

新しい会社法制を求めて(VII)

— 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―一四号）
- 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（以上二二―二五号）
- 一〇 取締役
- 一一 委員会等設置会社
- 一二 執行役員等
- 一三 取締役会の決議方法と新しい委員会制度
- 一四 取締役の責任（以上二二―二三号）
- 一五 代表訴訟
- 一六 監査役制度の整理
- 一七 監査役と内部統制システム等
- 一八 補欠監査役（以上二二―四号）
- 一九 使用人兼務取締役
- 二〇 会計監査人による監査
- 二一 会計監査人の責任
- 二二 計算の適正化
- 二三 計算の開示（以上二二―五号）
- 二四 剰余金分配規制
- 二五 資本と剰余金
- 二六 剰余金分配の自由化等（以上二二―六号）
- 二七 新株予約権等
- 二八 組織再編
- 二九 企業結合
- 終わりに（以上本号・完）

二七 新株予約権等

新株予約権のもつ意味

新株予約権（商二八〇条ノ一九第一項）は、平成一三年（法律一二八号）改正によって、それまで取締役・従業員に対して付与されるインセンティブ報酬としてのストックオプションに限定されていたものを改めて一般的な制度にされた（もつとも、社債と結びついた転換社債・新株引受権付社債の制度は、ストックオプションが認められた平成九年以前から存在した）。

新株予約権は、権利者が行使の選択権をもつ制度であり、会社の資金調達に直接役立つものとはいえない（会社の資金需要が無くても、権利者の意思で新株の対価としての資金が流入するし、資金が必要だからといって、会社からその行使を強制できるものではない）。もつとも、従前の転換社債と非分離型新株引受権付社債（特に転換社債）は、資金調達手段そのものであった（新株発行価額と社債の払込額とが同額となり、社債と新株発行請求権とは一体で、その社債発行を潜在的新株発行とみることができる。現行法では、三四一条ノ三第二項の制約がある場合）。新株の時価発行との比較におけるバランスで、一応の説明ができ

た。

ところが、昭和五六年改正において、適切な制御手段を講じないまま、新株発行請求権が一人歩きする分離型新株引受権付社債を認めたことから、いわゆるワラントの濫用の悲劇が起こった（会社に不都合が起こらなければよいというものではない）。この教訓を忘れてはならない。

インセンティブ報酬（報酬といっても、株価値上がりによる利益は会社が費用として負担するのではなく、株主ないし投資家の負担で成立するものである）としてのストックオプションのほかには、資金調達その他の取引における甘味料（誘因）として用いるか、業務提携の手段とするか、敵対的企業買収に対する対抗策としてのポイズンピルとしての利用が考えられるが、いずれにしても汎用性のある制度ではない。特に閉鎖的な会社では、問題が多い（取得する株式に市場性がないと新株予約権者にとって余り意味はないし、新株予約権すなわちオプションの価値の算定にも困難がある）。将来の株式公開などおよそ考えていない会社では、使うべきではない。

新株予約権は、経営者支配のための道具として利用される恐れが極め

て大きい制度である。殊に閉鎖的な会社では、株主総会の特別決議による制御は、実効性がない（総会決議事項にしさえすれば、株主保護が図られるというのはドグマである）。経営者と支配株主が一致するのが通例で、特別決議を成立させることは容易である。

そもそも、発行される新株予約権によつて株主にいかなる影響を受けるかの判断材料が十分に与えられることが期待できない。ということからは、その場合には特別利害関係人の議決権行使による不当な決議という理由での決議取消しは、期待できない。公開会社においても、株主は、いわば判断停止の状況において（会社さらには株主にリターンがもたらされるであろうという漠然とした期待の下に）、経営者の提案に賛成し、あるいはあえて反対しないというのが実情ではないか。

ベストプラクティスの確立のための努力が先行すべきであり、市場からの監視もない閉鎖会社におしなべてこの制度の利用を認めることには疑問がある。従来有限会社を選択してきたような会社にまでこの制度を適用するというのは、近時の会社法

制立法の問題点と考えられる規制対

象の多様性に配慮しない一般化（一つの論理への固執）の典型と考えられる。ニーズと弊害とのバランスをきちんと詰めて検討すべきである。

もし、有限会社を株式会社に統合するといのであれば、これまでの両会社法制のいかなる規制をどう振り分けて規定するかについて、拙速でない十分な検討が望まれる（閉鎖的な会社といつても、その実態は一つではない）。それが時間的な余裕がなくできないというのであれば、各会社が適切な選択をすることができると実務の指針を形成するためのシステムづくりが不可欠である。

有利発行規制との関係

新株予約権の行使価額（理論的にはこれと新株予約権の発行価額との合計額が問題だが、実際には新株予約権の発行価額をそれほど高く設定することは考えられない。むしろ無償とすることが多い）を現在の株価と比べても特に有利な価額とする点に問題がないかどうかは、エクイティ（新株・新株予約権）の有利発行規制との関連でみると問題がある。

そのような実際のニーズとしては、例えばインセンティブ報酬として新株予約権を使う場合において、

株価が外部的な事情で行使価額を下回り、単なる経営努力では回復不能とみられるような状況になれば、インセンティブとしては働かなくなる。このような状況の防止のために時価より低い行使価額を定める意味があるとされ、その例もあるようである。もちろん、新株予約権の発行に際してそのオプションとしての対価の相当性を欠く場合の有利発行規制（商二八〇条ノ二一）の対象にはなり得るが、それだけで足りるかが問題である。

つまり、新株発行自体についても、有利発行規制がある（商二八〇条ノ二第二項ないし四項）。そして、新株予約権行使の場合に生ずる有利発行や不公正価額発行（商二八〇条ノ一）は、まさに新株発行における問題であつて、新株予約権の有利発行の問題とはいえない。新株予約権発行の段階では、その判断はできない。

このような将来の株価の不確実性すなわち株主の利益への影響の不確実性に配慮して、法は、有利発行を許容する総会決議の有効期間を一年間に限定している（商二八〇条ノ二第四項・二八〇条ノ二第二項）。しかし、さらに深く考察してみる

と、これは、前（九）にも述べた現在の株主総会や取締役といった現在の会社機関の権限行使が将来の会社を拘束することをどこまで認めるのが適当かという基本問題に関連する考え方の問題のように思われる。

この有利発行決議の有効期間に関するものともとの考え方（平成一三年改正までは六月とされていた）は、この拘束をあまり広く認めることは適当ではないというものであったと

考えられる。この期間を会社の経営の柔軟性を考慮して、一年に延長したことの可否は別として、この制約自体は撤廃されなかった。将来の株主にとって、持株比率の低下が、それに見合う企業価値の増加なしに起こるといふ負担を背負い込むことになることへの対応策である。新株予約権を無制約に認める考え方は、この新株の有利発行規制についての考え方とは整合していない。新株予約権の一般化は、より慎重な検討が必要であったというべきである。

そこで、新株予約権の発行当初からオプシヨンの対価が有利であるのみならず（例えば無償の場合）、新株予約権の発行価額と行使時の払込価額との合計額すなわち新株の発行価額（商二八〇条ノ二〇第四項）自

体が有利発行と認められるような場合において、その行使時期が当該有利発行決議の日から一年を超える期間が経過しているときも、形式的に新株予約権の発行が商法二八〇条ノ二一第二項の制限を守っていればよいのかは、疑問である。

つまり、このような場合の有利発行は、新株予約権の有利発行に収斂すると考えてよいか、その場合の総会決議は、新株予約権の発行と新株発行双方の有利発行について必要と考えるべきではないかという問題がありそうである。そういう問題の所在をきちんと意識して、株主に説明し、判断をさせる必要があるのではないかと思われる。新株予約権の制度（特に社債との結びつきを欠き、資金調達の意味がないもの）は、株主にとって分かりいいものとはいえない。その理解がないまま、利害得失の十分な検討も説明もなく、例えば米国での事例があることだけを頼りに既成事実だけが積み重ねられていくようにも思われる。

二八 組織再編

組織再編法制の整理

平成九年の合併法制の合理化を皮切りにして平成一一年の株式交換・

株式移転法制の創設、平成一二年の会社分割法制の導入等組織（企業）再編に関する制度が、近時急ピッチで整備された。事業多角化全盛の時代から「選択と集中」の時代への変化を反映したものである。これは最近行われた改正でもあり、問題点の洗い直しも進んでいるとはいえず、

これに関しては、現代化の作業の中では、大幅な見直しの対象にはされていない。ただ、この組織再編の法制整備について、基本的な視点からの検討が十分でないように思われる。

それは、株主と現実の企業組織との結びつきの違いである。これまで存在した合併という組織再編法制は、株主と企業組織との結びつき自体には変更はない。株主は、その持株比率の変化はあるにせよ、合体内の企業組織について直接に株主であり続け、その支配権能と収益権能を持ち続ける。

しかし、新しい組織再編法制特に株式交換・株式移転（物的会社分割と同じ）は、その関係を持つ会社とどうかたちで間接化するものである。このことの意味特に株主の利益とコーポレートガバナンスに与える影響について十分考察し、制度的な

手当てをする必要があるように思われる。

これが、組織再編法制と企業結合法制との接点である。企業結合関係における従属企業の利益保護、特に少数株主の利益保護という論点のほかに、持株会社の場合には、支配会社特にその株主と従属会社との関係や支配会社と従属会社の経営者間の関係が問題になる。

株式所有を介した企業統合

これまで株主として直接支配をしていた企業について株式交換・株式移転が行われ、持株会社化された場合においては、親会社株主となるが、そのことの意味、これと関連する企業統治においてどのような問題が起こるか考えてみる（完全子会社になる会社について、代表訴訟が係属していた場合において、株式交換・株式移転が行われると、当該代表訴訟の原告適格を喪失することになるかどうか問題となり、立法の不備がいわれたが、問題は何もそれだけではない）。

株式交換にしても、株式移転にしても、実質的には、企業統合である。株式交換の場合には既に存在している親会社となる会社との企業統合であるし、共同株式移転による新

会社設立は、完全持株会社による企業統合である。正統的な企業統合の方法としては、もちろん合併の方法があり、これとの対比で検討することが有用と考えられる。

企業の統合が株式所有のかたちでされると、その対象企業の譲渡は株式譲渡の方法ですることができ、その処分は極めて容易である。企業統合を合併によってした場合には、統合した企業の事業の譲渡は、重要な営業譲渡として改めて総会の特別決議を要求されることもあるが、持株会社化した場合にはその持株の譲渡に原則として制約はない。

つまり、ある企業の将来性・成長性に着目して長期投資として株式を保有していた株主も、当該株式譲渡によって、その成長による成果を享受することができなくなる（その事業との関わりがない会社の株式なら、保有しないという意思の株主であつたとしても、もはや持株の買取請求の余地はない。株主権の行使として取締役に對する不信任を表明することができただけである）。これは、組織再編の対価柔軟化の問題と関連する。これについては、改めて述べる。

この株式の譲渡による企業の所有

（主体）の移転は、法人の本質とも絡んで、ある法律関係の当事者たる地位の移転が一般的に制限されている場合例えば株式の譲渡制限や賃借権の譲渡に關しても問題を起す。

最判平8・10・14民集五〇卷九号二四三頁は、賃借人である小規模で閉鎖的な有限会社において、持分の譲渡及び役員交代により実質的な経営者が交代しても、民法六一二条に抵触しないとする（かつて、この判例と個人商人の会社成りの場合にやはり同条による解除権は発生しないとした最判昭39・11・19民集一八卷九号一九〇〇頁との關係について論じたことがある。拙稿「民事訴訟における商事法の扱いに關する若干の問題」司法研修所論集一九九七―一二五七頁）。

およそ法人を株主としたり、賃借人としたりするとき、そのことを覚悟しておくべきだという割り切りもできようが、暴力団関係者に譲渡されたような事態を想定すると、疑問が残る。このように株式譲渡による会社移転が容易にできるようになると、定款や契約で対応すればよいとするだけでよいか問題があるろう。

もつとも、法人の場合には、所有者が誰かより業務執行者が問題、たとい

う面もある一方、最終的に責任を負う者が問題という面もあり、制度面での一律の手当ては困難かもしれない。しかし、その問題の存在を認識して、適切なビジネスモデルを構築する努力をすべきではあろう。

なお、物的新設分割の場合には、分割会社の債権者が分割後も分割会社に対して債権行使ができる限り、利益が害されることはないとして、債権者保護手続の対象にされない（商三七四条ノ四第一項但書）。しかし、事実上の問題としては、新設分割によって実物資産が株式に変わることで、その処分が容易になり、責任財産から逸出しやすくなるほか、株式が責任財産とされる結果、新設会社に移転した実物資産を直接の責任財産とすることはできず、その限りでは新設会社の債権者に劣後する。

また、その経営は直接には別会社・別法人である完全子会社の取締役等によって行われ、これについて親会社（持株会社）の株主は直接介入することはできない（子会社について株主権行使に關する権限を有する者は、持株会社であるが、具体的にはその取締役に對する業務執行となる）。株式交換等の企業再編によつ

て、このような状況が生ずる。これは、持株会社等の企業結合關係のある場合の企業統治一般の問題でもある。繰り返して述べているとおり、これについての手当てが欠けていることが、この度の現代化立法の重大な問題点の一つである。この企業結合法制については、後（二九）に改めて少し詳しく論ずる。

組織再編の対価柔軟化

吸収合併、吸収分割、株式交換の場合において、存続会社等の株式を交付せず、金銭等の財産をその対価とする余地（cash-out）が認められる方向である。株式の交付を受けるというこの意味は、実質的にはこれまで株主であつた企業について、その持分権者であり続けられるということである。そのことにより、企業統合によるシナジー効果も受けることができる。しかし、既に述べたとおり、そのことは永続的に保障されているものではない。

なお、外国会社の株式等を対価とすることについては、その換価可能性も問題になる。非上場会社化する場合と似た問題が起る。

立法政策の問題というべきであるが、多くの場合存続会社等が消滅会社等の支配株主であることが想定

され、一種の株主の締め出し(squeeze-out)であるから、それとのバランスを考える必要がある。その場合の少数株主の保護策として、一つは株主総会決議要件を通常の特別決議によるのではなく、格段に厳格化することである(完全子会社に近い状況にある場合とする。ドイツ法における編入に近い)。これにより、キヤッシュアウトをしようとする場合には、任意の株式取得を推進すべきことが事実上強制されることを通じて、株主は保護される。

もう一つの方策は、その対価の相当性の確保である。シナジー効果(企業結合による相乗効果)を勘案したプレミアムをも勘案したものとすべきである(従前の株主を追い出すというものは、それにメリットがあるからであろう。そのメリットに見合う対価の少なくとも一部を吐き出させることが考えられる)。単にその算定の理由を開示するだけではなく、なぜキヤッシュアウトをするのか、その算定の相当性についてシナジー効果も含めた具体的根拠を開示させる必要がある(もちろん、現金による対価を受ける方が株主に有利なこととも考えられる)。

現行商法二四七条一項三号の規定

の射程距離すなわちその「著しく不当な決議」の意味も検討しなければならぬ。

組織再編手続の正当化のために反対株主の株式買取請求権の存在が根拠とされることがしばしばある。しかし、本当にこれが株主保護のためには有効であるかどうかについては、なお十分検討する必要がある。買取請求による買取価格について当事者間で合意が成立しなかつた場合には、裁判所が決定することになるが、相当額の決定についてのノウハウ(専門性)は確立していない。

鑑定によることが通例であるが、周知のとおりその基準・方法について明確にはなっておらず、どれほど信用できるかは疑わしい。零細な株主は、泣き寝入りするほかないのが実情であろう。実体法上認められている権利を実際に実現するには、適正迅速な救済が、低廉に少なくとも合理的なコストで図られるシステムを整備する必要があるが、その点では現状は大いに問題がある。なお、ドイツでは、最近(二〇〇三年九月発効の)新裁判手続法(Spruchverfahrensneuordnungsgesetz)が制定され、手続面での株主の権利保護が図られているようである(早川勝

「迅速な裁判手続による少数株主保護の確保」同志社法学五五巻七号一七五九頁)。

二九 企業結合

法制整備の必要

組織再編法制が整備され、連結計算書類制度も導入されて、企業活動が企業集団として行なわれる時代になった(グループ経営)。独占禁止法の改正ともあいまって、持株会社による企業統合が広く行われるようになった。しかし、そのような企業結合における法律関係を適切に規制する法制の整備はされていない。親会社株主について限定的な情報開示請求権(商二四四六項・二六〇条ノ四第六項・二六三三項・二八二条三項)が、監査役・会計監査人について子会社調査権(商二七四三三、商特七条三項・一九条の三)が、定められているだけである。他方、企業結合関係においては取締役等の会社役員兼任も、しばしば起こるが、その場合の規制として現行の商法二六四條や二六五條(取締役の個人的利益との衝突規制が主眼)をそのまま適用することには、無理がある。

持株会社は、完全親子会社関係で

あるが、親会社による支配について適用される法理がいかなるものであるのか、親会社からのどのような介入が認められるのか、検討・整理することが必要である(現行法は、株主による開示請求と監査についてほんの僅かの手当てがあるだけで、肝心の取締役については全く手当てがない)。

つまり典型的な株式会社の法理は、所有と経営の分離であるが、企業結合の場合には、むしろ典型的には経営と所有の分離がない。これに一般の株式会社法制の考え方を適用して処理することには疑問がある。組織再編法制だけ整備して、その結果として生ずる企業結合に関する法制については必要最小限の手当てで済まないのは、片手落ちというほかない。

ただ、企業結合には、多くのパターンがあつて(同業ないし類似業種の企業集団と異業種の企業集団の場合)、一律に処理し難いことも事実である。完全親子会社であつても、企業戦略によつては、経営に対する介入に差があり得るが、それは捨象して考えるほかない。典型的な事例を想定して考え、その射程距離を検討するのが現実的であろう(そ

の振り分けは、開示および責任の明確化のため取締役会決議事項とする等の方策が考えられる。

問題の一端

金融証券グループにおけるような完全持株会社（ホールディングス）傘下に、類似業種の事業子会社が展開しているような事例では、持株会社の仕事は、その傘下の各子会社の管理以外にはない。ここでは、企業集団全体の利益が個々の子会社の利益に優先することは容易に想像される。

また、その子会社の経営に対する介入の仕方は、株主権の行使そのものではなく、これ（特に選解任権）をバックにした事実上の指揮が行われることになる。その法律上の意味はいかなるものか。株式会社法制上は、株主の責任は限定されたものであるが、持株会社の取締役の責任は、単にその反映ではない。

さらにグループ経営の行われる企業結合の場合に関して一般に、親会社の責任について通常の株主の責任を出発点として考えることには問題がある。持株会社の取締役がすべき仕事の範囲とこれに関して要求される善管注意義務の内容と責任について整理して提示する必要がある。

これは必然的に従属子会社の企業統治のあり方にも影響する。その取締役の責任追及について、持株会社株主が直接に株主代表訴訟を提起する余地を認めるべきか、これを認めないとすれば責任追及をしない持株会社の取締役に対する代表訴訟ということになるが、それが代表訴訟のもつ機能・意味（健全性確保・損害回復）を保障するのに十分か、（持株会社の取締役の責任の内容が明確でないとは機能しない）他に適切な手段が考えられるか等検討すべき問題は多い。

そもそもグループ経営における企業集団全体ないし支配企業の利益と個別企業の利益は、どう調整されるべきであろうか。利害関係者として株主と債権者、さらに税務当局が考えられる。利害関係者としての株主については、完全親子会社の場合と従属会社に少数株主がいるそれ以外の場合とで異なる。後者の場合には、従属会社に犠牲を強いることは、そこでの少数株主の不利益をもたらす（特にわが国では、上場子会社が多数存在することが問題である）。

それぞれの企業の経営者（取締役）の職務上の注意義務の内容が問題になる。所有と経営の分離がない

状況での権限と責任の関係について、どう整理すべきか。これについて適切な整理がされないままで、株主有限責任制の下で、企業結合・グループ経営の実態だけを先行される法整備が行われてきた。この解決は、焦眉の急務である。

すなわち有限責任の会社の場合、例えば従属会社の債権者にとって、法的には専ら従属会社の倒産が現実化した場合の不利益が問題になるが、長期債権の場合にはその因果関係は明確でなくなる恐れもある（企業結合関係において有限責任の原則を貫徹すべきかどうかの問題がある）。普段は倒産にはいたらない程度の犠牲を要求するが、従属企業に倒産の危険が生じた場合には、企業集団として救済措置を講ずることが期待される場合はどう考えるべきか。支配企業の危機の場合についてはどう考えるべきかも問題である。単体での経営とグループ経営の差異がどこか、その形態によってバラエティがあるかを整理する必要がある。救済取引は、支配会社の株主からみれば、問題行為であるが、経営判断としては一定の合理性がある（企業集団のブランド力の維持）。つまり、企業集団内の取引について保険

料的なコストの上乗せが認められるか、その場合その救済の責任は明確かという問題もある。税務当局の立場からは、租税回避を許すべきでないことは明らかだが、連結納税の対象とすることで対応する余地も問題になる。

全ての場合において独立当事者取引基準に適合しない取引は、許されないとしても明確な処理ではあるが、それを担保する手段として何が考えられるかは問題である（一般的には監査、株主代表訴訟、詐害行為取消し、二六六条ノ三の責任追及等が考えられるが、場合によってはそのインセンティブが機能しない状況がある）。また、グループ経営の本質からいって、それで一貫して実務感覚として落ち着きがよいかどうかにも、疑問はある（コンプライアンスとして、それが要求できるか）。親会社の事実上の圧力で、子会社の取締役が子会社にとって不利益な行為をした責任がすべて当該取締役に移せられることも適当ではない（その圧力に抵抗する期待可能性がどこまで認められるかという問題がある）。

今回の現代化立法では、企業結合

れているが、本来は法制の不均衡の是正という観点からも避けられない課題であり、早急に次期法改正の対象として取り上げるべきであろう。終わりに

触れられなかった論点も多く残ってはいるが、半年以上の長期にわたって連載してきた本稿もここで終わる。その間に法制審議会会社法（現代化）部会における現代化立法に関する検討も着々と進み、来年の立法に向けて大詰め段階にきたようである。仄聞する現時点でのその要綱案は、必ずしも要綱試案そのままではない。

本稿でこれまで続けてきた問題提起に関係する事項で改善された点も多けれども、なお残された問題点も少なくない。今後の詰めで明確にされる点もあるが、本稿を終えるに当たり、若干の基本事項に限定してその内容を紹介しつつ感想を述べておく。

株式会社への統合

会社法制に関する法律は、平仮名口語体の単一法とされ、有限会社は、株式会社に統合される（経過措置は講じられる）。このこと自体は、ある意味では立法政策の問題で

あり（外国での立法例も分かれてい）、あえて異論を差し挟む必要はないともいえる。しかし、後記のとおり機関設計が多様化したから、かえって制度としては、複雑になり、簡明とはほど遠い（一つの会社類型とした意味が問われる）。

これまで閉鎖会社として有価証券の発行も一切禁止される等抑制的な運営がされてきた有限会社について、よく言えば自由度が高い、悪く言えば野放図になった最新の株式会社法制の適用が認められることにも問題はありそうである。

名称による会社類型の公示は重要である。閉鎖性を区分の基準とするのであれば、その区分によって会社類型を別にして公示する方が望ましい。昭和五九年の「大小会社区分立法・合併に関する問題点」では、株式会社に統合するA案を提示していたが、それは典型的株式会社を「公開株式会社」という名称で区分することが前提であった。

有限責任の条件

最低資本金の制度は廃止され（もつとも三〇〇万円までの剰余金の分配は禁止される）、その一方で計算の適正化・開示の確保について実質的な改善は図られなかった（会

計監査人と会計参与の任意設置が認められ、法制上決算公告義務は課されるが、その義務の履行を担保する有効な手段は講じられていない。会計監査人監査の強制の範囲は拡大されなかった。つまり、規制の実質化（必要な規制と不必要な規制とを整理し、後者をやめ、前者は励行させる）は図られていない。大規模会社以外の中小規模の閉鎖会社（証券取引法適用会社以外）について有限責任を認める条件の整備・明確化という点では、見るべき改善はなく、むしろ全体としては後退したというほかない。法人格の否認や商法二六六条ノ三の責任を頼りにする立法がよいかどうかについては、当然議論があり得る。

なお、社員の有限責任を認め、会社の内部関係について組合的規律に服する合同会社という新しい会社類型が認められるが、そのニーズがあるのであれば、とりたてて反対することはない。ただ、有限責任の会社とする以上、現行の大会社の要件に該当すれば、会計監査人監査強制の対象にはすべきである（この点は、未確定のようである）。

機関設計のパターンと公示

有限会社を株式会社に統合すると

ともに、機関設計の選択肢が多様化された。かなり複雑であって、有限会社制度を廃止して株式会社一本に統合したとしても、現実の会社の姿は一つではない。これまでは、大きく株式会社と有限会社との区分があり、さらに株式会社も大中小の規模（みなし大会社を含む）で機関構成について区分けがされていた（もつとも、負債総額二〇〇億円以上の場合は、適用は制度上明確であったが、公示は不十分であり、登記だけでは第三者には判らなかつた）。

しかし、新しい制度では、株式譲渡制限の有無による大きな区分はあるが、それは決定的なものではない（規模による規制区分は、現在の要件と同じ大会社の会計監査人に関するものだけである）。そして、株式譲渡制限のある会社でも、その制限がない会社と同じ機関構成を採用することができるとは、

これをどう整理して関係者（特に債権者等の外部者）に明確に公示するかが、問題である（商号での公示を止めることにした以上、基本的には登記で公示するほかないことにはなるが、その具体的な方法・記載事項が問題となる）。また実態に即

し、具体的にベストプラクティスを実現するための機関設計と運用のモデルを提示する必要がある。それをどのようにして行うか、引き続きの長い検討と工夫が必要であろう。

株式会社の機関は、株主総会のほか、業務執行に当たる取締役・執行役と業務執行のモニタリングを行う機関（監査役・会計監査人・取締役会）。このうち取締役会は、業務執行決定とモニタリングの双方の役割を担うが、監査役設置会社では前者に傾斜し、委員会等設置会社では執行役が設けられることから後者の役割が重要である）とである。

株式譲渡制限会社では、後者のための機関が欠落することも認められる（委員会等設置会社では、取締役会・三委員会のほか、会計監査人の設置が要求される）。これに新しく性格付けがはつきりしない会計参与という機関が認められている（株式譲渡制限会社では、監査役や三委員会に代置できるが、他方一般的に会計監査人や会計監査役とも併置できる。本質的には業務執行機関のほずであるが、無理に監査機能的に扱っている）。

(一) 株主総会と取締役の設置は、全株式会社について必要である

が、取締役会は、複数の取締役を置く場合でも、株式譲渡制限会社では設置されるには限らない（株式譲渡制限会社以外の会社では、取締役会の設置は義務的である）。また、取締役会を設置しない場合でも、任意の取締役会（業務執行決定を会議体で行う）を設けることができる。委員会等設置会社と監査役会を設置する会社では、取締役会が必要である。

(二) 取締役会を設置した場合には、委員会等設置会社（現行どおり監査役は置けない）となるか、監査役、会計参与のいずれかを設置しなければならぬ。会計参与の設置で足りるのは、株式譲渡制限会社に限定される。監査役は、業務監査権限を有するのが原則であるが、大会社以外の株式譲渡制限会社では会計監査のみにその権限を限定できることから、会計参与を会計監査のみを行う監査役に代置することを認めたものである。

専門性が要求されない会計監査権限のみを有する監査役は、立法論として不当であることは繰り返して述べたところであるが、存置された。少なくとも、同じ監査役の名称を用いることは適当ではな

く、「会計監査役」などの名称を用いて区別すべきである。

(三) 監査役会を設置するかどうかも選択できるが、その設置は取締役会の存在が前提である。委員会等設置会社以外の大会社では、監査役会が必要である。

(四) 会計監査人が強制されるのは、大会社だけであるが、任意採用の場合でも、会計監査人の設置される会社にあつては、委員会等設置会社でなければ、監査役の設置を要する。

(五) 委員会等設置会社は、会計監査人を設置しなければならない。

つまり、株式譲渡制限をしない会社（公開会社）では、取締役会の設置は必要である。そして、会計監査人の存在する委員会等設置会社になるか、業務監査権のある監査役または監査役会を設置しなければならぬ。会計監査人と監査役会は、委員会等設置会社以外の大会社では強制されるが、大会社以外での設置は、いずれも任意の選択に委ねられる。

公開会社では、次の六つのパターンが存在する（三委員会等の括弧書きは、委員会等設置会社の意味である。監査役に会の括弧書きをしたのは、

監査役会とするかどうかの選択がある趣旨である。その意味では、その選択肢はさらに増える）。

① 取締役会（三委員会等）＋会計監査人

② 取締役会（三委員会等）＋会計監査人＋会計参与

③ 取締役会＋監査役（会）＋会計監査人

④ 取締役会＋監査役（会）＋会計監査人＋会計参与

⑤ 取締役会＋監査役（会）

⑥ 取締役会＋監査役（会）＋会計参与

次に株式譲渡制限会社では、選択肢はもつと多い。①から⑦までの選択もできるほか、さらに以下に掲げる機関設計ができる。取締役会を設置しないことができ、その場合でも複数の取締役の意思決定方法として任意の取締役会を設けることもできる。大会社以外では監査役の権限を会計監査に限定することもできる（「会計」の括弧書きを監査役の頭に付したのは、その趣旨である。この場合も、選択肢はそれだけ増える）。

大会社以外の株式譲渡制限会社では、一般に取締役だけという機関構成が認められるけれども、委員会等設置会社となる以外、取締役会のみで監査役・会計監査役・会計参与を

設置しない機関構成は許されない（この理論づけは難しい）。株式譲渡制限会社でも、大会社では、会計監査人設置が義務づけられるため、①ないし④か⑪・⑫のパターンを採用しなければならぬ。なお、前記のとおり、取締役会の設置がない会社に監査役会を設置する余地はない。

⑦ 取締役

⑧ 取締役＋（会計）監査役

⑨ 取締役会＋会計監査役（⑤のバリエーション）

⑩ 取締役＋（会計）監査役＋会計参与

⑪ 取締役＋監査役＋会計監査人

⑫ 取締役＋監査役＋会計監査人＋会計参与

⑬ 取締役会を設置しない場合には、

株主総会の権限を無制限にする等の特別の規制、業務監査権限のある監査役が設置されていない場合には、株主の監視権を強化する等の特別の規制をすることにされているが、その平仄があっているか、またそれだけで実態に即した適正な企業統治システムが確保できるかどうかは、なお検討する必要がある（いずれにしても、企業統治に関する株主の責任について特段の手当てはなく、株主の監視機能に期待できるかどうかは

疑問である）。

株主代表訴訟

株主代表訴訟に関し、その提起が許されない場合として、①不正な利益を図り、または会社に損害を加える目的を有する場合、②会社の利益が著しく害されること、会社に過大な費用の負担が生ずること等が予測される場合、を定めることにされている。このうち特に②は、会社独自の主張事由である（被告が主張すべきことではない）。会社がどのような主張を訴訟に持ち込むかが問題になる（単なる補助参加ではなく、独立当事者参加ということになる）が、そのことが現行商法二六八条二項の参加の意味としても問題にならう）。

株主からの提訴請求があつたが、会社が取締役の責任追及訴訟を提起しなかつた場合において、株主または取締役の請求があつたときは、その不提訴理由を通知すべきことにされているが、少なくとも株主に対しては、請求をまつまでもなく当然に通知をすべきものであろう（提訴請求への応答でもある）。

実務対応の重要性

この最近まとまつた会社法現代化の内容については、多くの利害関係

団体が概ね了承し、異議を唱えていないということである。このことは、立法の実現という面では慶賀すべきものではあるが、他方日本社会の宿弊である既得権の見直し・先送り体質に関わる問題について十分メスを入れていない、ということの反映とも考えられる。つまり、制度的な強制措置による、健全で効率的というあるべき企業社会の実現は、断念されており、主に企業の自主的努力にまつことにされている（形式的には強制されていても、これを確保する措置は講じられていないことを含む。その典型が、決算の公示・開示である）。

たとえば、健全性の確保は企業活動の根幹であるが、この健全性と効率性という要請には、相反する面のあることは否定できない。営利企業は、本質的に健全性より効率性を優先させる本能をもつ。健全性の確保を求めるとすれば、制度的な強制がないとすれば、事実上の強制が不可欠である。その実現は、今後の実務の進展に期待するほかなく、そのためのたゆまない努力が求められる。

また、本稿では、特に閉鎖的な会社における種類株式の無限定な拡大についても、疑問を呈してきた。し

かし、具体的な会社の実態によっては、種類株式を適正に設計し、これを活用することによって、経営の安定と少数株主の保護とを同時に図ることもできよう（株式会社については、労務の出資は許されないが、実質的にこれを補う工夫もできるかもしれない）。しよせんは人の問題であり、その意味で関係者間に信頼関係が存在し、これに則つた行為がとられている限り紛争は起こらないが、それが欠けた場合を考える必要がある。紛争の予防ができるようなノウハウが早期に確立される努力が必要である。

厳格な制度には、柔軟性には欠けるものの、余計なコストを必要としない法律関係の安定という意味があつた。これを放棄した場合には、力の強い狡猾な者が得をする恐れが強まる。他方、不利益を受ける恐れのある者は、自分の権利は自分で守れということになるが、それだけでは困る。公正な企業社会の実現のため条件として、適切なモデルの提示等それに必要な知識が企業社会の実務における共有財産となることが望まれる。

（三）