

# GmbH & CO. とわが商法上の問題点

泉 田 栄 一

## I は じ め に

ドイツ・オーストリアにおいては、形態上原則的に相違するように思われる有名の2つの会社形態が相互に結合した経済形態（GmbH & CO.）が大いに利用され、近年企業形態上重要な地位を占めるに到っており、これに関連する文献も相当数にのぼっている。しかるに我国では、この経済形態の紹介、研究は、ほとんどなされておらず、<sup>(1)</sup> 海外商事法務という実際の必要性和、わが商法の解釈・立法論への反映という純学問的立場からみると、この態度は、著しく失当といわなければならない。それゆえ本稿では、この経済形態を歴史的沿革まで遡り、経済的及び法的の分析をなし、ついで我商法の解釈論・立法論を展開することにする。

## II GmbH & CO. の概念と諸定型

会社法の歴史は新しい企業形態が時の経済的要求に応じてどのように形成されたかの歴史であると言うことができる。このことは、有名の会社形態のみならず、会社法規定の柔軟性を利用しての無名の経済形態の発生についても同様である。会社は、経済的見地から人的会社と資本会社とに区別されうるが、この区別は絶対的なものではなく、混合形態（Mischenformen）も多様に存在している。特にドイツの合理的企業家精神は、人的会社と資本会社の間の境界を

---

(1) この経済形態を紹介、研究する唯一のわが国の文献として、吉永榮助「GmbH & CO. の効用とわが商法上の問題点」『海外商事法務』122号6頁がある。

破壊し、法律が許す範囲内で、人的会社に資本会社を結合することによって、それぞれの基本定型が有する長所を活用する新しい経済形態の形成の可能性を手に入れた。<sup>(1)</sup>この現象は、基本定型混合 (Grundtypvermischung) と呼ばれている。<sup>(2)</sup>

基本定型混合の中には、AG & CO. <sup>(3)</sup>も存するが、特に重要な形態は、GmbH & CO. である。

GmbH & CO. は法形態ではないから、法律上の定義は存在していないが、学説上では、有限会社 (GmbH) が人的責任社員として資本参加している合名会社 (OHG) 又は合資会社 (KG) と定義されている。しかし、実務では、有限会社が合資会社に比較的参加するケースが多いので、人的責任社員が有限会社である合資会社 (GmbH & CO. KG) の名称と同意義のものとして GmbH & CO. を使用する。その上、通常有限会社は、GmbH & CO. の唯一の人的責任社員である。それ故、GmbH & CO. は有限会社が唯一の人的責任社員である合資会社と定義することができる。<sup>(4)</sup>合資会社の有限責任社員が同時にその有限会社の社員であるとき、狭義の GmbH & CO. 又は真の GmbH & CO. と呼ばれ、狭義の GmbH & CO. の背後にいる者がただ1人であるとき、即ち、一人で且つ同一人が、有限会社の一人社員であると共に、唯一の有限責任

---

(1) 各種の企業形態における基本定型混合の限界を包括的に研究するものとして、Vgl. Winkler, Die Gestaltung von Gesellschaftsverträge im Wege der Grundtypenvermischung, in NJW 1970, 1065.

(2) この名称は、Zielinski, Grundtypvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, 1925により、文献に持込まれた用語である。

(3) それは、株式会社が人的責任社員として参加している合名会社又は合資会社である。1890年代には、この形態は、判例により一致して否定されていた。その後早くから判例、学説は肯定説に立った。現在でも AG & CO. は利用されているが、稀であり、重要性は少い。なお、Vgl. Wiethölter, Die GmbH & CO. KG, Chancen und Grenzen, in Aktuelle Probleme der GmbH & CO. 1967, S. 18.

(4) Böttcher/Beinert, GmbH & CO. Die moderne Unternehmensform, 4. Aufl. 1970, S. 20f.; Hesselmann, Handbuch der GmbH & CO. 14. Aufl. 1973, S. 1f.

社員である時一人 GmbH & CO. と言われる。<sup>(5)</sup>

資本流通税 (kapitalverkehrssteuergesetz) 6 条 1 項 4 号によれば、有限責任社員が属する合資会社の人的責任社員が資本会社であるときには、有限責任社員の資本流通税は高くなる。GmbH & CO. は資本流通税の意味の資本会社ではないことを利用して、節税のために、一段階として、有限会社が GmbH & CO. の無限責任社員となり、その GmbH & CO. が、大 GmbH & CO. の無限責任社員となり (2 段階)、その大 GmbH & CO. が、ただ経営会社 (3 段階) となるという形態が実務で利用されている。かような経済形態は、三段階 (dreistufige) GmbH & CO. 又は二階 (doppelstöckige) GmbH & CO.<sup>(7)</sup> と呼ばれている。これは、合資会社が他の合資会社の人的責任社員となりうることを認められて (ドイツの通説)<sup>(8)</sup> 初めて成立する形態である。

GmbH & CO. は、2 つの会社から構成されるから、従って 2 つの会社契約が必要であることはいうまでもない。そして、GmbH & CO. (KG) によって経営される企業が、経済的に統一的企業である時には通常、GmbH & CO. をできるだけ法的に単一体として形成することが望まれるから、困難ではあるが、有限会社と合資会社の各々の会社契約の同化、調整が問題となりうる。例えば、(a)有限会社が資本増加をする場合議決権の 4 分の 3 の賛成を必要とするのに対し、合資会社では全員一致の賛成を必要とするのが原則であり、(b)有限

---

(5) Hunscha, Die GmbH & CO. KG als Alleingesellschafterin ihrer GmbH-Komplementärin, 1974, S. 2.

(6) Böttcher/Beinert, a. a. O., S. 22f.

(7) Veismann, Die GmbH & CO. als Handelsgesellschaft, im BB 1970, 1159 Fußn. 1.

(8) ドイツの通説は、以前と異なり、今日では、人的会社は、他の人的会社の社員であることを許されるとみなす。これに対して、Pfand は、債権者保護の観点から、これを否定する。Vgl. Pfander, Kann eine Personengesellschaft Gesellschafterin einer anderen Personengesellschaft, in DB 1969, 823ff. しかし、彼の立論は、その見解がドイツ法の解釈として正当か否かは別にするとしても、合名会社・合資会社は、法人ではないということを前提とするものであって、合名会社、合資会社も法人と認めるのが商法の立場では、成立しえないと解される。

会社の場合議決権は持分数によって決まるが、合資会社の場合頭数である、(c)有限会社の場合決議は社員総会で行なわれるが、合資会社の場合どのような方法でもよく、(d)有限会社の持分は自由に譲渡できるが、合資会社の持分は自由に譲渡できない。(e)有限会社の場合解約告知ができないが、合資会社の場合それができる、(d)有限会社と合資会社とでは解散原因が異なっている等の相異があるが、この調整のために、二つの可能性が考えられている。<sup>(9)</sup>一つは、有限会社法の規定を優先させ、合資会社契約を、法律が許す範囲で有限会社のそれに近づける方法であり、この経済形態は、資本的に組織された (kapitalistisch organisierte) GmbH & CO. KG と呼ぶことができる。逆に合資会社の規定から出発し、有限会社契約を合資会社のそれに近づける時、その経済形態は、人的 (personalistische) GmbH & CO. と呼ばれうる。

しかしこの調整は困難であって、特に狭義の GmbH & CO. にとって典型的な社員の同一性と、社員の合資持分に対応する有限会社に対する (平行的) 資本参加の維持は、あらゆる場合に、継続的に可能なわけではない (社員の死亡の場合に、このような資本参加の瓦解の危険がある)。この危険の回避のために、<sup>(10)</sup>有限会社が合資会社の唯一の無限責任社員となる一方、その合資会社

---

(9) Vgl. Sudhoff, Die gesellschaftsrechtliche Problematik der GmbH & CO. KG. in NJW 1967, 213ff.

(10) Vgl. Simon, Kann die GmbH & CO. KG Inhaberin der Geschäftsanteile ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin sein? in DB 1963, 1209; Gonella, DB 1965, 1165; Hunscha, a. a. O., S. 6ff. これは、相互資本参加 GmbH & CO. が利用される主要な原因であっても、唯一の原因ではない。Hunscha によれば、更にこの形態が利用される独立した動機として、有限会社持分を GmbH & CO. KG に譲渡することによって、社員の私的財産から補足的な給付をなすことなしに、GmbH & CO. KG に相応の財産的価値を給付する (少くとも出資義務の一部の履行として) という金融上の動機がある。また、人的会社が有限会社の全持分を所有している場合に、この形態を利用するときには、GmbH & CO. KG のあらゆる形態に特徴的な法人税に服さない人的会社の枠内で、有限責任と第三者機関の長所を享受するためであると共に、事実上一人人的会社の創造を可能にするためにも利用される。更に、人的会社が企業

が有限会社の唯一の社員となる形態が利用されている。この形態は、相互資本参加 (wechselseitig beteiligte) GmbH & CO. と呼ばれる<sup>(ii)</sup>。この形態が法律上有効なものか否かについては、判例が存在してはおらず、学説上では後述する様に議論が分れるところである。しかし学説は一般的にその利用を実務に諫止するか、慎重であるべきことを要求している。

### Ⅲ GmbH & CO. の利用状況

ドイツにおける最近の GmbH & CO. の利用状況は、著しいものがあるが官庁統計は存在していない。Limbach<sup>(i)</sup> は、1961年から1963年にベルリンに登録された486社の有限会社を分析した。その当時ベルリンには2,691社の、ベルリンを含む連邦領域には46,846社の有限会社が存在していた。彼女の分析は、

| 会 社 数         | 資 本<br>DM | 一人会社       | 二人会社         | 社員が3<br>～5人の<br>会社 | 社員が5<br>人超の会<br>社 | 公 手<br>参加会社 | 私法法人<br>参加会社 |
|---------------|-----------|------------|--------------|--------------------|-------------------|-------------|--------------|
| 331<br>68.1%  | 20,000    | 25<br>7.6% | 198<br>59.8% | 42<br>17.2%        | 6<br>1.8%         | —           | 60<br>18.1%  |
| 72<br>14.8%   | — 50,000  | 7<br>9.7%  | 29<br>40.3%  | 17<br>23.6%        | 3<br>4.2%         | 1<br>1.4%   | 15<br>20.8%  |
| 42<br>8.9%    | —100,000  | 5<br>11.6% | 12<br>27.9%  | 9<br>20.9%         | 2<br>4.7%         | 2<br>4.7%   | 13<br>30.2%  |
| 12<br>2.5%    | —250,000  | 2<br>16.7% | 4<br>33.3%   | 1<br>8.3%          | —                 | —           | 5<br>41.7%   |
| 14<br>2.9%    | —500,000  | 2<br>14.3% | 5<br>35.7%   | 1<br>7.1%          | —                 | —           | 6<br>42.9%   |
| 4<br>0.8%     | — 1 Mill. | 1<br>25.0% | 1<br>25.0%   | —                  | —                 | —           | 2<br>50.0%   |
| 6<br>1.2%     | — 5 Mill. | —          | —            | —                  | —                 | —           | 6<br>100.0%  |
| 4<br>0.8%     | 5 Mill. 超 | 1<br>25.0% | —            | —                  | —                 | 1<br>25.0%  | 2<br>50.0%   |
| 487<br>100.0% |           | 43<br>8.9% | 249<br>51.2% | 70<br>14.4%        | 11<br>2.3%        | 4<br>0.8%   | 109<br>22.4% |

の経営を分離しつつも、経済的にはその分離を解消するためにこの形態が利用される。しかしこれらの動機は、GmbH & CO. KG に一般的又はその形態の一定のものに共通であって、相互資本参加 GmbH & CO. KG に特徴的なものではない。

- (ii) Hunscha, a. a. O., S. 3f. Sudhoff は、この形態を Einheitgesellschaft と呼び、Wiethölter, a. a. O., S. 48 は、verfremdete reformierte GmbH と呼ぶ。

有限会社の驚くべき利用状況を示す。次の通りである。<sup>(2)</sup> 分析の紹介はひかえるが、表は、GmbH & CO. の人的責任社員となりうる有限会社の社員構成を知る上において、有意義である。Limbach の分析によると、486社のうち、26社が、その定款で、合資会社の人的責任社員として資本参加し、その営業を行なう旨を明らかにしていた。また、1961年から63年の間に、シャルロッテンブルグ区裁判所に備えられた商業登記簿の A 区分に、65の GmbH & CO. KG が登記されていたとのことである。<sup>(3)</sup>

Wiethölter <sup>(4)</sup>によると、フランクフルト 商業登記簿の A から K の区分の閲覧の結果、151の GmbH & CO. が存在し、その形態は、商業（約60社）、サービス業（約35社）に多く利用されていた。

オスナブリュックの商工会議所が、その区域で、1960年から69年の間に実施した調査によると、この期間に設立された327社の合資会社の内、180社が GmbH & CO. の形態を採用し、この期間に新たに設立されたら313社の有限会社の内、183社は、GmbH & CO. で人的責任社員の役割を引受ける目的のために設立された。Veismann の見積によると、1968年1月1日には連邦領域に約20,000の GmbH & CO. が存在しているであろうとのことであり、また他の見積によると、1969年に約23,000の GmbH & CO. が存在するとのことである。<sup>(5)(6)(7)</sup>

---

(1) Theorie und Wirklichkeit der GmbH, 1966, S. 29ff.

(2) Limbach, a. a. O., S. 36 より作製。

(3) Limbach, a. a. O., S. 82f.

(4) A. a. O., S. 25.

(5) Bötterher/Beinert, a. a. O., S. 175.

(6) Hesselmann, a. a. O., S. 2 Fußn, 4.

(7) オーストリアでは、1964年に合名会社が7,105社、合資会社が2,629社、有限会社が3,255社存在していた。その後合名会社数は後退し、有限会社の普及は著しく、今日有限会社数は9,000社を超えといわれる（Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, Wien, 1974, S. 54）。この中には GmbH & CO. KG の人的責任社員としての有限会社数の増加が含まれているのであって、合資会社数も恒常的に増加している。今日オーストリアには、GmbH & CO. KG は1,000社以上存在するといわれている（Kastner, a. a. O., S. 107）。

#### IV GmbH & CO. の経済的考察

GmbH & CO. は、前述したごとく、普及した経済形態となったが、このような形態を企業家が採用する動機は、何んであろうか。

資本金会社が人的会社に結合する試みは、1900年以前から存在していたが、登記裁判所は例外なくその登記を否定していた。<sup>(1)</sup> いかなる経済的理由が、その設立の試みの動機であったかは、確認されていない。<sup>(2)</sup>

最初に GmbH & CO. の設立の真の動機となったのは、バイエルンの1910年8月14日法に端を発し全ドイツに及んだ(20年3月30日の連邦の法人税法として結実した)有限会社利用の際の二重課税(法人税)の回避である。有限会社の多数は、資本金会社よりも経済的に人的会社の類型に近かったので、二重課税は、競争における不利益に導き、それを回避することは、多くの有限会社にとって死活問題であった。この形態の利用がそのための唯一の方策であった。<sup>(3)</sup> 1912年2月16日にバイエルン最高州裁判所は、これを有効としたので、GmbH & CO. の激しい増加が生じ、同年の2月から10月までの短期にミュンヘンだけで80社の GmbH & CO. が設立された。<sup>(4)</sup> そこで同年は、GmbH & CO. の生誕の年ともよばれている。

次の時代には、法人税回避が、GmbH & CO. の設立の唯一の動機に留まら

---

(1) Eltzbacher, Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd 45 (1896), S. 41f. 57f.

(2) Zielinski, a. a. O., S. 36; Hesselmann, a. a. O., S. 4.

(3) Zielinski, a. a. O., S. 37f.; Hesselmann, a. a. O., S. 4f. 有限会社の社員は、現物又は現金を給付することなく有限責任社員となる一方、その唯一の無限責任社員が有限会社である合資会社を設立する。合資会社は、今や定款変更し営業目的を経営の賃貸とした有限会社からその営業を賃借し、有限会社は、資本の維持を保証する額を賃借料として受け取り、合資会社のその他の全利益は、有限責任社員に帰属させるという方法で行った。

(4) DJZ 1913, 231; Vgl. Zielinski, a. a. O., S. 39.

なかった。有限会社の設立の際の印紙税（会社税）も、有限会社の資本金を法定の最小額とし、残りの資本を企業に合資出資することによって軽減することが行なわれた。しかし GmbH & CO. は、更に節税という本源的目的を超えて成長した。

Zielinski<sup>(5)</sup> は、1925年にベルリンローミッテ区裁判所の商業登記簿から法人が人的会社に参加しているすべてのケース（60社）を抜き出し、そのうち（株式会社又は有限会社が、合名会社又は合資会社に参加している場合の）26の会社を研究し、利用の動機として次のことを明らかにした。

(1)経営指揮上の努力、(a)経営者が死亡したが、未亡人に経営能力がないとき、有限責任社員となることにより、危険の制限と確定利息を得ようとする努力、(b)従来の経営者が経営する企業に、専門的知識を有する資本会社（その業務執行者）を導入することにより企業の経営指揮の強化をはかる努力、(2)資本会社が新たに活動領域を開拓しようとするとき、経験のある、新しい任務指揮に適当と思われる人に、無限責任社員となってもらって、業務執行に対する奪い取られない権利を保証することにより、その者を経営者として取得しようとする努力、(3)合名（合資）会社が、長年の製造活動ののちに、製品の売上げ増加—顧客の拡大—のために、営業目的が在庫品の保管である卓越した会社と結合することによる新販路開拓の努力（商号が問題となる）、(4)現存する販売組織のより良い利用のための努力、(5)コンツェルンとカルテルの代用、(6)外部信用の強化（有限会社は信用がない）、(7)困窮した株式会社と有限会社の再建目的（債権者が負債で苦しむ資本会社と合資会社を設立し、債権者はその債権を合資持分として出資し、株式会社は無限責任社員となる方法で行なわれる）。

彼は結論として、基本定型混合がただ税の利益の追求で行なわれるという命題は、誤りであり、この純粹に、経済的、経営技術的、組織的、金融的要求に直面して薄弱になると述べている。<sup>(6)</sup>

---

(5) A. a. O., S. 18ff. insbesondere S. 45ff.

(6) A. a. O., S. 56.



GmbH & CO. は、20年代に比較的大きな意義を獲得したが、その後、おそらく商業領域又は経済法における巨大な変化の故にその重要性を喪失<sup>(7)</sup>、GmbH & CO. は生き延びた会社形態であっても、実際上の意義をもたない形態と考えられた。<sup>(8)</sup>

しかし、この命題は、1950年以来の再度の GmbH & CO. の発展（1953年/54年以来著しい程度で現われた）によって否定されるに到った。

Hesselmann<sup>(9)</sup> は、3つの北ドイツの市の中から、且つ1951年から1958年の間に設立された15の企業を分析した。その際20年代に短い全盛期をむかえ、そのあと衰退していった GmbH & CO. が、何故50年代以来再興しだしたのかという問題意識を彼は有していた。結論として次のような評価を下した。その発生の場合と異なり、税上の吟味が復興に対する刺激を与えてはいないと。GmbH & CO. の選択に導く主たる動機は、彼によれば、(1)相続継承の問題、(2)資本獲得の問題、(3)有限責任の問題である。あらゆる他の動機も、この3つに還元できると。<sup>(10)</sup>

(1) の場合は、合資会社の唯一の人的責任社員で業務執行者が、死亡するか引退する場合で、子供がないか、あまりに若いため、妻に経営経験がないため且つ従業員を無限責任社員にすることを欲しないため、後継者が見つからない場合である。この場合の唯一の可能な解決は GmbH & CO. の設立である。この形態により商号を含めてあらゆるその長所が維持される。

(2) の場合は、有限会社が資本を必要とする場合に、社員は有限会社に出資

---

(7) Wiethölter. a. a. O., S. 21f.

(8) Hesselmann, a. a. O., S. 2.

(9) Handbuch der GmbH & CO. 7. Aufe, 1964, S. 27ff. 14版では、分析の結論のみを述べる。

(10) Hesselmann, a. a. O., 7. Aufl. S. 72f., 14. Aufl. S. 45f. これに対し他の文献では再三再四 GmbH & CO. の税上の利点が説かれている。Vgl. Deutler, Reformfragen der GmbH & CO. (1), in DB 1970, 385f. Deutler は、GmbH & CO. と GmbH の税法上の不平等をなくすべきことを強調する。

(11) Hesselmann, a. a. O., 7. Aufl. S. 54ff., 14. Aufl. S. 27ff. 以下14版引用。

するよりも、社員の人的要素を重視する人的会社に補足的に出資することを欲する。そのために GmbH & CO. が利用される。局外者も有限会社持分の引受よりも合資持分の引受を喜ぶ。この形態により有限会社の資本調達の問題が回避される。

(3) の場合は、人的会社、特に合資会社が成長した場合、営業の危険は人的責任社員の財産を凌駕するようになるので、有限会社を設立し、それを人的責任社員として合資会社に入社させることにより、有限責任を享受しようとする。

(4) 専門家が企業を設立し、排他的企業指揮力をもちたいが、自己に資本がない場合、専門家は、合資会社の人的責任社員の地位を占める有限会社を設立し、その業務執行者となる（有限責任と指揮力の確保）一方、資本醸出者は有限責任社員として資本を出資するという形態が利用される。資本醸出者には確定利子が保障される。

(5) 多数の独立の企業が、その個別的経営の独立性と活動をそこなうことなく、一定の目的のために結合することを意図した時、狭義の GmbH & CO. がその意図に合する。合名会社形態と異なり、有限責任が享受できる。また有限会社は、独立の法主体として社員に対向し、各企業と無関係な人が業務執行者となりうるから、屋根会社の独立性と中立性が保証される。他方合資参加からの利益は、個別企業に利用できる。

(6) 財政困難に落込んだ企業の債権者にとっては、破産又は和解よりも、企業の健全化が時として合目的であり、その意図に GmbH & CO. がよく適合する。即ち、有限会社の債権者が企業に有限責任社員として資本参加し、企業に必要な資金を調達してやり、また、支払能力なき個人商社の債権者は、有限会社が人的責任社員として営業に関与する一方、従来の所有者は合資資本参加するという方法で、企業の指揮を手に入れることができる。

(7) 1945年以降の高い所得税率のために、企業を製造人的会社と販売有限会社に分割することによって、所得税の累進は回避されてきたが、所得税率が軽減したので、再び一つの企業に統括することが合目的となった。その実現の

ため、現存会社の解散を避け、販売有限会社が人的責任社員として製造人的会社に入社するという方式が取られている。

(8) 500名以上の従業員を有する有限会社には、経営組織法 (Betriebsverfassungsgesetz) 77条以下により従業員が参加する監査役の設置義務があるが、GmbH & CO. では、監査役設置義務がない。GmbH & CO. の形態で組織される銀行には、貸借対照表の公開を強制する有限会社法41条4項の規定の適用がない等。

Böttcher-Beinert<sup>(12)</sup> は、実際的分析を行なわなかったが、企業形態としての GmbH & CO. の経済的特性を次のように記述している。

(1) GmbH & CO. は、自然人が人的会社の債務につき人的無限責任を引受ける必要がない人的商事会社の唯一の法形態である。

(2) 資本会社の場合、法人として、その収益と財産には法人税と財産税が課される他、その社員には、配当と資本参加につき各々所得税と財産税が課されるが、GmbH & CO. は人的会社として、その背後にいる者は、二重課税をまねかれる。即ち、GmbH & CO. の利益は、その社員の所得税又は法人税となる一方、GmbH & CO. の財産は、社員の財産税に服する。

(3) 合名会社と合資会社の場合、人的責任社員の会社支配権限は、人的無限責任と相関関係にあるが、人的責任社員である有限会社の業務執行者として合名会社又は合資会社を経営する時には、人的無限責任なくして支配権限を取得ことができ、支配権限と人的無限責任の結合の切断が生ずる。

(4) それと共に、GmbH & CO. を利用する時には、資本会社の場合と同様に、支配権限と社員地位の分離が可能となる。人的責任社員としての有限会社は、その機関（業務執行者）を通してその権限を行使するが、その業務執行者は、有限会社の社員でも、GmbH & CO. の有限責任社員でなくてもよい。

(5) 合資会社の場合、人的責任社員の地位が、有限責任社員の地位より本質

---

(12) A. a O., S. 23ff.

的に強いから、人的責任社員たる有限会社の資本出資よりも、有限責任社員の合資出資が高い時であっても、資本金の場合と異なり、資本参加額に関連なく、有限会社の社員は、GmbH & CO. を支配することができる。

(6) 有限会社が人的責任社員である時には、人的会社の経営者の死亡等によって企業の継続が危険に曝されない。

かような特性から種々の経済効果が生ずるとしている。

Wiethölter<sup>(13)</sup> も、GmbH & CO. の利用の実際に目を向け、次のような結論を出している。

(1) GmbH & CO. は、有限会社と並んで、詐欺のための潜在的にもっとも適当な形態である。しかし、無頼漢と投機家がそれを利用するから、廃止するということは、小難を除いて大難を招くことを意味する。

(2) GmbH & CO. は、若い、危険な市場（商業と第3次産業）にさし向けられている。それは、新しい販売方法と新しい製品を実験しており、国民経済の意味において、有限責任は必要である。

(3) Hesselmann, Böttcher 等によって示された GmbH & CO. のための動機（継承規制・資本調達・有限責任）は、確認されうるが、割引かれなければならない。実際上の原因はより深いものであり、合資会社が示す、金融、利益投資、利益探求、利益利用の活動領域が、形式自由、持分の可易性、持分所有者の比較的容易な匿名性が問題である。時おり、監査役の共同決定の回避が、更に来たるべき有限会社公開に対する、又はコンツェルン税法における根本的改正に対するあらかじめの配慮が、問題となりうる。また、コンツェルン・カルテルの範囲外での協業（kooperation）技術が問題である。

(4) 大規模の市場戦略（分散化された多様化戦略）と宣伝と販売手段の集团的配置を有する企業家の手にある GmbH & CO. は、注目される。

(5) 集中と協業手段としての GmbH & CO. 利用には、著しいものがある。

(6) 資料が不足しているので、GmbH & CO. を概観することは中止する

---

(13) A. a. O., S. 24ff. insbesondere S. 26ff.

が、GmbH & CO. の非常に広い妥当範囲（小企業から巨大Konzernまで及ぶ）は明白である。人的会社法の中の古典的法形態の背後で推定しなければならない理念論理的関係は何も発見されず、資本主義経済の発展に対応して、人から物、企業家から企業への変動に対応する形態を示す法が必要であり、現在の会社法がそれを給付できないのであれば、GmbH & CO. がそれをカバーするのは驚きにあたらないと。

## V 法的考察—私法の観点から

普通ドイツ商法典（ADHGB）の下に、合資会社（Commanditengesellschaft）の社員は、法人でもよいと解する見解が存在していた。<sup>(1)</sup>その後商法典（HGB）の委員会審議において、商人委員によって、そうでなければ、認められるか否かの疑念が除かれなから、株式会社も合資会社の社員となりうることを明確にすべきということが言及されている。しかし、商法典は、この問題に態度を決しなかった。<sup>(2)</sup>そこでこの問題は、長い間非常に争われた。株式会社は合名会社に参加できないということで判例は一致していたが、学説は否定説が当時有力であった。<sup>(3)</sup>

1892年4月20日に有限会社が立法者の創造物として制定されたので、株式会社と共に有限会社も、人的会社の人的責任社員となりうるか否かが、議論に付加された。

有限会社が人的会社の社員となりうるか否かが実際上の問題として意義を有するようになったのは、前述したバイエルンの1910年8月14日法を契機とする。バイエルン最高州裁判所は、GmbH & CO. の有効性を肯定したが、<sup>(4)</sup>帝国裁判

---

(1) Hahn, Kommentar allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 1877, Art. 150, § 3.

(2) Vgl. Boesebeck, Die kapitalistische kommanditengesellschaft, 1938, S. 72f.

(3) Vgl. Elftacher, a. a. O., S. 57ff. 彼は有効説を強力に唱える。

(4) DJZ 1913, 643, その評釈として Vgl. Liebmann, DJZ 1913, 230f. 判旨につき Hesselmann, a. a. O., S. 5f. 参照。

所も、1922年7月4日の判決で、GmbH & CO. の私法上の承認を肯定し、実務のための議論を終了せしめた。<sup>(5)</sup>

事案は次のとおりである。人的責任社員が有限会社で、有限責任社員が商人である Hanseatischen Motoren=Gesellschaft mbH. & CO. の設立登記を区裁判所が否定し、下級審もその見解に従ったので、帝国裁判所に訴訟はもちこまれた。帝国裁判所は次の様に判決した。

判決されるべき問題は、最近文献で活発に議論されているとし、各見解の概観のあと、裁判所は、公共の福祉の理由から否定しなければならない時には、その発展を否定しなければならないが、GmbH & CO. の設立は節税以外の重要な純粋に経済的利益によってもなされるものであって、この限りで、公共の福祉の観点からは否定することができないと。他方、GmbH & CO. の設立が法律と法に違反する時には、それを否定しなければならないが、違反するものではないと。即ち、(1)合名、合資会社の法律関係の規制（定）は、人的責任社員としての自然人のみを注視していることは否定できないが、これらの規定は、たんに通常の場合に関するものであって、法的障害とはなりえないこと、(2)有限会社の社員の責任は有限であるのに対し、合名、合資会社の人的責任社員の責任は無限であるということから、即座に、自然人である人的責任社員は、有限会社よりも大きな信用を享受するか、債権者により大きな担保を保証するとは言えないこと、(3)有限会社の業務執行者は経験上会社と密接な関係にある者が多いから、営業企業に捨て身で恒常的活動をささげるのに有限会社は、適してはいないといえないこと、(4)二重の商号を有限会社は有しえないという反対説は、有限会社はただ一つの固有の商号を有するのみであるから誤りであること、(5)貸借対照表作製原則の相異の故に有限会社は人的責任社員となりえないという反対説も、2つの独立した会社の貸借対照表の作成が問題であ

---

(5) R G Z 105, 101ff.

(6) ナチ政権下でも、GmbH & CO. の有効性に疑問ははさまれなかった。Vgl. Boesebeck, a. a. O., S. 76.

るから、根拠がないこと、(6)有限会社は、(有限会社以外の人的責任社員がいたとき)相違せる自己の意思を主張することもできずに、合資会社の無関係の代表者によって義務づけられるという主たる疑問は、有限会社が他の性質を持つ組合関係に應ずるか、又は利益協同体 (Interessengemeinschaften) に参加することによって非常に大きな経済的危険を同意することもできるのみならず、会社契約で、用心深い組織を通して危険の排除のための配慮をなすことはあくまで可能であるから、否定の根拠とはなりえないこと、即ち、合名・合資会社の指揮は、会社契約でもっぱら有限会社の手に留保されえ、また、あらゆる重要な法律行為には有限会社の協力を必要とする規制が規定されうると。かくして本件では、税法の回避のための GmbH & CO. の設立でもないから、設立登記を否定することができないと。

この時以来判例は、GmbH & CO. の私法上の承認を確立した事実として出発する。そして1955年9月28日の判決で、連邦通常裁判所は、<sup>(7)</sup>『帝国裁判所は、合資会社と有限会社の性質から、有限会社を合資会社の人的責任社員として承認するための法的障害は生じないということを述べた。それは今日の通説に相当する。それを捨てる何んの動機も存在しない』と述べる。

学説の目下の関心事は、GmbH & CO. が許されるか否かという原始的法律問題ではなく、むしろ次に述べる諸点に集中している。従って、我々が資本会社は人的会社の人的責任社員となりうるか否かのドイツにおける法理論的根拠を探究しようとするには、1920年代までの議論をフォローすることが必要である。<sup>(8)</sup> 目下議論の対象となっている主な法律問題は、次の通りである。

(1) 商号の問題は、GmbH & CO. で、センセーションを起こした問題の一つである。

---

(7) Vgl. Hesselmann, a. a. O., S. 10.

(8) 例えば、Zielinski (1925年) は、この法的承認問題のために、72—129頁をあて、Boesebeck (1938年) は、74—76頁をあて、Böttcher-Beinert (1970年) は、29—30頁のみをあてる。

第一に、ドイツ商法典は、日本商法典と異なり、合資会社の商号は、会社の存在を示す付加文 (Zusatz) と共に少なくとも人的責任社員の一人の名前を含まねばならないと規定している(19条2項)ので、GmbH & CO. の場合、商号真実の原則(18条2項)との関係で問題が生じている。例えば、Gesellschaft mit beschränkter Haftung Kommanditgesellschaft は、この原則に違反するか否か議論<sup>(9)</sup>されている。

第二に、商法典30条1項によれば、すべての新商号は、同一の場所 (Ort) 又は同一の市町村に既に存し、商業登記簿に登録されたあらゆる商号から一義的に (deutlich) 区別されなければならない。他方前述した19条2項があるので、有限会社が GmbH & CO. の唯一の人的責任社員となるとときには、30条が GmbH & CO. の有限会社の関係で適用できるか否か問題となる。議論が分れる箇所である<sup>(10)</sup>。

(2) もっぱら学説で議論されている問題とし、GmbH & CO. は、唯一の人的責任社員たる有限会社の全持分を取得することができるか否かの問題が存在する<sup>(11)</sup>。主として、会社の意思形成の可能性と、債権者保護の観点及び法制度の濫用の観点から議論されている。

(3) 有限責任と第三者機関 (dirittorganschaft) からなる人的会社の経済需要が確認され、かような法形態を新たに創造すべきか否か議論され始めた。例えば、Wetter は、有限責任合資会社の形態で有限責任社員からなる形態を提案<sup>(12)</sup>し、有限会社改正研究サークル (Arbeitskreis GmbH-Reform) によって、出

---

(9) Vgl. Hesselmann, a. a. O., S. 52ff.

(10) Vgl. Hesselmann, a. a. O., S. 59ff.; Wessel, Die Firma der „GmbH & CO.,” in BB 1969, 1327ff.; Sudhoff, Gesellschaftsrechtliche Gefahrenpunkte im Verträge der GmbH & CO, in Aktuelle Probleme der GmbH & CO. 1967, S. 55f.

(11) Simon, DB 1963, 1209ff. は、有効説を唱える。これに対し Gonnella, DB 1965, 1165ff. は、否定説を唱え、Mertens, NJW 1966, 1049 は、Gonnella に反対し、有効説を取る。その他 Hunscha, a. a. O., 参照。

(12) Vgl. Deutler, DB 1970, 386.



資商事会社 (Die Handelsgesellschaft auf Einlagen) が提案されている<sup>(13)</sup>。

(4) 1971年に新有限会社法の政府草案が公表されたが、GmbH & CO. に関する直接的規定はない。しかし起草者は、GmbH & CO. を否定すべきとは考えていない。有限会社法施行法草案26条は、GmbH & CO. にもっぱら関係する商法典の変更のための諸規定を含んでいる<sup>(14)</sup>。

(i) 現行商法典22条、24条によれば、あとから資本会社が人的責任社員として合資会社に入社しても、従来の商号は継続されうる。従ってこの場合有限会社の商号が従来の商号に表われなくてもよい (学説・判例)。しかし商法典24条 a 草案によれば、この場合、資本会社の商号を付け加えなければならない (good will を軽視し、商号真実の原則を維持しようとする)。

(ii) 商法典草案 162 条 a によれば、人的責任社員が資本会社である会社の場合、商用書簡 (Geschäftsbriefe) に一定の事項が、報告されなければならない。この規定は、GmbH & CO. の商用書簡も現行有限会社法35条 a と相応に取扱うことを意図したものである。35条 a は、1969年の会社法同等化のためのヨーロッパ協同体評議会の第一方針実施のための法律によって導入されたもので、会社に関する重要な事実の公開の通知を目的とするものである。(i)(ii)の草案が制定されるようになると、GmbH & CO. の匿名性の利点が滅殺され、GmbH & CO. による詐欺の余地がますます少なくなることになるだろう。

(iii) 商法典草案 172 条 6 項によれば、人的責任社員が株式会社である会社の債権者に対しては、有限責任社員の出資は、それが資本会社の持分で行なわれる限り、給付されないものとみなされる。

GmbH & CO. がその無限責任社員である有限会社の持分を取得できるか否

---

(13) Vgl. Barz, Das Ende der GmbH & CO. KG, in NJW 1972, 465. この提案を紹介し批判的に検討する。

(14) 草案が GmbH & CO. の規定を含んでいない理由につき, Deutler, DB 1970, 381f. 参照。

(15) Vgl. Hesselmann, a. a. O., S. 207ff.

かについては、前述の様に議論が存するが、草案によれば、有効となる。ただ債権者保護のために、有限責任社員の出資は、給付されなかったものとみなされる。

(iv) 商法典草案 172 条 a により、自己資本を補充するための社員貸付に特別規制をなそうとする有限会社法草案の 49 条と 50 条が、GmbH & CO. に準用される。周知のようにドイツでは少さな資本で有限会社を設立し、残りの必要な営業資金を社員貸付により調達する形態が多く利用され、法人格否認の法理とも関連してこの濫用をいかに規制するか議論のあるところである。有限会社法草案はこの社員貸付につき立法的解決を与えようとしているが、本項は、これを GmbH & CO. にも準用しようとするものである。

(v) 商法典草案 176 条 a によれば、人的責任社員が資本会社である会社の場合、年度決算書の計算・区分、価格評価、決算検査役による義務監査、年度決算書の開示につき、有限会社に有効な規定が準用される。

なお、有限会社法政府草案により、現行有限会社法が改正されるために、間接的に、GmbH & CO. の無限責任社員である有限会社にその影響が及ぶものがある。

## VI GmbH & CO. とわが商法

わが国では、ドイツと異なり株式会社形態が著しく利用され、しかも中小企業に多く利用されている。文献も株式会社法にその研究の力点を置き、最近では株式会社を大小に区別する規制区分が問題となっている。ドイツでは株式会社形態が巨大な企業に使用される一方、中小企業のために GmbH & CO. は、広い活動分野を保証している。GmbH & CO. の隆盛が、税法に由来するか否かは別にしても、この形態が示す長所は、注目すべきものがある。わが国の企業形態を英米法流に株式会社を主要な形態となし、有限会社等を過去の残滓と

---

(16) Vgl. Hesselmann, a. a. O., S. 211ff. ; Deutler, DB 1970, 382ff. 429ff.

して取扱うか、それとも後者の企業形態に資本主義経済の発展に呼応する様な修正をほどこし、蘇生をうながすかは、一つの法政策的大問題である。比較法的にみても GmbH & CO. の利用状況は、ドイツ、オーストリアに制限されるように思われる。しかし企業家が GmbH & CO. を利用することができる機会をスイスを除けば法的に保証しているのが一般的傾向と言うことができる。即ち、イギリスでは、法人が定款によって授權されない目的のためにその基金を使用することができないという原則（違反すると *ultra vires* となる）を除いて、法人が、他の法人又は普通の個人と共に partner であることを阻止する法律の一般原則はないとされている<sup>(1)</sup>。従って法人が partnership（合名会社に類似する）に partner として、limited partnership（合資会社に類似する）に general partner として参照できると解される。アメリカでは、かつては *ultra vires* であるか、取締役会から法人の業務経営を奪い取るという理由によって、法人は、general partnership の partner になることができないというのが一般的ルールであったが、制定法が法人に partner となる権限を与えるか、又は基本定款がそのように規定している場合には、法人も partner になりうるものとされ、前述のルールは修正されるに到った<sup>(2)</sup>。また法人が partner となれない管轄区域においても、法人の目的内にあるときには、普通 joint venture の当事者となる権限を法人は有するものとされている<sup>(3)</sup>。フランスでも、1966年会社法以前に、会社は他の会社社員として入社でき、株式会社と有限会社には他の商事会社の営業指揮が委託されうるとされていた<sup>(4)</sup>。1966年法の下でも法人は合名会社の社員であることができるとともに、合資会社の無限責任社員（*commandité*）となることができると解されている<sup>(5)</sup>。M. Pleven の依頼により、国民議会は、しばらくの間、合資会社の無限責任社員の資格を自然人に留

(1) Lindley on the Law of Partnership, 20th. ed., London, 1961, pp. 18f.

(2) Henn, Law of Corporations, 1970, p. 47.

(3) Henn, op. cit., p. 79.

(4) Lyon-Caen, Traité de droit commercial, Paris, 1936, Tome I p. 134.

(5) Hemard-Terre-Mabilat, Sociétés commerciales, Paris, 1972, Tome I, p. 330.

保する気でいたが、一方では、法人が合名会社の社員となりうるができるが、無限責任社員には法人がなれないとすることは非論理的であること、他方、もし重要な会社が問題であるならば、その無限責任は、単なる個人の担保よりも大きな担保を会社債権者に与えるということで、上院によって否定された。また、法人は、旧法と同様に、会社の業務執行者（gérant）となることができる（1966年12条2項）。一方では、業務執行者の機能は、禁錮のような刑事制裁の適用がありうるから自然人の責務であることを含み、他方では、ますます一般的傾向は、まさしくこの理由のために、あらゆる会社の業務執行又は指揮を自然人に留保しているということが（参照49条1項、110条1項、120条3項）主張された。この主張は、社員の契約（engagement）のある場合には、無限の、他の場合には有限の特徴から由来する地位の根本的相違と、実際にある様に、合名会社がただ法人から構成されている場合に、業務執行者であることを社員に禁止することの不都合とを主張する政府の反対にもかかわらず、一時的に勝利を占めた。しかし結局は法律によって法人が業務執行者となりうる<sup>(6)</sup>ことが承認された。この場合、法人の経営者は、自己の名前で業務執行者であるのと同じ条件と義務に服し、同じ責任を課され、他方、その経営者が経営している法人の連帯責任も生ずる。なお、この解決は、合名会社が、大会社の間で子会社を設立するために使用されることを容易にするものであるということが指摘されている。<sup>(7)</sup>イタリアでも、反対説が存在するようではあるが、会社は無限責任社員となりうるということが主張されていたし、<sup>(8)</sup>1942年の私法典の下でも、法人は合名会社に資本参加できるものと解されている。<sup>(9)</sup>オランダでも、

---

(6) Hémard-Terré-Malilat, op. cit., p. 246.

(7) Ripert-Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, Paris, 1972, Tome I, p. 491.

(8) Vivante, Trattato di diritto commerciale, Vol. II, quinta ed., 1923, p. 20. 1906年の判例は、株式会社が合名会社の社員となりうることを認めた。

(9) Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Articoli 2247—2324, Bologna/Roma, 1972, pags. 321—322.

株式会社は、合名会社 (vennootschap onder firma)、合資会社 (commanditaire vennootschap) の社員となることができ、ベルギーでも、有限会社は、合名会社、合資会社の社員となることができる。<sup>(10)</sup> オーストリアでも、最高裁判所が、1962年9月11日の判決で、GmbH & CO. を有効と判決し、連邦財務省も、1963年10月に、資本金会社が無限責任社員として資本参加することは、個々の場合に異常でなく、租税の回避、減少に主として用いられないなら、連邦租税令22条1項の意味の濫用はないと述べている。<sup>(11)</sup> これに対してスイス法は異なった取扱をなす。スイス旧債務法は、この問題に対して態度を決めていなかった。文献では有力に、商事会社は、どんな種類であれ、他の商事会社に資本参加することができるものと解されていた。しかし、債務法改正の審議の際に、明示的に承認すべきか、否定すべきか議論され、結局日本法と同様明示的に否定した。1936年の改正債務法552条1項は、合名会社 (kollektivgesellschaft) を、二人又は数人の自然人が、債権者に対して無限責任を負う会社と定義し、合資会社については、594条2項が、無限責任社員は自然人のみがなりうると規定する。しかし、これらの規定は文献で再三再四攻撃されるところであって、その明白な説明は困難であるとされている。<sup>(12)</sup>

かくして、GmbH & CO. の前述した経営経済的長所と、それを法的に認める世界的傾向からして、わが商法でもこの形態を利用することができる可能性を企業（家）に保証しておくことは必要であるように思われる。

わが国における法的障害は、商法55条、有限会社法4条である。この規定により、わが国では GmbH & CO. のみならず、合併企業を合名会社形式で行なうことも妨げられている。<sup>(13)</sup>

商法55条は、「会社ノ無限責任タル者ノ人的信用ノ基礎ヲ明ラカニスル」と

---

(10) Wiethölter, a. a. O., S. 51. なおオランダにつき Hesselmann, a. a. O., S. 24.

(11) Kastner, a. a. O., S. 107.

(12) Hesselmann, a. a. O., S. 24f.

(13) 竹内昭夫『注釈会社法(1)』163頁。

いう考えに立って、当時解釈が岐かれていたこの問題につき疑義をなくするために、立法者がイニシアチブを取って明治44年商法改正により新設されたものである。議会における政府委員の説明によれば、1つの会社が他の会社の無限責任社員となることができないということは、現行法の趣意であり、これを明らかにしたものであった。<sup>(14)</sup>しかし立法当時から本条の新設については有力な反対論が唱えられていただけでなく、その後判例・学説が本条の立法理由としてあげた諸理由<sup>(15)</sup>も、説得力に乏しいように思われる。<sup>(16)</sup>それ故学説では、本条は、会社が他の会社の無限責任社員となることをゆるせば、会社本来の目的の遂行によらないで、会社の全財産を危険にさらし、会社の存立を危うくするおそれがあるから、こうした危険防止を目的とした政策的な制限規定であり、性質上の当然の制限を注意的に規定したものではないと解する見解が多く、立法上も、その当否を疑う見解が多い。<sup>(17)</sup>そのため、解釈論として一歩進め、商法55条の立法目的は、出資者の保護をはかるためのものであるから、強行法規といっても、出資者全員の承諾により55条を排除することは可能であるとする見解が唱えられるに到っている。<sup>(18)</sup>私も本条を削除すべきであるとする立法論に賛成する。

なお、ドイツで議論されたが、<sup>(19)</sup>日本で議論されなかった GmbH & CO. の否定説の根拠の一つとして、資本会社が会社代表権を全く放棄し、それを他の人的責任社員に委ねるような場合（実務ではほとんど存在しないと思われるが）には、代表権限ある無限責任社員が、資本会社の機関でないにもかかわらず、間接的に資本会社の財産を処分することができることになる一方、人的会

(14) 法律新聞社編集『改正商法理由』117頁。

(15) 竹内『前掲書』160頁以下、及び同箇所掲載の文献参照。

(16) ドイツのかつての反対説も同様に説得力がないように思われる。

(17) 八木弘『会社法』上巻7頁、西原寛一『会社法』18頁等。

(18) 上柳克郎「会社の能力」『株式会社法講座』1巻87頁。竹内『前掲書』163頁等。

(19) 吉永『前掲書』11頁。

(20) Vgl. Zielinski, a. a. O., S. 100—120.

社に存する一定の理由がない限り、資本会社の取締役がいつでも解任できると異なり、その代表者を、資本会社は解任できないことになるとして、資本会社の構造から反対を唱える見解がある。この見解は、結局ドイツにおいて否定されたが、わが国の解釈論としても考えてみなければならない種々の問題点を包含している様に思われる。

第1に、資本会社の代表を、機関でもない第三者に委託されうるか否か、できるとしたら、その代表権の範囲は、どのくらいか問題となる。これは、商法245条、有限会社法40条の解釈に関連してこよう。

第2に、資本会社の場合、取締役の自由な解任が保証されている関係で、GmbH & CO. を認める場合、商法86条（147条）が規定する業務執行権、代表権の喪失事由が強行的なものか否か問題となる。即ち、合名会社、合資会社の社員は、会社契約で、別の規制をなすことができないか問題となる。ドイツ商法典117条（業務執行権の剝奪）の規定は、会社契約により、加重も、軽減すること、特に、裁判所の手続も削除でき、社員の自由な裁量によって執行権を剝奪することができる<sup>(21)</sup>と解されている。ドイツ商法典127条（代表権の剝奪）も、117条と同様に任意規定と解されている<sup>(22)</sup>。私見も、業務執行権、代表権の剝奪については、私的自治により、86条とは異なる規定を定款でもうけてもよいと解する。

最後に、法人が他の会社の機関となりうるかの問題がある。この問題については別の機会に触れることにするが株式会社が取締役となりうるか否かについては、拙稿を参照されたい<sup>(24)</sup>。

---

(21) これに関連して、わが有限会社法32条は、商法257条を準用して、取締役はいつでも解任できることになっているが、ドイツ有限会社法38条2項は、会社契約で、取締役の解任を一定の場合に制限できることになっており、会社に個人的特性を与える枠を保証している。この点、わが有限会社法の立場が妥当なものか疑問である。

(22) Zielinski, a. a. O., S. 116ff.; Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 20 Aufl, 1972, § 117 A5. なお § 109 HGB 参照。

(23) Zielinski, a. a. O., S. 118ff.; Baumbach-Duden, a. a. O., § 127 A I A.

(24) 「株式会社は取締役となりうるか」『富大経済論集』19巻1号93頁。肯定説に立つ。