

比較商法論

序一

世嘗謂吾國以農立國。士農工商。商居最末。故重農而賤商。商業因之委靡。是不盡然。易繫辭載神農氏斲木爲耜。揉木爲耒。以教天下。蓋取諸益。日中爲市。聚天下之貨。交易而退。蓋取諸噬嗑。是古時商固與農並重也。司市之官。質劑之法。泉府之制。莫詳於周禮。秦漢以後。通道西域。大宛烏孫月氏安息之間。最爲商務輻湊之地。今世所稱胡麻。葡萄酒。胡椒之類。皆自當時輸入。比及魏晉。海商亦極發達。錫蘭波斯之船舶。至廣州者。皆有定期。是吾國商業之盛遠。在二千年以前。不得以漢高祖常禁賈人衣絲乘車。遂爲賤商之證也。雖然。吾國商務。雖不亞於他國。而數千年間。獨無整齊劃一之商事。法規者。是何以故。考歐美諸國之法系。本有英法法系。與大陸法系之二種。英法法系。大都尊重習慣。不尙形式。吾國之商事。其組織與性質。俱極複雜。蓋與英美爲近。商業之繁盛。與委靡。固不係於成文法典之有無也。前清光緒之季。始頒布欽定商律。民國初建。又有編纂法典之議。於是次第頒布現行公司條例。大都雜採德日之制。而變通之於吾國之商業。沿革商事習慣。固未遑一一調查。其能否適用於吾國。尙不可知。然余私心竊竊然憂之者。則以吾國留學人才之衆。而獨無一關於商法之著書。是可異。

也。王君維白。余與之同學於東瀛。歸國後。又與之同執教鞭於北京法科大學校。研究商法有年。頃以所著比較商法公司編徵序於余。余嘗謂研究商法較之他法爲尤難。乏適當參考之書籍。一也。文人學士又多不諳商人習慣。二也。以故學校講義大都稗販日本。與吾國情形柄鑿。且文詞鄙俚。無一足觀。王君斯作。力矯諸弊。以本國法律爲主。而比較各國制度。以定其得失。不特適於學校之教科書。且足爲異日改良商法之考證也。民國四年元月閩侯程樹德序。

序二

處商戰之世。以單獨商人而與公司較。猶驅散卒當整軍也。公司之能力。在資本、道德、智識三者缺而與完成者較。猶率弱卒當雄兵也。而茲三者以外。尤須有法律上之組織與保護。相待以興。否則猶以烏合之衆。當節制之師也。日人論彼國會社發達。謂因商法之制定。而基礎鞏固。因商法施行後之經驗。漸次改良。而保護會社事業。益見發揮。（見開國五十年史澁澤氏之說）公司之於法律。其相須之甚殷也。如此法律之適否。與公司事業之利鈍。其影響之密切也。如此邇者我國商務萎頓。公司虧敗尤劇。豈盡國人乏經商能力。毋亦無相當法律維持其間。或雖有之。而無所資以討論考究。以致奉法之心不盛。職使之然乎。今公司法既頒布矣。而學者著書缺如。得非憾事。此予於我友王君維白比較商法公司編。所以亟勸登梓以公世也。斯編取材豐富。意解精審。而出以明白顯豁之筆。凡諸要妙。閱者自得。無待贅言。而予獨有深感者。凡百事業之振興。無不視乎學說之發達。千餘年來。我國留學歸國之士。率無暇專精科學。推闡著作。以貢於時士之取高名顯爵者。無所藉乎。此流風所播。教習之所以教學生之所。以學求其一卒業。可以應試求祿。便爲畢事。予嘗訪之書肆。法政之書。銷流甚寡。法較

政尤寡。一法之中。復詳分門類。而單行之者尤寡。蓋寡有求者。亦寡有應者。惟聞將考法官。則其時應用於考法官之書。必徧懸書目於書肆門首。求之者果接踵而至。考知事亦然。嗚呼。國人之不悅學。如此其視法律書。幾如入股。時代之所謂敲門磚者矣。維白是書之出。其能容國人之靜心研求。演而至有影響於公司事業否。蓋未可必。昔周人不悅學識者。謂其必亡。予意我國未必亡者也。將於是書之行卜之。

潮州義卿鄭浩識

例言

一坊間印行法政書籍多係直譯本文字艱澀讀者苦之本編純係編輯固非譯本可比中間參考東西書籍之處亦必力矯上述之弊

一法律中之新名詞以商法爲最多近時譯本及校中講義率沿用日本名詞頗多費解本編悉以現行法爲主其爲現行法所未備者則以習慣上之名稱代之而附外國名詞於其下以備參考

一吾國法典向未完備本編從事編輯時尚在現行公司條例之草案時代吾國各種草案以茲編爲最善故用以爲根據頒行前後疊有修改本編亦依照改正惟無限公司兩合公司及股分兩合公司負無限責任之分子草案仿照日本法均稱爲社員現行本則改稱股東其實社員與股東之性質迥乎不同無論事實上法律上均不可以同日語統稱爲股東在無限公司兩合公司關係尙不甚大若在股分兩合公司殊多未便作者爲力圖解釋上之便利及事實上之區別起見仍稱社員不稱股東區區權宜之心或亦爲學者所共諒歟

一本編所有學說平易近人其不甚安穩者概未采取編者間有評論處亦必參照

各家學說而折衷之其當與否未敢必也世之君子幸賜教焉

一本編脫稿雖久未敢遽以問世徒以同學友人敦促付梓而時促事冗又未暇詳細補輯倉猝付印舛誤脫略之處容有未免惟祈 識者進而教之幸甚

一編者尙有商法總則商行爲海商票據及破產等編已先後脫稿容當修輯完竣之日仍擬刊印求教

緒言

我國商業發生最早。但徵之往昔。合夥營業則有之。而結合團體經營商業。爲國家法律所公認者。則未之前聞。有之。自前清光緒二十九年。欽定商律中之公司律。始周禮地官。雖列市政一篇。固不得目之爲商法。卽謂與商事行政法相近。亦祇可謂爲商公法。而不得謂爲商私法。李唐以後。律文稍備。然一考其內容。都莫不重刑名而輕錢債。故關於商之一部分。亦絕無規定。遑論公司。迹其所以不存商法規定之理由。一則商業幼稚。認爲無規定之必要。一則由於重士賤商之觀念積久。使然。矧當時歐西制度。尙未輸入。宜其不知有所謂公司也。

洎乎近世。商戰日烈。而其最富於戰鬥力者。又莫如公司。故無論農業國。工業國。或商業國。不亟謀公司之發達者。其結果靡不歸於失敗。而後已。特公司發達與否。雖不盡由於法律之力。而法律之完善與否。實與之有至大之關係。吾國前清光緒二十九年。雖有欽定商律之頒行。迄於今茲。卒尠成效者。原因雖多。而其所受法律上之影響。當亦不少。此在曾讀欽定商律者。類能言之。詳見後及拙著商總則編。茲略。

現行公司條例之內容。比之前清欽定商律。已稍稍完備。原由前農工商部。參照法律

館及上海預備立憲公會兩草案暨日本商法編輯而成。清宣統三年提交資政院。未及討議。革命軍起。議員星散。茲編遂存而不論。民國成立。知非振興商業不足與圖存也。爰以是編及商人通例。付法制局修正。經今大總統袁公於本年三月二日即民國三年發布。九月一日施行。中間訛誤之處。復於同年九月二十一日。以教令百二十九號改正。以其大體而言。全屬德法系。而尤與日本法相近。似惟於無限公司。兩合公司。暨股分兩合公司中。負無限責任之分子。一律稱之爲股東。與股分有限公司之股東名同。而實異。殊覺非便。是以本編仍依據前農工商部草案。除股分有限公司之分子仍稱股東外。餘均稱之爲社員。

公司之性質及其組織。以及公司法之編製體例。雖應於以次章節中分別說明。然有不可不先言者數事。臚舉於左。

(一) 公司法與民法及商法之關係。法商法及日之舊商法。不另列公司編。而規

定於商法總則編中。德法系商法。凡屬公司之規定。皆別爲一編。特商法與民法。應否分離而獨立。頗爲近世學者所爭論。其結果究應予以如何之解決。雖屬總則編之範圍內事。然無論如何。公司編應獨立存在。此殆爲一般學者所公認也。

(一)公司。法。之。體。例。除德意志、奧地利、西班牙及其他二三小國不計外，自餘諸國商法中之公司法及我國公司條例均莫不有總則一章以規定公司之種類及各種公司共通之事項以立法之體例而言似以各種公司共通之事項規定於總則而以各種公司特有之事項分別規定形式上較爲整齊特在不設總則之國之商法亦未始無理由其最著者(1)商法上之公司與民法上之組合大致略同因即不妨以民法組合之規定爲公司之總則(2)公司有法人與非法人之別如不盡認爲法人則雖欲設一共通之原則而其勢有所不能故不設總則(3)即令凡公司均認爲法人而其在經濟上之目的及法律上之組織性質迥乎不同與其設總則而不免解釋之誤何如不設總則之爲佳但之數種之理由是否能認爲正當尙須與商法學者一討論之

(二)公司之意義。近世各國商法雖無不認公司之組織但何者爲公司何者非公司法律上多未有正確之規定因之解釋家言不無聚訟惟西班牙、葡萄牙暨日本商法則皆有明揭公司意義之條文故不生疑義我國舊商律即欽定商律三年一月十

三日廢止故云及現行公司條例仿此參舊商律一條

(四)公司之目的。有一律限於商事或商業者。有不然者。其一律限於商事或商業者。如荷蘭、比利時、奧地利、伊大利、西班牙、葡萄牙等國商法。及我國舊商律、公司條例。是其一律不限於商事或商業者。如英國公司法。及瑞西債務法。是其於各種公司中之一二種。如股分有限公司、股分兩合公司。不限於商事或商業者。如法蘭西、德意志、匈牙利諸國商法。及日之舊商法。是至於日本新商法。則與我公司條例同。參公司條例一條
日商法四二條對於一切營利團體。僅能準用商事公司之規定。而不入公司法。上海預備立憲公會草案。即商法
調查案則兼賅一切營利事業而言。其立法之不同。有如此者。

(五)公司之種類。立法上有二大區別。其一為大陸主義。其二為英美主義。大陸主義中復分二種。(一)規定無限期公司、兩合公司、股分有限公司、股分兩合公司者。最居多數。如法、德、伊、比、西、葡、瑞、士等皆是。(二)僅規定無限期公司、兩合公司及股分有限公司者。止匈牙利、荷蘭二國為然。至於英國法。則以七人以下為組合。七人以上為公司。但是不過就其大體而言。其詳亦極複雜。公司之種類多於大陸諸國。不限於四種。其性質及其組織俱極繁複。此所以獨立成一法系也。

比較商法論目錄 公司編

緒言

第一章 公司通論

第一節 公司種類

第二節 公司人格

第三節 公司之住所

第四節 各國公司之種類

第二章 無限公司

第一節 無限公司之設立

第一款 定款作成

第二款 設立註冊

第二節 公司內部關係

第一款 出資

第二款 業務執行

第三款 定款變更

第四款 持分

第五款 損益分配

第六款 競爭禁止

第三節 公司外部關係

第一款 公司代表

第二款 社員責任

第三款 公司資本

第四節 社員退社

第一款 退社事由

第二款 退社效果

第五節 無限公司之解散

第六節 無限公司之清算

第三章 兩合公司

第一節 適用法規

第二節 日本舊商法之兩合公司

第四章 股份有限公司

第一節 股分公司之通義

第二節 股份有限公司設立之程序

第一款 發起人

第二款 定款作成

第三款 股分承受

第四款 共同設立

第五款 募集設立

第三節 股分

第一款 股分之性質

第二款 股分金額

第三款 股分之種類

第四款 股票

第五款 股票之轉讓及抵押

第六款 股票註銷

第七款 股本交納之方法

第四節 股分有限公司之機關

第一款 股東總會

第二款 董事

第三款 監察人

第五節 公司之文件

第六節 公司之計算

第七節 股分有限公司之定款變更

第一款 資本增加

第二款 資本減少

第八節 公司債

第九節 股分有限公司之解散

第一款 尋常解散

第二款 股分有限公司之合併

第十節 清算

第五章 股分兩合公司

第一節 股分兩合公司適用之法規

第二節 股分兩合公司設立之手續

第三節 股分兩合公司之機關

第一款 無限責任社員

第二款 股東總會

第三款 監察人

第四節 解散

第五節 清算

比較商法論

第六節 股分兩合公司之組織變更
第六章 外國公司