

会社法制現代化要綱試案に関するいくつかの問題

——基本方針、総則、合名会社・合資会社、株式会社・有限会社のうち会社区分、
払込取扱機関、譲渡制限株式の譲渡承認機関——

安 井 威 興

目次

- 一 はじめに
- 二 基本方針
- 三 総則関係
 - (一) 会社商号の登記
 - (二) 会社の使用人
- 四 合名会社・合資会社関係
 - (一) 提案の内容
 - (二) 一つの会社類型としての取扱い
 - (三) 一人合名会社の設立・存続
 - (四) 法人の無限責任社員資格

(五) 株式会社への組織変更

(六) まとめ

五 株式会社・有限会社関係

(一) 会社の区分

(二) 払込取扱機関

(三) 譲渡制限株式の譲渡承認機関

六 おわりに

一 はじめに

平成一四年二月一三日に設置された、法制審議会会社法(現代化関係)部会(部会長・江頭憲治郎東京大学教授)において、平成一五年一〇月二二日に会社に関して規定する商法第二編、有限会社法、商法特例法等の現代化を図ることを内容とする「会社法制の現代化に関する要綱試案」(以下、要綱試案という。)が取りまとめられたが、法務省民事局参事官室はこれを公表するとともに、広く国民の意見を聴取するべく、同年一〇月二九日から一二月二四日を募集期間として、学界・法曹界・経済界などの各界に対する意見照会を行つた。⁽¹⁾そして、同部会では、この意見照会に対して寄せられた意見を踏まえてさらに検討を進め、平成一七年の通常国会に所要の法案を提出することを目指して、その要綱案を策定すべく審議が行われている。⁽²⁾

大賀祥充教授を中心とする広島修道大学商法研究会は、これまでも法務省民事局参事官室からの意見照会に対しては、研究会を開催して意見を取りまとめ、意見書を提出してきたが、このたびの意見照会に対しても、意見書を作成し、平成

一五年一二月二二日に提出した。⁽³⁾

これまでと同様に、筆者は今回の意見書作成のための討議に参加したが、意見書の意見は簡潔にまとめられているので、必ずしもその理由をわかりやすく述べているとはいえないし、その後⁽⁴⁾に発表された文献を見ると意見書作成当時、筆者が要綱試案について必ずしも正確に理解していなかったところや意見書であるために意見についての十分な説明ができなかったところがあるように思われる。そこで、再度、要綱試案につき、筆者自身の意見の見直しとその理由の説明を試みたのが本稿である。もつとも、第一に、論述の方法は広島修道大学商法研究会の意見書とは異なること、第二に、同意見書の意見については、参加者として責任を負う者であり、現在もそこで述べた意見と現時点での意見が大幅に異なることはないが、ここでは同意見書からは離れ自由に述べることに、第三に、要綱試案の内容は広範囲に及ぶが、筆者の能力や紙幅の関係からここではそのごく一部の項目についてのみ論じていることをお断りしなければならない。

一 基本方針

要綱試案の示す基本方針の第一は、まずわかりやすい会社法制を実現するために、片仮名文語体で表記されている商法第二編、有限会社法などの諸規定を平仮名口語体に改め、用語を整理するとともに解釈の明確化のために必要な整備を行い、つぎに会社に関する諸規定を一つの法典としてまとめることである(第一部1(1)(2)(3))、その第二は、実質的改正であつて、近年の議員立法による改正等によつて生じた諸制度間の不均衡を是正するとともに、最近の社会経済情勢の変化に対応した見直しを行うことである(第一部2)。

江頭憲治郎教授は、基本方針の第一について、諸規定の文言を平仮名口語体に改め、また一つの法典としてまとめるこ

とにより、いわば「素人向け」のわかりやすさを求めるとともに、現在の会社法の規定には、制度の根幹部分において解
 釈が分かれ、企業の法務担当者や法曹実務家といった「プロ」を悩ます部分があるので、用語の整理・解釈等の明確化を
 図ることによるいわば「プロ向け」のわかりやすさの実現も目指すものであるとする⁽⁵⁾。そして、基本方針の第二について、
 不均衡の是正を要する場合として、委員会等設置会社と従来型の商法特例法上の大会社・みなし大会社との間における利
 益処分権限の所在および取締役の責任に関する差異と、同じく閉鎖会社でありながら、譲渡制限株式会社が本来公開会社
 とされてきた株式会社を基盤とすることから生じた有限会社との相違や、株式会社法は改正されても有限会社法は改正さ
 れなかったことなどから生じた差異をあげている⁽⁶⁾。さらに、最近の社会情勢の変化への対応に関する改正としては、これ
 まで毎年のように行われてきたのでさほど多くないとしながら、つぎの三点を挙げている⁽⁷⁾。すなわち、第一に、組織再編
 関係における対価柔軟化(いわゆる cash-out merger 等の導入)、簡易組織再編行為の要件緩和、略式組織再編手続の導入
 (支配関係のある会社間の組織再編手続において、従属会社の総会決議を不要とすること)であり、第二に、「あらたな会
 社類型」であるいわゆる LLC (Limited Liability Company) の導入であり、第三に、会社設立の容易化を目的とする最低
 資本金制度の見直し、検査役の不要な場合の拡大、発起人等の財産価格填補責任の過失責任化等である。そして、第一に
 ついては、外資系の会社を含め、この改正を求める要望はきわめて強いとし、この制度は、主務大臣の認可を要件として
 ではあるが、既に産業活力再生特別措置法(平成一五年改正、以下産業再生法という。)に存在するとし(同法一二条の
 二から一二条の九)、第二については、税制上のメリットが欲しいために、まず会社法改正を要望するという、これまで
 もしばしば行われたパターンのものであるとし、第三については、これも創業勸奨・組織再編等の要請から、経済産業大
 臣の確認等の要件を満たした場合ではあるが、新事業創出促進法(一〇条)および産業再生法(一〇条から一二条)に存

在するとしている。

この基本方針については、一般的・抽象的には反対すべき点は微塵にもないといつてよい。⁽⁸⁾ 明治三二年制定以来の片仮名文語体が今日的でないことは言うまでも無く、また第二次世界大戦後の度重なる改正によつて挿入された枝番号のついた多数の条文は商法の姿形を醜くしているから、これを整理する必要がある、また有限会社法や商法特例法も一つの法典にまとめるべき時期にきており、またまとめた方がわかりやすくなることは当然のことである。したがつて、商法全体の平仮名口語体化が求められているが、とりあえず会社法（仮称）だけでもそうなることは望ましいことである。また、会社法制を商法から独立させるとともに一つの法典化を行うことも「素人向け」のわかりやすさの実現に寄与するだろう。さらには、第二次世界大戦後において、本来独法系であつた会社法制に米国法系の法制を導入したことにより概念に混乱の生じていることも事実であるから、用語の整理や解釈の明確化のための必要な整備が必要であることも否定できない。しかしながら、このような「プロ向け」のわかりやすさの実現は、ナポレオンの故事を持ち出すまでもなく、⁽⁹⁾ 容易なことではない。それがはたしてどの程度成し遂げられたかは、個別に検討するほかなく、また歴史の審判を待たなければならぬ部分もあるであらう。

つぎに、不均衡の是正については、それが合理的な差異の不当な解消とならないように注意していかなければならないが、これも個別に検討するほかはない。しかし、法律学的な妥当性は、実験により確かめることはできないのであるから、個別事項ごとの妥当性のみならず、体系的妥当性も論理により確認する必要がある、また、これまで解釈論としてあるいは立法論として主張されていたことであつても、立法時こそ正確な確認が要求されることを忘れてはならない。最近の社会情勢の変化への対応については、その事項がはたして企業の基本法たる商法において定めるべき事項なのか、それとも

産業活性化を図るためや一時的な対応のための本来特別措置法等をもって定めるべき事項なのかの見極めがきわめて重要であり、不均衡是正の場合と同じく、論理的妥当性に基づく立法化が求められることはいうまでもない。

三 総則関係

(一) 会社商号の登記

会社の商号について、商法は、商号が登記されたときは、同市町村内において同一の営業のために、他の者がこれと同一の商号を登記することはできないとし（一九条）、また、商業登記法は、同市町村内においては同一営業のために他人が登記した商号と判然区別できない商号の登記を禁止している（二七条）。それ故、登記官は、登記商号と同一もしくは判然区別することができない商号の登記の申請についてはこれを却下しなければならない（商業登記法二四条一三号）。このような規制の下、営業の同一性を判断するために行われる、定款記載事項および登記事項である会社の目的に関する審査が相当に厳格であることなどから、審査に時間と手間がかかる、あるいは新しい事業形態で用いられる用語が認められにくいなどの批判があり、また企業活動の広がりや考えると同市町村を規制範囲とする合理性が乏しくなっているとの指摘があることなどを理由として（補足説明第二部1(1)参照）、要綱試案は、商法一九条および商業登記法二七条の廃止および同一住所における同一商号登記の禁止を提案している（第二部1(1)（注1）（注3））。

この提案に対し、上村達男教授は、「新たな起業を行なおうとする者が、そこそこ合理的な規制の下に類似商号確認コストを負担することは、新規参入者として当然の責務である」として、⁽¹⁰⁾反対されているが、基本的には同感である。コンピュータを利用して類似商号を調査し確認することも可能な今日においては、その確認に時間とコストが掛かり過ぎるこ

とを理由として規制廃止を求めるのではなく、むしろその確認が容易となるように設備等を整備するべきである。そして、平成一四年の商業登記規則の改正により、商号の登記において、これまで排除されていたローマ字その他の符号を用いることができるようになったから（同規則五一条の二第一項）、符号を用いることにより類似商号を避けることがより容易になったことも、新規の起業者に負担を求めることの理由に加えてよいであろう。また、市町村は、現在合併により拡大傾向にあるが、それでも規制範囲として狭すぎるというのであれば、県単位に拡大することも考慮に値しよう。

しかしながら、登記官にとって、営業の同一性を判断することが困難となってきたことは、産業の栄枯盛衰により既存の会社においても定款の目的は多種多様になり、かつ変化してきたことや会社事業がその商号からは想像できない場合もあるという今日の状況から見ても、これを肯首せざるをえないので、営業の同一性をベースとする同一商号であるか否かの判断を止めることには賛成したい。しかし、同一および判然区別しえない商号の登記の排斥を、同一住所を規制範囲として認めるのでは狭過ぎるといわざるをえないし、また、とくに不正競争の目的がなくとも、自己の商号の類似商号は可能な限り排斥したいというのが自然な要求であると思われる。そこで、要綱試案の提案のうち同一商号の禁止はそのままとするが（この同一商号には判然区別しえない商号を含むと思われるが）、この場合の規制範囲をあまり拡大することも適当でないから、現行法と同じく最小の行政区画である市町村（政令指定都市にあつては区）⁽¹¹⁾とすることを提案したい。

(二) 会社の使用人

要綱試案は、会社の使用人に関しては、商法総則の規定を適用せず、これに相当する規定については必要な見直しを行ったうえで会社法（仮称）において規定することを提案している（第二部3前注）。

会社法制現代化要綱試案に関するいくつかの問題（安井）

現在、商業使用人に関する定めは商法総則に設けられており、会社法にはとくに会社に固有な事項に関する規定のみが設けられている(たとえば商法七一条・一五二条・二六〇条二項三号、有限会社法二六条など)。これに対し、要綱試案は会社の使用人については一般的に会社法で規制することを提案しているが、その理由は必ずしも明らかではない。

会社の使用人に固有の事項を会社法が定めることは当然のことである。この点に関し、神作裕之教授は、会社の使用人に業務執行権限を授権する場合に、授権できる範囲はどこまでか、それをどの機関が決定するのかといった権限分配の問題、また重要な使用人の会社に対する義務および責任の問題は、会社法に固有の問題であるとされる。⁽¹²⁾確かに、使用人に対する授権権限がいかなる機関に属するか、あるいはもし重要な使用人の会社に対する責任の追及ないしは免除などを会社の構成員の意思に係らしめる場合などは会社法固有の問題である。しかし、まず、一人合名会社の設立ならびに存立を提案する要綱試案の立場においては(第三部2参照)、自然人を社員とする一人合名会社と個人商人の間には企業としての態様に実質的な差異があるとは言えない。つぎに、株式会社⁽¹³⁾の最低資本金を三〇〇万円あるいはそれ以下にすることを提案する要綱試案の立場では(第四部第二一(1)参照)、会社の企業規模は個人商人より大きいとはいえない。したがって、企業の態様や規模の差異に着目して、会社の使用人に関する一般的規定を会社法に設けようとしているのでもなさそうである。

会社の使用人に関するすべての規定が会社法に設けられることになれば、会社企業の実務から言えば、便利であり、わかりやすいことは確かである。しかし、会社に関するすべての事項を会社法に定めることはできないのであるから、どのような基準を設けて商法総則の規定を会社法に取り込んで行くのか、そしてその場合に、商法総則の他の規定はどこに規定するのかが、問題となる。⁽¹³⁾この点に関し、江頭教授は、弥永真生教授の「商法総則自体を改正しないで、会社につ

いてのみ特則を定めるといふ方針を採ったのはなぜか。」という趣旨の質問に答えて、「総則の規定は会社に密接に関連するが、これを見直して現代化するのは大作業になるので、とりあえず、総則の規定はそのまま残置し、会社に適用される部分だけ会社法に特則を定めることにした。将来、総則・商行為法等を現代化する際には、根本的に再構成する必要が出てくる。」との趣旨を述べている。⁽¹⁴⁾ また、神作教授は、要綱試案は商法総則の規定を見直した上で、会社関係の部分のみ会社法（仮称）に移し、見直しの結果として商法総則の改正につながる可能性は否定しえないとしながら、商法総則自体の現代化は将来の課題として述べている。⁽¹⁵⁾ もしそうだとすると、信じられないことではあるが、要綱試案は明確な基準や体系的視点を持たないままに商法規定の再分配を提案していることになる。これまでの「とりあえず改正」の集積が今日の状況を生み出したことは明らかであるにもかかわらず、またもや同じ轍を踏むつもりなのか。どうしても、「とりあえず改正」を行わざるを得ないのであれば、むしろ商法総則の現代語化を伴わない改正をもって対処すべきである。商法総則の見直しが将来の課題であるとはいえ、そう遠くない将来に現代化を図らざるを得ないのであるから、法制審議会会社法（現代化関係）部会に対しては、商法全体の現代化を見通した上で、今後の作業を行うように要請したい。

会社の商号は、少なくとも商号中に会社の種類を含み、また会社の営業の種類を判断するのに現実に行われている営業のみならず定款の目的や子会社の営業なども考慮する必要があるとすれば、これらの点において会社の商号とその他の企業の商号とを別異に取扱う合理性ないし必要性がありそうである。また、現に、商法は、企業の会計に関しては個人商号と合名会社と合資会社とは同列に取扱い、いずれに対しても総則中の商業帳簿の規定（商法三二条以下）のみが適用されるのに対し、株式会社や有限会社に対しては特別の規定が設けられている（商法二八一条以下、商法施行規則、商法特例法一三条から一六条および二二条の二六から二二条の三一ならびに二三条、有限会社法四三条から四六条など参照）。

要綱試案は支配人の登記や競業避止義務の範囲に関する改正を提案しているが(第二部3(1)(2)、支配人の登記について、個人商人や組合商人と合名会社や合資会社とに差異を設ける合理性や必要性は認められないし、支配人の義務は包括的な代理権が授与されることに対応するものであって、取締役の責任と対比されるべきものではないから、支配人の競業避止義務の範囲も営業主が会社であるかそれ以外であるかにより差異を生じさせなければならぬ合理的な必要性は認められない。

したがって、会社の使用人を他の企業の使用人と異なる規制をもって律する合理性も必要性も無いから、要綱試案の提案には賛成できない。⁽¹⁶⁾

四 合名会社・合資会社関係

(一) 提案の内容

要綱試案は、合資会社のすべての有限責任社員が退社しても当該会社は解散せず存続できるものとし、また合名会社の商号を用いるときは、社員はすべて無限の責任を負うべきものとして会社債権者を保護することにより合名会社と合資会社の垣根を取り除くことから生ずる弊害を除去して、合名会社と合資会社を一つの会社類型として規律すること、同時に、一人合名会社の設立・存続および法人の無限責任社員資格を容認することを提案している(第三部1・2・3)。そしてまた、合名会社・合資会社からの株式会社への組織変更を認めることも提案している(第三部4)。

(二) 一つの会社類型としての取扱い

補足意見は、この要綱試案の提案の根拠として、両会社の差異は有限責任社員がいるか否かの差異でしかなく、その生い立ちを別にすれば、会社類型として大きく異なるものでないことを挙げ、つぎに、その目的として、商法一四七条（合名会社の規定を原則として合資会社に準用する旨の規定）は、現実の規定の準用関係・適用関係を不明確にしており、現代化に当たってはこれを極力明確化することが望ましいことを挙げ、さらには、合資会社において、有限責任社員が存在しなくなった場合に、その実質が合名会社と同一になるにもかかわらず、解散しなければならぬという不都合もあるとする。⁽¹⁷⁾

株式会社・有限会社を物的会社に分類するのに対し、合名会社・合資会社は人的会社に分類されるのであるから、類似点があることは言うまでもなく、物的会社と比べれば、その差異はそれほどないとも言えるかもしれない。しかし、補足意見も認めるように、両会社はそもそも沿革的に類型を異にしているのであるから、これを同一類型化するには、単に理論上の可能性のみを根拠とするのではなく、相当の理由がなければならぬ。

商法一四七条が、会社法制をわかりにくくしているとの補足意見（これは多分素人向けのわかりにくさであろうが）には、疑問があり、同意できない。なぜなら、要綱試案が提案する通りにすれば、どの程度わかりやすくなるのか、必ずしも明確ではないし、合名会社と合資会社という名称を残しながら、その型を崩す方がわかりにくいともいえるからである。⁽¹⁸⁾

また、現行法においては、有限責任社員がすべて退社した合資会社は、原則として解散するが、有限責任社員を加入させて存続することも、また無限責任社員の一一致をもって合名会社として継続することもできるのであるから（商法一六二条一項・二項）、補足意見が指摘するほどの不都合が生ずるわけではない。もし、要綱試案が、無限責任社員のみを合資会

社の存続をも認めることを提案しているのだとすれば、有限責任社員不在の合資会社という矛盾概念を新たに作り出すことになるが、このことがわかりやすい商法の立法化に寄与しているとは到底思えない。

したがって、補足説明に理があるにしても、一面の真理でしかないものであり、いずれにせよ、この程度の理由でもって、生立ちを異にし、類型を異にする合名会社と合資会社の型を崩すことには同意できない。⁽¹⁹⁾

(三) 一人合名会社の設立・存続

補足意見は、要綱試案が一人合名会社の設立・存続を提案していることについて、一人株式会社の存続を認める立場から主張された潜在的社団説にいう潜在的社団性を持つ譲渡可能性であると解し、その潜在的社団性を理論的根拠としていること、また、平成二年にはその潜在的社団性を根拠として一人株式会社および一人有限会社の設立・存続が認められたこと、さらには、実務的に他の社員が死亡することにより社員が一人となった場合に直ちに解散することは不都合であるとして、これを認めることが有益であることを理由とすると述べている。⁽²⁰⁾

昭和一三年商法改正法が株式会社会社の解散原因から「株主カ七人未滿ニ減シタルコト」を削除したことから、一人株式会社の存続を認めうるか否かは理論上の問題となったが、これを認める立場から主張され通説となったのが、この潜在的社団説である。この説の主要な主張者である西原寛一博士は、「全株式が一人に帰属した事實は、無記名株式の場合には周知の方法なく、記名株式の場合にも株主数は登記事項ではないから、株主名簿閲覧の機会のない会社債権者以外の第三者は（二六三参照）、これを知ることができないのである。かように、会社の外観に何らかの消長がない以上、会社の債権者および将来の株式譲受人の保護のために、単独株主化を当然の解散事由としないことは、立法政策として十分理解され

るのである。⁽²¹⁾」とする昭和一二年改正法に対する理解がこの説の前提にあることを忘れてはならない。しかも、一人株式会社は「一種の責任形態 (Haftungsform) として存続を認められるのであるが、しかし社団性はなお潜在しており、絶対的にこれを失ったものと見るべきではない。」とし、同時に、「一人会社は、本来社団法人として出発した会社の変態的経過であつて、当初から一人会社を設立することは認められない。」⁽²¹⁾とも論じているのである。すなわち、本来、潜在的社団説は、一人会社はもはや社団ではないとしながら、会社の債権者や将来の株式譲受人を保護する必要性から、潜在的社団性を理論的根拠としてかつ単なる責任形態としてその存続を認めているにすぎないのである。

また、補足意見は、一人合名会社の設立および存続が許されるべき理由として、平成二年商法改正法が一人株式会社の設立および一人有限会社の設立と存続を認めたことを挙げている。筆者は、西原博士よりも積極的に一人会社の設立・存続を認めるが、それは平成二年商法改正法が株式会社・有限会社に限つて、例外的に、個人企業に共同企業形態である会社制度の利用を承認したと解するからであり、一人会社に潜在的社団性があることを根拠とするわけではない。⁽²²⁾また、ほとんどの学者が一人株式会社や一人有限会社の設立・存続を容認しているが、注目すべきは、潜在的社団性を根拠とすることに對しては数多くの厳しい非難があつたことである。⁽²³⁾たとえば、柿崎栄治教授は、「一人会社は、人を構成要素とし、それが設立時から一人であつても、他の人との結びつきの可能性さえあれば、複数の社員となる可能性ある団体として潜在的社団と表現しているだけで、あまりにも概念の擬制的拡張であつて、そこに法的意義を見出せない」と、⁽²⁴⁾また、森本滋教授は、さる研究会における発言ではあるが、「一人会社の存続についても、潜在的社団という構成を持ち出す必要はなく、それはむしろ議論を混乱させることになる」と、⁽²⁵⁾さらに、奥島孝康教授は、「一人会社の設立を否定すべき実質的理由はないが、その容認の理論的根拠が潜在的社団性におかれるかぎり、最大のネックは社団ドグマにあるとし、また潜

在的社団論の不十分さは、立法担当者自身が、一人会社は、会社の社団性と基本的に矛盾するが、むしろ企業活動を効率的に行うための道具立てと考えれば、認めることに問題はないと述べていることからも明らかである⁽²⁶⁾と述べている。さらにまた、一人会社の設立・存続を認めない立場からであるが、菱田政宏教授は、「ただ一人で団体の看板を掲げ、規約を作り、他の構成員加入の可能性を残しても、団体を形成したことはない」との鋭い批判を浴びせている⁽²⁷⁾。一人合名会社も潜在的社団であるとして、その設立・存続を承認しようとする論者は、⁽²⁸⁾これらの批判に対し、どのように反論するのであろうか。

つぎに、補足意見は、他の社員の死亡等により社員が一人になった場合に、合名会社や合資会社が直ちに解散したことになるのは実務的に不都合であるとする⁽²⁹⁾。そこで、どのような不都合が生ずるのかを検討する。

合名会社や合資会社においては、社員の氏名および住所は定款記載事項であって、同時に登記事項であり(商法六三条一項三号・六四条一項一号・一四八条・一四九条一項本文)、また合資会社においては、社員の責任が有限であるかそれとも無限であるかが定款記載事項であると同時に登記事項とされ、有限責任社員の出資の目的、その価格および履行をなした部分が登記事項とされている。したがって、合名会社や合資会社においては、株式会社や有限会社と異なり、社員の氏名ならびにその数は少なくとも登記をもって確認できるのであるから、この点、会社の外観と事実とに大きな差異が生ずるわけではない。したがって、一人合名会社の存続を認める必要性は、一人株式会社や一人有限会社ほどにはないといつてよいであろう。そして、もし合名会社の社員が二人であるとき、そのうち一人が死亡した場合には、新たに社員を加入させることにより会社を継続させることができるのである⁽³⁰⁾(商法九五条二項)。

しかしながら、社員が一人となった合名会社は解散し、清算中の会社となるから、たとえ新たな社員を加入せしめて会

社を継続する場合であっても、たちまちには営業活動を中止し、清算を開始しなければならない。したがって、この会社の存続を認めるとすれば、死亡した社員の相続人に対する持分の払戻しは免れないとしても、営業活動を継続することができるメリットがあることは認めなければならない。

営業の継続を重視して一人合名会社の存続の必要性ありとするのであれば、たとえば、社員が一名になったことの登記義務のみならず、知れたる会社の債権者に対してはその旨を通知するべき義務を社員に負わせて、その通知の日から二週間内にその会社の債権者に異議が無ければ、死亡社員の相続人に対する持分の払戻しが終了した時点で、会社の積極財産並びに消極財産はすべて当該一人社員に帰属することとするといった簡易清算ないしは個人企業への組織変更を認めることはできないであろうか。⁽³¹⁾このような簡易清算ないしは個人企業への組織変更を認めることができれば、社員が一人となりたることを解散原因としても、それによって自動的に移行する簡易清算ないしは組織変更の手續中も営業活動を認めることができ、また一人合名会社の存続を認めるとしても極めて短期間に限定できる。

したがって、論理的には、企業の維持を図ろうとする商法の精神からいえば、一人合名会社の存続の実益を認めることはできるが、立法論的には、それを長期にわたり認める必要性はないのである。しかも、一人合名会社の実質は社員の個人企業であるから、その設立を認める実益はまったく無いといつてよい。

(四) 法人の無限責任社員資格

補足意見は、要綱試案の提案理由として、会社自身は無限責任を負っていること、発起人や組合の業務執行者に法人がなるのは妨げられないことを挙げ、むしろ商法五五条は合弁企業を合名会社形式で行うことを妨げているから、これを削

除すべきであるという意見があることを指摘している。⁽³²⁾

確かに、合名会社または合資会社の信用の基礎は社員にあり、その取引相手は誰が社員であるかを知って、当該合名会社と取引するか否かあるいはどの程度の取引をするのかを決定することができ、法人がその会社の無限責任社員であることが、会社債権者の不測の損害を生ぜしめるわけではないとする説明には、それなりの説得力があることは認めなければならぬ。

しかし、第一に、無限責任社員は、原則として会社の業務執行機関かつ代表機関の構成員でもあるから(商法七〇条)、法人が無限責任社員の資格を持つと会社の業務執行権限ないしは代表権限を有することになり、その場合には、法人の代表者が会社の業務執行ないし代表行為を担当することになるがそれでよいかの問題が生ずる。⁽³⁴⁾ すなわち、合名会社や合資会社においては、社員は自己以外の無限責任社員の業務執行行為ないしは代表行為によって生じた債務についても負担しなければならぬから、誰が無限責任社員であるかは社員全員にとって極めて重大な関心事であるにもかかわらず、法人の代表者は当該法人の内部で選任され、当該合名会社においては選任できないことになり、また法人の代表者が複数であるときはその全員が業務執行権ならびに代表権を有することになるが、立法論としてそれでよいか問題となるのである。⁽³⁵⁾

これについて、要綱試案は、その適切な管理運営の確保等の観点から、当該法人の職務執行者の指定等に関し、所要の措置を講ずる方向で検討するとしており(第三部3(注))、また、補足意見は、この検討は、他の社員の保護、その適切な業務運営の確保等の観点から、社員による職務執行者の選解任等、監督、責任、開示等について、現在の合名会社・合資会社の規定において問題となる点がないかどうかについて行うものであると説明している。したがって、この点に関しては、適切な立法措置が講ぜられることが予想される。

そこで、つぎに、たとえば、甲人的会社がその債権者であるAに対しその債務を履行できない場合において、Aは甲会社の無限責任社員が自然人であるときは、その自然人に対して甲会社債務の履行を請求することになるが、法人である乙人的会社が無限責任社員であるときは、まず乙会社に対して請求し、乙会社が甲会社債務を負担できないときはその社員に対して直接にその無限または有限の責任を追及することができることになると解されるが（商法八〇条参照）、立法論としてそれでよいのが問題となろう。乙会社の無限責任社員にまた別の人的会社⁽³⁶⁾がなった場合を想定すると、論理的には、Aの債権を担保する人的責任の構造は極めて複雑であると言わなければならない。また、丙物的会社が甲会社の無限責任社員であるときは、Aの債権を担保するのは甲会社財産と丙会社財産のみであるから、Aには同時に丙会社の一般債権者と同等の地位を与える必要が認められる。さらには、丙会社が乙会社の無限責任社員であるときは、Aを丙会社のような債権者として保護するのが問題となろう。

それゆえ、もし、法人に無限責任社員資格を認めた場合には、現在、要綱試案が予想している以上に、多種多様の立法措置が必要となるが、そこまでして合名会社を合弁企業の利用に供しなければならないのかはなほだ疑問である。そして、もしすべての問題に対して適切な措置がとられたとしても、合名会社が合弁企業に便利な制度であるかについては疑問がある。なぜなら、たとえば、株式会社同士が合弁事業を行う場合に、合名会社を利用するかそれとも民法上の組合契約を利用するかは選択は、もっぱらその構成員相互の利害関係を調整する手段としていずれが有利であるかの判断に基づくのであって、取引相手との利害関係調整のためとは考えられないから、比較的型が固定した合名会社を利用するよりも自由度の高い組合契約の方がよいとも考えられるからである。合弁企業向けの新しい人的会社組織が必要であるのであれば、純粹にそのための人的会社組織を立案すべきである。また、法人に無限責任社員資格を認め、同時に一人会社の設

立・存続を認めるとすると、株式会社を一人社員とする合名会社が存在することになるが、その存在理由はいったい何か
が問題となる。⁽³⁷⁾ そもそもこのような合名会社の設立を認める理由は全くないと言ってよい。

(五) 株式会社への組織変更

要綱試案は、合名会社・合資会社同士が株式会社を新設会社とする合併をする場合の手続等と同様の手続等による合資
会社もしくは合名会社からの組織変更を提案している(第三四(注一))。補足意見は、これについて、現行法が別の合資
会社または合名会社との合併による株式会社の設立を認めながら(商法四二一条)、単なる株式会社への組織変更を認め
ないのは、いずれの場合にも既存の債権者に与える影響に大差はなく、均衡を欠くとしている。⁽³⁸⁾ そこまでする必要があ
るかについては疑問があるが、⁽³⁹⁾ 前述した如く、この点に関する要綱試案と同様の考え方から、一人合名会社の存続を立法
化するのであれば、同時に簡易清算ないしは個人企業への組織変更を立法化すべきことを提案している立場から言って、
債権者保護について適切な措置が講じられるのであれば、これを認めてよいと考えている。

(六) まとめ

(二)から(五)までの検討によれば、合名会社と合資会社を一つの会社類型として取扱うことおよび一人合名会社の設立なら
びに法人の無限責任社員資格はいずれも認めることはできないが、前述の簡易清算ないしは個人企業への組織変更を立法
化することを前提とする極めて短期間の一人合名会社の存続ならびに合名会社・合資会社からの株式会社への組織変更は
認めてもよい。

しかしながら、たとえ理論的には問題がない立法事項であっても、現実に活動している三万余の合資会社（会社総数の1・3%）や七千弱の合名会社（同0・3%）⁽⁴⁰⁾からの要求や合弁会社設立のための実際上の需要によるのであれば、これに賛成すべきであるが、補足意見は、これらの事項が合名会社や合資会社からの要求に基づくとは述べていないのであるから、その立法化についての基本的な姿勢としては慎重であるべきである⁽⁴¹⁾と考へる。

もつとも、宍戸善一教授によれば、これらの要綱試案の提案は、新たな会社類型である日本版LLCを立ち上げる基礎としての立法措置である⁽⁴²⁾とすることである。もしそうだとすれば、それは本末転倒であろう。合弁企業向けの会社組織やLLCといった新しい会社組織を起案するのであれば、そのためのベストの組織を構想すべきであり、既存の会社組織に拘泥するべきではないし、またそのために安易に既存の会社の型を崩すべきでもない。そして、実験的に行うのであれば、とりあえず特別措置法ないしは単行法として行うべきであり、十分な検討なしに新しい会社組織を会社法に含めることは反対である。

五 株式会社・有限会社関係

(一) 会社の区分

要綱試案は、株式会社に関する規律と有限会社に関する規律との一体化を図り、もつて株式会社と有限会社とを一つの会社類型とすることを提案している（第四部第一一（注）⁽⁴³⁾）。これについて、補足説明は、まず、これまで行われてきた会社法改正法が、基本的に規模による会社類型の区分および区分された会社類型に対する画一的な規制の適用という考え方であったのに対し、要綱試案はこのような考え方を廃して、株式会社に課せられている各種の規制を当該規制が課せられ

るべき実質的な理由に着目して分類した上で、強行的に課すべき規制につき、会社の構成員に係る公開性・非公開性、会社の規模等により區別して規制を講ずる方向で検討する方針を採っているとす。そして、つぎに、より具体的には、わが国においては、大多数の株式会社が小規模・非公開会社であること、そのような会社においては形骸化し、あるいは必ずしも合理性があるとはいえない法規制の多くが有限会社には課せられていないものであることを踏まえて、取締役の員数制限や取締役会の設置義務が課せられない有限会社の機関設計の採用の許容(要綱試案第四部第一2参照)、その他非公開的な会社類型を念頭においた有限会社に関する規制の採用を認めるとともに、有限会社に関する規制については、社債の発行の許容その他株式会社のみ設けられている制度の採用を認める方向で検討を進め、株式会社と有限会社との規律の一本化を図ろうとするものであると説明している。そして、さらには、第四部第二以降の具体的な提案を説明した上で、株式会社と有限会社とに関する規律に差異が無くなるとすると、同一法典にこの二種類の会社類型を残すことは、法制度としてのみならず会社関係者に対するわかりやすさという点からも難点が認められるから、有限会社は株式会社に吸収することになる⁴⁴⁾としている。しかし、第四に、有限会社を全く排除すると、これまで有限会社として設立され、何の不都合もなく運営されてきた会社にとつては、これまで使用してきた商号を使用できないという不都合が生じ、また登記費用の負担が当事者の意に反し生ずることになるから、有限会社という文字を含んだ商号の使用を認め、また登記手続等において過度の負担が生じないように配慮することとし、これらの点については所要の経過措置を講ずること等の対処が必要となるとしている。

要するに、概括的に言えば、要綱試案は、現行法上存在する会社の種類を実質的にはそのまま残しながら、合資会社を合名会社の一変種とし、かつ有限会社を株式会社の一変種として商法上の定型的な会社の種類から除き、人的会社を純粹

合名会社とするか合資会社型とするか、あるいは物的会社を公開型の株式会社ではなく譲渡制限型の株式会社とした場合に、それを株式会社型とするか有限会社型とするかは、組織変更の手続きを経ることなく、定款の変更によって自由に選択可能とする制度を目指すものであるといえよう。そして、これまで適切な立法措置が採られてこなかった有限会社法制の改正を図り、これに対応して株式会社法制の適正化を図るものである。

会社法制の現代化・適正化は当然であり、総論としては賛成であることはいうまでもない。しかし、このようにすることが会社法制のわかりやすさに寄与すると主張されると、これに賛同することには躊躇せざるをえない。

わかりやすさから言えば、公開型物的会社を株式会社とし、閉鎖型物的会社を有限会社として整理できれば、最良であるといえる。⁽⁴⁵⁾しかし、株式会社の九割にも達する譲渡制限会社を有限会社に誘導することも、また株式会社数を超える有限会社を株式会社に誘導することも現実的とはいえない。また、今日的観点から見れば、実質的な会社の種類である公開型・上場型の大規模（典型的）株式会社、非上場型の公開型もしくは閉鎖型大規模株式会社、非上場の公開型もしくは閉鎖型中規模株式会社、非上場の公開型もしくは閉鎖型の小規模株式会社および有限会社は、若干のずれはあるがそれなりに見合う企業によって採用されており、譲渡制限会社の導入は会社法制を複雑にし、わかりにくくしたけれども、企業の現実的な需要には応じていると言えるのである。

そこで、要綱試案は、実質的な会社の種類のうち非上場の閉鎖型小規模株式会社と有限会社に対する規律を一本化し、もって有限会社を株式会社に吸収することを提案しているのである。この提案のうち、物的会社であることに基づく規律の一本化は妥当なものであり、賛成したい。しかし、有限会社を株式会社に含ませることは賛成しがたいのである。なぜなら、典型的株式会社と有限会社型株式会社という相互の距離が相当に離れた会社の実質的な種類を併存させること

になるから、株式会社の型が崩れ、株式会社の意味は極めて浅薄なものとなることは否定できず、却って、内容は複雑になり、わかりにくくすることになるのではないかの疑念を抱かざるをえないからである。しかも、合資会社や有限会社の名称はもはや商法上の会社の種類の名称ではないにもかかわらず、その使用は許容せざるをえないのであり、とくに有限会社の名称の使用に対しては、経過措置を設けることとしているが、このような考慮をせざるをえないということは、有限会社名称を使用して企業が順調に運営される限り、時間を切つてその使用を打ち切ることができず、半永久的にそれを認めざるをえないことを意味していると言わざるをえない⁽⁴⁶⁾。もし、そうだとすれば、会社の種類の名称であるかのごとき名称が、そうではないのに世の中を徘徊することとなり、これまたわかりにくさに拍車をかけることになるのである。

会社区分をわかりやすくするためには、会社の種類を分ける基準が明確であることが求められるが、その点では現行法の方が要綱試案よりも優れている。なぜなら、株式会社から譲渡制限会社を追い出すことが現実的ではないとすれば、会社の区分方式としては、典型的株式会社と同じ経営システムで運営される譲渡制限会社はこれを株式会社とし、有限会社型の経営システムで運営される譲渡制限会社はこれを有限会社とする現行法のあり方がそれに見合っているからである⁽⁴⁷⁾。そして、会社法制の現代化の要求は、わかりやすさもさることながら、企業の需要に応じて会社の種類を形式的にも実質的にも準備するとともに、企業の衣替えの要求にも迅速に応えられる体制を整備することであるから、要綱試案の提案するように有限会社の規律の現代化を図つて、小規模閉鎖型企業がその利便性から有限会社形態を採用するように誘導するとともに⁽⁴⁸⁾、譲渡制限株式会社と有限会社間の組織変更の容易化を図り、企業が自らに相応しい企業形態を適宜利用できるような法制度を制定するべきである。

要するに、一つの会社の種類であるにもかかわらず、その中にまた余りに多様な実質的な会社の種類があることは、却つ

て、会社法制を複雑にするから、会社の区分に関しては、従来の会社法制の改革の方向が妥当であり、現段階においては、会社の区分は現行法の区分を維持するべきであると考えるのである。

(二) 払込取扱機関

要綱試案は、現行法が払込取扱機関に物的会社の設立に要する出資払込金の保管証明をなさしめ（商法一八九条、有限会社法一二条三項）、その保管証明書を設立登記の添付書類（商業登記法八〇条一〇号・九五条六号）としているのに対し、出資金の払込証明については、保管証明に限定しないで残高証明でも足りることとし、したがって、保管証明書に代えて残高証明書をもって設立登記の添付書類とすることができるようになること（第四部第一二）、また、商法一八九条を準用している場合（商法二八〇条ノ一四第一項・二八〇条ノ三七第四項、有限会社法五七条）すべてについて同様の取扱いとすること（同（注一））を提案している。これについて、補足説明は、払込金保管証明は会社設立時に銀行等による取扱いにある程度の時間を要するなどの実務上の事情が設立に時間を要する一因となっており、そもそも払込金については、払込まれたことが証明されれば足りるからであるとしている。そして、この提案が今後の改正により実現した場合には、払込みが一定の時期に行われたことが証明されれば足りるから、設立の日までその金銭を使用できなくなるという規制もなくなると説明している。⁽⁴⁹⁾

これについて、上村教授は、この提案には賛成できないとしながら、商法一八九条二項の保管証明に伴う制限の提案はないようであるから、銀行は残高証明でかなり重い責任を負担することになるとし、もし、これが削除されれば、大きな⁽⁵⁰⁾資本金で設立される場合における払込みの仮装に対する有効な対抗手段を失うことになる⁽⁵⁰⁾と述べている。

しかし、残高証明はある時点にその銀行口座に払込まれた金額の証明に過ぎないのであるから、残高証明責任を保管証明責任と同様の法定責任⁽⁵¹⁾と解することができるかどうか疑問であり、もし仮に、補足説明の通り設立前に払込金を引出すことができるかとなると、見せ金による払込みの場合に借入れた出資金の返済時期の早期化をはかることが可能となり、払込の仮装を助長することになりかねないし、会社設立前に会社財産が使用される危険が認められる。また、保管証明を残高証明に切り替えたとしても、従来の銀行実務が維持されるのであれば、⁽⁵²⁾果たして時間が短縮できるのか必ずしも明らかではない。さらには、残高証明でよいということになると、従来の銀行実務は変更され、発起人名義の銀行口座を設けて、出資金はこの口座に振込むこととし、その口座のある時点の残高を証明する方法が採用されることも予測され、⁽⁵³⁾もしこの予測の通りであるかとなると、補足説明の述べる通り、会社設立前にこの口座から会社財産を引出すことも可能となる。したがって、この提案は、商法が求める資本充実に反する方向での改正提案であるといわざるをえない。

この点に関し、江頭教授は、「払込取扱金融機関は決めなければならないが、出資金の払込証明方法は払込金保管証明書に限定されず、発起人の預金通帳によることも可能である。そして、払込金保管証明を出せば、現行法と同様に払込取扱機関の責任は出てくる。また、発起人の預金口座に払込む形をとるが、すぐに引出してしまうといった払込の実態がない場合には、やはり見せ金になる。したがって、登記の際の出資金払込証明の方法は変わるが、見せ金、預合規制の内容には変更がないと理解している。」⁽⁵⁴⁾といった趣旨の発言をされている。

しかし、この理解には問題があると言わざるをえない。なぜなら、払込取扱機関は、会社の設立の際には、発起人との契約の下に、将来の会社のために出資者の法律関係から切り離された財産を形成し、⁽⁵⁵⁾また保管証明書を発行することにより、会社財産が確保されていることを明らかにして、株式会社・有限会社の設立が法認される基盤を提供し、会社設立後

には、当該会社のためにその形成された財産を保管する役割を担っているのであって、単にある時点において出資金の払込みがあったことを証明することだけをその機能としているわけではないからである。そしてまた、資本充実原則を維持するかぎりにおいて、この原則を侵害する行為に対する規制は事前規制が望ましく、事後規制によるのでは会社やその利害関係人の保護に欠けることになりかねないからである。少なくとも、払込取扱機関を柱とする規制によって、預合が封じ込められたことを忘れてはならない。したがって、要綱試案の提案は、これまで日本独自の制度として高く評価されてきた払込取扱機関の機能⁽⁵⁶⁾をほとんど停止に追い込もうとする、極めて大胆な挑戦であり、株式会社の設立がかって詐欺師たちによって利用されてきた歴史を忘れ去った者の言い草であると断ぜざるをえない。

それゆえ、法制審議会会社法（現代化関係）部会に対しては、商法一八九条の立法趣旨に立ち返っての再度の検討をお願いするとともに、このような重大な提案が必ずしも十分な説明なしになされたことに猛省を促したい。

(三) 譲渡制限株式の譲渡承認機関

要綱試案は、定款をもって株式の譲渡制限を定めた場合の譲渡承認機関を取締役会（商法二〇四条一項但書）に替えて株主総会とすることができるとすることを提案している（第四部第三(2)④）。これについて、補足説明は、現行法は承認機関を株主総会とすることを想定していないとする説が有力であるとしつつも、現行法でも株主総会を承認機関とすることができるとの解釈もあり、また平成一四年改正法により総会招集通知の発出期間短縮が認められたことにより法制上の障害がなくなったことから、株主総会を承認機関とする旨を法律上明らかにしようとするものであると説明している⁽⁵⁷⁾。

定款の定めにより譲渡制限株式の譲渡承認機関を株主総会とすることができるかについては、これを否定する見解が通

説である。⁽⁵⁸⁾

これに対しては、前田庸教授は、これを否定する根拠はないとして、⁽⁵⁹⁾また、北沢正啓教授は、個々の株主が権利放棄することにより招集通知期間を短縮できるから、株主総会を承認機関としても株主の利益を害することはなく、商法の予定した譲渡制限の内容と異なるというだけで無効とする理由はないとして、⁽⁶⁰⁾これを肯定する見解を採られた。筆者も、現行法が取締役会を承認機関としたのは株主総会よりも迅速に株主の請求に対応できるからという便宜論に基づいており、必ずしも合理的な根拠に基づくものではなく、むしろ経営を委ねられた立場の取締役が株主の適・不適を判断するのは不当であり、定款をもって株主総会を承認機関とすることは望ましいことであつて、排斥すべきではないとして、肯定説を採つてきた。⁽⁶¹⁾

近時においても、森本滋教授は、定款で株主総会を承認機関とすることを否定する実質的理由はないしながら、招集通知期間要件(二週間―二三二条一項)や譲渡承認請求株主の議決権の取扱い(二〇四条ノ三ノ二第三項・四項)との関連において、現行法はこれを予定していないのであろうとして、⁽⁶²⁾また江頭教授は、北沢教授の見解に対し、総会招集通知期間の短縮は譲渡株主の同意がない限りほぼ不可能であるから、その制度の下では譲渡は必ず承認されることとなり、株式譲渡制限制度は無意味なものとなつてしまつてしまつて、⁽⁶³⁾否定説を採つておられたから、依然としてこの立場が通説であつた。しかし、江頭教授は、平成一四年改正法が譲渡制限会社に招集通知期間の短縮を認めたこと(二三二条一項但書)を契機として、誰を株主とするかは、本来、取締役会が判断すべき事項ではなく株主が判断するほうが適切な事項であることとを理由に、定款で株主総会の招集通知期間を二週間未満に短縮することを条件として、肯定説を採られるにいたつた。⁽⁶⁴⁾これに対して、森本教授は、平成六年改正法が、取締役会が譲渡制限株式の譲渡の相手方に会社を指定した場合におい

て、会社がその先買権を行使するためには総会の特別決議を要するが、株式譲渡承認請求をした株主はその決議には特別利害関係人として議決権を行使できず、またその議決権数は出席株主の議決権数には算入されないことにしたにもかかわらず（商法二〇四条ノ三ノ二第一項・三項・四項）、定款をもって株主総会を承認機関と定めた場合については、譲渡承認請求株主を利害関係人として同様の取扱いをすべきであるのに、商法は何の対処もしていないことを問題とされていると思われるので、現時点で肯定説を採られるかどうかは必ずしも明らかではない。この点に関し、上柳克郎教授も、昭和五六年改正法が特別利害関係株主に議決権行使を容認したことを理由に挙げて、否定説を採っておられるが、⁽⁶⁵⁾森本教授も同様の立場ではないかと推測される。

筆者は、ここでは詳論はできないが、現行法の解釈としては、定款をもって総会招集通知期間を二週間未満に短縮することは望ましいけれども、その定めがなくとも、通知期間短縮の可能性ある限り、定款をもって株主総会を承認機関とすることを排除すべきではないし、⁽⁶⁶⁾譲渡承認請求株主の議決権が排除されていなくとも、株主総会を承認機関とする定款の定めも無効と解すべきではないと考えている。

しかし、いずれにせよ、本来、何人を株主とするかを判断するのにもっとも相応しい株主総会が譲渡承認機関として明文をもって認められようとしていることは、真に喜ばしいことであるが、立法化に当たっては、招集通知の短縮や譲渡承認請求株主の議決権排除等について十分な検討が必要であることを強調しておきたい。ただし、要綱試案や補足説明がこれらの点について何ら言及していないので、若干の心配が残る。もっとも、問題点を熟知しておられる江頭教授が立法化のリーダーシップをとられるであろうから、配慮の行き届いた規定化がなされるであろう。

六 おわりに

要綱試案のうち、第一部から第三部までの問題に紙幅の大部分を費やし、会社法制としてはもっとも重要な第四部に就いてほとんど論ずることなく終わってしまったことは、はなはだ残念である。しかし、ここで取扱った事項は、第四部の払込取扱機関を除き、私法、商法、会社法の体系に係る問題を含んでいること、また払込取扱機関はわが国の誇るべき制度であることなどを考慮すれば、これらを論ずる機会が与えられたことに感謝したい。

会社法制の現代化を目指す要綱試案の方向は正しいが、わかりやすい会社法を実現するためには、体系的整合性を重視した綿密で論理的な検討が不可欠であり、その検討の下に行われる用語の正確な使用が何よりも大切である。会社法制は、私法の体系の一部であって、会社法だけで他と切離された独自の宇宙を形成することはできないのであるから、とくに体系的整合性を図ることの必要性を認識すべきである。

また、現行法に対し、批判的な立法論を採用する場合には、その批判には一定の合理性が認められるとしても、それを立法化するとまた別の問題が生ずることも否定できないから、立法の段階においては、再度綿密な検討が行われるよう要請したい。

そして、最後に、現代化された会社法制の立法化については、拙速を避けるとすると、平成一七年の通常国会における法案提出は困難と思われるが、可能な限り早期に実現されることを期待する。

(1) 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」(以下、補足説明という)。なお、要綱試案ならびに補

足説明については商事法務一六七八号(二〇〇三年一月)、ジュリスト一二六七号(二〇〇四年五月) 別冊付録、修道法学二六卷二号(二〇〇四年二月)、法務省ホームページ(What's new 過去の更新情報はこちら) など参照。

(2) 江頭憲治郎「現代化」の基本方針」ジュリスト一二六七号六頁、相澤哲・濱克彦・郡谷大輔・小館浩樹・岩崎友彦・豊田祐子・和久友子「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対する各界意見の概要」同号一二二頁。

(3) 広島修道大学商法研究会「会社法制の現代化に関する要綱試案」とそれに対する意見」修道法学二六卷二号三三七頁以下参照。なお、以下この意見書を修大意見書という。

(4) 商事法務一六八六号(二〇〇四年一月)・一六八七号(二〇〇四年二月)・一六八八号(二〇〇四年二月)・一六九五号(二〇〇四年四月)、企業会計五六卷一号(二〇〇四年一月)・二号(二〇〇四年二月)、ゼミナール会社法現代化(二〇〇四年三月)、ジュリスト一二六七号(二〇〇四年五月) など参照。

(5) 江頭・前掲ジュリスト一二六七号六頁以下。

(6) 同七頁。なお、同頁は、譲渡制限株式会社と有限会社との差異は、ことごとによっては規律の不均衡とみるか、合理的な理由のある区別とみるか見解の分かれる事項であろうとする。

(7) 同八頁。

(8) これに関する修大意見書については修道法学二六卷二号三三三頁参照。

(9) 滝沢正・フランス法(一九九七年)七八頁は、ナポレオンは、素人ながらフランス民法の制定に深く関わり、後にコードナポレオンと呼ばれるようになったフランス民法典が完成したとき、完璧な法典を作ったと信じ、その注釈が必要であるとは夢にも思っていなかったところ、民法典成立直後に起草者の一人がその注釈書を出版したので、私の法典は失われてしまったと嘆いたとの逸話を紹介している。もちろん、江頭教授をはじめ会社法部会のメンバーは素人ではなく、その困難性については先刻ご承知のことである。

(10) 上村達男「会社法総則・会社の設立」ジュリスト一二六七号一四頁。

(11) 修大意見書における少数意見である(修道法学二六卷二号三三三頁参照)。

(12) 神作裕之「会社の使用人」ジュリスト一二六七号二二頁。

会社法制現代化要綱試案に関するいくつかの問題(安井)

(13) 上村・前掲ジュリスト一二六七号一三頁は、商行為・商人概念を廃止して、商号・商業使用人等の規定を会社法に吸収し、その他の規定を民法の各規定の特則として位置づけてはどうかという極めて大胆な提案を行っているが、これを実現するためには、慎重なる検討が必要となる。

(14) 「新春特別インタビュー」江頭憲治郎・法制審議会会社法部会(現代化関係) 部長に聞く―会社法制現代化の意義と課題―聞き手 弥永真生教授」企業会計五六卷一号一一頁。

(15) 神作・前掲ジュリスト一二六七号一八頁。

(16) 修大意見書における少数意見である(修道法学二六卷二号三七二頁の3使用人(前注)について参照)。なお、同頁3(3)に関し、修大意見書はなお検討すべしとして、意見を留保しているが、筆者は現時点においては、会社企業においては、支配人の競業禁止義務を取締役のそれよりも広く定める理由はないと考えるので、取締役と支配人の競業禁止義務の範囲を同一とすることにについては要綱試案に賛成する。また、個人商人や組合商人の支配人についても、予め会社企業における取締役の義務以上に重い義務を法定しておく必要性は無いと考えている。したがって、この立場では、支配人の義務の軽減化は会社企業に特有の問題ではないことになる。

(17) 商事法務一六七八号三九頁以下、ジュリスト一二六七号別冊付録三〇頁以下。

(18) 上村・前掲ジュリスト一二六七号一二頁は、要綱試案は会社形態の「型」を示すという問題意識に乏しいと批判している。

(19) なお、修大意見書については、修道法学二六卷二号二三七頁参照。

(20) 商事法務一六七八号四〇頁、ジュリスト一二六七号別冊付録三〇頁。

(21) 西原寛一「株式会社法講座第一巻(一九五五年) 商事法研究第二巻(一九六三年) 六四頁。

(22) とくに、拙稿「一人会社の設立」法学研究七三卷一二号(二〇〇〇年)二二六頁以下、なお、潜在的社団説に対する批判については、同二二八頁以下参照。

(23) 同二二三頁注(12)および(36)に掲記する文献参照。

(24) 柿崎栄治「構造的視点からの閉鎖的株式会社の社団性に関する若干の考察―各論的意味での一人会社および株式譲渡制限について―」商法学における論争と省察(服部古希記念)(一九九〇年)一八一頁以下。

- (25) 条解・会社法の研究1会社の総則・設立(別冊商事法務一一四号へ一九九〇年)四頁。
- (26) 奥島孝康「第二章会社の設立」酒巻Ⅱ奥島編・改正商法の解説(一九九〇年)三三頁。
- (27) 菱田政宏「会社の社団法人性と社員の責任」関西大学法学論集四三巻一・二合併号(一九九三年)六五八頁。
- (28) 補足意見のほか、弥永真生発言・前掲ゼミナル会社法現代化二七九頁、宍戸善一「合名会社・合資会社・日本版LLC」ジュリスト一二六七号(二〇〇四年)二九頁など。
- (29) 商事法務一六七八号四〇頁、ジュリスト一二六七号別冊付録三〇頁。
- (30) ただし、合資会社の有限責任社員が死亡した場合には、その相続人が社員となるから、直ちに一人合資会社が生ずるわけではない(商法一六一条参照)。
- (31) 商法一〇〇条・四一二条参照。なお、これは要綱試案第三部4注(1)と同様の考え方を基礎としている。
- (32) 竹内昭夫「権利能力の制限」上柳Ⅱ鴻Ⅱ竹内編集代表・新版注釈会社法(1)(一九八五年)九七頁。なお、九三頁以下参照。
- (33) 商事法務一六七八号四〇頁、ジュリスト一二六七号別冊付録三一頁。
- (34) 竹内・前掲新版注釈会社法(1)九五頁以下に掲記する文献参照。
- (35) なお、弥永発言・前掲企業会計五六巻一号一〇〇頁参照。
- (36) 反対に、甲会社の無限責任社員が自然人Bと乙会社である場合であっても、乙会社の社員がB一人であるときは、Aの債権を担保するのは自然人Bのみである。
- (37) 上村・前掲ジュリスト一二六七号一四頁は、このような会社を認めることによる会社の型概念の破壊や社団性の意味を問題にしている。
- (38) 商事法務一六七八号四〇頁、ジュリスト一二六七号別冊付録三一頁。
- (39) 修大意見書・前掲修道法学二六巻二号二七〇頁参照。
- (40) 会社数については、田村Ⅱ戸塚Ⅱ落合編著・目で見える商法教材「第4版」一三頁の国税庁調(平成一三年六月三〇日現在)参照。なお、国税庁調によつたのは、同頁が述べるように、それが実際に活動していると推測される会社数を把握していると思われるからである。また、同頁は、この国税庁調において会社総数は二百五〇万弱、株式会社数は百万余、有限会社数は百四〇万

会社法制現代化要綱試案に関するいくつかの問題(安井)

弱であることを紹介し、また法務省調についても紹介している。

- (41) 修大意見書は、この立場から述べている（修道法学二六卷二七〇頁参照）。
- (42) 穴戸・前掲ジュリスト一二六七号三〇頁以下参照。
- (43) 商事法務一六七八号四一頁、ジュリスト一二六七号別冊付録三一頁以下。
- (44) この点、神作裕之「機関—譲渡制限会社」商事法務一六八八号二二頁は、「試案は、有限会社形態を存続させるかどうか結論を示していない。ところが、譲渡制限会社の規律を個別的に検討し、また有限会社法の規律を見直した結果、二つの法形態を存続させる意義が認められないと判断された場合、有限会社形態を廃止し譲渡制限株式会社の類型に統合することが視野に入れられている（第四部第一一（注））」とし、また、岩原紳作「会社区分のあり方」ジュリスト一二六七号三五頁は、「これは結局、有限会社形態を廃止し、現在の有限会社を株式会社に吸収することを意味するものと考えられる。」としている。
- (45) もつとも、この点については、広島修道大学商法研究会「『商法・有限会社法改正試案』とそれに対する意見」修道法学一〇卷一号（一九八七年）一五五頁以下参照。
- (46) これに関連して、弥永発言・前掲ゼミナル会社法現代化七頁は、「有限会社と取締役会非設置株式会社との間に十分な差がない以上、それらをもつにまとめてもよいということであれば、できるものなら、今後は、新たな有限会社の設立は認めないという方向にもっていきたいと試案は考えているようです。」とする。もし、そのような方策が採られるのであれば、有限会社数は次第に減少して行くことは確かである。
- (47) 修大意見書・修道法学二六卷二三四二頁の付記Ⅱ第四部株式会社・有限会社関係はこの考え方に基づいている。
- (48) 上村・前掲ジュリスト一二六七号一二頁は、有限会社はむしろ自由度を抑えることで真に安定的な閉鎖的同族的な会社形態として純化すべきであるとされる。一つの見識であると思うが、多種多様な小規模閉鎖型企業の需要を考慮しつつ、個別具体的に規律のあり方を検討すれば足りると考える。
- (49) 商事法務一六七八号四六頁、ジュリスト一二六七号別冊付録三六頁以下。
- (50) 上村・前掲ジュリスト一二六七号一六頁。
- (51) 谷川久「払込取扱者の証明」上柳Ⅱ鴻Ⅱ竹内編集代表・新版注釈会社法(2)株式会社の設立三二六頁以下参照。

- (52) 募集設立や新株発行の場合には、発起人や発行会社に株式申込事務取扱委託書を、発起設立の場合には株式払込事務委託書を提出させて、払込取扱銀行と発起人あるいは発行会社間に委託契約が締結されている。なお、拙稿「平成二年の商法改正と株式会社設立理論―株式払込・現物出資給付の法律関係―」法学研究七〇巻一号（一九九七年）二三八頁注（28）参照。
- (53) 清水真発言および高田剛発言・前掲ゼミナル会社法現代化一九頁参照。
- (54) 江頭発言・前掲企業会計五六巻一号一〇四頁。
- (55) この制度の機能については、前掲拙稿法学研究七〇巻一号二一七頁以下参照。
- (56) この制度は外国にはない制度であり（谷川・前掲新版注釈会社法（2）三二一頁）、また、発起設立の場合において認められる裁判所の監督を払込取扱銀行に肩代わりさせて、設立の簡易化をはかりながら、しかも資本充実の確保を期そうとするものであつて、極めて巧妙な立法であると高く評価されている（大隈健一郎「株式払込取扱銀行の保管証明責任」へ法学論叢七六巻一・二合併号掲載Ⅱ一九六四年）商事法研究（上）一六八頁。そして、この制度は、平成二年商法改正法により発起設立の場合にも採用されたが、これはおよそ半世紀前から主張されていたものを実現したものであり（大隈健一郎Ⅱ大森忠夫「会社法改正の問題」私法九号へ一九五三年）八一頁、石井照久編著・注解株式会社法一卷設立へ一九五三年）二七四頁、大塚市助「株主の出資義務」田中耕太郎編・株式会社法講座二巻へ一九五六年）四七四頁、その後この採用に反対する学説等も見当たらない。
- (57) 商事法務一六七八号五二頁、ジュリスト一二六七号別冊付録四二頁。
- (58) 鈴木竹雄・新版会社法前訂第五版（一九九四年）一一七頁、大賀祥充・現代株式会社法「新全訂再版」（一九九八年）二〇一頁、倉沢康一郎・会社判例の基礎（一九八八年）六八頁、神田秀樹・会社法第三版（二〇〇二年）六九頁、宮島司・会社法概説「第三版補正版」（二〇〇三年）一五五頁など多数。このほかの文献については、拙稿「定款による株式譲渡制限制度の基本構造と取締役会の承認のない譲渡制限株式の譲渡の効力」法学研究六六巻一号（一九九三年）二三四頁以下注（11）（13）参照。
- (59) 前田庸・会社法入門（一九九〇年）一二五頁、同「第九版」（二〇〇三年）一七一頁。
- (60) 北沢正啓・現代法律学全集18会社法（一九七九年）一八八頁（なお二六六頁参照）、同「第六版」（二〇〇一年）二〇四頁（なお三一七頁以下参照）。
- (61) 拙稿・前掲法学研究六六巻一号二二〇頁。

会社法制現代化要綱試案に関するいくつかの問題（安井）

- (62) 森本滋・会社法講義(二〇〇一年) 六四頁。
- (63) 江頭憲治郎Ⅱ株式会社・有限会社法(二〇〇一年) 一五九頁、なお、注(4) 参照。
- (64) 同第二版(二〇〇二年) 一七六頁、同第三版(二〇〇四年) 一七九頁。
- (65) 上柳克郎「株式の譲渡性」新版注釈会社法(3)株式(1)(一九八六年) 六五頁。
- (66) この点に関しては、拙稿・前掲法学研究六六卷一号三三一頁参照。