

合名会社における信用出資

大 野 實 雄

私は、これまで、合名会社における社員の出資には、金銭その他の財産出資と労務および信用の出資とがあるものと解し、信用の出資とは、単に無限責任社員として参加し、その信用を会社に利用させることであると解釈してきた。¹⁾ この解釈は、わが国の商法学界の通説であるけれども、財産も労務も出資しないで、信用だけを出資するということは、いったい、どういうことなのか、信用を会社に利用させるということの意味はなにか、いささか疑問があった。そして、この疑問を解くためには、信用という語の法律的意義を明確にすると共に、日本の商法典の制定の経過と、外国の立法例を探ってみる必要があった。

1) 拙著 商法(商法総則・会社法) 1976, p. 149.

1 信用の法律的意義

経済用語として使われる場合、たとえば、信用貨幣 (credit money) という場合は、金貨以外の貨幣すなわち銀行券、預金通貨などを指し、日本銀行が発行する銀行券については、日本銀行法第29条第2項が、日本銀行券は、公私一切の取引に無制限に通用す、と規定して、一般的な債務履行の手段とすることを国が宣言し、強制通用力をもっていることが信用の要素になっている。

弁護士会の信用を害した弁護士は、所属弁護士会から懲戒を受け(弁56条)、公認会計士が、公認会計士の信用を傷つけたときは、大蔵大臣から懲戒処分を受ける(公認会計士法第26条、第31条)。この場合の信用とは、品位の失墜(公証人法第79条)と大同小異であり、債務の弁済もしくは支払能

力とは直接関係がない。

しかし、刑法第233条の信用毀損の罪は、人の支払能力に関する評価を失墜させる罪であるから、この場合の信用の概念は、民商法上の信用の概念に近い。民商法上の信用の概念は弁済期に弁済を受けられなかったときに、差押可能な財産があり、差押競売等の手段によって、弁済と同じ結果を得られることの確実性に対する信頼から成り立つものであり、契約成立のときから、弁済期までの間に一定の時間があることを前提とする。小切手が信用証券でないのは、小切手資金 (provision) があって、これから確実に支払われるからであり、国内小切手の支払呈示期間が10日間とされていることも、小切手が信用証券でないからである (小第29条第1項)。

将来のある時点における支払の確実性に対する信頼が信用だと定義してみても、この信頼が絶対に裏切られないとは言いきれないから、その危険に備えるために人的もしくは物的の担保が設定されるのである。信用保険、信用保証、信用状などの制度は、すべてこの危険を前提としているものといえる。

合名会社の社員全員が連帯無限の責任を負うということと (商第80条)、弁済の確実性があるということとは、必ずしも一致しない。人の財産は増減するから、社員として参加するときの財産が、責任の追及を受けるときまで持続するとは限らないから、信用の概念には、どうしても流動性がつきまとうのである。したがって、弁済の確実性に対する信頼自体も浮動的である筈であるから、信用が、財産や労務の出資と同列において、出資の対象とされるに値するものであるかどうか、²⁾ この点に関しても疑問がある。

- 2) 信用を資本とみるとせば、潜在資本もしくは担保資本とみるべきだとされたのは、西原寛一 会社法 (商法講義Ⅱ) 昭32年, p. 57.

2 日本商法典の沿革

ロエスレル (Roesler, Karl Friedrich Hermann, 1834 München—

1894 Bautzen) 商法草案第81条によれば、合名会社において、社員が出資しうるものは、金銭または移転しうべき有価の物件と労力であって、人名は、社名中の一部分に止まり、権利移転するものに非ざれば、これを含まず、としている（商法草案上 p. 234以下）。

明治18年の商社法第18条と同じ内容の明治23年のいわゆる「旧商法」の第74条も、合名会社を定義して、“2人以上共通ノ計算ヲ以テ商業ヲ営ムタメ、金銭又ハ有価物又ハ労力ヲ出資トナシテ、共有資本ヲ組成シ、責任其ノ出資ニ止マラザルモノヲ合名会社トナス”とし、信用の出資は認めなかった。また、商法典編纂委員であった岸本辰雄氏は、その著「商法正義」第2巻で、人名は会社の名望に利するも、資本ではないと明言され、信用、すなわち、無限責任社員として名前を列ねるだけでは、資本参加とされないことを主張された（同書 p. 48）。

ところが、法典調査会の商法修正案参考書および明治31年6月発行の法典修正案理由書（東京 法典質疑会刊）によれば、“旧商法第74条ハ、信用ヲハ出資トナスコトヲ得サルモノトシ、從テ信用ヲ出資トナシタル退社員ニ対スル持分ノ払戻ヲ規定スル必要ナカリシト雖、合名会社ニ付テハ實際ノ必要上、信用モ亦出資ト為スコトヲ得セシメザルベカラズ”となし、それ以来今日に至るまで、信用出資が認められてきたのであった。実際の必要上、信用もまた出資となすことを得せしめざるべからずという発言をした委員の氏名はまったく判明しない。しかも、商法修正案参考書は、法典調査会起草委員補助が起案したものであって、起草委員の校閲を経たものではない、という断わり書きが添えられているため、研究資料として使うには、いささか不安があるけれども、他に信頼すべき資料がまったく存在しないので、これ以上探索することは不可能である。

3 外国法と信用出資

ロessler氏は、司法省版「ロessler商法草案」の下巻の末尾に、脱稿報告書を寄せているが、それによると、ロessler草案をフランスの

商法典を範として起草したことが述べられている。Rostock 大学で国家学を講じていたロessler教授が日本政府の招きで来日されたのは1878年であり、ドイツ普通商法典 (Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch) が制定されたのが1871年であったから、半世紀以上を経ている1807年制定のフランスの商法典 (Code de commerce) を範としたのは賢明であった。また、商法は万国普通の性質を有する法であるから、外国法を範として草案を起草することが許されるのだとも言っているが、これは、おそらく、1828年に出版されていたパルドゥッシュの名著を読んでいたための発言ではなかったかと思われる。³⁾ その真否はとにかく、日本商法典の母法となったフランスの商法典および商法学説を先づ参照するのが順序であろう。

- 3) Pardessus, Jean-Marie (Blois 1772 – Pimpeneu, Loire-et-Cher, 1853) はその著 *Collection des lois maritimes antérieures au 18^e siècle*. 1828. t. 1. p. 2 et s. の中で、海商法の普遍性 (universalité) を説き、有名な「最悪の民法はすべての国民を平等にとり扱う民法であり、最悪の海商法は一国民の利益にのみ支配される海商法である。」という言葉を残し、民族性、習俗、宗教、慣習などのちがいを重視する民法とは反対に、海商法も商法一般も、国によって大きな差はなく、世界性、普遍性を有すべき法であることを強調したのである。

フランス会社法 (Loi du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales.) は、合名会社の社員の出資は、金銭出資、現物出資および労務出資 (apport en industrie) の3種に限っており、わが商法のような信用出資なるものはこれを認めていない (会社法第23条, 施行令第285条第3項7号, 8号)。⁴⁾ 定款に記載することを要する会社資本 (capital social) の額 (法第2条) は、金銭出資の総額および現物出資の評価額の合計であって、労務出資は資本構成には含まれない。⁵⁾

- 4) 5) Mercadal et al., *Mémento pratique des sociétés commerciales*, 4^e éd, 1973, p. 183,

労務出資の労務 (*industrie*) とは、勤労とか勤勉を意味するラテン語の *industria* に由来する語であり、肉体的な労働 (*travail manuel*)、世話または心づかい (*les soins*)、監督 (*surveillance*)、事業経営上の手腕 (*habileté dans la conduite des affaires*) などを意味する。⁶⁾ したがって、この種の行為が、会社が目的とする事業に関するものであるときは、それから得られる利益はすべて会社に対する出資として、会社に帰属する (仏民法第1847条)。ただし、そのうち、定款で除外されているもの、または、会社の目的に関係のない行為であって、定款で禁じられていない行為は、このかぎりではない。

- 6) J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, 3^e éd., tome IV. 1825, p.37. 肉体的な労働とは言っても、経営指揮的な労働 (*travail de direction*) のことを指し、一般従業員の労働とは区別される。Ripert par Roblot, *Droit commercial*, tome I, 6^e éd., p.399 に依れば、*industrie* には、信用 (*crédit*) や設立のために奔走した努力 (*démarches*) などを含まないものとし、1903年3月27日のブザンソン裁判所の判決と Percerou 氏の評釈 D.1904. 2.241. とを引用している。

単に無限責任社員として参加し、名前を出すだけで、労務出資をしない者を、信用出資社員として認めることが適当かどうか、疑問なしとしない。最近読んだギルリー氏のベルギー会社法の註釈書 (J. Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique, Commentaire de la loi du 18 mai 1873, 1882, tome I, p.62 et suiv.*) に、つぎのような興味ある設例が載っている。それを紹介する。スチブンソンという優秀で著名な技術家がいるので、合名会社組織で機械を製作販売しようとする人たちが、スチブンソン氏の名前だけを貸してほしい、ほかには何もしなくてよいから、と頼んだ。スチブンソン氏は、ほんとうに名前だけで、技術の指導も助言もいっさいしないが、それでよいのか、と言った。こういう設例である。わが国の明治31年6月発行の法典修正案理由書に「合名会社ニ付テハ實際ノ必要上、信用モ亦出資ト為スコトヲ得セシメザルベカラズ」というのも、設

例と同じ意味だったのかも知れない。ギルリー氏はこの設例に関して、つぎのように解説している。(1) 社員は業務を執行する義務を負うのに(日商70参照), 何もしないということは, 名前を列ねているからには経営に
関与しているものと信じている公衆をあざむくことになる。(2) かりに, 持分を与えられ, これについて支払を受けるようなことがあれば, それこそ正に獅子契約 (*contrat léonin*) であり, 絶対に無効である。獅子契約とか獅子会社 (*société léonine*) というのは, 利益は自分で独占し, 損失は自分以外の者に負担させるという契約, 会社の場合は, その趣旨の定款の規定があるか, または総会の決議がある場合である。フランスの会社法第360条第2項は, この種の会社の設立を無効としている。その根拠は, フランス民法典第1855条の強行法規に反するからである。

民法典第1855条

- ① 組合員の1人に対して利益の全部を与える合意は, これを無効とする。
- ② 組合員の1人または数人に損失分担の義務を免除し, または, 金銭その他の財産の出資義務を免除する約定は, 前項と同様にこれを無効とする。

名前を貸すだけで, なにも出さなくてもよいということは, 出資義務の免除に該当する。フランス民法の組合契約 (*contrat de société*) に関する第1832条には, 各組合員がなにかを出資する (*mettre quelque chose en commun*) ことを要件としており, この要件は会社にも必要とされている。名前を貸すだけで, なにもしない, 助言も指導も協力もいっさいしないということは, 出資の実体 (*réalité*) がないということである。ギルリー氏は, およそ, このように解説しているのである。

出資の実体を欠くにもかかわらず, 信用を出資したのものとして社員資格を与えるときは, その社員は無限責任を負わねばならなくなる(日商第80条, 仏会社法第10条第1項), 合名会社の社員が無限責任を負わねばならぬのは, 合名会社の商号 (*raison sociale*) は全社員の名をもって構成され,

もしくは、1人または数人の名とその末尾の“et compagnie”の語をもって構成され（仏会社法第11条）、匿名組合とはちがい、社員の名が公に示されて、⁷⁾ いわゆる合名の会社（société en nom collectif）として、全員が経営者であることを表示するものであるから、全員が責任を負うべきものと考えられるためであって、この無限責任と出資とは直接の関係はない。したがって、無限責任を負うから、信用を出資しているのだとは解釈しえない。もし、それを肯定するとしたら、金銭を出資した社員は、同時に信用出資社員であり、現物出資をした社員は、同時に信用出資社員であり、労務出資社員は即信用出資社員であるから、全員が信用出資をしていることになるから、とくに信用出資だけを規定する必要はないことになる。現に、フランス会社法施行令第285条第3項では、会社債務につき無限責任を負う社員の氏名および住所だけを公示させており、だれが金銭出資をした社員であり、だれが現物出資をした社員であるかは公示する要なきものとしているのである（日商第63条3号および5号参照）。ベルギー会社法第7条 a）も、連帯責任を負う社員の氏名住所を公示させるのみであり、⁸⁾ ルクセンブルク会社法第6条も同様である。

7) 合名会社（sociétés en nom collectif）という会社形態名はナポレオン法典が制定される前から用いられていたが、最初にこの名称を使用したのはサヴァリー（Jacques Savary, 1622 Doué en Anjou-1690 Paris）であった。サヴァリーによれば、合名会社とは、たとえば、ピエール、フランソワ、ポールの3人が世人に知られている各人の名を用いて、Pierre, François & Paul, en Compagnie という商号（raison de la société）のもとに商を営むことを目的とする会社であると定義したのであった。Jacques Savary, *Le parfait négociant, ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France, & des pays étrangers.* t. I, Part. II, Liv. I, Chap. I, Des sociétés sous les noms, p. 346. この著書の初版は1675年に出版されたものであるが、初版は入手至難のため、1777年版に拠った。

8) ベルギー会社法（ベルギー商法典の第9章にあたる）については、早稲田大学フランス商法研究会による全訳がある（同大学比較法研究所刊「比較法

学」第11卷第2号所収)。

フランスにおいて、人名および商的信用の出資 (*apport du nom et du crédit commercial*) を認めるのはブレース氏 ((H. Blaise, *L'apport en société*, 1955, p.201 et suiv.) である。同氏は、無限責任を負うのは、第三者に対して支払の保証 (*garantie de solvabilité*) を与えることであり、それが信用の出資に該当するのであって、経営管理の保証 (*garantie de bonne gestion*) もしくは経営に協力することの約束 (*promesse d'une coopération effective aux affaires sociales*) は必要でないとしている。

このほか、労働⁹⁾、もしくは活動 (*travail ou activité*) だけでなく、一般に知られた氏名もしくは具体的な商的信用 (*nom connu ou crédit commercial effectif*) をもってサービスすることをも含むとする学者もある (Juglart et Ippolito, *Droit commercial*, 2^e vol., 2^e éd., 1975, p.87)。この説によれば、合名会社の手形に個人として裏書や保証をすることも信用出資の一種であることになる。¹⁰⁾

9) 労務出資 (*apport en industrie*) をする社員の労働 (*travail*) と、使用人重役 (*directeur salarié*) の労働とを区別するには、報酬が利益から支払われるものが前者であり、一般管理費 (*frais généraux*) から支払われるのが後者であることを基準にする以外に方法がないとする (Juglart et Ippolito, *ibid.*, p.88)。

10) わが国でこれと同説を採られたのは西原 前掲 p.60.

4 結 論

私は、信用出資の規定はこれを廃すべきものだとおもう。その論拠はこれまでの叙述からして自から明かだとはおもうが、それを整理すると、つぎのようになる。

(1) 信用は時間の概念を前提とし、将来における弁済の確実性に対する信頼であり、信頼する者は、いわゆる信用の出資者ではなくて、その相手方たる人々である。その人たちの信頼度は多様である筈だから、その全

体を一まとめにして単純に評価することなど不可能であるから、相手方である多数人が抱く信頼感を出資することに等しい信用の出資などが可能である筈もない。別な言い方をすれば、信用は、出資の目的たる資本ではない、ということになる。

(2) 無限責任を負うことが信用の出資だといえるならば、金銭出資者も現物出資者も労務出資者も、全員が同時に信用出資者になる筈である。この問題について、「総ての社員が信用の出資を為すものであるかと云ふに、然らずして、社員たることが或る者に付き特に信用の出資と認められ其の旨及び其の評価の標準を定款に記載したる場合に於て始めて存在するのである。」とする解釈があるけれども(田中耕太郎 改正会社法概論 昭和14年版 p.169.)、定款に記載することで資本でないものが資本化する筈はない。

信用出資でなくても、氏名を出せば連帯無限責任を負う場合がある(日商第537条)。匿名組合員には信用出資は認められない(同第536条参照)。それでも、商号中に自己の名前を出せば無限責任を負うのである。

(3) 前述のステブンスンの設例で明かであるように、単に名前を出すだけで、経営には全然協力しない場合を含むときは、取引の相手方の利益を害する危険がある。この危険を防止し相手方の利益を保護するためには、名前を出している者に無限責任を負担させればよいのであって、強いて信用出資に関連させる必要はないのである。それにもかかわらず、信用出資を構想するのは、なにも出資しない者に社員たる資格を与えることが許されないからであろう。

(4) ある者が名前を出しているために、担保を提供しなくても融資を受けられるとしたら、会社にとっても、各社員にとってもありがたいことかも知れないが、名前を出した本人は、法が無限責任を負わせている以上、借入金の使途その他会社の経営に無関心でいられる筈はなく、必ずや、経営に関する指導助言をするであろうし、求められなくても、発言するであろう。これが経営労務(travail de direction)にあたるものであり、その人は労務を出資するのである。apport en industrie とは、勤勉を出資する

ことをいうのであり、ロエスレル草案第81条の「労力」とは、まさにこれを指していたのではなかったか。明治中期に労務などといえば、筋肉労働しか念頭に浮ばなかったのではないだろうか。そう考えると、明治31年の法典修正案理由書に「實際ノ必要上、信用モ亦出資ト為スコトヲ得シメザルベカラズ」と記してある「實際ノ必要」とは、ほかでもない、**apport en industrie** のことであり、その邦訳に苦しんだ挙句のことではなかったかとおもうのである。