

会社法制の現代化と会社区分立法

Modernization of Corporation Law in Japan : Classification of Business Corporations

酒 卷 俊 雄

I はじめに

わが国では平成15年10月22日に法務省法制審議会会社法（現代化関係）部会より「会社法制の現代化に関する要綱試案」が公表され、各界意見の照会が行われた。この部会の提案に対する各界意見の大勢を見極めて、本年中に改正法案要綱が作成され、平成17年の通常国会に法案が提出される予定となっている。

近時、わが国の会社法の改正は頻繁に行われてきた。なかでも昭和49年以降平成12年まで7項目の基本的検討事項を対象とした会社法の全面改正作業が続けられ¹⁾、その結果、それらの作業の成果としての、あるいは議員立法によるものをも含めた、多数の改正が実現された。大会社の機関、株式制度、計算・公開等の改善を目的とした昭和56年の改正、株式会社の最低資本金を定めた平成2年の改正を始めとして、平成9年の会社合併手続の簡素・合理化をはかった改正、平成11年の株式交換・株式移転の方法による純粹持株会社の創設・新設を認めた改正、平成12年の会社分割制度を導入した改正など、一連の企業結合法制の整備を目的とした改正等が注目に値するものであろう。

1) 昭和50年に提示された全面改正のための7つの基本検討項目は、次のとおりである。1. 企業の社会的責任、2. 株式制度の改善策、3. 株主総会制度の改善策、4. 取締役・取締役会制度の改善策、5. 会社の計算・公開、6. 企業結合、合併・分割、7. 最低資本金制度、大小会社の区分、である。このうち大小および公開・非公開会社の法規制の区分の課題のみが先送りされてきた。平成13年および14年の改正において、大規模・公開会社向けの改正が行われたことから、今回の会社法制の現代化立法の重点が、事実上、中小・閉鎖会社立法の実現に置かれるのは、そのためである。

これらの改正が一段落した平成12年9月に法制審議会商法部会は「今後の商法改正」の方向として、次の5つの視点を決定した。第1は、企業統治の実効性の確保、第2は、高度情報社会への対応、第3は、企業の資金調達手段の改善、第4は、企業活動の国際化への対応、第5は、会社法の現代語化と単行法化、である。21世紀に入ってから平成13年、14年、15年、16年と相次いだ一連の改正は、いずれもこの方針に従ったものである。したがって、平成17年に予定される会社法制の現代化を目的とした改正の構想は、いわばこれまでの多数の改正を総括して総仕上げを行い、単行法としての会社法典を成立させるためのものといっておよいであろう。

II 会社法制の現代化とその基本方針

前記の現代化試案第1部は、会社法制の現代化の基本方針を掲げている。

基本方針の第1は、「会社法制の現代語化」である。周知のように、いまだ片仮名文語体で表記されている商法第2編、いわゆる会社法の部分、特別法としての有限会社法等の各規定について、利用者に分かりやすい平仮名口語体化を図ることとするほか、用語の整理を行うとともに、解釈等の明確化についても必要に応じて規定の整備を行う方向で検討することとしている。

また、商法第2編（会社法）、有限会社法、商法特例法等の各規定について、これらを一つの法典（会社法〔仮称〕）としてまとめ、分かりやすく再編成することとする。

基本方針の第2は、「実質改正」である。

会社法制については、近時、議員立法によるものも含め、短期間に多数回による改正がなされた結果、全体的な整合性を図る必要があることや、最近の社会経済情勢の急激な変化に対応するために各種制度を見直すべきであるという実務的要請に応える観点から、会社法制の内容の現代化に相応しい実質的改正をも行うこととし、現代化試案において各種問題に対する具体的検討事項を提示している。

ここに掲げられた基本方針の第1は、形式面に関するものとして、殆ど異論のないところであろう。問題は、基本方針の第2が強調する現代化というに相応しい実質改正とは何か、である。平成13年および14年の改正は、主として大会社および公

開会社に関する実質改正を多く実現したものであり、その多くがそのまま会社法典に総括規定されると思われるが、その内容の当否の評価すらまだ定まっていない。

これに対し、今回の現代化試案の提案の内容の主眼は、大体、次の4つに分けられる。その第1は、従来から懸案とされながら先送りされてきた大小会社の区分をどう実現するか。第2は、すでに前記諸改正でもみられた傾向であるが、会社の定款自治を拡大して会社経営の自由度を一層高めることである。第3は、現在の経済情勢を反映して企業の創業支援の規定を設けること、第4は、既存の制度の簡素・合理化をはかること、という4点である。

ところで、従前のわが国の会社法は、アメリカ法の影響を大きく受けたといいつながら、伝統的な大陸法の立場に依拠して、それぞれの制度に関しかなり厳格緻密な制度構築をしてきた。平成14年の改正で、大会社の企業統治機構の選択肢として新設されたアメリカ型に近い委員会等設置会社の制度ですら、指名委員会、監査委員会、報酬委員会の各委員会を法定機関としている。母法ともいうべきアメリカ、イギリスでは、いずれも上場基準として強制されるものにすぎないので、状況の変化に応じた可変性に富んでいるといえるが、わが国では不十分な制度構築という批判もありながら、法定機関としたため制度改善をはかるにはいちいち法改正の手続を経なければならない。実際の運営においてもかえって硬直化するおそれすら懸念される。

株式の種類が多様化も、あまり多様化し複雑化すると上場商品としての評価の公正を損なうおそれがある。むしろ閉鎖会社や合弁会社等における支配権の配分や監督権の確保等に利用することが有用であり、実際にもこれらの会社において多用される可能性の方が大きいと思われる。

ともあれ定款自治の拡大は、従来の剛構造の（固い）会社法から柔構造の（柔らかい）会社法への変化を示すものとして、方向性としては望ましいといえるが、その対象、限界を明確化することはなかなか難しい。

特に、この現代化試案においては、定款自治と密接に関係するものとして、前記の大小区分立法の問題がある。平成14年の改正で実現された大会社における企業統治機構ないし経営機構の選択（監査役設置会社と委員会等設置会社の選択）と同様に、定款をもって株式の譲渡制限を定めた会社（以下、株式譲渡制限会社という）

を対象に、さらに定款に定めることで有限会社型の機関構成を選択できるとする提案が重要である。その結果、株式譲渡制限会社のなかにも従来と同様に取締役会を中心に会社経営を行う会社と、有限会社と同じく取締役は1人で足り、複数選任される場合でも取締役会は置かれず、株主総会が万能機関として様々な決定をする会社とに分かれることになる。また、定款に株式の譲渡制限の規定を置くかどうかは、もともと株主達の選択の問題であるから、譲渡制限に付される様々な効果を求めない非公開株式会社も存在することになる。その意味では、前述したようにこの提案が実現すれば、一つの大小会社区分立法として、わが国における中小会社法の方向性を示すものとなる。

Ⅲ 大小（公開・非公開）会社区分立法と区分の基準

わが国における大小または公開・非公開会社区分立法の問題の沿革は、かなり古い。すでに第2次大戦前から、社員有限責任の利益を求める中小企業が株式会社形態を選択する傾向が顕著であり、それが中小企業のために有限責任の特典を定める昭和13年の有限会社法の制定をもたらしたという経緯がある。19世紀末のドイツにおける有限会社形態の創設と、その後のヨーロッパ各国へのこの会社形態の普及の事情と全く同一である。

第2次世界大戦後のわが国では、株式会社に最低資本金の定めがなかったこともあって、中小企業の法人成りという形で、戦後復興とともに株式会社形態の選択が盛んに行われ、実数において株式会社が有限会社を上回るという比較法的にも珍しい現象がみられることになった。昭和25年の会社法改正は、アメリカ法に倣い近代的大株式会社のための法を標榜したものであったから、中小株式会社の分野における法形態と経済形態の乖離は一層甚だしくなり、改めて中小株式会社と有限会社との関係、中小株式会社の分野では殆ど会社法の規定が遵守されていないという法と現実のあり方が問い直されることになった。昭和25年の改正後に展開された最低資本金論争がその典型例である。しかし、この論争も何時しか立ち消えとなったが、昭和30年代の山陽特殊製鋼などの大企業を中心とした企業不祥事ないし経理不正事件の続出を背景に、株式会社の監査制度の強化を中心とした昭和49年の改正法²⁾が

国会で成立した際、国会でこの問題が取り上げられた。

衆議院法務委員会の附帯決議は、「企業の社会的責任、大小会社の区別、株主総会のあり方、取締役会の構成および1株の額面金額等について所要の改正を行うこと」とし、また参議院法務委員会の附帯決議は、これをさらに敷衍した形で、「現下の株式会社の実態にかんがみ、小規模の株式会社については、別個の制度を新設してその業務運営の簡素合理化をはかり、大規模の株式会社については、その業務運営を厳正公平ならしめ、株主・従業員および債権者の一層の保護を図り、併せて会社の社会的責任を全うすることができるよう、株主総会および取締役会制度の改革を行うため、政府は、すみやかに所要の法律案を準備して国会に提出すること」と述べている。既述の昭和49年から開始された会社法全面改正作業は、このような視点から作業が進められることになった。

そこで、その後の企業不祥事に対応する昭和56年の改正法が成立した直後から、大小会社区分立法が最優先課題として検討された。その際、主眼の1つとされたのは、このような改正を促したわが国の会社企業の実態からも明らかなように、企業の実体に則して会社法とくに株式会社法の規制を合理的に区分することである。この区分に当たっての基準は企業の規模の違い（規模の基準）と閉鎖性の有無（閉鎖性の基準）という2つに求められた。

会社の組織・運営に関する各種制度または手続の簡素化・簡略化の要請は、概して企業規模の反映であり、規模の相違に基礎を置くものと考えられる。すなわち、大規模企業の場合は、株主、会社債権者、従業員をはじめとする利害関係者の数も多いのが通常であり、会社機構はこれら各種利益の調整の場として客観的に機能することが求められる。これに反し、小規模企業の場合は、利害関係者の数も少ないのが通例であるから、このような法の厳格性がこれらの企業にも同程度に求められるとは到底考え難い。例えば、会社の設立規制についてみても、その本質的要請は、

-
- 2) 昭和49年の株式会社の監査制度を中心とした改正に際しては、40年代の始めから現在問題となっている企業統治のあり方に関して、すでに当時のアメリカ方式、ドイツ方式などを含む5つの案が法制審議会商法部会で詳細に検討されていたことが注目される。結局、経済界の反対もあって妥協案にとどまったため、企業統治機構の改正に関しては、平成14年の改正までまたなければならないことになった。

決して厳格な法定要件や煩瑣な手続を課すことにあるのではなく、あくまでも企業の実体面から株式会社形態の利用に合理的な限界を画することにある。とすれば、中小企業については、その実体に則して、このような要請をみたしうる限りにおいて、その要件・手続を簡素化することが許されてよいはずである。また、会社の経営方式として取締役会による事業経営を強制することの当否も問題である。もともと取締役会の制度は、事業経営の効率を促進し、同時に無責任な経営に対して株主を保護することに存在意義があるものとされている。その意味では、多数の大衆株主を擁する大規模会社にとっての必要性は認められるが、株主数も少なく、その多くが自ら事業経営にあたるような会社では、この制度を保持させる意義は乏しいと考えられる。したがって、中小会社については取締役会制度を廃止するか、少なくとも任意機関化し、さらにそのこととの関連で、取締役の法定員数を再検討することも必要となろう。監査役は、有限会社的に考えれば任意機関化することになるが、監査の重要性・実効性を期して、一定の規模を超えるときは強制することも考慮に値しよう。株主総会にしても、その招集や決議に厳格な要件・手続が課されるのは、多数の株主の存在を前提に、彼らの総会出席や権利行使の機会を保障するためにほかならない。しかし、中小会社の場合には、株主数も少なく意思の疎通もはかり易いので、大会社ほどの厳格性を要求しなくとも、その権利保護の要請はみたされる。その限りで、総会招集手続の簡略化や、決議方法として会議形式によらずに書面決議の方法によることも容認される。

もっとも、これらの簡素化の要請は、企業の閉鎖性・非公開性とは必ずしも対応しない。閉鎖的会社でも大規模企業であれば、それなりの厳格性が要求されなければならない。ただ、閉鎖的会社は通常、規模においても中小企業であることが多いので、規模の基準からもたらされる規制の簡素化と、閉鎖性から導かれる特殊規制とが重なりあうところに、両者の本質的要請と規制内容の違いに対する認識が見失われるおそれがある。

それでは、このような規模の基準としては、どのようなものが考えられるか。主要なものとしては、資本金、総資産額、従業員数、株主数、負債総額、取締役会の有無などがあげられようが、資本金の大小による表示が最も簡明である。もっとも、これも必ずしも規模の実体を正確に表示しうるとは限らないという難点がある。E

U諸国では会社法第4号指令により総資産額・売上高・従業員数等を基準として、大会社、中会社、小会社の区分をすることが多いが、総資産額は基準そのものが変動しやすいという大きな欠点をともなう。従業員数のもつ意味は、業種・業態によっても相当異なるであろう。株主数も一応の基準とはなるが、実体を示しうるとは限らず、これも変動の可能性を有する点で難点がある。これはむしろ閉鎖性の基準としての要素の方が強いといえようか。ともかく、わが国では具体的な規模の基準として、昭和49年および56年の商法特例法の改正で、資本金5億円以上または負債総額200億円以上という資本金基準と負債総額基準の2つを併用している。後者は、総資産額より企業規模をより正確に反映するところから採用されたものである。前記の現代化試案においてもこの基準をそのまま維持するようである。

これに対し、閉鎖性の基準は、その企業の有する特質に着目し、それに相応すべき規制を導く点で、より本質的なものといえる。もともと、これも若干の多義性を有している。すなわち、これを広義において把握するときは、公開・非公開ないし上場・非上場の別をいい、狭義では株式の譲渡制限、そのほかに株主数、株式が市場で流通しない会社などが考えられる。

このうち公開・非公開の別で株式会社を区分することは、その企業の実体を本来的な資本調達機構とみるか否かに帰するであろう。したがって、そのような実体をもたない非公開会社については、公開性の観点から公開会社に適用される規制の多くが無用化することになる。例えば、いわゆる授権資本制は、企業による公開的な資本調達を前提とする制度とみられるので、非公開会社には不要といってよい。これらの企業の実体は、公開的な資本調達を予定していないことで、むしろ既存社員達の結合を基礎とした固定的組織となっており、その拡大をもたらす新株発行には既存社員達の利害が密接に結びつく。そのため、資本の公募が禁止されることで本来的な非公開会社となっている有限会社の場合には、社員の出資引受権が原則として法定され、その利益保護がはかられている（有51条）。その意味で、平成2年の改正で公開会社を対象とした新株発行規制が、株式の譲渡制限会社に限り有限会社的に修正されたことは正当であろう（商280条ノ5ノ2）。

ついで、株式の譲渡制限を基準とすることは、その企業の実体を既存社員の人的結合を基礎とした一種の排他的機構と把握することになる。株式の譲渡制限には、

それを通じて好ましくない第三者の加入を排除しようとする既存社員達の意思が反映しているとみられるためである。この場合は、実質的に人的信頼関係にもとづく組合的結合が存在する以上、会社の内部的運営を社員の意思ないしとりきめに委ねることも許されてよいと思われる。例えば、閉鎖的機構に相応する支配機構や意思決定方法に関するとりきめのほか、会社の経営方式そのものの選択すら許されるべきであろう。要するに、株式会社形態を採る限り、対外的責任関係さえ明確化されれば、内部的関係の規制を株主の自治に委ねることでも、何らの実害も生じないと考えられるからである。またこのような機構を維持していく必要性からも、株式の譲渡制限に関する制度の多様化と強化、それと密接に関連する新株引受権の法定などの措置とともに、投下資本の回収が制約されることからすれば、株券の不発行や、あるいは社員の信任を反映させて役員任期を法定しないことなどの措置も認められてよいであろう。前記の現代化試案においては、これらのいずれも具体的に提案されている。

ただし、現代化試案の補足説明は、「閉鎖」会社をアメリカの close corporation の単なる訳語として、便宜的といいながら閉鎖会社の概念、を含むものとして非公開の用語を用いているため、両者の本質的区分が曖昧になっている。その結果、閉鎖会社の規制中に実質を異にするベンチャー企業等の便宜を優先させる制度、例えば授権資本の拡大や新株発行・新株予約権の発行等の規制の見直し等を含めることで、本来的な規制のあり方に混乱を招いている。

ともあれ、規模の基準は、一般に、それによって適用法規を区分し、基準以上の会社について画一的処理をはがるためのものであるから、その面では縦の基準でありまた強制の基準ともいうべきものである。例えば、一定の資本金または負債額を基準として、それ以上の大会社に会計監査人監査とか複数監査役制（監査役会）、連結計算書類の作成等を強制し、あるいは経営機構として監査役設置会社か委員会等設置会社の選択を認めるが、反面、その基準未達の会社に対しては、これらは強制されず、それ自体簡素化されまたは異なった制度の適用を認めるというものである。

これに対し、株式の譲渡制限という閉鎖性の基準は、企業規模にかかわらず、それを定款に定めることによって所定の諸効果が付与される任意性の基準といえる。

その意味で横の基準といってもよいであろう。譲渡制限を定款に置くか否かも株主達的意思にかかるが、それが置かれると、既存株主には新株引受権や新株予約権が保障されるほか、新株発行規制が公開会社と異なり、また全株主の同意による書面決議（商253条）や、取締役会の書面決議など（現代化試案第4・5）の株主総会や取締役会の運営・意思決定方法の弾力化を認める提案なども、規模の反映の側面もあるが、本質的には閉鎖性を反映する任意性の問題といってもよいであろう。定款に規定を置くことで、株式会社でありながら有限会社の経営機構の選択を認める提案も同様である（現代化試案第4部第1・2参照）。

これら規模の基準によって強制される規制区分と、閉鎖性の基準によって導入される規制の区分とを、いわば組み合わせた形で会社の区分立法を実現することが構想されている。

IV 企業による会社類型の選択

わが国の企業は、以上のような会社法の枠組のなかで予定されている自社に最適と思われる会社類型を、今後、定款規定をもって選択することが認められる。

- 1 商法特例法上の大会社の場合は、従来型の監査役設置会社か新型の委員会等設置会社のいずれかの経営機構の選択が認められる。もっとも、定款に別段の規定を置かなければ従来型がそのまま適用されるので、監査役設置会社が会社法上の基本型であることに変わりはない。いずれの経営機構を選択しても、これら大会社には公認会計士・監査法人による会計監査人監査と連結計算書類の作成が強制される。
- 2 資本金5億円未満または負債総額200億円未満の中会社および資本金1億円以下かつ負債総額200億円未満の小会社の場合は、会計監査人監査は強制されないが、資本金1億円超の会社は定款をもって会計監査人監査を受ける旨を定めると、「みなし大会社」として1の特例の選択が認められる。現代化試案は、この会計監査人の任意設置の範囲を現行の小会社にも拡大することを提案している（現代化試案第4部第4・11（2））。
- 3 これら中小会社においても、定款に別段の定めを置くことがなければ取締役会

による経営方式と監査役監査が強制される。

- 4 企業規模のいかんにかかわらず、定款に株式の譲渡制限の規定を置いた会社の場合も、原則として取締役会による経営方式と監査役監査を必要とする。
- 5 株式譲渡制限会社のうち、さらに定款に現行の有限会社型機関方試を選択する旨を定めた会社には、有限会社の機関に関する規律に相当する規制が適用される。この場合は、①法定の機関としての取締役会が設置されない。②取締役の員数は1人以上で足りる。③株主総会は、強行規定に反しないかぎり、いかなる事項についても決議できる。④監査役の設定は義務づけられない。⑤取締役・監査役の任期規制がない。⑥取締役の資格について、定款をもって株主に限定することも禁止されない（資格株の許容）。⑦取締役の選任決議の定足数について、特別の規制がない。⑧株主総会招集通知への議題の記載または記録を要しない。⑨各株主に単独株主権として総会における議題提案権が認められる。⑩総会の招集通知の短縮が認められる、などの有限会社型規律が適用され弾力化が導入される。当然、取締役会の権限とされたものは株主総会に移管される。

定款の定めによる会社規制の組み合わせで造られる会社類型の選択を認めるという方式は、イギリス会社法の立場に類似する。実際の選択が大会社についても中小会社についても、今後どのような会社類型に集約されていくか注目されるところであるが、ともかく中小株式会社の実体に適した運営管理機構を用意した点で、はじめての本格的中小株式会社法が成立することになる。これらの会社と有限会社法との関係をどう調整するかが再び重要な立法課題となっている。

(2004年5月14日講演記録)

追記

現在、現代化試案に対する各界意見の照会の結果を承けて、法律案要綱案（第3次案）が作成され、11月中旬に公表される予定とされている。また、6月2日に新たに会計参与の制度が設けられ、取締役と共同して計算書類を作成する会社の機関とされた。この会計参与には、公認会計士または税理士という会計の専門家のみが就任でき、取締役に関すると同様の規律が適用されることになった。また、要綱案

の第3次案では、有限会社を廃止し、新法施行後はその設立を認めず、株式譲渡制限会社に吸収するが、当分の間、「有限会社」の商号を使用し続ける会社については、旧有限会社法を適用するという経過措置を定めることとされた。

さらに、この要綱案では、株式会社の機関設計において、すべての株式会社に要求される共通の必置機関を株主総会と取締役のみとし、その他の各機関（取締役会、監査役・監査役会、会計参与、会計監査人または3委員会・執行役）は任意に設置できるものとしている（要綱案第2部第3・1）。その結果、以下のような会社類型の選択が認められることになる。

- 〔1〕 商法特例法上の大会社の場合は、従来型の監査役設置会社か新型の委員会等設置会社のいずれかの選択が認められる。これら大会社には会計監査人監査と連結計算書類の作成が強制される（同1（8））。会計監査人を設置するときは、監査役・監査役会または3委員会等のいずれかを設置し、株式譲渡制限会社以外の株式会社であれば、取締役会の設置が義務づけられる。
- 〔2〕 資本金5億円未満または負債総額200億円未満の中小会社でも、株式の譲渡制限を定めない会社は、取締役会を設置し、監査役または3委員会等のいずれかを設置しなければならない。
- 〔3〕 株式譲渡制限会社の場合には、次の3類型が選択の対象となる。
 - （1） 規模において大会社の場合は、譲渡制限があっても会計監査人を設置する必要があるため、監査役か3委員会等のいずれかを設置しなければならないが、取締役会を設置しないときは、監査役会または3委員会等を設置できない。従って、（i）取締役会を設置し、監査役・監査役会または3委員会等を置く類型と、（ii）取締役会を設置しないで、取締役および監査役を設置する類型とに分かれる。
 - （2） 大会社以外の株式譲渡制限会社の場合は、会計監査人を設置する義務はないが、（i）会計監査人を設置するときは、取締役会を設置し、監査役または3委員会等のいずれかを設置する類型、（ii）会計監査人を設置せず、取締役会を設置したうえで監査役を設置する類型、（iii）（ii）の場合に、監査役に代えて、会計参与を設置する類型、（iv）取締役会を設置しないで、取締役1人以上で、各取締役が会社の業務執行・代表権を有するのを原則とし（代表取締

役も選出できる)、監査役または会計参与を設置するか、会計参与を置いて監査役を省略する類型とに分けられる。取締役会を設置しない(iv)の類型の場合は、株主総会は強行規定に反しない限り、いかなる事項についても決議できる(要綱案第2部第3・1、2(1))。この(iv)の類型が、現行有限会社型とってよいであろう。

わが国株式会社の大部分が中小会社であり、また90%ほどの会社が譲渡制限の定めを置いている実情からすると、おそらくその大多数が上記の〔3〕(2)(ii)以下の会社類型を選択することになると思われる。