

商

法

會社法

民國二年三月三十日四版

商法會社上下二冊

定價 大洋壹元

編輯者

陳時

夏

出版者

丙午

社

印刷所

羣益書

社



總發行所

上海

棋盤街

羣

益

書

社

分發行所

長沙

府正街

羣

益

圖

書

公

司

商法會社法目次

第一章 總論……………一

第二章 合名會社……………一三五

第一節 設立……………一三五

第二節 會社內部之關係……………一三一

第三節 會社外部之關係……………一三八

第四節 社員之退社……………五一

第五節 會社之解散……………六六

第六節 清算……………八二

第三章 合資會社……………一一九

商法會社法

第一章 總論

鄞縣 陳時夏 編輯

就會社之起原。學者間有種種之說。置重於合名會社者。謂有組合既開會社之端緒。則會社之起原。比較的爲早。置重於株式會社者。從法人之會社觀察。則會社之起原爲遲。尙有說手形法者。以該諾亞之貸付銀行爲會社之起原。說海商法者。以船舶共有者出共通之資本而營航海業。爲會社之起原。皆各依其所研究而不同者也。夫論正確之起原。學說雖異。而云於羅馬法無會社。則一致者也。於羅馬無會社。其重要之原因。雖在於商業之不發達。而亦有他之原因存焉。何也。當斯時也。爲家長之制度。家長者於其家族之上。大有權利。凡家族之財產。皆得爲一己自由之處分。故無別設會社之必要。又斯時也。在宗教上之思想。以不自勞而得利益。爲反於道德。故惟出資本而受利益之分配者。不免受其非難。而會社之發達。遂被其阻害。至後家族制度

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

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

就我國會社之起原言之。其明與以會社之名稱。而爲爲商業之團體者。始於明治二一年之爲替會社。即今銀行之前身也。後明治四年於東海道其他之驛次。許陸運會社。至明治八年。以司法省令。許會社爲訴訟之被告。漸漸近於法人之觀念者也。於日本商法所謂會社者。以商行爲爲業之目的。而設立之。社團法人也。

社團者。自然人之集合也。於自然人之集合中。有僅爲自然人之集合者。有依法律之

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

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

為法人之會社。與其他社團法人區別之點。在以商行為營業之目的。故雖有營利之

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

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

會社設立之目的。不可不適法。若以反於公之秩序與善良風俗之事項爲目的。則其設立行爲爲無效。而自始視爲不成立。又最初適法成立之會社。爲反於公之秩序與善良風俗之行爲時。則裁判所得因檢事之請求。或以其職權命其解散。第四十八條

於會社之設立。有單以當事者之行爲爲足者。有尙於其他須國家之免許者。關於此有二主義。前者曰免許主義與干涉主義。後者曰準則主義與放任主義。立於此二主義之中間者。則有公認主義。

免許主義之理由如左。

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

者而與以免許。所以保護社會公衆之利益者也。

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

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

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

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

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

日本商法之主義。以準則主義而設立會社者。以私人爲設立行爲足矣。而其設立行爲。依會社之種類而不同。有單以定款之作成爲已足者。有迄創立總會之終結。要爲多種之行爲者。而於此中間所爲之行爲。亦有種種。因會社之如何而異。故不能爲一括之論。然其精神之所在。則在作成有效之會社契約。即所謂定款之作成也。於定款。以有書面爲必要。或者謂口約亦可。或甚至謂意約亦可者。是以會社之意義。爲廣。有法人與非法人之二種。雖就國法之下一部之會社。或得言之。而於日本國法之下。亦所不許之說也。蓋於日本法之下之定款。必以書面作之者也。

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

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

茲所謂第三者。包善意者與惡意者而言之。故於會社設立之登記前。雖或人已知會

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

就右所述第四十五條之規定。與關於商業登記第十二條之規定之關係。有二說。

第一說。會社之設立。因於其本店之所在地爲登記。得直對抗第三者。不必爲公告。此第四十五條之規定。爲第十二條之例外之規定也。

第二說。會社之設立。非於其本店之所在地登記且爲公告後。不得以之對抗善意之第三者。何則。於第十二條規定當登記之事項。非於登記及公告之後。不得以之對抗善意之第三者也。此規定爲商法總則之規定。故雖於會社設立之處。亦當然見爲適用者也。若第四十五條者。僅示其會社之設立當登記之事項。而此設立得對抗第三者之手續。當依第十二條之規定。尙從立法之精神論之。如會社者。公示於第三者。而後可使爲行爲者也。普通之事項。猶有爲公告之必要。而斷無限於會社而有不必要之理由存也。

右之二說。果孰得法之正解。一委諸君之研究。而不下斷定。

會社非於其本店之所在地爲登記者。不得着手於開業之準備。或謂於開業之準備。其得或動產不動產之所有權。與設定地上權。及結僱傭契約。多與第三者爲法律行爲。故欲以會社之設立對抗第三者。有須登記之規定足矣。而會社非爲登記不得爲着手於開業之準備之規定。可不必者也。雖然於開業之準備中。非與第三者爲法律行爲。乃會社單爲或事之際也。故使會社於登記前得爲是等之事。須以法律之明文示之者也。第四十六條 非於登記後不得着手於開業之準備。故雖以社員一己之名義。而購買土地家屋。若認爲開業之準備時。則其行爲爲違法。爲此違法行爲之社員。當處以五圓以上五百圓以下之過料。第二百六十一條 但會社者。於其登記之前。雖不得以其成立對抗第三者。而於會社與社員之間。則已爲有效之成立。故社員與其會社爲法律行爲時。其行爲爲有效。雖爲違法可受制裁之行爲。亦非常無效者。有於或處爲無效。而於或處爲有效者。又會社於其登記之前。不能着手於開業之準備。則其不得着手於其目的之事業。可不俟言也。

會社於其本店之所在地爲設立登記後。既過一定之期間。尙不開業時。不惟使社會

公眾有懷疑惑之念。企同種之事業者有受妨害之虞。而避官廳之監督之弊。亦將由是而生。故法律使裁判所得因檢事之請求或以其職權。命其會社之解散。日本商法定右之期間爲六箇月。即會社於其登記後經過六箇月。尙不爲開業者。裁判所得命其解散者也。於此際會社之解散。以一屬於裁判所之職權。故裁判所得視其當時之事情而伸張其期間。又雖裁判所命之解散之時。若會社有正當之事由。亦得請求期間之伸張。例如航海會社。於豫定之期日。不得取得船舶時。又如鐵道會社。向外國定製軌條而未到達時。得具其事由。而請求裁判所伸張其期間。此事由爲正當之事由。故裁判所必當爲相當之伸張者也。

日本商法之種類有四。即(一)合名會社(二)合資會社(三)株式會社(四)株式合資會社是也。於舊商法會社之種類。有(一)合名會社(二)合資會社(三)株式會社之三種。認爲不充分。故更於新法加以株式合資會社者也。然加此株式合資會社之一種。果爲必要否乎。就現今此種之會社觀之。固極居於少數也。在獨逸之商法。與日本新商法所認之會社相當者有四種。其他稱爲(Stille Gesellschaft)而用(Gesellschaft) (即會社)者。與

日本商法之匿名組合相當。故日本新商法不入之會社之中。而爲前示之四種類。又獨逸於日本商法所認會社之外。尙有有名之二種會社。其一稱爲營利會社。又其一稱爲有限責任會社。結局則會社有六種。而所說明者爲多。

於日本商法會社之種類。雖限於前示之四種。然商法非妨其他別種會社之創設也。而可豫想得爲別種會社之創設者也。何也。於商法第四十二條所謂『於本法所謂會社者』之規定。是尙有於他法所謂會社者。可豫想也。

會社者。必須商號。其商號不可不應會社之種類。而加以合名會社合資會社株式會社及株式合資會社之文字。此關於商號之第十七條所規定者也。若不加以此等之文字則如何。又有合名會社之性質者。而用合資會社之文字加其商號。以其名爲或法律行爲時。其效力當如何。生此等之問題時。不外依其法律行爲之性質與爲其法律行爲者之意思如何。而異其斷定。有於或之處爲有效。於或之處爲無效者。又有視其事情而科以刑罰者。

第二章 合名會社

第一節 設立

合名會社之名稱。爲法國法學者波荃愛氏 (Pothier) 所用之名稱。即採用於法國商法 (Societe en nom collectif) 所詳之名稱也。於獨逸商法雖用 (Offenen yessellschaft) 之名稱。而於學者間尙多有用 (Kollektive Gesellschaft) 之名稱者。此名稱所由來。以此種類之會社之商號。用集合社員之名。使一見而知爲何人組織之會社者也。即在今日。尙有國採此主義。於商號使集合社員之名。不使最少用其社員一人之名。與株式會社生用表示營業之目的之商號。相爲對照者。雖然。若以社員一人之名。亦以爲可。於合名之名稱。已不符實。況於商號雖用如何之名稱。亦無不可之國法下。其合名之名。之更不符其實乎。故用此名實不符之文字。不如示其會社之實質。例如稱爲無限責任者。而可略稱爲無限會社。或稱爲連帶責任會社是也。

於會社之名稱。悉用社員之名時。則社員之數。自爲少數。故雖不以法律直接限定其

社員之數亦可也。

無論如何之法律。其於合名會社之社員之數。皆希望其少數者。何也。蓋於此社員間之關係。酷似組合。須相互相知。對於外部而負連帶之責任。故必使相與信用之人之間。爲組織。得豫防爭端之生者也。舊商法限爲七人。若新商法則不以明文設何等之制限。於會社之名稱。得隨意附之。故其社員之數。無論幾人可也。不必如舊商法限於七人以下者也。雖然。在法律雖不設其限定之數。而從會社之性質論之。則社員之數。當爲少數。若有多數之社員者。是因其必要而許之者也。

或云。爲合名會社之說明。當說明以商行爲爲業之團體。雖然。在我國之會社。皆以商行爲爲業。非如他國之株式會社。以商行爲以外之事業爲目的。亦得爲會社者。故惟就合名會社而說明以商行爲爲業之團體。實不見其必要者也。又云。於合名會社。當說明有二人以上者。雖然。凡所謂會社者。皆社團法人也。而社團法人。皆有二人以上者之必要。又無俟於說明者也。又云。於合名會社。當說明有商號而爲權利義務之主體。爲訴訟之當事者。此於以合名會社爲非法人之法律。與以合名會社爲法人與否。