

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

<b>Title</b>	ヨーロッパ会社法の構造(2)：ヨーロッパ会社法指令・その1
<b>Author</b>	高橋, 英治
<b>Citation</b>	大阪市立大学法学雑誌. 66 卷 1-2 号, p.493-443.
<b>Issue Date</b>	2020-03
<b>ISSN</b>	0441-0351
<b>Type</b>	Departmental Bulletin Paper
<b>Textversion</b>	Publisher
<b>Publisher</b>	大阪市立大学法学会
<b>Description</b>	高橋眞教授・吉井敦子教授退任惜別記念号
<b>DOI</b>	10.24544/ocu.20210413-009

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

# ヨーロッパ会社法の構造（2）

——ヨーロッパ会社法指令・その1——

高 橋 英 治

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 ヨーロッパ会社法の存在形態
- 三 開業の自由
- 四 資本移動の自由 (以上、65巻3・4号)
- 五 ヨーロッパ会社法指令
  - 1 はじめに
    - (1) 指令とは何か
    - (2) ヨーロッパ会社法指令の効力
    - (3) 株式会社に関する指令の目標の転換
    - (4) 本稿で取り上げる指令
  - 2 資本会社の公示等
    - (1) はじめに——会社法指令とは何か
    - (2) 公示の手段
    - (3) 公示事項
    - (4) 公示の効力
    - (5) 設立中の資本会社においては行為者が責任を負う
    - (6) 代表機関の選任における瑕疵
    - (7) 制限不可能な代表権の原則
    - (8) 共同代表と単独代表
    - (9) 資本会社の設立方法と設立無効
    - (10) 資本会社のオンライン設立
      - (a) オンライン設立に関する指令の成立過程

## ヨーロッパ会社法の構造（２）（高橋）

- (b) オンライン設立とは何か
    - (aa) 本人確認の方法
    - (bb) 費用
    - (cc) 加盟国による情報開示
    - (dd) モデル定款の使用等
  - (c) 加盟国は現物出資がなされる場合にはオンライン設立を認めなくてもよい
  - (d) 加盟国はオンライン設立を有限会社に限定して認めることができる
  - (e) 複数人によるオンライン設立も可能である
  - (f) 法人によるオンライン設立も可能である
  - (g) ヨーロッパ連合におけるオンライン設立の進展と日本法への示唆
- (11) 外国資本会社の支店の公示 (以上、本号)

六 ヨーロッパ模範会社法

七 超国家的企業形態

八 おわりに——ヨーロッパ会社法が日本法へ与える示唆

## 五 ヨーロッパ会社法指令

### 1 はじめに

#### (1) 指令とは何か

「指令は、達成すべき結果につき名宛人たる加盟国を拘束するが、形式および手段についての権限は国内機関に委ねる」（ヨーロッパ連合運営条約288条3項）。

指令の名宛人は加盟国である。指令は次の二段階を経て実現する。第一段階として、指令が、加盟国に目標を示す。第二段階として、加盟国は指令に示された目標を立法等により実現する。指令によって示されている目標をいかなる手段によって実現するののかについて決定することは、加盟国の課題である（ヨーロッパ連合運営条約288条3項）。指令は、それ自体が加盟国の国内法となることはなく、あくまでも加盟国に立法等の目標を示すにすぎない。指令は、

全加盟国の国内法を「統一」するのではなく、「調整」することを目標とする。通常の場合、指令の事実上の創造の主体はヨーロッパ委員会である。ヨーロッパ委員会はヨーロッパ連合全体の利益を考慮して指令の草案を起草し、理事会とヨーロッパ議会に指令の提案を提出する（ヨーロッパ連合運営条約294条2項）。指令は、EU加盟国の代表である理事会とEU市民の代表であるヨーロッパ議会で審議・承認されて成立する<sup>1)</sup>。この際、ヨーロッパ議会または理事会がヨーロッパ委員会から提案された指令案を修正する場合もある（ヨーロッパ連合運営条約294条3項・7項c）。各加盟国がそれぞれ独自の会社法をもっている中でそれらの調整の目標として形成されるヨーロッパ会社法指令は、各加盟国の妥協の産物である。

ヨーロッパ会社法指令の基礎は、ヨーロッパ連合運営条約50条2項gにある。本条文は、開業の自由の項目の中に存在する条文であり、ヨーロッパ議会・理事会・ヨーロッパ委員会が、特に「加盟国においてヨーロッパ連合運営条約54条2項の意味の会社に対して、その社員および第三者の利益のために規定されている保護規定を、その保護が同等になるように、必要な限りにおいて、調整する」という任務を達成するために指令を定める旨規定する。

ヨーロッパ連合運営条約54条2項を根拠に、労使共同決定に関する法・会計法・国際会社法などを含む会社法全体が、指令による調整の対象になると解されている<sup>2)</sup>。1997年12月9日ヨーロッパ裁判所 Daihatsu 判決<sup>3)</sup>は、指令は域内市場の機能発揮に必要な限りにおいて加盟国の国内法を調整するために出されるのであり、ヨーロッパ連合運営条約50条2項gの「第三者」は「第三者一般」を指すのであり、債権者に限定されてはならないと判示する<sup>4)</sup>。ヨーロッ

1) この通常立法手続につき、中西優美子『EU法』123頁（新世社、2012年）、M・ヘルデーゲン、中村匡志訳『EU法』140頁以下（ミネルヴァ書房、2013年）、庄司克宏『新EU法 基礎篇』88頁以下（岩波書店、2013年）参照。

2) Habersack/Verse, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl., München 2019, § 3 Rdnr. 59.

3) EuGH, Urteil vom 4. 12. 1997, Rs. C-97/96, Celex-Nr. 61996CJ0097 „Daihatsu“.

4) EuGH, Urteil vom 4. 12. 1997, Rs. C-97/96, Celex-Nr. 61996CJ0097, Tz. 18 ff. „Daihatsu“.

バ連合運営条約50条2項gが、指令が「特に」保護規定の調整のために定めると規定していることに表現されているように、保護規定の調整は指令の必要条件ではなく、むしろ加盟国における会社法上の規制枠組みを同等にするということが、指令が出される契機となる。例えば、一人有限会社指令<sup>5)</sup>は、一人有限会社の債権者の保護規定の加盟国間の調整するだけでなく、企業家が個人責任の危険を負担することなく企業活動を行う機会を与えるための規制枠組みを各加盟国において同等にしようとする。以下においては、ヨーロッパ会社法指令を概観する。

## （2）ヨーロッパ会社法指令の効力

指令の効力については学説上争いがある<sup>6)</sup>。ヨーロッパ連合運営条約288条3項によると、指令は加盟国を拘束する。指令の名宛人は加盟国であり、加盟国が指令の内容を国内法化する前には私人は原則として指令を援用して自己の権利を主張することができない（ヨーロッパ連合運営条約288条3項）。しかし、ヨーロッパ裁判所は、①指令の国内法化の期限が到来したにもかかわらず、指令が国内法化されていない、②指令が内容上、無条件で個別事案に適用できる程に十分に明確である、③指令がそれ自体個人に義務を課すものでない等の要件をすべて満たす例外的場合につき指令に直接効果を認めていると学説上理解されている<sup>7)</sup>。さらに、学説には、加盟国の私人が私人に対して援用しようという水平的直接効果を指令に認めるべきであるという論調のものもある<sup>8)</sup>。し

---

5) Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter.

6) Nettesheim, in: Oppermann/Clausen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl., München 2011, S. 130.

7) 中西優美子『EU法』115頁以下（新世社，2012年），M・ヘルデーゲン，中村匡志訳『EU法』139頁（ミネルヴァ書房，2013年），庄司克宏『はじめてのEU法』43頁以下（有斐閣，2015年），吉本健一「EC会社法の展開とEC裁判所の判例」阪大法学43巻2 = 3号671頁（1993年）。

8) Steindorf, EG-Richtlinien und Illusionen, FS Everling, Baden-Baden 1995, S. 1455 ff.

かし、ヨーロッパ裁判所は、私人対私人の関係における水平的直接効果<sup>9)</sup>を指令に認めていない<sup>10)</sup>。すなわち、ヨーロッパ裁判所は、1994年7月14日 Dori 判決<sup>11)</sup>において、指令に水平的直接的効果を認めるならば、私人に義務という負担を課すことになるが、これは規則 (Verordnung; regulation) でしか行うことができないと判示して、指令に水平的直接効果を認めなかった<sup>12)</sup>。

ヨーロッパ会社法指令は私人の私人に対する水平的直接効果を有するものではないが、加盟国がヨーロッパ会社法指令を国内法化する義務を怠っている場合、会社・社員(株主)・会社債権者は国内法化義務を怠っている加盟国に対して、損害賠償責任を追及することができる。なお、かかる加盟国の損害賠償責任は、加盟国の国内法を指令適合的に解釈することにより、指令が追求する目標を実現できる場合には発生しない。加盟国は、指令を国内法化すべき期間が過ぎた場合、その国内法を指令適合的に解釈する義務を負う<sup>13)</sup>。ヨーロッパ裁判所は、1994年7月14日 Dori 判決において、「加盟国の国内裁判所は、国内法の適用において、国内法をできる限り指令の文言と目的に合わせて、指令が追求する目標が実現され、ヨーロッパ共同体条約189条3項(現行ヨーロッパ連合運営条約288条3項<sup>14)</sup>・引用者注)が遵守されるように解釈しなければならない<sup>15)</sup>」と判示した。

### (3) 株式会社法に関する指令の目標の転換

そもそも指令は、株式会社法をできる限り全領域において調整することを目標としていた。この目標の下で、ヨーロッパ委員会は、株式会社の機関構造に

9) 指令の水平的直接効果につき、中西優美子『EU 法』142頁以下(新世社、2012年)、庄司克宏『新 EU 法 基礎篇』257頁(岩波書店、2013年)参照。

10) 吉本・前掲注(7) 阪大法学43巻2=3号672頁参照。

11) EuGH, Urteil vom 14. 7. 1994, Rs. C-91/92, Celex-Nr. 61992CJ0091 „Dori“.

12) EuGH, Urteil vom 14. 7. 1994, Rs. C-91/92, Celex-Nr. 61992CJ0091, Tz. 24 „Dori“.

13) 中西優美子『EU 法』165頁以下(新世社、2012年)、庄司克宏『新 EU 法基礎編』276頁以下(岩波書店、2013年)参照。

14) 「指令は、達成すべき結果につき名宛人たる加盟国を拘束するが、形式および手段についての権限は国内機関に委ねる」(ヨーロッパ連合運営条約288条3項)。

15) EuGH, Urteil vom 14. 7. 1994, Rs. C-91/92, Celex-Nr. 61992CJ0091, Tz. 26 „Dori“.

関する第5指令<sup>16)</sup>（構造指令）や第9指令<sup>17)</sup>（コンツェルン法指令）などを出すことを試みていた。この目標の下、ヨーロッパ委員会は、加盟国が株式会社法における規制緩和の競争を繰り上げた結果としてヨーロッパ連合全体で会社債権者・労働者・少数派株主保護の水準が低下してしまうこと（„race to the bottom“）を、株式会社法的全領域で指令を出して加盟国の株式会社法を完全に調整することによって、防止しようとしていた。その転換点となったのが、2003年ヨーロッパ委員会行動計画書<sup>18)</sup>であった。ここで明確化された方針が、従来の「できる限り完全な調整（möglichst vollständige Angleichung）」という考え方に代わる、「核となる領域における調和化（Kernbereichsharmonisierung）」という考え方であった<sup>19)</sup>。この新しい考え方は、指令により、加盟国の会社法を、会社法のすべての領域において調整しようとするのではなく、特に緊急に必要な領域に限って調整しようとするものであった。かかる指令による加盟国の会社法の調整の基本方針の転換の背景には、会社法の競争に関するヨーロッパ委員会の考え方の変化があった。2003年ヨーロッパ委員会行動計画書は、「国内規定の一定の競争は、EU 域内市場の効率性を高めうる<sup>20)</sup>」と論じていた。すなわち、加盟国の会社法の完全な調整を放棄し、核となる領域についてのみ調整すると、その分だけ加盟国がその会社法に加盟国独自の規制を設ける余地が大きくなり、加盟国の会社法が EU 域内において競争をする

16) Dritter geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie vom 20. 11. 1991 (Strukturrichtlinie), in: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 1996, S. 176 ff.

17) Entwurf einer neunten Richtlinie von 1984 (Konzernrechtsrichtlinie), Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 1996, S. 244 ff.

18) Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM (2003) 284.

19) 高橋英治「EU 会社法指令が示唆する日本の会社法立法の未来」ビジネス法務19巻6号151頁（2019年）参照。Hopt は、2003年ヨーロッパ委員会行動計画書を核となる領域における調和化のプログラムであるとみる（Hopt, Konzernrecht: Die europäische Perspektive, ZHR 171 (2007), 201）。

20) Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union - Aktionsplan, KOM (2003) 284, S. 10.

余地が大きくなるが、かかる会社法の競争が EU 域内市場の効率性を高めるとヨーロッパ委員会は評価したのである。かかるヨーロッパ委員会の見解は、学説の見解と一致していた。すなわち、2005年、Eidenmüller は、ヨーロッパ裁判所の Überseering 判決<sup>21)</sup>および Inspire Art 判決<sup>22)</sup>によってもたらされる加盟国の会社法の競争が EU 域内の会社法を „race to the bottom“ へと導くという懸念は根拠がないと論じていた<sup>23)</sup>。

(4) 本稿で取り上げる指令

本稿で取り上げる主な指令は次のものである。

2017年6月14日会社法指令<sup>24)25)</sup>

2007年7月11日株主権指令<sup>26)</sup>

2013年6月26日 EU 会計指令<sup>27)</sup>

---

21) EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, Celex-Nr. 62000CJ0208 „Überseering“.

22) EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, Celex-Nr. 62001CJ0167 „Inspire Art“.

23) Eidenmüller, Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, FS Heldrich, München 2005, S. 595.

24) Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts ABl. L 169 vom 30. 6. 2017, S. 46-127.

25) 「会社法指令」は「統合指令」とも呼ばれる。会社法指令の公示規制につき、松田和久「EU 会社法統合指令における公示規制」東洋法学62巻3号219頁以下(2019年)参照。

26) Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. L 184 vom 14. 7. 2007, S. 17-24. 近時の改正として、Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. L 132 vom 20. 5. 2017, S. 1-25.

27) Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates ↗



2006年5月17日決算検査人指令<sup>28)</sup>

2009年9月16日一人有限会社指令<sup>29)</sup>

2004年4月21日公開買付指令<sup>30)</sup>

## 2 資本金会社の公示等

### (1) はじめに——会社法指令とは何か

1968年3月9日の第1指令（公示指令）は、ヨーロッパの会社法における最初の指令であり、ヨーロッパの私法における最初の指令でもあった。その後、

---

↘ ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19-76. 近時の改正として, Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19-76.

28) Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157 vom 9. 6. 2006, S. 87-107. 近時の改正として, Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, ABl. L 158 vom 27. 5. 2014, S. 196-226.

29) Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter.

30) Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. L 142 vom 30. 4. 2004, S. 12-23. 近時の改正として, Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 173 vom 12. 6. 2014, S. 190-348.

2017年6月14日に、かつての第1指令（公示指令）、第2指令（資本指令）、合併指令、会社分割指令、国際合併指令、第11指令（支店指令）を統合した「会社法指令（正式名称『会社法の一定の領域に関する指令』）」が成立した。

会社法指令は、2019年6月20日、新たに資本会社（有限会社・株式会社等）のオンライン設立等を規制するために改正された<sup>31)</sup>。また、会社法指令は、2019年11月27日、国際合併に関する規定を改め、国際組織変更および国際会社会社分割の規定を導入するために改正された。

会社法指令の章立ては、以下のとおりである。

「会社法の一定の領域に関する指令

第1部 一般規定と資本会社の設立と機能

第1章 対象

第2章 会社の設立と無効および会社の義務の有効性

第3章 中央登記簿、商業登記簿および会社登記簿の公示とネットワーク化

第4章 資本の維持と変更

第2部 資本会社の組織変更、合併および分割

第1章 国境を越えた組織変更

第2章 株式会社の合併

第3章 資本会社の国境を越えた合併

第4章 株式会社の分割

第5章 資本会社の国境を越えた分割

第3部 最終規定」

会社法指令は、六つの指令を一つの指令に統合して法典化することで、市民

---

31) Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186 vom 11. 7. 2019, S. 80-104.

に対する指令への理解の向上と市民への可視化の向上を目指す。会社法指令の基となった2015年12月3日のヨーロッパ委員会の提案は、会社法指令の「法典化」の目的を次のように説明する。

「『市民のヨーロッパ』との関係において、ヨーロッパ連合の法を単純化しかつより明解に形成し、ヨーロッパの市民がこれをより深く理解しより簡単にアクセスすることができ、これによってヨーロッパの市民が自己に帰属する権利をより容易に行使できるようにすることを、ヨーロッパ委員会は切に望む。この目的は、何度もしばしば重要な点で改正された多くの規定が、そのもともとの法行為からその最新の条文までが分散していて、その現行規定を調べようとすると労力がかかる多数の法行為を比較する必要があるのでは、実現できない。法を分かりやすくかつ透明化するためには、何度も改正された法行為を法典化しなければならない<sup>32)</sup>」。

このヨーロッパ委員会の「法典化」の目的——市民の理解と市民への可視化の向上——が、六つの指令を一つの指令に統合することで実現されたかについては疑問も提起されている。この指令の大部分は専門家が取り扱う特別な法的資料であるからである<sup>33)</sup>。しかし、「法典化」により何度も改正された六つの指令の最新の状態が一覧できるというメリットは、新たにヨーロッパ連合の加盟国となった国の法律家およびヨーロッパ法を専門としない法律家にとって大きい。以下においては、会社法指令を主たる対象として、まず、ヨーロッパ法上の公示やオンライン設立等について概観する。

## （2）公示の手段

株式会社や有限会社などの資本会社の公示の手段については、会社法指令16条1項が、「書類が、中央登記簿、商業登記簿あるいは会社登記簿に、すべてのそこに登記されている会社のために、提出されなければならない」と定める

32) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (kodifizierter Text).

COM/2015/0616 final - 2015/0283 (COD), Begründung 1.

33) Walter Bayer/Jessica Schmidt, Europäischen Unternehmensrecht 2015/16, BB 2016, 1925.

(会社法指令13条・附則Ⅱ参照)。2007年1月1日以降、すべての加盟国は、すべての公示すべき証書と事項を、電子的方法によって、提出できるようにしなければならない(会社法指令16条3項)。加盟国は、ドイツ商法12条1項1文<sup>34)</sup>が定めるように、これらの書類の電子的方法による提出を唯一の提出方法として義務づけることもできる。提出された証書と事項は、電磁的方法によって「登録」されるか、あるいは、商業登記簿へ「登記」される。この「登録」と「登記」が、選択的に提供される公示の手段である<sup>35)</sup>。証書および事項の公示は、加盟国の定める官報において、全文を公告するかもしくは抜粋を公告するか、または当該書類が記録簿に登録されているまたは登記簿に登録されている旨を指示する方法で行われる(会社法指令16条5項1文)。加盟国は、官報による公告を、これと同等の効果を有する措置に代えることができるが当該措置は、少なくとも、公告されるべき情報が中央電子プラットフォームを介して年代順に参照されうる方式をとらなければならない<sup>36)</sup>(会社法指令16条5項2文)。

会社法指令16条5項2文はドイツ法にとって重要な条文である。ドイツ商法10条1文は、裁判所が、ラントの司法省が指定した電子的情報通信システムに、商業登記簿の登記事項を登記後一定の期間内に公告する旨定めているからである。ドイツ商法10条1文により、公示は、ドイツでは、16のラントの司法省が指定したシステムによって行われる。ラントは、共通の登記簿ポータル(www.handelsregister.de)を持ち、公示はこの共通ポータルからラントで管理されている企業登記簿も閲覧することができる(ドイツ商法8b条1項1号<sup>37)</sup>)。ここか

34) 「商業登記簿への登記申請は、公的に認証された書式を利用して電子的に行われるものとする」(ドイツ商法12条1項1文)。法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ商法典(第1編～第4編)』(法曹会、2016年)参照。以下、ドイツ商法の翻訳として、本書を参照した。

35) Jessica Schmidt, Innovation durch „Innoventif“, NZG 2006, 901 以下、本稿において、「登記」という場合、記録簿への「登録」を含む。

36) 本条文の訳につき、加藤徹ほか「EU 会社法第1指令」法と政治(関西学院大学)66巻3号156頁(2015年)参照。以下、会社法指令の第1指令に当たる部分の翻訳の基礎として同翻訳を参照した。

37) ドイツ商法8b条1項1号は、企業登記簿のインターネットサイトで、商業登

ら、ドイツ商法10条1文は、会社法指令16条5項2文の要求する中央電子プラットフォーム開設の要請を十分に満たしていると考えられている<sup>38)</sup>。

公示すべき証書と事項の提出は、それぞれの加盟国の言語で行われる（会社法指令21条1項）。しかし、加盟国は、書類を別の加盟国の言語で付加的に提出することを認めなければならない（会社法指令21条2項）。しかし、付加的に別の加盟国の言語での書類を登記簿へ提出した者は、提出した別の加盟国の言語での書類に翻訳の誤りがある場合には、その誤りについてのすべての責任を負う。この場合、善意の第三者は、提出された書類の翻訳の誤りについての責を一切負わず、誤った翻訳がなされた登記が有効であると主張することができる。この法理をドイツ商法11条1項は、提出された翻訳がオリジナル版から相違してしまった場合<sup>39)</sup>、第三者はオリジナル版を知っていたと登記申請者が証明した場合を除き、第三者は提出された翻訳版を信頼することができると規定する。

公示の手段としては、「第一次的な公示の手段」と「第二次的な公示の手段」とがある。「第一次的な公示の手段」は、会社法指令14条（後述「公示事項」参照）が指示する証書や事項が登記簿等を通じて公示されることを指す。「第二次的な公示の手段」としては、会社法指令14条が指示する証書や事項を紙や電子的方法によって送付を求める権利（会社法指令16条4項1文）を与えること、あるいは、会社が手紙や電子メールなどで会社の法的形態・会社の所在地の登記所・会社の登記番号などを通知する義務（会社法指令26条<sup>40)</sup>）を課すこ

---

↘ 記簿の記録と公告等を閲覧することができる旨定める。

38) Noack, Das EHUG ist beschlossen - elektronische Handels- und Unternehmensregister ab 2007, NZG 2006, 802 f.

39) ドイツの登記官は、付加的に提出された翻訳の内容については、一切その職務としての検査を行わないという実務をとっている。Hopt, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl., München 2018, § 11 Rdnr. 1.

40) 「加盟国は、紙媒体またはその他一切の媒体により作成される信書および注文書に、次の事項を記載することを規定する：

a) 本指令3条所定の記録簿が付置される登記簿を確定するために必要な情報ならびに当該登記簿における会社の登記番号 ↗

とが、これにあたる。前者の送付を求める権利についてはドイツ商法9条2項<sup>41)</sup>・4項1文<sup>42)</sup>に関連する規定が存在する。後者の会社の通知義務は、ドイツ法では、株式法80条・268条4項・278条3項、ドイツ有限会社法35a条・71条5項として立法化されている<sup>43)</sup>。

### (3) 公示事項

株式会社や有限会社などの資本会社の公示事項は、会社法指令14条に例示列挙されている（会社法指令13条・附則Ⅱ参照）。これによると、定款、法定機関として誰が選任されているのか、また、その者が単独で代表権を有するのかあるいは共同で代表権を有するのか、引受資本の額などが、公示事項である。ドイツ法では、取締役は定款に別段の定めがない限り共同代表が原則形態となっている（株式法78条2項1文<sup>44)</sup>）。しかし、株式会社が、株式法78条2項1文に従い、そのすべての取締役に付き全員が共同して会社を代表することができるとしている場合でも、会社法指令14条d(i)に従い、当該株式会社がすべての取締役に付きかかる共同代表制をとっていることが公示されなければならない。かかる会社法指令14条d(i)の規定は、ドイツの株式会社の機関構成の原則を理解していない外国人が、ドイツの株式会社と取引することを想定してつくられた規定である。

---

↳ b) 会社の形態、会社の住所、会社が清算中であればその旨。

当該信書および注文書に引受資本の記載がなされている場合においては、当該事項については引受けられかつ払込済みの引受資本を対象とする。

加盟国は、会社のすべてのインターネットサイトが少なくとも本条第1項所定の事項を提供し、ならびに引受けられかつ払込済みの引受資本がある場合においてはその事項を提供することを要求する」（会社法指令26条）。

- 41) ドイツ商法9条2項は、登記の電子的方法での送付を請求することができる条件について規定する。
- 42) ドイツ商法9条4項1文は、登記のプリントアウトを請求できる権利について規定する。
- 43) 例えば、株式法80条1項は、特定の受取人に宛てた営業書簡には、会社の法的形態・会社を所管する登記所・会社の登記番号などが記載されなければならない旨定める。ドイツ有限会社法35a条も、有限会社につき同様に定める。
- 44) 「取締役が複数の者で構成される場合において、定款に別段に定めがないときは、取締役全員が共同してのみ会社を代表する権限を有する」（株式法78条2項1文）。

ヨーロッパ裁判所は、機関構成員として唯一人の者が選任されており、当然その機関構成員が唯一人で代表権限を行使できると推定できる事例を想定して、次のように判示している<sup>45)</sup>。すなわち、ヨーロッパ裁判所によると、「会社を代表する者を公示する」という指令（現行会社法指令14条 d(i)）の文言は、会社の代表権が唯一人の業務執行者に帰属している場合でも、この者に代表権が帰属することを明示的に公示しなければならないということを意味する。加盟国でも、取引がますます緊密になることに鑑み、共同市場の形成を保障するため、会社と第三者との関係を法的に安定化することが、指令の目的である。このためには、他の加盟国の会社と取引をしようを望む者が、当該会社の代表権を与えられている者の権限についての重要な事項を容易に知ることができなければならない。そのためには、ある加盟国で当然と思われることも、公示しなければならない。なぜなら、他の加盟国の会社と取引をしようとしている者は、その他の加盟国の会社の法令を完全に知ることができず、また、そこに存在する商慣習も知ることができないからである。そのため、有限会社では、業務執行者がただ一人しか存在せず、その会社の代表権が唯一その者に帰属することが論理的帰結であり、したがって（たとえその旨の登記がなくとも）明白である場合でさえ、その者に唯一会社の代表権が帰属すること旨を登記において明示にすることが求められる<sup>46)</sup>。

会社法指令14条 d は、加盟国が機関構成員の一身上の事項を公示することを求めている。これは、個人情報保護との関係で緊張関係が生じる。個人情報について、会社法指令161条は、個人データ保護指令<sup>47)</sup>（現在の個人データ保護基本規則<sup>48)</sup>）を準用している。具体的事例としては、登記から自分がかつて倒

45) EuGH, Urteil vom 12.11.1974, Rs. C-32/74, Celex-Nr. 61974CJ0032 „Haaga“.

46) EuGH, Urteil vom 12.11.1974, Rs. C-32/74, Celex-Nr. 61974CJ0032, Tz. 5 f. „Haaga“.

47) Die Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

48) Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der ↗



産した会社の業務執行者であったことが明らかになってしまおうとして、かかる個人情報の登記の抹消を求めたという事件があったが、ヨーロッパ裁判所は、かかる個人情報も取引相手にとっては有益な場合がありうるとして、かかる情報の削除のための十分な理由の存在を認めなかった<sup>49)</sup>。この事例は個人データ保護指令に関するものであるが、現在の個人データ保護基本規則にも、判旨の意味は存続しているとみられている<sup>50)</sup>。

会社法指令14条 f は、加盟国が年度決算を公示することを求め、EU 会計指令30条以下は、その公示方法を具体的に定めている。年度決算開示義務を負うのは、EU 会計指令 1 条によると、ドイツ法では、株式会社・株式合資会社<sup>51)</sup>・有限会社であるが、現在では、EU 会計指令 1 条 1 項 b・附則 II によって年度決算開示義務の対象会社は、有限合資会社<sup>52)</sup> (GmbH & Co. KG) のような社員が事実上有限責任を享受する非典型的な会社に拡大されている。

開示義務の不履行については、ドイツとヨーロッパ連合との間で、対立が生じていた。すなわち、2000年2月24日改正前ドイツ商法335条1文6号は、資本金会社の代表機関は年度決算書類等の開示義務を果たすべきであり、これに違反する場合には資本金会社の代表機関の構成員に対して強制金 (Zwangsgeld)

↳ Richtlinie 95/46/EG.

49) EuGH, Urteil vom 9.3.2017, Rs. C-398/15, Celex-Nr. 62015CJ0398, Tz. 63 „Manni“.

50) Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 18. 36.

51) 株式合資会社につき、高橋英治『ドイツ会社法概説』302頁以下 (有斐閣, 2012年) 参照。

52) 有限合資会社につき、大原栄一「西ドイツにおける閉鎖会社としての有限合資会社 (GmbH & Co. KG)」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題下』1251頁以下 (有斐閣, 1975年), 吉永栄助「GmbH & Co. の効用とわが商法上の問題点——海外商事法務と国内商事法務の両側面より」海外商事法務122号6頁以下 (1972年), 増田政章「西ドイツにおける有限合資会社 (GmbH & Co.) について」比較法制8号141頁以下 (1976年), 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」同『ドイツと日本における株式会社法の改革——コーポレート・ガバナンスと企業結合法制』339頁以下 (商事法務, 2007年) 参照。優れた実証的研究として、泉田栄一「GmbH & CO. とわが商法上の問題点」富山大学紀要 (富大経済論集) 21巻2号152頁以下 (1975年) 参照。



が課されるべき旨を定めていたが、かかる強制金賦課処分を申し立てることができるのは、同条２文により、当該資本会社の社員・債権者・（全体）事業所委員会に限定されていた。このため、ドイツでは、当時、大多数の会社が年度決算書類等の開示義務を果たしていなかった。このため、ヨーロッパ委員会によりドイツに対するヨーロッパ法違反手続<sup>53)</sup>が開始された。また、以下に説明する Daihatsu 事件で、2000年２月24日改正前ドイツ商法335条１文６号・同条２文がヨーロッパ法に違反するか否かが争点となった。

ヨーロッパ裁判所は、1997年12月４日 Daihatsu 判決<sup>54)</sup>で、次のように判示した。第１指令６条（現行会社法指令28条）から、第三者が会社の簿記・財務状態を十分に知りかつ知ることができる状態にあることが想定されている。第１指令３条（現行会社法指令16条）から、すべての利害関係者には、その者が望めば、これらの情報にアクセスできるようになっている。これらのことから、当該資本会社の社員・債権者・（全体）事業所委員会のみが強制金の賦課処分を申し立てることができるのは、会社が第１指令に基づき年度決算書類を開示する義務を果たさない場合に国内法がとるべき手段に関する第１指令６条（現行会社法指令28条）に違反する<sup>55)</sup>。

ヨーロッパ裁判所 Daihatsu 判決を受けて、2000年２月24日、ドイツ商法は改正された。2000年２月24日改正後ドイツ商法<sup>56)</sup>は、年度決算書類の不開示の

---

53) EuGH, Urteil vom 29. 9. 1998, Rs. C-191/95, Celex-Nr. 61995CJ0191 „Kommission/Deutschland“. この訴訟で、結論的には、ドイツが、第１指令（現行会社法指令）が定める公示義務違反に対する適切な制裁を課していないというヨーロッパ委員会の訴えは、ヨーロッパ裁判所により、却下された。

54) EuGH, Urteil vom 4. 12. 1997, Rs. C-97/96, Celex-Nr. 61996CJ0097 „Daihatsu“.

55) EuGH, Urteil vom 4. 12. 1997, Rs. C-97/96, Celex-Nr. 61996CJ0097, Tz. 22 f. „Daihatsu“.

56) Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und der Konzernbilanzrichtlinie hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs (90/605/EWG), zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz – KapCoRiLiG) vom 24. Februar 2000 (BGBl. I S. 154).

際の強制金賦課処分を申し立てることができる者を、従前のように、当該資本会社の社員・会社債権者・事業所委員会に限定せず、すべての者が、強制金賦課処分を申し立てることができるとした（2000年2月24日改正後ドイツ商法335a条）。しかし、本改正では、何らかの形での申立がなければ、年度決算書類を開示しなくとも、会社は強制金賦課処分を受けることはなかった。この点で改正法はヨーロッパ指令に違反すると学説からは主張された<sup>57)</sup>。

2006年11月10日改正後ドイツ商法<sup>58)</sup>は、ドイツ連邦司法省が職権で強制金賦課処分手続を開始することができるとした（ドイツ商法335条1項）。2006年11月10日改正後ドイツ商法335条1項2文は、強制金賦課処分の対象者を、資本会社の代表機関構成員だけでなく、資本会社自身にも拡大した。この改正により、90パーセント以上の会社はその開示義務を遵守するようになった<sup>59)</sup>。その後、2013年10月4日のドイツ商法改正<sup>60)</sup>により、個々の会社にとって過酷な結果となることを防止するという名目で、小規模な資本会社の計算書類等の不開示に伴う強制金の最低限度額が引き下げられたが（2013年10月4日改正後ドイツ商法335条4項参照）、これによりヨーロッパ法違反の問題は生じないであろうと考えられている<sup>61)</sup>。

日本法では、計算書類等の株主に対する提供という方法での開示もなされるが、「決算公告」という方法をとることも義務づけられている。すなわち、金融商品取引法24条1項により有価証券報告書を提出している会社を除き、株式

---

57) Zimmer/Eckhold, Das Kapitalgesellschaften & Co-Richtlinie-Gesetz: Neue Rechnungslegungsvorschriften für eine große Zahl von Unternehmen, NJW 2000, 1368.

58) Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10. November 2006 (BGBl. I S. 2553).

59) Schlauß, Über 90% Publizität - nachhaltiger Wandel der Offenlegungskultur, DB 2010, 153; Schlauß, Die neue Offenlegungskultur seit Inkrafttreten des EHUG, DB 2011, 806.

60) Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuchs vom 4.10.2013 (BGBl. I S. 3746).

61) Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 18. 40.

会社は、定時総会の終結後遅滞なく、貸借対照表・損益計算書を官報・日刊新聞により公告（ないし電子公告）しなければならない（決算公告、会社法440条1項）。この決算公告の懈怠があった場合、取締役等は過料に処せられる（会社法976条2号）。それにもかかわらず、日本では中小企業である株式会社のはほとんどは公告義務を遵守していない<sup>62)</sup>。

日本法もヨーロッパの指令の遵守から得たドイツ法の経験から学ぶべきである。日本法の中小企業である株式会社のはほとんどが公告義務を遵守していない状況は、中小企業の取引相手に当該中小企業の財産および収益の状況を明らかにするという観点から、望ましくない。日本の会社法がすべての株式会社につき決算公告義務を維持するという立法方針を堅持する場合、2006年11月10日改正後ドイツ商法335条1項2文に倣い、決算公告義務を負うのは本来会社であるから（会社法440条1項）、決算公告義務の懈怠があった場合には取締役等の役員だけでなく会社自身も過料に処せられるとすることにより、制裁の実効性を高め、決算公告義務の遵守を徹底すべきであろう。

#### （4）公示の効力

会社法指令16条6項1文は、株式会社や有限会社などの資本公司につき、公示されるべき証書および事項は、第三者が当該証書および事項を知っていたことを証明しない限り、公示後にはじめて第三者に対抗できると規定する（会社法指令13条・附則Ⅱ参照）。これは、「消極的公示力」と呼ばれており<sup>63)</sup>、ドイツ法では、ドイツ商法15条1項に規定されている。すなわち、「商業登記簿に登録すべき事項が登記も公示もされていないとき、登記義務者は第三者に対し登記すべき事項を対抗できない。ただし、第三者が悪意である場合は、この限りでない」（ドイツ商法15条1項）と定められている。この規定は、日本の商法9条1項1文<sup>64)</sup>に相当する。

---

62) 田中亘『会社法〔第2版〕』406頁（東京大学出版会、2018年）参照。

63) 森本滋『EC会社法の形成と展開』88頁（商事法務研究会、1984年）参照。

64) 「この編の規定により登記すべき事項は、登記の後でなければ、これをもって善意の第三者に対抗することができない」（商法9条1項1文）。

## 論 説

会社法指令16条6項2文は、第三者が、公示から15日を経過しない間、公示されるべき証書および事項を知ることが不可能であったことを証明する場合、会社等は公示されるべき証書および事項を当該第三者に対抗することができない旨定める。ドイツ法では、この指令の内容がドイツ商法15条2項2文において国内法化されている。すなわち、「登記すべき事項が登記され、公示された後は第三者にも対抗できる」という条文に続けて、ドイツ商法15条2項2文は、「この点は、第三者が登記事項を知らず、知るべきであったとはいえない場合で、公示後15日以内になされた取引の法的効力には適用されない」と定める。登記の消極的公示力は、実際には、登記後15日を経過した時点まで、継続するのである。

会社法指令は、証書および事項につき、登記簿への「登記」と、その「公示」を前提としているため、「登記」と「公示」とが相互に相違するという事態が生じる。「登記」と「公示」の内容が一致しない場合、会社法指令16条7項2文本文は、原則として第三者が公示内容を会社に対抗できる旨定める。ただし、第三者が登記簿における「登記」の内容を知っていたことを会社が証明した場合には、第三者は、公示内容を会社に対抗できない（会社法指令16条7項2文ただし書）。これは、「積極的公示力」と呼ばれる登記の効力を指すが、ドイツ法では、ドイツ商法15条3項において規定されている。すなわち、「登記すべき事項につき不正確な事実が公示された場合、第三者は登記義務者に対して、公示された事実を信頼した旨主張できる。ただし、第三者が、公示内容が不正確であることにつき悪意である場合にはこの限りでない」（ドイツ商法15条3項）。

「登記」と「公示」のどちらもが不正確である場合、会社法指令16条7項2文の文言によって解決できない問題が生じるが<sup>65)</sup>、会社法指令16条7項2文の類推適用により、かかる場合に第三者が公示された不正確な法状態を会社に対

---

65) Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 272.

抗することを加盟国は認めるべきであると説かれている<sup>66)</sup>。

宣言的効力しかもたない証書・事項につき、第三者は、公示の手続が未だ履行されていない証書・事項の内容を原則として会社に対抗できる（会社法指令16条7項3文）。会社法指令16条7項3文から、正確な法状態については、それが宣言的効力しかない事項に関するものであっても、第三者は常に会社に対抗できるということが帰結される<sup>67)</sup>。

ドイツ法では、第三者保護の見地から、登記簿における公示に関し、ドイツ法の伝統である権利外観法理（レヒツシャイン）を基礎にした立法および解釈論が発達している。会社法指令16条6項2文は、公示後15日内のいずれかの時点で第三者が登記事実を知ることが「不可能」であった場合に、第三者に対して会社は登記事項を対抗できない旨規定する。これに対し、ドイツ商法15条2項2文は、公示後15日内のいずれかの時点で第三者が登記事項を「知らず、知るべきであったとはいえない場合」にも、第三者を保護する。かかるヨーロッパ法とドイツ法の規定の内容の違いから、ドイツ商法15条2項2文を、会社法指令16条6項2文に適合するように解釈することが求められていると考えられた。かかるヨーロッパ法適合解釈の例として、Bachmann は、ドイツ商法15条2項2文は、第三者が会社に対し権利濫用の抗弁の機会を認めるものであるとみる<sup>68)</sup>。

---

66) Einmahl, Die erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften und ihre Bedeutung für das deutsche Recht, AG 1969, 137; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 22; Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 18. 54.

67) Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 272; Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 18. 48; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 23.

68) Bachmann, ECLR - Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften in Europa: Dargestellt am Beispiel des britischen Reformprozesses und der Europäischen Privatgesellschaft, ZGR 2001, 380.

Canaris<sup>69)</sup> および Noack<sup>70)</sup> も、ドイツ商法15条2項2文をヨーロッパ法適合的に解釈し、ドイツ商法15条2項2文を、会社法指令16条6項2文により悪魔の証明（不可能な証明）が第三者に課される結果となることを防ぐ趣旨の規定であるとみる。

ドイツ商法15条3項は、「登記すべき事項につき不正確な事実が公示された場合、第三者は登記義務者に対して、公示された事実を信頼した旨主張できる。ただし、第三者が、公示内容が不正確であることにつき悪意である場合にはこの限りでない」と規定する。本規定は登記義務者である会社等が登記申請等により不正確な外観の形成に加功した場合に第三者を保護する規定であるという解釈が通説的地位を占めている<sup>71)</sup>。これに対して、会社法指令16条7項2文は、「登記」と「公示」の内容がそれぞれ相違する場合、原則として第三者が公示内容を会社に対抗できる旨規定し、登記義務者である会社が不正確な外観の作成に加功した場合にのみ、第三者を保護するという限定を付していない。そこで、かかるドイツ法上の「加功原則」を基にした通説的解釈は、ヨーロッパ法違反ではないのかという問題が生じた。会社法指令16条7項2文は、登記義務者の加功が全く無く「登記」と「公示」の内容がそれぞれ相違するという極めて珍しい場合につき規定していると考えerことは疑問であり、登記義務者の加功により正確な登記がなされたのにもかかわらず、公示の内容が不正確であった場合を想定していると考えerべきである。このように会社法指令16条7項2文が登記義務者の不正確な外観形成への加功を前提としていると読めるため、ドイツの通説は、ドイツ商法15条3項が会社法指令16条7項2文に適合するとみる<sup>72)</sup>。

69) Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 5 Rdnr. 62.

70) Noack, Die Publizitätswirkungen des Handelsregisters (§§ 11, 15 HGB) nach dem EHUG, FS Eisenhardt, München 2007, S. 482 f.

71) かかる解釈は「加功原則 (Veranlassungsprinzip)」と呼ばれる (Karsten Schmidt, Handelsrecht: Unternehmensrecht I, 6. Aufl., Köln 2014, § 14 Rdnr. 86; Beuthien, Sinn und Grenzen der Rechtsscheinhaftung nach § 15 ABS, 3 HGB, FS Reinhardt, Köln 1972, S. 205; Hopt, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl., München 2018, § 15 Rdnr. 19)。

72) Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 7

（５） 設立中の資本会社においては行為者が責任を負う

会社法指令 7 条 2 項は、株式会社や有限会社などの資本会社につき、「会社による法人格取得前に設立中の会社の名において行為が行われ、会社が当該行為から生じた債務を引き継がないときは、別段の合意がない限り、当該行為をなした者が、その行為につき連帯かつ無限の責任を負う」と定める（会社法指令 7 条 1 項・附則 II 参照）。本規定は、ドイツ法およびイタリア法に従い<sup>73)</sup>、いわゆる「設立中の会社<sup>74)</sup> (Vorgesellschaft)」について定めている<sup>75)</sup>。本規定は、設立中の会社の行為について責任を負うのは、社員一般ではなく、設立中の会社の名で行為をなした者が責任を負うべき旨を定めている。

会社法指令 7 条 2 項の解釈上不明確であるのは、この規定で責任を負う場合が、設立中の会社の名において行為がなされた場合に限定されるのか、設立中に将来設立すべき会社の名において行為がなされた場合も含まれるのかという点である。通説によると、この規定により保護される場合としては、設立中の会社の名において行為がなされた場合だけでなく、将来設立すべき会社の名において行為がなされた場合も含まれる<sup>76)</sup>。

会社法指令 7 条 2 項を受けて、ドイツ有限会社法 11 条 2 項は、「登記前に会

---

↘ 5 Rdnr. 27.

73) Edwards, EC Company Law, Oxford 1999, S. 31.

74) ドイツ法における設立中の会社についての邦語文献として、小林量「ドイツにおける設立中の会社をめぐる法律関係についての議論の展開」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』89頁以下（商事法務研究会，1994年），服部育夫「ドイツ会社法における設立中の会社」奥島孝康教授還暦記念『比較会社法研究』361頁以下（成文堂，1999年），丸山秀平「いわゆる『会社の前身 (Vorgesellschaft)』について——権利義務移転に関する西ドイツ法の展開」田中誠二先生米寿記念『現代商事法の重要問題』18頁以下（経済法令研究会，1984年）参照。

75) Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 208.

76) Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 209; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 30.



社の名前で行為がなされた場合には、行為した者が無限かつ連帯の責任を負う」と規定する。株式会社41条1項2文は、「会社の登記前に会社の名において行為をなした者は、個人として責任を負う。複数の者が行為をなした場合には、これらの者は連帯して責任を負う」と規定する。これらの条文の解釈においても、これらの規定により保護される場合としては、設立中の会社の名において行為がなされた場合だけでなく、将来設立すべき会社の名において行為がなされた場合も含まれると解されている<sup>77)</sup>。

なお、会社法指令7条2項は、発起人組合について規定したものではない<sup>78)</sup>。

#### (6) 代表機関の選任における瑕疵

本来、会社の代表機関の構成員が有効に選任されなかった場合、この構成員には会社を代表する権限がないはずである。この者に、代表権が有効に付与されなかったからである。すなわち、かかる選任に瑕疵があり代表権を有効に取得することができなかった者が会社を代表して取引を行っても、その取引は無権限の行為として会社との関係では効力を有しないはずである。

しかし、会社の代表機関につき選任が有効であるか否かは会社の内部事項であって、会社の外にいる第三者はこれを知ることができないため、会社と取引をした第三者が、当該取引を担当した会社の代表機関の構成員の選任行為が有効でなかったという理由から、会社から当該取引の無効を主張されるということは、取引の安全の見地から望ましくない。特に、EU 域内では、会社が、その設立地とは異なる加盟国でも活動しているため、当該会社と取引をする第三者が、代表機関構成員の選任という会社の内部関係について知るよしもなかったという状況が頻繁に出現する可能性が大きい。そこで、会社法指令8条は、

77) ドイツ有限会社法11条2項につき、Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., München 2017, § 11 Rdnr. 48. 株式会社41条1項2文につき、Pentz, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2016, § 41 Rdnr. 136.

78) Günter Christian Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht: Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2000, Rdnr. 334; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 30.



株式会社や有限会社などの資本金会社につき、「機関たる資格において会社を代表する権限を有する者につき、公示の手續が履行されたときは、その者の選任におけるいかなる瑕疵も、会社において第三者の悪意を証明しない限り、これをもって第三者に対抗することはできない」と定める（会社法指令7条・附則II参照）。会社法指令16条7項2文が、規定の文言上、公示と登記の内容が一致しないという極めて珍しい場合を対象として規定しているのに対し、会社法指令8条は公示も登記もともに不正確であるという頻繁に起こりうる場合について規定を設けている。

会社法指令8条の内容を実現するドイツの国内法上の手段としては、以下の二つが存在する<sup>79)</sup>。第一に、「登記すべき事項につき不正確な事実が公示された場合、第三者は登記義務者に対して、公示された事実を信頼した旨主張できる。ただし、第三者が、公示内容が不正確であることにつき悪意である場合にはこの限りでない」（ドイツ商法15条3項）と定められている。ドイツ商法15条3項により、代表機関構成員の選任につき瑕疵があり、これが登記された場合は、登記を信頼して当該代表機関構成員と取引をした善意の第三者は保護される。第二に、「瑕疵ある選任関係の理論<sup>80)</sup>」によると、ある者の機関構成員としての選任行為に瑕疵がある場合でも、その者は有効な機関としての地位を有するということから出発しなければならない<sup>81)</sup>。

#### （7）制限不可能な代表権の原則

会社法指令9条1項・2項は、株式会社や有限会社などの資本金会社につき制

---

79) Günter Christian Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2000, Rdnr. 325.

80) この理論の詳細につき、Bayer/Lieder, *Die Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis*, NZG 2012, 1 ff.; Schürnbrand, *Organschaft im Recht der privaten Verbände*, Tübingen 2007, S. 267 ff.; Spindler, in: Goette/Habersack (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Aufl., München 2008, § 84 Rdnr. 225 ff.; Mertens/Cahn, in: Zöller/Noack (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln 2010, § 84 Rdnr. 30 ff.; Roth, in: Hirte/Mülbert/Roth (Hrsg.), *Aktiengesetz: Großkommentar*, 5. Aufl., Berlin 2015, § 84 Rdnr. 79 ff.

81) Hüffer/Koch, *Aktiengesetz*, 13. Aufl., München 2018, § 84 Rdnr. 12 f.

限不可能な代表権の原則について定める。すなわち、会社法指令9条1項は、「会社は、その機関によりなした行為につき、法律が当該機関に付与または付与することを認めた権限を踰越しない限り、たとえその行為が当該会社の企業の対象の範囲内に属しない場合においても、第三者に対する関係上、拘束される。しかしながら、加盟国は、当該行為が会社の目的を超える場合において、その行為が会社の企業の対象の範囲を超えていたことを第三者が知りまたは当然知るべきであったことを会社が証明するときには、会社がこれに拘束されない旨を規定することができる。ただし、定款の単なる公告のみをもっては前記証明を構成するに十分であるとは認められない」と定める。会社法指令9条2項は、「定款または権限のある機関の決定による会社機関の権限に対する制限は、たとえそれが公示されている場合であっても、第三者に対抗することができない」と定める。

ドイツ法では、資本会社において、制限不可能な代表権の原則は、1892年以来不変の原理である。すなわち、ドイツ有限会社法37条2項は、「業務執行者の会社代表権について付された制限は、第三者に対して法的効力を有しない。特に、この規定は、代表権が特定の行為もしくは特定の種類の行為のみに与えられている場合もしくは代表権が特定の状況、機関もしくは場合においてのみ行使されるべき場合、または特定の行為について社員もしくは会社の危険の同意を要する場合に適用される」と定める。同様に、株式法82条1項は、「取締役の代表権限は制限することはできない」と定める。

会社法指令9条1項は、会社の代表権権限が当該会社の「企業の対象」（日本法の株式会社等の定款に記載される「目的」（会社法27条1号）に相当する）によって制限されない旨定める。したがって、企業の対象（目的）がタイヤの製造にある資本会社であっても、会社の承認を個別に得ることなく、企業の対象（目的）に属しない「土地の売買」などを行うことができると解されている<sup>82)</sup>。かかる無制限の代表権限は、会社法指令9条2項により、たとえその制

82) Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 34.

限につき第三者が知っていた場合であったとしても、制限することができないのである。ここにおいて、会社法指令 9 条 1 項・2 項は、制限不可能な代表権の原則について定めているとみられている。

会社法指令 9 条 1 項は 1968 年 3 月 9 日第 1 指令<sup>83)</sup> 9 条 1 項を継承した規定である。第 1 指令が成立した 1968 年当時ドイツ以外の国は「能力外の法理 (Ultra Vires Doctrine)」を有していたのに対し、ドイツは伝統的にかかる法理を有していなかった。会社法指令 9 条 1 項 1 文は、ドイツ法の考え方に基いてヨーロッパにおける会社法を調整しようという考えを契機に生まれた規定である<sup>84)</sup>。ただし、会社法指令 9 条 1 項 2 文以下は、第三者が代表機関の行為について会社の企業の対象（目的）の範囲外であることを知っているかあるいは知ることができた場合には、当該代表機関の行為は会社を拘束しないと加盟国は定めることができるが、加盟国は、定款が公示されていることをもって、第三者が代表機関の行為について会社の企業の対象（目的）の範囲外であることを知っている（あるいは知ることができた）とみなすと定めることはできないと規定している。

フランス法では、株式会社はその代表機関である代表取締役の行為につきそれが会社の目的の範囲外であっても原則として拘束されるが、当該行為につき第三者が目的の範囲外であることを知っていたあるいは知るべきであった場合にはこの限りでないという規制がとられている<sup>85)</sup>（能力外の法理，フランス商法典 L. 256-35 条 1 項）。イタリアは、2003 年の改正により、株式会社の業務執行者の行為につき、定款の目的の範囲外であり無効であるという主張ができないこととし、「能力外の法理」を放棄した<sup>86)</sup>。オランダでは、株式会社につい

83) Erste Richtlinie vom 9. März 1968 (Publizitätsrichtlinie) (68/151/EWG), in: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., ZGR-Sonderhaft 1, Berlin 1996, S. 104 ff.

84) Edwards, EC Company Law, Oxford 1999, S. 36.

85) Jung/Kühl/Wohlgemuth, in: Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Handbuch, Baden-Baden 2019, § 13 Rdnr. 517.

86) Jung/Mondini, in: Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Handbuch, Baden-Baden 2019, § 14 Rdnr. 242.

でも、いわゆる「能力外の法理」と呼ばれるものは存在するが、これは会社の権利能力を制限する法理ではなく、第三者が目的の範囲外の行為を行っているという事実を知りまたは知るべき場合につき目的の範囲外の行為を行った代表機関の代表権を制限するという法理である<sup>87)</sup>。かつて EU 加盟国であった英国も、第三者保護の見地から「能力外の法理」を放棄した<sup>88)</sup> (英国会社法31条・39条<sup>89)</sup> 参照)。

日本は「能力外の法理」を昔のままのかたちで残している<sup>90)</sup>。日本法では、平成18 (2006) 年改正民法33条2項の存在により、能力外の法理 (平成18 (2006) 年改正民法34条) の営利社団法人である会社への直接適用は文理解釈上の避けがたい結論となっている<sup>91)</sup>。

平成18 (2006) 年改正民法34条が、会社の権利能力が定款所定の目的によって制限されるとしていることに対しては、立法論上批判が強い<sup>92)</sup>。それは、会

87) Nuckel, in: Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Handbuch, Baden-Baden 2019, § 16 Rdnr. 164.

88) Paul L. Davies/Sarah Worthington (Edit.), Gower's Principles of Modern Company Law, Tenth Edition, London 2016, Rdnr. 7-29. 現在の英国法は、2012年改訂第2指令に従い、会社に目的を設定することを義務づけていない (Paul L. Davies/Sarah Worthington (Edit.), Gower's Principles of Modern Company Law, Tenth Edition, London 2016, Rdnr. 7-29)。なお、英国における能力外の法理の放棄の過程につき、森本滋『EC 会社法の形成と展開』96頁以下 (商事法務研究会, 1984年) 参照。なお、EU 加盟国ではないが、カナダも能力外の法理を廃棄した (Leacock, The Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine in United States, United Kingdom, and Commonwealth Caribbean Corporate Common Law: A Triumph of Experience Over Logic, 5 DePaul Bus. & Comm. L. J. (2006) 99)。オーストラリアも、能力外の法理を原則的には廃棄するが、例外的に会社の行為が会社の目的の範囲外であることを実際に知っている第三者は保護されないとする (Leacock, 5 DePaul Bus. & Comm. L. J. (2006) 100)。

89) 邦訳として、イギリス会社法研究会『イギリス会社法——解説と条文』17頁以下 (成文堂, 2017年) 参照。

90) 竹内昭夫「会社法における Ultra Vires の原則はどのようにして廃棄すべきか」同『会社法の理論 I』174頁 (有斐閣, 1984年)。

91) 高橋英治『会社法概説 [第3版]』27頁 (中央経済社, 2015年)。

92) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール (1)』80頁 (商事法務, 2008年) [江頭憲治郎], 酒巻俊雄=龍田節編集代表『逐条解説会社法 (1)』82頁 (中央経済社, ↗

社が目的の範囲外で取引を行った場合、取引の安全すなわち当該取引の相手方となる第三者の保護が、社員（株主）の保護に原則として優越すべきであるからである。会社法指令9条1項1文は、日本の民法33条2項を改正して、民法34条は営利社団法人である会社には及ばないと規定する必要があることを示唆する。竹内昭夫博士は、民法34条が会社には適用されない旨定める場合、会社の目的は代表機関の権限を制限するのではないかという疑問が生ずるという<sup>93)</sup>。会社法指令9条1項を参考にすると、日本において次の二つの法のあり方が可能である。

第一は、会社法指令9条1項1文を参考にして、平成18（2006）年改正民法33条2項を改正して、平成18（2006）年改正民法34条は営利社団法人には適用さえない旨明文で新たに規定し、営利社団法人である会社の定款所定の目的は、会社の能力も、また、会社の代表機関の権限も、制限しないとする方向である<sup>94)</sup>。

第二は、会社法指令9条1項2文以下を参考にして、定款所定の目的は会社の代表機関の代表権を制限するという立場をとり、会社と取引をした第三者が、当該取引は定款所定の目的の範囲外であることを知っていた（または容易に知ることができた）場合には「無効」となるとする法のあり方である<sup>95)</sup>（会社法349条5項等参照）。日本では、会社の目的は登記事項であるが（会社法911条3項1号）、後者のあり方を採用する場合、会社法908条1項は会社の目的の登記には適用されず、登記されたことをもって、取引が目的の範囲外であることを第三者が知っていたことにはならず、当該取引が無効になるのはあくまでも当該取引の相手方が現実に悪意である（または重過失がある）場合に限定されるとすべきである<sup>96)</sup>。

---

↘2008年）〔森本滋〕。

93) 竹内昭夫著、弥永真生補訂『株式会社法講義』70頁（有斐閣、2001年）参照。

94) 上柳克郎「会社の能力」同『会社法・手形法論集』40頁（有斐閣、1980年）参照。

95) 大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説〔第2版〕』10頁注5（有斐閣、2010年）参照。

96) この考えは、相対的無効説と呼ばれる（浜田道代「定款所定の目的と会社の権利能力」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』13頁（有斐閣、2009年）参照）。現行民法34条につき代表権制限説を採る学説として、山本敬三『民法講義Ⅰ〔第

## (8) 共同代表と単独代表

会社法指令9条3項は、「会社を代表する権限につき、個々の加盟国の法制が、これに関する法定の原則と異なり、定款をもって、単独の者あるいは共同して行為をなす複数の者に対してこれを委ねることができる旨を定めたときは、当該法制は、前記定款の規定が全般的な会社の代表の権限に関するものである限り、これをもって第三者に対抗することができる旨を定めることができる。かかる定款規定を持って第三者に対抗することができるか否かは、本指令16条の規定（登記による公示・引用者注）によって決定される」と定める。

会社法指令9条3項は、個々の加盟国が国内法制によって、株式会社や有限会社などの資本会社の代表機関につき、これが共同代表の機関であるのか、あるいは単独代表の機関であるのか法律で定める自由を認めた上で、いずれの場合でも、定款の規定によって、法律とは反対のルールを定めることができることを認めている。また、会社法指令9条3項は、資本会社の代表の態様について、これが加盟国の国内法のルールに従ったものであっても、第三者に対抗するためには、常に登記によって公示されなければならないと加盟国が定めることができるとする。

ドイツ法は、株式会社の代表機関である取締役につき共同代表を原則とする（株式法78条2項1文）。すなわち「取締役が複数の者で構成される場合において、定款に別段の定めがないときは、取締役全員が共同してのみ会社を代表する権限を有する」（株式法78条2項1文）。しかし、株式法78条4項1文は、株式会社がその取締役につき共同代表の制度を導入している場合でも、個別に代表権を取締役の一人に与えて、その者が会社を代表して行為をなすことを認める。すなわち、「共同代表権を有する取締役は、その中の一人に対して、一定の行為または一定の種類行為をなす権限を与えることができる」（株式法78条4項1文）。

ドイツ法上、株式法78条4項1文に基づき、個別の行為をなすように委任さ

---

↘ 3版]』485頁（有斐閣、2011年）、能見善久＝加藤新太郎編『論点体系判例民法（1）〔第2版〕』115頁（第一法規、2013年）〔田口治美〕などがある。

れた取締役が個別の委任の範囲を越える行為をなした場合、その委任に反する行為は無効になる。これも、資本会社につき制限不可能な代表権について定める会社法指令9条1項に違反しないと解される。なぜなら、たしかに個別委任に反する行為はドイツ法上の原則から無効ではあるが、会社法指令9条1項との適合解釈により、会社の代表機関は、共同してなした行為につき制限不可能な代表権を有すると解されるからである<sup>97)</sup>。株式法78条4項1文に基づき、個別の行為につき取締役に委任がなされた場合、当該取締役が個別の委任の範囲を超える行為をなした場合、その個別委任に反する行為は無効になるという法状態は、法的にみてたしかに不安定ではある。しかし、この不安定性は、会社法指令9条3項によって容認されていると解されている<sup>98)</sup>。なぜなら、取引の相手方は株式会社と取引をする場合に、当該会社の取締役が共同代表制を原則としてとっていることを前提として取締役と取引をしなければならないはずであるからである

ドイツの通説によると、株式法78条4項1文に基づき、個別の行為につき取締役に委任をなす場合でも、当該会社が個別委任を認める旨につき、登記により公示する必要がない<sup>99)</sup>。しかし、ドイツ法上、取締役につき共同代表制をとる株式会社が例外的に一人の取締役に對する個別委任を認める場合には、会社法指令14条d<sup>100)</sup>に基づき、ドイツの立法者は、当該会社が一般的に個別委任を認めている旨を公示しなければ第三者に対して對抗できないと定めることがで

97) Günter Christian Schwarz Vertretungsregelungen durch den Aufsichtsrat (§ 78 Abs. 3 S. 2 AktG) und durch Vorstandsmitglieder (§ 78 Abs. 4 S. 1 AktG); Zur Richtlinienkonformität des aktienrechtlichen Organvertretungsrechts, ZHR 166 (2002), 653.

98) Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 40.

99) Pentz, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2016, § 37 Rdnr. 57; Habersack/Foester, in: Hirte/Mülbert/Roth (Hrsg.), Aktiengesetz: Großkommentar, 5. Aufl., Berlin 2015, § 78 Rdnr. 74.

100) 会社法指令14条dは、加盟国は、資本会社が、会社に関する義務的公示において、会社の代表機関につき、共同代表制をとっているか、あるいは、単独代表制をとっているか、明確にするために必要な措置をとる旨定める。



きると解する説も有力である<sup>101)</sup>。

(9) 資本会社の設立方法と設立無効

会社法指令10条～12条は株式会社や有限会社などの資本会社の設立方法と設立無効について定める。

会社法指令10条は、資本会社の設立方法について、「会社の設立に際し行政上または司法上の予防的検査をその法制が定めていない加盟国においては、会社の設立証書および会社の定款ならびにこれらの証書の変更は、公正証書をもってしなければならない」と定める。資本会社の設立方法の規制の内容については、ヨーロッパ連合においては多様な形態が存在するため、会社法指令10条は、加盟国における資本会社の設立規制の最低限の内容を定める<sup>102)</sup>。会社法指令10条は、資本会社の設立に際して定款の認証等を原則として要求し、資本会社の定款等に認証を与える公証人などが、その設立につき形式的瑕疵がある資本会社を事前に把握し、その形式的瑕疵を除去することができるようにしている<sup>103)</sup>。

会社法指令11条は、ヨーロッパ連合において加盟国が定めることが可能な資本会社の設立無効事由について、次のように定める。

「加盟国の法制は、次の要件の下においてのみ会社の設立無効の制度を設けることができる：

- a) 無効が裁判所の判決をもって宣告されなければならないこと；
- b) 無効が次の i) ～vi) の場合にのみ宣告されることができること：
  - i) 設立証書の不存在、または予防的検査手順もしくは公正証書方式の不遵守

---

101) Günter Christian Schwarz, Vertretungsregelungen durch den Aufsichtsrat (§ 78 Abs. 3 S. 2 AktG) und durch Vorstandsmitglieder (§ 78 Abs. 4 S. 1 AktG): Zur Richtlinienkonformität des aktienrechtlichen Organvertretungsrechts, ZHR 166 (2002), 642; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 40;

102) Günter Christian Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht: Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2000, Rdnr. 359.

103) 森本滋『EC 会社法の形成と展開』96頁（商事法務研究会，1984年）参照。



- ii) 事実上の企業の対象が不法または公序違反である場合
- iii) 設立証書もしくは定款における商号，出資の額，引受済資本の総額または会社の目的に関する表示のすべての事項の欠缺
- iv) 会社の資本金の払込最少額に関する国家法制の規定の不遵守
- v) 発起人である社員全員が行為能力を有しない場合
- vi) 会社を規律する国家法制に違反して発起人である社員の数が二人未満である場合。

これらの無効の場合をのぞいては，会社は，不存在，絶対無効，相対無効または取消のいかなる原因にも服さない」（会社法指令11条）。

会社法指令11条 b(i)~(vi)はヨーロッパ連合の加盟国が定めることが可能な資本会社の無効事由を限定列挙する<sup>104)</sup>。加盟国は，資本会社の無効事由をより厳格に規定することは可能である。また，加盟国が会社法指令11条 bの掲げる資本会社の無効事由のいくつかを採用しないことも可能である<sup>105)</sup>。加盟国は，特に会社法指令11条 b(iv)「会社を規律する国家法制に違反して発起人である社員の数が二人未満である場合」については，自国の有限会社の設立無効事由としてはならない。すなわち，一人有限会社を認める第12指令の成立以降，加盟国は，社員が一人になったことを自国の有限会社の設立無効事由にしてはならない。

会社法指令11条 b(ii)「事実上の企業の対象が不法または公序違反である場合」や会社法指令11条 b(v)「発起人である社員全員が行為能力を有しない場合」などの要件事実の内容については，指令によって加盟国の立法等が調整さ

---

104) EuGH, Urteil vom 13. 11. 1990, Rs. C-106/89, Celex-Nr. 61989CJ0106, Tz. 9 „Marleasing“. 本判決につき，吉本・前掲注（７）阪大法学43巻2 = 3号677頁以下参照。

105) Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 18 : 85; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 203; Günter Christian Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht: Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2000, Rdnr. 362.

れていない。会社法指令11条 b(ii)「事実上の企業の対象が不法または公序違反である場合」の要件については、当該要件の「事実上の企業の対象」に会社が実際に行っている事業活動がこれに含まれるとし、この要件を拡張解釈することが一応考えられたが、ヨーロッパ裁判所は、1990年11月13日 Marleasing 判決において、かかる拡張解釈を否定して次のように判示した。

「ヨーロッパ委員会は、『事実上の企業の対象』という表現では、会社の設立証書や定款に記載されている企業の対象のみを指すのであって、会社はその事実上行っている活動によって無効と宣言されることはできないという考えに立つ。この見解に従うべきである。……指令11条に挙げられている無効事由は狭く解すべきである。『事実上の企業の対象』とは、会社の設立証書や定款に記載されている企業の対象を指すと理解されるべきである<sup>106)</sup>」。

このような方法で解釈することにより、ヨーロッパ裁判所は、指令適合解釈の原則の立場に立ち、会社法指令11条 b(ii)についての加盟国による際限のない拡張解釈に歯止めをかけ、会社法指令11条 b(ii)を巡る加盟国の解釈の不一致に対処した。

会社法指令12条は、資本会社の設立無効判決の効力等について次のように定める。

「1 設立無効を宣告する裁判所の判決が第三者に対抗することができるか否かは、本指令第16条により規律される。第三者の異議は、国家法がこれを許容している場合においても、裁判所の判決の公告の日から6ヶ月以内のみに、受理されることができる。

2 設立無効は、解散の場合に準じ、会社の清算を生じる。

3 設立無効は、清算中であることによる効果を妨げることなく、それ自体としては会社の債務または会社に対して取得される債権の効力を害さない。

4 各加盟国の法制は、社員間における設立無効の効果について規律することができる。

---

106) EuGH, Urteil vom 13. 11. 1990, Rs. C-106/89, Celex-Nr. 61989CJ0106, Tz. 11 f. „Marleasing“.

5 持分または株式の保有者は、債権者に対する債務の弁済に必要な限度において、未払の引受済資本につき、なおその払込をなす責任を負う（会社法指令12条）。」

会社法指令12条1項は、資本会社の解散判決は、会社法指令16条が定める登記簿による公示によってのみ、第三者に対して対抗することができる旨定めている。すなわち、会社法指令12条1項は、解散判決に対する債権者等の第三者の異議は、解散判決の公告の日から6ヶ月以内に提起された場合のみ、受理されることができる旨定める。

会社法指令12条2項は、資本会社の解散判決の効力につき、資本会社の解散判決には遡及効はなく、解散判決によって会社は設立の始めに遡って無効にはならない旨定める。会社法指令12条2項は、資本会社の解散判決により、当該資本会社はその目的が清算へと変更されるに過ぎない旨定める。

会社法指令12条2項は、資本会社の解散判決によって、資本会社が清算中の会社となっても、それによって、会社が債権者に対して負う債務には影響を及ぼさず、会社は解散後も依然として債権者に対し債務を弁済する義務を負っている状態には変わりがないことを定める。また、会社法指令12条5項は、会社債権者に満足を与えるために必要な限りで、清算中の会社は、引受済みではあるが払込がなされていない出資の払込を行わせる義務を負うことを定める。会社法指令12条2項・5項は、設立手続に瑕疵があり解散宣告を受けた資本会社の対債権者関係での存立や会社財産充実義務を定めることにより、資本会社はその法律上の基礎に瑕疵があってもその外部関係においては存続するものとして取り扱われるという「瑕疵ある会社（fehlerhafte Gesellschaft）の理論<sup>107)</sup>」

---

107) ヨーロッパ裁判所は、国内法が、訪問販売を受けてなした人的会社への加入の意思表示を、瑕疵ある会社の理論を適用することにより、取り消すことを認めている（EuGH, Urteil vom 15.4.2010, Rs. C-215/08, ZIP 2010, 772 mit Anmerkung Habersack）。ヨーロッパ法上の瑕疵ある会社の理論につき、Oechsler, Die Geschichte der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im Europäischen Gesellschaftsrecht, NJW 2008, 2471 ff. ドイツ法上の瑕疵ある会社の理論につき、高橋英治『ドイツ会社法概説』252頁（有斐閣、2012年）。

をヨーロッパ法上導入した<sup>108)</sup>。

資本公司の解散判決によって、資本公司が清算中の会社になった場合の対内的関係、すなわち社員（株主）相互の関係については、会社法指令は特に規定を設けず、加盟国の国内法に委ねている（会社法指令12条4項）。

(10) 資本公司のオンライン設立

(a) オンライン設立に関する指令の成立過程

ヨーロッパ連合における株式会社や有限会社などの資本公司の設立方法は、加盟国によって異なる。ドイツでは、会社の設立につき最も厳格な規制をもち、株式会社・有限会社の設立登記は、司法機関がこれを担当ししかも公証人の認証が定款完成に必要であるのに対し、デンマーク・スウェーデン・アイルランド等では、株式会社の設立登記は行政機関がこれを担当し、しかも公証人による定款の認証は必要でない<sup>109)</sup>。この中でもデンマークでは、有限会社のオンライン設立が可能になっている<sup>110)</sup>。EU 28加盟国中、既に10加盟国でオンライン設立が可能になっている<sup>111)</sup>。

2018年4月25日に発表されたヨーロッパ連合の「会社法パッケージ<sup>112)</sup>」では、国際合併に関する指令の改正や国際組織変更や国際会社分割に関する規定の導入とともに、会社法の規制手段や手続を電子化するという目標が掲げられた。これを基に、2018年4月25日付けで、「会社法に電子的手段および方法を設定するために会社法指令を変更するためのEU指令提案<sup>113)</sup>」が、ヨーロッ

108) Habersack/Verse, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 48.

109) NORDIC & EUROPEAN COMPANY LAW, LSN Research Paper Series No. 16-26, *European Model Companies Act*, First edition, 2017, S. 59.

110) Teichmann, *Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften*, GmbHR 2018, 7 f.

111) Schulze/Korn, *Gründen ohne Notar*, FAZ vom 12. 9. 2018, S. 16.

112) 会社法パッケージにつき、Knaier, *Crossing borders, digitally? Das "Company Law Package" auf dem Prüfstand*, GmbHR 2018, GmbHR Report 148 ff.

113) *Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht*, COM (2018) 7

パ委員会から出された。これを基礎として、2019年6月20日に「会社法に電子的手段および方法を設定するために会社法指令を変更するための指令<sup>114)</sup>」が出された。2019年6月20日に改正された会社法指令は、2019年7月13日から発効した。

有限会社のオンライン設立を可能にした2019年改正会社法指令の基礎としては、特にヨーロッパ連合運営条約50条2項f・gが挙げられる。ヨーロッパ連合運営条約50条2項fでは、開業の自由の制約を漸次解消していくことが規定されている。ヨーロッパ連合運営条約50条2項gは、社員と第三者を保護するために必要な措置をとる権限を、ヨーロッパ委員会に与えている。オンライン設立は、会社にとって時間と費用の節約になり<sup>115)</sup>、② 開業の自由の制約を実質的に解消でき、③ 社員（株主）の利益の向上につながる。このため、開業の自由を規定するヨーロッパ連合運営条約50条2項b・c f・gに基づき、資本金のオンライン設立を可能にする2019年改正会社法指令が出された。

(b) オンライン設立とは何か

(aa) 本人確認の方法

オンライン設立とは、会社を設立しようとする者が、加盟国の裁判所・役所等に自ら出向くことなく、インターネットの端末等から、電子的方法のみに

---

↘239 final. 本指令提案の内容につき、高橋英治「EUにおける会社のオンライン設立の動向と日本法への示唆」NBL 1136号44頁以下（2018年）参照。

114) Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186 vom 11. 07. 2019, S. 80-104. この指令はこれから説明する資本金のオンライン設立とともに、EU域内における支店のオンライン設置について定める。EU域内における支店のオンライン設置については、Bormann/Stelmaszczyk, Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package, NZG 2019, 612; Kindler/Jobst, Die Online-Gründung nach dem Copany Law Package - Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht, DB 2019, 1554 f.

115) ヨーロッパ委員会は、アイルランドで、オンライン設立が可能になっていることが、費用がより安く、より迅速な会社設立につながっていることを確認している (COM (2018) 239 final, S. 4)。

よって、会社を設立することをいう（会社法指令13g条1項）。2019年改正会社法指令13g条7項は加盟国が、自然人がモデル定款を使用して行うオンライン設立については5日以内（その他の場合には10日以内）で完了するように配慮すべき旨定める。

オンライン設立にとっての鍵は、発起人等が本当に定款等に記載された本人自身であるか否かについての本人確認をどのような方法で行うかにある。これを定めるのは、会社法指令13b条である。同条1項によると、加盟国は、本人確認の方法として、当該加盟国が法的取引に用いている方法の他に、他の加盟国で用いられ、eIDAS規則<sup>116)</sup>6条により、他の加盟国でも認められるべき本人確認の方法を、当該加盟国でも認めることができる。

ドイツでは、本人確認の方法として、公証人の認証が用いられるのが普通である。2019年改正会社法指令は、オンライン設立に公証人その他の者がどのように関与するのか詳細な規定を設けなければならないと規定する（会社法指令13g条4項c）。2019年改正会社法指令の立案過程においては、公証人による認証をどのように、本人確認の一方法として、会社のオンライン設立の中に取り込んでいくのかについては不明な点が多く、これが会社のオンライン設立を実現する上で法的安定性の観点からの問題点として指摘されてきた<sup>117)</sup>。会社法指令13b条1項によると、公証人による本人確認はオンラインで行われなければならない<sup>118)</sup>。2019年改正会社法指令が成立し、オンライン設立において公証人が具体的にどのような役割を果たすのかについては、2019年改正会社法指令に基づくドイツ国内法の改正やドイツの公証人実務の進展をみていかなければならない。

ドイツ法では、株式会社・有限会社等の資本金会社の設立に際して、定款記載

---

116) Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, Official Journal of the European Union, 28. 8. 2014, L 257/73.

117) Knaier, Digital first, Bedenken second?, GmbHR 2018, 561.

118) Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 609.

事項に誤記等があった場合につき公証人が勧告機能を發揮して誤記等が含まれる定款を登記申請前に修正する等の実務が行われている。ドイツでは、株式会社・有限会社等の設立につき、公証人は、非常に重要な機能を営んでいる。Teichmann と Knaier は、ヨーロッパ連合のオンライン設立については、原則として、各加盟国がモデル定款を定めて、これに従ってオンライン設立が行われるべきであるとするが、このモデル定款に従わない記載がなされている場合には、公証人が勧告機能を發揮して、当該記載が違法または不適切である場合には、修正がなされるべきであるとし、この観点からも、オンライン設立への公証人の関与は不可欠であるとする<sup>119)</sup>。

#### (bb) 費用

会社法指令13 d 条は、オンライン方式による登記のための費用および設立のための書類やこれに伴う情報をオンライン方式で提出した場合にかかる費用について定める。かかる役務に対して支払われる登記料は、それに要した行政上の支出を上回ってはならない、すなわち、登記料は費用充当性を有しなければならないと定められている（会社法指令13 d 条2項）。

ドイツでは、「裁判所・公証人費用法（Gerichts- und Notarkostengesetz; GNotKG）」において、有限会社・株式会社の設立に際して登記裁判所に支払う費用および定款を認証した公証人に支払う代金は、適正なものでなければならない、実際にかかった費用に対応したものでなければならないという原則がある<sup>120)</sup>。裁判所・公証人費用法を考慮すると、既にドイツ法は会社法指令13 d 条2項の要求を満たしている。

#### (cc) 加盟国による情報開示

会社法指令13 f 条は、加盟国が、オンライン設立の制度を導入した際に、「シングル・デジタル・ゲートウェイ<sup>121)</sup> (Single Digital Gateway)」において

119) Teichmann, GmbHR 2018, 14; Knaier, GmbHR 2018, 566 f.

120) Reimann, in: Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl., München 2017, Einf. Rdnr. 21 ff.

121) シングル・デジタル・ゲートウェイの制度の詳細につき, Pilz, Der Vorschlag der EU Kommission für eine Verordnung zur Einrichtung eines zentralen digitalen Zugangstors, EuZW 2017, 922 ff.



開示すべき事項について定める。「シングル・デジタル・ゲートウェイ」とは、EU 市民や EU 加盟国において設立された会社が EU 域内における自由な移動の権利を行使するために、必要なすべての重要情報を開示する制度である。

かかる情報としては、① オンライン設立に関する事項、特に用いることができるモデル定款やその他の証書に関する事項、② 管理機関・指揮機関・監査機関の構成員および業務執行者の資格剥奪に関する条文の概要、③ 管理機関・指揮機関・監査機関の権限および代表に関する事項の概要などがある（会社法指令13 f 条）。

(dd) モデル定款の使用等

会社法指令13 g 条 2 項は、加盟国が、オンライン設立登記にあたり、詳細な規定を設けなければならない旨規定する。加盟国が、資本会社のオンライン設立の導入にあたり定めなければならない事項としては、モデル定款の使用や設立に必要な証書等についての事項である。モデル定款の内容は加盟国の国内法が、これを定める（会社法指令13 g 条 4 項）。

加盟国は、オンライン設立につき、特許の付与や会社の設立前の行政機関の認可などを条件にしてはならない（会社法指令13 g 条 5 項）。オンライン設立は（手続にさえ従えば誰でも資本会社を自由に設立できるという）資本会社設立に関する準則主義を基礎としており、オンライン設立が会社設立に関する許可主義の導入につながってはならないのである。

なお、エストニアは、ヨーロッパ連合の指令に基づかず、国内法で一般的に有限会社のオンライン設立を認めている。日本国民は、エストニアのポータルサイト「電子居住（E-Residency）」の制度を利用して、皇居外苑前のエストニア大使館で、電子居住の ID カードの交付を受け、これを用いて日本国内でエストニア共和国籍の有限会社をオンライン設立すれば、ヨーロッパ連合における開業の自由（ヨーロッパ連合運営条約49条以下）に従い、当該エストニア国籍の有限会社を用いて EU 域内で事業展開できる。2020年現在において、既に日本人の個人起業家は、日本に居ながらにして、ヨーロッパ連合におけるオンライン設立を事実上享受できる点は注目すべきである。



(c) 加盟国は現物出資がなされる場合にはオンライン設立を認めなくてもよい

ドイツ・オーストリアの学説は、現物出資がなされる場合には、加盟国はオンライン設立を認めるべきではないと説いていた<sup>122)</sup>。Teichmann は、現物出資がなされた場合でも、裁判所によって選任された設立検査役による鑑定書を取得して、これをオンライン設立の登記申請の際に、申請書とともに、登記裁判所に提出するという方法で、オンライン設立を認めることは理論的に可能であるが、オンライン設立に関する最初の加盟国の国内法は、さしあたって単純な形態の設立の場合についてだけ、オンライン設立として認めるべきであると考えていた<sup>123)</sup>。

会社法指令13 g 条4項は、かかるドイツ・オーストリアの学説に配慮したかたちで、加盟国は現物出資がなされる場合にはオンライン設立を認めない法制をとってもよいと定める。すなわち、会社法指令13 g 条4項は、オンライン設立を、金銭出資による設立に限定するのか、あるいは、現物出資による設立の場合にも認めるのか、加盟国が選択権をもつとする。

(d) 加盟国はオンライン設立を有限会社に限定して認めることができる

2019年改正会社法指令は、オンライン設立を、有限会社・企業家会社（UG（Haftungsbeschränkt））だけでなく、株式会社・株式合資会社に対しても認めた（会社法指令13条・13 g 条1項）。ただし、加盟国は、オンライン設立を、ドイツ法上の有限会社に相当する会社に対してのみ限定して認めることができる（会社法指令13 f 条1項2文）。2019年改正会社法指令は、ドイツの立法者に、オンライン設立の利用につき株式会社・株式合資会社をオプト・アウトする規制を導入することを認めたのである<sup>124)</sup>。

株式会社には、定款厳格性の原則（法律で認められない限り定款自治は認め

---

122) Teichmann, GmbHR 2018, 12; Kindler, Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Dedigitalisierung, in: Schnauer, Didigitalisierung im Gesellschaftsrecht, Wien 2018, S. 60 f.; Knaier, GmbHR 2018, 565.

123) 2018年8月31日の Christoph Teichmann（ビュルツブルク大学教授）への筆者のレビューに対する回答。

124) Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 602.

られない)が適用されるため<sup>125)</sup>、株式会社は一見するとオンライン設立に適しているように見える。しかし、例えば、ドイツ法で株式会社は、有限会社と異なり、① 監査役会が必要的機関であり、② 取締役も複数必要である、さらに、③ 資本の調達方法も多様であるため、Knaier は、加盟国は、有限会社に限定して、オンライン設立を認めるべきであると提言していた<sup>126)</sup>。2019年改正会社法指令は、上記提言に配慮して、加盟国がオンライン設立の利用につき株式会社および株式合資会社をオプト・アウトすることを認めた。

(e) 複数人によるオンライン設立も可能である

2019年改正会社法指令は、オンライン設立を、一人会社設立の場合だけでなく、複数人による会社設立にも認めた。すなわち、オンライン設立について規定している会社法指令13g条は、オンライン設立を一人設立の場合に限定していない。

複数人による会社設立の場合にもオンライン設立が可能であるとする、オンライン設立に時間と手間がかかり、会社設立の迅速化という2019年改正会社法指令の目標を実現できないおそれがあった。

複数人による会社設立の場合には、各発起人が定款変更の権利をもつ。この場合、ある発起人が定款変更を提案した場合、この提案は他の発起人の承認を得なければならない。オンライン設立の申請は、その後に行われることになる。このような事態を想定すると、複数人によるオンライン設立の場合にはオンラインによる一人会社設立の場合と比べ、会社設立に時間がかかる。また、複数人によるオンライン設立でもオンライン設立特有の制度である「モデル定款」を用いて定款が作成され、かつ、発起人全員がモデル定款の各条項につき承認しなければならない。しかし、単純化されたモデル定款の条項では各発起人の微妙に異なる要求に合致した(複数人の利益の調和がとれた)定款を作成することができないという問題も存在していた<sup>127)</sup>。

---

125) Raiser/Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6. Aufl., München 2015, § 9 Rdnr. 52.

126) Knaier, *GmbHHR* 2018, 564.

127) Knaier, *GmbHHR* 2018, 563.

エストニアは、既に、複数人によるオンライン設立を認めていた。ヨーロッパ連合は、エストニアの複数人による会社のオンライン設立の実務経験を収集した上で、現在のような複数人によるオンライン設立を可能にしたと推測される。また、ドイツの学説には、ドイツの法制のように会社設立に公証人が関与する場合には、公証人が複数人の利害関係の調整も行うことができると期待されたと指摘するものもある<sup>128)</sup>。

(f) 法人によるオンライン設立も可能である

法人は、代表機関のみによって行為することができる。法人が発起人となって株式会社・有限会社を設立する場合、通常の本人確認に加えて、代表機関に当該法人を代表する権限があることが示されなければならない。外国での代表機関の登記は、それが加盟国のものであっても、EU 域内では、あまり信用されていない。登記の効力については、公示指令<sup>129)</sup>が存在して、加盟国間で、その内容の調整が行われてきた。しかし、加盟国には、公示指令に従って、その国内法を改正して国もあり、外国の代表機関の登記は、その効力の点からも、信頼されない一要因となってきた。ドイツ法におけるオンライン設立を論じた論文は、オンライン設立を自然人による設立に限定して認めようとしていた<sup>130)</sup>。オンライン設立の先進国であるエストニアも、オンライン設立を自然人による設立に限定して認めていた<sup>131)</sup>。

法人によるオンライン設立を認めるべきかについては、ヨーロッパ議会で激

---

128) Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 603.

129) Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, Amtsblatt der Europäischen Union, 1. 10. 2009, L 258/11. なお、現在では、会社法指令が登記の効力について定める（会社法指令16条6項）。

130) Teichmann, Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften, GmbHR 2018, 11

131) Teichmann, GmbHR 2018, 9 f.

しく議論された。ヨーロッパ議会では、法人によるオンライン設立を認めるとオンライン設立が濫用されるおそれがあるとも主張された<sup>132)</sup>。また、学説と実務からは、オンライン設立の最初の導入の過程では、オンライン設立を自然人に限定して認めるべきであるとも主張された<sup>133)</sup>。しかし、結論としては、オンライン設立を法人にも認めるという考えが採用され、オンライン設立について規定する会社法指令13g条は、オンライン設立を自然人による設立の場合に限定しなかった。2019年改正会社法指令は、法人によるオンライン設立を認めおきながら、オンライン設立を行う法人の代表者の代理権の確認手続等について、全く規定を置いていない。これは、2019年改正会社法指令の欠缺であるとみられており、各加盟国がそれぞれの国内法によって補うべきであると考えられている<sup>134)</sup>。

#### (8) ヨーロッパ連合におけるオンライン設立の進展と日本法への示唆

日本法においても、ヨーロッパ連合におけるオンライン設立の進展にならい、オンライン設立が可能とされるべきである。

日本法はドイツ法を受け継ぎ、株式会社の設立において公証人による定款の認証を必要としている（会社法30条1項参照）。ただし、日本には、オンライン設立を容易にする法律で定められた株式会社のモデル定款が存在しない。日本の会社法は、株式会社のオンライン設立を容易にするため、法律で株式会社のモデル定款を導入する必要があるだろう。

日本では、オンライン設立の需要を考え、オンライン設立の対象会社はさしあたり株式会社とされるべきである。日本法で、オンライン設立を、機関設計が単純な全株式譲渡制限会社に限定して認めるべきかについては、今後検討すべき課題である。株式会社の機関設計の自由度が高い日本の会社法を前提とす

132) Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 603.

133) Lieder, Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts: Online-Gründung, Online-Einreichung, Online-Zweigniederlassung, NZG 2018, 1083 f.; Knaier, GmbHR 2018, 563 f.; Teichmann, GmbHR 2018, 11 f.; Teichmann, Digital Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2018, 2457 f.

134) Bormann/Stelmaszczyk, NZG 2019, 605.

る限り、2011年に有限会社につき24時間以内のオンライン設立を認めているポーランドの実務<sup>135)</sup>を参考に、機関設計の違いに対応して、複数の違った種類のモデル定款が法定されなければならないであろう。ポーランドのように、モデル定款には、一切、任意的に記載ができず、指定された空欄を埋めるだけの方式を採用するか、あるいは、任意的記載事項を認めるかについては（この場合、当該定款はもはや「モデル定款」とはいえないかもしれない）、立法上の決断が必要であろう。この立法上の選択には、後に述べるように、株式会社の設立に公証人の関与を要求する現行法上の規制を維持すべきか否かという問題が関わっている。後で論じるように、モデル定款に任意的記載事項を認める場合には、オンライン設立に公証人や弁護士等の関与が必要になる。

オンライン設立を自然人に限定して認めるべきか否かは今後検討すべき課題である。法人がオンライン設立を利用できる場合、その経済効果は大きいが、そのために必要な法人の代表者の本人確認等の方法については、ヨーロッパにおける法人によるオンライン設立の経験を基に、今後検討すべきである。私見としては、日本において、公証人や弁護士の関与があれば、法人によるオンライン設立を認める余地はあるように思われる。

オンライン設立を一人株式会社設立の場合に限定して認めるべきか、あるいは、複数の発起人による株式会社のオンライン設立を認めるべきかについては、立法上の決断が必要である。私見としては、複数の発起人による株式会社のオンライン設立を認めてもよいように思われる。なぜなら、定款の確定のためには、発起人全員の電子署名が必要であるとするだけで、定款の条項に一人の発起人が反対である場合には、その者が定款に対する電子署名を拒否すればよく、その限りで定款が完成しないだけであるから、大きな問題は生じないと思われるからである。

変態設立事項がある場合に、オンライン設立を認めるべきか否かについても

---

135) Oplustil, Polish experience with the online company's formation, Paper for Conference "Incorporation of Companies in the Digital Age", University Würzburg 16th and 17th March, 2018.

立法上の決断が必要である。この点につき、次の二つの立法上の選択肢が考えられる。すなわち、① オンライン設立を導入当初は単純な規制にするため、現物出資のような変態設立事項がある場合（会社法28条）には、オンライン設立を認めないとするか、あるいは、② 検査役による調査等（会社法33条1項・同条10項）を実施し、その調査結果等を担当の登記官に電子的に提出しない限り、オンライン設立は利用できないとすべきである。

日本は、株式会社のオンライン設立を認める場合、株式会社の設立につき、公証人の関与を認め続けるべきか、再考がなされなければならない。もしも、ポーランドのように、オンライン設立に関しモデル定款を採用し、そのモデル定款が空欄を埋めるだけの仕組みになっている場合には、公証人の関与なく、登記官の審査だけで、株式会社のオンライン設立を認めてよい。しかし、モデル定款に、任意的記載事項等を認める場合には、その適法性を審査する公証人等の関与が必要であり、公証人等は当該記載事項の適法性を審査しそれが違法である場合には、その修正を勧告する義務があるとされるべきである。

日本がオンライン設立に公証人の関与を必要とする立法上の選択肢をとった場合、公証人につき、特にモデル定款に違法な記載があった場合には、その内容を修正する（ドイツ法でいう）「勧告機能」を果たすようにする必要性が今後より強く求められる。公証人が違法な記載があった場合にモデル定款を修正する「勧告機能」をより有効に果たすようになるためには、会社法の知識を有する者が公証人となるように制度設計されなければならない。ドイツでは、司法試験の上位成績者が公証人になれるという事情があり、トップで現役の法律家が公証人になっている。今後、日本が、オンライン設立に公証人の関与を必要とするという立法政策を選択する場合、日本でも、公証人が「勧告機能」という創造的な役割をより有効に果たせるよう、公証人の人選に関する改革が必要であろう。エストニア共和国では、オンライン設立に弁護士が関与する。前記公証人の制度の改革が実現しない場合には、弁護士等をオンライン設立に関与させる可能性も考えなければならない。弁護士等がオンライン設立に関与する場合、オンライン設立にかかる費用を計算可能なものにし株式会社の設立を

魅力的なものとしこれを促進する観点からは、オンライン設立にかかわる弁護士等費用は、事例毎に、一定の額に定められるべきであろう。

（11）外国資本会社の支店の公示

会社法指令29条～40条は、外国資本会社の支店の公示等について規制する。会社法指令29条～39条の原型となる規定は、1989年12月21日の第11指令<sup>136)</sup>（支店指令）であった。

会社法指令29条～35条の適用の対象となるのは、他の加盟国で設立され、他の加盟国の法が適用される資本会社（株式会社・有限会社等）のすべての「支店」である（会社法指令29条・附則Ⅱ）。会社法指令29条～35条は加盟国内の支店については定めていない。

会社法指令29条～35条が適用されるためには、資本会社とその支店が EU 域内に存在しなければならない。ここでいう「支店」とは何かについて、会社法指令は定義規定を置かない。しかし、ヨーロッパ法上、「支店」は子会社とは異なり、固有の法人格を有するものではないと考えられている<sup>137)</sup>。また「支店」というためには、物的かつ人的に設置された事業部門が一定期間存在し、特に会社の名で法律行為をなすという業務執行権限を有するものでなければならないという点についてはヨーロッパ法上の見解は一致している<sup>138)</sup>。

---

136) Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, Amtsblatt Nr. L 395 vom 30/12/1989 S. 36-39, in: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 1996, S. 269 ff.

137) Vorschlag für eine elfte Richtlinie des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen gegründet werden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen — KOM (86) 397 endg., BT-Drucks. 10/6066, S. 4.

138) EuGH, Urteil vom 22. 11. 1978, Rs. C-33/78, Celex-Nr. 61978CJ0033, Tz. 12 „Somafer“. Vorschlag für eine elfte Richtlinie des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen gegründet werden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen — KOM ↗



ヨーロッパ裁判所の判例によると、当該外国会社が定款上の本拠地等で本店としての事業を行っていることは、支店の要件にはあたらない<sup>139)</sup>。すなわち、ヨーロッパ裁判所の判例によると、ペーパーカンパニーが EU 域内における他の加盟国（例えばオランダ）において設立され、当該加盟国（例えばドイツ）において事実上活動の主要拠点としての活動を行う場合も、（ドイツに存在する）会社の活動の主要拠点は、会社法指令29条～35条の適用上、「支店」に該当する<sup>140)</sup>。

他の加盟国の資本会社の支店の公示は、会社法指令16条が定める登記簿における公示の方法によって行われる（会社法指令29条1項）。他の加盟国の資本会社の支店から出される信書や注文書には、会社法指令26条<sup>141)</sup>が定める事項が記載されなければならない。

会社法指令29条～39条の中核となる規定は、他の加盟国の資本会社の支店の公示義務の対象について定める会社法指令30条である。会社法指令30条は、支店の公示義務の対象となるのは、当該資本会社を代表する者・当該資本会社の法形態・解散の有無・計算書類・登記情報といった当該資本会社に関する事項以外、支店に関する事項に限定される旨定める。かかる支店に関する事項としては、支店の住所・支店の活動・支店の活動のために会社を常に代理する者などがある。

---

↘(86) 397 endg. BT-Drucks. 10/6066, S. 4. Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 26: 10; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht: Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts, 2. Aufl., Heidelberg 2011, Rdnr. 825; Günter Christian Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht: Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2000, Rdnr. 375.

139) EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, Celex-Nr. 61997CJ0212, Tz. 36, 38 „Centros“; EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003 Rs. C-167/01, Celex-Nr. 62001CJ0167, Tz. 56 ff. „Inspire Art“

140) Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 26: 10.

141) 会社法指令26条の条文につき、本稿注(39)参照。



会社法指令30条があげる支店の公示義務の対象の中、「支店の活動のために会社を常に代理する者」（会社法指令30条1項e）とは、「支店の場所において活動しかつ一定の期間意思表示の申込と承諾の権限を有する会社の受権者<sup>142)</sup>」を意味する。支店は、子会社とは異なり、独自の法人格を持たない。したがって、支店の代表者という者は存在しない。加盟国は、「支店の活動のために会社を常に代理する者」（会社法指令30条1項e）につき、本条項の該当者を、当該資本会社における支配権を有する支配人に限定せず、単に支店において会社を代理する権限を有する者もこれに含まれることを前提に、かかる支店における会社の常駐の代理人も、（かかる「代理人」は本来登記法の原則からすると登記対象には含まれないのであるが）、支店の登記において公示しなければならない。

なお、ドイツ法における支店の登記には、会社法指令30条1項の事項に加えて、企業の対象（目的）が含まれるが（ドイツ商法13f条3項・13g条3項、株式法39条1項、ドイツ有限会社法10条1項）が、会社法指令30条2項bは加盟国が定款を公示義務の対象と定めることができるとし、企業の対象（目的）は定款の記載事項であるから（株式法23条3項2号、ドイツ有限会社法3条1項2号）、かかるドイツ法上の支店の登記に企業の対象（目的）を加える立法は、ヨーロッパ法上問題ない。

会社法指令30条1項gにより、支店における公示義務の対象となっている当該資本会社の計算書類は、EU会計指令<sup>143)</sup>および決算検査人指令<sup>144)</sup>に従って

---

142) Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 63.

143) Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19-76 ; 近時の改正として、Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und

作成・検査・開示された計算書類でなければならない（会社法指令31条）。かかる EU 会計指令および決算検査人指令に従って作成された計算書類は、ヨーロッパの基準を満たし、情報源として適切であるからである。ここでは、支店についての計算書類は支店の公示義務の対象とはなっていないことが注目される。支店が存在する加盟国は、別加盟国の言語で記載されている当該資本会社の計算書類につき、翻訳を付けることを要求することを定めることができる（会社法指令32条）。

ヨーロッパ連合に属さない第三国の資本会社（株式会社・有限会社等）の EU 域内における支店については、会社法指令36条～39条が規定する。これによると、ヨーロッパ連合に属さない第三国の資本会社は、登記簿において、支店の住所・支店の活動・当該外国会社が属する国・当該外国会社の登記番号・当該外国会社の定款・当該外国会社の法形態・本店・企業の対象（目的）・引受資本の額・商号・当該外国会社を当該支店において代表する常在の代表者（その代表権限の範囲と共同代表と単独代表の別）・当該外国会社が当該外国法に基づいて開示しなければならない計算書類等を公示する義務がある（会社法指令36条・37条・38条）。また、ヨーロッパ連合に属さない第三国の資本会社の支店で用いられる信書や注文書には、支店の証書が付置されている登記簿および登記番号および当該第三国の資本会社の登記簿および登記番号が記載さ

---

↳ damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19-76.

- 144) Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 157 vom 9. 6. 2006, S. 87-107 ; 近時の改正として、Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 158 vom 27. 05. 2014, S. 196-226

れなければならない（会社法指令39条）。

会社法指令42条は、会社法指令31条・38条（外国資本会社の計算書類の開示義務の限界）が適用されない資本会社について定める。それによると1989年2月13日銀行支店指令<sup>145)</sup>が適用される銀行の支店には会社法指令31条と38条が適用されない（会社法指令42条1項）。保険会社の支店についても、会社法指令31条・38条（外国資本会社の計算書類の開示義務の限界）が適用されない（会社法指令42条2項）。

会社法指令40条は、会社法指令29条～39条が定める外国資本会社の支店の公示義務が果たされなかった場合につき、加盟国が適切な制裁を課すことができる旨定める。かかる制裁は、ヨーロッパ裁判所の基準によると「効果的で、相当であり、かつ威圧的でなければならない<sup>146)</sup>」。ドイツは、外国資本会社の支店の公示義務を強制金賦課によって履行させようとしているが、このヨーロッパ法上の基準を満たしているか疑問視されている<sup>147)</sup>。ドイツ国内に存在する外国資本会社の支店で登記されているのがごくわずかであり<sup>148)</sup>、強制金賦課処分を下す所轄連邦官庁が支店公示義務を果たしていない外国資本会社を把握できていないからである。このため、ドイツ連邦参議院は、MoMiG<sup>149)</sup>によるドイツ有限会社法改正に際して、より厳しい制裁の創設を提案した<sup>150)</sup>。ドイ

---

145) Richtlinie 89/117/EWG des Rates vom 13. Februar 1989 über die Pflichten der in einem Mitgliedstaat eingerichteten Zweigniederlassungen von Kreditinstituten und Finanzinstituten mit Sitz außerhalb dieses Mitgliedstaats zur Offenlegung von Jahresabschlußunterlagen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 44 vom 16. 02. 1989, S. 40-42.

146) EuGH, Urteil vom 26. 9. 2013, Rs. C-418/11, Celex-Nr. 62011CJ0418, Tz. 50 „TEXTDATA Software“.

147) Lutter/Bayer/Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., ZGR-Sonderheft 1, Berlin 2018, Rdnr. 26: 98; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2019, § 5 Rdnr. 66.

148) Eidenmüller/Rehberg, Umgehung von Gewerbeverboten mittels Auslandsgesellschaften, NJW 2008, 28.

149) MoMiGにつき、高橋英治『ドイツ会社法概説』318頁以下（有斐閣、2012年）参照。

150) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur

## 論 説

ツ連邦政府は、このドイツ連邦参議院の提案を MoMiG 制定に際して検討することを約束したが<sup>151)</sup>、実際には何らの対策も立てなかった。

この問題を解決するためには、外国会社が支店の公示義務を果たさない場合に、「登記前に会社の名前で行為がなされた場合には、行為をなした者が無限かつ連帯の責任を負う」と規定するドイツ有限会社法11条2項および「会社の登記前に会社の名において行為をなした者は、個人として責任を負う。複数の者が行為をした場合には、これらの者は連帯して責任を負う」と規定する株式法41条1項2文を利用することが考えられた。しかし、2005年3月14日連邦通常裁判所判決<sup>152)</sup>は、英国で設立されドイツに活動の拠点を置くいわゆる「英国会社」が支店の公示義務を果たさない場合に、支店の登記がないことを理由にして、当該英国会社の業務執行者に対し行為者責任について定めるドイツ有限会社法11条2項を類推適用して会社の債務に責任を負わせることは、ヨーロッパ法上の開業の自由を侵害すると判示した<sup>153)</sup>。

〔付記〕 津禰鹿雅博氏（大阪市立大学大学院法学研究科前期博士課程）は、本書の草稿および校正原稿に目を通し、貴重な御助言を下された。記して感謝したい。本稿は2020年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)課題番号19K01374の成果の一部である。

---

↘ Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140, S. 70.

151) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140, S. 78.

152) BGH, Urteil vom 14. 3. 2005, ZIP 2005, 805.

153) BGH, Urteil vom 14. 3. 2005, ZIP 2005, 806.