

商法會社法

(第二十七册)

商法會社之一

凡例

(一) 是書從日本法學博士松波仁一郎會社法講述譯述。不參加他種會社法之講義錄。

(一) 編中艱深之名詞不常見於他法者。略加解釋。

(一) 編中所謂第某條者。皆指新商法而言。若引用舊商法及獨逸新舊商法之規定。則標示以區別之。

(一) 原本所用地名人名。多用漢字音譯。標示以符號。其外國法律之名詞。則仍書外國文。

(一) 原本引用外國學說。文字失之艱澁。譯文述其大意。期其明瞭。

(一) 原本所分章節款。悉依法典所定。譯者仍之。

商法會社法目次

第一章 總論

一

第二章 合名會社

一三

第一節 設立

一三

第二節 會社內部之關係

二二

第三節 會社外部之關係

三八

第四節 社員之退社

五二

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

鄞縣 陳時夏 編輯

第一章 總論

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。而爲商業之團體者。始於明治二年之爲替會社。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

而爲權利義務之主體者。在於後者曰社團法人。會社者。爲社團法人之一種。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。其會社爲非法人。舊商法規定會社。其會社爲法人。蓋名同而所附之意義異也。現行法改在民法上者爲組合。規定於商法者爲會社。故於現在所謂會社者。悉爲法人。在他國今尙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。其中有爲法人者與非法人者之二種。爲法人者。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爲法人。關於合名會社則分其說。

爲法人之會社。與其他社團法人區別之點。在以商行爲業之目的。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時。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

公衆有懷疑惑之念。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(*Société 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