

合名会社清算持分の相続

岡 本 善 八

- 一 は し が き
- 二 持分の相続財産性
- 三 清算持分の放棄規定
- 四 商法一四四条の趣旨

一

組合持分または人的会社社員資格の相続または遺贈に関する問題は、立法的にはしばしば軽視せられているが、ドイツにおいては、判例・学説上、はなはだ論議の多い問題である。⁽¹⁾ わが国においても既にこの問題について、国歳教授・小町谷博士によるすぐれた労作が存在しており、⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾ 特に直接には関係はないが、社員責任に関する田中耕太郎博士の顕著「合名会社社員責任論」が存することからして、⁽⁵⁾ 屋上屋を架する感がないわけではないが、ドイツにおいてもヘックの合名会社に関する労作以後あらたにこの問題について見解を述べているものも見出しうるし、⁽⁶⁾ ドイツにおいても、これに関する判例が生ずるに至ったこと⁽⁷⁾ に示唆を得ていま一度この問題を検討する機会をもちたいと考えたものであるが、⁽⁷⁾ 結果的にはドイツ合名会社の理論を少々その性格を異にする日本法に借用する点については疑問が残る

ため、一応日本法上の問題に限定して論ずるに至っている。なお本稿は、清算能力に関する商法一一六条との関連において論議の余地はあるが、同条が擬制説を前提としているにもかかわらず、今日わが国においては実在説が有力であることをも考慮し、更に批判が予想されるが、第一一六条の規定は、擬制説的立場からは解散によって本来消滅すべき筈であるが、清算の目的のためその団体性を維持すべき旨を規定したものと解せられるが、実在説または同一性の立場からもここにいわゆる「清算ノ目的」はその法人性存続の理由を明らかにし、諸般の法律関係につき特殊の考慮を払うべきものを指摘したにすぎず、何れにしてもそれは直ちに厳格な制限的権利能力につき規定するものではないとの見地に立っているため、⁽⁸⁾その前提が全く否認される場合には特定の叙述は全く実益がないという性格を有している。更にまた存立中の持分相続については既に有益なる諸文献を見出しうるが、特に清算中の持分相続について参照する所が少なかつたことに加えて、筆者の相続法上の体系的知識の未熟であることからして、従来 of 通説からすれば、いささか独断のそしりを免れないとも考えられるが、一応の問題点の提起として御示教の機会を得れば幸いと考えるものである。

(1) A. Heck, Das Recht der offene Handelsgesellschaft, 2. Aufl. 1951, S. 260 ff. が屢々引用されるものであるが、ここでは、1. Aufl. 1946, S. 226 ff. を参照した。

(2) 小町谷・「合名会社の社員の死亡と相続人の地位」(松本先生古稀記念論文集)。より古くは、国歳・「合名会社の社員の地位を相続するということ」(民商法雑誌五巻四号)などがある。また会社法の著書の中で最もくわしくこの問題を論じたものは、片山義勝・「会社法原論」、一六五頁以下であるとせられる(小町谷・前掲四三〇頁註2)。

(3) 小町谷・前掲論文は、次の諸点につき論ぜられている。(一) および、(二) 定款における相続規定の実益、およびその法的有効性、(三) かかる定款規定は、変更定款によっても、二人の社員からなる場合も、黙示的なものでもよいこと、(四) わが国の判例(大判・大正一三・三・二六、名地判・昭六(ワ)四五一号、大判・昭二・五・四)にあらわれた二つの表現および批評、(五) 定款にいわゆる相続人の意味、(六) ドイツ商法一九三条の如き定款規定に関する問題、(七) 社員の地位の相続人の業務執行権および、

会社代表権、ならびに第七四条との関連、(ハ) 数人の相続人ある場合の相続分割前後の関係、(ニ) 未成年者が相続人である場合の問題、(ホ) 清算中の会社の社員相続、の諸点である。

(4) 国歳・前掲論文は、解釈学に関しては、(一) ドイツ旧商法一二三条第二号に関し、相続人と死者の仲間との間には単なる債権の権利義務が存在するか、相続人は相続により当然に社員となるかの二つの理論が存し、後者については限定承認に関する規定と矛盾するか否かの問題があるが、この点についてのドイツ大審院の態度 (R. G. Bd. 16. S. 40, 1865) は「約定があることと死んだ社員が相続せられることを前提にして合名会社は法律上当然にその相続人と死なないでいる残りの社員との間に存続するのである。しかもそういう相続人の占めるのは相続法による承継から齎らされるのではなく法定の事実に基づき商法典の規定により生ずる……」と解したのであり、かつ学説としても代表的といわれる解釈であったとせられる。(二) 然しこの解釈に基いて同条に対し社員は無限責任か相続放棄のいずれかを選択せねばならぬという批難が存したこと、その点を考慮して新商法一三九条の新設を見るに至ったことが述べられている。(三) 然し国歳教授が主として論ぜられているのは、定款により相続人に入社を強ひる旨が示されている場合であり、これにつき Pisko, Wieland, J. v. Gierk が相続人を拘束しないとする旨を紹介せられた後、これに対するものとして、Viezons の入社 of 意志表示なくして相続法の原則に従って相続人は被相続人のものである会社法上の地位に入りこむのであり、社員でありたくはない相続人は相続を放棄して去らねばならないとする説および Flechtheim の同趣旨の当然入社かつ限定承認排除の見解を述べられた後、国歳教授は当然相続説(傍点……筆者)を採りたいとせられる。然しそれにつき更に、完全に承継するか、相続放棄するか、限定承認の仕方では責任を負いつつこの地位にとどまるかは自由であるとせられる。更に最後の点については、ドイツ法系の通説には反するが、この場合にのみ相続法の責任限定の原則が拒否せられねばならない理由はない(傍点……筆者)とせられ、債権者の期待を考慮するにしても、結局は相続法の原則を優先せられている。すなわち入社員の過去の会社債務についての無限責任性(日商六四条独商一三〇条)は、相続により当然に入社する相続人の場合に適用せられるのは疑わしいとせられる。(四) 共同相続人については、分割以前においては協同で総体が一人の社員である如く社員になり、独りびとりはそれぞれの相続分に応じて(傍点……筆者)人的無限の責任を負う。(五) 相続社員が被相続人の業務執行権・代表権をも与えられるか否かについては、かかる権限の有無も原則としては相続人の地位に移されると解せられる。(六) 三ヶ月の考慮期間(民一〇一七条)中における相続人(傍点……筆者)の地位については社員地位の管理人の地位の如きで制限的であり、業務執行・代表の権限はなく、固有財産による人的責任を負担せず、また競業禁止義務は猶予せられ、検査権(民六七三条)の行使は制限せられるが、損益分担は生じるとせられる。

(5) かかるテーマを採り上げるに至った動機は、W. Siebert, Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Verrichtung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters; M. Ferid, Zur Behandlung von Anteilen an Personengesellschaften im internationalen Erbgang, (Festschrift für A. Hueck zum 70. Geburtstag 1959, S. 321 ff. u. S. 343 ff.) に示唆を得たものであるが、それら自体の内容については別の機会に論じた。

(6) RGHZ 22 S. 186 ff., Urteil 22, 11, 1956. II ZR 222/55 (Hamm), Neue Juristische Wochenschrift, 10. Jahrgang 1. Februar 1957. S. 179.

(7) 文献的には、清算の実状に関し、永田信義・「会社の整理・清算及破産」(竹田古稀記念・三二七頁以下)においては、「仮令解散登記をなして清算に入った場合でも、商法に定められた清算手続を執らず……暗から暗へと葬り去られて仕舞う会社が実に多い」とし、「債務超過でなくして解散する会社は実に僅かであって、殆んど大半以上は経営不振の為債務超過に陥り解散するのである」とし、しかも税金により差押えられた財産はほとんど残らない場合もあるとせられる。もっとも本論文は会社更生法案に関連して論ぜられているのであるが、上述の現象は特に人的会社において生じうる可能性は強度であるというるであろう。なお立法論としてであるが、烏賀陽「清算中ノ会社ニ就テ」(商法研究第二巻・三五三頁以下)は、ある行為が清算行為に属するか否かの確定は、第三者の認識が困難であるから、立法論として清算会社の能力を排除することを主張せられる。

なお大隅・「会社の権利能力の範囲」(総合判例研究叢書・商法(2))三七頁においては、「清算の目的の範囲内」の觀念につき、全く否定せられるのではないが、「清算の目的の範囲は、清算なる文書に拘泥して制限的に解釈すべきでなく……清算を遂行するに必要な事項についても権利能力を有し、かつ或る行為が清算の遂行に必要なりや否やは、その行為が清算の目的に現実に必要であるかどうかの基準によるべきではなくして、清算そのものから観察して客観的に抽象的に必要であり得べきかどうかの基準に従って決すべきものと解しなければならぬ」とせられる。なお上柳・「会社の能力」(株式会社法講座一巻八七頁)。

ここでは更に一步を進めて、民法四三条が「権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と定めるのに対し、商法第一一六条の「仍存続スルモノト看做ス」とする表現の相違からしても、本文の如く、商法第一一六条は、権利能力をのみ規定するのではないと解する。

人的会社の社員資格が相続財産に属するや否やは、その相続・遺贈に関し最初に決すべき問題であるが(民八九六

・九九六条)、その清算会社たる場合にかかる清算会社の社員資格が相続財産に属することは、商法一四四条の規定より明白であるが、存続中の社員資格については、商法八五条において死亡が退社原因と掲げられることにより、当然には社員資格を承継しない。ただ周知の如く合名会社の内部関係については、当事者の自治に委ねられるところが多いことからして、定款の規定により決定せられうることは決定的理論であるが、かかる定款規定が存しない場合にも持分払戻請求権なる債権的請求権が生じることが明白であるから、持分の質入・差押と同じくその意味においては、あるが、ともかく被相続人の社員資格が相続財産に入ることは明らかである。

(1) この点について、ローマ法上のソシエタスからプロイセン法の経過については、国歳・前掲論文三〇頁以上にくわしい。わが国における、民法学者の左の如き見解は、明示的でないが、定款に規定なきことを前提とせられているものと推測しうる。例えば、「その社員権が公益権的性質の強いものであれば相続されない。合名会社の社員権、合資会社の無限責任社員の社員権は相続されないが(合名会社社員が死亡によって退社したときは、その登記前に生じた債務〔商九三条参照〕も相続人に承継されない〔大判昭和一〇・三・九民集二九五頁〕、合資会社の有限責任社員の社員権は相続される(商一六一一条)、…民法の組合の組合員の地位は相続されない(六七九条一号)〔我妻・立石・親族法相続法四二九頁〕。また「社員権のような団体の構成員たる地位ともいうべきものの相続性はその団体の性質によって異なり、合名会社の社員権や合資会社の無限責任社員のそれのように公益権的な性質の強いものは相続されないが、合資会社の有限責任社員のそれのように公益権的性質の濃いものは相続されると解せられる」とする見解もある。(野田孝明・「遺産承継」〔民事法辞典二〇頁〕。これに対し、商法学者においては、明示的に定款に規定せられることを条件とする相続可能性を認めるのは、決定的理論であるが、便宜上若干の文献を列記する。松本・日本会社法論五五三頁、同・商法判例批評録三一八頁(大判・大六・四・三〇)、田中耕・会社法概論二二二頁、小町谷・前掲論文四四〇頁、田中誠・新会社法論下巻五四二頁、大隅・全訂会社法論上巻七九頁、大森・改訂会社法講義三二頁、鈴木・会社法(改訂版)二五六頁、石井・商法I五四二頁、伊沢・会社法九四頁、実方・会社法学I一〇二頁、服部・会社法提要六七頁、同・会社法原理一八一頁、なお島本・会社法要綱二六頁は、「社員死亡するも其の相続人当然之に代りて社員と為るものではない」とせられるのは、定款に基く相続を認められるものと解せられる。片山・会社法原論(四版)一六五頁。商法修正案理由書もまた商法六十九条(現行八五条…筆者註)につき「現行商法(明治二三・三・二七・法三二のうち、明治二六・三・四・

法九をもって施行せられた部分……筆者註）第二百一十一條第二号但書ニ於テハ会社契約又ハ総社員ノ承諾ニ依リ相続人其他ノ承継人カ死亡シタル社員ニ代ハルヘキトキハ死亡ヲ以テ社員カ退社スヘキ理由ト為ササル旨ヲ規定……スト雖モ是レ当然言フテ俟タサル所ナリ故ニ本案ハ全ク現行商法第百二十條第二号……ノ但書ヲ削除シ……」と述べていることから、相続財産たりうることを認めているものと当然解せられる。判例も亦、当然には社員ノ相続人と雖も社員たる地位を繼承し得ないが、（大判大六・四・三〇民録二三輯七六頁、合資会社ノ無限責任社員につき、東控昭九・五・二二民集一四卷三〇〇頁、大判昭一六・六・一八法学一一卷一八六頁）、定款をもって相続人ノ社員となるべき旨を定むることを妨げないのであり、定款に「相続人カ被相続人ノ権利ヲ承継シ、他ノ社員ハ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」と定めるときは、相続人ノ一方的意思表示により、当然に入社ノ効果を生じうる旨を認める（大判昭二・五・四新聞二六九七号、大判大一一・三・二六新聞二二五三号一八頁、大判昭九・一一・九法学四卷五〇〇頁、裁判年月日不明名地判昭和六年（ワ）四五一号）。ただし対外的責任については、前掲大判昭一〇・三・九、集一四卷三号二九一頁の否定的見解がある。

なお相続財産の範囲については、遠藤浩・「相続財産の範囲」（中川還曆記念・家族法大系・相続I一七四頁以下）については、直接ふれられていないが、網羅的に取り扱うものとして、有泉亭・加藤一郎編・相続下（相続財産の周辺）一一一頁以下が挙げられている。

三

(一) まず、清算会社の社員資格の相続可能性は、上述の如く商法一四四條により明らかであるが、その立法理由については、「現行商法（明二三・法三二号のうち明二六・法九をもって施行せられた部分）中ニ存セサル所ナリト雖モ之ヲ規定スルコト素ヨリ必要ナルヲ以テ本案ハ新ニ之ヲ加ヘタリ」（理由書）と述べるにすぎないが、これについては、定款において残余財産分配請求権を拋棄する旨の特別の定ある場合にその規定を有効と解すべきか、あるいは遺言によるかかる規定を有効と解すべきかの問題がある。

原始定款において残余財産分配請求権の拋棄をなすべき旨の定めがある場合には、清算会社の社員資格の問題を検

討するに先立って、かかる定款が無効であり従って設立無効をきたすか否かの問題がある。更に加うるに設立無効原因が公序に違反するときは、設立無効提訴期間の制限を受けないとする有力なる見解もあるが、⁽¹⁾ここにいわゆる公序違反の内容と解しうるかも附随的に問題となる。この点の解決の手懸りとしては、いわゆる固有権の確定に求めることも全く無意義ではない。もとより、この観念は特に株式会社において「およそ社員が其の資格において有する権利にして多数決を以て奪ふことを得ざる」⁽²⁾権利であるから、株式会社と合名会社との性格の相違、更に原始定款と定款変更との相違からしてこれを同一に論じ得ないことはいうまでもないが、固有権につき株式会社の本質および組織に関する原則からしてその概念を構成せんとする Staub-Pinner の理論もあることからして、⁽³⁾合名会社においても定款変更につき定款による自治的決議要件を定めうるとの立場に立つ場合、更にまた株式会社の如き詳細な規定が設けられていないことを考慮する場合には一応の手懸りを得るものといえる。然しながら、固有権理論についても、田中耕太郎博士により自からは、同意せられてはいないが、既に指摘せられる Nord の如く結局は固有権の一般的構成を抛棄する理論が生じるに至った経過を考慮するときは、⁽⁴⁾かりに合名会社について固有権に準ずべき権利を観念的に認めるにしても、結局は具体的には、わが合名会社法の特異性・社会機能を考慮して合理的考慮に基づいてこれを決定せざるを得ない。

現在のわが国における会社の定義については、判例通説ともその一要件としてその社団が単に営利行為をなすのみでは不充分であり、利益が各構成員に還元される機構を備えていることを要求している。これは会社制度の発展の沿革からしても、その共同企業たる本質からして当然の結論である。これに関して利益の還元の方法については、利益配当請求権のみを除外することはともかく、残余財産分配請求権を抛棄し、利益配当について何らの規定を設けない定款規定をもつ会社は有効であるかの問題が生じる。この点、まず従来の立場からするならば、利益配当請求権に比

しより基本的な残余財産分配請求権を抛棄する如きは会社の本質を害するとの見解も成り立ちうると推測せられる。その根拠は、利益配当については、株式会社においては株主総会の決議、合名会社については業務執行社員の決議に委ねられるから、会社存続中利益配当が皆無の場合も理論的には不可能でないのであり、全く利益還元がなされないことの可能性に求められるであろう。しかれば、この点を考慮し、優先株の意味においてでなく定量的な利益配当請求権を保障する場合は残余財産請求権を抛棄しうることは是認するとの立場が予想せられうる。株式会社については累積的優先株式としての規定ある場合はもちろん、利益配当についての明示規定が存在することに加えて会社制度の濫用からして、かかる規定は無効と解しうるが、合名会社については、資本に準ずる概念を認めず、あるいは損失あるも配当について会社の自治に委ねる緩和説の立場に立つ場合はもとより前述の立場から是認せられうる。またこれに対する厳格説の立場に立つ場合についても、当初資本を基準として利益を算出する立場をとるか、当期利益を算出する立場をとるにかかわらず、利益ある限りにおいては利益配当の可能性がありまた不足額は累積せられると解する場合においては、これをいちがいに無効と断じ切れない。また利益配当につき定量的または定額的に規定なき場合は、少くとも金銭貸借についての法定利率の規定を類推適用せられると解する場合には、同様の事がいいうるであろう。最後に問題となるのは、利益配当請求権ならびに残余財産分配請求権が、いづれも放棄せられている場合である。この点は民法上の獅子組合 (Societas Leonia) に対する否認的立場からしても、会社設立無効を来すと解せられることも予想されるであろう。⁽⁵⁾ その根拠は、かかる合名会社を認めることは、そこに「融合し親和する傾向において統一的に結合せられた志向に基づく集団意識」がなく、むしろ「排他的で対立的な傾向において人のつながりがある」⁽⁶⁾ であり、かかる運営の不円滑が予想せられる会社については会社法によらしむる利益を付与すべきではなく、個人法上の会社援助にその途を求めしめることが妥当であるという点にあるべき筈である。然し甚だ奇異なる理論である

との批判は予想しうるが、結論的には後述の如き相続人が限定承認をなしうるとの理論を前提としてかかる定款も有効と解して差支えないのではないかと考える。株式会社においては、経済社会におけるその機能、法的にも株式の譲渡制限禁止の明文規定（商二〇四条）あることからしても全く論議の余地はないといいうるが、合名会社においては本来特殊の個人的信頼関係に基づく会社であり、しかも原始定款にかかる規定が設けられるのは余程特有の事情がある場合であると考えられるからである。例えば、合名会社の沿革的目的である相続財産の分散化をある程度防止することを目的とし、あるいは将来の相続に関する煩雑性または紛争を防止し、かつ被相続人が自己の創業せる会社の一層の合理的繁栄を期するため自己の将来の具体的利益を抛棄することにより心理的に激励し、単に営業上の共益的権利のみを留保するが如き場合に実益なしとしない。また合名会社の人的責任は、民法上の保証または贈与と異なり法定の・継続的性質を有することからして、その人的信用を利用せしめることのみを意図する者の立場に立つもむしろかかる定款規定は有効と解すべきではなからうか。ただこの場合においても死亡以外の退社における持分払戻請求権をも放棄する趣旨の規定をも有効と解することは、被相続人の意図に反する場合の退社の自由をいちじるしく拘束するものであり、共益権の健全なる行使を妨げることとなるから、かかる規定まで有効と解することは、行き過ぎであると考えらる。前述の理論は、その者の同意を得てなされた定款変更についても適用せらるべきである。

- (1) 大隅・会社法論上・五四頁。以下。
- (2) 田中耕・商法研究第二卷三四七頁。
- (3) Staub-Pinner, Komm. § 250 Anm. 12, 田中耕・前掲書三六六頁。
- (4) Nord, Die Rechte des Aktionärs, 1926, § 4. 田中耕・前掲書三九四頁。なお富山・「固有権」（民事法辞典上六〇八頁）参照。

- (5) 末川・「組合」（法律学辞典・岩波版五三一頁、本城・「組合」（民事法辞典七二八頁）
- (6) 末川・「民法上の組合の本質」（民法論集二一六頁）は直接この問題にふれておられるのではないが、組合の団体性につきかか

る表現を用いられている。

(二) 前述の如き定款については、遺留分または相続財産分割方法の指定等々に関連して、それが会社の定款たる性質を有しうることに加えて、相続法上の遺言として認められうるか否かの問題がある。すなわち、相続法上は周知の如く危急時遺言の場合以外の通常遺言については、その濫用を防止するため三種の方式に限定するが、定款における前述の規定はこの点に関し遺言と解すべきか否かが問題となる。

この点については、筆者の乏しい知識をもってしては従来の民法学者の見解を借用せざるを得ないが、遺言に関する研究はその重要性にもかかわらずその研究はあまり多くないようである。⁽¹⁾ ただその方式については、その厳格性が要求せられる理由は、要するに遺言者の真意の確保のためであるとせられ、具体的には、(1)死亡時までの遺言の存在の確保、(2)遺言内容の明確化、(3)遺言作成者への慎重性などの要請が指摘せられている。ただ民法学者においても、法律的知識に乏しい者から遺言能力を剥奪する危険性もあり、遺言の自由を犯さない程度に寛大であり、しかも虚偽の遺言を防ぐ程度に厳格な方式が最も理想的であると見る見解もあり、⁽²⁾ 判例においても単に些細な瑕疵により遺言を無効とすべきでないとする努力が進められているようである。⁽³⁾

右の如き民法学界の趨勢をも考慮に入れ、前述の定款が遺言としての効力については定款の諸方式に則して考慮すべきである。然し結論的には、結局は民法上の自筆証書遺言に準ずべきものと解すべきか否かが問題となる。まず、原始定款については、前述の自筆証書遺言(民九六八条)にやや類似するが、この方式によれば、本来全文を自書することが要求せられるが、定款については、タイプ印刷あるいは社員の一の記載が実状であると推測せられる。この点は、定款変更・遺言の取消の可能性の場合を除いては、前掲の(1)乃至(3)の遺言方式化の要請を充足していると解せられる。すなわちその後の別段の事情なき限り、合名会社の設立登記について、予かじめ印鑑届をなすべきこと(非

訟一五条ノ四)、設立登記は総社員の申請により、かつ定款を添附してなすべきこと(非訟一七九条一項二項)などの手続を考慮するときは、その全文の自書なくしても自筆証書の効果を生ぜしめることが妥当であると考えられる。この場合遺言作成の日は、明示なきときは、設立申請の日(非訟一四九条二項5)と解すべきである。

右の如く原始定款と同時に遺言書としての効力を認める場合は、通説によれば定款変更は書面定款の更正なくして有効と解せられることなどの関連においてその撤回が問題となる。

(イ) まず定款変更の手続を充たし、かつ遺言者の同意をもってその規定を削除する如き場合については、まず原始定款書面においてその削除の文字および年月日が記載がなされており、その削除部分に原始定款と同一の捺印があるが如き場合は、「遺言の方式に従って」なされた撤回(民一〇二三条)と解すべきこととなる。次に同じく定款変更の手続を充たし、かつ遺言者の同意をもってその規定を削除する旨の定款変更の決議がなされるも、書面定款の更正がなされない場合は生前処分による遺言の撤回(民一〇二三条二項)と解せられる。更に定款変更手続を充たさずして遺言者自身が単独で定款書面を変更した場合は、もちろん会社自体に対して効力を生ずることはないが、遺言の撤回としての効力は生じ得ることとなる。然し退社したのでない限り、「Sonderstatut bricht Gesamtstatut」の法理により相続財産を構成しない結果からしてその実益はないこととなる。ただ後述の如く人的責任は生じうる。

(ロ) またここでは前述の如く、ここに問題とする事例においても退社の自由および持戻返還請求権は奪われ得ないと解するものであるが、かかる退社がなされる場合も、遺言に反する生前処分(民一〇二三条二項)としてその撤回が生じることとなる。更に別個の民法上の方式による遺言書により原始定款上の規定を撤回することも可能である。ただこの場合も会社に対しては定款変更の効力は生じないことは当然である。⁽⁴⁾

右の意味において定款に遺言としての効力を認めるときは、複数社員の同種の規定が存するとき、共同遺言の禁止

(民九七五条)との関連が問題となるが、個人的な遺言と異なり、遺言者相互間の意思関連は存在せず、その規定の部分のみを遺言と解すべきであり、定款たる形式上共同遺言の外観を生じるが、その実質は通常の場合は共同遺言とは性質が異なるから、容認せられるものと解すべきである。⁽⁵⁾

- (1) 中川編・註釈相続法下一頁、佐藤隆夫・「遺言の方式」(前掲中川・大系一六二頁)。本稿は特に後者に負うところが多い。
- (2) 中川・民法大要下巻二五三頁。
- (3) 佐藤・前掲一七九頁。
- (4) 民法上の遺言撤回方法については、泉久雄・「遺言の取消」(前掲中川・大系二四三頁)。
- (5) 理由は、共同遺言(民旧一〇七五条)につき、「共同遺言ハ遺言ノ取消ノ自由ヲ妨クルノミナラス遺言者カ共同遺言ヲ為シタル意思ニ付テ種々ノ疑ヲ生セシムルニ因リ」多数立法例にならい禁止するものとする。

四

定款中相続に関する何らの規定が存しない場合は、いうまでもなく商法一四四条が適用せられる。商法一四四条の規定の趣旨については、民法が相続財産の分割あるまで、その共有を生ずる主義を採つたため(民八九八条)、分割の時までの便宜的処置であり、相続分割ある迄の清算人としての権利行使を定めるものと解する有力な見解がある。筆者もかつてこれを妥当と解していたのであるが、⁽¹⁾清算においては相互的信頼関係は重要でなく、また分割後においても、相続人が多数に及ぶときは、清算手続の迅速を欠くこととなるから、分割後においても相続人が二人以上である場合は、権利行使者一名を定めねば、清算に関する社員権を行使し得ない旨をも意味しているものと解すべきではないかと思う。⁽²⁾なおこの規定は、受遺者のみ数人ある場合にも受遺者中の権利行使者につき準用すべきであり、受遺者および相続人が共に承継すべき場合にはそれらの二つのグループの中より一人を選任する場合にも準用すべきではな

いかと思う。

なおかかる権利行使者の会社の側からの資格調査に関し、承継資格者全員の一致を以て選任せられた場合においては問題はないが、全員一致をみない場合直ちに家庭裁判所の審判によつた者であることを要するか（民法九一八条二項三項・家事審判法第九条甲類二十五）、あるいは、民法九一八条の適用を妨げないが、組合の業務執行の規定を準用しその過半数によつて選任せられた者で足りるか（民六七〇条）、または清算後の社員資格は存続中のそれに比し財産的価値に重点があることからして共通物の管理に関する規定を準用し、持分の価格すなわち相続分による過半数により決定すべきか（民二五二条）の問題を生じうる。この点は、株式の相続についても類似の問題が生じうる。この場合は、相続人または遺贈者の保護を重視すべきか、会社の清算手続の簡易化を重視すべきかの問題であるが、ここではそれが存続中の会社に比較すると、便宜的な手続であることをも考慮し、会社の調査義務の軽減に重点を置き、少くとも戸籍謄本上認識しうる相続人の頭数による過半数によつて選任せられた権利行使者を以て有資格とすることにより免責せられ、遺言書の有無についてまで調査義務を負うことなく、ただ後に胎児たりし者の出生・遺言の発見による受遺者の出現が生じた場合には、あらためて選任をなすべきであるが、この場合においても承継者においてあらたに選任せられる迄は、当然のことながら当初選任せられた権利行使者は、継続的にその権利を行使することができ、争いある場合も選任無効の訴の確定または職務執行停止の仮処分ある場合、または家庭裁判所により管理人が選任せられるまでは、その資格を喪失することはない、と解すべきであろう。なおその点に関し、遺言執行者が指定せられている場合には、その者が就職を承諾することによりその権利を行使する（民一〇〇六条・一〇一二条）。いずれにしても会社に対しその旨を積極的に証明するものでなければ、その権利を行使し得ないことは当然である。

(1) 小町谷・前掲論文四五五頁は、「商法一四四条は、民法が相続財産の分割あるまで、その共有を生ずる主義を採つたため（民

八九八条)、分割の時までの、便宜を計った規定にすぎない……」とせられる。而して清算中の社員の地位の相続が認められるのは、「いはば総社員が退社して、その持分の清算をなすために存続しているのであるから、社員相互の信頼関係を重視する必要なく、ただ清算を迅速に終了する目的を達成すれば足りるとせられる(前掲四五八頁)。しかし私見によれば、本文の如く相続人が多数に及ぶ場合の清算手続の渋滞を避ける趣旨と解する。特に清算手続中相続分割がなされた場合に社員数が増大するときは、その弊害が大となるから、株式共有(商二〇三条)に準ずる取扱いをなしているものと解すべきではなからうか。旧一〇二条に關し、岸本辰雄校閲・行森龍太著「改正商法釈義」(明治三二年)一三二頁は、「社員カ家族ニシテ死亡シ相続人數人アレハ其數人カ社員ノ持分ヲ相続シテ共有シ清算ニ關スル權利モ其數人ニテ行フヲ当然トス然レトモ其數人カ尽ク清算人ト為リ又ハ清算人ノ選任ヲ為シ其他清算ニ關スル權利ヲ行フコトセハ一人ニ代ハリテ數人カ權利ヲ行フコト為リ權利過多ニシテ他社員トハ間ニ公平ヲ失フニ至ル故ニ本条ハ其數人ノ中ニテ一人ヲ定メ數人ノ代表者トシテ死者ニ代ハリ權利ヲ行フヘキモノト為セリ」(傍点……筆者)と述べているのは、確定的ではないが、その述べる趣旨からしてその清算手続中の社員數増大を考慮しているものであるから、相続分割後にも適用せられるとの立場を採るものと解せられる。松本・日本会社法(昭和四年)五八二頁は、単に「遺産相続に於ては數人の相続人を生ずることがあつて、此場合に於て數人が共同して社員たる權利を行ふことは不便なる結果を生ずるから」、……と述べ、また「若し數人の相続人が社員の權利を行ふべき者一人を定めざるときは、其權利を行ふことを得」ないとせられる。岡野・会社法講義案(大九)七頁、田中耕・前掲書二四九頁、田中誠・前掲書五五二頁、鈴木・前掲書二五六頁、石井・I五四九頁、大浜会社法概論一四四頁、伊沢・前掲書一七〇頁、大隅・全訂一〇四頁、大森・四四頁、実方・I一〇二頁、松田・概論三八一頁、島本・二六頁、服部・提要八四頁、などもこの点については明白でない。

またここにいわゆる「清算ニ關シテ社員ノ權利ヲ行使スベキ」場合として考慮せられる場合としては、(1) 既に社員が死亡した後において会社に解散原因が生じ清算手続に入る場合、(2) その社員の死亡が解散原因となる場合、(3) 定款により社員資格の相続が認められ遺産分割前に解散、従つて清算手続が開始した場合、(4) 清算手続中の入社を認めうると解するならば、被相続人の入社後の死亡の場合、(5) 定款上何らの規定なく清算開始後數人の相続人がある場合の如きがある。このうち(4)の場合に入社を認める実益は、その者の入社により清算手続の円滑迅速性を計りうる点、または新入社員の出資により支払不能・支払停止のほか債務超過による会社破産を免れしめ他の社員の信

用を維持し得るといふ特異な点に求めうるが、前者の場合には強度に個性が尊重せられるから、その死亡ある場合は会社はその出資の返還をなし結果的には社員権の相続は生じないとの立論も可能であるが、およそ入社を許容する以上他の社員と同様に解すべきであろう。また(1)については、その定款上相続が認められない限り、清算手続に入っている場合においても計算上は退社の問題として処理すべきである。(3)の場合においては、解散原因発生前であるか否かを問わずその相続人が確定したときは、既に清算手続に入っている場合においても、解散前の会社の機関としてその当時の会社の業務執行につき限定的ではあるがいわば溯求的にその権利を行使しうるし、清算手続中にも各自独立に権利を行使しうるが、相続分割前においては、上述の二個の権利についてはその行使者一人を定めることとなる。(2)の場合および(5)の場合清算手続中に社員が死亡した場合においては、(2)の場合は解散原因のときから、(5)の場合は死亡の時から権利行使者を定めねばならないわけである。

次にこれらの者の清算中の会社の行為について人的責任を生じるか否かが問題となるが、冒頭に述べた見解からして清算中の会社の行為についても人的責任は生ずべきであると考え。ただ前掲(1)の場合については退社と解せられるから、この責任は除外せられる。これに対し、(2)乃至(4)の場合は、被相続人の生前の人的責任の問題もさることながら、清算中の会社の行為についての責任履行の時期・登記および限度が問題となる。解散前の会社に関する人的責任発生の時期については、その登記を基準とする見解⁽¹⁾、または商法第一二条を考慮し、責任基準については劃一的に登記を基準とするが、善意悪意については公告の有無を考慮すべきものとする見解⁽²⁾があるが、清算手続中の責任については退社の問題は生じないから、別段の考慮を払わねばならない。まず清算手続中においては、人的責任を追求しうるか否かは、既に清算手続にあることからして疑義が残るが、会社に対する求償権の関係からして若干の疑問が生じ得ないではないが清算手続は本来会社自体の問題とみる時は、かかる人的責任をも追求しうると考える。ただ⁽³⁾

その履行要件としては、清算手続が合理的理由なくして著しく停滞するとき、または債務完済不能を要件とすべきこととならう。而してその責任の消滅の時期は、もとより商法一四五条により得ないが、その法理を類推適用し、任意清算については事実上清算結了の時、法定清算については本店における清算結了の登記の時（商一三四条参照）より五年と解すべきであらう（商一四五条参照）。この場合求償権は他の社員に対してのみ行使せられる事となる。

右の如く清算手続中の会社の行為について人的責任を認める立場を採るならば、死亡による清算手続の開始または清算手続中の死亡につき変更登記をなすべきか、またいかなる登記をなすべきかが問題となる。この点は、相続考慮期間中の社員の人的責任またはその範囲との関連において解決すべきであるが、相続財産分割前は相続財産を限度として責任を負うと解するならば、被相続人については死亡の旨を附加記載するほか、⁽⁴⁾ 相続財産分割前のかつ商法一四四条による仮入社員としての変更登記をなし、相続分割実行後においては、後者についてのみ変更をなしうると解することが許されはしまいかと思う。またこの場合は、相続人みづから登記申請をなしうると解する。

なお特に清算中の会社の債務に関する人的責任の範囲は、相続分割前においては、必要的共同訴訟の形において、相続財産を限度としてその責に任じ（民訴六二条）、相続分割後は、これに加えて共同訴訟（民訴五九条）の形式をとると否とを問わず清算持分を承継した者の固有財産についてもその責に任ずる事とならう。

- (1) 松本・五四一頁、鈴木二五六頁、・田中誠（下）五三一条。なお近年、存立中の会社新入社員の責任につき、小町谷「商法第八二条は当然の規定であるか」（民商法雑誌四四卷六号）において、その政策性を論ぜられている。
- (2) 石井（I）・五四二頁、大隅・（上）七五頁、伊沢・一一一頁、実方・（I）九八頁。
- (3) 民事局長回答の中には、次の事項に関するものがある。人的会社の持分相続一般についてであり、かつ分割契約がなされた後の登記申請権についてであるが、(1)「定款において無限責任社員が死亡したときは、その相続人は当然入社する旨の規定ある合資会社の無限責任社員が死亡した場合、共同相続人間の遺産分割契約により相続人の一人が会社出資金の全部を取得した場合」の

その者のみの入社登記の受理については、当該登記申請を却下すべきものと考える（昭和三四・一・一四、民事甲第二七二三号回答）。また合資会社の有限責任社員に関する同種の場合につき、（甲説）「商法第六十一条ノ規定ニ依リ……相続放棄ヲ為ササル限り法律上当然社員トシテ入社スヘク從ツテ甲乙間ニ於テ遺産分割契約スルモ乙カ社員ノ資格ヲ取得シタル後ノコトニ係リ甲ノミヨリノ入社登記ハ受理スヘキモノニアラス」と（乙説）「合資会社ノ有限責任社員ノ持分権……ハ相続開始ニヨリ当然遺産相続ニ於テ承継取得スヘク從ツテ遺産相続人間ニ於テ民法ノ規定ニ依リ自由ニ遺産分割スルヲ得ヘシ其ノ結果当初ヨリ権利ヲ取得セサル乙ハ入社セス甲ノミヨリノ入社登記ハ受理スヘキモノトス」とする両説のうち、甲説を採っている（昭和一八・三・八民事局長回答）。

右の如き態度からして相続に関する登記については消極的であることがうかがわれるが、本文の叙述とかなり関連あるものとして、合資会社についてであるが、「合資会社解散し、唯一の無限責任社員が清算人となったが、その者が死亡し相続人がある場合」に、「死亡の登記のみにて足るか又は相続人において権利行使をなす必要上承継による登記を必要とするや」については、「社員の死亡による退社の登記又は相続による入社登記は要しない」とせられる（昭和二九・四・一二、民事甲七七〇民事局長通達）。かかる見解は恐らくは人的責任の基準を事実上の死亡によらしめるものと推測せられるが、然し人的責任につきいづれにしても退社の登記が一応の基準となると解する場合には、入社登記についてはともかく、その社員の死亡の登記は許され、かつその申請権者も、会社の代表社員のみでなく（非訟一八〇条参照）、解散登記に準じ、かつ共同相続人の一人が申請をなしうる（非訟一八一条一項二項参照）、と解すべきではないかと考える（回答については、現行登記総覧・日本加除出版株式会社）。

商法一四四条による権利者を定めない場合は、相続人はその権利を行使し得ないことは当然であり、例えば、業務執行社員たることによる清算人への就任、または特別の清算人の選任・解任をなし得ず（商二二一条・一三二条一項）、営業譲渡に関する決議参加（商二二七条）、清算書類の交付または報告（商一三〇条）、計算の承認（商二三三条）については権利を行使し得ないこととなるが、裁判所選任の清算人選任の請求（商一二二条）については、その規定の公益的性格を考慮し、また共同相続人による権利者指定がその若干名により故意に遅滞せられる場合の可能性なども考慮する時は、共同相続人の決議なくしてその一人が申請しうるものと解することが妥当であろう。また清算結了後において、いまだ権利行使者が定められない場合も亦、保存書類（商一四三条）については各相続人がその閲覧請求権を有

するものと解すべきである。これに対し、会社はもちろん残余財産給付義務はあるがその権利行使者の定めがない場合は、会社の利益に比重を置きすぎるくらいはあるが、債権者確知についての過失の有無を問われることなく供託により免責せられると解することが許されはしまいかと考える。

また相続分割前に選定せられた権利行使者は、前述の如く究局的に相続分割による権利者が清算手続により生じた債務につき人的責任を負うに反し、前者は放棄をなす可能性もある点を考慮するならば、他の清算人または社員と同一の権利を行使しうるか否かについては疑問が残るが、清算に関して行使しうる権利が存立中の会社における社員の権利に比し限定的であることを思えば、会社に対する関係においては他の社員と同一の地位にあると解すべきであろう。ただ共同相続人特に分割後清算会社の社員となる者に対しては、自己が相続放棄後も在任中の法定的委任関係に基ずく責任を負うべきことは当然である。

また上述の如く、共同相続人はその権利行使者一人を定めない限り、会社に対し権利を行使し得ないこと、特に計算の承認をなし得ないことは当然であるが、清算終了後清算人の任務懈怠または悪意・重過失により相続人について生じた責任は追求し得ないものであろうか。これを全く認めないことも余りに酷と考えられる。従って、相続人自体が選定義務を怠っていること、ならびに一応清算が結了していることを考慮するときは、任務懈怠の場合には法定的に会社を復活せしめ相続人が会社に対して損害賠償を請求することまで容認すべきではないが（商一三四条ノ二、第一項参照）、ただ悪意または重過失ある場合は、その清算人に対しいわゆる第三者に該当するものとして連帯責任を追求しうると解すべきであると考え（商一三四条ノ二、第二項参照）。なおこれに関連し、清算持分の相続人は、被相続人が清算人である場合、当然その地位をも承継するのか、あるいは単なる社員たる地位を承継するのかの問題がある。この点は、清算手続が単なる後始末的性質のものであることよりして、その後の剥奪の手続が可能であることはとも

かく、一応その清算人たる資格を承継するものと解すべきであると思う。

なお存立中の会社持分についても論ぜられている問題であるが、特に清算手続中においては、商法一四四条による権利行使者を選定した場合において、法定単純承認をしたものと解すべきであるか否かについては、単なる財産保存行為と解すべきである（民九二一条一）。また限定承認をなしうるか否かについては、見解が分れるが、要するに相続人の利益を重視するか相続手続の遅延防止を重視するかの問題であるが、結論的には相続手続の遅延が生じうるにしても相続財産の調査特に人的責任履行の可能性の調査が困難であることを思えば、限定承認を認むべきではないかと思う。

この点につき、若干附言するに、この場合に限定承認をなした相続人の権利行使者は、他の清算中の会社の社員と同一の権利を行使しうるか否かについても、清算手続の特殊性に鑑み、かつ相続手続自体を迅速に終了せしめる見地からも、他の社員と同一の権利行使を認めることが妥当ではないかと思われる⁽¹⁾。ただ右の如く、限定承認を認める場合には、相続法上の規定（民九二二条乃至九三七条）の類推適用の範囲如何が特に会社債権者に対する人的責任に関連して問題となる。この点については、特に清算持分に関するものではなく、かつ合資会社についてはあるが、無限責任社員の死亡後その退社前に生じた会社の債務については、その相続人は責を負わないとする判例もあるが⁽²⁾、学説は一致してこれに反対しており⁽³⁾、ここでは後説をとると共に前述の如く限定承認説を前提として、存立中の会社についてはその者につき更に入社員としての法定的人的責任は生じるが（商八二条）、清算中の会社行為についても、その相続人は人的責任を生じると解する。この意味において少くとも限定承認をなす実益はあるが、然し一面退社後も五年間人的責任は残存しており（商一四五条）、かつ民法上の限定承認における債権者に対する催告期間の規定（民九二七条一項）、相続人不存在の場合の債権者および受遺者に対する催告期間（民九五七条一項）の最低期

間を考慮するときは、相続手続を人的責任の面より五年以上遅延せしめることとなり、被相続人の他の債権者に不当の損失を生ぜしめるとの反論も予想せられる(民九二八条参照)。この点は、結局は、既に清算に入る場合においては、前にも若干ふれた如く、清算手続の若干の遅延が生じないではないが人的連帯責任に應ずべきであり、かつその場合これを条件附債権として包含せしむべきである(民九三〇条参照)。これらの人的責任による社員の求償権については、解散前の会社債務については、会社に求償権を行使しうるが、清算会社としての会社債務に関しては、清算手続の迅速化のため単に社員に対する求償権のみを行使しうることは前述の如きである。なお限定承認に参加しなかつた会社債権者については、特に清算結了後においては、各相続人に対し残余相続財産に対する比率に應じてその責任を追求するほかはないであろう。

なおこれらにつき共同相続、または合名会社破産と人的責任との関係などの問題があるが、その検討は別の機会を待ちたいと思う。

- (1) 片山・会社法一六五頁以下では、存立中の会社については、限定承認は「合名会社ノ社員ノ無限責任ナル觀念ト相容レサルナリ」、故に「限定承認ヲ為シタル相続人ハ社員ト為ルモノニ非スト断スヘキナル」とせられる。
- (2) 大審・昭一〇・三・九民三部判決(昭九(オ)一三五九号有価証券返還請求事件)
- (3) 竹田(民商二卷二号・二九九頁)は商法的見地より、近藤(論叢三三卷二号・三三九頁)は相続法的見地から、また佐々(新報四五卷八号一四三三頁)は何れも反対せられ、鈴木(判例民事法昭一〇・九三頁)も判旨に反対せられている。