

## 烏賀陽教授著「會社法」

喜多, 良夫  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16232>

---

出版情報 : 法政研究. 4 (2), pp.291-302, 1934-03-05. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 鳥賀陽教授著

## 「會社法」

喜 多 良 夫

は し が き

歐洲大戰後に於ける社會的經濟的事情の急激な變遷の結果は、法律學上其の性質範圍等に付いて今日尙激しい論争の對象となつて居る經濟法の如き新立法を見るに到り、又從來の法律は著しい改正を促されるに到つた。吾國に於ても在來の審府案を其の討議の基礎材料として成立せる審府條約を承認し手形法小切手法として昭和九年一月一日是を施行し又總則會社法に付いては昭和六年法制審議會の總會決議に依り、其の改正要綱は既に發表せられし所である。其の他是等以外の商法分野に於ても着々其の改正準備は行はれ、今や吾國商法は全面的に其の改正機運に應まれて居るのである。此の新しい傾向の中に生れ出た鳥賀陽教授著「會社法」を此處に紹介批判する事は必ずしも徒爾であるまい。

本書は教授が既に序言に於て云はれて居るが如く、商法會社編の説述であつて、簡明を主とし、讀者をして一應の理解を得せしむるの趣旨に基き後細微の精理に通曉するに到る事あらば著者の本懐とせらるのである。従つて其の内容も極めて簡明であり、全體の編別は第一章總論、第二章合名會社、第三章合資會社、第四章株式會社、第五章株式合資會社、第六章會社

の組織變更、第七章外國會社、第八章罰則とし、最後に附説として、第九章を有限責任會社としてドイツ有限責任會社を説述される、尙本著に付いては先きに法律時報五卷十一號に佐々氏の單簡なる紹介がある

## (1)

法律學は全社會的經濟的經驗の收得に依つて現實の法律生活並に其の中に動ける力の認識に迄擴張せられねばならない。即ち法律は國民相互間の公的私的關係の秩序として常に其の時々に於ける社會的經濟的存在狀態の精神を表現し、此の法律の精神から初めて其の内容を收得し得るものである。經濟と法律とは實質と形式との關係にあるものであり其の實質たる社會的經濟的事實の探究は法律學に於ては等閑に付せらるべき事ではない、吾國に於ても、斯様な傾向は過去十年間新なる風潮として努力せられ來つたのである(註一)。斯くの如き努力は本著「會社法」に於て如何に見出されるであらうか。

教授が第一章第三節會社の分類に於て會社の經濟的分類として是を會社内部に於ける社員の人格の輕重と、社員の經濟的責任に基き、「人的會社」「物的會社」「特殊ノ會社又ハ組合」(七頁)(註二)を挙げられ、更に又株式會社の實用は「(1)大資本ヲ要スル事業、(2)而も莫大ナル危險ヲ生ズルノ虞レアル事業ニ適シ、(3)資本ノ普遍化ニ依リテ事業ノ進展ヲ促ガシ、(4)株式ノ讓渡ノ自由ヲ認メテ金融ニ使ナラシメ、(5)比較的長年月ノ繼續ヲ要スル事業ニ好適シ、(6)資本ヲ廣ク求メテ事業ヲ民衆化セシムルノ點ニ在リ」(二四頁註二)として、株式會社の經濟的機能を説明し、以て法律解釋の基礎とせられたる事、其の他各項に於て先づ經濟的意義を説明し、然る後法律

的意義を説明せられたる等に於て、教授が從來の概念法學に満足せず、法律原理と經濟的社會的法則との密接なる關連を認め、經濟的事象の法律への反映を説明せられんとするの努力を見る事が出来る。會社法は他の法律領域に於けるより遙かに法律外の經濟的社會的基調に基礎を置いて居り、従つて特殊なる程度に於て此の法律外の存在要素の影響に暴露されて居る（註三）。従つて會社法學に於ては特に此の經濟的社會的事實の探究が要求せられるのであり、此の意味に於て氏の上述の如き努力は、近來吾國法律學界殊に私法學界の新なる傾向の現はれとして興味深く見らるゝ所である。尙本著に於ける微細な問題に渡つての相當なる判例の引證は又吾國私法學界に於ける判例研究の新たな風潮の傾向を示すものとして注目される。

然しながら本著の最も著しき特徴は改正要綱が適所に挿入せられ、初學者の參照を便にせられた事である。もとより改正要綱を挿入せる會社法著書は本書のみに限らるゝものではない。然し其の「適所」への挿入と、其の挿入されたる條項の豊富なる事は少く共今日迄其の比を見ないものであらう。此の改正要綱の挿入に加ふるに、「會社編ノ説明ヲ終ルニ臨ンデ、獨逸國ニ於ケル有限責任會社ノ説明ヲ附加シテ以テ他山ノ石タラシメント」せられた事は本著の價値を増大する。獨逸に於て「一八九二年有限責任會社法發布以來、實際界ニ於テ大ナル歡迎ヲ受ケ、一八九八年ニ於テ一八三九ノ會社ニテ七億馬克ノ總資本ニ達シ、歐洲大戰前一九一一年ニ於テハ二二七九ノ數ニ達シ、總資本ハ四十億萬馬克ニ上リ」（三一頁註一四）如何に實際上便益なるかを知るに足る有限責任會社制度は、何故に株式會社以外に特殊なる變態制度として認めらるゝの要があるであらうか。教授は云はれる。

「株式會社ハ資本團體トシテ、多數ノ株主ヲ有シ、株式讓渡ノ自由ヲ以テ原則トスルガ故ニ、容易ニ株主ノ變動ヲ生ジ得ルヲ以テ其ノ特徴トス。株主並ニ債權者ノ利益ヲ保護センガタメニ比較的嚴重ナル設立手續ト、貸借對照表ヲ周知セシムベキ義務ヲ課シ、其ノ組織ニツイテモ亦監査役ト株主總會ナル二重ノ監督機關ニ服セシメ、資本維持ノ原則ヲ確保シタルモノナリ。要スルニ株式會社ノ設立、組織、存立、發展ニ關シテ割合ニ窮屈ナル制度タルヲ免レズ、茲ニ於テ比較的ニ單純ナル而モ融通力(彈力性)アル性質ヲ有スル資本團體ヲ組織セシムル方法トシテ、有限責任會社ヲ案出スルニ至リタルモノナリ」(三一八頁以下)。經營すべき事業は必ずしも其の規模、資本に於て大なるを要せず、又大資本、大規模であつても特殊會社、同族會社の如く株主の數頗る少いのもあり得るのである。斯くの如き會社は株式會社法の煩雜になづまず、合名會社の社員責任の過重を怖れ、また合資會社法、株式合資會社法に於ける複雑性に適合しないのである。此れが救濟方法としての中間形態として(一)有限責任を内容とする合名會社制度(二)變態合資會社制度(三)簡易株式會社制の三個の制度が存在する。(一)は「アルヘンチ」豫備法案の採用する主義であり、(二)は吾國に於て夙に舊商法の起草者たりし、「ロエスネル」の採用する所あり(三)は歐洲大陸法の採る所謂有限責任會社制と一は英米法の認むる私會社制(Priate company)の二種の別個の制がある(註四)。改正要綱は其の第二編會社の冒頭に於て外國法上の有限責任會社又は英國法上の私會社に該當する特別の會社を認め是につき特別法を以て規定を設くべき旨を定めて居る。(改正要綱二十三)。斯かる時、教授が塊太利有限責任會社法を比照しつゝ、獨逸有限責任會社法を紹介されたのは將來

立法に於て貢獻する所大なるべく、更に英國私會社法に就いての説述は將來の本著改訂版に於て期待せらるべきものであらうか。

(註一) 田中耕太郎氏「世界法の理論」第一卷十六頁(註二)

(註二) 同様なる經濟的分類を示すものは Julius v. Gierke; Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 1933. 4 Aufl. s. 198.

(註三) Geiler; Die Wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht. s. 8

(註四) 佐々氏「有限責任會社法論」四三三頁

(11)

以上私は本著を鳥瞰的に觀察する事によつて本著の特質を論じ、以下本著の内容に立入つて紹介するのであるが、會社法の如き大法典に關する教授の如き大家の著書を其の全般に亘つて紹介することは若輩の能くする所ではなく、又限られたる紙數のために只私は會社制度に於ける根本的な理論問題について氏が如何なる立場を採られたるやを紹介するに止めようと思ふ。

×

×

×

企業が其の目的追求のために其の全能力を發揮し得るのは、其の單獨性と、企業組織要素の集合性が完全に達せらるゝ所に存する。而して其の單獨性の獲得は、從來の自然共同體たる家庭より完全に絶縁される所に存するのであり、後者の集合性の獲得は才能、労働、資本の増大に存するのである。會社制度はもとより一の企業經營

形態として、個人企業の單獨性と集合性に於ける不完全を補充し、追完する事により、其の發生の契機を見出した。從來會社成立の三個の要素として、一般に(一)勞働の補充(二)資本の増加(三)危險の分散を擧ぐる事通常であるが(註一)、家計の分離、窮局危險の分散(註二)は上述企業の單獨性を、勞働の補充、資本の増加は上述企業の集合性を具體的に説明せるに外ならない。教授も亦第一章第一節に於て「結合ハ力ヲ爲ス」(L'union fait la force.)といふ古諺を引いて、古來既に斯くの如き傾向の存在せる理由を示し、組合又は會社制度は「資本及勞働ノ合同」更に「危險ノ分割」なる三個の要素に其の發生の原動力と存在理由を認められて居る。而して更に是に加ふるに尙「利益ノ普遍化、即チ民衆化ノ目的ヲ以」て(二頁)會社制度の發展せる事蹟あるを主張し、將來も亦斯くの如き意味に於て益々擴大せらるべきものである事は、「現今ニ於ケル社會ノ實狀ニ照ラシテ疑ナキ所」であるとせらるゝのである、教授が「利益ノ普遍化、即チ民衆化」を會社發展の基礎とせられた事は注目値する所であらう。元來獨立せる特別組織としての經營が必要なのは、多人數の人の同一の慾望を充足するためである。従つて同一行爲が大量に集積せらるゝ結果となり是が爲めに又専門的な勞働者が使用せられ、大なる資本が放資せらるゝ。斯様にして消費者との關係に於て、勞働者との關係に於て、又放資者との關係に於て企業は自からの社會性を有するに到る。従つて企業は是等三個の關係の利害を無視する事は出来ない。否むしろ是等の利益を増進する所に於てこそ、企業自體の大なる發展もあり得る驛である。會社制度發展の基礎つけとしての「利益ノ普遍化即チ民衆化」の主張は此の意味に於て首肯せらるゝ。教授は又是と關連して、「商業使用人又ハ勞働

者ニ持分又ハ株式ヲ有セシメ、共同ノ利益ヲ増進スルニカムベキハ當然ノ目的」(二頁)であるとして、所謂労働の資本参加即ち企業所有の参加を強調せられる。此の労働の資本参加は既に英國に於て單純なる利潤分配制度又は單純なる株式参加 (Co-Partnership) 更に進んで Co-Partnership committee の組織をも認めらるゝに到り、又佛國に於ては一九一七年の労働者参加株式會社法 (La loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière) に於て資本株 (action de capital) と相並んで労働株 (action de travail) (註三) の存在を認めて居る。更に尙英米獨等に於ては各種の形式に於ける労働の經營参加(註四)をも認め、其の目的到達の爲に今や努力せられつゝある現狀である。斯くの如き傾向は恐らくは吾國に於ても早晚實現せらるゝのではないかと思はれるが、教授が本著に於て此の事を強調せらるゝのは將來の會社制度發展に於て重大なる意義を抱懐するものではないかと思惟する。

(註一) Wieland, Handelsrecht Erster, Band, 1921, S. 389.

(註二) 企業の單獨性は危険分散を目的とするものに外ならないが、かゝる目的の爲に會社制度は尙共同企業たる事に依る損失の分擔と、企業者各自の有限責任を認める事に依つて其の目的を完全ならしめる

(註三) 孫田氏「改訂勞働法論」四五五頁以下 ポールピック協調會譯「勞働法」下卷五八〇頁以下

(註四) 米國に於ける所謂産業委員會 (Industrial committee) 英國に於ける Whitley 産業組織、獨逸に於ける經營評議會 (Betriebsrat) 單に労働の資本参加のみにては今日迄殆んど失敗の結果に終つて居る。(向井鹿松氏著「經營經濟學總論」二三五頁以下)

市場經濟社會の一條件たる自由競争は其の社會の經濟的擔當者たる企業の利益とは相容れないものである。茲に於て各企業は其の自己の經營遂行に伴ふ危険を除去又は制限せんが爲に、種々の方策を講ずるに到つた。即ち各種の形式に於ける企業集中の發生は此處に其の契機を存するのである。斯くの如く各企業が互ひに聯合或ひは合同して其の危険を防止、分割し、進んでは獨占的地位を得んとする傾向は、資本主義の發展に連れて益々鋭化して行く傾向を示すものであるが、是等の經濟的機構が會社制度に於て如何なる法律上の形式を取るものなりや、少く共近時の重大なる關心事ではなくてはならない。然るに本著に於ては何等此の點に觸れらるゝ所なく、只第八節會社合併に於て「會社合併ニ依ル事業獨占ノ弊ハ濫リニ市價ヲ釣上グルノ弊ヲ生ズベキヲ以テ、此ノ弊害ヲ除去スルノ方法ハ」常に監視すべき所として、單に會社合併に依る事業獨占の弊を説かるゝに留るは誠に失望せざるを得ない。然し乍ら教授が會社の合併行爲の法律上の性質に關し一般通説に反する特異なる學説を爲されたるは注目に値する。會社合併行爲は是を法律上契約と爲すこと通説である(註)。教授は是を以て「會社合併ハ當事者タル會社ガ合併セントスル契約ト同時ニ入社行爲若クハ會社設立行爲ヲ内容トスル特殊ノ法律行爲ナリ」(三一頁)とせられ、通説に於て合併の契約の效果として認めたる社員の入社に依る定款變更其他の手續、若くは會社設立行爲を合併行爲の内容に包攝し、合併行爲は契約のみに非ずして上述の如き特殊の法律行爲なりとせられるのである。其の理由とせらるゝは「併吞合併ニ於テハ新社員ノ入社行爲ヲ伴ヒ、新設合併ニハ會社ノ設立行爲ヲ包含スレバナリ。或ヒハ新社員ノ入社行爲及ビ會社ノ設立行爲ハ、合併契約ノ効果ナリト考察シ得ザルニ非ル

モ、卑見ニ依レバ是等ハ合併ノ効果ニ非ズシテ寧ロ合併ノ内容即チ樞要ナル條件ヲ爲スモノト解スルガ故ニ、合併ガ單純ナル契約ニ過ギズト爲スコトヲ能ハザル」(三〇頁―三二頁)ものとされるのである。然し乍ら教授が「合併アリタル時」は「新入社員(株主)ノ加入アリ、出資額ニ變動アリ、營業所等ニ變動ヲ生ズルヲ常態ト爲スガ故ニ、定款ノ變更」あり、又「新會社ニ於テハ固ヨリ定款ノ作製、其他會社ノ設立ニ關スル行爲ヲ爲スベキデアリ、是等ハ合併ニ依リテ存續會社又ハ新設會社ノ受クル當然ノ効果」(三十一頁)とせらるゝは或ひは自家懂着に非るやを恐れる。

(註) 松本博士、日本會社法論八十頁、八十四頁岡野博士會社法講義案二二頁、松波博士日本會社法、一五三三頁、片山博士株式會社法論一〇四頁、田中(耕)博士、會社法概論一三一

社員權とは抑も如何なる權利を意味するか、其の内容、目的及び作用は如何なるものなるか。其れは一般私法論の一部として概括的に論ぜられ、又營利法人たる會社に付て、殊に合名會社社員の持分の性質、株主の權利等を取扱ふに當り問題とせらるゝ所である。吾國に於ける社員權學説は第一期即ち無批判的に議決權及び株主權を受け容れ、他の私權に對する此等の權利の特色を自覺せず、殊に株式を無反省に債權視せる民法要義の立場から、第二期即ちギールケ、レーゲルスベルゲル等の影響の下に於ける公益權、自益權の二權能を有する單一なる權利としての社員權、他の種の權利に對して特色を有する個人法上のものに非ずして團體法上の權利たる社員權の承認時代を経て第三期の種々の意味に於ての社員權否認の時代に到達した(註一)。教授はむしろ「社員權ハ社員ガ

出資ニ基キ會社ニ對シテ得タル法律上ノ地位 (Rechtsposition) ト解スル事ヲ得」(註二)とせられ、社員權の本體を以て權利と解するよりは是を地位と解せらるゝのである。然し乍ら教授は「社員權ハ種々ナル權利義務ノ包括的名稱ニシテ獨立セル一個ノ權利ニ非ズ。然レ共法律上一個ノ權利ノ如ク取扱ハル、事ナキニ非ズ」(註三)として一個の權利の如き取扱ひを受くる事あるを認められる。然らば教授は人的會社に於ける持分、物的會社に於ける株式等に對して社員權は如何なる地位にあるものと解せらるゝであらうか。即ち教授は持分に關しては「出資ヲ本體トシテ生ズル二個ノ現象ニシテ、一ハ經濟上ノ觀察點ヨリ持分ノ義ヲ生ジ、他ハ權利義務ノ方面ヨリ法律上ノ地位ヲ生ズルモノト解シ得ベキモノ」(五三頁)とされ、又「株主權ハ株主ガ會社ノ構成分子タル事ニ因リテ有スル所ノ各種ノ權利及義務ヲ云フガ故ニ、廣ク社員權ト稱スルト異ル所ナシ」とし、株主權即ち社員權なる事を認め、此の株主權を分つて、「財産權的及び人格權的内容ヲ有ス。出資義務ハ財産權的内容ニ屬シ、清算分配ニ與ル權、利益配當上ノ權利、及び共同管理權即ち表決權ノ如キハ本質上人格的權利ニ屬スルモノ」(一七二頁註二)とされる。教授が株主權を分つに人格的權利と財産的權利に分たれ、其の殆んど總てが人格的權利に屬するものとせられるは異色ある所である。然し乍ら其の分類の標準とせらるゝ人格權的内容、財産權的内容とは果して、如何なる意味に於て使用せられたるや、甚だしく不分明の感あるを覺ゆる。尙教授が社員權を以て會社組織分子の會社に對する權利義務の包括的名稱とし、是等の權利義務の中に共同管理權即ち議決權を包含せらるゝは、社員が組織分子の一員として有する權利義務と會社機關たる地位に基く權能との劃然たる分離を認容せられざる結果

に外ならぬ。

(註一) 田中(耕)教授、社員權否認論、法學協會雜誌、四四、一一、六二頁

(註二) 鳥賀陽教授「人的會社の持分に就いて」法學論叢一、三、十三頁

(註三) 鳥賀陽教授「出資義務の性質」京都法學會雜誌十二、一、五八頁

株式申込證に依る株式申込が如何なる法律上の性質を有するやの法的構成の問題に關しても、諸學者の見解歸一する所を知らざる有様であるが、教授は「此ノ表示ガ會社ノ設立行爲ノ一部ニ屬スル事ハ異論ナキ所ナルベシ。然レ共一面ニ於テ發起人團體ニ對スル表示ヲ包含スルモノナルヲ以テ、換言スレバ會社設立行爲ニ參加セントスルノ申込ヲ包含シ、發起人ニ依ル割當ノ表示ヲ以テ承諾ト看做シ、茲ニ一ノ加入契約ノ存在ヲ認ムルモ必ズシモ不合理ナラザルベシ」(二四九頁乃至一五〇頁)とせられ、「株式引受ノ申込ハ會社ノ設立行爲ノ一部ニ屬スルト同時ニ發起人ニ對スル加入契約ノ申込ヲ構成スルモノナリ」(二五一頁註八)として所謂併合説(註二)の立場を取られるのである。而して教授は株式引受の申込が設立行爲の一部を爲すの理由を、申込人が「會社ノ設立ヲ希望シ其株主トナラン」(一四九頁註七六)とする意思ある事に求められる。然し乍ら會社設立行爲者たらんとするの希望でなくして、單に會社設立を希望し株主たらんとするの意思のみを申込人に認めらるゝに過ぎないならば、果して是を設立行爲の一部とせらるゝ理由となるであらうか。尙若し會社設立當事者たらんとするの希望を認めらるゝとするも、果して申込人にかゝる意思ありやは甚だしく疑問である。此の點むしろ申込人は單に株主たらんとす

るの意思即ち入社せんとするの意思のみを有するものと解するの妥當なるに如かない(註二)。而も亦、若しも是を契約の申込であると同時に設立行爲の一部なりと解する時は、何等かの理由の爲に株式の割當なかりし場合、契約は不成立となるも會社設立行爲の一部たる表示——鳥賀陽教授はかく云はれる——は尙有効であるが爲に株主たらざる設立行爲者を發生するが如き著しく奇怪なる結果を生ずるに到る。尙又株式引受人が設立行爲者であるとするならば、發起人が設立者たる地位に基く商法第三百三十六條、第四百四十二條の二、第四百四十二條ノ三の如き責任を株式引受人にも亦認むべき事になりはしないか。或ひは設立に參與する程度に於て兩者間差異あるが故に、其の責任に於ても亦兩者相均しかるべき理由も無いとも云へる様であるが、株式引受人が設立行爲者である事を認める以上は、少く共設立行爲者として第三者に對する責任、即ち第四百四十二條ノ第二項の如き責任は是を負擔せしむべきものとなる。然し乍ら此の事は明に株式引受人に對して不當に責任を課するものに外ならない。上述の理由より私はむしろ株式引受の申込は單に入社契約の申込に過ぎないものと解する説に賛し度い(註三)。

(註一) 同説松本博士「日本會社法論」一六〇頁尾尾氏會社法提要一二四頁野津教授「株式引受論」法學協會雜誌四六、五、六一頁は松本博士の株式引受行爲論と比照して松本博士は引受行爲の設立行爲性を株式引受行爲が會社設立行爲の組成分子たる事を理由とせらるゝ如く、鳥賀陽教授はむしろ株式引受人の意思に其の設立行爲性を求めらるゝ如き點に於て兩者相異なる旨の批評を爲される。

(註二) 野津教授、前掲論交、法學協會雜誌、四六卷九號一〇〇頁

(註三) 野津教授前掲論文、法學協會雜誌四六卷九號一〇八頁以下、田中(耕)教授「會社法概論」三六六頁以下

尙最後に一言附加して置き度い事は本著が氏の前著商法要論總論會社の會社編の内容と殆んど大差なく、其の異なる所は單に改正要綱を附加せられたる程度に留るものである事である。(一九三四、二、一)