

合夥股東之責任研究

上海商會發行

上海图书馆藏书



AS41 212 0021 3731B

合夥股東責任之研究

——原文載滿鐵調查月報第十六卷第一、二、三號——

土肥武雄著
李培界 譯
葉致中 譯

次	目
	緒言
第一章	總說
第二章	合夥中股東之責任
第一節	危險分擔與報價責任
第二節	股東責任的內容
第三節	關於執行業務的股東責任
	〔附錄〕 關於合夥債務的判例
第三章	退夥
第一節	退夥聲明之流弊
第二節	退夥之法律關係
	〔附錄〕 關於退夥的判例
第四章	分擔無限公司章程之增設及反對論
第一節	分擔無限公司章程增設之必要性
第二節	分擔無限公司章程內容
第三節	對於分擔無限公司的反對論
第五章	商業登記制度
第一節	對商業登記制度的要求
第二節	商業登記制度的可否
第六章	結論

緒言

世界上自由主義的先進諸國。於資本主義產業組織的過程中。形成了社會各部門之飛躍的發展。獨中國則不然。其經濟組織一般尙未跳出中世紀的領域。而缺乏接受進步機構之輸入的機能。所以即使是部分的受到一些影響。但在全面看來。還不能認爲是革新。就是新式企業中的各種制度。也祇是以舊制度爲核心的東西。而不能發展到超過牠的形態。因爲中國社會經濟的要求。還留戀於維持舊社會制度或舊經濟組織的現狀。而且繼續有着強大的潛勢力。

誰都知道近代國家的產業行政統一機關。在中國是沒有的。中國是停滯在無秩序無統制的狀態中。在這種社會環境之下。爲要防衛某種共同危險。擁護某種共同利益。國民必然地以家族的（血緣的、）同鄉的（地緣的、）或經濟的（職業的）結合來保衛各自的生命財產。世人所以目中國人爲「結社」的或「會」的社會人者。實在也是因爲此點。

尤其是職業協會、商業協會、手工業協會等經濟團體。沿經濟社會的進展線。直接或間接地受其本來結合形態的種種影響。因而所產生的社會、經濟、法律、政治上的諸現象。在其出現的過渡期或將來。採的是什麼形態。表現怎樣的機能。怎樣演化。我們是要基礎地實體地去把握牠的。因

而也就必須去調查牠研究牠。

中國人是傳統地尊重道義的觀念和舊習慣的。對於近代國家之法的保護。既無絕對的必要。而實際上感到其保護的賜惠的也很少。所以法律的強制執行。極其困難。勢之所趨。這種傾向——差不多當習慣是唯一的最高的社會規範的傾向。——往往成爲阻碍社會進化的惡習汚俗。而陷于無批判地單以習慣爲規矩準繩的深淵。

然而經濟社會之發達。漸次向社會內部各部門揮其分解作用的利刃。結果。在向來的道義觀念（尤其是商業道德）中也削弱了那些惡習慣的成因。（例如商人崇拜財神、關公、比干等等觀念所形成的偶像崇拜。由於資本主義之個人主義利益觀念的抬頭而漸漸消滅。）於是習慣之社會的約束性與羈絆力。遂一天天的趨於弛緩消滅。換句話說。「惡習慣之根據法律的取締與糾正。」已經成爲必要。這是必須付以最大注意的近時的社會現象。

在本文中要研究的「合夥股東之責任。」也是屬於這種傾向之一。是近幾年來以習慣與法律互相抵觸的問題。在中國商界引起重大的爭執的問題。而爭執的中心。就是中華民國民法第六百八十一條。即關於股東的「連帶責任」的條文。這條條文。上海市商會曾極力向政府呈請修正。本文第二章就專論這方面。

所謂「股東的責任」。就是一般合夥（民事商事合夥兩種。）的股東的責任。其內容包含於償付合夥之債務發生不足額時。各合夥員（股東）之責任負擔。及因執行合夥之業務而產生的業務執行人的責任。關於前者。本文預備檢討現行民法之連帶責任的規定、判例及其根據的習慣與按股分担責任的習俗的對立。關於後者。主要是根據判例去研究業務執行人與合夥員及第三者的責任關係。並參酌日本學者發表的關於合夥的論文。把這些責任所根據的根本觀念。作綜合的探討。因而闡明股東責任之在法律上的性質。此點可以說是本文的重心。其次搜集新聞紙上「退夥聲明」——近來多利用做對第三者迴避「股東責任」的手段。——的流弊所以發生的原因。來檢討所謂退夥的法律關係。在第四章。介紹民法及商法上的具體救濟策——分担無限公司方案。最後當從消除上述障礙與樹立商業往來上的信用制度的方法。檢討到最近商會方面所主張的。同時政府方面大致要採納實施的商業登記制度。並更進一步去研究習慣與經濟法律在合夥組織本來姿態上的相互關係。以便對於「立法趨向」的資料有所供獻。這就是本文的整個企圖。

第一章 總說

(一) 合夥之意義名稱及種類

所謂合夥。就是二人以上的當事者、互訂契約、共同出資、以經營共同事業的合體。恰與日本的「組合」相同。在目前中國產業的任何部門中。仍以最普遍的企業形態占重要的比率。

由于地方的區別。合夥又被稱做聯財、相合、公家、合做、合最、合資、公司等（參照台灣私法第三卷下一二二頁。）但一般多稱之曰合股或合夥。蓋股或夥都是各人所有的股份之意。而合夥的意思。就是各人所出股份的合體的共同企業。其出資者即合股人。俗稱之為股東、東家、財東、或財主、頭家等。

出資的種類有二。即以金錢及其他財產出資的。所謂錢股或財股。與以勞力出資的。所謂身股。然在其方法上。並沒有一定的限制。

基於組織的不同。合夥可以區別為普通合夥與隱名合夥（匿名合夥。）二種。實際上隱名合夥是出資者因現任官職或其他理由。對於宣佈其姓名。有所顧忌。而故意隱秘其姓名的組織。其數大不如前者。

其次、合夥又可從其事業上劃分為如下的二種。即(1)以經營商業為目的的。即商事合夥。(2)以經營商業以外的事業(例如工業、農業、漁業、林業等。)為目的的。即民事合夥。其中以前者占大多數。

(二)合夥的成立及營業組織

在當事者合出資本。依合夥方法經營事業的意見一致時。先將合夥組織所必要的事項。即各自的出資額、決算期、利益的分配、經理的任命、及其他重要事項。作成口頭契約。然後、為要具體的實現這契約。當事者作成相當數目的叫做合同議據、合夥議據或議單的契約證書。各執一份。同時更備好一種叫做紅賬或財本簿的賬簿。把各當事者的姓名、出資額、股份數及其他要項記在上面。這樣在形式上。合夥成立的手續已經完了。就可以預備着手其着眼的企業了。合夥契約證書的式樣。舉例于下。

合資合同議據

立合同議據甲、乙、丙、丁、彼此係係戚友。意氣相符。今願各出資本合夥。在某地方開設某字號。經營某種商業。共集資本現大洋六萬元正。作為六股。每股一萬元正。甲認二股。乙認二股。丙認一股。丁認一股。所有議定規條如左。

一、官利長年八釐。年終付給。不得預支。

一、每年結賬。三年總揭。獲有盈餘。作十股。如左分派。

以六股歸股東。照原認股數分派。

以一股酬總經理之勞。

以二股酌給出力夥友爲花紅。

其餘一股作爲財神股公積。

一、資本不得中途抽提。三年總揭時。設有虧耗。仍照股分認填足。

一、總經理某君。係經股東公司立約延訂。日後如有更換。亦應由股東公議。

一、股東、總經理、夥友均不得在號中挪移銀錢私作買賣。如有此等情弊。一經察覺。定當從嚴議罰。

一、各股東與號中往來。與他人無異。不得拖欠。

一、號中辦事規則。由總經理另定之。

以上係經公議允洽。各無異見。爲此訂立合同議據。照樣繕寫五紙。股東四人各執一紙。餘一紙存儲號中備查。此訂。

年 月 日

立合同議據某

甲(押)

某

乙(押)

某

丙(押)

某

丁(押)

見議某

(押)

代筆某

(押)

茲再根據徐寄廐氏的最近上海金融史。(民國十八年增改再版)將上海錢莊合夥的組織內容。舉例如左。

商號	所在地	股東	股份	資本	經理
(一)安康昌記莊	北市寧波路興仁里	方式記 方季記 方溶記 方選記 方興記	五股 四股 二股 一股 一股	十三萬兩 附本六萬五千兩	趙文煥
(二)均昌莊	南市豆市街吉祥弄	徐鶴笙 董羨青 崔鶴鳴 吳潤身 李詠裳	二股 二股 二股 二股 三股	十萬兩	周楚琴
(三)敦餘泰記莊	北市河南路吉祥里	薛文泰 陳樵岑 徐慶雲 俞福謙 宋季生	二股 一股 一股 一股 一股	二十萬兩	樓恂如
(四)信餘莊	北市天津路泰記弄	郭小彬 鄭建明 傅松年	三股 二股 一股	二十二萬兩	傅松年

右第一例是由方姓一族組織的合夥。股東皆不用本名而使用家號的記名。股份計十三。各股東的股份不同。但濬記以下三股東。恐怕當初是一個股東。而他和季記是同輩。即以二·二繼承當初的四股。而其中的二更由一·一來繼承。第二第三例是由幾個知友成立的合夥。前者的股份平均。而後者則不然。以上都是在股東以外另聘經理的例子。祇有第四例却是由一股東兼經理。而經理自身的股份僅有一股。其出資不知是當初就有的。還是因為做了經理積起來的。

如前舉數例所示。合夥的股東概爲出資者。很少有自己去經營事業的。據徐氏最近上海金融史。(民國十八年版)加入錢業公會的錢莊(計八十家)的股東中。兼經理的不過十一例。而其兼任者也祇股東中的一人。其他大部分的股東。僅爲出資者。而不參與實際的營業。實際的營業。完全委任經理去主宰經營。而經理才是合夥中實際的業務担当者。

在中國法律上稱之爲執行業務人。通俗稱做總經理或經理與掌櫃的、老板等等。執行業務人雇用副經理、第二掌櫃的、第三掌櫃的及夥計、跑街等店員以構成營業部。其人數及配置等。由于營業的種類及事業的規模而決定。要之。管賬或管銀的屬於會計。寫信的爲文書。此外又有會客的、老司務、學徒等稱呼。在支店或分店裏。分號經理以下更置上述的店員。以輔助營業上的事務。

(三) 合夥之在企業上的地位

其次來檢討合夥在企業上的地位。即現在中國依合夥組織的企業的實數。及其與公司等其他企業情形的比較。

(1) 浙江省九種企業狀況統計表

總計	資本組織不明者	政府經營	代客賣買	支店	股份有限公司	無限	合資	合夥	獨資	組別		業別		
										實數	比率	實數	比率	
六三三	一三三			一	一	四	二九六	一五四	四四	實數	比率	錢莊	實數	比率
100	二〇·九			〇·一	〇·一	〇·六	四六·八	二四·四	七·〇%	100	100	典當	三	九·一%
三五五	二二六						六〇	四七	九·一%	100	100	針織業	九	五·三%
100	六〇·九						一六·九	三·二	九·一%	100	100	舊式製絲	三	一三·九%
一七五	二二						一	五	五·三%	100	100	新式製絲	四	二·〇%
100	一三·二						〇·七	二九·八	五·三%	100	100	總計	二二〇	二四·九%
1100	八三		三				二〇	五九	三	100	100		四	一三·九%
100	三六·〇		一五·六				八·九	二五·六	四	100	100		六	二五·六%
19	四	一			四			六	四	100	100		三·五	三·五%
100	二二·〇	五·五			二·〇			三·五	二〇	100	100		三·五	三·五%
1210	四六八	一	三六	一	五	四	三七	三八	二〇	100	100		二八	二四·九%
100	三三·五	〇·一	二·五	〇·一	〇·四	〇·三	二六·七	三·五	二四·九%	100	100		二八	二四·九%

右表係根據民國二十二年刊行之中國實業誌的統計所製。其資料固不能認為是絕對的正確與完全。但因此去推知大體的形勢是可以的。由這張表。我們可以知道採取合夥組織的。在企業界除合資外。沒有比得上牠的。平均占百分之二二・五。其中以典當業的百分之二三・二為最少。新式製絲業的百分之三一・五為最多。而所謂合資。也不能當做是純粹依公司法組織的兩合公司。因為其中混合着許多的合夥。這樣看來。合夥之在企業上的地位。是極其普遍的。

(2) 上海市各種工業資本組織類別實數表

業別	組別		獨資	合夥	無限公司	兩合公司	股份有限公司	股份兩合公司	總計
	別	別							
木料製造業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
傢具製造業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
冶煉業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
機器及金屬製造業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
交通運輸業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
土石業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
化學工業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
紡織業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
服裝業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
飲料業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
造紙業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
飾物業	1	1	1	1	1	1	1	1	1
其他	1	1	1	1	1	1	1	1	1
總計	1	1	1	1	1	1	1	1	1

(3) 上海市各種工業資本分類實數(單位元)

業別	組別		獨資	合夥	無 限 公 司	兩 合 公 司	股 份 有 限 公 司	股 份 兩 公 司	總 計
	織	別							
木 林 製 造 業			四九,二〇〇	五,二六〇					一〇四,四六〇
傢 具 製 造 業			二七,三〇〇	五九二,〇〇〇			五六,〇〇〇		七七五,三〇〇
冶 鍊 工 業			六,〇〇〇	一〇八,六〇〇			八〇,〇〇〇		一九四,六〇〇
機 器 及 金 屬 製 品 業			一六三,〇〇〇	一,〇九五,〇〇〇	五〇,一〇〇		一六二,〇〇〇	七六,〇〇〇	四,〇四五,一〇〇
交 通 用 具 業			二七,三〇〇	七九,五〇〇			一六〇,〇〇〇		三六六,八〇〇
土 石 製 造 業			二七,八〇〇	一四一,九〇〇	四,〇〇〇		二九三,〇〇〇		三,一〇七,〇〇〇
動 力 工 業			—	—	—		—		—
化 學 工 業			三九,七〇〇	五九五,一〇〇	五,七〇〇	一〇,〇〇〇	八,〇〇〇,〇〇〇	五七〇,〇〇〇	九,五三〇,〇〇〇
紡 織 工 業			三四六,一九七	一〇,一四五,一四〇	八,八七二,二〇〇	一三六,〇〇〇	三三,一六八,八八〇	二六,〇〇〇	五五,八六八,三六七
服 飾 品 工 業			八五,三〇〇	二,四九四,五〇〇	一四,〇〇〇	三三〇,〇〇〇	三,一〇一,二〇〇		六,八八六,〇〇〇
橡 皮 工 業			三〇,二五〇	三九四,六〇〇			一四,一〇〇		八三九,一五〇
飲 食 烟 草 業			一五七,七六〇	一,四八七,九〇〇	二,七九三,五〇〇		三,六三三,〇〇〇		六,五三三,一六〇
造 紙 印 刷 業			一三三,八〇〇	一七,六六五,四〇〇		五,〇〇〇	二,二九一,六〇〇		三,一八三,八〇〇
飾 物 儀 器 業			八五,一〇〇	一四〇,〇〇〇		一〇〇,〇〇〇	一八七,五〇〇		四八二,一〇〇
其 他 工 業			二八八,七六〇	五〇九,九五〇			六〇,五〇〇		一,四〇八,七〇〇
總 計			八,八〇〇,二二七	三三,〇三三,八三〇	二,七四三,五〇〇	一,〇三四,〇〇〇	九六,三六八,六六〇	六七四,〇〇〇	三三,〇六八,二二七
比 率			五.六%	三三.〇	七.六	〇.四	六三.〇	〇.五	一〇〇

上列二表。採自民國廿二年刊行的上海市社會局編上海機械工業。根據(2)、上海市工業合計一、八八三之中。屬於合夥組織的占七九三。即百分之四二·一。屬於獨資即個人經營的。占七六〇。即百分之四〇·三。此外各類所占之比率極少。從資本額看來。則因合夥企業不必要鉅大的資本而多爲出資數千或數萬元的原因。不及股份有限公司的九千八百三十八萬餘元(百分之六三·〇)但較其他各類企業狀況。則仍以三千五百八十七萬餘元(百分之三一·九)的資金而遙爲前導。

合夥股東責任之研究

總說

第二章 合夥中股東之責任

第一節 危險分擔與報償責任

第一項 危險分擔之觀念

凡企業者經營事業的時候。一方面在事業本來的性質上有種種不可避免的事業上的危險。他方面企業者自身。也有直接的或間接的（由於社會的關係。）負擔一切自然上或社會上發生的損害之危險。例如因自然力發生的不可抗力的危險。（風災、水災、地震、火災等）。經濟現象上發生的金融危險、生產危險、販賣危險。和由於經營企業而發生的人為的危險等是。由於這些危險而發生的損害。是難以決定其過失責任的原因的。所以要把牠當做企業者的負擔。是必須在企業的發展政策上付以充分而慎重的考慮的。

本來關於責任的原因。在近代立法中。一般都採用羅馬法「無過失則無損害賠償責任」以來。這個過失責任主義的大原則。中國亦不能脫其影響。自清末的民律草案。一直到現行民法。始終一貫地採用此法理。

在中國民律第一次草案債權第八章。題為「侵權行為。」在第二次草案中。略為改訂。而列入債

篇第一章通則第二款。至現行民法。則以債編第一章第五款題爲「不法行爲。」而設以德國民法爲經。日本民法爲緯的條項。大理院判例也承認了此項法理。至於民律草案之規定如下。

(1) 第一次民律草案。債權編第八章第九百四十五條第一項規定。「因故意或過失侵害他人之權利而不法者。於因加侵害而生之損害。負賠償之義務。」

(2) 第二次草案第二百四十六條規定「因故意或過失不法侵害他人之權利者。負損害賠償之責任。故意以有傷風化之方法侵害他人之權利者亦同。」

(3) 大理院判例（解釋三年統字第五七九號。及判例五年上字一〇號、一二號、四年上字第四號、三年上字九一五號。）

(4) 現行民法第一百八十四條第一項規定。「因故意或過失。不法侵害他人之權利者。負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法。加損害於他人者亦同。」

由於輓近工商業之發達所引起的大企業的勃興。與法律制度的複雜化。關於經濟上的種種狀態。遂發生巨大的變化。因而時常引起單依向來的過失主義而不能確定其責任之所在的事件。於是產生了承認例外的必要。其結果就有主張承認「無過失損害的賠償責任——即結果責任」的學說。並且各國法典上。已經以某種特別法規定承認該項責任了。然而日本民法及中國民法。却依然株守着過

失主義。尤其是中國商業組織中占多數的合夥組織。在祇約定其利益的分配的條件之下。而發生了損害時。法律上依其分配利益的成數。分担損害。（參照中華民國民法第六百七十七條。）這叫做危險（或損害）分担主義。就是企圖依其利益結合的方式。公共分担危險。以免過重的負擔。合夥的企業形態。本來是有其特殊性的。是以血緣的、地緣的結合。（親戚朋友或同鄉的結合。）資本的、技術的、（所謂資本的結合。並不是指近代的資本。而是指各出零碎資金以結團體的意思。所謂技術的結合。就是商店經營上的技能。）及共同目的的結合。「註一」爲動力的共同社會的結合形態。故在其內部關係上。當然應該共同負擔責任。例如合夥組織中最大的銀錢業與典當業。遭到一般的金融恐慌而宣告破產時。其所發生的損害。當然應該由全體企業者去負擔。然此時企業者在事業的經營上。如無特別的或重大的過失。則其損害並不是由於任何人的過失。同時即未備歸過失責任於特定人的理由。這種危險。應該看做是一般社會往來關係上發生的社會的危險。所以要一一的探求分析牠的原因與內容。以決定主體的對象。當然不可能。因此這種社會之集合性的危險。不應該祇在利益有關的企業者的內部關係中決定負擔的責任。而應該使有關係的一般社會人。共同分配這種負擔。才是理想的立法精神。這就是根據結果責任主義的公平分担主義。

〔註一〕合夥求學的故事（民國二十四年七月二十九日上海新聞報浩淇撰）

浙江省財政廳長徐青甫先生。最近在浙江財政廳甄用會計稽核主任講習座上。述其幼年求學故事一則。殊足爲今日青年學子之師法。(中略)年十六。隨族叙學申韓術。二年凡三易其地。因感遜清仕途之腐敗。乃返杭垣。力求新智識。以改革政治自任。是時適日本當明治維新之後。吸收歐美文化。而歐美之新學識。日本均有譯本向世。乃日間授童十餘。藉束修所得。以供菽水。晚間修習日文。惟以學費無所出。乃聯合同志四人。合夥分派學費。而由先生一人往讀。返時將所讀教授其他三人。二三月中。有二人退出合夥集團。先生勉強維持讀至一學期。計共付學費兩元。(下略)

上述關於危險分担又叫做公平分担主義的觀念。在中國已經存在。這可以由下面的例子來證明。即大連地方法院對於由合夥營業上發生的損害(但其發生。必須是由於社會的危險。)的判決。採用了商業家應予同情而由債權人讓步去清算債務之習慣的鑑定。這是因爲其根本的觀念。考慮到危險分担的結果。是很適合商界習慣的觀念。〔註二〕〔註三〕

〔註二〕合夥商店的倒閉與債務之處分

合夥組織商店倒閉而合夥財產不足償還債務時。多以商務總會公斷處(關東州內爲華商公議會)評議員使債權者讓步。而各財東(股東)分担其不足額之一部爲習慣。(關東廳法庭之中國民事

習慣彙報上卷一二三四頁、大連地方法院昭二(民)九・一六請求房租事件)

償還債務之慣例

中國合夥組織之商店。因營業上之損失而倒閉時。依普通習慣。大多數會同評議員在商務總會公斷處(在關東州爲華商公議會)開債權者會議。於破產者之合夥財產不足償還全部債務時。由評議員斟酌兩方情狀。使債權人作可能之讓步。各股東按出資額分担其不足額之成數而圓滿解決之。蓋營業上之損失。爲商業家應予同情者。故普通債權人多爲多少之讓步。(鑑定人谷信近調查報告。同書、上卷一二三五頁。)

〔註三〕左例係上海市商會根據第四次會員大會(民國二十二年六月廿五日)議決案。向立法院提出修正現行民法中關於合夥股東之責任的呈文。其中也流露着公平分担的觀念。

(上略)窈維我國商店組織。除通商鉅埠之新式企業。間有採用公司制度組織外。其餘普通商業。類皆沿用合夥制。此種合夥組織之商店。在商業中絕對多數。而歷史亦最悠久。其組織條件。必先互訂議據。此項議據。卽爲有效的契約。凡關於合夥人每人所認股額。以及盈則按股均分。虧則按股分擔之權利義務。均所載明。日後對外債務之分配責任。卽以此議據爲標準。如果合夥人中有資產不足清債務時。其他合夥人。亦只擔認自己所持有之股分而止。此種遞遷不變之習慣。實已沿

爲商場普通之通例。自民國十九年五月五日民法債編施行法公布施行後。關於合夥之規定。卽民法六百八十一條。裁有合夥財產不足清償合夥之債務時。各合夥人對於不足之額。連帶負其責任等語。原夫立法當局之意。無非維護債權。然一方維護債權。一方究亦宜兼爲債務設想。應幾執中允當。似此法條之設。商業之固有通例。合夥營業之原有習慣。爲其一筆抹殺。乃令合夥人因一部份事業之失敗。而負連帶責任之額外損失。或竟有舉全部財產如殉之危險。未免厚彼薄此。是豈中庸之道。况商店盈餘。合夥人祇享按股均分之權利。而於對外債務。却負連帶責任。揆之權利義務對待之義。似又不能認爲確當。茲專就上海一隅而言。由於上開法規而形成之案件。層見疊出。馴至合夥舊組織急求解散。而新組織更絕跡市場。良以權衡利害。誰復敢事嘗試。從此合夥營業之組織。遂將成者歷史上過去之陳跡。此種法律的嚴格限制。直不啻杜個人經濟發展之機會。是非獨與商業隆替。大有關係。卽於整個社會經濟。亦有莫大之影響。敝公會目擊情形。萬難漠視。不揣冒瀆。用敢聯合具書。請貴會博采輿情。維持商業。據情轉呈政府。暨行政立法司法各院。迅賜提議。將民法債編第六八一條加以修改。確定合夥債務按股分擔。毋庸連帶負責。維護固有之習慣。以符契約之自由。否則姑將上開法條。通令暫行停止援用。俟將來修改民法時。重加修正。全國商人皆利賴之。是否有當。敬候公決等語。查此事會由屬會於本年三月十日。呈請鈞院將該項條文。加以修

改。蓋以國家立法政策。對於債權債務。應持同等保護主義。按股分擔。窮其究竟。至多不足償還。以折扣了結。此爲我國商場恆有之例。(下略)(民國二十二年七月三日新聞報)

於是就發生了如下的問題。——這種思想的基本觀念。是按股的分擔損害呢。還是比例的。此一問題。當詳說於后。現在來考察合夥人所以有負擔損失責任的原因。

第二項 報償責任的觀念

合夥人的責任。是依中國現行民法(第六百八十條)準用委任者責任的規定所生的責任。此與日本民法(第六百七十一條)中規定的組合員的責任。完全相同。而此項責任的根據。據一種妥當的見解。是「主張合夥人因執行業務的合夥人而受共同的利益。故其在業務執行上所生的損害。亦應共同負擔的報償主義。」實際上共同負擔損害的觀念。是和危險分担的觀念共通的。缺少任何一種。就不能算是完整。然而基於此種報償主義的責任。究竟是什麼呢。

普通說來。「所謂報償責任。是因特殊的方法或因特殊的人、物或法律制度而獲得特別的利益者。應該視爲報酬去負擔的責任。(岡松博士無過失損害賠償責任論七六三頁。)這就是說。因使用特殊的方法。(即和普通生活上使用的方法不同的方法。)而獲得利益。或因利用特殊的物、(即非普通生活所必要的物。)人或法律制度而獲得利益。此時對於因其方法或事物所生的損害。不問有

無過失。應負擔其責任。在使用某種方法或設置某種事物而發生損害的時候。即使對於直接獲得利益者的行為無關。但是至少在爲了獲得利益才發生損害的事實中。是有因果關係存在着的。所以要負擔其責任。這種觀念的根柢。是和公平主義的觀念一致的。牠和中國商界的仁恕衡平的概念。究竟是否內容一致。雖然難以即刻斷定。但事實上。一般商界的確是極普遍地抱着這樣的思想。

然而要避免以這種觀念爲唯一的標幟而濫用公平責任的弊病。就必須一方面對於特殊的方法或人及事物而獲得特別的利益者。在因其方法或人物所生的損害上課以絕對的責任。同時他方面因而喚起各方的注意去努力地設法預防因特殊方法或人及事物所生的損害。——雖然繼續以此傳統的觀念爲基礎。

第二節 股東責任的內容

第一項 中國之清償債務與連帶責任的觀念

關於中國商業組織中尤其是合夥組織中各股東的責任。現行民法第六百八十一條之連帶責任制的規定。因與中國古來習慣相抵觸。所以一直爲商人所反對。本來連帶責任的內容。有如下的意味。即以契約上發生的連帶債務來確保債權。因而建立商業往來上的安全性。是今日經濟制度上頗重要的制度。

追溯此項思想的發展。當以日本奈良朝末正倉院文書中借據內「生死同心」的約款（瀧川博士日本法制史二〇六頁）爲嚆矢。例如在這種契約中就使用了與今日所謂連帶責任同一意義的文字。如「若三人中一人缺者。同心償還。」「此中人若有缺。留人等同心如數償還。」「二人同心。生死無缺。」等是。

在這些約款中。「起先約定生死同心之債務人。第一先就各自的負擔部分（但無特約者。此負擔部分平等分配。）任履行之責。第二、如有他債務人未能履行其責任者。則就其未納部分代爲履行其責任。」但此代償責任。在他債務人逃亡或死亡而不能履行債務的時候才發生。並不是僅僅因爲他債務人不履行債務而發生的。要之。生死同心的制度。在規定各自的負擔部份這一點上。是有連帶性的制度。但在超過各自的負擔部份者負擔代償義務時。却是有保證債權的意味的。以担保的觀念爲基礎的制度。

然而在中國。因爲對於債務的清償是傳統地採取嚴格的制裁主義。（例如某商人破產了。若以其全部財產清償債務而有不足。則累及其親族。如結果仍不能償清。則逐出商界。）所以在一方面。作爲防衛自己的手段。而發生了社會連帶的觀念。（特別因爲在合夥的本來性質上。各合夥人有共同利害關係。故負共同經營合夥事業之連帶的義務。）——尤其是以血族的團結去營共同利益的

組織中。已經發生了共同危險亦由各成員去分担以爲報償的危險分担及報償的思想。然而在另一方面。由于本來對於清償債務之觀念的薄弱。而對於利益有一二倍的敏感。結果就有憂慮商業的往來上各自應負的責任的增大而作可能的逃避的傾向。以至不欲對外（非血族的他人。）有連帶責任的觀念。而漸漸局限於利己排他的分担責任。即關於合夥債務。合夥人僅對於對外對內的合夥契約上規定的支付分担成數負擔責任。關於其他無資力合夥人的負擔部份。毫無負擔其責任的必要。其損失完全轉嫁給債權人去負擔。（上海商界的習慣。）對於債權的担保的觀念。是一點也沒有的。試從中國的立法沿革上來檢討。則大清民律第一次草案（宣統三年編纂）第二編債權第八百二十八條。有如下的規定。

「合夥財產不足償還合夥之債務者。各合夥人須依分配損失之成數。擔負其不足額。

前項情形。合夥人中有無力完繳其負擔額者。須由他合夥人平均分任其負擔額。」

根據上項條文。則合夥財產有不足額時。關於各合夥人之責任。如無法律之規定。即不能防止無益的爭論。——這是和日本之依生死同心的思想去制成法律的條文。完全不同的。再來看一看當時的判例吧。合夥債務的不足額。本來是應該以損失分配的成數爲標準去負擔的。但實際上無清償資力的合夥人的負擔部份。也只有按合夥契約上規定的損失負擔的成數或股東的出資額。去分配其

負擔的大小的。(參照附錄)因此要徹底地實行民律草案的主張。是極感困難的。所以判例鑑於事實上由他合夥人平均分担不能清償的合夥人的負擔部分。則出資額少的股東的責任過重。(參照本節第二項第二目。)而採取了按股分担的方法。想一方面尊重舊習慣。而他方面又收保護債權人之實。這種判例上的傾向。在民律第二次草案。(民國十四年編纂)債編第六百八十六條中。更具體地規定如下。

「合夥財產不敷清償合夥之債務者。由各合夥人按照分配損失之成數。負擔其不足額。

前項情形、合夥人中有不能繳納其負擔額者。他合夥人應分担之成數。無特別訂定者。以各自出資額之比例定之。

前項分担者有求償權。」

要之。在第二次草案中。不能清償的合夥人的負擔部分。已經修正為應該按照各股東之出資額的比例去負擔。以保護債權人的利益。同時承認不能清償部份之責任分担者的求償權。而使股東內部的權利義務關係顯明化。這大概是和連帶債務人之一去清償債務。或以自己的出資去完了債務的責任時。對他債務人有關於其各自負擔部分的求償權的性質相同的。也可以說這是多量的採納了債務的連帶性的條律。

到了民國十九年五月(十八年十一月廿三日公布。)施行的現行民法。更在第六百八十一條規定。「合夥財產不足清償合夥之債務時。各合夥人對於不足之額。連帶負其責任。」這時關於股東的責任。是完全採用連帶制了。這在立法者。的確是企圖建立並強化商業往來上(尤其在對第三者的關係上。)的信用制度。以免債權人因債務人發生問題而遭受不應當的危險與損害。因而使他得到完全的保護。從法的社會性看來。可以說是立法上的一個進步。然而此連帶制的立法。決不是目前中國社會情狀與習慣之實在的反映。不、還不如說是欲以法律的力量打破並糾正經濟社會的守舊性的進一步的工具。就因為這種改革。是失之過急而背離實際。所以結果當然要有暫時停止實施或再予修正的要求。而且這些修正運動者。實際正是對於合夥股東之責任問題。有最密切利害關係的商界人士。他們是有很大的社會勢力的。所以想樹立連帶責任制的該條文的強制力。在目前僅僅保持其原則上的名目。而實際上還是各地的習慣。即按股分担制比較地適用於紛爭的解決。這是應得注意的事。至於其證據。第一當舉大理院對於該條的解釋。即

「〔解〕合夥債務。非單純合夥員各人之債務可比。原應由合夥共同負責。惟此項條理。並無強行性質。如有特別習慣。得依習慣辦理。」(十五年統字第一九八三號)

第二、得推舉商人團體尤其是上海總商會的見解。該會對於上述法規。雖然贊成其連帶主義。

但認為該法規的主旨。事實上和約束商人社會的習慣不能一致。而提出了對立的意見。——即對於合夥債務之不足額的分担。應該保護債權人。同時也應該保護債務人。至於後述的損失分担主義者。雖然也承認連帶主義之保持商業信用的特長。但對於擴大其餘當事者的責任。將使爲股東相互間的便利而設立的民事合夥趨於絕跡的缺點、給予強硬的反駁。茲特舉例於左。

(1) 上海市雜糧業公會之意見(民國二十二年八月十七日上海新聞報)

(上略)抑有言。凡國家訂立法條。如非根據本國固有之習慣者。其必根據其先進國家之成文法或判例訂定條規。著爲令典。以拘束人民。茲請先言我國立法之旨趣。我國所頒布之民法。其當時立法之旨趣。除英美兩國。無成文法典。可資借鏡。且與我國國情及商業習慣全然不合外。大抵根據歐洲具有成文法典之國家。並參照本國歷史習慣。始着手編纂。所有民法總則債編物權三大巨編。若民法條文。逐條論列。則有取法乎法。或取法乎德。甚或采取瑞西日本民法之立法例者。本此以探討我國民法。其立法之意旨。不難一一窺見。而立法之系統。亦可得而循繹矣。其次。再言我國合夥商業之習慣。我國合夥商業習慣。必先互訂議單。(即契約)其議單上所訂定之通行規則。不問其全國或任何區域。大抵皆確認盈則按股均分。虧則按股分擔。相垂數千年。早已成爲商場普遍之通例。會計師固亦關心商業者。則對此固有之習慣。宜亦具有深切之認識焉。觀乎

上述法日瑞德之民法法例。以及我國當時立法之意旨。與夫本國固有之習慣。衡之民法六八一條。合夥人對於合夥債務連帶負責之規定。豈非完全相反。

(2) 同前

潘會計師所舉四弊。一則曰。「債權人之保障。豈不盡失。」再則曰。「債權人之受害。寧可估計。」三則曰。「債權人方面。幾於一無保障。」四則曰。「不啻將現有各債權原定之保障。失去大半。」綜觀全文。處處爲債權設想。而於債務未着一字。要知債務人常處於經濟弱者的地位。法律如果處處以保障債權爲前提。立法精神。豈不盡失。民法債編弁言曰。「我國現在的立法。乃以全國社會的公共利益爲本位。處處以謀公共幸福爲前提。這便是王道。要以仁恕公平。貫徹全部民法處處保護弱者的精神。」又曰。「民法債編。普通本叫做債權編。現在改爲債編。因爲債權兩字。從名義上看來。好像那種法是專保護債權人的。專保護債權人。那便是霸道了。」

如上所述。現行民法債編。是採取中國古來王道政治之傳統的道德思想去保護那些弱者的。但同時對於合夥股東的責任。立法上既採用連帶責任制。那末、一般商人也要貫徹該制的基本觀念。使商業經濟順利地進展。并以該法的立法精神去解決目下的糾紛。這是筆者所希望的。

第二項 連帶責任的反對論與按股分擔責任

第一目 反對論的理由

中國的經濟界。因為現行民法對於合夥股東的責任。採用連帶責任制。違反古來的商業習慣。一齊開始猛烈的反對。不斷地向立法院提出修正該條法規的要求。以下就是這些反對論中最能代表其餘的天津市商會、全國商會聯合會(在上海)及一、二會計師等對於民法第六百八十一條的主要反對理由的綜合。

(1) 如果合夥事業失敗。股東就有傾家蕩產的危險。(參照「註」(一)(二)及第二章第一節第一項(註五))

「註」(一)總商會變更商事法規之建議(民國十三年九月二十七日天津益世報)

我國商業。多係經營合夥投資。以互相幫助。而期發展者。蓋因有資本者。未必能自營其業。有商業技能者。又未必即有資財。而須雙方借助。以合夥營商耳。但合夥營業後。雖有企業之誠心。仍恆因變動。往往不能如其所期。而生缺損。以致非訴訟不可。例如三人之合夥營業。以營業失敗之對外缺損。股東當然共負責任。其負擔以限於其股份額為準則。然現在之法律。于此採連帶負責制。致無償付債務資力合夥員之負擔。亦不得不完全代為償付。結果使一部分股東至傾家而無以自了。是因合夥所生之結果。而至其固有財產亦不能保者。而該股東為對於

其營業素無經營之暇、並不諳商業者。遂因責其償還全部而至犧牲其家產。若放任之而不謀救濟之法。恐資本家將人人自危而不敢投資合夥矣。則實業奚能發展。(中略)仍祈就合夥營業缺損之債務之償付。以其股份按各該契約負擔有限責任。再有缺損時。以各該股份之定額負擔償還之義務。(右係根據該會評議員一致決議之呈請。)

[註](二)全國商聯會請修正合夥規定文(民國二十二年七月二十二日上海新聞報)

頃准上海市雜糧油餅業同業公會函略開。查民國十九年五月五日民法債編及民法債編施行法公布施行後。關於合夥規定。民法債編第六八一條。載有合夥財產不足清償合夥之債務時。爲合夥人對於不足之額。連帶負其責任等文。是將合夥債務按照股份分擔之原有習慣。一律推翻。乃使合夥人因一部份事業之失敗。有舉全部財產爲殉之危險。敝會認爲此種法律限制。影響於商業之隆替。實非細故。業經聯合提議於上海市商會。請求轉呈立法院修正在案。惟本案關係太鉅。若不修改。小言之。合夥組織將絕跡於市場。推究其極。直委整個商業於絕境。亟應函達貴會。請共同請求修改等由。准此。查合夥營業。原因量能力之大小。認股份之多寡。盈固按股分派。虧亦按股擔認。固權利與義務相等。社會上已成爲公平之習慣。今依據民法所載。盈則按股分派。虧則連帶負責。殊背權利義務相等之原則。懇准迅予將民法債編第六八一條。

修改爲合夥債務按股分擔。以維固有公平之習慣。至爲禱切。

(2) 從債權債務之同等保護主義看來。違反立法上衡平的意義。及社會上公平之習慣。(參照

「註」(二)及本節第一項「註」(二))

(3) 採用連帶責任主義的時候。資產富裕的股東。對於無力負擔債務的股東的分担部分。也必須去負擔。結果。對於合夥的投資。勢必裹足不前。以致束縛個人經濟。乃至整個社會經濟的發展。(參照本節第二項第一目「註」(一)第二章第一節第一項「註」(五)及第四章)

(註)全國商聯會再請修正合夥條文之呈文(民國二十二年九月二十三日上海新聞報)

案查民國十九年開全國工商會議。敝會以民法規定。合夥營業連帶負責。發生窒礙。懇請議定補充條文。轉請立法院補充救濟。向工商會議提案。因當時同意者少。致未通過。此次大會。係全國工商業領袖及工商專門人才。討論工商進行方針。四川既有此項主張。各地情形亦同。討論妥善。呈請政府修正或補充。(中略)在上年。上海市商會。以我國商業組織。除獨資者外。以合夥居其多數。近因會審公廨。權操外人之手。於是華洋訴訟案件。竟有以合夥之債務。判令連帶負責。羣情大譁。爭議累年。於是資本充裕者。相率裹足。上海商會。遂請求鈞院修正合夥債務連帶負責法例各在案。惟迄今尚未得到頒發修改民法第六百八十一條條文及補充增

加分擔無限公司條文。羣情渴望綦切。因各地商業。年來愈趨愈下。其重大原因。良因稍有資本者。莫不相率以入夥爲戒。僉裹足不前。以合資後。無時不有破產亡家之虞。以致現有商號。逐漸歇業。新增商家。幾於絕跡。值此商業凋敝之際。因之益形蕭條。大有江河日下之勢。不亟挽救。伊於胡底。連帶負責。既多窒礙。分擔無限公司。實有增加之必要，因此種公司。係屬按股分擔無限責任。渝埠及各地事實習慣。均甚合宜。懇請於現行民法債編內。補充條文。規定合夥營業。屬於股份分擔無限責任者。其合夥財產。不足清償合夥之債務時。各合夥人對於不足之額。按照股份。平均負責。(下略)

(4) 因爲合夥人內部的關係。外部不得而知。所以就以少數股東做幌子過分誇張其信用的弊病。同時又有受騙的危險。(參照第四章)

第二目 按股分擔責任

(一) 按股分擔責任 就是合夥財產不足清償合夥的債務時。照合夥營業中各合夥人的能力(資本的)的大小。股份的多寡。按合夥人之損失分配的成數。分擔其不足額。若合夥人中有無清償資力者、逃亡者死亡而無遺產者的時候。其他股東也按照各自的股份去履行他的負擔部分的分担主義。普通叫做按股分担。或連合分担。(與連帶責任不同。此點可參照第五章第一節第一項第三段)比

例分擔責任等。是大理院判例及各地舊習慣所承認的。(參照第二項「註」(一)(二)(三)及附錄。)

對於合夥股東的按股分擔責任主義。又有主張在民法規定以外。更於公司法增設一章的反對論。關於這方面。當在後面另設一章來討論(參照第四章)

(二)按股分擔責任的種類 按股分擔責任得分為如下的二類。

甲、絕對的按股分擔責任 這種主義是主張各合夥人按各自的股份的比例去分擔合夥債務的責任。而且這種責任。在比例以內是無限的。但對於比例以外的責任。却是絕對地不用分擔的。所以又叫做比例無限責任。或分擔無限責任。

這種主義就是上海通行的按股分擔的習慣。即合夥人對於合夥債務僅僅對於各自負擔部份負擔無限的責任。對於他合夥人的不能清償部份。沒有擔任其責任的必要。對於這種習慣。大理院曾有判例。「如當事者無反對之表示。得依從其習慣。」然而此習慣。有不能充分地保護債權人的缺點。因為在此種場合。就可以根據上述危險分擔的理由。與債權人協議。並使其讓步去清算合夥的債務。而且還以為這是適合商界的習慣。「註」

「註」會計師王梓康與上海總商會關於合夥股東之責任問題的文件

(1)王梓康會計師第一次致總商會函

逕啓者。夙仰貴會主持正義。熟諳商情。毋任欽佩。茲將關於商事習慣問題。爰舉一例如左。例如股東七人。開設字號。虧欠數萬。但賬上人欠名義上收付雖足相抵。惟數萬之人欠，即被七股東中之兩大股東經營同等之字號而倒閉，一則逃匿失蹤。一則呈請官廳將同樣之字號宣告破產。尙有一小部份之股東。正在清算賬目。確有虧欠數萬之鉅。試問對於此項債務之清償。是否按股負擔。或係一小部份股東完全負擔之。上述一例。務請貴會詳細示復。以資遵循。不勝感荷。實叙公誼。

總商會復函

逕啓者。接展大函。祇悉一是。查我國合夥習慣。與院判所行歐西合夥法例有不同之處。卽一則絕對之按股分担制。而一則相對之按股分担制也。所謂相對之按股分担制者。卽台夥員中有發生逃匿或破產之情形。則關於合夥契約所發生之債務。由其他合夥員爲之共同分担是也。我國習慣。既係絕對之按股分擔制。則尊示所舉兩例。自屬不生問題。至於此制之利害。於我國商事政策上。有無維持之必要。則敝會於上年七月十二日復尊處函。已詳細剖晰矣。尙祈察閱。

(2) 王梓康會計師第二次致總商會函

逕啓者。夙仰貴會主持正義。立論公道。無任欽佩。茲舉例如左，尙希賜教。設有甲乙兩人。

合開一店。資本一萬元。每股五千元。今因虧本停業。然甲已失蹤、或死亡。而無遺產。所負債務。是否各自負擔一股之部份。抑由乙全部負擔之。且債權人以爲當時信用於乙。故肯與之往來。今日失蹤。應由乙擔負完全責任。着乙自向控追所墊付甲之股份，如乙僅負擔一股之責任。豈非此項債權。因此失其效力。且多數債權人爲此聯帶關係。勢必逼倒。並謂抑或有人開店時。有意聲明。內有甲乙丙丁各一股。實則完全一人獨資。惟內有五股之化名而已。如有盈餘，獨享其利。倘倒閉而祇要擔負一部份之債務。豈非債權者立於危險地位乎。但梓康因爲主持公道起見。所以不得不冒昧懇請將上列各例。統希詳細解釋示復。以便採納。實紉公誼。

總商會復函

逕復者。接展大函。祇悉一是。查尊議所主張者。爲連帶負債之法理。而滬商所堅執者。乃爲數百年來合夥營業盈虧按股均攤之習慣。此問題自民元迄今。全國各商會對於官廳屢有建議。屢有抗爭。以立法上利弊言之。卽如尊函所舉一例。甲或死亡、或失蹤、或無遺產。而債權人因當時信用於乙。故肯與往來。指爲乙應連帶負債。然舉例本屬假定。而商場情態萬殊。假使甲爲富有財力之股東。乙爲家道平常。當時債權人因對甲信用而與往來。一旦甲遭意外事變。驟然破產。以致無償欠能力。設必責成乙連帶償還。則法律所以處置乙者。豈非太酷。有乖於債權債務同等保護之原

則乎。尊議謂如此必令多數債權人因之倒閉。不知果照敝會上述之例。即使責乙連帶償還。其餘多數債權人。仍無實益。難者必又謂。如此則保護債權人之效力太薄。誰願輕與商家往來。是偏於保護債務人、反致妨礙商業之發展。不知此項習慣。相沿數百年。商人早已習而安之。並無發生上列情弊。如果厲行連帶負責之制。則投資者勢必避合夥之組織。改用有限公司之名目。其保障債權人之效力。較之合夥。反形薄弱。且我國現情。用有限公司組織者多失敗。用合夥組織者多成功。故爲商事政策之便利起見。此項營業習慣。殊有予以維持之必要也。至尊函所舉一人而化爲五股之例。則此係調查事實問題。非立法得失問題。不可因此以爲合夥制度詬病也。敢因尊論。略抒所見。尙希亮督是荷。

根據絕對的按股分担主義。假定合夥發生了二萬八千元的損失。而要五個股東去分担支付時。如果這五個股東的股份的分配。是甲十股、乙八股、丙五股、丁四股、戊一股、而一股的出資額是一千元。那末照理各股東的分担額是甲一萬元、乙八千元、丙五千元、丁四千元、戊一千元。然而乙除了合夥的出資以外。別無資產。並無清償的能力。此時對於乙的分担額八千元。其他股東是不必要去負擔任何責任的。所以結果除由債權人自己去負擔損失外，沒有別的方法。總之。股東雖然在各自的比例以內負無限的責任。然而對於比例以外的合夥債務。是完全不負連帶責任的。這就是和

兩合公司、無限公司的股東絕對不同的地方。

這樣說來。現行民法之關於合夥股東的責任的規定。大概是企圖去抑制上述絕對的按股分擔主義的習慣。并發展「商業道德」吧。然而如立法者所希望的信用制度之確立的實現時期。恐怕還是距離得很遠呢。

乙、相對的按股分擔責任 這種主義。主張以合夥契約所生的合夥債務作為各合夥人的共同負擔。原則上先使各合夥人按照各個股份的比例去按股分擔。如有無清償能力的合夥人。而單以其他股東的分擔清償。於合夥債務的清算。尙有不足額時。各股東對於此無清償能力的股東的分擔部份。有兩種辦法。按照各自的股份去按股分擔。(參照第一項及各判例。)或是不管股份的多寡。平均的分擔責任。(參照民律第二次草案第八百二十六條。)依據第一種方法。因股東無清償能力而產生合夥債務的不足額。仍舊由其他合夥人去共同負擔清償的責任。所以有債權人既得到各方面的保障。同時各合夥人的負擔比例。也比較的輕而且公平的長處。然而在第二種方法中。對於無清償能力的合夥人之分擔部分的不足額。要其他合夥人共同去平均負擔。所以其責任的範圍。常常由於合夥人數及其承受股數而不能一定。股數多的股東。因共同負擔額平均而有利。但股數愈少的股東。却要比按股分擔額負擔愈多的共同負擔。而處於不利的地位。茲舉例於左。

(1) 假定合夥的損失額為二萬八千元。股東的出資股數為甲十股、乙八股、丙五股、丁四股、戊一股。合計二十八股。內股東乙。無清償能力。此時如果依據相對的按股分擔責任的第一種方法。去規定各合夥人的分擔額。那末就成如下的公式。

股東固有的分擔額	因股東乙無清償能力的附帶分擔額	全部負擔額
甲 $28,000元 \times \frac{10}{28} = 10,000元$	$8,000元 \times \frac{10}{20} = 4,000元$	14,000元
乙 $28,000元 \times \frac{8}{28} = 8,000元$		
丙 $28,000元 \times \frac{5}{28} = 5,000元$	$8,000元 \times \frac{5}{20} = 2,000元$	7,000元
丁 $28,000元 \times \frac{4}{28} = 4,000元$	$8,000元 \times \frac{4}{20} = 1,600元$	5,600元
戊 $28,000元 \times \frac{1}{28} = 1,000元$	$8,000元 \times \frac{1}{20} = 400元$	1,400元

總之按股分擔責任主義。尤其是相對的按股分擔責任主義的長處。就是連帶責任之負擔過重責任（但與絕對的按股分擔責任不同。在責任負擔者成爲一個人的時候。事實上與連帶責任相同。有以一人負擔全部責任的危險。這裏潛藏着按股分擔的連帶性。）（參照第五章第一節第一項第三段的危險被分配於各股東之間。並且其損害是以基於報償責任而適合共同利益的比例去分擔的。因此在法的強制力向來薄弱的中國社會。要作爲全國通行的習慣而無例外地恪守牠。必須把今日商界一

般的情況和法規的旨趣。給予折衷和調和。奈中華民國現行民法第一條及判例。（四年上字第二二號）已經明定「法有明文者。不得援用習慣及條理。」所以自從該法公布以來。在法規與習慣的對立上。種種反對、修正、補充的意見。繼續不斷的被提出來。

(2)就上述的假設例。再將相對的按股分擔責任的第二種方法即各股東平均分擔的方法中的負擔額表示如下。

各股東固有負擔額	因股東乙無清償能力的附帶負擔額	全部負擔額	與前者的差額
甲 $28,000元 \times \frac{10}{28} = 10,000元$	$8,000元 \times \frac{1}{4} = 2,000元$	12,000元	減2,000元
乙 $28,000元 \times \frac{8}{28} = 8,000元$			
丙 $28,000元 \times \frac{5}{28} = 5,000元$	$8,000元 \times \frac{1}{4} = 2,000元$	7,000元	無增減
丁 $28,000元 \times \frac{4}{28} = 4,000元$	$8,000元 \times \frac{1}{4} = 2,000元$	6,000元	增1,000元
戊 $28,000元 \times \frac{1}{28} = 1,000元$	$8,000元 \times \frac{1}{4} = 2,000元$	3,000元	增1,600元

這裏和(1)的分擔方法中的負擔額相比。其沒有變動的僅僅是丙一個人。甲的負擔。顯然是減輕了。而戊的負擔額。反而激增了一千六百元。

然而這是要注意的。就是在任何一種方法中。如果合夥人全體都是沒有資力者。或是不明踪跡。那末損失的危險。結果由債權人自己負擔外。別無辦法。但是假使有一個合夥人是有資力的。那

末債權人當然可以向此合夥人請求償還。所以實際上是和連帶責任不相軒輊的。

(三) 其他的分担方法

甲、依據合夥的內部契約者 如各股東分配損失的成數。在合夥契約中有特別的約定。(參照民法六百七十七條) 當然應該依此為準。去決定各個合夥人對於合夥債務及合夥人不能償還部分的負擔額。〔註〕

〔註〕甲合夥人代乙合夥人償還負擔部分。作為接受了他合夥的合夥人丙的履行債務的請求。此時甲不得以對於乙的求償關係為理由而主張丙去直接請求。甲對於丙的請求。必須承受履行(參照附錄二五)

乙、規定合夥債務分担方法的順序者 合夥債務。首先應由各股東按照分担損失的比例去分別負擔。分担損失的比例。未經明定者。以分配利益的比例為標準。分配利益的比例亦未明定者。才以按股分担的方法去分担償還之責。(參照附錄二六)

(四) 各地分担合夥債務的習慣

合夥人分担合夥債務的習慣。各地是並不一律的。即以同屬湖北省的竹谿、漢陽、興山、麻城與五峯諸縣來說。關於無償還能力合夥人的分担額。他合夥人是否要負擔代償的責任。這點、竟然

有完全相反的習慣。假使涉及更廣的範圍。并且就更多的實例去詳細地檢討。那末涇渭異流的事實是極容易發見的。但大體上。可以說是不外乎上述的兩種主義的。現在從司法行政部刊行的民商事習慣調查報告錄抄錄數例於下。以資參考。

(1) 河北省清苑縣習慣

隱名合夥之債務。須由出名營業。爲全部之履行。與普通合夥不同。實因普通合夥之債務。負分割償還之義務。但就此間習慣考察。不問爲隱名合夥。或普通合夥。均有同一之責任。

(2) 湖北省習慣

(甲) 合夥債務之分擔

合夥人共有之合夥財產不足償還債務。如合夥人中有一人毫無資力者。其無資力應分擔之債務。竹谿、漢陽、興山、麻城縣等之習慣。均係由其他有資力之合夥人平均代爲分擔。鄖縣亦有各合夥代爲分擔之事實。但不成爲定規。五峯縣則有資力之合夥。祇能幫同借貸。從旁維持。絕無分擔代還之事實。按此項習慣。係據漢陽商會、竹谿農會及鄖縣、興山、五峯、麻城各知事調查報告。惟漢陽、竹谿、興山、麻城之習慣。與法例相符。

(乙) 合夥債務之辦法

合夥人共有之合夥財產不足償還合夥債務時。如其合夥人中有一人毫無資力。其無資力人所應分擔之債務。潛江、巴東兩縣。均係由有資力之合夥人代為平均分擔。穀城縣則不代為分擔。京山縣如合夥人均講道義。共同負擔。否則各攤份內債務。竹山縣請求有資力之合夥人暫時代為負擔。日後再為籌還者。有直接向債權人要求分限籌還者。按此項習慣。係據潛江、巴東各知事、穀城商會竹山、京山各保衛團、縣公所調查報告。除潛江、巴東兩縣習慣。尚與民律草案第八百二十八條第二項條理相合外。餘均與法理不符。

(丙) 合夥債務之責任

襄樊地方。凡合夥經營業務者。各合夥人中或係共同出資。或資本由某合夥人等擔任。勞力由某合夥人等擔任。其勞力亦作為一種資本。計算所獲紅利。各合夥人按股均分。虧折時亦各對於債務上按股分擔無限責任。債權人不得向合夥之一人或數人為全部償還之請求。即各合夥人中有逃亡或財產不足供償還者。其他合夥人亦不代為清償。按此項習慣。係據湖北第二高等審判分廳推事鄭世郁之調查報告。其他合夥人按股分擔無限責任。固屬合法。惟合夥人有逃亡及無資力者。其他合夥人亦不分任其擔負額。頗與普通合夥債務之法理不合。

(3) 福建省建陽縣習慣

建陽合夥營業。無論財東幾人。資本若干。必立簿登載明白。或公立合同字據爲憑。至後來生理營虧。則就各人所出資本程度。比例分配。並無另外紅股。（據建陽縣薛承審員報告。）

〔備攷〕朝鮮的習慣（朝鮮總督府中樞院民事慣習回答彙集。）

中國的合夥。與日本組合的稱謂。在朝鮮叫做同事。稱組合員或合夥人（股東）曰同事員。關於同事員的同事債務責任的分担方法。看起來很有點類似中國的地方。茲特抄錄二例於左。

（1）關於同事員之責任的文件。（大正四年五月十三日京城地方法院民事部詢問。大正四年六月二十四日朝樞發第八八號政務總監回答。）

要旨

一、同事營業中。依習慣、同事員之一人爲營業而負擔的債務。由全體分担。若同事員中有不能償還資力的。其負擔部分由餘者分担。

詢問

一、經營同事營業者。即使是其中一人負擔的債務。但既然是爲了營業而負擔的。同事營業者的全體。有無應連帶償還的習慣。

答覆

一、照習慣。在同事營業中。其中一人負擔的債務是爲了營業而負擔的。應由全體分担。假使有不能償還資力者的時候。其分担部分應由餘者分担。但並無承認連帶責任的習慣。

(2)關於同時的客主營業者的文件(大正四年十二月十八日平壤地方法院問。大正五年一月十三日朝樞發第一二號政務總監答)

要旨

一、在同事組織的客主營業中。假使同事員之一人。消費了顧客送來的金錢。各同事員有分担賠償的責任。假使同事員中有不能履行責任者。其負擔部分。由他同事員分担。

詢問

一、在數人經營同事的客主營業時。顧客向來爲了和客主營業者往來而送金錢與客主營業者。這時如客主營業者的一人拿去消費掉了。他同事營業者是否有償還的連帶責任。

關於這方面的一般習慣。及平安南道的地方習慣如何。

答覆

一、對於同事組織的客主。依照慣例。同事員之一人消費了顧客爲要購入商品而送來的金錢。各同事員有平等分担賠償的責任。若有因無資力或不明所在等理由而不履行責任者。由餘

者分担。但并不承認連帶的關係。在平安南道亦未聞有異於此的習慣。

在上述兩種情形中。合夥人之一「爲營業而負擔的債務。」及「消費了顧客送來的金錢」的責任原因。恰恰可以和中國的「合夥債務」的構成。視爲同一地例舉出來。以作爲合夥連帶責任問題的參攷。

第三目 分担責任的原因

(一)因無償還能力的合夥人而生的責任 合夥營業倒閉時。合夥債務的清償責任。本來應該以合夥人的股份爲標準。然而不幸發見了無清償能力的合夥人。這時、對於他的負擔部分。他合夥人應該怎樣去分担呢。這是不能清償的事實確定之後。才決定的問題。因爲對於自己部分的債務的履行。故意設法隱藏他的財產。去免掉責任的人。是難保沒有的。并且分担的比例。雖是以上的按股分担爲原則。但在合夥人數少。尤其是不得不任代償者祇有一人的時候。自然他的負擔要陷于過重而有不得受破產的連累的危險。所以在慎重地考察。并斟酌了合夥所以破產的原因或經營上有無重大的過失之後。大都把這種危險的一部分轉嫁與債權人去負擔。

(二)因合夥人逃亡及死亡而生的責任 合夥人的逃亡。實在是無法防止的事。而不應歸責於他合夥人。因爲他合夥人無論怎樣嚴密地去注意監督。但究竟不能洞察他人的心機於未來。這一點。

在他合夥人和債權人協議的時候。得認為應予免責之道義上（商人的）的理由。然而逃亡的合夥人和其他合夥人如果對於「法理上契約的承認。及其履行義務。」或對於利益結合中的危險分担。沒有在契約的內部關係中特別約定。（如上述絕對的按股分担主義的特約。）那末他合夥人對於逃亡（或死亡）的合夥人的負擔部分。就必須負擔按股代償的責任。在這種情形之下。他合夥人對於逃亡合夥人的求償權。就當然發生。但逃亡者的失蹤期間如果很長。那末當然由於時效的關係而求償權消滅。茲揭大理院判決例於次。以資證明。

（甲）凡合夥對於外部所負債務。應由合夥員照契約所定股分。各自分担責任。須至其他合夥員確係無力清償債務時。或逃亡無踪。並無財產可供償債之時。則為保護債權人計。始由合夥員按股分任清償之責。（四年上字一七三九號。）

（乙）其次。對於合夥員的死亡。大理院判例「凡合夥員所負之債務。當然由各合夥員分担償還。至合夥員死亡。則其應行分担之債務。亦當然由其承繼人承繼。苟非有難于索償情形。其他合夥員亦自無代為清償之責。（大理院判例五年上字第二三三號。）」按所謂難于索償的情形。即指死亡的合夥員沒有承繼人。或沒有可供償債的遺產而言。所以在這種情形之下。才使他合夥員任償還之責的精神。不得不說是判例解釋的允當。但由於斟酌情形而與債權人成立和解時。當

然不必拘泥於此判例。

(三)因其他原因的責任 合夥普通是以親戚、朋友、知己間的信用而成立的，但其組織之初，往往有這種情形。即把富裕的資本家之名列入股東之間。去粧飾合夥的形式。以為獲得對外信用的手段。(參照本節第二項第二目)

〔註二〕遇到這種情形。不知情的第三者。就要因為信用假稱股東的富有者而受到不測的損害。(關於這一點。有人提議在分擔無限公司草案中。增加「非股東而使人相信為股東者。對於不知情的第三者。應與股份最多的股東負同一的責任。」一條。參照第四章第三節第二段。)

其次。得有這種情形——企圖以混亂對方的往來關係的方法。使自己商店的營業不振轉換為有利。而使往來的担当者或關係者逃亡。因而使其產生的損害波及對方債權人的第三者。遇到這種情形。使不知情的第三者。直接去負擔該項損害。未免太酷。因為在今日繁複的商業往來關係中。要切合夥的內容一一探知。時間上既不允許。并且事實上也差不多是不可能的。

所以就有希望創設公開合夥組織內容的制度的呼聲。此外還有因為合夥員看到商店衰敗。合夥財產減少。乃取懊悔的或迴避的態度。去行使不法的退夥手續而發生的損害的分担方法。也是要討論的問題。且留在後面詳細地討論吧。(參照第三章第二節第二項。)

第三項 外國的立法例

(一)日本

日本民法第六百七十五條規定「組合(合夥)之債權者。當其債權發生之際。不知組合員分擔損失之割合(成數)時。對於各組合員。得就其均一部分。而行權利。」

因為日本民法對於組合。(合夥)本來沒有給予獨立的人格。組合債務當然是各組合員的債務。所以除掉債權的目的。在其性質上或當事者表示為不可分的情形外。組合債務當然是應該由組合員分別負擔的。而其成數是由組合契約上規定的分擔損失的成數決定的。因此組合的債權人。雖然對於各組合員的分擔額可以請求其償還。但各個組合員以超過了他的負擔部分。就沒有償付的義務為原則。這就是說組合員的責任範圍。是僅僅對於其負擔部分負無限的責任。在組合契約上如無特約。(債務為不可分的債務或連帶的特約。)組合的債務是分割的。是沒有負擔連帶責任的必要的、是採取分割責任主義的。然而在作為第三者的債權人不明瞭關於分擔損失的成數的内部協定的地方。往往要受到不測的損害。這是民法作上述的規定以圖保護債權人的理由。

(二)法國

法國民法第一八六二條規定。「於非商事合夥之合夥。各合夥員對合夥債務不負連帶責任。合

夥員之一人。不得使其他合夥員擔當自己之義務。但於其他合夥員應連帶擔當其一人之義務有特別規定時。不在此限。」第一八六三條規定。「各合夥員。雖然其中一人之所持股份較少。對合夥之債權人。應皆以相等之額與成數負擔義務。但於合夥員之所持股份上有特約之時。不在此限。」

法國民法關於合夥債務原則上不採連帶責任制。各合夥員如無權限的委任。對於其他合夥不能使其負擔債務。而分担損失的成數。除於各合夥員間所持股份上有特約者外。不拘其所持股份的多少。應平均分擔責任。但對於商法上規定的商事合夥。是採取連帶責任制的。

(三) 瑞士

瑞士民法。關於合夥契約的責任負擔。沒有什麼規定。但在該國的全部民法中。其第一條第二項關於法律問題。在文字上或解釋上規定應該依據司法官確定的學說及判決的先例而下裁判。以爲補足缺陷的方法。

(四) 德國

德國民法第七三五條規定。「以合夥財產支付共同債務及償還出資有不足時。應由合夥員按照分配損失之比例。補充其不足額。此時如有合夥員之一人不能交出其負擔之部分。他合夥員。

當以同等之比例。(非平均)負擔其不足額。」

又根據「哈茵黎希、推茨愛、」合夥沒有充分的殘餘財產。或完全沒有。或合夥財產不足償還合夥債務的時候。各合夥員或是按照分担合夥損失的比例減低各自的出資額。或是按照他們的比例徵收清算負債與償還出資(對於不負擔損失的合夥員。)所必須的追加金。此際因合夥員之一人無資力而生的損失。對於他合夥員是相應轉嫁的。

所謂相應轉嫁。就是由他合夥員按照分配損失的按股比例去分担不足額的意義。牠也並不是不否認連帶性的。但總之、其旨趣毫無疑義的。是和相對的按股分担責任(參照本節第二項第二目(乙)之(1))同樣的。

第三節 關於執行業務的股東責任

第一項 股東責任的對內關係

合夥的財產。應該當做是一個目的的財產。因而合夥的債權債務。和合夥人個人的債權債務。是應該加以區別的。關於這一點。當於次項詳細說明。這裏所稱的股東責任的對內關係。就是指根據合夥契約執行業務而產生的合夥人相互間的權利義務關係。特別是執行業務的結果。關聯到合夥及合夥人的債權債務、合夥人相互間(即全體合夥人的執行業務。受委任的合夥人的執行業務。受

委任的第三者的執行業務。）所起的責任關係。

在中國、在滿洲。以合夥組織經營商業時。通常特別從合夥人中選任有經營事業的必要技能材幹的的人去執行業務。假使合夥人中沒有適當的人。那末從合夥人以外的第三者去選任。執行業務人一般稱之曰經理。由於企業的規模如何而決定經理的人數。大多以總經理、副經理之名稱來作為區別。

對合夥人之執行業務的委任。當然採用民法第六百八十條的委任規定。（五百三十七條至五百四十六條）之準用。「註」

「註」執行合夥業務之合夥員。對於他合夥員。即為責任人。（四年上字第一八九六號）

然而對於使非合夥人的第三者去執行合夥事務的情形。中國現行民法（多數立法亦同。）還沒有明文之規定。（瑞士債務法六九五條第二項。規定得使合夥人以外的人去執行合夥事務。）不過習慣及通說都從積極論。承認第三者的執行業務。至於其基本的法律關係。應該看做是雇傭呢還是基於委任或其他的契約。雖然還需要一番研究。但總之可以解釋做是根據當事者的自由契約。（參照世界法學叢書中國民法債編各論五二四頁）並且對於這種關係。依據中國民法第六百七十一條。可以推演出來以合夥契約執行合夥業務者。是不問是否合夥人。都可以委任的。

其次。受任人可以自己不處理委任事務而使第三人代爲處理。——當然是根據於委任契約上的當事者相互間的信任。而委任人承認此第三人的履行行爲的結果。尤其是第三人是受雇人（夥計、跑街、小夥、管賬、文書、交際、老司務、學徒等。）的時候。關於其雇用之可否。雖然要依據當事者間契約的內容或委任人的意見。但通常在適當範圍（非重要事務的通常事務。）內去雇用是不妨的。這是受任人雇用輔助人去處理他的委任事務的一部分。而與將事務的全部移轉於他人有所不同的。

在這種情形之下的委任人的責任。就是上述根據中國現行民法第六百八十條的責任。但其發生的根據。主要的是過失責任主義。（參照民法第五四四條）然而由於社會狀態的不斷變化。僅僅以一律的過失主義。是跟上述同樣的已經不能夠決定責任的原因了。所以委任人的責任。必須在結果責任主義中去觀察。

這就是說委任人的責任。應該解釋爲建基於報價責任主義——即「委任是受任人爲了委任人而行使法律行爲。（并包括法律行爲以外的事務。）在其性質上是委任人爲要自己獲得利益。才利用對方法處理自己的事務的。所以對方因處理事務而生的損害。也必須去負擔」——這樣才能夠補足過失主義的許多缺點。（尤其是個人請求權的原因不能決定。）

任受人雇用受雇人去代行委任事務時。關於因此人的履行行為而生的損害結果的責任。當然應該依從民法的規定去決定其歸責。

試就中華民國民法的規定來檢討。仍舊規定不法行為上的責任。

第一次民律草案第九五二條規定「爲某種事業使用他人者。於被用人執行事業加損害於第三人時。負賠償之義務。但使用主於選任被用人及監督其事業已盡相當之注意。或雖加相當之注意。仍不免發生損害者。不在此限。」

第二次民律草案第二五二條規定「被用人執行事業不法侵害他人之權利時。使用主或代理監督人負損害賠償之責任。但於選任被用人及監督其事業已盡相當之注意。或縱加以相當之注意。仍不免發生損害者。不在此限。」

現行民法第一八八條。更詳細更明確地規定如下。「受僱人因執行職務。不法侵害他人之權利者。由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意。或縱加以相當之注意。而仍不免發生損害者。僱用人不負賠償責任。」

如被害人依前項但書之規定。不能受損害賠償時。法院因其聲請。得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況。令僱用人爲全部或一部之損害賠償。僱用人賠償損害時。對於爲侵權行為之受僱人。有求

償權。

關於此點。大理院判例五年上字第七三三號。亦採用同一的旨趣。

〔註〕合夥之虧折係於由執行業務之合夥員之故意過失者。則他合夥員對之自得爲損害賠償之請求。

（大理院判決例四年上字八〇〇號）

關於本問題。除上述外。當然應得準用民法中關於經理人、（支配人）代辦商、（代理商）商業使用人、及商業學徒諸規定。

以下就判例中的事例。來剖明其責任關係。

一、執行業務人的行爲與賠償損害

（甲）執行業務人的故意過失 合夥的業務由全體合夥人共同執行者。其重要業務常以全體合夥人的過半數決定之。所以執行業務人之行爲的結果。不拘有沒有故意的過失。一切責任。當然毫無疑問地歸於合夥人全體。其次。有執行權的合夥人之一。單獨執行通常業務時。他合夥人對之如無異議。那末依一般的見解。雖然因爲他的故意過失而產生了損害。他合夥人不得對之請求賠償損害（參照第二節第二項）

依現行民法。受任執行合夥業務的合夥人。因爲自己的故意過失或越權行爲所生的損害。對於

委任人應負賠償之責。（民法第五四四條第一項）若其委任爲無償者。受任人僅就重大過失。負過失責任。（民法第五四四條第二項）（日本民法中。無償的受任人。亦負本條第一項之責任。）

反之、受任人處理委任事務。因非可歸責自己之事由。致受損害者。得向委任人請求賠償。（民法第五四六條第三項）

又、由於受任的第三人的故意過失。而發生損害時。其責任負擔。主要地應該較量委任契約的內容（有償、無償、或有無約定負擔損失的比例。）如何而決定。但通說是採的過失責任主義。即受任人經委任人的同意。或從另外的習慣。或因不得已的事由。而使第三人代爲履行自己的義務時。（民法第五三七條但書）負擔因該受雇人的行爲而生的責任。但義務人（受任人）對於爲履行義務而使用的受雇人的過失。應該僅就其對於第三人之選任及其對於第三人所爲之指示。負其責任。（民法第五三八條第二項）（在日本民法。關於受委任的代理人的複代理人的行爲的責任。承認與此同一的責任。）所謂由於該受雇人的行爲而生的責任。即受雇人對於事務的執行而加於第三人的損害。就是說受雇人在使用人的命令或執行委任事務的範圍內。由於故意或過失而加於第三人的損害。然而違反民法第五三七條之規定。使第三人代爲處理委任事務者。由於不履行債務的理由。受任人應就該第三人之行爲。與就自己之行爲負同一責任。（民法第五三八條第一項）

(乙)執行業務人之善良管理人的注意義務及忠實義務 依據中國現行民法第六七八條第二項之規定。合夥人執行合夥業務。除契約另有訂定外。以無報酬為經常。所以執行合夥業務的合夥人。依民法第五四四條第二項之規定。祇要就重大的過失。負擔責任就夠了。因而在第五三五條規定受任人處理委任事務。應依委任人之指示。並與處理自己之事務為同一之注意。

又民法第六七二條規定「合夥人履行依合夥契約所負擔之義務。應與處理自己事務。為同一注意。」非但適用執行業務之合夥人的執行合夥事務。並且適用於負擔契約上一切義務的注意義務。

關於無償委任。不過與處理自己的事務為同一的注意。並沒有像日本民法（第六四四條第六七一條）要求以善良管理人的注意執行其業務的義務。蓋合夥商店的經理人是與股份公司經理人的性質不同的。大抵是從出資者的親族、故舊或知己等選任的。其經營的方法。概以忠實並努力於使出資者絕對的沒有疑惑為通例。（東亞經濟研究第八卷第一號西山氏莊票論）瑞士債務法（第三九八條、第三九九條）規定雖然受任人要極忠實地并極注意地處理委任事務。但受任人依契約不受利益。那末過失應該寬大地決定。

然而在實際上、執行業務的合夥人。多以訂定有價的特約為通例。而民法第五三五條又規定其受有報酬者。應以善良管理人之注意為之。因此對於有償委任。受任人應該為善良管理人的注意。

而結果對於上述的通常過失。也不得不負担責任。(第五四四條第一項)

所謂忠實義務。可以解做和善良管理人的注意義務內容完全相同的東西，因而其責任也可以解做是完全同一的東西。「註」(一)(二)(三)

〔註〕一執行業務之合夥員。若於款項之貸放及催收。均未欠缺善良管理人之注意。而因債務人貧無資力或其他原因無法收回。確非該合夥員所能預測者。自不得令該合夥員任賠償之責。(大理院判例要旨十年上字一二一一號)

〔註〕二合夥中執行業務之合夥員。對於他合夥員有忠實處理事務之義務。如違背此義務。致令他合夥員發生損失者。即應負賠償責任。(大理院判例要旨三年上字九三二號)

〔註〕三執行業務合夥員之職務

執行業務之合夥員。雖有催收外欠之責。然如果因債務人貧無資力。或其他原因無法收回者。則應歸入合夥營業之損失項下。不能令執行業務者任賠償之責。(大理院判例要旨上字八五三號)

受任人之賠償。因受雇人的執行行為而加於第三人的損害。是因爲他對於受雇人之執行業務有監督指揮的注意義務。所以因爲和使受雇人執行業務無關的行為而給與第三人以損害。或受任人對

于受雇人之選任及執行業務之監督付以相當的注意。(有立證責任)或是雖然付以相當的注意。仍不能防止損害的發生。(有立證責任)受任人不必負擔任何責任。

二、執行業務人與私財之關係

從合夥人中選任的執行業務人即合夥的經理人的職責。和半面作爲股東即合夥人的職責是必須看做有明確的區別的。向來、經理人者僅不過是執行業務的支配人。所以原則上關於其地位的權限範圍內的行爲要守忠實義務。如果沒有因故意的過失而使損害發生。對於合夥的債務不必要負擔別的責任。因而合夥營業停止後而爲利益的分配時。執行業務人祇要以現在的合夥財產及將來可以收回的債權去給付就行了。如無特別的事由。是沒有直接拿出自己的私財來墊付的義務。(註)(一)

由於同一的理由。執行業務的合夥人。對於與合夥業務有關聯的所負的債務。即使牠是以經理人的個人名義去負的。得向其他合夥人求償。(註)(二)

[註]一執行業務合夥員。無以私財墊付他合夥員應得利益之義務。執行業務之合夥員。係居經理人地位者。於合夥營業停止後。各合夥員應得之利益。祇應由該合夥員就現存之合夥財產及收入債款以爲給付。除有特別情形外。自無經由該合夥員以私財墊付之理。(大理院判例要旨

二年、同十一年上字第四六二號)

〔註〕二執行業務合夥員。非關於合夥之私人債務。不應向其他合夥員求償。（同上四年上字二四三號）

又、依台灣私法。關於執行業務人執行業務上所生的債務——即合夥債務。原則上是把牠與各股東的私財分離。而先以合夥財產任第一位的償還之責。若合夥財產不能完了清償之責而有不足額時。始以該執行人的私財按份負擔責任。並不是最初就有以私財負擔債務的義務。

〔備考〕依據末川博氏。合夥的債務應該解作應先從合夥財產中去償付。然而法律上既沒有債權人必須先就合夥財產受償的根據。因而直接對合夥人行使債權也就不妨。（岩波發行法律學辭典第一卷五三二頁下欄）

第二項 股東責任的對外關係

合夥雖然沒有獨立的法人人格。但是從以店號與第三人為團體的往來一點上。發生了對外關係上（對第三人）之合夥的代理（代表其他合夥人。）所以關於合夥業務的一切行為。是作為法律行為。而使其效果歸屬於合夥。

合夥業務之執行權。是基於合夥契約而產生的權能。而不能看做是直接代理合夥與第三人往來的代理權。關於這一點。特舉大理院判例於下。以資說明。

合夥員之代理權。本與合夥員執行業務之權有別。在有執行業務權限之合夥員。苟無特別之意思表示。固不得不視為關於執行業務併有代理他合夥員之權限。然在本無執行業務權限之合夥員。關於特定之法律行為。又未受有特定之代理權及雖係有執行業務權限之合夥員。而其所為之法律行為。並非關於執行業務。或雖係關於執行業務之行為。而經以特別意思表示限制其代理權。且其限制為第三人所已知者。其行為對於他合夥員當然不生效力。（大理院判例四年上字第一九二一號）

即合夥業務之執行與合夥之代理觀念上是應該明確地區別的。但基於民法第六七九條之規定。——「合夥人被委任執行合夥事務者。於依委任本旨執行合夥事務之範圍內。對於第三人。為他合夥人之代表」——在其執行合夥事務之範圍內。當然可以解做對外也付與得與第三人為法律行為的代理權。故實質上執行業務合夥人的行為。一般地可以說是合夥人全體與第三人所為的行為。換句話說。合夥的代理人。就是合夥人全體的代理人。

「註」一依台灣私法。在以宗族為成員的合夥。僅僅總理其營業的全部事務的家長有代理合夥的權限。股東是沒有代理權限的。即使股東是家長。但是並不是以股東的資格去代理合夥。而是以家長的資格去代理的。并且家長之代理權的範圍。恰恰與其業務執行權範圍一致。所以關於合夥營業者第三人之間所生的法律行為的效果。也直接及於合夥。又、家長之代理權的範圍

。習慣上大概是一定的。股東也能夠自由地加以限制。但對第三人限制的效力。習慣上不得加以確定的。并且對於善意的第三人。其限制為無效。

〔註〕二執行業務員。原則上在業務範圍內有代理權。（大理院判例三年上字第一四四號）

上述執行業務員。得代理合夥與第三人為法律行為。所以在關於債權債務的履行而被訴時。得為其訴訟當事人。由合夥人全體執行合夥業務時。當然合夥人全體為訴訟的主體。又任意選擇代理人。也得使之為訴訟行為。這也是當然的。而執行業務員及合夥人。此時關於其責任的負擔。要區別合夥之債權債務與各自個人的債權債務。

中華民國民法第六六八條規定「各合夥人之出資及其他合夥財產。為合夥人全體之共同共有。」用合夥財產的文字。把牠當作一個的獨立目的的財產。來和各合夥人的一般的私財作明確的區別。（法學協會雜誌四九卷石田博士合有論）

但合夥還不能看做是法律上的權利主體。因而也不得為債務的主體。所以合夥對外部所負的債務。實在說來就是合夥人的債務。但不能和各合夥人固有的私的債務去混同。〔註〕

〔註〕（上略）按現行法例。合夥營業其營業財產不敷清償合夥債務時。雖須由各合夥員依其分配損失之成數分任償還之責。但所謂合夥債務者。自應以合夥名義所負之債務為限。如以合夥員一二

人之名義所負之債務而不能推定其爲代理全合夥員所負者。縱其實質爲合夥所負之債務。亦不能認爲合夥之債務。使債權人受分償之不利。 (下略) (大理院判例要旨三年上字三八八號)

山東省長清、濟南、章邱諸縣)

又、第六七八條有「合夥人因合夥事務所支出之費用。得請求償還。」之規定。中國的民法。毫無疑義地是有區別合夥人個人的債權債務與合夥的債權債務的精神的。茲將各點詳述於下。

一、執行業務人之行爲與股東間的責任關係。

(一) 執行業務人權限內的行爲。

(甲) 權限內的行爲與責任 在代理權限範圍內由合夥人全體(股東全體)執行合夥事務時的責任。當然應該由合夥人全體連帶(非連帶責任)負擔。又、因爲受委任執行業務的合夥人(金錢出資——錢股及勞務出資——身股合夥人)的行爲而生的損害。即使是如何的鉅大。但各合夥人仍舊應該依其出資額的標準去按份負擔的。這是判例及鑑定要旨所頻頻指示的。〔註〕一、二、三、四、五、

〔註〕一合夥契約合夥員中之一人。有執行業務之權利時。雖別無約定。其合夥員對於第三人有代理他合夥員之權利。苟其所爲之行爲係屬業務範圍內者。則雖與他合夥員有損。在法律上仍然有效。而其權利義務直接及於他合夥員。(大理院判例要旨三年上字一四四號)

〔註〕二又自、東掌櫃。（掌櫃而兼爲財東者）對於營業上負擔的債務。是與其他財東連帶照其出資額按份負擔的。（關東廳法庭中國民事慣習彙報上卷一二三四頁。鑑定人谷信近調查報告。）

〔註〕三又、由這些執行業務人給善意的第三人以損害時。雖然沒有經過合夥人全體的承認。這種行爲既是在權限以內。合夥便應連帶負擔責任。

即、領東掌櫃的債務。其行爲在權限的範圍以內者。由財東（合夥人）負擔之。（同書上卷一二三四頁。同人鑑定事項。）

〔註〕四領東掌櫃（即仰給各財東的出資而自己出勞力以經營商業者）對於他負擔的債務。如其行爲是在契約範圍內。即使其負擔是如何巨大。各財東應按照其出資額去負擔。但以勞務出資的掌櫃。在業務上獲得的財產。有屬於合夥財產中者。這一部份應充當負擔部份。（同書上卷一二三五頁）

〔附記〕大連地方法院大正十一年（民）二八六債權不存在請求確認事件中。也有同一旨趣的鑑定。（同書上卷一二二五頁）

〔註〕五尤其在執行業務人因缺乏經營技能或因個人的投機野心而引起了往來上的惡結果——合夥

的破產的時候。如果該執行人之爲執行業務行爲的意思表示上不明顯。而該行爲被認爲是執行業務的範圍以內的。合夥人應以委任選任或委任代理權的理由。就其損失部分負擔責任。

執行業務人(不問執行人之如何)的行爲。即使是權限內的行爲。但爲犯法行爲者。財東不負按股分担的責任(同書上卷一二二五頁。大連地方法院大正十一年(民)二八六。債權不存在請求確認事件。鑑定人谷信近調查報告。)

復次、對於由受委任的第三人執行業務者。民法第五三七條有如下的規定。

「受任人應自己處理委任事務。但經委任人之同意、或另有習慣、或不得已之事由者。得使第三人代爲處理。」第五三八條規定「受任人違反前條之規定。使第三人代爲處理委任事務者。就該第三人之行爲。與就自己之行爲。負同一責任。」

所以其範圍必須解釋爲僅就其選任及對第三人所爲的指示負其責任。

(乙)執行行爲之內容與責任 執行業務人使用營業用的印鑑或商號。或將印鑑及商號兩者並用。以及爲保證或借貸而產生的各種行爲。都要看做在營業往來關係上所做的行爲。而在這些情形

中。

(1) 執行業務人之使用營業用的印鑑或商號或兩者並用者。合夥的財東。對於該執行業務人所爲的行爲。應負擔責任。(關東廳法庭民事慣習彙報上卷一二二五頁。大連地方法院大正十一年(民)二八六。)

(2) 又、鑑定人呂竹軒也陳述。依大連地方中國商人中的慣例。營業主之

(A) 使用營業用的印鑑與商號者。

(B) 僅使用印鑑或商號者。

對於這種行爲。財東即合夥人應負其責任。(同書上卷一二二五頁)

右二例。由其皆合符節之點。不妨看做是山東、河北乃至滿洲一帶通行的習慣。

(3) 其次、關於因執行業務人的保證行爲的合夥人的責任。該書有如下的許多鑑定人的鑑定。

依清國的慣例。商店掌櫃對他人的債務爲保證者。該商店的主人。對其保證行爲有責任。(同書下卷一三二五頁。判決要旨旅順高等法院明治四二年(控)七三。請求履行保證債務事件。)

鑑定人李鴻祿在原審中陳述。商店的掌櫃對他人的債務爲保證者。該商店的主人對其保證行爲是負有責任的。尤其是用店章爲保證者。即使是掌櫃以外的使用人的行爲。仍應任其責任。鑑定人金永貴在原審中陳述。甲一號證是福源居使用其店章作保證。故福源居的合夥人當然應全

體任其責任。但掌櫃擅自使用店章者。不在此限。（同書下卷一三二八頁）

掌櫃以店印爲與店有永久往來關係者作保證時。主人任其責任。（同書下卷一三三一頁）

以合夥之店印作保證時。根據該店掌櫃作保證時的狀況。有合夥人任保證之責者。有不任其責者。前者是爲與店有永久往來關係者作保證。故合夥人全體應負責任。後者不是爲與店有關係的人作保證。而是掌櫃單依其私情去作保證。故合夥人不任其責。然而在前者。合夥人應平分保證債務之責。在後者即合夥人不任保證之責者。善意的債權人雖然要受到損害。然而合夥人也要受到損失是沒有理由的。（同書下卷一三三二頁）

掌櫃未經主人的承諾而以店印作保證時。主人不任其責。（同書下卷一三三一頁。鑑定人金榮貴調查報告。）

掌櫃使用營業上的店印。固然不須要店主的承諾。但在營業以外例如作保證的行爲中使用店印。當然須要店主的承諾。

然而不得其承諾而任意使用時。就要產生蒙蔽善意的債權人的結果。這一點、相信祇有斟酌法律的條理去辦理了。（同書下卷一三三三頁）

（4）關於執行業務人之借貸的代理行爲。由於企業の種類而不能一律。但是無論有什麼特別習慣。

原則上、沒有經其他合夥人的同意。總是不允許執行業務人依個人的意見獨斷獨行。（但典當業銀錢業爲例外）

假使有獨斷獨行的事實。其效果當然不及於其他合夥人。而通例由做這種行爲的執行人單獨負其責任。但對於這種行爲經合夥人之追認者。（明示或默示）債權人得向其他合夥人要求償還。這是很明顯的理由。「註」(一)(二)(三)(四)合夥業務的執行人根據他的權限而借貸的合夥債務。（即經自己的手成立的債務）雖然沒有以私財償還的必要。但應該努力于清理償還之道德上的責任。究竟是無可否認的。在這一點、執行業務人對於債權人。最後仍與負擔全部債務的清償責任呈同一的結果。「註」(五)(六)(七)及大理院判例要旨九年上字六〇六號)

〔註〕一執行業務之合夥員。能否有本於其自己意思。爲合夥借貸款項之權限。因營業性質上之關係而不能盡同。如典當業及銀錢業。則依其營業性質。固當然有代合夥員爲借貸行爲之權。此外各種商業則除該地方另有特別習慣外。即非得他合夥員同意不容擅行。而其擅自所爲之借貸行爲。自應由該行爲人獨自負責。他合夥員不負何等責任。（大理院判例要旨五年上字一四五二號）

〔註〕二他合夥員對於執行業務合夥員。擅自所爲之借貸行爲。已有明示或默示之追認者。法律上仍

屬有效。他合夥員對外之責任。即無可辭。(大理院判例要旨七年上字三二七號)

〔註〕三合夥營業之執行業務員。於歇業後。在清理之範圍內。雖有代理他合夥員之權限。但非有特別習慣。不得擅自借款。縱其擅借之款。係以供清理之用。而未經他合夥員追認。亦祇可由該執行業務員向他合夥員求償。不得由債權人逕向他合夥員請求清償。(大理院判例要旨八年上字六五五號)

〔註〕四執行業務合夥員擅借之款。除有習慣外。債權人不能向他合夥員請求清償。

合夥營業除錢商當商外。其執行業務合夥員。代表合夥對外借款之行爲。非該地方另有特別習慣。即應由其他合夥人特別授權或事後追認。否則該債權人不能對於其他合夥人請求清償。(大理院判例要旨十三年及八年上字第二五三號)

〔註〕五凡處理業務之合夥員。經手借欠之債務。雖毋庸以私財爲清償。而對於債權人。究應就全部負清理償還之責。(大理院判例要旨七年上字第五一七號)

〔註〕六合夥債務。應負全部清償之責。

查合夥債務依法應由各合夥員按股清償。惟執行業務之合夥員經手借欠之款。對於債權人究應就全部負清理償還之責。(大理院判例要旨五年)

〔註〕七執行業務合夥員。對外應負清理債務之責。

執行業務之合夥員經手借欠債務。除該合夥員自按股份分擔償還額數外。就該項債務部份。亦應負清理償還責任。以免債權人分向其他合夥員逐一追索之困難。（大理院判例要旨十一年上字第一六三二號）

（二）執行業務人之權限外的行爲

執行業務人（合夥人全體及受委任的合夥人）的行爲。超越執行權的範圍之外。而其結果對第三人加以損害時。依大連地方法院（關東廳法庭的中國民事習慣彙報上卷二二三五頁。大正十一年（民）二八六請求確認債權不存在事件。）鑑定人的鑑定。合資共營商店即合夥的業務執行人（即掌櫃）爲合夥契約範圍外的行爲而給予第三人以損害時。爲該合夥出資人的財東（合夥人）的責任。隨情形而不同。但執行業務人（不問執行人的種類）的行爲爲犯法行爲者。財東沒有對之負擔責任的必要。（參照（一）之（甲）〔註〕（五）（茲將各種責任引例於左。）

（1）對於掌櫃之權限外的行爲。店主不負擔責任。不過僅僅的酌量情形去負擔責任。掌櫃之權限外的行爲被罰時。店主不負其責。掌櫃任意蓋店章的行爲。在中國法律雖別無明文。但得援引欺詐的事去處罰。即使不是爲了利己而僅僅是爲了他人者。也不過酌量情狀而已。（同書下卷一

三二五頁、旅順高等法院明治四十二年請求保證債務履行事件鑑定要旨。）

(2) (上略) 在中國合資共營的商店中。其執行業務人(掌櫃)在合夥契約的範圍外給予第三人以損害者。該店財東是否要連帶任賠償損害之責。應該依其情形如何而有區別。(中略) 例如執行業務人爲他人作債務之保證時。是以其被保證人平素與該店有親交。而執行業務人蓋店章保證者。即使各財東不承認。但不得不對善良的第三人連帶任證保之責。反之、執行業務人在私交上以個人名義去保證而不是蓋店章去保證時。各財東對善良的第三人沒有賠償之責。債權人在主要債務人完全沒有賠償資力的時候。祇有向以個人保證的執行業務人要求賠償損害的方法。(同書上卷一二二六頁)

(3) 執行業務人的行爲在契約範圍以外時。非得財東全體的承認。各財東沒有負擔損害的責任。是僅就財東對執行業務人的關係而講的。這時給予第三人的損害。則如上述。(參照上揭(1)(2)(同書上卷一二二五頁。大連地方法院大正十一年(民)二八六請求確認債權不存在事件。)

其次。受委任的第三人。在權限外的行爲是不用說了。即在其權限內使受雇人做某些事務。其結果逾越委任權限。而使第三人受損害者。得認爲是受委任的第三人自身的越權行爲。故財東對之不負責任。

然而合夥人全體的執行業務人。合夥人兼執行業務人及受委任的第三人往來者。在明知其行爲爲執行業務權限以外的而仍舊與之往來時。該往來人祇能以各該執行業務爲對手去主張自己的權利。而不能連累到其他合夥人。在此情形中。假使往來人爲串通舞弊者。當然不能對他合夥人行使自己的權利。又、他合夥人也不得以此串通舞弊爲理由。對抗善良的第三人。左列判例中明白地說明了這點。〔註〕(一)(二)

〔註〕(一)執行業務合夥員。於營業上所爲之行爲。除與第三人有串同舞弊實據外。其他合夥員不得以該合夥員有虧折情事爲理由。對抗不知情之第三人。(大理院判例要旨四年上字二四三號)

〔註〕(二)按執行業務合夥員。於營業上所爲之行爲。除與第三人有串通舞弊實據外。其他合夥員不得以該合夥員有虧折情事爲理由。對抗不知情之第三人。在本院已經著有先例。本件蔣錫章(經理)爲執行業務之合夥員。上訴人所稱營業盈虧。向不公開。與李錦堂一二股東串通私變房屋存貨。得價入己各節。縱使屬實。亦係合夥內部事項。既非第三人有串通舞弊情形。按照上開先例。卽不得以此對抗被上訴人。(卽不知情之第三人)(大理院判例要旨十三年上字一二七八號)

(三)權限之內外的區別

合夥股東責任之研究

合夥中股東之責任

執行業務人的行爲是屬於權限外的抑是權限內的。是由執行業務契約的內部關係決定的。第三人從外部客觀地去判明牠是辦不到的。祇有對於公司組織。與之往來的第三人。得依其定款。洞悉其執行業務的權限。而且關於在內部決定的權限。由於執行業務行爲的性質。尙且常常容易發生不能決定權限之內外的情形。因此、對於委任之權限範圍的決定。普通救濟的辦法。或是以法律的規定來限定牠的範圍。而不得逾越之。或是明白規定關於特殊事項的執行權。應由委任人授權。日本民法。一般不另設規定。祇有關於商行爲的委任。商法第二六七條規定

「商行爲的受任人。在不違反委任本旨的範圍內。得爲不受委任之行爲。」

總之、委任之範圍如何、是應該由委任契約當事人的見解決定的、而于這種決定。是以委任事務的性質爲經。委任人的地位、職業、委任時的情狀、契約當事人間的向來的習慣等爲緯。去酌定取捨。以照應於商業往來上的共通觀念。而確立客觀的允當的思維所裁定的標準。

(甲) 翻閱中國民法。則其第六七一條其一項規定

「合夥之事務。除契約另有訂定外。由合夥人全體共同執行之。」

同條第三項規定

「合夥之通常事務。得由有執行權之各合夥人單獨執行之。但其他有執行權之合夥人中任何一

人。對於該合夥人之行為有異議時。應停止該事務之執行。

這種合夥業務的執行。是以合夥人共同執行爲原則的。然而商業往來上通常習慣行使的事務。例如以販賣物品爲目的的合夥的販賣商品、記賬、與往來人通信等行爲。通例得由有執行業務權力的各合夥人單獨執行之。而其他合夥人在事務執行前或了結後對之有異議時。當然得停止該業務的執行。

(乙)其次。同法第六七一條第二項規定「合夥之事務。如約定由合夥人中數人執行者。由該數人共同執行之。」此項特約應解作執行業務之委任。所以這裏合夥業務的執行。由受委任執行業務權的數合夥人共同爲之。而各執行業務人誰得單獨執行合夥的業務。上述第三項的規定已經規定得非常明白。反過來、未受委任的其他合夥人不得參與合夥的業務。也是不用說的。而且執行業務人之受委任可以做的。是專門限於合夥業務本身的事件。這點徵之第六七〇條的規定「合夥契約或事業之種類。除契約另有訂定外。非經合夥人全體之同意。不得變更。」就毋容置疑。所以關於合夥之目的的變更、合夥人之加入、除名、或合夥的解散等、一切與合夥自體之存在有密切關係的事項。必須經過合夥人全體的同意。否則、雖是受委任的執行業務。也沒有執行的權限。

(丙)最後、對於委任合夥人以外的人執行業務的情形。中國現行民法並無明文規定。而有揣摩

臆測之苦。但是此項習慣。却最普遍地行之於商界。這是需要檢討之點。然而因爲這裏的契約。原則上概應在合夥與第三人之間締訂委任契約。所以業務的執行。也由其委任的內容所決定。而概括的規定。殆爲不可能。

二、執行業務人之行爲與股東及債權人之關係

(甲)業務之執行。依其性質。以合夥人全體的過半數決定者。合夥人全體。不論股東和執行業務人。當然對於該行爲的結果。必須負擔責任。但合夥之通常的業務。如果是其他執行人沒有異議(默認)而可以單獨執行的。那末其結果所生的責任。當然要由合夥人全體去負擔。又、關於訴訟及其他裁判上的行爲。合夥人全體得爲其當事人。這是一般的解釋。

(乙)委任合夥人或合夥人以外的第三人執行合夥之業務時。債權人與他合夥人之間。就發生了債務履行之請求及負擔額。因不能履行之訴訟主體的選擇等問題。合夥人之依合夥契約受委任者。是不容說了。而委任非合夥人的第三人執行合夥業務者。其合夥契約中也包含法律行爲及法律行爲之事務的委託。在第三人承認了這些委託之後。委任契約及委託事務契約就成立。因而他們一切的關係就可以以委任的法則做規範了。茲將關東州的習慣。略引數例於下。以資參考。

(第一例)債權人對財東請求償付者。以其人兼執事人者爲通例。(關東廳法庭中國民事慣習彙

債權人向三財東中之一人請求償付者。以其人兼執事人爲通例。放開執事人面訴財東的事。要在某種情形之下才可能。卽店破產而執事人逃亡時。才得直接向財東請求。店破產時應向各財東請求。財東中之一人沒有支付店之全部債務的義務。財東祇應支付按其自己出資額的分擔額。（同書下卷二四二一頁。大連地方法院大正六年（民）一七三請求匯款事件。鑑定人徐瑞蘭鑑定要旨。）

（第二例）數財東中之一人兼掌櫃者。其人受請求時。得按出資額的比例徵集其他財東應分擔之份支付債權人。並得提出分擔的抗辯。

假使三財東中之一人兼掌櫃者。其人受請求時。得徵集其他財東按出資額應分擔之份支付債權人。並得提出分擔的抗辯（同書下卷二四三一頁。大連地方法院大正六年（民）七三請求匯款事件鑑定要旨。）

（第三例）數人訂合同設店舖者。習慣是按其出資額分擔店的債務。但這是內部關係。（同書下卷二四二一頁。大連地方法院大正六年（民）七三請求匯款事件鑑定要旨。）

三人訂合同設店舖者。習慣是應該按該三人的出資額分擔償還店的債務。但這祇是內部的關係。對於外部。執事人兼財東者。由其人先償還全部。其他財東在內部關係中按出資額分擔債務。執

事人以外的人爲財東者。習慣是對全部應先由當其衝者去償付。不是債權人不得對財東直接請求。而是應該先向執事人請求。

(第四例)依旅順高等法院判例(同書上卷六六六頁。大正七年(控)一二請求匯款事件鑑定要旨)是這樣的。「商店的債權人、得向該店的執事人提出訴訟而受償付。」牠對於非法人的合夥。指示着履行債務的主體。據鑑定證人郭學純調查報告。(同書上卷六六六頁)「二人以上以財東出資。並且得向執事人提起訴訟而受償付。」這裏的執事人即執行業務人。應解作由合夥人全體授與代理權而爲當然的訴訟當事人。但因合夥不是法人。故沒有原告被告當事人的能力。因而執行業務人不得單獨代理合夥自體而提訴訟。然而中華民國民事訴訟法草案第五三條第三項規定「非法人之團體。依特別規定。得爲訴訟當事人者。有當事人之能力。」是蓋與日本民事訴訟法第四六——四七條之規定爲同其旨趣者。而必須解釋做合夥之合夥人全體得爲自己選定應爲原告或被告之合夥人一人或數人。

(第五例)依據上述的調查報告。可以明瞭有二人以上的財東的商店、破產或停業時。債權人得最初向該店的執事人訴求後再向財東訴求。一開始是不得向財東請求償付其債務而提起訴訟的。然而由于右列情形僅向財東之一人請求償付全部而提起訴訟者。受其請求的財東。無論其金額幾何。

沒有無限制地由一人履行全部的責任。僅不過按自己出資額的比例負擔償付之責任。一
「註」(同書上卷二四二一頁。大連地方法院大正六年(民)七三請求匯款事件鑑定要旨。也是同的一
主旨。

(第六例)右述情形中受訴的財東兼執事人者。其人祇要按照自己出資額的比例償付就夠了。他是沒有償付全部的義務的。雖然二人以上的財東都是兼執事人者。也祇要按各自出資額的比例負擔償付的義務就夠了。(同書上卷六六七頁)

(第七例)以商店財產不足清償債務時。債權人得更向財東請求償付。(同書上卷六六七頁。旅順高等法院大正七年(控)一二請求匯款事件郭學純調查報告。)

如第四例的情形。以該商店的財產不足清償債務時。債權人得更向財東提起請求償還的訴訟。然而債權人僅向財東中之一人請求償還全部而提起訴訟者。受其請求的財東。按自己出資額的比例應其請求就夠了。其過當的請求得拒絕之。並且債權人也不能為超過其出資額之比例的過當的請求。

附錄 關於合夥債務的判例

(一)(上略)又按現行法例。凡合夥營業時。其財產如不足清償合夥債務。則各合夥員須依分配

損失之成數分擔其不足之額。但合夥員中如確有無力完繳。或所在不明。債權人無從向之請求者。則須由他合夥員按股分任其應擔之額。此乃本院歷來判例之所認（下略）（大理院判決錄大理院事判決三年上字三二八號。山東省禹城縣）

（二）（上略）本院按民律現未頒行。凡合夥員對於外部所負之債務。應負如何責任。尙無明文規定。查民事法條理及本院判例。凡合夥員對於合夥之債權人。皆就所有股份負按股分擔之責。如合夥員中有無力清償債務者。查明屬實。即由其他合夥員按照股份分任償還。債權人決不能對於合夥員之一人無故請求償還全部債務。此所謂連合分擔之制。而決非負有連帶責任。至合夥員脫退後。對於非其合夥時之債務。更不負分擔之責任。此又不待言者也。（下略）（大理院判決錄。三年上字二九三號。）

（三）查本案原判理由。既謂商事合夥、其合夥員中之一人。對於債權人應負連帶之責任。則姑無論其法律上之見解不能即認爲正當。（廣東省順德縣。江西省吉水縣。）而依此前提。亦必先確認上告人爲宣和銀號之合夥員。始能令其負償還該號債務之責。（下略）（大理院判決錄。三年上字三二一號。）

（四）在匿名合夥。其債權人僅得對於出名營業人請求爲全部履行。而在普通合夥。則所有債務

。應依各合夥員出資額。定其分擔。債權人自不得向合夥員中一人而爲全部連帶之請求。此爲民法上至當不易之條理。自應依爲判斷之標準。(下略)(大理院判決錄。三年上字四十號。廣東省南海縣。)

(五)本院按關於合夥之規定。現行法律。尙無明文。自應依照法律無明文者、應用習慣法則。無習慣法則者、應用條理之原則。以爲判斷。現在除各地方有特別習慣。經審判衙門調查明確。認爲一種法則者。應先依照辦理外。條理上凡合夥商店對於外部所負債務。應由出名合夥各員。依合夥契約所定。各自分擔之。至於合夥員中有貧無資力。不能償還債務者。則爲保障債權人起見。應由各股本依同一標準。分任償還。(下略)(大理院判決錄。三年上字五〇八號。廣東番禺縣。)

(六)(上略)查本院判例。凡普通合夥人對於第三者所負之債務。係負連合分擔之責任。若合夥員之中。有因無力清償證據確鑿之時。卽由他股東分任償還之責。而仍不得謂其有連帶責任。(下略)(大理院判決錄。三年上字九五號。)

(七)(上略)本院按民律現未頒行。凡合夥員對於外部所負之債務。應負如何責任。尙無明文規定。惟查民法條理及本院判例。凡合夥員對於合夥之債權人。皆就所有股份。負按股分擔之責。如合夥員中有無力清償債務者。查明屬實。卽由其他合夥員按股份分任償還。債權人決不能對合夥

員之一人。無故請求償還全部債務。此所謂連合分擔之制。而非能謂爲連帶責任。蓋連帶責任者。無論對於任何合夥員。可請償全部債務之謂也。該件訴訟。如抗告人一方之合夥將舖底傢私、以及餘存貨物、盡行拍賣。破產攤償。尙有不足。卽應按股填抵。如其中仍有不能擔負之員。卽由他員按股分任。則抗告人之主張尙非完全不當。原批詞自有未合。（大理院判決錄。三年控字四二號。廣東省香山縣。）

（八）合夥財產如不足清償債務。各合夥員應於自己所負擔償還義務內負無限之責任。決非僅將合夥虧餘財產分配於債權人。而合夥員自己私產。可晏然處於無事之地位。（大理院判決例全書。三年上字第五五〇號。）

（九）合夥員之代償責任

合夥人有確無資力。或因逃匿。致蹤跡不明。不能爲清償者。則其合夥人須代爲清償。其後仍得取償於該合夥人（理由）他股東按股代行清償。而仍不得謂有連帶責任。（大理院判例要旨三年。）

（一〇）債權人請求權之限度

債權人不能對於合夥員之一人無故請求償還全部。（大理院判例要旨三年。）

(一) 數財東中之一人受請求時。該財東得償付全額。并可僅將自己之分擔額償付。(關東廳法庭中國民事慣習彙報下卷二四二一頁。大連地方法院大正六年(民)七三請求匯款事件請求要旨。)

數財東中之一人受請求時。該財東得提出按出資額分擔之抗辯。惟仍未允當。關於此問題。授請求人之適宜者。可償付其全額。不適宜者。亦得僅自己之分擔償付。(同書下卷二四二二頁鑑定人張福謙調查報告)

(二) 有財東數人之商店負擔債務時。對外部應按各個出資額分擔。不應平等分擔。而數財東中之一人請求全額之償付。為習慣上所不許。(同書下卷二四二二頁鑑定人張福謙調查報告)

(二三) 分擔責任之主張

合夥員一人若受合夥債權人清償全額之請求。而主張分擔責任者。則審判衙門應令其立證合夥關係之成立。分配損益之成數。及他合夥員是否有足以清償債務之資力。而後可依法豫以判斷(大理院判例要旨三年)

(二四) 合夥員無連帶責任

民事合夥除有特約及例外情形外。股東對於外部祇負分擔義務。不負連帶責任(大理院判例要旨三年)

(一五)合夥一二人名義所負債務

所謂合夥債務者。自應以合夥名義所負之債務爲限。如以合夥員一二人之名義所負之債務。而不能推定其爲代理全合夥員所負者。縱其實質爲合夥所負之債務。亦不能認爲合夥之債務。受債權人責分償之不利利益。(大理院判例要旨三年上字三八三號)

(一六)凡合夥對於外部所負債務。應由合夥員照契約所定股份各自分擔責任。須至其他合夥員確係無力清償債務時。或逃亡無蹤。並無財產可供償債之時。則爲保護債權人計。始由合夥員按股分任清償之責。(大理院判例全書四年上字一七三九號)

(一七)凡合夥對於外部所負債務。縱應由出名合夥各員依合夥契約所定各自分擔。惟於各合夥員中有貧無資力。不能償還債務者。則爲保護債權人起見。仍應由他合夥員依同一標準分任償還。(大理院判例全書四年上字五八號)

(一八)合夥對於外部所負債務。固應由出名合夥各員依合夥契約所定各自分擔。惟合夥情形顯有變更。而債權人確已知悉者。雖合夥契約未經改訂。亦應由變更後之合夥員。按照變更後之合夥股份分擔償還之責。(大理院判例全書四年上字二四〇號)

(一九)合夥員中若有實無資力不能償還者。則他合夥員應代償其應償部份。而後轉向該合夥員

求償。(大理院判決例全書四年上字四二七號)

(二〇) 凡合夥財產不足清償合夥債務時。應由各合夥員按股分任清償之責。如合夥員中實有無資力不能清償。或債權人有難於向之索償之情形。則應由他合夥員分任其所應清償之部份。(大理院判決例全書四年上字四四五號)

(二一) 合夥債務。就合夥財產執行。顯有困難情形者。則為合夥保護債權人利益計。自應與合夥財產不足清償之情形同論。由合夥員按股分擔償還。(大理院判決例全書四年上字五六〇號)

(二二) 合夥債務。如合夥員中有逃避、或確無清償資力者。應由他合夥員代償其應分擔之額。此純為債權人一造利益而設。即所以使債權人得對於他合夥員之有資力者。請求全部之清償。不致受意外之損失而已。若合夥員則不能藉口自己無資力。請求令他合夥員代償。(大理院判決例全書四年上字一五四三號)

(二三) 凡合夥之債務。除以合夥財產儘先償還外。其不足之額。應由合夥人按股分還。故債權人非證明他合夥人已無償還資力。即不得向其一人請求全部之履行。(大理院判決例全書四年上字二四四一號四年上字二三二號)

(二四) 凡合夥所負擔之債務。如其他合夥員皆無償還資力。或因所在不明。皆無從索償時。其

債權人可獨向有資力之合夥員請求償還。(大理院判決例全書四年上字二〇九八號)

(二五)合夥債務。應由合夥員按股分擔。若合夥員中之一人。對於他合夥員所應分擔之部份。表示承任一半歸其償還者。苟非已得債權人同意。則雖各合夥員間訂有成約。又不能發生對抗債權人之効力。(大理院判決例全書五年上字一四五二號)

(二六)合夥債務。應由各合夥員按照分攤損失之標準分別負擔。分攤損失標準未經明定者。以分受利益之標準為準。分受利益標準。亦未明定者。則以出資多寡(即股份)為準。(大理院判決例全書五年上字四八二號)

(二七)合夥債權人得使他合夥員代償

合夥債權人。對於其已屬清償期之債權。原有向全體合夥員請求按股攤償之權利。而對於其中無力償債之合夥員所應負擔之債額。又有向其他合夥員請求按股代償之權利。即不應僅憑無力償債之合夥員空言承允獨自償還其債額之全部或一部。而使合夥債權人無端受損。(大理院判例要旨五年上字一一八二號)

第三章 退夥

第一節 退夥聲明之流弊

中華民國民法第六八六條規定「合夥未定有存續期間。或經訂明以合夥人中之一人之終身。爲其存續期間者。各合夥人得聲明退夥。」是承認合夥人之任意脫退的。通常合夥人退夥。卽退出合夥的原因。是（一）合夥營業不振或估計到營業前途的不振。（二）因爲自己新創事業而需要資金或感到資金的缺乏。或（三）合夥人間意見不合。但實際上竟有中國的商人一知道自己投資的合夥事業成續不好而生缺損。並且此種缺損是不容易恢復的。就立刻提出表面上適合於退夥的種種口實。請律師在新聞紙上揭登退夥的廣告。聲明退出合夥。並對於該合夥不負退出以後的一切責任。這種情形在中國商界形成了一種風潮。「註（一）（二）卽其實例。

〔註〕一（民國二十二年十一月八日上海新聞報律師胡鍾傑代表陸渭卿君退股聲明）

茲據上開當事人來所聲稱。渭卿於本年八月間與李景芳等合夥開設慎昶糖棧於法租界洋行街大沽路十二號。該棧金額共分十四股。每股一千元。渭卿承認一股。派洋一千元，現因渭卿不願繼續營業。已商得其餘合夥員同意。訂明至本年十月底止。由渭卿將全部股份退出。至於自本

年八月起至十月底止之每股派虧洋八十元。亦已如數清繳。但因議單不易一一收集批明。特由棧方出立退股據爲憑。嗣後該棧無論盈虧。及其他一切行爲。概與渭卿無涉。深恐外界不明真相。爲特委託貴律師代表登報聲明等語前來。據此。合亟代爲登報聲明如右。事務所河南路農工銀行四樓。電話一八三六號。

〔註〕二（民商事習慣調查報告錄。江西省贛縣習慣。江西省第一高審分廳周啓桐報告。）

退股字

股東析夥之時。類皆邀集街隣。在場書立字據。交與其他股東收執爲據。是之謂退股字。又稱爲下階字。至其退股原因。有自己缺少股本而析夥者。又有因某股東死亡而其承繼人自願下階者。亦有因改組合股關係而不願繼續者。乃近日人心不古。奸詐百出。甚至有因合夥營業失敗。有錢股東與無錢股東串商。預定卸股字。希圖倒騙財東（卽債權人）者。亦有無錢股東與各財東串商。預書退股字希圖歸責於有錢股東者。亦有業已退股之股東而各財東偏欲向其追償者。此皆訴訟之起因也。

當然、此項退夥行爲。是僅以合夥人對於合夥之單方的意思表示（參照附錄（四））就不妨自由行之的行爲。原來像「註」一（一）的廣告。是豫料到在股東的出資義務與追隨着這種義務的合夥損害的負

担之外。還有必須負擔因合夥業務成績不佳而生的將來的損害的危險。而以迴避自己在將來的合夥人的責任爲目的而登的廣告。所以從其他合夥人的立場看來，必須以之爲不法的聲明。而否認牠的效力。因此其他股東的反駁廣告。就與之並登於同一新聞紙之同日同欄。

因此，在台灣。沒有不鑑于退夥之影響合夥的重要性而對於退夥持反對的意見的。並且在股東單方的意思表示之外。還必須經過其他股東的同意。已經成爲習慣。就是在中國。也有作爲這種弊害的防止策而主張制定退夥的公開登記辦法（或合夥退夥登記辦法）的。關於這方面。當於另章（參照第五章第一節第一項第六第四章第二節第二）詳述之。

第二節 退夥之法律關係

第一項 退夥之法的性質

退夥有出於本人的意思的。有非出於本人的意思。即出於法定的原因的。

一、任意退夥

前者即任意退夥、是以當事人單方的意思表示去終止與其他合夥人之間的合夥契約上之法律關係的行爲。是非要式的單獨行爲。（參照附錄（一）（三）（四）（五）（六）（七）（十））因爲這裏的意思表示是概以聲明的形式爲通例的。所以又稱之爲聲明退夥。而這種意思表示。必須對於合夥人（參照附

錄(十)及代理各合夥人的經理(可以認為向本人所為者的意思表示——參照附錄(九)為之。假使這種意思表示是僅對合夥人之一部為之者。或退夥的表示行為不足使他合夥人得以推知其有退夥之意思者。(參照附錄(八))或有詐害債權人之意思者。(參照附錄(十二))這種意思表示是不生效力的。

對於合夥人是否可以任意退夥的問題。中國民法規定如次。

(甲)合夥未定有存續期間。或經訂明以合夥人中一人之終身為其存續期間者。各合夥人得聲明退夥。(表示決定退出合夥的意思)但應於兩個月前通知他合夥人。(第六八六條第一項)

然前項退夥。不得於退夥不利於合夥事務之時期為之。(第六八六條第二項)(參照附錄(十三))這雖然是應該被解釋做對於要退夥的合夥人行使解約權的限制。但並不是合夥人的單獨行為的效力要因之受到限制。(參照附錄(十三))所以很明白地、他合夥人對於要退夥的合夥人。不得故意反對或阻止其退夥。

(乙)合夥縱定有存續期間。如合夥人有非可歸責於自己之重大事由。仍得聲明退夥。(第六八六條第三項)其次、當事人間的合夥契約如附有解除條件者。則自條件成就時。該契約即已失其效力。此時、合夥人當然更無聲明退夥的必要。(參照附錄(十一))

二、法定退夥

非出於合夥人的意思的退夥。即不問合夥人的意思如何。而由於一定的法律上的原因的退夥。特稱之爲法定退夥，中國民法對之規定如左。

(甲)合夥人之債權人。就該合夥人之股分聲請扣押。而於兩個月前通知合夥者。(第六八五條第一項)有與該合夥人退出合夥同一之效力。(第六八五條第二項)然而債權人預告後經過兩個月的時間。尙無有申請扣押或撤回扣押之意思者。該合夥人是否能夠再恢復合夥人的地位呢。關於此點。還沒有明確的規定。尤其是像該條第一項但書的規定「但應於兩個月前通知合夥。」不但使債務人可以有爲脫法行爲的機會。並且是極無意義的規定。

(乙)合夥人的死亡、(但契約訂明其繼承人得繼承者從之。)破產或禁治產、及開除等。當然都發生退夥的效力。(第六八七條)但合夥僅以合夥員二人組織者。慣例不得適用除名的規定。(判例六年上字九一〇號)由此、合夥人都出以自己退夥的手段。一人既然退夥。該合夥當然不得不解散。結果發生與開除同一的效果。而開除的正當理由。(第六八八條)是指排斥該合夥人於合夥編之外這件事。在各具體的情形中。一般地被認爲是正當的事由者。(參照世界法學叢書中國民法債各論)

第二項 退夥與合夥財產之關係

一、合夥人退夥時。必須整理合夥財產的關係。而合夥依然在殘存合夥間存在者。雖然一、二合夥人是退夥了。

(甲)民法第六八九條規定「退夥人與他合夥人間之結算。應以退夥時合夥財產之狀況為準。」判例亦取同一的解釋。(參照附錄(十五)(廿二)但在這種情形中。合夥人間如果在退夥前豫先以契約訂明退夥時應受分配之範圍者。當然受該契約之拘束。(參照附錄(十七))

(乙)退夥人之股份。不問其出資之種類。得由合夥以金錢抵還之。(民法第六八九條第二項、及大理院判例要旨四年上字四六一號。)如合夥人退夥時。合夥的財產超過其出資總額者。對於退夥人抵還其出資額外。更須給付超過部分。(即利益)而出資的抵還及利益的給付。不問其出資的種類。得以金錢爲之。因此、該股東的出資即使是現物。亦毋庸對於該現物加以分折或變價。(參照附錄(十九)(二〇))根據台灣私法、在商事合夥中。合夥得以現存商品及其他財產與現物抵償。退夥人對之不得有異議。然而實際上股分的抵還、通例常以金錢爲之。又、退夥字中須記明抵還金額。並對於商品、家具、店屋等現存物約定不得要求抵還。(參照台灣私法第三卷下二二六頁)

退夥時合夥財產比出資總額減少者。退夥人對於因其減少而生的不足額。應負按股補足的責任

(。參照附錄(二二)日本民法、在這種情形中採取抵還合夥人出資額的一部分的主張。在德國民法則規定「合夥財產之價格。於償還共同債務及出資有不足時。退夥人應按分擔損失之比例。對他合夥人補償其不足額。」(民法第七三九條)牠是與中國的責任負擔同其旨趣的。

(丙)退夥時尙未了結的合夥事務。於了結後計算。並分配其損益。(民法第六八九條第三項)蓋退夥人與合夥財產的關係。以退夥之時期爲界限。而以之爲絕對清算之時期。(或標準)所以有長期支付款項等未了結的往來者。或是關於退夥後的損益分配訂有特約者。(參照附錄(十五))就發生不能行使此項清算的困難。設立此特則的目的。就在於救濟這些困難。所以退夥人假使在退夥當時並未提取其應得的利益。該項利益可以作爲合夥債權。向各合夥人依法請求。(參照附錄(二三))但因有這些特則的原故。退夥人之對於合夥的資格。當然不應該說是繼續存在。而退夥事實。如各該地方有使債權人周知之習慣者。退夥人不通知各債權人。就不能免掉分擔合夥債務之責任。(大理院判例要旨三年上字八五二號)(參照附錄(二)(一四))

二、對於退夥人與第三人的關係。中國民法設合夥人退夥後之責任的規定。是由於退夥的性質或特別的習慣而決定其責任的。茲分述於左。

(甲)合夥人退夥後。對於其退夥前合夥所負之債務。(退夥前之合夥債權、於六八九條第一二

項有規定。)仍應負責。(六九〇條)這大概是使合夥債權人對退夥人保有第六八一條的履行請求權以圖保護其他合夥人與合夥債權人而設的。然而有特別習慣者。當然是不用說了。此外只要經過他合夥人的承認及債權人的同意。即使是退夥前的合夥債務。亦得免責。(參照附錄(二一))

所謂特別的習慣。例如在退夥計算上把合夥債務作爲總的合夥的損失而由未退夥的合夥人去負擔。在這種情形中。得以之看作未退夥合夥人的債務負擔。所以退夥人對於其他合夥人有免責的請求權。而債權人不得否認退夥人的這種請求權。因爲任何合夥的債權人。不是對於退夥人的債權人一點沒有應受的損害。

(丙)關於退夥以後所生的合夥債務。民法上別無規定。然其退夥係依據習慣上必要之方式行之者。退夥人當然可以不任分償之責。(參照附錄(十四)(十六)) (參照台灣私法第三卷下一三六頁)但在退夥後有足以使第三人相信其尙未退夥之行爲者。即對於退夥後所生的合夥債務。該退夥人亦應負分償之責。(參照附錄(一八))

其次、合夥人以詐害第三人的目的脫離合夥關係者。退夥人不得以退夥爲理由對抗債權人。(大理院判例要旨四年上字一三六六號)即對於退夥前的債務是不用說了。就是對於退夥後合夥的共通債務。也應負分償之責。(參照附錄(二))

(丁)退夥人如新營合夥事業者。不得以與該營業有利害關係的理由。阻止他合夥人使用舊合夥名義去營業。茲揭判例於左。以資證明。

聲明解約之合夥人。不得阻止他合夥人使用該合夥名義繼續營業。(大理院判決例全書十四年上字三八號)

附錄 關於退夥的判例

(一)(上略)查民法條理。合夥及退夥雖未以書狀約定。而從他種證據足證明其事實之實係存在者。亦可生法律上之効力。(下略)(大理院判決錄三年上字四四五號)(奉天省義縣)

(二)合夥人退夥應否使債權人周知

合夥人退夥事實。應否使債權人周知。以爲對於債權人能否主張負責之前提。應視各該地方習慣如何以爲判斷。

(理由)合夥人對於合夥共同之債務應否負責。自當以合夥關係是否存在爲判斷。故除詐害債權人而退夥者外。一經退夥。對於合夥債務。自不能再任其責。但退夥事實。如各該地方有使債權人周知之習慣者。自非通知各債權人不能免責。如無其習慣者。則雖未通知各債權人。即其退夥屬實。生免責之効力。(司法法令判解分類彙報民例之部三年上字八五二號)

(三)(正)苟能以確切證據證明其實已退夥。即可認為有退夥之事實。其退夥單及登報之有無。法理上並非成立必要條件。(大理院判例要旨匯覽正集四年上字九一五號)

(四)(正)退夥為單獨行為。不待他合夥員承諾。即可發生退夥之効力。(同書四年上字五五四號)

(五)(正)退夥並非要式行為。(同書四年上字五五四號)

(六)(正)退夥行為之訂立書據。僅以供證明之用。非其成立要件。故雖僅立草據。而依據內文義。已足證明確有退夥之意思。且當事人間並未表示於寫立正據以前。仍保留合夥關係者。即不得視其合夥關係為業經解除。(同書五年上字一〇三號)

(七)(正)退夥人對於各合夥員一經表示退夥之意思。(單獨行為)於合夥人間。當然發生效力。(同書五年上字六五〇號)

(八)(正)退夥雖為單獨行為。且不以算賬為條件。然非向他合夥員表示其意思不可。若其行為不足使他合夥員得以揣知其有退夥之意思。則仍不能發生退夥之効力。(同書五年上字四一四號)

(九)(續)合夥人之退股。須對於各合夥人為明示或默示之表示。始能生效。至執行合夥業務之經理人。有代理各合夥人之權。其對於經理人固亦可為退股之表示。惟此項表示。必其可以認為向

本人（即各合夥人）所爲者。始能發生代理行爲之效力。若僅係將股份讓與經理人。而顯然無對於他合夥人表示退股之意思者。自不能認爲合法之退股。（大理院判例要旨匯覽續集二年及九年上字一九六號）

（一〇）（續）合夥營業之合夥員。如已向他合夥員合法表示退股之意思。即不立退股字據或清算賬目。亦發生退股之效力。（同書二年及十年上字五〇七號）

（一一）（正）當事人間訂立合夥契約。如附有解除條件。則自條件成就時。該契約即已失其效力。合夥關係亦即當然歸於消滅。而毋庸更爲退夥之聲明。（大理院判決例全書七年上字二四二號）

（一二）（正）合夥員爲詐害債權人起見所爲之退夥。對於債權人不能認爲有效。（同書四年上字一三六六號）

（一三）（正）合夥員於營業不利益之時期。非有不得已事由。固不許聲明解約。然此乃合夥員一造行使解約權應變之限制。其出於兩造之合意者。自難特此理由否認其效力。（同書三年上字三七六號）

（一四）如改易行號、清理欠款、及夥員退夥諸事，俱關重要。合夥如當時既未退夥。豈得不使知悉而專擅爲之。是則因此所受損害。依侵權行爲之法例。自可責令專擅行爲人賠償。（大理院判

例要旨匯覽第一卷三年上字六八九號

(一五)(上略)按現行法例。合夥人退夥者。其分攤損益。應以退夥時之資產狀況爲標準。至於退夥後之損益。卽與退夥人無涉。(中略)查原審記錄。上告人退夥時。既將應分利益與長支款項互相抵銷。而當時關於牛皮等項。又未訂立退夥後仍須分利之特約。則上告人之於隆泰興號。就令爲合夥關係。亦不能更爲分攤利益之主張。况上告人原爲隆泰興僱傭人。其得有身股本。所以酬管理賬目之勞。則於退夥後之損益。更無可分攤之理。(大理院判決錄三年上字四七五號)(黑龍江省呼蘭縣)

(一六)(正)凡合夥員聲明退夥。係踐行習慣上必要之方式者。則嗣後就合夥所負債務。對於債權人當然不負分擔之責。(大理院判決例全書五年上字七一二號)

(一七)(正)若係合夥員一人或數人聲明解約。僅能認爲退夥。而他合夥員仍繼續合夥業務。並其初卽以契約訂明退夥人應受分配之範圍者。則退夥人自應受該契約之拘束。不得請求爲財產全部之分配。(同書三年上字一〇八二號)

(一八)(正)合夥員脫退後。除有使人可信其尙未退夥之行爲外。對於非其合夥時之債務。自不負分擔之責任。(同書三年上字二九三號)

(一九)(正)若退夥之際。即應按退夥當時狀況。估算合夥財產價格。即以金錢返還該退夥員之出資，毋庸就原物爲分析或變價。(同書四年上字四六一號)

(二〇)(正)合夥員一人或數人聲明退夥。其所出股本除退夥時已經虧損者外。自應由未退夥之各合夥員如數給還。(同書六年上字七二三號)

(二一)(續)合夥員於退股以前之合夥債務。除有特別習慣外。非經他合夥員承任債權人同意。不能免責。(同書九年上字九五三號)

(二二)(正)合夥員應按合夥契約所定標準分攤損益。故合夥員中有中途退夥者。亦應按照退夥時之營業狀況計算其損益。如有贏餘。自可收回其出資及應得之利益。若有損失。亦應按照補足。(同書六年上字六五七號)

(二三)(正)合夥員中有中途退股。計算其損益。如有贏餘。自可收回其出資及應得利益。即使當時未經提取。事後亦應作爲合夥債權。向各合夥員依法請求。(同書六年上字六五七號)

合夥股東責任之研究

退夥

九八

第四章 分擔無限公司章程之增設及反對論

第一節 增設分擔無限公司章程之必要

爲要消除並調劑由於合夥組織中股東之責任的問題。尤其是中國現行民法採用的連帶責任主義所生的法理與習慣的抵觸衝突。兩種方法被考慮着。就是以向來的習慣尊爲唯一的標準、或對民法的該項條文施以修正。然而習慣與根據牠的相對的按股分擔主義。是同講過的一樣。沒有減輕債務人之責任的長處。而有不能保障債權等弊害。對於民法之該項條文的修正。更有種種困難而不易實現。因此、就有主張在公司條例中增設關於分擔無限公司（或比例無限公司）的條文。以補救這裏的缺憾的。此主張的提倡者。就是潘序倫會計師。這種主張就是要在公司法中增設使上海商界之習慣的絕對的按股分擔主義（合夥破產時。由各股東就合夥債務。按其出資額的比例。分擔無限之責任。而對比例以外的債務。完全不負責任。）具體化的規定。茲特將潘氏論文擇要抄示於下。

第一 股份無限公司論

（上略）在德日。公司之總名稱。雖與英美同。而其性質則分爲四種。即無限公司、兩合公司、股份有限公司、股份兩合公司是也。我國公司條例。做自日本。故公司組織。亦按其性質之不同。

而分爲上述四種。然法規之設。貴適國情。形式方面。固以條文嚴整爲必要。精神方面。尤須顧及事實。現行公司條例。所稱四種公司。實不足概括今日我國之商業組織也。查我國公司組織。年來雖逐漸發達。然設立者多屬股份有限公司。尙有一小部份爲無限公司。至於兩合公司及股份兩合公司。則尙不多見。

惟合夥企業。則獨爲通行。然試查我國商業習慣。則知一般以合夥爲名之商店。其股東之責任。既與公司條例中無限公司之規定有別。復與民法債權編中合夥之規定不同。蓋依照民法合夥之規定。合夥宣告清現時。苟其財產不敷清償債務。應由各合夥人按照分配損失之成數比例負擔之。合夥人中有不能繳納其負擔額者。則應由其他合夥人按其各自出資額之比例分擔。至無限公司。則各股東應連帶負擔公司全部債務之責任。故公司之債權者。得控告股東中之任何一人。責令負擔債務之全部。不似民法合夥之規定。必須待合夥人中有不能負擔責任時。始由他合夥人分擔也。但在我國商業習慣。合夥破產。各合夥人清償債務之責任。多有僅按各合夥人出資多寡之比例。分別負擔。對於其比例以外之債務。則不負責任。此種情形。實可稱之爲比例無限責任。或分擔無限責任。既不合乎民法合夥之規定。又迥異乎公司條例無限公司之性質。雖然。依我國今日之經濟狀況及社會之習慣而論。此類分擔負責之商業組織。大有推行之必要。惟現行之商事法令。對於此種商業組

織。尙無規定。殊欠完善。爰本愚見。取「股份無限公司」以名此種組織。蓋股份無限云者。卽謂責任之無限。須視認股之多寡而分也。（參照第二章第二節第二項第二目（二）之（甲））

股份無限公司仍以無限責任股東組織而成。惟各股東所負之無限責任。僅限於其所持有股份與公司股份總額之比例而止。非若無限公司之股東。負有連帶無限責任也。譬如某公司總股額爲千元。分爲十股。甲任五股。乙任三股。丙任二股。苟其最後負債爲五千元。甲之責任。僅爲十分之五。卽限於二千五百元。乙爲十分之三。計一千五百元。丙則爲十分之二。計一千元。苟公司之負債額增至二萬元。卽甲應負擔一萬元。乙六千元。丙四千元。依五、三、二、之比例。可爲無限之增加。但對於比例以外之債務。各股東不負連帶之責。此種公司。界乎無限公司與有限公司二者之間。而與兩合公司之備具無限及有限兩種股東者。復大有別。蓋公司條例所規定之四種公司中。無限公司股東之責任。爲連帶無限。股份有限公司股東之責任。限於其所認定之股份。二者各趨極端。兩合公司與股份兩合公司。界乎其中。折衷調和。補二者之不足。然其責任。均係以橫剖的方法分配於各股東。獨缺此種以縱剖的方法分配責任之公司。誠爲缺點也。

依照我國商業習慣。既多此種股份無限責任的合夥企業。但既與法律規定不符。一旦發生糾葛。商人則依據習慣法辦理。政府則依據成文法判決。分道揚鑣。成爲懸案者。當時有之。數年前。

上海某錢號倒閉。股東中無力清償者居多。有西人某。因債權關係。曾控其股東中有力清償之一人。責令清償其欠款。夫錢號之在我國。由來已久。其組織多照合股辦法。錢號財產不足清償債務之時。理應按民律規定。由各合夥人按分攤損失之成數。分擔清償。其不能繳納者。再由其他合夥人按出資額之多寡比例分擔。乃上海商界則根據上海之習慣。謂錢號雖係合夥組織。惟其破產之時。各股東所負清償債務之責任。至其出資之比例額而止。不能代他股東償債。此案發生後。經長時間之爭議。但在大理院。則堅持連帶負責之條文。在事實上。至今尙無解決之法。故股份無限公司。在商業組織之學理上而言。固有添設規定之需要。而在今日我國商業習慣上而論。則固非添設。則不足以濟法律之窮也。蓋類似合夥之組織。既遍於各地。無限公司又不盛行於我國。股東之責任之無限。僅對於其所持股份而言。多年習慣如此。在國家制定法律。亦斷難置諸不問也。

依愚見所及。我國公司條例之中。應增設股份無限公司一章。位於兩合公司之後。其組織既以股份無限責任股東爲主體。關於公司設立。及對內對外關係。股東轉股退股。公司解散與清算各事項。大體上自可準用無限公司之規定。因股東責任。雖屬比例無限。而股東間相互關係之密切。亦與無限公司相彷彿也。(下略)(銀行週報十二卷三十八號)

第二 分擔無限公司之組織及其商業上之需要論

我國公司條例。倣自日本。故公司組織。與德日同。然究其性質及作用。無限公司與合夥。初無重要之區別。不過一須依法註冊。取得法人資格。一為商人之集合體。無獨立之法人資格而已。至於兩合公司及股份兩合公司之組織。止為無限或有限兩種公司之變態。備置一格。俾商八各視其商業之所適。及其所願負擔責任之限度。隨意採擇使用。立法之旨固甚周也。

雖然。兩合公司或股份兩合公司之股東。其責任或為絕對的有限。或為絕對的無限。在公司全體而論。固可稱為折衷於有限無限之間。而為股東個人着想。則與有限公司或無限公司之股東。幾無區別。但一般商人心理。對於絕對無限責任。有時不免嫌其太重。對於絕對有限責任。有時又不免嫌其太輕。每欲投資於一種商業組織。其個人之責任。介於有限無限之間。為有限的無限。乃環觀世界各國所有關於商業組織之法令。竟缺少此項之規定。是非商業經濟方面之一缺點歟。

查我國之商業組織。以前祇有獨資合夥兩種。自遜清末季。頒行公司律後。始有公司組織。年來公司雖逐漸發達。然設立者多屬股份有限公司性質。其次為無限性質。至於兩合公司。或股份兩合公司。尚不多見。而合夥企業則仍為通行。(中略)然而我國通商大埠之商業習慣。合夥破產。各合夥人清償債務之責任。多有僅按各人出資多寡之比例。分別負擔。對於比例以外之債務。則不為清償。此種責任。實可稱之為比例無限。或分擔無限。實即有限的無限。調節於法定兩種絕對責任之間。

。備用於商人各種不同心理之下。在商業原理上。殊有研究利用之價值。更依我國目前之經濟狀況而論。此類分擔無限責任之組織。頗有推行之必要。因年來我國商人之道德及信用。較前已遜。投資者輒視無限公司之連帶無限責任爲畏途。恐爲不肖股東所累。反觀有限公司之股東。則每視其股權之責任爲無足重輕。對於公司事務。輒放棄不加聞問。惟有分擔無限之組織。足以濟兩者之弊。苟有完密之法律規定。存其利防其弊。則我國公司組織之企業。必將與日而俱增矣。

且多年商業習慣與法律明文規定既不相符。一旦發生糾葛。商人則依據習慣辦理。法院則依據條文判決。因之引起糾紛者。已屢有先例。(中略)法律與習慣發生衝突。因之商人對於合夥商店債權債務之關係。輒多疑慮。於商業前途之發展。殊生影響。是分擔無限之組織。設非明文添設。實不足以救法律之窮。

尙有一點。關係極重。即合夥組織是否可以任其適用分擔無限責任之習慣是也。

我國商業習慣。合夥本多分擔責任之辦法。既如上述。近來各省商業團體。又屢向法院聲請維持此項商業習慣。竊以爲公司條例中加入分擔無限公司之規定則可。但維持合夥分擔負責之習慣。則以期以爲不可。

因分擔無限之組織。股東對於債權人之責任。實較無限公司股東或合夥人所負之責任爲輕。國

家苟不於此項組織。施以嚴密的法律規定。使其經濟情形爲必要的公開。股東的關係受必要的限制。則公司債權人及一般社會。在在可以遭受其詐欺與損害。合夥組織。不受公司條例之拘束。依法無註冊之必要。夥員姓名住址、所認股份數額、所負責任比例、及其他內部關係。對外向不公開。卽民法債編合夥一章各條文中。亦無應爲公開之規定。爲防止一般社會之遭受詐欺損害起見。自當責令各合夥人連帶負最後清償之責任。倘合夥商店欲照分擔無限之辦法。以減輕其股東之責任。則須依照公司條例新增之規定辦理。俾國家對之。可以依法行使其監督權。而保護債權人之利益。一方債權人亦得賴公司條例規定公開方法。藉覘其商店內容之真相。故分擔無限責任之商業組織。在公司條例中增設一項。固屬極善之辦法。若在合夥中保存其習慣。則恐欺詐之發生。將莫由防止也。

。（銀行週報十三卷十四號）

第三 對於合夥責任之意見（民國二十二年七月二十八日上海新聞報）

（上略）我國合夥債務按股分擔之習慣。是否普遍全國。抑僅通行於上海。未經切實調查。自難決定。卽云全國普遍。但此種習慣。是否絕無弊害，尙待研究。余執業上海。十載于茲。有時代代表債權人。有時代代表債務人。雙方觀念。均所諗知。雙方利害。亦所素悉。惟以爲合夥債務。倘採分擔主義。則在債務人固不減輕責任。保全自身。但在一般債權人卽一般社會而言。則流弊滋多。列

舉四端。以概其餘。

(一)合夥組織在法律上祇爲夥員間對內契約之關係。對外既無獨立之名義，又無法人資格。故不能爲訴訟之主體。債權人對於合夥之債權。苟有起訴之必要時。如夥員責任係屬分擔。則勢必須向各個夥員一一控訴。在事實上幾鄰於不可能。(合夥卽有代表全體執行業務之夥員。但在分擔責任之規定下。伊之責任。不過如有限公司之董事。苟其行爲無違法之處。自不能負完全責任而爲訴訟之主體。)蓋卽在現行法律之下。債權人對於債之訴追。尙多以遷延煩累爲苦。甚至自願犧牲一切。寧願債務人儘量之折減。而不願訴追者。比比皆是。設或再行分擔之義。而夥員人數衆多。地址分散。則進行訴訟之困難。更當較目下加增數倍。債權人之保障。豈不盡失。

(二)合夥既非法人組織。故其設立。在法律上無向主管官署聲請登記之義務。因之其夥員之人數姓名住址。及每人所入股本數額。對外向無正確之記錄。可資根據。(一商號註冊之作用爲保護商號之專用權而設。係屬容認性質。並非義務性質。且既經註冊之後。則夥員間卽有變更。亦無爲變更註冊之規定。)倘其夥員人數股額有所變更。在外界亦多無人知曉。從已往之經驗言之。合夥一經破產。股本簿每有藏匿遺失等事。債權人卽欲求知其股東之真實姓名。每苦於無從着手。非若公司方面一經向主管官署查閱其登記文件。便可詳悉一切也，卽使股本簿可資參考。而其中之記載

。是否完全可靠。如何可以證明。如何可以防止。合夥員之間。擅自轉移股額。均生問題。在發我國風俗敦厚。商人素以信用名譽爲重。即使責任分擔。行之或少弊害。於今人心不古。彼詐爾虞。防不勝防。苟使責任分擔。則凡合夥向以殷富股東爲對外信用之號召者。一查實際。或僅入股少許。或已讓股他人。其尤不肖者。對於股東之名姓住址入股數額事。秘而不宣。或妄爲宣述。則彼時債權人之受害。甯可估計。

(三)查合夥財政。向不公開。非若股份有限公司。依法必須有編製決算表冊及查核報告公布等手續也。債權人對於債權之缺少保護。既如上述。而對於合夥之財政內容。又屬無從知悉。則債權人方面。幾於一無保障矣。

(四)現在各債權人之貸款於合夥也。無非爲股東間有連帶之責任耳。倘使驟將連帶責任取消。是改無限爲有限。卽不啻將現有各債權人原定之保障。去其大半。實與債權人貸款時之原意不符。殊足以亂社會原有之安定狀態。

以上各點。僅就合夥本身而言之耳。若就法律條文而言。則此項更改。亦有三項困難。世界各國。凡屬合夥員。均負有連帶責任。(合夥中卽有有限責任夥員。但必仍有一人或數人負連帶無限責任。)我國法例。未便獨異。此修改之困難一也。卽云合夥法例。我國無從同之必要。但應行

修改之文，斷不僅民法第六八一條。舉凡合夥註冊、財政公開、訴訟主體等等。均須爲詳密之規定。而新頒民法債編以及商人通例等法。均須大加增刪矣。此修改之困難二也。且也有一部份之合夥人。以爲對外責任太重。希望法內另增分擔責任之組織亦可。若主張即將連帶負責之組織。盡行改爲分擔責任之組織。則竊以爲未可。蓋有多數合夥組織。確因有股東連帶負責之故。方能在社會上吸收鉅額借款。倘使改爲責任分擔，則其信用必將驟落。其所能在社會上貸得之資金。亦必視連帶負責者爲少。所以公司法中。雖有有限或兩合之組織。而仍不廢無限公司之規定。且年來無限公司日見其多。可見連帶負責之組織。在商業上仍有其利用之處。實未可盡爲取消也。此修改之困難三也。

有此四弊三難。故余宿者極力主張在公司法中增入分擔無限公司一章。而民法債編關於合夥之規定。當一仍其舊。不加改竄。凡經營商業之人。其願多負責任多貸款項者。不妨仍照合夥或無限公司組織。或任兩合公司之無限責任股東。其於出資之外絕不願多負責任者。則可照有限公司之組織。或任兩合公司中之有限責任股東。其願負相當之無限責任者。則可照分擔無限公司組織。法律之適用。至爲靈活。而營業者之取捨。亦極自由。誠有利無弊之策也。至於余主張在公司法中增設分擔無限公司。而不主張在民法債編合夥節內增添分擔責任之規定者。理由亦有三端。

(一)分擔責任之組織。應使其有獨立法人之資格。可以爲被起訴人之主體。俾債權人對於此項商業機關。苟有起訴之必要時。可以逕向其整個機關起訴。而不分訴各股東。但爲合夥契約關係。不能有法人資格。祇有公司有此資格。故分擔無限之組織。應以公司爲限。

(二)合夥之設立。原無登記之規定。上海市商會雖曾擬具合夥夥員登記辦法。呈請市社會局備案。用意雖與余適合。然無法律根據。似難望其進行。若在公司。則原有義務登記之規定。祇須加入分擔無限公司一種。不必將法律多所更改。故分擔無限之組織。應以規定於公司法律爲便。

(三)股東責任既經分擔。則組織中之財政狀況。亦應爲相當之公開。而其對外之各種關係。亦宜詳爲規定。此在公司法中規定。亦最爲便利。且可與他種公司一致。而整部民法。亦可免去根本之改動。根據上述三項理由。余昔爲工商部法規討論委員會起草公司法時。力主加入分擔無限公司一章。當荷各委一致贊同。且對於此章條文案。亦經詳爲審議。附加說明。提交法院。在立法院審查該法時。余亦曾兩次被邀列席。參預末議。惜乎立法各委未能盡悉分擔責任組織之必要。因之未能通過。誠商法上可憾可惜之事也。爲今之計。仍望上海市商會等請求立法院一查工商部所提公司法舊案。仍將分擔無限公司一章。加入公司法內。再請實業部將公司登記規則。亦加入分擔無限公司數條。則在法例習慣兩方。及債權人與債務人兩方。均可兼顧。不致偏廢。較之僅主張修改民

法六八一條。其利弊相差。似未可同日而語也。(下略)

〔備考〕右係潘序倫會計師致上海市商會及全國商聯會函件之大要

第二節 分擔無限公司章程內容

對於採取合夥組織形態的企業。由於其不克直接適用公司法而不受其拘束。——尤其是由於缺乏成爲商業往來上之關鍵的合夥內部關係(股東之責任限度)的公開方法。往往會使善意的第三人完全不得歸責而受到不測的損害。這樣下去、是足以阻碍商業往來上的便利與信用制度的發達的。爲要挽救這種弊病。就得在公司法中新設分擔無限公司的規定。一方面以國家立法手段監督一般商業往來。同時他方面以註冊(登記)制度強制公開組織內部的經濟狀態。因而保障債權人的權益並鞏固商業往來的發達。這就是制定該案的主旨。

在公司法內增設關於合夥的分擔無限公司一章的意見。是由潘序倫會計師提倡的。既如上述。這裏介紹的分擔無限公司草案。就是潘氏在銀行週報(民國十八年四月十六日第十三卷十四號)上發表的最後案。其內容以無限責任股東爲主體。關於公司之設立及對內對外關係。(股東之轉股、退股、公司解散、清算等。)準用無限公司之規定。此外對於股東之責任。全部套襲比例的無限。即合夥的習慣的股分分擔無限責任主義。對於執行業務的表決權。則按照股份有限公司的辦法以股權

的多寡爲標準。全章計十一條。茲將其立法理由之說明與全部條項。揭示於左。

(第一章 總綱)

(第二章 無限公司)

第三章 分擔無限公司

(說明)分擔無限公司股東責任雖爲分擔性質，然仍一體無限與無限公司相同。故列於無限公司一章之後。至於公司名稱。有擬用比例無限公司者。有擬用合夥公司者。但民法合夥人之責任。實係連帶而非分擔。若名此種公司曰合夥。不啻即以連帶責任示人。似乎不合。至於此種公司股東之責任可以任意規定分擔辦法。非必以認股多少之比例爲限。若名此種公司曰比例無限。似亦覺其義之不廣。惟分擔無限字樣。一方明示股東之無限。一方又明示其分擔。當然不致再有誤會。

第 條 分擔無限公司除本章特有規定外。準用前章之規定。

(說明)所謂前章之規定者。卽指無限公司之規定而言也。查分擔無限公司之組織。係以無限責任股東爲主體。表面上股東之責任雖屬比例分擔。然其股東相互間關係之密切。及公司與債權人之關係。究與無限公司相彷彿。故關於此項公司各事項。大體上自可準用無限公司之規定。其與無限公司特異之處。止於本章中另規定可矣。

第一條 分擔無限公司之股東。至多以十人爲限。

（說明）分擔無限公司股東責任。既屬各自分擔。則公司財產不足清償其債務時。公司債權人。止有依照分擔負責之比例。分別逕向各股東要求清償。但使股東人數過多。則分別要求清償。在事實上每覺異常困難。如公司股東百人。債務千元。設使分別訴追。手續必異常繁重。是負責等於不負責也。所以股東人數。理宜加以限制。俾債權人便於行使其追索權。

或謂分擔無限公司股東相互間關係之密切。與無限公司無別，股東人數有自然的限制。明文規定。似爲贅文。此說雖有相當的理由。然商人之中。安見無故意多集股東。組織分擔無限公司。以欺凌債權人者。故仍以明文限制爲妥。

第二條 分擔無限公司各股東對於公司債務。應照分派盈虧之比例。分別負擔無限責任。但公司章程。亦得另訂分擔責任之比例。

（說明）本條爲分擔無限公司之特質。至於責任之分擔。原則上自應依照分派盈虧之比例。若公司章程並不訂明分派盈虧之比例時。則準用無限公司之規定。以各股東所認股份之比例爲比例。惟章程中另訂責任分擔之比例時。自可聽便。

第三條 分擔無限公司之設立註冊。除照本條例第十一條所列各款外。應將各股東分擔責任之比

例註冊。

(說明)此實爲分擔無限公司經濟公開之第一要件。蓋尋常合夥商店。即使有分擔責任之辦法。而各合夥人分擔之比例。並無向債權人及一般社會公開之規定。債權人偶見合夥人中有富裕者。以爲合夥之信用必固。迨至合夥破產清算。方悉富裕之人。僅分擔責任之一小部份。則債權人不將因此誤會而劇受損失乎。此合夥組織所以必須維持連帶責任之規定也。現在分擔無限公司股東各自分擔之比例。必須與其他應行註冊各事項。一同註冊。債則權人及一般社會。隨時可見註冊所之公告。或逕向註冊所查閱註冊簿。以覘公司信用之實況。而定借貸之關係。不致受公司之朦蔽而致損失矣。

第 條 分擔無限公司應按照分擔責任之比例。規定各股東議決權之數。但一股東分擔之責任。超過其餘股東責任之總比例時。其議決權之行使。得以章程限制之。

(說明)無限公司各股東出資雖有多寡。而其責任則因連帶無限之故。彼此完全相同。各股東對於公司事務之議決權。自應完全平等。至於分擔無限公司之股東。既以比例之大小而分責任之輕重。則關於議決權一項。自不能準用無限公司之規定。且權責二字。理應使其互爲消長。成正比例。惟有時大股東不免有操縱公司事務之弊。故做有限公司之辦法。加設但書之規定。

第 條 執行公司業務者爲股東之全體時。公司業務之執行。以股東議決權全數過半之同意取決

。如爲股東中數人時。以執行業務之股東過半數之同意取決。

經理人及清算人之選任及解任。以全體股東過半及議決權全數過半之同意取決。

(說明)執行公司業務者爲股東之全體時，公司業務之執行。以股東議決權全數過半之同意取決。依照上條立法之旨。固無問題。然執行業務者僅爲股東中數人時。則不能適用股權表決之方法。因執行業務之股東。使全體股東用股權表決之方法選出。既經選出。則無分彼此。均爲全體股東之代表。所以業務之執行。應依執行業務之股東過半數之同意取決也。

至於經理人及清算人之選任及解任。在無限公司須經全體股東過半數之同意。但分擔無限公司。既用議決權之規定。似亦可照議決權過半數之同意取決。惟經理人及清算人之選任及解任。其於公司前途之關係。實較公司尋常業務之執行爲重大。如全以股權爲決定之標準，恐使小股東不克保護其利益。故以兼用股東總數過半及股權總數過半之兩種條件。以防大股東壓小股東之患。

第 條 分擔無限公司應設置股東名簿。載明下列各事項。

(一)各股東之姓名住址。

(二)各股東出資之數額。

(三)各股東分擔責任之比例。

(四)各股東入股之年月日。及分擔責任比例變更之年月日。

第 條 公司應將章程及股東名簿。備置於本店及支店。公司之債權者。得隨時請求查閱。

(說明)上兩條實爲分擔無限公司經濟公開之第二要件。公司之債權人與公司爲貸借行爲時。其所恃爲惟一之保障。卽在明知股東之姓名住址、出資數額、及每人分擔責任之比例。至於入股之年月日及分擔責任比例變更之年月日。於確定股東應負之責任時。亦有重要關係。(參觀下條)故均須明白記載於股東名簿。而是項名簿。須與公司章程。一同置備於公司之本店及支店。以供債權人之隨時查閱。則分擔責任之弊害。似已完全免除矣。

第 條 公司所有財產不足抵償其虧欠各款時。各股東應按照分擔責任之比例。出資清償。
(說明)此條爲分擔無限公司當然之結果。

第 條 股東分擔負責之比例有變更時。應於本店及支店該管官廳註冊未註冊前所有公司債務各股東新定責任之比例。較原比例爲小時。仍照原有比例負責。此項原有比例之責任。自註冊後滿二年消滅。

(說明)此條爲防止股東以轉移或變更責任比例之方法。藉免其對於債權人之責任。與公司條例

原文第四十八條「無限公司退股股東應於本店及支店該受官廳註冊未註冊前所有公司責務。仍負無限之責任。自註冊後滿二年消滅。」具同一意義及作用。

第 條 分擔無限公司得以股東全體之同意。改爲無限公司。

於前項變更組織之時。公司應於變更後十五日內。本店及支店。該管官廳將分擔無限公司爲解散之註冊。無限公司爲設立之註冊。

(說明)分擔無限公司係以無限責任股東組織而成。與無限公司之組織本相近似。以股東全體之同意改爲無限公司。反足以增加公司之對外信用。於債權人有利無害。自應爲法律所允許。至於公司組織既經變更。則註冊乃當然之手續矣。

〔備考〕上揭潘序倫氏之分擔無限公司草案。是與該氏嘗與徐寄廡、方椒伯諸氏連名向工商法規委員會提出的原案(銀行週報民國十七年十月廿三日第十卷四十一號)及其後修正的第二次草案(同上)相同的。而與此兩案比較。則規定較詳。內容簡鍊而適合實際。然輿論對之并不擁護。修正說(關於分擔無限公司條文之我見、張玖銀行週報民國十七年十月廿三日第十二卷四十一號)不用說是很多。甚至還有一部分極端的反對論。這種反對是代表上海市商會及其構成分子各同業公會的意見的。有不可輕侮的勢力。結果、就有以爲在公司法中增設關於商事

合夥的規定是有困難的、還不如採用商業登記制度以調劑法和實際的扞格而保持合夥固有的習慣爲簡易的意見。目前大概是一致地在這種傾向中。當於下節特別說明之。但張氏的修正意見本來是把潘氏的草案爲對象的。大要是主張增補下列諸點——稱公司名爲「股分分擔無限公司。」公司之成立要承受全部股數的滿額。均一股款的金額而繳付全額。關於假裝股東的第三人之欺詐行爲的責任。因爲對於上上揭潘氏的草案沒有重大的關係。茲從略。

第三節 分擔無限公司的反對論

對於上述潘氏之增設分擔無限公司的意見。有就其主要內容適應商人心理。符合現行習慣等等一一詳細去檢討並批判。以爲祇要修正民法的條項已足。而反對特別增設一章者。有舉公司組織的機能與外部的經濟關係間資金運用(增減)的調節。在公司組織的合夥中比舊式組織的合夥要困難。尤其在合夥經營上採用公司組織這一點。必須法規上種種煩瑣的手續而不實際的理由。去駁斥增設分擔無限公司的法條、不能名實相符、而徒增糾紛者。此外容認分擔無限公司的精神而絕對反對向以連帶責任制度爲基礎的同公司組織之法條的修正者也有。潘氏對於這些反對論。一一以自說辨明解釋。應酬頗力。但仍舊未能贏得他們的贊同與共鳴。茲將此等反對意見之主要者。介紹于左。

第一 公司法中之分擔無限公司問題

宓汝卓

潘序倫氏在立法院商法起草委員會陳述意見。主張於現有公司之外。增設分擔無限公司之一種。綜合潘氏意見書。歸納而得之五大理由如次。

- (一) 適應商人心理
- (二) 符合現行習慣
- (三) 發達公司組織
- (四) 調劑法律習慣
- (五) 防止合夥流弊

潘氏為著名會計師。熟於商場實情。故其所論。多根據實際情形。驟聞之覺有充分理由。但如一經細心考察。便知其所言者。尙見其近而未見其遠。祇偏於一部。而未從全局打算也。請詳其說。

第一、適應商人心理

潘氏鑒於「我國商人。每欲投資於一種商業組織。其個人責任。介於有限無限之間。為有限的無限。」乃主張增設分擔無限公司。但於此有下列兩點。為潘先生所忽視。

(甲) 分擔無限公司之各股東。因祇負比例的無限之責。如果公司財產不能清償債務時。債權者

欲行使其追索權。勢必先須查明各股東之分擔比例。再一一向各該股東追索。此其糜時與繁瑣。可想而知。尤其凡屬另星小額之債權者。如遇股東甚多時。其追索之費用。或將超過其債權額而有餘。是無異使零星之債權者拋棄其債權也。夫零星債權者。每多屬中下階級。分擔無限公司之制度。可使中下階級中人。在實際上不能追索其零星之金錢。試問社會政策合乎不合。總之、分擔無限公司制度對於商人固保護得十分周到。但對於社會上一般債權者之利益。未免過於輕忽。因迎合少數商人之心理。而抹煞社會上大多數之利益。此種立法。安得謂平。

(乙)即退一步言。如欲適應我國商人之心理。則因有我國舊有之合夥制度在。現在之分擔無限之合夥制度。其個人責任。既為潘氏所贊許之「有限的無限」。又可不必經註冊公告。及受法律上之種種限制。在商人視之。便是理想天開。恐比潘氏所提倡之分擔無限公司。更合胃口。如僅求適應商人心理。則其道莫妙於維持現在合夥制度者。若潘氏所主張之分擔無限公司。在合夥制度自由天地中生活慣之商人視之。不僅不見其利。(分擔無限乃合夥所固有。不足為奇。)只覺其不便。註冊公告等等。最違商人心理者也。故若僅從適應商人心理之一點着想。增設分擔無限公司直畫蛇添足之舉也。

第二、符合現行習慣

習慣有好惡。法律非可一律遷就。卽係一望而知之良好習慣。亦尙未便卽作爲法律。更何論乎今日分擔無限之合夥制度。其優劣如何。未易言乎。就我人所知。則分擔無限制度。雖對於組織合夥之商人有利。但對於一般債權者並不甚利。此於上文已言之。若再從發展企業上觀察。則商人既處於有利地位。似樂於組織。於是企業公司將因此簇出者然。然此亦僅見其一面之言。須知企業之勃興。一方固在商人樂於經營。一方又須營業機關自身有鞏固之信用。然後世人乃樂與之往來。無限公司因各無限責任股東負連帶責任。故雖對於其債務之物的擔保（資本）較少。而其信用甚佳。股份有限公司則以資本爲其債務之唯一擔保。故與之交易者。可視其資本之多寡。而定授信程度之厚薄。若分擔無限公司。人的擔保既不如無限公司之可靠。物的擔保。更不如股份有限公司之豐富。人之信之也。自不如對於無限公司或股分有限公司之甚。以此種信用薄弱之公司從事企業。則產業發達之望亦僅矣。方文政先生曾言。「實際上由分擔無限合夥組織之錢莊。其所發行之莊票。其信用決不能如取得上海錢業公會會員資格之錢莊所發行之莊票。蓋後者所發行之莊票有上海錢業公會爲之負擔連帶責任故也。」可見分擔無限制度之流弊。不僅積極的侵害社會上多數債權者之利益。抑且消極的阻碍金融之圓滑。信用之發達。而使一國之產業委縮。此種不良習慣。正待法律之糾正。奈何轉言將以此爲法源。而制定成法耶。

第三、發達公司之組織

潘氏默察商人心理。謂「年來我國商人之道德及信用。較前已遜。投資者輒視無限公司之連帶無限責任爲畏途。恐爲不肖股東所累。惟有限公司之股東。則每視其股權之責任。不足輕重。惟有分擔無限之組織。足以濟兩者之弊。苟有完密之法律規定。存其利防其弊。則我國公司組織之企業。必將與日而俱增矣。」是卽所謂分擔無限公司之增設。可使公司組織日益發達也。其所言者。我人亦認爲有一面之真理。惜其他一面。又爲潘氏所忽視耳。所謂其他一面者何。卽分擔無限自身之缺憾也。分擔無限組織之特色。在對於債務者保護甚周。而對於債權者之行使追索權。却加以種種留難。商人窺其機微。便利用債權者所處地位之弱點。對於營業範圍。作過度之擴張。一旦破產。甚易逃避其責任。且各無限股東之責任既屬有限。對於營業。亦將不如往者之審慎將事。而一攫千金之舉。乃敢悍然爲之而不顧。蓋成功則獲利至大。而失敗則不必完全負責。僅因比例分擔。補償一部足矣。由是以觀。此種減輕股東責任之公司組織。卽斷言其足以誘起投機風潮。亦並非過言。卽或不致如此。然此種公司之業務股東。勢必過度利用公司之信用。致促成恐慌之出現。乃係必至之事實。恐慌爲現代產業之魔鬼。試問此種促成魔鬼出現之公司組織。僅見其摧殘產業。使世人對於公司之組織。反懷疑恐懼。發展公司組織之企業云乎哉。

第四、調劑法律習慣

關於此點。潘先生曾舉一實例。述上海某錢莊倒閉。某債權者根據民法中合夥之規定。要求某股東償還欠款之全部。大理院亦堅持此說。而上海商界。則根據於數百年來通行之習慣。主張比例負擔。不能責令股東中之個人獨償債務。且謂因法律與習慣之衝突。因之引起糾紛者。已屢有成例。夫習慣有好惡。不良之習慣。宜藉法律糾正之。蓋非此不足以見法律在積極方面之效能也。反之。雖有某種習慣。行之已久。資格甚老。然法律斷不能將錯就錯。降心從之也甚明。潘氏並未深究此種習慣之優劣。而貿然主張承認此種習慣為法律。未免輕忽。中國社會之不良習慣。有待於法律更正之者正多。此正中國今日所以要求法治如是其急切之重大理由。誠如潘氏言。則產業界之陳腐陋習。將無由掃除。而中國亦將長此無進步之望矣。

第五、防止合夥流弊

然潘氏之所以主張增設分擔無限公司也。原有一種苦心。為我人之所欽佩。蓋其作此主張之最大目的。在防止分擔無限合夥制之流弊也。其言曰。「若維持合夥分擔負責之習慣。則期期以為不可。因分擔無限之組織。股東對於債權人之責任。實較無限公司股東或合夥人所負之責任為輕。國家苟不於此項組織。施以嚴密的法律規定。使其經濟情形。為必要的公開。股東的關係為必要的限

制。則公司債權人及一般社會。在在可以遭受其欺詐與損害。」並舉現行之合夥組織。夥員姓名住址、股份數額、責任比例、及其他內部關係向不公開之實例。謂須從速以法律加以糾正。此種提議。我輩認爲極有價值。但防合夥流弊。祇需對於民法合夥中之規定。加以修正而已足。對於合夥人之姓名住址、股份數額、責任比例、及其他內部關係。均令其註冊。並令其經濟關係。爲必要的公開。則萬事俱了。且商業註冊。固不限於法人。商號註冊、商標註冊、經理人註冊。在公司法中規定已久。即非法人。如有關於社會公益。以法律令其註冊。行之已久。如必謂合夥變成公司後。方可令其註冊。是誠迂執之論也。總之、防止合夥流弊。有簡單而輕便之方法也。別覓新案。恐不免防一弊而另生一弊耳。(銀行週報十三卷十五號)

「註」對於上揭之反對論。潘氏在銀行週報十三卷十六號「爲分擔無限公司進一解——答密汝卓君之評論」一文中。就自己之主張。作更詳細的辯論。其論旨與前述大同小異。茲從略。

第二 分擔無限公司問題質疑

顧翊羣

潘序倫會計師以吾國關於合夥組織之商事習慣。與法院判例。頗不一致。爰創爲在公司條例中。增加分擔無限公司一章之論。惟以茲事體大。探討之餘。覺不妥之點尙多。爰草斯文。以相質難。潘君及讀者。幸進而教之。

一、考公司之組織。原以自工業革命以來。企業之發達至速。一二人之資本微弱。不足以經營大事業。故國家立法特許公司之組織。俾得集腋成裘。聚零爲整。資本集而信用固。故其股東之人數。以多多爲益善。但有最少人數之規定。從未有最多人數之限制者。蓋以在現代之企業。資本與人才相輔而行。有資本者不必有才能。有才能者不必有資本。公司之設立。所以使出資者與服務者各得其所。非如個人及合夥之組織，出資者與服務者同屬一體。致社會經濟不得發展也。潘君之條文。開宗明義。卽限制股東人數最多爲十人。夫以十人組織之公司。其創立時之資本恐難湊集鉅額。創立後設以事業順遂。而欲圖擴充。則股東受人數之限制。惟有二途可行（一）罄已身之財產。全部加入公司。以求一逞。（二）將逐年餘利。仍留公司。作爲發展之用。由前說則公司苟敗。股東將無餘資以清償債務。是爲不智。且亦爲事實所難。由後說則逐年之餘利。爲數有限。不克卽時發展。坐失良機。故事業順遂時。股本增加爲勢甚難。公司遂不得不增加其固定及流動之負債。以應發展之需要。寢假而股本與負債之比例。相隔懸殊。股本乃失其爲債務保證金之用。此種狀況。實爲合夥及個人事業之通病。但以有投資者之聲望與財產爲後盾。爲慮尙小。若在此種公司。則各股東所分擔責任祇有一定成數。一旦發生變故。必將釀成巨患。無法補救。害莫大焉。」

二、國家賦與公司以法人人格。原冀其基礎穩固。進行無阻。庶社會經濟。得以發展。然此則

股東人數既不足十人。倘內部小有意見。卽易有解散清算情事。此在契約關係之合夥組織。成立及解散。均不經過官廳。原不爲難。但在此種公司。則呈報及註冊等手續繁多。組織者不將畏難却步乎。

三、此種公司名爲無限。實則有限。組織者苟非其人。易滋流弊。何以言之。假定某公司所共往來者。有銀行商店多家。每家債權多寡不等。全部總計。超過股本至數十倍之多，但此公司祇須保留所欠每一家債務。在股本一定成數之下。則債權者自不至遽生疑慮。迨某公司倒閉以後。將債權彙總計算。始知蔚成鉅數。爲大多數股東能力所不能償。其有能力之某股東。復因其認股無多。除償還本人應擔任部份而外。不負何等責任。債權者之損失。仍屬不鮮。此其咎並非在債權者不知各個股東分擔責任之比例。而在債權者不知該公司所有資產負債之總數。故除由法律規定該公司須按期造具財政報告。交會計師證明公開發表外。別無救濟辦法。若僅將股東姓名住址及分擔比例公開。尙嫌不足。更有進者。公司股東責任比例之變更。并不責債權人之干涉。而債權人對公司內部變動。事實上亦難時時向官廳調查。假令公司在倒閉前二年。各股東責任之比例曾變更四五次。則倒閉後各股東所負責任。究應以何次爲準。潘君草案。並未明白規定。此點苟不加注意。則將來糾紛必多。

四、考潘君提案本旨。原以此種公司。可以適應商人心理。而發達公司組織。愚則以爲吾國原有之合夥商業。爲保存祕密起見。恐對於此種組織之公司。難以歡迎。而前此業經註冊之無限公司。股東人數在十人以下者。却可利用此種規定。改爲分擔無限之組織。以減輕其責任。其結果不過對於無限公司之進展。加以阻撓而已。

五、吾國合夥之組織。苟詳爲研究。當與英美諸國之普通無限合夥 *Unlimited Partnership* 微有不同。蓋吾國合夥商店之名稱用字號。（如豐大裕源之類。）各國合夥商店則大多用合夥員之姓名。法律雖不強迫用姓名。然習慣則然。其別一也。吾國合夥股東任事者不多。大都推經理負全責。各股東姓名及股數。向少宣布。（上海錢業公會曾有同業錄。停刊已三年餘。）各國合夥營業多由合夥員自任。往來函上印明各合夥員之姓名。且在各商業名錄及報紙廣告上。詳爲揭布。其別二也。吾國商業慣習。合夥中每一合夥員逝世。合夥財產名義上所有權。Title to Partnership Property 卽屬其他合夥員。但應負責清算。照股攤還於逝者之繼承人。其別三也。蓋吾國舊時商業。發展已至相當程度。雖無公司法可以遵行。然各出資者與服務者。久已不屬爲同一種人。各債權人所注意者。爲經理之人格。及各出名之股東之財產信用。其餘各股東。就法理而論。皆係隱名、*Dormant* 秘密、*Secret* 或附屬合夥員、*Subpartners* 之類。對於債權人所負責任。實有限度。初不必假

藉於商業習慣。以資抵抗也。現在商業競爭激烈。經濟公開之潮流甚盛。各大合夥商店雖欲故步自封。嚴守秘密，然殊不能拒絕債權人及官廳調查其股本數額、及額東姓名。股東爲避免無限責任起見。祇有擴充股本。改組爲有限公司。（股本總數認足後。先繳足四分之一。即可成立。其餘未繳數目。作爲債務保障。債權人對於公司之信任。恐亦不遜於合夥組織。）如必欲保留合夥之組織。則一部份之股東。儘可按照有限合夥 Limited Partnership 之辦法。在官廳註冊。證明其責任之限度。其他股東。至少須有一人。責任爲無限。庶債權人之利益。得以保全。此種有限合夥員之權利義務。應於民法合夥章中詳爲規定。以免誤會。於理論事實。兩無窒礙。以較潘君所主張之分擔無限小公司。爲易於實行也。

綜上所論。愚以爲分擔無限公司之組織。利少弊多。且他種方法。亦足以濟用。無在公司法律規定之必要。我國公司法雖規定四種公司。實際僅有限公司尙稱普通。無限公司已居極少數。其餘二種。罕見實行。今再益以此名實不副之分擔無限公司。更足以資糾紛。潘君博學。素極欽仰，尙希指教。以匡其誤謬焉。

〔註〕本文末節所謂之有限合夥。實即我國公司法中之兩合公司。但愚以爲此種組織。無賦與法人人格之必要。揆之實際。成立此種公司者爲數極少。足見條文之規定。不發生實際效力。似仍以

在合夥章中規定爲宜也。(銀行週期十三卷十八號)

第三 上海市商會對於合夥制度之主張

逕復者。七月二十七日。接展大函。以合夥改爲按股分擔。有四弊三難，主張於公司法中。增入分擔無限公司一章。民法債編。關於合夥之規定。一仍其舊等語。辱承商權。至爲竊感。經提交第四十五次常會討論。愈以合夥之厲行連帶負責。僅係近數年事。尊議「其弊四也」與「困難三也」之兩節。均以連帶改爲分擔。貸款者恐因保障薄弱而裹足。卽營業者恐難吸收鉅款。則歷來合夥事業。成功者何以轉公司爲多。此層似嫌過慮。又尊議「其弊二也」一節之所慮。無非謂合夥員姓名地址。與合夥數額向不公開。債權未免受損。此層本會已籌有補救辦法。正由社會局轉呈市政府。咨部核示之中。尊議「其理由二也」之中。又以爲無法律根據。難於強制進行。其實合夥員爲確定按股分擔責任。免致株連起見。一經洞明利害。自必不令而行。無須出於強制。故此舉如果實施。則尊議「其弊一也」所慮分向各個合夥員起訴如不可能者。困難自可卽此消除。尊議「其困難一也」「困難二也」所慮之困難。並非實際困難。蓋第一點立法例不必從同。尊議已承認之。第二點於民法合夥篇及商人通例。如增刪之規定。不過立法委員稍費楮墨之勞耳。故本會意見。實卽於合夥制度之中。行分擔無限公司之精神。但不改變其名義。若另立一分擔無限公司。證以前清自公司律頒布迄今。

近三十年。其改用公司組織者。僅都市中極少部份。採用此項建議。亦祇足以解決一小部份之糾紛。而大都數所認為合夥之癥結。（即連帶負責）仍未能解決。是與其另起爐灶。固不如合夥而改革其辦法之為愈矣。議決本此意旨。函復在案。相應錄案函復。即請查照為荷。

〔註〕右係對於潘序倫會計師請求協助增設分擔無限公司運動之上海市商會復函

第四 同業公會等對於潘序倫為合夥責任之意見的駁斥

（上略）

（一）法律行為 潘氏反對將合夥責任改為按股分擔。第一理由。為「合股組織在法律上祇為夥員間對內契約之關係。對外既無獨立之名義。又無法人之資格。故不能為訴訟之主體。……」按合夥之意義。乃謂二人以上出資以經營共同事業之契約。民法所規定之合夥。原屬契約行為之一。除隱名合夥外。凡屬合夥契約之成立。縱不能謂為全屬於商業行為。然普通經營共同事業者。商業實居多數。總得認為商業行為。既屬商業行為。則商號之登記、商業之註冊。即就吾國之立法原旨論。自亦不能謂既無獨立之名義。又無法人之資格。合夥組織既屬依照民法法規。而為合法之組織。是其合夥之契約。亦即法律行為之一。如其發生訴訟。在法律上當然可認為權利義務之主體。三年上字四零號判例。……普通合夥。則總合夥員俱為權利義務之主體。」觀夫此。則潘氏所據之理由。

不合法理。至爲明顯。

(二)商業登記 潘氏反對之第二理由。爲「合夥設立。向無主管官署聲請登記之義務。合夥破產。無從根據。……」其第二理由。卽沿襲上述第一理由之謬誤。仍以既未登記。又無註冊。其弊仍在乎債權人之不易查考。關於此點。在現行商人通例中。固已早已規定。如能嚴格履行。尙復無從秘密。卽就目前事實論。對於商業登記。似毋庸總總顧慮矣。

(三)無限公司 潘氏注重公司法中加入分擔無限公司規定。其意見爲「……但爲合夥契約不能
有法人資格。祇有公司有此資格。故分擔無限之組織。應以規定於公司法中爲便。……」須知文明
國法例。營業自由。商人資格。原無限制。我國民法所規定之合夥契約。蓋卽以自由主義爲正則。
故不論何人。凡有訂結契約獨立負擔義務之能力者。總得爲商人而營商業。此在立法上爲納所取之
主義。與夫本國國情。原極適合。公司則必依一定之制度。非僅有二人以上合夥營業。卽可濫稱爲
公司者。苟不遵公司法所定之要件。合人數之定限。及以書據簽訂定章。再向官廳註冊。則不得受
公司法上保護之利益。乃爲一種絕對的強制主義。我國商店組織。在最近二三十年間。通商巨埠之
新式合業。如有間採公司制度。其餘頗爲合夥組織。歷史自爲悠久。習慣早成普遍。潘氏爲欲激以
分擔無限之組織。規定於公司法中之主張。乃不惜以合夥營業與公司組織。牽強附會。并爲一談。

直欲舉此自由之商例。繩爲強制的規定。譬之削足適履。不合於習慣。不適乎國情。以言法理。實屬理解錯誤。以言流弊。斯直足以亂社會原有之安定狀態而已。

(四)各國法律 (五)立法精神 (已見第二章第二節)

(六)違反契約 綜而言之。上文所舉各國民法。卽我國制定民法時作爲基本條例之法律。從無一國有合夥員聯帶負責之規定。原以合夥行爲。爲契約行爲。故不問其爲商事或非商事。關於損失。必須按照各合夥員合意所定之契約而按股分擔。此爲民法契約法規之最大原則。不得與公司法規定之無限責任股東。而同負此無限責任也。我國合夥組織所訂定議單。卽爲契約。契約既有規定。損益皆按股分擔。而民法合夥一節之法條。乃使連帶負責。是不能不認爲違反契約。堅執此項違反契約而訂之條文。必欲令人民以服從。其如商業破產何。主張不能取銷連帶責任。不能修改民法六八一一條條文者。統觀上文各項例證及論據。則該法條之規定。在立法上完全失其立足點。似已極爲明顯(下略)

合夥股東責任之研究

分擔無限公司章程之增設及反對論

一三二

第五章 商業登記制度

第一節 對商業登記制度的要求

對於潘序倫氏的主張——爲要防止并補救合夥組織中合夥員之責任制度的弊害。（參照第四章第一節第二中段）應於公司法中增設分擔無限公司一章的主張。上海市商會及各地實業界俱有強烈的反對。並且立法院也如上述依其獨見的見解。有憚於採擇的情形。而直到現在仍舊將問題的重心照樣作爲懸案地推諉着。這種停滯狀態的促進與打開。就是這裏的所謂對商業登記制度的要求。以至現在立法院之對於該法的審議。

但商人是在一般交易市場中與廣大的公衆交易的。所以爲其信用的維持與保護計。或爲確保商人相互間的安全計。一切關於商人的必要事項就有向外公開的必要。試徵之歷史。在羅馬時代、就有這樣的習慣——商店必以法文書成一定的照牌。此外並以廣告紙、傳單、或商人間的通告。公告各自的營業狀態。然而到了中古時代。商人團體興起。而合夥名簿（或團體員名簿）之制度發生。此項制度後來爲一般國法所承認而進化到形成今日商業登記的制度。蓋商業登記制度的目的。就在將商法上規定的登記事項。登記於裁判所的商业登記簿。而對第三人確立法律上的對抗要件。現今除

英、美、法外如法法系諸國及露細亞等國。祇規定特定情形的登記。而沒有一般的商業登記制度的國家也不是沒有的。但在德、奧、瑞、斯干的那維亞等德法系的國家及意、西等國。都是具備這種制度的國家。（參照田中博士商法總則三六〇頁）然而日本新商法關於商業登記手續之規定。設於非訟事件手續法中。而在該法中僅止于實質上的規定。

至於中國、從來就沒有關於商業登記的制度。其採用完全屬於新的創造。所以現在祇能說是準備時代。然而對於其立法的過程及草案的內容等等。雖然因該法尚在胚胎中。而不能明瞭其詳情。但自民國二十二年。以各省區商會的要求與立法院委員吳開先等的提案為動力。立法院也在着手起草了。到了翌年二十三年漸得成案。十月末以該院商法民法兩委員會的名義。函全國商會聯合會。令特派代表列席審議商業登記法。然而代表列席的結果。該法第九條關於合夥商業登記的條文遂成為問題。而以商會聯合會及上海市商會為首通電全國各地商會促使一致力爭。同時向立法院及實業部呈請修正。至本年二月更由上海市商會電促立法院實施該法。以下先記述這些事實的過程。然後再以之與現行法規比較而一言其必要性。

第一 商業登記之內容

中國之商業登記法。立法院雖然已經起草終了。但是還有審議未了的條項。所以還未制定公布

。而所謂立法院草案其物也沒有發表。對於其詳細內容無由揣摩。但其第二條與第九條關聯合夥的條項。已經在商界方面成爲問題而掀起了波瀾。此等條文。曾以上海市商會執監會議（民國廿三年十一月八日）討論的結果在當時報紙（民國廿三年十一月九日上海新聞報）上發表。茲抄示於左。以窺其鱗爪。

第二條 商業登記由當事人向營業所所在地之主管官署爲之。

第二條 合夥人之姓名、住址、出資之種類數額。如已本人向營業所所在地之主管官署登記者。得於其出資限度內。負分担損失之責。股份有移轉或變更時亦同。

〔備考〕右草案中第九條、上海市商會一致擁護。希望立法院通過。但關於第二條。主張於條文末補充「有同業公會者。應由公會轉請商會。無同業公會者。逕由商會轉請。」之條文。以便與修正同業公會法第七條「同業之公司行號均應加入公會之條文」首尾一貫。

第二 上海市商會之商業登記法意見（民國二十三年十一月十二日上海新聞報）

現行民法債篇第六百八十一條。合夥債務連帶負責之規定。因與立法公恕之政策。與吾國經濟之狀況。均有扞格難行。迭於民國二十二年三月十日。及是年六月二十六日。呈請立法院修改。嗣由立法院咨復行政院。謂此案已交據審查報告。無庸修改。至合夥組織。可另定商業登記法。以爲

補救。由行政院秘書處據以函知各該商會在案。查所謂另定登記法。以爲補救之議。係由立法委員吳開先、趙琛、梁寒操、程中行、瞿曾澤、吳經熊、趙迺傳、盛振爲等之提議。其原提議有云。

「據此本席提議於民法債篇第六百八十一條合夥財產不足清償合夥債務時。各合夥人對於不足之額。連帶負其責任條文之後。增一但合夥之已向主管官署辦理正式登記者。各合夥人得按其所認之股額分負責任。」是所謂補救者。係一經正式登記。可承認其合夥議據之按股分擔責任。對外發生效力。而不復責其連帶負責。按諸補救二字之意義。以及原提案之詞意。至爲明顯。特院議異於原提案者。卽不以此項規定。增訂於民法第六八一條之後。乃另訂單行章程。以期補救而已。此項辦法。既由立法院第三屆第三十三次會議議決。咨復行政院。則現時起草之商業登記法。自必根據院議原案。以期立法主旨。歸於一貫。近據屬會列席代表陳蕉青、駱清華攜來立法院所訂商業登記法草案。其第九條內。有合夥人之姓名住址。出資種類額數。已由各該本人向主管官署登記者。得於其出資限度內。負分擔損失之責。核與當時所議補救原意。極爲相符。軫念商艱。曷勝欽服。惟聞代表所談。謂院部對於此項規定。尙待研究。深恐持論既有異同。或致影響及原案之成立。敬再縷晰陳之。

合夥責任問題。本爲歷二十餘年爭論未結之案。聯合分擔。係昔年大理院之判例。非商市普通

之習慣。商場慣例。祇有按照合同議據。按股分擔之一例。其時各商爲聯合分担之判例。向司法官署請願者。正不亞於今日之爭連帶負責。案牘具在。可以覆按。連帶負責與聯合分擔。外表雖異。實際略同。蓋連帶負責。債權人可任選擇一人。向之訴追金額。聯合分擔。則假定五人負債。而其中三人富有資力。債權人應分向三人控追金額。除此一點以外。並無大異。設使上述五人之中。而有三人富於資力。則債權人須以連帶負責之故。向三人中之任何一人訴追。而彼三人中之一人所墊金額。固不難向其餘富有資力之二人交涉償還。然則商家何必爭此聯合分擔與連帶負責之虛名乎。吾國西業債務。自昔相沿之辦法。凡遇按股分擔。償不足數時。則按成歸結。或則付現若干。其餘分年立據拔還。商人久已安之若素。並未發生流弊。近來經營合夥事業。每憑託一二稍有資力之人以爲號召。而其他合夥員。不妨取巧充數。及至事業內容已極空虛。彼取巧充數者。儘可不圖補救收束。以爲僥倖。而盈仍可同享潤利。卽一旦有事。亦自有稍有資力者以其全部財產爲殉。是連帶負責。乃適爲若輩取巧者開方便之門。無怪社會風氣。日趨浮薄。商場道德。轉不如前。若厲行按股分擔之制度。則各合夥員各有其應盡之責任。事前不取巧於嘗試。事後不能對外諉卸。如謂非連帶負責。不足以保護債權人。使其享十足償還之權利。則屬會於上年三月及六月兩次呈立法院文中。早已詳晰言之。蓋國家制定法律。對於債務以同等保護爲原則。不當有所偏苛。況債權債務。僅

相對的而非絕對的。往往同一自然人或法人。在此處爲債權者。在彼處又爲債務者。或投資於此處者。同時又投資於彼處。分擔負責。則調劑易而影響少。連帶負責。則牽連多而維持難。且恆人心理。以爲投資田宅。卽有折閱。其所失者不過投資之田宅而止。核與合夥經商之危險。相去百倍。稍有心計者。勢必爲現金集中都市。悉以投資房地產及公債庫券。其結果足以促內地商業之沒落。在全國商界一致呼籲對於現行民法連帶負責規定必項請求補救者以此。在立法院議決另訂商業登記法以爲補救者。亦當以此。自來詬病合夥之按股分擔制者。每謂議據係對內契約。且合夥員姓名。住址及其股本額數。對外向無公告。遇事易於藏匿變造。故據此以爲合夥員應行連帶負責之理由。則上述缺點。已不存在。此屬會所以竭誠擁護草案第九條之能順利通過。不覺言之縷縷者也。

立法院擬訂商業登記法之時。先曾有黃委員右昌來會諮詢意見。屬會曾以草擬之合夥登記辦法九條。抄送黃委員參攷。其中有同業公會者。應由同業公會轉請。無同業公會者。逕由商會轉請。聞立法院所訂商業登記法案第二條。規定逕由當事人向官署聲請。但所以有此擬議者。實有見於同業公會與其所屬商店。平日太形隔閡。竟如一盤散沙。雖修正同業公會法第七條。規定同業之公司行號。均應加入公會。但實際效力。仍等於零。故欲藉登記手續之承轉。以保持其密切關係。且合夥爲吾國商業最悠久最普遍之組織。較之公司登記。情形尤爲複雜。如合夥員中。有無曾經喪失

財產信用之人。其所報合夥股額。實際是否收足。非由同業公會查明負責核轉。詎能悉其內容。近來關於國貨證明書之頒給。以及爲機製洋式貨物稅而填具之工商調查表。均須由法定工商團體負責蓋章證明。則合夥登記關於將來權義。更形重大。似亦未容獨有例外。就世界經濟政策而言。對於商業。俱由放任而趨於統制。所謂十九世紀之自由主義。早成過去陳跡。我雖未能刻意趨。而政策亦宜逐漸演變。至謂同業公會商會辦理登記手續。如有延擱爲難情事。則主管官署可以監督。請求商號可以呈訴。且團體本身。轉因同業之利害切身。而組織亦趨嚴密。會務易於整飭。此又經經之愚。以爲合夥登記由同業公會或商會核轉一層。有益於商業。而並有益於實業行政。伏願於立法院討論修訂時。加以考慮。於草案第二條之內。加入由同業公會或商會核轉之文者也。

第三 廣東之商號股東註冊（民國二十四年三月一日上海新聞報）

各地商業不景氣。廣州市不能例外。因是大小商店迭有倒閉。債務糾紛咸向法院追訴。債權人大都以殷富股東爲清償債務人物。一般殷富股東。雖占少數股份。而負清償債務責任。揆諸事理。實有未平。廣州地方法院院長陳達材。特向省府政治研究會提議。施行商店股東註冊以爲判別隱名合夥標準。該會法判組討論結果。認爲可行。應由財廳交營業稅局主辦。並由各商店股東自由註冊。關於註冊手續，務取簡單。俟提交省府會議通過後。即公佈施行。茲覓得該提案原文。照錄如下。

提案理由

（規定商號股東註冊。以爲判別隱名合夥標準。而利人民投資案。）查合夥人對於合夥債務。應負連帶清償責任。雖爲民法債權編所明定。但徵之商場。每遇合夥營業失敗。其債權人不問其合夥股東之占股多少。及有無執行合夥事務。祇擇其股東之富有者如數追訴。受訴法院。限於法文。亦惟有判令連帶負責清償。故其股東常有因占少數股份而受清還全額債務之痛苦。且執行該合夥事務之經理。更有利用此弱點。乘機浮報債額。串同訴追。以圖擇噬者。亦時所常有。是以全國商會前曾聯請修改此項法文。未蒙邀准。而影響所及。其富有者恐被牽累。勢必不敢輕於投資。殊非繁榮各項事業之道。仍應亟圖補救。實行商號股東註冊。以爲判別隱名合夥之標準。而利人民投資。

登記辦法

規定各商號申報營業稅時。由該管營業稅局。限令各商號經理。將股東姓名、年齡、籍貫、住所、及占股數目。詳細填報。並附繳各該股東印鑑。及最近相片。由該局粘貼騎縫處。加蓋銅印列冊備案。則該出名註冊股東。卽爲合夥股東。或出名營業股東。否則實際雖占有股份。仍認爲隱名合夥。將來關於合夥事業之權利義務。法院卽根據其股東已否出名註冊。以爲判別是否隱名合夥標

準。依法定其責任。庶安人民投資之心。而收繁榮各項事業之效。是否有當。敬候公決。提議人陳達材

第四 商業登記法之擁護運動

上海市商會爲擁護立法院商業登記法草案第九條之合夥分擔責任之規定。曾通電各省區商會響應。一致擁護以貫徹商界之主張。全國商會聯合會亦出以同一手段。茲列舉如左。

(一) 上海市商會之通電（民國二十三年十一月三日）

立院依據各商會歷年之請求。及上年立法院委員吳開先等八人提議「合夥商店之已向主管官署辦理正式登記者。各合夥人得按照所認之股額。分負責任。」議決另訂商業登記法以爲補救。敝會方謂積年爭議未決之連帶負責案。自此可得一結果。詎此次立法院民法商法兩委員會舉行聯席會議。審查該法草案。敝會奉邀推派代表出席。依法對登記商店。應採分擔責任。指陳理由。至爲詳盡。而結果仍案懸未決。商人請求目的仍未貫徹。又合夥商業登記。敝會主張。有公會者。由公會核轉。無公會者。由商會核轉。係爲保持商人與商業團體間之密接。不致如現在之散漫起見。而此議於上屆審查會議時。亦有異議。敝會除再呈立法院、實業部、繼續陳請外。務祈各地商會。向院部一致主張。否則下次院議開會決定以後。補救更難。

(二)全國商會聯合會之通電(民國二十三年十一月六日)

(上略)本會前准各商會函電。爲民法債篇第六八一條。規定合夥債務連帶負責。權利義務。不相平衡。請求轉呈修正到會。當經本會迭電立法院。請求修改去後。旋奉令復。該條毋庸修正。將來另訂商業登記法。以爲補救等因。本會復行呈立法院。請求於修訂商業登記法時。准許本會推派代表列席。本年十月廿七日。准立法院商法民法兩委員會函請推派代表。於本年十月三十一日列席審查商業登記法等因。當經本會召集第三十七次常務委員會。推舉常務委員李奎安爲本會代表。赴京列席立法院商法民法兩委員會聯席會議。陳述意見。該代表業已公畢。回滬。繕具報告到會。惟查該法第九條。原草案爲「合夥人之姓名住址、及出資之種類數額。如已由各該本人向營業所所在地之主管官署登記者。得於其出資限度內負分擔損失之責。股份有轉移或變更時亦同」等語。最爲重要。現在未能決定。相應電達貴會查照。即希一致向立法院力爭。照原草案通過。以資補救。至爲盼禱。至下次開會。本會當再推代表列席。結果俟一併報告。

第五 上海市商會催請制定商業登記法之文件

(一)呈上海市社會局文(民國二十二年七月二十日)

呈爲呈催事。案查屬會前以本市合夥商店。對於合夥員退夥時。是否須經過加記改記。及登報

公告之手續。並無一定慣例。致時有爭議發生。經第三十一次常會。擬具商店合夥退夥登記辦法九案。於三月三十日。呈請鈞局備案。久未奉批。復於五月二十七日。查案呈請。亦未奉到批令各在案。茲據本市錢業同業公會函稱。案准敝會第四十三次執委會議。提出關於信用放款。妥籌保障一案。以我國商店組織。除公司外。大多數爲合夥制。同業放款途徑。亦以放與此種合夥商店爲多。但合夥組織之議據內所載合夥人之姓名股數資本。惟合夥員自己明瞭。而對於局外。秘而不宣。縱或由探訪而得。徵信而知。然無法律根據。亦不能得到合法證明。設遇清理或破產。始知內幕有不盡然者。則惟有自咎調查之不實。而損失已不易挽回。故本會認此事與金融業業務上有重大之關係。宜設法補救。經詳加討論。以爲商店應列舉資本總額。獨資或合夥。並將股東姓名籍貫、所占股數、明白列表。報由各該同業公會及市商會。彙報主管官廳註冊。如遇組織及合夥員有變更時。應重行註冊。隨時公佈。如此既可杜投機取巧之門又可絕戲牌招搖之弊。果屬正當營業之商店。股東殷實者。正可吸收資金。以發展其業務。其或意圖利用他人資金。以經營不可靠之商業者。自必斂跡不至。貽累社會。而吾業放款業務。亦易於取捨。危險得以減少。經一致議決函請鈞會察核照准。並請呈請主管官廳核准備案施行等情到會。據此。是合夥退夥之公開登記辦法。足以避免商業上取巧影戲等弊。已成爲本予商界一致之企求。理合據情查案續呈。仰乞鈞局鑒核。俯賜即日批示。

俾有率循。實爲公便。(下略)

(二)電呈立法院文一(民國二十四年三月一日)

● 商業登記法規定合夥分擔責任問題。以與現行民法第六八一條收調劑之効。係由鈞院立法委員之提議。得各地商會之同情與擁護。屬會對於主張分擔責任之理由。於二十二年三月十日、同年六月二十六日、上年十一月六日、三次呈鈞院文內。連篇累牘。言之已極詳盡。頃聞該項登記法。初步審查。雖已竣事。惟因關於合夥責任問題。有主張採連合分擔制者。是以逡巡未決。尙爲懸案。查聯合分擔。與連帶責任相異者。僅債權人無選擇權之一點。在債務人實際所負責任。仍與連帶無異。屬會上年十一月六日呈內。對於此制之不便。早經詳爲剖晰。從前各商會對於前大理院此項判例。亦迭經聲叙其不合國情。均有案牘可以查考。論者動謂現擬採用此制。係兼爲債權人利益設想。一若商會所代表之商人。乃盡處於債務人地位者。此其遠於事實。不辯自明。現在商市危迫。歇業相仍。其勉能支撐者。亦惟日復負累。羣思收縮。其薄有資產者。亦以責任太重。不敢經商。循此以往。恐祇有陸續收縮。而無新闢規模。自來之法政策之適宜與否。恆足以左右社會之經濟。當此商業存亡絕續之交。屬會體認真切。爰敢忘其冒瀆。重申前請。伏祈鈞院採用商業登記法起草員第九條起草之原案。將該法早付院議。通過施行。以蘇垂絕之商業。慰待命之商情。實爲公便。

(三)電呈立法院文二(民國二十五年二月一日)

(前略)自廿三年十月間。鈞院立法委員採取全國商家之意見。於起草之商業登記法。規定合夥分擔之責任辦法以後。雖經一度之初步審查。而因院委持論不同。逡巡未決。當由屬會於廿四年三月二日。暨是年四月十六日。以冬銑兩代電。呈請鈞院。請將該法早付院議。通過施行。奉鈞院秘書處兩次函復。均稱已由院長批交民法商法兩委員會參考。但迄今又將年餘。迄無決議施行之消息。當此全市商業。極度衰頹。債務糾紛。環興迭起之時。謹愿者以受連連之株連。傾產不足以償。並不敢挺身而出。自任其應擔之部份。徒使賬面益爲難收。市情更增凋敝。而新合夥事業之無人敢爲發起。更無論已。屬會於一年之中。迭接各業上述聲訴。徒以此事案牘請求。幾於盈寸。未便再瀆。但案經久擱。又不能終於緘默。用再瀝誠籲懇。仰祈鈞院鑒核。俯如所請。早日議決施行。實爲公便。

第二節 商業登記制度之可否

關於商業登記制度之可否施行不得不考慮之點。就是該制度是否果真有糾正合夥組織的缺陷而排除實害的效果、以及立法上的難易與既定制度之法規的運用等技術的關係。茲略述于下。

第一項 合夥組織缺陷的補救與實害的排除

合夥組織中最大的缺陷。就是中國商界從古以來的秘密主義。在中國之傳統的道義觀念維持商人間信用的過去。秘密主義的確使往來上的融通性大而且敏。而得以發揮充分的機能。但隨着資本主義經濟的發達。所謂經濟人的純粹商人之本來姿態漸漸明瞭化。因而往來上的概念常爲現實的利益所支配。於是從來的秘密主義反而成爲阻滯並詐害（合夥債權人及一般社會）往來的便利與信用的基礎的東西了。所以輒近就有這些主張——使合夥內容經濟公開。註明商號的股東。或制定合夥退夥的公開登記辦法。以便於基於對外的公信力之信用貸付。或確立責任或損失分擔制、去防止無資力、不誠實股東的連累。或確立判別隱名合夥的標準以明白股東之關於合夥的權義關係。總之、這種法制的要求是必然的而且當然的。然而僅僅由于法的強制。果真能夠防止這些弊端排除這些實害嗎。對於這個問題。因爲由于與中國商業習慣中潛存的諸事情的融和或抗爭而讓成的結果還要繼續去考察。其解決依然要留待於將來。

第二項 立法上的難易與法規的運用

對於上述立法的要求的反對論者。提出了「商業登記法能夠像理想一樣適用於全國商界嗎」、「假定是施行了能夠發揮牠的效力嗎」的疑問。同時非難地說「對於必須登記的事項增設民法的規定不好麼」、「重新制定登記法有制法上的種種煩瑣與困難、（參照上述）難道增設民法之規定即準用註冊

條例、商人通例、及公司法之規定等以補足現在的不完備之點倒不是上策麼。」然而立法之旨趣精神是在於如何解決糾紛。像過去的許多法規的實施及運用之法的強制的微弱與其不澈底的視爲具文的事實。如果沒有從根地改變。問題繁複的現狀一定是依然舊態。而其解決也只有留待將來。「註

(一)(1)(111)】

〔註〕(一)合夥組織之法制的缺陷之一。就是因爲合夥沒有法人格。而不得訴訟的主體。且該主體不得明確。茲舉例子左。

利用種種關係人得知合夥人的姓名住所。置之確信而對某合夥人等起訴者。是極其危險的。因爲這種關係人在法庭上被告面前。沒有證明該當合夥人的勇氣。若有這種情形立刻可以被被告等所收買。嘗有一被告商店雇用的學徒。在證人席證言在舊曆正月店內祭財神的一天。向財神鞠躬後向被告行敬禮。因爲他是合夥人中最大的出資者的原故。就因爲明白了這件事。遂得明白該被告的責任。

〔註〕(二)中國之與商業登記法有關係的現行法規。有如下列。

(1) 註冊條例(民國十六年公布十一月十九日施行)內容係公司、商號、商標、礦業的註冊、全文十三條。

(2) 商業註冊暫行規則(民國十七年十二月十日工商部公布同日施行)全文計三章三十五條、第一章通則下註冊所中有備置商號、經理人、二十歲未滿者營業、法定代理人營業的各種註冊簿的規定。第二章呈請註冊辦法。第三章呈請後註冊辦法。

(3) 商號註冊施行細則(民國十七年二月二十日財政部公布施行)全文計三十二條。

(4) 公司登記規則(民國二十年六月三十日實業部公布七月一日施行)全文四章四十六條。

(5) 取締華商向外國註冊掛號辦法(民國十六年十二月財政部呈准)

(6) 商事公斷處章程(民國二年廿八日司法工商部公布七月廿八日及三年十一月十九日修正)及商事公斷處辦事細則(民國三年九月廿一日北京公布三年十一月十九日及廿四日八年六月七日北京司法農商兩部部令修正十一年十月十六日北京司法部部令修正十三年三月卅一日十五年九月十日北京司法農商部部令修正依十六年八月十二日國府令暫准援用)

「註(三)」「滿洲國」之與商業登記制度有關的現行法規如左。

(1) 商人通例(民國三年三月二日公布同年九月一日施行)計七章七十三條、第三章商業註冊、第四章商號、第五章商業帳簿。

(2) 商人通例施行細則(民國三年五月五日施行)

(3) 民事訴訟法中規定援用前揭「註(二)」之(6)。

從上述的情形看來。在中國設有所謂同業公所的制度。在同一都市中營業種類相同的商店。各業必各置一公所。同時在該公所將所屬商店之商號及營業者之姓名等一一登錄。然而因爲此登錄制本來不是公開的。所以與該當商店往來的第三人尤其是外國人。在發生問題後。想以公所爲事實的解決。結果是不能達到目的的。尤以商號的登記制度。因爲更加放任於極不完全的狀態中。所以查閱了備置的登記簿。事實仍沒有什麼剖明。這就是所謂不是原話。

在這裏要在作最後的解決中去公開

(一) 契約書上之商號股東何人、

(二) 組織係合夥抑係個人經營、

(三) 合夥股東何人出資額幾何、

(四) 合夥人之責任係分擔制、抑係連帶制。係有限抑無限。無論如何。除採用商業登記制度外。沒有別的方法。不論商號股東註冊。或合夥股東登記辦法。創設以新聞公布制的主張畢竟是此時潮流的反映。祇有中國在從獨自的「商業基爾特」的社會構成的角度爲登記之際。各該同業公會或市商會之審查轉達等處置手續的必要。是當作立法的技術去考慮的。

那末、關於合夥之商業登記制度的問題。是以上述法制的要求爲動力而組織一種儘量利用中國特有的團體（例如同業公會）的機能的商事公斷處那樣的仲裁的與和解的民間調停裁判所呢。還是依據將來賦與合夥組織以法人格的事、以商的色彩編入商法的體系並使之完備、而作爲次于公司組織的商人營利機關去使其發揮傳統的機能呢。換句話說。就是到了要使商人的生活之自治的規範。或商習慣法規化的傾向成爲熾烈的要求而抬頭的時候。才能看見這種企圖的實現。而多年的宿題才得漸漸解決。

第六章 結論

如從根本觀念上去分析上述民法之合夥規定的一部分修正意見。及公司法內分擔無限公司章程增設論。那末、議論的焦點。得歸納爲如次的二點。

- (一)關於合夥的本質、中國社會上習慣、經濟、法律諸要素之相互的關聯、敵對、抵觸。
- (二)爲調劑右列的抵觸關係、是否必須採擇何項法制的措施、而這種措施是否果真會成爲商界一般的必然的要求。

以上就是對於這兩點作進一步的檢討。

第一、所謂習慣。是某種基本的事實。(例如償付債務責任及於其親屬等是。)由各階級的社會人。以同一形式經過長久時期的反復行爲而成立的。不關該習慣是如何不合理或不便利。但因爲心理的習性的原故。或者因爲社會的觀念之故。是不容易脫離牠的羈絆的。而習慣是在數量上、時間上具有支配全社會的勢力的。在其成立之初期。就以鎔化一切宗教、道德、法律於一爐的內容。形成社會的統制力。而執行了其社會的規範之任務。但隨着社會的發展。從來潛在的社會文化的諸要素。漸漸意識化。同時社會的內部狀態。完成了國家的體制。而社會的統制方成爲了支配社會的法

律的規範。掉過來看一看中國的社會。則由於官僚政治與軍閥內戰所引起的戰亂、盜匪橫行等等的影響。社會的變動。差不多是不斷的連續着。結果、社會一般人士不得可據的規範。所謂以國家的統制力保持法的規範之羈束性。事實上在完全不可能的狀態中。習慣在本質上還是具有着其初期的效用的社會統制力。而必需社會人士去遵守牠。這就是說。中國的習慣。在作爲社會的規範以外。多半被當作兼有向法律的規範的過渡與法的根據的。尤其在中國社會上。此種過渡的期間。由於其社會之複雜性、多樣性。是獨特地呈現着一種極其迂緩的形態。

試就合夥之本來的姿態來檢討。其發生的胚胎。在以家庭爲地盤的繼承制度。卽家長死亡。子孫得分析(分頭繼承)家產。若其家產像錢莊等爲不利於或更極端地說不能夠分析的。只有把家產作爲不可分的東西。由繼承人規定各自的股分去繼承。

然而家長支配的家族經濟。(或基於同族間相互扶助的經濟)在其活動上受家屬的實情所拘束。而容易發生種種的弊害。加之因爲不容易得到適當的經營人。或在瞻念分擔事業經營上的危險。由于結合狀態之內部的要求。不得不把構成該結合體的範圍擴大到親戚朋友及同鄉中。而這種傾向。因一般的家族制度(尤其是氏族制度)的變遷。促進了其開展之勢。

中國人本來是富於殖利的蓄財的精神的商業之民族。但近來受到資本主義的企業組織勃興的影響

響。上述舊時代的家族經濟。遂一年年的推移到商業經濟。而隨着這種推移。他們之作爲商人的追求自己的利益的觀念漸漸顯著。其中最進步的。甚至一躍而向着近代商業組織的公司企業邁進。結果、那些集中資本之舊窠。如合夥組織的領域。漸漸走上了狹隘化、退縮化的道路。然而合夥組織之所以仍舊存在於今日者。主要的是因爲建基於以中國社會固有的自治協同的思想爲核心所結合的胚胎。而培養成的堅固的習慣。有着強韌的紐帶。還有一個原因。就是一般地看來。中國商人對於新式企業之公司的組織。理解得不夠。並且因一部份大股東家族的支配的利益壟斷。及因不肯股東參加事業的經營失敗挫折等。也在於因爲對於公司制度不熟練不信用之故。而保守地不歡喜依據外來的新組織的原故。這樣看來。中國的合夥組織。由於近代資本主義的發展。其商業組織上之社會的機能。雖然內部外部都不可否認地漸漸趨於薄弱。但在代替牠新組織的商業經營形態中。仍舊以之爲本質的內容與強韌的紐帶而包含着。仍舊維持舊時的精神而繼續發展着。

· 至於中國的商人。尤其是中國的小商人。脫離從來的社會紐帶。站在自由獨立的地位。而視爲近代意味的完全的「商業人」的待遇。是否必須承認牠特別要反映於法規上或在法規上強調牠的必要性。這是下面要檢討的問題。

第二、先將合夥組織之法律上的性質來看一看。組織合夥的行爲是一種契約的行爲。合夥契約

之成立。卽是合夥關係之成立的意義。合夥契約不必要別種法定的形式。卽屬於非要式行爲。但實際上如既述、習慣是作成一種叫做議單（或議據）的契約書。而民法關於合夥契約之規定所採的精神。是以自由主義爲原則。承認對任何人一律營業的自由。並沒有對於商人的資格。加以一些限制。而是容許任意組織合夥從事營利的。

如上面講過的。從來合夥組織。在其發生或發展上。多包含一般私法的生活關係。（家庭生活——親族關係、委任雇傭關係。）由此項關係。在合夥組織之機能的領域內。比商的活動的範圍所占的部份還要大些。在這一點。是不可忽視合夥組織之本質的。

在這裏。契約自由的原則。被無理地適用的結果。勢必例外擴張其範圍。而必然地釀成上述的合夥的流弊。而這種流弊。大概是以一般私法的分野爲培土的。如因合夥人逃亡所生的損害。是依民法總則第八條規定的失踪期間而確定的。或因合夥人死亡所生的債務之繼承。是受民法第五編第二節的諸規定之適用的。又如基於其他受雇人之雇傭關係執行業務人之委任關係的責任歸屬關係等。都是適當的例子。

從道幾點看來。組織合夥的商人自體的活動。法律上還沒有達到應作爲特殊的活動去處置的狀態。所以容易發生與一般私法關係混同的弊害。

爲要預防此項缺陷所生的弊害。竟有以分擔無限公司等商法的規定爲規律的方策。然而如上面講過的一樣。因爲其適用的可能領域是非常狹隘。故結果反而不得不拘束一般私法的領域。然而合夥有此項私法的特色。(發生的)是不能抹殺其僅僅存在的意義的。那末。必須修正之點。是民法的領域。而其內容不是有商法的色彩的。如何修正民法上之連帶責任主義。以調劑與習慣的牴觸。而謀法律與實際的融洽。恐怕要向這一方面去得到解決的端緒吧。

然而將來、由於資本主義的影響。會侵略到整個中國的實業界。個人主義的自由主義、或合理主義、統制主義的徹底是可能的。而在其社會內部之法的領域中。也是當然會起某種程度的整理或分解作用的。那時商人必然會考慮到合目的性而自發地提出集合並制約一切習慣的規則以制成一定的法條的要求。(如上述註冊制度——商人商標註冊——商業賬簿、商業僱傭人、代理商、公司制度之合目的手段的要求。)這樣、爲了完成商人的目的。在合夥本來的特質中。或同時在商法秩序中。編入順應並調劑商的活動範圍之擴大的法規之理想。才得實現。這就是法律秩序上之民法的商化。商人精神之法律秩序上的優勝的表現。我相信合夥股東責任問題之最後的解決。也要在這裏發見其秘鑰。

合夥股東責任之研究終

上海图书馆藏书



A541 212 0021 3731B

合夥股東責任之研究

每冊實售大洋四角

原著者 土肥武雄

逡譯者 李培皋 葉致中

校閱者 嚴諤 聲

發行者 上海市商會

印刷者 華豐印刷鑄字所

上海浙江路五三六號

中華民國二十五年六月出版

2080

