

会社法の論点解明(二)

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

- I 一般私法の一環としての会社法
- II 立法過程に関する問題
 - 一 立法の基本
 - 二 そのためのシステム―法制審議会と意見照会
 - 三 歴史の重み
 - 四 拙速の立法
 - 五 手続(多角的検討)の重要性
 - 六 法務省令の制定過程―会社計算規則の意味
- III 会社法の理念と体系
 - 一 社会生活を規律する道具としての会社法
 - 二 理念の整理と体系化
 - 三 規制緩和の意味
 - 四 会社類型の整理(その一)―株式会社への統合
 - 五 株式会社の特質
 - 六 会社類型の整理(その二)―持分会社という区分

(以上二四五号)

(以上本号)

III 会社法の理念と体系

- 一 社会生活を規律する道具としての会社法

会社法は、会社法制の現代化を指した法律であるとされる。現代化とは、社会経済情勢の変化に応じて、現代の社会的要請に対応できなくなっている制度を見直し、これに的確に対応できる制度に改めること(もちろん新しい制度の導入も含まれる)である。

しかしながら、たとえ会社制度の具体的なあり方の枠組みについて大きな変更がされるとしても、会社法

自体の基本的な趣旨・目的は、変わるはずはない(経済社会の基盤たる性格は、前からあった。その意味の認識がこれまで十分でなかっただけである。この認識の変化が、会社法制の基本理念自体に変化をもたらすものではない)。

会社法の法域は、前述のとおり、経済社会の法的な基盤である企業形態としての会社に関する法制である。そこで、基本的に認識(確認)しておく必要があるのは、法律の基本的な目的や趣旨である。最近の多くの法律では、法律の趣旨や目的が定められている。比較的会社法に近い性格をもつ法律としての金融商品

取引法（証券取引法）一条では、国民経済の健全な発展および投資者の保護に資することを最終的な目的としている。ここでは、「公正」という語が二度にわたって使われていることに注目すべきである。

およそ、法は、公正なルール（法の定め）による支配によって、力による支配を駆逐しようとするものと考えらるべきである。経済的に優位にある者が決定的に得をするとか、ずるい者が得をするとかの事態が、力の支配の典型であるが、既成事実を盾に押し切ろうとするのも、事実上の力である（力関係が影響すること、人間社会の常としてある程度はやむを得ないことは認識すべきだが、それをルールで制御する意思が必要である）。この法についての一般的な・基本的な理念を忘れてはならない。

会社法にも、趣旨規定はあるが、多くの基本法と同様、ここで考えるべき意味での実質的な目的や趣旨を定めたものではない（民事訴訟法一条の趣旨規定と破産法一条の目的規定とを対比してみよ）。基本法の趣旨自体は、自明ともいえる。これに対し、その目的は、広範・多様であって、簡単には言い尽くせないも

のである。

しかしあえていえば、会社法の目的は、私見では、会社をめぐって生ずべき利害関係を状況に応じて適切に（公正に）調整しつつ、その営利法人としての目的の根幹である効率性を、健全な形で発揮させる「会社という組織」に関する法制度を整備することにあり、そこに会社法が経済社会の重要な基盤である理由がある。

効率性は、企業の国際的競争力を確保するための基礎条件である。株式会社制度のもつ効率性が、その世界的な普及の原動力であることは疑いがなく、しかし、それは公正性・健全性を前提とするものでなければならぬ。

つまりは、その制度の運用において、是非を問わず、力が強い者が勝つとか、ずるい者が得をするとかいうことにならないことが必要である。是非を明らかにした上で、合理的なルールに従った利害調整が行われるべきである。権利（利益）と責任・負担（不利益）との均衡も、公正という問題の重要な主題である。

この理念（効率性と公正性との両立・調和）に基づき、整合性のある法体系が形成されていることが、分

かりやすい制定法たる会社法の基本である。そして、法の定める制度の利用に当たり、分かりやすいことは、法が、社会生活のルール・道具として機能するための基礎である。そのためには、まず、規制対象についての考え方が整理されている必要がある（会社法の制定には、近時の多くの改正を統一的に見直して整合する目的もあった）。

もつとも、利益の追求（効率性の追求）は、経済人の本能であると考えられる（経営の自由度を高めることが、効率性向上のために有効と考えられるゆえんである）。その本能への信頼は、会社の利益の向上が、株主や経営者といった関係者自らの利益向上につながるのが通例だということに支えられる。

株主等の会社の社員（社団として）の会社の構成員を意味し、従業員の意味ではない）の行動原理も、本能的には自己の利益の追求と考えられる。その利益（株主間にも対立がある）と会社の利益とは、常に一致するのかが、問われなければならない。シチュエーションによって、それが一致しないことが起こり得るはずである（会社が食い物にされる危険）。

所有と経営の分離が起こると、経営者は、会社の利益より自らの利益を優先させる事態が生ずることも予想される。健全性（公正性）確保のための歯止めは、どの程度までどのような方法でするのが適当か、が重要な課題である。

会社という社会的存在としての組織（それは、日本のみならず場合によって全世界の社会のすべての構成員に直接間接に大きな影響を及ぼす存在であることも稀ではない）をどう制御することが、社会的に妥当な結果を生むことになるのかという観点が不可欠である。欧米とも、中国等の近隣諸国とも違った、日本の文化の中での企業のための制度であるという観点も見逃せない。

しかしながら、会社法は、このような認識に関連する検討・整理が極めて不十分であるというほかに（角を矯めて牛を殺す愚を冒してはならないが、逆に暴れ牛を暴れるままにしておいてよいわけではない）。その調和点について論議を尽くす必要があるのに、それがされていない。

少なくとも、他人に根拠のない不利益を与えて、自らの利益（効率性）を追求することは、許されては

ならない。そのような事態が起これないかどうかの検証は、欠かせない。会社法のもと、その危険性の検証こそが、本稿の課題である。

なお、会社は、事業（ヒトの生活を豊かにするモノとサービスの創出に役立つもの）を行なうためのもので、事業を目的としない、単なる集金機構として利用されるべきものではないことも、心にとめておく必要があるように思われる。

基本的に人間性（誘惑に弱い）に対する洞察（注1）、現実に存在する多様な利害関係（者）に関する確かな認識、健全な経済社会形成への強い意欲、公正という視点等の欠落があり、規制緩和（柔軟化）といったキャッチコピーに振り回されているという印象をもつ。

（注1）あらゆる局面で公正の原理に則って自らを律することができるヒトは少なく（いわゆる企業人・経済人が特に自律心が強いと考えるべき根拠はない）、かつ、自由を束縛されることを厭う本性があるから、その規制緩和による濫用を防止するためには、何らかのエンフォース（強制的実現）のための仕組み（少なくともソフトウェア）が必要と考えられる。会社法は、このことについて十分な配慮は払っていない。せいぜい、略式組織再編の場合の

差止め（七八四条二項等）が、規制緩和に対する対応措置の新設に該当することになると考えられる。

会社法は、金儲け（自己の利益）のためなら、何をやってもよいという思想の拡大・蔓延を助長するおそれをはらむ（その思想の発揮のための仕組みを十分な歯止めなく用意した）もののように思われる。私は必ずしも国粹主義者ではないが、二一世紀における日本国民の精神的な荒廃が助長されることを危惧する。

たとえば、規制緩和（柔軟化）は、繰り返し指摘するとおり、会社のキャッチフレーズであるが、それは事前規制を緩めることを意味する。事前規制が硬直なものになり勝ちなことは明らかであるから、相当の範囲でその政策を採用することは、おかしなことではない。しかし、それは、濫用の危険が増えることでもある。野放図な緩和はすべきでない（会社法の世界が事後救済に困難があることもまた、発行手続に瑕疵がある場合の新株発行無効についての最高裁判例の態度が示すとおり、明らかである）。そこには節度が必要である。これに関しては、局所的なニーズを検証なしに一般化するということ会社法の立案態度が問題を

拡大している。

それも、事実上の節度が確保されているという社会状況であればよいが、法で禁止されていなければ、自由にできる、ヒトの価値は稼ぐカネが基準だという思想の支配が、社会全体に拡大しているようにみえる。規制を緩和するのが相当である範囲については、それによる効用（ニーズ）と弊害（濫用の危険）とを考慮して慎重に検討すべきである。他方、濫用の効果的な防止策を設けるという配慮も忘れてはならない（前掲注1参照）。つまり、相当のきめこまかさが必要である。ここに、会社法の大きな問題点がある。

二 理念の整理と体系化

(1) 理念の整理

会社法は、条文の極めて多い法律である。単行法としては、有数のものである（それに加えて、法律を補完する政省令がある）。およそ法律の条文は、体系化されなければならないが、条文が多くなればなるほど、そのことへの配慮は重要である。体系化というのは、基本的な考え方（理念）があり、それに基づいて矛盾なく、理解しやすいように整理し、組み立てることであると考える。

られる。

もちろん、繰り返し述べているように指導理念は、一つとは限らないし、理念自体に相克が見られることもある（局面によっても差がある）。その場合には、それを止揚（統合）する考え方（バランスのとおり方）が統一的な（明らかに矛盾しない）ものであることが望まれる。その体系化が不十分な法律が、分かりにくいものになることは、避けられない。

実質的な支配（指導）理念の整理に問題があれば、その体系化の方向性に問題が生ずる。また、その整理が不完全であれば、条文の内容に混乱が生ずるおそれがある。その理念の整理が十分行われていることを前提にして、立法技術上も、条文の構成が論理的かつ理解しやすくすることが要請される。

(2) 編別整理

ここで、体系的な整理の表れとしての会社法の編成について、おおまかな検討をしておくことにする。会社法は、一編総則に始まり、二編株式会社、三編持分会社、四編社債、五編組織変更・合併・会社分割・株式交換・株式移転、六編外国会社、七編雑則、八編罰則で終わる八編構成である。二編株式会社、三編持分

会社、六編外国会社の各編は、その類型の会社のみに関するものである。それ以外の編においては、各種類の会社に共通のものとなる種類の会社にのみ適用される規定とが混在する。

もつとも、それらの編と二編・三編の規定との調整は、必ずしも統一ではない。たとえば、新株予約権付社債は、株式会社特有のものであるが、これは四編社債ではなく、二編中の新株予約権に関する規定の中で扱われている。同じ株式会社に特有の新株発行や株主総会の瑕疵に関する訴訟、持分会社の設立取消訴訟などは、二編や三編における該当制度の一環とはせず、七編雑則中の二章訴訟において、規定されている。株式移転も、株式会社のみのものであるが、二編ではなく五編で扱われている。

このような編別の整理の適否、個々の条文の配置はどうかについて、考えてみる。

①一編総則と二編株式会社の編別については、問題ない。冒頭に会社法総則とすべき規定を置くのは、当然である。しかし、商法総則と切り離して会社についてのみ、あえて同趣旨の規定を重ねて設ける意

味がどこに認められるのか、営利社団性に関する規定（改正前商法五二条二項・改正前民法三五条）が無くなったことが、会社の性格（特にその目的）について何らかの影響をもつのかは、前者は主に立法政策の問題として、後者は平成一八年改正民法三三條二項の「営利事業を営むことを目的とする法人」という文言との関連も含めて検討されるべきである。

たとえば、会社は、営利を目的として設立されるものであるとしても、それと並べて社会的責任につながるような目的（利益をすべて社員に還元するものでないこと）を副次的に定款上定めるようなことは許されないのか（伝統的な登記実務はこれを許していない）、という問題はある。

会社法制定前の商法の定めとは異なり、最も重要な会社形態である株式会社についての規定を他の会社形態に先立って規定することは、合理的なものと考えられる。

有限会社を株式会社と統合する立法政策（有限会社法の廃止に伴う経過措置については、議論があり得る）についても、そのこと自体は政策として肯定できないわけではな

い。しかし、その統合の目的は、これまで実態としては同じであった有限会社（大規模会社を除く）に関する法規整と中小の株式会社の法規整に差があつて、それが必ずしも実態に即したものでないため守られず、法規制の形骸化が無視できない状況になつてきたことは是正手段として考えられてきたし、専らその理由によつてのみ正当化できるものである。

もともとの「株式会社らしい株式会社」に関する規制を有限会社並みのものにするための手段ではないことはもちろんだし、簡単にどちらかに合わせるということであつてもならない。その実態に即した規整の探究が必要である。

上場会社を典型とする大規模開放会社と有限会社形態を選択・採用するのが相当と考えられる小規模閉鎖会社とは、その閉鎖性と規模に応じて、その規整のあり方が異なる（注2）。特にその規整の方法論については、大いに問題がある。その点については、改めて詳述することにした。

（注2） 本稿では、株式に流動性がある株式会社を開放会社といい、株式に流動性が認められない会社を閉鎖会社と

いうことにする。これは、会社法の公開会社（二条五号）、公開会社でない会社の用法とは、異なる。閉鎖的な会社は、定款に株式譲渡制限の定めがあるかどうかではなく、事実として株式に流動性があるかどうかによって定まる。後記五の株式会社の特質（神田分析による）は、大規模開放会社にのみ典型的に当てはまる。

会社法は、規模の基準を重視していないが、旧商法特例法によつて導入されたこの基準は、社会的影響の大きさを測るためのものである。これが大きければ、厳重な規整をすることによつて、当該会社が社会に害毒を流すことがないように配慮すべきことは当然である。これに対し、小規模な会社については、費用対効果という観点からの考慮が要請される。

つまり、会社法の体系化に当たつて、分かりやすく、かつ、利用しやすい立法にするためには、会社の類型化が適切に行われる必要があるが、その点の配慮・検討が欠けている。これは、株式会社についてのみならず、持分会社と総称される類型についても、共通である。

②すなわち、三編の持分会社という編別の整理には、大いに問題がある。合同会社という社員有限責任の会社類型を新しく設けたこととその規制内容に関する問題点について

は、ここでは問題にしない。しかし、これと社員無限責任の会社類型である合名会社・合資会社とをひとくくりにして、持分会社という会社類型を設定した体系的整理の正当性を根拠づけるものではない（実際的な影響という面では、株式会社法制のほうが圧倒的に大きい）、法律・体系的には、持分会社について、より問題がある）。

そもそも、会社の種類については、定義規定の二条一号において、株式会社のほか、合名会社・合資会社・合同会社だけが掲げられている。持分会社は、三編の最初の条文の五七五条のカッコでこれらの会社を「（以下「持分会社」と総称する）」といきなり出てくるという奇妙なものである。

何を基準として一つの類型とされたものかは、判然としない（業務執行権を社員がもつことを基準にしたのではないかと推測はできるが、この基準のみで株式会社と同列の会社類型とすることは、およそ適当ではない）。持分会社については、会社の類型化の一環の問題として、改めて検討する。

③改正前商法においては、株式会社法制の一環として規定されていた

社債の制度は、会社法では四編として、別に規定されている。社債制度を株式会社以外の会社にも、開放しようとする趣旨と考えられる。その際には、会社法において社債法制を定める趣旨が問題と考えられる。

会社法は、社債につき、この法律により発行し償還する会社債務という定義規定を設けている（二条二三号）。これは、実質的には社債の性格については、何も定めておらず、専ら会社法の手続によって発行するかどうかという発行会社の意思によつて定まることになる。社債制度について会社法が定める例は、少ないといわれるが、一般の会社の債務（借入金）と区別して、特に社債についてのみ規定する趣旨が問われなければならない。会社法の規定からいえば、社債管理者の制度と社債権者集会の制度の適用の可否の問題と考えられるところ、その適用が意味をもつ会社債務はいかなるものかを十分検討することなく、適用範囲をやみくもに拡大すべきではない。

社債は、株式と並んで株式会社の一般的な公衆からの資金調達手段として意味をもつものであるから（社債管理者は、そのような社債権者保護のため、社債権者集会は、集团的

債権処理の便宜のためのものである）、会社法制に取り込まれたものである。旧法下では有価証券に表章されるという特質をもっていたが、会社法下では、社債券の発行は原則ではない。

しかし、譲渡制限のない株式と同程度の流動性は確保されるように見える（譲渡制限に関する定め之余地はなさそうである。会社法六七六条・六八一条、施行規則一六二条・一六六条）。このような社債の利用を債権者保護のためのシステムが株式会社と比べて格段に劣る合同会社・合名会社・合資会社に開放する必要があったとは、思われない。

④組織変更と組織再編（合併・会社分割・株式交換・株式移転）に関する五編の定めは、問題だらけといつてよい。持分会社を株式会社と同じレベルの会社類型としてコミで定めをしたこと（前記②）、実体規定と手続規定の分離（規定が割れている）、横断的な手続規定の構成をしながら個別規定が紛れ込み、他方で重複する規定が多い。株式会社にのみ適用される株式移転が、ここで規定されているということもある（編名からいって、ここに規定するほかなかつたわけでもない）。とも

かく分かりにくい。会社法の問題点が集約されているような編である。

⑤六編外国会社、八編罰則も、その編別に問題はない。会社法の構成からすれば、独立の編にするほかない。七編難則も、共通規定と会社の種類ごとの個別規定とが混在しているということはあり、事後救済の要である訴訟が難則なのかという思いもするが、会社訴訟や会社の登記に關し、まとめて規定することによつて理解しやすくなっているように思われる。

指導理念の方向性・整理と会社法の体系（規定の整理）、語句の用法などは、互いに関連し合うものである。

三 規制緩和の意味

(1) 規制緩和・定款自治の拡大と社会的コスト増大への危惧

規制の緩和は、これまで弊害を生むおそれがあるとして、一般的に許されないときれていたことについて、その禁止ないし規制を止めることである。そのことにより、相当の弊害が生ずる危険は承知の上で、創意工夫の余地を認めることのほうが、よい結果をもたらすことを期待した政策判断に基づくということが

できる。

しかし、その弊害としては、社会的な不公正（弱者・少数者への圧迫）を生じさせる可能性を見逃してはならない（たとえば、簡易事業譲渡・簡易組織再編については、反対株主の保護の制度はないに等しい）。そのことによる直接の被害の問題だけでなく、その修復には、社会的コストがかかる。また、会社の類型を明確にせず、定款自治に委ねた結果として、会社の設計に余計な手間がかかる。一定の類型を設定した上で、所要の調整を図る余地を認めるほうが、企業社会のコストは軽減されると思われる（後述）。このような観点からの検討が十分にされたかどうかは、極めて疑わしい（注3）。

（注3） 比ゆとしていえば、タバコの販売を野放しにした場合、それによる税金は、国家財政に寄与するとしても、他方では、成人病の危険因子（受動喫煙の害も含む）として保健福祉医療に関する社会コストの負担を増大させるという問題が生ずる。

（2） 弊害とのバランス

その弊害が生じたときの後始末は、事後救済ということになる。しかし、これが会社法の世界では、既成事実の重み（それを覆すことの影

響の大きさ）のため、機能するのが極めて難しい。大規模な企業再編は、その適例である。瑕疵ある組織再編行為たとえば株式移転に引き続いて別の組織再編行為たとえば株式交換・合併等が行われたとか、完全子会社が新株発行したとかで、別に新しい株主の出現等の新しい利害関係が生じた場合には、その原状回復にはどうにも無理がある。

このことを認識し、その対策（一律の事前規制が適当でないとするば、事前の個別救済たとえば差止め等の充実やソフトウェアによる柔軟な規制）を講ずることが、重要である。事後救済が十分でない状況での規制緩和は、力の論理（既成事実を作れば勝ちという観念）の横行をもたらすことになる（ソフトウェアの役割が問われることにもなり、法律上の制裁以外の社会的制裁による後ろ盾があるかどうかも、問題である）。事後救済の典型は、損害賠償であるが、米国のようにこれが強力に機能する国（三倍賠償といった制度がある）と日本とは、基礎条件が異なる（米国では、集団訴訟やインジャンクションⅡ差止めの制度も整備されている）。そもそも、日本の社会は、国際的な比較においても、責任

追及の重要性についての感覚に欠けたところがあり、その機能の発揮には、特段の配慮の必要があるように思われる（注4）。

（注4） 日本には、責任を厳格に追及することを潔いものとしないう風潮があるように思われる（欧米や中東とはもちろん、中国や韓国といった近隣諸国とも異なる。外国との文化摩擦の一因でもある）。熱しやすく冷めやすい（必ずしも理性的・合理的なものではないという傾向がある）。これは、美点でもあるが、相身互いという共同体意識にも、支えられている面がある。しかし、自己責任が強調される近時の状況下では、責任のあり方・とらせ方という問題について考え直してみる必要がある。

たとえば、多くの規制緩和の代償として、会社法は、少数株主の保護のため、株式買取請求権（経済的代償の確保）を錦の御旗にしているように思われる。しかし、経済的補償のみで財産権を自由に収用することが許されるべきでないことは、公用収用の局面で自明のこととされている（これを正当化する公共の利益が必要とされている）。その補償を適正なものとする措置が十分講じられているかどうかも問題である（後述）。

株式は集団的な権利関係であって、最大多数の最大幸福という理念もあり、同じ集団の権利関係である区分所有権と全く同列には扱えないとしても（建替え決議の場合との比較）、大義名分を全く必要とせず比較多数決（単純な特別決議）で押し切れるほどの違いがあるとは、思われない。

多数決（定款変更を含む株主総会決議）による株主の締出しについて、それを何と考えるのか（それは、基本的には多数株主の私的利益の実現のためというほかない）。また、そのための手続をどうするのか（多数の利益のために少数者の利益を犠牲にする場合の多数決の要件等、ゴネ得を許さないことも大切）。その際の補償は、いかにあるべきか（将来のシナジーなど容易に確定できるものでないことは、将来の株式価値の変動について確定的な予測ができないのと同じである）。また、その適正な補償を現実に確保するための手続は整備されているか（現行の裁判所の非訟事件の手続が、特に零細な株主にとってその権利確保のために十分な機能を果たせないものであることは、周知の事実である）が、問われなければならない

い。

(3) してはいけないことの限界

そして、規制緩和が禁止されていた事項について許容範囲を拡大するものである以上、何をすることができ、何をしてはならないかについて、明確な定めをするということとは、相反する本質をもつ、という認識が必要である。今回の立法には、この認識が欠けているようである。

すなわち、規制緩和は、グレーゾーンの拡大を意味する。それは、嚴重な規制によって、弊害の発生を予防していたものについて、それが本来許容されるべきものまで抑える結果になるとして、自由な行動の範囲を広げるものである。その行動がすべて社会的に是認されることを保証するものではない。

そのように許容範囲が広がった場合の許容限度を明確にすることは、極めて困難である。それは、事後救済を重視する考え方（少なくとも事後の救済が必要な事態がこれまでより多くなることは、覚悟しているはずである）とも矛盾する。そもそも、人智には限界があつて、事前にもその規制の下で行われる行動のすべてを予測することは、不可能といつてよい。

まして、会社法の制定過程とその結果をみれば、その検討が極めて不十分なものであつたことは、歴然としている。たとえば、いわゆる黄金株の利用には法律上は何らの制限もないが、その利用が許されるべき局面は、限定される。

それにもかかわらず、立案担当者は、会社法では、何ができるか何ができないかをできるだけ明らかにしたとし、それを目指したらしい規定も、多く見受けられる。その一例は、定款の記載事項に関する二九条の規定である。そこでは「この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項」と定められている。

つまり、定款に定めなければ効力を生じない、いわゆる相対的記載事項は、会社法で書き切ることを予定していたようである。しかし、以前から広く行われてきた、総会議決権行使の代理人資格の制限や配当請求権の除斥期間に関する定めについても、会社法上カバーしていない。同条の規定が破綻していることは明らかである。

そして、なまじ中途半端に余計なおかしな規定を置いたため（株主平等原則に関する一〇九条の規定も、

明らかに本質的考察を欠いたもので、おかしい）、関連する規定の趣旨の解釈について制約が生じ、不都合が起こつている。種類株式の内容の変更に関する要件と反対株主の救済策との関係が、その適例である。この点は、改めて具体的に詳しく論ずることにする。

(4) ガバナンス・ファイナンス・リ

ファイナンス（企業金融）、リオーガニゼーション（組織・事業再編）の緩和とガバナンス（企業統治）の確立との関係も、十分整理されてはいない。ファイナンスやリオーガニゼーションに関する規制の緩和は、それをする会社のガバナンスの体制が確立していることによって、

支えられることを認識すべきである。それとともに、何がファイナンス関連事項であり、何がガバナンス関連事項であるか、を整理して考える必要がある。種類株式の多くとか、さらに新株予約権（社債や借入金と組み合わせられないもの）とかは、すぐれてガバナンスに関連するものであり、安易に株式関連だからファイナンスと即断（思考停止）してはならない。したがって、そう簡単に引つくるめて緩和の方向を容認

すべきではない。これは、前述の社債についての扱いの問題点とも関連する。

前述のとおり、リオーガニゼーションと会社の類型との関係も、全く整理されていない（会社法五編の問題点）。リオーガニゼーションは、ファイナンスの一環という性質をもつとともに、ガバナンスのあり方の変更を伴うことを見落としてはならない。その認識に立った整理が欠けている。これは、企業結合法制の欠如という大きな問題点につながるものである。

定款自治についていえば、会社の内部的事項については、ある程度大幅に許容してよいという考え方は、特に閉鎖的な会社については、十分考慮に値する。しかし、その定款設定の要件が問題である。内部事項が外部者に影響することも多い（特にガバナンスの問題）。ガバナンスの適正確保に関する事項は、安易に定款自治に委ねるべきではない。これに関しては、特に規模の基準による社会的影響を考慮すべきである。新たに株主になる者は、定款の定めを承認して入ってくる内部者だと考えることにも、問題がある。

四 会社類型の整理（その一）——株式会社への統合

会社法の体系的整理が不十分であることの表れとしてまず指摘すべき点は、会社法が有限会社を株式会社と統合したことに関連するものである。つまり、重要な会社形態とされる株式会社の原型（基本型）として、なにを想定し、それをどう整理するかについての考え方が、混乱している。

その典型は、株式の譲渡性に関する原則と機関構成の原則とのくい違いである（株式に関しては、公開会社が原則なのに、機関構成は非公開会社が原則である。後述）。そもそも、定款による株式の譲渡制限というメルクマールがどのような会社の特質を表わすものか、それを基準にすることが類型化の基準として、必要かつ十分なものかという吟味の過程がみえない。

株式会社という制度が重要であるのであれば、戦略的思考として、そのブランドを確立するための措置を講ずるべきである。少なくとも、その価値を毀損しないように配慮すべきであるが、その点において、多大な疑問がある。

有限会社を株式会社に統合したことは、法の実質化（形骸化防止）のための政策判断として許容するとしても、会社の実体としては、上場会社を典型とする大規模開放会社、その予備軍としての中（小）会社、および株式会社公開など考えない閉鎖的な中小会社（家業・同族会社）、さらに企業集団に組み込まれた閉鎖的な大会社、上場を嫌う閉鎖的大会社（注5）等の類型があり得る。その類型によつて規制（規整）のあり方は異なる。それを全面的に会社の自治に委ねるのは、論理の逆転である（株式譲渡制限自体が会社の意思によるが、その意思決定の要件も問題である）。

（注5） 公開市場での資本調達をしない閉鎖的大規模会社としては、サントリー、竹中工務店等が思い浮かぶが、そのほか、近時は上場会社がMBO（マネージメントバイアウト。経営者による企業買収）によつてゴイングプライベートとされる例も多い。これには、再上場を目指すものもあるが、そうでないものもあるようである。上場予備軍（上場を目指す）の中小株式会社には、ベンチャーキャピタルが資本参加した企業も含まれる。また、かつてのコクドのように傘下のグループ会社は、資本市場から資金を調達する

開放（公開）会社であるが、自らは閉鎖会社として、有限証券報告書提出会社でもないという場合も存在し得る。いろいろの類型を想定して検討すべきであった。

たとえば、定款自治の扱いなどは、全く異なるはずである（たとえば、判断力と交渉力とをもつベンチャーキャピタルが参加する場合だから許されるという判断をすべき場合もあるし、無機能株主の多い上場会社のような場合にはおおよそ許されるべきでないということもある）。

機関設計については、改めて詳しく触れるとおり、およそ実際には選択の余地がない組み合わせが法律の上では可能とされ、検討に余計な手間がかかる。会社を設立しようとする中小企業者が困惑している（専門家の手を煩わさざるを得ない）ということもあるようである。

株式会社法制を構築するに当たっては、まず株式会社の本質を的確に認識することが不可欠である。その認識の上に、（長所を伸ばし、短所を補う）制度構築の作業をすべきことは、いうまでもない。株式会社の特質については、次の五で検討する。

現代社会においては、株式会社と

いう会社形態の活用が、最重要の課題である。そのためには、複雑厳重な規制が欠かせない。その基本的な視点が無視され、体系的な整理がされていらない。複雑な規整を状況に応じて簡略化するのは容易であり、かつ、受け入れられやすい。その逆は難しい。この簡単な理（ことわり）が自覚されていない。しかも、その株式会社の原型（基本型）についての会社法上の整理がされていない。

会社法上、株式は、譲渡自由が原則である（一二七条）。譲渡制限をするには、特に定款の定めが必要である（二条一七号）。定款にその定めをしない限りは、公開会社（二条五号）である。公開会社については、取締役会の設置が義務付けられている（三二七条一項一号）。それにもかかわらず、株式会社の原則的な機関設定としては、取締役会があるものとしていない（三二六条一項）。それに加えておかしなことに、この公開会社においてさえも、取締役会を設置する旨の定款の定めが、要求されている（同条二項）。

さらに二九五条一項は、株主総会は、株式会社に關する一切の事項について決議することができるという原則を定める。しかし、その二項で

は、取締役会設置会社では、法律上の總會権限事項および定款で定められた事項についてのみ、決議することができる」と定めている。定款で特段の定めをしない株式会社は、取締役会設置が原則である。非公開会社であっても、取締役会を設置することができる。二九五条一項が、およそ株主総会（すべての株式会社）を通じた権限と表現していることのおかしさである（同項の株式会社は、実は取締役設置会社以外の株式会社に過ぎない）（注6）。

（注6）これと同じ範囲の会社を意味する「取締役会設置会社以外の株式会社」という表現は、たとえば二九九条一項で用いられている。同項では、公開会社でない株式会社という表現も用いられている。取締役会設置会社以外の株式会社は、公開会社でない株式会社よりさらに限定されたものである。会社法における株式会社に関する表現とその範囲の限定の仕方、およそ恣意的なもののように思われる。このように限定している場合（三〇五条二項には公開会社でない取締役会設置会社という用語もある）もあれば、実質は限定されているのに株式会社としている本文で述べた二九五条のような例のほか、三八六条のように「何々の規定にかかわらず」という表現で表している場合、三四八条一項のように株

式会社（取締役会設置会社を除く。以下この条において同じ）とするもの、三五六条と三六五条一項のように無限定の定めにつき、その適用については、取締役会設置会社においては、「株主総会」とあるのは「取締役会」とするものなど、多岐多様・不統一である。

これも、会社法の分かりにくさの要因であることは、否定できない。

日本においては、有限会社のほうが株式会社より多い。この状況は、会社法によって株式会社を一本化された後でも変わらないであろう。その状況を考慮して、機関設計の原型を有有限会社型にしたというのが、立案担当者の言である。

しかし、現実の会社法の条文は、実際に会社制度を利用する者に分かりやすいものには、なっていない。つまり、実務の現場においては、当該会社に適用される条文がどこにあるか、つまり適用される条文とその定める事項が明確であることが、重要なのである。その類型化を混乱状況においており、規定も整理されていないというのが、会社法の現状である。

株式会社法制に関する体系的整理における混乱を明確に示すのが、株式会社の絶対的記載（記録）事項に

ついでに定めである。二七条がそれであるが、その定めをするだけでは、適法な株式会社は設立することができない。少なくとも、その発行する株式をすべて譲渡制限株式にする定款の定めをするか、取締役会設置会社である旨の定款の定めをする必要がある。

なお、二編のうち二章株式の節の配列は、どういう思想に基づくものが明確ではないように思われる。

五 株式会社の特質

会社は、法人であり、法律によって規律される。会社形態として、最も重要なのは、株式会社である（神田秀樹「会社法入門」（岩波新書）二頁）。同教授の分析によれば、株式会社の特質は、①出資者による所有、②法人格の具備、③出資者の有限責任、④出資者と業務執行者との分離、⑤出資持分の譲渡性、である。会社法の役割は、その長所を伸ばし、短所（問題点）に対処することにあるとされる。

もつとも、ここでの「①出資者つまり株主の所有」（資本団体性）については、他の四つの特徴との関わりにおいて、検討を要するところである（簡単に鵜呑みにして素通りし

てはならない）。

株主が、会社解散の決定権（会社を消滅させる権利）をもち、経営者を選任したり（株主総会が会社に関する一切の事項の決定に介入する余地も認められる）、収益の分配に与つたりする権能（支配・収益権能）をもつことは、所有という概念に近似する。しかし、その対象たる会社は、権利の客体ではなく、むしろ権利の主体である（②の特徴）。株主の出資およびその変形物は、株主ではなく、会社に帰属する（破産や詐害行為取消しの対象になるのは、会社である）。

次に、株主は、所有者と同じ責任（すなわち管理責任・受益者責任）たとえば民法七一条を負うことはない（③の特徴）。株式会社の管理責任を負うのは、経営者（取締役等）であつて、その善管注意義務のあり方については、議論がある（④の特徴）。これは、会社はだれのものかという、まだ十分解明されていない（議論の一致をみない）、古くから新しい大問題に関連するものである（注7）。

（注7）会社はだれのものかについては、株主のものとする論が主流である（これは、株主利益最大化を株式会社

の指導原理とする考え方と結び付く（江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣）一九九頁）。しかし、これに対しては、株主だけでなく、会社をめぐる多くのステークホルダー（利害関係者（債権者、従業員、消費者、地域住民等）の利益を考慮する必要があるとする説（企業の社会的責任論）も強く唱えられている。株主の地位の根拠は、会社の危険資本の負担者であることに求められる（会社債権者の権利が満足した後）のみ、その財産の配分を受けることができ、会社の業務遂行による損失をまずカバーすべき出資の負担者である。それだから、株主に会社の支配権を行使させ、余剰価値を把握させることが相当とすることができる。

ところが、この原則が、会社法の下では、必ずしも明確ではない（特に資本・株主資本についての扱い）。この点について、詰めた検討をしておらず、安易に株主価値最大化論・株主主権論に基づく立法をしているようである。この議論に関する最近の文献としては、ロナルド・ドーア『誰のための会社にするか』（岩波新書）がある（その巻末に内外の参考文献が掲載されている）。

なお、私見では、会社の状況によって、会社はだれのものかは、変化する。通常の会社であれば、設立当初には、会社は、株主のものと考えてよい。しかし、その事業によっても異なる。社会的な公共財を事業の構成要素

とする場合には、簡単に株主のものとはいえない。たとえば、電波を用いる放送会社（水・空気はもちろん、社会的なインフラとされるものも程度の差はあるが、公共財の性格をもつ）。銀行やエネルギー関連等の認可業種も、社会的な責任があり、単純に株主の利益を最大化すればよいということではできない。

会社の成長に伴い、株主のほか、従業員、顧客その他の取引先、地域社会、株主以外の資金供給者（たとえば社債権者、特定の与信者つまり金融機関、買掛債務の債権者等は、取引先でもある）等の利害関係者が、会社（企業）に不可欠の要素として組み込まれてくる。株主利益の最大化に関しては、短期的、中長期的、永続的それぞれの観点にたつかという問題もある。実質債務超過の株式会社では、株主より債権者の立場が優先するはずである。また、企業価値の問題は、簡単に株主の多数決で決められるものでもない。

そもそも、会社法の原則では、会社の解散は、株主意思で決定できることになっているが、社会的に意味がある事業を営んでいる歴史のある会社について、その原則を貫徹できるかどうか（これを制約する理論や制度の構築ができるか）は、なお検討すべき課題である。特に、最近のように資本市場が暴力化している状況を見ると、いわゆる企業防衛のあり方とも関連し、この

議論の整理は、喫緊の課題のように思われる。

さらに原則として株主が容易にその地位から離脱できること（⑤の特徵）も、③の特徵と相まって具体的な株主の権限行使をどこまで尊重すべきものかという疑問（たとえば、総会決議を免罪符にできるか）につながる。

その株主の流動化の極限が、上場会社等の資本市場と結び付いた会社である（この問題提起をするのが、上村達男『会社法改革』（岩波書店二〇〇二年）三八頁以下などと考えられる。流動するフローとしての株主像。そこでは具体的な株主ではなく、抽象的な投資者としての株主が重要だとされるようである）。パソコンにしがみついて株取引を繰り返す、いわゆるデイ・トレーダーは、会社法が想定する株主ではなからう。しかし、その存在を否定することはできない。後で指摘することおり、持株の保有期間が長い株主の議決権を最近株主になった者のそれより優遇する余地を認める立法も、検討する余地があろう。

さらに神田教授の指摘では、近時の国際的な会社法制改正（変革）の激化の原動力は、コーポレートガバ

ナンスのあり方が企業のパフォーマンスをひいては国の経済に対する影響をもつという認識の出現であり、情報通信技術（Information Technology）の進展、各国大企業間の競争激化、資本市場の拡大である。会社法制は、①ガバナンス（企業統治）②ファイナンス（企業金融）、③リオーガニゼーション（企業組織再編）の三分野に分けることができ、会社法には、①ガバナンスについては多様化、②ファイナンスと③リオーガニゼーションについては、規制緩和の傾向がみられる、とする（同書二二頁）。

ここまでの同教授の分析には、おおむね異論はないが、現実の「会社法」が具体的に採用する方向を肯定すべきか、さらに実際の会社法の諸規定に問題があると見るか、見ないかでは、根本的に認識が異なる（そもそも、上述の株式会社の特質についての認識自体が会社法において明確にされているかが疑われる。その制度と制度改正についての問題点に関する認識も、欠けているように思われる。それがきちんとされていれば、このような立法にはならなかったのではないか）。

六 会社類型の整理（その二）——持分会社という区分

持分会社という類型の設定も、その体系的な整理の意味は、明確ではない。会社の種類は、株式会社のほか、合名会社、合資会社、合同会社とされる（一条一号）。しかし、第三編の冒頭の五七五条一項において、いきなり合名会社・合資会社・合同会社を持分会社と総称するとして、これらに共通する規定を設け、その間の会社形態の変更は、組織変更ではなく、定款変更によつてすることになっている。

この会社類型としての統合の基準が何であるかは、明確ではないが（注8）、株式会社との共通の相違点から考えると、社員が業務執行権をもつこと（社員以外の業務執行者として取締役という機関がないこと、つまり所有と経営の分離が認める制度になっていないこと）つまりは内部関係において社団というより組合に近いことを基準としたように思われる。なお、その社員の地位を持分と呼ぶかどうかは、何ら実質的な意味をもたないものである（有限会社の社員の地位も、持分と呼ばれていない）。

（注8）立法担当者の解説（相澤哲二 谷大輔「持分会社」商事法律一七四八号一頁）によつても、あえて持分会社という区分を設けるべき説得的な理由は明確にされていない。法律関係の明確を図るというだけのことなら、何も特別の区分を設ける必要はない。準用を止めて共通規定にすることによつて、当然に法律関係が明確になるとはいえない。むしろ、混迷を深めていることは、以下に指摘するところからも明らかである。共通規定にできるのなら、準用でも紛れはないはずだし、それをはつきりさせたいのなら、特別の会社区分を設けないでも、共通規定として規定することはできる。

合名会社と合資会社との歴史的沿革の違いや社員の責任形態の相違は、およそ考慮の外にある。もちろん、歴史的沿革は、この際顧慮する必要はないという割り切りはあり得る。また、合同会社という会社形態を認めたことの当否も、ここでは問わない（有限責任を認めるための条件整備等につき大きな問題があるが、後で改めて検討することにする）。

しかし、合同会社が株式会社と同じ社員有限責任の会社（会社財産のみを債務の引当てにする会社。資本金・物的会社）であるのに対し、

合名会社と合資会社とは、社員の無限責任を基礎とする会社である。これは、決定的な差であり、これを会社の区分として一括するようなことは、許されるべきではない。なお、法人が無限責任社員となることを認めたことに対応して、何らかの要件を検討すべきでもあった。

また、合資会社については、従前は無限責任社員が業務執行権をもち、有限責任社員は、監視権をもつものという法制で、特段の不都合も指摘されていなかったことはもちろん、それは基本的な建前として正しいものであった。それにもかかわらず、会社法は、合同会社と統合して持分会社という会社区分を設けるための辻褄合わせとしか考えられないけれども、合資会社の有限責任社員をその無限責任社員と同列に扱い、これにも原則として業務執行権限を認めることにしている。

持分会社という類型化についての立法上の破綻の端的な表れが、資本概念を共通規定として取り入れたことである。合名会社や合資会社において、資本概念は全く意味がない。また、合同会社の社員の有限責任と合資会社の有限責任社員の有限責任とは、その形態が異なる。

つまり、合名会社・合資会社・合同会社は、会社法二条一号が定めるとおり、完全に別の種類の会社である。合資会社の社員の退社による会社の種類の変更のみなし（六三九条）はおよそ無理だし（社員の意思を問うべきである）、合名会社・合資会社から合同会社への変更やその逆の変更を定款変更の手続だけであるのも、無理である。

このような無理をあえてした上、持分会社という会社の「総称」を用い、これがあたかも株式会社と同列の会社の種類であるかのような扱いをしていることが、特に組織変更や組織再編行為において、法制上收拾することができない（説明できない）混迷をもたらしている。