

「会社法の現代化に関する要綱試案」の検討（1）

新潟大学企業法実務研究会

吉 田 正 之

山 田 剛 志

岡 田 昌 浩

は じ め に

平成16年4月、新潟大学大学院実務法学研究科（いわゆる法科大学院）の開設にあわせ、われわれ新潟大学法科大学院および法学部の商法担当者は、新潟を中心に企業法務に関心のある研究者・実務家の方々に呼びかけ、企業法務に関する情報交換および情報発信のプラット・フォームとなるべく、「新潟大学企業法実務研究会」を開設した。当研究会は、当面の課題として、平成17年3月まで、「会社法の現代化に関する要綱試案」（以下、「試案」と記す。）および「会社法の現代化に関する要綱試案補足説明」（以下、「補足説明」と記す。）を題材に、会社法の現代化を検討する予定である。

試案自体は「第一部 基本方針」から、「第六部 その他」まで全六部の構成となっているが、当研究会では会社法のみを検討対象とし、「第三部 合名会社・合資会社関係」から検討を始めている。

毎回の研究会の記録をもとに、上述の3名が検討内容を取りまとめ、『「会社法の現代化に関する要綱試案」の検討』を本誌に順次掲載する予定である。

研究会のメンバーは、平成16年7月現在で、上述の3名のほか、安達朋子、深滝信夫、小島裕樹、小島康裕、駒宮史博、相馬卓、宮本裕将、斎藤

貴介、渡邊信子(50音順)の計12名である。

第三部 合名会社・合資会社関係

1 合名会社・合資会社の会社類型の取扱い

合名会社と合資会社の両会社類型について、一つの会社類型として規律する方向で検討する。

(注1) 合資会社のすべての有限責任社員が退社した場合であっても、当該会社は解散しないものとする。

(注2) 両会社の商号の取扱いについては、社員中に有限責任社員が存する場合には、「合資会社」の商号使用を義務付け、この義務に違反して「合名会社」の商号を使用した場合には、有限責任社員は、会社債権者に対して無限責任社員と同様の責任を負うものとする方向で検討する。

〔関連規定〕商法147条、162条

試案では、合名会社と合資会社の両会社形態に付き、1つの会社類型として規律する方向で検討するとあるが、「合資会社」と「合名会社」の2つの名称の存続を予定している現状から鑑みると、より複雑な制度になる危惧がある。

この類型化された両制度を仮に「人的会社」と呼ぶとする。社員中に有限責任社員がいる場合に、合資会社の商号を義務づけるならば、逆に無限責任社員のみが合名会社と呼ばれることになる。もし、「人的会社」に有限責任社員がいる場合に合名会社の商号を使い続けたときには、当該会社の有限責任社員は無限責任社員と同様の責任を負うことになることは、賛成である。

しかし、理論的にいえば、どちらか一つの呼称・類型に統一されるべき

であるが、両名称が存続することはコスト面から意義が認められるだろう。

2 一人合名会社

無限責任社員一人のみの合名会社の設立・存続を許容するものとする。

（注）社員が一人となった場合であっても、当該会社は解散しないものとする。

〔関連規定〕商法94条4号

試案は、株式会社につき設立時からの一人株主（いわゆる一人会社）を認めること（商法404条）との関連で、無限責任社員1名のみの合名会社の設立・存続を認め、社員が一人となったときでも、商法94条4号を改正し、当該会社は解散しないものとするものである。試案に対し、社团性と相容れないという批判はあるが、一人合名会社を認める実質上の弊害はなく、試案に賛成である。

3 法人無限責任社員

会社が他の会社の無限責任社員となることができないとする規定は、廃止する方向で検討する。

（注）法人が合名会社・合資会社の業務を執行する社員となる場合について、その適切な管理運営の確保等の観点から、当該法人の職務執行者の指定等に関し、所要の措置を講ずる方向で検討する。

〔関連規定〕商法55条

商法55条は、会社が他の会社の無限責任社員となることを禁じている。しかし会社が民法上の組合における組合員になることは可能だが、無限責

任社員になることは不可能であることに対する説明が困難であり、商法55条の存在意義は疑問視されてきた⁽¹⁾。もし商法55条を撤廃し、会社が他の会社の無限責任社員となりうるとすると、ジョイントベンチャーを合名会社形態で行うことが可能となる。同様に、従業員が企業内ベンチャーを起こす場合、その従業員が属する会社が法人無限責任社員として、実質的に社内ベンチャーの信用不足を補うことも可能となるのではないかと考えられる。

4 合資・合名会社から株式会社への組織変更

合名会社・合資会社から株式会社への組織変更を認めるものとする。

(注1) 組織変更の手続等については、合名会社・合資会社同士が株式会社を新設会社とする合併をする場合の手続等と同様とする。

(注2) 合名会社・合資会社と株式会社との合併、合名会社・合資会社同士による株式会社を新設会社とする合併に関する制度の見直しの要否については、なお検討する。

〔関連規定〕商法56条、100条等、411条

現行法では、合資会社もしくは合名会社が、合併により株式会社を設立することは認められているが、当該合資会社もしくは合名会社が組織変更により株式会社となることは認められていない。

しかしある合資会社が無限責任社員の死亡で解散せざるを得ない状況であるが、事業を継続したい場合に、他の合資会社もしくは合名会社と合併しなければ株式会社に組織変更できず、結果的に存続できないというのは、理論的に整合的でない。従って原案通り、合名会社もしくは合資会社から、株式会社への組織変更を認めるべきである。

(1) 龍田節『会社法〔第9版〕』49頁以下(有斐閣、2003年)参照。

この改正は、日本版 LLC 形態で設立したベンチャー企業が将来上場する可能性を考慮すると、株式会社への移行ができるだけスムーズに行われることを保証することでもあり、その点でも意義が認められる。

第四部 株式会社・有限会社

第一 総論

1 株式会社と有限会社の規律の一体化

多くの株式会社の実態等を踏まえ、株式会社に関する規律について、有限会社に関する規律との一体化を図るものとする。

（注）株式会社と有限会社の両会社類型について、一つの会社類型として規律する方向で検討する。

昭和25年商法改正当初は、株式会社は公開会社的な性格を持ち、有限会社は非公開的な性格を持っていたが、定款で株式の譲渡制限が認められたことなどから、実際には非公開株式会社が大部分を占めている。

その現状をふまえて試案は、有限会社形態を廃止して、現在の有限会社形態を株式会社へ吸収し、現実的には譲渡制限株式会社へ一本化することを提唱している。その方向性は、妥当なものである。しかし実際には、現行の有限会社への規制を譲渡制限株式会社へも拡大することであり、むしろ有限会社への一本化という側面もあるのではないか。

2 譲渡制限会社における有限会社型機関設計の選択的採用

譲渡制限株式会社について、現行の有限会社の機関に関する規律に相当する規律の選択を認めるものとする。

(注1)「現行の有限会社の機関に関する規律に相当する規律」の主なものは、次のとおりである。

- ① 法定の機関たる「取締役会」が設置されない。
- ② 取締役の員数は、一人以上で足りる。
- ③ 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することができる。
- ④ 監査役の設置は、義務付けられない。
- 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。
- 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会議の目的事項の記載又は記録を要しない。
- 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 株主総会の会日の一週間前（定款で短縮可能）までに招集通知を発すれば足りる。

(注2)「譲渡制限株式会社」とは、発行する全部の種類株式について、その譲渡につき承認を要する旨の定款の定めがある株式会社（第3・1(3)A参照）をいう。

(注3) 譲渡制限株式会社のうち大会社に相当するものの機関設計の選択については、第四・11参照。

〔関連規定〕商法第2編第4章第3節、有限会社法第4章

譲渡制限株式会社に、有限会社と同じ組織が認められ、例えば取締役会の設置などは強制されない。これらは前項でも検討したとおり、基本的に妥当な方向である。なおその結果、最終的には、株式会社は監査役設置会社、委員会等設置会社、及び簡易制度と、より複雑な制度になるのではな

だろうか。また同時に、上場会社等の公開会社に対する規制も別に考える
とすると、制度の複雑化が予想される。

第二 設立等関係

1 最低資本金制度

（前注）最低資本金制度は、①設立に際して払い込むべき金銭等の価額、②剰余金分配規制における純資産額、③資本として表示することができる額のそれぞれの下限規制という機能を有するところ、それぞれの機能ごとに、次のような見直しを行うものとする。

(1) 設立時における払込価額規制

株式会社・有限会社の設立に際して払い込むべき金銭等の価額（設立要件としての最低資本金（株式会社：1,000万円、有限会社：300万円））については、以下のいずれかの案で見直しを行うものとする。

a 案 株式会社について、現行の有限会社と同額の300万円とする。

b 案 株式会社・有限会社について、300万円よりもさらに引き下げた額（例えば100万円、10万円等）とする。

c 案 設立時に払い込むべき金銭等の額については規制を設けない。

（注）b 案又は c 案を採用する場合において、法人格濫用の防止の観点から、例えば会社の不法行為に関する会社関係者の責任の強化等の措置を講ずるかどうかにについては、なお検討する。

最低資本金制度は、会社債権者の保護を主たる目的とし、物的会社における出資者有限責任の原則を担保するための制度として導入された。しかしバブル経済崩壊後、廃業率が開業率を上回る状況が続き、新たな雇用創出のためにも創業支援が緊急の課題とされている中で、最低資本金制度が障害となって、株式会社形態での起業を妨げているという指摘が根強かつ

た。

そこでいわゆる「中小企業挑戦支援法」により、創業時に資本金を集めなくとも、5年以内にその資金を集めれば、株式会社を起業できる制度がつくられ、現在進展中である。同法に対する評価を直ちに行うことは困難だが、一定数の起業は確保されているようである。

しかし、そもそも起業時には、創業に必要な場所や設備を確保するだけでも、相当の資金が必要となる。実際資金ゼロでは、ほとんど活動できない、というのも事実である。しかし最低資本金は「債権者保護」がその理由とも言われるが、資本金制度は実際債権者保護に役立っているのか、かなり疑問である。そう考えると最低資本金制度の目的は、気軽な(lightheartedly)設立を思いとどまらせること、及び詐欺的な会社設立への規制がその大きな理由であると考えられる。現行制度では、事業継続中に会社財産が資本額以下になった場合、解散や増資を義務づけることになっていないため、資本金に相当する純資産が会社に存在しているか保証はない。最低資本金を、会社成立後、会社が維持すべき純資産額保有規制とすることは、理論的には可能であるが、実効性などを考慮するとその実現は不可能だろう。

しかし、実際の株式会社運営上、企業の使える準備資金をある程度維持する制度は必要であろう。そう考えると、最低資本金制度は創業時には意味がある。以上を考慮すると、当研究会では、資本金をゼロとすることは望ましくない考える。

(2) 剰余金分配規制

(1)においてb案又はc案を採用する場合であっても、純資産額が一定の金額(例えば、300万円)未満の場合には、剰余金があってもこれを株主に分配することができないものとする。

(3) 表示規制

(1)においてa案又はb案を採用する場合であっても、会社成立後資本として表示することができる額については、下限規制を設けないものとする。

(注) (1)においてa案又はb案を採用する場合において、会社成立後純資産額が最低資本金額に満たなくなる事態が生じても、現行法制と同様、特別の規定は設けないものとする。

〔関連規定〕 商法168条ノ4、有限会社法9条

剰余金分配規制は、株主に配当するよりも先に、会社債権者に一定額の財産を残しておかなければ、株主が会社財産の払戻しを受けることは出来ないという規制である。発行される株式数には最低資本金を画する機能は現行法上無いため、資本金ではなく、一定の純資産額が確保されていなければ、配当等を不可にするという措置は理由がある。設立後の会社につき、常に純資産額規制を課すことは、前述のように、困難である。しかし少なくとも配当等の場合には、株主総会の議決を経ることも可能であるから、このような形の純資産規制は可能であろう。

2 払込取扱機関

設立の登記の受理に際しての払込取扱機関への金銭の払込みがあることの証明については、その証明手段を現行の払込金保管証明に限定せず、残高証明等によれば足りるものとする。

(注1) 会社成立後の新株発行等又は新株予約権の行使による新株発行等の場合についても、同様の手当てをするものとする。

(注2) 現行法上、銀行・信託会社等の金融機関に限定されている払込取扱機関の範囲の拡大については、なお検討する。

〔関連規定〕 商法178条、189条、これらの準用規定

現行制度では、設立時の株式払い込みについて、登記の際に銀行または信託会社による払込金の保管証明書を必要としている。実務上、保管証明書の取得には数万円程度の手数料がかかるほか、払い込み完了後、設立登記を経て、登記簿謄本が取得できるためにはおおよそ1週間～10日程度必要である。謄本及び印鑑証明がないと銀行等は払込金の払い戻しに応じないため、この間資金が使えない。このことから試案では、手数料が安く即座に払戻が可能な残高証明で足りるという案を提示する。しかし銀行は、ただ残高を証明するだけでなく、払い込みが行われたか否かを証明することが必要なので、その点留意されるべきである。この点がクリアされるならば、残高証明でも問題はなく、むしろ費用の点でメリットがあるだろう。同時に払込取扱機関を、現行制度上の銀行・信託会社だけでなく、郵政公社に拡大しても問題はないが、同公社が法人預金をどの程度認めるか注視する必要がある。

3 募集設立

株式会社の設立手続のうち募集設立という方法を廃止し、発起設立に一本化するものとする。

(注) 募集設立を廃止することに伴い、発起設立手続に関して見直すべき点があるかどうかについて、実務上のニーズを踏まえ、なお検討する。

〔関連規定〕 商法174条から187条まで

平成2年の商法改正により、発起設立時における検査役の検査が廃止されたため、現行制度では、創立総会や株主募集に特別の手続を必要とする募集設立の利用は激減している。そこで、現行の二本立ての設立制度を廃止し、発起設立に一本化するのが試案の骨子である。

募集設立を廃止した場合の弊害としては、株式引受人は必ず発起人にな

らなければならず、発起人以外のものが株式を取得するときには、増資が譲渡を受けるしかないことがあげられる。しかしこのときには、設立と同時に株式の譲渡を行えば足りると思われる。また創立総会がなくなるため、定款の変更をする場合、再度定款の認証を受けなければならないのは不便ではあるが、取締役の選任などに関し変更があった場合のみ、創立総会を招集するといった方策により、この困難さは克服されると思われる。

4 設立時の定款記載事項

(1) 設立時の定款記載事項

「会社の設立に際して発行する株式の総数」(商法166条1項6号)を「会社の設立に際して出資すべき額」に改めるものとする。

平成13年商法改正により、資本と株式の関連性が分離されたため、株式消却や資本組み入れなどの制度はその見直しが急務である。その中で設立時の定款記載事項に関し、出資者に出資をしてもらう額を確定することが重要であることを前提とすれば、試案通り「発行する株式の総数（商法166条1項6号）」を「設立に際して出資すべき額」に改めるべきであろう。

(2) 発起人の引き受ける株式に関する事項

会社の設立に際して発行する株式の種類、数及びその割当てに関する事項については、定款又は発起人全員の同意をもって定めるものとする。

(注) 定款記載事項である「会社が発行する株式の総数」は、引受後設立前に発起人全員の同意をもって定めることもできるものとする。

会社が設立に際して発行する株式数・種類などは、定款または発起人全

員の同意をもって定めるとしているが、各発起人に割り当てられる株式数などに関しては従来規定がなかった。そこで実務では、定款に各発起人に割り当てられる株式数を記載し、これに発起人が署名することにより株式の引受が行われてきた。しかし前項(1)の検討により、設立に際して発行する株式数を決定する必要がなくなるので、各発起人に割り当てる株式数は定款作成後も定款に記載することなく発起人の合意により定めることも可能とすることは、合理性があると言える。

(3) 有限会社の定款記載事項

- ① 「資本の総額」及び「出資一口の金額」については、定款記載事項から削除するものとする。

(注1) 有限会社の資本組入れに関しては、株式会社と同様、払込金額の2分の1以上を組み入れるべきものとする。

(注2) 有限会社の自己持分を消却する場合においては、社員総会の特別決議を要しないものとする。

- ② 「各社員の出資の口数」については、定款記載事項から削除するものとし、設立時に払い込むべき額及び設立時の各社員の出資の口数等については、(1)及び(2)と同様の手当てをするものとする。

〔関連規定〕 商法166条1項、168条ノ2、有限会社法6条1項3号、4号、6号

現行制度上、前述のように株式会社では資本と株式の関係が分離されたが、有限会社においては出資口数と資本が連動する制度が維持されている。そこで、同じ物的会社である有限会社においても、出資口数と資本を切り離す方向で検討されるべきであり、試案の方向は妥当である。

その結果、資本総額を定款記載事項とし、額面額に相当する出資一口の金額についても、定款記載事項から削除するべきであろう。同じく「各社員の出資の口数」に関しても、定款記載事項から削除すべきという提案で

あり、妥当であると解される。

5 事後設立

(1) 検査役の調査

事後設立の際の検査役の調査制度については、廃止するものとする。

(2) 事後設立規制の適用範囲

① 事後設立につき株主総会の決議の要否を画する基準については、営業全部の譲受けにつき株主総会の決議の要否を画する基準（第七・2(1)参照）に合わせるものとする。

② 新設合併、新設分割又は株式移転により設立された会社については、事後設立規制が課せられないことを明確化するものとする。

〔関連規定〕商法246条、有限会社法40条3項・4項

以前より、事後設立の場合に限らず検査役調査については、時間と費用がかかりすぎると考えられていた⁽²⁾ため、実務上これを忌避する傾向が強くと見られた。補足説明においても、検査役調査を回避するために、実務において様々な非合理的な努力がなされていることが指摘されている。検査役制度がコストに見合っただけの効果を挙げているのかは疑問であり、試案の事後設立の際の検査役調査の廃止という見解には賛成する。

また、事後設立につき株主総会決議を求めることも不要ではないかという指摘もある⁽³⁾。もっとも、現物出資・財産引受規制の潜脱防止の必要はまだ残っており、なお存置しておいて良いのではなかろうか。

(2) もちろん、裁判所もこうした現状に対応し、検査役制度の運用の改善を行っている。針塚道「東京地裁商事部における現物出資等検査役選任事件の現状」商事法務1590号4頁（2001年）。

(3) 伊藤靖史「資本制度・組織再編」商事法務1695号27頁（2004年）。

6 現物出資・財産引受

(1) 検査役の調査を要しない場合

① 少額特例

会社設立時については、「資本の5分の1」という要件を廃止し、例えば「500万円」という金額の要件に一本化するものとする。

(注)「500万円」という額については、設立時における払込価額規制の在り方との関係も含めて、なお検討する。

② 市場価格のある有価証券

現物出資・財産引受けに際して検査役の調査を要しない有価証券の範囲を「取引所の相場のある有価証券」から「市場価格のある有価証券」に拡大するものとする。

③ 会社に対する金銭債権

会社に対する金銭債権のうち履行期が到来しているものを当該債権額以下で出資をする場合には、検査役の調査を不要とするものとする。

(注1) 相殺禁止に関する規定については、金銭で払い込むべきものと定められている場合における引受人からの相殺を禁止する旨の規定に変更するものとする。

(注2) 債権の存在を証するための手当てについては、なお検討する。

〔関連規定〕 商法173条、200条、280条ノ8、有限会社法12条ノ2、52条ノ3、57条

①(注)では現行の「500万円」という基準額についても検討するものとしているが、検査役調査をできるだけ回避したい実務の要望等を考えれば、この基準額は上昇させることになるのであろう。現物出資・財産引受の手續の容易化により、企業再編の場面で現物出資・財産引受がより活用

されるようになることも考えられる。たとえば、倒産した会社が有していた知的財産権を現物出資することで新会社を設立するようなケースが考えられよう。

②は妥当である。

③は、会社に対する債権を現物出資して株式化する（所謂デット・エクイティ・スワップ）場合に検査役の調査を省略することを認めたものである。

こうしたデット・エクイティ・スワップを行う場合、会社は通例財務状態が悪く、実行に際して会社がなんらかの調査を行わないことはありえない。検査役調査を免除しても問題となることはなかろうと思われる。

もっと踏み込んで考えれば、検査役調査という制度一般にその必要性が疑問視される。通常、取引の前には双方の当事者がデュー・ディリジェンスを行うのであり、それを裁判所が選任した検査役が再度検査するのは、屋上屋を重ねる感がある⁽⁴⁾。こうした調査は債権者保護、および株主間の公平確保のため行われると従來說明されてきたが、本当に検査役調査でそれが確保できるのか、検討を要しよう。

（2）現物出資に関する関係者の責任

株式会社の発起人、取締役（現物出資者又は財産の譲渡人を除く。）が財産価格の調査について過失がないことを証明した場合

（4）東京地裁の平成12年時点での実務においては、事務所の什器・備品・車両等の動産類について簿価で現物出資を行う場合や、デット・エクイティ・スワップの場合を除いて（デット・エクイティ・スワップについては券面額説を採用しているため、評価に労力を要しない）、公認会計士等の作成にかかる評価書等、目的財産の算定資料が作成されていることが多かった。このため、多くの場合、検査役の調査は主としてその評価書等を批判的に検討すれば足りたと思われる。針塚・前掲注（2）6頁。もっとも評価書が作成されているケースでは、現在では弁護士等の証明によって検査役調査を省略している（商173条2項3号）と思われる。

は、財産価格でん補責任を負わないものとする。

(注1) 会社成立後の新株発行において、会社との間に利害関係のない者が過失なく現物出資をし、事後的に責任を問われる場合について、当該者に出資の取消権を認めるかどうかについては、なお検討する。

(注2) 有限会社の取締役・社員(現物出資者又は財産の譲渡人を除く。)についても、同様の措置を講ずるものとする。

〔関連規定〕 商法192条ノ2第1項、280条ノ13ノ2第1項等

これは、現行の無過失責任を緩和したものである。

現物出資・財産引受の際の財産の価格決定は、専門家(銀行等)に依頼するのが通常であろう。発起人・取締役が無過失を立証するためには、専門家のレポートにただ従ったというだけでは足りないと思われる。出資者側が出してきたレポートに対し、他の専門家にチェックを依頼するといった調査を行うことが、無過失の立証には必要であろう。

なお、検査役調査を受けた現物出資・財産引受についてはこのような填補責任は存在しない(商192条ノ2第2項、有14条2項)。このため、現行の規定下では無過失責任の回避のため検査役を利用することも考えられる。填補責任を過失責任化することによって、検査役調査の利用はさらに減少することとなるかもしれない。

第3 株式・持分関係

1 株式等の譲渡制限制度

(1) 株主・社員間の譲渡に係る取扱い

- ① 有限会社における社員間の持分の譲渡については、譲渡制限株式会社の株式と同様、原則として会社の承認を要するものとする。

- ② 譲渡制限株式会社及び有限会社においては、定款をもって、株主又は社員間の譲渡につき承認を要しない旨を定めることができるものとする。

〔関連規定〕 商法204条1項ただし書、有限会社法19条2項

従来株式会社と有限会社で異なった株主・社員間の譲渡の規制につき、譲渡制限株式会社型の規制に一本化した上で、定款で有限会社型の規制を選択しうるとしたものである。

有限会社型の規制では、会社の承認なしに、株主・社員間の譲渡により株主・社員間の議決権割合が変動してしまう⁽⁵⁾。譲渡制限株式会社型の規制に一本化するのが妥当であろう。

(2) 譲渡制限に係る定款記載事項

株式・持分の譲渡制限制度に関して、定款をもって、次に掲げる事項を定めることができるものとする。

- ① 特定の属性を有する者に対する譲渡については、承認権限を代表取締役等に委任し、又は承認を要しないものとする。
- ② 相続、合併等の譲渡以外の事由による株式・持分の移転についても、承認の対象とすること。
- ③ 譲渡を承認しない場合において先買権者の指定の請求があったときの先買権者をあらかじめ指定しておくこと。
- ④ 株式会社において株主総会を承認機関とすること。

〔関連規定〕 商法204条1項ただし書、有限会社法19条2項

(5) 社員間の譲渡においては新たに社員が加入することはないため、会社の承認は必要ないと説明される。もっとも、これは株式会社においても同様であるはずである。立法論としては、有限会社においても株式会社同様会社に承認の機会を与えるべきである、とする見解もあった。上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法（14）』150頁〔神崎克郎〕（有斐閣、1990年）。

これらの事項は現行法上、定款で規定できるかは見解の分かれるところである⁽⁶⁾。定款をもって定めることを認め、会社が柔軟な譲渡制限制度を採用できるようにすることは、好ましいことであろう。

なお、試案が定款で定めうる事項として挙げているものは、例示列举と見るべきであろう。試案に挙げられている事項以外にも、定款で定めてよい事項は考えられる⁽⁷⁾。また、①に関しては、特定の属性を持つ者に対する譲渡に限らず、一般的に承認権限を代表取締役等に委任することも考えられる。これについて認められるか否かは定かではない⁽⁸⁾。ただし、「特定の属性」を広く定款で定めることによって、事実上代表取締役に権限を委任することが可能ではある⁽⁹⁾。

(3) 一部の種類の株式についての譲渡制限の定め

① 譲渡制限種類株式

定款をもって、一部の種類の株式の譲渡についてのみ承認を要することを定めることを認めるものとする。

(6) たとえば、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』179頁（有斐閣、第3版、2004年）は、譲渡株主の属性による制限は株主平等原則に反し無効であるが、譲渡株式の種類・株式数による制限や株主総会を承認機関とすることは認められるとしている。

(7) 山下友信「株式の譲渡制限・自己株式・種類株式等」ジュリスト1267号45頁（2004年）。

(8) 取締役会の慎重な審議を要求しているのであるから、代表取締役への委任は許されない、という考え方も成り立つであろう。現行法上、委員会等設置会社において執行役に委任することは許されない（商法特例法21条の7第3項8号）。もっとも、特定の属性を有する者に対する譲渡に限らず、譲渡一般に「取締役会の承認を要する」「要しない」という選択肢のほかには中間の「代表取締役の承認を要する」という選択肢を認めることとするのが、制度としては一貫しているという意見もある。前田雅弘「譲渡制限株式会社・有限会社の株式・持分」商事法務1687号、24頁（2004年）。

(9) 前田・前掲注（8）24頁。

（注）一部の種類の株式について譲渡制限の定めがある会社の株式発行手続については、原則として、取締役会の決議によることとし、各種類の株主の保護は拒否権の設定によるが、発行される種類株式が譲渡制限種類株式である場合には、当該種類株式の株主にその持株数に応じて割り当てるときを除き、当該種類株式に係る種類株主総会の決議を要するものとする。

② 種類株式発行後の譲渡制限の定め方

発行後の種類株式について譲渡制限の定めをすることを認める場合には、次のような制度として整理するものとする。

イ 株主総会の特別決議のほか、A譲渡制限の定めを設ける種類株式に係る種類株主総会及びBその種類の株式に転換する転換予約権付株式又は強制転換条項付株式に係る種類株主総会の各特殊決議を要し、当該各種類の反対株主に株式買取請求権を与える。

ロ イの株式を目的とする新株予約権（新株予約権付社債に付せられているものを含む。）を発行している場合には、当該新株予約権を有する新株予約権者に買取請求権を与える。

（注1）譲渡制限の定めをするための種類株主総会の決議要件として、特殊決議を要するものとするかどうかについては、なお検討する。

（注2）行使され得る新株予約権がある場合には譲渡制限の定めができないものとする規定（商法348条3項）は、削除するものとする。

〔関連規定〕商法348条

現行法上このような譲渡制限は想定されておらず、この提案は一部の種類の株式について譲渡制限を規定することができることを明確にするものである。

こうした一部譲渡制限は、ベンチャー企業で利用されることが考えられ

よう。多くのベンチャー企業においては全株式につき譲渡制限がなされていると予想される。しかし、ベンチャー企業においても一部の株式のみを公開するという要望が出ることは考えられる。試案の提案する改正にあわせて取引所等の上場基準がどのように改正されるかにもよる⁽¹⁰⁾が、上場会社が一部譲渡制限をすることを認めることで、①ベンチャー企業の上場が容易になる、②ベンチャー企業がマザーズやヘラクレスなどの新市場に上場し、一方でさらに企業を拡大させるためベンチャーキャピタルから投資を受けるのに役立つ、といったことが想定される。

また、ベンチャーでなくても、優先株のみ譲渡制限を設けるといった需要や、合併企業等が無議決権株式のみを公開するといった需要も想定される。種類株式をさらに自由に、使いやすくするものとして、この試案の提案は望ましい。

(4) 取得者からの承認手続と名義書換手続

- ① 譲渡につき会社の承認を要する株式・持分の取得者から会社に対して承認を請求する手続は、名義書換請求のために要求される手続と同様のものとし、承認なく株式を取得した者からの名義書換請求については、会社はその取得を承認せず名義書換えを拒むことができるものとする。
- ② 承認を拒否された取得者は、会社に対し、先買権者の指定を請求することができるものとする。

〔関連規定〕商法204条ノ5、有限会社法19条7項

現行法においては両者の手続は連動しておらず、会社が譲渡を承認しな

(10) 現在、たとえば東京証券取引所では、株式譲渡制限を行っている会社は上場できず(株券上場審査基準4条1項11号)、また株式譲渡制限を行うことは上場廃止事由となる(株券上場廃止基準2条1項13号)。

がら取得者が名義書換請求をしないため、会社が旧株主を株主として扱い続けるということも生じうる。株券不発行制度のもとでは、名義書換の放置はさらに不都合を生じよう。両手続を融合することによりこのような不都合は生じなくなるのであり、試案は妥当である。

2 市場取引等以外の方法による自己株式等の買受手続

(1) 買受手続

市場取引・公開買付け以外の方法による自己株式の買受け制度については、次のように整理するものとする。

- ① 株主総会の普通決議により、買い受ける株式の種類、総数及び総額並びに1年を超えない範囲内の買受け期間を決議し、取締役会（取締役会が設置されない会社にあつては、取締役）に対し授權することができる。

（注）②により定める一回の買付けにおける買受株式の数等に条件を付することその他株主総会で定めるべき事項については、なお検討する。

- ② ①の決議後、取締役会は、買い受ける株式の種類、一株当たりの買受価格及び買受請求期間並びに総数又は価額の総額を定めるときはその内容を決定し、株主に対して通知又は公告をする。

- ③ 株主は、②の買受請求期間内に、買受けを請求する株式の種類及び数を会社に通知して株式の買受請求をすることとし、会社は、請求した株主の株式を買い受ける。

（注1）請求により買い受けるべき株式の数・価額の合計が①の数又は総額、②で定めた総数又は総額を超える場合には、按分して買い受けるものとする。

（注2）自己株式の買受けの授權決議を定時総会においてのみすることができるとする規制については、取得の方法のいかににかかわ

らず、廃止するものとする。

(注3) ③の請求ができる株主を、①の決議を行う際に、会社が定めた者と売主に追加すべき旨を請求した者に限定する現行制度を維持するかどうかについては、なお検討する。

〔関連規定〕商法210条2項2号・5項から8項まで、有限会社法24条1項

現行法において、市場取引・公開買付を経ない自己株式買受けは、定時株主総会で決議をせねばならない(商210条1項)。試案の制度であれば、1年を超えない期間で株主総会の授権を受けて、取締役会が柔軟に相対取引による買受けの決定をすることができる。

もっとも、上場会社・店頭登録会社においては、小規模な株主から直接株式を買い受けることは、特殊なケースを除いて考えにくい。そして、大口の株主から自己株式を買い受けるような場合、買付価格が取引による株価変動に影響されないように、証券取引所の立会外取引(東京証券取引所のToSTNetなど)を利用することが考えられる。これはもちろん市場取引である。したがって、先述したような相対取引の買受手続を利用するのは、非上場の会社に限られると思われる⁽¹¹⁾。

なお、(注3)は、現行制度を維持するかどうかについては、なお検討するものとしている。非上場会社において、株主から売却の打診を受けて自己株式を買い受けるような場合、会社にとっては株主総会において売主を特定して買い受けたいという需要もあろう。現行制度を存置しておいて良いように思われる。現行制度と試案の提言する制度の併用も、財源規制の枠内でなら可能であろう。併用は困難かもしれないが、会社が株主から自己株式の買受けを打診された場合、通常は年間の株式買受計画を立てる

(11) 江頭憲治郎ほか『「会社法制の現代化に関する要綱試案」をめぐって』商事法務1685号17頁〔江頭憲治郎発言〕(2004年)。

のが一般的であろうし、否定する必要もないと思われる。

(2) 特定の場合における手続の特例

① 合併等の場合

合併、会社分割、営業全部の譲受けの場合において相手方の保有する自己株式を取得する場合には、これらの行為により取得する自己株式の種類及び数を開示した上で、(1)の手続によらず、当該自己株式の取得をすることができることを明確化するものとする。

② 譲渡制限株式会社における先買権者の指定

先買権者の指定の請求に対し、会社自身を買受人と指定した場合においては、譲渡人を除いた株主による株主総会の特別決議によって、買受けを承認するという現行制度を維持するものとする。

(注) 買取価格の上限を株主総会で定めるものとしては、どうか。

③ 譲渡制限株式会社における相続又は合併

譲渡制限株式会社がその株式を相続又は合併により取得した者から買い受ける場合には、②と同様の手続によるものとする。

④ 市場価格のある株式を市場価格で買い受ける場合

市場価格のある株式を市場価格で特定者から買い受ける場合には、(1)の手続によらずに買い受けることを認めるものとする。

(注) 譲渡人を除いた株主による株主総会の特別決議によって、その買受けを承認するものとする。

⑤ その他の場合における特例

現行法で認められている場合及び①から④までに掲げる場合以外に、(1)の手続によらずに、自己株式を買い受けることを認めるかどうか、認める場合における要件・手続の在り方等については、なお検討する。

従来も、合併・会社分割・営業全部の譲受けによる取得は、やむをえない行為として規制なしに取得可能とされていた⁽¹²⁾。試案は①でこれを明確化するもので、妥当である。

なお、営業の一部の譲受けの場合についての取扱いについては、なお検討するものとされている。譲り受ける財産の中から自己株式を除外することは営業の一部譲受けの場合困難ではないと思われるので、この場合は特例を認めなくて良いと思われる。

②については、現行制度を維持することで問題はないと思われる。

もっとも、このような場合に、特定の株主が異常に高い金額で買取りを要求することも考えられる。(注)の提案のように、買取価格につき株主総会でのチェックを行うことも考えるべきであろう。

③については、相続または合併による取得者からの買受けも、先買権者を会社に指定した場合の買受けと同様に考えてよいであろう。

④は、大株主からの株式買受けを念頭においたものと思われる。市場価格での売買であれば他の株主との不公平も生じず、また他の株主に損害も与えないので、問題はないと思われる。

なお、市場価格がいくらであるかが微妙なケースも(非上場会社では特に)少なくはない。(1)の手続をとっておいたほうが安全なケースもあるため、会社にとっては慎重な検討が求められよう。また、自己株式の買受けにあたっては市場価格からのディスカウントが行われることが多いといわれる。新株の時価発行で行われる程度のディスカウントであれば、この場合も「市場価格で買い受ける場合」と考えてよいであろう。他方、銀行等は保有株式の売却の必要に迫られる場合もあり、かなりのディスカウントをして発行会社に買い受けてもらうこともあるという。このような場合は(1)の手続によらざるを得ないだろう。

もっとも、「時価以下」の買受けであれば他の株主に経済的損害を与え

(12) 江頭・前掲注(6)196頁。なお、平成13年改正前商法210条2号参照。

ることなく、また他の株主がその条件で売却を望むとも思えないので、(1)の手続を省略しても良いように思われる。それを認めていないのは、時価以下の自己株式買受けが市場価格へ影響を与えるためであろうか、不明である。

3 自己株式に係る株主の権利の内容

自己株式については、株式の分割、併合及び強制転換等ある種類の株式につき一律に、かつ、当然に効力が生ずべき場合を除き、配当請求権その他の自益権を認めないものとする。

（注）「その他の自益権」には、残余財産分配請求権、新株の引受権、合併等の場合における株式の割当て等が含まれる。

〔関連規定〕 商法293条等

自己株式につきどのような権利を認めるべきであるかについては、株式を質入れした場合の物上代位的効力の及ぶ範囲と同様に考えるべきであるので、自益権は認められるべきではないとの見解から、試案に賛成する。もっとも、新株引受権を認めないことが株式の実質的価値に影響を及ぼさないのかとの疑問も出されたが、影響はないと考えられる。

（注）は、これまで不明確だったものを明確化しているが、「合併等の場合における株式の割当て等」をここに含めるべきか否かについては議論がある¹³⁾。

4 子会社による親会社株式の取得

(13) 弥永真生・松井秀樹・武井一浩『ゼミナール会社法現代化』57頁以下（商事法務、2004年）。

商法211条ノ2第1項各号に掲げる場合のほか、①子会社が他の会社の組織再編行為により親会社株式の割当てを受ける場合、②子会社が行う組織再編行為に際して親会社株式の割当てをするために取得する場合についても、子会社が親会社の株式を取得することができるものとする。

(注) 親会社又は子会社につき財源規制・手続規制を講じて子会社による親会社株式の取得等に係る禁止規定自体を削除するかどうかについては、なお検討する。

〔関連規定〕 商法211条ノ2

「組織再編行為の対価柔軟化(第四部第七1)」を前提にすれば、親会社以外の会社が組織再編を行った場合でも、親会社株式が割り当てられたり、親会社株式を割り当てるために子会社が親会社株式を取得する場合が生じ、試案のような対応が必要であることには特に異論がなかった。ただし、「組織再編行為の対価柔軟化」については、出資の払戻禁止との関係で疑問が出され、この問題については、当該箇所では議論することとした。

(注) については、そもそも自己株式取得が原則解禁されるに際して、子会社による親会社株式取得禁止が残された理由が、親子会社間の相互出資による資本の空洞化の防止にあったのであるが、やはり、子会社による親会社株式の取得を原則的に認めた場合に資本の空洞化の防止が技術的に困難であるとの意見が出された。

5 自己株式の市場取引による売却

市場価格のある株式に係る自己株式について、新株発行類似の手続を経ずに、自己株式を市場取引により売却することの可否については、なお検討する。

〔関連規定〕 商法211条

試案に対しては、自己株式を機動的に処分するのに適しており有用であり、自己株式を市場価格で売却する限り特に問題にする必要はないのではないかとの意見もあった。しかし、自己株式売却の手続を新株発行手続と類似するものとして規定する現行法の下で、自己株式の売却について、取締役会決議等の手続や差止の機会が与えられない場合も認められるとすると、新株発行についても通常の手続を経ずに売却ができるのかという議論がある。また、自己株式の処分が簡易になるとインサイダー取引のおそれがあるという議論に対しても、それは十分理解できるが、それは証券取引法のレベルの問題であり、会社法で対処する必要があるのかとの意見が出された。

6 株式の消却

(1) 消却に関する定款規定の設定手続等

利益による強制消却に関する定款規定の会社成立後の新設又は変更については、総株主の同意を要するものとする。

(注1) 償還株式に関する定款規定の当該種類株式の発行後の新設又は変更についても、当該種類株式の株主全員の同意を要するものとする。

(注2) 株主の持株数に応じない方法（抽選で消却する株式を決定するものも含む。）による強制消却は、定款の定めがある場合に限り、認めるものとする。

(注3) 自己株式の買受手続及びその特例（2参照）と定款の定めに基づく有償消却との関係の整理については、なお検討する。

〔関連規定〕 商法213条

利益による強制消却については商法213条1項が規定するが、商法は定款の規定に基づくことを要求している。この定款規定については、従来から解釈論として、株主平等の原則から原始定款か株主全員の同意による定款変更が必要であると考えられており⁽¹⁴⁾、試案はこれを明確化したものである。

(注1)は、償還株式に関する定款規定の新設または変更について、株式消却場合との整合性をとったものである。

(注3)については、どのような問題があり、何を整理する必要があるのかよくわからないとの意見が出された。今のところ考えられる問題は、特定株主からの自己株式の買受においては他の株主に売主追加請求権が認められるが(商210条7項)、株式消却にはこのような規定がないことである。

(2) 定款に基づかない強制消却

① 株主の持株数に応じた株式の一部の強制消却

株式の一部につき株主の持株数に応じて行う強制消却は、株式併合として整理するものとする。

② 定款に基づかない株主の多数決による強制消却

会社が債務超過である場合に限り、一又は二以上の種類の株式について、その株主の多数決により、その全部を無償で強制消却することを認める方向で検討する。

(注) 仮に、これを認めない場合には、法的倒産手続きにおいてのみ定款に基づかない株主の多数決による強制消却を認めるものとする。

〔関連規定〕 商法213条、214条、有限会社法24条1項、58条1項5号、63条2項等

(14) 神田秀樹『会社法』86頁(弘文堂、第4版補正2版、2004年)。

①については、特に議論は出されなかった。

②については、これを認めることは、会社法上簡易な倒産手続きを認めることとなるとみられる。もっとも、債務超過であれば株式価値がゼロであるという認識が前提となっているが、債務超過であるからといって株式価値がゼロになるとは限らない。また、そもそも、債務超過の判断は非常に困難であるとの意見が出された。

(3) 授権株式数の変更の取扱い

株式の消却がされた場合における「会社が発行する株式の総数」については、定款又は株主総会の決議により減少することを定めた場合にのみ減少するものとする方向で検討する。

(注) 株式の併合がされた場合についても同様とするものとする。

特に議論は出されなかった。