



# 商法論

## 第二編 會社

### 會社之沿革

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

於解會社之沿革者中。殆無謂羅馬以前既有會社者。其紛議雖自羅馬有會社與否爲始。而有力之學者則云。羅馬雖有組合。東希愛丹斯而非近世所稱之會社。蓋因團體員間無相互

之代理。無共同之財產。而亦無共同之權利義務者。既非近世所稱之合名會社。而又非有爲團體而獨立之商號。非有與團體員之財產全然相異之財產。並不得以團體而爲訴訟者。故亦非近世所稱之株式會社。即於其他之會社。亦無相類者。因是而可斷羅馬時無會社。羅馬時所以無會社者。由羅馬賤商業。故無需於爲其機關之會社。又因家族團結。大而且強。家長得私有家族之財產。依之以營巨大事業。殊不要更與他人合同故也。又羅馬人

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

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

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

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

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

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

## 第一章 總則

### 會社之本質及能力

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

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

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

能不一加以分別。且在民法上者，爲非法人。其事甚瞭。而於商法上者，則其中有分明爲

法人者。有不然者。故不得以商法上者，悉稱爲法人，而與民法上者區別。在獨逸，亦於軋澤

爾希耶敷托。譯音有民法上者，與商法上者，因而欲示其爲商法上者，殊須別稱爲罕迭

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

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

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

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

會社之性質者也。

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

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

會社有商號及住所。一七、一四蓋會社不可無表示自己之名稱。而以會社爲因商業之目的而存在者。故以其名稱爲商號。又以會社不得爲於商業無關係之行爲。故不要於商號之外更有名稱。一會社而得有二個以上之商號與否之問題。雖有與自然人商人商人稱得有二個以上之商號與否之論。可以通用其說明。而終不能全然通用。蓋商人者。於爲商人之外。有以自然人而存在之理。本係自然人。惟因爲商業。故爲商人。從其爲自然人既有名稱、住所、及裁判籍。斯不必別有商號而亦可。以既生不必有之而亦可之說。而二個亦可之論。



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

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

### 會社之設立及登記

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

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

設立會社目的之應適法。其意自含於會社以爲商業之目的而設立之規定中。蓋所謂商



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

會社雖成立。然爲反於公共秩序或善良風俗之行爲時。裁判所得因檢事之請求。或以其職權。而命其解散。<sup>四</sup>蓋會社有於以適法之目的而設立之後。用不正之手段者。或有越於目的之範圍外。爲不可爲之行爲者。此等之情事使裁判所得解散其會社。此雖曰會社之行爲。然於實際。則率爲其機關之行爲。終歸於自然人之行爲而已。斯其規定之主意。與民法第七一條所云。法人爲可害公益<sup>字</sup>之行爲時。主務官廳得取消其設立之許可。可以謂相等也。

會社雖成立。倘欲作爲會社而爲有利益於自己之活動。則須於本店所在地。爲其設立之登記。<sup>按登記冊</sup>

登記之效力如左。

一 爲登記時。則得以會社之設立。對抗於第三者。

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

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

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

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

求代價。則受爲其反對給付之物之引渡之請求。亦自不能拒絕。論者雖或謂會社非爲

設立登記。則非但不得由會社以之對抗於第三者。即第三者亦不得以之對抗於會社。

然在法文。止稱會社不得以設立對抗於第三者。故不得不解爲第三者則得對抗之。若

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

社員於凡因會社所爲之行爲。其社員。應負受第三者請求之責。

因第三者之中。含有善意者與惡意者。故會社雖對於明知會社之設立者。亦不得以其

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

對抗之。且屢有對抗之之要。例如使有業務執行之義務者。速申請登記。或使各社員爲

出資是也。

二 爲登記時。則得著手於開業之準備。

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

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

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

於登記簿。又妨害欲營同種之事業者。故也。

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

### 會社之種類

會社。爲合名會社、合資會社、株式會社、及株式合資會社、四種。三四

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

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

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

## 第二章 合名會社

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

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

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

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

### 第一節 設立

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

立後爲之者。亦決非會社設立之要件。

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

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



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

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

絕對的事項如左。五

一 目的。

二 商號。

三 社員之氏名住所。

四 本店及支店之所在地。

五 社員之出資之種類及價格。或評價。按評價即估價之標準。

此款乃兼集二事者。(一)出資之種類及價格。(二)出資之種類及評價之標準

於以上所記載。加以各社員之署名時。卽成定款。

相對的事項之爲何。得由當事者隨意定之。而於會社法無所規定。

## 設立之登記

雖設立會社。苟非於本店之所在地而爲登記。則不得以之對抗於第三者。且不得著手於開業之準備。關於合名會社之登記。所特應規定者。爲時、地、及事項三者。

應登記之事項如左。一五

- 一 目的。
  - 二 商號。
  - 三 社員之氏名住所。
  - 四 本店及支店。即記載其所在地
  - 五 設立之年月日。
  - 六 定存立時期或定解散之事由時。則其時期及事由。
  - 七 社員之出資之種類。及以財產爲目的之出資之價格。
  - 八 定有應可代表會社之社員時。則其氏名。
- 定有業務執行之社員。而特不須登記者。蓋因業務執行中其僅屬內部關係者。固不