

IMES DISCUSSION PAPER SERIES

法人（団体）の立法のあり方について・覚書

米国におけるリミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ（LLP）、
リミテッド・ライアビリティ・カンパニー（LLC）の法制定に見る
州際競争のダイナミズムを参考に

おおすぎけんいち
大杉謙一

Discussion Paper No. 2000-J-7

IMES

INSTITUTE FOR MONETARY AND ECONOMIC STUDIES

BANK OF JAPAN

日本銀行金融研究所

〒103-8660 日本橋郵便局私書箱 30 号

備考： 日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズは、金融研究所スタッフおよび外部研究者による研究成果をとりまとめたもので、学界、研究機関等、関連する方々から幅広くコメントを頂戴することを意図している。ただし、論文の内容や意見は、執筆者個人に属し、日本銀行あるいは金融研究所の公式見解を示すものではない。

法人（団体）の立法のあり方について・覚書
米国におけるリミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ（LLP）、リミテッド・ライアビリティ・カンパニー（LLC）の法制定に見る州際競争のダイナミズムを参考に

おおすぎ けんいち*
大杉 謙一*

要 旨

本稿は、近年日本で各種の新たな組織形態を定める法が制定され、今後もこの傾向が続くであろうことに鑑み、立法のヒントとなる法技術を探るものである。方法としては、アメリカの営利団体、とりわけ新しい組織形態であるリミテッド・ライアビリティ・カンパニー（LLC）、リミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ（LLP）の立法を探り、特にその州際競争のダイナミズムに留意する。

本稿の前半では、比較的古い組織形態であるパートナーシップやリミテッド・パートナーシップ（LP）の法につき、立法過程やいくつかの法律問題、たとえば、契約による組織としてのパートナーシップ、法規整の任意法規性、法人格などについて、アメリカの議論を紹介している。

本稿の中心を占める部分は、LLCおよびLLPの法制定の過程やその統一法の内容の詳細な紹介である。そこでは、これらの新しい組織形態が起こるきっかけがLLCの場合には税制にあり、またLLPの場合には法律事務所・会計事務所に対する訴訟の爆発的な増加にあったこと、州法において団体構成員に有限責任を認めるに際しての債権者保護のあり方、なども紹介されている。

本稿の最終部分は、アメリカにおける各州の団体立法をめぐる競争がもたらすものについての分析と、アメリカ法が日本法に与える示唆についての覚書である。そこでは、たとえば有限責任制度のあり方、法規整の任意法規性、権利能力なき社団論の批判的検討などにつき、試案的段階にとどまるものの筆者の私見が示されている。

キーワード：法人格、権利能力なき社団、有限責任、受認者義務、受任者義務、任意法規化、法と経済学

JEL classification: K22

*東京都立大学法学部助教授 (E-mail: osugiken@bcomp.metro-u.ac.jp)

目次

1	はじめに	1
2	アメリカ法の法人(団体)法・概論	3
2.1	各種組織の概観	3
2.2	視点	5
2.3	パートナーシップ(ジェネラル・パートナーシップ)	6
2.4	コーポレーション(会社)	14
2.5	リミティッド・パートナーシップ(LP) および小括	17
3	リミティッド・ライアビリティー・カンパニー(LLC)	21
3.1	沿革	21
3.2	利用状況	24
3.3	法規整・総説	24
3.4	創設(organization; formation)	27
3.5	外部関係 代理・有限責任	27
3.6	内部関係 出資・経営・分配・情報権・受認者義務	28
3.7	分配規制	30
3.8	派生訴訟(derivative action)	31
3.9	持分の譲受人、メンバーの債権者	32
3.10	メンバーの脱退 総説	32
3.11	LLCの解散を伴わないメンバーの脱退	34
3.12	解散・清算	34
3.13	その他	35
3.14	税制	35
4	リミティッド・ライアビリティー・パートナーシップ(LLP)	36
4.1	沿革	36
4.2	法規整(1) LLP-RUPA	40
4.3	法規整(2) 州法	41
5	アメリカ会社法における州際競争	43
5.1	「下へ向かった競争」?	43
5.2	閉鎖会社に関して	45
6	検討・日本法への示唆	47
6.1	有限責任	48
6.2	「契約自由」対「定型強制」 任意法規化(enabling approach)の是非	53
6.3	「権利能力なき社団」?	57
6.4	法人(団体)法理論の構想	62
6.5	結語	63

1 はじめに

(1) いまなぜ「法人論」か

本稿は、副題に明らかなように、アメリカにおけるいくつかの組織形態の法規整を参考としつつ、日本における類似の組織の法規整について立法論を展開する上での基礎を提供しようとするものである¹。

本稿の背景となる日本の状況について一瞥すると、1998年に新しい組織形態を定める新法が相次いで立法された。特定非営利活動促進法(通称・NPO法)²・中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律(通称・投資事業組合法)³・特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律(通称・SPC法)⁴がそれである。また、「中間法人」の包括的な法を制定して、既存の公益法人のうち公益性の小さいものをこの中間法人に移行させる旨の報告書が法務省の法人制度研究会より99年9月3日に出されている⁵。社会の法化・高度化に伴い、法律事務所・監査法人などの専門家の形成する組織にふさわしい法のあり方も問題となってくるであろう⁶。アメリカにおいても、1990年代に入ってから新しい組織形態であるリミテッド・ライアビリティー・カンパニー(以下、「LLC」と略記する)およびリミテッド・ライアビリティー・パートナーシップ(以下、「LLP」と略記する)に関する法が各州で相次いで導入されている。

法人・団体一般に通用する一般的な視点を探るという目標を達成するためには、法典の各所に分散した日本法上の法人・団体制度(民法上の組合や法人と商法上の各種の会社・匿名組合、各種の協同組合を含む各種中間法人など)を横断的に観察・比較することも有益かつ必要であろう⁷。そのための準備作業として本稿がアメリカ法を取り上げる理由は次

¹ 最近の法人論・団体論のうち特に立法論を射程に入れたものとして、たとえば、山田誠一「権利能力なき社団 ボランティア団体に法人格を与える立法」法学教室193号11頁(1996年)、山田誠一「団体的契約」別冊NBL51号『債権法改正の課題と方向』250頁(1998年 商事法務研究会)267頁、中田裕康「公益法人・中間法人・NPO」ジュリスト1126号53頁(1998年)、道垣内弘人「団体構成員の責任 『権利能力なき社団』論の現代的展開を求めて」ジュリスト1126号66頁(1998年)などがある。

² 平成十年法律第七号、平成10年3月25日公布。

³ 平成十年法律第九十号、平成10年6月3日公布。なお、註71参照。

⁴ 平成十年法律第五号、平成10年6月15日公布。

⁵ 日本経済新聞1999年9月4日土曜朝刊1面。

⁶ 現在の日本では、法律事務所は民法上の組合の形態を取る。監査法人は、公認会計士法に基づく法人形態であり、多くの点で合名会社に類似する法規整がなされている。なお、本稿では専門家の作るパートナーシップ・法人については4全般、特に註123で扱っている。

⁷ 川島武直教授や星野英一教授による法人論においては商法の各種の会社が明瞭に意識されていた。参照、

のとおりである。

アメリカでは、著名な会社法のケース・ブックの中には、sole proprietorship（個人企業）から始まり、エージェンシー（代理）、パートナーシップ（組合）を経てコーポレーション（会社）の章へと進む（しかもエージェンシーやパートナーシップにも相当のページが割かれる）ものが多くあり、後に見るように、それらに共通する思考・分析枠組みも存在する。そして、会社その他の法人・団体の法が原則として州の立法管轄に服するため、立法（制定法）・解釈（判例法）の両面でのダイナミズムが生まれることもまたアメリカを参照することの意義の一つに数えられよう。

（２）対象・叙述の順序

本稿６では非営利団体をも視野に入れて議論を展開するが、アメリカ法の紹介部分では非営利団体の紹介は断片的なものにとどまる⁸。歴史の叙述は、本稿では限定的に、すなわち、アメリカ法の法人・団体に関する法理論には整然と体系化されたものとはいえない部分が少なくないが、その由来を示す範囲でのみ歴史に言及した。他方、これまでの法人・団体の法理論を扱った諸論稿では取り上げられることの少なかった点、すなわち時代的には新しい時期の法発展の背景や、それぞれの法形態の利用の実態や税制⁹との関わり、とい

川島武宜「企業の法人格」『川島武宜著作集 第六巻』（1982年 岩波書店）40頁（初出『田中耕太郎先生還暦記念 商法の基本問題』（1952年 有斐閣））、星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」星野『民法論集 第1巻』227頁（1970年）255頁以下（初出 法学協会雑誌84巻9号〔1967年〕）。

代わって、近時の民商法研究者の関心は比較法へと向かっているようである。詳細な外国制度の紹介として、参照、奥田昌道・山口俊夫・木南敦「外国の法人理論 ドイツ法 フランス法 英米法」林良平・前田達明編『新版注釈民法第2巻』18頁以下（1991年）、後藤元伸「独仏団体法の基本的構成（１）（２）」阪大法学47巻2号331頁（1997年）、47巻6号1213頁（1998年）、奥島孝康「フランス私法人法制的構造 フランスの『組合』と『社団』に関する覚書」奥島孝康・新山雄三・斎藤武 編『加藤勝郎先生・柿崎栄治先生古稀記念 社団と証券の法理』3頁（1999年 商事法務研究会）。

外国の法人（団体）制度の研究はそれ自体重要であるが、日本法が独仏等の制度を混合して継受したため、結果として日本の法人（団体）全般の法体系は独仏いずれとも異なったものとなっており、外国法の研究から直ちに日本法解釈の示唆を得ることに慎重でなければならないはずである。

⁸ アメリカ法における非営利団体その他の、本稿では断片的にしか取り上げない団体の法についての叙述は、以下の個所に散在している。註12、30。また、参照、山田・前掲註1「権利能力なき社団」、中田・前掲註1。

⁹ 本稿では十分に扱えなかったアメリカにおける団体・法人課税の基本的枠組みを紹介するものとして、

った論点に本稿は注力した。また、本稿の対象とする法人・団体は主として小規模で閉鎖的な（つまり持分を一般公衆に公開しない）企業を念頭に置いたものであるが、公開会社との対比という視点を持ち込み、加えて公開会社をめぐる近年の「法と経済学」の理論の発展が閉鎖企業の法のあり方に対して示唆するものについても扱う。

本稿では、まず2においてジェネラル・パートナーシップから会社にいたるアメリカの各種組織につき法規整の概略を述べ、簡単な対比を行う。続いて3においてLLCを、4においてLLPを取り上げ、それぞれの立法の背景と法規整の内容につき詳細な紹介を行う。5においては、アメリカ合衆国において各州が企業組織の法に関する法律制定権を持つことがどのようなプラス面・マイナス面を持つのかについて、考察を加える。最後に、6においていくつかの問題について、日本法への示唆を探り、法人・団体の立法への一般的な視点を提供することを試みる。ここで提示する理論は結果として、近年の「権利能力なき社団」論に対して批判的なものとなっている¹⁰。

なお、本稿では混同を避ける趣旨で、パートナーシップを「組合」と訳したりLLCを「有限責任会社」と訳すことは避け、アメリカの組織形態の名称はカタカナあるいはアルファベットによる略記で通した。

2 アメリカ法の法人（団体）法・概論

2.1 各種組織の概観

法人・団体の根拠となる組織法はアメリカではほとんどの場合州法である。各州に独自の形態も見られ、すべての法人・団体形態を網羅することは不可能に近いが¹¹、信託や非

小野傑・渡辺健樹「租税法上の法人概念と先端的金融商品及び国際課税 日米比較分析」金子宏編『国際課税の理論と実務』346頁（1997年）がある。

本稿では、税制に関わる叙述は、以下の個所に散在している。2.4.2、2.5.4、3.14、また註29、86、123。

¹⁰ 本稿の立場はかつての星野教授の問題提起（註7の文献参照）をそのまま推し進めたものである。

¹¹ 本稿で扱わない団体形態として、(limited) partnership association, business trust (Massachusetts trust), joint stock company などがある。これらはコモンの産物であり、特に会社に対する法規制が非常に厳格であった時代には、ビジネスを行う上での組織形態として用いられた時期があった。これらについては、WILLIAM A. GREGORY & THOMAS R. HURST, AGENCY AND PARTNERSHIP AND OTHER FORMS OF BUSINESS ASSOCIATIONS: CASES AND MATERIALS (West 1994), at 656; JAMES D. COX, THOMAS LEE HAZEN & F. HODGE O'NEAL, CORPORATIONS (Aspen 1997) §§ 1.12-1.13 を参照。(limited) partnership association は unincorporated organization としてパートナーシップ課税の恩典を受けられることがあるが、結局立法を行った州は少数にとどまった。business trust も同様である。LARRY E. RIBSTEIN & ROBERT R. KEATINGE, LIMITED LIABILITY COMPANIES (West 1992), §1.06 (1998 loose leaf).

営利法人 (Not for Profit Corporation; Nonprofit Corporation)¹²などはさしあたり本稿の対象外とし、パートナーシップ (日本法上の組合に類似する) とコーポレーション (日本法上の株式会社に類似する) を両極とする線上に分布する団体・法人、つまり、リミテッド・パートナーシップ (以下では「LP」と略記する) (およびその亜形としてのリミテッド・ライアビリティー・リミテッド・パートナーシップ [以下では「LLLP」と略記する])、LLC、LLPを本稿の主たる対象とする。

これらの組織形態はどのように用いられて (使い分けられて) いるのだろうか。筆者の気がついた範囲では¹³、LLPはもっぱらロー・ファーム (法律事務所) や会計・監査事務所によって用いられている。実際、5大会計事務所 (Big Five) はすべてLLPへの組織変更を済ませている。投資家から資金を募って上場・未上場企業に投資する投資ファンドは、一般投資家に広く募集する場合 (日本での証券投資信託に経済的に類似する) には1940年投資会社法¹⁴に準拠して設立された投資会社でなければならないが¹⁵、プロの投資家を相手とする私募のファンドはLPとすることが多い¹⁶。たとえば、1998年9月

近年のLLC・LLP立法の発展は、より広く法人 (団体) 法制にも影響を及ぼしつつある。いくつかの州では business trust や limited partnership association の法を採択し改良する動きが見られるという。また、ペンシルバニア州ではあらゆる営利団体について経営者の受認者義務を単一の法規整に服せしめる立法提案がなされたという。多くの営利団体に横断的に適用されるルールが徐々に形成されてくる可能性が大きいとする見方もある。RIBSTEIN & KEATINGE, *supra*, at §1.09.

また、参照、JOHN A. C. HETHERINGTON, (石山卓磨 監訳) 『アメリカの協同組合と相互会社』 (1996年 成文堂)。

¹² 州法ごとの差が大きいが、一般的には、パートナーシップの法理 (構成員各自がお互いの代理人であるという coprincipal doctrine など。註22参照) がほぼ妥当するものが「非営利団体」 ([unincorporated] nonprofit association)、会社の法理がほぼ妥当する (shareholder は原則として法人の債務につき責任を負わない) のものが「非営利法人」 (nonprofit corporation) と呼ばれるようである。これらについては、参照、GREGORY & HURST, *supra* note 11, at 694; JAMES F. FISHMAN & STEPHEN SCHWARZ, NONPROFIT ORGANIZATIONS (Aspen 1995); COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 11, at §1.14.

¹³ 筆者が在米研究時にウォール・ストリート・ジャーナル紙を購読して気がついた範囲、という意味である。

¹⁴ 同法は連邦法である。投資会社は通常いずれかの州法に基づきコーポレーションとして設立されるが (同法はコーポレーション以外の組織形態も認めているが)、同時に同法の定める要件や規制を守らなければならない。

¹⁵ 1940年投資会社法については、近藤光男「アメリカ法制」落合誠一編『比較投資信託法制研究』 (1996年 有斐閣) を参照。

¹⁶ 忽那憲治『中小企業金融とベンチャー・ファイナンス 日・米・英の国際比較』 (1997年 東洋

に破綻の危機に直面して世界中を騒がせた L T C M (Long Term Capital Management) は L P であった。しかし、最近では私募のファンドについて L L C を用いるケースも増えているようである。また、一般のビジネスを行う組織は、たとえ出資を公募しない閉鎖的な組織であっても従来ではほとんどの場合株式会社が用いられたが¹⁷、L P や L L C も多額の資本を必要とする事業に用いられることがある¹⁸。

2.2 視点

本稿がアメリカの法人・団体形態を扱う上での分析視点は次のようなものである。

第一に、立法のダイナミズムである。パートナーシップにせよコーポレーションにせよ、また L L C にせよ、各州ごとに州法の内容は異なり、各州の間に自州での設立を誘致しようとする競争が繰り広げられ(州際競争 interstate competition)、そのことが法の内容にも影響を与えている。似て非なるのが、州法の統一を目標とはしないアメリカ法曹協会(A B A)による模範法(モデル・アクト)と州法統一を目指す統一州法委員会全国会議(N C C U S L)による統一法(ユニフォーム・アクト)とである。多くの州が模範法や統一法を全面的に、あるいは若干の修正を加えて採択することによって、州法間の差異はある程度縮められている。

立法のダイナミズムに影響を与えるものとして、租税制度と 1980 年代の「専門家責任の爆発」が重要である¹⁹。1990 年代における L L C 法の急速な普及は内国歳入庁の租税通達の変更によるものであった。かつてのパートナーシップや L P についても租税上の取扱いの変化が企業家の組織形態の選択に与えた影響が大きかったことが知られている(註 29)。また、90 年代における L L P 法の普及は、租税的要因とともに 80 年代における弁護士や会計士などの専門家を相手にした不法行為訴訟の件数と賠償請求額・認容額の爆発的増加によるものでもある(4.1(1))。

このような州際競争に由来する立法のダイナミズムについては、5 において改めて論じ

経済新報社) 130 頁。

¹⁷ 一定の要件を充たせば、連邦内国歳入法典に従い、S コーポレーションとして税制上パートナーシップに類似した扱いを受ける。2.4.2。

¹⁸ たとえば、通信衛星を用いて世界規模で携帯電話サービス事業を展開した Iridium (1999 年 8 月倒産、現在連邦破産法第 11 章手続の下で事業継続中)は L L C であり、そのライバルである Globalstar は L P である。しかし、両社のライバルである ICO Global Communications (やはり 1999 年 8 月に連邦破産法上の手続を申立)はコーポレーションであり、通信会社は一概にどの組織形態を好むとはいえないようである。

¹⁹ なお、ここでいう「専門家責任の爆発」は、製造物責任の爆発とそれに端を発した 1984 年後半以降の保険危機とは別物である。

る。

第二の視点は、利用者の持つ多様なニーズにどのように立法が応えていくか、という問題である。対応としては、二つの方法が考えられる。一つは、法律が多くの組織形態のメニューを用意することであり、もう一つは、柔軟かい（任意規定を中心とする）組織法を作り、ニーズは利用者の自助努力に委ねるということである。後者の場合には、法の定めるルールの多くはデフォルト・ルールにすぎず、当事者によってカスタマイズすることができるので、当事者それぞれが弁護士を立てて契約条項の内容について交渉を行うことが予想される。もちろん、この二つの方法は互いに排斥する関係にはなく、十分に両立する。

これまで日本では、後者の視点は学問においても立法の実践においても（たとえば投資事業組合法）希薄であったと思われる（註 71）。厳密な国際比較は困難であるが、最近いわれているように日本の弁護士による法曹サービスはその多様性と量において供給が十分ではなく、また高価格であるとすれば、強行法規性の強い立法を多種用意するという方法にはそれなりの合理性もある。しかし、このような方法には限界があり、後者の方法が中長期的には追究されなければならないだろう。この問題については 6.2 において論じる。

LLC はしばしばパートナーシップとコーポレーションの混合といわれる。以下の本章では、まず両極であるところのパートナーシップとコーポレーションを概観し、つづけてパートナーシップの法人化の第一歩である LP について概観しよう。

2.3 パートナーシップ（ジェネラル・パートナーシップ）²⁰

2.3.1 沿革・法源・現況

英米法におけるパートナーシップは、ヨーロッパ大陸の商人の間で用いられたパートナーシップの前身がイギリスの商人向けの特別裁判所に知られるようになったことに始まり、次に商事判例法（mercantile cases）が衡平法を通じて一般裁判所に流入した。パートナーの負う受託者義務（fiduciary duty）などのいくつかの原則が確立したのもこの時期である²¹。したがって、パートナーシップは 本稿で扱う LP、LLP、LLC や会社などが「制定法の産物」と呼ばれるのとは対照的に 「コモンローの産物」と呼ばれる。コ

²⁰ 参照、大塚市助「英・米パートナーシップ法論序説」国学院法学 9 巻 1 号 1 頁（1971 年）、松岡宏明「米国パートナーシップの法的諸問題」金融法務事情 1162 号 56 頁（1987 年）、國生一彦『アメリカのパートナーシップの法律』（1991 年 商事法務研究会）、平野嘉秋『パートナーシップの法務と税務』（1994 年 税務研究会出版局）、須田徹『米国のパートナーシップ 事業形態と日米の課税問題』（1994 年 中央経済社）。

²¹ コーク卿が 1606 年に王座裁判所を占めるまでには、mercantile cases はコモンロー裁判所に知られるようになっていたという。英米法におけるパートナーシップ小史は、ALAN R. BROMBERG AND LARRY E. RIBSTEIN ON PARTNERSHIP (Aspen 1988), at Vol.1 §1.02 (loose leaf April, 1996) を参照。

モンローにおいては、パートナーシップはそれ自体法主体としては捉えられず、むしろ各パートナーがお互いにほかのパートナーの代理人 (agent) である、という coprincipal doctrine により理解・把握された²²。

アメリカでは、さまざまな州において判例法の制定法化が行われ、1914年には統一州法委員全国会議 (NCCUSL : National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)²³の努力が実って統一パートナーシップ法 (Uniform Partnership Act: 以下「UPA」と略記する) が採択された。アメリカ合衆国には50の州およびコロンビア特別区をあわせて51の法域 (jurisdiction) が存在するが、UPAは1986年までにはルイジアナを除く全ての合衆国の法域で採択された。

NCCUSLはUPAの大改正を企図し、1994年に実現する²⁴。この模範法の正式名称は Uniform Partnership Act (1994) であるが、この改正以後のバージョンは通常、改定統一パートナーシップ法 (RUPA) と呼ばれてそれ以前のバージョンとは区別されている。現在RUPAの最新版は96年版である。

各州による統一法の採択状況は各種資料により知ることができるが、UPAの採択州は41、RUPAの採択州は19である²⁵。UPAがほとんどそのままの形で各州で採択されたのに対して、RUPAに対する各州の対応はいくぶん冷淡である。採択に際して多く

²² その後の統一パートナーシップ法 (UPA) はこの法理を修正したのだが (2.3.2 (4))、UPA 制定後も判例はしばしばこの法理を問題解決のきっかけとして利用したようである。註12、30参照。

²³ 同団体は、統一商事法典 (UCC) の制定で知られる州法統一運動の推進主体である。同団体の運営やこれまでの統一法制定の活動およびこれに対する評価として、Larry E. Ribstein & Bruce H. Kobayashi, *An Economic Analysis of Uniform State Laws*, 25 J. Legal Stud. 131 (1996)とそこで引用された文献を参照。またNCCUSLによるUCCの改定のあり方についての討論の記録として、参照、Albert J. Rosenthal et al., *Uniform State Laws: A Discussion Focused on Revision of the Uniform Commercial Code*, 22 OKLA. CITY U. L. REV. 257 (1997)。

²⁴ この改定作業は、ABAによる詳細なUPAの改正提案を背景とするものであった。

²⁵ 具体的には、6 U.L.A. (Supp.); Lexis-Nexis Library Model; Westlaw database ULA によって、採択状況のみならず、各州が採択時に加えた変更点をも知ることができる。本文は、筆者が1999年5月2日にウェストローを利用して前註の資料にアクセスして調べたところによる。アメリカ合衆国の準州にあたる Virgin Islands もUPAを採択している (本文での41はこれを除く数値である)。

いずれも採択していないのは、もともとフランス系の法体系を持つルイジアナ州のみである。19州のうちすでにUPAに基づく州法を廃棄して全面的にRUPAに基づく州法に移行したのが10州で、残りの9州は現在両方を並列的に有し、近い将来に全面的にRUPAに移行することを決めている。たとえば、筆者がアクセスした最新版の Westlaw database ULA によると、カリフォルニア州では、96年版RUPAが97年1月1日より施行されているが、UPAの廃棄は99年1月1日と予定されている。

の変更点を加えたり、RUPAを無視してUPAに基づく自州法に独自の改定を加えるなど、80年代以降州パートナーシップ法における統一性はむしろ後退している²⁶。

RUPAの「前註」(Prefatory Note)はRUPAのいくつかの特徴を挙げている。UPAには存在しなかったパートナーの脱退(dissociation)という概念を新たに設け、脱退がパートナーシップの解散をもたらす場合ともたらさない場合とを分けて規整する、という枠組みを採用して、パートナーシップの持続性を高めた²⁷。この脱退に関する規定は詳細であり、それだけでRUPA全体の約3分の1を占める。またパートナーの受認者義務について詳細な定めを置いたこと、合併や組織変更の明示の定めを置いたことなどもRUPAの特徴である。このほかにも、RUPAはUPAの従前の規定を明確化し、あるいは修正する規定を多く有する²⁸。

もっとも、各州は統一法を採択するにあたってさまざまな修正を加えることが少なくないし、州ごとに判例法の間には差が生じることも避け難い。結果として実質法の統一は完全ではなく、抵触法(州際私法)の必要性はなくなったわけではない(註33)。

第一次大戦期以降のアメリカにおける個人企業(sole proprietorship)・パートナーシップ・会社の数の推移を見ると、租税規定の変化がパートナーシップと会社との間の選択に影響を与えていることが見て取れる²⁹。

²⁶ ROBERT W. HAMILTON, CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS, 5th ed. (West 1994), at 4.

²⁷ UPA 29条、31条はパートナーの変動(パートナーの退職、新たなパートナーの加入の承認、パートナーの死亡、等)はすべてパートナーシップの解散をもたらすとしており、ここに aggregate theory のもたらす最大の問題点があった。1人のパートナーがパートナーシップを去ることを決意しても、残りのパートナーでパートナーシップの事業を引き継ぐことは可能であったが、技術的にはこれは新しいパートナーシップの成立とされ、不必要に問題を生じさせていた。以上、RUPA Comment 1 to Section 801. もっとも、このような結論を取る上で脱退という概念を設ける必要はなかったとして、この概念を設けたことを批判する見解もある。GREGORY & HURST, *supra* note 11, at 489.

²⁸ パートナーの権限(パートナーの行為によってどのようにパートナーシップが拘束されるか)に関するUPAとRUPAの差異については、さしあたり参照、WILLIAM L. CARY AND MELVIN ARON EISENBERG, CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS, 7th ed.(unabridged) (Aspen 1995) at 60.

²⁹ BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, at §1.01(c) が納税申告から推計した各年度における個人企業・パートナーシップ・会社の数と純益の総額を詳細に示している。たとえば、1940年代初頭の会社数の減少とパートナーシップ数の増大は、部分的には会社のみがこの時期課された一種の戦争税によるものである。また1980年代初頭のパートナーシップの純益の額の低下は、租税上の損失を増幅させるタックス・シェルターとしてパートナーシップが用いられたためであり、1986年の税額控除の制限その他の租税改革がその年以降のパートナーシップの利益を見かけ上増加させたことも明らかである。Ibid.

2.3.2 いくつかの法律上の論点

UPA・RUPAのパートナーシップに関する法規整の細目の紹介は省略し、いくつかの基本的な法的論点についてのみここで取り上げることとする。

(1) 各種団体の原形としてのパートナーシップ

パートナーシップ(あるいはLPと区別する意味で、ジェネラル・パートナーシップ)とは、二人以上のパートナーが共同所有者として営利活動に従事するための³⁰associationである(UPA 6条、RUPA 101条6号)。「人(person)」とは自然人に限られず、パートナーシップや会社、信託、政府や政府の一部門なども含まれる(UPA 2条、RUPA 101条10号)。所有者はジェネラル・パートナー、あるいは単にパートナーと呼ばれ、各パートナーはパートナーシップの日常的な取引につきパートナーシップを代理する権限を有し、その行為はパートナーシップを拘束する³¹。各パートナーはパートナーシップの債権者に対してパートナーシップの負う債務につき責任を負う³²。また、異なる定めのない限り、パートナーシップはパートナーがその通常の業務の過程において行った支払や負担した債務について当該パートナーに対して補填の義務を負い(UPA 18条b項、RUPA 401条b項)、パートナーシップが損失をこうむったときには各パートナーは追加出資によってそれを補填しなければならない(UPA 18条a項、RUPA 401条a項2号)。パートナーは他のパートナーやパートナーシップに対して受託者義務(fiduciary duty)を負うが、この義務はRUPAの下では忠実義務と注意義務に限定されている(404条)。

LPや会社とは異なり、ジェネラル・パートナーシップを創設するには要式書類を行政機関に提出する、という行為を要しない³³。RUPAは小規模なパートナーシップの便

³⁰ 非営利活動に従事するための団体を形成してもパートナーシップにはあたらない。RUPA Comment 2 to Section 202. しかし、(unincorporated) nonprofit association についてパートナーシップの規定や法理が適用されることはある。あるいは、両者に共通するかつてのコモンローの法理(たとえば coprincipal doctrine)が適用される、ということもできる。註 12、22 参照。GREGORY & HURST, *supra* note 11, at 695.

³¹ UPA 9条、RUPA 301条。もっとも、内部的に権限のないパートナーのした行為がパートナーシップを拘束するか否かについての細則はUPAとRUPAで異なる。参照、CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 60; RUPA Comment to Section 301.

³² 註 52 とその本文を参照。RUPA 307条は、パートナーシップの債務についてパートナーの個人責任を追及するためには、まずパートナーを被告とした勝訴判決文が必要であり、また、その執行には、パートナーシップ財産に対して強制執行をかけ、それが奏効しなかったことが必要となる、として、伝統的なルールを変更している。参照、RUPA Comment 1 to Section 306; Comment 3 to Section 307.

³³ 団体の内部関係を規律する法は、LPや会社においてはその組織された地(設立地)の法であり、つま

宜を考えて、要式行為を要求しない枠組みを維持したが³⁴、同時に、代理権などについて任意に書面を登録することを認めている（303条）。

当事者がパートナーシップを形成する意図を持たなくてもパートナーシップが成立することがありうる（RUPA 202条a項）³⁵。当事者がパートナーシップ以外の business organization を念頭に置いているのに登録等の不備のため法律上LPや会社などが成立していないような場合には、無意識のパートナーシップ（inadvertent partnership）が成立しRUPAが適用される。このこともまた、RUPAがジェネラル・パートナーシップの成立に要式を要求しなかったこととされている³⁶。

（2）パートナーシップとジョイント・ベンチャー

パートナーシップの形成が要式行為でないために、ある契約がパートナーシップ契約にあたるのか、他の契約にあたるのかという問題が生じる³⁷。

り設立の書面の提出先の州の法である（internal affairs rule. もっとも、註150参照）。改定統一リミテッド・パートナーシップ法（RULPA）901条、RMBCA 15.05条c項。しかしジェネラル・パートナーシップにおいては設立書面の提出が存在しないため、この抵触法のルールは妥当しない。この問題につきUPAは規定を置かないが、RUPA 106条は、主たる営業所の所在地の州法を準拠法と定めている。

³⁴ RUPA Comment 1 to Section 105.

³⁵ そこから生じうる具体的な解釈問題については、*See* BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, at §2.13 and §6.01(c).

³⁶ RUPA Comment 1 to Section 105. この意味でパートナーシップは business organization の原形（the default form）と呼ばれる。また、Comment 2 to Section 202 は、ジェネラル・パートナーシップを他の要式を充たさない場合に存在する、profit business association の受け皿（residual form）としている。このような受け皿としてのジェネラル・パートナーシップの位置づけについて CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 39 は批判的であり、パートナーシップの成立する範囲を限定的に解している（次註参照）。

AとBとの関係が無意識のパートナーシップにあたるか否かは、たとえば、Aと取引した相手方はBに対しても請求をなし得るか否か、といった問題に関わってくる。RUPA 202条c項3号によれば、事業の利益の分配を受けるものはパートナーであると推定されるので、AとBが事業の利益を分配しているとき、Bの反証なき限り先の例では取引相手はBに請求可能ということになる。*See* HAMILTON, *supra* note 26, at 118.

³⁷ 他の法形態に明らかに属するものは、当然のことながらRUPAの適用されるパートナーシップではない（202条b項）。RUPAの適用されるパートナーシップにあたるか否かの具体的基準は、202条c項に示されている。CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 39 は、パートナーシップの4要件として利益の参加、損失の分担、経営への参加、事業利益の共同、を挙げて、やや狭く論じている。

判例上、「ジョイント・ベンチャー」というパートナーシップに類似する概念があり、果たしてこれがパートナーシップとは区別されるものであるのかそれともパートナーシップの一種であるのか争いがある。パートナーシップに比べてより一時的で、より狭い目的のために利用されるものを言うと言われるが、パートナーシップとの区別は曖昧である。多くの法域では法人がパートナーシップのパートナーとなることが禁止されてきたために、複数の企業が共同企業体を形成したときに裁判所はこれを無効とするのではなく、ジョイント・ベンチャーという概念で救済してきた、ということもあった。さらに、ジョイント・ベンチャーにもUPAやRUPAが適用される、という判決例もある。沿革はともかく、パートナーシップとは異なったルールが適用されるジョイント・ベンチャーというカテゴリーの必要性については、次第に懐疑的な見解が勢いを増してきている³⁸。

《団体がパートナーシップではなくジョイント・ベンチャーである場合には、役務を出資するパートナーは発生した損失を補填する義務を負わない》と述べる判決例がある。パートナーシップにおいては、異なる定めがなければ、パートナーは、パートナーシップが負う債務（UPA 18条a項）を弁済するのに必要な額を出資する義務を負い（同40条d項）、各パートナーはパートナーシップの負った損失（資本の欠損を含む）を各人の利益への参加割合に応じて出資する義務を負う（18条a項）。同じルールはRUPA 401条hにおいても引き継がれているが、同条への第3コメントにおいてRUPA自身が認めるように、労務出資を約束した者に、この損失を補填するための出資義務を負わせることが結論として酷である場合がある³⁹。そこで、ある学説は、いくつかの判決例はこの不当な結論を回避するために、ジョイント・ベンチャーという概念を用いている、というのである⁴⁰。

（3）パートナーシップ契約・任意法規性

パートナーシップに関するパートナー間の合意はパートナーシップ契約（partnership agreement）と呼ばれる。パートナーシップ契約は書面でも口頭でも、あるいは黙示のもでもよい（RUPA 101条7号）。当事者の行動からパートナーシップ契約が推認されることもある⁴¹。一部の例外を除いて、パートナー間の関係やパートナーとパートナー

³⁸ 以上、HAROLD G. REUSCHLEIN & WILLIAM A. GREGORY, *THE LAW OF AGENCY & PARTNERSHIP*, 450-454 (2d. ed. 1990).

³⁹ 同コメントは、そのような結論となることを認識して、契約締結時に特約を結ぶべきである、という立場に立っている。CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 53 は、このルールはデフォルト・ルールとして問題があると述べている。

⁴⁰ 以上、CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 51, 53, 54.

⁴¹ RUPA Comment to Section 101.

シップの間の関係はパートナーシップ契約により規律される(103条a項)。あるいは、このような内部関係を規律するものをパートナーシップ契約と呼んでいる、ということもできる。例外として、103条b項はパートナーシップ契約による契約自由の限界を画している⁴²。パートナーの権利と義務を定める401条は103条b項のリストには含まれておらず、つまり反対のパートナーシップ契約がない限りに置いてのみ適用される任意規定(default rule)にすぎない。

401条によると、利益や損失への参加は各パートナー間で平等であり(b項)、パートナーシップへの経営に参加する平等の権利を有する(f項)。パートナーシップの通常の業務に関する決定は(頭数)多数決で行われ、重大な事項やパートナーシップ契約の変更はパートナー全員の同意を要する(j項)。

パートナーシップという法形態は必ずしも小規模で閉鎖的な事業にのみ用いられるわけではなく、大都市における大規模な法律事務所なども比較的最近まではもっぱらパートナーシップ形態を利用してきた。しかし、UPAやRUPAは、各パートナーの個性がパートナーシップにとって重要である小規模なパートナーシップを念頭において起草されているという⁴³。小規模なパートナーシップに参加する当事者はデフォルト・ルールを自分たち用に修正(カスタマイズ)する労を厭うことが多いためである⁴⁴。

(4) 法人格の有無

法人格の有無は、英米法においても多くの場合には自明であるが、パートナーシップに関しては単純な解答は存在しない。パートナーシップの法的位置づけとして、UPA制定前の支配的見解は、パートナーシップにパートナーから独立した法人格を認めず単なるパートナーの集合体である(集合理論 aggregate theory)としていたが、商事法(mercantile law)は独立した法人格を認めていた(法人理論 entity theory)。

この対立はUPAの起草過程において表面化した。当初起草をリードした James Barr Ames はパートナーシップに法人格を与える方向での議論を進めていたが、その死去に伴い代わってリーダーとなった William Draper Lewis は aggregate 理論に基づいた方向を採択する⁴⁵。妥協として、前述のとおりパートナーシップの定義には association という

⁴² たとえば、帳簿・記録の閲覧権(403条b項)、忠実義務や注意義務、パートナーの脱退や除名、パートナーシップの解散についてのRUPAの規定の変更が制限されている。

⁴³ この旨は、RUPAの Prefatory Note に明記されている。

⁴⁴ BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, at §1.02(b).

⁴⁵ 以上の叙述は、RUPAの Prefatory Note のほか以下の文献による。CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 41-42, BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, at § 1.03(b). また、UPAの起草経過については、UPAの Prefatory Note を参照。

中立的な用語を用い⁴⁶、個別的な問題は理論に引きずられることなく個々の条文により規整する方法が取られた⁴⁷。しかし、コモンロー時代の coprincipal doctrine (2.3.1 参照) とは異なって、ここではパートナーシップ財産の概念が生じており、そのほかにも、UPA は多くの具体的問題についてパートナーシップをあたかも法人であるかのように扱う規定を有している。

RUPA も UPA 同様、法人理論ないし集合理論から演繹的に具体的法規整を導くことを避け、UPA 以上に詳細な規定を置くことにより問題を個別的に解決しようとしているが、パートナーシップの法人的取扱いをより一層進めたものとなっている。まず、RUPA 201 条は明確にパートナーシップに法人格を与えている⁴⁸。パートナーシップ財産の取扱い (203 条、204 条、302 条) においても、またパートナーシップに訴訟上の当事者適格を認める (307 条 a・b 項)⁴⁹ 点においても、法人理論になじむ内容である。他方、集合理論になじむ法規定も残っている⁵⁰。個別の問題の解決はそれぞれの問題ごとに立法政策の問題として解決が図られているのは、正当であるといえよう。ある教科書は、実際にパートナーシップが法人格を有するか否かが問題となるのはむしろ UPA・RUPA 以外の法律規定に関してであり、この場合は UPA・RUPA ではなく当該法律の解釈が問題である、と述べている⁵¹。

具体的には、パートナーシップの使用している財産の帰属について、UPA は 8 条で「パ

⁴⁶ 通常 association という用語はむしろ法人格のない団体を指す場合に用いられるため、元来中立たることを意図したこの規定はかえって混乱の元ともなった。個々の法律効果ごとの具体的な定めについては、BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, at §1.03 を参照。

⁴⁷ 「法人格」を表す用語として legal person, entity の 2 種類が併存していることから、ドイツでの議論と比べてアメリカの法人格をめぐる議論が曖昧な性格を持っていたことが伺われる。註 86 参照。

⁴⁸ 同条へのコメントは、パートナーの変更により新しいパートナーシップが誕生するので、かつてのパートナーシップに対して発行された権原保険につき新しいパートナーシップは権利を持たない、とする判決 (Fairway Development Co. v. Title Insurance Co., 621 F. Supp. 120 [N.D. Ohio 1985] パートナーの死去のケース) の結論は RUPA の下では生じない、と述べている。

⁴⁹ UPA はパートナーシップの原告・被告適格については沈黙していた。コモンローにおいてはこれは消極に解され、パートナーシップの債務を訴訟上請求するにはすべてのパートナーを被告として訴えなければならないものとされていたため、多くの州でパートナーシップ自体に当事者適格を認める common name statute が制定されていた。RUPA Comment 1 to Section 306; GREGORY & HURST, *supra* note 11, at 405. また、註 52 の本文を参照。

⁵⁰ たとえば、パートナーは忠実義務・善管注意義務・誠実かつ公正な取扱いの義務を負うが、これはパートナーシップに対するものであるとともに、他のパートナーに対するものでもある。404 条 b ~ d 項。

⁵¹ CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 42. 6.3 (3) を参照。

ートナーシップ財産」の概念を認め、有体財産をパートナーシップの名前で所有することを明示に許容しているが、個々のパートナーシップ財産をパートナーの共有に属するものと法律構成し(25条1項)、その上で、25条2項の各号によりパートナーが有するはずの個人としての所有権の各要素を網羅的に剥奪している。これに対して、RUPAは203条において「パートナーシップによって取得された財産はパートナーシップの財産であり、パートナー個々人の財産ではない」と定め、個々の財産をめぐる法律問題に関して、推定規定をも含めて204条に規定を定めている。さらに501条はUPA25条1項の「共有」という法律構成を否定する趣旨の注意規定を置いている。

パートナーシップの債務については、UPAは一方ではパートナーの行為によってパートナーシップが責任を負うと定めつつ(9条・13条・14条)、パートナーシップ自体を被告として訴訟を提起することを認めていない。そのため、パートナーシップの債務のうち違法行為や信認違反から生じるものを除くものについては、債権者は管轄の及ぶパートナー全員を被告として訴えることが必要である、という難点があった⁵²。RUPAはパートナーシップの原告適格・被告適格を明文で認め(307条a項)、またパートナーシップの債務すべてにつきパートナーの連帯的責任(liable jointly and severally)を規定した(306条)。しかし、他方でパートナーシップに対する勝訴判決の執行が奏効しなかったことが明らかになるまではパートナー個人に対して判決の執行を行うことはできない旨を定めている(307条)。

2.4 コーポレーション(会社)

2.4.1 総説

日本での株式会社に相当する corporation の法規整もアメリカでは州法による。アメリカ法の体系に忠実に訳せば、corporation を「法人」、company を「会社」と訳すことが理に適う。というのも、非営利法人は通常 nonprofit corporation ないし not-for-profit corporation と呼ばれ、また後で解説する LLC (limited liability company) は unincorporated organization であると説明されることとの整合性を保つには、corporation を「会社」と訳すことは不都合だからである。とはいえ、通常コーポレーシ

⁵² UPA15条a項は違法行為(作為・不作為の両方)や信認違反から生じる責任についてはパートナーは連帯的責任を負う(jointly and severally liable)とし、b項はパートナーシップのその他すべての債務についてはパートナーは共同責任を負う(jointly liable)と定めている。前者の場合には原告・債権者はパートナー全員を被告とすることも一部のパートナーのみを被告とすることも可能であるのに対して、後者の場合には本文で述べた問題(一人でも遺漏があると被告は訴えの却下を申し立てることができる)が生じる。RUPAの制定時まで、およそ10の州が連帯的責任を定め、この問題につき対処していたという(RUPA Comment 1 to Section 306)。註49参照。

ヨンは日本の（株式）会社に相当する存在であり、厳密な訳がかえって混乱に拍車をかける可能性もある。本稿では「会社」と訳す。会社の法規整の詳細は本稿の範囲外であるが⁵³、LLCの紹介の中で言及される改定模範事業会社法典について述べておく。

NCCUSLは1928年に統一事業会社法を制定したが、パートナーシップにおけるのと異なり、わずか4つの州によってしかこの統一法は採択されなかった。会社法の分野では、州法の可能な限りの統一を目指すというよりもむしろモデル法に自らをとどめるアメリカ法曹協会（ABA = American Bar Association）の模範事業会社法典（Model Business Corporation Act）が多くの州によって採用されるようになる。

模範事業会社法典が制定されたのは1950年のことであった。同法はその後1953年、60年、69年に小さな改正を受けているが、大規模な改正が1984年に行われており、同時に改定模範事業会社法典（RMBCA = Revised Model Business Corporation Act）と名付けられたが、1987年にはModel Business Corporation Act(1987)と改称された。実際には現在でもRMBCAと呼ばれることも多く、本稿もこの用例に従う。

現在、51の法域のうち24州がRMBCAの全体、あるいはその大部分を州の会社法として採択し、加えて7の法域が1969年に基づく会社法を有している。その他にも同法を部分的に取り入れた州が多く存在する⁵⁴。もっとも、カリフォルニア・デラウェア・イリノイ・ニューヨーク・テキサスなどの重要な諸州は、模範法によらず自前の会社法を有している。アメリカでは、会社の設立は営業地と無関係に任意の州で行うことができ、設立州の会社法が原則として適用されるために、ニューヨーク証券取引所に上場する有名大企業の約半数が、面積・人口ともに小さく、商業的にも全く重要でないデラウェア州を設立準拠法地として選択している⁵⁵。各州が設立特許料収入を得るために、大会社が自州

⁵³ アメリカにおける会社の歴史と州会社法の発展については、以下の文献とそこに挙げられた文献を参照。JAMES WILLARD HURST, THE LEGITIMACY OF THE BUSINESS CORPORATION IN THE LAW OF THE UNITED STATES: 1780-1970 (University Press of Virginia 1970); COX, HAZEN & O'NEAL, *supra* note 11, at 29-37; JESSE H. CHOPER, JOHN C. COFFEE, JR. & RONALD J. GILSON, CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS, 4th ed. (Aspen 1995), at 11-26; JOEL SELIGMAN, CORPORATIONS: CASES AND MATERIALS (Aspen 1995), at 3-19. また、アメリカ法における法人理論の発展については、木南敦・前掲註7、モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄 訳）『現代アメリカ法の歴史』（1996年 弘文堂）80頁以下を参照。

⁵⁴ Introduction, in MODEL BUSINESS CORPORATION ACT: OFFICIAL TEXT WITH OFFICIAL COMMENT AND STATUTORY CROSS-REFERENCES REVISED THROUGH 1998, adopted by the Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law with support of the American Bar Foundation, p. xix, (1998 American Bar Association).

⁵⁵ 「ニューヨーク証券取引所上場企業の40%以上がデラウェア州を設立州とする。フォーチュン500企業の過半数はデラウェア会社である。過去25年間に設立州を変更した会社の80%以上が、デラウェ

で設立を行うことを望みお互いに競争する（州際競争）ことについては、5.1で紹介し分析する。

少なくない州法が小規模会社のための特例を置いており、そこでは事務手続の簡素化や広範な定款自治（会社の内部関係につき定款に規定を置くことにより法律のルールを変更すること）を認めている。ABAは1966年に閉鎖会社に関する模範事業会社法の特例として Model Statutory Close Corporation Supplement を制定している⁵⁶。翌67年にはデラウェア州も同趣旨の会社法改正を行っている⁵⁷。これらの小規模会社のための特例は、公開会社を念頭において制定された会社法規定を画一的に閉鎖会社に適用することから生じる不都合を避けるために、州裁判所が州会社法の強行的な規定を無視して、定款自治の効力を認め、そのような諸判決を後から制定法が取り込んでいくプロセスによって生まれたところが大きいといわれる⁵⁸。

2.4.2 租税

連邦税法上、“business entity” はパートナーシップと法人（corporation）とに分類される。パートナーシップはそれ自体課税されず、パートナーシップの損益は持分に応じて各パートナーに帰属しパートナーの収入・支出・利益・損失となる。また、法人税とパートナー個人の所得税とでは税率が異なる。1980年代の連邦税制の諸改革によって、多くの場合にはパートナーシップ課税のほうが有利となった。

州法上の incorporated entity は当然に corporation であり、パートナーシップとしての扱いを受けられないため、小企業向けになんらかの会社法の特例を採択したのはアリゾナ、カリフォルニア、デラウェア、ニューヨーク、テキサスの5州にとどまっている⁵⁹。

ただし、一定の要件を充たした小規模の会社はSコーポレーションとしてパートナーシップ課税の恩典を受けられる（2.5.4参照）。最近の税制の改革（3.1.4参照）によりSコーポレーションの有利さのほとんどがLLCにも認められるようになり、他方で、Sコーポレーションと認められるための制約が残されたため、相対的にはSコーポレーションの使い勝手は悪いものとなってきている。Sコーポレーションの制約として、株主数の上限（75人）、適格株主の制限などのほか、株式の種類を一種類としなければならないという制約などもあるため、LLCとは異なって、議決権や損益の分配方法を自由に定め

ア州に設立替えを行っている。」 R. FRANKLIN BALOTTI & JESSE A. FINKELSTEIN, THE DELAWARE LAW OF CORPORATIONS AND BUSINESS ORGANIZATIONS, 2d ed. at F-1 (Aspen 1990).

⁵⁶ 同サプLEMENTの規定と矛盾のない限り模範事業会社法が適用される（2条）。

⁵⁷ デラウェア一般会社法の14章（341条から356条）が閉鎖会社に関する特別規定となっている

⁵⁸ Ian Ayres, *Judging Close Corporations in the Age of Statutes*, 70 WASH. U. L. Q. 365 (1992).

⁵⁹ RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §1.06 (1996 loose leaf).

ることはいできない⁶⁰。

2.5 リミテッド・パートナーシップ (LP) および小括

2.5.1 法源・沿革

資本と経営能力を異なった人間が有する場合に、それらを組み合わせることのニーズは中世においてヨーロッパ大陸にコンメンダを生み出した。コンメンダを制定法化したフランスの法がアメリカの諸州を刺激し、1822年にニューヨーク州とコネチカット州でリミテッド・パートナーシップ (LP) に関する法が制定され、東部諸州がこれに続いた。当時イギリスにはまだLPに関する制定法はなく (最初の制定法は1907年)、アメリカでは伝統的にLPは制定法の産物であり、LPはコモンローには知られていない、といわれてきたのはこのためである。初期の州LP法は債権者保護が厳格で、リミテッド・パートナーの出資義務は全額一括で、かつ現金でなされなければならなかった。また、有限責任はコモンローの潜脱 (derogation) であると考えられたこともあり、初期の裁判例は有限責任を狭く解釈する傾向が強かった⁶¹。

1914年にUPAを制定したのと同じメンバーは、1916年にはLPに関する模範法として Uniform Limited Partnership Act (ULPA) を採択した (起草者も同じ William Draper Lewis)。ULPAはそれまでの州法があまりに厳格に要式を要求していることを緩和し (たとえばリミテッド・パートナーの出資は現物出資でもよいとした)、またリミテッド・パートナー (ULPAでは “member” と呼ばれ、“partner” の概念に含まれないものとされた) が重い責任を負担させられる場合を制限した。

同法は1976年に比較的規模の大きな改正を受け、Revised Uniform Limited Partnership Act (RULPA) と名付けられた。その後基本的な構造を維持しつつ83年、85年に改正を受けて、85年改正時に Uniform Limited Partnership Act of 1976 with 1985 Amendments と改称された⁶²。この最新版はULPAと呼ばれることもRULPA

⁶⁰ I. R. C. §1361(b)(1)。SコーポレーションとLLCとの比較については、3.2 および参照、Allan G. Donn, *Practical Guide to Limited Liability Companies* (1997-3 supplement), at §3, in MICHAEL A. BAMBERGER, ARTHUR J. JACOBSON (ed), *STATE LIMITED LIABILITY COMPANY & PARTNERSHIP LAWS* (Aspen 1995).

⁶¹ 以上の沿革は、BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, Vol. 3, §11.02 による。

⁶² 1985年改正の諸点は、76年改正の過程で検討されながらも租税上の扱いとの兼ね合いで実現に踏み切ることのできなかったものである。最大の改正は第2章に関してである。1916年ULPAにおいてはLPの基本文書は定款 (certificate of limited partnership) であったものを、76年RULPAはパートナーシップ契約をLPの基本文書とし、定款はLP創設時の登録に必要なではあるが、必要的記載事項を削減した。85年改正においては必要的記載事項はさらに削減された。これは、定款にことごとく記載

と呼ばれることもあり、本稿では後者に従う。1981年の独立系石油会社の試み以来、LPの税法上の特典を生かしながら数十数百のリミテッド・パートナーから出資を募る大規模なビジネスにもLPは利用されるようになっており、そのようなLPのリミテッド・パートナーの持分が市場で取引されることも多く見られるようになった（master limited partnership）⁶³。1916年法は（1976年法すらも）明らかにこのようなケースにはふさわしいものではない。76年法はリミテッド・パートナーが無限責任を問われる場合を一層制限しており（RULPA 303条）、中央集権的な登録（201条）、商号の規制（102条、103条）、派生訴訟（derivative action）（1001条以下）などの諸点においても、会社の法規制への接近が見られる。85年RULPAはさらにリミテッド・パートナーの責任を小さくした（註66）。

制定当初はRULPAの下でのLPがパートナーシップ課税を受けられるのかが明らかでなかったため、各州の採択は遅れたが、1983年に財務省がパートナーシップ課税を広く認める決定を下したため⁶⁴、以後急速にRULPAは普及した。現在までには、ほとんどの州ではULPAからRULPAへの移行が完了している。RULPAを採択した法域は49で、そのうち若干の州はULPAに基づいた州法を現在も破棄していない⁶⁵。ULPAのみに基づいた州法を持つのがヴァーモント州とヴァージン・アイランドにすぎず、ルイジアナ州はいずれも採択していない。カリフォルニアやデラウェアなどの諸州は76年RULPAを採択しつつ、重大な変更を加えている。

パートナーからの独立性という点では、LPはジェネラル・パートナーシップよりも強く、またULPAよりもRULPAのほうが強い独立性を認めている。

2.5.2 定義・現況

LPとは、2人以上から形成されるパートナーシップであり、1人以上のジェネラル・パートナーと1人以上のリミテッド・パートナーを有するものをいう（RULPA 101条7号）。「人（person）」とは自然人に限られず、パートナーシップもLPも会社も信託その他も含まれる（101条11号）。ジェネラル・パートナーかりミテッド・パートナーかはパートナーシップ契約（partnership agreement）により定まる（101条

させることの実益は小さく、それでいながら事務費用を要することを理由とする。以上、RULPAのPrefatory Noteによる。

⁶³ master limited partnership については、参照、Donna D. Adler, *Master Limited Partnerships*, 40 U. FLA. L. REV. 755 (1988).

⁶⁴ Fed. Reg. 1983, 26 CFR Part 301 [T. D. 7889]. RULPAを採択した州法に基づき形成されたLPをULPA採択州法に基づくLPと租税上の分類において同様に扱う旨を詳細に規定したものである。

⁶⁵ 筆者がウェストローで調べたところによる。註25参照。

6・7号)。おおまかにいうと、経営に関与しLPの債務につき無限責任を負うのが前者であり、経営に関与せず⁶⁶LPに対する出資額を限度としてのみ責任を負う⁶⁷のが后者である。RULPA 1105条により、RULPAに定めのないことについてはUPAないしRUPAが適用される⁶⁸。

LPと区別されるものとしてLLP(4で後述)があり、またLPの一種としてLLL Pがある。ジェネラル・パートナーシップであるが、パートナーが有限責任しか負わない旨を登録したものがLimited Liability Partnership(LLP)であり(RUPA 1001条以下)、LPであるが、ジェネラル・パートナーもまた有限責任しか負わない旨を登録したものがLimited Liability Limited Partnership(LLL P)である。後者については、まだRULPAには規定は設けられていないが、LP法に規定を置く州が増えつつある⁶⁹。

1992年には約148万5千のパートナーシップが連邦税の申告を行っており、そのうち約27万1千がLPである。ジェネラル・パートナーシップが平均して4人のパートナーを有するのに対して、LPは平均して42人のパートナーを有するという⁷⁰。

⁶⁶ 例外として、経営の支配に与った(participate in the control of the business)リミテッド・パートナーはLPの債務につきジェネラル・パートナーと同様の責任を負うことになる。ULPA 7条。RULPAはこの例外の範囲を狭めている。まず、それは相手方(債権者)が当該リミテッド・パートナーの行為に基づき、当該リミテッド・パートナーがジェネラル・パートナーであると誤信し、その誤信が合理的であった場合に限られる(303条a項)。また、RULPAは、経営の支配に与ったとは認められない場合を具体的に定めた(セーフ・ハーバー)(303条b項)。これらはいずれも85年改正でさらに範囲の限定が推し進められた。

⁶⁷ 前註で述べたところを除き、リミテッド・パートナーはLPに対して出資義務を負い、これが唯一の義務である。LPの債権者に対して直接責任を負わない。出資義務は書面で定められリミテッド・パートナーの署名がなければ履行強制を行い得ない。RULPA 502条a項。

⁶⁸ かつては、UPA 6条2項がこの旨を定めていたが、準用規定はLP法に置くほうが体系が整うので、1976年RULPAに同趣旨の規定が設けられ、1994年RUPAからはこの趣旨の規定は削除された。RUPAへのPrefatory Noteを参照。なお、RUPA 202条b項はRUPA以外の法律に基づいて設立されたassociationはRUPAの適用上は「パートナーシップ」ではない、としている。同条へのコメント第2を参照。

⁶⁹ RUPAがLLPに関する定めを置いたときに、その101条へのコメントの中に将来RULPAがLLL Pについて定める場合の条項案を置いた。

⁷⁰ CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 113. 1995年の租税統計によると、ジェネラル・パートナーシップが約116万7千、LPが約11万9千、連邦税の申告を行っている。Robert R. Keatinge, *Limited Liability Companies and Limited Liability Partnerships: a Précis*, in WILLIAM L. CARY AND MELVIN

前述のとおり、アメリカではプロの投資家から資金を募って証券や不動産などに投資するファンドを作る場合にLPが選択されることが多い。このとき、ファンドを募集し運用する主体がジェネラル・パートナーに、投資家がリミテッド・パートナーとなり、ジェネラル・パートナーにはファンドの運用実績に応じた報酬が事前に取り決められるのが実務の運用である⁷¹。

2.5.3 ここまでの小括

LPは(一部の)メンバーの有限責任と、設立における要式性⁷²の2点において、ジェネラル・パートナーシップの法人化への第一歩を踏み出している。この2点においてLPはLLP(これは、本来はジェネラル・パートナーシップの特殊形態である)やLLC、会社と共通し、ジェネラル・パートナーシップとLPとの間に大きな区別を認めることができる。あるいは、派生訴訟(derivative action)について、LPにおいてはリミテッド・パートナーに、LLCにおいてはメンバーに、会社においては株主にこれを提起する権利が認められているが、派生訴訟という制度はRUPAには定められていない。これは、ジェネラル・パートナーシップやその一類型であるLLPについてはパートナー全員がなんらかの程度において経営に関与する意志と能力が予定されているからであろう。ここに区別の線を引く観点もあるだろう。

法律上の組織形態と組織の実際とはきれいには対応しない。広く公衆から資金を集める投資ファンド(LPとして設立されることが多い)や全米の複数の都市に事務所を有し数百人の弁護士・会計士を擁する法律事務所・会計事務所(いずれもLLPとすることが多い)は、一面において公開会社に近い性格を有する。

2.5.4 課税

パートナーシップ課税は内国歳入法典(I R C = Internal Revenue Code)の

ARON EISENBERG, 1998 SUPPLEMENT TO CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS (Foundation Press 1998), at 11, footnote 2.

⁷¹ 日本法では合資会社や匿名組合がこれに類似するが、合資会社を使えば法人段階での課税が避けられないことが投資事業組合法がわざわざ制定された理由の一つであろう。アメリカでは、LPの内部関係を定めた規定が原則として任意規定であり、投資家(リミテッド・パートナー)と運用者(ジェネラル・パートナー)との権利関係を詳細に定めることが行われているが、日本での投資事業組合法の制定にあたってはアメリカで一般的な当事者間の定めを参考にしてそれに近いものが法律に盛り込まれたようである。これらは強行規定であると解される。

⁷² 多くの州では、様式に従った書類(RULPA 201条a項によると、同項所定の事項を記載した定款)を州務長官(Secretary of State)の事務所に登録することになる。

Subchapter K (701条から761条)の定めによる^{72A}。IRC 7701条と7704条が、ある団体が連邦税法上パートナーシップと法人のいずれに分類されるかについての定めを置く。7701条a項2号は課税上パートナーシップに分類されるものを列挙しているが、この規定だけではLPやLLC、LLPがいずれにあたるのかは明らかではない。7701条a項3号は法人にはassociation, joint-stock company, insurance companyが含まれると述べているが、associationの定義が置かれていないため、州パートナーシップ法上のパートナーシップがここでいうassociationに該当し、それゆえ税法上は法人としての課税を受けるという可能性がある。また、仮にある団体がassociationではないとしても、IRC 7704条a項により「公に取引されるパートナーシップ」(publicly traded partnership)であれば、法人としての課税に服することになる。

ジェネラル・パートナーシップと会社については、例外はあるが、課税は比較的明確である。その中間の団体については、パートナーシップ課税と法人課税のいずれが取られるかは法形式によっては一義的に定まらない。1997年1月1日からチェック・ザ・ボックス規制と呼ばれる方式が施行され、そこでは、持分が公に取り引きされている場合を除いて、LPやLLCなどはパートナーシップ課税と法人課税のいずれをも任意に選択できるようになった。この方式が採用される以前は、1935年の連邦最高裁判決⁷³があるパートナーシップがassociationであるか否かはそのパートナーシップがどの程度法人に類似するかによって定まる、としたのを受けたいわゆるKintner Regulations⁷⁴がパートナーシップ課税と法人課税との区分を定めていた。そこでは、法人らしさを示唆する4つのメルクマールのうち3つ以上のメルクマールを充たすものについては法人課税が課された。このルールは、団体当事者が法人課税を避けるために、当事者間の民事上の権利義務関係については本来好ましくない定めを選択する、という弊害を生み出したため、前述のように通達の改正が行われたのである(3.1(2)、3.14参照)。

3 リミテッド・ライアビリティー・カンパニー(LLC)

3.1 沿革

(1) 1977年にワイオミング州が全米諸州の中で最初のLLC法を制定し、1982年にはフロリダ州がこれに続いた。当初、内国歳入庁(IRS)はワイオミング州のLLCを租税上は法人と扱っていたが、次第にLLCであってもパートナーシップ課税を受

^{72A} アメリカにおけるパートナーシップ課税については、参照、高橋祐介「共同事業から生ずる所得の課税に関する一考察(1)(2) アメリカ・パートナーシップ課税を素材として」法学論叢(京都大学法学会)141巻6号25頁、143巻4号26頁(1997年、98年)。

⁷³ Morrissey v. Comm'n, 29 U.S. 344 (1935).

⁷⁴ Treas. Reg. §301.7701-2(a).

けられる場合を認めるように態度を変化させた。租税上の扱いやメンバーの有限責任の扱いにつき不明確さを免れなかったため、1989年までこれらの州に続いてLLC立法を設ける州は現れなかったが、1988年にIRSがいくつかの要件を充たしたLLCはパートナーシップ課税を受けるとし、ワイオミング州法に基づき組織されたLLCを連邦税法上パートナーシップとして分類する旨の通達⁷⁵を出したため、90年代に入って各州でLLC法の制定が相次いだ。1990年代初頭にはむしろ稀なものと考えられていたLLCであったが、本稿執筆時までには全ての州・法域においてLLC法が制定されるにいたり、LLCは小規模事業のための組織形態として完全に定着した。95年の租税統計によると、約11万9千のLLCが連邦税の申告を行っているという⁷⁶。各州はRULPAやRMBCAの規定・概念を適宜応用することで州LLC法を制定してきた。

大会社の場合と異なり、スモール・ビジネスは一般に主として事業を行う州において組織を設立する傾向がある。各州におけるLLC法の制定はある意味ではスモール・ビジネスを自州へ呼び寄せようとする州の間の競争でもあった(5.2)。

(2) 州LLC法は 防弾法 (bulletproof act) と flexible act に分類される。

前者は1997年のチェック・ザ・ボックス規制導入前の租税上の取扱いを前提に、確実にパートナーシップに分類されるようなLLCの規定を置く州LLC法であり、当事者が望む民事上の権利義務関係を設定するには不自由である。これに対して、後者はデフォルト・ルールを中心とする法規整に自らをとどめ、当事者が業務契約に規定を置くことで自由な内部関係の設定が可能である州LLC法であるが、そのような州法に基づいて創設されたLLCが受ける租税上の扱いには不透明性を免れなかった。IRSは、1992年に に関する通達を出すとともに、 に関する private letter ruling を行った。紆余曲折の末、チェック・ザ・ボックス規制が1997年に導入され(3.14)、それに従い、かつて防弾法を採用していた州も flexible act に移行しつつある⁷⁷。

(3) LLCに関する統一法は、1994年に採択された統一LLC法(ULLCA)である。経営者によって経営されるLLC(manager-managed LLC)についての租税通達の発展を受けて、95年に同法は改正され、改正前はパートナーシップ課税を受けやすくするためにメンバーの脱退はLLCの解散事由とされていたが、改正により、脱退はLLCの解散をもたらさないものとされた⁷⁸。ULLCAは flexible act の典型である。しかし、ULLCAはこれまでのところ州法統一の推進力とはなっておらず、同法の採択州

⁷⁵ Rev. Rul. 88-76, 1988-1 CB 360.

⁷⁶ Keatinge, *supra* note 70, at 10, footnote 2. 註70とその本文参照。

⁷⁷ 3.10参照。Donn, *supra* note 60, at §2.

⁷⁸ Carter G. Bishop, *The Uniform Limited Liability Company Act: Summary & Analysis of Key Provisions*, 51 BUS. LAW. 51 (1995).

はわずかにハワイ、サウス・カロライナ、ヴァージニアの4州にとどまっている⁷⁹。同法が今後多くの州によって採択されていくか否かは現時点では明らかでなく、同法の内容について痛烈な批判もないわけではない⁸⁰。本稿では、同法がこれまでのLLC法の発展をそれなりに踏まえたものであるとの認識の下に⁸¹、以下の叙述では主として同法を紹介することとする⁸²。州LLC法と比べてULLCAは一般的にRUP

⁷⁹ 筆者がウェストローで調べたところによる。註25参照。

⁸⁰ 閉鎖会社法に関する権威の一人RibsteinはULLCAについては相当に批判的である。Larry E. Ribstein & Bruce H. Kobayashi, *Uniform Laws, Model Laws and Limited Liability Companies*, 66 U. COLO. L. REV. 947 (1995) はNCCUSLによるLLC法の統一がプラスの効果の有するか否かについて否定的な議論を展開し、NCCUSLが利益集団の影響を受けやすいこと、過剰に州法の統一を推し進めていること等を鑑みて、むしろABAが1992年に提案したPrototype Limited Liabilityを高く評価する。また、Larry E. Ribstein, *A Critique of the Uniform Limited Liability Company Act* [hereinafter cited as "*A Critique*"], 25 STETSON L. REV. 311 (1995) は、ULLCAの規定の内容に踏み込んで、詳細かつ徹底的な批判を展開する。

この問題については、さしあたり次のように考えるべきであろう。われわれ日本人はどうしても法統一の利益を過大評価し、また州際競争をもたらす法の劣化を過大評価しがちであるが、法統一の利益の大きさは分野ごと・規定ごとに具体的に異なり、これが小さい場合にはむしろ多様な州法の競争や実験を通じて法が発展していくことの利益が法統一の利益を上回ることは十分にありうる。また、特定の利益団体によって立法過程が歪められるおそれは統一法においても州法においても存在する。RibsteinはNCCUSLがとりわけ弁護士等の利益団体によって歪められている（訴訟が提起されやすい規定内容になっている）ことを主張し、なるほどと思わせる主張もあるが、他方、州の閉鎖会社法の規定をめぐってデパート会社の多数派株主と少数派株主が州立法者に対してあからさまなロビー活動を繰り広げた実例も観察されている（Ayres, *supra* note 58, at 393がRobert Thompsonから電話で得た情報として伝えている）。

RibsteinとKobayashiが上述の論文や註23の論文で展開した一般論は充分傾聴に値するものである。ただし、具体的なNCCUSLの活動やULLCAの規定に対する評価は厳格に過ぎ、独断的との印象は免れない。もっとも筆者（大杉）も十分な反論の具体的な論拠を有しているわけではない。この具体的な問題に対する答えを得るには、時間の経過を必要とするだろう。

なお、LLCについて先にプロトタイプ法（州法制定の参考に供されるが強い州法統一を求めない）を作成したABAは、数々の具体的な留保と、各州の立法者の精査を推奨した上で、ULLCAを適切な法として承認した。Ribstein, *supra* [*A Critique*], at 387.

⁸¹ この認識は、州LLC法の規定が各論点について収斂していく方向（Larry E. Ribstein, *Statutory Forms for Closely Held Firms: Theories and Evidence from LLCs*, 73 WASH. U. L.Q. 369 [1995]による）と具体的なULLCAの規定内容がほぼ一致することに基づいている。

⁸² 以下で州法に言及する部分は、Donn, *supra* note 60 に多くを負っている。

Aへの依拠が強いといわれている⁸³。

3.2 利用状況

最近の flexible act に基づいて形成された L L C は実にさまざまな用途に用いることができる。ある実務書によれば、資金の運用に投資家が直接関与しない私募の投資ファンドのほかに、不動産投資、資源採掘、農業、映画製作、専門職業サービス、ベンチャー・キャピタル、レバレッジド・バイアウト (L B O)、ハイテク、企業共同体、オーナー経営企業、等々の用途に、L L C の持つメンバーの有限責任と税制上のパートナーシップ課税、資産処分時の課税繰延べなどの特徴が適していることが、それぞれ具体的に示されている⁸⁴。

内国歳入庁が資産移転課税において L L C のメンバー持分を高額に評価する (I R C 2 7 0 4 条 b 項参照) 恐れを削減すべく、多くの L L C 州法は業務契約に反対の定めがなければメンバーに持分の買取請求権を与えていない。メンバーが離脱しても L L C は解散しないため、資産移転課税上の不利益の除去と併せて、今後 S コーポレーション (相対的に柔軟性に欠ける) に代わって L L C が家族経営の事業団体の主流となっていくことが予想される。また、ジェネラル・パートナーシップや L P と比べても、上述の課税上のメリットと所有者すべてが有限責任を享受できる点とから L L C に優位が認められる⁸⁵。

3.3 法規整・総説

以下では、U L L C A の規整をおおむね条文の順序に沿って概観する。

(1) 多くの州法や文献において、L L C は unincorporated organization であるといわれる。もっとも、この概念は曖昧である⁸⁶。多くの州法は entity であると明言している⁸⁷。U L L C A は「メンバーから独立した legal entity である」としている (2 0 1 条)。加えて、U L L C A は L L C が自然人と同じ権利能力を有することを一般的に、また詳細な例示によって明らかにしている (1 1 2 条)。U L L C A のこれらの規定は、営利団体

⁸³ Donn, *supra* note 60, at §2.

⁸⁴ RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §15. (1997 loose leaf).

⁸⁵ Keatinge, *supra* note 70, at 17.

⁸⁶ unincorporated association が日本法上の権利能力なき社団、法人格のない社団におおむね相当するといわれる。しかし、「設立された incorporated」という概念が租税上の会社課税に直結すると従来考えられてきたので、これを避ける目的で unincorporated という言い回しが特に私法上の意義を与えられることなく使われてきたのではないかと考えられる。

⁸⁷ RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §3.08 (1996 loose leaf). たとえば、Del. Code Ann., tit. 6, §18.201(b); N.Y. Limited Liability Company Law §203(d).

であることをLLCの要件とはしていない。

LLCの創設時に作成される基本文書は基本定款(articles of organization)⁸⁸と呼ばれ、会社におけるarticles of incorporationに相当する。基本定款の必要的記載事項は203条a項に、任意的(有益的)記載事項は同条b項に定められている。会社における株主に相当するのがメンバー(member)である。

存続期間が基本定款に定められているLLCはterm company、存続期間の定めのないLLCはat-will companyと呼ばれる(ULLCA 101条2号、19号)。州法においては、LLCの存続期間について、かつてはワイオミング州法に倣って30年を上限とするものが多かったが、後にIRSが30年という数字に拘らなくなったため、次第に30年の上限を定めない州法が増え、先発の州法も制限を除去した⁸⁹。

LLCはメンバーによって経営される場合もあるが、特に経営者(manager)を選んでLLC経営にあたらせることもできる。前者はmember-managed company、後者はmanager-managed companyと呼ばれ、後者となるにはその旨を基本定款に記載することが必要である(101条11・12号)。この点はほとんどの州法において同様である⁹⁰。

(2) 基本定款とは別にLLCのすべてのメンバーは業務契約(operating agreement)を締結することができる。業務契約は、LLCに関わる事項やその業務行為を規整し、メンバー、経営者とLLCの関係(内部関係)を規律する。業務契約上に反対の定めがない範囲においてのみ、ULLCAは内部関係を規律するにすぎない(任意規定。103条a項)⁹¹。業務契約は書面である必要はなく、口頭でも、ある種の記録の形でもなされうる。業務契約自身はその修正には書面を要すると定めない限り、当事者の行動によって契約の意味内容が規定されることもある⁹²。むしろ、ULLCA上は諸般の事情から推認される内部関係を業務契約と呼ぶことになるのであろう⁹³。

州法に目を転じると、多くの州法が口頭による業務契約の成立を認めているが、メンバーの出資義務の定めや損益の分配、議決権の数など、任意規定の重要な変更には書面の記載を要するとする立法が多い⁹⁴。また、メンバーの代理権のようなことについては、

⁸⁸ certificate of formation という用語を用いる州法もある。たとえば、Del. Code Ann., tit.6, §18.101(2).

⁸⁹ Donn, *supra* note 60, at §4.

⁹⁰ Keatinge, *supra* note 70, at 12.

⁹¹ ニューヨーク法は、特約で排除できるデフォルト・ルールを40以上置いているという。

⁹² ULLCA Comment to Section 103.

⁹³ このような業務契約のありかたに対する批判として、Ribstein, *supra* note 80 [A Critique], at 336.

⁹⁴ 業務契約は書面であることを要しないという州法のほうが書面を要するとする州法よりも若干多く、主要な州ではすべて不要とされている。RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at Appendix 4-1 Chart 19

州法の規定を変更するには基本定款の規定によることを必要とする州法もある⁹⁵。

業務契約による団体自治には限界がある⁹⁶。ULLCA 103条b項の各号が列挙するものとして、情報権・記録にアクセスする権利(408条)の不合理な制限、忠実義務(409条b項、603条b項3号)の除去、注意義務(409条c項)の不合理な削減、誠実かつ公正な取扱いの義務(409条d項)の除去、601条6号の定める場合にメンバーを除名する権利の変更、801条3号に定める場合にLLCのビジネスを解散させるための要件の変更、は業務契約によってもなし得ない。経営者・メンバー・メンバーの配当権を譲受けた者以外の権利を制限することが許されない(7号)のは、当然である。ただ、 に関しては、除去ではなく制限であれば、不合理でない限り許される⁹⁷。

(3) LLCはその名称(商号)にLLCであることを示す文言、つまり“limited liability company”, “limited company”, “L.L.C.”, “LLC”, “L.C.”, “LC”を含まなければならないが、上記の文言のうち“limited”は“Ltd.”、“company”は“Co.”という短縮形を用いても構わない(105条)。

LLCは設立州内に事務所⁹⁸と代理人⁹⁹を置かなければならない(108条)。創設時の事務所と代理人は基本定款に記され(203条a項2・3号)、現在の事務所と代理人はLLCの年次報告書(annual report)に示される(211条a項2号)。

なお、ULLCAは他州・他国のLLC (foreign limited liability company)についても規定を置いている。他州・他国のLLCはその名称(商号)を登録(register)して当該州で設立されたLLCに類似する扱いを受けることができる(107条)。その場合、LLCの内部関係は設立準拠法によって規律される(1001条a項)。細目は1001

(1998 loose leaf). メンバーの出資義務を定めるにはなんらかの書面を要するとする州が大半である。*Ibid.*, at Appendix 5-1 Chart 3 (1998 loose leaf).

⁹⁵ Donn, *supra* note 60, at §5.4.

⁹⁶ この限界を強く批判するものとして、Ribstein, *supra* note 80 [*A Critique*], at 331-332, 336-338.

⁹⁷ 2号但書「しかし、業務契約は以下の旨を記載しうる。(i) 忠実義務に反しない行動の類型や範疇を具体的に定めること。ただし、それが明白に不合理である場合はその限りでない。(ii) すべての重要な事実につき完全な開示がなされた後で、事前・事後の承認がなければ忠実義務違反となるような特定の行為や取引を事前・事後に承認することのできるメンバー、あるいは利害関係のない経営者の数やパーセンテージを定めること」。4号但書「しかし、業務契約は義務の履行を判断するための基準を定めることができる。ただし、この基準が明白に不合理である場合はその限りでない」。

⁹⁸ 実際に営業を行う場所である必要はない。同条へのコメント。

⁹⁹ 当該州の住人(自然人)、当該州のcorporationやLLC、他国・他州のcorporationやcompanyで当該州で営業を行うことの認可を得た者、のいずれかでなければならない。

条以下に定められているが、本稿では扱わない。わが国の株式会社や有限会社がULLCA上の「他州・他国のLLC」に該当するか否かは明らかでない。

3.4 創設 (organization; formation)

ULLCAは明示的に一人LLCの創設を認めている(202条a項)。また同条へのコメントは一人LLCの存続をも認めている。現在では、ほとんどの州法においてメンバーが一人しか存在しないLLCが許容されている¹⁰⁰。基本定款を登録したときにLLCは存在を開始する(同条b項)。何人も、LLCの存在を証する証書の発行を州務長官に対して要求することができ、この証書はLLCの存在に関する反証を許さない証拠(conclusive evidence)である(208条a項、d項)。基本定款の変更にはメンバー全員の同意を要するが、業務契約に別段の定めをすることができる(404条c項3号、204条へのコメント)。LLCは所定の事項を記載した年次報告書を州務長官に提出しなければならない(211条)、これを怠ると職権による解散(administrative dissolution)がなされ得る(809条以下)。

3.5 外部関係 代理・有限責任

「メンバーによって経営されるLLC」(member-managed LLC)か「経営者によって経営されるLLC」(manager-managed LLC)かは基本定款の定めにより決定される(101条11号・12号、203条a項6号)。LLCを代理して行動し、その代理行為がLLCを拘束する、という点で、member-managed LLCのメンバーとmanager-managed LLCの経営者とがほぼ対応している。

メンバーによって経営される会社においては、各メンバーがLLCの営業目的のためにLLCを代理する(301条a項1号)。もちろん、業務契約で異なる定めをすることは可能であるが¹⁰¹、メンバーの行為はそれが外観上通常の業務の過程においてなされた場合にはLLCに対して効力を有する。ただし、当該メンバーに当該事項につき会社を代理する権限がなく、相手方が権限のないことを知っていたか知っていたと推定されうる場合はこの限りでない(301条a項1号)。外観上通常の業務の過程においてなされたとはいえないメンバーの行為は、その行為が他のメンバーによって授権された場合のみLLCに対して効力を有する(同項2号)。

member-managed LLCにおけるメンバーとほぼ同じことがmanager-managed LLCの経営者に妥当する。外観上通常の業務の過程においてなされたとはいえない経営者の行為

¹⁰⁰ Keatinge, *supra* note 70, at 12; RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at Appendix 4-1 chart 1 (1998 supplement).

¹⁰¹ Comment to Section 301.

は、404条を充たす場合にのみLLCに対して効力を有する(301条b項、c項)。ただし、不動産の権限を移転する契約については、基本定款の定めでメンバーの代理権を限定しておくことが可能であり、それを登録しておけば権限がないことを知らない相手方に対しても権限がなかったことを対抗できる(301条c項、301条へのコメント)。

メンバーあるいは経営者がLLCの通常の業務の過程で行った、あるいはLLCの権限を得て行った不法行為(a wrongful act or omission, or other actionable conduct)から生じた損害については、LLCは相手方に対して賠償責任を負う(302条)。

LLCの債務については、それが契約によるものであれ、不法行為によるものであれ、その発生原因を問わず、LLCの債務であるにとどまる。メンバーや経営者はメンバーであること、経営者であることのみでLLCの債務について個人責任を負うことはない(303条a項)。この点はすべての州LLC法において同様である¹⁰²。LLCが権限の行使や経営について遵守すべき要式や要件を守らなかったことは、LLCの債務につきメンバーや経営者が個人責任を負うこととの理由とはならない(同条b項)。ただし、業務契約にすべてのあるいは一部のメンバーがLLCのすべてのあるいは特定の債務につき責任を負う旨の定めを置くことが可能である。その場合には、当該メンバーが書面でその条項の採用について、あるいはその条項に拘束されることにつき同意している場合には責任を負う(同条c項)。

3.6 内部関係 出資・経営・分配・情報権・受認者義務

以下の内部関係に関するULLCAの規定は特に言及する場合以外は任意規定(デフォルト・ルール)であり、業務契約によって変更が可能である。

(1) メンバーがなす出資は現金である必要はなく、有形・無形の資産、約束手形、労務等であっても構わない(401条)。出資の履行義務はメンバーの死・無能力その他の個人的な履行の不能によって免除されない(402条a項)。出資義務の免除・和解には全メンバーの同意を要し、同意をしなかったメンバーに対しては効力を有しない(404条c項5号)。

LLCの通常の業務の過程において、あるいはLLCの営業や財産の保存のためにメンバーや経営者がなした支払についてメンバーや経営者はLLCに補填を求めることができ、また負った債務につきLLCに補償を求めることができる(403条)。しかし、メンバーは労務に対して報酬を受けることができない(解散の場合を除く)(403条d項)。

(2) メンバーによって経営されるLLCにおいては、すべてのメンバーが会社の経営につき同等の権限を有し、通常の経営事項はメンバーの多数決によって決定される(40

¹⁰² Donn, *supra* note 60, at §6.2.

4条a項)。州法によっては、議決権を利益持分に比例させる例もある¹⁰³。

経営者によって経営されるLLCにおいては、すべての経営者が同等の権限を有し、通常の経営事項は経営者の多数決によって決定される。経営者の任免はメンバーの多数決による(同条b項)。ただし、404条c項各号に定められることがら(制限列举)についてはメンバー全員の同意が必要である。具体的には、業務契約・基本定款の変更、忠実義務違反の免除(103条b項2号ii参照)、出資義務の免除、新たなメンバーの承認、LLCの解散、他の法人・団体との合併(904条c項1号参照)、LLCのすべての、あるいは実質的にすべての財産の売却・リース・交換・処分(暖簾を含めてのものか否かを問わない)などである。ただし、その場合も会議を開催することは必要ではなく(同条d項)、持ち回り決議も可能である。

(3) 分配(distribution = 会社における配当 dividend に相当する)について、ULLCAはRUPAと同様、各メンバーは平等の取り分を有するとする(405条a項)。現物分配については、メンバーはこれを要求することもできず、これを強要されることもない(同条b項)。配当の制限については3.7で扱う。この点は、デフォルト・ルールが州により大きく異なり¹⁰⁴、RULPA503条をモデルとして、損益の分け前は、合意され履行済みの出資価額に比例する、との州法も少なくない¹⁰⁵。

(4) LLCはメンバーやその代理人・弁護士に対して書類の閲覧・謄写を認めなければならない。また、LLCはメンバーからの要求がなくとも、メンバーの適切な権利行使や義務の履行にとって合理的に必要な営業に関する情報を提供しなければならず、メンバーからの要求があれば、当該状況の下で不合理か不適切な場合を除いて営業に関するその他の情報を提供する義務もある(408条)。これらの書類・情報に対する権利については、細目を業務契約に定めることができるが、これらの権利を不合理に制限するものであってはならない(103条b項1号)。多くのLLCがインフォーマルな性格を持つことに鑑みて、ULLCAはLLCに記録の保存義務を課していないが、少なくとも州や連邦当局が租税や他の登録に関して要求する記録は保存されることになる(408条へのコメント)。記録の閲覧・謄写権はこれを要求する者の目的や動機によって左右されるもの

¹⁰³ Cal. Corp. Code §17103(a)(1); Del. Code Ann., tit. 6, §18.402; N.Y. Limited Liability Company Law §402(a) など。RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at Appendix 8-1 chart 3 (1998 supplement) によると、頭数多数決(pro capita rule)とする州法が出資額(あるいは損益持分割合)に比例する多数決(資本多数決, pro rata rule)を定める州法よりもわずかに多いが、主要州はむしろ後者である。

¹⁰⁴ Donn, *supra* note 60, at §8.

¹⁰⁵ Del. Code Ann., tit. 6, §18.503; N.Y. Limited Liability Company Law §503 など。RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at Appendix 5-1 chart a (1998 supplement) によれば、むしろ出資額に応じた損益・分配の持分をデフォルト・ルールとする州法のほうが多く、主要州はすべてそうである。

ではないが、この権利の濫用があれば、他のメンバーは濫用を行ったメンバーの誠実かつ公正な取扱いの義務の違反を理由として救済を求めることができる（408条へのコメント）。

（5） 受認者義務（fiduciary duty）について概観する。

Restatement of Agency (second) 13条は、agency relationship があれば fiduciary duty が発生することを定めており、UPA 21条は、全てのパートナーはパートナーシップの agent であり、受認者として責任を有するとしている。

メンバーや経営者が他のメンバーやLLCに対して負う受認者義務について、ULLCA 409条は詳細かつ制限的な規定を置いている。メンバーによって経営されるLLCにおいてメンバーが負う受認者義務は忠実義務（duty of loyalty）と注意義務（duty of care）のみである。忠実義務についてはb項に比較的詳細な規定が置かれ、さらにe項・f項がこれを補っている。注意義務に関しては重過失基準が取られている（c項）。義務の履行や権利の行使は誠実かつ公正な取扱いの義務（obligation of good faith and fair dealing）に則ってなされなければならない（同条d項）。経営者によって経営されるLLCにおいてはメンバーは受認者義務を負わず、経営者がそれを負う（h項）。前述のとおり、業務契約によって受認者義務を制限することには限界がある（103条b項2・3号）。

メンバーは自己の権利の実現や保護を目的として、LLCや他のメンバーを被告として法律上・エクィティー上の救済を求めて出訴することができる。このことは、適切な救済のあり方について裁判所に広い裁量を与えることを意味している（410条と410条へのコメント）。

存続期間の定めのあるLLCが存続期間を経過しても継続するためには、基本定款に定められた存続期間を変更する手順を取ることもできるが、存続期間を変更せず解散手続を取らずに営業を継続すれば以降は存続期間の定めのないLLCとして存続することになる（411条b項）。存続期間の定めのあるLLCにおいて存続期間が経過しても、メンバーや経営者の権利義務は、存続期間の定めのないLLCにおけるメンバーや経営者の権利義務と矛盾しない限りにおいて、終期における権利義務のままである（同条a項）。

3.7 分配規制

メンバーが有限責任しか負わないため、メンバーへの分配はLLCの債権者を害するものであってはならない。ULLCAは、LLCが通常の業務の過程において期限の到来した負債を支払うことができないか分配によりできなくなる場合（equity solvency test）、

LLCの総資産が負債と残余財産分配優先権（残余財産分配時においてメンバーが分配を受ける権利に優先する権利）の合計額とを下回るか分配により下回るようになる場合（balance sheet solvency test）、のいずれかの場合には、メンバーへの分配を禁じている

(406条a項)¹⁰⁶。を判断するにあたっての資産・負債評価については406条b項以下に細則がある。違法分配がなされたときの責任は407条に定められる。これらの分配規制は、内部関係にあたらぬので業務契約によって変更できない(103条a項参照)。

一般的に州LLC法上は債権者保護のためになんらかの分配規制が置かれている¹⁰⁷。ULLCA同様に 両方のテストを課すもののほかに、 のみを課す州法もある¹⁰⁸。

3.8 派生訴訟 (derivative action)

LLCの権利を裁判上行使できる権限を持ったメンバーや経営者が裁判を起こすことを拒み、かつ権限のあるメンバーや経営者に訴訟を提起させる努力が奏効する見込みが小さい(not likely)ときには、LLCのメンバーは会社の権利を行使するため訴訟を提起することができる(1101条)¹⁰⁹。原告適格や訴答書面、費用負担について1102条以下に規定がある¹¹⁰。

派生訴訟に関する州法の規定はまちまちであるが、ほとんどの州でなんらかの規定が置かれているほか、規定を持たない州法の下でも裁判所によってこれが認められる可能性が高い。プロトタイプ法1102条のように、利害関係を持たないメンバーの過半数が利害

¹⁰⁶ LPにおいては、 の場合にパートナーは分配を受け取ることができない(RULPA607条)。ULLCAの分配規制はRMBCAの配当規制をほぼそのまま採用したものである(6.40条)。周知のとおり、大陸法に比べてアメリカの州会社法は債権者保護が弱く、日本の会社法におけるような資本による配当規制(日本商法290条。有限会社法46条により、有限会社にも準用される)を持たないものが多い。公開会社の約半数が準拠するデラウェア会社法においては資本概念はまだ残っているが、その金額の決定や増減は取締役会において相当自由に行うことができることなどから、やはり利益配当の規制は日本の株式会社の法と比べて相当緩やかであるといえる(Delaware General Corporation Law, Sections 170, 154, 244)。吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(1)」法学協会雑誌102巻3号423頁の471頁以下(1985年)参照。

なお、ULLCAの分配規制について硬直的であり、得るものが少ないと批判するものとして、Ribstein, *supra* note 80 [A Critique], at 354. この点については、6.1参照。

¹⁰⁷ Donn, *supra* note 60, at §9.

¹⁰⁸ の両方を課すRMBCAモデル(註106)は、Cal. Corp. Code §17254(a); Ga. Code Ann. §14-11-407(a); Va. Code Ann. §13.1-1035(A) など。 のみを課す(RULPAモデル)のは、Del. Code Ann., tit. 6, §18.606; N.Y. Limited Liability Company Law §506 など。

¹⁰⁹ 被告はLLCのメンバーや経営者に限られない。この点はRULPA1001条やRMBCA7.40条1号と同じであり、日本商法267条1項(および有限会社法31条による準用)とは異なる。

¹¹⁰ LLCメンバーに派生訴訟を認めた点についても、RibsteinはULLCAに対して批判的である。*supra* note 80 [A Critique], at 362.

関係を持たない経営者に提訴の権限を与える例も若干見られる¹¹¹。

3.9 持分の譲受人、メンバーの債権者

メンバーの持分 (distributional interest) は証書化することができる (501条c項)。メンバーの持分はその全体または一部を譲渡することができるが (同条b項)、持分の譲受人は直ちにLLCのメンバーとなるわけではなく、譲渡人が受け取ることでできる分配についてこれを受け取る権利を持つにすぎない (502条、503条e項)。譲受人がLLCのメンバーとなるのは譲渡が業務契約の規定に従ってなされた場合か、譲受人がメンバーとなることにつき他のすべてのメンバーが同意したときである (503条a項)。メンバーとして承認されていない譲受人は経営への参加、情報へのアクセス、記録の閲覧・謄写の権利を有しない (同条d項)。

メンバーに対して勝訴判決文を有する債権者の申し出があれば、裁判所は判決文を満足するために敗訴債務者の有するLLC持分に担保を負わせる (charge) ことができる (504条a項、b項。負担賦課命令 [charging order])。これがメンバーの債権者がLLC持分から得られる唯一の救済である (e項)。州法によっては、債権差押 (garnishment) 手続も利用できるとするものもある¹¹²。

3.10 メンバーの脱退 総説

(1) 一般的に、株式の流通市場が発達した公開会社とは違って、閉鎖的企業においては投下資本の回収をどのような形で認めるか、あるいは内部対立が生じたときにどのような形の問題解決を図るか、は難問である。前述のように (2.3.1)、RUPAはメンバーの脱退につき詳細な定めを置いている。閉鎖的な株式会社については、契約による株式買取条項の効力や解釈をめくり、また多数派による少数派の圧迫があったときの救済を判決による解散とするか少数派株主の脱退・持分買取請求とするか (そしていずれにおいてもその要件・効果いかに) について制定法・判例法は分かれている¹¹³。

チェック・ザ・ボックス規制 (3.14) の導入は、州のLLC立法に影響を与えつつある。同規制の導入前に制定された典型的な州法は、LLCが会社と分類されないようにす

¹¹¹ さらに、連邦法が unincorporated association の構成員に派生訴訟の提訴権限を認めている (Federal Rule of Civil Procedure §23.1) ため、連邦の裁判所に提訴できる可能性がある。以上、RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §10.03 (1998 loose leaf); *ibid.*, Appendix 10-1 chart 1 (1998 looseleaf).

¹¹² Ga. Code Ann. §14-11-504(b) など。

¹¹³ See Ayres, *supra* note 58, at 388; Dennis S. Karjala, *Planning Problems in the Limited Liability Company*, 73 WASH. U. L. Q. 455 (1995); Franklin A. Gevurtz, *Squeeze-outs and Freeze-outs in Limited Liability Companies*, 73 WASH. U. L. Q. 497 (1995).

べく、メンバーの脱退があれば原則としてLLCは解散する、という規定を置いている (bulletproof acts)¹¹⁴。しかし、チェック・ザ・ボックス規制の導入によってメンバーの離脱を解散事由とする必要がLLCにおいて失われると、LLC法を改正し、業務契約の反対の定めがなければメンバーの離脱によってもLLCは解散しないものとする州法が現れ、多くの州が近いうちに同様の法改正を行うことが見込まれている¹¹⁵。

(2) ULLCAにおいては、脱退 (dissociation) とは、メンバーがLLCのメンバーでなくなることをいうが (601条へのコメント参照)、脱退に関連する法規整は概念の立て方・具体的なルールのいずれにおいても州法ごとの差が大きいようである。以下では、ULLCAの規整を中心に解説する。

ULLCA 601条によると、メンバーの脱退は次のいずれかの場合に生じる。メンバー自身が脱退の意思を明示的に表明しこれがLLCに到達したとき、業務契約で脱退事由と定められたことがらが発生したとき、メンバーが所有持分のすべてを譲渡したとき (ただし、担保のための譲渡を除く)、業務契約に基づく除名 (expulsion) があつたとき、所定の要件 (5号のiからivのいずれか) に該当し本人以外のメンバー全員の同意によって除名されたとき、LLCまたは他のメンバーの提起した除名の訴え (6号iからiiiのいずれか) がなされたとき、メンバーの破産等、メンバーが自然人であるとき、メンバーの死や (無能力による) 後見人の選任、など。

業務契約に異なる定めがなければ、各メンバーは明示の意思表示により脱退する自由を有する (602条a項)。しかし、その場合でも不当な脱退 (wrongful dissociation) によってLLCや他のメンバーに生じた損害に対しては、当該メンバーは賠償責任を負う (c項)。「不当な脱退」についてはb項に定義があり、明示の契約上への違反、破産による脱退などのほかに、存続期間の定めのあるLLCにおいてはメンバーの意志による脱退や601条6号に基づく裁判上の除名の場合もこれにあたる。

メンバーの脱退にはLLCの解散・清算をもたらす場合と、LLCの解散・清算が生じない場合とがある。LLCの解散事由は801条に定められており¹¹⁶、同条においてメン

¹¹⁴ RULPAを採用する州でのLPは通常、活動の永続性 (continuity of life) 要件を欠く、と解釈されていたので、これはRULPA 801条4号をモデルとしたものである。メンバーの脱退時にLLCを継続するには、残り全員の同意が必要であるが、賛成したメンバーだけで事業を引き継ぐことはできた。註27参照。Donn, *supra* note 60, at §13.

¹¹⁵ Keatinge, *supra* note 70, at 16.

¹¹⁶ なお、余談であるが、601条へのコメントは現行のULLCAには存在しない規定 (801条b項) を引いており、おそらく95年のULLCAの改定の際に旧コメントが修正されずに放置されたものと考えられる。一般論として、NCCUSLの統一法に置かれる「コメント」は法文の理解を助けるよりもむしろ混乱を助長するとして、コメントに批判的な評価を下すものとして、*Cf.* Ribstein & Kobayashi, *supra*

バーの脱退がLLCの解散・清算をもたらす場合には、ULLCA 8章の規定が適用される(603条a項)。メンバーの脱退がLLCの解散をもたらさない場合には、存続期間の定めのないLLCと存続期間の定めのあるLLCとでさらに異なった法規整がされている。前者においてはLLCは脱退したメンバーの持分が7章の規定に基づいて買い取られるようにしなければならない(同項1号)。存続期間の定めのあるLLCにおいては、脱退時の基本定款において定められた存続期間の終期においてLLCはメンバーの持分が7章に基づいて買い取られるようにしなければならないが、裏からいうと存続期間中は持分が買い取られるようにする義務は生じない。ただし、存続期間の終期までにLLCが解散・清算する場合には、8章にしたがって脱退したメンバーの受け取る分配が定められる(同項2号、同条へのコメント参照)。

3.1.1 LLCの解散を伴わないメンバーの脱退

メンバーの脱退がLLCの解散をもたらさない場合には、LLCは脱退したメンバーからその持分を買い取らなければならない。701条以下がその細目を定める。買取りは「公正な価格」(fair value)でなされるのが原則である(701条a項)。しかし、買取り価格やその他の買取りの条件につき業務契約が定めを置いている場合、またその決定方法を定めている場合には、それらは法規定に優先して適用される(同条c項)¹¹⁷。公正な価格の決定は702条に基づき裁判所によってなされる(同条e項)。不当な脱退によって脱退したメンバーが負う賠償債務は買取り価格と相殺されなければならない(同条f項)。

公正な価格という概念は幅の広い概念であり、裁判所は、当該状況の下での諸般の事情を勘案することが要請されている(具体的には702条a項1号参照)。より狭い概念である公正市場価格(fair market value)基準が採用されなかったのは、それが狭すぎること、しばしば不適切な結論になること、そして任意の売り手と買い手というこの場合には妥当しない状況を前提としていること、などによる(同条へのコメント)。裁判所はまた分割払いの方法などを含めた適切な支払方法・条件などを決定する権限を持ち責任を負う(同項2号)。

3.1.2 解散・清算

801条各号所定の事由によりLLCは解散(dissolution)し、清算(winding up)手続に入る。業務契約に定められた解散事項(1号)、業務契約上に定められた一定比率の

note 80, at 979.

¹¹⁷ もっとも、同条のコメントによると、買取り価格をゼロとする業務契約の定めは、業務契約で同時に任意の脱退を禁じておかなければ、コモンロー、エクィティーの諸原則(the principles of law and equity; ULLCA 104条a項)に照らして実現できない可能性がある、という。

数または比率のメンバーの賛成（2号）、LLCの営業のすべてないし実質的にすべてを継続することが違法となる事由の発生（3号）、のほかに、一定の場合にはメンバーやすでに脱退したメンバーは裁判上の解散を求めることができ（4号）、また持分の譲受人は裁判上の解散を求めることができる（5号）。

解散後は、LLCはその業務の清算のためにのみ存続する（802条a項）。解散後、清算終了までのいつでも、メンバー（解散の原因となった脱退メンバーを含めて）全員の同意によりLLCはその営業を再開することができる。この場合、内部関係は解散がなかった場合と同様に扱われるが、解散によって生じた第三者の権利（804条a項）や解散を信じて（再開について悪意となるより前に）なした第三者の行為から発生する権利については、LLCの再開は影響を及ぼさない（以上、802条b項）。

803条が清算の権限を、804条が清算中のLLCについての代理権限を定める。805条が州務長官への清算終了の登録（articles of termination）について定め、この時点でLLCの存在は消滅する。残余財産の分配についての細則が806条以下に置かれ、州務長官による行政手続によるLLCの解散について809条以下に定めがある。

3.13 その他

ULLCA第9章は組織変更や合併についての定めを置いている。ここでは会社、ジェネラル・パートナーシップ、LPとLLCの間での組織変更や合併が広範に認められている。第10章は他州・他国の（foreign）LLCについて定めを置くが、ここではその紹介は省略する。第12章はその他雑則を定めている。

3.14 税制

すでに2.4.2、2.5.4で述べたように、連邦税法上、business entity はパートナーシップと法人（corporation）とに分類される。州パートナーシップ法上のパートナーシップであっても、内国歳入法典（IRC）7701条a項3号にいう association に該当すれば、法人としての課税を受け、また、仮にある団体が association ではないとしても、IRC 7704条a項により「公に取引されるパートナーシップ」（publicly traded partnership）であれば、法人としての課税に服することになる。ある団体が association であるか否かは、その団体が法人にどれだけ類似するかによって定まる、という連邦最高裁判決に従い、IRSはこれを判断する基準となる Kintner Regulations を置いたが、この規制は1997年1月1日以降はチェック・ザ・ボックス規制（1996年12月17日公布）¹¹⁸と呼ばれる方式によって取って代わられている。

¹¹⁸ Simplification of Entity Classification, 61 Fed. Reg. 66584, 66585 (1996) (to be codified at 26 C.F.R. Parts 1, 301 and 602). チェック・ザ・ボックス規制については、榊田淳二「アメリカの Check-the-Box

Kintner Regulations の下では、unincorporated entity のうち次の四つの条件 (corporate characteristics)、すなわち 経営の集中、団体の継続性、持分の自由譲渡性、有限責任、のうち二つ以上を欠くものは課税上パートナーシップとして扱われることになっていた。しかし、いわゆるチェック・ザ・ボックス規制が導入され、連邦税制上の扱いについてほとんどすべての unincorporated entity が課税上パートナーシップとしての課税と法人としての課税のいずれかを選択できることになった。

この改正は合理的なものであると考えられている。というのも、すでに見たように、従来は法人課税を避ける目的で私人間の法律関係の規整という面からは好ましくない硬直的な州 LLC 法が制定されたり、当事者にとって好ましくない業務契約の規定が置かれたが、改正によりその必要がなくなり、その意味において業務契約のドラフティングが合理化・簡素化されたからである。たとえば、関係者が団体の継続性を望んでいるにもかかわらず、corporation としての扱いを避けるためにのみメンバーの死去・退職等を団体の解散事由として掲げる、といった不自然が従来は存在した (3.10(1))。同様のジレンマは持分の譲渡性をいかに定めるか、という問題についても存在した¹¹⁹。

税制改正によって、従来 corporation を特徴づけるとされた四つの要素をすべて有するがなお課税上はパートナーシップとして扱われる団体を作ることにも可能になった。不動産、石油ガスなどの天然資源を扱う事業や、創業直後のビジネスにはかかる法制度を持つ意味は大きい。このような事業団体の有する財産が評価益 (appreciated property) を抱えるとき、評価益の分配にかかる法人税課税を避けることができるからである¹²⁰。

4 リミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ (LLP) ¹²¹

4.1 沿革

(1) 最初の LLP 立法は 1991 年にテキサス州で行われた。きっかけとなったのは

Regulations 「パートナーシップ課税の自由選択」国際商事法務 26 巻 1 号 11 頁 (1998 年)、小野・渡辺・前掲註 9 の 359 頁以下を参照。また、U.S. タックス研究会「米国法人税法の調べ方 (134 ~ 136) 有限責任会社 (Limited Liability Company; LLC) は税務上どのように取り扱われているか (上) (中) (下)」国際商事法務 25 巻 7 号 778 頁以下 (1997 年)、福島節子「LLC の概要と課税問題」税務弘報 45 巻 1 号 86 頁 (1997 年)、福島節子「LLC の税務上のメリットを生かすためのポイント (米国合併事業における新事業形態 2)」税務弘報 45 巻 1 号 135 頁 (1997 年) も参照。

¹¹⁹ Keatinge, *supra* note 70, at 15.

¹²⁰ *Ibid.*, at 16.

¹²¹ 参照、弥永真生「有限責任パートナーシップと公認会計士の責任」商事法務 1382 号 8 頁 (1995 年)。

1980年代に不動産価格の暴落によって多額の負債を抱えて倒産した貯蓄貸付組合 (savings and loan association) や貯蓄金融機関 (thrift association) に雇われていた法律事務所・会計事務所を相手取った政府の訴訟であった。業務過誤その他の不当・違法行為 (malpractice or other tortious misconduct) から生じるパートナーシップの債務についてパートナーが連帯責任を負うことから (UPA 15条、註52)、これらの訴訟では全てのパートナーが、つまり問題となった不当な行為とは何の関わりもないパートナーも被告とされて多額の責任を負わされたこととなった^{122, 123}。

テキサス州の立法府においては当初、特定の種類の専門的役務を営むパートナーシップ (professional partnership) のみを対象として¹²⁴、そのような不当行為と関わりのないパートナーに、使用者責任 (代位責任) (vicarious liability) につき有限責任を与える旨のパートナーシップ法の改正が提案されたが、審議においていくつかの疑問が提起された。

¹²² いわゆる「専門家責任の爆発」については、次の文献が詳しい。Mark Rosencrantz, Comment, *You Wanna Do What? Attorneys Organizing as Limited Liability Partnerships and Companies: An Economic Analysis*, 19 SEATTLE UNIV. L.REV. 349 (1996)。なお、註19を参照。

¹²³ かつては、アメリカでも弁護士事務所や会計事務所はジェネラル・パートナーシップの形を取ることが一般的であった。1960年代に各州で professional corporation 法の制定が相次いだのは、元来は有限責任の恩典を弁護士や公認会計士、医者などの専門家に与えるためではなく、租税上の理由であった。つまり、被用者については退職年金の積み立てにつき優遇税制が適用されたのに対して、パートナーシップのパートナーはここでいう被用者たり得ない、との解釈をIRSが取り続けたため、全ての法域が専門家が法人の被用者としての扱いを受けられるように professional corporation の立法に動いたのであった。実際、この頃の州 professional corporation 法には、社員の有限責任の恩典は株式会社における株主の有限責任よりもずっと限定された立法例が多かった。連邦議会は、次第に professional corporation を通じて本来は高額所得者であるこれらの専門家が税額控除などをフルに生かして極端な租税回避を行っていたとの判断に傾き、1982年の税制改正により professional corporation の租税上のメリットを大幅に消去した。連邦議会はこのとき、近い将来の professional corporation の死滅を予想していた。それにもかかわらず、同じ頃進展しつつあったいわゆる「専門家責任の爆発」のため、予想に反して professional corporation は生き残り、むしろ今度はパートナーシップ課税のほうが有利になったことを捉えて、州は有限責任とパートナーシップ課税をともに享受できるLLCやLLPの法をさらに発展させた。

なお、有限責任とパートナーシップ課税の利益をともに享受できるはずのSコーポレーションであるが、一種類の株式しか発行できない (2.4.2参照) ため、構成員間で複雑な利益持分の定めがなされることのできる法律事務所や会計事務所などには不向きであった。

以上、HAMILTON, *supra* note 26, at 164-169; GREGORY & HURST, *supra* note 11, at 676-7; RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §15.12 (1997 loose leaf).

¹²⁴ 医師、弁護士、建築家、エンジニア、会計士などにこの提案の恩典は限られていた。

結局、専門的役務を営むパートナーシップ以外のパートナーシップを含めたすべてのパートナーシップにつき有限責任を可能とすること、自らの不当な行為についての無限責任を維持するだけでなく自らの監督・指示下の者による不当な行為についても無限責任を残すこと、“LLP”等の呼称を名称（商号）に含ませ州務長官に対して年次の登録を要求すること、10万ドルの責任保険への加入を義務づけること、などの修正を織り込んで、全米最初のLLP立法がテキサス州に成立したのであった。成立した法律を最もよく利用したのは法律事務所であった。

この立法は急ぎの掬えものであったため、いくつかの問題を含んでいたが、最大の問題は10万ドルの責任保険が常に付保できるとは限らなかったことである。保険加入のほかに、信託基金、信用状その他の方法による責任財産の維持方法がその後の改正で認められるようになったのはそのためである。また同時に、他のパートナーの misconduct について知っていたとしてもそれを防止あるいは改善するための合理的な手段を取っていた場合にはそのようなパートナーには無限責任を負わせない旨の改正がなされた（1993年）。その後もテキサス州法は何回かの改正を受け、現在ではパートナーシップの不法行為責任だけでなく契約責任についてもパートナーの有限責任を認めるものとなっている。

（2）1992年にはルイジアナ州が第二のLLP立法を行い、翌93年にテキサスが前述の改正を行うのと同じ頃、デラウェア、コロンビア特別区、ノース・カロライナの諸州がテキサス州LLP立法に改良を加えた独自のLLP立法を採択した。中でも、デラウェア州の改良は次のように広範なものであった。テキサス州法に比べて、パートナーが有限責任を享受できるLLPの債務の発生原因である不当な行為の範囲を拡大した、他のパートナーの行為によって責任を負う範囲を直接の監督や支配を行った場合に限定した、付保責任を100万ドルに増額した、等である。翌94年には をさらに推し進める改正もなされた。

94年には13州がLLP立法を行ったが、その中でニューヨーク州は、一方では有限責任の範囲を不当な行為から生じたパートナーシップの責任から全ての（契約責任を含めた）パートナーシップの責任へと拡大し、他方では利用主体を専門的役務を営むパートナーシップに限定した。

やはり94年にLLP立法を行ったミネソタ州も、パートナーシップの負うあらゆる責任につきパートナーの有限責任を定める一方、会社法における法人格否認（piercing the corporate veil）に相当する条項を定め、例外としてパートナーが責任を負う可能性を残した。

翌95年にはニューヨークやミネソタに見られたような有限責任の限定をも除去する動きが生じ、アメリカ法曹協会のビジネス法部会においてもRUPAへの挿入を前提としたPrototypeの規定が用意された。同じ頃に各州で採択されたLLP立法や既存のLLP立法の改正もこのプロトタイプと同様、パートナーに広範な有限責任の恩典を認めるもので

あり、結果的には株式会社における株主やLLCにおけるメンバーの有限責任と大差ないものとなっている。

96年にはNCCUSLもまたLLPに関するいくつかの規定を織り込んだRUPAの改正を行った。Limited Liability Partnership Amendments to the Uniform Partnership Act (1994)である。この、LLPのためのRUPAの改正部分、あるいはLLPに関するこの改正を織り込んだRUPA全体の法規整はLLP-RUPAと略称される。

(3) 1999年1月1日にヴァーモント州のLLP法が発効することによって、全米51のすべての法域においてLLP法が成立したことになる。すでに5大会計事務所すべてがLLPとしての登録を済ませ、127年間ジェネラル・パートナーシップとしての歴史を持つGoldman, Sachs & Co. が96年5月には同会計年度末のLLPへの組織変更を発表するなど¹²⁵、LLPは急速に普及し、定着したとの感がある¹²⁶。

最近ではLLCとLLPの両方について法律上の制約が小さくなり、両者の使い勝手の差も縮小しており、実務上の利用方法についても重複するところが増えている。つまり、LLC法に関してチェック・ザ・ボックス規制以降、内部関係につき契約自治に委ねる範囲が各州法で一般に広がっており(flexible act)、またLLP法についてもその利用が専門的職業団体に限られることや有限責任の範囲が業務過誤に限られたことなどの制約が徐々に撤廃されている。

とはいえ、法律事務所や会計事務所などにとってはLLPのほうがより便利な選択肢である場合が多いようである。まず、LLPへの組織変更のほうがLLCへの組織変更に比べて基本定款やパートナーシップ契約の書き換えの面倒が少ない。また、パートナーシップとしての同一性を保持できるので(後述)、資産・権利の譲渡の手続やそこから生じる問題が生じにくい¹²⁷。法律事務所などの専門家が利用できる団体の法形式については、州の最高裁あるいは弁護士協会の規則に定めがあることが多い¹²⁸。専門職業サービスにLL

¹²⁵ なお、同社は1999年5月に株式会社に組織変更し、株式公開を行った。

¹²⁶ 本文(1)以降の以上の経緯に関する叙述は ALAN R. BROMBERG & LARRY E. RIBSTEIN, LIMITED LIABILITY PARTNERSHIPS AND THE REVISED UNIFORM PARTNERSHIP ACT, 1998 Edition (Aspen) at §1.01 による。

¹²⁷ Elizabeth G. Hester, *Practical Guide to Registered Limited Liability Partnerships* (1998-2 supplement), at §3, in BAMBERGER & JACOBSON, *supra* note 60.

¹²⁸ Hester, *supra* note 127, at §7. ABAの専門家責任コードおよび職業倫理規定は、professional corporationにおいて実務を行う弁護士は、責任を制限する(有限責任)ことはできるが、それには適切な責任保険に加入していることが必要である、とする。The ABA Code of Professional Responsibility DR 6-102, EC 6-6; the ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.8(i). 参照、RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §15.13.

Cの利用を禁止する州法も存在する¹²⁹。また、免許取得がLLCに比べて容易である（特に複数の州で開業する場合）とされ、また州証券法や雇用差別・年齢差別に関する法規制を避ける上でもLLPのほうが有利であるといわれている¹³⁰。

4.2 法規整(1) LLP - RUPA

(1) NCCUSLによるLLP - RUPAは、現在のところ州のLLP立法をリードしているとはいえない状況にあるが、まずはこれを見てみよう。

「LLPとは、1001条に基づいてstatement of qualificationを登録したパートナーシップで、他の法域(jurisdiction)において同様のstatementの効力が生じていることのないものをいう」(101条5号)。これに対して、「この州以外の法に準拠して形成されたパートナーシップであり、その準拠法においてLLPの身分・地位(status)を有するもの」(101条4号)を他州・他国の(foreign)LLPという。

「〔LLPの登録を行った州のLLP法が〕パートナー間、パートナーとパートナーシップ間の法律関係、およびLLCの債務に関するパートナーの責任について妥当する」(106条b項)。つまりstatement of qualificationを登録した州のパートナーシップ法が内部関係の準拠法となる(1101条参照)。「106条b項によるLLPに適用される法をパートナーシップ契約で変更することはできない」(103条b項9号)。

「LLPは、1001条に基づきstatement of qualificationを登録する前に存在したものと同一のentityであり続ける」(201条b項)。

(2) LLPのLLPたる所以は、パートナーがパートナーシップの債務につき責任を負わないことにあり、306条c項に定めが置かれている。「パートナーシップがLLPである間に負ったパートナーシップの債務は、それが契約によって生じたものであれ、不法行為によって生じたものであれ、その他の理由によって生じたものであれ、パートナーシップの債務であるにすぎない。パートナーは直接であれ間接であれ、出資の履行によるものであれその他の方法であれ、そのような〔LLPの〕債務につき、パートナーであるという理由やパートナーとして行為したという理由のみによっては個人責任を負わない。本項は、1001条b項に基づいてLLPとなるための投票がなされる直前のパートナーシップ契約に本項と矛盾する条項が存在する場合においてもなお適用される。」

(3) LLP - RUPAは第10章にLLPについての規定を置くがわずか3ヶ条にすぎない。同11章が他州・他国のLLPについての定めを置くがこちらもわずか5ヶ条である。

¹²⁹ RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §15.12 (1997 loose leaf)によると、メリーランド州とロード・アイランド州がそうであるという。

¹³⁰ Donn, *supra* note 60, at §3.4.

1001条は次のことを定める。10章の手續に従い(ジェネラル・)パートナーシップはLLPとなることができる(a項)。LLPとなる条件はパートナーシップ契約の変更に必要な多数決によって承認されなければならない(b項)。b項の承認の後、statement of qualificationの登録によりLLPとなる。必要的記載事項が1号から5号まで(c項)。訴状等の送達においてLLPを代理するものはこの州の住人である自然人かその他のこの州において営業をなす権限を有するものでなければならない(d項)。c項のstatement of qualificationに誤りが含まれていたり後に記載事項に変更が生じたとしても、そのことによりLLPとしての地位やパートナーの有限責任が否定されることはない(e項)。

1002条が名称(商号)につき定めを置く。LLPの名称(商号)は次のいずれかを末尾に付したものでなければならない。“Registered Limited Liability Partnership”, “Limited Liability Partnership”, “R.L.L.P.”, “L.L.P.”, “RLLP,”または“LLP”。

LLPは(他州・他国のLLPでこの州で営業を営む権限を有するものも)年次報告書を州務長官に登録しなければならない。その記載事項は1003条a項の1号から3号に定められ、細目はb項以下による。

4.3 法規整(2) 州法

次に州法をいくつか見ておこう。

(1) パートナーシップ契約は書面でなければならないとする州法はない¹³¹。

沿革(4.1)で見たように、LLPによって行うことのできる事業の範囲や、個人責任の制限の内容は、州法ごとに大きく異なる。もともとLLPは会計・医療・法律実務などのプロフェッショナル・パートナーシップへの適用を意図したものであったが、現在では殆どの州でそれ以外の用途にもLLPを利用できるようになっている¹³²。また、かつては、パートナーシップの債務のうち不法行為によって生じたものについてはパートナーは個人責任を負わないが、契約上の債務についてはパートナーは個人責任を負うというものが多かったが、最近ではほとんどの州法において不法行為・契約責任の双方につきパートナーは個人責任を負わないものと定められている¹³³。

¹³¹ BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 126, at §2.03 (a)(1).

¹³² LLPの利用を一部の職業に限定する州法の例をいくつか挙げる。カリフォルニア州は、法律事務所、会計事務所のみ。 Cal. Corp. Code §§15047, 16101(6)(A)。ニューヨーク、ネヴァダ、オレゴンの諸州は、職業的専門家(professionals)のみ。 N.Y. Partnership Law ch. 39, §121-1500(a); Nev. Rev. Stat. §87.020(7); Or. Rev. Stat. §63.110(3)。

¹³³ Hester, *supra* note 127, at §8. BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 126, at § 160 (table 3-1) によれば、有限責任を得られる債務をなんらかの形で制限する州法よりも、LLPのすべての債務について有限責任を認める(full shield)州法のほうがわずかに多いが、有力州はほとんどがfull shieldを認めている。た

(2) LLP-RUPAは債権者保護のための規定を全く置いておらず、この点においてLPやLLCの法規定とは大きく異なっている。

会社やLP、LLCのように構成員への分配を制限する州法もあるが、少数である¹³⁴。

いくつかの州では、LLP一般に、あるいはプロフェッショナル・パートナーシップであるLLPに、責任保険への加入、あるいはそれに代わる現金の分別保管を義務づけている。違反の効果が法定されていない州も多いが、パートナーの有限責任の恩典が失われるものと解されている¹³⁵。加入すべき保険の具体的な内容の定めは、州ごとにまちまちである。保険やそれに代わる債権者保護のための規制を有しない州・法域は、ある統計によるとLLP法採用49の法域のうち36に上るといえる¹³⁶、州によってはLLPの法によってではなく、ある種の職業を営む上で付保が必要とされている場合もある。

たとえばデラウェア州では、LLPはパートナーシップまたはパートナーに対する判決の満足のために、100万ドルの保険に加入するか、または100万ドルの現金を特別に分別保管しなければならない。付保義務・財産分別義務に従ったことの立証責任は責任制限を主張する側にある¹³⁷。

カリフォルニア州においても、やはり保険または財産の分別保管が要求される。金額は、10万ドルに免許を受けた・当該LLPに専門職業サービスを提供する者の数を乗じた額であるが、ただし、会計事務所では500万ドルを上限とし、法律事務所では750万ドルを上限とし、さらに細則がある¹³⁸。

責任保険には通常、被保険者負担分 (deductible retention) があるが、そこまで規制す

例えば、Del. Code Ann. tit.6, §1515(b).

¹³⁴ BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 126, at § 4.04(d) によると、本文3.7の分類でいうと、equity solvency test のみを課するのがノースダコタ州、balance sheet solvency test のみを課す (RULPAモデル) のがコロラド州とオレゴン州、両方を課す (RMBCAモデル) のがカリフォルニア州である。ミネソタ州LLP法にはかつて分配規制が存在したが、97年に廃止された。ここに挙げた州以外は分配規制を持たない。

¹³⁵ BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 126, at § 2.06(b). 付保すべき保険金額をこの場合の責任額の上限とすることを定める州法もある。Alaska Stat. §32.05.416(e); Okla. Stat. tit. 54, §1-309(g).

¹³⁶ Hester, *supra* note 127, at 21 の分類 (1998年1月1日現在) に基づく。BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 126, at § 2.06 によると、州LLP法で保険等を要求するのが12州、州の professional corporation に関する同様の規定を及ぼすものがほかに3、4州ほどである。主要州では、ニューヨークやテキサスは付保等を要求しないが、マサチューセッツおよび本文で述べるカリフォルニア、デラウェアは付保等を必要とする。

¹³⁷ Del. Code Ann., tit.6, §1546.

¹³⁸ Cal. Corp. Code §15052.

る州法は稀である¹³⁹。

5 アメリカ会社法における州際競争

以上のアメリカ法の概要から、日本が何を学ぶことができるか、については諸説があり得よう。次節で、日本の法人法・団体法についての筆者の暫定的な見通しを述べるが、それに先立って、アメリカ法を参照すること自体に懐疑的な見解（少なくないものと想像される）について、ここで検討しておく。

5.1 「下へ向かっての競争」？

アメリカの会社法の歩みを「下へ向かっての競争」（race for/to the bottom）として批判的に捉える見解はアメリカ本国にも存在するが、わが国ではそのような見解のみが過大に紹介されてきたうらみがある¹⁴⁰。各州が会社法規制を緩和することによって自州での会社設立を呼び込み、設立特許料収入を伸ばすことを目指したこと、この州際競争により19世紀末以降州会社法の緩和が進んだこと、なかでもデラウェア州がこの点において熱心であること¹⁴¹、の諸点については、誰も否定しない。問題は、会社法規制の緩和イコール会社法の改悪、と考えるよいかである。

¹³⁹ Hester, *supra* note 127, at §4.2.

¹⁴⁰ 田中誠二・会社法学の第二の新傾向とその批判（1990年 千倉書房）の第5章（61頁以下）、特に81頁以下、101頁以下、112頁以下、中東正文「アメリカにおける締め出し合併とテイクオーバー（1）」名古屋大学法政論集137号69頁以下（1991年）の94頁以下、同「（3）」139号483頁以下（1992年）の493頁以下。

この問題に対してよりバランスのとれた叙述を行っていると思われるものは、以下の二つである。仮屋広郷「アメリカ会社法学に見る経済学的思考」一橋大学研究年報 法学研究30号121頁以下（1997年）の132頁以下、144頁以下、161頁註64。徐治文「『法と経済学』の会社法理論（1）」法政研究（九州大学）64巻2号325頁以下（1997年）の347頁以下。

なお、race to the bottom の立場から19世紀末以降のアメリカの州会社法の緩和現象を具体的に追ったものとして、参照、久保田安彦「初期アメリカ会社法上の株主の権利（二・完）」早稲田法学74巻4号（第2分冊）449頁以下（1999年）。

¹⁴¹ 設立特許料収入が州の財政収入全体に占める割合は、ほとんどの州で1%を下回り、1990年でこの数字が5%を超えるのはデラウェア以外にはルイジアナ州（6.3%）のみであるが、デラウェアは1990年でこの比率が17.7%にも達する。なお、この数字は1970年には22.5%、1980年には12.9%であった。ROBERTA ROMANO, *THE GENIUS OF AMERICAN CORPORATE LAW*, (AEI Press 1993), at 10.

州際競争が州会社法を全体として悪化させたとの主張は、1974年の Cary 論文¹⁴²に始まる。この論旨は、当時ある程度の会社法学者に共有されたようである。しかしながら、早くも1977年には Winter による反論¹⁴³がなされている。もし、デラウェアを初めとする規制緩和が株主の犠牲を意味するのであれば、株主はデラウェア州での会社設立や既存会社のデラウェアへの設立替えに賛成しないはずである、州際競争はよりよい会社を求めての競争である、と(この見解は *race to the top* と呼ばれる)。1993年には Romano によるこのテーマに関する包括的なモノグラフ¹⁴⁴が現われた。設立州の変更を発表した企業の株価の推移をイベント・スタディと呼ばれる統計的手法により分析し、両仮説を検証した上で、Romano は Winter を支持し、州際競争による会社法の規制緩和を(反テイクオーバー州法を除いては)¹⁴⁵肯定的に評価している。

筆者が1998年に複数の米国の会社法研究者にこの問題について尋ねたところ、Romano の所説はやや極端であり、州際競争が生んだ規制緩和の中には望ましくないものがあった可能性があるが、全体としては州際競争がもたらした規制緩和はアメリカ会社法にとって害よりも益が大きかった、というニュアンスが共有されていた¹⁴⁶。もちろん、学

¹⁴² William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, 88 YALE L. J. 663 (1974).

¹⁴³ Ralph K. Winter, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 6 J. LEGAL STUD. 251 (1977).

¹⁴⁴ ROMANO, *supra* note 141.

¹⁴⁵ 敵対的買収を困難にし経営者の地位を安全にするいわゆる反テイクオーバー州法については、Romano らは例外的に下へ向かっての競争と評価している。ROMANO, *supra* note 141, at 52. この場合には防衛措置を取るにあたって株主の同意を要しない州法が経営者から好まれたのであるから、この論点においてのみ Romano らが異なった見解を持つことは論理矛盾にはあたらない。

なお、一般論として、日本の会社法研究者の間には、経済学の発想や手法を法的思考に応用するアメリカの研究者を「法と経済学」「シカゴ学派」とひとくくりにする傾向が見られるが、そのような紹介は学界の実態を反映しておらずミスリーディングである。少なくとも有力な会社法研究者のほとんど全員がなんらかの意味において経済学の発想や手法を用いているし、学説対立は経済学が是か非か、についてではなく、どのように(どの程度)経済学を応用すべきであるのか、にあるというほうが、実際の姿に近い。

¹⁴⁶ Cary と Winter の論争は、会社経営者による設立州の選択に対して市場メカニズムを通じた制約が機能しているか否か、の事実認識の違いに基づく側面があるが、実は州際競争により利益が最大化される利益主体は経営者でも株主でもなく弁護士であるのかもしれない。デラウェア州の会社法改正はデラウェア州の法曹の利益の最大化のためになされていることを詳細な事実の紹介とともに主張するものとして、Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Toward an Interest Group Theory of Delaware Corporate Law*, 65 TEXAS L. REV. 469 (1987). もちろん、その結果判例が蓄積し法的な予測可能性が高まっていると

問上の正しさは多数決により定まるものではないし、またアメリカにおいては会社法の緩和が好ましいとしても日本においては前提条件が異なり、同様の緩和が日本においては好ましいとはいえない可能性もある（私見では、この可能性は小さくない）¹⁴⁷。しかし、アメリカ会社法は規制が緩やかであるゆえに日本にとっては反面教師である、という見解があるとすれば、それが誤りであることはいうを俟たない¹⁴⁸。

5.2 閉鎖会社に関して

以上に概観した会社法の州際競争の議論は、90年代には小規模・閉鎖企業の文脈にも及ぶことになる。1991年11月にセント・ルイスのワシントン大学ロースクールが主催したシンポジウムにおいて¹⁴⁹、閉鎖企業の法における州際競争には、大会社のそれとは

いう側面も見られるので、デラウェア州法曹の利益の最大化が全体の利益を害しているかどうかは、また別個の考察を必要とする。

主として公開会社を念頭に置いた会社法の州際競争については、註53の引用文献のほか HAMILTON, *supra* note 26, at 175-206; CARY & EISENBERG, *supra* note 28, at 125-132 をも参照。

¹⁴⁷ つまり、公開会社の株主が市場での株式の売買を通じて経営者の行動に対して意思表示をしており、経営者の行動はこの意味において制約されている、という Winter, Romano らの議論の前提が事実としてどの程度アメリカにおいて妥当しており、日本においてはどうか、が、ここでの議論の決め手となるはずである。註172参照。

¹⁴⁸ アメリカ会社法は規制が緩やかである（ゆえに、反面教師でしかない）とする風潮に疑問なしとしない。アメリカでは、株主代表訴訟が経営者に対してときには過酷とも思える責任を負わせる。いわゆるトランス・ユニオン事件を参照。Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 858 (Del. 1985)。筆者は、日本やヨーロッパ大陸の会社法はいたずらに窮屈であるが、利害関係人の実効的な救済という点ではむしろアメリカ法に劣るのではないかと疑っている。

¹⁴⁹ その模様は、Washington University Law Quarterly の70巻2号（1992年夏）に収められた。基調報告は Ayres が行い、コメンテーターは Miller と Romano であった。See Ayres, *supra* note 58; Geoffrey P. Miller, *The Economic Efficiency of Close Corporation Law: A Comment*, 70 WASH. U. L. Q. 399 (1992); Roberta Romano, *State Competition for Close Corporation Charters: A Commentary*, 70 WASH. U. L. Q. 409 (1992)。

Ayres の報告は、判例法の展開による法の改良と立法（法改正）による法の改良とを排他的に捉えて対比し、いずれが閉鎖会社法にとってベターであるかを論じたものであったが、Miller と Romano は Ayres の独創的な問題設定を高く評価しながらも、判例法と制定法との相互干渉が一時的には両者を排他的なものに見せるとしても、長期的展望においては両者があいまって一つのプロセスを形成している、との立場から、閉鎖会社の法においてもこの相互作用により法が改良されてきている、という解釈を各々示した。シンポジウムを経て Ayres は Miller, Romano に大筋で同意するに至った（しかし、討論の過程を示すた

いくつかの点で事情が異なることが指摘された。すなわち、実際に営業を行う州以外の州を設立州とすることは多くの小規模会社にとっては大きすぎる負担増になること、法の供給者である州にとってもこれらの会社から得られる設立特許料収入は小さいため競争のインセンティブが小さいこと、大会社の場合と比べて《法》の内容決定における裁判所の裁量が大きく（制定法の比重が小さく）《制定法の競争》が成立しにくいこと、などである。実際、閉鎖会社の法に関しては（公開）会社法ほどの州際競争は見られなかった。

ところが、その頃進行しつつあったLLC立法やLLP立法の更なる展開は、やがてこの問題の再考を迫ることになる。確かに、中小企業がその活動を行う州以外の州法に基づき設立を行うことは実際にはほとんどなく、またそのようなことを行うことは多くの場合にはそこから得られる利益よりも費用のほうが大きい¹⁵⁰。しかし、各州が争ってLLCやLLPの法を制定した背景に中小ビジネスの奪い合いがあったことは各種立法資料から明らかであり、ここでの争いは設立特許料をめぐる争いではなく、むしろ自州に中小ビジネスを呼び込む、あるいは少なくとも他州への中小ビジネスの流出を防ぐ、という競争であったと考えられる。

Washington University Law Quarterly の73巻2号（1995年夏）では、LLCをめぐるいくつかの論点がテーマとして取り上げられた¹⁵¹。Ribstein や Macey は、会社法における州際競争とは多くの点で異なるが、閉鎖企業の法に関してもかなりの程度の州際競争が存在することを前提として、その競争は法を改善するものか改悪するものか、を論じた。両者はともに最終的な結論は実証研究に依存している、との点で共通しつつ、前者はより州際競争の帰結について楽観的であり、後者はいくぶん慎重な言い回しをしている。

めに、公表された論文は報告時のものをおおむね維持した。Ayres, *supra*, at footnote *)。このことを踏まえて3人の論者のコンセンサスを要約すると、本文のようになる。

本稿との関係では、公開会社の法における州際競争の議論とここでの閉鎖企業の法における州際競争との議論の共通点と相違点を巧みな図式化とともに示した Miller, *supra*, at 406-408 が示唆的である。

¹⁵⁰ Ayres, *supra* note 149, at 374-378. で他州での設立の利益が小さく費用が大きいことがそれぞれ分析されている。団体内部の法律関係は設立州法によって定まる（internal affairs rule, 註33）、とするのがアメリカの属人法に関する州際私法の大原則であるが、実際には他州で設立された会社に対しても自州で活動を行う限り自州の法原則の一部を連結させる会社法規定がいくつか見られ（Cal. Corp. Code § 2115 [West 1990]; N. Y. Bus. Corp. Law § 1317 [McKinney 1986] など）、実際にビジネスを行う州以外での設立のコストをますます大きくしている。Ibid., at 376.

¹⁵¹ このときは前回のようなシンポジウムは開催されず、各著者はそれぞれのテーマにつき同誌に寄稿した。ここで取り上げるのは次の二論文である。Larry E. Ribstein, *Statutory Forms for Closely Held Firms: Theories and Evidence from LLCs*, 73 WASH. U. L. Q. 369 (1995); Jonathan R. Macey, *The Limited Liability Company: Lessons for Corporate Law*, 73 WASH. U. L. Q. 433 (1995). なお註80参照。

90年代後半には、LLCやLLPを特集したシンポジウムやロー・レビューの特集号が相次ぎ¹⁵²、学界の流行と化した感がある。97年にBrattonとMcCaheryが発表した論文は¹⁵³、LLC立法の発展をいかに評価すべきか、について次のように述べる。第一に、経済理論では有限責任を支持する理論とこれに反対する理論（註159の分割責任説）のいずれも基礎付けることはできない。第二に、LLC立法をめぐる州際競争についてはrace to the top/ bottomのいずれの説明も合理的ではない。そもそも、公開会社の場合の州際競争のように、具体的な利益（ここでは、税収）を各州が奪い合うのと同様な「競争」がLLCに関して存在したか否かも明らかではない。90年代のLLC法の発展は、弁護士や中小企業主という利益団体の希望に対する立法者の反応のすばやさを示すという説明が最も合理的であるが、その説明自体は、LLC法の発展や有限責任の拡大が経済合理的なものか否かについては中立的である。

これでは何も言っていないのではないか、と思われる読者も多いであろう。しかし、安易な経済学への依拠から距離を置いた合理的な姿勢と評することはできないだろうか。「法と経済学」に批判的な法学者の多くが、実は経済学以外のモットー¹⁵⁴や枠組み¹⁵⁵に安易に依拠していることを思えば、Brattonらの経済学への対峙の様は健全なもののように思われる。

6 検討・日本法への示唆

前節により、わが国がアメリカから学ぶべきものが決して少なくないことが示されたと考える。本節では、日本の法人・団体の立法において今後問題となるもののうち、筆者が最も根本的な問題と考えるものについて、簡単に見通しを述べることにしたい。ここで取り上げる問題は網羅的なものではないし、ここで述べる筆者の見解は暫定的なものにすぎ

¹⁵² 58-SPG LAW & COMTEMP. PROBS. (1995)の特集、66 U. COLO. L. REV. (1995) の“LLCs, LLPs and the Evolving Corporate Form”, 54-2 WASH. & LEE L. REV. (Spring 1997) の“Symposium on the Future of the Unincorporated Firm” を参照。

¹⁵³ William W. Bratton & Joseph A. McCahery, *An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of the Firm and Regulatory Competition*, 54 WASH. & LEE L. REV. 629 (1997). 法律問題のほとんどは費用と便益を比較して結論を出そうとしてもそれらを測定することができず、また経済モデルによる立論は仮説の域を出ない場合が多いので、結局、論点ごとに「拳証責任」を配分することによってしか仮説と仮説の争いに決着を付けることができない、とする。

¹⁵⁴ 「経済学の前提とする人間観は非現実的である」という批判は、経済学への無理解に基づくことが多い。

¹⁵⁵ 経済学は文化や人間の本性を無視したものである、という批判がなされるとき、「文化」や「人間の本性」の概念に具体的な内容が伴っていないことが多い。

ない。しかし、筆者が何のために比較法研究を行ったかを明らかにすることにより、方法論をめぐるディベートにも、本稿が寄与できるのではないかと考える。

6.1 有限責任 ¹⁵⁶

まず(1)(2)で立法論(制度論)を、続いて(3)で解釈論を述べる。

(1) 団体構成員が団体債権者に対して負う責任を論じるとき、「有限責任」対「無限責任」、という問題設定は単純化が過ぎる。同じ有限責任であっても合資会社の有限責任社員が会社債権者に対して負う直接責任(商法157条)と株式会社の株主が会社に対して負う出資責任(200条1項)とを同列に論じてよいのかが問題となる。また、同じ無限責任であっても組合員の負う分割債務(民法675条参照)と合名会社の社員の連帯責任(商法80条1項)、組合員の併存的責任と合名会社社員の補充的責任(商法80条)とを区別して論じるべきではないか。これらの違いは以下に検討する費用便益分析に影響を及ぼす要素であり、特に分割債務と連帯債務との差異は、構成員が仲間を監視するインセンティブと費用に決定的な影響を及ぼすため(註159参照)、本来であれば分けて論じるべきである。

しかし、本稿ではそこまで立ち入ることは断念し、あえておおまかな有限責任と無限責任の対比を検討するにとどめる。

まず、団体の構成員の側が有限責任を必要とする事情についてみてみよう。持分を市場で公開している株式会社の場合には、株式の発行を通じた資金調達や株式の流通市場の形成にとって株主の有限責任がほとんど必要不可欠な条件であろう¹⁵⁷。また、現在の大規模化した法律事務所や会計事務所にあつては、アメリカの複数の都市に支店を有し、数百人のパートナーを擁することが珍しくない。このような状況において《無限責任制度は他の

¹⁵⁶ 有限責任を論じたものとして、参照、星野・前掲註7、江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座2』76頁(1985年)、吉原和志「株主有限責任の原則」法学教室194号14頁(1996年)、道垣内・前掲註1。

¹⁵⁷ もっとも、有限責任は流動的な証券市場の形成にとって不可欠ではないとする実証研究もある。アメリカン・エクスプレス社は1850年にニューヨーク州の unlimited liability joint stock association として設立され、1965年に有限責任の株式会社に組織替えするまで株主は会社債権者に対して無限責任を負った。しかし、同社の株式は115年間のほとんどの時期を通じて証券取引所で取引された。同社の株式の取引を分析したところから、無限責任による株式保有の集中や流動性の減少、価格への悪影響は見られないこと、無限責任を理由とする株価のディスカウントは仮に存在するとしても非常に小さいことが示されている。See Peter Z. Grossman, *The Market for Shares of Companies with Unlimited Liability: The Case of American Express*, 24 J. LEGAL STUD. 63 (1995). 本文の記述は従来の通説に基づいたものであり、今後この点についてもさらに研究を進めていく必要がある。

パートナーの行為を監視するインセンティブをパートナーに与える」という議論は説得力を失っている¹⁵⁸。このような状況においては、professional corporation や LLP などの法形態により構成員に有限責任を認めることには合理性が認められやすい。

これに対して、LLC が主として念頭に置いている小規模なビジネスにおいては、企業の債権者の犠牲において構成員の有限責任を認めることの必然性は、いささか小さいといえる。

次に、債権者側の事情を見てみよう。契約債権者は有限責任から生じる帰結を念頭において行動し自衛することができる（利率を上げる、担保を取る、取引を行わない、など）。これらの債権者との関係では、有限責任制度による債権者から債務者への富の移転は、事前の交渉において考慮され得たことがらであり、言い換えれば有限責任は契約当事者間の期待・バランスを事後的に債権者の不利益に変更するものではない。問題が残るのは、事前交渉の余地のない不法行為債権者との関係についてである。たとえ構成員の無限責任が定められた団体においても、実際には団体も全ての構成員も無資力であり、結果として債権者が救済を受けられないことは十分にあり得る。したがって、債権者がしかるべき保護を受けられないのは有限責任の帰結であるとは限らないのであって、有限責任ばかりを問題視することは妥当でない。また、団体に有限責任を認める場合には法律で団体の責任財産の減少を予防するなんらかの措置が取られていることが多く、有限責任の合理性/不当性は法律による債権者保護の内容にも依存するといえる。

(2) 有限責任の問題は二つに分けて論じることができるように思われる。一つは、有限責任がもたらす過大なリスク・テーキングの問題であり、経済効率性に関わる問題である。いま一つは、被害者（不法行為債権者）の救済¹⁵⁹という正義・衡平に関わる問題である。後者については、どのような団体の構成員に有限責任の恩典を与えるべきか、という

¹⁵⁸ Rosencrantz, *supra* note 122, at 380-382.

¹⁵⁹ 不法行為責任の爆発以降のアメリカにおいては、一方では本文で述べたように無限責任のもたらす過酷な結果が問題視されたが、他方では大規模不法行為において会社の株主などが有限責任の恩典を受けることを疑問視する見解も強く、一定の場合には有限責任を認めるべきでないという有力な主張も見られた。Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 YALE L.J. 1879 (1991); David W. Leebron, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, 91 COLUM. L. REV. 1565 (1991). これらの主張の要点は、パートナーシップ法のように団体の債務につき構成員に連帯責任を負わせるのではなく、分割責任のみを負わせるというルールが、団体のリスク・テーキングを社会全体から見て適正水準に近づける、という点にある。

これらの見解に依拠しながら、有限責任の拡張に対して批判的な見地からの LLC 立法批判として、Rachel Maizes, Note, *Limited Liability Companies: A Critique*, 70 ST. JOHN'S L. REV. 575 (1996) があるが、少数派に属するようである。

問題は学問的な議論を尽くせば客観的な正解に到達できるというものではなく、立法政策の問題と言わざるを得ない。そして、この問題は独立した問題としてではなく、公的な企業活動の監視のあり方や保険制度の設計などとセットとして論じられる必要がある。

前者の効率性に関わる問題は、次のように論じることができる。構成員や経営者が負う責任をどのようなものと定めれば、企業のリスク・テakingが適正な水準、すなわち社会全体の効用を最大化することになるか、がここでの問題である。社会全体にとっては、リスク中立的な経営（投資決定）がなされることが富の最大化につながり、望ましい¹⁶⁰。多くの人間がリスク回避的な選好を持つならば、無限責任は過小なリスク・テakingをもたらす。他方、有限責任制度は団体構成員に団体の債権者の犠牲のもとにギャンブルを行うインセンティブを与えることになり、結果として社会全体から見た適正水準よりも大きなリスク・テakingを誘う。経済合理性という観点からは、有限責任と無限責任のいずれがベターであるかは状況次第ということになる。

結論として、LLC法が想定する小規模ビジネスについてメンバーの有限責任を認める立法には、経営者（あるいは実際に行動したメンバー）の責任や「法人格否認」¹⁶¹（有限責任の例外としてメンバーの個人責任を認めること）の謙抑的な活用¹⁶²によって過大なり

¹⁶⁰ たとえば 近い将来に50%の確率で100万円となり、50%の確率で60万円となるプロジェクトの価値を80万円、10%の確率で900万円となり、90%の確率で0となるプロジェクトの価値を90万円、と考えると両者を比較するのは、リスク中立的な投資決定の一例である。同じ理屈で、10%の確率で700万円となり、90%の確率で0となるプロジェクトは70万円と評価されることになる。

と の間の選択が問題となる時、多くの場合に経営者は ではなく を選択するであろう（リスク回避的な投資決定）。しかし、企業の資本構成の多くを借入が占めるときには、 と の間の選択が問題となる場合に企業の所有者（equityholder）は を選ぶであろう。債権者の犠牲において、所有者は利得を得られるからである。

本稿で経済効率性の問題、あるいは社会全体の効用の最大化、と呼んでいるものは、上述の例において よりも が、 よりも が選択されることを意味している。

¹⁶¹ 有限責任制度が企業の過大リスク・テakingを促し、法人格否認の法理にこれを矯正する機能があることを「法と経済学」の立場から示したのが、RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (Little, Brown 1972), at 178 であった。その理論の発展形として、Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. CHI. L. REV. 89 (1985) がある。

もちろん、法人格否認の法理は本文で論じたような過剰なリスク・テakingへの対処として用いられる以外の使われ方もあり、むしろそのほうが実際のアメリカの判決例の中には多い。アメリカの判決例に見る法人格否認の法理を内容別に整理・分類したものとして、参照、Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 CORNELL L. REV. 1036 (1991).

¹⁶² リスク・テakingが過大であったか否かの判断は、当然のことながら結果に着目してではなく、行

スク・テッキングをある程度抑制できるのであれば、十分な合理性が認められるといえよう。

翻って日本の現行法に目を向けると、有限会社と株式会社が閉鎖企業の構成員にも有限責任を認めている。先に述べたところは、これらの企業形態にもおおむね妥当すると考えられる。比較法的にいえば、日本においては逆に株式会社や有限会社における債権者保護が強すぎるのではないか、は一考に値する問いである¹⁶³。今後、新たな法人・団体の法が制定されるときに、有限責任の問題がどのように扱われるのかは興味深い論点である¹⁶⁴。

為時の事情をもとに判断されなければならない。仮に過大なリスク・テッキングが認められた場合の法的処置であるが、構成員全体の責任を問う必要は小さく、行為者のみの責任を問うことで十分な場合が多いのではないかと考えられる。株式会社の取締役に関する商法266条ノ3のような規定があれば、その活用によって、ほとんどの場合には、法人格否認の法理によらず問題を適切に処理できよう。同条に相当する規定を持たない団体についても、同条に関する判例の蓄積は参考になる。

¹⁶³ この問題については、吉原・前掲註106「(1)」102巻3号423頁以下、「(2)」5号881頁以下を参照。

ULLCAが比較的厳格な資本維持規制を置いたことに対して(3.7参照)、硬直的であり、しかもそれによって得られるものはfraudulent conveyanceの法理(わが国の詐害行為取消権〔民法424条〕に相当する)による救済と大差ない、として批判する見解もある。Ribstein, *supra* note 80 [A Critique], at 354. また多くの州LLP法がなんらの債権者保護も行っていない(4.3(2))。Ribsteinは合併事業のような契約による組織をも含めて、有限責任の恩典を及ぼす(しかも資本維持や責任保険の加入などの手当てを置くことなく)ことを主唱するが(Larry E. Ribstein, *Limited Liability Unlimited*, 24 DELAWARE J. CORP. LAW 407 [1999])、現時点ではかなりの極論に属するといえよう。

Ribsteinの有限責任の拡張論に対して批判的なHamiltonとRibsteinとの間の電子メールの往復がそのまま論文となっている。Robert W. Hamilton & Larry E. Ribstein, *Limited Liability and the Real World*, 54 WASH. & LEE L. REV. 687 (1997). そこでは、両者の経済学的思考方法に対する温度差がひいては両者の現実の世界の理解の差異に由来することが浮き彫りにされており、興味深い。

¹⁶⁴ 道垣内・前掲註1は、団体構成員に有限責任を認めることのできる場合につき、最近のプロジェクト・ファイナンスや資産担保証券・リースを例に挙げて、従来考えられてきた基準よりも広い範囲で有限責任の成立を認めようとする。山田・前掲註1の267頁は「有限責任組合」を提唱するにおいて、資本維持規制を特段設けていない。

現行法に目を転じると、日本では株式会社や有限会社には比較的厳格な資本維持規制が課されている(商法290条、有限会社法46条)。合資会社には配当規制そのものはないが、利益がないのに有限責任社員が受けた配当額については、会社債権者に対して責任が生じる(商法157条2項)。投資事業組合法10条は簡単な配当規制を置いている。アメリカについては、註108、134参照。

ドイツでは、合資会社の有限責任社員につき簡単な配当規制が置かれている(商法典169条1項)。

(3) 関連して、法が構成員の有限責任を認めていない場合(特定非営利活動法人や権利能力なき社団など)に解釈によってこれが認められる場合があるかどうか、という問題がある。一般理論として《法人(あるいは、社団)の構成員は有限責任である》、とはもちろんいえない¹⁶⁵。本稿は、ある法形式の団体において構成員に有限責任を認めるべきか否かは、仮にそれを認めるときの債権者保護のあり方とともに、立法政策の問題である、という立場を取る。この立場からは本来は有限責任は明文規定を要する、と言いたいところである。しかし、現在の公益法人・中間法人の法の多くは有限責任の規定を置いていない。このことが、政策判断に基づいたものであるとは考えにくい¹⁶⁶。

現状を前提とした解釈論として、団体の種類ごとに事実認定の基礎に基づいた慣習法(法例2条)があれば¹⁶⁷、明文規定なしに構成員の有限責任が認められる、と解すべきであろう。

有限会社においてはより厳格な配当規制がなされ(有限会社法29条から32条)、株式会社においてはさらに厳格な資本規制がなされている(株式法150条)。公衆に向けて合資会社の有限責任社員持分を販売する場合に用いられる有限合資会社(KGaA)は株式会社の亜種と考えられており、株式会社に関する株式法の規定が準用され(株式法278条3項、ただし286条参照)、厳格な資本規制も準用の対象と解される(JOHANNES SEMLER, §279 Anm162 in: Ernst Geßler/ Wolfgang Hefermehl/ Ulrich Eckardt/ Bruno Kropff et al., Aktiengesetz: Kommentar, Band V [Franz Vahlen 1986])。

配当規制の前提となる会計規制にも注意する必要がある。ドイツでは、会計帳簿に関する規定が小規模の会社についても整備され(商法典238条以下)、株式会社・株式合資会社・有限会社にはさらに規模に応じた貸借対照表の作成に関する規制がなされている(商法典264条以下、266条・267条参照)。¹⁶⁵ たえば、合名会社の社員が無限責任を負うこと(商法80条)が反証となる。これに対して、合名会社は実質は組合であり社団ではないから、議論に矛盾はない、との反論が予想される。しかし、この議論は結論を先取りしているにすぎず、典型的な循環論法に陥っている。次註参照。

¹⁶⁶ 最高裁は、かつて権利能力なき社団につき、社団財産のみが社団の債務の引き当てとなり、構成員各自は個人責任を負わない旨を判示している。最判昭和四八年一〇月九日民集二七卷一一二九頁。後述のとおり本稿は権利能力なき社団の概念について批判的であるが、同時にこのような結論が妥当と考えられる状況が存在するであろうとも想像する。アメリカ法において、unincorporated nonprofit associationのメンバーの個人責任について判例・立法が分かれていることも、筆者がこの問題につき結論を留保したい理由の一つである。参照、GREGORY & HURST, *supra* note 11, at 695-698.

¹⁶⁷ この本文の言い回しは、《権利能力のない社団=構成員の有限責任》という議論を排除する趣旨である。同旨、「〔権利能力なき社団の構成員の責任を有限とすべきか否かは、〕団体に対する債権者・団体構成員・構成員に対する債権者の通常の期待と、それを妥当とすべきか否か、という観点から判断されるべきである。」「すべての権利能力なき社団について有限責任を認めることは、疑問である。」星野・前掲註7の294頁、296頁。また、慣習法について、参照、星野・同300頁。

6.2 「契約自由」対「定型強制」 任意法規化(enabling approach)の是非

まず、(1)(2)で営利団体についてその内部関係に契約自由がどこまで妥当するか、について検討し、非営利団体については(3)で論じる。

(1) 最近のアメリカの会社法学界では、なぜ会社法は強行法なのか、任意法規であるべきではないのか、が激しく争われている。大量の文献を紹介することは諦め¹⁶⁸、ここでは簡単に筆者の見通しを述べるにとどめたい。

まず、抽象論として、次のように考えられる。もし、利害当事者が自己の利害関係を十分に把握しているのであれば、団体内部における法律関係は当事者の交渉の結果としての自治に委ねるべきであり、法が強行規定で介入することは最小限にとどめるべきであろう¹⁶⁹。しかし他方で、契約当事者間に情報や交渉力の差が存在する場合には、契約の拘束力から当事者を解き放つことが衡平に適うこともある(契約からの自由)。そこでは、強行規定がかえって当事者の効用を高める可能性がある。つまり、「契約自由」「契約による自由」は任意法規(つまり、「法律からの自由」)を要請し、「契約からの自由」は強行法規(「法律による自由」)を要請する。ただし、後者の場合であっても、いかなる内容の強行規定が望ましいのか、という難問を同時に考えなければならない。

とりあえず閉鎖的な団体と公開性の大きな団体(たとえば合資会社の持分を有価証券化して公衆に販売する場合は、この類型に該当する)に分けて論じるのが適当であろう。前者の場合には、「契約からの自由」はこれまで民法で発達してきた契約法理論を応用することで達成できる場合が多いであろう。現実に存在する法人・団体にさまざまなものがあり、特に閉鎖的な団体において法で画一的な利害関係の規律を行うことには、コストが大

¹⁶⁸ さしあたり、次の文献とそこに紹介された文献を参照。黒沼悦郎「会社法の強行法規性」法学教室194号10頁(1996年)、藤田友敬・柳川範之「会社法の経済分析 基本的な視点と道具立て」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』所収1頁、30頁以下(1998年)、神田秀樹・藤田友敬「株式会社法の得失、多様性、変化」同書所収450頁以下、特に464頁註23。

ドイツにおいても同様の問題関心は高まっているようであり、たとえば1996年9月5・6日にボン大学で開催されたシンポジウムをまとめたものが出版されているが、本稿に取り入れることはできなかった。MARCUS LUTTER & HERBERT WIEDEMANN (Hrsg), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA, 11. ZGR-Symposium „25 Jahre ZGR“ (ZGR Sonderheft 13, Walter de Gruyter 1997).

¹⁶⁹ 一般的にいて、契約は、当事者がお互いに財・サービスを交換することにより、契約のない場合に比べて各々の効用を増す手段となる。契約自由の原則は、合意に拘束力を付与することによって、交換を通じた個人の自由の領域の拡大を保護している(契約による自由)。

きすぎる。結論として、硬い強行規定¹⁷⁰は害が多く益が少ない。

これに対して、公開性の大きな団体については、ある程度の強行規定が（少なくとも現時点では）正当化されやすい。株式を公開している株式会社を例にとって考えると、仮に株式の権利内容を完全に当事者の交渉に委ねれば、いわゆる集合行動問題¹⁷¹や情報の非対称性の問題¹⁷²によって、非効率な選択がなされる可能性がある。もしも証券市場が情報の伝達・評価や代替選択肢の提供などの点で十分に機能していれば、これらの問題から生じる非効率はかなり程度緩和されるが¹⁷³、日本の証券市場がそのような点で十分な機能を果たしていると考えられる者は少ないであろう。それゆえ、一般論としては、公開企業においては、ある程度の法規制は「法と経済学」の立場からも正当化され得る。

（２）次に、日本の現行法を見てみよう。合名会社・合資会社においては定款により内部関係に関する法規定を変更できる（商法６８条・１４７条）。アメリカにおけるパートナーシップやＬＰ・ＬＬＣなどについても同様である。他方、日本の株式会社に関する法規定は明らかに強行法規であり、しかも相当厳格である。ところが、日本の有限会社に関

¹⁷⁰（２）で後述する「柔らかい強行規定」と対置して、法の定める要件 効果からの一切の離脱を許さない規定、という意味で用いている。

¹⁷¹ 株主一人当たりの持ち分があまりに小さいため、ある株主の努力の成果はほかの株主に薄く広く行き渡ってしまう。つまり、株主がかけた費用が自らの保有する株式の価値の上昇によって回収される見込みは小さい。言い換えると、もし株式の分散の程度が小さければ株主から自発的になされるであろう経営の監視や経営改善の提案などが、株式の分散している企業においてはなされにくい。仮に株主間が非常に低いコストで互いにコミュニケーションをとることができれば、集合行動問題は緩和されるが、現在のところ、株主間コミュニケーションの費用は大変に高い。より厳密な議論を展開しているものとして、参照、藤田友敬「社債権者集会と多数決による社債の内容の変更」落合誠一ほか編『鴻常夫先生古稀記念 現代企業立法の軌跡と展望』２１７頁（１９９５年）。

¹⁷² 一般に株主は経営の専門家である経営者と比べて情報の収集力・解析力の両面において大きく劣り、それゆえに両者の交渉力には大きな差が生じることによって、情報の非対称性がない場合と比べて、交渉の結果が効率性において劣るものとなること。

¹⁷³ 市場の効率性がこの問題にとって重大であることを指摘するのが、黒沼・前掲註 168 の 13 頁である。仮に、市場が全体として情報の収集・分析をおおむね正しく行い株価に反映させていけば、投資家と経営者との間の契約の内容も株式の価格に反映されることになり、経営者が自己の利益を重んじるあまり投資家の利益をあまりに害する契約を投資家との間に結べば、経営者の資金調達は困難となるはずである。この資本市場の圧力が正しく機能していれば、経営者と投資家との間の契約の内容は、両者の利益の和を最大化させる内容に近づき、投資家の有する権利も株式の価格と釣り合ったものとなるという意味において投資家の利益は害されないはずである。

する法規定¹⁷⁴やアメリカの州会社法の規定は、形式的には強行法規であるが、法規定が明示的に定款自治の余地を大幅に認めており、実質的に見れば契約の自由を阻害する程度は小さい。

つまり、任意法規か強行法規か、といった二者択一的な問題設定ではなく、「強行法規性の程度」を観念することができる。そして、実定法の議論としては、強行法規の「程度」を問題にすることが有益である。

実定法学としての民法学・商法学において真に問われるべき問いは、「会社法（その他…）は任意規定でなければならないか」という時空を超えた理念的な問いではなく、あくまで現状を前提とした暫定的な解釈論・立法論として「現在利用可能な情報に基づいて、特定の法人（団体）に関してどの程度の強行法的規制を及ぼすことが、もっともであるか」であろう。そのような文脈において、筆者は一方では公開企業の法についても漸進的に強行法規性の緩和を進めていくこと（enabling approach）が妥当ではないかと考える¹⁷⁵。

また他方では、閉鎖企業において無制限に契約自由が妥当するわけではないことにも、注意する必要がある。RUPA 103条b項（2.3.2（3））や、ULLCA 103条b項（3.3（2））の契約自由に対する縛りは、当事者が法の要件・効果のある程度変更することを認めつつ、限度を超えた変更に対しては介入するという点を有し、これを「柔軟かい強行規定」と呼ぶことができよう。日本でも、組合員の組合からの脱退の自由を全面的に奪う特約を無効とした裁判例が見られる¹⁷⁶。

先ほど（1）で述べたところからは、合資会社が有限責任社員持分を公衆に向けて公募・販売したり、匿名組合が多数の公衆から出資を募る場合には、現行法は不十分なのではないか、という疑念が生じないでもない¹⁷⁷。もっとも、強行規定による契約自由への縛りは、

¹⁷⁴ 有限会社の内部関係に関する法規定には、強行規定と解されるものも少なくないが、議決権や利益配当に関して定款自治を認める規定も存在する（有限会社法39条・44条）。

¹⁷⁵ 参照、野田博「会社法規定の類型化における『enabling規定』の位置とその役割・問題点（上）」一橋論叢122巻1号1頁以下がこの問題を取り上げている。かつて筆者が別稿で「任意法規化」という用語を用いたのは、そのような緩やかな意味においてであったが、誤解を生ぜしめたことは否めない（野田6頁註10）。

¹⁷⁶ 最判平成11年2月23日（民集53巻2号193頁）。

¹⁷⁷ ドイツ法では、合名会社・合資会社・株式合資会社については内部関係は定款自治が明示的に認められ（それぞれ、商法典109条、163条、株式法278条2項）、株式会社においては株式法が明示的に許す場合以外は定款による法規定の変更は認められない（株式法23条5項）。有限会社においては株式会社よりも定款自治の範囲が広いとされる（GÖTZ HUECK, Gesellschaftsrecht 19 Aufl. §34 II 2 [Beck 1991]）。この限りにおいては、会社形態により形式的な区別が設けられているように見える。

しかし、判例法は、約款規制法（AGBG）23条1項が明示的に会社法の領域の契約を同法の適用除

弱小投資者を保護するための唯一の手段ではない。むしろ、消費者契約でいう契約締結過程に相当するような、投資契約上の権利の販売過程の規制が有効である場合も多いだろう。現行法でいえば、詐欺的会社の設立の防止を図るのであれば、出資法（出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律）¹⁷⁸や証券取引法¹⁷⁹の規制を充実させることでまかなえる場合もあるので、会社法・組織法の規律の強化を過度に強調すべきではないのかもしれない。

（３） 以上の議論は、公益法人についてはそのままの形では妥当しいと思われる。

これまで民法総則の法人規定や特別法（たとえば、宗教法人法、学校法人法、農業協同組合法）の内部関係に関する規定が任意規定であるか否かは論じられることは少なかった。おそらく、漠然と強行規定であると考えられてきたように思われる。

たとえば、公益法人が利害関係者に対して情報を提供する義務を負うような規定が置かれている場合には、その規定には公益の考慮が働いていると推測される場合が多いのではないだろうか。とりわけ宗教法人の場合には、内部者によるコントロールによって国家的コントロールを部分的に代替させることを立法者が意図した、と解釈することには、十分な合理性がある。

そして、法人法定主義（民法 33 条、あるいは「定型強制」¹⁸⁰）が大きな意味を有する

外としているにもかかわらず、1960年代半ば以降、民法典 242 条を根拠として実質的には A G B G を適用するのと同様の契約内容の統制を「公衆から出資を募る合資会社」（Publikums-KG）（通常は、いわゆる有限合資会社〔GmbH & Co KG〕、つまり有限会社の無限責任社員は有限会社のみから構成される）や「公衆から出資を募る民法典上の組合」（Publikum-GbR）に対しても及ぼしている。参照、ULMER, §23 Rdn. 28, in: Peter Ulmer/ Hans Erich Brandner/ Horst-Diether Hensen, AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 6 Aufl., (Heymanns 1990); HORN, §23 Rz 81-85, in: AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 3 Aufl., (Beck 1994). ある意味では、形式ではなく実質に着目した規制がなされていると評価できる。

¹⁷⁸ 昭和 29 年法律 195 号。昭和 20 年代末に、匿名組合であることを自ら標榜した保全経済会の倒産が同法制定のきっかけとなった。石井照久（鴻常夫 補訂）・商行為法上巻（1974 年 勁草書房）95 頁参照。

¹⁷⁹ アメリカでは、連邦・州の証券法が広い「有価証券」概念を採用しているために、消費者保護の基本法のように機能する。

¹⁸⁰ 「定型強制」については、奥田・前掲註 7 の 34 頁、42 頁以下、後藤元伸「団体法における団体類型論と法人法定主義（1） 権利能力なき社団を素材として」阪大法学 44 巻 1 号 85 頁（1994 年）111 頁、「同（3）」45 巻 2 号 313 頁（1995 年）335 頁、後藤元伸「団体設立の自由とその制約」ジュリスト 1126 号 60 頁（1998 年）を参照。

のはこのような領域においてであると考えられる。営利団体においては、法が用意する団体類型はデフォルト・ルール（任意規定）の一式であり、当事者は原則としてそれをカスタマイズして用いることができる、という「契約自由」の契機を強く認めることが合理的であり、原則としては、関係当事者の利益を超える公益を観念する必要は小さいように思われる。これに対して、公益法人においては、関係当事者間の法律関係（内部関係）の内容にも公益の要請に基づいて強行法規が介入することがより大きな説得力を持つ。あえて強く両者を対比すれば、営利団体に関してはいたずらに団体類型のメニューを増やすことよりも、不要な規制を廃して当事者の使い勝手を高めることが立法論における課題となるのに対して、公益法人は法の定型強制が妥当する領域であり、制定法によって十分な団体類型のメニューを用意することが必要とされることになる。本稿冒頭で紹介した、NPO法の制定や中間法人に関する包括立法に向けての動きは、このような文脈において理解することが可能である。

もっとも、この対比には明らかに誇張が含まれている。第一に、(2)で論じたように、営利団体であっても公開企業においては少なくとも当面の間は強行規定の役割が大きいとすれば、結局この領域においても制定法によってメニューを増やすことの必要性は否めない。第二に、公益法人の規模が大きくそれゆえメンバーによるコントロールが及びにくい場合には、公開企業に関する議論と同一の理由により強行法規を正当化できる（ここでは公開会社とは異なって持分を取引する市場が存在しないため、強行法規の根拠はより強い）。第三に、閉鎖的な営利団体に関しても(2)で述べたように柔らかな強行法規が正当化されると考えるならば、この点でも公益法人の法の強行法規性は営利団体のそれに比べて大きく異なっているものではない。ここでいう強行規定とは、法規定が前提とする公益を空洞化させることが禁じられるということである。強行規定のルールを具体化したり、団体の実情に応じて小さな修正を加えたり、とりわけ内部コントロールを強化する方向で修正するような取り決めについて、その効力を否定しなければならない理由は、非営利法人の文脈においても筆者には思い当たらない。

以上の点を留保した上で、上述の営利団体と公益法人のラフな対比を維持することができるのであれば、いわゆる中間法人（協同組合組織）はこの対比の図式においては営利団体と同様に扱うことになるだろう。

6.3 「権利能力なき社団」？

(1) ここで問題提起しておきたいのが、いわゆる権利能力なき社団（法人格のない社団）についてである。結論から言えば、ある論者が好ましくないとする方向、つまり「権利能力なき社団の法理を放棄し、問題となる事項ごとの個別的考察に終始する」ことこそが、妥当なアプローチであり、同じ論者の主張する「社団と組合を団体類型として措定し、

団体の序列化を行う」ことには反対したい¹⁸¹。

法人とは法人格を持つ団体であるとするならば、実はここで言う法人格（権利能力）の有無は恣意的に定められており、また法人格が機能的に意味するところは多様な法律効果の束である¹⁸²。学説・判例における権利能力なき社団の法理は、法人格の効果を部分的に法人格のない団体にも認めようとするものである。判例が結論を導く理由付けとしてこの概念はなかなか便利であり、その利用自体に反対する必要はない。しかし、権利能力なき社団を理論として体系化・精密化させることは、個々の法律問題に解決を与えることに寄与しないことは厳しく自覚されなければならない。個別の効果ごとにあるべき要件を組み立てる¹⁸³ことが本筋である。たとえば、その名において不動産登記を行うことができるか¹⁸⁴、訴訟当事者となることができるか¹⁸⁵、はそれぞれ不動産登記法、民事訴訟法（あるいは、行政事件訴訟法、地方自治法¹⁸⁶、等）の規定の解釈・立法問題として考えればよい。

（２） 「権利能力なき社団」の法理を取り得ない理由は以下のとおりである。

第一に、権利能力なき社団論が前提とする《組合と社団の対比》が、日本法においては成り立たないことである。二人の自然人がわずかな財産のみを持ち寄ってビジネスを始める、という、《社会学的》に見れば「社団」に分類しようのない団体であっても、所定の手続を行い登記を済ませれば合名会社となり得ること（商法 6 2 条以下、同 9 4 条 4 号参照）、また、株式会社は一人の株主のみによっても設立することができ、そのような会社は存続し続けることができる（一人会社）こと¹⁸⁷、の 2 点は、現行法が組合と社団を互い

¹⁸¹ 引用は、後藤・前掲註 180 の「（１）」 8 6 頁である。

¹⁸² ドイツの合名会社・合資会社は法人格を持たない（ただし、対外的関係においては法人的取扱いをする。谷川久・新版注釈会社法 1 第 2 章前注 1 8 7 頁〔1 9 8 5 年 有斐閣〕）。しかし、アメリカでは R U P A がジェネラル・パートナーシップに対しても法人格を認める（ただし、個別の法律効果について詳細な規定を置くことで対応している。2.3.2（４））。結局、法人たる実態を支えるはずの社団性などどこにも存在しないのである。法人格を個々の法律効果に分解してしまえば、実はそのうちのかなりのものがわが国の民法上の組合にも認められている。星野・前掲註 7 の 3 0 0 頁。

¹⁸³ 「要件は、効果の方から溯って考察されるべきである。」星野・前掲註 7 の 2 7 9 頁。その具体的な試みとして、2 8 1 頁以下。

¹⁸⁴ 最判昭和 4 7 年 6 月 2 日民集 2 6 卷 5 号 9 5 7 頁参照。

¹⁸⁵ 組合であることは訴訟能力を持たないことを必ずしも意味しない（最判昭和 3 7 年 1 2 月 1 8 日民集 1 6 卷 1 2 号 2 4 2 2 頁）。民事訴訟法 2 9 条の「社団」は人の集まり、「財団」は財産の集合体と解釈すべきである。

¹⁸⁶ 住民訴訟（地方自治法 2 4 2 条の 2 ）の原告適格につき、参照、福岡地判平成 1 0 年 3 月 3 1 日判例時報 1 6 6 9 号 4 0 頁。

¹⁸⁷ 平成 2 年の商法改正により、株式会社設立時に発起人は 7 人以上でなければならないという制約（旧

に排斥するものとはしていないことを明らかにする。立法当時の用語法もそうであったが¹⁸⁸、現行法を素直に読めば、「社団」の対語は「財団」であり、「組合」ではない。社団を「人の集まり」、と定義しておけば現行法は矛盾なく説明できる。ここでの「人」には法人も含まれるし、「集まり」は一人であっても構わない¹⁸⁹。これが現行法の唯一可能な解釈である。実務においては、大規模の株式会社が100%子会社を持つことが珍しくないが、一部の詐害的な利用を除けば、それらは社会的に見て有益な組織構築の方法であり、少なくとも有害とは言えない場合がほとんどである。一人会社は社団でないから認められない（認めるべきでない）、との主張がないではないが、ここで誤っているのは一人会社の存在ではなく、「社団」の理論である。

第二に、権利能力なき社団の法理と裏返しの関係にある法人格否認の法理のたどった運命の示唆がある。法人格否認の法理もまた当初は「法人格の濫用」あるいは「法人格の形骸化」という「要件」について議論されたが、現在では、ひとくちに法人格が否認されるといってもさまざまな場合があり、法律効果ごとに分けて法律要件を具体的に考察すべき（いわゆる類型化論）ことにつき学説の大半は合意している¹⁹⁰。裁判例は依然として「法人格の濫用」「法人格の形骸化」という用語を使い続けてはいるものの、判例の蓄積により次第に同種の事案における結論のブレが縮小し、各類型ごとの要件・効果が明らかにな

165条)は除去された。同年改正前より一人会社となることが株式会社の解散事由でないことは、株式会社の解散事由を定めた商法404条1号が明示的に94条4号を除いていることから明らかであった。有限会社においては、かつて社員が一人となることが解散事由とされていたが(有限会社法旧69条1項5号)、やはり平成2年の改正により同号は削除され、一人会社が許容されることとなった。

¹⁸⁸ 一般的には法律上の概念の解釈において立法者意思は決定的ではないと解するが、本文で述べた人の集まりとしての社団概念の理解は立法当時の用語法として珍しくなかったことを付け加えておく。参照、志田鉦太郎・日本商法論(三版)(巻の二上巻)(1901年)19頁以下、41頁、松田二郎・会社法概論(1968年)16頁、星野・前掲註7の255頁。また、参照、竹内昭夫・会社法講義(上)(1987年 有斐閣)26頁から39頁。

立法後の学説が次第に社団と組合の対比へと向かう過程については、参照、相本宏「法人論」星野英一編『民法講座 第1巻 民法総則』(1984年 有斐閣)131頁、山田誠一「団体、共同所有、および、共同債権関係」星野英一編『民法講座 別巻1』(1990年 有斐閣)285頁。

¹⁸⁹ 山田誠一・前掲註1の256頁の提唱する「単独所有組合」を参照。アメリカでは1人のメンバーのみによるLLCを許容する州が増えていることは3.4で前述した。

¹⁹⁰ その嚆矢は、森本滋「いわゆる会社法人格否認の法理の再検討(1~4)」法学論叢89巻3号以下(1971年)、江頭憲治郎「法人格否認の形成とその法構造(1~6)」法学協会雑誌89巻12号以下(1971~72年)である。後者は後に改定されて、江頭『会社法人格否認の法理』(1980年 東京大学出版会)としてまとめられている。

ってきたという点では、実質的に見れば学説のアプローチは判例によっても共有されているといえる。実際、具体的な効果を見捨て、法人格の濫用や形骸化の要件を論じることは空虚である。そして、権利能力なき社団論においても、具体的な効果を度外視して権利能力なき社団の成立要件を論じることについても同様である。

第三に、そもそも、判例・学説上権利能力なき社団として論じられているものは多種多様にわたる。建設会社の共同企業体（ジョイント・ベンチャー、JV）と学生寮と町内会を包含する法概念が要件・効果命題を展開する上で有用性に乏しいことは明らかである。権利能力なき社団の概念は所詮は比喩にすぎず、実定法学の任務が究極的には要件・効果命題の精緻化にあるとすれば、実社会に存在する多様な「権利能力なき社団」を類型化する努力こそが必要となっているのではないだろうか¹⁹¹。

（3） 以上を踏まえて、展望を示せば、以下のとおりである。

（民法上の）組合契約（民法667条）を諾成契約と考え、その内部関係の契約自治を広く承認すれば、法人法定主義から生じるとされる定型から外れた団体の処遇の問題は、民法上の組合を受け皿とすることで多くは解消する¹⁹²。アメリカ法においてジョイント・ベンチャーという概念が次第にパートナーシップへと収斂していくのと同様の過程を、いずれわが法における権利能力なき社団概念もたどることになろう（2.3.2（2））。外部関係についても、構成員の有限責任については、6.1で論じたとおりである。

¹⁹¹ たとえば、いわゆる町内会の実態の調査について名和田是彦教授の一連の研究（たとえば、後掲註193）はその一例である。

¹⁹² ただし、民法の組合に関する規定を形式的に適用することには慎重でなければならない（註36参照）。本来組合の内部関係に関する民法規定は任意規定にすぎず、異なる当事者の意思があればこれに優先すべきものである。

それならば、むしろ「権利能力なき社団」の概念を用いるべきではないか、との反論が予想される。もしそのほうが法律構成として受け入れられやすいのであれば、それで構わない。ただし、権利能力なき社団は「仮装理由」にすぎない。そこから有効な要件・効果命題が導かれるわけではないからである。「仮装理由」については、江頭・前掲註190の『会社法人格否認の法理』129頁を参照。

後藤・前掲註180のジュリスト63頁は、営利目的の団体については法人法定主義の制約上、権利能力なき社団を受け皿とすることはできないが、団体設立契約自体を無効とはせず民法上の組合を受け皿とする。ここまでは筆者は結論に賛成であるが、以降の後藤教授の議論のうち、営利目的でも公益目的でもない中間目的の団体においては株式会社を受け皿とすることを検討する部分は、それが立法論・解釈論・運用の提言のいずれの趣旨からなされたものか筆者には明らかではない。租税上の問題が大きくないところにおいては、まさにそれは実際に行われていることにほかならないし、またボランティアや芸術振興などの非営利団体においては租税上の問題（特に、団体への寄付の課税上の扱い）が肝要であるからこそ特別法の制定が強く望まれたのではなかったか。

地方自治法上、補助金を受ける団体の資格の問題として権利能力なき社団が問題となったことがある（東京地裁判決昭和62年10月28日¹⁹³）。目黒区の住区住民会議は地域住民全員を構成員とする団体である。同団体は区から補助金のほか、住区センターの管理運営費としての委託料を受け取っていたが、これが違法な公金の支出（同法242条1項）にあたるとしてその差止（242条の2第1項1号）を求める住民訴訟が提起された。同法244条の2第3項によれば、地方公共団体は、公の施設の管理を公共的団体に委託することができる。判決は「〔同項〕所定の公共的団体とは、公共的な活動を営む団体といえるものであれば足り、法人であると否とは問わないものと解すべきところ、本件各住区住民会議が……といった公共的な活動を行っていること、法人格のない社団またはそれに等しいと評価し得る団体であることは、前記……のとおりであるから、本件各住区住民会議は右公共的団体に該当」し、よって「本件各住区住民会議に対する本件公金の支出が違法である旨の原告らの主張は理由がな」と判示し、請求を棄却した。判決が「法人格のない社団またはそれに等しいと評価し得る団体」と述べているものは、ある程度の組織機構を備えた団体を意味すると解される。結局のところ、民商法にいう「法人格のない社団」であるか否かが「公共的団体」にあたるか否かの判断に無関係であることは、そもそも「法人格のない社団」概念が曖昧である上に判決が「それと等しいと評価し得る団体」と付け加えているところからも明らかである。そして、そのようにこの判決を理解するならば、判決の行った解釈作業は妥当な方向を示しているというべきである。つまり、地方自治法244条の2第3項にいう公共的団体の概念を正面から論じればよいのであり、「法人格のない社団」の概念はここでの問題の解決にとっては無益であり有害である¹⁹⁴。

また、企業共同体が相手方に負う債務の性格を団体の性質決定により定めようとする議論があるが¹⁹⁵、賛成できない。この問題は、商法511条1項（商事債務の連帯性）、黙

¹⁹³ 行裁例集38巻8号1585頁。同判決については、名和田是彦『コミュニティの法理論』（1998年 創文社）115頁以下を参照。

¹⁹⁴ 註51の本文参照。

¹⁹⁵ 栗田哲男「建設業における共同企業体の構成員の倒産」判例タイムズ543号4頁、25頁（1985年）は、建設会社2社により形成される共同企業体において1社が倒産した場合に残りの建設会社が工事の施工・完成の義務を負うことは、共同企業体を組合と解すれば説明できないとするが、この結論は共同企業体の存続を前提としなければ導けないものではない。裁判例は、「権利能力なき社団」概念に言及することもあるが、実質的には契約内容や当事者の期待などの諸事情を勘案して結論を導いていると解される。参照、最判昭和59年3月8日（金融法務事情1070号36頁）、大阪高判昭和59年9月28日（判例タイムズ544号140頁、金融・商事判例714号17頁）、東京地判平成9年2月27日（判例時報1648号151頁）、最判平成10年4月14日（民集52巻3号813頁）。

ただし、栗田論文が日本の建設業における共同企業体の実態を調査し分類したことの業績は高く評価さ

示の連帯保証の意思表示の存否、業界慣行 = 事実たる慣習（民法92条）の存否などにより事実即して決せられるべきである。

法人税法上の「人格のない社団等」（同法2条8号）についても、民商法上の解釈とは一応は独立して、租税制度の趣旨から決せられるべきものとする¹⁹⁶。

法人格はさまざまな法律効果の束である。しかし、「結社の自由」（憲法21条1項）とのかかわりで法人格付与のお墨付きを与えるという意味合いは小さくない。NPO法の制定過程はそのことを示している。この側面についても、いかなる団体に法人格を与えるかは、「社団」理論から演繹的に導かれるのではなく、端的にお墨付きを与えることの可否の政策判断によるべきである。

6.4 法人（団体）法理論の構想

今後は、これまで権利能力なき社団のもとに一括されてきたさまざまな団体を類型化する作業や、公益法人・中間法人の実態調査などを踏まえて、団体の内部関係・外部関係を無理なく処理できるような受け皿を解釈・立法によって用意していくことが法律学の課題となろう。

繰り返すと、「社団」と「組合」の対比は現行法体系において成り立ち得ない。実社会に存在する団体は《典型的な社団》と《典型的な組合》とを両端とする直線上に連続的に分布している、とはよく言われるところであるが、実はこのような一次的な認識は正確とは言い難い。ある団体の構成員数、団体財産の規模、内部の意思決定手続、外部の取引相手が有する構成員の責任に関する期待、などのもろもろのファクターはそれぞれにおいて「組合的」であったり「社団的」であったりし、さまざまな団体はそれぞれのファクターごとに座標軸を張った多次元空間の上に分布している。この多様な分布は、ある団体の「社団性」の強弱、に還元できるものでは到底ない（ベクトルをスカラーに還元できないように）。法的観点から団体を強引に分類するよりも、実在するさまざまな団体につき、それぞれのファクターがどのようなものであるのかを観察してから、それを基にいくつかのプロトタイプを構築すべきであろう（註195参照）。

公益法人・中間法人・NPOなどについては、これらの法人・団体の法のあり方を論じ

れるべきであるとする。

¹⁹⁶ 伊藤進「税法上の『人格のない社団』」法律論叢（明治大学法律研究所）41巻2 = 3号4頁、96頁は、「税法上、人格のない社団を法的主体として位置づけること、および、人格のない社団として扱われる団体の範囲の認定においては、民事訴訟法46条の規定の存在と、その形式において、あるいは実質において密接な関係をもつものであることも明らかになった」と述べるが、だからといって、統一的な「権利能力なき社団（法人格のない社団）」の概念が現行法体系において必要ないし有益な概念であることにはならない。

ることが法人・団体の一般理論とどのような関係に立つのか、という問題がある。法人(団体)論・総論において価値判断に属することは扱うべきではなく、要件・効果を機能的に比較・分析し、分析道具を整備すべきであろう。その上で、なぜそのような団体が必要なのか、そのような団体に何を期待すべきなのか、を各論として論じるべきである。

これまでの法人論・団体論では十分に意識されていなかった団体内部の法律関係の任意法規性について、本稿6.2で試論を示した。さらに進んで、構成員・経営者が団体・他の構成員に対して負う善管注意義務(アメリカにおける受認者義務 *fiduciary duty*) およびそれを実現するための手続(派生訴訟の有無・内容)もまた、法人論・団体論における一つの座標軸となり得る。アメリカ会社法においては伝統的に取締役が会社や株主に対して負う受認者義務は会社法上の諸制度の中でも最も重要なものの一つと考えられてきたが、最近では、この義務を契約により全面的に排除できるのか、仮に排除できないとすれば限界はどこにあるのか、をめぐって活発な議論がなされている。つまり、この問題は団体法(公開会社法のみならず、パートナーシップ法をも含む)の任意法規性をめぐる、契約主義者と強行法規維持派との間の論争の本丸といえる¹⁹⁷。

もちろん、所有と経営の分離した大会社とそうでない小会社とでは、受認者義務の機能は当然異なる¹⁹⁸。アメリカにおいては、非営利法人においても受認者義務が観念されているが、実際にはそれほど機能するものではないといわれる¹⁹⁹。

6.5 結語

周知のように、西欧各国の近代法の歴史においては、自然人以外に権利能力の主体となる《法人》を認めることに大きな躊躇があり、当初は特許主義という形での強力な国家権力による監督が法人に対してなされ、準則主義への移行後も法人の設立には厳格な方式に

¹⁹⁷ ULLCAに関して註97とその本文、および3.8を参照。

受認者義務は信託法理から派生したものであるが、信託関係は契約関係と区別されるカテゴリーであるとする Tamar Frankel の所説は、ここでの議論にとって本質的な問題提起を含んでいると思われる。

Frankel の所説については、たとえば参照、タマール・フランケル・樋口範雄「信託モデルと契約モデル アメリカ法と日本法」法学協会雑誌115巻2号147頁以下(1998年)、沖野眞己「論文紹介 Tamar Frankel, *Fiduciary Duties as Default Rules*」アメリカ法1997年2号206頁(1998年)。

そのほかにも、契約自由主義者と社会的価値に基礎を置く強行法維持論者との間の妥協を説く新しい思潮も登場している。J. Dennis Hynes, *Fiduciary Duties and RUPA: An Inquiry into Freedom of Contract*, 58-SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 29 (1995).

¹⁹⁸ Cf. RIBSTEIN & KEATINGE, *supra* note 11, at §9.01, §§9.09-9.11; BROMBERG & RIBSTEIN, *supra* note 21, at §4.05.

¹⁹⁹ FISHMAN & SCHWARZ, *supra* note 12, at 158-160.

従うことが求められ、また設立後の運営についても厳格な法規制に服するものとされた。この点においては、19世紀末までのアメリカの州会社法も変わりはない。

人は、馴染みのないものに対しては最初極端な警戒を示すことが多い。欧米各国で法人の本質をめぐり擬制論と実在論が対立したことは、議論の内容よりもむしろ新しく登場した社会的実在に対して当時の人々が自らを馴らし適応させていく過程としてその意義を理解すべきであろう。ところが、慣れるにつれ人はときには必要な警戒をも怠ることもある。州際競争により規制緩和の実現したアメリカの州会社法がもたらしたものが、法の改良であったのか、それとも過剰な規制緩和であったのかは、一概には言えない。本稿の対象でいえば、州LLP法の多くが特段の債権者保護のための規制を設けることなくパートナーに有限責任を認めたことの当否の判断は将来においてなされよう。しかしまた、《当初(19世紀末)の臆病さ》を、時空を超えた《理念》として絶対化し、厳格な法人(団体)規制をよしとするタイプの議論は、正当な歴史の援用ではなく、歴史の濫用であるといわなければならない。

本稿5で紹介した大会社・小企業それぞれにおける州際競争については、連邦法が競争の土俵を提供したという見方もできる。実際、公開会社に関する会社法が、州際競争により「下へ向かっての競争」を確かに生じさせたが、1930年代の連邦証券諸法の制定により「競争」にセーフガードが施され、以降は州際競争の実害がなくなった、という見方がある²⁰⁰。閉鎖企業の法においては、内国歳入庁の租税通達が州際競争の土俵であり、通達の変遷はこの土俵が連邦政府により揺さぶられたことを意味する。この観点は州際競争のもたらした結果(規制の緩和、任意法規化、有限責任の拡大、等)に対する価値判断には全く関係しない性質のものであるが、立法のあり方に関する興味深い論点を提供するように思われる。

このことを6.2の問題意識と関連付けて言い換えれば、各種法人・団体に関する法規整は、法が団体の利用者に対して正義を押し付けていくという側面のほかに、利用者側からの法の選択という側面からも観察できる、ということが出来る。利用者側からの法の選択は、法人・団体形式の選択、任意規定の変更(定款自治)、および設立地の選択という形で行われる。筆者は日本で数十の機関投資家から出資を募っている投資ファンドを二つ知っているが、そのうちの一つはケイマン諸島を設立地とするLPであり、もう一つはニューヨーク州を設立地とするLLCである。お金は低コストで国境を越えることができる。つまり、LPや公開会社の法は、世界中の投資家から選択される運命にある。利用者のニーズを把握することなく、一方的に《法の理念》を利用者に押し付けることのないように、ニーズの把握に努めなければならない。

本稿では、アメリカの各種の団体の法規整を紹介するだけでなく、アメリカにおいて、

²⁰⁰ SELIGMAN, *supra* note 53, at 17.

当事者がどのような観点から各種の法人・団体を使い分けているのかについても紹介した。そこでは、最大の考慮要因は租税制度における法人課税とパートナーシップ課税の違いであった。わが国においても類似の問題が存在する。ただし、法人課税とパートナーシップ課税のいずれが利用者にとって有利であるのかは、さまざまな要素、たとえばそれぞれの限界税率、団体に生じた損金の租税上の帰属の問題、各種の税額控除の細目、そして各国の租税制度における法人税と個人所得税（利子配当課税）との調整・統合などによって決まってくる。日本では、個人の所得課税の累進性が高いためにむしろ節税のための法人成りが行われており、それへの対処が税法上なされている²⁰¹。あるべき法人課税の制度を論じることは筆者の能力をはるかに越えるが、ここでもまた「法人格」や「社団性」それ自体は必ずしも決め手にならないのではないだろうか。また、民商法の問題意識から法人（団体）論を展開するにあたって、それが税制を度外視したものであれば、結局人々の行動を無視したものとなってしまう、概念の空回りに終始する恐れが大きいといえるだろう。

筆者が本稿において目指したものは、抽象的な法理論と背後に存在する価値判断とを一体として発展させていくこれまでの解釈論の方法を立法論に応用することの問題を明らかにし、それに代わる立法の議論のあり方の一例を提供することであった。実質的な価値判断は法技術とは切り離してそれ自体として論じられるべきであり、法技術もまた、いわば道具（ないし器）として、様々な価値判断を受け入れうるような柔軟で使い勝手のよいものとしてリファインしていくことが今後の課題であるべきである。従来「考古学的法律学」に対して本稿が試みる「考現学的法律学」は一定の価値を有するはずである。

本稿の主要部分は筆者の在米研究期間中に書かれた。その際に邦語文献の収集につき多大なご協力を下さった日本銀行金融研究所の鈴木淳人さんに、心よりお礼申し上げます。

²⁰¹ 金子宏『租税法 第7版』312頁（1999年 弘文堂）。