

文部科学省 法科大学院等専門職大学院教育推進プログラム

「国際的視野と判断力をもつ法律家の養成」

同志社大学法科大学院 第九六回国際セミナー（二〇〇七年二月一六日）

## ヨーロッパにおける会社法の競争

ダニエル・チマー

高橋 英治（訳）

### I 序論

はたして会社法間の競争は存在するのか、あるいは存在しうるのか。この問題に対する答えは、我々がいかなる意味において競争という言葉を理解するのかに依存する。この概念は二つの意味に理解される。すなわち、第一に、単に会社の設立者が様々な国家の法形態を選択することを意味するのか、それとも、第二に、会社法の立法者が会社設立を巡

り会社法の内容につき競争を繰り広げるといふ意味において、すなわち、会社法を魅力のある内容のものにして会社設立者を自己の法に誘導しようという面において理解するの、である。この会社法間の競争の二つの面につき、私は次の区別をしたい。

第一の意味での会社法間の競争——会社設立者が法秩序を自由に選択すること——が存在するか否かは、抵触法（あるいは国際私法）のあり方の問題である。米国法においては——英国およびスイスを含む他の多くの法秩序におけるように——リベラルな設立準拠法主義が支配的であり、これにより生ずる設立準拠法の選択の自由は、米国において設立される資本金会社がデラウエア州の法によって設立されるといふ結論を導いている（その理由については後述する）。EUにおいては、近年のヨーロッパ裁判所の判例の発展において、前述のいわゆるデラウエア効果と比較できるような傾向、とりわけヨーロッパ大陸における英国会社の法形態への移行を見出すことができる（この点についても後述する）。かかる流失の動きは会社設立者の自己の法からの逃避を意味するわけであるが、かかる会社設立者の動きが、いわば国家にとって客である会社設立者の獲得競争という意味における国内立法者の反応を引き出すか否かは、最初に提起した法選択の自由の存在と利用についての問題と同様に興味深い。

デュルツブルク大学の私の同僚であるエバ・マリア・キーニンガーは、会社法立法者の競争という問題を同氏の教授資格論文で取り上げている。同氏は、二〇〇二年に公表された研究において、法律の内容上の変更による競争という意味での会社法立法者の競争というものは存在する可能性が低いといふ結論に達した。同氏は、国家および国家において活動する政治家にとって会社法の領域での立法は利益をもたらす仕事ではないと考える。同氏によると、外国に住む会社設立者による会社法の選択は——租税法が固有の適用基準を有し、かかる選択が租税収入につながるため——国家の財政にとって特に重要というわけではない。同氏によると、国会議員のような政治的責任を有する者にとつても、

会社法というテーマは特に魅力的ではなく、社会保障法、租税法あるいは外国民法のような問題と比べて、選挙における自己の支持者を簡単に見出すことができるテーマではない。しかし今やキーンガーが二〇〇二年に発表した提言は、私の見解によると、その後のヨーロッパにおいて生じた展開によって反証されてしまった。私は、この講演を二つの部に分けたい。まず第一部において、ヨーロッパにおける会社設立者にとっての法的枠組みの変更そしてかかる会社設立の自由の実際上の利用のされ方について論じたい。そして第二部においては、かかる会社設立の自由の影響、すなわち、いくつかの国における国家の立法者の立法活動の変遷について論じたい。

## II ヨーロッパにおけるデラウエア?——ヨーロッパ裁判所の新しい判例の会社設立者の行動に対する効果

ヨーロッパ裁判所は、センセイションを巻き起こした三つの判決により、会社設立者と社員に対してEU内における広い自由を確定した。発展の契機となったのが、一九九九年のいわゆるツェントロス判決であった。一組のデンマーク人夫婦が、ロンドン在住の友人の住所の元にロンドンで英国法上の会社を設立するため、ロンドンに出かけて行った。これらはすべてデンマーク法による資本会社の最低資本金の要求が比較的高いためこれを回避するために行われた。英国法上、会社は一ポンドの資本金によって設立することができる。この会社の発起人は、デンマークに帰国し、会社のデンマーク支店の設立を申請した。デンマークの当局はこの申請を却下した。デンマークの最高裁判所は、かかるデンマーク当局による却下がヨーロッパ法に合致するか否かの問題を、ヨーロッパ裁判所に付託した。ヨーロッパ裁判所は、デンマークの最低資本金規定を回避して営業活動を行うという目的だけのために英国で会社が設立される場合でも、支

店の登記を拒絶してはならないと判決した。<sup>①</sup>

第二の事件は、オランダで設立されオランダで業務を行っていたオランダ法上の有限会社に相当する会社 (Besloten Vennootschap) に関するものであった。この会社は、すべての持分が複数のドイツ国民によって取得され、その後、もはやオランダ国内からは管理されなくなり、その新社員が住所を有するデュッセルドルフから管理されるようになった。この会社がドイツに所在する他の企業から訴訟を提起されると、これを受理したドイツの裁判所は、この会社につき権利能力および当事者能力を否定した。その理由は、当時までドイツにおいて支配的であった本拠地準拠法主義によると、権利能力および当事者能力を有する会社は、国内法に従い国内に存在し管理される会社でなければならないという点にあった。ヨーロッパ裁判所は、かかる会社がその事実上の本拠地をドイツに移した後においても、オランダの会社としてその権利を行使しうることを強調した。この判決により、事実上の本拠地を他のEU加盟国に移動した場合であっても、権利能力は欠如しないこととなった。<sup>②</sup>

第三の重要なヨーロッパ裁判所判決は、インスパイア・アート会社に関するものであった。この事件では、発起人がオランダから英国法上の会社を設立した。この会社は、オランダで業務活動を行っていたとのことであった。これはオランダ法上原則として可能であった。しかし、オランダ法は、オランダ国内で業務活動を行う外国会社に対して特別の要求を課していた。すなわち、特別法により、かかる外国会社はその商号において——本件では Inspire Art Ltd. であったのであるが——かかる会社が名称からきちんと外国会社と認識されるような付加語を付さなければならなかった。さらに、オランダ法は、形式上外国会社ではあるがオランダ国内から管理されている会社につき、オランダの資本会社法上の最低資本金の要求が満たされるべきことを規定していた。ヨーロッパ裁判所は、国内の業務活動のために外国法に基づき設立された会社についてのかかる特別の取り扱いを、EU法違反であると判示した。形式上の外国会社と

して特別の名称を付すことを要求しかつ資本調達等に関する特別の要求をなすことは、開業自由権を直接的に侵害する。<sup>(3)</sup>

これらの判決からの帰結は何であろうか。今やEUにおける会社設立者がレストランのメニューからのように、任意にEU加盟国の会社形態を選択しようという点については一致して認められている。したがって、あるEU加盟国において活動する会社形態は、他のEU加盟国の会社形態によって代替することができる。同じことは、ヨーロッパ経済圏の国、すなわち、ノルウェー、アイルランドおよびリヒテンシュタインについても言える。かくして、ドイツ連邦通常裁判所は、二〇〇五年に、リヒテンシュタイン法上の株式会社をヨーロッパ経済圏合意から生ずるドイツにおける会社設立の権利を行使しうることを認めた。リヒテンシュタイン法上の株式会社については、原則としてEU加盟国の会社と同じ権利が認められる。<sup>(4)</sup>これに対して、ヨーロッパ経済圏に属しないスイスに対しては同じことが言えないはずである。

かかるヨーロッパ裁判所の判決から何が生じたのか。ヨーロッパ裁判所が確立した自由を会社設立者の多くが利用したのか。これに対しては、そうであると答えるべきである。ヨーロッパ裁判所の判例は、大センセイションを巻き起こし、いわば波を創造したのであり、その波の周辺は辺境の新聞にも及んだのであり、多くの民衆は突如外国法に基づいた会社の設立に興味を抱くようになった。その例として、私が訪問したボンの商工業会議所の催しを取り上げたいと思う。ボンは三万人程の人口がある大都市とは言えない街である。二〇〇四年に行われた「英国会社——有限会社に代わるものか」をテーマとする催しには、一〇〇人を超える参加者があった。これによって、もはや英国会社はエピソードのようなものではないことが示されている。今日まで、外国会社の設立の事実上の増加についてはいろいろな憶測がなされている。しかし、この問題に関する信頼できる研究も存在するのであり、私はかかる信頼できる研究に基づいてお

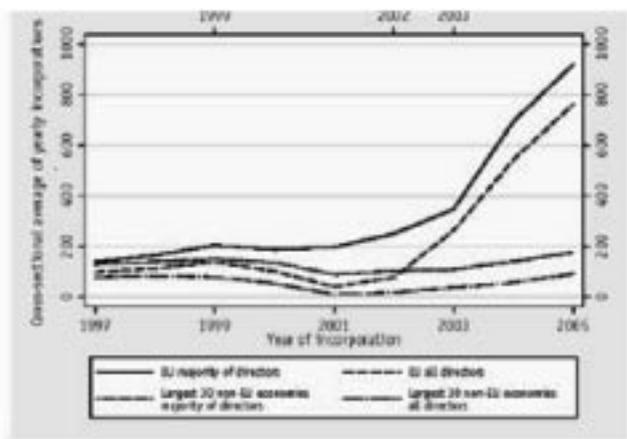


表 1

話したい。

同志社法学 五九巻四号 二二〇（二二〇四）

ベルギーの経済学者ベヒトと英国の経済学者マイアーとドイツの経済学者ワグナーは、二〇〇六年九月、一九九七年から二〇〇五年までの一連のヨーロッパの国の有限責任の会社の成立を研究する調査書を提出した<sup>5)</sup>。表1は、明らかに外国から発起された英国会社の設立の数がどのように推移したのかを示す。上の直線は、取締役の多数がその住所を英国に有さない新設英国会社の数の推移を示す。この数は一九九七年から二〇〇一年まで、おおよそ一定であったが、二〇〇一年からは、二〇〇社から九〇〇社まで、かかる英国会社の設立が年々増加していった<sup>6)</sup>。点線は、すべての取締役が他のEU加盟国から来ている英国会社の発展を示す。

外国からコントロールされている英国会社のさらなる基準は、これ以外に何千何百という英国会社の所在地の登録にある。すなわち、それは、明らかに、その発起人が管理や連絡の転送のためだけに英国所在の郵便受けを利用してはいる英国のサービス業の会社の所在地である。かかる会社をすべて英国からではなく外国から管理されている会社に算入すると、何千もの会社が外国から管理されていることになり、驚くべき数値となる<sup>7)</sup>。

Year	Majority of directors from country x		All directors from country x		Majority of directors from country y		All directors from country y		Majority of directors from country z		All directors from country z	
	x	y	x	y	x	y	x	y	x	y	x	y
1987	144	(12)	144	(8)	144	(13)	144	(13)	144	(13)	144	(13)
1988	15	(1)	144	(8)	154	(13)	154	(13)	15	(1)	144	(8)
1989	43	(3)	148	(10)	153	(13)	153	(13)	32	(2)	144	(8)
1990	51	(4)	151	(10)	156	(13)	156	(13)	39	(3)	144	(8)
2001	77	(6)	199	(13)	164	(13)	164	(13)	35	(3)	144	(8)
2002	90	(7)	219	(15)	165	(13)	165	(13)	38	(3)	144	(8)
2003	142	(11)	282	(19)	172	(13)	172	(13)	54	(4)	144	(8)
2004	271	(20)	336	(24)	181	(13)	181	(13)	67	(5)	144	(8)
2005	439	(31)	458	(34)	189	(13)	189	(13)	80	(6)	144	(8)
1987	9	(0)	9	(0)	1,061	(87)	258	(20)	72	(5)	150	(10)
1988	4	(0)	13	(1)	1,037	(84)	239	(19)	121	(9)	150	(10)
1989	9	(0)	13	(1)	1,011	(81)	217	(16)	130	(9)	150	(10)
1990	5	(0)	7	(0)	1,242	(94)	235	(18)	79	(5)	150	(10)
2001	5	(0)	23	(1)	1,075	(82)	516	(39)	74	(5)	150	(10)
2002	4	(0)	13	(1)	1,235	(91)	690	(51)	105	(7)	150	(10)
2003	9	(0)	21	(1)	1,269	(95)	2,916	(215)	113	(8)	150	(10)
2004	14	(0)	13	(1)	1,378	(101)	9,618	(730)	91	(6)	150	(10)
2005	27	(1)	21	(1)	1,460	(107)	15,819	(1,185)	126	(9)	150	(10)
1987	2	(0)	148	(9)	427	(30)	4	(0)	7	(0)	150	(10)
1988	4	(0)	286	(18)	433	(31)	8	(0)	2	(0)	150	(10)
1989	7	(0)	410	(26)	513	(36)	7	(0)	2	(0)	150	(10)
1990	7	(0)	394	(25)	479	(34)	9	(0)	2	(0)	150	(10)
2001	18	(1)	257	(16)	519	(36)	13	(0)	13	(0)	150	(10)
2002	4	(0)	267	(17)	548	(39)	16	(0)	18	(1)	150	(10)
2003	31	(2)	330	(21)	465	(33)	13	(0)	29	(2)	150	(10)
2004	35	(2)	365	(23)	468	(33)	16	(0)	24	(2)	150	(10)
2005	63	(4)	329	(21)	539	(38)	31	(1)	13	(0)	150	(10)
1987	36	(3)	13	(0)	381	(28)	80	(6)	31	(2)	150	(10)
1988	60	(4)	27	(1)	460	(34)	85	(6)	27	(1)	150	(10)
1989	86	(6)	23	(0)	440	(32)	111	(8)	28	(2)	150	(10)
1990	94	(7)	22	(1)	580	(42)	107	(8)	26	(1)	150	(10)
2001	58	(4)	18	(0)	477	(35)	90	(6)	24	(1)	150	(10)
2002	49	(3)	13	(0)	560	(41)	105	(8)	26	(1)	150	(10)
2003	35	(2)	19	(0)	637	(46)	315	(23)	292	(21)	150	(10)
2004	87	(6)	23	(0)	1,066	(78)	1,238	(90)	113	(8)	150	(10)
2005	111	(8)	23	(0)	1,027	(75)	2,338	(172)	126	(9)	150	(10)
1987	55	(4)	15	(0)	0	(0)	243	(18)	166	(12)	150	(10)
1988	67	(5)	8	(0)	8	(0)	237	(18)	218	(16)	150	(10)
1989	54	(4)	4	(0)	6	(0)	300	(22)	217	(16)	150	(10)
1990	44	(3)	7	(0)	2	(0)	271	(20)	233	(17)	150	(10)
2001	45	(3)	8	(0)	11	(0)	275	(20)	193	(14)	150	(10)
2002	26	(2)	10	(0)	7	(0)	379	(28)	294	(22)	150	(10)
2003	52	(4)	12	(0)	9	(0)	269	(20)	238	(18)	150	(10)
2004	33	(2)	13	(0)	18	(0)	376	(28)	301	(22)	150	(10)
2005	66	(5)	16	(1)	37	(0)	438	(32)	406	(30)	150	(10)

表2

かかる多くの会社はどの国からやってくるのか。表2がこれをはつきりと示す。ほとんどのEU加盟国では、英国会社の設立が明確に増加したことが示されている。オーストリアでは、一九九七年には三一社であったが、二〇〇五年には六〇九社となった。ベルギーでは、数は三倍となった(一一六社から四五八社となった)。フランスでは、数は約六〇パーセント増加し、一〇六一社から一六六一社となった。際立っているのは、ドイツにおける増加であり、一九九七年には、二五八社しか英国会社は設立されていなかったが、二〇〇五年には一二〇一九社に達した。

Land	Pre-Centros	Post-Centros	St-Faktor	MindKap	MindE	Dauer (T)
Deutschland	508	21490	42,3	25000	12500	42 (25)
Österreich	52	881	16,9	35000	17500	28
Dänemark 1	111	1172	10,6	16800	16800	23
<i>Italien 2</i>	295	567	1,9	10000	10000	30
Niederlande	875	3355	3,8	18000	18000	5 (20)
Belgien	281	674	2,3	18550	6150	28
<i>Frankreich 2</i>	1190	2019	1,7	Jan-00		10 ( 2)
Schweden	431	509	1,2	10650	10650	42 (21)
Spanien	460	523	1,2	3010	3010	2
Frankreich 1	2678	2019	0,8	Jan-00	1	10 ( 2)
Italien 1	915	567	0,6	10000	10000	30
<i>Dänemark 2</i>	1128	276	0,2	168000		1

表 3

かかる国ごとに極めて異なる急激な上昇を、どのように説明することができるのか。信頼できる研究は、この二つの関連を説明する。英国会社の設立は、最低資本金についての国内法の法的要求が高い国々で特に激しく増加し、かつ、新設国内会社の登記に特に時間がかかる国々で多く増加している。ドイツ人弁護士であるニーマイアーの評価が次の表である(表3)<sup>8)</sup>。

中心の分かれ目に注目してほしい(増加要因)。ドイツの増加要因は、四二・三すなわち、初期値の四二・三倍であり、明確にトップである。同時に、ドイツでは法律上の最低資本金は二五〇〇〇ユーロであり、最高に近い。これを凌駕する国はオーストリアだけであり、オーストリアでは有限会社の設立に三五〇〇〇ユーロの払込みが要求されている。

同時にドイツでは、会社の登記申請から設立登記までの平均作業時間がまず四二日(後には二五日)かかるのであり、悲しいことに作業時間最長の座を占める。かかる値——省略したかたちでしか出せないものであるが——の評価から、法律上の資本金の額および登記法上の登記手続きの長さが、適

用可能な会社法の選択において重要な要素となつてゐることを導き出さう。

最近の研究によると、さらなる興味深い結論が生じた。すなわち、ドイツにおける英国会社への移行は、特に旧東ドイツにおいて、経済的に強い他の地域よりも明らかに高いのである。これは、英国会社では最低資本金が不要であるという議論が、経済的に弱い地域において特に重要であることと関連する。さらに注目されるべきは、多くの英国会社の設立が比較的短い間に撤回されていることである。ドイツ事業統計から、法形態別にかなる企業が申請されかつ撤回されているかについて知ることができる。二〇〇五年では、一八二社の英国会社が事業法上撤回された。撤回の数は、二〇〇六年の上半年期において、前年比で既に六〇パーセント増加している。撤回が、しばしば申請の直後には行われず、平均ではしばらくして行われることを出発点とすると、かかる撤回の数は現在一年間で二〇〇〇を超えるが、これは前年の申請数を大きくは上回らない、ということが考慮されなければならない。したがつて、ここから、約八割から九割の英国会社が、申請されてからしばらくすると撤回されているということが推測できる。英国会社にとつて危機的な期間とは、その会社法上の設立、すなわちカーデフのカンパニーズ・ハウスにおける登記からの最初の二ヶ月である。遅くともこの時点までに、英国の会計法に従つて最初の年次決算が提出されなければならないのであり、年次決算が提出されない場合、いわゆるストライキ・オフすなわち英国の会社登録簿からの削除にまで及びうる厳格な措置が当局により採られる。したがつて、我々が昨年経験した英国会社設立ブームの後に英国会社解散のブームがやってくることは十分考えられるのであり、英国会社という法形態への移行は最初にそう思われたほど持続的でないことは十分考えられる。實際上他に比較できない程安価に思われた英国会社設立により、計算書類作成と専門家に対する相談から高い費用が生ずることが明らかになれば、多くの英国会社設立者は方針転換を決定するに違いない。さらにもう一つの理由がある。英国法によると、債務超過という状態は一ポンドの資本では早く達成され、不当取引の観点からの重大な責任に

帰結する可能性がある。再考すると、英国会社はその魅力の中の多くを失うのであり、そのヨーロッパ大陸における成功が持続することには疑問も提起しうるのである。

これから講演の第二部に入りますが、ヨーロッパ大陸の立法機関は英国会社の成功に比較的早く反応した。

### 三 立法者の競争

「英国会社が不相応に増加し、ほんの小さな規模の事業にも広がっていることから、かかる会社形態が必要かつ合理的であることがもはや反証不能であることがわかる。」この引用はだれのものであろうか。この引用は一一五年以上古く、ドイツ帝国首相ビスマルクのものである。<sup>9)</sup>ビスマルクは、ヨーロッパ大陸における英国会社についてこう述べたのではなく、英国における経済活動の担い手としての会社の数の注目すべき増加についてこう述べたのである。こう述べてビスマルクは、ドイツ有限会社法第一次草案の提出を理由づけたのであり、ドイツ有限会社は翌年すなわち一八九二年には実際に輝かしい経歴を刻み始め、今日ドイツ有限会社の数は、ほぼ一〇〇万社であると推定されている。このビスマルクの引用は、既に一九世紀において、他の法秩序との関係はどうなのか、かついかなる会社が好まれたかについて、会社法における法政策が考えていたことを示す。本講演では約一〇〇年飛んで二一世紀の初頭における有限会社法改正の動向を見ていきたい。

#### 1 スペインの「稲妻有限会社 (Blitz-GmbH)」

近年生じた会社法間の競争を示す上で紹介したい最初の会社は、スペインの稲妻有限会社である。スペインの立法者は、稲妻有限会社によって、従来の形態の有限会社に比べて設立が簡易・迅速化されている新しい会社形態を導入した。

簡易かつ迅速な方法により設立は四八時間でできる。資本金は在来の有限会社のように三〇一二ユーロ必要である。この新しい会社 (Dociedad Limitada Nueva Empresa, SLNE) は完全なる計算を行う必要はない。この新規制の発表されている目標は、ヨーロッパ委員会の勧告<sup>10)</sup>に合わせ、中小企業の設立を促進することにある<sup>11)</sup>。会社の設立の迅速化は——稲妻有限会社という非公式な名称はこれを表現するものであるが——一定の時間的優位条件によって保障されている。設立を認証する公証人は、会社設立後二四時間以内に電子的方法により商業登記簿に申請しなければならない。次の二四時間以内に商業登記所は設立登記所を認可しなければならない<sup>12)</sup>。

## 2 フランスの「ユーロ有限会社」

フランスは、二〇〇三年から二〇〇四年にかけて、有限会社法を現代化した。ここでも、企業設立の簡易化と促進の考えが中心に置かれていた。会社設立の手續が行われる場所は、企業書式センター (CFE) である。かかる企業書式の作成に係わるセンターは、商工会議所に設置されなければならない。潜在的な会社設立者は、かかるセンターにおいて、会社設立に必要な項目が挙げられている書式を受け取る。会社設立が申請されると、CFEは、同日中に所轄官庁特に商業裁判所に対して書類を送る。商業裁判所は、申請の到達から一日以内に、設立された会社の商業登記番号を記した証明書を発行する。かかる新規制は、設立された会社の名義での行為を容易にする。すなわち、新規制において、法人が商業登記簿への登記によって成立することについては、変更がない。商業登記簿への登記まで、成立する設立中の会社は、それ自体権利能力を有しない。登記裁判所へのコミュニケーションが電子的方法によって行うことができるため、商業登記簿への登記は迅速化される。四八時間以内での会社設立それ自体が保障されているのではなく、設立中の会社の成立、商業登記番号の交付および四八時間以内における申請証明書の発行が保障されているようである<sup>13)</sup>。

フランスの有限会社法改革は別の重要な変更を含む。過去には *Société à responsabilité limitée* (SARL) を設立する場合には七五〇〇ユーロの資本金を確立することが要求されていたが、現在のフランス法は最低資本金に関する明確な規定を持たない。フランス会社法二二三―二二条二項は、資本金は定款で定めなければならないと定めるにすぎない。したがって、今日では一ユーロ有限会社もありうる。<sup>16)</sup>

会社設立の簡易化と最低資本金の撤廃に関する法改正は、会社設立活動を明らかに活発化させた。法改正の年である二〇〇三年の会社設立に関する統計を評価すると、SARLの設立は一七・五パーセント増加している。興味深いことには、二〇〇四年にパリで新しく登記された会社の四分の一は、改正の前に妥当していた限界の七五〇〇ユーロの資本金を下回っている。<sup>17)</sup>

全体的には、フランス法は、簡易かつ迅速な設立および一定の最低資本金の撤廃により、他国の会社形態へ乗り換えを、もはや魅力的でないものとしたようである。しかし、フランスのSARLが、これまで述べたフランス国内における地位の強化を超えて、輸出品目となる、すなわち他のEU加盟国において特筆すべき程度選択されるようになるかについては疑問である。確かに、フランスの有限会社法は改正により英国会社法と重要な点において同内容になった。しかし、言語の壁がSARLの普及に立ちはだかる。ここにおいては、英語の多くに国での普及により、英国会社が明らかに有利である。これが当てはまらない国、すなわちローマ語圏においては、スペインそしてここでは取り上げなかったイタリヤの国内立法者は、近年、有限会社法を規制緩和して現代化した。<sup>18)</sup>

### 3 ドイツの有限会社法改正

ドイツが改革を行う場合、少し時間がかかる。ドイツ連邦司法省において非公式の草案が、既に二〇〇四年一月、

インスパイア・アート判決のちょうど一年後に出されていた。経済学者とドイツ連邦司法省の役人とによって起草された草案は、英国会社法とフランスの新規制と内容的に一致するのであるが、法律における最低資本規制の完全なる放棄を定めていた。激しい公の場での議論の後、一万ユーロの最低資本金とその他の改正を定めた最初の政府草案が提出された。<sup>(21)</sup>二万五〇〇〇ユーロの資本金を最低限度要求していた長きにわたって続いていた法の状態からすれば、この二番目の草案は大きな自由化を意味した。しかし、この草案は法律にはならなかった。シュレーダー首相の任期が二〇〇五年の議会の任期までに短縮されたからであった。現在法律の現代化に関する動きは第三期目に入っている。二〇〇六年五月二十九日、ドイツ連邦司法省は、新しい参事官草案を提出した。<sup>(22)</sup>この参事官草案は、外国の有限会社法を従来のドイツ法に対して有利にしていた二つの視点、すなわち、設立の簡素化と迅速化および要求される資本金の額について規定している。

会社がこれから行う事業活動に関する国家の許可は会社の有効な設立のためにはもはや要求されないことになり、有限会社設立は容易となった。<sup>(23)</sup>しかし、通常の三ヶ月の期間内に許可が出されたことが証明されない場合、いったんは有効に設立された会社が当局により登記簿から抹消されることはある。<sup>(24)</sup>学説の一部はかかる改正点をあまり魅力のあるものではないと批判する。実務は公法的必要性に関する規定を補う規定なしに削除することを要求する。その理由は、事業法と会社法とは独立して別々に存在するのであり、登記裁判所を事業当局の助け船にする必要性はないという点にある。<sup>(25)</sup>さらに、経済界の一部から、会社契約の公証人による認証をなくして、登記裁判所による登記の内容的審査の間を短縮することが要求されている。<sup>(26)</sup>しかし、かかる実務からのさらなる要求は、ドイツ連邦司法省によってこれまでのところ取り上げられていない。かかる措置が、登記裁判所における作業時間の短縮化につながるかは、これまでのところ予測がつかない。電子商業登記および電子企業登記に関する法律においては、ドイツ連邦政府は登記裁判所に

における作業時間を最長五日とすることを規定しようとしている。しかし、登記裁判所の担い手となつてゐる州が代表する連邦参議院の介入により、この規定は登記裁判所が「遅滞なく」作業することを命じるといふあまり具体的とは言えない規定に代置された。<sup>(27)</sup>

電子商業登記および電子企業登記に関する新しい法律が、設立および登記手続の画期的迅速化につながるのならば、新法は別の観点から重要な改善をもたらすであろう。この新しい法律により、二〇〇七年から、商業登記簿事項および書面に対しどこからでもインターネットによつてアクセスできることが保障された。かくして、新法は広範な企業開示を保障している。

会社法、特に有限会社法の現代化に関する法律 (MoMiG) に戻ることしよう。この法律草案について実際に重要な改正点は資本に関する問題である。MoMiGにより、その前の草案が予定していたように、法律上の最低資本金は二万五〇〇〇ユーロから一万ユーロへと引き下げられるであろう。この提案に関しては、激しい法政策上の議論があり、一部では最低資本金の引き上げが要求され、別の提案はこの問題に関する完全なる自由化を要求した。多くの公表された論文において議論される中に、最低資本金の正しい額を確定することは不可能であるということが説得的となつた。実質的過小資本を原因とする透視責任に関する何十年にもわたる議論から、会社の事業目的に合わせてどのような資本額を定めてもこれは個々の事例において不適切に低いことになりうる。したがつて、法律上の最低価額の恣意的な設定は建設的ではないことになるのである。なぜなら、過小資本により設立された会社の発起人は法律上の要求に配慮したという議論をすることができからである。個々の事例の次元から出発し、真面目な会社設立と不真面目なそれとを区別する最低資本金の機能を視野に入れると、次のように法経済的に考えることができる。すなわち、最低資本金額はどのくらいであれば、不真面目な会社設立の防止による効用が真面目な設立を妨げる損失を超えと言え

のか。<sup>28)</sup>もし、資本が現物出資の形態で出資されてもよいのであれば、一万ユーロの最低資本金は何らかの威嚇効果があるということには疑問があることになる。一万ユーロの額を満たすためには、中クラスの中古車でも足りるからである。私は一万ユーロか、二万五〇〇〇ユーロか、あるいは一ユーロが正しい額と言えるのかという漠然とした問題について取り上げることにはせずに、別の問題を見ていきたい。かかる額がいくらであるのかという問題はそもそも重要であるのか。これに対しては徐々に疑問が提起されるようになっていく。法律上の最低資本金の額よりも重要であるのは、債権者の視点から資本金の資本超過は回避可能であるのか、そして倒産した企業がそのまま継続している場合の効果としてはいかなるものが結びつけられているのか、である。最近の議論はこの問題に焦点を当てている。

有限会社法の現代化に関する法律は、資本補充法につき根本的な新規制を有している。この点に関しかなり複雑なドイツ法は、社員貸付に関するみなし規定を、かかる社員貸付が会社の危機においてなされた場合にのみ適用している。ここで言う危機とは、会社が例えば銀行といった第三者に対して貸付を市場における通例な条件で行うことができない状況を指すと一般的には理解されている。有限会社法の現代化に関する法律草案によると、規制は有限会社法の特長な関係から離脱し倒産法に関連づけられ内容的に拡張されるはずである。すなわち、株式会社も含むすべての資本金会社において、社員は会社から受けた貸付の支払および会社の倒産時における経済的に相応の給付に関して劣後的債権者となる。従来の規制では、対象は危機に際して受けた貸付ないし有限会社への給付に限定されていた。<sup>29)</sup>

以上が会社の倒産時の社員貸付についての話である。また、会社の事業が継続している間すなわちゴーイング・コンサーンの間、社員に対してどれだけの額を支払ってよいかという問題も動揺している。この問題に関する取り扱いにはドイツの株式法と有限会社法とで異なる。株式会社では、計算上の利益を分配することのみが許される(株式法五七条)。これは財産拘束性の原則(Prinzip von Vermögensbindung)と呼ばれる。有限会社法においてはもう少し規制がゆるい。

すなわち、有限会社では、計算上の利益より多くの利益を配当することができ、その限度は資本金の総額にある。すなわち、資本金の維持に必要な額を超えて社員に対して配当してはならない（有限会社法三〇条一項<sup>30)</sup>。判例がこの配当の上限を昨年厳格に取り扱ったため、企業の資金調達実務において法律上の困難が生じた。特にコンツェルンにおけるキャッシュ・プリーングは、従来の判例によると疑問であるということになった。連邦通常裁判所の会社法を所管する部は、二〇〇三年の判決によりキャッシュ・プリーングの実務に対して大きな不確実性を惹起した<sup>31)</sup>。有限会社法の現代化に関する法律はより柔軟性のある法律状態を形成するに違いない。その表現は、株式会社に対するものと有限会社に対するものとで少し異なるのであるが、要点は、給付が「会社の利益のもと」にある場合には配当禁止は適用されないという点にある<sup>32)</sup>。

学説上は、限界を計算上の資本金の維持に見出すいわゆる計算上のテスト（Bilanztest）からソルベンシー・テスト（Solvenztest）への移行が主張されている。ソルベンシー・テストによると、社員への会社財産の給付は、それが予測しうる期間において会社の支払不能を帰結させる場合にのみ許されない<sup>33)</sup>。別の見解は計算上のテストとソルベンシー・テストとを組み合わせて適用しようとする<sup>34)</sup>。この議論は、資本保護が将来において債権者保護の枠組みにおいていかなる役割を果たすかという問題と緊密な関連性を有する<sup>35)</sup>。この問題に関するヨーロッパにおける議論は未だ終了したとは言えない。ここでは、発展がどこまで進むのかという点が興味深いように思われる。株式会社については資本保護が資本指令とも呼ばれる第二指令により広い範囲で確定しており、その変更は加盟国の広範囲な一致によってのみもたらしうるにすぎない。有限会社についてはEU法による確定が欠けており、法秩序間の競争の余地がある。ヨーロッパにおける資本保護のさらなる発展は、一方において超国家的法調整により（株式会社）、他方において法秩序間の競争により（有限会社）、システム比較の研究対象となりうるのである。

#### 四 結論

会社設立者が複数の会社法を選択する自由を有すること、そしてEU指令のような調整によるのではなく内容的に調整されているという意味においては、会社法の競争はもはや争う余地なく認めることができる。最初に述べた、会社法は国家と政治家にとって少なくともヨーロッパではあまり重要な領域ではなく立法者の競争への重要な動機付けがないというキーニンガーの提言は、私の見解によると近年反証された。ではなぜ立法者は競争するのか。おそらくは、主に国家の租税上の利益による動機付けおよび政治家の選挙機会を分析するのでは足りない。この要因と少なくとも同等の重要性を有する要因は、省庁における主役がいかなる活動を行っているのか、およびロビーと呼ばれる利益代表の影響はどれくらい強いのか、にあるように思われる。両要因は、新制度学派の分析学説と一致して、法秩序間の競争はどのようにして生ずるのかについて説明する。すなわち、省庁には、自己の生産物すなわちここでは自己が所管する法律や会社形態が売れ残り商品となることに我慢が出来ない野心家がいる。さらに、省庁でのキャリアにとって、成功した立法活動に関係したことは望ましいことでありうる。ブルツェルからは、EU官僚が最後までがんばって新しいEU指令あるいはEU規則を成立させた場合にはじめて、この者のキャリアは飛躍的に増大するという声が聞こえてくる。ロビー活動に関連して、少なくともドイツにおいては、産業<sup>36)</sup>、手工業<sup>37)</sup>および弁護士界<sup>38)</sup>から、将来の有限会社法のありかたをめぐる議論に参入する声が聞かれたということが言えるだろう。

それでは、会社法間の競争は会社設立者が複数の会社形態から自由に選択する場合に明らかに生ずるといえるが、これは良いことか悪いことか。かつて法律家は会社法間の競争に対してしばしば否定的であった。法選択の自由は最下部への競争 (race to the bottom) すなわち会社法とりわけその保護規定の水準低下を惹起すると議論された<sup>39)</sup>。これに対しては、会社法間の競争は最上部への競争 (race to the top) すなわち最上部への品質競争を惹起すると説かれた<sup>40)</sup>。ど

こちらの主張が正しいのか。まず、どこが上部でありどこが下部なのか私にははっきりとは言えない。法取引と債権者により非効率な仕方では保護されるところへ法選択が導く場合、そこが下部であるのか。そうであるならば、伝統的な思考法が正しいことになり、競争は疑問であるということになる。別の考えによると、個人の自由が最も大きいところが上部であるという。かかる考え方は、可能な限り規制のなく、制限のない市場が会社にとって取引残高あたりもっとも有利な結果をもたらすという考察に基づく。この考察方法によると、広い法選択の自由を生じさせる者が正しいということになる。

興味深いことには、デラウェア効果に関する米国の例は、法選択の自由の優越性または法選択の自由が不利に働くことについて明確な手掛かりを提供しない。デラウェア会社という法形態への移行については、デラウェア州法が発起人と社員とに特別の自由を与えるのであり、かかる自由は最終的には法取引と債権者に不利益をもたらすとしば説明されてきた。このことにはいくばくかの真実が含まれているが、すべての真実が含まれているというわけではない。何十年前から、米国の州の会社法は、競争の結果、内容的に相互に接近してきたが、それでも大部分は不均衡にデラウェア一般会社法が選択されている。なぜか。それは発起人にとっての自由が法選択における唯一の動機ではないからである。さらなるデラウェアの利点としては、デラウェア州には多くの会社があるため他の州よりもはるかに多くの会社法の経験があり、デラウェア最高裁判所の会社法判例により、他の州で会社形態を選択したのでは得られない、会社法の内容に関する大きな法的安定性と予見可能性が存在することが挙げられる。これはいわゆるネット効果と関連している。例えば、電子モバイル・ネットのようなインフラの効用あるいは一定のコンピューターの基本ソフトのような技術において見られるように、法システムの吸引力はその競争者よりもはるかに多く普及している場合に再度強化される。なぜなら、かかる法システムは、法的安定性と予見可能性の利益を提供するからである。

どこが上部でどこが下部であるのかという問題について第二の指摘をしたい。この問題はどの法律が会社法間の競争において選択されるのかと言ひ換えることができる。会社法に関する限り、会社設立段階においては、たとえ一定の非社員の集団に不利益をもたらすとしても、発起人に特に大きな利益を保障する法が選択されるというテーゼが説得力を有している。<sup>(4)</sup>資本市場法では、興味深いことに近年逆の現象が見られた。すなわち、資本市場法では、一種の最上部への競争とも言うべき現象が生じた。すなわち、ヨーロッパ大陸諸国の法は、適時開示と内部者取引の禁止に関して米国法の高い基準へと調整されたのである。したがって、法調整における競争は低い水準へと導くものとはなっていない。かかる資本市場法の高水準化の説明としては、ここでは多くの側面が適用可能な法を決定するという点を挙げることができる。第一に、資本市場を利用する企業は、短期的視点から弱い投資者保護にも興味を有しうる。他方、投資家も選択肢を有する。すなわち、機関投資家におけるプロの決定者は投資家保護の水準が比較的高いところに投資をする傾向が明らかにある。これを観察する国家は、自己を投資拠点として魅力的にすることに興味があり、ヨーロッパでは投資拠点としてロンドン、パリ、フランクフルト、そしてチューリッヒが競争を繰り広げている。個別の国家の立法者には、投資家保護を実現する資本市場法を作り上げかつこれを整備する動機が存在する。

投資家の行動は単に立法に対してだけではなく、発行者の行動に対しても反作用をもたらす。発行者は、その資本需要に十分に応える巨大かつ成功した資本市場において活動することを望む。法が優れた投資家保護を提供する資本市場において、投資家と発行者の利益がかなうと言える。

## \*

会社法の発展についても私は決して悲観主義者ではない。比較的年数の経っていない英国会社について事業法上の設立の撤回の数が多いことは、後の費用とリスクを考え、安価な一ポンドでの会社設立について、発起人がもはや単純には喜ばなくなってきたことを意味する。重要なことは、法適用の自由の原則のもとに、取引保護と債権者保護の要求がどこに示されうるのかということであり、ここに学問の興味が向けられるべきである。ここでヨーロッパの法秩序において、特にドイツにおいて、どこまで取引保護、債権者保護、労働者保護（共同決定）、そして社員保護につき会社定款（Gesellschaftsstatut）から離れて保護を期待しうるかという問題について激しい議論が再燃した。例えば透視責任のような保護規制は会社定款とは関係なしに適用されるのか。もしもそうならば、連結の規制はどうなるのか。第二に、次のような実体法上の問題が生ずる。すなわち、特別の連結により引き寄せようとしている規範は、適用可能な会社法と調和するのか。例えば、従業員共同決定とこれを持たない会社法は相互に常に調和するとは言えない。第三に、かかる国内法の適用はひよつとすると正当性を欠く開業の自由の制限を意味するのではないかという、EUにおいては今なお真剣に考えるべき問題がある。これは、業務執行者と社員の責任の規制を考えると理解できる考えである。私は、この問題の詳細にはこれ以上立ち入らず、この問題について既に存在する数多くの公表論文を示しうるに止まる。<sup>12</sup>

日本へ目を向けると、大変興味深い考察ができる。日本の会社法は、私の見るところ、他の法秩序との直接の競争による特別の「競争」を契機とせずに、多くのヨーロッパ諸国の法と同じような発展を示している。私は、共同企業の新しい形態である合同会社に注目したい。ヨーロッパにおいて会社法間の競争がもたらした帰結が、日本においてはかかる競争を契機とせずに実現したことが私にとって興味深い。明らかに従来 of 有限会社の代替物として出現したこの会社

は、考え得る限り最も少ない資本金（例えば、一円）で設立することができる。かかる日本の会社法の新しい創造物は、現代的で自由な資本規制と人的会社において知られている自己機関（業務執行は社員に存し、業務執行を社員から完全に奪うことはできない）という考え方を組み合わせたものであり、ヨーロッパの平面においても非常に興味深い選択肢となりうる。日本における発展とヨーロッパにおける発展は、会社法がその時々時代の要求に応じて進化的に発展していくという非常に驚くべき結論とは言えない結論を示唆する。法秩序間の競争は、法発展のために必要であるというわけではないが、かかる法発展を促進する。英国における「英国会社の数え切れない程の増加」を有限会社という英国会社に相当する法形態をドイツに導入する根拠として挙げたビスマルクの引用がこれを示す。

- (1) EUGH Sammlung 1999, I-1459.
- (2) EUGH Sammlung 2002, I-9919.
- (3) EUGH Sammlung 2003, I-10155.
- (4) BGH 19.9.2005-II ZR 372/03, NJW 2005, 3351.
- (5) Quelle: *Becht/Mayer/Wagner*, Where Do Firms Incorporate, 2006 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906066](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906066).
- (6) Zur Methodologie s. *Becht/Mayer/Wagner*, S. 8 f.
- (7) Quelle: *Becht/Mayer/Wagner*, Where Do Firms Incorporate, 2006 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906066](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906066).
- (8) Quelle: *Wilhelm Niemeyer*, GmbH und Limited im Markt der Unternehmensrechtsträger, ZIP 2006, S. 2237.
- (9) Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, amtliche Ausgabe 1891, S. 123 (hier zitiert nach *Niemeyer*, ZIP 2006, 2237).
- (10) Empfehlung 97/344/EG der Kommission vom 22.4.1997 zur Verbesserung und Vereinfachung des Umfelds von Unternehmensgründungen; vgl. aus neuerer Zeit das Grünbuch „Unternehmergeist in Europa“, KOM. (2003) 70 vom 21.1.2003; schließlich den Aktionsplan „Europäische Agenda für unternehmerische Initiative KOM. (2004) 70 vom 11.2.2004.

- (11) 本法律の詳細については、Vitz, GmHR 2003, 26 und 523; Müller/Müller, GmHR 2006, 583, 586 f.
- (12) Eingetragene Darstellung Gründungsvorfahrens bei *Bascope/Hering*, GmHR 2005, 609 ff.
- (13) Vgl. *Le Camu*, Revue des Sociétés 2003, 409, 420.
- (14) Vgl. *Meyer/Ludwig*, GmHR 2005, 459, 460 f.
- (15) 報道機関のような特別な領域については資本金三〇〇万ユーロという特別規制が適用された(フランス商法三三二条三項(旧規定))。この最低資本金規制も改正法により撤廃された(vgl. *Meyer/Ludwig*, GmHR 2005, 346, 348)。
- (16) *Meyer/Ludwig*, GmHR 2005, 346.
- (17) この数値については *Meyer/Ludwig*, GmHR 2005, 459, 464.
- (18) イタリアにおける有限会社法改正については *Kindler/Bader*, RiW 2004, 29 ff.; *Lorenzetti/Strnad*, GmHR 2004, 731 ff.
- (19) 近年の展開については Schröder (Hrsg.), Die GmbH im europäischen Vergleich, 2005 (mit Beiträgen von *Dammann, Wachter, Ries, Heckschen, Goette, Priester, Maul, Wenz*).
- (20) 有限会社法の濫用、資本充実の新規制および開示の促進に関する法律草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Forderung der Transparenz in GmbH-Recht (MiKaTraG))。
- (21) BT-Drucks. 15/5673 vom 14.6.2005; hierzu *Priester*, ZIP 2005, 921 und *K. Schmidt*, DB 2005, 1095.
- (22) 有限会社法の現代化と濫用対策に関する法律草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG))。次のアドレスで検索可能である [www.gmbhr.de/volltext.htm](http://www.gmbhr.de/volltext.htm)。これについては *Siebert*, GmHR 2006, R 241; *Körmann*, GmHR 2006, 673.
- (23) § 8 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 GmbHG-E und Art. 1 Nr. 6 lit.a MoMiG.
- (24) § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG-E und Art. 1 Nr. 26 MoMiG.
- (25) この意味については *Wachter*, GmHR 2006, 793, 795.
- (26) Vgl. die Publikation Bundesverband der Deutschen Industrie/Hengeler/Mueller: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen-Modernisierungsbedarf im Recht der GmbH v. 14.02.2006, S. 11 ff.
- (27) § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverfugung (HRVO).

- (28) )), 意味は適切なものとす。 *Milbert*, WM 2006, 1977, 1982.
- (29) Vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 i.Vm. Abs. 4, 5 sowie § 135 InsO-E in der Fassung des MoMiG-Entwurfs.
- (30) 有限会社法と株式会社との相違点の説明と評価とを *Baumbach/Hueck/Faschich* § 30 GmbHG Rdnr. 3; Lutter in Köhler Kommentar zum Aktengesetz, § 57 Rdnrn. 5 f.
- (31) BGHZ 157, 72 ff.; hierzu *Barnert*, WuB II C. § 30 GmbHG 1,05 und *Milbert*, WM 2006, 1977, 1982.
- (32) § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E in der Fassung des MoMiG-E; § 57 Abs. 1 S. 3 AktG-E in der Fassung des MoMiG-E.
- (33) ))の点と *Pelensdickel/Richard*, DB 2005, 1393 ff.
- (34) ))の点と *Schön*, EBOR 7 (2006) 181 ff.
- (35) 二〇〇二年の会社法ノイニレブル・グループの最終報告書参照。ハイレブル・グループの提案の一部は、 Richtlinie 2006/68/EG zur Änderung der Richtlinie 77/91/EEWG (いわゆる第二指令または資本指令) によって実現された(現物出資の価額検査の簡易化、自己株式の買受の許容範囲の拡大)。))の点と *Oechsler*, ZHR 170 (2006), 72 ff.
- (36) Vgl. die Publikation Bundesverband der Deutschen Industrie/Hengeler/Mueller: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen-Modernisierungsbedarf im Recht der GmbH v. 14.02.2006.
- (37) Vgl. *Milbert*, WM 2006, 1977, 1982.
- (38) Vgl. die Stellungnahme des Handrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins v. 20.02.2007.
- (39) ))の意味を、 BGH 30.3.2000, BGH JZ 2000, 903.
- (40) 特に *Romano*, The Genius of American Corporate Law, 1993, S. 20.
- (41) 公開会社のような特に信頼が要求される会社においては、保護が厚い方へと向かう傾向にある、という齊藤真紀准教授(京都大学)の示唆に感謝する。この議論は会社に行方を要求するいかなる公衆が高い水準の法を選択するかあるいは低い水準の法を選択するかに依存するのであり資本市場法に当てはまるように思われる。
- (42) ))れにこのことは特に *Eidemüller* (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004 (mit Beiträgen von *Eidemüller*, *Engert*, *Rehberg* und *Rehm*); *Lutter* (Hrsg.), Europäische Ausländgesellschaften in Deutschland, 2005 (mit Beiträgen von *Fleischer*, *Huber*, *Lutter*, *W. H. Roth*, *Schaumburg*, *K. Schmidt*, *Wagner* und *Zimmer*)。)

ヨーロッパにおける会社法の競争

同志社法学 五九卷四号 二三八 (二二二二)

〔付記〕

本稿は二〇〇七年二月一六日の筆者の同志社大学大学院第九十六回国際セミナーにおける講演「EUにおける会社法の競争」に加筆修正を加えたものである。講演の形式は維持している。講演会を組織して下さいた同志社大学大学院司法研究科の早川勝教授に深く感謝申し上げます。