



Title	人的会社社員の出資義務と退社員の持分払戻
Author(s)	大塚, 龍児; OHTSUKA, Ryuji
Citation	北大法学論集, 39(5-6上), 105-132
Issue Date	1989-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16653
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(5-6)1_p105-132.pdf



人的会社社員の出資義務と 退社員の持分払戻

大塚龍児

一

合名会社、合資会社、所謂人的会社の持分については、次のようにいわれている。「現在では、商法が合名会社の持分ということばを使っている場合に、それには二つの意義があるという点で、学説は大体一致している。第一に、合名会社社員の持分とは社員たる地位それ自体、すなわち、社員が社員たる資格において会社に対して有する各種の権利義務

の発生の基礎である会社と社員との法律関係を意味する。……第二に、合名会社社員の持分とは、社員が会社財産について有する分け前を示す計算上の数額をも意味する。……もつとも、上述の二つのものは、たがいに全く無関係のものではなく、第一の意味の持分には常に第二の意味の持分が随伴しているものであつて、学者が、このことを示すのに、あるいは、『同一の關係が法律的には第一の持分となつて現われ、経済的には第二の持分として現われるのであつて、第二の意義における持分は第一の意義における持分の経済的価値を表わすものといえる』（大隅¹今井・上八〇）とか、あるいは『後の意味の持分は、前の意味の持分、ことにその自益権を経済的に評価したものにはかならない』（鈴木三三二）とか述べているのは、その趣旨に外ならない。¹合資会社の持分についても同一である。²本稿はどちらかといえば、第二の意義の持分により重点をおきつつ、特に商法八九条（および一四七条）にいう退社員が払戻を受ける持分を、社員の出資ないし出資義務との關係において考察しようとするものであるが、それは前述の大体一致している学説に従えば、同時に、第一の意義における持分と社員の出資ないし出資義務との關係でもある。すなわち、「会社財産に対する社団的権利（抽象的割前権）としての持分は、如何にして確定せらるるか。抽象的出資引受額を基礎とするか、或は具体的確定出資額を標準とすべきか、更に後者に於ても現実払込済出資額のみを考慮すべきか」という問題を検討するものである。³

この点に関しては、通説は、⁴現実の払込の有無は問わないが、具体的確定出資額によるべきものとし、換言すれば、出資義務について定款の定めまたは総社員の同意による弁済期・履行期の定めがあるときは別であるが、そうでない場合は、会社の請求によつて履行期・弁済期が到来して具体的な出資義務となり、それについて社員が不履行であつても、その社員が退社するときにはその分についても持分の払戻しは受けうるが（もちろん、不履行分は払戻分と対応額で相殺される）、会社の請求がなく履行期・弁済期の到来していない分は、退社持分払戻の計算上の基礎とはならない、とす

る。これに対して、抽象的な定款記載の出資引受額を基礎として退社員の持分払戻の基礎とすべしとする少数説⁽⁵⁾がある。現在の判例も、右通説と同じであり、というよりも通説の内容そのものといつてよく、最近の最高裁判所の判決⁽⁶⁾も次のようにいつている。「合資会社の社員の金銭出資義務は、定款又は総社員の同意によりその履行期が定められていないときは、会社の請求によりはじめてその履行期が到来し、特定額の給付を目的とする金銭債務として具体化されるものといふべきであり、かかる金銭債務となる前の出資義務は社員たる地位と終始すべきものであつて、社員が退社して社員たる地位を喪失するときは、出資義務も消滅するに至るといふべきであるから、右退社員の合資会社に対する持分払戻請求権は成立しないと解すべきである（大審院昭和十五年(才)第六八号同一六年五月二一日判決・民集二〇巻一・二九六九三頁参照）⁽⁷⁾」。

(1) 鴻常夫・新版注釈会社法(1) (昭和六〇年) 二四一頁以下。

(2) 鴻・前掲註(1) 六三〇頁以下参照。

(3) 実方正雄「出資義務と持分払戻」法律時報三〇巻一一号四一頁。

(4) 松本丞治・商法判例批評録(大正一二年) 三四八頁、三五〇頁註二、同・日本会社法論(昭和四年) 四九六頁註四、六〇頁を稿矢とする。通説は、松本説を祖述するか、具体的ケースへの適用結果を論ずるかのいずれかであるといつても過言ではないように思われる。従つて、通説に対する批判として主に松本博士の学説を採りあげてこれに対する批判を試みる。他の学説については、古瀬村邦夫・新版注釈会社法(1)三四〇頁以下、林靖・新版注釈会社法(1)六一六頁以下参照。

(5) 八木弘・会社判例百選(新版) (昭和四五年) 一三九頁、伊沢和平・新版注釈会社法(1)二二七頁、二二九頁。
(6) 最判昭和六二・一・二二判例時報一二二三号一三六頁。

(7) この判例の評釈には、むしろ結論的には少数説を支持するものが見られる。川島いづみ・法律のひろば四〇巻九号六八頁以下、西脇敏男・金融・商事判例七八〇号四七頁以下。通説を支持する評釈として、岸田雅雄・民商法雑誌九七巻三号一二四頁以下、古瀬村邦夫・ジュリスト九一〇号昭和六二年度重要判例解説一〇〇頁以下。古瀬村・同所では、伊沢・前掲註(5)

二一九頁参照としつつ、「出資義務を履行しないで退社した場合でも、余剰価値の残留が認められる場合には、持分払戻請求権を認めるのが妥当のようにも思われる。」とされるから、少数説を支持されるのかもしれない。なお、本判決の担当調査官（と思われる）の解説として、中田昭孝・ジュリスト八八八号六五頁がある。

二

(一) 前述第二の意義の持分は、商法の規定の上では、第一の持分の経済的意義が問題になる場合に、すなわち、損益分配の場合（商六八条、民六七四条、商一四七条）、退社員の時分払戻の場合（商八九条・六八条、民六八一条、商一四七条）、清算における残余財産分配の場合（商一二一条・六八条、民六八八条二項、商一四七条）に、「出資ノ価額」として基準となるものとされている。これらの規定は、所謂会社の内部関係に関する規定であるから、基本的に任意規定であり、定款で（商八九条但書参照）または実質的にはそれと等しい社員間の組合契約ないし会社契約を全員で変更することにより、右三つの場合を共通に「出資ノ価額」以外の（たとえば頭割り）の基準を立てることもできるし、右三つの場合に別々の基準を立てることもできる。予防法学的見地からは、特に退社員の時分払戻に関しては、会社の企業価値の評価が困難なことが多いから、たとえば、最終の貸借対照表価額をもって、そのときに配当を受けた割合によって払戻す、などと定款に定めておくことが望ましいといえよう。

定款の定めまたは総社員の合意がなければ、「出資ノ価額」が利益配当、退社員の時分払戻、残余財産分配の基準となる。要するに、「出資ノ価額」の解釈問題である。そこで、まずより単純な少数説を検討し、次で通説の考え方を検討することにしよう。

(二) 少数説は、「出資ノ価額」とは、定款に記載された社員の出資の「価格」、出資が労務または信用であれば「評価

ノ標準」によつてえられた「価額」であるとす(商六三条五号・一四八条)。出資義務の履行の有無も、履行期の到来の有無も問わない。その理由としては、通説は「損益の分配および残余財産の分配の基準となる出資の価額をもつて履行済みなしは履行期到来後のそれと解するが、それが文字の解釈としてきわめて作爲的であるだけでなく、そもそも履行期前の出資請求権がなにゆえに会社財産を構成しないとすのか、を疑うのである(株金につき分割払込制度が採られていた旧法上、未払込株金は貸借対照表上、資産の部に計上されていた)⁽¹⁰⁾。社員はひとしく出資義務を負い、対外的に無限の責任を負担するにかかわらず、会社財産につき持分なしとする理由は、考えられない。」⁽¹¹⁾とか、「設立または入社契約が成立している以上、会社としても、その者の出資を予定できることにより、より大きな事業を行い得たとも考えられる」、「履行期到来前とはいつても、その社員の将来の出資の履行を予定できることにより会社に余剰価値が生じることとも考えられる」⁽¹²⁾とかがあげられている。

少数説の結論は、立法の沿革からみて、また、民法・商法の条文からみても正当といわなければならないであろう。

社員の出資は、定款の絶対的記載事項とされているところであるが(商六三条五号・一四八条)、⁽¹³⁾合名会社社員に信用の出資を認めるべきか否か、立法にあたり議論のあつたところであるが、⁽¹⁴⁾その際、労務、信用をもつて出資の目的とした者が退社するにあたり、別に退社のときに払戻すべき見積の方法を予定していなかつたときは、「評価ノ標準」(現商六三条五号)を適用することになる、とされている。⁽¹⁵⁾さらに、法典調査会商法修正案参考書には、「定款ニ記載スヘキ事項トシテ規程セラレタルモノニシテ茲ニ説明ヲ要スルハ第五号ナリ抑モ社員ノ出資ハ会社ノ資本ト為リ会社ハ之ヲ利用シテ事業ヲ営ムモノナレハ其多数ハ会社ノ利害ニ密接ノ関係アルノミナラス利益ノ配当ヲ為シ又会社解散ノ場合ニ残余財産ヲ分配スルニ付キテモ皆之ヲ標準トスルヲ通例トシ加之ナラス各社員カ会社ニ対スル義務ノ限度モ出資ニ止マルモノトス故ニ其出資ノ種類及ヒ価格又ハ評価ノ標準ハ之ヲ定款ニ記載シ明確ナラシムルコト最モ必要ナルカ為ナリ」とあ

そして民法組合の規定では、各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ総組合員ノ共有ニ属ス(民六六八条)とされている。講学上は民法六七六条・六七七条を理由として、合有と解する説が多いようであるが、ここでの議論とは関係がない。そうすると、各組合員はその出資の額に応じた、組合の全体財産に対する共有持分を有することになる。人的会社はわが法制上は法人とされるから、社員は出資の額に応じた共有持分を有するということは、物権的共有持分権としてはもちろんいえないが、会社財産全体の上に、抽象的な割前権としての持分が観念でき、これが一に述べた、第二の意義での持分にあたるものといえる。

例えば、① Aが四〇〇万円の金銭出資を、Bが三〇〇万円と評価された現物出資を、Cが業務執行社員としての労務の出資で評価の標準として金銭出資二〇〇万円分とした出資を、Dが信用の出資で評価の標準として金銭出資一〇〇万円分とした出資を、それぞれ定款に記載し、履行期について特に定款の記載も、また総社員の合意もなく、A、Bが会社設立にあたってその出資義務を履行したとすれば、それぞれの設立時の持分額は、Aについては

$$\frac{400\text{万円}}{400\text{万円}+300\text{万円}+200\text{万円}+100\text{万円}} \times (400\text{万円}+300\text{万円}) = \frac{4}{10} \times (700\text{万円}) \quad B\text{については} \frac{3}{10} \times (700\text{万円}) \quad C\text{については} \frac{2}{10} \times (700\text{万円}) \quad D\text{については} \frac{1}{10} \times (700\text{万円}) \quad \text{となる。}$$

② 設立時に例えば、Aは出資義務を履行していなくとも、会社にはAに対して出資請求権があるから、会社財産の総額は変らないから、①と同じである。

③ 会社財産の総額が、例えば一、〇〇〇万円になったときに、Cが退社した場合のCの払戻請求額は $\frac{1}{10} \times (1,000\text{万円})$ であり、会社財産の総額が三〇〇万円になったときにCが退社した場合は、払戻額は $\frac{2}{10} \times (300\text{万円})$ となる。

要するに、会社財産の総額に乗ずるべき、A、B、C、Dの割合としての分数は、会社へ出資を約束したときの出資額または

その評価額で計算されたものとして、一定しているものである。

④ 会社清算の場合の残余財産の分配も同じことである。残余財産が、当初の出資総額を上回ろうが、下回ろうが、 A の $\frac{4}{10}$ 、 B の $\frac{3}{10}$ 、 C の $\frac{2}{10}$ 、 D の $\frac{1}{10}$ の割合は変わらない。そしてまた、組合財産につき共有主義を採り、残余財産の分配について、まず各人の出資を返還して、残りを平等分配とせず、出資の額によって割合を定めたのは、まさに、残余財産が出資総額を下回るときの不公平を避けるためであるとされている。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

⑤ ①の例で、 A の出資は設立時に一〇〇万円を、三年後に残り三〇〇万円を出資すべきことが、定款または総社員の合意で決められていた場合に、例えば設立一年後に社員の持分計算が問題となるとき(商三三条二項参照)、 A の三〇〇万円はどう扱われるべきであろうか。各社員の持分算出のために、会社総財産に乘すべき分数の分母の A の出資額を400万円とすべきか(A の分子も400万円)、分母の A の出資額を100万円とすべきか(A の分子も100万円)。次に述べる(三)、学説が出資義務の履行期として問題とするところとも絡むが、定款の定めや総社員の合意がない以上は、当事者の合理的意思解釈の問題として、100万円とするのでよいと思われる。また、設立後二年で A が退社するときの A の持分は、以前の配当にあたり期限未到来の三〇〇万円を出資として扱ったというような事情のない限り、 $\frac{100万円}{100万円 + 300万円 + 200万円 + 100万円} = \frac{1}{4}$ となり、会社総財産がプラスであれば払戻を受け、マイナスであれば損失負担分として払い込まなければならない。その時の A の期限未到来の三〇〇万円の出資義務は、 C 、 D が退社したときにその後の労務・信用の会社への出資が意味を失うと同様に、意味を失ない消滅するものと考えてよいであろう。⁽¹⁹⁾ 逆に以上のことは、期限つきの出資がありえない信用の出資——労務出資でもほぼ同様であろうが——の「評価の標準」を定款に定めるには、当事者に慎重さが要求されることを物語る。⁽²⁰⁾

(三) (イ) 通説の内容は、一に掲げた、最判昭和六二年、およびそこに引用される大民連判昭和一六年と同一である。

要するに、社員は社員たることよつて会社に対して抽象的な出資義務を負担するが、出資義務につき定款または総社員の同意による履行期が定められていなければ、会社の請求により初めて具体的な出資義務となる。抽象的な出資義務は社員の地位と終始し、具体的な出資義務とならない間に退社し社員資格を喪失するときは、出資義務もまた消滅する。具体的出資義務とならない間に退社するときは、具体化しなかつた定款記載の出資額は、持分払戻請求権の基礎に算入されない、というものである。すなわち、抽象的な社員の地位に基づく出資義務と、払込時期の到来によつて発生する特定の純然たる債務である具体的な第三者的債務とを区別するのである。

社員の出資額は定款上一定しているのだから、特にその一部を払込ませたような場合は別として、会社の催告(請求)がなければ払込額が決まらないというわけではないとして、抽象的な出資義務、具体的出資義務の区別は排した上で、通説と同じ結論を導きつつ、竹田博士は次のように説かれる。すなわち、「出資義務も一般の債務である(が、)単に債務であるというだけからは履行期が何時到来するか(は)出て来(ない)。しかしながら、履行期は、その債務の内容から自ら定まるのであつて、出資義務については会社から払込催告によつてそれが到来することになることは疑がない。出資の払込は会社の業務の執行であり、業務執行規定に従て為さるべきものたることは明かだからである(民法四一二条第二項)。或は定款又は総社員の同意によつて履行期が定められていないならば、それは即ち履行期の定めのない債務であり、成立と同時に履行期に在ると解する者もあるかも知れぬが(民法第四四二条第三項)、社員の出資義務は会社と社員との間の内部関係上の債務であり、その払込は一に業務執行規定に従つてのみなさるべきものたる以上、それは期限の定めのない債務ではなくて、不確定期限附の債務、即ち業務執行規定に基く払込催告によつて始めて履行期の到来となるべき債務たること明らかであると思う……」。

社員の出資義務は履行期到来の前後を問わず一個の債務であり、所謂履行期の到来はそのままの意味で債務の弁済期

の到来であるとしても、……退社は将来に対して社員たる資格を失はしめるのだから、まだ履行期の到来してゐない出資義務は永久に履行期が到来せず消滅するの外はないが、既に履行期の到来したものについては、退社に遡及効がない結果として、退社によつて消滅するはずがない……。」そして、通説の法律構成である抽象的出資義務・具体的出資義務については、「この解釈は、履行期到来前の出資請求権の時効に罹らぬこと、その譲渡性のないこと等を説明するための便宜的解釈たるの嫌があるのであつて、その理論構成にも不確かな点が残つてゐるのみならず、この見方に於いても出資義務の引受といひその履行期の到来といふ如き觀念を許してをり、所謂具体的な請求権発生前既に債務の存在を予定してゐるが如き観あること、調和しない点もある……。」⁽²¹⁾（以上引用中の「」内は筆者の補充）。

通説の抽象的出資義務・具体的出資義務という構成の不要なことは右の説⁽²²⁾において尽くされてゐるのではなからうか。さらに贅言すれば、次のようにいえよう。抽象的出資義務・具体的出資義務の発想は、利益配当における抽象的利益配当請求権・具体的（第三者権的）利益配当請求権の構成を借用したものであるが、利益配当に関しては、毎決算期の配当が決まらない以上（例えば株式会社にあつては、利益の存在と株主總會の決議⁽²³⁾）、請求権として会社に対して行使しうる債権の存否も、額も不明であるが、営利法人たる会社に参加した社員である以上、利益配当への期待は正當に保護されるべきであるから、この保護の対象を抽象的利益配当請求権と呼んでゐるのである。ところが、出資義務については、定款に定まつた額は、総社員の同意がない以上、これを増加あるいは減少することができず、また定款の出資額を超えた出資を会社が社員に請求することもできないことはほぼ異論のないところであり、その所謂抽象的出資義務か具体的出資義務かは問うところではない（ただし、商一五八条参照）。このことは、明治二三年旧商法九六条が、「社員ハ契約上ノ額外ニ出資ヲ増シ又ハ損失ニ因リテ減シタル出資ヲ補充スル義務ナシ」同九七条が「社員ハ総社員ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其出資又ハ会社財産中ノ持分ヲ減スルコトヲ得ス」としていたが、これは「当然言フヲ俟タサル所ナル

ヲ以テ⁽²⁵⁾現行商法においては削除された、という立法の沿革に徴しても明らかである。それでもなお、抽象的出資義務という法律概念を建てる必要があるのであろうか。定款または総社員の合意で、出資の履行期を定め、あるいは定款記載の出資は業務執行社員の請求・催告の時に履行すべきことを定めた場合には、これを抽象的出資義務と呼んでよいようにも考えられるが、それは一般には、期限付債務、あるいは履行期・弁済期の問題として論じられているところであつて、またそれで十分であろう⁽²⁶⁾。

(四) 定款または総社員の合意による出資義務の履行期・弁済期の定めがない場合、その履行期・弁済期は何時と考えるべきであろうか(その定めあるときには、註(19)参照)。

履行期・弁済期にある出資義務すなわち会社の社員に対する出資請求権は、会社債務者の強制執行の目的物として差押え・転付の対象となり、会社はそれを譲渡できるが、履行期・弁済期にないときはそうでないこと、は一貫した大審院の判例である。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾従つて社員の出資義務が履行期・弁済期にあるときは、会社の債権者には、社員の人的連帯責任(商八〇条・一四七条・一五七条)を追及する方法のほか、会社の社員に対する出資請求権を差押える方法(民執一四三條)および債権者代位権を行使する方法がある(民四二三条)。

また、出資義務が履行期・弁済期にあるときは、社員はその義務を受働債権とし、自己の会社に対する債権を自働債権として相殺することができる⁽²⁹⁾(商二〇〇条二項、有五七条参照)。

同様の結論を、通説および現在の判例は、具体的出資義務と抽象的出資義務で説明し、この区別を排する学説は、履行期・弁済期の到来しない(具体的)債務は団体法の支配に服し多数決主義によって変更しうること(この点はなお、註(24)参照)から説明する。共に業務執行としての催告・請求により、譲渡、差押えの対象となり、社員の相殺の受働債権となるとする。

その理由としては、「抑社員ノ出資ハ因リテ以テ会社ト社員トノ特別關係ヲ保護スヘキモノナレバ」とか「会社ト社員トノ特別關係ニ基キ発生シタル団体権ノ一部ヲ構成スルモノニシテ」とか、要するに団体性が強調されている。その団體性の実質的内容は、一に掲げた昭和六二年最判が引用する昭和一六年大民連判により判例変更された昭和一〇年大判⁽³²⁾が示したところに尽きているのではなからうか。すなわち、「社員ハ其ノ定款ヲ以テ定メタル出資ヲ為スヘキ義務アルモノニシテ此ノ義務ハ会社法上ニ於ケル社員ノ会社ニ対スル債務ヲ成シ法人タル合名会社合資会社活動ノ資源（広義ノ資本）ハ先ツ之ニ俟ツヘキハ多言ヲ要セス然ルニ会社ノ資本ハ必スシモ多々益々便ナリト云フ可カラズ營業ノ不振ナルニ拘ラス徒ラニ巨大ノ資本ヲ擁スルハ却リテ一ノ係累ニ外ナラ（ス）」ということである。

この判決は、さらに、「此等会社ニ在リテモ出資ヲ為スノ時期ハ定款又ハ総社員ノ同意ヲ以テ予メ之ヲ定メ置クヲ以テ万全ノ策ト為スハ論無シト雖斯カル何等ノ定メモ無キ場合ニ於テハ少クトモ金銭出資ノ履行期ハ会社設立ノ登記ト同時ニ到来セルモノト云ハサル可カラズ」、すなわち、債務の履行につき期限を定めなければ、債務者は履行の請求を受けたときに遅滞に陥るが（民四一二条三項）、債務者は何時でも履行できるということ、履行期・弁済期の定めのない債務は発生と同時に履行期・弁済期にあるという、いわば当然の解釈論を展開している。⁽³⁴⁾

債権・債務の存否の問題と、その債権・債務の期限・履行期の問題は、一般に別個の問題として扱われるのは周知のことであり、履行期・弁済期が定まらないから具体的債権・債務が存在しないことになるわけではない。履行期・弁済期の定めのない債権・債務は、債権者は何時でも請求できるし（民四一二条三項）、債務者は何時でも弁済できる。そしてそのような出資義務として譲渡・差押さえの対象となり、社員からする相殺の受働債権となるものである。

また、定款・総社員の合意による履行期・弁済期の定めのない（具体的）出資債務は、不確定期限のある債務（民四一二条二項）、すなわち業務執行規定に基く払込催告によって始めて履行期の到来となるべき債務である、とすることに⁽³⁵⁾

も疑問がある。今問題にしているのは、確定にしろ不確定にしろ期限は、定款または総社員の合意によつては定まらない場合だからである。⁽³⁶⁾（それがあるときについては註(19)参照）。要するにこの説では、社員の出資義務とは、確定期限の定めのない以上は、何時でも会社の都合により履行期を定めうることを本質とする債務であるといっているのに等しい。実質的には社員間の組合契約と異ならず、契約法理の支配する人的会社の内部関係において、会社の都合を優先させあるいは団体法の支配を強調することには疑問がある。⁽³⁷⁾もちろん、社員間の共同の目的を遂行するというための信義則（民一条ノ二）が働く余地はあり、期限の定めのない出資義務でも、社員が直ちに弁済しようとするのを、会社の方がかえつて猶予を求めたとしても、それが直ちに会社の受領遅滞（民四一三条）とはならないというところもあろうが、それはまた別個の問題である。

定款または総社員の合意によつて確定期限にしろ不確定期限にしろ出資義務の履行期・弁済期が定まっていないときは、民法債権法の一般原則により、出資義務は期限の定めのない債務（民四一二条三項）である。理論的には社員が退社した後も退社員に対して請求できる。現実には退社員の特分払戻請求権と相殺されることが多いであろうが。

(イ) 通説および現在の判例に従えば、人的会社にあつては、或る者は、社員であつて社員でない、という不都合を招かないであろうか。

通説は、履行期が定められていない人的会社の社員の出資義務につき会社の履行請求前に、すなわち、抽象的出資義務の階段で、社員が退社したときは、出資義務は消滅し、右社員の会社に対する払戻請求権は成立しない、とする。

ところで、法律上は、定款の定めまたは総社員の合意がなければ、利益配当、退社員の特分払戻、残余財産の分配を通じて「出資ノ価額」にないし「持分」に応じてなすべきこととなっている（商六八条・一四七条・六四七条、商八九条、民六八一条二項、商一三一条、民六八八条二項）。そして、通説の祖といふべき松本博士は「民法第六百七十四条第

一項及び第六百八十八条第二項ノ規定ニ依レハ損益分配及ヒ残余財産分配ハ各組合員ノ出資ノ価額ノ割合ニ応シテ之ヲ為スヘキモノタリ而シテ茲ニ所謂出資ノ価額トハ出資カ分割シテ為サルル場合ニ於テハ約束セラレタル出資総額ニ非スシテ既ニ履行セラレ又ハ履行セラルヘカリシ出資額ヲ謂フモノナルコト勿論ナリ」とされる。³⁸⁾ すなわち、利益配当の標準は、具体的出資義務の額による、とされる。

次の例を想定すれば、その不当なことは明らかではなからうか。Aは労務と信用の出資を、B、Cは金銭出資を約して、人的会社を設立した。金銭出資の履行期の定めはない。³⁹⁾ Aは金銭出資の履行の催告をせずに、一年間業務執行を行い、三〇〇万円の利益を生じた。B、Cは利益配当に与ることができらうか。抽象的金銭出資義務であるから「出資ノ価額」はなく、利益配当を受けえない。そうすると、B、Cは社員であつて社員でない。この結論は、会社の営利性にも、社団性にも反するものではなからうか。また初年度の利益を会社に留保した結果、それ以降は、B、Cの金銭出資の履行に俟つまでもなくなり、会社の財産は増える一方であつたとしても、B、Cは退社の際、解散・清算の際、何らの経済的利益に均霑することはできない。これはそもそも、会社設立の基礎となるABC間の組合契約の目的にも反するのでなからうか。さらに、その間にB、Cが受けていた配当は、受けるべき原因すなわち具体的出資義務がなかつたのであるから、会社に対する不当利得ともなりかねない。

(二) 社員の出資義務を抽象的それと具体的それとに分ける通説の論理的帰結ではないが、多くの説は、労務・信用を出資した社員の退社するときの持分払戻請求(商八九条)に関して、定款に別段の定めのない限り、会社の純財産額が財産出資の総額を超える場合に、その分について払戻請求ができる⁴⁰⁾と解している。

これは成法規上の根拠がないことは、既に(二)で述べたところで明らかであろうから(一〇八頁以下)この点は繰返さない。この考え方に対しては、その発想方法はドイツ法の人的会社における資本持分(Kapitalanteil)の考え方(これ

については次述(四)の影響下にあることを指摘するほかは、次の二点を指摘するに止めよう。

一つめは、会社の純財産額の増加が企業活動によって生じたのではなく、インフレにより生じたときにどうするのか、という問題である。これは労務・信用の提供の結果生じた価値でないことは明らかである。

二つめは、この考え方は、財産出資を重視し、労務・信用の出資を軽視するものであつて、立法起草者の考え方と異なるものではないか、という問題である。商法八九条は、旧商法(明治二三年)一二四条二項が「労力ノ出資又ハ其他退社ト共ニ終止スル出資ニ付テハ特約アルニ非サレハ之ニ対スル報酬ヲ為ス義務ナシ」としていたものを、「信用又ハ勞務ヲ目的トスル出資其他退社ト共ニ終止スル出資ヲ為シタル社員モ亦他ノ社員ト同シク持分ヲ有シ從テ其会社ノ一部ニ付キ權利ヲ有ス然ルニ退社ノ場合ニ於テハ会社ノ財産ニ付キ何等ノ權利ナシトスルハ不当ナリ」として、特約がない限り払戻をうけるものとしたものである。また、労務・信用を出資した者の退社のときに払戻すべき見積の方法を予定していなかつたときは「本案四十四条第四号(現行商法六五条第五号)「評価の標準」ヲ茲ニ適用スルコトナル可⁽⁴³⁾」とされているところである。

(四) わが国の人的会社においては、社員は、定款に記載された出資の価格(財産出資ノ場合)、出資の評価の標準(労務・信用の出資の場合)(商六三条五号・一四八条)に従つて、会社総財産の上にならば共有持分を有し、この持分が利益配当、退社員の持分払戻、残余財産の分配の基準とされている(前述(二)参照)。法律の用語では、利益配当および残余財産の分配のときは「出資ノ価額」(民六七四条・六八八条二項)であり、持分払戻のときは「持分」(商八九条・民六八一条二項)であるが、内容は変わらない(一の持分の第二の意義参照)。

会社解散後の清算の場合には、各社員は、会社債務を弁済した後の会社財産(残余財産)を持分にに応じて分配を受けるのに対し、退社員はその時の会社総財産の上の持分(具体的には会社の積極財産から消極財産を、それぞれ評価控除

した後の純財産で、持分に応ずる金銭)の払戻をうけるから、払分の払戻は一部解散であり、いわばその時点での共有財産の分割と見ることができるといえる。

ドイツの人的会社とわが国の人的会社については、それが法人とされていないか、利益の分配は頭割主義か出資額主義か、に相違のあることは周知である。本稿の問題意識からすれば、当然後者を問題にすることになるのであるが、この問題もやや細かく比べると、利益の分配、退社員の持分払戻、清算の場合の残余財産の分配において、そのいづれが会社への財産出資を重視しているかは、一概に言えないところがある。そこで、ドイツ法の人的会社(ここでは合名会社にしぼる)の利益分配、退社員への払戻、残余財産の分配の法規制を概観し、次いで、退社員への払戻は、利益分配及び残余財産分配につき資本持分(Kapitalanteil)という概念を使用することによる変容はあるけれども、その時点における会社財産のいわば共有分割に等しいことを示しておこう。その結果を見れば、わが国の人的会社法が、退社員の持分払戻につき、定款記載の出資額に必ずしも、いわば共有持分の払戻という法政策を採ったことは何ら不当ではないこと、また、多くの学説が労務・信用を出資した者の退社の際には、財産出資者の財産出資総額を超える会社純資産についてのみ払戻請求が認められることは何ら根拠のないこと、が判明するものと思う。

(イ) 合名会社は法人とはされておらず、商法に規定がない限り、民法組合の規定が適用される(\$105 Abs. 2 HGB)。(ロ) 会社の年度利益は、まず各社員の資本持分(Kapitalanteil)につき年四パーセントの利率で配分され、残りは社員の頭数に応じて平等に配分される(\$121 HGB)⁴¹⁾。この利益の配分は、わが国では利益は配当を要する、すなわち支払いを要すると考えられているのとは異なり、各社員の資本持分を増加するものとされる(\$120 Abs. 2 HGB)。代わり各社員には、金銭除去権(Entnahmerecht)が認められ、前年度の資本持分の四パーセントの額を会社の金庫(Gesellschaftskasse)から引き出すことができ、また会社の明白な損害とならないときは、その額を超えて前年度の自己への利

益配分額まで請求することができる (§122 Abs. 1 HGB)。金銭取去権を行使したときは、その社員の資本持分はその分だけ減少する (§120 Abs. 2 HGB)。なお、年度途中の出資の履行による資本持分の増加および年度途中における金銭取去権の行使による資本持分の減少のときは、資本持分につき年利四パーセントの利益配分(実質的には資本持分についての利息)について、所謂日割配当的処理をすべきこととされてゐる (§121 Abs. 2 HBG)。

資本持分というのは、通説によると、会社の財産となつた、履行された社員の財産出資から、および各年度利益の配分からなる、一定の計算上の数額であつて、主に利益配分 (§§120, 121 HGB)。残余財産の分配 (§155 Abs. 1 HGB)の基準となるものである。また、社員が会社財産全体に対して有する持分(割前額 'Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen) でもなく、また社員が会社に対して資本持分に相当する債権を有するものでもない。

このことから次のことが理解できよう。すなわち、資本持分は過去の履行された財産出資を本に計算されて行く数額に過ぎなく、現実の会社財産とは何の関係もないこと、総社員の資本持分の総計額が即ち会社財産の純額を示す⁽⁴⁶⁾ということもないことが。また、わが国では、労務・信用を出資した者には、この意味での資本持分は考えられないところであるが、⁽⁴⁷⁾ドイツ法では、労務・信用はそれ自体会社財産を構成しないから資本持分はゼロであるが、例えば財産出資総額⁽⁴⁸⁾の四パーセントを超える年度利益があれば、その超える部分につき頭割りで利益配分がなされ、その部分は次年度における労務・信用出資者の資本持分となる⁽⁴⁹⁾ことが理解できる。従つて、合名会社が利益をあげつつ経営を続けて行けば、全ての社員に資本持分が生じてくる。とすれば、会社の解散、清算において、残余財産を資本持分にに応じて分配する (§155 Abs. 1 HGB)としても、労務・信用出資者に著しい不衡平はないといえよう。右の点に誤解があるため、わが国では、労務・信用出資者退社のときは、財産出資総額を超える会社純財産についてのみ持分払戻請求権があるという、ドイツ法とわが商法八九条との折衷的な学説が生じたのではなからうか。⁽⁴⁸⁾

い) 合名会社の社員の退社は、本来は会社は解散すべきところを、商法が定める一定の場合 (§§138 - 141 HGB) に生ずるのであるが、⁽⁴⁹⁾ そのときの退社員と会社ないし残存社員との財産関係については、商法に規定がなく、民法の規定 (§§738 - 740 BGB) による (前述⁽⁴⁹⁾)。

民法の規定によれば、脱退組合員は、脱退の時に解散があつたならば清算により分配されるべかりしものを請求できるものとされる (§738 Abs. 2 BGB)。組合清算のときは、組合債務を完済しかつ組合員の出資の返還をした後の残余は、利益配分の基準によつて分配される (§734 BGB)。他方、商法には、合名会社の解散・清算のときの残余財産の分配は資本持分に応じてなす旨の規定がある (§155 Abs. 1 HGB)⁽⁵⁰⁾。ここで、退社以前の年度貸借対照表と、退社による一部清算のための貸借対照表との間に、会社の純資産に差額が生じたとき、その差額は利益配分の基準によるべきか、資本持分によるべきか、が問題になる。現在の通説は、利益配分の基準によるとする⁽⁵¹⁾。その差異は、会社設立後に利益をあげていた会社で、労務出資をしていた社員が最初の年度決算を待たずに退社した例を考えれば明らかになるであろう。資本持分の基準によれば払戻はゼロになるが、利益配分の基準によれば財産出資額を控除した分につき頭割り主義に基づく払戻を受けられる。

ここにおいて、ドイツ法では資本持分という概念を介在させているとはいへ、社員の退社にあつての払戻は、社員の共有 (合有) 財産である会社財産における各社員の持分 (財産的割前) の払戻しであるとして見ることが、また、それが社員退社における財産関係の清算としてより衡平であるとして見ていることを知りうるのではなからうか。⁽⁵²⁾

(8) 本文のように言うことは、合名会社の内部関係において社員と会社との間に法律関係を否定し、かつ所謂社員権説を排斥して、「合名会社の持分とは、社員が他の社員に対して有する組合契約上の自益権を意味し、利益配当請求権をその核心とす

る」という説(松田二郎・会社法概論(昭和四三年)三八二頁)を採るものではないし、社員間の組合契約・会社契約以外に、会社の設立行為は存在しないということを積極的に言おうとするものでもない。「合名会社設立の法律行為は、実質において組合契約の締結と異なるところがない」。(田中耕太郎・改訂会社法概論上巻(昭和三〇年)一〇五頁)という意味である。

組合契約・会社契約の語を並べたのは、それは同じ意味をもつということである。現行民法第二編第二章第一二節は「組合」となっているが、政府提案段階では「会社」となっていたものであり、衆議院の修正で、特にこれという理由もなく「組合」となったことについては、梅謙次郎・民法要義卷之三債権編(明治三七年訂正増補第二版)七八一頁参照。なお、広中俊雄編著・第九回帝國議會の民法審議(昭和六一年)二四一頁以下参照。明治三三年旧民法財産取得編第六章(一一五条以下)も「会社」である。

(9) 会社の清算価値によるか、営業の存続を前提とする企業価値によるかの対立がある。古瀬村・前掲註(4)三三六頁以下参照。取引相場のない非上場株式の株式買取請求権行使の場合の株式価格の決定(商二四五条ノ二・二四五条ノ三・三四九条・四〇八条ノ三。なお、有四一条)と同じ問題である。文献は、竹中正明・新証券・商品取引判例百選(昭和六三年)二〇四頁以下参照。

フランス民法一九七八年の改正により、退社員は、争いあるときは、払戻持分の評価は、当事者または裁判長の指名による専門家の鑑定によることとなった(Art. 1869 al. 2, art. 1843 - 4 C. civ.)。合名会社に適用あることについては、voy. Ripert - Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 859.

(10) このカッコ書の部分に関しては、しかし、旧法下(昭和三年改正前)には、「利益又ハ利息ノ配当ハ定款ニ依リテ払込ミタル株金額ノ割合ニ応ジテ之ヲ為ス」(商旧二九三条本文)との規定があつたことに留意する必要があるであろう。判例(大判昭和一二・七・二四民集二六卷一二七〇頁)は、履行期にあるだけでは足らず、現実に払込んだ額によるものとしていた。田中誠二・判例民事法昭和一二年度三一五頁以下参照。

(11) 八木・前掲(註(5))三三九頁。

(12) 伊沢和平・前掲(註(5))二二七頁・二二九頁。同所(二二九頁)では、「退社と同時にその社員の出資義務の履行期も到来するというのが当事者の合理的意思ではないかと考えられる」とされるが、そのように考える必然性のないことについて

ては本文後述(三)(四)を参照。

- (13) その意味では、出資義務のない社員は認められない(松本・前掲(註)4)日本会社法論)六五頁以下、林・前掲(註)4)六一六頁。

この問題は、ドイツでも出資義務のない合名会社の社員ないし民法上の組合の組合員は認められるか、として以前は争われていた問題であるが、狭義の出資(労務を含む財産的価値ある出資)がなくとも、組合、会社の構成員共通の目的を促進する義務があるし、合名会社の社員はその対外的な無限責任を負うことによつて(S128 HGB)会社に信用を創り出しているから、それで十分であり、この問題は実際的ではないとされている。ただ単に論理的にのみ出資義務のない組合契約、会社契約は存在しえないということである。たとえば、Fischer in Großkomm. HGB, 3. Aufl., II/1, (1973), §105 Aum. 17; Umer in MünchKomm. BGB, 2. Aufl., Bd. 2, 2. Halbband, (1986), §706 Rdnr. 16.

ちょうど、株式会社設立の場合の発起人組合を認めるに際し、「此契約は会社設立なる共同事業を目的とし、各発起人が財産、労務又は少なくとも信用の出資を為すものであるから、之を民法上の組合契約と観て可いのである」(松本・前掲(註)4)日本会社法論一一四頁)という議論を彷彿させる。

わが国では、合名会社に出資のない社員がありうるかどうかは、狭義の出資をなさないときは、信用の出資としてその評価の標準が定款に記載されているか否かだけが問題となる。

- (14) 法典調査会・商法会議事録、同・商法委員会議事要録(日本近代立法資料叢書19、昭和六〇年所収)七八頁以下、九八頁以下。

梅謙次郎委員が信用の出資を認めることに積極的であり(なお、梅謙次郎先生講述商法第一編(記述の内容からみて明治二六年または二七年と考えられる)、三二四頁以下参照)、民法組合の規定の主任担当者と考えられる富井政章委員は消極的で、やむなくば信用を有する者は労務を出資とする名義で入社させばよいとされる(同所・法典調査会九八頁)。

- (15) 前掲註(14)法典調査会九九頁。

- (16) 法典調査会・商法修正案参考書(日本近代立法資料叢書21、昭和六〇年所収)二七頁。

- (17) 未定稿本民法修正案理由書自第一編至第三編五七六頁・五八〇頁(廣中俊雄編著民法修正案(前三編)の理由書(昭和六二年)六三六頁・六四〇頁)。

退社しても出資義務の履行を免れないとされるが、定款の履行期の定めを常に期限事実とし、条件事実でもありうることを認めないのは、定款解釈の中を必要以上に狭めるものではなからうか。

右の意味で（前段落と前々段落を区別する意味で）、従来の少数説が一般に履行期到来の有無を問わないとする点（八木・前掲（註（5））一三九頁、伊沢和平・前掲（註（5））二一七頁、二一九頁、西脇・前掲（註（7））五〇頁）には賛成できない。

また、この問題は専ら会社の対内関係の問題であつて（対外関係は、商八〇条・九三条・一四七条・一五八条・一六〇条の問題）、「対内的関係と対外的関係とが同時並行的に存することに留意すべき」（西脇・同所五一頁）問題ではない。ただ、対外的関係としては、註（27）の判例を前提とする限り会社債権者は、前々段落の場合の出資義務については、差押の対象とすることができず、前段落のときにはそれができるといふ差異をもたすが、それは会社の社員に対する出資請求権の性質（条件付か、期限付か）がもたらす差異にすぎない。ちなみに、「会社ノ内部ノ関係」（商六八条）とは会社と社員および社員相互の関係であり、出資義務については民法の組合員間の関係を会社と社員との関係に転化したものに過ぎず、ここには契約自由が支配し、特別の約定がない限り民法・商法の規定の補充的適用がある。

(20) 鳥賀陽然良「人的会社ノ持分ニ就テ」商法研究第二卷（昭和十一年）六六頁（註三）参照。

(21) 竹田省・判例批評・民商法雑誌一四卷六号七三頁以下。

(22) 同説、赤木暁・判例研究・法学志林・三七卷一〇号六五頁。株金分割払込時代の未払込株金について、同旨、大隈健一郎・判例研究・法学論叢三七卷五号一四七頁。

(23) 合名会社にあつても、昭和十三年改正前には、同趣旨の「会社ハ損失ヲ填補シタル後ニ非サレハ利益ノ配当ヲ為スコトヲ得ス。前項ノ規定ニ違反シテ配当ヲ為シタルトキハ会社ノ債権者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得」（昭和十三年改正前商六七条）という規定があつた。しかしこの規定は、「社員ノ出資ノ減少ハ之ヲ以テ会社ノ債権者ニ對抗スルコトヲ得ス但本店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ為シタル後ニ二年間債権者カ之ニ対シテ異議ヲ述ヘサリシトキハ此限ニアラス」（昭和十三年改正前商六六条）の規定とともに、合名会社においては総社員が会社債権者に対して無限の責任を負うから、所謂内部関係にすぎないこれらにつき規定をおく必要がないことから削除された。従来六六条、六七条が一〇六条により合資会社に準用されていた関係から、新たに合資会社につき有限責任社員につき、一五七条二項、一五八条の規定をおく必要を生じた（奥野健一他・

有限会社法釈義（昭和一六年）一七四頁以下、二五一頁以下）。

(24) もつとも、竹田・前掲（註）(21) 七四頁は、「払込時期到来前の出資義務は、団体法の支配に服し、多数決主義によって変更し得るに反し、払込時期到来後の出資義務は、団体法の支配を脱して専ら個人法の支配に属することになり、多数決で変更の出来ないことになる……」とされる。しかし、履行期到来前のものの変更が全員の合意または定款変更によるのではなく、多数決でできるかは疑問である。多数決でできるとしても、そうできることが定款に予め規定されている場合に限るべきであろう（大隈健一郎、「合名会社の社員の決議（三・完）」法学論叢三八巻四号五五頁以下）。また、履行期が到来しているものであつても、定款の変更または総社員の合意で減少することは、現行法では（註）(23) 参照、たとえば既に会社債権者による差押があるなどの事情がない以上、可能である。

(25) 商法修正案参考書・前掲（註）(16) 二九頁。もつとも、旧商法草案起草者であるレーズラーは、社員が任意に自らの出資を増加させることは、会社に弊害をもたらさず、信義則に従い理性ある状況に応じてなら、できるものとしていた。Roessler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, I. Bd., S. 221.

(26) 抽象的債務・具体的債務というのは、例えば租税債務のように、憲法三〇条で一般に国民は納税義務はあるが、具体的な納税義務の存否・範囲は具体的な税法によって決まる（憲八四条）というような場合にこそふさわしい。

(27) 大判明治三八・四・一五民録一輯五〇二頁、大判明治三九・六・二八民録二輯一〇四八頁、大判大正五・五・一民録二輯八四一頁、大判昭和六・六・一二民集一〇巻四二〇頁、大判昭和六・七・一五新報二六四号九頁。なお、大判大正一五・三・三一民集五巻二三〇頁。

(28) もつとも、定款または総社員の同意による履行期・弁済期の定めがあつても、またなくても本来は、そのようなものとして譲渡、差押の対象となつて一向に構わないものである（なお、註）(19)、註）(24) 参照）。

社員（組合員）の会社（組合）への出資義務も会社（組合）の財産であり、そうであるからこそ、会社（組合）債権者はそれに対する差押が可能であることになり得る（vgl., Hueck, Das Recht der OHG, 4. Aufl. (1971), S. 121; Staudinger-Kegler, Kommentar zum BGB 12. Aufl. (1980), §705 Rz 56. Vgl. ferner, Fischer, a. a. O. (註）(31) §120 Anm. 9.

(29) 前掲（註）(27) 大判大正五・五・一、大判昭和一〇・二・八民集一四巻四九頁。履行末期到来でも、一般には社員が出資

義務の期限の利益を放棄して相殺できるであろう、註(28)前段参照。

(30) 前掲(註(27)) 大判・明治三九・六・二八。

(31) 前掲(註(27)) 大判昭和六・六・一一。

(32) 前掲(註(29)) 大判昭和一〇・二・八。

この判決に対する通説の立場からの批評として、権津盛一・法学新報四五巻七号一四八頁、田中耕太郎・判例民事法昭和
一〇年度一九頁がある。

(33) 奥田昌道・注釈民法(10) (昭和六二年) 二二二頁参照。

実定法上社團法人とされていない組合も事業をなす団体である点は会社と異ならない(なを、註(8)第二段落参照)。団
体性の実質的内容が、昭和一〇年大判(註(27))の判示する「会社ノ資本ハ必スシモ多々益々便ナリト云フ可ラス」にあ
るのであれば、それは組合にもあてはまる。そうであれば、履行期・弁済期の定めのない組合員の出資義務も、抽象的出資
義務でありあるいは不確定期限付の債務であり、共に組合の業務執行としての催告・請求により、具体的出資義務となりあ
るいは履行期の到来となる、といわなければならないであろう。

組合の場合には民法債権法理の一般原則による(民四一二条三項)とするのであれば、その差異は、一方は契約関係であ
るのにたいし他方は社團法人であることに起因するとしかいいようがないと考えられるが(本稿は組合と社團の区別の議論
には立ち入らない。しかし、その区別があるとしても、人的会社の実質は組合であることは広く認識されているところであ
ろう)、社團法人であるから出資義務の内容は組合と異なるとする、実定法上の根拠はどこにあるのであろうか。

ドイツの合名会社は法人とはされておらず、商法に規定がないときは民法組合の規定が「適用」されるのであるが (§105
Abs. 2 HGB)、組合契約で出資義務につき期限の定めのないときは、給付の時期が定められずまた諸事情から認定できない
ときは債権者は直ちに給付を請求することができ、債務者は直ちに給付を即時に実現することができる、とする §271 Abs. 1
BGB の適用がある。Umer, a. a. O. (註(13))' §706 RdNr. 18

(34) もっともこの判決(昭和一〇年)は、昭和一三年商法改正前のものであって、当時は会社の設立登記は第三者對抗要件に
過ぎなかつたから、登記をもって履行期としている点に疑問もなくてはならない(竹田・前掲(註(21)) 七二頁参照。「少クトモ
……履行期ハ」と読むべきであらうか)。現行法(商五七条)にこそ適合する解釈であらう。

(35) 竹田・前掲(註)(21)七三頁以下。

この説が、出資義務は具体的な債務であるが不確定期限付とし、その時期は専ら会社(債権者)の意思にかかるとしつつ、退社のときは、「まだ、履行期の到来してゐない出資義務は永久に履行期が到来せず消滅するの外はない」とされるのも不可解である。たしかに、出資義務は出資約束に基づく定款の記載という、社員資格の取得と密接な関係があるが会社の債権として成立しており、履行期を到来させるという会社の業務執行にあたり(民四一二条二項)義務者がなお社員であることが必要であるとは考えられない。

なおこの説では、また通説でも同じであるが、会社に対する債務名義を有する会社債権者であつても、履行期未到来の出資請求権について、社員に対し直ちに強制執行することはできず、別途社員に対する商法八〇条・一五七条による債務名義を獲得するか(この点については、拙稿「新版注釈会社法(1)二九七頁以下参照」、あるいは債権者代位権(民四二三条)を行使して社員の出資義務の履行期を到来させるか、いずれにせよもう一度訴を提起しなければならないことになる。

(36) 西本辰之助・判例批評・民商法雑誌二巻一号九六頁は、「出資払込時期に関して特別の定が無ければ、会社からは何時にても請求しうるが、社員から任意の時期に払込むことを得ない」とされる。同旨、赤木・前掲(註)(22)六八頁以下。この説では、会社債権者は何時でも会社の出資請求権を差押えることができるが、社員は任意に弁済することはできない、また相殺もできないということになる。

(37) 合資会社の有限責任社員は、その引受けた出資を会社に履行した範囲で、会社債権者に対して責を免れるが(商一五七条)、会社債権者から責任を追及された有限責任社員は、何時でも、また敗訴判決の後でも、会社に出資を履行してその責を免れることができ、その際に会社が受領を拒絶したときは、供託すること(民四九四条)もできなければならない(Weipert in RGR Komm. z. HGB, 2. Aufl., 2. Bd. (1950), §171 Amm. 22. Vgl. Schilling in GroGKomm. HGB, 4. Aufl. 9. Lieferung (1987), §171 RDN 14)。なぜなら、会社債権者に商法一五七条の責任を履行したときは、有限責任社員の出資義務も消滅すると解されるが(田中(耕)・前掲(註)(8)一九九頁、東方正雄・会社法学Ⅰ(昭和二十四年)一一九頁、大隈健一郎)今井宏・新版会社法論上巻(昭和五五年)一一九頁以下。なお、江頭憲治郎・新版注釈会社法(1)六四〇頁)、相手方が真の会社債権者でなかった場合や会社の有する抗弁を知らずに弁済した場合(商八一条・一四七条)は、直ちに出資義務の消滅を認めることはできない。この危険を回避するためには、有限責任社員の会社への出資の履行を認めなければならない。

その場合には、出資義務の履行期は当然到来していなければならないが、その履行期が会社の任意の業務執行にかかっているとすれば、有限责任社員の地位は危いものといえよう。(大橋光雄・判例研究・法学論叢三三巻一号一七二頁以下は、履行期を問わず出資の履行を承認される)。

- (38) 松本・前掲(註(4)) 商法判例批評録三四七頁以下。
- (39) 合名会社は、労務、信用のみで成立させ得ないわけではない。鳥賀陽然良「出資義務ニ就テ」前掲(註(20))一三四頁。
- (40) 松本・前掲(註(4)) 日本会社法論五六五頁以下、古瀬村・前掲(註(4))三三九頁以下、および同所引用文献。
- (41) 松本・前掲(註(4)) 日本会社法論五一二頁(註二)参照。
- (42) 前掲(註(16)) 商法修正案参考書二六六頁。
- (43) 前掲(註(14)) 商法委員会議事要録九九頁。
- (44) 年度損失は、当然頭割りによる (§120 HGB)。
- (45) Fischer in GroßKomm. HGB, a. a. O. (註(31)) §120 Ann. 19 ff., Hueck, a. a. O. (註(28)) S. 229 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Teil, Die Personengesellschaft (1977), S. 147 ff.; Baumbach-Duden - Hoot, HGB, 26. Aufl. (1985), §120 3) A 5a) 246。
- (46) 松本・前掲(註(4)) 日本会社法論五一二頁。
 総社員の資本持分の総計が会社財産の純額を示すということは、貸借対照表に社内留保や公然の準備金および特に秘密準備金の存在がなく、財産の帳簿価額が正当な価格であるというときにのみいえる。退社払戻しときは会社の正当な価値における持分価格が問題になるのであるから、これらを考慮に入れなければならない。会社解散・清算の場合は清算換価の段階でこれらは解消される。
- (47) たとえば、労務出資の報酬を一定額とし、その何割かを金銭出資に振替える、というような定款の定め、または総社員の合意があれば別である。Vgl., Fischer in GroßKomm. HGB, a. a. O. (註(13)) §120 Ann. 27.
- (48) わが国の法律上の規制は、ドイツ法が法律上予定する変動的資本持分制 (veränderlicher Kapitalanteil) に対して当事者が特約をもって定める固定資本持分制 (fester Kapitalanteil) に近いといえる。しかしドイツ法では利益分配が資本持分を増加させ、金銭取去権がそれを減少させるのを原則としているため、固定資本持分性をとつても、第二の資本持分勘定を設

定することを要すると考え易いため、同一とは勿論いえない。註(45)の文献を参照。

(49) 会社の解散を原則とし、退社を会社契約にその定めあるときなどの例外の場合とするのは、ローマ法の影響の下にあるヨーロッパ諸国の法律では一般である。わが国では旧商法のリースラー草案以来(Roesler, a. a. O. 註(25))、S. 253 ff.) 逆に、会社契約に解散する旨の別投の定めがない以上、退社事由のある者だけの退社を認めており、英断であると評されているところである(梅・前掲 註(14)) 五二四頁)。

(50) 会社清算の場合は、もっぱら資本持分によって、会社債務の弁済後の残余財産は分配され、それ以前の社員の出資の返還は問題とされない。従って、退社の場合にも退社員への出資の返還は、物の使用のみを出資した場合を除き、問題とならなす。Hueck, a. a. O. 註(80))、S. 460, 516.

(51) Staudinger-Kegler, Komm. zum BGB, 10/11 Aufl., II. Bd., 4. Teil (1975), §738 Anm. 11 ; Ulmer in GroßKomm. a. a. O. 註(31))、§138 Anm. 62 ; Schlegelberger - Geßler, Kommentar zum HGB, 4. Aufl., 2. Bd. (1965), §138 RdNr. 22 ; Weipert in RGR Komm. z. HGB, 2. Aufl., 2. Bd. (1950), §138 Anm. 34 ; Flume, a. a. O. 註(45))、S. 168 f. ; Hueck, a. a. O. 註(80))、S. 455. A. A., Wrieland, Handelsrecht, I. Bd. (1921), S. 721.

(52) もつとも、会社清算の場合に、清算貸借対照表と、会社解散直前の最終年度決算貸借対照表とを比較して、清算利益を生じた分を、§121 HGB に拠って各社員の資本持分に加え、残余を、その資本持分に従って分配するものとすれば、退社員への払戻しに際して、根拠条文を §734 BGB とするか、§151 Abs. 1 HGB とするかで、差異は生じない。換言すれば、会社へ履行済の財産出資は資本持分の全部または一部を構成しているから、まず出資を返還し次いで利益配分の基準によって会社の純資産を分配するということ(民法組合のやりかた)は、返還前の出資を含めた会社の純資産を資本持分によって利益配分の基準で分配すること(人的会社のやりかた)と異ならない。Vgl., v. Godin, JW 1936, 3512f. ; Hueck, a. a. O. 註(80))、S. 455 Fußnote 69 und S. 513 f.

結論を要約しておこう。

(1) 社員の出資義務について定款または総社員の合意による履行期・弁済期の定めがないときは、それは期限の定めのない債務（民四一二条三項）であり、会社成立の時（登記の時、商五七条）から成立している。退社によりもは履行を要しなくなるような社員の地位と終始する財産出資義務（通説のいう抽象的出資義務）を認め、または会社の業務執行たる請求・催告により履行期・弁済期を到来させる不確定期限付の出資義務を認めることも可能であるが、そのためには定款の定めまたは総社員の合意が必要である。

(2) 退社員への持分払戻しについては

① 財産出資につき定款または総社員の合意による履行期・弁済期の定めがないときは、退社までに会社からの請求（催告）がなくとも、退社員は定款記載の額（商六三条五号・一四八条）を基礎とした持分の払戻を請求できる。会社の請求は、社員を出資義務につき遅滞に付する効果（民四一二条三項）を有するだけである。

② 労務・信用のみを出資した者も、退社の場合には、定款または総社員の合意による別段の定めがなければ、定款記載の出資の評価の標準（商六三条五号・一四八条）による持分の払戻を請求できる。

右の考え方に対しては（特に(1)および(2)①に対して）「かく解するときには、合名会社の社員は全員が会社債務につき無限責任を負担し、その限りに於いて企業の経営に参加するものであるから、持分の分配は頭数により平等とならざるを得ないのであって（各社員の持分は平等という趣旨であろう⁽⁵³⁾筆者）、例えば損失の分配につき法が持分の価額によらしめてゐることを合理的に説明し得ないであろう。」という批判がある。しかし、会社の対外関係において全員が無限

責任を負うことと、会社の対内関係において、損益の分配が平等であることならびに会社財産に対する持分（観念的割前）が平等であることは、論理必然的な結びつきはない。単に立法政策として可能であるというだけである。合名会社を対外的存在として法認するためには、対外関係における無限責任を強行法として定めておけばよいのであって、対内関係は社員の契約自由に任せておけばよい（商六八条・一四七条）。にもかかわらず、労務・信用の出資の評価の標準を定款の絶対的記載事項としていることは、財産出資の価格との関係における、労務・信用出資者の持分を示し、それにより、損益分配、持分の払戻、残余財産の分配における基準とすること以外に、意義を見出せるであろうか。損益分配、残余財産の分配における出資の「額」（商六八条・一四七条、民六七四条・六八八条二項）にこだわれば、定款、総社員の合意による定めがない限り、労務・信用の出資者は利益の配当に与れず、残余財産の分配も受け得ないことになりかねない。それは同時に、出資その他の組合財産は総組合員の共有に属するとする規定（民六六八条）の無視である。出資の「額」にこだわると、右②の結論に反対して、労務・信用出資の社員の退社の場合には、会社の純財産額が財産出資総額を上回る額についてだけ持分の払戻（一体どういう割合で？）が認められるとする説を導き易いであろう。

(53) 石井照久・判例民事法昭和一五年度四七九頁。同旨竹田省・判例批評・民商法雑誌一三卷五号一二四頁。

Beitragspflicht und Abfindungsanspruch des OHG— und KGGesellschafters

Ryuji OHTSUKA*

Die japanische OHG und KG sind die juristische Person (§§54Abs. 1HGB). Auf dem inneren Rechtsverhältnis der Gesellschaft finden die Vorschriften des Zivil Gesetzbuches über die Gesellschaft entsprechende Anwendung, soweit nicht im HGB und in der Satzung der Gesellschaft (d. h. im Gesellschaftsvertrag) ein anderes vorgeschrieben ist (§§68, 147HGB). Nach 668ZGB sind die Gesellschafter die Miteigentümer der Beiträge und sonstiges Gesellschaftsvermögens. Die Beiträge aller Gesellschafter müssen in der Satzung derart bestimmt sein, daß die Höhe der Vermögensbeiträge und das Maß der Wertung der Dienstleistungs- oder Kreditleistungsbeiträge mitgeteilt werden (§§63Nr5, 148HGB). Diese Höhe und Maß sind, wenn nichts anderes bestimmt ist, für die Gewinn- und Verlustverteilung, Auseinandersetzung und Abfindung maßgebend (§§68, 89, 131, 147HGB, 674, 681, 688Abs. 2BGB). Beim Ausscheiden kann der Ausscheidende seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen von der Gesellschaft zurückverlangen (§§89, 147, 68HGB, 681ZGB. Abfindungsanspruch).

Nach h. L., wenn die Leistungszeit des Vermögensbeitrages satzungsmäßig oder unter Gesellschafter einstimmig nicht bestimmt war und der Vermögensbeitrag von der Gesellschaft nicht verlangt wurde, kann der vermögensbeitragsverpflichtete Ausscheidende keinen Abfindungsanspruch haben. Dies folgt auch die Oberstgerichtsentscheidung (22. Jan. 1987). Auch es meinen die h. L., daß dienst- oder kreditleistungsverpflichtete Ausscheidende nur den Überschuß des über den erfüllten Vermögensbeiträge Gesellschaftsvermögens teilnehmen kann.

Gegen die h. L., die vielleicht unter mißglücklichem Einfluß des eigentümlich deutschen Kapitalanteil der personen Gesellschaft stehen mögen, soll man annehmen, daß der Ausscheidende nach seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, der in der Satzung als Höhe oder Mass des Beitrages vorgeschrieben ist, die Abfindung erteilt werden. Denn japanisches HGB kennt keinen Kapitalanteil und der Anteil des Personengesellschafters ist durchaus der Geschäftsanteil.

*Professor an der Universität Hokkaido