

過少資本に基づく社員の責任(3完)

泉 田 栄 一

- I はじめに
- II 過少資本の概念とその意味
- III 判例 (以上22巻 2号)
- IV 学説
 - (1)~(7) (以上22巻 3号)
 - (8) 差額責任説
 - (9) 民法826条の適用, 商法342条の類推適用及び *venire contra factum proprium* によって社員貸付を解決する見解
 - (10) 過失責任説
 - (11) まとめ
- II 立法論
 - (1) 報告者草案及び政府草案
 - (2) 有限会社法改正研究グループの提案
 - (3) Winter の提案
- III 結 び (以上本号)

〔はしがき〕

紙数の関係で前回のうちに学説の紹介を終了することができなかった。本稿は前回に引き続き学説の紹介を継続する。しかし最初の原稿にその後の研究成果を加筆する機会を得た。ここに付記することにする。スイスの文献で Serick の見解を批判するものとして Baldi, P., *Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft*, 1975, Zürich, S. 120ff. (拙稿『富大経済論集』22巻 3号64頁注2, 66頁注14に挿入されたい); Drobniig の文献として Nature et limits de La personnalité morale en droit allemand, *in la personnalité morale et ses limites*, 1960, Paris, p. 27 (過少資本については p. 48) (『前掲書』69頁注3に挿入されたい); Kamprad (IV (7)) の文献の書評としては Steindorff, ZHR 132 (1969), 280 (『前掲書』93頁注1に挿入されたい) があつた。

（８） 差額責任説

この見解は、Kuhn の見解（IV(5)(v)）の延長上にある学説であり、過少資本又は社員貸付に基づく社員の責任を会社法に由来する責任と理解し、その責任の範囲は、事実上の自己資本と客観的に相当な自己資本の差額と理解する。この見解の主張として Winkler 及び Immenga を挙げることができる。Rehbinder の見解をこのグループに含ませるのは一会社法に由来する責任と明確には把握していないので一疑問がなくなはないが、差額責任説に至る過渡的特質を有していると思われるので、ここで紹介することにする。

（イ） Rehbinder の見解（1969年）—法の継続形成＝補償責任説

（a） Rehbinder は、『Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht』⁽¹⁾ という膨大な Habilitationsschrift において、『コンツェルン結合の事実が契約法、不当利得法、不法行為法において、個々の第3者に対するコンツェルン構成員の法律関係に対してどのような効果を持つかということ問う』。その際実体把握の本質についての意志疎通なくしては首尾よく解決されえない実体把握の限界設定問題が生ずるので、必要悪として実体把握の問題を簡単に研究している。結論として実体把握理論には明瞭に制限のある使用領域があると主張する。⁽²⁾ 彼は、実体把握を峻別原則の非適用であると理解する。峻別原則とは、資本会社の社員の包括的な同格化の可能性（Zuordnungsmöglichkeit）の承認と資本会社の自治的帰責統一（Zurechnungseinheit）としての形成であり、規範的に理解される法人の本質を作るものである。実体把握はこのように理解された分離原則の非適用である。より正確には、解釈、類推又は法の継続形成の方法での、峻別規範の制限と他の規範の適用に基づく、この峻別原則の個別的明

（1） ドイツ法とアメリカ法の比較法的考察をなしている。その書評として Ulmer, ZHR 134 (1970) 265. ; Rasch, Aktuelle Probleme des Konzernrechts und der Konzerngesetzgebung, 1970, S. 41-43.

（2） Rehbinder, a. a. O., S. 103.

（3） Rehbinder, a. a. O., S. 125.

確化（個別規範）の非適用である⁽⁴⁾。学説はこれについては一致しているが、その適用領域については不明瞭である。それ故彼は、慣例的に実体把握の問題とされている個別的問題について、一般的民法の解決のために限界設定の問題を考察する。彼はケース集団を4つに分類する⁽⁵⁾。即ち(a)所謂独立の債務原因、(b)契約の回避と契約の解釈、(c)脱法と法律解釈、(d)個人的権利濫用の故の実体把握、(e)制度的権利濫用の故の実体把握である。

(b) 彼は、過少資本の問題を(e)で検討する。峻別原則の制度が法制度の機能違反的利用に対する法秩序の制裁を意味するケースが、制度的権利濫用の故の実体把握である。Rehbinderによれば、制度的濫用の観点も、ただ限定された意義を持つ。なぜならば、機能能力において株式会社と有限会社の法制度を保証し維持することは、まず第1にこの法制度を（個々の異なる方法で）整理する法律の課題であり、法律秩序における万一の欠陥は、ドイツの体系によれば、さしあたり現行規定の類推の方法で補充されなければならない、そのあとで初めて濫用思想の招致が、収容法律要件として一般的に考慮されるからである⁽⁷⁾。ところで、過少資本の問題で実体把握をする見解は、彼によれば、社員が、会社に経営の種類と目的に従って長い間不可欠な資本を供給するために、会社に貸付を給付したときには、貸付を「機能上」自己資本として理解し、貸付の早過ぎる返済又は返還請求を破産のときに、株式法62条以下、有限会社法31条の類推又は濫用の観点（危険移転の禁止）に従って防ごうとする見解である。しかし彼によれば⁽⁸⁾、この解決は、会社に貸付の代り必要な資本と共に経営する社員の義務を吟味することなく、貸付を危険資本として性質決定している

(4) Reh binder, a. a. O., S. 107. 彼の記述によると、包括的な同格化の否定と帰責的統一の否定のどちらかであればよい。

(5) Reh binder, a. a. O., S. 110 ff.

(6) なお Reh binder, a. a. O., S. 108 は、民法826条が適用される良俗違反の過少資本は、実体把握に含まれないとしている。

(7) Reh binder, a. a. O., S. 120.

(8) Reh binder, a. a. O., S. 123.

のではないかという疑念に遭遇する。更にこの解決は、社員が保証する第3者金融が行なわれているときにも役に立たない⁽⁹⁾。そして、この解決は、社員に会社内部債権が否認されるのみであるから、社員金融の程度に応じて偶然の結果に導く。他方、社員が会社の営業範囲の関係で必要な資本を会社に用立てなければならぬか、又は会社の営業範囲を制限しなければならないという法命題の確定は、相当な困難に遭遇する。確かに、極端な過少資本によって実際ひどく侵害されるであろう株式会社と有限会社の法制度の機能能力を維持することの近代制度的観察方法の切望(IV(5)参照)は、これに賛成する。更に相応の現存資本の吸尽(Absaugung)と相応の責任財団の樹立の不履行の間の一定の内部的親近性はそれに賛成する。他方において、株式法が—1965年の改正立法でも破られなかった—この問題に対する沈黙によって当事者に原則として処分⁽¹⁰⁾の自由を認容したということは、考慮に入れられなければならない。民法242条を越えて実体把握のための法的基礎を提供するにちがいない制度濫用の思想は、決して一般的に貫徹されなかった。その上、それは、その機能によれば、本来権利制限的なものであって、権利を基礎づけるものではない。なかんずく、実体把握は、この場合株式会社又は有限会社の法制度の本質からの確認的演繹によって基礎づけられるという仮定は誤りである。ほんとは、真正の法の継続形成が問題である。しかし、法の継続形成が過少資本の問題において資格がある⁽¹⁰⁾ということは、まさに最近再三再四疑われている。

私法体系の維持についての配慮から述べられた疑念は、有限責任の破砕としての実体把握が必然的に無限責任に導くという思想を捨てるときには、完全に除去されないにしても、確かに軽減される。無限責任は、実体把握の意味と目的からは是認されない。実体把握は、私的債権者の犠牲で会社債権者の利益を目差すものではなく、濫用によって債権者に生じた損害の除去を目差す。なか

(9) Reh binder, a. a. O., S. 123 FuBnote 173 は、この場合当然に貸主の債権を否認し、貸主に社員に対する償還請求を命ずることができるとする。

(10) Vgl. besonders Hofmann, NJW 1966, 1941, 1944 ff.

んずく会社法の領域における法の継続形成は、この法領域を支配する基本原理によって常に指導されなければならない。株式法の改正は今や随所に単なる補償責任 (Ausgleichshaftung) の思想を採用した (特に株式法311条)。有限会社法31条によれば、社員は法律に違反して取得した価値につき責任を負う。それ故これが実体把握のためにも義務を負わず準線であると。

(c) Reh binder の見解は、制度濫用論と比較してより実定法に接近した試みであることが認識できる。Kuhn の制度的観察方法を払拭し、残った補償責任の思想を受け継いだものと評価できよう。⁽¹¹⁾ Immenga は、Reh binder の見解は例外的な場合に民法 242 条による権利の根拠付けを認めるが、この種の例外的ケースが存在するという証明が行なわれなければならないと述べて、教義的 (dogmatisch) 疑念が存在することを指摘している。

(d) Winkler の見解 (1969年) — 抛出責任 (Aufbringungshaftung) 説

(a) Winkler は、Wiedemann の提案 (IV(6) 参照) を因果関係と過失の証明を不要にする長所があるものとして積極的に評価し、⁽¹²⁾ 彼にならって、社員が有限会社の資本額を随意に確定することができるときには、資本の抛出と維持という債権者強行保護規定は無価値にされるという思想から出発する。有限会社の有限責任から強行的に資本維持の原則が生ずるのであるから、有限責任と資本額の間に関連が欠けるときには、何の機能もそれは果たしえなくなると。それ故社員による勝手な資本額の確定は許されないと考える。しかし、社員が有限会社の経営に必要な資本を供給しないときには、無限責任になると考えることは行き過ぎであって、規定の意味と目的は、有限責任の社員は有限責任を負うが、相応の資本の上で有限責任を負うと考えることによって保証されるとする。従って社員は、過少資本に基づく会社債権者損害ケースにおいては、経営

(11) Vgl. Schanze, a. a. O., S. 63.

(12) Immenga, U., Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 409.

(1) Winkler, Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH, BB 1969, S. 1202 (1204).

に必要な資本額まで最初の金融欠陥を填補しなければならず、また、既に会社の秩序にあった設立の場合又は時機を得た資本増加の場合に抛出しなければならなかったものが、あとから社員に要求されるものであるとする⁽²⁾。

(b) このように特徴づけられた事実上の自己資本と客観的に相当な自己資本の間の差額責任は、その法的性質によれば、損害賠償責任ではなく抛出責任である⁽³⁾。まだ給付されていない相応額は公然の出資として取り扱われ（有限会社法19条）、払い戻された貸付はそれが資本を補充しなければならない限りで再び払い込みを義務づけられる（同法30条、31条）。抛出責任は会社法に由来する責任であるから、民法826条や組織瑕疵による法律構成と異なり、因果関係の確定又は帰責（Verschulden）証明は必要でなくなる。有限会社は払込請求の権利を有し、会社債権者は有限会社の請求権を差し押え、譲渡させる。

彼によれば、具体的場合に相応の自己資本の計算が裁判所の能力を越える限りで、裁判所は専門家を利用しなければならない。彼は、経営経済学の助けによって、具体的企業に要求された自己資本供給を正確に計算するために、十分に信頼のできる規則と基準を立てることは可能であると考え⁽⁴⁾。

このようにして算定された不足額に対する出資義務が問題であるから、過少資本化の責任の有無にかかわらず、全社員が責任を負う。その限りで債権者加害意思も問題となりえない。全社員はただ持分に依拠して責任を負う。社員は自己の出資の増額に責任を負わなければならないからである。ただ他の社員によって支払いが行なわれないときには、個々の社員は、副次的に、事情によっては全不足額に及ぶ欠落責任（Ausfallhaftung）を負担しなければならない（同法24条、31条3項⁽⁵⁾）。

(2) Winkler, a. a. O., S. 1205 f.

(3) Winkler, a. a. O., S. 1206 f ; Vgl. Winter, a. a. O., S. 107.

(4) Winkler, a. a. O., S. 1206.

(5) Winkler, a. a. O., S. 1207 ; Vgl. Winter, a. a. O., S. 110. 共同責任社員にはその限りで償還請求の権限がある（民法774条参照）。

このような社員の義務は、抛出責任としての性質から直接に会社に対してのみ生ずる。それ故破産の場合には、破産管財人がこれを請求することができ、また会社債権者に会社の金融状態が契約締結の際に知られていたか否かは⁽⁶⁾どうでもよいことになる。また相応の自己資本の不足額は、最初の過少資本に基づくものであると、あとから生じたものであるとを問わず、破産原因となった⁽⁷⁾か否かを問わない。

社員が過少資本を補うために貸付をなした場合には、相応の自己資本の不足額の範囲で貸付は存在せず、隠れた出資が存在する。この額を越えれば貸付が問題となり、社員は破産債権者となる。破産管財人は、貸付を与えなかったその他の社員に対して不足額出資の請求権を有する。他の社員が支払不能であるときには、全増額請求権は副次的に、貸付請求権と相殺できる（破産法53条以下）社員貸付者に対して存在することになる。⁽⁸⁾

(c) Winter⁽⁹⁾ は、Winkler の見解に対して次のような批判を加えている。

Winkler は、有限責任の原則との一致を、会社の債務について無限ではなく、ただ相応の資本と比べて不足した額に制限された責任を負わせられるということによって保証されているとみなすが、有限責任の本質は、すべての社員が社員権の取得の時点で、社員権から生ずる財産犠牲の最大範囲を先見できるということにあるから、差額填補義務があとからの過少資本によって呼び起こされる限りで、社員の有限責任に反すると。

また、少くとも議決権の半分を所有しないすべての社員は、その意思に反して、多数社員が過少資本に導く営業拡張を決議するか又は会社の健全化処置の

(6) Winkler は明言しないが、Winter は本文のように理解する。Winter, a. a. O., S. 111.

(7) 同様に Winter, a. a. O., S. 110. Winkler は明言していない。

(8) Winkler, a. a. O., S. 1207. これに対して Winter, a. a. O., S. 111. は、授与者は一度選択した私的自治の形式を解釈で改めることはできないとして、相殺を否定する。

(9) Winter, a. a. O., S. 112.

決議をしないことによって、社員権取得の時点で予見できなかった填補義務の危険に晒されるから妥当でないと。

なお Immenga⁽¹⁰⁾ は、Winkler が経営経済学の助けによって相応の自己資本を確定できると考えるのは、あまりにも楽観的であると批判している。

(イ) Immenga の見解 (1970年)

(a) 彼は、『Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970)』という Habilitationsschrift において、アメリカの close corporation 法とドイツの有限会社法の比較を通し、その構造、会社内部の利害衝突、会社機関の行為不能及び債権者保護の法律問題を研究し、債権者保護問題を取り扱う第4章の中で、過少資本の問題を検討している。彼の見解は制度的考察方法を採用する学説の強い影響を受けている。⁽¹⁾

(b) 彼によれば、責任財産の形成が会社債務に対する社員の人的責任を代替する。従って基本資本の保証機能が有限責任を正当化する。それ故基本資本と有限責任の意味関係は、基本資本額決定に対する会社契約上の自由の制度的制限を形成し、これに違反する行為は、有限責任の特権の濫用を意味する。⁽²⁾ 従って彼によれば、過少資本は、法人の独立性と関係せず、有限責任の特権と関係する。⁽³⁾ 有限責任の濫用は、ただ法制度の秩序違反的な使用に基づくものであるから、客観的な権利濫用論となり、社員の主観的な要件を問わない。⁽⁴⁾ (規範) 濫用の権利制限的効果は、会社と社員の財産領域の峻別にに基づく有限会社法13条2項に規定された有限責任を制限することである。13条2項の制限は、社員

(10) A. a. O., S. 413 Fußnote 278.

(11) ドイツ経営経済協会の見解によれば、経営経済学は今まで過少資本の範囲設定のための一般的に承認された原則を展開することができなかった。Vgl. Winter. a. a. O., S. 139.

(1) Vgl. Immenga, a. a. O., S. 23 f. 11 5f., 425 f.

(2) Immenga, a. a. O., S. 402 f., 418 f.

(3) Immenga, a. a. O., S. 404.

(4) Immenga, a. a. O., S. 405 ff.

が責任資本と有限責任の関係を顧みなかった限りで、この規範がもはや社員に適用されないということである。これが民法 242 条の一般的作用範囲に加えられるなければならない制度濫用の権利制限的機能の効果である。従って有限責任の濫用によって、それ自体会社に対してのみ向けられた債権が社員にも及ぶものであるから、社員の債務は特別の責任原因に基づくものではない。⁽⁵⁾ 過少資本の範囲に相応する有限責任の制限は、社員の制限的人的責任を意味する。即ち、不相応の資本供給によって客観的に債権者に転嫁された額での危険が社員によって引き受けられなければならない。この責任拡張は、会社がその債務を支払不能又は債務超過の結果もはや弁済できないときにのみ現われる副次的なものである。⁽⁶⁾ また全社員が責任を負担するものではなく、自己資本と他人資本の間の関係の決定に決定的な影響を有する社員のみが共同責任を負う。⁽⁷⁾ 多数の社員が責任あるときは、解釈論として、現行有限会社法 24 条、31 条 3 項に従って、各社員は社員の持分に応じた責任を負担する。

彼によれば、過少資本を湖塗する社員貸付の場合にも、社員の責任は、過少資本の場合の社員の共同責任の副次性より、破産又は破産防止のためにする和議手続において初めて問題となる。従って文献で主張された有限会社法 30 条、31 条の類推適用に反対する。⁽⁸⁾

また、社員は会社と締結した使用又は用益賃貸借契約につき、契約締結時に

(5) Immenga, a. a. O, S. 410.

(6) Immenga, a. a. O., S. 411.

(7) 反対 Winkler, BB 1969. 1207.

(8) Immenga, a. a. O., S. 412. 彼は有限会社法報告者草案(後述)が、差額責任説を採用していないことに異議を唱えるべきではないとする。その解決方法は、文献の通説であり、アメリカ法にも相応するのみならず、社員貸付全体は資本代用的性格を有するという社会的現実における強い事実上の推定がある一方、差額責任をこの場合に拡張することは困難であり、過少資本か否かの確定は可能であっても、相応な自己資本供給についての仮説的な判断は経営経済学の助けによって行なわれえないので、法的安定性の命令より、社員貸付全体が劣後すると考えるからである。

過少資本であった場合には会社破産の時、別除権を行使することはできず、差額責任を負担しなければならない。第3者の譲渡契約 (Überlassungsverträge) が会社と締結されていたときにも、過少資本の額で社員は共同責任(差額責任)を負担する。⁽⁹⁾ 会社の不法行為に基づき損害賠償請求権が主張された結果会社が過少資本となる様な場合には、会社法の領域即ち過少資本に基づく社員の責任では解決されえない。⁽¹⁰⁾

(c) Immenga は、前述の様に Winkler と同様差額責任説を採用した。しかし Winkler は、過少資本と相応な資本の差額の確定に楽観的であるのに対し、彼は、注(8)で指摘する様に、差額の確定は現在の経営経済学のレベルでは困難であるとする。このような見解はドイツの多数説のように思われるから、制度濫用論に対す差額責任説には、差額範囲認定の隘路があり、この克服がキー・ポイントになる。

(9) 民法826条の適用、商法342条の類推適用及び *venire contra factum proprium* によって社員貸付を解決する見解

(1) Sonnenberger の見解 (1969年)

(a) 彼は、現行法の解釈論として、(i)社員貸付は事情によっては有限会社法上出資とみなされうるか否か、(ii)貸付社員は第3者に有限会社法以外で責任を負担することがあるか否かを検討する。(i)は否定され、(ii)も統一的な解決方法はないこと、結局、民法826条、商法342条の類推適用、*venire contra factum proprium* の観点からのみ貸付社員は責任を負担すると主張する。⁽¹¹⁾ 彼の見解は、商法342条の類推適用を肯定する以外は、極めて伝統的な解釈論に固執する見解である。

(9) Immenga, a. a. O., S. 416 f.

(10) Immenga, a. a. O., S. 417 f.

(1) Sonnenberger, Das Darlehen des GmbH-gesellschafters als Gesellschaftsfinanzierung, NJW 1969, 2033, 同論文で彼は報告者草案(後述)についても検討をなしているがここでは省略した。

(b) 有限会社法の観点から社員貸付が出資とみなされなければならないか否かにつき、彼は次のように考える。貸付を出資として取扱う根拠は、基本資本が債権者に有限会社の経済的堅実性 (Solidität) を保証しなければならないときにのみ存在する。しかし法的には有限会社法 5 条 1 項に従った 2 万 DM の基本資本の形式での自己資本が十分である。それ故基本資本は堅実性保証をすべての場合に形成することがでるわけではない。Wiedemann の見解 (IV(6)) は、最少資本の抛出と維持の保証と堅実性保証を混合するものとして賛成できない。⁽²⁾ 堅実性保証をなすことができるのは、取引経過に適合して変化する基本資本であるが、これは結果において無制限の法律上の追加出資義務を取り入れることを意味する。ところで、社員の資本参加は有限会社の内部構造 (例議決権等) によって決定的であるので、社員は、合意されない追加出資義務をただ持分に応じて負担する。しかし貸付を出資とみなすのは、第 3 者保護のために行なわれるのであって、それに会社内部の資本参加関係の変更 (即ち、持分に応じた追加出資義務の履行) が結合するものではない。それ故貸付をしなかった社員が貸付をした社員に比べて恩恵を受けることになり、その結果は不当である。従って彼は、社員貸付は出資とみなされえないと主張する。⁽³⁾

貸付をなした社員が第 3 者に有限会社法以外で責任を負担しなければならないか否かにつき彼は次の様に考える。⁽⁴⁾ この関係では社員貸付が実体把握の標語でいろいろと取扱われている。しかしこの概念は、社員が時として有限会社の法的独立性にもかかわらず会社のために責任を負わなければならないということとただ比喩的に暗示しているだけで、それが行なわれる前提及び法技術的形式について何も述べていないと。問題なのは社員貸付による第 3 者侵害であり、第 3 者の保護であると。この立場から貸付社員が責任を負わなければならない可能性を個別的に検討する。最初の可能性として、貸付に基づく請求権に

(2) Sonnenberger, a. a. O., S. 2034, Fußnote 11.

(3) Sonnenberger, a. a. O., S. 2033 f.

(4) Sonnenberger, a. a. O., S. 2034ff.

関係しない、社員に対する独立の請求権を考察する。彼によれば、貸付が第三者を詐害する故意を持って行なわれるときには、民法 826 条に基づく損害賠償義務が生ずる。貸主が、業務執行者で、貸付によって破産申立を不当に怠るときは、民法 823 条 2 項及び有限会社法 64 条 1 項に基づく損害賠償義務が生ずる。他方法律行為責任は考えられない。他の可能性として、彼は、貸付又はその返還請求権が法的に異議を唱えられるが故に、貸付の返還請求権が制限され、行なわれた払戻が無効になるか否かを検討する。貸付の返還請求が排除される場合として、*venire contra factum proprium* の要件を満たす場合がある。他方返還請求によって社員が会社の忠実義務に違反するときにも、右義務はその他の社員の保護に関係し、第三者保護と無関係であるから、ここでは問題とならない。また社員が貸付の貸付の返還請求をした結果、第三者の請求権が有限会社によって支払われなくなったときにも、民法 826 条を除けば、第三者を侵害するものではない。それ故 *venire contra factum proprium* の場合を除いては、貸付の返還請求が、民法 242 条により権利濫用として排除されることはない。彼は最後に、特定の場合の貸付授与が、民法 242 条に違反し、従って貸付額又は返還された額は会社債務に責任を負うという見解にも反対する。ただし貸付授与は脱法にもあたらないし、貸付それ自体だけでは会社債務超過状態に何んの影響も及ぼすものではないからである。但し貸付社員は、匿名組合の一定の時期の出資の払戻等の禁止を規定する商法 342 条の匿名社員と類似の地位にあるから、この限りで類推適用は肯定されなければならないと主張している。

(c) 商法 342 条は出資の払戻に関連する規定であるから、貸付を一貫して出資とみることに反対して来た Sonnenberger が、この規定についてのみ類推適用を肯定するのは解釈論として少し大胆すぎるように思われる。

(10) 過失責任説

(i) Kalter の見解 (1970年)

(a) 彼の見解は、過失による社員の過少資本に対する責任を認める点及びそ

れを現物出資の過大評価による過少資本の場合に適用する点においてユニークな見解である。彼は基本資本を最初からの過少資本とあとの過少資本とに区別し、更に前者を、意図的なそれ(i)と意図的でないそれ(ii)とに区別し、後者も、意図的なそれ(iii)と意図的でないそれ(iv)とに区別して考察している。

(b) 彼は(i)及び(iii)につき、民法 826 条の前提の下に責任ある社員は、債権者に損害賠償義務を負うとする。⁽³⁾

(ii)については、彼は次のように主張する。基本資本が定款の会社の目的にとって必要な資本を顧みることなしに確定されることは禁止される。会社債権者への責任転嫁は、信義誠実に反するのみならず、基本法上の法治国原則に反するからである。⁽⁴⁾しかし社員には資本を決定する一定の裁量が存在する一方、損害賠償法は過失原則 (das Verschuldensprinzip) によって支配されている。それ故、有限会社に不十分な自己資本を供給した社員の責任は、社員が取引において必要な注意の適用の際に有限会社は過少資本で、それ故に債権者損失の危険が引き越こされるということを知らなければならない時にのみ問題になる。⁽⁴⁾この場合社員は、過少資本を除去しないときは、会社債権者に生じた損害を賠償する義務を負う。⁽⁵⁾

(iv)について、彼は次のように主張する。責任ある社員が取引で必要な注意の適用の際に認識できる過少資本の除去のために何も企てない時に、当該社員はそれによって会社債権者に生じた損害につき責任を負担しなければならない。

(1) Kalter, Einige Gedanken zur unterkapitalisierten GmbH-Ein Fall der Durchgriffshaltung— KTS 1970, S. 267. 弁護士論文である。引用が多い。

(2) (i)につき, a. a. O., S. 274. (ii)につき a. a. O., S. 280 f. (i)については, 民法826条の他に民法823条2項, 刑法263条も上げている。

(3) Kalter, a. a. O., S. 274 f.

(4) Kalter. a. a. O., S. 276.

(5) Kalter は自己資本を補充する社員貸付があったにもかかわらず、会社が破産した場合の貸付返還請求権劣後の問題、及び破産前に貸付の一部払戻しがあった場合等の問題も検討しているが (a. a. O., S. 277f.). ここでは割愛した。

貸付をなした社員の返還請求は、それによって債権者が財産損害をこうむる危険を冒す時は、権利濫用として許されない⁽⁶⁾。

過少資本の範囲の確定については、彼は次の様に主張する。過少資本がいつ存在するかの問題は、統一的に確定した原則で答えられない。自己資本による会社財産の金融化がどのような範囲で取引的に普通であるかということが、類似の性質の且つ部門の同じ企業の比較によって確定されなければならない。ここで取引的に普通とは、責任を意識した慎重な商人の見解に従った取引慣行⁽⁷⁾ (die Verkehrsüblichkeit) という意味である⁽⁸⁾。

過少資本に責任のある社員の範囲については、彼は次の様に主張する。(i)(ii)の場合には、すべての社員は、その資本参加の額に関係なく、有限会社の相應の資本化について配慮する可能性を持っているから、責任を負う。(iii)(iv)の場合には、現存の過少資本を基本資本の増加によって、又は自己資本を補充する貸付によって、又は経営範囲の現存自己資本への適合によって除去する法的又は事実上の力を持つ社員のみが、責任を負う。しかし過少資本を除去する法的又は事実上の可能性を持っていない社員にも、会社を取り消し (aufkündigen)、有限会社から退社し、又は社員権を解除することを、社員が定款に従ってなすことができるときには、期待しなければならない。社員の責任は、過少資本の結果債権者に損害が生じた場合に認められる会社債権者に対する責任である⁽⁹⁾。

現物出資の過大評価に基づく過少資本につき、彼は次の様に主張する。現行有限会社法は、現物出資に関係する規定が株式法と異なり存在せず、有限会社法5条4項のみで満足しているが、近時の判例は、現物出資の評価が、任意的に又は商人の原則に従ってももはや擁護できないほど高い場合、及び出資者が

(6) 本文の様に財産損害をこうむるとき (Kamprad, a. a. O., S. 69) のみでは不十分であるとする。

(7) 同旨 Kamprad, a. a. O., S. 19.

(8) Kalter, a. a. O., S. 282. この点で Kamprad と異なる。

(9) Kalter, a. a. O., S. 284.

故意又は重大な過失から行為した場合に、会社、特に破産管財人は、出資者に対する差額請求権を有すると解している。彼はこの立場をおし進めて、軽過失の場合にも責任があるべきと考える。そして現物出資の過大評価が同時に有限会社の過少資本となるとときには、過大評価に基づく有限会社の差額請求権と、過少資本に基づく会社債権者の賠償請求権⁽¹⁰⁾は並存すると解する。

(11) ま と め

(社員貸付を含めて) 会社の過少資本に基づく社員の責任について今まで解釈論として主張された見解を一すべてではないが一みてきた。その結果今まで実に多様な見解が主張されてきたかを認識できる。いままで主張された見解を観点を変えて整理すれば、次のように分類できる様に思われる。最初に分類のメクルクマールとなるものは、社員は、会社に対して相応の自己資本供給義務を有するか否かである。これを否定する見解と肯定する見解に分類できる。否定する見解は、それにもかかわらず過少資本の際の社員の責任を根拠づけるために如何なる法技術を採用するかで更に見解が分かれる。大別すると、*venire contra factum proprium* (民法242条) に根拠を置く見解、主観的濫用論に立ちつつ民法242条を適用する見解、表示に責任根拠を求める見解、民法826条に根拠を置く見解に分かれる。他方、会社に対して相応の自己資本供給義務を肯定する見解も、会社組織という法制度に根拠を置く見解と、有限責任という法制度に根拠を置く見解とに大別できる。そして学説で近時有力なのは最後の見解である。それ故判例と学説はともにしばしば客観説であると指摘されるが思想的には根本的な相違があるので特に注意を要する。

V 立 法 論

判例(Ⅲ)、学説(Ⅳ)は、前述した研究から認識できる様に多様を極め、*venire contra factum proprium* が適用されるということではほぼ一致が見ら

(10) Kalter, a. a. O., S. 287.

(11) Kalter, a. a. O., S. 288.

れるとしても、細部においてはなお未解決な問題が多く、過少資本の領域における法的不安定性は著しいものがある⁽¹⁾。かくしてこの問題を解決するための立法論も、過少資本問題が歴史的に古いが故に多数主張されている⁽²⁾。これらの議論を紹介することもそれなりの意義が認められるが、有限会社法改正のための報告者草案⁽³⁾及び政府草案⁽⁴⁾が発表されている段階では、むしろ後者の議論に焦点

(1) 資本流通税法 (KVStG) 第 3 条は、1971 年より削除されたので、社員貸付による金融方法を採用する税法上の刺激が存在するようになった。それで一層社員貸付を会社法で規制する必要が出てきているのである。Vgl. Krieger, BB 1972, 717 (720).
なお Winter, a. a. O., S. 137 f. 参照。

(2) 既に戦前から過少資本の立法論が議論されている Vgl. Drobnig, a. a. O., S. 80 f. その他 Lohmann, Ein Vorschlag zur Reform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in AcP. 150 (1949). S. 506 (509 f.); Woeste, Gesellschafterdarlehen und gesellschafterverbürgte Darlehen an die GmbH in deren Konkurs, in GmbH-Rdsch 1959, S. 131. 資本補充の性質を有する社員貸付と社員が保証した第 3 者の貸付を基本資本と類似に取扱う立法論を、KVStG 3 条と有限会社は独立した法人であるという観点から検討している。; Hofmann, NJW 1966, 1941 (1946). 民法 826 条に基づきながら挙証責任の転換を主張する。Kamprad, a. a. O. S. 79 ff. は、次のような具体的提案をしている。『(1) 情況によれば必要とされた自己資本供給を補償する社員貸付に対しては、有限会社法 30 条 1 項及び 31 条 1 項が準用される。破産のときには当該貸付は会社の債務とみなされない。自己資本供給は、会社が取引に普通の範囲で責任資本を賦与されない (過少資本である) 限り、必要とされる。社員貸付は、会社が貸付交付の時点で過少資本でなかったということを、社員が証明するものでなければ、会社が事実上及び法律上少くとも 3 年の返済期間を期待することが許されたときには、情況によれば必要とされた自己資本供給の補償とみなされる。(2) 社員が貸付交付の時点で存在する破産申立義務の防止のために与える貸付は、返済により破産開始の申立義務が新たに現われるときには、返済されない。1 項 1 文は準用される。(3) 社員が担保を給付した又は他の法律原因により責任を負う第 3 者の貸付は、社員が第 3 者に欠損 (Ausfälle) につき責任を負わなければならない範囲で、社員の貸付とみなされる』と。; Kamm, a. a. O., S. 149 ff. 包括的な詳細な検討を行なっている。この文献によりドイツで従来主張された立法論の傾向を把握することができる。; Wiedemann, a. a. O., S. 17 ff. 参照。

(3) Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung

をあて検討を加えることが有意義と考えられる。そこで本節では、もっぱら報告者草案以後の学説の動向を若干の文献をたよりに紹介することにする。

(1) 報告者草案及び政府草案

(a) 1969年に有限会社法報告者草案が公表され、⁽⁵⁾ 1971年には政府草案が公表された。⁽⁶⁾ 以下では社員貸付に関連する政府草案規定を、報告者草案中政府草案

(Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz), Verlag Dr. Otto Schmidt KG. Köln-Marienburg

- (4) 私の手元にあるのは、Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundestags-Drucksache 7/253 (1973) である。Bundestages-Drucksache 6/3088 は手元にないので、以下の記述は Drucksache 7/253 に基づく。
- (5) 報告者草案に関する論文として、Gessler, Die Reform des GmbH-Rechts, BB 1969, 589 (591 f.), 司法省参事官の論文；Hofmann, Zum Referentenentwurf eines GmbH, AG 1969, 337 (339). 従来の主張と同様 826 条による解決を主張。；Teichmann, Zur Reform der GmbH, JZ 1970, 132 (134). 草案に賛成。；Winkler, BB 1969, 1202 (1207). 単純な過少資本も規制すべきこと、差額責任によるべきことを主張している。；Sonnenberger, NJW 1969, 2033 (2037 f.). 47条批判を行なう。；Kreplin, Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes im Urteil der Wirtschaft, BB 1970, 93 (94f.). 47条2項の批判を行なう。；Luckan und Schacht, Gläubigerschutz, Publizität und Haftung, DB 1970, 1449. 情報の観点から経営経済学的批判を行なう。；Immenga, a. a. O., S. 412 ff. ; derselbe, Konkursanfechtung und Gesellschafterdarlehen, GmbH-Rdsch 1970, 258 (261 f.) ; Ballerstedt, Gesellschaftsrechtliche Problem der Reform des GmbH-Rechts, ZHR 135 (1971), 383 (391 ff.). 47条1項批判を行なう。カツコの内はいずれも社員貸付に関する記述がなされている部分である。
- (6) 政府草案に関する論文として、Krieger, Die Regierungsentwürfe zur GmbH-Reform, BB 1972, 717 (719f.). 司法省局長の論文。；Strobel, Betriebswirtschaftliche Überlegungen zur Reform der Behandlung von GmbH-Gesellschafterdarlehen im Falle des Konkurses oder Vergleichs, DB 1973, 1961. 49条に従って要求される自己資本供給を必要にする支払困難が現われるか否かは、非常に多くの場合、3年から5年の金融予測で認識できるのであるから、49条を次の様に改正すべきであると主張する。『社員が会社に貸付を与えたときに、貸付承諾が破産又は和議手続の開始前5年以内に行なわれたときは、社員は、会社財産に対する破産のとき又は破産防止のた

で削除又は変更された部分はカッコでくみ紹介する⁽⁷⁾。

『第49条（報告者草案第47条）社員貸付

第1項（報告者草案第1項）社員が、通常の商人としては会社に自己資本を供給したであろう時点において、それに代えて貸付を会社に与えたときは（報告者草案一貸付授与の時点における状況によれば、会社の自己資本に対する資本供給が必要とされたにもかかわらず、社員が会社に貸付を与えたときは）、その社員は、会社財産に対する破産又は破産防止のための和議手続において貸付の返還請求権を行使することができない。（以下の2文は報告者草案では規定されていなかった）これは特に、貸付が会社の支払不能を防止し又は遅れさせるために使用されたときに適用される。会社債権と貸付返還請求権との相殺は、会社財産に対する破産手続又は破産防止のための和議手続開始後は許されない。但し強制和議又は和議手続において確定された和議は、社員の有利及び不利に効力を有する。

（報告者草案第2項）

（社員に対する貸付の返還につき、会社との間に確定した期限が合意されていないとき、又は貸付が会社の支払不能を防止し若しくは遅れさせるために使用されるが社員に知られ又は知らなければならないときは、第1項に規定する貸付授与が常に存在する（も

めの和議手続のときに貸付の返還請求権を通例主張することができない。』と；Kamprad, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Konkurs und Vergleich der GmbH in der rechtspolitischen Diskussion, GmbH-Rdsch 1975, 54. 49条1項を次の様に改正すべきと主張している。『社員が、会社の支払不能を回避するか又は延期するために、会社に貸付を与えたときは、社員は、会社財産に対する破産のときに又は破産防止のための和議手続において貸付の返還を主張することができない。貸付の返還請求権をもってする会社債権に対する相殺は、会社財産に対する破産手続又は破産防止のためにする和議手続の開始後には許されない。強制和議又は和議手続において確定された和議は、社員の有利又は不利に効力を有する。』

(7) 江頭『前掲書』90巻5号80頁以下、石田満、吉川栄一、出口正義訳「西ドイツ有限会社法草案(2)」『上智法学論集』16巻2号116頁以下（政府草案の訳）で紹介が既になされている。なお渋谷光子「西ドイツ有限会社法改正の方向」『法学協会雑誌』89巻11号139頁、145頁以下参照。

のとみなす)。貸付授与の際に返還のために1年より長い期限が合意され、又はそれより短い期限の場合にも貸付が1年よりも長い間返還されなかったときは、貸付授与の時点における状況によれば、会社の自己資本に対する資本供給が必要とされたものと推定される。)

第2項（報告者草案第3項）

社員が会社に対する第3者の猶予債権を取得するか又は会社に対する社員自身に帰属する債権を猶予するときは、本規定は準用される。（次の1文は報告者草案にはなかった）第3者の猶予債権の取得の際には取得時期が、社員の債権の猶予の際には猶予の時点が、第1項第1文の意味の貸付授与の時点とみなされる。

第3項（報告者草案第4項）

第1項で規定された法律効果は、第1項又は第2項（報告者草案—第1項乃至第3項）に該当する社員の債権を破産又は和議手続の開始前1年以内に取得した債権者に対しても適用される。

第4項（報告者草案第5項）

社員が通常の商人としては会社に自己資本を供給したであろう時点においてそれに代えて第3者が会社に貸付を与え、社員が第3者に貸付の返還のために担保を設定するか又はそれを保証したときは（報告者草案—状況によれば会社の自己資本に対する資本供給が必要とされていた時点において、第3者が会社に貸付をなし、その返還のために社員から担保を取得し又は社員に保証を提供させたときは）、第3者は、会社財産に対する破産手続において、担保又は保証の要求の際にぬけ落ちた額についてのみ比例的弁済を請求することができる。更に、会社財産に対する破産手続及び破産防止のための和議手続において、第3者の請求権には別除的弁済が要求される債権に関する規定が準用される。社員が第3者に弁済をなす限り、社員は、会社財産に対する破産又は破産防止のための和議手続において会社に対する求償権を行使することはできない。第1項第3文及び第4文（報告者草案—第1項第2文）は、適用される。本規定は、第3者が会社に対する他の第3者の猶予債権を取得し又は会社に対するそれ自身に帰属する債権を猶

予するときは、準用される。(次の1文は報告者草案にはなかった)第2項第2文は適用される。

第5項

社員との結合企業及び社員又は社員との結合企業の計算で行為する第3者の債権、担保又は保証は、社員の自己の債権、担保又は保証と同視する。

第6項(報告者草案第6項)

第1項乃至第4項は、社員の配偶者又は未成年の子の債権又は担保に準用される。但し、社員の資産から取得されるか又は設定されたものでないものについてはこの限りではない。社員の配偶者又は未成年者の子の計算において行為する第3者の債権、担保又は保証についても同じく適用される(報告者草案—社員の配偶者又は未成年の子の債権、担保又は保証は、社員の自己の債権、担保又は保証と同視する。それは、社員との結合企業及び社員、その配偶者若しくは未成年の子若しくは社員との結合企業の計算において行為する第3書の債権、担保又は保証についても準用する)。

第50条(報告者草案第48条) 法律行為の取消

第1項 第49条第1項乃至第3項、第4項第3文、第5項又は第6項(報告者草案—第47条第1項乃至第4項、第5項第3文又は第6項)に該当する債権の債権者に担保又は弁済を与える法律行為は、会社財産に対する破産のときに破産管財人によって破産債権者に対して無効なものとして取消されうる。取消権の行使及び効果に関する破産法の規定は、準用される。

第2項(報告者草案第2項)

債権者に与えられた弁済は(報告者草案—債権者に与えられた弁済又は会社債権と貸付返還請求権との相殺は)、それが破産手続開始前1年よりも前に行なわれているときは、取消されえない。

第3項(報告者草案第3項)

会社が第49条第4項(報告者草案—第47条第5項)の場合において貸付又は猶予債権を破産開始前1年以内に返還したときは、担保を設定した又は保証人と

して債務を負担していた社員は、会社に返還された額を填補しなければならない。この債務は、社員が保証人として債務を負った額又は貸付若しくは猶予債権の返還の時点における社員によって設定された担保の価額に相応する額まで存在する。社員は、債権者に担保として供した目的物を会社にその弁済のために用立てるときは、債務を免れる。』

(b) 報告者草案と政府草案の同一な点としては、まず、会社はその営業部門及び営業範囲に相応する自己資本を供給されなければならないという規定をもうけることは、考慮に値するが、実施が不可能であるとして、社員貸付のみを規制していることである。次に、貸付のなされた時点で過少資本の事実が存在すれば、社員による貸付は資本の過少な範囲で（事実上資本補充的性格を有する部分のみ）劣位するのではなく、その貸付全体が劣位するという規制を採用していること⁽⁸⁾、及び社員が担保、保証をなした第3者による貸付の場合には、第3者は、会社財産に対する破産手続において、担保又は保証の要求の際にぬけ落ちた額についてのみ比例的弁済を請求することができるとしていることである。その他、一定の第3者の債権、担保又は保証を社員のそれと同一視していること、及び破産管財人に一定の法律行為の取消権を認めていることが挙げられる。

他方、報告者草案と政府草案の主な相違点は、次のとおりである。

第1に、報告者草案は、KVStG 3条になら⁽⁹⁾って、貸付債権劣後のための基

(8) Referentenentwurf, Erläuternde Bemerkungen, Zu E §§ 47 und 48, Vorbemerkungen, S. 184. ; Gesetzentwurf, Begründung, zu den §§ 49 und 50, Vorbemerkungen, S. 110.

(9) 江頭『前掲書』90巻5号83頁注66参照。Vgl. Immenga, a. a. O., S. 412 f. 責任資本と相応の責任資本の間の差額は通常何倍にも達するとのことであるから (Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2. S. 15), このような規制を取るのが、ドイツでは適当なのであろう。

(10) Vgl. Referentenentwurf, Erläuternde Bemerkungen, Zu E § 47, S. 185 f. 出資にかえて貸付を会社に与えることによって、KVStG 2条に規定された会社税義務を回避

準を『貸付授与時点における情況によれば、会社の自己資本に対する資本供給が必要とされたにもかかわらず、社員が会社に貸付を与えたとき』（47条1項、5項）としたのに対して、政府草案では『社員が、通常の商人としては会社に自己資本を供給したであろう時点において、それに代えて貸付を会社を与えたとき』（49条1項、4項）と表現を改めたこと。第2に、報告者草案47条2項に規定していたみなし規定と推定規定を政府草案では全面削除していることである。⁽⁴⁾

(c) 報告者草案、政府草案ともに、社員貸付のみを規制の対象とし、単純な過少資本は今述べた様に規制の対象外にしている。かくして、社員貸付を規制して置きながら単純な過少資本を放任することは債権者保護の観点からみて片手落ちであるという印象を受ける。そこで単純な過少資本も当然規制の対象とすべきであるとする立法論が唱えられている。現在私が調べた限り有限会社改正研究グループの立法論と Winter のそれがある。前者は過少資本の認定に伝統的な一般条項の形式を採用するのに対し、後者の見解は、事実的基準に立つ法的定義を設定し、差額責任を許される限り実現しようとする対照的立場を採用している。

(2) 有限会社法改正研究グループの提案

(a) Arbeitskreis-GmbH-Reform⁽⁷⁾ は次のような具体的提案をなしている。⁽⁸⁾

しようとする試みを阻止するため、社員貸付は、同法3条1項によれば、『事情によって要求された資本供給を補充するものである』ときに、会社税に服させられた。KVStG 3条の説明については、Kamprad, Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdeckte Stammeinlagen, 1968, S. 4 ff.; Winter, a. a. O., S. 133ff. 参照。同条の存在は、ドイツ有限会社法の改正議論において大きな役割を演じた。

(11) ここに到るまでの経過については、Winter, a. a. O., S. 174 f. 参照。

(1) 同グループの構成メンバーは定かではないが、本の表題に記された氏名から推測すると次の人々がメンバーである。Hueck (G.), Lutter, Mertens, Rehbindner, Ulmer, Wiedemann, Zöllner. そうそうなるメンバーである。

(2) 同グループは、政府草案(46条1項)によって提案された標準を、原則として、他のあらゆる提案よりも優先に値すると考える。なぜならば、通常の商人の仮設的金融

『第48条 a（最初の過少資本の際の責任）

1 項 会社財産に対して会社の設立後 5 年以内に破産手続又は破産防止のためにする和議手続が開始されるときには、社員は第 2 項乃至第 5 項に応じて会社債務の責任を負う。

2 項 会社の設立のさいに会社の自己資本が得ようと努められた営業範囲と明白に比例せず、及び社員が会社の自己資本の確定のさいに通常の及び良心的な発起人の慎重さを重大な方法で怠ったときは、責任が生ずる。第49条第 1 項に従って行使されえない社員貸付は、自己資本と同視する。社員が通常の及び良心的な発起人の慎重さを重大な方法で怠ったか否か争いがあるときは、挙証責任は社員が負担する。破産手続又は破産防止のためにする和議手続の開始が、会社の設立のさいの会社の不十分な資本賦与に基づくものでないときは、責任は除外される。

3 項 責任は次の社員のみが負う。

1. 会社契約又は設立の前若しくは設立のさいに締結された社員のその他の同意に基づいて、会社の設立のさいに業務執行者であったか又はのちになった者

決定への連結は、社員に将来自己資本供給の機能的に正当な決定を可能にし、金融規準に関する経営経済学の発展の機先を制しないからである。しかし、49条 1 項が、他人資本特徴を有する社員貸付の授与のあとで過少資本が現われるか、又は貸付の返却によって現われる場合を規制しないのは、あらかじめ期限つきでない貸付がなされているか、又は社員が期限つき貸付を協定した期限の満了後そのままにしているような場合、この種の貸付は、通常の商人の評価によれば、機能的には自己資本となるから、不十分であり、規制すべきであると主張する。また会社債権者は、社員が貸付の時点等で通常の商人としては会社に自己資本を供給したであろうということを示すことを挙証することは困難であるから、社員が反証義務を負うべきものとする。しかし同グループの見解は、政府草案とただ非本質的に相違するが故に、本文のように過少資本に対する法律案のみを提案している。Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2. 1972, S. 18ff. なお差額責任説をとらない理由については、a. a. O., S. 15.

2. 会社契約又は設立の前若しくは設立のさいに締結された社員のその他の同意に基づいて、会社の設立のさいに又はのちの取得によって、持分の20%又はそれ以上を所有した者

3. 会社の設立のさいに議決権拘束契約によって又はその他の方法で、事実上20%又はそれ以上の会社における議決持分を意のままにした者

4. 会社の設立に対して決定的な影響を及ぼした者

4 項 破産債権者がそれらの債権のために手続の開始のときに存在する会社の財産から支払われない限り、社員は、破産財団が優先債権と非優先債権の50%を支弁するまで、破産財団に補償支払いの義務がある。社員は連帯債務者として責任を負う。1 文及び2 文は和議手続に準用される。

5 項 1 項乃至5 項の補償義務は、破産手続においては破産管財人によって、破産防止のためにする和議手続においては和議管財人によって行使される。

6 項 1 項乃至5 項の責任は、社員ではないが、会社の設立に決定的な影響を及ぼした者も負う。

第48条 b（あとからの過少資本の際の責任）

1 項 会社の自己資本が会社の営業範囲に比例しないか又はそのような状況が起こる恐れがあるということが、年度貸借対照表又は中間貸借対照表の計算のさいに明らかになるか、又はもしそうでなければ義務的見積りの際に仮定されなければならないときは、義務執行者は社員にそれを通告しなければならない。但し、全社員が既にそれについて承知しているときはこの限りではない。

2 項 社員は、自己資本と営業範囲の間の不均衡の通告又は承知の後6 カ月以内に不均衡の除去のために適当な処置を実施する義務がある。処置の実施についての社員総会の決議は、各社員の投票を確認する議事について公証人が作成した調書によって証明されなければならない。

3 項 会社財産に対して2 項で規定された期間の経過後2 年以内に、破産手続又は破産防止のためにする和議手続が開始されるときは、社員は、4 項及び

5 項に従って会社債務の責任を負う。

4 項 会社の自己資本が 2 項で規定された期間の経過後明白に営業範囲と比例せず、及び社員が自己資本と営業範囲の間の不均衡の除去のための処置に対する決定のさい又はその実施のさいに、通常の及び良心的な支配人 (Geschäftsleiter) の慎重さを重大な方法で怠ったときは、責任が生ずる。社員が通常の及び良心的な支配人の慎重さを重大な方法で怠ったか否か争いがあるときは、挙証責任は社員が負担する。破産手続又は破産防止のためにする和議手続の開始が会社の不十分な資本賦与に基づくものでないときは、責任は除外される。

5 項 48 条 a 2 項 2 文、4 項及び 5 項は準用される。

6 項 業務執行者が 1 項に基づく義務の履行のさいに通常の及び良心的な支配人の慎重さを怠るときは、3 項乃至 5 項に従って社員の様に責任を負う。業務執行者が通常の及び良心的な支配人の慎重さを怠ったか否か争いがあるときは、挙証責任は業務執行者が負担する。同一の責任は、社員ではないが、会社に対する影響を通して、自己資本と営業範囲の不均衡の除去のための処置の適時の実施を妨害した者に及ぶ。』

(b) 同グループの提案は、社員には設立の際債権者に対する秩序にあった (ordnungsgemäß) 自己資本供給義務があるという思想に基づいている。同グループは、最初の過少資本の際の規制を、一方では有限会社の有限責任の維持と多様な利用可能性についての利益と、他方では十分な債権者保護と健全な資本構造についての利益の矛盾する利益の間の妥当な調整を樹立するものとみなしている。社員の責任を設立後 5 年内としたのは、有限会社の非常に高い《乳児死亡率》を考慮して、不真面目な新設立を防止しようとする意図から出たものである。⁽³⁾

あとからの過少資本の規制に対して、同グループは次の様に説明している。過少資本の問題はあとからでも現われるので、規制は必要である。しかし

(3) Arbeitskreis, a. a. O., S. 16.

《流動する》相応の基本資本という要件も、破産のときの社員貸付の否認という規制も十分ではない。むしろ社員は、あとからの過少資本を、相当な時間内に一定の手続で健全化する義務を負うとするのが妥当であると⁽⁴⁾。

(3) Winter の提案

(a) Winter は、政府草案第1編第3章『会社と社員の法律関係』中、第29条乃至第48条に新たに第1節を設け、『定款に従った基本資本の抛出と維持』として総括し、第2節として『相応の自己資本の欠損についての責任』という節を設け、次の規定を挿入すべきであると主張している⁽¹⁾。

『I. 総 則

第1条 過少資本についての責任

社員はただ2条乃至8条に応じて会社の過少資本に責任を負う。

定款に従った基本資本の抛出及び維持についての規定又は不法行為についての規定に基づいて更に及ぶ責任は関係しない。

第2条 過少資本の法律上の定義

自己資本と他人資本の間の関係も自己資本と投資財産 (Anlagevermögen) の間の関係も部門に普通の価値に達しないため、会社の自己資本が高められなければならない額が過少資本とみなされる。

会社が活動している部門の官庁統計から明らかになる中央値は、部門に普通の価値とみなされる。

会社が数種の部門で活動しているときは、これらの部門の中央値から、会社の年度売り上げの部門分配に従って測定された平均価値は形成されなければならない。

会社が理想的の又はその他の非産業的の目的を逐行するか又は会社がその他の理由から一部門に配列されえないときは、比較可能な会社の代表的なグルー

(4) Arbeitskreis, a. a. O., S. 16 f.

(1) Winter a. a. O., S. 121 ff.

プから専門的知識のある鑑定人によって調査されるべき価値が、部門に普通とみなされる。

Ⅱ．最初の過少資本

第3条 会社の破産のときの追加出資義務

会社設立の時点において過少資本が存在していたときは、社員は会社財産に対する破産のときに持分の割合に従って過少資本額の追加出資を義務づけられる。

社員から当該社員の分け前になる額が取り立てられえない限り、残りの社員は持分に比例して不足分を支払わなければならない。

1項又は2項に基づく会社の追加出資債権に対しては相殺は許されない。

破産手続の開始が会社の定款に従った活動の開始（Aufnahme）後3年よりもあとに行なかれるときは、追加出資債権の主張は排除される。社員の責任は、あとからの過少資本に適用される規定に従う。

Ⅲ．あとからの過少資本

第4条 破産のときの不完全な差額追加出資義務

会社設立時点のあとで過少資本が生じたときは、社員は、破産のときに3条1項の意味の追加出資を義務づけられない。

破産管財人は、過少資本額を社員の債権に対する相殺の方法で行使する権限を有する。

社員の債権に対する相殺は、過少資本額が持分に比例して社員の分け前になる限りでのみ許される。

過少資本額の測定のための決定的な時点は、会社の財産に対する破産手続の開始前の最後の貸借対照表期日である。

社員は会社に対する債権を、それが2項乃至4項に従って破産管財人による相殺に服する限りで、社員から会社の債権と相殺することができない。

第5項 社員によって担保された債権を有する第3者の責任

会社に対する第3者の債権について社員が第3者に担保を設定したか又は保

証したときは、2項及び3項に応じて第3者の債権は、社員の債権とみなされる。

破産管財人は、過少資本の社員の分け前になる部分額を第3者の債権に対する相殺の方法で行使することができる。

相殺は、社員が保証人として責任を負う又は社員によって設定された担保の相殺の時点における価値に相応する額までのみ許される。

会社に対する第3者の債権が破産管財人の相殺によって消える限り、第3者は社員に償還請求をすることができる。

第6条 会社占有にある私的投資財による責任

社員の動産が社員の意思によって経営目的のために会社の占有にあるときは、破産管財人は、過少資本の社員の分け前になる部分額のために物に対し留置権を行使することができる。

破産管財人は、留置権によって、留置された動産から過少資本の社員の分け前になる部分額を支払われる権限を有する。民法典371条は準用される。

社員の不動産が社員の意思によって経営目的のために会社の占有にあるときは、破産管財人は、過少資本の社員の分け前になる部分額のために不動産に担保抵当権の認容を要求することができる。

第7条 破産開始前の取消しうる法律行為

破産管財人は、当該法律行為が会社財産に対する破産手続の開始前1年以内に行なわれている限り、2項乃至4項に従って取消権を行使することができる。法律行為の取消に対する破産法の規定（破産法29条以下）は、関係しない。

会社に対する債権について社員に支払いが行なわれたときは、社員は会社を受領した額を償還しなければならない。債務は過少資本の社員の分け前になる部分額までのみ存在する。

会社に対する債権について第3者に支払いが行なわれたときは、第3者に当該債権のため担保を設定するか又は保証した社員は、会社に第3者に対して支

払われた額を償還しなければならない。債務は、過少資本の社員の分け前になる部分額までのみ存在し、社員が保証人として責任を負担したか又は第3者への支払の時点における社員によって設立された担保の価値に相応する額を越えない。

6条1項又は3項の意味で会社に譲渡された社員の物に対する占有が会社から奪い取られたときは、社員は、過少資本の社員の分け前になる部分額の会社に対する支払いを義務づけられる。債務は、会社が6条2項又は3項に基づいて物の売却によって支払いを得たであろう限りにおいてのみ存在する。

8条 資産払い出しの償還に対する責任

会社の財産から社員に対して行なわれた給付によって過少資本が惹起された限り、社員は会社の破産のときに会社に給付の価値を償還することを義務づけられる。

社員が反対給付を提出したときは、会社の給付の価値が社員の反対給付の価値を凌駕する額のみが会社の給付とみなされる。

社員は、給付を会社財産に対する破産手続の開始前1年以上前に取得したときは、償還を義務づけられない。』

(b) Winter の法案趣旨説明及び同法案の政府草案に比べての長所の記述は、正に Dissertation に値するかなり詳細なものである。しかしここでは同法案の特徴を簡単に指摘するに留める。

第1に、過少資本の法律要件メルクマールが、法律技術的に一般条項としてではなく、法的定義として形成されていること⁽³⁾。KVStG 3条1項、報告者草案47条1項1文、政府草案49条1項1文は、法的安定性と実用性において問題があるからである。⁽⁴⁾

(2) Winter のモノグラフィーは、ハンブルク大学にドイツセルタチオンとして提出されたものである。Winter a. a. O., Vorwort.

(3) Vgl. Winter a. a. O., S. 141 ff.

(4) Vgl. Winter a. a. O., S. 132 ff.

第2に、要求される自己資本供給の基準として、規範的な基準にかえて、部門に普通という事実的基準を採用していること。⁽⁵⁾

第3に、差額責任説を採用していること。しかも有限責任原則との調和の観点から、最初の過少資本の場合とあとの過少資本の場合とで規制に相違を設けていること。⁽⁶⁾

第4に、追加出資義務は、過少資本の結果増加させられた利益チャンスに対する報償であるという立場から、全社員は持分に応じて責任を負うという立場を取っていること（但し最初の過少資本の場合に限られる）。⁽⁷⁾

第5に、社員貸付のみならず、社員が会社と締結する使用又は用益賃貸借契約も規制の対象としていること（但しあとの過少資本の場合に限られる）である。⁽⁸⁾

なお Winter は、政府草案49条5項、6項の様な規定を特に設けていないが、これは、経済的に社員の債権と同一視しうるすべての場合を規定するのは不可能であり、むしろ法律案5条の具体的事件における類推適用の問題であると解するためである。⁽⁹⁾

(5) Vgl. Winter a. a. O., S. 143 ff.

(6) 彼によれば、有限責任原則は、社員の責任が同時に数字的にも及び对象的にも（ziffernmäßig und gegenständlich）無制限であることは許されないということを意味する。ところで最初の過少資本の場合の責任は、過少資本額が社員権取得の際に決定的に確定しているから、数字的には制限されている。それ故社員は对象的に無限に、即ち全財産で差額出資の義務を負う。彼はこの場合を真正な差額追加出資義務（echte Differenz-Nachschußpflicht）と呼ぶ。これに対して、あとの過少資本の場合の責任は、過少資本最高額が社員権取得の際に予想できないから、数字的には無制限である。それ故有限責任原則維持のために、社員は对象的に制限された、即ち会社に対する社員の債権、会社の占有にある社員の動産、不動産によってのみ責任を負う。彼はこの場合を不完全な差額追加出資義務（unvollkommene Differenz-Nachschußpflicht）と呼ぶ。Vgl. Winter a. a. O., S. 127ff., 152 ff., 156 ff.

(7) Winter a. a. O., S. 154, 166 f.

(8) Winter a. a. O., S. 179 ff.

(9) Winter a. a. O., S. 163.

VI 結 び

ドイツの過少資本に関する議論をかなり詳細に今まで紹介してきた。その結果一方ではまだ会社法の領域外で問題を解決しようと試みる見解もあるが、他方では、問題を会社法の体系内で解決しようと試みる見解があり、この見解は、一有限会社法改正案にも支えられ—ますます有力になりつつあることを知った。規制の対象を社員貸付のみに制限する政府草案がそのまま採用されるか否かは、今のところ不明であり、ドイツの立法者が最終的にいかなる立場を採用するのか非常に興味のあるところである。ちなみにギリシア有限会社法⁽¹⁾（1955年法第3190号）第32条は既に社員貸付に関する規定を設けている。

ドイツ法が最終的にいずれの立場を採用するにしても、この問題、特に有限責任制度の解明にこそいまだエネルギーは膨大なものであり、その成果もみるべきものがある。⁽²⁾他方大企業への経済力集中の問題を検討した Großfeld は、有限責任制度の沿革まで遡る研究をなして、株主有限責任は、法人格の論理的結果ではなく、企業に過大に大きな危険が予想される場合と、内部支配の欠如がある場合に認められた目的創造物であるとする見解を唱えている。⁽³⁾過少資本の問題は小企業の有限責任制度に焦点をあて、Großfeld の見解は大企業の有限責任制度に焦点をあてたものである。これら2つの観点はどのように止揚されるべきものなのか今後の検討にまたなければならないが、ドイツ法との比較で

-
- (1) Rokas, Die Regelung von Gesellschafterdarlehen an die Gesellschaft nach dem griechischen Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ZHR 128, 297.
 - (2) 日本の多数説は、アメリカ法の影響を受けた「形骸化」要件を除けば、Serick の見解をそのまま踏襲し、ドイツのその後の見解の発展を無視する。例えば蓮井良憲「法人格の否認」『判例演習講座商法Ⅰ』41頁。
 - (3) Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 102 ff. Vgl. Immenga, a. a. O., S. 118 f.
 - (4) Großfeld の影響を受けた日本の学説として、久保欣哉「株主有限責任原則の限界—責任制限の競争阻止、独占助長機能をかえりみて—」『青山法学論集』14巻1号25頁。

日本法について指摘することができるのは、日本法における有限責任制度に対する本格的な研究の欠如である。Serick に影響された法人格否認の法理が多数説になるなかで、森本・江頭両助教授が指摘された「個別的規範解釈事例」と「有限責任濫用事例」の区別は高く評価されてよい。⁽⁵⁾有限責任制度と商法 266 条ノ 3 の検討、そしてそれに基づく要件・効果論の構築こそ、法人格否認の法理の関連でも実りある成果が期待される様に思われる。その際に法人格否認の法理に関するアメリカの判例と破産拡張に関するフランスの判例・学説の検討は不可欠な前提の様に思われる。過少資本の解釈論・立法論はその後に述べられるべき事項である。

追記 拙稿『富大経済論集』22巻2号92頁は同意なく2校で打ち切られた。誤植があるのでここで訂正する。

92頁表題のあとに(Ⅰ)を加える。

96頁Ⅲ(Ⅰ)(Ⅰ), 26日→16日。

108頁4行目, はれは→それは。

(5) 森本滋「法人格の否認」『新商法演習Ⅰ会社(Ⅰ)』14頁, 同「法人格否認と判決の効力」『法学教室《第2期》』142頁, 同「いわゆる法人格否認の法理の再検討」『私法』36号124頁, 江頭憲治郎「法人格否認論の形成とその法構造」『私法』36号121頁, 同「法人格否認の法理と判決の効力の拡張」『石井先生追悼論文集『商事法の諸問題』21頁等。

(6) 手元に Zimmermann, Die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern bei Insolvenz der GmbH in Frankreich, Diss. 1971 がある。