

過少資本に基づく社員の責任 (2)

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) 主観的濫用論に立つ実体把握理論の系譜
 - (2) 近代利益法学派の見解
 - (3) 独立の責任原因 (民法862条) に基づく責任論に立つ見解
 - (4) 表示責任論
 - (5) 制度濫用論の系譜
 - (6) 有限責任特権喪失説
 - (7) venire contra factum proprium と主観的濫用論併用説 (以上本号)

IV 学 説

過少資本に対してドイツの判例は、確固たる教義的基礎を欠くが故に、法的不安定を招来しているが、学説も同様に多様を極め、問題の解決は立法に委ねざるをえない段階まで進捗して来ている。本節は、立法論 (V) の紹介に入る前に、過少資本の問題の解決のために主張された学説を、歴史的に把握しつつ、学説の特徴に従ってグループに分類し、紹介・検討しようとするものである。過少資本に関するドイツの学説は、Serick 以後の見解を記述することで足りるから、それ以前の文献紹介は省略することにする。

(1) 主観的濫用論に立つ実体把握理論の系譜

(i) Serick の見解 (1955年)

(a) 近代責任把握の創始者とも言われ⁽ⁱ⁾、我国の学説にも多大な影響を与えた

Serick⁽²⁾ は、その著作『Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955)⁽³⁾』において、立法者は、法人を一定の形式で創造し、形成したということによって、既に自ら価値衡量を行なった。それ故法人は創造された限界内では完全な権利主体として尊重されなければならない⁽⁴⁾、自然人よりも悪く取り扱われてはならない⁽⁵⁾、という法人観をもとに、法人の概念メルクマールを会社と社員の人格

(1) Reh binder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht (Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht) 1969, S. 95. これに対し、喜多川篤典『株式会社法の法理』46頁は、「彼のいわんとするところは、Wolff 以上のものではない」と評価する。この評価は不当である。Vgl. Müller-Freienfels, AcP 196 (1957) 522 ff.

(2) 大隅健一郎「会社の法形態の濫用」『会社法の諸問題（増補版）』19頁以下、加美和照「会社の法形態と実体の研究(2)（ドイツ）」『社会科学論集』8号67頁以下（同教授のその他の文献省略）、蓮井良憲「会社の独立性の限界」『私法』19号109頁以下（同教授のその他の文献省略）、奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」『実務民事訴訟講座5』157頁以下、坂井隆一「法人格否認の法理についての一考察」『長崎県立国際経済大学論集』6巻1号103頁以下等参照。反対するものとして、森本滋「いわゆる法人格否認の法理の再検討」『法学論叢』89巻3号1頁、4号28頁、5号1頁、6号82頁以下、江頭『前掲書』89巻12号1頁、90巻1号64頁、2号1頁、3号1頁、4号51頁、5号52頁以下等参照。Serick の文献は、ドイツ、日本以外にも読まれている。スイスについては、Michel Grossen, La personnalité morale et ses limites en droit suisse, in *La personnalité morale et ses limites* 1960, P. 144 et seg. Verrucoli, *IL superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, Milano, 1964, P. 2 nota 1によれば、A. Polo Diez の緒言と翻訳者 J. Puig Brutau のコメントにより、Serick の右文献はスペインで、*Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles (EL abuso de derecho por medio de la persona jurídica)*, Barcelona, 1958 として翻訳されている。なお Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 6^a ed. T. I, P. 277. は、上記文献を参考文献として上げている。

(3) 書評として、Müller-Freienfels, AcP 156, 522; Beitzke, JZ 1956, 40; Siebel, ZHR 120 (1957) 73; Reinstein, Rabels Z 22 (1957) 367. その他 Serick は, *Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen*, 1957 (未入手) を著しているが、その書評として Rinck, JZ1960, 229 (但し後述する Drob nign の文献の書評も含む) がある。

(4) Serick, a. a. O., S. 24, 206.

(5) Serick, a. a. O., S. 2, 213.

及び財産の明確な峻別であるとし、この峻別原則の打破（法人の法形態の否認）を実体把握（Durchgriff）という語であらわし、従来の判例は、実体把握をなす際実質的妥当性のみによ拠し、その理論的根拠づけを行っていないので、⁽⁷⁾ 法的安定性の要請から、その理論的根拠づけをなそうと試みるとともに、従来の理論は、判例を統一的観点の下に事件の典型が表現されるカテゴリーに分類することも試みておらず、⁽⁸⁾ 判例は矛盾だらけであるから、アメリカの法人格否認の法理の判例を顧慮しつつ、⁽⁹⁾ 実体把握の許される限界を設定しようとした。

(b) Serick は 4 つの命題に彼の主張をまとめたが、彼の体系の核でもあり、我々が問題とする過少資本の問題を取り扱うのは、第一命題である。⁽¹⁰⁾ 即ち『法人の法形態が濫用されるときには、裁判官は、追求されている違法な結果を無効にするために、この法形態を否認し、社員と会社との間の明確な峻別原則に反することができる。濫用は、法人の助けをかりて、法律が回避され、契約上の義務が違反され、又は第三者が詐欺的に加害されるときに、存在する。実体把握を正当化する信義誠実違反の援用は、このような濫用事態があるときのみ成功する』と。彼はこの命題を次のように説明する。

法人の法形態は、合法性の外観の下に違法の目的を遂行することは、法秩序の倫理的基礎に違反し、法人制度それ自体の信用を失墜させるから、法秩序が許容することができない法人の法形態の濫用である。法人は、私法の領域において、誠実な法取引のために、人的責任の除外の下に、社員から独立した形態

(6) Serick, a. a. O., S. 1, 204.

(7) Serick, a. a. O., S. 6, 13.

(8) Serick, a. a. O., S. 15.

(9) 但しアメリカの詐欺的第三者加害の説明でも、過少資本に関するアメリカの判例が引用されていないことは注意を要する。その理由の指摘として江頭『前掲書』89巻12号20頁参照。

(10) Serick, a. a. O., S. 203 ff. Serick の 4 つの命題については、江頭『前掲書』90巻1号76頁、森本『前掲書』89巻5号23頁等参照。

で法律生活と営業生活に参加することを個人に可能にする道具として創造された。そこから法人の特徴である法人と社員の峻別原則が生ずる。しかしこれは、社員が誠実な方法で、法秩序によって指図された範囲内において法人を利用する限りにおいて有効である。法人が法秩序によって引かれた限界を踏み越すときには、峻別はその内部的権能を喪失すると⁽¹¹⁾。

彼は法人の法形態が濫用される場合として上記の様に3つの場合を挙げるが、その1つに詐欺的に第三者の加害がなされる場合がある。彼によれば、おそらく、一人社員が会社の不成巧の場合に債権者の役割を創造するために、出資の増額によってではなくて、貸付の形式で、比較的大きな営業の遂行のために必要な資本を会社に供給するときには、必然的に他の会社債権者の侵害に導くが故に、法人の法形態が濫用される⁽¹²⁾。この場合法人は、その背後にいる人間なしには考えられず、背後者は、法人の行動を決定するから、法人の法形態は否認され、法人の背後にいる者に対して断固たる処置がとられる。

彼によれば、法人の法形態の濫用の故に法人の法形態が押しのけられるときの法律効果は、一般的に違法に追求された結果を挫折されるのに適当である法的形成を判決の基礎にしなければならないということである。そのことから、法律効果は、個別事件の特徴に従って決定されなければならないが、危険な営業の危険を少なくとも会社債権者に転嫁するために、社員が会社に貸付を与えたときには、その貸付は出資として取り扱われなければならない⁽¹³⁾。

(c) Serick の見解は、ドイツの学界に測り難い衝撃と影響を与えたが、それと同時に痛烈な批判に晒された。その1つは、Serick の法人理論が「単一形態」を前提としているということであり、その2はそれと関連するが、実体把握の根拠づけとして「主観的濫用論」を採ったことである⁽¹⁴⁾。

(11) Serick, a. a. O., S. 204.

(12) Serick, a. a. O., S. 205.

(13) Serick, a. a. O., S. 207.

(14) 本文に述べる以外の Serick に対する個別的問題の批判として、森本『前掲書』・江頭『前掲書』の他にRehbinder, a. a. O., S. 287 Fußnote 399, S. 358 Fußnote 647

Serick は、その研究の出発点として、法人の本質論から出発することを否定し、彼の基礎は実定法であることを強調したにもかかわらず、⁽¹⁵⁾ 解釈学的に問題を検討する場合、『立法者は、法人を一定の形式で創造し、形成したということによって、既に自ら価値衡量を行なった。それ故法人は創造された限界内では完全な権利主体として尊重されなければならない』という、いわゆる法人の単一形態を前提としていた。その結果体系違反として法人が否認されるか、又は顧慮されるという表題の下に判決を分類することになったのである。この法人の単一形態に対して最も徹底した批判を加えたのは、(2) で述べる Müller-Freienfels である。彼は次のように批判する。即ち、Serick の研究の基礎が実定法であるならば、法人の概念によってどのような目的・法規・評価が所与のものとして受け取られうるか否かをなканずく解明しなければならなかった。法人は、法律がそう取り扱う限りにおいて、法人と呼ばれうるのであるから、法人は不動の唯一の制度ではなく、推移及び変化可能性を残した複合的段階帰結の終局点である。⁽¹⁶⁾ また法人は、ただ一定の単一体のための便利な総括的表現であるから、法人概念が法的根拠づけの出発点となるのではなくて、⁽¹⁷⁾ 帰納的考察の結論にすぎないのであると。同様に Kuhn は、そのつどごとの固有の法律効果を引き起こす特別の利益状態は、同一の法律類型である資本会社の多様に段階づけられた具体的会社の内部においてさえ現われる。この洞察が法人の単一形態の誤れる観察によって失われるときには、法的価値判断にとっては、損失であると主張する。

(15) Serick, a. a. O., S. 2f.

(16) Müller-Freienfels, AcP 156, 522, 525f. ; Schanze, Einmanngesellschaft und Durchgrifshaftung, 1975, S. 59 は、Serick の目的が実体把握の現象形態の記述であるから、単一形態批判は、ただ条件付で当嵌ると述べる。

(17) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 526 f.

(18) Müller-Freienfels, a, a, O., S. 529.

(19) 同旨。Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 25.

(20) Kuhn, a. a. O., S. 202 ff.

Serick は、実体把握の実定法上の根拠づけを、「法人格の濫用」に求めた。しかもその濫用論は、「客観的濫用論」ではなく、「主観的濫用論」⁽²¹⁾、そして「内在説 (Immanenztheorie)」よりも「外在説 (Anßentheorie)」⁽²²⁾の色彩を強くおびていた。その結果、通説である客観的権利濫用論、内在説という立場から「特別法的な方言」⁽²³⁾だという批判が加えられている。

Serick の見解は、体系的な実体把握理論を新しく構築しようとするものであり、学界に及ぼした影響は大きい⁽²⁴⁾が、過少資本問題の観点に限って言えば、Serick が取扱う過少資本問題に関する判例が、前述した RG の最初の 3 つの判例 (Ⅲ) (イ), (ロ), (ハ) に限られていることから認識できるように、過少資本問題の端緒を開いたという色彩が強い。もっとも (Ⅳ) (1) (ハ) で述べる Kamm の見解は、その後の学説の総合的検討の上に Serick と類似の見解を一更に深化詳細に一展開するものであるから、Serick の見解の重要性をこの領域でも過少評価すべきではない⁽²⁵⁾。

(21) Serick が、法人格濫用の「意図」を重視する点は、Serick, a. a. O., S. 18, 38.

(22) Serick は、すべての権利は内在的限界を有するとし、同様の事は、法人の法形態の濫用の場合にも有効でなければならないと指適するが (Serick, a. a. O., S. 23 Fußnote 4), Kuhn によれば、Serick の法人格濫用論が、ある場合には、『法人の基本構造に内在する限界』等の文言を使用する一方、他の場合には、法人の構造を打破するということを述べる矛盾は、あらゆる権利、法制度は、内在的にその限界を持っていると考える通説である「内在説」のかわりに、権利の限界を外部からそれと無関係な法制度の内容に持ち込む (die Schranke von außen an den davon unberührten Inhalt der Rechtsintitute herantrügen) 「外在説」の立場に立って初めて理解される。Kuhn, a. a. O., S. 201, Fußnote 8. なお江頭『前掲書』90巻1号76頁。

(23) Kuhn, a. a. O., S. 209.

(24) Vgl. Serick, a. a. O., S. 46, Fußnote I. 注(9)指摘の様に、アメリカの過少資本に関する判例は引用されていない。

(25) 以後本文中で述べる以外に主観的濫用論に立つ実体把握理論を支持する見解として、Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, IHbd. Aufl. 15. 1959, §103 Ⅲ (但し過少資本を言及していない); Schmidt=Meyer-Landrut, Großkommentar zum Aktiengesetz, I Bd. Aufl. 2, 1957, §1 Anm. 8a; Dempewolf, DB 1961, 969, insb. 972, 1011.

(ロ) Drobning の見解 (1959年)

(a) 会社債権者の社員に対する責任追及は、法人格とは直接関係がないということを示し、更に有限責任制度との関係において、会社法上の理由に基いて社員に責任が追求されるべき事例を『Haftungsdurchgriff (責任把握)』事例として明確化したことに功績が認められるが⁽¹⁾、結果において Serick と同様主観的濫用説を採用するのが Drobning の見解である⁽²⁾。

(b) Drobning は、比較法的考察を通して、法人格と有限責任とは互いに不可分に結合してはいないということ⁽⁴⁾を指摘し、それから、責任把握は、法人格の軽視と一致する必要はないという結論を引き出す⁽⁵⁾。問題は資本会社の有限責任の領域で提出されなければならないと考え、彼は固有の意義を与えてはいないが裁判上の責任把握の現象形態を4つに分類し、主としてアメリカ、フランス、ドイツ法の比較法的考察を通して、検討を加える。4つの現象形態とは、即ち、①資本会社の債権者が社員に対して債権を主張する基本形態(直接的責任把握)、②資本会社の社員の債権者が会社に対して債権を主張する第1変化形態(逆の責任把握)、③資本会社の破産のときに、会社債権者のための返済可能性を高めるために、社員が会社に対して債権を主張することが許されない第2変化形態(直接的(内部債権劣後に)制限された責任把握)、④特別法が会社の一定の種類⁽³⁾の持分の所有者に課す人的責任が、持分所有者が自然人では

(1) Drobning は、法人を通しての実体把握(Durchgriff durch die Juristische Person)の一般の問題領域との類似性と、責任問題の独立性を暗示するために、実体把握に代えて責任把握という表現を使う。Drobning, a. a. O., S. 24.

(2) 森本『前掲書』89巻5号8頁。Vgl. Rehbinder, a. a. O., S. 95; Kuhn, a. a. O., S. 209.

(3) Drobning, a. a. O., の書評として、Rinck, JZ 1960, 229 (但し Serick の書評を含む); Bäermann, Acp 195 (1960) 365; Reinhardt, Rabels Z 27 (1962) 561 がある。なお加美和照「責任把握の理論」『青山学院創立九十周年記念法学論文集』115頁以下は、Drobning の影響を強く受けた論文構成を取っている。

(4) Drobning, a. a. O., S. 20. なお加美『前掲書』141頁参照。

(5) Drobning, a. a. O., S. 21 ff. なお加美『前掲書』143頁参照。

なく、資本会社であるときに適用される第3変化形態（特殊の責任把握）である。①乃至③は明文の規定なくして一般的考慮に基づいて会社債権者が保護される⁽⁶⁾、真正の責任把握である⁽⁷⁾。Drobning は、①の直接的責任把握を更に、(i) 会社法の理由からの責任把握と、(ii) 会社法外の理由からの人的責任に分類する。(iii)は、責任把握と類似性が認められるが、責任把握とは異なる⁽⁸⁾。

上述の分類の結果我々が問題とする過少資本を彼は2分し、単なる過少資本を①(i)の中の「不十分な資本供給又は隠れた資本奪取」という項目で吟味し、社員貸付を伴う過少資本を③の中で検討する。ここに Serick の際には無視された観点（単純な過少資本と社員貸付を伴う過少資本の区別）が明確に意識されたということは注目に値する。

Drobning は、会社法の理由からの直接的責任把握の検討結果を6つの命題に整理しているが、命題3では、甚だしい、明らかな過少資本、又は故意の資本剥奪は、裁判上の責任把握を根拠づけるとし、命題5では、会社に支払能力がある⁽⁹⁾か又は契約上の債権者が、会社の資本化の種類を知っていたか、過失によって知らなかった場合には、右の前提が充されても、裁判上の責任把握は排除されると述べている。彼が、責任把握を甚だしい、明らかな過少資本に限定し、単なる不十分な過少資本を責任把握の原因と考えなかった根拠は、①アメリカの判例が過少資本の認定に極めて厳格であること、②特別に甚だしい過少資本の場合を除いて、商人の経済的決定を裁判所が再審査するのは適任ではな

(6) Drobning, a. a. O., S. 25.

(7) Drobning, a. a. O., S. 88.

(8) Drobning, a. a. O., S. 64, 68. なお森本『前掲書』89巻5号6頁参照。

(9) Drobning, a. a. O., S. 63 f. 森本『前掲書』89巻5号9頁注12は、この命題を紹介している。

(10) 責任把握の補充性に基づく。Drobning, a. a. O., S. 56—58, 87.

(11) Serick と異なりアメリカの過少資本に関する判例が研究されているとともに、ドイツのRG及びBGHの判例（BGHの判例は前述したⅢ(四)まで）が検討されていることに注意すべきである。

いこと、⁽¹²⁾ ③大陸法（ドイツ・フランス法）は、設立資本の額・引受・払込につき厳格な要件を置いているから、過少資本の評価について慎重であるべきであると考⁽¹³⁾えたことによる。直接的責任把握は、有限責任を打破し、社員の無限責任を発生させる⁽¹⁴⁾。

これに対して、過少資本の場合に社員貸付がなされているときには⁽¹⁵⁾、社員の債権は他の債権者の債権に劣後し、会社の支払不能の場合には、経済上債権の否認となるから、債権の限度で会社債権者に責任を負い、無限責任を負うものではない⁽¹⁶⁾。この場合に過少資本であるか否か等の基準は、前述した直接的責任把握の場合のそれと同一である⁽¹⁷⁾。

Drobnig は、裁判上の責任把握の根拠を、民法826条、249条又は有限責任の濫用の様な一般的法思想に求める。彼によれば、民法 826 条は、裁判上の責任把握に形式上明白な基礎を与えるとともに、同条の損害賠償請求のための要件により、裁判上の責任把握の不当な拡大を防止し、法的安全性に寄与する長所を持つ⁽¹⁸⁾。しかし、他方、故意の良俗違反の加害という要件それ自体は、裁判上の責任把握の前提と限定の決定のために役に立たず、民法 826 条によるか、有限責任の濫用の様な一般的法思想に基づくかは法的趣味の問題であるとする⁽¹⁹⁾。

(c) Drobnig の見解に対しても種々の批判がなされている。

(12) Drobnig, a. a. O., S. 48, 58f.

(13) Drobnig, a. a. O., S. 54.

(14) Drobnig, a. a. O., S. 66, 71, 92.

(15) Drobnig は、最初からの過少資本のみを考えているようである。Vgl. Drobnig, a. a. O., S. 77.

(16) Drobnig, a. a. O., S. 71, 84. 彼はこの場合を直接的責任把握から区別して有限的直接的責任把握と呼ぶ。

(17) Drobnig, a. a. O., S. 84. 彼は更に内部債権のまじめさ (die Ernsthaftigkeit) を指摘している (a. a. O., S. 82, 84)。しかしこの要件は、過少資本そのものと直接的には関係しないので、説明を省略する。

(18) Drobnig, a. a. O., S. 94. 同旨 Kamm, a. a. O., S. 141.

(19) Drobnig, a. a. O., S. 95.

Rehbinder は、Drobning が有限責任と法人格は一致しないが故に法人格の濫用を過度に広いものと考えたのは正当であるが、彼の見解も、Serick 同様、法人のあらゆる類型について同様に「漏らさぬ (undurchlässig)」、有限責任 (即ち有限責任の単一形態) の観念に基づいていると指摘するとともに、責任把握を民法 826 条で根拠づけることは、民法制度の解釈上禁止された過度の拡張ではないかと非難する⁽²⁰⁾。即ち、民法 826 条の適用の場合には峻別原則は無関係であるから、異型の法形態の利用の秩序原則が、請求権を根拠づけるのではなくて、意識的な (少くとも悪意で) 欲せられた会社債権者加害が請求権を根拠づけることになる。従って峻別原則の個別的明確化の基礎になっている評価は、民法 826 条の場合には何んの役割も演じはしない。しかし有限責任の濫用の場合には、この評価は、考慮の本質的要素となる。それ故、濫用理論の枠内で、秩序違反の客観的評価になお (限定的な) 主観的要件を積み上げるとしても、秩序違反と倫理的な非難の相違は、維持される。従って、Drobning は、民法 826 条の狭隘な適用範囲を認識し、その克服のために責任把握を主張することによって、民法 826 条の要件を踏み越えていると、Kuhn も良俗概念が拡大されすぎていることを指摘している。同様に森本助教授は、Drobning は、資本金会社形態を選択するとともに (有限責任の代償として、法秩序より、『会社財産の拘束 (会社財産処分自由の制限)』が命じられる、というドグマを定立したが、会社法の秩序原則に立ち帰ることが不十分であったために、不用意に『故意の良俗違反』という民法 826 条に依拠したと批判する⁽²¹⁾。

Rehbinder は、更に、責任把握は無限責任に導くという結論を批判し、かような責任は、実体把握の意味と目的からは是認されないとする。即ち、実体把

(20) Rehbinder, a. a. O., S. 95.

(21) Rehbinder, a. a. O., S. 108f.

(22) Kuhn, a. a. O., S. 209f.

(23) 森本『前掲書』89巻5号8頁注9。

(24) 森本『前掲書』89巻5号38頁。Reinhardt, *Rebels* Z 27 (1962) 562.

(25) Rehbinder, a. a. O., S. 124.

握は、濫用によって債権者に生じた損害の除去を旨とするものであり、実体把握を会社法の領域における法の継続形成と理解するときには、この法領域を支配する基本原則によって指揮されなければならない、新株式法（特に311条）、有限会社法（31条）は、填補責任思想を取るのに、この準線に限るべきであると主張する。

他方、Kamm⁽⁶⁾ は、従来の判例と同様、Drobnig が、単純な過少資本の場合には社員は債権者に対して無限責任を負い、社員貸付（内部債権）を伴う過少資本の場合には社員の責任は貸付額に制限されると解するが、貸付が他人によるか社員によるかにより、かような区別をするのは、基礎となる法律要件が同一であるから、不当であると批判している。

(v) Kamm の見解（1970年）

(a) Drobnig のあとで主観的濫用論に立つ実体把握理論はドイツにおいて少数説に転じたが、Kamm は、1970年に出版された著書⁽¹⁾で、スイス法とフランス法を顧慮しながら、過少資本問題について今まで発表されたドイツの判例、学説（経営学説も含む）を包括的に検討した結果、結論として、ただ客観的基準に基づいて法人の法形態を打破することは、危険な法的不安定性を必然的に伴い、この法形態を相当に無価値にするものとして主観的濫用論に立つ実体把握説⁽²⁾に賛成する。

(b) Kamm によれば、立法者は、会社資本の経済的相応性をただ例外的に認めているにすぎないから、社員は通常会社資本を自由に決定できると解さなければならない。その上、経営経済学によれば、企業に必要な自己資本額を客観的に決定しうる基準は欠けているのであるから、法形態の主観的濫用がない⁽³⁾

(6) Kamm, a. a. O., S. 146.

(1) Kamm, a. a. O. 書評として, Stauder, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften, in GmbH-Rdsch 1968, 72. Kamm の著書は1967年にゲンフ大学に提出されたドクター論文に基づく。

(2) Kamm, a. a. O., S. 129ff.

(3) Kamm, a. a. O., S. 38ff., 44f.

限り、社員は、会社債務につき人的責任を負うとは解されえない⁽⁴⁾。

社員が責任を負わなければならない主観的容態としては、私法体系より、加害意図、故意及び未必の故意がある。故意は、会社の基本資本の不十分な調達、会社債権者に損害を引き起こすということを意識して行動した時に存する。それは、会社設立の目的と動機から判断される。未必の故意は、社員が会社の責任資本の決定の際に、過少資本から生ずる債権者侵害の可能性を認識し、その可能な結果を容認した時に存在する。相当な自己資本の客観的基準が欠如しているから、過少資本であることに重過失又は軽過失があったとしても、実体把握は許されない。これらの社員の主観的容態の評価の際には、不法行為法の際のそれと同様に考えられるから、確固たる基準が達成されえ、客観的濫用論と異なり、法的安定性に導くものである⁽⁵⁾。

Kamm によれば、責任把握のための法源として、民法226条、826条、242条が考えられる。民法 226 条（シカーネ禁止）は、法律要件が非常に狭いから、非常に稀な場合にのみ適用される。これに対し、故意の良俗違反行為を規定する民法826条は、226条よりも法律要件が広く、長所を示す。そのもっとも重要な長所は、826条の厳格な要件によって、責任把握の拡大を阻止し、法的安定性に寄与することである⁽⁶⁾。過少資本それ自体は、民法 826 条の意味における良

(4) Kamm, a. a. O., S. 136.

(5) Kamm, a. a. O., S. 137ff.

(6) Kamm は、責任把握の概念を次のように理解する。即ち、責任把握とは、法人の債務について法人と並んでその社員にも責任を負担させる法的可能性である (a. a. O., S. 54f.)。しかしこれには真正の責任把握と不真正のそれがあり、後者は、特別の債務原因によって社員が会社と並んで責任を負う場合であり、前者は、資本会社の主要な機能である有限責任が打破され、法人と社員が同一視される場合である (a. a. O., S. 52ff.)。Kamm は、過少資本の中に組織瑕疵を肯定しないから (a. a. O., S. 54, 106ff.)、過少資本の際の社員の責任は、彼のいう真正の責任把握である (a. a. O., S. 57)。なお責任把握なる概念の正当性について a. a. O., S. 50f. 参照。実体把握という用語と責任把握という用語を必ずしも厳密に区別して使用していないようである。

(7) Kamm, a. a. O., S. 141. 同旨 Drobnig, a. a. O., S. 94.

俗違反ではなく、それは、ただ他人に対する良俗違反的態度のための手段である。⁽⁸⁾他方、彼によれば、過少資本の際の社員の責任は、民法826条による独立の損害賠償の観点から試みても（Hofmann の見解）、242条に基づく主観的濫用論から試みても結果において完全に一致はするが、後者に基づかなければならない本質的な事情がある。即ち、過少資本に基づく社員の責任は、会社の原始的に存在する債務と無関係な、特別な責任原因に基づく新債務ではなくて、原始的に存在する債務の新しい債務者としての社員への法技術的な拡張に基づくものであるから、これには民法 242 条がもっともよく且つ教義的により正しく適合するからである。特に過少資本会社の社員の人的責任の際には法人の法形態の法秩序に従った利用の問題に関するものであるということは、この結論に賛成する。その際には、同規定によって、抽象的に法人の法的独立性の範囲と限界を、社団法的（*korporationsrechtlich*）問題として決定することが問題ではなくて、法人と社員の法的同一性を引き合いに出して、背後者の個人的債務責任を達成することを欲する債権者の具体的責任請求（*Haftungsbegehren*）が問題なのである。⁽⁹⁾

Kamm によれば、主観的基準に基づく実体把握は、有限責任の基本原理を著しくその機能において害するため限界設定が必要である。その際責任を負う人的範囲の限界設定とその者の人的責任の範囲の限界設定が問題となる。彼は、責任を負わなければならない人的範囲については、上述した主観的要件を満たす社員のうちで、不十分な資本供給から生ずる債権者詐害を客観的に、事

(8) 同旨 Hofmann, a. a. O., S. 1946.

(9) Kamm, a. a. O., S. 142f. 同旨 Kalbe, *Herrschaft und Haftung bei juristischen Personen* (Ein Beitrag zur Lehre vom Haftungsdurchgriff in den Fällen des Mißbrauch der Rechtsform juristischer Personen, unter Berücksichtigung des französischen u. schweizerischen Rechts. Diss. Heidelberg, 1965. S. 59f. 因にこの論文の報告者 (Berichterstatter) の 1 人は Serick である。Kamm は、付加的理由として、責任把握の必要とされる場合に、民法 826 条によってすべてがカバーされるわけではないことを上げる。同旨 Kalbe. a. a. O., S. 54.

実上又は法的に阻止することができるような影響力を会社内で有する者のみが責任を負わなければならないと考える。なぜならば、これらの者は会社に積極的に作用しうる立場にあるからである。この人的範囲には、自然人であれ、法人であれ、特に一人社員、会社が過少資本で設立される限り発起人、及び後発的過少資本の場合には、自己資本の増額を決定しなければならなかった影響力ある全社員が属する⁽¹⁰⁾。

人的責任の範囲の限界設定については、真正の他人資本による過少資本の補充であろうと、社員貸付による補充であろうと、基礎となる法律要件は同一であるから、社員貸付の場合の内部債権劣後の意味の実体把握は専断的で不当である。それ故に、双方の場合に同一に、社員の人的責任は、完全な損害補償額まで無限に生ずると解する⁽¹¹⁾。責任把握は、その性質上補充性を要求するので、社員の人的責任は、会社の支払不能の発生と共に生ずる。法形態の主観的濫用の故に責任把握が基礎づけられうるすべての事実の挙証責任は会社債権者にある⁽¹²⁾。

(2) 近代利益法学派の見解

(1) Müller-Freienfels の見解 (1957年)

(a) 既述のように Serick の法人単一形態という前提とその体系思向に対して最も徹底した批判を加えたのは、Müller-Freienfels⁽¹⁾ とその同調者である⁽²⁾。

(b) Müller-Freienfels は、法人を『一定の諸統一のための便利な総括的表現、都合のよい表象である』と解する⁽³⁾。即ち、法人は『固有の価値を持ってい

(10) Kamm, a. a. O., S. 145.

(11) Kamm, a. a. O., S. 146.

(12) Kamm, a. a. O., S. 147.

(13) Kamm, a. a. O., S. 148.

(1) Müller-Freienfels, Zur Lehre vom sogenannten “Durchgriff” bei juristischen Personen im Privatrecht, ACP 156 (1957) 522.

(2) Marschall V. Bieberstein, Zum Identitätsproblem bei der Einmangengesellschaft im wechselrechtlichen Verkehrsschutz, JZ 1965, 403, 404 ; Siebel, Die gefährliche Einmangengesellschaft, JZ 1953, 724, 725 ; Beitzke, JZ 1956, 40.

(3) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 529.

ない』のであって、むしろ『あらゆる解決は、個々の法秩序の意味深い形成の枠内で承認される個々の規範の客観的目的から出発しなければならない』のであり、『一般に常に所与の社会的現実における法人の個々の法形態の機能によらなければならないから、特に具体的組織形態は共に顧慮されなければならない⁽⁶⁾。…常にただ個々の規定の目的・機能・利益決定に基づく個々の規定に従った評価が決定的であるが故に、あらゆるここで提案された問題は、時々の法秩序の価値ヒェラルヒーの枠内での規範適用問題である』と主張する。これだけでは無方向なカズイステークになるから、『例えば民法138条（良俗違反の法律行為）、242条（給付における信義誠実の原則）、826条の場合と類似に、この場合も常に精緻な考慮と個々の法律要件集団の優先的（präzedenzmäßig）範囲設定を通して、あらゆる側面の問題を評価的に調べ、個々に一定の原則を展開す⁽⁹⁾』べきであると。

(c) このように、法人に対する基本的認識を、法人とは、複合的法律関係の『受動的シンボル』又は『構造的略称』にすぎないと理解する近代利益法学の立場は、Serick の法人の単一性概念の否定に対しては大きな功績が認められ、後述する『制度的考察方法』による責任把握（(5)参照）に対する足掛りとはなつたといえ、範囲設定の基準を示しえなかつたから⁽¹⁰⁾、実体把握の発展の上でも

(4) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 523.

(5) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 542.

(6) この意味で彼は、Serickが見落している法人の従属性（Müller-Freienfels, a. a. O., S. 534）と、学説があまりかえりみなかつた家族会社（a. a. O., S. 535）の形態を重視する。

(7) 同様の思想を述べる箇所として、S. 526, 530ff., 536f., 540.

(8) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 542f.

(9) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 543.

(10) Fabricius, a. a. O., S. 92; Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen (1967) S. 35., Vgl. Rehbinder, a. a. O., S. 95f. 江頭『前掲書』90巻1号81頁以下。

(11) 江頭『前掲書』90巻1号83頁は、有限責任制度に関して分析道具を欠いていたことを強調する。

過少資本論の発展の上でも、積極的な役割を果してはいない。Müller-Freierfels もその同調者も、規範衡量による適用であると述べるに留まり、過少資本問題さえ触れていない。しかし学説史的意義が認められるから、ここで近代利益法学の立場を紹介したことは、決して蛇足とは言えないであろう。⁽¹²⁾

(3) 独立の責任原因（民法826条）に基づく責任論に立つ見解

この見解は、過少資本の問題を実体把握で解決することに反対し、社員の責任は、民法826条に基づく独立の責任であると解する点で共通したものがあつた。このグループに属する者として、Unger 及び Hofmann が挙げられる。

(1) Unger の見解（1959年）

(a) Unger は、⁽¹⁾ 実体把握のすべてのケースにおいて、法的安定性のために、⁽²⁾ 法人の不可侵性から出発しなければならないと考え、⁽³⁾ 実体把握の問題は、誠実原則（Redlichkeitprinzip）から解決されると考える。⁽⁴⁾ 彼の誠実原則とは、既存の良俗又は誠実違反に対する個別的責任規定をすべて包括した単なる名称上の範疇に過ぎない。

(b) 資本抛出者が、その者によって支配された法人を意識的に過少資本化し、残りの経営資本を貸付によって払込んだときには、良俗違反を前提として、その者はその全財産をもって損害賠償の責任を負うとして、民法826条を⁽⁴⁾ 引用する。この場合には、⁽⁵⁾ 法人格が侵される必要はないのであると。

(c) このような内容の誠実原則では、Erman が⁽⁶⁾ 正当に指摘する様に、独立

(12) Vgl. Schanze, a. a. O., S. 61f.

(1) Unger, Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers, in KTS 1959, S. 33.

(2) Unger, a. a. O., S. 38.

(3) Unger, a. a. O., S. 37. 39.

(4) Unger, a. a. O., S. 39.

(5) 江頭『前掲書』90巻5号57頁は、責任透視を一種の表示責任と捉える見解として Erman の他に Unger の見解を上げる。なるほど Unger, a. a. O., S. 38. は、表示について述べているが、この理解の仕方は妥当ではないように思われる。

(6) Erman, KTS 1959, S. 129, 132.

の意義は帰属しえないことになる。

(ロ) Hofmann の見解 (1966年)

(a) Hofmann は、過少資本問題を、客観的濫用論を含む実体把握理論で解決することに反対し、民法826条で解決すべきことを主張した⁽¹⁾。

(b) 彼によれば、民法 242 条に基づく実体把握によって達成することができる特別の債権者保護は、方法論的には、法律の欠缺 (Gesetzeslücke) の存在から、もしもそれが実情であるなら、演繹することが可能である。規定の欠缺は、その存在が法律規定の基本思想と内在的目的論によって期待されうる規定が欠けている場合に存在するから、従って、過少資本有限会社の際の利益状態は、異型であり、それ自体特別の法的評価を必要としているか否かは検討されなければならない。しかし、経済生活のすべての参加者は、原則として参加者に出会う危険を運ばなければならない、社員が会社の資本需要を保証する給付をなすべきか否かは、社員の経済的主導権に委ねられている。経済生活で信用を与えることを欲する者は、あらかじめ彼の危険を確認しなければならない、有限会社の過少資本を、登記簿の閲覧、信用調査等で確認することができ、危険が信用授与者に過度に大きいときには、信用授与を中止する等の機会が存在する。それにもかかわらず危険を引受けたときには、彼に危険を相手方が負わせたと主張することができない。実際上では商業登記簿を調べずに信用を与える傾向があるということは、納得のゆく反対論とはなりえない。債務者の経済的無能力は、結局危険の典型的な内容に属するのであって、有限会社が過少資本というだけでは損害を与えるものではない。それ故異型の利益状態は存在しないから、法律の欠缺が存在するとはいえない。他方、欠缺のない法律規定の際にも、法取引の不可避的の必要があるときには、裁判官が立法者の地位で法を継続形成すること (Rechtsfortbildung) は禁止されていないから、法の継続形成の余地があるか否かの吟味も必要となるが、過少資本有限会社の場合に、こ

(1) Hofmann, NJW 1966, 1941.

(2) Hofmann, a. a. O., S. 1944f.

れを認めるための根拠は存在しえない。従って、実体把握の形式での裁判官の法の継続形成は、この場合には禁止されていると解されなければならない⁽³⁾。それ故、ドイツの責任体系に従って、第三者が有限会社の過少資本によって良俗違反的方法で故意に侵害されたときには、彼は損害を与える社員に対して民法 826 条に基づく損害賠償請求権を有すると解されなければならない。過少資本それ自体は良俗違反ではないが、それは、他人に対する良俗違反の態度のための手段であると解される。従って損害を与えた社員の責任は、峻別原則が中止されることによるものではなく、民法 826 条に基づく独立の責任である。また実体把握の場合 (BGHZ 31, 258) と異なり、破産が貸付の返済によって少なくとも引き起こされ、社員が少なくとも条件付の加害の故意を持っているときには、被害者は、彼が会社の破産のときに失なった (ausgefallen) 全額を、損害として社員から賠償請求することができる。また故意で良俗違反の方法で債権者に損害を与えた社員が、社員貸付を主張するときには、被害者は悪意の抗弁を主張することができる⁽⁴⁾。

(c) Hofmann の見解に対しては、Kamm ((1)(v)) から次の様な批判が加えられている⁽⁵⁾。

過少資本による会社破産の際に会社債権者にとって問題となるのは、会社又は第 3 者による既に存在する契約上の債務の履行の問題であって、その性質に従って会社の原始的に存在する債務とは関係がない新しい債務の創設が問題なのではない。即ち、社員によって欲せられた会社の営業財産の有限責任の否定の下に、最初に予見されなかった新たな債務者への既に存在する債務の巻き込み (die Überwälzung) が問題である。体系的にはこの法技術的拡張は、より良く且し教義的により正しく、民法 242 条によって解決されうると。

(3) Hofmann, a. a. O., S. 1945.

(4) Hofmann, a. a. O., S. 1946.

(5) Kamm, a. a. O., S. 142f.

(4) 表示責任論

(1) Erman の見解 (1959年)

Erman⁽¹⁾ は、誠実原則 (3)(1)参照) には独立の意義が帰属しえず、誠実の視角の下に請求権を根拠づけるためには、特別の法律要件が必要であるとして、表示責任 (Erklärungshaftung) の思想によって過少資本会社の背後者 (Hintermann) の責任を肯定する。表示責任は、法律構成的には社員の直接的自己義務である⁽²⁾。

(b) Erman によれば、有限責任の下に経済生活に参加するという法律上の権限を利用する者は、誠実者として、立法者が部分的に明瞭に、部分的に適宜に有限責任の権限を結びつけた前提を履行する意思を有するにほかならない。それ故、背後者は、会社を最初から過少資本にもしないし、最初に十分な資本——又は引き下げられた資本——に比べてあまりにも大きくなるほどに会社の任務領域を広げないし、間接的に会社から資本を奪い取らないと推断的に表示する。過少資本の場合にはこの推断的表示に違反するから、その限りで責任を背後者は負うのである⁽³⁾。彼はその根拠を商法典5条と15条の拡大適用に求めることができる⁽⁴⁾と考えた。

背後者という法律概念は存在しないから、その内容が問題となるが、彼によれば⁽⁵⁾、場合、場合に責任の根拠付に奉仕するにちがいない法規によって正確に確定されうるものとして、正確な輪郭を与えてはいない。ただ暗示的に、背後者はしばしば社員であること、特に一人社員であること、しかし社員である必然性はないこと、他の方法による経済的支配が十分であること、会社の機関又は機関の構成員である必要はないこと、更に無条件に会社の利益に参加する必

(1) Erman, Zur Frage der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften, in KTS 1959, S. 129.

(2) Vgl. Winter, a. a. O., S. 78; Hofmann, NJW1966, 1943.

(3) Erman a. a. O., S. 132ff.

(4) Erman a. a. O., S. 133.

(5) Erman a. a. O., S. 129.

要はなく、むしろその力を他の経済的目的のために行使することができる者としてしている。

この背後者がなす推断的表示の内容は、彼によれば⁽⁶⁾、通常、背後者の正当な容態 (korrektes Verhalten) の場合に会社で債権者が補償担保 (Deckung) を発見したであろう限りで責任を負うということと、債権者が会社から満足を要求できない限りで責任を負うという内容を有する。従って背後者の責任は、過少資本によって引き起こされた不足額に制限される。しかし過少資本の概念の定義を試みてはいない。

背後者が表示責任を負うためには、この表示につき故意又は重過失であることを要する一方、背後者の責任を請求する者は、背後者を知っていた必要もなく、背後者によって操舵された会社が問題であるということを知っていたことも必要ではない。これに対して会社の過少資本を知っていた者は、責任を追求することはできない。Erman⁽⁷⁾ は、この表示責任を会社の不法行為債権者も利用できると考える。

(c) 表示責任説⁽⁸⁾に対しては、種々の批判がなされるが、学説が一致して批判する点は、この種の表示が擬制であり、現行法上の根拠を欠くという点である⁽⁹⁾。現在のところ支持者はいない。

(5) 制度濫用論の系譜

このグループは、Reinhardt によって用意され、Erlinghagen によって拡大され、Raiser 学派である Kuhn によって制度濫用理論として結実したと言われる学説である⁽¹⁾。

(6) Erman a. a. O., S. 134.

(7) Erman a. a. O., S. 134.

(8) この詳しい分析については、Winter, a. a. O., S. 78ff. 参照。

(9) Kamm, a. a. O., S. 114f.; Kamprad, a. a. O., S. 57; Winter, a. a. O., S. 84ff.; Kuhn, a. a. O., S. 231; Stauder, GmbH-Rdsch 1968, S. 73; その他 Kalbe, a. a. O., S. 50f.

(1) Rehbinder, a. a. O., S. 96.

(1) Reinhardt の見解 (1956年) —組織瑕疵責任説

(a) Reinhardt は、経済の一般的秩序の維持の意味における公序 (ordre public) と一人社員の支配力状態に由来する特別の組織義務の承認から、一人会社の社員貸付の際の社員の責任を根拠づけることを試みる⁽²⁾。

(b) 彼は、取引経済の範囲内では、企業的作用の行使を通して経済生活で活動するすべての者は、企業と結合した危険を運ばなければならないという原則が存在する⁽³⁾と考える。そして彼は、自己資本と企業危険の間の法律関係の原則には、取引経済の指導原理として公序の要素の意義が当然帰属すべきであると⁽⁴⁾する。資本集約的企業の経営のために有限会社が、完全に不十分な基本資本を供給され、不足した経営に必要な財産が社員貸付の形式で用立てられる時には、この金融方法は、企業の種類と範囲に従って適当な危険を債権者に転嫁する試みにほかならず、この場合、一人社員の支配力状態 (Machtlage) から特に経済の一般的秩序原則に⁽⁵⁾応ずる組織義務が生ずるが故に、一人会社の場合組織瑕疵が存在することになる。従って、あまりにわずかな自己資本の基礎と経営経済的に必要な自己財産の間の差額を、有限会社に貸付を与えることによって⁽⁶⁾補充することを試みる一人社員は、それによって、追加出資義務 (Nachschußpflicht) を具体化し、貸付の方法で払込んだ額で、正しく、基本資本の払込の様に責任を負う。それ故、会社破産の場合には、一人社員の債権は、債権者の債権の後で初めて⁽⁶⁾顧慮されうる、と結論する。

(2) Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmangengesellschaft, in Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. II, 1956, S. 576, 589ff.; derselbe, Rabels Z 27 (1962) 561, 562.; Vgl. derselbe, Gesellschaftsrecht, 1973, S. 330ff. Reinhardt の見解に賛成するものとして, Pleyer, GmbH-Rdsch, 1960, 43 (44); derselbe, GmbH-Rdsch, 1963, 206 (207).

(3) Reinhardt, Festschr. f. Lehmann, II (1956) S. 589.

(4) Reinhardt, a. a. O., S. 591.

(5) Reinhardt, a. a. O., S. 590f., 592f.

(6) Reinhardt, a. a. O., S. 592.

(c) Reinhardt の見解に対しては次の様な批判がなされている。

Unger⁽⁷⁾ は、彼の見解は、裁判官の手に合目的性考量を置くことになると批判し、Kalbe⁽⁸⁾ は、真義誠実の原則等と同様内容的に漠然とした公式化だと批判し、Kamprad⁽⁹⁾ は、Limbach⁽¹⁰⁾ の実証研究を引用して、彼の思想の基礎になっていいる支配と責任の結合原則は、一般的妥当性がないと主張し、Stauder⁽¹¹⁾ も、相応な危険引受というような一般法原則はないと批判する。他方 Erlinghagen⁽¹²⁾ は、会社債権者は、債権者保護規定が遵守されているか否かに利益をもつが、会社内部の支配力状態がどうであるかには利益を持たないのであるから、公序違反に基づき社員が責任を負担すべきと考えるときには、一人社員に責任を制限すべき理由がないと主張する。

(d) Erlinghagen の見解 (1962年) —組織瑕疵責任説

(a) 彼は、Reinhardt の思想を拡張し、一人会社のみならず、過少資本の有限会社の社員の責任を組織瑕疵という法構成で解決しようとする。

(b) Erlinghagen によれば、法秩序が法人の固有の法人格を承認する目的と、法秩序がこの制度の利用のために定める前提から出発するとき、実体把握問題の解決が発見される。その場合固有の問題は、事件の特別の事情の下でこの制度の完全な評価の際に法律効果として何が生ずるかということである。この際決定的な意義を獲得するのは、法人の不文の秩序原則違反の形態での組織瑕疵 (Organisationsfehler) の思想である。この先例は、民法31条で展開された

(7) KTS 1959 S, 33(37).

(8) A. a. O., S. 10.

(9) A. a. O., S. 58.

(10) Limbach, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, 1966, S. 107-116. ドイツでは、責任なくして支配なしの原則は一致して否定されているところである。Rehbinder, a. a. O., S. 91f.; Kamm, a. a. O., S. 101ff. 等。

(11) GmbH-Rdsch 1968, S. 72 (73). 同旨 Kamm, a. a. O., S. 107. 等。

(12) GmbH-Rdsch 1962, 169 (175).

(1) Erlinghagen, Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, in GmbH-Rdsch. 1962, 169.

補助者による法人の責任の際の組織瑕疵論で認識されうる。⁽²⁾組織瑕疵思想に基づくときには、法人を何かある形式でその社員と同一視することが問題ではなくて組織瑕疵に責任がある社員の自己責任が問題となる。⁽³⁾

彼によれば、この組織瑕疵の観点⁽⁴⁾が、過少資本の場合に正当な解決を導くことができる観点である。彼によれば、立法者は一定の特に組織された目的拘束財産に責任を制限することを可能にすることによって、会社目的と責任自己資本の間には一定の関係が維持されるということを前提としているということは明白である。なぜならば、このことを否定することは、立法者が、法人制度を通して、目的にとって明らかに不十分な資本を持って企業を経営し、危険をただ会社債権者に転嫁する可能性を開くことを欲したか、又は事実上開いたということ⁽⁵⁾を主張することを意味することになるからである。

他方、会社の責任自己資本の相応性の判断についての尺度決定は困難である。立法者は、社員に責任自己資本額決定の広い裁量を与えているから、一義的尺度を規準として決めることができず、且つ一定の容態の法律効果がただ社会と経済秩序の一般的秩序原則から演繹されなければならない場合には、当事者には自己資本につき必然的に過度に狭くはない裁量の領域が与えられなければならない。それ故会社組織の瑕疵は、会社の責任資本が一義的に、社員による相応の危険引受の原則に応じない場合、即ち、会社の明白な且つ相当な過少資本の場合にのみ承認されうる。この枠内で基準を探すと、会社の資本基礎を

(2) Erlinghagen, a. a. O., S. 171.

(3) Erlinghagen, a. a. O., S. 170; Vgl. Winkler, BB 1969, S. 1202 (1204), Winter, a. a. O., S. 89 によれば、組織瑕疵責任は、不法行為の性質を有する。それ故因果関係と過失の証明が必要である。Wiedemann, a. a. O., S. 20 Fußnote 8 も、因果関係問題があることを指摘する。

(4) 彼によれば、過少資本の多くは、金融上の思慮から決定されるので、社員の債権者加意の意図は欠けるのが普通であり、民法 826 条は大抵適用不可能である。Erlinghagen, a. a. O., S. 169. 同旨 Winkler, BB 1969, 1202, 1204.

(5) Erlinghagen, a. a. O., S. 173.

顧慮して所与の関係の下で、合理的な商人原則に従って行為する第三者が、妥当な条件で必要な長期的財産を信用として会社に用立てる用意があったか否かという基準が明らかになる。⁽⁶⁾ 用意がないときには、会社は過少資本である。

このような組織瑕疵がある場合には、どのような方法で必要な補足的財産が調達されたかということは問題となりえない。従って、社員貸付以外の場合にも、瑕疵に責任ある者は責任を負担しなければならない。⁽⁷⁾ また、秩序にかなった金融化の命令は、会社の設立のみに限る理由は存在しないから、存続の全期間を通して適用されるものである。⁽⁸⁾

過少資本の場合に責任ある者の人的範囲は、資本会社の経済的機能（有限責任）を顧慮して、限界づけなければならない。法秩序は、意図的又は意識的濫用と同様に、一般的秩序原則の無意図的無意識的違反を甘受することはできない。そうでなければ、債権者に責任転嫁することになるからである。それ故社員の主観的要素は問題となりえない。組織瑕疵論に基づくときには、組織瑕疵に責任ある者が責任を負うと解されなければならない。最初からの過少資本の場合には、全発起人が責任を負わなければならない。発起人の取引上の無経験又は軽率をとわない。設立後に過少資本が現われるときには、法的又は事実上の可能性に基づいて会社の業務執行を指導的に (maßgebend) 決定する、それ故に核心において企業を一有限会社又は株式会社の法形態においても一経営する社員が責任を負う。そうでない社員は有限責任を享受する。この場合あるいは起こりうる非難は、ただ会社の業務執行機関にあたると。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(c) Erlinghagen の見解に対しては、民法31条で展開された組織瑕疵理論は、会社債務についての社員の責任を根拠づけるために適当ではないという批判が

(6) Erlinghagen, a. a. O., S. 173f., 176.

(7) Erlinghagen, a. a. O., S. 173.

(8) Erlinghagen, a. a. O., S. 174.

(9) Erlinghagen, a. a. O., S. 175f.

(10) 組織瑕疵責任論の詳細な分析として、Winter, a. a. O., S. 88ff. を同時に参照されたい。

なされている。⁽¹¹⁾ 即ち、民法31条で展開された組織瑕疵理論⁽¹²⁾とは、理事のみでは法人の営業を概観できないとき、特別の代理人を任命することが必要となるが、かような場合、事情によっては、法人が民法 831 条に基づき責任を免除される履行補助者を任命することができるときもあるが、営業の種類と範囲並びに経済生活の必要を顧慮して、法人が第3者に対して責任を否定することができない民法30条の意味の代理人を任命することが必要な場合がある。この場合右代理人（機関）の任命をなさないときは、法人に組織瑕疵があるものとして法人は民法31条に基づく責任を負い、履行補助者の際に可能な民法 831 条に基づく免責証明を主張することができないという理論である。それ故この理論は、組織瑕疵ある会社は責任を負担しなければならないということを一般的に述べているだけであって、社員も責任を負わなければならないという根拠付を意味するものではないと批判されている。

また組織瑕疵の故の責任は、不法行為的性質を有するから、過失（Verschulden）を前提とする。従って、社員の責任を主観的前提とは独立に根拠づける彼の試みは、解釈上の基礎を持たないし、因果関係の問題も残るから、短所があると批判されている。⁽¹³⁾

更に本質的批判として、Reinhardt に対する批判と同様に、相応の自己資本供給義務を肯定する実定法上の規範がないのではないかという批判がなされている。⁽¹⁴⁾

(11) Winter, a. a. O., S. 98; Kamm, a. a. O., S. 108.

(12) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 110 I 4. Landwehr, Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel, in AcP 164 (1964) 482 (判例の概観と、同理論に対する批判を展開している)。

(13) Winkler, BB 1969, S. 1204 Fußnote 31, Winter, a. a. O., S. 99.

(14) Winkler, a. a. O., S. 1204; Wiedemann, a. a. O., S. 20Fußnote 8.

(15) Winter, a. a. O., S. 99.; Kamm, a. a. O., S. 105 ff.; Winkler, BB 1969, 1204 (Kuhn に対する批判として).; Hofmann, NJW 1966, 1942.; Reh binder, a. a. O., S. 123.

(v) Kuhn の見解 (1964年)

(a) Kuhn は、その著作『Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaft (1964)⁽¹⁾』において、藁人形設立にかかわる法律上の基本問題を企業制度の秩序原則の洞察を通して包括的に論じたが、主として第4章『会社債権者と背後者』⁽²⁾において、制度濫用論に基づき、過少資本問題を検討する。Kuhn の見解を要約すると、社員には、会社の目的の実現のために必要な最少資本を供給する法律上の義務が一般秩序原則に従って生ずるから、過少資本の場合に社員貸付を行なっているときには、貸付は出資と同視される。もしも貸付が返済されている時には、1937年株式法56条が類推され、返済された限度において会社債権者に対して直接に会社債務の責任を負う。社員貸付を伴わない過少資本の場合には、制度濫用になるから、適当な資本に欠ける額を補償しなければならない填補責任 (Ausgleichspflicht) が生ずるが、同時に民法823条2項に基づく賠償責任の要件をも充足するということである。

(b) 彼によれば、会社と社員との峻別を不必要に強化する法人の単一形態のドグマの大抵の無意識的擁護者は、峻別原則 (Trennungsprinzip) は、法人の全類型と具体的現象形態の場合に同じく強く且つ克服しがたく形成されると主張する⁽³⁾。Serick は、この法人の単一形態から出発している。しかし、そのつごとの固有の法律効果を引き起こす特別の利益状態は、同一の法律類型である資本会社の多様に段階づけられた具体的会社の内部においてさえ現われる。この洞察が、法人の単一形態の誤れる観察によって失われるときには、法的価値判断にとっては、損失である。従って法人の単一形態を否定するときには、規範解釈の方法で、強行法が峻別原則に定立する制限を具体化することが必要となる。それ故法の限界内で法人の固有価値と独立性は、確認されるもの

(1) 書評として Ballerstedt, ZHR 128 (1965) 119 がある。

(2) 背後者とは、自己の名前で行為する藁人形に会社設立を委託した者である。Kuhn, a. a. O., S. 2.

(3) Kuhn, a. a. O., S. 200.

であって、侵害されるものではない。⁽⁴⁾換言すれば、実体把握学説は、資本会社の法的状態を修正するものではなく、個々の場合にその限界を探求するものである。それは、脱法概念と同様に、種々の事実関係を統一的呼称の下に統括する機能のみをもつにすぎない法規解釈問題である。⁽⁵⁾

彼は、社員の責任は、特別の法律上の原因に基づくと考え、良俗概念の過度の拡張に反対し、民法242条の法思想への依拠を考える。なぜならば、同条は、主観的メルクマールを含んでいないし、具体的事件の特殊性を正当に評価するために十分に包括的であるからである。しかし同条は、真義誠実に従った給付が義務づけられている法律関係の存在を前提としているので、学説、実務とは反対に、債務関係が全く新しく創造されなければならないときにも、同条を適用するということには慎重でなければならず、会社法がよりよい解決を用意していないときのみ適用が考えられるとする。⁽⁶⁾

彼によれば、資本会社は、経済取引の主体として、明白な且つ一定の程度で固定した構造原理が頼りであり、資本会社の重要な構造原理は、取引保護（会社債権者保護）の原則である。⁽⁷⁾この原則の具体化は、資本と財産の調達と保証に関する規範グループである。⁽⁸⁾取引保護の原則即ち一般の秩序原則から、会社の目的の実現のために必要な最少資本を会社に賦与する、即ち資本会社の機能能力を維持する法律上の義務が、社員に存在する。⁽⁹⁾

(4) Kuhn, a. a. O., S. 202ff., 230.

(5) Kuhn は、Serick が客観的濫用学説を不統一の形式に導くと非難することは正当である、しかしそれは、様々の規範目的と同じほど多くの形式が存在するから、事物の本質であると述べている。Kuhn, a. a. O., S. 209 Fußnote 27. なお本文の関係で Kamm, a. a. O., S. 52 を参照されたい。

(6) Vgl. Kuhn, a. a. O., S. 147f.

(7) Kuhn, a. a. O., S. 211f.

(8) Kuhn, a. a. O., S. 47.

(9) Kuhn, a. a. O., S. 68f.

(10) Kuhn, a. a. O., S. 215f.

(11) Kuhn, a. a. O., S. 100, 216. S. 216 Fußnote によれば、組織義務違反は、法人の組織瑕疵に導くか、又は法秩序にそわない利用に導く。

彼は、民法 242 条の適用に慎重であるので、まず始めに会社法それ自体の考察に進み、株式法に違反して会社から支払を受けた株主は、受領した限度において会社債権者に対して直接に会社債務について責任を負うと規定する 1937 年株式法 56 条に注目する。有限会社法には、これに該当する規定はないが、基本資本維持の規定は、法取引における資本会社の機能能力にとって重要であるから、株式法 56 条を有限会社法にも類推適用すべきである⁽¹²⁾と考える。そして、会社に長い間不可変的に必要な最少資本を貸付という形態で供給するときには、形式の濫用の下に、機能的には出資と同一視されるから、返済された場合には株式法 56 条が類推適用されると解する⁽¹³⁾。会社破産がなされたときに社員貸付が存在していたときには、貸付の払戻と、破産債権としての主張は、濫用として認められない⁽¹⁴⁾。

これに対し社員貸付を伴わない単純な過少資本の場合には株式法 56 条の類推の余地がない。しかし極端な過少資本の会社に対する供給は、資本会社の機能をそこない、不文の上位の取引保護原則に違反する制度濫用である⁽¹⁵⁾。制度濫用が存在するという確認は、彼によれば、規範又は法律違反が存在し、不法な行為 (Handeln ohne Recht) が行なわれたということしか意味しないので、別に効果は検討しなければならない。この場合には、株式法第 56 条との比較衡量により、民法 242 条に基づく責任を追及しうるが、会社法の秩序原則と資本会社に法秩序で指示された機能からして、機能違反的になされなかった財貨の調達義務が填補責任として課されるとする⁽¹⁶⁾。民法 242 条は制限的に解釈しなけれ

(12) Kuhn, a. a. O., S. 213. 但し株式法と有限会社法の資本拘束度の相違により、有限会社法の場合の填補請求権の範囲は、有限会社法 30 条に従う。

(13) Kuhn, a. a. O., S. 214f. なお社員が税上の理由によって社員貸付を与えるときには、民法 823 条 2 項の適用には慎重でなければならない。Kuhn, a. a. O., S. 222.

(14) Kuhn, a. a. O., S. 15 Fußnote 43, S. 222 Fußnote 56.

(15) Kuhn, a. a. O., S. 215f.

(16) Kuhn, a. a. O., S. 217ff. これは民法 826 条の不法行為に基づく損害賠償でないことはいうまでもなく、法の継続形成 (Rechtsfortbildung) の結果である。

ばならないから、極端な過少資本の場合に限られ⁽¹⁷⁾、さらに、補充性の要件（会社の支払不能を前提とする）が必要とされる。

更に彼によれば、これらの資本の調達、保証規範に具体化されている取引保護の秩序原則は、民法 823 条 2 項の保護法をも構成し、それ故、適当な資本に欠ける額あるいは規範に違反して資本会社から剝奪された額を賠償する義務が、同法に基づいて不法行為責任として生じ、補足的にその額の遅れた給付のために生じた債権者の損害も、社員は同条に基づき賠償しなければならないとする⁽¹⁸⁾。

他方、背後者が藁人形と共に設立行為に参加する所謂部分的藁人形設立⁽¹⁹⁾の場合において、有限会社が過少資本の場合には、藁人形が登記のあとで退社したときであっても、例外的に、藁人形は、出資の欠如額支払の社員の連帯責任を規定している有限会社法 24 条が類推適用され、過少資本の共同主謀者として責任を負うとともに、一般的取引利益のために、登記裁判所は、有限会社の登記を拒否する権限があると解する⁽²⁰⁾。これに対して、ただ藁人形が設立行為に参加する排他的藁人形設立の場合にも、この結論は有効であるが、背後者が設立行為に直接参加していないことからの限界があるとする⁽²¹⁾。

(17) 判断基準を特に示してはいない。役に立つ出発点として、資本流用税法 (KVStG) 3 条の判例と経営経済学を指摘するに留まる。Kuhn, a. a. O., S. 226.

(18) Kuhn, a. a. O., S. 220f., 230. 彼の所謂責任把握とは、このように、株式法 56 条、民法 242 条（及び 823 条 2 項）に基づく、客観的に会社法の秩序原則に反する財産状態を除去するための填補責任と、民法 823 条 2 項に基づく違法な財産移動による損害に対する賠償責任の 2 つからなる。しかし彼は、責任把握の概念が引き起こす比喩的表象は、誤解を招くので、填補責任と呼ぶのが適当であるとする。Kuhn, a. a. O., S. 230.

(19) 部分的藁人形設立と排他的藁人形設立の概念については、Kuhn, a. a. O., S. 20 参照。

(20) Kuhn, a. a. O., S. 162.

(21) Kuhn, a. a. O., S. 163f.

(22) Kuhn, a. a. O., S. 164.

(c) Kuhn の見解に対する批判等につき次のものがある。

彼は、主観的要件の軽減を一方では、相応の危険引受の秩序原則は、民法823条2項の意味の保護法と考えられるという方法で試みているが、これに対しては、この秩序原則は民法823条2項の意味の法律もその他の法規範をも意味しないのではないかという批判がある⁽²³⁾。また、(5)の見解に共通する批判である、相応の自己資本供給義務を肯定する実定法上の規範がないという批判は、彼に対しても主張されている⁽²⁴⁾。

他方、Kuhn の理論の基礎となった1937年株式法56条1項は、65年株式法で改正された結果、填補責任理論は、同条を基礎とする限り、根本的に再検討する必要が生じているということが指摘されている⁽²⁵⁾。

(6) 有限責任特権喪失説

(i) Wiedemann の見解 (1968年)

(a) Wiedemann は、『Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH』という論文で、資本会社社員の有限責任は、自然法的現象でも、憲法に基づく自由でもなく、法秩序によって与えられた「特権」である⁽¹⁾。従って、有限会社の社員は、設立の際に企業目的に相応する「資本投入 (Kapitaleinsatz)」を引受けなければならず、そうでないときには、有限責任は関与しない⁽²⁾という見解を主張した。

(b) Wiedemann はその根拠づけを名目資本の機能から説明する⁽³⁾。即ち、名目資本の意味は、債権者の債権を返済するために危険を負担する資本を債権者に用立てることにある。従って、必然的に保証基金の観念と結合するから、名

(23) Winter, a. a. O., S. 99f. Fußnote 220.

(24) Winkler, BB 1969, 1204. なお(同)注15参照。

(25) 森本『前掲書』89巻6号98頁以下。

(1) Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, 1968, S. 5ff.

(2) Wiedemann, a. a. O., S. 6.

(3) Wiedemann, a. a. O., S. 17.

(4) Wiedemann, a. a. O., S. 18.

目資本は、資本金採用のためのただ儀式的の意義を持つものではない。保証財産の目的は、名目資本額とその使用の間に何んの関係も樹立されない間は、達せられない。ヨーロッパの会社法が、資本の調達維持に関する数百の規定を含んでいる理由を説明するには、名目資本を儀式的条件と理解するのは、困難である。債権者保護規定は、自己資本と予測しうる危険の結合によって初めて意味と効果を保持すると。従って、相応の資本を有限会社に払込むことが、有限責任の法律要件のための客観的条件ということになる。⁽⁵⁾

(c) この見解に対して、Winter⁽⁶⁾ は、次の様な批判を加えている。即ち、基本資本制度の本質的機能は、法律上の拘束効果によって表記された基本資本に相応する財産は、調達され、社員に対する分配から予防されるという取引の信頼のための基礎を創造することにある。この制度がなければ、社員は、有限会社を信用価値ある企業として組織することができないのである。それ故、過少資本の場合であっても、同制度は、いやしくもあらかじめ有限会社の信用価値ある組織の可能性を創造することによって既にその意味を維持しているのである。従って、相応の自己資本賦与のための法的義務は、法律の改正にまたなければならぬ⁽⁷⁾。目下のところ Wiedemann の見解を支持する見解は存在していない。

(7) *Venire contra factum proprium* と主観的濫用論併用説

(i) Kamprad の見解 (1968年)

(a) 彼は、社員貸付ある会社の過少資本の際に実体把握により社員が責任を負担する場合として2つあると考える⁽¹⁾。その1つは、債務超過会社の破産回避のために社員が貸付を与えたが、時機を得ずして貸付の返還請求権を行使する

(5) Wiedemann の見解を詳細に分析するものとして Winter, a. a. O., S. 101ff. 参照。

(6) Winter, a. a. O., S. 106f.

(7) Winkler, BB 1969, S. 1202 (1204) は、Wiedemann の見解は、因果関係と過失の証明を不用にするので魅力的であるが、現行法は、有限会社の社員に無限責任を必ずしも強いることを欲していないから、疑問であると主張する。

(1) Kamprad, a. a. O., S. 65ff.

場合である。この場合には最近の BGH の立場と同様に *venire contra factum proprium* の観点から社員が責任を負う。但し彼はこの場合も BGH の見解と異なり実体把握であると解する。⁽²⁾ もう一つは、有限会社の過少資本を意識的に惹起し、不足分を貸付で填補していた社員が、その貸付の返還を請求する場合及びそれと同様の場合である。この場合には有限責任の濫用的主張として民法 242 条により社員は責任を負うと主張する。この点は Serick の見解に近い。それ故彼の見解を(1)に含めることも可能であるが、*venire contra factum proprium* の観点からも社員の責任を肯定するので別に考察することにした。

(b) 彼によれば、*Venire contra factum proprium* の観点から社員が責任を負うためには、①会社は債務超過であること、②社員が破産回避のために会社に貸付を与えたこと、③それに基づいて破産開始の申し立てが会社によって提出されなかったこと、及び④それにもかかわらず時機に先だって（会社が健全化される前に）社員が貸付の返還請求をしたことが必要である。⁽³⁾

貸付社員が実体把握されるもう一つの場合は、過少資本を意識的に惹起した場合である。過少資本の法律要件は、資本会社の現存自己資本がその経営範囲との関係であまりにもわずかであるときに与えられる。⁽⁴⁾ 社員が有限会社を最初から過少資本化し、欠けた財産を貸付の形式で用立てるか、又は社員が過少資本化を呼び起こす資本減少決議をなし、払い戻しのために必要な財産が意のままにならない故に、自由になった額を貸付に変化させた場合等には実体把握がなされる。他方、会社の過少資本化を知っていたが、実際上も法的にも会社の組織に影響を及ぼす状態になかった社員には、彼が会社に貸付を与え、のちに貸付の返還を請求するときにも、権利濫用の非難をなすことはできない。⁽⁵⁾

貸付債権の主張が権利濫用と評価される場合には、社員はその貸付債権につ

(2) Kamprad, a. a. O., S. 64, 75.

(3) Kamprad, a. a. O., S. 65f.

(4) Kamprad, a. a. O., S. 67, 75.

(5) Kamprad, a. a. O., S. 69.

き他の債権者の債権に劣後する。しかし、これは必要な自己資本供給を代用する貸付資本のみに関するから、社員がそれを越えた貸付額を有するときには、社員はそれを貸付債権として主張することができる⁽⁶⁾。

貸付債権が他の債権者の債権に劣後しなければならないときに、社員が会社から貸付を返済してもらったときは、有限会社法31条1項を類推適用し、会社に貸付を返却させることができる⁽⁷⁾。

社員が他の債権者に劣後する貸付を社員でない第三者に譲渡したときには、反対説 (Kamm) が存在してはいるが、譲渡によって完全な制限をともなう債権が譲受人に移行すると考える。そうでなければ実体把握回避の方法を認めることになるからである⁽⁸⁾。

そのために社員が保証する又は他の担保を提供する第三者の貸付は、実体把握の前提が存在するときには、社員貸付と同等化されなければならない。この場合は、経済的に考えれば、会社に対する社員の給付が問題であるからである。貸付者が貸付債権を会社に対して主張できない限りで、貸付者は社員から支払いを取得する可能性を持つ⁽⁹⁾。

会社債権者は同時に民法 826 条の前提が存在しないときには、実体把握の場合に最初に有限会社の社員に対して直接的請求権をもったものではない。有限会社法31条に由来する社員に対する請求権は会社に帰属する限りで、債権者はこの請求権の差押をなし、回収をすることができる⁽¹⁰⁾。

(6) Kamprad, a. a. O., S. 69f. 社員は、会社の他の債権者が支払いを受けるか又はその支払いが担保される時、貸付の払い戻しを請求できるから、会社は貸付の払戻を拒否し、会社破産の時債権表記載を拒否できる (a. a. O., S. 72).

(7) Kamprad, a. a. O., S. 70f.

(8) Kamprad, a. a. O., S. 71.

(9) Kamprad, a. a. O., S. 71f.

(10) Kamprad, a. a. O., S. 73.