

共同研究

ドイツにおける企業法・会社法 (10)

Unternehmens- und Gesellschaftsrecht in Deutschland (10)

日独比較企業法研究会
(代表 丸山秀平)*

有限会社法64条3文の機能

Die Funktion der § 64 S. 3 GmbHG

武田典浩**

目次

- I. はじめに
- II. 事実の概要
- III. 判旨
- IV. 研究
- V. 日本法への示唆

I. はじめに

会社が倒産適状（債務超過・支払不能）に至る直前において、取締役・社員によって会社財産が機会主義的に引き出され、その結果、後に起こる倒産手続において債務弁済の原資となる財産が減少し、債権者が損害を被

* 所員・中央大学法科大学院教授

** 嘱託研究所員・愛知学院大学法学部准教授

る事例があることは、各国において指摘されており、それへの対応策は各国において区々である。ドイツ有限会社法においては、倒産適状後の業務執行者・社員による機会主義的行動への対応策としては倒産申立義務、財団維持義務が存在しているだけであり、倒産適状前の機会主義的行動への明文上の対応策は、配当阻止規制がある程度であり、配当規制に抵触しない機会主義的行動については、いわゆる「会社の存立を破壊する侵害」にかかる判例法の展開に委ねているのみであった。しかし、2008年11月1日に施行された有限会社法改正 MoMiG により、有限会社法64条3文¹⁾が導入されたことにより、倒産適状前の機会主義的行動への明文上の対応策が部分的に整備されたとされる。しかし、本条文はその要件が不明確であり、解釈上の問題点へ解答を与えるためには、判例法の展開を待つ以外になかった。以下で紹介する2012年10月9日の連邦最高裁判所判決²⁾は、同条同文について最高裁が民事事件において初めて判断を行ったことについて、期待したほどに機能していないといった消極的評価をも含め、注目を浴びている。本稿は同判決を紹介し、日本法への示唆が得られるかを検討する。

1) 有限会社法64条「業務執行者は、会社の支払不能の発生又は会社の債務超過の確定後に給付された支払について賠償義務を負う。この義務は、その時の通常の事業者の注意をもって行われた支払については適用しない。社員への支払が会社の支払不能を引き起こしたに違いない場合に限り、業務執行者は、当該支払についても同様の義務を負うが、ただし、2文において示される注意をもってしても認識することができなかった場合にはこの限りではない。賠償請求については、43条3項及び4項の規定を準用する。」以下、有限会社法の条文訳については、早川勝「(試訳)有限会社法の現代化と濫用をなくすための法律 (MoMiG) による改正有限会社法」同法61巻5号261頁以下（2009年）を参照した。

2) BGH, Urt. v. 9. 10. 2012—II ZR 298/11, GmbHR 2013, 31.

II. 事実の概要

原告 X 及びその間に X との間で離婚した妻 A は、1995年 8 月 1 日、被告会社 Y に対し、350,000マルク（178,952.16ユーロ）の貸付を提供した。なお、A は Y の唯一の社員であり唯一の業務執行者でもある。この貸付は、設備投資及び在庫管理の資金調達のためになされた。被告は遅くとも2005年12月31日までに貸付金を返済する義務があったが、結局期日まで履行がなされなかった。

そこで、X は、自己及び A のために、貸付金額及び2007年10月 1 日以降の 7 % の利息を付した額の支払を請求した。これに対し、Y は貸付金の返済を拒絶した。その理由としては、Y は、社員貸付に付されている譲渡担保の無効性が貸付全体を無効とすること、及び、社員貸付返済によって Y の支払不能が生じるために有限会社法64条 3 文に基づいてそれを拒絶することができることを挙げた。

第一審（LG Mainz, Urt. v. 3.2.2010-4 O 367/08, BeckRS 2012, 23887）は請求を認容した。ただ、本件では、民法432条における共同債権者 *Mitgläubiger*³⁾ としての X 及び A への返還が追及されるべきであるから、その返済方法としては、供託がなされるべきであるとした。Y により控訴がなされ、原審（OLG Koblenz, Urt. v. 19.9.2011-12 U 246/10, BeckRS 2012, 23886）は X の請求を理由がないとして棄却した。その理由としては、有限会社法64条 3 文には書かれざる法律効果としての履行拒絶権が存在すること、供託も同条同文の支払概念に該当すること、2011年 3 月時点において既に Y の売上金が激減しているために基準時点（2011年 8 月の口頭弁論時点）において社員貸付への支払を為すことにより支払不能が引

3) 共同債権関係においては、債務者はすべての債権者に対し共同にのみ給付することができ、各債権者はすべての債権者に対してのみ給付すべきことを請求することができる。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』（大学書林、1993年）425頁参照。

き起こされること、を挙げた。なお、社員ではないXが行う支払請求についても64条3文が適用されるのか、との論点も存在したが、これについては、XとY社の社員であるAとの間には貸付当時は婚姻関係があり、家族法的な近接関係があること及びXとAとの間には共同債権者関係があることを理由に、Xの請求についても64条3文が適用されるとした。Xにより上告がなされた。

III. 判 旨

上告認容，原審差戻

1. 支払不能既発生時における有限会社法64条3文適用の可否

「上級地方裁判所の従来立場に従うと、有限会社法64条3文の適用範囲は開始されていない。それゆえ、被告は同規定を援用して支払を抑止することができない。貸付債権を考慮すると流動性貸借対照表において、場合によると被告が既に支払不能であり、このような事例においては、求められている供託が支払不能をもはや惹起することができないことを、控訴審は正当にも認めた。」

2. 支払不能の算定，社員貸付を負債として計上することの可否

「3週間以内においても10%あるいはそれ以上の除去されない支払能力の欠如が存在しており、そして、例外的に担保によって限界づけられる蓋然性も期待することができないときには、支払能力の欠如が完全にあるいはほぼ完全に埋められ、債権者に当該事例の特別状況の下で静観を期待されるのは、通常は倒産法17条2項1文に基づく支払不能を出発点とする。

……

有限会社法64条3文における支払不能の惹起の評価の際に、満期が到来した社員貸付は除外されない。

満期が到来した、すなわち、真面目に請求がなされている社員貸付の考慮の下で、10%あるいはそれ以上の填補の欠如が存在するときには、会社

は支払不能であり、社員に対する支払によって支払不能は惹起されない。有限会社法64条3文は支払不能の惹起を要件としており、既発生の支払不能の深化に焦点を当ててはいない。支払不能概念を擁する3文において、1文及び倒産法17条2項1文におけるのと異なることを意味すべきであり、それゆえ、満期が到来した社員貸付が減算されるべきことについての根拠は、存在していない。

……（2008年有限会社法改正により自己資本補充的社員貸付の弁済につき資本維持規制が適用されなくなった（いわゆる判例法規制の廃止、有限会社法30条1項3文の挿入）ことを踏まえ）満期が到来した社員貸付に対する会社の抗弁としての有限会社法64条3文の解釈によって、行使の遮断は部分的に再び挿入されて、社員貸付が行使可能ではなく、流動性貸借対照表において満期が到来した負債として計上されないのならば、社員が会社に再び金融を行おうとしないにもかかわらず、倒産申立は時間的に遅延される。」

「（64条3文について）立法者は明白に、狭く限定づけられた適用範囲を出発点とした（BT-Dr 16/6140, S. 147）。立法者は同規定の中で、存立破壊に基づく社員の責任の捕捉を目していたに過ぎない。違法な財産移動の領域において、その適用範囲を超えて、支払によって10%を下回るような填補の隙間の拡大の事例を超えても存在している。それゆえ、倒産法的意味においては満期が到来しておらず、それゆえ清算貸借対照表においては貸方に計上しない負債、実際には本気で取り立てられていないような負債、あるいは劣後処理される社員貸付への弁済は、支払不能を第一に招来させることができる。並びに、社員貸付に対する弁済自体が支払不能を招来せしめないが、社員領域外における貸付供与者が貸付の存続、延長あるいは供与を与えることを社員貸付の放置に依存しており、彼によるその貸付金の清算については社員貸付弁済が誘因となっているという事例も存在する。」

3. 差戻審において審理すべきこと

「上級地方裁判所は、原告及び社員によって提供された貸付への支払によって支払不能が初めて惹起されるという事例については、態度決定しなかった。

貸付が2005年12月31日の合意された返還時点において自己資本補充的であるときに、貸付返還請求権は満期を迎えた。2008年11月1日のMoMiGの施行によって判例法規制が廃棄された（有限会社法30条1項3文）のであるから、社員は同時点以降の自己資本補充的貸付の返還は行使することができる。」

4. 64条3文に反する支払であることを理由とする業務執行者の履行拒絶権

「（社員貸付の返還請求につき）会社は確かに支払を拒絶しうる……。有限会社法64条3文に基づく業務執行者の責任、及び、それと結びつく支払禁止は、支払不能がはっきりしたときに、社員によって金銭が取り出されるといった危険を予防する（BT-Dr 16/6140, S. 46）。このような目的は、会社が資金の流出を拒絶し得、業務執行者が資金流出を自己の責任の甘受の下で生じさせる必要はないというときのみ達成できる。従って、業務執行者は社員の指図に拘束されない（有限会社法43条3項3号に関連する64条4文）。後に支払不能及びそれによる倒産適状が生ずるときに、場合によっては、その中で存在している履行拒絶権を超えて、社員貸付の劣後化が生じ（倒産法39条1項5号）、倒産管財人は、倒産法135条あるいは有限会社法64条3文に基づき、倒産否認を超え、流出した資金を取り戻すことを、参照しない。同時に、会社が差し迫る支払不能に接し、健全化がなされるときには、履行拒絶権は考慮されない。履行拒絶権が他の規定、例えば存立破壊の責任（民法826条）といった事例からも生じうることは、有限会社法64条3文に立脚した履行拒絶権とは対立することはない。」

IV. 研 究

1. はじめに

判決文の端々から推察すると、本件は、社員かつ業務執行者である A が経営する Y に非社員である X と共同して貸付金を提供したが、後に夫婦が仲違いして離婚し、X が自己の貸付金の回収を図ろうとしたが、Y (を代表する A) がそれを拒絶しているとの事案であると要約することができる。仮に貸付金返還が奏功したとしても、共同して貸付を行った X と A との間で金銭の帰属について紛争が生じるのは必至であるため、支払方法としては供託を命じた⁴⁾。また、そもそも社員であり業務執行者である A は、資金調達の困難に陥ることを避ける目的で、有限会社法64条3文に基づく会社の履行拒絶権を用いて、X が Y から貸付金の引上げを行うことを拒絶した。

第一審・原審では、そもそも本件は有限会社法64条3文の適用の前提条件となる社員貸付に該当するのかが問題となっていたために、X と A の関係について詳細な判断を行っていた。ところが、最高裁は、本件貸付が社員貸付に該当することを前提として、64条3文の適用のみが争点となっている。

最高裁の判示は、①64条3文は支払不能発生後の支払には適用されず、支払によって支払不能が惹起された場面のみ適用されること、②支払不能の算定には社員貸付も満期が到来した負債として計上されること、③傍論として、64条3文に基づき、「支払不能が惹起されること」を理由とし

4) 第一審では、社員貸付金の返還請求権が連帯債権関係 Gesamtgläubigerschaft にあったか否かも争点となっていた。連帯債権関係では、数人の債権者が別々に、または同時に債務者に対して履行を請求することができ、債務者は債権者の誰に履行をしても債務を免れるという関係にある。山田・前掲注3) 271頁。よって、X 自身は自己の地位のみに基づいて返還請求を行うつもりであったようである。

て社員貸付の履行請求を拒絶することができること、の3点に要約することができる。以下では、64条3文の制定理由、これまでに出示された裁判例の動向を踏まえ、これら論点について検討してゆく⁵⁾。

2. 有限会社法64条3文の制定理由

まず64条3文の制定理由を改めて整理する必要がある⁶⁾。何故なら、同制定により失われたはずの論点が、本判決により復活したといえるからである。

同条同文の制定の意図は、財団維持義務の前倒しである。すなわち、MoMiG以前においては、債務超過・支払不能発生後になされた支払について業務執行者に填補させる義務が課されていた（MoMiG前有限会社法64条2項）。なお、同規定については、MoMiG以後においては有限会社法64条1文において存続している。64条3文は、社員に対する支払に限定するのであるが、業務執行者の財団維持義務を、「支払不能を引き起こすに違いない」支払に前倒ししたのである。では何故このような改正をする必要があったのか。立法者は以下の2点を追求しているとされている。

1点目は、社員である地位に関連している存立破壊責任⁷⁾の一部を業務

5) すでに公表されている評釈類としては、Marco Brand, Insolvenzverursachungshaftung bei aufsteigenden Kreditsicherheiten, NZG 2012, 1374., Mathias Wenzler, Der GmbHHR-Kommentar, GmbHHR 2013, 33., Ulrich Haas, § 64 S. 3 GmbHG-Erste Eckpunkte des BGH, NZG 2013, 41., Wilhelm Nolting-Hauff = Sven Greulich, Was von der Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG bleibt - Zugleich Besprechung von BGH v. 9. 10. 2012- II ZR 298/11-, GmbHHR 2013, 169., Detlef Kleindiek, BB-Kommentar, BB 2013, 19., Manfred Born, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, WM Sonderbeiträge Nr. 1/2013, 42. がある。

6) 改正経緯の概要については、拙稿「ドイツ有限会社法六四条三文改正案めぐって—欧州における倒産引延責任をめぐる近時の発展を手がかりに—」新報114巻11, 12号339, 345頁（2008年）をも参照。なお、以下の記述は、Noting-Hauff = Greulich, a. a. O. (Fn. 5), S. 169. を参照した。

執行者に転嫁させることにある⁸⁾。倒産適状間際において支配社員が会社財産を「略奪」する行為を行ったときには、「会社の存立を破壊する侵害の法理」に基づき、「社員として」、民法826条の故意の公序良俗違反の不法行為責任の追及がなされる⁹⁾。この「社員である地位」に基づいた責任の一部を、「業務執行者としての地位」に基づいた責任を課すために、業務執行者の財団維持義務を拡張する方向へシフトしたのである¹⁰⁾。しかし、それによって存立破壊責任の複雑性を完結的に規制するつもりはないとされる。

2点目は、MoMiGにおいて資本維持による債権者保護を後退させたことに対する、補充という位置づけをも有している¹¹⁾。特にここで強調されるのは、社員貸付にかかる改正である。MoMiG以前における社員貸付法制は2本立てであった¹²⁾。すなわち、①1980年有限会社法改正によって導

7) 会社の存立を破壊する侵害については、神作裕之「ドイツにおける「会社の存立を破壊する侵害」の法理」黒沼悦郎 = 藤田友敬編著『企業法の理論(上巻)』(2007年) 81頁以下、高橋英治『ドイツと日本における株式会社法の改革』(商事法務, 2007年) 101頁以下、同『企業結合法制の将来像』(中央経済社, 2008年) 219頁以下、同『ドイツ会社法概説』(有斐閣, 2012年) 443頁以下、323頁以下、梶浦桂司「ドイツ有限会社法における少数派社員の保護に関して」札大20巻1=2号54頁以下(2009年)、拙稿「『会社の存立を破壊する侵害』法理の新動向」比較法雑誌43巻1号150頁113頁以下(2009年)を参照。

8) Begründung, Regierungsentwurf eines MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46. (以下, Begr. と略称する)

9) BGH, Urt. v. 16. 7. 2007- II ZR 3/04, ZIP 2007, 1552 (Trihotel), BGH, Urt. v. 28. 4. 2008- II ZR 264/06, WM 2008, 1221(GAMMA), BGH, Urt. v. 9. 2. 2009- II ZR 292/07, WM 2009, 800 (Sanitary) など。

10) 支配社員の責任を課す理由につき、十分な出資を提供しない社員としての責任から事業の経営者としての判断に基づく責任へと方向転換することについては、後藤元『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』(商事法務, 2007年) 18, 582, 589頁。

11) Begr., S. 42.

12) 以下の記述については、拙稿「ドイツ有限会社法における社員貸付法の改正—有限会社法の現代化および濫用の撲滅のための制定法案からの示唆—」比

入された、支配的社員によって危機状況において提供された貸付金について会社の倒産手続内における劣後債権化について規定する MoMiG 前有限会社法32a, b 条（制定法規制）、及び、② Nutzfahrzeuge 事件¹³⁾において示された、支配社員の貸付金の返還について、有限会社法30条の資本維持規制の適用を認めるといふ判例法の存在（判例法規制）である。1980年有限会社法改正後は両規制が併存したため、規制の複雑化をもたらした。そこで、MoMiG により、社員貸付の返還には資本維持規制を適用させないとの条文（有限会社法30条1項3文¹⁴⁾）を挿入することにより、制定法規制一本にしたのである。これにより、社員貸付の支払は自由になったとされるが、会社の支払不能を引き起こすことを阻止しなければならないために、64条3文の規定を挿入したとされる。

また、2点目について付言すると、いわゆる「支払不能テスト insolvency test」を部分的に挿入したとも評価しうる¹⁵⁾。支払不能テストとは、満期が到来した負債を支払うことができる流動資産の状況を維持することに債権者保護の重点を置く考え方である。実際に、MoMiG のときに、基礎資本金を中核においた資本維持の債権者保護規制を廃棄し、支払不能テストを中核においた改正をなすべきではないかとの論争も生じた。ところが、2006年に Stuttgart で開催されたドイツ法曹大会¹⁶⁾において同提案は

較法雑誌41巻3号181, 197頁以下（2007年）参照。

13) BGH, Urt. v. 26. 3. 1984- II ZR 14/84, BGHZ 90, 370.

14) 有限会社法30条1項「基礎資本の維持に必要な会社財産は、社員に支払うことができない。1文は、支配契約もしくは利益供与契約（株式法291条）が存在するときに行われたか、又は、社員に対する完全な代償請求もしくは返還請求権によって填補される給付については適用しない。さらに、1文は、社員貸付の返還及び社員貸付に経済的に対応する法律行為から生ずる債権については適用しない。」

15) Ulrich Haas, in: BAUMBACH = HUECK, GMBHG, 20. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 64 Rz. 2. 支払不能テストにかかる議論については、久保大作「資本制度・分配規制に関連して」商事1974号21頁以下（2012年）に詳しい。

16) 支払不能テストにかかるドイツ法曹大会における議論については、Ulrich Haas, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, in: GUTACHTEN E

否決され、提案されていた最低資本金の引き下げも、MoMiGでは成立することはなかった¹⁷⁾。ところが、社員貸付の返還規制について、資本維持規制から支払不能阻止基準に変更されたことを踏まえると、支払不能テストが部分的に挿入されたといえそうなのである。

ただ、本判決を分析すると、このような社員貸付返還規制の変更を、上記のように整理してしまってもよいのか、熟慮してみなければならない。この点をも踏まえて、本判決の分析を行う。

3. これまでの裁判例

2008年に64条3文が挿入されて以来、同条同文の適用が問題となった裁判例は、本件第一審・原審・最高裁を除いては、5件存在している¹⁸⁾。そのうち、2件は刑事裁判であり、背任罪（刑法266条1項・2項）の適用要件である任務違背の認定において64条3文の適用が問題となったものである¹⁹⁾。民事裁判は3件存在している。2009年12月16日のベルリン地裁の

FÜR DEN 66. DEUTSCHEN JURISTENTAG, C.H.Beck, 2006, S. E. 121. 以下に詳しい。

- 17) 最低基礎資本金が引き下げられない代わりに、より簡易な有限会社形態として有限責任事業会社（Unterhermergesellschaft）が導入されたことについては、丸山秀平「ドイツにおける有限責任事業会社制度の創設とその評価」日本比較法研究所編『Future of Comparative Study in Law—The 60th anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University』（中央大学出版部、2011年）795頁以下、同「有限責任事業会社の設立」龍谷43巻4号339頁以下（2011年）参照。
- 18) 下記以外にも、社員貸付の返還にかかる30条1項の適用及び劣後化が問題となって事例において、64条3文が言及された例もある。OLG München, Urt. v. 22. 12. 2010-7 U 4960/07, BeckRS 2011, 01437, OLG Koblenz, Urt. v. 15. 12. 2011-6 U 309/11, BeckRS 2012, 04143. 64条3文の適用が主たる論点ではないために、本項では引用しない。
- 19) OLG Stuttgart, Beschl. v. 14. 4. 2009-1 Ws 32/09, ZIP 2009, 1864, BGH, Beschl. v. 31. 7. 2009-2 STR 95/09, NJW 2009, 3666. なお、64条3文挿入前は、社員貸付への支払が30条1項の資本維持規制に抵触するか否かが任務違背認定の要素となっていたという。

決定²⁰⁾は、社員が有限会社との間で匿名組合契約（ベンチャー・キャピタル出資²¹⁾）を締結し、それに基づく固定対価の支払いを請求した事例である。有限会社法64条3文に基づいて履行拒絶権が発生することを認定したが、被告による支払不能の立証が不十分であったことを理由に、支払を認めることで訴訟終結した。2010年5月6日のミュンヘン上級地裁の判決²²⁾は、自己資本補充的性質を有しており、名目資本が回復したのちに返還請求が可能である旨の合意が社員・会社間においてなされた、社員貸付の返還請求がなされた事例である。上級地裁は、貸付供与時において資本補充法における危機状態（支払不能の発生）に既にあったとし、64条3文が定める社員への支払によって支払不能が惹起されるという状況になかったとした。そして、64条3文は事後的な填補請求権を基礎づけるだけであり、事前の履行拒絶権を基礎づけるものではないとした。2012年5月9日のツェレ上級地裁の判決²³⁾は、会社が、親コンツェルン内の会社に対して不動産を売却したことにより得られた利益でもって、社員貸付を返還しその結果支払不能に至れる状況になったものの、その後社員及び親会社により13か月間にわたり救済融資を受け続け、支払不能発生を遅延させていた事例である。ここでは、支払と支払不能との因果関係が断絶したかどうか論点となった。支払と支払不能との因果関係が肯定されるには、履行の時点において更なる因果的貢献の追加的発生なくして、会社が通常の業務過程の下で、その債務にもはや満足を与えることができないことが明白に示されることが必要²⁴⁾であり、後の倒産会社がその社員から長きにわたり得ていた救済支払は、社員貸付返済後およそ1年以上において、事業会社の

20) LG Berlin, Beschl. v. 16. 12. 2009-100 O 75/09, GmbHR 2010, 201.

21) ベンチャー・キャピタル出資である旨は本文中には表れていない。Ralf Hoffmann, Der GmbHR-Kommentar, GmbHR 2010, 203 による。

22) OLG München, Urt. v. 6. 5. 2010-23 U 1564/10, ZIP 2010, 1236.

23) OLG Celle, Urt. v. 9. 5. 2012-9 U 1/12, GmbHR 2012, 1185.

24) Begr., S. 46., Detlef Kleindiek, in: LUTTER = HOMMELHOF, GMBH-GESETZ, 18. Aufl., Verlag Otto Schmidt, 2012, § 64, Rz. 35.

「通常の事業の過程」には帰属しない特別事情に該当し、これは因果関係認定のために考慮されないとした。よって、支払と支払不能との間に因果関係を認め、業務執行者の填補責任を認めた。

上記のとおり、これまでの64条3文にかかる裁判例においてはほとんど履行拒絶権の存否が問題となっていた。業務執行者の填補責任についてはツェレ上級地裁の判決が初めて判断を行ったのであるが、論点の中心は、救済融資による支払と支払不能間の因果関係の断絶にあった。

4. 支払不能の認定と社員貸付の負債としての計上

本判決の論点の1つ目は、支払不能の算定方法である。倒産開始原因としての支払不能については、倒産法17条2項1文において、「満期が到来した支払義務に満足を与える状況にないとき」という定義が与えられている。ただ、「支払義務に満足を与えない」状況については、単なる支払停止（Zahlungsstockung）とは異なるとされ、具体的にはどのように異なるのかが問題となる。そこで、最高裁²⁵⁾は以下の2点に着目して、支払不能の発生を認定している。すなわち、①3週間以内において排除されない支払能力の欠如が少なくとも10%であること、②例外的に、担保によって限定されている蓋然性によって、隙間が完全あるいはほぼ完全に補償され、債権者が個別事例の特別状況によって待機することを期待できるといった状況にはないこと、である。有限会社法64条3文において惹起の対象とされている支払不能にも、上記と同じ定義が与えられているとされる。

上記の支払不能の定義を64条3文の解釈に当てはめると、以下のような場合分けができる²⁶⁾。社員貸付への返還時点において既に、①会社に10%以上の支払能力の欠如があるとき²⁷⁾には、支払不能発生後になされた給付

25) BGH, Urt. v. 24. 5. 2005-IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, BGH, Urt. v. 27. 3. 2012-II ZR 171/10, GmbHR 2012, 746.

26) Marc Winstel = Dominik Skauradszun, Zahlungen an mehrere Gesellschafter in der Krise – Verteilungsmaßstäbe im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG -, GmbHR 2011, 185, 186. が詳しい。

の事例となるため、64条1文の適用対象となり、②会社の支払能力の欠如が10%未満であるときで、社員貸付の支払により、欠如が10%以上まで拡張したとき²⁸⁾には、社員貸付への返済により支払不能が引き起こされたという状況にあるため、64条3文の適用事例となる。なお、③弁済期が未到来であったり、劣化化されたり、一定の抗弁付であったりする社員貸付は「満期を迎えた負債」として計上せず、これに対して支払を行うことは流動資産を減少させ、支払不能を引き起こす。よって、64条3文の適用対象となる。

このように、64条3文の適用範囲は②と③のみとなり、かなり限定されている。2008年に新たに創設された条文であるにもかかわらず、適用範囲が極めて制限されていることにより、64条3文の規定は空文化されかねない。そこで、満期を迎えた社員貸付を返済することにより支払不能を引き起こすような会社は、早く倒産手続へ移行すべきであり、このような状況にある会社は既に「支払不能に陥っている」と認定し、64条1文の適用対象下にあるとして、64条3文を「余計なもの」と考えるべきであるとの見解²⁹⁾もある。すなわち、上記支払不能認定の②事例についても①事例に移行させよとの立場である。しかし、学説では、64条3文の適用範囲をもっと明確にすべきではないかとの議論が展開されている。問題となるのは、この支払不能の債務の中に社員貸付を含むのかどうかである。

27) 例：会社の流動資産が80、満期を迎えた貸付が50、満期を迎えた社員貸付が50であるならば、支払能力の欠如は20% $(= (100 - 80) / 100 \times 100)$ であるから支払不能である。

28) 例：会社の流動資産が91、満期を迎えた貸付が50、満期を迎えた社員貸付が50であるならば、現在の支払能力の欠如は9% $= ((100 - 91) / 100 \times 100)$ であるから現在は支払不能ではない。しかし、社員貸付へ返済を行うと、支払能力の欠如が18% $= ((50 - 41) / 50 \times 100)$ に上昇するため、この社員貸付への返済は支払不能の惹起に当たる。

29) Holger Altmeyden, Die rätselhafte Haftung von Geschäftsleitern für insolvenz-begründende "Zahlungen" an Gesellschafter, FS FÜR UWE HÜFFER, C. H. Beck, 2010, 1, 5, 14.

学説においては社員貸付を、満期を迎えた負債として計上しない方向性を探る見解が強いようである。その理由づけとしては、5節でも検討するように、64条3文の規定は30条1項の資本維持規制不適用の補充として規定されたものであるため、30条1項において認められていた履行拒絶権を64条3文においても認め、抗弁付の社員貸付返還請求権として、支払不能概念における負債としては計上しないと考えるようである³⁰⁾。満期を迎えていない負債への返済を行うことにより、支払不能の惹起を認定しやすくなり、これにより64条3文は適切な適用範囲を得るのだという。

ところが、この見解に対しては、64条1項や倒産法17条2項1文において定める支払不能概念と異なる内容を、64条3文の支払不能概念に盛り込むことにつき批判がなされている。満期を迎えているにもかかわらず社員貸付を支払不能評価において負債として計上しないからである。そして、満期を迎えた社員貸付を、満期を迎えた負債として計上しないことにより、かえって支払不能の認定時期を遅らせ、倒産申立を遅延させる効果を及ぼす恐れがあると批判する。よって、満期を迎えた社員貸付を負債として計上することを肯定する見解も有力となっている³¹⁾。

また、満期を迎えた社員貸付を負債として計上することを維持しつつも、適用範囲を明確にして64条3文を空文化させないために、例えば、業務執行者による支払義務の発生あるいは引き受け、あるいは、それにより更なる支払義務を発生させるような解約告知の放置といったような、社員に対する積極財産の流出を伴わないような会社の支払不能への影響をも「支払不能の惹起」の認定に取り込むべきであるとの主張も存在してい

30) Jürgen D. Spliedt, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch. ZIP 2009, 149, 159, Micheal Dahl = Jan Schmitz, Probleme von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nach FMStG und MoMiG, NZG 2009, 567, 569, H. F. Müller, in: MÜNCH. KOMM. GMBHG, C. H. Beck, 2011, § 64, Rz. 167.

31) Wolfram Desch, Haftung des Geschäftshümers einer GmbH nach § 64 S. 3 GmbHG bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, BB 2010, 2586, 2589, Kleindiek, a. a. O. (Fn. 24), Rz. 31.

る³²⁾。

このような議論を踏まえ、本判決において最高裁は、満期を迎えた負債として社員貸付を計上する見解を支持した。適用範囲が不明確になるという批判に対しては、具体的適用事例を明記することによって回答した。すなわち、①支払による10%を下回る支払能力の欠如の10%以上への拡大の事例、②満期未到来債権への支払、③実際に真面目に請求されずあるいは劣後対象にある社員貸付への支払、④社員以外の一定の貸付供与者が、それを放置することによって自己の貸付の存続、延長あるいは供与を行っていたような、社員貸付への支払、といった事例を列挙した。これについては、社員貸付が満期を迎えた負債として計上することにより、支払不能認定が遅延して倒産申立が遅延することがなくなったとして支持する見解³³⁾がある一方で、結論には賛成するが、今後実務において様々な形で案出されるであろう回避措置にどの程度まで対応できるのか疑問視する見解³⁴⁾もある。

5. 会社の履行拒絶権

本判決の論点の2つ目は、会社による履行拒絶権である。①64条3文の適用範囲、②支払不能の算定と社員貸付の計上について判断がなされたことを踏まえ、原審に差し戻され、本件社員貸付への返済によって支払不能が惹起されたかどうかについて判断がなされ、仮にそれが肯定されたときに履行拒絶権が生ずるとの論点が生じるのであるから、この履行拒絶権にかかる判示部分は傍論となる。ただ、傍論であるとはいっても、履行拒絶権の可否は64条3文の解釈において重要な地位を占めており、これについ

32) Ulrich Haas, Akutuelle Fragen zur Krisenhaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 GmbHG, GmbHR 2010, 1, 6, Haas, a. a. O.(Fn. 15), Rz. 99.

33) Nolting-Hauff = Greulich, a. a. O. (Fn. 5), S. 173, 175.

34) 例えば、Haas, a. a. O.(Fn. 5), S. 43 では、社員貸付の返済を行うのではなく、社員が会社との間の金銭消費貸借契約を解約告知することにより金銭引出を行うことを、64条3文が捕捉することができるのかを疑問視する。

て最高裁が言及したのであるから検討の必要がある。

64条3文は、明文上は、社員貸付への返済により支払不能が惹起された状況における、業務執行者の事後的賠償義務について規定されているに過ぎない。ただ、前述のとおり、填補義務そのものが論点となった事例は、2012年のツェレ上級地裁の事件のみであり、しかも社員による救済融資により13か月にわたり支払不能の惹起が引き延ばされていたという特殊な事案であった。よって、従来の下級審裁判例においては、64条3文は履行拒絶権として機能しているに過ぎなかった、といっても過言ではない。

学説においては、履行拒絶権を肯定する見解が支配的であるようである。その理由づけとしては、①4節. においても指摘した、30条1項の履行拒絶権を64条3文においても適用すること、②64条4文及び43条3項³⁵⁾に基づき、支払不能を引き起こすような支払を行うことについて社員の指図に従う必要はなく、社員貸付返還請求に対しても履行を拒絶することができること、③仮に履行拒絶権を認めないならば、一方では業務執行者は社員に対して社員貸付の返還義務を負い、他方では会社に対して64条3文の賠償義務を負うという、責任のジレンマが生じてしまうこと、が挙げられている³⁶⁾。

ところが、これに対しては Ulrich Haas が強力に批判をしている。その理由づけとしては、①業務執行者の行った支払に関する賠償義務について規定する64条1文には履行拒絶権が認められていないが、3文には認める

35) 有限会社法43条3項「とりわけ、30条の規定に違反して基礎資本維持のために必要な会社財産から支払を行い、あるいは、33条の規定に違反して会社の自己持分を取得したときには、業務執行者は賠償の義務を負う。賠償請求について、9b条1項の規定を準用する。会社の債権者の満足のために賠償が必要である限りにおいて、それが社員の決議に従って行動したことでもって、業務執行者はその義務を免れることができない。」

36) Karsten Schmidt, in: SCHOLZ, GMBH-GESETZ, 10. Aufl., Verlag Otto Schmidt, 2010, § 64, Rz. 91, Udo Weiß, Strafbarkeit der Geschäftsführer wegen Untreue bei Zahlungen "entgegen" § 64 GmbHG?, GmbHR 2011, 350, 356, H. F. Müller, a. a. O. (Fn. 30), Rz. 174, Kleindiek, a. a. O. (Fn. 24), Rz. 33.

という、異なった解釈を施すことに納得がいかない、②社員貸付に30条1項を適用しなくなったにもかかわらず、同条文を裏口から再び差し込むという意図により、基礎づけを行うことはできない、③債権者に直接責任を負うのは会社であるため、業務執行者が債権者と会社との間で責任のジレンマで板挟みになることはない、④64条3文は債権者全体の利益に寄与し会社の利益に寄与するのではないから、会社の利益において履行拒絶権は基礎づけることができない、ことを挙げる³⁷⁾。

このような議論を踏まえ、本判決において最高裁は、主に社員の指図に拘束されないことを理由として、履行拒絶権を肯定した。この立場に対しては、当然に賛成するものがある³⁸⁾一方で、Haasはもちろん反対している。特に最高裁が、流動資産保護のためには、賠償義務を課すよりも履行拒絶権のほうが有用であるといった口吻を漏らしていることについては、（4節. においても言及したとおり）履行拒絶権付の社員貸付は満期を迎えた債務であると評価されないため支払不能において考慮されず、これにより倒産が遅延してしまう³⁹⁾とする。さらに、責任のジレンマの不存在も改めて強調されている⁴⁰⁾。

6. 残された論点

判例紹介の最後に、本判決で残された論点について一言しておきたい。

上述のとおり、本判決によって損害賠償に比べ履行拒絶権が有用であるかのような口吻を漏らされているが、有限会社法64条3文が業務執行者への責任追及手段として用意されている以上は、如何なる場面で責任追及という効果が発動されるのが最大の関心事となるはずである。しかし、本判決においても同条同文の効果については履行拒絶権しか導き出せていない。また、同条分の適用範囲が狭い範囲に限定されることが最高裁によっ

37) Haas, a. a. O. (Fn. 15), Rz. 107.

38) Nolting-Hauff = Greulich, a. a. O. (Fn. 5), S. 173, 175.

39) Haas, a. a. O. (Fn. 5), S. 44.

40) Haas, a. a. O., S. 45.

て認められてしまった。一部の学説では、64条3文は倒産適状以前における業務執行者の行為規制として他国法（とりわけイギリス法）と比べて相当地に期待されるような口吻を漏らす者⁴¹⁾もいるが、意外と役に立たない規制であるかも知れない。いずれにせよ、今後の更なる判例法の積み重ねを待つ以外にないだろう。

V. 日本法への示唆

上記のとおり、有限会社法64条3文は適用事例が狭く、しかも履行拒絶権として機能しているに過ぎないのが現状である。よって、ここから日本法へ示唆を得るのは難しいかもしれないが、以下の点を指摘することができるだろう。

1. 有限会社法30条という強力な条文の存在

有限会社法64条3文に基づく履行拒絶権の存在、社員貸付の負債への不考慮に基づく64条3文の適用範囲拡張に係る議論は、資本維持に反する支払について履行拒絶権を認め、厳格な返還原則を定める、有限会社法30条が背景にあることは否定できない。日本法では、特に出資返還禁止原則があるか否かがかつて争われていた⁴²⁾ものの、現在においては既に下火になっている。資本維持に重きを置く債権者保護規制から離れたからである。よって、ドイツ判例をそのままの形で日本法へ示唆を得ることは差し控えるべきであると考え。では、判例に現れない理論的な背景事情から示唆を得られるだろうか。

41) 2011年時点における議論ではあるが、FELIX STEFFEK, GLÄUBIGERSCHUTZ IN DER KAPITALGESELLSCHAFT, Mohr, 2011, S. 304.

42) 学説対立の状況については、南川和範「有限会社における隠れた利益処分と社員たる地位」丸山秀平編著『続ドイツ企業法判例の展開』（中央大学出版部、1998年）140、147頁において概説されている。

2. 取締役の責任ジレンマと信認義務シフト

本判決の履行拒絶権に対する批判の中で Haas が強調していた点に、業務執行者の責任ジレンマの不存在があった。すなわち、債権者に直接責任を負うのは会社であるため、業務執行者が債権者と会社との間で責任のジレンマで板挟みになることはないこと、及び、64条3文は債権者全体の利益に寄与し会社の利益に寄与するのではないから、会社の利益において履行拒絶権は基礎づけることができない、といった点である。私見としては、これらについては、信認義務シフト論を導入すれば解決可能であると考えられる。すなわち、取締役は会社の財務が健全な状況にあるときは、残余債権者である株主に対して信認義務を負っており、それが会社に対する義務となる（会社＝株主）。しかし、会社の財務が悪化し、倒産適状となったときには、残余債権者である債権者に対して信認義務を負うようにシフトする（会社＝債権者）との考え⁴³⁾である。ただ、同法理については、会社の倒産間際においてリスクの高い取引を行った取締役に対する制裁としては機能していない⁴⁴⁾との評価がある。

業務執行者は支払不能間際においては、社員貸付を行っている社員の指図に従わず、その代わりに社員以外の債権者の利益を優越的に考慮すべきであり、それは支払拒絶権の趣旨であると考えればよいと思われる。すなわち、64条3文が適用される場面においては、「会社＝債権者」モデルにシフトしているのである。信認義務のシフト論は英米法下において発展し

43) アメリカ法における理論状況については、落合誠一「多重代表訴訟における完全子会社の取締役責任」小出篤ほか編著『前田重行先生古稀記念 企業法・金融法の新潮流』（商事法務、2013年）117、134頁。

44) アメリカ法における判例・学説状況を踏まえて本文のように評価するものとして、後藤元「取締役の債権者に対する義務と責任をめぐるアメリカ法の展開」金融研究2010年7月号123頁以下がある。ただ、近時はイギリス法においても債権者に対する信認義務の議論が展開されている（例えば、West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] BCLC 250）が、やはり本文に述べたように、取締役に対する制裁といった機能を果たしていないとの評価がなされている。これについては別稿を予定している。

てきたものであり、ドイツ法において、少なくとも明示的には発展してはいない。しかし、ドイツ法においても暗黙裡に信認義務シフト論が展開されてきたと考えれば、履行拒絶権を認める判例及び学説の意義を理解することができると思われる。当然ながら、業務執行者に対する責任追及場面における議論ではないため、取締役に対する制裁措置として信認義務シフト論が展開されているとの結論を出せるわけではない。

よって、信認義務シフト論はどこまで有用性であるかについても、改めて検討する必要があるように思われる。

2013年4月30日脱稿

[追記]

本稿は日本比較法研究所日独比較企業法研究会（2012年4月20日）における筆者の報告及び質疑応答の成果である。出席頂いた先生方の御指導に対し御礼申し上げます次第である。