

過少資本に基づく社員の責任

泉 田 栄 一

I は じ め に

私はかつて拙稿⁽¹⁾で、アメリカで会社の不十分な資本化として議論されているものは、ドイツ法では有限会社の過少資本 (Unterkapitalisierung) の議論に該当し、この議論は日本法でも検討に価すると述べた。本稿は、前記拙稿で議論の内容の紹介さえもできなかったドイツにおける過少資本論を紹介し、検討しようとするものである⁽²⁾。

II 過少資本の概念とその意味

過少資本の概念は、民事判例には、初めて連邦通常裁判所 (以下BGHと呼ぶ) によって導入され⁽³⁾、責任資本と会社目的の不均衡と説明された。ドイツ大審院 (以下RGと呼ぶ) は、過少資本の状態を、企業の最初に計画された範囲と責任資本の不均衡⁽⁴⁾、又は有限会社の資本の基礎と任務の不均衡と特色づけて

(1) 拙稿「一人社会について」『法政理論』5巻2号58頁。

(2) 同旨、江頭憲治郎「法人格否認論の形成とその法構造(6)」『法学協会雑誌』90巻5号109頁。過少資本は全く問題にする余地なしとは言えないと述べておられる。

(3) 既に江頭『前掲書』90巻5号53頁以下は、ドイツの過少資本論について適切な概観を行なっている。

(4) Kamprad, Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen, 1968, S. 2 Fußnote 3; Winter, Die Haftung der Gesellschafter im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH 1973, S. 25.

(5) BGHZ 31, 258 (268).

(6) RG, JW 1938, 862 (864f.); JW1939, 355.

いる。他方学説は、過少資本を自己資本と営業範囲の不均衡⁽⁵⁾、自己資本と投資財産の不均衡、自己資本と他人資本の不均衡、自己資本と危険の不均衡と記述している⁽⁶⁾。

ドイツにおいては、株式会社の場合、その基本資本 (Grundkapital) の最小公称額は10万ドイツマルク (以下DMと略する) でなければならず (株式法7条)、有限会社の場合、その基本資本 (Stammkapital) は少なくとも2万DMでなければならない (有限会社法5条1項)。それ故発起人 (社員) はこれらの要件を充足しなければならないが⁽⁷⁾、充足する限り、会社は有効に法人格を取得し、社員は有限責任を享受することができる (株式法1条1項、有限会社法13条2項。但し有限会社法24条参照)。

法律上上記の要件を満たせば、会社の基本資本額をどの位に確定するかは、発起人 (社員) の自由な決定に委ねられている。従ってそれは必ずしも会社目的の実現に必要な経営資本額と一致する必要はない。しかし、会社の経営に必要な資本と比べて基本資本が極端に低かった結果会社が結局破産したような場

(4) RGZ 166. 51 (57).

(5) Kamprad, a. a. O., S. 10; Kalter, Einige Gedanken zur unterkapitalisierten GmbH-Einfall der Durchgriffshaftung-, in KTS1970, S. 267 (269).

(6) Vgl. Winter, a. a. O., S. 25.

(7) 株式法7条は強行法であり、同条に違反すれば会社の登記は拒否される。それにもかかわらず株式会社が誤って登記されたときには、瑕疵は治癒されず、無効訴訟 (株式法275条) と職権による清算 (任意裁判管轄訴訟事件法 (FGG) 144条) の原因となる。Baumbach-Hueck, Aktiengesetz. 13. Aufl. 1968, § 7 Rn 4; Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl. 1971, § 7 Anm. 2, § 275 Anm. 10b). なお1969年8月15日法5条で挿入された FGG 144条a参照。有限会社法5条の規定は強行法であり、基本資本額の規定が全く欠けた場合には、会社の無効原因となり (同法75条)、治癒は可能ではない (同法76条)。Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz, 13. Aufl. 1970, § 5, 1), C. それ以外の基本資本額の規定の無効は、有限会社を無効にはしないが、FGG 144条a 4項によって会社の解散に導くことができる。Baumbach-Hueck, a. a. O., § 75, 1), A.

合、会社債権者は、自由競争秩序の下に万一の場合には会社が破産し自己が損害を受けることがあることを当然の前提として取引を行なったのであるから、会社債権者はその損害を甘受しなければならないと言えるであろうか。それとも、社員といえども、会社形態を利用する場合には、基本資本を全く自由に決定することができるわけではなく、一定の制約があり、上記の様な場合には、本来社員が負担すべき責任を会社債権者に転嫁するものというべく、社員は責任を負担しなければならないと言えるであろうか。もしそれが肯定されるとするならば、社員が責任を負うための要件、法的根拠、法律効果は何か。これがドイツで議論されている過少資本論の内容である。会社が過少資本である場合、会社はその事業の運営のため、必要な経営資本と過少の基本資本の差額を社員以外の第三者から貸付の方法で調達する単純な場合もありうるが、差額を社員以外の第三者と並んで社員自身の貸付によって調達する場合もありうる。後者の場合には、社員は、他の会社債権者と共に、同順位で、破産債権者として破産手続に参加することが許されるのか否かの問題が生ずる。また、社員は、会社内部情報を利用して、破産前に他の会社債権者に先んじて彼の貸付を返済してもらうことが許されるのか否かの問題も生ずる。従って単に過少資本論といっても、単純な過少資本と社員貸付を伴う過少資本を区別して考察することが必要であることが認識されている⁽⁸⁾。また最近では最初から会社が過少資本である場合と、会社設立後会社の資本需要の増大又は甚しい資本損失によってあとから会社が過少資本となる場合とに区別して考察することの必要性が意識されて来ている⁽⁹⁾。

(8) Vgl. Drobniq, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, 1959, S. 47ff., 71ff.; Kalter, KTS 1970, 267, (268ff.); Winter, a. a. O., S. 42f. は、会社が社員以外の第三者から金銭等を調達する場合を単純な過少資本と呼び、社員が自からも貸付を与えるときは、特別の過少資本と呼び区別する。更に Winter は、社員が人的担保を与えた第三者が会社に他人財産を用立てるときには、社員による貸付と同一であるとしてこれも特別の過少資本と呼ぶ。

(9) Kalter, KTS 1970, 267, (270ff.); Winter, a. a. O., S. 122ff.; Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform Bd. 2, 1972, S. 16f.

理論的には、過少資本の法律問題は、株式会社についても考えられるが、ドイツで實際上問題となるのは有限会社についてである。⁽¹⁰⁾

- (10) Drobniġ, a. a. O., S. 88.; Kamm, *Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen und des französischen Rechts*, 1970, S. 33f. Rinklin の研究によれば、金融不足が、あらゆる17の破産原因の頂点にあり、18.3%を占め、次の原因は、会計制度 (14.6%)、費用 (Kosten) (11.9%)、投資 (9.7%) である。Vgl. Winter, a. a. O., S. 28, 30; Kalter, KTS 1970, 267, (273f.). 従って過少資本は、特に強い程度で破産の危険を増すことが認識できる。そして、Wiedemann の引用するところによれば、毎年の支払不能損失は、10億DMと見積られ (1962年の文献)、支払不能会社の中で有限会社が最高記録を保持し (1966年の統計年報)、破産有限会社の平均損失は、約59万DMに達している (1966年の文献)。Wiedemann, *Haftungbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, in Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH*, 1968, S. 5 (7). また Winter によれば、ドイツ有限会社の間での過少資本の普及に対する帰納的推論は、ドイツ連邦銀行が経済部門 (21部門) と法形態に従って分類した統計に基いて出版した貸借対照表構造のための指標から引き出されうる。統計は、3万7千社以上の企業の1967年の年度決算書に基く。そのうち5千4百社は有限会社である。統計によれば、総資本における自己資本の持分は、そのつどことに中央値 (算術平均と混同してはならない) で測定すると、どの部門も50% (自己資本と他人資本の比率が1:1) を達成していない。1部門 (鉄鋼、NE金属生産部門) によって中央値に従って達成された最高の自己資本持分は、37.5%である。このことは、最高の自己資本持分を有する部門の有限会社の半分は、37.5%以下であることを意味する。自己資本と他人資本の比率が1:2である33.3%の自己資本持分は、ただ2つの部門 (上述の部門と鉄・ブリキ・金属製品部門) によってのみ越えられている。鉄筋建築、軽金属建築・建築業・問屋、商事取次・小売り・交通、通信の各部門は、25%の自己資本持分に及ばない。従ってこれらの部門の有限会社の半分以上は、自己資本と他人資本の比率が1:3にも達しない。問屋、商事取次と交通、通信の各部門は、1:4の比率で満足する。建築業は、この比率さえ下回っている。他方、投資財産 (Anlagevermögen) に占める自己資本の割合をみると、投資財産は—そのつどごとに中央値で測定すると—17部門のうちただ6部門 (機械製造・電気工業・衣服産業・問屋、商事取次・小売り・楽器、スポーツ器具、おもちゃ、装飾品製造) だけが自己資本によってカバーされている。2部門では投資財産は半分自己資本によってカバーされておらず、1部門 (交通と通信) ではただ3分の1が自己資本によってカバーされている。1967年以来自己資本は一般に低下しており、ある報告によれば、自己資本賦与は1971年に戦後最低の水準である。Winter, a. a. O., S. 30ff. 過本資本普及の原因については、S. 33ff. 参照。ここに有限会社を中心として過少資本が議論される理由が存在する。

Ⅲ 判 例

学説(Ⅳ)・立法論(Ⅴ)の紹介に入る前に判例を概観することにする。権利濫用論は、巨視的にみる限り主観的徴表から客観的利益衡量へと発展してきたとされている。⁽¹⁾そして「良俗違反から信義則へ」・「主観的徴表の後退と客観的事実の強調」という権利濫用論の図式は、過少資本の領域でも貫徹したとされている。⁽²⁾この指摘は正当である。しかし、具体的に判例を分析してみると、⁽³⁾で述べられる様に、過少資本の場合の社員の責任の要件等につき明確性が欠如しており、法的不安性を招いていることがわかるであろう。以下RGとBGHの判例を区別して検討することにする。

(1) R G 判 例

RGは、過少資本問題を民法826条で解決しようとした。RGの判例は以下の4つである。

(1) RG1937年11月26日判決 (JW 1938, 862)⁽³⁾

〔事実〕 基本資本3万ライヒスマルク (以下RMと略する) で菓子人形設立された有限会社が、基本資本の不足のために、その2倍に達する信用を借りて、設立後1年で破産した際に、実質上単独社員であるXが、破産債権として、不動産賃貸料・俸給・貸付金・売掛金等合計8万5千RMの確認を破産管財人に求めた事件である。控訴裁判所請求棄却。X上告。

〔判旨〕 RGは、Xが会社の不成巧の場合に債権者の犠牲で自己の損害を免れる目的で計画的に貸付によって会社を設立したという原審の認定を受け入れたうえで、『原審の見解によって原告の債権に正当にも対置された悪意の抗弁は、その基礎を民法826条の規定のなかに発見する』と根拠条文を指摘し、あま

(1) 磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」『末川古稀記念・権利の濫用上巻』60頁以下。

(2) 江頭『前掲書』90巻5号66頁。

(3) 本件の紹介をするものとして、江頭『前掲書』90巻5号59頁がある。

(4) JW 1938, 862 (864)。

りに低い額での有限会社の基本資本の確定は、『正しく、債権者の侵害に向けられた原告の計画の基礎を形成した』⁽⁵⁾として、Xの破産債権確認請求を棄却した。

(ロ) R G 1938年10月22日判決 (R G 158, 302)⁽⁶⁾

〔事実〕 原告Xは、1925年に、自己の経営する個人企業を或る株式会社と共同経営することにし、A合資会社、B株式会社を設立した。この形態を取ったのは税法の考慮からである。Aは営業活動を行わず、Bに経営施設を賃貸し賃貸料を得ることのみを目的としていた。XはAの無限責任社員であったが、協定に基づき有限責任社員となり、その代わりに被告Yが無限責任社員となった。Yは代表権限ある社員としてBの銀行債務に対する保証をなした。そのためAは苦況に落ち賃貸不動産を売却した。Xは、Yに対して、保証の引受は合資会社の通常の経営範囲を越えてYの権限外である等の理由で損害賠償を請求した。YはXの請求に対して、A、Bは営業に関して共通の目的のために設立されており、AがBの経営の休止を阻止するため保証を引受けたのは当然であると主張した。LG請求棄却、OLG請求認容。Y上告。

〔判旨〕 破棄差戻。Aの保証がAの通常の業務範囲に含まれるか否かが、BはAによって経営の基礎を保証されていたので、Bの基本資本が低かったことの関係で、問題となり、RGは、次のように判示した。『Aの社員は、多くの面で疑わしい会社設立形態の場合に、もし保証が引受けられなかったときには、Bの債権者、特に銀行に、その債権のためにAの資産を差押えることを拒むことができるか否かを検討しなければならないであろう。本民事部は、JW 1938, 862の判決で、有限会社の会社形態の濫用にかような溯及の可能性を肯定した。もしも姉妹会社が、あらかじめ発起人の責任危険を公然と完全に不十分な株式資本の額に制限し、発起人に更に、賃貸人質権によってもなお保証される賃貸料を通して、発起人が株主として配当の形態で恐らく受け取らなかったであろう収入を保証するために、設立されたときには、民法 826 条の不

(5) JW 1938, 862 (865)。

(6) 本件の紹介として、江頭『前掲書』90巻5号61頁。

法行為に基くBの債権者に対する責任は免れないであろう。姉妹会社の設立の動機と目的をより詳細に明らかにすることなくこの問題に確定的な態度決定をなすことは不可能である。⁽⁷⁾』と。

(v) R G 1938年12月3日判決 (J W 1939, 355)

〔事実〕 被告Yは、夫とPの助けによって企業を設立した。株式会社の設立はただ企業の経営のための手段であった。Yは設立の際受託者としての夫を通して全株式を引受けた。Yは株式会社に貸付もなしたが、費消されたので、1931年に資本増加がなされた。その際Yは、右貸付と増加に対する出資(12万5千RM)を相殺して、出資をなさなかった。右出資の外に1930年には120万RMまで会社に貸付をなす旨の協定が締結されていた。しかるにYは右貸付も履行しなかったので、株式会社は破産するに至った。これに対して原告Xは、相殺の違法性と貸付が履行されたときには破産を回避できたとして、Yの責任を追求する。⁽⁸⁾ R Gは、前審へ事件を差戻したあとで、再度原告の上告の棄却を判決した。R Gは、原告の新上告に対して再び破棄差戻。

〔判旨〕 R Gは、過少資本問題につき次の様に判決する。『正しく一人会社が、実際の企業家の完全責任についての法律と今日の法見解に反する財産の限定された部分への責任制限を個人に調達するために、時として、濫用されるということは、顧慮されなければならない。この目的のために、時々資本会社は、企業の最初に計画された範囲のためにはあまりに小さな責任資本が供給される。資金供給者で且つ企業の実際の所有者で且つ支配者である者は、社員として本来の債権者の背後に退かなければならないのに、失敗の場合には債権者の役を手に入れ、他の債権者と共に会社財産を請求するために、随意にもっと必要な資本を貸付として与える。本民事部は、貸付が濫用を意味するから、効果を拒絶し、自称貸付をそれが実際に存在するところのもの、即ち、社員出資として取扱った試みを持っている (R G ; J W 1938, 862, J W 1939, 229参照)。

(7) R G Z 158, 302 (310)。

(8) 事実は、理由から再構成した。

社員が自称債権を会社の破産のときに真実の債権者と同順位で主張することができないのであれば、社員は、これらの債権者の不利益で自称債権を相殺のために使用することはできない⁽⁹⁾』と。

(二) RG1941年1月13日判決 (RG Z 166, 51)⁽¹⁰⁾

〔事実〕 原告Xは基本資本2万RMの有限会社である。GはXの一社員で業務執行者である。法的に不可能な内容ではあるが、Xの基礎を拡大するために、GとHと被告Yは契約を締結し、Xに各々5万RMを出資することにし、Gの出資の一部はXの経営財産とされ、Yの出資は現金でなされることを決定した。他方Gはその持分の3分の1を各々HとYに譲渡しなければならなかった。公正証書で持分の譲渡がなされた。GとYは、Xの業務執行者に選任された。Yは2万5千RMをXに支払い、GとHも各々出資をなした。その後3人の間に相互不信が生じた。Yは、社員総会の決議によらず、Xの業務執行者としての資格でXの資産を売却し、その売上げ代金から自己の出資額に相当する2万5千RMを払戻した。それ故Xは2万5千RMの返還をYに請求した。LG, OLGとも、G・Y・Hの会社契約は有限会社法3条2項、53条による方式を欠き無効だから、Yには民法181条に従って出資を払戻す権限あり、とのYの主張を認容。X上告。

〔判旨〕 破棄差戻。 本件会社契約の無効は疑いないが、事実上出資がなされ、その出資の利用の下に活動がなされた限りで会社内部関係が設立された。この事実上の会社関係の取消は、清算の結果社員に生じた残余金のみを社員が要求することができるという効果とともに清算の方法によってのみ行なわれうると判示するが、RGは、傍論的に、過少資本の場合につき、『もちろん、恐らくはただ2万RMの有限会社の基本資本のままにしておき、それを越えて必要な13万RMの資本を有限会社に貸付によって用立てるという考えは、ただこの法形態の濫用の下においてのみ実現されうるのであろう。なぜなら、有限会

(9) JW 1939, 355 (356f.).

(10) 本件の紹介として、江頭『前掲書』90巻5号61, 62頁がある。

社の独自の資本的基礎は、その課題に対して最初から不十分であったであろうからである（RG1937年11月16日判決，JW1938，862⁽¹¹⁾参照）』と述べる。

(=)の判旨の文言自体は、客観的に資本の額の相当性についてのみ述べながら、濫用的意図を要求するはずの(イ)の判例を引用して、過少資本填補の貸付が法形式の濫用である旨の判示をなしている。そのため、学説においては、(=)によってRGは客観説に方向転換したと見る見解と(イ)の判例を引用している点を捕らえて主観的濫用説を維持していると解する見解とに分かれている。かくして議論のある(=)を除けば、RGの判例に共通な事実は、単なる事業規模に比して過少資本であるということだけでは、発起人・社員の容態の悪意を認めず、社員の、賃貸借等を利用する会社搾取等の背信事情と結びついた場合にのみ、「良俗違反の権利濫用」として民法826条の適用を肯定していることである。⁽¹²⁾

(2) B G H 判 例

これに対してBGHは、結局「良俗違反から信義則へ」と大きく方向転換を⁽¹³⁾とげた。BGHの判例は現在までのところ以下の6つである。

(イ) BGH1956年11月29日判決（BGHZ 22，226⁽¹⁴⁾）

〔事実〕原告Xは、1938年まで訴外A鉱山組合の理事であり、Aと1925年に退職年金契約を締結した。Aは退職年金債務の保全のためにB信託有限会社を設立し、相当額の財産を譲渡した。第2次大戦勃発後、Aの財産とその鉱山株は、敵産として、ライヒの一人会社であるC株式会社の管理下に置かれた。Cは1940年に、従業員の1人とD有限会社を設立し、Dに、Aに所属する鉱山の受託者的管理を任せた。1941年にDの資本は増加され、全持分をライヒが引受

(11) RGZ 166, 51 (57).

(12) Kamprad, a. a. O., S. 54; Winter, a. a. O., S. 65.

(13) Drobnig, a. a. O., S. 94 Fußnote 8; Kamm. a. a. O., S. 67.

(14) 同旨，江頭『前掲書』90巻5号58頁。

(1) 同旨，江頭『前掲書』90巻5号66頁。

(2) 正亀慶介「法人格の否認」『ドイツ判例百選』136頁，江頭『前掲書』90巻5号70頁に紹介がある。

けた。同年ライヒとCは、本件被告Y株式会社を設立し、ライヒは、Dに対する持分を出資した。1940年にDはXと雇傭契約を締結し、Dは1941年にAとXの間の退職年金契約を承認した。戦後Dは、通貨改革までXに年金を支給していたが、1951年に解散した。Xは、信義誠実、取引安全の見地から、YはDと同視され、YはDの債務に責任を負う、として、退職年金債権の未受領分をYに訴求する。理由の第1は、Dの締結する全雇傭契約並びに年金債務の引受にはYの承認を必要とするほど、DはYに法律的、経済的に完全に従属し、Yの指図に従わなければならなかったから、Xは信義誠実に従ってYの共同責任を容認できること、第2に、Aは、Bの財産をも受け取ったDと転換法により併合され、これによってDは転換利益を得たが、YはDの一人社員並びにコンツェルンの持株会社として受け取った財産の受益者であり、YはAの鉱区で採掘された石炭を個々のコンツェルン企業のために利用した。YとDの間には利益供与義務を伴う機関関係が存在した。これらの利益よりYは投下資本を創造したこと、である。LG, OLGともにXの請求棄却。X上告。

〔判旨〕 上告棄却。原審が適法に確定したところによると、『Dは退職年金債務を引受けるにさいし2億RMの基本資本を有し、その資産及び収益情況からすれば、引受けた年金債務を履行しうる状態にあり、単に戦争の結果、義務の履行が不可能になったにすぎない』として、Dが過少資本であることを否定したとはいえ、BGHは、理論的には、ラインハルトの過少資本「組織瑕疵」説（後述）と、1956年のBGH判決（BGHZ 20, 4⁽³⁾）を引用して、過少

(3) BGHは、次のように述べている。『Serick (Rechtsform und Realität juristischer Personen) は、事件の正当な判決に達するために、法秩序の内容と目的に従って必要なときではなく、ただ、法人が法秩序によってあらかじめ考慮された目的と異なる目的のために意図的に使用されるときに、法人によって隠蔽された力と関係への実体把握を許すことを欲している。それはあまりに狭い。法人の意図的濫用の場合、権利主体によって隠蔽された現実を暴くことは、困難ではない。判例は、法人の背後に存する力への実体把握を法人の法形態の意図的濫用に依拠せしめなかった。』とし、全持分権の売却を企業の売却とみなすRGの判例、及びBGHの国営会社相殺判例に言及

資本自体が一人社員の責任を生じさせる事由になることを認める判示をなした。⁽⁴⁾ 即ち、当刻判決は、前述のBGH判決で述べられた『法人の法形態 (Rechtsfigur) は、その利用が法秩序の目的に違反する範囲で顧みられえない』という原則を過少資本にも適用しようとする。ここで明白な客観的基準は注目に値する。

しかし、(ρ)BGH 1957年11月26日判決 (GmbH-Rdsch 1958, 111 ; BB 1958, 169) は、一人有限会社に関する判決で、再び主観的基準に帰還する。

〔事実〕 有限会社の一人社員が、営業取引において彼の個人的財産と会社の財産を区別しなかったので、社員が個人的に有限会社の債務について責任を負わねばならないか否か争われた。

〔判旨〕 BGHは、『客観的に生じさせられた権利外観のみでは、通常一人社員の財産への実体把握 (Durchgriff) を許すための理由となりえない。原則として、有限会社の独立性を引き合いに出す社員の容態を、信義誠実又は良俗に違反するものとして特色づける主観的な観点が更に加わらなければならない。それは一意識的債権者加害の場合を度外視すると一特に、有限会社が自己の力ではもはや生活能力がなく、会社はそれによって起こされた債務を履行できないか又は完全には履行できない——一人社員には認識しうる——にもかかわらず、更に営業活動を展開するために、有限会社の法的独立性が、一人社員によって濫用されるときに実情である。⁽⁵⁾』『一般的に、法取引に現われる有限会社が、もはや必要な信用の基礎を意のままにしない場合に、一人社員が会社自己資本を融通しているという理由で、一人社員に共同責任を負わせることは可能ではない』⁽⁶⁾と述べる。

従ってBGHは、RGの(ι)の判例と比較して、加害故意を要求しないが、不

した後、『法人の法形態は、ただその利用が法秩序の目的に相応する範囲で顧みられる』と。なお江頭『前掲書』89巻12号64頁注(4)参照。

(4) BGHZ 22, 226 (230f.).

(5) GmbH-Rdsch 1958, 111; BB 1958, 169.

(6) GmbH-Rdsch 1958, 111 (112).

足した資本賦与の過失の不知は、事情によっては一人社員の責任を生ぜしめると判決する限りで、より広く理解された主観的な基準に帰ったことになる。⁽⁷⁾

(イ) BGH 1959年12月14日判決 (BGHZ 31, 258)⁽⁸⁾

〔事実〕 被告Yは、宣伝飛行等を目的とする有限会社Bを1953年7月に2人の藁人形を使用して設立した。Yは基本資本2万DMを払込んだ。9月には基本資本が消費されたから、54年12月までに総計で約5万6千DMの貸付を会

(7) Winter, a. a. O., S. 67; Freese も、本件の判例批評で、相当の疑念が主張されている所謂（主観的一筆者挿入）濫用論に接近していると述べている。GmbH-Rdsch 1958, 111 (112)。なお、本件の関連で興味のある判例が2つある。①連邦社会裁判所 (BSG) 昭和1963年3月26日判決 (NJW 1963, 1373)。有限会社の一人社員が有限会社と並んで、会社によって負担された社会保険金額につき共同責任を負うか否か争われた事件である。裁判所は理由において次のように述べている。『民事裁判所の判例で展開された原則 (BGH 22, 226) は、ここでも厳密に有効である。公法でも権利濫用を予防し、法秩序の目的に相応する判決を行なうことは必要である。……たとえ社員への実体把握は、故意の権利濫用の場合にのみ許されるものでないとしても、他方において、純粋に客観的な観点は、権利濫用の採用のために十分ではない。それ故、原告が一人社員同時に業務執行者として有限会社を支配していたこと、且つ業務執行者として有限会社に生じた債務の履行を配慮しなければならなかったということは十分ではない。民事裁判所の判例は、正当にも、一人社員の容態を初めて権利濫用として特色づける更なる（資格付ける、主観的）事情の付加を要求する。……会社がこの債務の発生前にもはや生活能力がなく、このことを原告が——一人社員として又は業務執行者として——知らなければならなかったときには、原告は、有限会社の営業活動を終結しなければならなかったであろう』。②バイエルン州高等労働裁判所 (LAG) 1970年5月8日判決 (GmbH-Rdsch 1970, 31)。有限会社の一人社員が、有限会社と共に会社の債務につき責任を負うか否か争われた事件である。裁判所は、BGH判例 (BB 1958, 169) を引用し、本件でも有限会社は、契約締結の際に客観的に自己の力によって生活能力がないにもかかわらず、営業活動を展開したと認定し、しかも一人社員は通常の営業者の注意をなしていればそのことを知らなければならなかったし、事実知っていたとして、被告が有限会社と社員の形式的峻別を援用するのは、誠実な法取引の要件と信義誠実の原則に違反するとし、被告は、有限会社の債務に人的責任を負うと判決した。

(8) 江頭『前掲書』90巻5号71頁に紹介がある。

社になした。同月までにそのうち約2万5千5百DMの返済を受けた。その後Yは藁人形2人から持分の譲渡を受け、単独社員になり、1955年6月に会社の破産が開始された。原告破産管財人は、①Yの貸付は出資であり、従ってその返済は禁止された出資の払戻になるのでその償還義務（有限会社法31条1項）の履行、②Yは訴外有限会社Aの単独社員であったが、Aが占領軍命令で業務を営めなかったため、その回避のため同業種のBを設立し、Bに損害を与えるが、Y・Aに不当な利益をもたらした指図を業務執行者E（藁人形の1人）に与えたから、Yの事実上の業務執行者としての善管注意義務違反（同法43条）と不法行為責任（同法64条、民法823条2項、826条）、及び③破産申立を遅れさせたことによって生じた損害についての責任（有限会社法64条、民法823条2項）等をYに訴求する。LG、請求棄却。OLG請求認容。Y上告。

〔判旨〕 約1万8千DMについては上告を棄却しXの請求容認。その他の部分は破棄差戻。判旨①『有限会社の設立のために藁人形を利用する者は、有限会社法30条、31条、24条、19条2項については、社員として取扱われなければならない。その者に対して株式法39条5項は準用されうる。』判旨②『有限会社に破産申立義務の回避のために金銭を貸付の方法で用立てた会社の社員は、この目的がまだ持続的に達成されない限り、この金銭を責任資本として取扱わなければならない。有限会社法30条に反して給付された万一の貸付の払戻を会社に償還しなければならない』。判旨③『業務執行者への指図によって有限会社の社員は、ただ民法826条の前提の下でのみ損害賠償義務を負う⁽⁹⁾』。

①の判旨も重要であるが、以下判旨②のみを取扱う。BGHは、『責任資本が定款による会社目的に必要な資本を全く顧慮せずに定められることは許されない⁽¹⁰⁾』ことを原則として認めるが、本件の問題の解決には、過少資本問題全体

(9) BGH 231, 258 (Leitsatz).

(10) 判旨①について詳細な検討をする文献として Ballerstedt, Zur Rechtsstellung des Auftraggebers eines Strohmannes nach GmbH-Recht, in JZ 1960, 513; Kuhn, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, 1964, 95ff.

(11) BGHZ 31, 258 (268).

を取扱う必要はなく、発起人の背後者が会社の破産を防止する目的で資本を供給した特殊のケースのみを取扱えば十分であるとする。『Yが破産者の金銭需要を貸付を通して保証する限り、過少資本の事実はYに責められえない。破産者は会社契約によってただ不十分に資本を供給されていたということをYが始めから知っていたという控訴裁判所の確認は、加害故意の採択を支えない。なぜならば、それは、Yが破産者の経済的結果、特に空中文字実験の積極的結果を期待し、Yが破産者にますます多くの金額を用立てたという確認と矛盾するからである』。⁽¹²⁾『しかし、Yが加害故意なくして行為したときにも、Yは会社に対して会社から返還させたと同額を償還しなければならない。Yの『貸付』は、破産申立義務（有限会社法64条1項）を避けるために役立つものであった。……

『貸付』によって追求された目的が達成されなければならないときには、この金銭は、会社の債務として現われることは許されない。Yと有限会社によって何はさておきそれは責任資本である様に取扱かわれなければならない。金銭賦与の破産防止目的と企業の経済的構造によって条件づけられたこの結果に、Yは、『貸付』の返還請求と貸付償還の受領によって反対する。それによってYは、信義誠実（民法242条）に違反する。Yは填補義務がないから基本資本の調達以上を義務づけられないというYの意見は正しい。しかしYが破産申立義務を避けるために更に金銭を用立てたときには、Yは金銭を時宜を得ずに、それによって追求された目的がまだ持続的に達成される前に、返還請求することは許されない。……基本資本の額を回復し、定款に定められた資本を越えて用立てられた金銭の貸付性格を考慮することを会社の経済的状態が許す前に、責任資本として取扱かわれなければならなかった会社財産が、（本件では一筆者挿入）Yに給付された支払のために使用された。Yは事件の状態に従って、貸付として与えられた金銭が責任資本として取扱かわれ、Yが信義誠実に違反するような方法でそれに反対することが許されないときにのみ会社の破産申立

(12) BGHZ 31, 258 (270).

(13) BGHZ 31, 258 (271).

義務を避けることができたから、Yは貸付の払戻には有限会社法31条1項が適用されるということにならなければならない』と判示する。控訴裁判所は、過少資本の程度も、どれだけの額が破産を避けるために客観的に必要であったかも確定しなかったが、BGHも、別段基準を示すことなく、第1回の返還以前の約4万6千DMは、少くとも過少資本の補填と破産回避のために用立てられたものであり、2万5千5百DMがYに返済された後に再び貸付られた1万DMは、法的には、有限会社法31条に基づく払戻義務の部分履行と解されるから、15万5千DMの範囲で控訴裁判所の判断を正当であるとする。

(一) BGH 1962年11月15日判決 (GmbH-Rdsch 1963, 208)

〔事件〕 本件は(イ)の第2上告に対して下された判決である。BGHは(イ)で貸付は破産申立義務を回避することに役立ったと判示したので、Yは第2上告で、なかんずくBの支払無能力は存在しなかった、Yは貸付によってB(の経営)を流暢にしたと主張する。

〔判旨〕 Bの支払無能力は、貸付の交付前と判断される。Yは支払無能力は貸付によって阻止されたと主張するときには、信義誠実に反する。相殺は認められない等。

(イ)の判決は、ドイツの学説に議論を呼びおこした。これを契機に多数の判例批評・論文が発表されている。(イ)の論拠で注目すべき価値があるものは、社員
の責任を会社の過少資本からでなく、社員貸付の破産回避目的から説明する点

(14) BGHZ 231, 258 (271 ff.).

(15) Vgl. Pleyer, GmbH-Rdsch 1963, 207.

(16) Ballerstedt, JZ 1960, 513; Pleyer, GmbH-Rdsch 1960, 43 (44f.), GmbH-Rdsch 1963, 206 (207) は、ラインハルトの見解(後述)に賛成し、この立場からBGHの結論に賛成する。Schönle, GmbH-Rdsch 1960, 63 (64) は、有限会社法31条1項、30条1項は、会社契約に基づいて給付された支払のみを考えている。貸付の破産防止目的のみでは債務法的特徴を排除しないので同項の規定は適用されない。信義誠実の顧慮は、ただ特別な関係の下においてのみ異なった結論を認める。それ故破産回避目的の外に、特に、被告が単独社員が背後者であるという事実に基づいて、例えば、法

である。即ち、会社の破産回避のために貸付をなした者は、その返還を請求することによって、venire contra factum proprium の観点の下に、民法242条に従った信義誠実に違反すると法律構成することによって、過少資本に関する加害故意を問題としなかった点である。⁽¹⁸⁾

(※) B G H 1961年7月4日判決 (GmbH-Rdsch 1961, 161)。

〔事実〕 不明

〔判旨〕 『過少資本の故の実体把握を控訴裁判所は、ただ、一人社員又は一人社員と同様に取扱いうる支配者は、過少資本の補整のために与えた貸付について破産のときに他の債権者に劣後しなければならないというように認めようとする。連邦通常裁判所第2民事部は (B G H Z 31, 258, 272), それを越えて、社員は、彼が返済させたそのような貸付を破産財団に払い戻す義務があると見なす。ここでは両方の観点に関係しない……, 社員があらかじめ過少資本を補整することを義務づけられているか否かのその他の問題を、第2民事部(前掲)は未解決に残した。それは、本件では、被告又は被告の1人が会社(債権者にも直接に?)に、実際上行なわれたよりも大きな財産を用立てることを義務づけられていたか否かという風に設定されるであろう。この問題はここで

人の法形態の濫用が存在しなければならない。又は、会社債権者の加害の意図が確認されなければならない (RGZ 166, 57) とし BGH に反対する。Dempewolf, Kapital-ersatzende Gesellschafterdarlehen bei Personengesellschaften im Konkurs der Gesellschaft (Teil II), in DB 1961, 1011 は、RG (I), (≡)と BGH (V)の判決から、貸付が資本補充の特徴をもつという客観的な事情のみでは、何んの結論も呼び起こさない。主観的観点からも良俗違反の容態が必要であると述べる。もっとも彼の主観的観点とは非常に広い概念のようである。Vgl. DB 1961, 972. その他, Neflin, Schutz des gutgläubigen Verkehrs vor einem schädigenden Verhalten der hinter einer Kapital gesellschaftstehenden Kräfte, in GmbH-Rdsch 1963, 41 (44 ff.); Hofmann, Zum “Durchgriffs”-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, in NJW 1966, 1941 参照。

(17) Kamm. a. a. O. は、この判例を契機に書かれた力作である。

(18) Vgl. Nefin, GmbH-Rdsch 1963, 41 (45 f.); Winter, a. a. O., S. 68f.

も答えられる必要はない。問題の債務は、より大きな資本需要が過少資本に原因を帰されなければならないということが確認された時にのみ問題となりうるであろう。より大きな資本需要が先見されなかった営業発展に帰せられなければならないときには、はれは実情ではない⁽¹⁹⁾。』

(8)の判例は、(9)の判例が会社の過少資本問題の特殊なケースを取り扱っているにすぎないことを確認した点、及び資本の不足が予見されえない営業発展に基づくときには、過少資本問題でないことを明らかにした点に意義がある。

(9) BGH 1971年11月29日判決 (WM 1972, 74)

〔事実〕 被告Yはおそくとも1966年以来清算状態にある基本資本2万DMの訴外有限会社Sの一人社員である。ある出来事から、原告XはSに対して損害賠償請求訴訟を起し、欠席判決を得た。この判決に基づいてXは、SのYに対する貸付返済の償還に対する自称の請求権を差し押え、押収のため譲渡させた。この請求権については次の事情がある。Yは、Sに1959年から1965年まで、年度残高が約2万DMから約11万8千DMの間であった貸付を与えた。1966年のSの清算開始貸借対照表によればまだ約1万7千DMの社員貸付が存在していた。貸付の返済をしたあとでも、1万3千DMの残高が残っていた。Xは、貸付は過少資本金会社Sの破産回避のためのものであるから、責任資本として取り扱われなければならないとして、3千DMの払戻しを要求する。これに対しYは、Sは支払不能でも、債務超過でもない等を主張する。2つの前審は請求棄却。X上告。

〔判旨〕 破棄差戻。判旨①『経済的に必要な資本供給の代りに貸付を通してそうでなければ生活力のない会社を維持しようと努めるが、貸付額を早過ぎて、即ち、清算適状の危機がまだ最終的に除かれていない時点で、再び企業から引き出す有限会社の社員は、基本資本の禁止された縮小 (Schmälerung) の場合と同様に取り扱われなければならない。それ故に、会社の経済状態が許す前に

(19) GmbH-Rdsch 1961, 161 (162).

社員が払いもどさせた額を会社に償還しなければならない』。判旨②『その際貸付後の会社の状態によらないで、会社は貸付がなされなかったら破産したか否かによる』。判旨③『責任資本としての社員貸付のかような取り扱い、会社の破産のときのみならず、破産手続が破産財団がないため実行されないか、又は会社が破産なくして清算されるときにも有効である』⁽²⁰⁾。

本件は、破産をとまわらない清算中の会社に関する事件である限りで、(i)の事件とは異なるが、問題を解決した法律構成は、(i)と同じである。

BGHは、(i)の判例は、文献で部分的に疑念が表明されており、控訴裁判所の判決もこの疑念の影響を受けているとしつつ、この疑念を有効とは考えないとして否定する。そしてこの問題は実体把握問題ではなく、判旨①の問題だとする⁽²¹⁾。BGHによれば、自己資本賦与の代りに行なわれる貸付が債権者への普通の程度を越える危険転嫁であるという徴候は、第三者が、会社の財産状態と営業状態から見て同じ額で受諾しうる条件で信用を与えることを快諾できないという場合である。

(3) 要 約

目下のところ以上がRGとBGHの判例のすべてである。結びに代えて判例の体系的分析を試みる Winter⁽²²⁾ の結論を紹介することにする。

判例は、確固たる教義的 (dogmatisch) 基礎を欠くが故に、一義的に過少資本の前提と法律効果を説明することができない。

(i) 過少資本について

(a) 概念 判例は過少資本の概念を資本の基礎と任務の間の不均衡ないし責任資本と会社目的の間の不均衡と説明するが、いつこの種の不均衡が存在するのか、所与の過少資本の場合一般にその範囲によるのか否か未解決である。

(b) 破産との因果関係

(20) WM 1972, 74 (Leitsatz).

(21) WM 1972, 74 (75).

(22) Winter, a. a. O., S. 71 ff.

過少資本と会社の破産、従って会社債権者の損害と因果関係がなければならぬ
いか否か態度表明をしていない。

(c) 時 期

責任把握はただ最初からの過少資本の場合にのみ可能であるか否か未解決で
ある。あとの過少資本の場合にも責任把握が承認されるのは、BGHの2
つの判例から明らかになる。⁽²³⁾しかし、BGHは、最近、後からの資本需要が予
見されえなかった営業発展に基づくときには過少資本の肯定に消極的であり、
限定的に現われる。

(d) 社員貸付について

(a) 時 期

判例では、会社が貸付の時点で既に過少資本であったか、又は貸付によって
過少資本会社として設立されたケースは、存在するが、過少資本が貸付のあと
で初めて現われた場合についての明瞭な態度表明は欠けている。

(b) 目 的

会社の破産を回避する目的を持つか、又は出資の際に十分でなかった自己資
本を補充する目的を持つ社員貸付のみが、破産に参加することを拒絶されるの

⁽²³⁾ RG, JW 1938, S. 862 (862); RGZ 158, 302 (310); RG, JW 1939, S. 355 (355);
RGZ 166, 51 (57); BGHZ 31, 258 (259) では、かような場合が問題であった。最後
の判例は、社員貸付のケースであるが、設立後まもなくして表われる社員貸付からし
て会社は最初から過少資本であった。

⁽²⁴⁾ Vgl. BGHZ 22, 226 (231); BGH, GmbH-Rdsch 1958, S. 111 (111). 「もはや生
活能力がない」という記述からそうように理解する。

⁽²⁵⁾ BGH, GmbH-Rdsch 1961, S. 161 (162).

⁽²⁶⁾ Vgl. z. B. BGHZ 31, 258 (259).

⁽²⁷⁾ Vgl. z. B. RG, JW 1939, S. 355 (355).

⁽²⁸⁾ Vgl. z. B. BGHZ 31, 258 (258, 271 ff.). 破産回避目的を旨ですが、他の責任原因
を明確には排除していない。

⁽²⁹⁾ Vgl. RG, JW 1939, S. 355 (356). 「実際には、社員出資が問題であったとそこ
で強調されるときには、かような社員貸付が問題である。

か否か、又は単に過少資本公司に与えられたすべての社員貸付が、不利益な法律効果に服するの否かは、⁽⁶⁰⁾不明。

(c) 社員貸付のない場合

社員への責任把握は一般に社員貸付の存在を前提としているのか否か、既に問題である。古い判例では単純な過少資本の場合にも社員は実体把握されうる⁽⁶¹⁾ということを暗示する一方、問題は、のちの判例では未解決である⁽⁶²⁾。

(i) 関係者

(a) 社員の支配力

責任把握は、一人会社以外にも許されうるのか否か不明である。RG⁽⁶³⁾は、判例で、一人社員に与えられた企業支配の要素を強調するのに対し、BGHは、『一人会社の場合、他の会社よりむしろ存在するであろう、しかし、有限会社のあらゆる形態で問題となりうる他の観点が決定的である』と説明する。しかし、この観点はどこにあるのか、且つそれは、意思形成又は業務執行に対する影響力を有しないことにより、会社の資本賦与にいかなる種類の影響力をもたない社員に対する責任把握を事情によっては許するの否か未解決である。BGHは、1959年判例で（Ⅲ(2)(i)）で、社員の責任を貸付の破産回避目的から導くから、社員の支配力と無関係な観点を狙っている。しかし、社員が過少資本公司に貸付を与え、この貸付が破産回避目的を有する二重の特別の場合を度外視するとしても、社員に対する責任把握は、意思形成又は業務執行に対する影

⁽⁶⁰⁾ Vgl. RG, JW 1938, S. 862 (862 f.). その法律原因又は法律行為の目的を顧慮することなく、全内部債権を否定する。

⁽⁶¹⁾ このケースを取扱うものとして、RG, JW 1938, S. 862; 1939, S. 355; RGZ 166, 51 (57); BGHZ 31, 258.

⁽⁶²⁾ Vgl. RGZ 158, 302 (310); BGHZ 22, 226 (231); BGH, GmbH-Rdsch 1958, S. 111 (111).

⁽⁶³⁾ Vgl. BGHZ 31, 258 (270); BGH, GmbH-Rdsch 1961, S. 161 (162).

⁽⁶⁴⁾ RG, JW 1939, S. 355 (355).

⁽⁶⁵⁾ GmbH-Rdsch 1961, S. 161 (161).

響力から独立に可能であるか否かは問題である。

(b) 社員の帰責原因 (Schuld)

社員が責任を負うためには社員の主観的前提が存在しなければならないか否かについて法的不安定性が存在する。RGは、肯定的から否定的態度に、BGHは、否定的から肯定的態度をへて、否定的な態度に達している。主観的な前提が必要とするならば、それは、未必の加害の故意なのか、過少資本を知っていることか、又は過失によって知らなかったことが必要であるのか不明である。

(c) 会社債権者の関知 (Wissen)

会社債権者が会社に債権を取得した時点で過少資本を知っていたということが、会社債権者に不利に作用するか否かは疑わしい。BGHは、『債権者が有限会社と取引を結んだ時に、彼が一人社員の容態 (Verhalten) からどのような表象を得たかは、影響力があるであろう』と述べその性向を示す。

(一) 責任の形成

(a) 範囲

社員貸付の場合に、責任把握はただ社員は会社の破産の時に貸付債権につき他の債権者に劣後するという意味で許されるのか、それとも社員はそれを越えて破産開始以前に社員に払いもどされた貸付の破産管財人への返却を義務づけられるのか、又は社員は、事情によってはその上有限責任を一般的に喪失する

⁽³⁶⁾ Vgl. RGZ 158, 302 (310).

⁽³⁷⁾ Vgl. RGZ 166, 51 (57).

⁽³⁸⁾ Vgl. BGHZ 22, 226 (231).

⁽³⁹⁾ Vgl. BGH, GmbH-Rdsch 1958, S. 111.

⁽⁴⁰⁾ Vgl. BGHZ 31, 258 (271).

⁽⁴¹⁾ RGZ 158, 302 (310).

⁽⁴²⁾ BGH, GmbH-Rdsch 1958, S. 111 (112).

⁽⁴³⁾ BGH, GmbH-Rdsch 1958, S. 111 (112).

⁽⁴⁴⁾ 但し BGH, GmbH-Rdsch 1961, 161 (162) は、これを否定するようである。私見。

のか否か、疑わしい。BGHは、『被告は破産者の金銭の欠乏を貸付を通して補填する限り』、『過少資本の事実は非難され(え)ない』と述べて⁽⁴⁶⁾、無限責任把握に反対する。しかし、社員貸付は、判決で前提とされた破産回避目的を持たない時でもこの制限的効果を展開するか否かの問題は未解決である。また、責任把握が社員貸付に制限されなければならない時には、常に社員貸付と同じ額でその効果が及ぶのか、又は過少資本の範囲が貸付額よりも少ない時には、ただ過少資本額で及ぶのか、未解決である。社員貸付に制限された責任把握が、社員貸付の破産回避目的で根拠づけられる限り、客観的に既に貸付の部分額が破産回避目的の達成のために充分であった時には、貸付はこの部分額のみ他の債権者の債権に劣後するのか、又は破産管財人に返却されなければならないのかの問題が相応に現われる。

(b) 会社債権者に対する直接責任か。

BGHは、社員が過少資本の補整を義務づけられた場合、会社債権者に対し直接に責任を負うか否かの問題を未解決⁽⁴⁷⁾にしている。

(c) 遡 及

責任を負う社員貸付者と共同社員の間の内部調整問題は未解決である。

〔未完〕

(45) 社員貸付の破産回避目的の特別の場合につき BGHZ 31, 258 はこの立場をとる。

その他の点では返却義務は未決である。

(46) BGHZ 31, 258 (271).

(47) BGH, GmbH-Rdsch 1961, S. 161 (162).