

## 〔行事記録〕

### 第32回 公開講座

# 新しい会社法の要点と活用法

久保井 一 匡\*

## 1 私と会社法のかかわり

ご紹介をいただきました久保井でございます。

先ほど山中先生には過分なご紹介をいただきまして、大変恐縮しております。

本日は、大変暑い中、しかも、お忙しい中をこの公開講座で私の講義を聴くために本会場に沢山の皆様にお越しいただいて、ほんとうにありがとうございます。

それでは、早速、本題に入りたいと思います。

お手元に簡単なレジュメを用意しておりますので、それをご覧になりながらお話をお聴きいただきたいと思います。

先ほど、私について山中先生がご紹介いただきましたように、私は43年前から大阪で弁護士をしております。民事・商事が中心ですが、いろんな仕事を扱ってきたわけですが、会社法につきまして、私はどういう接点を持っているかということをしただけ補足申し上げたいと思います。

私は、昭和35年に大学を卒業しましたが、その頃は、法律学の主流は民法・刑法、あえて言うなら憲法。憲法・民法・刑法というの

が勉強の中心であり、また学界でも私法学会、公法学会、あるいは刑法学会が中心でありました。会社法あるいは商法というのは、あまり人気のある科目ではなかったように思います。私なんかは大学の講義を聴いて、会社法というのは非常に分かりにくい、条文も沢山あるし、条文も長い、電話帳をめくっているような感じがいたしまして、うんざりしたという印象を持っておりました。しかし、司法試験を受けましたので、その基本科目のなかに商法というのがありましたので、やむなく鈴木竹雄先生が弘文堂から出されておったグリーン色の箱に入った教科書が一番コンパクトで、かつ権威がある教科書だったので、あれを何回も熟読して司法試験に通りました。通った後は、もう一切勉強しないで年月が過ぎました。弁護士になりまして、ほとんど会社法に関する事件というのはなかったのです。大体は取引に関するトラブル、あるいは不法行為が中心でありまして、たまに会社法に関するトラブルがありますと、それは、いわゆる同族会社のなかの身内の争い、親族間の紛争というようなものがほとんどで、大企業は長く安定した時代が続いたこともありまして、

編集部注\* 関西大学大学院法務研究科教授 本稿は、2005年6月14日開催第32回公開講座の記録に加筆修正したものである。

会社法らしい紛争というのはほとんどなかった。強いて言うならば、株主総会を食いものにしております総会屋が企業の中に乗り込んで来て自分の思うようにならないとトラブルを起こす。そういうことから総会屋と会社との間の紛争が判例になって現れているという時代が続いたと思います。だから、口の悪い学者は、会社法の判例は総会屋によって作られていっているというようなことで、まともな紛争というのはほとんどなかったという時代が続いたと思います。後でも触れますが、いわゆる日本型経営がすごく順調にいった時代が続いておりましたので、商法というのは、あまり活用する必要のない時代が続いたと思います。

私も、そんなことで取引法とか不法行為については勉強しましたが、会社法については勉強をほとんどしないまま年月が過ぎ去りました。私も、中小企業、大企業の顧問弁護士を頼まれてしておりましたが、ほとんど勉強しなくても役目を果たすことのできるような状況であったと思います。

ところが、ご承知かも知れませんが、昭和56年にいわゆる商法の大改正がありまして、これは今の改正に比べれば、極めてちやちな、十分の一にも及ばないものでありますが、当時としては商法の大改正ということで、法律学者あるいは実務家の間でかなり話題になりました。その中心は何かというと、要するに、総会屋対策あるいは会社をめぐる不祥事件、ロックド事件など、全く株主総会も、取締役会も知らないところで会社のトップが何億円という金を政治家に渡していたという事態が発生して「こんなことで果たしていいのか」ということで不祥事を防ぐための会社法の改正というのが、初めて本格的に手をつけられ

ました。そのときに、いわゆる単位株制度というものが設けられた。千株を1単位として一つの議決権を与えることにするという簡単な制度ではありますが、私は弁護士でありながら、単位株とは一体何なのか。その改正作業にほとんど関心を持っていなかったのも単位株制度というものが議論になったときによく分からなかったのです。それでいろんな本を読みました。当時は東大の竹内昭夫先生が会社法の中心人物でありましたが、その先生の本を読んでもよく分らなかった。ところが、ある証券会社の付属研究所の出している簡単な解説書に目を通しましたら、それが非常によく分かる。「なるほど、こういうことが論議されているのか」ということが初めて分かりまして、弁護士としていささか恥ずかしい思いをしました。その本を読みますと、日本の会社の実態が非常に実証的に書いてある。株主にはどんな人が多いか、経営者はどんな人がなっているのか、アメリカやヨーロッパの会社と日本の会社はどんな点が違うのかというようなことがリアルに実証的に書いてあり感動しました。それで私は、それ以来、会社法のとりこになったというか、それまで関心のなかった会社法に非常に興味を覚えるようになりました。その結果私は、簡単な「改正会社法の要点」という小冊子を出したところ、それが会社法が理解できなくて困っている実務家、とくに弁護士に非常に受けましてアツという間に2,000部以上——これは無料でありましたから出るのは当たり前ですが——出ていきました。それ以来、会社法に興味を持っているために、今日、こういう場所でお話をする機会を与えていただいたということでもあります。

しかし、当時の改正というのは、先ほど申

しましたとおり今からみるとほんとうに大したことはないのです。その後、平成に入ってから、数え方によりますけれども、13回の改正が行われ、一つ一つ非常に重い内容を持っていて、簡単には理解できないと言われておりますが、確かにほんとうに激しい時代の流れ、日本型経営の見直しを迫られている日本の経済の状況が、この会社法の改正という作業に反映していると思います。

## 2 今回の改正の概要

ところで、今までは日本の国には会社法という法律はなかった。商法の中に会社編というのがあり、有限会社法があり、それから、商法特例法があり、様々な法律があちこちに分散しておったわけですが、今度初めて、これを一つの法律としてまとめ、独立法典としての会社法にするという作業がなされることになったわけであります。

基本は、明治32年の商法であり、そして昭和13年の有限会社法が基礎になっているわけですが、それからしますと、ほんとうに久しぶりの大改正であります。この会社法は、現在、衆議院を通過して参議院に回っております、間もなく国会を通過するであろう。国会は当初の予定は6月で終るということになっていたのですが、延長されることになりましたから、8月10日頃まで延長されると思いますが、いずれにしても、今国会中に新しい会社法が成立して（平成17年6月29日成立しました）、おそらく来年の5月1日には、ほとんどの規定が施行される。ごく一部、いわゆるエムアンドエーに関する部分が1年先に延ばされるというふうに伝えられておりますが、ほとんどの規定が来年の5月から施行されるということになります。

この法典は、まだ六法全書に載っておりません。そして、本来なら講義の資料として新しい会社法典を今日お配りすべきだろうと思いますが、非常にボリュームが大きくて、本屋さんでは自分が作ったものでもないのに、会社法の法案を一冊の本にして売り出して儲ける、丸つきりそのままでは良心がとがめるとみえて、ごく簡単なコメントを付けて売り出しているということですが、それだったら、私も売り出したらよかったなと（笑）。法案はちゃんとあるわけだし、それにコメントをちょっと付けるぐらいで、それが何千と売るのであれば、かなり儲けるチャンス逃したなというふうに思わないわけでもありませんが（笑）。今日はお配りいたしませんでしたが、今日は今回の改正の基礎となっている会社法制の現代化に関する要綱を中心にお話をします。これと現在法案として出されているものとの間に若干の齟齬があります。例えば、衆議院の段階で削除された条文もあります。たとえば、179条ですが、要するに、自己株を市場で売却できるという規定を置こうとしたのです。それは完全に自由に売却できるんじゃないのですが、合併とか買取請求権を行使された結果、会社が自己株を持った。任意に取得したものはだめなのですが、そういう自己株を市場で売却できるという規定を179条で置いているわけですが、それが、やはりインサイダー取引なり、相場操作なり、いろんなリスクがあって時期尚早であるということで衆議院の段階で与党の方も撤回して削除したということですから、全体は、979条の大法典なんです、そのなかの179条は既に法案が成立したときから欠番になっています。今までだと、法案のある条文がなくなれば1条ずつずらしてきれいな条文にするの

ですが、なにせ979条もありますから、一つの条文を落せば、それを全部訂正しなければいけない。そうすると、それは非常に煩わしいのです。だから、今までこういう例はなかったのですが、法律ができたときから一つの条文が既に欠番になっています。参議院でまた審議がありますから、参議院でまた一つ、二つ落されるかも分からないというようなこともあります。そんな状態です。

新しい会社法が制定されたというと、今までの会社法と全く違うものがいっきょに979条も新しく制定されたように思われる方もおられるかも知れないのですが、それはそうじゃなくて、今回初めて新しく追加されたものは、この中の一部でありますから、新会社法は千条近くもあって勉強するのが大変だというふうに言う人もいらっしゃるけど、それはちょっと言い過ぎでありまして、あちこちに散在しておいた条文を整理して一つの法典にまとめただけで、その機会に直された部分が入っているというだけであります。私の今日の話も70分という限られた時間です。今回変わったところの主なものをお話することにとどめないと、数年前から既に改正がなされた分まで含めて話をした方がほんとうは全体の理解ができるのかもわからないけど、それだったら全然時間が足りませんので、今回改正部分を中心にお話したいと思います。

今回の改正で、一体何をやったのかということですが、2つあります。一つは形式を整えたことあります。それは先ほどから何回も言っているように、法典を一つにまとめたということと、それから、カタカナをひらがなに直して分かりやすくし、昔、使われていた漢字をやさしい最近の漢字にしたというこ

とです。お手元に法典をお配りしておりますので、その例を申し上げるのは難しいのですが、要するに、分かりやすい現代化ということで、民法の現代化、商法の現代化と云ってすごく大げさな名前がついておりましたが、要するに、明治時代の古いカタカナの表現を今の時代にふさわしいひらがなに読みやすくしたということでありまして。これは民法も共通でありますし、今、国際私法についても現代化作業が行われておりますが、現代化ということが一つであります。その機会に、実質的な少しの修正を混入しております。たとえば、どういうことかという、営業の譲渡については、営業の全部の譲渡又は重要な一部の譲渡については、取締役会だけではできない。株主総会の特別決議が要するという条文がありますが、学者の間で、営業の譲渡というのはよく分からない。だから、この際、営業という言葉をやめて事業の譲渡という言葉にしよう。あるいはまた、重要な一部というのは、一体どのぐらいの割合を言うのか、その点が分からないじゃないかということで、数値化した方がいいんじゃないかということで、他の規定との整合性を考えて、5分の1以上を譲渡する場合を重要な譲渡ということを経営の中に入れてしまった。こういうのは、言ってみれば形式を整えたというよりも実質的な改正であります。ただ、その重要な一部の重要を5分の1じゃだめだ、7分の1、10分の1も重要な一部だと言いたい会社は、定款の中にそれをうたえば、その会社は10分の1以上を重要な譲渡、つまり株主総会の特別決議が要する譲渡の中に入れてもよろしいというようなことになりました。民法の場合もそうですね。現代化の際に、民法709条の表現なんかも通説に従って少し変わ

っています。

もう一つは、機械的に一つの法典にまとめますと、ものすごく量が多くなるので、なるべく概念を整理して条文を少なくしたい。それが法務省の念頭にありましたから、ひらがな化をするついでに概念の整理が行われているところもあります。

それから、たとえば株主平等の原則は、会社法の基本原則と言われておりますが、今まではそれに該当する条文はなかった。それはやっぱり拙いだろうということで、今度は新しい法典の109条に株主平等の原則、これはもう当然のこととされていることですが、今回の新しい会社法では、それを明文化した。ただし、例外規定もありますから、例外規定についても明文化したということでもあります。

そして、会社については、いま大変な論争が起きている。会社法はかつては地味な学問だったというと商法学者に怒られますが、民法学者、刑法学者が威張っておって、商法学者はどちらかという、少し退いた存在だったのが、今や会社法が一番人気のある社会的に注目される学問になっています。それはわが国の会社にとってきたいわゆる日本型経営が果たしてどのようにこれから変わっていくべきなのか、「会社は誰のものか」という大論争が起きているからです。そのなかで、会社は株主のものというアメリカ型の哲学が正しいと言えるのかどうか。いま、会社法の哲学が問われています。日本の法体系というのは、民法はフランス系でボアソナードの民法が原案になって巢立ち、商法は、明治32年にできた会社法の基になったものは明治20年代にヘルマン・レスラーというドイツ人が日本の商法典の原案のようなものを作っています。それは、ドイツ型の、規制型と言いますか、

非常に堅苦しい商法。ドイツは確かに自動車一つとってもがちりしている。法体系もがちりしています。そのドイツ型の会社法が今一連の流れのなかでアメリカ型の会社法にシフトしていつている。そういうような歴史がここ10年ぐらいの流れの根底にあるものだろうと思います。

いずれにしても、そんなことで、今回は基本的には形式的な改正が中心ですが、主は、実質的な改正もかなり入っています。そして実質的な改正については一体今回の改正では何がなされたのかということについては、細かいところも一杯ありますので一口では言いにくいのですが、やはり一つは、中小企業の促進という面が非常に大きいわけでありまして。大企業に関する改正は、今回はそんなに多くはない。それでもかなり重要なものがあります。

東大の江頭憲治郎教授が法制審議会の今回の改正の最高責任者で、あちこちで今回の改正の講演をされておられまして、本にも書いておられますが、その先生が乱暴な要約とお断りをなさっておられますが、その乱暴な要約によれば、今回の改正は5つのポイントがある。一つは、有限会社の廃止、後で言いますが、有限会社をやめて株式会社の譲渡制限付会社に一元化した。それから、もう一つは、LLC、合同会社というものを作った。3番目が会計参与という制度を導入した。4番目が組織の変更、企業の再編の柔軟化。合併とか組織再編を容易化する。5番目は、剰余金の分配などで、経営者の自由度を高めて、たとえば利益配当なんか自由自在に行われるようにするなど剰余金の分配手続を自由化した。乱暴に言う、この5つが今回の改正のポイントであるというふうにおっしゃって

ます。

実際の中身を見ますと、その5つのポイントで整理できるかという、細かい点が一杯変わっておりまして、必ずしも正しいと思いませんが、しかし、お忙しい皆さんが今回の改正で何が変わったんですかと人に聞かれたときに、一言で言うとそうなるんだという説明をなさっておられます。

そしてまた、どういう意味を持つ改正かということについては、読みにくいコピーですが、法務省が一般用に出しておられる資料1を見ますと、1、2、3、4という柱を立てて、一つは利用者の視点に立って見直した。具体的には株式会社と有限会社を一元化したということとか、その他最低資本金制をやめたとか、そういう点を第1のポイントとし、第2には、会社経営の機動性と柔軟性を向上させた。これも後で説明しますが、機関選択の自由、様々な資金調達の方法についての自由化が進んで経営者の自由度が大幅に高まったということ。3番目は、会社経営の健全化を促進した。株主代表訴訟を合理化したとか、あるいは内部統制システムを義務化したとか。それから中小企業を念頭においた会計参与の制度を導入したとか、それは会社経営の健全性を確保するための方法であるというふうに説明しております。そして、以上3つの柱に入らないものを、その他として、新たな会社類型を設けたとか、特別清算制を見直したとかいうのが出ています。だから、会社法案の性格づけから言うと、この4つぐらいの柱になって、その具体的な中身は、この法務省のペーパーで例示しているようなことがあげられている。これは私のこれからの話の中身に入っていきますので、大体のことを念頭に置いていただいたらいいと思います。しかし、

一言でいうと、要するに、ドイツ型の堅苦しい商法からアメリカ型の自由な商法への変更。これは日本社会全体が、ある意味ではアメリカの圧力に抗しきれずに適応せざるを得ない面もありますが、商法も他の法制度と同じようにドイツ型、ヨーロッパ型の法構造がアメリカ型の法構造にかなり大きくシフトしてきているというのが、今回の改正の特徴だろうと思います。

### 3 会社の形態と設立

そこで、中身の話に入りますが、まず会社の形態についてあります。有限会社を廃止したということでもあります。現在、日本の会社の数は荒っぽく言うと、有限会社が150万、株式会社が100万、正確に言うと有限会社は180万近くあり、株式会社は110数万近くあると言われておりますが、長い間、150万対100万というふうに私は教えられてきておりましたが、そういうことで会社のなかで圧倒的に有限会社が多い。その有限会社をやめて株式会社に一元化する。株式会社といっても、株式の譲渡について取締役会の承認がなければ譲渡できない株式譲渡制限会社。このことを非公開会社とか閉鎖会社という言葉を使っておりますが、この会社と有限会社を一元化するということです。一元化するということは、有限会社の仕組みを譲渡制限付株式会社のなかに全部吸収したということでもあります。ただし、既存の有限会社を全部なくするという意味ではなくて、180万もある有限会社をなくするのは不可能ですから、これはそのままでもよい。ただ、おそらく定款を変更して譲渡制限付株式会社に直す。つまり、株式会社組織を変更するところが圧倒的に多くなるんじゃないかというふうにみられております。

また、会社類型として新しい会社法では、株式会社とその他の会社、その他の会社というのは持分会社です。株式と言わずに持分といいます。有限会社は今度なくなります、新しくできる合同会社。そして既にある合名会社、合資会社はそのまま今後も続くわけです。合名会社については、日本で大体2万弱、合資会社については、日本全体で8万から9万ぐらいの会社がありますが、合名会社、合資会社というのは今までどおり。合同会社と合名会社と合資会社の3つは新しい法典のなかでは、持分会社という概念で整理しております。だから、会社は株式会社と持分会社に別れる。持分会社は合同会社、合名会社、合資会社の3つに別れるということになるということでもあります。

合同会社についての説明は、ちょっと後にいたしまして、今回の商法の改正の最大の目玉は、最低資本金制を撤廃するということがあります。ご承知のとおり、今から15年前の平成二年の商法改正で株式会社は1,000万円以上の資本金がなければいけません。有限会社は300万円以上の資本金がなかったら設立できないという法律を作りました。それは何のためかということ、債権者に対して、それなりの体力というものを義務づけなければいけませんということで作って15年経ったわけですが、これをやめることにしました。なぜかということ、要するに、300万円なかったら有限会社ができない。1,000万円なかったら株式会社ができないということになると、金持ちでなかったら起業ができない、新しい事業を起こすことができない。そういうことでは日本の企業の再生、日本の経済の再生はできない。やはり、お金がなくても意欲のある人は会社が作れるような会社法にしなければいけません

ことで、ベンチャー・ビジネスを促進するために、かなり乱暴に最低資本金制を撤廃して1円以上であればいくらでもよいことにしました。しかし、1円でモノを仕入れると言っても不可能です。だから、どうするかということ、初めから借金をしてモノを仕入れて売って儲けて返したらよろしいということですから、債権者としては少し不安であります。金が全然ないのに人のふんどしで相撲を取るようなことを正面から認めるわけですから、債権者保護はどう考えるかということで、立法過程で大分論争になりました。法制審議会では、債権者の保護の方法というのは、何も最低資本金制によって担う必要はない。最低資本金制といっても、たとえば300万円払い込んで事業を始めても、その300万円の金はずっと預金通帳のなかに沈殿させておくわけじゃないのですから、すぐ使ってしまう。モノを買ったり人を雇ったり事業所を借りたりして使ってしまうわけだから、そういうものが別にそこにあるわけじゃないから債権者保護といったって大した意味はない。だから、そんなものにこだわるよりも、金がなくても会社が作れるように道を開く方が今の時代では重要なんだという政策判断で廃止したわけです。

それから、もう一つは、そもそも債権者というのは人にモノを売るときに、相手の状態をよく見て売るべきだ。だから、相手の会社の経理状態、計算関係を十分に開示させる。会社がどういう会計状態、資産状態、負債状態になっているか、計算関係をディスクローズを十分させることによって債権者に自己防衛をさせたら足りるじゃないかという考え方。あるいはまた、取締役の責任追及という道もあるじゃないか。泡沫会社をどんどん作って

金は全然ないのに人を騙して商売をして設立した直後に倒産するような場合は、そこに設立した経営者（取締役）の第三者に対する責任。現行商法で言うと、266条の3で、取締役の責任追及によってカバーすることもできるじゃないか。また、場合によっては、法人格否認の法理、それは会社といっても実体がない、個人と同一視できるのだから個人そのものに債務の弁済を迫るという判例もあるじゃないか。だから他の手段で債権者は救済したらいいんで、何百万円というような資本金を法律上義務づけるということは適当でないということで、最低資本金制をやめたわけがあります。これはいきなりやめたかということ、そうではなくて、経済産業省が商法の改正に先立って特別に新規事業促進法という法律に基づいて実験的に何年間かやって、それが非常に評判がよかったので商法にも取り入れたという経過があります。

最近の商法の立法なり改正は、法務省主導から経産省に主導権が移りつつあるような感じもいたします。今回の商法の改正でも、たとえば敵対的買収についての対応策というようなことも、どちらかというところ経産省のなかの研究会が中心で動いております。この最低資本金制の撤廃についても法務省の考え方というよりも経産省のなかで特別法で新規事業の創設者だということを役所が確認した場合には、資本金は1円でもいいというような確認会社と一般に言われておりますが、そういう制度を作って、それを今回の商法でも取り入れたわけがあります。

それから、設立手続を容易化するということは、あまり詳しく申しませんが、要するに、できるだけ会社の設立がスムーズにいくように簡略化いたしました。たとえば、現金の払

込にかえて不動産を出資の対象にするような場合は、そういうものについて検査役の選任が要るとか要らんとか。その基準が500万円以下とか何分の1以上という場合は、いろいろな基準があったわけですが、そういうものは最小限度のことにして、設立を容易に進められるようにしたということでもあります。

そして、何よりも大きいのは、これは機関の説明にもなるのですが、譲渡制限付の株式会社は有限会社と同じシステムを取ることにしたという結果でもありますが、最低、取締役は1名でもよいし、その場合に監査役というものも要らないというような制度。これは有限会社が現在取っているシステムであります。株式会社についても、そういうことを認めた。なぜ認めたかということ、いまある株式会社は、取締役3名、監査役1名の4名の人間が要るんですが、実際には事業を起こす人一人以外はみんな、友だちだとか、自分の嫁さんだとか、あるいは息子だとか、あるいは親戚だとか、名前を借りているだけで実際には取締役としての仕事をしていない。監査役というのも知人の名前を借りるだけで、給料も払わなければ仕事もしていない。そういう名目的な役員が大変多いという実態からすると、やはり、初めから取締役1名監査役なしの最小限度でいい。本人さえ事業をやる気であれば、会社は作れるという制度にした方がいいんじゃないかということで、こういう制度に踏み切ったのです。

そして、さらに商法の19条の類似商号の制度をやめてしまった。同一市町村の中では類似商号を使ってはならないという規定が現行商法にあるのですが、これもやめてしまったのです。ただ他人の有名な商号を自由に使ってよいかということそれは、不正競争防止法等



他の法律に違反しますから認められました。何のため商法19条を削除したかという、会社を設立するときに類似商号があるかないかの調査に時間がかかって面倒くさい。司法書士さんとか、われわれ弁護士は、会社の設立をするときに、そのために何日間もむだにする。大阪法務局には、不動産登記の相談と商業登記の相談があって、その商業登記の相談のところへ行っているいろいろ相談をしたり、あるいは調査をしたりするわけです。また、それを調べる調査会社もあって数万円の金を払ったら調査してくれますが、そういうこともあって、なるべく会社が簡単に作れるようにということで撤廃したわけでありました。

つぎに合同会社というものを新しく作ったというのが、今回の目玉の一つだと言われています。しかし、これは立法担当者が考えているほど値打ちがあるかどうか疑問だと言われていると思います。せっかく有限会社をやめて株式会社一元化しながら、また合同会社を別に作るのだったら一緒じゃないかという感じがするかもしれませんが、それは違うのです。どこが違うかという、合同会社というのは、要するに、内部は完全に自由に契約によって決められる。株主平等の原則とか社員が同じ権限を持つとか、そういうことはないのです。完全に契約関係によって自立し、対外的には有限責任です。こういうものはLLC（リミテッド・ライアビリティ・カンパニー）としてアメリカでものすごく成功しているのです。10年間で80万社のLLCができています。それはIT関係とか、それから建築事務所とか、あるいはまた会計事務所なんかが多いそうですが、これを日本でもやるべきだということで、有限会社をやめて合同会社というものを作った。しかし、これには大きな

問題点があります。それは何かというと、アメリカの場合は、合同会社（LLC）に対して法人課税をしない。ところが、日本の合同会社については、まだ法律はできておりませんが、法人税の課税を免れないということを税務当局が現在ずうっと言っているわけでありました。

パススルーという言葉があります。それは要するに経営者が自分の他の所得と一緒に通算して所得税を納めるだけで法人税として別途納めることは必要ない制度をパススルーと言いますが、それが認められないとなるならば、果たして合同会社を作っても、どれだけ利用する人がおるかというふうに悪口を言われているのが、現在の実情であります。

そこで、LLCに似て、LLCと違うものをもう一つ作りました。それがLLP（有限責任事業組合、リミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ）カンパニーにするから法人税がかかる。カンパニーにしないで単なるパートナーシップであれば法人税は課せられないということで、このLLPというものを独立法典として、これは会社じゃないから商法じゃなくて有限責任事業組合法という別の法律で一足先に火がついて、もう既に法律が国会を通過しております。施行も商法よりも先に先行しています。これは経営者が他の自分の個人所得の損益と通算して課税の申告ができるということになっておりまして、これはかなり使われるのではないかと。立法担当者は法律事務所とか会計事務所とか建築事務所はこういうものを使ったらどうですかというようなことを言っておりますが、どうなるか。いずれにしても今後の様子を見なければならぬところであります。

#### 4 機関設計の簡素化・多様化

それから、機関設計の多様化について説明しますが、資料1の裏に、今度の商法では、現行の商法と違って会社の規模によって機関を作ったり作らなかつたり、いろいろ機関の設計が柔軟に選択できるのが、今回の商法の一つの大きな目玉になっておりまして、この表を見ていただきますと、左側の別表1の1というのは、現行の機関設計で小会社、中会社、大会社、有限会社それぞれの機関設計であります。右側が改正後の機関設計として中会社、小会社、大会社それぞれどういう機関設計が選択できるかということが一覧表に書いてございます。この表を見てみると、皆さん頭が痛くなるでしょう。私ですら頭が痛くなる。実際、文章化したら何でもないことでありまして、資料2の4ページの第3機関関係というところを見ていただきますと、文章を読めば非常にすっきりと頭に入ります。まず、何が書いてあるかと言いますと、株式会社の機関の規律の柔軟化を図ることとし、取締役は3人で監査役は絶対要るといようなことはやめて、次に掲げる原則のもとで各機関を任意に設置したり設置しなかつたりすることができる。まず、第1の原則は何かというと、すべての株式会社には、株主総会が要る。これは当然です。株主総会のほか取締役を設置しなければならない。取締役は1人でもいいんですね。取締役会を設置するかどうかも自由なのです。

2番目に、取締役会を設置する場合には、そのときに限って監査役又は〇〇委員会、これは詳しく説明しませんが、委員会設置会社の〇〇委員会のいずれかを設置しなければいけません。しかし、その場合でも、大会社以外の譲渡制限会社の場合は、会計参与を設置す

る場合は監査役も要らない。

3番目に、株式譲渡制限会社以外の株式会社は、取締役会を設置しなければいけません。それから、監査役と〇〇委員会とは共に設置することができない。

4、5、6も省略しますが、極めて当たり前といいますか、特別に一覧表にするから分かりにくくなるので、文章の方を読まれた方がよく頭に入ります。要するに、そういう機関をかなり柔軟化した。身体の高い人にも小さい人にも太っている人にも痩せている人にも同じ服を着せようとしておった現行商法をその人、その人のサイズに合わせて機関を簡略化することができる、柔軟に選択できる道を開いたというのが、今回の商法の狙いがあります。

法制審議会では、どの範囲で取締役会の設置を義務づけるかとか、監査役をどの範囲で義務づけるかという、その範囲について、かなり論争があつて立法過程では、かなり紛糾したようですが、そんなことは皆さんには関係のないことで、出来上がったものを勉強していただいたら十分であります。

#### 5 経営の自由度の拡大

続きまして、経営の自由度の拡大であります。これは機関設計を多様化しただけじゃなくて、たとえば取締役会の権限を拡大したということでもあります。ご案内のとおり、平成14年の委員会設置会社については、配当金を総会の承認を得なくても取締役会で配当ができるような制度を設けておりました。しかし、従来の監査役設置会社については、そういうことを認めないということになっておった。当時は、委員会設置会社に追い込みたい、なるべく誘導したいということがあったので餌

をまいたんですね。委員会設置会社を採用した会社には恩典を与えたわけですが、しかし、今になって考えてみると、そういう差を設ける合理性はないということで、これは取締役会で同じように配当などの剰余金の分配ができるようにした。ただし、条件があって会計監査人が置かれている会社で、しかも、取締役の任期が1年の企業に限るというようなこととなります。しかし、役員賞与はだめ。配当金は株主に渡すのだから取締役会が決めるといいけれども、役員賞与というのは自分が貰うんだから、やはり株主総会の承認が要するというのであります。

それから、現物配当を解禁する。株主総会の特別決議があれば現物配当を解禁いたしました。現物配当というのは、その会社の製造しているモノをやってもいいし、極端に言うとな動産を配当する。これは理論的な問題で、実際にはないでしょうけど、金銭以外の配当の道を開いた。

それから、市場によらない特定の株主からの買取について、これを株主総会の特別決議があれば、いつでも可能にした。従来は自己株式を会社が買い取るということは、剰余金の処分と同じ意味を持つから定時総会でなければだめということになっていたのを定時総会でなくてもいい、臨時総会でもいいということにしたということでもあります。

それから、配当回数の制限を撤廃して、年2回の配当に限らず、何回でもできるということにした。こういうことが果たしてほんとうにいいことなのかどうか。私は非常に疑問に思います。アメリカ型の目先の利益、短期の利益を重視する経営システムであって、日本型の経営は長期の会社の繁栄、従業員の幸福ということも含めて経営をするというのが

日本型経営の特徴であります。そういうものをあえて商法を改正して、そういうアメリカ型の目先、4半期ごとに儲かった金を分けてしまうような、内部留保はなるべくしないという考え方の経営が私は適切とは思いませんが、そういうことをやろうと思えばやれる道を開いた。4半期ごとの配当も可能な道を開いたということでもあります。これも委員会設置会社については、前からできることになっていたのを監査役設置会社についても同様のことをしたということでもあります。

委員会設置会社というのは、すごく何か委員会が意味があるように見られるかも知れませんが、実体は、要するに社外取締役を採用している会社というふうに理解してもらった方が実体の認識としては分かりやすいし、正しいと思います。時間がないので、そういう各論の説明はいたしません。

それから、定款自治であります。今回の商法は定款の自治の範囲を拡大しました。今までは商法というのは民法の契約自由の原則と違って強行法規が原則で、任意法規というのは例外なのだ。だから、定款で何でも決められるということにはなっていないのですが、今回の商法改正で、定款自治の原則——全面的ではありませんが——で、かなり定款によって決められる範囲が拡大したということがあります。例えば合併の決議要件を4分の3から5分の4にするとか、そういう特別決議の要件を定款で嵩上げすることも可能にしたということでもあります。

## 6 組織再編の促進と敵対的買収について

それから、組織再編の促進と敵対的買収の問題については、これが今、会社法の最大の重要論点になっております。要するに、今ま

で日本の社会では、敵対的買収というのは極めて例外的な事象であったにもかかわらず、ここ1、2年前から大変これは大きな話題になってきました。一番大きな話題になったのはニッポン放送の株をライブドアのホリエモンさんが立会い外取引を利用して、アツという間に株を買い占めて大きな騒動になった。しかし、その前にUFJ銀行をめぐって東京三菱銀行と三井住友銀行がマスコミ注視というか、国民監視のもとで大変な奪い合いをした。ああいうことは日本の社会ではなかった。三菱と住友といったら日本の超トップ、その超トップがUFJ銀行の取り合いをしたというような現象が起きたために、もう誰でもやってもいいということで、敵対的な買収に対する罪悪感というか、反社会的な評価がうんと薄まってしまった。今では電車に乗って、子どもが親と会話をしているのを聞いておられます。「お父さん、フジテレビとライブドアはどちらが勝つの。今度の仮処分はどうなるの」と、小学生ですら電車のなかでそんな話題にする時代がきているわけであり、ほんとうに会社法がお茶の間のなかに下りてきた。時々、ニュースショーを見ていると、毎日、毎日、ニッポン放送・ライブドアの事件でした。このライブドアの事件が、まさに会社法を国民のなかに下ろしたということが言えると思います。昔と違って今は民法や刑法よりも会社法が法律の一番のチャンピオンであり、一番の花形という時代がきた。非常に私は昔と違ってきたなあというふうに思います。

この敵対的な買収を容易化する方法で、これも詳しく言っているときりがありませんが、要するに、対価を柔軟化するという。対価を柔軟化するというのは、要するに、A社

とB社が合併する。そうすると、存続会社と消滅会社が出てくる。消滅会社の株主に対しては、存続会社の株を渡すというのが現在の商法の原則であります。要するに、合併された方の会社には合併する会社の株を渡さなければいかん。それを株を渡さなくともいいということになり、かなり乱暴であります。要するに、お金を渡して放り出す、キャッシュアウト。今までだったら、100%子会社にできなかったのです。どんな小さな株主でも存続会社の株を、それに応じた株を渡さなければいけなかったのを合併対価を現金でもいいし、不動産でもいいし、何でもいいことにする。この点は大変ライブドアの事件が発生した後、こんなことをしたら大変だということで、一応、国会は通すけれども、施行は1年後に。ほかの部分は来年の5月から施行するけれども、この部分は1年延ばすということになりそうですが、しかし、これも大変大きな意味を持っているところで思います。しかも、今、日本の商法に基づいて外国の会社ができております。しかし、それは本国の会社の株は値段が高いから本国の会社の株を合併の対価として払うということを認めろということをして在日アメリカ商工会議所から強く言われて、そういうものを認める方向にいきつつあります。現在、本国の会社の株そのものを渡してはいかん。しかし、本国の会社が日本の子会社に対して株を譲渡して、そして日本の子会社が本国の会社の株を使ってやる場合は認めるという方向にいきつつあるわけであり、

そのほか簡易合併は5%を20%に拡大しました。あるいは9割以上の株を握っている子会社の場合は、相手の会社の総会決議しか要らないという、かなり乱暴な少数株主の無視、

株主平等の原則というものを全く無視したような規定であります。新しい商法は、今までなかった株主平等の原則を明文化しながら、一方では乱暴に少数株主を放り出すという矛盾した扱い方をしているんじゃないかという感じがいたしますけれども、しかし、この略式合併を採用するというようなことにいたしております。

## 7 株主代表訴訟の改革

さらに、株主代表訴訟制度の改革ですが、これも2つの側面があります。一つは、やり過ぎの代表訴訟をコントロールすることです。もう一つは、不合理な代表訴訟の却下決定が出ておりますが、そういうものをなくするという2つの側面がありますが、まず、経済界は代表訴訟があまりにも猛威を振っているから、経営者が萎縮するので、行為時株主の原則、たとえば会社の役員や社長が悪いことをしている。悪いことをしたときの株主は訴えることができるけれども、その不祥事から何年も経った後で株主になった人まで原告適格を与える必要はないんじゃないかということ。そういうことは私も採用してもよかつたんじゃないかと思いますが、見送られました。その代わりに株主権の濫用と思われるようなものについては、門前払いをする道を設けたわけでありまして。資料2の10ページの(9)の株主代表訴訟のところ、株主代表訴訟は新しい法典には雑則という第8編に入っておりますが、株主代表訴訟を提起することができない場合としてイとロと2つあげておりましたが、ロは衆議院の審議の段階で落されました。つまり削除されたわけです。イだけ残りまして、参議院で落ちるかどうかわかりませんが、今のところイが残っており

ます。要するに、当該訴えの提起につき、当該株主が自己もしくは他人の不正な利益を図り、また会社に損害を加える目的を有する場合には、訴えはできない、門前払いができるということでありまして。ただ、ロはこれと併せて、会社に多大な費用の負担が生じた云々とあって、こういうものまで認めたら全部あてはまるのではないかということで、これは民主党の強い反対で自民党と公明党が修正案を提案してロは削られたということでありまして。イについても、実際どういう場合が悪意とか不正の利益を図るためだとか、そういうふうになるのか、おそらく現在ある担保提供制度の運用に近い。いま不当な株主代表訴訟については、担保提供の申立てを会社が原告に対してできる制度があります。あれと同じような運用が図られるのではないかと思いますが、この規定を設けたということでありまして。

そしてまた、もう一つは、原告適格の喪失の見直しというのは、どういうことかといいますと、要するに、平成9年に持株会社が解禁されまして、純粋持株会社ができるようになりました。それを受けて持株会社、つまり100%親会社を作ることがしやすいような仕組みとして株式移転、株式交換、株式分割というような制度が整備されました。それで続々と持株会社ができるようになりました。そこで株主代表訴訟を株主が起こしておったところが、株主総会の特別決議によって自分の株が元の会社の株じゃなくて持株会社の株に強制交換されていた。そうすると、原告適格がないということで訴えを却下される。そういう判例が日本興業銀行の株主代表訴訟について、平成12年に出て、次々と東京と名古屋で3つぐらい判例が出たのです。その結果、ほんとう

は不正行為があつて正当な株主代表訴訟なのに、裁判の途中に却下されるということがあつたので、今回の商法では、それはやっぱりあまりにも不合理ということで、そういう場合には原告適格は失わないという規定を設けることになつたわけでありませう。

これについても、参議院で参考人として早稲田大学の浜辺陽一郎と言う教授が陳述しておりますが、今の改正程度では不十分だ。もっと踏み込んだ改正をすべきだと言つておりますが、時間の関係で説明を省略いたします。

## 8 基準日後の株主の議決権容認

次は、基準日後の株主の議決権の容認であります。議決権は3月31日の株主表記に議決権を与える。基準日を3月31日に設定するというのは普通であります。その後株主になつた人にも議決権を与えることができるようにしました。これはどういうことかという、個別的にそういう必要があるというよりも、無理を言つて新しく増資をしてもらった。第三者割当増資なんかで3月31日以降に払込をしてもらったのに、議決権を与えないというのは、これでは増資をお願いしにくいというようなことがあるために、基準日後の株主であっても会社側の判断で議決権を与える必要がある場合には与えてもよろしいということになりました。ただ、Aさんは気にしているけど、Bさんは生意気だから与えないという個人的な差別ができるかどうかは疑問であります。一応会社の裁量によって議決権を与える道を開いたということでありませう。

## 9 取締役の責任

それから、取締役の責任を無過失責任から

過失責任にしたということでありませう。原則として責任というのは過失責任が原則ですが、現在、たとえば利益相反取引の過失責任、利益供与の損害によって会社に損害を与えたような場合は無過失責任になっているのを、それを過失責任にしようとした。ところが、レジュメの3ページ上から2行目にある利益供与の過失責任化は衆議院の段階で削除されました。だから、これは無過失責任のままです。これも民主党の反対を取り入れて利益供与による賠償責任については直接の瑕疵については過失責任化にならなかつた。

## 10 取締役会の書面決議

それから、取締役会の書面決議ですが、これはすべての取締役が議案に賛成し監査役も異議を述べなかつたときに限ると言つては、こういう制度を設けるのは、これは非常に問題だと思つては、これは非常に問題だと思つては、それでなくても取締役会なんてほとんど開かれていないのに、開いたことにして済ませている会社。一部上場会社の西武鉄道でさえ7年間取締役会を開いてはなかつた。そういうことがあるのに、今回の会社法で書面決議を容認することになれば、拍車をかける。全取締役が議案に賛成し監査役が異議がないといつたって、ほとんどこの要件を備えますよ。同意をせよと言つたら同意をしない取締役はめつたにおりませんし、監査役で異議を言う監査役なんかおりませんよ、ほとんどね。だから、こういうことをほんとうにやつてよかつたのかどうか、私は立法論としては非常に疑問に思つては。

## 11 その他

その他として、2、3の点を説明します。社債の銘柄統合制度の導入ですが、これは省

略します。

次に、強制転換条項付新株予約付社債の導入ですが、これはちょっと言葉が長すぎるが、簡単に言うと、要するに株式に転換できる社債ですね。そういうものが現行法であるのですが、それは社債権者の方から転換できるのであって、会社の方から転換するということはできなかったわけではありますが、それを会社の方からも金がない場合は、株式に強制転換して免れる。非常に経営者にとって都合のいいことですが、転換権を会社の方に与えるようなものを新たに設けたということであり

ます。それから、内部統制システムの基本方針の決定と開示ですが、これは要するに西武鉄道の事件で皆さん非常にびっくりされたと思います。堤義明さんは現在東京地裁で刑事事件の被告人として公判中ではありますが、ここまでコンプライアンスが厳しい時代がくるとは、私も思っておりませんでした。おそらく堤さんには大きな読み違いがあったんじゃないか。つまり、自分ほど大人物で実績がある者が率直に事実を認めすべて自分が悪かった。従業員に指示したのも全部自分だということで潔く罪を認めた。おそらく今までだったら罰金で済むようなことを、逮捕・勾留されて体刑を請求されているというようなことで、おそらく今の社会ではコンプライアンスに意を払わない経営というのは成り立たないということを感じたわけでありまして。そこでこの内部統制システムの基本方針を決定して、そしてそれを営業報告書に開示しなさいということになったわけですが、それは委員会設置会社については、既にそういう条文があったわけですが、監査役設置会社についても同様の条文を設けたということでありまして。この淵

源がどこにあるかということ、いわゆる平成12年の大阪地方裁判所の大和銀行の恐るべき判決です。ご承知のとおり、大和銀行のニューヨーク支店の担当者が米国債を無断売買して1,100億円の損害を大和銀行に与えた。その件で株主が代表訴訟を起こしてきて、本国の頭取から役員10何人を全部被告にして大阪地裁へ訴えを起こしました。そしたら、大阪地裁は平成12年に830億円の損害賠償を命ずる判決を下した。830億円でございますと、10人で割っても83億円ですから、これはもう破産宣告以外に道がないということで、そこで取締役の役員の責任制限に関する規定とか、行き過ぎた代表訴訟に対して少しコントロールを加えるような立法が、その2、3年後に出されたわけでありまして、しかし、内部統制システムの裁判で私はその事件の原告代理人でも被告代理人でもありませんが、被告代理人の主張を見ました。どういうことを言っているかということ、「ニューヨーク支店の担当者がどういうことをしているかということは、本国の取締役が予見すると言ったって予見する余地はなかった。民法709条は、結果に対する予見可能性がある場合だけ不法行為責任を認めているのであって、予見不可能なものについて賠償責任があるはずはない」と言って大阪地裁の法廷で取締役がみんなそういう主張を展開したわけです。それに対して大阪地裁がどう言ったか、これは原告代理人の法理論構成を採用したんでありますが、「それは違うんだ。予見可能性がなかったことは確かだけど、予見しなかったこと、つまり予見可能性がないような状態で置いておったこと、そのことに過失がある」と。つまり、そういう末端の銀行員が大きな不正行為ができないようリスク管理体制を構築していなか

ったこと。つまり予見できないような状況に会社の組織を置いておいたことに過失がある。だから、予見可能性はなかったというけど、なかったことが過失なんだ。予見をすべき義務があったということで、この内部統制システムの構築義務をうたったわけでありまして。それを受けて、その2年後、神戸製鋼の株主総会に対する利益供与事件でも、私の同級生が社長をしておりましたが、それも同じように、全くそのような職員が金を裏で渡しているなんて分からなかったと言ったんですが、それも同じ理屈で退けられたのです。去年の暮れにヤクルトの副社長に対する74億円の損害賠償の判決が出ました。そのときにも、同じ議論があったんですが、そのときは内部的なリスク管理体制構築義務というものは、時代の変遷とともに進歩する。だから、数年前のレベルでは、この程度でもやむを得なかったということで直接行為者でない取締役については救ったんです。

与えられた時間が超過しておりますので、後は適当にまとめさせていただきますが、そのほかにも細かい改正、たとえば重要財産委員会というのを特別の委員会から外して単なる決議要件とした。監査役の出席義務を最小限にし、1名だけ出ればいようにしたこと。その他、レジュメに書いてあるようなことが行われております。

## 12 おわりに：近年の会社法の改正

まとめといたしまして、今次の会社法の改正は一体どういう流れになっているのかということでもあります。これは詳しくは申しませんが、戦前からずっと続いた日本型経営は終身雇用、年功序列、メインバンク制、内部留保、安定配当というようなメルクマールで

指摘されている日本型経営が行き詰まって、それでエムアンドエーとか、コンプライアンスとか、コーポレート・ガバナンス、ファイナンス、ベンチャービジネスというようなものを促進するためのいろんな制度的なインフラをするのが今回の一連の改正であります。何回も言いますように、会社法の哲学が変わってきたということでもあります。私どもが大学で会社法を勉強したときの哲学というのは、なにはさておいても、資本充実の原則、債権者保護、少数株主の保護、株主の平等というようなことを基本原則として会社法を考える。要するに、会社法は何のための法律かということ、株主、債権者保護、少数株主の保護であって、目先の株主利益を絶対化するような今の哲学とは無縁のものだったわけですが、今では金庫株を解禁にしたこと一つを例にとっても、資本充実維持の原則のなんかは非常に後退している。そういう意味で会社法の哲学の基本理念が債権者保護とか少数株主の保護から経営者の自由な活動を保障する。国際競争力のある会社に組替えができる。要するに、儲かるシステム、儲かる会社にするというようなことを正面から認めるようなそういうような形になっていっているのではないかと。そこで口の悪い学者、口が悪くなくとも言う人も多いわけですが、早稲田大学の上村達男教授を先頭に、今の会社法の改正は会社法の改正ではなくて、これは会社法の破壊である、会社法の暴走である、あるいは会社法の革命であるというようなことを言っておられますが、まあ、それがそのとおりであるかどうかは別として、古典的な会社法の基本理念がかなり変質してきているということは事実だろうと思います。ドイツ型からアメリカ型への変遷という見方もあると思います。



いずれにしても、今、社会は非常に激しく動いております。会社法というのは法律学の分野としては比較的地味な分野であったわけですが、今、今やメジャーな学問分野に、花形の学問分野になっているので、学生の皆さんも今の世の中の移り変わりを把握するため

にも会社法の勉強をしていただきたいと思えます。

大変雑駁なお話でしたが、一応の説明をこれで終ることにいたします。本日は、どうも、ありがとうございました。