

Title	新会社法における「株式会社」の正体：株式会社は社団法人か
Sub Title	Substance of company limited by shares in new corporate law
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.267- 277
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0267">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0267</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 新会社法における「株式会社」の正体

——株式会社は社団法人か——

豊 泉 貫太郎

- 1、始めに
- 2、旧商法における会社の形態
- 3、新会社法における株式会社の姿
- 4、(附) 設立中の会社につき

## 1、始めに

平成17年7月26日会社法は成立し、平成18年5月1日から一部を除き施行された。明治32年に商法第2編として制定された会社法はその後幾度の改正を経てきたが、これらの改正によっては最早賄い切れないということから従前の改正手続きを止め、全く新しい、しかも独立法典としての会社法が制定された。会社法自体で約1000条にも上る大法典であるが、更に個々の条文の中に「法務省令の定めるところにより」等法務省令への委任も多くなされ、これを受けて会社法施行規則、会社計算規則、電子公告規則の三つの法務省令が公布され(合計で約450条)、実務はこの莫大な新法令の理解、把握に苦労しているところである。そして個々の条文の解釈、運用を通して種々の事項に関する新法令の各種規定の疑問点、問題点が数多く主張され<sup>1)</sup>、多くの学者、実務家から問題に多い立法であるとの指摘をなされている。これら個々の問題点は施行後直ちに適用を受ける事項に関することから関心が高いものといえ、その議論は更に

---

1) 上村達男「新会社法の性格と法務省令」ジュリスト1315-2以下、稲葉威雄=郡谷大輔「(対談)会社法の主要論点をめぐって」企業会計58-6-1020、森淳二郎=上村達男「会社法における主要論点の評価」等

深まるものと考えるが、それ以前に総論として、全体像として見たとき新会社法は会社自体をどの様に規定しているのか、特にその中心である株式会社をどの様に、特に社団法人と規定しているのかを検討しようというものである。

## 2、旧商法における会社の形態

(1) 旧商法 52 条では「本法ニ於テ会社トハ商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団ヲ謂フ」とし同 54 条で「会社ハ法人トス」と規定されていたことから会社（株式会社を含め……旧商法 53 条参照）は社団法人とされていた。この内「法人」に関しては新会社法 3 条で「会社は法人とする」とあるので問題はないが、旧商法 52 条に規定していた「社団ヲ謂フ」との規定を引き継がなかったことから問題となるものである。ところで旧商法上「社団」の定義はなかったが旧商法 1 条を根拠として、或いは私法一般の理解として民法での「社団」(民 34)と同一のものと理解されていた。そして民法 34 条にいう「社団」につき種々定義されているが一概に言えば「社団とは、要するに人の結合の一態様である」<sup>2)</sup>ということになろう。従来より社団と組合の区別、形式的意義の社団と実質的意義の社団の区別など種々の難問が存したが、いずれにせよ「社団」とは「共同目的を有する複数人の結合体」であること自体は争いのないものであった<sup>3)</sup>。

そうすると会社というためには少なくとも二人以上の社員（株主）の存在が

---

2) 我妻栄 新訂 民法総則 127 頁、なお内田貴 民法 I（第 3 版）p221 にあっても「むしろ起草者の意図からすれば、社団とは単の人の団体のことだと理解してもよいのである」としている。同旨松田二郎 会社法概論 10 頁、内池慶四郎「津田利治先生『横槍民法総論』質問録」法研 66 - 12 - 35 によれば「社団は、社会的事実として其存否を確認する外ない」とするが、正に社団性の有無は事実の問題なのである。

3) 津田利治 横槍 民法総論（法人ノ部）14 頁によれば「複数人が或る共同の私法的目的の為、自発的に組織した組織集団（団体）」としている。なお本稿では社団と組合の違いについての論述はしないがこの点については同氏「組合と社団」（会社法以前 7 頁以下）参照

必要となることから、社員（株主）が一人の会社の存在が許されるかという問題があり、これを回避する立論としていわゆる「潜在的社団性」が主張されていた。即ち西原寛一博士によれば「一人会社はどうか……しかし社団性はなお潜在しており、絶対的にこれを失ったものと見るべきではない。株式の一部再譲渡の方法により社団性の復活が可能だからである」とするが反面「一人会社は社団法人として出発した会社の変態的経過であって、当初から一人会社を設立することは認められない」としている<sup>4)</sup>。即ち株主が一人という状態は一時的、偶然的事態であり、何時でもまた複数となりうる以上、株式会社の存続自体を否定することは適当でないという企業維持の思想がこれを肯定したものと言える。

(2) しかし「潜在性社団論」の成立の可能性は商法の改正に応じて考察すべきものと考え、以下この点に関する規定の変遷を確認すると以下ようになる。即ち我国においての会社に関する規定の流れを見ると、旧商法は明治23年法律32号として一旦は公布され翌明治24年1月1日から施行される予定であったが、民法同様法典論争が起り、延期派が勝利した結果旧商法が施行されることなく改正作業に入り、明治32年に新商法が法律48号として公布され、その第2編に「会社」が設けられ、これが今般成立した会社法迄の会社に関する基本法典として存在していたのである。しかし明治32年に成立した商法は、その後（特に会社法の分野について）改正が相次いで為されたものである。これを「社団」に関するものについていえば以下のとおりである。

- ① 会社につき「商行為ヲ為スヲ業トスル目的ヲ以テ設立シタル社団」とすること及び「会社ハ之ヲ法人トス」との規定は昭和13年改正前においては旧42条、44条に規定されていたがこれらはその後52条、54条に移動したにせよ一貫して変更されなかった。
- ② 株式会社の発起人が7人以上であることを12条で、又発起人の株式引受義務を123条に規定し、その結果少なくとも設立時株主が7名以上で

---

4) 西原寛一「株式会社の社団法人性」商事法研究第二巻64頁、なお一人会社一般については津田「一人会社について」会社法以前257頁以下参照

あることが規定されていた。

- ③ そして昭和13年の改正以前にあっては株式会社の解散事由として「株主カ七人未満ニ減シタルトキ」と規定されており（昭和13年以前221条3号）、昭和13年までは株主が7名以上であることが株式会社の成立、存続要件とされていたが、昭和13年法72号によりこの部分が削除され、これ以降一人会社の問題が生まれたものといえる。
- ④ また無記名株券の発行は昭和13年の改正以前から認められていた。
- ⑤ そして昭和25年法第167号の改正により法204条で「株式ノ譲渡ハ定款ノ定ニ依ルモ之ヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得ズ」と規定されていた。それ故昭和25年以降の一時期株式の譲渡自由の絶対性が保障され、又無記名株券の発行が認められていたことから、一時期偶然に一人に全株式が集中する事態も十分想定される反面、何時でもその株式を他に（何人に対しても）譲渡し得たのであり、この当時一人会社となっても直ちに解散しないのは「潜在的社団論」をもって説明することも可能といえた。
- ⑥ しかるに昭和41年の改正により株式譲渡の絶対自由性が否定され、同204条では「株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スルコトヲ得、但シ定款ヲ以テ取締役会ノ承認ヲ要スル旨ヲ定メルコトヲ妨ゲズ」とし、株式の譲渡制限が認められ、閉鎖会社の多くはこの譲渡制限の規定を定款に定めることで株式の譲渡性が制約されることとなった。
- ⑦ 更に平成2年の商法改正で旧165条で定めていた発起人7人以上という要件がなくなり、発起人1名による株式会社の設立が可能となり、平成2年以降は発起人即ち設立時株主が1名という株式会社の設立が認められることとなり、一人会社は存続の問題というより、設立時からの問題となったといえる。
- ⑧ 更に平成2年の改正でそれまで制度として認められていた無記名株券の制度も廃止したこと（旧227条、同228条の削除）で、以後偶然に一人に全株式が集中するという事態も考えられなくなったものといえる。
- ⑨ この様に平成2年の改正後にあっては、当初から社員（株主）1名のみの株式会社が設立され、且つ譲渡制限が付されたことで容易に複数株主を創設することも困難な、しかも無記名株券も発行されないことから偶然にも一人に集中したという事態も考えられない状況下において、株式会社がなお「社団」性を有すると説明することは困難な状況にあったものといえた。
- ⑩ 更に平成11年の商法改正により株式交換制度、株式移転制度が法定さ

れ、完全親会社の創設が認められた。これによれば完全子会社は完全な一人会社といえ、しかも一人会社として永く存在することを予想しているものといえ、当然社団性の可能性すら失ったものといえるのである<sup>5)</sup>。

- ⑩ このように相次ぐ改正、新制度の創設により、株式会社にあつては一人会社の存在が固定的、永続的、常態的状况にあることを前提として旧商法52条にいう「社団」とどう調整するかについては、最早潜在的社団論で説明する<sup>6)</sup>より「一人会社は社団性からは異例なもの」であることを前提として、それでも存在を肯定したものという外なかったのである<sup>7)</sup>。

(3) 以上の如く株式譲渡の絶対自由が認められ、又無記名株券の発行が認められた当時にあつては「潜在的社団性」が十分成りたち得た立論であつたとしても発起人が一人で足り、譲渡制限が可能となり又無記名株券制度が廃止された上、完全親会社創設の為の規定が新設された後にあつて、旧商法52条の「社団」と一人株式会社との調整は最早「潜在的社団性」で説明することは不可能となつていたものであり、せいぜい「異例なもの」「例外的なもの」としか説明し得ないものになつたといえよう。

### 3、新会社法における株式会社の姿

新会社法にあつてはそれ故か旧商法52条の「社団」に関する規定は削除され、単に会社法3条で「会社は法人とする」とのみ規定しているに過ぎないのである。ところで従来我国にあつて法人とはその実態から「社団法人」と「財団法

---

5) 以上の記述については我妻栄編「旧法令集」、浅木慎一「会社法旧法令集」及び「日本会社立法の歴史的展開」(北沢古希記念論文)の各記述に依つた。

6) 江頭 株式会社・有限会社(第4版)22頁

7) 森本 会社法(第二版)10頁によれば「一人株式会社は株式譲渡自由の原則から潜在的社団ということができると説明されていたが……この説明は説得力をもたない」とし、又宮島 会社法概論(第三版補正第二版)6頁で「初めから一人の発起人で設立するような会社に対し潜在的にしる社団性を認めることはあまりに擬制にすぎる」とする指摘は正当である。

人」に区別されてきたが、その意味では新会社法上の会社、特に株式会社はそのいずれに当たるのであろうか。

### （1）社団法人性と見られる規定

株式会社設立に際し株式の発行が予定され、発起人がその株式の割り当てを受けることを予定し（会 32）、会社成立時に発起人が株主となること（会 50）又募集設立の場合、発起人以外の者も会社設立時株主となること（会 102）から株式会社には設立時株主（社員）の存在が不可欠といえる。

又株式会社にあつては「株主総会以外の機関の設置」につき、会社の規模、公開性の有無等により種々の構成を可能としているが、全ての株式会社にあつて「株主総会」は必要不可欠な機関と位置付けられている。このことは株式会社にあつては株主の存在は不可欠のものとしている。更に逆説的ではあるが旧商法にあつては株式会社には最低資本金制度が存在し、「資本の総合体」としての財産の存在に決定的意味があるともいえたが（株式会社の財団性）<sup>8)</sup> 会社法では最低資本金制度が廃止されたことで財産共同性という面が否定されたことから、財団性を否定する結果社団性のみが残ることとなったともいえよう。このように考えれば会社法における株式会社の本体を依然社団法人ということも出来ると考える<sup>9)</sup>。

（2）しかし「社団」につき、従前の「複数人の結合」という意義に捉えるのであれば会社法下においても「一人会社」の創設、存在が可能といえ、その意味では「社団性」の問題が存するものといえよう。しかるに新会社法ではこれに止まらないのである。即ち会社法にあつてはその発行する株式の種類とし

---

8) 森本 前掲 10 頁では「株式会社……のような物的会社ないし資本会社においては社員数よりも会社財産が決定的である（資本の結合対一財産共同体）」とし、株式会社自体の存立根拠を会社財産自体に求めていたが、今回の会社法によりその根拠もなくなったといえよう。

9) 更にあまり根拠とならないが株式会社の根本規範を「定款」と表示することも社団法人だからといえようか（旧民 37、39 参照）。もし財団法人なら「寄付行為」と表示されたであろうとの立論も考えられたが、今般成立した一般社団、財団法人法 152 条では財団法人にあつても「定款」としたことで、根拠とはならなくなった。

て種々の内容を有するものを認めているのであるが、その内には取得請求権付株式（会107Ⅱ②）、取得条項付株式（同③）も存在するのである。そして会社は発行する株式の全てを取得請求権付株式として発行した後、全株主が取得請求したとき、又取得条項付株式につき一定の事由が発生したときは、会社には一時株主が存在しないこととなる。しかるに株主が不存在となったとしても株式会社の解散事由とはならないのである（会471条）。この点持分会社にあっては「社員が欠けたとき」が解散事由となるのと異なるところである（会641④）。

しかもその場合一定の期間を定めての新株発行を法は命じていないのであり、一定期間（株主総会が開催できないことから登記事項の変更がなしえないことにより休眠会社としてみなし解散されるまで）法人として存在することとなるのである<sup>10)</sup>。この間株主総会の開催は不可能であるが、取締役の任期は最長10年（会332Ⅱ）であり、又任期満了となっても新取締役が選任される迄はなお取締役としての権利義務を有する（会346）ことから實際上支障はないであろう。監査役についても任期は最長10年であり（会336Ⅱ）、346条の規定の適用もあり、相当期間支障はない。そして休眠会社の規定が12年経って始めて解散したとみなされる（会472）ことより考えれば株主が存在しなくても10年以上の存在が可能となるといえる。更に悪用しようとすれば10年毎に取得条項付株式を発行し、新たに取締役、監査役を選任し、登記をした上で全株式を取得し、株主をなくす手続きを繰り返せば、継続的に株主の存在しない株式会社として存続することも可能といえ、こうなれば最早「社団」の問題ではなく、社員が一人もいない会社というものとなるのである。

同様のことは合併についても言えよう。

合併とは一般に二つ以上の会社が契約により一つの会社に合体するものと定義されている。この点現物出資説も存在していたが、現物出資説即ち消滅する会社が存続する会社又は新設する会社に財産を拠出し、これに対し存続会社又

10) この点神作裕之「会社法総則、擬似外国会社」ジュリスト1295 - 141頁では「株式会社を含め社員の存在しない会社は認められない」とするが持分会社については法641条4号を根拠としながら株式会社につきその根拠を示していない。



は新設会社が消滅会社株主に株式を発行することが丁度会社設立又は新株発行（募集株式の発行）と類似したものだと説明するものであるが<sup>11)</sup>、この説は株式会社同士の合併については説明できるとしても、合併は旧法当時から別に株式会社に限定されるものではなく、合名会社同士の合併も認められていたのであり（旧商56）、この場合会社財産の移転はあっても株式の発行はなく、合併自体の説明とはなりえない説といえた。更に拠出した財産以上に株式を発行できないこと、それ故旧商法下で債務超過会社を消滅会社とする合併が不可能とすることも、株式会社という物的会社からくる資本充実の原則の要請がそれに制約を加えたものに過ぎず、合併自体の問題に別の要素を加えた結果の説明といえた。それ故合併とは単に二つの法人が一つになる組織法上の特殊な法律行為といえた。

しかし二つの社団法人が一つの社団法人となるということは当然二つの社団が一つに合体するということであり、従前の社団構成員たる社員（株主）が合併後の社団の社員（株主）となることから、新設合併であれ吸収合併であれ、消滅会社の社員（株主）に対し、合併後の社団の社員たる地位を表彰する株式が交付されたのである。ちなみに株式を「株式会社における社員の地位」と解すること判例、通説であり、株式の交付とは合併後の社団の社員たる地位の取得それ自体なのである。これは株式会社に限るものではなく、任意団体であれ又市町村についても同様であり、二つの組織が合併すれば、それ迄の構成員は当然のこととして、合併後の組織の構成員となるのである<sup>12)</sup>。

しかるに会社法にあってはいわゆる合併対価の柔軟性により吸収合併に際し、吸収合併消滅会社の株主に対し吸収合併存続株式会社は株式の他、社債、

---

11) 現物出資説として竹田省「会社合併について」商法の理論と解釈 221 頁、大隈健一郎「会社合併の本質」会社法の諸問題（増補版）349 頁、なおその変形として社員現物出資説を主張するものとして服部栄三「会社合併の基本的性質」株式の本質と会社の能力 209 頁以下

12) 今般成立した一般社団、財団法人法 242 条以下に公益社団法人の合併が法定された。

新株予約権、株式以外の財産等を交付することを可能としたのである（会749 I②イ乃至ホ）。その結果二つの法人格が一つの法人格になることはともかく、二つの社団が一つの社団となるとはいえなくなったのである。このことは合併が二つの組織体が組織法上の特殊の行為でひとつの組織体となるという従来の人格融合説でも説明つかないものであり、二つの法人格の合体のみが合併となったといえる。これに反し、新設合併の場合に株式発行を必要とするのは、さもなければ当初から株主の存在しない株式会社の設立を認めるという矛盾を避けるものと考えるが、少なくとも既に存在し、株主も存在している会社（一人会社であっても）が他の株式会社と合併するにつき、その社団自体は一体とならないものとなった。そうであれば株式会社自体その社団性を放棄したものといえ、会社法における株式会社は社団であるか否かを全く無視し、実態が何かを突きつめることも止め、実態は何かを問うことなく単に法人格を有しているもののみ規定したものといえよう。即ち会社法における株式会社については、伝統的な法人は社団法人か財団法人かいずれかという点の考慮を放棄し、実態が何かをも全く考慮の外に置き（少なくとも社団性を要求することもなく）単に「法人」であると規定したものといえる。

#### 4、（附）設立中の会社につき

以上の如く、存続する株式会社はその社団性が認められず単なる法人であるというだけの存在ということになった。即ち当初から一人会社で設立した上で社員（株主）が存在しなくなっても法人として存続しつづけるのが株式会社だということである。しかるに新会社法の教科書等には未だに株式会社設立段階においては「設立中の会社」という「権利能力なき社団」が認められるとして

---

13) 弥生真生 リーガルマインド会社法（第9版）275頁 近藤光男 最新株式会社法 22頁等。なお「設立中の会社」の概念を我国で始めて主張したのは田中耕太郎「発起人責任論」合名会社社員責任論 345頁以下であるが、公刊は大正6年であり、当時の商法条文を基礎としたことに留意すべきである。

説明するものが存在する<sup>13)</sup>。そもそも「権利能力なき社団」の理論が必要なのは実社会において個人とは別に活動する団体が認められ、その権利義務を個人に帰属させることが社会的に不相当とされる事実が存在するとき「権利能力なき社団」自体の権利、義務として構成することで社会の実態と合致した結果を導き出そうとする理論である<sup>14)</sup>。我々実社会において永続するクラブ、サークル等一定の人数を擁し、その団体自体の、即ち個人から独立した備品、財産を有し、団体の名で刊行物を発行し、又集会を開催するような一定の団体の実態を有し、規則が存在し、役員が選出され独立した財産を有しているとき、その行為により生じた債務を構成員に負担させたり、又代表者個人名義の預金を個人の相続人の財産となることを否定することで社会の実態、一般常識に合致する解決のための理論であり、その前提としては「団体が実存」してなければならないのである。この点近時の学説の内には「潜在的権利能力なき社団」という自己矛盾の立論をしているものも見られる<sup>15)</sup>が、その論理の矛盾を露呈したものといえよう。それとともに設立後の会社が会社法によれば「社団性」を必要とされてないというのであれば、設立中の会社が「権利能力なき社団」だとするとその間の移行は実は「同一性」を失うこととなるのである。設立中

---

14) 我妻栄 新訂民法総則 132 頁によれば「団体であってその実体が社団であるにも拘わらず法人格をもたないものを権利能力なき社団という」とし、内田貴 民法Ⅰ（第3版）222 頁も「実質的には法人格ある団体と同じような活動をしているが、しかし法人とはなっていない団体である」としており、当然の前提として団体の存在、活動が実在していることが要件といえる。なお判例が「権利能力なき社団といえる為の要件としては最判昭和 39 年 10 月 15 日民集 18 - 8 - 1671 参照

15) 弥永 前掲 276 頁によれば「発起人が一人の場合には設立中の会社という概念を導入する実益は少なくなるが、成立後の一人会社と実質的同一性を有する潜在的団体の存在は認めることはできる」とするが「潜在的団体」の「存在」ということ自体論理矛盾というものである。この点津田 横槍民法総論（法人ノ部）31 頁には「社団の設立は……現実に社会的に活動する組織的団体が社会現象として事実上、その実在を認識するに足ることを要し、且つ之を以て足る」とし社団か否かは社会的実在の問題であり、可能性、潜在性の問題でないとするのは正当である。

の会社たる概念を認める最大の理由が設立後の団体との同一性にあると主張していたが、設立後の会社が社団性を失った今回の会社法にあっては設立中のみ「社団性」を認める必要性、実益も全くなくなったものといえよう。その意味では現在となっては全く意味のない理論といえる。

5、法人が自然人以外のものとして権利主体性を有するのは正に社会において、その団体が団体として活動し、社会の内で一定の行為をなしていることに着目し、そのような団体（社団であるか財団であるかは別として）が存在するのであればそれ自体に法主体性を認めようということから発生した筈のものであった。しかるに今回の会社法においては会社の実態が何かを規定することを放棄し、単に無内容の法人だとのみ規定したものといえる。かってラートブルフは「法人の問題（略）はむしろその法而上的な基体の問題である。自然人の背後に人間が存するように、法人の背後にも法に先立って存し法がただこれに人格を与えたにすぎない前法的な実体が存するか……これが法人本質論の中心問題である」とし<sup>16)</sup>、背後の実態を問う必要性を説いたが、この点を無視した今回の会社法は根本において問題を蔵しているものといえる。実態に基礎を持たない法技術は空虚ともいえ、その意味から会社法は単なる技術、取締法規に墮したものだといえよう。それと共に従来は商法の一部を構成していたことで商法全体からの整合性、一体性からの制約があったが、今回単独法典ということでそれもなくなった。今後会社法がどのように変化することも全く自由となったといえるが、それが果たして正しい道といえるかを危惧するものである。

6、以上の外株式会社の営利性、商人性など基本問題として論ずべき点は多々存するが<sup>17)</sup> これらについては他日を期すこととしたい。

---

16) ラートブルフ「法哲学」（田中耕太郎訳）296頁、同様に法人格の背後に実体が必要との指摘として倉沢康一郎「反応、横槍法人論」（法研73-2）211頁がある。

17) これらの点につき神作 前掲論文及び山本為三郎「株式会社とは何か」新会社法の基本問題3頁以下に先駆的業績がある。