

第1章 通 則



1 趣 旨

会社の設立、組織、運営および管理については、他の法律に特別の定めがある場合を除いて、**会社法の定めるところによる**（会1条）。

会社法は、明治32年3月9日公布・6月16日施行「商法」第2編会社の規定およびその他の会社関連法規をまとめ、内容の大幅な変更、表記の現代化を行った単行法であり、平成17年7月26日に公布され、平成18年5月1日より施行された商法の特別法である（対価の柔軟化の部分については平成19年5月1日施行）。

2 会社法における会社の種類

会社法に規定する会社の種類は、**株式会社、合名会社、合資会社、合同会社**である（会2条1号）。**株式会社の出資の単位を株式というのに対し、合名会社・合資会社・合同会社の出資の単位は持分というため、これらの会社を総称して持分会社という**（会社法の施行に伴い有限会社は株式会社に吸収された。これを特例有限会社という [348頁参照]）。また、保険会社は株式会社か相互会社である必要があるが、相互会社は会社法上の会社ではない）。

持分会社は、その組合的性質から同様の規制を受ける部分が多くある。制度上、最も人的会社の色彩が濃いのが合名会社であり、合資会社、合同会社と物的会社の色彩が濃くなっていき、株式会社は典型的な物的会社とされてきた。それぞれ社員の個性、出資の種類、経営への関与・方式、地位の移転、退社の有無、解散・清算方法などに特徴がみられるが、会社法下では、**法人の無限責任社員が認められるほか、公開会社でない株式会社については大幅に定款自治が認められ、それぞれの会社は一定の手続により他のどの会社にも組織変更できる**（会2条26号）。特に持分会社間の種類変更は定款変更の問題と位置付けられ（会638条・639条）、会社法施行以前よりその垣根はかなり低くなっている。

(1) 株式会社 **株式会社は、出資の単位が株式と呼ばれ、出資者が株主と呼ばれる1名以上の間接有限責任社員のみで構成される**（株主が1名の会社を一人会社という）。その資本が債権者の拠り所になることから、**出資の形態は金銭・現物出資に限られる**。持分会社に認められる退社の制度はなく、株主が投下資本を回収するためには、会社からの買取請求や会社への株式買取請求がで

きる場合を除いて、他の者に株式を譲渡するしかない。制度上、所有（株主）と経営（取締役等の機関）が分離した会社形態であり、出資者（株主）としては経営の責任を負わないことから、広く市場を通じて資本を集めるのに適した会社制度である。

会社法は、会社が発行する株式の一部でも譲渡制限が付されていない株式を発行する会社を公開会社、発行するすべての株式に譲渡制限を付した会社を公開会社でない会社（譲渡制限会社）としている。

公開会社は、取締役会が必置であり、さらに監査役（大会社の場合は監査役会、会計監査人）を置く**監査役設置会社**にするか、**委員会設置会社**とするしかない。実際に株式が売買される市場がある会社（上場会社等）は、株主数も多く、**金融商品取引法**や市場のルール規制を受ける典型的な物的会社である（会社法施行直前は、3700社程度）。

一方、株式会社の大半は**公開会社でない会社**が占める（会社法施行直前は、114万社程度）。公開会社に比べ定款自治の範囲が広く、機関設計の柔軟化が認められている。その結果、取締役会非設置会社においては、株主総会が万能機関となるなど、実態として所有と経営が分離していない会社が多く、その規模・形態は上場会社同様のものから過少資本（実質0円）の零細企業まで多岐に亘る。会社法施行後は、有限会社であった会社は、「**会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（以下、整備法という）**」の適用を受け、**特例有限会社**と呼ばれ、商号も有限会社のままにほぼ有限会社時代と変わらない活動ができるものの、分類上は株式会社ということになる（会社法施行によりこれら180万社程度の有限会社が株式会社に編入された。なお、特例有限会社の機関は有限会社法時と同じ選択しかできない） [355頁参照]。

(2) 合名会社・合資会社 **合名会社は、1人以上の無限責任社員のみに**によって構成され、この者が**会社の経営も行う**（少なくとも1人は業務を執行する）。**出資形態は、金銭と現物出資の他、労務や信用による出資も許されているが、会社の経営で生じた債務について会社の財産で弁済できないときには、無限責任社員自身の財産で弁済する責任を負う**。社員はそれぞれ会社債務全体について直接に弁済責任を負い（直接責任）、社員のうち誰かが債務を弁済すれば、そのかぎりでの他の社員の責任はなくなる（連帯責任）。

会社法下では、合名会社も一人会社（社員が1名の会社）が認められた。法人が業務を執行する社員である場合には、当該法人は、当該業務を執行する社員の職務を行うものを選任し、その者の氏名および住所を他の社員に通知する必要がある。

合資会社は、1人以上の無限責任社員と1人以上の有限責任社員によって構成される会社である。原則として、無限責任社員の経営する事業に有限責任社員が資本を提供し、その事業から生じる利益の分配にあずかるという企業形

態である（会社法下では、有限責任社員を業務執行社員とし経営にあたらせることもできる）。

(3) 合同会社 **合同会社**は、日本版 LLC (Limited Liability Company) とも称される会社法の成立とともに導入された新しい会社形態である。外見は、株式会社と同様に **1人以上の有限責任社員で構成される法人であり**（一人会社形態も可）、**社員すべてが有限責任社員であり、定款記載の出資額までしか責任を負わない間接有限責任であるが、会社の内部ルールについては、組合と同様の緩やかな法規制を受けほぼ自由に決めることができる法人組織と組合組織の両面を持つ新しい組織体である**（人的会社と物的会社の中間に位置することから人的資本会社というネーミングもある）。

他の持分会社の社員と違い、社員の住所・氏名は登記事項ではないが、全額払込制を採用する他、様々な債権者保護規制を設けている。

3 外国会社

外国の法律に準拠して設立された法人その他の外国の団体であって、**会社と同様のものまたは会社に類似するものを外国会社という**（会2条2号）。

日本における代表者を定め（うち、1人は日本に住所を有する者であることが必要）、外国会社としての登記後でなければ日本において継続して取引をすることができない（会817条～823条）。

4 親子会社

他の会社等がその総株主の議決権の過半数を有するなど実質的にその経営を**支配されている法人として法務省令（会施規3条）で定めるものを子会社という**（会2条3号）。そして、**他の会社を子会社とする会社等実質的に他の会社等の経営を支配している法人として法務省令（会施規3条）で定めるものを親会社という**（会2条4号）。

❖ 親子会社規制の沿革

商法は、昭和49年の改正時に監査役の子会社調査権を新設したことに伴い、ある会社Aが他の会社Bの発行済株式総数の過半数にあたる株式を有するとき、その保有会社Aを親会社、被保有会社Bを子会社とし、過半数資本参加を親会社の認定基準とした。当時の商法が過半数資本参加を基準としたのは、実質的に他会社の法的支配を可能とする持株数であり、また客観的・画一的な関係把握を可能とする基準であったためである。

これに対し、昭和56年の商法改正で、従来の自己株式や無議決権優先株に加えて、相互保有株式、端株（廃止）、単位未満株（現、単元未満株）などの議決権を有しないものとされる株式の事例が増大したことに加え、平成13年の商法改正では種類株式の1つとして株主総会の決議事項の全部または一部について議決権制限株式の発行が発行済株式総数の2分の1まで認められるに至って、過半数持株数という形式基準では会社間の支配従属関係を認定できなくなった。そこで、平成17年改正前商211条ノ2により、一方の会社が持株数にかかわらず他方の会社の議決権の過半数を有しているか否かという形式基準で、議決権基準がとられることになった。

これに対し会社法は、この議決権基準とともに（会2条3号前段）、会社法施行規則3条により、「財務及び事業の方針の決定を支配している場合」という実質的支配基準を併用することにした。すなわち、同条1項は、「**法第2条第3号に規定する法務省令で定めるものは、同号に規定する会社が他の会社等の財務及び事業の方針の決定を支配している場合における当該他の会社等**」を子会社、また同条2項は、「**法第2条第4号に規定する法務省令で定めるものは、会社等が同号に規定する株式会社の財務及び事業の方針の決定を支配している場合における当該会社等**」を親会社とするとし、また、**親会社および子会社の中に会社等として法人格を有しない組合等も含まれるものとしている**。

そして、第3項は、前2項に規定する「財務及び事業の方針の決定を支配している場合」について、1号から3号で明らかにしている。

まず、第1号は、他の会社等の議決権の総数に対する自己（その子会社および子法人等を含む）の計算において所有している議決権の数の割合が100分の50を超えているか否かという形式基準を定めている。ただし、①民事再生法の規定による再生手続開始の決定を受けた会社等、②会社更生法の規定による更生手続開始の決定を受けた株式会社、③破産法の規定による破産手続開始の決定を受けた会社等、④その他①～③までに掲げる会社等など財務上または事業上の関係からみて他の会社等の財務または事業の方針の決定を支配していないことが明らかに認められるものは除かれる（会施規3条3項1号イ～ニ）。

ついで、第2号は、実質的基準として、「他の会社等の議決権の総数に対する自己の計算において所有している議決権の数の割合が100分の40以上である場合（第1号に規定する場合は除く）」であって、次に掲げるいずれかの要件に該当する場合」と定めている。

(イ) 他の会社等の議決権の総数に対する自己所有等議決権数（①自己の計算において所有している議決権、②自己と出資、人事、資金、技術、取引等において緊密な関係があることにより自己の意思と同一の内容の議決権を行使すると認められる者が所有している議決権、③自己の意思と同一の内容の議決権を行使することに同意している者が所有している議決権の合計数）の割合が100分の50を超える場合。

(ロ) 他の会社等の取締役会その他これに準ずる機関の構成員の総数に対する次に

掲げる者（①自己の役員、②自己の業務を執行する社員、③自己の使用人、④①～③までに掲げる者であった者。ただし、当該他の会社等の財務および事業の方針の決定に関して影響を与えることができるものに限る）の数の割合が100分の50を超えている場合。

- (イ) 自己が他の会社等の重要な財務および事業の方針の決定を支配する契約等が存在する場合。
- (ニ) 他の会社等の資金調達額（貸借対照表の負債の部に計上されているものに限る）の総額に対する自己が行う融資（債務の保証および担保の提供を含む）の額（自己と出資、人事、資金、技術、取引等において緊密な関係のある者が行う融資の額を含む）の割合が100分の50を超えている場合。
- (ホ) その他自己が他の会社等の財務および事業の方針の決定を支配することが推測される事実が存在する場合。

さらに3項は、他の会社等の議決権の総数に対する自己所有等議決権数の割合が100分の50を超えている場合（自己の計算において議決権を所有していない場合を含み、前2号に掲げる場合を除く）であって、2号ロからホまで掲げるいずれかの要件に該当する場合を定めている。



5 公開会社・公開会社でない会社

その発行する全部または一部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けていない株式会社を**公開会社**という（会2条5号、市場の有無は関係ない）。逆にその発行する全部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けている会社を**公開会社でない会社**という（承認機関は、取締役会非設置会社では株主総会、取締役会設置会社では取締役会、定款で、別段の定めも可）。

会社法施行以前は、株式を売買する市場のある会社（証券取引所・店頭市場上場会社、グリーンシート銘柄の会社など。なお、証券取引所は、金融商品取引法施行後は**金融商品取引所**と改称）を公開会社といった。当時の譲渡制限株式会社は「定款に株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨」の定めを設けている会社であったが、こうした定款規定を設けていなくても、株式を売買する市場のない株式会社を含めた呼び方として閉鎖会社という用語が定着していた（広義では、合名会社・合資会社・有限会社を含めた使い方をする場合もあった）。

6 大 会 社

最終事業年度に係る貸借対照表^{たいしやくたいしょうひょう}（会439条前段に規定する場合にあつては、同条の規定により定時株主総会に報告された貸借対照表をいい、株式会社の成立後最初の定時株主総会までの間においては435条1項の貸借対照表をいう）に**資本金として計上した額が5億円以上である会社および負債の部に計上した額の合計額が200億円以上の会社を大会社**という（会2条6号イ・ロ）。株式会社の大会社は会計監査人の監査を受けなければならない（会328条2項）[129・355頁参照]。

7 法人格・商行為

会社は、**法人である**（会3条）。会社（外国会社を含む）が**その事業としてする行為およびその事業のためにする行為は、商行為とされ、商法・会社法の適用を受ける**（会5条）。

法人格を有することにより、会社は、権利能力・意思能力・法律行為能力を有し、取引の主体となる。会社法施行以前は、営利社団法人とされていたが、民法の一般的な解釈である複数人の集まりとする社団の定義をそのまま適用すると一人会社（株主・社員が1人の会社）の社団性に疑問が生じるという問題や、慈善事業など非営利事業の会社を認めるべきだとの意見を受けて、会社法下では、これを解釈に委ねるに法人とだけ規定した。なお、「設立中の会社」の性質については、会社法施行以前は「権利能力なき社団」と説明されていた。会社法下では、社団の規定が削除されたため、これも解釈に委ねられる。

法人格否認の法理

株主・役員等・社員・その他の構成員が会社の業務・財産と自己固有の業務・財産を混同させるなど**法人格の形骸化がみられる場合**（会社≒個人の実態や会社法規定無視などの実態がある場合）や、会社の法人格を個人の責任を回避するために利用するなど**法人格の濫用がみられる場合**（取引上の債務を逃れるために会社を解散・譲渡・組織変更する場合、義務を逃れるためや不当な目的のために会社を設立した場合など）に、**付与された法人格を否認して、株主・役員等・社員・その他の構成員の責任を明確にするために判例・学説が認める法理**（最判昭和44・2・27民集23巻2号511頁・最判昭和48・10・26民集27巻9号1240頁など、江頭憲治郎・会社法人格否認の法理、井上和彦・法人格否認の法理など）。正義衡平な結論に導くための伝家の宝刀と評価される一方、会社法には、根拠となる条文がなく、その適用範囲や要件は必ずしも明確ではないため、それを安易に用いることには慎重な意見が多い。

