

## アルノルド・リービシュ『社団内部法の諸問題』

高田, 源清  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16240>

---

出版情報 : 法政研究. 4 (1), pp.247-260, 1933-12. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

アルノルド・リービシユ

## 『社團内部法の諸問題』

高田源清

株式會社法の改正は一般的風潮である。かゝる契機の生きた株式會社法と法典上の株式會社法との堪ふべくもない離畔に窺めらるべきは謂ふを俟たないが(註1)この法規と實有との分袂をネル・ブロイニングは經濟に於ける發達即ち競合的資本主義から集中的(カルテル及びコンツェルン)資本主義への推移と、科學的領域に於ける要因とに胚胎すると謂ふ(註2)。後者は此の際問題外に置く。既存の商法典或ひは株式會社法が全く獨立して存在する企業(單一企業)を株式會社の理想型、或ひは典型と看取し、現實も亦之を裏書して居たのであるが、經濟生活の發展は株式會社をして何等かの形式即ちカルテル、株式所有、契約等により他會社と關聯(複合企業)しないものは殆んど例外であるか、少くとも其の價値に於て甚だ乏しいものと謂ふを妨げない様にならしめたことはフレヒトハイム、ボンデイ、ミュツレル・エルツバツハ、ガイラー等の均しく指摘する處である(註3)。尙パツソウは歐洲戰役後、株式會社に異彩ある特色を與へたものは内部的構成の革新であると主張し、而して之と密接

なる關係を有するものとして「コンツェルン」形成の増加を述べる(註4)。かゝる經濟的傾向に對して既存の會社法は或る意味に於ては應じ得た。それはガイラーの謂ふやうに既存の株式會社法は會社の獨立を其の根幹に於て單に形式的要請に止まらしめ且つ株式會社が適應性の豊かな組織形式であつたからである(註5)。が併し其の結果は喜ばしくない現象を惹起し、實定法の實有への接近の必要を醸成した。例へば貸借對照表、機關構成、議決權、利益配當の諸問題に於ける如きである。更に他面企業の社會的作用が考へられるに到つた。其の徹底した立場によれば株式會社は個々の株主の經濟的利益より遊離した獨立の企業で、それは經營の利益とそれの全經濟に對する意義に支持される所の、經濟生活に於ける公共的作用を有する社會的施設として觀察せられ、而して斯る見地からのみ其の管理が割出される。勿論斯る結論の完全なる支配を認めるには反對説も存する。併し上述思想の注入自體——程度は論ぜず——は之を理論的に否定し得ないのみならず現實も亦是に應じてゐる。従つて上述の二要因から株式會社の内部生活に關する法規が再検討の運命に逢着したのは洵に必然と謂はなければならぬ。而して其の際の推理を導くものは株式會社の構成原理を民主主義たらしむべきや、或ひは官僚主義たらしむべきやの觀念であらう。而して此の重要な命題は多くの資料と考察との後にのみ解明し得るものと信ずる故に、私は其の資料として、リービシユ教授の小論の紹介を試みる(註6)。

(註1) Nell-Breuning S. J., Aktienreform und Moral S. 1fg.; Geiler, Die Wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts S. 4; Hausmann, Vom Aktienwesen und von Aktienrecht S. 16.

(註 2) Nell-Breuning, a. a. O. S. 2 fg.

(註 3) Flechtheim, Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (1. Unterausschuss) S. 12; Bondi, Die Rechte der Aktionäre SS. 53, 229; Müller-Erzbach, Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Grossaktionäre S. 2 fg.; Geiler, Die Wirtschaftlichen

Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts SS. 1 fg., 33 fg.

(註 4) Passow, Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft S. 1 fg.; Vgl. Hausmann, a. a. O. S. 18 fg.

(註 5) Geiler, a. a. O. SS. 3 fg., 34.

(註 6) 本論文は Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 47 (1933) S. 370 ff. に掲載

せられたものゝ論者はライプチヒ大學教授である。

X X X X

著者の看る處を以てすれば法律的情操の弛緩なる悲しむ可き戦後の現象は社團生活にも免れないで重要な社團財産の管理を委ねられた人々はその社員の信頼を裏切つたが夫等は常に人格ある社團に關したのである。處が此の人格ある社團に關する法こそ尙闡明されない多くの問題を包藏することを實例が示教したのである。故に著者は其の二三を撰擇して本論文に於て攻究した。併し特定の社團の實際上の問題の裁決に一次的に規準となる可き定款が主要點に於て相隔ることの甚だしいため、社團内部法に普遍的に妥當する規則を樹立するの困難を認めつつ尙其の典型的事象の數個を捉へ來つて討究の對象とした著者には、定款が異なる結果を強ひざるかの吟味が個

々の場合について留保されなければならぬ譯である。

× × × × ×

著者は法人も社團の理事たり得るかの問題を先づ提供する。獨逸では此の問題は社團法に關する著述に於ては唯スタウデンガアー・リーツレルのみが詳しい理由を示さないで、自然人のみが理事に選任され得ると謂ふに過ぎない（註7）。一般的注意を拂へる資本會社に關する著述にては今尙法人が株式會社の取締役員又は有限責任會社の業務執行者たる事の可能を否定する説——併し夫等は詳細に基礎附けられては居ない——が多數である。それはフイシヤが「取締役員が肉體人たる可きことは取締役の本質に胚胎する」と株式會社に就いて述べた（註8）曖昧な思惟の支配に基く。併し著者はフアイネ、ゴルドシュミットの反對説（註9）に賛し法人が其の機關に依り行動し得る以上他會社の業務執行及び代表に結合する行動を企て得ない理由如何の問を投げ、亦カルテルに因り示された組合に於ける法人（多くは有限責任會社）に依る業務執行の實現及び「機關會社」が税法にて平常營む大なる役割を指摘して、組合に於て然りとすれば株式會社、有限責任會社、而して登記濟社團にも同様業務執行と代表とが委ねられる事が可能でなければならぬと謂ふ（三七二—三頁）。

併し彼は視角を變へ法人を社團の理事とする事が合目的なりやは全く別な問題であつて、それは惟ふに多數員より成立する理事に於て極めて不便であるから否定して好いと謂ふのであるが、今法人を社員とする社團の定款に理事は社員より選任されるとする規定が存し、而して法人の機關（夫自身個人的には社員でない）が社員總會

に於て法人の社員權行使のため出席して理事員に選任されたとすると、選出の實際の形式からして本來何人が——法人か、機關たる個人か——理事に選任されたかの疑ひが生ずる、若し機關が個人としてであるならば定款に反するが如き觀を呈する。此處に於て彼は本問に對する合目的性の觀點より斯る定款規定を文字通りに理解せず、法人が社員たる時は社員總會に於て代表權限ある機關も亦個人的に選出され得ると解す可しと主張する。而して斯る考察の結びとして曰く「理事職或ひは特別代理人たる地位を占むる者は法人なるか、それ共其の機關が個人的にであるかは理事或ひは特別代理人が其の社團に損害を加へ且つ賠償責任ある場合に於て意義を有す」と(三七四頁)。何者若し法人が其の機關に因つて把持する地位の持主であるならば該法人は民法第二七條第三項及び第二七八條に基きその損害を負擔す可きで、民法第三一條は此の場合適用さる可きでない。其の場合には當該機關のみが自身その責に任すべきものなる故にとする。

(註 7) Staudinger = Riezler, BGB. 1 § 27 Anm. 4.

(註 8) Fischer, Ehrenberg, Hdb. d. HR. 3. 1 S. 213 fg.

(註 9) Feine, Ehrenberg, Hdb. d. HR. 3. 3 S. 473; Goldschmit, Die Aktiengesellschaft, § 231 Anm. 20.

X X X X

(1) 比較的大なる社團は多數員より成立する理事を有するを常とし(著者に依れば十名乃至二十名或ひは夫以上の構成員を有するものも珍らしくない)斯る場合は通常社團の外部代表には特殊の者のみが權限ある旨が定款

に規定せられる。其處でその他の理事構成員も尙法律的意義に於ける理事に屬するかの疑問が起る。定款を以てするかゝる人的制限の許容さる可き事は當然である。而して著者は定款が或る者のみを外部への代表に權限あらしめ、他者を代表より排除する旨を明かに知らしめる場合でも、尙それのみでは後者から必然的に理事たる特質を奪ふには一般的に充分でない、何者排除は民法第二八條第二項、第四〇條により單に積極代表にのみ關するもので、消極代表及び業務執行は尙殘存する。而して業務執行からの排除に到り始めて理事性を除去する。蓋し業務執行こそ其の必須的要素に屬するから。併し登記された社團にては理事の社團登記簿への登記が必要なため、此種の疑問は原則として生ぜず、被登記者のみが法律的意義の理事を構成し、定款に因る他の理事構成員の權限の範圍は問題とならぬとする。著者の此の見解は登記されない定款に因る理事の、法的地位の吟味を當然要請する譯である。(イ)先づ財務理事(Schatzmeister)——其の名稱の如何に拘はらず近年興味の中心を占める——たる者が代表權を有するや否やは重要であるが、定款は必ずしも此の點につき明定しない。故に著者は屢々反覆される規定を次の三範疇に配分する。即ち(a)定款が財務理事の法人代表權の排除を明白に認むる場合には社團財産の利用、處分は理事長(Vorsitzende)によつてのみ行はれ得る。此の場合彼は唯社員出資に對する支拂所並びに簿記係の意義を有するに止まる。(b)定款が財務理事に其法人の代表權を認め假令理事長と共同のみにしる財産の處分權を委ねた場合には、登記簿に登記なき爲め法律的意義に於ける理事に屬しない財務理事は、定款に依つて許容された民法第三〇條の特別代理人と看らるべきである。(c)定款が財務理事の職務範圍を明白

にせず従つて範圍はともあれ代表權を有するか或ひは單に業務執行權限のみ存するに過ぎないかは直接に知り得ぬ事がある。斯る時は定款の全内容から彼の地位に對する斷定を導く様に努むべきであるが就中財産投資及び責任解除に關する規定——免除が全理事に與へられるか、財務理事に特別に與へられるか——から支點が得られるとする。但し帳簿作成、證書蒐集、年計算書起草等の技術的行爲は、財務理事の職務範圍を充足するものと見得ないのを常とし、他に財産投資に關して會社代表をなさしむる取引上の慣行も顧慮さる可き事を指摘する。更に責任解除に關する規定が財務理事の地位を知る契機たり得るとする意を細述して、定款が財務理事の獨立な責任解除を規定して居る場合は常に財務理事の代表權限が明かに認められるとする。是れは當然であつて、著者も謂ふ如く理事長のみが社團財産の處分權限があるに過ぎないならば、上述の如き定款規定は全く意義を失ふ事明らかであり、従つて此の場合の財務理事の性質は登記なき爲め矢張民法第三〇條の特別代理人で、定款に特別規定なき以上財務理事は獨立に社團財産を處分する權限ありと看らるべきである。斯る財務理事の他の理事員からの獨立性は、定款又は社員總會に依り許容せらるべき定款上の理事の内部に於ける業務分配を形成すること勿論である。(ロ)更に著者の筆は平理事 (Business) に及び、彼等は法律的意義の理事でない故、民法第二八條第二項に基く消極代理の權能もないが併し定款に依つて限られた職務範圍の代表權限を委ねられる事が可能で、其の時には彼等も亦民法第三〇條に依る特別代理人たる特質を具有する。其の場合には彼等の地位は定款に依つて業務執行に協力すべきものであるか否かに依據する。多くの定款は平理事を設置する事に依り、法律上の理事



は平理事の協力に拘束される事を表明する。是れ即ち法律上の理事の内部關係に於て作用する定款による拘束で、従つて此の場合の平理事の性質は「業務執行に参加する権能を有する理事員」と理解される。乍ら平理事が業務執行からも排除される可き事を定款より知り得る時は、其の職分範圍は監視的活動に制限される。以上の説示に依り理事なる語の用法の多義なるを感じるが、著者も此の點を認めて「登記された社團に於て慣例的に選擇される „Vorstand“ なる此の同僚の表示が誤解を起す。此の現象に對して他の適當な表現を見出す事は固より困難であらうが、若し法律上の理事との相異を言ひ表はす必要あらば „erweiterten Vorstand“ と稱して差支ないであらふ」と論ずる(三七八頁)。

(2) 次に著者は社團生活に於て最も重要な問題の一なる理事者責任の問題にふれる。彼の基本觀念は理事員に過失あること及び損害が業務執行又は代表に關聯する總ての義務の違背に起因したものとするにある。然し多數の理事員が存する場合は原則として全員が責任を負ひ、適法な業務分配が存する場合には各理事員が自己の職務範圍に於てのみ責任を負ひ、他の理事員の惹起した損害に對しては原則として責任が解除されるとするも、斯る場合とても理事の特別なる地位に基いて著者は重要な二注意を促す。即ち其の一は理事間に業務分配が存する場合にも尙理事の相互的な監視義務が——而して著者は是れよりの解放も考へ得るも、例外なるを理由として其の明示を要求する——が依然残存することである。此のことは株式會社の取締役、有限責任會社の業務執行者に就しては一般的に認められたが社團法の著述では之に反する。併し著者は斯る理解の基礎たる思惟は社團にも妥當

すると主張する、蓋し各理事は恒に社團の利益を眼中に置く可きで正當な業務分配の存する場合にも尙、社團の利益が他の理事員に依つて侵害されるを認めた時は之に干渉しなければならぬとする。其の二は上述の監視の內容に關するもので、彼に依れば監視とは相互に行爲を詮索する意ではなく、他人に依る社團の侵害を認めた者はそれを放任す可きでなく、是を怠る者は責任を免れないことを意味する。更に著者は財務理事に就き論述を進める。近年種々なる社團が非常に屢々此の財務理事の横領に依り害され、特にそれが財務理事に獨立的地位を認める社團に於て甚しかつた故を以て、斯る社團に就き殊に詳論する。先づ彼は「財務理事と並んで社團財産に關する業務執行に参加しない理事員に其の損害の責任を負はしめ得るや」の問題を投ずる。而して著者は若し認め得べきものとせば既述の監視義務に基く可きも、事の性質上斯る監視は總員に依り共同的に行はれる事は實際上不可能にして、理事の或る者に其の任務を總理事が其の任務違反問題を惹起する事なく委託し得るが、併し經驗上斯る事は生ぜず、従つて定款による理事長が之に當らざるを得ない。故に各理事——理事長は暫く措く——の責任も生じ得ないとする。其處で理事長が自身負擔すべき義務違反の點に對して追求さるゝやの問題のみが残る譯である。是に就いては著者は理事長が損害を防ぎ得る事の可能に基き積極に解するが、併し彼は尙一の注意を促す。それは財務理事の職務が無償即ち名譽職なる社團が非常に多く、且つ夫等の場合は其の職務の獨立性が強いと謂ふことである。而して其の強度の信賴的地位からして、定款に依り財産關係に付き獨立的なる業務執行及び代表を委せられた財務理事は、理事長による監視に服しないと謂ふ取引慣行があるとせざるを得ない、従つて此

の場合理事長は財務理事の横領に對して責任がないことになる譯であると。斯る論述を経て彼は次の結論に到達する、即ち獨立的に選任された財務理事は社團に對して危険なる事は否むべきもない爲め比較的大きい財産の管理を伴ふ社團に於ては、財産の利用及び處分の權能を二人の代表者に共同的に與へる事が推稱される可く、斯くして始めて充分なる保障が得られると。

(3) 財務理事の横領後に於て理事に責任解除が與へられた時には、其の責任は責任解除宣言の意義如何に繋るとの見解より著者は次の如く説く。即ち社團生活に於ては理事者の年々の計算報告及び之に連結する社員總會に依る責任解除が典型的現象である。而して責任解除は商法に於てより多く顧慮されて居る、併し其の意義に付き未だ一致した見解がないがそれには少く共社員總會に於て討議され或ひは計算書より知り得べかりし賠償請求の放棄の存する事は確かである。商法的諸著に於ては一步を進め株式會社取締役の責任解除は計算書等より知り得ざりしものにも及ぶと解する者が多い。而し著者は斯る解釋は社團法に關しては採り難く、社員總會は完全なる計算書等の提出を信頼し、自らの檢索を必要とせずと謂ふ。更に著者は錯誤、詐欺の責任解除に及ぼす作用を論じた（三五頁以下）後に責任解除が上述の財務理事の地位の如何に因つて生ずる効果に及ぶ。其の要旨は（イ）財務理事が他の理事員に獨立に選任せられ従つて定款も特別な責任解除宣言を要求する時、その過誤が計算書等より認知されない場合は彼に與へられた責任解除は當然に無効である。（ロ）財務理事が他の理事員と共同してのみ財産を處分し得る場合には定款に依り必要とされる總理事に對する統一的解除宣告が與へられ、而して夫

れに財産管理に對する責任解除も包含されるを常とする。而して其の效果に就き財務理事と他の理事員とが共同的に背任行爲をなし、計算書の提出の際、他の理事及び社員總會が欺かれた時には彼等に對しては責任解除は無効である。又他の理事員が其の監視義務に違背した時は、社員總會はそれを認め得べきであり乍ら責任解除を與へた場合は其の責任より免れる。

× × × × × × ×

最後に著者は財務理事の横領に因る損害に對する會計検査役の責任の問題を考察する。即ち社員總會が毎年其の財政状態を検査する検査役を選出して其の財務理事による財産管理を監視する権利を行使する。而して検査役は社團に對しては委任關係に立つもので、財務理事は常に検査役の實質的調査に服するを要する。勿論検査役が財務理事の提出する資料の計算的調査のみを以て満足する事が屢々であらうが、夫れは検査役が自己の責任に於て爲すもので、元來は取引上必要とされる注意を以て財産侵害を妨げるに適する凡ゆる手段を須ひる事が要請せられてゐる。次に検査役が賠償責任ある爲めには尙瑕玼ある検査と損害との因果關係の確定を必要とする。而して著者の見解は次の如く展開する。即ち財務理事が數年に亘つて横領をなし、而も其の間數人の會計検査に依るも發見されなかつた時は因果關係の必要が個々の検査役の責任を時間的制約に導く。何者横領が發見されない時は財務理事に少く共次の検査までそれを續ける可能性があり、而して其の検査で背任が再び發見されないならば前年度の検査役が共に惹起させた損害に對する因果關係の中断が生ずる爲め個々の検査役により補はる可き損害

は其の額に於て次の検査に制限される。而して個々の検査が財務理事が該検査前に生ぜしめた損害に對しても尙協力的原因と看らる可きかは事實の發見により喪失された財産を再び取得することの能否に繋はる。又検査の範圍と方法とは社員總會の決定する處であるから總會の措置に依つては検査役も責任の無い場合が存するのを知る可きである。

× × × × ×

以上で私の小紹介を終へたのであるが二三の點に就き私見を述べて見度い。(イ) 法人が法人の理事たり得るかの問題に就いては獨日共に尙消極説が支配的なるに拘はらず(註10) 著者が積極説を採つたのに賛する(註11)。尙我が大審院も既に法人が設立中の會社の機關たる發起人と爲り得ることを認めたのは注目に値する(註12)。(ロ) 理事が社員より選任さるべき旨の定款規定に就いて著者の執つた解釋は既述したやうに複合企業が典型的なる今日の經濟状態に於ては我國に於ても商法第一六四條第一項の目的論的解釋、發展的構成として是認せらる可きものと考へる(註13)。(ハ) 次に取締役責任の問題であるがその重要性は謂ふを俟たない。因より取締役は事實上企業家株主團の勢力圏内に存するが故に斯る株主の責任問題が新に展開せられなければならない。現に獨逸に於ては私の知る限り此の問題を繞つて三箇の見解が鼎立してゐると思ふ。即ち(1) ガイラー、ブツフワルト、ミュツレル・エルツバツハ、フレヒトハイム等は支配的株主團の責任を認むる規定を要請し(註14)、(2) ボンデイ、ウエルター、ネットター等は苟も會社の不利益に行動する總株主の責任を認むる規定を設くべしとなし(註15)、(3) ル

ードウイヒ、ブロードマン等は斯る一般的規定の必要なしとする(註16)。が併し其の企業家株主の責任は——假令それが立法技術上現實化し得るとしても——執行機關の責任の問題を解消させるもので無い。而して著者の説く所は大體に於て正當なりと考へるが、唯適法なる業務の分配が行はれた場合に監視義務も明示的なる以上は之を排除し得ると爲す點には私は反對し度い。何者著者の如き見解は取締役の受託者的地位——取締役が今日の株式會社の構成に於て斯る地位を有する事はネッター、ガイラー等の認める所である(註17)——と相容れるものであらふか。私は否との答が待ち設けられて居ると考へる、即ち取締役が其の資格に於て法律上命ぜられた行爲、例へば登記、貸借對照表、其他第一九〇條所定の書類の作成等に就いては當然責任を免れないと共に(註18)其の範圍外に於ても尙著者の謂ふ様な内容を有する監視義務は常に存在するものと解する。但し此の事を實効あらしめる爲には取締役責任の追求に關する一般的問題として責任免除の決議との關係即ち決議あるも尙訴追し得るか、而してそれは少數株主に依つて爲さるべきか、各株主に依つても充分であるか等が更に攻究せられなければならぬ(註19)。

(註10) 例へば大審院昭和二年五月十九日刑事部判決(刑集六卷一九〇頁)松本博士日本會社法論二八〇頁、松波博士日本會社法一一三八頁、片山博士株式會社法論六四三頁、田中博士會社法概論四九七頁、鳩山博士日本民法總論一七八頁、三瀧博士民法總則提要上卷一七五頁、我妻教授民法總則二七二頁等。

(註11) 同様の見解を採らるゝは田中誠二教授會社法提要四五三頁、Paul Pic, Des sociétés commerciales N. 1116, 尙一

九二九年の英國會社法第一四四條は法人が會社理事たり得ることを認め。

(註12) 大正二年二月五日判決(民錄一九輯二七頁)

(註13) 商法總則編會社編中改正の要綱第一二四によれば取締役を株主中より選任するを要せずとされた。

(註14) Geiler, a. O. S. 23 fg.; Buchwalt, Enquete-Bericht S. 101 fg.; Müller-Erzbach, a. O. S. 37 fg.; Flecht-heim, a. O. S. 43.

(註15) Bondi, a. O. S. 260 fg.; Welter, Erneuerung des Aktienrechts! S. 52 fg.; Netter, Probleme des lebenden Aktienrechts S. 40 fg..

(註16) Ludewig, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts S. 77 fg.; Brodmann, Z. H. R. Bd. 94 S. 65 fg..

(註17) Netter, a. O. SS. 30, 46; Geiler, Die Wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht S. 22. 尙 Wieland, Handelsrecht II S. 126 fg. は公共の利益に資すべき誠實關係が発生することにより取締役の地位は或る意味に於て公の吏員の、それに接近すると謂ふ、尙英法に於ても、同様にして、斯る責任免除の約款を許さず且つその信託的地位を認め、Topham, Palman's Company Law 14th ed., 1930, p. 209, 212; Hennant, The Companies Act, 1929 9th ed., 1930, p. 329.

(註18) 尙此の點に關し、昭和八年二月十四日大審院判決は「會社ノ定款ヲ以テ取締役中會社ノ業務ヲ專決執行スヘキ者ヲ定メタルトキト雖モ其ノ餘ノ所謂平取締役ハ商法第二十六條第百九十條第百九十一條ニ依リ眞實ノ記載アル財産目錄貸借對照表ヲ監査役ニ提出スヘキ責務ヲ免ルヘキモノニ非ス蓋右定款ノ規定ハ數人ノ取締役相互ノ内部ニ於ケル事務分配ヲ定メタルニ過キスシテ取締役カ法律ノ特別規定ニ基キ其ノ資格ニ於テ會社ニ對シ負擔セル責務ヲ免レシムルモノニ非」すと謂ふ(民集十二卷五號四三七頁)。

(註19) Vgl. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht S. 269; Wieland, a. O. S. 134.