

[論文]

ビジネス法における新会社法に関する一考察

大 槻 敏 江

- 〈目 次〉
- I、はじめに
 - II、新会社法の成立過程とその意義
 - 1、新しい会社法の成立
 - 2、会社法案の国会における審議
 - 3、衆参両院での審議〔付帯決議事項〕
 - III、新会社法の問題点と課題
 - IV、むすびに

I、はじめに

ビジネス法は、経済のグローバル化、経営の拡大化現象に対応すべき多くの法規範が関連する。この多くの法律を正しく理解し、誤りのないように企業運営されなければならない。しかし、最近では社会の急激な変化による、法律の改廃が頻繁に行われてきた。そのため、社会の急激な変化に対応しきれないなどによる、例えば、老舗のトップ企業が社会の変化や法の変化に対応する確かな判断を欠いたために、廃業に追い込まれる事態などが生じている¹⁾。また、「大阪アメニティパーク」の土壤汚染事件関係では、我が国を代表する企業2社の首脳陣が退陣する事態にまでいった²⁾。

このように、ビジネス法の分野は複雑、極大化、法の改正が頻繁にされてきている。ビジネス法の中心的存在であるこの度の会社法改正要綱から新会社法に至る改正に関して、旧商法、旧有限会社法、旧商法特例法の各条文の整合性を考えるべき重要なターニングポイントである。この機会に、明確・迅速に新会社法を把握し、より正確な新会社法の適用に対応できるためにも、新会社法の法解釈をすすめる要件が生じている。

それは、改正目的や改正事項を捉えるものではなく、改正された新会社法における問題点の指摘をも試みるものである。

したがって、新会社法に関する比較法的（大陸法系と英米法系の問題点）考察を考慮した進め方をとるものである。ビジネス法の対象としての商法の分野は、会社経営の大きな比重を占めている法規範が、新たな会社法として提示されたのであるからこれをより迅速に理解することが、ベンチャー企業を目指す若い人材活用の活性化につながるものであろう。また、会社自体もいち早く新会社法を把握できれば組織再編、親会社・子会社関連の修正に着手できる良い機会でもある。

そのためには、新会社法の改正点の把握、問題点につ

いて正確、迅速に理解力を深める必要性がある。新会社法に関する対応準備がされることによって、施行された時点では速やかに新会社法に移行されることが期待できる。

新しい会社法の体系、全体像を対象に「要綱」³⁾や「要綱試案」⁴⁾およびその補足説明⁵⁾を参照しつつ、改正前商法（旧商法）と比較検討し、新会社法の事項検討を試みるものである。

なお、新会社法は平成17年7月26日公布の条文規定を総称するものである。

II、新会社法の成立過程とその意義

1、新しい会社法の成立

2005年6月29日、新会社法は「会社法」として成立するに至った。その成立には、「会社法」および「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」である。この新会社法は、会社法制の現代化を図り、会社法制に関する見直しを「会社法制要綱」に従い行うこととなった。その際、改正前の商法第2編、有限会社法、商法特例法に関する規定について、片仮名文語体で記載されているものを平仮名口語体化とする、いわゆる「会社法制現代化要綱」に基づく法典再編成が期待されてきた。

ところが、実質的に新会社法では大きな変革が、「会社法制現代化要綱案」やその後の「会社法制現代化要綱」での指摘されていない次の点についても改正がみられる。

第1に、新会社法は、根本的な体系の組み換えが行われている。

新会社法制定は、70年振りの改定などといわれるが、昭和13年(1938年)改正の際にも体系の組み換えまでは行っていないのである。たとえば、体系を組み換えることにより条文番号が動いてしまうことを避ける意味合いからであろう。しかも、条文番号を動かす改正を行ったのは、昭和13年改正のみであり体系の組み換えについては

1) 唐澤宏明『ビジネス法入門』日本経済新聞社、2005年、p.9。

2) 企業不祥事、大阪市の土壤汚染事件では、三菱地所と三菱マテリアルの2社が「法令遵守違反」をしていたことを認めた。企業の法令遵守（コンプライアンス）の重要性を指摘されていたにもかかわらず、コンプライアンスを意識した経営が実現していなかったことをうかがわせた。2社は、「社会情勢の変化を認識できず、情報開示に対する姿勢に欠けていた」とし、両社の対応がコンプライアンスや社会的責任（CSR）を厳しく求められているのに社会や消費者意識の変化に鈍感であったことの実態を示した。

3) 「会社法制の現代化に関する要綱」（2005年2月9日法制審議会決定）。

4) 「会社法制の現代化に関する要綱試案」（2003年10月22日法制審議会会社法現代化関係部会）。

5) 「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」（2003年法務省民事局参事官室）。

行っていないのである。この考え方からすれば、68年ぶりの改正といえる⁶⁾。

また、新会社法の法体系的組み換えは次のように規定されている。

第1編 「総則」(第1条～第24条)

第2編 「株式会社」(第25条～第574条)

第3編 「持分会社」(第575条～第675条)

第4編 「社債」(第676条～第742条)

第5編 「組織変更、合併、会社分割、株式交換及び株式移転」(743条～816条)

第6編 「外国会社」(第817条～第823条)(第817条～第823条)

第7編 「雑則」(第824条～959条)

第8編 「罰則」(第960条～第979条)

以上の8編からなっており、改正前商法第2編と比較すると「総則」(第1編)が冒頭に規定してあることは変わらないが、次に「株式会社」(第2編)が「持分会社」の前に置かれて順序が逆になっている。また、会社訴訟規定に関して「雑則」(第7編)にまとめて第2章に規定されている⁷⁾。

第2に、条文の現代語化

「会社法制の現代語化要綱」により、すでに提案されていた条文表記の片仮名・文語体から平仮名・口語体に改正された。新会社法(平成17年法律第86号)は、会社法制の現代化を図るために、会社法制に関する見直しを行ったものである。

ところが、2002年(9月)会社法制現代化に関する要綱試案等の第1部「基本方針」は、2004年(12月)会社法制の現代化に関する要綱の第1部「基本方針」を参照しても法形式について論じているものではなかった。そのため、新会社法の法典形式面に関しては、法務省や内閣法制局などでの議論は別として、新会社法の全条文が公表されるまで分かり得ない改正であり、形式面の改正により解釈上どのように変わるのか。また、形式面での

改正が実務上にどのような影響、理解力を必要とするかの課題を投げかけた新会社法である。

形式面での変更、例えば「資本」(商284条ノ2)は「資本金」(新会社法450条1項)、「会計ノ(の)帳簿」(商293条ノ6第1項1号、商特7条1項1号)は「会計帳簿」(新会社433条1項1号、396条2項1号)、さらに「営業」(商245条1項1号)は「事業」(新会社467条1項1号)などに変更がみられる。

新しい用語概念としては、「取得請求権付株式」(新会社2条18号)および「取得条項付株式」(新会社2条19号)などとなっており、改正前の用語とは相当の変更である⁸⁾。

したがって、2002年9月から2年あまりにわたる「会社法の現代化に関する要綱案」が、法制審議会会社法部会部会長によって解説がされてきた内容を比較検討すれば、会社法の実質的改正に関するものである⁹⁾。そのため、形式的面の変更に關しては法務省と内閣法制局などでの調整事項として提示された条文規定によるものといえる。

(1) 会社法制定の経緯概要

2004年12月8日「会社法制の現代化に関する要綱案」がまとめられ、2005年2月9日法制審議会¹⁰⁾から「要綱」として法務大臣に答申された。同3月22日改正法案として国会に提出された。第162回通常国会において「会社法制の現代化に伴う会社法とその整備法」(平成17年法律第86号、87号)が、同6月29日成立し、同7月26日に公布された。この新会社法はいつ施行されるかであるが、今後政省令の制定を経た後、2006年5月に施行が予定されている。

①法制審議会の検討事項と会社法制定の経緯

新会社法制定の経緯について、「会社法案」および「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」は、2005年3月18日の閣議決定により、3月22日国会に提出

6)「新会社法は、昭和13年の商法改正以来68年ぶりとなる、会社法制の抜本改正である。」鳥飼、高田、小出、内田、村瀬「非公開会社のための新会社法」商事法務、2005年、p.2。

7)「会社法全条文」ジュリスト1295号(2005年)有斐閣、および「会社法・整備法全条文」商事法務(2005年)。

8)「取得請求権付株式」は、改正前の「転換予約権付株式」(商222条ノ3)および義務償還株式に対応する。

また、「取得条項付株式」は、改正前「強制転換条項付株式」(商222条ノ9第1項および任意償還株式に対応する。

江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』[第4版]有斐閣、2005年、p.138。

9)江頭『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説、商事法務1721号～1729号(I～Ⅷ・完)。

10)「会社法制要綱案」は、法制審議会決定を経て「要綱」として法務大臣へ答申。

された（閣法第81号および第82号）。すでに、会社法案は、同年2月9日の法制審議会（第144回会議）で「会社法制の現代化に関する要綱」に基づく要綱が採択され、その後法務省事務局により作業がすすめられてきたのである¹¹⁾。

②検討事項

近年のわが国を取り巻く経済事情の急速な変化、国際化に対応する法改正が行われてきている。その目的は、国際競争力に伴う会社法制の検討であり、会社設立の規制緩和策としての自由な会社設立形態を考えるなどであった。ところが、改正前商法は明治32年(1899年)、有限会社法は昭和13年(1938年)に制定された法律であり、いずれも片仮名文語体で表記されて、現在使用されていない用語、例えば「手代」や「番頭」などの用語が用いられている¹²⁾。これらの法律について、現代の平仮名口語体に表記を改めるとの指摘がされていた。

また、改正前商法では第2編に合名会社、合資会社および株式会社の3形態の規定が会社法として設けられており、会社法4形態の説明においても単独で有限会社法が設けてあるなど利用者にとって使い勝手が悪いものであった。商法特例法においては、別に特例規定（大規模・小規模株式会社）が置かれ、これらの規定のあり方が利用しにくいものとなっておりこの点の指摘もされていた。

とくに、会社法制の改正が議員立法の改正を含めて短期間に多数回の改正¹³⁾がされてきていたために、全条文の整合性を図り、現代社会に対応したものに改善するため改めて体系的な全面見直しを行う必要があるとの指摘がされていた。

この状況のもと、平成14年2月13日法制審議会第136回会議において、会社法制の現代化に関する諮問（「会社法制に関する商法、有限会社法等の現代化を図る上で留意すべき事項」〔諮問第56号〕）がされ、その調査審議を行う部会が、会社法（現代化関係）部会である。

会社法部会は、同年9月より具体的審議にはいり、「実質改正」に係る審議を重ね、平成15年10月中間報告とし

ての「会社法制の現代化に関する要綱試案」が取りまとめられた。一方、「要綱試案」について法務省民事局参事官室の事務局では、パブリック・コメントの手続きを実施、多数の意見を踏まえて、さらに部会での検討の結果、平成16年12月8日「会社法制の現代化に関する要綱案」〔部会第32回会議〕が取りまとめられ、法制審議会（第144回）において原案が承認され、「要綱」として法務大臣に答申された経緯である。

2、会社法案の国会における審議

会社法案が国会提出に至るまでの審議経過はどのようなものであったか。この点に関して、平成17年2月以降問題視されたのが合併等対価の柔軟化に関する改正の問題である。政務調査会法務部会の下に「商法に関する小委員会」において、法制審議会の調査審議と並行した形で委員会が置かれた。同委員会での争点は、経済界との影響もあり合併等対価の柔軟化の実現に関する問題が焦点となっていた。合併等対価の柔軟化に係る改正は、国内、海外からの実務要望がされ、会社法制の現代化における論点としても注目されてきた。これは、平成16年の後半に経済界から合併等対価の柔軟化により三角合併が可能となること、外資による対日投資促進の意欲を高めることになり、結果としてわが国の市場における株式の敵対的買収を増加させる懸念が強まりを見せてきたことによる。さらに、従来から日本放送株問題がくすぶりをを見せていたが、具体的にライブドアと日本放送株式取得問題である、いわゆる敵対的買収の影響と時期を同じくしたため、小委員会においても改正に慎重な意見が目立ち、結果的に政務調査会法務部会は、合併等対価の柔軟化に係る改正に対する慎重論にも配慮し、各株式会社が決算期のいかにかわらず会社法施行後の最初の定時株主総会において定款変更を要する企業買収防衛策を採用する機会を確保することができるようにするため、当該改正部分の施行をそれ以外の部分の施行の1年後とすることを条件として会社法案の国会提出を了承するものとなったのである¹⁴⁾。

11) 相澤哲『会社法制定の経緯と概要』ジュリスト1295号、pp. 8～12。

12) 現行商法38条2項は、新会社法11条2項を参照、相澤 編著「新・会社法」旧新対照条文p. 10。

13) 木村実（編著）『憲法・法学』学説・判例を学ぶ「改訂版」、（第2部第4章企業と法、担当望月）八千代出版、2003年、pp. 202～209。一変わり身の早い「商法改正」。

14) 相澤『前掲11)』pp. 8～9。

これは、時を同じくして、敵対的買収の問題が現実のものとなり、社会的にもこの問題はナーバスになったことにおける結果である。すでに、国際化の波は1989(平成元年)小糸製作所の株式を買い占めるグリーンメイラーの異名を持つブーン・ピケンズ氏との間で株式買占めをめぐる問題として、1991年にブーン・カンパニーが小糸製作所から撤退宣言を発表するまで株式の買占めが続き、国際化時代の企業防衛が問題化した事件関係である¹⁵⁾。

3、衆参両院での審議〔付帯決議事項〕

会社法案・整備法案は閣議決定（平成17年3月18日）され、国会審議の中でも衆議院による修正（同年5月17

日）、法務委員会による最終質疑が行われ一部の修正がみられるものの、可決されたのである。参議院における両法案は、同6月29日賛成多数で可決・成立に至ったのである。

とくに、衆参両法務委員会では、採決に際して付帯事項衆議院で13項目¹⁶⁾、参議院で16項目¹⁷⁾が掲げられている。

また、衆議院における審議においては「最低資本金制の見直し」と「会計参与制度の創設」にかなり関心が強く集まっていた¹⁸⁾。最低資本金制は、実質的資本の導入として平成2年に規定化されたことであるが、社会のニーズに応えないしはベンチャービジネスの育成を考慮

15) 奥島孝康『会社法の基礎』事件に学ぶ会社法入門、日本評論社、1995年、pp. 199-209参照。

16) 衆議院法務委員会における付帯決議事項の内容、

「会社法案に対する付帯決議

政府は、本法の施行にあたり、次の事項について格段の配慮をすべきである。

- 一、本法が、我が国の経済社会において会社が果たす役割の重要性にかんがみ、その利用者の視点に立った規律の見直し、経営の機動性及び柔軟性の向上、経営の健全性の確保等の観点から、会社に係る様々な制度を抜本的かつ体系的に見直し、企業の多様なニーズへの対応を可能とした趣旨を踏まえ、各会社において、それぞれの実情に即した適切な管理運営の在り方を選択することができるよう、本法の内容の周知徹底を図ることをはじめとして、適切な措置を講ずること。
- 二、株主総会の招集地に関する規定の変更については、株主総会が株主の権利行使の重要な一局面であることにかんがみ、その招集に当たって、株主の利便性を損なう恣意的な招集地の決定がされないことがないよう、株主総会の招集通知の記載事項の在り方等について適切な措置を講ずること。
- 三、会社に対する取締役の責任を原則として過失責任に再編成することに伴い、会社財産の流出を防止し、株主や会社債権者を保護するという観点から、会社内部で適正なコーポレートガバナンスが確保されるよう、周知徹底に努めるとともに、今後の状況を見ながら、必要に応じ、会社に対する取締役の責任の在り方について見直しを行うこと。
- 四、破産手続開始の決定を受け復権していない者を取締役として選任することを許容することについては、そのような者に再度の経済的再生の機会を与えるという目的について十分な理解が得られるよう、その趣旨の周知徹底に努めること。
- 五、株主による取締役の直接の監視機能として、定期的に取締役の改選手続を行うことが重要であることにかんがみ、取締役の任期の在り方については、今後の実務の運用状況を踏まえて、必要に応じ、その見直しを検討すること。
- 六、拒否権付株式等・経営者の保身に濫用される可能性のある種類株式の発行については、その実態を見ながら、必要に応じ、これを制限するなどの法的措置を含め、検討を行うこと。
- 七、敵対的企業買収防衛策の導入又は発動に当たり、防衛策が経営者の保身を目的とする過剰な内容とならないよう、その過程で株主を関与させる仕組みなど、早急に具体的な指針を策定し提案すること。
- 八、企業再編の自由化及び規制緩和に伴い、企業グループや親子会社など企業結合を利用した事業展開が広く利用される中で、それぞれの会社の株主その他の利害関係者の利益が損なわれることのないよう、情報開示制度の一層の充実を図るほか、親子会社関係に係る取締役等の責任の在り方等、いわゆる企業結合法制について、検討を行うこと。
- 九、株主代表訴訟の制度が、株主全体の利益の確保及び会社のコンプライアンスの維持に資するものであることにかんがみ、今回の見直しにより、この趣旨がより一層実効的に実現されるよう、制度の運用状況を注視し、必要があれば、当事者適格の見直しなど、更なる制度の改善について、検討を行うこと。
- 十、類似商号規制の廃止については、その運用状況を注視し、必要があれば、既存の商号に対する簡易な救済制度の創設を含め、対応措置を検討すること。
- 十一、会社設立時の出資額規制の撤廃については、企業家のモラル低下、会社形態を悪用したペーパーカンパニーの濫立、会社設立後の活動資金不足などの問題が生じることのないよう注視し、必要があれば、対応措置を検討すること。
- 十二、会計参与制度の創設については、会計参与が主として中小会社における計算の適正の確保に資する任意設置の機関として設けられた趣旨を踏まえて、制度の周知徹底に努めること。
- 十三、合同会社制度については、今後の利用状況を観察し、株式会社の計算等に係る規制を逃れるために株式会社から合同会社への組織変更等が顕著化した場合は、必要に応じ、その計算に関する制度の在り方について、見直しを検討すること。」

相澤 編著『一問一答新・会社法』商事法務、2005年、pp. 8-10。

することや会社の設立件数が倒産件数を下回るなどの実状を考慮したがゆえに形式的会社より実質的会社経営を主体とすることを重点事項としたための見直し事項である。

「会計参与制度」を新たに創設する意味合いは、会社の決算書作成を取締役と会計参与として認められる公認会計士や税理士が参入することにより、会社内部のコンプライアンス強化に繋がる考え方が導入された。例えば、最近のカネボウ粉飾決算事件関係からも明らかのように、内部取締役を中心とした決算書作成に専門分野の風を吹き込むことによる粉飾決算の事前防止策としての役割も担える。

国会における要綱修正については、3点についての修正がみられた。

第1に、株主代表訴訟の責任追及等の訴え、第2は無過失責任性の維持、第3に自己株式の市場売却の許容については新会社法の179条を削除したである。

新会社法の全文979条から成り立っているものであるが、新会社法の条文の中、最初から削除条項が記載されていることには驚きをかくせない。新会社法が、979条で語路合わせが良いが、もし削除の条文処理ではなく、条文全体から一条項が減ることになるとそれこそ大きな問題となるとところである¹⁷⁾。

第1の責任追及等の訴えについては、いわゆる株主代

表訴訟に関して、新会社法では株主が責任追及の訴えを提起できない場合の規定を設けている。この場合について要綱847条1項2号規定では、「責任追及等の訴えにより当該株式会社の正当な利益が著しく害されること、当該株式会社が過大な費用を負担することとなることその他これに準ずる事態が生ずることが相当の確実さをもって予測される場合」となっていた。これは会社法制の改正が事前規制をさらに緩和する方向で進められており、取締役の行動を事後的に適切な規制をする観点から、責任追及等の訴えの制度上の重要性が高まっている方向にあり、新たな訴訟要件を設けることによる、この制度が有する機能を萎縮させてしまうとの理由で847条1項2号は削除された²⁰⁾。さらに、同602条2号は、新会社法602条で持分会社における社員と会社との間の訴えにおける当該会社を代表する者に関する規定であり、責任追及等の訴えの場合と規定の性質がかなり異なるが、602条2号と847条1項2号の規定ぶりが似ていることにより、847条1項2号を削除する機会に602条2号も削除の修正がされた²¹⁾。

しかし、この株主代表訴訟における責任追及の訴え第847条に関しては、「会社法案付帯決議」九にあるように会社のコンプライアンス維持機能からして、新会社法の条文はシンプルで見やすくなっているものの当事者適格などの問題に関しては、今後更なる検討をする必要があ

17) なお、参議院法務委員会における付帯事項の内容一～十一及び十三項目の内容は、〔衆議院法務委員会の付帯決議¹⁸⁾の一～六及び八～十三の項目と〕同旨である。

「会社法案に対する付帯決議

政府は、本法の施行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである。

一～十一（略）

十二、有限会社制度が廃止されることに伴い、既存の有限会社が新しい株式会社や新たに創設される合同会社等に移行するに当たり、不利益を被らないよう配慮し、必要に応じ、適切な措置を講ずること。

十三（略）

十四、合同会社に対する課税については、会社の利用状況、運用実態等を踏まえ、必要があれば、対応措置を検討すること。

十五、外国会社による我が国への投資が、我が国経済に対してこれまで果たしてきた役割の重要性及び当該役割が今後も引続き不可欠なものとして期待される点にかんがみ、会社法第821条に関して、その法的確実性を担保するために、次の論点について、適切な措置を講ずること。

1、同条は、外国会社を利用した日本の会社法制の脱法行為を禁止する趣旨の規定であり、既存外国会社及び今後の我が国に対する外国会社を通じた投資に何ら悪影響を与えるものではないことについて、周知徹底を図ること。

2、同条は、外国の事業体に対し、特定の形態を制限し又は要求する趣旨のものではないことについて、周知徹底を計ること。

十六、会社法第821条について、本法施行後における外国会社に与える影響を踏まえ、必要に応じ、見直しを検討すること。」

相澤、会社法制定の経緯と概要、ジュリスト1295号、有斐閣、p.12参照。

18) 『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方、商事法務、1739号、p.9。

19) 合同演習夏合宿の際、新会社法の全条文は「クイナク〔979条〕学ぶ新会社法として解説した」のである。

20) 相澤『前掲16)』p.7。

21) 『前掲18)』p.10。

る。

第2には、取締役の責任に関して、原則過失責任であるが、株主に対する利益供与に係る責任を「直接の供与行為者に限り無過失責任」をとるものとされた。直接の供与行為者による故意に関しては、無過失責任を生じさせることが取締役のモラルやコンプライアンスの意識改革につながるものと考えられる。

第3には、要綱にしたがうと第179条自己株式の市場売却許容の規定であるが、新会社法全文979条の中、第179条が最初から削除されて変則的な面を生じている。ところで、削除になった理由とは、自己株式の市場売却を許容することが、インサイダー取引や株価操作に悪用される懸念があるとの考えが強調されたために削除となった条文である。

Ⅲ、新会社法の概要および問題点と課題

1、要綱と新会社法の相違

(1) 「公開会社」〔新会社法第1編総則・第一章通則（1条以下）〕

「会社法制現代化要綱」で紹介されてきた条文と新会社法での条文を比較検討すれば、例えば、要綱にはなかった用語がでている。すなわち、要綱が即新会社法として承認されたものでもなく、相当相違した条文化がみられる。その考え方からすれば、要綱の部会長であり直接携わってこられた江頭先生は、「条文全体が新鮮」とのコメントが載せられている²²⁾。

要綱では、「株式の譲渡制限会社（すべての種類の株式が譲渡制限株式である株式会社）」であったが、新会社法の条文では定義規定として「公開会社」（2条5号）と構成されている。公開会社は、一般的に上場会社を指すものとして考えられているが、新会社法の構成によれば、むしろ非公開会社を中心とした株式に譲渡制限のある場合を基本とし、上場会社の譲渡制限のない会社は例外的なものとして構成してある。したがって、新会社法は、非公開会社のためのものとして「この会社法は非会社法

のための改正」と提示されていることを意味する。

第1の理由、公開会社については平成13年以来実務上の問題が解消されている。他方、中小企業関係者やベンチャービジネス関係者からの要望が受け入れられた改正である。第2の理由、会社法の条文の作り方が、最大ユーザーである非公開会社を中心に考えられているように見える²³⁾。まさに、最大ユーザーは非公開会社（約200万社）を超える中小企業の譲渡制限会社を中心とする規定からなっており、公開会社についてはその特例を設ける規定体系であることの理解から展開する必要がある。

では、法制審議会会社法（現代化関係）部会ではどのような方向性であったか。これに関しては、実務家委員や学者委員からの意見として中小会社を基本に考え、「閉鎖会社」の用語は好ましくないとする考え方があり、結局株式の譲渡制限会社を「非公開会社」として表現する方法がとられたとされる。

「公開会社」については、一部について譲渡制限が付されていない株式を発行する会社であり、すなわち譲渡制限会社でないものを、新会社法上「公開会社」と定義（2条5号）されたとの観点から理解を深めなければならない²⁴⁾。

「会社法制要綱案」、「要綱」の会社法改正においても最初慣れるまで条文の解釈などの戸惑いもみられるが、会社法改正、公布後施行までの期間には周知期間があり、その間には新会社法の条文にもなれる、あるいはより疑問が提示されることになるかもしれないが、条文上と実態との融合が今後の課題となる。

(2) 「非公開会社」としての新会社法

新会社法が公布され、やがて施行されとなれば非公開会社はどのような立場の会社経営に留意する必要があるか。

この新会社法を積極的に取り入れる立場と改正とはあまり関係がないと考える消極的な立場の2通りの考えがある。しかし、いづれにしても新会社法に関心があるか、またはないかの判断に関係なく対応せざるを得ない場合がある。

22) 『形式面の新しい試みには、利用者側は、慣れるまで大変な面もあるのですけれども、他方、新鮮な感じで受け取っています』江頭『前掲18)』p.8のコメント参照。

23) 新会社法の改正を非公開会社中心とした規定として、『前掲6)』p.3。

24) 相澤『前掲1739号』pp.11~12。

例としては、有限会社の廃止にかかわる条項についてである。現存する有限会社はどうなるのか関心を持たないわけにはいかないのである。なぜなら、現行の有限会社数は、株式会社の数より多く、約140万社であり、株式会社の約105万社（平成14年税務統計による）を上回る企業が株式会社に1本化されることになる。

他方、積極的な会社経営者からすれば、新会社法を武器に十分な戦略を使う良い機会となる。そのための今回のポイントは、「定款」にある。従来は、定型的な定款を用いてきたが、今後非公開会社の定款は当然多様化されることになる。

すなわち、選択肢が多くあるなどの理由により経営者の主腕力に関わった会社経営に注目されることになる。したがって、新会社法の解釈、規定上の論点をいち早く取り入れ、これを展開できるか利用できるかにかかっている会社経営の在り方に重要な要素が存在することになる。それは、選択肢が多く自由裁量権が会社経営者の主腕力に委ねられている。

(3) 会社形態の変革

新会社法の会社形態は、合名会社、合資会社、株式会社そして合同会社形態への変遷がみられる。とくに、有限会社を廃止し、株式会社の多様化や設立の自由化に強調される。

例えば、合名会社や合資会社は一部の企業ニーズに適合され活用されているが、会社形態の割合からしてもその利用度は少ないデータである²⁵⁾。その中、有限会社を廃止し、株式会社の資本設計の自由化は何を意味したものであろうか。最低資本金の撤廃は、1円以上で会社それも株式会社が設立できるとの安易な設立が強調され、会社の信用状況など必要不可欠要件はほとんど無視されてきているのが現況である。たしかに、ベンチャービジネスに的を絞った会社設立には、資本金の充実の問題より会社の技術面や特殊な能力開発のための特例とみるべきものであり、「有限会社」が「株式会社」として1本化する理由には、有限会社の信用性がどうしても薄い、会社形態の件数からすれば有限会社は株式会社を上回る数の総数が株式会社化する実務界の課題が、債権者への対

応の充実した株式会社の設立が望まれ、従来の有限会社より株式会社の信頼性に重きを置いてきた社会の神話「株式会社であれば安心」は、根底から覆されないような経営者の選択肢、リーダーシップがさらに要求されることになる。

①諸外国の最低資本金制度

A、アメリカの場合

アメリカでよく利用される特殊で、なお代表的な会社法であるデラウェア州会社法やニューヨーク州会社法においては、最低資本金制度が採用されていないのである。新会社法の参考としての会社はアメリカ会社法といわれていることからして、当然最低資本金制度の撤廃がされるものと考えられていた。

B、ヨーロッパ諸国の場合

イギリスでは、公開会社につき5万ポンド。

ドイツでは、株式会社5万ユーロ、有限会社につき2万5千ユーロ。

フランスでは、公募株式会社につき22万5千ユーロ、非公募株式会社につき3万7千ユーロ。

したがって、アメリカでは最低資本金制度は採用されていないのに対して、ヨーロッパの国では最低資本金制度を採用している国々が多いなどの相違がみられる。

なお、2004年フランスでは、有限会社については起業促進の考えから最低資本制度が廃止されている²⁶⁾。

大陸法系の代表国のドイツ、フランスにおいては、最低資本金制度を採用しているが、英米法のアメリカでは最低資本金制度を採用していない。世界経済のリーダー的存在のアメリカ会社法のように最低資本金制度を我が国の場合廃止して、弊害がないのであろうか。

②最低資本金制度の廃止に伴う問題点の検証

旧商法規定では、株式会社の設立に際しては最低資本金1000万円、有限会社の設立には300万円と規定されている。新会社法は、株式会社の事業形態を始める者の出資金額をなくすこととしている。

そのため、会社設立を容易にすることにより、実態が伴わない会社や設立を悪用するなどの弊害、法人格の濫用も考えられる。

この弊害について、「仮に実態のない会社であっても、

25) 平成14年度合名会社は7848件、合資会社は29867件（国税庁企画課編、税務統計から見た法人企業の実態、〔平成14年度分〕）。

26) 相澤『前掲16』p. 33参照。

会社として設立される以上、代表者の氏名・住所その他の事項が登記され、会社法上の各種の規律の適用を受けるため、同様の実質を有する団体について、その設立を許容せず、人格のない団体として放置することと比較すれば、当該会社にかかわる者の利益保護はより厚くなるといえる²⁷⁾としているが、実態は今後の動向を踏まえなければならない。なぜなら、平成2年に最低資本金制度の制定規制から、今回規制なしの転換が果たして起業家の促進につながるものであるとしても、実害の多くを生じるものであってはならない。

(4) 持分会社

「持分会社」は、合名会社、合資会社さらに合同会社（日本型 LLC）の3種類の会社として統一的、明快に規律されている。旧商法のもとでは、合名会社、合資会社は限られた範囲での活用であり本来のニーズに適合するものでなかった。そのため、新会社法の持分会社の合名会社および合資会社に関しても、実質改正がされ積極的活用が期待されている。とくに、合同会社の創設によりベンチャー企業への活用が活発化することを見越しての期待感がある。

新会社法第3編の「持分会社」で、とくに合同会社は新設されたものでアメリカの有限責任会社を日本型にした形態であり、小規模な経営を目指す、ないしは十分な資金力はないが開発能力や研究等で活躍できる企業を目指す場合を想定し、なお株式会社のように配当に関しても収益が上がれば配当を多くできるシステムや配当ができない場合などにおいてもその縛りが無い事業経営を目指す自由な組織としての特色を有するとされている。

まず、合同会社（日本型 LLC）は株式会社と同様に有限責任からなる。すなわち、有限責任社員のみから構成される。

① 日本型 LLC²⁸⁾

日本型 LLC と LLP²⁹⁾との関係については、前者は有限責任社員で構成され、法人格を有する。そのため、構成員が1人になっても会社としての存続が可能である。また、合同会社から株式会社への組織変更することも可能であり、その利点は有限責任事業組合と比較すれば大きなものとなっている。後者（LLP）は、「組合契約」からなっており法人格を有しない。また、全ての組員は業務執行に何らかの形で執行に携わる必要がある。

しかし、LLP の利点は、節税対策に有利である。それは、会社ではないので登記できないが、課税対象が組合ではなく、組員に課税されることにある。したがって、LLC の場合は、会社と出資者に課税されることにより、節税対策としては LLP が用いられることが多くなる³⁰⁾。合同会社の創設目的は何によるべきものか。

② 合同会社の創設に伴う実質改正点

持分会社である合名会社、合資会社についても合同会社が創設された事により、その整合性を保つための実質改正がされている。

第一には、新会社法では無限責任社員の存在しない合同会社の創設により、「有限責任社員」に業務執行権限を与えることができるものとされる。それは、業務執行権限を有する有限責任社員について、株式会社の取締役同様の第三者損害賠償責任を規定することで整合性を保っている（会社法597条）。

また、合同会社設立を悪用する目的でされた場合の対応策として、業務を執行する有限社員に対して、責任を追及することができる規定でもある³¹⁾。

③ 合同会社の特色と今後の問題点

合同会社は、株式会社と同様な有限責任社員からなる持分会社であり、会社債権者保護のためにどのような保護策がとられてきたか。

A 会社の財産状況が開示される。

27) 相澤『前掲書』p. 32。

28) アメリカでは、1977年以後 L L C (Limited Liability Company) として全構成員が有限責任でありながら課税主体とならない企業形態を導入。(江頭、『前掲書 9』) p. 8)。

29) Limited Liability Partnership

30) 「有限責任事業組合契約に関する法律」(平成17年法律第40号)は、①出資者全員の有限責任、②柔軟な意思決定や損益配分、③構成員課税の特徴を備えた、ベンチャー企業や中小企業と大企業の連携、大企業同士の共同研究開発、IT化や金融分野における専門技能を有する人材による共同事業等を振興し、新たな産業の創造を促進する。(篠原倫太郎、『有限責任事業組合契約に関する法律の概要』商事法務1735号、p. 6)

31) 『前掲書 7』) p. 12。

例えば、貸借対照表・損益計算書等の作成（会社法617条、618条）、また会社債権者は閲覧権や謄写を請求できる（同625条）。

B 会社に財産が留保されている

例えば、社員の出資について全額払込制度を採用（会社法578条）、社員の出資は金銭その他の財産のみに限定している（会社法576条1項6号）。

しかし、このように合同会社の規定において、その対応策がなされているが、新設の合同会社だけに今後の問題点に関しては、行きすぎた実務形成がされるとなるとそれに対処するための柔軟な解釈論が必要となる³²⁾。

IV、むすびに

新会社法の成立、公布に至る経緯を考察したのであるが、今後の社会的変革はどのようになるのであろうか。まず、新会社法はそれ自体社会のニーズに適合するための中小規模企業の「非公開会社」を対象とした改正であり、「会社法改正は、必要な努力の積み重ねの1つに過ぎない」。しかし、その努力は一方向のみに偏った努力であってはならないはずである。したがって、新会社法では①株式会社制度と有限会社制度との統合、②最低資本金制度の全面見直し（撤廃）、③組織再編行為にかかる規制の見直し、④株式・新株予約権・社債制度の改善、⑤株主に対する利益の還元方法の見直し、⑥取締役の責任に関する規定の見直し、⑦株主代表訴訟制度の合理化、⑧大会社における内部統制システムの構築の基本方針の決定の義務化、⑨会計参与制度の創設、会計監査役の任意設置の範囲拡大、⑩合同会社制度の創設等の多岐にわたる、会社法制全体に及ぶ大改正が盛り込まれたのである。そのため、単なる目先だけの衣替え程度の要素に止まらず、着脱可能な四季に対応できる新会社法としての期待感がある。

しかしながら、期待感とともに危惧しなければならないことも存在する。その第1が、新会社法の活用方法で、目的・意図を明確にする要素が必要であるということである。経営の実務に即した機関設計を意図したものであ

るのか、または社会的信用を重視した機関設計を意図するものなのかによって、機関設計の選択肢が異なるからである。

第2に、企業は、新会社法が意図した戦略的発想、将来的リスクの想定に関して、いち早く選ばなければならないということである。その選択肢は企業によって効果的に作用することもあるれば、逆の悪影響もありえる選択ともなりえる。たとえば、「取締役の任期」の問題にしても、商業登記費用の節約を目的とするなら最長の10年を選択すればよいであろう。将来のリスクを考慮して、10年の期間の間に紛争が生じ取締役の解任となれば残任期間の報酬相当の損害賠償を支払うことになりうる。しかも、選択肢が多い新会社法においては、非公開会社に対する法的問題のみならず経営に与える影響力が大であることを考慮しなければならない。

新会社法の法体系が、大陸法から英米法体系に変遷してきた結果³³⁾による新会社法との見方に対する見解について述べると、確かにアメリカ会社法の影響を受け、会社法制要綱、要綱案においてその端々に大いなる影響力はみられる。しかし、アメリカビジネス法が世界の経済をリードし、その基本である会社法が手本であってもそのままの経済状態が同様に日本の経済状態をより上昇する要因とはならないのであり、アメリカの法体系が経済の上昇気流を規律しているとしても、我が国に同一の経済の上昇気流が舞い上がるというものでもない。我が国の経済に合った会社法を独自に見出すことが今後の課題でもある。

(2005.9.30)

32) 森本先生、相澤氏の見解、『前掲1739号』、p. 34。

33) 接近する両法体系について詳細な事例をもって論じられている。福田守利「“法の国アメリカ”を学ぶ」アメリカ法入門、Study of the American Legal System-An Introduction to U. S. Law, 有斐閣、2005年、pp. 12~13。