

特集：ブラジル移民一〇〇周年・慶應義塾創立一五〇年記念日伯比較法シンポジウム

## 報告2

# 二〇〇五年新会社法制定の背景と問題点

宮 島 司

## 一 新会社法制定の背景

### 1 会社法パラダイムの変化

この一〇年ほど前から、会社法のあり方という全法体系に関わる根本問題に関し、きわめて興味深い考え方の対立が見られる。一方は、会社法パラダイムに変化が生じ、それに伴い会社法自体の存在意義・考え方にも変容を加えるべきであるとの主張であるのに対し、他方は、会社法はあくまでも私法としての会社法であ

るべきであるとの主張である。こうした真つ向から対立する考え方を前提として、立法論や解釈論においても鋭な対立を見せてきている。ここでは、前者の考え方を「進歩的会社法学」と呼び、後者の考え方を「伝統的・古典的会社法学」と呼ぶこととする。

進歩的会社法学の代表的論者である神田秀樹東大教授（二〇〇一年五月一〇日日本経済新聞「経済教室」）は以下のように主張される…

会社法のパラダイムは変わったと言われている。す

なわち、いまや会社法は「私法としての会社法」(会社をめぐる関係者間の権利・義務関係の利益調整)から国家経済政策にコミットした「経済(促進)法としての会社法」(企業の競争力・国の競争力強化のための重要なインフラとしてのよりよい会社法の創設)へと変容したのである。さらに、改正の方向は、今日のIT環境と拡大しつつある株式市場という環境の中における株主の基本的な権利は何であるべきかを整理し、その保護を法制上確保したうえで、会社の活動を事前に制約するような規制を撤廃することである。

一方、伝統的・古典的会社法学からは次のような主張がなされる(拙稿「商法は何処に」JICPAジャーナル五五五号(二〇〇一年))。..

最近の会社法改正の動向などを見ると、会社法とはいったい何を役割とした法なのかが分からなくなってしまうている。従来であれば、何らかの経済政策上の要求があるならば、特別法の制定・改正などで時限的にあるいは部分的に対処し、決して基本法たる会社法の改正へと安易に流れてしまうことはなかった。政策法に堕してしまつと、目的は手段に優先することとなるから、会社の所有者である株主の権利でさえ、

目的達成との天秤で劣後せざるを得ない場合もでてきてしまう。会社法学の中でも、それでよしとする「進歩的な会社法学」の立場と、「私法としての会社法学」を貫いて私的利益調整が会社法の目的であるとする「伝統的・古典的な会社法学」の立場とが尖鋭に対立し始めている。

## 2 新会社法制定の経緯と具体的背景

第一に、六法の中で、カタカナ文語体のまま残っているのは商法だけとなつてしまつていた。平成の数度の改正のたび毎に、国会の附帯決議で「商法等の現代化を図ること」が求められていた。一九九三年衆議院法務委員会、二〇〇二年衆議院附帯決議等である。

第二に、わが国経済情勢の急激な変化に対応することを目指して、一九九七年五月(議員立法)、同年六月、同年十一月、一九九九年十一月、二〇〇〇年、二〇〇一年六月(議員立法)、同年十一月、同年十二月(議員立法)、二〇〇二年、二〇〇三年(議員立法)、二〇〇四年六月改正、というように、近時、頻繁に改正が加えられ、全体的な整合性からしても問題がでてきてしまった。具体的には、

①会社法本体でいえば、利益処分権限や取締役の責任に関し（過失責任か否か）、委員会等設置会社（アメリカ型——二〇〇二年導入）とそれ以外の会社（伝統的な株式会社機関構造のもの）とで異なってしまうているが、整合性からして問題はないのか。これも衆議院や参議院の法務委員会で附帯決議がなされていた（二〇〇二年四月九日、五月二一日）。

②経済産業省所管の「産業活力再生特別措置法」（一九九九年）や「中小企業挑戦支援法」（二〇〇二年）では、新規創業者について、最低資本金規制の例外、払込保管証明の免除、検査役調査の例外が認められるなどしており、これらがかなり広く利用されてきたことから、会社法自体の再考が迫られていた。第三に、度重なる改正にもかかわらず、従来から指摘されていた問題点が解消されていなかったことである。具体的には、

①法務省は「商法・有限会社法改正試案」（一九八六年）により種々の提案を行い、一九九〇年改正時に、衆議院・参議院の附帯決議で「有限会社法の全体的な見直し」が指摘されたがそのまま放置されていた

し、その後の改正でも試案の提案が反映されずに多くが残っていた。小規模・譲渡制限会社や有限会社における取締役の員数、取締役会、監査役の業務監査権、テレビ等による取締役会の開催、合名会社・合資会社からの株式会社への組織変更等である。

②経団連も、二〇〇〇年には「商法改正への提言」を発表しており、その内容の多くは二〇〇一年六月、一月、二〇〇二年改正、二〇〇四年改正で大体は実現されたが、有限責任事業の導入、キャッシュアウト・マージアの導入等は検討されてこなかった。そして、二〇〇三年には「会社法改正への提言——企業の国際競争力の確保、企業・株主等の選択の尊重」も発表されたが、今回の改正事項の多くはここに盛り込まれていたものである。

③経済産業省産業構造審議会新成長政策部会新規事業創出小委員会は、「企業の促進と成長の円滑化のために」（二〇〇二年）なる報告書を作成し、ここでは②の提言の内容と同様、今回の改正に盛り込まれた多くの提案がなされていた。また、中小企業政策審議会企業制度部会も「中小企業政策の視点からの新

しい会社法制のあり方について」(二〇〇三年)を表し、ここでも、譲渡制限会社も有限会社の規制のレベルにすべきであること、取締役会の任意化、監査役の任意化、取締役の任期を法定しないこと、定款自治の拡大、最低資本金の引下げ・撤廃等今回の改正事項の多くが提案されていた。

このようにすでに、経済界・実務界の問題意識は、ここ数年、ほぼ同様の方向に向かっていると判断されたところから、二〇〇二年二月一三日の法制審議会第一三六回会議において、同審議会に対し、「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につき、ご意見を承りたい」との諮問がなされたのである。そして、これをうけて会社法(現代化関係)部会が設置され、まず「会社法制の現代化に関する要綱試案」(二〇〇三年一月二二日)が取りまとめられ、その後これに寄せられた意見を踏まえ「会社法制の現代化に関する要綱案」(二〇〇四年二月八日)が取りまとめられ、そして「会社法制の現代化に関する要綱」(二〇〇五年二月九日)が法制審議会総会で決定され、法務大臣に答申された。

## 二 新会社法の姿と問題点

### 1 商法中の一つの編から一個の会社法典へ

諸外国の中でも多くの先進国は独立した会社法典を有する。形式的な意味では、ようやく先進国の仲間入りという評価がなされることとなる。これだけ会社をめぐる利害関係が錯綜し、会社の内容が複雑化してしまつた以上、独立の法典となるのは必然であつたといえる(明治以来の保険法も改正され、二〇〇八年から保険法典に)。

### 2 会社法典の中で「自足」・「自立」を

一条にその思想が表明されている。具体的には、商法総則の制度で会社に関係するものは、会社法第一編総則中に(個人商人の支配人は商法総則で、会社の支配人は会社法で)置かれる。その他、法人の不法行為能力(三五〇条)の規定なども民法から独立し、会社法の中に規定された。

しかし、実に中途半端な自立であるし、傲慢・不遜な態度であるともいえる。あらゆる事柄を会社法中で

解決でき、民法と関わりなしに自己完結できるのであればともかく、いずれにしても、民法に戻らざるを得ない場面があるのであるから、何を基準に会社法中に規定するものとそうでないものとを分けるのか不明となってしまう。

### 3 準用の不使用

規定の明確さ、分かりやすさに配慮し、準用規定の多用を避け、できる限り準用規定を設けないという方針で整理したとされる（今まで有限会社法等はほとんど準用だった）。

その結果、条文数の劇的増加という問題が生じ、さらに単純なまったくのコピー、ペースト（いくつかの閲覧請求の拒否事由、株主総会と種類株主総会）のため、ペースト先には不適切な部分までコピーされてしまったというお粗末が散見されるようになってしまった。会社法学者からは、法制定の直後から、まだ他にもそうした失敗が見つかるはずであるから、このような不適切がある程度集約された段階で、再び改正の必要があるとさえ言われてしまっている（実際にも、企業買収をめぐる争いなどで問題が表面化）。

### 4 規制緩和↓事前規制から事後救済

種々の規制緩和がなされたことは特筆すべきことであり、まさに現在の世の中の流れ・考え方に沿うものといえる。また、近時の若い商法学者の主張する会社法の任意法規化にも合致するものである（伝統的な「組織法は強行法、行為法は任意法」との考え方を捨てる）。その意味では最新の思想を取り入れた会社法の姿を示したことになるのであろう。次の5の株式会社中の種々の機関構造の選択可能性などはその典型である。

しかし、規制緩和がなされる場合には、緩和だけが先走ってはならず、事後の問題発生に対してのいわば救済が整備されていなくてはならないはずである。最低資本金制度の撤廃など見ても、過少資本の会社から生ずる問題等については、法人格否認の法理の活用でよいなどと言うだけで、いかにも中途半端である。また、取締役の責任の軽減制度から始まった、一連の取締役の責任の軽量化、新法でいえば過失責任化には問題ないのかについても疑問が提起される。

5 利用者の便を考え、多くのメニューの取り揃え  
新法以前は、株式会社である限り一定の機関構造を

有さなくてはならなかった(委員会設置会社を採用することはできた)。今回の改正法では、種々の機関構造を有する株式会社が用意されており、株式会社形態を採用しようとするに当って、それぞれの規模やニーズに合った機関構造を有する株式会社形態を採用することができるようになった。

これは利用者の利便では優れているが、相手にとってはいちいち定款を見ないといかなる株式会社であるのか不明であり、はたして法的安定性から問題はなのか。また、経済産業省との駆け引きから、ほとんどニーズもないのに用意した制度やごく特定の企業のみに必要な制度なども多く、その複雑性ゆえに企業法務でも手を焼いている事柄が多いようである。そして、このような定款自治の拡大は規制緩和の一環と位置づけられるが、ローヤーズ・パラダイスや行政による規制強化へと結びついていくおそれも十分考えられる。

## 6 省令委任

今回の会社法の特徴の一つは、多くの場面で省令委任がなされたことである。およそ一〇〇〇条の会社法本体のほかに、五〇〇条近い三本の規則が制定された。

複雑な法環境を対象とする限り、すべてを法律でまかなうことはできないし、臨機に変化に応じうるという意味では、省令委任は現代型法秩序の一つの姿であるとも考えられる。

ところが、今回の省令では、かなりの場面で権利・義務に関する実体的な定めまでなしてしまっているという意味で、省令の果たすべき権限を超えてしまっているとの批判がなされうる。たとえば、法律の根拠なし(あるいは法律の根本思想を変容させてしまう)の連結配当の一部承認等である。またさらに、行政による規制の強化とさえ言える流れを作ってしまったのがこの省令委任である。あまりの複雑さに、実務界でも、行政庁にいちいちお伺いを立てないと何もできなくなってしまうという状況のようである。また、グレーゾーンを行政による有権解釈で埋めてしまう考えのようであるが、法律による規制緩和の裏側で行政による規制強化となってしまうというのであれば、一体この改正は何だったのかという根本さえ問題とされなくてはならない。

### 三 結びに代えて

私法である会社法が政策法化することは、あるべき姿の「株式会社」「株式」「株主」「株主総会」像を歪めてしまうこととなる。改正法で登場した種類株式としての無議決権株式は、あるか否かさえ不明の経済界のニーズを根拠として創設したものであるが、株主権の内容として議決権が剝奪された株式が認められるとしたら（従来の無議決権株式の存在は、あくまでも種類株式としての配当優先株について、優先配当がなされる間だけ）、その先には何が剝奪された株式が登場するのであろうか。少なくとも、株式は会社の社員たる地位を表すとする社員権論に立つ限り、理論的な歯止めはあらずである。また、本来、特別法で取扱われるようなジョイント・ベンチャー向けの制度も、省庁間の駆け引きの結果、会社法本体の中に創設された。そうした立法のされ方自体も問題であるが、内容はさらに深刻である。例えば、ある種類の種類株主への取締役の選任権の承認（種類株主のみで選任できる）等は、ベンチャー促進という経済政策を根拠にしない限り、「株

式」の本質からしても本来的には承認し得ないものであるし、「株主総会」の最も根源的な機関権限への侵食をもたらすという意味でも、会社法上の重大な問題を提起する。さらに、アメリカ型の機関構造をもった委員会設置会社では、剰余金処分に関する決定権も株主総会から剝奪されることとなっている。利益処分が中心の剰余金処分の決定権さえ奪われた「株主総会」とは一体何なのか、その決定に関与する権利を持たない「株式」とは一体何なのか、根本にそうした問題を抱えるような制度とされてしまった「株式会社」とは一体何なのか、という大きな課題をもたらした改正であることは疑いない。

会社（株式会社）という企業組織についての普遍的な本質的要素は必ずあるはずである。したがって、もしこれを欠いてしまっているとしたならば、真の法制度となり得るものではない。会社の普遍的な本質的要素、あるいは理念が何であるかを求めることこそ理論の役割である。「理論正しければ必ず正しい結論に至る」はずである。もし、理論と現実乖離があるならば、必ず理論が現実のいずれかに誤りがあることになる。