

Title	現行のコマンド遺制 : 経営者と寄託資本主
Author(s)	山崎, 俊夫
Citation	Estudios Hispánicos. 1973, 3, p. 142-158
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/97878">https://hdl.handle.net/11094/97878</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 現行のコマンド遺制

——経営者と寄託資本主——

山 崎 俊 夫

## 問題の提起

イスパニアでは会社財産の経営管理を経営者の手中に委ねて信託するという商慣行がこれまで一般に維持せられて来たわけであるが、このイスパニアの慣行を明確に把握しようとするのが本稿の目的である。

時代の発展と共に、会社財産と資本主社員の財産とを明瞭に区別し、これらを各場合に依じて別個の機関に分担して運営させようとする要求が問題になってきた。最大能率を求めての企業近代化の過程に惹起せられた技術上の社会的分業がこうした論理的結果を生んだそもその理由である。

構成社員の均質性ないし純粋性という視点からは、会社内で社員の集合連帯性を内部に維持しようと意図して、法的に3種類の会社基本形態が現われた。すなわち、合名、合資及び株式の3会社である。新有限会社法で扱われている形態は無視して今回は議論の対象から省略し考慮しないことにする。われわれの分析視角からは、この後者が上記グループ分けに既に含まれている2つの側面をもっていると認めるからである。すなわち、一面は合名会社形態の性格であり、他面は株式会社形態のそれである。

それにしても、われわれの名づける基本形態の種類については、ソキエタスとコマンドという歴史的かつ伝統的方法によるもう一つの区別が得られるであろう。そして更に、社員の有限と無限の間の責任の区別で普及した方法があるが、これには十分な明確さに到達できないで未開拓な若干の部分が残され、説明に欠けるところがある。つまり、この最後の場合では、責任の限度についての最重要な問題を論ずることは避けている以上、気がかりなことであったが、経営管理担当社員にそして企業主社員（ないし資本主社員でもよいが）にそれぞれ社会的分業で職能的に課せられたいわゆる分離という深刻な問題があり、そこにきわめて特徴的に尖鋭化してくる核心的な問題争点の深奥まで達するには到りえないのではないか。換言すれば、いわゆる雇われ重役（サラリーマン新経営者）出現の問題まで

への掘下げは困難であろうと思われる。

法的分類のそれにじたがった方法ではあるが、ともかくわれわれの判断にはいくつかの分類方法をも他にあわせ用いてきたし、また、特にイスパニアとアルヘンチナとの商法典の間で可能な対比を少しばかり試みた。このことが、それら法典の構造的特徴を特に求めて商事の中における現行イスパニアの慣行を探究するために便宜であろうと考えたからにはかならない。

### I. いわゆる新傭われ経営者という参加社員の出現として見た合名会社の産業社員

このテーマでは、われわれは同時に、会社の共有財産としての一面と、社員の個人名儀に帰属する部分としての区別されたもう一つの財産面があり、これら競合した二側面に問題が存在するかぎり、ここで特に、共有の会社財産をめぐっての現に見出される明瞭な分離について言及しなければならない。

合名会社では、経営管理担当社員と資本主社員との間を社員の責任という一つの焦点に統合する会社の集合性に関する唯一の原理は連帯性であろう。そして、産業社員が取扱われる場合、彼らはいわゆる新規出現の経営者の種類に属するものであると言えるであろう。しかし、彼らは参加社員ではあっても、真の資本主社員ではないにちがいない。そして、たとえ資本主社員との間に何んらかの協定があるときでも、この産業社員は特に権限付与で制限せられた能力の社員なのである。少くとも、商事会社の通常の社員と見るわけにはゆかないのであり、したがって、特別の種類社員なのである。この種の会社において見られる集合性の原則を破壊する作用方向への役割として機能することなしに、すでにそこでは、会社から定められた額以上には費用の支出を受けずに、利潤に参加するのではあるが、しかも今世紀によく普及して来て、サラリーを受ける技術的新経営者が出現する契機を兆した前おれが見出されるであろう。このごとは、二十世紀に先立って、合名会社にさえ、会社の集合性に関する何んらかの混乱を惹起させるような挿入された契機を孕んでいたであろうということの意味する。合名会社における経営管理担当社員と経営管理を担当しない普通の資本主社員との間に分離的に課せられた職能の出現の結果として、上記の産業社員は未だ法的には経営管理担当社員でなくても、技術的にはこれは会

社形態上の内部的発展乃至効率の集約化にアプローチする道だと見なければならぬ。しかも、このこと自体は形態的になんら他の新たな種類の商事会社に移行して行くことなしに、それでいて技術上の効率は既存の法的制度の範囲の中で強化されたものになっている。恐らくイスパニアの法的理解では、企業の構成内部の範囲に創られた産業管理社員であるにとどまり、流通面ではなんら商事会社の経営管理担当社員たりえていないに違いない。

このように合名会社形態は何んらの変更を加えられることもなしに維持せられているわけで、この産業社員の制度では、会社構成員の均質性ないし純粋性を追求する目的に即して技術上の効果的な改革を達成したのであり、特にこの種の会社に要求せられたきわめて強固な性格条件の中に、企業の内部組織のもつ強靱性を破壊することなく、しかも、利潤における配分への調整介入を可能ならしめたのである。

第 138 条は規定している。すなわち、「産業社員はいかなる種類の取引業務にも従事してはならない。ただし、会社がそれを明文を以て認めた場合はこの限りでない。また、これに違反した場合には、会社を除いて、資本主社員で調停に入り、利潤の中でその社員に対応して配分せられた部分を剝奪し取り上げるか、若しくはこの規定の措置にもかかわらず利潤配分を受けた場合の獲得配分利益を充用させる」と<sup>1)</sup>。

この条文の最後の部分が会社側を排除した調停に言及していることを見るならば、会社財産と個人名義の社員の帰属財産との間に明瞭な分離なるものの存在がここに既に認められるであろう。しかしながら、合名会社においてはまた、権限を付与せられた経営管理担当社員と、単に普通の出資者であるに過ぎない者との間に社会的分業における課せられた経営管理職能の分離がもうひとつ存在して来たとは言え、そのことの故にことさらにその種の合名会社をもつ共有財産における彼ら社員の権利及び義務に関して厳然たる連帯集合性を否定することは絶対に不可能なことを想起しなければならない。

第 139 条は次のように述べている。「合名会社若しくは合資会社では、いかなる社員も特定費用のために各人に割当てられた額以上に共有財産から分離又は持出しをしてはならない。また、もしそのことを行なうときは、会社に対して出資義務を負う持分を完納しなかったものとして繰入れ

を強請されることができると<sup>2)</sup>。

こうして、経営管理担当社員に割当てられた費用から分離して、会社の共有財産は独立に保持せられるであろうし、会社のいっさいの経営結果はその会社の共有財産に蓄積される筈であろう。経営管理担当社員はその経営管理費用を受け取る。しかしながら、彼らはもちろん雇われ経営者ではないであろう。何故ならば、その社員としての報酬は、会社の集合連帯性の原則を基調に利潤配分への参加権によって獲得できるであろうからである。

バルセロナ大学教授ドン・ハイメ・ビセンス・ビベス博士は言っておられる。「十六世紀を通じて、バルセロナは、フランダースとイタリアとの間にあって交易と貨幣の関係業界に含まれ、主要金融市場であったこともまた忘れられてはならない。バルセロナとブルッハス及びフローレンスとで構成する三角形の一頂点に位置していたわけであるから、初期の商慣行の場所にその名前が見られても驚ろくにあたらない。

このようなことは、仮えば、十三世紀初頭に現われた為替手形に生じており、当時ヨーロッパの交易は若干の都市で定着し場所を定めてなされていた。バルセロナは古くから商慣行の基礎となったこの手段の発生に参画してきたのである。しかしながら、その使用慣行が洗練されたものになって来た頃には、それは十四世紀末か十五世紀初頭かと思われるが、バルセロナは常に信用照会の中心として指定せられている。近代的為替手形の現われ初めた信ずべき証拠資料は1400年のもので、これらに相応するものに、バルセロナ宛ブルッハス振出手形がある。最近、ラペイレが為替手形の史上初の裏書を発見した。1247年にあたるもので、バルセロナ宛にフローレンスで振出された手形になされており、バレンシアに譲渡されている。これらの史実は、バルセロナの商業技術水準がきわめて進歩的であったことを示すものである。

同じ現象がコマンド形式の会社の発達史にも生じている。三つのモーメントが認められる。第一のモーメントは単純形式のコマンドに該当する。カタラン語でコマンドは寄託せられるコマンドの一人に信託し、委任し、信任する意味である。だから、コマンドは或る人がその商品の遠隔地市場での販売を一人のパトロンにおこなわせる委任によって成立つ。寄託出資者は船舶のパトロンに対してその人柄を信頼し、彼に販売とその代金決済

の権限を与えるのである。

第二番目の段階では、十四世紀に該当するが、いわゆる海上ソキエタス (Societas maris) が発達する。海上ソキエタスはもはや、その生産物の販売を他人に委ねる一人の商人がこれを形成するのではなく、船舶を運航し、織物を購入し、それらを遠隔地で販売し、獲得された利潤を決済するソキエタスのように、具体的な営業のために二乃至三名が結托して形成するのであり、この決済をもって結社の生命を終了する。その種の『ソキエタス』には多くの型のものが存在している。

カンパニーが商事結社の第三番目の段階を代表する。カタラン語でいわゆる *companya* (コンパニア) である。ここではもはや場当たりの結社が企てられるのではなくて、四乃至五名、時にはそれ以上(三十名近い結社員を数えた文献もある)によって形成せられた結社が問題になり、それら結社員が、経常的に利得の決済をおこなって、商業乃至産業部門に従事するために固定期間(最大限五年)にわたって結托の合意をするのである。このことは、コマンドの誕生を支配していた頃に比べて著しくかけ離れた心的分野がひらけてきていたことを意味する」と<sup>3)</sup>。

上記で、商事に関するイスパニアの慣行が同様に、イスパニアの慣行と、ソキエタスの慣行及びコマンドの慣行で成立ち、これら後二者の混合形態からでき上がった三角形の一つの頂点に位いたものであったことは興味あるところである。周知の通り、ソキエタス形式はとりわけヨーロッパ大陸の内奥に生まれたものであり、そこで陸地を通じての内陸交易に従事した諸企業がそれを採択し、他方、コマンド形式は遠洋航海交易に従事する諸企業の採用したものであったにちがいない。イスパニア人の豊富な経験とともに、既に古くから、特殊に次の採択現象もまた生じていたものと思われる。すなわち、一は企業体における錯綜形態から結果した混同でそれら企業間では、定着形態にしる、或いは暫定形態にしる、また同様にして場所的にしる時間的にしる、それぞれ各場合毎に最も都合の良いものが自由選択に委ねられたことであろうし、又他方、経営信託 (*confianza*) の慣行が取引に最も固定的な形態として尊重せられ、この慣行が一般にあらゆる種類の結社乃至会社を通じて支配していたわけである。

要するに、それら二つの現象を通して、すなわち、1) ソキエタスとコマンドの歴史的形態から由来する混合と、2) 企業形態の種類の区別の如

何を問わず、経営管理の信託という錯綜的に普及した慣行とを通じて、イスパニアには既に久しい以前から経営管理活動と投資者の財産権との間で社会的分業職能に近代的分離契機が兆していたことを見るのである。

論理的には企業の機能要素を次の三区分に分類できるであろう。すなわち、経営管理機能、会社財産から由来する機能及びまた出資者の財産から由来する機能である。しかしながら、合名会社では社員の責任はこれら三つの諸機能について全面的に連帯かつ集合的な性格を帯びており、負債及び損失の場合には特になおさらのことである。この種の会社では、その集合性の原則は、それら三要素の全領域をカバーして支配的なものとなっている。このように上述の機能構成要素に関して技術的に明瞭な分離が維持せられながらも、合名会社に属する場合は、企業の枠自体の内部の位置づけにとどまりえて、しかも、単に技術的にのみ能率向上の目的に仕向けられることが可能であろうし、また、すべてが上述のとおりでありながら会社の集合性の内部的強靱さは破壊せられることがないのである。その結果、産業社員の性格に、社員間を同一種類に結合する構成社員の均質性と純粋性がこれら産業社員にもまた付与せられるための保障が維持せられようであろうし、さらにまた、産業社員の場合を除いては、他の種類の社員では従来到達できなかった水準にまで高められて他の新たな機能が加わって展開せられてきたわけである。イスパニア商法典はこの目的を充分なものに達成しているであろう。それにしても、このイスパニア商法典は、公布の当初から、久しい間の変遷を体験して来た商事の慣行を既に包含して維持していた。いずれにしろ、社員の責任は、この種の合名会社においてさえ、企業を営む会社の生命の終期と共に全面的に終熄するであろう。このことは、この商法典の原理を通じて帰納せられる結論であろう。しかも上記のいっさいは、連帯制度の枠内で達成せられたことであり、その構造改革の発展もまたその枠内に帰属し、この種合名会社が構成する性格にいささかの変移も来たしていないのである。

集合連帯社員間での分配に採用せられる方法に関しては、利益と損失の各場合に依じて相異ったものがなければならない。このことは次の条文で明らかにされている。第140条は規定している。すなわち、「会社の定款に利益のなかで各社員に対応する部分が定められていないときには、利益は各社員が会社に有する持分量の割合で分割せられる。もし産業社員があ

るときは、産業社員は最少限参加の出資社員のクラスで分配の形成に参与する」と<sup>4)</sup>。

この条文の後段の部分で法的擬制を形成していることに気付く。そこでは出資社員と産業社員とのそれぞれの権利の間に存在する擬制的相似性なるものが取扱われているからである。上記最少限参加出資社員の持分量は定款記載事項になっており、したがってその持分量が計算せられる。すなわち、第125条に、各社員は現金、クレジット若しくは額面若しくは金額評価のできる基調を表示した手形で出資する旨が定められている<sup>5)</sup>。

しかし、上記産業社員の場合には、その権利は、各会計期間から割出された利益のなかで、最少限参加持分量として現われた部分に対するものと見做され、常に最少限として計算せられる。更に、第127条は「合名会社を構成する全社員は会社の経営管理担当者であると否にかかわらず、全会社財産を以て個人的かつ連带的に、会社名の署名のもとに及び会社名の署名使用に権限ある個人により、会社の名前と勘定によってなされた営業の結果に義務を負う」<sup>6)</sup>と規定している。

また第129条でも「もし合名会社の経営管理が社員のなかのなんびとかに対して或る特別の行為に限定せられているのでなければ、全社員は競合して共通業務の指揮と運営にあたる権能をもち、代表社員が会社に利害関係のあるいつさいの契約と義務に承諾を与える」<sup>7)</sup>と定めている。

権限を有する社員の行為には二種類ある。包括的代表権限行為と部分的代表権限行為とである。しかるに、会社の集体財産が、破産の際、合名会社の負債に義務づけられている。したがって、そこには、この種の会社にとってきわめて特徴的な原則として集合性ないし集合的連帯責任制の概念が存在している。それ故、本来的に、この会社の集合性にはなんびとも逆らうことができないのである。このことを第131条が規定している。すなわち、「特別に経営管理担当社員が存在するときは、その他の社員は上記経営管理担当社員の管理運営に逆らいまたこれを波滯させてはならないし、及びその効果を妨げてもいけない」と<sup>8)</sup>。

このようにして、たとえ各行為は個人的手段を通して、全面的に会社の分業による課業のなかでなされたにしても、ここにはこの種の会社独自の集合主義、すなわち、会社全体の集合的な連帯責任性の原則が認められる。なお、定款に記載せられた個々の権能に関しては第132条が次のよう



に規定している。すなわち、「経営管理を担当し、会社の署名を使用する個人的な権能が会社の定款に明記せられているときは、権能をもつ個人からこれを奪うことは許されない。しかし、もしその個人が上記の権能を濫用し、またその管理運営から共有の集体財産に具体的な損害を生じたときは、その他の社員は、同僚の間からいっさいの営業に介入する補助経営管理者一名を任命し、若しくは、上記損害が証明されるときは、契約の破棄を宣言する判事若しくは合議制の裁判所に提訴して契約破棄を促すことができる」と<sup>9)</sup>。

会社の定款に明記のある個々の経営管理上の権限は、たとえそれが個人的に与えられたものではあっても、その権限は会社全体を代表して会社に所属する以上、それを奪うことは許されない。そして上記条文の後段は、個人的に付与せられた権能と会社全体の利害との間の背離的衝突の場合を述べてある。この定款記載は集合主義の調整にも一致して救済的な解決になっている。しかし、会社の集合性のもとに共有財産を保護するためには、もし個人的な過度になされた故意の使用があるときは利潤部分で弁償することになる。第135条が規定している。すなわち、「社員は自己の勘定による取引に会社の基金を充当してはならないし、また、会社名の署名を使用できない。またそのような使用をした際には、会社の利潤の中で、上記の手段でなされた個々の業務若しくは数個の業務のうち、それら社員が対応して得た利益の取り分を喪失する。またそれら社員に関して会社の定款の取消が生ずることもある。但し、使用のあった基金の繰入れ補填、及び会社への、生ぜしめられた損害・滅失全額の弁償を妨げない」と<sup>10)</sup>。

この上記規定に続いて、実際のかつ具体的な損害の存在についての実証に分析視角からきわめて興味ある場合が関連して現われてくる。すなわち、会社に営業種目を定めた定款の規定がない場合である。集合性の営業行為は、それが定められていない場合には、個々の社員は会社の同意を得ることなく自己の勘定で商行為を営むことは許されない。また、会社の同意を得ることが必要であるのは、合名会社は商法に準拠して設立せられ、個々の会社が目指す目的を持って確定した業種の商行為を営んでいるからである。しかしながら、次の条文は定款に業種の定めが全然ない場合を規定している。したがって、条文では、個人的な自己の勘定の営業行為と集合性の会社の共同営業行為との間に競合する職能分野を明確に分けて定款

に明記することが便宜であると契めてはいるものの、事前に何んらの明文の協定もない場合には、同意の優先性を要求している。第136条でそのことが定められている。すなわち、「営業種目を定めていない合名会社では、個々の社員は、会社の同意を得ることなく自己の勘定による業務を営むことは許されない。また会社は、そのような業務から実際的かつ具体的な損害が会社に生ぜしめられたときの貸方記入をせずに上記の同意を拒否することは許されない」と<sup>11)</sup>。

この場合が企業の操業開始後に実施せられた会計期間に属していることはもちろんであるが、しかしながら、特にこの規則は、共有財産維持の目的で定められており、たとえ欠損になった会計期間であっても、会社財産と、個人的な自己勘定の財産との混同を生ずることもありえない。すなわち、他面特に損失の場合でも、会社の共有財産に連帯義務を分け持つ全社員が、その損失から避かれることを許されないわけである。

逆に、営業種目が定款に定められてあるときは、会社の従事する営業種目に属さないその他の商行為上の業務を競合して営むことが許され、第137条がそれを定めている。すなわち、「会社が定款に、従事すべき営業種目を規定しているときは、社員は、所属社員となっている会社が従事する業種に属さないかぎり、特別の約定さえなければ、適宜、いかなる商行為上の業務でも自己の勘定で適法に営むことができる」と<sup>12)</sup>。

取締役と出資資本家とに別個に分離して受け持たれた職能をテーマに検討を深めて行けば、日本の条文や、恐らくはアルヘンチナの条文に比べてみても格段に強調がなされていると思われる極めて特徴的なイスパニアの条文のあることに気付く。第134条がそれである。すなわち、「自己名儀でかつ自己の個別基金を以て社員によってなされた営業行為はそれらの営業行為が自己の勘定と危険によって適法におこなえる種類のものである場合には、会社に連絡の必要もなく、また会社の定款に記載せられる責任の構成要素になることもない」と<sup>13)</sup>。

このことはまた、いわゆる無限責任の名称を用いなくても、連帯責任性の限界について説明できる根拠になるであろう。会社財産と個人的な私有財産との間の区分に関しては、イスパニア法典の制度は日本のそれよりもいっそう明確になっている。自己名儀の個人所有と会社所有とは相異なる別のものであって、会社の終熄点すなわち消滅・解散乃至会社債務の限界ま

で到達して説明する際に、集合性の原則が日本の制度よりもイスパニアの制度にいつそう明きらかになっているからである。したがって、日本の制度はイスパニアのそれとは社員の責任を説明する際に概念的な理解を異にする。なお、アルヘンチナの制度との比較も後述する。

欠損と利益との区別はそれら各場合の手續に関連して二種類の原則を作っている。利益の場合には、利潤は各社員が共有財産に持込んで保有する持分の割合に比例して分けられる。しかし、会社の損失乃至負債を配分するには、別の平等原則が支配する。第 141 条は規定している。すなわち、「損失は、産業社員を含めず、出資社員間に同一割合で賦課される。但し明文の協定で、これら産業社員の損失への参加を定款に定めてあるときはこの限りでない」と<sup>14)</sup>。

この条文は出資社員間に損失を配分して負債分担の平等性を述べている。またこの場合、損失参加の明文の協定があるとき以外は産業社員は除外される。

このようにして産業社員に関し既にいくつかの条文がイスパニア商法典に現われているが、この法典が唯一のケースで、アルヘンチナ法典にしる、日本の法典にしる、このような条文に類似のものがこれら他法典に収められている例は見出されえない。

以上、産業社員は、利潤における参加の権利を持ちながら、最少限の企業内部の経営管理に限定せられ、損失の場合における会社の集合性の分野から除外されている。これら産業社員の場合、既に見たとおり、第 141 条の措置に従がう定めになっている。

合名会社の集合性は利益か損失かで相異なる二種類の原則から成り立っている。前者の場合、配分は個人の持分に比例することを基調にしており、また、後者では、取締役であると否とを問わず、全出資社員に同一割合を賦課する平等性に従がう。

## II 経営監査権

イスパニア商法典では、合名会社法と合資会社法との間で相互に次のような相対応する関連的システムが見出される。すなわち、

(上下が関連)

合名会社の条文……125, 126, 126, 127, 144

合資会社の条文……145, 146, 147, 148, 149

そしてそれら全条文には集合連帯社員について定めてある部分が共通的に含まれている。更に、第 139 条は、合名会社法に含まれているが、上記二法で共通して適用せられる。

以上のことから、各形態の会社毎に、社員に次の種類がみられる。すなわち、合名会社では、個人的かつ連帯的に集合して結成する出資社員のなかに二種類がある。

1) 経営管理担当社員と 2) 経営管理を担当しない社員とである。そして、この後者のなかに利潤にのみ参加する最少限の擬制持分出資者としての産業社員が数えられなければならない。また、合資会社法については、1) 合名会社の集合連帯社員と同じ種類の社員及び 2) それら集合連帯社員からは区別せられた他の性格に属する資本のみ拠出する社員（寄託資本主社員）に分かれる。

しかし、アルヘンチナの制度は違っていて、合名会社法自体に次の条文が見られる。今次改正前商法典の第 312 条は規定している。すなわち、「合名会社は寄託資本主社員（資本のみ拠出する社員）を受容れることができる。その寄託資本主社員については、合資会社に関して定められた措置が規制し、その他の社員は合名会社の共通規定に従かう」と<sup>15)</sup>。

この型のアルヘンチナの形態制度はやや奇異に思われる。もともとこの制度は合名会社の規制に属しており、しかも部分的に合資会社の制度と共通の適用であって、したがって、アルヘンチナの制度では、合資会社ではなく、合名会社自体に資本拠出のみの寄託資本主社員が存在する場合がありますが、イスパニアでは見られないことである。

イスパニア法典とアルヘンチナ法典との間で相異なる特徴的制度を区別する今一つの点は、経営管理における監査権について見出される。

アルヘンチナでは、一般的に、次の包括的規制が第 284 条の定めるところに見られた。すなわち、「いかなる会社においても、会社の経営管理の状態を証明する帳簿、書翰及びその他の書類を調査する権利を社員に対して拒否してはならない」と<sup>16)</sup>。

また同法典では債権者と社員とを相互に区別しているが、第 283 条がそれを規定した。すなわち、「金銭の債権者が、契約によって、社員の義務による責任を伴うことなく、利益参加を企図するときは、その契約は違法でありかつ無効である。

損失における責任を伴うことなく、利子の他に、債権者が利益に参加しようとする企図は同様にして無効である。

しかしながら、有価証券を用いて、他のものに優先する資本に予かじめ確定した利子を付与することを定めることは許される」と<sup>17)</sup>。

経営管理担当者については、アルヘンチナの同法典に次のように旧法第364条が定められていた。すなわち、「本法典及び会社の定款によって確定せられた形態で認められた、取消不能として実現せられ計上せられた利潤についてでなければ、いかなる名目下にせよ、株主に対して配分がなされてはならない。

経営管理担当者は、実現せられた利益の承認と事前の資本繰入れなしになされた、若しくは利益額以上の、若しくは詐欺又は重大な過失によってなされた低額資本繰入れによる、いっさいの分配に個人的に、かつ連帯して責任を負う」と<sup>18)</sup>。

アルヘンチナの同法典では、合資会社の株式発行が許されていたが、イスペインアの戦後改正株式会社新法では廃止されている。アルヘンチナの第380条が上記のことを定めていた。すなわち、「合資会社は、会社の定款が定める形態で譲渡することのできる個人記名式若しくは持参入式（無記名式）の株式を付与することができる」と<sup>19)</sup>。

また同法典の第381条は次のように定めて株式合資会社と株式会社との間で共通の措置を適用していた。すなわち、「株主が最少限十名で、かつ、連帯社員の資本よりも大なる資本額の株式を占めている場合は、会社に対し、本章に修正を加えて、前章<sup>20)</sup>の株式会社に関する措置を適用する。

その場合、経営管理担当の連帯社員は、その義務に加えて株式会社の常務取締役の義務を負う」と<sup>21)</sup>。

また同法典第382条は規定した。すなわち、「第334条及び第364条はあらゆる場合に合資会社に適用せられる」と<sup>22)</sup>。

このようにして、経営管理担当者の業務手続についてもまだ、第334条は次のように述べていた。すなわち「株券の額面に対して株主に利子の支払を約束することは違法である。但し、有価証券の額面に従って優先的に負担する確定利附の優先株が取扱われる場合はこの限りでない」と<sup>23)</sup>。

社債に関しては、イスペインアでは改正株式会社法の前文が述べている特殊の事情がある。すなわち、「株式会社に関する問題でイスペインアの実定

法秩序のなかの最重要な欠如の一つは、この種の会社に社債発行についての規制が全面的に欠けていることである。株式会社に関する規定でも、商法上の貸借契約規制を目的とする規定でも、わが国の商法は社債の問題については何んら触れていない。この法的規制の欠如は、公布の時から法典の最も重要な欠陥の一つとして既に考えられていたところであるが、今世紀前半にとりおこなわれたイスパニアの金融近代化の過程の結果として、現今では、経済生活の現実の要請にあわせて、イスパニアの会社法を改正する絶対的必要性の最も端的な表現を構成するものとなっている。社債に関する規制は法全体を律する基本的な意図では、会社の定款に含ましめることのできる規定と、本法の命ずるところとを調和的に結合させようと希求した。このようにして、不必要な形で社債発行機関の活動の自由を妨げることなく、私的民間商法機関に資本を交付する社債権者に精神的な保護を与えることが望ましかった。社債発行が露呈するさまざまな側面についての詳細な規制が設けられた。とは言え、この規制は社債権者の権利の保護と、また同時に国民経済の一般的利益防衛のために、確固たる保障を要求するという範囲にとどまり、しかも、株式会社の自主性を尊重し、これら会社が、各社の社債発行条件を重大な支障や制約なしに設定できるようにした。いわゆる社債権者集団（シンジケート）なる機関に全社債権者を集団結集化することは、おそらく彼らの利益の防衛に乘出すために用いる手段のなかで最も賢明な方法であろう。社債発行会社に対して社債権者が孤立無援の状態にあることは、どこの国でも憂慮の種になっている。この故に、本法では社債権者自身の権利の行使と資金の運用の保障に踏み切っていく立法態度から離れることなく、方法はともかく何んらかの任命せられた機関によって指導せられた集合的な活動により、個人的孤立的な行為に代替させることとし、その機関の使命を、会社に対し、或いは行政乃至司法機関に對置して、特に社債権者を尊重させることにした」と<sup>24</sup>。

あらゆる機関の近代化につれて大集団化の要求が樹てられ、同様に社債権者の権利も有価証券に化体し、他方ではまた投資の集積に仕向けられてきた。株式会社の分野では、このようにして会社財産を周ぐる三つの集団が現われた。すなわち、取締役会、株主総会、及び社債権者集団（乃至シンジケート）である。そしてこのように各種機関の相異った利害関係間に、株式会社では多くの近代的な緊急の問題が併立して生ずることにな

った。たとえば一方では多数者と少数者間に存在する矛盾問題を通りながら、更に他面に争われる一時的な暫定利殖株主、根幹企業主及び担保権者の利害関係問題などである。

ともかく本論に戻って、会社の経営監査権に関するイスパニアの条文を引用しておかなければならない。第 133 条は規定している。すなわち、「合名会社では、全社員が、経営管理担当者であると否とにかかわらず、経営管理及び会計の状態を調査し、また、会社の定款に定められた協約若しくは法律の一般措置に基いて、共同の利害関係に便宜であると考えた請求をする権利を有する」と<sup>25)</sup>。

本条に対応して、第 150 条は資本抛出のみの寄託資本主社員について述べている。すなわち、「寄託資本主社員は、定款の約定若しくはその附帯事項に記載せられている時期及び制約下でなければ、経営管理の状態と財産状況を調査することは許されない。

もし定款の約定にこのような記載のないときは、やむを得ず、年度末に会社の貸借表を寄託資本主社員に通知し、かつ、十五日を下だらない期間、貸借表の証明と営業成果の判断のために既経過年度の貸借表と必要書類を、それら寄託資本主社員に閲覧させなければならない」と<sup>26)</sup>。

また、改正されたが、旧法第 158 条では、次のように規定していた。すなわち、「株式組織の会社の社員若しくは株主は定款と法規の定める時期と形式においてでなければ会社の経営管理を調査し又経営管理に関する如何なる検討を行なうことも許されない」と<sup>27)</sup>。

本条の趣旨は、前記寄託資本主社員についての第 150 条の場合に対応しており、したがって、寄託資本主社員と株主の両者は殆んど同一種類の取扱手続に従っているであろう。

最後に、改正株式会社法の前文をを引き続き読むことにより、監査機関に関するその記述をここに利用しようと思う。すなわち、「恐らく、本法に、他の近代諸立法に類似しての、会社の経営管理に関する監査と財務処理を担当する 特別の機関が 制定せられていないことが非難されるであろう。その省略については審議の上のことである。現に監査機関は、そのメンバーは取締役会の構成員のように、大数者側から抽出されるのが常であり、取締役会の利益と異って区別された会社の万端の利害関係を代表するわけでもなく、その使命の従事にあたって特別の情熱を打込むわけでもな

いということが既に定評になっている。したがって、監査機関の効果は時に疑問であり、会社全体にとって有害とさえなったことも少なからずあった。しかしながら、この問題に適切な規制がなく、孤児扱いされていてよいわけではない。恒常的な機能をもった監査機関の代わりに、株主総会を通じて会計監査株主若干名を任命することにしてある。この会計監査株主が貸借表、損益計算書、利益分配に関する提案書及び取締役会から提出された覚え書に関して調査し文書を以て報告する義務を負う。また、独自に、若しくは技術専門家と連携で、会計及び自己の使命の万全を期した従事のために必要と思われる上記いっさいの事項を調査することができると共に、同時に、例外的な性格で、また最少限払込済資本の3分の1を占める株主の請求により、何時でも、その調査に属する末端若しくは異例の事項を明きらかにするために臨時的性格の調査を実施することができる。このようにして、経営管理担当者の自由とイニシヤティブを害なうことなく、また不信感若しくは危惧の念が表面化することもなく、監査制度が設けられて、株主の少数派グループに、大数派にあり勝ちな権力の濫用に対して財務的介入を用いて制御することを得しめている」と<sup>28)</sup>。

上に掲げた引用はすべて、経営管理担当者と投資者との間に判然とした分離が存在し、職能の社会的分業になっていることを証明する目的をもつものであった。

## 結 び

上記に産業社員を取扱って来たが、これについては、利潤のみの最少限分参加社員としてではあってもイスパニア商法典がこの制度を設けているほかに、アルヘンチナ商法典も日本のそれも何んら言及していない。これら産業社員を合名会社に属するイスパニア制度の内的な技術的發展の一種であると看做すならば、社員の均質性乃至集合性には何んの支障を来たすこともなく、しかも、この達成は未だ法的には経営管理者の名に値するわけでもなく、またサラリーを受けることもないが、既にいわゆる雇われ経営者の新規登場に先駆けてこれに代わる企業近代化の要請への適応であったに違いない。

もう一つの問題点は、経営管理担当者と出資者との間にそれぞれの必要な場合に即して分業的に担当する職能が判然と分離している事実を明らかにすることであった。イスパニアでは、会社の経営監査権は、ことさらに



この国に移植せられた商慣行から由来したものである。海のソキエタスの史的形態は、コマンダとソキエタスの折衷による体験であったが、それに更にカンパニーの定着性が結合して動機となり、イスパニアの大きな特徴を作り上げた。だからこそ、コマンダを意味する *confianza*（資本寄託制度）の慣行が各種の基本会社形態のすべてに普及して行きわたったものと結論してよいであろう。またそれに応じてこの慣行は、例の利潤における差別の制度を傾向的に、進歩的世界に推進する動機ともなったわけである。

他方、有限・無限の責任の間の区別については、イスパニアでは、これよりも更に明確な他の概念が代りに既に存在していたことに気付く。だからこそ、恐らくイスパニアの制度では独特の形で産業社員を維持したであろうし、また、更に、利益か損失かで各場合に違った二側面性をもつ集合性が社員の均質性乃至純粋性の原則を構成して、きわめて発達した株式会社形態においてさえも、既に龐大な集団規模に膨らんだ広汎かつ細分化せられた諸分野の各種機関にもこの原則を個別に浸透させて維持できてきたことであろう。

寄託資本社員の性格については、イスパニア商法典に第 148 条があるので掲げておく。すなわち、「会社の負債と損失に対する寄託資本社員の責任は、資本受託会社に提供した、若しくは提供の義務を負う基金の範囲に限定せられる。但し、第 147 条<sup>29)</sup>に定める場合はこの限りでない。

寄託資本社員は、会社の利害関係についてのいかなる経営管理行為もしてはならない。また経営管理担当社員の権限委譲を受けた者の資格においても同様である」と<sup>30)</sup>。

また第 122 条 2 a に合資会社の形態について定め、寄託資本形態では、一人若しくは数名の者が、集合性名義を用いた他の社員によって排他的専門に指揮せられた会社の業務の結果に従がわせる目的で、共有基金に一定額の資本をもたらすとしている<sup>31)</sup>。

このようにして、損失の場合に限度のある債務は別として、寄託資本主の権利には産業社員のそれに似たところがある。前者は会社の共有財産の中に有する自己の眞の持分部分に比例して、また、後者は上記会社の共有財産の中に最少限の資本主としての擬制的な持分、乃至は自己の労働、の割合で、利益のあった際にそれぞれ報酬を受けるからである。

註

- 1) Código de Comercio, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1965, 59頁
- 2) 同 59頁
- 3) Jaime Vicens Vives, Manual de Historia económica de España, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1965, 202頁から204頁
- 4) Código de Comercio, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1965, 前掲書 59頁
- 5) 同 56頁
- 6) 同 56, 57頁
- 7) 同 57頁
- 8) 同 57頁
- 9) 同 57頁
- 10) 同 58頁
- 11) 同 58頁
- 12) 同 58, 59頁
- 13) 同 58頁
- 14) 同 59頁
- 15) Código de Comercio, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, 54頁
- 16) 同 50頁
- 17) 同 49頁
- 18) 同 63頁
- 19) 同 65頁
- 20) Capítulo III de las Sociedades anónimas
- 21) Código de Comercio, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, 前掲書 65頁
- 22) 同 66頁
- 23) 同 58頁
- 24) Colección García Enciso, Ley de 17 de julio de 1951, de Sociedades anónimas, Editorial García Enciso, Madrid, 1965, 16, 17頁
- 25) Código de Comercio, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1965, 前掲書 58頁
- 26) 同 16頁
- 27) 同 63頁
- 28) Colección García Enciso, Ley de 17 de julio de 1951, de Sociedades anónimas, Editorial García Enciso, 1965, 前掲書 13, 14頁
- 29) 147条：会社の商号名に寄託資本主社員の名前を含ませる場合若しくは含ませることに同意のある場合の除外例。
- 30) Código de Comercio, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1965, 前掲書 61頁
- 31) 同 54頁

本稿は Administradores y Comanditarios : Sobre Tres Clases Regulares Formativas de Compañías Mercantiles (大阪外国語大学学報第28号, 1972年所載) を基にした日本語版である。