

会
社
法

高
鳥
正
夫



鹿島源信

慶應義塾
大学教授

高鳥正夫著

会
社
法

慶応通信

著者略歴

大正11年11月3日生

昭和22年慶應義塾大学法学部卒業

現在 慶應義塾大学法学部教授

主著 会社法の諸問題（昭和48年慶応通信）

手形法小切手法（昭和50年慶応通信）

商法総則商行為法（昭和51年慶応通信）

会 社 法

昭和53年7月1日 初 版

定価 2,500円

昭和55年1月30日 二版増補

送料 300円

昭和56年3月20日 三 版

著 者 © 高 鳥 正 夫

検印省略

郵便番号 108

東京都港区三田 2-19-30

発行所

慶 応 通 信

1808
ISBN 4-7664-0038-0

組版 西田整版所

はしがき

わが国の会社数は現在百万をこえるが、そのうちには比較的少数の大規模公開的な会社と、その他の小規模で同族企業的な会社が含まれている。この二つの種類の会社は専門的経営者の活躍の有無、社員の仕事に対する関心の程度、個人財産が実際に会社債権者の担保となつてゐるか否かなどの点で、かなりはつきり区別できる特色をもつてゐる。それにもかかわらず、会社法はこの二つの種類の会社の存在を直視して、これに伴う諸問題を解決しようとする点では立遅れており、現実の要請に十分に対応できないという弱点がある。そのため数年前から、法務省を中心に、会社法の根本的改正を目指す準備作業が進められてゐる。本書においては、こうした改正の方向を見つめながら会社法を概説すると共に、現行法ではどこまで現実の要請に応えられるかという点についても考察してみた。

会社法の研究については、慶應義塾大学名誉教授津田利治先生から三〇年近くもご指導を受けており、本書の執筆に当つても、先生の学説の強い影響のもとにまとめた箇所が少なくない。また、本塾の商法研究会で毎週討論してゐる学兄諸氏からも、貴重なご教示を受けてゐる。更に、商法学界の多くの先輩、同僚諸氏の優れた業績を参考にさせていただいた。これらについて厚く感謝すると共に、今後もそれらの基礎に立って、会社法の問題の検討を続けていきたい。

昭和五三年六月

高 鳥 正 夫

目次

はしがき

第一編 総論

第一章 会社制度……………三

第一 会社の意義(一) 第二 会社の能力(二) 第三 会社の種類(三)

第二章 会社法……………三

第一 会社法の意義(一) 第二 会社法の沿革(二)

第二編 株式会社

第一章 株式会社の特色……………三

第一 株式会社の意義と特質(一) 第二 株式会社の沿革(二)

第二章 設立……………四〇

第一 総説(一) 第二 定款の作成(二) 第三 株式発行事項の決定と発起人の株式引受(三) 第四 その後の

手続(四) 第五 設立登記(五) 第六 設立に関する責任(六) 第七 設立の無効(七)

目次

一

第三章 株式	八二
第一 総説(八二)	
第二 株式の種類(九二)	
第三 株券と株主名簿(九二)	
第四 株式の譲渡と質入(一二三)	
第四章 機関	一三二
第一 総説(一二三)	
第二 株主総会(一三〇)	
第三 取締役会と代表取締役(一五二)	
第四 監査役(一七二)	
第五章 計算	一五五
第一 総説(一五五)	
第二 計算書類(一七二)	
第三 準備金(二二三)	
第四 利益配当(二三〇)	
第五 中間配当(二三五)	
第六 建設利息(二七七)	
第七 株主の計理検査権(三三九)	
第六章 新株発行	三三三
第一 総説(三三三)	
第二 新株発行の決定(三三三)	
第三 その後の手続(三四〇)	
第四 新株発行の効力発生(三四八)	
第五 不公正な新株発行(三五〇)	
第六 新株発行の無効(三五三)	
第七章 社債	三七七
第一 総説(三七五)	
第二 社債の募集(三八二)	
第三 社債の流通(三九六)	
第四 社債の利払と償還(三九六)	
第五 社債の管理(三九九)	
第六 転換社債(三七四)	
第七 担保付社債(三七七)	
第八章 合併、組織変更	三六六
第一 合併(二六六)	
第二 組織変更(二五五)	
第九章 定款変更、資本減少	二九七
第一 定款変更(二九七)	
第二 資本減少(三〇〇)	
第一〇章 整理、更生	三〇七

第一 整理(三〇七) 第二 更生(三二〇)

第一章 解散、清算……………三六

第一 解散(三二六) 第二 清算(三二九)

第三編 有限会社、合名会社、合資会社

第一章 有限会社……………三九

第一 総説(三三九) 第二 設立(三四〇) 第三 社員の権利義務(三四三)
更、資本の増減(三四六) 第六 合併、組織変更、解散及び清算(三四七) 第四 会社の管理(三四四) 第五 定款変

第二章 合名会社……………三九

第一 総説(三五九) 第二 設立(三六〇) 第三 会社の内部の関係(三六一)
第五 合併、組織変更及び解散(三五七) 第六 清算(三五七) 第四 会社の外部の関係(三六二)

第三章 合資会社……………三九

参考資料

商法等の一部を改正する法律案要綱

主要参考文献

事項索引

第一編
總

論

第一章 会社制度

第一 会社の意義

現代の経済社会における企業経営の方式としては、会社その他のいわゆる共同企業形態が、個人企業形態を圧倒する傾向にあることはいうまでもない。このような傾向を生じた最大の理由は、個人企業では十分に解決できない種々の問題を、共同企業形態においては比較的容易に解決できるといふ点にある。すなわち、一般に企業の規模が大きいと効率があがり大きな利益がえられるし、また、経済の変動にも耐える力が強いが、個人企業形態では調達できる資本にも結合できる労力にも限度がある。また、仮りに損害を生じた場合を考えてみても、個人企業ではこれを一人で負担しなければならぬから、どうしても企業の経営が消極的になりやすい。これに対して共同企業形態においては、分散した資本を集積して大規模な企業を営むことができるし、また損害を生じた場合でも、これを多数の者に分担させるという便宜がえられるから、永続的、冒險的な企業の経営には適切である。従って、共同企業形態の利用がますます盛んになってくるが、このような共同企業形態としては、会社のほかにも国営その他の公企業、各種の組合、船舶共有などが存在している。けれども、現代の経済社会において支配的な地位を占めるものは、株式会社を中心とする会社制度であることは疑いがない。

会社制度にはこのような長所ないしは利点があるが、その反面、個人企業には見られないような短所ないしは弊害も

存在している。すなわち、会社の構造は一般に複雑であるため企業の管理が面倒であり、また、意見の調整に手間どって臨機の処置がとり難い。更に会社には、利益を追求する多数の者が集まっているため、その内部においては、一部の者が他の者を犠牲にして顧みないという無責任な行動をとり、反対に外部に対しては、一体となって会社債権者の利益を害するという実例も過去においては少なくなかった。また泡沫会社あるいは計画倒産という名称の存在が示すように、会社の設立、解散に関してしばしば詐欺的行為が行われ、利害関係人に大きな迷惑をかけた事例のあったことも否定できない。のみならず、個人企業では想像もできないような巨額の資本と、多数の社員及び労働者を有して広範囲の営業を行っているため、社会的にも労働問題、物価問題その他に重大な影響を生ずるのみでなく、消費者問題、環境汚染なども予想以上の規模に及ぶことがある。そのため各国の立法者達は、会社について種々の観点から綿密な法規を設け、その長所を伸ばすと同時に、それに伴う短所を最少限度に食いとめる努力をしてきている。⁽¹⁾

(1) 企業の社会的責任と会社法 近時わが国においても、大企業が社会的に活動していく場合に、欠陥商品、公害問題などを起すことがあるところから、会社法においても企業の社会的責任に関する一般的规定として、取締役などに対して社会的責任に対応して行動すべき義務を課する規定を設けるべきか否かが問題とされている。ただ現行法上、取締役は会社に対して善管注意義務ないし忠実義務を負っているから、取締役がそれらの義務を果たせば、会社は当然にその社会的責任を果たしうるはずである。また、取締役に対して社会的責任に対応して行動することを求める規定を設けると、かえって取締役が会社から遊離し、取締役を会社と利害対立する立場に立たせる危険もある。従って、会社法上は個々の制度の改善を図りながら、社会的責任を果たすことを期待するという方向で処理するのが妥当であろう。

このように、法律制度としての会社の態様は各国各時代の立法例によって異なるが、わが国の現行法上の会社に範囲を限定すれば、会社の意義を定めることは可能である。すなわち、会社とは営利を目的とする社団であって、商法第二編(会社)または有限会社法の規定によって設立されたものである。この場合、商法第二編に定められた三種の会社と、

有限会社法上の有限会社とを合せて定義するのは、有限会社は実質的には商法上の株式会社の変形であり、また法律上も、商法以外の法律の適用については商法の会社とみなされるからである（有八九条）。

(1) 会社は社団である　会社が社団であることは、商法五二条及び有限会社法一条の規定によって明らかである。社団とは、ある共同の目的を中心として結合した複数の人格者の団体であるが、会社であるためにはこのような社団の存在が必要である。商法及び有限会社法は会社の成立、存続のための要件として、原則的には二人以上の社員の結合を要求しているが（商九四四号・一四七条、有六九条一項五号）、特に株式会社については、その成立のために七人以上の社員を要求している（商一六五条）。なお株式会社においては、会社成立後は、一人の社員のみによって組織されるいわゆる一人会社⁽¹⁾を例外的に認めている（商四〇四条、なお民六八条二項参照）。

会社の社団性を検討する場合に問題となるのは、合名会社が有する組合性（商六八条）の点である。この点については種々の説明が工夫されており、ある説によれば、合名会社は実質的には組合的性質を有するが、事柄の簡易な処理のために、法規制の形式としてこれを社団的に取扱ったものであるとする⁽²⁾。また他の説によると、商法五二条にいわゆる社団は広義の人的結合という意味、すなわち、組合を含む広い意味に用いられていると理解する⁽³⁾。けれども、会社が社団であるということは、それ以外の団体としての性質を有してはならないという意味に解すべきではない。実際に存在する複数人の結合体を眺めても、それが社団性しか有しないと、反対に、組合性のみを有しているということはむしろ少なく、各種の団体としての性質を備えているのが通常である。その意味では、ある団体に社団性が認められるとか組合性が濃いということは、複数人の結合体をそれぞれの視点から眺めた場合の評価の問題である。従って、たとえば株式会社と合名会社を組合性の視点から眺めると、株式会社にはその性質が少ないのに対し、合名会社はそれを多分に有している⁽⁴⁾と理解できるが、そのことと会社であるためには社団性が必要であるということとを混同してはならない。

一般に社団には、社員的人格とは別個に、社団そのものに独立の法人格が認められる社団法人と、そうでないいわゆる権利能力なき社団（民訴四六条参照）とがある。英米法及びドイツ法においては、会社の種類によって法人であるものと法人でないものとの区別を認めるが、わが商法ではフランス会社法と同様に、会社はすべて法人としている（商五四条一項、有二項）。その意味では、会社は社団法人であると説明することも可能である。

(1) 一人会社 一人会社については純粹に一人の株主のみからなる場合と、株主名簿の上では複数の株主がいるが、事実上の出資者は一人で他は黨人形に過ぎない場合とがある。これらの場合における一人の株主は自然人であると法人であるとを問わないうが、その株主が株式を譲渡すれば再び複数の株主が生ずる可能性はある。その意味では、一人会社の社団性は潜在的なものともいえるが、その場合には、複数株主の存在を前提とする株主總會などに関する規定の適用は停止される。一人会社は企業の特定期門を独立の会社として運営する場合、新技術の実施を試みる場合などのほか、個人企業に会社形態を利用する場合にも用いられるが、一人会社が濫用された場合には、法人格の否認が問題となる。

(2) 鈴木八頁。

(3) 松田一六頁、田中誠詳論上四一頁。

(4) 株式会社財団説 財団説においては株主を会社の構成員としてではなく、単なる投資家すなわち出資債権者としてとらえ、株式を株主の有する財産的権利を内容とする純然たる債権とし、株主の有する議決権などの諸権利は、その財産的権利を守るために法が与えたものに過ぎないと理解する（八木弘「株式会社財団論」）。最近における株式会社の大化、株主の債権者化などの状況からいえば、株式会社には財団的な性質が認められ、個々の法制度の運用にも工夫を要する点がでてきている。けれども、これは財団性という視点から眺めた場合の評価の問題であって、財団説が株式会社は財団であって社団の存在は不要であるというのであれば、もはや解釈論の域をこえるものといえる。

(2) 会社は営利を目的とする 会社は商行為をなすを業とする（商五二条一項）という場合の業とするというのは、営業とするという意味であって、一貫した営利意思をもって、同種の行為を計画的反覆的に行うことである。従ってこ

の種の会社は（商事会社）、常に営利を目的としている。また、商行為の営業以外の営利を目的とする社団であっても、商事会社設立の条件に従ってこれを法人とすることができるし（民三五条一項）、この種の社団もまた商法上の会社とみなされる（民事会社、商五二条二項）。有限会社は商行為その他の営利行為をなすを業とする社団である（有一条）。そこで商法上の会社と有限会社とを比較すると、前者においては営利を目的とするかぎり、これを業とすることを要しない場合も含まれるが（商五二条二項）、後者すなわち有限会社については、営利行為を業とすることを要するという差異がある。従って両者に共通していえることは、商法上の会社も有限会社もすべて営利を目的とする社団であるということである。民法上の社団法人や各種の協同組合、会員組織の取引所などは、社団法人であっても公益または社員の相互利益などを目的とし、営利を目的とするものでないから会社ではない。また、社員の相互保険を目的とする保険相互会社も、剰余金の分配の制度はあるが、ここにいわゆる会社ではない（保険三四条以下）。

会社が営利を目的とするということは、右に述べたように、会社がその事業から利益をあげる意思を有することである。⁽¹⁾これに対して通説は、会社が営利を目的とするというのは、会社が利益をあげるのみではならず、その事業から生ずる利益を社員に分配することが、観念上の要件となると解している。もちろん、構成員たる社員も営利意思をもって集まるわけであるが、会社が営利を目的とするという場合には会社自身について決するのであって、社員の営利意思はその結集の動機ないしは目的にとどまる。従って、会社のあげた利益の社員への分配については、たとえば毎決算期の利益配当と解散時の残余財産の分配によって処分してもいいし、あるいは、社員の自由意思によって定めた処分方法によることもできる（商一一七条一項参照）。もっともわが国の現行法上は、社員に利益配当を行わず、残余財産の分配もしないというような会社を設立することは不可能である。その意味では通説の説明も理解できるが、同時に、会社の意義を定める場合に余分のことまでを述べていると評することができる。

(1) 津田上三七頁。

(3) 会社は商法または有限会社法の規定により設立される。この点は商法五二条二項のいわゆる民事会社及び有限会社の要件として規定されているが(商五二条二項、有一条一項)、商法五二条一項の商事会社についても同様であることはいうまでもない。営利を目的とする団体の設立は一般に自由であるが、商法または有限会社法によって設立されたものでなければ、法律上は会社とは認められない。外国会社すなわち商法または有限会社法に定める会社と同じ実質を有し、しかも外国法に準拠して設立された会社は、ここにいわゆる会社ではないが、このような外国会社に対して、商法または有限会社法の規定が適用される場合がある(商四七九条以下、有七六条)。日本国有鉄道や日本専売公社などの公営企業が会社でないことは、明文の規定もある(日本国有鉄道法二条、日本専売公社法二条)。

第二 会社の能力

会社はすべて法人とされる(商五四条一項、有一条二項)。会社のうちにも、株式会社のように社団としての単一性が強く表面にでて、社員の個性が稀薄なものもあれば、合名会社や合資会社のようにその単一性が比較的薄く、社員の個性が重要視されるものもある。そこで、いかなる範囲の会社に法人格を認めるべきかという問題が生じてくるが、この点はおもっぱら法律政策の問題である。前述したように、フランス法はすべての会社を法人とするのに対し、ドイツ法においては、通説は合名会社や合資会社を法人とは理解していないし、イギリス法のパートナーシップについても同様である。けれども、権利義務の帰属を簡明に処理するという点からすれば、すべての会社に法人格を認めるたてまえの方が優れている。

会社はその社員または役員とは法律上は別個の人格をもつが、この法人格を利用して社員が会社の業務あるいは財産

を自己個人のものとは故意に混同させ、また、会社の法人格を個人の責任を回避するために濫用して、第三者に損害を与える場合がある。このような場合に、特定の法律関係について会社のヴェールを剝奪し、その背後にある実体をとらえて法律関係の処理をはかろうとする考え方がアメリカ法において確立されたが、これを法人格否認 (disregard of legal entity, or corporate fiction) の法理という。この種類の問題については、ドイツ法をはじめ (Durchgriffstheorie)、各国の会社法においても同様の解決方法がとられる場合が多く、わが国の判例もこれを認めている。⁽¹⁾ただ、法人格否認の法理の適用範囲や要件などには明確でない点もあるから、具体的な事例の解決に当っては、安易にこの法理を適用することなく、現行法の個々の規定の運用を慎重に検討することが必要である。

(1) 最判昭和四四・二・二七民集二三卷二号五一頁、同昭和四八・一〇・二六民集二七卷九号一二四〇頁。

一 権 利 能 力

会社はすべて法人であるから一般的権利能力を有することはいうまでもないが、特別的権利能力すなわち特定の権利義務についてその主体となりうる資格については、自然人の場合と必ずしも同様でない。

(1) 性質または法令による制限　会社は有形の身体をもつ自然人とは異なるから、生命、身体に関する権利、身分上の権利義務、自ら肉体的労務に服することを目的とする債務のようなものは、会社の権利能力の範囲外である。これに反して、会社とその社員との間に成立する法律関係の当事者となる資格などは、会社その他の社団法人に限って享有できることはいうまでもない。次に、権利能力は法律がこれを認めたものであるから、その範囲は法律によって限定することができる。ただし、会社の権利能力の範囲を限定する法律の規定は、現在ではその例はあまり多くはない(商五五条、有四条参照)。会社の権利能力を制限するには法律の規定をもってなすべきであり、政令をもってこれを制限することは許されないものと解する(民四三条参照)。

(2) 目的による制限　会社の権利能力はその目的によって制限されると解すべきか否かについては、目的による制限を肯定するのが多数説であり、判例もその立場をとっている。⁽¹⁾この立場をとれば、会社は目的の範囲外においては権利義務を享有することができず、会社の機関が目的外の行為をなしても、それを会社の行為と認めることはできない。けれども、このように会社の権利能力の限界をその目的に求める考え方は、会社にとって不利益な行為から生ずる責任を免れる口実に利用されるおそれもあり、会社の活動が広範囲にわたるような場合には、なお検討すべき問題があるように見える。そこで近時においては、会社の権利能力は目的によっては制限されないと解する説⁽²⁾、あるいは、定款所定の目的は単に取締役の代表権限に対する制限として、悪意者に対して主張しうるに過ぎないとする説⁽³⁾などが有力に主張されてきている。けれども解釈論としては、会社の目的が登記事項とされ(商六四条一項一號・一四九条一項・一八八条二項一號、有一三條二項一號)、登記事項は登記公告後は善意の第三者にも対抗できるという点は(商一二條)、目的による制限を否定する説にとつて障害とならう。⁽⁴⁾

目的による制限を肯定する学説及び判例は、その後における経済社会の要請に基いて、会社の目的を機械的に解する立場から、定款所定の目的はその字句に拘泥することなく、その記載の文言から推理演繹できるいっさいの事項を含めて解するという立場に移ってきた。また、いわゆる目的の範囲内ということも広く解し、目的自体に属する事項のみでなく、目的たる事業を遂行するに當つて、これを取得することが一般的に必要でありまたは有益であると認められる権利義務は、すべて会社の権利能力の範囲内に属するとした。更に具体的な権利義務がある会社の目的の範囲内のものであるか否かは、各場合の事情や関係者の主観的な意図によつてではなく、問題となる権利義務の内容から判断すべきものであるとする。このように理解すると、会社の目的たる事業のいかんを問わず、ほとんどすべての種類の財産権は会社の目的の範囲内に入り、従つて、目的たる権利能力の制限を肯定する立場をとるか否かによつて、その結果に大きな