

日本松波仁郎原著  
無錫秦瑞玠譯述

總則編  
會社編

法學  
名著  
日本商法論

上海商務印書館印行



北师大图 B2444935

# 商法論目錄

## 總論

### 第一編 總則

第一章 法例	二二
第二章 商人	二九
第三章 商業登記	三九
第四章 商號	四八
第五章 商業帳簿	五九
第六章 商業使用人	六五
第七章 代理商	八〇
第二編 會社	一
第一章 總則	三
第二章 合名會社	一二
第一節 設立	一三

第二節	會社之內部之關係	一七
第三節	會社之外部之關係	二四
第四節	社員之退社	三一
第五節	解散	三九
第六節	清算	四八
第三章	合資會社	六五
第四章	株式會社	七二
第一節	設立	七九
第二節	株式	九七
第三節	會社之機關	一一八
第一款	株主總會	一一九
第二款	取締役	一三四
第三款	監查役	一五七
第四節	會社之計算	一六四

目錄

第五節 社債.....一七七

第六節 定款之變更.....一八五

第七節 解散.....二〇五

第八節 清算.....二〇九

第五章 株式合資會社.....二一四

第六章 外國會社.....二二七

第七章 罰則.....二三五



# 商法論

## 總論

本書雖專以說明日本商法爲旨。然須先示之以世界的商法之沿革。以明我日本商法所被之影響。又示之以學理上何者爲商法。及編纂商法之主義體裁等。以國以時有如何之殊異。以明我商法之地位。

### 商法之沿革

商法之沿革。自當隨商業之沿革。而於古代之巴比倫、腓尼西亞、加爾賽基等、商業爲盛。則商法固宜應之而存。縱無成文法規。亦殆必有爲商慣習而有等於法之効力者在。不幸而今無傳者。至於亞刺比亞、印度、支那、及我國。雖亦有可視爲商法若商慣習法者。而今亦可無須說明。其於希臘、羅馬、亦然。於此兩國。商業視他種文化之盛爲較遜。殊如羅馬者。則商法以視其一般法制之完美。殆可稱爲等於無也。

自羅馬帝國亡而爲暗黑時代。經暗黑時代而文明之曙光再耀於意大利之市都。由是商業勃興。初止於地中海沿岸諸市者。自十字軍之遠征、喜望峯之迴航、新世界之發見等。而於歐洲之所至商業併興。遂至於有如今之國內的及國際的之商業。因商業之發達而生

商慣習。由慣習進而爲慣習法。更生成文法規。遂生法典。

當於說商法之沿革。徒以編年體而列舉其法。爲益甚鮮。故學者基於特殊之標準而類分之以爲常。有從於一般歷史之區分而分類者。從於商業史之區分亦有之。或特爲商法史。區古代中古近古等亦有之。余則採獨特之標準。而擬爲慣習法時代及法典時代。夫固非實由慣習法時代。一躍而進於法典時代也。必也有經單行成文法之時代。經可稱爲準法典時代。又如英國。則至今亦尙未編纂商法者。由是而知此區別。固非通於萬國全無例外者。然以是便於說明大體的商法之沿革。且藉是以知有名的過去之商法。尤稱便焉。

今於述此沿革。試先舉關於上古唯一之商法之羅烏特海法而一言之。

羅烏特海法。紀元前數百年。於地中海羅烏特島。編纂者。因該島在當時諸文明國中間。當船舶往來之衝。商業繁盛。以此而遂生一定之慣習。遂以其慣習。編之於書冊而爲一編之海法者也。其書專關海商。而尤以關於共同海損之投荷按謂遭難時將裝載之物投於海中。所生之損害問題。爲優。

此於地中海全般均有勢力。雖在羅馬帝國亦是認之。即羅馬帝威力亦不得而動之焉。爾來千餘年間。無一有名而傳於後世之商法。一躍而爲余之所謂慣習法時代之商法。

## 第一 慣習法時代。

慣習法時代者。雖包含從商法之始見。至法國路易第十四世之商令編纂之時爲止。之二千年。然特須說明者。則爲從紀元後千一百年頃。意大利商業之勃興爲始。至該商令編纂之時爲止。之六百餘年間也。

羅馬帝國亡而無可以代之之國家起。商人至於不受國家之保護而自爲防護。又以無國家所制定之法令。而各自爲隨意之取引。其間自生定例而爲慣習。各人概服從之。而在商人所組織之仲裁裁判所組合等。一一依商慣習而裁決紛爭。遂使以慣習而有等於法之效力。雖稱爲慣習法亦無所妨。卽於諸國既迭爲帝國或王國後。亦以國家不制定關於商業之法典。而止有慣習法。其中任不文之存在者亦有之。或則以不文者記憶爲難。而現之於文字。編纂之於書冊。體裁一如成文法爲之者亦有之。漸漸補修追加。明章節。遂至備法典之外觀者亦生焉。如此進步的慣習法。與商法法典初無大殊。彼實進一步而始至是者也。雖然此爲商人之隨意所編纂之慣習。雖間或有有主權者之所編纂之形跡者。然亦以其非爲統一的成文法而發布。故稱之爲慣習法時代之法。

一爲康索拉托、笛爾、麥勤。



## 總論

略云壳索拉托。譯之則爲海上裁判官。乃第十三世紀、於西班牙之巴爾賽洛那、而以加達羅尼亞語、編纂而成者。行於地中海一般。專關於海商而規定。又關於海上捕獲之規定亦有之。有云、生關於海事之爭時。裁判官必據之而決。因此而有海上裁判官之名者。亦或有云、海商紛爭。概依於此而決。書冊其物、恰如裁判官。因而有此名者。總之不論從何說。亦可明其於當時爲有力之法。而至今亦尙爲世人之所注意者也。其關於編纂之時代、場所、言語等。雖有數說。而余則採前記之說者也。

## 二爲洛爾獨勒倫。

略稱屋勒倫。而譯之則爲屋勒倫之卷物。乃第十四世紀、於法國沿岸之屋勒倫島、而編纂者。通行於大西洋。雖爲記載關於海商之大西洋之慣習者。而大有所類於地中海之慣習。是蓋因大西洋之慣習、傳自地中海慣習之處爲多。英國專據於此法。有名之海事黑表紙。卽謂此海法。法國之海法分爲二。在瀕於地中海之部分。則據康索拉托。在瀕於大西洋之部分。則據屋勒倫。隨而現今之法國之海商語。其在地中海與在大西洋相異者尙多。

## 三爲窪太勒希托、痕、威斯毗。

略稱威斯毗。乃第十五世紀於谷託蘭特島之威斯毗港而編纂者。通行於波羅的海及北海。由前二法大有所得云。至今亦尚有於德及瑞挪丹等半島國之法令。類及間接之影響者。

以上爲於歐洲之三海面而被編纂之有名之法。此外雖於意大利有阿馬爾非之法。於法蘭西有格頓。在德意志則有漢堡之法。漢撒同盟之法。於英、西、葡、蘭、奧等亦有多種之法。而於日本商法之說明。關係爲少。商慣習法。既漸漸進步發達。至於第十七世紀之末葉。遂有法國路易第十四世之一大商令。是爲法典時代之開始。故綜言迄於此時之歐洲商法之沿革。可云歐洲之商法。南起北漸。至路易大王而北南歸一。

## 第二 法典時代。

法典時代。包含從法國路易第十四世之商令編纂之時。迄於現今爲止。因歐洲諸國之商業雖漸爲盛大。尙無成文之法。殆悉據於慣習。而慣習各因地而異。至於路易大王之時代而不堪其弊。因此王欲統一之。而編纂法典者也。

於法典時代爲有名之法如左。

一 爲路易之商令。

是爲一六七三年所發布者。號曰一六七三年之商令。或有譯爲商法者。意義雖同。余則因欲與那翁之商法有別。甯直譯爲商令。一六七三年之商令者。雖爲法定之名稱。然學者有因圖簡易。及因制定者之名譽。而稱爲路易之商令者。或亦有借起草者之名。而稱爲沙窪利烏之商令者。此令專規定陸商法事項。厥後王又制定發布關於海商者。是卽有名之一六八一年之海令。網羅關於海事之公私之規定。其一部。至今亦尙爲法國之現行法。於其全體有優於商令者。須別於海商法中而說明之。如此。合前之商令與後之海令中關於海商之規定。爲完成與今之商法相當者也。故吾人謂路易之法典。爲商法法典之嚆矢。

從此以後。各國殆悉有商法。雖多數之國皆有。今止示其於日本商法大有關係者而已。

## 二爲法蘭西商法。

在法國雖存路易之商令。然發布後經百餘年。而至不適於時世。因此。其時之皇帝那翁第一世欲改正之。與民法同時。商法亦編纂。爲此事。使參議院開數十回會議。雖在於兵馬倥傯之際。迭自爲議長臨會議而督促焉。於一八〇七年制定發布。世稱之爲那破崙之商法。在於當時殆甚完全。而足爲諸國之商法之模範。我舊商法亦模範視之。現今之

日本商法。雖不以之爲模範而於規定之內容。參照之處甚多。因此研究日本商法者。決不可以法國商法度外視之。雖然編纂以來殆經百年。其間商業界及一般社會之狀態。既大有變遷。因此而至於法國人自欲改正之。他國之學者不必論。卽法國學者亦正自指摘法國商法之缺點也。

### 三爲德意志商法。

在德意志雖有其固有之法。與輸入之繼受法。而商事亦依此而被決。然斐迭禮克大王。則從法國路易之法典。而編纂普國國法。商法亦規定於其中。雖然僅止於爲普國一國之法。而非德意志全般之法。同在於德國以內。每越境而輒異其法。殊爲不便。因此各聯邦間以作關稅同盟之餘勢。而作德意志共通之手形法。更進一步而作一八六一年之商法。初止爲德意志同盟之法。後當一八七一年建設德意志帝國之際。遂徑以之爲德意志帝國法焉。在此法當時殆甚完全。自制定後。既經過數十年而漸不適於時勢。因改正之。而爲一八九七年之新法。從一九〇〇年一月一日實施。實爲天下最新之商法。不惟在時代爲最新。卽於內容亦爲最美。而將來編纂或改正商法者。必以之爲模範。或則大加參照者也。

## 總論

日本商法。雖先於德意志商法而發布。然既取其前年所發布之該法法案。大加參考。因而亦可謂爲入於德意志商法之系統中。故研究日本商法者。無論因欲明其法理。或當於爲解釋及適用。總不可不研究德意志商法。惟勿過於崇拜。致於日本商法解釋。生不可不採用德意志商法之感而已。

法國商法。雖止於爲法國之國法。然在前世紀之前半。爲諸國商法之模範。德意志商法。雖爲行之於德意志者。然爲現在之文明國商法之模範。殊其新法。勢且益振。因此而不論如何。要於世界之商法史中。爲可舉者。至於其他之商法。則無此般之勢力。又於日本商法之研究。無必要。雖於意、蘭、西、葡等之商法中。有可參考者。於南米小邦之商法中。亦間或存良好之規定。然究無須必知。若有研究之餘暇時。則甯以研究英米之關於會社、手形、海商等之種種之單行法。及豐富之判決例。爲得策。

## 商法之意義及分類

商法之意義。在將商法廣解耶。或狹解耶。抑指國家名爲商法之法律耶。或指由於學者之理想而爲商法者耶。因之而各異。

以商法最廣解之時。則商法者。關於商的法規之總稱也。若以商法爲學理的者。而於學理。

以個個條項爲不足顧。以徹知通於其條項之原理爲足。則所謂商法者。乃關於商的法規之原則之總稱也。學者之書。屢云商法爲集原則者。蓋卽本此意義耳。

以商法稍廣解之時。則所謂商法者。乃於商爲特別的法規之總稱也。依此而雖同爲關於商之法規。然於非商事之事項亦有適用之民法。其他之法令。須除外之。是爲多數學者之所採用之說。其次則爲以諸國之成文法規而命名爲商法之法律。或向來稱爲商法商慣習法等。法學上以私法目之者。置之於眼中。而爲定義者。如云。商法爲規定關於商的私人間之特別關係者。或云。商法爲特別規定關於商的私人間之關係之原則之類是也。此於狹義之定義雖亦無誤。然此等之定義。正吾人之所謂私商法之定義。而卽關於商法之一部分者也。今當於私商法之定義說明前。示以廣義之商法之範圍及分類。

分商法而爲公商法私商法及國際商法。其各自之意義如何。則在商法之定義之外。因於公法私法及國際法之定義如何而定。而因此等之定義有種種之說。故公商法之定義亦可成爲種種。所謂公法者。謂規定國家與個人之間者。以國家爲關係當事者而規定之者。規定權力關係者。規定命令服從關係者。總爲關於公益之規定。應於此等而公商法之定義亦爲各異。關於私商法而言之亦然。又若以無國際法之說爲正時。則可無國際商法。若

從有國際法而且有國際公法與國際私法之說時。則國際商法亦須應之而分類。雖得下如此種種之定義。而余則從自己之所信而作公商法以下之定義。

所謂公商法者。爲規定國家與個人之關係。而特爲關於商之法規者也。例如營業法。爲國家對個人之營業之際而爲規定者。而其規定則以國家之權力而遂行。使個人無潛避之途者也。故屬於公商法。印紙法、商業會議所法、取引所法等亦然。以其多爲商事之行政法規。故有時雖有稱公商法爲商事行政法者。然不惟行政法。卽爲憲法之規定而有特保障營業之自由者。則其規定亦屬於公商法。且創設商務官廳之法令及其官制等亦入於公商法。故屬於此者極多。惟既曰特關於商。斯於諸凡之事物爲共通者。得除外之而已。

所謂私商法者。爲規定個人間之關係。而特關於商之法規者也。卽在諸國以商法之名稱而發布之法規之大多數屬之。雖在於德意志。則於商法以外。爲特關於商之規定。而既有手形法、國內水運法等。今又將制定保險法。其法案有提出於本年之議會之風說在其他之國。亦有於商法

以外。包括私商法之規定者。然在於我國。則於商法典之外。無網羅私商法之規定之大法律。此蓋因於日本商法。比德意志與其他之商法。吸集力爲大。廣涉於全般之商行爲而規定。故早已別無發生可視爲私商法者之餘地。是爲商法法典優於他國之處。私商法以其

爲特別於商之規定。因與同一規定個人間關係之民法別焉。

所謂國際商法者。爲規定國家與國家之關係。而特關於商之法規者也。與其謂無國際法。不如謂有國際法。惟須知國際法之爲法者。與國法爲法。其間關於形式及制裁有差。足矣。從而於此曰法。曰法規者。與前所以稱關於公商法及私商法者。其非同義可知。國際商法之最重大者。則通商條約。及國際間所應遵守之商慣習等是也。

時或有以關係於國際之法。入於國際商法之中者。於此意義而說之之時。則領事規則。爲國際商法。關於貿易事務官。商工事務官等之設置及派遣者。亦爲國際商法。又時或有以在外國多生適用之法。入於國際商法之中者。如以海商法。手形法等。爲國際商法是也。廣義之商法。分此三種。而吾人之所欲研究者。則惟其中之私商法。而於私商法中。又惟在於國家附以商法之名稱而發布者也。於此狹義之商法。而下定義時。則有如左之所云。

商法者。謂規定特關於商的個人間之關係之法。規總稱也。

#### 商法之特質及將來

茲所稱爲商法者。爲狹義之商法。爲國家之命名爲商法。而發布之商法也。然因不論何國。率主實用而制定商法。不必以一貫之理論。故今於茲雖述商法之特質。要亦僅從全體之



觀察而已。其有例外之存，亦自爲所豫期者也。

### 第一 商法者私法也。

法學者因研究法學，而以法區別爲公法私法。於其區別之標準有種種。既如前述。又此區別。見於法學通論、民法、國法學等。爲研究商法者之所素知。學者以法分爲公私。而於公法中則入刑法訴訟法等。於私法中則入民法及商法。以爲常。若以商法爲須於公法私法中之何者、分置之。則固自應入於私法中者也。

雖分法爲公法私法，而將商法須於其中之何者分置之，則商法固自應入於私法中者。然勿因此誤解商法爲純然的私法。於商法中所規定者，悉爲私法的規定也。在諸國之商法中，多有公法的規定。卽於日本商法之中，爲公法的規定亦有之。在會社法而有題爲罰則之規定。在手形法而有於小切手之振出人、科以過料之規定。及散在各處，於爲反於公之秩序或善良之風俗的行爲者、科以制裁之規定。無一非規定國家與個人之關係者，而爲以國權而強行之規定者也。且此外更有關於商業登記、商業帳簿等之多數之公法的規定。雖然，在於商法，此種之規定較少。而大多數爲任意的規定。因此，觀察其全體而稱商法爲私法。若必正確言之時，則商法者，包含比較的大多數之私法的規

定之法典也。

將商法稱爲私法而所得之實益。其最大者。在於凡遇其規定之爲強行的耶、抑任意的耶、有可疑時。則甯以解爲任意的爲可。

## 第二 商法者特別法也。

所謂特別法者。爲對於一般法之語。而其意義。亦在於法學通論、民法等、而說明者也。在於特別法。有對於一般之土地所行之法而言之者。有對於一般之人所適用之法而言之者。有對於一般之行爲所適用之法而言之者。謂商法爲特別法。乃以民法爲一般法。而與之相對之名稱。隨而在如何之點爲特別耶。則須視民法商法以何者爲標準而規定耶。因之而決。有以民法爲關於一般人之法、而商法爲關於特別人之法者。有以民法爲規定一般事項之法、而商法爲規定商事之法者。若有於民法商法之間、主義之不一貫者。則雖有一般法以人爲基、特別法以事項爲基之事。然在於編纂如民法商法大法典之國。異其標準者殊尠。

當區別民法商法之際。而昔時以人爲基、謂民法爲適用於一般人之法、而商法爲僅適用於商人之法者。近來則漸趨於依於行爲而區別。至謂民法爲關於一般行爲之法、而

## 總論

商法爲關於商行爲之法。雖因起草者之便宜，而在形式上依於人而分民法商法等之法律。亦在實質上以行爲爲基者爲多。日本商法則不論形式上及實質上均以行爲爲基。卽商法者。規定爲商事之特別事項之法也。

於商事而須有商法之特別法。則似於農事須有農法。於工事項須有工法。然此等止於皮相之見。實際不生其必要。雖在經濟學上農業工業爲對於商業者。然無對於商法而作農法工法之必要。在農工之行爲。殆與一般行爲不得區別者多。偶有爲工行爲而要特別者。包含於商法所列商行爲者之中。由於古來之沿革，現在之比較等觀之。亦尙無編纂農法工法等者。是則商法者。固爲對於民法的惟一之特別法也。

商法爲特別法。而非民法之例外法。雖其中多之事例。不論謂爲特別規定。與謂爲例外規定。而均可說明。如於民法上之利率爲五分、而商法上爲六分者。商法之利率。不論謂爲特別、抑謂爲民法利率例外而皆同。然不得常被以此稱。蓋有謂爲例外者、固含有其原則之義。然有爲商法之規定、而往往於民法無其原則者。如手形海商之規定、其例爲多。又有雖於民法有類似之規定、而非必爲商法之原則者。如會社之規定、其例爲多。不

可以商法第一條所云、關於商事、在商法無規定者、則適用民法之語、解釋爲商法乃民

法之例外法。雖吾人當於說明。輒云須據民法之原則。然此非以商法爲例外法之故。惟因於特別法之商法無規定。故云須據於一般法之民法而已。卽觀商法之沿革。亦爲商法者。因規定商人或商行爲而獨立發達。與民法爲並立而行者。決非於民法既生之後。以須爲其例外規定。而編纂之者也。

說明商法爲特別法而所得之實益。在於凡關商事。先適用商法。然後適用他法。又因云商法爲特別法。非民法之例外法。而從此所生之實益。在於遇有於商法無適切之規定之際。能研究商法之精神。參照類似之規定。至不論如何。亦於商法無所據。乃始觀民法。若爲例外法時。則於其法無規定者。直可卽觀原則法。而例外則稱爲應嚴格解之者。不可不慎類推之解釋。此其差異。當解釋商法之際。應須注意者也。

### 第三 商法者屬於國際的者也。

謂商法爲屬於國際的者。卽謂各國商法之規定。率懷欲趨於一之希望。與過去及現在的諸國之商法之規定。實際相類。將來益有近似之傾向者也。蓋因商業越國境而行。又行於內外國人之間爲多。故若各國之法律相歧。則其適用頗有困難之感。雖於民事行爲。亦有如此之情事。然不如商行爲之甚。民法雖不認一般之外國法人。而獨於商事會

## 總論

社認之。因此亦可知民商之間之有差。各國商法相歧。乃不得已而從於國際私法之原則以決之。然究望有其統一之規定。而使無此等之必須。而於實際上既感便利。其一部既見實行者。觀於康索拉託及屋勒倫又威斯毗等之諸商法。又比較諸國之現行商法。自可得而明也。而今且尙不滿於此現狀。而學者及實際家。屢求其統一。關於海商手形等之規定無論已。卽關於會社陸運等之規定。亦有欲進其步之觀。

在商法有此等之特質。然其爲私法之點。與民法爲同一。又商法之規定之爲國際的者。非必與民法之性質爲相反。在民法之規定中。亦有務望各國共通者。又在實際既已共通者亦多。例如關於賣買、貸借、雇傭、請負等之規定是。然則爲商法之特質而與民法著有所異者。在於其爲特別法。而於商事爲特別之規定愈多。則以商法爲特別法而存之必要。亦因而益著。雖然。在近來之社會之進步。使民事與商事日近於債權關係爲尤甚。雖於商事要信用與敏活。以普通行爲所用之形式爲不便。而生特別規定之點爲多。今也。至於社會全般之事物。皆須信用與敏活。於二者爲適用同一之規定。例如特定物之所有權。因賣買而直卽移轉於買主之原則。本限於商事賣買者。以之推及於一般之賣買。供給契約。本以之限於商法者。今雖於民法亦認之。又雖爲以商行爲以外之目的之法人。而於以營利爲目

的者。準用關於會社之規定等是。隨而商法之特別規定。漸漸減少。以法國商法中所規定的商事裁判所之構成法、爲非應入於商法中者、而排斥之。以破產爲非限於商人或商行爲而生者。而同由商法中除去。其例殊多。又爲商行爲中之規定、而漸漸被吸收於民法。雖現在所存者。亦有至他日將入於民法中之傾向。此則比較德意志及我國之新舊民商法而得知。而在德意志學者則以海商法甯可使獨立於商法以外。謂海商法之附著於商法者。不過基於沿革上之理由與皮相之便利。而因以海商法不入於狹義之商法中者多。以手形法爲應獨立者。而於德意志商法中並無手形。其所殘餘者祇惟會社。然無須專因會社、特作商法。是則商法至於分解消滅。而多數之規定、入於民法。其特殊之者。則爲會社法、手形法、海商法、保險法等而存在。此於將來殆可爲預測者。

將來雖或有商法之規定之一部、吸收於民法。其又一部、則爲單行法。而爲商法的法典、歸於消滅。然是固僅於將來爲此想像而已。且雖至將來、商法的法典之形式、歸於消滅。而於商法所規定之實質。則不論迄於何時、亦應留存而與民法相待而研究者也。雖在於無商法之英美諸國。亦於普通法之外、特別研究會社法、手形法、海商法等。英美之學者、總稱此等爲商法。由此觀之。亦可知爲法學之商法、自永久存續。故述商法之將來觀察。不可誤解

爲商法之實質與之俱亡者也。

### 商法編纂之主義及方法

於商法之編纂。有以商人爲基者。與以商行爲爲基者。稱前者爲主觀主義。稱後者爲客觀主義。依於主觀主義時。則商法者。爲商人之法。以不適用於商人以外之人爲原則。雖爲同一之行爲。而商法則僅於商人爲適用。非商人則適用民法其他之法令。而因專爲商人特設商事裁判所。關於商人之支拂停止。而特設破產法。如法國之現行商法。卽爲主觀主義。而於商法中設商事裁判所破產等之規定。此主義。以商法爲商人之團體之法。而出於商人間所自生。雖一時之幾於一切商法。盡爲此主義。其後因商業普及。至不得貫以極端之主觀主義。卽法國法系之法律。亦至於此設有例外。德意志新商法。則在形式上爲主觀主義。以商法爲適用於商人者。雖然。當其示商人之爲何。而示基本的商行爲。在實質上却與示客觀主義之商法等。又爲商人之行爲時。則相手方雖非商人。亦於此有適用商法之事。是又明明加以客觀主義者矣。

我商法則爲採客觀主義者。商法以適用於商行爲爲本則。以基商行爲而業之者爲商人。於商人之行爲。應適用商法。自無論已。雖不以之爲業者。卽非商人者。爲之。亦爲商行爲。而

適用商法。是爲純然的客觀主義。而苟因當事者之一方爲商行爲時。則雖於相手方爲非商行爲。亦於此爲適用商法。而明言置重於行爲之旨。以此爲根本之主義。而在於商人因爲營業所爲之行爲。悉視爲商行爲。而適用商法之點。稍參主觀主義。又於商業登記、商業帳簿、商號、商業使用人、代理商、交互計算等之規定。則全主觀主義者也。

商法編纂之形式。因其所採用的根本主義之如何而各異。法國商法則以採商人主義。而爲第一編總則、第二編海商、第三編破產、第四編商事裁判所。使於第一編中包含與諸國商法之海商以外之規定相當者。在德意志商法。則爲第一編商從業者、第二編會社、第三編商行爲、第四編海商。大有所類於日本。惟因以手形法爲單行法。而比於我減少一編而已。雖然於大體之編纂方法。與各編之排列。將又規定之內容。總之德意志商法。大有所類於我商法。足爲良好之參考。

日本商法分爲五編。第一編爲總則。第二編爲會社。第三編爲商行爲。第四編爲手形。第五編爲海商。夫編纂商法而爲對於民法之大法典。自不可不意網羅此等。以此等網羅。則編纂之體裁。在大體上亦不外乎如現行法。惟以其既爲商行爲主義之商法。故似宜先示商行爲之爲何。次規定以其商行爲爲業的商人。及爲商人之一種之會社。次及於各種之行



## 總論

爲及營業。然後規定手形海商。卽關於規定商行爲之處。吾人懷些少之異見而已。

## 第一編 總則

商法以第一編題爲總則。而置法例以下七章。(一)最先置法例、而示商法適用之順序範圍等。(二)次規定商人。(三)然後規定商人所應爲之商業登記。(四)商人所得有之商號。(五)商人之所應記載之商業帳簿。(六)商人之所得選任之商業使用人。(七)最後置代理商。次於商人、而特以有關係於商人者規定之。自爲至當。雖然論順序、似須先規定爲商人所應爲之事項、而稍有公之性質之商業登記、及商業帳簿。次規定商人之所得有之商號、及所得選任之商業使用人。

於總則而置代理商者。雖或以代理商爲一定商人、爲平常商行爲、與商業使用人、頗有所類。因此爲商人之機關。類於商業帳簿商號商業使用人等。而置之次於此等。然實非是也。代理商。爲獨立的商人。而代理商業。與問屋運送取扱業等、同爲獨立之營業。是則應與此等之營業併列。決非可次於商業使用人而入於總則者。因入於總則。而學者往往、至爲蛇足之說明。謂代理商非商業使用人、勿以其在於總則之故、而誤解爲商業使用人云云。間或亦有以代理商誤解爲非獨立商人者。故須從總則中除代理商營業。而置於第三編仲立營業之次。

## 第一章 法例

於法律、因爲明其適用之順序及範圍。屢有當於詳細規定之先、而置前加規定者。如現行刑法是也。雖然法例、於法典之體裁、非必要。因此而苟無實質的必要、則不置之可。我民法雖爲涉於千有餘條之大法典、亦無關於法例之一個條文。要惟在於有實質的之必要與否而已。我商法雖置法例、然於其規定中、有可以省者、或有雖置之而入於商行爲編中爲已足者、而將此等刪去時、則不復須爲法例特別之章。是以余甯欲全廢法例、而刪去後、則商法第一章爲商人、恰與民法上以第一章爲人者相等。雖然、其勿誤認也。夫商法之體裁、非謂其必與民法同也。惟以將無用者刪除時、則民法商法之體裁自歸於同一耳。於法例所規定者爲左之三事項。

## (一) 商慣習法

在關於商事而於商法無規定者。適用商慣習法。無商慣習法者。則適用民法。一所謂商事者。爲商行爲及有關係於商行爲之事項。商行爲之爲何。須於商行爲編而說明。而有關係於商行爲之事項爲何。則須當於各場合而決者。以營利轉賣之目的而買受物品之事。爲商事。振出手形之行爲、亦爲商事。因爲此等之行爲、而雇入商業使用人之事、亦

爲商事。此等之事項。其或者。則直爲商行爲。或者。則爲因爲商行爲所生之商事。於商事先適用商法。是由商法者畢竟爲商事而特制定者故也。

雖然於商事爲無限。於商法之規定爲有限。而究不得將關於商事的一切之規定網羅於商法。因此。凡在於商法無規定者。爲適用商慣習法。

所謂商慣習法者。爲關於商事的定例之慣行而至有法之效力者也。定例果以何時而至於有法之效力耶之問題。則關於一般之慣習法而起之法學通論或民法之說明。可應用之於商慣習法。若如某學說。謂慣習雖存。慣習法不存。於昔時雖存。於法典編纂之後不存。苟以其說爲正。則商慣習法亦不得存。商法第一條所稱之商慣習法。終於與商慣習爲同意義而受適用。或竟以爲無意義而不受適用。又如某學說。謂有慣習法。苟以其說爲正。則更進而將商慣習於如何之時期爲商慣習法耶。須爲說明。關於其說明。則有永續慣行說。民衆服從說。主權者承認說。法廷承認說等。其何之說爲正耶。自應別論。總之以正之說。應用於商慣習法可也。此爲法理論。

雖然離空理而於我國法上解慣習法時。則所謂慣習法者。爲不反於公之秩序或善良之風俗的慣習。而依於法令之規定而認之者。及關於在法令上無規定的事項者是也。二法例

即我國法。於某項慣習與以法之效力。因此。而其慣習直即為慣習法。依此而將為商慣習法者舉之如左。

一 依於法令之規定而被認的商慣習。

二 關於法令上無規定之事項的商慣習。

依此規定。而為善良之商慣習。大半直即為商慣習法。其不為商慣習法之商慣習。惟關於法令有規定。且不罹於法令不認之事項者而已。如斯廣認慣習法之可否。為法例之批評。若成文法解釋則固為如此。由此適用。而大多數之商慣習。直即為商慣習法。因此。而不論稱為商慣習。或稱為商慣習法。總為同一。論慣習之為慣習法的時期之必要。自然消滅。

雖關於商事而於商法無規定時。適用商慣習法。若商慣習法而亦無之時。則不得已適用民法。是為商規第一條所規定。而依此而應於無商慣習法之際者也。雖然該條之所主者。實在於欲定商慣習法與民法之適用之前後。於商事應重慣習。殊於有法之效力的慣習為然。因而特置之於民法之上。商慣習法。雖先於民法。然不為商慣習法之商慣習。則在於民法之下。

以上雖為我商法之說明。而余則欲將本條全然削除。其理由如左。

(一) 商慣習法與商慣習之區別。甚為困難。在學理上知此區別之困難。以多數學說之不一致而明。若為我國法之解釋。雖二者之區別甚為明白。然依其解釋時。則凡稱商慣習。殆可同時為商慣習法。

(二) 以商慣習法為法時。則於裁判覺其困難。雖商慣習法亦為日本之國法。於法為二種。則裁判官不可不悉知為日本國法的商慣習法。是殆不能。又違法之裁判。為上告之理由。則違於為商慣習法的日本國法之裁判。亦為上告之理由。將生濫訴之弊。於此際為曲解。而云為成文法的國法。與為慣習法的國法之效力為異。為慣習法的國法。與事實同視為可。是則不如從初徑號為慣習。

(三) 無以商慣習法置於民法之上之必要。民法第九二條。既云可認法律行為之當事者為有依於慣習的意思者之時。則從其慣習。故苟可認商行為其他之法律行為之當事者為有依於商慣習的意思者之時。則依此規定。當然先使從其慣習。其不入於此規定之場合。則為不可認當事者為有依於商慣習的意思者之場合。於此場合。無須斥民法而使從慣習。

### (二) 公法人之商行為

## 第一編 總則 第一章 法例

在公法人之商行爲。適用商法之規定。二

公法人之最重者爲國。而其次爲有如市町村等之團體。夫公法人爲行使權力者。對於其團體員爲之之際。無論已。卽在於對外爲之。其行爲亦多關於公益。雖然。固間有爲關於私益之行爲者。有爲營利之行爲而營商業者。如國之以煙草鹽之專賣爲營業。市町村之以委託販賣業電氣鐵道業爲營業是。於此則雖在於國。亦與私人適用同一之規定。自爲當然也。

公法學者關於爲公法人中之國而爲說明。謂有行使公權的資格與行使私權的資格。稱前者爲狹義之國家。而後者特稱爲國庫。爲國家則行使權力。爲國庫則行使權利。於行使權力之際。則無可比於國家者。於行使權利之際。則須與一私人同視云。雖間或亦有謂於國無二資格。於國之行爲無二種。悉爲國而行動。惟方面或方法之爲異而已。云云者。然究以二資格之說爲可。至少亦須以爲此區別。爲便於商法之說明。關於國之所論。大體雖於他人公法人亦得適用。

公法人而爲商行爲時。雖以適用商法爲原則。然以公法人有種種之特別事情。而出特別之法令。於煙草營業。則出煙草營業法。於鹽營業。則出鹽營業法。尙以會計法。旅費規則等。

而規定其事項。於是則先適用特別之規定。因之商業登記、商業帳簿、商業使用人等規定。不適用於國、及爲國之使用人的官吏者、爲多。即關於賣買運送手形等。亦尙別有所定。因於公法人適用商法。而公法人亦爲商法上之商人。在於德意志則多數之學者。謂國亦爲商人、或謂國得爲商人。雖爲日本商法之解釋。而亦得如此立言。何則、因在商法有云。於公法人之商行爲、適用商法之規定。其次有云。商人者、係以爲商行爲爲業者。故於以爲商行爲爲業之公法人、適用此規定時。則其公法人直卽爲商人故也。雖如前所述、在於公法人之商行爲、法令上多別有所定。因此而有謂公法人爲非商人者。然不得以例外之規定。之有無而爲此區別。若慮及於稱國亦爲商人、則爲有傷國之品位者。則改而云、雖在於國、然於爲商行爲的範圍內、亦爲商人。或云、雖在於國、亦爲在商法之規定以內的商人。均無不可也。

於公法人之商行爲、適用商法之規定之實質。爲至當者。雖然、此固不待言也。在民法不謂於公法人之民事行爲、適用民法。而當然爲適用民法者。則在商法亦不須如此之言。雖民法爲一般法、商法爲特別法。然在於不以人爲基、而以行爲爲基、如我商法者。於爲其行爲者、自悉適用商法甚明。此在於賤商或依人而異其法、之時代。雖或有須明文。而於今日之



時代則爲不必。

(二) 一方的商行爲

在於因當事者之一方、爲商行爲的行爲。則於雙方適用商法之規定。<sup>三</sup>

凡行爲。有單獨行爲與合意行爲。不問爲何者之行爲。苟在對於或者生私法上之權利義務。要有相手方。而其中之行爲。有在當事者雙方而爲商行爲者。稱爲雙方的商行爲。如於商人間賣買商品是也。有或行爲。於當事者之一方雖爲商行爲。而於他方非商行爲者。則稱爲一方的商行爲。如以非商人而從商人買受食品是也。前者由雙方觀之而爲商行爲。故稱爲雙面之商行爲。後者由一方觀之而爲商行爲。故稱爲單面之商行爲。而余則採用商法所用之文字、而稱爲雙方的一方的。

於一行爲而爲雙方的商行爲時。於此適用商法。自不待言。雖然爲一方的商行爲時。則生有於爲商行爲者適用商法、於不爲商行爲者則不適用之、之論。於此之際。關於同一之行爲、而於兩當事者適用各異的法律。雖有其理。然恆有於行爲之性質上不得適用異法者。例如在於貸借、而爲商行爲者之利子爲六分。而爲非商行爲者、則利子爲五分。在貸主爲商行爲、而在借主爲非商行爲時。則應爲六分之利子耶、應爲五分之利子耶、不可得明。在

如此適用商法。有惟在雙方相異規定之範圍內、可適用異法之主義。雖然、此等主義。爲依入異法時代之遺物。不便孔多。因此而我商法、於一切之事例。將商法雙方適用。既於一方的商行爲、亦須將商法適用雙方。則以加區別於商行爲於一方的雙方的之二者之必要。自歸於消滅。

此規定之實質。爲協於近世之事情、使商法易處適用之良好之規定。而規定之形式。亦自不可不如商法第三條。苟不如此。則於解釋必且生疑。雖然、此規定、以關於商行爲、而置於商行爲編亦可也。

## 第二章 商人

所謂商人者。謂以自己之名而以爲商行爲業者也。<sup>四</sup>

所謂商人者。係爲商行爲者。所謂商行爲者。係商行爲編所規定的絕對及相對之商行爲。而須於後說明。於此則可假定爲商行爲之爲何已明。而進一層說明之。於爲商人則不可不爲商行爲。其與商行共爲他之行爲與否。均非所問。

所謂商人者。係以商行爲業者。謂之爲業。則指繼續的爲同種或類似之行爲而言。例如屢屢而爲賣買、或爲賣買及交換、或爲賣買及貸借是。若今日爲賣買、明日爲與之全無關

## 第一編 總則 第二章 商人

係的貸借。則非爲以商行爲爲業者也。

所謂商人者。係以自己之名而爲商行爲者。以他人之名而爲之代理人。非商人。以被後見人之名而爲之後見人。非商人。反是而雖使他人而爲其行爲。然使以自己之名而爲之時。則自己爲商人。

此爲商法之說明。雖然以自己之名的文字。實爲無益。於此所謂以自己之名。決非謂出自己之名而爲之。乃自己爲直接之權利義務者的意義。有代理人雖出自己之名。祕本人之名。而爲賣買。然非商人。却以不示其名之本人爲商人者。有後見人雖出自己之名。祕被後見人之名。而爲賣買。然亦後見人非商人。而被後見人爲商人者。代理人後見人等之不爲商人者。在於非因其行爲而自爲權利義務者。本人被後見人之爲商人者。以其爲權利義務者故也。謂以自己之名而爲者。果爲以自己爲當事者而爲之之義。則此自爲當然之事。殊不要更申言之。故但謂商人者。爲以爲商行爲爲業者也。如此已足。在他之法律之定義。並不附加似此之文句。彼於商法之以仲立人運送人會社等爲定義之際。非亦不用類此之文句者耶。

非商人而爲商人之時機。在著手於以爲商行爲爲業之時。雖所謂業者。爲以行爲繼續的

爲之之意義。然於爲業，則不要終結爲此等之諸行爲。以繼續的意思，而爲一個之行爲。則既爲業矣。祇於此著手。亦既爲業矣。惟在爲業之準備時。尙未爲商人而已。於其行爲之尙爲準備行爲耶。抑爲既已著手耶。此則認定各事實而決之。

於商法稱商人時。自明爲在商法上的商人。我商法則殊更明言而曰「在本法所謂商人」。雖於會社手形船舶等重大的事物之定義。亦常曰「在於本法」。雖然，余則望欲將一切之定義中所謂在於本法之文字除去之。雖或至於在商法上商人之定義，與在商業會議所法其他之特別法上的商人之定義，爲各異。然於商法所下的定義。爲示商法上的商人者。此則不論何人，亦得直捷了解故也。

區別商人與非商人的實益。在於因其如何而所適用法各異之時代。無論已。卽在於如我國採平等主義之國。亦尙有存者。今試示其數例。

- 一 商人雖得於氏名之外有商號。而非商人則不得有之。
- 二 商人雖不可不備帳簿。於此記載一定之事項。而非商人則不要爲之。
- 三 商人雖得選任支配人。而使營商業。而非商人則不得爲之。
- 四 商人雖得用代理商。而非商人則不得用之。

五 商人雖得不論何人、亦得爲交互計算。而非商人則非以商人爲相手方、卽不得爲之。

其他於商行爲編之規定中、亦於商人多特殊之規定。關於會社手形海商亦然。此外以行政法規而於商人規定特殊之權利義務事者尙多。

### 商人能力

得爲商人之能力。經種種變遷。在於昔時。極賤商業。禁自由人爲之。其後雖於自由人中特種之人許之。然限於比較的賤民。而於士人則不許。在於此等之時代。則以爲商人爲不名譽。而決不得稱爲特權。又間有時代。則以商業爲有利而限於自國之生民爲之。其後雖於歸化人及永住之外國人亦許之。遂至於公許而無內外人之區別。僅於犯竊盜詐欺取財罪等者禁之而已。在於此時代。則以爲商人爲名譽。又以之認爲特權。

近世之文明國。無一不採營業自由之制度。於爲商人不要何等特別之資格。惟官吏則因特別理由而不得爲商人。刑餘之人則因他之理由而不得爲商人。決無因於人之社會上的地位、男女、老幼、內外等、而區別。在民法上爲有行爲能力者。則爲一般有商行爲之能力。而以商行爲爲業之時。則爲商人。尙於自然人之外。於法人亦許之。而與以會社之名稱。

因此。而雖在於古商法、有關於商人能力之數多規定。而學者亦復爲詳細之說明。然於新商法則不規定之。殊如我國法。則無一規定商人之特別能力。因此。而在於日本商法之下。則關於能力、殆無須說明之者。惟因規定會社法而於或者增加一種之能力、與關於民法上所規定的某項能力者之登記及代理權之制限、有二三之例而已。

被許爲會社之無限責任社員之未成年者或妻。關於其會社之業務。以之視爲能力者。<sup>六</sup>民法雖以凡人有意識能力及行爲能力爲原則。以未成年者及妻爲其例外。然彼等亦有關於營業、爲與通常人同視者。由法定代理人許以一種或數種營業之未成年者。關於其營業、爲有與成年者同一之能力。由夫許以一種或數種營業之妻。關於其營業、爲有與獨立人同一之能力。<sup>一五六</sup>又即以或許可爲條件、雖在彼等、而關於營業、則亦得完全之能力、而得爲商人也。在法定代理人或夫、有於未成年者或妻、許以爲合名會社合資會社及株式合資會社之無限責任社員者。因其爲會社之無限責任社員時。通常執行會社之業務。故於未成年者或妻、以此許之。與許以爲其會社之目的之營業者同視。關於其業務而爲能力者也。雖在於爲無限責任社員、而不執行業務之際。不得以此理由而說明。然以其責任爲無限。而又有於會社解散之際、爲當然之清算人等事。故將未成年者或妻、同視爲能

力者也。

在於未成年者或妻，許以爲某項商業之際。雖與普通商人殆相等。然彼等止得爲一種或數種之商業。非云如普通商人，不論如何之商業亦得爲之者。又雖在於既被許的商業之範圍內，與普通商人相等。然彼等乃居於該許可得被取消或制限之位地。且彼等受普通商人所無之登記之適用。卽商法與後見人之登記，一併規定彼等之登記。

商人登記。有於一切商人以此強要之者。有僅於欲登記者則許之者。又有非於特別者則不許登記者。因於時代因於國而各異。我國則採最後之主義。非於特爲規定者，則不許登記。被登記者如左。七五又

一 未成年者。營商業時。要爲登記。因此有未成年者登記簿。

二 妻。營商業時。要爲登記。因此有妻登記簿。

三 後見人。後見人代被後見人營商業時。要爲登記。因此有後見人登記簿。

後見人爲自己營商業時。則自然爲商人。雖然代被後見人營商業時。則因此而得權利義務者爲被後見人。故被後見人爲商人，而後見人非商人。雖然，因其以法定代理權而執行業務。在外觀上恰有爲商人之觀。故須使之登記於商人登記簿。

後見人雖非商人。然在商法上於某點有以之與商人同視者。即於他之法令亦有與商人同視者。如爲現職之官吏、而不得爲商人者。不得爲商人之後見人、而營商業是也。

於後見人之代理權所加之制限、不得以之對抗於善意之第三者。此所謂法定之權限。爲於分見商法上各本條之規定也。便宜上、於支配人節說明之。

### 商人之區別

爲商人之區別。有於經濟學上雖爲必要。於法學上不爲必要者。有於外國之商法雖爲必要。於我商法不爲必要者。分商人而爲內國貿易商人、外國貿易商人。又以後者細別之、爲輸出商人、輸入商人之事。此於商法之說明非必要。分而爲固有的商人、補助的商人、或爲賣買商人、賣買以外之商人等。亦非必爲緊要之區別。分之而爲實體的商人、形式的商人、或爲陸商人、海商人。則雖於說明或外國之商法爲便。而於我商法則無必要。

有時可分爲以自己之計算而爲商行爲之商人、與以他人之計算而爲之商人。於前之例、則以普通商人入之。於後之例、則以如問屋者入之。然因其以自己之計算而爲者爲通常、而以他人之計算而爲者爲例外。故甯以之爲原則及例外而說明之。於此須更進一言。



問屋者。謂以自己之名而代他人爲賣買者。驟視之宜若不爲自己爲商行爲者。此決不然。其賣買雖不爲自己爲之。而其問屋行爲。卽所謂代理之引受。則爲自己爲之也。問屋者。從於以自己之名而以爲代理之引受爲業之點。爲商人也。

在我商法而爲必要的商人之區別如左。

### 一 自然人與法人。

於商人有自然人與法人。於法人之中有公法人與私法人。吾人則主雖公法人亦得爲商人者也。爲公法人既。然則私法人而以商行爲爲業時。其爲商人自更明矣。

私法人中最著的商人爲會社。我商法以四種之會社爲商人。因爲規定其組織業務執行等。而設獨立之一編。爲民事法人而以營利爲目的者。因於解釋而殆與會社視爲同一。故於其點。與商人等。

### 二 大商人與小商人。

大商人者。總稱以爲商行爲爲業者。雖與稱爲商人殆相等。祇因生特稱爲小商人的一階級。於此爲對稱而云然也。故於示大商人。先以小商人說明。然後曰非小商人之商人。爲大商人。如是而可。

小商人者。爲取引價額之小的商行爲。商法之大部分、於此無適用之必要者也。下理論的之定義爲難。茲列舉之。所不足者則補之以特別法。卽在於我商法及附屬法令<sup>三二</sup>之上、而爲廣義之小商人者。如左。

一 挨戶賣買物品者。

二 在道路中賣買物品者。

三 以不滿五百元之資本而營商業者。

是也。專以得賃金爲目的而物品製造或服勞務者。雖以製造、加工、寄托、代理之引受、等爲營業。亦不以之爲商人。其他則皆爲商人。雖然。挨戶而賣買物品之行商、及在道路而賣買物品之露店商人。其所有資本、率爲小額。而半爲依於勞務而得報酬者。其有常設之店鋪者。狀況雖復略異。然以我國現時之經濟上、以五百元未滿之資本而營業者。與以大資本而爲之者、爲有可區別之理由。斯不論何者亦均爲小商人。

以商人區別爲大商人小商人之理由。蓋因於小商人不適用商法之一部分故也。雖於大商人適用商法之全部。而於小商人則不適用關於商業登記、商號、及商業帳簿諸規定。於行商露店商人等。無使爲登記、或使備帳簿而記載可及影響於財產的一切之事。

項之必要者。以彼等殆不得實行之。又於彼等無與以商號之必要故也。故於此爲不適用商法之一部者。恰與舢板及其他小舟。不適用海商法。二十噸未滿之船舶。不要登記等同。於小商人既無此等之義務。亦自無權利。彼等不得申請登記。雖隨意作帳簿而記載一切之事項。亦無商法上所規定之商業帳簿之效力。雖定商號者。亦不受何等之保護。此爲余之解釋。

余以所謂小商人者。但指挨戶賣買物品者。全不問其者之資本之如何。故雖以一萬元之資本而爲行商者。亦爲小商人。或者反對之。謂小商人總要爲五百元未滿之資本者。蓋因定小商人的勅令之規定云。以資本金未滿五百元之者爲小商人。商法之小商人。亦被支配於此定義。故云。然此說非也。商法定小商人而舉挨戶爲賣買者及在道路爲賣買者。雖尙欲列舉。亦爲困難。因此而委之於特別法。故特別法。不過補充商法之小商人。決非爲定商法之小商人之要素者。從實際觀之。亦殆無以一萬圓之資本而僅爲行商或僅爲露店營業者。惟於商法不與以小商人之定義。而於勅令爲定義者。則爲五百元未滿之資本者。因此而云。狹義之小商人。爲五百元未滿之資本者。廣義之小商人。爲前揭三種者也。若以廣義之小商人爲有語弊。則於不適用商法之一部的商人。略稱不

適用商人、而以之爲前揭之三者。是亦無不可也。

會社亦得爲小商人。蓋因外國之商法。示於會社不論資本多少。要以爲大商人之旨。而於我商法則不示之。又不將會社之資本金限定爲幾許以上故也。以之爲小商人。則雖不適用爲總則規定登記商號等規定。然因會社的特別之商人。設有會社法的特別規定。之關於登記商號及帳簿諸規定。斯因之所被適用也。又雖得想像於會社有小商人。然於實際則無爲會社而僅爲行商的或露店的之商行爲、或以五百元以下之資本而爲營業者。因此而始終多歸於空論。

雖於小商人。亦適用商業使用人其他之規定。關於商事者。不論何人。總適用商法之規定。惟爲例外而於小商人不適用登記商號及帳簿之三規定而已。從而以商業使用人其他之規定爲有適用。自明。故小商人得選任支配人、使於其本店或支店而營其商業者。雖然、是亦多爲空論。雖爲選任使用人。亦殆爲手代。按手代猶夥計者而已。

### 第三章 商業登記

商業登記。爲確保商業上之信用而生者也。自商人作組合、登記組合員於一定之帳簿、爲始。伴於商業之進步、而他之事項、亦至於爲登記。此外則又有謂自會社登記繁盛。而進步

## 第一編 總則 第三章 商業登記

始迅者。方今商業登記、特如商人登記者之最爲發達者。爲德。其次爲奧瑞諸國。

商業登記。在於有商事裁判所之國。則爲其裁判所之管轄。在於無商事裁判所之國。則爲普通裁判所之管轄。多以當於我區裁判所者充之。而從登記之方面觀察之。因號曰登記裁判所。於我國。亦以區裁判所充之。而將帳簿分爲商號、未成年者、妻、後見人、支配人、合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社、及外國會社、之十種。

稱名爲登記者。爲登記之義務者。與定應登記之事項。同時定之。以爲常。尙有因登記事項規定。而自知登記當事者之爲何人者。於商號。則爲欲使用其商號之商人。於未成年者、或妻、而欲營商業時。則爲其未成年者、或妻、於選任支配人時。則爲其主人。於會社。則爲其代表者。別規定於會社法。登記義務者怠於登記之際。須受制裁。

於登記事項有種種。因於時代又因於國而爲異。(一)則於法律上以某事項爲必使登記。不登記時應科以特別之制裁者也。是登記、專因第三者而使爲之。兼爲登記者之利益者也。(二)則爲登記與否、隨當事者之意。爲登記時。則使得以其事項對抗於第三者。不爲登記時。則使不得以之對抗者也。(三)則申請登記時。雖爲登記、亦不附之以特別之效力。惟第三者見其登記時。知有某事項。不得以善意對抗於登記者而已。此三種中。船舶之登記

爲強制登記。會社之登記亦通常爲然。<sup>二六一</sup>一。苟登記爲法律行爲成立之要素，而亦以列於登記之一種時，則可爲四種。然於我商法則無如此之規定。因此而爲前上之三種。雖時或有以得行爲能力爲必要者。<sup>六四</sup>而其例極少。

### 登記之事項與手續

登記事項之種類，爲前揭之數種。於或事項既登記之後，其事項不無生變更者或不無消滅者。於此則當事者要無遲滯爲變更或消滅之登記。<sup>五一</sup>雖以稱變更或消滅爲明。然時有單稱爲變更。使於解釋而消滅亦包含者。<sup>三五</sup>

當事者於登記事項，發生變更或消滅時，須無遲滯以之爲登記。登記之期間而爲一定時。則應於其期間內爲之。自不待言。雖然，非自爲登記。申請於裁判所而使爲登記者也。商法關於手形之拒絕證書，常稱使作拒絕證書，以示非自作成。關於登記，則云，要爲登記。恰如自爲登記之所云。殊爲不可。雖從登記簿之爲官簿，登記之性質之爲公的，而自得知應使官吏或公吏而爲登記。然甯不如明言之。故若正確言之時，則爲登記之當事者，要申請其事項之登記於裁判所也。申請，須於管轄其營業所的裁判所爲之。手續，則依於特別法令之所定。

裁判所因於當事者之請求而登記其事項。九 登記之手續反於法令時。則可却下其申請。自無論已。手續雖爲適法。而於登記之實質爲違法的場合。得將登記拒絕。今舉最近爲問題之一例。卽於會社以民事行爲、爲其營業之目的、而申請登記之場合。裁判所、以會社不得爲民事行爲之理由、而却下其申請、是也。於此雖有云會社亦得爲民事行爲、不可拒絕其登記者。要無謂雖爲不法之事項、苟申請則必不可不登記之者。蓋裁判官爲知法律者。不登記視爲不法之事。自爲當然也。

登記應於營業所之裁判所之登記簿爲之者。營業所有多處之時。則應於本店地及支店地而爲之。○以各店爲同一之登記爲原則。間有於支店不要爲或登記、或爲簡單的登記而已足。非在於本店地而爲登記。則不得以登記事項對抗於一切之第三者。非於支店地而爲登記。則於支店所爲之取引。不得以登記事項對抗於第三者。

### 登記及公告

於登記事項。有僅爲登記而已足者。有於登記之外要爲公告者。會社非於本店地爲登記。不得著手於開業之準備。是則僅爲登記而已足。雖然、因登記之本來之目的。在於廣使世人知所登記之事項。故以於登記之外使爲公告爲原則。他國有定爲僅登記而已足者。謂

世人欲知某事項之有無。則自調查登記簿可也。登記爲公的。不論何人之閱覽皆許之。又膽本亦交付之也。雖然。至於社會之制度煩雜。商業益爲迅速。各人到底自將登記簿閱覽爲難。則自以有告知於第三者之方法而使於登記之外爲公告爲可。

登記事項。非於登記及公告之後。不得以之對抗於第三者。一故登記之當事者雖申請登記而得登記。然不得云依於此而即得爲登記一大效力之對抗力。於對抗第三者。必不可不先爲公告。以此爲原則。而有二個之例外。

一 對於惡意之第三者。則雖不爲登記公告。亦得以其事項對抗之。在於我商法。登記公告。因欲使第三者知有某事項。非爲單純的形式上之對抗條件。而意在使第三者知之。故於既知其事實者無登記公告之必要。此所以在法文上爲非於登記公告之後不得對抗於善意之第三者也。雖然。知與不知屬於第三者之心裏。以此殆不免證據上之爭。

二 於正當之不知者。則雖已登記公告之後。亦不得以其事項對抗。所謂因於正當之事由而不知登記事項者。如在出征中或病中而不之知。又雖得一讀之者亦有以繁忙而不及見聞者。此其不知無一非爲因於正當之事由者。而不得受登記事項之對抗。是



亦雖協純理。而多有證據之爭。

我商法不以登記公告爲絕對的對抗條件。而雖不爲之。亦於惡意之第三者。可得以其事項對抗。雖爲之亦於正當之不知者不得以之對抗。以是常致紛爭。其在於後之場合。則首生第三者。究不知或事項耶否耶之爭。次生其不知果因於正當之事由耶否耶之爭。雖或協於條理。然由實際便宜言之。則甯可以登記公告爲絕對的對抗條件。不爲之之時。則不得對抗於一切第三者。爲之之時。則得對抗於一切第三者也。雖然。總則上固採如現行法之原則矣。而於他處之特別規定或例外。則亦頗多焉。

公告與登記等。由裁判所爲之。當事者申請登記時。則裁判所登記之。既登記之後。無遲滯爲公告。一商法於此點定爲裁判所之職務之一部。

登記與公告抵觸時。則採登記。商法定登記雖與其公告抵觸。亦得以之對抗於第三者。一。是蓋因當事者爲使第三者得知或事項的手續。既終其所應爲。顧因裁判所將公告錯誤。而作爲無登記之效。則於當事者爲酷故也。雖然。公告者。本爲使第三者知之而爲之者。若第三者不能以公告爲信時。則甯可不使爲公告。此反對之說然矣。雖然。立法可否。自當別論。若以解釋。言登記則與公告抵觸時。雖登記公告後。第三者得生因於正當之事由而不

知其事項者爲多。故登記當事者得以與公告抵觸之登記對抗於第三者殆少。

裁判所從當事者受適法之申請時。不可不爲登記。因不爲之而於申請者生損害者有之。又不可不將登記事項無遲滯爲公告。因以之遲滯而於登記者生損害者有之。又因登記與公告抵觸而於當事者或第三者生損害者亦有之。於此等之際。有因使登記官吏負責任。爲特別之規定者。非訟事件手續法一三五。不動產登記法一三。無特別法令時。則僅從民法而負與通常人相等之責任而已。國家並不對於登記吏之職務上之過失而負責。是以從現行制度論之。我國之登記及公告。信憑力有不如他國者。蓋他國中有於登記吏使負比於普通官吏及普通人較多之責任。而於登記吏不盡其責。則國家負賠償之責者。且使登記吏供托多額之保證金焉。

### 營業所

於商法設關於營業的多之規定。視商人爲通常有營業所者。以之分爲本店支店而各自設各別之規定。隨而營業所之爲何。於商法全編之適用大有關係。然以無示其爲何之規定。爲有遺憾。就學理講商法時。則以爲商業設備之一而說明之爲當。在於現行商法之下。則當於稱商人得選任支配人使於其本店或支店而營其商業之際。因本店支店之爲何。

而說明營業所之爲何亦可。雖在於如德國之商法。謂商人須將商號及營業所概爲登記者。<sup>德商</sup>或以於其處而說明之爲宜。然余則從便宜上。須於此文字之初顯於商法之處。加說明焉。

營業所者。營業之事務所。於營業。有以爲含財產之集合之意。而屬客觀的意義。與以爲含業務之主體之意。而屬主觀的意義。又於後者之中。有靜的與動的。而於爲營業云云。則義爲示活動。卽爲以營利之目的而繼續的爲某種之行爲之意。營業所者。爲此行爲之場所也。從而於一種意義。可謂營業所極廣。商人之活動之所及的範圍。悉爲營業所。在於海運鐵道營業等。得云營業所跨於萬國。雖然。於是等通常附以營業地或營業區域的名稱。云營業所時。則爲示諸行爲之所根據的場所。西語之愛太蒲利子斯馬痕。或紐達烏拉子斯痕鄂。於示此意義爲適當。

商人不可不設營業所。於某場合。法律有積極的命爲營業所之設置者。以商人之商業登記。不可不於營業所之裁判所之登記簿爲之。故無營業所者不得爲登記。又以支配人爲使在本店或支店而營商業者。故無本店或支店者不得選任支配人。又與其他於商法之全編。有以營業所之存在爲前提之規定。故云營業所爲商人所必要者可也。雖云營業所

於商人爲必要。然決不至使商人爲難。營業所止爲營業之事務所。初未限定爲如何的營造物及應如何設備。因此而不論如何小規模者。亦自爲營業所。雖以自己之住所爲營業所亦可也。

以一人而有多之營業所亦可。從於營業之盛大而營業所之增加。爲自然之勢。我商法於此。附以本店及支店之名稱。以本店爲爲主的營業所。而支店爲其他之營業所。雖世所稱出張所或派出所。亦爲營業所。有商人雖附以如何之名稱。而法律上仍以其營業所視爲支店者。又商人雖稱爲支店。而法律上不以之視爲支店者。亦或有之。雖然。當於判定法律上之爲本店、抑爲支店、應以當事者之所附的名稱爲參考。自無論也。

本店惟爲一個。主的營業所。固不可不爲一。稱爲主的。中自含限於一個之意。雖於一商人而得爲多種之營業。其事甚明。若以營業所爲伴於各營業者。而以營業於主觀的而觀察之時。則似得以各營業爲各有主的營業所。而一商人得有多數本店者。然於此關係。不得視營業爲人格。營業所。乃爲營業之所。其主格。則爲商人。而於一個之商人。其爲主的營業所。則惟一而已。不拘其營業種類之多與否。所以本店爲惟一。而與普通人之以住所爲一者對照焉。此說或不免有反對者。至如謂於一種營業。主的營業所爲一個者。則反對者殆

無之。

#### 第四章 商號

商號者。際於爲商業、而爲表示自己之名稱也。

自然人、法律上必應有氏名。使之於一切場合、用以表示自己。於爲普通國民或官吏公吏而表示亦用之。於爲商人而表示亦用之。而在商人則其人之氏名、可同時而爲商號。在於法人。則以商業而設立者。必不可不有商號。爲商業及他之事業者。雖理得於普通名稱之外、尙有商號。然在於現在。則無以慈善公益等之目的而被設立之法人、而兼營商業者。亦無以商業爲目的、附帶而爲商業以外之事業、之法人、而有商號以外之名號者。故於現在。其有商號及他之名稱者。謂止於自然人可也。

商號因商業之發達及社會制度之特別事情而發達。雖其始自然人不諭何者。總用自己之氏名而營商業。然以商業重簡易迅速信用等。自須於此爲適合之名稱。故商人發明之。既自知其利而更加種種之改良。因此而成爲如今日之所爲者。又商業、從商人單獨爲之。之時代、進而爲以組合爲之之時代。用組合之名稱而異於各人之氏名者、以之爲商號。至於組合發達而爲會社。會社爲法人而有顯明之商號。由是商號益爲發達焉。此通於世界

全般之沿革以外。在我國。則封建制度亦以助商號之發達。蓋封建時代賤商業。於商人禁用與士人相等之名稱。故商人僅以名而爲取引。而同名者乃因以多。遂作商號冠之。多稱屋號。方今之商號稱屋號爲多者。此遺襲也。

商人之爲何商號可任其意。德國商法雖採干涉主義。我國則採自由主義。商人得以其氏名其他之名稱爲商號。六所謂其他之名稱。全無所限。因而此規定。直等於謂商人得以自己所欲之名稱爲商號。以氏及氏名爲例示者。因時或有疑商號不得用民法上之名稱故也。於商號雖不論用如何之名稱皆可。無論爲古語。或爲外國語。凡得解爲名稱者。總足爲商號。惟以全無意義而不得認爲名稱者。爲不可而已。

分商號而爲氏名的商號及物的商號。前者指以氏名爲主而所作之名稱。後者專指示營業之目的之名稱。尙有混合氏名與營業之目的。所謂混合的商號者。據於他之分類。則有爲自然的名稱及人工的名稱者。苦痕斯托於前者中。則入以如營業之目的、營業地之名稱等。凡基於事實的名稱。於後者中。則使含美術的理想的等名稱。尙於商號有由商人之出生地而生者。有從商品之生產地而生者。又有從爲主的營業地而生者。雖某國以大區域之地名爲非一商人之所可私者。而禁其以之爲商號。我商法則不之禁。又我國有用藝

名雅號等爲商號者。亦卽德國學者之所謂人工的商號也。

不論如何名稱皆可以爲商號。此爲原則。更設左之二例外。一七、又

一 在於會社。則要於商號中從其種類、用合名會社合資會社株式會社或株式合資會社字樣。

爲使世人一見而知爲如何的會社故也。會社與自然人異。責任常爲有限。如合名會社雖爲有無限責任社負之會社。然以其會社論。自負有限之責任。第三者之對之之關係。與對於自然人者爲異。因此而於其商號、附以會社字樣。使世人直卽知其爲會社也。而由於會社之爲合名會社、與爲株式會社。而第三者之利害各異。因此而其種類亦須使明記。爲欲使協此主意。而使之用合名會社、或株式會社等等日本文字。其外國之字、除自昔已轉爲日本字、外不許之。而次序。則會社文字。不論冠於或文字之上、或附於其下、均可。卽無論稱爲合名會社三井銀行、或稱爲三菱合資會社、均可也。

會社不於其商號中用此文字時。則處其代表者、以過料。

二 非會社者。不得於其商號中用可示爲會社之文字。雖爲讓受會社之營業者。亦苟非自爲會社。不得用此文字。

以自然人與會社之間大有所異。必於自然人禁用爲會社之商號。其理由殆與前例相表裏。若分一切商人而爲前記四種之會社及自然人。於四種之會社。使必用可示會社文字時。則不用之者爲自然人。雖於理已明。然使僅設前記之論文。則自然人得用可以示會社之文字耶否耶。尙不能決。將別生雖可用之說。故特爲明示。

非會社之者不得用會社字樣。自無論已。即可示爲會社之文字。亦不得用。若第定於會社悉用會社字樣。非會社者不得用會社字樣時。則雖由是而已足以別會社與否。然法律則尙不以爲足進一步而禁用。可示爲會社的一切之文字。以豫防詐欺誤解等。以如何文字當之耶。則一委於認定。商會商社等。其最顯之例也。

違反於此規定者。被處五元以上五十元以下之過料。

商號限於一人爲一個。於此雖有有力之反對說。而謂以一人而有二個以上之商號亦可者。然一切人本以以限於一個氏名爲原則。於商業有特設商號之必要。以之爲例外。而認氏名以外之名稱。例外爲應狹解者。因此。限於無特別根據。不得謂以一人而可有數個之商號。又若許之時。則或作成數百個之商號。將遂生以商號之賣買爲營業者。又如會社亦以一人而有種種之商號時。則更困難迭生。卽以關於商號登記之規定觀之。亦可知固不



得有無限之商號也。德國學者之多數云、得以一人而有數個之商號者、以在德所稱爲商號者。比在我國所稱爲商號者解釋寬大故也。例如云第一銀行大阪支店、解爲獨立的一個之商號是已。

### 商號權

用商號爲商人之特權。商人行使其特權而作成商號時。卽生商號權。關於商號權之性質。有二種之說。而一則以之爲身分權。謂伴於爲商人之特別身分者。又一則以之爲財產權。謂商號權爲得單獨或與營業共讓渡者。故爲純然之財產。在於區別人以身分、而規定伴於商人身分之權利時代。雖謂商號權爲身分權亦可。在於現今時代。則商人必不得謂爲特別身分。不論何人、皆得以商行爲爲業。以之爲業時、直卽爲商人。因此。其所有權利。亦以不謂伴於身分或人格爲可。況於商號權爲有財產上之價值而得讓渡者耶。甯從財產之點觀、卽以客觀的觀察爲主、而稱爲財產權爲可。

商號權之價值。依於國依於時代而大異。於我商法。則應分二種而說明者。卽爲登記前之商號。與登記後之商號。於示此之先。須關於商號之登記而一言。

商人得將商號登記。商號之登記。爲商人之純然的權利。因此而商人雖不爲之亦可。於登

記後廢止或變更其商號之際。雖應無遲滯將其變更或消滅登記之。然不規定懈怠於此之特別制裁。惟由利害關係人來請求抹消其登記於裁判所時。則裁判所催告異議於登記者。不申立異議。則直抹消之而已。二四五又余思僅此爲未足。宜使已爲登記之商人申請變更或廢止之登記。不以之申請時。須科以特別之制裁。若於利害關係人將他人之商號之廢止或變更爲請求之際。殆有屢覺證明之困難者。又於既已廢止某商號。於登記顧聽其自然。而別致他之不便者。亦殊非也。

登記前之商號權。殆無爲特別權利之價值。蓋因不登記時。則他人得登記與之同一之商號。使所有在前者。亦不得使用之。又不登記時。則雖他人以不正之目的。而使用同一之商號。亦不得據商法規定。而禁之。故並無商號之分毫價值。祇等於自己發明某意匠者。然因之學者。乃有謂商法所稱商號爲限於已登記者。是又不然。雖於登記前。商號固已有之。雖不登記。亦爲商號。而定商號得以之讓渡時。則登記前之商號亦得讓渡。登記非商號之要素。又併非商號發生之條件。

登記後之商號權。爲價值之大者。在對抗於他人之點而有左之特質。

- 一 排斥他人在同市町村內爲同營業而亦以是登記者。

自己登記時。則他人早已不得登記之。以此而爲自己之專有。於取引爲得便益。雖有持得絕對排斥他人登記之主義者。我國則以此限於同市町村內及同營業之場合。

## 二 排斥他人以不正競爭之目的而使用同一或類似之商號。

禁他人以是登記外。雖使用亦禁之。雖不論在全國何處。不論因何種營業。而用。皆禁之。不僅同一商號。雖類似者亦排斥。若他人使用之時。則得請求損害之賠償。

雖然。此權利僅對於不正之競爭者。因此而有人因爲正當之競爭。使用其商號時。則亦莫可如何。而在多之場合。不可不由商號權者進而證明其使用爲不正競爭之事。以此屢因舉證之責任。將有不得利用此權利者。法律推定爲不正競爭者。如於其商號之登記後。他人在同市町村內因同一營業而使用之之時也。但於此尙以其僅爲推定。而其使用者得證明使用之目的在於正當競爭。而繼續使用。必且益減商號之價值。故不止於推定。而須以法律之規定而禁之。

排他力之大小爲各別。而將商號登記時。則得於種種之方面而排斥他人。以其商號供自己之專用。因此而學者有云。商號權者爲商號之專用權。併云商號爲登記而得專用。斯有其價值。不登記則無何等之價值。隨而非商號。卽不然亦非商號權。此言殊誤。商號者。自始

迄終之權利也。

商人使用商號而圖商業上之便益。得於爲一般之商行爲用之。於手形之振出裏書等亦用之。雖然、不得以商號而起訴訟。又無從他人以商號而被訴者。在於德國則不論原被。均許用商號。是因在於德國凡商號必使之用氏名全部或一部。故可以無妨。若在我國。商號不限其名稱。倘許以商號而爲訴訟。則可生種種之不便矣。在於訴訟性質上。限於民法上之氏名爲可。若無民法上氏名之商人。例如其得以商號而爲訴訟之原被。固不待言。

### 商號之讓渡

商號得以之讓渡。雖於登記前亦得以之讓渡。然於登記前、則雖不讓受他人之商號、亦自得於同所而因同營業用同商號。以此、殆無讓受之事。隨而讓受者自限於登記後者。是所謂商號專用權之讓渡。

商號雖爲不論何項皆得讓渡。雖爲以自己之氏名而作之商號。苟業爲商號。自得以之讓渡。其有因於他之法令之規定而不得讓渡者。固宜別論。若商法則凡之商號爲得讓渡者也。

商號者。單獨讓渡亦可。與營業共讓渡亦可。雖各主義中有以商號與營業爲不可分。有以

營業雖得單獨讓渡。而商號不得單獨讓渡。然我國。則無論何者爲得單獨讓渡。因之商號益爲獨立財產。雖在僅讓渡商號之際於當事者間。不生何等之特別權義。若與營業共讓渡之。則於讓渡人有避止之義務。於後營業項說明之。

商號之讓渡人爲商人。而讓受人亦爲商人。非商人者不得有商號。不得有商號者不得讓渡。商號爲當然。又以非商人不得有商號。故非商人雖爲商號之讓受之形式。然實無所取得。有人將來欲營商業。而讓受商號者。則不外爲讓受之豫約。或爲讓渡契約而附停止條件於其履行。

商號之讓渡。非爲其登記。不得以之對抗第三者。二通常雖以讓渡已登記之商號。爲商號登記者之變更。若將不登記之商號爲讓渡時。則不可不爲新登記。苟以之爲讓渡登記。則不可不由讓渡人先登記。然後爲讓渡登記。

### 營業

於營業。有取含財產集合意味之客觀意義者。有取含業務之主體意味之主觀意義者。而細別後者爲靜的動的。爲前章所已述。於營業謂有主觀的之意義者。則於營業有特別之名稱。有特別之住所。有特別之裁判籍。又有債權者先請求於營業財產。次請求於他之財

產之事。有代理權不問本人之生死於營業之存續間總爲存續之事。有某種契約關係不關於爲當事者之人之如何專以營業爲主而存滅之事。又有於作貸借對照表以營業爲主之事。諸如此類、不如總括之視營業如人格爲便。然此自因說明之便宜而出者。決非以營業作爲法人。雖有時以營業財產視爲財團法人者。然其事甚偶。而通常則僅因說明之便宜視之如人而已。

以營業於客觀的觀察時。則爲包括的財產。其中所包含者。因場合而異。於此有要素與常素。而其爲要素者。則爲信用。英人說明營業之讓渡、而稱爲得意之讓渡者以此。營業所、營業用動產。是卽爲常素。常素者、通常雖與營業同時讓渡。然縱無營業所併無營業用動產之營業讓渡、亦得想像之。其營業用動產。尤屢爲分離讓渡。因此而謂之爲常素也。商號亦爲常素。雖在於他國。有定必同行讓渡。而在於其國。可以是爲要素。然得單獨讓渡如我國及德者。則明爲常素。而在於德以非與營業同時不得讓渡商號。因此而爲實際適用甚多之常素。若於我國。則以商號得單獨讓渡。因此而適用自少耳。

爲客觀的營業之要素、且爲營業之中心者。爲信用。從而當於規定營業之讓渡之效力。亦不可不置重於此點。在於我國。則於已讓渡營業者。不問爲單獨讓渡、或爲與商號同行讓

渡。總使負避止之義務如左。

讓渡人、不得在同市町村內、於二十年、爲同一之營業。

專爲保護讓受人之利益故也。讓受營業者、以讓受前營業者之信用得意爲主。若前營業者、於同市町村內、爲同一之營業時、則殆不得達其目的故也。雖然、此爲推定當事者之意思的規定、而使當事者得爲異於此的約定。若爲讓渡人不爲同一之營業的特約時、則其特約、在不超過同府縣內、且三十年、之範圍內、有其效力。超過於此之特約、則爲害個人之自由、且妨商業之發達者、爲無效焉。

於本條二云、僅於不超過同府縣內且三十年之範圍內爲有其效力。語稍曖昧。於讓渡東京之營業的場合、生出特約爲不得於東京府及埼玉縣五十年間爲營業時、則如何、於東京府而爲五十年時、則如何、於東京府及埼玉縣而爲三十年時、則如何、等之問題。雖得種種解之、而余則解爲土地必須爲府縣內、年數必須爲三十年內、解最大之特約範圍、爲在於東京府之三十年間。

讓渡人不得以不正之目的、而爲同一之營業。此無論於如何的場所、又無論爲讓渡後何年之後、均同。余思此義務、非必限於讓渡人而存。雖不論何人、亦似不得以不正之目的而

爲與他人相同營業之事。

### 第五章 商業帳簿

廣稱爲商業帳簿者。爲記載直接間接關於商業的事項之書類。

商業帳簿中。有於法律上命之記載者。與爲各人之隨意記載者。我商法所云商業帳簿者。爲商人因於商法之規定而應記載之書類。以下所說明者。爲此狹義之帳簿。雖於商人所隨意作成之者之中。有大福帳、金銀出入帳、仕入帳等。然列於商法總則之上者。僅爲左之二種。

#### 一 日記帳。

非法定之名稱。爲從帳簿之實質而余所隨意名之者也。因法律上要商人備帳簿、將日日之取引、其他可及影響於財產之一切事項、於此整然且明瞭記載之。故其帳簿自爲日記帳。<sup>五</sup>雖於法文不別云須日日記載。而於遵守法律之規定。則不可不日日爲記載。<sup>二</sup>於日記帳要記載可及影響於財產之一切事項。惟家事費用。以每一月記載其總額。小賣以記載日日之賣上總額爲已足。然其他之事項。則要一切記載之。故雖爲事項之影響小者、或費用之價額小者。亦不得省除。有商事與家事混合之費用時。則應記載其總



額。或與家事費用分離、而記載應爲商事費用之部分者。雖在僅僅小賣。以分掛賣帳與現金賣記載日日之賣出總額爲已足。而其他之賣買。則不可不於每各件爲記載。又賣買以外之商事費用、悉應記載。雖爲派遣人使之費用、各種之手數料、雇賃、或以贈答之名義而授受。亦爲及影響於財產者。自不可不一一記載。其煩可想。

記載須整然且明瞭。所謂整然者。專關於記事之體裁。所謂明瞭者。多關於各個之文字。於僅爲整然記載、亦尙不得云爲遵守商法之規定者。於僅爲明瞭記載、亦尙爲未足。雖學者解明瞭之意、謂不待記載者之助力、而普通人之所得了解之程度。然結局爲各場合之認定問題。至於整然之意亦然。雖僅止記載日日之事項。亦尙困難。況於無期限而整然且明瞭記載之無遺漏者。殆爲商人之所不能堪也。

## 二 財產目錄帳及貸借對照表帳。

商人要作財產之總目錄、及貸方借方之對照表。於特設之帳簿記載之。以此自生特設之帳簿。六余雖信爲作財產目錄及貸借對照表。卽徑以之爲帳簿亦可。而我商法則要於特設之帳簿記載之。以此自於目錄及對照表之外生帳簿。

以之記載者、爲作財產目錄或貸借對照表之場合。故記載之時機。自爲恰合目錄及對

照表作成之時期。而此兩者之作成時期。爲商人之開業之時、或爲會社之設立登記之時。尚須於每年一回一定之時作成。在於爲年二回以上利益配當之會社。則於每配當期作成。因此而帳簿亦必於其時期爲記載。雖於日記帳則云須整然且明瞭記載。於此帳簿則略而不言。以此將生不整然不明瞭記載亦可之解釋。此必不然。此帳簿亦不可不爲如通常人所得解讀之記載。關於日記帳所以特指示記載之方法者。因慮及日記帳之記載事項爲夥多。而記載要急速。以此自流於亂雜故也。

於財產目錄、要記載動產、不動產、債權、債務、其他之一切之財產。附以於其目錄調製時之價額。雖於債務亦得有價額。然以爲自己所應辨濟者。因之通常於債務之額、直卽爲其價額。殊於金錢債務。則債務之額、常須與債務之價額爲同一而可。雖然債權之價額。則以其爲應考慮相手方之辨濟資力而定者。故與債權額必不一致。

商人要十年間保存其商業帳簿。二十年之期間。從帳簿閉鎖之時起算。所以使保存之者。以供調查商人果遵守關於帳簿之商法規定耶否耶之用。且於破產、支拂停止、等之際。爲調查某事實之材料。屢有於無關係於其商人事件之調查、亦有用者。雖非有公之信用。然足以參考。我商法單止於命以保存。至應如何保存耶。關於滅失毀損之責任、應如何耶。此

則委於解釋。

以上爲商法之說明。雖然、關於商業帳簿之爲何。則學者間有議論。而或學者云。商業帳簿爲帳簿之一種。而所謂帳簿者。爲將二枚以上之紙片綴合之者。帳簿之大體之觀念。固宜如此。而商法之解釋。亦復宜然。商法於一枚亦可之者。稱爲書、書面、書類等。若云帳簿。則自以二枚以上之綴合物爲意味。此說非是。蓋以我商法不限定帳簿之形式。故雖不論如何之者。亦得被認定爲帳簿者也。既於云爲紙片、失之於狹。以皮布綿布竹片木片等亦可。與余所云、爲手形之基材者、通常雖爲紙、而於皮布竹木等亦可之說相等。雖云帳簿。亦解爲不限於紙片。又帳簿雖綴合二枚以上爲通常。然如財產目錄或貸借對照表。則雖記載於一枚之大紙亦爲可。以每年之表記載於一大紙時。於一覽爲便。何苦而須爲綴合小紙耶。於帳簿不要綴合。故雖卡烏特式帳簿。於我商法亦爲帳簿。至於羅慈利烏甫式者。更爲然矣。雖於或外國之商法。規定帳簿之形式。因此而其以外者、不得爲法定之帳簿。而於我國則一切委於自由。故不論何者皆自爲帳簿。

余雖以商業帳簿爲二種。名其一爲日記帳。其他爲財產目錄帳及貸借對照表帳。而或者反對之。謂於總則稱商業帳簿者。惟有一日記帳。目錄或對照表非帳簿。僅表而已。雖然、商

法既云。須作目錄及表。於特設之帳簿記載之矣。則因此而生一種之帳簿自明。惟以我國不定特設帳簿之形式。故雖一枚之目錄一枚之表。亦直爲帳簿。惟與普通之帳簿少有所異而已。

### 帳簿之廢止

爲全體論。余則欲本章之全廢。何則。此之規定。到底爲商人之所不得遵守者。而國家亦不得將遵守事強行之故也。又雖不遵守。亦無特別之制裁故也。所謂到底爲商人之所不得遵守者。蓋商人中之爲自然人的商人。於開業之時。及每年一回一定之時期。作動產不動產債權債務其他一切之財產總目錄。於其財產一一或總括的附以在於目錄調製之時。的價額。此事殆爲所不得爲也。以財產悉應記入。亦已困難。至欲於此一一附以目錄調製時之價額。則更爲困難。又貸借對照表。則或商人殆有不欲將其記載者。或商人殆不知爲應如何記載之者。故於欲使作成此等之帳簿。不可不於法令示以大體標準。雖然。縱迄於如此而止。須使記載之。亦實所弗須。又與以如斯標準而干涉記載。殊反於我商法之主義。若至於彼之日記帳。則到底不論何人。亦殆不得遵守商法之規定。日日整然且明瞭記載。可及影響於財產之一切事項。究爲不能。以商人之一進一退。殆無不及影響於財產者也。

余則信我全國之商人中。完全遵守此規定者。蓋自商法實施以來。殆無一人。

遵守商業帳簿之規定。於商人爲困難之外。在於任現行所定法。以國家之力勵行。亦爲困難。因不嚴帳簿之形式。故雖將數日間之取引於後日一括而爲記載。脫漏某事項。追加某事項。又以某事項爲及影響於財產者小。而故意不記載之。亦殆無由檢舉。倘勵行之。不可如某國。先於法令定帳簿之形式。卽帳簿須綴合數紙。記載須由第一頁順次而下。於一頁之中。則須從第一行順下。因爲防後之追加插入等。須於各頁豫捺官印。而以有無意之誤記脫漏。不可不許此等場合之訂正追加。其訂正追加。與故意不正之變更增減。不可不定如何之區別方法。因此要許多之吏員。可日日生官民之爭。余則信爲以如是而勵行帳簿記入。亦無必要。

商業帳簿之規定。其遵守之困難如此。然猶幸而雖不遵守之。亦無受特別制裁之事。所有制裁。亦僅於破產之場合。爲被認定爲過怠破產之材料而已。而爲帳簿之亂雜的場合。非必爲不完全遵守商法之規定之故。況在於不至於破產者。則任何之制裁亦無所受。殆自始至終。亦可不接於檢查之機會。

既爲遵守不能之規定。又爲雖不遵守。亦等於無制裁之規定。而徵之於事實。則爲自商法

施行以來，一人亦不完全遵奉的規定。是則直爲有名無實之規定。因此而可削除之。惟限於某營業、或限於爲法人之商人、爲特別之規定而勵行。今以自然人商人、與法人商人、社會關於商業帳簿而爲同一規定。殊於根本爲誤。

### 信書

商法於商業帳簿之外認信書。關於其保存而有所規定。例如云。商人要十年間保存關於其營業之信書。二或云。關於會社營業之信書。要於清算終了後十年間保存之。是也。信書者。爲商人所授受之文書。雖多爲郵書。然苟爲不論以如何方法而授受。亦可通音信之時。均爲信書。於其中有自爲發送者。與從他人受取者。雖在於文明國。則於自發送者。有取壳批烏本即贈而保存之的慣習。因此解信書之保存。而得云含授受之兩種。然通觀自我商法制定之時。迄於現今之狀況。在於我國。尙未生取壳批烏之慣習。因此而所謂信書者。解爲自己所有之原本書類爲可。即爲限於受信之書類。雖爲如此之解。而將其所受取之信書。悉於十年間保存。仍爲困難也。

### 第六章 商業使用人

商業使用人者。負爲一定商人負繼續的服關於商業勞務之義務者也。

商業使用人與主人之關係。爲僱傭關係。雖有云、爲民法之僱傭關係之要素、而當事者之一方、要受報酬。商業使用人、則不必要受報酬。以此而於商業使用人中、有非民法所稱之僱傭關係者。然以商業使用人、事實上必受多少之報酬。又於商法之規定中、亦以主人與商業使用人之關係、有視爲僱傭關係之處。故謂此關係爲僱傭關係可也。報酬、雖通常爲金錢。而如衣食住等亦爲報酬。以此而凡爲商業使用人、無不受報酬者。若或者約爲一定商人繼續供勞務、而全然不受報酬時、則不以其人爲商業使用人可也。

商業使用人。爲一定商人。自爲當然。而於供關於其商業之勞務之點。與商人之婢僕分。於繼續服勞務之點。與供個個之勞務之日雇區別。且因於商法稱使用人代主人而爲行爲。而知於二者有主從之關係。又因於分使用人與「所使用者」而知使用人之爲繼續的者也。<sup>七三三</sup>茲更須一言者。我商法雖云。本章之規定、於主人與商業使用人間、所生僱傭關係、不妨適用民法之規定。然此殆不啻言。蓋謂爲使用人時、則必須生僱傭關係。既必須生僱傭關係。則適用民法之僱傭關係之規定、爲當然也。<sup>五三</sup>

從沿革而言。則商人最初因欲補助自己之商業、而使用奴隸。其次雖將自由人使用。然爲與商人有主從之人的關係者。而非必爲專爲商業之使用人。厥後因人權與商業之進步

共爲發達。乃離全身之從屬。僅關於商業而爲從屬。遂生爲商業使用人之特別位地。故純然之商業使用人。僅服關於商業之勞務而已。雖然。觀於我國之現狀。則爲自然人的商人。不區別家事與商事。而將使用人於兩事使用之。其在於手代以下之者。則爲純然商業使用人者極尠。

商業使用人。有區別之爲高等使用人、普通使用人者。有分之爲智識的、技術的、事務的、學術的、之四種者。要之皆於因欲說明或規定爲便利。若我商法。則以代理權之大小有無而分。大別爲支配人、及其以外者。而於後者、更細別而爲番頭手代及其以外者。

### 支配人

支配人者。有代主人而爲關於其營業之一切之裁判上或裁判外之行爲的權限之商業使用人也。○三

支配人爲商業使用人。故於其與主人之間。爲有雇傭關繫。於此點。與他之使用人無所異。在於德國。則所謂支配人者。爲有支配權者。而所謂支配權者。爲一種之代理權。凡由他人與之以此種代理權者。悉爲支配人。雖然。我商法則異是。而支配人必要爲商人之使用人。決非爲有關於營業之一切權限之凡代理人。若夫妻之間不得生雇傭關繫。則妻應不得



爲夫之支配人。子不得使用其父。則父不得爲子之支配人。故若於或人之父母妻子等。與以德人之所謂支配權時。則彼等乃本人之總理代人也。

支配人之代理權限。係有代主人而爲關於其營業的一切之裁判上或裁判外之行爲的權限。而於此代理權所加之制限。乃不得以之對抗於善意之第三者者也。惟以其爲關於營業一切行爲之權限。故可得代爲主人任免番頭以下之使用人。選任之之時。則其使用人直爲主人之使用人。又支配人得代主人而爲單獨行爲、或合意、又支拂或受取金錢等事。

支配人得代爲主人起訴或受訴。又關於商業。則雖爲告訴之權限亦有之。而不論何者。均含於所謂裁判上之權限者之中。將從前支配人僅有關於普通之法律行爲之權限者。推廣而關於訴訟行爲而亦有之。漸漸增加而爲一切之裁判上之行爲。但在訴訟法而爲不許支配人之出廷時。則自仍從其規定。倘惟以明文定支配人爲有爲裁判上行爲之權限。則於其際必且以止稱支配人爲有代主人爲關於其營業的裁判上之行爲之權限。而致疑其於裁判外權限應如何者。以此而明定爲有爲裁判上或裁判外之行爲之權限也。支配人之代理權。爲一種之法定權限。茲所稱爲法定權限者。乃於法律上爲一定。不得以

當事者之意思變更之、而對抗於第三者者也。在強其法定之代理權限之主義。雖貫通此理。而我國則於此點、將第三者之善意惡意加以區別。與在於登記公告之場合相等。即支配人之代理權之制限。不得以之對抗於善意之第三者是也。故於茲所云法定權限者。乃專對於善意之第三者而言之者也。以支配人之權限、對於善意之第三者、爲法定權限。故善意之第三者、在關於爲支配人之所爲、得悉以主人爲當事者而使負義務及責任。所以如此者。爲欲使第三者安心與支配人爲取引、藉以維持商業上之迅速及信用故也。所謂善意之第三者。乃不知代理權制限之第三者。其以故意或過失而不知之者。亦得謂爲善意之第三者耶否耶。此則爲議論之所存。又主人將支配人之權限上之制限、爲登記公告時。則視爲不論何人亦作爲知之者耶否耶。此亦爲議論之所存。雖然。余則解爲不知者。不問其事由之如何。凡爲不知。即茲所云之善意。又解爲雖爲登記公告。而不知者苟爲善意之第三者。即主人不得以制限對抗於彼者也。

有因支配人爲有法定之代理權。而稱支配人爲法定代理人者。於其意味。是爲法定代理人固已。雖然、因在我民法而稱爲法定代理人者。乃基於他之標準而名之者。故因防意義之混雜。於支配人以不用法定代理人之名稱爲可。尙有欲附言者。支配人之法定代理權

限。與合名會社、合資會社及株式合資會社之業務執行社員、株式會社之取締役、此等會社之清算人、船舶管理人、船長等之權限。殆爲同性質。而其說明亦殆爲同一。以此而固已可不別爲說明。於後云取締役、清算人、船長等之代理權、爲法定代理權時。遡觀此所說明可耳。

### 支配人之任免及權義

選任支配人者爲主人。其於選任不要如何之方式。雖然、於以或者爲支配人。須要附之以可示爲支配人之名稱。雖事實上與以爲一切之行爲之權限。而不附之以可示爲支配人之名稱時。則不以之爲支配人。又雖不與以一切之全權。而附之以此名稱時。則以之爲支配人。於商法施行法第一九條云。從商法施行前稱爲支配人或支配役者。苟不有商法第三十條所定權限時。則主人要從商法施行之日。於三個月內改其名稱。主人不於前項之期間內、將支配人或支配役之名稱更改時。則其人視爲有商法第三十條所定之權限者。從此所云。亦足推知立法者之意思矣。於何者爲可示爲支配人的文字。則有支配役、支配頭、支配總理、總支配人等。

將支配人選任時。主人要登記之。卽爲登記事項。登記須從商業登記一般之規定。又從一

般之規定。此事項非於登記及公告之後，則不得以之對抗於善意之第三者。登記雖與公告抵觸，亦得以登記對抗於第三者。

將支配人解任者亦爲主人。解任之事由，因於契約之如何而定。無何等之特別規定時，則適用雇傭之規定。以支配人有法定權限，其行爲可及大影響於主人之利害，故若主人而不信支配人時，則一日亦不得安心，從而立即可使爲解任。雖有此理由，然於我商法之下，則不得如此解。商法之於使或者不論何時得解任者，其代理人常置明文，例如於株主總會將取締役不論何時亦得解任，船舶所有者，不論何時，亦得將船長解任等是。而於支配人之場合則不然。以此而解爲單得從一般之原則，而將支配人解任者也。爲解任時，須登記之。又雖因於支配人之死亡，其他之事由，而代理權消滅時，亦須主人登記之。

主人與支配人之關係，因於契約而定。無別段之契約時，則因於雇傭委任等之規定而定。各自有權利義務。在於主人，則使支配人爲關於營業之行爲。在於支配人，則使主人支拂報酬。其權利反對爲相互之義務。此等之事，從於一般之原則而定。特於商法所規定者，則爲支配人之不行爲義務。及伴是之主人之介入權。

支配人不得爲商行爲，或爲會社之無限責任社員。是蓋因支配人乃應爲主人盡其全力

者。若爲自己或第三者爲商行爲時。則必減盡力而爲主人之度故也。雖爲會社之無限責任社員、而不執行業務。似乎爲可。然以其因自己之責任之爲無限。而注目於會社之利害。同減爲主人之度。故亦不得爲之。雖有謂此義務爲競爭禁止之義務者。此實不然。夫使禁其與主人爲同一之營業。是爲競爭禁止之義務。然以其爲禁一切之商行爲者。故其目的自別有在。雖或有幾分、固自爲競爭禁止之處。而要不可附之以禁競義務之名稱。此不行爲之義務。專以慮主人之利益而規定者。以此而主人苟許諾之時。則支配人可得爲商行爲。其許諾雖以嘿示亦可。因此而直以方爲某營業者爲支配人時。則視爲已將繼續其營業事、許諾之者可也。

支配人破不商行爲之義務、而爲自己爲商行爲時。則主人得以之視爲代爲自己<sub>人主</sub>爲之者。<sup>三</sup>即主人得自爲其商行爲之當事者。以其爲立入於他人間之行爲者。故號爲介入權。又號爲侵入權者亦有之。於主人雖有介入權。而商行爲之相手方則仍以支配人爲當事者。以此而所謂主人爲其行爲之當事者。此不過對支配人而言之。而於有時直以支配人由其行爲可取得之利益、使歸於自己而已。主人可得行使介入權之期間。爲從知支配人之行爲的時、滿二週間。於不知之者、則爲從行爲之時滿一年。若支配人爲第三者爲商行

爲時。則主人將其支配人解任。有損害時。則不外請求其賠償。若支配人爲會社之無限責任社員時亦然。

不商行爲之義務。雖自與禁競之義務爲異。然於不可爲某行爲之點。殊爲同一。而伴於此之介入權。其他之救濟方法。亦殆爲同一。因此而以後凡於代理商、合名會社、株式會社等之社員、取締役等、三八、又六〇、一七五。涉於重複之處。自己可不再說明。尙參照最初規定禁競義務之代理商之說明可也。

### 數人或支店之支配人

商人得選任數人之支配人。使在於其本店或支店而營商業。從而有生數人之支配人者。雖有數人之支配人。而各支配人悉有一切之全權。益以我商法支配人爲有代主人而爲一切之行爲之權限。故雖就文字通解亦爲如此。又從主意而言亦爲如此。法律欲商業上之迅速信用。而於商法置特種之代理人。以其人之權限爲法定之者。蓋因使第三者依於支配人之名。而直卽知其有全權。使不須更調查其權限故也。然若於其支配人之外。有他之支配人。而某行爲。非以總之支配人之同意或過半數而決。卽爲無效時。則第三者不可不於各場合。調查別有支配人與否。是非我商法之主意。故於我國。無所謂共同支配人。在

於主人與支配人之關係，雖或有共同支配人。又於支配人間，雖或有何等之契約。然不論如何，於善意之第三者總不得對抗之。

雖有慮及數人之支配人各各有全權時。則在各支配人之行爲有矛盾之際。爲應如何者。然如此之問題。與合名會社有多人之業務執行社員、株式會社有多人之取締役之場合。同一解之爲可。又雖於有一人之支配人時。其主人與支配人之行爲有矛盾之際。亦爲同一。更進一步而言之。則雖於同一人之行爲有矛盾之際。亦爲同一。不論何者。總之因於行爲之時之前後與行爲自身之性質而決。多解爲主人之不利益。例如甲支配人約將某物出賣。而乙支配人言不賣之時。則相手方如欲買者。則有買之權。如不欲買者。則以於後所爲不賣之言。視爲解除或取消。而不買之可也。若同時甲支配人言賣。乙支配人言不賣時。則與同一人而言賣不賣相等。殆爲無意味之言。

於有數個之營業者。雖於每營業各置支配人。而各支配人之權限。係爲關於凡之營業的一切之行爲之權限。曰支配人。爲有代主人而關於其營業之一切權限。所謂營業者。稱主人之所有的總之營業。縱於法文所謂其營業之文字。無總之營業之義。其爲總之營業耶。抑爲各別之營業耶。並不明。然不可不因支配人之性質。而解爲總之營業。若每營業有

支配人、而其人之權限、不及於他之營業時。則第三者僅知或者爲某商人之支配人。猶有所不足。必也將其主人有幾多之營業、其支配人、爲其中之如何營業之支配人。不可不調查。又於登記、亦常不可不明記營業之種類。是非可容易許之者。又以營業之種類、雖不論如何分之、亦爲商人之隨意。故生多種之細別。而各支配人之權限、止於其一種。則支配人與番頭手代以下之使用人之區別。亦殆消滅。反於設支配人之根本主意。故支配人須常解爲關於主人之總之營業而有全權者。惟在於主人與支配人之關係。得將其支配人之權限、以某營業爲限。此則恰與主人置數人之支配人、使共同而爲行爲之契約。僅於彼等之間爲有效。其事相等。

雖於支店所置之支配人。亦有關於爲主人營業之全權。以主人得選任支配人、使在於其本店或支店而營其商業。故支配人有在於本店而爲營業者。亦即有在於支店而爲營業者。又我商法於營業所明有本店支店之別。認有於本店地應登記之事項。與於支店地應登記之事項。於支店似稍與以獨立之地位。雖然、不得因此而直即以本店支配人之權限、爲專限定於本店之營業、支店支配人之權限、專限定於支店之營業也。以爲本店支配人之權限、專限定於本店之營業、而不及於支店之營業者。雖於言語之上爲明、而於事實之



上不明。因是而如此限定之者爲少。雖然，苟以爲支店支配人之權限，專限定於其支店之營業，不及於本店及他之支店之營業者，較多。亦殊非是。不論本店支店，畢竟總爲營業所。法律止從便宜之點，許於營業所附之以此區別及名稱，決非將本店與支店，使成爲獨立。所謂本店之支配人者，不過爲在於爲本店營業所而爲行爲之支配人。而所謂支店之支配人者，不過爲在於支店而爲行爲之支配人。其無論何者，總爲主人之支配人而有爲關於主人營業之一切行爲之權限。恰等於外國會社之日本支店之代表者，非爲代表在於日本支店者，而爲有爲關於外國會社之營業之一切行爲之權限者。不如此時，則第三者於與支店之支配人爲取引之際，殆將有須一一明其權限之必要。故支店支配人名稱，雖被認於法律，又在於某點爲有其實。然不可思惟爲其權限止於營業之一部。

要之爲我商法之解釋，則凡由主人附與之以可示爲支配人之名稱，而被其雇入之使用人，雖不論於他與自己同等之者有幾人，又雖被命爲須關於或營業而爲行爲，又雖被置於支店或出張所，總之對於善意之第三者，則常有關於主人之總之營業而爲一切之行爲之權限。

### 番頭手代以下

雖分商業使用人而爲支配人及其以外者。然在商法而有特別之性質者。限於支配人。其以外者。則與一般之使用人殆無所異。商法不過採用我商慣習。以普通之名稱爲法定之名稱而已。雖在於外國法。關於支配人以外之使用人。而爲多少之規定。且於純然使用人之外。雖於徒弟亦爲規定。主在勉力保護彼等。而於我國。則保護之規定。爲設於特別法者。其不爲商業使用人者。則從商法除外之。

分支配人以外之使用人而爲二種。

甲 番頭手代。

番頭手代者。商人所選任、被委任以關於商人營業之某種類或特定之事項之使用人也。有爲商人自行選任之者。亦或有使支配人而選任之者。雖被委任以關於商人營業之某種類事項。而無委任以一切之事項者。依此而與支配人爲有分。於法律稱爲某種類。並不限其種類之性質及數量。以此而事實上殆不免生等於支配人之權限者。然決非指總之種類。其權限亦決非爲包括的權限。至於特定事項之委任。則其權限之狹小。無須說明。而關於不論爲何之委任事項。亦爲有爲一切之行爲之權限者。

於番頭與手代之間。法律上無明確的區別。雖曾當本章起草之始。有務欲採用我商慣

習。而擬將有一切之權限之使用人、名之爲番頭者。然於番頭有一番番頭、二番番頭等、非必爲常有全權者。却以此外有支配人名稱。而稱支配人時。則多視爲有全權者。因是而採此名稱也。雖然、番頭之名。我國自古有之。而於不論如何之番頭。亦有關於某種類之事項而爲一切之行爲之權限。以此而爲次於支配人而爲重要之商業使用人者也。至於手代之名稱。亦採商慣習。而手代者通常比番頭權限爲少。較之關於某種類之事項而被授與以全權者。甯被委任以特定之事項者爲多。以此採用其主意也。於法文稱商人得選任番頭或手代、委任以某種類或特定之事項者。爲示選任番頭而委任以某種類之事項、選任手代而委任以特定之事項之主意。雖然、番頭手代之權限。亦因於商人而各異。而或商店之手代之權限。可有比於他之商店之番頭之權限、且較大者。又在於法文而苟如上所述。則至法律上於彼等之間無區別。惟當於爲事實問題、而定其權限。各自之名稱、爲調查商慣習場合之便宜而已。

## 乙 其以外之使用人。

爲商業使用人而非支配人之番頭或手代者。通常機械的使用之。時或有於此中、雖所謂徒弟或修業生、亦含焉。此種之使用人。單以供勞務爲主。不爲法律行爲者也。故推定

爲不有爲法律行爲之權限者。以其爲推定之故。不論何人，亦可得證明。雖於此等之者，亦有權限，而主張自己之權利。

以上爲明二種之使用人之區別。雖前者，爲有爲某種類或特定之事項之權限者。有番頭手代之名稱。直示以有某權限。而後者，則推定爲無爲法律行爲之權限。要由主張其有者爲之證明者也。雖然，當於生事實上之問題。則此區別必不明確。何則，番頭手代。有爲該問題之行爲權限，其事不即現。須由主張之者證明之。此與於番頭手代以外之使用人，要由主張其有爲該問題之行爲之權限者證明之，相等故也。惟於有時當事者將或商業使用人，不有爲法律行爲之權限之事，須證明之際。則其使用人而苟爲番頭手代以外者時。主張者，雖不要爲何等之證明。而苟爲番頭手代之時。則必要證明之。僅有如是之差而已。

於我商法所稱爲商業使用人者。爲支配人、番頭、手代、及其以外者。惟因其以外者作爲勞務者。故凡稱爲商業使用人而與第三者爲取引之多數之使用人。則入於番頭手代之中。俗所稱爲書記、筆生、社員者。多應入於此中。而於爲番頭手代。必不要附以爲番頭或手代之名稱。因彼等於支配人間。性質大有所異。故因於解釋，而以書記社員等爲番頭手代可也。雖然。既在於生如此多種異名之使用人之時代。早已應廢番頭手代之舊名，而選凡屬

通用之良名、或捨名而惟將其事實規定之矣。

### 第七章 代理商

代理商者、非使用人、而爲一定之商人爲平常屬於其營業部類之商行爲之代理或媒介者也。<sup>六三</sup>

商人因爲其營業、雇入商業使用人、而使爲關於營業行爲。又委托仲立人問屋等之獨立商人、而使爲諸般之行爲之外、有委托常囑代理人、而使爲關於營業的諸行爲者、以引受此常囑代理之事爲營業者、卽爲代理商。

代理商、爲商行爲之代理或媒介者也。僅爲代理亦可。僅爲媒介亦可。二者併爲亦可。雖僅爲媒介時、甯可稱爲媒介商。然以其多併爲代理。故因多數之場合而採此名稱也。以仲立、或商行爲之代理之引受、爲營業時、其仲立、或引受、爲商行爲、而爲之者爲商人。因此而代理商、亦明爲商人也。

代理商、爲一定商人平常爲代理或媒介者也。非廣爲一切之人爲之、而當爲一定商人爲之。且要平常爲之。隨而有常囑代理人之名。雖仲立人、亦以商行爲之媒介爲業。然廣爲一切之人爲之。雖問屋、運送取扱人等、亦以代理爲業、然於不論何人亦爲爲之。以此而與代

理商爲異。於茲所稱一定商人者。爲對於一般商人而云之者。決非爲一人之商人。故代理商得爲多數之一定商人爲代理。惟於其數之極多者。其實與爲一切之人爲之者相近似而已。又稱平常爲之者。爲別於個個爲之者。而以繼續爲之爲意味。雖祇云爲一定商人爲之之時。其中已包含平常爲之之意味。然縱可得如是解。而爲一定商人爲個個代理。亦未得解爲不能。因此而特必更入以平常字樣也。因代理商。係爲屬於商人之營業部類之商行爲之代理者。故其勢殆必屢爲類似之行爲。

代理商爲獨立商人。非商業使用人。於法文云。代理商非使用人而爲代理者。是固已明此點矣。其在於仲立人。則云。以爲他人間之商行爲之媒介爲業者。在於問屋。則云。以代他人爲賣買爲業者。殊不更云非使用人。獨限於代理商而云之者。爲避世人之誤解故也。雖爲普通之代理或媒介者。於不論何人亦廣爲爲之。其營業者之爲獨立商人事甚明。而代理商則代一定商人平常爲之。有從屬於其商人之觀。而有被誤解爲商業使用人之虞。因是而如是云云也。將來若代理營業發達。至於資產家營之。無論何人。亦無誤以其營業者爲商業使用人時。則自不必須如此之注意文字。

雖因置代理商於總則。次於商業使用人而規定之。由是而有疑代理商亦爲使用人者。然

此固決非可容疑。惟爲獨立商人，而其性質與仲立人、問屋等爲同一。獨以代理商入於總。而且於他者題爲仲立營業、問屋營業，而規定。僅於代理商，以人爲本而區別。因此招讀者之疑。不無遺憾。抑且於仲立人，云以爲媒介爲業者。於問屋，稱以以賣買爲業者。而代理商則曰代理商。不曰爲業者。以此而有以代理商爲非必常爲商人者。雖然，因代理商乃平常爲商行爲之代理者。而稱爲平常。其中自含繼續爲之之意味。隨而爲營業者。常不可不以之解爲商人。

代理商與一定商人之契約。從於一般之原則而生。又從於一般之原則而消滅。試關於解除而一言之。當事者（一）定有契約之期間時。則契約於其期間內，爲應繼續。有不得已事由時。則各當事者隨時得解除之。（二）不定契約之期間時。則各當事者，可得於二個月前爲豫告而解除之。有不得已事由之場合。則隨時得解除之。卽於民法之雇傭契約解除之原則。加以多少之特別規定者也。○四

### 代理商之權利義務

代理商及一定商人之權利義務。因於契約而定。在於法律。惟爲相應於無契約場合之規定而已。其權利義務互相對當。雖任從何方說明。亦爲同一。而以從代理商之方面說明爲

可。

爲權利而特規定之者如左。四三九又

一 受通知之權。

此權利。雖限於特種之代理商而存。且不過爲代理權之一部。然因爲記憶之便利。舉之於此也。於商法曰。受物品販賣之委托的代理商。有受賣買之目的物之瑕疵、或其數量之不足、其他關於賣買之履行之通知等權限。卽爲單限於販賣之代理商而存之權利、而受關於賣買履行之通知之權限也。專以保護相手方。相手方通知於代理商爲已足焉。特何故不於受買入之委託的代理商、及爲賣買以外之行爲的代理商、亦併及之耶。此則有疑。

二 留置權。

代理商於因爲商行爲之代理或媒介、而所生之債權、得留置代爲本人所占之物。一般之債權者。依於民法之規定而有留置權。代理商亦於爲債權者之點而有其留置權。又商人依於商行爲編之規定四二八而有留置權。代理商亦於爲商人之點而有其留置權。雖然、因爲保護特別之商人<sub>四二八</sub>之故。以此爲不足。於代理商、問屋、運送取扱人、運送人等。



則與以特別之留置權。雖此留置權在於得以當事者之意思而變更之點。與民法所規定之留置權爲異。因是而有不以之稱爲留置權者。然以其爲因擔保自己之債權而留置他人之物之權利。故稱之爲留置權可也。

代理商之留置權。在於因爲商行爲之代理或媒介所生之債權而生。換言之。則爲從代理商固有行爲所生之債權之擔保。其留置權之所及。爲代爲本人所占有之一切之物。雖或多爲因於代理或媒介行爲而得之物。然非以此爲限。又於物與債權之間。不要關繫聯鎖。其債權亦不要至於辨濟期。蓋若備此等之要素時。則雖不特設規定於商法。而以民法之規定爲已足也。九民二其物。以代爲本人所占有之物爲可。究爲本人之所有物。與爲他人之所有物。則爲此規定之所不問。惟若因他之規定。有他人之所有物。不得留置之事。則從於其規定。而不得留置而已。在於他國。則有定爲本人之所有物。占有物。及至債權辨濟之期限。應歸於本人之所占有之物者。

於代理商所以必與以如此廣大的留置權者。蓋因代理商代爲一定商人平常爲代理。其報酬立替金等不一一請求。代本人占有多物。始得安心。若忽稱物爲他人之物。或稱爲於債權無關繫。而被收回時。則蒙損害故也。雖使代理商得留置代本人所占有之物。

而以從他規定、而保護真權利者。斯其所以爲可也。

此種之留置權。於問屋亦存。因此而知代理商與問屋之間。有相類之處。

代理商有請求報酬之權利。於特約、慣習等、定之者。於商法亦有所規定。卽所云商人在於其營業之範圍內、而代爲他人爲或行爲之時。得請求相當之報酬者。是也。<sup>四二七</sup>惟其爲報酬。故代理商非於代爲商人爲代理或媒介之際。不能得之。在於德國。則於代理商之營業區域有一定場合。彼一定商人、在於其區域內而爲取引之時。不論代理商之行爲之有無。總之爲應於彼支拂報酬者也。其得以此稱爲報酬耶否耶。雖稍有議論。然報酬非必以對於一事一物爲限。對於一般之勞務亦可。因此而一定商人所以得爲其取引者。乃代理商在於其區域內、平常代爲一定商人爲諸般之行爲之結果。故雖稱之爲報酬亦可也。雖然、在於我國。則代理商苟不得稱爲爲代理或爲媒介。斯不得請求報酬者也。

爲義務而特定之者如左。<sup>三七又三八</sup>

### 一 通知之義務。

代理商爲商行爲之代理或媒介之時。要無遲滯對於本人而發其通知。此因使本人得知行爲之進行、而爲應之之處分故也。於問屋亦有與此同一之義務。此亦爲代理商與

## 問屋相似之點。

## 二 禁競之義務。

代理商不得爲屬於本人營業部類之商行爲。或爲以同種之營業爲目的之會社之無限責任社員。此爲競爭禁止之義務。略而稱爲禁競義務。爲使代理商負一之避止的義務。而爲不使代理商與本人爲競爭之規定也。代理商乃爲屬於本人營業部類之商行爲之代理者。然若爲自己爲同種之商行爲時。則自可至於不顧本人之利益。卽代爲第三者爲之。亦害本人之利益。以此而同須禁之也。爲以同種之營業爲目的之會社之無限責任社員時。通常代爲其會社執行業務。卽使不然。亦因其責任之爲無限。而自注意於其會社之利益。以此而不得爲之。雖然。因此等總爲慮本人之利益而設之規定。故於有本人之許諾之際。自得爲之。於支配人雖併不得爲一切之商行爲。其故因支配人乃應代爲主人盡其全力之使用人。而代理商則係應代爲本人爲屬於其營業部類商行爲代理之獨立商人。以此而不要盡舉其一身。止於使不得爲同種之商行爲而已。代理商犯禁競義務而爲或行爲時。則本人得行使介入權。關於介入權之性質及行使之手續。則可遡觀關於支配人之所述。而代理人之禁競義務。及伴於此之介入權。則與

關於合名會社之社員、株式會社之取締役等、而規定之者、爲同一。故不再說明。



# 商法論

## 第二編 會社

### 會社之沿革

關於會社按即公司之起原。有種種之說。於說團體法者中。雖有謂社會始有團體時。即會社之起原者。然會社之所由成。須於團體員間。有金錢上公共利害。以普通團體爲即會社之起原。不可也。又雖市町村之團體。於團體員間亦生金錢上公共利害。然因團體成立之目的別有所在。而金錢上之利害。要止爲伴屬之者。故亦難以之爲會社之起原。

於解會社之沿革者中。殆無謂羅馬以前既有會社者。其紛議雖自羅馬有會社與否爲始。而有力之學者則云。羅馬雖有組合。東希愛丹斯而非近世所稱之會社。蓋因團體員間無相互之代理。無共同之財產。而亦無共同之權利義務者。既非近世所稱之合名會社。而又非有爲團體而獨立之商號。非有與團體員之財產全然相異之財產。並不得以團體而爲訴訟者。故亦非近世所稱之株式會社。即於其他之會社。亦無相類者。因是而可斷羅馬時無會社。羅馬時所以無會社者。由羅馬賤商業。故無需於爲其機關之會社。又因家族團結。大而且強。家長得私有家族之財產。依之以營巨大事業。殊不要更與他人合同故也。又羅馬人

富於不羈獨立之風氣。無犧牲自己之權利之一部。而欲得金錢上利益之意。此亦爲羅馬時代、不生會社之一因。

至於破嚴格家長制度。而認家族之析產。家長之合同家族之財產也。非合同自己之財產。乃合同獨立權利者之多數人之財產。因是而遂有類於會社者生。又至於認平分相續。而將家父之事業。由數人之子合營之。因是而有類於會社事業者生矣。

於會社之沿革。不得蔑視宗教法之勢力。在羅馬人有獨立之風氣。而不易與他人合同者。宗教則以服從爲教。而使會社易以發生焉。是爲宗教法助會社之發達之點。然同時有受與此相反對之影響者。卽宗教說謂、凡人非可不供勞務而得報酬。然在會社。則多數之社員惟事出資、他無所事、而與於利益之配當。斯又反於神意。雖如合名會社、凡社員皆執行業務者。發達尙不爲所妨。而如株式會社、按卽股份有限公司止爲株式之拂込。按卽繳納無他給付、而與於利益之分配者。其發達則深受阻害。

至於其後。因經濟學之發達。而發見宗教說之謬誤。又因商工業之發達。而需巨大資本。遂使會社之勢大張。又於喜望峰之迴航、新世界之發見、蘇彝士運河之開鑿等。每一大事業之生。恆促會社之發達。而遂以有今日焉。

在日本明附以會社的名稱者。爲明治二年之爲替匯按即會社。是卽今之銀行之前身。厥後明治四年。於東海道其他之驛次。許設陸運會社。又明治八年。以司法省令而許會社爲訴訟之被告人。漸趨近於法人之觀念。尙有株式會社之沿革之特別事項。須於後株式會社章說明之。

會社法之沿革。亦如海商法之沿革。獨立說明之甚難。且昔時未聞有名之會社法。自營利團體之發達而爲會社。發生關於此之法令。亦多適用契約法之原理。至於特稱爲會社法而備法典之體裁者。實屬近世之事。

## 第一章 總則

### 會社之本質及能力

會社者。以爲商行爲爲業之目的而設立之社團法人也。二四  
 社團爲自然人之集合。於社團之中。有僅止爲自然人之集合者。有因法律之擬制。而爲權利義務之主體者。稱後者爲社團法人。其設立、管理、解散等事。規定於民法。而會社爲社團法人之一種。故關於其設立、管理、解散等。在商法無特別之規定時。自應適用民法之原理。(一)  
 會社與他之社團法人區別之點。在於其設立之目的。爲以爲商行爲爲業。而因日本商法。



將商行爲列舉。會社則限於以爲其列舉中之行爲爲業者。於是雖社團法人中、具營利之目的、在形跡與會社同者、而不得稱之爲會社。因而不得以會社之規定、直卽適用之。雖然以日本商法、關於商行爲、採列舉主義。商業之範圍狹隘。至有實與會社同一。偶以所爲之業非屬商業、而不爲會社者頗多。立法者欲補此偏。爰以民法第三五條、定以營利爲目的之社團、得從於商事會社設立之條件、以之爲法人。此社團法人、總準用關於商事會社之規定。藉爲擴張解釋。而營利之社團法人、遂殆與會社等焉。於且其可準用者、不止商法之會社法、而爲關於會社之一切規定。故其實、營利法人殆與會社不得而分也。

日本商法。以明文認會社爲法人。且因會社規定、僅置於商法、故今第稱爲會社。卽可知其爲商法所規定之法人。而在他國則不然。法國則以民法商法均有索希愛脫。法會社譯音而

能不一加以分別。且在民法上者、爲非法人。其事甚瞭。而於商法上者、則其中有分明爲法人者。有不然者。故不得以商法上者、悉稱爲法人、而與民法上者區別。在獨逸亦於軋澤爾希耶敷托。德會社譯音有民法上者、與商法上者。因而欲示其爲商法上者。殊須別稱爲罕迭

兒司軋澤爾希耶敷托。且雖同爲商法上者。而以株式會社及株式合資會社爲法人。事雖甚明。至若合名會社及合資會社。則尙有餘議。因而不得以法人非法人爲民商之區別。在

英國。則以無民商會社之分。故不致生如彼大陸之紛議。而在相當於日本之會社之壳痕拔尼。則有法人有非法人。而均不甚明瞭。我日本舊法。受歐洲之弊。將會社規定於民法及商法。因而生民法上之會社及商法上之會社。至新法以民法上團體改名組合。僅在商法上者爲會社。以會社悉爲法人。而明白區別之。在此點。則日本商法。於世界之商法中爲最進步者。

凡會社。於以商行爲爲目的而設立者之外。要常以商行爲爲目的而存在。雖會社之社員。得以其一致決議。而爲異於其向來之商業。然其目的。要不得離於商行爲。既以商業爲會社存在之要件。是以苟決定不爲商業時。則其社團既已爲非會社。此事雖從會社之本質而可瞭。殆無須更爲說明。然間或有以法文所云。會社爲以爲商行爲爲業之目的而設立之社團法人。因誤以爲會社祇須在設立之當時。有商業之目的。則可。厥後雖變更之。而會社依然不失其爲存在者。故須以一言明辯之。

會社因商業之目的而存在。故其能力權限亦隨之。爲商行爲而得權利義務。自不待言。縱非商行爲。而協於商業之目的。又或附屬之者。亦得爲之。雖然。若毫無關係於商業。無論如何亦不得解爲因爲商業者。則不得爲之。例如爲有政治上目的之法律行爲。此則不協於

## 會社之性質者也。

會社雖爲法人。亦自得爲他人之代理人。雖或者云。爲代理行爲者。要意思能力。因而無意思能力之會社。不得爲代理人。然會社固得有其意思。且以表示。且以其意思而爲行爲。故自得爲代理人。且不僅得爲代理人而爲各個之代理行爲。併得以爲代理行爲之目的而設立會社。卽所謂代辦會社、周旋會社、仲買按仲買卽作中會社等是也。

會社爲法人。而有伴於法人性質之能力權限。於民法上法人所說明。皆可應用於此。得科刑罰於會社與否。亦得適用或準用關於民法上法人所說明者。且於後會社罰則說明。亦可參照。

會社有商號及住所。一七。又蓋會社不可無表示自己之名稱。而以會社爲因商業之目的而存在者。故以其名稱爲商號。又以會社不得爲於商業無關係之行爲。故不要於商號之外更有名稱。一會社而得有二個以上之商號與否之問題。雖有與自然人商人商人稱得有二個以上之商號與否之論。可以通用其說明。而終不能全然通用。蓋商人者。於爲商人之外。有以自然人而存在之理。本係自然人。惟因爲商業。故爲商人。從其爲自然人既有名稱、住所、及裁判籍。斯不必別有商號而亦可。以既生不必有之而亦可之說。而二個亦可之論。

遂從而生。余則反對雖然會社則因商業之目的而存在，離商業，即無會社。會社之住所爲本店。而裁判管轄權、租稅負擔等事，亦一一本此而定之。故其名稱亦必要與自然人之氏名同視。故不得有二個以上。自更明也。

會社之商號中，要從其種類，用合名會社、合資會社、株式會社，或株式合資會社之字樣。此已於總則說明。會社住所，爲其本店之所在地。

### 會社之設立及登記

在關於會社之設立，而探放任主義之國。凡二人以上，爲設立行爲時，即成立會社。不須別有所爲。而設立行爲之爲何，則依會社之種類而異。在合名會社，則爲定款之作成。在株式會社，則爲從會社之發起，而至創立總會之終結之各種行爲也。

會社之設立行爲，須爲適法。而其設立之目的，亦須適法。設立行爲不協於法律時，則會社不成立。例如欲設立合名會社，而不完成可表示其設立意思之定款。又如雖表示設立株式會社之意思，而不開創立總會，是也。惟若設立行爲之微細者，於法律之規定，雖有所違，不以其設立行爲之全體爲無效。

設立會社目的之應適法。其意自含於會社以爲商業之目的而設立之規定中。蓋所謂商

業者。以適法爲商業之意。故雖有欲設立以詐欺商業賭博之商業爲目的之會社。然其會社不能成立。其不以一種商業爲目的者。雖其中某種爲不適法。而會社除此種以外。仍得成立。若其商業與他商業之關繫。有不可分。或雖可分。而其數較適法之商業之數爲大。則有因解釋而以其成立爲無效者。

會社雖成立。然爲反於公共秩序或善良風俗之行爲時。裁判所得因檢事之請求。或以其職權。而命其解散。八四蓋會社有於以適法之目的而設立之後。用不正之手段者。或有越於目的之範圍外。爲不可爲之行爲者。此等之情事使裁判所得解散其會社。此雖曰會社之行爲。然於實際。則率爲其機關之行爲。終歸於自然人之行爲而已。斯其規定之主意。與民法第七一條所云。法人爲可害公益之行爲時。主務官廳得取消其設立之許可。可以謂相等也。

會社雖成立。倘欲作爲會社而爲有利益於自己之活動。則須於本店所在地。爲其設立之

登記。

按登記冊

登記之效力如左。

一 爲登記時。則得以會社之設立。對抗於第三者。

在商法。凡會社之設立。非於其本店之所在地爲登記。則不得以之對抗於第三者。五四蓋會社雖成立而得爲行爲。然不登記。則使之不得以從其行爲所生之權利。對抗於第三者。

不登記。雖不得由會社。以其設立對抗按對抗於第三者。而得由第三者。對會社而主張

權利。例如在會社向第三者買受某物品之際。雖不得由會社。進而請求物之引渡。按引渡

付交而得由第三者。進而請求代價。雖然。若第三者既已將賣買之相手方。認爲會社而請

求代價。則受爲其反對給付之物之引渡之請求。亦自不能拒絕。論者雖或謂會社非爲

設立登記。則非但不得由會社以之對抗於第三者。即第三者亦不得以之對抗於會社。

然在法文。止稱會社不得以設立對抗於第三者。故不得不解爲第三者則得對抗之。若

彼此概不得對抗時。則會社直等於無。故也。因登記以前。不得以會社對抗於第三者。故

社員於凡因會社所爲之行爲。其社員。應負受第三者請求之責。

因第三者之中。含有善意者與惡意者。故會社雖對於明知會社之設立者。亦不得以其

設立爲對抗。雖然。會社之社員。則非此所云第三者。故對於社員。常可得以會社之設立

對抗之。且屢有對抗之要。例如使有業務執行之義務者。速申請登記。或使各社員爲

出資是也。

二 爲登記時。則得著手於開業之準備。

在法文云。會社非於其本店之所在地而爲登記。則不得著手於開業之準備。<sup>六</sup>此蓋因會社雖成立。苟不登記之時。則第三者不能確知其會社之爲如何者。其代表者之爲何人。因而不得安心與會社爲取引。且不爲其登記之會社。而聽其爲開業之準備。則殆聲雖有而形則無。種種弊害。必緣以生故也。

若開業準備。僅止於與第三者爲某行爲。且此規定。止欲保護第三者。則以前段之規定爲已足。然開業之準備。必不止於爲法律行爲。且雖當於爲法律行爲。亦有止於社員間。或會社與社員之關係。而於第三者無關者。故特明言不得爲開業之準備。所以然者。因務使速爲登記耳。

會社既登記後。卽得著手於開業之準備。且須速於著手。若遷延至六個月尙不開業時。則裁判所得因檢事之請求。或以職權。而命其解散。<sup>七</sup>所以如此者。蓋因會社既爲設立之登記。不論何時。皆得開業。若竟毫無動作。則可得推測其爲無真營會社事業之意。卽使不然。而於此仍聽其長存。祇足以釀世人之疑惑。且煩官廳監督。以無用之材料。長存

於登記簿。又妨害欲營同種之事業者。故也。

以登記後之六個月、爲裁判所發生解散權之時期。雖然、至於六個月。裁判所非必要命之解散者。有正當之事由時。得依會社之請求。延長此期間。所謂正當事由者。如電燈會社、既訂購發電機於外國、其運送船爲敵艦所拿捕、而屆時不得到著者是也。

### 會社之種類

會社、爲合名會社、合資會社、株式會社、及株式合資會社、四種。三四

昔時不過認合名、合資、株式、之三會社。新商法更加入株式合資會社、而成爲四種。此外不得由私人以意創設。因商法將會社定爲此四種。且就各種而設詳細的規定。故私人雖欲設立此外之會社。亦無應據之規定。又若得不據商法規定而設立任意之會社。則於四種會社爲詳細規定之主意。必且相違。在於德國。則商法所規定之種類。雖與日本商法所規定同。亦爲四種。而在商法以外。尙有二個之軋澤爾希耶敷托。故以廣義說明其會社者。可稱之爲六種焉。

依會社性質。而分會社爲人的會社、及物的會社。所謂人的會社者。謂專置重於組成之人。因而社員之全部或一部、必以之爲無限責任者。所謂物的會社者。謂置重於會社之資產。



使以此爲限而負責任者也。又以社員之責任之有限無限爲標準、而分爲有限責任會社、及無限責任會社者、亦有之。所謂人的會社、與無限責任會社、不得謂全然爲同一。又物的會社、與有限責任會社、亦不得全同。然在大體上、二者總歸於一。前者之著例、爲合名會社。而後者之著例、爲株式會社。

## 第二章 合名會社

合名會社之名稱、爲法國學者濮起伊所用。而法國商法採用之。索希愛脫阿痕諾在德意志亦有相當於此之壳羅勒闊丑扶、軋澤爾希耶敷托之文字。此名稱之所由來。蓋因此種會社之商號。必使合社員之名爲之。使世人得知其會社之社員之爲何人故也。其始雖必須悉集社員之名。旋因其數之多。僅合其中重要者之名已足。遂致用一人之名亦可。今則至於不用社員之氏名亦可。因而合名之文字。直無何等之意義。故在日本。甯採其實、而稱爲無限責任會社。或稱爲連帶責任會社爲優。

合名會社之社員之數。無所限定。亦有將其數限定者。如我日本舊商法、定之爲七人以下。是。然新商法則不限定之。特雖不限定。而因各社員之債務爲連帶。故社員自成爲小數。若有願受此等規定、而集多數社員者。是則必有應需多數之理由。雖許之可也。

當說明合名會社之際。雖有謂合名會社爲二人以上之團體、爲法人、爲權利義務之主格、爲自爲訴訟之當事者云云。然此皆一切會社所共同。於此殊無更爲說明之要。彼夫在於無民法之前而生商法。因而始將社團規定者。又民法雖規定社團法人。而不以合名會社爲社團法人者。或其爲社團法人與否有疑者。學者誠不能不詳加以解說。然在外國法則或有然。而日本之法。會社則明爲社團法人。故於此無用詳說。又或因欲將合名會社與他之社團法人區別。而謂合名會社爲以爲商行爲業者。此於說明日本法律。亦復無須。蓋在外國所以須更說明者。因株式會社、間有不以商行爲業者故也。

爲合名會社之特質、而顯與他之會社異者。卽各社員。辨濟關於會社債務。負連帶無限之責一事。<sup>三六</sup>在株式會社。其爲會社之社員。<sup>株主</sup>而負連帶無限之責者。全無一人。在株式合資社會社、及合資會社。雖有負無限之責者。然非一切社員。因此而與合名會社異。根本既差。所生會社之設立、業務之執行、監督、會社之解散等、自亦大異。

### 第一節 設立

合名會社之設立行爲。最爲簡單。卽欲設立會社者。以其意思而作成定款。<sup>創按定款即辦合同時</sup>會社卽爲成立。於定款之作成以外。全不須爲他之行爲。不須開總會。不須爲出資。雖有於成

立後爲之者。亦決非會社設立之要件。

定款爲書面契約。當記載於此之事項中。有爲法律所明定者。既記載之。可生一定之效力。故此書面。爲一種形式證書焉。因定款爲書面契約。故雖有當事者之合意。然若不以記載於書面。則尙不成爲定款。因而書面者於定款之成立爲必須。雖然。不可因此誤指定款爲即書面其物。蓋定款之本質爲契約。而書面不過記載其契約之具而已。故書面雖燒失滅。而定款不消滅。即以同一之契約。記載於他之書面可也。雖變書類。而非爲定款之變更。所謂定款之變更者。指變更契約之實體也。

定款爲社員間之契約。亦有謂之爲會社契約者。余輩雖以定款爲契約。多數學者亦然。而至近來。亦有謂定款爲單獨行爲之集合者。即所謂二以上之人。各自表示欲設立會社之獨立之意思。即以成立會社是也。雖然。單獨意思。縱有多人表示。而苟爲各自孤立。則斷不能因此而生會社。必須以使之集合之目的而令其集合。於集合者間。要生關聯。即要有合意。因有此合意而生權利義務。即爲契約也。非若因爲單獨行爲之寄附行爲而可生財團法人者也。故謂因單獨行爲而生會社者。乃蔑視財團法人與社團法人之區分者也。雖尙有謂會社係由共合行爲惺雜姆託成立者。然所謂共合行爲之性質。殊難明白。倘以此爲

各自之意思之無關聯集合時。則不能成會社。若爲有關聯集合時。則仍與合意。爲同物異名而已。

定款爲成會社之基礎者。故法律規定其一定之事項。苟缺其一。卽不成定款。稱此事項爲定款之要件。所謂定款之絕對的事項是也。此外欲定某事項。均爲隨意。第通常每從會社之性質。而列種種之條件。是爲相對的事項。

絕對的事項如左。○五

一 目的。

二 商號。

三 社員之氏名住所。

四 本店及支店之所在地。

五 社員之出資之種類及價格。或評價。即按評價之標準。

此款乃兼集二事者。(一)出資之種類及價格。(二)出資之種類及評價之標準。於以上所記載。加以各社員之署名時。卽成定款。

相對的事項之爲何。得由當事者隨意定之。而於會社法無所規定。

## 設立之登記

雖設立會社。苟非於本店之所在地而爲登記。則不得以之對抗於第三者。且不得著手於開業之準備。關於合名會社之登記。所特應規定者。爲時、地、及事項三者。應登記之時。爲從某事實發生時、二週間以內。

應登記之事項如左。<sup>一五</sup>

一 目的。

二 商號。

三 社員之氏名住所。

四 本店及支店。即記載其所在地

五 設立之年月日。

六 定存立時期或定解散之事由時。則其時期及事由。

七 社員之出資之種類。及以財產爲目的之出資之價格。

八 定有應可代表會社之社員時。則其氏名。

定有業務執行之社員。而特不須登記者。蓋因業務執行中其僅屬內部關係者。固不

必使第三者知之。若可生外部關係者，必爲可代表會社者之行爲故也。

會社之設立登記。從作定款時二週間以內，在其本店及支店之所在地爲之。支店若設於會社既設立之後時，則於設置後二週間以內，在其支店之所在地，登記之。且在本店及他支店之所在地，使於同期間內，登記其設支店之事。若新支店，設置於管轄。其本店或支店所在地之登記所管轄區域內時，則不須從新登記。惟於從來之登記，附記新支店之設置已足。所謂設支店之時，爲現實開設支店之時。非爲設支店之決議之時。亦非在支店將業務開始之時。

會社移轉其本店或支店時，應於二週間以內，在舊所在地，爲移轉之登記。在新所在地，悉登記前段所列舉之事項。於同登記所之管轄區域內，而移轉其本店或支店時，則僅爲其移轉之登記已足。<sup>二五</sup>是皆出於使登記簡易之主意也。

於既登記之事項，生變更時，應於二週間以內，在本店及支店之所在地，爲其登記。<sup>三五</sup>所稱登記事項之變更，乃爲廣的意義。在消滅既登記之事項，而生應可代之之事項時，無論已。卽止新生某事項，或止某事項消滅之際，亦包含於其中。

## 第二節 會社之內部之關係

由以會社爲法人所生之效果。其主要者。首爲對於第三者之關係。次之卽爲各社員對於會社之關係。而社員間之關係。生於最後。然其稱爲會社之內部關係者。實卽社員間之關係。故學者有云會社之內部關係者。社員相互之關係也。

會社之內部關係。專依當事者之契約而定。苟其契約而不背於公秩良俗。且不害合名會社之性質。則不論如何亦可。因商法之規定。所以應未設有契約者之需。故若契約既已詳明。則本節之規定。殆可不見適用。故德國之某學者。謂合名會社之內部關係之規定。乃法律代當事者所爲之契約焉。倘契約與其他之意思表示。全無。卽商法之規定。亦不足用時。則依於民法之規定。而特準用其中與合名會社近似之組合之規定焉。

當定會社之內部關係之際。有必須總社員之同意者。有以社員之過半數之同意爲已足者。於定款之變更、會社之解散等。須總社員之同意。尙於某社員欲以持分之讓渡、對抗於會社者。或欲爲自己或第三者、爲屬於會社之營業之部類之商行爲者。因須他社員同意。故結局亦自須總社員意思一致焉。若夫支配人<sub>之按略如吾國總經理人</sub>之選任解任<sub>七五</sub>及社員不得他之社員之承諾、而爲自己爲某種商行爲、則視爲爲會社爲之者、等。皆祇以社員過半數決議而定之。

得總社員或過半數同意之方法。並不限定。因此而特開總會亦可。各求意見亦可。用明示之同意亦可。即用默示亦可。若欲務求正確而必欲依會議方法者。則須豫以定款定之。過半數者。爲頭數之過半數。不問出資額之如何。若以此爲不可。則亦須以定款而定爲頭數及持分之過半數。或僅持分之過半數。是以便宜上。即分資本爲若干之持分。使各社員有其中之一或一以上。如株式然。亦可也。

關於要總社員同意之事項。商法第五八條云。於定款之變更。或其他不在會社目的之範圍內之行爲。要有總社員之同意。推立法者之主意。在定款之變更。其要總社員之同意。自無論已。若其事未至如斯重大。而適不在會社之目的範圍內之行爲者。則以單純總社員同意亦可。例如運送會社。改爲物產會社。是爲變更目的。此必須爲定款之變更。若在向來爲日本清國及南洋間之航海。既記載之於定款矣。今稍延航路。而一時於韓國亦爲通航。此則不必使別爲定款之變更而亦可耳。

吾人雖贊成其主意。而實信此法文爲可削除者。蓋定款。所以記載合名會社之目的。使登記之。故於目的而生變更。亦須使速爲登記。若得以總社員之同意。而爲目的外之事時。則會社必至多爲定款所不載之行爲。遂可將嚴格使作定款之主意。歸於埋沒。故於所謂會



社目的。與以解釋之餘裕。尙無所妨。若明許其爲定款所定目的之外之事。則甚不可。雖然。既有此規定。則殊不得已。惟務須協於立法者之主意而解之耳。

當說明社員之權利義務之際。於持分按持分即應有之份尙應論者。

持分之語。見之於民法之共有、組合、商法之船舶之規定。不論何處。均爲於二以上之人有共通財產之際。故若廣稱之。則所謂持分。得謂爲對於共通財產。各人所有之權利之額。而因此外尙有各人所負共通之義務。故若以義務之原素亦入之時。則所謂持分者。得謂爲對於共通財產。各人所有之權利義務之包括。而在於合名會社員之持分中之權利。爲當某時期受出資之拂戾。按拂戾交配也受會社之利益之配當、執行或監督會社之業務等。而其義務。則爲監督或執行業務、負擔金錢上之責任、不得自由爲某種營業是也。

社員得以其持分讓渡於他人。其在兩當事者間。雖僅須讓渡。若欲以此對抗於會社。則關於讓渡。要受他之諸社員之承諾。所以然者。蓋以合名會社之社員。負連帶無限之責任。爲互信任其人者。不許輒由他人自代故也。故苟無他之社員承諾。而將持分讓渡時。則由會社觀之。直與並無讓渡等。會社仍得對讓渡人請求種種之行爲。

社員將其持分之一部。亦得讓渡。然欲以其讓渡對抗於會社。須得他之社員之同意。與全

部讓渡者同。讓渡一部而以之對抗於會社。則於會社生新社員。雖或有以持分視如社員權。而謂社員權、一由自己爲社員而存。不得使生新社員者。然此說殊誤。以持分謂爲社員權、既非定論。縱假以此說爲正。而持分之一部、既得讓渡。且彼讓受之者、得以其讓受對抗於會社。是即對於會社而有持分。因而即爲社員矣。

### 一 受利益配當之權利。

此權利。爲合名會社員之權利中最大者。蓋會社因商業之目的而成立。故社員應受利益之分配爲當然。即於社員爲必要之權利。雖以定款亦不得奪之者也。雖時有因配當額甚少。事實上殆等於不受配當。或有因將被配當之全額、直爲贈與、而一若不受配當。又有利益配當、非定期爲之、因而久歲不爲分配。有因全無利益、不得分配等。因此等事實。而遂有謂利益之配當、非社員必要之權利者。此決不然。

### 二 受持分拂戻之權利。

持分之拂戻。有得之於會社解散之際者。有得之於各社員之退社之際者。其在以勞務或信用爲出資之目的之社員。雖非必要。而在以財產爲出資之目的之社員。則爲必要。

雖以定款亦不得奪之。<sup>七</sup>

持分之拂戾。爲會社財產之分配。雖通常於每年配當利益以後。將其餘者分配。然亦有積立<sup>按積立猶公積也</sup>數年之利益。於拂戾之際配當之者。因有此現象。而或遂謂利益配當之請求權。非社員必要之權。或則以所謂持分者。究不外受拂戾之權利。然其實卽積立利益。而與他之財產同時配當者。利益配當之觀念。亦自存也。

### 三 執行業務之權。

會社之業務之執行。謂因爲欲達會社目的之諸行爲。而處分財產。整頓營業帳簿。任免支配人以下之使用人等。是。各社員本各有執行業務之權利。雖然。執行者多。反致業務之滯澀。因此而有以定款。特定僅與某社員以此權者。<sup>五</sup>其權限。在對於外部。雖依法定權限。而在內部關係。則有受限制者焉。

特定業務執行社員時。則他之社員。惟止於支配人之任免。有議決權。其他止於監督執行社員之行爲。其監督之方法。爲調查帳簿。檢查會社財產之狀況等。<sup>三民七六</sup>

此外執行業務之社員。以得報酬爲通常。又得受所立替<sup>按立替即代墊</sup>金額之辨濟。<sup>按辨濟即償清</sup>此自不待言。雖在外國之商法。有與各社員以用低利而借受所已拂込之金額之一部之權利

者。日本商法則不認之。

社員之義務之重者如左。

一 爲出資。

此爲社員所應負之最要之義務。而對當於受利益之分配、及財產之拂戾之權利者。其得爲出資之目的者甚廣。金錢及其他之有價物。無論已。卽勞務信用。亦得爲出資之目的也。

二 執行業務。

執行業務、本爲各社員之權利。同時亦爲義務。因執行業務者、通常有大權限、且受多額之報酬。故世人多以之從權利之方面觀察。然從他面觀之時。則爲社員之義務。法律固明言之矣。

當執行會社之業務。不可不如有思慮之商人。於執行自己之業務所用之注意。爲同一。身爲業務執行社員。則不得從事於某事業。不得爲某行爲。又有受會社法所定罰則之適用等事。因此而社員亦或有不欲當之者。雖然。因有不得使社員以外者當之之事情。是以使各社員負此義務。惟若以定款特選任某社員時。則使他之社員得免此義務而

已。

### 三 不得爲某行爲或爲某會社之無限責任社員。

因合名會社員、爲應計會社之利益者。若爲自己或爲第三者爲屬於會社之營業之部類之商行爲時。勢必生利害之衝突。故不得爲之。生出一種所謂禁競義務。與代理商所負擔之義務相等。社員若破此義務、而爲自己爲商行爲時。則在會社生介入權。亦與對代理商者等。此權利。從社員知其行爲之時、二週間不行之。或從行爲之時、一年間不行之時。卽爲消滅。

在社員破禁競義務、而爲第三者爲商行爲之際。會社不得行介入權。因行爲之當事者、實爲第三者故也。又在社員爲他之會社之無限責任社員之際。亦不得當然以其入社爲無效。又不得由會社進而取消之。不得已、則惟有將其社員除名。或從普通之原則、爲損害賠償之請求而已。

### 第三節 會社之外部之關係

所謂會社之外部關係者。謂會社因與第三者爲取引而生之關係。由此關係所生之利害。結局雖歸於社員。然既以會社爲法人。則不可不以會社爲直接之當事者。故雖在德意志

之商法。稱爲社員間之關係、及社員對於第三者之關係。而德意志學者。則稱爲會社之內部關係。及外部關係、而說明之。

### 會社與第三者之關係

因會社爲法人。而不得自爲行爲。故置代表者。若以代他人爲行爲而使其他人得權利義務者。稱之爲代理人時。則會社之代表者。亦爲一種之代理人。雖然、代理人之名稱。在民法及商法有一定之意義。乃專示代他人爲法律行爲者。若會社之代表者。則既爲一切之代理行爲。亦爲代理以外之行爲。且與會社之關係、亦有非必爲本人代理人之關係者。故附以別名、而稱之爲代表者也。

合名會社之代表者。以各社員爲原則。是蓋因各社員關於會社之債務、負連帶無限之責任。又在原則上、有執行會社之業務之權利及義務。故與此相應、而各有代表會社之權。在會社之性質上、第三者信各社員均有代表權。亦可爲此理由者也。雖然、會社得以定款、或總社員之同意、特定應可代表會社之社員。若特定之之時。則僅其社員、代表會社。因特稱爲代表社員。從而第三者苟與代表社員以外者爲行爲。對於會社。不能得權利與義務。六一在原則以各社員爲會社之代表者。在例外則有時特定代表社員者。雖與關於會社之業

務執行之規定相等。然有不同者。在於業務執行。止定以定款。<sup>五</sup>在於代表。則以定款。或總社員之同意。定之焉。是實爲法律之缺點。何則。無論業務之執行。及會社之代表。在會社要爲重大之事。故欲他有所定。總須使依定款以行。苟於二者之一。欲使其就定款之外。別採總社員同意之途。則甯以業務之執行充之。而不可以會社之代表充之。蓋因業務之執行。僅爲內部關係。而會社之代表。則爲外部關係。而於第三者受有影響者。故也。

將某社員爲業務執行社員。以他社員爲會社之代表社員者。亦得以定款定之。雖實際往往業務之執行。同時爲會社之代表。率以同一社員。既執行業務。又代表會社者。然解釋法律。則可謂此二資格得行分離者也。蓋在商法第五六條云。會社得以定款特定業務執行社員。第六一條云。得以定款或總社員之同意定代表社員。未嘗以此規定爲不可分。故可解爲會社得各別適用之也。反對論者。雖或謂止因其一爲會社之內部關係。而於內部關係之節定之。又其一爲外部關係。而於外部關係之節定之。非出於許分離之主意。然此說不但於斯主意未能闡明。且適以生各別適用之理由。何則。人有適於業務執行者。而不適於會社之代表者。亦或有於代表雖適。而於執行不適者。故也。但以業務之執行。爲極廣的解釋。謂只須其事爲爲會社者。卽可以謂爲業務之執行時。則在代表會社者。雖必爲執行

業務。而於業務之執行，則有毫無關係於外部之事。營業方針之調查帳簿整理等因此而得有僅爲業務執行之社員。

會社之代表者所有之代理權。爲法定之代理權。卽爲關於會社之營業的一切裁判上或裁判外之行爲之權限。而於此所加之制限。不得以之對抗於善意之第三者也。二六雖與支配人之代理權爲同一。然因代表社員。爲會社之機關。而非使用人。故與其以擬於支配人之代理權。甯視如一般法人之理事之代理權。而將民法第五四條。於會社代表者之代理權準用焉。

因代表社員得各自爲關於會社業務之一切行爲。故時可有於各社員之行爲彼此矛盾者。在此等之事件。惟有因其行爲之性質。及爲行爲之時期等。而決各行爲之有效與否。使蒙其損害者。對於會社。或代表社員。請求賠償。

代表社員爲會社爲行爲。不必常須用會社之商號。在會社思想幼稚之時代。徒重形式。代表者所爲爲會社之行爲。必用會社之商號。至後解釋漸寬。如一六七三年之法國商令。定凡於爲會社署名之行爲。縱爲一社員之行爲。亦應由總社員任其責云云。厥後社員行爲。須以會社之社名與否。適生問題。法大審院亦以爲不必。爾來每關於商法而生此問題。常



採相同之解釋。今則諸國於此制畧定矣。

代表社員之行爲欲拘束會社不可不爲會社之目的範圍內之行爲。蓋法人僅在其目的範圍內爲得權利負義務者。在合名會社亦大體爲然。惟在合名會社則雖不在會社目的之範圍內之行爲亦得以總社員之同意而爲之。因亦得謂爲會社之行爲。此則其與他之法人爲異者耳。在目的之範圍內時代表社員之代理權無限。雖在爲自己之利益而濫用之際亦尙拘束會社。是爲爲最近一九〇五年○德意志帝國裁判所之判決。

在關於會社之代表者之規定以外仍定之會社與第三者之關係者是爲關於利益配當之時機。曰會社非填補損失之後不得爲利益之配當。七六欲確知利益若何損失若何則所謂利益者乃從總收入中扣除總支出之餘額而損失必先已扣除。似無待論。然因有時或有將應扣除者不扣除而以收入金配當之事。故須明爲禁止。會社違反於此規定而爲配當之時則會社之債權者得使返還之。其配當資本金時亦然。

### 社員與第三者之關係

社員與第三者之關係爲保證的債務之關係。於會社不能以其財產完濟其債務之際始使各社員任其辨濟之責者也。社員之責任爲條件附。卽於不能以會社財產完濟之條件

既成就以後。始應履行者也。因其爲第二次之義務。故會社之債權者。不得逕直對於社員而請求辨濟。在法國曾有爭論。一謂會社之債權者。得直對於社員請求辨濟。一謂會社之債權者。不可不先對於會社請求。以爲會社之債務。與社員之債務。全爲別物。而社員之債務。適等於保證人之債務。彼以會社與社員之間爲有連帶之責者。乃由社員間有連帶之責云云。而致此誤解者也。吾人之解日本商法。當與此後說等。德意志商法。在此點。與日本商法爲異。而定會社之債權者。以其債權之辨濟。直請求於社員。與請求於會社均爲隨意。惟於會社及社員均已破產之際。則依破產法適用。而得先從會社財產辨濟。此卽以德意志之合名會社。爲非純然法人之一理由也。

各社員對於會社債務。所負之責任。爲連帶無限。此於合名會社本質中最要。雖以社員間契約變更之。亦不得對抗於第三者。社員對於第三者而負此責任。爲自己直接負之者。非代會社負之。又非經由會社而負之。雖第一次之債務。爲會社之債務。然至於會社不能完濟其債務。則其所應辨濟之債務。卽爲社員所負之直接債務。從會社負債務之當時。而既成立。惟從條件之到來。而始應履行已耳。此社員義務。從會社解散之登記後。經過五年而消滅。三〇。

所謂不能以會社財產而完濟會社之債務時。乃於債務之辨濟期、雖請求辨濟、亦不能完濟之時。非單止發見債務比財產爲多之時。亦非限於因請求辨濟、不爲支拂、而使破產爲清算後、尙不得完濟之時。

合名會社員。悉負上述之責任。其爲從會社設立時入社。與從債務之發生以前入社。或於其發生以後入社。一切不問。雖在他國之法律中。有社員就其入社以前所生之債務、不負責任者。或爲得制限之者。然日本商法則與之反。<sup>四六</sup>且於會社之債務。其負責任者。雖以現在之社員爲本則。然有因保護會社之債權者、而更使現在既不爲社員者、亦負責任之事。卽如使退社員、於爲退社之登記以前所生之會社之債務、在登記後二年間、仍負責任是也。<sup>三七</sup>故在同時一人退社、一人加入之際。於會社債務之負責任者。則爲增多一人。

出於定退社員在退社後亦負責任、相仿之主意。而定爲社員如有爲出資之減少者、從減少之登記後、二年間、不得以之對抗於會社之債權者。學者有云。社員縱減少其出資。而苟仍存爲社員。則關於會社之債務、負無限之責任。亦尙有何不可。殊不知在其社員資力薄弱、而債權者頗多時。則有此出資減少之對抗與否。實於會社之債權者甚有影響。例如社員半減其出資、而得以之對抗於會社之債權者。則彼會社債權者。在前本得對於其社員

之出資額之全部、而優先請求。至後乃僅對於半額而有優先權。則其不利爲非鮮矣。關於出資之減少、使恰與不減少者同。則在於退社、亦宜使恰與不退社相等。而使以在退社當時之出資額、負第一次之責任。然日本商法、則於二者之間設有區別也。終更就本節中不能解爲會社外部關係者、一論之。

第六五條曰、「於非社員者、有可使信自己爲社員之行爲時、其人對於善意之第三者、負與社員同一之責任。」是既爲非社員之責任、斯非會社關係也。然使法律定「會社商號、必用社員氏名、非社員而許使用其氏名者、必與社員同負責任、」云云。則實質上雖當別論。而外形上尙與會社爲有關係。卽以其規定置之會社關係中可也。今日本法律、於會社商號、任其定名。所謂會社關係、無從生右舉之例。且以日本商法採商號自由選定、及自由讓渡之主義。故此規定之適用頗少。

非社員者爲可使信自己爲社員之行爲時、對於善意之第三者負與社員同一之責任。此止爲商法之規定。若其行爲而爲不法行爲時、則須因於民法之不法行爲之規定、而負責。又若爲詐欺之行爲時、則須受刑法之制裁。

#### 第四節 社員之退社

使社員各人、令消滅社員應有之權利義務。非讓渡無問內部關係、與外部關係、社員與會社之關係、馴至一無所存。如此者、稱之爲社員之退社。亦可稱爲社員資格之喪失。

總社員合同而絕與會社之關係、或除一人外、總社員絕與會社之關係時、是爲會社解散。與是相表裏者、則會社解散時、爲總社員退社也。是以苟以會社爲法人、則各社員之死亡破產等、直接可不被影響於會社。因之各社員退社、與會社解散、得分別而爲說明。而苟以會社爲非法人、則此合名會社、乃專置重於爲社員之人。故可因各社員退社、而覆會社之基礎。斯遂可謂爲解散。又視立法主義如何、而於所規定之退社事由異焉。如以一人退社、卽解散會社者、則定退社原因、務爲加嚴。若祇生其社員脫退之果者、則退社條件、率爲簡易。

### 退社之事由

退社之事由、得分之爲因於當事者之意思者、及因於法定之事由者。大體與民法之組合員之脫退、商法之匿名組合之解除、諸規定、有相類之處。因於當事者之意思者如左。

#### 一 定款。

定款所定之事由發生時。不別須行爲。而社員當然退社。似亦得以此列於法定之事由中。但遡及定其事由於定款之本源。而以此置於因於當事者之意思之原因中也。

## 二 總社員之同意。

此專示不變更定款、惟因總社員之同意、而使退社者。

## 三 除名。

除名雖有因於社員之一致者。與因於裁判所之命令者。但通常所稱率爲前者。

於除名非須無退社之意思。雖學者有言。於除名須被除名者無退社之意思。若本有退社之意思時。卽爲總社員之同意。然法律未嘗謂除名須反於除名者之意思。蓋置觀察主點。於他之社員之一致。而於除名者意思不問之也。

除名同時及於數人亦可也。而學者有謂同時以一人爲限者。以爲日本商法定他之社員之一致。自應解爲一人以外之一致。否則可生以多數決而將反對之少數者除名之弊。縱除名原因爲法律所限定。而於其中。如社員不盡重要義務之條件者。爲義至泛。因而不得免於濫施云。雖然。日本商法。止謂除名得以他之社員之一致而爲之。其被除名者之數。及於除名應須一致之社員之數。均不限定。故苟生法定之事實時。雖以他之社

員之一致、而同時將數人除名亦可也。

以上所論爲一次將二以上之社員除名者。若欲將數人之社員除名之際。其中之一人除名。他社員爲一致。又以他一人除名。於其他之社員亦一致。其得以此二人之除名同時舉行。則不論何人皆無異議者也。

得爲除名者如左。

(一) 社員不能出資。或既受催告以後、於相當之期間內不爲出資時。

如因爲出資之目的之特定動產滅失、而不能出資者。或於以勞力爲出資之目的、因疾病傷痍而不得供之者是也。

(二) 社員不得他社員之承諾。而爲自己或爲第三者爲屬於會社之營業之部類之商行爲時。或爲以同種營業爲目的之他之會社之無限責任社員時。

(三) 社員當執行會社之業務、或代表會社、而對於會社爲不正之行爲時。商法不以得將社員除名之事件。廣及於社員對會社爲不正行爲之事件。而惟限於當執行業務代表會社、而爲之之事件。故社員雖以其他之方法、爲不正之行爲。亦不得據此規定、而除其名。余則甚望改爲社員凡對於會社爲不正行爲時。不論如何均

得除名也。

(四) 社員於不有執行會社業務之權利者。而干與於其業務之執行時。

(五) 其他凡社員不盡重要之義務時。

上述四個之例。其爲不盡重要義務之例乎。抑爲特別之事由乎。此自其他兩字之文理解釋而定之。

將社員除名時。應即將其旨通知於其社員。不然。則不得以除名對抗於其社員。至欲以此對抗於第三者。則應如何。由他之規定而定之。

#### 四 各社員之意思。

雖會社因契約而成立。而如合名會社者。尤因諸社員。而爲重於相手方。故以不得隨意退社爲原則。然(一)有不得已事由時。不論何時亦得退社。及(二)不以定款而定會社之存立時期時。或定某社員之終身間會社應行存續時。均得於營業年度之終而爲退社。  
八六

此外有雖非眞之退社。而因法律爲規定。視爲退社者。即在會社因存立時期之滿了。其他定款所定之事由之發生。而應解散之際。以社員之全部或一部之同意。而仍繼續其會社



時、以其不同意之社員、視爲退社者、是也。五七  
 法定之事由如左。

### 一 社員之死亡。

在不貫徹法人主義之法律中。有因社員之一人之死亡、而會社爲解散者。亦或有得以定款而定爲繼續者。日本商法則不以社員之死亡爲會社解散之原因。而止爲其社員之退社。惟限於總社員、或一人之社員以外、悉死亡之際。使爲解散焉。

在社員死亡之際。無以其相續人爲當然爲社員者。惟以定款而定相續人爲社員時。則視爲有效。而以相續人爲社員已耳。在於德意志。則以此爲太嚴。使相續人得請求以有限責任而繼續爲社員。若他之社員承諾時。則以其會社改爲合資會社。若不承諾時。則使相續人得卽行退社焉。

### 二 社員之破產。

社員破產時。當然退社。雖以定款爲與是相反之契約。亦無其效。

### 三 社員爲禁治產者時。

於定款爲反此之規定時則如何。生有二說。其以之爲有效者。則謂社員雖爲禁治產者。

然可以後見人代之、而爲法律行爲。況社員固不必常須自執行會社之業務、及代表會社者耶。其以之爲無效者則云。合名會社置重於爲社員之人。若禁治產者將會社繼續。則反於其本質。余是後說。據此、則禁治產者不得爲合名會社之社員。

### 退社之效果

退社之最大效果。在於使退社員消滅其爲社員而與會社所有之關係。與此關聯。而生衆多之效果。

社員退社時。受自己之持分之拂戾。

即按拂戾  
即發還

持分之拂戾。以金錢爲限。是蓋因會社之財產、

爲法人之包括財產。非可分割動產、債權等而分配故也。因此須計算會社之總財產。稍費時日。亦殊不免。若社員不欲久延。會社亦不欲爲總財產之評價時。則須依於交換更改等之方法、而給付一定之金額。或則因於債權之設定移轉。以代之。

持分之拂戾。任何社員、皆可受之者。雖以勞務信用爲出資之目的者。亦得請求之。雖然、因勞務信用。與他之出資之目的稍有異。故於此種之出資者。得定爲不爲拂戾者。<sup>一七</sup>在德國法律。有於此種出資者、明定以不拂戾爲原則者。

於會社之商號中、有用退社員之氏或氏名時。其退社員得請求此後不使用之。<sup>二七</sup>故於既

退社、而仍聽會社商號中使用之時。則有時可解爲非社員而爲可使信自己爲社員之行者。社員於自己氏名之使用也。得不述理由、而請求停止。惟會社之商號、苟於示退社員之氏名以外、兼示他社員之氏名時。則退社員不得請求其停止。又若會社於既停止其使用以後、更因正常之理由、而用與之同一之名稱者。亦不得請求其停止。但法律祇云氏或氏名。則以名爲商號者。或生不得請求停止之解釋。此缺點也。

退社員於退社之登記以前、所生之會社之債務。在登記後二年間、負責任。社員退社時。使與會社之關係消滅。其效果所及。宜若於會社債務、直全無責任者。然因保護會社之債權者。使於退社之登記以前、所生之會社之債務。在退社後二年間仍負責任。此責任。爲於不能以會社財產而完濟債務之際。始應辨濟之責。乃爲從的債務。雖然、苟欲格外保護債權者。則社員之退社、須使在二年間不得以之對抗於會社之債權者。而以全出資負第一次責任。更以全財產負第二次責任。與出資減少之際相同。但以商法之解釋言。則似以出資減少、爲社員之尙存。而以退社爲社員之終止。而設有等差者。其實從債權者觀之。則不論對於何者。均以其社員之出資額爲標準、而與會社爲取引。按取引猶言交易故苟欲保護之。則不可不爲同一之規定。

社員雖於得他之社員之承諾、而將持分讓渡之際、亦應二年間負前述之責任。此亦爲保護第三者故也。故在此債權者關於同一之債權、能多得有負擔保之義務者之數。

### 第五節 解散

會社之解散、與一般法人之解散等、爲人格之消滅。有以會社之設立比自然人之出生、因之以解散比自然人之死亡者。夫既消滅、原則自宜任何行爲、皆不得爲。縱令慮社員及第三者之利益、在清算之範圍內、尙視會社爲存續者、而其存續乃德意志學者所謂一部之存續。而於清算以外、則既毫無所存、因此而以商業爲目的之法人已歸消滅。卽會社之本質歸於無有。

會社解散之法理。雖向來爲學者所詳論。比社員之退社、更爲精密。然在根本之法理。則與一般法人之解散法理爲同。

#### 解散之事由

分解散之事由爲因於當事者之意思者。因於法定之事由者。及因於裁判所之命令者。因於當事者之意思者如左。

#### 一 定款。

當事者有定會社之存立時期或解散之事由者。若定之之時。必須記載於定款。且爲登記。<sup>一五</sup>業已定之以後。因其時期之滿了。或其事由之發生。會社當然解散。苟以是爲準。則列於法定事由中亦宜。然因溯及於作定款之本源。故以入因於當事者之意思原因中爲合。

會社之存立時期到來、或解散之事由發生、而爲當然將會社解散也。則欲以後繼續其會社之事業。理應更經會社設立之行爲。雖然、於營業方熾之時。使之當然解散、而更行設立。殊多不便。於此、有使社員仍得將會社繼續之途。即使得以社員之全部或一部之同意而繼續會社是也。<sup>五七</sup>於繼續。雖以社員一部之同意亦可。並不制限其數。因此而僅二人之社員同意於繼續亦可。他之社員、會社之債權者、債務者等、概不得唱異議。雖得以社員之一部之同意而將會社繼續。然亦不得使不同意之社員強爲繼續會社之社員。其不同意者。視爲退社者。使對於此而爲持分之拂戾。其他退社應有之諸行爲。繼續後會社。與繼續以前之會社、爲同一之人格。其權利義務。卽與繼續以前之會社之權利義務同物。非消滅舊權利舊義務、而生新權利新義務。且亦非承其繼續以前之會社之權利義務也。此規定。究因使無須爲更改、承認等之行爲而設之。與因欲使省清算

之煩而設合併之規定。用意相等。

## 二 總社員之同意。

## 三 合併。

合併要總社員之同意。故合併亦不過爲總社員同意之一例。然與普通之例爲殊。商法既以與總社員之同意併立而規定之。故余亦特舉焉。

所謂會社之合併。謂舉某會社之權利義務。移轉於他之會社。使因此而將既存之一個或數個之會社消滅之行爲也。從因於合併而消滅之會社一方面觀之。則爲會社解散原因之一。

合併之方法有二種。一爲一個以上之會社。舉其權利義務而移轉於他之會社者。又一爲二個以上之會社。舉其權利義務。而移轉於新設會社者。在前者則一之會社之權利義務。悉爲他之會社所承繼。以承繼者既存。於法理亦無致疑之處。在後者則某會社之權利義務之移轉。及其會社之解散。與新會社之設立同時。以此理論上屢生疑問。因無於未設之會社。移轉權利義務之理。故有謂新會社先被設立。而移轉他之會社之權義於其會社者。有謂依合併之行爲。而解散。設立。移轉之三效果。同時而生者。此等議論。固

## 第二編 會社 第二章 合名會社 第五節 解散

不論如何解決、於實際亦殆無所差。然若謂新會社先設立、而移轉既存會社之權義、其結果遂爲既存會社之解散者、則於新會社之設立之手續、既存會社之權義之移轉方法、及其對抗條件、說明必以綦繁。故不如採同時說、而謂合併乃因省略此等之手續、所設之制度、較爲簡明也。至於合併所須之總社員同意、應依決議之形式。

於合併欲以之對抗於第三者、要登記之。在合併後存續之會社、則爲變更登記。在因合併而消滅之會社、則爲解散登記。在因合併而設立之會社、則爲設立登記。凡此皆須於合併後二週間內、在本店及支店之所在地爲之。

在以合併對抗於會社之債權者、要於合併之決議後二週間內、對於其債權者、以如有異議、須於一定之期間內、以上二個月述之、爲公告。且於所知之債權者、各別催告之。又於其一定之期間內、債權者述異議時、則須辨濟之。或供相當之擔保。若不爲公告時、則不得以合併、對抗於一切債權者。若於所知之債權者、不爲催告時、則於不受其催告之債權者、不得以此對抗之。若於有述異議之債權者、不爲辨濟、又不供擔保時、則不得以合併、對抗於其債權者。凡在以合併對抗於債權者、所以必要此等條件者、蓋因債權者、以其會社之現狀爲基礎、而與之爲取引。若由社員之隨意、使其會社消滅、而以其權義

移轉於他之會社時。則會社債權者、蒙不測之損害故也。雖在合併他會社之會社。其債權者之權義仍舊而存。然會社或至承繼新義務甚多。其財產、深受影響。而從來之債權者非無損失之虞。

於會社不經法定手續者。不得以合併對抗於債權者。則在於其債權者、自以會社爲尙存。而其財產依然爲其會社之財產。但在他之一方面。則普通之第三者、或不免有因會社之合併登記、信爲已合併者、而與之爲取引等事。此際於兩種之債權者間、生優先之爭。雖然、因無得設區別之理由。故解爲同等。

會社要從合併決議之日、於二週間內、作財產目錄及貸借對照表。

合併之效果。由前述之說明可知。有爲既存之會社悉解散者。有爲其中之某某解散者。然無論何者。要之既解散之會社之權利義務。爲合併後存續之會社或因合併而設立之會社之所承繼。<sup>八</sup>欲以此承繼之效力、對抗於第三者。止須爲前述之手續。不須別有所爲。故雖有債權之讓渡。亦不必通知於債權者。

會社與其他會社、營業目的或其組織異者。亦可合併。有謂合名會社之總社員、得以其同意而變更會社之目的、且爲不在會社之目的範圍內之行爲。故雖得與營業相異之



## 第二編 會社 第二章 合名會社 第五節 解散

會社合併。惟與異其組織之會社合併。則爲非是。然日本商法、泛云會社之合併、得以總社員之同意爲之。並不限定可與合併之會社之種類。以此而不得不解爲、任何會社皆得合併者。卽以此就株式會社觀之。凡株式會社、得以株主總會之決議而合併。關於決議之方法、合併之手續等。固有規定。未嘗謂不得與他種類之會社合併。是固亦得解爲得自由合併者。惟因日本商法、不以合併之規定置於總則、而置於各會社章中。故生反對說。然此不過因會社之合併、要某種要件手續等。而其要件手續等、因會社之爲合名與爲株式而異。故各別規定之而已。商法施行法第四二條。亦足助吾人之解釋者也。會社雖以與任何會社皆可合併爲原則。然亦有依某規定之適用、而自生不得實行合併者。例如株式會社。因必要七人以上之株主。故不得以二人社員所成之二個合名會社、合而爲株式會社。又以物品販賣爲營業之合名會社。雖欲合併而成保險合名會社。然以保險業、非株式會社不得爲之。故不得實行。更從實際言之。則合併合名會社而爲株式會社。事極困難。不如新設立株式會社。轉爲較易。又若以株式會社爲合名會社。社員亦多不欲。而率願以同種之會社爲合併焉。

在德意志。雖規定株式會社及株式合資會社之合併。而不及於合名會社合資會社。在

#### 四 各社員之意思。

法國。先關於株式會社及合資會社認之。遂於合名會社亦認之。意大利商法、爲最進步者。明言任何會社、均得互爲合併之旨。日本亦初無關於合併之規定。迨明治二九年。先出關於銀行合併之單行法。及至新商法編纂。而關於一切會社。遂亦認其合併。

有不得已事由時。各社員得請求裁判所、解散會社。裁判所認此請求爲至當時。得命之解散。<sup>三八</sup>此節雖入於因於裁判所之命令之解散中、亦可。惟因開其端者、實爲各社員。故入於因於當事者之意思之解散中。

不得已事由爲何。雖究不可不於各事件決之。然通例屬於社員中無適於業務執行者。或業務執行社員間、有軋轢而不得繼續事業者等。若資產之減少、經濟界之變動等。亦有爲此事由者。雖或謂此等之際。各社員得退社而受持分之拂戾。故雖不必與以請求解散會社之權亦可。然在退社而受持分之拂戾。與依會社之清算而受之之間。甚有差別。故須與以解散請求權。雖然、因會社之解散。影響及於他社員、及與會社爲取引之第三者甚大。故裁判所當認定之時。須加慎重。雖同稱爲不得已事由。而退社之際。多爲社員之一身上之事由。解散之際。則爲關於會社全體之事由也。

某社員雖請求會社之解散。然裁判所認為無命令解散之當然之事由時。則不命解散。裁判所雖認有其事由時。若各社員不請求解散。而請求某社員之除名。則因其請求。而除其社員之名。要之。務使不至於解散而止。且以補足除名事由之遺漏。

法定之事由如左。

### 一 會社目的之事業之成功。或其成功之不能。

雖有謂無論事業之成功及其成功之不能。結局歸於裁判所之認定。故不如徑以此為因於裁判所命令之解散原因。然以裁判所止在有爭時認定之。別有會社因於事實之發生。而當然解散者。故為因於法定事由之解散。若想像極端之例時。有社員悉信事業之成功。或悉以成功為不能。而會社自然解散者。

### 二 社員為一人時。

關於社團法人之消滅。為說甚多。或曰。社團法人之成立。雖須二以上之人。業已成立以後。社員雖全缺亦可。或則曰。社團法人。至少須有一人之社員。又或則曰。社團法人之本質。常要二人以上。在日本民法之解釋。社員止有一人亦可。然商法則以明文定。會社之社員為一人時。會社為解散。是蓋因認一般法人。與以商業為目的之會社。彼此有差之

故。在合名會社之社員爲二人者。因一人死亡。而會社可忽解散。故於此欲與其相續人共繼續會社。則須以定款豫定。社員死亡時。直以相續人爲社員。

### 三 會社之破產。

因會社破產時。失行爲能力之大部分。其須解散。自爲當然。他國之法有定社員之一人破產。亦使會社解散者。然日本既純以合名會社爲法人。自不能有此規定。學者中。又有主張會社停止支拂時。卽使之解散者。日本亦不採之。抑且在他國法。會社雖於破產以後。亦得以債權者之協議。而使繼續會社。然今既未有特別之規定。則此解釋固不得用焉。

因於裁判所之命令者如左。

裁判所有以職權而命令之者。有因檢事之請求而爲之者。且亦有因當事者之請求者。雖然。因於當事者之請求者。信爲宜入於因於當事者之意思而爲解散之中。其他之例。則率基於公權之發動而爲解散。其要例則爲會社爲反於公之秩序或善良之風俗之行爲者。是。四八。又四七。又八三。

### 解散之效果

合名會社之解散之效果。在使合名會社消滅其爲會社之存在。縱令於清算之目的之範圍內。尙視爲存續。然因其以商業爲目的之會社。至於不得爲商業。而既失其本質矣。故本體爲已消滅。所存者祇若遺骸耳。

會社既已解散。除合併及破產者外。要於二週間內。於本店及支店之所在地。爲其登記。在合併。則其因合併而消滅之會社。使於合併後二週間內。在本店及支店之所在地。爲登記。七六。又八一。故於茲不詳。在破產。則因依於破產法之規定而使登記。故亦不列於此。

### 第六節 清算

會社之清算者。謂於會社之解散後。處分會社財產之包括的行爲。學者中有謂清算。係以會社財產換金錢之行爲。或歸著於換金錢之行爲。此實不然。蓋清算者。乃總合從會社解散時。至財產分配之終。所應爲之各種行爲。其中有現務之結了。有債權之取立。按取立。猶言催索。有債務之辨濟。有餘剩財產之分配。決非止於以財產換金錢。亦不必常要換金錢也。

會社解散時。則法人消滅。法人消滅時。則其權利義務。理應爲無主物。然可以爲社員者。視如相續人。而使承繼會社之權義。惟直接使之承繼時。或至損害會社之債權者。及社員各自之債權者。且反於以會社爲法人之主意。故規定他之處分方法。從其便宜。而使會社儼

如尙存者。多數國之法律。定爲會社雖解散後。然於清算之目的之範圍內。尙視爲存續者。皆此之故。日本商法亦爲其一。<sup>四八</sup>因會社全體已消滅。惟因某種目的而存在。故德意志之學者。評清算中之會社。稱爲死後之生活。德意志商法。因欲明其會社正在清算中。而使於商號中。標明其爲清算中之會社。

### 清算之種類

會社於既成立後而消滅者。處分會社財產之方法有四種。卽法定清算、任意清算、準清算、及破產或合併後之處分。是也。

#### 一 法定清算

法定清算。爲狹義之清算。單稱清算時。常有指爲法定清算者。於會社解散之際。應如何處分其財產。與應由何人爲之等定之法律。第六節題爲清算之規定。中多緣此而生者也。爲立法論者中。雖有謂會社消滅後之財產處分。悉使依於同一之規定。卽清算。悉應爲法定清算者。但非必得達此的。故以法定清算爲原則。而於他認例外焉。

#### 二 任意清算

任意清算者。會社以定款。或總社員之同意。定會社財產之處分方法。而遂行之。之謂也。

雖在會社之尙未甚發達、又不爲法人之時代。會社財產之處分方法。全因契約而定。特別之現象。不過僅於破產之時有之。然自會社由單純的契約關係、爲團體關係、遂至於爲法人。乃生關於解散後處分之特別規定。以由是而爲之清算、稱爲法定之清算。厥後以法定之清算爲原則。任意之清算爲例外。遂至竟有以任意清算爲應禁之說。雖然、合名會社爲少數人間之團體。專以相互之信用而立之者。斷無須常使依於法定之處分方法。故認任意清算也。要之、在不使第三者蒙其損害而已。

於任意清算之際。會社應從其解散之日二週間內。作財產目錄及貸借對照表。對債權者。以對於其處分方法可述異議之旨、爲公告及催告。於述之者。爲辨濟或供相當之擔保。若債權者雖已述異議。顧不爲辨濟、又不供擔保、而處分會社財產時。不得以之對抗於其債權者。因而債權者得以既被處分之財產、視爲尙未處分者。而行追及權。但雖規定若此。苟以其財產更被處分、而歸於善意之第三者時。則會社之債權者亦仍無如之何。故此規定。亦尙未足保護會社之債權者。

會社之爲法定清算與爲任意清算。雖爲隨意。然不得將二者折衷用之。蓋在法定清算。有不要使債權者述異議之利益。在任意清算。有於未終債務之辨濟以前、得分配會社

### 三 準清算。

財產之利益。若許以二種之清算。混合取捨時。則會社且濫用之而害第三者也。

準清算者。於會社著手事業以後。其設立被取消者。所爲之計算也。○。會社既成立後。爲解散時。雖明爲清算。若會社之設立被取消時。其效力遡及既往。會社自初爲不成立。故可不須行清算。然因會社迄於取消以前。爲有效成立。執行諸般之業務。既生種種之權利義務。故若於取消後。悉爲回復原狀者。則生種種之困難。故甯使與成立之會社解散同視。準解散之例而爲清算。名曰準清算。準清算之規定。不止定設立取消後之處分方法。同時於與取消之效力之普通場合爲異者。亦定之。

行準清算者。爲裁判所之所選任之清算人。裁判所因於利害關係人之請求而選任之。雖廣稱利害關係人。然其主要者。應屬於爲社員者。會社之債權者。債務者等。裁判所選任之人。雖無限定。然多從社員中選任之。利害關係人不請求清算人之選任時。則不生清算人。而清算乃必須爲之者。則惟有準會社解散之際。使爲社員者爲自然之清算人。履行此義務。

日本以合名會社之清算。限於會社既著手於事業以後。其設立被取消之際。或謂可不



問著手於事業與否。於凡屬設立被取消者。均行之。但在事業未著手之際。所生之關係甚稀。故無使爲清算之要。又或者謂。於發見會社之設立爲無效之際。亦應使爲準清算。此亦有一面之理。現關於株式會社亦即如此。二三然在合名會社。著手於事業以後。發見無效之事頗少。其偶有之。亦可使從普通之原則。故以準清算限於取消。

#### 四 破產或合併後之處分。

會社因破產而解散時。應從破產法之手續。而爲財產之處分。此處分。雖亦爲一種之清算。然因其手續。大異於普通清算之手續。故不曰清算。商法亦以此由清算中除外之。在會社爲合併之際。因舉其財產而使移轉於他之會社。故爲財產之包括處分。而非清算。其生合併特別規定之一大理由。卽在於使會社無須別行清算。故外之於清算。甯當然耳。

四種之處分方法中。最主要者。爲法定清算。故以下當專關於法定清算述之。

#### 清算人之種類

爲法定清算者。稱爲法定清算人。畧稱清算人。乃於會社解散之後。從法律之規定。而有處分會社財產之權義者也。此有三種。

## 一 總社員。

清算以總社員爲之爲本則。合名會社之社員。乃於會社解散之際。當然應爲清算人者。故稱爲自生之清算人。爲清算人之事。乃社員之權利。亦爲義務。不得辭之。且不得以他之社員之一致。而斥去某社員使不爲清算人。

社員不得辭其爲清算人。法律雖止定。清算以總社員。或其所選任者爲之。未嘗如業務執行之際。明定有爲之之權利及義務。然其主意則同。於社員亦有清算之義務。故不得漫辭之也。<sup>八七</sup>又<sup>五六</sup>社員若得辭之時。則可至於無爲清算者。而釀損害於第三者。且有害於一般之經濟。是以社員雖有不得已事由。亦不得辭。蓋法律凡於不得已之時。許其爲某事者。必特置明文。<sup>六八</sup>又<sup>三八</sup>而關於清算。則未嘗定社員有不得已事由時。得辭其爲清算也。關於組合。其被選任爲清算人之組合員。有正當之事由時。得辭之。然在未被選任而爲當然之清算人之總組合員。則不得辭。故在合名會社。亦須解爲凡自生之清算人。不論如何。皆不得辭其任者也。

有對於吾人所言。若總之社員辭其爲清算人之事。將至全無清算人。而持異說者。謂若總之社員辭其爲清算人時。則可由裁判所因利害關係人之請求而選任清算人。然在

日本國法。則固將裁判所得選任清算人之情事。明爲限定者。故於其所定之外。自無選任之權。縱裁判所於一切情事。得爲選任。然爲其所選任者。辭爲清算人時。亦仍莫如之何。故以公平課其負擔於總社員爲當。社員尙有不得已事由。以爲得辭。於理論固屬可通。然於法文之解釋。則以不許其辭爲當。

社員無反於自己之意思。而被斥使不爲清算人者。換言之。卽雖以社員之過半數或一致。亦不得奪某社員之爲清算人之權利。蓋因法律雖關於除名其他之事項。定爲得其他之社員之決議而排斥某社員。然關於清算。則無此規定。故應作如此解。且關於清算。有必須認總社員之權利之理由故也。某學者謂。得以過半數之同意而奪某社員之爲清算人之權利。其理由。因商法第八七條云。清算以總社員或其所選任者爲之。清算人之選任。以社員之過半數決之。故以社員之過半數而得將某社員爲清算人。則其結果自得將他之社員排斥。然此說殊誤。蓋商法於清算事。使以總社員爲之。抑使其所選任者爲之。先行規定。迨既定以總社員之意見而特選任清算人之後。果以何人充之耶。則云以過半數而決之。斷非定從初卽得以社員之過半數而將某人選任者。蓋清算爲於各社員有利害之大關係者。又在清算人。選任得及於社員以外之人。從此點觀察時。益

不可不將法文嚴正解釋。而防多數壓制之弊。若再與關於業務執行社員之選任之規定。比較研究時。益知茲決論之正當矣。

在社員死亡之際。則使相續人行社員之權利。二。蓋合名會社置重於人。於使新社員加入。要總社員之同意。雖關於社員之死亡後。以相續人爲社員者。亦然。惟清算則與會社事業之續行爲異。僅止於爲現務之結了。財產之分配等。故雖於相續人亦須與此權利。且不可不與之。苟知於某社員因死亡而退社者。會社欲拂戾其持分。於相續人。且爲類於清算之行爲。則於解散之際。使相續人加入而共爲清算。自爲當然矣。倘社員死亡之際。其相續人有數人時。則關於清算而可行社員之權利者。要定爲一人。雖數人之社員死亡。相續人爲同一人。然不得以其一人而用時將數人之社員之權利。分別行使之。

## 二 因於社員所選任之清算人。

清算雖以總社員行之爲本則。然亦得以總社員之同意。而特選任或人使爲清算。有以定款定之者。亦或有以單純之總社員之同意而定之者。然要皆於選任特定清算人。先爲一致。然後決議應以何人充之。且於選此人之決議。應以社員之過半數而決。若不得

過半數時。則將至無爲清算人者。故仍歸於本則。而由總社員清算。

爲清算人者。不論爲社員亦可。爲社員以外之人亦可。蓋因清算爲會社解散後之處分。而與爲會社之營業異。故不要以清算人限定於社員。止須有爲會社及第三者、而誠實迅速、結了殘務之能力者。爲已足。特因清算爲一種之技術。故往往有因須用專門家者。其對社員以外之人、不外爲受選任之申込者。承諾出其隨意。無論已。卽爲社員者亦得辭之。蓋無使某社員應比他之社員負擔爲多之理由也。

因於選任之清算人。得以社員之過半數而隨時解任。於解任不須豫告。亦不須有正當之理由。雖因無正當之理由而爲解任。致清算人受損害。亦不須賠償之。蓋因船舶所有者、得隨時將船長解任。曾明言苟無正當之理由而解任時。須賠償其因此所生之損害。而於清算人之際。則未明言之也。四五七且因會社之清算人、與船長之間。情態有所異。故在船長雖與以賠償之請求權。而在清算人、得解爲不與之者。不與賠償。於立法上之可否。別成問題。而清算人爲有廣大之權限、爲財產之處分者。苟社員多數不信之時。則一日亦不能放任。故須使不論何時得爲解任也。又此所云清算人之選任或解任、以社員之過半數決議行之、其過半數。乃以選任或解任當時之現在數爲標準。因而在多數

社員死亡之際。於過半數可生差異焉。

清算人之解任。雖以社員之過半數決議行之爲本則。然有重要事由時。裁判所得因利害關係人之請求。將清算人解任。九六。例如其清算人爲極不公平之處分。或犯破廉恥罪或害信用之罪者。是已。

### 三 因於裁判所所選任之清算人。

裁判所有以命令而解散會社之事。(一)例如會社爲反於公之秩序或善良之風俗之行爲時。於本店之所在地爲登記之後。滿六個月。尙不爲開業時。有不得已事由。而由社員請求解散時等。因爲之選任清算人者。又有於社員爲一人。而會社解散之際。爲之選任清算人者。(二)前之事件。因於當事者之利害及公益有關係。故因利害關係人或檢事之請求而選任之後之事例。因慮當事者之利害。故僅因利害關係人之請求而選任之。

裁判所所選任之清算人。不得以社員之隨意而解任之。蓋因無何等特別之規定時。則凡有解任清算人之權者。必爲選任之者。故也。雖在裁判所因利害關係人之請求而選任者。亦不得由利害關係人之隨意解任之。雖有清算人之同意。亦尙未足。必不可不再

## 於裁判所請求其解任。

清算人之選任解任或變更。須在二週間內、於本店及支店之所在地爲登記。其選任時。須由被選任之清算人自登記之。其解任時。須由餘之清算人登記之。雖關於變更、亦爲同一。選任登記以登記其氏名住所爲足。解任登記。止爲登記之抹消。九〇 又 九七

## 清算人之職務

清算人之職務一語。有廣狹二義。其廣義。謂清算人於其爲清算人所應爲之一切之事項。其狹義。謂清算人所應爲之事項中之重要者。日本商法採狹義。而於清算人之職務。爲現務之結了、債權之取立、債務之辨濟、及剩餘財產之分配等。其爲此以前所須之手續。爲此既終以後應爲之手續。概不入於其中。即清算人之職務。止揭重要之事項。而其他之事項。視爲附屬的者。

清算人既被選任時。應於二週間內、登記自己之姓名住所。就職之後。無遲滯調查會社財產之現況、作財產目錄及貸借對照表。以之交付於社員。有社員之請求時。應報告每月清算之狀況。結了現務。取立債權、而辨濟債務。會社之現存財產不足完濟其債務時。則使社員爲出資。於辨濟債務之後、有殘餘財產時。以之分配於社員。此等之任務既終了時。無遲

滯爲計算而求各社員之承認。清算既結了時。無遲滯爲其登記。

此爲概括的說明。此外、在清算中、會社財產至於分明不足完濟其債務時。有應卽爲破產宣告之請求、而公告其旨、之職務。當任務終了之後、爲計算而求各社員之承認。若某社員述異議時。亦有應之之手段。故若細別之。則極多。而失於煩。茲惟將職務之本體、卽商法所載爲清算人之職務者。說明之。

### 一 現務之結了。

會社雖解散。其以前所著手之業務、不可不完結之。蓋若聽其放擲。則於會社爲多不利。於第三者亦爲多不利。因之清算人雖爲種種之新的法律行爲亦可。有委任代理人之事。有雇入使用人之事。有爲賣買、交換、更改、免除等、行爲之事。有使會社之債務者、履行其債務、會社對於第三者履行所負之債務之事。

### 二 債權之取立及債務之辨濟。

債權之取立。專爲對於金錢債務者、請求其債務之履行。例如使之返濟貸金。使之支拂其賣却代金。按賣却代金猶言賣值等是。其以外之債權行使。多應入於現務之結了中。雖然、債權行使中、有非屬於現務之結了者。宜入於債權之取立中、而爲清算人之職務。蓋取立之



文字。非必以債權之目的限於金錢之給付也。會社所有之債權。當會社解散之際。若已至辨濟期者。雖即得請求辨濟。其不然者。則不可不待期限之到來。因而須爲更改交換等之行為。而爲適當之處分。

債務之辨濟。謂履行會社所負擔之債務。其期限之已到來者。應即爲履行。其期限雖未到來。而以直即辨濟爲得策者。應拋棄期限之利益。而直即辨濟。雖然。間或有不得以自己之隨意短縮期限者。又有自己不欲拋棄期限之利益者。在如此之際。債務之辨濟久延。而因以延清算。是以清算人應爲更改免除等。不害債權者以圖會社利益焉。

清算人當辨濟會社之債務。不論以何之債權爲先皆可。從條理言。爲期限之先者。先之可也。從會社之利益言。爲負擔之重者。先之亦可也。兩者均爲同等時。雖應平分而辨濟。然與破產之際爲異。清算人多自由活動之餘地。惟清算人若以詐害某債權者之意思。而先辨濟某債務時。則被害者得從一般之原則。而行廢罷訴權而已。合名會社之清算人之辨濟能力之大。得比照株式會社之清算人之能力而知之。二三四又二  
六二民七九

清算人之職務。雖謂在於取立債權而辨濟債務。然此決非以定事之順序。故於債權取立未終以前而先辨濟債務可也。即當著手於債權取立以前而先爲辨濟亦可。會社財

產之分配。雖須在會社債務之辨濟以後。而關於其他之事項。則無前後之區別。一依於清算人之所決。且會社現存之財產。不足完濟其債務時。清算人得不問在辨濟期與否。而使社員爲出資。<sup>九</sup>關於此規定頗有疑義。故須說明於左。

所謂會社現存之財產。謂金錢有價物之類是。雖無論如何廣解之。亦總不含可使社員履行出資之義務之債權在內。日本商法。分會社之財產爲現存之財產。與非現存之財產。其使包含此兩者者。單稱爲會社財產。<sup>六三</sup>又<sup>一七</sup>若於僅示現存財產者。則特表現存財產字樣。雖就理論而言。於財產不得有現存者與非現存者之分。然因日本商法採用此語。故於說明商法。不可不爲此區別。而兩者之區別。雖不甚分曉。然以之明會社所有使社員爲出資之權利。爲非現存之財產。則亦已足。

清算人當拂渡

按拂渡猶言付去

會社所存之金錢。給付債務之目的物。陸續爲辨濟債務之各

事。若尙有債務。不得以現存財產完濟之者。則得使社員爲出資。條文所云。「於完濟債務爲不足時。」謂既生不足。故僅明知甚爲不足。尙不得使爲出資。蓋以若於此爲亦得使爲出資之主意。則應明示之。如「在清算中會社財產不足完濟其債務至於分明時」云云。<sup>九一</sup>三項今但曰爲不足時。則須知其主旨之何在矣。又即從立法論而言。亦不必

於僅知不足以現存財產完濟債務時。即使社員不拘於辨濟期而爲出資之事也。

此所稱辨濟期。爲社員之出資之辨濟期。蓋爲出資。乃社員對於會社之債務。而以其爲出資事。稱爲債務之辨濟。雖一完納其出資。其債務卽爲消滅。然出資不須立即完納。或有定以期限爲之者。於此。則非至其期限。不須爲出資。然限於會社之現存財產不足時。則不拘於此期限。應使爲出資也。或者雖謂此所稱辨濟期者。爲會社債務之辨濟期。然其說實誤。若不以此解爲社員之出資義務之辨濟期。則將至清算人迄於出資之期限之到來。始不得使社員爲出資矣。

清算人雖使社員爲出資。辨濟會社債務。然尙不能完濟之之時。則應請求破產。自無論已。然法律因會社之債權者。社員自身。及一般經濟會社。均須保護。故使清算人不待財產之現實之不足。更使社員爲出資。惟合現存財產。與由社員出資所得之財產。亦認爲分明不足完濟會社債務時。乃使立即請求破產之宣告。清算人怠於此事。處以十元以上千元以下之過料。九一 又

清算人請求破產宣告後。設生有破產管財人時。引渡其事務於管財人。終了自己之任務。

### 三 剩餘財產之分配。

會社債務之完濟後。財產有剩餘時。清算人應分配之於社員。<sup>五九</sup>他國亦有許於債務之完濟以前、分配財產。於會社財產爲不足之際。使返還之。然日本則爲要先辨濟一切之債務。在條文中雖云債務、而不云完濟。然其主意。則在於非以從適法之手續、於適法之時機、應爲辨濟之債務、悉行辨濟之後。不得將財產分配。於其會社之債務中。有爲會社於事業之繼續中所生者。及於清算中所生者。

剩餘財產。全數分配亦可。然亦有慮日後某債務之被發見、而將一部不爲分配者。剩餘財產尙存時。會社之債權者、雖經過解散登記後五年。亦尙得請求辨濟。<sup>三一〇</sup>然於若何之際而此種之債務爲存耶。又此等未辨濟債務猶存、而清算人何以得爲適法之分配耶。生有種種之疑問。然從債權之申出、清算之手續等規定之適用。則可以知此種債務。有尙存之餘地耳。

清算終了時。清算人之任務爲終了。而會社自己至於無須存續。故全然消滅。雖然、因供日後證據其他之用。使會社將其帳簿、關於營業之信書、及關於清算之一切之書類、悉保存之。其保存之期間。在任意處分者。爲解散登記後十年間。在其他爲清算終了登記後十年

問。

第二編 會社 第二章 合名會社 第六節 清算

保存者。不論爲爲社員者亦可。爲清算人者亦可。又爲其以外之人亦可。總以社員之過半數定之。因無關於保存之場所、方法、等之規定。故不外乎依於事物之性質、慣習等而決。又雖有關於舊社員、舊清算人、其他之利害關係人、得閱覽之與否。若得閱覽時、其手續如何、保存者不盡保存之義務時、應如何等。他國有悉爲之規定者。然在日本商法。則毫無規定。故亦不外參酌事物之性質、商慣習等、而決之。

清算人所有隨於其職務之權限。得分之爲內外之二關係。在內部關係。則清算人爲一人時。有隨於其職務之全權。若有數人時。以過半數而決。在外部關係。則清算人有各自代表會社。<sup>三九</sup>而行狹義之職務、卽如現務之結了債權之取立債務之辨濟及財產之分配、所須之一切權限。於其代理權所加之制限。不得以之對抗於善意之第三者。

關於此外之職務。殆無可視爲代理行爲者。因多爲事實上之行爲。殆不生代理權之問題。然若間或發生時。則彼其權限爲不明。卽得以於其權限所加之制限、對抗於善意之第三者與否。亦爲不明。夫關於代理權以外之代表權。依所謂各自代表會社之規定、於各清算人既有其代表權。而此規定。則爲關於公益。故解爲不得以當事者意思制限之者宜也。

### 第三章 合資會社

商法先規定合名會社。次乃以其規定準用於合資會社。故說明商法。以先詳說合名會社爲便。又合名會社僅由無限責任社員所成。合資會社則由無限責任社員與有限責任社員所成。較爲複雜。是亦爲宜先說明合名會社之一理由。合資會社規定有不足者。悉準用合名會社之規定。卽關於合資會社別有所定。而如關於無限責任社員者。亦大率可推合名會社之規定而知之。

合資會社。從關於海外之事業而起。其後在海內之事業亦用之。最著者爲航海事業。是蓋因航海事業須費巨資。且爲冒險。故勢須糾合多數人之資本。而營之。又以合同資本家與航海者。由資本家出資。航海者供勞務。而分配所得利益。於事爲便也。由此事情。而合資會社遂以發達。在中世特有助於合資會社發達者。爲捕獲會社焉。

首依合資組織而營之海內事業。爲銀行事業。是蓋因欲爲兩替。兌換卽手形取引等事業。要多額資本。而一朝失敗。動有破產之虞。故自宜合多數者之資本。厥後漸於他種事業亦應用之。遂以有今日之情形。

於以會社之組織爲標準。而說明沿革者之中。多謂合資會社從中世紀地中海沿岸諸市

所生之壳姆梅痕達而起。壳姆梅痕達者。有信用或委託之意義。卽某人信用他人、以財產委託之、而使爲某事業。受因此所生之利益之分配之謂。委託某種商品於遠赴海外之船員、而使之販賣、分配所得之利益時。則當事者之一方爲出資者、而相手方爲勞務者。從委託之點言之時。則爲委託者與受託者。卽壳姆曼痕迭梯烏羅、與壳姆曼痕迭梯、是也。此制起於意大利而及於法國。依路易商令、而明認爲合資會社。法國商法繼受之。更於德意志商法上。亦定合資會社焉。又在德意志有合資會社與匿名組合相並發達之說。觀於二者皆爲出資者與勞務者之結合。至今德於此兩制度之當事者、尙予以同一之名稱。亦可以推其起原沿革矣。日本繼受法德之法制、而規定合資會社。本稱爲差金會社。後改合資會社。而會社之實質。轉爲其名稱所晦焉。

### 合資會社之性質

合資會社。爲由有限責任社員與無限責任社員所成之會社。其應述之特色。在於其社員之有限責任者及無限責任者混合一事。從而一面與僅由無限責任社員所成之合名會社別。他一面則與僅由爲有限責任社員之株主所成之株式會社別。當法國商法編纂之際。有因欲示此特質、附以混合會社之名者。然不見採用、而採用沿革上之名稱。仍名之爲

索希愛脫、阿痕、壳姆曼痕迭子托。合資會社以備二種社員爲要素。則不得僅以無限責任社員設立。僅以有限責任社員。亦不得設立之。僅以無限責任社員而設立時。則爲合名會社。若欲僅以有限責任社員而設立。則因日本無此會社。故無效焉。

凡設立合資會社。須作成定款。欲以之對抗於第三者。須於本店所在地登記。而此等之事。殆一切會社所共通者也。定款所應定之事項、登記簿所應登記之事項等。大體亦等於合名會社。其所異者。則在於兼示二種社員而已。卽無論定款登記。均使將各社員之責任爲有限或無限。分別記載之一〇〇七<sup>六</sup>又會社之設立、關於會社之內外之關係、社員之退社、會社之解散及清算。大體悉與合名會社同。

今當說明合資會社特別之規定時。分爲無限責任社員、與有限責任社員。

### 無限責任社員

合資會社之無限責任社員。以有執行會社之業務之權利並負義務爲原則。若以定款特定某社員爲執行社員時。則從之。若執行社員有數人時。則執行以其過半數而決。<sup>九一〇</sup>合資會社。置此明文。而合名會社則不置。而關於合名會社。遂有生疑者。但合名會社。解爲可準用組合之規定。斯其當以過半數決議。亦同於合資。



各無限責任社員代表會社。爲原則。若以定款或總社員之同意、特定應可代表會社之社員時。則僅其社員代表會社。於支配人之選任及解任。雖既定執行社員。仍以無限責任社員之過半數決之。一一〇<sup>四</sup>又 此等事項。率由合名會社之規定、得以推知者。

此等關於合資會社之無限責任社員之規定。不論於內外之關係。均與在於合名會社者相等。故歐洲之學者中。有說明合資會社之無限責任社員、爲在合資會社中、別自設立合名會社者。雖然謂在一之會社內設立他之會社。卽在不以會社爲法人之國法之下。其說亦未易通行。而於法律特以此爲法人者更無論已。利握旗卡氏與余說同。無限責任社員。對於會社、負應爲出資之義務。與合名會社之社員相等。

### 有限責任社員

合資會社之特色。在於有限責任社員之存在。

有限責任社員。不得執行會社之業務及代表會社。<sup>五一</sup>蓋因此種社員之責任。以其出資爲限。故與會社之關係不密。因而從事於會社之業務。必不如從事於自己之業務。故也。且從合資會社之性質言之。亦因此種會社、爲某人因自己之資力不足、而欲得他資本家之協力者。故在理宜以自己執行業務、而不使出資者執行之。有限責任社員。本不得執行業

務。苟執行之時則被除名且賠償因此所加於會社之損害。若爲其執行之行爲而使第三者信自己爲無限責任社員時。則負與無限責任社員同一之責任。然以其不執行會社之業務。又不代表會社。故亦不負競爭禁止之義務。得隨意爲自己或第三者爲屬於會社之營業之部類之商行爲。或爲以同種之營業爲目的之他之會社之無限責任社員。一

三 有限責任社員。以會社之商業使用人而爲行爲。非法律之所禁。爲業務執行社員固不可。然以之爲使用人而使爲特定事項則可。卽爲支配人亦可。

有限責任社員。得監督會社。因而得稱爲監督機關。其監督之方法。爲於營業年度之終。在營業時間內。求會社之財產目錄及貸借對照表之閱覽。且檢查會社之業務。及會社財產之狀況。有重要之事由時。得隨時以會社業務及會社財產之狀況之檢查。請求於裁判所。一一雖不得以此外之方法爲監督。然因此種方法乃包括的者。故卽此已足。且此權利。爲由公益上來者。雖以定款。亦不得奪之。在合名會社。爲各社員得執行業務者。故殊無須更認特別之監督權。而在合資會社。則因有限責任社員不得爲業務執行社員。故必使有監督權。於株式會社之置監查役。頗復相類。

有限責任社員。有出資之義務。與無限責任社員。及合名會社之社員無所異。雖然。在限定出資目的之點爲異。而有限責任社員。不得以財產以外之物。爲出資之目的。第一〇八條曰。有限責任社員。得以僅止金錢其他之財產。爲其出資之目的。此制限蓋使不得以勞務信用等注重於人者爲出資。其故因有限責任社員。不得以社員而躬執行其業務。因而以此種勞務爲出資無所用也。又不得代表會社。故不得以信用爲出資。且從合資會社之目的言之。其用意在使資本家以金錢、有價物、債權、爲出資。與事業家之勞務信用相合。以營事業。故限定出資目的。殊爲至當。惟因法文泛言有限責任社員。得以財產爲出資之目的。致有因財產二字之解釋。而勞務信用亦入於其中者。實爲缺點。德意志學者。解釋德意志商法所稱有限責任社員。應以財產爲出資之意義。作爲應以資金爲出資之意義。又某學者謂。此際之出資。以客觀的財產爲意義。又有他學者亦謂。此種出資。乃當未爲出資以前。屬於其社員之所有。而爲可得讓渡之財產者也。因有限責任社員之出資。專爲財產。而稱爲由於財產之社員。與由於人之無限責任社員別焉。

有限責任社員。欲讓渡其持分。要無限責任社員全員之承諾。一一夫關於此種社員。專從財產之點而觀。使隨意爲讓渡。似亦爲可。然於此又稍注視於社員其人。以持分之讓渡。爲

要無限責任社員全員之承諾。條文定有限責任社員，若有無限責任社員全員之承諾時，得讓渡其持分。云云。故苟無承諾，不得讓渡。若讓渡，則宜若視為無效者。其實不然。蓋讓渡之於當事者間，總爲有效。在合名會社之社員，不得他社員之承諾而爲讓渡。於當事者間，猶且有效。惟止於不得以此對抗於會社。則於合資會社之有限責任社員之讓渡，更應作如此解矣。

無限責任社員。欲讓渡其持分。要無限責任社員及有限責任社員全員之同意。雖有反對說。然吾人從文理的及精神的解釋。結果如此。

### 退社及解散

關於退社及解散。亦與合名會社之規定，所異者極鮮。

在於合名會社。以社員之禁治產，爲因於法律所規定之退社原因。解爲雖以定款，亦不得變更之者。若合資會社之有限責任社員，則雖受禁治產之宣告，亦不爲退社。是蓋因此種社員。係止爲財產的出資，不執行業務，又不代表會社之性質。故雖受禁治產之宣告，亦於會社無所影響。仍使存在於會社爲有益。故也。又在合名會社。則社員因死亡而退社。相續人無代之而爲社員者。惟在以定款特定者。相續人得爲社員而已。若在於合資會社。則使

有限責任社員之相續人，當然代爲社員。恰等於使株式會社之株主之相續人，當然代爲株主也。

解散事由。爲合資會社所獨有者。則爲因社員之退社而生者。合資會社。於社員爲一人時，會社解散。與合名會社相同。此外在合資會社，又因無限責任社員或有限責任社員之全員退社而解散者。是蓋因合資會社要此二個之原素，缺其一，自宜消滅，故也。八一雖然，於有限責任社員全員退社之際，使得以無限責任社員之一致，作爲合名會社，而將會社繼續。此時會社則仍舊而存。不要爲清算或爲會社財產之處分。惟使關於合資會社，爲解散登記。關於合名會社，爲等於設立登記之登記而已。此祇以無限責任社員之一致爲已足。不問會社之債權者，其他第三者之意見。會社亦不爲消滅。蓋無限責任社員，全存。即退社之有限責任社員，亦於一定之期間負責任。故不致於第三者有所不利。且較使之解散而爲清算。其利爲多耳。

在無限責任社員，悉爲退社之際，會社率爲消滅。蓋雖欲以有限責任社員之一致，而使會社繼續。然在日本則無有限責任會社故也。

#### 第四章 株式會社

關於株式會社之起原及沿革。學者之說不一。但無論何說。概祇云起於中世紀。大別而爲起於意大利之說。與起於歐洲北海岸之說。前者以金錢債權者團體蒙的銀行事業等爲是之起原。後者則多以船舶共有拉來烏迭爲起原。

蒙的斯者。稱爲馬握那。又稱爲馬霍那。由阿刺伯語之馬烏那而來。爲債權者之團體。由團體貸一定之金額於國家。關於其金額。團體員各自負擔一定之額。止於其額負責任。過此則不負之。且分配由國家所付於團體之利息。各團體員之權利。遂若爲一種之持分。稱之爲洛卡。而爲得以自由賣買讓與者。馬握那之最古者。雖稱一三四年歇屋諾地之馬握那。然稍爲曖昧。若可確知其性質。又其洛卡之流通較廣而爲現今株式會社之起原者。則爲熱那亞地之凱屋羅俄銀行。

謂株式會社。從船舶共有而起者。其在海商法學者中。固無論已。卽專攻一般商法之學者中。亦有多數。蓋因航海業。要大資本。且爲冒險事業。故不適於爲一個人之事業。殊在保險制度未生之時代。爲尤甚。故因欲合多數之資本而經營之。遂將一個之船舶。爲多數人所共有。各自對於船舶。有持分。使持分之輾轉得以自由。而有類株式。在意國及法國。則習慣上分船舶爲二十四部。在英國。則法律上分之爲六十四部。一人得有一個或數個之部分。

以此而船舶恰如由二十四株或六十四株所成之株式會社。從此而生株式會社。於事至適。雖或有云。株式會社之株主權利。可以金錢換算。船舶共有者之持分。則爲對於船舶其物而有之者。故二者實異。又或言會社爲法人。共有止爲事實。故亦不同。然此二者固殊。但從船舶共有而致生株式會社之思想。則爲不可誣之事。而以船舶共有爲株式會社之起原。非妄也。又株式會社從航海事業而大著發達。此則歷觀諸國之會社史及航海史。亦爲甚明。荷蘭之東印度會社。二年六○英國之東印度會社。蒲拉痕迭痕蒲羅克之阿美利加會社等。皆其實例。中如荷蘭東印度會社。發達最先。而爲株式之原語之阿苦起烏。實從此會社而始見。

### 株式會社之特質

株式會社之特質。因國而異。例如在德意志則因合名會社非純然的法人。而得以爲純然的法人。作爲株式會社之特色。若日本商法。則因一切會社均爲純然的法人。而不得以此爲株式會社之特色。又在德意志。則於合名會社及合資會社。雖必不可不以商業爲目的。而於株式會社。則有不以商業爲目的。亦可者。故從此點。亦得將株式會社。與他之會社區別。然日本商法。則因一切會社必以商業爲目的。故不得以此爲區別之標準。關於英法其

他諸國之會社而言之亦然。

無論何國商法。均可作爲株式會社之特色。而顯與合名會社及合資會社異者。在於其爲純然的財產會社。在合名會社及合資會社。措重於人與財產。而尤措重於人。必審其社員之爲何人。若在株式會社。則措重於財產。殆不問出資者之人爲何若者。故於經濟的說明。及資本額之統計等。而將會社與個人比較之際。屢有以合名會社及合資會社。列於個人之類者。因此根本之異。而此外多數差殊。乃緣之而起。

株式會社之株主之責任爲有限。其爲株主而關於會社之債務。負無限之責任者。全無一人。其取締役或監查役。有關於某行爲負無限之責者。則爲從行爲之性質上負之者。爲對於自己之行爲負之者。雖偶有以取締役或監查役資格而負責之事。然要非以株主資格而負責。此與在合名會社之一切社員。在合資會社之一部社員。必以社員而負無限之責任者。全殊也。一四

株式會社。爲財產之所集合者。而各株主之責任。以株式金額爲限。故不論何人。亦可得爲株主。不要細密調查其人之信用品性等。因而株式之讓渡。亦爲隨意。因欲以之對抗於第三者。亦祇使通知於會社。記入於帳簿。爲足。與在合名會社。合資會社。於以持分之讓渡。對



## 第二編 會社 第四章 株式會社 第一節 設立

抗於會社、要他之社員之承諾者。大有所異。又因此同一理由。而株主死亡時。以相續人當然爲株主。又不論何人。皆得以爲株主。故株主間通常不相知。雖會社之業務執行。亦不得常以株主之同意而爲之。因之爲作成及表示會社之意思。而設特定之機關焉。

因特質之異。而設立之方法。對抗之手續等。亦與在於合名會社及合資會社者大異。卽成立後之業務執行。其執行之監督方法等。亦有所異。又設他之會社所無之資本充實之規定。關於會社契約之廢止、變更等。亦特有所規定。且於各員附以別名。曰社員。亦曰株主。稱以會員資格而所有者。爲社員。或持分。稱以株主資格而所有者。爲株主。或株式。於是稱其會社爲株式會社矣。在於昔時某國。有以會社中。商號有必使用集合社員氏名者。名之爲合名會社。而於株式會社。則不須用株主之氏名。因稱爲無名會社。而使彼此對照者。

## 第一節 設立

關於株式會社之設立。有四主義。據其盛行時代之先後。列之如左。

## 第一 公立主義。

此爲最古主義。而爲會社思想不發達。弊害叢生之代所行者。此時見會社事業有利。輒立會社。無智之小民。從而附和。破產之害。乃卽蒙於彼等。卽稍良者。而於會社之設立及

繼續等、毫無經驗。而組織罕能完全。因此國家及其他公法人。乃自組織會社、而使個人附株。直接設立之者。亦有在法治之代、出特別法令、而設立之者。如南滿洲鐵道株式會社更有國家自爲株主、君主及官吏亦皆爲株主、以誘導世人者。此主義。雖至今於某種類會社、卽特於國家及社會大被影響之會社。尙或行之。而於一般。則既歸廢滅。

## 第二 免許主義。

此卽次於公立主義而行之者。蓋因聽各人隨意設立會社。則因其無智爲寡謀之舉。而使自己招損、一般社會亦蒙其害。故於其設立、要受國家之許可。有時則於會社之發起及設立行爲之每段。皆要許可。有時則止於成立之際。要得許可。此因會社業務之目的、資本之額、爲發起人之人等、而不同焉。

所謂要國家之許可。此就大體言之。實則時或有要君主許可者。有以地方自治體之許可、爲足者。且卽於號爲國家之許可中。亦有要中央官府之許可者。有於地方官廳之許可、而已足者。所從受之許可既殊。手續亦異。而在立法主義之根本則非有不同。日本商法。採放任主義。僅覽商法。固不論何人、得隨意設立會社。然在特別法令。於大半會社、定爲須當該官廳之許可。現存會社中十八九屬之。然則商法固亦宜採免許主義、而使合

實際之情況也。

### 第三 準則主義。

因以免許主義爲失於嚴。而生此主義。於法律設一定準則。定某團體而從此準則時。則使成立會社。因會社充法律所定之條件時則成立。故有稱爲條件主義者。以廣義言。日本亦爲準則主義。蓋以設如商法之法律。從其法律而組織團體時。則爲會社。故也。雖某學者謂。公立主義。亦爲準則主義。蓋以國家欲組織某會社之際。特出法令。會社從其法令而組織之。故也。然其說實誤。

所謂準則主義者。指苟既從一定準則。則將若何之會社。設立若干而皆可者。言之。若國家欲設立某會社。爲其設立之手段而特出法令者。則不入此中。

關於審查某團體果充法定之條件與否者。應屬何人。頗有爭議。取近於免許之主義者。欲以屬於行政官廳。謂此種之審查。爲行政事務。故使行政官廳審查爲至當。裁判所於此種之審查。爲不適任。又以應決有爭事件之裁判所。而決不爲爭之事件。更見不可。探近於放任之主義者。則欲使裁判所審查之。謂裁判所不但決訴訟。雖非訟事件亦管轄之。登記事項亦管轄之。又審查某事項。適於法律與否。以裁判所爲最適任。若使行政官

廳當之。則往往濫用其權利、勢將至違背採準則主義之主意。兩說以後者爲有力。以其主持因裁判所審查、以決會社之成否。故有稱爲裁判所審查主義者。

#### 第四 公示主義。

在免許主義。由國家決會社之許否。在準則主義。由裁判所判定條件之成否。雖均既足以保護公衆。然尙病其不完。蓋因經免許或審查以前。既爲發起行爲。或遺害於社會。故也。然於發起之初。卽須免許。則又失之苛。要之不使公衆爲發起人所詐害。則既足。是以於發起會社之際。公示其事業之目的、會社之資本、其蒐集之方法、發起人之氏名等。可使世人自爲注意。是爲公示之主義。最適於自治之國民者也。

以上惟以主義而說明之者。非必以某國所採用者而直敘之也。蓋無論何國。總無採用單純惟一之主義。而貫通於一切之情事者。因會社之種類而有區別。又卽於同種會社。亦折衷種種之主義。但祇卽大體言之。則今日無採公立主義者。免許主義。則於奧大利、準則主義。則於德意志、公示主義。則於英國行之。德意志則於近二十年間、爲三回之改正。以先爲免許主義者。改爲純然的準則主義。後又爲審查的準則主義。卽現行者。日本則爲準則主義。而亦最近於放任主義焉。

按此祇就日本商法而言。

合名會社。有二以上之人。作成定款時。直即成立。而於株式會社之設立。則階段斯丹提烏姆殊多。其最先應爲者。爲會社之發起。

首唱會社之設立者。稱爲發起人。即德國法之古利油痕達烏。英國法之鋪洛穆烏太烏也。僅以發起人設立會社。則即其時爲成立。於設立者間。全不設有區別。若募集株式而設立。是爲漸次成立。稱發起人爲主的設立者。稱應募者爲從的設立者。商法於爲會社之發起人者。不要求特別之資格。凡得爲法律行爲者。總得爲會社之發起人。而余則信一之會社。亦得爲他之會社之發起人。德人克薩克氏。與余亦爲同說。壳薩克商法。一九〇三年。五六〇頁。發起人須有七人以上。與株式會社要七人以上之株主。相應也。九一

於發起人間。生一種關係。爲所謂發起人團體。關於此團體之性質。學者間。有種種之說。而有以其法律關係。稱爲定款之豫約者。稱爲定款之前發契約者。以其團體稱爲會社之別身者等。然因從國法之異。而此團體之解釋亦應不同。故不得將外國學者之說明。直即採用於本國。余謂發起人團體。通常爲組合。以發起人團體。有二以上之人。以會社之設立。爲共同之目的。而通常各自出資爲之。故也。惟因日本民法所稱爲組合者。其要素爲要各當事者爲出資。及營共同之事業。故若發起人中有或人不爲出資者。則發起人團體不爲組

合。又若以設立會社之行爲。爲不得謂爲營共同事業。則是亦不爲組合。如此而已。惟雖難斷言發起人團體。概爲民法之組合。因其通常爲組合。卽不然。亦甚與之類。故限無特約者。準用組合之規定可也。

### 定款之作成

於會社之存在。須立會社契約。卽定款。是定款者。爲會社之基礎之契約。卽株式會社。亦與合名會社及合資會社無異者也。雖或謂在合名會社及合資會社。其定款爲會社契約。而在株式會社。則不然者。然日本商法。於此兩種會社之定款。不設差異。而卽如德意志以合名會社及合資會社爲非純然的法人。以株式會社爲純然的法人者。亦於定款之形式。及實質。悉作爲契約。以一會社契約之名詞。表株式會社之定款。學者之說明定款者。亦屢以定款與會社契約通用也。

所謂發起人作成定款者。乃法文以略語出之。蓋定款。爲會社契約。非未有會社時而得存在者。然發起人則存於會社之成立以前。因此而發起人無得作成真實之定款之理。故所謂發起人作成定款者。乃作成將來會社成立時可爲其會社定款之原案之意。此與稱株式之引受。株式之拂込諸處。尙未成會社。未有株式。而願用株式之語者。主意相同。

分定款之記載事項、爲絕對的事項及相對的事項。

絕對的事項。乃必須記載於定款。苟缺其一。卽不成爲定款者也。如左所列。

- 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<sub>並按</sub>董事<sub>則</sub>應有之株式之數。
- 七 本店及支店之所在地。
- 八 會社爲公告之方法。

從一至五之五號。爲發起人所必應記載。非可委於後之補足者。從六至八之三號。則雖以發起人記載之爲原則。然苟不記載之。非必以其定款爲無效。得俟後在創立總會、或株主總會、補足之者也。而此等之事項。無一非重大者。故於決此事。要以株式引受人或株主之半數以上、而又當於資本之半額以上者出席、而以議決權之過半數決之。一三一 又

相對的事項。雖定之與否、爲會社之隨意。然欲使有效力。則必須記載於定款。如左所列。

- 一 存立時期或解散之事由。
- 二 株式之額面以上之發行。
- 三 發起人所可受之特別利益。及可受之者之氏名。
- 四 以金錢以外之財產爲出資之目的者之氏名。其財產之種類價額。及對於此所與株式之數。

五 應歸會社之所負擔之設立費用、及發起人應受之報酬之額。

此外。雖有謂關於株式之爲記名與爲無記名、或株式之共有、應以之作爲相對的事項者。然日本不採之。但法律定有相對的事項者。止出於使記載此事之主意。非禁止記載其他之事項之主意。故由會社之隨意、不論何事可記載之。若以此亦列爲一種記載事項時。則可稱之爲任意事項。任意事項。以任何皆可爲原則。惟以反於公秩良俗、或與會社之性質不相容者。無效而已。

次於定款之作成、所應爲之事。爲株式之引受。曰次於定款而爲之者。中含先於定款之作成而爲之株式之引受、則爲無效之意。



## 株式之引受

關於株式引受之性質。有單獨行爲說。契約說。及團體說。

唱單獨行爲說者。謂株式之引受。乃以得爲未來株式會社員資格之目的而爲之單獨行爲。此爲一種身分行爲。與或人取得某國之國籍事相等。就同時成立之際言之。則株式之引受。乃與履行設立會社之契約同時。向株式會社所爲之單獨的入社行爲。就漸次成立之際言之。亦爲單獨行爲。蓋株式之引受。即使引受人生義務。不須發起人之承諾。會社基於引受人之引受的單獨行爲。而直接得權利。決非承繼發起人對於引受人所得之權利。亦非發起人代未來之會社。與引受人結引受契約。其大要蓋謂凡契約。須意思合致。而株式之引受。則無此合致。止於發起人爲株式募集之單獨行爲。而引受人爲引受之單獨行爲而已。

契約說者。以株式之引受爲契約者也。於同時成立之際。亦爲契約。於漸次成立之際。亦爲契約。在同時成立之際。則爲各自申込、各自承諾者。而相互爲申込人及承諾人。在漸次成立之際。則說分爲二。(一)謂由發起人申込、而引受人承諾者。其說云、發起人爲因於停止條件之成就、而可使引受人有一個以上之株式之申込。引受人承諾之。依於停止條件之

成就而爲拂込。負爲株主之義務。於此所謂停止條件者。乃謂若有可使會社之引受。而又有適足分配於其引受人之株式時。是以株式之引受。苟不卒事。而會社不能成立。斯爲條件不成就。又若株式之引受過多。而於某引受人至不能分配一個株式。亦爲條件不成就。兩者中。無論爲何。要皆爲發起人不至於履行義務之時機而止。反是。株式之數。足使某株式引受人爲株主時。則須使之爲引受人。此爲發起人之最大義務。其他皆爲枝葉。而發起人履行此義務。以相手方爲引受人時。則相手方須履行自己之義務。而爲引受人。所應爲之拂込及其他行爲。二二謂由株式引受人申込。發起人承諾之者。云。發起人所爲之募集。爲申込之誘引。公衆應之而爲申込。發起人因於株式之比例配當。而承諾之。又有某學者。在此兩說之中間。謂有時由發起人申込。有或時由引受人申込。難一定者。若欲期於無誤。則宜採最後之說。

團體說。乃德意志團體法學者極爲有名之額烏羅凱氏之所唱。謂株式之引受。爲共同行爲之要素。而又爲謀未來之株式會社利益而結之契約。與謀第三者利益之通常契約爲異。因此所負擔之義務。爲帶團體的性質者也。因其義務。係爲社團法人之社員之義務。故株式之引受。爲創設法人之內部之行爲云。在額氏亦以株式引受視爲一之契約。特由其

## 第二編 會社 第四章 株式會社 第一節 設立

契約所生之當然之結果。乃株式引受人爲會社之社員。故稱爲團體的行爲。

株式引受、爲契約。因其契約而生義務。發起人須使相手方爲株式引受人。相手方亦不可不爲株式引受人、而履行與此相因之義務。惟其爲契約。故以各自對於相手方而負義務爲原則。於第三者無債權。迄於會社之成立爲止。無一不對於相手方而負義務。當事者。惟爲發起人與引受人。至其後會社成立。發起人及引受人。則已無存。於此乃生種種之議論。謂彼等所負之拂込及其他之義務。爲對於從前之爲發起人者、及爲引受人者、而負之者耶。或對於會社而負之者耶。若對於會社而負之。則爲會社取得因於發起人與引受人之契約所生之權利者耶。抑爲彼等爲將來之會社、使相手方負此義務者耶。或爲因於會社設立之他之原因、而會社當然生此權利者耶。雖議論各殊。而余則採最後之說。

當說明株式引受契約之成立及效力時。以發起人引受總株者與爲募集者區別。而從會社之成立之時機觀察之。稱爲同時成立。及漸次成立。

同時成立。卽發起人引受總株時。會社因之而成立。<sup>三一</sup> 因與株式之引受、同時會社成立。故稱之爲同時成立。同時云者。謂與總株之引受同時會社成立。非謂株式之引受、悉應爲同時。雖某發起人今日引受、他之發起人明日引受、亦可。又雖同一人、今日引受若干、明日

又引受若干，亦可。於此，會社尙未成立，止於發起人相互爲申込人承諾人而存引受契約。以最後之株式引受爲總株引受，與之同時會社成立。因有總株之引受，而會社即時成立。於是亦有稱爲即時成立者。所以如此，速使會社成立者，因發起人率爲相知之人，又熟知會社之性質，殊不必要更開創立總會，爲諸般之調查故也。

因於同時成立而會社成立時，株主要無遲滯，以不下株金之四分之一，爲第一回之拂込。且選任取締役及監查役，其被選任之取締役，要於其選任後，因使調查發起人所受特別之利益及報酬、金錢以外之出資設立費用，及第一回拂込之有無，而無遲滯請求檢查役之選任於裁判所。一二三四又法文於會社成立之場合，曰發起人應爲第一回之拂込者，亦爲畧語。實卽謂以發起人而爲株主者，應無遲滯而爲拂込之意。

發起人若不爲拂込時，會社得催告之。然則何人可催告之耶？取締役尙未設，故不得使取締役爲之。而眞之發起人則於會社之設立後固已不存，卽令仍存，亦非會社之代表機關。故不得代會社爲之。無已，則爲發起人者，從於準委任，或事務管理之原則而爲之歟。株式之引受契約，於此亦有相互權義之規定，而解各當事者，爲有對相手方請求爲拂込於會社。又選任會社之取締役等事，之權利者可也。

漸次成立者。謂株式雖於發起人以外之人亦引受之。會社經總株之引受、引受後之拂込、創立總會等之階段。而漸次被設立者也。於此則總株之引受、不過爲會社成立之一段。雖有謂若於發起人引受總株之際。會社爲即時成立。則發起人與他人引受總株之際。亦可使即時成立會社者。其說非是。雖等爲總株之引受。然僅僅發起人引受者。與他人加入者事情大有所異。又有言於漸次成立。發起人雖不引受亦可。發起人惟止於爲發起人。而株式悉由其以外之人引受亦可者。然以商法解釋論。則發起人必不可不引受株式。五二惟因發起人之引受、不須何等方式。與同時成立之際殆等。故於此欲專說明發起人以外之人之引受。

發起人募集株式時。欲爲株式之申込者。應於發起人所作之株式申込書二通。記載其所引受株式之數而署名。株式引受人之意思表示。所以必要此方式者。蓋爲從此而使引受人知其會社之性質、會社與發起人之關係、因引受而自己之現在或將來所應負擔之義務之性質程度等、且使存將來之證據、又兼以監督會社之發起、故也。欲形式統一。必使記載於發起人所作成之申込證。而發起人之作成之。則須記載法定之事項。其事項如左。二

一 定款作成之年月日。

二 定款所記載之絕對的及相對的之事項。一一〇 又

三 各發起人所引受之株式之數。

四 第一回拂込之金額。

在以額面以上之價格而發行株式者。株式引受人要記載其引受價額。

於申込證記載引受之株數。從於發起人之比例配當而引受某數之株時。負第一回拂込之義務。雖然其意思表示。若因詐欺或強迫而爲之者。則迄於會社之登記時爲止。得取消之。又若於一定之期間內。拂込不滿額或創立總會不見招集時。則迄於某時機爲止。其關於機。頗有得取消之。若爲無能力者之意思表示時。不論何時。亦得取消之。與一般之際同。凡引受人均爲取消。而僅有發起人時。縱將其所取消者悉引受之。亦不得爲同時成立。

### 第一回之拂込

株式引受之結果。各引受人負拂込第一回之株金之義務。雖然爲其履行之前提條件。要有總株之引受。蓋使引受人爲拂込者。因會社事業之有望。若無總株之引受時。則不得認之爲有望。不必要先於此而使爲拂込。若許之之時。則轉生弊害。故爲拂込請求之前提。必

## 第二編 會社 第四章 株式會社 第一節 設立

要總株之引受。又既有總株之引受時。則因務欲使速成立會社。而使發起人無遲滯就於各株。督促第一回之拂込。<sup>九二</sup>

第一回拂込之金額。不得下株金之四分之一。因其爲不得下。而於其以上無制限。故使拂込比此爲多之額亦可。此則無論何人亦爲同意者。雖然、發起人得反於引受人之意思。於第一回之拂込、而強使爲株金全額之拂込與否。此其說各殊。一則謂、法律止定最少額、而不定最高限。故雖不論若干、亦得使之拂込。又一則謂、法文云發起人要無遲滯使爲第一回之拂込。於他處亦屢云第一回之拂込。故自含尙有第二回以上之拂込之意。因而於第一回之拂込。不得強請株金之全額甚明。夫察株式會社之性質、且特於此會社成立以前、爲拂込之事。而爲之研究。第二說論旨、固有理由。但第一回之拂込、不得超過若干額數耶。於此等事實問題。誠屬難於解決耳。

株式發行之價額。不得下券面額。因若許之之時。將致生張大無實之會社故也。而在額面以上者則可。雖許之亦無害。却增會社之資力、而利於第三者。惟所慮者在以券面額以上而發行株式。然其拂込實僅止券面額四分之一。而世人致爲所欺。故超過額面之金額。必使與第一回之拂込、同時拂込。於此在以各異之額而引受者、所應拂込之金額。可有差殊。

在以券面額而引受者間。則無差等。於第一回之拂込額。亦不可附差等焉。曩云第一回之拂込金額。不得下四分之一。其上雖不論若干亦可者。爲對於一般引受人請求者而言。非謂得於甲請求四分之一。於乙則爲四分之二也。株金額之均一。及株主平等之原理。雖於株式引受之際。亦有其適用。

株式引受人不爲拂込時。發起人定一定之期間。而催告拂込。經過期間。仍不拂込時。則使引受人失權。且使賠償損害。○一 三期間。主屬於株式引受人之利益。最短期爲二週間。故發起人雖得延長之。却不得短縮。某引受人失權。生他之引受人。而使會社成立時。苟其以株主資格而不拂込。則無使從前之引受人。負拂込之義務之事。靡特無拂込之義務。且損害賠償之責。亦無之。蓋於爲株主之失權。與爲株式引受人之失權。其間附以此種區別也。發起人使不拂込之引受人失權以後。得以其株式更募集株主。此爲發起人之權利。發起人雖不募集株主。而請求賠償。在失權者亦不得述異議。又既爲拂込之引受人。不得迫發起人而使爲新募集。因募集與否。屬於發起人之裁量。故引受人不得強請之。惟使發起人連帶而爲拂込。自可取消株式之引受而已。

有株式之引受。及第一回之拂込時。發起人要無遲滯招集創立總會。



## 創立總會

創立總會。爲次於第一回之拂込而生之階段。卽株式引受人之集合。與會社成立後之株主總會相當。因而招集之方法、議決之手續等、亦大有所類於株主總會。

創立總會之招集者。爲發起人。招集之時期。爲第一回拂込後、無遲滯之時。被招集者。爲株式引受人。招集之方法、議決之手續等。悉與在株主總會者。基於同一之法理。其大半準用株主總會之規定。故於下株主總會處說明。在此、則止舉法律規定而已。

發起人於招集創立總會。要從會日二週間前、對於各株式引受人、發其通知。於通知、應記載總會之目的、及在總會應決議之事項。株式引受人、以每一株行一個之議決權爲原則。若以定款而將有十一株以上之株主之議決權制限時。則從其制限。於總會之決議、有特別之利害關係者。不得行議決權。決議、應由株式引受人之半數以上、且爲引受資本之半額以上者出席、而以其議決權之過半數行之。若總會招集之手續、或其議決之方法、反於法令或定款時。株式引受人、得請求於裁判所。以其決議爲無效。其請求、從決議之日起、爲一個月以內。一三一又一六一又一五六又一六

在創立總會上應爲之事項如左。

### 甲 取締役及監查役之選任。三一三

是爲將來可爲取締役監查役者之選任。尙非爲眞之取締役監查役。其事甚明。故有不得以關於眞之取締役之規定、直卽適用於此畧稱之取締役者。例如選任登記之規定。是。此略稱之取締役、變爲眞之取締役。蓋在創立總會終結、而會社成立之時。取締役及監查役。雖從發起人中選任。然卽從其以外之引受人選任之、亦可。但不得從不爲引受人者中選任之而已。

### 乙 爲一定之報告。一三三四至一三七四

發起人要報告關於會社之創立之事項。

取締役及監查役。要將所揭於左之事項調查報告。若彼等有從發起人中被選任者時。則創立總會得選任檢查役、而使爲其調查報告。

(一) 株式有總數之引受與否。

(二) 於各株有第一回之拂込與否。

(三) 發起人所可受之特別之利益及報酬、金錢以外之出資、及對於此所與之株數、應屬於會社之負擔之設立費用等、爲正當與否。

第二編 會社 第四章 株式會社 第一節 設立

在創立總會。以發起人所可受之特別之利益等、認爲不當時。得變更之。若認有未引受之株式、申込既被取消之株式、或未終第一回拂込之株式時。得使發起人連帶而負其引受或拂込之義務。若別有損害時。得使爲其賠償。又對於金錢以外之出資者所與之株式之數爲過多時。得減少之。於此。被減者得以金錢拂込而維持從前之株數。

丙 定款之變更或設立廢止之決議。八一三

因定款爲發起人之所作成者。故使引受人在爲其定款所拘束之先。得關於此而述意見。發起人亦得關於此而主張變更增減。是蓋因從作定款之時、至開創立總會、經過多少之時日、事情有變更者、故也。於設立之廢止亦然。

若在總會爲設立廢止之決議時。則會社不成立。惟將已拂込之金額、仍返還於各引受人。而關於設立費用之負擔。若無他之意思表示。亦併無習慣時。則應由支出者自負擔之而已。

在創立總會所應爲之事、及得爲之事項。限於以上三種。雖學者有謂創立總會爲總引受人之集合。因此而不反於公益爲限。任何事皆得爲之。實則不然。蓋因總會之決議。得以過半數爲之者。惟然而得以多數決而壓制少數。故當以法律所認之事項爲限。又因商法

列舉創立總會所應爲之事項。故解爲不得爲此外之事爲至當。且卽作爲如是解。而因商法所列舉者。殆悉已網羅重要之事項。又用廣漠之文字。故於適用不覺窒礙也。創立總會。悉已爲應爲之事時。則總會爲終結。因總會之終結而會社成立。至此而前所謂略稱者。今悉卽眞。卽生眞之定款。眞之取締役。眞之株式。株主等。

### 會社之登記

會社成立時。要登記一定之事項。其違反於此之取締役。處以過料。又不登記時。則不得以會社之設立。對抗於第三者。其登記之日。在同時成立。則爲從取締役既終必要事項調查之日後。二週間。在漸次成立。則爲從創立總會終結之日後。二週間。應爲登記之場所。爲本店及支店之所在地。應登記之事項如左。

- 一 (一)目的。(二)商號。(三)資本總額。(四)一株之金額。(五)會社爲公告之方法。
- 二 本店及支店。
- 三 設立之年月日。
- 四 定存立時期或解散之事由時。其時期或事由。

五 於各株所已拂込之金額。

六 若定於開業以前可配當利息時其利率。

七 取締役及監查役之氏名住所。

登記事項生變更時。要爲其登記。會社設立之後設支店時。應在其支店之所在地。爲各項之登記。在本店及他之支店之所在地。登記其設支店事。於同一登記所之管轄內。設支店時。以登記其設支店事爲已足。於會社移轉本店或支店之際。應在舊新兩所在地爲必要之登記。其事項及詳細之手續。與合名會社所定相等。

以右七個之事項。與發起人所應記載於定款之事項對照。則以定款爲供會社設立之用者。故含關於發起人之各事項。而登記則爲示第三者以會社成立後之狀況者。其記載自以不同。

會社既爲設立登記後。株式引受人不得因詐欺或強迫而取消其申込。二四蓋因登記。爲使第三者信其事項者。非可於會社既爲設立登記後。依引受人取消其引受。而至使會社不成立。卽不至於不成立。亦且使生變動。故不許取消。因之雖爲由於詐欺或強迫而引受者。亦必當爲會社之株主。若不欲爲之之時。亦不外因株式讓渡及其他方法。而脫退。抑且

須以從前株主或株式讓渡人之資格而負責。無能力者則雖會社之登記後亦得將引受取消。關於此取消之結果。生種種之問題。

## 第二節 株式

關於株式之法理上之性質。有種種之說。或以此爲物權。或以此爲債權。或以此爲物權債權之混合。又或以此爲一種之請求權。雖然株式者。乃權利義務之包括。而於其本質。等於合名會社之持分者也。其所包括者爲如何的義務耶。此則依各國之會社法而異。今無外集各國法之所定株主之權利義務。以知其大體。義務最大者。爲拂込義務。而以此爲惟一義務者爲多。是以株金之全額拂込後。株式則只爲權利之集合。夫拂込之外。假定有應出席於總會之義務。或執行會社之業務之義務等。則似雖拂込後。固仍爲權利義務之包括者。然多數國法律。其爲株主之義務者。止定拂込一事。因此而通常以株式從權利之方面觀察。視株式與株主權同。即從株式之起原及語源言之。亦於株式。義爲阿苦希奧即請爲從權利之方面觀察。而主觀的之語也。

株式雖爲株主對於會社所有權利義務之包括。然此語。時亦用以示資本之一部。如云株式會社之資本。要分爲株式者是。於此之株式爲資本。雖然。是不過爲定株式會社之資本

之分割方法、而示株式之一面。故云株式爲資本之一部者、非可以說明株式之全般。又株式往往用之與株券同義。此爲吾人之所知。德意志之路易氏。於其株式會社法中云。株式一語。爲用於株主權、資本之一部、及株券、三者。

株式所包含之權利中、其著者、爲從會社受金錢之權利。與關係於會社之業務之權利。以何者爲最重耶。此雖因於各人之觀察而異。然於實際之效果無差分之。爲受利益之配當之權利。受會社財產之分配之權利。出席於總會而發言之權利。檢查會社帳簿、監督取締役監查役行爲之權利等。義務則殆止於拂込一事。在最初之株主。則爲其所引受之株式之金額。在讓受而爲株主者。則爲讓受之當時未拂之金額。

株式爲平等而不可分。平等者。謂一個株式所包含之權利義務。與各株式爲同一。故無於某株式、請求利益分配爲獨多、而於他之株式獨少者。又無有某株式者、比有他株式者、發言權爲多之事。若其特認有優先株、明設制限於議決權。則爲例外。在原則。株式爲平等。而所有疑義。率依於此原則而決。其義務之方面。亦以平等爲原則。惟於額面以上之引受。有若干例外而已。所謂株式金額、要爲均一者。從株式平等之原理而出。爲於財產的觀察所表之顯著的現象也。<sup>五</sup><sub>一四</sub> 而以株式爲平等者。一則從條理而來。又一則從會社整理之便

宜而來也。抑其於金額。所以使爲均一。於使於取引所及其他、易行讓渡之主意。亦殆有之。從與以株式爲平等相類之理由。不使得由株主隨意併合或分割之。雖得將株券併合而作十株或五株之株券。或將十株券五株券分割而爲一株券。然要不得將株式其物、合併或分割之。又因株式之單位爲一株。故不得分割一株之株券而爲半株券。因株式不得分割。故二以上之人欲有一個之株式時。不外以之爲共有。卽以多數株式、以多人共有之亦可。於相續組合等。屢見此事。共有之際。使共有者定行使株主之權利者爲一人。而關於株式之拂込。則使共有者連帶而負其義務。<sup>六</sup> 故株式之共有。於會社爲利益。而於株主爲不利者。

株式之不可分。於以不得分割爲二個以上者。又於不得將株式中所包含之權利、分離讓渡、等。皆特著也。株主不得僅以出席於總會而發言之權利。或檢查會社之帳簿之權利、爲贈與。又不得僅以請求利益配當之權利、爲讓渡。雖至會社在總會爲利益配當決議、株主得請求利益之時。既已爲單純的債權。無不可讓渡之理。要不得僅以屬於株式中之權利如利益配當之請求權者。分離而讓渡也。

### 株式之金額



株式之金額。不得下五十元。一四蓋若於少額無所制限。則不特株式之數過多、計算不便也。其使以不宜於參與會社事業之小資力者爲株主。亦殊非計。更從株券之方面觀之。則以株券爲有價證券、而賣買甚繁。若有少額之株式。則且生無數之賣買。而名義書換、按書換猶書言更改而記載之。名簿記入等。過涉於煩。又生無數無記名證券。將有等於紙幣發行者。故株式宜限於一定之金額以上者。而照日本現狀。則以認五十元爲相當焉。

株式之金額。以不得下五十元爲原則。但有一例外。卽於應一時拂込株金之全額者。惟爲不得下二十元是也。定株式金額、爲五十元以上者。雖有上述之理由。然在得一時拂込二十元以上者。則使之所有株券可也。又卽五十元以上之株式。於已爲四分之一之拂込時。亦既許賣買之。因此而認二十元之株式賣買。亦固無妨。德意志商法。於此外更設有例外。在關於自治體之事業、而以屬於其自治體者爲株主者。及由國家及其他之公法人、擔保一定之利益或利息之會社。許發行少額之株式。名之爲小株式。

五十元以上爲原則。其未滿者既止爲例外矣。故凡對於五十元未滿者。務須嚴密解釋。不得發行漸次拂込之五十元株。於全額拂込後、分割之爲二個二十五元株也。不能強解爲分割之際、其各二十五元均已全額拂込、可視與一時拂込同也。蓋於發行株式之始。乃使

決其爲漸次拂之五十元株。抑爲一時拂之二十五元株。今既爲漸次拂之五十元株矣。則即使繼續爲其種類之株式。又會社既發行一時拂之二十元株。則不得於後發行新株之際。以同爲二十元株者。而忽改爲漸次拂。五十元未滿之株式。不問於會社設立之際。與爲設立後增資之際。常要爲一時拂者也。

### 株金之拂込

株主負株金拂込之義務。<sup>四</sup>其最初之株主、卽爲株式引受人者。負應拂込株券額之全額之義務。其於後爲株主者。於取得之際、所未拂込之金額、負拂込義務。要皆以此金額爲限度。無論如何場合。亦無反於自己之意、而負過此以上之責者。故雖於株主總會、議決增加一株之金額、使株主拂込之。亦得由株主拒其拂込。卽此理由推之。如決議強行增加株式而使現在株主引受之者。亦無其效。

拂込要以金錢爲之。在金錢以外之出資者。自當別論。通常株主。必須以金錢拂込。其不得以勞務信用等而拂込。固無論已。卽以動產、不動產、手形、其他之有價證券。亦不可。且不得變拂込之義務、爲普通之債權。藉此以消滅拂込之義務。亦不得於株金之拂込、以相殺對抗會社。夫在會社無債權者時。雖使株主以相殺對抗。似亦無害債權者者。然以許之則生

種種弊害。故於一切禁相殺之對抗。若於會社有債權者時。而仍許相殺之對抗。則與授優先權於其株主相等。愈不可矣。

會社於使株主拂込株金。要於二週間前、催告之。<sup>一五</sup>於二週間前爲之者。因使株主得爲拂込之準備故也。所謂於二週間前者。爲不下二週間之期間之意。應拂込之金額多。則須以長之期間爲催告。又應從金融情況。而定期間長短。二週間前之催告。爲法律所要之形式。因此而會社不可不嚴守之。卽如用使執達吏請求。之正確方式者。亦不以十三日之前之催告爲適法。會社縱爲此催告。而株主仍不拂込。則有更爲催告之事。故對於後之催告。而稱此爲第一回催告焉。株主雖不應第一回之催告。會社尙不得強請其拂込。

株主不應第一回催告。會社欲使株主爲拂込。要爲第二回之催告。但於此取締役雖暫置之亦可。法律惟定株主苟於期間內不爲拂込。會社得更通知應爲拂込之旨而已。

於第二回催告。亦於通知時。距拂込時。其間至少須存二週間。而於其通知中。須示以於其期間內不爲拂込。則應失株主之權利之旨。株主於第二回催告不應時。則爲失權。此爲法律之規定。雖於理不必更於催告之通知中示之。亦可。然務警醒株主。使無失權。又務使會社得其拂込。故須如此。因此亦爲催告之形式。故不示以此而爲之催告。不生第二回催告

之效力。

會社既爲第一回及第二回之催告，株主尙不爲拂込時，則失其權利。三一五此爲當然失其權利者。不要如德意志商法，因失權而爲特別之宣言。此固可省一一爲失權宣言之煩。然時或却不利於會社。故以立法論言，甯不使卽於第二回催告之後，當然失權。而一取決於會社之爲愈。卽宜仿合名會社之於社員不爲出資，得以他之社員一致而將其社員除名之旨也。

株主雖爲失權。而義務却非同時消滅。雖然，會社固自不得對彼催告拂込。須依他之手續而請求之矣。株主既失其爲株主之權利時，卽稱之曰從前株主。

株主爲失權時。其株式一時歸屬於會社。雖有會社不得取得自己之株式之原則。然在此則爲例外。而使會社得自己之株式。會社雖不得自進而取得株式。然於株主失權之際。因株式之無所歸屬，而爲會社之所有。可也。何則。失權之株式。依然謂爲失權株主之所有。於理不通。以之爲無主物。亦非。卽謂爲當然消滅。亦非。若爲消滅時。則減株式之數。爲資本之減少。與資本減少之規定。難於調和。故使一時歸屬於會社。而使會社以之競賣之於他人。

株主既失權時。會社要對於株式之各讓渡人、發應爲拂込之旨之催告。此催告爲會社所必須爲之事項。而非任意事項。如此而將會社之所有之株式、使歸於他人之所有焉。雖然、在法律並不定距失權時若干時應爲催告。故時或至株式長存於會社之手。但與其強使會社於一定之期間內催告。甯以使計適當之時期而催告爲適。其發催告時距拂込時、要有二週間以上之期間。

讓渡人爲二人以上時。列國中有定應先催告於直近於失權株主之讓渡人、次催告於其前之讓渡人、漸追及於最先之讓渡人、而採所謂順序主義者。如德意志亦有主張對於不論如何之讓渡人、而爲催告亦可、而採所謂不順序主義者。然日本則採使對於各讓渡人而爲請求之同時主義。於此、最先爲拂込之讓渡人、取得株式。同時多數之讓渡人提供拂込時。因其權利同等。則以使之依平等割合爲拂込、而將株式共有之爲當。

讓渡人不爲拂込時。會社要競賣株式。競賣亦爲會社所必應爲之事項。而非任意事項。雖然、從讓渡人不爲拂込時、於何日間應爲競賣。並不限定。故會社有視相當之時機之餘地。雖在德意志定有取引所之相場按相場即行情場者、則從之、其無相場者、須競賣。而在日本。則不論如何、均使競賣。競賣、應從競賣法令之規定爲之。

依於競賣所得之金額、不滿於滯納金額時、會社得使從前株主辨濟其不足額。因既爲競賣。在會社悉已爲應爲之事。故得對從前株主、強請辨濟。從前株主。於二週間內不辨濟之時。得對讓渡人請求其辨濟。此等之請求。爲不足額辨濟之請求。而非株金拂込之請求。又因株式既歸於競落人之所有。故從前株主、或讓渡人。雖辨濟不足額。亦不得取得株式。依於競賣而得之金額、若超過滯納金額時。則以之爲會社之所得。雖從純理言之。此爲使競賣株主失權之株式、而得之剩餘。理應以之返還於株主。然商法則不使會社返還剩餘金。蓋因株主既失權。株式歸於會社之所有。會社因賣却自己株式所得之金。以之爲自己之所有。此乃因於法律之規定而得之利益。故從前株主、不得基於不當利得之規定、而請求返還。

讓渡人雖拂込株式、或辨濟不足額。亦不得請求其辨償。於自己之讓渡人、及從前株主。此雖有反對論。然余則解爲讓渡人無此請求權者。

會社請求上述之辨濟而不得之時。則得強制辨濟。又雖得辨濟、尙蒙損害時。得請求其賠償。損害之額。雖因事而異。然多爲拂込或不足額辨濟之延滯利息。以其一一計算爲不便。遂有以定款而定此際之違約金者。

讓渡人之拂込或不足額辨濟之責任。於記載讓渡於株主名簿之後、經過二年時、而消滅。  
四一五 此爲絕對的之消滅。而非時效。會社欲追及於讓渡人、應於此期間、爲如何之行爲。說頗不一。第一回催告說者。謂、會社於此二年間、對於株主催告拂込、已可。蓋催告株主、等於催告讓渡人、故也。第二回催告說者。謂、會社欲使讓渡人負責。要悉已爲對於現在之株主應爲之事、在於不論何時、亦得請求讓渡人之位地。然第一回之催告。止與警告於株主。株主雖不應之。亦無蒙損害者。其於株主及利害之影響者。則爲第二回之催告。於此不拂込時。則失爲株主之權利。故會社不可不於二年間、爲第二回之催告。雖然、因本問爲關於讓渡人之免責。應視爲主要者、爲讓渡人。雖會社於讓渡人以外之人。爲幾回之催告。然非讓渡人自受催告。故無由拂込。是以不使讓渡人得拂込之機會、而經過二年時。使其責任消滅可也。故會社欲保全對於讓渡人之權利。不可不於二年間對於讓渡人爲催告。名之爲直接催告說。爲余之所主張。此外尚有辨濟請求說者。然不足採。

從前株主、非免拂込義務。故於競落後之株主、不爲拂込者。會社對於從前株主、亦得請求拂込。蓋從前株主。雖失其爲株主之權利。却不免義務。即適法讓渡其株式者。亦尙於二年間、負拂込之義務。則因爲不盡拂込之義務而失權者。負此義務尤爲當然矣。反對論者雖

云。法律雖於現在株主與讓渡人使負拂込義務。然從前株主非讓渡人。故無拂込之義務。然謂因義務之不履行。却免重大之責任。此其說爲不可通。又若認此時。則儘有拂込之資力。却不爲拂込。藉從前株主而免義務者。必且有之。故須以從前株主爲亦有拂込義務。此義務應解爲於株主名簿記載株式之競落以後。經過二年時。而消滅。

會社不得讓渡其拂込請求權。蓋拂込請求。爲存於會社與株主間之特殊關係。不得由會社分離而讓渡於他人者。故也。雖或者謂。拂込請求權。亦爲一之債權。故與他之債權等。得讓渡。然因此債權。爲有不許讓渡之性質者。民四六六故不得律之以關於普通債權之原則。即從法律關於拂込請求。規定嚴重之法式。觀之。亦可知爲特殊之債權。

### 株券

因株式爲權利義務之包括。而爲無形之物。故用有形之證券以表示之。稱之爲株券。

株券。非必常與株式共存。但株券則以株式存在爲前提。於既生株式之後。而使體現。現按謂體形體也。之者。故於未作成株券之間。僅爲株式單獨存在。尙有於發起人引受總株。或株

主少數者。殆有竟不發行株券。而繼續會社者。故雖亦稱爲有價證券。然與彼手形。必待證券之發行而權利始生者。爲異。是以手形。稱爲設權證券。株券。則稱非設權證券。雖然。在於



東京鐵道株式會社債券

第二編 會社 第四章 株式會社 第二節 株式

甲第一二三號

甲野太郎殿

本株券爲據本會社定款。足下所有本會社株式一株。且既納完株金全額之證。

東京鐵道株式會社取締役社長

明治



月十二日

牟田口元學



株 一  
 元十五金  
 設立登記 明治 年 月 日  
 資本總額 金二千七百萬元  
 一株金額 金 五 十 元

此處有與上同義之英文略之

此處亦有與右側同義之英文略之

明治 月 日 年	明治 月 日 年	明治 月 日 年	明治 月 日 年	讓渡登錄年月日
				讓渡人記名調印
				讓受人記名調印
				取締役證印

第二編 會社 第四章 株式會社 第二節 株式

無記名株。則無株券不得讓渡其株式。在於記名株。則欲以株式之讓渡、對抗於會社其他之第三者。須將讓受人之氏名、記載於株券。故欲完全行使株式之權利。須株券。而且以其占有爲必須。是以即在有價證券論中採權現按權現利之所謂說者。亦入株券於有價證券之中。而且有株券時。則株式於此遂爲化體。二者幾於相同。故雖採權現說者。亦以概株券爲有價證券也。

於株券。要記載左之事項、及番號。取締役署名其上。八一四此數者皆要件。缺其一、卽不成株券。

一 會社之商號。

二 設立登記之年月日。

三 資本之總額。

四 一株之金額。

在不使一時拂込株金之全額之場合。則每有拂込。要記載其金額於株券。雖他國有定於無全額之拂込中、使發行假株券、待全額之拂込、而使引換本株券者。然日本則使自始發行本株券。使之逐次記載拂込金額於上。其既爲拂込之株主。得對於會社、請求其金額之

記載。苟以此請求、而取締役不記載時、則處以過料。雖然、株主不請求之、則聽之亦可。無使株主強令記載之必要。亦無從強制之。

株式發行之年月日、實爲必要。而法律不以之爲要件。實缺點也。

得發行株券之時期、爲既爲會社之設立登記之時。<sup>七一四</sup>在同時成立、爲終檢查役之調查、而爲登記以後。在漸次成立、爲創立總會之終結、而爲登記以後。蓋因至於此等之時機、關於會社之一切調查既終。第一回之拂込、亦已完了。即因於強迫之引受人、亦至於不得取消其引受。故使發行株券、以明株主之權利。且使株式容易讓渡、而得以此對抗於會社及其他之第三者也。

會社先於得發行株券之時機、而發行株券。全然無效。而因於此發行而蒙損害者、得對於會社請求損害賠償。在會社先於時機而發行之後。雖其時機到來、亦無以曩所發行之無效者、作爲當然有效之事。德意志之斐烏來痕特氏。雖與余爲同說。而德意志之帝國裁判所、則反對之。謂於會社之登記前所發行者、雖非株券。但因於登記而自爲株券。此實非也。株券、以至於得發行之時機而發行之、爲必要。其時機、爲嚴重之前提條件。故先於此而發行之者、當然不爲株券。若許之之時、則將破重視發行之時機之主意。

第二編 會社 第四章 株式會社 第二節 株式

株券、有記名者、與無記名者。於株式、有記名株與無記名株云者。以與株券聯想而生之語。因無株券、則無從想像記名無記名故也。所謂記名株券者、爲記載株主之氏名於株券者。所謂無記名株券者、爲不記載之者。二者所有之株式讓渡及對抗方法、各異。會社有僅發行記名株者。有僅發行無記名株者。有合二種而發行者。又得由株主隨意變記名株爲無記名株、或變更無記名株爲記名株、雖爲原則。然於株主請求將記名株券、爲無記名株券。要已爲株金全額之拂込。<sup>五</sup> 是蓋因催告無記名株式之拂込、及請求其不足額之辨濟、或損害賠償極爲困難、故也。取締役反於此而將拂込未濟者爲無記名式時、處千元以下之過料。

株式之讓渡及質入

株式以無會社之承諾、而得讓渡、爲原則。雖於持分、無社員之承諾而讓渡、不得以之對抗於會社。<sup>九</sup> 然於株式、則爲有可自由遷轉之性質者。得據簡易手續、即無會社之承諾而讓渡、便足以對抗會社及其他之第三者。自由讓渡爲原則。以定款爲異此規定者、亦有之。即如定株式不得會社之承諾、不得讓渡、或於一定之期間、不得讓渡者。<sup>三</sup> 雖然、若以爲不論如何不得讓渡、則反於株式之性質而無效矣。

株式之讓渡。雖以當事者之合意而爲之。然欲以其讓渡對抗於會社及其他之第三者。則在記名株。要記載讓受人之氏名住所於株主名簿。且記載其氏名於株券。一五 在無記名株。要交付株券於讓受人。因民法以無記名債權、視爲動產。而動產之讓渡。非有其動產之引渡。要得以之對抗於第三者。故以其規定準用之於無記名株。民八六又一七八 株式雖非純然的債權。然商法於此。屢準用債權之規定。故關於無記名株之讓渡。亦可準用無記名債權之規定。

於當事者間、爲株式之讓渡。而讓受人請求氏名之記載時。會社不得拒之。蓋讓渡、得由當事者之任意爲之者。會社當然不得述異議。雖然、若有稱爲讓受人而來請求書換者。疑其爲非正當之人時。則有調查其真僞之權。又得於株主總會之會日前、或開會中、停止名義之書換。

株式之得讓渡。爲在會社之設立登記之後。蓋因不爲設立登記時。不得發行株券。於不得發行株券之際。雖讓渡株式。亦不得以讓渡對抗於會社及其他之第三者。故其效力爲薄弱。且於此亦許讓渡時。則屢有詐害良民之事。故讓渡必須於登記後、爲之。於登記以前所爲之讓渡。全然無效。由此主意推之。而讓渡之豫約亦爲無效。豫約者、謂約俟至會社受登

記、而得讓渡其株式之時期、以之讓渡者也。於會社尙未成立、而未生有株式之際、或於會社增資募集新株而尙未生株主之際、有將引受株式之權利、或引受之者之權利、讓受之、而稱爲權利株之賣買者、其賣買之無效、自不待言。

不得讓渡者。雖讓渡亦無效。因而讓受人不要支拂代價。於不要支拂而爲支拂時。雖似得請求其返還。實則不然。因權利株之讓渡。爲不法行爲。故適用民法「因爲不法之原因而爲給付者、不得請求其所給付者之返還」之規定。而使之不得請求返還也。日本裁判所雖有謂權利株之讓渡。未爲不良。故讓受人得主張之而請求代價之返還者。然余則解權利株之賣買、爲不法行爲。禁是之規定、爲關於公益。原告固不得以此事由爲申立而請求返還也。

會社不得讓受自己之株式。此從會社不得取得自己之株式之規定而生者也。一五 蓋因株式爲對於會社之權利義務之包括。若使會社取得之。則反於通常之法理。又若使會社取得之。因於混同之法理而使消滅時。則減會社之資力。而有害會社之債權者及其他之人。又可生會社賣買自己之株式、以不當而騰高其相場之弊害。故使會社不得取得其株式。在因株主失權、而某株式自然歸於會社所有者。則速使競賣之。

株式之讓受人。取得株式而爲株主。若於其讓受前爲利益配當之決議時。其配當之請求權、無歸於讓受人所有者。總會之無效宣告之請求權、亦無移轉於讓受人者。反是。讓渡人所有一身上之瑕疵、亦不承繼。因此而會社不得以可對抗於讓渡人之事由、而對抗於讓受人者爲多。

株式得以之質入。蓋以株式既得讓渡。其得質入自明。又因明言會社不得以自己之株式、爲質權之目的而受之。而知於其他之人、自得爲質入。若以定款而定爲株式不得質入、或於質入要會社之承諾時。則自應從之。不得以違反於其定款所爲之質入、對抗於會社。株式之質入。因於交付株券而爲之。欲以質入對抗於第三者。則要更爲他種手續。因在商法、未規定株式之質入、及以此對抗於第三者之方法。故依於民法而決之。在民法、於標爲權利質節中。定質權得以財產權爲其目的。六民三次則關於債權質入、而爲規定。以記名株式、視爲指名債權之一例。無記名株式、視如無記名債權焉。今於株式之質入。準用權利質之規定時。則質權設定之方法。雖於一切株式爲同。不論何者。均以株券之交付而爲之。至於以此對抗於第三者之方法。則因其爲若何株式而異。

一 在無記名株式。則準用無記名債權之規定。即準用關於動產質之規定。以株券交付於



債權者爲足。

二 於記名式之證券、有稱爲指名式、而不得以讓渡、直即對抗於債務者之例。與稱爲指圖式、而得以裏書讓渡、直即對抗於債務者之例。以指圖債權之質入、對抗於第三者之方法。在於將質權之設定、爲裏書於證券而交付之。民三六六故若株式而爲指圖式者、則欲以其質入爲對抗、應將質權之設定、爲裏書於株券、而交付之。

在以記名式而與指名債權等者、略稱指名株式之質入、其對抗於會社及其他之第三者、要記載質權者之氏名住所於株主名簿、且記載其氏名於株券。因民法商法、均不規定以記名株式之質入、爲對抗之方法。在民法、雖以指名債權爲質權之目的時、欲以之對抗於第三者、要向債務者通知、又要債務者之承諾。殊未定以之適用於記名株式。而於若何方可以爲對抗、又無所定。故於此宜何所適用。須從全體之規定、推知之。蓋因在民法、於與記名株式相類之記名社債、以其質入之對抗方法、爲要記入質權設定於會社之帳簿。又雖同爲記名株、而在於爲指圖者。謂應記入質權之設定於株券。又在商法、以株式之讓渡之對抗方法、爲要記載於株主名簿及株券。故總合此等之規定而定之。爲於以記名株之質入爲對抗、應記入質入之事於株主名簿及株券。如上所云也。

此爲余之解釋。雖然有反對是而謂以記名株之質入爲對抗、以交付株券爲已足者。蓋謂質權設定、因於交付而生效力。別無規定以此對抗於第三者之方法時。則解爲卽此已得對抗於第三者、亦可。又民法云。以指名債權之質入、對抗於第三者、爲要通知或承諾。殊不更以之適用於記名株式。故於此外之對抗手續、殆盡不須爲之。雖然、民法、蓋以質權之設定、與對抗方法、分別規定。設定、止因於證書之交付而爲之。若對抗方法、則當別見之於他規定。今乃於僅以爲設定之方法者、而解之爲直得以爲對抗。此則與法律之主意不協。又雖指圖債權、亦尙於以質權對抗於第三者時。要於證書爲裏書。若指名株式、而謂以僅交付而生效力。殊失權衡。又雖於會社關係尙薄之社債、亦於以記名社債之質入、爲對抗。要使記入於會社之帳簿。則於視此關係爲厚之指名株式之質入。其對抗會社及其他之人。自以解爲更要鄭重之手續爲至當。

因關於質入對抗之方法、有種種之說。故實際以記名株式爲質權之目的者。常使債務者、於株券添付讓渡之白紙委任狀。與株券共取得之。若債務者不辨濟債務時。自爲債務者之代理人、而賣却其株式。且在慎重者、更以讓渡承諾書、加於白紙委任狀。此方法。今爲日本之商慣習。而爲裁判所之所承認。此商慣習。雖於債權者爲利益。而於債務者

則不利益。何則。因債務者授與以株式讓渡之代理權。而債權者可有先於得以賣却之時期。而爲賣却之事。債務者對於其債權者雖得請求損害賠償。要不得對於善意之讓受人。請求株式之返還。故也。

會社得消却株式。所謂株式之消却者。爲使株式消滅。而減少株式之數。於爲此事。要從資本減少之規定。<sup>五一</sup>消却株式時。則資本減少。商法既定分資本爲株式。斯無「不分爲株式」之資本。因而將株式消却時。當然應之而資本減少。若將總之株式消却時。則資本全消。而會社爲消滅。故雖有資本不減少之說。然余不採之。尙於後有所論焉。

### 第三節 會社之機關

因法人爲無形之人。不得自表示意思。又不得自與他人爲行爲。故設種種之機關。機關者。法人構成之一部也。雖在合名會社及合資會社。亦要機關。然在於此等之會社。因社員互相信用。其數亦少。故不要更置特別之機關。法律亦止云。社員爲某行爲。而不附之以特別之機關名稱。

即在株式會社。其初亦不設特別機關。僅株主中之或人。爲會社執行業務。代表會社。不別定業務執行者間之關係。及應如何而表示會社之意思。自會社發達而株主之數增多。於

是特定執行業務、代表會社者。其次定作成表示會社之意思之方法。至此而遂有株主總會及取締役。所謂意思機關、機關決及執行機關。乃明設矣。又其初祇由總會自爲執行機關之監督。從會社益發達之後。遂有常設之監督機關之監查役。今更有將別生他機關之傾向。

以機關從其職務之性質爲區別時。則爲意思機關、執行機關、代表機關、監督機關、最高監督機關、調查機關等。又從存在之時爲區別時。則爲常設機關、臨時機關。然說明之便。則仍以採株主總會、取締役、及監查役之法定名稱爲可。

### 第一款 株主總會

株主總會。爲會社之意思機關。會社之意思。依於總會而表示。有謂於會社無意思。總會爲代會社作成意思者。故可稱爲作成機關。又有謂意思僅止作成。他人不得而知。必表示之於外。其表示之者爲總會。故總會、既爲作成機關、同時亦爲表示機關者。此兩說。皆未必誤。雖然、既以會社爲人。則稱人爲有思想者。自爲至當。惟其爲無形人。故當以之爲要有表示其意思之機關。會社之意思表示。依於決議之方法爲之。稱總會爲議決機關可耳。

總會、於表示會社之意思、使執行機關執行之、之外。更監督其執行。雖於監查役之制既定

以後。亦尙爲最高監督機關、而施監督作用。亦有某事項、就廣義言、且可以爲有執行作用者。認株主總會爲會社之有名機關者。在既生取締役之後也。德意志商法。不設特款。惟次於取締役及監查役之規定、而設「關於會社事項、特如業務執行、而爲株主所有之權利者。依於總會之決議而行使之」之條文。以示株主總會性質之一部。德商二五〇然日本商法。則特設一款。以示總會之招集之手續、決議之方法等。

### 株主總會之種類

株主總會。分定時總會及臨時總會。

定時總會。爲開於每年一回之一定時期。爲書類之調查、及利益配當之決議者。七一五雖以取締役招集之、爲常。亦有由他人招集之者。所以使每年一回開之者。因使株主得每年調查取締役及監查役之行爲。保護會社及自己之利益故也。雖在不於每年爲利益配當之會社。亦必使總會每年招集。在於年二回以上爲利益之配當之會社。則於每配當期、使招集之。所謂於一定之時期招集之。其一定云者。以相當之定時爲可。多爲六月、或十二月。取締役於其間、選定適當之日。

定時總會之權限。(一)調查取締役所提出之書類、及監查役之報告書。(二)決議利益及

利息之配當、是也。雖有謂。法律言定時總會、調查書類、決議利益之配當。止於明定得爲此二種之行爲。非禁爲其他之行爲者。然苟欲爲特別行爲、儘得招集特別總會。故定時總會、調查書類、決議配當云云。宜解爲規定其總會之權限者。又雖曰因爲此外行爲、招集臨時總會。亦未嘗云要異其日期。是以定時總會方終、卽開臨時總會亦可。而於先所發通知中、並記載其旨。於事亦可不煩。而緣此數端。於定時總會與臨時總會之分。乃生以招集之時爲準與祇以總會之權限爲準之兩說焉。余則兼合此形式說及權限說兩者。而特倡一說。卽以定時總會爲於一定之時期招集。而調查書類、決議配當者。臨時總會爲於每有必要時招集。而爲應於其情事之調查決議等、及受報告者也。

在定時總會。得因欲使調查取締役所提出之書類、及監查役之報告書、而特選任檢查役。此檢查役。從株主中選任、或其以外之人選任均可。且在與調查之主意不相矛盾之範圍內。卽從取締役或監查役中選任、亦無不可。

臨時總會。每有必要開之、而爲應於其情事之調查及決議或受報告者也。通常由取締役認爲有必要招集總會時招集之。於某項情事。法律有特命其招集者。例如會社失其資本半額者。使招集總會是。一七 尙有因選任取締役監查役、而招集之者。招集之日。與定時總

會之日各異亦可。同日亦可。開會之時間。比定時總會先後均可。而究以後之爲便。臨時總會之權限無制限。凡株主總會得爲之事。臨時總會均得爲之。定款之變更、會社解散之決議、及取締役監查役之選任等。又得調查取締役監查役所提出之書類。決議利益之配當。其定期之報告及配當。雖以在定時總會爲之爲適。而於有必要時。即在臨時總會爲之亦可。惟不可因此廢定時總會之招集而已。

分株主總會、爲普通株主總會及優先株主總會。普通株主總會。不問發行優先株與否。均有之。不發行優先株者。則悉由同種之株主而成。其發行者。則由普通株主及優先株主而成。若優先株主總會。則僅由優先株主而成。在發行諸種之優先株者。可生與此相應之各優先株主總會。

優先株主總會。爲議決特關於優先株主利害之事項者。其中特爲重要者。爲可及損害於優先株主之定款將變更時。於爲此種變更。除普通株主總會之決議以外。必更經優先株主總會之決議者。二一關於招集優先株主總會者。招集之時期、方法、議決權之行使、決議之方法、決議無效之宣告等。準用關於普通株主總會之規定。

### 株主總會之招集

招集株主總會者。通常爲取締役。蓋取締役爲應執行會社之業務者。於判定何時開總會而可以知會社之意思。爲最適任者故也。

取締役。有自欲招集總會而招集之者。有基於法律之規定而招集之者。一五七四又定時總會。不可不每年招集。臨時總會。爲每有必要而應招集者。在此點。爲取締役基於法律之規定而招集。雖然。定每年應於如何之時期。招集定時總會耶。又定果有招集臨時總會之必要與否耶。此均出於取締役之意思。又雖取締役不欲招集總會。及認爲無招集之必要。而苟被十分之一之株主請求時。不可不招集之。是蓋因會社爲株主之會社。故使株主得爲總會招集之原動者也。

在某項情事。有監查役爲總會之招集者之事。蓋因監查役。乃監督業務之執行。應專心慮會社之利益者。故信爲有必要報告會社之情況於株主。而徵其意見時。得招集總會。二一八此不僅爲監查役之權利。亦並爲其義務。

十分之一之株主。亦有得招集總會者。夫株主雖惟以各個株主之資格。得受利益之配當。於總會爲發言。而不得直接干涉業務。不得自行招集總會。然於有不得放任取締役等所爲之情事者。定數之株主。得合而自行招集總會。以表示會社之意思。此爲少數株主之權利。



學者中有云。少數株主。亦爲一之集合體。而成會社之機關者。於行此權利。須有株主若干。則因國而異。日本則爲資本之十分一以上。爲資本之十分一。而不爲株主數之十分一者。視實利之關係重故也。雖然。因單爲資本之十分一。則以一人而有資本之十分一以上時。必且得由其人之隨意。招集總會。故以理言。應改爲當於資本之十分一。及株主之數之十分一者。

得招集總會者。爲十分一以上之株主。又得以定款而定較此少數者。亦得招集總會。雖然。不得定爲非合較十分一爲多之株主。則不得招集總會。蓋總會之招集。爲株主所有干涉權之最大者。不可不尊重之。若定爲非集較法定數爲多數者時。不得招集總會。則爲滅殺株主之權利故也。

因十分一株主招集總會。爲非常之事。故於爲此之先。要一定之條件及手續。卽要於以記載總會之目的。及其招集之理由之書面。提出於取締役。請求總會之招集。而取締役於請求後二週間內。不爲總會招集之手續。又要先於招集而得裁判所之許可。此二手續既爲必要。故苟不盡行之。而徑招集總會。則爲違法。其決議爲無效。

於總會受招集者。爲招集當時之株主。若正確言之時。則爲於其際有株式。而得以之對抗

於會社者。因記名株之讓渡。非將讓受人之氏名。記載於株主名簿及株券。則不得以之對抗於會社。故於當事者間。雖有完全之讓渡。然不爲書換之手續時。無受招集於總會之權利。又因在於無記名株。其讓渡。以株券之交付而爲之。故未取得株券者。無受招集之權利。亦有會社因避招集總會時之煩雜。而於總會前一定之期間。停止株券之書換者。

總會。應由得爲招集之人。將有受招集之權之人。悉招集而開之者。故不得招集之人爲招集。或對有受招集之權之人。竟不招集。而開會時。株主得請求其決議之無效宣告。實際所生之問題。多在於對數人之株主。而將應發招集之通知。一時脫漏者。或某株主爲破產禁止治產等。而對之不發通知者。按株主受破產禁止治產者。其未盡名義以前。仍無失受招集之權利。

總會招集之方法。對於記名株主。爲距會日二週間前。發招集之通知。對於無記名株主。則距會日三週間前。公告以開總會之旨。通知。則僅發之已足。公告。則應依於定款所定之方法。嚴守先於會日之期間。與關於株金之拂込之期間相等。通知之。必以書面。以通知要記載某事項故也。

於通知。要記載總會之目的。及於總會應須決議之事項。於公告。要按公告之方法爲之。所謂總會之目的者。爲因何而開總會之主意。所謂應須決議之事項者。謂應議如何之項目。

雖學者中有謂總會之目的與應決議之事項爲同一者。然法律無以同一之事、重複規定之理。德意志商法云。總會之目的。非於二週間前通知。應通知之事項。非於一週間前通知。不得議決。明明以二者區別之。在日本主意亦同。惟日本於二者之通知。不異其期間而已。或有因決議事項。極爲簡單。而記載總會之目的。卽既等於記載決議事項者。於此。不要強推想所謂決議事項者。而附加之。惟若目的事項。確可區別。而止記載目的。此則法律之所不許。日本大審院。屢循此旨。而以總會之決議宣告爲無效。余贊成之。雖會社以此區別爲難。殊於爲如何程度之記載時。始合於法律所謂應決議之事項之記載耶。不無疑義。然此爲程度問題。故不外因事而決。不得已。惟有以特別法令。示其標準而已。

關於應記載於招集之通知之事項。亦如此之嚴。故於總會提出通知以外之議案而爲決議。其爲違法自不待論。

### 株主總會之決議

以株主出席於總會而發言及決議之權利。稱爲株主之業務干涉權。爲株主所有之重要權利。因株主出席於總會而決議。以表示會社之意思。於是執行機關得爲執行。故從某點觀之。直應以出席於總會。爲株主之義務。然苟作爲義務。亦難強行。又若附以損害賠償。違

約金等之制裁而強其履行。則於株式會社尤爲不適。因此而不作爲義務。

株主雖通常自行出席。然使代理人出席而行議決權亦可。一六以株主爲代理人。及以株主以外之人爲代理人。均無制限。於以株主爲代理人者。其株主既述自己之意見。而更述與之相異之本人之意見亦可。苟爲同一之意見時。於同時述之亦可。惟因而任其以同一人而爲幾人之代理人。故有時或至以少數之代理人。而壓倒多數株主之意見。是以欲避此弊。則須制限以一人所得代理之株式之數。又代理人須將證明代理權之書面。差出於會社。

無記名株主。卽有無記名式之株券者。欲行議決權。要從會日一週間前。供託按供託謂供備而寄託之。其株券於會社。是蓋因無記名株主之爲何人。必以株券爲憑故也。又使從會日一週間前爲供託者。因使不至於會日。突借他人株券。而出席於總會者故也。然有人於此。將無記名株券借受或竊取之。而爲供託。亦不得行株主之權利。此於理論上雖爲明白。但以其爲無記名株。故實際爲供託自己之株券。抑爲供託他人之株券。殆多不明。

株主悉有議決權。換言之。則有議決權爲株主所必要者也。雖然。必非得常行使之。故有議決權。與行使議決權。兩者不可混同。不得行使議決權之事。有因於商法之規定者。有因於

特別法令之規定者。又因於定款之所定者亦有之。其最著者。在於總會之決議有特別之利害關係者。不得行議決權。凡株主於總會決議。皆有利害關係。惟其有利害關係。是以於出席總會者之中。其有特別利害關係者。不能不使之迴避。例如在會社對於某株主欲起訴訟者。不可使其株主行議決權。應以如何程度。視爲有特別之利害關係耶。此則因於各事情之狀況而決。

於發行有優先株之會社。而欲增減優先株主之權利者。則優先株主爲有特別之利害關係者。而不得行議決權。雖學者中有云。優先株主之權利有增減。爲通常之利害關係。然非增減全體株主之權利。而僅增減優先株主之權利。則於優先株主爲有特別之利害關係者。使直接受其影響之優先株主。不得行議決權宜也。雖某學者有言。於此稱爲特別之利害關係者。乃以於株主之一人或數人有特別之利害關係爲義。有關係於一種株主之全體者。不含之。然法文既不設此區別。而廣云於決議爲有特別之利害關係者矣。則固宜解爲不問其爲一人或數人。爲一種之株主或數種之株主。雖或者又謂。由此決議而排斥優先株主。對於優先株主爲酷。然法律保護優先株主。於定款苟有變更。可及損害於優先株主時。定爲株主總會之決議以外。要有優先株主之決議。二一則固已可無其患矣。

二個之會社之株主。關於其二個之會社之合併決議。得行議決權。雖然、其株主若爲取締役、監查役等時。則不得行議決權。因於前者、雖無特別之利害關係。而於後者、則有之故也。雖然、所謂特別之利害關係者。屬於認定。故不免因人而所見各殊焉。

雖不得行議決權之人。亦有得爲發言者。余信發言與決議及投票。得以區別也。於總會之議事。使如何進行耶。應由何人整理之耶。商法雖不規定。然議會之性質上。可由總會自定之。其議長、可以總會之所選任者充之。無特別事情時。取締役可依於慣例與條理而使議事進行。

得以決議之方法。依於所決議之事項如何而異者。分之爲二種。

### 一 通常決議。

通常事項。以出席株主之議決權之過半數而決。一六 凡定期之利益之配當、取締役監查役之選任解任、某項財產之處分等。爲不要定款之變更者。依於此方法。不問幾許之株主出席於總會。故雖總株主之十分一、或百分一、出席。亦得以其過半數而決議。此決議因爲極輕易之方法。故稱爲簡易之決議。

### 二 特別決議。

於特別事項。要特別之決議方法。於此稱爲特別事項者。主爲指定款之變更。因定款係爲會社之基礎者。於一切株主有重大之關係。故雖變更之。亦要鄭重之手續。不可僅依出席株主之過半數而決。必須由總株主之半數以上。而當於資本之半額以上之株主出席。以議決權之過半數而決之。<sup>九二</sup>。雖以是爲決議之方法。甯謂之爲關於總會成立之差爲宜。然以敘述之便宜。而稱此決議稱爲特別決議。

特別決議中。(一)必要定數之出席者。(二)招集一次總會。而不得定數時。則僅以出席者爲假決議。再招集總會。不問出席者之多少。以先之假決議爲本決議者。有之。前者。於會社事業之變更時爲必要。稱之爲絕對的特別決議。後者。則爲一般變更定款時所用。爲基於假決議之決議。或稱爲相對的特別決議。兩者皆於定款之變更爲必要者。即法律所謂第二百九條之決議。可參照定款之變更章內。標爲株主總會之決議項下。

決議。以議決權之過半數而決。此爲原則。會社得以定款而定較此嚴重之方法。雖然。不得定簡易之方法。例如雖得定爲以議決權之四分三而決。却不得定爲以三分之一而決。是蓋因各人之權利。本爲應以各人之同意而變更增減者。即以多數而決。亦既反於純理。故如會社團體者。雖不得已而認多數決。亦務嚴密以解之。

於定議決權之過半數。不可不定其議決權之單位。日本商法以一株爲議決權一個。二六故於千株之會社。以一人而有五百一株時。則以依其人之意思而決議。且馴致生資本案壓制之弊。雖於定款變更。須株主之數與資本額均爲半數以上出席。故僅少數資本案出席。不成立總會。然苟既有定數之出席者。成立總會以後。殆可以一人之株主而左右決議矣。因防此弊。而認以定款制限有十一株以上之株主之議決權。例如定爲在於本會社其議決權。迄於十株爲止。每一株爲一個。十一株以上。則每十株爲一個。是也。

十株以下之株主之權利。不得制限之。故有「非於本會社有五株以上之株主、無議決權」之定款。爲無效。因苟如是則四株以下之株主。至不有議決權。故也。議決權於株主爲必要者。不得豫拋棄之。在某種之會社。因株主之數過多。而於一株之株主。不使有議決權爲宜。故有以特別法令而認其制限者。然商法則出於十株以下者。每株必與以一個議決權之意。故不可不嚴守之。

### 決議之無效宣告

總會之招集手續。或其決議之方法。反於法令或定款時。株主得以其決議之無效之宣告。請求於裁判所。三一六此所謂無效宣告請求權。德國法稱爲阿痕弗伊子痕鄂司。來希託。卽



稱爲爭效。按爭效謂爭效力之有無。無權者也。

有爭效權者。爲各株主。其株主不論何人。卽不問其爲取締役、與爲監查役、及爲依於決議而得利益者、與蒙損害者。反是、而株主以外之人。雖因決議、蒙若何之損害。亦不有爭效權。雖於株主與以此種權利。爲避其濫用。法律特限定其事。卽（一）總會之招集手續、反於法令或定款時。（二）決議之方法、反於法令或定款時。例如招集之通知、本應於會日二週前發之者。而於十三日前發之時。於通知、本應記載決議之事項。而將某事項遺漏時。決議本須因於本人或代理人之出席而爲之者。願以書面述意見、視爲出席決議等、是也。若夫以會社所不得決議之事項、而竟爲決議者。則爲以決議無權限事、當然無效。自宜別論。而非得以之爲原因而爭效者也。法律以株主之爭效權、限於上列二事。不得濫行擴張也。無效宣告之請求。應以訴訟之方式。提起於地方裁判所。要從決議之日、於一個月內、爲之。而且爲此請求時、株主須供託其株券。決議之無效。於會社及全體株主、被重大之影響。特在於無應爲無效之理由者。更加無益之費用、與手數。按如吾國俗所謂多經一番手腳之手數。故爲防爭效權行使之濫用。而使供託其株券。又爲使備損害賠償之支拂。而由會社請求相當之擔保時。不可不供之。但於爲取締役或監查役之株主、請求無效宣告者。則不要供託及擔保。是因

彼等無濫用爭效權之慮。且彼等率既爲某種供託、故也。因訴訟之進行中、取締役亦仍得  
決行其決議。故株主如欲阻止之。則不可不更據他之法令、而爲假處分及其他之請求。訴民

○七六

決議之無效宣告之效力。在於使其決議等於無。等於無者。爲與自始不決議等者耶。抑爲  
祇使將來消滅者耶。關於此。學說分爲二。一名遡及說。又名將來說。將來說之理由。在於  
謂、無效宣告者、爲訴訟法學所稱創設的裁決之一種。止向於將來而生其效力。不遡及其  
效力於判決之確定以前。雖然、彼等以商法所云無效者、何故應視爲創設的裁決之一種。  
於此並不示明其理由。在民法及商法。所謂無效。爲直等於無者。若於某行爲爲無效之規  
定。而解其無效爲其行爲本有效存在。不過向於將來而失效力。此則要別示以有力根據。  
有謂商法不曰爲無效之確認。而曰爲無效之宣告。其中自含有向於將來而有效力之義。  
然於宣告之文字中。並不含將來之義。彼主宣告爲創設的裁決之說者。蓋專慮實際之便  
宜。謂既有總會之決議。顧以既執行者爲全然無效。而使復原狀。則所生之混雜實多。然此  
說殊誤。以信無效者爲有效。當回復原狀之際。致有混雜之生。誠非得已。又卽從實際言之。  
而以宣告效力、爲向於將來而有效時。則亦可有不公平之事。例如在於爲利益配當之決

議、而於某株主既拂渡之、於他之株主尙未拂渡之際、受無效宣告而苟遂任之時、則未得拂渡者、獨受不利益。斯不問若何解釋、於實際均有不便。審是則甯以無效之意義、照通常解釋、作爲應自始無效者、爲宜矣。

### 第二款 取締役

取締役、爲會社之業務執行及代表之機關。以其常存、而稱之爲常設機關。法德之學者、有以取締役之抽象觀念、與爲此取締役之自然人、分別說明、而稱前者爲取締役、稱後者爲取締役員者。德人雷烏曼恩氏、謂取締役爲會社之機關、而取締役員爲組織此機關之人。說雖不誤。然實不必分之爲二。

取締役、由株主中選任之。在德國以株主外之人充之亦可。然欲使取締役與會社利害關係較密。自以株主爲要。雖然、因有一個之株式、亦可以爲株主。故欲十分貫立法主意。則於凡爲取締役、定爲須有某數以上之株式。是爲不得規定於法律之事情。可以定款定之者。爲取締役者。凡屬株主均可。不問其爲男女內外人。若彼未成年者、及妻、等之無能力者。則以不得爲取締役爲原則。因取締役、乃執行會社之業務及代表會社者。必須爲得爲執行及代表之行爲者故也。抑又爲由多數人所成之法人之機關。故當之者、亦須爲可協於其

地位者。取締役要爲自然人。亦從此理由而出。故有爲反對論。而謂得以法人爲取締役者。余則於日本商法之解釋。而謂株式會社之取締役。限於自然人。

取締役。要爲三人以上。一六  
五

### 取締役之選任及解任

取締役。於株主總會、由株主中選任之。一六 在合名會社。通常由各社員執行業務。其特以或人爲執行社員者。則須以定款定之。在株式會社。則非可使各株主執行業務。爰從株主中選任或人而使當之。其選任之決議。以通常決議爲足。於臨時總會舉行之。

欲於總會選任某株主爲取締役。要被選者之承諾。此余之說也。余謂欲以某株主爲會社之取締役。除總會之選任以外。要其株主之承諾。卽要會社與被選者之合意。因此合意。而雙方均生義務。故以取締役之就任。爲雙務契約。然日本大審院則謂。取締役自總會之選任直須就任。不要別經承諾。因而取締役之就任。爲會社之單獨行爲。此兩說。隨所採而當事者及第三者之利害爲異。故須示以兩說之根據。

余則採契約說。而謂欲以某株主爲取締役。要其人之承諾者。其理由如左所列。

一 義務之本質。義務。非得容易推定者。故欲於或人謂有義務。不可不以法律定其人

有其義務。至少亦必須爲足以推測其有義務之規定。在會社法。凡合名會社之社員、爲負執行會社之業務之義務者。此屬於前者之例。而合資會社之無限責任社員、準用合名會社之規定。以此而知有執行業務之義務。此屬於後者之例。在合名會社。苟無業務執行者時、卽不能將會社繼續。因此而各社員有執行之義務。自不待言。然且置有明文。觀此亦可知義務非可容易爲推測者。若在株式會社。則不云各株主有執行業務之義務。因此而不得謂爲明文上有執行義務。無俟煩言。然則謂得從他之規定推測耶。株式會社。乃財產會社。而株主之義務、殆止於爲拂込一事。非可使各株主負業務執行之義務者。在會社法。旣特規定會社之機關。而使爲取締役者、特爲執行機關。從此可知各株主非當然執行會社之業務者。況各株主、併出席於總會之義務亦無之。而其無執行義務。從可想矣。

## 二 株主之平等。

株主之平等。與株主之有限責任。共爲本會社之特質。旣無某株主比

他之株主所得權利獨多矣。

爲優先株  
爲例外株

則自亦不負獨多之義務。雖以株主總會之決議、亦

不得剝奪某株主之權利、或使某株主負特殊之義務。株主總會、雖爲會社之最高機關、得爲會社爲多種之決議。然不得爲反於會社之性質、或反於公益之事。若選任某株主

爲取締役、不問其人之意思如何、而卽以之爲取締役、則破株主之平等、而爲使某株主負特殊之義務。取締役通常受巨額之報酬、多數之人、雖率承諾其選任、然因爲此、而須以善良管理人之注意、執行會社業務。又有因此而致不得爲他會社之取締役、且不得隨意爲自己爲商行爲之事。一七五又故亦容有不欲爲之者。若有可反於自己之意思、而使負如斯積極及消極之義務、則被選者之困難可想已。

三 實際之窒礙。若株主因選任而當然爲取締役、則凡不得爲會社之取締役者、或不得爲取締役者、須不得爲會社之株主。在官吏懲戒法、既以官吏不得爲會社之取締役、則須併以官吏爲不得爲會社之株主。然因懲戒法規定、而不得爲會社之取締役者、直可解之爲無爲取締役之資格者、從而可以其選任爲無效。尙無所妨。若於法令以外所定、如或人爲會社取締役時、直須免職、或須支拂違約金等、則其人早自不得爲會社株主矣。雖或辨之、謂如此之人、豫將其旨開陳於會社、可不被選任。然苟在以被選者爲取締役、全不問其本人之意思如何之主義、則會社宜無爲此豫告所拘束者。又有辨之、謂因取締役隨時得辭職、故自不妨。然卽使隨時得辭、而以但稱之曰辭、自含一旦業已爲取締役之意、對於前例、爲斯辨解、其根據爲已弱矣。

且若株主因選任而當然爲取締役。則將於自己全然不知之間、居然爲取締役。而關於多之事項、與他取締役負連帶責任。并蒙種種之不利益。

據以上之理由。余故謂欲以某株主爲取締役。於選任決議之外。要被選者之承諾。爲單獨行爲說之理由所可舉者如左。

一 法文上之根據。商法明文。取締役於株主總會從株主中選任之。既云於總會選任。則以選任爲已足。與選任同時爲取締役。

此說殊誤。法文云取締役於總會從株主中選任之者。非決某株主應爲取締役之時期。而爲決應由何人選任取締役。又應以何人爲取締役者也。某國之法。由監查役選任取締役。又得以株主以外之人爲取締役。而日本則採與此相異之主意。不得據條文於總會選任云云。而遂謂爲因於選任即當然爲取締役也。

二 總會決議之效力。因株主總會爲會社之最高機關。得以其決議而變更定款或解散會社者。故選任取締役即使爲取締役者。亦爲其應有之力。若雖選任之。而苟無其人之承諾。即不爲取締役時。則將至決議無何等之效力矣。

此說殊誤。取締役之就任。雖以被選者之承諾爲要。然決無以總會之決議爲無力者。總

會既經選任。待被選者之承諾而取締役於是乎生。卽選任實爲作取締役之第一階段。雖其效力之大。未至於僅以選任一事。卽將被選者爲取締役。然謂其決議全然無力。則非也。

三 決議之通知。取締役須因於會社之決議而當然就任。蓋因總會爲議決機關。而不得以會社之意思通知於被選者。故若非作爲決議之效力。而當然以被選者爲取締役。則無從得生取締役矣。

此說殊誤。株主總會雖爲議決機關。然同時亦爲意思表示之機關。依之以表示會社意思。然則於總會而決議欲以某株主爲取締役時。會社之意思卽爲已被表示者。被選者對於此。表示承諾之意思。可也。雖或者謂。欲以會社之決議使被選者知之。以通知爲要。而會社既爲議決機關。故不得行其通知。然總會時亦有執行某業務者。而若囑托使爲通知選任之旨於被選者之事。此自得爲也。又若以出席於總會之株主選任時。則更可不要別爲通知矣。雖總會於外部關係。而爲某行爲。或似不適當。然如使被選者知取締役選任之事。屬內部關係上之行爲。其得爲之自明也。

四 實際上之困難。取締役爲會社之執行機關。若於以某株主爲取締役。必要其人之



承諾時。則其人苟不承諾。將至於無執行會社之業務者。故宜使因於選任而當然就任。此實非也。此實僅慮會社之便宜。而不省察株主之權利者。若某株主因不欲爲取締役。而不承諾。倘必使爲取締役時。則對於被選者爲酷矣。且依於此論法時。則被選任爲取締役者。在一定之期間。必不可不爲取締役。若被再選時。又迄於其年限爲止。不可不爲取締役。豈得使某株主獨蒙如此之不利益耶。又此論與多數之單獨行爲論者所唱之理由。卽所謂被選者雖當然就任。然若不欲爲取締役時。可以辭任。且不論何時亦得辭任者。其說實相抵觸。

五 株主之覺悟。被選任爲取締役者。雖當然就任。然對於被選任者不爲酷。因株主已豫有所覺悟故也。

此蓋用輪環論法。按論理學上者。論者以自己所說爲正爲前提。卽先定爲因於選任。而被選者直卽爲取締役。故云。株主豫有覺悟。雖然。吾人則謂。株主非有自己之承諾無爲取締役之事。故採與吾人同說者。爲安心而爲株主。而本問。正爲欲決株主果應覺悟而入社。抑得安心而入社者。今乃謂惟覺悟而入社。故可如此。此則欲以問題而決問題者耳。

雖有以上之二說。而德國學者之多數、爲契約說。雖關於他之事項、常採單獨行爲說。之雷烏曼恩氏。亦且謂、以某株主爲取締役。要其人之承諾。

取締役之就任、爲契約。會社將選任某株主爲取締役而就任事爲申込。被選者承諾之。因以成立。雖從民法觀之。爲無名契約。然於商法。殆可附以名稱。而謂爲選任契約。或就任契約。在與吾人同採以就任爲契約說者之中。有以此爲委任契約之一例者。與以此爲雇傭契約之一例者。其倡委任契約說者。則謂。因於會社以爲法律行爲之事。委任於被選者。由被選者承諾之。而生其效力。從此說時。則雖關於取締役之解任、其權限、義務、等。亦悉不可不適用委任之規定。雖然、取締役雖於非法律行爲之事務。亦代會社爲之。至少亦必合委任與準委任。且有不諭以何者均難解說之點。故委任說尙爲未完。且以報酬之有無、注意之程度、代表權之性質、種類、等觀之時。畢竟不得以委任說而貫徹之。其倡雇傭契約說者。則謂。取締役對於會社、約供其勞務。會社對之約支拂其報酬。從此說時。則取締役不可不適用民法之雇傭之規定。雖然、取締役乃不僅爲會社供勞務。且爲會社爲多種之法律行爲者也。且取締役爲會社之機關。而於某意義爲會社自身。是爲會社本人而非會社之商業使用人。卽以所云勞務、極廣解之。而謂凡爲他人爲行爲時。可不問其行爲之如何。則取

締役之就任、殆亦或與雇傭類。然民法所稱爲雇傭者。不如此之廣。故宜謂取締役之就任實非雇傭也。雖又或有謂取締役之就任。若受報酬時。則爲雇傭。不受之時。則爲委任者。然以報酬之有無而使變就任契約之性質。殊非也。

取締役之就任契約。爲無名契約。於某點。有委任之分子。於他之點。有雇傭之分子。又於某點。有民法上有名契約所無之團體的原素。縱視爲合委任與雇傭者。然將兩契約合同時。即可爲一種之無名契約。況於此加以團體的原素。自益爲特種之契約無疑。故宜爲無名契約。最先適用商法取締役之規定。其次於得準用之範圍內。準用委任、雇傭、法人等之規定。於猶有所不足之際。依於契約法之原則而決。

取締役之任期。不得超過三年。<sup>六</sup> 是蓋因使株主應時而得適當之取締役故也。在株式會社。因株主常變動。而或有以非自己所選任之取締役爲不願者。故至少每三年使選任之。雖以株主總會之決議。不論何時。亦得將現在之取締役解任。然以現任者解任。有不容易者。且亦有情實上不得積極的解任者。故以法律而使之每三年改選。若株主而信任其現任者時。則使得再選之。在監查役。則於法律以其任期定爲一年。在取締役。則以最長限爲三年。在三年以下。許其變通限定。所以然者。以取締役與監查役職務之性質有差故也。

取締役之豫選。爲無效。因而世所稱爲豫備取締役者。爲商法之所不認。以從取締役之任期上附以制限之主意。與株主總會之權限等。應作如是解也。

會社得以株主總會之決議。不論何時。將取締役解任。<sup>七六</sup>雖契約以當事者之合意而成。故雖解之亦要當事者之合意。因而會社理宜不得隨意將取締役解任。然因取締役爲有重大之權限而執行業務者。故會社一旦生不信取締役之念時。卽不得安心。因此而使以總會之決議。不論何時。皆得解任。與在民法上。使委任契約之當事者。不論何時得將委任解除。在海商法上。使船舶所有者。不論何時得將船長解任者。相等。

會社於將取締役解任。有正當理由時。不要支拂何等之賠償。若無正當理由。則要賠償其損害。其正當之理由。有存於取締役之方面者。有存於會社之方面者。例如取締役罹疾病。至不堪任業務。或因縮少事業而至於不須多人之取締役者是。

取締役不得由自己之隨意。辭取締役。欲辭任。要會社之承諾。因於各情事。有要株主總會之決議者。亦有以他之取締役之承諾爲已足者。以不得辭任爲原則。有不得已之事由時。則得辭之。在於委任。則當事者不論何時得解除契約。在於雇傭。則有不得已時。得解除之。因此而卽在於合委任與雇傭之就任契約。亦宜解爲取締役有不得已之事由時。得解除

契約。即從法人之機關之性質、契約法一般之原則、及就任契約之當事者之意思、解釋之。亦應解於此爲得辭任者。

余解取締役之就任爲雙務契約。故云不得由當事者一方之隨意而解之。因欲於當事者之一方之會社與以自由解任權、而於商法置特別之明文。所以然者。蓋由苟無特別之明文。勢且信爲當從通則。故也。雖然、於此有反對說。而以取締役之選任爲單獨行爲者。則謂、雖取締役之辭任。亦爲單獨行爲。而取締役不論何時、亦得辭任。甚至謂取締役發辭任之通知時、直卽爲辭任者。又在於雖採契約說、而謂會社與取締役之關係、爲委任關係者。則謂、適用委任之規定。而取締役得自由辭任。關於選任或就任之法理。既各異其說。則關於解任而立說互異、自屬宜然。雖然、即使關於選任之法理而採以上之說。亦不可不因於商法法文之解釋、而解爲取締役不得隨意辭任。何則、商法恆以取締役與會社對照。今於會社將取締役解任、特置明文。而於取締役得辭任事。則無所示故也。且卽以立法論而言。亦以使取締役得自由辭任爲不可。若許之時。則將至於忽然無執行會社之業務者。於會社自身爲不利益之外。於一般社會之利益。亦不免有害焉。

### 取締役之權限

取締役爲會社之機關。在內部關係。則執行會社之業務。在外部關係。則代表會社。

取締役爲會社之代表者。會社之代表者。係會社之機關。而於某意義。卽爲會社自身。成會社之組織之一部。與彼通常之代理人。或使用者。明明與本人對立。而爲本人爲行爲者。有異。其所有之權限之最重者。雖爲代理權。而此外。雖不得稱爲代理權之權利。亦有之。例如招集總會。及爲屆出於官廳。此難以謂爲代理權之行使。且不要強謂爲代理者。故法律亦不曰取締役代理會社。而曰代表會社。

取締役所有之權利。爲稱爲代表權之包括的權利。此包括的權利中。最重者爲法定代理權。卽爲關於會社之營業之一切之裁判上及裁判外行爲之權限。其權限之性質。及範圍。與合名會社之代表社員所有者相等。一七〇由此點。而以取締役稱爲有法定之權限之代理人者爲多。若嚴格言之。取締役爲代表者。而非代理人。雖然。代表權中所包含之權利。其最重者爲代理權。故從此點。雖云取締役爲會社之代理人。亦必不誤。在以下之說明。余亦以取締役假定爲代理人。

以取締役爲會社之代理人。若於代理人。僅有法定代理人及委任代理人之二種時。則取締役宜爲委任代理人。世人多以爲代理有法定代理及委任代理。民法商法中之代理。必

入於其二者之一。余則信爲民法所規定之代理。雖爲法定代理及委任代理之二種。然商法之代理。必不限於此。雖於民法所認之代理人之外。更於商法生特別之代理人。而爲三種。亦自無妨。故以余所主持者而論。雖無決取締役爲法定代理人抑爲委任代理人之必要。然多數之人。以代理爲限於此二種。以爲須將取締役入於其類。故卽從其說而入之。則甯謂之爲屬於委任代理人者。

關於法定代理人之爲何。有種種之說。或者以爲、法律上之代理人。卽於或人欲爲某行爲、法律必使依於代理人爲之之場合而生者。於訴訟之辯護士。亦爲法定代理人。或者則以爲、法律必命選任之場合之代理人。船舶管理人。亦爲法定代理人。又或者則以爲、有法律所規定之包括的權限者。支配人船長等。亦爲法定代理人。總之、任此等中之何之意味。取締役總爲法定代理人。何則。取締役爲法律所規定之會社之代理人。而會社欲爲營業。必不可不依於取締役。且於法律、以株式會社爲必須有取締役者。以其權限。爲法定之包括的者。故也。雖然、余則謂、法定代理人云者。不問爲代理人者之意思如何。要爲因某事實之發生、而法律當然以之爲代理人者。故取締役爲非法定代理人。是蓋以取締役之爲取締役。因於自己之承諾。故也。非法定代理人。是卽爲委任代理人。惟稱爲委任代理人時。則取

締役之就任契約，不可不謂之委任契約。故宜附以適當之新名，而稱爲合意代理人。

取締役各自代表會社。其代理權，爲包括的者。而其制限，不得對抗於善意之第三者。此蓋因使第三者關於會社之業務，得安心與取締役爲行爲故也。因各自有代表權。故雖作共同取締役，亦可由第三者視爲各自有全權者。會社雖以其名稱爲專務取締役，常務取締役等。又雖於內部之關係，附以權限之差等，亦不得以之對抗於善意之第三者。

在於內部關係，則會社之業務執行，以取締役之過半數而決。支配人之選任及解任亦然。九六 此爲原則。若以定款而別有所定，而將取締役分爲專務取締役、常務取締役等，使分掌業務，亦可以此等之規定爲有效。其反於公益或與會社之性質不相容者，則爲無效。取締役以受報酬爲通常。其額，雖通常定之於定款。然若於定款不定之時，則以株主總會之決議定之。九七

### 取締役之職務

取締役之職務，在執行會社之業務及代表會社。既附與之以爲會社爲一切之裁判上及裁判外之行爲之權限，亦即與此同時，有爲此一切之行爲之義務。業務之爲何，其不得一列舉。猶之在合名會社及合資會社者也。茲以本款所規定者示之於左。其他，則讓之於



## 各節。

第二編 會社 第四章 株式會社 第三節 會社之機關

### 一 株主總會之招集。

會社應每年一回或二回以上、開株主總會。而調查一定之書類、決議利益之配當。其招集總會者。爲取締役。取締役應於其總會提出書類。又取締役每有必要。應招集臨時總會。而爲報告、或請求決議。凡整理總會、執行其決議等。悉屬取締役之職務。

應招集臨時總會之有無必要。以由取締役之認定而決。爲原則。雖然、於會社失其資本之半額之場合。取締役不容自己之意見。必要無遲滯招集總會而報告之。四一七失資本之半額者。謂會社之財產、爲會社之資本額之半。其著明之例。則如以十萬元之資本、拂込株金全額之後、損失五萬元之場合。於拂込金額爲六萬元者。損失三萬元。尙有殘餘之三萬元。合之、未拂之債權四萬元。尙有七萬元之資產。故不要招集總會。於失資本之半額之際。使之報告於總會者。因欲使株主講其善後策故也。

### 二 帳簿及書類之保管。

因會社爲商人。不可不從總則之規定、作商業帳簿。或按日。或遇有必要、記入某事項而保存之。又帳簿外。多種之必要書類及信書。亦不可不保存。爲書類中重要而載於本款

者。如左。無一不宜備置於本店。定款與決議錄於支店亦備置之。使株主及會社之債權者、在營業時間內隨時閱覽之。

甲 定款。定款爲會社契約。必記載於書面。屢有以記載定款之書面、略稱而謂之定款者。因其爲會社之基本的約款之記載。故有嚴密保存之之必要。

乙 株主名簿。其必要。在於發總會招集之通知之場合。使爲記名株式讓渡之對抗手續之場合等。雖株式悉爲無記名式時。不得作成現在株主之名簿。然因欲知過去之株主。而有保存既成之名簿者。若始終僅爲無記名株式時。則株主名簿實卽爲株式原簿而已。

株主名簿。要記載左之事項。二七

- 一 株主之氏名住所。
- 二 各株主之株式之數、及株券之番號。
- 三 於各株所拂込之株金額、及拂込之年月日。
- 四 各株式之取得之年月日。
- 五 發行無記名式之株券時。則其數、與番號、及發行之年月日。

丙 社債原簿。社債原簿之必要。在於社債之償還、使爲社債讓渡之對抗手續、場合等。關於株式而稱爲株主名簿。則關於社債、似宜稱爲社債讓渡者名簿。然因名稱過長、及株式與社債之異。因以社債爲本、而稱爲社債原簿。

社債原簿。要記載左之事項。三一七

- 一 社債權者之氏名住所。
  - 二 債券之番號。
  - 三 社債之總額。
  - 四 各社債之金額。
  - 五 社債之利率。
  - 六 社債償還之方法、及期限。
  - 七 債券發行之年月日。
  - 八 各社債之取得之年月日。
  - 九 發行無記名式之社債時、其數、與番號、及發行之年月日。
- 比於株主名簿所記載之事項有殊者。因株式與社債之相異故也。

丁 總會之決議錄。總會之決議。以不論如何之方法亦可。又有決議之實時。則生決議之效力。決不待於記載。雖然。因為使株主及會社之債權者。知決議之如何。又如何而生其決議。而使作決議錄。保存之。關於決議錄。應如何作成耶。此在德國商法。雖畧有所定。而日本商法。則全不之及。且併總會須作決議錄一事。亦未見於明文。惟當規定取締役之職務。而云要以是備置於本店及支店。因此推知有使作決議錄之趣意而已。

### 三 破產宣告之請求。

至於不能以會社財產而完濟會社之債務時。取締役要直即為破產宣告之請求。四一七此職務。為嚴格者。雖於會社失其資本之半額之際。僅無遲滯招集總會而報告已足。然於此。則不可不直即為破產宣告之請求。若怠此時。處取締役以千元以下之過料。此所云會社財產。為將會社現存之財產。及會社對於株主所有之未拂込株金之請求權。合而言之者。即於以會社之貸方所合計之金額。不能完濟會社之債務者。使請求破產宣告。會社在於如此之狀況。尚聽其繼續業務時。則使舊之債權者減其擔保。且有生新被其害者之虞。

所謂至於不能完濟會社之債務者。非謂至於現實已至債務之辨濟期。方辨濟。而既已無可以辨濟之財產時。惟計算上。以現在之財產。究不能完濟現在之債務。雖使株主拂込未拂込金。亦尙不能完濟其債務之情況。則爲已足。

因欲使取締役於以上之職務。及其他多種之職務。忠實執行。而使以其株券供託於會社。且使負避止之義務。及損害賠償之責任。

取締役之避止之義務。在某點。類於合名會社社員之避止之義務。在他之點。爲株式會社所特殊者。得分之如左。

一 取締役非有株主總會之認許。不得爲自己或爲第三者。爲屬於會社之營業之部類之商行爲。或爲以同種之營業爲目的之他會社之無限責任社員。五 一七

取締役反於此而爲自己爲商行爲時。會社得行介入權。而會社行此介入權。要在從監查役之一人知其商行爲時。二個月內。或從其商行爲之時。一年內。若既經過此期間。則不問監查役及其他之人之知與否。介入權概歸消滅。

取締役不得爲以同種營業爲目的之他之會社之取締役。蓋以爲取締役時。必不可不爲其會社執行業務。而彼則爲不得爲第三者爲其商行爲者故也。故若欲爲他之會社

之取締役時。須受總會之認許。總會之認許。雖嘿示可也。且不論何時受之可也。以某會社之取締役、而由他之以同種營業爲目的之會社總會選任之者。殆得解爲認其兼爲兩會社之取締役者。

二 取締役非得監查役之承認。不得爲自己、或第三者、與會社爲取引。六一七於法文。雖積極的而定爲「取締役限得監查役之承認時、得爲自己或第三者與會社爲取引」。然於真義。則實爲規定一種之避止之義務者也。

取締役本爲會社之執行及代表之機關。不可不爲會社爲多項之行爲。若自己以會社爲相手方面爲取引時。自可致不利於會社。且即使爲第三者爲之。亦尙可致會社於不利益。故論原則。自不得爲之。雖某學者、謂貫徹此原則。取締役不論何等場合。亦不得與會社爲取引。德之額拉伊師、羅諾烏爾。法之利握温卡恩、達烏來勒等、唱導之。然日本則設有例外。即取締役苟得監查役之承諾時。亦自得與會社爲取引。

監查役之承認。不可不於各取引分別與之。不得將一切之取引、包括的永久承認。或將一年間若二年間之取引、悉行承認。若如此承認。則反於取引要監查役承認之主意。至某取引爲重大而須繼續者。苟得解爲一個之取引。此則以一個之承認爲足。自無論已。

稱爲監查役之承認者。義爲有一人之監役之承認亦可。法律每於必須全員之同意或承認之際。常明言之。而於此則未明言。且因監查役之監查的行爲。各員得自爲之。故此場合之承認。亦以一人爲可。若爲重大之事項時。則監查役任意與他之監查役協議。以圖輕減自己之責任可也。

取締役不經監查役之承認。而與會社所爲之取引。全然無效。凡在不得爲某行爲者而爲之之時。直以其行爲解爲無效。較之解爲有效者。爲當。在法律。屢有於定某人不得爲某行爲之下。接續定若爲之之時。不生某效力之明文。以暗示爲生他之效力。又或謂爲某行爲時。某某得取消之。使知取消以前爲成立者。雖然。取締役與會社爲取引。無得解爲有效之餘地。故止宜解爲無效。且如斯反於公益規定之行爲。以解爲無效爲宜。有爲反對說。而謂其行爲自爲有效。惟取締役須受某種制裁。之說。及謂雖爲有效。而得以取消之。之說。取消說。雖爲大審院之所採用。然在得以有效行爲取消之事例。法律明有限定。非得以解釋而漫然創造之也。

取締役得監查役之承認時。雖得與會社爲取引。然於此須與爲會社之代表者之他之取締役。或會社之代理人。爲取引。若自爲會社之代理人。而與自己爲取引。此則於屬同一之

法律行爲、而自爲其相手方之代理人。乃代理之原則所不許。○民一八商法所云、取締役得監查役之承認時、得與會社爲取引者。乃定得爲會社之相手方與否。決非規定爲取引之方法、作爲民法之例外、而定得以自爲相手方之會社之代理人也。

### 取締役得兼爲支配人。

#### 取締役與第三者之關係

因於取締役之行爲、而得權利負義務者。爲會社、自身。而取締役自己毫不得權利義務。取締役當行其職務、而釀損害於第三者之場合。苟其行爲、在於會社之目的範圍內時。僅由會社任其責。不在於目的之範圍內時。則決議其事項之株主、及執行之之取締役、連帶而任其責。民四四若其損害、因於不法行爲而生之時。則從民法上不法行爲之規定。有僅由不法行爲者負責任者。有會社、亦於其爲本人之點而負責者。

此爲由民法所生之解釋。在商法。則取締役若爲反於法令或定款之行爲時。對於第三者負損害賠償之責。七一七在此。會社及各株主、亦負責與否。因於各情事而異。本條係止定取締役與第三者之關係者。凡反於法令而加損害於他人者。不論其因何等事情而至於違反。當然負賠償之責。其違反。不要問依於株主總會之決議與否也。若違反於會社之定款、



而至加損害於他人時。縱事情有特別之處。然因第三者專信定款而與會社爲取引。故於違反之取締役。仍使負賠償之責。

日本商法。於取締役爲反於法令或定款之行爲時。雖其違反。爲因於株主總會之決議者。亦對於第三者有損害賠償之責。所以然者。蓋視爲取締役爲其行爲。自己亦必同意於其總會之決議而始爲之者。故也。故若取締役對於其行爲。在株主總會述異議。且通知其旨於監查役之時。則不任其責。是蓋謂取締役乃應執行總會之決議者。若於因總會之決議而爲之行爲。自對於第三者負責。殊失之酷。故若對於其決議。在總會述異議。且通知其旨於監查役時。可使免其責。此實非是。取締役於總會之決議。述異議與否。爲會社之內部關係。因爲此內部關係。而使第三者不得由違反定款所蒙之締害之賠償。則於第三者之保護爲不足。且使違反法令之取締役。對於第三者不負責任。則是置法令於會社以下也。即使第三者。得依於不法行爲之原則。而向取締役請求損害賠償。然於商法之規定上。亦不可不使違反法令者。爲有責。故第一七七條第二項。宜全然削除之。或改之而云。「前項之規定。對於其行爲述異議。且不爲其行爲之取締役。不適用之。」或則云。「對於其行爲述異議。且通知其旨於監查役之取締役。得對於會社。請求損害賠償之填補。」

## 第三款 監查役

株式會社。因欲使爲業務執行其他全般之監督。而設特別之機關。稱之爲監查役。雖在於一般法人。其置監事與否。一任總會之決議。八民五而在於株式會社。則必使選任監查役。且必使以總會之決議。而選任。於此點。亦與他之法人爲異。

監查役。於株主總會。由株主中選任之。九一八雖有採於取締役。須出於株主之中。而於監查役。則否之主義者。然日本則二者皆須爲株主。此外。不需何等特別之資格。不問其爲男女內外人。至若無能力者。不得爲監查役。此則從監查役之職務之性質而得知之。又監查役因於其破產或禁治產。而退任。亦殆不俟明文。八一八惟關於取締役不定之。而於監查役獨置明文者。因二者之性質及職務。稍有所異。關於監查役。解釋有疑故也。

欲以某株主爲監查役。於總會選任之以後。須求被選者之承諾。蓋監查役之就任。爲契約。且爲雙務契約。因此而會社則使監查役得檢查會社之帳簿。得監督取締役。在多數場合。負應支拂報酬之義務。而彼監查役。則負應爲會社盡法定之職務之義務。雖監查役之就任後。會社得不論何時。將監查役解任。然監查役不得隨意辭任。會社無正當之事由。而於任期前。將監查役解任時。其監查役得對於會社請求損害之賠償。九一八此等之規定及解

釋。與關於取締役而說明者爲同。關於取締役之選任解任等而採單獨行爲說者。關於監查役亦多採單獨行爲說。又關於取締役之選任而採委任說、雇傭說者。關於監查役之選任、亦採同說。

監查役、可設一人。或則至於數人。雖取締役要有三人以上。而監查役之職務之性質上。不必要有二人以上。凡於有數人之場合。在取締役。則以由過半數決議而決業務之執行爲原則。而在監查役。則不以此爲原則。監查役之行爲。不必要共同爲之。因關於監查、無使總監查役意見一致之必要之場合爲多、故也。雖某學者謂。監查役之監查。亦須以其過半數而決。關於監查役雖無明文。亦應同一解釋云云。然此種類推之解釋。於理難通。雖業務之執行。非以總員之同意、或過半數之決議、不能爲之者。爲多。而監督。則可得由監查役之各自爲之。且有以各自爲之爲宜者、故也。若關於監查之方法、或調查之結果、而意見各異時。則各自述其意見可耳。

監查役之任期爲一年。但其任期滿了之後。不妨再選之。<sup>一八</sup>在取締役。則爲不得超過三年。而於監查役。則必定爲一年者。蓋使長年月間居其職時。則致與取締役之間生情弊故也。以之爲一年者。一則與取締役之任期保其權衡。又一則會社作財產目錄及貸借對照

表、至少爲每一年。以此兩者參考而定之也。雖有慮其與取締役生情弊、而倡禁其再選之理由者。然以無庸將株主所信者、強爲排斥。故認滿期後之再選。若某監查役就任以後、於未經過一年以前退任、而選任他之監查役時、則其監查役之任期、從就任時起算、爲一年。監查役之豫選、則爲無效。

### 監查役之權限及職務

監查役爲會社之監查機關。監查役當然之性質。無與第三者立於直接關係之事。其在會社之內部關係之位地、亦極單純。監查役之職務中、如從取締役受株券之供託、從株主受株主總會招集之請求、從取締役受對於總會之決議爲異議之通知等。既於各場合說明之矣。

監查役之權限如左。

#### 一 報告請求權及財產調查權。

監查役。得不論何時、對於取締役求事業之報告、或調查會社之業務及會社財產之情況。一八 雖合資會社之有限責任社員、止得於營業年度之終、限營業時間以內、求會社之財產目錄及貸借對照表之閱覽。且檢查會社之業務及會社財產之情況。而監查役。

則與以視此爲大之權限。是蓋在株式會社。株主雖得於營業時間內、不論何時求定款、總會之決議錄、株主名簿、及社債原簿、之閱覽。又在某場合、可集合多數者。求總會之招集。以間接監督會社。然僅此猶有不足。而別設監查役。因而監查役有必須與以重大之調查權。使得不論何時、求事業之報告、調查會社財產之狀況者也。

監查役雖得爲報告之請求、及業務之調查。却不得自進而執行業務。

## 二 總會之招集權。

監查役認爲有必要招集株主總會時。得招集之。二八 雖定時總會。在每年一回一定之時期。由取締役招集之。臨時總會。每有必要時。由取締役招集之。然時或有取締役不招集定時總會者。於其際、監查役得以招集之。且不可不招集之。在取締役有必要招集總會之場合、而不招集臨時總會之場合。亦然。關於招集之必要、而取締役與監查役之間、意見各異時。監查役得不問取締役之意見如何而爲招集。此非代取締役爲之。乃因監查役固有之權限而爲之也。

在此總會。監查役、其他之株主。得自爲諸般之調查。此不待言。亦得特選任檢查役、而使調查會社之業務及會社財產之狀況。

### 三 會社代表權

雖監查役爲監查機關，因而以不得爲業務之執行，及會社之代表爲原則。但於某場合，有得爲之者。例如前記之總會招集，有雖爲取締役所應爲，而監查役亦得爲之，之事例是。又監查役於會社與取締役之訴訟，有代表會社之權限。<sup>五八</sup>在會社對於取締役起訴之場合，則代表原告之會社。在取締役對於會社起訴之場合，則代表被告之會社。監查役關於會社與取締役之訴訟，而代表會社，最爲適當。雖然，時或有與取締役之關係上，不得十分於法庭爭執之事情，且或有某監查役於爲如此之行爲，實不勝任者。在此等之場合，得以株主總會之決議，使他人代表會社。且在十分之一之株主，請求對於取締役提起訴之場合，得特指定代表者。

監查役於訴訟而爲會社之相手方時，則代表會社者爲取締役。此不待言。惟限於某場合，得依法律之規定，特以他人爲會社之代表者。<sup>七一八</sup>

### 四 臨時執行權

監查役爲不得執行會社之業務者。雖然，在取締役中有缺員，不得急速爲補缺選任之場合，有使監查役一時行取締役之職務者。此非爲取締役之代理而行，乃監查役自行

之。卽於監查役爲有臨時執行權者。當監查役行使此權利。要取締役與監查役之協議。協議云者。爲總員之同意。有一人唱異議時。卽爲協議之不成。當監查役行此權利。要監查役爲有二人以上之場合。若僅爲一人之監查役時。而使其人行取締役之職務。則會社將至於無一人行監查之職務者。殊戾於法律以監查役爲必要機關之主意。法文云。取締役有缺員時。從監查役中定可行取締役之職務者。從此。亦足知其爲有二人以上之監查役之場合。尙有須附言者。監查役行取締役之職務。純然爲權利。因而於所協議。同意而行之與否。由自己之隨意。

監查役行取締役之職務。雖爲監查役自行之者。然因其實際爲執行會社之業務。故使不得與之同時兼行監查役之職務。不許以監查與被監查集於其一身。且其時期。以迄於提出一定之書類於總會而得其承認時爲止。

以上爲監查役之職權。爲本款所規定者。監查役以受報酬爲常。其額。則以定款而定。於定款不定時。以株主總會之決議而定。與取締役相等。

監查役之職務。注意於會社全般之利害。就中在於監督取締役之行爲。本作為監查役之權利而說明者。其裏面。伴於職務之性質者爲多。例如對於取締役求事業之報告或調查

會社財產之狀況。此則既爲職權。亦同時爲職務。於株主總會之招集、及訴訟時之代表會社言之亦然。此外、監查役有應調查取締役擬提出於株主總會之書類、而於株主總會報告其意見之職務。

監查役有此等之職務。故因使爲忠實執行、而使負避止之義務。即使監查役不得兼爲取締役、或支配人。不使業務之監督者同時得爲業務之總括的執行者。然雖不得爲取締役、及支配人。而得爲通常之代理人、或商業使用人。又因其非業務之執行者。故得隨意爲自己或第三者、爲屬於會社之營業部類之商行爲、或爲以同種營業爲目的之他之會社之無限責任社員。又得隨意爲自己或第三者與會社爲取引。

監查役怠其任務時。對於會社任損害賠償之責。六一八

#### 監查役與第三者之關係

監查役怠其任務時。對於第三者任損害賠償之責。六一八因監查役爲會社之機關。故對於會社而任責。自爲當然。日本商法。則監查役怠其任務時。對於第三者、亦使負責。夫監查役之行爲、係不法行爲時。對於不論何人亦任損害賠償之責。此理固自昭然。而於會社之機關、怠其任務、加損害於他人之場合。使其機關直接對於第三者負責。果何故歟。曰、監查役



之任務。雖直接在於謀會社之利益。然同時對於與會社爲取引者。亦廣有關係。因第三者信監查役能盡監查之職務。會社必爲確實。而與之取引。是以使監查役對於第三者。亦負怠務之責也。比之取締役。限於爲違反法令或定款之行爲之場合。而使對於第三者負責者。其責尤大。故某學者謂。監查役。於爲會社之直屬機關之外。更廣爲第三者之共同機關焉。

#### 第四節 會社之計算

株式會社。爲財產會社。乃集多數人之資力。以少數人保管使用之。將其所得之利益。配當之於多數出資者也。而多數出資者。殆全無干涉業務之事。惟以欲得於定時或臨時分配。從出資所生利益之故。因須使少數保管者。應多數者之希望。且使不得私其出資或利益。遂以發生一切之監督的規定。本節從此主意而出。使明確會社財產之計算。蓋以鞏固會社之基礎。而保護株主及第三者之利益爲目的焉。

#### 書類之整頓

取締役之職務之一。爲書類之記入保管。又定時總會。調查取締役所提出之書類及監查役之報告書。即使取締役將爲明會社計算。而作成之諸種書類。供株主之閱覽。

本節所規定之書類如左。

### 一 財產目錄。

爲商業帳簿之一。記載動產、不動產、債權及其他之財產、且記載其目錄調製當時之價格者也。應於會社之設立登記之時、及每年一回一定之時期作之。在每年二回以上爲利益之配當之會社。則應於每配當期作之。二七六又

### 二 貸借對照表。

爲商業帳簿之一、記載貸方借方、使一見而知於會社之貸借關係之地位者也。應作成之理由、作成之時期等。大體與財產目錄等。

貸借對照表。要公告之。依此而使社會公衆、知其會社財產上之情況。雖株主、得於某時問內、閱覽會社之帳簿。然因要時間與手數。故株主亦有因於公告、以知會社之貸借關係者。既有使貸借對照表、公告之理由。則財產目錄、亦宜使之公告。實際則並公告二者爲多。

### 三 營業報告書。

迄於如何之點、爲應記載耶。此則須因會社所爲目的之事業、及各場合情況、而異。

#### 四 損益計算書。

因會社非填補其損失之後，不得爲利益之配當。故明損益之計算，實須在於每期之利益配當前，雖得依於貸借對照表，而知損益計算之一部。然決不能詳細。且二者之目的，亦各不同。

#### 五 關於準備金、及利益或利息之配當之議案。

會社負積立準備金，以達於其資本之四分之一爲止之義務。取締役則爲應作成其議案，而乞總會之決議者也。又取締役不可不作成關於利益或利息之配當之議案。

取締役要將此五種之書類，於定時總會之會日一週間前，提出於監查役。既由取締役提出時，監查役應調查之，添入自己之意見，而於總會之會日前，返還之。一八雖然，取締役爲應將其書類，及監查役之報告書，備於本店，應株主及會社債權者之請求，使在營業時間內，隨時得爲閱覽者。一九雖因此規定，而使株主及會社債權者，得知會社之情況，而講自衛之道。然因書類備付，在定時總會之會日前即可。故使有閱覽之請求權者，殆無暇行使其權利。此遺憾耳。

取締役應提出此等書類於總會，求其承認。監查役應調查此等之書類，報告自己所有之

意見。取締役則於得總會之承諾後。應公告貸借對照表。<sup>二一九</sup>總會承認此等之書類時。視為會社對於取締役及監查役。解除其責任者。<sup>三一九</sup>因而書類實為監督取締役及監查役之具。總會不承認之之時。則更命再調查。或即調查取締役及監查役之行爲。而定責任之所歸著。

於總會承認書類時。雖視為解除責任者。但取締役或監查役有不正之行爲時。則不解除之。不正行爲。而關於書類之作成時。是為覆責任解除之基礎者。則總員之責任。皆不解除。然不正行爲。而為各員之特別行爲時。則僅不解除該行爲者之責任。取締役及監查役。對於一人之不正行爲。非必常負連帶責任者。

### 株主之調查權

法律所以使取締役作成種種之書類。而供覽及提出者。專以期保護株主之利益。雖然。因此等之書類。止得於定時總會之會日前閱覽。於會日調查。故於此猶有未足。更與株主以平常監督會社之計算之權利。即在於使十分一之株主。得因欲使調查會社之業務及會社財產之狀況。而請求檢查役之選任。於裁判所。<sup>八一九</sup>

因各株主各與以此種權利時。有濫用之虞。故以之為十分一株主之權利。且以其請求之

取捨、委之於裁判所。又不使株主自行檢查。而使檢查役調查之。是即爲裁判上之檢查役。檢查役受諾選任時。則負調查之義務。應以其結果報告於裁判所。裁判所聽此報告。認爲會社之業務及會社財產之狀況、無別情時。則置之。認爲有必要報告於總會時。則使監查役招集總會。

若此。在一方則不認株主各自之專權。而亦不使之關於調查之請求。而負供託或供擔保之義務。雖因檢查而生損害於會社。亦爲會社負擔。即檢查之費用。亦由會社負擔之。

### 利益或利息之配當

株式會社之株主。其主要目的。在於欲得利益。而其他不過附屬之者。法律所標爲會社之計算。而規定之者。命意在於保護會社之利益。使各株主正確公平而受其分配。而保護會社債權者利益之規定。亦於茲併設之。

可配當利益之時。法律不限定。故於一年爲一回配當亦可。爲二回以上配當亦可。每十年配當亦可。至會社解散之際配當亦可。在此第三之例。可與會社財產之分配爲同時。故或者謂利益之配當。非株主所必要之權利。然此祇爲想像極端之例者。通常總爲年一回或二回分配。又雖於解散之際爲分配。然非單純爲會社財產之分配。而包含所蓄積之利益。

之配當。故利益配當請求權。仍爲株主所必要。未嘗出於此原則之外。

雖有謂、定時總會。要每年一回招集之。於定時總會。爲利益配當之決議。故至少須每年一回配當利益者。此實不然。雖在定時總會。要爲關於利益配當之議決。然不要常決議配當利益。在無可配當之利益時。其不得配當。不待言矣。卽有利益。而以截存於次期。或充作準備金之主意。而不爲配當。亦可。雖法文<sup>八</sup><sub>一五</sub>云。定時總會。決議利益之配當。不云決議關於利益配當之事項。微有缺點。然其主意。則固如此。

當於爲利益之配當。有爲應充實之條件。而特規定於法律者。卽爲損失之填補與準備金之控除。<sup>五</sup><sub>一九</sub>

一 會社非填補其損失以後。不得爲利益之配當。

利益之性質上。不待言。不填補損失而謂有利益。此於理全不可通。與關於合名會社所說明者相等。<sup>七</sup><sub>六</sub>雖不填補損失而爲配當。亦不以其配當爲當然無效。惟使會社之債權者。得請求其返還而止。亦如合名會社所云。

二 會社非控除準備金之後。不得爲利益之配當。

雖在合名會社。於利益之配當。以損失之填補。爲惟一之條件。而株式會社。則更作第二

之條件、而以準備金之控除爲必要。不積立準備金而爲配當時、使會社之債權者、得請  
求其返還、與前款無異。

利益之配當。各應其依定款而既拂込之株金額之割合。按分配比例言而爲之。七一因株式

爲平等者。故利益應平等分配之。故若各株爲同一之拂込時。則利益平等配當於各株。雖

然、在有全額拂込濟者、按拂込濟即總括與一部拂込者之場合。則不得同額分配。此爲當然。拂込

總要依於定款爲之者。即要受會社所發拂込之通知、於得拂込之期間內、爲拂込。若單云

應於拂込額而配當。則於利益多時。或有不待取締役通知、即爲拂込、期得較多之配當金

額者。故以此豫防之。

雖爲同種同額之株式。亦有某株主已依於定款而金額拂込。他之株主、僅拂込半額而尙

未至失權者。於此前者。應配當後者之倍額。蓋利益由所利用之資金而生。非由空名而生

故也。即已如此。而於全額拂込之株主亦尙有不利益矣。蓋會社之事業之發達。在於會社

之有大信用。而信用。則由依於定款爲拂込、使會社得進行其事業而生。今乃於彼不依定

款爲拂込者。初未顧及此點、而猶使得應於拂込額之配當也。

株式雖有新舊之二種。若於同種之總株、有同額之拂込時。此其配當。固不困難。若某株主

拂込全額。他之株主不然。而且拂込額至分數十百時。則應於此割合之配當。極爲困難。故在於某國。定爲利益各應於株式所應拂込之額而配當之。在應拂込全額者。不問實際之拂込額如何。配當全額。在應拂込半額者。配當半額。率由會社以此辨濟義務。與株主之拂込義務。相殺焉。

優先株主。雖於爲少額之拂込者。亦與以視普通株主爲多之額。是蓋由優先株之性質而來者。在同種之優先株。必須平等配當。在發行諸種之優先株者。雖得於第一種與第二種之間。附有差等。而於同種之株式間。則仍須常維持其平等。

會社無利益時。不論何物。亦不得配當。此爲當然。雖然。在於依於會社之事業之性質。長期間不生利益者。則在株主不能堪此全無配當。勢必將株式讓渡。或自始卽不應募此等之株式。故此際有特許一種之配當者。因其非爲利益。故謂之利息之配當。因其迄於以會社之事業建設爲止而支拂。故謂之建設利息。卽德國學者之所謂派烏起恩斯。日本商法。屢云利益或利息之配當者。卽指此例。因利息須從作爲資本之株式之拂込金中支拂。故與株金之拂込殆同。如是宜若不如使自始只拂込爾許之小額爲愈者。然從經濟上及社會上之事情。乃生建設利息之變例。因變例或易於濫用。故於其分配。附特別之條件。



於與以建設利息所必要之條件如左。

- (一) 事業之性質、在設立登記後二年以上、不能爲開業者。
- (二) 以定款定之。
- (三) 定款之規定、受裁判所之認可。
- (四) 迄於開業爲止。
- (五) 在法定利率以內。

以此解爲因於商行爲而生之債務時、則法定利率爲六分。否則爲五分。余採前說。故解爲六分。

配當建設利息時、以苟祇於此限度減會社之資金、則不得爲資本額之減少。故於貸借表、不得已須入於貸之部、以調停其計算、恰與爲工事而購入土地家屋者等。

### 準備金

多數之國法、使株式會社積立一定之準備金。其始、無論何國、均無準備金之規定。惟會社自己注意、而積立利益之一部分、以備非常之用而已。嗣以其積立之結果、良好。因有某國以之規定於法律、稱之爲法定準備金。最先規定法定準備金者、爲一八六七年之法國會

社法。<sup>六三</sup>而多數之小國直模仿之。一八八二年之意國商法。一八九七年之德國商法及日本商法。亦均採此主義。

於規定準備金者之中。雖有將其財源、目的、使用方法、於其上所有株主及會社債權者之權利、貸借對照表之記入方法等。詳細規定之者。<sup>商德</sup>日本商法。則止規定準備金之財源、與不積立時之制裁而已。

所以使積立法定準備金之目的。在於鞏固會社之基礎。於德國商法云。會社因填補損失、要設準備金。<sup>德商二</sup>學者解之而謂、此規定。爲以法定準備金必應使用於損失之填補。爲強行的規定者。使於會社之資產減少之際。以之補充。於會社解散時、特如破產者。會社債權者之損害。亦以畧鮮。既有此目的。則一入於法定準備金中者。自早已不得分配之。於某年度既入準備金中者。不得於翌年度更用之以增加利益之配當額。雖於會社解散之際。得請求其分配。然亦要先辨濟會社之債務。惟其學者中。亦有謂、關於破產之際之準備金。株主有與會社債權者同等之權利者。間或且謂、株主之權利爲優先者。其實卽以德商法論。亦以會社債權者之權利爲優先。況於日本商法。其爲優先。更不容疑。日本商法。固明言會社不控除準備金而爲利益之配當時、會社之債權者、得使返還者也。<sup>五一九</sup>

準備金之財源如左。四一九

### 一 利益。

商法曰。會社要於每爲配當、積立其利益之二十分之一以上、作爲準備金、以達於其資本之四分之一爲止。因其爲利益之二十分之一以上、而於以上全無限制。故在得厚利時、苟將四分之一之全額、一時積立、則爲一度之積立、而此要件既完。雖某學者謂、會社於得巨額之利益時、悉積立之而毫不配當、爲害株主之利益配當權者。卽以總會之決議、亦不得爲之。此實不然。法律本不命以年年之利益、年年配當之。況於以其利益充作法定之準備金者耶。

### 二 額面以上之拂込金額。

商法規定以額面以上之價格而發行株式時、則越過其額面之金額、要以之組入於準備金。達於會社資本之四分之一爲止。是謂差額金之組入。此方法、於造準備金、最爲適當者。且如此、則得以防會社以額面以上之價格而發行株式、貌託爲非常有望、而以其差額、隨卽分配、或速於分配之。若會社當株式募集後、隨卽得利益然者、以欺世人也。差額金而達於會社之資本之四分之一時、會社以此充實準備金。斯利益可得悉數直爲

配當。若差額金充法定準備金，而尚有餘時，則余信即以之分配於株主亦可。雖於德國之學者中，有謂券面額與差額相合，而為株主之出資額。此差額為會社財產之增加，與資本相等。為宜用之求得利益者，而非即利益自身。不可不與資本共入於貸借對照表中之借部，而長保存之。然因日本商法，僅命法定準備金之積立，而不要積立於其定額以上。雖不得稱為利益之分配。然作為差額之拂戾，而分配之，可也。雖於此，或似會社以額面以上之價格而發行株式。貌託為非常有望之會社。然不致因此生弊害。蓋其差額直即得充實資本之四分之一之準備金之會社。殊為實際有望之會社故也。

商法所規定之財源。雖止以上之二種。而德意志商法。則於此以外。尚規定二三之財源。關於準備金之實體。學者間有種種之說。解釋最嚴者。以之為必須金銀。然是固與發行兌換券之銀行及其他之準備金異。自無如此之必要。又有於此加以紙幣及其他可代用為通貨之有價證券者。夫既以此為失之狹。以有價證券而亦可矣。則無特限於紙幣及其他之代用證券之必要。即各種之公債、社債、株券、亦可。普通之債權亦可矣。既以債權亦可。則版權、特許權等、亦可矣。所謂準備金者。畢竟宜謂為準備財產。亦有更進而謂準備金不過為應記載於貸借對照表之借方之數額者。

雖然、歷觀必使積立準備金之主意。及以每期之利益、或株式發行之差額金、作爲其準備金之財源等。則自知於可爲準備金者。有所限定。準備金、爲專備損失之填補者。因保護會社債權者之權利而存。不得謂會社既有財產、卽必能十分保護債權者之權利。如會社雖對於或者、有債權。而因其債務者、資力寡薄。或其債權之期限、尙遠者。則會社債權者、享其利益甚難。又其會社財產、爲不得容易賣却之不動產。亦或至於久滯而不能辨濟。因慮及此。故準備金、須爲可得容易換價者。其以何等之財產當之耶。此則依於各場合之狀況而決。德國學者之多數。謂任何財產皆可。日本學者、亦與同意。然余則解爲稍有制限。德國商法理由書所記載。却有等於余說者。準備金、雖入於貸借對照表中之借方。然以別有財產目錄。故於其爲準備金之財產之實質。不難知之。

以上關於法定準備金。會社有於此外、積立準備金者。依於定款或株主總會之決議而定之。其中重要者。爲減價償却準備金、及配當平均準備金。因在於航海會社。船舶年年消損。在於工業會社。機械年年消耗。故概皆因欲爲之準備、而積立準備金。於此等金額、應亦課所得稅與否問題。昔嘗發生。率皆決爲不課。又因配當之得平均、爲凡會社所希望之事。故會社於得巨額之利益時。宜積立其利益之一部。而於利益少時補充之。以期爲年年同額

之配當。

達於會社資本之四分之一者。爲法定準備金。而其以上爲任意準備金。雖會社稱之爲法定準備金而積立資本之二分之一、然後半減之。而以四分之一爲法定準備金。以殘額分配之。亦可。因法律止要迄於四分之一爲止。而其以上則不問名稱之如何。總爲任意之準備金。

### 第五節 社債

會社法、有特及社債之規定者、與不然者。會社從一人借受金錢抑從數人借受。爲其自由。又金額之大小、借入及返還之時期等。悉得隨意而定。理自可明。故會社依於此方法、而得必要之金錢。不別置社債之規定於商法之國亦有之。雖然、因會社要巨額之資產。畢竟有以尋常之方法、不能得之之場合。故日本。因欲使於其際、依社債之方法以得之。爰特規定之於商法。恰等於國家市町村等之公法人。雖得因於普通之方法、而借受金錢。但因欲使於此外、得募集公債市町村債等。而特發布公債條例、市町村債條例等。

會社依於普通之方法、而得金錢。與依於社債而得之。此雖爲其自由。然於募集社債。則不可不從商法之規定。商法既認爲特殊之方法。則必須從之。自不得爲類似之行爲而潛避此規定。且因關於株式會社規定之。關於合名會社、及合資會社、則不規定。而彼二會社應

解爲不得募集社債者。

關於社債之本質。有種種之說。有謂應於社債爲賣買者。與謂爲無名契約者。在謂之賣買者。則云。社債之應募者。雖爲貸與金錢於會社。實爲欲買受會社所發行之債券。故甯謂之「債券。或表現於債券之債權。之賣買。」愛痕迭曼恩氏謂。應社債者。爲貸借之意思。不如其欲得會社所發行之債券之意思。卽屬此說。雖然。謂爲債券或債權之賣買時。則義爲既存之債權之移轉。於此而說明依於應募而新生債權之事實。頗爲困難。故以商法之說明言。謂之賣買不可也。其在謂爲無名契約者。則云。此契約。爲無名稱。民法之貸借。特別於當事者間爲之。不以一般募集之方法。且交付與所受取者同額之金錢。而爲債務之辨濟。而在於社債。則可以所受取者之以上或以下之金額爲償還。故也。雖然。因民法於貸借之方法不限定。故依於募集。亦不害其爲貸借。又爲較多於元本之返還。卽使假定爲不合於返還之意義。然可解爲併利子而同時返還之者。至以少額辨濟。而得債務之免除。此則於普通之貸借亦所常見。故余欲徑謂社債之募集。爲消費貸借之一種。於商法之規定有所不足者。則適用民法之消費貸借之規定。然後再及於契約一般之原則。

會社雖因於資本之增加。能一時得巨額之金錢。然亦有因此增株主之數。而不欲之者。又

因增加資本時。其減少爲困難。故因一時的膨脹。而欲增加營業資力時。或於會社之性質上。不能以外國人。其他或種之資本家。爲株主之際。以依於社債而達其目的。爲宜。社債之額。無論總額及各社債之金額。均爲法律所限定。社債之總額。於左所列者之中。以其低之額爲限度。○二○

### 一 所已拂込之株金額。

二 依於最終之貸借對照表。會社所現存之財產。

以已拂込之株金額。爲社債總額之標準者。蓋若會社無他之債務。則以已拂込之株金額。得償還一切之社債。故如斯定之也。雖然。因株金。決非長以金錢而存。必且變爲他之財產。而且其財產之價格有變動。故慮及此。而以現存財產。爲社債總額之限度。若現存財產之額。視拂込金額爲多時。雖在理似可以達於現存財產之額爲止。而募集社債。然因價格變動不常。故於是。止使依於視此較低之拂込金額焉。

商法雖制限社債之總額。而欲以保護會社之普通債權者。及社債權者。然尙有所未足。何則。在或者對於會社有債權之場合。而會社募集與拂込額同額之社債時。則普通債權者。與社債權者。之債權額相合。而超過拂込額矣。於此。雖有謂。以現存財產爲社債總額之標



準、故自不妨者。但於此所謂現存財產者。果爲貸借對照表所表見之現存財產、而從現存財產中、引去債務之殘額與否。既爲問題。假令卽爲殘額之積極的財產。然在募集迄於此限度之社債以後。而會社更負擔債務時。社債權者固亦無如之何。又在會社財產之價格減少之際。擔保亦可減少。故欲使鞏固社債。有使得特別之擔保之必要。

所謂社債之總額者。非各次募集之總額。乃會社所有之總額也。故第一回募集照此限度之社債時。於其後、固已不得募集之。第一回募集迄於其半額之時。第二回除所餘之半額外。不得募集。在大體上自爲適當之規定。雖然、於欲以高利之社債、變更爲低利者之場合。覺其困難。雖欲先募集低利者、以其募集金償還高利之社債。然高利之社債、已達於最高額時。早已無募集低利者之餘地故也。在理須別設規定、以應用於此。

於社債之總額有限度。此與株式爲異之處。株式之額則無制限。

各社債之金額。不得下於二十元。一。蓋因計及計算之便宜、且使不得爲與紙幣發行相類似之行爲、故也。此與以株式限於五十元或二十元以上、以無記名手形限於三十元以上、出於同一之主意。

謂各社債之金額、不得下於二十元者。乃券面額不得下於二十元之意。實際之拂込額。則

於此以下亦可。雖在株式。其發行價格不得下券面額。而社債則無此制限。使會社得隨意定發行社債之價格。故株式僅有券面以上發行。及券面額發行二法。社債則於此外尙有券面以下之發行。合之則有三法。

### 社債之募集及償還

於募集社債。要株主總會之特別決議。即要總株主之半數以上。而當於資本之半數以上之株主出席。以其議決權之過半數而決之。無一定員數出席時。要以出席株主之議決權之過半數。爲假決議。更招集第二回之總會。而爲本決議。即爲要相對的特別決議者。是蓋因社債與普通債權爲異。通常爲巨額。而得諸多數人之手。其被影響於會社。株主、會社債權者、等者。爲大。故也。

株式之募集。於會社設立之際爲之者。雖不要總會之決議。而於會社之成立後爲之者。則非資本之增加。而於株金之全額拂込後。不得爲之。故其時期自有所制限。反是。而社債則必不可不以總會之決議。然至拂込之程度。則可以不問。是亦與株式相異之端。○  
欲募集社債時。取締役要公告左列之事項。三。

- 一 第一七三條第三號乃至第六號所揭之事項。即

甲 社債之總額。

乙 各社債之金額。

丙 社債之利率。

丁 社債償還之方法及期限。

二 會社之商號。

三 前已募集社債時其償還未了之總額。

四 社債發行之價格或其最低價額。

五 會社之資本及已拂込之株金之總額。

六 依於最終之貸借對照表會社所現存之財產之額。

社債之募集。要以公告而爲之。其募集。盡人皆得應之。而不限定其應募之方法。故雖以口頭應之亦可。雖然。因社債之應募者爲多數。且社債之所影響者爲大。故須使依定式而應募。卽具申込證。如應募株式時。

社債之募集。爲貸借之申込。而應募。則爲對於此之承諾也。因於募集之完了。而貸借契約成立。應募者。負拂込之義務。會社。負以所拂込之金額。從於一定之方法而償還之義務。在

關於株式之募集而採單獨行爲說者之中。有關於社債之募集亦採單獨行爲說者。與關於社債則採契約說者。

社債之募集完了時。取締役要於各社債、使之拂込其全額。四二。因社債爲會社在需金錢時而募集之者。故使一時將全額拂込。此爲商法之規定。至如南滿洲鐵道株式會社。有特別之事情者。則以特別之條例而設例外。

應募者必不可不以金錢拂込。不得以金錢以外之物而充當拂込。雖然、對於會社而有金錢債權者。於社債之拂込、得以相殺對抗之。於株式拂込。固謂不得以相殺對抗於會社。四一然因不以準用於社債。故作如此解。立法上之理由。蓋謂社債不過一之貸借。故無須禁其相殺耳。

請求拂込、而應募者不爲拂込時。取締役應強制之。若應募者拂込。取締役受金額之拂込時。應自其日起二週間內、於本店及支店之所在地、而將(一)社債之總額、(二)各社債之金額、(三)社債之利率、(四)社債還償之方法及期限、登記之。

社債須以豫定方法、於豫定之期限、償還之。社債權者之權利。實在於得一定之利息、及得社債之償還。得利息之方法。有於債券附利札。按即取息憑單者。償還之方法及期限。以當事者得

隨意定之爲原則。惟有一制限。爲應償還之金額。定爲應超過券面額時。則其金額要於各社債爲同一。二。蓋於同額面之社債。而以互異之金額償還時。於何人應將高額償還。則不得知。若以抽籤爲之時。則有激發社會之射幸心之虞。故雖許超於券面額。而仍使各社債之額爲同一。

應償還於社債權者之金額。雖爲券面以下亦可。而其金額。爲各異亦可。雖許此亦有使社會生射幸心之弊。然在此之金額之等差。不能如券面額以上之等差之大。且因爲消極的之等差。不使至於激發人心。故不禁之。

### 債券

商法不明命債券之發行。故可有債券不存之社債。特如在拂込社債之金額之霎時。固存有並無債券之社債。雖然。無債券時。於社債之讓渡。或對於會社之債權之行使。甚覺困難。卽會社自身亦爲不便。故實際必發行之。商法亦豫期發行也。

於債券。要記載左之事項及番號。由取締役署名其上。五。

### 一 社債之總額。

### 二 各社債之金額。

### 三 社債之利率。

### 四 社債償還之方法及期限。

### 五 會社之商號。

又在於記名社債。須記載社債權者之氏名。且須因於社債權者之請求。變記名式者爲無記名式。變無記名式者爲記名式。<sup>七二</sup>○因社債自始拂込其全額。故社債權者不論何時。得請求其爲此變更。

利率雖單以記載其率已足。但有爲便宜而記載定期之金額於證券面。於其期之至。則割截之。以支拂利息與之引換者。因償還期豫定。而定期之金額亦爲一定。故得附以迄於償還期爲止之利札。

社債得由債權者之隨意而讓渡之。在於記名社債。非記載讓受人之氏名住所。於社債原簿。且記載其氏名於債券。不得以之對抗於會社及其他之第三者。在於無記名社債。則得以債券交付。而對抗一切之人。<sup>六二</sup>○從此規定。亦得知商法於社債固有必使附以債券之主意矣。

## 第六節 定款之變更

定款。於會社設立之際。爲設立行爲之要件。於會社成立之後。爲會社存續之要件。而爲會社之形式的基礎者。故其作成須加特別注意。而於其變更。亦與之同。卽於定款之變更。必要株主總會決議者。恰與會社設立之初。於定款之是認變更等。要創立總會之決議者等。惟創立總會。爲新設立會社。故不論何等事項。概須鄭重決議。而於成立後之定款變更。則有認輕易之方法者。

### 株主總會之決議

株主總會之決議。分爲通常決議。及特別決議。此已於株主總會之款述之。通常決議。以出席株主之議決權之過半數而決。不問出席員數。及資本額之如何。反是而特別決議。要總株主之半數以上。而當於資本之半額以上之株主出席。以其議決權之過半數而決。定款變更。爲重大之事件。故必要特別決議。商法所云第二〇九條之決議。卽學者之所謂特別決議。

定款之變更。必要特別決議。以下詳說之。  
特別決議。有絕對的決議。及相對的決議。

絕對的決議。爲於其決議。必要人員及資本之半數以上。出席者。於會社事業變更之決議。

及創立總會之決議。必不可不依此法。於此而出席不足定數時。不能得何等之決議。倘幾度招集總會。仍不得法定之出席。則何事亦不得爲。雖或者謂法律不定於此之處分方法。實爲缺點。此不然。蓋法律於此。出於使會社維持現狀之主意。株主雖受應爲事業之變更之通知。而不出席。則視爲不欲變更者可也。

相對的特別決議者。謂於爲決議。雖須一經求法定之出席者。苟一招集之而不得。則於後可因普通之方法而得之者也。定款變更之多數。依此而爲之。會社雖欲變更定款而招集株主。然不得定數之出席時。則以出席株主之議決權之過半數。而爲假決議。然後通告各株主。以假決議之趣旨。更招集第二回之株主總會。不拘出席株主之多少。以其議決權之過半數而決假決議之認否。若其總會認之時。卽爲本決議。稱之爲依於假決議之方法之決議。

於會社欲得特別決議。而招集株主。不得定數出席之際。雖任其作罷亦可。然若一旦既爲假決議時。則爲既有一部之株主之意思表示者。必不可不決。此果爲會社之意思表示與否。是以使會社更對各株主。發其假決議之通知。且發行無記名株之時。則使公告其趣旨。更招集第二回之總會。此總會果應何時招集之耶。則因法文所云。不下一個月之期間內。



之文字之解釋而定。若與第一五二條第一五三條等所云、不下二週間之期間內、爲同義。則爲二週間後、應招集之。若爲出於務使速決假決議之認否之主意時。則爲應於二週間前招集之。

假決議既被認於第二總會時。卽爲本決議。從其時、生決議之効力。此非以本決議爲假決議之追認。乃以假決議爲至於本決議之一階段。第二總會不認假決議時。則假決議消滅。如會社未曾有決議之程度而止。

於發行優先株之場合。定款之變更、可及損害於優先株主時。則於株主總會之決議外。要有優先株主之決議。二一 蓋於減優先株之利率、或關於其消却方法、而變更定款者。優先株主爲於其決議有特別之利害關係者。不得行議決權。一六 既不得行議決權。則以別使取對待之手段、爲至當。因而於議決權之有效。更要優先株主總會之決議。吾人謂此種之決議。因優先株主、爲有特別之利害關係者。優先株主、不得於普通總會行其議決權。是以使於優先株主總會、更爲決議。其必要特爲深切。彼採反對之解釋者。謂優先株主。關於此決議、亦得出席於普通總會、而行議決權。則此更要優先株主總會決議者。其理由較爲薄弱矣。

於優先株主總會。準用關於普通株主總會之規定。

於定款之變更，要特別決議。此多數國之所一致。德意志商法。數定要議決權之四分三以上之出席者。德二七四、二七五。日本商法雖視之略寬。然由會社任意而加嚴之則可也。若視法定者爲寬則不可。以嚴則可。故雖於會社之解散、及事業之變更、要總株主之同意。於合併、要員數及資本之四分三以上出席、而以出席者之四分三以上之同意。亦可也。

所謂會社得依法律或定款所定之方法、而變更定款者。謂定款變更之形式。至其實質。會社應不得爲反於公益及會社之性質之變更。如何之變更、爲當於此者耶。此不外因各場合之認定而決。不得剝奪某株主之權利、或使其株主之權利爲不等。是皆事例尤著明者。至若將會社之營業所移轉。雖有於移轉地之株主獨便、現在地之株主則受不利益者。然此實不得已。其關於由公告方法之變更而生之利害。亦然。此等利害、爲偶然而生者。可惹起此等利害之定款變更。自爲有效。

資本之增加新株之發行

於會社之事業盛大、現在之財產不足、然又不欲依於社債其他之方法、而增加營業資力之場合。則將資本增加。因此要變更定款。且爲定款變更中重要之事項。故法律詳細規定

之。

會社之資本。非株金全額拂込後、不得增加之。○一 蓋以防於無全額之拂込、尙無增加營業資力之必要、而增加資本、虛爲聲勢以炫世人。且以防重增株主之負擔、而危會社之基礎。此爲原則。若保險會社。非必常要全額拂込。有特爲例外者。德意志商法。在大體上亦與吾國相等。於增加資本、要豫有全額拂込。然因慮及實際。乃定極少之拂込。雖尙未濟。苟有大部分拂込。卽爲已足焉。然究以何等程度視爲極少耶。此一任登記判事之認定。雖甚有便宜之處。然因生事實上之爭。故轉不如日本商法之便也。

資本增加之方法如左。

- 一 一株之金額之增加。
- 二 株式之數之增加。
- 三 合前二者爲之。

因會社之資本分爲株式。故無不入於株式之資本。雖以株式外之拂込、或寄附行爲、而增加會社之資產。然不得謂之資本之增加。

會社得以增加一株之金額、而增加其資本。雖然、因此要總株主之同意。決非以定款變更

所要之特別決議爲已足。是蓋由株主之有限責任所生之結論。因株主爲引受一定之株金額者。故無緣從他人意思而使負擔其以上之額。且無論何人亦不能使某株主失其株主之資格。然苟使能勝金額之增加者。則爲拂込。其不勝者置之。則又破株主之平等。及株式之均一。故無論如何亦不得以多數決而決行此增資之方法。

資本增加之方法行之最多者爲新株之發行。

新株之發行爲一時得多數之株主與多額之資本之方法。其情況有所類於會社之設立。故學者稱之爲一部之設立。法律中亦多準用設立之規定及其原則之處。至二一三乃

新株由現在之株主引受亦可。新募集株式引受人亦可。於應募之申込。不須特別之方式。雖以立法論而言。宜與設立之際相等。以申込證爲之。然日本商法以設立場合與增資場合爲異。於此不限定其應募之方式。

爲株式之申込者。負應於其所引受之株數。而爲拂込之義務。有株式之總數引受時。取締役無遲滯於各株。使爲株金之四分之一以上之拂込。在以額面以上之價格而發行株式之場合。須使與第一回之拂込同時拂込超過其額面之金額。請求拂込。而引受人仍不拂込時。更通知以須拂込。及隨於不拂込之失權。仍不拂込時。使其株主失權。而更募集株主。

株式引受人爲第一回之拂込時。取締役無遲滯招集株主總會。報告關於新株之募集事項。監查役須將(一)新株有總數之引受與否、(二)各新株有第一回之拂込與否、(三)對於金錢以外之財產所與之株式之數果爲正當與否、一一調查而報告之。株主總會苟認取締役及監查役之調查報告時。總會因之終結。若有疑於其調查報告時。更得選任檢查役。使調查報告。以對於金錢以外之財產所與之株式之數認爲不當時。得減少之。發見有並無引受、或無第一回之拂込、或已取消其申込、之株式時。得使取締役連帶而引受其株式、或爲拂込。

新株有總數之引受後、一年內、第一回之拂込不終時。或其拂込既終以後、六個月以內、取締役不招集株主總會時。株式引受人得取消其申込。請求已拂込金額之返還。又迄於增資之登記爲止。得以因於詐欺或強迫之故。而取消其株式引受之申込。雖然、登記以後。則不得以因於詐欺或強迫而取消其申込。此點亦與設立之際爲同。九二一

因株主總會之終結、而完了依於新株發行之資本增加之手續。會社要自其日爲始、在二週間內、於本店及支店之所在地、登記左列事項。七二一

- 一 所增加資本之總額。

二 資本增加之決議之年月日。

三 各新株所拂込之株金額。

四 發行優先株時其株主之權利。

發行新株時得發行應於此之株券其時期在增資登記之後先於此而發行之株券爲無效與先於設立登記而發行之株券爲無效相等且與設立之際迄於爲設立登記不得將株式讓渡或爲其讓渡之豫約相等迄於爲增資登記亦不得爲新株之讓渡或爲讓渡豫約。

新株券應記之事項與舊株券應記之事項同此外要於本店所在地記載爲增資登記之年月日發行優先株時記載其株主之權利。八二一

以上爲關於新株發行簡單之說明雖然關於新株發行生出新株式引受人在如何時機爲株主之問題是有三說。

甲 謂株式引受人於引受株式時卽爲株主蓋將株式比例分配於應募者而株式之申込人爲株式引受人而明負拂込之義務時則於其時卽爲株主。

雖然從此說時以全未爲拂込者爲株主其弊乃至生有不得招集於株主總會之株主。

且使無株式引受人與株主之區別。不協法律之旨。又視設立之際。亦不得其權衡。

乙 謂株式引受人爲第一回之拂込時。卽爲株主。蓋引受人既爲第一回之拂込、履行株式引受人對於會社之義務故也。

雖然、卽於引受人悉爲第一回之拂込以後。苟取締役不招集株主總會時。株式引受人得取消其申込、請求拂込金額之返還。彼時與其謂之株主終止其爲株主。不如謂之株式引受人不爲株主而止。法律亦固常稱之爲株式引受人。謂之株式引受人者。卽未爲株主之義也。

丙 余信爲株式引受人之爲株主。在第一回拂込後所開之株主總會終結之時。卽相當於會社設立之際。創立總會終結之時。蓋迄於此總會之終以前。容有株式引受人、以總會之不開爲理由、取消其申込者。又容有於此總會、減所與於金錢以外出資者之株式之數者。一經終結。則無如此之變動。故於此時可以株式引受人爲株主。卽宜與謂會社、因於創立總會之終結而成立者相等。而謂增資、因於增資總會之終結而完成、株式引受人於此成爲株主焉。但亦有以法律稱此總會爲株主總會、因謂株式引受人業已爲株主者。此拘泥於文字者也。蓋增資時之株主總會。爲株主及株式引受人之總會。若法

律不厭用長名者。宜云爲株主株式引受人總會。今則以之略稱爲株主總會也。雖或者謂、稱之爲株主總會。故得出席於此者、爲現在之株主。而株式引受人、不得出席。此實不然。名雖爲株主總會。實使會合株主及株式引受人、而爲關於新株之募集、引受、等之決議者也。

此總會之決議。爲定款之變更。故要特別決議。關於現在之株主。以拂込全額、算資本之額。關於株式引受人。以第一回拂込額、算之。若假定爲第一回得一時拂込全額者。而實際又已全拂込之之時。則株主與株式引受人之權利。全爲同一。若夫以定名株主總會之理由。謂此爲僅株主之總會、而排斥株式引受人。斯固不協於法律使準用創立總會規定之主意。然謂株式引受人既爲株主而來會。則又難免失其與創立總會之權衡焉。

### 優先株

會社、限於增加其資本之場合、得發行優先株。一一

株式有普通株式與優先株式。及因爲優先株而有優先株主總會。此既述之矣。於此應述關於優先株之爲何、及其發行之時機、要件、等。以論理言雖似宜述於株式之節。然以優先株發行、限於資本增加之際。商法亦規定之於本節。故從之。



優先株。於株式平等之原則，爲特例。雖株式之權利義務之內容，一切株式宜同，而一人之株主之權利義務，與他之株主之權利義務，亦宜相等。以爲原則。然於某場合，有欲發行異種之株式者。即於因爲繼續會社之事業，而發行新株，欲以增加資本時。然苟株主之權利爲小，由株式所得之利益不多。則於其株式，必且無應者之時。則發行優先株，以得應募者焉。

優先株。爲對於普通株之語。其所包含之權利，比普通株所包含之權利爲優先者。即於量爲大，於質爲優，於數爲多者也。於優先株主，有與以倍於普通株主之利益之配當。或有先配當一部之利益，以其殘餘，平分而配當於總株主。有於會社解散之場合，與以視普通株主爲多之分配。雖關於總會上行爲，亦有特認其有某權利者。然大抵爲多得利益之配當。雖關於利益配當，任與以何等權利皆可。然若云與以總收入之幾分，先於損失之填補而爲配當。又若云必與以一定之利益者，則不可也。

雖得使優先株所包含之權利多而且大。然不得使優先株式之拂込金額，較少於額面。蓋如此則害株式之本質。優先株之額面，不得與普通株之額面爲異。因法律以額面之均一，爲株式之特質。而不認優先株爲獨異。是則不可不使爲均一。總之，認優先株，乃出於不得

已之特例。故須嚴正解釋之。

優先株、得有多種。蓋得於第一回增資之時。發行優先株。於第二回增資之時。更發行別種之優先株。故也。從於許發行優先株之主意、與法文上、「會社於增加其資本之際。得發行優先株。」云云。而作如此解。惟不得同時發行數種之優先株。蓋從不認會社設立之時募集數種株式之主意、與無認此事之必要、二者。而當解爲不得爲之也。

因優先株發行。於株主大有關係。故要以其發行之事。記載於定款。

### 資本之減少

會社有事業衰、而至於不要現在之資本。或事業雖盛大、而資本額過大、則配當率小。因欲減少之者。資本減少、亦爲定款之變更。故要株主總會之特別決議。

商法云。株主總會、爲資本減少之決議時。要同時決議其減少之方法。○二在資本增加之場合、不言要決議增加方法。而於此特言之者。蓋資本之減少、與其增加異。不僅於會社之債權者、及其他之人、所被影響爲大。且以僅爲資本減少之決議、而不示其方法時。必致人心之不安故也。

與資本減少之決議同時、應決議其減少方法。其同時云者。非謂必作爲一議案、而包括的

一舉議決之。於同一之株主總會斯可矣。雖先爲減少之決議，次決議其方法，亦可。學者有解釋之。爲即於別開之株主總會亦可。以此規定，不過以止於資本減少決議則無效力，必伴以減少方法之決議者。然如此解，是直不應有同時之語句矣。

資本減少之方法如左。

一 一株之金額之減少。

二 株式之數之減少。

三 合前二者爲之。

因會社之資本分爲株式。故不得不變動株式而減少資本。雖將資產分配贈與時，不致變動株式。然資產之減少，非資本之減少也。

一株之金額之減少。爲於全額拂込之場合，拂戻即接拂戻半額或三分一者也。若爲半額未

拂込時。則有定株金額。止此後半，不再使拂込者。雖然，於此方法有制限。不得以由漸次拂所成之百元株，減少而爲三十元株之全額拂込。因漸次拂之株式，不得下於五十元故也。又不得以同此之百元株，減少而爲五十元株。而除去所虧損之七十元，以之作三十元既拂込者。蓋如此，則株主應更爲二十元之拂込。是對於百元之株式，而負百二十元之拂込

義務。反於株主之有限責任故也。如欲爲此，則須全員之同意。

減株式之數之方法。在於併合株式、或消却某株式。併合者。如以向來之一萬株爲五千株、而半減其資本。於此。各株主之所有者爲偶數時。雖可各自半減。若有五株三株一株等之奇數時。應如何耶。乃生對一株株主。應如何處理之問題。

某學者謂、使一株之株主、合二人而爲新株之共有者。使五株之株主、得新株二株。關於餘之一株。則視一株株主、所取之方法。若一株株主、不欲與他之株主共有時。則可由會社強取其株式。雖然、株式之強取。不問其有償無償。均不得爲之者。故若一株之株主、不同意於株式之合併時。此減資之方法。不得實行。又有學者謂、於株式之消却、許用抽籤法。於株式之合併。亦可應用之。然於株式之消却、許用抽籤與否。既爲問題。假使於消却、許之。然於合株。則不宜許。雖抽籤、在某點、爲使一切株主在於平等之運命者。然可有使某株主明明繼續爲株主、使他株主全失爲株主之權利者。其方法、難認爲平等。故苟既無法律規定。則宜爲不得爲之者。在德意志設應用於此之規定。稱爲依於壳痕勃痕起育恩之資本減少。使株主將其所有之株券、悉提出於會社、由會社附與之以新株。因於合株之如何、有對於四株與以二株、有對於五株與以三株。其對於一株、則因不得與以新株、而使其株主得損害

之填補。德商二九〇若以此方法爲可。則日本國法、固亦宜採用之。但照現在商法。則不得爲如此之事。

不問依於何等之方法。苟爲資本減少之決議時。會社應自其決議日起、二週間內、作財產目錄及貸借對照表。對於其債權者。以在一定期間內、可述異議之旨、爲催告、公告。於述異議者。須爲辨濟或供擔保。不爲催告、公告、及辨濟。而減少資本時。不得以資本之減少、對抗於有受此權利之債權者。〇二

### 株式之消却

日本商法。關於株式之消却。阿穆爾起泰起屋恩無何等規定之處。故其性質爲何、及消却方法。不外依於學理說明之。

株式之消却者。爲使會社消滅自己之株式。學者謂、株式之消却。爲株金之拂戾。爲會社之貸借對照中株金之項目之減少。爲會社取得株式、而混同株式之權利義務、使歸消滅等。此等無一不足示株式消却之一部。其中如最後者、近於完全。然於株式之消却。必爲要由會社一旦取得其株式、而依於混同之法理以說明。則失之隘。故余廣云爲會社所爲之株式之消滅行爲。從株主方面觀之時。則爲因於特別方法之株主權之消滅。

株式消却之方法。不可不從對內對外之二關係觀察。對內關係。在如何消却某株主之株式。對外關係。在當爲消却時。會社對於會社債權者及其他之第三者。應如何而爲之。對於株主之消却方法。而用強制的。手段。爲非是。雖在株主總會決議使某株主株式消滅。亦無其效。不問對於其株主爲反對給付與否。皆然。又抽籤之方法。雖假定爲置總株主於平等之運命者。然強不同意於抽籤者而使抽籤。使落籤者喪失其株式。實爲不法。在德意志商法云。或人於爲株主之際。在定款定有此等之消却方法時。雖得爲之。否則不得爲之。余解爲不問定款之有無。於株式消却。要其株主之同意。

株主而同意於其株式之消却時。不論用何法使之消滅皆可。德人諾伊卡姆蒲謂。株式之消却。爲會社欲消滅其株式。而取得之。此在多處。雖爲恰當。然必以此爲限。則誤。某學者謂。於消却。認有強制的者。於強制的時。雖得直使消却。而於任意的時。則不可不一旦由會社取得之。此在多處。固或由會社一旦取得之。因株式及株券一旦由會社取得時。於計算及其他爲便。通常率多如此。然不可以此而竟認爲消却之必要條件。

株式消却之對外關係之規定。主爲保護會社債權者之利益者。蓋消却株式時。必減少會社之資本。而大抵爲減其資產。故於此因保護會社債權者及其他之第三者。而設特別之

## 規定一五

甲 普通場合。株式之消却。要從資本減少之規定而爲之。因株式消却時。爲資本減少。應從資本減少之規定。自不待言。故第一五一條第二項之本文。視爲引出其但書之導言可也。

乙 以利益爲之之場合。於從定款之所定。以應可配當於株主之利益。而爲消却之場合。不要從資本減少之規定。故單決議以利益而消却之。已足。不必同時決議消却方法。亦不要於會社債權者。爲公告、催告、或辨濟。是蓋因利益。爲配當於株主者。雖利用之而消却株式。亦不致損害於會社債權者。故也。

雖然。此規定。與普通消却之場合。不得權衡。且依此方法時。不可不於拂込未濟之會社。禁株式之消却。例如資本百萬元。株數二萬株之會社。半額拂込濟之際。拂込即如五十元株。拂込二十五元。因會社有五十萬元之資產。與五十萬元之拂込請求權。而百萬元之債權者。信爲悉皆可得辨濟。而爲貸與。若會社得二十五萬元之利益。以之消却株式之半數。而爲一萬株之時。則會社早已止有二十五萬元之拂込請求債權。其資產總爲七十五萬元。債權之擔保。因以薄弱。故即於以利益而爲消却之場合。亦宜與普通之場合相等。使從資本減

少之規定。而將第一五一條第二項，全行削除之。

株式之消却。必伴於資本之減少。所謂株式之消却者。爲使株式消滅。且因日本商法云。株式會社之資本。要分之爲株式。<sup>三一</sup><sup>三四</sup>無不分爲株式之資本。故將株式消却。則其幾許之資本。爲減少。消却株式之半時。資本半減。悉數消却時。資本全無。而會社消滅。余雖以此信爲極明白之解釋。但在德意志。有謂株式之消却。非資本之減少者。日本亦與之同意者多。故欲一言辨明之。

爲日本商法之解釋。而云株式之消却。資本不減少者。謂因法文云。株式。非從資本減少之規定。不得消却之。於以知株式之消却。非資本之減少。若株式之消却。當然爲資本之減少。則卽不更特設如此之明文亦可矣。此說。雖於文理上解釋。亦有一理。但此法文。實爲蛇足。不過爲引出但書之導言。前既述之。且僅從如斯之法文。而斷言有不分爲株式之資本。實過於武斷。又有謂於普通之場合之株式消却。雖必爲資本之減少。若以可配當之利益而爲之消却。則不然。何則。於普通之場合。雖使從資本減少之規定。而於以利益爲之之際。不使從之。故也。此說甚誤。蓋在以利益而爲之株式消却之場合。不要從資本減少之規定者。不過謂得不爲催告、公告、辨濟等事。而爲之。並非以之決此場合之株式消却。視爲資本減



少與否。却轉得謂、此法文、爲視株式消却爲資本減少之證、蓋以其若非資本之減少、則不待何等之明文、而不要從資本減少之規定、自明也。雖然、余則謂欲因區區之文字、決此重大問題、總爲非是。消却株式而仍不減少資本時、則將有不分爲株式之資本。其結果、至生有無株式之株式會社。故不認如此之事。至云被消却之株式、存於會社、而株式之數依然、惟株主之數減少而已。其說亦誤。

以株式之消却、爲不減少資本者、謂若爲減少時、則害會社之債權者。如資本金百萬元、其資產率與之相埒。倘於既爲百萬元之貸金後、資本忽被半減。其入於貸借表

按貸借表之貸部爲會社

資產、借部爲資本。之借部者爲減半。因而貸部所超過者、遂爲得配當之利益。而竟配當之。斯債權

者蒙損失矣。故仍須將從來之額、記載於借部。又或則謂彼稱株式減少而資本依然者、殊爲不當。資本實際減少。然因保護會社債權者。須將記入於貸借表之貸部之資本額。仍前存之而已。但此兩說、均非正當之解釋。蓋欲保護債權者、自有其途。若無其途。則法律爲不完全。須改正之已耳。不可因欲使此點完全。而曲爲解釋。以惹起他之種種不便也。

謂株式消却、則株式消滅、株式消滅、則其分爲株式之資本消滅。此爲最協於自然之解釋、而且最平易。在德意志如師坦烏蒲、利恩鄂、祁穆恩等、亦與余同說。於中最明瞭者、爲師坦

烏蒲、師氏謂。資本減少。故於翌年之貸借表。應將其所減少之資本額。記入於借之部。然即如此。亦無害債權者之事。蓋在會社。非對除債權債務以後。無從生得以分配之利益。至於當分配利益。則實在爲債權者擔保。別已鞏固之時也。

### 第七節 解散

關於株式會社之解散。多準用合名會社之規定。

會社因左之事由而解散。一一

- 一 存立時期之滿了。其他定款所定之事由之發生。
- 二 會社作爲目的之事業之成功。或其成功之不能。
- 三 會社之合併。
- 四 會社之破產。
- 五 裁判所之命令。
- 六 株主總會之決議。
- 七 株主減至未滿七人。

右之七事由。相當於合名會社消滅之七事由。其中一號乃至五號。與合名會社全同。而在

合名會社。云總社員之同意。在株式會社。則不得爲總株主之同意。故爲株主總會之決議。又在合名會社之社員爲一人時。此不適用於株式會社。故爲株主減至七人未滿時。雖在他國。尙有資產之減少。超一定之度時。會社爲解散者。日本則止於會社失其資本之半額時。使取締役招集總會而報告。又至於不能以會社財產完濟會社債務時。使請求破產宣告。不使以資本減少之一事。而起解散。

右之事由中。關於合名會社既說明者之問題。直於此應用之。

在株主減至不滿七人時。必使會社解散者。蓋於株式會社認爲宜存有某定數以上之株主。所以爲七人者。乃與發起人之數爲七人者相照應。在發行無記名株之場合。雖似得有株主之數。於會社不知之間。減少至不滿七人而會社自然消滅者。然此特想像而已。

株主總會之決議者。卽所謂解散決議。會社得隨意爲此決議者。不要於會社債權者。爲催告、公告等。其決議。須爲特別決議。

會社欲爲合併時。得公告其旨。而於株主總會之會日前。不越一個月之期間。及開會中。停止記名株之讓渡。又在株主總會既爲合併之決議時。從其決議日起。迄於爲合併之登記。株主不得讓渡其記名株。三二 蓋會社欲爲合併之際。而株主生變動。有爲會社之不利益。

者。卽於總會之開會。亦有致不便者。故使會社得在某期間中、停止株式之讓渡。此以謀會社利益而設。故會社卽不停止之亦可。但僅停止株券名義之書換。亦有可達此目的者。爲合併之決議後。於法律禁止株式之讓渡。而不委之會社之任意。其理由。在於一爲合併之決議時。則株主爲此所拘束。受其決行之結果爲當然。若許先於合併之實行、而讓渡株式。將至於本無合併之真意、顧主張合併以謀利益、自己直將株式讓渡、而使他人蒙其損害者。又其出於防在合併前後時混雜之意。亦容有之。雖然、苟能熟練。可無須慮及混雜。又欲防利用合併之總會而營私利。別有方法。卽記名株雖禁之。無記名株之讓渡亦不得禁。而既可以不生弊害。則雖記名株讓渡之許否、亦委於會社之隨意也可。其讓渡禁止之期間。則爲從合併決議時、迄於合併登記時而止。

卽在會社欲爲合併而使停止記名株之讓渡以後。又總會既爲合併之決議以後。株主仍得以其株式供擔保。雖不讓渡物、本不得供擔保。然在本問之場合。非以株式爲不讓渡物。惟一時停止其讓渡。故得以之爲擔保。

會社爲合併之決議時。從其決議日起、二週間內、作財產目錄及貸借對照表。對於債權者。以可述異議之旨、催告、或公告之。於其述之者。應爲辨濟、或供擔保。及於此而合併時。不得

以之對抗於會社之債權者。五二

解散決議及合併決議。無一不須特別決議。在法文云。解散決議及合併決議。非從第二〇九條之規定。不得爲之。二二而因該條規定二種之特別決議。故可解爲於合併。得併用絕對的特別決議及相對的特別決議之二者。即會社與事業相異之會社合併之場合。要絕對的決議。與有同一之目的之會社合併之場合。以相對的決議爲已足。

解散決議。不問其單爲解散。與爲合併而解散。總以相對的決議爲可。蓋法律於定款之變更。要特別決議。在第一回總會。不得行之時。可依於假決議之方法而得決議。但於變更事業之場合。不適用假決議之方法。而於解散之場合。則宜適用此規定。因解散非事業之變更。故以假決議之方法爲可也。夫固不得藉口解散爲重大事件。而解爲要特別決議者矣。雖有謂解散爲事業變更之最大者。然實不免有曲解之嫌。況事業變更。雖須絕對的特別決議。而於解散則不須之理由亦有之。由上所言。既以普通之解散決議。使易於合併決議矣。則以知解散固當稍容易者。即將法律正解之而云。爲解散。或與事業爲同一之會社爲合併之決議。以相對的決議爲足。亦非過耳。

會社爲解散時。取締役要無遲滯對於株主發其通知。在發行無記名株式之株券者。則要

公告之。又解散後。應於二週間內。於本店及支店之所在地。爲登記。但在因破產而解散之場合。則據破產法之規定。<sup>五二</sup> 二 在第七六條云。會社解散時。除合併及破產之場合外。要爲登記。此雖在合併之場合。亦除外之。但在第八一條云。會社合併時。要於二週間內。爲解散登記。故爲同要登記者。其與普通之場合所異者。在普通之場合。以二週間之起算點。爲會社解散之時。而合併之場合。則爲合併之時。然因會社迄於合併之時。通常不解散。故於適用。殆可歸於一焉。

### 第八節 清算

關於清算之大體之法律。與合名會社無大差殊。於會社雖解散之後。亦在清算之目的之範圍內。視爲存續者。及定爲清算人之方法。其職務等。多準用合名會社之規定。<sup>四三</sup> 二三  
 在合名會社。準清算。存於會社既着手於事業以後。其設立被取消之場合。而在株式會社。則存於會社着手於事業以後。發見其設立之無效之場合。於其間雖有區別。但此區別之理由。爲不甚足。前既述之矣。<sup>二三</sup>  
 爲清算人者有三種。

甲 取締役。會社解散時。取締役當然爲其清算人。此爲與合名會社之會社員相等。爲

自然而生之清算人。其得解任之者。爲株主總會。

此爲普通解散之場合。在合併及破產之場合。則生特定之清算人。雖法律常置特別之規定。但無何等之規定時。總以株主所選任者充之。

乙 依於會社所選任之清算人。會社有以定款定可爲清算人者。又有於株主總會選任清算人者。合此兩者而謂之依於選任之清算人。會社選任清算人時。則取締役不爲清算人。

此清算人中。株主總會所選任者。得以株主總會之決議。隨時解任之。有重要事由時。裁判所得因監查役或資本之十分一以上之株主之請求。而解任之。

丙 裁判所之所選任之清算人。此有二種。一則於不以定款或株主總會之決議。而定得爲清算人者。又無爲清算人之取締役之場合。裁判所。因利害關係人之請求。而選任者。又一則於會社。因裁判所之命令而解散之場合。裁判所。因利害關係人或檢事之請求。而選任者。其得解任此等之清算人者。爲裁判所。

既生清算人時。其清算人。要在二週間內。於本店及支店之所在地。登記自己之氏名住所。就其解任或變更言之。亦然。此場合之登記義務者。爲餘存之清算人。非已被解任之前任

清算人。

清算人對於第三者、各自代表會社。在於彼等之間。則以過半數而決關於清算之行爲。清算人之職務如左。

- 一 現務之結了。
- 二 債權之取立<sup>按即催索</sup>及債務之辨濟。
- 三 殘餘財產之分配。

此爲根本的職務。此外附屬的職務尙多。最先應爲者。爲財產之調查。清算人、要於就職後、無遲滯調查會社財產之現況。作財產目錄及貸借對照表。提出於株主總會、而求其承認。  
 七二 總會受此請求。有自調查而與以承認者。亦有特選任檢查役使調查、然後與以承認者。清算人既得承認後。要將貸借對照表公告之。

清算人非辨濟會社之債務以後。不得分配會社財產於株主。殘餘財產之分配。須應於依定款而爲拂込之株金額之割合而爲之。於發行優先株之場合。得於優先株爲特別之配當。<sup>九二</sup> 清算中。有對於監查役而起訴之事。於十分一株主訴之之際。有應受其株券之供託、及請求相當擔保之事。<sup>七八</sup>



清算事務既終時。清算人要無遲滯作決算報告書。以之提出於株主總會而求其承認。總會自有調查其書類之當否。而與以承認者。亦有特選任檢查役使調查。然後與以承認者。得總會之承認時。視爲清算人之責任已被解除者。但清算人有不正之行爲時。不在此限。又清算結了時。要無遲滯於本店及支店之所在地爲其登記。關於清算之書類。應於清算終了之登記後十年間保存之。其保存者。爲裁判所之所選任。二二三〇。又

清算人有與其職務相應之權限。卽有爲因欲爲現務之結了。債權之取立。債務之辨濟。及殘餘財產之分配。所必要的一切之行爲之權限。所加於此之制限。不得以之對抗於善意之第三者。又當辨濟債務。而會社所現存之財產。不足辨濟其債務時。得不拘於辨濟期。使株主爲拂込。

清算人在爲某種報告於株主總會。或關於某事項而欲知會社之意思之場合。得招集臨時總會。關於此點。株主亦稍有同一之權利。卽十分一株主。得以記載總會之目的及其招集之理由之書面。提出於清算人。而請求其爲總會之招集。若清算人於此請求後二週間內。不爲招集之手續時。則得取得裁判所之許可。而自招集之。

株主總會之招集之手續。或其決議之方法。反於法令或定款時。各株主。得以宣告其決議

之無效請求於裁判所。在株主。雖止以此爲權利。而在清算人。則不止爲權利。併爲義務。法律甯從義務之方面觀察之者。<sup>一</sup><sup>二</sup><sup>三</sup>於取締役亦爲權利。獨於清算人爲義務。其理由不明。是兩者固均應爲義務者也。又於前之場合。云。應請求於裁判所。於後之場合。不明示以應對何者爲請求。亦殊不可。

會社之營業中。因欲使監督取締役之行爲。而置監查役。而在清算中。亦因欲使監督清算人之行爲。而置監查役。監查役。有種種權義。如因行其職務。不論何時。亦得對於清算人。求事業之報告。又自調查會社之業務。及會社財產之狀況。又於調查清算人所擬提出於株主總會之書類而報告其意見於株主總會。及受株主對於清算人之訴之請求。又於會社與清算人之間生訴訟時。則代表會社等。故監查役不得爲清算人。雖於清算人中有缺員時。有一時行清算人之職務者。然於此則迄於有株主總會承認以前。爲不得行監查役之職務者。

清算人爲反於法令或定款之行爲時。雖爲依於株主總會決議者。亦對於第三者。負損害賠償之責。是爲原則。惟對於其行爲。於株主總會述異議。且通知其旨於監查役之時。得免之。與關於取締役所規定者等。又因欲使清算人計會社之利益。而定爲非得監查役之承

諾、不得爲自己或第三者與會社爲取引一事。亦與取締役爲同。

### 第五章 株式合資會社

株式合資會社。於新商法始生者。因僅有株式會社、及合資於會社。不足以應現今之事業界。故制定混合二者之性質之一種特別之會社。在於合資會社。其有限責任社員。止有求會社之財產目錄及貸借對照表之閱覽、受報告會社之業務及會社財產之情況等、二三之權利。於他無顯著之權利。而且其持分、非得無限責任社員全員之承諾、不得讓渡。故多數之人不欲出資於此種之會社。在於株式會社。其株主。雖得將株式自由移轉。而且對於會社有多項之權利。然因世人有不信用無無限責任社員之會社者。故制定株式合資會社。使由無限責任社員及株主成立。以無限責任社員而得世人之信用。且得多數之株主而使爲出資。此爲本會社出生之理由。德國法規定之。日本新商法倣行之。

雖然、於理論上似爲要需。而實際無如彼之必要。此則德國與日本。均可由制定以來、其設立者極尠之事實。證明之。蓋在欲自由移轉其株式者。可出資於得有多項權利之株式會社。不必在無限責任社員專斷下之株式合資會社而出資。且力能組織株式合資會社。而募集多數株主者。率能組織合資會社而募集多數之有限責任社員。於設株式合資會社。

亦大抵非其所欲。故在德國。於一八七九年、一八八四年、之編纂會社法。皆有主張其無用者。余於日本商法規定此事。亦曾爲反對。而不見容也。

株式合資會社。爲獨立特殊之會社。在某點。類於株式會社。在他之點。類於合資會社。從沿革言之。從實質言之。固實不外爲此二種會社之混合。雖然。既於商法分會社爲四種。而定爲合名、合資、株式、及株式合資。則不論何種。均爲獨立特殊之會社。有如合資會社、非合名會社之一種。株式合資會社、亦非株式會社或合資會社之一種。在法國商法。初以此規定之時。以其多合資會社之性質。法國學者中。迄今尙有謂此爲合資會社之一種者。又在法德法律上。其所以示株式合資會社之無限責任社員及株主及示合資會社之無限責任社員及有限責任社員者。亦用同一之詞。第其會社性質。則有漸趨近於株式會社之勢。在德國。始雖認爲類於合資會社者。後則認爲類於株式會社。日本則採德國之新主義。且更進一步。而於社員用無限責任社員及株主之名。以爲原則。而明言準用株式會社規定之旨。二  
三  
六

株式合資會社。以無限責任社員及株主組織之。五  
二  
三於此所云無限責任社員。與合名會社之總社員、合資會社之無限責任社員、爲同一。而爲於不能以會社財產完濟會社之債

務之場合、任其辨濟之責者也。此所云株主、與株式會社之株主爲同一、而以其所引受或讓受之株式之金額爲限度而負責任、持記名或無記名之株券、而得自由讓渡其權利者也。

組織會社之無限責任社員及株主。既與在於合資會社及株式會社者、殆爲同一。是則關於此等之人之權利義務之規定、亦須與在於此二會社者相同。因而謂株式合資會社之無限責任社員、準用合資會社之規定。株主、準用株式會社之規定、亦無不可。雖然、僅如此言之、尙不得知此兩社員間之關係、及會社與第三者之關係。故於此示其應準用何種之規定。且有設他種會社所無之特別規定者。

於株式合資會社。準用關於株式會社之規定。爲原則。而於左之事項、則作爲例外、而準用

關於合資會社之規定。二 三 六

一 無限責任社員相互之關係。

二 無限責任社員與株主及與第三者之關係。

三 無限責任社員之退社。

其第四、則爲解散之事由。可於後明之。

株式合資會社。有株式、株主總會、監查役、社債等。於此悉準用株式會社之規定。故於株式合資會社。謂其原則上爲準用關於株式會社規定。自爲至當。然在人與人之關係。則固以準用合資會社規定之部分爲多。蓋於株式合資會社中所謂關係者。爲無限責任社員間之關係。株主間之關係。社員與株主之關係。社員與第三者之關係。及株主與第三者之關係。而其中重要關係。則皆以合資會社所規定者準用之。於其餘之株主間及株主第三者間之關係。則所規定者無多。故也。

### 設立

爲株式合資會社之發起人者。無限責任社員也。在株式會社。不論何人爲發起人皆可。雖然。在株式合資會社。則非將來爲無限責任社員者。不得爲發起人。換言之。則爲發起人而設立會社時。必不可不爲無限責任社員。故關於會社之設立時。稱之爲無限責任社員。與稱爲發起人。均歸於同一。商法雖稱爲無限責任社員。余則因說明之便宜。而甯稱之爲發起人。既於準用株式會社之規定。爲便利。且於會社之成立前卽有無限責任社員之疑惑。亦得由此以避之。

發起人須爲七人以上。

發起人要作定款。記載左之事項而署名其上。七二三

一 (一)目的。(二)商法。(三)一株之金額。(四)本店及支店之所在地。(五)會社爲公告之方法。

二 株金之總額。

三 無限責任社員之氏名住所。

四 無限責任社員之株金以外之出資之種類。及價格或評價之標準。

發起人要募集株主。八二三 在株式會社。雖得僅由發起人引受株式。而同時將會社設立。在

株式合資會社。則不然。若僅由發起人引受株式。則僅有無限責任社員。而設立合名會社可矣。其特設立此種之會社者。在於以無限責任社員以外之人爲株主。則符此主旨。必須更募集他人。且以貫徹此主旨之故。於無限責任社員一時先自引受全株式。而其後讓渡於他人者。亦不之許。故於株式會社。雖有即時成立及漸次成立二者。而於株式合資會社。則惟有漸次成立之一途。

應株式之募集者。不論何人皆可。雖發起人亦得引受株式。欲引受株式者。要於發起人所作成之株式申込證二通。記載其所欲引受之株式之數。而署名其上。

株式申込證。要記載左之事項。

一 (一)目的。(二)商號。(三)一株之金額。(四)本店及支店之所在地。(五)會社爲公告之方法。(六)株金之總額。(七)無限責任社員之氏名住所。(八)無限責任社員之株金以外之出資之種類。及價額。或評價之標準。(九)存立期限或解散之事由。(十)株式之額面以上之發行。(十一)發起人所應受之特別利益。及應受此之人之氏名。(十二)以金錢以外之財產爲出資之目的者之氏名。其財產之種類價格。及對於此所與之株式之數。(十三)應歸會社負擔之設立費用。及發起人所應受之報酬之額。(十四)定款作成之年月日。(十五)第一回拂込之金額。

二 發起人引受株式時。其各自引受之株式之數。

株式已有總數之引受時。發起人應使爲第一回之拂込。已有其拂込時。應招集創立總會。於創立總會。由發起人以外之株式引受人半數以上。而引受株金總額之半額以上者。出席。以其議決權之過半數。爲一切之決議。其決議。應依特別決議。發起人雖得出席於總會。述其意見。但不得以其株式加於決議。故於創立總會之決議。殆與無發起人。亦無發起人所引受之株式者。同。蓋所以豫防發起人之專恣者也。○二四



於創立總會。要選任監查役。監查役爲專保護普通株主之利益。恆與無限責任社員抗者。故無限責任社員不得爲監查役。

被選任之監查役。要調查株式有總數之引受與否。各株有第一回之拂込與否。發起人所可受之特別之利益及報酬。對於金錢以外之財產所與株式之數。設立費用等。正當與否。及無限責任社員之株金以外之出資之種類及價格或評價之標準。而報告於創立總會。二四一九。又株主對於此報告有異議時。可述異議。有疑時。得使檢査役調查之。創立總會既終。則會社成立。

會社既成立。要從其日起。二週間內。於本店及支店之所在地。登記左之事項。其登記之義務者。則爲會社代表者之無限責任社員也。會社既因總會終結而成立。故自此不稱曰發起人而稱曰無限責任社員爲可。

- 一 (一)目的。(二)商號。(三)一株之金額。(四)會社爲公告之方法。(五)本店及支店。
- (六)設立之年月日。(七)定存立時期或解散之事由時。其時期或事由。(八)各株所拂込之株金額。(九)定於開業前可配當利息時。其利率。

## 二 株金之總額。

- 三 無限責任社員之氏名住所。
- 四 無限責任社員之株金以外之出資之種類。及以財產爲目的之出資之價格。
- 五 定有代表會社之無限責任社員時。其氏名。
- 六 監查役之氏名住所。

#### 會社之機關

株式合資會社之機關。爲株主總會、無限責任社員、及監查役。

株主總會之招集方法。於總會有定時者與臨時者。議決權之行使等。大體與在於株式會社者相同。所異者。在於株式合資會社之總會。則無限責任社員所引受之株式。關於議決權不算入。雖使無限責任社員。得出席於總會而述意見。但不有議決權。即關於決議。毫無所關於無限責任社員者也。

在合資會社、要總社員同意之事項。在本會社則爲要無限責任社員之一致、及株主總會之決議。此決議。常須特別決議。

無限責任社員。執行會社之業務。又代表會社。於社員相互之關係、及社員與第三者之關係。雖準用合資會社之規定。但社員間之關係。爲內部關係。得由當事者隨意定之。與在於

合資會社者爲同。在於社員與第三者之關係。準用合資會社之規定者。主在關於責任負擔之點。

可代表會社之無限責任社員。雖準用關於株式會社之取締役之規定。但與之稍異。例如有總員代表會社者。或僅其中或人爲代表者。於特定代表會社者。要社員一致。與株主總會之決議。其人數、年限。皆無限定。不以株券供託於監查役。而得執行業務。無依株主總會決議。而被解任。雖定有報酬。亦不爲株主總會所左右。不禁止競業等。<sup>三</sup><sup>四</sup>是蓋因株式會社之取締役。不過爲株主之一人。而株式合資會社之無限責任社員。則與會社利害一致。殆視如自己之業務。而執行之者故也。

監查役。於株主總會選任或解任之。蓋監查役。爲會社之機關。而謀會社全體之利益。亦同時特謀株主之利益者也。雖於株式會社。取締役。爲總會之所選任解任。而株式合資會社之無限責任社員。則不得以總會之意見左右之。故使某機關爲特別之監督。以別設機關爲煩。故由監查役充之。

監查役。負有使無限責任社員執行株主總會之決議之責。<sup>五</sup><sup>四</sup>不僅如在株式會社者之祇爲監督。故學者或謂。株式合資會社之監查役。爲監督機關。亦同時爲一部之執行機關。

## 解散及清算

株式合資會社。因左之事由而解散。二四

一 存立時期之滿了。其他定款所定之事由之發生。

二 爲會社目的之事業之成功。或其成功之不能。

三 總社員同意。

四 會社合併。

五 社員欠缺。此節尙有爭論

六 會社破產。

七 裁判所之命令。

八 普通株主全無之時。

此外。雖有因組織變更而解散。但以與他之解散事由稍有所異。故須別爲說明。

於株式合資會社解散。適用合資會社之解散事由。而合資會社解散。適用合名會社之解散事由。是以今將合名會社之規定。應用於此。而參酌他二會社之特別規定。列舉如右。

其與合名會社之所異者。在於合名會社。爲社員爲一人時。而此則爲社員之欠缺。在合名

會社。雖以社員爲一人時爲解散。而在合資會社。則以無限責任社員或有限責任社員之全員退社時爲解散。苟有有限責任社員。則無限責任社員雖一人亦可。因以是準用於此。而解爲株式合資會社。苟有株主時。雖無限責任社員僅餘一人。會社亦尙不解散。卽在株式合資會社之特別規定。亦固云於無限責任社員之全員退社之場合。株主得作爲株式會社而將會社繼續之。斯亦足以資此解釋者矣。

普通株主欠缺時。則會社解散。蓋株式合資會社。爲由無限責任社員及株主之二要素成立者。是則因其一要素之欠缺而解散。固爲當然。雖某學者謂。株主爲一人時。不得成立株主總會。可使會社解散。此不然。在合資會社。雖有限責任社員爲一人時亦可。則株主之可爲一人。自與之同。株主總會之規定。爲於有多數之株主之場合。適用之者。苟株主爲一人時。不招集總會而問其株主之意思可也。

無限責任社員之全員。或株主之全員。退社時。則株式合資會社解散。雖然。方在繼續興盛之會社。遽使消滅。爲不利。因於無限責任社員之全員退社場合。使株主得將會社繼續而作爲株式會社。恰與合資會社之有限責任社員之全員退社場合。使無限責任社員得繼續其會社而作爲合名會社者相等。株主於此決議。要用特別決議。且於此場合。卽株式會

社之組織所必要之事項、亦須決議。而關於解散之會社應爲解散登記。關於成立之會社、應爲設立登記。<sup>七四</sup>至在株主全員退社之場合、則得以無限責任社員之一致、作爲合名會社而繼續其會社。<sup>一四六、又</sup>

株式合資會社得變更其組織而爲株式會社。<sup>二五</sup>在會社之無限責任社員之全員退社之場合、作爲株式會社而繼續之。此爲出於不得已之組織變更。但會社雖不至於如此之狀況、亦得進而變更其組織、而爲株式會社。於此種變更、要無限責任社員之一致、及株主總會之特別決議。僅變更組織時、雖以相對的決議爲己可。若以事業之變更爲目的、則要絕對的決議。

於變更會社之組織之場合、應決議株式會社之組織所必要之事項。<sup>三五</sup>此等決議、僅株主總會之決議已足。不要無限責任社員之同意。以社員而並爲株主時、則與普通株主相等、行使其權利。更引受將來之會社之株式時、得應其株式之數而行使決議決權。所謂株式會社組織所必要之事項者、爲株式之比例分配、取締役監查役之選任、定款之作成等。雖儘株式合資會社之定款之大部分採用之。亦即將原監查役徑選任之爲監查役亦可。但其定款則爲新會社之定款、監查役則新會社之監查役。又須選任三人以上之取締役。雖

通常由無限責任社員中選任之。但選任何人均可。

此爲內部關係之規定。其關於外部者。主爲保護會社之債權者之事。多準用於合併所設之規定。卽會社已爲組織變更之決議時。要自其日起。於二週間內。作財產目錄及貸借對照表。對於會社債權者。公告、催告。以如有異議可以述之之旨。於述異議之債權者。則爲辨濟或供相當之擔保。不爲此等手續時。不得以會社之組織變更。對抗於會社之債權者。會社於變更組織。既得債權者之承認。或爲辨濟。或供擔保時。則變更完成。卽株式合資會社消滅。株式會社設立。則須此公示。卽在承認辨濟等後。二週間內。於其本店或支店之地。就前者爲解散登記。後者爲等於設立登記之登記。

會社解散時。要爲清算。在清算之目的之範圍內。會社尙視爲存續者。此與株式會社等。得爲清算人者。爲無限責任社員。或無限責任社員之所選任者。及在株主總會所選任者。  
二四 社員將清算人選任解任。以過半數之決議爲之。株主總會之於選任解任。以特別決議爲之。被選者。不論何人均可。又社員或總會。於自己所選任之清算人。得不論何時自解任之。

株主總會所選任之清算人。與社員所出之清算人。必爲同數。無限責任社員而全員爲清

算人時。則總會選任與之同數之清算人。社員而選任三人。則總會應亦選任三人。若社員之全員爲清算人。總會選任與之同數之清算人以後。而社員之或者死亡時。得以其相續人爲清算人。<sup>二五</sup>若相續人不爲清算人時。則僅社員一方之清算人減少。株主總會。不要應於此減員。而使自己所選任者引退也。

清算人就職之後。要無遲滯調查會社財產之現況。作財產目錄及貸借對照表。其他關於清算事務之執行之權利義務。與在於株式會社者同。清算事務既終時。要無遲滯作決算報告書。而求總會及社員全員之承認。在株式會社。其承認雖僅株主總會之承認爲已足。在株式合資會社。則此外要社員全員之承認。是其異也。

## 第六章 外國會社

自然人有內國人與外國人。會社亦然。有內國會社與外國會社。昔時不論何國。均嚴內外人之區別。僅於自國人與以人格。外國人直視之爲物。後雖至視之爲人。但以視自國人。總爲劣等。於其所得享有之權利。附差等焉。在於今日。則關於自然人。雖至視爲平等。凡文明國間。關於私權之享有。使無內外人畛域之觀。然在法人則否。法人思想之發達殊後。雖自國法人。亦非一旦卽認之。關於外國法人尤甚。至於近來。則由公法人始。漸至亦認某種之



私法人。然果認如何法人耶。認之而與之以如何權利耶。關於此事。各國法制不一。學者欲統一之。既於一八九一年之漢堡會議。及一八九七年之壳子丕庚會議等。有所決議。然殆不易實行也。

在日本。則以國、又國之行政區劃、及商事會社、認爲外國法人。於認爲法人者。使與在日本所成立之同種者、享有同一之私權。所以不認一切公私之法人者。因法人有種種。其中有主義與我國體不相容者。有害我國之公安風紀者。有我國所全無、而不得知應適用如何規定者。故也。又所以僅限商事會社認之者。因商事會社、無論何國皆大同小異。而以商業爲目的。或則以營利爲目的。卽不然。於其形式。亦率等爲以商業或營利爲目的者。故也。

### 內外區別之標準

所謂外國會社爲如何者耶。其詳論、應讓之於國際私法、法例、民法等。故於此、惟簡單示關於此之主義。其次示日本商法採其如何之主義而已。

定會社之內外。其主義如左。

一 設立地主義。此以設立會社之地之內外而決之者。在日本設立之會社。爲日本會社。在外國設立之會社。爲外國會社。僅採此主義時。則凡在日本爲設立行爲者。雖據外

國法而設立。亦爲日本會社。是則設立後、雖直置本店於外國而營業。亦爲日本會社。恰與在自然人探出產地主義相等。

二 準據法主義。此以會社準據如何之國法設立而決之。從日本法設立者。爲日本會社。從外國法設立者。爲外國會社。僅採此主義時。則雖於日本爲設立。而苟爲從外國法設立者。卽爲外國會社。雖於外國爲設立。苟從日本法時。卽爲日本會社。

三 本店地主主義。是雖通常稱爲住所地主主義。但住所所有本住所及假住所。或致生疑。且在會社。稱爲住所不如稱爲營業所之適當。而以營業所之主者稱爲本店。故以稱本店地主主義爲適當。此主義。爲學者所最多主張者。鄂烏羅特麻密篤、拔烏爾、泰烏來爾等。均主張之。卽於前記之一八九一年之漢堡會議。亦採用此主義。有漸趨統一之傾向焉。僅採此主義時。則凡於日本置本店者。爲日本會社。於外國置本店者。爲外國會社。且苟本店在日本時。不問營業區域、資本主等。之如何。總爲日本會社。故有某會社。欲得某國國籍。祇將本店置於其國者。學者謂此爲詐欺的行爲。凡欲以住所地而得國籍。要眞置住所於其國。其爲此事。不可不於其地實行營業。但過措重於營業時。本店地主主義。與營業地主主義。遂至混合耳。

四 營業地主義。此以現實爲營業之地而定會社之內外者。在日本營業時。爲日本會社。而在外國營業時。爲外國會社。此所云營業地。與其稱營業之首腦地。不如以營業區域爲意味。營業若涉於諸國而執行時。則以其重要地而定會社之內外。僅採此主義時。則會社之國籍。不免有屢次轉變者。

五 資本主義。此因資本主、卽出資者、之內外而決者。出資者之多數爲日本人時。斯爲日本會社。爲外國人時。卽爲外國會社。依於此主義時。則致有持分或株式、流通於內外人間、因而會社變更其國籍之空礙。

六 資本地主義。此因資本所募集之地之內外而決。其資本。於日本募集時。當然爲日本會社。若於外國募集時。斯爲外國會社。雖然、資本募集一事。於決會社之內外之際。究非重要者。且致生募集、果爲出資之誘外、抑爲申込、與爲拂込之疑。有頻起事實問題之弊。

以上之諸主義中。日本商法之所採用者爲何。此則苟知日本會社之爲何。自可明矣。日本會社之爲何。此因形式的解釋、與實質的解釋、而異。依於形式的解釋者。則爲從商法之條文、得正確解爲日本會社者。其依於實質的解釋者。則爲從商法之規定、與日本會社

受同一之規定之適用。於其實得解爲與日本會社同一者也。

形式的解釋。日本會社者。在日本設立之會社也。

實質的解釋。日本會社者。在日本設立之會社。於日本設本店之會社。及以在日本

營商業爲主目的之會社也。

商法第二五八條云。於日本設本店。或以在日本營商業爲主目的之會社。雖在外國設立者。亦要與在日本設立之會社。從同一之規定。此因分「會社爲在日本設立。抑在外國設立」而云然。即設立地主義是也。雖然。又以於日本設本店。或於日本營業。而不使從日本法令。殊爲不可。因置明文而使適用日本法令。使於此。與在日本設立之會社。即與日本會社。適用同一之規定。故在日本設立之會社。爲當然之日本會社。其於日本設本店。或於日本營商業之會社。爲依於法律之適用之日本會社。即日本商法者關於會社之區別。採設立地主義。而更擴充及於本店地主義及營業地主義。其在日本設立之會社。適用日本法自爲當然。惟因適用日本法。故稱爲日本會社。此則同時亦併採準據法主義者。

日本認許外國會社。然苟害日本之公安者。不認許之。日本許外國會社之登記。然苟不備日本認爲會社之本質者。雖稱爲外國會社。亦不認之。非「法人」或「類似於法人者」

不認之。非營「商業」或爲「類似於商業之業者」不認之。

### 支店及代表

外國會社若於日本設支店時。應爲登記及公告。其初設支店時。無論已。卽於其後增設支店之際。亦悉應登記之。外國會社初設支店於日本時。迄於在其支店之所在地登記爲止。第三者得否認其會社之成立。<sup>七五</sup>此非外國會社因登記而成立。在民法早認許外國之商事會社。不待登記而已成立。但欲對抗於第三者。則不可不爲登記。其在日本會社。雖使於本店之所在地爲登記。而外國會社。則因其於日本並無本店。故爲應用於此之規定。第三者雖得否認外國會社之成立。但於在自己爲利益之際。亦得認之。而主張自己之權利。以上爲商法之解釋。雖然。實際得貫通此解釋與否。不能無疑。苟某外國會社。爲日本人所損害。提起訴訟於日本裁判所。則如何。雖可以無登記而得否認其會社之成立。但如此之妨訴抗辯。與民法認外國會社之主義。及條約。難云爲一致者。雖然。若不得爲如此之抗辯。則外國會社雖於日本不爲登記。亦得以其成立對抗於第三者。而商法之規定全爲無益矣。卽或辯之。謂外國會社於日本設支店時。迄於登記爲止。第三者得否認其成立。若不設支店時。第三者不得否認其成立。是則於日本設支店者。視之不設支店者。其映於日本人

之眼。中者轉薄。其果然乎。本問乃關係於他之法令及條約而應研究者。若商法之規定。自極明白。外國會社雖設支店於日本。苟不登記之時。則第三者得否認其成立。於支店之登記事項。應與於日本所成立之同種者爲同一。若無同種者時。則應與最類似者爲同一。類似者亦無之時。則亦不得爲登記。其結果。在日本可常由第三者否認其成立。凡於登記事項生變更時。亦應登記之。其變更苟在外國生之者。則登記期間。從其通知到達之時起算。

關於支店之事項。登記之外。併應爲公告。

外國會社。應定在日本之代表者。其代表者雖在支店。決非僅爲支店之代表者。乃爲外國會社之代表者。而有爲關於其會社之營業的一切裁判上或裁判外之行爲之權限。於此所加之制限。不得以之對抗於善意之第三者。以何人爲代表者。雖專從其會社之本國法而決。然必不可不於日本之會社法。亦爲適於爲代表者之人。代表者。於設立支店之際。定之。與登記其支店同時登記其氏名住所。若變更時。亦須爲於此相應之登記。應登記之期間。從通知之到達時起算。

代表者。若於會社之業務。爲反於公之秩序或善良風俗之行爲時。裁判所得因檢事之請

求、或以職權、而命其支店之閉鎖。○<sup>二六</sup>而在日本會社、則反於公秩良俗之行爲時、命之解散。於此之差別有二。卽一方以會社自身之行爲爲原因、而他方以代表者之行爲爲原因。一方、命會社之解散、而他方則命支店之閉鎖、是也。

### 株式及社債

外國會社。有在日本發行株式者。又有或人以外國所發行之株式及社債而於日本爲讓渡者。於其場合。則適用日本法律之規定者頗多。<sup>九二五</sup>例如外國會社、非於爲支店之登記以後、不得發行株券。反於此而發行之株券爲無效。使因此而蒙損害者得請求其賠償。會社不論記名株及無記名株、均得發行。有株金全額之拂込時、株主得請求以其株券改爲無記名式。但不得以無記名式之株券請求改爲記名式。

外國會社之株式。雖以得在日本讓渡爲原則。但迄於登記其支店爲止。不得以之讓渡、或爲讓渡之豫約。又在增加資本時。迄於爲增加登記而止。不得發行新株券、及以新株式爲讓渡、或爲其契約。記名株式之讓渡。非記載讓受人之氏名住所於株主名簿。且記載其氏名於株券。不得以之對抗於會社及其他之第三者。

外國會社之社債。在日本爲有效。而且社債權者、得以記名式者改爲無記名式、以無記名

式者改爲記名式。此點、比株券更爲自由。蓋在株券、僅準用第一五五條第一項。而社債則準用全條故也。二〇七、又雖然、二者之間、並無設此差別之必要。此法律在宜改正之列。又記名社債之讓渡、非記載讓受人之氏名住所於社債原簿。且記載其氏名於債券。不得對抗於會社及其他之第三者。

當準用日本會社規定之際。以外國會社之初設於日本之支店、視爲本店。此爲商法之規定。但謂宜不僅以設置時之前後爲標準。而並以其重要之度。亦爲標準。蓋因某支店雖爲最先設置。然於重要之度漸減。後者或反居於重要。而代表者、在其支店。按此支店指後設之支店執行業務時、有直可視如在日本之本店。故也。

若爲全般之批評時。則日本商法。關於外國會社。止關於株式及社債準用數條之規定。僅是猶不足也。

### 第七章 罰則

稱會社之罰則時。可解爲處罰「爲會社之法人」之規則。亦可解爲處罰組織會社之人。及爲會社之機關之人之規則。日本商法則作爲罰則者。限於處罰關於會社之人之規則。會社自身得受罰則之適用與否之問題。關聯於法人得爲刑罰之客體與否之問題者。卽



所標爲「法人之犯罪能力」而說明之者。關於本問。自羅馬法以來。既有議論。烏爾皮耶恩謂。市町村不得爲不法行爲。亦未竟無疑之者。至於近世。富屋伊耶拔哈謂。法人無犯罪能力。人亦皆信之。雖然。法人亦得爲相當於法人之犯罪。自亦得科以應於此之刑罰。彼謂法人不得爲刑罰之客體。與謂法人無犯罪能力者。乃以「犯罪。爲限於自然人之行爲。」與「刑罰以加於人身之苦痛。爲限」之思想。置於腦中者也。又有觀刑法。刑事訴訟法。等法律所列舉之條項。第就此二三法律之解釋。而謂法人爲無犯罪能力者。雖然。若爲深遠之法理論。自然人爲相當於自然人之犯罪。法人亦然。得爲相當於法人之犯罪。而受應此之制裁。日本商法。亦既認法人。得爲反於公之秩序。或善良之風俗之行爲。其應此之制裁。則規定爲解散。<sup>八</sup>得害公之秩序者。亦得爲他之犯罪者也。又於解散之外。亦有科以罰金之刑罰者。故會社得爲犯罪及刑罰之主體客體。其事蓋甚明焉。

受商法之罰則之適用者如左。

- 一 發起人。爲首唱株式會社及株式合資會社之設立。而爲關於設立之諸行爲者。
- 二 業務執行社員。爲在合名會社合資會社及株式合資會社執行業務之社員。
- 三 取締役。存於株式會社。

四 監查役。存於株式會社及株式合資會社。

五 清算人。一切會社所有一切種類之清算人皆入之。

六 外國會社之代表者。

日本雖爲合名會社以下四種會社之機關、執行會社之業務及代表會社者。悉予處罰之主義。然在某國。則限株式會社及株式合資會社之業務執行者及代表者。罰之。是蓋因在合名會社及合資會社。執行業務之人。爲負無限責任者。其行爲必能忠實。且社員爲少數而互相監督。雖間或有怠務者。亦於社會所被影響不大。故也。在某國。則以株式合資會社之業務執行社員。在負無限責任之點。雖等於合名會社或合資會社之社員。但其怠務之結果。足釀損害於多數之株主。故不可不比在合名會社及合資會社者。制裁稍嚴。而於此設特別之制裁。

在日本商法之罰則。雖僅以之適用於會社之機關、或可準用之者。而在德國。則併定處罰某種株主之場合。例如受報酬而於總會贊成他人之說者、詐用株券而行株主之權利者、或以株式、株券貸與他人者、有罰。是也。余甚望日本亦置類此之規定。

凡違反商法者。悉科以制裁。一人怠於登記時。其一人處過料。一切之人怠之時。一切之人

處過料。

制裁爲左之二種。

一 五元以上五百元以下之過料。

二 十元以上千元以下之過料。

制裁僅爲過料。關於過料究爲刑罰與否。雖有異論。究須因刑罰及過料之性質如何之論決而定。其謂非刑罰者。自爲狹解刑罰之範圍。而不以商法之過料入其中者。然苟以刑罰廣解之。爲國家反於各人之意思而加痛苦於其人。雖罰金亦爲刑罰時。則過料亦爲刑罰。日本商法。則視之爲一種之罰。而名科之以罰之規則曰罰則。

在日本所罰者雖僅爲過料。若在英德等諸國。則禁錮亦爲商法上之罰。日本商法亦應倣之。蓋以重刑入於會社法之罰則。雖不適現今之事情。而自由刑則既有入之者矣。

處罰之場合

以罰發起人等之場合。依制裁之程度而分爲二種。

第一 處五元以上五百元以下之過料之場合。如左。

一 怠於會社編所定之登記時。

二 怠於爲會社編所定之公告、或通知、以及爲不正之公告或通知時。於此等場合曰「怠之時」云者。此與不爲之時異。故凡非不爲而不能者。及縱非不能而仍爲不怠者。均不處過料。

三 凡依會社編所規定應許閱覽之書類。無正當之理由而不使閱覽時。

四 妨害依於會社編所規定之調查時。

五 違反第四六條之規定、而著手於開業之準備時。

即會社非於其本店之所在地爲登記、不得著手於開業之準備、顧反於此而在登記前著手之場合。

六 反於第一二六條第二項、及第二三八條第二項之規定、而不作株式申込證及於此所應記載之事項不記載、或爲不正之記載時。

株式會社之發起人、或株式合資會社之無限責任社員、當募集株主時、必作株式申込證。於此記載會社之目的、商號、一株之金額等。使應募者以是爲申込。若不作申込證、或爲不正之記載時、則科以此種制裁。

七 違反第一四七條第一項或第二一七條第二項之規定、而發行株券時。

即反於會社設立之際、非設立登記後、不得發行株券之規定所加之制裁。

八 株券或債券所應記載之事項、不記載或爲不正之記載時。

九 不以定款、株主名簿、社債原簿、總會之決議錄、財產目錄、貸借對照表、營業報告書、損益計算書、及關於準備金并利益或利息之配當之議案、備置於本店或支店。及不記載於此所應記載之事項。或於此爲不正之記載時。

十 反於第一七四條第一項或第一九八條第二項之規定、而不招集株主總會時。

此爲會社失其資本之半額時、取締役應無遲滯招集株主總會而報告之、願乃不招集之之場合。及資本之十分一株主、因欲使調查會社之狀況、而請求檢查役之選任、裁判所選任檢查役而使調查報告、發見招集株主總會之必要、因使監查役招集之、而竟不招集之場合、所加之制裁。

第二 處十元以上千元以下之過料之場合、如左。

一 對於官廳或總會、爲不實之申立、或隱蔽事實時。

二 違反第七八條乃至第八〇條之規定、而爲合併、會社財產之處分、資本之減少、或組織之變更時。

會社爲合併之決議時。非從其決議之日起。於二週間內。作財產目錄。及貸借對照表。公告催告債權者。於述異議之債權者爲辨濟或供擔保。不得以合併對抗於債權者。以其制裁僅此。失之過薄。故更科違反者以過料。

### 三 妨害檢查役之調查時。

四 反於第一五一條第一項之規定。而將株式取得。或作爲質權之目的而受之。及違反同條第二項之規定。而以之消却時。

會社不得取得自己之株式。或作爲質權之目的而受之。又非從資本減少之規定。或以應可配當於株主之利益而爲之。不得將株式消却。顧或反於此而爲取得或消却。故處罰之。

### 五 違反第一五五條第一項之規定。而以株券爲無記名式時。

此爲同條同項。株金有全額之拂込時。株主得以其株券請求改爲無記名式。卽株券非於株金全額拂込之後。不得爲無記名式。顧或違反之而爲無記名式之場合。所加之制裁。雖得如此解。但對此尙有異論。

### 六 反於第一七四條第二項或民法第八一條之規定。而怠於爲破產宣告之請求時。

## 第二編 會社 第七章 罰則

在商法。至於不能以會社財產、完濟會社之債務時、取締役要直卽爲破產宣告之請求。在民法。凡於清算中、法人之財產、至於分明不足完濟其債務時、清算人要直卽爲破產宣告之請求、而公告其旨。

七 反於第一九四條之規定、而不積立準備金。及違反第一九五條第一項或第一九六條之規定、而爲配當時。

會社每於配當利益、要積立其利益之二十分之一以上、作爲準備金、達於其資本之四分之一爲止、若以額面以上之價格而發行株式時、要以越過其額面之金額、組入準備金、達於資本之四分之一爲止。又利益、非填補損失、且積立準備金後、不得配當之。於分配建設利息、須充實列舉之條件。其違反此等之規定者、均科以制裁。

八 違反第二〇〇條之規定、而募集社債時。

卽社債之總額、不得超過拂込株金額、與會社現有財產額、兩者之中較低者之額。願過此以上爲募集之場合、所加之制裁。

九 違反依於第二六〇條所規定之裁判所之命令時。

外國會社之代表者、於業務爲、反於公秩良俗之行爲時、裁判所得命其支店之閉鎖。

命之而違反其命令時處之以過料。若僅止爲反於公秩良俗之行爲。尙不受罰則之適用。

十 在民法第七九條之期間內、爲辨濟於或債權者。或違反九五條之規定而分配會社財產時。

卽在民法、規定清算人從其就職之日起、於二個月內、至少以三回之公告、對於債權者催告以應於一定之期間內爲其請求之申出之旨、在商法、規定清算人非辨濟會社之債務後、不得以會社財產分配於社員、願違反之場合。所加之制裁。

於日本商法科以制裁之場合。僅以上二十。但此尙未足。實際既見之矣。





# 各 國 近 時 政 况

洋 裝 一 冊

是書為日本政治學  
大家小野塚氏所著  
閩縣林君覺民譯  
民國成立凡一切制  
度大半取法各國故  
各國現在政治上各  
種情況不可不先為  
研究此書專輯各國  
近時政况足資參攷

定 價 一 元

壬六七一號

辛亥年五月初版  
中華民國二年五月三版

法學名著十二冊

(全部定價大洋拾肆元)

法學商法論總編一冊  
名者商法論會社編

(每冊定價大洋壹元)

原 著 者

日 本 松波仁一郎

譯 述 者

無 錫 秦 瑞 玠

發 行 者

商 務 印 書 館

印 刷 所

上 海 北 河 南 路 北 首 寶 山 路  
商 務 印 書 館

總 發 行 所

上 海 棋 盤 街 中 市  
商 務 印 書 館

分 售 處

北 京 奉 天 龍 江 天 津 濟 南  
開 封 太 原 西 安 成 都 重 慶  
安 慶 長 沙 桂 林 漢 口 南 昌  
蕪 湖 杭 州 福 州 廣 州 潮 州



翻 印 必 究



洋裝  
一册

# 世界新輿圖

定價  
七元

元 和 奚 若 編 纂

是圖採用中日英法德五國圖籍二十餘種精繪詳校迴非直譯一家者可比譯名精審且增譯新名約有三分之一內容分天文地人文圖八幅六洲總圖各國分圖三十八幅城市圖百餘幅附記鐵路航路運河海電及圖例分率以便推算末附統計表臚列各國政體教育財政國防交通商務以便參攷

# 中國全圖

一册  
定價四元

是册首列中國全圖一幅次各行省次內外蒙古次青海及前後藏合訂一大册凡鐵路電線商埠租地無不具載各省各縣有新析新置者悉皆注入用五彩精印鮮明奪目

# 中國總圖

甲種每幅 四元五角  
乙種每幅 四元  
丙種每幅 一元八角

是圖調查確實印刷鮮明各省分別顏色所有各縣地名均照最新分合者更改並詳加注明取便學校講授之用

# 各省摺圖

每幅八角

# 各省掛圖

(幅一各)

甲種每幅 二元五角  
乙種每幅 二元  
丙種每幅 一元二角

四川 山東 安徽 湖南 湖北 浙江 江蘇 直隸 江蘇 浙江 安徽 湖北 山東 湖南 四川

本館所製各圖皆極精審是圖縱英尺三十七寸橫二十六寸數色套印最為醒目

以上各種計縱英尺四十寸橫五十四寸校讎精細符號清楚影印鮮明紙張光亮摺之可置案頭張之可懸壁間

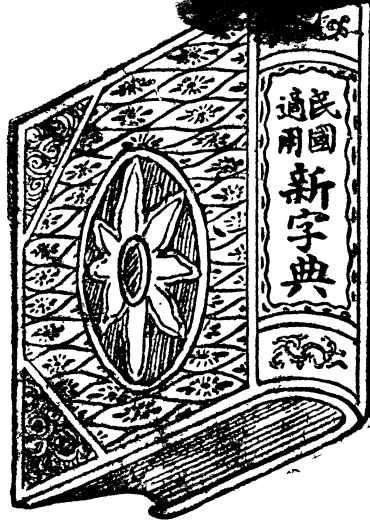
商 務 印 書 館 發 行

沈秉鈞 方 毅 傅運森 陸爾奎 蔡文森 張元濟 高鳳謙

編

洋布面金字  
定價二元四角

加郵運運費二成



華分訂六册  
定價一元四角

訂正舊義 增補新義

凡通俗字 及新造字

譯音字等 搜羅靡遺

注釋明瞭 音韻確切

符號軒豁 圖畫精工

可謂開字書之新紀元

