

論 説

有限責任事業会社の設立

丸 山 秀 平

- 一 はじめに
- 二 有限責任事業会社制度の創設
- 三 設立過程
- 四 有限責任事業会社の設立方法
- 五 結びに代えて

一 はじめに

ドイツでは、2008年有限会社法改正法¹によって、有限責任事業会社 (Unternehmergesellschaft) の制度が創設されている。同改正法は、競争する外国の法形式に対する有限会社の魅力を高めることをその目的の一つとして掲げており²、有限責任事業会社は、英国の非上場株式会社 (Ltd.) との競争を緩和しないし克服するために具体化された法制度である³。すな

1 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. I 2008, 2026ff.

2 2007年5月23日「有限会社法改正法政府草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG))」に係る「理由書 (Begründung (Reg-Begr., MoMiG))」(BT-Drs.16/6140 S.25)。同旨、2006年5月28日「有限会社法改正法報告者草案 (Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) (MoMiG-Reff))」S.33。なお、BT-Drs.354/07にも政府草案および理由書が掲載されているが、本稿では、BT-Drs.16/6140によって注記する。

3 Ensthaler/Füller/Schmidt, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2.Aufl., Luchterhand 2010, S.102(Rdn.1)(Füller).

わち、立法者は、有限責任事業会社制度に係る法規定として、有限会社法（GmbHG）5a条を新設した。同条が、有限責任事業会社に関する特別規定とされたのである。

有限責任事業会社制度の概要については、既に別稿⁴⁾において論じているので、本稿では、制度の説明は最小限度にとどめ、専ら有限責任事業会社の設立に関わる法規制と問題点を中心に論ずることとしたい。具体的には、有限会社に認められた簡易な設立方式、有限責任事業会社の設立登記申請の際の全額払い込み規制および現物出資の禁止と「払込の払戻し」に論及する。とりわけ、簡易な設立方式が、通常の有限会社の設立と有限責任事業会社の設立とのそれぞれについて、どのように利用されることになるのか、その結果として、これまで通常の有限会社に関する法状況がどのような影響を受けることになるのかについて検討したい。

二 有限責任事業会社制度の創設

有限会社法5a条によれば、同法5条1項による最低基本資本額を下回る基本資本をもって設立される会社は、同法4条とは異なる商号（当該会社形態）のもとで、「Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)」若しくは「UG (haftungsbeschränkt)」という標識を伴わなければならないとされている。この意味における有限責任事業会社とは、その処分可能な基本資本が25000ユーロ（有限会社法5条1項）を下回っている有限会社のこ

4 丸山秀平「ドイツにおける有限責任事業会社制度の創設とその評価」『Future of Comparative Study in Law』日本比較法研究所60周年記念論文集（2011、日本比較法研究所）795。同稿は、有限会社という法形式を独自のものとして維持しつつ、その利用度を高めるための方策として有限責任事業会社の制度を創設するに至ったドイツ法と、有限会社と言う法形式の独自性を否定し、株式会社の制度に編入した日本法との比較を試みたものである。

5 本稿は、2010年度中央大学特定課題研究助成に基づく研究の成果である。

ととされる⁶。2008年有限会社法改正法の政府草案理由書によれば、有限責任事業会社は、特種の会社形式ではなく、有限会社という法形式の「変形 (Variante)」であるとされている⁷。すなわち、有限責任事業会社は、「変形」であるとしても有限会社である⁸。従って、有限責任事業会社には、有限会社法5a条で明白に掲げられている特別性の例外を伴うけれども、原則として、有限会社法のすべての規定が適用される⁹。

有限責任事業会社は、法形式の付加語として、「Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)」または「UG (haftungsbeschränkt)」の何れかの標識を選択しなければならない。前記理由書によれば、これらの付加語は、公衆が、問題となっている会社が非常に少ない基本資本しか装備していないと言うことについて思い違いをしないようなものでなければならない¹⁰。その限りで (haftungsbeschränkt) という付加語をさらに略記するこ

6 Ensthaler/Füller/Schmidt, a.a.O. (Fn.3), S.102 (Rdn.1) (Füller).

7 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.31.

8 有限責任事業会社も、法人であり (有限会社法13条1項)、形式商人 (Formkaufmann) であり (商法典6条、有限会社法13条3項) (Michalski (Hg.) GmbH-Gesetz Bd.1, C.H.Beck 2010, S.788, 792 (Rdn.5) (Miras)、事業者 (Unternehmerin) となる (民法典14条) (Spies, Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), Duncker & Humblot 2010, S.94.)。また、有限責任事業会社は、有限責任合資会社 (GmbH & Co.KG) の無限責任社員になることもできる。

9 Michalski, a.a.O. (Fn.8), S.792 (Rdn.4) (Miras). 税務上もこれまでの有限会社と同様に取り扱われる。

10 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140, S.31.最終的に導入された付加語に替わるものとして2007年6月6日の決議に基づき、連邦参議院が付加語として提案していたのは、「Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne Mindeststammkapital」若しくは「GmbH (o.M.)」であった (Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs.16/6140 S.150.)。また、ドイツ弁護士会は、付加語として提案していたのは、「Gründergesellschaft mit beschränkter Haftung」または「Gründer-GmbH」ないし「GGmbH」であった (Handelsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) NZG 2007, S.735, 737.)。

とは認められない¹¹。ただ、この付加語を付せられた会社が、非常に少ない基本資本しか装備していないと適切に理解されうるかについて、立法後も疑念を呈する意見がある¹²。この点は、別稿でも言及しているが¹³、本稿では、後に本稿の視点に基づき改めて考察の対象としたい（後記五）。

三 設立過程

本稿で取り扱う有限責任事業会社は有限会社である。そこで、本節では、有限責任事業会社の設立の位置づけを明らかにするためにも、有限会社や株式会社を含む資本金会社（Kapitalgesellschaft）の設立過程について以下のことを確認したい。

まず、ドイツ法上、資本金会社は法人とされており、そのことを前提として、資本金会社の成立（Entstehung）に至るまでの過程は、通常、三つの段階に分けられている。すなわち、まず、設立関与者の間で設立前組合（Vorgründungsgesellschaft）が形成される。これは民法上の組合である。次に、株式会社における定款（Satzung）ないし有限会社における会社契約（Gesellschaftsvertrag）の認証によって、設立中の会社（Vorgesellschaft）が成立する。そして、最後に、商業登記簿への登記によって法人としての

11 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.31. 例えはhaft.-beschr.またはhaftungsbeschr.のような推定的な略記も許されない（Michalski, a.a.O.(Fn.8), S.806(Rdn.60)(Miras)）。

12 Füller は、連邦参議院が提案していた前記（注10）の付加語の方がむしろ有限責任事業会社の特性を適切に表していたものであったと評価している（Ensthaler/Füller/Schmidt,a.a.O.(Fn.3), S.103(Rdn.4)(Füller).）。Spies も、「Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)」という標識は、有限会社法5a条によって新たな法形式が創造されようとしているのではなく、単に一般の有限会社法と僅かに異なった規制を伴う法形式の変形を問題としていることを示すものとしては不十分であり、連邦政府によって選択された標識は前記の目的を達する性格を欠いていると批判している（Spies, a.a.O.(Fn.8), S.113.）。

13 丸山、前掲（注4）、796（注6）。

資本金会社が成立する¹⁴。

これと並んで、以上の設立過程において「設立 (Gründung)」という用語とともに「設定 (Errichtung)」という用語が使用されていることにも注意しなければならない。とりわけ、後者について、株式会社では、発起人がすべての株式を引き受けると株式会社が設定されるとされている（株式法29条）。一方、有限会社については、同様の規定はない。しかし、形式にあって会社契約が確定されることが設定に当たるとされている¹⁵。すなわち、有限会社法2条1項1文では、会社契約について公証人によって認証された形式が求められており、同法3条1項4号では、各社員が基本出資 (Stammeinlage) に対して引き受けた持分の数および額が記載されなければならないとされている。このことからすれば、株式会社について定款が公証人によって認証され（株式法23条1項1文参照）、発起人がすべての株式を引き受けることで株式会社が設定されるのと同様に、有限会社であっても前記のような会社契約の確定を有限会社の設定と見ることができよう¹⁶。

以上のことを前提とすれば、有限会社の場合、会社契約の確定前には設立前組合が、確定後には設立中の会社が存在することになり、後者は商業登記簿への有限会社設立登記の受理までの間、存続することになる。この

14 Hirte, Einführung in: Aktiengesetz · GmbH-Gesetz 42Aufl. C.H. Beck 2010, XV. Vorgründungsgesellschaft は、会社契約の確定を目的とする組合であるので、会社契約の確定によって、その目的を達成し解散するものと会されているが、商業登記簿への登記の段階までその存在を認める見解もある（丸山秀平「いわゆる「会社の前身 (Vorgesellschaft)」について」田中誠二先生米寿記念論文集現代商事法の重要問題（1984、経済法令研究会）26頁参照）。

15 Lutter/Hommelhoff, GmbH – Gesetz 17Aufl., Dr. Otto Schmidt 2009, S.237 (Rdn.10) (Lutter).

16 この意味において、会社契約は、有限会社の憲法 (Verfassung) としての組織規範であるとともに、有限会社の設定に関する発起人（設立企画者）の合意であることと見ることができる (Vgl. Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn.15), S.83 (Fn.12) (Bayer))。

ことは、基本的には有限責任事業会社の場合にも妥当するものと言えよう。何故なら、有限責任事業会社も法形式としては有限会社であり、会社契約の認証から商業登記簿への登記までの過程は、基本的には通常の有限会社と同様であるからである。したがって、有限責任事業会社についても、設立前組合および設立中の会社の存在が考慮されることになる。もっとも、有限責任事業会社については、次節四で述べるように、簡易な設立方法が選択される可能性が高く、また単独社員による設立によって一人設立（Einmanngründung）がなされることも視野に入れなければならない。以上の点については、次節以下で検討してゆくことにしたい。

四 有限責任事業会社の設立方法

前記二で述べたように、有限責任事業会社も「変形」ではあるが、法形式としては有限会社であり、その設立も通常の有限会社の設立に関する一般規程に従うものとされている。なお、有限責任事業会社は、当初から有限責任事業会社として設立することのみ認められており、通常の有限会社として設立されたものが、事後的に有限責任事業会社となることは認められていない。すなわち、転換法190条以下による有限責任事業会社への形式転換もできないし、既存の有限会社が25000ユーロを下回るように資本を減少することによって有限責任事業会社となることもできない（有限会社法58条参照）¹⁷。

17 Lutter/Hommelhoff, a.a.O.(Fn.15), S.236(Fn.6)(Lutter). Wicke, GmbHG Kommentar, C.H.Beck 2008, S.67(Rdn.4)も、有限責任事業会社が通常の有限会社に進む道は「一方通行（Einbahnstrasse）」であり、逆行は許されていないとする。これに関して、有限会社を清算し、清算手続き終了前に当該有限会社を有限責任事業会社として継続するという方法の可否が問われているが、Fuller によれば、この種の設計は、「変容された乗り口（Einstiegsvariante）」という有限責任事業会社の先見的理解に反しており、清算段階に入ったことによってまた継続の決議があったとしても変えられるのは有限会社の同一性ではなく、会社の

1 簡易な設立

有限責任事業会社は、有限会社法2条1a項による「ひな形書式 (Musterprotokoll)」を使う簡易な手続きによっても、また、従来から認められていた上記書式によらずに締結された会社契約 (有限会社法2条1項) に基づいても設立することができる。いずれの手続きにも公証人による認証が必要である (有限会社法2条1項1文・同条1a項5文)。

有限会社法2条1a項による「ひな形書式」を使う簡易な手続きのための「ひな形書式」は、有限会社法の附表 (Anlage) とされている。この「ひな形書式」に基づく簡易な設立方法は、前記2008年有限会社法改正法によって採用されたものであり、書式が利用されることで、標準的な場合の有限会社設立の簡易化につながる¹⁸とともにとりわけ外国の法形態に対する有限会社の競争力を高めることになる¹⁹。

この「ひな形書式」は、最大3名の社員および1名の業務執行者を有する会社の設立であれば、有限責任事業会社のみならず、通常の有限会社であっても利用することができる (有限会社法2条1a項1文)²⁰。この書式を使うことによって、従来2週間から4週間かかっていた認証手続き²¹、わず

目的だけであって、清算有限会社を有限責任事業会社として継続する決議には、株式法241条3号の類推はないとしている Ensthaler/Füller/Schmidt, a.a.O. (Fn.3), S.102 (Rdn.3) (Füller)。

18 BT-Drucks16/9737, S.54.

19 Reg-Begr., MoMiG., BT-Drs.16/6140, S31.

20 Siebert/Decker, Die GmbH-Reform kommt!, ZIP 2008, S.1208, 1209.

21 Wachter, Die GmbH-Reform in der Diskussion, S.59 mwN in Fn 10, Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn.15), S.93 (Fn.36) (Bayer). この点に関する、データを示すものとして、Eidenmüller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, S.169, 196 によれば、2006年のデータとして、有限会社設立までの日数として大凡24日という数字が示されている。これは、World Bank GroupのDoing Business in Germany (<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/germany#starting-a-business>)からの引用によるものであると思われるが、現時点 (2010年) で比較しうるデータを閲覧すると、15日という数字が示されている。

かの日数に短縮されることになる²²。この限りにおいて、通常の有限会社と有限責任事業会社との間に簡易な手続きの利用の可能性について差異は無いように見える。しかし、前者に比べて後者の場合の方が費用面で有利に取り扱われることが指摘されている。すなわち、非訟事件費用法²³によれば、通常の有限会社の設立に際しては常に25000ユーロという最低価格が基礎費用の算定基準とされる（費用法39条、41d条）。これに対して、有限責任事業会社は、前記の基準によらず、同法32条による業務価格（Geschäftswert）による基準が適用される。従って、例えば、2000ユーロの最低資本金の有限責任事業会社の設立に際しては定款の認証手数料は36ユーロとなる²⁴。

このように有限責任事業会社が「ひな形書式」による簡易な設立方法を利用した場合、費用面で優遇されることになるとともに迅速な設立が可能となるという結果が明らかとなる。

設立手続きの迅速化に関して今一つ指摘されているのは、一人有限会社に関する従来の特則が削除された点である²⁵。すなわち、旧有限会社法7条3項3文では、有限会社が一名の社員のみによって設定される場合、同項1文および2文に規定されている出資（基本資本の4分の1）が給付され、当該社員が残りの部分について保証（Sicherung）をしている場合に初めて登記申請がなされるべきものとされていた。これに対して、2008年有限会社

22 Gehb/Drange/Hekelmann, NWG 2006, S.88, 91, Rommerrmann GmbHR 2006, S.673,674, Lutter/Hommelhoff, a.a.O.(Fn.15), S.93(Fn.36) (Bayer).

23 Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung), zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 24.9.2009 I 3145.

24 Michalski, a.a.O(Fn.8), S.793(Rdn.9)(Miras). また、Miras は、とりわけ内部関係に関する規制がないことに基づき複数人（2名以上の発起人）による設立のためのひな形書式は推奨できないとして、一人有限責任事業会社にとってひな形書式は内容的にも十分であり、手数料法の観点においても少なくとも14000ユーロの最低資本金に達するまでは自由な形式の定款よりも費用上得であると指摘している（a.a.O.）。

25 Lutter/Hommelhoff, a.a.O.(Fn.15),S.235(Rdn.3)(Lutter).

法改正法の政府草案では、同草案2条1a項の場合に附表2のひな形²⁶を利用することで申請がなされる旨の提案がなされた²⁷。同草案理由書によれば、前記の保証に係る規制は、1989年12月21日の一人有限会社指針²⁸を超えるものであって、削除されるべきものとされた²⁹。これを受けて2008年有限会社法改正法は、ひな形書式に係る規制を調整した上、旧有限会社法7条3項3文自体を削除したのである。このことから、有限責任事業会社が一人によって設定されれば、従来の保証規制が必要とされないことで実質的に設立の迅速化が図られたことになる。

2 全額払込と登記申請

有限会社法5a条2項1文によれば有限責任事業会社は、金銭出資が全額提供された場合に初めて商業登記簿への登記の申請を行うべきものとされる。これに関し、以下の点を考慮しなければならない。

通常の有限会社に関する有限会社法7条2項2文によれば、払い込まれた金銭出資の額に現物出資として給付されるべき持分の額を加えた総額が25000ユーロという基本出資額（有限会社法5条1項）の半額に達するように基本資本が払い込まれていなければならないとされている。このことは、以下のことを意味する。すなわち、有限責任事業会社については、24999ユーロまでの基本資本が全額払い込まなければならないので、12500ユーロから24999ユーロまでの基本資本額が定められた場合にその基本資本額と同額を払い込んでいなければ登記申請が認められない。一方、通常の有限会社で、基本資本額を25000ユーロとするものは、12500ユーロを出資していれば、通常の有限会社としての登記申請をなすことができるということである。つまり、12500ユーロを超える基本資本を有する有限

26 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.21.

27 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.6.

28 Einpersonen-GmbH-Lichtlinie, 89/667/EWG.

29 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.33.

責任事業会社の場合には商業登記のために25000ユーロの最低資本を有する通常の有限会社の設立よりも高額が払い込まれなければならないというおかしな結果になる³⁰。もともと、有限責任事業会社の全額払込の要請について、2008年有限会社法改正法の政府草案理由書によれば、基本資本は発起人（設立企画者）によって自由に選択され定めることができるので、有限責任事業会社の場合半額の出資の可能性は必要とはされないし、各有限会社は設立後当初から一定の資金（Barmittel）が必要とされるので、この資金は発起人によって最低資本金額として選択され、現金で払い込まれなければならない、それ故、現物出資は不要であり、許されないとされていた³¹。このような有限責任事業会社における全額出資の要請が貫徹される限りにおいて、前記の結果が生ずることも立法者によって認識され、受け容れられていたとの指摘も見受けられる³²。ただ、前記の結果が生ずるような法状況からして、有限責任事業会社の設立が促されるのは、処分可能な資本が12500ユーロを下回ったときであることになる³³。

通常の有限会社について、有限会社法8条2項では取締役による保証が要請されている。すなわち、申請においては、有限会社法7条2・3項で記された持分に基づく給付がなされており、当該給付の目的物が最終的に取締役の自由な処分の下にあることが保証されなければならない（有限会社法8条2項1文）。有限責任事業会社については、このような保証に関する明文の規定はない。しかし、学説上は、有限責任事業社の登記に際して、取締役は、有限会社法8条に掲げられている保証をしなければならないとされている³⁴。その理由として掲げられていることは、有限会社法5a条2項の全

30 Michalski, a.a.O.(Fn.8), S.800(Rdn.33)(Miras).

31 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.32.

32 Michalski, a.a.O.(Fn.8), S.800(Rdn.33)(Miras).

33 Ensthaler/Füller/Schmidt,a.a.O.(Fn.3), S.104(Rdn.8)(Füller).

34 Ensthaler/Füller/Schmidt,a.a.O.(Fn.3), S.104(Rdn.8)(Füller), Lutter/Hommelhoff, a.a.O.(Fn.15),S.237(Rdn.8)(Lutter), .

額払込の要請の趣旨³⁵、である。

加えて、通常の有限会社については、有限会社法24条で、不足額に関する社員の責任が課せられている。すなわち、基本出資を支払い義務者から引き出すことができず、持分の売却によってもこれをカバーすることができないときには、他の社員は不足額を持分の割合に応じて調達しなければならない。この規制は、基本資本の調達（Aufbringung）に関わるものであるが³⁶、責任を負うべき他の社員の存在が必要なことから、複数人から成る会社について適用され、一人設立が多い有限責任事業会社への適用の可能性は乏しい。

3 現物出資の禁止と「払込の払戻し」

有限責任事業会社の設立に際しては、金銭出資のみが認められており、現物出資は認められていない（有限会社法5a条2項2文）。その理由として掲げられていることは、通常の有限会社の場合（有限会社法5条2項）とは異なり、有限責任事業会社において現物出資が禁止されているのは、有限会社が創業時に一定の資金を必要としており、それが発起人によって最低資本金として選択され、現金で払い込まなければならないことから、現物出資の必要はないし、従って認められないと言うことである³⁷。

現物出資禁止規制に関連する個別問題として、設立後の資本増加についても有限会社法5a条2項2文が類推されるか否か、いわゆる「隠れた現物出資（verdeckte Sacheinlagen）」の取扱いをどのように考えるか、等が考慮されなければならない。しかし、これらの点については既に別稿で取り扱っていることもあり³⁸、本稿では、この点への言及は最小限にとどめ、以

35 Ensthaler/Füller/Schmidt, a.a.O. (Fn.3), S.104 (Rdn.8) (Füller).

36 Michalski, a.a.O. (Fn.8), S.1529 (Rdn.3) (Ebbing).

37 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.32.

38 丸山、前掲（注4）801-803。有限会社法19条4項によれば、社員の金銭出資が経済的に見て、金銭出資の引受に關してなされた合意に基づき全部または一部が現物出資であると評価された場合、すなわち隠れた現物出資とされる場合、当該

下の「払込の払戻し (Hin-und Herzahlen)」の問題を検討したい³⁹。

「払込の払戻し」について想起されるのは、例えば、社員が金銭出資をしたが、それが直後に社員への貸付という形で払い出されてしまうような場合である⁴⁰。このような場合、結果として残るのは、会社の社員に対する貸付債権のみとなる。

これまでの判例によれば⁴¹、このような「払込の払戻し」は、金銭出資義務を適正に履行したものと見なされてこなかった。というのは、出資が返還されてしまうことで取締役が自由に処分できる給付が欠けてしまうことになるからである⁴²。

このような状況は、とりわけ実務において行われてきたいわゆる「キャッシュ・プール (Cash Pool)」の場合に影響を及ぼすこととなる。なぜなら「キャッシュ・プール」では、コンツェルン内部において、キャッシュ・プールに組み込まれた子会社の口座への入金、親会社のキャッシュ・プール中央口座に転記されることで、子会社の株主である親会社に戻されることになるのである⁴³。このような方式は、経済的に意義があり、通例、子会社の利益にも適っているのであるが、資本維持の観点からみれば、解釈論次第では問題となり、国際的なコンツェルン活動の制約となる虞れが生じることとなる。

これらのことを考慮して⁴⁴、2008年有限会社法改正法の立法者は、通常

社員の金銭出資義務はなお効力を有し残存している。また、現物やその給付に関する取り決めはそれ自体有効であり、商業登記簿への会社の登記申請時点若しくはその後の会社への移転時における財物の客観的価値は、法律による金銭出資に算入される。

39 これに関し、久保寛展・ドイツ現物出資法の展開 (2005 成文堂)、107頁。

40 Siebert/Decker, a.a.O.(Fn.19),S.1210.

41 BGH 165, 113, 116; BGH 165, 352, 355f.

42 Siebert/Decker, a.a.O.(Fn.19),S.1210.

43 Michalski, a.a.O(Fn.8), S1439(Rdn.185)(Ebbing).

44 Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.41.

の有限会社について、これまでとは異なり、「払込の払戻し」の場合であっても社員の出資義務は、会社の社員に対する債務法上の債権が返還（Rückgewähr）（先の例で言えば、社員に対する貸付の返済）の結果として全額（完全な価値 vollwert）が用立てられ且つ常に履行期にあるかまたは履行できるものとされている限度で果たされているものと規定している。

すなわち、有限会社法19条5項によれば、経済的に見て出資の払戻と同視されるが、有限会社法19条4項の意味における隠れた現物出資と評価することができない社員への給付が出資前に合意されている場合⁴⁵、当該給付が、常に履行可能であるかまたは会社による即時解約によって履行可能とされる返還請求権全額をカバーしている場合に限り(nur dann, wenn)⁴⁶、社員は出資義務を免れるものとされている。

このように立法者はこれまで不明確であった「払込の払戻し」、とりわけ実務において重要な役割を果たしてきた「キャッシュ・プール」に対する法的不明確さを除去し、有限会社法19条5項の要件の下での有効性を明らかにしたのである⁴⁷。

しかし、ここでさらに問題となるのは、通常の有限会社に係る有限会社法19条5項の有限責任事業会社への適用の可否である。

この点で、有限会社法19条5項の法文からもその体系的な位置づけからも、

45 この種の給付または給付の合意は有限会社法8条の申請書に記載されなければならない（有限会社法19条5項2文）。

46 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks, 16/6140, Anlage 2, S.158. では、連邦参議院の見解として、全額をカバーしている場合のみが出資義務の免除に結び付くとするいわゆる” Alles-oder-Nichts-Prinzip” によるべきではないとの趣旨から、” wenn” という用語ではなく ”soweit” という用語を用いるべきとしていたが、結局、立法者はこれに従わなかったと指摘されている（Wälzholz, Das MoMiG kommt: Ein Überblick über die neuen Regelungen, GmbHR 2008, S.841, 845.）。

47 Michalski, a.a.O(Fn.8), S1439(Rdn.185)(Ebbing).

同条が有限責任事業会社に対しても適用可能であることに對して制限が存することが明らかとされておらず、2008年有限会社法改正法の公式の理由書においてもこの問題に対する立法者の制限的な言辭が全くないことからしても、有限会社法5a条2項2文の現物出資の禁止は有限責任事業会社への有限会社法19条5項の適用可能性に何ら相對立するものではないとする見解がある。すなわち、この見解によれば、有限責任事業会社の社員が払い込んだばかりの出資を貸付として再び払い出したとしても、彼は債務法上の貸付債権という形で隠れた現物出資をなしたわけではない、というのは、そのような債権はそれだけで (per se) 現物出資能力を有するものではないからである、現物出資とはならないことで有限会社法5a条2項2文の現物出資の禁止はこの場合に於てはならず⁴⁸、払込の払戻しの場合、有限会社法5a条2項1文による即刻且つ全額の現物出資の給付の責任違反も存しないとして、有限会社法19条5項は有限責任事業会社に制限なく適用することができるとする⁴⁹。

これに對して、有限会社法19条5項の有限責任事業会社への適用について消極的な見解が存する。この見解によれば、例え全額に見合う価値を有する返還請求権が存在し、見返り保証がなされていたとしても、そのことは有限会社法5a条2項の全額払込の要請とは相容れるものとはならず⁵⁰、その限りで、有限会社法5a条2項は特別法として、同法19条5項を排除し、出資者によって付加的に給付された差額は、出資債務に算入されないものとされる⁵¹。

48 Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn.15), S.607 (Rdn.97) (Bayer).

49 Michalski, a.a.O. (Fn.8), S.804 (Rdn.50) (Miras). 結果同旨、Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn.15), S.237 (Rdn.8) (Lutter).

50 Weber, Die Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt), BB 2009, S.842, 845.

51 Ensthaler/Füller/Schmidt, a.a.O. (Fn.3), S.104 (Rdn.8) (Füller).

五 結びに代えて

1 通常の有限会社に関する規定の適用の可否

まず、これまで論じてきたことから明らかになったことを確認したい。すなわち、有限責任事業会社は法形式として有限会社であり、有限責任事業会社に関する有限会社法5a条が、通常の有限会社に関する有限会社法の特則として位置づけられている以上、有限会社法5a条で律せられている規律以外は、通常の有限会社に係る法規定が適用されるとされている。これに対して、部分的にはあるが、通常の有限会社に係る法規定を有限責任事業会社に適用することにより、却って新設された有限責任事業会社制度の趣旨に反するないしその制度の運用を阻害することとなるような結果が導き出されることが、既に文献上指摘されている。本稿との関係では、前記四3で論じた有限会社法19条5項の有限責任事業会社への適用の問題が掲げられる。この点は、今後の学説・判例の展開を注意深く見詰めてゆく必要がある。この点について、私見を述べれば、確かに有限責任事業会社に関する有限会社法5a条が、通常の有限会社に関する有限会社法の特則である以上、有限会社法5a条で律せられている規律以外は、通常の有限会社に係る法規定が適用されるとの前提に立つ限り、有限会社法19条5項の有限責任事業会社への適用を肯定するという方向性は理解できる。しかし、通常の有限会社と有限責任事業会社との資本確保に関する姿勢が異ならざるを得ない以上、単純に右条項の適用を肯定することはできない。すなわち、通常の有限会社は25000ユーロの最低資本金を設定するを出発点として、資本確保に関する規制を設けているのに対し、有限責任事業会社の場合には、1ユーロの基本資本を設定することも法律上可能とされており、そのことを前提として、現物出資規制が排除され、金銭出資の全額払込みを要請しているのである。有限責任事業会社にとっては、現実の金銭出資の確保が重視されているものといえよう。それゆえ、有限会社法19条5項

と同法5a条2項1文とは相容れないものと解され、有限会社法19条5項の有限責任事業会社への適用について消極的とならざるを得ない。

2 有限責任事業会社に関する規定に関わる問題

これと並んで、有限責任事業会社に関する有限会社法5a条の規律自体についても、幾つかの問題点が指摘されている。本稿との関係では、有限責任事業会社の法形式の付加語として、選択可能な標識が「Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)」または「UG (haftungsbeschränkt)」の何れかであることに關し、より適切な標識を求める意見があることが一例として掲げられよう（前記二注12参照）。ただ、この点は立法論を含むものであり、現時点で決着がつくわけではない。

この点で付言すれば、なるほど2008年有限会社法改正法の立法者は、当初の方針であった最低資本金の相対的引き下げという方策⁵²を捨て、有限責任事業会社という新たな制度の創設によって事実上最低資本金の撤廃と同様の結果をもたらす方策を選択した積極的な姿勢には、一定の評価を与えることができるかもしれない。ただ、ドイツ法では、通常の有限会社については依然として最低資本金制度が維持されており、有限責任事業会社についても、別稿でも言及しているが⁵³、實際上、1ユーロ有限責任事業会社は、確実な自己資本のバッファ無き限り、直ちに債務超過となる虞れが存する以上⁵⁴、ビジネスパートナーに向けて負のシグナルを送っているこ

52 有限会社法改正法の立法者は、改正法の草案段階では、25000ユーロから10000ユーロへの基本資本の縮減を計画していた（政府草案5条）（Reg-Begr., MoMiG, BT-Drs.16/6140 S.2.）。

53 丸山、前掲（注4）800。

54 ただし、実際には「金融市場安定化法（Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes（Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG））5条の改正（2011・1・1発効）により当該会社が改正前の規定を適用されるか否かによって、債務超過による支払不能手続き開始となる可能性が異なる場合が生ずる（Müller, Der Überschuldungsstatus im Lichte der neueren Gesetzgebung, in FS f. Uwe Hüffer, S.701.704ff.）。

とになり好ましい存在ではないという指摘もなされており⁵⁵、実際の調査結果としても、大部分の有限責任事業会社は、1ユーロを超える基本資本を伴って設立されていると指摘されている⁵⁶。

以上のことからすれば、取引相手ないし債権者保護のために最低資本金制度が一定の機能を担っていることを前提に、従来の有限会社に関する法規制との整合性を巡る解釈論や制度の運用を考慮しつつ、有限責任事業会社制度の実効性を促すような解釈・立法論を展開することが望ましい。この点で、前記（注10）の通り、法形式の付加語に関し「Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne Mindeststammkapital」または「GmbH (o.M.)」という代替案を提出していた連邦参議院は、付加語とは、問題とされているのは新たな法形式ではなく一定の最低資本金を伴わずに設立された会社であることが判るようなものでなければならぬし、完全な有限会社の中間段階（Durchgangsstadium）にあるものが形成されていることを前提に⁵⁷考慮を進めていたことを想起すべきであろう。ただ、2008年有限会社法改正法の立法者が、有限責任事業会社を「最低基本資本額を下回る基本資本をもって（mit einem Stammkapital）設立される会社」として位置づけていること、すなわち、1ユーロでも最低基本資本であって、有限責任事業会社制度の創設によって、最低基本資本制度を撤廃したのではないとも解されるのであれば⁵⁸、「ohne Mindeststammkapital」という表示を用いる方が、公衆にとってより適切な標識となるとしても、立法者から見て、その標識は通常の有限会社の最低資本がないということを示し標識として理解したことになるのか、それとも、それ以上に、最低基本資本がないということ立法者自身が認めたことになるのかが問題とされることになる

55 Michalski, a.a.O.(Fn.8) S.796(Rdn.20)(Miras).

56 Bayer/Hoffmann, Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) des MoMiG zum 1.1.2009-eine erste Bilanz, GmbHR 3/2009,S.124f.

57 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs.16/6140 S.150.

58 丸山、前掲（注4）799参照。

かもしれない。いずれにせよ、さらなる議論の継続が望ましい。

3 従来の法状況への影響

本稿で論じたことからさらに指摘したいことは、通常の有限会社についてこれまで論じられてきた法律問題が、新たな有限責任事業会社の出現によって何らかの影響を受けるのではないかという点である。この点で、本稿の対象とした設立段階に限ってみても、次のような状況を認めることができよう。すなわち、前記四1で述べたように、有限会社の設立に際して、有限会社法2条1a項による「ひな形書式」を使うことによって、従来よりもかなり短期間で有限会社を成立させることができるようになるということが指摘されている。勿論、このような簡易な設立は、有限責任事業会社のみならず、通常の有限会社にも利用可能なものとされている。しかし、この簡易な設立方法を有限責任事業会社の設立に際して利用することで費用面で優遇されるという結果を伴うことから、経費の面で最も節約となり推奨されるのは、この方法を有限責任事業会社の設立に利用することであると指摘されている⁵⁹。最新のデータによれば、2010年11月1日現在で、41,014社の有限責任事業会社が登記されているが⁶⁰、その多くが簡易な設立方法を利用しているものと推測される。また、一人設立に際して要求されていた旧有限会社法7条3項3文に基づく出資なき部分の一人社員による保証も求められなくなったことから、登記申請に際して保証書の提出も不要

59 Michalski, aa.O(Fn.8), S.793(Rdn.9)(Miras)によれば、内部関係に関する規制がないため複数人による設立のためには「ひな形書式」は推奨できない一方、一人有限責任事業会社にとってひな形書式は内容的にも足りており、費用法の観点においても少なくとも14000ユーロの最低資本額に達するまでは自由な形式の定款よりも費用上得であるとする。

60 http://www.rewi.uni-jena.de/Forschungsprojekt+Unternehmergeellschaft_p_15120-path-88632.html。制度導入直後の2008年11月1日から2009年1月11日までのほんの2ヵ月間で既に1000社以上の有限責任事業会社が商業登記簿に登録されていたが(Bayer/Hoffmann, aa.O.(Fn.56), S.124.)、この数字はそれ以降も引き続き増加している。

とされ、その部分の審査に掛る時間も要せず、迅速な手続きの進行が可能となっていることも無視し得ない。

それでは、このような事実状況が従来の法状況にどのような影響を及ぼすものと考えられるのか。上記のように、有限責任事業会社の設立に際して、簡易な手続きが選択され、迅速に会社の成立に至るということは、従来に比べて、前記三で示した会社の成立に至る過程のうち、とりわけ設定、すなわち有限会社の場合の会社契約の確定から法人としての成立、すなわち有限会社の場合の商業登記簿への登記、までの手続きが時間的に少なからず短縮されることを意味している。とりわけ、一人設立として、有限責任事業会社が設立される場合はなおさらである。このことが意味することは、以上の設定から成立までの間に存するものとされる「設立中の会社」の存続期間もかなり短縮されることになるということである。周知の通り「設立中の会社」の存在意味は、「設立中の会社」がその存続段階でなされた法律行為に基づく権利義務の実質的主体となることで、会社の成立によって、権利義務が成立後の会社に自動的に移転するという結果をもたらすことにある⁶¹。「設立中の会社」に関するこれまでの議論の背景として考えられるのは、会社の設定から成立までの期間が長くかかったことによって、その間になされたさまざまな法律行為およびそれに基づく法律関係をどのように処理してゆけばよいかという考慮のもと、その処理のための道具として「設立中の会社」という概念を持ち出さざるを得なかったという状況である。このことからすれば、有限責任事業会社の設立に際して見受けられる新たな状況の下では、従来とは異なり、設定から成立までの法律関係の処理のために「設立中の会社」という概念を持ち出す必然性は従来よりも相対的に少なくなっていると評価することができよう。ただ、以上の理は、幾つかの仮定条件を組み合わせたものにしかすぎない。一人

61 丸山、前掲（注4）21頁。いわゆる「同一性説（Identitätstheorie）」の立場による。

会社としての有限責任事業会社の設立以外の場面では、依然として従前の状況が存することから、複数の社員が参加する通常の有限会社について見れば、「設立中の会社」という概念は従来通り維持されていると云うことができる。勿論、有限責任事業会社の設立に際して見受けられる新たな状況の下でも、何らかの法律行為がなされる可能性はあるので、前記の意味で「設立中の会社」という概念が考慮される必要がなくなったわけではない。

そもそも「設立中の会社」という概念を法律関係の処理のための道具概念と見るのではなく、成立後の会社と実体的に同一の組織が会社の成立前にも存していることを法的にも明らかにするための実質を伴った概念であると考えるのであれば⁶²、一人会社としての有限責任事業会社の設立の場面でも、その意味における「設立中の会社」の存在を認めることができるものと思われる⁶³。そのことを前提として、通常の有限会社の一人設立における「設立中の会社」の法的性質論を考慮したうえで⁶⁴、それを有限責任事業会社の「設立中の会社」に当てはめてゆくことになる。この点で、注意しなければならないのは、複数人による設立と単独の原始社員による設立、すなわち一人設立との区別である。従来文献においては、一人設立と複数人による設立とを区別することなく、一人設立の場合にも一人会社としての「設立中の会社」が存在するとする見解が存する一方、一人設立の場合には「設立中の会社」は存在せず、設立段階で生じた権利義務は原始社員の個人的な法律関係の中に組み込まれてしまうとの見解も主張されてい

62 すなわち、会社の登記申請がなされる直前の段階においては、登記が受理されれば、法人としての会社となる組織が事実上存在していることを、法的にも積極的に評価するとの法解釈に基づく。

63 これに対して、一人設立の場面では、「設立前組合」は存しないものとされている（Gersch/Herget/Marsch/Stützle, GmbH-Reform 1980, Forkel-Verlag 1980, S. 68(Rn.134)）。

64 丸山秀平「西ドイツ有限会社法における一人設立制度の問題性」中央大学百周年記念論文集（法学部）（1985、中央大学）435頁以下参照。

た⁶⁵。

この点で、私見によれば、そのような実質概念としての「設立中の会社」は、一人設立の場合、特別財産（Sondervermögen）としての実体関係であると解され⁶⁶、一人会社の設立の段階では、実質概念としての特別財産とその担い手としての原始社員が存在し、その特別財産が成立後の会社財産として引き継がれてゆくものと考えることとなる。この限りで、私見は、一人設立の場合には従来の意味における「設立中の会社」は存在しないとの見解に与することになろう。もっとも、この見解では、社員の個人財産と会社財産とを峻別し、設立段階における特別財産としての会社資本を将来の会社のために確実に確保すべき要請がとりわけ重視されなければならない。この点で、現段階における有限会社法の法規制をみると、一人設立の場合に、複数人による設立に関する有限会社法24条が適用されないことに加え、前記四1で論じたように、旧有限会社法7条3項3文が削除されたことも相まって、むしろ資本確保の要請は弱まっているように思われる。この点でとりわけ、有限責任事業会社について、前記四2で論じたように、有限会社法5a条2項の全額払込の要請を重視したうえ、通常の有限会社に関する有限会社法8条2項による保証を有限責任事業会社についても肯定することが必要とされよう。

[2010年11月28日稿]

65 丸山、前掲（注64）442頁以下参照、Gersch/Herget/Marsch/Stützel, a.a. O. (Fn. 63), S.70ff.(Rn.139-142).

66 丸山秀平・株式会社法概論（四訂版）（2003、中央経済社）、78頁。