

〔商法 三八六〕 有限会社の原始社員確定

〔判決要旨〕

個人で小料理屋や喫茶店を営んでいた者が、従前の建物を取壊してビルを新築しそこにおいて法人組織で飲食店や喫茶店を営むために有限会社を設立するに際し、右営業者が出資金を全額出捐していたとしても、定款に右経営者を含む六名の社員の氏名及び住所並びにその出資の口数に記載され記名捺印がされたこと、右有限会社設立の経緯、右営業者と他の社員との関係など判示の事実関係の下においては、右営業者が他の社員の出資金を当該社員に贈

与したものと認めるのが相当であり、右定款記載の社員が原始社員であるというべきである。

〔参照条文〕

有限会社法六条、同一二条一項、同八七条、民法四七四条、同五四九条

〔事実の概要〕

訴外Aは高知市帯屋町等で土地建物を所有していた。A

（高松高裁第二部平成八年五月三〇日
平成七年（ネ）二四一号社員持分確認請求控訴事件、控訴棄却〔上告〕
金融商事判例二〇〇一号八頁判例タイムズ九三三三〇頁判例時報一五八七号一四二頁）

は昭和三八年ころから、その帯屋町の土地に隣接する土地上の建物を賃借した上、この賃借建物と右の帯屋町の土地に在った建物で小料理屋や喫茶店などを経営していたが、昭和五一、二年ころ、娘Bの夫の被告・被控訴人であるY₁から勧められ、それまでの個人企業を法人成りさせ、右賃借建物敷地を買い受けた上、右建物を取り壊して、鉄筋コンクリート造陸屋根地下一階付五階建のビル一棟（以下「本件ビル」という。）を建築し、本件ビルにおいて法人組織で飲食店や喫茶店等を営むことを企画した。

Aは、昭和五二年八月二七日、被控訴人有限会社暖流（出資一口の金額一万円、資本の総額二〇〇万円。以下「Y有限会社」（被告、被控訴人）という。）を設立し、同年九月一日、訴外株式会社Cに本件ビルの建築を代金四〇二四万円で注文し、本件ビルにつき、昭和五三年六月二四日、所有者をAとする区分建物表示を登記申請し、その後、所有者をY有限会社と更正し、同年七月二九日、Y有限会社社の所有権保存登記を経由した。

Y有限会社を設立するに際して、Aは、Y₁やY₁の実兄であるY₂と相談の上、Y有限会社の社員をA（五〇口）、Y₁（六〇口）、Aの娘でY₁の妻であったB（六〇口）、Y₂（一〇口）、Aの内縁の妻であったY₃（一〇口）、Aのいとこ

の子で税理士事務所勤務にいてAの帳簿の面倒をみてきたY₄（一〇口）の六人にすることにした。そのAの意向を受けて、昭和五二年八月一五日、タイプライターで作成されたY有限会社の原始定款のA、Y₁、B、Y₂、Y₃、Y₄の各名下に、右各人の印章が押捺された。

Aは平成五年四月二日に死亡したが、原告・控訴人Xは、Aが昭和六三年一月二七日付作成の公正証書遺言により、Aの包括受遺者の地位にある。

その他、Y有限会社における出資者名義とその所有口数は変動を重ね、Aの死亡前ころの出資者名義は、X、B、A、Y有限会社を除くY₁ら七名であり、その所有口数はいずれも二〇口であった。右各二〇口のうち、XがB、A分を含む六〇口を有することはY₁らも認めるところである。

そこで、Xは、Aが関与して設立したY有限会社の出資金はAが全額出資し、その建築資金は、すべてA名義の不動産を担保として金融機関から借り受けて充当しているから、AはY有限会社の社員権を実質的に所有しており、当初からY₁らの名義を借り受け、その後も、Y有限会社の決算報告に当たり、税金対策上、同族会社の判定回避のため、Y₁らの名義を借用して形式的に定款を変更して、その出資口数を変動させたりしたが、実体的な権利の変動はなかつ

たものである、と主張し、Y有限会社の社員持分権はすべてAの相続財産であるとして、Y有限会社及び他の社員持分権者に対して、自己所有の持分であることの確認を求めた。

Xの主張に対して、原審は、次のように判示した。

「AがY有限会社を設立した目的の主要が、法人を設立して関係者を多数にしていれば、一人の意思で売却されることはないと考えたことにあるが、その意図の裏には単に名義を借りるという以上のものが含まれていると考えるのが自然であること、Y有限会社の設立のころの、AとY₁、B、Y₂、Y₃、Y₄との関係においては、Y有限会社の社員権を無償譲渡（贈与）しても不思議な関係ではないうえ、設立に協力したY₁に六〇〇口、その妻Bにも六〇〇口と自己よりも多く割り当て、その他の関係者には各一〇〇口として、将来の展望を描いており、これが単に名義を借りたものとみることが不自然であること、少なくとも、Y₁、Y₃、Y₄は、Aの意図を了解し、Aから贈与を受けたものと理解しているなどからすると、AはY有限会社設立の当初において、その出資者とされる者に対して社員権を無償で譲渡し、少なくとも、Y₁、Y₃、Y₄はこれを承諾していたものというべきである。」

当初のY₂に関する持分についてAの所有であるとの証拠はなく、当初のA（五〇〇口）及びB（六〇〇口）に関する部分は、一応Aの持分と言えても、その後の持分の変遷はAの意思によってなされているのであって、Aがその死亡当時になお六〇〇口以上の持分を有していたとの証拠もない。

被告会社の設立当初からAが全社員権を有していたとするXの主張は失当であるうえ、Aがその死亡当時に六〇〇口を超える持分を有していたとの証拠もないから、Yらが認めるところの六〇〇口についてのみ請求を認容し、その余は失当として棄却する。」

これに対して、Xは、社員持分権はすべてAの相続財産であるとして、Y有限会社及び社員持分権者であると主張するその余のYら七名に対して、Y有限会社の持分の二〇〇〇口のうち、Xに帰属する六〇〇口を除いたその余の一四〇〇口の持分が自己の所有であることの確認を求めて控訴した。

〔判旨〕 控訴棄却

「有限会社法六条・八七条によれば、有限会社の原始社員となるためには、定款の社員の氏名及び住所並びに各社員の出資の口数が記載され、その者が定款に署名又は記名捺印することを要し、それにより、有限会社の社員となる

者及びその出資義務が確定するのであり、出資義務の履行が当該社員によってなされることは、有限会社社の社員の確定の主要事実（要件事実）ではなく、当該社員以外の者によって出資義務の履行がなされることは、民法四七四条の第三者の弁済として有効である。これを本件についてみると、前記事実関係の下においては、AはY有限会社の持分五〇〇口を有する社員となったにすぎない（他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した。）と認めるのを相当とする（平成二年法律六四号による削除前の有限会社法六九条一項五号においては、社員が一人となることが有限会社の解散事由と定められていたのであり、この点に照らしても、控訴人が主張するように、Y有限会社の原始社員がA一人であつたとみることが難しい。）。

なお、〈証拠〉を総合すれば、Y有限会社の設立後A死亡までの間における社員及びその持分の変動は、いずれもAが決定していたことが認められるが、前示のとおり、他の社員の出資金をAが当該社員に贈与していた（なお、……Aは他の社員の出資金のほか、Y有限会社の開業資金を出したことを推認することができる。）ことから、他の社員は、Aの決めることに反対することができず、承認してきたものと考えられるから、右の事実は、前記認定判断

を妨げるものにはならない。」

〔研究〕 判旨賛成

一 個人営業が法人成りして有限会社が設立される場合には、原始定款上は数人の者が社員になっているが、そのうちの一名である従前の個人営業者が出資金を全額出資しており、後になって、右個人営業者が死亡した場合には、その他の社員は単なる名義人であるとして争われることが少なくない。本件においても、Aの死亡後、Aの包括受遺者の地位にあるXが、Aが関与して設立されたY有限会社はAの全額出捐による有限会社であり、その社員持分権はすべてAの相続財産であるとして、Y有限会社およびY₁ら七名に対して、Y有限会社の持分二〇〇〇口のうち、Xに帰属することについて当事者間に争いのない六〇〇口を除いた一四〇〇口の持分が、自己の所有であることについての確認を求めている。それ故に、本件の主要な争点は、Y有限会社の社員はAだけであり、Aの死亡により、その包括受遺者の地位にあるXがY有限会社の持分二〇〇〇口全部を有しているのか否かという点に存在する。この問題を解決するためには、その前提として、有限会社の原始社員の確定方法について検討しておかなければならない。

二 有限会社の原始社員の確定に関して、福岡高裁宮崎支部昭和六〇年一〇月三十一日判決（判例タイムズ五九一号七三頁）は、「有限会社における社員は、社団設立行為として入社契約（合同行為）たる性質を有する会社設立の意思表示をなす者であるが、それは要式行為として、原始定款に署名（または記名押印——有限会社法八七条）すること

を要し、その署名者のみが社員となるのであって、たとえ事実上会社の設立に参画し、出資金を拠出した者といえどもこれに署名しない者は法律上有限会社の社員とはいふことができず（大判昭和三・八・三一民集七卷七一四頁など参照）、定款の確定によつて同時に社員及びその出資義務も確定するべきである。（中略）そもそも控訴人会社主張のようにたとえBが全額出資し、出資者が同人のみであるとしても、定款にその旨を記載し、署名しない以上、同人が定款に記載し、署名した一五〇口の社員であることが確定し、法律上、同人がこれ以外の出資口数の原始社員であるとはいえないものである」と判示している。要するに、福岡高裁宮崎支部判決によれば、有限会社の原始社員は有限会社設立の意思表示をなす者であるから、原始社員は定款に署名した者をもつて確定し、その出資口数も、実際の出資の有無に関係なく、定款の記載によつて形式的に確定

するものと考えている。この福岡高裁宮崎支部判決は、有限会社の原始社員の確定に関する最初の判示として重要な判決である（福岡高裁宮崎支部判決の紹介として、瀬谷ゆり子「有限会社の原始社員とその確定」税経通信四一巻一三号二五二頁以下）。

本判決は、有限会社の原始社員の確定に関して、「有限会社法六条・八七条によれば、有限社員の原始社員となるためには、定款の社員の氏名及び住所並びに各社員の出資の口数が記載され、その者が定款に署名又は記名捺印することを要し、それにより、有限社員になる者及びその出資義務が確定される」と判示して、本判決は結論的に前記福岡高裁宮崎支部判決と同様な見解を採用していると言える。

有限会社の設立は原始社員になるべき者全員によつて行われるから、有限会社を設立するためには、まず初めに、原始社員になるべき者によつて定款が作成されなければならない（有限会社法五条）。有限会社では、原始社員になるべき者の氏名・住所およびその出資口数が定款の絶対的記載事項であり、原始社員になるべき者が定款に署名すべきものとされているから（有限会社法六条）、定款の作成によつて原始社員になるべき者が確定するとともに、その出資義務も確定する。定款作成と出資の引受行為とが結合

している点が有限会社の特徴であると言うことができよう（田中誠二・会社法詳論下巻（三全訂）一三〇四頁、中西正明・新版注釈会社法（14）有限会社三八頁）。

有限会社の原始定款に署名した者をもって原始社員として形式的に確定することについての理由として、一般に次のような点が挙げられる。すなわち、有限会社の設立における社員の責任が問題となった場合に、定款の記載は、義務負担者としての社員を特定するばかりでなく、権利行使者としての社員が問題となった場合のためにも有益であるという点である（瀬谷・前掲二五四頁）。しかし、有限会社の原始社員を原始定款に署名した者をもって形式的に確定することに対しては、その実質的な理由として、有限会社の原始定款を作成した者は有限会社設立の意思表示及び出資引受をなす者であるという点が見逃されてはならない。すなわち、原始社員になるべき者による定款作成に始まり、設立登記によって完了する有限会社の設立手続を全体として一個の法律行為として観察する場合には、有限会社設立の意思表示は原始定款の作成に見出すことができる（大賀祥充・株式会社設立の法理二九頁、三一頁、四三頁、六一頁）。しかも、有限会社においては、原始定款の作成に

より、署名者は、他方において、原始定款に記載された出資口数に対応する出資引受をなしている。この点について、前記福岡高裁宮崎支部判決は「有限会社における社員は、社団設立行為としての入社契約（合同行為）たる性質を有する会社設立の意思表示をなす者である」と判示して、有限会社の原始社員を形式的に確定することに対しての実質的な根拠を述べているが、本判決では、その根拠が何も示されていない。推測するに、本判決では、有限会社の原始社員になるべき者の原始定款への署名に関して、意思の欠缺や瑕疵ある意思表示が問題とされなかったために、有限会社の設立行為の効力に関連して、有限会社設立行為の法的性質について言及する必要がなかったのかもしれない。しかし、有限会社の原始定款の作成は有限会社の成立・法人格の取得という法律効果を意欲する意思表示であり、有限会社の設立手続はこの意思表示を組成分子とする法律行為であるから、有限会社の設立手続は有限会社の成立・法人格取得という法律効果の発生原因たる法律要件である（津田利治・横槍民法總論（法人ノ部）二九頁）。有限会社の原始定款に署名した者は、原始定款の作成により、有限会社設立の意思表示をなすと同時に、原始定款に記載された出資口数に対応する出資引受をなす者であるが故に、こ

の者をもって有限会社の原始社員として形式的に確定し、その出資義務を原始定款に記載された出資口数に従って形式的に確定することに対しては、法律上実質的な理由が存在していると言わなければならない。

三 有限会社の原始定款が確定するためには、原始社員になるべき者の原始定款への署名が実質的に有効でなければならない。そこで、①意思の欠缺や瑕疵ある意思表示に基づいてなされた原始定款への署名や、②有限会社を設立しようとする者に依頼されて、その社員になる意思もなく、名義を貸与する意思で原始定款に署名する、いわゆる名義社員の署名が問題となる。この点について、本判決は「平成二年法律六四号による削除前の有限会社法六九条一項五号においては、社員が一人となることが有限会社の解散事由と定められていたのであり、この点に照らしても、Xが主張するように、Y有限会社の原始社員がA一人であったとみることは難しい」と判示して、本件では、前記①意思の欠缺や瑕疵ある意思表示に基づく署名も、前記②名義社員の署名も問題とならないとしている。しかし、有限会社の設立手続を全体として一個の法律行為として理解する私見の立場からも、有限会社の設立行為の効力に関連して理論的に興味深い問題であるので、若干の検討を必要とする。

本稿では、これらの問題のうちでも、とりわけ、有限会社の原始定款への署名に前記①意思の欠缺や瑕疵ある意思表示が存在する場合について検討してみたい。

有限会社の原始社員になるべき者による原始定款の作成に始まり、設立登記によって完了する有限会社の設立手続を全体として一個の法律行為（有限会社設立行為）として理解する場合には、有限会社設立の意思表示はその原始社員になるべき者による原始定款の作成に見い出すことができる。そして、有限会社の設立手続が完了する場合には、その効果として、有限会社の成立・法人格の取得という法律効果が発生する。このように会社設立行為は、会社という新たな権利主体を創設すること（会社の成立・法人格の取得）を目的とする法律行為であり（鳩山秀夫・日本民法総論一六二頁、野津務「会社設立行為と入社行為」松本古稀・会社法の諸問題一六八頁）、そして、会社設立行為の法的型態を「合同行為」として理解するのが我が国の多数説である（鳩山・前掲一六二頁、我妻榮・新訂民法総則一四七頁、大隅健一郎・今井宏・会社法論上巻（第三版）三六頁以下、大森忠夫「会社の設立」株式会社法講座第一卷一四八頁、津田利治「設立無効」株式会社法講座第一卷三一九頁、野津・前掲「会社設立行為と入社行為」一六八頁、

同・株式会社設立論九二頁、大賀・前掲六二頁)。

これに対して、有限会社の原始定款においてなされる出資引受は、有限会社設立という一個の法律行為の一部をなすものであるが、出資引受は有限会社設立の意思表示を含んでおらず、有限会社の原始定款に署名した者が当事者となり、有限会社の成立を理論的な前提として、一定の出資金額を支払う義務を負担し、これに対応する有限会社の社員権(持分)を取得することを目的とする要式の契約である。この契約の効果として、署名者は出資義務を負担するとともに、設立される有限会社の社員権(持分)を取得する債権を取得するのであり(株式引受に関して、倉澤康一郎・商法の基礎(三訂版)九三頁)、その結果、有限会社の原始定款に署名した者相互間に出資に関する一定の法律関係が基礎づけられる(大賀・前掲六〇頁)。出資引受は設立される有限会社の社員権(持分)を取得することを目的とする行為であるから、出資引受は言わば将来の有限会社への入社行為として位置づけることができる。

右に述べたように、有限会社の原始定款の作成は、一方では、有限会社設立の意思表示であり、他方では、出資引受であるが、両者はその概念およびその性質を異にするものであるから、両者は明確に区別して理解されなければならない。

らない(同旨、野津・前掲「会社設立行為と入社行為」七一頁、同・前掲・株式会社設立論三一四頁)。

有限会社の成立・法人格の取得という法律効果の発生原因である有限会社の設立行為の法的型態を「合同行為」として理解する場合には、有限会社の原始定款に署名した者が一個の当事者となり、主観的にも客観的にも同一の意味内容の相手方のない意思表示を共同して各自がなすことになる(津田・前掲・横槍民法總論三四頁)。すなわち、会社設立行為の法的型態は「合同行為」であり、表意者の意思表示には相手方が存在しておらず、並行する一方的意思表示の集合であり、表意者相互間に相手方関係もなく、利益の衝突も考えられないから(國歲胤臣「人的会社の設立(二)」民商法雑誌六卷五号前掲六八頁)、有限会社設立の意思表示には民法九三条但書、民法九四条一項、民法一〇〇条但書、民法一〇八条などの規定は適用されない(合資会社に関する判例として、大判昭七年四月一九日民集一卷八三七頁)。その結果、原始定款に署名した者のうちの一人の有限会社設立の意思表示について意思の欠缺や瑕疵がある意思表示が問題になった場合にも、当該意思表示だけが無効となり、あるいは当該意思表示だけが取り消されるにすぎないから、合同行為の効力はそれによって影響を受

けない（我妻・前掲一四七頁）。会社設立行為の法的型態を「合同行為」として理解することの実益は、設立者の主観的な事情から会社設立行為の効果を独立させることができる、という点に存在する（國歲・前掲六七頁）。右に述べたような「合同行為」としての有限会社の設立行為の法的型態の理解を前提とするならば、原始定款に署名した者全員の有限会社設立の意思表示について意思の欠缺や瑕疵ある意思表示が問題とならない限り、有限会社の設立無効の問題や設立取消の問題は生じないと言ふべきである。

有限会社においては、原始定款の作成により、署名者は同時に出資引受も行っているから、原始定款へ署名した者について意思の欠缺や瑕疵ある意思表示が存在する場合には、当該署名者の出資引受の無効あるいはその取消が問題となる。有限会社法では、出資引受の無効の主張やその取消の主張を制限する規定が存在しないために、有限会社の設立登記後でも、当該署名者は出資引受の無効を主張し、あるいは出資引受を取り消すことができる。その結果、当該署名者の入社行為だけが無効となるので、この者だけが成立した有限会社から脱退するにすぎない。このように原始定款に署名した者による出資引受の無効・取消が問題となり、有限会社の設立登記後において、当該署名者（社

員）が有限会社から脱退した場合でも、平成二年の商法改正により設立当初からの一人会社を認めた現行有限会社法のもとでは、成立した有限会社に社員が一人でも存在しており、有限会社の成立・法人格の取得という法律効果の発生のために必要なその他の法定要件の欠缺を招来しない限り、出資引受の無効・取消は必ずしも有限会社の設立無効原因になるとは限らないと言ふべきである（同旨、野津・前掲「会社設立行為と入社行為」一八二頁、同・前掲・株式会社設立論三一五頁）。

有限会社の設立行為の法的構造を右に説明したようなものとして理解する場合には、有限会社の設立無効原因と設立取消原因とを解釈上制限することができ、その結果、有限会社の設立をめぐる法律関係を安定化させることが可能になる。

四 さらに、本判決は「出資義務の履行が当該社員によってなされることは、有限会社の社員の確定の主要事実（要件事実）ではなく、当該社員以外のものによって出資義務の履行がなされることは、民法四七四条の第三者弁済として有効である」と判示しており、AはY有限会社の持分を五〇〇有する社員であり、Aは他の社員に出資金を贈与したものと認定している。有限会社法には、出資を払込まな

い原始社員に対する失権手続に關しての規定が存在しないために、この者が有限会社社の原始定款において有効に出資引受を行っている限り、實際に出資の払込をなさなかったとしても、この者は原始社員としての地位を失うことはないものである。それ故に、本判決が、出資義務の履行が当該社員自身によってなされることは、有限会社社の原始社員確定とは関係ないと述べている点は、まさに有限会社社の原始社員が原始定款への署名によって確定することの理論的帰結であると言えよう。さらに、本判決は、有限会社社の出資金を全額出資した社員とその他の社員との間の法律關係について、前記福岡高裁宮崎支部判決よりも踏み込んだ法的判断を行っており、この点にも本判決の意義が存在すると評価することができる。

第三者の弁済とは、債務者以外の者(第三者)が他人(債務者)の債務を弁済することという(奥田昌道・注釈民法(12)債権(3)五七頁)。第三者の弁済の場合には、第三者が彼の給付の目的として他人の債務の履行を決定し、給付が他人の債務の履行として受領されることが必要である(Hermann Weirauch, Die Leistung, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 277; Hugo Krieb, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts,

München 1929, S. 463.)。我が民法は、債権者及び債務者の立場を考慮して、第三者の弁済に關して、次のような制限を認めている。すなわち、①債務の性質による制限(民法四七四条一項但書前段)、②反対の意思表示による制限(民法四七四条一項但書後段)、③利害關係のない第三者は債務者の意思に反して弁済することができない、という制限(民法四七四条二項)である。本件では、Yに代わって、Aがその出資義務を弁済しているの、第三者Aによる他の社員の出資義務の弁済の可否が問題となる。

まず初めに、前記①「債務の性質による制限」であるが、第三者による出資義務の弁済に關しては、この制限は問題にならない。というのは、出資義務の法的性質は、その出資額が定款に記載された出資一口の金額にその者の出資口数を掛けた金額(出資金額 $\parallel$ 出資一口の金額 $\times$ 出資口数)の支払を目的とする一種の金錢債務であり、それは一身專屬的給付を目的とするものではないからである。続いて、前記②「反対の意思表示による制限」についてであるが、有限会社法一五條は、出資未払の場合に、有限会社成立時の社員と取締役は連帯して払込給付担保義務を負う旨を規定しているから、有限会社成立時の社員と取締役がその他の社員に代わって出資義務を弁済する場合には、前記②の

制限は問題にならないであろう。なぜならば、前記②の制限は利害関係のある第三者の弁済を許さないものであり（我妻榮・新訂債権総論二四四頁）、前記②の制限を認めるとすれば、それは有限会社法一五条の規定と矛盾し、有限会社の資本充実に反する結果となるからである。最後に、前記③「利害関係のない第三者は債務者の意思に反して弁済することはできない」という制限についてであるが、有限会社法一五条の規定を前提とするならば、この制限も問題にならないように思われる。なぜなら、有限会社の原始社員になるべき者は未払の出資金の弁済について利害関係を有する者であると言えるからである。有限会社法一五条の規定を前提とする限り、本判決が判示するように、有限会社の原始定款に署名したAが他の署名者に代わってその出資義務の履行をなすことは、民法四七四条の第三者の弁済として有効である。

本判決は、「出資義務が第三者によって弁済されることは有効である」と判示する一方で、他方において「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」と認定している。そこで、一見すると矛盾するように思われる両者の関係をどのように理解すべきであるかが問題になる。この点に関して、「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した

のであれば、その出資金をもって、他の社員が払い込んだ以上、第三者の弁済として、民法四七四条に言及するまでもないのではないか」との指摘がある（久留島隆「本件判批」金融・商事判例一〇三五号五九頁）。しかし、本判決は、有限会社の原始社員の確定に関連して、わざわざ民法四七四条の第三者の弁済による出資義務の履行の有効性について言及しているのだから、むしろ、この点を活かすような法律構成が考えられるべきであろう。それ故に、本判決が「出資義務が第三者によって弁済されることが有効である」と判示した部分と本判決が「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」と認定した部分が矛盾しない法律構成を考えるべきである。

第三者の弁済の法的構造について、ドイツ民法七八三条以下の指図（Anweisung）の場合と同様に、第三者と債権者との間には出捐関係だけが基礎づけられ、給付関係は基礎づけられないと考えるのであれば、第三者は債権者に対して自らの給付目的を追求しておらず、債権者にとつて、もっぱら債務者だけが給付者として現れる（Josef Esser, Schuldrecht, Bd. 2: Besondere, 4. Aufl., Karlsruhe 1971, S. 346f.）。すなわち、第三者が債権者に出捐することにより、債務者を給付者にする。その結果、第三者は債

務者に給付するのであり、債務者は債権者に給付する。このように第三者の弁済の法的構造をドイツ民法の指図 (Anweisung) の場合とパラレルに考えるのであれば、A が他の社員にかわってその出資金を支払うことにより、A が他の社員に対して出資金を贈与し、他の社員が出資金を支払ったものと法的に評価することも可能であろう。しかし、第三者の弁済の場合には、第三者と債権者との間にいて、他人の債務の弁済目的が合意されるから (Weinbauer, a. a. O., S. 277; Kreß, a. a. O., S. 463) 民法の指図 (Anweisung) の場合とは異なって、出捐の方向と給付の方向とは一致しており、第三者の弁済の場合において、債権者に対して給付をなすのはあくまでも第三者者なのである (Franz Schnaader, Grundfragen zur Leistungskondition bei Dritbeziehungen, Berlin 1981, S. 175f.)。それ故に、本判決が、「当該社員以外の者によって出資義務の履行がなされることは第三者の弁済として有効である」と判示し、他方において「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」と認定した部分は、むしろ「贈与の趣旨でAが他の社員の出資義務を弁済した」と考えるのが素直な解釈であるように思われる。要するに、本判決が「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」と

認定した部分は、これを「Aがその他の社員に代わってその出資義務を弁済することによって、Aが他の社員に対して贈与の趣旨で出資義務からの解放という出捐を行った」とものとして理解するのである。このように考えるのであれば、本判決が「当該社員以外の者による出資義務の履行は第三者の弁済として有効である」と判示したことは、本判決が「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」と認定したことに矛盾しない。

しかし、Aが他の社員の出資義務を履行することは第三者の弁済として有効であるとしても、論理必然的に「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」との認定に結びつくことにはならない。というのは、第三者が他人の債務を弁済する場合としては、第三者が債務者に対して贈与の趣旨で行う場合のほか、第三者が債務者に対して消費貸借を成立させるために行う場合や、第三者・債務者間の委任契約に基づいて行う場合や、事務管理として行う場合が考えられるからである。それ故に、この点についての本判決の理論的な射程範囲は、有限会社の出資金を全額出資した社員とその他の社員との法律関係に関して、かなり広いものであると評価できよう。したがって、他の社員に消費貸借を成立させるためにAが他の社員の出資義務を弁済し

たとの認定や、Aと他の社員との間の委任に基づいてAが他の社員の出資義務を弁済したとの認定や、事務管理としてAが他の社員の出資義務を弁済したとの認定がありえてもよいはずである。それでは、いったいどうして本判決は「他の社員の出資金をAが当該社員に贈与した」という認定を行ったのであろうか。それは、XがY有限会社の持分二〇〇〇口のうちXに帰属することにつき当事間に争いのない六〇〇口を除いた一四〇〇口の持分が自己に属するものとしてその地位の確認を求めて訴えを提起したことに関連して、本判決が平成二年商法改正前の有限会社法六九条一項五号が社員が一人になったことを有限会社の解散事由として一人会社を認めていなかったことを考慮したことほかに、原審が「AはY有限会社の設立当初において、その出資者とされる者に対して社員権を無償で譲渡し、少なくとも、Y₁、Y₃、Y₄はこれを承諾していた」と判示したことに引きづられて、本判決がAと他の社員との間には何らかの贈与関係が存在したという事情を考慮した結果なのかもしれない。いずれにしても、右のような事実認定を本判決が行ったのは、Y有限会社の設立をめぐる当事者間の特殊事情に基づくものであるから、この点についてはこれを一般化することはできない。

五 以上述べてきたように、現行の有限会社法においては、定款が有効に確定している限り、社員とその出資口数が問題になった場合には、社員とその出資口数は定款の記載によって確定するので、その者が実際に出資金を支払ったかの否かは社員の確定に関係がない。本件では、Y有限会社設立当時におけるAの持分は五〇〇口であり、Aが死亡するまでの間の社員とその持分の変動はAが決定し、その他の社員はこれを承認してきたことが認められている。このように本件では、Y有限会社の設立当初から社員はA一人ではなかったのであり、Aの死亡当時、AはY有限会社の持分全部を有していなかったのだから、Aの包括受遺者であるXもY有限会社の持分全部二〇〇〇口を有していないことになる。私見としても、本判決の立場に賛成である。

渋谷 光義