

《判例研究》

ドイツ倒産法判例紹介(一)

佐藤文彦

会社の破産における社員貸付金の取扱いについて

——会社契約などを根拠に社員貸付金に自己資本的性格があるとして

社員貸付金債権が破産債権にあたらないとされた事例——

紹介判例

- 〔1〕連邦通常裁判所第二民事部一九八一年二月九日判決 (ZIP 1981, S. 734 ff.)
- 〔2〕連邦通常裁判所第二民事部一九八八年三月二一日判決 (BGHZ 104, 33 ff.)

一 はじめに

(一) 問題の所在

株式会社・有限会社の基本コンセプトに照らせば、社員(株主)の会社債務に対する責任は出資した価額を限度とする(いわゆる有限責任制度、商法二〇〇条一項、有限会社法一七条)。社員にはそれ以上の負担をする義務はない。その結果、会社債権者にとっては会社の財産が自己の債権の唯一の担保となる。したがって、会社債権者保護の観点からすれば、会社には一定の財産が確保されていなければならない(鈴木竹雄||竹内昭夫・会社法「新版」二三頁、加美和照・新訂会社法第三版二八頁などを参照)。これを受けて法は、資本制度(商法一八八条二項六号、二八四条の二第一項・二項、有限会社法六条三号)を採り入れている。また平成二年の商法改正によって導入された最低資本金制度(商法一六八条の四、有限会社法九条)も、会社債権者保護のために一定の役割を果たしている。

しかしながらこれらの制度によって、会社債権者の保護が十分に図られるようになったというわけではない。たとえば、事業を行なおうとする者が、法によって要求されている最低限度の価額で資本金を定め、必要な資金は会社への貸付という形で補い、会社の債務に対する自身の負担をできる限り低く抑えようとするというような場合、将来において会社が倒産したときには、会社債権者が不利益を被る蓋然性は依然として高い。法によって形式上要求されていることが満たされているという理由をもって、社員はその限りで責任を負えばよいとするならば、会社

債権者が被る不利益は十分な形では救済されなくなってしまう。ここに、会社が倒産した場合に生じうる会社債権者の不利益をどのように救済すべきかという問題が依然として残る。この問題は、さらに『資本』という概念をどう定義すべきかという問題に発展する。さしあたって本稿では、資本の概念について、『事業規模に比して適正に用意されるべき自己資金』と定義し、これを出発点とする。『資本』概念の定義それ自体についての検討は別の機会に譲ることとする。

わが国の学説は、ドイツ法上の分類にならって、とくに支配社員が会社の自己資本を僅少にして、社員貸付をもって会社に必要な資金を調達している場合を、名目的過少資本と呼び(片木晴彦「過少資本会社とその規制(一)」法学論叢一一巻五号三七頁以下、加美和照「過小資本の法理」現代商事法の重要問題・田中先生米寿記念論集所収二七六頁以下を参照)、またこの場合と同様の問題を引き起こすと考えられる次のような場合、すなわち、会社が事業に比して少ない資本金によって営業を行なうような場合を、実質的過少資本と呼んでいる(片木・前掲論文一一巻五号三七頁以下、加美・前掲論文二七六頁参照)。実質的過少資本の問題についての検討は、今後の課題とする。

わが国の破産法は、破産者として、会社と自然人をとくに区別して扱っている訳ではない。それゆえ、会社法が調整する会社の背後に存在する私人間の利害対立が、破産法によって十分に考慮・調整されているのかという疑いを禁じえない。とくに、株式会社・有限会社が破産者となる場合、有限責任制度に関連して生じてくる株主(社員)と会社債権者の利害対立が、十分に考慮されているかという点は疑問である。破産法の解釈論として名目的過少資本が問題となる場合にも、破産財団ができる限り確保され、破産債権者がより多くの配当を受けることができるといふ意味での破産債権者の利益において、その利害対立の調整が問われねばならない。

後述するように(一)(二)を参照)、わが国の学説においても、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いをめぐっては議論がある。この点、学説によれば、そのような社員貸付金を劣後的に扱うべきであるとする結論には異論がなく、その要件をどのように定めるべきかという点で議論が繰り広げられている。しかしながら、わが国の学説においては、『劣後的扱い』の意味、つまりその法的効果についての議論も依然として尽くされていないように見受けられる。とりわけその要件をめぐる議論がアメリカ判例法から強く影響を受け、展開されてきたことも、このことを助長していると思われる。近年下級審例において、子会社が破産した場合における親会社の子会社に対する債権の取扱いに関する判断が示された(後述(一)を参照)が、その判断の過程において裁判所は、『劣後的扱い』の意味を破産法四六条が規定する劣後的破産債権の中から見出そうとした。果たして、裁判所の捉え方は適切であるのか。破産法の解釈論上、社員貸付金の『劣後的扱い』の意味はどのように捉えるべきであるのか。本稿は、こうした点も踏まえつつ、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題について、従来とは異なる方法で解決を図ったドイツの判例を紹介するものである。

なお、わが国の学説上、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いをめぐる議論は、一貫して『支配社員(あるいは親会社)』が提供した貸付金に関して展開されてきた。本稿では、わが国の学説を検討するにあたり、とくに『支配社員』という用語を用いないこととする。確かに社員貸付金を劣後的に扱う場合に、その対象となる者の範囲を『支配社員』に限定すべきか否かという点は重要な問題である。この点につき、ドイツ判例法によれば、確かに株主の貸付金については、株主が二五%以上の資本参加をするときに自己資本代替的なものとなりうる¹⁾とされているが(BGHZ 90, 381 ff.(381 f.))、その一方で有限会社の社員の貸付金については、たとえ社員が持分をわずかにしか有しておらず、それゆえ企業家としての影響力を会社に対して行使できない場合であろうとも、

『社員である』ということだけで、画一的に自己資本代替的なものとして扱われうるとされる (BGHZ 105, 168 ff. (175 f.); vgl. M. Habersack, ZHR 1998, S. 203 f.)。このことに照らせば、社員として有する権利に違いこそあれ、ドイツ判例法において、『支配社員』という枠組の必要性が一般に考慮されているのかどうかという点は疑わしい。また近時ドイツにおいては、有限会社法三二条 a 三項二文および三文が新設され、自己資本に代替する社員貸付金に関する規定の適用を受ける者の範囲につき一定の緩和がなされたが、これは政策上の要請から立法的な解決が図られた結果にすぎない (後述一(三)を参照。vgl. Habersack a. a. O. S. 210)。以上のようなドイツ法の状況がふまえると、わが国においても貸付金について劣後的扱いを受ける者の範囲に関しては、なお議論の余地があるように考えられる。しかしながら、本稿はドイツの判例を紹介することを主たる目的とするので、この問題については指摘するにとどめ、今後の課題とする。

(二) わが国の学説・判例の状況

名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題について、わが国会社法の初期の学説は法人格否認の法理の一適用場面と位置づけ、議論を展開してきた (大隅健一郎「会社の法形態の濫用」会社法の諸問題 (増補版) 所収三三頁、奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」実務民事訴訟法講座五卷一七五頁以下)。
しかしながら、アメリカにおいて判例法として確立されたディープロック理論、ドイツにおける名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する立法例・判例・学説が、わが国において逐次紹介されると (アメリカ法についての紹介文献としては、主として、江頭憲治郎・会社法人格否認の法理二九二頁以下、片木・前掲論文一

一卷五号四七頁以下、松下淳一「結合企業の倒産法的規律(一)」法学協会雑誌一〇七卷一一号一六頁以下を参照。ドイツ法についての紹介文献としては、主として、篠田四郎「過少資本における社員の責任(一)〜(三)」名城法学三三卷三号一頁以下、三四卷三号四三頁以下、三九卷三号一頁以下、上原敏夫「会社の倒産と内部債権の劣後的処遇」西ドイツにおける資本代替的社員貸付の法理(上・中・下)判例時報一二七七号三頁以下、一二八〇号三頁以下、一二八三号三頁以下を参照。)、名目的過少資本の場合における社員貸付金に対して法人格否認の法理を適用すべきとする見解に代わり、この場合における社員貸付を債権ではなく、出資とみて、社員は破産債権者として会社財産からの弁済は受けられない、あるいは仮に破産債権者であったとしても最後順位の債権者として扱われるとの考え方も成り立つとの見解(田代有嗣・新版親子会社の法律一〇二頁以下)が有力に主張されるようになった。現在、学説は、社員貸付金を一般の破産債権よりも劣後的に扱うべきとする見解が支配的なものとなっており、ここではさらに、社員貸付金を劣後的に取り扱うための要件が議論の対象となっている。この要件について、学説は、(一)会社の自己資本比率が同業他社のそれと比べて著しく低くなっている一方で、社員の会社に対する貸付が多額に上る場合には、『事実上の推定』により、実質上、その社員貸付を資本出資と認めるべきとする見解(片木・前掲論文(二)一一二卷二号九三頁以下)、(二)民法一条二項の信義誠実の原則に対する違反を根拠に、社員貸付金の劣後的取扱いを認めるべきとする見解(田中誠二「法人格否認法理補論」会社法研究二卷七六頁以下、同「子会社の債権者保護の法理」同三四六頁以下、加美・前掲論文二八五頁。また畑宏樹「倒産債権の劣後的処遇の局面における債権者間の実質的平等」上智法学論集四二卷二号三三二頁以下も同旨と思われる。)、(三)民法一条三項に言う『権利濫用』にあたるとして、社員貸付金の劣後的取扱いを認めるべきとする見解(須藤茂・金融・商事判例九一四号四六頁以下)、(四)会社の資本金額が事業の性質や規模に応じた適正資本金額を下回る場合、社員の債権は、他の一般債

権者と平等に弁済を受ける地位を否定され、社員権に基づく残余分配請求権と同じ地位にまで下降させられるとの見解(松下・前掲論文(三)一一〇巻三号二六頁以下)、などが主張されるに至っている。また他方で、立法論として、社員貸付金の劣後的取扱いを唱える学説もある(並木和夫「株主有限責任の原則の検討―過少資本の問題を中心として―」私法四九号一八五頁、安藤一郎・現代破産法入門一五五頁、倒産実体法研究会・遠藤功・荒木隆男「倒産実体法の立法論的研究(六)」民商法雑誌一一五巻四・五号二六二頁以下)。しかしながら、破産法の解釈論上、『劣後的扱い』とは一体どのような形式のものを意味するのか。すなわち、わが国の破産法によれば、当然に社員貸付金債権は破産債権として認められないという意味なのか、それとも破産債権ではあるが、その中でも劣後的破産債権として認められるという意味なのか。名目的過少資本の場合における社員貸付金の劣後的取扱いの法的効果についても、アメリカ判例法上のディープロック理論の影響を受け、議論が尽くされていないように思われる(松下・前掲論文(三)一一〇巻三号一九頁以下を参照)。

わが国において、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題を取り扱う判例は、これまで破産法に関しては出てこなかった。判例においてこれが問題となったのは、会社更生法に関してだけである(東京高決昭和四〇年二月一日・下民集一六巻二号二四〇頁以下、福岡高決昭和五六年一月二一日・判例時報一〇四六号一二七頁以下)。しかし、いわゆるバブル経済が崩壊し、企業の倒産が増加の一途をたどる過程において、わが国でも下級審例であるが、この問題を取り扱う判例が出てきたことは注目すべきである(東京地判平成三年一月一六日・金融・商事判例九〇三号三九頁以下。その評釈として、須藤・前掲判例評釈四二頁以下、白石哲・判例タイムス八二二号二五八頁以下などがある。なお、本件控訴および上告は、いずれも棄却されたとのこと(畑宏樹「倒産債権の劣後的処遇について(二・完)」上智法学論集四〇巻三号一四六頁注(7)(8)を参照)。である)。下級審

例によれば、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いについては、破産法の解釈論上、かかる貸付金債権が同法四六条の定める劣後的破産債権にあたるものか否かという問題として把握され、同債権は、同条の定めるいずれの債権にもあたらないとして、一般の破産債権として処理されている（前掲東京地判平成三年一月一日・金融・商事判例九〇三号四一頁以下）。

平成二年の商法改正により最低資本金制度が導入されてからは、学説上、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いをめぐる議論は、ほぼ立ち消えの状態になっていた。しかし近年、倒産法制見直しの審議が開始され（その詳細については、法務省民事局参事官室編「倒産法制に関する改正検討課題―倒産法制に関する改正検討事項とその補足説明―」別冊NBL四六号改正検討事項編一頁以下、および補足説明編一頁以下を参照。またその概要については、深山卓也「倒産法制に関する改正検討事項の概要（一）」（4）NBL六三二号四三頁以下、六三三号三六頁以下、六三四号三一頁以下、六三五号三六頁以下を参照。）、その審理の過程においては、社員貸付金の取扱いについても、これを劣後的に扱うべきか否かという問題として取り上げられた（深山・前掲論文（4）六三五号四二頁、法務省民事局参事官室編・前掲別冊NBL四六号改正検討事項編五二頁以下、および補足説明編一〇〇頁以下）。現在この問題に関する議論が、学説においても再び活発化しつつある（例えば、畑・前掲論文四二卷二号三三九頁以下、深山卓也・筒井健夫・古閑裕二・坂本三郎・花村良一『倒産法制に関する改正検討事項』に対する各界意見の概要（5・完）NBL六五一号二四頁、鈴木俊光・納谷廣美・高地茂世・芳賀雅顯『倒産法制に関する改正検討事項』に関する意見（回答）法律論叢七一卷一号資料編六六頁など）。

(三) ドイツ法の状況

ドイツにおいて、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題は、有限会社のほか、経済的な観点からみて、その変種の形態と考えられる有限合資会社 (GmbH & Co. KG) において専ら生じている。日本には馴染みのない後者の有限合資会社について、ここで簡潔に説明するならば、有限合資会社とは、有限会社が通常の場合唯一の無限責任社員となり、その有限会社の社員が同時に無限責任社員となっている合資会社である (Vgl. Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 240; この会社形態については、泉田栄一「GmbH & Co. とわが商法上の問題点」富山大学経済論集二二巻二号四〇頁以下を参照)。厳密に法的にみれば、合資会社と呼ぶべきであろうが、会社の実体たる社員たちが有限責任しか負わず、経済的には有限会社と同一視できる (Vgl. Roth, a. a. O., S. 241) ことから、ドイツではこれらの有限会社と合資会社の両方を合わせ、有限合資会社と呼んでいると考えられる。

近年ドイツでも、わが国と同様、企業の倒産件数は増加の一途をたどっている (Statistisches Deutschland 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, S. 137 f.)。一九九七年の統計によれば、企業の倒産件数は二七、四七四件あった。中でも、有限会社の倒産件数が一六、七四六件と最も多く、また有限合資会社の倒産件数は一、一三七件あって、この二つの会社形態を合わせた倒産件数は、全体の約六五%を占めていた (Statistisches Deutschland 1998 für die Bundesrepublik Deutschland, S. 138)。こうした点に照らせば、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題は、ドイツでは社会的にますます重大性を帯びてきていると考えられる。

ドイツの判例法は、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題が、会社の破産の場合に生じていようと、これについては、破産法の規定によるのではなく、出資返還の禁止規定(ドイツ有限会社法三〇条および三一一条)を類推適用することによって解決を図ってきた。判例法において、社員貸付金を自己資本に準じるものとして扱うための基本的な判断枠組は、『会社に信用力がなくなったときに貸付金が提供されたのか否か、あるいはそのときになっても、なお預託され続けたのか否か』というものにもまで発展を遂げている(この基本判例は、BGHZ 76, 326.とされている。Vgl. Lutter=Hommelhoff, GmbH—Gesetz Komm., 13. Aufl., §§ 32a/b Rn. 1)。なおこの事件は上原・前掲論文(上)一二七七号六頁以下に紹介されている。判例法におけるこうした発展を受け、自己資本に代替する社員貸付金に関しては、一九八〇年に有限会社法三二条aおよび三二条b、商法一二九条aおよび一七二条a、破産法三二条a、破産外取消法三条b(これらの条文については、上原・前掲論文(中)一二八〇号三〜四頁を参照。)が新たに設けられるに至った。しかしながら、一九八〇年に導入されたこれらの新条項は、それまでに発展をとげた有限会社法三〇条および三一一条に関する判例法をすべて包摂することはできず、社員貸付金の問題については、今日においても判例法と新条項による規律とがなお並存している状態にあると言われている(Habersack, a. a. O., S. 202; Lutter=Hommelhoff, a. a. O., §§ 32a/b Rn. 1 und Rn. 4 ff.)。判例法は、『会社に信用力がなくなった状態になっても、貸付金がなお預託され続けたのか否か』という基本的な判断枠組において、社員貸付金を自己資本に準じるものとして取り扱うための要件についてさらに発展し続けている。この判例法の発展についてここで簡潔に述べるならば、社員貸付金を準自己資本として扱うことの要件は、『預託し続けた行為』それ自体の存在から、『預託し続けることを社員が判断できる可能性』の存在へと発展していると考えられる(Vgl. Habersack, a. a. O., S. 203 ff.)。詳細については別の機会に紹介したい。

近時ドイツにおいては、「資本市場におけるドイツコンツェルンの競争能力の改善および社員貸付金調達の容易化に関する法律 (Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen, BGBl. I, 1998, S. 707, 略称「資本調達容易化法 (KapAEG)」)」によって、有限会社法三二条 a 三項二文が導入され、貸付金について劣後的に扱われる者の範囲に関する緩和がなされた(この法律を紹介したのが国の文献として、石原肇「ドイツの資本調達容易化法」会計一五四巻二号一三五頁以下を参照)。新条項によれば、基本資本金に対して一〇%以下の出資しか行っていない非業務執行社員による貸付については、自己資本に代替する社員貸付金に関する規定が適用されなくなる。この新条項は、社員貸付金に関する規制を緩和すること、すなわち、資本参加していたことが原因で、融資した貸付金後に準自己資本として扱われることになってしまおうという脅威を取り除いてやることによって、最終的には、主として金融機関、資本参加会社にとって、有限会社への資本参加が魅力的なものとなるようにすることを目的としている (Habersack, a. a. O., S. 210)。しかしながらこの点について、ハーベルザック (M.Habersack) は次のような批判を加える。すなわち、この新条項による社員貸付金調達の容易化は、自己資本調達の改善に役立つというよりも、破産財団を減少させることに一役買うことになる。また、有限会社法三二条 a 三項二文が導入されたからといって、同法三〇条および三一一条について発展してきた判例法が適用されなくなるといふことは恐らくない、と (Habersack, a. a. O., S. 210 ff.)。

またこの新条項を補充する意味において (Vgl. U. Noack, Gesellschaftsrecht, 1999, (Kübler/Prütting (Hrsg.), InsO, Sonderband 1), Rz. 189.) 「企業領域におけるコントロールおよび透明性に関する法律 (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BGBl. I, 1998, S. 786.)」(この法律に関し、

主に株式会社の機関に対する規制内容について概説したわが国の文献として、遠藤久史「ドイツ株式法・商法等の改正とコーポレート・ガバナンスへの対応―企業領域におけるコントロールと透明性に関する法律 (KonTraG) を中心として―(一)〜(二・完)」会計一五四巻六号一三五頁以下、一五五巻一号一三三頁以下がある。により、有限会社法三二条 a 三項三文がさらに導入されている。この新条項によれば、すでに貸付を行なっている者が、会社の危機に際し、その危機を乗り切らせるために持分を取得する場合には、この者が持分取得以前に提供している貸付金についても、あるいはそのあと新たに提供する貸付金についても、自己資本に代替する社員貸付金に関する規定は適用されなくなる。またこの法律によって、有限会社法三二条 a 一項一文に「会社の危機 (Krise der Gesellschaft)」という文言が付け加えられることになった。この文言は、同文における「社員が通常の商人であれば会社に対し自己資本を提供したであろう時期」をより明確に規定するものである。

この度新たに施行されたドイツ倒産法 (Insolvenzordnung, BGBI. I, 1994, S. 286; 邦訳として、吉野正三郎・木川裕一郎共訳「資料」ドイツ倒産法試訳(1)〜(4)「東海法学一六号六三頁以下、一八号六五頁以下、一九号三九頁以下、二〇号一七頁以下がある。において、社員貸付金の取扱いに関する規定が存する。同法三九条一項は以下のように規定する。すなわち、

「倒産法第三九条 (劣後的倒産債権者)

第一項 以下の債権は、倒産債権者の他の債権に後れて、以下の順序により、同一順位のとときはその金額の割合に応じて、これを配当する。

第一〜四号 略

第五号 社員の資本代替的貸付金 (Kapitalersetzenden Darlehen) の返還に関する債権またはこれと同等の債

権 (gleichgestellte Forderungen)」

この条項に関しては、これまでの有限会社法三二条 a、破産法三二条 a などでは用いられてこなかった「社員の資本代替的貸付金」という文言が新たに用いられているという点が注目に値する。このことは、一九八〇年に導入された条項の欠陥部分を修正する意味を含んでいる、すなわち、会社法の法理によって解決を図ってきた判例法の考え方が破産法においても全面的に反映された結果であるとも考えられる。いずれにせよ、今後ドイツ法においては、この文言の意味がこれまでの判例法との関係において問題となつてこよう。またこの新条項にならない、有限会社法三二条 a および三二条 b が「倒産法に関する施行法 (Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO), BGBl. I, 1994, S. 2911)」によって改正を受けている(これら条文の邦訳については、遠藤・荒木・前掲論文二七五頁以下を参照)。

二 紹介判例

本稿で紹介する(一)および(二)の名目的過少資本の事案は、一九八〇年の法改正以前に、社員が会社に対して貸付あるいは匿名資本参加をしていた事案である。それゆえ、一九八〇年に導入された新条項はそもそも適用されず、したがって判例法だけが判断基準として用いられる事案であった。しかしながら、ここで紹介する両事案における社員の貸付あるいは匿名資本参加の方法は、有限会社法三〇条および三一条について従来発展してきた判例法の基準に従つても、それを自己資本に準じるものとして扱うべきとする形式のものではなかった。にもかかわらず連邦通常裁判所は、これらの事案について、別の判断基準を持ち出し、解決を図つたのである。

また、本稿で紹介する二つの事案は、同時に破産法に関連する事案でもある。とくに(一)の事案においては、問題の社員貸付金およびこれと同等のものと考えられる匿名出資を破産法の解釈論上いかに取り扱うべきかという点について、裁判所の判断が明確に示されている。

なお本稿では、日本には馴染みのない次の会社形態において生じた名目的過少資本の事案を取り扱っている。すなわち、前述した有限合資会社、そして会社契約の内容を発起人があらかじめ定め、投資社員として有限責任社員を公において勧誘する形態の公開合資会社 (Publikumskommanditgesellschaft; vgl. Röh. a. a. O., S. 186.) についての事案である。しかしながらどちらの事案においても、有限責任社員が会社に対して提供した貸付金あるいは匿名出資についての取扱いが問題とされており、有限責任制度が社員によって不当に利用され、会社債権者の利益が害される場合における解決の仕方が問われてくるという点は、株式会社・有限会社において生じてくる問題と同じである。このことに照らせば、問題が生じた会社の形態がたとえ異なっていようと、わが国の株式会社・有限会社における同様の社員貸付金の取扱いに関する問題について比較法的考察の対象となりうると思われる。以下、判例を見ていくことにする。

(一) 連邦通常裁判所第二民事部一九八一年二月九日判決 (ZIP 1981, S. 734 ff.)

△判断事項▽

公開合資会社への匿名資本参加が有限責任社員の会社契約上の抛出義務の一部であり、かつ自己資本的性格を有している場合、それを破産手続においてどのように扱わねばならないか。

△ 事案の概要 △

原告 X は、ドイツ人医師・歯科医師の財形のための P 有限会社と二社の被資本参加 A・B 合資会社から成る A 有限合資会社「本件では、P 有限会社を無限責任社員とする B 合資会社が、さらに無限責任社員となっている A 合資会社のことを指していると思われる（泉田・前掲論文四二頁を参照）。以下では、単に A 会社と訳す。ただし、原文に応じて、A 合資会社と訳す場合がある」に、一九七一年一月に入社した。X は二万五〇〇〇マルクの出資をなし、そのうちの二〇％が有限責任出資として、八〇％が匿名資本参加として利用されることになっていた（会社契約三条、および一九七一年一月二十八日の X の入社申込みによる）。

会社契約三条は、社員は全体で二億七五〇万マルクの出資をもって参加すると定める。その資金は、とくにスペインのホテル計画に融資するとされている。一九七六年一月一三日に、A 会社の財産について破産手続が開始された。被告 Y はその破産管財人である。X は二万マルクの匿名資本参加の額を破産債権として届出た。X は「営業者が破産した場合での匿名組合員の債権の取扱いを定める」に「訳者注」商法三四一条一項ならびに会社契約一六条および一七条を理由とした。この会社契約一六条および一七条は次のような文言となっていた。すなわち、『匿名組合員は、自己の資本参加をもって「会社の」に「訳者注」損失を分担しない。匿名組合員の責任は払込済みの資本を限度とする。追出資義務はない』と。Y は、その債権を争っている。地方裁判所は、二万マルクの債権の破産債権表への記載および確定の訴えを棄却した。控訴審は控訴を棄却。上告棄却。

△ 理由 △

確かに控訴審は、次の点から出発している。すなわち、破産者たる A 会社の損失が、社員が引き受けた出資（有限責任出資および匿名出資）よりも低いことに照らせば、たとえ X の匿名出資を切り崩しても、それを全額は必要

としていないという点である。しかしながら、控訴審は、「商法三四一条一項を適用することはできず、それゆえ訴えには理由がない」とし、「Xは、自己の資本参加全額について、仮にそれが匿名出資として抛出されていたとしても、『共同企業者』として扱われなければならない、したがってA会社財産に関する破産においては、債権者として参加できない」と判示した。

以上の点について結論的には賛同できる。

1 商法三四一条一項に照らせば、確かに匿名組合員は、自己の抛出した出資に関する債権を、その金額が自己に割り当てられる損失分担額を超える限りで、営業者財産に関する破産において、破産債権者として主張できる。しかしながら本件のように、営業者が公開合資会社である場合には、匿名資本参加が、有限責任社員の会社契約上の抛出義務の一部であって、会社目的実現のために必要不可欠である限りにおいて、このことは妥当しない(連邦通常裁判所第二民事部一九七九年一月五日判決—II ZR 145/78, WM 1980, 332=ZIP 1980, 192を参照)。本件はこの場合にあたる。

a) 有限責任社員が締結した会社契約に照らせば、匿名出資の抛出義務については、営業者たるA合資会社の社員として、有限責任社員に課せられていた義務であったということが重要である。会社契約に基づき、有限責任社員は全員、自己の資本参加の範囲で、有限責任出資と匿名出資を一对四の割合で抛出する義務を負っていた。それに相応して、原告Xは、一九七一年二月二八日に入社の意思表示をしたのち、匿名資本参加を引き受けたが、その引受けは、会社外部者としてなされたものではなく、また、同時に有効に行なわれている有限責任資本参加とは無関係に、この匿名資本参加に基づいて、権利および義務が生じてくるという形でなされたものでもなかった。むしろ、会社契約上の規律によれば、この匿名資本参加は、有限責任社員としてXに課せられた抛出義務の構成要素で

あった。

b) 会社契約に照らせば、匿名出資が自己資本的性格を有していることが、さらに明らかである。匿名出資は、—有限責任出資とともに—会社契約（三条を参照）において『会社資本』として指定されているだけでなく、一九七一年二月二八日にA会社が原告Xに対して提示した『暫定的な損失割当分』に関する書面においても、明文をもって『自己資本』と称されていた。また実際にも、そうしたものとして、匿名出資は評価することができる。すなわち、会社契約三条において予定されている目的の遂行は、有限責任出資だけでなく、匿名出資を自己資本として運用する場合にしか実現不可能であったのである。有限責任出資（全資本の五分の一）のみで自己資本の基礎が構成されていたならば、会社契約上定められている目的および目標は、達成することができなかったであろう。匿名出資は自己資本として必要不可欠であったのである。

会社契約によれば、匿名資本参加は確かに優遇されている。匿名資本参加は、一定の優先配当権に運動している。その他にも、有限責任社員は自己の匿名資本参加をもって『損失を分担しなくてもよい』とされている。その責任は払込済みの資本を限度とする。追出資義務は発生しない（会社契約一六条および一七条）。しかしながら、以上の点からは、匿名出資が自己資本的機能を有しており、したがってA合資会社の債権者を満足させるために供されねばならないとする評価に反する内容を読み取ることができない。むしろこの規定には、（会社契約の最も新しい条項である一一条b二項において予定されているように）社員相互の関係において、損失はその全額について有限責任出資をもって充当することにするという意味しかない。

2 匿名出資が自己資本として扱われることになり、それゆえ会社債権者の配当に向けられねばならないという事情に基づくならば、まず第一に次の結論に達する。すなわち、破産管財人は—清算人と同じく（これについては、

前に引用した連邦通常裁判所第二民事部一九七九年一月五日判決を参照。) 一、少なくとも債権者を満足させるために必要である限りにおいて、未払いの出資を請求できるが、それとは逆に、社員は、そのような「自己資本的機能を有する」(訳者注)「出資の返還を請求できない」という結論である。

むしろのこと、本件については、A合資会社の損失が、たとえ有限責任社員の匿名出資を切り崩したとしても、それを全額が必要としないという点から出発しなければならない。この点に照らせば、原告XはA合資会社に対する債権を有しうると考えられる。それゆえこの場合には、商法三四一条一項が適用され、その債権を破産表に記載および確定しうるのでどうかという問題が生じてくる。この点は次の理由から否定されねばならない。

確かに社員自体も、「破産債権者」について定める「訳者注」破産法三条にいうA合資会社の『人的債権者』に属する。つまり、社員が第三者たる債権者である場合に限らず、会社関係に基づき社員に債権が発生する場合(例えば、「社員の支出した費用および被った損失に対する会社の賠償義務を定める」(訳者注)「商法一一〇条に基づく費用補償、そして個人勘定上の預金)にも、そうした形になる。しかしながらこのことは、自己資本的性格を有する有限責任社員の出資および積極資本持分[aktiven Kapitalanteile]については妥当しない。なぜなら、それらは責任財産の原資となるからである(Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 3 Anm. 18を参照)。契約により損失分担を免じられた社員も、自己の借方残高額[Aktivsaldo]の破産表への記載および確定を申し立てることはできない(Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Anm. 26 Abs. 2)。それに相応して、有限会社および有限合資会社の場合には、ならに資本代替的貸付金の返還請求権も、会社財産に関する破産において主張することができない(Jaeger/Weber, aO, §§ 207, 208 Anm. 38, Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl., Vorbem. § 207 Rz. 28 a; 同29)。九八一年一月一日に施行された有限会社法三二条aおよび商法一七二条aの規律)。有限責任社員の会社契約上の

拠出義務の一部であつて、自己資本を具現している匿名出資には、まさにこのことだけが妥当しうる。全ての会社債権者が満足を受けた後で残余財産が依然として存する場合に、あるいは生じうる社員の請求権は、破産手続に続いて行われる清算および残余財産分配手続(「残余財産の分配について定める」訳者注)「商法一五五条および」会社の清算終了までの社員の法律関係について定める「訳者注」一五六条)の枠組の中で考慮されるべきである。この請求権を満足させることは、もはや破産管財人の職務ではない。

(二) 連邦通常裁判所第二民事部一九八八年三月二一日判決 (BGHZ 104, 33 ff.)

△判旨▽

有限合資会社「本件では、C有限会社を無限責任社員とするA合資会社のことを指すと思われる」訳者注」の有限責任社員が、会社に対して、有限責任出資とは別に、会社契約上の出資義務の一部として貸付金を拠出しなければならず、かつその貸付金が、与えられた機能に照らせば、自己資本的性格を有することになる場合には、この貸付金は、「有限合資会社の企業の直接の担い手である」訳者注」合資会社の責任財産になり、会社債権者への配当に向けられねばならない。したがって会社が破産した場合には、貸付金の返還請求権を主張することはできない。このことは、破産手続開始前に、有限責任社員がこの返還請求権を、社員ではない第三者に対して譲渡した場合にも妥当する。

△事案の概要▽

被告Yは、N地に所在するA有限合資会社「以下単にA会社と訳す。ただし原文に依じてA合資会社と訳す場合

がある「訳者注」の財産に関する破産管財人である。原告Xは、近頃死亡したA会社の有限責任社員Bの権利を譲り受け、その権利に基づいて貸付金債権の債権表上への記載と確定を求めた。一九七九年以降、資本参加および経営を目的としたC有限会社が破産者たるA会社の無限責任社員になっていた。このC会社の基本資本金は二万マルクであり、原告Xの前譲渡人Bとその他二人の持分所有者D・Eにより出資されていた。このC会社の社員B・D・Eは、同時に破産者たるA会社の有限責任社員でもあった。破産者たるA会社の会社契約によれば、責任出資となる有限責任出資の総額四九九万マルクは、全額が払い込まれていた。その内の一一九万七六〇〇マルクが、原告Xの前譲渡人Bの出資であった。A会社の会社契約一二条によれば、問題の貸付金はF合資会社に運用を任せることになっていた。同条二項によれば、有限責任社員は固定貸付金勘定「Darlehens-Festkonten」上で資本出資の八〇%にあたる残高を常に維持しなければならない。「これによりBは資本出資とみられる一一九万七六〇〇マルクの八〇%の額、約九六万マルクの残高を維持しなかつた」訳者注」とされ、また、この残高は全社員の同意がなければ変更することができないとされていた。同会社契約一三条によれば、これに相当する残高が（利益、利益配当金・利息、回収金、および出資が記入されることになる）個人勘定にある場合で、かつ、『この会社契約により合意に至っている自己資本（無限責任出資・有限責任出資・固定貸付金勘定上の残高ならびに個人勘定上の残高で構成されている）が貸借対照表上の資産総額の四〇%を下らない場合』に限り、貸付金の（税額分を除いた）回収の承認決議ができるとされていた。一九八二年三月三〇日にA会社の社員は、会社契約一二条を変更する決議をした。それによれば、F合資会社に運用を任せるとされている貸付金は、資本出資金額が引き下げられる場合には自動的に減額されるが、逆に資本出資金額が引き上げられる場合には自動的に増額されないとされた。貸付金を資本出資に転換する場合には、その補填を求める請求権は発生しないとされた。資本出資金額の引き下げが

なされることはなかった。唯一、他の有限責任社員のうち一人Dが、もう一人の有限責任社員Eの会社持分を一九八二年三月三十一日に譲り受け、会社に対する三〇〇万マルクの自己の貸付金を一九八二年四月五日付けで責任出資に転換しただけであった。一九八〇年六月一六日に有限責任社員Bは、問題の債権をミュンヘンのG銀行に対して担保目的で譲渡し、さらにG銀行が、一九八二年一月二二日になされたA合資会社の財産についての破産宣告の後に、一九八三年八月九日付けでこの請求権をXに譲渡した。なお、無限責任を負うC会社の財産に関する破産手続開始申立ては、財団不足を理由に一九八三年一月一三日に却下された。先に行われたG銀行に対する債権譲渡は、破産者たるA会社に対してすでに通知されていた。

Yは、G銀行によってすでに債権表への記載が申し立てられていた債権を争っている。Yは、「A会社には、固定資産において担保にしうる不動産がなく、そのため社員貸付金を自己資本の基礎としなければ信用力がなかったため、社員たちは、当初からこの貸付金を、責任財産となる自己資本として考えていた。また、債権譲渡がなされているにせよ、それによって貸付金の自己資本的性格が変わることはあり得ない」と主張した。

第一審は訴えを認容。控訴審はこれを棄却。Xの上告は棄却された。

△理由▽

控訴審の見解は以下のとおりである。すなわち、「原告Xは破産債権者にあらず、それゆえ、自己の債権の債権表上への記載および確定を請求できない。貸付金は会社契約上の合意によって、当初、つまり一九七九年一月一日より、したがってそもそもG銀行への債権譲渡の時点には自己資本的性格を有していたのであり、また、この性格は、その債権譲渡の後も失われていない。それゆえ、G銀行ひいてはXも、自己資本的機能を『付随させたままの状態』でのみ、この貸付金の返還請求権を取得した」というものであった。控訴審は、会社法に関する学説および

当民事部の判例を抛り所として、次のように判示している。すなわち、「会社に対する貸付金は、会社が現実に経営危機に陥っている場合だけでなく、社員間の合意により、経営的に健全な状態である場合にも自己資本的性格を有する。このことは、有限責任社員の拠出金が、責任出資として記載されることになる有限責任出資に割り振られるものなのか否かということとは関係ない。むしろ、その判断を左右するのは、この貸付金が、会社に関与していない第三者の貸付金と同様に取り扱われるべきものとなっているのか、それとも会社の責任財産の原資として資するべきものとなっているのかという点である」と。本件事案において控訴審は、有限責任資本参加額を基準に貸付金勘定上の残高を維持することが会社契約において有限責任社員の義務として定められていること、そして、会社契約一三条における自己資本の定義、ならびに、社員貸付金が開始貸借対照表に記載されていたこと、さらには、A会社が固定資産として不動産を有していないことに照らして、後者の条件が満たされているとした。加えて控訴審は、以下のとおりに理由づけている。すなわち、「この社員貸付金に関する目的規定は、後にも何ら変更が加えられていない。他の社員が正式な社員総会決議を経て、この請求権の譲渡に関して反対の意見を述べなかつたということが、とくにそれを変更したことであると認められない。それだけでなく一九八二年三月三〇日の総会決議の内容から、有限責任社員が会社の利害を考慮することなく、自己の貸付金の返還を請求できるようになったということを取捨することもできない。それに加え、A会社は当時すでに経営危機に陥っており、したがってこの総会の時点において社員が自己資本を他人資本へと有効に変更することは、もはやできなくなっていた」と。以上のことは結論として正当であり、上告に十分な理由があるとは認められない。

ただし、上告人の主張する次の点は正しい。すなわち、控訴審の見解とは逆に、「本件事案の社員貸付金が自己資本的性格を有するものなのか否かに関する「訳者注」判断については、当民事部の社員貸付金の取扱いに関するこ

れまでの判例を、直ちに抛り所とすることはできないという点である。控訴審が自らの結論を根拠づけるために何ら整理せずに引用してきた当民事部の諸判例は、様々な前提を持ったきわめて多様な事案類型のものであり、それらのうち、本件の事実関係について制約なしに当てはまるものは一つもない。

自己資本に代替する貸付金をどう取り扱うかという問題に関しては、「出資払戻の禁止について定める」訳者注」有限会社法三〇条および「同法三〇条違反の効果について定める」訳者注」三一条について展開されてきた当民事部の判例があり、控訴審は、一九七七年九月二十九日の判決（II ZR 157/76, NJW 1978, 160 = WM 1977, 1377）および一九八〇年三月二十四日の判決（II ZR 213/77, NJW 80, 1524 = WM 1980, 589）を挙げ、その当民事部の判例を引用しているが、本件事案では、この判例を根拠に貸付金返還請求権の存在を否定することはできない。なぜならこの判例は、信用力がない状態の会社に対して貸付金が提供されるか、あるいはそのまま預託され続けるということを前提としているからである。本件では、その貸付のなされ方「Hingabe」を考慮すると、そもそもこうした要件は満たされていない。同じことは、会社が経営危機に陥った後にそのまま預託し続ける場合にも言える。なぜなら、そうした場合に有限会社法三〇条にいう出資払戻の禁止が類推適用されることになるのは、社員が「場合によっては」解約を申し入れた後に「貸付金を返還請求できる地位にある場合に限られるからである（連邦通常裁判所第二民事部一九八五年五月六日判決—II ZR 132/84, WM 1985, 1028を参照。有限会社法三二条aも同様）」。控訴審が認定し、かつ不服の申し立てられていないところによれば、本件では、この貸付金に関する通常の解除権が認められていないので、貸付金が任意に預託され続けるとすることは、A会社の財務状態の悪化を理由とする特別の解除権を引き合いに出すことによってしか、根拠づけることはできない（民法六一〇条に基づく貸付に関する約定の撤回については、連邦通常裁判所第二民事部一九七八年七月三日判決—II ZR 54/77, LM BGB S. 149 Nr. 6' およ

るBGHZ 93, 159, 161を参照)。しかしながら会社契約上の規律に照らせば、控訴審と同様、次の点を前提にしなければならぬ。すなわち、この特別の解除権も発生しておらず、また社員は、その地位にある間は、会社契約により負担させられている貸付金を―社員総会の決議があれば別として―預託し続ける義務を課せられていた、という点である。これに加えて、すでに第一審が認定したように、A会社は、一九八一年六月以前には全く経営危機に陥っていたなかった。また他方でこの時点では、すでに貸付金返還請求権が譲渡されており、その結果、貸付金債権者の地位は、社員たる地位ともはや分離していた。こうした場合には、有限会社法三〇条および三一条は類推適用されない。この貸付金債権は、通常の社員貸付金と同じように倒産手続に組み込まれる (Röweder, GmbHG § 32 a Rdnr. 27, 28)。本件の事情では、「有限合資会社に有限会社法三二条 a および三二条 b の規定を準用することについて定める」訳者注「商法一七二条 a、ならびに「自己資本代替的社員貸付金について定める」訳者注」有限会社法三二条 a および「同法三二条 a に関連した社員の填補義務について定める」同法三二条 b の適用はない。なぜならこれらの規定は、一九八〇年一月三十一日より後の期日において、社員によって貸付金が会社に対して提供され、あるいは任意に預託され続けたということを前提としているからである (一九八〇年改正有限会社法一二節三條)。

本件事案で問題となっている貸付金は、A会社がなお健全な経営状態にあって、かつ信用力もあつた当時に、すでに社員によって提供されていた融資資金 [Finanzierungsleistung] であるが、それがはじめから将来の経営危機に対する緊急時資金として預託されていたものであると判断すること (控訴審によっても引用された連邦通常裁判所第二民事部一九八六年一月九日判決—II ZR 58/86, WM 1986, 1154—をよぐに参照。BGHZ 81, 252, 256も参照) もできない。社員が貸付継続義務について合意するにあたり、まさに将来の経営危機の場合をも想定していた

として認めうるものは何もない。控訴審の判決においても、これを推測させる事實は、何も認定されていない。むしろ、本件事案の破産者たるA会社の会社契約一・二条および一三条において規定されている有限責任社員の貸付金拋出義務の意味は、会社がいつでも必要な運転資金を利用できるようにしておくという点にあるとみるべきである。このような場合には、先に示した諸原則はいずれも適用することができない。

本件事案の有する真に特徴的な要素は、むしろ次の点にある。すなわち破産者たるA会社の財務計画〔Finanzplanung〕は、そもそも会社契約によって、狭義の出資、および社員から会社が運用を任されることになっていた貸付金との組み合わせをはじめから基礎にしていたという点である。当民事部はこれまでにもこの種の事案を扱ったことがあるが、しかしそれは、公開会社に関する事案に限ったことであつた。そうした事案に関して当民事部は、今ではすでに確定している判例において、次のような判断を示した。すなわち、「有限責任持分額と、貸付金額あるいは匿名資本参加額から構成される、いわば『二形式に分割された『gesplittete』社員の義務的出資は、両方合わせた形で会社の自己資本的資格を有しており、それゆえ、会社の清算もしくは破産においては、たとえそれが責任出資を越えていたとしても、会社債権者を満足させるために供されるべきものと考えられる。そしてこのことから、破産管財人は、少なくともその貸付金が会社債権者を満足させるために必要であつて、それゆえ破産債権として届け出ても、債権表に記載されないものである場合には、その貸付金を請求することができる」と判断している（控訴審が引用した判決であるBGHZ 70, 61, 73。一九七八年七月三日判決—II ZR 54/77, WM 1978, 898。一九八二年五月一七日判決—II ZR 16/81, WM 1982, 742。一九八一年二月九日判決—II ZR 38/80, WM 1981, 761。一九七九年一月五日判決—II ZR 145/78, WM 1980, 332を参照。さらに一九八四年一月一七日判決—II ZR 36/84, WM 1985, 284。およびBGHZ 93, 159, 161を見よ。）。この点について本件は、次の問題を提起している。

すなわち、当民事部のこれまでの判例を推し進め、その意味するところに照らして、公開合資会社に関して発展した原則を『通常の』有限合資会社に対しても適用できるか否かという問題である。この場合にも適用できると解すべきである。会社契約によって定められた会社に対する貸付金について、当民事部の判例が個々に前提を示した上で、それを自己資本と同様に扱ったことがあるのは、これまでに公開会社の事実上だけであるが、これは単に、公開会社においては、出資者が有限責任出資に加えて、貸付金あるいは匿名出資をもさらに払い込まねばならないとする会社契約が締結されるケースがきわめて多かった(同様の意見として、K. Schmidt, Festschr. für Reinhard Geerteler S. 487, 496) からであり、こうした関係でのみ、そのような資金の法的な扱いに関する判断を当民事部がするに至った、という理由からにすぎない。それでも、この判例の理由づけは次のことを示している。すなわち、この判例の理由づけは、公開会社固有の性格に不十分に結びついた特殊性に依拠するものではなく、むしろ、この判例の理由づけの立脚点は、つまるところ、貸付金あるいは匿名資本参加とされている、社員が会社に対して給付した資金が、実質的に自己資本的機能を有しているという点だけなのである。しかしながら、ほかでもない『通常の』有限合資会社について、次の問題が提起されている。すなわち、どのような要件のもとで、形式的には他人資本とされている社員の資金が、本当のところ、つまり会社の財務全体の枠の中でそれが具体的に果たす機能に照して、自己資本、したがって責任財産となる資本として運用されていることになり、それゆえ実体的にも責任資本として取り扱われるべきであるとされるのかという問題である。それでも以上のことから、この問題は、二つのパリエーションの合資会社形態について、原則として同一の判断基準に基づいて統一的に判断されるべきである。そのことに照らせば、まず第一に次のことが、形式的には社員貸付金として会社に運用が任されている資金を実体的に責任財産となる準自己資本として扱うのに、必要不可欠な要件となる。すなわち、営業者、つまりA合資会社

の社員たる地位に基づく会社契約上の純粋な義務として、貸付金を提供することが有限責任社員に課せられていなければならない(この要件については、先に挙げた連邦通常裁判所第二民事部判決を参照)。しかしながら、資本維持に関する強行規定あるいは破産申立義務に反しない限り、会社企業の財務をいかに企画していくのかは、原則として社員の自由である。それゆえ、たとえ純粋に会社契約上の拋出義務であると認定しても、貸付金を自己資本と同様なものとして扱うには、これでは十分でない。なぜなら他人資本、つまり、少なくとも会社が経営的に重大な危機に陥った場合には返還請求が可能となる貸付金を、拋出金として単に運用を任せることを約することもできるからである(こうした考えについては、とくに K. Schmidt aad S. 496 f. および別の文献 Gesellschaftsrecht S. 301 を参照)。それゆえ、より正確さを期すため、この要件に加えて、さらに次の要件が満たされなければならない。すなわち、会社に対する貸付金として指定される資金が、会社の破産においては社員と競合することなく、その責任財産の原資として会社外部の債権者への配当に向けられなければならない。自己資本の一部となっているという要件である。この要件は、社員が以上のことに加え、自らの貸付金を実際に出資と同様に扱っているという場合にのみ充足される。そしてこれによって、貸付金の実質的な機能を考慮し、その法的に選択されている形式「Formwahl」を無視するのに必要となってくる実質的な根拠づけがなされることになる。また学説において、会社が経営危機に陥った際に信用が供与される場合、もしくは、それに際してもなお信用が与え続けられる場合以外にも、社員貸付金を責任財産となる自己資本と同様に扱うことが要請される場合が存しうることについては、あまり異論がない。学説は、これらを同様に扱う場合には、「貸付に関する」訳者注「契約全体の趣旨に照らして、総合的な評価をした上で、これを正当化することが一般に必要であるとしている(この点および以下の点については Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. 2. Bearb. §§ 32 a, 32 b Rdnr. 59, und 52 を参照。また、

K. Schmidt aOもその都度参照)。こうした総合的評価をする過程においては、貸付金が実質的に自己資本機能を有していると認められる徴表があるが、その中でもとりわけ重要なものとして、恐らくは特に有利になってる種々の信用条件のほか、以下のものが挙げられる。すなわち、長期にわたって預託し続ける義務があること、あるいは、一方的な解除権が付与されず、通常の場合には退社の際の払戻金もしくは会社清算の際の残余金としてのみしか返還請求ができないようになってること、あるいは、少なくとも社員の評価によって、会社契約上の目的の実現のため、とりわけ第三者から資金を借り入れるための基礎としても、社員貸付金が必要不可欠であるとされていること(この要件については、連邦通常裁判所第二民事部一九八一年二月九日判決—II ZR 38/80, WM 1981, 761f および連邦通常裁判所第二民事部一九七九年一月五日判決—II ZR 145/78, WM 1980, 332を参照)である。

この判断基準をあてはめるならば、控訴審が「貸付に関する「訳者注」契約全体の趣旨から、Xの前譲渡人Bの提供した社員貸付金が自己資本的機能を有していることを結論として正しくも認定しているという点については、全く疑いの余地はなく、これ以上の事実認定を要しない。貸付金を提供し、かつ長期にわたって預託し続ける義務は、社員に対して、単に外形上、会社契約によって課されていただけではなかった。より正確に述べるならば、この義務は、社員としての出資義務の不可分な構成要素であった。この義務は、すべての社員が、固定勘定として利用することになっている貸付金勘定上で有限責任出資の総額の八〇%の残高を常に維持する義務を負うという形で、会社契約によって社員全員に平等に課せられていた。変動勘定としてあらかじめ設けられているのは、固定勘定とは異なる個人勘定だけであり、この勘定においては、利益・利益配当金・利息・回収金・出資が記載されることになっていた。控訴審が正しくも判示したように、こうした規律は結果として解除権を排除することになり、退社する場合の払戻金、あるいは会社清算の場合の残余金という範囲においてのみ、貸付金勘定上の預金の返還を一

方的に請求することを認めるとどまっていた。したがってこの貸付金は、その名称に関係なく、いかなる観点からしても、通常の出資と同じように扱われねばならなかった。さらに本件の社員貸付金は、実質的にも自己資本的な性格を有している。破産者たるA会社が社員の評価によって、自己資本として、固定的な貸付金勘定上で維持しなければならぬ残高を、会社目的を達成するために真に必要不可欠にしていたことは、そもそもこの貸付金回収の制限が、次の会社契約一三条二項において定められていたことから明らかである。すなわち同条項は、貸付金が回収された後の『自己資本の残高(無限責任出資・固定貸付金勘定上の残高・個人勘定上の残高)が貸借対照表総額の四〇%を下らない場合にしか、貸付金回収を承認するための利益処分決議を認めていなかった。貸借対照表総額には、貸付金勘定上の固定的な残高が会社の自己資本としてはっきりと組み込まれているが、その総額に対して自己資本の最低限度額を定めるこの規律も、やはり次のことを示している。すなわち、社員がこの資金を必要と考えていたのは、会社企業の信用力および経営を継続的に担保するためであって、単に当座の資金需要を埋め合わせるためだけではない、ということである。会社契約一六条は貸付金勘定上の預金債権を譲渡することについて、資本持分を譲渡する場合と同じ制限を定めているが、このことは同じことを示している。控訴審が認定した次の事實は、そのことに合致する。すなわち、A会社の固定資産には、一付言するならば―他人資本の担保に役立つと考えられる不動産が全くなかったという事実である。最後に、控訴審が認定した本件事案の事実関係からは、有限責任社員から運用を任されることになる貸付金について、社員が会社の財務計画において実質的に自己資本的性格を与えていたと評価することができるが、この評価は、開始貸借対照表において社員貸付金をはっきりと会社の自己資本として指定されていることから正当である。

会社が経営危機に陥った後でも、会社契約において留保していた社員総会決議によって社員貸付金の自己資本的

機能を解き、貸付金の全額もしくは一部の返還を受けようとするを、こうした事情と自己資本に代替する貸付金に関する規律のために、社員は妨げられたのかという問題は、判断を留保しておく。そのような決議は行なわれていない。それゆえ、責任財産として会社債権者への配当に向けられねばならない会社財産に資することになる、この貸付金の拘束的性質は、最後まで失われなかった。一九八二年三月三〇日の社員総会決議には、そのような内容を認めることができない。なぜならこの日の決議は、減資をするにあたっての、貸付金と（純粋な）資本出資との関係だけを定めようとしたものであったからである。なお、控訴審が認定し、かつ不服申し立てのないところによれば、「この決議以後も＝訳者注」減資は行なわれていない。以上のことから、社員の貸付金返還請求権は、会社外部の債権者の債権に劣後しなければならず、その債権者が満足を受けた後に初めて満足を受けることができる。したがって、原告Xの最初の譲渡人であるB有限責任社員は、貸付金の返還請求権に関して破産債権者にあたらない（BGHZ93, 159, 164を参照³⁸⁾）。このことは原告Xに対してもそのままではまるはずである。そもそも債権譲渡がなされる前から付与されていた自己資本的機能に起因する、会社債権者に資することになる貸付金の拘束的性質は、その返還請求権の行使可能性に向かうものである。この拘束的性質は、譲渡人の人格に結びついたものではなく、したがって「債権譲渡がなされた場合に債務者が旧債権者に対して主張できた権利を新債権者に対しても主張できることについて定める＝訳者注」民法四〇四条に基づいて、譲受人にも主張しうるものである（Ulmer aO Rdnr. 38; Roth, GmbHG 2. Aufl. § 32 a Anm. 5, 4; Rowedder aO § 32 a Rdnr. 27, 28がこれと同様の見解。K. Schmidt ZIP 1981, 689, 694 f.は「恐らく反対の見解」）。また上告人も、A会社が問題の債権譲渡を知った後に社員貸付金の拘束的性質を解き、この拘束的性質に基づいて生じていた抗弁権を主張することを放棄していたということを主張していない。したがってこの観点からも、上告を認めることはできない。

三 コメント

以下では、(一)と(二)の両事案について若干の検討を試みる。その上で、わが国における同様の問題を解決するにあたって示唆となりうると思われる点について確認することにする。

(一)の事案は、公開合資会社における有限責任社員の会社契約上の拠出義務の一部であった匿名資本参加に関する債権が、会社の破産において破産債権にあたるか否かが問われた事案であるが、ここではその前提として、そもそもそのような匿名資本参加が自己資本的性格を有するものとして扱われるべきかどうかという点が問題であった。公開合資会社の有限責任社員にとって会社契約上の拠出義務の一部である匿名資本参加が自己資本的性格を有するものとして扱われるべきかどうかという問題については、有限会社法三〇条および三一条とは無関係なところで、すでに判例が確立していた。その判例とは連邦通常裁判所第二民事部一九七七年一月二八日判決 (BGHZ 70, 61 以下) である。この事案は、公開合資会社の有限責任社員が、会社が経営困難に陥った際に、会社契約によって課せられていた義務に基づいて締結していた貸付契約の即時解除のほか、有限責任資本参加契約の即時解除の意思表示をなし、その貸付金の返還を求めた事案であった。主たる問題は、有限責任社員の貸付契約の即時解除が、会社契約とは無関係に認められるものなのかどうかという点であった。この点について連邦通常裁判所は、「公開合資会社の会社契約が有限責任社員に対して、資本に関する給付を行なう旨の義務を定める場合には、この給付がたとえ有限責任出資として義務づけられていなくても、その「資本に関する給付を行なう」訳者注「義務は、会社契約的性質のもの [Gesellschaftsvertraglicher Art] (BGHZ 70, 61) であり、会社関係に関する規律に服すべきものであるこ

とが推定されると判示し、本件の貸付はこれにあたり、単独で貸付契約を即時解除することはできないとした。さらに連邦通常裁判所は、資本に関する給付を行なう義務が会社契約的性質のものであるということについて、この義務が社員全員に同じ形式で課せられていたこと、また、社員貸付金が会社の目的実現のために必要不可欠であったことから推定されることとした (BGHZ 70, 63)。この判例は、会社の清算手続において、民法六一〇条に基づき、同様の社員貸付に関する約定の撤回の成否が問われた連邦通常裁判所第二民事部一九七八年七月三日判決 (Geb. H-Rdsch. 1978, S. 255 f.)、また有限責任社員がなす同様の形式の匿名資本参加との関連において、営業者たる会社の清算手続における匿名組合員の追出義務の存否が問われた連邦通常裁判所第二民事部一九七九年一月五日判決 (ZIP 1980, S. 192 ff.) を経て、会社が危機的状況にある場合における事例から会社の清算手続における事例へと、その適用の範囲が拡張されていった。(一)の事案は、公開有限合資会社の有限責任社員による同様の匿名資本参加が問題となっていた事案であったことから、連邦通常裁判所は、今述べてきた確定判例に基づいて解決を図った。すなわち同裁判所は、匿名資本参加が有限責任社員の会社契約上の抛出義務の一部となっていて、会社目的の実現のために必要不可欠なものであったか否かということを基準にして、それが自己資本的性格を有するものであると認めた。

しかしながら、(一)の事案で引用された確定判例は、会社の清算手続における社員貸付金の返還請求権あるいは匿名資本参加に関わる問題までを扱ったものであり、会社の破産におけるそれらを問題としたものではなかった。そのため、この(一)の事案において連邦通常裁判所は、自己資本的性格を有する匿名出資を会社の破産においていかに取り扱うべきかという点について、新たに判断を示した。すなわち同裁判所は、自己資本的性格を有する有限責任社員の出資および積極資本持分は会社の責任財産の原資になると判示し、本件の匿名出資は、有限責任社員の会社

契約上の拋出義務の一部となっており、自己資本を具現していることから、これにあたるとした。さらに連邦通常裁判所は、(a)有限会社および有限合資会社の場合には、資本代替的貸付金の返還請求権も、会社財産に関する破産において主張できない、(b)こうした請求権を満足させることは破産管財人の職務ではない、(c)こうした請求権は、全ての会社債権者が満足を受けた後になお残余財産がある場合に行われる、清算および残余財産分配手続において考慮されるべきである、ということを明らかにした。この(一)の事案において示された社員貸付金の取扱いに関する考え方は、公開合資会社の有限責任社員が会社の自己資本のために提供していた拋出金の返還を実質的に受けることになる会社契約上の請求権について、これが破産債権にあたるものなのか否かを問題とした、その後の連邦通常裁判所第二民事部一九八四年二月一日判決(BGHZ 93, 159 ff.)においても支持されている(BGHZ 93, 163 f.)。

(二)の事案においては、問題の社員貸付金が会社に信用力があつた当時に提供されてきたことから、このような場合に、有限会社法三〇条および三一条を類推適用して解決を図ってきたこれまでの判例を引用することができるのか否かという点が、まず問題であつた。この点について連邦通常裁判所は、同法三〇条にいう出資払戻の禁止の類推適用は、社員が貸付金を返還請求できる地位にある場合に限り得られると判示し、本件に関しては、社員が貸付契約を解除できない地位にあつたという理由から、同判例を引用できないとした。にもかかわらず連邦通常裁判所は、(一)の事案の判決の基礎にあつた確定判例の考え方を発展させ、会社の財務計画における社員貸付金の役割について定めた会社契約の内容に着目し、会社の財務全体においてこの貸付金が実際に果たしている機能を基準にして、それを実体的に責任資本として扱うべきか否かを判断しようとした。しかしながら、会社契約に基づいて社員貸付金に自己資本的機能があるということを認めた判例は、(一)の事案の判決を含め、公開会社の事案に関してのみ発展を遂げてきたため、公開会社ではない有限合資会社における社員貸付金が問題となつた(二)の事案に、この判例が直

接に妥当しうるかどうかという点が問題であった。連邦通常裁判所は、同判例が『社員が会社に対して給付した資金が実質的に自己資本的機能を有している』という点だけを前提にしていると判示し、公開会社に限らず、通常の会社の場合においても妥当しうると結論づけた。このことは同判例の一般原則化を意味すると思われる。その上で連邦通常裁判所は、同判例の趣旨を発展させ、より精密に、『貸付金の提供が会社契約上の純粋な義務であるのか否か』という基準、そして『社員が貸付金を実際に出資と同様に扱っているのか否か』という基準を打ち出した。また連邦通常裁判所は、後者の基準が満たされているのかどうかという点については、貸付に関する契約全体の趣旨を総合的に検討した上で判断すべきと判示し、とりわけ次の場合にはその基準が満たされるとした。すなわち、(a) 貸付の条件が特に有利である場合、(b) 長期にわたり貸付金を預託し続ける義務がある場合、(c) 貸付契約について一方的な解除権が付与されておらず、通常の場合には、退社の際の払戻金あるいは会社清算の際の残余金としてのみしか、返還請求ができなくなっている場合、あるいは、(d) 少なくとも社員によって、社員貸付金が、会社契約上の目的の実現のため、とくに第三者から融資をうけるための基礎としても必要であると評価されている場合である。連邦通常裁判所は、以上の判断基準に照らして、本件の社員貸付金を自己資本に準じるものと認めた上で、(一)の事案の判決に依拠する連邦通常裁判所第二民事部一九八四年一月一〇日判決 (BGHZ 93, 159 ff.) を引用し、同貸付金の返還請求権は会社外部の債権者の債権に劣後し、したがって社員は破産債権者にあたらないとして解決を図った。なおこの(二)の事案においては、問題の貸付金の返還請求権が会社の破産手続開始前に第三者に譲渡されていたことから、この場合における同請求権の取扱いについても判断がなされている。確かにこの点は、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する派生問題の一つではあるが、本稿において取り上げている問題との関連性は低いと思われるので、この問題に関する検討は、ここではとくに行なわない。以上で両事案の検討を終える。

こととする。

本稿で紹介した判例法については、以下の点が重要であると思われる。まず、名目的過少資本の場合における社員貸付金に関する有限会社法三〇条および三一条の類推適用について一つの限界、すなわち、貸付契約を解除する機会が社員に与えられていない場合には、同法の類推適用ができないということが示されたことである。次に、会社に信用力がある時点において社員貸付金が提供されていて、たとえ同法の類推適用が不可能な場合であろうとも、それが自己資本に準じるものとして扱われる可能性があるという一般原則が打ち出され、さらにその判断基準として、会社契約および会社の財務計画において客観的な形で示されている貸付金の取扱いに関わる社員の意思、ならびに社員貸付金の実際の扱われ方が考慮されたこと、またこれに伴い、社員が貸付金を実際に出資と同様に扱っていることが認められるケースの類型が具体的に示されたことである。そして最後に、社員貸付金（およびそれに相当するもの）に自己資本的機能があると認められるときには、破産法の解釈により、その債権は破産債権にあらず、その債権を満足させることは破産管財人の職務ではないという考え方が明らかにされたことである。

本稿で紹介した事案のように、有限会社法三〇条および三一条について発展をとげてきた判例法の規律の範囲外にある社員貸付金、あるいは匿名出資についてまでも、それを自己資本に準じるものとして扱い、破産法の解釈によりその返還請求権を破産債権として決して認めようとはしないドイツ判例法の姿勢は、注目に値する。ドイツ判例法のこうした断固たる姿勢は、会社制度に関係して生じてくる社員と会社債権者との利害対立を考慮した上での破産債権者の保護という視点が、破産法の解釈論においてもきわめて重要であるということを暗に示しているように思われる。この度新たに施行されたドイツ新倒産法において、社員の資本代替的貸付金が劣後債権ではあるが、最後のランクのそれとして扱われていることも、こうした視点が反映された結果ではないだろうか。

近時ドイツ法においては、あまりにも厳格になりすぎた判例法を将来において修正する意味も含めて、実務上の便宜性の観点から、自己資本に代替する社員貸付金に関して新たな条項が有限会社法に導入されるに至ったが、このようなドイツ判例法の姿勢および認識は、わが国における同様の問題の解決する上での示唆となろう。とりわけ、ドイツ判例法が、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いが会社の破産において問題となった場合に、社員貸付金が自己資本に準じるものであるか否かということを基準に、破産法の解釈によってその社員貸付金債権が破産債権にあたるものなのかどうかを判断するという方法で解決を図っているという点は、有益な示唆となりうる。

なお、名目的過少資本の場合における社員貸付金の取扱いに関する問題を、ドイツ判例法に照らして、わが国の破産法の解釈論上の問題として捉える場合、この問題は、社員による会社法上の有限責任制度の不当な利用の問題として顧慮しつつも、他方で社員貸付金の劣後的取扱いの法的な効果に関しては、この社員貸付金債権が破産法四六条の定める『劣後的破産債権』にあたるものなのか否かという問題ではなく、破産法一五条にいう『破産債権』にあたるものなのかどうかという問題として把握し、これを検討していくのがよいと思われる。今後の学説・判例の動向が注目されるところである。

(平成十一年五月二二日稿)

本稿の執筆にあたって、本学森勇教授ならびに坂本延夫教授より、ひとかたならぬご教示をいただいた。ここに心より感謝の意を表します。