

会社法の論点解明(三)

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

(以上二四五号)

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

二 理念の整理と体系化

三 規制緩和の意味

(以上二四六号)

IV 会社類型の整理(その一)―株式

会社への統合

五 株式会社の特徴

六 会社類型の整理(その二)―持分会社という区分

(以上二四六号)

七 会社に関する制度・規定の整理のあり方

- (1) 条文整理の特色
 - (2) 条文の準用―条文の意味の理解
 - (3) 規定の共通化(一括化)と規定の重複・準用・読替え等
 - (4) 制度の機能の一般化・多様化
 - (5) 制度の組み合わせによる多様化
 - (6) 便宜主義への傾斜とリアリズムの欠如
- (以上本号)

III 会社法の理念と体系(続き)

七 会社に関する制度・規定の整理のあり方

(1) 条文整理の特色

会社法は、会社制度を個々の制度ごとに具体的・有機的な機能をもつ

たものとして処理しないで、①それぞれ違った意味・内容をもつ制度を一括してまとめていること(ある共通項による括り、だし。取得請求権付株式・取得条項付株式、募集株式の発行等、剰余金の配当等規制等)、あるいは②特定の機能ごとに分解した無機的な制度(部品)とその組合

せとして処理していること(新株予約権・社債・種類株式の組合せ、人的会社分割を物的分割プラス全部取得条項付株式の取得・配当による株式交付とすること等)が、その大きな特色ということが出来る。この両者と条文の準用を避ける政策とが絡み合っている。

このような処理が互いに交錯している。ジグソーパズル(プラモデル)的立法・因数分解をした立法といわれるゆえんである。次に扱う文言の問題とも併せて記号(コード)化した立法といわれることもある。

①は、横並びの関係(同一性・類似性)が明らかになるという利点を

もつし、②は、発展の余地がある制度設計であるともいえるが、これには限度・限界がある。単純な制度の組合せ・横並びであれば、有効なことも多いが、複雑な場合には、問題が起こる。

共通項による整理は、ある事項を共通項として把握する、その認識が適切かどうかという問題があることは明らかである。制度の組合せは、それによって具体的に成立し、形成される、複合化された制度が、おかしなものにはならないという担保があるかどうかの問題になる。

(2) 条文の準用—条文の意味の理解
 条文の準用については、これが横並びの規定であること、すなわちそこで準用する条文と類似の法律関係についてほぼ同じ規律をすることが示され、それらの各制度をまとめて理解することができるという利点をもつが、他方で、その条文を参照する手間を要する。また、準用の仕方によっては、その内容が不明確になることもある。株式会社の設定に関する規定（二編一章）は、従前より理解しやすくなっているが、これはこの準用がなくなつたことによる面も、大きいように思われる。しかし、他方で、準用の忌避による規定

の重複という現象も生じている。

法律およびこれを利用するのがどういうヒトなのか、問題である。全くの法律のアマチュアが特定の事項についてのみ、法律に接する場合であれば、準用はないほうがよいと考えられる。しかし、これに固執することは、問題である。

法律の条文だけで法の内容を理解するのは難しく、準用があるかないかが、その理解しやすさに決定的な影響をもつものではない（その定めの内容や表現が難しいもの、明晰でないものは、理解できない）。現に条文の準用を忌避している会社法は、素人はおろか、企業法務に従事している実務家にも、さらには、一応法律の専門家であるはずの法曹・法学者にとつても分かりやすいものとはいえないように思われる。

餅は餅屋という言葉がある。法律問題のように専門性がある事項は、専門家の知識・能力に依存する面が多いことは否めない。その際には、専門家の説明責任が重要であるが、その説明に専門家すら難渋するような立法では困るのである。

つまりここで指摘したいことは、一応の知識（法学部で一年間会社法の講義を受けた学生の程度のそれ）

さえあれば、紛れがない場合にまでも、準用を避けることに汲々とする必要はない、ということである（訴訟法ということになれば、もう少し高い知識の者を基準にしてよいように思われる）。それより、実質をもっと分かりやすいものにすることに努力すべきである。会社法は、そういうった意識・工夫に欠けているように思われる。

もつとも、これは、戦後ずっと、法制局（特に内閣法制局）の任務であるべき立法表現技術の開発が十分でなかったという問題点のツケという要素のあることをも指摘すべきである。日本の法律文化にとつて重要なこの課題が、先送りされてきた。そのことは、会社法・関連政省令を含め、最近制定された法令の読みにくさを見れば、明らかである。

いわゆる六法といわれる基本法は、基本法であるがため、近代国家としての日本成立の基盤であった。したがって、当時の公用語としてのカナ書・文語体で表現されてきた（これは、簡潔であるという特色をもつが、必ずしもその内容が一義的に明確とはいえないという面があることは否定できない）。社会文化の変化により、これを現代語化する必

要が生じた。法律の表現を分かりやすいものにするには、その重要な課題であった。しかし、そのための手法の開発は遅れている。準用の問題もその一環である。準用の読替え一つとっても、煩雑な読替えが必要かどうかについて検討されるべきである（たとえば三二五条の種類株主総会への株主総会に関する規定の準用）。常識で考えれば紛れの生ずることが考えられない事柄にまで、お節介をするのは止めたほうがよい。それは、条文の明晰性を妨げ、冗漫・煩雑にするだけである。

会社法は、準用を極力忌避した形跡があり、読替適用の定め例も多い。一〇三条一項、三四〇条四項五項、三四三条三項、三四七条等多数のぼるが、これも準用より分かりやすいかどうか大いに疑問である。準用の欠陥の一つは、他の条文を参照しなければならぬということであるが、それは、読替えでも同じである。また、法律で書き切らずに政省令に委ねることに、同じ問題がある。この配慮があるとは、思われ

ない。
 もつとも、必ずしも準用の忌避は徹底しているわけではなく、準用許否の基準がどこにあるかについて、

明確な基準を示して説明することはできない。(注1)

(注1) 準用の例は、三二五条における種類株主総会への株主総会に関する規定についての包括的なもののほか、二四一条一項、三四五條四項・五項、三四六條五項、三七一條五項、四一三條四項等にみられる。

(3) 規定の共通化(一括化)と規定の重複・準用・読替え等
 共通の意味をもつ制度をまとめて規定することについては、会社訴訟や会社登記についてそういう扱いがされているが、これは、私見では、それなりに成功しているように思われる。この点は、既に会社法の編別の構成に関して述べたとおりである(二(2))。

むしろ、会計の原則規定など、どうして株式会社法(四三一条)と持分会社の六一四條とに分断して規定したのか疑問で、会社総則規定で規定すれば足りるし、さらにいえば、なぜ商法総則の規定で一括して賄えなかったのか、不可解である(商人の会計は、企業会計とはいえないのか)。そのほかの株式会社と持分会社の計算に関する総則的な規定(四三三條・六一五條、四三四條・六一六條、四三五條・六一七條等)も、

共通化できるように思われる。

会社法において、この方針の採用に最も問題がある事項は、既述の合名会社・合資会社・合同会社を一括した持分会社に関する処理と五編の組織再編絡みの規定の整理とである。持分会社に関する問題点については、ここでは再説しない。五編関連の条文整理の問題点についてはのみ(この編には、会社法のもつ問題点が集約して現れていることは、既述のとおりであるが、ここでも持分会社に関連する問題点には触れない)、ここで簡単に触れる。

問題は、特に合併・会社分割・株式交換・株式移転を吸収型組織再編行為と新設型組織再編行為とに分け、その手続規定を共通化したことによつて生じた。これらの制度自体は、会社法制定前から存在した。しかし、合併は、古くからある法制であるが、解散の一環として規定が置かれていた。株式交換・株式移転は平成一一年、会社分割は平成一二年に別々に導入された制度である。規定として整理が十分でなかったことは、明らかで、整理の必要はあった。しかし、会社法が採用した方針が、妥当なものであったかどうかは、疑問である。この方針の採用に

より、実定規定と手続規定との分離という事態が生じた。組織変更については、独立の手続であり、実定規定とことさら離す必要はなかった。組織変更に関する規定の分離は、いわば巻き添えにあつたものである(なお、ここでは、組織変更概念とその手続についての根本的な問題点については、触れない)。

吸収型(吸収合併・吸収分割・株式交換)は既存の会社間の組織再編手続と整理され、新設型(新設合併・新設分割・株式移転)は新しく会社を設立する手続と整理された(単独行為として計画による場合がある)。しかし、合併は、新設型であつても、既存の会社間で行われる手続である(契約がある)。また、吸収型も、合併では当事者会社の法人格消滅が起こるが、会社分割と株式交換とは起こらない。規定を共通化したことによつて、規定は複雑化し、かえつて分かりにくくなった。実定規定と手続規定とが、離れた場所に、しかも別々に存在するというのも、分かりにくさの大きな原因となる。

評価が微妙なのは、たとえば、株式会社役員(取締役・会計参与・監査役)および会計監査人(あわせ

て「役員等」とされる)についての扱いである。これについては、その選任・解任についての節(機関に関する第四章三節)にまとめて規定されている。

しかし、そこには、資格、任期、員数等が、役員等ごとに異なるという問題があり、また、その選任・解任についても、その役員等に応じた特別の定めがある。株主総会による選任・解任の原則、委任関係に関するもの、欠員が生じた場合の扱い等が、共通事項であるが、全面的に共通の定めとすることなく(共通事項のみ、総則として規定するか、最初の条文の準用で処理する)、それぞれの役員等の節で扱ったほうが分かりやすいように思われる。もっとも、役員等の損害賠償責任に関する定めは、まとめたこと(十一節)により、横並びの関係が分かりやすくなったという感じもするが、責任根拠規定特に取締役のそれは、これだけではないこと(一一〇条・四六二条・四六四條等)を意識しておく必要がある。

こういうバランスの問題は、感覚的な面があり、断定はしにくい。それが、評価が微妙と述べた理由であるが、そういう検討が十分されたの

かどうか、問題である。

横並びの関係を表わす手法としては、準用とこのように規定をまとめる方法との二つがある。それらの方法をとらないと、規定の重複が起こる。この三節にまとめられた規定、たとえば総会決議によって選任する旨の規定などは、準用でも紛れはないと思う。

なお、株式会社の設立に関する一章の規定は、発起設立に関する規定を八節までに完結的に置き、九節を募集設立に関する特則として特に株式募集（一款）、創立総会等（二款）に関する規定をしている。三款から六款までも、創立総会絡みの事項である。七款のうちの一〇二条は九節一款と七節の規定とに分解して、一〇三条は八節に入れて、七節・八節などは共通規定として一章の末尾に置くほうが分かりやすい。

規定の重複が顕著な例としては、創立総会に関する規定（六七条以下の多く）と株主総会に関する規定（二九八条以下の多く）、株式、新株予約権、社債に関する規定（たとえば流通に関するもの）の多く、反対株主の株式買取請求に関して共通する規定（一一六条・一一七条、四六九条・四七〇条、七八五条・七八六

条、七九七条・七九八条、八〇六

条・八〇七条）、同じく新株予約権買取請求に関して共通する規定（一一八条・一一九条、七七七条・七七八条、七八七条・七八八条、八〇八条・八〇九条）、債権者異議手続に関する規定（四四九条、六一七条、六三五条、七八九条、七九九条、八一〇条）等がある。それらの多くは、準用による処理のほうが簡明な事項であるように思われる。

(4) 制度の機能の一般化・多様化
 これがさらに進むと、もともとは違った意味をもつべき制度をまとめて一つの制度（定め）で対応するよう規定することになる。たとえば、①取得請求権付株式（二条一八号）は、株主が会社に対してプット・オプションをもつ株式として、従前の義務償還株式、転換予約権付株式を統合したものである。しかも、その株式を会社に取得させる対価については、これまで金銭または株式とされていたものを、それ以外に社債・新株予約権・新株予約権付社債、金銭のほかの財産でもよいこととしている（二〇七条の規定上は、金銭は明示されていないし、株式を対価とする余地はない。一〇八条一項五号の種類株式であれば、株

式を対価にできる）。

この場合の取得は会社が取得する意味であるが、同じく会社が取得する株式でも、株主がオプションをもたないものとして、②取得条項付株式（二条一九号）についての定めがある。これは、従前の随意強制償還株式や強制転換条項付株式、一斉償還条項・一斉転換条項付株式を含むものとされている。会社がコール・オプションをもつもののほか、一定の期限の到来・条件の成就によって、当然にその効果が生ずるものも含まれる（財源規制のために効果が生じないことは別）。その対価については、取得請求権付株式と同じ多様性が認められる。

つまり、これまで転換株式とか償還株式とか言われていたものを、分解して、別の基準で括り直したものである。これまでの転換株式、償還株式は、消滅する株式の対価の種類つまりそれが株式か金銭かを基準としていて、その機縁は問題にしていなかった。会社法は、対価の多様化をしたうえで、株主がそのイニシアチブをもつかどうかを基準として、括り直しをしたものである。この対価の多様化が、このような括り直しをした理由であろう。

これが正当な制度設計であるかどうかは、疑問がある。ここは、具体的な制度の是非（実体的なそれ）を論議する場ではなく（この点については、改めて検討する）、規定（条文）・制度の整理の問題を考える場であるが、転換株式をプット・オプションという整理をしたことには、疑問がある（株主の意思からすれば、償還株式はまさにプット・オプションであろうが、転換株式はむしろコール・オプションである）。対価として、たとえば新株予約権を認めたことも、これが要請される局面がどのようなものか疑問である。

また、社債への転換は、デット・エクイティ・スワップ（転換社債が典型）の反対のエクイティ・デット・スワップ（財務内容が悪化した場合に備えての権利順位の上昇の機能がある）であるが、これが企業金融面でいかなる意味をもち、どういうニーズに対応するものかも、問題である。こういう問題含みの制度について何ら条件を設定することなくまとめて規定することには、疑問を禁ずることができない。

つまり、会社法は、およそ具体的なニーズを考えずに、極めて限定的な利用しか考えられない制度を一般

化する傾向が甚だしい。ある局面においてのみ認めるのが妥当な処理について、そこで認められることを根拠として一般化・原則化することは、実際には問題を起す（「毒を食らわば皿まで」という論理に陥っていないか）。（注2）

（注2）たとえば、従前も、事業全部の譲渡は、認められており、これによって既存の会社を抜け殻にすれば、形式的には、株主の縮出しは、可能であった。他方で、会社を清算・換価する手段として、事業全部の譲渡は、有効なものである。しかし、専ら支配株主の利益のために少数株主を締め出す手段として用いることについては、解釈上その効力を否定する余地があった。そして、これまで事業全部の譲渡を（一部）株主の縮出しの手段として利用（悪用）することは、行われていなかった（最近では、改正前産業活力再生措置法に基づいてされたカネボウの例がある）。会社法は、従前も、そのような処理が法律の規定の上では、見かけ上可能であったことを根拠として、株主の縮出しを単純な特別決議ですることを認めている。そう簡単に割り切るべきものではない。

また、最低資本金制度を廃止したとしても、株式会社の資本金が一円であるのが、原則ということはある得ない。そういう会社も禁止はしないということに過ぎない。それが日常的に起

ることだというような規定（これは、計算規則であるが、資本金ゼロさえ認める規定がある）を設けるセンスが理解できない。

一体どのような場合に利用されるのか分からない制度が堂々と規定されているから、会社法が理解しにくいものになっている。たとえば、種類株式発行会社でない会社が、その全株を取得請求権付株式や取得条項付株式にすること（一〇七条の場合）は、一般論として全株同時に請求権が行使されたり、取得条項が発動されたりすることを想定すると、おおよそおかしい。しかし、閉鎖的な会社において、疎外された株主の保護のため、または個人株主について相続が起った場合等に備えて、そのような請求権・取得条項を定めておくことは、全く考えられないわけではない（具体的なニーズが生じた場合にのみ個別に発動される。なお、相続の場合については、一六二条・一七四条等に手当てがあるが、これと平仄は合うか）。しかし、その対価を株式や新株予約権にすることは、考えられない（種類株式でない場合にそのようなニーズがあるはずはない）。つまり、その利用の仕方（ニーズ）と規定の体裁・内容と

の間に隔たりがある（こういう大風呂敷を広げる必要があったのか）。

また、全株式が均一内容の取得条項付である場合として、事業に終期がある場合に清算手続を簡単にする目的で発行する例が示されている（注3）。しかし、債権者保護（取得の財源規制）や残余財産の処理を考えると、そういう利用の仕方が可能かどうかについては、疑問がある。

（注3）江頭憲治郎「株式会社法」（平成一八年 有斐閣）一四八頁注二八。その場合につき、対価が株式であることは、あり得ないとする。これは、法律の定め趣旨を説明するものである。

③自己株式の取得（一五五条）についての財源規制（剰余金分配規制）については、四六一条以下において、剰余金の配当と一緒に規定されている。もつとも、この規制は、すべての自己株式取得におしなべて適用されるものではない。また、取得請求権付株式の取得について一六六条一項ただし書、取得条項付株式の取得について一七〇条五項に別に規定されている。これは、その規制違反を効力（発生）要件にするかどうかの区別と関連するもののように思われるが、どうしてそういう区別

をすることになるか（おおよそ剰余金規制違反をすべて効力要件としないことの根拠）は、何とも理解しにくいところがある。

④二編第二章八節の「募集株式の発行等」という制度は、新株発行の手続と自己株式処分の手続とを統合したものである。いずれも募集・割当て・引受けという手続によって処理されることに着目したものと考えられる。しかし、募集株式の発行等という文言で自己株式の処分をも表現しようとするには、どうも無理がある。募集を共通項にするのであれば、結びを募集でまとめるのが合理的であるが、新株発行が企業金融に占める重要性からいって、それも落着きが悪いということがあったのであろう。

もつとも、旧商法四章三節ノ二（二八〇条ノ二以下）における新株発行も、すべての新株発行を意味するわけではなく、いわゆる有償増資の場合のみを表わしていた。それを限定することは、厳格な意味では有用であるとする向きがあるかもしれない。それならば、新株発行を募集の方法で行う場合について規定をして、「自己株式の処分もその手続で」と定めたほうが分かりやすい

と考えられる（金庫株制度にどこまで固執する必要があるかという問題とも関連するが、これに固執するのであれば、それこそ「自己株式の処分」に活用する「旨の規定」にしておいた方が解釈に柔軟性が増す）。

⑤ 新株引受権の制度は廃止された。他の制度で賄う（他の制度の機能を利用する）ということ、これも、この問題の一環ともみることが出来る。しかし、その必然性はよく理解できない。これまで新株引受権が認められていた譲渡制限株式については、株主以外の者に対する株式の募集については、原則として特別決議を必要とするとの手続規制で賄っている。

しかし、株主割当てについても、非公開会社において総会の特別決議を不要とするためには、定款の定めを必要としている（二〇二条三項）。もちろん、増資の要否につき、株主の意思を問うべきという問題はある（その場合の決議要件は問題）。他方で、譲渡制限種類株式については、定款の定めで、その種類株主総会決議を不要とする余地が認められている（一九九条四項、二〇〇条四項）。これは、譲渡制限株式については、その新株引受権の放棄は、必

ずその株主の具体的意思の確認（総会決議）を必要とする法制を覆したものである。

譲渡制限株主について、原則としてその持株割合を保障するという法制を改めるべき根拠は、示されていない。手続規制の場合において、その株式募集の手続違反が、株式発行や自己株式処分の無効事由になるかどうかは、これまでの判例の動向からは予断を許さない。このことも問題である。

株主割当ての際に認められていた具体的な新株引受権は、新株予約権で賄うことが考えられているようであるが、それで法律が簡明になったかどうかは、疑問である。逆に制度の重複という観点からいえば、新株予約権の無償割当募集（二三八条一項二号）と無償割当て（一七七条、二七九条）との関係も、よく理解できない。

なお、会社法においても、その行為の瑕疵を追及する訴訟においては、株式の発行に関する訴訟と自己株式の処分に関する訴訟とに分けて規定されている（八二〇条二号三号）。

⑥ 新株予約権を目的について制限なく利用することの許容は、平成一三年改正によるものであるが、無批

判に継受している。これは、会社法が顕著に示している制度の一般化のはしりである。つまり、ある限定された局面でのみ、利用すべきものについて無制限に利用を認めている。

新株予約権の制度は、平成一三年改正においても、新株発行と並べて規定されていたが、その趣旨が問題である。新株予約権は、資金調達の手段としては、社債その他の借入れと結びついた場合のみ有効なものである。つまり、資金調達（新株予約権の行使に伴う払込みが資金源になるのが、その基本である。新株予約権の発行自体を資金源とするのであれば、新株発行を選択すべきである）は、会社の資金需要に応じてされるべきものである。それは、新株予約権が新株予約権者のイニシヤティブによって行使されるコール・オプションであるという本質に反する（その行使は、会社の資金需要とは関わりがない）。資金調達の便宜のためという説明は成り立たない。それにもかかわらず、資金調達の手段として用いるのであれば、その行使時期について、何らかの拘束をしておく必要があるはずである（新株予約権の内容的な問題点については、改めて検討する）。（注4）

（注4） 会社法は、オプションとしての新株予約権の利用をほぼ全面的に解禁しているが（総会で決める場合も大幅な権限委任が許されている）、その根拠は、オプション評価モデルが、公正担保のために、有効に機能するからというところにあるように思われる。そのモデルとしては、ブラック・ショールズ・モデルをはじめ、二項モデル、モンテカルロ・シミュレーション等があるとされるが、数式自体はともかく（これも、裁判所としては、鵜呑みするほかに、ブラックボックス化しているように思われるので、その検討も必要である）、そこに代入するパラメータ（変数）が問題である。たとえば、最も重要なのは株価予測つまり株価の変動率であると考えられるが、個々の会社についていえば、企業の経営の良否たとえば事業の将来性（株価が大化けする可能性）に関する価値判断そのものように思われる。価値判断を数値化することが可能なのだろうか。どうにも、その数値についての信頼性には疑問を禁じ得ない（過去の実績などは無意味である）。閉鎖会社における株式のオプション価値の公正な算定などは、殆ど不可能といつてよい。また取得請求権付や取得条項付の種類株式のオプション価値の問題も、十分検討されていない。

たとえば、本文で指摘したような拘束（たとえば、会社の要請があれば、行使すべき旨の約束。もっとも、これは

逆に新株予約権の本質に反しないかという疑問も生ずる）があるときには、そのオプションの評価は、どのようにしてすることになるのであろうか。

株主割当て以外の方法で発行された新株予約権は、その行使によって専ら株式の希薄化（有利発行の状況にならなければ、行使されない）と持株比率の変化という機能が生ずる。経営者にその発行権限を与える場合には、主要目的ルール（これは、資金需要目的の場合にのみ意味をもつ）以外の公正担保のための何らかの基準・条件を確立する必要があるように思われる。（注5）

いわゆる企業防衛策としての利用にいたっては、株主の意見を問う等その正当性を確保するための仕組みが整備されておらず、混乱の状況にあるというほかない（根源的な問題を抜きにした便宜的な議論だけが先走りしている）。

ば、認めてよい。結局、平成一三年改正前の状況で、特段の不都合はなかったのではなからうか。

企業防衛策としての利用についても、アメリカの動向、EUの動向双方をならみ合わせて慎重に検討する必要がある。

そこには、制度の多機能化、汎用化ともいべき方向性が認められる（「何でもあり」という政策を根幹にした）。多機能化・汎用化も、言葉自体としては、規制の柔軟化等とともに、必ずしも、悪い響きをもたない。また、実際にそれなりの効用ももつことも考えられるが、このような扱いは、思わざる利用の仕方を生むおそれがあることは、明らかである。一体どういう事態に対応するものと考えたのか、理解に苦しむものもある。具体的な制度の使い方が見えない。

（注5）たとえば、取締役等に与えられるストック・オプションは、その利用の仕方と数量によっては、取締役の業績向上へのインセンティブ報酬として、それなりに機能することが考えられる。もちろん、弊害も起こり得るし、その設計も問題ではあるが、付与は必ず総会決議によることが前提になるから、実務に二一ズがあるのであれ

り、株式の内容（種類株式）の多様化であり（その内容に応じた財産的価値の評価は可能なのであろうか）、会社分割の要件を無いに等しいものにしたことであり、株主の縮出しを自由化したことである。これらは、いずれも弊害の発生がある程度予測できるものである。

これは、電化製品の多機能化とは、話が全く違う（もつとも、電化製品の場合も、邪魔にはならないだろうということだが、それでも、使いにくさという欠点は伴う）。

いわゆる横断的処理（会社法における剰余金規制、平成二年改正における株式配当・無償交付の株式分割への統合等もこれに属する）は、すべてその要素をもつが、要はバランスである。その射程範囲が予測でき、制御可能であることの見極めが大切である。

そこから生ずるべき弊害を予測しないで、無規律に多機能化された制度の利用を認めると、社会的に制御できない不公正が生ずるおそれがある（注6）。

（注6）私が遭遇した適例は、一九八一年（昭和五六年商法）改正における分離型新株引受権付社債の導入である。法務省の立案担当者としては、オプ

ションのなし崩し導入になり、その一人歩きに繋がりがかねないという危惧もついていた。しかし、経済界の要望が強く、学者もそれに同調したので、手続的な制約という手当てだけで、これを認める立法がされた。その結果、パブル期に、海外で発行されたオプション部分（ワラント）が国内に持ち込まれて、国内投資家に売り付けられ、これに多大の損害を与えた（多くの訴訟が起こったが、必ずしも十分な救済は与えられなかった）。その制御に関する仕組みが整備されていないため、問題が表面化すれば、收拾がつかなくなる恐れもある擬似ストック・オプションという形での利用も生まれた。

会社法においては、新株予約権の全面解禁がされていることは、前記のとおりであるが、ワラントの場合とは異なり、金融商品取引法による保護がある程度機能することが期待できるとしても、それだけで足りるかどうかは疑問である。フジテレビ・ライブドア等がした転換価額下方修正条項付転換社債（S M B C）利用の状況（それに対する実務界の反応）をみても、その弊害が後日もっとひどいかたちで現れないか危惧される。なお、久保田安彦『オプションと会社法』会社法における主要論点の評価（中央経済社）一九九頁参照。

会社制度という世界は、事後救済が極めて困難であるとともに、自己

の欲望を抑制する能力に欠けた人が、多く参入するところでもあるし、情報の非対称性をはじめとする不均衡をはらんだものでもある（その最たるものが、経営者支配の問題である）。その適切な制御についての配慮は、欠かせない。やみくもに何でもできるようにすればよいものではない（道路は広ければよい、水路は深ければよい、というものではない）。

規制緩和ということの意味も、改めて検討されるべきである。このことについては、前記三で触れたところではあるが、若干の補足を（注7）。

（注7） 法律で禁止されていなくても、やってはいけないことは、あるのではない。法による禁止が解除されて、許容の範囲が広がれば、そのような具体的なケースは、従前より増加することになるはずである。それを制御するための方策が十分整備されているかどうか、問われる。法規制がなくなれば、脱法行為として規制することも難しくなる。これは、被害者についてももちろん、十分な警告を与えられることなく責任を負わされる加害者にとっても、問題である。その加害者の負担への裁判所の配慮が、被害救済の妨げになることも危惧される。法解釈での工夫が必要だが、これには限界があ

る。何とかソフトローの充実等の実務の進展が望まれる。

規制緩和の際のキャッチフレーズは、事前規制から事後救済へのシフトの転換ということであった。規制緩和という掛け声に安易に乗る前に、会社法の世界では、事後救済が十分機能し得ないことの認識をすべきであった（取引法と組織法との違い）。

その事後救済には、違法不当な行為（瑕疵ある行為）の効力を否定して原状回復をするということと、損害賠償とがある。まず前者については、会社法では、組織法上の行為は無効には、原則として遡及効が認められていない。法律問題以上に、その行為の効力を覆したら收拾できない社会的混乱が生ずることが多く、その混乱を考えてあえて効力は否定しない、という判断になるおそれがあることは、自明のことである（たとえば、国政選挙における選挙権格差の問題は、その実例であるが、会社法の世界でも、巨大企業の組織再編などは、同じことである）。

損害賠償にしても、会社法上の違法による損害額は、莫大なものになるのが通例であり、実効性はないことが多い（損害賠償のために企業を

倒産させ、個人を破産させることについては、社会的な抵抗が認められない）。

立法論としては、事前規制と事後救済との中間形態の事中救済ともいうべき裁判所による差止めの制度を拡充して、もつと使いやすくすることを検討すべきであった、と考えられる。会社法には、株主や監査役による差止めの一般規定もあるが、株主によるそれ（三六〇条）は、要件が重すぎて、およそ実効性がない（会社に生ずべき著しい損害や回復できない損害発生の可能性・蓋然性の疎明はおよそ期待できない）。

現に上場会社（これが典型的な株式会社である）に関する司法救済として、機能しているのは、代表訴訟以外には、多く新株発行差止め等の仮処分事件である（ライブドア・ニッポン放送事件、住友信託・UFJ事件、ニレコ事件、ダイソー事件、宮入バルブ事件等）（注8）。

会社法上の株主による一般的な差止め（三六〇条）の制度は、要件が重過ぎることは、前記のとおり明らかである（事後救済手段の代表訴訟と差があり過ぎる）。しかし、会社法は、新設の略式組織再編行為について、差止めの制度を新設したにと

どまる（七八四条二項・七九六条二項）。簡易組織再編については、手当がなく、取締役のやり放題である。損害賠償以外の救済手段は認められていない。

後記の組織再編の手続におけるスピド違反（株主総会決議を効力発生日の直前にする場合）への対応という問題などもある。状況に応じて会社（経営者）が一方的に事を進行させることを一時的でも止める制度があることが、会社に自制を求め、その恣意を抑制し、適正な業務執行を行なわせるための力になる（現実には制度が使われるというより、予防的な効果が期待できる）。

会社法においては、なまじ、略式組織再編の手続についてのみ差止めの制度を設けたので、それ以外は認めない立法趣旨だという反対解釈がされるおそれがある（会社法は、それほど入念に検討された法律ではない、ということ認識して解釈論を展開する必要がある）。

（注8） ベルシステム24事件（東京高決平16・8・4）は、新株発行差止めの仮処分申請を認めなかった事例であるが、事案は、東証一部上場会社が、四割以上の持株比率をもつ大株主から、役員に関する株主提案をされた後一月

足らずの時点で、発行済株式総数を上回る第三者割当新株発行をしようとしたものである。その間その資本提携とその資金による事業提携について、一部の取締役のみが検討に参画したもので、取締役会でも全く討議されていなかった（なお、余談ではあるが、この会社が、後にゴイングブライベートされ、日興コーディアル粉飾事件の原因となったものである。あぶく銭の使用に困った挙句の急ごしらえの投資という感想がもたれる事案であった）。保身目的が推認できる状況であり、合理的な経営判断といえるかどうかには疑問があるというほかない。裁判所は、出資者が現実に出現しているということに影響されたと推察できる。このような事案においては、差止めのみならず、否という判断をするだけというのではなく、より慎重な手続（スピード制限）を命ずることができる等裁判所の処理に幅をもたせることも、検討に値するように思われる。

(5) 制度の組合わせによる多様化

さらにそのような制度が多機能化されたという影響もあるが、いくつかの制度を組み合わせて使用することとを認める例は、極めて多い。これも、制度の理解を困難にしている。条文の順序でいえば、まず株式の種類（内容）である。

これまで、譲渡制限や転換株式

は、いずれもそれ自体は種類ではなく、株式の属性とされていた（旧法における種類については、旧商法二二二条一項各号）。つまり、普通株式のみを発行する会社において、その一部のみを譲渡制限株式とすることは、認められていなかった（もつとも、種類ごとに譲渡制限をするとは認められていた）。

会社法は、全株式を譲渡制限株式、取得請求権付株式、取得条項付株式にする余地を認めている（一〇七条）。そして、それを種類株式とする余地も認めている。普通株式の一部だけを譲渡制限株式とする二一五は、閉鎖的な会社での特殊な状況の下では考えられなくはないのかも知れないが、一般化することには、株主平等の原則（注9）からいって、疑問がある。会社法は、極めて例外的な事態においてのみ、認めるべきものを一般化するという顕著な傾向がある。これは、会社法の数多い問題点（欠陥）のなかでも、大きなものである。

（注9）株主平等の原則に関する定めとして、会社法一〇九条がある。しかし、その定めには、株主平等の原則の基礎・根拠の理解に問題がある。同条は、株式の内容（種類株式）に違いがある

ときは、別に扱ってよい、と頭から規定する。これは、株主平等につき、株式会社を効率的に運用するための技術的所産と考えたもののように思われる。そういう要素があることは否定できないが、それだけではない。むしろ基本的には、株主平等は、権利と義務・負担との均衡を要求する近代的な公正・公平という基本的な思想に基づく原則と理解すべきである（個々の株主に於いてヒト毎の平等を要求しない根拠は何かということについては、株式会社の効率性の要請から説明される）。つまり、株式会社を株主の出資を基礎とする資本団体と構成する限りにおいて、その資本的寄与に応じた権利が認められるのが相当だという思想が根拠にあると考えるべきである。

もちろん、人間社会の原則には、多くの場合例外が認められるのが原則である（自然法則とは違う）。株主平等原則も、必要に応じて、例外を認めてよいが、その認めるべき状況については、十分吟味すべきである。およそ定款で決めさえすれば、（種類株式として）例外が認められるというような法制にはすべきではない。しかも、その定款変更等の手続規制は、極めて緩和されている（たとえば、有限会社について採用されていた定款変更のための特別決議の要件と比較してみよ）。そして、種類株式間の株式の内容の変更は、たとえば、一一一条に特別の定めがあるが、これがあるがため、かえっ

てそれ以外の種類株式の内容の変更は、一般の定款変更の手続でできる、という解釈を誘発しかねない。しかし、会社法がそれほど精緻に考え抜いて立法されたものではないことは、これまでに論証してきたとおりである。立法の不備は、解釈によって埋めるほかない。会社法が、考え抜いた立法であるかのような法律の定めにも、立案担当者の言にも惑わされてはならない。

新株予約権も、部品として使われ、社債と組み合わせた転換社債やそれ以外の新株予約権付社債（非分離型）、事実上社債と抱合わせで発行されること（分離型新株予約権付社債）もある（社債以外の借入金等の資金調達の意味として利用されることもある）。最も利用度が高いのは、国内外を問わず、転換社債だと思われるが、これについて明示的な定めはない（二二六条一項二号の「当該新株予約権の行使に際して出資される財産の価額又はその算定方法」、三号の「金銭以外の財産を当該新株予約権の行使に際してする出資の目的とするときは、その旨並びに当該財産の内容及び価額」の一文として定めることになる）。その規定は、新株予約権に関するものの中に散在している。

株式会社の機関設計（三二六条、三二八条）も、この問題の適例である。多様な組合せができるが、法律の制約（強制）もあり、会社法二条の機関設置会社の類型も、排他的なもの、包括されるもの、オーバーラップするものなど、錯綜している。この機関設計の問題についても、改めて詳しく検討する。

また、人的会社分割（分割型分割）は、物的分割（分社型分割）プラス全部取得条項付株式の取得対価としての株式の交付または物的分割によって取得した株式の配当（七五八条八号・七六三条一、二号）と整理されている。このような複雑な組合せ（特に前者）をわざわざ用意した理由は、理解できない。

つまり、前述したパズルなりプラモデルの完成予定図（取扱説明）が、法律上明確にされていない、あるいは分かりにくい例が、極めて多い。少なくとも標準的なそれは用意するのが、親切というものであるが、その配慮はない。コード（記号）化と表現されることもあるが、いずれにしてもその組合せによって現れる具体的な制度の機能・必要性等につき、少なくとも標準的なもの考え方は明示するという配慮が、

基本的に欠けている。

これは類型化という問題とも関連するところである。たとえば一般的な株式会社についてのガバナンス（機関）の標準的なあり方についての考え方が明確でなく、組合せ可能として提示されているものの意味がはつきりしない（およそ実際には選択される可能性のないものもあるし、逆にそのような制約が必要かどうかについて疑いがあるものもある）。これでは、一般国民が利用しやすい法制度とは、到底いえない。

およそ専門家の手を借りなければ、会社の設計（設立）、運用ができない（その仕組みが理解できない）ということでは、困るし、まして専門家できえその法制度の内容を的確に理解して、一般国民に分かりやすく説明できないようなものということになれば、ますます問題である。

(6) 便宜主義への傾斜とリアリズムの欠如

便宜主義（経営者の便宜への配慮）が横行し、弱者（少数者）保護の観点が薄れている。リアリズムの欠如というのは、現実の社会で実際にどう機能するかという観点がないうことである。このことは、既に折にふれ指摘してきたし、これからも指

摘することになるが、一応ここでも例をあげて言及しておく。

たとえば、①簡易事業譲渡や簡易組織再編についての扱いである。

簡易組織再編においては、これまでも総会決議は不要とする余地が認められていたが、その要件は、簡易営業譲受けの場合は、対価が純資産（資産から負債を差し引いた額）の

は、会社の総資産の五分の一（定款でそれを下回る割合を定めることはできる）以下の場合、重要な譲渡ではない、と定めることによつて（四六七条一項二号カッコ書）、決議不要とした。これは、簡易会社分割について、決議不要とされていることとの均衡だとされる。

二分の一以下（改正前商法二四五条ノ五）、簡易合併の場合は合併新株が存続会社の発行済株式総数の二分の一・合併交付金が純資産額の五分の一以下（改正前商法四一三条ノ三）、会社分割をする場合には

しかし、このような均衡論は成立しない。事業の一部の譲渡については、重要な一部という縛りがあるて、質量の両面の基準で、重要でなければ、総会決議は要求されない。これを看過して、量的基準のみで総

総資産額の二分の一以下（改正前商法三七四条ノ六・三七四条ノ二）、なお、会社分割の承継会社の場合・簡易株式交換の親会社の場合も、簡易合併と同じであった（改正前商法三七四条ノ二三、三五八条）。しかし、会社法は、これを原則として五分の一以下と、大幅（単純な倍率で四倍）に拡大している（七八四

会決議の要否を決めるのは、株主の利益を無視した便宜論としかいえない（簡易組織再編共通の問題である）。もちろん、重要という場合には、その判断が一義的に明確ではないという問題はある。しかし、それは具体的な妥当性を考慮すると、一般的抽象的に定めることができる事柄ではない。少なくとも、会社法のような単純な、しかも緩和された基準は、不当であつて、もしどうしても明確化するのであれば、法務省

三項、会法規一九六条、八〇五条、会法規二〇七条）。

従前、簡易事業譲渡について株主

総会決議を省略できる旨の定めはなかった。しかし、会社法において

を設定すべきものである。

つまり、会社の総資産に占めるウエイトは、小さくても、質的に重要

だという（ハードではなく、ソフトに依存する）事業部門が存在する（重厚長大型の産業ではハード基準ということも考えられるであろうが、そういう産業構造からの脱皮も、一連の構造改革の主眼だったはずである）。資産額は少なくとも、会社の収益の大半は、そこで稼いでいるという事業部門の譲渡が、単に資産の帳簿価額の比率だけで総会決議不要にしてよいとは考えられない。もともと、会社分割における簡易分割に関する扱いが、おかしかったのである（その間違いを拡大している）。七九六条三項の基準も、合併新株の価額について純資産額を基礎に算出することで、株主ひいては会社について生ずる影響が測定できるかどうかは、疑問である。

四六七条一項二号の定めによつて重要でないとされる事業譲渡および分割会社における簡易分割の場合には、株主に株式買取請求権も認められない（事業譲渡の場合には、そもそも株主保護の対象とされる事業の重要な一部の譲渡に入らないし、会社分割については、七八五条一項二号・八〇六条一項二号に明文の定めがある）。取締役が恣意的に重要な事業部門を処分することを公認することになつてゐる。

②このように反対少数株主に株式買取請求権も与えないというのは、論外であるが、株式買取請求権についても、その実効性が問題である。会社法は、株主の締出しの場合をはじめとして、意思に反して利益が害される株主の保護のためには、株式買取請求権を与えることで足りると考えている節がある。そう言い切れるかどうか問題ではあるが、その命題が成立するには、少なくとも株式買取請求権が実効的に機能することが必要である（注10）。

（注10）江頭憲治郎「会社法とのつき合い方—よりよい理解のために」ほうむい（損保ジャパン）五三頁四頁にも、「株式買取請求権制度をより使い易いものにする対応が必要かもしれない」との指摘がある。これは、会社法におけるそれが、極めて不十分であることを認める趣旨であろう。

会社の提示する価格と株主が主張する価格との間に隔たりがある場合には、株主は、裁判所に対して、その公正な価格の決定の申立てをすることになる（株主も会社もこの申立てをしないときは、株主はその買取請求を撤回するほかない）。これは、裁判所が、非訟事件として、株主、会社双方の陳述を聴いてするこ

とになる（八七〇条四号）。しかし、裁判所がその裁判に必要な資料を有しているわけではなく、実際には、株主と会社とがその主張する価格の立証活動をしなければならぬ。

株式の価格は、会社価値の反映であるが、その価値を測定するための情報は、専ら会社が握っている。つまり、情報格差がある。これを埋めるためには、特に株式買取請求権が認められているような場合には、会社にその価格算定のために必要な情報を開示させなければならぬ。このような情報開示は、確保されていない。合併等の組織再編の場合には、曲がりなりにも、その合併対価等の相当性に関する事項が開示されることになつている（しかし、その内容は会社任せの面があり、その算定の根拠を示すべきことまでは、明確にされていない）。それ以外のたとえば定款変更の場合には、そのような情報はおよそ開示されないし、事業譲渡の場合において、その対価の相当性に関する事項が、参考書類の記載事項にされているだけである（会社規九二条三号。参考書類を作成しない会社では、開示は要求されない）。

実際の価格決定事件では、鑑定がされるのが通例であるが、そのためには、多額の費用がかかる。結局、その負担に耐えられない零細な株主は、会社の主張を呑むほかない。そういう現実を踏まえた公正な処理という観点からの検討がされたようにはみえない。特に株主の締出しの場合には、この買取請求における公正性の確保が生命線である。つまりは、制度が実際に機能するかどうか（その趣旨である公正確保が図られるかどうか）の検討をなおざりにして、実務の便宜に著しく傾斜した、観念的な制度の辻褄合わせが行われているようにみえる。

③また、組織再編手続のルーズさにも、問題がある。組織再編は、その行為をする会社において、総会の特別決議を必要とするのが原則である。従前は、合併等の組織再編については、まず総会決議が先行することになつていた（事前開示は、その総会の会日の二週間前からする）。

その承認決議があつた日から二週間以内に債権者に対する異議申出の機会を与える手続が開始しなければならず、異議の期間は一月以上確保する必要があつた（改正前商法四二条・三七四条ノ四等）。もつとも、株式交換・移転等においては、

債権者保護手続は問題にならないから、問題はあった。また、株式の交換が必要な場合の株券提供のための手続も同じタイミング（承認決議から二週間内）でされるべきことになつていた（改正前商法四一三条ノ三・三五九条等）。反対株主の株式買取請求は、決議後二〇日以内にすべきものとされていた（改正前商法二四五条ノ三とその準用規定）。

つまり、総会決議から登記がされ、合併の効力が生ずるまでには、普通は一月以上の余裕があつたし、その前にそれをめぐる権利関係の整理がある程度行われることになつてきた。

これに対し、会社法にあつては、吸収型組織再編については、合併契約等において効力発生日（変更可能）（注11）が定められ、そのための総会決議は、その前日までにすればよいことになつている（七八三条一項・七九五条一項）。株券は不発行が原則とされ、株券提供を要する事態は例外的になつた。もつとも、株券発行会社においては、組織再編の効力発生日の一月前までに株券提出のための手続を開始する必要がある（二一九条一項六ノ八号）。これが、総会決議を前提としない趣旨である

とすれば、株券発行会社では、総会決議の前に無駄になるかもしれない行為を株主に要求することになり兼ねない。

（注11）効力発生日は、その午前〇時といふことになる。

反対株主の買取請求との関係は、極めて問題である。買取請求権の行使期間は、効力発生日の二〇日前から効力発生日の前日までとされている。その行使は、総会の議決権の行使と連動しているはずであるが、総会（決議）が効力発生日の前日に行われる場合でも、その行使期間に変更はないというのが、立案担当者の解説である（注12）。

（注12）相澤哲二・細川充「組織再編行為」〔下〕商事法務一七五三号三七頁。

そのような場合には、その決議成立後の数時間しか行使のための余裕はないことになる（最近の東京製鐵のように会社提案が否決される例もある）。その行使は、総会での質疑（会社の説明）をも考慮して慎重にされるべきものである（実際はともかく、その制度の建前を否定することとは、法の自殺行為である）。株式買取請求権の行使は、もちろん決議前でも、その決議の成立を条件としてすることができると、総会に出席

できない株主は、十分な判断材料を入手する機会が与えられないまま、行使するかどうかの決断を迫られることになる。しかも、買取請求に関する従前の法制は改められ、その請求は、会社の承諾がなければ撤回できない（七八五条六項等）。これで、株主が十分保護されていると考えるのは、およそ無理である。

なお、新設型組織再編の効力の発生は、新設会社設立の登記の日であるが、その手続に要する事項を行うべき時期についての定めは必ずしも明確ではない。

ただ、組織再編に関する情報開示が要求されているので、その開始時期についての定め（七八二条・七九四条・八〇三条）があるのみである。要するにこれらの手続は、並行して行うことが許容される。組織再編行為の出発点である株主総会決議がない（その成否が未確定の）状況で、それを前提とする手続を行うことの可否の問題もあるが、ここではそれには触れない。

ここで問題として提起したいのは、反対株主の買取請求もさることながら、組織再編行為の効力発生、ひいてはその登記の前日に必要な株主総会が行われるということ、適

正な会社運営（株主の株主の権利保護）が保障されるかということである。常識的な実務では、株主全員の同意が事実上期待できるような場合でもなければ、決議の翌日に効力を発生させるといふようなことはしないであろう。しかし、法の規制は、良識が無視される場合の救済に配慮しなければならぬ（便宜と弊害とのバランスの比較）。

株主総会決議に瑕疵がある場合には、その瑕疵を攻撃する時間的余裕が与えられない。合併・株式移転等の組織再編の効力が発生し、その登記がされた後においては、その効力は、専ら組織再編行為の瑕疵として争うほかないというのが通説である（注13）。

（注13）総会決議の瑕疵による取消しについては、遡及効が否定されておらず（八三九条）、その不存在・無効は、判決を待つまでもなく、効力はない。他方で、判決には対世効が認められる（八三八条）。この意味を組織再編に関してどう考えるかという問題もあり、すべての組織再編行為を一律に扱ってよいかという問題もあるが（特に株主を親会社株主に祭り上げる効果しかない単独の株式移転は問題である。たとえば、西武グループ再編の過程でのコクドにおける株式移転は、そのために

のみ行なわれたもののようにみえるが、これが正当なものでどうかは極めて疑問である。共同株式移転は、それなりの意味があるが、この事例では、全く株主権の縮減だけを狙ったもののように見える)、その点は、ここでは論じない。たとえば、総会決議の瑕疵を争う訴えと組織再編無効の訴えとの並存を認める説もあるが、それは手続面で訴えの変更を要しないとすれば、組織再編絡みのときにも、総会決議の瑕疵につき当然無効や遡及効を認める説をとった場合には、組織再編行為無効には遡及効が認められないこと(これは、その法律関係の安定を図る趣旨のものである)との調整をどうするのかという問題に遭遇する(実際に適切な処理は、できるのか)。企業結合関係をつくる組織再編行為がされた場合の後始末(株主権縮減の問題等その行為に対応した処理)としての企業結合法制について、必要な手当てがされていないことの意味というべきである。

総会決議の瑕疵と組織再編行為の瑕疵との関係つまり総会決議の瑕疵は当然に組織再編行為の瑕疵になるかが、問題であるが、組織再編無効を惹き起こす瑕疵を総会決議の瑕疵より限定する説が多いようである。そういう説をとれば、株主は、組織再編無効原因にならない総会決議の

瑕疵を攻撃する機会を奪われる。

もつとも、決議瑕疵を追及する機会が一応与えられたとしても、その判決の確定までには時日を要し、その前に組織再編手続が完了して、組織再編行為が効力を生ずることはあり得る。この場合には、当然無効は認められないし(八二八条)、無効判決に遡及効は認められず、将来に向かつてのみ失効する(八三九条)。

この場合、株主は、三六〇条(四二二条)による差止めができるが、その実効性がないことは、前述のとおりである(前記④)。株主の権利保護を図るには、その決議の瑕疵を攻撃する訴訟を本案として当該決議の執行の停止を認める仮処分が、仮の地位を定める仮処分(民事執行法二三条二項)として認められるとの説があった(注14)。しかし、決議が登記の直前にされると、そのような機会はおよそ与えられない。

(注14) 合併決議に関し、江頭憲治郎「株式会社法」(有斐閣)三三八頁、小橋一郎「新版注釈会社法③」(有斐閣)二四四頁。なお、新堂幸司「仮処分」『権利実行政法の基礎』(有斐閣)五九頁。

このような不正義が横行しかねない法制を定める必要がどこにあった

のか、理解に苦しむ。総会決議からその効力発生まで一月ないし二〇日の期間を確保することができないほど、緊急を要する組織再編は、あるのだろうか。もし、どうしてもその必要があるというのなら、その場合に限って例外として手当てをすべきもので、このようなルーズな手続を一般化すべきものではない。これを柔軟化などというのは、言葉の上でのごまかしに過ぎない。

④株式の譲渡制限に関する制度も、会社法の株式会社制度の上で極めて重要なものである(株式会社区分の出発点にされている)。そこでは、会社の閉鎖性のもつ意味が問われる。しかし、会社法は、これについても極めてルーズな扱いをしている。取締役会設置会社の譲渡承認は取締役会決議で、取締役会を設置しない会社では株主総会決議で、することにされているが、定款で別段の定めを許容している(二三九条一項)。この趣旨が、取締役会設置会社においても、これを株主総会の専権事項にすることができるとい意味だけならあまり問題はない。しかし、そのような限定はない。本来譲渡承認を取締役に委ねることについても、会社の支配者とし

ての株主の範囲の決定を経営者に委ねることになるから、立法論としては問題があった。取締役会の権限とすることは、時間的制約を根拠とする便宜論であった(江頭・前掲(注14)二二五頁)。ましてや合議体である取締役会より下位の(代表)取締役に定款の定めにより一般的にこれを委ねるといようなことは、会社の閉鎖性を確保する趣旨(株主がその仲間を選択する)に反する(なお、委員会設置会社は、そもそも閉鎖会社に適合した制度ではないことに注意を要する)。

これを認めるような会社は、そもそも閉鎖会社というのにふさわしいものではない。むしろ、短時間のうちに株主の意思を集約できないような会社(なお、私見では、その意思集約の方法は、集会つまり株主総会に限定しなくてよいと考えている)は、閉鎖会社とすべきではないというのが、論理的である(旧有限会社法の考え方)。会社法がこれをも許容するものであれば(どうも解釈論としては、それが有力のようである。江頭・前掲(注14)二二四頁参照)、それこそ便宜論におもねったご都合主義立法の適例というほかない。