

会社法の論点解明(四)

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
 - 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 (以上二四六号)
- 七 会社に関する制度・規定の整理のあり方 (以上二四七号)
- 八 法律(条文)の分かりやすさ・分りにくさ―内容
 - (1) 対応ニーズの不明確
 - (2) 平仄の問題
 - (3) 合理性・論理性(説明論理)の不在
 - (4) 法制の不連続
- 九 法律(条文)の分かりやすさ・分りにくさ―表現・文言
 - (1) その分りにくさ
 - (2) 定義(用語)の分りにくさ (以上本号)

III 会社法の理念と体系(続き)

八 法律(条文)の分かりやすさ・分りにくさ―内容

会社法およびその委任に基づく細則であるはずの法務省令の条文は、いずれも総体的にいつて極めて難解である(特に会社計算規則はひどい)。明晰というのには、ほど遠い。わざわざ、難しくしたのはのではないかと疑われるほどである。ここでは、その理由について、私なりに検討し分析してみたい(注1)(注2)。

(注1) この問題については、『法律の分かりやすさ―これを支えるものと阻

害するもの―会社法を例にとつて』本誌二二二号二頁でも、取り上げたところである。しかし、その内容は、必ずしも十分なものではなかった。ここでは、その後の検討・思索を加えて、具体例を付加し、できるだけ網羅的に会社法の分かりにくさを分析することにした。一部にこれまでの記述と重複があることは、お許しいただきたい。(注2) この問題を論じた、江頭憲治郎「会社法とのつきあい方―よりよい理解のために」ほうむ(損保ジャパン)五三号一頁巻頭言があり、参考になる。そこでは、まず、慣れの問題、さらに重要な点とさほど重要でない点との区別・整理ができていない点、があり得ることが指摘されている。その整理の一つとして、当事者自治に関する

会社法の整理についての記述がされている。

会社類型・機関設計については、① 合同会社制度の創設と、② 株式会社の類型・機関設計とが、ポイントとして挙げられる。②について、公開会社という類型、非公開会社のうち取締役会を設置しない会社という類型、非公開会社のうち取締役会を設置する会社という類型に分け、二番めのものは従前の有限会社に近く、最後のものは従前の株式譲渡制限を定めた株式会社と同じ類型と理解すればよい、とされているが、それだけでは、会社法が果たした会社形態の選択のべき方向が理解できるわけではないように思われる（何ゆえに従前の法制を変更したのか、問われるべきであり、たとえば、公開会社という区分・定義がもつ意味は何か、そもそも取締役会の設置は、会社の閉鎖性と結び付けるべきものであったかどうか、問い直されるべきである）。

続いて、定款自治の拡大の範囲が、非公開会社において広いことが紹介されるが、公開会社における拡大の例として示される種類株式について、多くの問題点があることを指摘する必要がある。新株予約権のそれと並んで、会社法制定前からの問題点でもある。

そのほかに選択肢の拡大に関して、重要なものとして指摘されているのは、種類株式に関するものと組織再編行為の対価の自由化であるが、問題は

単に重要、ただというだけにはとどまらないように思われる。種類株式の多様化は、一〇九条の規定とあいまって株式の本質論に影響するもののように思われるし、対価の柔軟化は、開放的会社と閉鎖的会社との違い、その場合の少数株主保護のあり方について、十分考察する必要があるように思われる。

会社法への対応策として、自主的規制団体の役割（つまりはソフトロー）、裁判所の実質的な判断、当事者の自衛の心構えが指摘されているが、同感である。しかし、それらが、いずれも日本の経済社会において十分期待できるという認識が存在しない状況での立法ではなかったかという想いがある。

さらに、学者や法曹（法律専門家）にとっても難しい部分として、①これまでの制度との不連続性、②他のルール（たとえば会計のルール）に依存することの影響、③立法（立案）担当官の見解の不統一、が挙げられている。初めの二点については、別に検討することになるが（既にⅡ六などでも触れたところである）、③については、これまで折に触れ指摘してきた、立案担当者としての情報発信に関する本来的な役割は、立法趣旨と立法過程について明確で説得的な説明をすることに尽きることが忘れられていること、また、立法過程での立法の趣旨と表現に関する詰めが、極めて甘いこと（議論の不足）、に起因するよう思われる。

本稿冒頭（はじめに）二四五号八頁）

の（注1）参照。

基本的に、会社法立法法における目的と手段との関係の本質が、十分認識され、整理されていないように思われる。つまり、会社制度について規律する会社法の目的は、前にも述べたとおり、公正で健全かつ効率的な事業遂行ができる制度としての会社制度の確立である。その制度をできるだけ分かりやすく体系化することが、基本的な目的であり、たとえば、制度を統合し、条文をできるだけ節約する（簡明にする）ということとは、その分かりやすさを支えるための手段である。そのようにもともと手段であるべきものが自己目的化しているのではないかという疑問をもつ（しかも、条文の節約といっても、上述のとおり不要な重複がみられ、首尾一貫していない）。会社法と現在の法務省令の規定間の関係も、いかに整理されたものを理解することが難しい。

その内容面での分かりにくさは、これまでも記述してきた、会社法における整理・条文化がもつ法律の規定の趣旨の把握の困難さをもたらしている、さまざまの要因に起因すると考えられる（特に七参照）。つまり、具体的な法制度を表現する法律

の規定が分かりやすく整理されていない（その制度の利用の具体的な姿が見えない）。これは、たとえば会社法制定前の会社法制である新株予約権の自由化についても、同じ問題があり、また、金庫株制度を創設したことが、剰余金に関する計算規定を複雑なものにしていることは、明らかである。

会社法は、実際のニーズは問わず、論理的な極限まで規制を緩和するものだと立案担当者が公言していることに、この問題の基本がある。

つまり、これは、比喩としていえば、電気製品について、およそ消費者のニーズや使い勝手は考えず、現在の技術で可能な限りの機能を盛り込んだというようなもので（電気製品についてより、法律におけるほうが、ずっと弊害が大きいことについては、前に述べたところである）、設計者自身がその利用形態の全容を理解していかないとと思われる（実用に供するために必要な検証が行われていない）。その取扱説明が、複雑で分かりにくいものになるのは、当然である（その記述に何の工夫もされなければ、余計分かりにくくなる）。その分かりにくい理由について、以下において、改めてやや詳しく分

析・分類を試みる。しかし、それは、具体的な事項において、複合し錯綜して表れているので、十分意を尽くした分析になっているかどうかについて危惧がある。読者諸賢において、ここで提示する具体例ごとに、その立法趣旨の理解の仕方を考えてみていただきたい。

(1) 対応ニーズの不明確

法の規定から、それが対応する現実のニーズ（それも、正当なものであることが要請される）と具体的な制度が的確にイメージできない。何でもできることにするのがよいことだという観念論があり、実際に生じかねない副作用（濫用等）にどう対応するかというリアリズム的思考が欠けている。

たとえば、①一〇七条が定める全株について取得請求権を付けたら、取得条項を付けたらして、しかもその対価として新株予約権との交換を認めるニーズは、いかなる状況について考えられるのか。どうにも理解が困難である。さすがにこの場合について、株式との交換（取得対価とすること）は、認めていないが、新株予約権についても、同じはずである。なお、実際に利用が考えられる局面については、前記七(4)②におけ

る記述参照。しかし、発行時に対価の相当性を的確に判断することは困難である。

②種類株式の制度の全面的自由化（株式会社におしなべて適用すること。非公開会社に限定するのは、一〇八条一項九号、一〇九条二項のみ）も、その具体的なニーズが分りにくい。無議決権株式は、最近はやりのM&Aにおいては全く蚊帳の外に置かれる（支配権あるいは支配プレミアムとの競争をめぐる株価の高騰から取り残される）危険をもつ株式である。その危険（直接に財産的不利益が生ずるおそれ）を認識できる株主が、どれだけいるかが、問題である。その発行や取得の際には、そのリスクに関し、開示の具体的な告知はされないのが通例であろうが、その場合にも、投資者がプロでない場合（金融商品取引法の適格投資家の概念参照）も、その自己責任だということ片付けることが許されるのか。むしろ公正性の観点から制度として問題はないかとの疑問が生ずる。

議決権制限株式については、一五五条二項に発行済株式総数の二分の一以下にすべき旨の規制（訓示規定）があるが、全く無意味である。

本来、この制限は、少数支配を回避するためのものはずである。その場合の多数・少数は、出資（資本貢献）によるはずである。しかし、株式の単位は、種類株式ごとに異なることが認められており、株数と出資とは比例しない。

株式の内容としては、議決権が制限されていないものであっても、種類株式それぞれの出資単位に差をつけることのほか、単元株式数を種類株式ごとに設定することができる（一八八条二項）。単元未満株式数の上限について一〇〇〇とする規制があるが、これも無意味である。普通株しか発行しない場合においても（あるいは種類株式ごとに単元を設定する場合にも）、その出資に応じた議決権を認めない範囲を制限して、零細株主の保護を図ろうというのが、この規制の趣旨のほずだが、発行済株式総数・各種類株式発行数との比率にも、出資単位にも、結び付けられていない以上、その趣旨が生かされるはずはない。

(2) 平仄の問題

平仄が合わない定め例が多数ある。たとえば、①募集設立において創立総会で、株式譲渡制限の定款変更をした場合（七三条二項）につ

き、反対株主保護の定めがない。これは、会社成立後の同じ定款変更の場合について一六条が反対株主に株式買取請求権を認め、同じ創立総会で、譲渡制限種類株式の定款変更をするときに反対株主に株式引受けの取消しを認めていることと、明らかに均衡を失する。

②法律に規定されている事項と省令に委任された事項とは、前者のほうが重要であると考えるのが当然であるが、必ずしもそうなっていない。一五五条は、自己株式を取得することができる場合を列挙した規定である。単元未満株式について買取請求があった場合に関しては、法律に規定されている（七号）。しかし、沿革としてはこれよりずっと古く、質量とも、より重要と考えられる、反対株主の買取請求権の行使による場合（定款変更等・事業譲渡等・合併等）については、その根拠規定（買取請求権を認める規定）は、すべて会社法にあるにもかかわらず、省令委任（一三号）に基づき、会社法施行規則二七条五号において定められている（平成一三年改正前の商法二一〇条四号の定め参照）。これも、平仄無視の一種である（規定すべき条文なり事項が多いということ

は、省令事項とする理由にはならない。

③会社の行為について、何らかの責任を負う者に関しては、それがだれであり、その権限がどのようなものであるかは、基本的に法律および登記によって明確に公示されている必要がある。さもないと、債権者その他の利害関係人は、その責任の追及を適正にすることができなくなる。ところが、非公開会社における監査役設置会社の監査役については、監査役会設置会社と会計監査人設置会社を除き、その権限を定款の定めによって会計監査に限定することができない。この場合の権限限定は、登記において公示されない。

従前も、負債総額二〇〇億円以上の小会社の監査役は、一般の小会社のそれとは異なり、業務監査権限を有していた。このことは、法律上は明確であったが、登記面からは判明しなかった。しかし、そのような小会社は、極めて稀な存在であるのみならず、法律上強制されている貸借対照表の公告によって確認できる建前になっていた（改めて会社に確認する必要はない建前であった）。これに対し、会社法における非公開会社の監査役の権限は、法律上も明確

（二義的）ではない。法律の上では権限に限定がないのが原則だが、実際には限定をするのが原則という事態になるおそれがあるものである（整備法五三条参照）。どちらのほうかどうかにについては、予断を許さない。

しかも、会社法の定めの下では、会社の定款の定めによらずして、その権限の内容を確認することはできない。これは、会社に関する公示制度としての登記についての基本的な要請と矛盾するものである。たとえば、監査役会設置会社である旨が登記事項とされていること（監査役設置会社であるだけでは足りない）と明らかに均衡を失する。

④全部取得条項付種類株式（一〇八条一項七号。会社が株主総会の決議によってその全部を取得できる種類株式）という制度も、用い方に制約がなく、株主の締出しが簡単にできることにされている点で大いに問題があるが（汎用性を認めることの問題点）、それだけでなく、その制度設定の手續に関し、取得条項付株式や取得条項付種類株式との平仄は、全然合っていない。

二度の株主総会（種類株主総会）

という手續（種類株式を全部取得条項付種類株式とする定款変更Ⅱ三〇九条二項一―号とその取得についての総会決議Ⅱ三〇九条二項三号）を経ることによって、その種類株式全部を取得できる（普通株式のみを発行している会社においても、あて馬として、別の種類株式に関する定款の定めをしさえすれば、従来の普通株式は種類株式になる）。一〇〇％減資（株主の入替わり）を認めるためのものとすれば、手續だけに頼るのではなく、実体的な要件を定めるべきである（もつとも、これは株主の締出しと共通するところがあり、単純な特別決議で締出しを認める会社法の考え方とは、むしろ平仄が合っているということかもしれない）。そもそもが、一般に株式買取請求権さえ認めればよい、というものではない。

⑤取得条項付株式につき株券が発行されている場合については、その取得につき株券提出公告に関する手当てがされている（二一九条一項四号）。会社が取得条項付株式を取得する時期については、法律の定めがあり（二七〇条一項）、そこで効力が生じ、これを前提にして、同時履行の抗弁、提出されない株券の失効

等の手当てがされている（二一九条二項三項、二二〇条）。

これに対し、相続人に対する株式の売渡し（一七四条以下）については、これに類する手当ては、何もないようにみえる。相続人が任意に株券の交付をしない場合には、どのようにに処理することになるのであるか（裁判所による売買価格の決定があつた場合の効果ないし後始末は、明確でない）。なお、株主が株式の買取り等を請求している場合は、自分が株券を提出しない限り、その望む効果は得られないのであり、この問題は起こらない（さらに一一七条六項、一四一条三項等相応の手当てがされている）。それに対し、売渡請求の場合には、利益を受け、イニシヤチブをとるのは、会社である。

⑥株主総会の招集者に関する二九六条三項の規定も、取締役会の招集者についての三六六条一項の規定との対比において、問題がある。三六六条一項は、招集行為をする者を固定するためのものであるとともに、これと対応して取締役会の招集請求権と代行の招集権について定めることを主眼にするものである。

これに対し、会社による株主総会の招集決定については、二九八条に

特段の定めがある。二九六条三項による招集は、その決定の履行として行われるものであり、ことさら「取締役が招集する」というような紛れのある規定（取締役会に関する前記三六六条一項と比較しても極めて不明確）を設ける必要はない。取締役ないし取締役会による決定の執行の問題と考えれば足りる。どうしても規定を設けるとすれば、三六六条一項にならうと、招集決定をした取締役ないし取締役会が定める者が招集することにすべきものである。

従前の解釈は、総会招集は、会社の代表者がするという解釈で統一されていた（代表者以外の者が取締役会の決定に基づかず招集した総会は、不存在と解されていた。最判昭45・8・20判時六〇七号七九頁、最判平2・4・17民集四四卷三三号五二六頁）。およそ取締役であれば誰でも招集でき、逆に委員会設置会社において代表取締役が招集権をもたないかのような規定は、おかしい。

⑦三五六条は、取締役会を設置しない株式会社における競業取引・利益相反取引については、株主総会の承認決議を要求している。取締役会設置会社においては、取締役会の承認とされるが（三六五条一項）、そ

の場合には、取締役会での事後報告が義務付けられている（同条二項）。しかし、三五六条には、そのような報告に関する規定はない。この総会の承認は、旧有限会社（有限会社法二九条・三〇条）とは異なり、認許ではない。この決議があつても、取締役は、会社に生じた損害について、その責任を免れない。その承認の後始末についての事後報告が必要なのは、取締役会設置会社の場合と同じである。

ちなみに、⑧設立時の株式会社の場合、資本金ゼロを認める法制についても、平仄の問題を指摘することができ。もつとも、これは、会社法が認めているわけではなく、法務省令（計算規則七四条一項）の問題であるが、事業出資や組織再編による設立の場合以外の通常の設立においては、設立当時の会社には、資本に見合う資産があるだけである（資産に対応するのは、負債勘定と資本勘定であるが、通常の会社設立時には、基本的には資本あるいは資本準備金の勘定項目があるだけである）。商法には、小商人に関する七条の規定がある。小商人には、登記や商業帳簿（会計帳簿および貸借対照表）に関する規定の適用はない。これは、

その負担を考慮したものである。その定義は、使用総資産の額が五〇万円以下である（商法施行規則三条）。計算規則四七条一項は、小商人以下の存在としての株式会社を麗々しく認めるものである。改めて指摘することにはなるが、四四五条五項のよな省令委任規定がないにもかかわらず、省令に資本金として計上すべき額を定めることができると考えることがおかしい（四四五条五項との平仄はどうなるのか）。

他の法律との平仄も、問題である。⑨内部統制（取締役・従業員の職務執行の適正を確保するためのシステム）の確立・充実は、会社法において、重要なテーマであつたが、アメリカの企業改革法（サーベンス・オクスレー法）を受けて金融商品取引法（旧証券取引法）が、これの充実のための制度改革をしている（平成一八年法律六五号）。そこでは、財務諸表（計算書類）の適正を担保するための内部統制体制の確立が重視されているが（同法二四条の四の四）、それを監視するのは、明らかに外部監査人としての公認会計士である（内部統制報告書についてその監査証明が要求される。同法一九三条の二第二項・六項）。

会社法上、会社の計算が、取締役ないし執行役の職務執行に属することとは、明らかである。しかるに、会社法では、取締役の計算（会計）に関する職務執行の適正を確保する体制の適否について、会計監査人が監査し、意見をいう仕組みになつていない（専ら監査役の守備範囲とされている）。これは、明らかに法律間の平仄がとれておらず（会社法のもととの考え方がおかしいことは別に述べている）、企業としては別に困ることもなる。

(3) 合理性・論理性（説明論理）の不在

論理的にその合理性を説明することができない規定が多い（便宜主義が基本原理になつていふということかもしれないが、それは、体系的な整理・説明を断念することにほかならない）。たとえば、①法律が設置を強制している機関設置（公開会社について取締役会設置など）についても別に定款の定めを要求している（三二六条二項）。株主の意思に基づく定款の定めがなくても、会社（具体的にその業務執行者）がその規制を遵守すべきことを強制するのが、法による強制の趣旨である。それに加えて定款の定め（株主の意

思確認)を要求する意味は、理解できない(株主が定款変更に対抗するときは、どうなるのであるうか。株主の意思は、規範的なものではなく、事実の問題である)。

②会社分割に当たり、その対象範囲については、会社がその事業に関して有する権利義務の全部または一部と定められている(二条二九号・三〇号)。立法趣旨の説明では、会社が任意にその範囲を設定できる趣旨だとしている(相澤 哲Ⅱ細川 充「組織再編行為「上」」(商事法務一七五二号五頁)。その理由として、一つの事業の範囲が必ずしも明白ではなく、法的安定性を害すること、債権者の利益が害されるとはいえないことが挙げられている。しかし、包括承継を認めるには、承継される財産関係(権利・義務)が基本的に一体として評価されるということを前提にしなければ、およそおかし。相当の足し引きを認め、また、計画や契約における定めについて一定の形成的な効果を認める余地はあるかもしれないが、その基本的な範囲は、有機的に結合した事業のための財産(積極・消極財産の総体)が基礎になるべきである。これを自由に設定できるというのは、便宜論と

しか言いようがない。

平仄無視なのか、論理性無視なのか分からないのが、③自己株式取得の効果である。一六六条一項ただし書は、四六一条二項の分配可能額がない場合の取得請求権付株式の請求権の行使ができない旨の、一七〇条五項は、分配可能額がない場合には取得条項付株式取得の効力が生じない旨の規定である。これらは、いずれも分配可能額がないときは、これらの行為の効力が生じない(無効)とする趣旨と理解される。

これに対し、四六一条一項一七号は、やはり分配可能額がない自己株式取得が許されない旨を定めているが、その違反は、効力を否定するものではなく、その対価を取得した者や当該業務の執行者の責任を生ずる(四六二条)だけだとするのが、立案担当者の説明である(相澤 哲Ⅱ岩崎友彦「株式会社計算等」商事法務一七四六号三八・三九頁)。不当利得による損害回復の余地を抗弁として許すことなく、業務執行者の責任を認めるため、当該行為を無効にしなかったという。しかし、法律で、不当利得による原状回復の責任と業務執行者の責任とが競合して成立する旨を定めれば、特段の問題

はないと考えられる(一六六条・一七〇条違反の行為が現実に行われた場合には、業務執行者に責任は生じないともいうのであろうか)。そもそも、剰余金分配規制違反の行為の効力が、否定される場合と否定されない場合とがあるとするのは、おかしい(一六六条等の場合だけ解釈に任せるというのは、平仄がおかしい)。(注3)

(注3) 取得請求権付株式と取得条項付株式については、株式の内容があらかじめ定められており、取締役等の職務執行と無関係に株式の取得が生じ得ることから、取締役等の特別の法的責任を課すことになかった、という説明がされている(相澤Ⅱ岩崎・前掲文献)。しかし、剰余金がなければ、その取得の効力が生じないというのが、法律の規定である。取締役等は、剰余金が存在すること、つまり取得の効力が生じていることを確認して、その取得の対価としての会社財産の払戻しをすべきものである。このことは、配当等の場合と異なる。しかも、会社法では、四六二条の責任も、過失責任とされている。およそ区別して扱う理由はない。

④委員会設置会社の定義(二条一二号)は、指名委員会・監査委員会・報酬委員会を置く株式会社としている一方で、会社法三二七条一項

三号は、委員会設置会社には取締役会を置かなければならない旨を定める。委員会の委員は取締役会の決議で取締役の中から選任するのだから、まず取締役会の設置が論理的に先行するはずである。二条では、取締役会設置会社の定義が既に七号にある。委員会設置会社は、委員会を置く取締役会設置会社という定義にするのが、論理的である。

⑤株式の自由譲渡性に関する原則からいえば、株式会社は公開会社であるのが原則である。そして、取締役会設置が原則であるはずなのに、機関構成については、取締役会がないのが原則になっている。定款の絶対的記載事項を定めたものと考えられる二七条所定の定款の定めだけでは、適法な株式会社は設立できない。

⑥定款の相対的記載事項(効力発生前に定款の定めを要する事項)は、会社法で書き切っているかのような二九条の定めが、破綻していること(総会議決権行使の代理人資格、配当請求権の除斥期間等)も、既に指摘したとおりである。

⑦種類株主総会の決議の反対株主の株式買取請求についての定めが、一一六条一項三号にある。株式の併合・分割、無償割当て、株式募集等

により損害を及ぼすおそれがあるときに認められるが、種類株主総会決議を不要とする定款の定めがある場合に限定されている。種類株主の同意を得る手続なしに不正な株式併合等を行うことについてはそれなりの代償が必要なことは、理解できるが、逆に種類株主総会の多数による承認がありさえすれば、補償なしに反対少数株主の重大な利益を侵害してもよいという理屈は、どこから生まれるのであるか（保護される利益の内容を問わず、株式買取請求権を決議不要の場合に限って認め、決議がされた場合の反対株主にはこれを与えないという理屈は、成立しないのではないか）。

論理性の問題とも、平仄の問題とも、いえるであろうが、余計な規定があるがために条文解釈の制約になつて例が多い。⑧株式買取請求権の規定や定款変更について株主全員の同意を要する旨の規定がなまじ置かれているため、たとえば種類株式を議決権制限株式とする場合も、形式的な反対解釈からいえば、通常の定款変更の手続でして、問題がないとの解釈がされるおそれがある（注4）。

（注4）最近の裁判所（特に下級審）の

判断も、形式に流れる弊害がみられる。いずれも会社法によって手当てされたところではあるが、株式交換（株式移転）によって、完全子会社になる会社において係属していた株主代表訴訟につき、原告が完全親会社の株主になつたことにより、原告適格を失うと解した東京高判平15・7・24（判時一八五八号一五四頁等）同旨の裁判例、新株予約権付社債の発行無効確認の訴えを認めなかった東京高判平15・8・20（金判二一九六号三五頁等）が、その適例である。これは、いずれも、立法に欠陥（規定の不備・欠落）があるものではあつた（予測された事態にもかかわらず必要な手当てをしなかった）。それについて、法の不備だから仕方がないとするのか、それとも、できる限りは法の創造的解釈によって埋めるのかという問題である。会社法については、特に欠陥が多いだけに、裁判所が頑張つてくれないと、必要な救済が与えられず、およそ不公正な事態が放置・招来されることになりかねない。

（4） 法制の不連続

法制の連続性が、無視されている。もちろん、法律改正の主眼は、法制度を改めることにあるから、それに伴つてこの現象（制度のスクラップ・アンド・ビルド）が起こることには、およそ異を唱える必要はない（注5）。また、初めて会社法に接する場合には、この理由での分か

りにくさを生むことはないかもしれない。しかし、この不連続について、永年会社法制に親しんできた者にとつて、強い違和感が生ずるのは、その変更（スクラップ・アンド・ビルド）がおかしいことに起因する。新しく会社法を学ぶ者にとつても、「温故知新」という言葉が意味するところは、重要である。過去の文化の遺産を尊重する態度がなければ、よい進歩・改革を実現することはできない。

（注5）たとえば、最低資本金制度の廃止という政策に伴うものについては、その政策判断自体が問題であつて（その代償たる制度の要否と適否に関する政策が正しいかどうか）、ここでの不連続の問題、つまりおかしな変更の範ちゅうではない。しかしながら、資本という制度を残しておきながら、資本充実を否定する立法は、体系としておかしい。他方、社団という表現の廃棄は、一人会社の原則的許容から生じた判断だとすれば、首肯することができる。一人株式会社・一人合同会社の許容は、別の事業について有限責任での遂行を広く開放する趣旨であり、一人合名会社の許容は、一定範囲の事業に限って、独立の法主体（有限責任ではない）としての、その遂行を認める趣旨と解される。しかし、それが原則形態ではないことに注意を要する。

つまり、法制度の変更には、それなりの理由が必要である。必要・要請がない上に理屈の上でも根拠がない場合において、変更（特に変更のための変更）をすることは、社会的な負担を増したり、制度としての混乱を招いたりするだけの意味しかなく、およそ許されることではない。それは便宜論を背景にするものが多いため、会社法の規定の整理の特色として既述したところと重複する（前に3で取り上げた会社分割単位の問題なども、その一例である。これは、従来は営業（事業）単位すべきものとされていた）。

しかし、会社法は、変更の理由が理解できない変更が多い。それにもまして問題なのは、それが十分の検討なしに、その制定の根拠・過程が明確でない法務省令で行われていることである。（注6）

（注6）江頭・前掲（注2）四頁。新株発行がされる場合において資本金をゼロにすることを認め（計算規則三七条一項・七四条二項）、あるいは、利益の資本等への組入れを認めないこと（同規則四八条一項・四九条、新株発行無効の裁判等が確定した場合に資本の額が減少しないものとする）（計算規則四八条二項）などは、会社法の規定から出てくる余地がないことは、

明白であるし、そのような定めをするに至った検討の過程がはつきりしない。法務省令の問題については、改めて検討する。

まず、①閉鎖的な会社の特別決議に関する手続要件につき、有価証券のそれを採用せず、無機能株主の増大を根拠として緩和されたはずの平成一四年改正による商法のそれを一律に採用している。これは、前述の便宜主義の表れでもあるが、閉鎖会社立法の本質を考へることなく、過去の立法を変更している。

②資本充実に関する規定が大幅に削られている。たとえば、引受担保責任に関する規定（旧商法一九二条一項・二八〇条ノ一三）や発起設立の場合の払込金の保管証明責任に関する定めである。立案担当者には、資本充実は、債権者保護に役立たないというおかしな立論（注7）をする者がおり、その見解に基づいて会社法が制定されたのではないか、と思われる。

（注7） 郡谷大輔・岩崎友彦『会社法における債権者保護（上）』商事法律一七四六号四三頁、稲葉威雄・郡谷大輔『対談・会社法の主要論点をめぐって』企業会計二〇〇六年六月号一六七頁参照。そこで記述されている「資本

充実があれば、債権者が害されない」という論理が成立しないことは明らかだが（十分要件ではない。そのようなことをいう論者がいたのか）、それと並べて「債権者保護のためには資本充実が必要だ」という論理も成立しないということは、許されない（言葉のまやかし）。それは、暴論である。

資本（金）は、数額に過ぎず、それが債権者保護のために機能するには、資本額に相当する財産が会社に留保されていなければならない。それを新株発行の段階で確保するのが、資本充実の考え方である（株主への払戻しによってその留保がされなくなることを防止するのが、資本維持である）。これがなければ、およそ資本の機能（株主の拠出財産による損失填補）は、成立しなくなる（それでは、資本は、登記上の記載だけの存在になり、絵に描いた餅でしかない）。新株発行の際に対価として交付されるのが株式であつて、積極的な財産減少は起こらないというようなことは、全く関係はない（資本という数額が、存在し、表示されていることが、問題である）。剰余金分配の段階でも、同じ問題（資本に相当する会社財産の留保の要請）が起こる。資本維持の原則が、そのための機能を担う。しかし、剰余金（分配可能財産）がなければ、資本維持の原則は、働きようがない。追出資義務を課せば、資本がより意味をもつことになるが、それがないから、資本充実は

不必要だというような議論が成立するはずはない。

設立時の払込担保責任に関して、払込みをしないことによる失権効が規定されたことにより、その必要はなくなった（新株発行については、会社法制定前からそのような処理がされていた）。しかし、払込みが形式的にされて、その登記（設立・新株発行の登記）がされた後において、引受け・払込みが無効になつたり、取り消されたりすることは、起こり得る。見せ金等の仮装払込みのほか、五一条・二二一条によつて主張が制限されない無効・取消し（会社成立後の募集株式の引受けの詐欺・強迫を理由とする取消しは、一年内であればできる。詐害行使取消しの余地もあるし、民法九〇

条違反の場合は、当然無効である）
 この場合はどうするのであろうか。

ここでは、設立時取締役等について引受担保責任を認めて資本欠損をカバーし、設立無効や新株発行無効が起らないようにすべきものである（注8）。これを廃止することにつき、どのようなニーズがあつたのか、理解できない。無過失責任となるのは、損害賠償とは異なるから、問題ではない。

「公正な」はずの新株発行をした取締役としては、対価として出資に見合う株式を得られることになれば、それで不利益はないはずである。そして、この責任は、新株発行を決定し、実行した者が負担することにして、何らおかしくない。

なお、これとの関連でいえば、計算規則四八条二項（新株発行無効の判決が確定した場合、無効とされた新株発行による資本増加が無効とされたことによつて、その額が減少すると解してはならない、とする）は、法律の解釈（無効という法律効果の意味・内容）そのものであり、規則（法務省令）において「解してはならない」などと、定めることができるものではあり得ない。

（注8） 最近の事件として、東京相和銀行事件がある。この事件では、仮装の払込みが無効であるとして、電磁的公正証書原本不実記載罪の成立が認められ（最決平17・12・13刑集五九卷一〇号一九三八頁）、引受担保責任を追及した民事事件でも、その責任が認められている（東京地判平18・5・25判時一九四一号一五三頁）。このような事件の処理は、どうするのか、極めて疑問である。公正証書原本不実記載罪の成立を否定することは、会社法秩序の根幹を覆すものであり、新株発行が無効

効であることも否定し得ない。そして、会社計算規則四八条二項の規定が法律の許容しないものであることは、明らかである（公正証書原本不実記載罪の成立と矛盾する）。資本の増加は、新株発行の効果であり、その新株発行の効力が否定されれば、資本増加の効力も否定されなければおかしい。何らかの理由でそうしないのであれば、その旨の法律の定めが必要である。新株発行不存在の場合にまで、この規定を及ぼすことは、考えていないのであるが、その境界・説明はどうかなるのであろうか（有効な払込みがない事案については、不存在とする余地はないか）。会社法とそれに引き続く法務省令の制定によってもたらされた混乱（その罪）は、大きい。

発起設立の場合の保管証明の制度は、かつて検査役による調査が要求されていたものを払込取扱金融機関に払い込ませることで、その実在を確保するための手続を簡略化したものである。仮装払込みが行われるおそれがあるのは、何も募集設立の場合に限られない（六四条との平仄）。金融機関が負うことになる保管証明責任が重いとの意見を考慮したとの説明も、およそおかしい。この規定がなくても保管していることを証明したことによる責任は負うべきだし、九六五条の規定からいっても、

預金の約束は、許されないはずである。責任の所在は、規定の有無にかかわらない。

③事業報告（旧営業報告書）について、会計監査人の監査対象から外している。これも、納得ができることではない（一九八一年商法改正以来の伝統を無視している）。事業報告で報告すべき事項は、非会計事項に限られるものではなく、会計（計算）に関する事項が含まれていることは明らかである。特に会計に関する内部統制体制（取締役・従業員の職務遂行の適正を確保するための体制）の整備について、会計監査人の監査意見は、重要である（平仄の問題として既述）。

④新株引受権という概念をなくし、また、株式の消却について、いったん会社が自己株式として取得した上でするものと整理している。譲渡制限株式について、新株引受権を認めるのではなく、定款で別段の定めを認める手続規制にしたため、発行規制の実質が変わっている。その必要性は、理解できない。また、株式消却に必ず自己株式取得というプロセスを経由させることの必要性も理解できないが、これは、人的会社分割についてと同じで、分解され

た制度の組合せで賄うという思想の表れであろう。分かりやすいとは到底いえないが、それは承知の上ということかもしれない。

九 法律（条文）の分かりやすさ・分かりにくさ―表現・文言

(1) その分かりにくさ

八で述べた、規定された制度（法律の定め）の趣旨が明確に把握できないこと、規定が論理的でないことが、分かりにくさの大きな理由であるが、表現の問題、文言上の問題も大きい（汎用化した内容であるため、表現も煩雑になるという面もある）。繰返し（重複）の多いことも、分かりにくさの一因である。一〇八条の種類株式に関する規定の内容を学生に理解させるのは、至難である。明確化したと称して、詳細に過ぎ、冗漫な条文の定め（会社法では、組織再編関係の規定、法務省令では、特に計算規則の煩雑さをみよ。国民にとって分かりやすい法律・法制度にするという法のあるべき趣旨からはおよそ逆行している）が多い。しかし、このような行き方は、既に行政法規（典型は、税法、金融商品取引法Ⅱ証券取引法）で、その破綻が明らかに見えてきたもの

である（根本的改革が要請される）。その行き方に追従するというのは、とても二一世紀にふさわしい立法とはいえない。なお、法務省令への委任によってもたらされた分かりにくさについては、別に（次の一〇において）改めて検討する。

不親切な立法である（経過措置については、既に述べたところである）。ここでは、一つだけ例をあげよう。株主総会決議を必要とする場合について、それが普通決議によるのか、特別決議によるのかは、特別決議事項を定める三〇九条二項の各号を検索・参照しなければ分からない（特殊決議については、同条三項四項の定めであるが、特に四項は、一〇九条二項の場合にのみ関する定めであり、ことさらにこれと離す必要もなからう）。改正前商法では、特別決議事項については、その三四三条に定める決議を必要とすることを原則として明らかにしていた。この程度のサービスをすることは、当然の配慮のように思われる。

カッコがやたらに多い。その内容は、（にあつては、……）、（……を含む）、（……に限る）、（……を除く）、（……をいう）等多岐にわたる。条文の節約のためということ

あろうが、それによって法律の内容の理解を難しくしたのでは、意味がない。カッコを使うことが、およそ悪いということはないが、使う場所、使い方を考えるべきである（これに固執すべきではない）。その一方で、会社法が、同じ内容を意味する表現を無秩序に使用していることについては、前記四（注6）において、「取締役会設置会社以外の株式会社」を一例として取り上げて指摘したとおりである。

株主総会に関する規定（二九五条以下）の中での原則と「取締役会設置会社」、「公開会社でない取締役会設置会社」、「公開会社である取締役会設置会社」とかの文言を用いた例外規定も錯綜しており、一読して容易に理解できるものではない。

具体的に問題を指摘すれば、きりが無い。たとえば、三〇八条一項のカッコ内の表現も、法科大学院の学生が誤解しやすい。四分の一以上という文言に惑わされるようであるが（旧法以来の知識をもち、実質を考えば紛れはない）、カッコで処理しているため（カッコ内が長文過ぎ、その冒頭の「株式会社」つまりここでは総会を開催する会社という主語の意味が分かりにくく、その主

語を読み落して、カッコの直前の「株主」を主語と認識するのも可もれない。旧二四一条三項のように別項で規定することの比較）、株主がその株式を持たれた場合の規定だということが分かりにくいようである（これをうけた施行規則六七条も、読みにくい規定ではある）。

ついでにいえば、株式会社に関する二編において、これを表わすのにわざわざ株式会社という文言を繰り返すことは、いかにも煩雑の感を拭えない（同編では「会社」と表現することでもよからう）。

定義規定を多用し、それに固執しているから、「金銭等（金銭に限る。）」（二五四条一項）というような奇妙な表現（単純に金銭でいいはず）をすることになる。

四三六条一項では、監査役設置会社の範囲をカッコ書で広げ（この問題については、既に触れた）、事業報告をも会計監査権限のみをもつ監査役の監査対象にしているが、施行規則二九条二項によって実質的には監査しない（事業報告を監査する権限がない旨の監査報告の作成義務を定めているが、その実質的な意味は理解できない。無意味な辻褃合わせというほかない）。実質論とすれ

ば、事業報告も、会計監査の対象にすべきものではあるが、それをしないうという整理をしたのであれば、条文も、それに適合した整理（無意味なことはしない）をするのが当然である。

(2) 定義（用語）の分かりにくさ
形式面での分かりにくさの基本的な理由の一つは、定義規定（二条）としてまとめられることもなく、突如として「株式会社」、「金銭等」、「役員等」等の用語が、会社法（全九九九条）の途中の条文（必ずしも重要な条文とは限らない）のカッコで「以下同じ」と規定されて、会社法のその後

の条文においては、当該用語で表記するものとされていることである。「この条・款・節において」等（たとえば、一二〇条一項、一七一条一項、一九九条一項二号・三項など）

具体的に指定されていれば、まだましということではあるが、それでも離れていると、後の定めから探すのは困難がある（条文を頭から確認するとは限らない。六法編纂者による参照条文の記載に頼らなければならぬ）。この法律の途中での定義規定については、会社法施行規則と会社計算規則それぞれの二条二項において、

それぞれの規則で用いられているものが、列挙されている（その数は、施行規則において一〇一、計算規則において三一に達し、その多さに感嘆する）。

そのほか、その各三項では、それぞれの規則固有の定義を定めているが、その内容は、会社法による定義と一致していないものがある（「最終事業年度」は、法二条二四号に定められているが、計算規則二条三項一号は、これを株式会社限定し、持分会社について追加して定めているし、同項一六号は会社等という用語に關し、会社法が用いた団体という用語を避け、事業体としている）。

また、ここでは、「株主」は持分会社の社員等を含み（計算規則二条三項一七号）、「株式」は「株式及び持分」を表わす（同項一八号）ものとして定めている。これをこのような定義の形で定めることが、許されるのか、また適当なのか、会社法と法務省令との関係の問題の一環として、検討されなければならない。もしそのような文言を用いるべき場合であれば、「株主及び社員（これらに相当するものを含む）」、「株式及び（又は）持分」などとすることで足りるはずである。ともかく、これらの用

語例が、分かりにくさを生んでいることは、明らかである。

しかも、その各定義の用語は、二条五号の公開会社をはじめとして、その内容を的確に表現してはいないものも多い。いくつか例を挙げて検討してみる（ここでは、会社法二条については、冠記を省略する。単に「号」という記載は、二条の該当号を意味する）。

会社（一号）や社債（二二三号）は、形式的な定め典型であるが、定義として意味をもつものかどうか、疑問である。一号は、実定法上の会社の種類を明らかにするだけの改正前商法の五三条に相当するもので、同法五二条のような定義規定ではない。

このような形式的な定義規定がある一方で、同条には会社という用語を広義に用いる定義規定（二号ないし四号）もある。それを規定の上で辻褄を合わせようとするから、会社という用語の使い方が窮屈になつて、その調整のための法務省令において、会社法用語と違う定義たとえば計算規則三条三項四号・五号等を定める原因になり（注9）、施行規則三条四項のような分かりにくい規定を設けることにもなる。

一号における定義の形式性の延長が、組織変更（二六号）の定義である。

（注9） 会社法自体が、会社という文言を広義に用いているのが、二号（外国会社）、三号（子会社）、四号（親会社）である。つまり、涉外関係、企業結合（企業再編行為を含む）関係については、日本法上の形式的な意味の会社以外の存在を対象にする必要があることが、明らかであるから、その適用局面を明確にする等、表現を工夫すべきであった。親会社株式の保有制限については、日本法上の親会社と子会社それぞれを規制する面があることに注意を要する（立法趣旨は、日本法上の親会社の剰余金規制の形骸化防止と、その運営の適正確保である。それを過不足なく法務省令が整理しているかどうかは、疑問である。その実質を踏まえた解釈に委ねるべき面がある）。必要に応じ、会社法においても「会社等」という表現を用いることも考えられた。

二三号も、会社が会社法により社債として発行するものが社債、というだけの定めである。外債を含め、会社法で社債として規制すべき会社債務はいかなるものであるべきかを考えたものではない。社債管理者と社債権者集会という社債特有の制度の適用局面をきちんと整理するの

が、社債法制の基本であつて、このような形式的な定義を設ける意味はないように思われる。

公開会社（五号）は、分かりにくい規定の典型であることは衆目の一致するところである。非公開会社を定義するほうがずっと分かりやすい。非公開会社は、その発行する株式全部（発行済株式に限らず、定款の定めの上で発行可能とされているものを含む）が譲渡制限株式である会社である。この裏返しで公開会社であるが、規定上「全部又は一部」という紛らわしい文言について否定形が用いられているため、公開会社という表現とあいまって、その発行する全株が譲渡制限をしない株式である会社をいうとの誤解が生じやすい（譲渡制限株式に関する一七号と連絡をつけた定めにするほうが、まだ分かりやすいかもしれない）。

つまりは、公開会社という表現で、どういう積極的な実質（概念）を表わすのかという整理ができていないから（一部の種類株式たとえば絶対的無議決権株式について譲渡制限をしない場合の実質的意味は、どうか）、分かりにくい。実質的な意味からいうと、発行する全株式が譲渡制限である会社を閉鎖会社とし、

消去法でそれ以外の会社を公開会社としたと解すればよいであろう。つまり、積極的な内容をもつ用語ではないと考えられるが、立法技術としては拙劣である（「閉鎖」会社という用語は政治的な問題もあつて使えなかつたということであろうが、「全株譲渡制限会社」とでも称すれば足りる。会社法における株式会社の区分の問題点を直截に表わすものである）。

大会社（六号）については、旧商法特例法とは異なり、株主総会の議決権行使方法への影響がなくなり、専ら会計監査人監査強制の問題となつたので、基準時（経過措置）が簡明になつている。

「設置会社」（七〜一二号）の用語については、機関設計に関連して、改めて検討する。会社が自発的に設置する場合と法律上設置が強制される場合とが書き分けられている（会計参与設置と委員会設置とは、専ら会社の選択である）。しかし、前述のとおり、その法律上の意味については、はっきりしない（法律で強制する場合も、定款の定めを要求する理由）。委員会設置会社（一二号）は、前に述べたとおり、取締役会設置を前提にする定義にすること

が相当である（同号中の「株式会社」を「取締役会設置会社」とすれば、足りる）。

種類株式発行会社（一二三号）・種類株主総会（一四号）、譲渡制限株式（一七号）については、呼称の問題であるが、文字どおりの意味であり、ことさらに定義規定を設ける必要のある事項かという疑問がある（これこそ、「以下何々という」で賄って紛れはない）。新株予約権付社債（二一号）も、同じである。一七号で「その発行する全部又は一部の株式」という必要があつたのかも、五号、一八号、一九号などとも疑問がある。

従前の転換株式・償還株式が別の基準で括り直され、会社による取得の対価の範囲が拡大されて、取得請求権付株式（一八号）・取得条項付株式（一九号）という定義（用語）になつたことに関する実体的な問題については、前に述べた。文言の問題としては、取得請求権について、会社に対して当該株式の取得を請求するというのは、日本語として熟した表現ではないように思われる（「取得すべきことを」とか、「取得するように」とかの表現でないと、会社による取得という趣旨が、明確

になつていないように思われる（売渡し・買取りという用語との比較）。あるいは単に慣れの問題かもしれないが、違和感はある）。

「営業」を「事業」に（二四号に関連）（注10）、「会計の（ ）帳簿」を「会計帳簿」に改めたこと（三八九条四項・三九六条二項・四三三條一項）については、江頭憲治郎「新会社法制定の意義」ジュリスト一二九五号四頁参照。会計の資料という表現（改正前商法二九三条ノ六、商特七条一項・二二条二項一号等）を会計帳簿に関する資料と改めたことも、その内容を限定的に解する誘因にならないかが危惧される（税務関係書類や有価証券報告書関連の財務関係書類について、どう考えるか）。

（注10） もっとも、「営業報告書」は「事業報告」に改められたが（書面で作成されるには限られないという考慮に基づくものであろう）、損益計算書という言葉は、そのまま残っている。営業時間（三二条二項・一二五條二項等）という言葉も、残されている。営業所（二二五條一項）という文言も残っているが、これは、株主名簿管理人の営業所という用法だから、少し違う（しかし、株主名簿管理人が、会社の場合をも包含するはずではある）。ともかく、あえて変えるほどのことか

という感じは、拭えない。

たとえば、四七条一項では、カットで代表取締役を「株式会社を代表する取締役」（以下同じ）と定義している。これは、三四九條一項本文の取締役（法律の規定によって代表権が与えられる取締役）をも含むはずである。それにもかかわらず、ただし書では、代表取締役その他株式会社を代表する者を定めたときという表現があつて、さらにその四項の規定は、一項本文の取締役も、代表取締役に含まれる趣旨のものである。表現としては、おかしい（四七条での定義を維持するのであれば、三四九條一項は、取締役は代表取締役となる、とでも規定すべきであつた。むしろ、同項で代表取締役を定義するほうが素直である（あえて四七条で定義する必要があつたか）。定款の備置き等についての三一条中会社成立後のそれに関する定め的位置についても、認識するのが難しいという問題点がある）。

一五一条に定義のある「金銭等」は、「金銭その他の財産」を表すものとされ、あらゆる財産を包含するものである（このような包括的なものとする必要があるかどうか、また相当かどうかは、大いに疑問であ

る）。その使用例としての「金銭等（金銭に限る）」のおかしさについては、前に述べた。この金銭等という言葉が、たとえば、吸収合併の対価を表わすのに用いられると（七四九條一項二号）、どうにも違和感がある。合併対価は、存続会社の株式であるのが原則で、その実質が全く隠れることになる。こういう定義を使わずに、それぞれの条文で原則的な姿を定め、それ以外の場合については、必要に応じて別に定めれば足りるのではないか。

一事が万事で、慣れの問題といつても限度があり（単に慣れと片付けてよいかどうかも問題で、そもそも慣れとはいけないことも多い）、日本語の限界の問題といふべきものでもない（工夫の余地は十分ある）（注11）。これが分かりやすく、親切な立法だというヒトは、まずいないであろう。

（注11） 「慣れ」というのは、江頭憲治郎ほか「座談会『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方」商事法務一七三九号一二頁「相澤発言」、江頭・前掲（注2）。「日本語の限界」というのは、神田秀樹・会社法入門（岩波新書）四八頁。