

新しい会社法制を求めて(I)

—会社法現代化要綱試案に関連して—

早稲田大学大学院法務研究科教授・弁護士

稲葉 威雄

はじめに

会社法制については、最近（特に平成九年以降）頻繁な改正が行われてきた。さらに、来年（平成一七年）を目的にしてその全面的な見直しの作業が進行中である。それは、近時多数回積み重ねられた法改正の整合性を図るとともに、現代社会により適合した立法とするため、体系的に見直しをしようとする会社法制現代化の作業である（当然に条文の口語化・現代語化を伴う）。平成一五年一〇月には、法制審議会会社法（現代化）部会が取りまとめた「会社法制の現代化に関する要綱試案」

（以下「要綱試案」という。本誌二〇六号一六頁）が、公表された（なお、その「補足説明」商事法務一六七八号三六頁）。

わかりやすい会社法へ
 現行の会社法の規定は、現代人になじみが薄くなつたカタカナ文語体のものである。またそのうちの根幹的な規定も、商法、商法特例法、有限会社法にわかれてまとめられており、その間の規定の準用も現代風ではない等わかりにくいものになっている（もつとも、現行行われている準用の仕方がよいとも一概にはいえない）。これを利用者である国民に理解しやすいものにする必要がある

ことは明らかである。もちろん表現さえ現代的にすれば、わかりやすくなるというものではないから、現代語化といわず、現代化とされているのであろう。

二一ズへの対応

近時の立法作業に関しては、多岐にわたる現代的二一ズに対応しようとする立法担当者の意図は理解でき、迅速な対応という点でも評価しなればならないが、根本的な体系的整理（全体的なわかりやすさ・齟齬の排除）、実質的なわかりやすさ（制度の意味・内容の明確さ）という観点からは、なお検討すべき多くの課題があるように思われる。

会社法制をめぐる近時の立法は、企業社会の実際の要望に対応したものであった。実際の二一ズに即した、実際に使いやすい立法をするという姿勢自体は正しい。しかし、使いやささについては、会社制度の直接の利用者である企業関係者（投資家を含む。）のほかに、国家・国民全体からの視点も忘れてはならない。

さらに、その二一ズが普遍的なものか局所的あるいは一時的なものでないか（一般化し過ぎてはいないか）、その二一ズに対処するに当たって、より適切な方策はないか（成り行きに流されてはいないか）、

外国で機能しているとしても、それは法制度だけの問題ではなく、社会システムや文化が支えになつていないか、制度を使いこなすノウハウがあるか、すなわちわが国で適切に運用されるための条件はあるか（昭和五六年改正による分離型新株引受権付社債の悲劇的運用は、まさにこの点についての立法過程で提起された懸念を無視して実務が暴走したものであった）、日本の社会が必ずしも自律的なきじめを大切にしていけないという状況に対する懸念も踏まえた上で、弊害・副作用に対する配慮に欠けるところはないか等の観点からの検討が、十分されたかどうかはつきりしない（されたのかもされないが、その問題提起とこれをめぐる議論の具体的内容、すなわちその過程と結論の理由についての説明が、必ずしも外から見えない）。

基本的理念

基本的な理念は、現実社会に対応した会社法の実現であるが、さらに上位の基本的理念例えば「公正」という原理にかなうものかどうかという検討は、欠かせない。今般の要綱試案についても、前述の観点からの見直しは十分か、さらにある論理に固執してそれを押し進め過ぎていないか、ある制度を創設した場合に当然なすべき手当てを怠つてはいないか（後始末をきちんとしていないか）、既設・新設の制度間の均衡がとれているか、今ある制度の欠陥を実務界からの声がないというだけでは正しようとして、逆に拡大してはいないか、といった懸念がある。立法に当たっては、結論はともあれ、そういう多角的な検討のプロセスは必須のものである。

実現しようとする法制度のよい点だけを強調するのではなく、問題点の存在は率直に認め、その弊害の除去策を検討すべきであろう。いかなる制度も常に理想的な運用が実現できるものではないし、濫用・悪用を根絶することもできない。特に選択に幅のある柔軟な制度を指向するとき、そのことはより顕著である。法制度の整備とは別にベストプラクティスの確立に向けた努力をすべきであり、そのためにもその問題点の把握と解明の努力は重要である。特別法で先行した立法内容が会社法制として一般法化されることも多いが、安易に追随すべきものでなく、改めて問題点を十分検証・検討すべきことはいうまでもない。

本稿は、このような観点から、今般の会社法の現代化に関する要綱試案の公表を契機として、これを外部者の立場から検討することにより、新しい会社法制のあり方について若干の考察を試みるものである。

一 利害関係の調整・調和

会社法制をめぐっては、利害関係が錯綜する。まず、現実と理念との調和の問題がある。たとえば小規模閉鎖会社が株式会社制度を利用している状況は、決して理念に合致したものとはいえないが、この整理については、理念を無視した現実追隨にも、角を矯めて牛を殺しかねないような理念の貫徹にも偏しない、バランスのとれた収拾策が求められる。かつて、法務省民事局で、昭和六一年（一九八六年）に公表された「商法・有限会社法改正試案」策定の作業に関与した。この改正試案では、大小会社区分・閉鎖会社立法について相当網羅的な提案がされていたが、立法としては、最低資本金等その一部が平成二年の法改正で実現しただけである。要綱試案では、この最低資本金制度の縮小・撤廃を含め、改正試案とはかなり異なつた改正の方向（いわゆる規制緩和の方向）が示されている。そのこと自体は、二〇年近い年月の経過による経済社会の変化に対応して当然すべき見直しの結果として異とするに足りない。ただ、立法に当たつての基本的な姿勢は、前述のようなものであるべきである（過剰な規制はもちろん、現実論として強制することが無理で形骸化が避けられない規制はやめるべきであるが、公正の見地から必要な規制については、実質化するための措置を講ずるべきである）。

「経営者支配」と「投資家保護」、小規模有限責任会社における「債権者保護」(有限責任の対価)、閉鎖的会社における(経営から疎外された)「少数株主・社員保護」、株式会社における公正原理としての「株主平等原則」(危険の負担と見返りとのバランスがとれているか)、公共財としての会社制度における「健全性」の保持等が考えられる。

会社法制の強行法規性

会社法制の強行法規性に関しては、基本的には自分の力で権利を守ることができない立場の関係者の利益の擁護、制度の濫用・悪用が起った場合の救済措置の確保の問題だが、弊害の発生防止、画一的規制を強制することにより利害関係者の予測しない不利益を未然に防止する意味もある(制度の効率性)。人間は欲求のためには邪な行為もあえて辞さない存在であるという認識が必要である。ここでも、具体的な経営の便宜や効率性と社会的な不経済や不公正とのバランス(節度・けじめ)と言ひ換えてもよい)が問題となる。

最近の会社法制の動向を組織法の取引法への接近とする指摘があり、その見方は当たっているようにもみ

える。そして、確かに取引を支配する契約法の世界では契約自由が基本原理であるが、そこでも附合契約の合理性の確保(約款の作成者が一方的に有利な条項を作成することの防止)、消費者契約における消費者の保護(業者に対する素人の保護)という問題がある(契約の締結に関する自己責任を貫徹できない社会的土壌があることも見過ごしてはならない)。

多数の構成員がいる会社の組織設計に関する規制・投資のプロでない株主・社員の保護は、類似の問題である。契約自由が妥当する局面について(自己責任を貫くことが適当でない状況の存在は明らかである)。また、組織の運営は多数決原理が支配するが、その場合の少数者の保護は、組織法に特有の問題で、基本的には当事者の意思の合致が前提の契約法の論理とは異なることに留意すべきである(特に物的会社では、株主・社員の契約解除による離脱の自由は制約されている)。

二 会社の商号等(商法総則関連)

要綱試案は、会社法の現代語化と

実質改正とを併せて行うものとしていえる。このこと自体は結構なことといわなければならない(要綱試案第一部。以下「要綱試案」の冠記を省略する)。問題はその中身である。商法総則に規定されている商人一般に関する商号や商業使用人に関する部分を会社についてだけ切り離して、会社の商号等に関する改正として提示している(第二部)。

会社と個人商人との扱いを別異にすることに合理性があるとは思われないが、そこで提案されている類似商号に関する規制廃止等についての方向は、妥当である。なお、商業登記の公告に関する商法一九条は、公告を当分しないことにされており(法務局及び地方法務局設置に伴う関係法律の整理等に関する法律)、実質的に無意味となっているが、その「当分」は半世紀以上続いている。商業登記のコンピュータ化による開示や電子公告の制度をも視野にいたした上で、その存廃についてこの機会に検討すべきである。

類似商号

現行の類似商号の規制(商一九条・商登二七条)は、事業活動の広域化等の状況下での同一性の識別機能の観点からいって同一市町村内と

いう限定に疑問があるほか、目的の競合の有無や商号の類似性の判断には実際上困難がある(抽象的な基準はあっても、その具体化は難しく、個々の判断の恣意性を排除することが難しい)。特に会社の目的は、広く設定することに制限はないから、登記だけで生ずる商号専用権に強力な制限的な効力を認めることには副作用も大きい(抵触する登記を許しても、実害はない場合も多い)。事前の規制には、同一場所における同一商号の登記の排除に限定した上、その商号の登記によって権利を害された者に対する事後救済を充実することに対処することは適当である(事後救済については、手続面での配慮も必要である)。当事者の負担も、登記官の負担も、軽減されよう。

類似商号の使用に伴う事後救済に関する商法二〇条ないし二二条や不正競争防止法の規制に関しては、これを整理し、その適用範囲や効果を明確にすることが望まれる。たとえば要綱試案では、商法二一条は、存続する方向のようであるが、他の規定では賄えないどのような局面で、どのような効力をもって利用されるべきものか、手続法の観点からも検討する必要がある。

支店所在地の登記

登記のコンピュータ化の進展に伴い、遠隔地からの登記情報へのアクセスが容易になりつつある。支店の所在地の登記については、本店所在地における登記による公示との調整を図り、登記事項の整理等をする必要があることは明らかである。

商業使用人

商業使用人についても、用語の現代化等の手当てをすべきで、その際には支配人の会社（営業主）との利益相反規制の内容等も検討の対象となる（支配人については、取締役や執行役とは立場が異なり、そもそも商法で強行法規として規制する必要があるか、当事者間の契約で処理できないかどうかも問題ではある）。会社の使用人を一般の商業使用人と別に扱うことについては、合

合名会社と合資会社とを一つの会社

社類型として規律することと社員一人の合名会社の許容が、要綱試案で提案されている（第三部1・2）。その意味は、両者に連続性を認め、合名会社の社員が一人になり、合資会社の有限責任社員全員が退社しても解散せず、会社継続・組織変更という形式でなく定款変更の一態様として相互に行き来ができることである。無限責任を負う社員が一人いればよい会社形態を基本とすることに

なる。無限責任社員一人の会社は、既に合資会社で認められている。いざずれにしても債権者は無限責任社員が誰であるかを登記によって確認しなければ、信用供与はできない（社員の入退社・交代は登記によってのみ公示される）。

三 会社形態の統合・規律の統一等

合名会社と合資会社

このような制度を採用すること自体が、おかしいということはない。株式会社等の物的会社については一人会社のニーズが肯定され、既に許容されている（潜在的社団の理論）。合名会社についても、同様に扱うべきかどうか、弊害がどれほどあるかの政策的判断である。無限責任社員一人の合資会社の有限責任社員全員が退社した場合にこれを直ちに解散事由としないことのニーズ・相当性

は認められよう。そもそも無限責任社員一人の合資会社の有限責任社員の出資が名目的なものであれば、実質社員一人の合名会社と同じではある。

同時に法人が無限責任社員になることを許容すること（商法五五条の廃止）が、提案されている（第三部3）。これも理論的におかしいという問題ではない。この場合当該法人の無限責任社員としての業務執行の仕方が問題となるほか（この点は、

要綱試案でも検討課題としている）、当該法人が有限責任の株式会社等である場合の責任の負い方が問題となる。自然人が破産の危険を負いつつ業務執行をする建前にどの程度の意味があるのか、無限責任社員としての業務執行と当該法人の業務執行との関係（例えば無限責任社員である株式会社代表取締役が無限責任社員としての業務執行を行った場合の商法二六六条や二六六条ノ三の責任が、どのような形で認められるべきか）等の問題を詰めて検討する必要がある。

会社区分の基準

会社の類型（ひいては名称）は、基本的に何を基準として区分（類型化）すべきかを考える必要がある。

これは、法人としての公示と不可分の問題である。私見ではまず、これは会社の責任のとり方（責任形態）を基本とすべきである。これは当該会社をめぐり利害関係者の立場に決定的な差をもたらす。その意味で、およそ物的責任の会社（会社財産のみが会社債務の引当てとなる）と人的責任の会社（会社とともにその社員が責任を負う）とを同一類型とすることは許されない。

次には、コーポレートガバナンスの仕組み（誰がどのように会社運営について権限をもち責任を負うか。具体的には機関設計）を基準とすべきであろう。閉鎖性の有無は、機関設計に影響する（たとえば定款自治の拡大）という意味で会社区分の基準となる。閉鎖的な会社について、定款の定めにより、相当の機関設計の自由を認めることはよいが、そのコーポレートガバナンスの仕組みの違いは、できれば会社の名称少なくとも登記によって、明確に公示されるべきである。その意味で、合名会社と合資会社との差と株式会社と有限会社との差とのどちらが大きいかは、ひとつの問題である（要綱試案では、合名会社と合資会社とは名称で区分しようとしている）。

株式会社法制と有限会社法制との調整

譲渡制限株式会社と有限会社の規律の一体化が提案されている（第四部・第一1。以下「第四部」の冠記を省略する）。この点は、その企業形態が現実社会で果たしている機能の大きさからいって、合名会社と合資会社の統合よりずっと重要な問題である。株式譲渡制限会社における機関設計を有限会社並みにする選択を認めることが、まずその中身とされる。しかし、現行の有限会社における機関設計が閉鎖的会社にとって適切なものかどうかの十分な検証が行われた形跡はない。この検討がまず先行しなければならぬ。有限会社については、裁判で問題にされることも余りないが、これは問題をはらむような小規模閉鎖企業は、有限会社ではなく株式会社形態を採用することからきているのかどうか、たとえば社員数の制限が意味をもっているのか、有限会社の名称では信用力がなく濫用が困難だということなのか等について、検討する必要がある。

そもそも、有限会社の制度をなお存置するのかが要綱試案のスタンスは、定まっていな（第一1

注）。株式会社に統合することは、物的責任（有限責任）を区分の基準とする基本的考え方からすれば、ひとつの選択肢として肯けるものである。会社形態の連続性を確保する（組織変更を要しないものとする）意味もある。実際には、既存会社について組織変更・商号変更を強制するようなことはとても無理である

う。経過措置はともかく、統合した場合の株式会社制度は、「大は小を兼ねる」という性格のものである（有限会社を統合した場合の閉鎖会社立法と有限会社法を残した有限会社立法とは、内容に差が生ずる）。その場合でも、コーポレートガバナンスの仕組みの違いについて対外的な公示するのが望ましいこと（昭和五九年大小会社区分に関する問題点一三A案・イギリス会社法における public company と private company 等）は、前記のとおりである。会社の区分が将来とも存在することが予定されるのであれば、安易に有限会社を株式会社化したり（閉鎖会社に無用の規定を持ち込むおそれがある。選択肢が増えればよいというものではない）、株式会社を有限会社化したりすること（現在の株式会社という制度がもつコーポレート

ガバナンスについての信用力を害することになる。いわば株式会社のブランド力の低下を招く）は、問題とかわなければならぬ。また、コーポレートガバナンス（統治）の機能が十分でない会社に等しく株式会社としてのコーポレートファイナンス（金融）を認めることも疑問である。

閉鎖会社の健全性の確保

取締役会を設置しない株式譲渡制限会社について、有限会社並みの機関設計を認めることが提案されている。株式会社を全面的に有限会社並みに扱うことには、あえて株式会社制度を選択しておきながら、その厳格な規制を敷くという態度を正面から肯定することが、そもそも立法政策として適切かという問題がある（ハイジャックを是認するようなものである）。この点は、有限会社を株式会社に統合するという政策をとることによってのみ、正当化されよう。

有限会社の機関設計すなわちコーポレートガバナンスのあり方については、六〇年以上前の有限会社制度が創設された一九三八年（昭和十三年）以来まともには検討されてこなかった（前記の昭和六一年の改正試案は、その例外的な試みではある）。

今回の要綱試案では、この点の本格的検討がされた形跡はない。たとえば経営の健全性は、なにも閉鎖会社については、要求されないというものではない。現在の制度で、それが確保されることになっているかどうかについては、改めて考え直すことが適当であろう（前記改正試案の立場をとらないとしても、その根拠についての検討はすべきものである）。その作業はしなかった、あるいはできなかつたというのであれば、将来の立法課題として残すことをはっきりさせておくべきである。

有限会社は、所有と経営とが分離されていない会社の典型ということになるが、その場合の経営監視を株主・社員に任せておけば、いわゆる不祥事は起こさないとすることは考えられない。そして、株主・社員が、経営責任を負わないという建前を維持するとすれば、どこまで経営責任を負う取締役の存在を希薄なものにしてよいか、経営の監視機能の確保に配慮しなくてもよいかという問題の存在を意識すべきである。

会社区分の基準としての取締役会不設置の選択

取締役を一人にすることを認め、また複数の取締役がいる場合も取締

役会を設けず、監査役を置く必要はなく、もちろん外部会計監査を受けることも前提としないシステムの採用を会社の任意の選択で行わせることで、株式会社を区分するというのが要綱試案の提案である（第一二）。その根拠は、取締役会が法定の業務執行決定機関として存在しないことにより、総会が万能の機関となることに求められているようである。たしかに利益相反行為に関する規制等を総会権限にするほかにないことはない。それが規制緩和・定款自治の拡大の根拠になるかは疑問である。他方、これがコーポレートガバナンス機能の低下をもたらすことは疑いがない。

で、株式会社でいることの利益を保有したままルーズな規制を受けることができるとすることは、論理が逆転している。そのようなコーポレートガバナンスの仕組みにするのにふさわしい実態にあるから、取締役会の不設置が認められるという関係になければならぬ。

定款変更のための要件による区分の提案

コーポレートガバナンスの仕組みは、企業の実態の反映であるべきである。機能が低下した企業統治機構を採用するから、それによって全体として規制が緩和され、定款自治が広く認められるというのは、論理が逆さまである。閉鎖性を定款自治拡大の根拠とするのであれば、有限会社が定款変更の要件として定めている総社員の半数以上で総社員の議決権の四分の三以上という決議要件以上に厳重な要件を定款変更の要件として定めた場合とすべきである。つまり、この定めをした会社について取締役を一人にすることができるとの規制緩和を認めることがよい。定款自治を広く認めることの正当性は、その決定に構成員各自の意思が強く反映できることが根拠ではないかと思われる。

その場合でも、健全性確保の観点からいって、閉鎖会社のコーポレートガバナンスの仕組みについて、会社の規模を考慮しなくてもよいかどうかをきちんと検討する必要がある。極めて小規模の物的会社に複数取締役を強制する意味のないことは否定できないが、大規模な閉鎖会社（外資や持株会社傘下の完全子会社・合弁会社等）について制度的に会社の自主的な監視機能の確保を図らなくてよいかどうかは、問題である。

必ずしも資本や負債といった資金量による規模だけの問題ではなく、たとえば殆どの業務をアウトソーシングしている閉鎖会社の場合も、経営体制の充実を強制する意味は余りない（現在でも、大会社についての常勤監査役の強制が妥当でない場合があるとの指摘がある）。この点も検討課題であろう。

要綱試案での閉鎖会社の監査体制につき、例外的な大規模会社についての会計監査人の強制が打ち出されているが、取締役会や監査役（会）による監督・監査体制についてはどう考えるかという問題がある（第四11(1)〜(3)）。

閉鎖会社にも、さまざまなタイプのもので存在する。通常の中小企業として想定される小規模閉鎖会社とベンチャー企業とは同視できない。いわゆる合弁会社にも、これと類似の面をもつ企業結合の下での閉鎖的支配会社についても、それぞれ特有の問題があるが、その間の類似面と特殊面をどう調整するかは難しい問題である。これをも睨んだ閉鎖会社立法の検討が必要であろう。立法上区分けすることが複雑に過ぎ、困難であるとすれば、実務で適切な制度選択が行われること（ベストプラクティス）を確保するための手段（モデルの提示等）を探ることが望まれる。

取締役の任期の扱い

また、零細な会社では、税金対策として法人成りを勧められたというだけの理由で会社になつていうことも多く、会社制度を利用しているという意識が欠如していることがしばしばである（法律上のトラブルになることもある）。その場合には、会社法の規制はおよそ守られていない。登記の制度も形骸化している面がある（会社の目的や表見代表取締役の関係では、商法一二条の積極的公示力は無視されている）。会社制

度利用の意識を徹底するためには（経営者洗直しの機会の確保）、有限会社についても、取締役の任期を設定すべきである（四年あるいは六年といった長期にするとしても、なお少なくとも株式会社取締役の任期は、廃止すべきではない。委員会等設置会社の取締役の任期一年との均衡もある）。

その他の規制の扱い

さらに、閉鎖的株式会社の総会の特別決議要件は緩和の必要はないと考えられる（むしろ有限会社法に近づける。その意味では、要綱試案第四一(7)は、b案のほうが適当ということになるが、株式会社一般についてb案の規制をするのは論理的におかしい）。有限会社に種類持分の制度の導入を図る必要があるかどうか（第三七(1)）には、疑問がある（定款自治で自由な設計を許すほうがよくはないか）。議決権制限株式の拡大（同(3)）等は、疎外された株主・社員に対する保護の手当てが先決である。これらについては、後で改めて触れる。

相続が起こった場合の株式・持分の権利行使の扱いが、一般の共有株式に関する二〇三条の適用を受けることでよいかも検討すべきである

（閉鎖的会社の支配株主・社員の相続について特に問題が起こる）。

有限会社には、詐害行為によって会社が設立された場合について、設立取消しの訴え（有限七五条一項、商一四〇条ないし一四二条）の制度があるが、株式会社にはない（出資行為の取消し・設立無効の問題にはなり得る）。株式会社の設立要件を有限会社並みにするのであれば、その導入を検討すべきである。制度のバランスの観点を忘れてはならない。

機関構成員の意思集約方法の合理化

株主・社員や取締役の意思集約について、会議というシステムを採用することを原則としないことも、検討に値する。かつては同時に双方の意思疎通を行う手段は会議しかなかったであろうが、いまでは多様な電気通信の手段がある。人の行動範囲も広がっている。定足数の基準を止めて、端的に株主・社員の過半数等で決することにすることも、経営に関心のある閉鎖的会社の株主・社員や各自が経営責任を負う取締役・監査役を前提とするならば、十分考えられる。もちろん、全員に対して意思表示の機会は確保されるべ

きである（単に過半数で決すると定めた場合には、この点に疑問が生ずる）。

意見集約の場の設定を総会召集通知という形や全員の同意という形に限定せずにする余地を認める方策を検討することが適当である（現行二五三条の規定を更に柔軟なものにする。なお、要綱試案第四一(6)は有限会社法四二条型の書面決議を廃止しようとしているが、むしろさらに柔軟にするほうがよい）。なお、構成員の中からその相互間での議論の機会を与えるべきことの要求があった場合（その要件については、要綱試案(6)には、意見交換・質問・説明の機会・場を確保する必要がある）。

特に取締役会や監査役会については、この手当ての必要性は、閉鎖的会社に限られない。同じ任務をもつ複数の会社役員が存在する場合には、組織的職務執行が必要で、その場合の責任のあり方を明確にするためには、法的な枠組みを設定しておくべきである。会議体ではなく、意思統一の手段としての組織体として取締役会・監査役会を構成できないか検討すべきであろう（特に監査役会については、取締役会の規定の準用でよいかどうか再検討する必要がある）。

ある）。

参考文献
江頭憲治郎等「会社法制現代化の意義と課題」企業会計一月号（二〇〇四年）九七頁

特集「会社法制現代化を検証する」企業会計二月号（二〇〇四年）一八頁

「検証・会社法改正」商事法務一六七一号四頁

江頭憲治郎等「座談会『会社法制の現代化に関する要綱試案』をめぐって」商事法務一六八五号八頁

「特集II 会社法現代化要綱試案を読み解く」金融法務一六九五号五三頁

「『会社法の現代化に関する要綱試案』の論点」商事法務一六八六号四頁・一六八七号四頁・一六八八号二二頁・一九八九号四六頁

「『会社法の現代化に関する要綱試案』に対する各界意見の分析」商事法務一六八八号四頁・一六八九号三二頁・一六九〇号四一頁・一六九三号四一頁以下連載中

河野玄逸「会社法制最前線」金融法務一六九六号三一頁・一六九九号二八頁

（以下次号）