

法人による業務執行

長谷川 乃 理

法人による業務執行

はじめに

1 持分会社の特質

2 会社法における法人業務執行社員

おわりに

はじめに

2005年に制定された会社法においては、合名会社、合資会社および合同会社を、社員が自ら業務を執行し、内部関係の規律を原則として定款自治にゆだねる¹（すなわち、組合的規律に従う）会社類型たる「持分会社」として規律している。本稿では、会社法がその持分会社にのみ認めた「法人による業務執行」につき検討する。

1 持分会社の特質

1-1 「持分会社」とは

会社法においては、会社の種類を株式会社、合名会社、合資会社および合同会社の4つとし（会社法2条1号）、さらに合名会社、合資会社および合同会社を「持分会社」として整理している（会社法575条）。

2005年改正前商法は、合名会社と合資会社につきそれぞれ章²を分けて規定し、合資会社については「本章二定アル場合ヲ除クノ外合名会社ニ關スル規定ヲ準用ス」（2005年改正前商法147条）という準用規定を置いていた。そのため、多くの問題が解釈にゆだねられ、現実の規定の準用関係・適用関係が不明確であった³。合資会社の問題に限らず、2005年改正前商法の規定が分かりにくいと従来指摘されていた⁴ことから、会社法制の現代化にあたっては、基本方針としてできるだけ準用を避けることが意図された。合資会社に関する会社法の規定についてもこの基本方針が適用された⁵。すなわち、合名会社、合資会社および合同会社について、従来

1 江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系1』青林書院（2008）、333頁。

2 合名会社につき、2005年改正前商法第2編第2章。合資会社につき、2005年改正前商法第2編第3章。

3 相澤哲＝郡谷大輔「持分会社」別冊商事295号（2006）、153頁。

4 例えば、1993年商法改正において衆議院法務委員会は「商法等の現代語化を図ること」を求め（第126回国会衆議院法務委員会議録10号15頁）、2002年商法改正においても「会社法制の現代語化に際しては、会社の実態及び制度に応じた、分かりやすい法文の表現及び構成について、特に留意すること」を附帯決議で求めている（第154回国会衆議院法務委員会議録第11号17頁）。

どおり合名会社について先に規定し、その他の2種類の会社については準用規定を置くのではなく、持分会社について共通して適用される規定と、各会社類型に固有の規定とを分類し、整理して規定された⁶。2005年改正前商法が民法の組合に関する規定を包括的に準用し(2005年改正前商法68条)、それに依拠していたことに比べると、2005年会社法における持分会社は、自己完結的に規制されているともいえる⁷。

合名会社は社員の全部が無限責任社員であり(会社法576条2項)、合資会社は社員の一部が無限責任社員であり、その他の社員は有限責任社員である(会社法576条3項)。会社法定定に際して新たに創設された会社類型である合同会社は、その社員の全部が有限責任のみを負う(会社法576条4項)。合名・合資・合同会社の社員が負う責任の態様は異なるが、会社法にいう「持分会社」は、これら3つの種類の会社における社員の地位をあらわす「持分」の語を用いる⁸ことで、これらの会社が株式会社とは性質が異なる会社であることを示している。

株式会社のことを「物的会社」とし、持分会社につき「人的会社」という語を用いて説明されることがあるが、合同会社制度が創設された以上、この表現を安易に使用するのとは適切でない。立案担当者によれば、合同会社は「利害関係者の利益保護や利害調整については原則として各利害関係者の判断に委ねることとしている会社類型である合名・合資会社の規律を前提に、総社員の有限責任化を実現する」ための会社類型として創設された⁹。これは、2005年の「会社法制の現代化に関する要綱」第3部第1.1において「社員の有限責任が確保され、会社の内部関係については組合的規律(原則として全員一致で定款の変更その他の会社の在り方が決定さ

5 「会社法制の現代化に関する要綱」第3部第1・2は、「合同会社、合資会社及び合名会社について、共通に適用すべき規律(内部関係についての規律等)については、同一の規定を適用するものとする」としていた。

6 相澤=郡谷・前掲注3、153頁。

7 宮島司『新会社法エッセンス(第3版)』弘文堂(2008)、375頁。

8 相澤=郡谷・前掲注3、153頁。

9 相澤=郡谷・前掲注3、154頁。

れ、社員自らが会社の業務の執行に当たるという規律)が適用される特徴を有する新たな会社類型(合同会社(仮称))を創設するものとする。」とされていたのを受けた改正である。合同会社においては全ての社員が有限責任を負うのみであるため、従来の人的会社(無限責任社員が少なくとも1人存在し、かつ原則としてその社員が業務執行を行うため、当該社員についての人的要素が重要視される)の範疇には含まれない¹⁰。しかし、社員相互の関係においては原則として社員全員の一致により業務執行がなされる点で、合名会社および合資会社と同様の人的会社性、すなわち社員の人的要素の重視が認められる¹¹。

結局、2005年会社法は、社員の責任の態様に着目して株式会社と持分会社を区別しているわけではなく、会社をめぐる利害関係者(社員、株主および債権者)が不特定多数であり利害関係者の保護を手厚く図る必要があるか(株式会社)、当事者間で最適な利害環境を事由に設定できる代わりに、法的知識のない者が安易に利用し、利益を害された場合に自己責任で賄うか(持分会社)で、立法政策的な区別をつけている¹²のである。

1-2 持分会社社員の責任

持分会社の無限責任社員は会社に対して一定の出資義務(労務出資や信用出資¹³でもよい)を負い(会社法576条1項6号)、会社債権者に対しては、直接に、かつ他の社員と連帯して(会社と連帯して、ではない)無限責任(会社債務の弁済責

10 龍田節『会社法大要』有斐閣(2007)、7頁。

11 前田庸『会社法入門(第11版)』有斐閣(2006)、16頁。

12 相澤=郡谷・前掲注3、154~155頁。

13 本稿では言及していないが、最低資本金制度が撤廃されたいま、信用出資を認める意義はどこにあるのだろうか。そもそも、信用出資とは社員自身の信用を持分会社に給付し、それを利用させることにより出資がなされることであるのだから、下手をすると、単に会社に無限責任社員として名を連ねているだけで出資が完了したこととなりうる。会社財産が具体的に増加するわけでもなく、信用、という形のないものに対して株券が交付されるのであれば、有価証券の贈与を受けたことになってしまうのではないか。信用出資制度の歴史の沿革等につき、大野實雄「合名会社における信用出資」中京法学12号(1977)、32頁。

法人による業務執行

任、すなわち会社の債務と同一内容及び同一範囲の債務¹⁴⁾を負う(会社法 580 条 1 項)。この連帯責任は、会社債権者が会社債務の完済不能を主張立証した場合(会社法 580 条 1 項 1 号)、または会社財産に対する強制執行が効を奏しなかったことを主張立証した場合(会社法 580 条 1 項 2 号)に認められる。後者については、会社に弁済する資力があり、かつ執行が容易であることを社員が証明することにより、債権者の請求を退けることができる。また、社員の責任は会社の債務に完全に附随するものであり、会社の債務が時効その他の理由によって消滅した場合には社員の責任も消滅し、会社に主張しうる抗弁が存在する場合には、社員もその抗弁を持って会社債権者に対抗することができる(会社 581 条 1 項)。会社が債権者に対して相殺権、取消権または解除権を有する場合にも、社員は債務の履行を拒むことができる(会社法 581 条 2 項)。社員が会社債権者に対して個人的に有する事由についても主張することは可能である。

これに対して、有限責任社員は、その出資(金銭等に限定される。会社法 576 条 1 項カッコ内)の価額を限度として、他の社員と連帯して直接、かつ無限の弁済責任を負うのみである(会社法 580 条 2 項)。ただし、すでに持分会社に対して履行した出資の価額はその責任範囲から除かれる。よって、合同会社社員については、設立時(定款作成後、会社設立の登記をする時まで)に出資すべき金銭の全額を払い込んでいる(この意味で、合同会社の社員による出資は完全に株式会社における株主の出資と同様となっている¹⁵⁾)ため、原則として弁済責任を負うことはない(会社法 578 条)。出資の履行期が法定されていない合資会社の有限責任社員については、会社成立時に未履行の部分があったときのみ直接的に責任を負う。合同会社の社員についても、会社設立時または入社時の払込みが無効であった場合、または詐害行為取消権等により出資が取り消された場合には直接責任を負うと考えられる¹⁶⁾。

14 米津昭子「合名会社の社員とその責任の範囲」会社判例百選(新版)(1970)、249頁。

15 穴戸善一「持分会社」ジュリ 1295号(2005)、111頁。

16 穴戸善一＝黒沼悦郎「対談・機関関係」企業会計特別保存版『新「会社法」詳解』中央経済社(2005)、80頁。

設立の際には、設立する持分会社の種類に応じて、各社員の責任について定款に記載する必要があり（会社法 576 条 2 項ないし 4 項）、定款の内容と齟齬がないよう、商号内に設立しようとする持分会社の種類に応じた文字を用いなければならない（会社法 6 条 2 項）。

1-3 持分会社の特質 1 定款自治

持分会社は、会社の内部関係について組分的規律が適用される会社類型であり、定款自治が広く認められている。社員の責任の態様をはじめとした定款の絶対的記載事項は定められている（会社法 576 条 1 項）が、それ以外にも、会社法の規定に反しない限り、相対的記載事項および任意的記載事項の記載が認められる（会社法 577 条）。定款の変更には、原則として総社員の同意を要する（会社法 637 条）¹⁷。

会社法に挙げられている相対的記載事項としては、持分の譲渡の承認（会社法 585 条）、業務執行（会社法 590 条）、支配人の選任（会社法 591 条 2 項ただし書）、業務執行社員と会社との関係および業務執行社員の報告義務の免除（会社法 593 条）、競業および利益相反行為（会社法 594 条、595 条）、代表社員の選定（会社法 599 条）、存続期間および退社手続き（会社法 606 条）、相続または合併による社員の地位の一般承継（会社法 608 条）、計算書類の閲覧（会社法 618 条）、損益分配（会社法 621 条、622 条）、持分の差押え（会社法 624 条）、定款の変更方法（会社法 637 条）、存続事由、解散事由、清算人および清算人の解任（会社法 648 条）、業務執行清算人（会社法 650 条、655 条）、帳簿資料保存者（会社法 672 条 2 項）、合併または分割（会社法 793 条 1 項、802 条 1 項、813 条 1 項）および公告の方法（会社法 939 条）がある。

17 2005 年改正前商法においては、「定款ノ変更其ノ他会社ノ目的ノ範囲内ニ在ラザル行為ヲ為スニハ総社員ノ同意アルコトヲ要ス」（2005 年改正前商法 72 条）と規定していた。これは一見「別段の定め」を認めない強行規定のように思えるが、大判大 7 年 10 月 29 日民録 24 号 2068 頁は定款変更のための社員総会を、定款で従来定めていた「社員の 3 分の 1 以上の出席」で行ったことにつき適法であると判断し、同条は任意法規であると考えられていた。

法人による業務執行

これらの相対的記載事項のうち、株式会社と大きく異なるのは機関に関する規定である。株式会社では、全ての会社に株主総会および少なくとも1名の取締役を置くことが求められ（会社法326条1項）、その上ではじめて定款自治により各機関の設置が認められる（会社法326条2項）。その定款自治についても各種の設置義務による規制があり（会社法327条。とはいえ、組み合わせは43通りにのぼる）、特に大会社については会計監査人の設置が義務付けられる（会社法328条）。また、各機関、特に業務執行機関と会社との関係においては厳格な責任規定が置かれ（会社法423条）、その免除には総社員の同意を要し（会社法424条）、また責任を一部免除するにあたっては、社外役員に対する責任限定契約（会社法427条）を除けば、煩雑かつ実際にはほぼ利用不可能な手続きが必要である（会社法425条、426条）¹⁸。

これに対して、持分会社では（株式会社と同じく社員の全てが有限責任のみを負う合同会社においても）原則として通常の業務執行は社員の過半数をもって決定する（会社法590条1項）。業務執行社員を選任することもできる（会社法591条）が、定款の定めによっても社員以外の者に業務執行権限、およびその存在を前提とする代表権（会社法599条）を付与することは認められない¹⁹。ただし、業務執行社員がその業務に関して自らの代理人を置くことは妨げられていない。なお、会社の事業に関する包括的代理権を持つ支配人（会社法11条）の選任および解任は、定款でとくに定めない限り社員の過半数をもって決定する。

任意的記載事項として考えられる内容としては、例えば持分割合、利益分配の方法、経営委員会の設置²⁰、その開催時期・方法・場所、定足数・決議数、特別決議事項や普通決議事項、業務執行者の人数、選定方法、業務執行者の会合、損害賠償責任の範囲、会社の解散要件等が挙げられよう²¹。株式会社において株主総会の定

18 被害額を算定しなければならないのであるから、結局株主代表訴訟等による裁判を経るほかない。

19 清水毅「持分会社に関する諸論点」T&AMaster191号（2006）、21頁。

20 合弁会社においては「運営委員会」と呼ばれる機関が設置されることが少なくないという（大杉謙一「合弁企業のガバナンス」澤田壽夫ほか編著「国際的な企業戦略とジョイント・ベンチャー」商事法務（2005）、153頁）。ここで挙げられている経営委員会も、持分会社

足数、決議要件等が法定されていることに比べると自由度は格段に高いといえる。

1-4 持分会社の特質 2

- 社員の加入および退社、業務執行社員の業務執行権または代表権の消滅

持分会社の社員の加入とは持分会社の成立後、存続中に新たな者が社員の地位を獲得することであり、退社とは社員の地位を失うことである。

新たな社員が持分会社に加入する場合には、定款の変更が効力発生要件となる(会社法 604 条 1 項 2 項)。合同会社が新たな社員を加入させる場合には、定款変更に加えて、当該新社員が出資を全て履行することが必要である(同条 3 項)。合名会社、合資会社が新たに社員を加入させる場合には、当該新社員の氏名または名称および住所登記が必要である(会社法 912 条 5 号、913 条 5 号)。持分会社の成立後に加入した社員は、加入後に生じた債務について、当該社員の責任の態様に応じた責任を負う(会社法 576 条 1 項)のみならず、その加入前に生じた責任をも、自らの責任の態様に応じて負う(会社法 605 条)。

持分会社の社員は、自らの意思に基づいて、6 ヶ月前までに退社の予告をして退社すること、またやむを得ない事由があるときには予告をせずに退社することができる(会社法 606 条)。この退社に際しては、会社を代表する社員に対して退社の予告をするだけで足り、他の社員の同意は不要である。その場合には、一般承継により入社した社員を除き、出資が完了していれば(会社法 611 条 4 項)出資の種類を問わずに持分が払い戻される(会社法 611 条)。その際に、持分の価額が剰余金の分配可能額を超えており、払戻しがなされない場合には強制執行を行うことも可能である²²。このような任意退社が認められているのは、持分会社の社員が、自らの投下資本の回収をするには、退社および持分の払戻しによる必要があるた

の業務執行が社員間の合意でなされうることをもって、合併企業の受け皿としての持会社
が受け入れられやすいという意見がある。宍戸・前掲注 15、116 頁注 22。

21 弥永真生 = 岩倉正和 = 大田洋 = 佐藤文文監修 / 西村ときわ法律事務所編 『新会社法実務相談』商事法務(2006)、53 頁。

法人による業務執行

めである（株式会社と異なり、持分の譲渡には原則として他の社員全員の同意が必要である。会社法 585 条）²³。

持分会社の社員は、自らの意思に基づかずに退社することもありうる。まず、法定の退社事由が生じた場合には持分会社の社員は退社する（会社法 607 条）。ここでいう法定の退社事由とは、定款で定めた事由の発生、総社員の同意、死亡、合併（合併により当該法人である社員が消滅する場合のみ）、破産手続き開始の決定、合併・破産手続き開始決定以外の事由による解散、後見開始の審判を受けたこと、および除名である。とについては、あらかじめ定款で一般承継を可能とする旨を定めておけば退社事由とはならない（会社法 608 条）。この場合には一般承継人が持分を承継したときに入社効力（および定款のみなし変更）があることになる。とは、社員に退社の意思があるか否かが異なる。については、やむを得ない事由があるわけではなく、例えば純粋に投下資本の回収のために退社を考えた社員が、6ヶ月の経過を待たずに退社する場合にとることのできる手続きである。これに対し、の除名には全く当該社員の意思とは関係なく、法定の除名事由が存在する場合に、当該社員以外の社員の過半数の決議に基づき訴えをもってすることが必要である。ここでいう除名事由とは、出資の義務を履行しないこと、競業禁止義務（会社法 594 条 1 項）に違反したこと、業務執行に当たって不正行為をしたこと、または業務執行権限がないにもかかわらず業務執行をしたこと、代表権を持たないにもかかわらず会社を代表して行為したことおよび重要な義務を尽くさないことである（会社法 859 条）。社員の意思に反する社員資格の剥奪を最小限とするため、そして、除名を認める法の趣旨（信頼関係の失われた者を排除する）によっても、定款の定めによっても除名事由の除外または追加を認めることはできない²⁴。なお、ないしについては、定款により退社事由から除外

22 奥島孝康 = 落合誠一 = 浜田道代編 『新基本法コンメンタール 会社法 3』別冊法学セミナー 201 号、日本評論社（2009）、33 頁 [今泉邦子]。

23 江頭憲治郎 『「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説（8・完）」商事 1729 号』（2005）、8 頁。

24 弥永真生 『リーガルマインド会社法（第 12 版）』有斐閣（2009）、426 頁。

することもできる（会社法 607 条 2 項）²⁵。

意思に反して社員の地位が変動する点で、持分会社の社員の除名と業務執行社員の解任、業務執行権または代表権の消滅は共通する。持分会社の業務執行社員に対しては、正当な事由の存在に基づき、他の社員全員の同意によって解任することができる（会社法 591 条 5 項）。また、先に挙げた除名事由がある場合、あるいは持分会社の業務を執行し、または持分会社を代表することに著しく不適任な場合には、当該業務執行社員以外の社員の過半数の決議があれば、訴えをもって業務執行権の消滅または代表権の消滅を請求することができる（会社法 860 条）。ここでいう「著しく不適任」である場合とは、精神的肉体的理由によりその任に堪えない場合という判例があるが²⁶、同判例では代表社員が不適切な経営を行ったため会社に損害が発生した事例であり、他の社員が除名を求めるのであれば除名事由（重要な義務の不作为）にもあたるであろう²⁷。

1-5 小括

会社法における持分会社とは、会社債権者に対する責任の態様はそれぞれであるが、内部的には組合的規律に従う形で広い定款自治が認められている会社類型である。会社法は、外部との関係で、社員の全てが有限責任のみを負う種類の会社である合同会社制度を創設したため、従来の「人的会社」「物的会社」という分類はあいまいになっている。

内部関係については、特に会社の業務執行（重要な決定も含む）につき、株式会社よりも広範な定款自治が認められ、簡単な規制ぶりとなっている。これに対し、

25 取締役の欠格事由から破産した者を除外したことと対応するのであろうが、例えば破産した自然人たる無限責任社員が唯一の無限責任社員として存在する合資会社があるとして、そのことは登記上から判別することは不可能である。いくら会社法において持分会社の利害関係人の利益は自己責任において保護することと整理されたとはいえ、さすがに債権者保護に欠けるのではなからうか。

26 福島地会津若松支判昭和 42 年 8 月 31 日下民 18 卷 7.8 号 910 頁。

27 奥島 = 落合 = 浜田編・前掲注 22、428 頁 [今泉邦子]。

法人による業務執行

社員の退社については、持分の自由譲渡性が認められない分、投下資本の回収のために必要な手続きとして持分会社に認められている。退社のうち社員の意思に反して他の社員の請求により社員たる地位を剥奪される除名の訴えと、業務執行社員等の業務執行権・代表権消滅の訴えについては、社員保護のための立場と社員間相互の信頼関係が崩れたときの最終手段としての側面をもつ。

2 会社法における法人業務執行社員

2-1 従来の議論

2005年改正前商法は「会社八他ノ会社ノ無限責任社員ト為ルコトヲ得ズ」と規定していた（2005年改正前商法55条）。この規定は、会社が他の会社の無限責任社員となることは、会社存立の基礎を危うくするのみならず、当該会社が一定の目的の元に設立された趣旨に反すること²⁸、自然人でない会社は自ら業務執行に当たることができないことを理由としていた²⁹。

2005年改正前商法においては、合名会社および合資会社の業務執行社員となることができるのは、合名会社においては社員、合資会社においては無限責任社員に限られており（2005年改正前商法70条および151条1項）、さらに「有限責任社員八会社ノ業務ヲ執行シ又八会社ヲ代表スルコトヲ得ズ」として、合資会社の有限責任社員が業務執行権を持つこと、または会社の代表権を持つことを禁じていた（2005年改正前商法156条）ため、法人が業務執行社員となることは、無限責任社員となることできない以上、不可能であると考えられていた³⁰。

無限責任社員のみが業務執行社員となることのできる規定に対して、判例は定款その他の内部規約をもってすれば有限責任社員に業務執行権を賦与できると解しており³¹、学説でもこれを認めるのが通説であった³²。ただし、2005年改正前商法156

28 大判大正5年11月22日民録22号2271頁。

29 江頭=門口・前掲注1、393頁。

30 2005年改正前商法に対する批判として、北沢正啓『会社法（第5版）』青林書院（1998）、22頁。

31 最判昭和24年7月26日民集3巻8号283頁。

条の規定のため、全ての無限責任社員を業務執行から排除することはできないと考えられていた。法人による業務執行については、株式会社の発起人や組合の業務執行者に法人がなることは禁じられていないにもかかわらず、法人が合名会社および合資会社の無限責任社員となり、業務執行を行うことができないのは妥当ではないという批判がなされていた³³。

この批判に対しては、2005年改正前商法が156条で有限責任社員の業務執行および会社代表を禁じ、159条で自称無限責任社員の責任を定めていたことが、逆に有限責任社員は経営に関与しないという強力なコミットメントを作り出していたという指摘もある³⁴。

2-2 法人業務執行社員の利用可能性をめぐる議論

そもそも、会社法が持分会社（特に合同会社）の規定を整備するにあたって念頭に置かれていたのは、「日本版 LLC (limited liability company)」である。LLCの導入に際しては、様々なコストの削減が企図されていた。もっとも期待されていたのは課税に関するコスト削減である。アメリカの各州法で定める LLC については、会社の所得に対しては法人税を課税せず、各構成員に対して直接所得税を課すことで構成員が損益通産することができる、いわゆるパス・スルー課税が認められていたため³⁵、これが日本においても認められれば利用価値が高いと考えられた³⁶。この点に関しては、税法の基本的な考え方である「公平・中立・簡素」の原則に従って、法人格の有無、有限責任を負うか否か、組織の柔軟性等と連動するのではなく³⁷、

32 上柳克郎ほか『(新版)注釈会社法(1)』有斐閣(1985)、637頁。

33 上柳ほか・前掲注32、97頁、龍田節『会社法(第9版)』有斐閣(2003)、49頁等。

34 穴戸善一「総則・合名合資会社・LLC」別冊商事271号(2004)、44頁。

35 関口智弘「米国ベンチャービジネスにおけるLLCの活用法 日本版LLC制度の導入に向けて」商事1683号(2003)、24~25頁。

36 穴戸・前掲注15、30頁。

37 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」ファイナンシャル・レビュー69号(2003)、95頁。

法人による業務執行

経済の実態に即して判断された³⁸ため、パス・スルー課税は実際には認められなかった。

2003年11月に、経済産業省が報告書「人的資産を活用する新しい組織形態に関する提案 日本版 LLC 制度の創設に向けて」³⁹を公表した。この報告書では、LLCを「外見は株式会社と同様、出資者が全員有限責任の法人でありながら、会社の内部ルールについては組合と同様、法律で強制されることなく自由に決められるところに特徴がある（「有限責任の人的会社制度」）。このため、ノウハウのある人材が集まって事業を展開する人材集約型の産業分野（ソフトウェアなどの情報産業、投資顧問業や投資銀行などの金融産業、事業再生コンサルタントなどの経営支援サービス産業、共同研究開発事業など）で活用されており、米国ではここ5年間で株式会社が60万社増加する一方、LLCも約60万社増加している」と紹介し、大学と民間企業（例えば製薬会社）が共同して作るベンチャー会社や、大手会社同士の合弁会社の受け皿等として利用することを想定していたようである⁴⁰。それまでは合弁会社のデッド・ロック対策は株主間契約⁴¹により対応していたが、株式会社においてはあくまで株式の譲渡は自由であることが原則であったため（2005年改正前商法204条）、拘束力がそれほど強くないという問題が指摘されていたことへの対応策であった。

2-3 法人業務執行社員と職務執行

会社法は、社員の全てが有限責任のみを負う合同会社形態を認めた。そのため、

38 森信茂樹「日本版 LLC の法整備と組合税制の検討」INTERNATIONAL TAXATION 24 巻1号（2004）、21頁。

39 経済産業省 HP より。

http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/gaiyou.pdf。

40 石井芳明「日本版 LLC 制度の創設に向けて」金融法務事情 1692号（2003）、33頁。

41 例えば退出の際の先買権条項や売渡強制条項など。武井一浩「日本版 LLC 制度とジョイント・ベンチャー実務への利用可能性 合弁契約（株主間契約）の実効性の観点から」金融法務事情 1706号（2004）、15頁。

持分会社を規整するにあたって、まずは有限責任社員の業務執行を禁じる 2005 年改正前商法 156 条を任意規定であると解釈していた運用を改め、有限責任社員が業務執行を行うことを正面から認める必要が生じた。そこで会社法は、持分会社の業務執行社員の資格を特に自然人または無限責任社員に限定せず（会社法 590 条 1 項）、また、法人が無限責任社員となることも認めた（会社法 576 条 1 項 4 号⁴²）。

「会社法制の現代化に関する要綱試案」の段階では、「法人が合名会社・合資会社の業務を執行する社員となる場合について、その適切な管理運営の確保等の観点から、当該法人の職務執行者の指定等に関し、所要の措置を講ずる方向で検討する」と述べるにとどまり、法人が業務執行を行うことはすなわち法人が無限責任社員となる、という発想を固持していた。この発想は会社法においても維持され、立案担当者によれば「会社自身はその行う事業から生ずる責任について無限責任を負っていること、法人が他の法人等の債務を保証することもできること等から、法人が他の会社の債務につき無限責任を負うことができないこととすべき合理的な理由はなく、また、株式会社の発起人や組合の業務執行者には法人もなることができることからすると、法人が業務を執行する人的要素に欠けているという指摘も、法人が無限責任社員や業務執行社員となることを禁止すべき決定的な理由とはなりえない」と、法人が無限責任社員となりうることと法人が持分会社の業務執行を行いうることをつなげて説明した⁴³。しかし、有限責任社員による業務執行さえ認めてしまえば、期待されていた合弁会社の受け皿としてのニーズもそこで満たされるのであるから、わざわざ法人無限責任社員まで認める必要も無かったように思われる⁴⁴。

合名会社を法人無限責任社員によって設立する際のメリットをあえて考えてみても、合理的なものはない。例えば株式会社が合名会社の一人無限責任社員となるのであれば、当該合名会社の設立の際には確かに労務出資や信用出資が認められる。

42 定款の記載事項として、自然人についての「氏名」のみならず法人を表す「名称」の語を用いている。

43 相澤 = 郡谷・前掲注 3、156～157 頁。

44 川島いづみ「人的会社に関する改正と新たな会社類型の創設 合名会社・合資会社・合同会社」判例タイムズ 1158 号（2004）、4 頁。

法人による業務執行

ただし、労務または信用しか出資できないような株式会社が無限責任社員となることは問題であろう。株式会社の発起人以外の株主のように現物出資ができないわけでもない。むしろ、商号の上では無限責任社員の存在を示す名称を使用しているにもかかわらず、実際には無限責任を負う自然人が存在しない会社を許容するだけのことであり、会社債権者保護に欠ける⁴⁵。

2-4 職務執行者

法人（会社法上、業務執行社員となる法人には種類の限定はないので、会社以外の法人であってもよい⁴⁶）が業務執行社員である場合には、当該持分会社の業務執行を行う自然人（職務執行者）を選任しなければならない（会社法 598 条 1 項前段）。職務執行者の氏名および住所は他の社員に通知され（会社法 598 条 1 項後段）、また、法人が会社を代表する社員である場合には、職務執行者の氏名および住所は登記事項とされる（会社法 912 条 7 号、913 条 9 号、914 条 8 号）。

持分会社に対する職務執行者の関係および地位については、自然人が業務執行社員である場合の規定が準用される（会社法 598 条 2 項）。すなわち、職務執行者は職務執行にあたって善管注意義務および忠実義務を負い（会社法 593 条 1 項 2 項）、定款で排除しない限り、持分会社および他の社員に対して報告義務を負う（会社法 593 条 3 項）。職務執行者も競業禁止義務を負い（会社法 594 条）、利益相反取引の際には当該取引について社員の過半数による承認を得なければならない（会社法 595 条）。任務懈怠があった場合には会社に対して損害賠償責任を負い（会社法 596

45 この問題につき、解釈で対応すべきとする文献として神作裕之「会社の機関——選択の自由と強制」商事法務 1775 号（2006）、43 頁。また、高橋英治「ドイツ法における有限合資会社の発展とわが国法制の課題」『ドイツと日本における株式会社法の改革』所収、商事法務（2007）、359 頁は、ドイツの経験より、最も重要な問題は法人が無限責任を負う持分会社の会社債権者保護であると指摘する。また、商号のうちに会社の債務に対し無限責任を負う自然人が存在しない旨を付加することを義務付けることを提言している。

46 法人でない事業体（民法上の組合や有限責任事業組合）は、持分会社の社員となることはできない。相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法——千問の道標』商事法務（2006）、561 頁。

条)、悪意・重過失がある場合には第三者に対しても損害賠償責任を負う(会社法597条)。この規定は、法人が業務を執行するといっても、その具体的な行為は自然人を通じて行われることとなるから、業務執行社員にかかる会社法上の義務を、当該法人に負わせるのみならず、職務執行者にも課さなければ規制の実効性を損なうための規定であると説明されている⁴⁷。また、業務執行社員と同等の義務および責任を負うべき者、すなわち職務執行者の範囲を明確にするための規定でもであるとされる⁴⁸。

職務執行者とその者を選任した法人との関係はどのようなものであろうか。職務執行者を選任および解任するにあたっては、会社法上とくに要件は認められていない。選任手続きについては、会社法上の要件は課せられていないが、法人が持分会社の代表社員である場合には職務執行者の氏名および住所を登記するため一定の手続きを踏む必要がある⁴⁹。登記手続きにあたって求められるのは、業務執行決定機関により選任がなされたことであり、具体的に、当該法人が株式会社である場合には、取締役が選任したことを証する書面(取締役会設置会社にあつては取締役会の議事録、委員会設置会社にあつては執行役が選任したことを証する書面。会社法第348条第1項、2項、第362条第4項第3号、第418条)の添付が要求される。

職務執行者の資格要件についての規定は会社法にはないため、当該法人社員に所属する役員や従業員以外の者を職務執行者として選任することも可能である⁵⁰。例えば、法人社員からの独立性をある程度担保するため、顧問弁護士や顧問税理士等を選任することも考えられよう⁵¹。職務執行者の資格によって、法人社員と職務執行者との関係は変わる事となる。法人社員の代表権を持つ者が持分会社の職務執

47 相澤 = 郡谷・前掲注3、159頁。

48 江頭・前掲注23、6頁。

49 平成18年3月31日付け法務省民商第782号法務局長・地方法務局長あて法務省民事局長
通達「会社法の施行に伴う商業登記事務の取扱いについて」
<http://www.moj.go.jp/content/000011200.pdf>。

50 江頭 = 門口・前掲注1、377頁。

51 相澤 = 葉玉 = 郡谷・前掲注46、580頁。

法人による業務執行

行社員となることが求められているわけではない。法人社員の従業員等を選任する場合には雇用契約、役員を職務執行者として選任する場合には委任契約等、様々な形態が考えられる。

これに対して、持分会社と職務執行者との関係はいったい何なのであろうか。先に述べたとおり、職務執行者は業務執行社員と同様の義務を負う（会社法 598 条 2 項）。業務執行社員と持分会社との関係については、民法の委任に関する規定を会社法に取り込んでいるのであるから（会社法 593 条）、職務執行者と持分会社との関係も委任であるといえようか。そうであれば、職務執行者は、社員たる法人と何らかの契約を締結していることが前提とされているため、法人社員と持分会社（または、持分会社の他の社員）との間に利益相反が起こった場合に問題となるのではないだろうか⁵²。

また、職務執行者と持分会社との関係を、業務執行社員との関係を準用し、民法上の委任であるとすれば、解任⁵³に関する規定（会社法 581 条）、または業務執行権の消滅の訴え（会社法 860 条）に関して定められていないのは何故だろうか。立案担当者は、選任について規定が置かれていない以上解任についても規定を置かない、と説明し、また、職務執行者の資格についての定めが置かれていない以上、仮に職務執行者の権限を訴えによって消滅させたとしても、再度法人業務執行社員の判断のみでその者を再度職務執行者とすることも妨げられず、実効性がないともされる⁵⁴。よって、もしも持分会社の他の社員が、法人業務執行社員により不適切な職務執行者が選任されたと考える場合には、まず法人業務執行社員に対して交渉をおこない職務執行者の変更を促すか、当該法人業務執行社員の業務執行権消滅の訴えを提起することになる⁵⁵。しかし、職務執行者の選任・監督を怠ることのみをもつ

52 江頭＝門口・前掲注 1、379 頁。

53 この点、「解職」とする文献もあるが（江頭・門口前掲注 1、380 頁）、会社法の用語法からすると解任ではないだろうか。どちらにせよ、会社法上に明確な規定がないのは確かである。

54 江頭＝門口・前掲注 1、380 頁。

55 相澤＝葉玉＝郡谷・前掲注 46、582 頁。

て業務執行権消滅の訴えが認められるのであろうか。上で、問題となるのは法人社員と持分会社（の、他の社員）との利益相反が生じたときである、と書いたが、業務執行社員の利益相反行為は損害賠償の原因とはなっても、競業禁止義務違反（会社法 859 条 2 号）とは異なり、法定除名事由ではない。法定除名事由でない利益相反と、職務執行者の選解任懈怠とをもって、持分会社の業務執行に「著しく不適任」であるとまで言うとは考えにくい。

2-5 株式会社の場合

会社法は、持分会社において法人が業務執行社員となることのできるのとは対照的に、株式会社の取締役の欠格事由の第一として、法人が株式会社の取締役になることのできない旨を明文で規定した（会社法 331 条 1 項 1 号）。法人取締役が認められない理由としては、重要な職務を担うのであるから顔の見える人が良いとするもの⁵⁶等があるが、基本的には持分会社の法人業務執行社員に関する従来の議論と同様のものが挙げられてきた。これに対して、理論上の根拠がないという批判⁵⁷や、法人取締役を認めれば、特に親会社の子会社を支配するにあたって実益があるという指摘がなされていた⁵⁸。

法人取締役を一貫して認めているのはフランス会社法である。法人は株式会社の取締役になることができるが（フランス会社法 91 条）、経営全般について業務執行権を有する者である取締役会会長（または執行役員）は、自然人であることを要する（フランス会社法 11 条 1 項）⁵⁹。法人が株式会社の取締役になった場合には常任代表者を選任しなければならない。常任代表者は取締役と同一の条件および義務に

56 龍田・前掲注 10、70 頁。また、松田二郎『会社法概論』岩波書店（1968）、401 頁。

57 例えば大隅健一郎『会社法論 中』有斐閣（1992）、86 頁、大森忠夫『会社法講義』有信堂（1962）、172 頁など。

58 青木英夫「コンツェルンと法人取締役（直接的経営支配）」一橋論叢 47 巻 2 号（1962）、102 頁。

59 ジム・アムサレム、大西千尋（監訳）、藤原拓（訳）「フランス会社法」国際商事法務 38 巻 6 号（2010）、796 頁。

法人による業務執行

従う⁶⁰ため、常任代表者の任期は法人取締役の任期と同一である。常任代表者が解任された場合は、同時に補充されなければならない。これに対し、簡易株式会社(AS)の役員や合名会社の業務執行者(業務を執行し、かつ会社を代表する者)は法人でもよい。有限会社の業務執行者は自然人に限られる(フランス会社法49条)。

フランスにおいて法人取締役が認められてきたのは、企業集中現象が生じる中、経営意思決定における単一性をもとめて、会社の管理機関たる取締役会に法人が直接取締役として参加してきたためである⁶¹。1930年代から「持株会社熟」時代を迎えていたフランスにおいては、子会社に自然人たる取締役を派遣するのは、当該自然人が親会社に忠実である保証がなく危険であると考えられ⁶²、法人取締役制度は古くから利用されてきたようである⁶³。常任代表者は取締役と同一の条件および義務に従うため、常任代表者の選任および解任についての規定が明文で存在せずとも、取締役についての規定がそのままあてはまることになる。

これに対して、イギリスは2006年会社法制定に際して法人取締役制度を廃止した(イギリス会社法155条)。いかなる会社も(たとえ私会社であっても)、少なくとも1名の自然人たる取締役を置かなければならない。この規定には、2006年11月8日の段階で全く自然人たる取締役を選任していない会社に対しては、2010年10月1日までの移行期間が設けられていた⁶⁴。

それ以前のイギリス会社法においては、法人取締役を明文で認めるのではなく、取締役の資格について定めないことで、法人取締役を事実上許容していた。フランスにおける法人取締役と同様に、親会社が子会社を完全に支配することを可能とするために利用されていたが、1962年のジェンキンス委員会報告書において廃止を

60 奥島孝康「フランス新会社法における法人取締役と常任代表者制度」比較法学6巻2号(1970)、97頁以下。

61 奥島・前掲注60、99頁。

62 奥島孝康「法人取締役理論とフランス会社法」早稲田法学会雑誌19巻(1969)、6頁。

63 山本桂一「日仏会社法比較研究セミナー報告」商事法務研究457号(1968)、136頁。

64 Keith Walmsley, *Butterworths Company Law Handbook 24th ed.*; London, LexisNexis Butterworths, 2010, 835.

勧告され、また、1986年破産法において、不公正・濫用的取引の禁止が明文化されたことにより（1986年破産法213条、214条）ほとんど利用されなくなっていた⁶⁵。そのため、2003年会社法改正白書においては法人取締役制度を廃止する旨のみが記載された。

ドイツにおいては、法人が株式会社の取締役になることは認められてはいないが、有限会社が合資会社の無限責任社員となる有限合資会社（GmbH & Co., KG）⁶⁶は、1912年に判例で認められて以来利用されてきている。この制度は、日本が2006年会社法制定にあたって持分会社の法人業務執行社員制度を導入する際にも比較された⁶⁷。フランス・イギリスにおいて親子会社の支配問題が議論されたのとは異なり、ドイツにおいて有限合資会社の最大の問題とされたのは会社債権者保護であった⁶⁸。

わが国が2005年会社法を制定するにあたって、法人による業務執行につき、株式会社と持分会社とで規定の差異が設けられた理由として、立案担当者は「取締役は自然人の経営能力を買われて選出された受任者であるのに対し、持分会社の業務執行社員は出資者である」ことを挙げた⁶⁹。確かに、法人業務執行社員を認める際に例として挙げられた会社の発起人は出資者である。しかし、法人が会社の機関となる例は出資者である場合にとどまらない。例えば、監査法人が会計監査人となりうる（会社法337条1項）こと、税理士法人が会計参与となりうる（会社法333条1項）ことを考えれば、立案担当者の説明は株式会社において法人取締役を認めない理由とはなりえない。また、清算人の資格には法人格の有無は規定されておらず（会社法478条1項）、法人が更生管財人となることもできる（会社更生法67条2項）のであるから、持分会社との規定の整合性を考えるのであれば、業法、裁判所

65 L.C.B. Gower, *GOWER'S PRINCIPLE OF MODERN COMPANY LAW 5th ed.*; London, SWEET&MAXWELL, 1992, 143.

66 有限合資会社についての文献として、高橋・前掲注45、泉田栄一「GmbH & Co. とわが商法上の問題点」富大経済論集 21 (2) (1975)157頁以下。

67 穴戸・前掲注15、117頁。

68 高橋・前掲注45、358頁。

69 相澤＝葉玉＝郡谷・前掲注46、281頁。

法人による業務執行

等による一定のコントロールがなされることを条件として、法人が株式会社の業務執行を行うことも考えうるであろう⁷⁰。

おわりに

本稿においては、会社法における持分会社の業務執行について、特に法人が業務執行を行う場合に着目して論じてきた。持分会社のうち、特に合同会社について、構成員全員が有限責任を負うにもかかわらず内部規律が柔軟に設計でき、特に会計監査人の選任等に関する規制を逃れうるものが着目されている⁷¹。しかし、無限責任社員を1人でも含むといっても、合名会社および合資会社で法人無限責任社員が業務執行を行った場合には、無限責任社員の存在しない合同会社と同じ状況になる。

また、持分会社の業務執行については、特に法人業務執行社員が不適切な職務執行者を選任する場合、業務執行から排除された社員には打つべき法的手立てがない。これについては、立案担当者はその危険性を認識しつつ⁷²も、持分会社をめぐる利害関係者の自己責任で対処すべき問題であると「割り切って⁷³」いる。しかし、特に合同会社は株式交換・移転の親会社としても利用されうるのであるから、親会社が株式会社であった場合に課される規制が課されていないことによる弊害は生じえよう。立案担当者が、持分会社の利害関係者に対し、自己責任で適切な定款実務の発展を期待するのは良いが、これだけ人的関係の希薄な持分会社を許容しておいて、紛争解決の究極的な手段を法が用意していないことが法の果たすべき役割なのであるうか。

70 江頭憲治郎『株式会社法（第3版）』有斐閣（2009）、359頁は、少なくとも閉鎖型のタイプの会社について認める余地があろうとする。

71 相澤哲「会社法制定の経緯と概要」ジュリスト1295号（2005）、10頁注3によれば、衆議院法務委員会による付帯決議で「合同会社制度については、今後の利用状況を観察し、株式会社の計算等に係る規制を逃れるために株式会社から合同会社への組織変更等が顕在化した場合は、必要に応じ、その計算に関する制度のあり方について、見直しを検討すること」とされた。

72 相澤＝郡谷・前掲注3、154頁～155頁。

73 神作・前掲注45、42頁。

2005 年会社法では持分会社についてのみ法人業務執行社員を認め、株式会社の法人取締役は認めていないが、これについては規制の整合性がとれていない。とはいえ、持分会社で可能となったからといって株式会社における法人取締役を安易に許容することは認められない。特に、親会社が子会社支配をより強いものとするために利用するのであれば、親子会社に関する規律の見直しを主な内容のひとつとして現在法制審議会で議論されている会社法改正とは逆行することになるのではないだろうか。