

# 『会社法制の現代化』考

大 賀 祥 充

## 一 は じ め に

わが国の経済社会を支えている会社企業の法制度が今大きく変わろうとしている。遠く明治時代に源を発する商法・会社法の体系は、これまで、数え切れないくらいの回数と頻度で、改正を繰り返してきた。会社企業が経済・社会情勢に併せて激しく変転するものである以上、それに係わる会社法制が大きく変わることはむしろ当然のことであろう。しかし、殊に、第二次世界大戦後の法改正状況をみると、時の経済界の要請、外国からの圧力等に影響されるにしても、一国の会社制度に関する基本的な法体系が何を目指しているのか、判然としない状況に陥っているように思われてならない。

本稿は、わが国の会社法の創成と改正の歴史を概観した上で、昨今話題となつている「会社法制の現代化」についての議論とそれに対する私見を述べるものである。こうした会社法改正論議は、それを受けて、平成一七年（二〇〇五年）には、それに基づく改正法案の国会上程が見込まれている今、極めて重要な意味を持つものと信じる。

## 二 会社法の創成とその改正の歴史

わが国の「近代的公司法」の体系は、明治時代に欧米諸国殊にドイツ・フランスの制度に倣って導入された。よく知られているように、明治二十三年(一八九〇年)のいわゆる「旧商法」は、明治維新による近代国家形成の過程の中で、憲法・民法・刑法等其他の主要な法律の法典化の作業とともに制定された体系的な会社法典の最初のものであり、また、明治三十二年(一八九九年)のいわゆる「新商法」は、会社の種類を合名・合資・株式・株式合資会社の四種類とし、会社設立について準則主義を採ったから、ある意味ではこの時に「近代的公司法」の形式が整えられたと言つてよい。

商法典はその後幾度かの改正を経たが、昭和十三年(一九三八年)改正法は、同時に制定された有限会社法とともに、わが国の「現代的な会社法」体系の基礎を築いた。

ところが、第二次世界大戦後わが国の政治・経済・社会制度は大きく変わり、会社法制度においてもその例外ではなかつた。殊に昭和二十五年(一九五〇年)の商法改正は米国法の影響を強く受けて、①会社の業務執行を担当する必要的機関として「取締役会」を法定し、②従来定款変更を要するという意味で株主総会の権限とされていた新株発行の権限を一定の枠内において取締役会に委ねるところの、いわゆる「授權資本制」を採用し、また③取締役会が取締役の職務執行を監視するという前提で監査役の職務権限を会計監査のみに限定した。これらの改正は、従来ドイツ法・フランス法等いわゆる大陸法的な体系を採っていた日本の会社法の歴史において、英米法的な諸制度が導入されたという意味で大きな変革の始まりであった。

会社法はその後幾度も改正を重ねたが、昭和四十一年(一九六六年)改正は、資本の自由化、従つて、外国資本によるわが

国中小企業の乗っ取りに備える形で、株式譲渡を定款規定により任意的に制限することを認めたから、中小株式会社と有限会社との併存とその問題点はこの時から始まったと言える。

昭和四九年（一九七四年）の商法改正・商法特例法の制定は、相次ぐ企業の非行に対する企業の自主的監視制度の確立を目指したものであって、株式会社を資本金または負債総額を基準として、大中小の三段階に区分規制することとした。その中身は、米国法の影響を受けた昭和二五年（一九五〇年）改正の不十分さを補完しようとするものであり、株式会社の監査制度に職業的専門家（会計監査人＝公認会計士または監査法人）の関与を認めるものであったが、このことは、反面、同じ物的会社でありながら、大規模・公開の会社を典型例とする株式会社制度と、小規模・閉鎖的な会社を典型例とする有限会社制度との併存を認めているわが国の会社法制度の根本趣旨を、極めて曖昧なものにしてしまったことを意味する。

この昭和四九年（一九七四年）改正の直後からわが国の会社法の抜本的な改正の検討が始められた。<sup>(1)</sup>が、その途中で全面改正の方針が急遽変更され、昭和五六年（一九八一年）には、証券市場・経済・会社運営等の実態と法制度とのギャップを埋めるための改正がなされた。<sup>(2)</sup>この時の改正は、株式、機関、計算・公開等、株式会社法のほぼ全領域にわたる大改正ではあったが、専ら「株式会社らしい株式会社」、上場会社を典型とする「大規模な株式会社」を中心とする改正に留まっていた。

- (1) 法務大臣の諮問機関である「法制審議会」を中心として、昭和五〇年（一九七五年）六月の「会社法改正に関する問題点」の提起、昭和五二年（一九七七年）五月の「株式会社制度に関する改正試案」、昭和五三年（一九七八年）二月の「株式会社に関する改正試案」、昭和五四年（一九七九年）二月の「株式会社計算・公開に関する改正試案」等の公表と意見照会がなされた。
- (2) その内容は、四つに分けられる。①株式会社制度の改善（株式一株の単位の引き上げ、既存の証券市場上場会社に対する単位株制

度の強制)、②株主総会運営の適正化(議決権株主数一、〇〇〇人以上の大会社の書面投票・参考書類制度の導入、取締役・監査役の説明義務規定・議長権限規定・株主提案権規定の新設、総会屋撲滅を旨とした利益供与禁止・罰則規定の新設)、③取締役会の監督責任、取締役・監査役の資格要件・責任の強化、監査役の地位の強化、大会社の監査役の複数制・うち一人以上の常勤制を強制、④計算公開制度の充実(貸借対照表・損益計算書の公告、会計監査人の選任方法・任期の定め)および⑤資金調達制度の改善(新株引受権付社債の導入)等が図られた。

その後法制審議会商法部会では、昭和五九年(一九八四年)五月には「大小(公開・非公開)会社区分立法及び合併に関する問題点」を、また昭和六一年(一九八六年)五月には「商法・有限会社法改正試案」を公表し各界に意見を求めていたが、平成二年(一九九〇年)には、①小規模・閉鎖的な会社に適合する法制度の整備をした。<sup>(3)</sup>

(3) その内容は、①株式会社および有限会社について「一人会社」の設立・存続の許容、また払込取扱金融機関の強制、検査役調書の省略、株式譲渡制限会社における株主の新株引受権の法定、設立手続の改善等が、更に②会社債権者保護のための規制の整備として、株式会社につき最低資本金制度の導入(一、〇〇〇万円)、および有限会社につきその引き上げ(三〇〇万円)へもつとも、既存の会社については、五年間(その後の阪神・淡路大震災の被害地区に本店のある会社に関しては更に一年間)の猶予期間<sup>(4)</sup>が、そして③資金調達に関連する制度の改善として、利益配当優先株式・無議決権株式発行の容易化、社債の発行限度の引き上げ等が、更に④株式・持分に関連する制度の改善として、譲渡制限株式承認請求手続の改善、端株券の不発行・買取請求等が、⑤その他として、配当可能利益の資本組入れ、株式分割、利益準備金の積立基準の引き上げ等の改正が行われた。

昭和五〇年代(一九七五年代)の後半から昭和六〇年代(一九八五年代)の初めにかけて異常な景気高揚で証券や不動産等の資産価格が高騰し始めたため、殆どの企業経営者が銀行借入れあるいは証券市場における新株発行等を通して資金を

調達しては、本業ではないにも拘わらず株式や土地等に投資をして、それらの価格の高騰を続ける中で利ざや稼ぎを繰り返し、更に資金を調達してはそれらの投機的な行動に熱中した時期があった。

無責任な放漫経営が長続きする筈はない。やがてバブル経済は崩壊し株価や土地の価格は大暴落した。その結果中小企業の倒産、大企業の財務体質の悪化、金融機関の経営悪化を生じ、平成九年（一九九七年）頃から長期間に亘って景気後退が続くこととなった。企業の社会的責任が問われ、企業経営者の責任追及が激しくなった。

平成五年（一九九七年）には、①会社の業務執行に対する株主による監視・是正機能の充実・強化として、「株主代表訴訟」制度の改善<sup>(4)</sup>、株主の会計帳簿閲覧請求権の持株要件の緩和、監査役の任期の伸長、大会社の監査役員の数の増加、「社外監査役」制・「監査役会」<sup>(6)</sup>の導入等が、また②会社の資金調達方法の合理化として、社債の発行限度枠の撤廃、社債管理会社設定の義務づけ等の改正が行われた。

(4) 株主代表訴訟の提訴手数料は訴額に拘わらず一律八、二〇〇円に定額化、調査費用の会社負担等が明定された。その結果、会社役員への責任追及の株主代表訴訟事件の提起が急増したことは、よく知られている。

続いて平成六年（一九九四年）には株式会社の自己株式の取得規制が大幅に緩和された。<sup>(5)</sup>

(5) 具体的には、①使用人に譲渡するための自己株式取得、②定時総会の決議により株式の利益消却をするための自己株式取得、③株式譲渡制限会社において譲渡承認請求に対し不承認のとき会社自体を譲渡の相手方として指定して自己株式を取得する場合、および相続人から会社が買い受けて自己株式を取得する場合が、それぞれ一定の条件のもとに例外的に許容されることとなった。

その後平成九年(一九九七年)には、株式、会社合併、利益供与罪に関連する改正が行われた。<sup>(6)</sup>

(6) その内容は、四つに大別できる。

① 公開会社(すなわち、株式上場会社および株式会社店頭登録会社)においては定款規定に基づく限りで取締役会決議をもって利益消却ができるものとされた(株式消却手続特例法)。

② 株式会社においていわゆる「ストック・オプション」(すなわち、株式会社が特定の取締役または使用人に対し、一定数量の株式を特定の期間内に、予め定められた価額で譲り渡すことを約し、その者は与えられた条件に従って権利を行使することによって会社から株式を取得することのできる権利)の制度が導入された。これによってストック・オプションの付与を受けた取締役または使用人は、株価が上昇したときにはストック・オプションの権利を行使することによって株式を取得し、これを換価処分することによってキャピタル・ゲインを確保できるわけであるし、また会社としても取締役または使用人に対しその労務・貢献への報酬またはインセンティブとしてこれを与えることにより、企業の業績向上に連動させることを期待しうる可能性をもちうるものである。全く同様の趣旨で、ストック・オプションは特定の取締役または使用人に対し一定条件の下に新株引受権を付与する形で行うことも認められた。

③ 「会社合併」の手続を簡素・合理化するとともに、株主・会社債権者等会社合併をめぐる利害関係人に対して合併に関する情報の開示を充実させるための改正が行われた。これによって会社合併のための手続はそれに要する手数・時間・費用の面で負担が少なからず軽減されるとともに、会社合併の公正性が担保されることになった。

④ 商法で禁じられている・総会屋に対する利益供与とか、証券取引法で禁じられている損失補填等が後を絶たないので、相次ぐ企業の不祥事を防止し、株式会社運営の健全化や証券市場等の公正性および透明性を確保するために、商法・証券取引法等の罰則が強化されて、利益受供与罪・利益供与要求罪・威迫による利益受供与・利益要求罪等が新設された。

続いて平成一〇年(一九九八年)には、株式の消却の手続に関する特例として、公開会社について資本準備金をもってす

る株式の消却ができるものとされた(平成二二年(二〇〇〇年)三月までの時限立法とされたが、その後、同年三月の法律改正により、更に、平成一四年(二〇〇二年)三月まで延長された。)

(7) これは、バブル経済時代に財テクのための資金を調達しようとして多くの会社が本業たる業務に必要でないにも拘わらず余計な新株発行を行った結果証券市場において供給過剰となつてしまつた株式を買い入れて消却しようとするものであつて、為替相場における円安ドル高、国内証券市場における株価の低迷等当時の厳しい経済情勢・経営環境に対する「緊急対策」とされ、資本市場の効率化・活性化を図り、株式市場における株式売買の需要供給のバランスを図るためとされているから、いわば「経済政策的立法」というわけであるが、その実いわばバブル経済時代の放漫経営の後始末に過ぎない。

バブル経済崩壊後は企業規模の大小を問わず倒産が続発し、一部金融機関も破綻を来し、連鎖的に取引先企業の倒産を招くこととなつた。長引く景気低迷の中、各企業はその生き残りを賭けて当該企業本体は無論のこと子会社・関連会社を含めてそれらの組織のリストラ(再構築)・再編成に努めることになる。

平成九年(一九九七年)の独占禁止法改正により、それまで原則として禁止されていた「持株会社」の設立の解禁を受ける形で、平成一一年(一九九九年)には商法が改正されて、①「完全親子会社」(すなわち、親会社が子会社の発行済株式の総数を有する親子会社) 関係を円滑に創設するために、「株式交換」<sup>(8)</sup> および「株式移転」<sup>(9)</sup> の制度が導入された。

(8) 「株式交換」というのは、完全子会社となる会社の株主の有するその会社の株式を、完全親会社となる会社に移転し、完全子会社となる会社の株主は、完全親会社となる会社が発行する新株の割当を受けることにより、完全親会社の株主となる仕組みをいう。

(9) 「株式移転」というのは、完全子会社となる会社の株主の有するその会社の株式を、新たに設立する完全親会社に移転し、完

全资子公司となる会社の株主は、完全親会社が設立に際して発行する株式の割当を受けることにより、完全親会社の株主となる仕組みをいう。

更に平成一二年(二〇〇〇年)には「会社分割」<sup>10)</sup>法制が導入されたし、それに関連して「会社の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」が制定された。

(10) 「会社分割」というのは、会社の営業(従って事業部門)を二つ以上の会社に分割することを意味するが、それには①分割により設立する会社に、分割をする会社の特定の営業を承継させるところの「新設分割」の方法と、②既に存在する他の会社に分割をする会社の特定の営業を承継させるところの「吸収分割」の方法とがあつて、いずれの方法にも(a)分割会社の株式を分割後も存続する被分割会社が保有して資本関係を保つところの「分社化」(物的分割)ともいう)の場合と、(b)分割会社の株式を被分割会社の株主が取得して事業部門を分割する既存の会社とその分割される事業部門を承継する会社との間に資本関係をなくして別個の会社に独立させるところの「会社分割」(人的分割)ともいう)の場合との二通りがある。

これら、ここ数年間の一連の商法改正、すなわち平成九年(一九九七年)の「会社合併」制度の改善、平成十一年(一九九九年)の、完全親子会社創設のための「株式交換」および「株式移転」の制度の導入、そして平成一二年(二〇〇〇年)の「会社分割」制度の導入等は、バブル経済崩壊後の長引く景気低迷の下で売り上げ不振、人件費の負担増、採算割れという厳しい環境の中で、各企業がその生き残りを賭けてそれまでの経営管理手法を見直し、企業組織の統廃合・再編成をする際に有効に機能しうる仕組みを法的に整備したことになるが、これはひいては企業の国際競争力を強化することにも繋がるものと期待されているところである。



バブル経済崩壊後、長引く不況と株式市場の低迷、一部金融機関その他一般企業の破綻等が生じる中、会計基準の改正等もあり、金融機関のみならず各企業ともその生き残りをかけて、企業体質の見直しを始め、企業間の株式持ち合いを解消し始めた。その結果、株式市場はますます供給過多になり、株価の下落傾向に拍車がかかることになった。そこで、経済界では、株式持ち合い解消の受け皿として、会社の自己株式取得および保有規制の緩和を要請し、政府・与党も緊急経済対策の一環として、金庫株解禁等に踏み切った。これが、平成一三年（二〇〇一年）の議員立法による金庫株解禁等の商法改正（法律第七九号）である。<sup>(11)</sup>

(11) ① 自己株式の取得・保有制限の緩和（財源規制・手続き規制のみとした）。

② 株式単位の純資産額規制の緩和として、(1)額面・無額面の区別の廃止、(2)会社設立時の株式単位の純資産額規制の撤廃、(3)株式分割の際の株式単位の純資産額規制の撤廃、(4)一株当たりの純資産額が五万円未満の株式を五万円以上に引き上げるための株式併合は廃止。

③ 端株制度の整備として、(1)端株原簿への不記載の申し出は不可、(2)市場価格あるとき、会社自ら端株の買取り可能、(3)端株単位の自由化、(4)端株券の廃止、(5)端株主の権利を整備。

④ 単元株制度の創設、単位株制度の廃止。  
⑤ 法定準備金制度の規制緩和として、(1)利益準備金の積み立て義務の限度の緩和、(2)法定準備金の用途の制限撤廃等がそれぞれである。

かねてから検討されていた会社法の抜本改正のための準備が進められている段階で、時の政治・経済・企業経営環境にあって、急遽、急がれた課題の解決のために、懸案事項の一部が前倒しの形で立法されることになった。それらの内容は、「株式制度の見直し」と、「会社関係書類の電子化等」に関するものであるが、この点は、反面、緊急経済対策的な意味も

含まれていて、平成一三年(二〇〇一年)の第二番目の改正(法律第二二八号)として実現された。<sup>(12)</sup>

(12)

- ① 株式制度の見直し関連では、(1)新株発行規制の見直しとして、(a)株式譲渡制限会社においては授権資本制を廃止。(b)新株の有利発行決議の有効期間の延長。(c)証書による契約をもって新株の総数を引き受ける場合には、株式申込証の作成は不要。(d)株式譲渡制限会社における第三者割当に要求される株主総会決議の有効期間の延長。(2)株式の種類として、(a)株主総会の議決権につき内容の異なる種類株を認容。(b)利益配当優先株については、定款でその上限額その他算定の基準を定めれば足り、具体的な配当額については取締役会または株主総会の決議で定めることが可能。(3)株式の転換として、強制転換条項付株式を認め、株主側からの申し出に基づくものを転換予約権付株式と呼ぶ。(4)新株予約権として、従来のストック・オプションを含めて、規定を整備。(5)その他として、(a)新株予約権付社債の規定を整備。(b)株式交換・株式移転の場合の新株予約権の規定の整備。
- ② 会社関係書類の電子化の関連では、(1)会計帳簿、貸借対照表、損益計算書等を電磁的記録で作成可能。(2)情報の提供も電磁的記録によりうる。(3)株主総会の招集通知のインターネット化可能。(4)株主総会における議決権行使も電磁的方法(インターネット)利用可能。(5)計算書類の公開に関して、公告の他、電磁的方法(インターネット)利用可能等がそれである。

次に、監査役機能の強化、取締役の対会社責任の軽減の制度、株主代表訴訟制度の合理化等企業統治関連の商法等改正が、経済界からの非常に強い要請に基づいて、平成一三年(二〇〇一年)三番目の改正として実現された<sup>(13)</sup>(法律第一四九号、施行期日平成一四年(二〇〇二年)五月一日。ただし、商法特例法上の大会社における社外監査役の資格を厳格化し、員数を監査役の半数以上とする改正部分については、「この法律の施行の日から起算して三年を経過した日」具体的には、平成一七年(二〇〇六年)五月一日から)施行される)。これも厳しい時代・環境の中での法律改正の一端かと思われるが、一年間に三度(平成一四年法律四四号による改正を加えると四度)もの会社法改正はそれにしても異例と言う他ない。

(13) その主な内容は以下の通りである。

① 監査役の機能の強化として、(1) 監査役の取締役会への出席・意見陳述義務。(2) 社外監査役の資格要件の厳格化と員数の増加。  
(3) 監査役の任期の伸長(三年から四年へ)。(4) 監査役の辞任に関する意見陳述権。(5) 監査役の選任に関する監査役会の同意権および提案権。

② 取締役の会社に対する損害賠償責任の軽減として、A株主総会決議をもって行う損害賠償責任の軽減。B定款規定に基づく取締役会決議をもって行う損害賠償責任の軽減。C社外取締役の会社に対する損害賠償責任の限定。D監査役の会社に対する損害賠償責任の軽減。

③ 株主の代表訴訟制度の合理化として、(1) 監査役の考慮期間の延長。(2) 公告または株主に対する通知。(3) 訴訟上の和解における取締役の責任の免除。(4) 取締役を補助するために会社が行う参加の申し出。(5) 監査役についての準用等がそれである。

ところで、平成一二年(二〇〇〇年)九月、法務大臣の諮問機関である法制審議会の会社法部会は、①企業統治の実効性の確保等、②高度情報化社会への対応、③資金調達手段の改善、④企業活動の国際化への対応等の見直しの四つの柱で、改正問題を検討することを決定した。そして、それに基づいて、平成一三年(二〇〇一年)法律一二八号が制定されたことは前述した通りであるが、その後、平成一四年(二〇〇二年)五月には、商法等の一部を改正する法律(法律四四号)が成立した。その内容は、「株式関係」<sup>(14)</sup>、「機関関係」<sup>(15)</sup>、「計算関係」<sup>(16)</sup>および「その他」<sup>(17)</sup>の四つに大別できるが、かなり大幅なものである。

(14) 株式関係としては、①種類株主の取締役等の選解任権。②株券失効制度の創設。③所在不明株主の株式売却制度の創設。④端株等の買い増し制度。

(15) 機関関係としては、⑤株主提案権の行使期間の繰り上げ。⑥株主総会等の特別決議の定足数の緩和。⑦株主総会招集手続の簡

素化。⑧取締役の報酬規制。⑨重要財産委員会制度。⑩大会社以外の株式会社における会計監査人による監査。⑪委員会等設置会社に関する特例 (a)指名委員会、監査委員会および報酬委員会。(b)取締役会の権限の限定。(c)執行役および代表執行役)。

(16) 計算関係としては、⑫計算関係規定の省令委任。⑬大会社についての連結計算書類の導入。

(17) その他としては、⑭現物出資、財産引受および事後設立の目的たる財産の価格の証明。⑮資本減少手続の合理化。⑯外国会社等がそれである。

平成一四年(二〇〇二年)改正の中で最も注目すべきは、「委員会等設置会社」に関する特例である。その主な内容の概略を紹介しておく。

商法特例法上の大会社(これには、資本の額が一億円を超える会社であっても、定款で会計監査人監査を受ける旨を定めることによつて、大会社と同様の取扱いを受けることとなったものを含む。以下同じ。)であつて、以下に述べる特例の適用を受ける旨の定款の定めのあるものを「委員会等設置会社」と呼んでいる(商特法一条の二Ⅲ)そして、大会社にあつては、監査役および監査役会制度を基本とする従来の企業統治システム(これを「監査役等設置会社」方式と呼ぶ。)を採るか、それともこれとは異なる新たな仕組み(これを「委員会等設置会社」方式と呼ぶ。)を採るか、のいずれを選択しなければならないこととされた。

「委員会等設置会社」方式という新しい企業統治(Corporate Governance)システムというのは、指名委員会、監査委員会および報酬委員会(以下「各種委員会」と言う。)ならびに執行役を置くもので、この新システムを採用した場合には、大会社につき従来要求されていた監査役および監査役会を置く必要がないばかりか、それらを置くことができなざることとされている(商特法二一条の五Ⅱ)。

「委員会等設置会社」にあつては、「指名委員会」(株主総会に提出する取締役の選任および解任に関する議案の内容の決定を行う。)、

「監査委員会」（取締役および執行役の職務の執行の監査ならびに株主総会に提出する会計監査人の選任および解任ならびに会計監査人を再任しないことに関する議案の内容の決定を行う。）および「報酬委員会」（取締役および執行役が受ける個人別の報酬の内容の決定を行う。）を設置しなければならない（同法条Ⅰ、同法二二条の八参照）。

(18) ここで言われている「監査」は、本来的に会社の業務執行の権限を持つ取締役会の下部機関としての「監査委員会」によるものであるから、業務執行の権限も責任も持たない者が第三者的に行う「監査役による監査」（商二七四条）とは本質的に異なるものであって、その実体は権限を持つ者がその一部を他に委託し、これに対して行う「監督」に他ならない。取締役会から委託された会社の業務執行の一部を決定し、業務の実行を担当する執行役は監査委員会を組織する取締役にはなりえないとしても（商特法二二条の八Ⅶ）、監査委員会を組織するものが基本的な業務執行の権限を持つところの構成員としての取締役である限りにおいて、それは本質的に「自己監査・Self-control」ではないから、用語本来の意味での「監査」とは言えないと思う。

そして、これらの各種委員会は三人以上の取締役を持って構成されるが、そのうちの「過半数」は「社外取締役」、すなわち「その会社の業務を執行しない取締役にして過去にその会社または子会社の業務を執行する取締役、執行役または支配人その他の使用人となったことがなく、かつ現に子会社の業務を執行する取締役もしくは執行役またはその会社もしくは子会社の支配人その他の使用人でないもの」（商一八八条Ⅱ七号ノ二）あって、委員会等設置会社の執行役でない者でなければならぬ（商特法二二条の八第四項）ものとされている。<sup>(19)</sup>

(19) 因みに、大会社において「監査役等設置会社方式」を採る場合には、監査役員は三人以上で、そのうちの「半数以上」は「その就任前に大会社またはその子会社の取締役、執行役または支配人その他の使用人となったことがない者」でなければならないとされている（商特法一八条Ⅰ）。

更に、委員会等設置会社においては、取締役会において「執行役」および「代表執行役」を選任して(商特法二条五I(4)、二二条の二三)、業務執行および会社代表の権限をそれぞれに大幅に委任するものとされる(商特法二二条の二二)。従つて、取締役会の権限は極めて限定されたものとなるとともに(商特法二二条の七)、代表取締役制度(商二六一一条)は廃止されることになる(商特法二二条の一五参照)。また、取締役のみならず、執行役および代表執行役も、株主代表訴訟の対象とされる(商特法二二条の二五)。

これら、委員会等設置会社方式における各種委員会にしろ、監査役等設置会社方式における監査役会にしろ、その構成メンバーの「過半数」または「半数以上」は、「社外」役員でなければならないとされている点は、企業経営においても、公正性、透明性とそれに基づく説明責任が求められていることを意味するから、社外要素、いわば異質の目による企業経営のチェックが期待されているということにならう。

その後、平成一五年(二〇〇三年)七月には、経済界からの強い要請に基づいて、つい先頃平成一三年(二〇〇一年)法律七九号により自己株式取得規制の大幅緩和(いわゆる金庫株の解禁)が実現したばかりにも拘わらず、再び経済界からの要請を受けた形で、議員立法により、定款規定に基づく限りで、取締役会決議による自己株式取得が認められることとなつた(商二二一条ノ三三)。併せて、中間配当限度額の計算方法にも変更が加えられた(商二九三条ノ五III)。<sup>(20)</sup>

(20) 具体的に言えば、(1)定款をもって、取締役会決議による自己株式取得を行う旨を定めた場合においては、当該定款の定めに基づき、取締役会の決議により自己株式を取得することができる(商二二一条ノ三一)。(2)そして、定款規定に基づき取締役会の決議により自己株式を取得した場合には、当該決議前に終結した最後の定時総会後に買い受けた自己株式の買受けを必要とした理由並びにその種類、数及び取得価額の総額を、当該決議による買受け後最初に招集された定時総会において報告しなければな

らない（同条IV）。

取得できる自己株式の取得価額の総額は、中間配当財源を限度としている。

また、この制度による場合の自己株式の取得方法は、市場取引か、公開買い付けの方法に限定されていて、株主総会決議による場合には、特別決議をもってするならば、相対取引も認められるのと対比される。

(21) 「中間配当限度額の計算方法」について具体的に言えば、最終の決算期後、資本または法定準備金の減少を行った場合には、減少した資本または法定準備金に相当する額（当該減少手続において株主に払戻しをした額等を除く。）は、中間配当限度額の計算に当たって、純資産額からの控除額には含まない（商二九三条ノ五Ⅲ）。

また、自己株式の取得価額の総額は中間配当限度額から控除することに、改められた。具体的な計算のルールは商法施行規則で定められている。

続いて、本年平成一六年（二〇〇四年）六月には、「電子公告制度」<sup>(22)</sup>および「株券不発行制度」<sup>(23)</sup>が導入された（ただし、各法律の施行期日は、前者が法律公布（六月九日）から起算して一年を超えない範囲内において政令で定める日、具体的には、平成一七年（二〇〇五年）二月一日から、また後者は一部（平成一六年（二〇〇四年）一〇月一日施行）を除いて、公布の日から五年を超えない範囲内において政令で定める日から、とされている。）。

(22) 「電子公告制度」というのは、電磁的な方法で法務省令（商法施行規則）に定めるものにより不特定多数の者がその公告すべき内容である情報の提供を受けることのできる状態に置く措置をとりうる制度（商一六六条Ⅵ参照）を言う。計算書類等については、既に平成一三年（一九九七年）法律一二八号により電磁的公示の方法が許されていたが（商二八三条改正前Ⅴ）、これを株式会社公告一般についてもひろく認めようとするものである（同条ⅣないしⅦ参照）。従って、会社の公告は、単に「官報」とか、「時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙」に掲げる方法に限らず、インターネットの利用もできることになる（商一六

六条ノ二III、一八八条III参照)。ただし、官報または日刊新聞紙を公告の方法とする会社の場合には、計算書類の公示はその要旨のみで足りるが、これを電子公告する場合には、計算書類の要旨ではなくてその全文の掲載が要求される(商二八三条IV・V、商特法一六条III参照)。

また、会社合併、会社分割、資本減少等の際の会社債権者保護手続について、官報公告に加えて新聞公告または電子公告をも行った場合には、個別催告は原則としてこれを省略できることとなった(ただし、分割会社の不法行為債権者を除く。商三七四條ノ四I、三七四條ノ二〇I、三七六条I)。

また、会社合併無効の訴え等の際の公告は不要とされたが(商四一五条・旧一〇五条V参照)、株主代表訴訟に関しては、公告は必要である(商二六八条IV参照)。

なお、適法な電子公告が行われるようにするために、電子公告調査機関の制度が導入された(商四五七条以下。ただし、決算情報に関する電子公告の場合には、調査を要しない)。

(23)

「株券不発行制度」というのは、定款で定める限りで、現在発行が原則要求されているところの(商二二六条)「株券」を不発行とすることができるようにならなければならない(商二二七条)。これにより、大規模・公開的な会社の場合には、膨大な株券発行費用が節約できることになるし、また中小規模・閉鎖的な会社の場合には、現実に発行しているケースはむしろ稀であったので、その法律違反状態を解消することにもなる。

具体的に言えば、平成一六年(二〇〇四年)法律八七号による改正商法によると、株式会社は、公開会社であるか否かに拘わらず、株券を発行しない旨を定款をもって定めることができることになった(商二二七条)。これを定めた会社を「株券廃止会社」と言う)。そして、同年法律八八号(株式等の取引に係る決済の合理化を図るための社債等の振替に関する法律等の一部改正法)によれば、これまで株券の保管振替制度を利用していた会社(これを「保管振替利用会社」と言う)で、株券の発行をしない旨の定款の定めを設けた会社の株式に係る実質株主は、一定の日(効力発生日、商三五〇条II)に、預託株券に係る株式の株主となり(同法附則三条)、また保管振替利用会社で株券不発行の定款規定を設けていない会社は、法律の施行日において、株券の発行をしない旨の定めを設ける定款の変更の決議をしたものとみなされる(同法附則六条)。その結果、これまでの保管振



替利用会社の全てが、やがて新しい株式振替制度に移行されることになる（「社債等の振替に関する法律」平成二三年法七五号は、「社債、株式等の振替に関する法律」に改名され、「株券等の保管及び振替に関する法律」は廃止される）。それらの場合、その株式に関する権利の帰属については振替口座簿の記載または記録（いわゆる名義書換）により定まることになる（同法二二八条）。

これに対して、株券の保管振替制度を利用していない会社の場合には、株券の不発行を定款で定めたときの株式については、株主名簿の名義書換が株式移転の会社その他の第三者に対する対抗要件となる（商二〇六条ノ二）。

また、株式譲渡制限会社は、株主の請求のない限り、株券を発行することを要しないことになる（商二二六条I但書）。もっとも、この場合であっても、株式の譲渡には株券が必要である（商二〇五条I参照）から、株式譲渡制限会社の場合であっても、株券不発行を定める意味はある。

### 三 会社法制の現代化の議論とその問題点

わが国における会社法制制度の創成とその後の改正の状況については、そのあらましを見てきた。他方、わが国における会社の実態は、二五〇万社近くある会社のうち、四二%強が株式会社形態（約一〇六万社強）、六〇%近くが有限会社形態（約一四〇万社弱）を採っており、資本金規模で言えば、一億円以下の中小規模のものが殆どで（株式会社社の九九・四%、有限会社の九九・九%）、一億円以上の大規模なものは、わずか一・五%に過ぎない。

その結果、比較的緩やかな有限会社法の規制を受けている有限会社の場合とはかくとして、株式会社形態を採っている会社の大半が厳しい規制の商法規定を遵守しているとは言い難いというのが、わが国の会社の実態である。これまでの度々の法規制の整備にも拘わらず、わが国における会社の実態と法制度とのギャップは依然として解消されていないので

ある。

そこで、法務大臣の諮問機関である法制審議会では、かねてから、「会社法制の現代化」に関する調査審議を進めてきた。会社法(現代化関係)部会(部会長・江頭憲治郎東京大学教授)は、平成一五年(二〇〇三年)一〇月、「会社法制の現代化に関する要綱試案」を取りまとめ(商事法務一六七七号・一六七八号)、法務省民事局参事官室は、これを受けて、補足説明を付して、各界に意見照会を行った(広島修道大学商法研究会の意見は、本誌二六卷二号参照)。法制審議会では、一、七四五件に上る各界からの意見を参考に、更に検討を加え、法律改正要綱を決定した上で、平成一七年(二〇〇五年)の通常国会には改正法律案を上程することが予定されている。

「会社法制の現代化に関する要綱試案」は、六つの部に分かれていて、「第一部 基本方針」、「第二部 総則関係」、「第三部 合名会社・合資会社関係」、「第四部 株式会社・有限会社関係」、「第五部 外国会社関係」および「第六部 その他」となっている。

そこに含まれている問題点は実に多岐にわたるが、以下では、主として、大規模・公開的な会社と、小規模・閉鎖的な会社とのあり方に関連した問題点に限定して、私見を述べる。

まず、「第一部 基本方針」すなわち、片仮名文語体表記の法典の平仮名口語体化を図り、商法第二編、有限会社法、商法特例法等の各規定を一つの法典に纏めて、分かりやすく再編成するという点については、概ね賛成できる。しかし、一〇〇万社を超える小規模・閉鎖的な株式会社と一三〇万社を超える有限会社の実態等を勘案するのあまり、譲渡制限株式会社と有限会社との併存を認めようとしてたり(第四部・第三・一参照)、合名会社および合資会社の会社類型を一本化しようとしてたり(第三部・一参照)、米国においては法人格を持たない LLC (Limited Liability Company) を会社類型として取り込

もうとしたりすること（第六部・一参照）は、たとえ経済界からの要請があるにしても、一国の会社法体系としての「会社法（典）」編纂の基本姿勢としては問題を含んでいると云わざるをえない。出資者の有限責任制の享受は、それに見合うだけの法制度の構築、例えば、内部統制組織の確立、情報開示の充実等、会社債権者その他の利害関係人保護の制度との組み合わせて、検討考慮すべきものである。

元来、会社制度は、自然人とは別個の法的主体性を認めることであるから、一国の立法政策としては、その基本的な類型を明確に示し、同じく有限責任制の会社であつても、大規模・公開的なものと、小規模・閉鎖的なものとの明確な分別化は、最低限度要求されるべきものである。その前提に立ち、その枠組みに中で、定款自治・会社活動の自由を認めれば足りる。

要は、わが国の会社の現状を踏まえて、譲渡制限株式会社に関する規律と有限会社に関する規律とを事態に適合しうるものとして一体化するにしても、小規模・閉鎖的な会社類型を有限会社の類型として取りまとめ、他方、株式会社に関する規律は、大規模・公開的な会社に固有の制度とすべきであると考ええる。

次に、「第三部 合名会社・合資会社関係」では、要綱試案は、「合名会社・合資会社の会社類型の取扱い」を一つの会社類型として規律する方向で検討する（第三部・一参照）としていて、賛成意見が多数を占めているようであるが、私は反対したいと考える。何故なら、そもそも合名会社と合資会社とは、別個の会社類型であつて、会社の実体としての「社団」の構成員の責任の限度の有無を基礎としている。従つて、要綱試案の提案する合名会社・合資会社の一本化の狙いが、仮に、有限責任社員のいない合資会社を解散させないで存続させること（第三部・一・（注一））、あるいは、一人合名会社の設立・存続を許容すること（同二）にあるとすれば、それは本末転倒の議論であるし、また、そのようにしなければなら

い需要や必要性があるとは認められない(現行商法二六二条Ⅰ・Ⅱで対応すれば、足りる)。

また、会社類型の見直しに伴って、全ての種類の会社について「一人会社」を認めようとするのであれば、それぞれの会社類型はもはや会社法の本来的な規律対象である「共同企業形態」ではないから、「会社法」としてではなく、「営利企業法人法」とでも呼ぶべきもので対応すべきである。ましてや、「出資者の有限責任が確保され、会社の内部関係については組合的規律が適用されるといふような特徴を有する新たな会社類型」を認め(第六部・その他・一、新しい会社類型参照)、しかも、仮にその類型においても一人会社の設立・存続を許容するのであれば、なおさらである。その場合には、「営利事業(個人・法人)の有限責任化に関する法体系」でしかあり得ない。

しかし、これらの分野の法体系化の検討のためには、出資者の有限責任制と、それに見合うだけの、内部統制組織および情報開示のシステム化等、利害関係人保護の制度の確立が必要であって、もっと広範囲にして基本的な議論が不可欠であろう。

また、要綱試案は、一人合名会社の設立・存続を許容することを提案しており(第三部・二二、これに対しては賛成意見が多数のようであるが、私は反対である。何故なら、株式会社・有限会社において「一人会社」の設立・存続が認められることには、理論的には問題があるにしても、実際上の需要と必要性が認められている。しかし、合名会社においては、現行法の取扱い(商五二条、九四條(4)、一六二条等参照)で、何ら支障はない。一国の法制度としては、共同企業形態としての会社制度とその類型をみだりに崩すべきではない。

次に、「第四部 株式会社・有限会社関係」について、検討する。

まず、「株式会社と有限会社の規律の一本化」(第一・総論・一参照)において、要綱試案は、『多くの株式会社の実態等を

踏まえ、株式会社に関する規律について、有限会社に関する規律との一体化を図る』ものとしていて、これに賛成する意見が多数のようである。

私自身も、企業の多数が株式会社の状態を選択している実態等を踏まえれば、小規模・閉鎖的な株式会社の規律と有限会社のそれとの一体化には、賛成できる。しかし、問題は、その一体化後の会社類型の整理の仕方である。

仮に、小規模・閉鎖的な会社に関する規律の内容を一体化した上で、その会社類型を「有限会社」として位置付ける趣旨であれば（これを甲案と呼んでおく）、問題はない。何故なら、有限会社制度は、そもそもその導入の経緯からも、小規模・閉鎖的な会社形態であったし、また現在でもそうであるからである。その際は、株式会社に関する規律は、大規模・公開的な会社形態として純化されることになり、このことによって同じく有限責任制の会社でもそれぞれの会社類型の存在理由が明白となる。

しかしながら、要綱試案は他方で、『株式会社と有限会社の両会社類型について、一つの会社類型として規律する方向で検討する。』（一・（注）参照）と言っている。従ってこの文言の意味がもし、株式会社に関する規律を有限会社に関する規律と一体化させた上で、その会社類型を「株式会社」として位置付ける趣旨であると仮定すれば（乙案と呼んでおく）、賛同できない。何故なら、同じく株式会社でありながら、大規模・公開的なものと、小規模・閉鎖的なものが、同一の法典内に混在することになるから、その規律は極めて複雑なものとなり、国民一般にとってはまことに判りにくいものとならざるをえないからである。その複雑さは、現代語化によっても緩和されることはないであろう。

また要綱試案がもし、規律を一体化させながらも、なおかつ、小規模・閉鎖的な株式会社と有限会社とを併存させておき（丙案と呼んでおく）、その上、『これまで有限会社として設立・運営されてきて不都合がない会社について、そのまま有

限会社という字句を商号中に用いることができるようにすること』について『所要の経過措置を講ずること等によって対処する』(第四部・第一・一の補足説明七頁)とすれば(因みに、なお、要綱試案四部・第一・二は、讓渡制限株式会社について、有限会社型の機関設計を許容しようとしているし、また同第三・一は、有限会社と讓渡制限株式会社との併存を認める前提に立っていると伺える)、同一の規律内容の会社が、別個の名称のもとに類型化されることとなるから、このこと自体が、一国の会社法体系としては極めて不合理なものであり、立法政策としては不見識極まりないものとなろう。

それ故、同じく有限責任制の会社でありながら、株式会社と有限会社とを別個の会社類型として並行的に認めるのであれば、それぞれの存在理由を明白にする必要があるから、従つて、有限会社および小規模・閉鎖的な株式会社に関する規律をより実態に適合しうるものとして一体化するとともに、その会社類型は実態上も数的に多数を占めている有限会社の類型として残し(甲案)、株式会社の類型は大規模・公開的な会社に固有の制度とすべきである。そして、この要件に合わない、小規模閉鎖的な株式会社は、一定の猶予期間の後法律によつて強制的に有限会社に移行させるものとして、その際必要な変更登記の登録免許税を免除することとすべきであると考ええる。

要綱試案の発想の底流には、(ア)会社区分を実質的な基準に見直す、(イ)法規制の動向が事前規制型から事後救済型へシフトされていること、また、(ウ)会社の自治(定款自治)を大幅に認めて会社活動の自由度を高め、自己責任を負わせる方向で、会社法を任意法規化する狙いがあるものと推測される。

しかしながら、会社制度は、自然人とは別個の法的主体性を認めることであるから、一国の立法政策としては、その基本的な類型を明確に示し、同じく有限責任制の会社であっても、大規模・公開的なものと、小規模・閉鎖的なものとの明確な分別化は、最低限度要求されるべきものであると考える。会社の定款自治・会社活動の自由の許容は、今述べた前提

に立って、その枠組みの中で与えられればたりる筈のものである。

要は、わが国の会社の現状を踏まえて、譲渡制限株式会社に関する規律と有限会社に関する規律とを事態に適合しうるものとして一体化するにしても、小規模・閉鎖的な会社類型を有限会社の類型として取りまとめ（甲案）、他方、株式会社に関する規律は、大規模・公開的な会社に固有の制度とすべきである。

ただ、その際留意すべきことは、これまでの有限会社法は、商法第二編の規定の準用が多く、国民一般に判りにくいものであった点を配慮して、同一の会社法の中で、編別にするともに、準用規定を少なくして、自己完結的なものとすることを検討してよいと考える。

次に、「第二 設立等関係」のうち、「一 最低資本金制度」については、要綱試案の提示する a 案（株式会社について有限会社と同額の三〇〇万円とする）、b 案（株式会社・有限会社とも現行よりも引き下げる。）、および c 案（設立時に払い込むべき金銭等の額については規制を設けない。）のいずれにも、反対である。

最低資本金制度の狙いは、共同事業としてのスタートに、ある程度の資金が必要なことを当然の前提としている。そして過去においてその設定ないし額の引き上げを行ってきた。それにも拘わらず、経済の活性化、創業の促進の名のもとに、それを引き下げまたは実質的に廃止することは、事業資金を他からの借り入れ等により調達することとならざるをえないと思われる。その際資金借入れの担保となりうる物的資源は（当然のこと、会社にはないから）出資者または会社経営者が個人的な物的資産を担保として提供するか、または、個人保証ないし連帯保証等の人的担保を提供するほかないことになろう（「検証・会社法改正研究会（浜田道代名古屋大学教授）」による「検証・会社法改正……実態調査報告」七頁によれば、個人保証をしている中小規模株式会社は約七〇％に上っている。）。

しかし、そのことは、法人格が全く形骸化することになりかねない。少なくとも、出資者有限責任制の会社制度を利用しようとするものは、事業に必要な資金は、それなりに確保して、起業を試みるべきものである。そのことは殊に有限責任制の会社設立者の責務でもあるから、それを果たすことなく、個人保証等に対応することは、事実上、有限責任制の会社制度を利用するメリットを失うものである。安易な会社設立は、法人格否認の法理の適用場面を拡大しかねないし、さらに、休眠会社の発生・増加をもたらすおそれもある。このことは、登記商号が不当に保護されることとなって、他の事業計画を持つものにとっては迷惑となると同時に、休眠会社の整理のための手続・費用等が要求されることにもなる。事業資金の裏付けのない、安易な創業は、有限責任制の会社制度の濫用に繋がるものと言うべきものである。

この意味では、新事業創出促進法の特例は、極めて多くの利用例があるようであるが(平成一五年一〇月三日現在、約五、二〇〇社。また、資本金一円で起業した会社数は平成一五年二月の特例法施行以来九ヵ月で二三八社(日経・平一五・一一・一三二)。また、制度発足後一年の平成一六年一月三十一日現在では、八、五四五社が利用。二〇〇二年度の会社設立数約八五、〇〇〇社の約一割にあたる(商事法務一六九七・一二九)、開業率と廃業率の現状、創業支援、経済活性化等の背景があるにしても、上記のような少なからざる問題点を含んでいることに留意すべきである。

また、最低資本金制度は、有限責任制の会社の場合、会社債権者保護の観点からも、それなりの意味を持っているのであって、中小企業の経営者による実態調査結果でも、株式会社社の最低資本金額を一、〇〇〇万円以上に引き上げることに賛成が一％、現行のまま一、〇〇〇万円でよいが一％を占め、引き下げ(一三%)および廃止(八%)を大きく上回っている(前掲・実態調査報告一〇頁)。要綱試案のa案、b案およびc案は、引き下げまたは廃止を前提としたもののみであって、中小規模株式会社社の経営者の実態を無視または軽視したものと云わざるをえないように思われる。



次に、「新たな会社類型」（第六部 その他一）についてであるが、既に述べたように、有限責任制を享受しようとするものは、情報の開示、内部統制組織の確立等それに見合うだけの責務を負担すべきであって、法制度としては、そのために必要な規律を定めるべきである。そうした会社類型の中で、定款自治を認めれば足りるのであって、安易な組織づくりとその会社類型化は、会社と取引をする相手方（会社債権者）の保護に欠けることとなる。有限責任の人的法人制度に対する整備が要請されるとすれば、会社類型とは別個に、有限責任組合制度または企業組合制度を改正することによって対応すべきである。米国における LLC (United Liability Company) は、Partnership および Limited Partnership と同様に、法人ではないから、合名会社および合資会社についても法人として扱っているわが国の会社法体系の中に安易に導入すべきものではないと考える。

前述のように、会社法制の現代化に向けた議論が進められていて、来平成一七年には、法律案が国会に上程される見通しとなっている。

しかし、今日の経済社において、極めて重要な機能を果たしている会社制度の現代化は、一国の法制度として大局的・長期的な視野に立って、その体系化が図られるべきであると考ええる。実務界における単なる多数意見に従った、経済対策的な対応は、一国の立法政策として禍根を残すことにならないかを十二分に検証すべきものと考ええる。

以上

平成一六年（二〇〇四年）七月二二日稿

なお、平成一六年(二〇〇四年)二月八日、法制審議会会社法(現代化関係)部会は、「会社法制の現代化に関する要綱案」を決定し、平成一七年(二〇〇五年)二月に予定されている同審議会総会に諮られる予定という。総会で同要綱案が決定されれば、法務大臣に答申され、その後、法制局との調整など最終的な立案作業が進められ、法律案が次期通常国会に上程される見通しであると伝えられている。(平成一七年(二〇〇五年)一月二二日、記す。)

【付記】

本学法学部国際政治学科において長年、「平和学」を中心とした講義・演習・論文指導等を担当されてきた岡本三夫教授・博士(文学・京都大学)が、来る三月には本学を去られる。制度とはいえ、極めて心残りである。

「平和を望むものは、平和に備えよ」……同教授の Email の末尾にはこう記されている。余人をもって代え難い、平和学の世界的な權威、碩学の同教授の本学へ退職を衷心より惜しむと同時に、今後のご健勝を切に祈っている。

## Note

It is pity that Professor Mitsuo Okamoto (Ph.D. from Kyoto University) will retire from Hiroshima Shudo University as of March 2005, as it is the rule at our University. He has long been engaged in teaching Peace Studies both at the undergraduate and graduate levels in the Department of International Politics. At the end of his each email, there is the message: "Si vis pacem, para pacem" ("If you want peace, prepare for peace"). I sincerely pray that Professor Okamoto, a world-class scholar of Peace Studies who cannot easily be replaced, will remain active in many respects in his capacity as Professor Emeritus.

Professor Yoshimitsu OHGA, LL. D.