

## ●論点解説 1

# 株式会社の設立

法律研究部会社法部 緒方 義行



## 1. 最低資本金制度の廃止

新「会社法」では、最低資本金制度が廃止され、資本金1円でも株式会社を設立することができる。すなわち、原始定款には「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」(27条4号)を記載しなければならないが、その最低額には制限がない。もっとも、定款の認証手数料、定款原本に貼付する印紙税、設立登記の登録免許税等、株式会社を設立するためには最低でも約24万円程度は必要である。

なお、中小企業の新たな事業活動の促進に関する法律の特例制度下において、同法の定める確認株式会社・確認有限会社については、設立後5年間は最低資本金に関する規制が適用されない。この特例によって設立された確認会社は、設立後5年以内に増資をして最低資本金をクリアする必要があるが、その登記がされないことが解散事由として定款及び登記簿に記載されていたが、今回、最低資本金制度が廃止されたことに伴い、この増資をしなくても、定款を変更し、解散事由の登記を抹消する登記申請をして、会社を存続させることができることになった(整備法448条)。

## 2. 定款記載事項の改正と株式の打切発行

新「会社法」は、「株式会社の設立に際して発行する株式の総数」(設立時発行株式総数)を定款の絶対的記載事項から除外し、「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」(27条4号)を定款の絶対的記載事項とした。

加えて、他の発起人から催告された期日までに出資の履行をしない発起人についても、払込期日までに払

込をしない募集設立の場合の設立時募集株式の引受人についても、出資が履行されない株式はすべて失権することとした(36条3項, 63条3項)。

したがって、新「会社法」下では、現行商法下におけるような引受・払込担保責任を問題とする必要はなくなる。そこで、株式を引き受けた者の全部又は一部が払込みを行わない場合であっても、定款に定める「設立に際して出資される財産の価額又はその最低額」以上の出資がされているときは、そのまま設立を行なうことができることとなり、発起人等の引受・払込担保責任に係る規定も廃止された。

また、公開会社(P.8 論点解説3「機関設計に関する規定」1の項参照)の場合には、現行商法における同様、設立時発行株式総数は発行可能株式総数の4分の1を下ることができないが、現行商法において原始定款の絶対的記載事項とされていた「株式会社が発行することができる株式の総数」(発行可能株式総数)は、新「会社法」では、必ずしも原始定款に記載する必要はなく、会社成立の時にまでに発起人全員の同意または創立総会の決議によって定款記載事項を追加し

表 1

### 【定款の絶対的記載事項】

#### 【原始定款】

- ①目的
- ②商号
- ③本店の所在地
- ④設立に際して出資される財産の価額又はその最低額
- ⑤発起人の氏名又は名称及び住所

#### 【会社成立までに追加・変更可能な事項】

- ⑥株式会社が発行することができる株式の総数(発行可能株式総数)

(37条1項, 98条), 仮に原始定款に記載していた場合であっても, 会社成立の時までに発起人全員の同意または創立総会の決議によって定款の変更をすることができるものとした(37条2項, 96条)。したがって, 「株式会社が発行することができる株式の総数」(発行可能株式総数)についても, 設立過程における株式の引受状況を見ながら, 会社成立までに定款変更によって定めればよいことになる。

なお, 会社の公告方法(①官報, ②時事に関する日刊新聞紙, ③電子公告の3方法のいずれか)についても定款の任意的記載事項とし, 定款に定めがない場合の公告方法は官報として(939条1項4項), 絶対的記載事項から除外した。もっとも, 組織再編行為において, 知れたる債権者への個別催告を省略するためには, ②又は③の方法を定款で定めておく必要がある(789条3項, 799条3項, 810条3項)。

### 3. 発起設立における 払込金保管証明制度の廃止

新「会社法」では, 発起設立の場合については銀行又は信託会社による払込金保管証明が要求されなくなり, 残高証明書等の書面を提出する方法により設立手続を行なうことができる(商登法47条2項5号)。払込取扱銀行等は保管証明責任も負わなくなるので, 設立前でも払込金を使用することができる。これに対し, 募集設立の場合, 発起設立の場合と異なり, 従前と同様の保管証明とその責任が要求されている(会社法64条1項2項, 商登法47条2項5号)。したがって, 設立前に払込金を使用することはできない。

### 4. 現物出資・財産引受・事後設立に関する規制の緩和

検査役の調査を要しない現物出資・財産引受の範囲が拡大された。すなわち, ①現物出資・財産引受の目的となる財産について定款に記載・記録された価額の総額が500万円を超えないときは, 資本金の5分の1以下であるかどうかを問わず, 検査役の選任の申立を要

しないとされ, ②検査役の調査を要しない有価証券の範囲が「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」に拡大された(33条10項)。なお, 検査役選任の申立をするのは, 発起設立・募集設立を問わず, 発起人とされた(33条1項)。

表 2

#### 【検査役の調査を要しない現物出資・財産引受】

- ①定款に記載された価額の総額が500万円以下の場合
- ②当該財産が市場価格のある有価証券(上有価証券だけでなく店頭登録有価証券を含む)であって, 定款に記載された価額が市場価格以下の場合
- ③当該財産について定款に記載された価額が相当であることについて弁護士, 弁護士法人, 公認会計士, 監査法人, 税理士又は税理士法人の証明を受けた場合

現物出資・財産引受における発起人及び設立時取締役の不足額填補責任は, 発起設立の場合には過失責任とされ, 財産価額の調査など職務を行なうについて過失のないことを証明すれば填補責任を免れることができることになった(52条2項2号)。募集設立の場合は, 52条2項2号の適用は排除されており(103条1項), 無過失の填補責任を負う。募集設立の場合には無過失責任が維持された。なお, 検査役の調査を受けたときは, 発起設立・募集設立を問わず, 不足額填補責任を負うことはない(52条2項1号)。

株式会社の成立後2年以内にその成立前から存在する財産にしてその事業のために継続して使用するものを譲り受ける場合(いわゆる事後設立)における検査役の調査制度は, その取得価額の如何を問わず, 不要になった(現行商法246条の廃止)。

事後設立について株主総会の承認決議を要する基準が緩和された。すなわち, 対価として交付する財産の帳簿価額の合計額が純資産額の20%以下(定款でこれを下回る割合を定めることも可。以下同じ)の場合には株主総会の承認決議は不要とされた(467条1項5号但書。なお, 20%超の場合は株主総会の特別決議による承認が必要。467条1項5号本文, 309条2項11号)。この基準は, 組織再編行為や事業譲渡(営業譲渡は事業譲渡と称することになった)によって他社の事業を

取得する場合についても同様に適用され、吸収合併・吸収分割・株式交換によって他社を買収する場合についても、事業全部の譲受についても、対価として交付する財産の合計額が純資産額の20%以下の場合には、存続会社・承継会社・完全親会社・譲受会社における株主総会の承認決議（特別決議）は不要とされている（796条3項、468条2項）。

なお、吸収分割・新設分割により会社を分割する場合についても、事業の一部譲渡についても、分割又は

事業譲渡により承継させる資産の合計額が当該会社の総資産額の20%以下の場合には株主総会の承認決議（特別決議）は不要とされている（784条3項、805条、467条1項2号）。

事後設立の場合に株主総会の承認決議を要求するのは、発起設立と募集設立の方法（25条1項各号に掲げる方法）によって設立した場合に限る。つまり、組織再編手続によって設立された会社については事後設立の規制はない（467条1項5号）。

## ●論点解説2 持分会社

法律研究部会社法部 緒方 義行

### 1. 新しい会社類型（合同会社）の創設

新「会社法」では、合同会社という会社類型が創設され、合名会社、合資会社とともに、持分会社と総称される。合同会社は、アメリカで普及したLLC（有限責任会社）の日本版として導入されたもので、対外的には社員の有限責任が確保されている法人でありつつ、対内的には、他の持分会社と同様、機関設計、意思決定の方法、業務執行の内容・方法、利益の分配方法等について広く定款自治に委ねられている。そのため、コンサルティング業、投資ファンド、研究開発事業、公益事業、合併事業、共同企業体（ジョイントベンチャー）など、組織や権限分配等について柔軟に決めることが収益につながる事業などへの活用が期待されている。なお、アメリカには、LLCとは別にLLP（有限責任組合）という事業形態があり、いずれも事業課税ではなく構成員課税（パススルー課税）という特徴を有しているが、合同会社は法人税の納税主体であり、構成員との二重課税となる。LLPの日本版としては、今回、「有限責任事業組合契約に関する法律」が成立し、有限責任事業組合が導入されており、これは構成員課税となる。

ここでは、他の持分会社と異なる主な特徴として、次の（1）～（6）をあげておく。

- （1）合同会社の社員は、その全部が有限責任社員であり（576条4項）、合資会社の有限責任社員と同様、出資額の限度で会社債権者に対して直接の責任を負うとされているが（580条2項）、合同会社の社員となろうとする者は社員になる前に出資全額の払込みを強制されているので（578条、604条3項）、結果として、会社の債務について債権者に対し直接弁済する責任はない。
- （2）そのため、合同会社については、合名会社・合資会社と異なり、社員の氏名・名称及び住所並びに出資の目的・価額等は登記事項とされていない（914条）。資本金の額、業務を執行する社員の氏名・名称及び合同会社を代表する社員の氏名・名称及び住所は登記事項とされている（914条）。
- （3）出資の目的については、合名会社の社員及び合資会社の無限責任社員と異なり、金銭その他による財産出資のみが認められ（但し、最低額の規制はなく1円でもよい）、信用や労務の出資は認められない（576条1項6号）。なお、この点は、合資会社の有限

責任社員も同様。

- (4) 合同会社の債権者は、計算書類（作成日から5年以内）の閲覧または謄写を請求することができる（625条）。
- (5) 合同会社では、利益の配当や出資の払戻しについて、株式会社と同様の財源規制が課されている（628条、632条2項）。
- (6) 退社した社員に持分の払戻しを行なう場合についても、それが剰余金額を超える場合には、合同会社の債権者は異議を述べることができ、また、公告などの債権者保護手続をとらなければならない（635条）。

## 2. 持分会社に共通の特徴

合名会社、合資会社及び合同会社について共通に適用すべき規律については同一の規定が適用される。以下に注目すべき主な点（1）～（6）を挙げておくが、先にも述べたように、広く定款自治が認められている点に特徴があり、その他にも、有限責任社員又は社員でない者が誤認行為をした場合の責任（588条、589条）、業務執行社員又はその職務執行者の善管注意義務・忠実義務（593条1項2項）、競業禁止（594条）、利益相反取引の制限（595条）、任務懈怠責任（596条）、第三者に対する責任（597条）、他の社員の責任を追及する代表訴訟類似の訴え（602条）、持分会社による業務執行社員の業務執行権・代表権の消滅請求（860条）などの注目すべき規定がある。

- (1) 社員1人だけの持分会社の設立・存続が認められる（641条4号参照）。
- (2) 法人も持分会社の社員になることができる。法人

が業務執行社員であるときは自然人を職務執行者として選任して他の社員に通知し（598条1項）、代表社員であるときは職務執行者を登記する（912～914条）。

- (3) 持分会社の社員は、原則として、各自、業務執行権限及び会社代表権限を有するが（590条1項、599条1項）、定款で業務執行社員を定めることができる（590条1項）、定款又は定款で定めた社員の互選により代表社員を定めることができる（599条1項但書・3項）。各社員は、業務執行権を有していなくても、原則として、会社の業務・財産の状況を調査することができる（592条1項）。
- (4) 各社員は、事業年度の終了時に退社できる（持分会社の存続期間を定めなかった場合等）とされ、また、やむを得ない事由があるときは、いつでも退社できる（606条）。その他にも法定の退社事由があるが、定款で退社事由を自由に定めることもできる（607条1項1号）。退社した社員は、原則として、その出資の種類を問わず、持分の払戻しを受けることができる（611条）。
- (5) 持分会社は、貸借対照表・損益計算書を作成しなければならないが、社員は、原則として、営業時間内はいつでもその閲覧または謄写を請求できる（617条、618条）。
- (6) 持分会社は、その社員の全部又は一部を責任の異なる社員とするか、又は、責任の異なる社員を加入させる旨の定款変更を行なうことによって、持分会社の種類を変更することができる（638条）。合資会社の社員が退社して無限責任社員あるいは有限責任社員だけになった場合、残った社員の責任の種類に対応して、合名会社又は合同会社となる定款変更をしたものとみなされる（639条）。

# ●論点解説 3

## 株式会社の機関

法律研究部会社法部 植松 勉



「株式会社の機関」に関する新「会社法」の規定は多岐にわたるが、以下では、①「機関設計に関する規定」と、②「機関設計以外の機関に関する規定」に大別して概観する。誌面の都合上、要点のみの指摘とならざるを得ない。

### 機関設計に関する規定

新「会社法」では、株式会社（以下「会社」）における「株主総会以外の機関の設置」に関して選択肢が大幅に拡大した。これは、それぞれの会社が実態に応じた運営形態を採用できるようにしたものと説明されている。以下では、①「新『会社法』上の機関設計に関するルール」と、②「機関の権限・機関相互の権限分配」という観点から規定をみていく。

なお、会社がどのような機関設計をしているかは登記事項とされている（911条3項15号～22号）。

### 1. 新「会社法」上の機関設計に関するルール

- (1) 新「会社法」は、「株式譲渡性（公開会社か否か）」および「会社規模（大会社か否か）」という観点から会社を4区分して、機関設計の選択肢の幅に差異を設けている（326条～328条）。「新『会社法』上の機関設計に関するルール」を押さえることは重要であるが、全てのパターンを表にすれば、一目瞭然となる（表1）。
- (2) 「株式譲渡性」による区分とは、定款で株式の譲渡について制限を設けているか否かという観点からの区分であるが、注意点がある。新「会社法」では、発行する株式の「一部」を譲渡制限株式とすることが可能となった（108条1項4号）。この「一部」の株式を譲渡制限株式としている会社は「公開会社」と定義されており（2条5号）、「全部」の株式を譲渡制限株式としている会社が「公開会社でない株式会

表 1

| 非公開中小会社         | 非公開大会社          | 公開中小会社          |
|-----------------|-----------------|-----------------|
| 取締役             | 取締役＋監査役＋会計監査人   | 取締役会＋監査役        |
| 取締役＋監査役*        | 取締役会＋監査役＋会計監査人  | 取締役会＋監査役会       |
| 取締役＋監査役＋会計監査人   | 取締役会＋監査役会＋会計監査人 | 取締役会＋監査役＋会計監査人  |
| 取締役会＋会計参与       | 取締役会＋三委員会＋会計監査人 | 取締役会＋監査役会＋会計監査人 |
| 取締役会＋監査役*       |                 | 取締役会＋三委員会＋会計監査人 |
| 取締役会＋監査役会       |                 |                 |
| 取締役会＋監査役＋会計監査人  |                 |                 |
| 取締役会＋監査役会＋会計監査人 |                 |                 |
| 取締役会＋三委員会＋会計監査人 |                 |                 |
|                 |                 | 公開大会社           |
|                 |                 | 取締役会＋監査役会＋会計監査人 |
|                 |                 | 取締役会＋三委員会＋会計監査人 |

※会計参与は、原則として、いずれの機関設計においても任意に設置可能  
 ※\*は定款により監査役の権限を会計監査権限に限定することが可能

社」(297条2項等参照。以下「非公開会社」)とされている。

(3)「会社規模」による区分とは、資本金額・負債額に基づく区分であるが、ここにも注意点がある。新「会社法」では、いわゆる中会社か小会社かによって監査役の権限に差異を設けておらず(381条)、また、小会社であっても会計監査人の設置が可能とされた(326条2項)。すなわち、新「会社法」では、中小会社区分・みなし大会社制度は消滅している。

## 2. 機関の権限・機関相互の権限分配

弁護士として、機関設計に関するアドバイスをする場合、「機関の権限・機関相互の権限分配」についても押さえておきたい。

### ■「取締役会を設置しない会社」の「取締役の権限」

「非公開会社」では、会社規模にかかわらず、取締役会を設置しないことも可能となった(327条1項1号)。この場合、取締役の人数は1人でも構わない(326条1項)。名目上の取締役を置いて取締役の人数を3人以上としているような会社は、取締役会を設置しないことを検討するとよいだろう。取締役会を設置しない場合、取締役は、原則として、業務執行権・代表権を有する(348条1項、349条1項本文)。

取締役会を設置しないとしても、取締役を複数置くことは可能である(326条1項)。この場合、原則として、会社の業務は取締役の過半数で決定され(348条2項)、代表権は取締役各自が有する(349条2項)。代表取締役を定めることは任意とされている(349条3項)。

### ■「取締役会設置の有無」と「株主総会の権限」

「取締役会を設置しない会社」では、株主総会の権限は制約されない。株主総会は、会社に関する一切の事項について決議をすることができる(295条1項)。株主提案権は少数株主権ではなく、単独株主権とされている(303条1項、305条1項本文)。従来の有限会社における権限分配と同列である。こうした会社では、相続等の一般承継によって、会社にとって好ましくない者が株主となった場合、混乱も生じ得る。新「会社法」

では、定款に定めをおくことによって、「相続人等に対する株式売渡請求」を可能としたので(174条)、「取締役会を設置しない会社」では、特に、こうした定款上の手当てを検討するとよいだろう。

これに対して、取締役会を設置すると、株主総会の権限が制約される(295条2項)。取締役会の権限が広範に認められることとなるため、原則として監査機関の設置を強制される(327条2項)。現行法の株式会社における権限分配と同じである。

表 2

取締役会の設置なし → 株主総会の権限に制約なし  
取締役会の設置あり → 株主総会の権限に制約あり

なお、取締役会設置の有無で、「非公開会社」を2つの型(株式会社型と有限会社型)に峻別する考え方もあったが(要綱試案)、採用されなかった。新「会社法」では、「非公開会社」であれば、取締役会設置の有無にかかわらず、機関に関して表3の事項を定款で定めることができる。

表 3

- 取締役・執行役の資格を株主に限ること  
(331条2項ただし書、402条5項ただし書)
- 役員の任期を10年まで伸張すること  
(332条2項、334条1項、336条2項)
- 監査役の権限を会計監査権限に限定すること  
(389条) 表1で\*のついているパターン
- 株主の議決権等に関して別段の定めをすること  
(株主平等原則の例外)(109条2項)

### ■ 監査役の権限

現行法では、小会社の監査役は「会計監査権限」のみを有する(商法特例法22条、25条)。新「会社法」は、中小企業のガバナンスを強化するため、会社規模にかかわらず、監査役は、原則として、「業務監査権限」と「会計監査権限」の双方を有することとした(381条)。

ただ、人材難等の現実問題もあることから、「非公開中小会社」では、一定の場合、定款で監査役の権限を「会計監査権限」に限定することができるし(389条)、

そもそも監査役を設置しないことも認められている(327条)。

なお、新「会社法」上「監査役設置会社」といった場合、「業務監査権限」と「会計監査権限」の双方を有する監査役を設置している会社(あるいは、設置すべき会社)のことを指すのが原則である(2条9号。例外：436条1項、911条3項17号)。

### ■「業務監査権限を有する監査役が設置されていない会社」の「株主の権限」

「業務監査権限を有する監査役が設置されていない会社(委員会設置会社は除く)」では、株主が監査役に代わることが期待され、株主の監督権限が大幅に強化されている。すなわち、株主の違法行為差止請求権の行使要件は緩和され(360条1項 ※同条3項と比較せよ)、「取締役会設置会社」では、株主は、一定の場合に、取締役会招集請求権・出席権を認められる(367条)。

## 機関設計以外の機関に関する規定

「株主総会」「役員・役員等」及び「委員会設置会社」に分けて規定をみていく。

## 1. 株主総会

株主総会関係では、招集地に関する制限(商法233条)が撤廃された。招集手続にも手が増えられ、株主総会の権限が制約されない「取締役会を設置しない会社」の招集手続は、口頭による通知など適宜の方法によることを認め、また、招集通知に計算書類及び監査報告書の添付を要しないなど、極めて簡略なもので足りることとされた(299条、437条)。また、株主の議決権を制限する株式の相互保有要件に支配力基準が採用され(308条1項)、決議要件に関して定款自治が認められることも明文化された(309条)。その他、株主提案権(303条、305条)・書面投票制度(298条2項、301条2項)等について改正があった。

## 2. 役員・役員等

新「会社法」は、株主総会以外の機関のうち、「取締役、会計参与及び監査役」をまとめて「役員」と呼び(329条1項)、「取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人」をまとめて「役員等」と呼んでいる(423条1項)。

「役員等」は、共通して株主代表訴訟の対象になる一方(847条1項)、責任軽減制度の対象にもなる(425条～427条)。また、現行法では明文の規定を欠いていた補欠監査役等の予選について、「役員」全般に認められることが明記された(329条2項)。

なお、株主代表訴訟に関しては、株式交換等があったとしても代表訴訟の原告適格が継続すること(851条)等の改正がなされた。

### ■取締役・取締役会

- (1) 取締役に關しては、資格(331条)・任期(332条)・解任決議(309条2項7号)等について改正があった。このうち、解任決議については、累積投票によって選任された取締役を解任する場合を除いて、普通決議で足りることとされた(ただし、定款で要件加重も可能＝決議要件に関する定款自治)。
- (2) 取締役会に關しては、機動的な会社経営実現のため、取締役会の書面決議(370条)、特別取締役に由る決議(重要財産委員会が姿を変えたもの)(373条)が認められた。

なお、「大会社」では、取締役会設置の有無にかかわらず、内部統制システムの構築が義務付けられたが(348条4項)、「取締役会設置会社」であれば、取締役会自らがこの構築に関する決定をすることが求められている(代表取締役への委任等は許されない)(362条5項)。

### ■会計参与・監査役・監査役会・会計監査人

- (1) 会計参与は、新設された機関で、取締役(執行役)と共同して計算書類を作成することを主な任務とする(374条1項)。経理が手薄となりがちな中小企業における計算の透明性・信頼性を高める役割が期待される。会計監査人と紛らわしいが、会計監査人が「外部監査機関」であるのに対して、会計参与は「計

算書類等の作成者の一人」と説明されている。

- (2) 監査役の選任議案について、監査役に同意権が与えられた(343条)。しかし、これに対しては、例えば監査役が一人の場合、その監査役が再任されないことに対して自ら拒否権を持つこととなり、「居座り」を許すこととならないか、との指摘もある。なお、監査役の解任決議は、新「会社法」でも特別決議とされている(309条2項7号)。取締役の場合と異なり、監査役の独立性が重視されたことによる。
- (3) 監査役会では、取締役会の場合と異なり、書面決議は認められなかった。ただし、現行法において監査役会の全員一致「決議」が要求されている事項については、監査役全員の「同意」(書面による同意を含む)でよいこととされた(340条4項・2項等)。
- (4) 会計監査人に関しては、欠格事由(337条3項)・報酬の決定について監査役会等の同意を要すること(399条)等について改正があった。また、会計監査人が不適法意見を述べる場合等は、決算公告でその旨明

示することが、法務省令に盛り込まれる予定である。

### 3. 委員会設置会社

現行法では、「委員会等設置会社」であったが、「委員会設置会社」に名称が改まった(2条12号)。また、条文上は、非公開中小会社も「委員会設置会社」になれることとされたが(326条2項)、会社が選択するかどうかは疑問である。

この他、①委員会の決議には書面決議が認められていないこと(ただし、現行法における監査委員会の全員一致「決議」は、全員の「同意」に改正〔340条5項・2項等〕)、②委員会設置会社の取締役は使用人を兼務することができないことが明記されたこと(331条3項)、③使用人兼務執行役の使用人部分給与等の決定権者が、従来の「執行役」から「報酬委員会」に改められたこと(404条3項後段)、に注意を要する。