

# 一人会社と社団性

～会社設立行為と会社再編行為を中心に～

岡 本 智 英 子

## 要 旨

会社をめぐる社団性については、平成17年改正前商法において、一人会社において問題とされてきたところである。一人会社は、設立手続きを経て設立されるものと、組織再編行為である新設分割行為、株式交換・移転行為によって設立されるものがある。会社設立行為と会社再編行為の法的性質を検討することにより、一人会社と社団性について考察する。

## I はじめに

昭和13年改正前においては、株式会社以外の会社は、「社員一人ト為リタルコト」を法定の解散事由としており（平成17年改正前商法94条、147条）、株式会社においては、「株主ガ7人未満ニ減シタルコト」（昭和13年改正前商法221条3号）とされており、一人会社として存続することはできないとされていた。

昭和13年改正により、株式会社において、「株主ガ7人未満ニ減シタルコト」を削除され（平成17年改正前商法404条）、株式会社の一人会社の存続の容認されたのである。一方、昭和13年により新たに立法された有限会社法においては96条1項5号において、法定の解散事由とされたので、株式会社の物的会社の性質ではなく、株式の譲渡性の性質から、一人会社の存続が容認されたのである。

平成2年改正前商法165条では、「株式会社ノ設立ニハ7人以上ノ発起人アルコトヲ要ス」とあったが、平成2年の改正において、165条は、「株式会社ヲ設立スルニハ発起人定款ヲ作ルコトヲ要ス」となり、株式会社の一人会社の設立が容認されたのである。有限会社において69条1項5号が削除され、有限会社においても、一人会社の設立が容認されたのである。

一人会社には、株主が自然人である場合と法人である場合があり、前者の場合はいわゆる個人企業の法人成りの問題であったが、一方で、大企業が完全子会社の形で運営するという社会的要請があり、完全親子会社関係を創設する株式交換・株式移転行為を新設した

のが、平成11年改正である。さらに、平成12年改正において、会社分割行為が新設された。

平成17年に会社法を立法する際に、株式会社と有限会社の一人会社の存続と設立が容認されている現状において、人的会社の一人会社の問題が検討された。会社法で新設された合同会社は、有限責任であるから、同様に一人会社へのニーズがあり、合名会社には、そうしたニーズはないものの、社員が一名になると当然に解散になるのも不都合であり、合資会社も、無限責任社員1名となった場合に合名会社になることに格別の問題はなく（会社法640条2項）、有限責任社員1名となった場合に解散せず合同会社に種類変更を認めることも、一定の措置（会社法640条2項）を義務づければ格別の不都合はないとし、会社法は、同法制定前の規律と異なり、持分会社の社員が1名になることを法定解散事由とする規定を設けず（会社法641条4号）、一人会社の設立・存続を許容したのである。

平成17年改正前商法においては、「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」（平成17年改正前商法52条1項）、「会社ハ之ヲ法人トス」（同法54条）により、会社とは営利社団法人であると定義づけられていた。会社法では、「会社とは、法人とする。」（会社法3条）、「会社（外国会社を含む。）がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする。」（同法5条）とあり、社団という文字は消えた。

一人会社は、平成17年改正前商法においても、株式会社においては、設立においても存続においても認められ、完全子会社を創設する株式交換・株式移転行為も創設した。そして、会社法においては、一人合名会社も許容されるに至り、もはや一人会社は例外とは言えず、人の集まりという意味において、社団という文字は消えるしかなかったのである。しかし、団体と構成員の関係、団体と第三者の関係を表しているという意味においては、依然として変わらないのである。

一人会社は、設立手続きを経て設立されるものと、会社再編行為によって設立されるものがある。会社設立行為と会社再編行為の法的性質を検討することにより、一人会社と社団性について考察する。

## II 会社設立行為による一人会社

平成2年改正により、株式会社における一人会社の設立が容認された。一人会社といえども、株式会社としての手続きに服さなければならない。

問題は、会社設立行為の法的性質である。一人会社の設立が容認されていなかった平成2年改正前においては、会社設立行為は、合同行為<sup>1)</sup>として解されていたが、原始社員が1人である場合における会社設立行為は、合同行為ではありえず、単独行為と解すること

となる<sup>2)</sup>。一人会社の存続を容認する理論的根拠として通説である潜在的社団説に立つと、一人会社の設立においては、潜在的社団性があること自体を説明することが出来なくなる。同一性説は、会社の前身たる設立中の会社の存在を認め、設立中の会社は権利能力なき社団にあたるとして、会社設立過程における法律関係は発起人ではなく実質的に設立中の会社に帰属し、したがって会社成立後は法形式にも当然に会社に帰属すると説明するが、一人会社の場合において、一人会社の前身なるものを認め得るかが問題となり、一人会社の前身を認めるとしても、設立中の会社とは到底認められないし、権利能力なき社団の法理の適用対象と認めることも不可能である<sup>3)</sup>。

会社設立行為は定款によって示される意思表示を要素とする法律行為であり、発起人によって行われる株式会社の設立行為においては、その効果意思の中に成立後の会社への設立行為から生じた権利・義務の帰属が含まれているゆえに、設立行為の効果の成立後の会社への帰属は、発起人の設立行為における意思効果から当然に流露して来るものであり、一方、株式引受人は、株式引受行為の効果として、将来成立すべき会社の社員たる停止条件付地位一すなわちその実質は期待権一を取得するものであって、会社の成立以前においては、そのような期待権者が存在するだけであり、そこに設立中の会社なる社団の存在を認める余地も必要もないものと思われる<sup>4)</sup>。

### Ⅲ 会社再編行為による一人会社

#### 1 平成17年改正前商法における株式交換・移転行為

平成9年に「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」9条が改正され、いわゆる純粋持株会社が認められることとなり、持株会社創設のための制度を構築すべく、法務省は「親子会社法制等に関する問題点」<sup>5)</sup>（以下「問題点」という）を平成10年に公表した。完全親子会社を創設するための手続きである株式交換・株式移転制度の導入を内容とするものである。株式交換とは、株式会社が他の既存の株式会社との間で、完全親子会社関係を創設するための手続きであり（平成17年改正前商法352条）、株式移転とは、完全親会社を設立するための手続きである（同法364条）。

株式交換・株式移転行為の法的性質について、「問題点」においては、完全子会社となる株主による現物出資と解していた（問題点第1編第1章の2、3）が、平成11年の「商法等の一部を改正する法律案要綱案」<sup>6)</sup>（以下「要綱案」という）では、合併に類似する組織法的行為と構成され<sup>6)</sup>、株主総会の特別決議で行うことができ、検査役の調査も不要となった。

株式会社は社団法人であり、会社の法人格は人的組織としての社団に対して付与されて

いるから、人的組織だけを一体的に会社の法人格から切り離して移転することは本来予定されていないが、社団という枠をそのままに、全体としての人的組織が一体的に入れ替わることも法的に不可能ではないと考え、株式交換を株主個人による現物出資ではなく、株主全体が移転する組織法的な会社の行為として構成することが可能であるとされたのである<sup>7)</sup>。実質的效果からすると、株式交換は、ある会社が営業全部の現物出資により完全子会社を設立し、同時に既存の会社と合併する行為に等しい<sup>8)</sup>。株式移転は、合併類似の行為とみることが適当でなく、またその必要もなく、むしろ、人的組織の移転という実質からすれば、平成12年に新設された、物的組織の分離・移転を生ずる新設分割と反対方向の行為である<sup>9)</sup>。

## 2 平成17年改正前商法における会社分割行為

会社分割行為とは、1つの会社を法律上独立した2つ以上の会社に分けることである。分割部門の現物出資、財産引受、営業譲渡や事後設立の方法を利用してきたが、財産が個別に移転され債務も債務引受により個々に移転するが、分割後が親子会社関係が形成されるだけで独立した会社とならないので、分割後の会社の株主に株式を直接に割り当て、分割部門に属する準備金や引当金の部分も一連の手続きに移転させるためには特別の立法が必要となったのである<sup>10)</sup>。会社分割を合併の反対現象として構想するのであれば、理念的には、完全分割（消滅分割）こそが中心に据えられるべきである<sup>11)</sup>。会社が営利社団法人である以上、そこに不可欠の要素は人的組織と物的組織であり、この両組織の分散的収容、すなわち分割する会社の全会社財産の包括的な分散的移転と株主の分散的収容こそが「会社分割」なのであるが、分割する会社が存在し続ける分割のみを考慮した会社分割法制は合併とは異質の制度であり、合併の制度に倣う以上、その反対現象といえる「消滅分割」が中心とされるべきであり、存続分割が中心となる場合には、営業譲渡に倣って制度の構築がなされるべきである<sup>12)</sup>。

## 3 会社合併行為の性質

株式交換行為・株式移転行為、会社分割行為も、会社合併行為に倣って、構築されたのであるが、そもそも、会社合併行為の性質はいかなるものであるのか。

株式会社の合併は、その積極的效果として、解散会社株主の存続会社または新設会社による併合と解散会社財産の存続会社または新設会社への包括承継とをもたらし、株主の合一はその社団法的側面をなし、財産の合一がその財産法的側面をなすが、合併における社団の動きの面を捉え合併を社団法的に構成するものは法人格の移行による株主の併合を第一次的なものとし財産の移行をその副次的なものとするのに対し、これとは逆に、合併に

おける財産の動きの面を際立たせ合併を財産法的に構成するものは財産の移転こそ本質的なものであり株主の併合はたかだかその結果に過ぎないものとするのである<sup>13)</sup>。

株式会社の合併を社団法的に構成すると、株式と引換への合併をもって理想型とするが、この理想型は交付金によって破られることになるのである（昭和13年改正商法409条3号、410条3号）。

新設合併による新会社の設立は合併行為の効力として生じるものであり、以下の点において、会社設立行為とは異なる<sup>14)</sup>。

まず、会社設立行為は発起人が行うが、平成9年改正前商法においては設立委員が行い（平成9年改正前商法56条3項）、平成9年改正において、新設合併の場合の設立委員制度が廃止された。平成9年改正前商法56条3項は、新設合併を通常の会社の設立の場合の発起人に相当するものが必要であるとの考え方に基づいて定められたものであるが、新設合併は、いわば白紙の状態から会社を設立する通常の会社の設立の場合と異なり、合併当事会社間の合併契約に基づき、その履行として新たな会社を設立するものであるから、設立委員という当事者以外の第三者を要求することは、理論的に疑問があるとの批判が設立委員制度の導入当時（明治44年）からあったからである<sup>15)</sup>とされている。また、設立委員が、創立総会を招集し（平成9年改正前413条1項）、会社の設立に関する事項を報告すること（同法413条3項、182条）と規定されていたが、創立総会は廃止することとされたので、この点に関する設立委員の権限もなくなった。通常の会社の設立のうち、株主となろうとする者を発起人以外の第三者から募集する募集設立の場合には、創立総会が要求されている（平成17年改正前180条）が、新設合併は、合併当事者間で締結された合併契約に基づき、各会社が合体し、各会社の株主であったものが新設会社の株主になるものであって、株主になるものは、各会社の株主であったものに限られており、第三者を株主として募集することはないので、この点で、新設合併は、創立総会を要しない発起設立に類似の性格を有する<sup>16)</sup>。創立総会においては、合併に関する事項の報告のほか、新設会社の取締役および監査役を選任しなければならず（平成9年改正前413条3項、183条）、また、定款変更の決議をすることもできた（同法413条2項）ところ、これらを合併契約書の記載事項として（平成9年改正商法410条1号、6号）、創立総会の廃止により不都合が生じないように手当てされ、報告総会および創立総会の廃止に伴い、株主および債権者に対する情報開示として、合併に関する事項を記載した書面を合併後本店に供え置く、いわゆる事後開示の制度が新設された（平成9年改正商法414条ノ2）<sup>17)</sup>。

次に、会社設立行為の場合は、発起人あるいは株式引受人が株式を引き受け、払込をなすことが設立行為の要件であるが、合併による設立の場合は既存会社の株主が合併行為の効力として新設会社の株主となるので特に引受を要しない<sup>18)</sup>。

#### 4 会社法における会社再編行為

平成17年会社法において、会社再編行為はどのように変遷したのであろうか。

平成17年改正前商法においては、消滅会社の株主、分割会社またはその株主、完全子会社となる会社の株主に対して交付される財産が、原則として、存続会社、承継会社、完全親会社となる会社または組織再編行為により設立される会社の株式に限定されることを前提としていたが、会社法では、吸収型再編をする場合において、消滅会社の株主等に対して、存続会社等の株式を交付することなく、金銭その他の財産を交付することなく、金銭その他の財産を交付することや、対価を交付しないことができることとしている（会社法749条1項2号、751条1項3号、758条4号、760条5号、768条1項2号、770条1項3号）<sup>19)</sup>。もっとも、吸収合併および株式交換においては、消滅会社の株主等に対して、その有する株式の数に応じて対価を交付しなければならないものとされている（会社法749条3項、751条3項、768条3項、770条3項）ことから、上場会社のように多数の株主を有する株式会社においては、存続会社等の株式、新株予約権、社債、もしくは新株予約権付社債のほか、金銭や親会社の株式等、その金額または数量により容易に価値を判定することができる財物が合併等に対価として選択されることが予想される<sup>20)</sup>とされている。

立法担当者の解説によると、合併の対価が相手方会社の株式に限定されず、対価として金銭のみを交付する合併も認められることとなった会社法の下では、合併の性質について、当事会社が合体する組織法上の特別の契約であると考えられる見解（人格合一説）、消滅会社がすべての財産を現物出資し、存続会社が増資をし、または新設会社が設立されることと考える見解（現物出資説）のいずれの説によっても、合併の性質を説明するには困難が伴うとし、むしろ、合併は、消滅会社となる会社とその事業に関する権利義務の全部の譲渡等をするとともに解散し、その解散につき清算手続きを要せず、ただちに法人格を失い、また、その結果として、それによる権利移転については特段の対抗要件の具備を要しないこととなるという特則が適用される特殊な行為という程度の理解をしたほうが、その規制体系等を考えるうえで便宜であるものと思われる<sup>21)</sup>とする。

## IV おわりに

一人会社は、平成17年改正前商法においても、株式会社においては、設立においても存続においても認められ、完全子会社を創設する株式交換・株式移転行為、新設分割行為も創設された。そして、会社法においては、一人合名会社も許容されるに至り、もはや一人会社は例外とは言えず、人の集まりという意味において、社団という文字は消えるしかなかったのである。しかし、団体と構成員の関係、団体と第三者の関係を表しているという

意味においては、依然として変わらないのである。

それでは、会社法における会社の性質である社団とは何なのか。社団というからには、団体を示すことになるが、一人の団体を認めているので、その意味においては、反することになるが、民法上の社団法人では、一人社団法人が認められていたのであるから（平成18年改正前民法68条2項2号）、社団とは人の集まりという意味の団体とするのではなく、人を構成員とする組織体ととらえても不都合はないのではないか。

人を構成員とする組織体とすると、組合との区別が問題となるが、人を構成員とする組織体であっても、組織体がそれ自体として対第三者・対構成員の関係を有するものが社団である。社団の形成と法人格の取得は、本来別異のことがらに属し、社団形成という社会的技術を、法形式の面において整序する法技術である<sup>22)</sup>。

社団性と法人格が結びつき、社団が権利・義務の主体になり、社団の意思に基づいて法律行為を行う。社団が行う法律行為は、意思表示だけでは成立せず、一つの法律行為の中に、構成員・第三者を保護するためのものが組み込まれているのである。合併行為において、合併契約において定められる項目が増え、事前開示・事後開示によって、構成員である株主を保護する方向に向かっている。合併行為の法的性質に倣って規定されている株式交換・株式移転行為、会社分割行為も、同じである。

問題を解決するものは、単なる定義的条文だけではなく、株式会社全体の構造とこの制度の理念とであり、株式会社の本質的構造について、問題は、単なる概念法学的論議に尽きるものではなく、それは、概念の整理を求める学的体系の要求から出たものであるばかりでなく、制度の基本的構造を理解することによって、各条文の解釈と適用ならびに立法の改善に指針を与える性質のものである<sup>23)</sup>。ある種類の社団における構成員の地位をいかに強化ないし弱化するかは、一般社団法および特殊社団法の理念と政策により変遷するが、それにもかかわらずそれは依然社団法自体の問題にほかならない<sup>24)</sup>。社団が行う法律行為は、意思表示だけでは成立せず、一つの法律行為の中に、構成員・第三者を保護するためのものが組み込まれているのであり、社団性が曖昧になると、社団における構成員の地位が曖昧なものになり、社団法上の法律行為の効力を争う場面においても、問題を生じることになると考える。会社法上の法律行為の効力を争う場面においても、対世効（会社法838条）が認められているのも会社の社団性に由来するものである。

株式交換行為・株式移転行為の効力を争う方法は、株式交換・株式移転の無効の訴え（会社法828条1項11号、12号）である。会社法においては、株式交換または株式移転の対価が柔軟化され、旧完全子会社株式の株主に対し、旧完全親会社株式ではなく、金銭その他の財産を交付することができることとされていることから、株式交換または株式移転に際して発行され、または交付された旧完全親会社株式の株主に対して旧完全子会社株式を

交付すべき場合は、旧完全親会社株式を交付した場合に限られることになるので、旧完全親会社は「当該株式交換又は株式移転に際して当該旧完全親会社の株式を交付したとき」という文言を挿入し、そのことを明示することとしている（会社法844条<sup>25)</sup>。株式交換または株式移転に当たって、旧完全子会社株式の株主に対し、旧完全親会社以外の金銭その他の財産等を交付していた場合には、一般の不当利得の原則に従い、旧完全親会社は、金銭その他の財産等を交付した相手方に対して、旧完全子会社株式を返還するとともに、交付した金銭その他の財産等の返還を受けることになる<sup>26)</sup>。

株式交換・株式移転行為の無効事由は、合併行為の無効事由と同様、その手続きの瑕疵であり、株式交換契約・株式移転計画の内容が違法である場合、株式交換契約等に関する書面等の不備置・不実記載、株式交換契約・株式移転計画の承認決議に瑕疵がある、株式（新株予約権）買取請求の手続きが履行されない、法定の債権者の異議手続きが履行されない、簡易株式交換・略式株式交換の要件を満たさないのにその手続きがとられる、略式株式交換の差止仮処分命令に違反する、完全子会社の株主に対する対価の割当てが違法になされる等である<sup>27)</sup>。

会社分割行為の無効事由は、合併の無効事由と同様、分割手続きの瑕疵であり、吸収分割契約・新設分割計画の内容が違法である、吸収分割契約等に関する書面等に不備置・不実記載、吸収分割契約・新設分割計画の承認決議に瑕疵がある、法定の株式（新株予約権）買取請求の手続きが履行されない、法定の債権者の異議手続きが履行されない、簡易分割・略式分割の要件を満たさないのにその手続きがとられる、略式分割の差止仮処分に違反する、独占禁止法の定める手続きに違反して会社分割がなされる（独占禁止法18条2項）、会社分割の認可を要する場合にそれがない等である<sup>28)</sup>。

株式交換行為・株式移転行為、会社分割行為において、事後的な救済として無効の訴えは、特に複数の会社が同時に企業形成行為を行う場合には、無効の処理は複雑であり、あまり現実的ではない<sup>29)</sup>と考えられる。

平成2年改正商法において一人会社の設立が認められ、平成11年改正商法において株式交換行為・株式移転行為が新設され、平成12年には会社分割行為が新設され、会社法においては、再編行為における対価の柔軟化、いわゆる簡易再編行為のさらなる簡易化が認められ、いわゆる略式再編行為が新設された。これらは、すべて政策的な事情による改正である。そして、会社法では、会社の定義規定から社団という文字が消え、会社設立行為と新設合併行為、新設分割行為、株式交換行為・株式移転行為が呼応するかのごとく、政策的な事情により、株主保護のためあるいは債権者保護のために必要である法定要件が必要でなくなり、無効事由とならない場合も生じ、しかも無効の訴えにおける無効の処理は複雑である。



もちろん、政策的な事情により必要でなくなった法定要件に代わるものとして、取締役等の責任を強化し、情報開示を強化しているが、事前規制から事後規制に舵を切った会社法のもとでは、会社法上の特別な訴えにおいて効力を争う場面が増え、これらの行為を無効にしないと、株主、債権者が救われない場面が生じることとなる。会社設立行為無効の訴えと会社再編行為無効の訴えにおける無効事由は、利益衡量の考えのもと、狭く解しているが、本来無効となるべき無効を認めるべきである。会社再編行為は、いわゆる企業結合法制の問題としての解決が必要不可欠であるが、取締役等の責任のあり方、情報開示制度の枠組みという解決の方向だけでなく、会社再編行為を社団法上の法律行為としてとらえ、会社法上の特別な訴えにおいて効力を争う場面においてしか救われない株主の保護を考える必要がある。

本稿は、2008年度に関西学院大学より与えられた個人特別研究費「会社設立行為と社団性～会社再編行為との比較を中心に～」の研究成果の一部である。

#### 注

- 1) 会社設立行為の性質については、大賀祥充『株式会社の設立』（慶應通信、1975年）49頁以下。
- 2) 倉澤康一郎「1人会社設立の法認の意義」企業会計43巻5号（1991年）105頁、宮島司「一人会社と社団性」法学研究66巻1号（1993年）106頁、鷹巢信孝『社団法人（株式会社）の法的構造—企業と団体の基礎法理Ⅱ』（成文堂、2002年）73頁。
- 3) 安井威興「一人会社の設立」法学研究73巻12号（2000年）234頁・235頁。
- 4) 倉澤康一郎『会社法の論理』（中央経済社、1979年）38頁。
- 5) 商事法務1479号（1998年）27頁以下。
- 6) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱（案）の解説（上）」商事法務1517号（1999年）8頁。
- 7) 吉本健一「株式交換・株式移転による完全親会社の創設」ジュリスト1163号（1999年）96頁。
- 8) 吉本・前掲注7）・96頁。
- 9) 吉本健一「株式交換・株式移転と会社分割の理論的検討」商事法務1545号（1999年）5頁。
- 10) 早川勝「商法からみた会社分割立法のあり方」ジュリスト1165号（1999年）10頁。
- 11) 宮島司「会社分割に関する「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」の概要と問題点」代行レポート124号（1999年）8頁。
- 12) 宮島・前掲注11）・9頁。
- 13) 徳山進一「株式会社合併の本質」民商法雑誌17巻5号（1943年）32頁。
- 14) 寺尾元彦「会社合併論」早稲田法学1巻（1922年）114頁。
- 15) 菊池洋一「平成9年改正商法の解説〔Ⅰ〕—会社の合併手続に関する改正—」商事法務1462号（1997年）5頁。
- 16) 菊池洋一「平成9年改正商法の解説〔Ⅲ〕—会社の合併手続に関する改正—」商事法務1464

号（1997年）20頁。

- 17) 菊池・前掲注16)・21頁。
- 18) 寺尾・前掲注14)・115頁。
- 19) 相澤哲＝細川充「組織再編行為」別冊商事法務295号（2006年）184頁。
- 20) 相澤＝細川・前掲注19)・185頁。
- 21) 相澤＝細川・前掲注19)・181頁。
- 22) 倉澤康一郎・前掲注4)・13頁。
- 23) 西原寛一「株式会社の社団法人性」『株式会社法講座』第1巻（有斐閣，1955年）37頁，76頁。
- 24) 西原・前掲注23)・49頁，50頁。
- 25) 相澤哲＝葉玉匡美＝湯川毅「外国会社・雑則」別冊商事法務295号（2006年）216頁。
- 26) 相澤＝葉玉＝湯川・前掲注25)・216頁。
- 27) 江頭謙治郎『株式会社法』（有斐閣，2006年）844頁。
- 28) 江頭・前掲注27)・821頁。
- 29) 吉本・前掲注9)・8頁。