

持分会社における社員間の損益分配の公平性

— 一定款自治の限界と不文の責任法理の存在 —

筑波大学大学院

ビジネス科学研究科 企業法学専攻

学籍番号 201940152

岩崎 諭

目次

| | |
|---------------------------------------|----|
| 序章 | 1 |
| 1 問題の所在 | 1 |
| 2 検討方法 | 2 |
| (1) 概要 | 2 |
| (2) 検討方法 | 3 |
| 第二章 持分会社の社員の責任と損益分配 | 4 |
| 1 持分会社に関する会社法の構造 | 4 |
| (1) 持分会社の種類と沿革 | 4 |
| (2) 持分会社に関する会社法の適用と課題 | 5 |
| 2 会社法 580 条の意義 — 持分会社の社員の責任 — | 7 |
| (1) 概要 | 7 |
| (2) 学説 | 8 |
| 3 会社法 611 条の意義 — 退社に伴う払戻し — | 9 |
| (1) 概要 | 9 |
| (2) 学説 | 10 |
| 4 会社法 622 条の意義 — 持分会社の損益分配 — | 10 |
| (1) 概要 | 10 |
| (2) 学説 | 11 |
| ① 損益分配の意義 | 11 |
| ② 有限責任社員の損失の負担 | 11 |
| ③ 損益分配の定款の定め | 13 |
| 5 小括 | 14 |
| 6 合資会社の損失の分配に関する判例 | 15 |
| (1) 最判令和元年 12 月 24 日民集 73 卷 5 号 457 頁 | 15 |
| ① 事案の概要 | 15 |
| ② 判旨 | 16 |
| (i) 第 2 審判旨 | 16 |
| (ii) 最高裁判旨 | 16 |
| ③ 判旨の分析 | 17 |
| ④ 本判決の評価 | 19 |
| (2) 大判大正 7 年 12 月 7 日民録 24 輯 2315 頁 | 19 |
| ① 事案の概要 | 19 |
| ② 判旨 | 20 |
| ③ 判旨の分析 | 20 |
| (3) 大判大正 5 年 4 月 7 日民録 22 輯 647 頁 | 20 |
| ① 事案の概要 | 20 |
| ② 判旨 | 21 |
| ③ 判旨の分析 | 21 |
| (4) 三判例の総合分析 | 22 |
| 7 第二章まとめ | 22 |

| | |
|--|----|
| 第三章 合資会社の沿革から見る「不文の責任法理」 | 24 |
| 1 概観 | 24 |
| 2 匿名組合員の責任と有限責任社員の責任の比較 | 25 |
| (1) 匿名組合の損益分配と業務執行 | 25 |
| ① 匿名組合の概要 | 25 |
| ② 匿名組合の損益分配に関する学説の状況 | 25 |
| ③ 匿名組合の業務執行 | 26 |
| (2) 匿名組合の損益分配の合資会社への類推 | 27 |
| (3) 業務執行権に関する平成 17 年商法改正の影響 | 28 |
| ① 商法の準用規定への影響 | 28 |
| ② 検査権と業務執行権への影響 | 30 |
| ③ 合資会社の業務執行権への影響 | 32 |
| 3 不文の責任法理の存在 | 33 |
| (1) 組合型団体の社員の責任 | 33 |
| (2) 業務執行権が付与された有限責任社員の責任の再考 | 34 |
| ① 有限責任社員の免責の根拠と業務執行権の関係性 | 34 |
| ② 現行会社法における業務執行権と社員の責任の関連性 | 35 |
| (3) 業務執行権と不文の責任法理の関係 | 36 |
| ① 不文の責任法理の存在 | 36 |
| ② 有限責任社員が業務執行権を持つ場合の「不文の責任法理」の妥当性 | 37 |
| 4 第三章まとめ | 38 |
| 第四章 団体の内部関係における私的自治の限界 | 40 |
| 1 概観 | 40 |
| 2 組合の損益分配に関する私的自治の限界 | 40 |
| (1) 組合の概要 | 40 |
| (2) 組合に求められる共同事業性 | 41 |
| (3) 組合における損益分配 | 42 |
| (4) 判例の検討 一東京高判平成 15 年 11 月 26 日判時 1864 号 101 頁一 | 44 |
| ① 事案の概要 | 44 |
| ② 判旨 | 45 |
| ③ 判旨の分析 | 45 |
| 3 持分会社の損益分配に関する定款自治の限界 | 46 |
| 4 第四章まとめ | 47 |
| 終章 | 48 |
| 1 論文の総括 | 48 |
| (1) 不文の責任法理についてのまとめと私論 | 48 |
| (2) 定款自治の限界についてのまとめと私論 | 49 |
| 2 終わりに | 50 |

序章

1 問題の所在

平成 17 年の商法改正（以下「平成 17 年改正」という。）により、合名会社と合資会社は、新たに創設された合同会社を加えて、商法から分離・独立した会社法の中に持分会社という類型として整理された。従来、合名会社と合資会社は、個別の会社類型とされており、元々、民法組合の条文を準用していたことから、条文化されずに条理や慣行によって運用されていた部分があった¹。持分会社社員の内部関係の責任などは、平成 17 年改正以降も、条文において、必ずしもすべてが明らかになっていないところである。

そのような中、最判令和元年 12 月 24 日民集 73 卷 5 号 457 頁（金判 1591 号 16 頁。以下、「令和元年判決」という。）において、合資会社の無限責任社員が退社する際、当該会社が債務超過となっている場合に、その超過分の金銭債務を、退社する無限責任社員が支払うべきであるという初めての判断がなされた。無限責任社員が退社する場合に、損失の額が当該無限責任社員の出資額を上回っている場合、その損失について、無限責任社員がどのような責任を負うかは会社法上に規定がなく、その点が争点となった。原審²は、会社法 580 条 1 項の規定などから、持分会社社員の無限責任や有限責任の区別は会社債権者に対する対外的責任であり、債権者から追及を受けていない会社の債務を、退社した無限責任社員が責任を負う必要はないとした。しかし、最高裁は、それを否定し、無限責任と有限責任の区別は内部関係にも及ぶものであり、会社法の明文で規定されていないが、合資会社の存立のためには無限責任社員の存在が必要とされていることなど、合資会社の制度の仕組みを考慮すれば、定款に別段の定めがない限り、有限責任社員の責任はその出資の価額に止まり、無限責任社員が債務超過の損失を負担することが公平であると判断した。つまり、最高裁は、条文規定ではなく、合資会社制度の仕組みそのものという、いわば「不文の責任法理」を根拠とし、無限責任社員が負うべき責任の法律構成をしたのである³。

しかし、この「不文の責任法理」をどのように解釈すべきかが問題となる。令和元年判決においても、判断根拠として「合資会社の仕組み」に依っていること以上の言及はないことから、「不文の責任法理」の内容は不明瞭なものと言える。持分会社の内部関係を規制する

¹ 大杉謙一「持分会社・民法組合の法律問題」岩原紳作ほか編集代表『会社・金融・法〔上巻〕』53 頁(商事法務, 2013)、55 頁。

² 名古屋高判平成 30 年 4 月 17 日金判 1591 号 21 頁。

³ 得津晶「判批」法教 475 号 130 頁(2020)。

条文規定がない以上、ある程度明確なものでなければ、法的安定性に欠けるとも考えられる。

また、令和元年判決は、合資会社の内部関係につき、会社法の条文のとおり、定款に別段の定めがあった場合は、その定めに従うとしている。しかし、持分会社の定款自治の内容も、条理や解釈から求められることから、定款で定められる厳密な範囲は、会社法の条文には言及がない。定款自治が広く認められているとはいえ、定款に定めさえすれば、無限定に規約を作ることが認められるとするならば、結果的に持分会社の内部関係が不安定になりかねず、社員間の公平性を損ねる場合もあると思われる。

合資会社の社員間の損益分配及び損失の分担についての公平性を担保するためには持分会社の内部関係について争いがあった場合に、「不文の責任法理」を判断基準として用いることが妥当なものであるか検討する必要がある。持分会社の内部関係における定款自治がどこまで許されるかという「定款自治の限界」についても併せて考察する必要がある。

2 検討方法

(1) 概要

持分会社の内部関係に関する会社法上の規定は解釈に委ねられているものが少なくなく、そもそも条文の規定がないものも多い。本稿のテーマである「不文の責任法理」や「定款自治の限界」もその例外ではない。そこで、現在、持分会社の内部関係に関する法解釈がどのようにして導かれ、運用がなされているのかを確認するとともに、「不文の責任法理」と「定款自治の限界」の妥当性及び問題点を検討する。平成 17 年改正後の持分会社に関する規定は、基本的に強行規定であるとされている⁴。そうであるならば、会社法上、対外的責任であるとしかされていない無限責任と有限責任の別を、明文なく合資会社社員の内部関係にも及ぼすには、明文に代わる根拠が必要になる。また、持分会社の定款自治の範囲も、内部関係であることから明文規定がないため、それぞれの根拠は、合資会社の発展に伴って形成されてきたものと考えられなくもない。そこで、本論文では、合資会社制度の沿革や損益分配のルールの歴史的な形成過程に着目し、合資会社の無限責任社員と有限責任社員の内部関係の責任である損益分配と社員退社時の損失の分担を中心に、条文、学説及び判例、沿革、隣接制度及び平成 17 年改正による影響を分析し、検証を行うこととする。

⁴ 相澤哲=郡谷大輔=葉玉匡美『論点解説 新・会社法』563 頁(商事法務, 2006)。

(2) 検討方法

本論文では、以下の順序で検討する。第二章では、持分会社の社員の責任と損益分配について、関連する会社法と学説及び判例の考え方を中心に検討し、現在の持分会社の内部関係に関する規制の解釈や運用がどのようになされているかを検証する。第三章では、合資会社と沿革を同じくする匿名組合を参照し、その比較から「不文の責任法理」の内容を明らかにするとともに、平成 17 年改正が「不文の責任法理」の影響を及ぼす可能性を考察する。第四章では、団体規約における私的自治の観点から、民法上の組合における組合契約の考え方を持分会社の定款自治に類推し、定款自治の許容される範囲である「定款自治の限界」を検討する。終章では、以上の考察を踏まえて、「不文の責任法理」と「定款自治の限界」の妥当性と課題について私論を述べ、全体をまとめる。

第二章 持分会社の社員の責任と損益分配

1 持分会社に関する会社法の構造

(1) 持分会社の種類と沿革

合名会社は無限責任社員のみ、合資会社は有限責任社員と無限責任社員、合同会社は有限責任社員のみで構成される企業形態である。現在、会社法はこれらの会社を持分会社という1つの枠組みの下で規律しており、各社、構成員の責任の範囲の別が、会社の種類の別となっている。特に、合資会社は無限責任社員と有限責任社員という種類の違う責任を負う社員が存在する二元的な構成となっており、同種の責任を負った社員のみで一元的に構成されている合名会社や合同会社とは大きく異なった構造を有している。この3種類の会社は、それぞれ隣接の制度として捉えられ、会社法上は持分会社としてまとめられてはいるが、合名会社は民法上の組合を、合資会社は匿名組合を背景に持ち、合同会社は米国の LLC を参考に平成 17 年改正によって創設されたものであることから、その沿革は各会社形態で大きく異なっている。

合名会社は、中世のドイツ・イタリアにおける商人の共同相続に始まっており、数人の相続人が、家族的結合によって営業を維持継続したものが、合名会社の起源といわれる。現代においても合名会社は少人数の親類や友人といった信頼関係にある社員からなることが多い。資本の結合の他に、労力の結合という点が特徴であり、一人以上の社員の全所有と全活動とを投入する形態であることから、個人事業の延長線上にあるような活動に便宜な形態と言える。ドイツ商法では、「法人」は株式会社や有限会社といった法人格の属性をすべて備えた完全法人を指し、合名会社はその商号の下で権利能力を有するが「法人」ではないとされ⁵、民法の組合の一種であるとされている⁶が、我が国では企業維持と取引の安全という観点から、すべての会社が「法人」として扱われている。旧商法時代において、合名会社については社員間の関係が近しく、社員相互間に契約的な側面があることから、対内関係においては組合的な性質が認められていた。合名会社は、民法上の組合が企業活動という点では不向きであるため、組合が商法的な加工を受けて会社形態に発展したものである。社団としての独立性を保ちながら社員の個性を反映させたものであり、組合と会社の間形態であ

⁵ 後藤元信「法人における有限責任と組合型団体における無限責任 - ドイツにおける民法上の組合の組合員責任論 -」政策創造研究 6 号 187 頁(2013)、189 頁。

⁶ 上柳克郎「法人論研究序説」同『会社法・手形論集』16 頁(有斐閣、1980)。

るともされている⁷。また、合名会社の無限責任社員の出資の目的が金銭等に限られず、信用や労務でも可能とされることも、中間形態の表れだと考えられる。

一方、合資会社は、10世紀ごろの地中海沿岸において、資本家と企業家との間で締結されたコンメンダ契約が起源とされる。この契約が発展し、取引において資本家が前面に出てくるものと資本家が背面に隠れるものとに分かれ、前者が合資会社、後者が匿名組合となった。合資会社の有限責任社員の出資の目的は、信用または労務とすることは許されず、金銭等に限定されているのは、その沿革からもわかるように、有限責任社員を加入させる目的が資力の充実にあり、その財産出資が有限責任の本質にかなうからである⁸。合資会社は人的会社と呼称されることもあるが、労力の集合のみならず、出資者の有限責任を保障することによって、より多くの資本の結集も可能となる。したがって、無限責任社員を代表社員とし、有限責任社員として出資者を募ることで、大規模な企業を成立させることも可能であり、そういった企業もかつては多くみられたが、現在では、社員が家族のみで構成されるような小規模な事業を経営する会社が多くを占める⁹。なお、平成17年改正によって、法人が無限責任社員になることが認められたことにより、法人社員のみで構成される合資会社の設立も可能となった。ドイツ商法においても、法人の無限責任社員は認められているが、人的責任を負う自然人が存在しない合資会社の商号は「合資会社 (Kommanditgesellschaft ; KG)」では認められず、有限責任を示す「有限合資会社 (GmbH & Co. KG)」としなければならないとされている (ドイツ商法典第19条2項)。我が国では、有限責任である法人が唯一の無限責任社員になっている合資会社においても、そういった規制は特になく、会社債務に対して無限責任を負う自然人が存在しないことを取引相手に明らかにされるような工夫 (例えば、商号を「有限責任合資会社」とするなど) が必要であるとの見解もある¹⁰。

(2) 持分会社に関する会社法の適用と課題

平成17年改正による法制の現代化の際は、利用者にわかりやすい会社法制を整備するという趣旨があったとされる¹¹。たしかに、平成17年改正前商法の合名会社と合資会社に適

⁷ 西原寛一「合名会社と合資会社について」法セミ 214号 45頁(1973)46頁。

⁸ 西原・前掲注(7) 37頁。

⁹ 上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法 (1) 会社総則、合名会社、合資会社』640頁〔江頭憲治郎〕(有斐閣, 1985)。

¹⁰ 高橋英治「ドイツ法における有限合資会社(GmbH&Co.KG)の発展とわが国法制の課題」法雑第51巻4号 845頁(2005)、856-857頁。

¹¹ 相澤哲=郡谷大輔「持分会社」相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法

用される条文は、民法と商法の規定が入り組んでおり、民法を準用する条文も多かったところであった。結果としては、平成 17 年改正により、合名会社と合資会社は、新たに創設された合同会社とともに持分会社という一つの類型に整理され、民法の準用規定などは削除された。しかし、平成 17 年改正によっても、持分会社のすべてにつき明確な条文として規定されたわけではなく、依然として、持分会社の内部関係については、条文上明らかになっていないところが多い。これは、持分会社という構成員の個性が重視される会社形態であること、また持分会社の内部関係については、定款自治が広く認められていることに鑑み、改正時においても最低限の規定の整備のみを行い、その他は解釈に委ねたものとも考えられる¹²。

持分会社の利用に関して、合名会社や合資会社は新たに設立される件数が少ないことから、その存続は漸減しており、おそらく休眠会社も多いと考えられる。一方、平成 17 年改正時に持分会社の一つとして創設された合同会社は、有限責任社員のみで構成され設立時の費用や決算公告が不要な点等、株式会社よりコストが抑えられることを大きな理由として、年々設立件数が伸びてきていることから、持分会社の全体の数は増加しているとも言える。持分会社は、株式会社のような会社法による細かい規制が少なく、定款自治が広く認められていることから、設立が容易である反面、定款規定を緻密に設計する必要があることを意味するが、その点を念頭に置いて設立・運営されている持分会社は一部に限られていると思われる。設立の際に一般的なひな形の定款を利用した持分会社が多いことから、本来、詳細に決定すべき社員の責任や持分の譲渡・相続といった点が決定されておらず、問題が顕在化することもある。

このような状況の中、令和元年判決において、合資会社自体の債務超過分に関して、無限責任社員の損失負担に関する責任が問題となった。合資会社を含む持分会社の社員の責任及び損益分配は、会社法に規定は存在するが、それは債権者に対する外部的責任に関するもののみであり、社員間の内部的責任に関しては明文規定がなく、損益分配に関しても具体的な定義や分配方法の内容は規定がない。この条文規定がないものに関しては、解釈もしくは定款自治に委ねられているところである。

そこで、以下では、持分会社、特に合資会社の無限責任社員と有限責任社員の責任の分担

務 295 号 153 頁(2006)、153 頁。

¹² 大杉・前掲注(1)73 頁。

及び損益分配の内容について、現行会社法の持分会社社員の責任に関する規定である会社法 580 条、社員の退社時に会社から積極持分の払戻し及び消極持分の払込みに関する規定である会社法 611 条及び各社員の損益分配の規定である会社法 622 条の規定を取り上げて、学説及び判例を検討し、現行会社法によって規定がなされていない部分をどのように解釈すべきかを明らかにする。

2 会社法 580 条の意義 —持分会社の社員の責任—

(1) 概要

会社法 580 条は持分会社社員の責任を定めた条文である。本条 1 項は平成 17 年改正前商法 80 条を、本条 2 項は平成 17 年改正前商法 157 条 1 項を引き継いだものであり¹³、かつて合資会社では両規定によって有限責任社員の責任が定まるとされていた¹⁴。本条は 1 項柱書において、「社員は、次に掲げる場合には、連帯して、持分会社の債務を弁済する責任を持つ」と規定し、同 2 項において「有限責任社員はその出資の価額（省略）を限度として、持分会社の債務を弁済する責任を負う」と規定している。2 項が「有限責任社員は」から始まっていることから、1 項が「無限責任社員の責任」であり、2 項が「有限責任社員の責任」であるとも読めるようにも思うが、平成 17 年改正前商法 80 条及び 157 条を引き継いでいることから、1 項は無限責任社員と有限責任社員の両社員に共通して適用される規定である。したがって、有限責任社員についても 1 項が適用されることから、会社債権者に対しては直接責任を負い、社員の責任は連帯責任となり¹⁵、連帯関係は有限責任社員間のみならず、有限責任社員と無限責任社員との間でも認められるとされている¹⁶。

学説では、合資会社の有限責任社員の責任が会社債権者に対する対外責任である直接責任なのか、それとも会社に対する対内責任、即ち間接責任を指すのかについて争いがあり、直接責任を否定する裁判例¹⁷もあった。しかし破産法 107 条（旧 29 条）が有限責任社員の

¹³ 相澤＝郡谷・前掲注(11)153 頁。

¹⁴ 上柳ほか編代・前掲注(9)640 頁〔江頭憲治郎〕。

¹⁵ 大杉・前掲注(1)73 頁。

¹⁶ 上柳ほか編代・前掲注(9)640 頁〔江頭憲治郎〕。

¹⁷ 大判大 5 年 4 月 7 日民録 22 輯 647 頁。合資会社の定款に「当会社社員は酒造税其他公課等に対する義務一切は各出資による連帯債務とす」との規定があった場合、有限責任社員が出資額以外に、税金等の損失を負担すべきかが争われた事案。裁判所は、定款に別段の規定がある場合、有限責任社員も出資以上に損失を負担する場合があるとしたが、債権者に対する直接責任はあくまで無限責任社員にあるとした。

責任が原則として債権者に対する直接責任を前提として規定されていたことや諸外国における同内容の規定があること¹⁸に鑑み、昭和 13 年改正によって、会社債権者に対する直接責任であることが明記された¹⁹。

(2) 学説

前述のように、有限責任社員の責任の範囲は会社法 580 条において外部関係つまり会社債権者に対しての責任は出資の価額に止まるとしているが、社員間の責任である内部関係についての規定はない。しかし、学説は社員間の内部関係についても出資の価額に止まるとしている。すなわち、合資会社社員の外部に対する責任と内部に関する責任は、まったく別個の概念であるとしながらも、合資会社における有限責任社員は会社事業において出資額以上の危険を負担しないとすることが「実情に適する」とし、内部関係についても出資の価額に止まるとしている²⁰。この考えに従えば、有限責任社員が出資義務を履行した場合、その履行部分につき、会社債権者に対する責任のみならず、内部的な会社に対する責任も消滅することとなり、債権者に対して弁済した場合もその範囲で責任が消滅する²¹。つまり、有限責任社員の責任は未履行の出資の限度においてのみ責任があることなるため、その未履行分のみ他の社員と連帯して責任を負うものと解されている²²。

会社法 580 条 1 項柱書は会社債権者に対する社員の責任が連帯債務であると規定しており、学説は連帯責任が有限責任社員と無限責任社員間でも生じ、当該債務は有限責任社員と無限責任社員の双方で負担するものされている。この点、社員が自己の負担部分を超えて会社債権者に対する債務を弁済した場合は、当該社員は会社債権者に代位して、連帯債務者である他の社員に対して求償権を有する²³。そして、他の社員に対する求償は、社員間における負担の調整であると解されている²⁴。

しかし、連帯債務に関する民法上の規定（民法 436 条以下）²⁵を前提とすると、無限責任

¹⁸ 例えば、ドイツ商法 171 条は文言上、明らかに有限責任社員に直接責任を認めている。

¹⁹ 上柳ほか編代・前掲注(9)639 頁〔江頭憲治郎〕。

²⁰ 大隅健一郎『会社法論』123 頁(巖松堂、1938)。

²¹ 田中誠二『会社法詳論(下巻)(三全訂)』1230 頁(勁草書房、1994)。

²² 神田秀樹編『会社法コンメンタール 14 持分会社(1)』81 頁〔今泉邦子〕(商事法務、2014)。

²³ 神田編・前掲注(22)76 頁〔今泉邦子〕。

²⁴ 江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法体系(1)』347 頁〔小澤優一〕(青林書院、2008)。

²⁵ 「連帯債務」とは同一内容の給付について数人の債務者が各自独立した全部給付義務を負担し、かつ債務者中の誰かの全部給付の債務が消滅する、という複数主体の債務を指す。近江幸

社員と有限責任社員の負っている債務が同一のものとは言えないことから、両者に連帯関係があるとは考えにくい²⁶。また、上記のように、有限責任社員の連帯責任が未履行部分に限るとするならば、その範囲を超えて弁済することはないと考えられる。さらに、定款所定の出資価額を履行するか、またはその額に充足するまで債権者に弁済をした時点で、責任が消滅することから他の社員に対する求償も考えにくく、求償の点から見ても連帯関係があるとは言い難いとする見解もある²⁷。また、保証債務の付従性にかかる性質²⁸は、無限責任社員だけでなく有限責任社員についても認められ、無限責任社員と有限責任社員とで債務を連帯して負担することには実益があると考えられることから、保証債務の付従性の部分には連帯債務とすることに意義があるであろう。しかし、あくまで付従性は副次的なものと考えれば、連帯責任があると正面から認めるには違和感のあるところである。

3 会社法 611 条の意義 ー 退社に伴う払戻し ー

(1) 概要

会社法 611 条は持分会社社員の退社に伴う持分の払戻しについて定めている。本条は、平成 17 年改正前は、除名された社員の持分の取扱いを規定した商法 87 条、労務または信用を出資した場合でもその種類を問わず金銭で払い戻しが可能となることとする商法 89 条、社員の持分の差押えについて将来の請求にも効力が及ぶとする商法 90 条に含まれていた内容を規定したものであり、商法 68 条において民法組合の規定を準用していた点を整理し規定し直したものである²⁹。しかし、持分払戻しの際における持分相当額の算定方法は、本条を含め、会社法に具体的な規定が存在しない。また、持分会社の他の規定にみられるような、「出資の価額に応じる」という文言や「定款で別段の定めができる」といった文言も存在しない。これについて、平成 17 年改正の会社法の立案担当者は、持分の払戻しにつき定款で別段の定めがあればこれに従うことになり、別段の定めがなければ出資の価額に応じると

治『民法講義 IV (第 3 版補訂)』185 頁(成文堂, 2009)。

²⁶ 神田編・前掲注(22)81 頁 [今泉邦子]。

²⁷ 神田編・前掲注(22)82 頁 [今泉邦子]。

²⁸ 保証債務の付従性の性質について「第 1 に主債務の無効または取消のときは保証債務も無効になること、第 2 に主債務の内容に変更が生じたときは原則として保証債務も消滅すること、第 3 に主債務が消滅するとその理由いかんを問わず保証債務も消滅すること、第 4 に保証債務はその態様において主たる債務より重いものであってはならないこと、第 5 に保証人は主債務者の抗弁権を援用できること」とされている。神田編・前掲注(22)81 頁 [今泉邦子]。

²⁹ 神田編・前掲注(22)53 頁 [松元暢子]。

述べている³⁰³¹。なお、会社法 611 条の規定は積極財産があった場合の払戻しに関するもののみであり、会社財産が消極であった場合の規定も存在しないため、その点も含め解釈に委ねられていると考えていいであろう。

(2) 学説

社員退社時の払戻しについて、学説は持分会社社員の退社時における会社財産の状況に応じるとしており、会社財産がプラスであれば積極持分を有することになり、その払戻しを受けることができ、ゼロの場合は受けることができず、マイナスの場合は消極持分として払込みの必要性があるとしている³²。この点は、損益分配の結果、持分が積極・消極になった結果そのものであるため、特に異論はないと考えられる。ただし、ここで払込みの必要があるとされているのは大正 7 年 12 月 7 日民録 24 輯 2315 頁³³にあるような未払出資分の払込みであって、出資の割合に応じての払込みということではない。したがって、会社法 611 条だけでは、社員退社時の消極持分の払込みの責任の有無は判然とせず、払戻しまたは払い込みは、会社法 622 条の損益分配による結果と考えられるため、以下、会社法 622 条の損益分配について検討する。

4 会社法 622 条の意義 —持分会社の損益分配—

(1) 概要

会社法 622 条は、平成 17 年改正に際して新設された条文であり、改正前の会社の内部関係は、平成 17 年改正前商法 68 条及び 147 条によって民法の組合の規定を準用していたことから、組合の損益分配の規定である民法 674 条をもとに規定されたものである³⁴。会社法 622 条によれば、社員間の損益分配の割合は、定款に定めるものとされており、定めのない

³⁰ 相澤ほか・前掲注(4)590 頁。定款の定めについては、公序良俗に反しない限り有効であるとされているものの（江頭憲治郎ほか「座談会 合同会社等の実態と課題（上）」1944 号 18 頁（商事，2011））、立案担当者が、上記のような解釈をしながら条文として明確に規定しなかったのは疑問の残るところではある。

³¹ 立案担当者は会社法 622 条の損益分配の結果、会社法 611 条の持分の払戻しが行われることから、条文としては規定しなかったのではないかと考えられる。

³² 上柳ほか編集代表・前掲注(9)336 頁〔古瀬村〕。

³³ 合資会社において、無限責任社員が退社時に未払いの出資金があったため、その払込みを求められた事案である。会社の無限責任社員への出資金払込請求権は、当該無限責任社員の退社によって消滅するものではないとされた。

³⁴ 神田編・前掲注(22)63 頁〔伊藤靖史〕。

場合は各社員の出資の価額に応じるとされている。会社法 622 条も、会社法 611 条の持分の払戻しと同様、具体的な分配方法は定めていない。また、無限責任社員と有限責任社員という社員の属性によって損益分配が相違するかどうかについても、条文上は規定がなく、文言のみに注目すれば、定款の定めがない以上、無限・有限の別なく出資の価額に応じて、損益は分配されるとも考えられる。

しかし、令和元年判決は、無限責任社員退社時の会社の損失は、会社法 622 条に基づきながらも、出資の価額に応じるのではなく、無限責任社員が補填することとした。この無限責任社員が補填する責任があるとした判断に合理性があるか否かについて、持分会社の損益分配に関する学説を取り上げ、以下で検討する。

(2) 学説

① 損益分配の意義

学説では、社員の出資はその資格においてなす会社事業の目的達成のために行う給付であり³⁵、その事業により発生した損益を、各社員の出資の価額に従って分配することが、通常の当事者の意思に合致し公平だと考えられており³⁶、これは民法上の組合の損益分配の考え方³⁷と一致する。なお、損失が現実化する時期については、分配された損失を直ちに追加出資する必要はなく、退社または清算による解散に伴って社員関係が終了するときとされている³⁸。

② 有限責任社員の損失の負担

無限責任社員と有限責任社員の損益分配は、原則として出資の価額の割合に応じて損失を負担することから、「割合」という文言に着目すれば、無限・有限という社員の責任の別とは関係がなく、社員の出資額によって損益が各社員に対して分配されることになる。そのことから、計算の結果、各社員に分配された損失の額が当該社員の出資額を超えた場合、その超過分を負担するのではないかと考えられる。ただし、「割合」ではなく、有限責任社員の外部的な責任である「出資の価額に限る」という点に重きを置いた場合は、定款の定め

³⁵ 田中耕太郎『改訂会社法概論 上』112 頁（岩波書店、1955）、石井照久『会社法 下』401 頁（勁草書房、1967）。

³⁶ 神田編・前掲注(22)66 頁〔伊藤靖史〕。

³⁷ 鈴木禄彌編『新版注釈民法（17）債権（8）§667～§696』127 頁〔品川孝次〕（有斐閣、1993）。

³⁸ 田中・前掲注(35)127 頁、石井・前掲注(35)404-405 頁。

がない場合であっても、その出資額を超えて損失を負担するかどうかが問題となる。

これについて学説は、有限責任社員も出資の価額を超えて損失を負担し消極持分を有するとする説（肯定説）と、出資の価額を超えて消極持分を有することはないとする説（否定説）に分かれている。肯定説は、無限責任と有限責任の違いはあくまでも会社債権者に対する外部的な責任であり、内部的な責任と考えられる損失の分配は、有限責任社員と無限責任社員が原則どおり出資の割合に応じて負担するというものである³⁹。肯定説によれば、有限責任社員の地位は、匿名組合員の地位に類似するとされていることから、匿名組合員が出資額に応じて損益分配され、その損失が出資額を超えて分配されるのと同様に、有限責任社員も出資額に応じて損益が分配され、その結果、当該有限責任社員の出資額を超えて損失が分配されることがあるとする⁴⁰。

一方、否定説は、有限責任社員は外部的な責任と同様に、内部的な責任も定款で定めた出資の価額以上に損失は負担しないというものである⁴¹。否定説は社員の対外的な責任と対内的な損失分担が必然的に関連するものではないとしながらも、有限責任社員が内部関係においても出資額を超えて損失を負担しないことが当事者の意思に合致するからである⁴²。したがって、事業年度の期中においても有限責任社員に損失は分配されないとし、出資の価額を超える部分は無限責任社員がその損失を直ちに補填することになる⁴³。

学説は、有限責任社員は対内関係においても消極持分は有しないという否定説が有力であるが、次のような批判もある⁴⁴。例えば、出資の価額が尽きたとしても、有限責任社員は会社事業に参加し、次年度以降の利益を享受する可能性もあり、会社財産がプラスとなった時点で退社をすれば、会社法 611 条によって会社財産の持戻しも可能となることから、事業年度の期中については有限責任社員も損失を負担すべきとの見解⁴⁵や、有限責任であることと持分がマイナスであることは矛盾することではなく、一部の社員の持分のみが消極にならないのは不自然であるとする見解⁴⁶もあり、近時は有限責任社員も消極持分を有するといった考えも有力であると思われる。会社法 622 条が、損益分配の取扱いに関して、無限

³⁹ 岡野敬次郎『会社法』82 頁(奨学会, 1929)、石井・前掲注(35)433 頁ほか。

⁴⁰ 上柳ほか編代・前掲注(9)619 頁〔林靖〕。

⁴¹ 松本丞治『日本会社法論〔第 5 版〕』625 頁(巖松堂, 1935)。

⁴² 神田編・前掲注(22)68 頁〔伊藤靖史〕。

⁴³ 上柳ほか編代・前掲注(9)619 頁〔林靖〕。

⁴⁴ 上柳ほか編代・前掲注(9)609 頁〔江頭憲治郎〕。

⁴⁵ 上柳ほか編代・前掲注(9)619 頁〔林靖〕。

⁴⁶ 岡野・前掲注(39)184 頁。

責任社員と有限責任社員を分けておらず、また、外部的な責任と内部的な責任を同一に取り扱う必要もないことから、肯定説の方がより説得的であると考えられるからである。

ただし、有限責任社員へ損失を分配し消極持分を有するとされる肯定説においても、損失は次年度以降に繰り越され、次年度以降利益があれば、その損失はその利益によって填補されると考えていることから、損失が実現化するときである社員関係の終了の際においても、有限責任社員は出資の価額を超えて支払いをする必要はなく⁴⁷、学説は現実的に支払わないのは「当然である」ともしている⁴⁸。

③ 損益分配の定款の定め

持分会社は会社に自由な定款の設計を認める定款自治が大きく認められており、損益分配についても定款に別段の定めを置けることは、会社法 622 条からも明らかである⁴⁹。しかし、ここで、定款の定めはどのような定款の定めも許されるかが問題となるが、定款の定めにつき許容される範囲は、学説・判例ともにある程度定まっている⁵⁰。損益分配については、一部の社員につき利益と損失の分配の比率を大きく変更することや、事業にかかる損失を全く負担しないといったものや⁵¹、有限責任社員が出資の価額を超えて損失を負担するといった定款の定めも有効であるとされている⁵²。

損益分配の定款の定めは、一部の社員が損失を負担しないといった定めは許されている反面、利益が全く分配されない旨の定めは許されない。平成 17 年改正前には、商法 52 条に基づき会社には営利性があり、それに反するような定めは許容されないとされていた⁵³。しかし、平成 17 年改正会社法には、持分会社について上記のような規定はなく、株式会社の剰余金配当請求権と残余財産分配請求権の両方を奪うような規定は無効であるとするような規定もない。そのことから、持分会社においては、一部の社員へ利益が全く分配されな

⁴⁷ 石井・前掲注(35)432 頁。

⁴⁸ 上柳ほか編代・前掲注(9)609 頁〔江頭憲治郎〕。

⁴⁹ 例えば、東京地判平成 31 年 3 月 11 日（平 28（ワ）41573 号、Westlaw Japan 2019 WLJPCA 03118006）では、被告の役員報酬の金額について、「産業の内部収益率から考えて、営業利益が過少計上（経費過大）されていると言えるが、合資会社の場合には、判断は社員の私的自治に任されているので、社員の同意があれば、利益を報酬等としてパススルーすることも可能であると考えている。」と判示している。

⁵⁰ 奥島孝康ほか編『新基本コンメンタール』52 頁〔青竹正一〕（日本評論社、2010）。

⁵¹ 奥島ほか編・前掲注(50)52 頁〔青竹正一〕。

⁵² 大判大正 5 年 4 月 7 日民録 22 輯 647 頁。

⁵³ 上柳ほか編代・前掲注(9)217 頁〔伊沢和平〕。

いといった定めをすることも、会社法の条文の文言からは可能であるようにもみえる。しかし、持分会社において社員の経済的利益を一切与えないような定款の定めは、営利性を求める会社の本質に鑑みて無効であるとする見解⁵⁴や、会社法 5 条が持分会社を含むすべての会社に営利性があることを基礎づけているため、営利性に反する定款の定めは無効であるといった見解⁵⁵があることを踏まえれば、一部社員に利益の分配をしないという定めは無効になると解される⁵⁶。ただし、損益分配について一部の社員が損失を負担しないと定款で定めることは、持分会社の営利性が失われまいと思われることから、いずれの学説の見解によっても許容されていると考えられる。

5 小括

持分会社の社員の責任は会社債権者に対する直接責任であり、これは条文上も学説上も異論がないところである。ここで、損益分配についての無限責任・有限責任といった社員の責任の別に関しては、会社法の条文上はあくまで会社債権者に対する責任であるとされており、社員間の内部関係においては特に規定がない。しかし、学説は、外部関係の責任と内部関係の責任は一致させる必要がないとしながら、事業年度中の損益分配に関しては争いがあるものの、解散や社員の脱退時の最終的な債務超過に対して、内部関係においても無限責任社員は無限責任を負い、有限責任社員は出資の価額に止まるとしている。この点について、学説で特に言及するものはなく、有限責任社員の退社時の損失に対する責任はすでに決しているものという前提で議論がなされている。

学説が損益分配について匿名組合を類推している点や、会社法 622 条が民法 674 条の組合の規定をもとに制定されていることからすれば、沿革的な要素と合資会社の「実情」⁵⁷や「推測される当事者の意思」⁵⁸といったものから、合資会社が歴史的に発展する過程で、無限責任社員と有限責任社員の損益分配及び退社時における損失分担の考え方が形成されたものと考えられよう。

⁵⁴ 神作裕之「会社法総則・疑似外国会社」ジュリ 1295 号 139 頁(2005)。

⁵⁵ 落合誠一「会社の営利性について」江頭憲治郎還暦『企業法の理論（上巻）』24 - 25 頁(商事法務, 2007)。

⁵⁶ 神田編・前掲注(22)66 頁〔伊藤靖史〕。

⁵⁷ 大隅・前掲注(20)123 頁。

⁵⁸ 田中・前掲注(21)1274 頁。

6 合資会社の損失の分配に関する判例

合資会社社員の損失の負担について、これまで裁判所は無限責任社員と有限責任社員の責任の範囲をどのように捉えてきたのだろうか。ここで、条文の規定がない部分の解釈を明らかにするために、(1) 合資会社の無限責任社員退社時に会社債務の超過分を無限責任社員が負担するとされた事案（最判令和元年12月24日民集73巻5号457頁。金判1591号18頁。ここまで同判決を「令和元年判決」としてきたが、ここでは「①判決」または「本判決」として扱う。）、(2) 合資会社の無限責任社員退社時に、社員間の損益分配の結果、持分に消極分がある場合に無限責任社員に出資額の未払い分の払込みを求めた事案（大判大正7年12月7日民録24輯2315頁。以下「②判決」という。）、及び(3) 合資会社の有限責任社員であっても、定款に別段の定めがあった場合、損失の負担につき出資の価額に止まらず、持分の消極分につき払込みが必要とされた事案（大判大正5年4月7日民録22輯647頁。以下「③判決」という。）を取り上げて考察する。

(1) 最判令和元年12月24日民集73巻5号457頁

① 事案の概要

合資会社Aは無限責任社員かつ代表者であるBと有限責任社員であるBの子のY（被告、控訴人、被上告人）で構成されていた。Bは後見開始の審判を受けたことで、平成23年11月に合資会社Aを法定退社し（会社法607条）、平成24年2月27日に退社の登記がされた。Bの退社の登記と同時に、合資会社AはBが唯一の無限責任社員であったことから、会社法639条の規定により、合同会社へと種類変更の登記がなされた。

その後、平成24年3月4日にBは死亡した。Bの相続人は、Bの子である合資会社Aの有限責任社員Y（現：合同会社Aの代表者）及び同じくBの子であるX（原告、被控訴人、上告人）であった。Bは生前及び後見開始決定前に、「一切の財産をYへ相続させる」旨の公正証書遺言を作成していたため、当該遺言書に基づきYが遺言執行したところ、平成24年4月20日にXが遺留分減殺請求を行った。第一審（名古屋地判平成28年11月22日金判1591号26頁）は、B退社時点の合資会社Aが債務超過の状態であることから、Bの持分払戻請求は0円となるため相続財産からは控除されないとした。これに対し、Yは、無限責任社員であったBは債務超過分の債務を負担し、当該債務はBの相続財産から控除すべきであると主張して控訴した。名古屋高判平成30年4月17日金判1591号21頁において裁判所は、会社法580条の規定に基づき無限責任社員が責任を負うのは「会社」では

なく「会社債権者」であり、当該会社債権者に対する無限責任社員 B の責任は、B 退社の登記から 2 年経過時点（平成 26 年 2 月 27 日）で消滅していることから（会社法 612 条 2 項）、B は当該債務を負担する必要がないため、遺留分減殺請求の対象となる相続財産からは控除はされないと判示した。そこで、X が上告した。

② 判旨

(i) 第 2 審判旨

「Y の主張の要旨は、A は、B 社の無限責任社員であったから、B 社が債務超過である以上、その債務について B 社に対して支払義務を負うというものと理解できる。

しかし、持分会社の財産をもってその債務を完済することができない場合は、社員は、持分会社の債務を弁済する責任を負うが（会社法 580 条 1 項 1 号）、この場合社員が弁済する責任を負う相手方は、会社債権者であり、会社に対してではない。そして、退社した社員は、その登記をする前に生じた持分会社の債務について、従前の責任の範囲内で弁済する責任を負うが（同法 612 条 1 項）、この責任は、退社の登記後 2 年以内に請求又は請求の予告をしない持分会社の債権者に対しては、当該登記後 2 年を経過した時に消滅する（同条 2 項）ものとされている。

これを本件についてみれば、B 社は、A の退社時である平成 23 年 11 月を含む会計年度の期末において債務超過であり（省略）、その無限責任社員である A は、B 社の債権者に対して、会社債務を弁済する責任を負うが、A の退社の登記は平成 24 年 2 月 27 日に了されたところ、その 2 年後である平成 26 年 2 月 27 日までに、B 社の会社債権者が、B 社又は A（及びその相続人）に対して、会社債務の弁済を求める請求又は請求の予告をしたことを認めるに足りる証拠はない。

したがって、A は、B 社の会社債権者に B 社の債務を弁済する責任を負っていたが、A の死亡後ではあるが、これは消滅したものと認められる。遺留分減殺請求の意思表示後であっても、遺留分減殺請求権に基づく現実の履行がなされる前までに相続財産（積極財産）の内容に何ら影響を与えることなく相続債務が消滅した以上、この相続債務は、遺留分侵害額の算定に当たっては、考慮しないこととするのが相当である。」⁵⁹

(ii) 最高裁判旨

「無限責任社員が合資会社を退社した場合には、退社の時における当該会社の財産の状況

⁵⁹ 名古屋高判平成 30 年 4 月 17 日金判 1591 号 24 頁右段 20 行目以下。

に従って当該社員と当該会社との間の計算がされ（会社法 611 条 2 項）、その結果、当該社員が負担すべき損失の額が当該社員の出資の価額を下回るときには、当該社員は、その持分の払戻しを受けることができる（同条 1 項）。一方、上記計算がされた結果、当該社員が負担すべき損失の額が当該社員の出資の価額を超えるときには、定款に別段の定めがあるなどの特段の事情のない限り、当該社員は、当該会社に対してその超過額を支払わなければならないと解するのが相当である。このように解することが、合資会社の設立及び存続のために無限責任社員の存在が必要とされていること（同法 576 条 3 項 638 条 2 項 2 号、639 条 2 項）、各社員の出資の価額に応じた割合等により損益を各社員に分配するものとされていること（同法 622 条）などの合資会社の制度の仕組みに沿い、合資会社の社員間の公平にもかなうというべきである。」⁶⁰とし、合資会社を無限責任社員が退社する場合、当会社が債務超過であり、超過額が無限責任社員の出資額を上回っていた場合は、会社法 612 条 2 項にかかわらず、同債務を負担すべきであると判断した。

③ 判旨の分析

①判決は、無限責任社員の退社時に、同者に会社債務の超過分の支払いを求めた事案である。同判決は、合資会社社員の損失に関して外部関係のみならず内部関係においても、有限責任社員よりも無限責任社員の方が責任は重いとして、第 2 審判決中、X の遺留分とその遺留分割合に応じた Y の反対債権による相殺の抗弁を採用して、X の請求を棄却した部分のいずれも破棄し、東京高裁へ差戻した。

本件の主たる争点は、合資会社の無限責任社員が退社時において、当会社が債務超過であった場合に、その債務が退社する無限責任社員の出資額を上回っていた場合でかつ退社の登記から 2 年経過後であっても無限責任社員は当該超過額について責任を負い、支払う必要があるかという、無限責任社員の責任の範囲である。

第 2 審は、無限責任社員の責任はあくまで会社債権者に対する責任であり、会社自体に対する責任ではなく、会社債権者が B 社に対して請求をしないまま、その請求権が消滅した以上、A の債務弁済の責任も消滅するとした。第 2 審は会社法 580 条の規定の文言に従って、無限責任社員の責任は会社債権者に対する責任であって会社に対する責任ではないとし、また、同法 612 条 2 項によって、無限責任社員 B の債務は消滅しているとした。第 2 審は、会社法の条文の文言に沿った判断を重視したと考えられ、同法 580 条及び 612 条 2

⁶⁰ 令和元年 12 月 24 日民集 73 卷 5 号 457 頁（金判 1591 号 18 頁右段 6 行目以下）。

項による債務を同質のものとし、無限責任社員の債務が消滅したと判断したものと思われる。

これに対して、本判決は「合資会社の設立及び存続のために無限責任社員の存在が必要とされていること」及び「各社員の出資の価格に応じた割合等により損益を各社員に分配するものとされていることなどの合資会社の仕組みに沿い、合資会社の社員間の公平にもかなう」と述べ、会社法の条文規定からではなく、無限責任社員と有限責任社員で構成されるといふ合資会社の仕組みという制度そのものから、有限責任社員は出資の価額以上の負担はせず、無限責任社員が責任を負うべきであるとし、B社の債務超過分は、無限責任社員であるAが退社時に負担すると判示した。つまり、合資会社に無限責任社員が必要とされている理由は、有限責任社員の責任を軽くするためであるとし、合資会社の仕組みや社員間の公平を考慮するという条文の規定にはない、いわば「不文の責任法理」を示すことによって、無限責任社員の会社への責任を基礎づけている⁶¹。第2審が条文から読み取れる範囲で解決しようとしたのに対し、本判決は条文自体に依拠することなく、合資会社の属性から社員退社時の責任を導いたのではないだろうか。また、本判決は、引用条文に同法612条を掲げていないことから、会社法612条は会社債権者に対する責任のみを定めたものであり、会社に対する責任には適用がないとしたものとも思われる⁶²。

たしかに、持分会社の社員の直接責任は会社の債務超過を前提とした補充責任とされており⁶³、会社法611条2項による「損失が出資額を下回るときは出資者へ持ち戻し」とされ、もし「損失が出資額を超過しているときは出資者が支払う（補充する）」と説示する裁判例⁶⁴は従来から存在はしていた。したがって、①判決もこの補充責任を基本とし、退社した社員の責任は、損失が出資額を超過している場合は会社に対する出資義務が最優先の責任であり、それに次いで会社債権者に対する責任があるとの趣旨を述べたものと思われる⁶⁵。言い換えれば、①判決は、無限責任社員の対外的責任である会社債権者に対する責任について判断をしてきたものを、無限責任社員の対内的責任である退社時点で存在する会社債務についても対外的責任と同様のものとする考えを採用したのだろう。会社法611条は、その文言からは有限責任社員と無限責任社員の区別なく適用され、かつ、会社債務がな

⁶¹ 得津・前掲注(3)130頁。

⁶² 得津・前掲注(3)130頁。

⁶³ 名古屋地判昭和49年2月22日金判422号4頁。

⁶⁴ 大判大正7年12月7日民録24輯2315頁。

⁶⁵ 「本件コメント」金判1591号19頁(2020)。

く財産の払戻しが可能な場合のみ適用されるようにも読めるが、①判決は、会社法 611 条によって、会社の財産がマイナスである場合にはその払込みが求められ、その責任は対外的責任と同様に無限責任社員が負うべきであるとする前述の学説の多数説と同じ考え方を採用し、その根拠として、「合資会社には無限責任社員が必要であること」や「合資会社制度の仕組みに沿うこと」、またそれが「合資会社の社員間にとって公平であること」など、会社法の条文にはない「不文の責任法理」に基づいた判断をしたのだろう⁶⁶。

④ 本判決の評価

本判決は、第 2 審の判断が無限責任社員の会社財産への補充性を否定し、出資義務の追加責任も後退させているものであるとしたことについて⁶⁷これを法令違反と断じている。しかし、仮に会社財産がプラスであったとしても、退社する社員が財産の返還を会社から受けられないとするという考え方であるならば、超過債務に対する補充性を否定して、退社する無限責任社員が払込みをしないと判示した第 2 審の考え方も不合理ではないと思われる⁶⁸。また、①判決は無限責任社員の責任について、条文ではなく、合資会社の属性や仕組みなどから判断したが、第 2 審は条文の文言に基づき判断したことから、①判決に比べると第 2 審判決の方が根拠としては明確であるように思われる。

もっとも、第 2 審は会社法 612 条の 2 年の除斥期間が経過すれば、無限責任社員の損失分担義務がなくなると判断しているとも考えられる。そうすると、実質的には、有限責任社員が、無限責任社員である業務執行社員の責任の肩代わりをしなければならなくなることから、社員間の公平性に欠け、有限責任社員に酷であるとも思われる。そこで、このような結果を回避するため、新たな規範を立て妥当な結論を導いたともであると、最判を支持する見解もある⁶⁹。

(2) 大判大正 7 年 12 月 7 日民録 24 輯 2315 頁

① 事案の概要

合資会社 A 社（被上告人，被控訴人）の無限責任社員 B（上告人，控訴人）の退社に際して、当該社員が出資すべきとされていた A 社に対する出資額中に未払分が存在しており、

⁶⁶ 得津・前掲注(3)130 頁。

⁶⁷ 本件コメント・前掲注(65)19 頁。

⁶⁸ 本件コメント・前掲注(65)19 頁。

⁶⁹ 永石一郎「判批」法の支配 199 号 130 頁(2020)。

かつ、損益の分配の結果、消極分の持分を有するとき、会社から当該社員に対する出資額請求権が消滅するかどうか争われた事案である。Bは退社によって、A社の出資請求権は消滅したと主張したが、第2審は「前示ノ如ク退社前現実ニ金銭支払ノ債務発生シタル以上ハ退社ノ一事ヲ以テ該債務ヲ消滅ニ帰セシムルヲ得サルヲ以テ控訴人ノ抗弁ヲ失当トシ控訴人ハ本件債務ニ付其請求ニ応スヘキ義務アルモノト認ムルヲ相当トス」とし、BはA社の出資請求権に応じる義務があるとし、Bの主張を退けた。Bが上告。

② 判旨

「合資会社カ無限責任社員ニ対シテ有スル出資請求権ハ一個ノ財産上ノ権利ニシテ該社員ノ退社ノ一事ヲ以テ消滅スヘキモノニ非ス」「合資会社ノ無限責任社員カ退社シタルトキハ会社ト社員トノ間ニ計算ヲナシタル結果退社員カ積極的持分ヲ有スル時ハ会社ニ対スル債権者トシテ持分ノ持戻ヲ請求スルコトヲ得ルモ消極的持分ヲ有スルニ過キサル時ハ会社ニ対スル債務者トシテ出資義務ノ履行ヲ為スコトヲ要スルモノトスル。」

③ 判旨の分析

条文上、積極持分には持戻しの規定があるが、消極持分は取扱いが不明確であったところ、②判決は無限責任社員の退社時に会社財産がプラスであれば、積極持分として払戻しが可能であるということをつまらかにするとともに、会社財産がマイナスであれば、消極持分として払込みを要するとした。ただし、②判決においては、無限責任社員の退社時の責任は、消極的財産に対する責任ではなく、出資額中の未払分の払込みにとどまるとされ⁷⁰、債務超過分についてまで無限責任社員が責任を負うかどうかまでは判断していないと考えられる。

(3) 大判大正5年4月7日民録22輯647頁

① 事案の概要

酒類の醸造販売を目的とする合資会社A社が、当該会社の定款規定である「当会社社員は酒造其他公課等に対する義務一切は各出資額による連帯債務とする」との規定に基づき、その会社の有限責任社員B（他5名）に対して、酒税の負担のため、出資金以外の払込みを請求した事案である。A社は、この定款規定を会社の内部関係の規約であるとし、会社の損失に帰す税金に相当する金額については各社員が出資額に応じ、連帯して会社に給付すべき

⁷⁰ 弥永真生「判批」ジュリ1542号3頁(2020)。

ことを約したものであると主張したが、第 2 審⁷¹が合資会社の有限責任社員はその性質上内部関係において定款所定の出資以外には、絶対に責任を負うものではないとし、A社が主張する出資金の以外の払込みを求める定款規定を無効であるとした。A社が上告。

② 判旨

「定款第 6 条ニ『当会社社員ハ酒税ソノ他公課等ニ対スル義務一切ハ各出資額ニヨル連帯債務トス』トアルハ出資以外ニ社員ノ特別義務ヲ定ムルモノニシテ一面社員相互ノ間ニ於ケル損失分担ノ特別規定タルト同時ニ多面各社員ハソノ責任ノ有限ナルト無限ナルトヲトハス会社財産（社員ノ出資ヲ含ム）ヲ以テ補填スル能ハサル会社ノ損失中酒造ソノ他公課ニ属スル部分ニ限り出資以外ニ連帯シテ相当スル金員ヲ会社に給付スヘキ義務アルコトヲ定ムルモノナリ」

「有限責任社員ノ会社ニ対スル責任ハ定款ニ出資ヲ一定スル外ニ別段ノ定メナキ時ハソノ一定ノ出資額ヲ限度トスルハ勿論ナリト雖モ定款ニ於テ有限責任社員カ一定ノ出資以外ニ尚ホ金銭其他の財産供出ノ義務ヲ負担スヘキ定ヲ設クルコトハ法律ノ明ニ禁スル所ニ非サルノミナラス又同会社ノ性質若クハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサルヲ以テ有効ナリト謂ハサルヲ得ス」

③ 判旨の分析

本件で大判は有限責任社員が出資の価額以上の債務を負担するといった定款の規定は許容されるべきものであるとした。第 2 審は「合資会社ノ有限責任社員ハ定款所定ノ出資ヲ為ス義務ヲ負ヒ之ヲ以テ責任ノ限度トスルモノニシテ其以外ニ何等ノ責任ヲ負フモノニアラス之有限責任社員ノ法律上ノ特質ナリ従テ会社カ資金ヲ喪失シ債務ヲ弁済シ得サル場合ト雖モ定款ニ規定ノ存スルヲ理由トシ社員ヲシテ負債償却ノ為メニ出資以外ノ金員を抛出セシムルヲ得ス」と判示し、合資会社の有限責任社員は定款に別段の定めがあった場合にも、出資の価額以上の負担は負わないとした。この第 2 審判決に対して、大判は「合資会社ノ社員ノ責任カ有限ナリ又ハ無限ナリト言フ場合ニ於ケル責任ナル文字ハ一ニ外部会社債権者等ニ対スル直接責任ヲ意味スル」とし、無限・有限の別は、会社債権者に対し直接責任を意味するものであるとした。そこで、定款をもって、会社内部に対する義務について有限責任社員の出資額以上に加重したとしても、それが公序良俗に反せず、また債権者の利益となるものであっても損害を及ぼすものではなく、合資会社という会社組織として商法が必要と

⁷¹ 大阪控院大正 4 年 5 月 10 日公刊物未搭載(大正 4 年 (オ) 第 828 号)。

していることに抵触しない限りは、その定めは有効であるとし、有限責任社員であっても、定款に別段の定めをすることにより出資の価額以上の損失の負担をすることがあるとした。

大判は理由中において「定款ニ別段ノ定メナキ場合ニ於イテハ有限責任社員ニ所定ノ出資以外会社ニ対シ何ラ金員ヲ抛出スヘキ義務ナキハ勿論ニシテ」としており、無限・有限の別は、対外的な責任であるとしながらも、定款に別段の定めがない場合は、有限責任社員の責任は内部関係においても、第2審と同様に、出資の価額に止まるとしたものと考えられる。

(4) 三判例の総合分析

②判決は、無限責任社員に出資の未払分があったことから、この出資義務についての義務の履行と解する判断を行ったと考えられる⁷²が、退社時の社員の持分に消極分が存在する場合に、無限責任社員が払い込むという点においては、①判決と共通項があるものと考えられる。また、合名会社の無限責任社員の退社時や解散時の払込みが、損失の分担から生じる特殊な義務とする見解もあり⁷³、この義務は社員の責任自体から生じることから「不文の責任法理」に近い考え方だと言えるだろう。

また、③判決においても、無限・有限の別は対外的責任であるとしながらも、有限責任社員に出資額以上の責任を負わせるには、定款に別段の定めが必要であるとしており、原則として、有限責任社員は出資の価額に止まるとしていることから、必然的に、債務超過分については無限責任社員が負うことになる。これは①判決と同様、内部関係においても、無限責任社員が有限責任社員より重い責任を持つことを根拠としていると考えられる。

7 第二章まとめ

合資会社は無限責任社員と有限責任社員の責任の範囲が違うことから、事業年度の期中における損益分配について学説の見解が分かれている。しかし、社員関係の解消時、つまり社員の退社や解散時における債務超過分については、いずれの学説も有限責任社員は出資の価額以上には責任を負わないとしており、その損失は必然的に無限責任社員が負担するとされている。その点は、学説内において決している部分と考えられ、議論自体がないといってもよい。

⁷² 木下崇「判批」新・判例解説 Watch 商法 121 号 3 頁 TKC ローライブラリー(2020)。

⁷³ 田中耕太郎『会社法概論』166-167 頁(岩波書店, 1926)、松本・前掲注(41)495-496 頁、大隅健一郎=今井宏『会社法論上巻〔第3版〕』98-99 頁(有斐閣, 1994)。

一方、判例では、無限責任社員の退社時に債務超過分の負担につき出資額中の未払分を払い込む義務があるとするものがあり（大判大正7年判決〔②判決〕）、未払分以上について払い込む必要があるかは判然としないものの、無限責任社員の退社時の払込み責任を一部明らかにしている。また、有限責任社員が定款所定の出資額以上の責任を負わないことが有限責任社員の「法的な特質」であることを前提にして、有限責任社員に出資額以上の損失負担をさせるという定款規定は有効であるとした裁判例もある（大判大正5年判決〔③判決〕の第2審）。このことから、有限責任社員に出資額以上の損失を負担させるためには、定款の規定が不可欠であると考えているように思われる。

また、学説・判例ともに合資会社における無限責任社員と有限責任社員の責任の別は会社債権者に対するものであり、会社内部における社員間の対内的責任と対外的責任とを一致させることは必然ではないとしている。しかし、学説・判例は、有限責任社員の退社時などの最終的な損失に対する内部的責任も、当人の出資の価額に止まるとしている。これは合資会社が企業家と資本家の結合からなり、資本家である有限責任社員に出資額以上の負担を負わせないといった考えに基づく合資会社の沿革に由来する⁷⁴ことも含め、当事者の意思推測上正当である⁷⁵とされている。

ただし、令和元年判決（①判決）は、無限責任社員が負う責任について定款に特別の規定があれば退社時の債務の払込みを避けられるとしている。もっとも、定款規定がない場合に、未出資財産の払込みはともかくとして、債務超過分までの払込みまでをしなければならないという必然性はないようにも思われる。このことについて不文の法理と言い得るほどの認識を得られているか、そして、それが社員間の公平にかなうかは疑問の残るところである。また、令和元年判決（①判決）は、判示事項において「・・・場合には」と限定していることから、いわゆる場合判決であると考えられるが、実質は法理判決に近いとの見解もある⁷⁶。つまり、最高裁が、合資会社の社員間の損益分配及び損失分担に関して、「不文の責任法理」という新たな規範を定立したとも考えられることから、この「不文の責任法理」がどのようなものであるかを検討する必要がある。

⁷⁴ 田村茂夫「会社債務に対する有限責任社員の責任（1）」西南8巻1号39頁(1975)、46頁。

⁷⁵ 田中・前掲注(21)1274頁。

⁷⁶ 永石・前掲注(69)131頁。

第三章 合資会社の沿革から見る「不文の責任法理」

1 概観

平成 17 年改正前商法においては、合資会社には合名会社の規定が準用され、合名会社には民法組合の条文が準用されていたが、平成 17 年改正によってそれらの準用規定が削除され、準用されていた民法の条文と同様の条文を会社法に新たに規定した。そして、伝統的な会社法学説によれば、会社法の規定は外部関係にかかる規定も内部関係にかかる規定も強行規定であるとされてきた⁷⁷。平成 17 年改正時の立案担当者は、旧商法における合名会社の規律に関しては、内部関係については任意規定、外部関係については強行規定であるとしていたが、個別の規定がどちらにあたるかは明確ではなかったとしている⁷⁸。また、合資会社にかかる規定は合名会社の条文を準用していたため、同様の問題点があった。そこで、平成 17 年改正後の持分会社に関する規定は基本的にすべてが強行規定であり、定款で別段の定めができるものはその旨が明らかにされたのである⁷⁹。他方で、法人においては、契約自由と同様の私的自治の原則が団体自治の原則として妥当し、契約自由と同じく強行規定に反することができず、法人内部の組織規範は、団体自治にもとづいて設定することができるが、それは法律の定めと異なるものであってはならないとされている⁸⁰。そうだとすると、強行規定である会社法 622 条 1 項が、無限責任社員と有限責任社員を区別することなく、定款で別段の定めがない場合は出資の価額に応じると規定している以上、条文にない退社時の損失負担についても、本来、対外的責任でしかない無限責任と有限責任の区別が、対内的にも適用されるとするためには一定の根拠が必要になる。

そこで、本章では、合資会社の前身であり、現在も隣接の制度と考えられる匿名組合制度を参照し合資会社における無限・有限の両社員の損益分配及び損失負担にかかるルールの淵源をたどることとする。具体的には、匿名組合の構成員の責任や損益分配についての条文規定、学説、判例を比較検討し、匿名組合が合資会社へ発展していく過程において、退社時の損失負担にかかる「推測される当事者の意思」がどのように形成されたかをみる。そして、平成 17 年改正が及ぼした影響について検討することで、持分会社の社員の損益分配及び損失負担に関して、定款の定めがない場合に適用されうる「不文の責任法理」とはいかなるも

⁷⁷ 後藤元信「法人法規定にみる強行法性と任意法性」近江幸治＝椿寿夫『強行法・任意法の研究』447 頁(成文堂, 2018) 453 頁。

⁷⁸ 相澤ほか・前掲注(4) 563 頁。

⁷⁹ 相澤ほか・前掲注(4) 563 頁。

⁸⁰ 後藤・前掲注(77) 451 頁。

のなのかを明らかにする。

2 匿名組合員の責任と有限責任社員の責任の比較

(1) 匿名組合の損益分配と業務執行

① 匿名組合の概要

匿名組合は、出資者が営業者の営業のために出資をし、その利益を分配することを内容とする契約である。匿名組合は商法の認める一種の特別な契約であると解するのが通説とされ⁸¹、契約であることから二当事者に限られる。営業者が多数の出資者と同一内容の匿名組合契約を締結しても、営業者と各出資者の間に別個独立の契約が存在するのみで、出資者間では法律関係は存在しないところが組合とは大きく異なる点である⁸²。

② 匿名組合の損益分配に関する学説の状況

匿名組合における損益分配については、契約自由の原則に基づき、原則的には営業者と匿名組合員間の契約によるものとなる。ただし、匿名組合の性質上、出資者が利益を求めないというのは考えにくく、またそのような契約を結ぶ可能性は低いと思われるが、組合において一部の組合員にのみ利益を分配するような獅子組合が認められないことと同様の趣旨から、一部の匿名組合員が利益を受けないという匿名組合契約は認められないこととなろう。また、匿名組合契約で合意される損失の分担については、匿名組合が実質的に営業者と匿名組合員との共同事業であることから、匿名契約に特約がない限りは、原則として、匿名組合員は損失を分担する義務を負うべきであるとされている⁸³。ただし、匿名組合員が損失の分担をしないことをもって、匿名組合の共同事業性に反するものとは言えないことから、損失の分担をしないという匿名組合契約も許されるものと考えられる。

損失分担の割合については契約で定めるところによるが、別段の定めがない場合は、民法674条2項を類推して、利益の分配の割合と同一と推定される⁸⁴。また、匿名組合員の損失分担をした結果、その匿名組合員の出資額がゼロとなった場合において、その出資額からさらにマイナスとなっていくのか、あるいは出資額がゼロとなった時点で損失分担は出資額にとどめるのかについても、原則は契約で定めることになる。これを契約で定めていなかった

⁸¹ 和座一清「匿名組合」鴻常夫ほか編『演習商法（総則・商行為法）』223頁(法学書院, 1984)。

⁸² 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法〔第3版〕』161頁(有斐閣, 2019)。

⁸³ 弥永・前掲注(82)162頁。

⁸⁴ 弥永・前掲注(82)162頁。

た場合に、マイナスになるかどうかについては争いがあり、出資額を超えてマイナスになるとの説⁸⁵と、出資額に止まるとする説に分かれている⁸⁶。ただし、マイナスになるとの説においても、計算上マイナスの間は利益分配ができないとするに止まり、そのマイナス分の補填をする義務までではないとしている⁸⁷。つまり、匿名組合における損失分担とは、債権者に対する外部的なものではなく、各組合員の内部的負担であり、損失額を損失分担の割合に従って各組合員に計算上割当ててを指すとされている⁸⁸。そして、匿名組合契約に別段の定めがない限りは、事業年度中において、損失が生じた時点で匿名組合員が損失分担額を出資の価額を超えて払い込む必要はないことから、匿名組合員には損失補填のような義務はないとされる⁸⁹。また、匿名組合契約の終了時において、損失が匿名組合員の出資額を超えてマイナスになっていたとしても、原則として匿名組合員に追加出資義務はないとされ⁹⁰、仮に契約によったとしても、匿名組合の性質上、営業者は匿名組合員に無限責任のような無限に出資をさせるようなことはできないとする説もある⁹¹。

③ 匿名組合の業務執行

匿名組合は営業を自己の名で行う営業者と、その営業者に出資をし利益の分配を受ける匿名組合員から構成され、出資者である匿名組合員は取引関係の相手方の前に現れることはない。したがって、匿名組合員の出資財産は営業者の財産に属し、匿名組合員は営業者の業務を執行したり、代表したりすることができないことから、匿名組合契約に基づく営業は営業者の事業になり、営業者が原則として匿名組合の財産及び運営について対外的にも対内的にも権利義務を有することになる。その反面、匿名組合員は第三者と法律上の利害関係を有しないため、原則として営業者の行為について、自らは第三者に対する権利義務はなく責任も負わない。そのことから、匿名組合の匿名組合員は出資のみを行い、第三者から直接責任を請求されることがないため、匿名組合員の責任は株式会社における株主同様の間接有限責任に近いとされている⁹²。

⁸⁵ 和座・前掲注(81)222頁、平出慶道『商行為法（第2版）』337頁(青林書院, 1989)。

⁸⁶ 落合誠一ほか『商法I 総則・商行為〔第6版〕有斐閣Sシリーズ』281頁(有斐閣, 2019)。

⁸⁷ 平出・前掲注(85)338頁。

⁸⁸ 平出・前掲注(85)337頁。

⁸⁹ 後藤元伸「組合理型団体における共同事業性の意義—損益分配と事業の共同性の連関—」*仏独法を参照して—* 関法 59巻3・4号 869頁 (2009)、883頁。

⁹⁰ 弥永・前掲注(82)165頁。

⁹¹ 平出・前掲注(85)338頁。

⁹² 弥永・前掲注(82)161頁。

当事者間の相互関係である対内関係について主要なものは、組合員の営業者への出資義務である。匿名組合員の出資の目的は、金銭その他の財産に限られ、労務や信用の出資は認められず、出資した財産すべてが営業者に帰属することから、民法上の組合のように共有（合有）財産であるとか組合財産上の持分というものは存在しないこととなる⁹³。

匿名組合員は資本参加にとどまる一方で、営業者の営業には強い利害関係があることから、自らの財産を保護するために、匿名組合員は営業者の業務及び財産の状況に対する監視権を有している。匿名組合員の具体的な監視権の内容としては、営業年度の終了時における貸借対照表の閲覧かつ営業及び財産の状況を検査することができることと、重要な事由があるときは、裁判所の許可を得ていつでも営業者の業務及び財産の状況を検査することができることであり、それをもって営業者に影響を及ぼしていくことになる。その他、匿名組合員には、営業者に営業を求める権利、利益分配請求権、出資額返還請求権、競業禁止を求める権利などが存在するが、業務執行権がないため、あくまで監視の範囲にとどまる。

このように、匿名組合員と営業者の権利義務は大きく分かれており、特に業務執行権に関しては、匿名組合員が営業者の代表権を持つことのみならず、業務執行権自体も排除され、対外的な業務にかかわることはできない。匿名組合の制度的な性質は、組合員が「匿名」であり、かつ契約による別段の定めも及ばない強行規定であると考えれば、代表権や業務執行権が契約や同意によって定まる組合や持分会社よりも、株式会社に近い仕組みと言えるだろう。

(2) 匿名組合の損益分配の合資会社への類推

令和元年判決において争いとなった、合資会社社員間の損失分担は、沿革を同じくする匿名組合の損益分配に関するルールにその趣旨を求められようかと思う。

まず、対外的責任である第三者の債権に対する責任については、匿名組合員は間接責任であるのに対し、合資会社の有限責任社員は直接責任である点に差異はあるものの、匿名組合員及び合資会社の有限責任社員の最終的な損失に対する責任はいずれもその出資の価額に止まるとされる（商法 536 条 4 項及び会社法 580 条 2 項）ため、両者とも同様のものと思われる。次に、対内的責任である内部関係についてであるが、有限責任社員は出資の価額を

⁹³ 米田保晴「匿名組合の現代的機能（1）－その現状と法律上の論点－」信州大学法学論集 4 号 77 頁(2006)、80 頁。

超えて損失を分担するのか、あるいは、退社の際に損失分を払い込む必要があるのかが論点となる。これについては、原則として匿名組合員も損失を分担すべきとされていることから⁹⁴、匿名組合と構成員間の関係が類似している合資会社の社員間の関係に類推できると考えられる。なぜならば、合資会社の事業年度中の損益分配については、各社員の出資の割合に応じて分配され、損失が出資の価額を上回ったとしても、翌期に繰り越されるのみで、その時点での損失補填義務は生じないからである。また、商法 538 条及び 542 条は、匿名組合員が出資の限度で損失を分担することが通常であると読むことができる⁹⁵。そのことから、匿名組合員は清算時においても、これを合資会社の有限責任社員に類推すれば、有限責任社員の退社時においても、その損失の負担は出資の限度に止まり、会社に債務超過分を払い込む必要はないことについても一定の根拠が認められるものと思われる。

以上のように、匿名組合員の損失分担と、合資会社の有限責任社員の損失分担を比較し、その沿革的要素から無限責任社員と有限責任社員の社員間における「推測される当事者間の意思」を匿名組合の損失分担と類似のものと考え、匿名組合の損失分担を合資会社においても類推することが可能である。そうであれば、合資会社の有限責任社員の退社時の損失分担が出資の価額に止まるとした令和元年判決には妥当性があり、「不文の責任法理」にも根拠があると見てよいのではないだろうか。

(3) 業務執行権に関する平成 17 年商法改正の影響

① 商法の準用規定への影響

ここまでの検討において、匿名組合と合資会社の沿革を根拠として「不文の責任法理」が定まるのではないかとした。しかし、沿革を不文の責任法理の根拠に求める場合、次のような問題点があると考えられる。

合名会社と合資会社の歴史的な経緯は全く違うものだが、平成 17 年改正前の商法下では旧商法 147 条以下の有限責任社員に係る特別な規定以外には、合資会社の規定は合名会社の規定がほぼ準用されていた。そして、合名会社の内部関係については、定款・商法に定めがないものには民法の規定を準用する旨が定められていた。合名会社は、民法上の組合の規定が準用される部分が多く、また、組合に適用されるルールの中には条文化されずに、条理

⁹⁴ 弥永・前掲注(82)162 頁。

⁹⁵ 弥永・前掲注(82)162 頁。

や慣行に委ねられる部分があった。平成 17 年改正前、合名会社の内部関係に関しては、改正前商法 68 条が民法上の組合の規定を準用し、合資会社の内部関係に関しては改正前商法 147 条が合名会社の規定を準用するという条文に基づき、合資会社、合名会社、民法上の組合というルールに階層性が存在していたのである⁹⁶。つまり、平成 17 年改正前の合名会社と合資会社の内部関係は、民法上の組合とほぼ同じルールで運用されていた。それゆえ、組合員が組合契約を契約自由の原則に基づいて合意するのと同じように、合名会社や合資会社においても、各社員の合意によって定款に規定すれば、対内関係について自由に定められるという定款自治が広く認められていたと言える⁹⁷。

その後、平成 17 年改正において、会社法はこのような民法上の組合のルールを準用する規定をなくし、合同会社という新たな制度を創設するとともに、合名会社と合資会社を持分会社という枠組みとして整理し、持分会社に共通する部分と共通しない部分とで書き分ける規定ぶりとなった。これは、会社法制定時の方針でもあった会社法の現代化に合わせて、準用条文を極力減らすという作業の結果ともいえるが⁹⁸、それにより持分会社は、形式上は組合の条文を準用しなくなった。また、持分会社にも妥当する民法上の組合のルールが会社法においてすべて条文化されたわけではないため、依然として条理・慣行に委ねられる部分は解釈によらざるを得ない部分が残された⁹⁹。合名会社・合資会社の規定についても、民法上の組合の規定を準用することによって、組合の条理・慣行を踏まえた解釈がなされていたのだが、形式上は、平成 17 年改正によって組合と合名会社・合資会社は分断されてしまったのである。

もちろん、条文上は分断されたとは言え、持分会社の法律関係は定款・会社法規定だけでなく民法の契約総則・債権総則の規定及び契約自由の原則などの不文の法理が適用されることには変わりはない。また、会社法の条文上、商法と民法をつないでいた改正前商法 68 条のような規定が削除されたとはいえ、民法組合の条文と重複するような条文が会社法に規定されたこともあり、持分会社の法解釈上で民法規定の参照が不要になったことを意味するものでもない¹⁰⁰。つまり、持分会社の内部規定について、解釈としては組合や匿名組合

⁹⁶ 大杉・前掲注(1)55 頁。

⁹⁷ 三宅新「たまには株式会社以外のことも思い出してあげてください。～合名会社と合資会社と、時々民法上の組合」ビジネス法務 15 卷 3 号 126 頁(2015)、127 頁。

⁹⁸ 三宅・前掲注(97)125 頁。

⁹⁹ 大杉・前掲注(1)56 頁。

¹⁰⁰ 大杉・前掲注(1)58 頁。

に根拠を求めることができる可能性はあるが、条文から直接の根拠を求めることはできなくなってしまうとも言えよう。

特に、平成 17 年改正においては、持分会社は民法上の組合とは明らかに異なる規定が創設された。その顕著な例が平成 17 年改正前商法によって民法 673 条を準用すると定められていた業務執行をしない社員が持つ業務・財産状況を検査する権利が、会社法 592 条で新たに定められたことである¹⁰¹。そして、民法規定を準用しないことによる検査権の変更に加え、持分会社における社員は無限・有限の別なく、原則として業務執行社員となると規定された。つまり、合資会社の有限責任社員もデフォルトルールとして業務執行社員になるとされたのである。かつて業務執行権がなかった合資会社の有限責任社員に業務執行権が与えられたことは、無限責任社員と有限責任社員の損益分配を始めとする内部的な関係性にも影響を及ぼすと考えられないだろうか。また、前章では合資会社の無限責任社員と有限責任社員の損失分担における「不文の責任法理」を、沿革を同じくする匿名組合の営業者と匿名組合員の損失分担にその趣旨を求めたが、匿名組合員は業務執行権を一切持たないのとは異なり、合資会社の有限責任社員が業務執行権を有することによって、匿名組合と合資会社の類似性が低くなったとも考えられる。そこで、有限責任社員が業務執行権を有することによる影響を以下で検討する。

② 検査権と業務執行権への影響

改正前商法 68 条及び同法 147 条によって、合名会社の社員及び合資会社の無限責任社員は、民法上の組合における組合員の検査権を定めた民法 673 条が準用され、業務を執行しない社員にも検査権が与えられていた。他方で、合資会社の有限責任社員については、改正前商法 153 条によって検査権が定められていた。このような状況の中、組合の業務執行社員の検査権は組合契約によっても排除できないものとされているのに対し¹⁰²、合名会社や合資会社の検査権は定款によって排除できるかどうか学説上は争いとなっていた¹⁰³。なぜならば、これらの会社の検査権の規定が、強行規定なのか任意規定なのかということが条文からは読み取れなかったことから、種々の見解が主張されていたからである¹⁰⁴。

¹⁰¹ 三宅・前掲注(97) 127 頁。

¹⁰² 松本・前掲注(41) 505 頁、西原寛一『商法講義 第 2 (会社法) [第 2 版]』778 頁(岩波書店, 1969)。

¹⁰³ 検査権の制限が可能である説として松本・前掲注(41)620 頁、検査権の制限ができないとする説として大隅=今井・前掲注(73) 126 頁。

¹⁰⁴ 三宅・前掲注(97) 127 頁。

このような学説上の争いは古い時代の論争であり、近年は特に議論された形跡はなかったのだが、平成 17 年改正によって、合名会社と合資会社の検査権は、業務を執行しない社員の検査権は「業務及び財産の状況を調査する」権利であると会社法 592 条 1 項において規定され、同条 2 項で「事業年度の終了時や重要な事由のある時には、社員の調査権は排除されない」と規定されることとなった。そして、それ以外の場面では、定款に別段の定めができることになったことから社員の検査権は任意規定であることが明確になり、この規定は持分会社のすべての社員に適用することとされた¹⁰⁵。一方、組合の検査権については、平成 29 年の民法改正で実質的な変更がなされていないことから、依然として強行規定であると考えられる。つまり、組合においては組合契約でも排除できない検査権が持分会社においては定款で排除できるようになり、組合と持分会社で異なる取扱いとなったことを意味している。

他方で、平成 17 年改正前商法 156 条は、持分会社において業務執行権を有することができるのは無限責任社員のみであり、合資会社の有限責任社員が業務執行権を持つことや会社の代表者になることを禁じていた。しかし最判昭和 24 年 7 月 26 日民集 3 卷 8 号 283 頁（以下、「最高裁昭和 24 年判決」という）において、最高裁判所は定款その他内部規約をもってすれば有限責任社員に業務執行権を付与できると判示したことから、改正前商法 156 条は任意規定であることが明らかになった。つまり、旧商法においては、原則としては業務執行社員又は代表社員となるのは無限責任社員であり、定款で別段の定めをした場合のみ、有限責任社員が業務執行社員となると解されていたと言える。その後、会社法の成立により、持分会社では原則全社員に業務執行権が与えられるものとし、業務を執行しない社員がいる場合のみ業務執行社員を定款で定める旨が規定された。これは、会社法において社員のすべてが有限責任のみを負うとする合同会社が創設されたため、持分会社の有限責任社員に業務執行権を与える必要が生じ、有限責任社員の業務執行を禁じる改正前商法 156 条を任意規定であるとした最高裁昭和 24 年判決に基づく運用を改めることになったものである¹⁰⁶。このような検査権と業務執行社員の改正により、かつて原則として無限責任社員に与えられた業務執行権と、業務執行権のない有限責任社員に付与された検査権は、その社員の責任とは無関係に与えられるものとなった。つまり、合資会社の社員については、無限責任と

¹⁰⁵ 三宅・前掲注(97)127-128 頁。

¹⁰⁶ 長谷川乃理「法人による業務執行」名城法学 特別号 173 頁 (2010)、187 頁。

有限責任の別なく①業務執行権のある社員、②業務執行権が無く検査権のある社員、③業務執行権が無く検査権のない社員に分類されることとなった。したがって、かつて表裏一体の関係にあった「無限責任と有限責任の別」と「検査権・業務執行権」は関連性の低いもの、あるいは関連性のないものとなったのである。

③ 合資会社の業務執行権への影響

匿名組合は合資会社と沿革を同じくするが、平成17年改正以降、合資会社の社員は原則として業務執行権を有することとなった。匿名組合員は業務を執行することができず、匿名組合を代表することもできないことから、かつては同様なものであった有限責任社員と匿名組合員の業務執行に関する扱いに違いが生じたのである。

匿名組合員は事業が失敗した場合であっても、出資額を回収できないことに止まり、事業の結果に関する責任は、出資額限度の危険負担にとどまる。この点、コンメンダを起源とする合資会社においても、原則としては、有限責任社員の責任は匿名組合員が負う責任と同様のものであろう。たしかに、平成17年改正前商法は、有限責任社員の会社事業に対する危険負担をその出資額を限度とすることにより、会社事業に対する利害関係や第三者に対する責任が希薄になっている有限責任社員が業務執行に接近することを禁じていた¹⁰⁷。つまり、改正前商法が、有限責任社員の会社事業に対する危険負担が出資額に止まることを考慮して、業務執行権が認められていなかったのだとすれば、有限責任であるが故に業務執行権を有せず、業務執行にあずからないが故に有限責任であると、予定していたものと考えられる¹⁰⁸。したがって、改正前商法時代は、原則として、有限責任社員の業務執行は予定されていなかったことから、業務執行権は無限責任社員に限定するのが法の解釈としては自然であると言えるだろう¹⁰⁹。

また、学説には、有限責任社員に業務執行権を与えた場合、責任が有限であることを奇貨として、有限責任社員の業務執行が放漫となり無責任な経営を導く危険性もあることから、利害関係の強い無限責任社員のみ業務執行を限るべきであるとする考えもある¹¹⁰。もっとも、最高裁昭和24年判決は、定款をもって有限責任社員に業務執行権を付与できていたことから、社員の合意によって上述したような危険性を甘受できるのであれば、無限

¹⁰⁷ 上柳ほか編代・前掲注(9) 594頁〔江頭憲治郎〕。

¹⁰⁸ 長谷川雄一「合資会社における有限責任社員の地位」愛知大学法経論集 法律編1頁(1971)、8-9頁。

¹⁰⁹ 長谷川・前掲注(108) 9頁。

¹¹⁰ 長谷川・前掲注(108) 9頁。

責任社員に限らず、有限責任社員に対して業務執行権を与えることも考えられる。しかし、有限責任社員の業務執行はあくまで例外であり、合資会社の社員間の「推測される当事者の意思」は、有限責任社員が業務執行をせず出資のみを行うからこそ、その損失による責任負担はその出資の額に止まると考えるのが自然であろう。

3 不文の責任法理の存在

(1) 組合型団体の社員の責任

民法上の組合の組合員のように法人格のない団体の構成員は無限責任であるとされるが、これは自己の財産を自ら運用する結果¹¹¹、組合財産を組合員が自由に処分することが可能だからであり、財産の状態にかかわらず利益配当や持分の払戻しができることと表裏一体をなしているからだと説明される¹¹²。団体の構成員が、団体の財産の設定及びその変動について影響を及ぼし得る状況の下では、団体の債権者に対する関係で、構成員に無限責任を負わせるよりほかに方法がなく、これを有限責任とするには個別の契約か法律の規定¹¹³が必要である¹¹⁴。また、その対極として、仮に組合の組合員であったとしても、業務執行などを通じて団体の活動に積極的に関与しなかつたいわゆる無機能資本家は、出資額を超えて個人責任をもって組合債務を負うべきではないという見解もある¹¹⁵。このことから、構成員の出資に基づき、団体の財産を利用し事業を行う場合は、原則として当該事業を執行する構成員は無限責任を負うという考えが根底にあるのではないかと思われる。

しかし、合名会社と合資会社は法人であるため、社員の責任の性質が、法人格のない団体の構成員の責任に関する理論を参照できるかといった問題がある。この点、合名会社・合資会社は、人的会社が組合としての本質を有しながら、一つの商号権の下に結合して取引を行い、企業形態としての統一性・永続性を有するに至ったものと考えられることから、組合と法人の中間形態に位置し、「内部的な関係は組合」であり、「外部的な関係は法人」となるような、両者の性質を併せ持つものであるとの考えがある¹¹⁶。つまり、合名会社と合資会社

¹¹¹ 槇梯次「組合員の責任」石本雅男選暦『契約法体系V 特殊の契約(1)』157頁(有斐閣, 1963)。

¹¹² 鈴木編・前掲注(37)130頁〔品川孝次〕。

¹¹³ 例えば、会社法104条。

¹¹⁴ 後藤・前掲注(5)226頁。

¹¹⁵ 江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫＝龍田節『現代企業法講座 2』76頁(東京大学出版会, 1985)。

¹¹⁶ 松田二郎『株式会社法の理論』130頁(岩波書店, 1962)。

は実質的には組合型団体に属し、組合型団体として無限責任の原則に従うと考えられる¹¹⁷。したがって、合名会社と合資会社は法人格を持つが、少なくとも内部的な関係においては、法人格のない組合や匿名組合の理論を参照できると考えられるだろう。

それでは、令和元年判決は無限責任社員の退社の事例であったが、退社する社員が有限責任社員であった場合はどのような判断となるだろうか。令和元年判決は「有限責任社員の責任を軽くするため」としていることから、会社の債務超過分は、無限責任社員の負担となることが予想される。学説も同様に、社員の死亡や会社の解散のような社員関係の終了時などの有限責任社員の退社時には、当該有限責任社員が既に出資を終えている部分に関しては、損失超過分の払込みは不要とし、結果的に無限責任社員がそれを負担することとしている。したがって、学説の通説も令和元年判決が根拠とした「不文の責任法理」に基づいていると考えられる。しかし、第2審のように条文規定を重視した場合、有限責任社員の退社時の払込みが不要との規定は存在しないことから、平成17年改正によって有限責任社員へも業務執行権が付与されたことも踏まえて、有限責任社員が免責される根拠の妥当性についても検討する余地があるのではないかと思われる。

(2) 業務執行権が付与された有限責任社員の責任の再考

① 有限責任社員の免責の根拠と業務執行権の関係性

令和元年判決及び学説の通説は、無限責任社員の存在は有限責任社員の負担軽減のために存在するものであるとした。しかし、合資会社の無限責任社員は、あくまでも会社債権者の請求権の保全のために存在するのであり、有限責任社員の負担軽減のために存在するものではないとも考えられる¹¹⁸。また、会社法580条、同611条、同622条といった持分の払戻しや損益の分配に関する条文も「無限責任」と「有限責任」の別なく適用される条文であり、文言上は、定款に別段の定めがない限り等しく適用される規定となっている。そうだとすると、有限責任社員の退社時に会社に債務超過額が存在するならば、有限責任社員であっても、その超過額は支払わなければならないとする考え方も成り立つ余地があるのではないか¹¹⁹。令和元年判決や通説の考えのように、定款に別段の定めもないまま一律に無限責任社員の責任を重くし、有限責任社員に対する責任を軽くするとすれば、法の適用が平等に

¹¹⁷ 後藤・前掲注(5) 220頁。

¹¹⁸ 弥永真生「判批」金判1593号1頁。

¹¹⁹ 弥永・前掲注(118) 1頁。

なされていないという見方もでき、社員間の公平性という点からは不合理なようにも思える。会社法の条文上、責任の種類は対外的なものであり、内部の責任については定款に規定のない限り、無限責任社員と有限責任社員の別なく平等に適用した方が、社員間の責任は公平なのではないかとも考えられる。

かつて、合資会社の有限責任社員は経営に関与しないという強力なコミットメントが存在し¹²⁰、有限責任社員を業務執行社員として経営に関与させるためには、定款に別段の定めが必要であった。しかし、平成17年改正によって、定款に別段の定めがない場合、有限責任社員が経営に関与することとなり、有限責任社員が無限責任社員と並んで業務執行をすることが原則となった。これにより、合資会社社員の無限責任社員と有限責任社員の経営にかかる責任は類似のものとなったとも言える。他方で、合資会社の有限責任社員の損失負担にかかる責任は出資の価額に止まるとされている。従来の学説は、有限責任社員への損益分配については消極になるとの見解があるものの、退社時や解散時などにおける最終的な損失超過分は、出資の価額に止まり、持分の消極分を払い込むことはないとしている。しかし、これはすべて平成17年商法改正前に有限責任社員が経営に関与しないことを前提になされた議論であり、「社員の責任」と「業務執行権」が強く関連していた時代に形成されたものといえる。上述のとおり、平成17年改正前商法においては、原則として、構成員が出資した団体の財産を、構成員自らが運用するという業務執行権は、無限責任社員が持つものであった。有限責任社員は業務執行権を持たない無機能資本家であり、それがゆえに、有限責任社員の損失についての責任は、出資の価額に止まり、損失填補義務を負わなかったものでも考えられる。平成17年改正によって、原則、有限責任社員が業務執行社員として経営へも関与することになり、無機能資本家ではなくなった現行会社法下においては、合資会社社員間の経営責任と損失負担責任に関する「推測される当事者の意思」にも影響があると思われ、それに伴って「不文の責任法理」も変化しているのではないかと考えられる。

② 現行会社法における業務執行権と社員の責任の関連性

業務執行権は無限責任社員が有するものであるという考え方は、平成17年商法改正の立案担当者の認識としてはあったように思われる。なぜならば、合同会社の創設に際し、有限責任社員にも業務執行権を付与する必要性があったところ、それと同時に法人が無限責任

¹²⁰ 長谷川・前掲注(106) 185頁。

社員となることも認めたからである¹²¹。法人の無限責任社員を認めたことについて、立案担当者は、「会社自身はその行う事業から生ずる責任について無限責任を負っていること、法人が他の法人等の債務を保証することもできること等から、法人が他の会社の債務につき無限責任を負うことができないとすべき理由はなく、また、株式会社の発起人や組合の業務執行者には法人もなることができることからすると、法人が業務を執行する人的要素に欠けているという指摘も、法人が無限責任社員や業務執行社員となることを禁止すべき決定的な理由とはなりえない¹²²」と述べ、法人が無限責任社員となることと法人が業務執行者となることをつなげて説明している。合名会社の無限責任社員を法人とすることのメリットに特筆すべきものはなく、株式会社が発起人となった場合には、実質的に有限責任となってしまうため債権者保護に欠けるとされているにもかかわらず¹²³、このような説明を行っているということは、立案担当者が「法人が業務執行を行うことは法人が無限責任社員となることである」との発想を固持していたことを裏付けている¹²⁴¹²⁵。以上によれば、平成17年改正によって、会社法の条文上は「無限責任と有限責任の別」と「業務執行権」の関連性はなくなったと考えられるが、現行会社法においても業務執行権を持つ者が重い責任を持つべきであるという「業務執行権」と「社員の責任の重さ」の関連性はなくなっていないところであり、原則として業務執行権は無限責任社員が持ち、そこに有限責任社員が加わったとする見方が妥当であると考えられる。

(3) 業務執行権と不文の責任法理の関係

① 不文の責任法理の存在

ここで、業務執行権と社員の責任に関連性があると考えた場合でも、合名会社と合同会社については、各社員の無限責任・有限責任が設立または社員加入の時点から一様であること

¹²¹ この改正については、有限責任社員による業務執行さえ認めれば、法人無限責任社員までを認める必要は無かったのではないかといった指摘もある（川島いづみ「人的会社に関する改正と新たな会社類型の創設—合名会社・合資会社・合同会社—」判タ 1158号4頁(2004)）。

¹²² 相澤＝郡谷・前掲注(11)156・157頁。

¹²³ 長谷川・前掲注(106)187頁。

¹²⁴ 長谷川・前掲注(106)187頁。

¹²⁵ 法人が無限責任社員であることを認めない場合、業務執行権のある有限責任社員をデフォルトルールとしながら、業務執行権のある（法人）無限責任社員を認めないことになるため、業務執行権と社員の責任のバランスを失すとの配慮が働いたことから、法人無限責任社員も認められたものではないかと思われる。

から、定款に別段の定めがなければ、損益分配については出資の価額に応じて分配され、損失の填補責任については、無限責任社員は無限責任を、有限責任社員は出資の価額に止まると考えてよいと思われる。合名会社と合同会社は一部の社員を業務執行社員とする場合にも、責任が一様であることから内部関係について争いになることは考えにくく、もし出資の価額に応じないとした場合は、業務執行社員を定めると同時に、定款に別段の定めをするのが通常であると思われる。また、合資会社においては、無限責任社員のみが業務執行権を有し、有限責任社員は業務執行権を持たないとした場合、現行会社法下においては、業務執行社員について定款に別段の定めが必要であり、それは有限責任社員が経営に関与しないという合意があるものと考えられることになる。そうであれば、平成17年改正前商法の合資会社や沿革的部分を同じくする匿名組合と同様に、無限責任社員は無限責任を負い、有限責任社員は出資の価額に止まるとすることが「推測される当事者の意思」であると考えることが自然であり、また、社員間の公平性も害されないと考えられることから、無限責任社員が有限責任社員より責任が重いとされる従前の「不文の責任法理」が、条文規定のない内部関係においても根拠とされることに差支えはないと言えるだろう。

② 有限責任社員が業務執行権を持つ場合の「不文の責任法理」の妥当性

もっとも、平成17年改正前の「不文の責任法理」の考え方を根拠とし難いと考えられるのは、①定款に別段の定めなく合資会社の無限責任社員と有限責任社員すべてに業務執行権が与えられている場合と、②定款の別段の定めにより有限責任社員のみが業務執行権が与えられている場合である。前述のとおり、平成17年改正前の合資会社の社員間の「推測される当事者の意思」は有限責任社員が経営に関与しないことを前提に形成されていることから、有限責任社員が業務執行社員となり経営に関与する場合には「推測される当事者の意思」にも影響を及ぼすと考えられる。有限責任社員であっても、経営に関与する以上、自身の責任が重くなることは考慮した上で、業務執行社員となっていると考えるのが自然であろう。したがって、この場合「推測される当事者の意思」は、条文どおり、無限・有限の別は対外関係に限定されるものであり、条文規定のない対内関係に関して、どのような状況でも有限責任社員の責任が、出資の価額に止まるとするのは相当ではないと考えられる。もし、有限責任社員が業務執行権を持ちながら、内部関係の損失分担が出資の価額に止まるとするのであれば、条文に規定がない以上、定款に別段の定めを置くべきであり、定款の定めを置かない以上は、業務執行権を持つ社員間での責任は平等に近いものと考えられ、その結果、有限責任社員の責任が重くなったとしても、当事者間の公平性は害されないと考えられ

る。よって、有限責任社員が業務執行権を持つ場合に、外部関係だけでなく内部関係においても無限責任社員が有限責任社員より責任が重いとされる「不文の責任法理」は当てはまらないと考えられる。

たしかに、現行会社法においても、持分会社制度自体は解釈に多くを委ねられており、他の制度との比較、沿革的要素、そして無限責任と有限責任に対する一般的な認識を考慮すれば、原則として無限責任社員が有限責任社員より責任が重いと考えられ、内部関係についてもその影響が及び得るとするのが順当であると思われる。そして、それに基づく「不文の責任法理」を根拠として、条文規定がなくとも、有限責任社員の責任が最高でも出資の価額にとどまるとするのは妥当であろう。しかし、有限責任社員が業務執行社員である場合など、合資会社の経営に関与した場合に、その責任が出資の価額に止まらない可能性があると考えべきではないだろうか。すなわち、有限責任社員が業務執行権を有することにより、その責任が無限責任社員の責任に近づくのであれば、平成 17 年改正前商法の考え方に基づく「不文の責任法理」は修正が必要になると考えられる。

ただし、有限責任社員の責任が出資の価額に止まらない場合に、有限責任社員がどの程度責任を負うのか、無限責任社員と全く同じ責任を負うのかといった新たな問題が生じてしまう。この点については、社員間の事後的な合意がなければ、有限責任社員の経営についての関与の程度や無限責任社員の経営のかかわり方などから、当事者の公平性を考慮して個別に判断することになるだろう。

4 第三章まとめ

本章では、沿革を同じくする匿名組合の構成員間の責任のあり方と比較することで、合資会社における「不文の責任法理」の存在とその適用される場面を一定程度明らかにした。しかし、平成 17 年改正により持分会社社員が行使できるとされていた検査権が明文化され、業務執行権の改正により、合資会社を含む持分会社の有限責任社員が業務執行権を有することが原則となったことから、組合・匿名組合と持分会社の構成員の責任の構造が若干異なるものとなったと考えられる。この構造の変化によって、有限責任社員が業務執行権を付与されることにより、有限責任社員の責任が無限責任社員の責任へ近づいたとも言える。

平成 17 年改正前までは有限責任社員は「有限責任であるが故に業務執行権を有せず、業務執行にあずからないが故に有限責任である」といった考えが根底にあり、それが「不文の責任法理」の背景にある「推測される当事者の意思」であったと考えられる。しかし、有限

責任社員が業務執行権者として振る舞いながら、合資会社の損失に対する責任が常に有限で止まるというのが「推測される当事者の意思」と断言するのは難しくなっているのではないだろうか。平成 17 年改正以降はこの「推測される当事者の意思」を見直すことが必要であり、それにより「不文の責任法理」自体にも変化が生じているように思われる。

第四章 団体の内部関係における私的自治の限界

1 概観

令和元年判決は合資会社について、定款に特別の規定があれば、無限責任社員であっても退社時の債務の払込みが不要となるとした。そこで、本章では、ここでいう定款の特別の規定とはどのようなものかを分析し、その規定が許容される限界について検討する。その際、定款規定がない場合の責任の範囲を画した「不文の責任法理」を念頭に置きながら検討を行うことで、令和元年判決がいう「社員間の公平性」とは何かが明らかになるのではないかと思われる。

本章の分析にあたっては、平成 17 年改正前の合名会社における損益分配の規定である改正前商法 68 条がかつて組合の損益分配に関する規定である民法 674 条を準用していたことから、民法上の組合における損益分配の規定を分析する¹²⁶。具体的には、民法上の組合において社員間の契約内容のうち合意できる範囲を明らかにし、社員の損益分配や損失負担に関する「推測される当事者の意思」がどのように形成されてきたかを分析する。

翻って、持分会社の損益分配や損失負担の割合があらかじめ定款に規定されていた場合に、どの範囲までが会社の私的自治の範囲であるとして許されるかについては解釈や条理に委ねられているところである。本章の分析を通じて、持分会社における損益分配や損失負担にかかる社員間のルールのあり方、即ち「定款自治の限界」も、ある程度定まるものと仮定して検討を進める。

2 組合の損益分配に関する私的自治の限界

(1) 組合の概要

組合とは、民法 667 条 1 項によって、複数人が「各当事者が出資をして、共同の事業を営む」という合意である組合契約を締結することで成立する。わが国の民法に定められた 13 種類の典型契約の一類型ではあるが、契約というよりは、複数人による合同行為と解されている¹²⁷。「組合」と呼称されるものについては、民法上の組合を指す場合と労働組合法や農業組合法その他特別法による組合を指す場合があり、後者には民法上の組合の規定は及ば

¹²⁶ 会社法 622 条は平成 17 年の会社法制定時に新設された規定であるが、元々、合名会社・合資会社の損益分配は、平成 17 年改正前商法 68 条・147 条で民法 674 条を準用していたものであることから、民法 674 条と会社法 622 条は同じ趣旨であると考えられる。

¹²⁷ 内田貴『民法Ⅱ〔第 2 版〕債権各論』289 頁(東京大学出版会、2007)。

ない。また、会社であればその種類に応じて、「合名会社」や「株式会社」といった名称を用いる必要があるが、組合の場合は、民法と慣習法によって規定され、無尽講や頼母子講のように「組合」という名称を用いない場合も実質的に組合であることや、名称に「組合」を用いることも強制されていないことから¹²⁸、建物区分所有者間の管理組合や会社設立の際の発起人間の関係なども組合と解されている。その他、当初、明確に組合契約を結んでいなかった場合でも組合であるとされたものとしては東京高判昭和 51 年 5 月 27 日判時 827 号 58 頁¹²⁹などがある。そして、その組合に法人格を与えられたものが合名会社とされ、合名会社は組合に近いものであると解されている¹³⁰。このように組合には多くの類型が存在し、その実態に照らして組合かどうか判断されるが、以下では合名会社の沿革としての組合を検討するため、民法上の営利組合を念頭に置くものとする。

(2) 組合に求められる共同事業性

組合はその成立要件として、各組合員の共同事業であることが求められ、各組合員が事業の成功に対して利害関係を有することを必要とする¹³¹。営利目的の組合の場合、共同事業と利益分配は不可分であるとされ¹³²、利益を特定の者に配分し他の者が全く関与しないような、いわゆる獅子組合の場合はその共同事業性が否定されることから、民法上の組合とはいえないとされている¹³³。原則として、各組合員が出資をし、利益の分配または損失の分担があることが、その事業に共同性があると言えるための必要条件であり、それが組合を構成する要素のうちの一つとなっている。つまり、組合事業に共同性があるというためには、組合員のいずれもがその事業の達成について利害関係を有していなければならないとされている¹³⁴。ただし、利益ではなく、損失を分担しないという組合契約も有効とされており、共同事業性がなくなるものではないため、組合として成立する。

¹²⁸ 我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—〔第 5 版〕』1329-1330 頁(日本評論社, 2018)。

¹²⁹ 親が営んでいた商店の営業を実質上その子夫婦に承継させた場合一種の組合契約をしたと認め、子らが店舗の経営をして得た財産は親が死亡し他に共同相続人がいる場合には、組合の解散に準じ出資の割合に応じ清算すべくその結果親の取得分のみを遺産として取り扱うべきものとした。

¹³⁰ 内田・前掲注(127) 289 頁。

¹³¹ 我妻ほか・前掲注(128) 1337 頁。

¹³² 我妻栄『債権各論 中巻二(民法講義 V₃)』773 頁(岩波書店, 1962)。

¹³³ 名古屋地判平成 16 年 10 月 28 日判タ 1204 号 259 頁。

¹³⁴ 鳩山秀夫『日本債権法各論(下)』663 頁(岩波書店, 1926)。

そして、もう一つの共同事業性の要素となるものが事業運営の共同性であり、それは組合の基礎的事項の決定と業務執行からなる。共同事業の変更や出資の変更など組合の基礎的事項の決定とは、組合契約の変更となり、別段の定めがない限り、組合員全員の同意が必要となる。これに対して、業務執行とは、組合の目的を達成するために組合契約で定められた共同の事業を営むにあたって具体的な活動を行うことである¹³⁵。組合の業務執行をなすための意思決定では、業務執行権は各組合員が有し、原則として組合の業務執行は組合員の過半数で決し、常務は他の組合員に意義がない限り単独で行うことができる（改正民法 670 条 1 項，4 項）。

(3) 組合における損益分配

民法 674 条 1 項によって、組合の事業により生じた利益または損失は各組合員に分配されるが、原則として、その割合は組合契約において定められ、契約に定めがない場合は出資の価額によるとされ、分配について利益か損失の一方についてのみ定められた場合は、民法 674 条 2 項によって双方共通なものと推定されている。損益分配の割合に関する規定は、組合契約において損益分配の定めがなかった場合の補充的なものとなっている。そして、民法に利益・損失の意味や利益の分配・損失の分担などを具体的に定めた条文規定は存在しない。分配については、前述のとおり、獅子組合は、民法上の組合ではなく認められないとされている。一方、損失の分担については、大判明治 44・12・26 民録 17 輯 916 頁において「組合契約ニ於テ或組合員カ利益ノ損失ヲ受ケサルコトヲ定ムルカ如キハ無効ナリト雖モ之ニ反シテ或組合員カ損失ヲ分担セサルコトヲ約スルハ組合契約ノ性質ニ反スルモノニ非ス」とし、損失については一部の組合員に分配されないとの特約をしても一律に無効とはされないとされた。また、民法 674 条 2 項は、組合契約において、利益か損失の一方が定められている場合、もう一方を同じ割合と推定し分配する規定である。しかし、後述する東京高判平成 15 年 11 月 26 日判時 1864 号 101 頁（以下、「東京高判平成 15 年判決」という。）は、損失についてのみ割合が定められていた組合に関して、利益の分配はその割合とは異なり、出資の価額に応じ分配するとした。組合事業の利益や損失は組合員に分配されることが当然の前提とされていることからすれば、組合事業が組合員全員に共通の事業によるもので

¹³⁵ 後藤・前掲注(89) 888 頁。

あることの帰結である¹³⁶とも言える。

組合における利益の分配については、事業年度中の利益分配と解散時の利益分配である残余財産の分配を指すものと考えられる。事業年度中の利益について、民法上の組合には配当規制のような規制がないことから、各組合員が無限責任を負っているため、債権者を害することもないことから、損失があったとしても利益分配は可能である。また、残余財産の分配についても、組合契約によって利益分配と残余財産の分配の割合が異なっていない限り問題となることはなく、それが異なることは通常ないと考えられるため、利益分配の利益自体の意味に重要性はないとされている¹³⁷。

他方で、組合の損失分担についての損失とは債務超過を指し¹³⁸、各組合員の内部的な負担とされる。その負担は組合債権者に対するものではなく、損失額を損失分担の割合に従って各組合員に割り当てることをいい¹³⁹、前述した匿名組合においてもこのように解されている。つまり、組合の業務によって各組合員の出資額以上に損失が生じた場合に、その損失が生じた時点で、出資者である組合員にその損失の分担割合に応じて払込みが必要とされるような損失補填の義務はなく、組合の解散後、清算時点で債務超過であれば、その損失の払込みが行われる。清算時に、組合契約に定めがない場合は出資の価額に応じて、積極財産があれば残余財産の分配として各組合員に利益が分配され（民法 688 条 3 項）、債務超過であれば各自の損失分担部分について、組合債権者に弁済することとなる。

損益分配についての合意を全くしていない場合に、分配割合が出資の価額に応じることになる出資比例主義が、民法 674 号 1 項として採用されたことについて、旧民法典の起草委員である富井政章博士は二つの理由を述べている。一つは「利益ヲ得タラ、余計出シタ者ハ余計取ル、少ナク出シタル者ハ少ナク取ル。損ヲシタ場合ニモ、余計出シタ者ガ余計損ヲスル、少ナク出シタ者ハ少ナク損ヲスル」という立場をとることが公平であることを理由とする¹⁴⁰。すなわち、富井博士は利益についてのみ分配の割合が定められている場合に、損失についても共通であるとするのは「明カニ当時（事）者ノ意思デモアリ又諸国ノ法典モサウナツテ居ル」と述べ、損失についてのみ分配の割合が定められている場合については、「損

¹³⁶ 岡本裕樹「典型契約としての組合契約の意義」名法 254 巻 723 頁(2014)、738 頁。

¹³⁷ 後藤・前掲注(89) 882 頁。

¹³⁸ 我妻・前掲注(132) 822 頁。

¹³⁹ 後藤・前掲注(89) 883 頁。

¹⁴⁰ 納屋雅城「民法上の組合における損益分配の割合の推定の例外—東京高裁平成 15 年 11 月 26 日判決を題材として—」近畿大学法学 53 巻 1 号 1 頁(2005)、4 頁。

失ダケヲ想像シテサウ云ウ分配法ヲ定メルト云ウコトハ実際ハメツタニナイコトト思ヒマスガ(中略)必要ノアツタ場合ニハ反対ノ分配法ニスルト云ウ意思デハドウモナカラウト思ヒマス。其場合ニ從テ利益ノ分配を為スト云ウコトデアレバ、モツト明カニ約定ヲ為スガ自然デアラウト思フ。」とし¹⁴¹、「推測される当事者の意思」を立法理由とした。もう一つの理由は、出資を組合員に返還した上でさらに利益や損失がある場合にそれを平等に分配するという頭数割主義は、出資も総組合員の共有に属すると規定した民法 668 条に反し、分配の計算が困難であるからとされている¹⁴²。

富井博士の「より多くの利益を得る可能性のある者は、より多くの損失を被る危険性を負うべきであり」、「より多く損失を被る危険性を負うものは、より多く利益を得る可能性を持つべきである」とする立場に基づけば、損益分配について利益か損失の一方が定められている場合、もう一方も同じ割合と推定することによって当事者間の公平が図られ、組合員の意思により合致すると考えられる。言い換えれば、その割合による分配では当事者間の公平が図られない可能性がある場合は、利益または損失の一方についてのみ分配の割合が定められていても、民法 674 条 2 項を推定し双方共通とすべきではなく、原則どおり出資に比例した割合で分配すべきことになる¹⁴³。

(4) 判例の検討 一東京高判平成 15 年 11 月 26 日判時 1864 号 101 頁一

ここで、損失の分担のみが定められている場合に民法 674 条 1 項による利益の分配に推定が及ばないとされた事案である東京高判平成 15 年判決を取り上げて、考察する。

① 事案の概要

X(原告)及びY(被告)は弁護士であり、Xは資本、事務所施設、銀行からの与信、書籍等有形無形の設備一切を出資し、Yは労務提供をするのみという形で、共同経営する法律事務所(以下、「本件事務所」という。)を開設した。内部負担割合を二分の一とし、自らの依頼者と相手方の依頼者を区別せず業務の受任をすること、従業員と施設を共同して利用すること、当座預金口座を共用することを合意した後、賃料光熱費等の共通経費を各自が二分の一ずつ負担する旨の合意もした。その後、本件事務所の解散に際して、Xは利益分配に

¹⁴¹ 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録四』892 頁。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録四』(商事法務, 1984)。

¹⁴² 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録四』・前掲注(144) 891-892 頁。

¹⁴³ 納屋・前掲注(140) 23 頁。

関して本件事務所の収益に関して各自の貢献度に応じて増減を行うことが合意されていたとし、Yの負担分の立替の支払いを求めて訴えを提起した。一方、Yは、本件の合意は民法上の組合契約にあたるとした上で、利益の分配については明確な合意がなかったことから、利益については民法624条2項によって推定される損失の分担と同じ二分の一の割合で清算を行い、残余財産の分配や事務所借入金立替分の求償を求める反訴を行った。Xは、本件合意はパートナーシップ契約に基づくものであると主張したが、原審¹⁴⁴は、本件事務所は民法上の組合であり、XY間には利益分配に関する何らかの合意があったことは認めることはできないとしたため、Xが控訴した。

② 判旨

「他に本件事務所の運営について個別具体的な合意があったことを認めるに足りる証拠はないのであるから、本件事務所の法律関係はこれを民法上の組合と解して判断を進めるのが相当というべきである。」

「控訴人と被控訴人との間には本件事務所の利益分配について明確な合意を認めることができないことは前記認定のとおりであるが、同所で検討判断した結果を踏まえ、以上認定の事実経緯を併せ考察すると、配分的正義の要請あるいは信義公平に照らし（傍点筆者）、上記利益の分配は、昭和五九年四月一日から平成三年三月三十一日までの期間を通じて、控訴人が六割、被控訴人が四割の各割合で行うのを相当と認める。」

③ 判旨の分析

本判決は、組合の損益分配について定める民法674条2項の推定規定の適用の有無が争点となった事案である。本判決は、パートナーシップ契約が我が国の制度上認められるものではなく、本件事務所は民法上の組合であること、また、XY間で損失は折半との合意があったものの、XY間には利益分配について明確な合意がなかったことを認定した上で、利益分配については「配分的正義の要請あるいは信義公平」に照らし、損失とは異なる割合を認定した。

本判決以前の大審院判決及び最高裁判決は存在せず、いくつかの下級審判例が存在するのみであり¹⁴⁵、いずれの裁判例も、利益の分配の割合が定められていた場合、民法674条

¹⁴⁴ 東京地判平成13年12月26日判時1864号108頁。

¹⁴⁵ 例えば、東京地判大正11年12月1日新聞2097号15頁、東京地判大正14年5月14日新聞2425号18頁。

2 項を適用して損失分担の割合を利益分配の割合と同一であると判断していた¹⁴⁶。民法 674 条 2 項によって、損益分配について合意がない場合は出資の割合に応じて決し、利益分配か損失分担についての合意がある場合は、その一方と共通となることから、東京高判平成 15 年判決の原審¹⁴⁷の判断は条文の規定に沿った判断であったと言える。しかし、東京高判平成 15 年判決は立法者の意思に基づき、当事者間の損失の分担を二分の一とするとの合意が、当事者間の合意のない「利益」の分配にまで及ぶとすることは公平ではないという判断をしたものとも考えられる。詳細は省略するが、訴え提起時の X と Y の請求はともに過剰であったこともあり、裁判所は、X の主張と Y の主張の双方を事実上退けることで、民法 674 条 2 項の推定が働かない場合があることを示し、それが当事者間の公平にかなうと示した判決であると言える¹⁴⁸。組合員が合意した組合契約であっても、当事者の公平にかなわない場合は推定が及ばないとされたことから、当事者の公平性が保たれるところに「組合契約の限界」があると考えられる。

3 持分会社の損益分配に関する定款自治の限界

組合の損益分配の割合は当事者の意思に基づき契約において定めることが前提となっており（民法 674 条）、もしその割合が契約に定まっていなければ、出資の価額に応じて分配される。獅子組合のような契約をした場合は組合とは認められないように、損益分配について合意があったとしても、その割合が最終的な計算の結果、当事者間の公平を損ねるものであれば、組合契約が修正されうることは東京高判平成 15 年判決においても示された。

これを持分会社と比較してみると、獅子組合が組合契約として認められないように、持分会社にも共同事業性が求められることから、合意によって一部の社員に利益を分配しないとする定款規定を定めることは（そのような定めを置くことは考えにくい）共同事業性を損なうものとして、持分会社の定款の規定としても認められないと考えられる。また、会社法 622 条 2 項によって、持分会社についても、利益と損失の一方についてのみ割合が定められていた場合はもう一方の割合も推定されるとされているが、これについても、会社法 622 条の前身である平成 17 年改正前商法が、かつて民法 674 条を準用していたことから、持分会社の損益分配についても、東京高判平成 15 年判決が示した判断を類推することは妥

¹⁴⁶ 納屋・前掲注(140) 4 頁。

¹⁴⁷ 東京地判平成 12 月 26 日判時 1864 号 108 頁。

¹⁴⁸ 納屋・前掲注(140) 23-24 頁。

当であると考えられる。このように、持分会社の社員間の合意として、損益分配について定款に定めてあったとしても、当事者間の公平性が損なわれる場合には、最終的にはその規定が修正される可能性がある。

したがって、組合の損益分配に関する組合契約の限界が、持分会社の損益分配に関する合意ができる定款の範囲であると見るならば、持分会社の損益分配については、その共同事業性が認められる範囲と最終的な計算の結果において当事者間の公平性を損なわない範囲が、社員間で合意できる定款自治の限界であると考えられる。

4 第四章まとめ

本章では、団体の内部関係における私的自治、特に損益分配に着目して、民法組合の組合契約と持分会社の定款自治を比較し、組合契約の考え方を定款自治に類推することで、定款自治の認められる範囲を明らかにした。組合と持分会社の損益分配の決定は、民法組合における獅子組合のような共同事業性に反するものでなければ、当事者間の合意によって私的自治の原則から広く認められており、その合意がない場合に出資の価額に応じて、より大きい危険を取る者がより大きい利益を得るとするのが、当事者間においては公平であろう。

しかし、東京高判平成 15 年判決は、当事者の合意によって損失の割合が定まっていたものの、もう一方をその割合とはしなかった。これは当事者間の合意が優先するという原則に沿わないように思われるが、当事者間に損益分配の合意に関して争いがあった（ゆえに訴訟となった）ことを考慮すれば、元々定まっていた合意よりも、最終的な計算による結果を踏まえた損益分配の方が公平であると判断したものと思われる。

この組合の損益分配に関する判断は、持分会社の定款自治に類推できると考えられ、定款自治についても、社員間の公平性が社員間の合意よりも優先される可能性もあると考えられる。ただし、持分会社が法人という事業体であり、構成員が商人の集合体であることを考えれば、組合契約よりも定款の定めの方がより拘束力は高いと考えられるため、定款自治の限界となるような公平性の判断には、組合より慎重な検討が求められると思われる。

終章

1 論文の総括

本論文では、合資会社の社員間の対内的な損失分担のあり方について、会社法の条文にはない「不文の責任法理」を用いて判断した令和元年判決の妥当性を検証するとともに、社員間の責任についての合意がどこまで許容されるのかという定款の自治の限界を探るため、平成 17 年改正前商法及び現行会社法の関連条文の解釈方法について、合資会社の沿革や隣接制度などを考察しながら、注意深く検討を行ってきた。

(1) 不文の責任法理についてのまとめと私論

令和元年判決において、最高裁は、無限責任社員の責任が有限責任社員よりも重いことについて、「合資会社制度の仕組み」という、いわゆる「不文の責任法理」からその結論を導いた。この「不文の責任法理」は、合資会社が発展していく過程の中で、社員間の「推測される当事者の意思」に基づいて形成されてきたものであると考えられる。匿名組合と合資会社はその起源を同じくし、合資会社の社員間における「推測される当事者の意思」は、匿名組合の損失分担の考え方から類推できることから、この法理を用いて、令和元年判決が合資会社の有限責任社員の退社時の損失分担が出資の価額に止まると結論づけたことは首肯できるだろう。

しかし、平成 17 年改正によって、有限責任社員は業務執行権を付与され、匿名組合の匿名組合員と合資会社の有限責任社員は業務執行権という点において異なる責任をもつことになった。匿名組合員は匿名組合において業務執行権を持たず、経営に関与しないいわゆる無機能資本家であるからこそ、債務超過についての損失分担の責任が出資の価額にとどまるとの考えによれば、業務執行権を持ち、経営に関与する合資会社の有限責任社員が匿名組合員と同様の責任を負担すると考えるのは不合理であるかもしれない。したがって、合資会社の社員間の損失分担については、定款に別段の定めがない限り、常に無限責任社員が有限責任社員より重い責任を持つという「不文の責任法理」は、有限責任社員の業務執行権の有無によって修正される余地があると思われる。

もちろん、経営への関与のみを理由として、内部関係に関する無限責任社員と有限責任社員の責任の分配が決せられるわけではないが、(背信などに対する損害賠償請求は別論として) どのような状況であっても、有限責任社員の責任が出資の価額に止まり、それ以上の責任は無限責任社員が負うというのは、社員間の公平性に悖るのではないだろうか。業務執行

権があったとしても、内部的責任について、常に有限責任社員の責任を出資の価額にとどめるというのが社員間の合意であるならば、会社法の条文に明確な規定がない以上、定款に別段の定めを置き、その規定に依るほかないように思われる。したがって、合資会社社員の損失分担の責任について、原則としては、歴史的に形成された無限責任社員の責任が有限責任社員の責任よりも重いとする「不文の責任法理」を根拠とすることはできるが、状況によっては、その責任の種類に加えて、業務執行権の有無も考慮に入れることがより社員間の公平に資するであろう。

(2) 定款自治の限界についてのまとめと私論

合資会社をはじめとする持分会社の損益分配に関する定款自治の範囲は、会社法 622 条が民法 674 条をもとに規定されていることから考えて、民法上の組合の損益分配の考え方を参照することができるだろう。組合契約は、契約自由の原則に基づき、構成員間の合意によって自由に決定できる。ただし、組合の共同事業性に反しない必要があり、獅子組合のような契約は認められないとされている。逆に言えば、組合の共同事業性を損なわない契約であれば、原則としては組合として認められる。たしかに、構成員全員の合意があった場合でも、最終的な計算の結果において当事者の公平性が損なわれるときは、契約による合意は修正され得るとした下級審判例（東京高判平成 15 年判決）もある。しかし東京高判平成 15 年判決は、組合の損益分配のうちの損失に関する負担が定まっていたという特殊な事案であり、損失と利益の双方が定まっていた場合にまで、同様の考え方が採用されるかどうかは判然としない。したがって、組合契約の損益分配の考え方は、概ね持分会社の損益分配に関する定款自治についても当てはまると考えられるだろう。

定款自治について付言すれば、持分会社が「会社」という商人の集合体であると考え、原則として、その社員間の意思の表れである定款規定による決定が最優先されるべきであり、それは組員間の組合契約よりも拘束力が強いものであると言うこともできる。したがって、定款規定によって最終的な損益の分配が一部の社員に偏るとしても、商人が一度は合意したものであることを考慮するならば、定款規定どおりの分配をすることが当事者の意思であり、法的安定性も高くなるのではないだろうか。ただし、社員間の公平性が大きく損なわれる場合には、前述の不文の責任法理の判断基準に表れていた社員の経営へのかかわり方や、解散時までの持分会社の収益や利益・損失の配分などを考慮した上で、最終的な計

算の結果、定款による損益分配についても修正される余地もあるかと思われる¹⁴⁹。

以上の考察によれば、持分会社社員の損失負担についての定款自治の限界は、最終的には事案ごとに個別に判断するしかないと思われるが、組合契約にみられるような共同事業性を失うようなもの、またはその負担を課すことによって社員間の公平性を著しく欠くような定款規定は許されず、仮に定款に規定したとしても修正される可能性があると考えられ、そこが持分会社における損益分配に関する定款自治の限界になると考えられる。

2 終わりに

令和元年判決の事案における合資会社の有限責任社員が、業務執行権を得ていたかどうかは認定された事実からは明らかではないが、仮に、退社時まで無限責任社員が業務執行社員であったとしても、無限責任社員が後見開始の審判の確定によって法定退社していることを考慮すれば、少なくとも退社前のある程度の期間は、実質的に有限責任社員が業務を執行していたのではないかと思われる。判旨においては有限責任社員の業務執行については言及のないところであり、今後の判例においてもその点が考慮される可能性は必ずしも高いとはいえないが、不文の責任法理を根拠に、どのような状況であっても会社の債務超過分のすべてを無限責任社員に負担させることは酷な場合もあろうかと思う。

しかしそれでも令和元年判決は妥当な判断であるとも思われる。なぜならば、判断基準としてはシンプルでわかりやすく、持分会社の内部関係に関する条文規定はないものの、「無限責任社員の責任は無限である」、「有限責任社員の責任は有限である（出資の価額にとどまる）」というメルクマールは一般的な認識と合致するところでもあるからである。また、社員間においても、実務上、家族経営などが多い合資会社では、損失の責任について外部関係と内部関係で明確に区別して捉えている場合は少ないように思われる。

そして、合資会社の内部関係の責任に関する社員間の公平性は、結果的な損益分配や損失の負担に求めるのではなく、当事者間における「無限責任社員と有限責任社員の認識」をそのまま反映させることにあると考えられる。通常、当事者が、対外的責任と対内的責任の区別はせずに、自分の地位に関して「無限責任社員である」または「有限責任社員である」という認識をもって合資会社の社員となっていることを考慮すれば、その責任が内部関係に

¹⁴⁹ 持分会社が会社であることに鑑み、民法上の組合について判断した東京高判平成15年判決よりも、社員間の合意である定款内容の修正の幅は狭いものになり、社員間の公平性が著しく損なわれる場合に限られることになるだろう。

及んだとしても、不合理ではないように思われる¹⁵⁰。また、有限責任社員は、損失については出資の価額に止まり、利益については出資の価額に応じてどこまでも享受することが、負担の大きい無限責任社員と比べて公平ではないとも考えられる。しかし、それは有限責任社員の資本参加の時点で、無限責任社員も認識しているところであり、それを承知の上で無限責任社員の地位に就いていることを考えれば、無限責任社員にとっても公平性に欠けることはない。つまり、この当事者間の認識をそのまま反映することが公平であり、この認識と違った場合に定款に別段の定めをする方が、より自然であるように思われる。

さらに、登記上に表れている業務執行権の有無を判断材料とするのはともかくとして、各社員の経営への関与の程度までを考慮に入れるとなると、当事者の立証責任の負担はもとより、事案の解明にあたる裁判所の負担も大きくなるであろう。経営規模の小さい会社が多いと思われる合資会社に社員の業務執行などの責任に対する認識の程度やその認識の瑕疵による損失の証明などまでを求めるのは行き過ぎであるようにも思う。

他方で、実務的な観点について付言すれば、合名会社と合資会社はその存続数が漸減しているところであり、すべての構成員が有限責任でありながら法人格を得られる合同会社が創設された今、あえて合名会社や合資会社を設立するメリットは少ないと言える。今後、持分会社の議論は合同会社を中心になされていき、合名会社や合資会社についての議論が活発に行われることは必ずしも多くはないだろう。また、持分会社と株式会社は人的会社と物的会社という分別がされているが、有限責任社員のみで構成される合同会社の創設により、そのような分別も正確ではなくなっている¹⁵¹。さらに、株式会社が無限責任社員になることが認められ、構成員が、実質的に有限責任となるような合名会社の設立も可能になり、持分会社における無限責任・有限責任といった文言の定義自体も正確ではなくなっているようにも思われる。

しかし、匿名組合がそうであるように、営業者に有限責任制のある合同会社をピークルとして採用し、合同会社と匿名組合員との間で匿名組合契約を締結する「GK-TK スキーム」といった利用方法が見受けられるように、創設当初にはおよそ考えられていなかった金融

¹⁵⁰ 例えば、合資会社 a 社で会社法 597 条に基づく業務執行社員である有限責任社員 Y への損害賠償請求が争われた東京地判平成 28 年 4 月 13 日（平 26（ワ）9737 号、Westlaw Japan 2016 WLJPCA 04138002）では、被告である有限責任社員 Y の職務執行による責任について、裁判所は「被告が a 社を退社した後その有限責任社員として対外的又は内部的な活動をしたことはないから、辞任登記が未了であるとしても、原告らに対し、会社法 597 条に基づく損害賠償責任を負わない」と判示している。

¹⁵¹ 長谷川・前掲注(106)176 頁。

技術のために合資会社が利用される可能性もある。そのことを考慮すれば、今後、これらの会社形態が完全になくなることはないだろう¹⁵²。

本稿では、合名会社や合資会社のために、民法上の組合や匿名組合の理論を参照したが、今後、組合や匿名組合のために、合名会社や合資会社の理論が参照されることもあるかもしれない。合名会社・合資会社の議論は、今後も判例を主軸に展開されることになると思われるが、合名会社・合資会社にかかる議論を埋没させることなく丁寧に拾い上げることで、持分会社制度の整理・発展はもちろんのこと、組合・匿名組合・株式会社など他制度の理解の助けになることは期待できると思われる。

¹⁵² また、実務においては、法人格そのものよりも、登記事項証明書や法人代表印の印鑑証明書が取得できるという形式的な手続きが重視される場合がある。そのことを考慮すれば、民法上の営利組合や匿名組合に登記や法人印鑑登録等を認める余地もあろう。