

法政叢編



法政叢編第五種之一

商

法

總商會
則業社

湖北

法政編輯社出版





A541 212 0002 2209B

例言

一 本書以法學博士志田鉀太郎講義爲根據分爲六編每編參以專門大家之學說如第一編及第二編則參考松本烝治之商法原論第三編則參考以青木徹二之會社法論第四編則參考田阪友吉之商行為講義及栗律清亮之保險法第五編則參考岡野敬次郎之手形法論第六編則參考青木徹二之海商法論

一 本編專主立法立論不重解釋條文故所參考惟於說明立法理由者摘錄之其解釋法律條文者概從省略

一 商法爲民法之特別法故於一切大原則悉從省略讓之於民法著書

一 書中名辭概用日本原語以編者初望法學門牆不敢妄譯致失本意

一 書中所引他之法令如非訟事件手續法之類以我國現在尙未制定故悉全舉其名不用略字

一 法學協會雜誌中所載松本烝治之大清商律評於商律得失批難無遺故不嫌重複概附譯之

一 編者法律思想既弱日本文法復淺加以倉卒成篇其錯誤之處在所不免尙望 大雅指摘匡其不逮

編者識

商法目次 (上)

第一編 總則

第一章 商法之規念

第二章 商法及沿革

第一節 總論

第二節 各國商法

第一款 法商法及法法系諸國商法

第二款 德商法及德法系諸國商法

第三款 法德折衷法系諸國商法

第四款 英美商法

第五款 俄國商法

第三節 日本商法

商法 目次

一頁 一 四 五 三 一 四 一 五 一 九 二〇

第三章 商法之法源

二八

第一節 商法

二九

第二節 商慣習法

三四

第三節 民法

四〇

第四章 商法之內容

四一

第一節 商

四一

第二節 商行爲

四七

第一款 絕對的商行爲

五三

第二款 相對的商行爲

五七

第三款 附屬的商行爲

六五

第三節 商人及商業

六六

第四節 商品

六六

第一款 有價證券

六七

第二款 船舶

第二編 商業

第一章 總論

第一節 商業之意義

第二節 商業之種類

第一款 以商行爲之目的爲標準

第二款 以資本之多少爲標準

第三節 商業之開始及廢止

第一款 商業之開始

第二款 商業之廢止

第二章 商業之主體(商人)

第一節 商人之意義

第二節 商業之制限

商法 目次

六七

六九

六九

六九

七二

七三

七三

七五

七五

七六

七七

七七

八四

第三節 主體之分類

第一欸 自然人

第一項 未成年者

第二項 禁治產者

第三項 準禁治產者

第四項 妻

第二欸 法人

第一項 公法人

第二項 私法人

第四節 複數之主體

第三章 主體之變更

第四章 商業之補助

第一節 商業使用人

八六

八六

八七

八九

八九

九〇

九一

九二

九六

九九

一〇〇

一〇六

一〇九

第一款 總論

第二款 支配人

第一項 支配人之意義

第二項 支配人之選任及終任

第三項 支配人之權限

第四項 支配人之義務

第三款 番頭及手代

第四款 其他商業使用人

第一節 代理商

第一款 代理商之意義

第二款 代理商與本人之法律關係

第三款 代理商之權限

第五章 商號 附商標

商法 目次

第一節 商號之意義

一三八

第二節 商號之沿革

一四二

第三節 商號之選定

一四三

第一款 選定之方法

一四四

第二款 商號之實質

一四四

第四節 商號之登記

一五〇

第五節 商號權之性質

一五一

第六節 商號之讓渡

一五五

第七節 商號之變更

一五七

第八節 商號之廢止

一五八

第九節 商標

一六〇

第六章 營業所

一六五

第七章 商業帳簿 商業書信附

一六八

第一節 總論

一七三

第二節 日記帳

一七八

第三節 財產目錄

一七九

第一款 宜記載於財產目錄之財產

一七九

第二款 財產所宜附之價格

一八二

第三款 財產目錄調製之形式

一八九

第四節 貸借對照表

一九〇

第八章 商業登記

一九七

第一節 總論

一九九

第二節 登記之手續

二〇三

第三節 登記之公示

二〇六

第四節 登記之効力

二〇八

第三編 會社

二一九

商法 目次

第一章 總論

第一節 會社之沿革

一一九

第二節 會社之意義

一二九

第三節 會社之種類

一三七

第四節 會社之設立

一四三

第一款 定款之作成

一五三

第二款 設立之登記

一五六

第五節 會社之合併

一六〇

第一款 合併之種類

一六六

第二款 合併之決議

一六七

第三款 合併之手續

一七〇

第四款 合併之登記

一七二

第五款 合併之效力

一七五

第六節 會社之解散

第一款 解散之事由

二七七

第二款 解散之登記

二八一

第三款 解散之效力

二八二

第二章 合名會社

第一節 合名會社之定義

二八二

第二節 合名會社之設立

二八三

第一款 定款之作成

二八三

第二款 設立之登記

二八六

第三節 合名會社之社員

二八八

第一款 社員與會社之關係

二八八

第二款 出資

二八九

第三款 持分

二九三

第四款 利益之分配

二九五

第五款 競業禁止

二九六

第六款 社員之退社

二九七

等四節 合名會社之管理

三〇一

第一款 業務執行

三〇一

第一項 業務執行者

三〇二

第二項 業務執行社員之權利義務

三〇三

第三項 業務執行社員之辭任解任

三〇六

第二款 代表機關

三〇六

第五節 合名會社之債權者

三〇九

第一款 社員對於債權者之責任

三〇九

第二款 非社員對於債權者之責任

三一三

第三款 會社對於債權者保持財產之責任

三一七

第六節 合名會社之定款變更

三二九

第七節 合名會社之解散及清算

三二〇

第一款 合名會社之解散

三二〇

第二款 合名會社之清算

三二二

第一項 任意清算

三二三

第二項 法定清算

三二四

第三章 合資會社

第一節 合資會社之意義

三三〇

第二節 合資會社之設立

三三一

第三節 合資會社之社員

三三二

第四節 合資會社之管理

三三三

第五節 合資會社之債權者

三三四

第六節 合資會社之定款變更

三三五

第七節 合資會社之解散及清算

三三六

第四章 株式會社

三三六

第一節 株式會社之定義

三三六

第二節 株式會社之設立

三四七

第一款 關於設立之制度

三四七

第二款 設立之手續

三五〇

第一項 發起人

三五〇

第二項 定款之作成

三五二

第三項 同時設立

三五八

第一目 株式總數之引受

三五八

第二目 重役選任

三五九

第三目 第一回拂込

三五九

第四目 検査役之検査

三六〇

第五目 設立之登記

三六一

第四項 募集設立

三六三

第一目 株主募集

三六三

第二目 株式申込證

三六四

第三目 株式申込

三六六

第四目 第一回拂込

三七〇

第五目 創立總會

三七二

第六目 設立之登記

三七九

第三節 株式及株主

三八七

第一款 株式之性質

三八九

第二款 株式之金額

三九〇

第三款 株式與持分

三九四

第四款 株式之種類

三九五

第五款 株券

三九七

第六款 株式讓讓

四〇〇

第一項 總論

四〇〇

第二項 株式讓渡之手續

四〇二

第七款 株金之拂込

四〇四

第四節 株式會社之資本

四二一

第一款 資本之定義

四二一

第二款 保持之方法

四二二

第五節 株式會社之管理

四二七

第一款 取締役

四二七

第一項 取締役之任免

四二八

第二項 取締役之權限職務

四三一

第三項 取締役之義務

四三二

第二款 監查役

四四二

第一項 監查役之職務及其他

四四一

第二項 監查役之任免

四四三

第三款 株主總會

四四八

第一項 總論

四四八

第二項 招集權者

四四九

第三項 招集手續

第四項 議決權

第四款 優先株主總會

第五款 會社與重役之訴訟

第六款 法定少數之株主

第六節 株式會社之書類

第七節 株式會社之計算

第一款 準備金

第二款 利益配當

第三款 利息配當

第四款 配當之割合

第五款 計算確定之手續

第八節 株式會社之債權者

第一款 普通債權者

第二款 社債權者

第一項 總論

第二項 社債之金額

第三項 募集之手續

第四項 社債券

第五項 社債之讓渡

第六項 社債券與株券

第九節 檢查役

第一欸 檢查役之性質

第二欸 檢查役之選任

第三欸 檢查役之職務

第四欸 檢查之結果

第十節 株式會社之定欸變更

第一欸 決議之方法

第二欸 資本增加

第一項 總論

第二項 新株募集

第三項 優先株

第四項 新株券

第三款 資本減少

第十一節 株式會社之解散

第一款 解散之原因

第二款 解散之登記及通知

第十二節 株式會社之清算

第一款 總論

第二款 清算人 (清算機關)

第三款 監查役 (清算中之機關)

第四款 株主總會 (全上)

第五款 清算人之職務及其他

第五章 株式合資會社

第一節 株式合資會社之意義

第二節 株式合資會社之設立

-
- 第三節 株式合資會社適用之法規
 - 第四節 株式合資會社之管理
 - 第五節 株式合資會社之定款變更
 - 第六節 株式合資會社之組織變更
 - 第七節 株式合資會社之解散及清算
- 第六章 外國會社
- 第一節 外國會社之意義
 - 第二節 外國會社適用之特別法規
- 第七章 罰則

商法

江陵 徐

志 編 輯
上 海 青

第一編 總 則

第一章 商法之觀念

商法之意義。有廣義狹義之分。所謂廣義商法者。指商所固有法規之全體。多數學者。常分此廣義商法。爲商私法、商公法、商國際法之三種。

商私法者。謂私法上關於商所有之法規也。商公法者。謂公法上關於商所有之規定也。而商公法更可分爲商國法、商刑法、商訴訟法之三種。商國法。謂憲法及行政法上關於商所有之規定。例如保險業法、取引所法、私設鐵道法、銀行條例、質屋取締法、古物商取締法、銃砲火藥類取締法等。皆是。商刑法。謂關於商犯罪時所科刑罰之規定。散在於刑法及各種特別法中者。商訴訟法。謂定關於商之訴訟手續之規定。散在於民刑訴訟法中者。如爲替訴訟。其最著之例也。商國際法者。謂國際法上。關於商所有

之法規。學者或有更分爲商國際公法、商國際私法者。雖然。國際私法。不過爲一國法律適用之國法。非國際法。所謂正常商國際法。不外專指商國際公法。如通商航海之規定、領事之規定、是也。

狹義商法者。謂上述三種中之商私法。此商私法。不僅占廣義商法中之大部分。其最重要者。則以商公法、商國際法、尙未達於獨立科目之域。而商私法則已甚發達也。然商公法雖現在未立科目。而各國之商法典。亦有包含之者。且即以商私法論。亦不能網羅商所有一切法規於商法典中。而必有種種之特別法令及習慣法以相補助。故本書所欲說明者。雖以商私法爲主。如商公法、商國際法、亦間援用之。雖以商私法法典爲主。如商特別法、商習慣法、亦間參入之。期讀者得關於商所有法規之概念耳。商法者。商所固有私法也。即對於一般私法的民法之特別法也。民法規定一般私法之原則。商法則爲商之特別規定也。故商法對於民法。有補充民法之規定者。有變更民法之規定者。補充民法規定云者。謂限於商事所存在關係及限於商事所具特別形體之關係。而民法欠缺其規定時。爲之補充其規定也。例如商號、商業帳簿、商業登

記、商業使用人、代理商、仲立營業、問屋營業、運送營業、保險、手形等之規定。即是也。變更民法規定云者。謂民法雖有規定。而關於商事存有特別事情。不能適用時。爲之變更。其規定也。例如商法第三編第一章總則。及第二章賣買。則屬於此種者也。

如斯商法對於民法。雖爲補充。又變更之規定。而此二法。則均定私人相互間之法律關係。欲以何者爲二法之限界。於學理上無確不可易之標準。蓋在外國之立法例。如英美等國。則無商法法典。又如瑞西之債務法。亦不爲民法商法之區別。其以商法爲特別法。與民法相區別者。惟日本及歐羅巴南美其他諸國之多數。然僅以基於有商法之故。對一般私法採特別法典之形式。而離形式而爲理論。亦無分民商二法之理由。是以學者中。或有唱商法之規定。逐漸而移於民法。民商二者。終歸於一者。或有言民法商法各別而爲規定。雖歐州一般之慣例。非基於學理上之見解。單出於沿革上之理由者。

雖然商法對於民法。終不得不認其有特質。蓋商法有世界的傾向。不僅其規定大體通行於世界各國。即如會社、手形、鐵道運送及海商等各國。亦有欲設共通國際的之

規定既脫學者空想之域而就實行之端緒其前途頗有屬目者然民法之規定則多帶有越其國境不能及其適用之性質也又况商法重習慣常進化而無停滯民法多有不容易變更性質之規定雖沿革上商法所規定蹈襲於民法不少欲區別其限界無確不可易之標準而商法從商之發達益作出新規之法制常爲民法之先驅則既往事蹟有明徵也如英美諸國雖無商法而有商所固有數多之單行法又如瑞西債務法於商業使用人商業登記商號商業帳簿手形小切手其他之證券等商所固有規定則設獨立之別章而揭之故離形式的意義而從實質的意義以論商法雖英美瑞西諸國亦不可不謂其儼然有商法也英國商法大家斯密斯氏其商法論之緒論有曰『卷末附錄數多之單行法比較他國完全之商法不讓一步』蓋非過言以是觀之商法之爲商法不僅現在能存在於世界各國即將來對於民法典不問其特別法之形體能存與否而必永保其存續蓋無容疑也

第二章 商法之沿革

商法原來有世界的性質各國法之規定在其實質有歸於大同小異之傾向既如前

章所述。而轉稽其起源及沿革。各國商法。不妨謂共係從同根而生。至近世始形分化。如日本商法。亦係模倣歐洲大陸法。且德意志商法而編纂者。則欲知日本商法之規定。經如何變遷而成。立必須先知悉歐洲諸國商法沿革之大要。今也歐洲大陸法。風靡於南美、土耳其、埃及等。以波及於日本。則謂歐洲諸國商法之沿革。即世界商法之沿革。可也。如日本固有之商法。及東洋諸國之商法。雖或可爲學者研究之好問題。而當學日本商法。殆不見其有必要。故以下首述歐洲諸國商法共通沿革之大要。次說重要各國商法之沿革及現況之梗概。最後論及日本商法。

第一節 總論

商法爲關於商之法律。故與商之發生而共發生。件商業之進步而爲進步。在歐羅巴古代。其商業之發達。實始於地中海沿岸諸國。雖在當時。商習慣的法規之發生。耐人想像。其事蹟則湮沒而不可尋。即有舉當時法律所謂（路德）海法者。而其所傳於今日者。非真當時之法律。則爲學者所公認。故在現今溯歐羅巴商法之根源。僅能知其出於私法共同淵源之羅馬法也。蓋商法雖不同一般私法。與時世之進步。商業之發

生經過幾許變遷。比較羅馬法時代所存舊態者少。至羅馬之債權法。則在現今尙爲關於商交通規定之基礎也。

在羅馬於一般私法以外。所以不得發見商法之爲特別法者。亦正有故。蓋羅馬法。從其狹隘之市民法。至進化而爲萬民法。其法律比較的尙公平。重當事者意思之自由。如利息之限制。其最高率甚高。不至於苦債權者。又契約中最重要。如關於商事頻繁所生之賣買組合。借貸借。及顧傭等。所謂屬於諾成契約者。無形式上之拘束。加之羅馬之裁判官。當其適用法律。常置重當事者之意思。如徒限制債權者之權利。助債務者。不僅不適用於商業之實際。且於他之一方。以當時羅馬奴隸之制度仍行。不見分業之發生。商業發達。比較的爲幼稚。故於一般私法以外。無須設特別規定也。惟在海商之範圍。於其商事特別制度。有發見一二耳。

元典猛氏約言羅馬不生特別法的商法之理由曰。『羅馬所以不生特別法的商法者。以使商法爲特別法之客觀的原因。及主觀的原因。不存故也。』蓋不存客觀的原因者。以一般私法。不與商業實際相背馳之義。不存主觀的原因者。以爲羅馬之商人

不須具特別資格。如中世時代所謂商人團體特種之階級不存也。至於中世時代則事態大與羅馬時代異。商法始成特別法之形。其原因雖難盡數。而舉其重要原因則可分爲客觀的原因與主觀的原因。客觀的原因者謂當時之一般私法與商業實際至相背馳也。而一般私法至不適應於商業之實際。更有二原因。即商業之進步與一般私法之退步是也。

羅馬帝國分裂滅亡之後。至紀元第十二三世紀。因十字軍之遠征。歐羅巴諸國民之見聞依之而被擴張。對東洋新貨物之嗜好。依之亦被發生。而通商貿易之事業遂以大起。續至第十五世紀。發見經喜望峯。達於印度之航路。又有名之哥倫布。發見亞美利加。金銀鑛之發掘。及貨幣之增加。共促商業之發達。膨脹。一時有可驚者。於是關於各種之商業會社。保險。冒險。貸借。商號。商業帳簿。手形。船荷證券。及其他海商種種之新制度。至隨商業之發生而發生。從來私法爲一大刷新。以是等所加新制度。達於不可不隨伴時世進步之機運也。然羅馬末代之法律。比其隆盛時。却爲退步。至呈不利。益於商業之傾向。今舉其一二之例。依列苦斯阿那斯達卡那之規定。限制債權之

讓渡。債權之讓受人。爲其讓受。不得受給付金額以下之辨濟。依〔列基窩耶羅魯密斯〕認取消。賣却物品在時價之半價以上者。其後得取消賣買契約。又結契約。須有原因。於連帶債務者。與分別之利益。於保證債務者。認檢索之利益。以圖債務者之保護。是等所加於羅馬一般私法之退步。雖適合於武人、農夫。至對於商業。則最爲不便。加之德意志法。與德意志人種。共來侵入。嚴禁利息之寺院法。與耶穌教之隆盛。共得勢力。就中於商業最加迫害者爲寺院法。其法不僅嚴禁利息。並於轉換不加工貨物。其間所得利益。亦視爲違法背理之最甚者。故依寺院法。殆總舉商業而屬於違法背理之行爲也。如以上所述商業之進步。比較古代。無論一新其面目。即一般私法。亦不僅退步頹敗。而裁判之手續。並受中古時代形式主義之影響。頗爲煩雜。如斯商業實際。與一般私法。至相背馳。爲商人者。對於一般私法。勢不得制定特別法。且創設特別裁判。所以自立法。而自爲裁判。脫一般法之羈絆。是即中古時代商法所以成爲特別法之客觀的原因也。

商法之爲特別法。雖因上述種種原因。更有補助其法主觀的原因。之存蓋在歐羅巴

中古時代。士農工商。各成階級。從事於各種產業者。各皆作團體。團體員以外者。不許從事於其產業。僅團體員。各從事於其專門事業。於是商人亦成所謂商人團體。自爲立法。適合商人之階級。制定一種商人法。又自爲裁判。至成今日商事裁判所之嚆矢。而在住民占多數之都市。關於商人特別法。雖定於其都市之法規中者尙稀。至特定之都市。其住民大半爲商人。其都市之法律。有即爲商人法者。其都市之裁判所。有即爲商人之裁判所者。又是等之都市。爲擴張其外國貿易。努力庇護在外之市民。其最主要者。如有名之〔喊撒〕同盟。即是也。

如以上所述中古時代。適應於商人特別法。依商人團體而作。以其適用。限定屬於團體商人。故稱之爲商人法。而從其內容分之。有爲免一般私法之適用。以變更私法爲目的。取消極的規定者。又有以商人特別事項於一般私法。缺其規定。以補充私法爲目的。取積極的規定者。從其形式觀之。則多商人間之習慣法。而無成文之法典。就中舉私人所編喧傳於今日者。如〔俄列魯〕判例集。〔阿馬羅甫〕海法。〔伊斯傳〕海法。皆關海商者也。是等諸法成立之年代及地方。學者間雖有爭論。茲不述之。仍從上述。

商人法之實質爲一言通行於各都市各團體。雖其形體不同而不能脫離一般私法之影響。則有所一致。故在德意志法系國之商人法。染德意志之氣風。在羅馬法系法國之商人法。帶羅馬法之臭味。在混和德意志羅馬二法地方之商人法。其混和亦僅其形蹟。而契約法。仍以從羅馬法爲主。物權法。仍有德意志法之性質。

洎乎中古時代之封建制度。漸形廢頹。中央集權之王國出現。商人團體亦隨之漸形廢頹。迨至第十八世紀。革命大起。封建制度。全然掃地。而商人團體之制度。亦全然歸於消滅。於是商業。復非商人團體之所獨占。非商人團體員者。仍營商業。非商人者。仍爲商行。爲而商法。遂亦失商人法之地位。一時關於商事之特別法。即商事法。率先認重公平。尙敏活。尊重當事者意思之自由。而排斥形式之主義。模倣一般私法的民法。至一般私法蠶食商法之領域。舉例言之。如進步的民法。不認「列苦斯阿那斯達卡那」之規定。又依「列基窩耶羅魯密斯」不許契約之取消。當事者之契約重自由。不必要有原因。又對於女子未成年者等。不認特典。是也。總之。是等法制對於昔時一般私法。而商法特設例外。與一般私法之進步。共依於民法。而被所躡躑也。如斯在實質

商法雖爲勝利在形式。商法依於民法。不可不謂被侵畧其領域者。雖然商業之發達與交通機關之完備。共促商法之進步。爲新規定其領域。亦不可不謂爲廣汎也。例如關於支配人之代理權之規定。關於代理商之規定。關於鐵道運送之規定。關於商社會社之新規定等。即是也。故德之可薩古氏曰『商法至近世被民法所侵蝕的領域。與其新得的領域。其廣狹大小。不得遽下斷詞。』蓋可謂至言。又况關於商業帳簿之規定。關於商號之規定。及保證不認檢索之利益等之法制。實商法所固有而民法所不可竟侵也。如斯商法常先民法而進。且有其固有之領域。此先述商法之性質。所以不左袒民商二法歸一之論也。

以上所述。近世商法實質之變遷也。然則語其形式。近世商法比於中古時代。又有如何差異乎。如前述中古時代之商法。爲商人團體之慣習法。非係國家之立法。別存法典。然至封建制度破壞。王權擴張。成立國家者。漸次用其立法權。爲關於商事法律。而商法遂成其濫觴。其在歐洲中央。執列國牛耳。威風壓一世之法王路易第十四世。則於千六百七十三年。及千六百八十一年。發布商業及海商二法律。續西班牙出北路

巴歐市之商業條例。又普國出普通國法。爾後至第十九世紀，世界文明諸國。至關於商事。無一不有法律。又其多數。至編纂爲商法典。其詳細俟次節述之。

按主張民商二法宜歸一教者，梅博士之論也。主張商法有世界的性質，宜別爲特別法者，法學士松本烝治氏之言也。二家所持學理，原非初學淺識，所能窺測。但就時世而論，必各國民法規定相同，而後民商二法，始可望歸一。必世界各國，皆制定有民法，而後民法規定，始可望相同。今各國民法規定，既未能相同，則商法之宜別爲特別法，亦時世之所限也。至於我國，一般私法的民法，既未制定，則商法之宜爲特別法，對於現勢，固不待言。然必制有民法，而商法乃有基礎。志田博士曰：中國此時制定法律，當先組織民法。然後議商法。蓋至言也。當編纂法律之主任者，尙祈注意於斯。

又按稽我國商法之沿革，在形式上雖無徵，而實質上則不可不謂有其例。凡商人團體，必自立有規則。如關於茶商，則有茶業公所條規。關於花布商，則有花布公所條規。即是也。且不惟自爲立法，而關於商事爭議，並能自爲裁判。如茶商不守茶業

公所條規，則公同議罰。花布商不守花布公所條規，則公同議罰，即是也。然有慣習法，而所以不能發達爲成文法者，一則因國家之法律不發達，二則因學者未嘗講求法學，三則因業商者多未嘗學問，故雖以善於經商爲外人所佩服之商人，而一與外商相交涉，即着着失敗，然則制定完全之商法典，普及法律思想於商人，以挽回商業之運命，顧可緩哉。

第二節 各國商法

文明諸國之商法，如前所述，雖其規定大體相同，而又有逐漸漸近之傾向，而仔細檢之，尙得分爲數種之法系。

在歐洲大陸，法商法先出。一時全歐之商法，殆皆望其風而倣之，稱之曰法法系之商法。然德商法次出，因其固有之法制，而以法商法之所長陶鑄之，以德人特有之慎重，用綿密學理之討議，發表細心縷刻之結果，不僅德法系諸國受其影響，曩倣法商法所制定法典之諸國，當其改正商法，至兼採德商法之主義，於是生德法系之商法。及法德折衷法系之商法。歐洲以外之諸國，其編纂商法典者，無不屬是等之法系。唯英

美法及俄國法。在是等之外。別有獨立特殊之地位。故先說明是等之三法系。次敘述英美法及俄國法。

第一款 法商法及法法系諸國商法

法國之商法。如前述在路易第十四世之御宇。於千六百七十三年出商業條例。千六百八十一年出海商條例。此二條例。依法國有名哥羅倍路氏之意見而被編纂。可謂現行商法之基礎。與今日文明諸國商法共同之祖先也。而此商業條例。從十二章百二十二條而成。關於商事裁判管轄、商人手形、破產等、悉爲規定。世人有冠其起草者之名。稱之爲〔沙窪利〕法典者。又海商條例。包含海上法規之總體。全部從五編而成。其兼及於公法上之規定者。甚浩澣也。

法國之現行法。即千八百七年之商法典。其編纂雖從法國大革命前。已被企圖。而實則依拿破崙之規定。始見施行也。全部從四編六百四十八條而成。即第一編商一般、第二編海商、第三編破產及有罪破產、第四編商事裁判也。此法典在實施以後。其爲改正補充者甚多。今雖不遑枚舉。舉其改正最著者。則依千八百三十八年五月十八

日法律、關於破產之修正。千八百六十七年七月二十四日法律、關於會社法之修正。即是也。

法商法實爲現行各國商法之源泉。而各國法無一不被其影響。就中最爲模倣者。即屬於純粹法法系之商法。爲荷蘭、希臘、埃及等之諸國法。又中央亞美利加、南亞美利加、多數之諸國法。以模倣西班牙舊商法爲主。而西班牙舊商法。屬於法法系。則是等之諸國法。亦可謂屬於法法系之商法也。

西班牙、葡萄牙、意大利、比利時、羅馬尼亞、諸國之舊商法。亦屬於法法系。而是等之諸國。或依新法典。或依單行法。修正其舊商法。而移於法德折衷法系。

第二款 德商法及德法系諸國商法

德國之商法。千七百九十四年福利德利俾大王。以普魯士國法中四百九十四條至千四百七十五條所關於商事之規定。爲行於德意志聯邦全部法律。千八百四十八年。出德意志手形條例。次於千八百六十一年。出德意志普通商法。手形條例。復經多少之修正。今尙有其効力。千八百六十一年之商法。即所謂舊商法也。其編別。從商人

商事會社、匿名組合及共算商業組合、商行爲、海商、五編九百十一條而成。後時時施修正。且於千八百七十年及千八百八十四年之二次、關於株式合資會社及株式會社之規定爲大修正。終至千八百九十三年。隨民法之編纂。遂修正其全部。稱此修正商法爲德意志新商法。其編別從商人、商事會社及匿名組合、商行爲、海商、四編九百五條而成。而其與舊商法雖爲大同小異。舉其最異之點。所謂採主觀主義以商人之行爲爲商行爲商法之適用。以限定商人爲主。有復歸於中古商人法主義之傾向。即是也。

屬於德法系商法爲奧大利匈牙利之諸商法。日本新商法亦可謂屬之。又瑞西及瑞典、那威、丹麥諸國。雖無商法典。亦得算於德法系中。

奧大利在脫退德意志聯邦以前。公布德意志手形條例。及德意志舊商法。其大體仍然行其舊態。僅舊商法中之海商編。則初無適用者也。

匈牙利、千八百七十五年之商法。千八百七十六年之手形條例。共酷似德意之手形條例及舊商法。

瑞西依于各州法制。雖不一樣。其千八百八十一年所發布聯邦債務法。行于全國者。其全部從三十四章九百四條而成。其中含關於會社、手形、小切手、商業登記、商號、商業帳簿、等之規定。

在丹麥、瑞典、挪威、別無商法典。關於商事。各國僅有數種之單行法。如千八百八十年之手形法。及千八百八十七年關於商業登記、商號及支配人法律。通行於各國。其大體。從德商法之主義者也。各國之法律中。惟千八百九十五年瑞典株式會社法。比較之完全。

第三款 法德折衷法系諸國商法

屬於法德折衷法系者。爲西班牙、葡萄牙、意大利、比利時、羅馬尼亞、塞爾維亞諸國。是等之諸國法典。其初概模倣法商法。後修正之而至屬於折衷法系者也。唯塞爾維亞千八百六十年之商法手形編。從獨法系之主義。其他大體。屬於德法系。算入於折衷法系中。如日本舊商法。亦得謂屬於法法系者。

在西班牙、千七百三十七年經佛利布牙五世認可之比路巴歐市之商業條例後。至

於西班牙及其殖民地之各市。千八百二十九年，出做法法典爲主之商法。至千八百八十五年，出兼採德意志法之趣味之新商法。屬于西班牙舊商法之法系者。爲中央亞米利加、南亞美利加之諸國。即布蘭基魯、智利、俾留、哥倫俾亞、可斯達亞卡等諸國之商法。是也。

在葡萄牙千八百三十三年之舊商法。雖屬於法法系。千八百八十八年之新商法。則兼採德意志之趣味也。南美阿路蓋警千八百八十九年之新商法。以做葡萄牙之新商法爲主。而其規定。頗有可見。在是等諸國商法中。特放異彩。意大利利千八百二十五年商法之。雖屬於法法系。千八百八十二年之新商法。則半屬於法法系。半屬於德法系。千八百八十七年之羅馬尼亞新商法。殆全部襲蹈之者也。

比利時。從來雖全襲用法國商法。千八百八十七年以來。以單行法漸次爲改正之。至千八百八十七年所出之法律。亦加味於德意志法者也。

第四款 英美商法

英國比于歐洲大陸諸國。成一種特異之狀態。以爲古來慣習法國。別不有法典之名。

故謂其商法。非別有法典。不外從慣習中。關於商事規定。及關於商事數多之成文法。而成者。今舉其成文法中。與商事最有密接關係者。千八百六十二年之會社法。千八百八十二年之手形法。千八百八十三年之破產法。千八百九十年之組合法。千八百九十三年之動產賣買法。千八百九十四年之商船條例等。是也。

北美合衆國。其各州法制。雖不一樣。究以屬於英法系爲主。英國之慣習法。始關行於一般商事成文法。概皆州法之所規定。依各州法不一樣。惟一二之成文法。通行於各州而止。

第五款 俄國商法

俄國雖無獨立之商法典。然千八百三十五年以來。所施行帝國法典之第十一卷。關於商事。分爲五編。包含手形、破產、取引所等之規定。其後屢加修正。千八百五十七年之修正。則其最著者也。至近時復有改正之議。其中改正手形法。於千九百三年。則已施行。

志田博士評論諸國商法之得失。略曰。法爲孕育商法之鼻祖。大端原自完備。惟歷世

既久似嫌太舊。然猶沿用至今者。以法國學者。富於類推力及想像力。能比例舊說。而通於新說也。德國商法。模倣法國。其成法雖在法後。然德人腦力強固。於諸種法學。皆能推陳出新。其千九百年正月一日所布之新商法。最爲完整。故日本現行法宗之。但德人解釋法律。不如法人有類推力及想像力耳。故欲採用兩國商法。宜以德人之成文法爲法。而以法人之解釋力解釋之。至英美商法。所以以慣習法爲根抵者。蓋英人性質。富於守舊。不肯輕事改革。其學說亦多主張保守。故從外人觀之。採用其法。非其國程度相合者。必不適宜。然英之商權。甲於地球。亦學者所不可不研究也。

第三節 日本商法

日本商法。有所謂新舊二商法典。舊商法。係德人列斯列爾氏起草。自明治十四年被命起草。至十七年稿成進達。爾後經各種委員之審議。二十三年經元老院之議決。以同年四月法律第三十二號而公布之也。其施行期日。雖定於二十八年一月一日。而因法典施行延期論生。其結果。屢延展其施行期。以二十六年三月法律第九號。僅從同年七月一日。實施行其一部。即第一編第六章商事會社。第十二章手形。及第三編

破產、關其商事會社、即第一編第二章商業帳簿、及第四章商業登記是也。先是關於商事。雖出有許多單行法。概屬於行政法規。而關於純粹商私法者。僅明治十五年十二月太改官布告第五十七號。有爲替手形約束手形條例。此條例。因舊商法之一部施行。失其効力也。

明治二十五年、依法律第八號。布民法及商法延展之施行期。翌年二月、政府發令。設法典調查會。從事於法典起草之審議。以法典調查會委員中、帝國大學法科教授法學博士梅謙次郎、同法學博士岡野敬治郎及司法省參事官法學博士田部芳三氏。當商法修正案之主任。巨舊商法之全部。加根本的大修正。至三十年十二月議了。提出于第十一次帝國議會、及第十二次帝國議會。因衆議院之解散。未至通過。舊商法以依明治二十九年法律第九十四號。不過三十一年六月三十日爲止。爲延展施行期。從同年七月一日起。殆一年間。爲舊商法殘部之一時實施也。

明治三十一年開第十三次帝國議會。政府三次提出商法修正案。至翌三十二年二月議了。以同年三月一日法律第四十八號公布修正商法。依同年四月之勅令第三

十三號。從同年六月十六日施行。對舊商法。人常呼之爲新商法。

新舊二商法間之規定。在其形式實質。雖有幾多之差異。不遑一一枚舉。茲舉其最重要差異之點於左。

一 新商法對於一般私法的民法。爲特別法的編纂。其規定僅關於商事特別之規定爲止。與民法之規定相重複。又無故者。則力避之。以免矛盾。舊商法於此點。微德意志舊商法。其包含屬干民法之一般規定者不尠。在德意志之民法典。至千八百九十七年始成立。從千九百年始被施行。其舊商法比較之。殆編纂在四十年前。惟其在民法典之施行前。以各聯邦互異其法律。故商法不能不包含民法規定。蓋出於不得已。如日本民法與商法。則同時並行。而徒相重複。徒相抵觸。甚無理由。此新商法所以採用與舊商法相異主義也。關於此點。乃舊商法之缺點。實法典施行延期論之一有力論據也。

二 新商法之規定。僅至私法上之規定爲止。屬於公法者。則讓之特別法。例如私設鐵道法。保險業法。船舶法。船員法等。即是也。舊商法中則反之。多包含公法的規定。

三 新商法之規定。僅爲實體上之規定。屬于手續法者。則讓之特別法。如非訟事件手續法。是也。舊商法中則反之。多包含手續法之規定。蓋手續規定。因時勢爲變遷。若同實體法。共編纂時。不特在法典有屢受變更之害。且爲適于手續法之機宜。有難於變更之弊。此又新商法所以採與舊商法相異主義也。

四 新商法關於破產規定。不存於法典中。是倣英法系及德法系。廢破產與家資分散之區別。另設單行法。以關於破產一般的規定。不分商人非商人而廣適用也。而依其趣旨。所成破產法案。經法典調查會之議決。其公世蓋非遠也。

舊商法從法系規定。破產規定於第三編。雖然其適用之範圍。非如法商法。僅限於商人。又非如英德法。不分商人與非商人。乃依一種特異之折衷主義。當其爲商。停止支拂者。以裁判所之決定。而爲破產之宣告者也。此主義。不顧慮停止支拂者之爲商人與非商人。唯着眼其行爲。決定破產法適用之範圍。故雖爲商人。當其爲商。未停止支拂。不爲破產者。雖非商人。當其爲商。停止支拂時。受破產規定之適用。雖然。此主義之乏理由。且缺公平。則學者一致所唱道。故商法施行法第三百三十條。

與法商法同。限於商人。適用破產之規定。在現行法。亦採此主義者也。

五 在編別。新商法分爲總則、會社、商行爲、手形、海商之五編。舊商法分爲商之通則、海商、破產之三編。如會社、商行爲、手形之規定。皆包含於通則編中。即新商法、倣德商法之編列。其異者。關於手形規定。不爲單行法。爲商法中之一編。反之舊商法。倣法商法之編別。僅省商事裁判。編爲其異點。尙舊商法。其規定之實質。模倣法商法之點。比較的爲多也。

如上所述新商法。從五編而成者。而第一編總則。分七章。第一章法例。爲關於商法適用範圍之規定。第二章商人以下六章。爲關於商之主體、商人及商人設備。并其機關之規定。第二編會社。分七章。爲關於法人的商人特別之規定。以會社亦商人之一種。揭於第一編中規定。概適用之者也。然會社規定。別爲一編者。以關於會社規定。頗爲浩澁。而成特種之體系也。第三編分十章。占商事中之大部分。關於商行爲通則。及各種之商行爲。爲特別的規定。商法全體之中樞也。第四編手形。分四章。爲有特種之沿革。與原則之有價證券的手形之規定。雖手形行爲。亦不外商行爲之一種。然如德意

志、匈、牙、利、之、國、法、手、形、規、定、讓、特、別、法、不、規、定、于、商、法、中、可、謂、得、其、至、當、則、舊、商、法、第、一、編、第、十、三、章、題、爲、手、形、及、小、切、手、關、于、規、定、爲、商、通、則、中、之、一、章、不、可、不、謂、失、其、當、也、觀、外、國、法、關、于、手、形、規、定、有、設、於、商、法、中、爲、商、事、契、約、之、一、種、者、法、國、法、及、屬、其、法、系、之、荷、蘭、意、大、利、西、班、牙、葡、萄、牙、比、利、時、等、諸、國、法、雖、然、此、手、形、行、爲、果、爲、契、約、之、一、種、乎、或、爲、特、種、之、一、方、行、爲、乎、近、時、多、數、之、學、說、不、偏、於、一、方、行、爲、說、若、以、手、形、爲、契、約、之、一、種、關、於、商、事、契、約、不、能、從、一、般、之、理、論、則、所、不、容、疑、也、故、規、定、手、形、爲、商、事、契、約、之、一、種、頗、乏、其、理、由、又、反、之、德、意、志、國、法、規、定、手、形、爲、單、行、法、在、一、方、雖、手、形、規、定、以、有、特、種、種、沿、革、與、原、則、故、因、別、爲、一、編、取、其、規、定、之、便、在、他、方、則、以、千、八、百、四、十、七、年、規、定、手、形、時、尙、無、通、行、于、聯、邦、各、國、法、典、當、時、爲、實、際、之、必、要、上、及、爲、聯、邦、統、一、之、一、手、段、特、編、纂、通、行、于、聯、邦、各、國、法、律、其、採、單、行、法、之、形、式、蓋、全、基、於、沿、革、上、之、理、由、也、如、日、本、商、法、以、爲、學、理、上、手、形、法、無、必、爲、特、別、單、行、法、之、理、由、故、不、倣、德、國、法、及、模、倣、德、國、匈、牙、利、之、主、義、第、五、編、海、商、分、六、章、雖、爲、船、舶、船、員、等、之、規、定、而、占、其、主、要、部、分、者、則、海、上、運、送、及、海、上、保、險、之、規、定、也、是、等、勿、論、爲、商、行、爲、之、一、種、在、陸、上、運、送、

及保險已規定於商行爲編中。而關於海商規定以大異其性質。且從沿革上見之。全然爲別種之發達。故不規定於同一之編中也。又況關於海商規定爲獨立之一篇。法德及其他各國法典。悉所一致也。

按松本氏評我商律曰。商法編纂之形式。有二主義。一曰商法典主義。一曰非法典主義。大清商律。先成商人通例及公司律二部。則其採商法典主義無疑也。法典編別之方法。亦有二主義。一曰法法系主義。列會社手形於商業一般中。一曰德法系主義。會社手形。則另爲一編。且有別設手形條例於商法外者。大清商律。公司律獨立爲一門。其採德法系之編別方法與否。雖屬未必之事項。其不採法法系之編別方法。則又可無疑也。於是有一新案。茲開陳之。欲乞大清商律起草者一顧。以余所觀。德奧匈諸國商法及日本商法之編別。目次整然。在學理上雖有根據。而在實際之便益上。則無採如此編別之理由。却拘泥於學理。徒爲迂曲之規定。又制肘於形式。缺規定疎密之權衡也。舉例言之。如日本商法。限於以商行爲營業目的之設立社團法人爲會社。(商法四條)復依民法之規定。以商業以外營業爲目的之社團法

人。悉準用會社之規定。(民法三)又日本商法第一條。限于商事。適用商法。而關於手形規定。以商人以外之一般人民間之手形取引。有適用之必要。則以其行爲爲絕對的商行爲。包含于商事中。(商法二百六十三條四號)又日本商法。限于以商行爲爲目的。而供航海之用者之船舶。適用第五編之規定。(商法五百三十八條)復依船舶法之規定。即不以商行爲爲目的。而供海用之船舶。亦準用第五編之規定。(船舶法三十五條)如此規定之配置。雖學理上極其巧妙。而非有實益。却有陷人於誤解之虞。他如商行爲編中。規定運送保險倉庫寄託等各爲一章節。而是等之行爲。以有特別之沿革與理論。欲爲周密規定。究非一章節所能盡。裕有爲獨立一部之價值也。以上所述缺點。不僅日本商法爲然。抑亦採商法典主義之各國法之通弊也。大清商律。幸在半成之際。又商人通例與公司律。以各爲獨立。無所關聯。參酌英國單行法主義之所長。則以獨立之單行法爲各部門一括之。而別採一商法典之主義。又部門之類別。不偏於學理。專着眼於實際之便宜而定之。是深所希望者也。誠如此。不可不謂二十世紀之新立法。於從來世界各國商法以外。出一新機軸也。

第三章 商法之法源

法源文字之意義。依學者之用法。常不一致。有解爲法律權力之源。泉者。有解爲得法律智識之淵源者。有解爲受法律效力方法者。有解爲受法律效力材料者。雖學者見解各不相同。茲所指稱商法之法源。則不外關於商事適用的私法之淵源也。

商法之法源。必不僅在商法典規定條項之範圍。若商事特別私法之範圍。亦悉包容之。有廣濶規定者也。抑商法之規定。既不規定私法上之大原則。又不包含商事特殊性質之規定。故至于此等規定之存在。不可不求之於民法。若其他特種法令之範圍中。加之商事常隨社會之發達變遷。無窮而其適用法規亦不免從而變動。故僅在唯一成文法規之範圍欲限。其適用則有所不能必也。傍參乎隨世運發達之不文法是。即商法之法源。所以不局限于成文法之範圍。更認容不文法之存在也。

商法之法源有三。一曰商法之規定。二曰民法之規定。三曰關於商事的慣習法。是也。日本商法第一條規定曰。『關於商事。本法無規定者。則適用商慣習法。無慣習法時。則適用民法。』即確定商法之法源。并定適用法規之順序者也。以下試分三節說

之。

第一節 商法

在實質的意義商法。雖指稱關於商之特別私法。包含成文法與慣習法。而茲所謂商法。則屬於形式的意義。不外專指商法典也。商法對於民法。以爲特別法之故。先被適用。對於慣習法。以成文法之故。又先被適用。惟商法自身。於其特定事項。有宜依商慣習法。或民法之規定時。則爲例外。然所如斯情形。則甚稀也。而商法先於商慣習法及民法適用者。又不分商法規定中。爲任意法與命令法。且不問明揭于法文。與解釋法文。當然所生論理上之結論也。法文之論理上之結論。即不外法文自身。人或有稱之爲學理上商法者。然學理者。非商法之法源。不過爲解釋商法。探究其精神之一方法。則所謂學理上之商法。即不外商法之一部。若謂在商法以外。別存學理上之商法。先民法之規定。而適用者。誤也。

關於商法之解釋。勿論可依一般法律之解釋方法。非別有他奇。唯有一言宜注意。元來商法爲商事特別法。對於民法。非例外法。故當爲其規定之解釋。如有爲例外規定。

解釋之情形。嚴格解釋法文之字句。苟無明文時。而直欲從民法之一般規定不可也。必也在解釋所許之範圍內酌法文之精神。先民法而適用也。

上述商法之法文。從狹義解釋。無視爲例外規定事。而探究法文之精神。雖不可不先民法而適用。至所謂探究法文之精神。不可誤解爲於法文以外採解釋之材料。或不法文而臆測立法者之意思。或蔑視法文反其所明示而爲便宜的解釋也。若離法文探立法者之意思。可從常識而爲曲解之時。則國家編纂法典制定法律實屬無用之事。不如初從常識與便宜而爲裁判之簡便也。近時裁判所之判決。或有拘泥法文者。其結果。至起反動力。輕視法文。且生欲苟合于便宜之議論。故爲一般法文之解釋問題。敘述關於此點學說之傾向。

法文之解釋方法。自脫列路斯以來。羅馬法派學者之多數。常不重立法者之意思。有欲離法文而探究之傾向。例如伊德卡德所論述解釋法律。以爲不可不依其發布當時之法律狀態。與立法者發布之目的。若法文之表示有不明者。則依解釋以明瞭之。有不正者。則依解釋以訂正之。法文解釋之能事。不僅在解明現于法文表面的意味。

并法文裏面之意思。並宜力爲探究也。而與之爲反對說者。爲近時帖爾氏。氏所著德意思私法緒論。以爲立法者之意志。無離法文而爲表示事。解釋法律。但能採材料于法文。如黑爾帖爾之〔拜帖古典〕法論。窪哈之民事訴訟法論。皮基古之刑法論。皆引用帖爾之德意志私法緒論之文句。贊成此說。其最爲極端主張者。爲哥攬氏。以爲法律發布時。即爲有機體。脫立法者之意思。不可不從法文之所示。而探究法律自身之意思。惟德意志之一般私法的拜帖古典法。酌其源于〔古斯其利亞〕法典者。然此法典。亦不過因聚集各種之學說及法令之故。而以其法文中牴觸又缺漏之點不少。僅依現於法文表面之文言。爲論理的解釋。其苦必多。勢必於法文以外。求解釋之材料。而忖度立法者之意思。雖生一種之解釋方法。至於近時德意志。各種之法典稍完備。其調和牴觸點。補充缺漏點。已覺完善。其解釋之方法。又生一種專依法文之之斬新學風。今也日本法令之完備。略近于德意志。又法文之解釋方法。宜可從帖爾之新說。故松本蒸治氏曰。『余雖非左袒哥攬氏之極端說。但法文之所表示。已極明白。如強爲曲解。而欲苟合便宜與常識。則所以不知其可也。且勿論法律。不過手段。欲應于便

宜。雖不時改廢之。若依法令適用。恣欲改廢之。國民不知所適從。寧不如初無法律之爲愈也。

商事特別法令對於商法、商慣習法、及民法。有如何關係乎。商法第二條規定曰。『關於商事特別之法令。雖商法施行後。仍有其效力。』是從商法施行前所存在特別法令。先商法之規定而適用。雖爲明瞭。至于在商法施行後所發布特別法令。以別無規定。則不可分別情形而說明之。在特別法令與商法民法其他之法律。不相牴觸時。其有效力。雖可勿論。至特別法令與既存之法律。相牴觸。而其特別法令爲可代法律的命令。又因法律之委任爲命令時。宜先法律而被適用。則其他之命令時。亦不可不謂其無效力者也。故日本憲法第八條第一項規定曰。『天皇爲保持安全。又避其災厄。基於緊急必要。在帝國議會閉會之時。可代法律發勅令。』關於商事之特別法令。有附屬於商法者。有不附屬於商法而爲單行法令者。附屬於商法者。明治三十二年法律第四十九號、商法施行法、同年勅令第二百七十一號、關於小商人範圍之件、三十三年法律第十七號、關於商法中、宜署名情形之件、三十二年遞信省令第十九號、

依商法第五百六十二條書類之件、同年同省令第二十號、湖川港灣及沿岸小航海範圍之件等是也。

不附屬於商法之特別法令。殆不可枚舉。舉其重要者。則有明治二十三年法律第七十二號銀行條例、同年法律第七十三號貯蓄銀行條例、十五年布告第三十二號日本銀行條例、二十七年勅令第二十九號橫濱正金銀行條例、二十九年法律第八十二號日本勸業銀行法、同年法律第八十三號農工銀行法、三十年法律第三十八號臺灣銀行法、三十三年法律第七十六號北海道拓殖銀行法、三十三年法律第七十七號日本興業銀行法、三十三年法律第六十四號私設鐵道法、同年法律第六十五號鐵道營業法、二十六年法律第五號取引所法、三十年三法律第六十九號保險業法、三十二年法律第三十八號商標法、同年法律第四十六號船舶法、同年法律第四十八號船員法等之諸法律。又有附屬於是等法律之施行規則、其他之命令。總之是等之特別法令中。雖多包含行政法的規定。而同時亦有宜屬於商私法的規定者。決不尠也。故欲周到的說明商私法。必也論及是等之特別法令。本書爲避煩雜。除二三之

情形外。悉不敘述。

第二節 商慣習法

商慣習法。與商法典相合。所謂成實質的意義。商法者也。故法律對於民法。以特別法之故。宜先爲適用。然商慣習法對於商法典。宜後適用者。不問商法之規定。爲命令規定。與任意規定。亦不得與商法之規定。爲牴觸之規定。申言之。商慣習法。對於商法之規定。所謂不有變更力也。蓋認變更力於商習慣法與商法典之規定。立於平等地位。兩兩相並而被適用時。則國家以明文所定規定。至有爲商慣習法廢止變更者。使人苦於所適從也。

商慣習法者。謂關於商事慣習法也。故其成立之要件及其拘束力之所由。與一般之慣習法無所異。僅其效力以商法第一條有特別規定之結果。與一般之慣習法有不同者。故在以下。先從一般之慣習法。論其成立之要件與拘束力之所由。次及商慣習法之效力。

慣習法之成立要件有二。第一。須有慣習慣習者。謂同態樣且繼續之習俗慣行也。第

二。須法律的觀念。法律的觀念者。謂被其慣習之支配者。信其慣習爲法律。因而從之也。沙烏里布甫達等關於慣習法之拘束力之所由。採國民確信說。謂法律自然生於國民間。而爲國民所確信者。即爲法律。主張歷史派極端之議論。其結果以慣習不爲慣習法成立之要件。不過以之爲既存在法規之表示方法。國民間之確信。直接依其行爲而表示時。則謂之慣習法。間接依國家之立法而表示時。則謂之成文法。斯脫俾俾那烏阿基克斯達恩帖魯等。亦贊成此說。然不得離慣習又法文。全然表示抽象的法律之存在。誤信此說。始於烏西帖爾之（烏爾與文路西）私法論。及斯達爾之法理學。其他醒帖里斯武克爾伊德卡德等。近時多數之學者。皆反對之。以慣習實定慣習法之內容。爲成立不可缺一條件也。而所謂同態樣者。須幾回反覆乎。又須行于幾何之期間乎。以別無一定之標準。唯人以爲法律故。能使生欲從之觀念耳。是任裁判官之認定問題也。又以爲法律而從之之觀念者。非謂慣習法適用之各個人。謂從于慣習法之法律。必要上於受其支配地方。又階級之人民間。一般所感也。以上所述二條件外。有以不反乎公之秩序。若善良風俗爲要件者。有舉以爲法律而從之觀念。非

因于錯誤爲要件者。是當然所不待言。非要件也。尙慣習法之成立要件。學者之所說。各不相同。其中不能從者雖多。以出商事法論之範圍。省略之。

與慣習法之成立要件。不可不區別者。慣習法拘束力之所由也。此慣習法拘束力之所由。在羅馬法時代。國民之意思。常因于法律之根據基礎爲說明。及後國家主權之思想起。慣習法可謂依國家之默認而得其拘束力者也。然及沙烏里以下之歷史派起。至有唱道慣習法。因國民之確信。有其効力者。此二說。現今學者間。仍有論爭。其主張國家默認說者。爲那馬那爾布籠斯給爾路夫馬烏璉布列俾爾忒醒古撒典爾利米領等。其主張國民確信說者。自沙烏里布甫達以後。爲伊德卡德及列給爾斯俾爾給爾等。雖然。此二派之議論。以異其根本之觀念。故各採別個之前提者。即一謂法爲國家之意思。一謂法爲國民之確信。以論爭者。不過各立於別個之地位。欲從慣習法之實際。說明有法力之事實。皆不得決定爲法律之前提觀念。而欲以何者判定二說之當否優劣。則此二說。均不足以說明慣習法拘束力之所由。如器帖爾曼批評關於慣習法拘束力所由之學說。指摘其缺點。且謂慣習法以實際宜行故有効力。不論及

其拘束力之所由。如典索布爾克亦僅謂爲沿革之事實。不再爲其以上之說明。故關於慣習法拘束力之所由。學說紛紛。雖如上述。然此問題。畢竟所謂一般法律。何故有拘束力。歸著於法理學上之大問題。又日本國法。以明文認慣習法之効力。單純爲日本國法之解釋。無感於論此問題之必要。故茲別不論述其詳細。唯欲注意。不可混同慣習法成立之要件與此問題。即習慣法成立之要件。謂在如何情形。方有習慣法之問題。其拘束力之所由。慣習法何故。乃有効力之問題也。

關於慣習法之効力。日本國法。以明文定之。其法例第二條規定曰。『不反乎公之秩序。又善良風俗之慣習。限於依法令之規定所認者。及法令無規定之事項者。與法律有同一之効力。』故慣習法。僅關於法令無規定之事項。有補充力。不特對於成文之法律。不有變更力。即對於命令。仍不得有變更力也。然商慣習法。以商法第一條有特別規定。對於民法規定。有變更力。則對於民法以外。關於民事的特別法令。亦可解釋爲有變更力。是商法第一條。對於法例第二條。乃例外的規定也。或有言非關於民法無規定之事項。則不宜認商慣習法之成立。商法第一條。關於此點。不過爲無用之空

文者。如斯。則法律不可不謂出于爲先民法而適用商慣習法之趣意也。

慣習法之効力。在日本國法之解釋。如上所述。雖爲明晰。而在外國。則常有識論之衝突。在羅馬之（幽斯其里昂）法典基給斯莫中之幽利阿奴斯之說。則認慣習法有變更成文法之力。而（可典古斯）中之孔斯大器奴斯帝之命令。則否定之。其欲調和此矛盾者。則研究羅馬法學者之用力也。然至近時。一般學說。亦以慣習法。既爲法律。則其法律之効力。與成文法無異。宜認爲有變更力者。唯近時之立法者反之。欲制限其効力。如日本商法第一條。及德舊商法勾商法等之規定。并奧民法第十條。索遜民法第二十八條。日本法例第二條等。皆此例也。在德意志雖民法第一草案第二條規定曰。『慣習法僅依法律所認之限度。有其効力。』而民法則削除之。委此問題於學說。德新商法亦同。雖然。德之新法典。非全然不認慣習法之存在也。其民法施行法第二條規定曰。『在民法典之法律。總謂之法規。』從此條文觀之。可明也。於是在新法典所關於慣習法之効力。再爲學者論爭之目的。例如嚴典猛之民法教科書。斯達烏布之商法註釋。馬可烏爾之商法註釋。則以爲無變更力。如可薩古於其商法教科

書、則曰。『在新商法、於商慣習法之地位。比舊法典。爲一層佳良。』於其民法教科書亦曰。『在慣習法與成文法相抵解時。二法間効力之優劣。宜委於各個之事實問題。不得謂成文法。常優於慣習法。』其他多數之學者。雖不用如斯誇張的之語。亦認慣習法有變更力。在日本法學家贊成此多數說者。爲法學士松本烝治氏。而法學博士富井政章氏。則不認一般慣習法之効力。與之相異也。

關於商慣習法之効力。尙有宜述者。即商慣習法。與事實慣習。須爲區別也。蓋事實慣習。與法律慣習異。在德國學者之所論。雖混同此二者。其結果。至慣習法之成立。不須爲法律從之之觀念。是反於一般之學說也。况事實慣習。非法律之淵源。不過爲解釋當事者意思之材料。民法第九十二條規定曰。『在法令中。有不關於公之秩序之規定。而爲特異慣習情形。法律行爲之當事者。依之而認爲無意思時。則從其慣習。』此關於事實慣習之規定也。即事實慣習。僅在當事者認有從之之意思時。有其効力也。申言之。不過當事者補充其意思。表示時。以爲明瞭其意思之材料。反之法律慣習。則不問當事者有從之之意思與否。常宜適用者也。而且在他之一方。事實慣習。當事者

依之認爲有意思想時以形成當事者意思表示之內容。因當事者意思表示之效力雖得變更法律中之任意規定。至法律慣習則不問法令之規定爲任意與命令均不得反之。在舊商法與德舊商法同用商慣習文字。勿論在德舊商法用商慣習文字。學者之多數所解指爲法律慣習與商慣習法同一意義。然夫爾典倫德爾甫資歐爾等二三之輩。則以爲含有事實慣習。日本新商法爲避此點之疑。故明謂爲商慣習法也。

第三節 民法

民法爲定一般私法之通則。故在特別的商事特別法令商法及商慣習法無規定時。雖關於商事亦有適用民法者。蓋商法雖爲關於商事之特別法。非網羅商事一切規定而無遺。却從一般法於無支障事項不設規定讓之於民法。所以避規定之重複也。商法第一條所云本法指商法典。則所云民法其指民法典無疑也。故雖在民法典以外關於民事之特別法令除無適用理由外而在商事特別法令商法及商慣習法無規定時付其特別之事項宜先民法而被適用。雖然若牴觸法律之通常命令其無效力與否則與前所說明商事特別法令相同。

至於關民事之慣習法。在法令及商慣習法無規定時。宜被適用。殆所不俟言也。

第四章 商法之內容

商法全部。皆商法之內容也。然必分晰之。而後有條理可尋。茲撮其大旨。可分四則。一商。二商行爲。三商人及商業。四商品。

第一節 商

商法者。乃關於商之法律。所自示名稱也。學者欲論商法之爲何。當先說明商之爲何之觀念。雖然。商之意義。茫漠而不可易求。現各國商法。多列舉商行爲。散漫而無統一立法者。如徒任意湊集諸般之行爲。以探究其觀念。而欲明確商之意義。殆所不可期待也。

謂商以貨物轉換之媒介行爲爲目的。多數學者之所一致也。依於此說。立於生產與消費之中間。自無消費之目的。而需貨物於生產者。給之於消費者。直接而以貨物轉換之媒介爲目的。稱之爲固有之商。亦曰狹義之商。隨狹義商之發達。補助之。使生容易爲目的各般之行爲。如海陸之運送。仲立。取次。代理之引受等。即是也。是等行爲。亦

間接而以貨物轉換之媒介爲目的者。稱之曰補助之商。雖然。如爲他人關於製造加工之行爲。作業勞務之請負。關於出版印刷攝影之行爲。以客之來集爲目的。場屋之取引。保險寄託之引受。有難。謂爲貨物轉換之媒介行爲者。德果爾德修米於狹義商補助商以外。認第三種之商。雖極力網羅是等行爲之大半。而欲與貨物之轉換相關聯。不免牽強附會之嫌。若夫爲觀光旅客之運送。生命保險。住家之火災保險等。與貨物轉換之媒介行爲。則更如風馬牛之不相及。抑商之意義。限局於貨物轉換之媒介行爲者。原始之思想也。在上古未開時代。貨物轉換之媒介行爲。爲商之濫觴。雖爲不可爭之事實。而以之律今日商之觀念。則不免爲刻舟求劍之流。亞故以商爲貨物轉換之媒介行爲說者。不僅以其爲現行商法之解釋。不得其當。且以制限商之範圍。有阻害商之發達之虞。不可採之爲立法之標準。現各國多數之商法。販賣因先占或原始生產之取得物。不爲商行爲。可謂此觀念之餘弊也。是以爲立法論。定商之觀念。宜主張於行爲之實質以外。標目其行爲者之狀態也。各國商法。認所謂營業的商行爲。僅特定之行爲。不爲營業之時。雖仍爲商行爲。而更進一步。參酌營業之設備方法。以定

商之意義可也。近世之立法例中。如瑞西債務法。德意志新商法。則稍有近此方針者。學者或有以商爲營利行爲者。不知以商業爲營利事業。雖當以商爲營利行爲。則誤也。例如鐵道會社。雖爲營利會社。而其個個之運送行爲。或不爲營利行爲。以會社知其無利益而爲運送也。況乎會社有爲慈善。全以無償而爲運送。其運送不妨爲商行爲也。又營利通於各種之行爲。謂爲其常素。雖覺稍當。至如手形行爲。則與營利之觀念無關係者。故曰商者。非僅營利行爲也。

有言商爲營業者。在中世團體時代。非商人團體之團體員。則不得爲商。謂商須爲營業可也。又近時德新商法。復活此主義。凡屬於商人之商業。總謂之行爲。則謂商爲營業亦可也。今也人類之經濟的活動。日益進步。分業日愈盛行。僅以爲營業行爲爲商行爲。雖立法論所贊成。而日本商法。以倣多數之立法例。其特定之行爲。在不爲營業時。仍認之爲商行爲。故當論日本商法。不得採用此說。

有以商爲不變貨物之形。而轉換之之說者。此羅馬法之（基給斯達）法典以來。至於近世所行學說。所以欲分商工爲二也。在中世團體時代。各種之商工業者。各作團體。

團體員以外者。禁行屬於其種類業務。如斯雖得存區別。及團體破壞。失爲其區別之標準。商工之間。至無劃然境界。如法商法於加勞力之物品。變形而移轉者。至明定爲商行。爲德商法。意商法。其他多數之商法。倣之日本商法。雖無如斯明文。而從解釋上觀之。雖在加工物品製造物品讓渡之時。亦認爲商行爲則無容疑。在經濟上之意義。工業之多數。於法律上爲商業。即從他人購入原料而爲製造業者。不失爲商法意義之商人也。故此說非近世法之所認也。

有謂商之目的貨物。在消極的制限。不可包不動產在內者。現外國法中。或有不認不動產爲商品之立法例。如德舊商法。匈商法等是也。蓋不動產。不僅性質上不適於轉換之目的。且轉換之。須複雜形式。商法規定從之。必有不便。其一理由也。雖然。不動產究非性質上全然不許轉換。如屢以射利之目的。而爲買賣者。不以之爲商行爲之目的。則不可也。故日本商法。不爲如斯限制。如第二百六十三條第一號及二百六十四條第一號。明認之爲商行爲之目的。又意大利商法第三條。定以營利之目的爲不動產之買賣者爲商行爲。德新商法雖不認以不動產爲其目的。然如其舊商法。亦無規

定不得爲商行爲目的之旨。以認所謂附屬的商行爲之目的者解之。可也。有謂爲商須從一地之商品移轉於他地者。舊時學者之所唱道也。雖然。同在一地。數人之間。轉換商品。吾人所常目擊。如斯情形。而以爲非商。則無理由。其爲不足採之。認說。固不待言也。

要之從來學者所論述商之意義。無一足採者。如以商爲貨物轉換之媒介行爲之通說。雖適合原始時代之商。而在現今。則不僅不宜應用於成法之解釋。且有誤立法方針之弊。害故各國商法。爲避概括的定商行爲之意義之困難。常列舉之。非不能適合於商行爲。而下概括的之定義。以其近於勞而無功也。是以本論亦僅指摘從來學說之缺點。說明商之觀念。在法律上不可得下明確周到之定義。

以上說明者。商之觀念也。茲再從商之分類言之。商之爲商。有依觀察方面之如何而爲各種之分類者。在經濟上。是等之分類。雖可謂其有必要。在法律上。則以商之觀念自體不明瞭。勿論不可施正確之分類。即是等之分類。亦概非關乎輕重也。

第一 固有商補助商

如前述多數之學說。以直接轉換貨物之媒介行爲爲目的者。謂之曰固有之商。爲補助固有商之行爲者。謂之曰補助之商。此分類。不徒於法律上。無寸毫之益。而除沿革上。謂固有商先爲發達補助商後爲發達外。則全無區別意義也。又況在現時。此二種之商。立於平等之地位。互相補助。而欲差等主從於其間。不可不謂其乏理由者也。

第二 大商小商

大商者。其營業之規模極大。其取引之範圍甚廣。直接從生產者。取得貨物。而供給於小商之謂也。所謂卸賣者當之。小商者。其營業之規模較小。取引之範圍存於一地方。從大商取得貨物。而直接供給於消費者之謂也。所謂小賣者當之。大商小商之區別。經濟雖爲重要法律上。則無區別之價值。雖商法有所謂小商人者。而與大商小商之區別。則爲別個之觀念。唯卸賣及小賣語。非見之於商法中。

第三 陸商海商

陸商者。謂在陸上。又湖川港灣爲商也。海商者。謂在海上爲商也。海商自古來即與陸商分離。爲特異之發達。故其法規。常別爲規定。如日本商法。設海商一編。關於海上之

運送及保險等。爲特別之規定。亦此例也。此分類。僅從此點認之。可謂其有價值。

第四 爲自己之商爲他人之商

爲他人之商者。謂如問屋於他人計算而爲商也。爲自己之商者。謂於自己計算而爲商也。然所謂自己計算又他人計算者。畢竟以行商結果所生之損益歸於自己。歸於他人之意義也。此區別亦基於以商爲貨物轉換之媒介行爲之謬見也。蓋問屋營業之目的商行爲。在引受所委託物品之販賣及買入。問屋之爲此行爲於自己計算者也。其於他人計算爲物品之販賣買入者。不過履行其委託耳。非爲其營業之目的行爲也。此分類以物品之販賣買入爲主眼。不過從其爲何人計算而決之。而問屋之商業。則非因他人計算而定爲營業者。陷初學者於謬誤實是等無用之分類之罪也。

第二節 商行爲

商行爲者。商法之基礎也。在日本商法第四條規定曰。『本法之商人謂以自己之名而業爲商行爲者。』即以商行爲爲基礎而定商人之意義也。如德國新商法。先定商人之意義。以商人爲基礎。而以其行爲爲商行爲。則爲異其立法之主義者。故商行爲。

不僅于商事中占最重要部分。又於定商人之意義。明商法之適用範圍。有必要之地位者也。是以說明商人之意義。須先述商行爲之意義。及其種類之大體。

商行爲的法律行爲者。即商行爲爲關於商之法律行爲也。而法律行爲果何謂乎。學者所論。決不相同。然依於通說。則謂能生法律上之効力。私法的意思表示。其行爲者。欲生法律上之効力。而法律認其効力者。故無關係于法律上之効力發生行爲。即所謂非法律事實行爲。不得爲商行爲。又縱令法律上雖可生効力。而所爲者所欲生法律上之効力。非法律之所認。如不法行爲及其他法律事實。亦不得爲商行爲也。

然則法律行爲中。果如何行爲爲關於商之法律行爲乎。日本商法。別不與概括的之定義。惟舊商法第四條規定曰。『商取引者。謂因賣買借貸。及其他取捌之方法。以轉換產物商品。及有價證券。出於得利益爲生計之旨趣。凡直接間接所行之權利行爲也。其揭於左者。悉屬商取引云。』例示商取引之重大者。可謂揭概括的之定義也。如西商法。亦概括的而定商行爲之定義。其第二條第二項規定曰。『本法所定行爲。其他行爲性質有相同者。推定爲商行爲。』又葡萄牙商法第二條規定曰。『本法所定行爲。

凡其他商人之契約債務。全無民事上之性質者。從其行爲自體。不生反對之理由爲限。看做爲商行爲。』雖然。是等之規定。以其意義不明。有使生疑於商法適用上之虞。故日本新商法。排斥舊商法之定義主義。制限的列舉商行爲。不認列舉法律以外行爲爲商行爲也。申言之。在日本商法。所稱商行爲。謂商法所列舉商行爲的法律行爲。對定義主義。稱之爲列舉主義。可也。至其他各國商法。概採列舉主義。日本商法所列舉商行爲。如何行爲乎。即謂商行爲之實質如何也。關於此點。在立法上得想像三種之主義。各國法之所規定。雖因其國風民情之異。千差萬別。而論其大體。則總屬於是等之主義。此三種主義者。所謂主觀主義。客觀主義。及折衷主義。是也。

主觀主義者。謂商之主體。以商人爲基礎。而定商行爲也。例如德新商法其第一條規定曰。『在本法之商人。謂營商業者。在本法之商業。謂以次所列舉行爲爲營業目的者。』第三百四十三條規定曰。『商行爲者。謂凡屬於商人之商業。總謂之行爲也。』依此主義。先定如何爲商人。次以商人營業之行爲。及爲其營業所爲行爲。爲商行爲者也。此主義。乃前述中古商人團體時代所行者。以當時商法。即商人法。商法適用之

區域限於商人。商人行爲以外。不存商行爲也。然及近世。說明折衷主義者起。商人以外之行爲。至認爲商行爲。惟德新商法。獨採主觀主義。與他之各國法異。復活中古之商人法主義。

客觀主義者。謂依其行爲之本質而定商行爲也。詳言之。爲其行爲者。不問其爲商人與非商人。亦不問其以之爲營業與不以之爲營業。惟依其行爲自體之本質。分商行爲與非商行爲的法律行爲者也。雖然。多數之商行爲。依非商人者。個個爲之時。未足發揮商行爲性質。以商人因爲營業所爲行爲。始爲商行爲。設不問其行爲之主體爲何人。但依行爲之本質而定商行爲之主義。則反乎商之觀念。且在實際。採此主義之立法例。亦未嘗見之也。

折衷主義者。併用上所述二主義。而認二種之行爲。一種之行爲。不問爲之者。商人與非商人。均爲商行爲。他一種之行爲。僅在商人爲之時。認之爲商行爲者也。法商法、德舊商法、及倣法商法者。德舊商法之各國商法。殆皆採用此主義者。日本新商法。亦與舊商法同。從此主義。

如以上所述日本商法定商行爲之意義。以採折衷主義。分商行爲爲二種。即一。從行爲之本質而爲商行爲者（即其行爲之主體。不問爲商人與非商人常爲商行爲者）。一。因商人爲之而始爲商行爲者也。前者稱之爲絕對的商行爲。亦曰客觀的商行爲。後者稱之爲相對的商行爲。亦曰主觀的商行爲。主觀的商行爲。更可別之爲營業的商行爲。及附屬的商行爲之二種。營業的商行爲者。謂因商人以之爲營業而爲商行爲也。附屬的商行爲者。謂因商人爲其營業而爲之。而以爲商行爲也。商法第二百六十三條所列舉。則屬於絕對的商行爲。第二百六十四條所列舉。則屬於營業的商行爲。第二百六十五條所規定。則屬於附屬的商行爲。是等各種商行爲之詳細。俟以下分款說明之。

商行爲。從上所述分類。異其方面而觀察之時。得分爲基本的商行爲與補助的商行爲之二種。基本的商行爲者。謂定商人之意義。成商行爲之基礎也。申言之。業爲基本的商行爲者。爲商人也。商法第四條中所云商行爲。即指基本的商行爲者。補助的商行爲者。謂補助商人營業之商行爲。故補助的商行爲。非定商人意義所必要。却與商

人條件之存在而存在者。即商人。因其營業而爲之。而以爲商行爲也。與前述分類比照之。合併絕對的商行爲及營業的商行爲。即該當基本的商行爲者。附屬的商行爲。即該當補助的商行爲者也。補助的商行爲。與前述補助商。雖名稱相近。而其意義則異。不可以混同。

商行爲更從以上所述二種之分類方法。異其見地而分之。時得分爲一方的商行爲與雙方的商行爲之二種。雖然此分類非如前二者。因行爲之本質而生區別。不過當事者之一方所爲。係商行爲時。謂其行爲爲一方的商行爲。當事者之雙方所爲。係商行爲時。謂其行爲爲雙方的商行爲耳。例如甲以得利益讓渡意思。賣却買入動產於乙。乙更以得利益讓渡意思買入之時。甲乙間之賣買。甲之所爲。依商法第二百六十三條第一號後段之規定。可爲商行爲。乙之所爲。依同號前段之規定。亦可爲商行爲。則此賣買。爲雙方的商行爲。若在相同情形。乙單以供自己使用之意思買入之時。甲乙間之賣買。甲之所爲。雖可爲商行爲。乙之所爲。則非係商行爲。則此賣買。爲一方的商行爲。故此區分。與雙方的法律行爲。一方的法律行爲之區分。不可混同。蓋雙方的

法律行爲。謂之契約。一方的法律行爲。謂之單獨意思。與雙方的商行爲。一方的商行爲。之觀念。無相關聯也。

在雙方的商行爲。當事者雙方適用商法之規定。固無容疑。至一方的商行爲。對於商法規定。將一方爲商行爲者。適用乎。抑雙方俱可適用乎。商法第三條規定曰。『雖一方的商行爲。仍適用雙方之規定。』蓋若在。一方的商行爲。僅當事者之一方。適用商法之規定。他之一方。適用民法之規定。不僅錯雜法律之關係。或致生苦於解決問題也。今舉一例。解說此規定之必要。如上述第一設例之時。乙怠於代金之支拂。假定甲依商法之規定。主張請求六分之遲延利息。乙依民法之規定。主張支拂五分之遲延利息。則將從何解決乎。商法爲杜絕如斯問題之發生。所以置第三條之規定也。雖然。如第二百八十四條留置權規定之適用。限於雙方的商行爲發生之債權。則又第三條規定之例外也。

第一款 絕對的商行爲

第一 本得利益讓渡之意思。以有償取得動產不動產及有價證券。又以讓渡其所

取得者爲目的之行為。(商法二百六十三條第一號)

從一方取得動產不動產及有價證券。得利益而讓渡於他人之行為。通常稱之爲投機的之買入。又相場的之買入。今分析說明此行爲於左。

(一) 其行爲須以動產、不動產、及有價證券三者爲目的。動產不動產。在民法既有規定。茲不再述。至有價證券。謂權利之發生、利用及其效力。不可與證書相離者。又謂其利用及效力。不能與證書相離者。例如手形上之債權債務。與手形共發生者。則此手形爲最完全之有價證券也。雖然。此有價證券之中。有雖無證書發生之權利。當利用其權利。必須證書者。又有價證券之中。或有發生物權之效力者。(如倉荷證書)或有發生債權之效力者。

(二) 有償取得者。謂與報酬而取得其所有權也。若非法律行爲之所取得。如狩獵捕魚採取天產物等。不得謂有償取得也。

(三) 讓渡於他人之意思。不可不存在於取得之當時。且其意思不可不爲明示。又默示的表示。若取得之當時。無讓渡之意思。雖他日讓渡之。不得謂爲商行爲。若讓渡之

意思存於取得之當時。縱令後日不實行其意思，仍不失其商行爲之性質。蓋商事以買賣爲中心點。故商法列爲首項。如取得之當時無讓渡之意思。因其他日讓渡。至認之爲商行爲。設有人因迫於不得已之故。讓渡其所有物。彼其所有物亦係從取得而來。則亦將認爲商行爲乎。甚非法律之本意也。我商律亦頗注重於此。(商人通例第一條參照)

第二 從他人取得動產或有價證券之供給契約。爲其履行。而以有償取得供給物爲目的之行爲。(商法第二百六十三條第二號)

供給契約者。以他日從他人取得之意思。爲供給動產又有價證券之契約。乃投機的賣却之義也。而在第一投機買入之商行爲。則先取得而後讓渡。在此供給契約。則先讓渡而後取得也。在投機的買入之時。則以讓渡之意思取得之。在投機的賣却之時。則以取得之意思讓渡之也。今分析此供給契約之要件於左。

第一 供給契約須以動產又有價證券爲目的。

第二 須以所有權之移轉爲行爲之目的。

第三 供給者不可不以他日從他人取得之意思。且此意思在約供給之當時不

可。不。存。在。

在第一種之商行爲讓渡之意。即在於取得之際。而貫徹其意思者也。第二種之商行爲履行之意思。即在於契約之當時。而貫徹其意思者也是以第一種之商行爲的讓渡行爲。學者稱之曰實行。行爲第二種之商行爲的給付行爲。學者稱之曰履行。行爲。惟其如此。故不便於豫約之不動產。不適用第二種商行爲之規定。

第三 在取引所之取引。(商法第二百六十三條第三號)

取引所略如市場。而與市場不同。市場必以現物交易。取引所則賣主不必持物。但先與買主約定價值。而後取引其物也。日本之取引所。最爲整齊。自明治二十六年三月。發布取引所法後。今則農商務省。皆有規定矣。至取引所之種類。及所限取引之物品。讓第四編述之。

第四 關於手形及其他有價證券之行爲。(商法第二百六十三條第四號)

何謂手形。讓手形法說明之。茲所說明者。謂此法律行爲。何以爲商行爲也。此法律行爲之爲商行爲。須具備二個之要件。試列之於左。

第一 關於有價證券事

第二 其有價證券以商業上法律行爲之目的爲通例。

然有價證券。果以商業上法律行爲之目的爲通例乎。雖爲客觀的決定之事實問題。不問法律行爲之當事者了知與否。而在手形。以新商法中有別段之規定。即認爲商業上法律行爲之目的者。故關於手形之法律行爲。若爲替手形。約束手形。及小切手等。必常爲商行爲也。

第二款 相對的商行爲

相對的商行爲。限於爲營業而爲之時。爲商行爲的法律行爲也。故非從營業爲之者。依商法第二百六十四條之規定。不爲商行爲也。雖然。茲於例外有一言。即同條但書規定曰。『專以得賃金爲目的。而製造物品服役勞務者之所爲的行爲。不在此限。』是以此等之行爲。雖以營業爲之時。而依其規定。亦不爲商行爲也。但何故專以得賃金之意思。所爲一切之法律行爲。悉認爲相對的商行爲乎。於茲不能無疑也。

第一 本借貸之意思。爲動產不動產之有償取得若賃借。又以其取得若賃借者。爲

借貸之目的之行爲。(商法第二百六十四條第一號)

此與第一款第一種之商行爲名雖相同。實則甚異。茲試舉其異點。(一)在第一款第一種之商行爲。以讓渡意思爲目的。此則以借貸意思爲目的。(二)在第一款第一種之行爲目的物。包含有價證券。此則無有價證券。(三)在第一款第一種之行爲目的物。限於取得者。此則兼及賃借者。蓋第一款第一種之商行爲。以行爲之本質爲主。不。限。於。營。業。此。則。限。於。營。業。故。與。商。事。爲。關。係。之。賃。借。非。以。爲。營。業。者。不。得。認。爲。商。行。爲。而。有。價。證。券。又。非。可。賃。借。者。也。今。試。分。析。之。

(一) 本借貸意思。以物之有償取得爲目的之律法行爲。

此法律行爲爲取得者。且對之而爲相對的商行爲。須具備四個要件。

第一 以權利之取得爲目的。

第二 以所有權爲取得之權利。

第三 以有償取得其權利。

第四 取得者以借貸之意思取得其物。爲此法律行爲。

而取得權利。須爲所有權。且須以有償取得其權利。故限於以繼受的取得爲契約目的。須以借貸之意思。故於設定之地上權。永小作權。地役權。又使用貸借。消費貸借。爲意思者。不包含之。至取得者之借貸意思。不惟不須表示。且法律行爲之相手方。亦不須了知。又至於後。並不須實行此意思也。

(二) 本借貸意思。以物之賃借爲目的之法律行爲。

此法律行爲。爲賃借人。且對之而爲相對的商行爲。須具備二個之要件。

第一 以賃借爲目的。

第二 賃借人以借貸之意思。賃借其物。爲此法律行爲。

而須以賃借爲目的。故限於契約。且以地上權。永小作權。地役權之設定。若取得爲目的之法律行爲。及使用貸借。消費貸借等。不包含之。又須以借貸之意思。故以使用貸借。消費貸借爲意思者。亦不包含之。至賃借人之借貸意思。不惟不須表示。且法律行爲之相手方。亦不須了知。又至于後。並不須實行此意思也。

(三) 因(一)或(二)之法律行爲。而以取得或賃借之物。爲借貸目的之法律行爲。

此法律行爲爲借貸人。且對之而定爲相對的商行爲。須具備二個之要件。即

第一 以借貸爲目的。

第二 借貸物。須因(一)之法律行爲取得物。又因(二)之法律行爲爲賃借物。

而須以借貸爲目的。故限於契約。且設定之地上權、永小作權、地役權。又使用、賃借、消費、賃借等。不包含之。又須因(一)之法律行爲取得物。若(二)之法律行爲爲賃借物。故賃借。因其他法律行爲取得物之時。不包含之。至此借貸物之原因。不僅在借貸人。不須表示。即在當事者。亦不須了知。又借貸人取得若賃借當時之意思。且不須以繼續實行。爲此法律行爲也。

第二 關於爲他人製造或加工之法律行爲。(商法第二百六十四條第二號)

此法律行爲爲相對的商行爲。須具備二個之要件。

第一 關於製造或加工事。

第二 其製造或加工爲他人事。

而如何爲製造。如何爲加工。雖屬工學上之問題。至其製造或加工之行爲。必須爲他

人。故爲自己製造或加工者。不包含之。所謂爲他人者。謂於他人計算。而損益不歸之於製造者或加工者也。

第三 關於供給電氣或瓦斯之法律行爲。(商法第二百六十四條第三號)

此法律行爲爲相對的商行爲。須關於電氣或瓦斯之供給。而如何爲電氣。如何爲瓦斯。雖屬理學上之問題。至如何爲供給。則有說明之必要。所謂供給者。謂放任他人之利用也。故自利。用其電氣或瓦斯之法律行爲。依此規定。非商行爲也。

第四 關於運送之法律行爲。(商法第二百六十四條第四號)

此法律行爲爲相對的商行爲。須關於運送。關於運送以上。不問所運送者之爲人爲物爲音信。又不論其運送之通路如何方法如何。悉爲相對的商行爲也。至關於運送之法律行爲。所重要者。爲運送契約及運送取扱契約。此二者以新商中有別段之規定。至後說明之。

第五 作業或勞務之請負。(商法第二百六十四條第五號)

作業之請負者。新民法所謂爲請負之一種。謂當事者之一方。或約完成其工作。相手

方對其工作之結果。約與以報酬之契約也。勞務之請負者。新民法所謂類似僱傭者。謂當事者之一方對相手方約使第三者服勞務。相手方約與以報酬之契約也。二者之法律行為。悉相對的商行爲也。

第六 關於出版印刷或攝影之法律行為。(商法第二百六十四條第六號)
出版者。謂印刷文書圖畫發賣之或頒布之也。印刷者。謂依機械等之方法。製出文書圖畫也。攝影者。謂依光線與藥品之作用。寫物象之眞形也。三者之法律行為。悉相對的商行爲也。

第七 以客之來集爲目的之場屋之取引。(商法第二百六十四條第七號)
爲使不特定客之來集。而設備場所或家屋者。稱之爲以客之來集爲目的之場屋。而當客來集其場屋。實行其目的之所爲之法律行為。不論在其場屋所爲。與在場屋外之所爲。又不問場屋之主人所爲。與其他者之所爲。而但以集客爲目的之場屋之取引。悉爲相對的商行爲也。雖然。如僅以特定之客來集。而設備場屋者。當其所爲之法律行為。則依此規定。不在商行爲之限。

第八 兩替及其他銀行之取引。(商法第二百六十四條第八號)

此取引爲相對的商行爲。須在銀行所行之法律行爲兩替。即金錢與金錢之交換。爲銀行所行法律行爲之一例。揭於法文者也。銀行者何謂乎。新商法所未規定也。然依關於銀行法令。得謂銀行有三種。即依於銀行條例之銀行。依關於特種銀行法律之銀行。依關於特定銀行法律之銀行。是也。依銀行條例之銀行者。謂於公開之店舖爲營業。爲證券取引、爲替事業、預金、貸付之事也。依關於特種銀行法律之銀行者。謂依貯蓄銀行條例之貯蓄銀行。依農工商銀行法之農工銀行也。依關於特定銀行法律之銀行者。謂依日本銀行條例之日本銀行。依日本勸業銀行法之日本勸業銀行。依日本興業銀行法之日本興業銀行。依橫濱正金銀行條例之橫濱正金銀行。依臺灣銀行法之臺灣銀行。依北海道拓殖銀行法之北海道拓殖銀行也。

銀行得爲如何法律行爲乎。以屬於銀行法令之解釋。雖無詳說之必要。而舉其大要。如證券取引、爲替事業、預金、貸付、地金銀證券之買入、兩替、其最重者也。

第九 保險行爲。(商法第二百六十四條第九號)

保險行爲者。當事者之一方。對他方或第三者。填補因偶然事故所生損害。他方對之。約與以報酬之法律行爲。而爲相對的商行爲也。

保險行爲。有在通常保險行爲以外。而成相互保險行爲者。此相互保險行爲。其保險關係。以相互保險會社。與社員間所發生之法律關係爲目的。與通常保險之行爲。有多少異其趣者。或者謂新商法所云保險。僅指通常之保險行爲。不包含相互保險行爲。雖信爲不當之解釋。但相互保險行爲。以不得爲營業而爲之之故。不爲相對的商行爲。其結局。與或者之說。不大差也。

第十 寄託之引受。(商法第二百六十四條第十號)

寄託者。當事者之一方。爲相手方約爲保管契約。此契約。爲受寄者。且對之而爲相對的商行爲也。至受寄者對於受寄物。有得消費者。有不得消費者。然無論如何情形。悉爲相對的商行爲也。

第十一 關於仲立或取次之法律行爲。(商法第二百六十條第十一號)

仲立者。謂爲他人間法律行爲之媒介也。取次者。謂爲他人而以自己之名爲法律行

爲也。此二者之法律行爲。悉相對的商行爲也。

第十二 商行爲代理之引受（商法第二百六十四條第十二號）

當事者之一方。以自己之名。委託相手方爲商行爲。相手方承諾之時。而以委任者之名爲之。謂爲商行爲之委任。而從受任者觀察之時。則謂爲商行爲代理之引受。此商行爲代理之引受。爲受任者。且對之而爲相對的商行爲也。

第三款 附屬的商行爲

附屬的商行爲。商人爲其營業所爲之法律行爲也。商法第二百六十五條一項規定曰。「商人爲其營業之所爲行爲。皆商行爲」。以法文觀之。此法律行爲。不僅商人不須有爲其營業所爲之意思。若表示其意思。即在法律行爲之相手方。亦不須了知商人之所爲。爲其營業也。

商人之所爲法律行爲中。如何爲爲其營業之所爲者。如何爲非爲其營業之所爲者。此事實上之問題也。然此問題。法律上設一個之推定。商法第二百六十五條二項規定曰。「凡商人之行爲。推定爲爲其營業之所爲者」。因商人之所爲法律行爲。有主張

非爲其營業所爲者。負證明之責任也。是蓋於多數之情形。斟酌狀態。爲避從舉證困難所生之不都合。而設此規定。實得其當者也。

第三節 商人及商業

商業者。以商行爲爲營業之謂也。商人者。商業之主體。謂商人自己爲法律關係。營商行爲之業也。蓋商業與商人有密切之關係。從商業一面觀。商人是其主體。從商人一面觀。商業是其職務。未有離商業而爲商人者。故單爲商行爲者。不得謂之商人。其理由以商行爲有絕對相對之兩種。則商亦有廣義狹義之分。廣義之商人。可爲狹義之商。必商人方得爲。以是知商法全部規定。非專限於商人也。其詳細至後述之。

第四節 商品

商品。乃商行爲之目的物。占商法上重要之地位。其概念屬於經濟學。從經濟學上。規定商品有廣義狹義兩種。廣義商品。包動產不動產及一切財產權言也。例如各種之債權、著作權、意匠權、特許權、商標權、商號專用權等。皆是狹義商品。則專指普通所列之商品言也。而狹義商品。又可分爲兩種。一廣義的狹義商品。指動產及有價證券。一

狹義的狹義商品。則專指動產。此等意義。從經濟學上見來。非商法上有此鮮說也。茲就狹義商品中。有特別之法律關係者說明之。若夫從商品之名稱。產地。產額。集散。市場。製法。用途。種類。品質。鑑定法。賣買慣習。相場。荷造方法等之諸點。判斷物品之良否。則屬於商品學。茲不述之。

第一款 有價證券

有價證券者。表彰權利於書面而行使其權利。乃私法上之要件也。依物權之說。其權利在物體。必有是物體。乃有是權利。而有價證券。則不需物體。但有書面。即有權利。是物與權利合而爲一也。惟以有價證券作爲動產。則專屬於無記名債權。餘皆謂之權利。例如株券。手形。社債券。運送證券。倉庫證券等。皆屬權利。不謂之動產也。此有價證券中之無記名債權。所以法律上視爲動產。以有特別之關係。不可不說明也。(商法第三編第八六條第三項)

第二款 船舶

船舶者。航行水面。供運送之用。且有設備之動產也。與尋常動產相異之點甚多。舉其

重要者。(一)名稱。(二)國籍與船籍。(三)登記。(四)得爲抵當權之目的。(五)對於國際公法。可以延長領土視之。有此種種之異點。故雖爲動產。又似法人。又似不動產。所以在法律上有特別之關係也。但必以商行爲目的之船舶。方適用商法之規定。其他供一般海面航行之用者。則不能準用也。(商法第六編 船舶法參照)

商法

江陵 徐志繹 編輯

第二編 商業

第一章 總論

第一節 商業之意義

欲明商業。須知商業之意義。蓋商業與事業有別。與營業亦有別。以一定之目的繼續爲同種之法律行爲。且備具其外觀者。謂之事業。以行事業之目的。爲所得之當源。且爲繼續行爲者。謂之營業。以商行爲爲目的。且繼續營商業者。謂之商業。故從事實上觀之。商業乃事業中之一種。例如辯護士爲人理訟。亦可謂之事業。是也。從行爲上觀之。商業乃營業中之一種。例如農業工業。皆可謂之營業。是也。

抑商業之意義。有經濟上之意義。有法律上之意義。法律上之意義。又有商法上之意義。與其他法令上之意義。在經濟上之意義。爲經濟學者之所論究。以全屬本書範圍之外。茲不說明。惟說明法律上之意義。且商法上之意義。此法律上之意義。不惟各國

法制之所定，必不相同。即全爲一國之法，制其商法，上所謂商業，與其他法令中所謂商業，亦必不全其意義也。茲從商法上所謂商業之意義觀察之，可區別爲二種主義。

(甲) 第一之主義。爲法蘭西、德意志(舊商法)其他多數各國法制之所採。先從性質規定如何爲商行爲。其以商行爲爲目的之營業，即定爲商業也。

(乙) 第二之主義。德意志新商法之所採。以一定之行爲爲營業目的者爲商業。行其商業者爲商人。商人在其商業之範圍內所行行爲，即定爲商行爲也。

蓋以商法爲商業法。如德意志新商法採第二之主義。雖爲正當。未達如此時代而爲日本商法之解釋。則不可採第二之主義也。況乎在舊商法第九條一項及新商法第四條。以商行爲爲基礎。因而規定如何爲商人。其定商業之意義。採用第一之主義。固無容疑乎。故依第一之主義。說明商業之意義。

如此依第一之主義時。商業者。謂以商行爲爲目的之營業也。在商法第四條之規定。所謂商人以自己之名爲商行爲之業者。與以自己之名而以爲商行爲爲商業。辭雖異。而意則同。

得爲商業之目的行爲。如前所述。限於商行爲中因性質商所爲。不包含附屬商行爲。此何故。以附屬商行爲。爲其行爲者。爲商人。即因商業成立後。始有此行爲。在商業未成立前。無此行爲也。在舊商法第九條一項。僅曰商取引。在新商法第四條。亦僅曰商行爲。雖基於上所述理由。而所謂商行爲。不可不解爲。僅指因性質商行爲。不包含附屬商行爲者。

商業之目的商行爲。以依法律之所規定。其範圍雖稍爲明確。至商業之本體營業。而欲從法律上。正確說明其意義。頗爲困難。例如舊商法草案之起草者路耶斯列爾氏。其解營業爲有獨立之情形。則不免於寬泛。又在舊商法第九條一項後段之規定。營業者。謂以常業而爲商取引。雖欲以常業說明營業。而依日本普通之用法。則常業云者。殆與營業之語無異。又對此規定之模範法商法第一條。依其國學者之所說。謂常業云者。從職業與常慣之兩觀念而成。然職業云。常慣云。亦非有正確之意義。故欲以常業解釋營業。終不免以疑決疑也。

如此營業之意義。決定之雖爲困難。而爲欲明如何爲商業。則其所謂營業者。不外以

或行爲爲業。與以自已之名之兩觀念。故僅說明此兩觀念於左。

第一 以或行爲爲業 以或行爲爲業者。謂以繼續之見。込而繰返其或行爲也。故無期於永久繼續之必要。雖從始即定一定之期限。可也。又不必有繼續之事實。雖中途廢止。可也。又不必無間斷而繰返其或行爲。其間雖中斷中止。可也。

第二 以自已之名 以自已之名爲要。故以他人之名。雖或行其行爲。而其營業不成立也。雖然亦不必自行其行爲。故他人以自已之名。行其行爲。時不妨營業之成立。且與以自已之名。而自行其行爲者。無異也。又此以自已之名之中。必非其行爲結果之利害。悉歸於自己。即令其結果利害。結局歸於他人。具備其他之要件時。亦不妨營業之成立也。

其他一般營業觀念中。包含得利益之意思乎。抑不包含得利益之意思乎。此一疑問。雖不免有種種議論。惟在商業。可解爲以當然得利益之意思爲必要也。

第二節 商業之種類

本節所述商業之種類。與第一編第四章第一節所述商之種類不同。乃專從商法。

典所規定。而爲之區別也。試分欸述之。

第一欸 以商行爲之目的爲標準

依此標準。區別爲仲立營業、問屋營業、運送取扱營業、運送營業、寄託營業、保險營業等。以法典有特別之規定。俟第四編詳之。

第二欸 以資本之多少爲標準

日本商法規定以自己之名而以商行爲業者均爲商人。不問其營業範圍之廣狹。與規模之大小也。然以一般商人特定之設備。無強營業狹小商人遵行之必要。故商法認小商人之制度。凡商業登記商號商業帳簿等之規定。不適用於小商人也。此小人之制度。係倣德法系。而依其主義。所謂小商人者。仍不失爲商人。關其營業所爲行爲。亦不失爲商行爲。不過特定事項之規定。例外的不適用耳。反之在法商法。區別商人與手工業者。僅手工業者。絕對的爲非商人。別不認小商人。日本舊商法第七條。於就戶戶及在道路賣物品或供勞役者。不作爲商取引。寧謂近於法法系之立法。而新商法之小商人觀念。則全與之異也。

商法所認之小商人。其範圍果何如乎。以商法第四條之規定。所謂『就戶戶又在道路賣物品者。其他小商人云云』觀之。則不明言其範圍。而以施行法第七條之規定。所謂『商法第八條小商人之範圍。以勅令定之』。及三十二年勅令第二百七十一號。所謂『雖以商行爲爲業。而資本金額不滿五百圓者。爲小商人』。觀之。則又明言其範圍。然則商法所云就戶戶及在道路賣物品者。將當然爲小商人乎。抑僅在資本金額不滿五百圓時。爲小商人乎。此實一疑問也。或有以是等當然爲小商人者。而從前揭施行法及勅令所規定觀之。是勅令已絕對的定小商人之範圍。則第八條中『就戶戶云云』之注文。不過爲小商人之例示。況乎就戶戶而賣買物品之商人。其設備有極宏大者。在實際上所常見乎。故區別小商人之範圍。當以施行法爲主也。然此有一問題。即謂有會社的小商人與否也。在德舊商法第十條二項。新商法第四條二項。及第六條二項。雖以明文規定不認會社的小商人。而在日本法律。則無如斯明文。且於會社社員之出資額。亦無制限。設株式會社。株主僅有七人。各有五十圓或二十圓之一箇株式。而以法律上認其成立。則亦將有三百五十圓或百四十圓株式。

會社之結果乎。而從法律解釋之。勿論會社在法律上。必有商號。又非爲會社設立之登記。則不得對抗第三者。且以小商人無適用商業登記商號之規定。則會社之爲小商人在法律上。不得保其存在。則是小商人的會社。法律之所不認也。

第三節 商業之開始及廢止

商業之開始廢止。名雖與開業廢業。無大分別。而實則不然。大凡以商行爲爲營業目的之商業。開始恆在開業之先。所謂開業之準備也。廢止恆在廢業之後。所謂廢業之結了也。故知開始與開業。廢止與廢業。非同一之概念也。試分欵述之。

第一欵 商業之開始

非商人者。開始其商業。謂之開業。以因此開業。而始發生商人之資格也。然此有一疑問。所謂開業者。將僅表示其開始商業之意思乎。抑不僅表示其開始商業之意思。在事實上。亦須行其爲商業目的之商行爲乎。而以商法第四十六條之規定。所謂「會社非爲登記。則不得着手開業之準備。」及第四十七條之規定。所謂「會社爲登記後。六個月內。不開業時。則裁判所因檢事之請求。又以其職權。得命其解散云云」觀

之。信後說之爲正當也。

第二款 商業之廢止

營商業者。終了其商業時。謂之商業廢止。以因此商業之廢止。即消滅商人之資格也。商業之廢止。亦不一其原因。或有因當事者之意思而發生。或有因當事者意思以外之原因而發生。因當事者之意思者。即廢業也。廢業之時期。必須當事者有表示廢業之意思。與其實在之行爲。方可決其爲廢業。如徒差出廢業文書於官廳。不得謂之廢業。或以事實上無長期取引。亦不得主張爲廢業也。因當事者意思以外之原因。又有事實上不能與法律上不能之分。事實上之不能。例如事業不能成功。又資本全行缺亡。是也。法律上之不能。例如因煙草專賣法之施行。禁止煙草之製造。因行政官廳之命令。取消保險會社之營業。免許是也。至商人受破產之宣告時。亦得謂爲法律上之不能者。而果因此宣告。喪失商人之資格與否。則學者之所說。各不一致。有謂商人之資格。不因破產消滅者。有謂商人之資格。非必常因破產消滅者。有謂商人之資格。常因破產消滅者。尙會社因其解散。亦失商人之資格否乎。則俟第三編論之。

第二章 商業之主體（商人）

第一節 商人之意義

商法第四條規定曰：「在本法之商人。謂以自己之名。而以商行爲業者。茲所謂商人。則謂適用商法之商人也。如前所述定商人之意義。以基本的商行爲基礎。列舉之於商法。然其所列舉之範圍。就中如營業的商行爲。在學理上。別無明確之標準。不可不謂立法者任意的定之者。則是以商行爲基礎。而定商人之範圍。亦可謂任意的定之者。必與普通所謂商人之觀念。不一致也。蓋有普通所謂商人而非商法上之商人者。例如構造店舖。販賣自己所採礦物者。普通雖稱爲商人。而非商法上之商人。以其業之所爲。非商行爲。所列舉行爲也。亦有普通不稱爲商人。而爲商法上之商人者。例如購買原料。製造物品。而賣却者。及以爲他人製造加工爲業者。普通雖稱爲工業者。而在商法上爲商人。以商法第二百六十三條第一號及第二百六十四條第二號規定之也。故知法律規定「在本法之商人云云」指適用商法之商人也。至商法以外法令之所謂商人。則依其法令之規定。不與商法相反對者。亦可解爲指商法上之

商人也。今試從商法所下商人之意義。分析爲三條件。以下說明之。

第一 商人須爲商行爲。茲所云商行爲者。謂基本的商行爲也。補助的商行爲。商人因爲其營業而始爲此商行爲。非定商人之意義。乃依於商人而定其意義也。故第四條所謂商行爲中。不包含之。

第二 商人須以自己之名而爲商行爲。以自己之名。謂在法律上自己爲權利義務之主體也。與通常所謂以自己之名不同。第一不必自行其所爲。如無能力者。雖不得爲法律行爲。而依代理人營商業時。仍得爲商人。例如後見人爲被後見人營商業。其被後見人。因之爲商人也。反之如商業使用人。如會社之業務執行社員及取締役。雖自執行其業務。而不以自己之名而以主人或會社之名故。不得爲商人也。第二不必在自己計算。雖損益計算之所歸。全屬於第三者。而以自己之名時。不妨爲商人也。反之如匿名組合員。雖損益之計算。及於自己在法律上。非自己立於權利義務之主體位置。不得爲商人也。

第三 商人以自己之名而爲商行爲。須以之營業所謂業者。與營業同意。而如何爲

營業學說雖多。大致則同。即謂營業者。以所得常源之目的相連續相團結而爲同種私法的行爲也。試解說之於左。

(一) 營業者。謂但以營業者通常所得之根源不惟不以其唯一之根源爲要。即其主根源亦不以爲要也。如法商法草案。當其定商人之意義。以主業之商行爲必要。厥後爲正文。及改正商法。則但以常業爲可。是其證也。故營業者得同時有各種之營業。且僅以所得之從根源爲營業。亦不妨爲營業也。或有謂營業須營業者以社會的生存爲基礎。非通說也。

(二) 營業之目的。雖以所得爲必要。然同時不妨有宗教的。政治的。公益的。科學的目的。唯不得全然排除所得之目的。耳。例如爲慈善之事。原價而販賣其物。又如爲實業教育所設立學校。購買原料。使生徒製造加工後。原價而販賣其製品。不得謂之營業。反之如特定之營業。以其所得全供慈善之目的。又如因扶植政治上勢力之觀念。同時以所得其根源目的。發行新聞紙。不妨其爲營業也。

(三) 相連續相團結。而爲同種之行爲。不可以嚴格解之。蓋在事實上。不須無間斷。

而爲同種之行爲亦不須爲數箇同種之行爲。但有相連續相團結爲同種行爲之意。思可也。故如個別的而爲各個之營利的行爲固不得謂之營業而相連續相團結之行爲亦不必亘長期間而相繼續。例如博覽會期中之賣店不妨爲營業也。

(四) 營業之目的行爲。雖爲私法的之行爲。然非包含學問美術等之行爲也。例如美術家以大理石畫布等之原料。或作肖像。或作彩畫。而賣却時。如醫士賣却藥劑於病者。不得謂之爲營業也。

以上所述。日本商法所定商人之意義也。以下再就各國之立法例。說明其大體。在法國法與日本商法。多同其主義。即以商行爲爲基礎。定商人之意義。而以商行爲爲業者。爲商人。不須具備形式的條件也。如法商法第一條所規定商人。謂爲商行爲而以之爲常業者。其他若德舊商法(條四)匈(條三)意(條八)西(條一)荷(條一三)等國法之規定。皆與之大同小異也。雖然。各國法中。或有以爲商人於以商行爲爲業。實質的條件之外。必須具備形式的條件者。在中古商人團體時代。非加入於團體。則不得爲商人。近世法中。如西舊商法(條一)葡舊商法(條一)商法上之商人。須登記於商人登記簿。即採此主

義。現南米諸國法中有倣之者。但西葡兩國之現行法。則僅不爲登記商人。不得爲一切商業登記耳。(西商法一八條。葡商法四七條。四八條)

上述諸國法。其主義雖不同。至其定商人之意義。無論其以商行爲業與否。而不顧其營業方法設備之如何。則一也。然瑞西債務法。則出新規軸。注目於營業之方法。其第八百六十五條四項之規定。有云「依商業製造業其他商人的方法爲營業者。宜登記於商業登記簿。」然必如何而後爲依商人的方法之營業乎。以不明瞭。有謂其在行政官廳爲強制的之解釋者。至德新商法。則採瑞西法之所長。參酌上述二主義之立法例。其定商人之意義。於其營業之目的行爲外。復標準其營業方法之如何。且於特種之商人。須具備形式的之條件。可謂在立法上獨開生面者也。試述其規定之梗概於左。

德新商法所列舉商人。有四種之規定。第一法律上當然爲商人者。即與日本商法上之商人。同以行爲之性質定之也。唯德商法。不如日本商法。先定商行爲之意義。而後依之定商人意義耳。此種之商人。依法律第一條之規定。因其爲特定之營業。而當然

爲商人者。學者或附之以自然的商人。純粹的商人。直接的商人等之名稱。第二因強制的登記而爲商人者。即事業執行之方法及範圍。須爲商人之營業設備。雖營業者非營商業。亦強制登記於商號登記簿。因爲此登記而爲商人也。例如鑛業者。多屬於此種之商人也。(德商法二條)第三因任意的之登記而爲商人者。如農業者。山林業者。雖不適用第二條。爲附屬的之營業。而事業執行之方法及範圍。亦有須商人的業設備。又與第一條之營業。營同一行爲時。亦得登記於商號登記簿。若任意爲登記時。則依其登記得爲商人也。此兩種之商人。學者或附之以人工的商人。假擬的商人。間接的商人等之名稱。第四即株式會社。株式合資會社。有限責任會社。及產業組合等。是等之社團法人。不問其事業在商人與否。其組織上當然爲商人也。學者稱之曰假制的法人。又形式的商人。尙是等法人的商人之詳細。讓本章第四節及第三編說明之。

接松本丞治氏評我商律曰。商人通例第一條。定商人之意義。謂「凡經營商務。貿易買賣。販運物品者。均爲商人。」法文簡截。其意義一見似明晰。而實則不然。若謂以貿易買賣。販運物品爲重。而所云經營商務。不過指示其形式。以貿易買賣販運

物品爲業者。謂商人。則其所定商人之意義。過於狹隘。蓋貿易賣買。販運貨物。學者之所謂固有商也。固有商。在沿革上。雖先發生。而隨世事之進步。則於固有商外。發生各種補助之商業。例如運送。仲立。取次。保險。倉庫。寄託等。學者所稱爲補助商者。隨商業之發達。日增加其種類。則按之歷史。有明徵也。大清商律。若排除補助商於商之外者。不可不謂背馳乎時世之進運。而爲原始的之立法也。又或謂其以經營商務爲重。而所云貿易賣買。販運物品。不過指示其一例。則不僅其措辭極不妥當。而所謂商務者。又依如何之規定乎。要之商人通例第一條。所規定商人之意義。曖昧模糊。且不免誤解商之觀念之誹也。故清國之立法者。欲明定商人之意義。余有一修正意見。蓋余雖素讚賞德商法之新主義者。但其制度。必俟商業登記之完備。始得採之。究竟刻下之清國。不可應用。故清國之商法。須如日本商法。以列舉一定之行爲。而明商業之意義。而以列舉商行爲營業目的者。定爲商人。且同時頒發命令於各省督撫。授以得認別種商人之權限。俾督撫稽察地方之情形。得爲適應機宜之規定。如尙以爲過於繁難。則不若於法律中。僅以經營商業者。定爲商人。別

依訓令示一定之標準使各省督撫以發布適切例示的訓令明確商人之範圍是則所深望也。

第二節 商業之制限

在階級之時代。武士不能營商業。商人不能爲武士。今則無此分別。無論何人。亦無論在本國與否。且無論爲在本國之外國人。皆得經營商業。帖爾氏所謂商業之自由。乃一般大原則也。雖然。國家亦得以法律制限之。尙日本憲法以不保障營業之自由。且得以命令制限之。總之是等制限以出於公益上之必要。在各國法規雖有繁簡之別。而無不爲制限者。今舉日本國法上制限之大要如左。

第一 國家對於特定人有禁其營商業者。例如判事、行政裁判所長、官行政裁判所

評定官、在職中不得營商業。(裁判所構成法二七條四號 行政裁判法四條四號) 又如辯護士、非得辯護士會之

許可。則不得營商業。(辯護士法六條二號) 又如官吏及其家族。非得本屬長官之許可。不得營

商業。(官吏服務規律一一條) 皆是也。

第二 國家有禁一般特定之商業者。例如運送信書、製造煙草、輸入煙草。原則則限

於政府始得爲之者也。(郵便法二條烟草專賣法一條二條)其他如販賣有害風俗冊子圖畫。販賣阿片

烟及吸食阿片器具。則刑法之所禁也。(刑法二二七條二三八條二五九條)

第三 國家有限於特定人認其得營特定之商業。對其以外之人禁其營之者。即在

各種之法令。規定得營特定商業者之資格。又爲營特定之商業。須得官廳之免許

及許可者。例如爲銀行營業。須得大藏大臣之認可。(銀行條例二條)爲保險營業。須得農商

務大臣之免許。(保險法一條)爲質屋營業。須得警視總監及地方長官之免許。(質屋取締

屋取締法細則一條)是也。其他如取引所法第十條。二十四年法律三號度量衡法。三十二年

法律九七號肥料取締法。二十八年法律一三號古物商取締法。三十二年法律八

號銃砲火藥類取締法。二十二年法律第十號藥品營業并藥品取扱規則。二一條

二四條。十年七號布告賣藥規則等。以至府縣警視廳令所規定。則不可一一而枚

舉之也。

以上所述。公法上之制限也。至在法以外。雖何人得自由營商業。然在私法上。仍有制限之者。即讓渡營業之時。讓渡者與讓受者結不營特定商業之契約也。此以商法第

二十二條有規定。俟後說明之。

第三節 主體之分類

第一款 自然人

自然人者。乃對於法人的商人。而謂之。自然人的商人。也。依民法之規定。無論何人。不問國籍之內外。以皆得享有私權爲原則。即日本國法。以不認奴隸之制度。無人。不有權利能力。又以採內外人平等主義。雖外國人。有權利能力。除法令或條約有禁止外。皆得享有私權也。而如第一節所謂商人。以自己之名。而以商行爲業者。即謂在法律上。自己爲權利義務之主體。苟有權利能力者。皆得爲商人。不必親自執行業務也。所以在原則上。不分能力之有無。國籍之內外。又不問男女與老幼。皆得爲商人者。唯受前節所述行政法上之制限耳。

如上所述。凡人在原則上。雖得爲商人。而爲商行爲時。則須有行爲能力。此商事能力。舊商法第十條以下。雖爲詳細之規定。新商法則讓其規定於民法中。僅爲二三之特別定。故本節亦僅說明商法中之特別規定。至於各國其國風民情既異。則其法制所

規定。必不能相同。以無所資於日本商法之解釋。不引照之。

日本民法認一般無能力者有四種。即未成年者、禁治產者、準禁治產者、妻是也。而是等無能力者。非必無意思能力。絕對的不能爲其行爲。與德民法所謂無能力者。相異。可謂之限定能力者也。其他雖有特別無能力者。(民法七九二條九三〇條九三一條九三九條等)茲以無說明之必要。故以下僅分項敘述此四種。

第一項 未成年者

未成年者爲商人時。可分爲兩時論之。即法定代理人代未成年者營商業。與未成年者得許可。自營商業時是也。

第一 法定代理人代營商業時

未成年者。智能之發育未完全時。以不得許可。使營商業。則其法定代理人。不得代營其商業。在此時。法定代理人。以其以未成年者之名故。故未成年者爲商人。法定代理人。不過爲其代理人也。而在後。見人爲未成年者營商業時。第一須得親族會之同意。親族會不能爲同意之決議時。則請求於裁判所。而以裁判代之。(民法九二條九五二條)第二須

登記商法第七條一項規定曰『後見人爲被後見人營商業時須爲登記』此登記于後見人登記簿爲之。而其手續則非訟事件手續法定之。(非訴法一四九條以下及一一七一條)此登記之目的在公示。後見人有代被後見人之權能。使得取引之安全。非謂後見人不爲此登記則無營商業之權能也。申言之。此登記非後見人爲被後見人營商業之條件。但具備民法上之條件。後見人雖在此登記前已有完全營業之權限也。

至後見人爲被後見人營商業時。其權限對於第三者。又何如乎。商法第七條第二項規定曰『後見人之代理權。加有制限時。不得以之對抗善意之第三者』。是蓋欲圖商業之敏活保護善意之第三者。使第三者與後見人間安全其取引也。

未成年者之法定代理人。除後見人外。有行親權之父與母。惟行親權之嫡父。雖無親族會之同意。仍得爲未成年者營商業。其他若繼父與母。則與後見人同。須得親族會之同意。惟不須爲登記耳。

第二 未成年者自營商業時

未成年者之智能。十分發達。自認爲能營商業時。其法定代理人得履法定之條件。許其

自營商業。在此時。未成年者所營商業。與成年者。有同一之能力。(民法六條八八三條八七

九條)又在此時。須爲登記商法第五條規定曰『未成年者此自營商業時。須爲登記』

此登記之手續及効力。與後見人同。設未成年者。尙有不堪經營商業之事跡。則其法定代理人。亦得從法律之規定。或取消。或制限。特在此情形。仍須速爲登記耳。(民法六條)

按我商人通例第二條規定曰『凡男子自十六歲成丁後。方可爲商』與日本商法。大旨畧同。惟我商律有制限而無保護。則與日本商法異。其缺點亦即在是。蓋有制限而無保護。則未成年者。雖有營商之能力。而亦不能享有能力之益也。

第二項 禁治產者

禁治產者。乃心神喪失之人。故無自營商業之能力。惟後見人有代理之規定。至後見人代禁治產者營商業。其一切規定。則悉與代未成年者營商業同。已詳於第一項。茲不贅。

第三項 準禁治產者

準禁治產者。得自營商業與否。商法明文。雖無禁止之規定。然依民法十二條二項準

之。亦以得保佐人之同意爲要。要是法律於準禁治產者之行爲。原有制限。特其制限之理由。必以裁判所之宣告爲斷。與未成年者及妻之制限不同耳。故準禁治產者之行爲。以一定之制限爲原則。而無此制限時。其行爲亦有獨立之効力也。

第四項 妻

妻在法律上。得自營其商業。而當其營商業時。必不須得夫之許可。又夫非妻之法定代理人。故夫亦無代妻營商業之情形。是與未成年者等所大異其趣也。惟在特定之事項。有必須得夫之許可者。若不得夫之許可而爲之。則夫亦得從法律之規定。取消其行爲也。(民法二四條)然亦有時雖爲特定之事項。而妻不須受夫之許可者。即夫之生死不明時等是也。(民法一七條)亦有時非得法定代理人之同意。而夫不得許可其妻之行爲者。即夫係未成年者是也。(民法一八條)至於登記則無論受夫之許可與否。皆必爲之。此登記之手續及効力。悉與未成年者之規定同。

妻爲特定之行爲。未得夫之許可。其夫得取消其行爲。固不待言。即夫許可之行爲。亦得取消其許可。或制限其行爲。但不得以之對抗善意之第三者耳。此其理由。不僅在

保護善意之第三者。蓋以法律規定妻之無能力。所以重夫權而保一家之安。金則庸之取消制限。亦所以保一家之安全也。

按松本烝治氏評我商律曰。商人通例第三條。其規定錯雜。意義頗不分明。凡法文尙明確。不可挾一點疑惑於其間也。又第三條及第四條。女子在例外營商業時。必須呈報商部。然強制其呈報。有何等之實益。無從解之。且如後所述商業登記。以清國之全土發生無數事件。悉呈報一商部。恐不耐其繁。若有呈報必要之理由。宜使分屬於各地方官廳也。又第四條後段所定。惟錢債。轉虧折等事。本夫不能辭其責云云。然夫之責任。在法律上。爲如何種類之責任。不得知之。則第四條不可不謂其有所未盡也。

第二款 法人

法人者。謂依法律所創設人格。乃社會的組織體也。關於法人之本質。有擬制實在之二說。松本烝治氏。則主張實在說。以法人之理事代表社員取締役等。非法人之代理人。乃其機關。非法人以外之獨立人格者。乃法人組織之一部。法人依其機關以自行

動固。有。行。爲。能。力。者。也。

法人有行爲能力。其得爲商人。固不容疑。若從擬制說法。人不過依法律之操制。認之爲人格者。雖無行爲能力。而從商法第四條觀之。無行爲能力者。得依代理人營業。則法人亦不可不謂其能爲商人也。至法人之種類。通常別之爲公法人私法人。以下試分兩項說也。

第一項 公法人

公法人者。謂國家及其機關。以行國家政務爲目的之法人也。國家之機關的公法人。亦謂之爲公共團體。此公共團體。更可分爲兩種。一曰普通公共團體。以行一般之公共事務爲目的。其權限之推定常廣。如府縣郡市町村等是也。一曰特別公共團體。以行特別之公共事務爲目的。其權限之推定常狹。如水利組合。北海道土功組合。及商業議會所等是也。

國家得爲商人乎。在德意志學者之多數。則謂國家以商行爲業時。得爲商人。如哥爾德修米德。雖謂國家爲商人。必限於以收益爲目的之特定事業。仍認有爲商人時。

也。而德新商法。其商號規定中。則有「帝國聯邦諸國及地方團體。不須登記於商業登記簿」之規定。其商業帳簿規定中。除公法人適用其特定外。認國家有爲商人之情形。(德商法三六條四二條)又德商法四百五十二條規定曰。『關於物品運送之規定。依帝國及聯邦諸國之郵便官署。所運送之物品。不適用之。以郵便官署。非在商法之商人也。』由是觀之。是其在一方。以郵便官署之所行運送。爲私法上之契約。而明其非商法之物品運送。在他方。以官設鐵道。雖係國家。亦同爲運送人。明其依商法之規定。也。其與德意志之立法。爲正反對之規定者。爲意大利。其商法第七條規定曰。『國州及地方團體。雖不能得商人之資格。而因其爲商行爲。得受商法及商慣習之適用。』葡商法第十七條亦倣之。

至於日本現行法上。亦得謂其認國家有爲商人時乎。其依官設鐵道之運送事業。則與私設鐵道同。在鐵道營業法。及其附屬命令。無特別規定之時。則從商法中之運送規定。而鐵道營業法。又區別官設鐵道與私設鐵道。而各爲規定。且商法中之運送規定。又必限於運送人。始得適用。是關於官設鐵道。不可不謂其以國家爲一運送人即

謂國家得爲商人也。國家既於官設鐵道，得爲商人。又如製鐵所之製造事業，乃以商法第二百六十三條第一號之行爲爲業者，亦得謂爲商人也。勿論製鐵所創設之目的，在圖製鐵事業之獨立，而欲謂其非以收益爲目的，則不得也。

學者或有以煙草樟腦食鹽之專賣事業爲國家營商業之一例者。不知是等之事業，不過爲國家收稅之一方法。且國家收納葉煙草樟腦食鹽，又依一種之公法的行爲，則不得謂其以商法第二百六十三條第一號之行爲爲業也。（煙草專賣法四條以下臺灣

條三條臺灣食鹽專賣規則三條四條）

如郵便電信電話之事業之性質，各有爭論。然是等事業，雖爲私法

上之行爲，而郵、電信，則係民法上之請負契約。電話，則係僱傭及借貸之合併契約。非以商行爲業也。又如郵便爲替貯金之事業，或得謂爲銀行取引之一種。而不可謂國家以爲收益之目的而行之，則亦不得謂爲營商業也。又如印刷局、造幣局、砲兵工廠及千住製絨所，國家以供自己之使用爲製造物品之目的，雖偶有爲私人供給製造之事，不得因之，即謂國家營商業也。

要而論之，國家於製鐵事業及鐵道運送事業，乃爲圖國家的事業之發達，同時以公

共之目的與收益之目的而經營之者而以組成其事業行爲爲商行爲則國家僅此兩事業爲法律上之商人也。而國家爲是等之事業。所使用官吏以其任用因於公法上之行爲而非因私法上之雇傭契約。不可謂爲商業使用人。雖無容疑。至於商號及商業帳簿之規定。如德商法則以明文規定。公法人無適用之必要。日本商法雖無明文。在解釋上亦可謂其當然無適用者也。

以上所述。國家之得爲商人也。至國家以外之公法人。若普通公共團體。亦得爲商人否乎。是等之普通公共團體。從現行法之規定觀察之。以別無禁止之規定。可解其得爲商人也。況乎如彼市街鐵道之營業。供給瓦斯電氣之營業。有獨占的之傾向。使之爲公共團體之營業。則國家社會主義之經濟學者所一致主張。而社會政策上所最以爲要者也。

至於特別之公共團體。以其目的必依法律之規定。不得爲其目的以外之行爲。故除法律所認許外。亦不得爲商人也。

以上說明者。公法人之得爲商人也。而公法人爲商人時。其營業爲私法上之行爲。固

常爲商行爲。其他公法人。雖在非商人時。而有私法上之關係。則與私人立於對等之地位。而在爲私法上之行爲時。則其行爲爲絕對的商行爲。總之在是等情形。公法人之行爲。適用私法上之法。則公法學者中所無異論也。故商法第二條規定。曰「凡公法人之商行爲。限於法令無別段規定時。適用本法之規定。」是公法人當其爲商行爲。當然適用商法之規定也。惟至公法人之目的組織。有大與私法人相異者。全然適用私法之規定。必有不便之時。故於法律之外。得從其命令。雖然。亦不過對商法之規定。爲例外規定而已。

第二項 私法人

私法人者。謂不以行國家政務爲目的之法人也。區別此私法人。大概可分爲三類。第一依認其存在法律而區別時。則有依民法所規定之法人。依商法所規定之法人。依其他法律所規定之法人之三種。第二依其目的事業之性質而區別時。則有公益法人。營利法人之二種。第三依其成立之分子而區別時。則有社團法人。財團法人之二種。今依第一之分類。論究各種得爲商人之私法人。

依民法所規定之法人。有公益法人。營利法人。及相續人曠缺時之相續財產。而公益法人。雖有社團法人與財團法人之區別。必以營利爲目的。始得爲商人。如不以營利爲目的。則不得爲商人也。又在相續人曠缺時之法人。雖裁判所所選任管理人。而其管理行爲。爲民法第百三條行爲以外之行爲。則尤須得裁判所之許可。故不得營業。亦不得爲商人也。

依民法所規定之營利法人。從商事會社設立之條件而爲法人者。雖悉準用商事會社之規定。而非以商行爲業者。則純然與會社異。非商人也。(民法三五條 商法四二條)而營利法人。如上所述。以非商人。而不過準用會社之規定。嚴格而爲解釋論時。則有謂一般商人之規定。全然無適用者。以營利法人。不須具備日記帳。不須保存商業帳簿及商業書信。且其所選任支配人。非商法上之支配人。所委託之代理商。非商法上之代理商也。又其甚者。至謂營利法人之名稱。不得用會社之文字。然在德意志。以千八百四十三年二月九日關於株式會社之普國法。其規定株式會社。不問其目的在商業與否。有商人之權利義務。又千八百七十年六月十一日之帝國法。其規定株式會社及株

式合資會社。不問其目的如何。悉作爲商人。則不生如斯之問題。故爲立法論。而從德意志之主義。則於營利法人。宜悉作爲會社的商人。且爲解釋論。於營利法人。宜主張準用一般商人之規定也。何則。以一般商人之規定。與會社之規定。不可得劃然而區別之。如上述商業登記商號等之規定。亦實可謂爲會社之規定也。

依商法所規定之法人。即會社也。會社者。謂以商行爲營業目的而設立之社團法人也。故會社的商人。除會社有特別規定外。凡商人之規定。皆當然有適用之者也。至於詳細說明。則讓於第三編。

依民法商法以外之特別法。法人有公益法人。有營利法人。有不屬於二者之法。人頗極紛雜。其中如同業組合。(同業組合法)產牛馬組合。(產牛馬組合法)水產組合。(漁業法)外國領海水產組合。(外國領海水產組合法)農會。(農會法)之五者。爲一種之公益法人。各有特種之目的。不得營營利事業。則不得爲商人也。

依特別法之營利法人。雖有株式會社組織之取引所。而其營業之目的。行爲。以非商行爲。則不得爲商人。唯在兼倉庫營業時。爲倉庫營業者之商人耳。(取引所法五條七條八條)然取

引所法之精神。爲株式會社組織之取引所之一般法。有使適用商法會社之規定者。則在解釋上。株式會社組織之取引所。爲民法上營利法人之一。可謂其得準用會社之規定也。

不屬於公益法人營利法人者。產業組合、(產業組合法)相互保險會社、(保險業法)會員組織之取引所、(取引所法)也。產業組合之目的事業。雖屬於商行爲。而其所收利益。以非分配於組合員。則非商人也。僅法律之所定。準用商人規定耳。(產業組合法五條)德意志法則反之。以之爲商法上之商人。(德產業組合法一七條)相互保險會社。不僅其目的事業。非商行爲。又其所收利益。以非分配於會員。則亦非商人在日本商法。不以相互保險爲保險。僅其大體。準用保險規定耳。(商法二六四條九號四一八條)會員組織之取引所。亦以不爲商行爲。不以收益爲目的。亦非商人也。

其他如市町村內之區、(市制一一三條一一四條町村制一一四條一一五條)漁業組合、(漁業法一八條以下)社寺、(民法施行法一八條)雖皆爲一種之法。人如營商業而爲商人。殆不得想像之也。

第四節 複數之主體

複數主體與會社不同。會社必先組織團體，取得人格，有適用之規定，而複數之主體，則非如會社之組織。但因組合契約即可成立。蓋法人與自然人以單獨的營商業而複數主體則以共同的營商業也。此複數之主體，可分爲兩種：一爲二人以上，集資營業，共取一名號者；一爲彼此各營同種之業，而合同計算，以事實論之，則前者少而後者爲多也。

按志田博士曰：大清商律雖未明定複數之主體，而實誤以複數主體爲公司。如公司律第一條云：『凡湊集資本，共營貿易者，名爲公司。』第四條云：『合資公司，係二人或二人以上，集資營業，公取一名號者。』是以凡二人以上，集資爲商業者，皆爲公司也。而以日本法解釋之，則祇可謂爲複數之主體，而不可名之爲公司。蓋日本法所謂會社，有法人之資格，大清商律所謂公司，無法人之資格也。

第三章 主體之變更

主體變更者，商業讓渡之謂也。商業讓渡者，謂商人活動其營業上之使用財團也。而商人之營業，既非權利之主體，又集合各種之權利，亦非權利之客體，則其所謂讓渡

者。須讓渡其營業上財產之全部。亦必不須讓渡其營業上財產之全部。故讓渡個個之財產。非營業之讓渡。而讓渡其財產中之如何部分。亦可謂營業之讓渡。此等困難問題。則各國學說略爲一致。即法國學者以營業之讓渡。須直接表明得意及其他財產。同一之讓渡。德國學者亦以營業之讓渡。須讓渡存續營業舊態之必要財產也。然如何財產。爲存續營業舊態之必要財產乎。通常學者雖多舉事實上之關係。若得意及營業上之秘訣等。而此問題。則屬於各種情形之事實問題。或有以店鋪爲要素者。或有以得意爲要素者。而欲示一般的之標準。必不可得。僅營業之讓渡人。依法律之規定。負不得以不正競爭之目的。爲同一營業之義務。此意義。在得意之讓渡。則勿論如何情形。可謂其隨營業讓渡也。

營業讓渡者。乃因於契約而成立。不包含遺贈等情形也。何則。以營業之讓渡與遺贈。不僅各國法律有區別之規定。各國學者有區別之論議。而從日本商法第二十二條所規定『當事者有特約時云云』觀之。則營業之讓渡。宜解爲指示生存者間之讓渡也。蓋營業之讓渡。雙方的商行爲也。

至於在法律上之性質。各國學者之說明。雖云曖昧。然亦無以之爲一種之獨立契約者。如法國學者。則通常區別爲營業賣買。營業用益。營業遺贈。如德商法。亦區別生存者間之營業取得。及因死亡之營業取得。不再認營業讓渡爲一種獨立之契約。日本商法。雖認營業之讓渡。而其讓渡之範圍。如前所述。決非一定。不可謂於賣買贈與等契約以外。又認營業讓渡爲一種獨立之契約也。故營業財產中。在財產權。則有有償之賣買。無償之贈與。在債務。則有代讓渡。人辨濟之契約。更改之契約。在事實上之關係。若得意及營業上之秘訣等。則有以一種行爲爲目的之無名契約。營業之讓渡。不在特定之程度併合各種之契約締結而爲一行爲也。要而言之。營業讓渡者。乃複雜契約之合併。非單純獨立之契約也。

以上所述。主體變更之意義也。至其効力。又何如乎。從法律之性質上推之。營業讓渡之効力。大概可分爲四種。

第一 財產權之移轉

(一) 所有權及其他物權。因賣買或贈與而讓渡者。如店舖、什器、商品、商業帳簿、在

博覽會共進會等所得賞牌等皆是。而是等權利之移轉。依民法之規定。雖僅因當事者之意思表示而生。而爲對抗第三者。在動產則須引渡。在不動產則須登記。（民法一七六條乃至一七八條）茲尤有一言。因營業讓渡所讓渡之商業帳簿。不得依第二十八條之規定。謂讓渡人違反保存之義務也。何則。以商業帳簿。乃財產中不可缺者也。

(二) 營業上所生之各種債權。因賣買或贈與而讓渡者。此債權雖亦因當事者之意思表示而移轉。而爲對抗第三者。則須爲民法第四百六十四條及第四百六十九條之手續。但在手形。其裏書爲手形讓渡之條件。不僅爲對抗第三者之條件。卽爲讓渡亦須爲裏書也。

(三) 特許及其他之無形財產權。因賣買或贈與而讓渡者。是等之權利。雖亦因當事者之意思表示而移轉。而爲對抗第三者。在特許權。則須爲特許法第四條第二項之手續。在意匠專用權。則須爲意匠法第六條第一項之手續。在商標。則須爲商標法第六條第一項之手續。在鑛物探掘權。則須爲鑛業條例第二十條第二項之手續。在著作權。則須爲著作權第十五條第二項之手續。

第二 債務之更改

民法之於債務。除包括承繼外。不認其承繼。雖在營業讓渡之時。讓受人僅得代讓渡人爲其辨濟之契約。又因債務者之交替爲更改之豫約也。故讓渡人之債務。因其辨濟或更改而始歸於消滅也。(民法四七四條五
一三條五一四條)如德民法認債務引受之法制。則大異其結果者。

第三 各種事實關係之移轉

得意營業上之秘訣及其他事實上之關係。以不存有權利故。在法律上之意義。不可得讓渡之。其謂之讓渡者。從法律上觀之。不過以一種行爲爲目的之無名契約。使讓渡人爲讓受人所享受。事實上發生利益。而負必要行爲及不行爲之義務也。例如在得意讓渡時。紹介讓渡人於得意先。則以行爲爲目的。其他自己爲同一之營業。不奪其得意。則以不行爲爲目的也。在營業上之秘訣讓渡時。教授其秘訣。亦以行爲爲目的也。

第四 競業禁止之義務

(一)「當事者無表示別段之意思時讓渡人在同市町村內二十年間不得爲同一之營業」此第二十二條第一項之規定也。然如法文之所示讓渡人得因特約免此義務。又得短縮其區域及期間也。

(二)「讓渡人爲不爲同一營業特約時其特約僅在同府縣內且不超過三十年期間內有其效力」此第二十二條第二項之規定也。蓋以制限過大則於讓渡人之營業自由過於束縛反乎公之秩序善良風俗也。若超過此制限而爲特約時宜如上述之制限減殺其地域及期間其特約亦非全然爲無效也。

(三)「讓渡人勿論以上所述事項不得以不正競爭之目的爲同一之營業此第二十二條第三項之規定也。是蓋營業讓渡契約當然之效果非俟法律有明文而始生者而不得以特約免如斯之義務又可勿論也。

以上所述營業讓渡之原則也。而與營業之讓渡有不可不區別者。則爲會社之合併。蓋會社讓受他會社營業之全部。雖類似併吞他會社而爲合併。而在合併時合併後所存續會社。則包括承繼因合併所消滅會社之權利義務。在營業讓渡時於各個之

財產。則無一一爲移轉手續之必要也。又在合併時。因合併所消滅之會社之社員株主。合併後。當然存續爲會社之社員株主。在營業讓渡時。則不生如斯之效果也。況會社存續中。不得爲營業全部之讓渡乎。何則。以營業全部之讓渡。其結果必致解散會社。會社而任意解散。則背反法律限定方法之精神也。(商法七四條三號 二二一條二號) 至合併之詳細規定。則讓之第三編。

至於會社合併外。尙有與營業之讓渡不可不區別者。則爲商人相續之開始。即營業之遺贈也。營業之遺贈。在德商法。雖不爲規定。而多數之學者。則以爲宜準用生存者間營業取得之規定。又法國學者。則以營業之遺贈爲包括遺贈之一情形。而從日本民法之規定觀之。以僅爲營業上財產之受遺者。不得謂爲包括受遺者。故在營業遺贈之時。受遺者對遺贈義務者。亦僅得請求其遺贈之履行也。其他營業遺贈之詳細。則讓於民法之著書。茲不說明。

第四章 商業之補助

如第二章所述商人以自己之名。而以商行爲爲業者。不僅不須親自執行業務。即令

親自執行業務。而萬般行爲屬於一人。在事實上。必有所不能。於是商人之營業。須有各種之補助人。此商業之補助人。學者常分爲兩種。一曰獨立補助人。所謂營補助的之商業。而爲獨立商人者。如仲立人、問屋、代理商、運送取扱人、運送人、倉庫營業者、保險業者等。是也。一曰狹義補助人。謂爲商人營業上之機關。而補助其營業者。如支配人、番頭、手代。其他商業使用人。及代表會社之社員、取締役等。是也。

上所述補助人之種類。以其權限分之也。至從商人依他人補助經營商業之方法。分之時。更可分爲三種。第一。以自己之代理人爲補助者。爲商業上之法律行爲。如未成年者之法定代理人、禁治產者之後見人、代表會社之社員、取締役、支配人、番頭、手代、船舶管理人、船長等。是也。第二。間接代理使補助者。以自己之名爲商業上之法律行爲。如問屋、運送取扱人等。是也。第三。爲商業上之法律行爲。而以媒介若傳達爲補助者。如支配人、番頭、手代。其他商業使用人、仲立人等。是也。而代理商。則有爲第一之商業補助者。又有爲第三之商業補助者。

日本商法第一編第六章。爲商業使用人之規定。第七章。爲代理商之規定。代理商以

外之獨立補助人。則於第三編第五章以下規定之。蓋代理商以其爲一定之商人。平常屬於其營業部類。爲代理商。行爲或媒介。商行爲者。雖爲獨立商人。而從商人機關之點觀察之。宜規定於總則編中。而其他獨立補助人。從其行爲之點觀察之。宜規定於商行爲編中也。如德商法。雖仲立人與代理商同規定於第一編中。蓋亦從商人機關之點而觀察之者也。又會社之機關。若代表社員取締役等。則各國法均別爲規定於會社規定中。故在本編亦僅說明商業使用人及代理商之規定。

至各國法之規定。在法商法。於商業使用人。則不存規定。悉讓之於民法。荷蘭比利時等之法。法系諸國法倣之。意西葡等之諸國法。其於商業使用人。則從代理主人行爲之點見之。與取次行爲。共規定於代理及取次章中。德商法第一編第五章。題曰支配權及商業代理權。則專從代理權之方面觀察之。爲支配人其他商業使用人之規定。第六章。題曰商業使用人及商業見習者。則爲是等勞務者之規定。蓋此二章之規定。各從其方面而爲規定者。非相妨也。在支配人其他商業使用人。多數之時。則同時或爲商業使用人。或爲商業見習者也。然有偶非使用人。而有代理權者。例如商人與其

代理權於其妻友時即是也。又有爲商業使用人爲商業見習者。僅執事實上之事務。而無代理權者。德舊商法、匈商法、則略與之相同。而於第一編第五章及第六章中爲其規定。瑞西債務法。其於商業使用人。雖不設特別之規定。而於支配人其他商業代理人。亦設獨立之一章而爲之規定也。

日本舊商法。半倣德舊商法。於第一編第五章爲之規定。題曰代務人及商業使用人。則區別代務人與商業使用人也。然在新商法。則於商業使用人章中爲支配人之規定。以支配人亦不過商業使用人之一種也。僅於非商業使用人之商業代理人。不特置規定。而於第三編第一章中對民法之原則爲二三之例外規定耳。(商法二六六條二六八條)而如後所述商業使用人。謂僅與商人立於雇傭關係者。則因組合契約所得代理權。或委任代理於其妻友等均不得謂爲商業使用人也。蓋日本商法於商業使用人之規定。乃併合德商法支配權及商業代理權之規定。與商業使用人及商業見習者之規定。而比較其範圍爲狹者也。

第二節 商業使用人

第一款 總論

商業使用人者。謂與商人立於僱傭關係。隸屬之而服商業上之勞務者也。以其須被主人僱傭。故雖有支配人番頭手代之名稱者。而其主人非商人時。非商業使用人也。商業使用人之主人。宜爲商人。蓋從第二十九條規定『商人選任支配人云云』及第三十三條規定『商人選任番頭又手代云云』因而知之也。

商業使用人。須與商人立於僱傭關係。而隸屬之。故如代理商。以自己之營業補助他人之營業。不得謂爲商業使用人。又如妻補助夫之商業。後見人爲被後見人營業時。以非僱傭關係。亦不得謂爲商業使用人。又如國家其他公法人。以商行爲營業時。所使用之官吏公吏。以出於任命。而非私法上之僱傭契約。亦不得謂爲商業使用人。又如會社之代表社員及取締役。以其爲會社之法定機關。執行業務者。非與會社立於僱傭關係。而隸屬之者。亦不得謂爲商業使用人。

商業使用人。須服商業上之勞務。而何謂商業上之勞務。乎德國學者。雖有爭論。而其多數說。則從通常之用方解之。不從商法上商人之意義解之。例如從商法上觀察時。

雖製造加工之業務。亦得爲商人。從事實上觀察時。若從事於製造加工之職工。則不得謂爲服商業上之勞務者。是也。日本商法。其於商業使用人。以不爲定義的之規定。而從前下定義觀察時。如職工人足等。服技術上之勞務者。如僕婢。服家事上之勞務者。如學理之顧問。相談役。其他服科學上美術上之高尙勞務者。則皆謂其非商業使用人。可謂從於常識者也。然是等之服勞務者。若同時服商業上之勞務。其得爲商業使用人。不俟言也。

商業見習者。屬於商業使用人否乎。非無種種之疑問。而在羅馬法。則以見習契約爲請負之一種。蓋見習者之教習。以主人之義務爲重。從此方面而觀察者也。然如德舊商法。匈商法。勿論在第一編第六章商業使用人中。規定見習者爲商業使用人之一種。即一般學說。亦謂見習者。以服勞務之義務爲重。而以見習契約爲僱傭之一種也。唯索遜民法。認爲請負之一種耳。在德新民法及日本新商法。於見習契約。則通常包含於廣義之僱傭契約中。日本民法。亦同此主義。則明文上所不可爭也。故商業使用人中。不妨謂其包含見習者也。

以上所述。商業使用人之意義也。至其種類。因其名稱而分之時。則有四種。即支配人、番頭、手代及其他商業使用人。是也。又因其代理權之有無而分之時。則有兩種。即第一種之使用人。有代理權者。而支配人、番頭、手代屬之。第二種之使用人。無代理權者。而其他商業使用人屬之。是也。而第一種之使用人。更因代理權之性質。分爲支配人與番頭、手代兩種。即支配人代理權之範圍。從法律之所定。番頭、手代代理權之範圍。從主人任意之所定也。且此二者之代理權。不僅性質上有差異。即法律上亦爲此二者之區別。即支配人之選任及終任。主人必命之登記。番頭、手代及其他使用人之選任及終任。則不必定於登記也。

以上說明者。商業使用人之意義及種類也。至欲進而說明各種之使用人。則須先論明一般使用人與主人之關係。如前所述。商業使用人。服商業上之勞務。而與主人立於僱傭關係者也。故僱傭關係設定終了之原因。及主人與商業使用人間。從僱傭發生權利義務之關係。悉從民法中僱傭之規定。以是新商法第三十五條規定曰『本章之規定。主人與商業使用人間所發生僱傭關係。不妨適用民法之規定。』削除舊

商法第五十九條乃至第六十五條之規定也。而商業使用人中。又有有代理權者。代理權。以民法之解釋上。非因委任契約。則不得授與之。故有代理權之使用人與主人間。不得無委任關係。此委任關係。限於商法及商習慣法。無特別規定者。則從民法中委任之規定。所以新商法。又削除舊商法第四十三條及四十六條之規定也。至於代理權授與行爲之性質。則有數說。第一說。以代理權之授與。常爲一種之單獨行爲。縱令隨委任雇傭組合等契約。發生代理權時。其授權之單立行爲。仍獨立存在也。德意志之多數學說從之。第二說。以代理權。雖必因於契約而授與。而非僅因於契約。即因於雇傭組合。亦得授與之也。第三說。以代理權之授與。必因於委任契約。此說混同委任與代理。未脫古來之舊習也。梅博士則主張第三說。言於法定代理人外。必須有委任契約。乃有代理權。雇傭者欲有此權。必加委任契約。志田博士則主張第二說。以爲雇傭契約。亦未嘗不可有代理權。試仍從民法求之。民法之論代理。有廣義。有狹義。狹義。則專指委任契約。民法第六百四十三條以下規定之。廣義。則統委任雇傭組合而言。民法第五十五條第六十三條第一百十一條第六百七十六條規定之。此三種既

皆有廣義之代理權。是代理權不獨委任關係者有之。即雇傭關係者亦未始不可有之也。松本法學士則以爲立法論雖不躊躇而採第一說。而爲民法之解釋。則信第三說之爲正當也。雖然。爲解釋論。則仍無主張第三說者。

要之。主人與商業使用人間之關係。雖常爲雇傭關係。至有代理權之使用人。則須另有委任關係也。申言之。即無代理權之使用人。其選任行爲爲單純的雇傭契約。有代理權之使用人。其選任行爲乃併合雇傭與委任爲複雜契約也。故使用人有適用民法及商法中雇傭委任之一般規定者。又使用人因爲主人之行爲發生。主人與第三者間之關係。及使用人與第三者間之關係。有適用民法及商法中代理之一般規定者。且使用人之受給料。有適用雇傭人給料之先取特權之規定者。在本節則僅說明商法中特別之規定。

第二欸 支配人

第一項 支配人之意義

支配人者。乃商業使用人之一種。謂所加制限。不得對抗善意之第三者。有法定範圍。

之代理權者也。以其爲商業使用人之一種。須與商人立於雇傭關係。故非商人者。之使用人。縱令有支配人之名稱。不得謂爲支配人。又如妻友等。非與商人立於雇傭關係者。不得謂爲支配人。且支配人之選任。及其代理權之消滅。主人須登記之。若小商人。以不得爲其登記。可解爲不得選任支配人也。故小商人。之使用人。亦不得謂爲支配人也。

支配人。以其爲有代理權之使用人。不僅服事實上之勞務。且得爲主人爲法律行爲。故支配人。不可不爲有意思能力之自然人。若無意思能力之自然人及法人。不得爲支配人。雖然。苟爲有意思能力之自然人。亦不問其爲無能力者與否也。(民法一〇二條)

支配人以外之商業使用人。其代理權之範圍。以從主人任意之所定。縱令其範圍與支配人相同。而主人無論何時。亦得制限之。故支配人與其他商業使用人代理權之差異。不在其範圍之廣狹。而在其本質也。至支配人之代理權。雖詳述於後。而舉支配人以外之有法定範圍之代理權者。如會社之代表社員、取締役、清算人、船舶管理人、船長等。亦與支配人同其性質也。

第二項 支配人之選任及終任

支配人之選任。爲併合雇傭與委任之契約。前款之所述也。而以商法。其於支配人之選任終任。不設特別之規定。悉從民法及商法中。一般雇傭委任及代理之規定。故本款省略之。唯說明支配人終任之原因。主人與支配人關係。以爲併合雇傭與委任之關係。苟雇傭與委任。有一終了原因。即其終任之原因也。故主人無論何時。得解任支配人。支配人亦無論何時。得自辭其任也。(民法六五二條) 又民法委任。常因委任者死亡而消滅。支配人則不然。商法第二百六十八條規定曰。『因商行爲委任之代理權。不因本人之死亡而消滅。』以主人之死亡。非支配人終任之原因也。舊商法(五二條) 則以明文規定是等之事項。新商法。以其爲當然之規定。因削除之。

支配人之選任及其解任。在自然人之商人。惟其商人。及代商人營業之法。定代理人得爲之。支配人不得選任支配人。若解任支配人。也在會法。雖其代表社員及取締役得爲之。而決定選任解任之方法。則法律特定鄭重之手續。(商法五七條一〇條一六九條二四三條) 至會社之清算人。所以不得選任支配人者。則又以其非清算行爲之必要。不屬於清算

人之權限也。

商人選任支配人。雖商法第二十九條之規定。有『商人得選任支配人云云』。而果依何法以選之乎。以無一定之規則。不可不謂依本人之意思。或明示。或默示。均可也。然在德舊商法。其於支配權之默示授與。則學說不定。有認之者。有不認之者。而其新商法第四十八條。則以明文規定。限於明示之授與。日本舊商法第四十二條。雖亦規定明示之委任。然新商法。則不設如斯之規定。從民法之原則。不可不謂其認默示之選任。故曰明示默示均可也。

支配人代理權之授與。如上所述。明示默示均可。至於支配人之名。亦須表示否乎。在德商法之規定。支配人之名。必附署於主人之商號。以相表示。在日本商法。則不爲如斯之規定。然法律上雖不爲如斯之規定。而事實上。則附署支配人之名時甚多。以其權限頗大。不得不尊重其名。此商施行法第十九條之規定。所以視改正名目爲必要也。

支配人之權限既大。故商法之規定。亦與他之使用人異。其第三十一條規定曰。『支

配人之選任及其代理權之消滅。各從其本店支店所在地。須登記之。』此亦以其權限大而見選任之不可以輕也。

第三項 支配人之權限

支配人代主人營商業時。其權限果何如乎。商法第三十條第一項規定曰。『支配人代主人爲關於營業一切裁判上裁判外之行爲。有其權限。』此權限不問其爲營業上通常發生之行爲。亦問其取引金額之大小也。唯以其行爲必限於營業範圍內如營業全部之讓渡。非爲營業存續之前提之行爲。則不得爲之。其他營業範圍外之行爲。雖如何細微。非得特別之委任。亦不得爲之也。在德商法。於不動產之讓渡。及其他其所有權。宜受制限行爲。非有特別之委任。則不得爲之。(德商法四九條二項)而日本商法。則未設如斯之規定也。

支配人代主人營商業。以其得爲營業範圍之裁判上行爲。故當然代其主人得爲各種之訴訟行爲。此則日本商法學者所一致主張也。雖支配人以適用民事訴訟法第六十三條之規定。謂其除辯護士不在時。及在區裁判所訴訟外。不得爲訴訟代理人。

然設以如斯解釋爲正當。則商法與支配人以一切裁判上行爲之權限。殆歸空文。故支配人依商法之規定。當然代其主人。無適用民事訴訟法第六十三條之規定也。商法第三十條第二項規定曰『支配人得選任番頭手代及其他使用人。且解任之。』此規定。雖通常之說明。以其爲民法第一百四條復代理人之例外規定。然以番頭手代等對支配人。不可謂之復代理人。故此規定。宜解爲當然之規定。不過在其反面。默示不得選任他之支配人。且解任之者也。

又第三十條第三項規定曰『支配人之代理權。雖得加以制限。但其効力不及善意之第三者。』在德商法(五十條)匈商法(三九條)之規定。於代理權之制限。雖對於第三者。絕對的不生效力。在日本商法。則僅對善意之第三者。無其効力也。然日本商法。以不認代理權制限之登記。縱令非登記事項。過爲登記。亦不生何等之効力也。

所謂加制限於代理權者。謂其於代理權或限以營業上之特定事項。或附以條件。或附以期限也。在德商法第五十條之規定。則爲是等制限之例示。謂於特定行爲。若特種行爲。而在特定形情。特定之時。特定之所定支配權之行使也。茲尤有宜注意者。即

加。制。限。之。代。理。權。僅。在。民。法。上。所。謂。代。理。關。係。無。其。效。力。而。在。主。人。與。支。配。人。間。所。生。委。任。關。係。則。仍。有。其。效。力。也。故。支。配。人。違。反。主。人。所。定。制。限。時。主。人。得。解。任。之。而。向。之。得。請。求。損。害。賠。償。又。不。俟。言。也。

支。配。人。之。代。理。權。如。上。所。述。依。法。律。之。規。定。於。其。一。定。有。效。範。圍。內。雖。不。得。制。限。然。法。律。上。則。仍。認。有。當。然。之。制。限。也。試。分。述。之。

(一) 支。配。人。以。其。為。特。定。營。業。之。代。理。人。故。商。人。營。數。種。商。業。時。所。選。任。甲。種。營。業。之。支。配。人。不。得。於。乙。種。營。業。有。代。理。權。此。蓋。從。非。訟。事。件。手。續。法(一七三條二項)所。規。定。『在。商。人。以。數。箇。之。商。號。營。數。種。營。業。時。支。配。人。僅。登。記。所。代。理。商。業。及。其。所。用。商。號。云。云』而。知。之。也。

(二) 支。配。人。以。其。在。法。律。上。認。為。特。定。營。業。所。之。營。業。代。理。人。故。主。人。有。本。店。與。支。店。時。所。選。任。本。店。之。支。配。人。不。得。侵。支。店。之。權。所。選。任。支。店。之。支。配。人。亦。不。得。侵。本。店。之。權。此。蓋。從。第。二。十。九。條。所。規。定。『商。人。得。選。任。支。配。人。在。其。本。店。或。支。店。營。商。業。云。云』及。第。三。十。一。條。所。規。定。『支。配。人。之。選。任。及。其。代。理。權。之。消。滅。主。人。在。其。本。

店支店之所在地。須登記之云云。』而知之也。尙在德商法。於此情形。則明認制限。

且在各營業所之商號相異時。規定以此制限。得對抗第三者也。(德商法五
十條三項)

代理權有法定與委任之分。而支配人之代理權。究何屬乎。如上所述。加制限之代理權。不可以之對抗善意之第三者。雖有法定之範圍。不得屬於所謂法定代理也。何則。以日本民法所爲區別。法定代理及委任代理之標準。在代理權發生之淵源。爲委任契約與否申言之。即代理權之區別。在其權之發生。爲委任與否。不在其權之範圍。爲法定與否也。雖法定代理權之範圍。通常以法律定之。而欲以代理權之法定範圍。直謂爲法定代理權。則不得也。蓋支配人之代理權。因主人選任而授與之也。故其選任之行爲。包含委任契約。而支配人爲委任代理人也。

以上所述。商人於一特定營業所。置一支配人之規定也。至在一特定營業所。委任數多之支配人。共同而行支配人之權限時。其效力。又如何乎。在斯情形。以主人與支配人間。立於委任關係。雖當然爲有效。而以之得對抗善意之第三者與否。則有爭也。元來支配人之代理權。以其非常廣泛。爲防其專橫。而爲如斯之委任。決非稀有。德商法

稱之曰共同支配。其第四十八條第二項規定有「共同支配之代理權。須登記其共同支配之旨云云。」日本舊商法亦認之。其第四十四條規定有「數人共同所受委任之代務。非總員共同。則不得行之云云。」然日本新商法。以其無如斯規定。果得置如斯之支配人與否。則有種種議論也。或曰。在此情形。非分割支配人之權限。而使各人分擔之。恰如共有者各人共同而有一完全之支配權。非謂制限支配人之權限也。若依此說。共同支配。非支配權之制限。可謂以之得對抗善意之第三者。此則德國多數學者之所唱道也。然在日本商法之解釋上。以不認共同支配之制度。則不可爲此解說。其理由如左。

(一) 共同支配人。非制限支配權之學說。雖德國多數學者之所唱。而在同國學者中。其論爲制限支配權者。亦不尠也。況德商法於支配人。常從其代理權之方面觀察之。而爲規定。如前所述。題支配權之名稱。其條文常用支配權之文字。如第五十條第一項。有「支配權範圍之制限。無對第三者效力」之規定乎。特以日本商法。常從支配人之方面觀察。而爲規定之故。如第三十條第三項所規定。「支配人之代

理權。可加制限云云。』縱令在德商法解共同支配者。非支配權自體之制限爲正當。而直以之解釋日本商法第三十條第三項。仍不得適用也。何則。以此條之規定。不僅如德商法不得定支配權制限之旨。且可解爲於各支配人之代理權。亦規定不得制限之旨也。至於共同支配人。非各自爲支配人。必全員合同。而始爲一支配人之觀念。非明文上有根據。而欲從解釋認之。則不得也。列滿氏謂在共同支配之支配權。非客觀的制限。而主觀的制限。日本商法第三十條第三項。不可不謂爲主觀的制限也。

(二) 共同支配之規定。在德舊商法之普魯士草案。則不存之。後議決其爲必要。發布舊商法時。始爲二條之規定。次如匈商法、瑞債務法、德新商法、皆倣之。爲之設特別規定。明言得置共同支配人。且爲保護第三者。爲署名登記等之規定。日本舊商法。如前所述。亦與之相同。然在是等諸法典後編纂之日本新商法。則全然不爲共同支配之規定。其主義。不可不詳。其不認共同支配也。申言之。其第三十條第三項之規定。可謂於共同支配。亦得適用者也。

以上所述理由。而之以解釋日本商法。可謂其委任數支配人。共同而代理權時。不得以之對抗善意之第三者也。

第四項 支配人之義務

支配人與主人間之權利義務。從僱傭及委任之規定。已詳說於前款。茲不再述。唯說明商法中。於支配人之義務。設有特別規定者。

支配人之代理權。如前項所述。以其權限頗廣。汎其職務亦甚重大。則支配人爲主人營業時。不可不以全力舉之。故商法第三十二條第一項規定曰。『支配人非有主人之許諾。則不得爲自己及爲第三者兼爲商行爲。與爲會社之無限責任社員。』此規定。乃從支配人爲主人之營業。宜盡忠實之理由。而設非僅出懼利益衝突之理由也。如後述代理商社會之無限責任社員。取締役等之規定。所謂競業禁止者。則大異其趣旨也。

支配人。以非有主人之許諾。則不得爲自己及第三者爲商行爲。勿論不能爲自己營業。獨立之商業。又爲他人之法。定代理人。使用人。取締役等。即爲自己及他人爲個個之

商行爲仍不得也。舉極端之例。如支配人爲自己振出小切手。亦在所禁止也。唯如斯行爲。得推定有主人許諾時多耳。而又以法律禁止爲會社之無限責任社員。則非有主人之許諾。亦不得爲無代表會社權限之無限責任社員也。

支配人違背上述之禁止。爲商行爲。及爲會社之無限責任社員時。主人得請求損害之賠償。又得解任之。此民法一般規定也。然商法於支配人不得主人之許諾爲自己爲商行爲時。則於第三十二條第二項。設特別之規定。謂『主人得以支配人之所爲。作爲爲自己所爲。』故主人於支配人因爲其自己商行爲所得權利。得移轉爲己有。稱之曰主人之奪取權。亦曰進入權。雖然法律對此主人之權利。亦非漫無制裁也。故其第三十二條第三項。又規定曰。『前項之權利。主人從知其行爲時。二週間而不行使。則消滅。若不知其行爲。則從其行爲之時。經過一年消滅。』茲有宜注意者。以此期間爲法定期間。非時效期間。故因時效停止時效中斷等之原因。影響不及也。

主人之奪取權。可代損害賠償而行使之否乎。申言之。即謂行使奪取權時。不得再請求損害賠償與否也。在德商法。則以明文定奪取權。可代損害賠償之旨。在日本商法。

則以無明文不無多少之疑。然從商法之文例觀之。在如斯情形。得再請求損害賠償。時。則常以明文規定不妨損害賠償之請求。則在奪取權行使時。可解爲有不許損害賠償之請求之法意也。

第三款 番頭及手代

番頭手代。亦商業使用人之一種。謂「在商人之營業上。或受種類事項之委任。或受特定事項之委任。」此第三十三條第三項之規定也。番頭之權限。從素常慣習觀察。時比之手代。似覺稍大。而在法律上。以不爲其區別。則此二者之區別。不過主人當選任時所附之名稱耳。如書記、掛長、掛員、社員、事務長、事務員、課長、課員等之名目。皆爲商業使用人之一種。與番頭手代。則名異而實同也。

番頭手代之選任。與支配人同。然亦有由支配人選任者。此與支配人之選任。所以異其例也。而不須登記。此又與支配人之選任。所以異其例也。

番頭手代之代理權。雖不如支配人有廣汎法定之範圍。而爲處理事項之必要。則亦不能不授與一部之代理權。故商法第三十三條第二項規定曰：「番頭手代爲所受

委任事項一切之行爲。有其權限。此代理權。雖法律所規定當然存在者。而主人亦得制限之。且得以其制限對抗善意之第三者。唯第三者有正當理由。信其有權限時。主人於番頭手代所爲行爲。任其責耳。

番頭手代之忠實義務。亦無支配人同。惟在法律上。無競業禁止之規定。故不妨於服務時。亦得爲自己及第三者爲商行爲。與社會之無限責任社員。但契約上有競業禁止規定者。則爲特別也。

第四款 其他商業使用人

是等商業使用人。非支配人。亦非番頭手代。乃依商法第三十四條之規定。推定爲無代理權之商業使用人也。故是等使用人。以其常供事實的勞務。爲其本務。不得代主人爲法律行爲也。然法律上雖推定無權限。若主人臨時而授與代理權者。則與番頭手代同。亦從民法商法中代理及委任之原則也。此等使用人。慣習上所謂「徒弟小僧」等者是也。

按松本烝治氏評我商律曰。商業使用人。於商法中特設規定者。日本商法之外。德

新舊商法及匈商法也。意、西、葡之諸國商法，及瑞西債務法，則從代理關係着眼，爲商業上代理人之規定。法商法則反之，不爲一切使用人之規定。比利時、荷蘭、其他法法系之諸國法，亦同。又日本商法，認支配人爲使用人之一種。德新舊商法，匈商法及瑞西債務法，則規定支配人爲商業上代理人之一種。故是等之諸國法，認支配人爲非使用人者也。意、西、葡之諸國商法，認有廣汎權限之代理人，雖類似支配人，難謂其與日本支配人相同也。法商法及其他法法系之諸國法，則全不認支配人。大清商律於商業使用人，則未有規定。惟公司律第七十七條有「公司總辦、總司理人，均由董事局選派。如有不勝任及舞弊者，亦由董事局開除。其薪水酬勞等項，均由董事局酌定。」之規定。可解爲認使用人之一種也。而總辦或總司理人，以有處理公司常務及其他法定之權限，與通常使用人之司事人，稍異其類。雖類似支配人，而其權限，亦未如日本商法第三十條有詳細規定也。然爲保護與會社，取引公眾之利益，於是等使用人之代理權，則有設特別規定之必要。又自然人的商人之支配人，爲有廣汎法定範圍代理權之使用人，則隨商業之進步，發達亦有設

特別規定之必要。而大清商律則均未爲規定也。在清國從來商慣習認有如此使用人與否。雖不可得而知。若其有之。則採用設商業上代理之規定於法典中。亦不失爲一好方法也。

按我國從來商慣習。認支配人爲商業上代理人之一種。而有廣汎範圍之代理權者也。惟其權限過大。而無法律以定其範圍。而商業主人。又不知於委任時。加以制限。往往主人選一支配人。既有代理本店之權。復有代理支店之權。且既有代理甲種營業之權。復有代理乙種營業之權。權限過大。則職務自繁。職務繁則任難勝。權限大則弊難防。此商業界上。所以因支配人之虧空。及其經營不善。而致營業倒閉者。層見迭出。而商業主人。馴至於傾家破產也。商業日敗。而社會日窮。其原未必不在於此。故此時我國立法。於支配人之規定。宜倣日本商法爲一層嚴密。是所望於立法者。

第二節 代理商

代理商者。爲一定商人之機關。平常屬其營業之部類。或爲代理商行爲。或爲媒介商

行爲之謂也。通俗所謂代理店代辦店者。即代理商也。

代理商之制度。乃比較的新設者。而關之爲詳細之規定。則以德新商法爲嚆矢。在德舊商法之第一草案。雖爲規定。而其第二草案。則刪除之。其理由。以代理商之意義。終難明確。爲其國商法學者。從來所唱道也。至法蘭意匈等之諸國商法。亦與德舊商法同。不爲規定。他如英國法。雖有規定。而其通常則謂代理人。包含仲立人。與日本商法所謂代理商之觀念。則大異其趣旨也。又日本舊商法。雖規定有代辦人。而與新商法所謂代理商之規定。亦大異其實質。即舊商法之代辦人。有常囑之代辦人。有不常囑之代辦人。常囑之代辦人。雖該當新商法之代理商。至不常囑之代辦人。僅臨時引受種種之代理。則不屬於代理商之範圍也。又況舊商法之代辦人。限於爲代理商行爲者。不包含爲媒介商行爲乎。故從此點觀之。舊商法比於新商法。可謂狹小其範圍者也。

代理商何以爲獨立之商人。以其用自己之名。而以第二百六十四條第十一號及第十二號之商行爲爲營業。與商業使用人。用主人之名者不同也。然雖爲獨立之商人。

而以其爲一定商人之機關補助商人之營業故與仲立人間屋運送取扱人等不爲一定商人之機關者亦不同也是以新商法從爲一定商人之機關處點觀察之於商業使用人之下章爲代理商之規定也。

第一款 代理商之意義

代理商之意義。日本商法第三十六條定之。謂「代理商非使用人。乃爲一定之商人。平常屬其營業之部類。或爲代理商行爲。或爲媒介商行爲者。」是與德商法第八十四條第一項。同其規定者也。

代理商以其須爲商人爲代理商行爲。或媒介商行爲。故爲非商人者之機關。而爲之代理。爲之媒介者。縱令有代理商代理店之名稱。非商法所謂代理商也。例如相互保險會社之代理店。鑛業者之代理店。是也。

代理商以其須爲一定商人爲代理商行爲。或媒介商行爲。故與仲立人間屋。其他獨立補助人不同。以仲立人間屋等。對於一般公衆。而以助補商業爲業。其所委託者。常不限於一定之商人也。

代理商以其須平常爲一定商人爲代理商行爲。或媒介商行爲。故爲一定之商人。臨時而爲代理商行爲。或媒介商行爲。雖非商業使用人。亦僅從委任及代理之一般規定。不得適用代理商之特別規定也。申言之。代理商與一定之商人須立於繼續關係也。

代理商以其須爲代理商行爲。或媒介商行爲。故代理商有爲代理商行爲者。有爲媒介商行爲者。且有併爲代理商與媒介之商行爲者。爲代理商行爲者。雖類似問屋運送取扱人。而問屋運送取扱人。與委託者。則立於間接代理之關係。乃用自己之名。爲委託者之商行爲。非以委託者之名。而爲商行爲。故與代理商異也。況如前所述。非爲一定商人之機關。而立於繼續關係。尤與代理商相異乎。又爲媒介商行爲之代理商。雖酷似仲立人。而以其爲一定商人之機關。而與一定商人立於繼續關係。則與仲立人異。至併爲代理與媒介之代理商。從其代理之點觀察之。則與仲立人亦相異也。

代理商從其爲一定商人之機關。與商人立於繼續關係。而補助其營業之點觀之。雖類似商業使用人。而非如使用人與主人立於雇傭關係而隸屬之。乃以商行爲代理

之引、受、行、爲、或、商、行、爲、之、仲、立、行、爲、而、以、爲、營、業、則、非、使、用、人、而、爲、獨、立、之、商、入、也、故、除、代、理、商、之、特、別、規、定、外、悉、適、用、商、人、之、規、定、也。

代、理、商、與、本、人、間、之、關、係、由、契、約、而、定、也。此、契、約、學、者、稱、之、爲、代、理、商、契、約、而、以、代、理、商、行、爲、之、委、託、爲、法、律、行、爲、之、委、託、媒、介、商、行、爲、之、委、託、爲、非、商、行、爲、事、務、之、委、託、故、代、理、商、契、約、可、謂、爲、委、任、及、準、委、任、契、約、之、一、種、也。在、德、國、法、以、委、任、必、須、無、償、故、多、數、學、者、以、代、理、商、契、約、爲、雇、傭、契、約、之、一、種、其、新、商、法、參、考、書、亦、然。唯、德、意、志、帝、國、裁、判、所、嘗、有、見、爲、近、於、請、負、契、約、者、而、馬、可、烏、爾、氏、從、之、以、其、爲、請、負、之、一、種、也。而、從、日、本、民、法、之、規、定、以、委、任、不、必、須、無、償、而、雇、傭、又、必、限、於、供、勞、務、故、曰、代、理、商、契、約、非、雇、傭、而、委、任、及、準、委、任、之、一、種、也。

第二款 代理商與本人之法律關係

代、理、商、與、本、人、間、之、權、利、義、務、以、其、由、委、任、契、約、而、發、生、故、無、特、約、時、凡、一、切、委、任、之、事、悉、從、民、法、之、規、定、惟、有、特、約、而、在、其、營、業、上、又、有、利、益、關、係、者、則、商、法、法、典、有、四、箇、之、特、別、規、定、試、分、述、之、於、左。

第一 留置權

民法留置權。必目的物與債權之間。有必要之關聯。(民法二百九十五條)商法則不然。其第四十條規定曰。『代理商因商行為之代理或媒介所發生債權。得留置爲本人占有之物』。是目的物以外之占有物。均可行使其留置權也。其理由。蓋商事以得利益爲主。如此則不便宜也。舉例言之。如本人欠代理商之債。代理商可留置其他之物。是也。又民法留置權。悉有效。而商法亦不然。其第四十條但書有曰。『但有別段之意思表示時。不在此限』。是又與民法相異者也。至代理商之留置權。與一般商行為之留置權。尤有異者。則俟第四編詳言之。

第二 競業禁止

民法受委任者。從委任之本旨。以善良管理之注意。處理委任事務。即爲盡其義務。(民法六百四十四條)商法則不然。其第三十八條第一項規定曰。『代理商。非有本人之許諾。不得爲自己及第三者。爲屬於營業部類之商行為。又不得爲以同種營業爲目的之會社。無限責任社員』。此制限。與第六十條對於合名會社社員之制限。及第一百七十五

條對於取締役之制限同。學者所謂競業禁止者是蓋恐與本人之間利益衝突。致代理商有不忠於圖本人利益之虞。故設此制限。與第三十二條對於支配人之制限異。其立法之趣旨也。至代理商違背制限時。則第三十二條第二項規定之。與支配人同。

第三 報告義務

民法受委任者。其報告之義務。惟委任終了後。乃取迅速。至於尋常所處理事務。必有委任者之請求。方報告狀況。且不拘於何時。(民法六百四十五條)商法則不然。其第三十七條規定曰。『代理商爲商行爲之代理或媒介時。對於本人。須速發通知。』是蓋以代理商與本人間所委任之商行爲。非個別的。乃包括的也。若至委任終了後。代理商始報告。處理事務之狀況。則本人於代理商所爲自己個別之商行爲。不能得知。若必待本人請求。方爲報告。而在個別之情形時。則本人又不堪其煩也。此法律所以使代理商負斯義務也。

第四 委任契約之解除

民法委任之解除。不關於契約期間之有無。從各當事者之意思。無論何時得解除之。

惟當事者之一方所爲。有不利於相手方時。解除委任。非基於不得已之事由。必負損害賠償之責。(民法六百二十條 六百五十一條)代理商則不然。其第四十條第一項規定曰。『當事者未定契約之期間時。各當事者於二個月前爲預告。得爲契約之解除。』從此規定解釋之。則定有期間時。必待之期間滿了。方得解除。可知也。是蓋以從委任契約之原則。與當事者以不利益至使代理商之制度難以存在也。然在不得已事由時。其定有期間者。必待期間之終了。未定有期間者。必待二個月前預告。則亦有損害當事者之虞。故第四十條第二項又規定曰。『當事者不問定有契約期間與否。有不得已事由時。各當事者得爲契約之解除。』雖然。何爲不得已事由乎。以屬個別之事實問題。爲裁判官之所決定。不得爲概括的說明也。

第三款 代理商之權限

代理商之權限。由代理商契約之所定。而成立。而依代理及委任之一般規定者也。唯商法以救濟取引上不便爲目的。故關於代理商之權限。設特別之規定。即第三十九條所規定。『受委託販賣物品之代理商。於賣買目的物之瑕疵。或其數量之不足。及

其他賣買之履行。有受通知之權限。云云。』是也。雖然。對此規定。有三問題。

第一 代理商之性質。包含代理與媒介。故爲代理商行者。有代理權。爲媒介。行爲者。無代理權。可從其性質而決也。在販賣物品時。受委託代理商行者。其得適用。固無容疑。至受委託媒介商行爲者。亦得適用否乎。此一疑問也。志田博士。則主積極說。以爲包含受委託媒介商行爲之代理商。松本烝治氏。則主消極說。以爲限於受委託代理商行者之代理商。而欲評此二說之正當。則前者於解釋法文上。爲優。後者於學理上。爲當也。

第二 代理商受通知時。以現在之該當營業所爲要件否乎。此又一疑問也。松本烝治氏。則主消極說。不以爲要件也。

第三 其通知。須關於代理商取扱之賣買否乎。此又一疑問也。松本烝治氏。則主積極說。必限於代理商所取扱之賣買。蓋以代理商與本人之關係。雖由委任契約而發生。而必其已取扱賣買。乃謂契約之履行也。

按松本烝治氏評我商律曰。代理商之規定。比較的嶄新者。僅日本新舊商法德

新商法等二三法典耳。若清國從來有其制度。則代理商之規定亦當採用於法典中也。至於位置。德商法則與仲立人同列於第一編中。若大清商律採新編纂方法。總括商業上代理取次及仲立之規定爲一部門可也。但運送取販營業學理上屬於取次之一種。日本商法從德法系。雖以之認爲問屋之變態。而欲重實際之便宜時。寧倣意西葡之諸國商法。包含於運送規定中也。

第五章 商號附商標

第一節 商號之意義

商號者。一定之商人於一定之商業上用以表彰自己之名稱也。(舊商法第二十三條)在日本從來慣例上。所稱屋號。雖略似此商號。但限於自然人。不僅不及於會社。且不包含商人用自己氏名時也。以其稍失狹隘。所以新舊商法用商號之語也。

商號之意義。得從兩方面觀察之。即從實質上觀察時。指商人於其商業上表彰自己所用之名稱。不問其登記與否。故從此意義。各商人皆必有商號。於其營業上使用之。無須在法律上認商人。有商號之義務。唯決其有登記商號之義務與否。即可也。反之。

從形式上觀察時。指商人所登記之名稱。不登記者。縱令在商業上。爲表彰自己。而用之。在法律上。不稱爲商號。故從此意義。以商號必有登記。無須在法律上。認其有登記商號之義務。唯各商人。決其有商號之義務。與否。即可也。在舊商法。所用商號。則取實質上之意義。而於形式上意義之商號。特稱爲宜受登記商號。(舊商法二十條五條三十條)新商法。亦倣之。第十九條及第二十條第二項之規定。即是也。

商號爲商人之名稱。故非商人者。雖用類似商號之屋號等。不得謂之爲商號。唯準用會社規定。民法上之營利法人。雖非商人。可解其有商號。以商法第十七條之規定。雖營利法人。亦可解爲有適用也。然尙有一疑問。即小商人是也。蓋小商人。雖爲商人之一種。而以其無適用商號之規定。(商法八條)將得有商號乎。抑不得有商號乎。松本烝治氏。則從形式上意義。以爲小商人。既不能適用商號之規定。則不得有法律上之商號。志田博士。則主張實質上意義。以爲從形式之觀察。僅限於已登記名稱。小商人不得有商號。雖得其當。而從實質上觀察。商人爲表彰自己營業上之名稱。不問其登記與否。皆得有商號。則小商人。亦能爲表彰自己營業上之名稱。即得有商號。不得以無適

用商號規定之故埋沒其有商號之事實也。

商號爲商人之名稱故商人廢止其營業時其商號亦從之消滅也。然此有三問題。第一商人變更其營業種類其商號因之消滅否乎。志田博士則主張消滅不過爲新營業時更得選定同一之商號。松本烝治氏則主張不消滅。不過商人因其營業種類之變更其所爲新營業與他人爲同一營業時有不得防害他人商號權之結果認變更商號爲必要耳。第二商人死亡其商號亦因之消滅否乎。然商人死亡其營業必不隨之廢止則商號不因商人之死亡而消滅其相續人得續用同一之商號也。第三會社解散其商號亦因之消滅否乎。然會社解散其會社之人格必不隨之解散則會社之商號亦不因解散而消滅也。

商號爲商人營業上之名稱故與非營業上名稱若氏名雅號渾名等相異而所謂營業上之名稱者謂用之得爲關於營業之法律行爲也。即商人用之於營業上無異於署名又代理人用之得爲取引也。然商人不用商號用其氏名或用其他與商號相異之名稱亦不妨其行爲之效力。例如依電信取引雖用電信畧號其取引爲有效是也。

唯手形爲要式行爲。不能用氏名或商號以外之名稱耳。

商號爲商人營業上所用名稱。故爲與營業無關係行爲。不可用之。不俟言也。然若商業登記之申請。不動產登記之申請。以及爲訴訟行爲之際。亦得用之否乎。在會社以其商號之外。無他名稱。宜用商號。雖爲當然。而在自然人之商人。宜如何爲。不動產之登記。德國學者間。縱有議論。而依日本不產動登記法(三十一條)及非訟事件手續法(一百

(四十條)

所規定。『凡登記之申請書。宜記載申請人之氏名住所。會社無申請人。宜記

載其商號云云』觀之。是自然人之商人。不得用其商號。爲是等之申請。自明瞭也。至於訴訟行爲。在德舊商法。雖有所疑。而其國學者之所論。則多以自然人之商人。得用其商號爲訴訟行爲。其帝國高等商事裁判所及帝國裁判所。亦共從此說。故德新商法於第十七條第二項。明言此趣旨也。然日本大審院。則有『自然人之商號。依民事訴訟法第九十條之規定。不得爲當事者所表示名稱』之判決。與德商法相異也。商號爲商人表彰自己所用之名稱。故商人爲表彰自己商品所用之商標。異關於商標。則法律上另有特別之規定。(商標法)又商人爲維持其商業上之秘密。所定符牒。亦

立於特別之地位。與商號無何等之關係也。

商號爲商人表彰自己所用之名稱。而對此名稱。應有如何權利。則依商號登記之前。後異其解決。即在登記以前。則無大關係。不過爲單純名稱。在登記以後。而其關係始重。名爲商號專用權。乃一種之財產權也。其詳細俟後說明之。

第二節 商號之沿革

溯商號之沿革於歐美。雖在封建時代。亦公認氏名。故商人於商業上。常用氏名。不至離氏名而別認商號。反之會社。以不如自然人有其氏名。有宜代氏名而定名稱。以備使用之必要。故會社商號之觀念先發達。即在法制上。亦不設一般商號之規定。僅規定會社之商號者多。至於近年。殆漸及於一般之商人也。

至於日本。則大與歐美異。在封建時代。商人以不公認用氏之故。僅用其名於商業上。不免有難於區別之不便。於是屋號之制起。故自然人之商號先發達。若會社之商號。則至於近年。始得見之。雖在維新前。非全無會社之萌芽。而概言之。則其思想。殆絕無也。及維新以來。二三之會社起。旋有國立銀行條例之制定。一時多數之會社。以設立

之短年月。爲長足之進步。此會社商號之觀念。所以至於今日而見其大發達也。要之在歐美。則會社之商號先發達。而及於自然人。在日本。則自然人之商號先發達。而及於會社。其間發達順序之顛倒。雖由事情互異之所致。而亦法制沿革上之一奇觀也。

商號者。商人信用之標準也。在經濟上。則爲貨物取引之目的。在法律上。則有保護貨物之必要。且濫用商號於一般公衆之利害。尤有重大關係。不可不定相當之制限。故現在各國之法律。關於商號。無不設規定者。今舉其主要者言之。其法典中。有一般規定者。如商法、瑞債務法、葡商法、德商法等也。反之法商法。則僅規定會社之商號。意蘭西、比、諸國法亦然。在英國法。亦僅爲會社之規定。至於日本。則倣德商法。爲一般規定於法典中。以下分節說明之。

第三節 商號之選定

商號者。非由客觀的定之。乃以主觀的定之者也。故依法律之規定。若自然的原因。可分爲兩款說明之。第一、爲選定之方法。第二、爲商號實質之問題。即謂當其選定商號。

應如何方能使用也。

第一款 選定之方法

商業主體有自然人與法人之別。故選定商號方法亦因之而異。

第一 自然人選定之方法

自然人之商號。以不反乎公之秩序及善良風俗爲限。其本人與代理人均得自由選定。而當其選定時。必不須明示。即默示亦可也。

第二 法人選定之方法

會社之商號。非社會成立後。由其法定代理人選定者。乃其成立前。或與成立同時。而選定之也。即設立會社者。定之於設立契約中。記載於定款。因而選定。而其選定與會社之成立。共發生其效力也。故會社之商號。雖遲必與會社之成立全時。而明示其選定之意思也。

第二款 商號之實質

商號之實質者。所以保持商號在商號法中占重要之地位者也。日本商法。雖以自由

選定商號爲原則。而亦非絕對的。不設限制。即國家僅於無害商號真實之程度。認商號選定之自由。苟有紊亂商號真實之虞。時真以公力干涉之。保持商號之真實。是乃國家行政之本義也。國家基於此本義。制限商號之選定。可分爲兩方面。一爲積極的制限。一爲消極的制限。以下試分類論之。

第一 積極的制限

在一般之商號。共通積極的制限。商號之文字。必不可用名稱。非名稱文字。不得以之爲商號。是從新商法第十六條之裏面解釋。當然所生結果也。或有以此規定。僅許容以氏名。其他名稱。爲商號。非加積極的之制限者。此解釋。雖非全無理由。而採用之。則其結果。不僅使此規定。歸於無用。且恐有悖於國家設一定之制限。保護商號真實之趣旨也。故志田博士。不採此說。

以上所述。一般制限也。而關於自然人之商號。與會社之商號。亦各有特別之制限。試更分而論之。

(一) 關於自然人之商號積極的制限

在德新舊商法、匈商法及路氏草案等。咸謂商人以其氏或氏名得爲商號。蓋以氏名表示自己區別他人一般之所用者。在商業上亦使用之。自正當也。而關於此點。有主張全廢自然人商號之制度。而使各商人差出其署名及印鑑於裁判所或行政廳。以代之者。如薄阿索那托氏之意見。非不稍得人意。然印鑑以從來屆出於行政廳。往往有欺詐之屆出。如其爲之。不僅使第三者蒙不慮之損害。且其印鑑之正確亦非容易得知。此從來但認屆出之制也。又氏名以其登記於戶籍。第三者一閱戶籍。即得知之。不見有差出其署名於裁判所或行政廳之必要。若謂爲與差出於裁判所或行政廳之署名印鑑比較對照。以判別其真僞。而使之差出。終不免屬無用之勞。況乎保護監督商號之真實。僅差出其署名印鑑爲不足乎。故薄阿索那托氏之意見。不得採之。歐美各國。以無該當日本所謂屋號之稱。故商號必用其氏或其氏名。實際上毫無所牴牾。至於日本。則封建制度之遺物。尙存於今日。但公認其氏。則商業上所盛爲使用之屋號。殆失其必要。故如歐美諸國之規定。須以其氏或其氏名爲商號。甚爲困難。若強勵行之。必致紊亂商業上之秩序。妨害商業界之發達也。是以舊商法之規定商號。

不僅不須用其氏或氏名。且以屋號爲通例也。雖然以屋號爲通例與否。究爲事實上問題。無揭於法典之必要。法律但不禁其用爲商號可也。故新商法第十六條規定曰。『商人以其氏及氏名其他之名稱得爲商號。』所以在一方不採用歐美立法例。在他方規定勿論何等之名稱得爲商號也。由是觀之。新商法關於自然人之商號。可謂無積極的制限也。

(二) 關於會社之商號積極的制限

商法第十七條規定曰。『會社之商號中須各從其種類。用合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社文字。』是法律特關於會社之商號。所認積極的制限。其理由所以保商號之劃一。使依於商號得容易知會社之種類也。

第二 消極的制限

一般之商號。共通消極的制限。即商法第二十條第一項所規定。『不得以不正競爭之目的。與他人已登記商號。選定同一文字之商號。或類似文字之商號。云云。』是也。蓋在舊商法。雖禁止爲同一之營業。在同一之地域內。選定與他人已登記商號。爲同

一文字之商號。而不禁止選定與他人已登記商號。爲類似文字之商號。不僅失之狹隘。且僅於同一營業。同一地域內。通用此狹隘制限。假令雖非同一之地域內。雖非同業。而因其出於不正競爭之目的。尙有適用此制限之必要。而以法律限於同業。同地域。始適用此制限。則與立法之趣旨。不能無相支牾之感。故新商法斷然改此制限適用之範圍。苟有以不正競爭爲目的者。則不問其營業其地域之異同如何也。

以上爲一般之制限。其他雖無不得加於一般商號中之文字。而對於特種之商號。亦有數多消極的制限。試更分而述之。

(一) 關於自然人之商號消極的制限

關於自然人之商號。消極的制限。各國立法例所認者最多。就中舉其重要者如左。

第一 會社所示文字 此制限。雖在未認會社爲法人時代。而對於一人信用與

對數人集合體之信用。即大有所異。以實際上。一人單獨營業時。尙用會社所示文字。不僅使第三者陷於錯誤。且以得爲博過度之信用。故或至爲詐欺之行。

也。況至近年。法人之觀念大發達。至以會社爲法人。乎。蓋會社爲法人時。比於自然人所享有權利及行使能力。其範圍甚大。其能力所受制限及其發生消滅亦不相同。不得爲之區別也。日本商法第十八條所規定『非會社之商號中。不得用表示會社文字。雖讓受會社之營業時亦同。違者處以五圓以下五十圓以上之過料云云』。則全基於此理由也。

第二 他人之氏或其氏名之名稱 在舊商法第二十四條之規定。謂『從來商法以屋號爲通例。而無妨用營業者之氏或其氏名』。而新商法第十六條。則特不變更其實質。謂於屋號之外。僅得用自己之氏或其氏名。故從解釋上觀之。可謂其不得用他人之氏或其氏名也。蓋以商號乃商人各自爲其商業上信用之識別。故不論其爲不正競爭與否。皆不能使用恐其盜信用欺公衆有妨害於他人也。況民法上侵害他人之氏名權者。負不法行爲之責。商法第十六條雖規定商號選定之自由。不得解其與爲如斯不法行爲之手段也。

(二) 關於會社之商號消極的制限

在新商法則無規定。惟舊商法有之。其所加消極的制限。可分爲三。

第一 合名會社之商號。不得用非社員之氏。

第二 合資會社之商號。不得用非無限責任社員及非社員之氏。

第三 株式會社之商號。不得用株主之氏。

右之三制限。其理由。因往時會社。無法人之資格。不能不爲斯規定也。

第四節 商號之登記

商號之登記。須區別自然人與法人而論之。在自然人之商號。爲相對的登記事項。僅商人欲得商號專用權者。不可不登記之。反之。在會社之商號。以其設立時所宜登記事項。當然登記商號於會社登記簿中。不須再登記商號於簿上。可謂爲絕對的登記事項也。至商號因登記發生商號專用權。此權利之內容。可分爲二。一爲積極的商號權。一爲消極的商號權。試分述之。

(一) 積極的商號權 謂商人使用商號之權利也。故爲商號行爲時。不僅爲表示自己。得用其商號。即署名於手形其他之證券。亦當然得用之也。且不僅商人自

已得使用之。即支配人其他用人。爲商人自己。亦得使用之也。此等之權利。不俟登記而始發生。當選定商號時。即與之發生。但欲以其權利對抗他人。則必待登記耳。

(二) 消極的商號權 謂已登記之商號。有他人不得使用同一或類似商號之權利也。此權利可析爲三種言之。第一禁止之權。即商法第二十條一項所規定『商號登記者。對以不正競爭之目的。使用同一或類似商號者。得請求禁止其使用云云』是也。第二救濟之權。謂因不正之競爭。受有損害者。得請求賠償。即同條但書所規定『但不妨損害賠償之請求云云』是也。第三推定之權。即同條二項所規定『在同一市町村內。爲同一之營業。使用他人已登記商號者。推定爲以不正競爭之目的而使用者云云』是也。

第五節 商號權之性質

商號權之性質。從法律上觀察時。雖學說紛紛。常不一致。然權利之分類。有分爲絕對權及相對權者。有分爲財產權及人格權者。從第一之分類言之。以商號權爲絕對權。

固無容疑而從第二之分類言之。以商號權屬於何種權利。則有所爭議。在德國之多數學者間。有謂其與氏名權同種者。有謂其爲廣義氏名權之一種者。雖以之爲人格權。而爲日本商法之解釋。則因登記所生之商號專用權乃一種財產權。不過在登記前商號之權利可解爲人格權耳。

因登記所生之商號專用權。依前所解。乃與特許權、意匠專用權、商標專用權屬於同一範圍之財產權也。故不屬於物權。亦不屬於債權。所謂無形財產權之一種也。而何以認其爲財產權。試述其理由之梗概如左。

(一) 日本商法。不強制商號之登記。僅欲得商號專用權者。始申請其商號之登記耳。德商法。則強制商號之登記。凡選定商號者。必使負登記義務。故在德商法。商號之登記。爲通常權利確保之登記。不過確保既存之商號權。非設定商號專用權也。是與日本商法大有所異也。

(二) 商號專用權。因商號之登記而發生。而其內容。則第十九條及第二十條所定也。在德商法之規定。雖該當日本第二十條。而非如日本第二十條。定商號專

用權之內容也。

(三) 商號專用權。得自由相續之自由讓渡之。以其認爲財產權之一種也。在德商法。關於商號讓渡之規定。僅取得既存之營業者。在從前之營業主人。或其相續人。有明示同意時。爲其營業得續用從前之商號。故其所謂商號讓渡者。與財產之讓渡。異其觀念。不過說明氏名使用之許可。爲以商號權爲人格權之一論據。是亦與日本商法所大異其趣旨也。

(四) 日本商法。如下節所述。雖認與營業分離。而爲商號單獨之讓渡。在德商法。非商號與營業相共。則不得讓渡之。是亦與日本商法異其解釋之一論據也。

(五) 日本商法。如下節所述。僅於登記商號。認其讓渡。不可不謂其認商號專用權之讓渡也。在德商法。所謂商號之讓渡。則不分已登記商號。與未登記商號。爲學說判例之所共認。是亦與日本商法所不同也。

(六) 商號專用權。有財產上之價格。此事爲吾人日常之所目擊。不待辯而明也。法律認其讓渡。因其有財產上之價格也。

依以上所述諸點。關於商號之規定。日本商法。以其與德商法。大異其主義。所以謂商號專用權。與特許權。意匠專用權。商標專用權等。同屬於無形財產權之範圍也。

商號專用權。爲一種之財產權。因登記而發生者也。則關於登記前之商號。應有如何權利乎。在法律雖不強制商號之登記。而以商人選定商號時。必加種種之制限。故未登記商號。亦依法律所認制度。不可謂於法律上全無意味也。蓋以法律於未登記商號。不與以排斥他人選定同一商號之効力。又不認其讓渡。雖不如商號專用權。認其有財產權之觀念。而不有同一商號之他人濫用其商號。加損害於有其商號者時。有其商號者。亦得依民法之規定。對於不正行爲。請求救濟也。申言之。有未登記商號者。雖無禁止他人選定同一商號之權。能有使他人不濫用其商號之權。能故關於未登記商號之權利。與前所述氏名權。有同一之効力。可謂爲一種之人格權也。

要之商號權。因登記之前後而異其性質。登記前之商號權。爲一種之人格權。僅消極的得對抗他人之濫用。登記後之商號權。爲一種之無形財產權。而其程度積極的排斥他人。選定同一之商號。又其權利得自由相續讓渡也。故前者稱之爲人格權的商

號權後者稱之爲財產權的商號權而從來商法之解釋者或以爲一種之人格權。或以爲一種之財產權。皆知其一而不知其二者也。

第六節 商號之讓渡

如前節所述。商號專用權以其爲一種之財產權得爲相續得爲讓渡。而商號專用權之相續。商法中雖無特別之規定。而非訟事件手續法第六十一條所規定『爲商號登記者之承繼人。欲續用其商號時。須證其資格於書面。或添讓受證書。爲其登記之申請云云。』廣認商號承繼之登記觀之。不可不解爲認商號專用權之相續也。商號專用權之讓渡。與他之財產權相同。僅因當事者間之意思表示。而生其効力。但以之對抗第三者。則須爲登記。故商法第二十二條規定曰。『商號之讓渡。非爲其登記。則不得以之對抗第三者。』此規定。雖廣爲商號讓渡之規定。而以商號登記爲前提。不可不解爲限於既登記商號之規定也。

讓受商號專用權者之資格。亦有制限否乎。商號專用權者以其爲特種之營業。非與之爲同種營業。則不得續用之。故須爲同一之營業而讓受之。又非與營業共讓受商

號者。則無其效。志田博士。則以讓受商號者。其讓受之當時。須營商業者。松本學士。則以與營業共讓受商號者。概皆因其讓受而始爲商人也。尙關於商號之讓渡。於此以外。有制限者。述之於左。

(一) 自然人的商人。雖讓受會社之營業。不使其會社之文字。

(二) 會社之商號中。以須各從其種類。用合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社等文字。故會社讓受個人之商號。或異種會社之商號。不得續用其商號。

商號專用權。得與營業分離。而單獨讓渡之乎。舊商法第二十八條。與德商法同。禁商號、單獨之讓渡。僅規定與營業相共時。得爲讓渡之旨。以元來商號。爲營業之名稱。宜從營業而移轉。世人之重商號。畢竟爲其有營業也。然雖營業而得單獨讓渡其商號專用權。或有虞其爲欺瞞公衆之具。在立法上。雖如不當。而對照第二十一條及第二十三條之法文而解釋之。不可不謂其認單獨之讓渡也。

以上所述。僅商號專用權之讓渡也。然則讓渡登記前之商號。遂不可認之乎。依前節所述。關於登記以前之商號。以其僅爲一種之人格權。則其權利移轉之觀念。不得認

之。唯當事者之一方拋棄其商號。他之一方得與結約選定同一之商號耳。德商法之多數解釋者。如前節所述。所謂商號之讓渡。讓渡人拋棄其商號。讓受人續用之。爲一種同意之契約。其國帝國裁判所。亦從此說。日本學者從之者亦多。松本蒸治氏以商號專用權爲一種之財產權。則不採此說。且在登記前之商號。以其與他人之商號有選定同一商號之自由。認其讓渡實際上無必要也。

第七節 商號之變更

有商號者。如何得變更其商號乎。在自然人。則依其選定商號同一之方法而變更之。在會社。則依其定款變更之手續而變更之也。而當變更之時。又勿論其爲一部之變更。更爲全部之變更。均須遵守第三部第二款所述之制限也。

至於從變更商號之事情而觀察之。則有必要的之變更。更有任意的之變更。如新商法施行前。所設立合名會社。其商號中不用合名之文字。變更其商號。而加合名之文字。又如新商法施行前。所設立合資會社。變更其組織。而爲合名會社。株式會社。株式合資會社。或株式合資會社。變更其組織。而爲株式會社。又如合資會社。爲無限責任社。

員之全員退社。繼續而爲合名會社。或株式合資會社。爲無限責任社員之全員退社。繼續而爲株式會社時。變更其商號。皆爲必要的變更。而其他則概爲任意的變更也。變更商號者。以其所登記商號。有一切專用權。故當其變更時。不可不爲變更之登記。其有不爲登記者。則法律特設規定以制限之。其第二十三條規定曰『爲商號登記者。變更其商號時。不爲變更之登記。其利害關係人。得請求於裁判所。抹消其登記。在此時間。裁判所對爲登記者。定以相當期間。令本人陳述異議。且於其期間內。催告其申立。若本人於期間內。不爲異議之申立。則裁判所直抹消之。』此理由。蓋以商號專用權爲一種之財產權。有變更而不登記。則有妨於商號之選定及登記之自由也。

第八節 商號之廢止

商號以其爲商人營業上所表彰自己之名稱。故商號之廢止。因其構成營業要素之廢止而發生。卽其一、商人自身喪失其資格時。其二、商人廢止其名稱時。是也。前者不問其商號自身。有如何性質。悉消滅其商號。謂之爲一般的商號之廢止。後者非悉消滅其商號。而消滅其有特種性質之商號。謂之爲特別的商號之廢止。試分而述之。

第一 一般的商號之廢止 商號之一般的廢止。因商人之資格喪失而發生。雖無容疑。然亦有時商人未喪失其資格。而不得不消滅其商號者。如商人變更其營業種類時。一旦廢止其商號。則對其所新開始之商業。將更選定商號乎。抑繼續從來之商號乎。或有謂商號為商人之名稱。其以甲種之商行為商業。固為商人。即以乙種之商行為為業。亦為商人。商人之資格。既無異動。則亦無何等影響及於商號者。或有謂商業種類之變更。必廢止從來之商業。即失商人之資格。其所新開始之商業。乃因之而更得商人之資格者也。縱令其後商號與從來之商號。用同一之文字。其前後商號。宜為各別者。此二說。後說比較為穩當。以商業種類之變更。亦營業之廢止。而為商號廢止之一原因也。

第二 特別的商號之廢止 商號之特別的廢止。謂不廢止商人之營業。而廢止其商號。即商人於其向來所使用商號表示以後。不使用之意思也。此等之意思表示。雖不須何等之形式。明示默示均可。然云不使用其一定之商號。則其意思表示。不可不有最終之目的。即隨其意思表示。附加選定他之新商號時。失其廢

止之意思表示性質也。學者或謂廢止之意思表示附隨選定他之商號者居多。必非正當也。

至於既登記商號。有廢止時。法律上之制裁悉與商號之變更同。規定於第二十四條中。已詳前節。茲不再贅。

第九節 商標

商標權。與商號專用權。同屬於無形財產權之範圍也。不僅其權利之性質。在法律上無有大差。即法律保護之理由。亦無所異。故附商號。簡單說明商標之規定。

商標者。謂營業者表彰自己製造商品及自己販賣商品所用之文字圖書或記號也。故舉其與商號相異之點。第一。商號為表彰自己之用。商標則為表彰自己之商品而用。第二。商號限於商人得用之。商標則商人以外之製製造業者。或販賣業者。亦得用之。第三。商號為名稱。而商標則為文字圖形或記號也。

商標之選定。與商號同。雖以自由為原則。然亦有許多之制限。商標法第二條規定之。不得登錄於商標。試列舉於左。

- 一 與菊花御紋章有同一或類似之圖形者。
 - 二 與國旗、軍旗、勳章、外國國旗同一或類似者。
 - 三 紊亂公之秩序、善良風俗、及有欺瞞世人之虞者。
 - 四 他人之登錄商標、或登錄失效後、未經過一年、而使用同一類似於同商品者。
 - 五 與在商標法施行前他所使用者之商標同一或類似者。
 - 六 表彰商品普通之名稱、其他產地者、又依商業上慣用之文字、圖形、若記載、表彰其名稱、品質、形狀者、及依普通之書體、記載普通所使用氏名、商號、會社名、組合名者。
 - 七 無欄干、地紋、其他特著之外觀者。
- 欲得商標專用權者、須登錄之。此商標法第一條規定也。是等規定、與商號無異。即營業者選定商標、無登錄之義務。僅欲得商標專用權者、乃登錄之也。唯商號在登記所、登記於商號登記簿。商標則登錄於特許局之商標原簿。彼此不同耳。蓋以商標之登錄、非商業登記之一種也。

商標之登記。立法上有三主義。第一審查主義。每有出願。必審查之。限於出願適法時。始爲登錄之主義也。第二屆出主義。每有屆出。悉登錄之。僅他人申立異議時。始爲審查之主義也。第三公示主義。於登錄前之一定期間內。公示之。使他人陳述異議。其期間內。無異議者時。始爲登錄之主義也。日本商標法。倣美國法。採審查主義。故凡登錄。必特許官之審查官。審查之結果。決定宜登錄後。特許局長。乃登錄之。而公示於大眾也。商標專用權。如前所述。雖與商號專用權。全同其性質。至其微細之點。亦非無二三之差異。試列舉之。

(一) 商號專用權之效力。僅及於一定之地域。商標專用權之效力。則及於全國。且有工業所有權保護同盟條約。在其同盟條約國。出願商標登錄者。四箇月以內。請求登錄時。其出願。與最初出願日所登錄商標。有同一之效力。

(二) 商號專用權。無一定之年限。商標專用權。則限定二十年。而從原簿登錄之日起算。雖然。商標專用之年限滿了後。欲續用其商標者。更得受其登錄也。

(三) 登記商號。僅以民事上之請求權保護之。登錄商標。則依刑事上之制裁。亦保護

之。即以惡意與他人之登錄商標。製造同一或類似之商標。交付之若販賣之者。或
使用之於同一商品者。及知情販賣其商品。若爲販賣而藏蓄者。有刑事上制裁。又
以惡意使用他人登錄商標所有容器包裝等。於同一商品者。或知情而販賣其商
品。若爲販賣而藏蓄者。及與他人之登錄商標。使用同一或類似之商標。於其商品
販賣之廣告看板引札等者。亦同有刑事上制限。但是等之犯罪。爲親告罪。必待被
告者之告訴而後論其罪也。

(四) 商號專用權。如前所述。得分離營業而單獨讓渡之。商號專用權。則不得與營業
分離而讓渡之。唯以其讓渡爲對抗第三者。必須登錄。則與商號有所酷似。
以上所說明者。關於商標之大體也。至欲知其詳細。則宜參照商標法。商標法施行細
則。加入公布萬國工業所有權保護同盟條約。

按松本丞治氏評我商律曰。關於商號之一般規定。雖爲德法係諸國法之所認。而
其他之諸國法。則僅關於會社而爲之規定也。然商人通例。則設一條之規定。商人
於自己真名號之外。得另定店號而用之也。(商人通例一條)

又曰。商人通例。關於商號之選定。不設何等之制限。故非會社而用表示會社文字於其商號中。或會社而不用會社文字於其商號中。毫無所妨也。凡關於商號之選定。其立法方針。有商號直實主義。與商號自由主義。德法系諸國法。則採商號真實主義。對於一個商人之商號。雖加嚴格制限。而如此制度。非於凡為商人者。強制商號之登記。則不可觀其實行。故不適於我國及清國也。雖然。如我商法第十七條及第十八條之制限。極為公益。上所必要。商律不倣之。余之所遺憾也。

又曰。公司律對於公司之商號。加二樣之制限。第一。後設會社之商號。不可不與先設者同。第二。合資有限公司及股份有限公司。當其為招牌及取引所用書類等。須明記有有限公司之文字。（公法律三條八條
十四條十五條）是等之規定。係倣英國會社法。唯英國會社法。對於違反法與之規定者。課以罰金等刑。公司律之罰則中。則未存此規定也。又曰。大清商律之規定。不認一般商號之規定。因之不認商號專用權。又不認商號之讓渡。唯會社之商號。公司律第三條有保護耳。故一個之商人。與他人。既存之商號。選定同一之商號。有傷害其利益。似無救濟之途也。關於商號之保護。德商法。

於小商人以外之商人規定必爲商號之登記。其登記商號在商法之區域內不得互相重複。又依商法第三十七條及關於不正競爭業千八百九十六年五月二十七日法第八條之規定防止商號之濫用。日本商法雖不如德商法強制商號之登記。而欲得商號專用權者則須登記之。其登記後之保護略與德商法相同。以清國之現況而求商號之保護或謂責之以其難而欲其達於認保護制度之域則余之所不耐囑望也。

第六章 營業所

營業所者謂商人營業之本據也。在民法以各人生活之本據定其住所。商法於營業所雖不下如斯定義。對於生活之本據而以營業所爲營業之本據。則的當也。多數學者之所說亦然。故住所與營業所非必常異其所在地。或有併合二者爲同所者。在日本則相併合者殊多。又在會社營業所以外無住所。故會社之住所。在其本店之所在地也。

營業所者營業之本據也。營業本據者謂爲營業之中心發關於營業上之指揮命令

其主腦之所在也。故如工場、倉庫、貨物積卸所，不過爲營業事實上行爲之場所，不得謂爲營業所。雖然，營業所又非必常行營業目的之商行爲。在本店專執行屬於營業內務部之事務，而營業之目的商行爲，僅在支店出張所等爲之。其實例，決非稀有也。至法律對於營業所所認之效力，依日本現行法述其大體如次。

第一 營業所定管轄裁判所。凡爲直接取引對於有店舖者，於其店舖所在地裁判所。關其營業，得以起訴。(民訴法一六條一項) 又會社之裁判籍，依其所在地定之。而其所在地，即會社營業所之所在地也。(民訴法一四條二項)

第二 營業所定債務履行之場所。因商行爲所生債務，其履行之場所，因其行爲性質，或當事者之意思表示，均不定時。除特定物引渡之外，須於債權者現時之營業所爲之。又指圖債權，無記名債權之辨濟，亦須於債權者現時之營業所爲之。(商法二七

八條一項二項)

第三 營業所定書類送達之場所。(民訴法一四四條一四六條乃至一四九條)

第四 凡爲求手形之引受，手形之支拂，所作成呈示，與拒絕證書及其他行使手形

上之權利。保護手形上之權利。對於利害關係人。所爲行爲。須在其營業所爲之。

(商法四)
四二條

第五 商業登記。須於商人營業所在地之裁判所爲之。(法一)

凡人得同時有數箇之住所。雖爲德民法之所認。而爲日本民法之解釋。則僅有一箇之住所。然法律於營業所。則認其同時有數箇也。即第一。商人得同時爲數種獨立之營業。故於各種之營業。得同時有數箇之營業所。然在此情形。各營業所以其各爲獨立營業所。其間無何等之關係。茲不說明。第二。商人爲一箇之營業。有數多之營業所。在此情形。數箇之營業所。其相互間。生主從之關係。其主者謂本店。從者謂支店也。支店以其爲從營業所。故不可不從本店之指揮命令。雖然支店亦以其爲營業所。不宜如工場倉庫等。不過爲事實上之行爲。又不宜如分店出張所。不過爲本店之一部。必不可不有少之獨立。若全然隸屬於本店。無本店之指揮命令。則不能行動者。不得謂之支店也。比例德氏示支店之標準。謂縱令本店之營業消滅。而其組織程度。仍得獨立而保續其營業者。故如鐵道停車場。以其不得謂爲獨立營業所。即不得謂

爲鐵道會社之支店。此則德國學說判例之所一致也。日本行政裁判所。雖屢認停車場爲營業場。而所謂營業場。宜解爲與商法上之營業所。異其觀念。若謂其營業場。與商法上之營業所。同其意義。則是等之決判。不可不謂其反乎通說也。

支店對於本店。以其亦爲營業所。不可不有多少之獨立。故其效果。法律特規定之。試列於在。

第一 在本店所在地。所登記事項。在支店所在地。亦須登記之。(商法一〇條)

第二 商人以其僅關於支店之業務。得置支配人。故支配人之選任。及其代理權之消滅。在所置之本店或支店之所在地。須登記之。(商法三一條)

第三 在支店所爲取引。其債務之履行。須在其支店爲之。(商法二七條三項)商法之明文。有『以其支店看做營業所』語。以其不穩當。雖於支店。如有非營業所之觀。而從第九條第十條等之規定觀之。不可不謂法律以支店亦爲營業所也。即從第九條之規定。雖支店所登記。亦有適用者。不得容疑也。

凡商人當其營商業時。欲通曉自己財產之狀態。及其營業之景況。非立一定之企畫。明確計算而行取引。則難見其成功。非具備多少之記錄。記載取引上之事項。則錯綜紛糾之商業取引。必不得暢行。故商業帳簿。與商業之發生而共發生。雖在希臘羅馬等之法制。亦關之有多少之規定。然至商業帳簿。稍具備一定之方式。則始於第十三世紀末之意大利。用亞刺比亞之數字及複式簿記之方法。爲一層之發達。而商業帳簿。在一方。雖如上述。爲商人自身之利益所必要。又在他之一方。使商人明確其計算保護債權者而延長取引。以圖會社公衆之利益。亦爲必要也。

關於商業帳簿之作成。爲商人之義務與否。各國立法例上。有二主義。

第一 放任主義。爲英美之所採。其法律上。無作成商業帳簿之義務。故法律中。不設關於商業帳簿之規定。

第二 干涉主義。爲歐洲大陸諸國之所採。其法律上。商人從一定之方式。有作成各種帳簿之義務。故商法中。關於商業帳簿。設詳密之規定。就中最嚴重者。爲法蘭西商法。西班牙舊商法。而比較的。一層寬大者。德意志新商法。及奧大利商法。

匈牙利商法也。

着商法編纂之先鞭。爲各國商法之模範者。法蘭西也。在千六百七十三年路易第十四世之勅令第十一章第十一條。凡商人違背所宜備帳簿時。處以詐欺破產之刑。（死刑）是爲立法上。關於商業帳簿。採干涉主義之始。雖然如此刑罰。以其過於慘酷。於實際上殆不能適用。且未幾亦歸於廢止。其後千八百七年。當編纂商法。於第一編第二章。關於商業帳簿。設詳細之規定。且違背之者。處以有罪破產之刑。此干涉主義之規定。其後爲各國多數立法例之模範。如日本新舊商法。亦係倣之於此者。在日本從來之法令中。對於商人。無命作成商業帳簿者。可謂與英、美、法同採放任主義。唯從明治二十六年七月一日起。僅於商事會社。施行舊商法第一編第四章之規定。至於對於商事會社。與歐洲大陸諸國同採干涉主義。然在新商法。使一般商人。作成商業帳簿。可謂全與歐洲大陸諸國同採干涉主義也。要之日本法制之沿革。從放任主義。進於干涉主義者。在過去及現在。英美雖固守放任主義。而其將來。果得貫徹之乎。將遂至不得已而移於干涉主義乎。此則牽聯於法制之沿革。所宜注目也。

抑英美所以採放任主義者以其國人民間獨立不羈之觀念盛行厭法律之干涉且富於進取的之氣象也縱令法律雖不命之而以帳簿之作成有明確計算之利益亦自進而作成之若萬一有不作成者時其不作成者忽失商業會社之信用比之僅處以禁錮罰金之刑尤感激烈苦痛也其結局有依輿論之制裁強制作成帳簿者是英美雖採放任主義而在實際可謂其商人絕無不作成帳簿者也

加之英國破產者於裁判所雖得請求免除命令然破產者不作成爲營其職業通常必要之帳簿而不明示受破產處分之前三年內所爲商行爲及會計之狀態時裁判所或拒絕發免除命令或於一定之期間內停止其實行或附條件而發之又不成爲營其職業通常必要帳簿之破產者爲有罪破產處以二年以上重錮禁或輕禁錮之刑是其結局仍間接的強制帳簿之作成也

至於日本雖在採放任主義之時代亦如英美之實際凡商人必作成商業帳簿然以法律無規定而各商人有作成之事實不足以決干涉主義與放任主義之利害得失也

抑干涉主義失於極端之弊。害其重要者厥有三點。第一、使商人負煩雜義務與重敏速輕便之商業實際相背馳。第二、使不精於法律簿記等之商人從一定之法令依一定之方式作成帳簿不免責之以其不能。第三、對於拋棄作成帳簿之利益而不作成者科以刑罰似爲苛酷反之放任主義失於極端之弊。害有使各商人曖昧其營業上之計算得容易詐害債權者而壟斷不正之利益且在破產之時而此弊害尤甚也。是故關於商業帳簿最爲適當主義者非放任主義非寬大主義在於干涉主義中比較的寬大之嚴重主義如日本舊商法斟酌其國素習全採放任主義一朝設嚴重規定時不僅於商業社會或生激變究竟非其所得堪所以採寬大主義新商法雖亦採同一之主義而有使商人負作成帳簿義務之趣旨在國家爲達監督商業而整理其秩序之趣旨不僅使商人負煩雜義務固無不可即附以刑罰之制裁而強制之亦至當也且在破產之時對於違反關於商業帳簿之義務者科以刑罰之制裁固爲正當即對於未至破產違反關於商業帳簿之義務者科以刑罰之制裁爲豫防有罪破產未發之必要且適切也。志田博士曰日本新商法關於商業帳簿之規定其不失於寬

大與否。雖不能無疑。但以此事。非徵於實施上之經驗。則不得下精確之斷定。宜俟他日而論究之。茲唯存疑焉可也。

第一節 總論

商業帳簿者。謂商人爲明其營業之景況及財產之狀態。負法律上義務而作成之也。商業帳簿。以其須爲商人之帳簿。故非商人者所作成帳簿。縱其實質上。雖類似商人之帳簿。不得謂爲商帳簿。尙關於商業帳簿之規定。以不適用於小商人。故小商人所作成之帳簿。亦非商業帳簿也。

商業帳簿。以商人須依法律之所令而作成之。故其以外之帳簿。縱令爲關於營業者。不得謂爲商業帳簿。然商業帳簿。必非限於以次所說明日記帳、財產目錄、貸借對照表之三種。如各種補助帳簿之內譯。亦得謂爲商業帳簿。但大審院所判決。謂『商業帳簿者。非僅謂商人從商法之規定。爲使明確其商業上之計算。所作成之帳簿。雖其任意作成者。苟關於其行爲。亦指稱之爲商業帳簿云云。』混同事實上之商業帳簿。與法律上之商業帳簿。則不得勿疑也。

商業帳簿。以其須爲明商人營業之景况及財產之狀態所必要者。故德國學者於仲立人之日記帳。以其記載關於他人間所締結商行爲事項。常謂其非商業帳簿。又株主名簿。以其與會社之營業財產均無關係。亦謂其非商業帳簿。而解釋日本之商法。則仲立人之日記帳。不可以爲非商業帳簿。至以株主名簿爲非商業帳簿之說。則可從也。

日本商法對於一般商人。所命設備之商業帳簿。有三種。日記帳、財產目錄、貸借對照表。即是也。各國法典之多數。於三種帳簿外。另備信書控帳。於發送信書中。關於營業者。命謄寫之於信書控帳。然舊商法草案之起草者。以日本從來無謄寫信書之器械。命信書控帳之設備爲時尙早。故不倣之。因之亦不強制信書之保存。新商法雖強制信書之保存。至不認信書控帳之制度。則與舊商法同一也。

日本商法於商業帳簿之作成及記載。不認何等之方式。僅日記帳之記載。命其宜整然且明瞭耳。在各國法則概皆關之。爲多少之規定。舉例言之。如法商法之規定。(一)凡商事裁判官。或地方行政官。必以無手數料。於每葉附以頁數。而附記其氏之頭字。

且署名於帳簿。(二)凡帳簿所記載。宜從日附之順序爲之。(三)禁存空白爲記載。或爲欄外之記入。又如德商法之規定。(一)記載宜以通用國語及文字。(二)帳簿宜爲製本。(三)每葉宜附以頁數。(四)各行記載。不宜空白。(五)如因塗抹其他之方法。使至於不得讀。或至後日。不明其所爲與否。均不可加變更。是也。日本商法之所謂。整然且明瞭者。果係如何程度。雖屬於事實問題。如記載宜以通用國語及文字。又如塗抹其他之方法。使至於不得讀。或至後日。不明其所爲與否。均不可加變更。則無論如何情形。其解釋上。必當然。生此制限也。又日本商法。於日記帳之記載。雖命其宜整然且明瞭爲之。而他之帳簿。以其無如斯規定。有疑其記載。無整然且明瞭之必要者。其不然。則事理之當然也。

日本商法第二十八條之規定。使商人負保存其商業帳簿。及關於其營業書信之義務。其書信中。包含電信無疑也。意比西葡等之諸國法。則明示之於法文中。又依多數之學說。則以單純所受取書信。不得謂爲關於營業書信也。

保存之期間。日本商法。定爲十年。其期間。在商業帳簿。則從其帳簿閉鎖時起算之。而

其閉鎖之期間。則與德商法同。可解爲最後之記載時也。在信書以其未定起算點。可解爲受取信書時也。此商業帳簿保存之義務。干涉主義之各國法。雖皆認之。而其期間。則有種種之立法例。或以營業繼續爲期間。或以營業廢止清算後五年爲期間。或因關係債權之時效消滅定期間。或以三十年間保存定期間。日本商法則法德意比等多數之立法例。定保存之期間爲十年。

保存之義務者。商人及其相續人也。而在會社解散之時。則商法第一百一條第二百三十三條。別設有規定。或以是等之規定。對於第二十八條爲例外規定。然則在此情形。所宜保存書類。將限於解散當時有保存之義務乎。抑指在當時所現存之全體乎。不能無疑。而依松本丞治氏之所解。則以是等規定。與第二十八條無何等之關係。而爲獨立之規定。特以其定消滅會社書類保存之義務。宜如後說所解。則別無疑也。

凡商業帳簿。反法律所命之規定。怠其設備。記載及保存義務時。亦有制裁否乎。關於自然人的商人。以未設直接之制裁。故是等規定。所謂不完全規定也。唯在破產之時。破產法有特別之規定。間接以制裁之耳。其規定如左。

(一) 受破產宣告之債務者。有藏匿商業帳簿。毀滅商業帳簿。及記載無秩序。與夫全不記載時。處以過怠破產之刑。

(二) 受破產宣告之債務者。以使債權者被損害意思。而於貸方財產之全部若一分。或藏匿。或轉匿。或脫漏。又揭過度於借方現額。又於商業帳簿。或毀滅。或藏匿。或偽造。或變造時。處以詐欺破產之刑。

至於會社。則有特別規定。凡執行會社業務之社員。取締役等。不備置財產目錄。及貸借對照表於本店。若支店。又雖備置。而不記載。宜記載事項。或爲不正記載時。處以五圓以下。五百圓以上之過料。而茲所謂不正記載者。則依大審院判決例。謂不正之記載。勿論出於詐欺。或出於故意。即基於過失時。亦包含之也。

商業帳簿之證據力。在舊商法起草當時。做法德商法等。定宜爲十分證據之情形。是即從形式探證主義者。而以其牴觸民事訴訟法第二百十七條所定自由探證主義之原則。故新商法。則除是等之規定。凡證據力。悉任裁判所之認定。在德意志。雖其舊商法第三十四條。乃至三十六條。規定形式探證主義。而在新商法施行以前。既以民

事訴訟法施行法削除之。故裁判所於商業帳簿之正否得以自由心證而判斷之也。尚舊商法關於商業帳簿之差出及開示雖爲數條之規定。新商法關於是等之手續規定以宜讓於手續法而削除之。

第二節 日記帳

日記帳者謂記載日日之取引及其他一切與商人財產有影響事項之帳簿也。在日
本商法以僅規定『備帳簿云云』與德商法同。法律上不存日記帳名稱。故商人不妨附之以如何名稱。反之如法商法意商法則法律上存日記帳名稱。

日記帳所宜記載事項不僅商取引凡有影響於商人財產之事項悉宜記載之也。即勿論商取引以外通常之法律行爲。不法行爲及其他之事實。苟影響及於財產時須悉記載之。例如盜難火災亦須記載之也。唯家事費用可以於每個月記載其總額耳。(商法二五條一項)又小賣之取引分現金賣與掛賣得僅記載日日之賣上總額。(商法二五條二項)茲所謂小賣之取引者謂對於卸賣之取引而直接賣渡於需要者之小額取引也。至現金賣與掛金之區別因代金之支拂定有期限與否乎其詳細則俟第四編說明之。

尙特種之商人。法律別定宜記載事項於日記帳。如對於仲立人。設第三百九條第一項之規定。對於倉庫營業者。設第三百六十條之規定。即是也。

第三節 財產目錄

財產目錄者。謂商人財產之總目錄。而以明示其財產之狀況爲目的也。且在會社之財產目錄。常爲利益配當計算之基礎。例如在合名會社。從會社之純財產額。扣除社員之出資金額。所餘之殘額。在株式會社。從會社之純財產額。扣除資本及準借金之額。所餘之殘額。爲配當利益之金額。是也。而對於財產目錄所宜說明者。以記載如何財產之問題。與其所記載財產。宜附如何價格之問題。爲其重要。至於財產目錄調製之方式。并時期。以其與財產目錄亦爲重大關係。不能不述。故以下分三款論之。

第一款 宜記載於財產目錄之財產

財產目錄。所宜記載者。果爲何種財產乎。以法律於例示的所揭動產不動產債權債務之外。不爲規定。則其所謂財產者。可解爲非法律的意義之財產。而經濟的意義之財產。因例示之財產中。舉債務而知之也。故財產中。於財產權及債務外。苟爲經濟的

貨物。如得意先、營業上之祕訣、其他事實上之關係、尙包含之也。不然者、縱令爲財產權及債務、而無金錢上之價格、則不宜記載於財產目錄也。

財產目錄。所宜記載財產。須爲商人之總財產。故不限於營業上之財產。雖其私用財產。亦須記載之。縱令營業財產與私用財產。劃然區別時。亦然。此解釋德法商法之所無爭也。唯於私用財產。有言其但以總額無誤爲限。其他又省略記載者。尙商人在兼營、小商人的營業、或非商業的營業時。所供用之財產。亦須記載於財產目錄也。

財產目錄。所宜記載財產。如上所述。以其爲商人之全財產。可分爲積極財產消極財產之二種。其積極財產中。有關於動產、不動產、物權、債權、無形財產權、及得意先、與其他事實上之關係。其消極財產。即債務也。是等各種財產中。有最必須說明者。即特許及其他之無形財產權、得意先、及其他事實上之關係、與債務也。

有以動產、不動產、債權。雖常記載於財產目錄。而特許、及其他之無形財產權。則必限於爲取得其權利。所支出費用。得意先、及其他事實上之關係。則必限於從他人以有償取得者。基猛之論也。斯達布從之。又有分財產爲實質的財產、思想的財產、之兩種。

而以動產、不動產、及債權爲實質的財產。雖宜常記載之。至其他之積極的財產。如爲思想上之財產。則必限於須爲其取得費用者。此列莫之論也。此二說。至其結論。雖略歸於一致。而其議論。從法律上正確論理觀之。則難謂其一貫也。基猛之論據。依複式簿記法。如謂凡一項目。必須有其反對項目。則貫徹此論據時。如無償取得之動產。不動產及債權。亦不宜記載之。斯亦基猛自身之所不認也。又列莫之論據。如特許、意匠專用權。如財產權或得意先。其事實上關係不外爲增營業上之收入。減營業上之支出之手段。然因此手段所生財產之增加。既記載於財產目錄中。於其以外。又記載是等手段。自體之價格。則其財產之評價。必陷於重複之弊。貫徹此論據時。是舉凡營業所供用財產。悉皆記載之也。此理由。殆不值一噓也。故如特許、意匠專用權、著作權。苟明確。其有客觀的價格時。則不區別爲其所取得者之要費用與否。而悉記載之也。如商標專用權。商號專用權。法律上或事實上。不可與營業分離而讓渡之無形財產權。及得意先。與其他事實之關係。其經濟的之價格。以限於爲其取得所支出特別之費用時。宜能表現者。則除從他人有償取得之外。似不宜記載之也。尙從實際上便宜

觀察之。是等之財產權。及事實上之關係。假令絕對的許記載之。則其所記載價格。必過大於見積價格。有傷於貸借對照表真正原則之虞。此財產目錄之所記載。有感於制限之必要也。

債務宜記載於財產目錄中。法律明文之所認也。故不問其爲金錢債務。與非金錢債務。爲通常債務。與連帶若保證債務。爲手形上債務。與非手形上債務。爲單純債務。與期限若條件附債務。苟有財產上之價格時。必不可不記載之。蓋以從來財產目錄。與貸借對照表之貸方一部。陷於同一之誤謬。其於債務。或有常記載。或有常不記載者。而如保證債務條件附債務。雖在有財產上價格時。仍常不記載之。不可不謂其反法律之明文。而爲違法之所爲也。唯株金拂込之義務。以因通常拂込。有宜增加其株式之價格者。可不記載之耳。

第二款 財產所宜附之價格

關於附於財產之價格。日本商法第二十六條第二項規定曰。『財產目錄於動產。不動產。債權及其他財產。須附其目錄調製時之價格。』此規定以財產目錄之目的在

表示特定時期其財產之現在額也。故如株式會社調製財產目錄及貸借對照表後。宜在爲株主總會承認者其調製後承認前財產價格雖生異動時不得改之。縱令在是等帳簿之調製後生有損失仍得從其帳簿之所示爲利益之配當也。但其財產價格下落之原因明其在調製前發生時須基於調製後之現價格而改其計算此則學者之所說明略爲一致。彼以帳簿調製後所生損失常須改其計算爲論者非通說也。茲所謂價格者謂客觀的價格即交換價格也。故與商人自己財產上所有主觀的價格不可相區別。在德商法於株式會社及株式合資會社之貸借對照表爲特別規定於供用營業之固有財產定有相當之減價基金時得不依時價而基於其買入價格評價之。學者或有言所供用於營業之固有財產宜附使用價格者而解。日本商法則不得採此說。以日本大審院之判決。明言第二十六條第二項之價格指客觀之價格。即目錄調製時之交換價格也。

雖然客觀的價格必非指分離各個之財產其賣却所得之價格。但以存續營業之條件而其財產隨營業之存續所附有價格可也。如斯價格與各個財產所個別之交換

價格異也。又以其與營業全體其換價所得價格亦異。故斯達布列莫等稱之爲營業價格。即德意志帝國裁判所及帝國高等商事裁判所略有表明上述趣旨者。以營業價格不可與主觀的價格混同也。蓋營業價格非謂商人自己之財產所有價格。不過謂組成營業之各個財產。而以其營業存續爲條件。所有客觀的之價格也。例如有製造業者。其工場之敷地、建物、器械類。分離之而爲別個財產之評價。與組成一個製造業之財產之評價。宜不異其客觀的價格。則所謂營業價格者。不外以其營業之存續爲條件所有之價格也。雖列莫基猛等排斥營業價格語。而基猛且極力主唱個人的價格說。究其所爭。乃言辭之議論。其主義非有所異也。

在目錄調製時所附價格之規定。宜適用於總財產。則雖爲債權在其當時亦須附價格也。故如辨濟期未到之債權。或債務者履行不確實之債權。須從其債權額。附以相當價格。又如全無望得辨濟之債權。則須除去之。德商法第四十條第三項。則特以明文規定此趣旨。又時效完成之債權。雖常有論其宜除去者。不僅債務者所援用時效與否不明。而因時效消滅債權。亦以其有得爲相殺時。必不得謂其宜常除去也。尙從

債權額。宜附相當價格時。其貸借對照表。所揭於貸方之債權額。與時價之差額。常揭之於借方。則實際上。屢有所見。雖在德國學說。亦認之也。

商標專用權。商號專用權。及得意先。其他事實上之關係。僅在爲其所取得。支出特別費用時。得記載之。此前款之所述也。故是等之財產。以支出金額爲限度。得附在其以上之價格。

至於債務宜附如何價格乎。以第二十六條第二項所規定有『動產、不動產、債權、其他之財產云云』之故。如除債務於外者。不得不多之疑也。或有言債務必宜簡單附全額者。然在通常之金錢債務。雖可以此說明。而如條件附債務。連帶債務。保證債務。或手形上之償還義務。必附以全額之價格。則過於酷。又在金錢以外之債務。有宜附價格之必要。由此解之。雖債務亦宜常附時價也。即因更改而使他人引受其債務時。不妨參酌宜與以幾何之對償。而附以相當之價格。其他在物品給付之債務。不妨考量其物品之價格。而附以相當之價格。在條件附債務。不妨於其條件成就所希望之多少。而附以相當之價格。在連帶債務。保證債務。或手形上之義務。不妨考量他

之債務者之所希望如何。主債務者所希望如何。或前者之資力並自己之求償權實行之所希望如何。而附以相當之價格也。日本商法第二十六條第二項所以不言債務者不過避謂債務價格之奇異文言而所謂『其他之財產』中可解爲包含債務也。德舊商法之注文雖與日本第二十六條之規定相同。而其帝國高等商事裁判所則有認債務宜附時價之判決。其新商法則於債務明定有宜附時價之規定也。至於通常之期限附無利息金錢債務宜附割引價格乎。或宜附全額乎。在德國學者之所爭如列莫等雖以爲宜附全額而多數說則以附割引價格即可也。

次所生問題即第二十六條第二項之規定絕對的無公益規定與否也。蓋商人之財產比其目錄調製時之價格多附價格時不僅商人之債權者因之被誤且在會社無利益有利益以其在法律上至配當不得配當金額有害於債權者之虞則不得爲如斯事不俟言也。至比時價低附價格則毫無害於債權者之虞不可不謂無何等之支障也。假令財產必宜附時價絕對的不許違反之時不特在有巨萬財產之商人於每年或每配當期付其繁多之財產生不可不一改其評價之煩累且如株式會社因

財產價格之昂低而生利益或損失其基礎常動搖使株主至抱不安之念故第二十六條第二項僅其半面爲公益規定雖禁時價以下之評價而時價以上之評價則可解爲不妨爲之者也

如上所述時價以上之評價雖非法律之所禁如在會社解散時爲清算所調製財產目錄或會社爲合併之決議時所調製財產目錄非全從時價爲評價則不可適合其目的以是等時之財產目錄或貸借對照表學者稱之爲清算財產目錄或清算貸借對照表而其評價方法與通常之時不得同一也又如會社爲退社員計算宜拂扞持分調製財產目錄時或匿名組合之營業者爲匿名組合員計算分配利益若返還出資調製財產目錄時不得爲時價以上之評價害退社員或匿名組合員之利益則是等之時對於上述原則不可不認爲當然之例外也

依財產目錄調製時之價格爲財產之評價雖在株式會社非有特別規定有當然適用者然如前述財產比於時價附低價格勿論雖非不當而以從時價而記載爲正當即株式會社乘財產價格之騰貴算入其騰貴額中而配當之亦所適法也雖然以其

如斯則危會社之基礎而物價之一昂一低影響及於會社之利益使株主立於不安之地位故近時株式會社之財產目錄悉不從時價而爲評價設例外之規定有於評價之最高額爲宜加制限之說者如德商法亦於第二百六十一條對於株式會社定評價之最高限度不得超其買入價格爲其第四十條規定之例外也又日本國法基於私設鐵道法第二十條所發私設鐵道株式會社會計準則第九條之規定凡私設鐵道株式會社記入於財產目錄之價格宜據左列之標準。

(一) 在有價證券其目錄調製之現時價格超過其買入代價或拂込金額時則以其買入代價或込拂金額爲標準。

(二) 在其他之財產則以其實費決算額爲標準。

故爲立法論宜主張如德商法凡株式會社之財產目錄於商法中設例外之規定分供用於營業之固定財產與其他財產而各爲規定在固定財產於時價無關係則宜附其原有之價格在其他財產於時價之外尙以買入價格爲最高限度則宜附其買入之價格也。至純然僅以交換價格爲基礎而爲財產之評價則在英法之實際亦所

不認也。

第三款 財產目錄調製之形式

財產目錄。在自然人的商人。則商法第二十六條第一項有規定。『須於開業之時。及每年一回一定之時期。調製之。』在會社。則商法第二十七條有規定。『須於設定登記之時。及每年一回一定之時期。或年二回以下。爲利益配當時。其每配當期。調製之。茲所謂設立登記之時。可解爲在本店登記時也。而開業時或設立登記時。所調製之財產目錄。或貸借對照表。學者稱之爲開業財產目錄。或開業貸借對照表。在德意志帝國裁判所。雖商人未有財產而開業時。有判決其仍宜作成者。而在日本商法。則以如斯商人爲小商人。無作成財產目錄。及貸借對照表之義務也。

凡調製財產目錄。『須特設帳簿記載之。』此商法第二十六條第一項所有之規定也。在舊商法。德法等之商法。凡財產目錄。及貸借對照表。商人須署名於其上。雖出於使商人以之而明其責任之趣旨。在新商法。則付於自己調製。或使人調製者。不論署名之有無。其宜負責任。則自然無疑。故削除此規定也。

至於財產目錄之調製。及記載之方式。雖無特別規定。而與日記帳同。須整然且明瞭。而記載之。則如前所述也。

第四節 貸借對照表

貸借對照表者。謂分貸方借方之二欄對照商人^之現有財產與其不可不有財產而使一目瞭然其財產之狀況以爲目的也。雖然謂貸借對照表。常不外表示財產目錄計算上之要領者。非也。蓋在自然人的商人之貸借對照表。其表中之項目。比於財產目錄。雖別無新增。而如會社之貸借對照表。其借方欄中。在合名會社。或合資會社。則須記載社員之出資總額。在株式會社。則須記載資本及準備金。在株式合資會社。則須記載無限責任社員之出資總額。資本及準備金。而是等之項目。以其非法律上意義之債務。故於財產目錄無記載之必要也。列莫稱是等項目。謂之爲控除項目。貸借對照表。所宜記載事項。不可不分自然人的商人與會社而論之。在自然人的商人之貸借對照表。則揭積極財產於貸方。揭債務於借方。其積極財產總額與債務額之差額的純財產額。亦揭之借方。而使貸方借方二欄之總計額。常同一也。在會社之

貸借對照表。則揭、積、極、財、產、於、貸、方。揭、債、務、及、控、除、項、目、於、借、方。若、貸、方、之、總、計、額、超、於、借、方、之、總、計、額、時。則、以、其、差、額、爲、利、益。而、揭、之、於、借、方。若、借、方、之、總、計、額、超、於、貸、方、之、總、計、額、時。則、以、其、差、額、爲、損、失。而、揭、於、之、貸、方。以、使、二、欄、之、總、計、額、同、一、也。尙、會、社、之、貸、借、對、照、表。當、俟、說、明、合、名、會、社、合、資、會、社、之、損、益、分、配。株、式、會、社、株、式、合、資、會、社、之、計、算、時。揭、樣、式、而、詳、述、之。茲、姑、從、略。

依上所述。則貸借對照表之貸方欄及借方欄。非指在法律上意義之貸借。可知其所謂貸方借方者。不外爲簿記學上之用語也。或有謂貸方欄爲資產之部。謂借方欄爲負債之部者。其意義則同一也。而在簿記學上。與以上所述。有依反對之方法。揭積極財產於借方。揭資本及其他控除項目。與債務於貸方者。此方法。在簿記學上。雖爲正當。而不得不謂反於普通之觀察也。

貸借對照表。以其與財產目錄。同時調製者。則附於其各項目之價格。不可不與財產目錄相符合也。唯財產目錄。以其爲個個財產之總目錄。雖宜記載各個之財產。在貸借對照表。則從種類而總括數箇之財產爲一項目。而記載之也。世人或不知此區別。

差引純財產

四八四四四、三五

某年某月某日貸借對照表

資產		負債	
一、店舖	二二五〇〇〇	一、支拂手形	五〇〇〇〇〇
二、商品	三五四五〇〇	二、未拂代金	一七四〇〇〇
三、什器	一五〇〇〇〇	三、純財產	四八四四四三五
四、現金	五〇〇〇〇		
五、銀行預金	二二三三四五六		
六、公債、株式	一二五〇〇〇		
七、受取手形	二四〇〇〇〇		
八、賣掛金	四九五八〇〇		
合計	七〇八四九八五	合計	七〇八四九八五

按松本丞治氏評我商律曰。商人通例。所命作成帳簿。爲流水帳簿與財產目錄。日本商法所認之貸借對照表。大清商律之所未認也。法商法於財產目錄以外。雖不

認獨立之貸借對照表帳簿。而認日本商法所不知之信書控帳。德商法則於日本商法所認三種帳簿之外認信書控帳。其他之各國法則概認信書控帳也。魯耶斯列爾氏於日本舊商法起草時。雖亦感信書接帳之必要。而以日本從來無使用賡寫器械之慣習。不命設備也。大清商律不認貸借對照表及信書控帳。可謂適於事宜者。蓋以自然人的商人於財產目錄外作成貸借對照表。殆屬於無用之事也。

又曰、大清商律與日本商法同。關於商業帳簿之作成。分其記載之方法。不爲規定。日本商法缺此規定。余之所不慊。大清商律不規定之。寧謂得其所者也。

又曰、關於日記帳及財產目錄。商人通例第六條第七條之規定。略與日本商法之規定同。唯在第七條。有二三非難之點。第七條。雖命商人宜每年作成財產目錄。未定宜在一定之時期。抑財產目錄之目的在明目。錄調製時之財產景況及同時。而以本年之目錄比較前年之目錄。而示其財產之增減也。不於一定時期作成。之則不可得達。此第二之目的。又第七條。宜作成本年從貨物產業器具。至於人欠。欠人之目錄。依其字句。有惹不包。含私用財產之疑。財產目錄中宜揭載商人之私用財

產以其爲德法商法學者所一致主張則法文上可明示爲商人一切財產之目錄也。又第七條於財產目錄所記入財產不定所宜附價格可與日本或法或德商法等同。定宜附目錄調製時價格之旨也。

又曰商人通例第八條與日本商法第二十八條同。凡商業帳簿及關於貿易來往之書類命其十年間保存。然關於其期間之起算點以其缺該當日本商法第二十八條第二項之規定付於商業帳簿從何時起算之聊有不明之感。又商人通例第八條於十年內有意外燬失之事故時宜呈報於商部。此制度雖有防止帳簿之虛僞藏匿或惡意燬滅之效力而以全國幾千萬之商人命其如此呈報無不耐其繁之虞乎則須一考也。

又曰商人通例第十條不論何項之商人何項之公司何項之舖店命遵守關於商業帳簿之規定。其所謂舖店者指示如何者乎抑在自然人的商人或會社以外另有舖店乎余不得了解之也。

第八章 商業登記

信用者商業之生命也。無信用則商業之發達不可得望而信用則因明知事實之真相而生也。然商人當爲其營業非爲個個之相手方爲個個之商行爲乃廣對於公衆而以繼續取引爲目的也。故關於商人之法律關係非以其或程度使對於一般世人而公示之則難博信用。又在他方使公示關於商人之法律關係保護與之爲取引之公衆令不至被不測之損害亦必要也。若不設世人容易得知之方法假令所爲事項或對於第三者所生效力至使第三者受意外之損害又或對於第三者全無效力至商人受甚不利益則於商業界上勢必爭端紛起此進步的商法所以認商業登記之制度也。

在羅馬法命揭一定之看板於商店於當時之法文有可徵之者其他依貼札引札看板等使商人公示自己營業之狀態則古來各國慣習之所一致也。然至中古時代商人之團體起發生組合名簿之制此制度後爲一般國法之所認遂進化爲今日商業登記制度於現在商法中舉其關於商業登記爲一般之規定者爲德舊商法匈商法西商法葡商法瑞西債務法德新商法等而法蘭西比利時荷蘭意大利等之諸國法

則關於各個之事項。雖爲規定。而未設一般之規定也。日本舊商法第十八條乃至第二十二條。關於商業登記。雖爲一般規定。多關於手續之條項。新商法。讓則關於手續規定。於非訟事件手續法。其商法中。惟以實質上。規定爲主也。以下試說明商法中爲主之規定。

第一節 總論

商業登記者。謂從法定之手續。依商法之規定。登記其宜登記事項也。以其須登記於裁判所故。在行政官廳者。雖有類似之登記。非商業登記。例如商標之登錄。意匠之登錄。在於特許局者。則不得謂爲商業登記也。

商業登記。以其須依商法之規定。而爲宜登記事項之登記故。依民法其他特別法之登記。縱令在裁判所者。非商業登記。例如不動產登記。永代借地登記。夫婦財產契約登記。身分登記。戶籍登記。產業組合登記。相互保險會社登記。外國相互會社登記。法人登記。外國法人登記。雖或有類似於商業登記者。非商業登記。至於是等登記。與商業登記之實質上差異。以其事亘於他歧。不另爲說明。唯茲有宜一言者。商法施行法。

及非訟事件手續法第三編第三章。關於宜登記事項。以其存有補充商法規定之規定。依是等之規定。而爲宜登記事項之登記。亦可稱爲商業登記也。

商業登記。以其須依定於非訟事件手續法手續。而爲登記。如船舶之登記。雖依商法之規定。而以其手續。定有特別法。非商業登記。又如西商法、葡商法。雖以船舶登記爲商業登記之一部。寧以其類於不動產登記。讓之於特別法。之爲妥當也。故在德意志。於船舶登記。亦以千八百九十九年六月二十二日之特別法規定之。

依商法之規定。所宜登記事項。有必須登記事項。即絕對的登記事項。又有不過僅得登記事項。即相對的登記事項。雖所宜登記事項。概屬於前者。如商號之登記。以其不過得爲之登記。則爲相對的登記事項也。而是等之登記事項。以其爲法律明文所定。故第九條規定。有「依本法之規定。所宜登記事項云云」。此規定。不僅於法定事項以外之事項。不得登記之。即登記之時。亦不生何等之效力也。如德舊商法之規定。有「依本法之規定。所宜登記事項云云」。雖與日本規定同。其新商法。則刪除之。以其爲當然事理之故。決非採反對之主義也。

依商法之規定。所宜登記事項。得區別爲關於一般商人事項。關於自然人的商人事項。關於會社事項之三種。如前所述。依於登記。使公示關於商人事項。在令商人得其信用。與保護。第三者之利益。而從保護其第三者之目的觀察時。雖如使商人公示其總關係如斯。不可不謂裸出商人資產之真相。而有毀其信用之虞。或暴露商人營業上秘密。而有傷害其利益之虞也。故法律計事之緩急。於無涉於商人營業上之秘密。又無毀損其信用之虞。事項而對於一般公眾有害關係者。使登記之。且關於其營業內部狀態之事項。對於一般公眾之利害有重大關係者。始使之登記也。關於自然人的商人事項。登記少。關於會社事項。登記多。蓋基於此理由者也。今舉關於宜登記事項之條文。則有關於一般商人之商號。及關於支配人之登記。有關於自然人的商人。若未成年者。妻及後見人之登記。有關於會社。若設立、解散、清算之登記。若資本增加、社債募集、與本店或支店移轉之登記。及關於外國會社之登記。至是等登記事項之說明。則悉讓之於各本條。而茲惟說明共通二個大原則於左。

(一) 於本店所在地宜登記事項於支店所在地亦須登記此商法第十條之規定

也。其理由以支店與本店有密切之關係。本店既已公示支店亦宜示公也。但對此規定有一例外。即關於支配人之選任及其代理權之消滅。則僅在所置之本店或支店之所在地登記之可也。(商法三一條)

(二) 凡登記事項或有變更。或至消滅時。當事者於其曾登記之地。宜速爲變更。或消滅之登記。此商法第十五條之規定也。其理由以登記原以示大公。若有變更。或消滅而不爲登記。不特登記者不見信於人。即登記所亦不見信於人。是名不符實也。尙關於商號及會社設立之登記。付於此點。有特別之規定也。

以上所述登記事項規定中。關於一般商人及自然人的商人。所宜登記時期。雖常不爲何等之規定。而關於會社。則從其登記事實發生時。或其通知到達時。二週間內。規定其速爲登記也。又對於會社。不登記宜登記事項時。雖有制裁。凡發起人。業務執行社員。取締役。外國會社之代表者。監查役。清算人。怠於登記時。處以五圓以下五百圓以上之過料。而在自然人的商人。怠於登記時。則無如斯制裁。雖列斯列爾氏草案第二十三條。對於從裁判所。受一回之督促。仍怠於登記者。定罰金之制裁。舊商法則不

採用此規定。新商法亦關於此點。從舊商法之主義。蓋以日本從來無登記之制度。對於自然人的商人。俄強制之。則過於酷。宜不設此制度。故與西商法或葡商法所規定。對於自然人的商人。登記於商業登記簿。與否聽當事者之任意。唯不登記商人不能享有從登記所生法律上之利益者。異其趣旨也。至商號登記以外之登記。對於自然人的商人亦同。雖爲絕對的登記事項。而在意於登記時。不過不科制裁。如德商法第十四條。則反之。於一般意於登記者。悉定制裁。處以三百馬克以上之過料也。然爲立法論。則以德商法之主義爲可也。

然在本節。尙有一言。即凡爲登記者。須納登記稅。是也。欲知其詳細。宜參照登錄稅法第六條。茲不說明。

第二節 登記之手續

登記之本則。因當事者之請求而爲之。(商法九條一五條 非訟法一四七條)唯爲登記者。在受破產宣告時。裁判所。得以其職權爲破產之登記耳。至於登記之事務。須登記之申請者。在其營業所所在地之區裁判所。或其出張所爲之。則謂之登記所。其取扱登記事務者。爲區

裁判所判事。則謂之登記官吏。其登記之申請。所宜具備法定形式之書面。則謂之登記之申請書。登記所遇有登記之申請。適法時則爲之登記。不適法時則以決定理由。却下之。而當事者於此亦得即時爲抗告。若夫登記之申請。及其他手續之詳細。茲悉省略之。欲知之者可參照非訟事件手續法第三百十九條以下。及商業登記取扱手續。

在管轄裁判所爲商業登記。所特備置帳簿。則謂之商業登記簿。此商業登記簿。有十種。即一、商號登記簿。二、未成年者登記簿。三、妻登記簿。四、後見人登記簿。五、支配人登記簿。六、合名會社登記簿。七、合資會社登記簿。八、株式會社登記簿。九、株式合資會社登記簿。十、外國會社登記簿。是也。所以如此區別者。以見其登記簿名稱時。即得推知其所登記事項也。

然有一問題。最宜注意者。即登記官吏。在受申請書時。宜審查其如何程度。而登記之。是也。詳言之。即登記官吏。其對於申請書。僅審查其適法與否。從所謂形式的審查。主義乎。抑須審查其內容事實之眞僞。從所謂實質的審查。主義乎。元來登記之制度。以

公。示。當。事。者。之。申。請。事。項。爲。目。的。非。表。示。其。法。律。關。係。之。自。體。故。登。記。僅。能。證。明。當。事。者。所。申。請。之。事。項。而。非。證。明。其。事。項。自。體。之。眞。正。當。爲。德。意。志。帝。國。裁。判。所。之。所。裁。判。又。況。在。實。際。如。於。無。數。之。申。請。一。一。探。究。事。實。之。眞。僞。殆。屬。不。能。之。事。乎。故。學。者。多。排。斥。實。質。的。審。查。主。義。而。採。形。式。的。審。查。主。義。雖。然。假。令。申。請。之。形。式。上。無。不。備。時。而。登。記。官。吏。知。其。內。容。事。實。之。虛。僞。仍。登。記。之。與。以。法。律。上。之。效。果。此。則。以。其。反。一。般。之。條。理。雖。主。唱。形。式。的。審。查。主。義。之。學。者。在。如。斯。情。形。亦。謂。得。却。下。其。申。請。也。是。以。解。釋。日。本。之。法。律。雖。不。認。登。記。官。吏。有。實。質。的。審。查。之。義。務。而。認。其。有。實。質。的。審。查。之。職。權。也。斷。不。可。以。無。實。質。的。之。審。查。義。務。者。遂。解。其。無。實。質。的。之。審。查。權。亦。不。可。以。其。有。實。質。的。之。審。查。權。故。遂。認。其。有。實。質。的。之。審。查。義。務。也。雖。然。登。記。官。吏。以。其。有。實。質。的。之。審。查。權。故。其。結。果。在。特。定。時。宜。負。行。使。其。審。查。權。之。義。務。以。日。本。非。訴。訟。事。件。手。續。法。第。百。五。十。一。條。有『登。記。之。申。請。不。適。於。商。法。或。本。章。規。定。時。悉。却。下』之。規。定。也。然。又。不。可。不。謂。虛。僞。事。實。之。登。記。申。請。常。不。適。於。商。法。或。本。章。規。定。者。今。試。以。此。規。定。對。照。不。動。產。登。記。法。所。列。舉。却。下。登。記。申。請。等。情。形。又。以。非。訟。事。件。手。續。法。第。十。一。條。規。定。

『裁判所以其職權探知其事實及認爲必要者作證據調』云云觀之是此規定於登記所亦有適用者則解釋日本法律其於登記官吏雖得認其有實質的之審查權不得解其當受理無數申請時命其宜悉爲實質的之審查也故登記官吏必非負宜爲實質的之審查義務者僅在認爲必要時須行使其審查權此則從一般官吏之忠實義務所生之結果也要之登記官吏以其雖無實質的之審查義務而有實質的之審查權在認爲必要時爲行使其權限而負實質的審查之義務者也具體的說明之登記官吏在通常時依當事者之申請而登記之可也在認必要時則須進而審查事實之眞僞也

第三節 登記之公示

商業登記之目的如前所述以其在公示事實而昭信用故登記官吏於當事者申請後必速爲公示在德商法則規定一切公示方法於商法中日本則讓之於非訟事件手續法茲述公示方法之大略於左其詳細之點姑從省略

第一 積極的公示方法 謂揭載登記事項於官報及新聞紙也此揭載雖少亦

須一次爲之。其所掲載最終之官報及新聞紙之日。作爲翌日爲之者。(非訟法一四四條)

區裁判所。每年十二月定使掲載翌年公告之新聞紙。而以其官報及新聞紙公

告之。其新聞紙有休刊或廢刊時。依同一之方法。選定他之新聞紙公告之。(非訟

法一四五條) 又區裁判所於其管轄區內。認爲無適當新聞紙時。得公告於登記所及

其管轄內市町村役場之揭示場。代新聞紙上之公告。(非訟法一四六條)

第二 消極的公示方法。此方法可分爲四種言之。第一、無論何人許其閱覽登

記簿。或納付手數料時。得交付其謄本若抄本。(非訟法一四二條一項) 第二、疏明登記上

有利害關係而爲申請者。限於其關係部分許閱覽登記簿之附屬書類。(非訟

法一四二條二項) 第三、有納付郵送料而請登記簿之謄本或抄本時。登記所可交付之。

(非訟法一四二條三項) 第四、因登記人之申請。宜爲證明其登記事項之無變更。或此外無

別項之登記。(非訟法一四三條)

至登記與公告之抵觸。非不可得豫想之事實。或因登記官吏之過失。或因官報若新聞紙之誤刊。屢有生公告之誤謬者。日本商法第十四條。則於如斯情形。仍爲「以其

登記得對抗第三者』之規定也。蓋公告爲使第三者得容易知其登記事項而設者。從保護第三者上觀時。似依公告爲可。現蘭商法雖依此規定。立法論者亦贊成此主義。而日本立法者則鑑於誤刊之頻繁與其爲第三者寧圖當事者之利益而以登記爲重也。德商法以其關於此點不爲規定。其解釋說或有以登記爲本。公告爲末。而謂宜重登記者。多數學者則以登記與公告抵觸時。宜作爲不適法之公告也。

第四節 登記之效力

登記效力之原則。商法第十二條定之。即「規定登記事項。非登記及公告後。則不得以之對抗善意第三者。雖登記及公告之後。第三者因正當之理由。不知之時。亦同云。」是也。而關於如斯效力。有一般規定者。日本商法之外。爲德新商法及匈商法。匈商法第九條。則規定登記及公告之後。絕對的得對抗第三者。德商法第十五條之規定。則略與日本第十二條相同。茲分第十二條之規定。爲兩項說明之。

(一) 登記事項。以其非登記及公告後。則不得以其事項得對抗善意第三者。故不以僅爲登記爲可。仍必須爲之公告也。此則與舊商法之規定相異也。又以其非登記

及公告後。僅不得對抗善意第三者。故雖在登記前或登記後。公告前證明第三者有惡意時。得_○以_○之_○對_○抗_○其_○第_○三_○者_○而_○不_○為_○登_○記_○及_○公_○告_○則_○不_○問_○其_○出_○於_○申_○請_○登_○記_○者_○之_○過_○失_○或_○因_○於_○登_○記_○官_○吏_○之_○怠_○慢_○也_○蓋_○以_○此_○規_○定_○乃_○公_○益_○上_○為_○保_○護_○第_○三_○者_○而_○設_○者_○非_○對_○怠_○登_○記_○之_○義_○務_○者_○而_○為_○之_○設_○制_○裁_○也_○雖_○然_○在_○登_○記_○官_○吏_○因_○故_○意_○或_○重_○大_○過_○失_○怠_○於_○登_○記_○時_○申_○請_○人_○對_○之_○仍_○得_○求_○損_○害_○之_○賠_○償_○也_○(非訟法一五七條不
動產登記法一三條)此不動產登記法。其為官吏責任之一般原則的例外。雖可無疑。而關於官吏責任之一般原則。以其無特別規定。則登記官吏之責任。將依此規定。而始創設乎抑依之而制限民法原則之適用乎。在行政法學者間。雖有議論。以涉於餘論。茲不論之。

(二) 在登記及公告之後。得以登記事項對抗第三者。但第三者因正當之理由。不知之時。不在此限。茲有宜注意者。即因正當之理由而舉其不知之證為第三者之責任是也。關於此點。與舊商法所規定『無論何人。非證其毫非自己之過失。則不得以其不知而求保護云云』則全同一也。

在有本店及支店時。商法第十三條。則為特別之規定。即在本店所在地所登記事

項不於支店所在登記者其支店之取引不能適用第十二條之規定是也德新商法第十五條第三項之規定亦與之相同也。

以上所述關於登記效力之原則乃當事者可免責任事項即帖爾所謂免責事項適用之最有實效者也例如解任支配人時非在其解任之登記及公告後則主人不得以其支配人之解任對抗善意之第三者因主人於其以前凡支配人所爲行爲雖負責任而在登記及公告後其原則則至於免其責任也他若取締役清算人等之解任亦同反之如支配人選任之登記適用第十二條之規定則實際上之必要極稀也何則以主人選任支配人因得對抗第三者而受利益其事甚稀也即主人雖無登記時不妨對於第三者而使支配人與之取引反之縱令爲登記而第三與者支配人亦非不可不爲取引之義務也唯在不爲支配人選任登記時欲以其解任對抗第三者發生宜如何處理之問題耳在此情形如先爲選任登記而直爲解任登記之外無方法則德意志帝國高等商業裁判所及帝國裁判所嘗於類似之時認如斯方法也關於登記之效力第十二條之原則雖爲商業登記之一般規定適用於凡爲登記者。

然商法則認有三例外也。試述於左。

(一) 商號之登記爲權利設定要素之登記。故其專用權必因登記而發生。而在登記以前無此權利也。在日本商法有權利設定效力之登記。雖僅商號登記。在德商法則以株式會社及株式合資會社之設立登記爲會社成立之要件。雖其定款變更亦因登記而生其效力也。又德商法第二條第三條之商人即因強制或任意之商人因登記而始爲商人也。故是等之登記皆有權利設定之效力者。雖日本舊商法於株式會社之定款變更亦因登記而生其效力也。

(二) 商號之讓渡非爲其登記則不得以之對抗第三者。(商法第二二一條)此規定雖非有權利設定之效力而從第十二條所規定登記一般之效力觀之則此規定亦有強力與關於不動產之物權得喪及變更之登記相同也。蓋因登記發生之商號專用權以其與物權同爲一種對世權則關於其讓渡登記亦與物權之讓渡登記有同一之效力可也。今試舉第二十二條與第十二條差異之點言之。第一在第十二條爲對抗第三者必須登記及公告。第二十二條則僅登記可也。第二在第十二條不得

對抗善意之第三者。第二十二條。則不問第三者之善意惡意也。第三、在第十二條。第三者因正當之理由證明其不知時。雖在登記及公告後。不得對抗其第三者。第二十二條。則不認如斯情形也。

(三) 會社之設立。非在本店所在地爲登記。則不得以之對抗第三者。(商法四) 此登記之效力與商號之讓渡登記相同。爲對於第十二條原則之例外也。况第四十五條。以其僅本店所在地登記即可。無適用第十三條之規定乎。蓋會社之設立。以其與人之出生相當。若因第三者善意惡意之事。由而異以其設立得對抗之時期。則其法律關係必發生許多極錯雜而不可解決之難問題。故第四十五條對第十二條爲例外之規定。可謂得其當者也。

關於登記之效力。可薩古氏分爲三種說明之。即權利設定登記權利確保登記權利公示登記是也。依於其說。權利關係設定之要素。權利設定登記。也有確保法律關係之效力者。權利確保登記也。在公示法律關係以外。不另生私法上之效力者。權利公示登記也。以此分類。應用於日本法律所認登記之效力。則商號登記爲權利設定。登

記。而宜受第十二條原則所適用登記。及關於登記讓渡並會社設立之登記。悉爲權利確保登記也。故權利公示登記。商法上不可認之。唯依非訟事件手續法所規定。關於破產者及妻之特定登記爲權利公示登記耳。

登記之效力。尙有宜說明者。即因登記所生被登記事項真正之推定是也。關於此點。學者議論雖不一定。而多數學者以其採形式的審查主義之結果。則不可爲如斯推定也。縱登記宜證明其所有登記而登記事項之真否。則在登記自體之意思表示外。不得依於登記而證明之也。雖然。在日本非訟事件手續法之解釋上。如前所述。登記官吏以其有實質的之審查權。認爲必要時。須審查其事實之真偽。可謂其得發生登記事項真實之推定也。

關於登記之效力。猶有宜說明者。即有反於事實之登記時。宜有如何效力之問題也。抑登記者。特定事項之登記也。故其事項自身不存在時。其登記爲無效。固不俟言。然在此情形。或有謂宜適用民法第九十三條或第百九條者。例如爲支配人選任之登記者。縱令無支配人選任之意思。而其被選任支配人與第三者間所爲行爲。不可不

負其責。或以如斯登記有設定的之效力者。非也。何則。以如斯所生結果。非登記自體之效力。不過民法第九十三條或第九九條之規定。與以特種表示之效力也。

按松本烝治氏評我商律曰。公司律付於各種會社。惟於其設立時。規定須爲登記。而於公司註冊章程。定其手續。至於在登記事項有變更時。所謂變更之登記。在會社解散時。所謂解散之登記。在清算結了時。所謂清算結了之登記。則此兩法中。不得發見一條之規定。雖公司註冊章程。在合資人之增加。或資本增加之際。有加納登記料之規定。似非絕對的不認變更之登記。然如此。不可不謂其遺漏。則關於變更之登記。及會社解散並清算結了之登記。須追加其規定也。

關於會社設立之登記。從各國法觀之。有登記主義。有存置主義。登記主義者。爲德新舊商法。英國會社法。及其匈。瑞西。瑞典。意。葡。西諸國法之所採。日本商法亦從之。存置主義。法。比。及其他二三國之所採。即存置會社定款於登記所。而代登記之主義也。而登記主義。更可分之爲二。一定款全部之登記。一特定事項之登記。英國會社法。及其他多數之立法。則屬於前者。瑞典株式會社法。德新商法。及日本商法。

則屬於後者。大清商律與日本商法同採第二種之登記主義。關於登記所之設置。有分立主義。有集中主義。多數之諸國法。皆採分立主義。區畫全國。而使分屬於數多登記所之管轄。唯英國會社法。採集中主義。三分聯合王國爲原則。各置一個所之登記所。又瑞典株式會社法。於全國設一個所之株式會社登記所。其他北美合衆國之州法中。採此主義者不少。此二主義。雖各有一得一失。而集中主義。不適當於大國。尤爲不待言。而明。今。清。國。以。廣。漠。領。域。與。四。億。民。衆。加。之。交。通。機。關。之。不。備。而。反。多。數。之。立。法。例。採。集。中。主。義。或。際。商。法。施。行。之。過。渡。時。代。欲。出。於。處。分。之。一。途。雖。宜。因。而。採。此。主。義。不。可。謂。爲。永。遠。之。策。得。其。宜。也。其。感。於。變。更。分。立。主。義。之。必。要。恐。不。出。數。年。也。

登記所。德法其他之多數諸國法。其裁判所充之。日本亦然。唯在西國。有依特別之行政官吏。組織之商業登記所。又英國之登記所。亦設置爲特別官廳。公司註冊章程。以其規定置註冊局於商部內。其依行政官吏而組織者無疑也。登記事務。性質上。委於裁判所管掌之。雖爲適當。而在清國。則除使行政官廳管掌之外。別無他途。

至探分立主義後。於地方廳中設一獨立之局課。使掌登記事務。可也。

登記官吏。付於審查登記申請書之方法。有形式的審查主義。有實質的審查主義。多數之學者。以採形式的審查主義爲原則。公司註冊章程亦採形式的審查主義者也。

登記之公示方法。公司註冊章程自第十二條至第十四條。除閱覽登記簿及交付謄本外。雖認登記官吏之會晤。至登記事項之公告。則全不認之。會社登記之公告。各國法殆皆認之。余期待清國採用分立主義。且望其同時認公告方法也。而公告方法。在德法系之法律。則登記所爲之。在法法系之法律。則當事者爲之也。余欲推薦德法系之主義。又登記官吏會晤之制度。或有生弊害之虞也。

關於登記之效力。俟批評公司律。於會社設立之登記述之。而以變更之登記。及會社解散并清算結了之登記。法律無所證明。則關於登記之效力。不存規定。更勿論也。余希望大清商律擴張商業登記之情形於會社以外。且希望其如德商法匈商法及日本商法。關於登記之效力。至設一般規定也。

尙關於登記。若登記手續及登記料等之規定。公司註冊章程。缺漏雖多。以事巨他岐。不論之。唯制定其法律。更欲觀告須用一段之注意與考慮也。

此页空白

商法

第三編 會社

江陵 徐志繹 編輯

第一章 總論

第一節 會社之沿革

在昔羅馬法爲近世各國法律之模範。嘗大別契約爲二種。即第一、有名契約。第二、無名契約是也。而有名契約更分爲四種。即一、物約。二、口約。三、書約。四、意約是也。而此意約更又小分爲四種。即一、賣買契約。二、賃借契約。三、組合契約。四、委任契約是也。故在羅馬法之組合契約屬於有名契約中意約之一種者也。

在羅馬法得爲組合契約之目的事業。決非有一定制限。或有爲營商業而爲組合者。或有爲旅行而爲組合者。或有爲徵收地租而爲組合者。又因於組合契約。組合員間雖以財產共有爲通例。非必常以爲最要也。而玆有特宜注意者。羅馬法組合契約之效果。僅在組合員相互間。基於契約發生法律關係。第三者與組合員間之法律關係。

則無何等之影響。即法律上以組合員爲權利之主體。不認離組合員而另稱爲組合權利之主體也。故組合員不能因於組合契約而輕減自己之責任也。

然則在羅馬法。不存法人之思想乎。在羅馬古代。法人之觀念未存。則爲學者之所共認也。雖然。羅馬之中世以後。依地方制度之整理。自認地方團體爲私權之主體。遂至類推而發生許多之社團法人。若財團法人也。

如此。羅馬法。雖在一方。有組合契約。使數人相集合而營共同之事業。在他方。有社團法人。使數人相集合於各員以外。成立權利之主體。然尙未結合此二個之觀念。發生近世所謂社會的社團法人之觀念也。此基於何理由乎。一研究有價值之好問題也。抑羅馬之法律。個人主義之法律也。羅馬之經濟。個人主義之經濟也。數人相集合則其間必生主從之關係。即在一家。家族有服從家長之現象。爲家長權之作用。在社會。奴隸有服從主人之現象。爲奴隸無人格之結果。故在羅馬法。縱令須多數人協力之事業。而亦以家長使役家族。主人使役奴隸者爲多數之自由人。以其自由意思。共同而爲同一目的之勵作者。極少也。如自由人相互之間。有取結組合契約。基於特別

之理由者。不過例外。即僅相互最信用。相互最依賴之少數自由人。取結組合契約。共同而爲同一目的之働作耳。以離組織組合各員。則不另存想像權利主體之必要也。是羅馬法所以未至發生近世法律所謂會社的社團法人之觀念也。

其後羅馬法之個人主義。受德意志法團體主義之影響。又以耶穌教之平等主義。次第破壞羅馬法之奴隸制度。致來經濟主義之革新。各種事業。以其立於平等關係。至不可不集合多數之自由人。組織團體而營之。其結果。組織團體者。爲共同事業。負擔責任之外。另發生團體責任之思想。始開近世法律所謂會社的社團法人觀念之端緒。然在當時之宗教法。於金錢不解所以附利息。誤會經典中之文辭。勵行利息授受之禁止。至僅以金錢出資之會社。不能成立。獨於以勞務爲出資之會社。認其成立。而近世法律所謂合名會社之觀念。則實於當時地中海所行之「果滿德」契約發其源者也。

降及近世。不僅全廢利息授受之禁止。且因交通之頻繁。有合同各人之小資本。而爲大資本之必要。以其益增進。而會社之觀念亦愈發達。遂至組織會社各員。利用其供

用資本。其結果所生。至不堪負擔。其責任。而爲輕減。其負擔。創設限於供用組織會社者。責任於其會社之會社名之。爲有限責任會社之制度。而此有限責任會社之制度。最發達者。爲株式會社。此制度。千四百年代。在意大利基耶置牙市。從猛帖斯貸附銀行所發行之株式。可謂始完成會社的社團法人之人格也。

因之會社法之沿革亦從之。始爲組合規定之發達。合名會社及合資會社之規定。次之。株式會社及株式合資會社之規定。又次之。至於近世。在他方。則驅逐非法人組合之規定。於會社法以外。在他方。則株式會社以外之會社。雖不認爲法人者。亦認其有人格。至化會社法爲關於社團法人規定之一部也。

以上關於會社一般之沿革也。茲再就日本會社之沿革說明之。在明治維新前。以尙行封建制度。外國貿易。不過限於二三港灣。許容行之。故其各種事業。規模極小。無集大資本以營大事業之必要。此維新前所以全不存會社之觀念也。

泊明治維新。在內則廢止封建制度。國內之交通次第。加其頻繁。在外則開放各地。灣港。外國之貿易。漸次形其盛大。設尙如昔日。僅以各人零碎之資本。營微小之事業。終

不足以充其必要。於是模倣歐美諸國所行會社制度。設立會社。集多數人之資力。而經營大事業者。政府亦獎勵之。故至於各地。陸續設立會社也。

明治二年。置通商司。委任建諸商社之權。許可各地設立爲替會社。發行金券及錢券。四年。在東海道及其他之宿驛。許設立陸運會社。又爲西京大阪間之敷設鐵道。許設立株式組織之鐵道會社。公認其規則。又在各地方所設立會社。禁其預先發行切手金券等。五年。定國立銀行條例。及國立銀行成規。許設立以有限責任之株主組織國立銀行。爾後基於此條例及成規。所新設立會社。或變更從來爲替會社之組織。爲此會社者有五家。六年。爲關於鐵道敷設之事業。許其設立會社。委任其事務於大藏省。大藏省。許可關西鐵道會社之設立。又許橫濱生絲改會社之設立。於各地方。獎勵設立同樣之會社。又爲關於以書籍出版事業爲目的。所設立會社之手續。及異其地方人民。定其設立會社時之出願手續。又爲外國人欲在日本設立會社者。指示其許可之條件。七年。定株式條例。許以株主組織株式取引所之設立。及依此條例。許以株主組織米穀取引所之設立。又爲會社設立之際。因官廳許可而得名。慮其有拘束他業

之弊害。故於凡設立會社。以不放任人民之自由。而於地方官廳從來之類例。能照合檢閱者爲限。不拘束其他之業體。許可其設立。八年、許內國通運會社之設立。又定株式取引所及米穀取引所。其設立許可出願之手續。且定其創立準則會社之定數。及其資本最低限。又依司法省之指令。得地方廳之許可。所設立會社。認其得爲訴訟之被告。九年、改正米商會所條例及成規。並國立銀行條例及成規。許以株主組織之米商會所設立。及以有限責任株主組織之國立銀行設立。爾後依此條例。而設立株式會社者甚多。且國立銀行。至十三年頃。有百五十餘家之設立。又有三井物產會社之設立。且改三井組而爲三井銀行。十一年、改正株式取引所。許設立以株主組織之株式取引所。十二年、許以株主組織之東京海上保險會社設立。十四年、着手商法之編纂。又許以株式組織之日本鐵道會社。及明治生命保險會社之設立。又許官吏以修築、運輸、改墾、殖產等爲目的。得設立會社。十五年、定日本銀行條例。許設立以有限責任株式組織之日本銀行。又定私立銀行、及類似銀行之會社。其設立出願之節承認。方。十六年、爲保護曩所設立之東京海上保險會社。從政府供用資本之一部分。十七

年、停止商法之編纂。着手會社條例之編纂。十八年、許可以有有限責任株主組織之日
本郵船會社設立。十九年、停止會社條例之編纂。再着手商法之編纂。二十年、定橫濱
正金條例。許以有限責任株主組織之橫濱正金銀行設立。又改正取引所條例。許設
立以有限責任株主組織之取引所。又定私設鐵道條例。許私設鐵道株式會社之設
立。又許以株主組織之東京火災保險會社設立。二十三年、始公布舊民法及舊商法。
設關於一般會社之規定。二十六年、始施行舊商法之一部分。而施行關於商事會社
之規定。

以上所述。日本會社沿革之大概也。在當初、政府雖極力獎勵會社之設立。及人漸知
其便宜。遂至濫爲設立會社。因之不能次第而加嚴重監督也。至於今、會社之總數
近於二萬。其大者有數千萬圓之資本。與數千人之株主。凡大事業。殆有爲會社所營
之觀。雖然。一利害數之所不免。便益多者則弊害亦不少。在國家不可不嚴重監督
其會社在當事局者亦宜深有所自慎。須使從會社事業所生恐慌不致紊亂公私之
經濟也。

按松本蒸治氏評我商律曰。凡會社法規定配列之方法。各國法之所採。有二大主義。如英會社法、葡商法。則依於事項而分章節。爲通於各種會社之規定。西意商法。亦以採此主義爲主。尙於特種會社之特別規定。設別節而定之。然其他多數之商法。則依於各種之會社而分章節。採各別規定之主義。日本商法。亦從此後主義。公司律一見。雖有據於前主義之觀。而仔細檢閱之。必可知其不然。以公司律中第二節第三節及第七節。關於株式或株主。爲股分公司及股分有限公司之特別規定。而與合資公司及合資有限公司。無關係也。又關於取締役及監查役之規定。以二者共係株主總會選任者。則自第四節至第六節。亦不適用於合資公司及合資有限公司也。又關於計算會社規則之變更。及解散之規定。皆以取締役監查役株主。株主總會之存在爲前提而定者。則自第八節至第十節。不可不認爲分資本爲株式之會社之特別規定也。要之自第二節至第十節。專包含分資本爲株式之會社之特有規定。所剩僅第一節第十一節中之數條。適用於合資公司及合資有限公司耳。若其如此。不如先分各種會社爲別個之規定。之明晰。在形式似爲通於各

種會社之規定。在實質。僅爲關於特種會社之規定。不徒立法之體裁難謂得其妙。且陷解釋者於誤謬之虞。余輩所以不知其可也。

第二節 會社之意義

會社之意義。有宜從法律上觀察者。有宜從經濟上觀察者。從法律上觀察之時。會社者。謂以商業爲主體之社團法人也。從經濟上觀察之時。會社者。謂集合資本力與勞動力而增加其生產力。補充個人之所不能爲者。也。唯會社之性質。有商業的。有非商業的。例如漁業會社。礦業會社。乃以營業爲目的。非商業的會社。又如第一生命保險相互會社。千代田生命保險相互會社。乃以事業爲目的。亦非商業的會社。以其性質均與商業會社不同也。故商業會社之意義。宜從法律上規定說明之。

日本商法所下一般會社之定義。即其第四十二條所規定『凡本法會社。謂其以商行為營業之目的。所設立之社團云云。』與第四十四條一項所規定『會社爲法人云云。』是也。今試分晰說明之於左。

第一 會社者。社團也。社團者。乃爲共通之目的。團成人之集合體。其構成分子。雖

少亦以二人以上之社員爲必要也。而社團有公益社團與營利社團之分。會社則爲營利社團之一種。乃爲商業共通之目的所組成之人之集合體也。

第二 會社者法人也。日本民法上法人因法之擬制與以人格而與自然人相對待者也。自然人存在雖因於自身而法律當然認其人格得享有權利負擔義務者。如人之集合團體或財團以其非如人類在其自身有有形之存在。非法律因於擬制認其存在則不得享法律上權利負擔法律上義務也。而會社的社團以其在商法認爲法人故得爲權利義務之主體也。(民法三三條) 在各國商法之會社其爲法人否乎。以不設明文者多。學者間雖有議論。在日本商法第四十四條第一項則以明文決定之。如各國之議論在日本則得避之也。

法人以其離組成之各個分子有法律上獨立之存在故會社的法人亦離組織會社社員有法律上別個之存在。此與民法上組合之所以異也。蓋會社與組合在經濟上可云基於同一之觀念。法律上則全屬別種者也。即組合爲組合員間之契約關係而會社爲法人則非社員間之契約關係也。今試舉會社爲法人之結果分

之。

(一) 會社財產離會員之私產有特別的存在。元來會社財產雖從社員之出資而成。而社員自其出資後。則其所出資全歸於會社之所有。已早非社員之所有。故會社財產非社員之共有財產。社員財產非會社之財產也。

(二) 對於會社之權利義務與對於社員之權利義務以其爲各別。故對於會社債權與對於社員債務不得相殺。對於社員債權與對於會社債務亦不得相殺也。至非法人的組合則法理上不生如斯之結果。但如民法第六百七十七條存有特別的文時。則爲例外也。

(三) 會社財產爲會社債權者之共同擔保。非社員債權者之擔保。故社員之債權者對於會社財產不得爲強制執行也。

(四) 會社離社員爲獨立之破產。

(五) 會社有固有之住所。

右所舉者。從會社爲法人所生之結果也。至法人之根本原理。以其爲講究民法之

科目。故茲不述。僅就會社的法人。所通用法理。宜求之於民法者言之耳。

第三 會社者。以營商業之目的而設立者也。即謂會社以商行爲營業之目的。所設立之社團也。如前所述。會社之爲社團法人。不過以其性質而云。然故凡社團法人。不得悉謂爲會社。在會社以外。得有社團法人也。而會社與其他社團法人之區別標準。在其設立出於以營商業爲目的。與否。即以商業以外爲目的。所設立之社團法人。非會社也。勿論民法上之公益的社團法人。非會社。即其他以營業。利事業爲目的之社團。亦必非會社。何則。以商業。雖必爲營利事業。而營利事業。必非限於商業。在商業以外。亦得有營利事業也。例如前所舉之漁業會社等。雖爲營利事業。以其非商業。故以是等爲目的之社團法人。非商業之所謂會社也。

第四 會社之商業。以共同之出資爲基礎而行之者也。此雖不俟言。爲欲明顯記之。即互持所寄資本爲會社之基金。而營商業也。而所謂出資。果以何者爲之乎。雖依會社之種類而異。而金錢。則最爲普通之方法也。雖然。以金錢以外之財產。爲出資。非有差入於會社。況在合名會社。合資會社。得以勞務或信用爲出資乎。此事於

後詳述之。

從以上所說明結果觀之。可知會社得爲商人也。何則。以會社本自己之名。而以商行爲業之法人也。故宜適用關於一般商人之規定。例如置支配人爲商業登記。備商業帳簿等。與自然人的商人無異也。

茲有宜注意者。商法用會社文字。民法則用商事會社文字。所以然者。以民法草案之組合。亦稱爲會社故。欲區別之。特名商法之會社爲商事會社也。然在其帝國議會。變民法會社之文字爲組合。故最初商法所指之會社。特不稱商事會社。而僅稱會社。即充分也。因議會未刪除商事二字。故其結果。今尙存商事會社之文字。恰如與民事會社相對待也。雖然。在實際上。之取扱。雖不妨稱民事會社。而非法律上有民事會社之名稱也。今爲說明會社性質之便宜。特揭圖於左。

法人

公法人……………國市町村其他

私法人

公益法人 商業法人……………商事會社
營利法人 其他營利法人……………民事會社
相互保險會社 其他(保險業法等)有規定

以上所述者日本會社之意義也。至於各國雖有與日本所謂會社相當者。而其範圍必非一致。茲僅就英法德三國所謂會社之意義略抄述之。

第一 英吉利會社之意義 在英吉利所謂會社之意義。可大別之爲二種。第一、法人的會社。第二、非法人的會社。非法人的會社。不過爲組合之一種。現今英國法律家。則多有以其會社指法人的會社之傾向。故或學者與以定義。謂二人以上之集合。而法律規定爲法人者。即謂離組織各員而有特殊之人格也。而從其爲法人之方法區別之。則有三種。即其一、依國王之特許而成立者。其二、依特別法之規定而成立者。其三、基於依特別法規定所發人格賦與證而成立者。是也。從其組織各員責任之點區別之。則有二種。即其一、有限責任之會社。其二、無限責任之會社。是也。無限責任之會社。與組合雖相類似。其間不無多少之差異。即前者爲法人後者非法人。又在前者債權者不得直對於組織各員提起履行請求之訴。須先對於會社提起其訴。而後及於各員反之。在後者債權者得直對於組織各員提起履行請求之訴也。以外雖尙有二三之區別。以其非必要。茲省略之。惟有宜一言者。英國無民

法商法之區別。無民事商事之區別。故其所謂會社。亦無民事會社及商事會社之區別。此其所以與歐洲大陸諸國相異也。

第二 法蘭西會社之意義 在法國所謂會社之意義。亦如英國。有汎博之意義。大別之爲二種。即其一。指取結二人以上之間之契約。其二。指離於各員而別存在者之無形人也。在其國民法第千八百三十二條。所下會社之定義。謂二人若數人。以分配所生利益之目的。結爲共同其物之契約也。而在其國商法。以其不揭會社之定義。得直適用民法之定義。故通於民法商法之會社者。謂其以分配所得利益於各員爲目的之團體也。惟其法律如此。故得大別其會社爲民事會社與商事會社之兩種。而依如何標準。可區別此二者乎。依其國法律家之所解釋。則以後者雖必爲法人前者則有法人有非法人者。且以後者雖與自然人的商人從同一之規則。其設立須具特別方式及公告前者則不然也。而此商事會社更區別之爲三種。即第一。合名會社。第二。合資會社。第三。無名會社。是也。且於合資會社。更小分爲二種。即第一。不分資本爲株式之合資會社。亦謂爲普通合資會社。第二。分資本爲株

式之合資會社。亦謂爲株式合資會社是也。在其千八百六十七年之法律。認增減資本會社。學者亦有說明其爲會社之一種者。此會社。有得容易增減其資本。與社員得容易脫退會社等之特色。而認爲法人者也。

第三 德意志會社之意義 在德意志所謂會社之意義。亦與英法同。有數多之意義。雖然。大別之時。則有三種。第一。以其所謂會社。與羅馬法以來契約之一種。同一視之者。第二。以其所謂會社。指契約的財產共同。謂二人以上之人。共同結合契約。而爲達於適法財產上目的之手段也。而此更分爲二種。即其一。以財產共同之目的。爲契約者。其二。爲共同之利益。二人以上之人。以共同結合目的。爲契約者。是也。第三。以其所謂會社。指離契約上之關係。從二人以上之人。被組織而爲法人者。在其新民法。對於日本新民法之所謂社團法人。則不稱爲會社。對於日本新民法之所謂組合。則稱之爲會社。故其民法之所謂會社。以第一義爲最適當也。雖然。在其國商法。依然認商事會社而分之爲合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社之四種。至於其他共算商業組合、匿名組合、亦然。惟匿名組合以外之組合。則不稱之爲會社。

耳。他若與會社相並者。又有利得團體及經濟團體等之名稱。以其如此。則其所謂商事會社。與其他之會社。宜有如何差異乎。此亦屬於本質之問題。而其學者間所爭爲議論也。或有以商事會社不外於羅馬法之組合。不過少變其形者。或有以商事會社爲純然法人者。或有以商事會社稱爲變形法人者。或有以商事會社立於組合契約與法人之中間。謂之爲德意志法的會社者。或有以商事會社稱爲非法人權利之主體者。雖然是等之學說。皆各有所偏執。須斟酌而會得之。即不明各學者所謂法人之爲何。所謂契約關係之爲何。則決不能速斷其非法人。若概論其非契約也。要之株式會社之爲法人在現今德國雖無所爭。而其他會社之爲法人與否。則尙屬於疑問也。

以上所述各國會社意義之大概也。以下再就日本所謂會社與其他社團之差異者言之。蓋會社以其爲社團之故。則其與他之社團間必存有如何之差異。此亦明會社之意義者所宜詳爲論究也。雖然。汎稱會社以外之社團時。其意義極廣。則其所包含社團之種類亦不一。茲僅就會社以外之社團有特殊名稱而且爲重要者。說明其與

會社之差異於左。

(一) 會社與新民法所謂社團法人之差異。依新民法之法人的社團。有以營利爲目的者。有不以營利爲目的者。以營利爲目的之社團。因從關於會社規定而設立。而得爲法人也。反之。不以營利爲目的之社團。其關於公益者。則以得主務官廳之許可而爲法人也。其不關於公益者。則以得法律之許可而爲法人也。由是觀之。會社的社團。亦當然爲法人也。故與新民法所謂社團法人。可謂其無異而爲其法人之一種也。

然則會社與其他社團法人間。存有如何差異乎。會社以營商業爲目的。而設立。會社以外之社團法人。則以商業以外之目的而設立。是區別二者之標準也。

會社爲社團法人之一種。關於社團法人。新民法之所規定。亦得適用之否乎。依商法第一條之規定。則關於會社事項。商法無規定。且商慣習法無規定時。可適用民法之規定也。或有謂關於社團法人。新民法之所規定。有僅適用於公益的社團法人。勿論會社。雖營利的社團法人。亦有不適用者。是蓋以關於社團法人。新民法之

規定中。若關於主務官廳所許可事項之規定。若關於主務官廳所監督事項之規定。若關於主務官廳所檢查事項之規定。以及對於主務官廳關於報告事項之規定。若關於屆出事項之規定。在不須得主務官廳許可。以營利爲目的之社團。法人或會社。則不宜適用之也。然其他之規定。則以營利爲目的之社團。法人或會社。有可得適用者。以新民法中無禁其適用之明文也。

德意志以其先民法而編纂商法。故其商法中關於會社。設詳細之規定。不待民法加之。其國學者於會社之爲法人與否。多有爭議。因而關於社團法人。民法之所規定。有得適用於會社與否之疑。此其所以網羅民法。所設社團。法人之規定於商法中。而爲關於會社一切事項之規定也。又日本舊商法草案。魯耶斯列爾氏模範德舊商法。舊民法草案。跋阿索那德氏模範民法。各以獨立施行之目的而起草。故其舊商法亦網羅關於會社之一切規定於商法中也。

然德舊商法。雖網羅關於商行爲一切之規定。而當施行民法。與之有重複之嫌者甚多。故其新商法。大加修正。與民法重複者悉削除之。而使依於民法也。日本之新

商法亦然。是近時立法例發達之一徵。而爲識者之所賞讚也。

(二) 會社與新民法所謂組合之差異。新民法之規定。凡組織社團各員。本其所出資。而以營共同事業爲目的者。稱之爲組合社團。此組合。以新民法草案名爲會社。則存於新民法。所謂組合。與新商法。所謂會社間之差異。如何。宜其有多少。議論也。組織社團各員。本其所出資。而以營共同事業爲目的。則稱之爲組合社團。而組合員。亦得以共同營商業之目的。設立組合。否乎。是說明會社與組合之差異。不可不先決定之問題也。

新商法之規定。以其第四十二條有『以營商業目的所設立社團則爲會社云云』。又第四十四條一項有『會社爲法人云云』之故。則以營商業爲目的所設立之社團必法人也。而以營商業之目的所設立之非法人社團不許之也。以前所述所謂以營商業爲會社要件者。謂其社團自營商業不包舍組織社團者共同而營業也。其結果不可不謂組織社團者不得以共同營商業之目的設立社團。當然取有人格而組合員得以共同營商業之目的設立組合也。試基此論決。列會社與組

合之差異於左。

第一 會社僅以營商業之目的。得設立之。反之組合。則無論如何事業。得設立之也。

第二 會社之目的商業。須會社自營之。反之組合之目的事業。則組織組合者。得共同營之也。

第三 組織會社各員。不以出資爲會社之要件。（但法律命組織會社各員宜爲出資者爲別論）反之組織組合者。則以出資爲組合之要件也。

第四 會社法人也。反之組合。非法人也。彼其謂組合得爲法人者。誤謬也。以社團爲法人時。其社團非組合。稱爲社團法人也。

然茲尙有宣言者。即新民法及新商法所規定會社之定義。失於狹隘與否。是也。抑新民法以其對於營利的社團法人。悉準用關於會社之規定。則新商法所謂會社。不可不與新民法所謂營利的社團法人。從同一之規定也。既從同一之規定。則設一總名稱。而禁他者用其名稱。似爲便宜。然如此。則法律之適用。上有非常錯雜之

嫌爲立法者之素所不採。至除非法人者外。而僅以法人者稱爲會社。則立法者之所最贊成也。

按松本烝治氏評我商律曰。公司律第一條。定公司之意義。有『凡湊集資本。共營貿易者。名爲公司云云。』與日本商法所定意義對照之。則生有二個之疑問。即第一、公司與日本商法之會社。同限於以商行爲業者否乎。第二、公司爲法人否乎。是也。會社之目的。限局於商行爲或商業者。蘭比、奧西、意、葡等諸國之商法也。若法、德、匈諸國之商法。及日本舊商法。則僅株式會社。或株式會社。及株式合資會社。不問其目的如何。常爲商事會社者。若英會社法。瑞西債務法。則更進一步。會社之目的。不限於商行爲或商業也。日本商法之會社。雖限以商業爲目的。而同時則依民法第三十五條之規定。凡以營利爲目的之社團。得準用商法中關於會社規定也。余信會社之目的。限局於商行爲或商業。乏其理由者也。苟依會社組織。而經營事業者。悉一律規定爲會社。如英會社法。或瑞西債務法。可也。或僅附株式會社。不問其目的如何。悉爲商事會社。如德法匈諸國之商法。可也。以前評商人之意義。凡

商業之意義。不可僅因營業目的行爲之性質而定之宜參酌營業之設備方法而定之也。雖以日本民法。凡營利的社團。得準用關於會社之規定。似不妨狹小會社之意義。限局於以商業爲目的者。然會社之爲商人。不過以其受會社規定之準用。非眞商人也。又況日本法律。爲區別商法上會社與民法上營利法人之結果。發生多少難問。即二者間之限界如何。二者互變更其目的。而得彼此相轉換否。關於會社所適用商號。商業帳簿。商業使用人等之規定。營利法人。亦有其準用否等問題。實余輩之所苦於不能解決者。是不可不謂爲日本法律之一缺點也。公司律所規定『共營貿易者云云』。若其意味與日本商法同。謂在營商業者。則不免躐躐日本法律弱點之非難。况其無該當日本民法第三十五條之規定。其缺陷更有大者在乎。若謂貿易用語。僅指示賣買貿易。則對於商人通例第一條所下批評。不得不再應用於公司律第一條也。余望其以共營貿易之字義。包容一般之營業。使以農業礦業等爲目的之會社。得受公司律之適用也。如其不然。則冀其從第三百十一條之趣旨。加增補修正於此規定也。至於會社之爲法人與否。在各國立法例。頗不

一致。與日本商法同。規定會社爲法人者。比西意葡之諸國法也。法蘭二國法。雖無規定明文。而以會社爲法人。則學說所一致也。在英國會社法。則以會社皆爲法人。而因人格賦與證之作製。取得其人格。唯與日本合名會社相當之組合。除在蘇蘭土者之外。悉非法人耳。反之。德匈商法。及瑞西債務法。以其不置明文。而委此問題之解釋於學說。故雖發生有非法人說。法人說。相對法人說。等之諸說。而在近時之通說。則謂合名會社。合資會社。爲組合之一種。而株式會社。株式合資會社。則爲法人也。公司律。關於此問題。不供解決之材料。但定『共營貿易者。謂爲集資營業云云。』不無通於各會社。而採非法人之觀也。然而有限責任之觀念。以其非借法人之思想。則不可以說明。是合資有限公司及股分有限公司。不可不解釋之。而作爲法人也。而公司律關於此點。一無所暗示於法文中。若謂看過此問題。則不可免不知之嘲。若謂法人之觀念。無隨一般法律思想之理由。因而不規定之。則掩耳盜鈴。不可免姑息之哂。若謂避確定其主義之困難。則不可免怯懦之誹。德法系之諸國法。雖不以明文決此問題。而其主義。則依法條之用語。有歷然者。況在德新商法。

亦以爲然。與公司律之規定不可同日而論乎。

第三節 會社之種類

日本商法分會社爲四種。一、合名會社。二、合資會社。三、株式會社。四、株式合資會社。此第四十三條之規定。而在四種以外所組織之會社。商法所不認也。其制限之理由。爲整頓關於會社之法律關係。與保護社員株主及第三者之利益。且爲對於會社有加司法上及行政上之監督之便利也。

區別諸種之會社。其根本的標準。在其社員對於會社債務責任之點。即一、爲無限責任。二、爲有限責任。也。無限責任者。謂以會社之財產不能完濟其債務時。社員舉其自己固有之全財產。對於會社之債權者。任辨濟之責也。以其責任無制限。故謂之無限責任。云。有限責任者。謂附於會社之債務。社員對第三者。全不負擔何等之責任者。即無責任也。故云。有限責任。非適當。甯稱之爲無責任。名實相當也。唯從社員負差入會社出資額限之責任點觀之。法律上嚴格的稱之爲有限責任耳。以其所出資。一離社員之手。即有歸屬於會社之運命也。則取此出資。以支拂會社之債務。不外會社以會

社財產。支拂會社之債務也。故社員以其私有財產爲辨濟之責任不存也。即絕對的無責任也。况乎社員所約定之出資。差入於會社時。雖負拂込之義務。然亦對於會社之義務。非對於會社之債權者之義務。茲所謂責任云云。以其爲社員對於第三者之關係。是與彼全無關係也。可知有限責任文字。除社員對於會社負出資差入義務外。對於有會社債權之第三者。全無何等責任也。

右所述者。社員責任之無限有限之意義。區別會社之根本標準也。至從會社組織方法。以爲區別會社種類之標準。則亦有兩種。即一單純的組織。一複雜的組織。也。單純的組織者。謂專從有限或無限之一方。以組織會社也。複雜的組織者。謂兼從有限及無限之兩方。以組織會社也。茲合前述根本的區別。及此組織的區別。說明會社之種類。

第一 合名會社 合名會社者。謂其社員之全部。悉有無限責任也。即謂以會社之財產。不能完濟會社之債務時。社員之全部。各自舉其財產。對於會社債權者。連帶而負辨濟之責也。

第二 合資會社 合資會社者。謂其社員之一部爲無限責任。他之一部爲有限責任也。即其會社從無限責任社員與有限責任社員而成也。其無限責任社員之責任與合名會社同。而有限責任社員則除差入其出資於會社有義務外。於會社之債務全然無責任也。如斯則社員之一部其責任重。他之一部其責任輕。故附於會社之業務前者之權利多。後者之權利少也。

第三 株式會社 株式會社者。僅從有限責任社員而成也。即社員中無論何人。附會社之債務。悉無責任者也。惟在此會社必豫置確定之資本分。一定平分之部分。而稱之爲株式。以便其通融。故云株式會社。而名其社員爲株主耳。在株式會社。以株主除株金拂込有義務外。無何等之責任。且以株式有賣買質入之自在。故有集注大資本之便利也。

第四 株式合資會社 株式合資會社。如合名會社與株式會社之混合體。而以其一部社員負擔無限責任。如合名會社之社員。他之一部社員負擔有限責任。如合資會社之有限責任社員。則又與單純的合資會社無異。惟其有限責任社員所隸

出資本。須分株式。故置株式合資會社於普通之合資會社外也。以其組織有無限責任社員。變之則爲株式會社。其定義雖正當。而或者解之。以有限責任社員所釀出資本。分爲株式。不妨變之則爲合資會社者。若純然從責任之點觀之。則株式合資會社。可云爲合資會社之一部也。

右所述者。日本商法所認四種會社之組織也。此外尚有區別會社。爲內國會社及外國會社者。此區別。非會社組織上之區別。僅設立時。依其所爲準據國法之如何而分之也。即謂內國會社。爲在日本準據日本法律所設立之會社。其他之會社。皆外國會社也。而內國會社。勿論其適用日本法律。即外國會社。當其設支店於日本時。爲發行株式。社債。及其他關係於公益等事。亦有設一定取締方法之必要也。故商法特設外國會社一節。而備置其規定。此事俟後節明之。

此外尚有爲各種區別者。以其不關本節大要。僅略述之。第一爲人的會社與財的會社之區別。謂會社之信用。一以人支持。一以財支持也。第二爲商法會社與特別法會社之區別。謂會社之規定。或適用商法。或適用特別法也。第三爲待許可與不待許

可之區別。謂適用商法之會社。則不待許可。適用特別法之會社。則必待官廳之許可也。

按松本丞治氏評我商律曰。會社之類別。有大陸法主義與英吉利法主義。大陸法。概認合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社之四種。德、法、意、比、西、葡等諸國之商法。及瑞西債務法。皆然。唯匈蘭二商法。不認株式合資會社。此外。在德國。則依特別法爲關於有限責任會社及產業組合之規定。共爲商人。匈商法及瑞西債務法。亦有關於產業組合之規定。又法國依千八百六十七年法律。別認增減資本會社。此種之會社。雖類似株式會社。而以其得自由增減資本。常有與產業組合爲同一目的而設立者。意、比、葡三國商法。亦有關於相當會社之規定。日本商法。以倣德商法爲主。而認合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社之四種。又關於產業組合。亦有特別法認之。惟不認相當之有限責任會社耳。在英國法。與日本商法之會社相當者。有組合與會社之二種。組合。如前評。其原則非法人。依於會社法之會社。則反之。悉爲法人也。而會社從責任之點分之時。爲無限責任會社。保證責任會

社、有限責任會社之三種。而無限責任會社。更有狹之義無限責任會社。與株式無限責任會社之二種。保證責任會社。亦有通常之保證責任會社。與株式保證責任會社之二種。至有限責任會社。則常爲株式有限責任會社也。此大陸法與英吉利法所分會社之種類也。公司律亦分會社爲合資公司、合資有限公司、股分公司、股分有限公司之四種。試分而評之。合資公司者。謂二人或二人以上。集資營業。公取一名號者。而對於公司之債務。以出資者之財產。無限而任其責。此公司律第四條第三十一條第三十二條等之規定也。故合資公司。略與日本商法及大陸法之合名會社同。與英國法比較。則近於組合者。雖然。關於合資會社法律之規定。以其不過二三條。則其性質。不得謂十分闡明也。至於與合資公司所相當之會社組織。則各國法之所必認也。余故望大清商律之立法者。別增補其規定。德商法或日本商法之關於合名會社規定。而設關於內部之關係外部之關係退社解散等之規定。也是等之詳細。茲不述之。唯述一重要之問題。即謂合資公司。將從日本商法或法商法規定。爲法人乎。抑從英德法規定。爲組合乎。余寧欲其從英德法不爲法人。

之主義也。勿論日本商法以合名會社爲法人。其規定之實質多與德商法無異。即其與法人之本質相矛盾者亦非少也。雖然日本商法所認退社之制度則便於採之。在各國法會社解散之事由以外不定社員退社之事由。不過於會社解散之時。例外認社員退社而離解散而認退社之制度以適合於會社之團體性質則實日本商法之所長也。

合資有限公司者謂二人或二人以上集資營業。聲明以所集資本爲限者。除有虧蝕倒閉欠賬等情。查無隱匿銀兩訛騙諸弊外。祇可將公司中一切財產變售償還。不得另向合資人追補。此公司律第六條第九條之規定也。其他僅有關於設立之規定及標札書類印章宜記載有限公司文字之規定。而不足以闡明其性質。則與合資公司無異。至於與合資有限公司所相當之會社組織。則在各國法中不可得而求之。如前述德國之有限責任會社。以其類似株式會社。學者或有論其爲一變態者。其與株式會社相異處。第一點監督的規定少。例如有有限責任會社。無監查役及檢査役。又總會之決議。不須形式。又會社設立之形式簡約是也。第二點社員之

責任重。即社員所有之持分。其原則不許相續及讓渡。其讓渡。得以定款禁止之。又讓渡。須法定之形式。其持分。不得在取引所爲取引之目的。又社員之責任。雖以出資額爲限度。而對於他社員所負擔之出資。則相互而立於法定保證人之地位等。是也。要之德國之有限責任會社。在大體類似株式會社者。而因其比株式會社少監督的之規定。而爲防止危險發生。故社員之責任。又比株主重也。大凡各國會社法之規定。特對於株式會社極其詳密精細。以其社員之責任。悉爲有限。多毀損會社債權者。利益之虞。爲出於杜絕其弊害之趣旨。故關株式會社概皆公益規定。帶當事者不得任意變更之特質也。然在合資有限公司。社員責任之有限。則與大陸法之株式會社同。而關其規定。則不過二三條。而極其空乏。如此。而望其不生弊竇。是猶緣木而求魚也。假令依如此會社之組織。而有欲誠實經營事業者。以智者與之避交涉勢。不得達其目的。畢竟此種之會社。除與詐欺騙盜之徒。以利器使便於劫掠。無知愚民。外。不奏寸效。在二十世紀之劈頭。至見如此之立法。余輩惘然。不知所言也。若夫強合資有限公司之匹儔。求之於各國法中。則日本舊商法之合資

會社。稍有近之者。日本舊商法之合資會社。出於起草者魯耶斯列爾氏之謬想。而依其草案。會社契約。無別段規定時。社員全員之責任。僅以其財產出資爲一種之會社也。其所特徵。以社員之責任。依於會社契約。或全部爲有限。或一部爲有限也。然當明治二十六年舊商法施行之際。加一部之修正。於業務擔當社員。其業務執行中。所生會社債務。則使負連帶無限之責任也。此修正。雖招法文之紛雜。使會社之性質。益不明。而有限責任之危險。則因之稍減殺也。日本新商法。採用大陸法主義。合資會社之制度。雖全然廢棄舊商法之主義。而舊商法施行中。所濫設之合資會社。則至於今日。仍妨礙日本會社制度之統一也。清國比日本舊商法之合資會社。採一層不良新制度。踐日本覆轍。余輩之所遺憾也。其速改正法律。防害毒於未萌。則屬於目下之急務也。若廢止合資有限公司之制度。有以他之會社組織而代。之之必要。則余欲推薦大陸法主義之合資會社。合資會社之制度。雖爲英國法之所不認。而稽之於沿革。徵之於經濟之上作用。則有採用之價值也。

股分公司者。謂由七人或七人以上創辦。集資營業者。股分公司之株主。與合資公

司之出資者同。附於會社之債務。以其財產無限而任其責。此公司律第十條第三十一條第三十二條之規定也。故股分公司。略與英國會社法之株式無限責任會社相當。而其他各國商法之所不認也。況在英國會社法之株式無限責任會社。其實際多不用。依此組織會社之現存者極稀。而在英國株式有限責任會社。占會社中之最多數。保證責任會社次之。假令倣英國法。於保證責任會社與無限責任會社中。孰宜採用。則擇保證責任會社可也。商律之立法者。何故採其最不適於實際之株式無限責任會社乎。苦於不知其理由。余對公司律。以英斷勸告施大修正。於合資有限公司。改大陸法系之合資會社。於股分公司。改大陸法之株式合資會社。而以倣日本商法爲主而設規定者也。

股分有限公司者。謂係七人或七人以上創辦。集資營業。聲明資本以若干爲限者。其股東之有限責任。與合資有限公司同。此公司律第一三條第十九條之規定也。故股分有限公司。與大陸法系之株式會社。或英法系之株式有限責任會社相當也。公司律之規定。大半爲關於此公司之特制規定。比較的完備者也。要而言之。以

上所敘述公司律所認之四種中。合資公司。雖宜認之者。以關於其規定。殆全欠缺。宜徵日本商法及其他各國法。設詳細之規定。合資有限公司。以其有害無益。宜廢之。而採大陸法系之合資會社。股分公司。以其無益。宜以大陸法系之株式合資會社代之。如此。則與日本商法同。以關於會社之類別。全從大陸法系。始得貫徹其主義也。公司律所採之類別。非據英國法系。又非據大陸法系。乃混合之而別爲一種之新主義者。宜其支離滅裂。不足觀也。凡一國之立法。與試其遊戲。異各國法制之所合致。非必無可據之理由。若不十分考究。漫立異矜奇。而弄新案。非慎重立法者之事。余信後進國之立法模倣。先進國之法制。甯得其所者也。況如商法。爲有世界的性質之法律乎。

第四節 會社之設立

會社之設立。由二人以上。或七人以上之設立者。從其設立行爲之意思表示而成也。雖然。此設立者之意思表示。將謂其爲契約成立乎。抑不以契約成立。僅以會社設立之目的。使聯合數箇之單獨行爲。而成成立乎。此從來議論之所存也。

在舊商法、合名會社、及合資會社。以其僅因於書面契約而得設立。合名會社及合資會社之設立者。其設立行爲之意思表示。認爲以契約成立者。可以無疑。然在新商法。以其於各種會社之設立行爲。無何等之規定。故不可不從法理上決定之。

以設立者之意思表示。爲契約成立者之說。察其所由來。似有二種。即一拘泥以會社不爲法人之沿革。一以設立者爲二人以上之職由也。蓋以會社不爲法人時。會社之設立。僅使設立者相互間。發生法律關係。而不使設立者與社會之間。發生法律關係。於是。以設立者之意思表示。爲契約成立之說起。然在以會社不爲法人時。如新民法之組合。以設立者之意思表示。爲組合成立之契約。雖非不當。而至以會社爲法人。後尙欲敷衍適用此說。則終不免於失當也。又設立者爲二人以上。而二人以上者。以同一事項之目的。爲意思表示時。其契約成立。普通之事態也。於是。以設立者之意思表示。爲契約成立之議。生然。二人以上者。雖以同一事項之目的。爲其意思表示。尙有不成立者。例如共有者。拋棄係其共有權利。表示其意思時。雖以同一事項之目的。有數個之意思表示。尙不失爲單獨行爲也。則因設立者有二人以上。而謂其由契約成立。

者之說其根據極薄弱不足觀也。

況乎以設立者之意思表示爲契約成立時則解釋法人理論最發達之株式會社及株式合資會社之設立甚有困難卽此等會社之發起人與株式引受人間雖得以有會社設立之意思表示謂其契約成立而在株式引受人相互間非有何等之意思表示者不得於設立者相互間謂其契約成立也或以株式引受人加入於創立總會之決議而謂其決議爲契約者然創立總會非以總株式引受人之一致爲決議而以多數決者則不加於其決議之株式引受人及反對決議之株式引受人亦不得主張爲契約之當事者也當事者之意思表示非相合致則其間契約不成立則爲民法及商法之原則所有之例外須有顯著論據也結局契約說有不得適用於株式會社及株式合資會社之不都合寧探適用於一切會社而毫無所矛盾牴觸之單獨行爲說也更從他方觀之若財團法人所設立之目的之寄附行爲不問以其生前處分或以其遺言不論一人爲之或數人爲之而其爲單獨行爲殆學者之定說也況會社的社團法人所設立目的之法律行爲豈有與之異其理論之理由乎。

如此。則設立會社者之意。思表示乃單獨行爲。不過以從其以設立爲目的之點。若相聯合耳。而其意思。須以如何方法。明爲表示。此則視會社之組織如何。其組織簡單者。則其設立之手續亦簡單。如合名會社及合資會社。其設立之意思。僅依作成定款而表示之。即可成立。其組織複雜者。則其設立之手續亦複雜。如株式會社及株式合資會社。其設立之意思。則必依定款之作成。與株式引受行爲及創立總會之決議。方可成立也。由是觀之。是定款乃通於各種會社之必要的要素也。至於設立之登記。所以昭示大公亦爲必要的要素。今試順次述之。

第一款 定款之作成

依日本新商法之規定。凡設立會社者。必須作成定款。即設立合名會社及合資會社。欲爲其會社之社員者。須作成定款。設立株式會社。欲爲其會社之株主者。其爲發起人時。須作成定款。設立株式合資會社。欲爲其會社之無限責任社員者。其爲發起人時。須作成定款。是也。若不作成定款。時縱令有如何契約。而會社不成立也。茲試即定義之意義。與其作成之方法。及通於各會社之記載事項。先述之。

定款之意義。在學說上有數多之見解。即或以之爲法律行爲者。或以之爲規則者。或以之爲書面者。謹論究其當否於左。

第一 以定款爲指示法律行爲說。更分爲二。(一)甲說。以定款爲契約。(二)乙說。以定款爲單獨行爲。然此兩說俱誤也。述其理由於左。

(一) 甲說。行於法德。察其所由來。謂以會社因於契約設立之說爲前提。其契約之內容。與會社之定款。可比較而相化者。則二者同一物也。雖然。其前提所有誤謬。不僅如前所述。假令會社可因於契約而設立者。而契約之意思表示。則非可永久存續者。然定款則永久存在。而無變更。爲法律及學說上所認也。結局甲說。不可不謂其全然誤謬也。

二 乙說。以會社因單獨行爲而設立者之說爲前提。此前提毫無誤謬。然至以其單獨行爲之結果。與永久存在之定款。混同一視。則與甲說同。不免於失當也。

第二 以定款爲指示關於社團法人之組織規則說者。非無多少理由。然以定款

限於爲指示書面說者爲正當則此第二說不免混同定款與其記載事項也。

第三 以定款爲指示書面說。此日本新民法及新商法等之所認也。即一、爲新民法及新商法所規定。有『凡定款須記載一定之事項云云』二、爲新商法所規定。有『凡定款須備置于會社之營業所。許人閱覽云云』三、爲非訟事件手續法所規定。有『凡定款須爲添附定款於登記申請書之書類云云』等是也。

要之定款。書面也。即記載關於社團法人之組織規則的書面也。而宜記載此書面事項。雖以契約定之。不得以其定款。謂爲契約證書也。蓋定款非契約。乃會社取得人格後所爲會社活動上之根本基礎也。如國家之憲法。然依之而定其組織及活動之方法。極爲重要者也。會社之設立。所以必須作成定款。而記載重要事項者。蓋會社離其組織各員有特別之存在。其權利義務與社員之權利義務。不可相混。既有明確於書面之必要。且以會社之存在。爲永久的繼續。凡重要事項。記載於書面。而備置之以杜後日之紛爭。亦有必要也。不然。則歲月經過。後或因社員之變更。或因經濟界之變遷。發生許多之新事情。必至釀意外之紛爭。招社員之不利。益而迷惑與社會有關係之

第三者其極端至於損一國商業會社之信用此商法對於會社所以視作成定款爲必要也。

定款所記載之事項所以必須各設立者署名者以使各當事者間付於定款記載事項之內容證其有合意也。

以上所述者定款之意義及其作用之方法也。至於記載事項通於各會社而爲共同必要者則有四項。試列舉之。

- (一) 會社之目的 會社以營如何事業爲其目的以爲重要事項須記載於定款。
- (二) 會社之商號 會社以如何名稱爲其商號亦以其爲重要事項亦須記載於定款。

- (三) 會社之營業所 營業所即其本店及支店之所在地亦須記載之。然至於其所在之場所等則不須記載於定款也。

- (四) 團體員之出資 出資亦爲重要事項須記載於定款。

以上四項乃絕對的記載事項爲各會社所共同而不可缺者也。此外尚有相對的必

要事項則俟後述之。

第二款 設立之登記

設立登記者。謂合名會社。合資會社。於其定款之作成後。及株式會社。株式合資會社。於其創立總會之終結後。二週內。登記其重要事項也。蓋因定款之作成而云成立。因創立總會之終結而云成立。僅爲其設立者間。及其加入者間之關係。非對外部。而云成立也。對於世間公衆。而主張會社之成立。則不可不經登記之手續。申言之。以會社之成立。欲對抗第三者。則在其本店之所在地。不可不登記之也。故商法第四十五條規定曰。『會社之設立。非在其本店所在地爲登記。則不得以之對抗第三者。』設強制之規定。使依之而知會社存在之基礎。俾與會社取引之世人。得以知所進行也。以上所述者。設立登記之必要也。至於登記事項。依於各會社之法定定款。不無差異。而舉其共同者。則有五項。試列舉之。

一 定款中所記載之重要事項

二 本店及支店

三 設立之年月日、

四 在在時期、或定解散之事由時、其時期及理由、

五 會社之代表人、

若夫登記後所發生之效力。則前所述得對抗第三者爲其主效力也。此外尙有附隨之效力。試舉之於左。

(一) 會社在本店之所在地爲登記後六個月內。須爲開業。此登記雖云爲開業期之起算點。非別有效力。茲僅爲注意揭之。(商法四十七條)

二 會社從在本店所在地登記之時。得着手開業之準備。故商法第四十六條規定曰。『會社非在本店所在地爲登記。則不得着手開業之準備。』設強制之規定。勿論不可着手開業。其物苟違反之。而着手準備者。亦處五圓以上五百圓以下之過料也。(單法二百六十一條五項)

茲尙有宜述者。即與一般商業登記之差違也。蓋會社設立之登記。亦商業登記之一。故其適用通則。雖可勿論。而對之可解有二例外也。

(二) 一般商業登記事項。對第三者所生効力。以其公告後爲原則。在會社設立之時。則雖僅登記得對抗第三者。與民法法人設立之登記同。其立法上之精神也。

(民法四十
五二二項)

(二) 一般商業登記事項。對抗第三者。以依公告之前後而區別其善意惡意及過失之有無爲原則。在會社設立登記之時。則一切不區別之。故不登記。則雖惡意之第三者不得對抗。苟登記。即無過失善意之第三者亦得對抗也。此亦與前揭民法之法人同其精神。惟民法法人之部。規定『對抗他人云云』商法規定『對抗第三者云云』。其可對抗者之範圍。有廣狹之差異。

按松本烝治氏評我商律曰。關於會社設立之手續。公司律在分資本爲株式之會社中。付於股分有限公司。雖比較的爲周到規定。而合資公司及合資有限公司。殆附之於等閑。唯依公司律及公司註冊試辦章程。以設立之登記。須通於各種之會社而爲之。故先批評關於設立登記之規定。次及於股分有限公司設立手續之規定。股分公司在英國法外。無認該當會社之組織者。且以公司律之所置重。亦在此

不在彼。引用諸國之立法例。而在比較論評之便宜上觀之。專欲敘述股分有限公司。而公司律中規定之大部分。在如何限度。適用於股分公司乎。頗欠明缺。則既一言之也。

會社設立之登記手續。以已說明於商人通例批評中。茲僅記述其効力。凡關於會社設立登記之効力。各國法之所探。有二種主義。一爲絕對的認効力。一爲相對的認効力者。也在英國依會社法之會社。因人格賦與證之作製。取得其人格。而人格賦與證。在會社設立之登記後。登記官吏作製之者也。故會社雖登記。無直接創設人格之効力。非登記後。則不得取得其人格也。在德商法。合名會社合資會社。以其非法人。其設立之登記。雖不認絕對的之効力。而株式會社。株式合資會社之設立登記。則爲取得人格之要件。會社因其登記而始成立者也。德舊商法。匈商法。瑞西債務法。瑞西株式會社法等。略與之同其主義。總之是等之諸商法。認設立之登記。有絕對之効力。在登記前不認會社之成立也。反之。在法商法。其規定之解釋。學者間雖有疑義。而依於通說。則謂會社之成立。以公告爲必要。怠於公告時。則其設立

爲無効。以不爲公告。則不得對抗第三者也。比商法。則與之稍異。會社於公告前雖成立。而不爲公告時。則不得以會社之成立對抗第三者也。此兩國法。雖在以公告爲會社成立之必要條件與否。爲相異之點。而在特定人間。於公告前。得認會社之成立。則一也。故公告者。可謂其不過有相對的之効力也。日本商法採所謂登記主義。不依存置主義。雖與比商法異。而不以其設立之登記。爲會社成立之要件。不過認相對的之効力。則與比商法相同也。

公司律付於合資有限公司。股分公司。股分有限公司。除規定爲設立登記後。經十五日。得爲開業外。關於設立登記之効力。不爲規定。而轉看公司註冊章程。合資公司。亦如開業之十五日前。宜爲設立登記者。又有限公司。在登記前。無享公司律第九條及第二十九條之利益者。要之依清國法。會社常因定款之作製而成。立者。而設立之登記。不過有爲開業條件之効力。且合資有限公司及股分有限公司之社員。在登記前。對於會社之債權者。負無限之責任者也。而不爲設立之登記。雖開業時。其行爲。與日本商法違背第四十六條之規定之行爲同。可作爲有効也。何則。會

社既完全成立。則以其成立。無論何人得對抗之。而不得爲開業之規定。可解爲不
過於違背此規定者。有課制裁之効力。洵妥當也。

會社設立之登記。苟以會社爲法人時。予以絕對的之効力。可也。詳言之。以登記爲
會社成立之必要條件。在登記前。無論何人不得主張會社之成立。可也。如法國法
比國法或日本法。不過予以相對的之効力。則會社或在設立之當事者間。雖既成
立。不得以其成立對抗第三者。或在設立之當事者間。雖未成立。不得以其未成立
對抗第三者。如此。徒有錯雜法律關係之巨害。而無寸益。第三者得從其所好。或肯
定會社之人格。或否認會社之人格。則與會社以人格之効能無從得見。故大清商
律。假使從余所提議。自其會社類別之根柢。改革而倣大陸法。採合名會社合資會
社株式會社株式合資會社之分類。其於株式會社及株式合資會社。則如日本商
法。明定爲法人。且如德商法。於其設立之登記。創立的之効力。以之爲會社成立
之要件。在合名會社及合資會社。則如前述。不認爲法人。雖其設立之登記。亦與德
商法。認同樣之効力。可也。若夫登記之効力。清國之所定。不過爲行政官廳便於監

督會社之具一般公衆因之而享受利益殆不可見是豈可謂發揮登記制度之本色乎。

第五節 會社之合併

會社。有。人。格。的。社。團。也。合。數。個。之。社。團。爲。一。社。團。法。人。則。謂。之。會。社。之。合。併。蓋。會。社。爲。不。有。人。格。社。團。時。雖。可。隨。意。合。併。之。不。須。別。段。之。規。定。而。苟。有。人。格。時。則。當。其。合。併。不。可。不。一。依。法。律。之。規。定。也。若。不。依。法。律。之。規。定。而。行。其。合。併。則。其。合。併。惟。有。事。實。上。之。關。係。非。法。律。上。有。何。等。之。効。力。者。以。其。間。之。權。利。義。務。無。承。認。無。移。轉。因。合。併。所。設。立。會。社。或。變。更。會。社。與。不。因。合。併。所。設。立。會。社。或。變。更。會。社。毫。無。所。異。其。效。果。也。

會社之制度。元來出於以大資本營大事業之趣旨。欲達此趣旨。必不可不許其合併。與以十分之便宜。唯會社之財產與會社之債務。依於會社而不相同。比較的多額財產之會社。與比較的多額債務之會社。相合併時。則有害於前之會社債權者之權利。故在一方。有設保全會社債權者。權利規定之必要。在他方。許會社之合併。有認其法律効力之必要也。

在舊商法不認會社之合併。案之各國立法例。則與舊商法同者多。是蓋以在一方社會事物之關係單純。而會社之合併。無複雜之事項。在他方。不以會社爲法人。而會社之合併。不須特別之規定也。然至近時。認會社有人格。會社合併之必要。愈見進步。有許株式會社之合併者。有許株式會社及株式合資會社之合併者。降及現今。在二三之立法例。遂至許一切會社。皆得合併。日本新商法。亦係倣此。而立法者也。

在日本明治二十九年四月。以法律第八十五號。定銀行合併法。以大藏省令第九號。定銀行合併法施行規則。許營銀行事業株式會社之合併。然此等之法令。以其爲應新商法制定前一時之急。故新商法施行時。宜廢止之。無容疑也。

茲尙有宜述者。即以會社之財產及債務。歸於一個之會社。爲會社之合併說。是也。此說也。誤會社合併之効力。與合併者之區別。非得其當者也。若如此說。設有會社買受他會社一切之財產。同時而引受其債務。亦不可不稱爲合併也。是使合併與會社財產之賣買無區別。此說斷不宜採用也。

第一款 合併之種類

會社之合併。合併數個會社爲一個會社者也。故數個會社中得存續一個會社。合併其他之會社於此會社。又得合併數個之會社。設立一個新會社。依前之方法合併者。稱爲存續的合併。依後之方法合併者。稱爲設立的合併。試更分而述之。

第一 存續的合併 在存續的合併之時。須於合併之數個會社中之一個會社加以變更。而使之存續。而解散其他之會社。故合併後存續之會社變更之事由也。合併後不存續之會社解散之事由也。

第二 設立的合併 在設立的合併之時。須解散凡合併之數個會社。而設立一個新會社。故宜合併會社之合併解散之事由也。因合併設立會社之合併設立之事由也。

第二款 合併之決議

會社之合併。須依最高機關之決議而爲之。即合名會社及合資會社。須得社員全體之同意。在株式會社。須得株主總會之決議。在株式合資會社。須得無限責任社員全體之同意。及株主總會之決議。是也。此決議及同意。謂之合併之決議。(商法七十七條百〇五條二百〇九

條二百二十二條
二百二十四條

會社以其合併之決議。宜定如何事項乎。勿論其爲合併之宗旨。不可不定之。即與如何會社爲合併。而存續如何會社。或設立如何會社。亦不可不定之也。雖然。若合併後存續會社之組織。須加變更事項。或因合併設立會社之組織。其必要事項。亦須以合併之決議定之否乎。新商法中無何等之規定。則不免不完全之非難也。

株式會社及株式合資會社。欲爲合併時。依定於定款之公告方法。公告其旨。從株主總會之會日前。不超過一個月期間。及開會中。得停止記名株式之讓渡。雖然。至於無記名株式之讓渡。勿論不得停止之。即令渡讓。亦非必以停止爲要也。(商法二百二十三條一項二百三十

六條

在株式會社爲假決議時。得停止引續記名株式之讓渡否乎。以商法中無別段之規定。故依右之規定。亦得停止記名株式之讓渡。惟格別引續記名株式之讓渡。則不得停止也。

株式會社及株式合資會社之株主總會。爲合併之決議時。從其決議之日起。至在本

店之所在地。爲合併之登記。株主不得讓渡其記名株式。是因法律之規定。當然禁止者。故雖違反之而讓渡其記名株式。其讓渡亦無效也。(商法二百二十三條)但何故禁止記名株式讓渡之預約。則不能無疑也。

第三款 合併之手續

第一 財產目錄及貸借對照表之作成 會社爲合併決議時。從其決議之日起。二週間內。作財產目錄及貸借對照表。須使明確。在合併前其財產上之狀態。此商法第七十八條第一項、第一百五條、第二百二十五條、第二百三十六條、共同之規定也。雖然。此財產目錄及貸借對照表。僅以會社之執行機關作成之。無須受最高機關之承認也。至於會社之債權者。得求財產目錄及貸借對照表之閱覽否乎。以新商法關於此點。不設何等之規定。會社任意使其閱覽之。惟債權者不得格別強之也。然爲立法論於合併各會社。備置財產目錄及貸借對照表於會社之本店及支店。許會社之債權者社員株主等之閱覽。信正當也。

第二 異議申出之公告及催告 會社與他之合併時。假令其會社依然存續。或舉

其會社之權利義務。使他會社若新設會社承繼。其財產上之狀態。皆必生一大變動。且合併之結果。在一方混同被合併各會社之財產。在他方混同被合併各會社之債務。故債務者對於他會社之財產。信得行其權利。與信得充。從來自己之債權。以至於與他會社之債權者。不可不平等而行其權利。皆因合併而發生。如此。則合併時。而有利於會社之債權者。時而有害於會社之債權者。故債權者以其合併。信爲與危險於自己權利者。時對於會社。得申出其異議。而於其異議。須附與以十分效力也。雖然。會社非必公行合併者。若秘密決行之。會社之債權者。非至其合併之登記。毫不得知。遂至受不測之損害。於此不設規定。非所以保護會社之債權者。而維持商業界之安全也。故商法第七十八條對於合名會社。有「會社從其合併決議之日起。二週間內。對於其債權者之有異議。公告於一定之期間內。宜述異議之旨。且於所知之債權者。須各別而催告之。但其期間。不得過二個月云云。」之規定。且通此規定於各種會社也。

第三 異議之申出及承認 會社之債權者。對於會社之合併。有異議時。須於會社

公告及催告中所定期間內述之。若逾期不述時，則當然作爲承認。此商法第七十九條第一項關於合名會社之規定，而通於各種會社者也。債權者逾期不述異議，即作爲承認者，以其自拋棄其權利也。

會社之債權者，於會社公告及催告中所定期間內，述異議時，則會社須爲之辨濟，或供相當之擔保。此商法第七十九條第二項關於合名會社之規定，而通於各種會社者也。其理由所以確實保護會社之債權者也。

第四款 合併之登記

會社從其爲合併時，二週間內，須爲合併之登記。即商法第八十一條所規定。『凡因合併消滅之會社，在其各營業所之所在地，須爲解散之登記。凡合併後存續之會社，在其各營業所之所在地，須爲變更之登記。凡因合併設立之會社，在其各營業所之所在地，須爲設立之登記。』是也。試更分而述之。

第一 因合併解散之登記。此登記，從因合併消滅之會社爲之者，非從合併後存續之會社，或因合併設立之會社爲之者也。即合併後存續之會社，或因合併設立

之會社。雖承繼因合併消滅會社之權利義務。不及於爲登記之義務也。

會社之最高機關決議。爲合併之旨。須添附書面於申請書。以證明之否乎。此則依會社之種類而有所異。即在株主總會。爲合併之決議。則須添附株主總會之決議錄於申請書。以證明之。其他最高機關。爲合併之決議。則不須添附書面於申請書。以證明之也。至於會社對於其債權者。爲異議申出之公告及催告。及對於述異議債權者。爲辨濟或供擔保。須添附書面於申請書。以證明之。則各會社之所共認也。因合併消滅會社之權利義務。以其爲合併後存續之會社。或因合併設立之會社。則其與如何會社合併而存續。爲如何會社設立。爲如何會社皆不可不記載於登記簿也。若無此記載。則其會社之債權者。不知異議申出之公告及催告時。則於其會社。爲如何會社。不能得知。商業登記取扱手續之規定。不及於茲。是其所遺憾也。

第二 因合併變更之登記

此登記須從合併後存續之會社爲之。至會社對於其債權者之關係。當其爲因合併解散之登記時。須證明之。雖如上所述。而在變更之登記時。則無何等之明文。故不可不謂不須爲此證明也。但其立法上之當否如何。

則不能無疑也。

會社與如何會社爲合併。則其爲變更之登記時。登記簿上。必須使十分明確之商業登記取扱手續。僅記載其事。由不及變更之登記。是亦不能無遺憾也。

第三 因合併設立之登記 此登記須從因合併設立之會社爲之。而因合併設立之登記事項。與不因合併設立之登記事項。雖爲同一之通例。然因合併消滅之會社。發行有社債。因合併設立之會社。承繼之時。關於其社債事項。亦須登記之也。商法第五十一條第一項所規定。關於合名會社之登記事項。其他之會社準用之。則不免失於狹隘也。

因合併設立登記之申請書。須添附如何書類乎。此非訟事件手續法之解釋上。一疑問也。蓋因合併設立與不因合併設立等會社之設立也。無論會社之設立。僅稱爲設立之登記。或包含二者。而因合併設立登記之申請書。與不因合併設立登記之申請書。得謂其宜添附同一之書面也。更從立法上觀之。則因合併設立之登記。與不因合併設立之登記。亦無區別之必要。然非訟事件手續法。置此明白理論於

度外。勿論因合併設立之登記。準用關於設立登記申請人之規定。至關於設立登記之申請書。所添附書類之規定。宜準用與否。則無何等之明言。故或有解釋須添附者。或有解釋不須添附者。以非訟事件手續法之規定。甚曖昧。不得判斷二說之當否。然從立法上之意見。則信後說爲正當。並望於設立之規定。削除準用於因合併設立登記之明文也。若不幸採用前說。則亦希望其削除準用之明文明言其不適用之旨也。

第五款 合併之效力

合社爲合併時。雖除合併後存續會社外。非解散。即消滅。然其權利義務。則悉爲合併後存續之會社。或因合併設立之會社。所承繼也。故不如因其他事由之解散。須爲清算也。又會社在合併後存續時。雖因合併生多少之變更。然於其會社從來所有之權利義務。則無何等之影響也。故商法第八十二條僅規定「合併後存續會社。或因合併設立會社。承繼因合併消滅會社之權利義務。云云」也。

會社不爲異議申出公告或催告。若對於上述異議債權者。不爲辨濟。或不供擔保。而爲

合併時。將使其合併爲無效。不生上所述之效力乎。抑使其合併爲有效。生上所述效力乎。若以爲無效。則有使他之會社及其債權者等受不測損害之危險。若以爲有效。設會社甘心受過料之處。分故意爲異議。申出之公告及催告若怠爲辨濟。或供擔保。蔑視法律所定手續之趣旨。則其爲債權者之危險尤甚也。故商法第八十條第一項所規定。有『不爲公告而爲合併時。不得其合併對抗其債權者。』云云。第八十條第二項所規定。有『不爲催告而爲合併時。不得其合併對抗未受催告之債權者。』云云。第七十九條第三項所規定。有『不爲辨濟。或不供擔保。而爲合併時。不得以其合併對抗。』云云。抗。述。異。議。之。債。權。者。云。云。』設此等有強力之規定也。

按松本蒸治氏評我商律曰。合併爲會社解散之事由。雖爲公司律之所舉。其如何會社得爲合併。且其合併宜用如何手續。及生如何效力。則悉不得見其規定也。大凡會社之合併。以其在經濟上宜獎勵者故。近時之立法例。概關於合併設特別之規定。而簡易其手續。惟關於可得合併會社之範圍。及認因合併設立之新會社各。國。法。所。採。之。主。義。有。不。相。同。與。日。本。商。法。同。認。各。種。會。社。悉。得。合。併。且。認。因。合。併。設。

立之新會社者。意、葡、及羅馬尼亞也。法國之學說。亦認合併新會社之設立。德法系諸國法則反之。不認合名會社及合資會社之合併。且不認因合併設立之新會社。唯認一會社併吞他會社耳。在英國法之學說。雖如認各種會社之合併。而法律之規定。則不過於任意清算時。規定讓渡會社財產於他會社。得取得他會社株式之旨。公司律。在是等之立法例中。宜採何者。主義乎。雖暫不論之。而關於合併規定。全然等閑視之。則余之所慊焉者也。

第六節 會社之解散

會社解散之意義。有廣狹二義。廣義者。謂但使現存會社消滅也。狹義者。謂全使其會社消滅也。以因合併所消滅之會社。亦稱爲解散也。

因合併消滅之會社。在廣義雖爲解散之一種。而實則變更會社之種類。非解散也。即會社種類變更之時。爲解散之登記。乃爲整理登記簿。而然於法理無關係也。故本節惟說明解散之事由。而關於合併之規定。則於前節述之。

第一款 解散之事由

會社之性質。既各有差異。故其解散事由。亦有異同。茲舉各種會社共同者先述之。

第一 目的之欠缺

一 目的事業之成功 依新商法之規定。會社目的事業全成功時。因之會社當然解散。蓋會社爲營其目的事業而設立者。則至成功其目的事業。無他事業。可營時。使其解散會社。所當然也。在舊商法對於此事。無何等之明文。故其目的事業既成功。無論無存立之必要。且有使會社存續之不都合。新商法以事業之成功爲解散之一事由。可謂修正得其當也。

二 目的事業成功之不能 依新商法之規定。會社之目的事業。至不能成功時。因之會社。當然解散。蓋會社爲成功其目的事業而設立者。則其事業。至於不能成功時。已無存立之必要。使其解散。亦當然也。

第二 定於定款之事由 會社不僅因存立時期之滿了。當然解散。即因其他定於定款事由之發生。亦當然解散也。雖然。存立時期滿了。或解散事由之發生。非必解散。其會社者。即商法第七十七條。第百五條所規定。在合名會社及合資會社。得以

社員全員之同意。或以一部社員之同意。繼續其會社存在也。在得社員全員之同意時。雖毫不變更其權利義務。而在其得一部社員同意時。其會社與不同意社員。宜有如何關係。商法於此情形。則以不同意社員。當然作爲退社者。而以退還其持分爲結局也。

以一部社員之同意。爲會社之繼續。至少須有二人以上之同意。且在合資會社。須有有限責任社員一人以上。與無限責任社員一人以上之同意也。此事在商法雖無明文。當然所不待言也。

在株式會社及株式合資會社。許其繼續會社否乎。以商法無明文。不可不解。爲不許之也。雖然解散事由之發生。許其爲會社之繼續。則基於便宜而爲例外的規定。其便宜。依會社之種類而異其所見。在株主。以其多數爲通例。得其同意。雖不無困難事情。亦非全無其望。適用之少。不足爲禁之之理由也。而更進一步。不問會社種類之如何。許其繼續。信正當也。

第三 會社之合併 詳述前節。茲不贅。

第四 會社之破產 會社因破產當然解散。即因受破產宣告而當然解散也。雖然破產非必爲解散事由者。即在清算中破產時停止清算而使開算破產手續。既以一日解散後更無破產也。故解釋事由之破產不可不謂限於會社之存立中而爲宣告者也。

第五 裁判所之命令 凡社團或財團法人之設立基於與社會之共同利益有重大關係之思想者。其設立須行政官廳之許可。此民法之所規定也。反之在與公益無關係專以私人營利爲目的之會社。其設立國家無認干涉之必要。雖在舊商法第百五十六條株式會社以設立免許爲必要。而新商法則削除之。是以在現今商法上會社之設立全爲私人之自由也。

然依事業之性質基於治安公益或風俗取締之必要。國家有與行政官廳以營業與否之權者。關於此點。個人營業與會社營業不異。故在特別法令規定以或事業爲目的之個人或會社營業。宜受官廳許可者不少。且在商法雖不認國家機關之干涉。然因公益保護之必要。對於設立會社亦與裁判所以命其解散之權也。試述

之於左。

(一) 會社反乎公之秩序及善良風俗而爲其行爲時。裁判所因檢事之請求。或以其職權得命其解散。此商法第四十八條之規定也。即以適法目的設立之會社。至中途而爲不適法之目的時。得命其解散也。例如貿易會社爲阿片之密輸入。旅店會社。宿泊爲卑猥目的之婦女。一爲反乎公之秩序行爲。一爲反乎善良風俗行爲也。故雖在外國會社亦適用此規定也。

(二) 會社在本店所在地爲登記後。六個月內不爲開業。裁判所因檢事之請求。或以其職權得命其解散。此商法第四十七條之規定也。此規定蓋恐爲開業存在之會社利用會社之組織以行詐欺。不僅於取締上生不都合。且許有名無實之會社存在。亦反乎商法認會社制度之主旨也。但有正當之理由。裁判所因會社之請求得伸長其期間耳。

第二款 解散之登記

會社解散時。除合併及破產情形外。二週間內。在其營業所之所在地。須爲解散之登

記。此商法第七十六條之規定也。所以除合併及破產於外者。以在破產時。宣告破產之裁判所。已通告其旨於登記所。不必爲解散之登記。而在合併時。所爲解散之登記。不過爲整理登記簿區別之制度。不足爲例外也。

第三款 解散之效力

會社雖因解散而消滅。以喪失其人格。然解散必非絕對的。使會社消滅者。故在其清算範圍中之會社。宜作爲繼續者。而謂之爲變體人格也。但在因合併解散時。以一切之權利義務。爲合併後存續之會社。或因合併設立之會社所承認。無清算之必要。可謂其一因解散。即全歸於消滅也。

第二章 合名會社

第一節 合名會社之定義

合名會社者。爲商事會社之一種。謂各社員對於會社債務。立於連帶保證之地位云。而合名會社。與他會社區別之標準。以其在組成之社員全體。對於與會社取引之第三者。有連帶責任無限之點。則此責任。宜從何時發生乎。商法第六十三條之規定所

謂「會社財產不能完濟會社之債務時各社員連帶任其辨濟之責云云」乃表明合名會社之大特質。即各社員非與會社共爲連帶債務者。唯以會社之財產不足償還其債務之全額時始連帶負擔責任也。

按松本蒸治氏評我商律曰。公司律關於合資公司及合資有限公司之特別規定。僅第一節中第四條至第九條第三十一條第三十二條之數條。其爲如何性質之會社。而對於其內部。有如何法律關係。對於其外部。有如何法律關係。以及社員之退社與解散之事。由始不知全缺其規定。豈以清國素來認是等會社之組織。有商慣習法。因之無特設法律規定之必要乎。若不然。漫認是等會社之組織。而怠爲其一切規定。徒播布紛爭之種子。恐苦於收穫饒多之日不在遠也。

第二節 合名會社之設立

第一款 定款之作成

凡二人以上設立合名會社者。須爲設立契約。記載於書面。此書面謂之爲定款。何謂定款。前已說明。茲惟述其宜記載事項於左。即一爲絕對必要事項。謂非揭載於定款。

則其定款全無效也。一爲任意事項。謂其記載於定款與否。雖爲設立者之隨意。而欲其有效力。則須記載之也。

第一 絕對必要事項 除總則所述外。尙有爲合名會社特別之事項。試列舉之於左。

(一) 社員之氏名住所 合名會社之社員。無論其爲日本人。爲他國人。爲法人。爲自然人。皆可爲之。且未成年者。得法定代理人之許可。準禁治產者。得保佐人之同意。妻。得夫之許可。亦皆可爲之也。惟從現行法觀之。則有二例外。以破產法第一千五十四條。有「受破產宣告之債務者。非得其復權。則不得爲會社之無限責任社員云云。」之規定。船舶法第一條。有「在有日本船舶之合名會社。社員之全員。須日本人。外國人不得爲社員云云。」之規定也。

(二) 社員出資之種類 例如甲以金錢。乙以商品。丙以不動產。丁以債權。戊以勞務。己以信用。皆須記載之。俾會社財產與社員之私有財產。容易區別也。

(三) 社員出資之價格或其評價之標準 此事項。以爲利益之配當。持分之拂

戻。殘餘財產之分配時。皆有必要也。

第二 任意事項 會社之設立者。爲避後日之紛爭。於不反乎法律。強行規定之事項。亦得記載於定款。商法於此等事項。不列舉於一條中。而散見於各條之下。今試摘錄述之。

(一) 定業務執行社員事 合名會社之社員。以其只有社員之故。當然有執行業務之權利及負其義務也。雖然。若或社員無商業上之技能經驗。託其執行業務之任於他社員。在此情形。不可不記載其旨於定款。以商法第五十六條所規定。有『各社員於定款。無別段規定時。悉有執行業務之權利及負其義務云云』也。

(二) 定代表會社社員事 各社員雖當然有代表會社權。然從商法第六十一條所規定。『以定款或總社員之同意。特不定代表會社社員時。各社員代表其會社云云』觀之。是得特定代表會社社員也。此不可不記載於定款也。

(三) 定社員退社事由事 此以商法第六十九條第一號。規定社員退社之事

由。有『定於定款事由之發生云云』也。

(四) 定以勞務或信用爲出資目的之退社員拂戾其持分事。此以商法第七十一條規定中有『但定款有別段規定時不在此限云云』也。此事於後詳述之。

(五) 定會社存在時期及其他解散事由事。此以商法第六十八條規定中有『不以定款定會社存立之時期云云』及第七十四條第一號規定會社解散之事由有『其他定於定款事由之發生云云』也。

(六) 定會社解散時處分財產之方法事。此以商法第八十五條規定會社財產處分之方法中有『得定款定之云云』也。其他尚有對於會社內部之關係可從社員間之合意而成者總以不反乎法律強行之規定爲限亦得記載於定款。以便於防後日之爭也。

第二款 設立之登記

依商法第五十一條之規定。『合名會社之總社員。從其定款作成之日起。二週間內。在本店及支店之所在地。須爲設立之登記。』此登記事項。除總則所述外。尚有爲合

名會社特別之事項。試列舉之於左。

(一) 社員之氏名住所

(二) 社員出資之種類

(三) 以財產爲出資目的之價格。登記者對於第三者之公示方法也。而第三者之利害關係。以財產出資爲限。故如勞務或信用爲財產以外之出資。在定款以其爲定當事者間之關係。雖宜定其評價之標準。而在登記則無必要。以其非會社債權者之擔保也。

(四) 定有代表會社社員時其代表員之氏名。代表社員與業務執行社員。雖相異時。亦僅登記代表社員。以僅代表社員與第三者有關係也。

右所列舉事項。及前總則所列舉事項。以其皆爲會社存立重大之事項。故使之公示也。其他之事項。縱令定於定款。不得登記。則得登記事項。可解爲限於法律所命或法律所許也。

按我公司律。關於合資公司。無訂立合同之明文。且公司律第三十三條。雖有「合

資公司呈報商部註冊云云。』而於註冊時所應聲明事項亦無何等之規定。訂立合同與註冊事項乃各種公司設立時之要素。無論合資公司採法人主義採非法人主義皆不可缺少者。缺少之時不惟公司難以成立。縱使成立而後日之弊竇叢生。將不知其何所底止。立法者速改正之。增補之。是所深望也。

第三節 合名會社之社員

第一款 社員與會社之關係

凡社員與會社於權利義務之範圍內所生法律關係。商法第五十四條規定曰。『會社內部之關係。定款或本法無別段規定時。準用民法關於組合之規定。』今依之說其規則之順序於左。

第一 定款 會社之定款。不僅記載法定事項。凡社員間於會社之關係有合意者亦悉記載之也。故會社與社員。社員與會社間之法律關係。第一依定款之規則而決定之。事理之當然也。

第二 商法 會社內部之關係。以商法之規定為補充的。所謂任意法規或聽許法

規者也。故會社內部之關係。有定於定款時。則依其規定。不過定款無規定時。始適用商法也。以其重當事者之意思也。至對於外部。則依法律。不得以當事者之意思變更之也。

第三 民法組合規定 會社內部之關係。在定款及商法。皆無何等別段規定時。準用民法組合之規定。蓋會社爲法人。組合法人。對於外部。此二者雖全基於別箇之法理。至從內部關係觀之。則實際上無大差。故限於性質上不妨者。得採民法組合之規定也。而所謂性質上不得適用之規定者。例如民法第六百六十八條所規定『各組合員之出資。及其他組合財產。屬於總組合員之共有云云』。在合名會社。則不得適用之。何則。以會社爲法人。有獨立財產。而其財產即爲會社財產。非會員之共有財產也。

第二款 出資

出資者。謂社員爲供會社之目的。釀出有財產上之價格者。而稱其釀所出目的。爲出資之目的。此出資之目的。得以財產爲之。得以勞務爲之。且得以信用爲之也。試分述

之。

第一 財產之出資 社員以財產爲出資之目的。又可分爲四種述之。

(一) 金錢 此最普通方法。又最便利方法也。凡約以金錢出資之社員。到正當時期。依其金額。須履行其義務。若怠爲其出資時。則法律必制裁之。在民法雖僅以支拂利息爲裁制。而在商法則特設例外。於支拂利息外。尙任賠償損害之責也。蓋會社以運轉社員差入之出資。爲營業資金。常有因出資懈怠而蒙損害者。非通常之金錢借貸等可比也。

(二) 動產不動產 以動產或不動產之所有權。爲出資之目的。亦通常所有也。而以此等爲出資目的之社員。在動產。則不可不引渡其物於會社。在不動產。則不可不經登記之手續。而移轉其權利於會社。故通常可解爲移轉其所有權也。雖然。亦有時不與其所有權於會社。而僅使其爲使用收益者。所謂使用權、收益權之出資也。此時間。其出資社員。亦不可不引渡其物於會社。而俾得使用收益。若其物滅失於引渡後。會社不負其損失。出資者負擔之。以其物之所有者。仍爲

社員也。至於會社解散。或社員退社。請求其物之還返。則當然所不待言也。

(三) 債權 以債權爲出資之目的。不可不以其債權完全移轉於會社。故在指名債權。則須通告其讓渡於債務者。或經其承諾。在指圖債務。則須盡裏書讓渡之手續。唯在無記名債權。僅引渡其證券於會社耳。

社員得以其債權爲目的。爲出資之本則。乃從可代金錢出資見之者。故其拂込於會社。不可不得同一之結果。此法律於出資社員。所以使其負擔一特別責任也。即出資債權之債務者。到辨濟期。不爲辨濟。社員自任其辨濟之責。尙命拂其利息。且命賠償其損害也。其理由。蓋爲與他之社員出資。得其權衡。且安固會社財產之基礎也。

(四) 專用權 商法及其他特別法所規定專用權之類。亦得爲出資目的也。即商號權、著作權、商標權、意匠權、特別權等。得以之爲出資。其他營利法人。得以其礦物採掘權、砂礦採掘權等爲出資也。而其差入之方法。則以各會社所定權利移轉之手續。以爲準據。

第二 勞務之出資 以上所述。皆以財產出資也。雖然。在財產以外者。亦不妨爲出資。以商法第七十一條。有『退社員。雖以勞務或信用爲出資之目的時。得受其持分之拂戾』之規定也。以勞務爲出資目的之社員。在其資格之繼續間。不可不服約定之勞務。以此勞務出質。不得如財產出資。限於一時。或依一定時期。履行其出資義務也。故勞務出資。亦得謂之繼續的出資。例如造船營業之合名會社。造船技師。以其專門上之知識。監督經營造船事業。爲出資之目的時。從定款之所定。不可不誠實服其技術上之勞務。是也。若怠此義務時。不僅除其名。且受民法第四百四十四條以下之制裁。即對於以財產出資之社員。不得請求其負擔債務。而須償還其宜負擔部分也。

第三 信用之出資 在民法組合。雖認勞務出資。而不許信用出資。合名會社。則得以信用爲出資之目的。以商法第七十一條有規定也。以信用爲出資。其意義雖欠明確。可解爲利用其信用也。例如富於商業上聲望者。許加其氏名或聲望於會社之商號中。或會員中承諾列其名號。以之增會社之信用。是也。利用商業社會名望

家之信用時。不僅有取引上之便宜。且有得爲低利借財之實益也。

按我國商業慣習。利用勞務或信用之事。所在多有。而公司律對之。毫無規定。是亦缺點之一也。

第三款 持分

商法持分。與民法不同。蓋會社財產。爲社團法人之所有。而非各社員之共有。故民法規定。共有權中之持分。不適用於商法。以其所得持分。非現在之持分。乃期望之部分也。申言之。謂其無物權的效力。乃社員以其資格對於會社所有財產上權利之總稱也。即謂在會社獲利益時。有請求利益配當之權利。在會社解散時。有請求殘餘財產分配之權利。在退社時。有受一定金額拂戾之權利等是也。然會社財產變動無常。其利益亦於每事業年度。有許多之相違。故持分之分量如何。在會社解散。或社員退社。及其他時期等。不爲特別之計算。則無由確定之也。

合名會社之社員。於財產上之權利外。有參與會社事務之權利。例如代表會社執行業務。或檢查會社財產及其業務之狀況之類。是也。是等權利。雖隨於社員資格。究竟

不。過。爲。附。隨。其。財。產。上。之。權。利。以。其。非。係。有。是。等。權。利。而。有。持。分。乃。有。持。分。而。後。有。是。等。權。利。也。故。讓。渡。其。持。分。則。是。等。之。權。利。亦。附。隨。之。而。移。轉。結。局。社。員。讓。渡。其。全。部。持。分。時。則。社。員。更。迭。也。

在。株。式。會。社。之。株。式。雖。以。自。由。讓。渡。爲。原。則。而。合。名。會。社。則。以。不。得。自。由。讓。渡。爲。原。則。蓋。合。名。會。社。以。各。社。員。之。人。的。信。用。爲。基。礎。而。成。立。會。員。之。進。退。於。會。社。有。重。大。之。影。響。若。各。社。員。得。隨。意。讓。渡。其。持。分。離。其。與。會。社。之。關。係。則。殘。存。之。他。會。員。反。其。所。豫。期。必。感。非。常。之。迷。惑。也。故。商。法。第。五。十。九。條。規。定。曰。『。社。員。非。得。他。社。員。之。承。諾。讓。渡。其。持。分。之。全。部。或。一。部。於。他。人。時。不。得。以。其。讓。渡。對。抗。會。社。』。設。此。制。限。之。制。度。也。此。規。定。在。立。法。上。之。精。神。與。民。法。第。六。百。七。十。六。條。關。於。組。合。之。規。定。無。大。差。也。

持。分。全。部。之。讓。渡。致。社。員。之。變。更。雖。爲。一。方。退。社。之。原。因。與。爲。一。方。入。社。之。原。因。而。在。持。分。一。部。之。讓。渡。則。非。社。員。之。退。社。讓。讓。人。仍。引。續。爲。社。員。僅。其。讓。受。人。因。之。而。爲。社。員。者。故。其。結。果。增。加。一。名。之。社。員。也。

以。上。所。述。關。於。讓。渡。持。分。時。對。抗。會。社。之。規。定。也。至。於。對。抗。第。三。者。則。須。登。記。之。何。則。

以持分之讓渡爲社員之變更。社員之變更爲登記事項之變更也。因商法第五十三條所規定有『登記事項中生變更時須登記之云云』而社員氏名爲登記事項之一種。商法第十二條所規定有『應登記事項非登記則不得對抗善意之第三者云云』而社員氏名又爲應登記之事項也。

第四款 利益之分配

在個人營業者。營業上有收益時。雖如何處分。全屬個人之自由。無須法律之規定。而在會社營業。配當其利益於社員。則生特別之問題。何故。蓋社員以得會社營業上之收益爲主眼。始設立會社。或加入會社者。是會社之利益。早有宜分配於社員之命運也。以下分爲條件割合二項述之。

第一 利益配當之條件 會社財產。會社債權者之共同擔保也。若故意減少之。則甚有害於債權者之利益。且社員對於會社登記之財產出資額。以公示。第三者則其額不可不與財產額相當。以保全會社。故商法第六十七條規定曰。『會社非填補其損失後。則不得爲利益之分當。』爲會社財產維持之方法。而設此一定之制。

限也。蓋以會社利益直接拂渡於社員。影響於會社財產也。抑會社之利益。謂會社財產。超過其資本額部分。則其所云利益者。不外無損失。當然所不俟言。而法律更以明文規定之者。蓋立法者以之防虛僞之配當。示財產維持之嚴則。使與會社取引之第三者。不致蒙損害也。故第六十七條第二項又規定曰。『違反此規定時。會社之債權者。得使之返還也。』

第二 利益配當之割合 利益配當之割合如何。雖純然屬於內部之關係。而商法無特別規定。故定欸定有割合時。則從定欸。若無規定時。則應其出資之價格定之也。而在定欸有僅以社員責任之負擔額定其割合時。其割合可推定爲共通於利益配當也。例如會社破產時。社員之責任額。爲一二三之比例。則會社之利益亦推定以其一二三之比例配當之也。

第五款 競業禁止

合名會社之社員。以其資格當然執行會社業務。有權利義務。能知會社營業狀況之秘密。如利用之。而以會社試其競爭。則會社取大不便。故法商第六十條第一項規

定曰。『社員非有他之社員之承諾則不得爲自己或爲他人。爲屬於會社營業部類之商行爲。或爲同種營業會社之無限責任社員。』設此制、限之制度也。然爲他人爲商行爲。屬於易見之事。縱有秘密。他之社員。皆容易得知。若專爲自己。而秘密其競業行爲。則於會社。仍有不便。故第六十條第二項又規定曰。『社員違背競業禁止之規定時。其所爲商行爲他之社員。依過半數之決議。得作爲會社者。』更設此制、裁之制度也。此於代理商之規定。基於同一立法上之理由也。

第六款 社員之退社

合名會社之社員。各以其信用爲基礎。而與會社有極密切關係。故社員離此關係。則其會社全體。亦不得不從而解散。雖有生此結果之機會。然會社以其非僅爲社員間之組合關係。有獨立之人格。與各社員異。其生存。不爲一部社員之退社。解散其全體。不僅理論上爲一貫。即實際上。亦多適於當事者之本旨。故商法第四節。不以社員之退社。當然解散會社也。今試從之。述其原因及効力於左。

第一 退社之原因 社員退社之原因。有因法律規定者。有係社員自由者。試更分

而述之。

(二) 法律之規定 即商法第六十九條之規定。具有左之事由。法律當然命其退社也。

第一 定於定款事由之發生 會社設立之當時。有以其定款。定有社員退社之事由者。其事由發生時。不問承諾之有無。當然宜命其退社也。

第二 總社員之同意 凡社員任意退社時。社員中無論何人。皆不述異議。則得退社。

第三 死亡 此直接退社之原因也。抑在非法人會社。為社員共同之營業。社員之死亡。影響於會社生存之信用。故解散會社。雖為適當。而在法人會社。則無以社員死亡。為解散之必要。故以民法第六百七十九條。關於組合員退脫之事由。有同一之規定也。至死亡社員之相續人。非當然代為社員者。以其與死亡社員。非同時為社員。不過從商法第七十一條之規定。承繼被相續人。有當然為社員之旨者。則為特別也。

第四 破產 此基於法律規定之原因也。破產者，於自己之財產喪失管理處分之權能。而其財產歸於破產管財人管理者也。如斯而使社員繼續其地位，則與以人的信用爲基礎之合名會社之性質不相容。故爲退社之原因也。

第五 禁治產 此因於法規而爲破產之原因也。合名會社以各社員之協力營其事業。爲根本的觀念。社員中有受禁制產之宣告者。則協力經營之事。不僅不可得。且於會社之信用有重大之影響。故當然宜命其退社也。

第六 除名 此爲強制退社。因社員有不全其本分者。而爲制奪其社員資格之處分也。今依商法第七十條之規定。列舉之於左。

其一 社員不能爲出資事。例如以勞務爲出資之社員。因疾病或衰老。不能理會社之事務。是也。又如以營業所用之建築物。爲出資之目的。其物之權利。在轉移於會社前。罹於火災。亦此一例也。

其二 在受催告後之相當期限內不爲出資事。此情形。不僅除其名。倘有損害。得請求其賠償也。或不除其名。強要其出資。於爲利息及不履行所生

損害請求賠償可也。

其三 爲競爭的行爲事。即違反前款競業禁止之規定。以他之社員之一致。得除其名。且得請求賠償也。若以他項處分代其除名。則亦任會社之隨意也。

其四 社員當執行會社業務。或代表會社時。對於會社爲不正行爲事。

其五 無執行業務權利之社員。干與其業務之執行事。

其六 其他社員不盡重要義務事。

以上所述六事由。有相當時。得以他之社員之一致。除違反義務者之名。但爲此處分。必不可不通知於被除名社員。不然。則不得對抗其社員。蓋恐社員違反義務。假令在自已不知間。如直除其名。則甚有害於其利益也。故其結局。爲有效之除名。須具備三條件。即第一。法定事項。第二。他之社員之一致。第三。決議之通知。是也。

(二) 社員之自由 社員以已意退社。乃其自由之權。法律原不能拘束之。然亦

必具備要件。方能自由退社也。今依商法第六十八條之規定。列舉之於左。

第一 豫告退社 在會社之定款。定有存立時期時。或社員之終身間。定存續會社時。各社員於營業年度終。得爲退社。但須於六個月前。爲其豫告。

第二 不豫告退社 在社員有不得已事由時。不問會社定有存立時間與否。各社員無論何時。得爲退社。

第四節 合名會社之管理

合名會社之管理。可分爲二方面言之。一爲內部關係。一爲外部關係。內部關係者。執行業務之謂也。外部關係者。代表機關之謂也。雖然。此種關係。乃從法理上觀察。而分之者。若從事實上觀察之時。則管理之關係。無分於內外也。例如少數社員之會社。僅有二人者。其對內對外。固難分別。即多數社員之會社。公推數人。管理會社者。其對內對外。亦不能有分別也。茲專從法理上分兩款述之。

第一款 業務執行

會社以其爲無形人。不得自身執行業務。故不能不有代理人。此代理問題。乃從法律

行爲上而發生。非從事實行爲上而發生也。試分三項說明之。

第一項 業務執行者

第一 定款無規定時 依商法第五十六條之規定。以各社員當然執行其業務爲原則。蓋各社員之出資額。雖有差別。而對於第三者。則無論如何。皆負擔連帶無限之責。以其依自己之信用財產。舉全力而經營會社事業。則與會社全體。以業務之執行。可云公平也。雖然。如實際上。社員之多數。關於會社之業務執行。有異其意見。時。則宜何如乎。依民法第六百七十條第一項之規定。以各社員之過半數決之。蓋以須總社員之同意。則有不便。又以各社員無論何事。得爲獨斷。則各社員之行爲相矛盾。有生危險之結果。故以過半數決之最適當也。

第二 定款有別段規定時 以上在定款無規定時。雖爲適用之原則。然在實際上。

因某社員於業務有經驗。或於技術有精通之故。有僅以其社員一任業務之執行。而定於定款者。在此情形。僅其社員有執行業務之權利義務。他之社員不得一切與於其執行也。然其業務之執行。僅委託於一社員時。萬事萬端。雖可依其獨斷而

行之。然亦有時委託於數人者。若其數人間之意見不一致。所執行之業務。則以其過半數決之。至若會社之常務。則不須業務執行社員過半數之決議。各業務執行社員得專行之。

以上所述者。關於業務執行之事。故僅以業務執行社員之過半數決議。得生効力。至若支配人之選任及解任。則其事情較爲重大。故不能僅以業務執行社員之過半數決之。蓋以支配人之職。最爲重大。於會社一切營業裁判上裁判外之行爲。有代理之權限。其人物如何。於會社之盛衰。有直接至大之影響。故商法第五十七條規定曰。『支配人之選任及解任。雖特定有業務執行社員時。仍以總社員之過半數決之。』所以不須得總社員同意者。蓋以總社員之同意。最爲難事。有不得採用。適任者之恐也。

第二項 業務執行社員之權利義務

會社之業務執行。如前所述。雖有各社員爲之。與特僅定業務執行社員爲之。分其有一定之權利。負一定之義務。則同也。關於此點。依商法第五十四條及民法第六

百七十一條關於委任規定。以準用於業務執行社員。今依之列舉於左。惟茲有宜注意者。各社員。以業務執行爲原則。則其所有權利義務。乃法律規定當然之結果。非委任契約之結果也。即依定款之規定。特定或社員執行業務時。其所有權利義務。非基於委任寧改爲依於定款。取去他社員業務執行之權利義務也。

第一 業務執行社員之義務

(一) 執行業務社員。須從定款之本旨。以善良管理者之注意。處理會社之業務。
(民法六百四十四條)

(二) 特定業務執行社員。有他之社員之請求。無論何時。須報告其業務執行之狀況。又任務終了之後。須速報告其顛末。
(民法六百四十五條)

(三) 執行業務社員。當其執行業務。所受取金錢及其他之物。須依管理會社之方法。引渡於會社。其所收。取果實。亦同。又執行業務社員。以自己之名。所取得權利。須履行法定手續。移轉於會社。
(民法六百四十六條)

(四) 執行業務社員。宜引渡於會社金額。或爲其利益所用金額。爲自己消費時。

須拂其消費日以後之利息。尙有損害。宜任其賠償之責也。(民法六百四十七條)

第二 業務執行社員之權利

(一) 執行業務社員。以無報酬爲原則。惟以有特約者爲限。得請求報酬。而在可受報酬之社員。以期間定其額時。非其期間經過後。則不得請求之也。又執行業務社員。因不宜歸其責之事由。於業務執行之半途。離其任時。其社員得應其既爲執務之割合。請求其報酬。(民法六百四十八條)

(二) 凡於業務執行。須費用時。執行業務社員。對於會社。得請求其前拂。(民法六百四十九條)

(三) 執行業務社員。當其執行會社之業務。認爲必要時。其所墊出費用。對於會社。得請求償還其費用。及支出日以後之利息。又爲會社業務之必要。負擔債務時。得從會社代爲其辨濟。又其債務不在辨濟期時。得供相當之擔保。又爲執行會社之業務。自己無過失而受損害時。對於會社。得請求其賠償。(民法四百五十條)

凡以上關於權利義務之點。須詳細規定其旨於定款。使會社安全也。

第三項 業務執行社員之辭任解任

如前述。會社之業務執行。以總社員當之爲原則。惟定款有別段規定時。始以社員中之一人或數人負擔之者也。故在此情形。其業務執行社員。非有正當事由。則不得辭其任。蓋合名會社之社員。爲各人自家之商業。固宜盡瘁於會社事業。而特託以業務執行之大任者。更宜勉勵從事也。如突然因自己之便利而爲辭任。則使會社之不利。因之而甚。他之社員。感非常之迷惑也。故法律除有正當事由外。不許其辭任也。(民法六百七十二條一項)

又社員執行會社之事業。非因於正當事由。則不得解其任。蓋社員精勵於會社之業務。如無故而解其任。不僅不能使其安然盡職。其結局仍歸於會社之不利。益故法律不許其解任。僅有正當事由時爲例外也。然在此情形。以其事情重大。故又必須得他之全社員之同意也。(民法六百七十二條二項)

第二款 代表機關

法人的會社。以其有權利能力。而無意思能力。因之無行爲能力。故對於外部關係。不

可無其人。以代表之。本來代表會社而爲行爲。即屬於會社之業務執行之事柄。不過以惹起與第三者之關係。故有特別之規定。在其實際。則執行業務者與代表會社者。普通同一人也。

會社代表。與事務執行。同以總社員當之爲原則。即商法第六十一條所規定。各社員當然有代表會社之權限也。雖然。在社員多數之時。各自行使其代表權。則其間多生衝突。有種種之不便。故法律特取去此權限。而爲規定之。試分述於左。

第一 以定款特定代表社員時 此普通之情形也。即社員中有商業上信用者。或因其有廣交之理由者。特定其社員代表會社時。則他之社員不得代表也。此情形。依商法第五十一條第六號之規定。其代表社員。姓名。不可不登記之。不然。則對於第三者無效也。

第二 以總社員之同意定之時 會社代表社員。不定置於定款中者。在實際上雖稀。若未定代表時。後以總社員之同意補充定之。可也。況因代表社員之死亡。及其他之事故。致代表者缺乏時。爲應於緊急之必要。尤須以總社員之同意出之乎。此

情形亦須登記之也。

如右所述。不問爲何情形。可以代表會社者。必限於社員也。此則與業務執行情形。所異也。

代表社員之權限。總括代理也。即商法第六十二條第一項所規定。『關於會社之營業。有爲一切裁判上及裁判外之權限云云』是也。以其與支配人同。特不再說明之。雖然其權限雖廣濶。而社員間不妨以其內約制。限制之。例如豫爲約定。須嚴守一定業務執行之方針。是也。然在此情形。其代表社員。雖有必從其方針之義務。亦僅爲會社與代表員之關係。第三者所不與知也。故商法第六十二條第二項又規定之。準用民法第五十四條所規定。『凡加有制限代理權。不得以其制限對抗善意之第三者』也。其理由。以此制限。不得登記也。

以上所述者。代表社員爲法律行爲之規定也。若代表社員對於外部。有不法行爲時。又將如何乎。則商法第六十二條第二項又規定之。準用民法第四十四條第一項之規定。凡可代表會社社員。及其他之代理人。行其職務。加損害於他人者。自任賠償之。

任也。蓋會社法人也。合名會社之目的。以其在營商業。其代理人。不過在此目的之範圍內。有爲其行爲之權限。故行其職務而有爲不法行爲者。非會社所關知也。此雖爲理法上當然之結論。然在實際上觀之。被害者以僅得對其代理人請求損害之賠償。設代表社員或其他代理人。乏於資產。則全不得救濟。如斯則自然害會社之信用。至使世人與會社取引時。抱躊躇不安之念也。故法律慮之。關於代理人之不法行爲。其所爲限於爲行其職務而生者。使會社負擔賠償之責也。

第五節 合名會社之債權者

第一款 社員對於債權者之責任

在於組合。不過組合員間之法律關係。其財產爲組合員共有之財產。故從組合事業所生之債務。即組合共同之債務。組合員對於債權者。而以自己所有財產任辨濟之責。當然之事也。反之合名會社爲法人。以其離社員有格別之權利義務。則其債務與社員之責任。似無關係。然商法第六十三條規定曰。『會社以其財產。至不能完濟會社之債務時。各社員連帶而任其辨濟之責。』不顧此理論而設特別之制度。何也。元

來合名會社爲法人付其債務使社員有責任雖爲一大變則之規定而此大變則却成合名會社之特質而爲厚其信用之原因至使第三者得安心與會社爲取引也蓋合名會社以人的信用爲基礎與之相取引者多着眼於其社員之財產必非僅偏重於會社之財產則在會社不辨濟其債務時而使社員負其任信至當也

雖然此中有一問題即合名會社必如何時爲不足辨濟之狀態會社之債權者始得向社員請求乎關於此點學說甚多第一說以會社積極財產比消極財產減少時爲會社不足完濟之狀態債權者對於社員即可請求第二說有兩條件其第一條件如第一說其第二條件須各債權者同時請求尙未應付時債權者對於社員乃可請求第三說亦有兩條件其第一條件仍如第一說其第二條件須各債權者同時請求於會社而會社無力應付至於破產時債權者對於社員乃可請求合此三說觀之第一說失之急第三說失之緩惟第二說尙妥故日本商法採用之也

然而社員責任雖爲連帶亦非與會社連帶而負擔無限責任也不過會社以其財產不能完濟其債務社員間連帶而負其辨理之責耳由此觀之是會社爲主債務者而

社員立於連帶保證之地位也。雖然社員之責任爲保證責任。而又與普通保證不同。茲述其異點於左。

第一 社員之責爲法定之責任。不問其有負擔責任之意思與否也。在普通保證則因任意之意思表示而生其責任。

第二 社員間之連帶。不問特約之有無而皆負責任。在普通保證結有特約時則從其特約。(民法四百五十六條)

第三 社員之責任限於會社無資力時而始發生。在普通保證其義務之履行必不以主債務者之無資力爲條件。(民法四百五十二條 四百五十三條)

第四 社員不以會社相連帶在保證人則與主債務者相連帶。(民法四百五十八條)

如右所述。社員之連帶責任乃合名會社之根本的基礎。而依強制規定負擔之者。故雖以定款或總社員之同意。設反對之規定。對於第三者無效也。且在其社員間之關係。雖不妨定責任負擔之割合。而亦不得以之對抗第三者也。而關係於社員之責任。尙有一二宜述者。試再列之。

(一) 社員之連帶責任。以其爲附著於社員資格之責任。雖以定款別段規定之結果。有不與會社之業務者。均有此責任。

(二) 社員之連帶責任。在會社解散之時。於其本店所在地爲解散之登記後。經過五年消滅。此商法第三百三條之規定也。但此消滅。非時效。故不得中斷。

(三) 會社以其財產。不能完濟會社之債務。其結局。會社之無資力。可解爲破產的意味也。在此情形。僅云社員有無限責任。終慮有收實效之困難。故破產法第一千二條及第一千三條設特別之規定。即裁判所宣告會社之破產時。對於總社員之所有動產。得命其封鎖。尙於業務執行社員。認爲有逃亡若隱匿其財產之恐時。得命其監守。採實行保護債權者權利之方法也。

(四) 會社財產。雖僅爲會社債權者之共同擔保。而社員之私有財產。則不同。以其爲社員之總債權者之共同擔保。故會社債權者。對於社員之私有財產。與社員之債權者。宜共受平等之分配也。

茲尙有一言者。爲社員間之求償權。即社員之一人或數人。以其他及自己之出捐。辨

濟會社債債務。得共同免責時。除有特約者外。對於他之社員。付其各自之負擔部分。有求償權。且得請求免責後之法。定利息及不可得避費用。並其他之損害賠償也。

(民法四百四十二條)

第二款 非社員對於債權者之責任

前款所述者。合名會社之連帶責任。必其人自會社設立之當時。至現在。皆爲社員。而負擔之。雖無容疑。然尙有依特別理由。與之負擔同一之責任者。即新入社員。類似社員。及退社員。是也。試分述之。

第一 新入社員 會社成立後。社外之人。有與會社結入社契約者。以其來社員之增加。爲定款事項之變更。故須得總社員之同意。有得其同意。爲新加入社員時。其責任如何乎。在此情形。其社員付於入社後之會社債務。負擔責任。固爲當然。而商法則更進一步。其第六十四條之規定曰。『雖其入社前所生債務。亦任其責。』此規定。從條理言之。似爲不當。蓋新入社員。從其入社之日。始得社員之權利。其入社前。與會社毫無關係。且未受利益之配當。而僅負擔會社之債務。不得不云苛酷。況乎

在新入社員之入社前。以會社爲取引之第三者。不可推測其當時非社員者之一身信用之。而爲法律行爲乎。若使其新入社員。負擔入社前之債務。則無論何人。有可使其蒙損害之機也。故在理論上。可使其無責任也。惟是會社既非契約關係。而爲法人債務發生之時期。以其不問新入社員之入社前後如何均爲會社之債務。因之而使負責任則在一方。得確實債權者之利權在一方。於其入社當時爲會社債務之總計算。有得省手數之利益也。故商法對於新入社員。使其與從來社員。全然負同一責任也。又況從實際上觀之。新入社員負擔入社前之債務。亦別不感苦痛。何則。以凡欲入合名會社。而爲其無限責任社員者。必先精查會社營業之現況。信其有充分利益之見込。而後始入社。若其債務額甚大。豫知其有危險情形。可以不入社也。此商法第六十四條之規定。所以在實際上不致生不當之結果也。此規定。以其爲強行之規定。不得以社員間有特約而除於其外。故與普通社員之責任無異也。

第二 類似社員 非社員者。有爲可信爲社員之行爲時。其人對於善意之第三者。

與社員負同一之責任。此商法第六十五條之規定也。即社員以外之人。爲社員行爲。使第三者誤信其人爲社員時。則其人對於其第三者。不可不與真實之社員。負擔同一責任。此主意。不外保護善意之第三者。而懲罰僞社員也。而所謂非社員。信其爲社員行爲。指如何事乎。此雖屬於事實問題。宜依裁判官之判斷。今爲參考。謹舉其例於左。

(一) 非社員而承諾於會社之商號中。表示其氏名。若任會社表示其氏名。例如設立會社者。慮其於商業會社。有乏信用之憂。或乞名望家。加其姓氏於商號中。其名望家諾之。或不明爲承諾。而儘其表用之類。是也。又如真實社員。在退社時。存其氏或氏名於會社之商號中。不請求其使用差止。而使續用之。亦此一例也。

(二) 非社員而與於會社之業務。例如以贊成員。或相談役等之名義。與社員同然執其業務之類。

(三) 非社員。而事實上。有社員之權利義務。例如不定自己所負之責任。而以真實之社員。同有損益分配。及其他之權利義務之類。

以上所舉三例。非謂該當其一行爲。即當然爲類似社員也。不過在實際上。爲斯行爲者。多認爲類似社員耳。尙關於此類似社員之責任。有二三宜注意之點。

(一) 類似社員之責任。非對於會社一般債權者之責任。乃對於爲其誤信之。第三者之責任也。則爲立法論。商法第六十五條。可謂不完全。『對於第三者與社員負同一之責任。』審規定爲『對於第三者自任其責』也。

(二) 舉證之責任。在第三者。即不知其非類似社員之事實。及類似社員之行爲。定其誤信爲真社員之事實。第三者不可不自爲立證之也。

(三) 類似社員之責任。僅關於既往之事件。故爲特定之第三者負擔一次責任。無將來永負社員之責任也。惟有引續陷於第三者誤信時。則對於其第三者不可不再盡社員同然之責任。

(四) 類似社員。當第三者主張無限責任時。其第三者之債權。不得以非關於自己參與事件而發生。爲之抗辯。惟問其使第三者誤信與否也。

第三 退社員 退社之社員。雖從其退社時。已非社員。然在爲退社登記前所發生

之債務。則負責任。此責任。其登記後經過二年時消滅。此商法第七十三條之規定也。

第三款 會社對於債權者保持財產之責任

會社債權。對於社員。要求辯濟。必在會社財產不足之後。故會社財產。最爲重大。則會社對於其財產。不可不盡維持保護之責任也。試述其方法於左。

第一 出資減少之制限。合名會社。雖不如株式會社。豫定一定之資本額。然社員所差入財產出資之總額。即會社事實上之營業資本也。此財產出資之價格。以其爲登記事項之一。第三者。依之而得知會社營業資本之額。又信用之而爲取引者。故構成此資本額之財產出資之增減。對於會社債權者。有重大之利害關係。何則。以出資減少。則會社財產亦減少也。勿論會社資本。與會社財產。不可同一。即使會社財產。在其設立當初。與社員財產出資之總額相同。而爾後。因營業成績良否之如何。物價變動之如何。則時有增減。故會社之營業資本。其記載於定款者。雖常一定不動。而會社財產。則日日有變動。有時或超過其資本額。有時或減少其資本額。

甚或致儘歸於無，有如斯會社財產，以其常有增減，與之爲取引之，三者雖無由精確而知之，而因營業資本以信其現成財產，則普通之狀態也。且立法者常欲維持會社之資本如前述，會社非填補損失後，則不得爲利益之配當。蓋亦保全會社之財產而設此規定也。况乎會社財產爲會社信用之第一基礎，而會社債權者之共同擔保若突然社員減少，其出資是減少，債權者之共同擔保，使因之有害於其利益而失會社之信用也。或曰：在合名會社社員之責任爲連帶無限，出資減少，似不致有害於會社債權者。雖然，此終非正當也。蓋其出資爲會社之資本，屬於會社財產中，而會社債權者之特別擔保也。一旦因出資減少，歸於社員之私有財產中，時則會社債權者於其財產已無特別之權利，不過與社員之債權者有平等而受分配之權，故財產在會社與歸於社員所有，於會社債權者有重大之關係也。商法基於此理由，爲保護債權者，故第六十六條規定曰：『社員出資減少，不得以之對抗會社債權者，但在所在地爲登記後，二年間，債權者對之不述異議時，不在此限。』特設此一定之制限也。

第二 損失填補 如前所述。會社財產。以其常有增減。爲保護第三者。是以規定非填補損失後。不得分配其利益也。然法律於此。猶恐會社故意行其欺詐。瞞其損失。而分配利益。則仍有害於債權者。故第六十七條第二項。又規定曰。『違反填補損失之規定。而爲利益配當時。債權者得使返還之。』使會社債權者。常立於無危險之地位也。

第六節 合名會社之定款變更

定款者。乃會社活動範圍之根據。極爲重要者也。無論法定事項。及自定事項。記載於定款者。若有變更。殆一變會社之基礎。故不許其容易變更之。雖然。或因會社事業之盛衰。或因經濟社會之狀況。至有不可不變更者。則禁其變更。亦非得其當也。惟以其事重大。故商法第五十八條規定曰。『定款之變更。須有總社員之同意。』本來定款由總社員之合意而成。則至其變更。亦因其合意得爲之。當然所不待言。而商法特別規定者。恐其生不得變更。或可以社員過半數之決議。而得變更之。解釋故以明文規定之也。然第五十八條文中。又有『其他爲不在會社目的範圍之行爲。須得總社員同

意』之規定。何也。以此等行爲。亦有必要者。也。假如運送會社。爲無利息之貸金時。或銀行營業之會社。爲寄附金於學校時。非事業之變更。不過偶然。爲此行爲。故不得與定款變更同。爲一律。雖然。是等行爲。以其非社員所豫期。而關於其利害者多。故商法規定。與定款變更同。須有總社員之同意也。此規定。準用於合資會社及株式合資會社。而株式會社無準用之。是商法之一缺點也。(商法百五條二百四十四條參照)

第七節 合名會社之解散及清算

第一款 合名會社之解散

合名會社解散之原因。除總論外。尙有三原因。

一 總社員之同意。總社員。以其爲會社最高之意。思機關。故其同意。以不反乎法之強行規定爲限。無論何事得爲之也。解散亦然。此決議。不問其定有存立時期。與否。無論何時得爲之也。

二 社員不滿二人時。以法人解散之原則言之。必社員全亡而後解散。何以合名會社社員不滿二人。即解散會社。因合名會社之成立。乃以團體爲根本。而共同以

營商業若只一人。則無所團結故也。

三 社員之請求 有不得已事由時各社員得請求於裁判所解散其會社。但裁判所得以社員之除名。代會社之解散。此商法第八十三條之規定也。其理由以合名會社之社員。於會社上較株式會社及株式合資會社。其關係尤爲密切也。

以上解散三原因。所以與他種會社不同者。以其性質不同故也。試再即解散原因中有特別規定者言之。會社存立時間之滿了。及其他定款所定事由之發生。爲解散原因之一。此商法第七十四條第一號之規定。各種會社之所同也。而合名會社則不然。商法第七十五條規定曰。『在前條第一號之情形。以社員全部或一部之同意得繼續其會社。但不爲同意社員。則作爲退社者。』其理由以解散一舊會社。設立一新會社。必費許多手續也。但言第一號而不及其他者。以他之六項。皆無繼續性質故也。茲尙有宜言者。即解散登記之效果。雖從一般之原則。而法律別與以效力也。即付於會社之債務。社員所負責任。在本店所在地爲解散登記後。經過五年消滅。且雖經過此期間後。未分配之殘餘財產尙存時。會社之債權者。得對之請求辨濟。商法第三百

條所規定是也。此期間非時效故亦不得中斷。

第二款 合名會社之清算

會社解散後其財產處分方法隨解散之事由必不一致。會社因合併解散時其會社之權利義務以其全然移轉於他之會社無特爲財產處分之必要。已於前總論中略言之。又因破產解散時以其入於破產手續宜讓之於破產法。故本款皆不再述。惟說明因其他事由解散時其財產處分方法。

會社雖解散後在清算目的之範圍內尙作爲存續者。此商法第八十四條之規定也。此規定以其僅在清算目的之範圍作爲會社之存續。則因解散而失其營業能力自明也。惟其如此故以營業之存在爲條件之法律規定。或定款規定失其效力。因之以社員之人的信用爲結果之規定亦失其效力。以商法第一百二條之規定。『有社員死亡其相續人有數人時關於清算之權利須定一人執行之云云』也。

關於會社之清算法律所認者可分爲二種。即一爲商法第八十五條所規定。謂會社財產之處分方法得以定款或總社員之同意定之云云。是也。一爲商法第八十六

條所規定。謂依前條之規定。未定財產處分方法時。始從法律之規定云云。』是也。前者稱之曰任意清算。後者稱之曰法定清算。試更分兩項述之。

第一項 任意清算

會社解散時。雖喪失其人格。而以其所有財產。尙多殘存。故不可不附其始末。附此跡之始末。則謂之清算。是清算者。爲會社解散後之特別手續。不可不準據法律之規定。也。在他之會社。且株式會社。其內外之法律關係。極爲錯雜。故解散後。必須爲嚴格之清算。而在合名會社。不僅其內外之法律關係比較的多。單純且以各社員在解散後之一定期間內。尙負擔連帶無限之責任。會社財產處分方法。雖使任意定之。亦不致生弊害。故法律許以定款或總社員之同意。得定處分財產之方法。不必命其爲嚴格清算之手續也。茲述其自由處分手續於左。

第一 書類之作成 依商法第八十五條之規定。凡以定款或總社員之同意。定財產處分方法時。從解散之日起。二週間內。須作成財產目錄及貸借對照表。

第二 異議申出之公告及催告 依商法第八十五條第二項之規定。凡會社任意

處分財產時。從其解散之日起。二週間內。對於有述異議之債權者。須公告其旨。使於一定期間內。述之。且於所知之債權者。須各別而催告之。若不爲公告。而爲財產處分時。則不得以其財產處分對抗其債權者。若於所知之債權者。不爲催告。而爲財產處分時。則不得以財產處分對抗未受催告之債權者。(商法七十八條二項八十條參照)

第三 異議之申出及承認 依商法第八十五條第二項之規定。凡債權者於公告之一定期間內。對於會社財產之處分。不述異議。則作爲承認。述異議時。則會社須爲辨濟。或供相當之擔保。方得處分其財產。不然。則不得以其財產處分對抗述異議之債權者。(商法七十條九條參照)

第二項 法定清算

法定清算者。謂專從法律上論之也。從法律上論之時。須具備二條件。即第一解散之原因。出於合併或破產以外。第二定款或總社員之同意。不定財產處分方法。如商法第八十六條所規定。『會社未定財產處分方法。除合併及破產情形外。須從法律之規定云云。』是也。茲試述其清算手續於左。

第一 清算人之任免 依商法第八十七條第一項所規定。凡總社員。皆得當然爲清算人。此原則也。但有二例外。

(一) 任意之任免 即商法第八十七條第二項及九十六條第一項所規定。謂以總社員過半數之決議得任免清算人。是也。

(二) 裁判所之任免 即商法第八十八條第八十九條所規定。謂社員不滿二人時。裁判所因利害關係人之請求。得選任清算人。會社因裁判所命令解散時。裁判所因利害關係人或檢事之請求。得選任清算人。及第九十六條第二項所規定。謂有重要事由時。裁判所因利害關係人之請求。得解任清算人。是也。

(三) 任免之登記 有清算人之選任時。其清算人於二週間內。在其本店及支店所在地。須登記自己之姓名住所。此商法第九十條所規定也。至於解任時亦然。(商法九十條參照)

第二 清算人之職務權限 清算人之職務。法律列舉之。即商法第九十條第一項所列舉。現務之結了。債權之取立。債務之辨濟。及殘餘財產之分配。是也。而此等之

行爲。即爲清算之實質。謂法定清算之範圍。依此條文而定之。可也。以下試分述之。

(一) 現務之結了。在會社解散之當時。已著手而未結了之事務。不問其爲何行爲。不可不圖其結了。雖然履行之期限。以其非因會社之解散而消滅。如期限附之行爲。勿論清算人不得直爲結了。即第三者亦不得求爲結了也。又現務之結了。在必要範圍內。爲新取引。亦非所妨。如德商法則明言之。此新取引。或謂爲附屬的清算行爲。可也。

(二) 債權之取立。債權之取立。雖以對於第三者爲主。而對於會社之社員。取立其債權。亦清算人之職務也。因之請求社員出資之義務之履行。亦屬於債權之取立。況請求社員之出資。商法第九十二條。有『會社財產不足完濟債務時。清算人勿論到辨濟期與否。得使社員出資云云。』以明文規定之乎。雖然。如前所述。社員出資之義務。以其與對於第三者。直接所負擔之無限責任。全屬別箇之觀念。則其所負出資之責任。無論在如何情形。不得超過其額。無疑也。

(三) 債務之辨濟。茲所云辨濟。亦包含對於第三者會社債務之外。對於會社

之社員也。故社員求利益配當之權利亦然。唯關於殘餘財產之分配。以其別有規定。不屬於茲。所謂債務之辨濟中。至於清算中。會社財產不足完濟其債務。至分明時。清算人得請求裁判所。爲破產之宣告。而引渡其事務。於破產管理人。爲終其任。破產管理人在此情形。於已支拂於債權者。或已分配於社員者。得取戻之。(商法九十一條四項
民法八十一條參照)

(四) 殘餘財產之分配 會社以其財產。辨明會社之債務。其財產有殘餘時。清算人雖得分配之於社員。然非在辨濟會社之債務後。則不得遽行分配。商法第九十五條所以如此明定之者。恐清算人與社員互相欺詐。致有礙於債權者之權利也。故清算人違反之時。則受過料之制裁。

清算人以爲其清算。有明悉會社財產狀況之必要。故商法第九十四條規定曰。『清算人就職後。須速調查會社財產之現況。作成財產目錄及貸借對照表。交付於社員。且社員有請求時。須報告每月清算人狀況。』此財產目錄及貸借對照表。德國學者或稱之曰清算會社之開業財產目錄。及開業貸借對照表。尙社員之監

視權。不因會社之解散而消滅。則社員於請求報告清算狀況外。可解爲得檢查會社財產之狀況也。(商法五十四條民法六百七十三條參照)

然則清算人行其職務時。有何如權限乎。從商法第九十一條第二項所規定。『清算人爲行其職務之必要。於一切裁判上或裁判外之行爲。皆有權限云云』觀之。是清算人之權限。與社員對於會社相同也。至清算人有數人時。則其權限。又何如乎。從商法第九十三條所規定。『關於清算行爲。以其過半數決之。但對於第三者。則各自代表會社云云』觀之。是清算人與社員。對於內部雖同。而對於外部。則與社員相異也。

以上所述者。清算人之權限也。至其代理權之範圍。又何如乎。商法第九十一條第三項規定曰。『清算人之代理權。加有制限時。不得以之對抗善意之第三者』此規定。與支配人之代理權。同一立法上之精神也。

第三 清算事務之結了

(一) 清算計算之承認 依商法第九十八條之規定。凡清算人之任務終了時。

須速爲計算。求各社員之承認。社員對此計算。一箇月內。不述異議。則作爲承認。但清算人有不正行爲時。不在此限。

(二) 清算終了之登記 依商法第九十九條之規定。凡清算終了時。清算人於本店及支店所在地。須速爲清算終了之登記。

(三) 書類之保存 依商法第一百一條之規定。凡會社之帳簿。及關於其營業信書。與關於清算之一切書類。在會社解散。爲解散之登記後。在其他情形。爲清算終了之登記後。十年間。須保存之。至其保存之人。則以社員過半數定之。

以上所述。法定清算之手續。以會社解散故也。乃有會社雖非解散。而有似乎解散者。如商法第百條所規定。『會社事業著手後。有欺詐強迫之行爲。取消其設立時。須準解散情形。爲其清算。且有此情形。裁判所因利害關係人之請求。須選任清算人云云。』即是也。夫以法理論之。既取消其設立。則無會社之資格。其一切行爲。應作爲社員個人之事。似不宜適用會社之規定。而法律準用之者。取其便也。

然猶有一問題。謂未經裁判所許可。設立之會社。取消其設立時。亦能適用會社之規

定否乎。此則不能適用。以其未嘗承認爲會社故也。關於此一切行爲。則從民法第一百十一條之規定。直對於相手方。請求損害之賠償。

第三章 合資會社

第一節 合資會社之意義

合資會社者。謂一人以上之有限責任社員。與一人以上之無限責任社員。組織社團法人。以經營商業爲目的者。此商法第一百四條所規定。即謂一部之社員。付於會社之債務。負連帶無限之責任。他之一部社員。對於會社。除出資義務外。不負何等責任也。此外尚有一種合資會社。即舊商法所規定之合資會社也。此種會社。係單以有限責任社員組織而成者。其社員惟因自己執行業務所發生之債權債務。擔任無限之責。新商法以其有種種不便。故改其組織。然此種會社。在新商法施行後。尙有存在者。則仍適用舊商法也。

按我商律所規定之合資有限公司。與日本舊商法所規定之合資會社。其組織似覺相同。而細究之。則實不然。舊商法之合資會社。雖專以有限責任社員組織而成。

然社員苟執行業務。則尙有擔任無限責任之時。是社員之責任。乃相對的。有限非絕對的。有限也。而我商律之合資有限公司。其合資人之責任。必俟公司虧欠倒閉時。查有隱匿詐欺等情。方負無限之責。夫人既有隱匿詐欺等情。則其行爲。必秘密而難查。即使多費時日。得以查出。而合資人或已將其錢財消費無餘。其私有財產。又不足以償濟。是徒使公司之債權者。抱苦痛也。況乎即令無隱匿詐欺等情。而因他項之虧欠。如遇不可抗力之災害。及公司遭他人倒塌等。以致公司倒閉時。而合資人以其無隱匿詐欺等情。不負責任。則是合資人。除有隱匿詐欺等情外。常立於獲利益之地位。而公司之債權者。常立於不利益之地位。於法理上。亦失公平。由是觀之。合資有限公司之合資人。名爲相對的。有限而實則絕對的。有限也。合第一章所述松本氏之商律評觀之。祈立法者。速爲修改。以防商業社會之毒蝕也。

第二節 合資會社之設立

合資會社設立之方法。悉與合名會社相同。惟有一特別之點。即商法第百六條第百七條之規定。關於定款及登記事項。必標明社員之責任。孰爲有限。孰爲無限。是也。

第三節 合資會社之社員

合資會社。以其由無限責任社員。與有限責任社員。組織而成。故法律規定。亦有區別。關於社員之事務。除準用合名會社規定外。有特別規定者。試分而述之。

第一 無限責任社員之權利義務 無限責任社員之行為。一切皆適用合名會社之規定。其有特別規定者僅兩事。

(一) 業務之執行 使商法第百九條之規定。各無限責任社員。於定款無別段規定時。執行會社之業務。皆有權利。皆負義務。至無限責任社員有數人時。其所執行業務。則以其過半數決之。

(二) 支配人之任免 依商法第百十條之規定。支配人之選任及解任。雖定有業務執行社員時。仍以無限責任社員之過半數決之。

第二 有限責任社員之權利義務

(一) 出資範圍 依商法第百八條之規定。有限責任社員。其出資範圍。惟以金錢及其他財產爲限。不得以勞務或信用爲出資之目的。

(二) 責任關係 依商法第一百五條之規定。有限責任社員。不得執行會社之業務。或爲會社之代表。

(三) 持分讓渡 依商法第一百十二條之規定。有限責任社員。非得無限責任社員之承諾。則不得以其持分之全部。或一部讓渡於他人。

(四) 競業禁止 依商法第一百三條之規定。有限責任社員。不適用競業禁止之規則。

(五) 退社原因 依商法第一百七條之規定。有限責任社員死亡時。其相續人可以代爲社員。受禁治產宣告時。亦不因之退社。

以上五種。所以與無限責任社員不同者。以其對於會社之關係。非如無限責任社員之密切也。然又有與株主不同。在株主。不過出資後。但於株主總會及選舉時。出席決議而已。故會社中關係。可分三等。關係最親切者。有限責任社員也。其次則爲無限責任社員。至株主。則絕無關係。對於會社。立於對等之地位。

第四節 合資會社之管理

合資會社管理之權。以歸無限責任社員爲原則。然亦有例外。即商法第一百十條所規定。得另選支配人以爲管理也。至於有限責任社員。雖無管理之權。而以會社業務執行之。當否有直接利害之關係。故法律特與以監督之權。然必如何時期。得行使此監督權乎。試分而述之。

第一 定時監督權 依商法第一百十一條第一項之規定。有限責任社員。在營業年度。終限於營業期間內。得請求閱覽會社之財產目錄。及貸借對照表。且得檢查會社之業務。及會社財產之狀況。

第二 臨時監督權 依商法第一百十一條第二項之規定。有重要事由時。裁判所。因有限責任社員之請求。無論何時。得許其檢查會社之業務。及會社財產之狀況。茲尚有宜言者。在舊商法之合資會社。則定有社員總會。新商法則倣各國商法。不設社員總會。其理由。以社員人數不多。故也。

第五節 合資會社之債權者

合名會社之債權者。對於會社財產。不足完濟債務時。得向無限責任社員請求。其無

限責任社員。應以連帶無限負其責任。此與合名會社之無限責任社員無異也。惟有一問題。即合資會社之債權者。當會社財產不足完濟債務時。得向有限責任社員請求。否乎。此有兩說。第一說。謂債權者不能直接向有限責任社員請求。只能向會社請求。如有有限責任社員所出資本。尙有未拂込者。可以請求會社。令其拂込。第二說。謂債權者得直接向有限責任社員請求。其理由。從商法第一百五條規定作想。以第一百五條規定有『除本章本章有別段規定外。準用合名會社之規定云云。』而第三十六條之規定。又有『會社財產不足完濟債務時。各社員以連帶無限負其責任云云。』則當有限責任社員之出資。有未拂込於會社時。債權者向有限責任社員。應得直接請求。此兩說。宜以前說爲然。以其從有限二字作想也。由是觀之。債權者無論何時。不得直接向有限責任社員請求。乃原則也。但有一例外。即商法第一百十六條所規定。『有限責任社員。使第三者信其有爲無限責任社員行爲時。其社員對於第三者。與無限責任社員。負同一之責任云云。』是也。

第六節 合資會社之定款變更

合資會社。關於定款之變更。悉從合名會社之規定。惟有一特別之點。即商法第一百八條第一項但書所規定。『合資會社在有限責任社員之全員退社時。以無限責任社員之一。致得繼續其會社。而爲合名會社云云。』是也。然在此情形。又須從第一百八條第二項之規定。爲合資會社解散之登記。且爲合名會社設立之登記也。

第七節 合資會社之解散及清算

合資會社解散之原因。除合名會社所規定外。尙有一特別原因。即商法第一百八條前段所規定。『合資會社。因無限責任社員。或有限責任社員之全員退社時。則解散。其會社云云。』是也。其理由。以合資會社。係複雜的組織。其組織既缺一種。則會社當然解散也。至於清算。則一切與合名會社同。

第四章 株式會社

第一節 株式會社之定義

株式會社者。謂團結七人以上之有限責任社員經營商業而豫先確定社員釀出之總資本額分爲平等之部分以爲社員權利義務之標準也。此平等之部分。則稱之爲

株式其部分之金額。則稱之爲株。金有株式之社員。則稱之爲株主。證明株式之法定證券。則稱之爲株券。學者通常稱合名會社爲人的會社。稱株式會社爲物的會社。蓋以此兩會社其組織之極端一以社員之信用而成一純然僅以會社財產之信用而成也。今試述其特徵者於左。

第一 株式會社有確定之資本。即株式會社不可不定置資本總額也。抑在合名會社及合資會社。勿論有一定之營業資金而定款所定社員財產之出資總額。即爲會社之營業資金也。關於此點。雖與株式會社無異。然在此兩種之會社所定社員持寄之出資額。其結果不過得知營業資金之額。反之在株式會社。則豫定一定之資本。分爲平等之部分。而使株主引受之者也。故在合名會社及合資會社。定社員之出資後。雖知其營業資金在株式會社。則先定資本額。後定爲其出資額之手續也。以如後所述。株式會社僅從有限責任之株主而成。對於會社債權者。必要上其資本不可不嚴定之故。其增減須依法定之嚴重手續也。茲有宜注意者。商法於株式會社之資本額。雖不設限制之規定。而在特別法。則基於公益上之必要。有設

其最低限者。例如株式會社之貯蓄銀行。其資本金。須達參拾萬圓以上。保險株式會社。其資本金。須達拾萬圓以上。是也。(貯蓄銀行條例第二條 保險業法第十六條)

第二 株式會社之資本。須分割爲株式。即分資本爲一定平等之部分。而以其部分定株主對於會社權利義務之標準也。其部分則爲株式。即凡一株式爲分割會社資本之單位也。故多有株式者。對於會社權利義務之分量。多少有株式者。其分量少也。而株式以其爲一定平等。故其金額亦同一。或百圓。或五十圓。必限於一種。決不許一會社。而其株式之金額。或百圓。而他又爲貳十圓。各異其額也。至其詳細。俟後述之。

第三 株式會社之株主。其責任皆爲有限。株主責任之有限。如合資會社之有限責任社員。對於會社。除爲出資義務之外。對於第三者。無何等之責任。故株主以其引受株式之金額爲限度。或以其讓受株式之金額爲限度。對於會社負擔責任。而對於會社債權者。無何等之責任也。如斯會社之營業。與株主等一身之信用。無何等之關係。僅依會社之資本爲之。對於會社之債務。以其僅以會社之財產辨濟。不

得及於社員之私產。故會社資本對於與會社相取引之世間公眾而爲唯一信用之基礎。學者或謂株式會社爲資本團體。或謂株式會社爲財產本位之團體。其意蓋以會社成立之唯一根據在會社之資本。於他之事情無關係也。株主之責任以其悉爲有限。故其責任在當初即確定而不可動。因之株主應其所。有株式之數爲全金額之拂込。則其義務全行消滅。縱會社有損失。無填補之義務。其他有如何事情亦無強要以他之責任。例如會社爲營業上之必要增加資本。對於株主不得強制其引受新株。是也。

至於會社。有以額面以上之價額發行株式者。而其超過額。以其須與第一回之拂込同時拂込之故。如有對於株主金拂込以外無責任之原則。而成爲例外之觀。實則不然。以拂込其超過額義務。非株主當然之責任。僅株主基於特約者也。故其結局非抵觸於株主責任有限之定則者。此株主之責任爲有限。亦株式會社所以得募集大資本之一大原因也。茲有宜注意者。出資之拂込。雖以金錢爲常則。亦有以金錢以外之財產得爲拂込者。況會社發起之際。發起人以金錢以外之財產爲出資。

之目的。得代株金之拂込。免其義務乎。雖然。財產以外之出資。則不許之。何則。以株式會社爲資本團體。如勞務信用。不得爲會社債權者之擔保許。爲出資。則反其性質也。

第四 株式會社。須有七人以上之株主。株式會社。吸集無數之小資本。爲大資本。依之。而企大事業者。以其宜有適當之組織。故株主之員數。不可不設一定之制限。若少數者間。欲組織會社。則設立合名會社。或合資會社。可也。況株主之員數。不設制限時。則姦商等。利用株式會社之有限責任。起詐欺的會社。或二三之商人。僅以負擔輕減之目的。至有濫設之弊。害故日本商法。株式會社之株主。常須七人以上。即以七人以上。爲株式會社設立之條件。且爲其存在之條件也。德國法。以五人以上爲限。英法兩國。以七人以上爲限。日本則倣於英法。青木徹二氏。則以株主須有十人以上。或二十人以上。信爲無差支也。

第五 株式會社之株式。以得自由讓渡爲原則。即無會社之承諾。得自由讓渡之也。有此自由。故株式之引受。容易進行。亦集大資本之一便利方法也。雖然。會社亦

得以其定款爲例外的規定。故株式自由讓渡。非法律上之必然。特質宜注意也。

第六 株式會社。商社會社也。是非限於株式會社之特徵。他之種類之會社。亦同

一也。即株式會社爲以商行爲業之社團法人。與他之商社會社同爲商人也。故關於商人之規定。悉適用也。

以上說明者。株式會社之大體也。茲有宜注意者。株式會社以其株主相互間。無法律關係。不如合名會社合資會社之對內關係。則株式會社所謂對內關係。僅指株主與會社之關係也。又對外關係亦然。即株主與第三者間。無法律關係。其所謂對外關係。僅指會社與第三者之法律關係也。

又株式會社爲資本團體。勿論其組成分子之變。更而以其僅依其資本力爲永續性質。故法律付於一種事業。有非株式會社則禁其營之者。例如在保險業法。保險營業非株式會社。則不得營之。在貯蓄銀行條例第二條。貯蓄銀行之事業。則限於株式會社是也。蓋在是等之事業。以依人而博信用。依人而異其盛衰之個人營業及其他合名合資等之會社組織時。則因其人之如何有陷被保險者或預金者於非常不幸之

恐故法律特設此制限也。

株式會社從一國經濟上觀察之則有非常之大利益而又不免因之有弊害今補說之株式會社之所長畢竟在株式責任之有限與株式自由之讓渡而其所短亦多從之而出茲先舉其所長者言之。

第一 適於合同無數之小資本爲大資本而企大事業即小資本散在於各所則資本爲其所用者少而以株式會社之方法集之則優爲大資本故以之經營事業得增加一國之生產力。

第二 無株式組織則有利益之大事業爲少數富豪家所獨占而以株式組織則雖中產以下得與於其利益。

第三 凡利益大者其危險亦必大故大事業而使個人營之必多所躊躇而以株式組織株主之責任以其限於株金額無後顧之憂得容易加入之因之以其所集大資本便於爲大事業也例如開通運河敷設海底電線及其他航渡業海上保險等之危險大事業殆無不僅依株式組織而行者。

第四 在株式組織。以其公示營業之狀態。一般公衆依之而投其資本。有得以選擇之便。

第五 投資本於株式會社。便於通融。且應於必要。在取引所。無論何時。得賣却之。故爲資本家之至寶。

第六 有緩和社會問題之方便。即依之調和資本家與勞動者。雖勞動者少用意於貯蓄。則漸次得買入一株二株。有立於資本家地位之機會。其結果。使勞動者知資本之效用。減殺其敵視資本家之弊。又於一定勞銀之外。與以資本家之一員。從企業所生利益之配當。自忠實於勞務。有感於其他事業之大利。故獎勵勞動者之貯蓄。心如爲一時之惑情同盟罷工之暴舉。有可至於避之之傾向也。

第七 凡人於事業上。雖有經驗技倆。而無大資本。則其才能亦無所用。而以株式組織之。則與事業家以揮其技倆之機會。所謂於人物經濟之上有利益也。又社會問題者。雖從貧富懸隔而生。而在其意味。或爲富者與智者衝突之結果。株式會社於此點。可解爲調和富者智者之一制度也。

以上所述者株式會社之利益也。雖然其相因之弊害亦不少。今試列舉之於左。

第一 有與好材料於姦商等。以供其詐欺手段。其結果至失資本之安全。即不解會社事情之一般公衆。漫然信姦商之甘言。生放資於無利益見込之事業之弊。

第二 在株式組織。以其得容易集資金。往往有擴張必要以上之事業。結局致一國生產之過多。

第三 株式會社之勃興。徒增長投機取引。而有害於着實勤勉之良風者必多。

第四 株式會社。以其機關之構成複雜。故增加無用之費用。易流於繁文褥禮。又比個人營業。於其事業之經營。有欠敏活之缺點。

第五 株式會社。以其爲獨占事業。易陷於不顧一般會社利益之弊。假令對之。而社會有批難之制裁。如一個人或合名合資會社。直接少感其苦痛。依然犧牲公衆之便利利益。無如因於特許之獨占事業。此害尤多。因之與一國之商業道德相關連。其結局。商業道德之程度低。而在社會其弊害亦一層加甚也。

第六 在一個人之事業。及其他合名合資之組織。取引之成績不良。其營業雖漸次

有向於衰運。尙有一意奮勵而計其回復之勇氣。在株式會社之株主。以利害關係薄弱之故。一不。思會社之利益。則直飛賣其株式。究竟不如個人等之營業。得豫期其熱心。假令取締役等。有奮發者。而以其爲不知何事之多數株主。互選之故。亦不如個人之營業。得儘自己之意。專行萬般之事。而在陷於不活潑之實際。其業務不繁榮時。惹起株主與重役之衝突。而極其紛擾。則無論何國。常如是也。

以上所列舉者。對照株式會社之利害也。要之。差引株式會社之組織。其有大効。用固不待言。而謂一國商業之繁榮。半出此會社組織之賜。亦非過譽。故現在文明諸國之法律。無不認之。不過爲防止其弊害。所設規定。有寬嚴之差耳。

如上說明。以其有弊害。故法律對之特設強行之規定。以極力防拒其危險。且感於取締之必要。而歸着於左之二事。

第一 在內部則爲保護其株主。如前所述。株式會社之株主。以其僅拂込一定之

金錢。非有何等勞務之煩。萬一會社營業。其失敗之極。至於破產。而株主之損害。以其僅限於株金。自己資產。全然無何關係。則出入進退。於此會社。得以易爲。故世人

付於會社事業之見込及其營業之方針等不爲何等之判斷。則漫應人之勸誘之株主無不皆然。因之姦惡發起人等多逞術策於其間。以欺株主。故法律特嚴定其取締。又在會社營業中。通常之株主以其不顧會社事業。全放棄於他人之手故。至使受其依賴之取締役。監查役等。得相通謀濫用其信任。巧計營其私利。以籠絡株主而爲防止之。亦須設嚴格規則也。

第二 在外部則爲保護其債權者。會社之業務執行。不相宜時。不僅內外之株主蒙其損害。即外部之債權者亦均蒙其損害。如前所述。株主之私有財產付於會社之債務。無何等之責任。會社債權者之所恃。僅有會社財產。設其財產減少或全滅。則如失掌中之玉。若一個人或無限責任之會社。縱令失其財產。再奮勉回復之。尙有與滿足於債權者之一日。然在株式會社。則如斯事不可得。一有蹉跌。則株主必去而赴於他之新會社。誰肯爲留於多債會社之愚乎。是以會社營業成績不良好之結果。雖不一致。如有爲重役等之不德。減少會社財產之所致者。則法律不可不加干涉。況在日本。所常見聞。如無法之重役等。僅爲得株主之甘心。假捏商業

帳簿之記載。而爲虛僞之配當。其形狀似以不當減少會社財產。或爲虛僞之配當。促株式之騰貴。乘機賣退自己所持之株。以貪暴利。有視會社之後事。如對岸火災者。凡斯情形。於債權者之損害。不可測知。故法律爲保護之。亦有設強行規定之必要也。

法律所設強行規定。以其基於如右之理由。以下所述強行規定。可解多。出於此理由也。

第二節 株主會社之設立

第一款 關於設立之制度

關於株式會社之設立。國家有如何態度乎。從歷史的研究時。大畧得區別爲四種。申言之。即關於會社之設立。國家干涉之程度。得爲左之四主義。

第一 特許制 此蓋以組織會社之始。用株式方法者少。不過一二會社之設立。非純然爲營利團體。而基於裨益公益之理由。得政府之特許。而設立。受特別之恩惠者也。因其得如斯特權。而株式會社。始爲發達。然其特許。與今日行政官府之許可。

則異也。即一依立法手續付於特定會社。制定特別法律。其法律在其他同一情形之會社。不適用也。故其特許狀內。至於設立當事者及其他承繼人等之權利關係。常詳細記載。在此時代。株式會社。雖一爲商業上之一機關。無所相違。而在法律上。尙未認爲制度也。此特許制。行於十七世紀及十八世紀。其間在全歐洲。發百以上之特許狀云。而何謂之特許狀。殆具同一私法的規則之實質。故歐洲國民之法律的觀念。致生株式會社之共通原則。因之。而其原則。漸次成慣習法。又因其慣習法。次第生成文法之傾向。一二之小國。例如在喊撒同盟之市府等。雖顯於事實。至歐洲之大國。尙未爲成案也。

第二 免許制 免許制者。以株式會社爲社團。而免許之。置留保其取消權於國家。以備非常情形之制度也。依此主義。政府對於會社。不僅其設立。行嚴格之檢查。即付其定款。亦行嚴格之檢查。故在免許主義之下。會社常受國家之監督也。此時代之會社。爲法律上之制度。與特許制。雖覺同一。而一則爲立法上之特權。一則爲行政上之特權也。即在特許制。每一會社之設立。須制定一法律。在免許制。則基於既

存之法律。受行政官廳之免許也。

此免許制度。雖其究竟爲拒泡沫會社之勃興。洞察姦商之詐欺手段。使人民不至受其迷惑。而在實際上。或其會社。應爲着實事業否乎。或應足於信用否乎。則非政府屬吏之能。所得明察判斷。以故政府。至僅爲儀式一偏之檢查。常免許之。致民間無智之輩。尊重政府過度。而其結果。有徒招得免許會社。以爲信用後難之危險。如斯。此免許制度。在一方過於干涉。使善良確實會社。有誤於設立時機之弊害。在他方。濫許泡沫或投機的會社。有間接使人民蒙不測災害之缺點。故此制度。現存者少。如德法比意西蘭。雖二三十年前。採此制度。今皆廢之。日本商法亦然。現今存此制度者。僅奧國其他一二國耳。

第三 準則制 此主義。乃悟免許制缺點之多。而後起。付其設立。不認國家之干涉者也。即株式會社之設立。放任私人之自由。國家不過對於既成立會社。在一定之範圍內。行其監督。故準據法律所定之條規。終其手續時。株式會社。得直設立。不須官廳之許可也。不過恐在實際上。或生弊害。嚴格的設取締規定耳。德法比意等採

此制度。日本新商法亦倣之。斷然廢舊商法之免許制度也。

第四 公示制 此主義。英國之所採。從前述。準則制。爲一層。放任。僅登記。一定事項。直生設立之効力也。謂其簡單。類似日本合名合資等會社之設立。非大過也。

如以上所述。英國法律。許將來設立而尙未成組織體會社之登記。雖直認會社之設立。德法之商法。則從一定之準則。履設立之手續。至其組織機關等。全行整頓。始許其登記。因此登記。始得對於外部。而爲株式會社也。此公示制。與準則制之所異也。日本商法。以其倣於德法。採用準則制。株式會社之設立。必不可不經法定之手續。今因之說明其手續。

第二款 設立之手續

株式會社之設立。其方法有兩種。一爲同時設立。一爲漸時設立。而無論在如何時間。須有發起人及定款作成之二事。以爲共通之原則。茲先說明之。次詳述右兩種之設立方法。

第一項 發起人

凡設立株式會社。須有發起人。發起爲設立之準備行爲。而廣解會社之設立行爲。則發起其一。也在合名及合資會社之成立間。雖其通例有種種之準備行爲。是等之行爲。不過在極少數之當事者間。爲契約關係。適用民法上之原則。即以爲足。故付於此點。在會社法。無設特別規定之必要。在株式會社。以其通常有募集株式。引受株式。及其創立總會之招集等之特種事實。定爲其法律關係。則對其關係。不僅有爲特種規定之必要。若不豫設一定之規則。則爲詐僞師輩之所乘。有加損害於善良公衆之恐。故限發起於株式會社。而設特別之階段也。至發起人宜負擔如何重大責任乎。則俟後詳述之。

發起人之數。須七人以上。即非七人以上。則不得發起株式會社之設立也。蓋以過少之人。當發起則公益上有危險之恐。人數多。則不便於逞私曲也。

發起人以其自望會社之設立者。則將來之宜爲株主。可勿論也。雖然商法付其株數。別不定其最低限。故發起人將來宜引受幾株乎。全爲其自由。惟至少不可不引受一株。則爲法之精神也。茲有宜注意者。在特別法。則於發起人有命引受一定株數之事。

例如私設鐵道法第八條。發起人總員。至少須引受總株式十分之二。是也。

第二項 定款之作成

株式會社之設立。與他之商事會社同。不可不首先作成定款。此設立中之第一手續也。定款之作成。雖因發起人之契約。與他之會社情形無異。然茲有宜注意者。即組織會社的定款。與類於定款設立之豫約之區別是也。設立之豫約。以其僅發起人相互間之關係。負擔發生會社爲法人之義務。不過爲取扱關於會社設立一切事項之契約。縱令記載其豫約於書面。不得稱之爲定款也。蓋定款。因記載法定事項而成也。定款宜記載事項。有三種。即第一、絕對必要事項。第二、補充事項。第三、相對必要事項。是也。以下順次列舉之。

(一) 絕對必要事項 此事項不可不記載於定款。若缺其記載。則其定款爲無效。乃商法第一百二十條所規定也。試述於左。

第一 目的 總則中說明

第二 商號 在舊商法第一百七十三條。雖禁加株主氏名於商號中。德商法第二

十條。雖命記其營業目的事業之名。而日本新商法。則不置是等之禁止或命令。不過無論爲如何情形。必須加株式會社四字耳。

第三 資本之總額 此法定事項。乃合名合資等會社所不存也。在合名合資會社。依各社員之出資。僅事實上得知其資金之總額。法律上則不命其記載。確定之資本額。而株式會社。以其爲資本團體。故須明記其資本之總額也。

第四 一株之金額 如云五十圓爲一株。或百圓爲一株是也。

第五 發起人之氏名住所

右所記載之事項。各發起人須署名於定款表。其意思之合致。以見無論何人。皆有責任也。故定款。因於發起人之署名。與法定事項之記載而成立。

(二) 補充事項 補充事項者。謂本來宜記載於定款事項。特缺其記載。其定款非無效。許於其後補足之。乃商法第一百二十一條所規定也。試述於左。

第一 取締役應有株式之數 取締役爲會社之業務執行者。以其握會社營業之實權。與會社之利害關係。不可不相密接。故不有何株以上。則不得爲取締役。

不可不置其規定也。

第二 本店或支店之所在地

第三 會社爲公告之方法 例如關於會社之公告。以某新聞報爲之。是也。蓋株式之讓渡。以自由爲原則。不僅株主之變動不常。且發行無記名式株券時。無由知株主之氏名住所。故會社欲通知其或事項。有不能爲之者。是以以此公告而代通知。使株主得知關於會社之事項。且使與會社相取引之第三者。得知關於會社法律上所出之事也。則此公告方法。有置於一定之必要。故宜記載於定款也。

右之事項。雖本來宜記載於定款。若未記載之時。至於後。在募集設立之際。得於創立總會時補足之。在同時設立之際。得於設立登記前之株主總會補足之。以株主總會之決議。與定款變更之情形爲同一之決議方法也。

(三) 相對必要事項 相對必要事項者。謂在通例爲記載於定款事項。而其記載與否。則全屬於發起人之自由也。特不記載之不能發生其效力耳。故商法第一百二

十二條規定之。試述於左。

第一 存立時期或解散事由

第二 株式額面以上之發行 在舊商法之株式。雖必以額面之價格發行。以其爲實際無用之制限。新商法特任其自由。故額面百圓之株式。不妨以百五圓或百十圓發行。雖然。額面以下之發行。則法之所不許也。蓋許其減額時。則會社之資本額有名無實。有損害於會社債權者之恐也。(商法一百二十八條一項)

第三 關於特別利益之事 即記載發起人應受特別之利益。及受此利益者之氏名也。蓋會社之發起人。於會社成立後。因種種之名義。而受特別之利益。實際上往往有所見。以其生諸種種不公平。故法特爲除之。三手段。豫記載其利益於定款。若不記載。而於其以後。突然爲特別利益之主張。無其效也。以是等豫記載於定款。因之於株式申込證。亦記載之。使株式引受人普知之也。

第四 關於以有價物爲出資之事 即記載以金錢以外之財產爲出資目的者之氏名。及其財產之種類。價格。與夫對其財產所與株式之數也。得以金錢以外

之財產。爲出資之目的。何故限於發起人。以作成定款之當時。所存在者。僅發起人也。元來在株式會社。引受株式者。應其引受株式之數。而以金錢爲拂込。雖爲其本則。而在地所、建物及其他專賣特許權等。却於會社營業有必要。亦無強禁其出資之理由。故法律爰爲特例許之。德商法第一百八十六條亦然。如直放任之。則姦商等通謀而爲不當之評價。會社設立後。有飛賣其株式於他人。而生弊害之恐。即不然。比於出資。而與以過分之株式。則與他之株主間。失其權衡。且會社資本之總額。與其實額。必生大差異。其結果。使會社債權者。至蒙意外之損失。故爲矯此弊。而有豫記載右事項於定款之必要也。茲有宜注意者。在特別法。有不認金錢以外之出資者。例如私設鐵道法第九條第一項。有株式以金錢之外者。不得引受之規定是也。

第五 設立費用及報酬 即宜歸會社負擔之設立費用。及發起人應受報酬之額。須記載於定款也。是蓋爲姦惡之發起人。欺其株主。請求過度之設立費用。而貪私利也。置之定款。則株式申込人。驚其額之過大。得以中止其申込。或不中止。

而爲株主者。承知其額。亦不致蒙意外之損失也。

右之事項。爲相對必要事項。不規定之。則不須記載。僅規定之時。不記載於定款。則無其効也。其他散見於各條之同種事項。爲供便覽。列記於左。

第一 定株主以應配當之利益消却其株式事。(商法一百五十一條二項)

第二 定怠於株金拂込者課違約金事。(商法一百五十三條四項)

第三 定在株主總會之決議方法。(商法一百六十一條一項)

第四 定制限有十一株以上株主之議決權。(商法一百六十二條)

第五 定會社業務執行之方法。(商法一百六十九條)

第六 定取締役或監查役應受報酬之額。(商法一百七十九條)

第七 定開業前配當利息事。(商法一百九十六條)

以上宜記載於定款之絕對相對事項。並補充事項。及其他關於會社重大事項。悉記載之。爲得策也。總之其事項。不反乎法之強行規定者。悉有効也。

茲有宜敘述者。發起人。爲將來設立會社。所締結契約。如何有効。是也。即爲第三者之

契約亦爲一契約。後與爲自己之契約。同因之得附期限或條件於其所生之權利義務也。而爲他日成立會社所締結之契約。即不外以其會社成立爲條件之契約也。申言之。其宜受契約利益之第三者。在契約之當時。必不須現存也。故會社成立之後。發起人於其會社成立前所爲會社契約上之權利。得主張之也。

第三項 同時設立

第一目 株式總數之引受

在合名會社或合資會社。以其定款自身。確定社員之出資。故在其內部。僅因定款作成。而會社即成立。在株式會社之定款。以其僅定資本之總額。與株式之數。其株主之爲何人。尙不可知。故不可不確定之。即定款作成後。須株式總數之引受也。而株式會社之通例。以其資本額過大。僅發起人供其資本者極稀。大概發起人。僅引受株式之一部。而以其所餘。廣向天下。募集株主。則以爲常也。雖然。如發起人之數多。且富於資力。而會社資本額。非過大時。僅發起人引受株式之全部。不徒必非難事。且在實際。却有便利。在如斯情形。會社之定款及株主。既已確定。故無更行募集株主之必要。因之

無創立總會之煩。是以商法第一百二十三條規定曰：『發起人引受株式之總數時。會社因之而成立。』即在發起人間。會社與株式總數之引受。同時而設立者。故稱之曰同時設立。

第二目 重役選任

同時設立之際。會社在當事者間。既爲法人也。且經登記。則對於第三者。以其爲獨立權利之主體。不宜無其機關。故不可不先從株主互選取締役或監查役。而其選任。以發起人議決權之過半數決之。此商法第一百二十三條後段之規定也。至於其議決權。雖以一株有一個之議決權爲原則。然有十一株以上株主之議決權得豫以定款制限之。若定款有制限時。則從其制限之主旨也。

第三目 第一回拂込

同時設立之際。會社既由發起人間而成立。故爲營業上供必要之資金。發起人須速爲第一回之拂込。而其金額。至少不可不達株金額四分之一以上。此商法第一百二十三條中段之規定也。抑株金之全部。一時拂込於會社。雖爲便利。而依經濟社會之事

情。一時集合大資本。則事有所難。況有時不須一時須多額之資金乎。故通例分之爲四回。每一回拂込株金四分之一。四回終其全額之拂込。雖然分爲四回與否。全屬會社之自由。或三回。或五回。皆無差支也。惟第一回之拂込。須達株金額四分之一以上耳。而此拂込。可解爲從發起人中所互選之取締役爲之也。

第四目 檢查役之檢查

依前所述之手續。從發起人中所選任之取締役。其選任後。爲調查一定之事項。不可不請求於裁判所。速選任檢查役。此商法第二百二十四條之規定也。其請求手續。非訟事件手續法。自第二百二十六條至百二十九條有規定。抑同時設立之際。以其無監督之創立總會。若不設特別監督之方法時。則濫用定款。成作之權利。置勝手規定。或不爲充分拂込。其結果有害於會社債權者利益之恐。故爲特別之監督方法。使裁判所選任檢查役也。而裁判所因於請求。選任檢查役時。其檢查役。須調查左之事項。發起人妨此調查時。則處以十圓以下千圓以上之過料也。

第一 第一回之拂込。果爲實事與否。

第二 發起人所應受特別之利益。果正當與否。

第三 在有以金錢以外之財產爲出資目的時。其財產之種類。果不相違與否。又其價格。依相當之時價與否。又對其財產所與株式之數。不過多與否。

第四 發起人爲會社設立。所支出費用。在實際上。果爲必要與否。又發起人爲會社設立。盡有功勞者。其所受報酬之額。相當與否。

檢查役付右之四事項。爲其檢查。若定款未規定第二至第四之事項時。則僅調查第一之事項可也。而檢查役報告調查結果於裁判所。裁判所聽其報告。認右之事項爲正當。則宜認可之。若認爲不當時。得以其職權變更之。例如認特別利益爲過多。則宜減之。認設立費用之支出爲不相當。得以其不相當之部分。命發起人負擔之。又以財產爲出資者。認其所與株式之數爲過多。得直減之是也。在爲此裁判前。裁判所以其有知事實真相之必要。聽發起人及取締役之陳述。得以所附理由。決定而爲裁判。如發起人及取締役有不服者。亦得即時爲抗告也。

第五目 設立之登記

同時設立之際。因株式總數之引受。在發起人間。其會社雖成立。而對於第三者。尙未有獨立之存在也。故商法第四百十一條規定曰。『會社發起人引受株式之總數時。從第二百二十四條所規定。調查終了之日起。二週間內。在本店及支店之所在地。須登記左之事項。』所謂調查終了者。即裁判所基於檢查役之報告。終其所爲處分之日。又若使爲其處分。決定爲其處分之日。是也。

第一 目的

第二 商號

第三 資本之總額

第四 一株之金額

第五 會社爲公告之方法

第六 本店及支店

第七 設立之年月日 株式總數引受之年月日也

第八 定存在時期或解散之事由時其時期或事由

第九 付於各株拂込之金額

第十 開業前定宜配當利息時其利率

第十一 取締役及監查役之氏名住所

右之登記終時。會社始得以其成立對抗第三者也。至於效果及其變更等。則前於總則述之。茲不贅。

第四項 募集設立

第一目 株主募集

株式會社。以其有一定之資本。均分爲株式。無株式總數之引受。則其資本額不充實。缺組織會社根本之要件。不得認其成立。故會社之成立。必須有株式總數之引受也。而在發起人引受株式總數時。則如前述。得同時設立。不然。則須經募集設立之手續。是以商法第二百二十五條規定曰。『發起人未引受株式總數時。須募集株主。』而謂之爲募集設立也。此募集設立。亦云漸次設立。蓋自發起至於成立。其手續。須經幾多之階段也。至募集之方法。商法不設一定之規則。故廣告於新聞雜誌。或配引札。悉爲

發起人之隨意也。其廣告中宜記何事，亦一任之。

茲有宜注意者，即商法第二百二十八條第一項所規定『株式發行之價額，不得減於券面額』是也。蓋爲額面以下之發行，則從株主所拂込之總金額，不充於會社資本額，使會社之基礎薄弱，對於第三者之債權，有不安之恐也。此法律所以禁之也。在舊商法，非得發起之認可，則不得募集株主。又其募集，命目論見書之公告，而新商法，以其廢認可及目論見書等之制度，故發起人作成定款，各引受其株式，得直募集株主也。

第二目 株式申込證

爲應募集而爲株式之申込者，使其手數之容易，且使知將來設立關於會社之事項，法律特先命發起人負作成株式申込證之義務。蓋應募集之株式，申込人多暗於會社內面之事情，故爲發起人所欺罔，而招意外損害者不少。且會社設立之際，發起人之勢力，以其常大而，有籠絡之恐，故爲保護應募者，使發起人無施奸策之餘地。凡發起人之權利，株式引受人之權利義務，以及申込之一切必要事項，須豫先明定之。而

記載於株式申込證也。試述其事項如左。

第一 定款作成之年月日

第二 會社之目的及商號

第三 資本之總額及一株之金額

第四 取締役所有株式之數

第五 本店及支店所在地

第六 會社爲公告之方法

第七 發起人之氏名住所

第八 各發起人引受株式之數

第九 第一回拂込之金額

此外尚有左之事項。若定於定款時亦須記載於株式申込證也。

第一 存立時期或解散之事由

第二 株式額面以上之發行

第三 發起人所受特別之利益及受者之氏名

第四 應歸會社負擔之設立費用及發起人所受報酬之額

第五 以金錢以外之財產爲出資目的者之氏名及其財產之種類價額與夫對

其財產所與株式之數

發起人不作株式申込證。或不記載右之事項。若爲不正之記載時。則處以五圓以下五百圓以上之過料也。

此申込證。須使作二通。一通保存於會社。一通添附於設立登記之申請書也。

第三目 株式申込

第一 申込之手續 爲株式之申込。不可不用發起人所作之株式申込證。故僅以口頭或他之書面爲申込。無其効也。是採用株式申込證制度。自然所生結果也。

第二 株式申込之性質 株式申込之法律上性質。以其依於情形而異。不得一概

論斷。通常發起人募集株主。及株式申込之數。必不符合於株式之總數。有時株式申込之數。或不足於株式總數。有時株式申込之數。或超過於株式總數。不足時。尙

可引續募集。超過時。其株式申込人。中應以何人爲株式引受人。不可不確定之。此確定方法。通常揭於募集之廣告中。或以抽籤爲一法。或採用最高價格之申込爲方法。然無論如何。豫定其方法時。則依其方法。而爲株式引受契約之申込。或爲其承諾也。試舉例言之。

甲 應募高。超過募集高時。有以抽籤定株式引受人者。其株式申込。爲法律上株式引受之申込。須發起人。從抽籤之結果。爲株式之割當。表示其承諾之意思時。引受契約成立。

乙 確定株式引受人。未定其方法時。則不得與甲例同一論之。即對於株式之申込。發起人。以任意之方法。定株式引受人。通知於申込人時。引受契約成立。故此情形之株式申込。純然爲契約之申込也。

丙 若於募集之廣告等。先定申込者爲株式引受人時。則株式申込。爲法律上之株式引受。即與株式申込同時成立株式引受之契約也。故有株式總數之株式申込後。其株式申込。爲無効也。何則。以總數申込後。早已不存申込行爲。則不宜

有承、諾、行、爲、也。

第三 株式申込之効力 此効力。商法第二百二十七條規定之即謂爲株式之申込者。應其所宜引受株式之數。負拂込之義務也。由是觀之。則爲株式引受人之條件者。拂込株式之義務也。申言之。即其所宜引受株式之數。以確定爲條件也。故其結果有二。

(一) 如前述之丙例。株式申込直爲株式引受時。其所宜引受株式之數。早已確定。故當然應於其數。負擔拂込義務。決不繫何等之條件也。

(二) 反之如前述之甲乙例。株式申込純然爲契約之申込。不僅其應引受之株式。在株式申込當時。不能豫定。且有時不爲株式引受人。而全然不須拂込者。故在此情形。株式申込人以株式確定爲條件。而應其確定株式數。負擔株式拂込義務也。要之株式申込之効力。亦因募集之條件次第而異也。茲有宜注意者。株式申込。雖爲商事之一。而非商行爲。不過商人爲其營業時。所爲附屬商行爲耳。

第四

株式申込之取消

株式拂込以其爲法律行爲。從一般之原則。存取消之原

因時得取消之。關於此點，不問其在株式引受確定前與否也。且在左之二情形，商法第四百十條，設特別之規定。株式引受人，取消其株式申込，得請求拂込金額之返還也。

(一) 無論有株式總數之引受，一年內第一回拂込未終時，在斯情形，可推測其非覺束會社之成立，乃爲株式引受人避後日之損害，許其取消也。但怠於拂込之株式引受人，無此權，則不待言也。

(二) 其拂込已終後六個月內，發起人不招集創立總會時，在斯情形，以會社之成立無故遲延株式引受人抱不安心之念爲使之離其關係而許其取消也。

在右之二情形，取消株式申込之株式引受人，得令返還其已拂込之金額也。而不問右之二情形，與其他之理由，株式申込取消合法時，發起人不僅負擔返還之義務，倘有損害時，不可不賠償之也。

反之，一旦會社終其登記，對於內外絕對成立後，株式引受人縱因於詐欺或強迫

亦不許取消其申込。此商法第四百十二條之規定也。蓋會社成立後容易許申込之取消。則使會社之成立不確實而危會社之基礎。故法律不認因於詐欺或強迫之取消。也是對於民法原則之特例也。雖然若因於無能力之取消。從法律上觀之。可解其許之也。此情形乃以保護無能力者爲重也。

第五目 第一回拂込

株式引受人依株式申込證申込應引受株式之數。對於株式總數之引受人。從發起人所定方法確定時。以其須集營業資金。故有株式總數之引受時。發起人宜速付於各株。爲第一回之拂込。此商法第二百二十九條第一項所規定也。蓋第一回拂込與株式申込同時爲之。雖足安全會社之基礎。惟以應募者之申込數超過會社之資本額時。拂戻其超過部分。不得不費無用之手數。故爲此煩而設此規定也。至其拂込之額亦與同時設立同。而發起人應其自己所引受株式之數。宜爲第一回拂込。更勿論也。

第一 額面以上之拂込 若以額面以上之價格發行株式時。其超於額面金額。不可不與第一回之拂込同時拂込之。此商法第二百二十九條第二項所規定也。故有

額面以上之株式時。其第一回拂込。包含額面超過金額之拂込也。

第二 拂込時期 第一回拂込。宜何時爲之乎。以商法僅豫期有株式總數之引受時。須速爲之之規定。故發起人付之定相當之期間可也。雖然。無論如何。至長不可過一年。則繹第四百十條之法意可明也。而株式引受人。受拂込之通知時。不可不直拂込之。株式爲數人共有時。共有者。須連帶而負擔其義務。此又商法第四百十六條第二項所規定也。

第三 拂込催告 株式引受人。不爲第一回拂込時。發起人得定二週間之期間。宜於其期間內。爲拂込之旨。及在其期間內。不爲拂込時。則失其權利之旨。通知於其株式引受人。而基於此通知。於其期間內。爲拂込。則株式引受人。爲履行其義務也。雖然。爲其遲滯所生損害。不可不賠償之。若受通知之株式引受人。不爲拂込時。則失其權利。故創立總會。不得出席。又以後。不僅不得爲株主。且因其不履行所生損害。不可不賠償之。在此情形。發起人付其所引受株式。得更募集株主也。此商法第三百三十條所規定也。至若發起人。對於怠爲拂込之株式引受人。不爲拂込之

催告。或自己隨意引受株式。則從裁判上之手續。得強制其履行也。

然則第一回拂込。在如何情形。爲其事實。法律以缺此拂込時。則使會社之成立危險。故特設嚴格之規則。試述於左。

第一 在創立總會開會之時。第一回拂込。設有未濟。發起人不僅連帶而負拂込之義務。且因其拂込所生損害。任賠償之責也。(商法百三十六條百三十七條)

第二 有株式總數引受後。六個月內。第一回拂込未終時。終於拂込之株式引受人。得取消其申拂。而請求拂込金額之返還也。(商法百四十條)

故發起人必完濟第一回拂込。不然。則不僅自己生其責任。且使其所發起會社。至不得成立也。

茲有宜注意者。在特別法。其第一回拂込。有許其不達株金額四分之一者。例如私設鐵道法第九條第二項。第一回拂込金額。得以株金額十分之一爲止。是也。蓋鐵道會社。因線路敷設。工事之進行。始得順次行其營業。故不必一時拂込多額之金額也。

創立總會爲株式會社，設立行爲之一部。所以使株式引受人知會社設立所經過之準備行爲及審查關於設立之一切事項，俾會社之設立確定而爲定款變更或設立廢止之決議也。誠分述之於左。

第一 招集者 第一回拂込完濟時。發起人須速招集各株式引受人。創立總會。(商法十一條 三十一項)

第二 招集手續 招集創立總會。須從會日之二週間。對於各株式引受人。發招集之通知。而其通知不可不記載總會之目的。及在總會所決議之事項。此商法第一百三十一條第三項所定招集之手續也。此手續有規定於他之法令者。有定於定款者。然無論如何。若招集之手續。反於法令或定款。株式引受人得請求於裁判所。宣告決議之無効。此請求從其決議之日起。一個月內爲之。

第三 創立總會之議事 在創立總會所宜議決事項。限於豫先通知事項。或法定之事項。以外之事。不得議之。又以在總會發案者爲發起人。故商法特設規定。試列舉之於左。

(一) 發起人之報告 一般之株式引受人。以其暗於會社之事情。因之關於會社詳細之成行。有使其熟知之必要。故商法第三百三十二條規定曰。『發起人關於會社創立之事項。須報告於創立總會。』俾株式引受人。聞此報告。得爲判斷諸般事項之材料也。

(二) 重役之選任 如後所述。創立總會終結時。則會社成立。不僅代表會社。執行業務。及監督會社。有發生取締役及監查役之必要。且在創立總會。爲諸般之調查報告。發起人之處置。果爲正當與否。亦須知之。故商法第三百三十三條規定曰。『在創立總會。須選任取締役及監查役。』至其資格。性質。任期。及其他之事。俟後詳述。

(三) 重役之調查報告 在創立總會所選之取締役及監查役。須調查左揭之事項。報告於創立總會。此商法第三百二十四條第一項所規定也。至此報告。則從非訟事件手續法第一百八十七條第二項及第四項所規定。以書面爲之。茲列其事項於左。

第一 有株式總數之引受與否。發起人未引受株式之總數。則付於各株。無論不得爲第一回之拂込。招集創立總會。且會社速爲成立之極。未引受株式之總數。恰如已有引受。不無假爲拂込。招集創立總會者。故使調查報告之也。而若調查之結果。發見有未引受之株式時。發起人不可不連帶引受其株式。且賠償其損害也。(商法百三十六條百三十七條)

本來在創立總會。發見有未引受之株式時。以總會招集之根本要件不備。宜當然使其總會爲無效。更募集株主。再招集總會。方爲正式。惟以其如斯。徒費無用之手數。結局使會社之成立過遲。致株式引受人之迷惑。故從重便宜之主意。使其總會不爲無效。而加制裁於發起人也。

第二 付於各株有第一回之拂込與否。創立總會之開會。以限於第一回拂込之完了後。設發起人有違背此限。招集創立總會者。調查落實時。其拂込未濟之株式。發起人須連帶而爲其拂込。倘有損害。得請求其賠償也。(商法百三十六條百七條)

第三 發起人所應得之特別利益。果正當與否。在定欸定此特別利益。以其爲發起人之隨意。法律上無何等之制限。若發起人欲貪不正之利益。非爲過當之規定。記載於定欸及株式申込證。則必難達其目的。又假令發起人所貪不當之利。雖無惡意。至於後日。非先爲事情之變更。即使至當而事實之不當。不。變。故。商。法。第。百。三。十。五。條。規。定。之。凡。調。查。報。告。認。爲。不。當。時。創。立。總。會。有。變。更。之。權。也。

第四 歸會社負擔之設立費用。及發起人所受報酬之額。果相當與否。此於前同時設立已說明。茲不贅。

第五 在以金錢以外之財產。爲出資目的時。其財產之種類。不相違乎。又其價格。果依相當之時價乎。又對其財產所與株式之數。不過多乎。此調查。與同時設立雖同。而在創立總會。若其財產之價格。認爲不當時。得變更之。而減其所與株式之數。雖然。在此情形。其不服決議之株式。引受人。亦有以金錢拂込。而代約定出資之權也。此商法第三百三十五條。但書所規定。以其在不損會社。

利益之範圍內。爲保護株式引受人之利益。而爲此規定。以調和兩方也。

(四) 創立總會之決議

創立總會聽發起人之報告。基於取締役之調查報告。得爲適當之決議。其他關於會社之設立。發起人所通知事項。亦得爲決議。且於左列事項。因法律所規定。亦屬於決議之範圍也。

第一 定款補足 凡取締役應有株式之數。本店及支店之所在地。及會社爲

公告之方法。未記載於定款時。在創立總會得補足之。(商法百二十一條)

第二 定款變更 在創立總會認爲必要時。發起人所定之定款。得變更之。(商

法百三十
八條)

第三 設立之廢止 創立總會爲議關於會社設立之事項。如其會議決議

設立之廢止。雖爲其目的外之事。然依經濟社會之變動法令之改廢事業性質之如何。設其會社設立。至於無充分營利之見。込以其無強使會社設立之必要。故商法付其存廢一任株主之意。向也。即在創立總會得決議設立之廢

止也。(商法百三十二
十八條)

(五) 創立總會決議方法。創立總會之議事。非株式引受人之半數以上。及引受資本之半額以上者。出席。則不得開之。假令反之。爲事實上之開會。非法律所謂之構成。創立總會也。故雖株式引受人之大多數出席。而其出席者。所引受株式之總額。不充資本之半額時。或其出席之株式引受人。雖引受資本半額以上。而不充總株式引受人之半數時。皆不得開合法之議事。雖然。株式引受人。必須自己出席。代理人得代爲出席。而行其議決權也。且在此情形。出席之代理人。須差出證代理權之書面於發起人也。

其次。創立總會。在合法成立時。其一切之決議。以出席株式引受人之議決權過半數爲之。而在株式會社之定款。無特別規定時。以其付於一株。有一個之議決權爲原則。非有出席所有總株式半數以上之株式引受人之同意。則決議不成立。故對於或事項。贊成者所有之株式總數。比反對者所有之株式總數爲多額。縱令贊成者之員數。比反對者之員數。雖爲少數。其決議爲有效。也是所謂大株主者在株式會社。所以能振大勢力也。惟在定款。付於有十一株以上者之議決

權。設、制、限、時、則、爲、格、別。

又付於總會之決議。有利害關係者。不得行其議決權。故例如發起人。對於所受報酬額之決議。不得以其有株式引受人之資格。主張其議決權。是也。

若總會決議之方法。反於法令或定款時。株式引受人。縱其決議之日起。一個月內。得請求於裁判所。宣告決議之無效也。(以上商法百三十條二項三項)

第四 創立總會之終結 創立總會爲必要一切之決議。且議決會社成立時。謂之終結。會社因茲終結於株式引受人間生成立之效果。此商法第三百九條之規定。所謂募集設立。以創立總會終結之時爲會社成立之時期也。故從此時始得正格用會社及株式之名稱。雖然。是不過在會社內部之關係。若對於內外爲絕對的成立。則須爲後述之登記也。

第七目 設立之登記

總取締役及總監查役。從創立總會終結之日起。二週間內。在本店及支店之所在地。須登記一定之事項。此商法第四百四十一條所規定也。至其事項。與同時設立同。已詳

前。茲不贅。

本節所述者株式會社設立之規定也。茲為便覽。列表於左。

株式會社

同時設立

募集創立

一、發起人之定款作成

二、發起人之總株引受(發起人間會社成立)

三、重役選任與第一回拂込

四、檢查役選任與其調查

五、裁判所之處分

六、設立登記(會社對於第三者成立)

一、發起人之定款作成

二、發起人之株式總數之一部引受

三、付於殘餘之株募集株主

四、依株式申込證為株式申込

五、株式總數之引受確定

六、第一回拂込

七、創立總會招集(重役之選任及其他之決議)

八、創立總會終結(在於內部會社成立)

九、設立登記(會社對於第三者成立)

按松本烝治氏評我商律曰。關於株式會社之設立。英國法與大陸法。全然異其主義。大陸法。一般採資本確定之原則。會社非確定株式總數之引受。則不得成立。日本商法。亦從此主義。反之英國法。採建設主義。七人之發起人。各引受一株。時得直爲登記。受人格賦與證。以爲法人。無株式總數引受之必要。爲法人後。得募集株式。圖資本之充實也。雖千九百年之會社法。非確定資本之總額。若引受定款所定之最少額。則會社不得爲開業。或起負債。而株守其建設主義。依然也。此二主義之利害得失。必不得一概論斷之。應於經濟界之情況。得適宜募集株式。雖爲建設主義之所長。而以資本之確定爲會社成立之要件。不僅理論上合於資本團體之性質。且有杜絕會社濫設之弊。竇防止假會社之名。而爲騙詐之狡計之利。此余所以

大陸法之主義爲可也。雖然清國法關於此點如採英國法之主義者不以設立之登記爲會社成立之要件。會社因定款之作製而成立。其成立之後得募集株式也。
(公司律十條十一條十三條十四條十六條十八條十九條) 例如其目論見書中除株式總數之外宜記載現欲募集株式數亦其一證也。(公司律十條六條五號)

設立會社須七人以上之發起人作製定款各自爲一株以上之引受。會社因定款之作製而成立。此公司律第十條至第十四條所規定也。須有七人以上發起人。英法比匈等之多數諸國法及日本商法所採之主義也。德商法則爲五人以上。葡商法則爲十人以上。發起人須各自爲一株之引受。記載於定款中是依於英德法及日本商法等之主義者也。在法意法之學說則不以之爲必要也。

宜記載於定款之事項。公司律第十一條規定之。略與日本商法揭於定款之絕對必要事項同。由是觀之。公司律雖不如英國法。發起人先定會社組織之大綱。後設詳密之規則。而依第九節之規定。以公司合同之外。雖變更公司章程。亦須株主總會之特別決議。似做英國法之主義。若合同以外。必須另定公司章程。則公司律第

十六條第六號以下之事項讓之於公司章程中可也。

日本商法揭於定款之相對必要事項。公司律雖不爲宜記載於定款之事項。然認定存立時期事。則依公司律第二百十條第三號而得知之。認發起人及其他所受特別利益。則依公司律第十六條第七號而得知之。又現物出資及設立費用。雖無規定。然以第十六條第八號所規定「創辦人爲所設公司。先與他人訂立有關銀錢之合同之類云云」觀之。則以金錢以外之財產。代出資金。或使設立費用歸會社負擔之目的。依此規定。稍得達之也。唯株式額面以上之發行。在新株發行時。公司律第一百十八條。雖有規定。而在會社設立之時。則無規定。其因於何理由。而然乎。不可解也。至禁止額面以下之發行。雖無規定。其不認之。殆可謂事理之當然歟。股分公司。不論有限無限。如須招股。必先刊發知單。並登報布告衆人。此公司律第十六條所規定也。是與匈牙利之諸國商法及瑞典株式會社法同。所謂探目論見書主義者也。英國法。從來認目論見書。而不以其發行爲必要。惟千九百年之會社法。付於所謂公會社。有強制目論見書之發行者。此目論見書之制度。與株式引受

證之制度。各有一長一短。公司律採目論見書主義。非必爲不可者也。

株式之申込。以其須依式而以書面爲之。株式申込人。應其所引受株式之數。負其責任。株式引受人。不爲株金拂込時。得引繼其引受株式於他人。此公司律第三十三條第三十四條第四十條所規定也。是等之規定。略與日本商法同。別無所論評。至於株式申込證。不規定記載事項。則採目論見書主義之結果也。唯株式之引受。關於其取消。如日本商法之第四百十條及第四百十二條。其規定之便。則有須一考者。

會社募集株式已齊時。發起人須招集株主總會。即由總會選舉檢查役。檢查株式總數。是否引受及其他各事。是否適當。如查出發起人。確係遵照明示目論見書事項執行。又無他項弊竇時。會社應於十五日內。爲登記之申請於商部。如查出發起人。不遵照明示目論見書事項執行。又有他項弊竇時。總會可以不承認其設立。而解散之。此公司律第十八條至第二十條之規定也。此總會。雖該當大陸之多數諸國法及日本商法所認之創立總會。而公司律以其採英國法之建設主義。會社於

株式募集前既已成立。則此總會乃第一回之株主總會。非如創立總會爲株式引受人之總會也。此第一回之總會乃大清商律獨特之制度。折衷於英國法之建設主義。與大陸法之設立決議之主義。雖一見似可謂其巧妙。然在第一回之總會終結前。認會社之設立。終屬徒事。無何等之實益。不如斷然拋擲建設主義而使會社成立於創立終結之後。設立登記之時之簡易明截也。

在第一回之株主總會與日本商法之創立總會同。應選任取締役及監查役。雖爲公司律第六十二條七十九條法文之所命令。而第一回之株金拂込將如日本商法。使其在總會招集前爲之乎。抑使其在總會終結後爲之乎。法文雖不明瞭。而從公司律第二十一條第九號規定「每股已交銀若干云云」觀之。在設立登記前。可豫想其有拂込者。因之推測他之法條。恐在總會招集前。應使爲第一回之拂込。惟其時期不免於不明。則宜設法文規定之也。

公司開辦三月後。限於一月內。董事局須邀集衆股東會議。將開辦各事宜。詳細陳說。此公司律第二十二條所規定也。是恐做千九百年之英國會社法所新設之制

度。頗爲妥當規定也。

關於發起人之責任。發起人不得隱匿不當之利益。欺其株主。發見此情弊時。除追繳所得原額之外。宜從罰則處分之。此公司律第十七條及第二百二十六條第十一號所規定也。關於此點。各國法之主義。略不一致。認發起人對於一切利害關係人有責任者。比商法及瑞西債務法也。定對於株主及第三者之責任者。匈商法也。德商法及日本商法。則僅對於其會社。定其責任。又關於會社之設立爲無效或廢止時。定發起人之責任者。法比之二國法也。其他各國法。關於此點。不爲規定。公司律第十七條。規定發起人對於何人。皆有責任。而其追徵所得額。宜歸何人乎。余不敏。不能解之。關於發起人之責任。希望其置一層周密的確定也。

至關於會社之設立無效情形。各國法之立法例及學說。極不一致。德商法及日本商法。則共關之設其規定。公司律不置規定。以其採英國法之建設主義。會社在其設立之初步。既成立也。雖然。英國法與至大之創設的效力。於人格賦與證之作製。假令至於後日。發見無七人之發起人。苟有人人格賦與證之作製時。不發生會社設

立之無效也。公司律以其不採此制度。恣欲混合建設主義與大陸法主義。而採半吞半吐之曖昧主義。至其結果。使執法者懊惱。此難問。蓋可期而待也。

第三節 株式及株主

欲明株式。須先明株主。所謂株主者。即株式會社之社員。對於株式會社。曾引受其株式者也。

第一 株主之義務 商法第一百四十四條規定曰。『株主之責任。以其引受或讓受株式之金額爲限度。株主付於株金之拂込。不得以其相殺對抗會社。』所以如此規定者。一則表明株主責任之無限。一則保持會社一定之資本也。

第二 株主之權利 株主權利可分爲二種

(一) 受財產分配之權 此權利基於法律之規定。蓋會社之人格。以財產爲主體。非如組合財產爲各組員所共有。當然宜受也。試列舉之於左。

第一 有受利益分配之權利。此權利商法第九十七條規定之。『凡利益之配當。依於定款。而應拂込株金額之割合爲之。但會社在發行優先株時。有

異其規定者。不在此限。』

第二 株式消却時。有請求拂込金額返還之權。(商法百四十條)

第三 會社解散時。有受殘餘財產分配之權。(商法二百三十四條)

第四 有受利息配當之權利。以原則言。株主原不宜得利息。而乃言有此權利者。係例外也。如商法第九十六條所規定。『會社登記後。二年以上。認為不能開業時。會社對於株主。以定款所定開業期為限。得定配當一定之利息。但其利率不得超過法定利率云云。』即是也。至其配當之割合。則從商法第九十七條之規定。應於拂込株金額為之。

以上所舉權利。除殘餘財產分配之外。乃會社對於株主固有之關係。非債務之關係。所以不能與株金相殺。何則。以會社之利益與否。既不能定。而其數。其期亦不能定也。但關於此問題。學說各有不同。梅博士則以此為條件附之債務。條件發生。即可以相殺。而志田博士則不以梅說為然。以為無論如何情形。皆不得以之相殺也。

(二) 其他附隨之權利 此等權利於各節分詳之。茲爲便覽。特別舉之於左。

第一 有當然參與意思機關之權。

第二 有被選任爲業務執行或代表機關之權。

第三 有閱覽定款、總會決議錄、及株主名簿、社債原簿之權。

第四 關於總會招集之權。

第五 關於訴訟之權。

第六 有十一株以上之株主。有檢查役選任請求權。

以上說明者。株主之權利義務也。而此權利義務。以何包括之。則曰株式。故株式者。乃隨株主之資格。對於會社。包括所有一切之權利義務也。以下試分款述之。

第一款 株式之性質

株式會社之資本。須均分爲株式。此商法第一百四十三條所規定。以其不分爲株式。則不有會社之資本。故株式者。會社資本之一部也。雖然。從有株式者。對於會社之關係。觀之。則株式者。不外爲對於會社一種權利之總稱。故云株式。云株主。權其意味一也。

因之株式有二樣之意義。在商法之各條。時而用資本一部之義。時而用株主權利之義。在此書。此語之用法。必不能一定。其用如何之義。則依前後之關係如何。讀者可適宜判斷之。

在民法第三百六十四條第二項。雖以記名之株式爲指名債權。然株式元來不限於記名。如無記名之株式。其性質上亦爲債權否乎。從純理言。非無多少之疑。而在日本國法實際之株式。則不可不以債權待遇之。關於此點。世上有種種之說。或謂株式爲對於會社權利義務之總稱。或謂株式爲社員一種特別之權利。而青木徹二氏則以此說明均不正確。難以知其本質。至以株式爲債權。比較民法之規定。則信爲正當。即令現在無確見解。他日必有發表研究結果之機也。至於株式所包括之權利。則於前說明株主時已詳之。茲不贅。

第二款 株式之金額

株式之金額。必須均一。此商法第一百四十五條第一項之規定也。其理由出於實際上之便。宜蓋株式之金額均一。在於會社。不僅便於調查。而記載於帳簿時。得省煩雜之

手數爲利益配當際。得爲容易之計算。且定株主議決權之多少。更有便利。至於其他株式之賣買。以其概在取引所爲之。而定其市價。株式金額爲一定平等時。則僅稱某會社之株爲幾許圓之市價。得以一言而知其高低於賣買取引上。亦頗便利也。株式之金額。須有一定之制限。不得妄定少額之株金。至其制限之額。當視其國經濟現象之如何以爲規定。而一國之中。其經濟現象。又時有變動。更當相時以爲規定。不可拘泥日本現行商法第四百五條第二項所規定。則以五十圓以上爲原則。而以一時拂込二十圓以上者爲例外也。然法律何故設此制限乎。則有種種之理由。試述於左。

第一 爲保護小民所必要也。若妄細分資本。爲五圓十圓等少額之株式時。則在邊僻地方。爲些細蓄財之農民等。又住於市街。全不解經濟社會事情之無智小民等。均得爲株式之申込。彼等全不知何等實際之狀態。漫有信用會社之傾。不僅姦商等之發記人得逞詐術於其間。卷小民之血汗金。使陷於非常之不幸。即令實際無憂於斯。而一朝會社事業終於失敗時。小民等多年所集之小資金。亦有蕩盡之

恐也。

第二 爲防止投機之行爲也。

株式之金額過於少時。則不願會社事業成否之徒。妄以投機之目的。爲一時株主無投機賣買之好手段。則其結果必困難。株金之拂込。使會社之基礎有危險之恐。比株式金額過大時尤甚也。

第三 爲避煩雜之手數也。

株式金額之最少額。無限制時。則資本之數額縱不大。而株主之數亦必夥多。如此。則株主名簿之記載及名義之書換等。必非常煩雜。招集株主總會。必非常困難。整理議事之規則。必非常混雜。至其他株金拂込催告等之不便。尤不待言。故制限株式之金額以相當之額。可云至當也。雖在實際。有一人有數百數千株式之株主。株主之數。必不準於株主之數。然株式多。則株主亦從而多。則普通之現象也。故手數之煩雜。可豫想也。

如上所述。有幾多之弊害與不便。故株式金額之最低額。宜設制限也。雖然。至其最高額。則無何等之制限。故一株爲五百圓。爲千圓。全屬自由。惟實際上。一株之金額過大時。有募集之不便。有此不便。不多定其金額。法律亦不干涉之。

尙附屬於株式之金額。宜說明者。有二三之事項。

(一) 株式之金額。通常分之爲四回或五六回。拂込於會社。雖然。亦有一時拂込其額者。以斯情形爲限。得發行五十圓以下二十圓以上之株式也。故想像極端之情形。株式會社。得僅有百四十圓之資本金。何則。以株式會社。得以七人而成立也。

(二) 株式之金額。限於一時拂込株金之全額時。得以二十圓以上。爲例外規定。此規定。不可不以狹義解釋之。故不許類推。例如資本減少之方法。爲減株式之金額時。不得過五十圓以下。是也。然爲立法論。則在資本減少時。株式金額減至二十圓。爲止。可許之也。

(三) 株式者。單位也。故其個個株式之金額。不得分割之。或併合之。雖然。數人共有一株。亦不妨也。何則。以此非分割株式之所有。不過數人對於一株想像上之部分。所有權利也。申言之。則共有者。非破壞單位也。又在實際上。許株式共有時。雖遺產相續。人有數人之際。亦得許之也。雖然。若其共有者。共同行使株主之權利。則關於利益之配當。殘餘財產之分配。及其他議決權之計算。必招煩雜。故商法第一百四十六

條第一項規定曰：「株式屬於數人共有時。須定一人行使株主之權利。」至於株金之拂込。則仍歸共有者負擔。故其同條第二項又規定曰：「共有者對於會社。連帶而負株金拂込之義務」也。

(四) 在商法施行前所設立之株式會社。株式之金額。雖反於前述之制限。而在未反乎舊商法及舊商法施行條例之規定。得依其定款之所定。即商法施行後發行新株。亦同然也。然在商法施行後。變更株式之金額時。則須從商法之規定。(商施行法五十五條)

第三款 株式與持分

株式與持分。均為對於會社權利之總稱。在其本質。原無大異。且在合資會社。有限責任社員之持分。於法理上。更不能與株式相區別。今強從法之規定。所生附隨之差異。列舉之於左。

第一 株式之金額。必須均一。持分則不然。即株式為資本均分之單位。持分則非單位。且不均一。乃持分普通之狀態也。

第二 株式不得分割。持分則得分割之。乃第一差別之結果也。

第三 株式一人得有數個持分則一人一個寧謂爲一人權利之總稱也。

第四 株式有法定之證券名之曰株券持分則無斯法定之證券。

第五 株式之讓渡以自由爲原則持分則不然即株式無會社之承諾得讓渡之持

分之讓渡則須得總社員或總無限責任社員之承諾也。

第六 有株式之株主責任必爲有限有持分之社員責任却多爲無限。

第七 株式會社以其不認財產以外之出資故無認以勞務或信用爲出資之情形因而對之不得與以其株式有無限責任社員之會社認以勞務或信用爲出資故對之能取得其持分也。

第四款 株式之種類

株式依觀察點之如何得爲種種之分類。

第一 記名株式與無記名株式 是寧謂爲代表株式之株券之區別也即記名株

式爲依記載株主氏名之株券所代表之株式無記名株式爲未記載株主氏名之株券所代表之株式也此兩者其發行之時期及讓渡之方法所有差異俟後述之。

第二 舊株式與新株式 此從發行之時期爲區別也。舊株式謂會社設立之當時所發行者。新株式即商法第二百十三條所規定。謂會社之繼續中爲增加資本。所新發行者。舊株式之語爲對於新株式而有此名。故不發行新株式時。則不另附舊株式之名稱。單稱爲株式也。

第三 優先株與普通株 通常所云株式皆普通株之謂也。優先株者。有特權株式之義。即比於一般之株式。有特別優等財產上之權利也。元來株數同。則其權利之分量亦同。雖爲原則。而優先株則對之爲例外也。

所謂優等財產上之權利者。果如何乎。其權利之廣狹。又如何乎。此則從商法第九十七條但書及第二百二十九條但書所規定。付於利益之配當。或殘餘財產之分配。得比他之株主。異其定款所定。而受最好之割合也。雖然。財產以外之權利。則不認爲優先株也。

至於優先株之發行。則商法第二百十一條規定之。會社非株金全額拂込後。爲增加資本。則不得發行優先株。且在情形。須記載其旨於定款也。至其理由俟後說明。

第五款 株券

第一 株券之性質 株券者爲證明株式之證券。記載法定之事項者也。即株式權利之成立。與株券無關係。雖無株券。不僅不妨有株式。且先株式而獨立發生。故株券。非學者之所謂設權證券。雖然。以其移轉株式之權利。須有株券以爲之證。則株券得稱爲有價證券也。

第二 株券之發行 株券非在本店所在地。爲設立登記後。則不得發行。此商法第一百四十七條第一項所規定也。元來株券以供株式讓渡之具爲主。而株式讓渡。以其限於設立之登記後。故株券之發行亦限於在本店所在地登記後也。若違反此規定。於登記前發行株券時。依商法第一百四十七條第二項所規定。不僅其株券作爲無效。且信無効之株券爲有效而取得者。蒙有損害時。對於發行之發起人或取締役等。得請求損害賠償也。

第三 株券之形式 商法第一百四十八條規定曰。株式須記載式之事項及番號。由取締役署名之。

會社之商號。

(一) 在本店所在地設立登記之年月日。

(二) 資本之總額。

(三) 一株之金額。

(四) 拂込金額。每有拂込。須記載其金額。但一時拂込株金之全額。則不須記入其金額。

(五) 以上株券記載之要件也。其他法所規定。在記名株券。雖當然宜記株主之氏名商號或名稱。而無記名株券。則不須記之也。若取締役或監查役。不記載應記載事項。或爲不正之記載時。則處以五圓以上。五百圓以下之過料也。

第四 無記名株券 舊商法。以無記名株券爲危險。雖不許其發行。新商法則從各國之立法例認之。惟付其發行之時期。設以制限。即商法第一百五十五條第一項所規定。『株金有全額之拂込後。因株主之請求。得發行無記名株主云云。』是也。在株式會社。以其全不着眼於株主之身上。無記名株券。最、適、合、於、其、性、質。則會社經

本店所在地之登記。似無論何時。許其發行。不致差支。惟株金之全額未拂込前。許其發行時。以株式讓渡人。不能負擔擔保義務。使株之投機。賣買益盛。不能充實會社之資本。因之致會社基礎。有不安全之恐。故無記名株券之發行。限於株金全額拂込後也。

發行無記名株券。雖有右之制限。而以發行之無記名株券。爲記名株券。則全屬自由也。即商法第一百五十五條第二項所規定。『株主無論何時。得請求其無記名之株券。爲記名式云云。』是也。蓋改無記名爲記名。不徒毫無弊害。且以株主爲防止從紛失盜難等所生危險。有其必要。故與株主以書換請求權也。

無記名株式。以其賣買流通自由。得輾轉於何人之間。故在國法上。株主之資格。付於設有制限之會社。不可不禁之。即依法令之規定。宜僅以日本人組織之株式會社。及僅以日本人組織爲條件。而有特別權利之株式會社。不許其發行無記名式之株券。若違反之時。則其株券爲無效。以最後之記名株主爲株主。而反此禁止發行之取締役。則處以百圓以上千圓以下之過料也。

第五 株券之種類 株券以其爲證明株式之證券。故其種類亦與株式之種類同。惟株式不得併合。株券得以併合。因之發生單獨株券與合併株券之二種。單獨株券者。謂對一株式。發行一通之株券。普通之情形也。合併株券者。謂對數個之株式。僅發行一通之株券也。即以一通之株式。證明數個之株式。稱之爲合併株券也。在舊商法第一百七十八條。雖依株金拂込之前後。分株券之種類。新商法。則不區別之。僅認一株券。即在本店所在地。爲設立登記後。所發行者是也。

第六款 株式讓渡

第一項 總論

株式以其爲一種之財產權。勿論從一般之原則。得讓渡之。且株式會社。純然爲資本團體。株主對於會社之關係。以其所有株式之數爲標準。毫不着眼於其株主之身上。故自由讓渡株式。能適合株式會社之本質也。即株主無會社之承諾。得自由讓渡其所有株式於他人。乃商法之原則也。惟商法第一百四十九條所規定。有二例外。試列於左。

第一 定款有別段規定時 例如在定款當會社之株式定有全禁其讓渡或其讓渡須會社承諾時則不可不從其所定而法於定款許其爲斯例外規定者以其事非關於公益故特尊重當局者之意思也。

第二 設立登記前 前述第一之例外乃對於讓渡自體之例外此則爲讓渡時期之例外也即會社非在本店所在地爲設立登記後則不得讓渡其株式或爲讓渡株式之豫約故雖違背而讓渡之無效也此其禁之之理由從理論上觀之在登記前會社對於第三者尙未成立縱有其未成立會社之株式非對於第三者有存在之性質也又從實際上觀之若會社成立前許賣買株式時則以投機的手段爲會社之設立及株式之引受者益甚必有爲免株金拂込之義務而賣拂之者致使強固會社之基礎不可得也雖設立登記後非無如斯弊害惟登記之當時既各株主拂込株金四分之一即令登記後爲讓渡而有危會社基礎之恐亦比登記前之弊害少故因於上述之理由禁其讓渡於登記前而許其讓渡於登記後也。

在登記前雖株式讓渡之豫約亦不許爲之者蓋僅禁株式讓渡而不禁其豫約時

以其發生所謂權利株之賣買。至禁讓渡之主意。不能貫徹也。因會社之登記前。置讓渡豫約。其讓受人。代爲株金之拂込。而爲權利移轉之手續。於會社成立之後。得達株式讓渡之目的。故立法者。使其豫約。自身爲無效。以收讓渡禁止之實效也。右述二情形。對株式自由讓渡之原則。雖爲例外。然在此情形。如因相續而取得其株式。則不妨也。何則。以相續非讓渡也。

第二項 株式讓渡之手續

第一 記名株式之讓渡 此讓渡。在當事者間。僅有意思之合致。即生效力。雖然。以其讓渡對抗會社及其他之第三者。則不可不從商法第百五十條所規定之手續。試分述於左。

(一) 須記載讓受人之氏名於株券。

(二) 須記載讓受人之氏名住所於株主名簿。

右之二要件。不履行時。則對於會社及其他之第三者。不生讓渡之效果也。即讓受人對於會社。不得請求利益之配當。又在株主總會。不得行使其議決權也。雖然。在

當事者間以其不爲右之手續。有讓渡之效力。若讓受人受取利益之配當金時。則得請求其引渡也。

第二 無記名株式之讓渡 此讓渡。從民法第七十八條所規定。與普通動產同。不須何等之方式。僅交付其株券於讓受人可也。申言之。即在當事者間。依意思之一致。生讓渡之效力。對於會社及其他之第三者。僅交付其株券於讓受人。生其效力也。

如前所述之株式。無論爲記名。爲無記名。若讓渡之。必須占有其證明之株券。此株券所以有有價證券之名也。

至於株式之質入。以商法無何等規定。茲從民法說明之。依民法第三百六十二條所規定。『質入普通之指名債權。非通知其質權之設定。於第三債務者。或第三者承諾之。則不得以其質入。對抗第三債務者。及其他之第三者。惟限於記名株式。不用適之云云』觀之。是質入記名之株式。不通知於會社。或無會社之承諾。得對抗於會社及其他之第三者也。如前所述。記名株式之讓渡。須履一定之手續。何故。其質入。不須何

等特別之手續。未免於不權衡。是以在日本帝國議會。有加修正之結果也。茲尚有說明者。讓渡株式者。因其讓渡。失株主之資格。早與會社之關係。雖全行斷絕。而法律以基於或必要故。爲特別規定。使株式讓渡人對於會社。負擔一定之責任也。抑株主對於會社。所負擔義務。惟有拂込株金之一事。拂込株金金額之株主。對於會社。無有何等之責任。因之其株主。雖讓渡所有之株式。與會社之利害。全無關係。反之。未拂込株金金額之株主。對於會社。以其負擔拂込未拂込部分之義務。無故而免其義務。致會社之資本。有不能充實之恐。因此理由。故商法對於株式讓受人。付株金之拂込。嚴定其有責任之旨也。至其詳細。俟後述之。

第七款 株金之拂込

株主對於會社。付其所引受株式之金額。或其所讓受株式之金額。負擔拂込之義務。此商法第一百四十四條第一項所規定也。又株式屬於數人共有時。共有者對於會社。不可不連帶而爲株金之拂込。此商法第一百四十六條第二項所規定也。而第一回拂込。在株式總數之引受後。宜速爲之。其手續既述於前。至會社成立後。其第二回以後

之拂込時期。以法律不另設規定。故宜從定款之規定。株主總會之決議。或取締役之所定。爲株金之拂込也。茲述其手續如左。

第一 拂込催告 株金拂込之期日決定時。須於二週間前。催告於各株主。此商法第五十一條第一項規定也。受催告之各株主。至其期日。必不可不拂込。而付此拂込株金。不許以其相殺對抗會社。此又商法第一百四十四條所規定。爲民法第五百五條相殺之例外也。設此例外之理由。以許其相殺。則株主對於會社。付債權。存否。及其內容効力等。有待調查。生手續上之煩雜。且爲滯納處分之情形。其手數一層尤甚。又株主主張相殺權。不爲株金之拂込。與一旦拂込於會社。然後對於會社。執行債權。於先取特權之順位。大有關係。縱令爲如何強力之優先權者。不拂込金於會社。則不得執行其金額上之權利。有空失其利益者。要而論之。法律對此株金。惟嚴定令其先拂込於會社。至其後。株主對於會社。在辦濟期執行債權。與否。非會社法之所顧也。

第二 再度之催告及失權之豫告 株主至其期日。不爲拂込時。會社得更定一定

之期間內。宜爲拂込之旨。及於其期間內。不爲拂込時。則失株主權利之旨。通知於其株主。但其期間。不得過二週間。此商法第一百五十二條第二項所規定也。而株主受再度之催告。及失權之豫告後。仍不爲拂込時。則失其權利。此又商法第一百五十三條第一項所規定也。故其後。不得與於利益之配當。又其株式上。所設定之質權等。亦從而消滅也。雖然。其失權株主。付於株金拂込之責任。則不因之消滅。以拂込懈怠。雖發生失權之效果。而無義務免除之效果也。況會社對於株主。尙得請求損害之賠償。及定款所定之違約金。商法第一百五十三條第四項。已明設規定乎。

第三 向讓渡人之催告 如前所述。在受再度催告之株主。不爲拂込。而失其權利時。會社對於各讓渡人。須定前述之期間內。發宜爲拂込之催告。而受催告之讓渡人。爲拂込時。則其人取得其株式。若讓渡人有數人。均拂込時。則最先爲滯納金額之拂込者。取得其株式。此商法第一百五十三條第二項所規定也。夫株式讓渡人。因其讓渡已失株主之資格。尙不免此責任。似反乎普通之觀念。而法律特爲規定者。所以防株式之長機的轉賣。俾確實會社之基礎也。在此情形。依商法第一百五十三

三條第四項所規定。會社對讓渡人。不妨請求損害之賠償。及定款所定之違約金也。

然此有一問題。自株主失權之時。至讓渡人取得株式。其間株式宜歸於何人乎。或曰。其株式一時歸屬於會社。或曰。會社不能取得自己之株式。取得失權株主之株式。爲不當之解釋。雖然。法律對於會社。禁其取得自己之株式。乃因於任意之契約。決非包含特別規定之結果也。故失權株主所有之株式。一時爲達株金拂込手續之目的。使歸屬於會社。信正當也。後述競賣手續中亦同。

第四 株式競賣 讓渡人受前述之催告。不爲拂込時。會社爲最後之處分。須競賣其株式。此商法第一百五十三條第三項前段之規定也。在此情形。有競落人時。其人取得其株式。從前之株主。亦不妨爲競落人也。若其株式。祇屬於一人。無讓渡人時。則無由催告之。故株主失權時。可解爲得直競賣之。設其競賣。全無競落人時。又如何乎。此情形。無論幾次。宜再三爲競賣手續也。

第五 不足額請求 依競賣所得金額。不滿滯納金額時。從前失權之株主。得使辨

濟其不足額。且得請求損害之賠償。及定款所定之違約金。此商法第一百五十三條第三項中段及同條第四項所規定也。由是觀之。可知株主因於拂込懈怠。不僅失其權利。尙關於株金負擔一定之義務也。

若從前之株主。二週間內。不辨濟時。會社對於讓渡人。得請求其辨濟。且得請求損害賠償。及定款所定違約金。此商法第一百五十三條第三項後段及同條第四項所規定也。而如何得對於從前之株主。或讓渡人。請求不足額乎。則限於履前述第一至第四之手續時也。

若依競賣所得金額。超過滯納金額時。可解爲會社之利得。決非有宜返還於從前株主之性質也。

以上說明關於株金拂込之手續也。茲尙有宜注意者。即商法第一百五十四條所規定。『關於前述讓渡人株金拂込之責任。記載其讓渡於株主名簿後。經過二年時消滅云云。』是也。蓋其責任期間。無制限時。則讓渡人殆永久負擔重大責任。妨株式之賣買。因之株式不便於通融。至株式會社之特色。無資本吸集之便益。故法律於一方爲

防。株。之。投。機。的。轉。賣。使。讓。渡。人。負。擔。一。定。之。責。任。在。他。方。爲。重。株。之。正。當。流。通。制。限。其。拂。達。期。間。也。

株。式。會。社。無。株。主。除。名。事。以。其。非。如。合。名。或。合。資。會。社。依。人。之。信。用。而。結。合。純。然。爲。物。的。會。社。也。

按松本烝治氏評我商律曰、公司律與法意匈葡之諸國商法及日本商法同、株式之金額、必須均一。此公司律第二十四條規定也。株金額之均一、適合於株主平等之原則。又便於株式轉換。公司律以明文定之、可謂得其當也。

公司律以一株之金額、爲定款、目論見書、及株券之記載事項、且爲登記之事項。此其第十一條第四號、第十六條第五號、第二十一條第四號、第二十八條第四號、所規定也。可知不如比意、二商法、認表資本幾部之株式也。而株式之金額、則公司律第二十五條規定之。至少以五圓爲限。凡定株金額之最少限、不乏其例。日本商法、以五十圓爲本則。法商法、付於資本金額二十萬佛郎以下之會社、以二十五佛郎爲限。付於二十萬佛郎以上之會社、以百佛郎爲限。德商法、則以千馬克爲本則。蓋

株金額過於少時。助長。投機。射倖。之類。風且。株主。感痛。癢於。會社。事業。之盛衰。不爲。緊切。有生理。事者。專橫。之虞。公司。律定。五圓。爲最少。限。果足以。防止。上述。之弊。害乎。則不能。無疑。也。

公司。律。與。德。比。二。商。法。及。日。本。舊。商。法。同。其。第。二。十。六。條。以。明。文。揭。株。式。不。可。分。之。原。則。此。其。意。義。出。於。不。許。株。主。任。意。分。割。其。株。式。之。趣。旨。一。二。學。者。爲。德。商。法。之。解。釋。雖。謂。會。社。亦。不。得。分。割。其。株。式。非。通。說。也。

付。於。株。式。之。共。有。公。司。律。第。三。十。七。條。規。定。之。凡。數。人。合。購。一。股。者。應。准。以。一。人。出。名。其。應。得。權。利。即。由。出。名。人。任。領。分。給。合。購。各。人。至。有。繳。納。股。銀。不。能。應。期。繳。足。者。仍。由。各。人。分。任。其。責。雖。然。株。式。之。共。有。非。限。定。數。人。購。買。一。株。也。以。共。有。在。購。買。以。外。有。生。相。續。組。合。等。之。結。果。也。又。以。一。人。出。名。其。應。得。權。利。即。由。出。名。人。任。領。分。給。合。購。各。人。者。非。也。如。此。則。似。株。主。而。使。他。人。參。加。自。己。之。權。利。失。共。有。之。實。也。又。義。務。不。過。令。各。共。有。者。分。任。亦。非。也。如。此。不。僅。使。履。行。困。難。在。共。有。者。中。有。無。資。力。者。時。會。社。之。權。利。有。缺。確。實。之。憾。宜。從。日。本。商。法。第。百。四。十。六。條。之。趣。旨。修。正。之。也。

付於株式之讓渡。如無違背公司章程時。得轉賣之。惟承買之人。應赴公司總號注冊。方能作准。此公司律第三十八條所規定也。此規定在大體。雖得其當。惟限於株式之賣。買則過於狹隘。宜包含贈與、交換及其他讓渡之情形也。又關於株式質入之規定。除法意葡諸國外。各國法。概讓之於民法。清國無完全法定之於商法中。可也。

會社不得買回自己之株式。或以質權之目的而受之。此公司律第三十九條所規定也。蓋許會社取得自己之株式時。不僅致其財產有缺鞏固之虞。且易生會社以自己之株式。試投機之弊。害故各國法。以加制限爲通例。其全不加制限者。德舊商法法商法也。反之。與日本商法同。嚴禁會社取得自己之株式者。德千八百七十年改正法、商法、西商法、及瑞典株式會式法也。德、意、比、奧、瑞西之諸國法。雖加制限。不至禁止。日本舊商法亦然。余爲立法論。最以日本舊商法所採之主義爲可者也。如會社因贈與遺贈等之無償行爲。或強制執行。取得自己之株式。以其無禁止之必要也。公司律僅禁止會社買回自己之株式。恐出於混同讓渡與賣買之過誤。雖

然。亦可謂其頗妙也。唯此規定。非禁止交換及其他之有償取得。不可謂爲完全。是亦宜從日本舊商法第二百十七條之趣旨。加其修正也。

公司律。如上所述。以禁止會社買回自己株式之故。如從定款之規定。以配當利益於株主。爲株式之消却。亦可解爲禁止之乎。如此。以甚乏於理由。宜設明文而認容之也。

公司律第二十七條第二十八條。認株券之發行。爲表彰株式之具。則列舉記載之事項。又第五十五條。認株主名簿之制度。而關之爲其規定。是等之規定。非無可論評之點。以涉於細事。姑省略之。唯茲有一言。公司律之規定。僅關於記名株者。而非關於無記名株者。蓋可解爲不認之也。方今各國法。概認無記名株之制度。而以清國現時之狀態。即認之。亦利少害多。公司律不認之。可謂得其宜也。

松本丞治氏又曰。株主之權利。學者從其權利之目的。常分之爲共益權與自益權。或又分爲純正社員關係與社團的特別權。或又分爲共同權與特別權。其他雖尙有用各種之名稱。畢竟辭異而義同也。共益權者。謂株主爲同時行使自己之利益。

與會社之利益之權也。自益權者。謂株主專爲自己之利益。所行使之權利也。如求利益配當權。與殘餘財產分配權。求工事利息配當權。求株券交付權。求株券書替權。求變更記名株券爲無記名株券權。皆屬於自益權。公司律惟第一百十一條規定決算有剩餘時。得爲利益之配當。以外關於株主之自益權。雖不爲規定。如利益之配當。殘餘財產之分配。及求株券交付等之權利。可解甚認容之也。而利益及殘餘財產。宜從株式之數而分配之。雖株式會社之性質上。當然所生之結論。而在拂込金額不同時。不無感其規定之缺乏。日本商法則依於定款。而應於拂込株金額。以爲利益配當。或殘餘財產之分配。德商法亦豫想拂込金額不相同時。爲其規定。惟德舊商法。以其關於此點。不爲規定。因之學者見解。亦不一致。或有謂宜應拂込株金額而爲配當者。或有謂宜從一般株主之拂込以爲配當。惟多拂込之拂込。付其超過額。宜另與以利息者。而多數之學說。則常以應於株式之數。以爲配當也。爲公司律之解釋。亦不免生此三說也。

工事利息之配當。公司律所不認也。工事利息。謂會社開業前。配當拂込一部資本。

之株主之利息也。如鐵道築港等。以不能容易開業之事業爲目的之會社。則採此制度爲便。日本商法之外。德匈瑞意葡及其他一二之商法。無不認之。雖然。工事利息。非資本一部之拂戾。於法律有明文。則不可得配當之。公司律關之不爲規定。可解不認之也。又際於株式之讓渡。求株券之書替。雖爲極便宜之制度。公司律關之不爲規定。又無記名株。以其爲公司律所未知。則求變更記名株券爲無記名株券之權利。不認容之。不俟言也。

共益權。更分之得單獨行使者。與非特定額之株主。則不得行使者之二種。後者謂之爲少數株主權。依日本商法之規定。單獨行使之共益權。有議決權。有總會決議取消權。少數株主權。有總會招集權。有檢查權。有對於役員之起訴請求權。有清算人之改任請求權。是等之權利。公司律雖概論之。關於對於役員起訴之請求。則不爲規定。然起訴請求權。有矯役員專橫之效。認之可也。其濫用之弊。使請求株主供其擔保。在會社敗訴時。負損害賠償之責任。得容易制止之也。

公司律許株主單獨行使者共益權。議決權。總會決議取消權。及檢查權也。其以檢

查權。任株主之單獨行使。則屬於異例。在英國會社法。因當於資本五分之一以上之株主請求。得選任檢查役。使調查會社業務之狀況。在德商法。與日本商法同。因當於資本十分之一以上之株主。請求於裁判所。得選任檢查役。使調查會社業務之狀況。公司律反之。苟爲株主。則不問其所有株式數之多少。豫告於三日前。得自調查會社之計算。及其他之事項。雖然。秘密書類及其他有支障書類。得不使閱覽之。又株主託於調查。觀會社之虛實。私圖他之利益。損礙會社之大局時。取締役局得禁其查閱。此與各國法之株主。以如此重大之檢查權。余之所不取也。如不慊於理事者。措置之株主。有比周而濫用此權利。則理事者。殆不耐於應接之。煩阻礙會社之事業。又若理事者。常有藉口於會社之機密。或株主之惡意。拒絕其調查。則株主之檢查權。有其名而失其實。如此。則是規定徒爲挑發株主與理事者間紛爭之導火線。所以不知其可也。

公司律規定各株主。一株有一個之議決權。是與日本商法。及德意志。瑞典。比利時。及瑞典法同。明以法文。不認無議決權之株主之趣旨也。而別以定款。得定十株以

主義決權之數。是亦與日本商法同。雖出於制限十株以上株主之議決權之趣旨。而其法文。不無可解爲增大十株以上株主之議決權。宜改正之。除其疑也。

議事權。得依於代理人而行使之。在此情形。宜於三日以前。差出其憑證於會社。又拂込有遲滯之株主。不得出席於總會。此公司律第五十一條第百五條第百六條之規定也。此規定之大體。乃倣於英國會社法之模範定款。惟認非株主之代理人。在此情形。其代理人。不得述其意見。而僅行其議決權之點。則與之相異。英國模範定款。其代理人。則須株主也。

總會之議事。雖於株主一人之私見。有關係時。其株主得出席於總會。不須避忌。此公司律第百四條所明定也。是反乎日本商法及德意志、瑞西、瑞典、意大利之諸法。其決議規定。有特別利害關係之株主。禁止其議決權行使之主義也。雖外國法中。法國之學說。亦與日本商法之規定異。然關於此點。余以日本商法之主義爲優也。公司律第百五十三條所規定。總會之決議。反於商律或會社規則時。取締役或株主。得於一個月內。請求於商部。受其裁定。是與日本商法及德匈法同。認株主之取

消權也。而在認取消權時。日本商法。則限於於總會招集之手續。或其決議之方法。反乎法令或定款時。得行其取消權。公司律。則與德商法同。總會之決議。反乎法律或定款時。得行其取消權。此點。雖不可非。唯其規定「違背商律或公司章程云云」。則過於狹。此規定。雖其決議。違背商律以外之法律時。不及於適用也。

公司律之少數株主權。爲與當資本十分之一株主。其總會招集之權利。是與日本商法及其他多數之外國法同。而資本十分之一之株主。與此權利。與日本商法。瑞典債務法。匈牙利商法。瑞典株式會社法。及英國會社法同。又公司律於當資本十分之一之株主。在以清算人之執行爲不可時。得派人於商部。申請使繼續其清算。是畧與日本商法相當也。

以上所論詳者。關於株主權利之規定也。多數之諸國法。於一般株主權之外。認附加特種優先權之株式。稱此種之權利。爲階級權。稱此種之株式。爲優先株。在會社設立之初。許優先株之發行。不惟無其必要。且有使人熾於投機之虞。日本商法。限於資本增加時。許其發行。則甚適於事宜也。公司律。關之不爲規定。依株主平等之

原則而判斷之。可解爲不認優先株也。

公司律不認優先株。既如上述。而公司律於株式申込人。不問其官職之大小。與無官職者同。其受特遇利益配當之權。議決權。及其他各項之利益。亦與他之株主同。此其第四十四條之規定也。是等規定。不禁一讀而微笑也。

松本烝治氏又評曰。株式之義務。以豫先確定金額爲限度。乃株式會社之特色。各國法所不認者稀也。雖然。如英國法。付於特定之會社。其株主責任。則非必常爲有限。又德商法。在法定之情形。得使株主於資本出資之外。負非金錢爲繼續的之給付。公司律以其不認是等之例外。不可不謂株主僅負株金拂込之義務也。唯公司律不如多數之諸國法。關於株主責任之有限。立有明文。不能無不備之之憾。雖其第二十九條之律文。規定株主對於第三者。其責任爲有限。然株主之有限責任。謂其對於會社之關係。其責任有限度也。

株主出資之目的。雖以金錢爲原則。多數之諸國法。則認以金錢以外之財產。爲出資之例外。公司律不設此例外規定。則當論會社之設立。所已叙述也。尙公司律第

三十六條。明定株式申込人。不得以其對於會社之債權。充當株金。是倣於日本商法及德商法。株主付於株金之拂込。不得以其相殺。對抗會社之規定也。雖然。何故關於株式申込人之規定。不及其適用於株主。則不知其理由也。

關於株金之拂込。公司律規定催告於十五日。踰其期限。不拂込時。爲十五日之延期。若於延期間內。仍不拂込。則失株主之權利。在此情形。會社賣却其株式於他人。如其賣價。不足於拂込金額。仍得向從前之株主追求。此第四十一條第四十二條。關於株主失權方法之規定也。失權之方法。雖爲日本商法及其他多數諸國法之所採。英國會社法之模範。定款亦認之。然至依失權方法與否。則不可不任會社之自由。若依他之強制方法。得使容易爲拂込時。亦無須採如此異常方法。以曝露會社之不信用也。公司律之規定。似以失權爲不拂込之必然結果也。若然。則會社至於不可依他之方法。強制其拂込。使便法爲不便。譬如以斬人之劍傷己也。宜關於此點。加其修正。明定使株主失權與否。任會社之隨意也。

公司律。雖認株式之讓渡。而付於株式讓渡人之責任。則一無所規定。然株式之讓

渡。免其責任。設會社之株主。舉皆讓渡其株式。於無資產者。則會社債權者。必至失其求救濟之財源。而爲所不知。當往昔株式會社制度草創之際。以其雖無株金全部拂込之株式。認發行無記名式。致投機者流爭濫設詐欺的之會社。轉賣株式。於株金全部拂込前。以圖博不當之利益。其結果會社倒產相踵而起。生大恐慌。各國政府不耐其弊。屢有禁止會社設立之事。會社制度之發達。被其阻害不少。故現今之各國法中。匈牙利、瑞西等二三之商法。採範於德舊商法。及千八百六十七年之法國會社法。有株金半額以上之拂込時。株式讓渡人。雖得免其責任。至千八百八十四年之德國會社改正法。千八百九十三年之法國會社改正法。則同撤回如此制限。株式讓渡人。對於未拂込金之全額。負其責任。英國會社法。於法定條件之下。對於讓渡人之未拂込金全額。認其責任。日本商法。亦於株主失權時。認株式讓渡人之責任。公司律。僅定株式讓受人。負株主責任。關於株式讓渡人之責任。則不有規定也。若解之。而全然不認讓渡人之責任。則往昔累於英法及其他歐洲諸國之詐欺會社。至在清國。新獲得最好之根據地。公司律之起草者。附此重大問題於等

閑。則其粗漏。亦可謂甚也。

公司律第四十三條之規定。會社欲給紅股時。宜於設立之初。豫明示之。紅股云者。謂無出資義務之株式。所給與發起人等之報酬也。故該當所謂自由株也。自由株。日本商法。及法意葡等之諸國商法。不認之。公司律。倣英國法。雖認此制。然無出資義務之株式。以其反。所以圖會社資本之充實。且有濫用之虞。余不贊成其採用之也。

第四節 株式會社之資本

第一款 資本之意義

資本之觀念。對於株式會社。有重大之關係。故其意義。不可不說明。蓋資本云者。乃理想上的非事實上的也。所謂資本。乃理想上的者。以會社資本。係合定款所定之總額而言。無論其已拂込。未拂込也。因株主拂込株金。大概總分幾回。不得以已拂込者。爲資本。未拂込者。非資本也。故曰資本二字。係從理想上算定。而得者。若現有之金額。但可謂之資財。以其從事實上見來也。乃有一般之論。謂現在株主已拂込之金額。即是

資本。於解釋資本之義。不甚確實。不特此也。即使會社成立時株主金額全數拂込。亦但可謂之適合資本總數。不得即謂爲資本。何則。以株式會社之信用。由資本而生。必會社成立後。第三者知其實有資本額。及資本額之損益。而後信用乃生。此時資本縱齊。第三者未必信用。未生即是資本有欠缺也。

第二款 保持之方法

如前款所述。資本關於會社之信用。既如此其重大。則保持資本。以昭信用。其法不可不。完。密。從。商。法。各。條。細。爲。研。究。其。法。可。分。爲。兩。種。論。之。

(一) 積極方法 謂從會社株金拂込之一方言之也。其法有五。

第一 株式發行之價額。不得減少。其券面額。(商法百二十
八條說詳前)

第二 凡以金錢以外之財產。爲出資之目的。其所評定價額。須詳細檢查。視其果足相當與否。如有不當。宜令以金錢補充之。(商法百二十二條四號百三十
四條三號百三十五條說詳前)

第三 凡株主應拂込之株式金額。不得以其他債務相殺。(商法百四十
四條說詳前)

第四 數人共有一株者。必連帶而負拂込之責任。(商法百四十
六條說詳前)

第五 凡讓渡株式時。其讓受人。怠於株金之拂込。仍得向讓渡人請求。(商法百四十四條一)

項說
詳前

(二) 消極方法 謂從會社一切支拂之一方言之也。其法有六。

第一 株式之取得、質取、消却。此又可分三段說之。

甲 會社不得取得自己之株式。此商法第一百五十一條第一項所規定也。蓋株式對會社之權利。立於其義務者之地位。會社自身取得之。則是會社對於自己。已行使其權利。結局來權利義務之混同。至於株式消滅也。故不得以之稱新會社取得其財產。因之使支拂其代價之金額致減少。會社財產也。且在株金全額拂込前。有株式者。尙負擔拂込義務。會社取得如斯株式。則是會社對於自己。負擔拂込之義務。亦致權利義務之混同。若消滅其義務。則因消滅其部分之金額。必致會社資本不能充實之結果也。故無論如何。以其反資本充實之精神。不可不禁止之。况乎在株金額拂込濟之株式。許其無償取得。雖爲立法論。似無差支。而本來會社之株式。在其初即有歸他人之性質。若會社任

意取得之其株式消滅之結果仍消滅其金額則會社資本依然減少必終至於破壞確定資本之基礎也是以除他之特別規定外不可許其取得也。

乙 會社不得以自己之株式爲質權之目的而受之此又商法第五十一條第一項所規定也。蓋會社質取自己之株式時其質權行使之結果終至於不可不取得其株式與前爲同一之理由因禁之也。至會社爲其使用人身元保證金之代用受取自己株式之事現今實際之所行也是可解爲一種之條件。附占有契約則有效若質取則無效也。

丙 株式不得消却之此商法第一百五十一條第二項所規定也。株式之消却謂消滅特定之株主權也在實際上不外爲株金之拂戾使株主與會社離其關係。故株式之消却以其生會社資本減少之結果減會社債權者之擔保法不許之畢竟以其反乎資本維持之原則也。但對之有左之二例外。

其一 株式從資本減少之規定得消却之此情形蓋以法有特別規定則保護會社債權者之方法備無論何人無加損害之恐故不以禁之爲必要也。

至資本減少之手續。俟後說明。

其二 從定款之所定。應配當利益於株主時。得不從資本減少之規定。消却其株式。抑會社之資本。分割爲株式。故不分割爲株式之資本。不得想像之。即資本之總額。與株式金額之總計同一也。是以消株式而除斥株主權時。則會社資本。因消却之株式金額。當然減少。則謂株式消却爲資本減少之一原因可也。惟其如此。故消却株式之本則。不可不從資本減少之規定。僅限於配當利益時爲例外。以在此情形之會社。自由處分。所應得金額。無害於會社債權者。利益之恐。特不稱資本減少。經由繁難之手續。得消却株式也。然充其消却金額之財源。從何而出。仍必減少資本額。故爲定款變更之事由也。所謂應配當於株主之利益者。謂從會社之純益金。控除法定準備金之殘額也。此事詳說於後。

上述之二例外。其情形不該當。則株式不得消却。縱令以總株主意思之一致決之。亦無效也。

第二 會社非填補損失且控除準備金後不得爲利益之配當違反此規定而爲配當時會社債權者得使返還之此商法第九十五條所規定也。至其準備金額則以達資本四分之一爲度。其控除之率則以積立其利益金二十分之一爲度。

第三 取締役非得監查役之承諾不得爲自己及第三者與會社相取引此商法第一百七十六條所規定。蓋以取締役對於會社其權限甚大不限制之恐其從中舞弊也。

第四 會社資本喪失其半額時取締役須速招集株主總會而報告之此商法第一百七十四條第一項所規定。俾總會得籌挽救之方法也。

第五 在株主總會爲資本減少決議時須同時決議減少之方法此商法第二百零二條第一項所規定也。至其詳細則俟於述減少資本時說明之。

第六 會社以其財產至不能完濟會社債務時取締役須直爲破產宣告之請求此商法第一百七十四條第二項所規定也。其理由仍爲保護會社債權者而設也。

由上二方法觀之。積極各方法。所以保持會社資本。使不至有名無實也。消極各方法。所以保持會社資本。使不至損失。缺亡也。至若其他一切費用。有濫耗時。取締役。尤當設法監督之。否則直接請求破產而停止。其費用。免至累及他人。凡此種種理由。無非欲保持會社之利益。及一般社會之經濟而已。

第五節 株式會社之管理

株式會社以其爲社團法人之一。無自然的存在。故必有一定之機關。以司管理。此管理之機關。大概可分爲四種。一曰執行機關。執行會社之業務。以求達其目的。二曰代表機關。當執行業務時。對於第三者。爲會社之代表。司此二機關者。名爲取締役。三曰監督機關。監督會社業務之執行。及其利益等。司此機關者。名爲監查役。四曰意思機關。乃會社最高之機關。又分爲二。一爲株主總會。凡株主皆當然入總會之組織。爲決定會社意思之數。一爲優先株主總會。僅以優先株主組織之。無優先權之株主。不得爲其會員。以上種種機關。試分爲四款說明之。

第一款 取締役

取締役爲會社之理事機關。遵奉定款之規定。基於株主總會之決議。在其法定範圍之內。有代表會社執行社務之權利義務者也。其地位恰如法人之理事。惟取締役爲營利法人之機關。理事爲公益法人之機關。稍有差異耳。今試分項詳說之。

第一項 取締役之任免

(一) 取締役之選任 取締役在株主總會從有一定株式之株主中選任之。而以三

人以上爲要。此商法第六十四條及第六十五條所規定也。試分析說之。

第一 取締役須在株主總會選任之 取締役以其權限極重大。其人物之如何。與會社之利害有直接至大之關係。故其選任爲株主總會之專屬事項。宜構成株主全體之意思。而必使依其決議也。德商法雖以取締役選任之方法。宜記載於定款。日本商法則不以是爲要也。他若會社設立之際。宜在創立總會選任取締役。又在同時設立時。宜發起人互選取締役。則已述於前。茲不贅。

第二 取締役須從株主中選任之 即株主以外之人。不得爲取締役也。元來從廣求適任者觀之。使株主以外之人。得爲取締役爲得策。如新德商法於取締役

不置限於株主之制限。是也。雖然。從與會社共利害休戚之點觀之。則以限於株主爲適當也。且株式會社之株主。通常以其多數而成。故在實際亦無不能得適任者於其內之恐。此日本商法所以限於從株主中選任之也。

第三 取締役須滿三人以上。故不得置一人或二人之取締役。是蓋以託重任於過少之人。恐其左右會社之運命而使陷於危險也。

第四 取締役須有一定之株式。取締役以其爲會社事實上之支配者。會社之盛衰繫於其一身。不可不與會社之利害有密切關係者。故商法第一百二十條第二項規定之。豫於定取締役所有株式之數。不達其數。則不得爲取締役也。

右所列者。取締役選任之要件也。他若受破產宣告。尙未復權之株主。不得爲取締役等。因於他之法令而制限者。尙有許多也。(破產法千五十四條)

茲尙有一問題。即取締役選任時。其法律上之性質爲如何。將爲單獨行爲乎。抑爲契約。申込乎。按青木徹二氏之學說。以爲契約之申込。故非僅以有其選任者。當然生其効力。必被選之取締役爲承諾時。始得取締役之資格也。然依日本大審院所決定。取

縮役選任之決議。爲單獨行爲。非依被選者之受諾就任。始生其効力。僅依其決議。生選任効力云云。是與之爲正反對之意見也。何故大審院採如斯見解。以未示其理由。無從知之。恐從商法百六十四條之注文。生如斯論定者。雖然該條。不過限定取締役選任之方法。決非認株主總會之決議。有絕對的効力。故不得以之爲論據也。抑株式會社之株主。其對於會社拂込株金之外。不負擔何等之義務。假令雖株主總會以其決議。不得以或義務強要於株主。此則爲商法一貫之精神。故曰取締役選任之決議。非單獨行爲。乃契約申込其被選株主承諾與否。全屬其自由也。付於監查役亦同。

(二) 取締役之任期 取締役之任期。不得超過三年。但滿其任期後。不妨再選。此商法第六十六條所規定也。法所以制限其任期。恐取締役不適任時。俾總會得早爲改選之機會也。故僅認任爲適時。再選之也。雖然定此任期與否。則爲會社之自由。惟不定之時。其任期必以三年爲最長限。則一也。至再選之取締役。則全屬改選之結果。即該當於取締役有變更者。因之更須登記之也。

(三) 取締役之退任 取締役。因於死亡、任期之滿了、破產、禁治產、會社之解散、辭任、解任、及其他有法律上之理由時、而退社者、茲僅付於解任述之。即商法第六十七條所規定。『株主總會。無論何時。得以其決議。解取締役之任云云。』是也。是蓋以取締役之職務重大。其適任與否。關係於會社之生存。故取締役。陷會社事業於危檢。及其他無才能。不適當經營事業時。無論任期之有無。不得不解任之也。雖然。若定有任期時。株主總會。無正當之理由。於其任期前。解任之時。其取締役。對於會社。因解任所生損害。得請求其賠償。此與民法第六百五十一條第二項。關於委任之規定。同其精神也。

第二項 取締役之權限職務

取締役。在會社內部。爲業務執行之機關。同時對於外部。關於會社之營業。爲一切之裁判上或裁判外之行爲。有其權限。此所謂法定代理權。故宜從民法第五十四條之規定。其代理權。雖加有制限。不得以之對抗善意之第三者也。是以取締役。反於會社之內規。爲獨斷之處置。以其行爲。對於會社爲有效。則會社。不可不甘受法律上之結

果。僅因不法之取締役。受有損害時。得請求賠償耳。

又取締役。以右之代理權限。臨於外部。必不須各取締役連合。僅取締役之一人。得完全代表會社。此商法第七十條第一項所規定也。故如置專務取締役之類。在會社定款。得僅定此人爲代表者也。雖然。若對於善意之第三者。則爲無效。以故他之普通取締役。有反於定款。代表會社時。可推定爲會社之行爲。關於此點。稍與合名會社相異。即合名會社。許其登記特定代表社員。株式會社。則無此規定也。

至若取締役。執行會社之業務。其所執行之方法。在於定款。亦得定之。例如於取締役中。定專務取締役或社長之名義。不妨一任業務執行於其人也。雖然。若定款無別段規定時。則商法第六十九條有規定。會社之業務執行。以取締役之過半數決之。雖其他支配人之選任及解任。亦同然也。

又取締役。有招集株主總會之權。此商法第一百五十七條及第一百五十九條所規定。則俟後述之。

第三項 取締役之義務

取締役隨其職務或爲職務執行之結果負擔幾多重大之義務。試分述於左。

第一 株券供託 取締役有供託一定株券於監查役之義務。此商法第六十八條所規定。以取締役爲得其資格所必要株式之數。有記載於定款者。故其員數之株券須供託於監查役也。雖然亦非以是爲取締役業務執行之條件。有定於定款一定之株式可也。故雖不爲株券之供託其所行任務仍得有効。至於爲此供託之理由。又非以是爲取締役對於會社爲義務之擔保也。乃使取締役不讓渡其所有之株式與會社離其關係也。故會社於其株券之上無有優先權。然爲立法論。如民法第三百二十條。關於公更保證金之先取特權。所設規定。則利益多也。

第二 賬簿備置 取締役有備置一定賬簿於會社之義務。乃商法第一百七十一條。至第一百七十三條所規定也。此事另設一章。說明於後。

第三 損失報告 會社失其資本之半額時。取締役宜速招集株主總會而報告之。此商法第七十四條第一項所規定也。蓋損失涉於莫大時。報告於總會。俾一般株主得講求善後之策也。取締役怠此手續時。則受過料之處分也。

第四 破產請求 會社至以其財產不能完濟其債務時。取締役須直爲破產宣告之請求。此商法第七十四條第二項之規定。乃爲保護會社債權者。開以公平之道也。故取締役怠此請求時。亦受過料之處分也。在合名會社或合資會社。有同一之情形。縱怠此請求。法不加直接之制裁於其業務執行社員。是蓋以株式會社爲資本團體。會社財產以外無債權之擔保。合名合資之會社爲人的團體。會社財產以外有債權之擔保。故雖有多少之怠慢。亦無臨以嚴罰之必要也。

第五 行爲禁止 取締役以其爲圖會社利益之當局者。不可爲與會社利益相衝之行爲。故非有株主總會之認許。則不得爲自己或第三者。爲屬於會社營業部類之商行爲。或爲以同種營業爲目的之會社之無限責任社員。若取締役違反此義務。而爲自己爲商行爲時。株主總會。得以其行爲。作爲會社之所爲也。而此權利。監查役之一人。知其行爲時。二個月間。不行使之。或從其行爲時。經過一年後消滅。其理由等。與代理商及合名會社之社員相同。故省其說明。

第六 不與會社相取引 在民法第百八條之規定。無論何人。對於同一之法律行

爲。不得爲其相手方之代理人。或爲當事者雙方之代理人。商法基於同一之精神。故其第一百七十六條之規定。對於取締役。亦禁其爲自己或第三者。與會社爲取引也。雖然。有時從會社見之。以取締役爲相手方而爲取引。却有便利之利益。因之限於經、監、查、役、承、諾、時、許、取、締、役、爲、自、己、或、第、三、者、與、會、社、相、取、引、也。

第七 損害賠償 取締役。雖以遵奉法令或定款。依於株主總會決議之主旨。而行其職務。然株主總會決議之有效。則須不反於法令或定款也。故其結局。取締役無盲從違反法令或定款決議之義務。而其總會之決議。果違反法令或定款。與否則取締役以自任其責而判斷之。若因不法行爲。加損害於第三者時。雖依總會決議時。對第三者。不得免賠償之義務。此則商法第一百七十七條第一項。所有規定。申言之。即取締役依總會決議云云。以其僅爲會社內部之事項。故對於第三者無責任。免除之理由也。雖然。若取締役在株主總會。述有異議。且通知其旨於監查役時。尤使負擔責任。未免過酷。故其同條第二項。特設例外。免其責任。在此時之第三者。不外對於會社。爲損害賠償之請求也。至於取締役之責任。以其非對於會社。而對於

第三者。縱令在株主總會。有解除取締役之責任時。其對於第三者之責任。不因之受變更也。

右所述諸義務。商法中之所規定也。其他尚有雖規定於商法之各本條。而在特別法。有另使負擔特別責任者。例如貯蓄銀行條例第三數所規定。『以株式會社組織之貯蓄銀行。其取締役。於在任中。所發生銀行之義務。負連帶無限之責云云。』可謂爲非常之例外也。元來取締役。與他之株主。同對於會社之債務。無負擔特別之責任。此日本商法一貫之大原則也。然在該條例。使取締役負擔如斯責任者。所以保護貯蓄零碎金錢之小民也。

茲尙宜注意者。即商法第一百七十九條所規定。取締役對於會社。有請求報酬之權利。是也。而其所受報酬之額。以定欸定之。若定欸未規定時。則以株主總會之決議定之。關於此點。與合名會社或合資會社之業務執行社員。所全異也。

按松本烝治氏評我商律曰。取締役局。爲執行會社業務之機關。取締役。則組織其機關之一員也。公司律與多數之諸國法同。區別取締役局與取締役。關於此點。不

倣日本商法。誠足多也。在日本商法之取締役。或指爲會社之機關。或指爲其一員。其意義必不一定。而從法理上觀之。則兩者間實有大差別。此余輩所不得不慊焉者也。

取締役在株主總會。宜從有會社株式十株以上者選任之。此公司律第六十二條第六十五條所規定。是恐倣於日本商法者。日本商法關於此點。襲法商法之主義者也。若英德及其他多數之諸國法。則不認如此制度。唯英國千九百年法。定取締役於就職後二個月內。宜引受特定數之株式。怠於取得時。則失其職耳。至於取締役之資格。有限於株主與否。此立法上之一問題也。爲得活手腕之取締役。雖可不附此制限。爲得老實忠誠之取締役。則不可不附此制限也。公司律唯以有十株以上之株主爲取締役。一定其制限於法律。若解爲不得以定款增加之。則不免膠柱之歎也。

取締役以三人以下十三人以上之奇數爲常例。但於任期中。生缺員時。得暫委一妥慎之株主代理。俟定時株主總會時。再行公舉充補。此公司律第六十三條第七

十一條所規定也。多數諸國法。取締役之數。不爲制限。得以一人當之。日本商法。則倣於比商法。限於三人以上也。公司律定最大之限。則於北米合衆國之州法以外。無先例也。

取締役之任期。以一年爲限。每年宜輪次交替三分之一。但不妨再選。此公司律第六十八條第六十九條所規定也。此規定。一見之。如以取締役之任期爲一年。實則不然。使每年交替三分之一。則取締役之任期。不可不爲三年。法文所謂董事任事之期。以一年爲限云云。有生疑之虞。宜加其修正也。取締役之任期。以三年爲限。每年使交替三分之一之制度。英國會社法模範定款之所採。在英米之實際。所通行也。

取締役之終任。公司律第七十三條。則規定法定終任之原因。第七十二條。則規定得以總會之決議。以解其任。又其所受報酬。則第六十六條有規定。謂定款無規定時。宜在總會定之。是等之規定。皆別無所論評也。

取締役之義務。不可以會社之資本或金錢。流用於他之目的。此公司律第十五

條之規定也。又競業禁止。則第七十四條規定之。非有株主總會之認許。則不得與會社爲同一之取引。此第七十四條之規定。如非禁取締役爲他人之代理人。與會社爲同一之取引。或爲以同種營業爲目的之會社之無限責任社員者。聊有缺精密之感也。雖然對於取締役競業禁止之規定。日本商法之外。以其僅有德葡及其他之二三國法認之。公司律關之爲其規定。亦足多也。

取締役局。爲會社之綱領。付於會社一切之業務。指揮總辦或總司理人者。公司律第六十七條。雖規定之。其對於外部。關於代表會社之權限。則一無所規定。余希望公司律於取締役局之對於外部。關於權限。設其規定。其所加法。定權限之制限。或如德匈法。對於第三者。悉無效力。或如日本商法。瑞西債務法。瑞典株式會社法。僅對善意之第三者。無其效力。使第三者得安心與會社爲取引也。

取締役局之職務。當會社資本不達半額時。須招集株主總會。籌處置之方法。此公司律第七十六條所規定也。此規定。與日本商法同。而違反之者。有罰則之制裁。亦與日本商法同也。然公司律第二百二十條第二號。又規定資本半額之缺損。爲解散

會社當然之原因。以會社資本之全部缺損。或大部分缺損。爲當然解散原因之主義。西意蘭葡等諸商法及瑞典株式會社法之所採也。此兩規定。究竟不可得調和而解釋之。蓋以資本半額之缺損。爲當然解散時。則取締役已直失其職權。而代之以清算人。尙有何暇得招集總會乎。即令有暇得招集總會。亦無別定處置方法之必要。是亦漫然湊合諸國法規定之誤也。余不得不冀起草者。當其採外國法之規定。須用一段之注意也。

取締役局。每年須調製會社年報。分送於株主。至少每年一次。且備置於本店及支店。供株主之閱覽。此公司律第七條第一百十條之規定也。是爲取締役局最重要之職務。各國法所悉認也。尙年報之詳細。當論評會社計算時述之。

公司律於取締役會議。特設一節。置最詳密之規定。是等之規定。精查之。非無多少缺點。今不論之。惟有一言。若是等之規定。屬於公益的規定。不得以定款變更。則不免徒限局會社自治之範圍。有檢束其行動之譏。不如從法律中削除之。讓之於模範款定中之爲得也。在英國會社法。於其模範定款中。明示取締役會議之規定也。

第二款 監查役

第一項 監查役之職務及其他

監查役爲株式會社之監查機關。監視取締役之行為。反乎法令。定款及株主總會之決議。與否。或其行為能適於會社之利益與否也。即業務監視爲監查役之職務也。今從其結果。說明其特別規定於左。

(一) 監查役、無論何時。對於取締役。有求營業之報告。或調查會社之業務。及其財產之狀況之權。此商法第八十一條所規定也。即展閱會社帳簿及其他書類。以及檢查金庫等。均屬於其職權。若取締役妨此調查時。則受過料之處分也。

(二) 監查役所調查書類。提出於株主總會時。須報告其意見。此商法第八十三條所規定也。且於定時總會之開會前。從取締役所交來計算書類。不可不檢查之。自作報告書。返還於取締役。以便其備置。此又第九十一條第一項所規定也。

(三) 監查役、認爲必須招集株主總會時。得爲其招集。此商法第八十二條前段所規定也。本來株主總會。如前所述。雖以取締役招集之爲常則。而因監督之必要上。

有不可不由監查役招集者。且以取締役付於會社之事業。如爲失策或行私曲之際。往往有託言他故。不可招集者。故商法特設變例。雖監查役與以總會招集權也。而在此總會以調查會社業務及會社財產之狀況。得特選任檢查役。此商法第一百八十二條所規定也。其理由。蓋在是等之情形。以僅信賴監查役之報告。有不能之事情。特使檢查役當其任也。

(四) 監查役以其在監查業務執行之地位。不得自立於執行業務之地位。故不得兼爲取締役或爲支配人也。惟取締役中有缺員時。爲不得已之故。以他之取締役及監查役之協議。得一時行取締役之職務。此商法百八十四條第一項所規定也。在此情形以業務執行與監查役。非可以同一人爲之者。故第二項又規定之。行取締役職務之監查役。於開定時總會時。得一定書類之承認。不得行監查役之職務也。而行取締役職務之監查役。付於業務之執行。雖與取締役有同一之責任。然如株券供託。或競爭的行爲禁止等。取締役所固有之義務。則不負擔之也。

(五) 監查役怠其任務時。對於會社及第三者。任損害賠償之責。此商法第一百八十六

條所規定也。例如取締役之業務執行。有不法時。或利益配當案。爲不正記載時。監查役因於故意或過失。不爲報告。致加損害於會社或第三者。不可不賠償之。是也。雖然。若其後株主總會。受計算書之承認。解除其責任時。若監查役無不正之行爲。則對於會社。已早無責任也。惟對於第三者有責任時。其責任。不因株主總會之承認云云。而致有變更耳。

以上所述者。監查役之職務責任。及關於其職務之制限也。至其所受報酬之額。則與取締役同。已詳前款。茲不再述。

第二項 監查役之任免

監查役之選任解任。及基於解任之損害賠償。悉與取締役同。即監查役在株主總會。從株主中選任之。又無論何時。以株主總會之決議。得解其任。又在定有任期之際。無正當之理由。於任期前解其任時。監查役對於會社。因於解任。所生損害。得請求其賠償。是也。是等規定之理由。前款已詳。茲不贅。惟述其所異者於左。

第一 取締役須三人以上。監查役則無此制限。故雖爲一人可也。

第二 取締役之任期。僅不得超過三年。此外無他制限。故雖定爲二年。可也。反之監查役之任期。則商法第百八十條規定之。必以一年爲限。故不得超乎一年。又不得短於一年。即每年宜改選也。法所以設如斯限定者。以任期失於長時。恐與取締役。馴熟。不得舉其監督之實。任期過於短時。恐其不能通於業務財產之事情。其結果。仍不得舉其監督之實也。然在改選之時。設株主總會認從來之監查役爲適任時。亦不妨再選也。

第三 取締役須有定款所定株式之數。監查役則不如是。僅株主可也。是蓋以一爲會社之業務執行機關。一不過爲監查機關。其地位之輕重。非可同日而語也。

至於監查役之退任事由。則與取締役相同。即商法第百八十八條所規定。以監查役之破產禁治產爲退任事由也。然商法付於取締役。不明定之。僅對於監查役。設其規定。蓋取締役以其爲受任者之故。因民法之規定。當然爲破產或禁治產而退任。別不須法之明文。監查役以不得見爲受任者。故須爲特別之法文也。然青木徹二氏所主張。則以監查役爲包括的受非法律行爲事務之委託者。雖不設特別之明文。亦與受

任者同。因於破產或禁治產。生退任效果也。故如商法第百八十八條。雖無之可也。有之而反生疑問也。(民法六百五十三條
六百五十六條參照)

若夫監查役。有因株主資格之喪失而退任事。是取締役之所不存也。何則。取締役。以其在任中。供託株券於監查役。不得讓渡其株式。因之無失株主之資格。監查役。以其無株券供託之義務。無論何時。得賣却株式。而與會社離其關係也。惟在定款。有別項規定時。可解不以此限之也。此外如受破產之宣告。尙未復權之株主。不得爲監查役。則又與取締役同也。

按松本丞治氏評我商律曰。以會社比之於一國。株主總會。其立法機關也。取締役局。其行政機關也。此二機關。共爲會社必要之機關。所不可缺者。而株主總會。以其爲最高之機關。雖指揮監督取締役局。非常役之機關。宜別置常役之機關。使監督會社之業務。則監查役即是也。付於監查役。雖以區別監查役與監查役局爲正確。而法律不爲區別者亦多。公司律亦與日本商法同。謂之查帳人。不認此區別也。關於監查役之性質。各國法所採主義不同。在德商法之監查役。其權限甚廣。不僅

會社計算數額之正否。歸其調查。即業務執行方法之當否。亦歸其檢閱。且有時爲代表會社或執行業務之事。又別有檢查役。專於一時的。當檢查會社業務及財產狀況之任。反之在法商法之監查役。其權限頗狹。與殆德商法之檢查役相當。在英國法之監查役。依千九百之會社法。爲常役之機關。無論別有臨時之檢查役。其性質。寧近於法商法之檢查役。日本商法。關於監查役。依德商法之主義。公司律亦襲日本商法。於監查役以外。別設檢查役。而謂之爲查察人或查該人也。

監查役與取締役同。宜於株主總會選任之。此公司律第七十九條所規定也。關於此點。各國法之規定。殆爲一致。雖然。爲公司律之監查役。如不須爲株主者。是與日本商法。葡商法等相異。而與德意匈等之諸國法相同也。且公司律第八十一條第八十二條。規定監查役與取締役。不得相兼。是又倣於日本商法及德商法者也。監查役。宜有二人以上。此公司律第七十九條所規定也。是亦與日本商法相異者。日本商法。與意蘭瑞典之諸國法同。付於監查役之數。不定最少之限。德匈意葡等之多數法。則反之。至少以三人爲限也。

監查役之任期。限於一年。但不妨再選。此公司律第八十條所規定也。是與日本商法及意商法相同者。其他之諸國法。皆於二年以上。定其任期。如德商法。則以五年爲任期也。而在德商法。監查役之任期。其任期滿了之年。因定時總會之終結而終了者。以定時總會期日之先後。監查役於後任者之選舉前。妨止其終任也。此規定最。適。於。事。宜。公。司。律。如。日。本。商。法。以。其。爲。在。株。主。總。會。選。任。取。締。役。之。法。律。關。於。取。締。役。有。該。當。德。國。規。定。之。必。要。故。余。望。公。司。律。及。日。本。商。法。採。用。如。此。規。定。也。

付於監查役之終任。公司律無其規定。其何故乎。不可得而解也。唯公司律第八十二條所規定。有監查役於任期中。有退任時。尙未至定時總會。更行選舉。取締役局。得使他人代理云云。此規定。一見。雖似便利。而使被監督者。得選任監督者。則不知其所以爲可也。

付於監查役之職務。在決算前。宜調查一切之帳簿。署名於計算書。此公司律第八八條之規定也。付於其職權。無論何時。得查閱會社之計算。及一切之帳簿。質問於取締役。此公司律第八十四條之規定也。是等規定。無可敘述。唯憾其不認監查役

之總會招集權耳。

第三款 株主總會

第一項 總論

第一 株主總會之性質 株主總會雖爲會社最高之意思機關。取締役、監查役及其他之株主。皆宜服從其決議。然是不過言會社內部之關係。至於對於外部則株主總會無固有之人格。又不得爲會社之代表。且非如取締役或監查役爲常設之機關。僅因招集而成。立也。

第二 株主總會之種類 株主總會之種類有二。一定時總會。一臨時總會。一定時總會。該當舊商法之通常總會。即在每年一回一定之時期。取締役宜招集之。在年二

回以上爲利益配當之會社。於其每配當期宜招集之。此商法第一百五十七條所規定也。而定時總會。調查取締役所提出書類。及關於利益或利息配當之議案。並監查役之報告書。決其認否。且決議利益或利息之配當。又依於情形。爲調查右書類之當否。特選任檢查役。基於其人之報告。決右計算之認否也。至臨時總會。則每於

臨時有必要者。由取締役招集之。

第三 議決事項 株主總會之議決事項。以其別無有制限。故不反乎法之強行規定。或定款所定無論何事。雖決議可也。但須豫先通知其事項耳。今試舉商法所規定議決事項之重者於左。

一 取締役及監查役之選任及解任 (商法百六十四條百六十七條百八十九條)

二 社債之募集 (商法百九十九條)

三 定款之變更 (商法二百零八條)

四 任意之解任 (商法二百二十一條)

五 清算人報告書之認否 (商法二百三十條)

至於右所列之外。限於定時總會者。即決議前述計算書之認否也。

第二項 招集權者

株主總會。不問其爲定時。爲臨時。以取締役招集之爲本則。此商法第一百五十七條及第一百五十九條所規定也。雖然。取締役因自己之怠於招集。或因無招集之必要。及因

不利益於自己時。不無設種種之口實。不爲招集者。法律爲救此弊。故於取締役以外。認例外之規定也。試列於左。

(一)「監查役認招集株主總會有必要時。無論何時。得爲其招集。」此商法百八十二條之規定也。理由詳前。

(二) 達於或數之株主。亦關於總會之招集。有一定之權利。即商法第一百六十條所規定「當資本十分之一以上之株主。記載總會之目的。及招集之理由於書面。提出於取締役。得請求總會之招集。若取締役於此請求後。二週間內。不爲總會招集之手續。爲此請求之株主等。得裁判所之許可。有自爲招集之權云云。」是也。蓋總會之宜招集。無論其迫於必要。如取締役及監查役。結托而不爲招集時。株主爲顧自己之利益。亦不可不採保護之道。故法律與當資本十分之一以上之株主。以招集總會之權利也。其定十分之一以上者。以達此數之株主。稍得爲代表會社之利害者也。蓋小於此數時。則少數株主。必至濫用其權利。傷害會社之秩序。利益多於此數時。以其間之相談。如有糾纏。則重役等乘之。有生專橫之弊。之恐。故與當資本十分之一

上海图书馆藏书



A541 212 0002 2209B

光緒三十二年一月九日發行
明治三十九年二月二日發行

法政叢編第五種之上

商法(總則商業、會社)

編輯者 徐志繹

印刷者 池田宗平

日本東京淺草區黑船町廿八番地

印刷所 東京並木活版所

日本東京淺草區黑船町廿八番地

東京並木活版所

日本東京淺草區黑船町廿八番地

東京並木活版所

日本東京淺草區黑船町廿八番地

東京並木活版所

日本東京淺草區黑船町廿八番地

東京並木活版所

日本東京淺草區黑船町廿八番地

東京並木活版所

日本東京淺草區黑船町廿八番地

東京並木活版所

發行所

湖北法政編輯社

發賣所

內國各大書肆

日本

清國留學生會館

東京市神田區駿河臺鈴木町

法政叢編科目

法學通論	國法學	行政法	民法總則	民法財產總論	民法債權	商法總則	商法會則	商法商行	商法手形	刑法總論	刑法各論	裁判所構成法
監獄學	民事訴訟法	刑事訴訟法	平時國際公法	戰時國際公法	國際私法	經濟學	財政學	殖民政策	政治地理	西洋史		

以上各種定價銀

外政治學定價各肆角

6000