

ドイツにおける有限会社分割規制について

早 川 勝

目 次

はしがき

第一章 吸収消滅分割と吸収存続分割の手続

第一節 分割・引受契約

- (1) 業務執行者の権限
- (2) 最低記載事項と契約の形式
- (3) 事業所従業員代表委員会への送付

第二節 分割報告書

第三節 分割検査

第四節 分割決議

- (1) 社員総会の準備
- (2) 決議
- (3) 形式

第五節 譲受有限会社における資本増加

第六節 譲渡有限会社における資本減少

第七節 商業登記簿への分割の登記申請と登記

第二章 新設消滅分割と新設存続分割の手続

第一節 分割計画

第二節 新有限会社の設立

- (1) 定款の確定
- (2) 最初の監査役会と最初の業務執行者
- (3) 現物出資設立報告書

第三節 分割決議

第四節 新有限会社の商業登記簿への登記申請と登記

第五節 商業登記簿への分割の登記申請と登記

第三章 分割の効力

- (1) 概要
 - (2) 部分包括承継
- 結語にかえて

ドイツにおける有限会社分割規制について

同志社法学 四九卷一号

一 (一)

は し が き

ドイツで利用されている会社の法形式に関する最近の調査によれば、有限会社の法形式が圧倒的に利用されており、一九九六年には、その数は七七万（株式会社数は四〇〇〇社）にも達している。一九八〇年には二五万超（株式会社数は二一四一社）にすぎなかったことからすれば、有限会社の利用が急増している。⁽¹⁾このような有限会社数の増加には、一九九四年一〇月二八日に制定された組織変更法整備法が分割法制をドイツに導入したことに関連していることが指摘されている。⁽²⁾それが近時の有限会社の隆盛のすべてを理由づけるものでないとしても、組織変更法における新たな分割規制が、企業の事業再編にとって非常に重要な法的手段として経済実務においてすでに頻繁に利用されていることを窺わせる。分割法制が事業の再編に有用であることは立法者がすでに予想していたことであるが、その手続自体が企業に加重の負担を強いるものであれば、実際にはあまり活用しないものと思われる。先述した有限会社数の増加と分割法の新たな導入との関係は、実務においては、分割手続の手続面の複雑さは一応問題ないものと受入れられていると評価することを積極的には否定しないのではないかと思われる。もしそうであるとすれば、ドイツ分割法制は成功例に属するといえよう。そこで、以下では、実務において頻繁に利用されている消滅分割と存続分割に関する有限会社の分割手続⁽³⁾について、検討することにした⁽⁴⁾。

(1) 株式会社数と有限会社数の変遷については、Hansen, Der GmbH-Bestand stieg auf 770000 Gesellschaften an—Gleichzeitig Anmerkungen der Einstellung der statistischen Erhebungen bei den Kapitalgesellschaften, GmbHR 1997, 204f. 224

る。

- (2) Hansen, GmbHHR 1997, 206.
- (3) 株式会社の分割手続については、拙稿「ドイツにおける会社分割規制」同法二五一号九四頁以下（一九九六）参照。
- (4) 以下の叙述は、主として Engelmeier, Die Aufspaltung und Abspaltung einer GmbH, NWB 1996, Fach 18, S. 3489f. に よって行われる。

第一章 吸収消滅分割と吸収存続分割の手続

分割法の核心は、部分包括承継の導入にある（組織変更法一―三―三条。以下では組織変更法上の規定については条文数のみ挙げる）。このことは、分割する法形式によってもなんら異なる。部分包括承継によって、企業には、その構造変更を緩和された条件の下で実行する可能性が開かれた。この分割には、典型的な三つの類型が認められている。それぞれのそれについて、合併の場合のように吸収と新設の方法が許されているので、分割の方法としては六通りの方法がある。説明の便宜のために、すべての局面で有限会社が参加する場合を例に挙げることにする。⁽⁵⁾ 有限会社の消滅分割の類型は、有限会社が清算せずに解散して、自己の財産を分割して、部分包括承継の仕方、少なくとも二個の既存の有限会社（吸収消滅分割）または新設された有限会社（新設消滅分割）に分割財産の一部を一体として譲渡する方法である。この場合は、譲受有限会社に対する持分は譲渡または新設有限会社の持分所有者に付与される（二―三―一条一項）。つぎに、有限会社の存続分割の類型は、譲渡有限会社は本体会社として存続して、一個以上の既存の有限会社（吸収存続分割）または新設された有限会社（新設存続分割）に分割財産の一部を部分包括承継の仕方、一体と

して譲渡する方法である。この場合も、譲渡または新設有限会社の持分所有者が譲受有限会社に対する持分を取得する（二二三条二項）。最後に、有限会社の分離独立の類型は、譲渡有限会社が自己の財産を分割して、一個以上の既存の有限会社（吸収分離独立）または新設された有限会社（新設分離独立）に分割財産の一部を部分包括承継の仕方として譲渡する方法である。この場合には、前二者と異なり、譲渡有限会社の持分所有者ではなく、譲渡有限会社自体が譲受有限会社の持分を取得する（二二三条三項）。

吸収分割手続の流れは、簡単に述べれば、原則的にはつぎのように略述できよう。まず、分割に参加する有限会社の業務執行者が締結する分割・引受契約が吸収分割の基礎となる。業務執行者は、分割報告書を作成する。分割・引受契約は検査を受ける。参加有限会社の社員は、分割・引受契約を決議によって承認する。分割の実施のために、譲受有限会社の資本が増加される。参加有限会社の業務執行者は、商業登記簿に登録するために資本増加と分割の登記申請をする。分割は、譲渡有限会社の商業登記簿に登録した時から有効になる。譲渡された財産は、分割・引受契約に定められた配分に応じて、一体として譲受有限会社に移転する。譲渡する有限会社は、消滅分割の場合は、消滅する。譲渡する有限会社の社員は、分割・引受契約に定められた配分に応じて譲り受ける有限会社の社員になる。

第一節 分割・引受契約

(1) 業務執行者の権限

各分割当事有限会社の業務執行者は、代表機関として（有限会社法三五条一項）、分割・引受契約の締結権限をもつ

(一二五条一文、四条一項一文)。業務執行者は、契約の締結を第三者に委任することもできる。業務代理権 (Prokura) だけでは契約の締結については十分ではない。分割・引受契約は会社法上の効力を有するので、それは営業に伴う法律行為に属しない(商法典四九条一項)。むしろ、商業の経営それ自体が関係するいわゆる基本的行為 (Grundlagengeschäft) が問題となる。

(2) 最低記載事項と契約の形式

分割・引受契約またはその草案は、一二六条一項一号から一一号の規定において列挙する最低の記載事項、ならびに、場合によっては一二五条一文、四六条の規定による記載事項を含まなければならない。分割・引受契約における万が一の金銭交付額(一二六条一項三号)を含む持分の交換比率の記載は、社員に対して特別の意味をもつ。交換比率は、譲渡する有限会社の社員が反対給付として譲り受ける有限会社のいかなる範囲の持分を取得するか記載する。金銭も給付される場合は、分割・引受契約において金銭交付額を決定しなければならない。金銭交付額は、付与される持分の総券面額の一〇分の一まで給付することができる(一二五条一文、五四条四項)。この規制は、端数の補償 (Spitzenausgleich) に役立つ。端数の補償のためでない場合でも、金銭交付は、右の一〇パーセント基準以内であれば許される。譲渡有限会社の各社員のために、譲受有限会社が付与しなければならない(一二五条一文、四六条一項一文) 持分の額面額を記載しなければならない。したがって、有限会社の場合は交換比率の単なる記載では十分でない。分割・引受契約においては、持分の割当では名前を付して行うべきである。積極・消極財産の正確な表示と配分(一二六条一項九号)ならびに譲受有限会社の持分の配分と配分の基準(一二六条一項一〇号)は、分割・引受契約の中心的構

成要素である。分割前の持分割合を維持するいわゆる比率維持型分割も分割の際に任意に定める比率任意型分割も許される（一二六条一項一〇号）。比率任意型分割の場合には、譲受有限会社の持分は、任意に譲渡有限会社の社員に配分することができる。したがって、この方法によって、社員グループや構成母体の同族を清算したりまたはこれを分離することが可能である。最後に、分割・引受契約には、従業員と労働者代表者に対する分割の効果ならびにその限りにおいてとられた措置について定めなければならない（一二六条一項一〇号）。

分割・引受契約は公証人の認証を受けなければならない（一二五条一文、六条）。公証人の認証が強制されるので、認証を受けるための経費は企業にはかなりの負担になる。⁽⁶⁾

分割・引受契約において定める事項は、株式会社の場合と同様の内容となっている。⁽⁷⁾

(3) 事業所従業員代表委員会への送付

分割契約書と引受契約書またはその草案は、承認に関して決議すべき社員総会の日の遅くとも一カ月前に有限会社の権限のある事業所従業員代表委員会に送付しなければならない（一二六条三項）。これにより、労働者代表（事業所従業員代表委員会）は、分割および分割がもたらす効果に関する情報を早く入手することが保障される。

第二節 分割報告書

分割に参加した各有限会社の業務執行者は、書面による詳細な分割報告書を作成しなければならない。報告義務は、業務執行者全員が負う（一二七条、八条）。分割報告書では、分割の態様、分割・引受契約またはその草案を個別にお

よびとくに持分の交換比率ならびに配分基準が法的小よび経済的に説明しかつ理由づけられる(一二七条一文)。有限会社の評価の際に特別の困難が生じた場合は、業務執行者はこれについて分割報告書に明示しなければならない(一二七条二文、八条一項二文)。最後に、社員の参加に対する効果を指示しなければならない(一二七条二文、八条一項二文)。

すべての分割当事有限会社の業務執行者が共同して報告書を作成することも許される(一二七条一文)。すべての参加有限会社の持分所有者がその作成を放棄するか、またはよくある場合であるが、譲受有限会社が譲渡有限会社の持分全部を所有している場合は、分割報告書は不要である(一二七条二文、八条三項一文)。放棄の表示は、公証人の認証を受けなければならない(一二七条二文、八条三項二文)。

分割報告書は、持分所有者に対して分割に関する包括的な報告をするのに役立つ。社員は、事前の書面による情報によって投票について準備できる。業務執行者は、分割報告書の内容と範囲に関して、まず、分割について法的小よび経済的に説明し理由づけなければならない。それは、分割に関する法的小よび経済的理由、つまりその合目的性を詳細に記述しなければならない。さらに、分割・引受契約が説明されなければならない(一二六条一項一号から一二号)。法律上は、詳細な個別の説明および理由づけられた報告書が要求されているので、記述は、分割・引受契約における記載事項の記述では足りない。持分の交換比率(一二七条一項三号)については、交換比率の根拠明確性のコントロール (Stichhaltigkeitskontrolle) をできるようにするため、できるだけ多くの評価の要素を社員に通知しなければならない⁽⁸⁾。営業に必要な財産は、収益価値評価方法 (Ertragswertmethode) によって評価され、営業に必要でない (営業中立的な) 財産は、資産価値評価方法 (Substanzwertmethode) によって評価されたことを明示することができる。参加有

限会社の企業価値のほかに、個々の数値 (Einzelplanzahlen) も公表しなければならない。さらに、資本還元率 (Kapitalisierungszinssfuß) を記載して、基本的利子率、危険割増しおよび通貨価値の下落による減額を示さなければならぬ。業務執行者は、営業中立的財産については、その財産に関する価額を包括して記載すれば足りる。⁽⁹⁾

業務執行者は、情報の公表を拒否することもできる (二二七条二文、八条二項一文)。つまり、業務執行者は、公になれば参加有限会社または結合企業の一つに著しい不利益を与える事実を分割報告書に記載する必要はない。しかし、情報提供の拒否権を行使した場合は、その事実が記載されなかった理由を分割報告書において説明しなければならない。

第三節 分割検査

分割の検査は、法律上の制度として規定されている。つまり、分割・引受契約またはその草案は、一人以上の専門検査役 (分割検査役) による検査を受けなければならない (二二五条一文、九条一項)。一人の社員が要求すれば分割の検査をしなければならない (二二五条一文、四八条一文)。費用は会社が負担する (二二五条一文、四八条二文)。通常経済検査士・公認帳簿検査士 (vereidigten Buchprüfer)⁽¹⁰⁾ の時間当たり相談料が高額なので、分割検査の実施のため会社にはかなり経費がかさむことになる。

分割の検査は、分割に参加するすべての有限会社の総持分所有者がこれを放棄する場合には、検査を放棄できる (二二五条三項一文、九条三項、八条三項一文)。放棄の表示は公証人の認証を要する。

分割の検査は、参加する全部の有限会社の社員の保護にのみ役立つ。検査の範囲に関しては、まず最初、分割・引受契約の完全性ならびに契約に規定された記載事項の正当性の検査に及ぶ。分割検査の主要な課題は、一二五条一文、一二条二項一文、二文から間接的に生ずるように、提案された持分の交換比率の相当性および場合によっては金銭交付額のそれについてである。これに対して、検査は、分割報告書に含まれた分割の経済的合目的性に関する記述には及ばない。合目的性のコントロールは、もっぱら社員の問題であるからである。分割報告書の完全性も検査する必要がない。

分割検査役は、業務執行者またはその申立てによって裁判所が選任する（一二五条一文、一〇条一項一文）。分割検査役は、複数のまたは参加するすべての有限会社のために共同で選任できる（一二五条一文、一〇条一項二文）。大有限会社（商法典二六七条三項参照）の場合は、経済検査役および経済検査会社が分割検査役に選任されることができるにすぎない。これに対して、中小の有限会社（商法典二六七条一項および二項参照）の場合は、公認帳簿検査役と簿記検査会社も分割検査役に選任されることができる。

分割検査役は、検査報告書において検査の結果に関して書面で報告しなければならない（一二五条一文、一二条一項一文）。分割検査役は、共同の検査報告書を作成することもできる。参加するすべての有限会社の総持分所有者がその作成を放棄する場合は、検査報告書の作成は不要である。放棄の表示は、公証人の認証を受けなければならない。検査報告書の内容に関しては、分割・引受契約が完全であるか、および契約で規定されている記載事項が正当であるかどうかを記載しなければならない。さらに、分割報告書に記載されている事項が正当であるかどうか報告しなければ

ばならない。検査報告書は、持分の交換比率などに関する記載事項(一二五条一文、一二条二項二文一号から三号)についての叙述も含まなければならない。検査報告書は、提案された持分の交換比率、および場合によっては金銭交付額が反対給付として相当であるかどうかに関する説明(証明または検査の付記)で終わらなければならない。情報公表拒否権(一二五条一文、一二条三項、八条二項一文および二文)は、分割検査役にもその報告義務の範囲で帰属する。

第四節 分割決議

(1) 社員総会の準備

分割について決議すべき社員総会の招集については、有限会社法の一般原則が適用される。したがって、社員総会は、業務執行者が招集する(有限会社法四九条一項)。社員による総会の招集は、書留郵便でなされる(有限会社法五一条一項)。組織変更法は、補足的に、分割・引受契約またはその草案および分割報告書は、遅くとも承認に関して決議すべき社員総会の招集とともに社員に送付しなければならないと定める(一二五条一文、四七条)。業務執行者は、分割・引受契約について承認すべき社員総会の招集の際に分割を決議の議事日程として通知しなければならない(一二五条一文、四九条一項)。さらに、社員総会の招集のときから、直近三営業年度についての参加有限会社の年度決算書および状況報告書を社員の閲覧に供するために会社の営業所に備置しなければならない。業務執行者は、請求があるときは、いつでも各社員に分割について重要な他の有限会社のすべての事項についても説明しなければならない。社員は、自己の会社の問題については解説請求権を有する(有限会社法五一a条第一項参照)。

(2) 決議

分割・引受契約は、それが有効になるためには、各参加有限会社の社員総会の承認決議が必要である（分割決議）（二二五条一文、一三条一項一文）。分割決議は、分割・引受契約の有効要件である。社員の決議が必要なのは、分割によってそれぞれの会社の基礎が変更されるからである。決議は社員総会でのみすることができ、書面による決議を行うことができない。したがって、定款をもって書面による持回り決議（Umlaufverfahren）を認めている場合でも、それは許されない。

社員総会の決議には、少なくとも投票数の四分の三の多数決が必要である（二二五条一文、五〇条一項一文）。定款をもって決議要件の加重および別の要件を定めることができる。これに対して、決議要件の緩和は許されない。さらに、それぞれの場合の特別の決議要件が法定されている（二二五条一文、五〇条二項、五一条一項一文と二文、一二八条一文）。

比率任意型分割の場合は、譲渡有限会社の総社員の承認が必要である（二二八条一文）。この場合には、特別に少数社員の保護が必要であるからである。つまり、少数社員は、価値がなくなった有限会社に押込められることから保護されなければならない。このため、譲渡有限会社の社員総会の全員一致による決議が要求されているのである。

譲渡有限会社の持分を譲渡するには一定の持分所有者の承認を必要とする場合は、分割決議は、それが有効になるためには当該持分所有者の承認が必要である（二二五条一文、一三条二項）。定款をもって譲渡に対する個々の持分所有者の承認を定めなければならない（いわゆる譲渡制限条項）。実務では、ほとんどの場合、譲渡有限会社の持分の譲渡について総社員の承認を定めている。この場合には、総社員の承認が必要である。

(3) 形式

分割決議と非出席社員の同意の表示を含む個々の社員の同意の表示は、公証人の認証を受けなければならない（二二五条一文、一三条三項一文）。分割・引受契約またはその草案は、分割決議に添付書類として添付しなければならない。請求があるときは、各社員に分割・引受契約および分割決議の議事録の写しを社員の費用で遅滞なく（民法二二一条）交付しなければならない。

第五節 譲受有限会社における資本増加

分割における資本増加も合併における資本増加も、現物出資による資本増加であり、基本的には同様に規制されるので、分割の場合には合併に関する規定（五三条以下）が準用されている。現物出資の目的物は、分割される財産の一部で、出資義務は、譲渡有限会社の分割されるべき財産の譲渡によって履行される。債権者保護の理由から、分割される財産の過大評価と額面以下の発行が禁止される。譲渡財産の帳簿価額が資本増加額の資金準備のために十分でない場合は、分割貸借対照表（Teilungsbilanz）には時価と流通価格で表わすことができるとする見解もある。⁽¹²⁾

譲受有限会社は、持分の付与に応じるために、資本増加を行う場合がある。譲受有限会社が、自己の持分を所有しないか、十分な数の持分を有していないかまたは自己持分を反対給付として利用したくない場合に、分割を実行するために資本増加が必要となる。⁽¹³⁾ 譲受有限会社は、資本増加の方法で新たに創設された持分を譲受有限会社の社員に対する反対給付として付与しなければならない。分割の実行のために行われる目的が限定された資本増加については、

簡易な手続が定められている。現物出資による増資は、緩和された要件の下で行うことができる。各譲受有限会社では、資本増加決議と分割決議は同一の社員総会で決議することができる。

第六節 譲渡有限会社における資本減少

存続分割の場合は、譲渡有限会社は、資本減少が必要になる場合がある。自己の財産の一部を存続分割する譲渡有限会社は、本体会社として存続する。存続分割の実行という限定された目的のための資本減少は、簡易な形式（有限会社法五八a条以下）でも行うことができる（二三九条一文）。通常の資本減少とは反対に、簡易な資本減少の場合は（二三九条一文、有限会社法五八a条以下）、社員による担保の給付（有限会社法五八a条第一項二号）は不要である。同時に、債権者への通知、債権者の有限会社への届出ならびに一年間の閉鎖期間（有限会社法五八条一項三号）の遵守も不要である。必要な資本減少決議と分割決議は、譲渡有限会社の同一の社員総会において決議できる。

第七節 商業登記簿への分割の登記申請と登記

業務執行者は、会社の住所の商業登記簿に登記するために分割を登記申請しなければならない（二二五条一文、一六条）。各譲受有限会社の業務執行者も分割登記の申請権限を有する（二二九条）。業務執行者は、登記申請の際に、分割決議の効力を争う訴え（取消し訴訟）が提起されていないかもしくは期間内に提起されていないこと、または、そのような訴訟が確定的に却下されたかもしくは取下げられたことを表示しなければならぬ（いわゆる消極的表示）。

業務執行者は、場合によっては、必要な表示（一二五条一文、五二条一項）をしなければならない。存続分割の場合は、譲渡有限会社の業務執行者は、登記申請の際に、法律および定款の規定によって定められた当該会社の設立のための前提が存続分割を考慮して登記申請のときに充足されていることも説明しなければならない（一四〇条）。登記申請には、一定の書類を添付しなければならない（一二五条一文、一七条一項と二項一文、五二条二項）。

分割は、譲受有限会社および譲渡有限会社の住所の登記簿に登記しなければならない。登記は任意にすることができ、登記の順序がつぎのように法定されている。

- ① 譲受有限会社の場合には、分割の実行のために資本増加が実施されたときは、まず最初、譲受有限会社の住所の商業登記簿に資本増加を登記しなければならない（一二五条一文、五三条）。
- ② 譲渡有限会社の場合には、分割の実行のために資本減少が実施されたときは、譲渡有限会社の住所の商業登記簿に資本減少を登記しなければならない（一二三条一文）。
- ③ 分割が、譲受有限会社の住所の商業登記簿に登記される（一二〇条一項一文）。
- ④ 最後に、分割が、譲渡有限会社の住所の商業登記簿に登記しなければならない（一二〇条一項一文）。登記は公告しなければならない（一二五条一文、一九条三項一文）。

- (5) 有限会社が譲渡する側にある分割については、合名会社・合資会社（一二五条、一三五条、一三八条から一四〇条）、有限公司（一二五条、一三五条、一三八条から一四〇条）、株式会社・株式合資会社（一二五条、一三五条、一三八条から一四〇条、一四一条から一四六条）、登記協同組合（一二五条、一三五条、一三八条から一四〇条、一四七条、一四八条）がそれぞれ譲り受ける法形式または

新設される法形式であることができる。分割には有限会社が他の有限会社と参加する以外に、有限会社とそれ以外の法形式の会社が参加することもできる（二二四条二項、三条四項）。組織変更法は、これらの可能性を簡単に現すために、総則規定においては個々の法形式を限定せずに「権利の担い手」という文言を利用して法技術的に解決する。

- (6) 公証料は業務価値 (Geschäftswert) を基準に定められる。一九九七年四月二三日に費用法が改正され、組織変更法にもとづく決議については、譲渡する有限会社 (株式会社) の借方財産の価値が業務価値となり、存続分割または分割独立の場合には、移転する借方財産の価値が基準となる (同法二七条二項)。詳細については、Funke, Der Geschäftswert für die Notargebühren bei der Beurkundung von Plänen und Verträgen nach dem Umwandlungsgesetz, DB 1997, 1120.

- (7) 拙稿・前掲同法二五一号一〇三頁以下参照。
- (8) OLG Karlsruhe ZIP 1989, 988, 990.
- (9) Engelmeier, a. a. O., Fach 18, S. 3491.
- (10) 本制度については、森本滋「西ドイツ会計監査人制度の改正——公認会計士と税理士の職域調整の観点より——」商事九六五号三三頁以下（一九八三）。
- (11) Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996, Rn. 1043.
- (12) Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, a. a. O., Rn. 1044.
- (13) Engelmeier, a. a. O., Fach 18, S. 3494.

第二章 新設消滅分割と新設存続分割の手続

以下では、新設消滅分割および新設存続分割について、前章で言及した吸収の場合との対比の上で特別に必要なかつ重要な手続についてのみ言及する。

第一節 分割計画

新設分割の場合には、譲渡有限会社は、まず設立されるべき新有限会社と分割・引受契約を締結することができない。したがって、一方的行為がそれに代わる（分割計画）。分割計画は一方的な形成の表示（意思表示）である。譲渡有限会社の業務執行者は、分割計画を作成しなければならない（一三六条一文）。

分割計画は、まず、法定された最低限の記載事項（一三五条一項一文、一二六条一項一号から一一号）および場合によっては特別の事項（一三五条一項一文、一二五条一文、四六条）を含まなければならない。さらに、分割計画には、新有限会社の定款を含むかまたは確定しなければならない。新有限会社の定款の確定は、分割計画の必要な構成部分であり、それが分割計画それ自体に含まれているかまたは付属文書として分割計画書に添付されているかどうかは問題でない。分割計画書は、公証人の認証を受けることが必要である。

第二節 新有限会社の設立

新設分割の一つの重要な前提は、新有限会社の設立である。組織変更法が別段の規定を設けていない限りにおいて、新有限会社の設立には、その時々新たな権利の担い手に適用される設立規定が適用されるので（一三五条二項一文）、有限会社法の設立に関する規定が適用される。譲渡有限会社は発起人と同視される。設立行為はその業務執行者により代理される。新設分割の場合は、一人の発起人だけが存在し、その結果一人会社が問題となる。

(1) 定款の確定

新有限会社の定款は、譲渡有限会社の業務執行者によって確定される。新有限会社の定款の確定は、分割計画において行われる（一二三条一項一文、一二五条一文、三七条）。定款は分割計画の必要な構成部分の一部であるので、これは公証人の認証を受けなければならない（一二三条一項一文、一二五条一文、六条）。

定款の必要な内容は、通常の有限会社の設立の場合と同様である（一二三条一項一文、有限会社法三条二項、五条四項一文、六条三項二文、一五条五項、二六条一項と三項、二九条、三七条一項、三八条二項一文、四五条一項、五二条一項。一三五条一項一文、一二五条一文、五七条）。新設分割の場合は、現物出資設立 (Sachgründung) が問題となる。したがって、定款には現物出資の目的物（譲渡有限会社の譲渡されるべき財産ならびに財産の一部）および現物出資に結合した出資額が（一二三条一項一文、五条四項一文）記載されなければならない。譲渡会社の定款に記載された特別利益、設立費用、現物出資と財産引受けに関する確定は、新有限会社の定款に引き継がなければならない（一二三条一項一文、一二五条一文、五七条）。

(2) 最初の監査役会と最初の業務執行者

五〇〇人未満の労働者が新有限会社で就業する場合には、共同決定法は適用されず、監査役会の設置は不要である。もちろん、定款をもって監査役会を定めることはでき、この場合には、その構成、権限ならびに手続を自由に規制することができる。これに対して、新有限会社に共同決定法が適用される場合は、監査役会は設置しなければならない（一九五二年事業所組織法七七条一項、共同決定法一条一項、六条一項、石炭鉄鋼共同決定法三条一項）。すなわち、五〇〇人以

上の労働者が新有限会社で就業する場合（事業所組織法七七条一項）、一〇〇〇人以上の労働者が就業する場合（石炭鉄鋼共同決定法三条一項）および二〇〇〇人以上の労働者が就業する場合（共同決定法一条一項、六条一項）は、それぞれ新有限会社は監査役会を設置しなければならない。新有限会社の監査役会の設置義務に関する詳細については、定款において定めなければならない。

共同決定法が適用されない有限会社の場合は、業務執行者の選任は、定款において定められるかまたは社員の多数決でなされる（有限会社法六条三項二文、四六条五号）。新有限会社の定款をもって最初の業務執行者の選任を行うのが合目的である。それに対して、共同決定法および石炭鉄鋼共同決定法の適用を受ける新有限会社の場合は、最初の監査役会が業務執行者の選任について権限を有する（共同決定法三二条、石炭鉄鋼共同決定法二二条）。

(3) 現物出資設立報告書

現物出資設立報告書（有限会社法五条四項二文）は、常に必要である（二三八条）。したがって、譲渡有限会社は、その業務執行者が代理して、発起人として、書面による現物出資設立報告書を作成しなければならない。報告書は、現物出資に対する給付の相当性について重要な状況を説明し、かつ、企業が移転する場合は直近二営業年度の年度収益を会社に報告しなければならない。さらに、現物出資設立報告書においては、譲渡有限会社の営業の経過と状況を説明しなければならない（二三五条一項二文、一二五条一文、五八条一項）。

第三節 分割決議

譲渡有限会社の社員は、社員総会で分割計画を承認しなければならない（いわゆる分割決議）（一三五条一項一文、一二五条一文、一三条一項一文）。分割計画は、社員の承認を介した譲渡有限会社の一方的意思表示である。譲渡有限会社の有効な一方的意思表示が分割決議とともに存在する。分割決議は、公証人の認証を受けなければならない。

新会社の定款は、譲渡有限会社の社員総会の承認が必要である。新有限会社の定款は、譲渡有限会社の社員が分割決議によってこれを承認した場合にのみ有効になる（一三五条一項一文、一二五条一文）。新有限会社の定款は、分割計画の必要な構成部分の一部であるので、新有限会社の定款の承認が分割決議の構成部分でもある。

新有限会社の最初の監査役会の選任も、場合によっては譲渡有限会社の社員総会の承認が必要である。これは、監査役員が譲渡有限会社の社員によって選任される限りにおいて、新有限会社の監査役員にも準用される（一三五条一項一文、一二五条一文、五九条二文）。したがって、最初の監査役会の選任のための譲渡有限会社の社員総会の承認決議は、投票数の四分の三の多数決が必要である。当該承認決議は、分割決議とともになされるのが合目的である。

第四節 新有限会社の商業登記簿への登記申請と登記

譲渡有限会社の業務執行者は、各新有限会社をそれが住所を有する地区の登記裁判所に商業登記簿に登記するため登記申請しなければならない（一三七条一項）。新有限会社の商業登記簿への登記申請は、公証された方式で行わなければならない（商法典一二条一項）。新有限会社の登記申請は、一定の書類を添付しなければならない（一三五条二項一文、有限会社法八条一項一号から六号）。

新有限会社は、その住所の商業登記簿に登記しなければならない。商業登記簿への新有限会社の登記は、もちろん譲渡有限会社の住所の商業登記簿への分割の登記と同時に始めて有効になる。したがって、新有限会社は、譲渡有限会社の住所の商業登記簿に分割を登記したときに成立する。各新有限会社の住所の登記裁判所は、新有限会社の登記を公告しなければならない（商法典一〇条）。

第五節 商業登記簿への分割の登記申請と登記

譲渡有限会社の業務執行者は、譲渡有限会社の住所の商業登記簿に登記するために分割の登記を申請しなければならない（二三七条二項）。分割の登記申請書には、一定の書類を添付しなければならない（二三五条一項一文、一二五条一文、一七条一項と二項一文、五二条二項）。

分割は、譲渡有限会社の住所の商業登記簿に登記しなければならない。組織変更法は、登記の順序をつぎのように法定している。

- ① まず最初に、新有限会社をその住所の商業登記簿に登記しなければならない。
- ② 譲渡有限会社において分割の実行のために資本減少が実施される限りにおいて、譲渡有限会社の住所の商業登記簿に資本減少を登記しなければならない。
- ③ 最後に、分割を譲渡有限会社の住所の商業登記簿に登記しなければならない。分割の登記は、公告しなければならない。譲渡会社の住所への登記は、創設的効力を有する。それに対して、新有限会社の住所の商業登記簿へ

の新有限会社の登記は、たんに宣言的意味があるにすぎない。

第三章 分割の効力

(1) 概要

分割は、譲渡有限会社の住所の商業登記簿への分割の登記と同時に有効になる（一三一条一項一号）。分割の効力は、この時点から発生する。譲渡有限会社の持分は、存続分割の場合は、債務を含む財産の存続分割された部分が分割・引受契約で定められた配分に応じて一体として譲受有限会社に移転する（いわゆる部分包括承継）。財産の移転は法律にもとづく。その結果、個々の財産または債務に関して個別の譲渡行為は不要である。消滅分割の場合は、譲渡有限会社は自動的に消滅する。登記抹消の申請は必要ない。それに対して、存続分割の場合は、譲渡有限会社は、本体会社として存続する。両者の分割の場合は、譲渡有限会社の社員は、分割・引受契約で定められた配分に応じて譲受有限会社の社員になる。

(2) 部分包括承継

分割の法律上の制度においては、財産の移転が部分包括承継の方法で行われる。分割の効力の発生とともに、譲渡有限会社の財産の一部分は、分割・引受契約において規定された配分に応じて一つの行為で部分包括承継の仕方でも譲受有限会社に移転する（一三一条一項一号一文）。譲渡に関する規定（民法典三九八条以下、四一四条以下、八七三条以下、九二五条以下、九二九条以下）の下での個別の財産譲渡および個々の債務の譲渡は不要である。部分包括承継は、個別

譲渡と比べれば、分割を意欲する企業には重要な利点である。簡単で、迅速に、コストの有利な分割の実行を可能にする。複雑化しない、早急な債務の割当ては部分包括承継に結びついている。債務の譲渡に債権者の承認（民法典四一四条以下参照）が不要であるからである。

個々の財産や債務が分割・引受契約において列举して言及されなかったときは、存続分割の場合は、譲渡有限会社（本体会社）に残り、消滅分割の場合は、譲渡有限会社が消滅するので、受皿規定が設けられている（一一二条三項）。これによれば、配分されなかった（忘れられた）財産は、一定の比率で譲受有限会社に配分される。さらに、配分されなかった（忘れられた）債務については、分割に参加した有限会社が連帯債務責任を負担する（一一二条一項一文）。

結語にかえて

企業実務において分割法制が非常に重要な意味を有するのは、部分包括承継の制度である。⁽¹⁴⁾すでに指摘したように、近時は、有限会社の数が飛躍的に増加しており、そのことは、中小規模の会社が新設された分割制度を利用して事業再編を行うことが容易であることを示している。分割法制の実際的な経済的重要性は否定できない。組織変更法は、特定承継による分割の可能性を排除せずに、この方法と部分包括承継の方法とを併存させている。前者の方法は、その手続が非常にめんどうなため、組織変更法が制定されて実務が新たな制度に慣れるならば、債権者の同意を必要とするような實際上特別な解決をはかる必要があるような場合を別とすれば、今後は恐らくあまり利用されなくなるのではないかと憶測される。しかしながら、その選択肢を法制度として残し、両制度を併存する方向は、企業に選択の

余地を認めることになる。会社法制度を急激に変革せず、新たな制度が経済界に浸透することに配慮を払うドイツの立法例は、わが国における将来の分割法制の立法化に当たり参考になるのではないかと思われる。

(14) Engelmeier, a. a. O., Fach 18, S. 3498.