠償責任爲本則

對於取締役之訴雖基於少數株主之請求亦會社之訴也故個個之株主則不得爲會社而提起其訴訟何則保全會社之利益本爲其相當機關之職務且必有法定之株式而始得使會社之起訴也又個個之株主并不得對於取締役爲自己而起訴者取締役之行爲果間接有害於株主之利益則當以會社爲代表而行其權利也故取締役爲不實之報告及爲虛僞之貸借對照表等直接傷害於株主之權利又破壞保護株主利益之法律則取締役之對於會社固不能辭其責任者也至於取締役對於第三者之責任亦從於同一之原則第三者若有損害賠償之請求則其取締役之行爲雖基於株主總會之決議者亦不得以爲免責之理由唯其行爲已於總會而述其異議且已對於監查役而發其通知時則取締役不獨負其者責也（一七七條二項）

關於取締役之業務執行附以過料之制裁者不少此商法二六一條及二六二條之所規定也

第三欸 監查役

監查役爲株式會社必有之機關而以監視業務執行爲常職者也然監查役亦非僅以監視爲職務時或有代表會社者亦或有執行業務者唯其本來之職務則固屬於監督行爲耳

監查役與會社間所存之法律關係亦爲契約上之關係固德學者之所不疑即依日民法主義論之亦不外爲一種特別之契約關係也

監查役要爲株主且要於株主總會而選任之者關於此點固與取締役無所異也（一八九條一六四條）其組織之定員則法律不爲其限定一人可數人亦可然欲於任務終了時避改選之不便自應於定欸中豫定其最少數及最多數爲得策又監查役以一年爲法定之任期蓋任期過長則與取締役相得既深既不免通同舞弊而失之過短又必有不諳會社事務之虞故以一年爲任期適中之規定也但於任期終了後而行再選之方法則無不可（一八〇條）關於解任辭任及應受之報

酬亦與取締役相同（一八九條一六七條一七九條）又監查役之更迭則爲設立登記之變更及登記事項之變更故亦應爲登記者也

監查役當然之性質爲會社之監督機關與第三者無直接之關係即於會社內部之關係亦極單純今說明監查役之權限如左

（一） 監查役對於取締役無論何時得求其營業之報告（一八一條前段）茲所謂無論何時云者不可以絕對的解之若於營業時間以外或當取締役處理緊要事務時而強求其報告則固悖於事理者也

（二） 監查役無論何時得調查會社業務及財產之狀況（一八一條後段）當此之時取締役若妨害其調查或不應其請求之時則應受過料之制裁也（二六二條三號）

（三） 監查役認有必要之時得爲株主總會之招集（一八一條）此招集權雖在於期監督之實效亦一種業務執行之獨立行爲也於取締役妨止其職務執行

之場合可以此爲強制手段又取締役怠於職務而有不正當之行爲時亦可執行此手段也

(四) 取締役提出於株主總會之書類監查役要爲其調查而以其意見報告於總會(一八二條)此書類之解釋蓋非限定提出於定時總會者卽掲載於一九〇條者是也

凡此皆監查役之權利同時亦爲其義務不得以定款而縮小其權利或免除其義務者也然擴張監查的行動之範圍則非法律之所禁故外國法多利用此原則或則取締役須受監查役之指揮或則對於特定之行爲必須經監查役之承認者實例甚多而其監查役之職務則爲會社之機關而行之非爲其一人獨立而行之者但於監查役有數人之時亦不妨委託於其一人也

監查役有爲會社之代表機關而行其職務者如取締役對於會社及會社對於取締役起訴之場合則代表會社者監查役也但株主總會得以其決議而特定他之

代表者耳其理由已說明於前於茲略焉

監查役之行其職務也不可不盡相當之注意怠於爲注意之時則對於會社及第三者當任其損害賠償之責（一八六條）例如取締役執行業務有不法之時又利益配當案爲不正之記載時監查役因於故意或過失而不爲報告致加損害於會社及第三者之時不可不任其賠償者此賠償之責任迄於株主總會受計算書承認以後而始爲其解除者也茲尙有可論者即監查役不得兼爲取締役或支配人也然於取締役中有缺員之時則出於事之所不得已以他之取締役及監查役之協議暫時亦得行取締役之職務者也（一八四條一項）於此場合則執行機關與監督機關非同出於一人者故行取締役職務之監查役從於一九二條一項之規定得株主總會承認以後即不得再行監查役之職務矣

監查役既行取締役之職務則關於業務之執行即與取締役負同一之責任唯關於株券供託及競爭的行爲禁止等屬於取締役固有之職務則不負擔之也

第五節 會社之計算

株式會社爲資產的團體集多數人之資力而以少數人保管之使用之就其保管使用之結果所收得之利益而配當於多數之出資者也此多數之出資者以全不干涉會社之業務僅限於一定之時或臨時始得分配其由出資所生之利益者故不得不多設監督的規定使會社之基礎長此鞏固而株主及第三者之利益又不致或罹於損害此則立法者之苦心而本節之所以要明確會社財商之計算者即由此主義而發生者也

第一款 書類之整理

書類之記入保管爲取締役職務之一種即取締役爲明晰會社之計算要作成諸種之書類提出之於定時總會而供株主之閱覽者也本款所規定之書類即如左述

一 財產目錄

二 貸借對照表

三 營業報告書

四 損益計算書

五 關於準備金及利益或利息配當之議案

取締役作成此種之書類要距定時總會一週間以前提出於監查役由監查役詳實調查而參以自己之意見作成報告書之後始復返還於取締役俾得備置於本店凡株主及會社之債權者有請求之時在營業時間內無論何時皆得供其閱覽者也

取締役要作成此等之書類提出於總會以求其承認監查役要調查此等之書類而報告自己之意見俟總會承認以後取締役要就其貸借對照表而爲其公告同時取締役及監查役之責任亦因之而解除然若有不正之行爲時則仍不能看做爲其解除也

第二欸 株主之調查權

取締役作成種種之書類而供其閱覽又提出之者蓋所以保護株主之利益也然此種之書類以僅得閱覽於總會時爲未足故關於平常會社之計算更與株主以監督之權利即當資本十分之一之株主爲調查會社之業務及財產之狀況得請求於裁判所而爲檢查役之選任也

以此權利而與於各株主之時則不免有濫用之虞故必限於當資本十分之一者始得以行此權利而請求之取舍又悉委之於裁判所也

檢查役受諾其選任之時則即負調查之義務而其調查之結果又不可不報告於裁判所於此場合裁判所就其所調查者而發現意外之事實則當求株主總會之反省而施以善後之政策者當亦不少故裁判所得命監查役而爲株主總會之招集也

第三欸 利益或利息之配當

株主之主目的無非在於得利益之配當而其他皆不過附隨之權利也法律稱爲會社之計算者原爲保護會社之利益而使各株主得受公平正確之分配同時亦所以保護會社債權者之利益也

配當利益之時法律不爲其限定故一年爲一度之配當可一年爲兩度以上之配當亦可即極而言之或每十年而始爲利益之配當或於會社解散之際而始爲利益之配當亦無不可也在此最後之場合則與會社財產之分配爲同時或有謂利益之配當非株主必要之權利然雖分配於解散之際究非單純爲會社財產之分配而仍包含蓄積之利益在也故利益配當請求權爲株主必要之原則固不有疑義之存者也

學者或謂會社之定時總會每年要爲一回之招集者原以爲利益配當之決議也故至少則一年一度必不可不爲利益之配當然定時總會雖要爲關於利益配當之決議初不要決議爲利益之配當也在無利益配當之時則不得爲配當固不待

言卽有利益之時而歸入於準備金留以備次期之總算而不爲配當固亦無所不可也

當配當利益時爲充實之要件而特以法律規定者有二卽損失之填補與準備金之控除是也

(一) 會社非填補損失後不得爲利益之配當

有損失則無利益損失未填補而謂爲有利益無此理也此與合名會社可爲同一之說明者不填補損失而漫爲配當其配當亦非當然無效者僅會社之債權者得請求其返還已耳其理由亦與合名會社相同

(二) 會社非控除準備金之後不得爲利益之配當

在於合名會社則利益配當以損失之填補爲唯一之條件株式會社則更有第一必要之條件卽控除準備金是也不積立準備金而卽爲配當之時則會社債權者得請求其返還亦同於前之場合也

利益之配當應於其拂込之株金額爲之蓋因株式爲平等分配利益亦當使之出於平等者也故若各株已爲同一之拂込時則對於各株之利益受同一之配當固不待言然能於各株之中或爲全部之拂込或爲一部之拂込則不能得同額之分配故僅應於其株金額爲之當然之理也

優先株主雖爲少額之拂込者亦較諸普通株主之利益爲優此蓋由優先株之性質而來者有同種之優先株則必爲同種之配當固無可疑而若發行諸種之優先株時則第一種與第二種之間亦不妨附以差等也

會社無利益之時則不得爲何等之配當亦一定之理也然依於會社事業之性質有長期間而不生利益者此種之株式其初既不易於應募即應募以後株主亦因不得配當而急欲爲讓渡之情事故此際亦有許爲一種之配當者以非爲利益乃特名之爲利息配當云爾此利息配當迄於會社建設事業以前而爲其支拂者故稱之爲建設利息而具備左之條件爲必要

- (一) 事業之性質非設立登記後二年以上不能爲開業者
 - (二) 以定欸而定之者
 - (三) 定欸之規定已受裁判之認可者
 - (四) 爲開業以前者
 - (五) 法定利率以內
- 凡此皆建設利息必要之條件苟不具備則不得爲配當者也

第四欸 準備金

株式會社割利益之幾分積立以備將來之用者謂之爲準備金此準備金分之爲二一任意準備金二法定準備金是也前者依於定欸或總會之決議而積立之者其目的或以謀擴充會社之事業或於無利益之年度留以供配當之用又或則充社債之償還或備株式之消却有種種之目的故其數額亦各不相等總之皆由於會社所自定而非出於法律所干涉者也後者則爲法律所強制其積立者不得以

定欸或總會之同意而自由變更即會社非達其資本四分之一則每配當利益時於其利益中須提出二十分之一爲準備金是也此準備金之制度爲合名合資等之所無蓋會社財產超過於會社資本而爲有利益時則此利益可任諸會社自由之處分而初無所礙而一九四條之一項必爲此規定者抑別有故蓋以防會社之將來有損失年度時藉以供資本填補之用也此其立法之精神不外使會社之基礎長此鞏固俾直接及於會社債權者之損害間接及於一般經濟之淆亂皆可以防止其弊害故不許以此種法定準備金使用於營業資金或供其利益配當之用也

至於會社以額面以上之價額而發行株式時則法定準備金之額未達資本四分之一其超過額面之金額須組入於準備金之中此同條二項之所規定者也故與第一回拂込同時拂込之超過金額卽爲準備金又在發行新株之時其超過金額亦應組入於既存之準備金中也由此觀之則準備金者乃從利益金與超過金額

之二成分所組成之者且發行額面以上之株式而得之超過額決非營業上所得之利益故無配當於株主之必要若以此爲配當是直獎勵株式之投機取引而流弊無窮故舉此超過額悉組入於準備金之中固至當之理也

法定準備金如上所述其重要若此故取締役監查役若不爲積立之時不能免於過料之制裁也

第五款 社債

社債云者謂依法律所規定貸金於會社由會社而給與證券蓋卽消費貸借上之金錢債務也故就其性質上言之純然爲會社之債務社債之債權者與其他消費貸借之債權者其權利亦無所異卽對於會社皆可請求元本及利息之収支拂者也其與普通消費所不同者僅在於發行證券之一點耳

夫消費貸借凡屬有權利能力者則不論其爲自然人爲法人其他之商事會社遇有金錢之必要時無不可以自由爲之而獨於株式會社與以社債的特別之名稱

規定特別之手續果出於何之理由乎蓋代表社債之社債券爲具備一定形式之證券與株式相同皆有自由賣買之性質者故發行之則於募集資金時可以增一層之便利終非普通借用證文之比而立法者從大體上著想亦僅以株式會社爲大事業而擁大資本者故事業上爲巨大之借入金亦重見爲必要以是存於株式會社之制度大都爲他種會社之所無卽令有之亦爲普通之借金而適用普通之證文已足初無待設特別之規定也

或者謂株式會社固得以資本增加之方法充金錢之需要者也然於一時之間有資金之需要使常變更定欸必依募集新株之手續而增加資本之時則其後若不以此資金爲必要而仍不可不爲其保存卽不爲保存而再用資本減少之方法又不可不經繁雜之手續其煩累殆有不可勝言者至於社債則豫定一定之償還方法卽無須爲是種之手續卽可返還不用之資金故社債之募集至爲便利且借低利之新社債而償高利之舊社債尤所通行者也

右所述者發行社債之理由也然以此社債爲流通於市場者萬一債券有不拂之時不僅有害於債權者且間接有擾亂經濟社會之恐故立法者於此不可不設一定之制限試述於下

第一 社債之募集

社債之募集雖增加會社之營業資金而與資本之增加不同在舊商法雖必要得官廳之許可而現行商法則廢止之故不須經此手續又募集社債非定款變更之事項故亦不必依同一之方法然社債之額以巨大爲通例與會社之收益能力負擔不兩立之義務而於會社營業上有重大之關係故法律關於募集社債爲株主總會專屬之事項與定款之變更同依於特別之決議者也（一九九條）而於總會已決議爲社債之募集時則取締役當執行之任凡體樣條件其他重要之事項及會社財產之狀況先不可不爲其公告也（二〇二條）此公告爲契約申込之誘引而應募者則申込入也會社從於募集條件之所定而表其承諾是純然爲契約關

係而可應用申込承諾之理論者也

社債之募集已完了之時取締役對於各社債要使其爲全額之拂込（二二〇四條）於此場合若申込者不爲拂込之時則會社定相當之期間而催告其履行其期間內不爲履行之時則得爲契約之解除

第二 社債之總額

社債在株金額完納之前應於必要而亦得爲其募集然日本商法則仿比伊葡之例而特定其最高額所謂最高額者即不得超過拂込株金額又現在於會社之財產不滿拂込株金額之時則不得超過其財產之額是也夫現存於會社之財產者即表示於最終貸借對照表之額而非募集社債時所有之財產額又最終之貸借對照表者即依於法律之規定而作成已得總會之承認者蓋不待言也

第三 各社債之金額

各社債之金額以二十圓爲最少額（二二〇一條）不認極小額之社債者以社債權

者必熟審會社之狀況如何而始應其募集者也至於最高額則法律不爲其限定且各社債之金額亦不必限於同一故或爲二十圓券或爲三十圓券相併發行固亦無所不可也

第四 社債之償還

會社爲債務者而負擔社債償還之義務學者間所謂證券的債務依其記載於證券之條件而爲其辨濟者蓋不容疑而社債償還之方法及期限則以募集條件定之或於同一之時期而償還其總額者固亦不乏其例而依日本之實例則大率每年爲一部之償還爲償還金額之最少額也

第五 債券

社債權者有求交付債券之權利而記載於債券之事項則二〇五條所規定者也有記名式者有無記名式者社債權者得請求其交換（二〇七條）又欲明債券之所在故特命其爲社債原簿之設備也

社債得爲讓渡及質權之目的記名式之社債則關於讓渡之事讓受人之氏名住所非記載於社債原簿其氏名非記載於債券則不得對抗_於會社及其他之第三者又爲質權之目的時則以債券之交付爲質權設定之條件而以社債原簿記載質權之設定爲生對抗力之條件也(民二六五條二六三條)

第六 社債之登記

社債募集之完了後取締役對於各社債所拂込之應募金額二週間內於本店及支店之所在地要爲社債之登記而其登記事項則於二〇四條之二項定之其手續則於非訟事件手續法之一九一條規定之又於社債之全部或一部已償還之場合則其登記手續爲同法一九二條所規定者也

第六節 解散

株式會社解散之事由於大體則與合名會社無異其所不同者則於存立時期滿了之場合在合名會社則以社員之全部或一部之同意而認會社之繼續在株式

會社則雖以株主全員之同意而不得爲其繼續。又破產原因在合名會社則爲支拂之不能。在株式會社則爲債務超過。在於合名會社則其存續中有申立而始宣告破產。未嘗定申立之義務也。在於株式會社則於債務超過之場合當命取締役爲破產宣告之申立者也。

任意之解散者謂依於總會之特別決議而解散者也。而株主之數不滿於七人亦爲解散事由之一。蓋日本商法固以此爲設立及存續之條件也。合併之決議則除依特別決議外關於合名會社之合併皆可以應用。唯株式會社而欲爲合併之時則公告其事情於總會之會日前。不超於一個月之期間及開會中得停止記名株式之讓渡。又已爲合併決議之場合於本店之所在地而登記之。則亦不得爲讓渡也矣。

會社解散時除破產及合併之場合由解散日之二週間前於本店及支店之所在地要爲登記（二二五條）又取締役對於株主要無遲滯而發其通知。且於發行無

記名式之株券時不可不爲其公告也(二三四條)

第七節 清算

在於合名會社則以定款或總社員之同意會社得爲財產之自由處分而在於株式會社則以嚴格之清算爲解散必然之結果無論依於定款依於株主總會之決議依於株主全員之同意皆不得避者也此區別之所由存蓋因株式會社以財產爲唯一之信用基礎苟任其自由處分必至奪債權者之擔保非若合名會社各社員有連帶無限之責任者也

會社於清算目的之範圍內尙看做爲存續者故會社當然之組織不因解散而卽生異動會社之機關固依然存在也若株主總會若監查役若株主固有之權利少數株主權等皆保有其效力唯取締役爲執行營業之機關解散後無認之之理由行清算行爲之機關者則有清算人清算人除法律特別之規定及與清算之目的不相容者之外皆與取締役有同一之職務權限此二三四條所由有準用於清算

人之規定也。而反乎總會招集之手續。或其決議方法。反乎法令或定款之場合。則當請求其決議無效之宣告。固清算人之義務也。

清算人之所爲不軼於清算之範圍者。當然之理也。關於現務之結了。債權之取立。及債務之辨濟。殘餘財產之分配等。皆與合名會社無異。唯於會社財產不能辨濟於債權者之時。則以定款而定株金拂込之時期者。不必於時期之未來。先應會社之必要而爲其拂込者耳。(二二四條)

^清清算人選任之方法。因於會社解散之事由而不同。於合併及破產之場合。則無清算人。因於裁判所之命令而解散時。則依利害關係人或檢事之請求。由裁判所而選任其清算人。(二三四條)又會社著手於事業之後。而發見其設立之無效。則謂之爲準解散。於此場合。裁判所因利害關係人之請求。亦得選舉清算人也。(二三二條)於他之場合。則定款若無特別之規定。而株主總會又不選任他人之時。則當然以取締役爲清算人。(二二六條)此當然爲清算人之取締役。非於清算時期

而仍存有取締役之謂。清算人固爲特別之機關而行其職務者也。故假如以取締役三人爲清算人之時。雖缺其一人。亦不必要爲補缺之選舉。何則。清算人之機關無法定之最少數。雖僅有一人亦可也。又定款既不定。清算人總會亦不爲選任。而取締役又不肯爲清算人之時。則因利害關係人之請求。仍當由裁判所而爲其選任也。(二二六二一條二項)無論於何之場合。清算人於二週間內。在本店及支店之所在地。不可不登記其氏名住所。固一定之理也。(二二三四條)

株主總會所選任之清算人。則無論何時。依總會之通常決議。而得爲解任。固也。然以定款之所定及裁判所選任之清算人。則限於有重要之事由。因監查役或少數株主之請求。而始得由裁判所之解任。(二二三八條)

清算人就職之後。關於會社財產。要無遲滯而調查其現況。作成財產目錄。貸借對照表。以徵求監查役之意見。(二二三四條)尤不可不提出於株主總會。而求其承認也。「二二三七條」又總會得選任檢查役。而調查其當否。若清算人得總會之承認時。

則貸借對照表當盡其公告之手續也（一二七條二項）

清算人由其就職之日二個月內至少要爲一度之公告對於債權者當定二個月以上之期間於其期間以內當催告爲請求申出之旨且於所知之債權者仍不可不爲各別之催告又不知之債權者則雖期間經過後而爲請求會社財產若猶有存焉者亦不得拒其辨濟也

清算人有分配財產之職務然非清償債務之後則不得配當於株主所謂殘餘財產之分配者卽此意也此殘餘財產分配之請求權一經會社解散而移於清算之時期則從於法律及定款之所定卽以債權者之資格而得行此權利者也

殘餘財產分配之比例卽以拂込之株金額爲比例而於發行優先株之場合關於殘餘財產之分配果與以優先權之時則不可不從其所定凡額面之金額及拂込之金額當先於他之株主而受其分配者固優先株之常例也

分配必應於株金額之割合故以額面以上之價格而發行株式時則超於額面之

金額。不算入於殘餘財產之分配者亦常也。會社於辨濟債務之後，殘餘財產若較株主所拂込之株金額爲多，則歸於株主之利益，而不及拂込之株金額時，則歸於株主之損失。其損益之分配，必以株主拂込之金額爲標準，以例解之。如會社之資本金爲十萬圓，而各株皆止爲半額之拂込，則其額爲五萬圓。此時若會社解散結算，殘餘財產之額已有十萬圓之時，則各株主對於拂込之金額，皆可受二倍之分配矣。

清算人分配殘餘財產以後，則清算事務於茲終了。要無遲滯而作成決算報告書，提出於總會，以求其承認。當此之時，總會得選任檢查役而調查其當否。既經承認，則除清算人有不正行爲之外，當然生責任解除之效力也。（二三〇條及一九三條一五八條二項）

會社帳簿及關於營業之信書，關於清算之一切書類，於本店所在地已爲清算結了之登記後，要爲十年之保存。此保存者，則因清算人及利害關係人之請求而由

裁判所選任之者也。

第五章 株式合資會社

株式合資會社發生於現行商法者也。僅以株式會社及合資會社應現今之事業界而有所不足，故混合二者之性質而制定一種特別之會社。於一方則有充分信用之實業家，而於他方則又有專供資金不營業務之多數資本家。前者負擔無限責任，而當營業之局後者則單出資本，且其供出之資本金分爲株式，而與以融通之便。俾各遂其希望，而初無遺憾之存，以收其獎勵商業之實益。此日本商法所以參酌外國之立法例，而認株式合資會社之制度也。

然以株式合資會社爲特種之會社者，從日本立法上言之耳。至從學理上言之，則多不以爲獨立之會社。大概可分爲三說。第一說從分資本爲株式立論，謂爲株式會社之變形。此瑞西債務法及其他伊比等國之法律皆採用同一之趣旨。然此說於學理雖是，而實則不然。蓋株式會社之株式，其責任以株金額爲限度，而株式合

資會社之株式則有不以株金額爲限度者也第二說謂株式會社與合名會社相結合由有限責任社員所成之株式會社及一人或數人之無限責任社員共同而組織之者此說於學理上初無根據無待贅言第三說從無限有限之分立論謂爲合資會社之一種此說按諸學理亦合而於事實上則有同者有不同者其同者則以兩種會社皆分爲一有限一無限而不同者則合資會社之有限責任社員其資本爲持分不以讓渡爲原則而株式合資會社之株主則其資本爲株式以讓渡爲原則者也故此三說皆不得其當而日本商法斷斷不採用者也

獨是日本商法雖區別株式合資會社與他種會社爲獨立之組織而其根本之觀念究與株式會社相近故商法限於無特別之規定時準用關於株式會社之規定也今就與株式會社相異之要點而述之於左

(一) 至少不可不有一人爲無限責任社員(二三三條)

(二) 株主總會僅以有限責任社員爲組織者非如株式會社之總會必以社

員全部組成之者也(二四〇條)

(三) 株主總會不爲會社最高之機關僅與無限責任社員共有同等權利之構成分子也(二四四條)

(四) 無限責任社員非由株主總會中選出又對之而不立於服從的之關係固與有限責任社員處同等之地位而獨立執行其業務者也(二四三條)

(五) 監查役由有限責任社員中而選出之爲會社之監督機關同時對於無限責任社員而有代表株主利益之職務者也(二四五條)

於此有應注意者即株式合資會社雖由無限責任社員與株主所組成然同一之人亦不妨兼有兩種之資格也

第一 設立

株式合資會社之設立大旨皆依於株式會社設立之規定故設立之形式非如合資會社之單純有發起人有定款之作成有株式申込證有創立總會凡此諸點皆

與株式會社無少異者也

無限責任社員必不可不爲發起人然發起人亦不限於無限責任社員卽株主亦得爲之唯不如株式會社之發起人以七人爲最少數耳而發起人作成定款之時除目的商號株金總額一株金額本店支店所在地公告機關之外凡無限責任社員之氏名住所及出資之種類價格又評價之標準等皆應記載而爲其署名也（二二七條）

無限責任社員雖爲會社之中樞而無引受總株之義務固當別求資本家而經營會社之事業者故日本商法與德國商法不同僅認募集設立不認同時設立者也（二二八條一項）而當募集株主之時則與株式會社相同亦採株式申込證之制度唯其記載事項之不同者卽關於無限責任社員之氏名住所出資之種類價額及評價之標準各自引受株式之數而已（二二八條）

無限責任社員不僅與株式會社之發起人行同一之職務且於會社成立後與取

締役同任其營業之執行者故在創立總會時僅選任監查役已足（二三九條一項）而監查役調查設立之經過則不可不報告於創立總會（二四一條）於創立總會之決議則當株金總額之半額及株式引受人全數之半數者爲出席依於其過半數之決議而爲之無限責任社員則雖有引受株式者而不得行其議決權且其株式亦不算入於資本之總額中蓋總會固有限責任社員之總會也唯出席於總會而陳述其意見則固無不可耳（二四〇條）

設立之登記由創立總會終結之日起二週間內於本店及支店之所在地爲之而其登記事項則即列記於二四二條者是也

第二 對內關係

株式合資會社之對內關係即無限責任社員與株主之關係也在於合資會社則有限責任社員雖以各個獨立之資格對於無限責任社員而行社員之權利而株式合資會社之株主則必依於株主總會之機關以多數決議而行其社員之權利

而已

株式合資會社之株主與株式會社之株主相同不立於對外關係而僅有對於無限責任社員及會社之關係而對於會社一方之關係則如有限責任出資義務株主權之喪失等無一不適用株式會社之規定也

無限責任社員相互間之關係及無限責任社員與株主之關係則皆從合資會社之規定（二二六條）故無限責任社員皆有執行業務之權利也（一〇九條）關於損益之分配則商法無特別之明文不外依民法六七四條之規定已耳至於無限責任社員之持分爲積極的爲消極的則同於合資會社之社員其他持分之讓渡立替金及其利息之償還等亦皆從於合資會社之規定也又無限責任社員之競爭的禁止則與六〇條之所定亦無所異

第三 對外關係

株式合資會社之株主對於第三者不認有法律關係者既說明於前面會社對於

第三者之關係又無待於說明故此之所謂對外關係者即無限責任社員之代表權及關於會社債務之連帶無限責任已耳在於後者則與合資會社及合名會社爲同一之原則也

第四 無限責任社員

無限責任社員同於株式會社之取締役而執行業務代表會社者故與合資會社之無限責任社員立於同一之地位者也然取締役必出於總會之選任而無限責任社員則否又其員數其任期其解任亦不從於取締役之規定而其報酬若不規定於定款之時亦不得請求之也

第五 株主總會

在於株式會社之株主總會則由株主全員所組織而爲最高之機關在株式合資會社則僅由一部社員所組成且對於無限責任社員亦不在於優等之地位而無限責任社員同時雖兼有株主之資格亦不能有議決權也（二四〇條三項）

有限責任社員依於總會之決議而行使社員之權利者故假如總會之中僅有一人之有限責任社員亦屬不得其當故關於合資會社要全員一致之事項則無限責任社員亦不可不得其同意其他則不可不由株主總會之特別決議也（二四四條）蓋總會之決議律以合資會社不過有一有限責任社員意思之效力而其決議之執行則必要得無限責任社員之同意不待言也唯監查役之選任則為總會之專屬事項無限責任社員固不得漫為干涉耳

第六 監查役

監查役為株主總會所選任對於無限責任社員則有導奉總會決議代表株主利益之職務（二四五條）然同時又為會社之監督機關與株式會社之監查役有同一之職務權限也

第七 退社

株主權之喪失消滅皆從於株式會社之規定而無限責任社員之退社又從於合

資會社之規定（二二六條）故關於合名會社之社員退社應用於株式合資會社者惟於持分之計算退社後之責任等爲然

第八 解散

株式各資會社解散之事由同於合資會社不具論（二四六條）其破產原因則爲債務超過至於以會社財產不能完濟其債務之時則無限責任社員不可不逕爲破產宣告之請求又株式合資會社本與合資會社同以二種之社員爲必要故無限責任社員之全員爲退社之時則會社不得解散於此場合株主依於特別決議之方法得繼續而爲株式會社換言之卽決議組織株式會社必要之事項一方爲株式合資會社解散之登記一方又爲株式會社設立之登記也（二四七條）株主之數不滿七人雖爲株式會社解散之事由而此則僅有株主一人之殘存會社亦不因之而解散然使無限責任社員買收株式之總數時則會社卽於茲而解散當此之時雖有無限責任社員之一致亦不得繼續而爲合資會社何則清算爲株

式合資會社解散之必然結果也

第九 清算

清算爲株式合資會社解散之必然結果除合併及破產之場合外必不可不爲法定之清算凡會社因於裁判所命令而解散之場合則裁判所因於利害關係人或檢事之請求而選任其清算人其他之場合則除定款有特別之規定無限責任社員之全員或其所選任者與總會所選任者相並而爲清算人在此之時二者之員數不可不爲同一蓋爲代表二種社員之利益必期其公平也前者依於無限責任社員之過半數決之後者則依於總會之多數決之（二四八條）關於清算人解任時亦同至定於二二七條一項及二三〇條一項之計算則於株主總會之承認外不可不經無限責任社員全員之承認也（二五一條）

第十 組織變更

商法所認會社組織變更者於株式合資會社僅許變爲株式會社之一種而此組

組織變更之本體則學說不一若解爲株式合資會社之解散與株式會社之設立則非也又論株式合資會社之解散爲包括的承繼者亦非也蓋此乃純然之組織變更而於法人之資格固不生其異動者也

組織變更得以無限責任社會全員之一致與株式總會之特別決議而爲之（二·五三條）此蓋以株式會社之形體而繼續其人格者故凡組織株式會社必要之事項皆不可不爲其議決者也（二·五三條一項）於組織變更之總會則無限責任社員之株式雖不入算於代表資本中又不算入於議決權而既有組織變更之決議以後則無限責任社員亦爲株式會社之社員而與他之社員有同一之利害關係故應於其株式之數而亦得行其議決權也

組織變更之後不許有無限責任社員而其社員之持分則與退社之場合爲同一之計算屬於積極的則應受會社之拂戻屬於消極的則應以其不足額而拂込於會社然無限責任之社員對於其積極的持分亦不妨分割爲株式而受其配當也

組織變更則來無限責任社員之退社故於會社債權者之一方不可不期其利益之無害即由組織變更決議之日起二週間內要作成財產目錄貸借對照表對於債權者而以公告及催告之方法與以述異議之機會若有述異議之債權者則應使其爲辨濟或使其供相當之擔保也（二五三條二項）

第五章 外國會社

外國會社之意思如何則歸於區別內國會社與外國會社標準之問題而對於標準之如何則學說不一所可信者不外依於會社住所之所在地而爲其決定耳夫會社之住所則在其本店之所在地以本店爲會社營業之中樞而屬於營業的作之主腦也學者往往主張住所之自由選定主義然於自然人之住所既依於法律上生活之本據而不得因單純之意思表示即可以自由決定循此立論決無對於法人之住所而獨放任其自由選定之理故因其會社住所之何在而即得區別其爲內國爲外國也

日本法律雖無會社國籍之規定於商法又未示明確之標準而所謂住所主義者則爲近世國際私法學者一般之所唱導而他之學說漸次皆失其勢力卽就本法二五八條之規定凡於日本設營業本摘之會社爲日本會社之點言之亦可謂其採用住所主義也彼以設立者或社員之國籍而定會社之國籍者其說旣屬於陳腐蓋會社爲法人而有獨立之人格故此說之不足據彰彰明也至於以設立行爲地或定欸作成地爲標準之說則專置重於會社設立之形式而於其實所的營業之活動轉度外置之故此說亦屬不合又以營業行爲實行之中心爲標準之說則不問主腦之所在不啻依於營業地而決其國籍者不獨於理論不合且如保險事業運送事業等其營業不限於一國之範圍內者尤不能執此說以相衡其他雖有以社員之募集地而定其國籍之說然有於數國而可募集其社員者又關於株券輾轉流通之問題亦不能解決也

住所主義雖於日本商法爲一般之標準而採用者然其真實之本據雖在外國而

其營業之中心在於日本之時則以其實際之利害關係在於日本故與日本之會社使同服從於商法之規定也（二五八條）

外國會社之設立本爲立法者所認許故與成立於日本之會社享有同一私權爲原則惟設支店於日本之時則與成立於日本之同種者或其所最類似者當使爲同一之登記及公告又定有代表會社之全權者時則其代表者之氏名住所亦當與支店之登記爲同一之手續（二五五條）苟不爲此設立之登記則不得對抗於會社之人格也（二五七條）至關於登記事項之變更消滅則其應爲登記之期間亦同於內國會社所定之期間雖其事項生於外國之場合則由其通知到達之時而爲其起算耳（二五六條）

外國會社非於支店所在地而爲其登記則不得爲株券之發行迄於爲登記以前亦不得爲株式之讓渡或爲讓渡之豫約關於記名株記名社債之讓渡則非記載於株主名簿社債原簿且爲株券債券之名義書換則不得對抗於第三者又非完

納株金全額之後則不得爲無記名式之株券於增加資本之場合迄於爲登記以前亦不得爲新株券之發行及新株之讓渡或讓渡之豫約也

外國會社之代表者關於會社之業務爲反平公之秩序或善良風俗之行爲則裁判所因檢事之請求或以其職權而得命其支店之閉鎖（二六〇條）其手續可參照非訟事件手續法之各條文可也（非訟法一一六條二項一三四條一三五條）

商法會社完



商法會社



上海图书馆藏书



A541 212 0008 4496B

二四二
乙

1943

~~406548~~