ほぼ週刊コラム「Partnership論」その４８

**Partnership論の教科書『Private Company Law Reform』の和訳作業（１）**

2013.05.24　齋藤旬（[www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp](http://www.llc.ip.rcast.u-tokyo.ac.jp)）　rev.1

**「どうして日本に実現できないのか」に観点を絞って米国Partnership進化史を解説する**このコラムシリーズは、一年弱をかけて50本弱に、出来は別にして一応まとまったと思う。

光ディスク技術研究者からpartnership論研究者に転向して13年が過ぎた。13年前...。その頃の私は「光ディスク分野において18年間をかけて技術者として満足のいく一仕事が出来た」という達成感と、「しかしなぜこの日本発の巨大技術分野が日本の利益につながらないのだろう」という疑問を持っていた。光ディスクは、液晶・ケータイ・mobile musicなどの「日本発の優れた技術なのに何故か利益を海外に取られる分野」の走りだった。

13年前。1999年9月30日に東海村JCO臨界事故が起こり、その頃相次いだ「新幹線トンネル壁崩落」「H2ロケット打ち上げ連続失敗」と合わせて、「トンネル、ロケット、JCO」と揶揄されて日本技術力の凋落がささやかれ始めていた。

**「いや、上手くいかない原因は技術力じゃない。」「では、原因はなんだろう」**実際の現場で「優れた日本の技術力」と「だのに儲からない」を目の当たりにした私は、「原因」を知りたくてたまらない気持ちになった。技術研究者としてのキャリア・アップはあきらめ、社会科学の道に転じることにした。

しかし「原因」の手がかりはほとんどなかった。ただ、90年代の10年間、私は頻繁に海外出張した。特にシリコン･バレーには毎月のように出張した。90年代のシリコン･バレー。コラムにも書いたが、そこは今にして思えば、黄金のpartnership経済高度成長が始まった米国の熱狂の中心だった。そこで垣間見た「雨後のタケノコの様に現れるLLC」が頭の片隅にあった。これをヒントにすることにした。

手当たり次第に、文献をあさりnet surfingをしたが、13年前はLLCに関する情報はほとんど得られなかった。

**その頃入手した本で印象深い一冊がある**。『NPO入門』（1999年5月10日 一版一刷、日経文庫、山内直人）。第二版が2004年に出て、その後は改訂されていないようだ。

第一版の56頁に「補完性原則」がやや唐突に出てくる。その部分を抜粋しよう。

Coffee Break --- 補完性原則 ---

　補完性原則（principle of subsidiarity）とは、キリスト教社会倫理に起源を持つ理念で、まず家族や近隣社会などの小さな組織による相互扶助が重要であり、政府など大きく上部に位置する組織はこれらの間での相互扶助が機能しなくなってはじめて救済に乗り出すべきである、という考え方をいいます。

　この考え方は、国家のように上位に立つ共同体は、政治的権限をより低いレベルの共同体に譲り、下位にある市民や中間団体の活動を妨げず、それらが職務を遂行するのを助けるべきであるという意味で用いられてきました。この背景には、政策決定は、それにより影響を受ける市民にできる限り身近なところでなされるべきであるという基本的考え方があります。日本には、少なくとも明治以降こうした考え方はありませんでしたが、今後、中央から地方への分権を進めるにあたって一つの拠り所となりうる考え方といえるでしょう。

　この原則は、欧州統合にあたっても再確認され、欧州連合条約（Treaty on European Union, 通称　マースリヒト条約、93年11月発効）に「共同体は、この条約により賦与される権限とそこに設定された目的の範囲内において活動する。その排他的権限の外の分野では、共同体は、補完性の原則に従い、提案された行動の目的が加盟国によっては充分に達成されず、それ故に、提案された行動の範囲あるいは効果という理由により、共同体によりより良く達成され得る場合にのみ、且つその限りにおいて、行動する。共同体のいかなる行動も、この条約の目的を達成するのに必要な範囲を超えてはならない」と定められ、組織原理として公式に掲げられたのです。

　極端に言えば、これを手がかりに米国LLC制度の研究の旅に出たと言えるかもしれない。あの頃の私は「地方自治」からヒントを得て「産業自治」という言葉を作って、「中央から地方への分権」をモジッて「中央から個別産業あるいは企業への分権」という考えを、始まったばかりの幾つかのLLC関連勉強会などで話していた。

　**…そして13年が過ぎた**。上に挙げた『NPO入門』になぞらえていえば、『日本人の立場で考えるPartnership入門』の骨格は出来たと思う。勿論、毒を抜いて推敲を重ねなければ決して公開できるものではないのは重々承知している。自分でも「このままではカルト本かトンデモ本にしかならない」と分かっている。兎に角急いで骨格を作ることに専念した。ゴメンナサイ。

**2010年には、Tilburg大学のVermeulen教授らが、現代partnership論の決定版教科書**である『[Private Company Law Reform](http://www.amazon.co.jp/Private-Company-Law-Reform-International/dp/906704251X/ref%3Dsr_1_1?s=english-books&ie=UTF8&qid=1369383459&sr=1-1&keywords=Private+Company+Law+Reform)』を出版した。コラム３９にも述べたがその第四論文の共著者には私も名を連ねている。

第一論文は、この分野で第一人者であり2001年に*[The End of History for Corporate Law](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf%22%20%5Ct%20%22_blank)*を発表したYale大学のHansmann、Harvard大学のKraakman等の*The New Business Entities in Evolutionary Perspective*だ。

『[Private Company Law Reform](http://www.amazon.co.jp/Private-Company-Law-Reform-International/dp/906704251X/ref%3Dsr_1_1?s=english-books&ie=UTF8&qid=1369383459&sr=1-1&keywords=Private+Company+Law+Reform" \t "_blank)』の掲載論文を少しずつ和訳しながら、「毒抜き」作業をすることを、これからしばらく、続けることにする。

　以下、今日までに和訳できた部分を掲載する。今週は以上。来週も乞うご期待。

Private Company Law Reform、 Chapter 1 Paper

THE NEW BUSINESS ENTITIES

IN EVOLUTIONARY PERSPECTIVE

Henry Hansmaan[[1]](#footnote-1)\*, Reinier Kraakman[[2]](#footnote-2)\*\*, and Richard Squire[[3]](#footnote-3)\*\*\*

和訳rev.1　20130524　齋藤旬

1. はじめに

過去３０年間で発展したこの新たなタイプの企業形態は、「契約自由」と「債権者保護」 --- それぞれpartnershipとcorporateの伝統的特質 --- を組み合わせたものである。この新企業形態がよりpartnership-likeなのかそれともよりcorporate-likeなのか、法学者の意見は様々である。従来のcorporateとpartnershipを比較して両者の最重要の異なる点を、partnership-like派は「契約自由の度合いだ」と主張し、他方、corporate-like派は「債権者保護様式だ」と主張している。我々筆者としては、後者の見解を支持したい。我々はこのbusiness entityの進化を検討した。そして次の様に主張する。即ち確かに、従来型corporateの持つ非柔軟性は、債権者保護に重要な役割をかつては果たしたが、全ての投資者の権利を保護する代替手段がその後開発され、非柔軟性の必要性は消失し、このcorporate-likeな新形態の持つ「契約自由」が花開いたのだと主張する。

本論文では、まずこのbusiness entityの進化史を検討し、「債権者保護」が主にどの様な役割を果たしたのかにフォーカスをあてる。次に、我々の主張を述べる。即ち、確かに法学者は、債権者保護についてまたcorporateとpartnershipの違いについて議論する際に、有限責任について話題を集中させるのが一般的だが、corporateとpartnershipを違うものとする最も主な特質は、'entity shielding’ --- 「会社の資産において債権者のグループが異なれば、異なる権利をallocationする」を意味する用語 --- にあるのである。従って本論文で我々は、強いentity shielding --- それはpartnershipでなくcorporateが持つ特性であるが、これについて議論し更に、これが如何にして有限責任を補完するかを議論した後、次の様に結論づける。即ち、強いentity shieldingが拡張され、非限定タイプのentityが生み出されたことが、この新たな企業形態の開発プロセスの絶頂なのであり、従って、この新たな企業形態はpartnershipというよりもcorporateの一般化ととらえるべきなのであると我々は主張する。

過去30年間で出現した新たな企業形態 --- Limited Liability Company (LLC), Limited Liability Partnership (LLP), Limited Liability Limited Partnership (LLLP), そしてstatutory business trust --- は全て、「債権者保護様式」（または、他所で我々が呼んでいるように、’asset partitioning’ルール）[[4]](#footnote-4)と、投資家達および管理者達における「契約自由」を組み合わせたものである。前者はcorporateの、後者はpartnershipの伝統的特質である。これら新企業形態をpartnership-likeと見ることは、即ち、伝統的なcorporateとpartnershipの本質的な違いは「契約自由の度合い」にあるととらえているのであり、他方、corporate-likeと見ることは、即ち、本質的な違いは「債権者保護様式」にあるととらえているのである。我々筆者らは後者の見解が妥当であると考えている。勿論、両見解ともこの新企業形態の進化の重要な側面をそれぞれとらえている。しかしながら、歴史が示すところを見れば、corporateの伝統である契約非柔軟性の多くは、債権者保護強化に僅かに貢献していたに過ぎず、投資家保護の代替手段が開発されるに及んで、これら非柔軟性は捨て去られた事が分かる。この様にしてこの新形態は、伝統的partnershipの範疇のentityというよりはむしろcorporateの持続的発展の一部としてとらえることが妥当である。partnershipは、実の所、もう一つ別の方向へ進化していったのである。

以上の様に我々は議論を展開し、はじめに契約自由とasset partitioning形成のtradeoffについて検討する。asset partitioningは、今や多くの学識者から「有限責任」と同義と受け取られている。次に我々は、この新形態の進化をやや新しい見方から探索する。それはasset partitioningにおける、我々の用語でいう’entity shielding’という部品にフォーカスをあてるという見方である。[[5]](#footnote-5)

1. 事業主体の発展史

古代ローマ時代から19世紀末まで、共同事業企業を組織するための主要形態はpartnershipだった。事実17世紀までは、大部分の事業に適用可能な形態としてはpartnershipしかなかった。partnersが企業の契約上の債務に関する無限責任を個人的に負っていて、これが、その企業の持つ信用力（creditworthiness）のbasisとなっていた。

19世紀後半までには、代替的組織形態、即ちstatutory business corporation（制度的事業法人）が事業活動の大部分に適用可能となっていった。business corporationの持分所有者が有限責任となっていて、従ってcompanyの債務は企業自身の名で所有されている資産のみによって担保されていた。これは以下のことを意味する。即ち、企業が信用力あるものになるためには債権者は何らかの理由をもって、企業がリーズナブルなレベルの資産を保持し続けるだろう事、また特に、企業の所有者が日和見的に企業から資産を引き上げはしない、即ち、企業を資本不足状態にしない事、これらを信じる必要があるということを意味する。

産業革命以前の西洋経済を主導してきた小企業（small firms）にとって、企業所有者達はその様な意味において信用のおけるものではなかった。即ち、企業の債権者に対してpledge（宣誓、特に債務抵当を確保するという宣誓）を行う企業所有者はほとんどいなかった。企業から資産を吸い上げて他所に流用する、即ちsiphon offする誘惑に満ちた機会は抗しがたいほどに多かった。貧弱な会計基準、脆弱な倒産手続もこの問題に拍車をかけた。結局、企業所有者が個人的に返済責任を負うことによってのみ、企業を信用力のあるものに出来た。従って、partnershipが組織化の主な手法となった。

一般的にequity investor（出資投資家）が、信用力ある企業に対して有限責任を実現しようとすれば、limited partnershipを介在させる手段しかなかった。limited partnershipは、古代にそのルーツを持ち、少なくとも欧州大陸においては15世紀初めには全タイプの事業に適用可能となっていた。limited partnershipは、企業にcontrolを行使しない出資投資家にのみ有限責任を与えることによって、債権者向けの信用を獲得していた。即ちこのルールの要諦は、日和見的に企業から資産を引き出す誘因を持つlimited partner（有限責任partner）に、そうする権限を与えないことにある。また同時に、general partner（無限責任partner）は、企業にcontrolを行使でき企業資産を放漫に消費することも可能だが、その誘因はほとんどない。何故ならば、もしそうして企業の債務不履行を招いてしまえば、彼等general partnerが個人的にその債務の返済責任を負うことになるからである。

簡単に言えば、business corporationが生まれるまでは、出資投資家は、無限責任を伴う企業control権か、企業control権無しの有限責任か、のどちらかのみを享受出来た。control権つき有限責任はあり得なかった。なぜならこれは、企業の信用力を形成する上で明らかに矛盾する組合せだからである。

２．１　形式主義と債権者保護

それでは如何にしてbusiness corporationは有限責任とcontrol権の両立組合せに成功したのだろうか？

1. \* August E. Lines Professor of Law, Yale Law School. [↑](#footnote-ref-1)
2. \*\* Ezra Repley Thayer Professor of Law at Harvard Law School. [↑](#footnote-ref-2)
3. \*\*\* Associate Professor of Law at Fordham University School of Law. [↑](#footnote-ref-3)
4. H. Hansmann and R. Kraakman, ‘The Essential Role of Organizational Law’, 110 *Yale Law Journal* (2000) p.393. [↑](#footnote-ref-4)
5. We draw here heavily upon our working paper, H. Hansmann, R. Kraakman, and R. Sruire, *Legal Entities, Asset Partitioning, and the Revolution of Organizations* (Oct. 2004) (unpublished manuscript),which explores these themes, and the relevant history, in substantially greater depth and detail. [↑](#footnote-ref-5)