

会社法の論点解明(六)

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・分かりにくさ―内容
- 九 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ―表現・文言 (以上二四八号)
- 一〇 会社法と法務省令 (以上二四九号)
- (1) 両者の関係のあり方―委任事項と省令制定手続
- (2) 法律の授権の範囲―会社法はどのような省令の定めまでを許容しているか
- (3) 法務省令自体の問題点 (以上二四九号)
- IV 会社の区分
- 一 問題の所在―歴史的経過
- 二 会社の種類と区分の意味
- 三 株式会社の特質と実態
- 四 株式会社の種類化の問題点 (以上本号)

IV 会社の区分

一 問題の所在―歴史的経過

この問題については、Ⅲ四、六において、既に言及したところであるが、ここではもう少しふえんして(具体的な沿革および現在の会社法制に即して)検討する。

(1) 株式会社法制に関する検討の歴史

一九七四年(昭和四九年)から開始された会社法の根本改正作業(これが、最終的に会社法の制定につながった)の最大の課題は、実際に存在する株式会社の実態と株式会社法

制との不整合の解決策いかんであった。いわゆる大小会社の区分の問題である(注1)。

(注1) もっとも、会社といっても、実質は、株式会社の問題が主体であった。この大小会社の区分の問題については、株式会社と近似する性格をもつ有限会社も対象とされたが、合名会社、合資会社については、新たに利用されることは少なく、社会経済的に重要なものとは認識されておらず、根本的な改正が必要であるとは、考えられてはいなかった。また、合同会社のよような新しい会社形態の採用も、視野に入っていなかった。なお、拙著『大小会社区分立法に関する諸問題』(別冊商事法務七三)参照。

この問題は、日本では、会社形態の利用が、必ずしも法制度が期待したようなものではなかったことよって生じた。すなわち、日本の社員有限責任の会社（物的会社）は、欧州大陸法系の法制を継受し、株式会社と有限会社の二種類の会社があった。株式会社は、株式を利用して多数人から資金を調達する、経営と所有が分離した大規模会社（多様な利害対立がある）とされた。前記Ⅲ五に掲げた特質すべてを備えるもので、その機能を十分發揮させるため、経営についての知識・能力をもたない者が安心して出資できるようにするとともに、多数多様な利害関係を適切に調整するため、厳重・複雑な規制をすることになる。

有限会社は、小規模の閉鎖的な（出資者たる社員が限定された）会社に適合するものとして、導入された。これをめぐる利害関係の質および量が株式会社ほどのものではないことおよび経営に関心をもつ社員が普通であることを前提として、簡略な仕組みが採用されていた。

しかしながら、株式会社について最低資本金制度やその計算の適正・開示をはじめ、現に存在した厳重な法規制を確保するための実効的な措

置が導入されなかったため（たとえば、過料制度の形骸化）、本来は有限会社形態がふさわしい小規模の閉鎖的な会社が、株式会社の形態をとりながら、その法規制は遵守しないという状況が生じた（法規制の形骸化・空洞化と株式会社のブランドへのただ乗り）。これは、わが国の法制の母法であるドイツなどの状況とは、全く異なる。

第二次大戦後しばしば行われてきた会社法改正は、社会的・経済的に中小会社より重要な存在であった大規模株式会社（いわゆる株式会社らしい株式会社）について、より効率的な運営を確保するようにするとともに、経済発展の過程でしばしば発生した、いわゆる企業不祥事等に対応して社会的な弊害をもたらしやうにする（健全性確保のための厳格化に向けた）制度構築を主眼とするものであった。

その一方で、小規模閉鎖的な会社から本格的検討は、なおざりにされてきた（四九年改正の際の会計監査のみをする会計に関する知識能力を前提としない監査役制度の温存等）。株式会社法制の改正に伴い、有限会社法制についても、横並びで改正されることが多かったが、その横並びの元の法制がそもそもその実態に即した適切なものであったかどうか、そして当該横並びの措置が必要・適切であるかどうかについて、十分な検討はされてこなかったように思われる。

株式会社に株式譲渡制限の制度も導入されたが（一九六六年改正）、現実に妥協した弥縫策に過ぎなかったというべきである（取締役会による譲渡承認という制度の意味という、後記の問題点もある）。閉鎖的小規模株式会社の存在の問題点自体にはメスをいれず、これを事実として追認し、結果的には閉鎖的小規模会社が株式会社形態をとることを助長するものであったように思われる。しかし、既成事実を改め、既得権の放棄を迫ることが、実際には大変難しいことは確かである。

この日本の会社法制の最大の問題点（現実と法制のそこ）は、一九八一年の商法等改正（昭和五六年改正）の後ににおける具体的立法検討課題とされ、法務省民事局参事官室において、「大小（公開・非公開）会社立法及び合併に関する問題点」（一九八四年）の公開・意見照会を経て、「商法・有限会社法改正試

も、専ら経済の回復を目指し、ファイナンス（企業金融）や企業再編を優先させるという傾向が強まった。

日本社会全体について、その制度疲労が意識されるようになり、規制緩和を指導原理とする改革が指向された（金融ビッグバンに象徴される力ネの流れの国際的自由化が起り、国際的な規制緩和競争が生じて、それが日本の会社法制の検討にも反映した面も否定できない）。

そういう流れの中で、会社法は、この問題について、有限会社を株式会社と統合するという抜本的な手当てをした。小規模（閉鎖的）株式会社と有限会社間の法律的な垣根は取り払われた。その機関構成や新株発行手続等について、有限会社に近い扱いを原則形態とすることにし、会社の選択で、より嚴重なものにすることができるとにされている。

歴史的（その沿革や将来のあるべき姿）・論理的（制度論）な検討が十分されたかという疑問があるほか、具体的には、会社による適切な選択を確保するための配慮という観点がない点に、大きな問題をほらむ（市場原理に委ねる傾向が強いように思われるが、そのような信頼でき

る市場が現実に存在するか、また期待できるかという問題がある）。

そこで、会社法における法規制の原則は、株式会社と有限会社それぞれいづれについても、よりルーズなもの（機関構成の自由化、株主の人数制限の廃止、特別決議要件の緩和、譲渡制限株式の譲渡承認決定機関・社債発行の許容等）を採用する傾向が強くなっている。そのような企業経営の便宜に著しく傾斜した制度を採用する傾向に問題があることは、既に指摘してきたところである（ヒトは、拘束を厭う天性をもつことと、誘惑に弱く、したがって、適切に自らを律することを期待することには、どうしても無理があることという認識が欠け、弊害予防の観点がおろそかにされている）。

日本の経済社会の現実、そのあるべき姿、会社制度という経済社会のインフラストラクチュア（基盤）がもつ意味（事後規制の難しさ、文化とかかわり、国際的なRace to the bottomに陥りかねないことの問題点等）について、検討が十分でないように思われる。

(2) 会社法における持分会社法制——合同会社法制の導入と持分会社と

いう類型

株式会社と有限会社の問題については、既に一九五〇年代から継続的な問題提起や検討が行われてきており、それが会社法制定に当たっても参考にされたことは、明らかである。これに対し、合名会社、合資会社は、歴史的な所産として長い伝統をもつ会社形態ではあるが、必ずしも現代の企業ニーズに適合したものとはいえず、新規に設立されることも稀で、経済社会において重要な役割をもつものではなかった。その制度の改正は、検討の俎上にはのぼってこなかった。この事情は、会社法制定の段階においても、変ってはいない。その段階で、その制度のあり方について、本格的な検討が行われた形跡はない。しかるに、持分会社という区分の導入という大きな変化がみられる。

他方で、会社法は、合同会社という新しい会社形態（会社の種類）を導入した。

合同会社は、全社員が有限責任である点においては、株式会社と同じであるが、経営と所有の分離が制度的に否定されている。英米で最近広く利用されるようになったLLC、

LLPといった法律制度に範を求めたものである。合同会社における定款自治の範囲は、広い（内部関係についてこれを広く認めることは、問題はないが、それが外部関係に影響すると問題が起る。合弁会社などには適する）。社員有限責任を支える条件としての資本と計算の明確化・開示の制度は、株式会社にして著しく劣る。これは、大規模有限会社に関する規制のあり方について、大一小会社区分の論議において問題提起がされていた、その法制上の問題点をそのまま再現するものである。

その導入が求められた主因は、パススルー課税（出資者との損益・所得の通算）の適用であったようだが、税制面での手当ては結局実現しなかった。そのような目的のためには、法人格は持たないが、有限責任事業組合契約に関する法律による有限責任事業組合が利用されることになろう。しかし、それにもかかわらず、実際には合同会社は、かなりの設立事例がみられる（所有と経営の分離のない有限責任の会社、つまり旧有限会社に近いタイプの会社で、その運営が柔軟な点が評価されているようである）。

会社法の大きな問題点の一つは、合同会社と合資会社・合名会社とをまとめて持分会社という会社類型を認めたことである。合名会社と合資会社とは、歴史的起源を異にするが、法制度としてはいずれも、社員が無限責任を基礎にし、その無限責任を負う社員が業務執行を担う仕組みである。さらに合資会社においては、有限責任社員が加わるが、これは主に監視権を行使するものであった。

合同会社は、これとは全く性格が異なるものである。歴史的な沿革も、その会社形態を採用する動機・趣旨も全く異なる。

これをまとめて、一つの会社の類型とするかのような取扱いがされている。それは、次のような点に象徴的に表れている。三編を持分会社として共通の取扱いをし（たとえば、資本概念を合名会社・合資会社にも持ち込んでいるが、およそ説明できるものではない）、その相互の移動について定款変更、さらにはみなし定款変更によるものとしている。また、五編においては、合名会社・合資会社・合同会社をひとくくりに持分会社として、この持分会社と株式

会社を対比して、組織変更や組織再編に関する定めをしている。

かつては、人的会社と物的会社という分類があり、その意味は必ずしも一義的なものではなかったと考えられるが、その重要な基準の一つは人的責任に依存する会社か、それとも物的責任（会社財産）に依存する会社かという点があつたはずである。この基準がおおよそ無視されている。

この問題については、次の二でさらに検討する。

二 会社の種類と区分の意味

会社法は、会社の種類を株式会社、合名会社、合資会社、合同会社としている（二条一号）。なお、会社法による改正前の商法五三条も同旨（このうち、株式会社は、従来の有限会社法による有限会社をも統合したものである。合同会社は、新しく創設された会社類型である。さらに、会社法は、このほか、持分会社という区分を別に設けている。会社の種類としては、三つに分かれている合名会社、合資会社、合同会社をまとめたもので、会社の種類との関係をどう整理したのかは、明確で

ない。持分会社については、この三種類の会社を意味するとの定義もないまま、第三編持分会社とされ、その冒頭の五七五条にこの三つの種類の会社を（以下「持分会社」と総称する。）と規定している。

二条の定義のなかには、組織変更の語がある（二六号）。ここで組織変更は、会社の種類の変更ではなく、株式会社と合名会社・合資会社・合同会社との間の会社形態の変更であるとされている（会社法制定前は、合名会社と合資会社間、株式会社と有限会社間の会社形態の変更が、組織変更とされ、合名会社・合資会社と株式会社・有限会社間の変更は認められていなかった。この点については、改めて検討する）。

それに基つき、組織変更・組織再編に関する第五編では、持分会社をあたかも会社の種類であるかのような処理をしている。そもそも、三編持分会社の規定振りが、問題であり、同じ扱いにすることができない事項について共通の定めで規律するという誤りを冒している。

たとえば、合同会社と共通の扱いをするため、合資会社の有限責任社員の性格を変更している（合資会社

の社員は、業務執行の監視を担うものであったのを、業務執行を担うものに改めている）。その結果として、従来採用されてきた合資会社の無限責任社員と有限責任社員との責任と権限の均衡が破壊されている。合名会社・合資会社について、合同会社と横並びで資本概念を持ち込むことのおかしさについては、既に指摘したとおりである。

合同会社については、社員全員に無限責任を認める場合の条件整備が全く無視され、特に規模が大きい（社会的な影響が大きい）会社をどうするか、という問題点、株式会社との均衡無視という問題も、指摘しておかなければならない。

つまり、会社法は、大きな区分として会社を株式会社と合名会社・合資会社・合同会社を統合した持分会社とに区分し、持分会社の区分内の会社の種類の変更は、定款変更（合資会社においては、ある種類の社員の消滅によるみなし定款変更を含むものとされている）によつてこのような処理は、会社法において突然行われた。

会社の種類とは、何であるかという根源的な問いがされた形跡がな

い。持分会社という概念を持ち込めば、条文数が節約できるのではないか、という思いつきに安易に乗った立法ではないか、という危惧をもつ。

また、規制緩和の掛け声にのつたのであろうが、社債を株式会社法制から切り離し、いわゆる持分会社にも開放した。これは、社債に関する規制を会社法に置く意味（有限会社に社債発行を認めず、昭和初頭の時期に「社債浄化運動」が起こったというような歴史）や現実のニーズについて、十分な検討を欠いた状況でなされたもののように思われる（会社法上の社債は、いかなる意味で特殊扱いがされるべき会社債務であるか、その成立を認めるためにはいかなる条件が必要か、という基本的な問題検討がされていない）。

これに対し、会社の種類としての株式会社と有限会社という種類の会社を統合することについては、一で述べたとおり、長い検討の歴史がある（前記一九八四年公表の「大小会区分立法及び合併に関する問題点」においても、そのような構想の示唆があった）。二〇〇五年一月一五万七〇〇〇社、有限会社が約一

九三万四〇〇〇社（注2）合わせて三一〇万社近い数であるのに対し、合名会社は一万九〇〇〇社弱、合資会社が八万七〇〇〇社弱であつて、合名会社・合資会社を合わせても、一〇万社を少し上回る程度であつた。圧倒的に株式会社、有限会社が多い。

（注2）なお、株式会社にして、有限会社の数が多いのは、次の事情も一因である。株式会社については、休眠会社の整理（平成一七年改正前商法四〇六条ノ三）が行われていた。これに対し、有限会社については、取締役の任期に関する定めがなく、実質的には会社としての実体を失つた会社であつても、整理されることがなく、登記上は、なお存続していた。その事情は、合名会社、合資会社についても、同じである。

株式会社と有限会社とは、ともに社員（株主）有限責任（会社財産をその債務の引当てにする物的責任）の会社である。法制的には、株式会社は、多くの出資者から多額の資金を集めて、大規模事業を営む会社で、その規制も嚴重複雑であるのに対し、有限会社は、社員が五〇人以下でその持分（社員たる地位）の譲渡も制限される閉鎖的な会社で、会社の規模も比較的小さくて、利害関

係者も少ないことを前提にして、その機構をはじめとする規制は簡素なものにされていた。

しかし、会社法は、そのような整理を放棄した。結果として、株式会社の原型・標準型が不明なものになった。いくつかの法による強制があるが、その強制は、会社の実体（実態）によるものというより、会社の選択による要素が強い。その点については、改めて検討する。

株式会社については、株主その他の利害関係を公正に調整するための嚴重な規制をルーズにするという意味での有限会社化が起こり、有限会社については、閉鎖性から導かれるべき構成員（株主）の利益保護（構成員の少数意思の尊重）のための制度、たとえば、定款変更のための嚴重な要件が失われた。いずれも、経営者（業務執行者）にとつての都合のよさが追及されたように思われる（注3）。

（注3） 経済界を代表して法制審議会に参加していた委員は、会社法を歓迎したといわれる。経営者にとつては、ともかく、やりやすくなりそうだという感触によるもので、経済社会の基盤としての会社法制のあり方としての是非を見据えたものではなかったのではな

いか、という感慨をもつ。この点については、本稿Ⅰ・Ⅱ（本誌二四五号）（注8）、（注12）、拙稿『会社法のどこが問題なのか』世界二〇〇六年一月号一三六頁等参照。会社法の立法は、多様な利害関係の調整作業である。法務省の立案担当者としての経験からいえば、適切な会社法立法の実現のためには、立法の実現に強い影響力をもつ経済界にとつて苦い薬も、他の好みに合った料理との抱き合わせで食べてもらう（会社法以外の立法においても、影響力の強い圧力団体に対する配慮としては同じである）、という努力をすることが必要であり、重要であること を改めて指摘しておきたい。

三 株式会社の特質と実態

株式会社の特質については、前記Ⅲ五において述べたところである（そこでの①⑤を引用する）。しかし、それは、すべての株式会社に共通して認められるものではない。その特徴に応じて、これに適合する会社法制の内容が異なるはずである。この整理をすることが、株式会社の類型を整理した法制の整備をする上での基本である。

そのうち、まず、②「法人格の具備」については、他の種類の会社とも共通するもので、余り問題になら

ない。①株式会社における「出資者の所有」については、大きな論点ではあるが、それは株式会社の類型化に直ちに関連するものとはいえないであろう(注4)。もつとも、会社の剰余価値の最終的な帰属者である株主につき、会社の実態・類型に即して、その支配権能をどのような形で認めるのが適当なのかは、後記③所有と経営の分離の問題との関連では、十分に考慮すべき問題点である。

(注4) 単純に株主のものと考えることが適当でない会社は、どのような会社なのか、株主以外のステークホルダーが多い会社はどうかといった問題はあり、たとえば、会社解散の要件を株主総会決議以外にも求めるとか、従業員の経営参加というような根源的な議論をすれば別であるが、そう簡単に決着がつくものではない。差し当たりは、ここでの議論の対象外とする。

④株主の有限責任との関連については、まず、そのための条件設定をめぐって問題がある。株主が有限責任を享受するための条件(会社としての法制度)をどう設定するかという点である。有限責任というものは、会社が損失を被つても、定められた額(既出資額)を超えて責任(負担)を負うことはない、という

ことである。それは、会社の事業遂行について法律上の支配権・収益権を与えられている株主の責任を債権者の負担に転嫁するものである。そのためには、そういう事態が容易に起こらないようにすること、その危険を債権者が察知(判断)できるようにする必要がある。

これが、株主の出資持分の充実(自己資本の確保)と会社財産の分別管理、会社財産の現況と経営成績の適正な開示が求められる基本的な理由である。株主の出資は、まず債権の弁済に充当される。したがって、会社に損失が生じても、株主の出資持分が大きければ、直ちに債権者への弁済ができないう事態にはならない。

また、会社財産は、他の責任財産と混同されることなく、会社事業の遂行のために用いられ、会社債務の引当てに供される必要がある。そして、その財産の状況と経営成績は、債権者に開示されて、債権者は、会社に信用を供与することの是非を判断できる必要がある。もちろん、会社の経営成績と財産状況の明確化は、株主にとつても重要であるし、会社の業務執行すなわち経営の基本でもある。

このような損失に強い会社は、大規模な会社(株主の出資が多い会社)については、比較的容易に実現できる。その場合には、当然自己資本が大きくなる(払戻しも制限される)。さらに、会社の経営や計算の適正を図るシステムの構築には、相応のコストを要することになるが、そのコストの負担にも耐えられる。株主が損失填補のための相当の負担をすることは、債権者の危険負担を軽減するという意味もある。これが、最低資本制度の根拠である。

一九三八年(昭和十三年)の有限会社法制定当時には、有限会社についてのみ(株式会社にはなかった)、当時の貨幣価値で一万円という最低資本金額が定められた。このことに株式会社としての厳重な規制を受けずに有限責任を享受できるものとされたことの代償としての意味が認められそうである。

しかし、この点に関する厳重な規制を貫徹することには、問題がある。つまり、上記のような観点から意味がある金額ということになれば、相当多額にのぼる。それを要求することは、起業(企業としての会社設立)を阻害し、経済の活性化の妨げになるおそれがある(そもそも

も、少ない資本で設立された会社が必ず倒産するものでもない)。そこでは、最低資本金額は、妥協的なものにならざるを得ない(会社法制定前においては、株式会社一〇〇万円、有限会社三〇〇万円であった)。そうなると、そのような無意味な制度は、廃止してもよいはずだとか、むしろ廃止すべきだという意見が、それなりの説得力をもつ(第二ダイレクティブが存在するEUでも問題になっているようである)。

これが、今回の会社法立法の実現のプロセスのように思われる。しかし、制度は常にバランスであり、本音だけで露骨に処理すべきではなく、公正性という建前を確保することも要請される。この有限責任の条件の問題については、改めて検討する。

ともかく、会社法は、最低資本金による会社の類型化を放棄した。資本金三〇〇万円、これに七〇〇万円のプラスで会社制度の基本的なあり方やその変更の根拠を合理的に説明することは、困難であるから、最低資本金は、いわば制度の建前をあらわすシンボル・シグナルであつたが、それでは意味がないと考えられたのであろう(このようなシンボル

がもつ意味に対する評価は、ヒトによつて異なるということになる。

他方で、会社法は、計算の公開（貸借対照表の公告）については、すべての株式会社強制するものとした。これで辻褄を合わせようとしたのであろうが、その公示の励行を担保する制度はないし、その公示内容（計算自体）の適正を確保する制度も確立していない。

これは、会社法制定前の株式会社法の形骸化の最大の問題であり、繰り返し計算書類の商業登記所への提出・開示の問題が取り上げられてきた。計算の適正を確保するための制度の整備も検討課題とされてきた。しかし、この問題は、会社法では、不問に付されている（開示確保の手段については（注5）。計算の適正化に関する会計参与の制度も任意の選択によつて採用されるものであり、その励行は期待できない。会計監査人監査強制の拡大も見送られている）。これでは、会社法制定前の株式会社法の問題点をそのまま温存したことになり、何ら抜本的な解決になっていない。

（注5） つまり、会社法制定前も、株式会社については、同じ規制があり、貸借対照表を公告すべきものとされてい

たが、実際には励行されず、法の形骸化がみられた。その励行確保の手段として、従前の改正作業のなかで、EU諸国で行われている商業登記所における計算開示の制度の実施が模索されてきたことは、本文記載のとおりである。しかし、コスト負担を根拠とする政治的な反対が強く、その実現はできなかった。現時点では、ITの進展により、ウェブ開示が低コストでできるようになり、コスト面での問題は解決したといつてよい（反対理由にならない）。しかし、計算開示が、株式会社（株主有限責任）形態で事業を営む者の責務であるとの認識は、必ずしもいざわたつてはいない（反対理由の本音の部分は解消していない）。その状況で、単に法律で義務付けただけでは、励行されることにならない。計算を開示したことのインターネットでの届出を義務付け、これを公的なウェブサイトに掲載する等の措置を講ずることが相当である。

規模が大きい会社については、その社会的影響が大きく、利害関係者も多い。その計算の適正を図る必要があるとして、会社法は、大会社というカテゴリーを設け（二条六号）、会計監査人の設置を義務付け、これに伴つて一定の機関設計を強制しているが、その大会社の基準は四半世紀前（一九八一年）のもの

である。最低資本金制度廃止の代償というには、貧弱すぎる。

株式会社の特質として、⑤株式の自由譲渡性が挙げられる（株主の投下資金の自由な回収を確保するためのものである）。会社法においては、この株式の自由譲渡性の制限（定款による譲渡制限）は、会社の株主構成における閉鎖性の法律的な表現として、これを株式会社区分の基本的な基準としている（この制限は、株式譲渡による資金回収を絶対的に禁止するものではない。その譲渡の相手に制限があり、ひいてはその対価にも制限が生ずる）。

その区分の表現の分かりにくさについては、既に指摘したとおりであるが、ともかく譲渡制限をしない株式を一株でも発行する会社（全株譲渡制限会社以外の会社）を公開会社（二条五号）とする。

公開会社には、取締役会設置を強制し、そして取締役会設置会社（二条七号）かどうかによつて、株主総会の権限に大きな差を設ける（非取締役会設置会社につき二九五条一項、取締役会設置会社につき同条二項）。そのほか、機関のあり方を中心にして、随所に公開会社ないし非公開会社であることや取締役会設置

会社かどうかによる規制の差異が存在する。このような取扱いの差を、全株についての譲渡制限の採用と直結させることの意味・正当性に関しては、また改めて会社法の規定に即して検討する。つまり、機関のあり方との違いは、むしろ次の③所有と経営との分離の問題との関連が大きいと考えられるが、問題は制度としての⑤と実態としての③とが直結するものかどうかである。

③所有と経営の分離が法律上確立されていることは、株式会社の持分会社（特に合同会社）との顕著な相違点である。持分会社にあつては、社員以外に会社の業務執行機関は存在しない。つまり、会社の経営（業務執行）は、専ら社員自身が行う。

これに対し、株式会社において、株主の支配権は、原則として株主を構成員とする株主総会によつて行使されるものとされる（総会につき、有限会社型の万能機関性が認められる場合も、その責任に関する手当てはない）。会社の業務執行（経営）を担当するのは、取締役（会）という株主とは別の機関である（執行役が業務執行を担当する委員会設置会社も、その変形であつて、監査役も存在しない）。経営のモニタリ

ングは、株主もする余地が認められるが、専門の機関としての監査役（監査委員会）という機関設置が認められる。

しかし、所有と経営の分離は、事実問題である。事実としては、株式会社であれば、当然に所有と経営が分離しているものではない。一人株主・一人取締役の会社において、株主が取締役を兼ねているような場合には、実質上は所有と経営の分離は認められない。特に従前の有限会社は、閉鎖的であるとともに、経営と所有の分離がない（少ない）会社という性格付けがされていた。これは、そのような会社は、有限会社形態を選ぶということであり、論理的にも、事実としても、閉鎖性（特に譲渡制限の定款の定め）と経営と所有の分離・不分離とが当然に結び付くものではない（たとえば、支配株主がいる上場会社）。

取締役や監査役という株主とは別の機関をもつことは、株式会社がある場合にもない場合にも、用いることができる汎用性の高い制度であることを意味するが、それだけ捉えどころがないともいえる。これをどのように整理す

るかが、ここでの問題である。

四 株式会社の類型化の問題点

(1) 典型と標準型

典型的な株式会社として想定される会社（株式会社制度が最もその存在価値を発揮する会社）は、いわゆる上場会社である。

資本市場において不特定多数の者から出資を得るためには有限責任であることが必要である（出資者としてのリスクの限定）。資本多数決（個性ではなく、出資の大小）が支配すべき世界である（権利と負担との均衡論から、株主平等が問題になる）。会社は、資本市場の活用によつて多くの資金（資本）を集めることができる。株式の譲渡性が法的にも、事実上も確保されることにより、株主は、いつでも資本市場で、会社の発展その他の状況に応じ、その投下資金を回収することができる。会社は、その得た大量の資金を活用して、大規模事業を営み、収益をあげることができる。倒産のおそれも、個人その他無限責任の出資者がいる小規模な事業より少ない（銀行は、株式会社であることが要求される）。また、業務の適正を確

保するための仕組みも、整備することができ（そのコスト負担に耐えられる）。有限責任の条件は、おのずと充たされる。

株主が経常的に会社から得られるリターンは、原則として配当だけであるのに対し、取締役は、経営の専門家としての対価たる報酬を受ける。プロフェシヨナルとしての経営者が成立し、その経営者が、その専門性を生かして、健全で効率的な経営を行うことによつて、会社は業績をあげることが期待される（所有と経営の分離の効用）（注6）。

（注6）このような会社に対する法規制がいかにあるべきものは、株主構成が閉鎖的・限定的なそれ以外の会社との対比において、問題とされる。まず、株主の支配権能の行使の仕方に差を認めるべきものかどうかであるが、これについては、総会権限の縮小（取締役権限の拡大）という傾向は、明らかである。株式の分散によつて、無機能株主が増大するし、会社の規模が大きくなれば、情報格差（非対称性）も拡大せざるを得ない。総会に過重な負担をさせることは、無責任体制をもたらす（まして法律の上では、株主は議決権をはじめとする共益権の行使について何ら法的な責任を負わない）。

その代わりに、取締役の責任強化

（その職務執行に対するモニタリング機能の確保を伴う）が要請され、経営の透明化（情報開示）によつて適正な経営を確保しようとする動きが生まれる。しかし、上場会社も多彩であるが（株主数にも、会社構成にも大きな違いがある）、株主像も多様である。経営の核となる企業者株主（創業者であることもある）が存在することが通例であろうが、その支配力の程度はさまざまである。従業員株主、取引先株主、ファンド（グリーンメイラー）もどきのものから、CSRを投資基準とするものまであり得る。年金基金・投資信託等の機関投資家、そういう肩書きのない個人株主等多様な株主が存在し、その株主としての会社への期待も多様である。一口に個人株主といっても、会社の事業目的や経営者に対する信頼から投資判断として長期保有している株主もいれば、パソコンに表示される株価とのみ睨めっこしているデイトレーダーのような株主もいる。会社経営に対する関心の持ち方もさまざまである。

概していえば、直接民主制には、限界があり、株主が多様になり、会社が大規模になれば、株主間を含め、その多様な利害関係の錯綜を公正に整理するため、強行法規に依存すべき度合いが高まる（その規制内容が問題である）。市場の暴力化から、少数長期保有株主をどう守るか。つまり、株主が当該会社から退出するほかにその利益

を守る手段はないということではないか、という疑問がある（例えば、短期保有株主の議決権行使と、長期保有株主の議決権行使との差を設ける等の措置はどうか）。

(2) 会社法制定前と会社法の考え方

a 従来の区分

会社法制定前においては、会社法上の株式会社は、株式会社と有限会社とに分かれていた。それぞれの主な特徴は、次のようなものであった。

有限会社は、社員が五〇名以下とされ、社員総会を構成する。社員総会は、会社に関する一切の事項を決議することができる万能の機関とされた。その持分の譲渡は、社員間を除き、社員総会の承認を要し、および有価証券の発行は許されなかった。社員総会の特別決議要件は厳重であり、取締役会の制度は採用されず、監査役（権限は会計監査に限られる）は、任意の設置であった（会社機関は、社員総会以外、取締役一人で足りる）。取締役・監査役に任期の定めはなかった。

計算の適正確保についての法律上の担保は、十分でなく、貸借対照表の公告も、要求されなかった。会計

監査人の制度も、認められていなかった。資本額は、定款において確定されており、増資には定款変更の手続（特別決議）を要した。有限会社法は、一九三八年（昭和十三年）

に制定されたが、総会の当初から当時の貨幣価値で一万円の最低資本金制度が定められていた（これに対し、株式会社の最低資本金については、一九九〇年（平成二年）になってはじめて一〇〇万円という定めができた）。

株式会社は、株主数に制限はなく、株主総会の権限は、法律・定款に定める事項に限られる。取締役会（取締役三人以上）と監査役との設置が強制される。その任期は、取締役は二年が原則、監査役は四年とされていた。株式の譲渡を制限する（取締役会の承認を要する）定款の定めをすることができたが（この閉鎖性維持の仕組みの問題性については、後記（注7）参照）、それは株主に新株引受権が付与されるという効果があつたにとどまる。授權資本制度が採用され、新株発行を取締役会決議することができ、貸借対照表の公告が強制されていた。規模を基準として、監査体制を中

心にする制度的な差異があつた。小

会社（資本金一億円以下かつ負債二〇〇億円未満）の監査役の権限は、会計監査に限定されていた。

大会社（資本金五億円以上または負債二〇〇億円以上）では、監査役は取締役の職務執行全般を監査し（業務監査といわれる）、監査役は、監査役会（監査役の員数三人以上）を構成する。会計監査人による監査が強制される。それ以外の会社（中会社）では、会計監査人監査は強制されず、監査役会もないが、監査役の権限は限定されない。貸借対照表のほか、損益計算書も公告しなければならない。

中会社にあつては、監査役は、業務監査権をもつが、員数に制限はない。会計監査人監査を受ける旨の定款の定めができた（これが、みなし大会社である）。

大会社およびみなし大会社は、定款に定めることにより、委員会設置会社（委員会等設置会社と称されていた）になることができ、重要財産委員会を設置することができた。また、議決権を有する株主数が一〇〇人以上の大会社については、書面による議決権行使が強制されていた。

b 会社法における区分

これに対し、会社法における会社区分は、閉鎖性それも専ら全株譲渡制限の定款の定めの有無を基礎的な基準としている。公開会社というカテゴリー（二条五号）を設けて、これを取締役会の設置強制と結び付け（三二七条一項一号）、その結果出現する取締役会設置会社（二条七号）の株主総会権限は、従来の株式会社と同じにしている（一九五二条二項）。非公開会社も、取締役会設置会社になることはでき、その場合も、総会権限は限定される。

取締役会設置会社では、原則として（非公開会計参与設置会社を除き）、監査役の設置が強制される（三二七条二項）。

公開会社は、その発行する全株式を譲渡制限株式にしない会社である（つまり非公開会社は、全株譲渡制限会社であり、譲渡制限をしない株式を一株でも発行することになっていけば、公開会社である）。株式は譲渡自由が原則であり（一二七条）、譲渡制限株式にするには定款の定めが必要である（二条一七号）。それにもかかわらず、機関構

成・権限、募集株式の発行等の手続は、非公開会社を原則として規定している。この体系（原則のくい違い）のおかしさについては、既に述べたとおりである。会社法における区分の扱いについては、改めて検討する。

従前の有限会社に近い会社とするには、その全株式を譲渡制限株式とすることになる（注7）。従前の株式譲渡制限をする株式会社形態にするには、種類株式として非譲渡制限株式を発行することにするか（これは、現実にそれを発行する必要がある）。その発行が可能である旨の定款の定めをすれば、それで公開会社になる）、全株譲渡制限株式会社とした場合には、定款の定めで、取締役会設置をすることになる。

株式譲渡制限をしない株式会社（公開会社）は、従来の株式会社に近い姿になる。

（注7） 全株が譲渡制限株式であるかどうか、非公開会社の基準とされ、それが取締役会設置の非強制と結び付き、取締役会設置が株主総会の権限の基準（これを設置すると、権限が限定され、有限会社型でなくなる。二九五条）とされている。

しかし、この株主の自治を広く認め

るかどうかの問題は、譲渡制限株式の譲渡承認をする機関が株主総会かどうかすなわち株主の範囲を株主自身で決定する仕組みになつていくかどうか、決定的な要素になると考えるべきもののように思われる。

機関権限配分の基本的な理念からすれば、特に閉鎖的な会社において、会社支配者（取締役の選任権者）たる株主を取締役が決定するというのは、おかしい。その意味では、閉鎖性を特質とする会社の本来的なその閉鎖性維持の仕組みは、有限会社型であるべきであり、従前の株式会社における譲渡制限株式の譲渡承認を取締役会が行うことは、便宜的なものであった。取締役会設置は、業務執行決定を慎重に行うためのものであって、株主の範囲を決定するためのものではない。その意味では、従前の株式会社の株式譲渡制限制度には、もともと問題があり、その閉鎖性については、有限会社とは根本的な違いがあったように思われる。

会社法は、その問題を十分に検討しないまま、ともかく、よりルーズな方向（専ら経営者にとつて便宜な方向）という選択を採用した（特に一三九条一項ただし書は、問題である）。株式譲渡制限の承認の仕組みを有限会社型にした会社かどうかを、株主の会社経営への参与権を広く認めるかどうかの基準とするのが、正當のように思われる。

規模の基準は、大会社（二条六号）としてのみ残されている。この基準は、会計監査人設置の強制と公開会社における監査役会の設置に繋がる（三二八条）。委員会設置会社でない限り、権限を会計監査に限定しない監査役の設置も強制される（三二七条三項）。これは、非公開会社についてのみ意味をもつ（三二七条二項・三八九条一項参照）。

取締役会と監査役それぞれの企業統治機構としての意味とそれを強制する基準の意味が十分検討されていないように思われる（公開会社では両者が強制され、会計監査人設置会社では後者が強制される）。結局のところ、会社法の区分は、専ら会社の選択によって、従来と同じ規制を受ける会社形態にできることのみ配慮しており、会社の実態に即して適切な企業統治や資金調達（企業金融）が確保される会社形態にするという配慮に欠けているというべきである。

もつとも、会社法は、定款の定め（株主の意思）によつて、法の定め（企業統治形態）を採用することもできる。しかし、その法の定め

よる制約が合理的なものかどうか、という問題はあるし、また、株主の合理的な意思形成がどのように担保されるか、という問題もある。そして、会社組織についての自由放任は、会社法について十分な知識をもたない会社自体にとつても、不便な面がある。

ともかく、会社法のとつた立法政策は、法制度の分かりにくさという決定的な欠陥をもたらしたというべきである（本質的な株式会社について首尾一貫した法体系が明確にされていない）。しかも、企業結合（企業集団）の進展につき、組織再編法制のみを整備し、その後始末として企業集団関係の調整という問題を放置している。これも致命的な欠陥である。

次には、実定法としての会社法における会社類型（二条五号〜一二号）の意味について、個別に五以下において検討することにする。