

会社の区分と株主の数

鈴木千佳子

はじめに

- 一 大小会社区分立法の考え方
 - 1 具体的な会社区分の模索
 - 2 「大小（公開・非公開）会社区分立法及び合併に関する問題点」の内容
 - 3 「改正試案」の内容
 - (一) C案の分析
 - (二) 試案に対する批判
 - 4 平成二年法改正の意味
 - 二 会社の種類による会社区分
 - 三 株式会社および有限会社概念の純化の提案
- 結語

はじめに

周知のように、わが国では商法上に合名会社、合資会社、株式会社の三種類の会社が、そして有限会社法上に

有限会社が規定されており、全部で四種が存するが、わが国では株式会社形態を利用してゐるものにいわゆる中小企業が多く、平常は株券も発行せず、株主総会も開催せず、貸借対照表も公告しないなど、株式会社の規定をまったく遵守していない。しかし、このような会社では、一度内部紛争が起こったような場合には、積み重なり長い間続いた法律違反を盾に訴訟が提起されることとなり、そうなれば訴訟はあたかも家庭裁判の様相を帯び、このような実態の企業に株式会社法の形式的適用を行うことには躊躇が感じられるとして、このような状況を改善すべきであると指摘された。⁽¹⁾ また、同時に、株式会社に最低資本金制度がおかれていなかったわが国の法制の下では、昭和二五年改正時に同制度の設置が一応検討されたものの、戦後進行するインフレの中で最低資本金をいくらにするかが難しいとの理由からそのまま放置されたことから、小規模株式会社の爆発的增加という事態が生じ、⁽²⁾これが前述の状況に拍車をかけた。このような状況をそのままにすることはできない。弊害は、例えば、遵法精神が麻痺すること、会社の内部関係では企業秩序が乱れ、対外関係では取引の安全が害されること、計算の不明確により債権者が害されることなどである。⁽³⁾このような事態を打開する方法として、二つの考えがある。ひとつは、法を守らない小規模の株式会社は有限会社に強制的に改組することを迫って株式会社から追い出してしまうこと、⁽⁴⁾他のもうひとつは、実態に即して現在の株式会社法と別個に中小の企業に適合する規制を考へることである。⁽⁵⁾すなわち、前者は「株式会社たるべき会社」のみに株式会社の利用を許す、株式会社概念の純化の方向であり、後者は様々の性質を有する株式会社を認め、それによって法規制あるいは法適用を区分していこうとする規制分化の方向を示している。また、中小企業は有限会社に組織変更をすべきとの前者の考えは、正論ではあるが、法律を遵守しているにもかかわらず中小企業であるゆえに株式会社から追い出すことになれば不当な圧迫とならないかどうか、あるいは、有限会社に中小企業を追い出すならば今度は有限会社が悪質企業の集団と化するのではないかとの懸念も同時に伴っていた。⁽⁶⁾

筆者はこれまで何度か一人会社の問題を取り扱い、その中で、個人企業と株式会社組織との違いや、株式会社の本質とは何であるかを考えてきた。⁽⁷⁾ 小規模会社の法解釈を考える場合には、判例にみられるように法が本来予定している大規模株式会社（それは、大資本、互いに結びつきのない多数の株主を擁する会社を意味する。）に適用されるような規定については、その会社の実態を考慮して法の適用範囲から外したり、あるいは緩和して適用するような傾向が存するが、このような結論は、法と実体が乖離しているためにある程度は仕方がないが、必要以上の適用排除、緩和はかえって株式会社概念を歪めるものとなるのではないかと考えてきた。しかしながら、このような問題は一人会社が会社の社団性と矛盾する可能性を有している点から特別に議論の余地があるとはいえず、一人会社のみの問題ではない。中小企業でありながら株式会社形態をとる会社の共通の性質と考えられる、小規模性あるいは閉鎖性を持つ会社の実体を、法的にどのように取り扱っていったらよいかを考えてみなければならぬ。

本稿は、このような視点から、これまで商法改正論議の中で議論された小規模閉鎖会社の立法のあり方を順次みてゆく中で、特に、少数の株主によって構成されている株式会社の性質に注目しつつ、今後、このような会社が株式会社の中でどういう位置づけを与えられるべきかを考えてみたいと思う。⁽⁸⁾

- (1) このことを指摘したものとして、石井照久・「企業と裁判」田中先生選歴記念商法の基本問題（有斐閣、昭和二七年）五七〇頁以下、鈴木竹雄・「株式会社法の再改正」ジュリスト一〇〇号（昭和三二年）二二六頁、長谷部茂吉・裁判会社法（一粒社、昭和三九年）四頁以下、竹内昭夫・現代法と企業（岩波書店、昭和四一年）四七頁以下、鈴木竹雄・「株式会社制度」（初出・ジュリスト三六一号、昭和四二年）商法研究Ⅱ（有斐閣、昭和四六年）所収一六二頁以下など。

- (2) 鈴木（竹）・前掲書商法研究Ⅱ一六三頁。竹内・「最低資本金制度および大小会社の区分」（私法学会シンポジウム

- 報告」私法三九号(昭和五二年)一〇七頁。最低資本金制度の導入は昭和三〇年、三七年の改正の際にも議論されたという(上田明信・「最低資本金制」鈴木先生古稀記念現代商法学の課題下(有斐閣、昭和五〇年)一二〇一頁)。
- (3) 佐藤修市・「会社法改正の今後の方向と問題点」法律のひろば三六卷一一号(昭和五八年)五頁、倉沢康一郎・「大小会社の区分について」法律のひろば三六卷一一号(昭和五八年)一三頁等。
- (4) 例えば、松田二郎・「群小株式会社追放」法学教室一号(昭和五五年)一〇六頁以下は、最低資本金制度を設け、群小会社を株式会社から追放すべきであると主張している。
- (5) 長谷部・前掲書二四三頁。
- (6) 鈴木・前掲ジュリスト一〇〇号二一六頁。
- (7) 拙稿・「一人会社と株主総会」法学研究六五卷六号(平成四年)四五頁以下、同・「一人会社における取締役会の意義―取締役・会社間の取引を中心に―」法学研究六五卷一一号(平成四年)二五頁以下、同・「一人会社と株主総会―最小判昭46・6・24(民集二五卷四号五九六頁)」倉沢教授還暦記念論文集商法の判例と論理(日本評論社、平成六年)四一頁以下、同・「一人会社と株主総会」私法五八号(平成八年)二五二頁以下。
- (8) なお、以下では、会社の区分に関する様々の論点の中で「株主の数」に特に注意を促すため、該当箇所に傍線を付す。

一 大小会社区分立法の考え方

1 具体的な会社区分の模索

昭和四九年の改正に際して国会の衆・参両院の法務委員会は、附帯決議を行い、今後の会社法の全面改正を促し、これを受けて、昭和五〇年六月一二日、法務省民事局参事官室は今後の会社法改正に関する論点として、「会社法改正に関する問題点」を公表し、意見の照会を求めた。これは、①企業の社会的責任、②株主総会制度

の改善策、③取締役及び取締役会制度の改善策、④株式制度の改善策、⑤株式会社の計算・公開、⑥企業結合・合併・分割について、⑦最低資本金制度及び大小会社の区分の七項目にわかれていた。この第七番目の項目は、一として、株式会社⁽¹⁾に最低資本金制度を設けるべきであるか、その場合額はいくらが相当であるか、その額に満たない会社の取り扱いをどうするか、二として、小規模の株式会社⁽²⁾について運営の簡素化を図るため、会社の規模に応じて規制を分化するべきであるか、その規制区分には資本金又は総資産の額、株主数、公開・非公開の別（例えば、株式の譲渡制限の有無）等が考えられるが、どのような基準によりどのような規制を分化するのが相当か、三として、有限会社の最低資本金を引き上げることとはどうか等について意見が求められた⁽²⁾。

また、この前後には、日本私法学会でも商法シンポジウムにおいて、昭和四七年には「会社法運用の実態と立法問題」⁽³⁾、昭和五一年には「会社法の根本改正」⁽⁴⁾として、小規模会社立法がその俎上に上がっている。昭和四七年のシンポジウムの報告者である竹内教授は、その際、小規模会社に、一人の発起人による会社設立、現物出資等の手続の合理化、定款に株式譲渡制限を定めている会社への株券不発行の許容、株式会社の開催に代わる手続、株主の総会招集通知を受ける権利の放棄、取締役を三人以上と法定することの見直し、監査役の任意機関化、貸借対照表の公告不要等の規制緩和を中心に、それとのバランスで株主・債権者保護の点から見直しをすることも必要であると提案されたが、討議の中では前述の昭和五〇年の「会社法改正に関する問題点」で挙げたような基準の存在は議論されたものの、それぞれがどのような関係にあり、どのような特色があるかなどの認識はまだ十分ではなかった⁽⁵⁾。また、シンポジウム報告者からは、区分の方法として、強行的に規制区分するか、または会社の選択の余地を残すことのどちらが妥当であるのかを考えなくてはならないし、又、企業を規模、性質に着目して分類をし、それに適合するワン・セットの規定を用意する方法と問題各に異なる基準を用いて扱いを区分する方法が考えうる⁽⁶⁾との提案があった。

このように、「会社法改正に関する問題点」の公表以来、商法改正作業は大変広い検討項目をかかえ、鋭意行われたが、航空機疑惑事件等の発生により、企業不祥事を防ぐためには部分的でも出来上がったものから改正を急ぐべきであるとの方針の転換がなされ、昭和五六年に改正されるにいたった。それは、前述の昭和五〇年に公表された問題点で取り上げられた項目の②から⑤にあたり、①⑥⑦は積み残されることとなり、その後の商法改正の論議は、大小会社区分立法を中心になされていくことになる。⁽⁷⁾

検討すべき問題点として、まず第一に、債権者保護の見地からどのような会社に有限責任を認めるべきかがあり、最低資本金制度、計算の明確化、取締役の責任強化などが関連し、第二に、いかに手続の簡素化・合理化がなされるべきかに関して、その場合、この規制を適用される会社の範囲が問題となるが、これには小規模な会社のほか、大規模であっても株主や社員の少ない閉鎖的な会社も規制の対象とされるべきだとの意見が示された。⁽⁸⁾

また、第二の、規制の実質区分を図る方法については、これまでの議論においては大会社に対する中小会社の企業規模に基づく規制の相違と、それとは次元を異にする、企業の閉鎖性・非公開性の特質にもとづく特殊の規制の必要性とが混同されて主張されてきたことを指摘・批判する立場も出てきた。⁽⁹⁾ここでは、規模の基準と閉鎖性の基準は理論的には相互に無関係であり、このどちらの基準に当てはまるものも規制の対象とされなければならぬことを示唆している。また、以上の何らかの基準を見出して規制対象を限定していこうという立場に対しては、閉鎖会社を考える場合に様々の基準が考えられるが、結論として、一つの基準を設けて公開会社または閉鎖会社を定義し、それによって規制を区分することには限界があり、閉鎖会社に有用な規定ごとにその適用の範囲や要件を決めたほうがよいのではないかと⁽¹¹⁾の考え方も示された。

(1) その内容は、「企業の社会的責任、大小会社の区別、株主総会のあり方、取締役会の構成及び一株の額面金額等

について所要の改正を行なうこと。」(衆議院法務委員会)、「現下の株式会社の実態に鑑み、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正ならしめ、株主、従業員及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、株主総会及び取締役会制度等の改革を行うため、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。」(参議院法務委員会)である。

(2) 「会社法改正に関する問題点」については、矢沢¹河本²清水³竹中⁴・「会社法改正に関する問題点の研究(座談会)」商事法務研究会編・会社法根本改正の論点(昭和五十一年)一〇三頁以下、同じく、大隅健一郎(聞き手鈴木)・「私の会社法改正意見」同書一四一頁以下参照。当該「問題点」の第七の二(二)では、株主数が有限会社の社員制限数以内でありかつ株式の譲渡制限をしているものについてほぼ有限会社と同様の運営ができるようにすべきであるとの意見を例にあげ、具体的にどのような規整区分が考えられるかが問われている。

(3) 私法三五号(昭和四八年)一五一頁以下。ここでは、商法改正委員会が学会に先立ち昭和四五年に行つた実態調査で資本金一億円という規模で大規模会社・小規模会社を分けたことから(これはすなわち、特例法上の大・中会社と小会社を意識した区分)、その小規模会社を前提に議論された。竹内報告・矢沢報告ともに株主数を基準として加味することに触れている(各々、一六八頁、一七八頁)。

(4) 私法三九号(昭和五二年)九五頁以下。

(5) 例えば、昭和四七年のシンポジウムにおける発言で、鴻教授は、いずれの基準も大切で、具体的問題との関係で法区分を更に細分化する必要があると言われている(私法三五号一八六頁以下)。

(6) 竹内・「閉鎖的会社(私法学会シンポジウム報告)」前掲私法三五号一六八頁、同・前掲私法三九号一一〇頁以下。
(7) 昭和五六年改正の際にも、衆・参議院法務委員会は、大小会社区分と企業結合について速やかに検討を開始することを要望する旨の附帯決議を行っている。

(8) 稲葉威雄・「小規模会社立法法の方向」税経通信三八巻四号(昭和五八年)二九頁。

(9) 酒巻俊雄・「閉鎖的株式会社法の立法動向・2完」法律時報五五巻九号(昭和五八年)五三頁。昭和五十一年の私法学会シンポジウムにおける酒巻発言(私法三九号一二八頁)。佐藤・前掲六頁。倉沢・前掲一五頁以下。

(10) 佐藤・前注。

(11) 北沢正啓・「大小会社の区分(昭和五八年私法学会シンポジウム資料)」商事法務九八四号二〇頁以下は、英米会社法との比較をされた後、本文の立場を示されている。

2 「大小(公開・非公開)会社区分立法及び合併に関する問題点」の内容

このような議論を基にして、法制審議会は昭和五九年五月九日、「大小(公開・非公開)会社区分立法及び合併に関する問題点」(以下、「区分別立法の問題点」という。)をまとめた。

その骨子となる考え方を当時の立法担当官であった稲葉参事官の解説の中を探ってみると、以下のようになる。

一 まず、立法のあり方としては、小規模会社に適応する法規制を作り上げるために、その実態に鑑みて緩和で
きる規制はできるだけ緩和し、他方、形骸化した規制も必要があれば実効性を確保するために厳格に対処す
るといふ、二つの方向性が示唆される。⁽¹⁾

二 そして、検討の対象とされる会社の範囲は、これまでの商法改正はいわゆる大規模公開会社を前提とした
「株式会社らしい株式会社」のみを対象として行われてきたが、今回は、「株式会社らしくない株式会社」を
対象とし、これを「おもに『商法特例法の小会社』を念頭におき、『株主構成が単純かつ株主の新規参入が
困難な会社』をも非公開会社として」考えることとしている。⁽²⁾

そして、稲葉参事官は「区分別立法の問題点」の解説中で、「非公開株式会社」を定義するための基準として、
二つの基準を挙げる。それは、昭和五〇年の「会社法改正に関する問題点」以来考えられてきた規模による基準
と、「その所有者としての構成員たる株主・社員の数が少なく、その間に個人的な信頼関係があり、それへの新
規参入が法律上(たとえば株式譲渡制限の定めがある)事実上(株式の流通性がない)困難」という閉鎖性に

よる基準である。小会社と閉鎖会社は違った次元の分類であり、前者は後者に包含されるが、大規模会社の中にも閉鎖会社はあるとされる。この考えによれば、株式会社は大きく、大規模公開、大規模閉鎖、小規模閉鎖の性格によって三つに分けて考えられることになる。規模の基準は客観的な基準であるが、閉鎖性の基準は、構成員の主観（閉鎖性の維持を望むか否か）によって決せられ、前者は外部的利害関係者の保護のため、後者は内部的利害関係者の保護のためという性質の違いがあるのではないかとされる。⁽³⁾

「区分立法の問題点」が規模を問題にする例として、非公開株式会社では大規模会社の決算公告等を除いて公告の方法を限定しないとする（一12）、非公開株式会社のうち大規模会社を除き取締役を一人でよいこととする（二1）、非公開株式会社のうち一定規模以上のものを除き監査役の選任を任意にすること（三1）、非公開会社のうち一定規模以上のものを除き貸借対照表及び損益計算書の公告を不要とすること（七1）、公開株式会社・非公開会社のうち一定規模以上のものに会計監査人監査を強制すること（七4）、会計監査人監査を受けない非公開会社のうち一定規模以上のものに簡易な外部監査を強制すること（七5）等がある。

「区分立法の問題点」自体は特に詳しくは触れていないが、稲葉審議官によれば規模基準についてなお詳しく説明された箇所が見出せる。例えば、取締役の員数に関して、「区分立法の問題点」は「二 1 非公開株式会社においては、大規模な会社を除き取締役は一人で足りることにするとの意見があるが、どうか。注 非公開株式会社のうち三人以上の取締役を強制すべき会社の範囲については、なお検討する。」としているが、解説は、「規模が一定以上（この場合の規模を何によって測るかは問題であるが、資本のほか、総資産、営業収益（売上高、役員収益）、従業員数、負債等の複合基準の援用が検討されるべきであろう）また株主の数が一定以上の会社にあつては、複数次取締役および取締役会を強制することにするかどうか検討する必要があるように思われる。」とされ、同じく「区分立法の問題点」の「一 12 非公開株式会社における公告の方法（商法一六六条一項九号）は、大規模

会社における決算公告等を除き、官報又は時事に関する日刊新聞紙への掲載に限定しないとの意見があるが、どうか。……」については、小規模株式会社の区分基準を、「株主の閉鎖性ではなく、債権者等の利害関係人の範囲を測る規模の基準によるべきである」とされている⁽⁵⁾。

また、「区分立法の問題点」は非公開株式会社に対する規定という形を取っているが、解説では、「閉鎖会社」を念頭において議論を進めているものとして、取締役・取締役会制度では、取締役の任期の定款による延長(二五)、競業取引・自己取引の承認につき取締役会なきときは株主総会の権限とすること(二一〇)、株主総会では、株主総会決議事項の拡大(四一)、書面決議の許容(四四)、招集手続の省略・招集期間の短縮(四五)、書面による議決権行使と株主の解説請求権(四七)、総会招集請求ができる株主の持株要件の割合を下げる(四八)、提案権行使の時期の短縮(四九)、定款による定足数の排除禁止、特別決議要件の加重(四一〇)、株式では、定款により株式の譲渡制限ができる会社を非公開株式会社に制限すること(五一)、株券の不発行(五四)、株式の買取請求権(五六)、定款の定めによる端株制度の排除(五八)、会社が支払不能の場合における株主の会社から得た利益の返還(五一一)、資金調達では、株主の新株引受権の許容(六二)、株式公募の禁止(六四)、社債公募の禁止(六六)、転換社債・新株引受権付社債の発行禁止(六七)、その他、会計帳簿閲覧請求ができる株主の持株要件の緩和(七〇)、解散判決請求権を単独株主権とすること(九二a)等がある。

そして、株主・社員の数そのものに関しては、「区分立法の問題点」の一六では、有限会社の社員の上限を五人以下に引き下げることの可否を問うているが、解説では、閉鎖的な非公開株式会社について株主数の最高限の制限を新しく設けるかどうかを検討している。閉鎖性の基礎的な条件として、株主・社員が少数であることを考慮し、閉鎖的な会社では株主・社員が他の株主・社員と緊密な関係にあり、親密に意思の疎通ができる点に特色があり、そこでは経営の管理機構の簡素化が認められうると考えられている⁽⁶⁾。

最後に、「区分立法の問題点」は会社区分の方法として三つの方法を示す。まず、第一にA案は公開株式会社、非公開株式会社、有限会社と区分する案で、資本が一億円（又は五〇〇万円）以上の株式会社に商号中に公開株式会社であることを示す文字（例えば、「公開」「募集」「特別」「一般」等）を用いることを選択させ、この選択をした株式会社とそれ以外の会社（非公開株式会社）とを規制において区分するもので、場合によっては有限会社と非公開株式会社を統合する案も含んでおり、B案は、株式会社と有限会社を区分する案で、株式会社には会計監査人監査又は外部監査を強制し、有限会社についてはこれを強制しないという方向で、株式会社から有限会社を分別し、規制していこうとしており、C案は株式会社を実質的に区分しようという案で、これは公開株式会社にそれ以外の会社を形式基準で区分することをあきらめ、株式会社の規定のなかに非公開会社・小規模会社に適した規定を設けることで区分を行なおうとする案である（問題点一三参照）。

A案は公開株式会社を選択することができる会社の範囲として、一定資本以上の会社を想定し、このような会社であれば厳重な規制に耐える能力があると仮定し、それ以下の会社は小規模であると同時に閉鎖的でもあることを前提に議論を進め、ただ、一定規模以上であれば規制上公開会社としてあつかうとして、その基準を資本のほか、例えば、発行済株式総数、純資産額等を用いるかどうかについてはなお検討する⁽⁷⁾としたり（問題点一三A案1注1）、また、非公開株式会社であっても大規模会社には特別な規制を用いる可能性が示唆されている（問題点一三A案2の表参照）。これらの規模の基準が結果的に同一であれば、規制は大規模会社、中小規模会社と整然と分けられることになるが、それぞれの規制の特色において、様々な規模基準が使われれば、客観的に第三者にも分かりやすい基準を使用したにもかかわらず、結果的に複雑化してしまうことを免れない⁽⁸⁾。

それに対して対案として示されたのが、B案、C案であるが、まず、B案を主張する立場は、「問題点」自体がメリハリがなく、理論的一貫性が欠けていると批判し、これまでどおり物的会社を株式会社と有限会社に分け

て、これまでの法体系を崩さないように配慮しつつ、株式会社に対する法規制の面では対外関係は会社債権者利益を配慮しなければならないため強化するのに対して、内部関係では規制を緩和する措置を講ずることを認める⁽¹⁰⁾。しかし、このアメの部分、すなわち、規制緩和は、内部関係は財産関係よりも社員の数が多いか少ないかを基準とすべきであって、すなわち株主の数が二〇名に満たない株式会社では（会社の種類を増やしそれに対する別の規制を設けるのではなく）内部関係を定款の規定をもって行うことと考える⁽¹¹⁾。さらに、B案では、外部監査を受けることを認めた会社はこれまでどおり株式会社にとどまることができるが、それを嫌う会社は有限会社に組織変更してもらうこととしている⁽¹²⁾。C案については、「試案」との関連で以下の一の3で詳しく考察する。

- (1) 稲葉・大小会社区分立法に関する諸問題―次期商法改正の課題―(別冊商事法務七三号、昭和五九年) 一二頁。
- (2) 前注一六頁。
- (3) 稲葉・前注一三頁以下。株主数が少ない会社は閉鎖性を有し、株主間の緊密な意思疎通が可能であって、そのような会社では経営管理機構を簡素化することが認められるのではないとも言われている(同・前注三八頁)。これに対し、酒巻・新版大小会社区分立法(学陽書房、昭和六一年)三四頁は、規模基準は大小で規制を強制的に分化する段階的適用の問題であるのに対し、閉鎖性基準は大会社も中会社も必要性に応じて選択しうる私的自治に委ねられている問題であるから、互いに抵触しないと考える。酒巻教授によれば、「株主数」はどちらかといえば閉鎖性基準である(三一頁)。
- (4) 稲葉・前注四三頁。しかし、また別の解説の箇所では、「閉鎖的会社な会社においては、複数の取締役の存在を強制せず、一人でもよいとする予定である(五一参照)。実際に一人に実権が集中して、取締役相互の牽制が働かないような会社においては、むしろ複数の取締役を置くべきではない。」とされている(同・前注五〇頁)。
- (5) 稲葉・前注二九頁。この「等」に株主も含まれるのかは明らかでない。
- (6) 稲葉・前注三八頁以下。ただし、実態において、株式会社でも閉鎖的形態を取るものの中で多くの株主を有する

ものも少なくないこと等から、株式会社では株主数を制限することは適当でないと考えて（同・前注三九頁）、「区分立法の問題点」には有限会社の社員数の最高限のみが載せられているのであろう。

(7) 稲葉・前注一八七頁。倉沢・『大小会社区分立法』の動向「企業会計三六卷一、二号（昭和五九年）一五頁は、A案のメリットは資本金額と言う一定の基準により画一的に区分することによって、複雑化が避けられることにあるとし、A案を支持するが（同・一八頁）、「問題点」のA案には本文に指摘するような不徹底な部分があることに注意。

(8) 酒巻・大小会社の区分立法（旧版）学陽書房、昭和六〇年）一一三頁以下。

(9) 鈴木竹雄・「次の商法改正に何を望むか」ジュリスト八一八号（昭和五九年）四二頁、四三頁。

(10) 鈴木・前注四三頁。同・「大小会社の区分について」商事法務一〇一七号（昭和五九年）三頁。後者文献三頁は、規制緩和をアゲ、対外関係に関する強化をムチに例えて、これをあわせ用いて会社の区分を進めると説明される。

(11) 鈴木・前掲ジュリスト八一八号四三頁、四四頁、および同・前掲商事法務一〇一七号四頁。また、同・前掲商事法務一〇一七号四頁は、有限会社では、内部関係についても定款によらず規定で当然に緩和措置を加えるとする。

(12) 鈴木・前掲商事法務一〇一七号四頁は、有限会社でも相当大規模なものは株式会社組織変更して外部監査も強制すべきとする。

3 「改正試案」の内容

昭和六一年五月一日、「商法・有限会社法改正試案」が発表された。改正試案においては、最終的に「会社区分の問題点」のC案が採用された。「会社区分の問題点」に対する意見照会では実業界は会社の名称の変更を迫るA案・B案に消極的で、その結果C案が支持されたようであり、このような実業界の意見を受けて摩擦を極力少なくしようとした結果である。⁽²⁾ すなわち、C案は、適用される規制の内容を変えることがその実態に即した会社形態の選択に誘導するだろうと期待したのである。⁽³⁾ しかし、その結果、株式会社の中には種々雑多なものを含むことになり、内容が複雑化して、大変分かりにくいものとなったという重大な短所を有するようになってし

まったのである。⁽⁴⁾

(一) C 案の分析

C 案は、閉鎖性の基準を細分化して規制区分を考慮するところが特色で、株式の譲渡制限を定款で定めた会社では株券の発行を要しないものとし、株式が一般に流通していない会社では株主の新株引受権、権利の抑圧された株主の株式買取請求権を認め、規模又は株主の数（又は株式が一般に流通しているかどうか）等の基準で取締役の数、監査役の要否、決算公告の官報への掲載の要否、会計監査人の要否等を考えるところ。

C 案を支持しておられた北沢教授が C 案の内容について詳細に述べておられるので、それに従って内容を述べ、すなわち、北沢教授はかねてから、一定の基準によって公開株式会社・非公開株式会社を定義することなく、小規模・非公開株式会社に有用な規定ごとにその適用の範囲や要件を決めるのがよいとの立場を主張されている。⁽⁵⁾そして、C 案が商法の一般規定で定めるべき事項と小（非公開）株式会社の特例として定めるべき事項に分けて論述を進められており、前者に属する事項としては、設立に関する改正（発起人は一人で足り、発起設立の際の検査役の検査不要等）、定款に株式の譲渡制限を定めた会社における株券の不発行・株式の相続制限、総株主の同意による株主総会の招集手続の省略および書面決議、株主の書面による議決権行使、取締役・監査役全員の同意による取締役会の開催の省略（定款に定める場合に限り）、貸借対照表等の登記所における公開（代替措置として会社における公開）、外部監査人による監査等であり、後者に属する事項としては、①株式が一般に流通していない（市場性のない）会社では、株主の権利が不公正に侵害された場合に株主の株式買取請求権を認めること、②株主の数が一定数以下の会社（北沢教授はこの数を五〇人とされる。但し、利害関係人が多いと考えられる特例法上の大会社を除く）では、取締役の数を一人でよいとし、取締役会制度をとらず、監査役を省略でき、取締役・監査役

の任期を三年ないし四年に延長し、定款での株主総会の招集通知期間の短縮を認めること、③資本金および負債総額が一定額未満の会社では外部監査人の免除をすること等である。⁽⁶⁾さらに、A案・B案とC案の関係について、A案は原則として資本金の基準によって公開株式会社と非公開株式会社とを分ける点では一見簡明であるように見えながら、非公開株式会社の中に大規模会社であるか否かの区分を設けること、公開株式会社の中にも株式の市場性の有無による区分を設けようとしており、相当規制が複雑になることを批判し、また、B案によると会計監査人あるいは外部監査人の監査を受けるか否かで株式会社・有限会社を区分することは明解であるが、B案がとられた後にもなお株式会社の中には小（非公開）株式会社が残ることから、その問題を解消するためにB案にC案の内容を盛り込むのがよいとされ、結論として「問題点」に挙げられている盛り沢山の事項のうち、改正が必要であると考えられるのは上述のようにある程度に限定されると言われる。⁽⁷⁾

(二) 試案に対する批判

試案は、「会社区分の問題点」と視点を異にして、その内容を小規模株式会社および有限会社に限定せず、「小規模会社にとって不合理であるものは同時に大規模会社にとっても不合理であることも多い。」との考えから、大規模会社に影響が及ぶ事項も取り上げることとなり、また有限責任の会社であればどうしても確保しなければならない最低限のルールを確認し、それが形骸化しないように守らせるための対策をとらなければならないと考えたようである。⁽⁸⁾したがって、従来の議論に比べて、規制の緩和より規制の強化が全面にでることとなった。⁽⁹⁾

また、株式会社法の中で実質的に小規模・非公開会社を対象とした規定を織り込むとして手法はC案をとることになったにもかかわらず、その発想は相変わらずA案であって、異なる考え方の妥協の結果、必要以上に重層的で細分化した案であるといえる。⁽¹⁰⁾会社の規模による基準として、資本金および負債総額を問題としており、株

式会社については、資本金五億円以上または負債総額二〇〇億円以上、資本金一億円以上または負債総額一〇億円以上、資本金一億円未満かつ負債総額一〇億円未満、資本金五〇〇〇万円未満、資本金三〇〇〇万円未満かつ負債総額三億円未満という五つの基準が用いられており、取締役の員数、監査役の員数（又は設置を任意とするか）、支配株主の責任の有無、決算公告の要否、会計監査人監査・調査の要否等の事項ごとにどの基準を取るかが決まり、有限会社では資本基準が六つに増える。また、株主が五〇〇人以上の株式会社（大会社）では、総会の参考書類送付および書面による議決権行使書面送付を強制し（二二1b）、提案権行使時期を延長する（二二3）としているのも規模基準と考えられる。会社の閉鎖性による基準としては、定款による譲渡制限の定めがあるか否か、⁽¹⁾株主が五〇人以下であるか否か、⁽²⁾有限会社であるか否かという複数の基準を用いながら、それらの基準を満たしたものにすべてに規制をかける場合も、また、その中で特定の基準を満たしたものにだけに規制をかける場合もあり、その他、株券が市場で流通しない株式・有限会社の株主・社員に株式・持分買取請求権を認めている（三8）。「株主が五〇人以下である株式会社」に特別な規制をするとの考え方は「会社区分の問題点」のC案にも見られるが、これについて試案は以下のような規制をおこなうとした。1. 総会招集手続の簡略化・書面手続を認める（二19）、2. 公告をした場合には、あわせて株主に通知も行わなければならない（二16b）、3. 会計帳簿・書類の閲覧・謄写権を発行済株式総数の一〇〇分の三の持株を有する株主に認める（四10a）、4. 解散判決請求権を単独株主権とする（六2a）、である。しかし、1はすでに有限会社法で認められている規制の程度まで緩和する趣旨であろうし、2、3、4に関しては、譲渡制限のある会社でも、有限会社でも同じ規制がなされる。有限会社が現行法上でも社員五〇人以下の会社であるとの発想であれば、当然であろうが、2、3、4の事項について譲渡を制限している会社と並んで規制の対象となっているのは、定款で譲渡制限はしていないが事実上閉鎖的な会社を適用下におくために、「株主数五〇人以下」の要件を用いたものと思われる。⁽¹³⁾また、逆に、

「会社区分の問題点」C案（北沢案）では、株主の数が五〇人以下の会社に認めてもよからうとされていた、1・取締役の数を一人でもよいことにする、2・取締役会制度をとらなくてもよい、3・監査役を省略できる、4・取締役・監査役の任期を三年ないし四年に延長する等の点は、認められる範囲が異なり、1ないし3についてはA案が提唱してきたように規模基準を利用する。すなわち、1及び2に関しては、資本金一億円以上又は負債総額一〇億円以上の株式会社ではいまままでどおり取締役を三人以上、それ以外の株式会社および資本金一億円以上又は負債総額一〇億円以上の有限会社では二人以上が必要であり（二一）、二人以上の取締役がいる場合には株式会社のみならず有限会社でも取締役会・代表取締役の制度を採り入れなければならない（二五、二七）、資本金一億円未満又は負債総額一〇億円未満の有限会社では取締役を一人とすることができるとし、これまでは試案のA案においても原則として非公開株式会社では取締役の数を一人としている（問題点二一）のに比して厳格な取り扱いとなっている。3に関しては、資本金資本金五億円以上又は負債総額二〇〇億円以上の株式会社では複数の監査役をおき、そのうち一人は常勤でなくてはならないが（常勤の監査役をおくことについては従業員五〇人（又は三〇人）未満の会社には適用が除外される）、資本金一億円以上又は負債総額一〇億円以上の株式会社および資本金五億円以上又は負債総額二〇〇億円以上の有限会社では一人以上の監査役をおくことが義務づけられ、それ以外の会社に限って設置が任意である（二二）。4に関しては、試案は株式会社の取締役の任期の伸長についてはこれまでどおりとし、かえってこれまで規定がなく、終身も認められていた有限会社について、取締役の任期を最長三年とし（二三）、株式会社に一步近づけた。

上述のように、試案は、資本金・負債総額を基準とする五段階ないし六段階の規模基準と株式会社全体に適用されることとの異なる観点からの複数の閉鎖基準を利用し、会社区分をしようと試みたのであるが、結果的にそれぞれの基準による細分化があまりに著しく、大変複雑な立法案である¹⁴。そしてまた、試案の下では、非公開株

株式会社と有限会社の区別がはつきりしなくなっていることが批判される。非公開株式会社に「閉鎖基準」を多用すれば、有限会社もまた閉鎖性会社ということで、それらの差異は少なくなることになり、債権者保護の視点を多く盛り込めば盛り込むほど、株主・社員が有限責任しか負わない会社形態である株式会社と有限会社の規制はますます同一化してしまうのである。有限会社と非公開会社への特別規制を並存させるならば、同一の規制をわざわざ重複して規定することに意味は見出せるのであろうか。⁽¹⁵⁾ 有限会社の規制において緩和されたものはほとんどなく、ほぼ全部が規制強化されている。⁽¹⁶⁾ 有限会社、株式会社それぞれの特徴を考えるのであれば、その規制には、小株式会社といっても株式会社は株式会社であり、厳格性と強行性の特質があり、また、有限会社には簡素性と弾力性という特質があるのであって、これを無視して一概に有限会社の規制を強化することが批判された。⁽¹⁷⁾

- (1) 稲葉・「商法・有限会社法改正試案の公表と内容」商法・有限会社法改正試案の研究（金商七五五号、昭和六一年）一九頁。須藤純正・「商法・有限会社法改正試案の概要」法律のひろば三九卷九号（昭和六一年）五頁。
- (2) 稲葉・前注一九頁。田中誠二・「商法・有限会社法改正試案についての全般的考察」商法・有限会社法改正試案の研究（金商七五五号、昭和六一年）七頁（同・六頁は、「問題点」が大小会社区分立法の名前を用いていたのに、試案が「株式会社法・有限会社法改正試案」となったのは、C案が採用され、株式会社を大小会社の区分を主眼としながら、その一方で意外に株式会社・有限会社一般についての改正事項が多くなったからではないかと推測している。
- (3) 稲葉・前注。
- (4) 田中（誠）・前掲金商七五五号七頁ほか。
- (5) 北沢・「大小会社の区分」前掲商事法務九八四号二〇頁。
- (6) 北沢・「大小会社の区分方法」「問題点」のC案の内容」商事法務一〇一六号（昭和五九年）四八頁以下。また、あえて最低資本金制度を設ける必要もないという（五一頁）。
- (7) 北沢・前注五〇頁以下。

- (8) 稲葉・前掲金商七五五号二〇頁、一八頁。
- (9) 酒巻・前掲書新版大小会社の区分立法六四頁は、企業実態に即した会社法の規制分化が本改正の第一の目的であり、物的有限责任制会社形態の利用に合理的制限を設け有限责任制利用の基礎的条件を整備するとの目的は第一の目的に比較すると第二義なものといえるだろうとされているが、試案はこのような立場ではないことは明らかである。
- (10) 志村治美・『試案』における大小会社区分の構成について「法律のひろば三九巻九号(昭和六一年)一六頁以下。田村諱之輔・「会社の区分および合併について」法律のひろば三九巻九号(昭和六一年)一二頁。
- (11) そもそも、「会社区分の問題点」では、制限できる会社を非公開株式会社に限定することが検討されていたが、試案はその範囲を限定せず、すべての株式会社に認める。
- (12) 酒巻・前掲書新版大小会社の区分立法六三頁は、「株主五〇人以下」は有限会社並みの人的結合の態様を反映するものと考えている。
- (13) 北沢・会社法改正試案解説(税務経理協会、昭和六一年)六五頁、六九頁によれば、既述の「会社区分の問題点」のC案の立場から、1の中でも、総株主の同意による招集手続の省略および書面決議は、株主の数に関わらず、すべての株式会社にも認めてもよいだろうとされている。
- (14) 商事法務一〇七六号一〇頁の表を参照のこと。田村・前掲二三頁。鴻常夫・「商法・有限会社法改正試案と中小会社(上)」商事法務一〇八七号(昭和六一年)二頁、四頁。木内「商法・有限会社法の改正と中小企業」商事法務一〇八三号(昭和六一年)一八頁。C案提唱者である北沢教授も「試案のとる実質的区分の基準は若干複雑すぎる嫌いがあり、今後の検討のなかで、より簡明にするのがよく、そうすることは、もとより可能である。」としている(同・前注八頁)。
- (15) 田村・前掲二三頁。
- (16) 鴻・「商法・有限会社法改正試案と中小会社(下)」商事法務一〇八八号(昭和六一年)一二頁。昭和六一年私法学会シンポジウムにおける鴻発言(私法四九号(昭和六二年)一〇八頁)。
- (17) 田中(誠)・「有限会社と小株式会社との差別強化論」商事法務一〇九九号(昭和六二年)七八頁。

4 平成二年法改正の意味——要綱作成から改正まで

平成二年三月一日、「商法の一部を改正する法律案要綱」が出された。昭和六二年初めから法制審議会は要綱案作りに着手し、翌六三年七月には第三読解を終わり、審理が終了した。⁽¹⁾しかし、他の法案との関連で平成元年春には国会提出が困難となり、一年遅れの国会提出となった。⁽²⁾しかし、要綱では「試案」で盛り込まれているものうち設立、株式、計算、公開、組織変更に限定し、経営管理機構、合併などの重要事項をはじめ資本減少、解散その他が省かれてしまっており、一番大きな問題としては、改正の柱であった会計調査人による調査（改正試案四）が採用にならなかったことである。⁽³⁾その理由は、利害関係人間の利害調整、意見調整のための時間的余裕がなかったためと説明され、改正後も要綱で積み残したのも審議を継続し、「二段発射で」改正を実現する決意が表されてもいた。⁽⁴⁾しかし、それにもかかわらず、この「要綱」の後退は遺憾という感想が大勢を占めたことは言うまでもない。⁽⁶⁾

また、計算書類等の登記所での公開は「法律案」作成の最終段階で見送られることになり、最低資本金についても「改正試案」が新設既存を問わず株式会社では二〇〇〇万円、有限会社では五〇〇万円としていた（ただし、既存会社には猶予期間を設ける）のを、「要綱」では新設株式会社は二〇〇〇万円、有限会社は五〇〇万円とし（既存会社については、当分の間株式会社一〇〇〇万円、有限会社三〇〇〇万円で、五年間の猶予を設ける）、次いで「法律案」は新既を問わず株式会社は一〇〇〇万円、有限会社は三〇〇万円と減額したことなど、「後退現象」は更に進んだ。⁽⁷⁾このような数々の変容を受けて、大小会社区分立法は「崩れ去った」と見る考え方と、法案の提出理由説明の冒頭で説明されたように、本改正はやはり基本は大小会社区分立法で、最低資本金制度や組織変更の規定は本格的区分立法のための重要な出発点であり、一部での問題解決を中小株式会社像を実現する歴史的過程の一部と位置づけ、更に将来への問題提起を残したものと評価する見方がある。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

- (1) 昭和六四年一月五日当時の審議状況については、竹内Ⅱ濱崎・「商法改正作業の動向と今後の対応」商事法務一六九号（昭和六四年）八頁以下を参照。
- (2) その間の事情については、竹内Ⅱ濱崎・前掲八頁ないし一〇頁の濱崎発言を参照。
- (3) 省かれた事項については詳しくは、前田庸・「商法等の一部を改正する法律案要綱の概要（上）」商事法務一二二一（平成二年）四頁参照。倉沢・「今次商法改正について」監査役二七五号（平成二年）九頁は、規制緩和と規制強化は表裏一体の関係と認識されていたために、前提たる規制強化が認められなければ、規制緩和も先送りされざるをえないことになったのだと分析される。
- (4) 前田・前注五頁。「商法改正要綱案の意義」商事法務一二〇九号（平成二年）五一頁。「商法改正の後退に思う」商事法務一二一四号（平成二年）九七頁は、理由をより具体的に、「調査問題」をめぐる関係業界の対立が解消されないことと、参議院における与野党逆転にも関係があるとの見方を示している。龍田節・「平成二年改正商法の検討」商事法務一二二二号（平成二年）一〇頁も参照。
- (5) 前田・前掲五頁。
- (6) 前掲商事法務一二〇九号五一頁。前掲商事法務一二一四号九七頁。大賀祥充・「商法等改正法律案要綱」論（広島修道大学研究叢書五八号、平成二年）一二頁。大谷禎男・「商法等の一部を改正する法律の解説（1）」商事法務一二二二号（平成二年）三頁は遺憾の旨を述べる。田中（誠）・「商法・有限会社法改正についての全般的考察」金商八五六号（平成二年）五頁以下は、後述の法案作成の過程での後退をも含めて、「誠に残念である。」と言われている。
- (7) 自民党商工部会による強力な政治圧力の結果であるといわれる（前掲商事法務一二一四号九七頁）。龍田・前掲一一頁は、登記所における公開が見送られたのは、小会社がこれを負担と感じて強く反対した結果であるとし、同じく一〇頁では、それぞれの最低資本金の額はあまりに少なすぎると批判している。
- (8) 田中（誠）・前掲金商八五六号六頁。
- (9) 龍田・前掲八頁。河本一郎・「商法・有限会社法改正についての経緯」金商八五六号（平成二年）一二頁は、株式会社の最低資本金制度導入とそれが有限会社の三倍強であることによって、やっと会社形態利用の純化への道が開

かれたとされる。

- (10) 神田秀樹・「改正案の理論的背景」企業会計四二巻七号(平成二年)一二頁。
- (11) 丸山修平・「商法改正のポイント」税務弘報三八巻九号(平成二年)一四九頁。
- (12) なお、残された立法課題について、詳しくは酒巻・改正会社法の理論と実務(ぎょうせい、平成三年)一四七頁以下参照。

二 会社の種類による会社区分

わが国における会社の種類は、会社の社員の責任によって四種類に限定されている。社員が債権者に対して直接に無限の責任を負う合名会社、直接に無限の責任を負う無限責任社員と直接ではあるが有限の責任しか負わない有限責任社員からなる合資会社、そして社員が会社債権者に対しては直接に責任を負うことがなく社員が会社に出資した額が会社債権者の担保となるという意味で間接有限の責任しか負わない株式会社と有限会社である。会社の社員は社団を形成するにあたって様々な目的を有しているのであり、またそれに適合する内部組織も様々でありうる。しかし、第三者との利害関係を考えたとき、第三者が安心してそれと取引関係にはいることができるとためには、会社の種類はある程度に限定され、その会社の内部の組織のありかたが一見してすぐにわかるのであれば不測の損害を負う可能性があるし、また債権者にとって一番の関心事は社員がどのような責任を負うのかという態様であるために、わが国では法律上上述のような四種類の会社に限定される。⁽¹⁾

しかし、有限会社と株式会社とともに会社債権者に対して有限責任しか負わない会社であって、この意味では両者を分ける基準はなく、会社財産のみが引当になり、財産が重要であるために物的会社と呼ばれて、合名会

社・合資会社が人的会社であるとされるのと対比されているが、少人数の社員（有限会社法八条では五〇人以下と規定されている。）によって構成されている有限会社では、新たな社員の変更・追加をできる限り阻止して、限られた人間関係の中で処理したいという要求がある。したがって、有限会社では社員の持分を社員以外の者に譲渡するには制約があり（同法一九条）、社員の持分を有価証券化すること、社員を公募することも禁止されており（同法二二条、五二条二項）、社員の新出資引受権を法定し（同法五一条）、株式会社のような授權資本制をとらないこと、社員総会での招集および決議に関する手続が簡素化されていること（同法三六条、三八条、四二条）等から「閉鎖性」「非公開性」という特質を持つものであるということが出来る。また、社員が当然に業務執行社員であつて所有と経営が一致している合名会社とは違い、取締役を社員総会で選任して業務執行に当たらせるところは機関の分化が要請されているといえるが、その員数は一人以上でよく（同法二五条）、小規模会社であるという性質を反映して、取締役会と代表取締役は分かれておらず、また、監査役の選任も任意である（同法三三条一項）。株式会社では当然である、貸借対照表の公開なども要請されない。

このように考えると、会社の種類を区分する基準には、会社の社員の責任のみでなく、株式会社と有限会社の違いにみられるように、会社の開放性・閉鎖性という規準もあることが分かる。かつて昭和二五年の会社法改正の際には株式会社では、定款に規定するも株式の絶対的な譲渡自由の原則が取られていたものが、昭和四一年の商法改正で一転、定款による譲渡制限が認められたのも、株式会社形態をとりながら気心の知れた株主の間でのみ会社を運営することが望まれているというニーズを認めたものであるが、これも、株式会社の中に「閉鎖的性質の会社形態」を認める意味で、新しい会社の種類が増えたものとも評価でき、また、昭和四九年の改正で商法特例法が資本金の額によって株式会社を大会社・中会社・小会社に区分して監査役の監査の態様を区別したのも、また別の基準で会社の種類を認めたことと評価することも可能であろう。⁽³⁾

株式会社・有限会社を实体に即して再区分する場合、その手法には、①有限会社を存置しながら株式会社を二分する考えと、②物的会社を二分する考えがあり、②は更にその区分が (i) これまでどおり株式会社・有限会社である場合（これはどちらかと言えば、有限会社に小規模閉鎖株式会社が統合される方向）と、(ii) 大会社・小会社である場合（有限会社が小会社に統合される方向）⁽⁴⁾ が考えられる。

これまでに検討してきた大小会社区分立法の足跡を考えてみると、「問題点」の A 案では、有限会社を残し、それぞれに最低資本金（一応の基準として株式会社二〇〇〇万円、有限会社一〇〇〇万円）を法定しつつ、またある一定の資本金（一億円又は五〇〇〇万円）以上の会社には公開株式会社と非公開株式会社（名称としてこれまでの「株式会社」を残す。）を選択させ、さらに高額の資本金以上の会社では公開株式会社たることを強制することで、区分する。これは上記の①の考え方になるが、「公開株式会社」と「株式会社」名称を別にするのは、それらが株式会社の一種であっても規制が著しく異なる会社に同じ名称を使用させては利害関係人に混乱が生じることが考慮されたためで、これは、株式会社のほかに「公開株式会社」という新しい会社の種類を増やすことになり、それらは各々固有の法によって規制されることになる。これまで「株式会社」と名乗っていた会社にそれよりも劣後すると評価される可能性がある有限会社の名称を名をらせることを強制することはかなりの抵抗があることが考慮して、株式会社としての本質をもつ会社には株式会社以上のステータスを意味するものと思われる公開株式会社という名称を用意したのであるが、それにもかかわらず、一の 3 で述べたように、結局、「試案」を作成するにあたり考慮された実業界の意見は、名称の変更には消極的であったようである。又、非公開株式会社の法の内容を検討し、それが有限会社法と同一視できるほどに同じであるならば、有限会社と非公開株式会社の統合も視野に入れているので、その場合は②の (ii) になる。①で有限会社と非公開会社の規制内容があまりに重複するとすれば、両者を存続させるよりは、統合するのが妥当であろう。しかし、平成二年の改正の検討中には

株式会社の方が上回っていた有限会社の数も、いまでは逆転し、その全法人数に対する割合も増えつつある。⁽⁵⁾ 有限会社は株式会社のように休眠会社の整理の制度（商法四〇六条ノ三）がないことから、多くの事実上活動していない有限会社も含まれているかもしれないが、その存在は決して軽視することはできず、②の（ii）を採用して有限会社を解消してしまう方法は、問題が生じよう。

B案は、最低資本金のようにその他の点からはあえて株式会社区分を行わず、現状と同じ株式会社と有限会社の種類を維持した上で解決を図る考えであり、②の（i）の考えである。しかし、多くの会社が有限会社に変更を余儀なくされるのであったり、株式会社に残留することを希望する会社においても外部監査を受けるために過度の負担を課されるものであったりすれば、現状を大きく変更することになるために、これも採用にはならなかった。以上に対して、C案は、有限会社は原則、そのままにしておいて株式会社規制を實質区分する案であって、株式会社・有限会社の枠組みは大きく動かすことを要しない案である。これは新たに会社の種類を動かすのではなく、一見上記の考え②の（i）になりそうであるが、その一方、有限会社とは区別された株式会社内部には、様々の基準によって適用される規制を異にする「会社の区分」とはいえない程度の細分化が内存することになる。その程度としては微妙であるが、これを「会社区分」として評価すれば、①になる。現実にも、C案の手法で「会社区分の問題点」で取り上げられている諸問題をすべて解決しようと試みると、会社の大枠の種類は変動しなくとも、②（i）は実質的には様々な基準によっていくつにも区分された結果、いつのまにか限りなく①に近くなってしまう、これを実行した「試案」は多くの批判にさらされることとなったのである。

物的会社を株式会社と有限会社に二分するという②の（i）の考えは、前述のB案、C案にも現れているが、基本的にはこれまでの株式会社・有限会社の理念を動かさず、会社の種類を変動させない。適用法規の内容も微調整を除いてそれまでと大きく変動しない。しかし、それにもかかわらず現実に存在する法と現実の乖離を解消

するためには、これまでの株式会社法適用会社の実体を考慮して、本来は有限会社の適用を受けるのに適するものにはその移動を促すことで対応するしかない。その場合、有限会社として取り扱われるにふさわしい資格とは何であるかが問題である。まず、議論の最初から継続して問題となっていた最低資本制度を導入しその額を本来の株式会社であれば当然期待されるほど高額な最低資本金を定めれば（いわゆる足切り基準としての最低資本金制度）、その最低資本金の額によって株式会社と有限会社は適正に分かれることになる。しかし、実際問題としてそれまで何の規制もなかった株式会社に突然高額な最低資本金を要求すれば、ほとんどが有限会社に追い出され、社会に与える影響は計り知れない。したがって、その選択は断念され、一応の最低資本金は定められたとしても、その基準を超えることができた株式会社を事態に応じた規制を受けるにたりる範囲の会社に再区分することが⁶⁾必至である。

B 案はそれを外部監査の有無に求めた。利害関係人の保護の見地からその必要性の程度によって株式会社と有限会社を分けたのである。しかし、その見解は、同じ物的会社でありながら、有限会社は保護の必要性がないのかというような批判を浴びた。⁷⁾しかしながら、同じ物的会社であっても、株式会社と有限会社を区分するには、物的会社の性質から問題を解決することには無理があり、物的会社をその見地から同一の規制に服させることとして規制のレベルを押し上げることは、どうしても必要である場合以外は強制すべきではない。又、利害関係人の保護の程度には、その会社の規模により差があつてよいはずであり、株式会社と有限会社には最低資本金制度のうえからも暗黙のうちに比較的規模の大きな会社と小さな会社という了解があるのであつて、有限会社の特質を壊さないように有限会社の「閉鎖性」・人的関係を維持しなければならない。一律に有限会社についての規制強化は、かえって有限会社法の存在価値をも低からしめるものであるとの指摘には首肯することができる。

- (1) 倉沢・商法の基礎（三訂版）（税務経理協会、平成五年）七五頁以下。
- (2) 前注七七頁以下。また、倉沢・前掲法律のひろば三六卷一四頁は、定款による株主総会における代理人資格の制限の解釈等において、定款による株式譲渡制限会社にその他の株式会社と異なる解釈を行う可能性があるとする説が生ずるなど、少なくとも法解釈上で非解放性の株式会社というカテゴリーが入ったことを指摘される。株式会社における規制分化の始まりと捉えるものは多い（例えば、竹内・前掲現代法と企業五四頁等）。平成二年の改正で譲渡制限会社の株主に新株引受権が法定されて（商法二八〇条ノ五ノ二）以来、閉鎖会社の株主保護のための制度として、譲渡制限会社において、会社の売渡請求による自己株式取得（同法二〇四条ノ三ノ二、二一〇条五号）や株主死亡の場合の会社の自己株式の一時取得（二一〇条ノ三）等が導入されることがみられ、ますますその存在ははっきりしたものとなったかのようであったが、平成一三年の改正のいわゆる金庫株の解禁のより、自己株式の取得の目的による制限は撤廃され、原則として取得が許容されたので、その点では以前と変わりはなくなっている。
- (3) 昭和四九年の改正は主として大公開会社の監査制度の改善、強化を目的とし、それとの対応で中・小会社の規整区分がもたらされたにすぎないとの指摘もあり（青竹正一・続小規模閉鎖会社の法規整（文眞堂、昭和六三年）三一頁）、確かに、会社区分立法法の試みとしては部分的な制度改革であることは否めないと考える。昭和五六年の改正では、特例法における大会社区分の基準として資本とともに負債総額も加え（負債の合計金額が二〇〇億円以上の株式会社も特例法上大会社として扱う）、大会社の中で特に議決権を有する株主の数が一〇〇人以上の会社に対して株主総会招集通知に参考書類の添付を強制し、株主に書面による議決権行使の機会を与えたこと（特例法二一条ノ二、二一条ノ三）等で、基準は更に細分化した。
- (4) 布村勇二・「最低資本金制について」法律のひろば三六号一一号（昭和五八年）二二頁。竹内・前掲私法三五号一八五頁以下。
- (5) 国税庁長官官房企画課「税務統計から見た法人企業の実態」の各年度版からみると、株式会社と有限会社の数および割合（調査の対象となった合名会社、合資会社、株式会社、有限会社、医療法人、相互会社等の法人に対する割合）はそれぞれ以下のものである。

株式会社

有限会社

平成 六年	一二万三八七六社 (四七・四%)	一一万三一一〇社 (四九・九%)
平成 七年	一二万三〇三四社 (四六・七%)	一一万九二一五社 (五〇・七%)
平成 八年	一一〇万四二八社 (四五・二%)	一二七万一九八社 (五二・二%)
平成 九年	一〇九万九七〇六社 (四四・六%)	一二九万七六三三社 (五二・六%)
平成一〇年	一〇七万五八八一社 (四二・九%)	一三六万四二一九社 (五四・四%)
平成一一年	一〇八万九〇八二社 (四三・一%)	一三六万六二三六社 (五四・一%)

平成二年改正猶予期間満了により、平成八年五月三十一日までに最低資本金に満たない株式会社は有限会社にみなし解散された。法務省は同年六月一日をもってみなし解散された会社は、株式会社で一一万社、有限会社で三四万社、計四五万社であると発表した(「商事法務一四三九号四五頁」、上記の調査は税務統計である性質から、みなし解散によってもあまり大きな影響は受けていないように思われる。株式会社数を有限会社数が上回ったのは、平成四年以降である。

(6) 酒巻・前掲書新版大小会社の区分立法七五頁以下は、最低資本金制度の導入目的として、足切り基準と有限責任会社形態の利用の適正を実現するための基礎的条件の二つの面を強調するが、足切りはもとより、会社債権者保護の目的に多くを期待するのも無理で、さらに計算の公開や会計調査のような制度保障が必要であると説く。佐藤・前掲七頁は、せめて会社形態の濫用防止の機能を果たすように、「常識的に見て商法の規定を遵守しながら会社を運営していくことを可能とする額」として最低資本金を考えてみたらどうかと提案している。妥当であろう。

(7) 例えば、稲葉・前掲別冊商事法務七三号一九三頁、昭和五九年私法学会シンポジウムにおける大隅発言(前掲私法四七号一〇六頁)。

三 株式会社および有限会社概念の純化の提案

前章までは、平成二年の改正にいたるまでの会社区分立法について論じられた経緯を検討してきた。この改正では、残念ながら最低資本金制度のほか、わずかな論点についてしか問題解決ははかられず、その後も、現在にいたるまで議論はあまり進展をみているとは言いがたい。このかつての体験は、学問上の理想論からいえば会社概念の純化は不可欠でありながら、実態を考慮することによってできる限り対象企業のコセンサスを得るよう努力しなければ、改正を実行することはままならないことを教えてくれている。しかしながら、真正面から問題点に向き合わず、基準を明らかにせずに現状を改善することだけを目的につまみ食いの規制を緩和することはなおさら問題がある。⁽¹⁾この問題が現代商法の抱える根源的な最も難しい問題のひとつであることは確かであるが、今後も解決に向けた努力を続けなければならないであろう。

そこで、本章では、多数の基準を用いて会社に関する法規整を複雑化することを避けるためには、二で考察した会社の種類を用いて如何にそれを区分するかという問題意識の下で、既存の株式会社および有限会社の性質を見直す作業の中で、実質的に大小会社区分立法の目的を達成させることを中心に考えてみたいと思う。

典型的な株式会社は、いうまでもなく、不特定多数の株主から多額の資本を集める大規模会社であって、そのためには株主の地位である株式の譲渡が自由であり、したがって株主間の関係は希薄で会社に対しても匿名性を保っているものをいう。この大規模・公開性が本来の株式会社の性質であるとすれば、有限会社の本質はなにであらうか。

有限会社の特質について、有限会社法の新設の際、田中耕太郎博士は、一 有限責任社員の一元的組織、二 株式会社における公示主義の緩和、三 社員の非公募、社債の不発行、四 簡易なる機関構成、五 株式主義に

あらずして持分主義という五つの点を挙げ、「有限責任会社は有限責任社員からのみ構成されて居り、而も人的会社、即ち合名会社的特色を持って居るものである。」とその人的会社の性質を強調されるのである。⁽²⁾ 有限会社の規模は最低資本金を比べても、株式会社は一〇〇〇万円、有限会社は三〇〇万円と有限会社のほうが一段小規模であることが予定されていることができ、また、前述のように社員の数が限られており、持分の譲渡も制限がある閉鎖的な性質を持っている。有限会社の小規模かつ閉鎖的性質を忘れ、規制を強化することのみでそれに対処し、有限会社を曖昧な位置におくことは許されない。

大規模・公開会社の典型は株式会社であり、小規模・閉鎖会社の典型は有限会社である。しかし、例外はある。株式会社は最低資本金を法定しているが、それは改正の妥協の結果として決定されたもののあいかわらずあまり高額ではなく、その結果株式会社といえども本来からすれば多くのものが未だ小規模のままとどまっているとの評価も可能であるし、また、定款による譲渡制限を認めているために閉鎖会社の性質を持つものがそこに混入している。又、有限会社も最低資本金の法定はあるものの、資本金の上限がないために、株式会社並みの規模の有限会社も存在する可能性を残している。大規模有限会社については、改正論議の中では、株式会社並みの資本金を有する有限会社は株式会社組織変更を強制するとか、あるいは株式会社並みの規制をかけることが主張されてきた。⁽³⁾ また、株式会社については、現行法では会社が定款で株式の譲渡を制限するという制度を選択すれば、無制限に「閉鎖性」を保持することを認めるために、閉鎖的な性質を有する会社は、有限会社も含めて物的会社すべてに見られることになる。したがって、「会社区分の問題点」を解説する稲葉参事官の考えのように、株式会社・有限会社は大規模公開、大規模閉鎖、小規模閉鎖の三つに区分され、それぞれに立法が施されなければならぬという結論にいたることになる。しかし、これは、物的会社すべてに規模基準と並んで閉鎖性基準を要求することとなり、また、閉鎖性基準も、「問題点」のA案や「試案」が考慮したように、「株式の流通し

ない会社」「定款で株式の譲渡制限を規定している会社」「株主が少数である会社」等、様々なものが考えられるために、「試案」では規模基準と閉鎖基準がそれぞれの数だけ掛け合わせただけの会社区分が生じてしまい、問題は收拾するどころか、まったく決着が不可能な状態へと向かってしまったように思われる。

株式会社のほかには有限責任の会社として有限会社が存在するのであれば、株式会社の改正に伴う付随的なものではなく、その正面に位置づけて、現在は極めて曖昧であるその性質をもう一度考え直し、その経済的目的に最適な法規制を提供するために、再編成されるべきであると考ええる。よく用いられる比喻であるが、有限会社は株式会社の小型のものであるといわれるのに対して、単なる大小の点以外は同じ性質のものが並列的に置かれているものとはせずに、性質の違いを明らかにし、規模基準の大小と閉鎖基準の有無を利用することで会社概念の純化を目指し、それが、企業が会社の種類を選択する際にいくらかでも指針となるようにしなければならぬ⁽⁴⁾。また、株式・有限それぞれの特徴を明確にする過程では、そのなかに内蔵している大規模閉鎖会社という矛盾を取り除くために、規制の諸基準の関係を整理し直し、再構成することが必要であると考ええる。

まず、最初に、有限会社は小規模でありかつ閉鎖的な会社と位置づけて、簡易・柔軟な法規制の性質を損なわないようにその性質を助長するように規制を考えなければならぬ。そのためには有限会社に大規模な会社は含まれてはいけな⁽⁵⁾いことになるため、有限会社には資本金の上限を法定する必要がある。また、次に、株式会社も現在よりは最低資本金をいくらかでも引き上げて理想に近い会社に純化することができれば望ましい。その上で、有限会社の資本の上限を超える資本の株式会社では株式の譲渡を制限することを認めないことにする⁽⁶⁾。また、それが実際に無理であれば、代替案として、閉鎖性を認める場合でも大規模であれば利害関係人も多数で、運営の決定も慎重を要するため、外部関係についても内部関係についても大規模会社と同様の規制をかけられることで妥協することも考えられないではない。

株式会社でありながら、定款によって株式の譲渡を制限できる会社は、概念上の矛盾を抱えている。また、上で提案したように小規模な会社のみで譲渡制限を認めるとすると、おなじく提案において資本金の上限を定められた有限会社も、その性質を考えると「小規模・閉鎖」となって、会社の種類を別にするにもかかわらず、まったく差異がないことになってしまう。ひとつの案としては、株式会社と有限会社は規模による差を設けると同時に、閉鎖性の度合いに差を設ける考えがある。つまり、有限会社では社員の数の上限を現在法定されている五〇人よりも少数に（例えば、三〇人）し、株式会社では株主数五〇人以下の会社に限りて定款によって株式譲渡を制限できることとするのである。これは、これまで閉鎖基準として考えられてきた、「譲渡制限会社」と「株主数が五〇人以下の会社」という二つを一つにまとめる試みでもある。

この考え方に従えば、株式会社は資本においては有限会社よりも比較的大規模で、さらに閉鎖性の程度においては、譲渡制限会社である場合も有限会社より少しだけ希薄な会社であると位置づけられることになるのである。しかし、譲渡制限会社であっても、株式会社であることを重視するならば原則としては株式会社の法規制を無秩序に緩和して適用するようなことはしないようにすべきであり、会社内部の関係に限って、定款による株式譲渡制限と同様に定款自治の範囲を一般の株式会社よりも広く認めることで、自衛的に株主の同意を図って必要に応じて対処することで問題を解決すべきであると考え⁽⁸⁾る。

(1) 特に最近の商法改正論議の中の会社区分の立法はどのように進められているかに関しては、本稿では、これを詳細に検討するには紙幅も時間も十分ではないので、問題であると思われる点をごく簡単に指摘するに止める。

まず、平成二二年九月、法制審議会商法部会は「今後の商法改正について」として、企業統治の実効性の確保、高度情報社会への対応、資金調達手段の改善、企業活動の国際化への対応等を柱として平成一四年の法案提出を目的に会社法制の大幅見直しのための検討を行う旨を発表しているが、その「2. 見直しの視点 (1) 企業統治の実効性確

保」の「ア、会社機関のあり方」の例示のひとつとして「会社の区分に応じた機関のあり方」が挙げられているに過ぎない（日経新聞平成一二年九月七日照刊は、「非公開会社法制を整備―商法、二年後メド抜本改正―」という見出しで、今後の改正検討事項として、非公開会社の一部では取締役の数を一人以上とするなどかなり具体的例示ながら取り扱っていたが、これが後述の中間試案のような形で示されるのか、又はそうではなく違う形で将来実を結ぶ形になるのかは、不明である。）。また、同年の私法学会シンポジウムはこのような発表を受けて、久しぶりに会社法改正をテーマとしており（岩原紳作・「会社法改正の回顧と展望」『商事法務一五六九号（平成一二年）四頁参照）、上村教授が「会社区分立法のあり方について」を報告された。教授は、有限責任会社として、証券市場を有する真の意味における株式会社―公開株式会社に対する法規制のあり方を中心述べられたが（上村達男・「商事法務一五六九号一六頁以下、同・「公開株式会社法の構想について（上）（中）（下）」『商事法務一五五九号六頁以下、一五六〇号一五頁以下、一五六三号一四頁以下も参照のこと。）、これは同時にそれ以外の株式会社法の今後のあり方とも深く関わる問題として、今後も注目したい。

また、最近では、その後具体化された全面改正作業として、「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」が本年四月一八日に取りまとめられ、公表されて注目を集めた。この中では、株主総会招集手続の簡素化等（第一二）等も取り扱われているが、これらの項目は小規模会社を対象にしたものではなく、株式会社全体を対象とした改正であることに注意を要する。長谷川俊明・「株主総会・役員制度の改正と実務問題」『經理情報九五六号（平成一三年）一七頁は、「商法の規定が株主間の利害の調整だけを問題にするものであるときは、株主間の合意をもって、商法の規制を排除することができるようにしたもの」とみられる」とされるが、このような改正項目を取り上げることが必要ではあるが、これまでは小規模会社に有用な規定であるとして検討してきたものを、適用要件を絞りつつもいきなりこのような形で導入するのはいかがなものか。実際に反対者は出ず、また弊害は起こらないとしても、今後このような形で少しづつ改正が積み上がっていくとしたら、その制度に不整合が起こりほしくないかが懸念される（「中間試案に対しては、定款規定がある場合各取締役・監査役の同意があれば書面による取締役会決議を認めること（第十二の四）について、宮島司・「株主総会・取締役会・経営委員会の権限・決議・手続等」『ジュリスト一二〇六号（平成一三年）六一頁、石山卓磨・「会社の機関関係」『税経通信二〇〇一年八月号六三頁以下等が反対している。）。

- (2) 田中耕太郎・改正商法及び有限会社法概説(再版、有斐閣、昭和一四年)二八二頁以下および二七一頁。奥野健一ほか・有限会社法釈義(厳松堂、昭和一六年)二頁は、有限会社を「比較的少人数、且株主に比しては各自の個性を互に尊重する人々」が採用する企業形態として捉えている。酒巻・閉鎖的会社の法理と立法(日本評論社、昭和四八年)一七六頁も、「有限会社形態は各国によって多少差異はあつても、有限責任制度と人的会社に通有の人的要素の融合形態である。」といわれる。
- (3) 前述したが、例えば、鈴木・前掲商事法務一〇一七号四頁、木内宣彦「株式会社と有限会社の境界づけ」商事法務一〇五三号(昭和六〇年)一九頁、同「会社法立法のフィロソフィー」法学新報九一卷一一二二号(昭和六〇年)二二頁、河本・前掲一六頁。
- (4) 酒巻・前掲書閉鎖的会社の法理と立法一七二頁以下参照。
- (5) 山下眞弘・「有限会社と小規模閉鎖株式会社の関係」酒巻先生還暦記念公開会社と閉鎖会社の法理(商事法務研究会、平成四年)六六三頁の考え方に賛成するものである。慶應義塾大学商法研究会「大小会社区分立法に関する改正意見(二)」法学研究五八巻七号(昭和六〇年)七一頁も「会社区分の問題点」についての意見において同様の趣旨を主張する。具体的な上限の額は、特例法上の小会社を考慮して、一億円くらいか。尾崎安央・「小規模閉鎖会社法理と有限会社法」志村先生還暦記念現代有限会社法の判例と理論(晃洋書房、平成六年)一七頁も同様の指摘をされるが、大規模有限会社を認めないとすると有限会社は「小規模閉鎖会社法として純化することになるが、反面株式会社はその中に大規模閉鎖会社を取込むことになり、株式会社法の複雑さは一層増すことになるであろう。」との問題を提示されている。奥島孝康・「大小区分立法と有限会社法」志村先生還暦記念現代有限会社法の判例と理論二六頁は、有限会社の資本の上限の法定は「下手をすれば、事業規模に比して過小資本の有限会社の続出を招きかねない……」との懸念を示されている。
- (6) 「会社区分の問題点」も「非公開会社」に限って定款の定めによる株式の譲渡制限を認めることはどうかと意見照会していることから(五一)、考えられない選択肢ではないであろう。「非公開」という言葉が使われていながら、A案を下敷きにすれば、ここでは資本の少ない会社であつて「非公開会社」であることを選択した会社が対象であろう。ただし、株主数による区分は特に示唆されてはいない。

(7) 山下・前掲六六九頁。青竹・前掲書三五頁、三八頁注(42)も同旨。

(8) 竹内・前掲私法三九号一一九頁は定款自治の拡大と株主間契約の利用についても触れている。

結 語

企業の紛争の実態から、中小企業に適合する法規制の必要性を強く訴えられていた長谷部裁判官は、特別な規制の下におくべき会社の範囲を資本金五〇〇〇万円以下と提案され、又、株主数二〇人以下の会社では資本額にかかわらず特別規制を受けるのを原則としてもよいのではないかと¹⁾言われている。実務家の感覚として、資本金とともに株主数を区分の基準に加えている点が興味深い。また、一での考察の結果、「会社区分の問題点」に関する検討がなされた際、図らずも示されたように、「株主数」という要素は、一方で会社規模の基準として用いられ、多数の株主を擁する会社は利害関係人を多数有する会社として会社運営に関して慎重を要し、機関構造も単純であってはならないものとしているのに対して、他方では閉鎖性の基準として用いられ、株主が少ないということは当然株主間の関係が緊密でその関係を維持することが重要であることを認知するための分かりやすい客観基準であると考えられているように思われる。しかし、同じく「問題点」に関する考え方であっても、B案は株主数が少ない場合に限って内部関係を定款による自治を認める範囲を広げて、規制緩和に役立てるとしており、また、C案は株主数が少ないと言うことを閉鎖性のメルクマールとして、他の「閉鎖性」の基準とともに規制区分に用いようとしているのである。このように、様々の議論の中で見え隠れする「株主の数」というものをつなぎ合わせれば、一つの指針が見えてくるのではなからうかと考えて、その論点を拾い上げる作業を行った。それによれば、まず、規模の基準としての株主の数であるが、株主の数が多いということが基準として役割を

果たすのは、現在の書面投票が許される会社の範囲を示す場合のように、多数の株主を擁する会社の株主総会の特別規制等に限定的に用いられるのが適当であって、その他は、規模の基準が対第三者間で用いられる関係であることから、資本金などの数値のほうが規模を表すものとしては簡明で、また、利害関係人のすべてにとつて分かりやすいと考える。したがって株主の数によって規制区分する場合には、主に「閉鎖性」を表す客観基準として役割を果たすほうがよいと思われる。しかし、これに対しては、株主数は変動の可能性がありそのために会社の関係が複雑になったり、また、かつて平成二年改正前の発起人の数が七人必要であったのを掻い潜るために発起人は本来は一人であっても、擬制的に七人の発起人を用意したのと反対に今度は強行法規の適用を免れるために、株主の数を画策するというような弊害があるとの指摘もありえよう。しかし、社員や株主の数が限られている会社では、一般に「閉鎖的」である状況が常態となっていて、それほど頻繁に「公開」「非公開」の間を行き来することはないと思われるし、また、株主数が減って法の適用を免れるといっても、主に内部関係において定款で法律とは別の取り扱いを定めて手続の簡易化をする場合に行われるので、あまり実際上の大きな弊害は生じないのではないかと考える。

会社をめぐる法律関係を明確にするためには、会社の種類で規制を区分する必要がある。本稿では、会社の種類によって会社規整を区分した上で、更に株主数・社員数を用いて会社の再区分を行うという私案を提示した。株式会社は大規模で公開された会社形態であるのが原則で、それに対し、有限会社は小規模でありかつ閉鎖的な会社に限られるべきであるので、有限会社は上限資本金額を定めて大規模のものは許さないこととするともに、社員の数を現行法よりも少なくとも三〇人以下であることを要すると改め、法規制は株式会社のように厳格で強制的な規定を増やすのではなく、小規模ゆえに簡素な、閉鎖的ゆえに柔軟な規定を増やし、これに対処すべきであると考ええる。また、株式会社においても、定款による株式譲渡をこれまで広範に認めてきた経緯から、これを

すぐに禁止して、有限会社へと誘導することは難しいと考えるため、その範囲をこれまでより狭くして、資本金が少額でかつ株主数が五〇人以下である会社であるならば、例外的に株式の譲渡を制限して「閉鎖性」を維持することができるとすべきである。これは、前述の有限会社の特質と比較して認められると考えた範囲である。株式の譲渡制限を許された株式会社では、閉鎖的性質から、対外関係を除く内部関係についてのみに、定款により、有限会社に規定がある程度に簡素化された柔軟な制度に対応する規定をおくことが許されるべきである。しかしながら、これと反対に、もし株主数や社員数が五〇人あるいは三〇人以下であっても、有限会社の上限たる資本金額を越える場合は、大規模会社としても有限会社を選択する余地なく、株式会社として厳格な規制を課されるべきであろうし、それが株式会社であれば「公開性」の本質を守られなければならないと考える。

このことにより、譲渡制限株式会社と有限会社はともに小規模かつ閉鎖的な性質の会社として捉えることができるようになるが、閉鎖性を株式会社を導入する場合には、株式会社の性質とは異なるために、株式の譲渡制限は定款で規定してはじめて導入できるのであり、それと同様に会社内部の運営機構に関する関係や株主相互の関係も比較的自由に定款で定めることが認められると考えられ、有限会社が最初から閉鎖的性質を有する会社としてそういう性質に適合する規定を最初から適用されるのとは異なっている。また、譲渡制限株式会社と有限会社は、まったく同一の実態のものを対象とするのではなく、後者に対して前者は、規模の点で比較的大規模であり、閉鎖性の点でも株主・社員数から閉鎖性の点でやや株主相互の関係が希薄である場合も包摂することを許す会社であると考えることが適当ではないかと考える。

以上のような提案に対しては、企業の現実の実態からは到底無理な理想論による改正意見であるとの反対があるのではないかと思われる。しかし、これまでも触れたように、実態を考慮する現状追認では追いつかないほどに株式会社・有限会社の法規整は捻じ曲がって適用されている状況にあり、あるべき姿とは程遠くなるばかりな

ので、その意味では思い切った施策が行われることがなければ、問題の真の解決は望めないであろう。

(1) 長谷部・前掲書二四四頁以下。