

新しい会社法制を求めて(Ⅱ) — 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

目次

- はじめに
- 一 利害関係の調整・調和
- 二 会社の商号等（商法総則関連）
- 三 会社形態の統合・規律の統一等
（以上二一―二二号）
- 四 資本の位置づけ
- 五 発起設立への一本化・現物出資等
- 六 譲渡制限株式・持分の移転等
- 七 自己株式の買受け等
- 八 種類株式特に議決権制限株式・株式の単位等
- 九 株主総会
（以上本号）

四 資本の位置づけ

最低資本金

要綱試案（第二一）は、株式会社・有限会社の最低資本金に関し、a 設立時のそれを三〇〇万円とする、b さらに引き下げる、c 規制しない（一円でもよい）の三案を示している。いずれにしても、現行の株式会社の最低資本金一〇〇〇万円は、引下げが当然の前提とされている。最低資本金の機能を過大視すべきでないことは、一般的な認識といえるであろうが、理念的にも実際的にも、有限責任を享受して事業活動を行う対価（その濫用の防止策）の

設定の要否、その内容、さらに会社区分の基準として、最低資本金は、制度の公正という見地からどうしても避けては通れない問題である。

要綱試案の問題提起は、起業の阻害要因の除去という実際の見地からのものと考えられる。そして、モノ（ハードウェア）重視の社会から情報（ソフトウェア）重視の社会への変化がその基礎にある。つまり、会社が事業を始める場合の元手は多くを要しないということはあるかもしれない。しかし、会社が責任を負う場合のその履行は最終的には金銭でするほかない（金銭債務以外の責任であっても、最終的にはすべて損害

賠償責任へ転化する）。その意味で、物的（社員有限責任）会社の構造（会社の責任は会社財産だけが引当てになる）からみると、会社財産の中核としての資本の扱い方は、極めて重要な問題である。有限責任の会社は、会社債権者に対してその一般的な担保として相当の財産を保持していることが要請される。そして、会社の設立当初の純資産（負債を上回る財産額）は、資本しかない。さらに株式会社における株主の利益尊重（株主支配）の問題とも関係する。株主が取締役等の経営者の選任権をもち、会社経営に当たる取締役が株主の利益を第一に考えなければ

ばならないとされているのは、株主が危険資本の負担者だからである。その額が無意味なものであつてよいとするのは、制度の建前としては問題がある。昭和十三年に有限会社法が制定されたときの最低資本金の定めは、当時の一万円であつた。そのことを前提として現在の有限会社の制度は組み立てられているはずである。その観点からの検討も必要であらう。

最低資本金が、経済の活性化の重要な要素である起業の妨げになつているとすれば、それを見直すこと自体は否定すべきではない。しかし、資本の糾合ができない、またはその必要がないような場合には、まず個人企業として起業して、会社に移行するということではいけないのか、また設立当初に資本金を確保できないような会社であれば信用はなく、必要な資金は起業者が個人の信用で例えば個人保証をして調達するほかない。それならその個人の信用による借金を資本金に当てることで処理できないのか、という疑問もある。有限責任の対価と、起業者利得を得る仕組み（それが株式公開なり企業売却だとすればそこまでのプロセスとして相当の資本負担が要求される

のではない）の二つの観点からも検討する必要がある。

法人格の形骸化、法人格・有限責任の濫用、モラルハザードといった弊害が生じないような配慮、それが起こった場合の救済策について詰めて検討しておくことが望まれる。法人である以上、会社の事業・財産の分別管理が当然要請される。有限責任の会社の場合には、この確保は必須のものである。形式的な資本よりその確保・計算の開示がより有効だという指摘もあり、そのための有効な手当てがされるのであれば、それでもよい。しかし、十分な資金のない会社がきちんとした財産の分別管理のシステムを構築し、維持できるかどうかは、疑問であり、資本（純資産）が充実していない会社の計算の開示は励行されないおそれが、大きい（そのような状況の開示に抵抗を感じるのは人情である）。法人格否認や現行商法二六六条ノ三の責任追及に頼るだけにならないか、それで法制度としてよいものかどうかは、極めて疑問である。

剰余金分配規制

資本は、会社に留保されるべき財産の最低限を示す基準額である。すなわち、会社が配当等の形で株主等

に支払うことができる金額（剰余金）の計算の際には、純資産から資本を控除しなければならない。

最低資本金の制約を廃止し、または名目的な金額とする場合には、たとえば最低三〇〇万円の剰余金規制をかけることが提案されている（第二一（二））。債権者保護の観点から言えば当然の措置であらうが、三〇〇万円という金額の意味は問題で、さらにその金額の引上げ（たとえば負債額に応じた額とする）を検討すべきであらう。

なお、ついでにいえば、額面株式の廃止、法定準備金制度の改正（直接の減少を認める等）に伴い、払込剰余金の制度（株主が払い込んだ金額の半額までは資本に組み入れなくてもよい。二八四条ノ二第二項）を維持することの意味は、再検討すべきであらう（もともとは額面株式と結び付いていた制度であり、全額資本組入れにするのが正当なのではないかという疑問がある）。

表示規制

資本としての表示額を制限しないことが提案されているが（第二一（三））、純資産が最低資本金を割った場合にその解消（増資・解散）義務を課することが困難だと断念し

たからといって、あえて純資産確保の目標値を引き下げざることを認める必要はない。この提案は、（二）の剰余金規制の考え方とも齟齬するのではない。資本額が法定準備金維持の基準になつていながらも配慮すべきである。形式的に純資産の裏付けのない資本額が公示されているのが嫌みだというのであれば、計算の公開を推進するのがスジである。要綱試案には、最低資本金の扱いを発端として、資本の意味を矮小化しようとする傾向があるように思われる。それが杞憂であれば幸いである。

五 発起設立への一本化・現物出資等

株式会社の設立について、募集設立（設立の際に発起人以外の株式引受人が存在するもの）の廃止、発起設立への一本化（第二三）が提案されている。これは、規定の整理という意味では有効である（有限会社の設立手続とも統一される）。手続も迅速に終了する（募集設立は、会社成立後に新株発行をすることによって賄える）。それに加えて、1での提案のように設立時の資本を重視しないのであれば、設立の際の資本充実に関する規制は、新株発行の場合

の規制と合わせることでよいであろう（設立当初の資本充実のみを重視することの意味は少ない）。そもそも資本に対する信頼だけでは行動しないのが、関係者の自己責任だということになる。

もつとも、設立当初から大会社扱いできない場合があるとか、会社成立直後に資本参加した者の意思が、事実上はともかく法律の規定上は、原始定款の内容や最初の取締役等の選任に反映されない（創立総会の決議という仕組みはなくなる）とか、登記を設立の登記だけで処理することができず、別に増資の登記をしなければならぬとかの問題はある。しかし、それらは、いずれも割り切りの問題である。

資本充実規制のうち、現物出資規制は残すべきであるが、財産引受け（二六八条一項六号）・事後設立（二四六条）は、一般的に言えば普通の取引行為に過ぎないから、その規制はむしろ廃止することが適当であろう。発起人による財産引受けはできないものとし（そのような約束は効力を認めず、設立後に取締役がその判断で譲り受けるべきものとすればよい）、不当な価額での取得は、譲渡人と取締役の責任の問題として処

理する。また、実際問題としても、事後設立規制の対象である会社成立前から存在する財産の意味については、汎用品や生成中の財産の扱い等さまざまな疑義がある（つまり設立当初の資本の意味が少ない場合を考えると、解釈上の問題をもはらんだ厳格な規制をすることにどれほどの意味があるかが問題である）。

現物出資の脱法が容易にできることがおかしいというのであれば、株主からの財産譲受けについてだけ特別の規制をすればよい。脱法を完全に防止することは困難であり、またそれをしようとすれば、過剰な規制にならざるを得ない。そのことによる弊害（自由な経営への抑圧効果）とのバランスを考えるべきであろう。

会社に対する債権による現物出資・相殺による払込みは、現在の取扱いを前提とすれば、その実在性のみが問題である。端的に会社からの相殺・相殺（代物弁済）契約を可能にすることで処理することも考えられる。しかし、仮装債権による払込みを防止するためには、取締役会決議による相殺ないし代物弁済（現物出資）契約のみを許すものとした上、決議に賛成した取締役と払込み

をした者の双方に当該債権が実在しない場合の填補（賠償）責任を課するのが適当であろう。

六 譲渡制限株式・持分の移転等

現行の株式制度については、平成一三年の改正を中心として多様な利用を可能とする大きな改正がされた。今は、基本的にはその運用を見守るべき時期であろう。ただ、多様な選択の幅が認められることは、適切に使えば非常に役に立つが、間違った使い方がされ易いということもあり、害をなすおそれも大きいことにもなる。以下、現行法と要綱草案の提案に関する若干の問題点を指摘することにする。

譲渡制限株式・持分

譲渡制限株式の移転と有限会社持分の移転については、基本的には同じ扱いをすることが相当であろう（要綱草案では、取締役会が設置されない株式会社における譲渡の承認は当然総会であることによる）。その意味では、たとえば要綱草案第三1の提案は、基本的には相当である。ただ、譲渡承認権限を代表者等に委任する場合において、譲渡の拒否・先買権者の指定もその権限とす

ることが適当か（後記のとおり、代表者等が譲渡を承認しないことを直ちに拒否につながらせてよいかという問題であり、下部機関への承認権限の委任は必ずしも譲渡を容易にするとは限らない）、合併等による移転の承認を定款で定める場合に株式買収等のM&Aによる株主の実質的変動の場合をどうするか、自己株式取得の自由化と関連して相統株主等からの買取請求権を定款で認めることはどうか等の問題がある。

なお、譲渡制限株式の譲渡承認権限は取締役会にあるという現行法の建前は、強行法規で、株主総会の権限にできないという見解がある。譲渡承認を総会権限にするほうが、譲渡の自由を阻害するより厳格な扱いになるということのようであるが、譲渡承認の判断をすべき時期が限定されている限り、承認をする機関がより機動的な決定をすることができるかどうかは、取扱いの緩和には結びつかない。総会権限にもできるし、代表取締役にも委任できるということはそれでよいが、ただ譲渡承認の拒否まで代表取締役限りでできることになれば、取締役会では譲渡を承認すべきだと考える場合まで拒否できることになって、できるだけ

譲渡の自由の制限は緩やかなものにするという趣旨からは外れる。

経営から疎外された株主

経営から疎外された株主・社員の保護（株式・持分の買取請求等）、広くいえば閉鎖会社で内紛が生じた場合の処理の問題も、ひとつの重要なテーマであり、八六年の「改正試案」でも取り上げられていたところであるが、今回は検討の対象になっていないようである。定款自治の拡大や株主間契約の利用は、自らの利益をきちんと守る意思と能力がある株主の場合にのみ適合する。いわゆる同族会社等で、内紛が会社法上の争いの形をとると、その手続を遵守していない場合には収拾のつかないことになることが多い。抜本的には、解散判決の制度（商四〇六条ノ二）を拡張して、裁判所が強制的・非訟的に株主・社員の構成をも再構築できるようなことにできるとよい（会社財産の払戻しもその場合の選択の範囲にすべきであるから、債権者保護も重要になることはもちろんである）。

買占め

譲渡制限のない株式についての敵対的買収（たとえばグリーンメーラーによるもの）も、投機資金の国

際化などもあつて、現実の問題となつてはいるが、これは制度的に対応することが困難である（敵対的な株の買占めも、客観的によいものと悪いものとがあり得るが、その区別をすることは難しい。友好的な支配株式の譲渡ならよいものだという式にもならない）。取得開示や公開買付けの強制、ポイズンピル等の問題を詰めておく必要はあろう。

共同相続株式

現行の商法二〇三条二項は、共有株式についての株主権の行使は、共有者が定めたその権利を行使すべき者によつてすることとしている（有限会社社の持分にも準用される。有二三条）。その権利を行使すべき者の定めは、その共有持分の過半数でし（最三小判平9・1・28判時一五九九号一三九頁）、その定めがないときは、株主が共同して行使をしない限り、会社側から相続持分に従つた議決権行使を認めることもできない（最三小判平11・12・14判時一六九九号一五六頁）、というのが判例である。一般の共有の場合には、これによいであろうが、閉鎖会社の支配株主の相続で後継者争いが起こつたような場合の処理には困難が生ずる。法律上何らかの手当て（持分に

応じた不統一行使の制度的許容等）を検討すべきであろう。

七 自己株式の買受け等

自己株式の有償取得につき、広く株主への会社資金の払戻しとして、できる限り横断的な財源規制・手続規制をすることが相当であるが、この際にはその内容と限度について細かく検討する必要がある（現行二〇一条一項の「本法の別段の定め」の意味内容ははっきりしない）。資本取引として整理したほうがよいもの（手続的に処分を新株発行と同じに扱うとともに、会計処理の扱いも検討すべきである。一律にその処分益を配当可能利益にするのはおかしい場合もある）と全く損益取引的に考えてもよいものとの整理すべきであろう。

たとえば、単元未満株式の買取りは、会社にとつて恒常的な法律上の義務であり、量的にも多くはない。もちろん財源規制をかける必要はないし、右から左に市場取引で処分すること（第三五参照）を認めることでよい。

株式買取請求の場合の扱い

企業再編での買取請求について、議決権制限株式がさらに広く認められるようになり（第三七(3)

等）、これにも買取請求が認められることになれば（同8(3)）、その買取代金は相当の額に達することもあり得る。早期の処分義務を撤廃した現行法の下で、何らの規制なしにその取得と無制限の保有を認めてよいか疑問が残る。企業再編の制約になることを恐れて財源規制をかけるのを避けたのであろうが、債権者保護の観点からは、買取請求による資産流出をどう処理するか（債権者保護手続においても、その額は、債権者には公示されない）という問題もあり、企業再編の健全性の確保の観点からも、なお検討すべきである（この場合には、早期の処分等による財政状況の改善義務を課することも考えられよう）。

八 種類株式特に議決権制限株式・株式の単位等

最近の法改正で、種類株式の制度が拡充された。種類株式は、企業統治（コーポレートガバナンス）と企業金融（コーポレートファイナンス）の両面で意味をもつ制度であるが、特に問題なのは、企業統治との関わりにおける議決権制限株式である。

議決権制限株式と少数支配

平成一三年改正前には、議決権の

制限は、優先配当の対価としてのみ認められていた。現行法では、この制限は取り払われ、完全な無議決権普通株式も発行済株式数の半数以下という制限の範囲内で許容される。

ただ、株式数の制限は、株式の単位（大きさ）や単元の設定が種類ごとにされることになっており（商二二一条三項。単元の設定と単元の設定とがバランスを回復する方向でされることの保証はない）、拠出資本の額と議決権との比例は保証されない（例えば少数株主権に関する要綱試案第三10の株式数・単元数基準の意味が問われる）。すなわち、現行商法二二条五項の発行済株式総数の二分の一以下という制限は、議決権制限株主の出資が株主資本に占める割合が半分以下であることを意味するものではない。つまりは、そこでは資本多数決の原理は崩壊し、少数支配が合法化されている。

いわゆる株主平等原則は、後退した（種類株式）ことには認められるとしても、横断的な原理ではなく（た）。危険資本の拠出者の立場と会社主平等原則の意味が問われる。公正・公平の見地からは、議決権がある（経営に関する発言権がある）株

式とそれが無い株式とでは、そのことによる不利益を埋め合わせる何らかの差異がないとおかしいが、法制度としての歯止めはない。説明としては、投資する株主の自己責任、公開会社では議決権制限株式の株価が普通株式より安くなり、投資コストが安くなること（さらに株式と債権つまりエクイティとデッドとの境界について流動化の現象がみられること）等が考えられる。株価（投資コスト）によるバランスについては、わが国の資本市場をどの程度信頼できるかが問題である。種類株主総会（第三8参照）だけで保護は十分かどうかについても再検討の必要があるろう。

しかし、特に閉鎖会社の場合には、制度的に少数支配を指導原理にする余地を認めることは疑問である。たとえば少数者だけで定款変更ができ、会社の基本的なあり方を変えていくというのはいかた。ベンチャーキャピタルのようなプロの投資家については、他に自分の権利を保全する措置を講ずることも期待できようが（たとえば、二二条一項六号による種類株主総会などの取締役等の選任、九項の規定による種類株主総会の拒否権の設定等）、一般

人には期待できない。一般の閉鎖会社の法制をあまり複雑なものにしない方がよい。

有限会社についての種類持分の制度の導入（第三7(1)）にも、議決権制限株式の発行限度の一般的な撤廃（7(3)）にも、疑問がある。閉鎖会社の典型としての有限会社を存置する場合には、できるだけ少数者の発言権を確保した上で、持分の内容について定款自治を広く認めたほうがよい。

議決権制限株式等がある場合の自己株式（持分）取得の際の種類株主間の平等確保にも問題がある（特定の株主からの取得について総会の特別決議による現行商法二一〇条二項二号の定めと追加請求に関する同条七項の定めを維持するとすれば、無議決権株主はそこから疎外されるおそれがある。株式の売渡しを希望する株主が競合する場合につき、按分比例という要綱試案の提案があるが、これでも処理し切れるかどうか疑問である）。

無議決権株式の大量発行を制度として正面から認める以上は、制度間の不均衡の有無、支配株主の横暴に對する他の株主の保護策等の歯止めは、制度的な要請として検討されな

ければならない（たとえば現行二六六条五項と六項の規定、つまり前者は総株主の同意、後者は議決権基準であることの平仄が合っているのかどうか等）。さらに、およそ議決権制限株式についての譲渡制限を認める必要があるかどうか、その理由・根拠・意味についても整理して考えるべきであろう。

九 株主総会

閉鎖会社の総会の特別決議

閉鎖会社の特別決議の要件を引き下げるべき理由はない（第四1(7)は疑問）。株式会社において、取締役会を設置しないとの選択を許す基準を有限会社並みの特別決議要件なしさらに加重した要件を採用した場合とすべきであるとの提案は、既に述べたとおりである（前記三）。取締役会を設置すると否とにかかわらず、株式譲渡制限会社である限り、平成一四年改正で認められた定款による定足数の緩和（商三四三条）を認める必要はない。

会社法上の手続の励行

書面決議等会議形式によらない意思集約方法についても、既に述べた（前記三）。もつとも、使いやすい、コストがかからない制度にしたなら、

その履行が励行されるようになるか
といえ、必ずしもそうではない。

株主総会等が開催されないまま、会社法を無視した会社の運営がされている結果、後にトラブルになるケースは多い。たとえば取締役選任決議が不存在の場合には、当該取締役が構成する取締役会決議、ひいてはそのような取締役会で選任された代表取締役によって召集された株主総会における決議は、不存在である（最三小判平2・4・17民集四四卷三三五二六頁）。このような会社の組織的な安定性は、前述のとおり極めて脆弱なものであるが、人は必ずしもきちんとその危険に対応した措置を講じないものである。この現象にも、配慮する必要がある（制裁措置の確保・強化も禁句とすべきではない）。

閉鎖会社における所有と経営責任の関係

閉鎖会社は、所有と経営が分離していない会社だといわれる。しかし、物的会社の場合には、閉鎖会社の典型とされる有限会社でも、企業の実質的所有者である社員は直接に業務執行権限をもたず、取締役という別の機関が業務執行を行う。そして、取締役は会社および第三者に対してその職務の懈怠による責任を負う

が、社員は総会での議決権の行使によつて企業行動に介入した場合、そのような責任を負わない（善管注意義務を負う立場にはないとされる）。

一方で、社員総会は万能の機関とされ、自ら全ての業務執行を決定できる。取締役会を設置しない株式会社は、これと同じになる。総会で業務執行決定をした場合と取締役が決定した場合とで責任追及の可否が変わるということではどうかは、疑問である。会社に対する責任の関係では、社員全体の意思による結果であるから、責任を負う必要はないといえるかもしれない。それでも、取締役が決定した場合との比較でいえば、その決定に賛成しなかった少数社員にとつては、取締役が決定したのであれば、その責任を追及することによつて、会社の損害を填補させ、結果として自らの損害を回復することができ。そういう差は生ずるはずである。閉鎖的な会社では、アメリカ等で認められている多数株主の少数株主に対する忠実（誠実）義務のような一般法理を導入することも考慮すべきことになろう。

債権者等の第三者についても、取締役の業務執行であれば、責任を追及できるが、総会の決定に基づく場合には、責任追及の余地は狭まることになる（総会の決定が違法なものであれば、取締役はこれに拘束されない。その意味では、総会決議は取締役にとつて完全な免罪符ではない）。事実上の取締役に関する規定の導入も検討すべきであるが、これについては改めて述べる。

現在の株主が決められること・将来の株主が決めべきこと

株主の意思の集約・決定は、総会決議の形でされる。その総会の決議事項は、株主に重大な影響を及ぼすものであり、その決定は、基本的にはその影響を受けるべき株主がすべきである。できるだけ将来の株主が影響を受けること、特に負担になるようなことは、現在の株主が決めるのではなく、将来の株主に委ねるべきであろう。

そういう意味では、定款の定め、拘束力の根拠をはじめ、補欠監査役の予選、新株予約権特に有利発行等について気になるところがある。定款の定めは、会社の基本的なあり方を定めるもので、具体的な業務に関する決定そのものではなく、その枠組みを定めている。これは、そもそも将来の会社を拘束することが目的なのである。その定めは、公示さ

れ、後の株主はこれを承認して株主の仲間に入ることになる。また、その定款の定めがおかしいと思えば、後の株主は、これを改正することもできる。しかし、その定款も、強行法規（法の精神）に反するものは効力をもたない。

なお、取締役等の任期も、これに係る問題でもある。任期は、株主・社員の経営者に対する信認の意思を確認し、更新する機会である。任期が定められていないとか、長い場合には、解任の要件を選任のそれより加重すべきではないことになろう。

補欠監査役の予選は、これと同じに考えられるかどうかというところがあるが、新株予約権に関しては、そう簡単には片付かない問題がある。もちろん、立法で定めてしまえばそれまでのことではあるが、その妥当性については、解釈論も含めて、ここで述べたような観点から考えてみる必要があるのではない。そこで、予選や新株予約権の問題については、改めて触れる。ちなみに、総会の代理権授与について総会ごとという制限がある（二三九条四項）ほか、株主間契約や議決権信託も、あまりに長期に及ぶものの効力は否定される。

（以下次号）