

# 合同会社制度の現状と課題

櫻井 隆

## 1. はじめに

本年平成26年6月20日、改正会社法が参議院本会議で可決・成立した。<sup>(1)</sup> 本改正は平成17年に成立した現行会社法の初めての改正であり、7年ぶりの改正となる。

本改正は、まず平成22年2月24日、法務大臣から法制審議会への諮問が行われ、これを受けて平成22年4月28日に第1回会社法制部会が開催され、それ以来審議が重ねられてきた。

その後、平成23年12月7日に同部会は「会社法制の見直しに関する中間試案」を取りまとめ、平成24年1月31日までの間、パブリック・コメントの手続きに付され、その間に団体から119通、個人から72通、合計で191通の意見が寄せられた。その後さらにこれらの意見を踏まえて、同部会の審議は継続された。<sup>(2)</sup>

平成24年8月1日、同部会は「会社法制の見直しに関する要綱案」を決定し、その後要綱案は同年9月7日に開催された法制審議会第167回会議に付され、同要綱案は承認された。そして法務大臣に答申された後、平成25年11月29日の臨時国会に「会社法の一部を改正する法律案」として提出され、今回可決・成立したというのがこれまでの経過である。

さて、今回の会社法改正の主な趣旨は、第1に、企業統治のあり方の見直し、すなわち、大王製紙事件やオリンパス事件に象徴されるように企業の不祥事が起り、このようなことを繰り返させないための企業統治のあり方に関して改正・強化するものである。第2に、親子会社に関する規律で、子会社による不祥事が増えており、この場合親会社の株主としてはどのような方法でその責任を追及するのか、また親会社が子会社の株式を勝手に売却するような場合に親会社の株主の意向をどのように反映させるのかといった親子会社間に生じる様々な問題をどう解決するのかといった点について改正がなされた。<sup>(3)</sup>

ところで、合同会社については今回の改正では触れられていない。そもそも合同会社は平成17年会社法成立の際、わが国で初めて認められた会社形態であり、それ以前には認められていなかった。この合同会社が創設された意義に関して島田志帆教授は「株式会社制度の定着とその後の大企業体制の行き詰まりを背景に、個人企業的組織として一元化されてきた合名会社・合資会社制度に再び組織の多様化を認めるという意義で理解される」とされる。<sup>(4)</sup> 少なくともバブル経済崩壊後、わが国は未曾有の経済的不況を長きにわたって経験し、その不況下から脱皮するためにも、また起業意欲を促進させるためにも起業環境を改善する必要があった。そのためにも、

め合同会社のような有限責任を享受しながらも、定款自治を広く認めることによる経営の柔軟性を認めるることは、一つの方向性としては正しいものであったといえる。この合同会社が導入されてより、すでに7年が経過したが、この間に合同会社についての検証がいまだなされていない。

そこで、合同会社の導入以来、どの程度の利用があり、この間に色々な問題点も指摘されてきたが、果たして当初危惧されていたような問題点は生じたのかどうか、さらには合同会社にはどのような問題点が指摘され、その点について実際上、どうなのかなどについて検証するのが本稿の目的である。

#### (注)

- (1) 朝日新聞平成26年6月21日朝刊8面。
- (2) 岡伸浩編『平成25年会社法改正法案の解説』（中央経済社、平成26年）2頁。
- (3) 太田洋編著『速報！会社法改正』（清文社、平成26年）3頁。
- (4) 島田志帆「合同会社制度の創設と持分会社規制」山本為三郎編『新会社法の基本問題』（慶應義塾大学出版会、平成18年）351頁。

## 2. 合同会社制度の実態

合同会社の設立実態の推移を見るにあたって、同じ有限責任である株式会社および有限責任事業組合の設立実態の推移と比較しながら、合同会社の場合を見ていきたい。これによって、当初考えていたように合同会社の設立が増加しているのかどうかが数位的にわかるからである。

まず、平成18年の株式会社の設立件数は76,570件であるのに対して、合同会社の設立件数は3,392件で、<sup>(1)</sup>有限責任事業組合の設立件数は1,755件であった。<sup>(2)</sup>株式会社と比較して、合同会社の設立件数が少ないように感じられるが、平成18年の5月に施行された会社法で初めて設立が認められた合同会社が、7か月間でこれだけの件数の設立があったことは決して少ないと<sup>(3)</sup>いえない。

つぎに、平成19年の株式会社の設立件数は95,363件であるのに対して、合同会社の設立件数は6,076件で、有限責任事業組合の設立件数は1,708件であった。株式会社の設立件数は前年比18,793件の増加で、率にすると24.5%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比2,684件の増加で、率にすると79.1%の増加で、増加率では株式会社の約3倍である。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比47件の減少で、減少率は2.7%である。

平成20年の株式会社の設立件数は86,222件であるのに対して、合同会社の設立件数は5,413件で、有限責任事業組合の設立件数は1,703件であった。株式会社の設立件数は前年比9,141件の減少で、率にすると9.5%の減少であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比663件の

減少で、率にすると 10.9% の減少であった。どちらも減少したが、これは同年8月に発生したリーマンショックの影響と考えられるが、どちらもほぼ同じような減少率であった。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比47件の減少で、減少率は2.7%である。

平成21年の株式会社の設立件数は79,902件であるのに対して、合同会社の設立件数は5,771件で、有限責任事業組合の設立件数は1,634件であった。株式会社の設立件数は前年比18,793件の増加で、率にすると24.5%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比2,684件の増加で、率にすると79.1%の増加で増加率では株式会社の約3倍である。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比69件の減少で、減少率は4.0%である。

平成22年の株式会社の設立件数は80,535件であるのに対して、合同会社の設立件数は7,153件で、有限責任事業組合の設立件数は1,530件であった。株式会社の設立件数は前年比633件の増加で、率にすると7.9%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比1,382件の増加で、率にすると23.9%の増加で増加率では株式会社の約3倍である。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比104件の減少で、減少率は6.7%である。

平成23年の株式会社の設立件数は80,244件であるのに対して、合同会社の設立件数は9,130件で、有限責任事業組合の設立件数は1,527件であった。株式会社の設立件数は前年比291件の減少で、率にすると3.6%の減少であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比1,977件の増加で、率にすると27.6%の増加で、株式会社の設立が減少したのに対して、合同会社の場合は大幅に上昇した。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比3件の減少で、減少率は0.2%である。

平成24年の株式会社の設立件数は80,862件であるのに対して、合同会社の設立件数は10,889件で、有限責任事業組合の設立件数は1,451件であった。株式会社の設立件数は前年比618件の増加で、率にすると7.7%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比1,759件の増加で、率にすると19.2%の増加で増加率では株式会社の2倍超である。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比76件の減少で、減少率は4.9%である。

平成25年の株式会社の設立件数は81,889件であるのに対して、合同会社の設立件数は14,581件で、有限責任事業組合の設立件数は1,368件であった。株式会社の設立件数は前年比1,027件の増加で、率にすると1.2%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前年比3,692件の増加で、率にすると33.9%の増加で増加率では株式会社の30倍超である。ちなみに、有限責任事業組合の設立件数は前年比83件の減少で、減少率は5.7%である。

なお、平成26年1月から5月までの株式会社と合同会社の設立件数は、データとして公表されており、この間の推移をみる。<sup>(5)</sup>

平成26年1月の株式会社の設立件数は7,345件であるのに対して、合同会社の設立件数は1,390件であった。

平成26年2月の株式会社の設立件数は6,114件であるのに対して、合同会社の設立件数は1,329件であった。株式会社の設立件数は前月比1,231件の減少で、率にすると16.7%の減少で

あったのに対して、合同会社の設立件数は前月比61件の減少で、率にすると4.3%の減少にすぎない。

平成26年3月の株式会社の設立件数は7,173件であるのに対して、合同会社の設立件数は1,478件であった。株式会社の設立件数が前月比1,059件の増加で、率にすると17.3%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前月比149件の増加で、率にすると11.2%の増加であった。

平成26年4月の株式会社の設立件数は9,616件であるのに対して、合同会社の設立件数は1,834件であった。株式会社の設立件数は前月比2,443件の増加で、率にすると34.0%の増加であったのに対して、合同会社の設立件数は前月比356件の増加で、率にすると24.0%の増加であった。

平成26年5月の株式会社の設立件数は7,737件であるのに対して、合同会社の設立件数は1,558件であった。株式会社の設立件数は前月比1,879件の減少で、率にすると19.5%の減少であったのに対して、合同会社の設立件数は前月比276件の減少で、率にすると15.0%の減少である。

以上の株式会社・合同会社・有限責任事業組合の設立件数を図表にすると、以下のようになる。

**図表 平成18年以降株式会社・合同会社・有限責任事業組合設立件数（平成18年～平成25年）**

	平成18年	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年	平成23年	平成24年	平成25年
株式会社設立件数	76,570	95,363	86,222	79,902	80,535	80,244	80,862	81,889
合同会社設立件数	3,392	6,076	5,413	5,771	7,153	9,130	10,889	14,581
有限責任事業組合設立件数	1,755	1,708	1,703	1,634	1,530	1,527	1,451	1,368

(出典) 法務省統計データを基に筆者作成

### (注)

- (1) 平成18年から平成25年までの株式会社の設立件数に関しては、法務省の統計データ「第16表 種類別 株式会社の登記の件数」を参照。
- (2) 平成18年から平成25年までの合同会社の登記件数に関しては、法務省の統計データ「第38表 法務局及び地方法務局管内別・種類別 合同会社の登記の件数」を参照。
- (3) 平成18年から平成25年までの有限責任事業組合契約の登記件数に関しては、法務省の統計データ「第30表 有限責任事業組合契約の登記の件数」を参照。
- (4) 黒田裕発言「合同会社等の実態と課題[上]」商事法務1944号6頁。
- (5) 平成26年1月から5月までの株式会社および合同会社の登記件数に関しては、法務省の統計データ「第1表 会社の登記の種類別 会社の登記の件数」を参照。

## 3. 合同会社の特殊性

### (1) 設立

持分会社一般についての設立に関しては、定款の作成と設立登記によって成立する点については合同会社も共通している。具体的には定款作成に当たって記載される事項としては、絶対的記載事項・相対的記載事項・任意的記載事項とに分かれるが、各々の記載事項の内容等に関

しては同一であり、公証人の認証も必要としない点も同様である。

これに対して、合同会社には以下のような特則がある。

第1に、合同会社以外の持分会社の社員の出資の種類は、財産出資はもちろんのこと、信用出資あるいは労務出資も認められているのに対して（会576・1項6号括弧書）、合同会社の社員の場合は、財産出資のみが認められ、信用出資や労務出資は認められていない。その理由は、合名会社や合資会社の社員は無限責任社員のために、債権者を保護する必要がないが、合同会社は有限責任社員からのみ成り立っており、その点では株式会社と同様に債権者を保護する必要があるからである。<sup>(1)</sup> また、社員は定款で定めた出資の価額の範囲内で責任を負い、かつ出資の未履行部分に関しては直接会社債権者に責任を負うという有限責任社員は、その出資の内容の決定時に、会社がその評価額を定めることができる必要があるからである。<sup>(2)</sup> したがって、この点、合資会社の有限責任社員についても同様の理由から財産出資のみしか認められていない（会576・1項6号括弧書）。しかしながら、信用出資や労務出資が有限責任社員に認められない理由が、価額の評価が可能な財産を出資にしなければならないということからすれば、これらと同等の効果が得られる報酬債権や営業権などの評価が可能な権利を出資の目的とすることを定款で定めれば、実質的には同じ結果となることは可能となる。<sup>(3)</sup>

第2に、合名会社・合資会社の社員の出資の履行は、設立段階での履行は必要がなく、会社成立後に行っても良く、またどの程度の出資をするかについても業務執行により決定される。さらに仮に定款に記載された出資の履行がなされなかつたとしても、そのことが設立無効の原因とはならない。全額払込方式が導入され、設立登記までにその出資の全額を払い込み、また金銭出資以外の出資に関しても、その財産の全部を設立登記されるまでの間に給付しなければならない（会578）。この点は株式会社の株主の場合と同様であって、両者とも有限責任社員であるという点では同一だからである。ただし、株式会社の場合と異なり、金銭の払い込みは、発起人が定めた銀行、信託会社その他これに準ずるものとして法務省令で定めた（会社則7）払込取扱場所において、これをしなければならないという制限はなく、また現物出資の履行の場合も検査役の調査は不要である。また設立時の取締役による調査も必要がなく（会46と比較）、さらに設立登記の時に報告書の提出も必要ではない（商登47・2項）。これらの違いは、合同会社の場合は株式会社と異なり、小規模閉鎖会社を想定しているからである。

第3に、設立登記の際の登記事項に関して、合同会社の場合は資本金の額が登記事項とされている（会914・5号）。これは有限責任社員のみからなる合同会社の場合、最後の砦となるのは資本金であるからである。この点は株式会社と同様である。ただし、株式会社と異なるのは払込または給付をした額の2分の1を超えない額を資本金として計上しなければならないという制度がないことである（会445・2項参照）。その理由は、合同会社の場合、株式会社のように厳格に対応する必要はなく、その意味では払込または給付に係る額を資本金として計上するか資本準備金として計上するかも定款自治に委ねられているからである。また合同会社の場合は、業務執行社員のみ氏名と名称が登記事項となっている。その理由は、合同会社は全額払込

主義が採用されており、しかも業務執行社員以外の社員も当然有限責任しか負わないために、それらの者の氏名や住所を公示する必要がなく、また有限責任社員のみからなるために社員を入れ替わるということも十分ありうることであって、もしこれらの者の氏名等を登記事項とすると、かえって、定款変更の機会が多くなり、スムースな会社運営が妨げられてしまうからである。

さらに、合同会社では業務執行社員の中から選ばれた代表社員の氏名や名称および住所も常に登記事項とされている（会914・7号）。その理由は、合同会社の場合も持分会社と同様に、社員の人数は少数を予定しており、そのため社員の個性ということが問題となるからである。

### （2）社員の責任・持分の譲渡

まず、社員の責任について、合同会社の社員についての特則はない。したがって、持分会社全体に対する規定がそのまま合同会社に対しても適用されることとなる。ただし、合資会社の有限責任社員と合同会社の有限責任社員とでは、有限責任という点では共通しているが、前者が直接的な責任を負うのに対して、後者は間接的な責任を負う。これは後者の場合は、全額払込主義（会578）を探っているが、前者の場合は、全額払込主義が採られていないためである。

つぎに、持分の譲渡についても、合同会社について特則はない。ただ、合同会社の社員で業務執行しない有限責任社員の持分の譲渡には、業務執行社員全員の承諾を必要とする（会585・2項）。業務を執行しない有限責任社員は、会社の経営に与える影響はそれほど大きくはないからである。

### （3）計算

合同会社の社員は、有限責任であって、この点は株式会社と同様である。したがって、株式会社の計算に関する規定は、会社債権者保護の観点より種々の規定が設けられていることと同様に、持分会社である合同会社の場合も有限責任社員から成り立つため、同様の理由より種々の特則が設けられている。

#### ① 計算書類の閲覧に関する特則

会社法は12カ条にわたって合同会社の計算等について特則を定めている。しかしながら合同会社は持分会社に属するため、株式会社に比べて合同会社の規制はかなり緩やかなものとなっている。これは持分会社に属する合同会社の社員は少人数であり、定款の自治もかなり広く認められ、そのため利害関係人間の利害の調整に関して法の関与は消極的に止めたというのがその理由である。<sup>(4)</sup>

しかし制度導入当初より内部規律の自由さと有限責任という双方の利点を享受する合同会社に関しては、制度の濫用の危惧がなされていた。そのため、会社法制定の国会審議の過程でこの点の指摘があり、その結果、株式会社の計算規定の潜脱が横行するようであるならば、規制の見直しを検討する旨の附帯決議もなされた。

さて、会社法第625条は「合同会社の債権者は、当該合同会社の営業時間内は、いつでも、その計算書類（作成した日から5年以内のものに限る。）について第618条第1項各号に掲げる

請求をすることができる」と規定している。この場合の対象となる計算書類は、貸借対照表、損益計算書、社員資本等変動計算書、個別注記表である。

閲覧・謄写等の請求の対象となる計算書類を作成した日から5年以内のものに限ったのは、株式会社の各事業年度に係る計算書類等の本店における備置期間が5年間とされていることとの整合性を考えてのことであろう。<sup>(5)</sup>

当然のことながら、このような制度は他の持分会社の債権者には認められていない。なぜならば、合同会社の社員は有限責任しか負わなく、この点は株式会社の場合と同様で、株式会社の債権者に閲覧謄写請求制度（会442・3項）が認められていることと類似する制度であるからである。

合同会社の社員による計算書類の閲覧謄写請求に関して、会社法成立前は合資会社の有限責任社員に対して貸借対照表の閲覧請求権のみを規定していたが、会社法では、会社の類型や有限責任か無限責任かによる区別による取り扱いの違いではなく、また、株式会社の場合に認められている謄本抄本の交付請求も持分会社には認められていない。<sup>(6)</sup>

## ② 出資の払戻しを行う場合の資本金の額の減少に関する特則

他の持分会社の場合と異なり、合同会社の場合は欠損を填補する場合だけではなく（会620・1項）、出資の払戻または持分の払戻を理由としての資本金の額の減少が認められている。これは合同会社における資本金は、他の持分会社と異なり、株式会社と同様に社員への会社財産の払戻規制のために用いられる一係数という役割を有するからである。<sup>(7)</sup>

出資または持分の払戻のために減少する資本金の額は、出資の払戻により交付する金銭等の帳簿価額(出資払戻額、会632・2項)または持分の払戻により交付する金銭等の帳簿価額(持分払戻額、会635・1項)から、当該払戻日における剩余金額を控除して得た額を超えてはならないとされている（会626・2項、3項）。この趣旨は、出資の払戻または持分の払戻の財源としては、まずは剩余金を当てるためである。なお、ここでいう「剩余金額」は、資産の額から負債の額、資本金の額、その他法務省令で定める各勘定項目に計上した額の合計額の総合計額を減じて得た額をいう（会626・4項）。

合同会社は株式会社のように資本剩余金・利益剩余金の内部に資本準備金・利益準備金というような区分は設けていない。さらに資本準備金に関して株式会社の場合は会社に損失が生じた場合に限定的に剩余金と同様の取り扱いをするのに対して、合同会社においては払戻財源への算入の有無により資本金と資本準備金の2つの区分を設けている、といわれている。また利益準備金に関しては将来損失が生じた場合であっても社員への配当を確保するために利益準備金の積み立てを強制する必要は認められていない。<sup>(8)</sup>

合同会社が資本金の額を減少する場合、合同会社の債権者は会社に対して資本金の額の減少について異議を述べることができる（会627・1項）。会社は資本金の額の減少の内容、債権者が一定期間（1ヶ月を下ることはできない）内に異議を述べることができる旨を官報に公告し、かつ知れている債権者には各別に催告しなければならない（会627・2項）。この場合、公告を

官報の他に公告方法として定めた日刊新聞紙による公告または電子公告をする場合には、債権者への各別の催告を省略できる（会627・3項）。債権者が期間内に異議を述べなかったときは、当該資本金の額の減少については承認したものとみなされる（会627・4項）。

### ③ 利益の配当に関する特則

持分会社における違法配当には2つの場合がある。第1に、各社員に分配されている利益額を超えて配当がなされる場合と、第2に、持分会社の利益剰余金を超えて配当がなされる場合である。前者の場合は、配当を受けた社員に超過した額が損失として分配されるのみであって、他の社員の利益額に影響を及ぼすものではない。この点、合名会社あるいは合資会社の無限責任社員は、会社債権者に対して無限責任を負い、会社財産の充実・維持を図る重要性は低く、そのために利益額を超える利益の配当も違法とはならない。しかしながら、合同会社の社員は有限責任しか負わないために、会社債権者を保護する必要があり、そのために会社全体の利益剰余金に基づく配当規制が課せられており、この場合には利益配当それ自体が禁止されている（会628）。この点の基本的な考え方は株式会社における株主に対する利益の配当と同様である（会461）。この場合の「利益額」とは第1に、利益配当の請求に応じて利益配当をした日における利益剰余金の額、第2に、請求した社員に対してすでに分配された利益の額から請求をした社員に対してすでに利益配当により交付された金銭等の帳簿価額の合計額を減じて得た額、のいずれか少ない額である（会623・1項、会社計算163）。

持分会社の社員は会社に対して利益配当請求をすることができるが（会621・1項2項）、合同会社では当該請求を拒むことができるとされている（会628後段）。

利益剰余金を超えて配当がなされる場合は、会社全体に係る配当がなされる配当規制との関係で他の社員にも影響を及ぼすことがあり、そのために合同会社においては、違法配当を受けた社員の当該違法配当相当分の財産の支払義務を定めるほか、利益が存在しない場合には利益配当は禁止されている（会628）。また、合同会社の債権者が、利益配当を受けた社員に対して配当額（当該配当額が当該債権者の合同会社に対して有する債権額を超える場合にあっては当該債権額）に相当する金銭を支払わせることができる（会630・2項）。さらに合同会社の社員については、違法配当を受けた社員が直接に会社債権者に対して会社債務を弁済する際の限度額を、違法配当の超過額から会社に出資の払い込みをした額を控除した額の範囲内と規定する会社法第623条第2項は適用されない（会630・3項）。合同会社が違法な配当を行った場合、当該利益の配当に関する業務を執行する社員は、当該合同会社に対して、当該利益の配当を受けた社員と連帶して、当該配当額に相当する金銭を支払う義務を負う（会629・1項）。これらはいずれも株式会社について違法配当がなされた場合の規制と同様である。

利益の配当をした場合に、当該利益配当日の属する事業年度末日に欠損額が生じたときは、利益配当に関する業務を執行した社員は、その職務を行うについて注意を怠らなかつたこと、即ち無過失を証明しない限り、会社に対して利益配当を受けた社員と連帶して、その欠損額（欠損額が配当額を超えるときは、配当額）を支払う義務を負う（会631・1項）。株式会社における

る欠損填補責任（会465・1項10号）に類似するが、合同会社の場合は業務執行社員だけではなく、利益配当を受けた社員にも責任を負わせ、両者の責任を連帶責任とする点で株式会社の場合と異なる。そのために、事業年度末の末日において欠損が生じるかどうかの予測は、あくまで業務執行社員に限って行うものであるにもかかわらず、それ以外の社員にも連帶責任を課していることから、欠損の額から利益配当を受けた社員が負うべき性質のものでない当期の損失を控除している。すなわち、零から事業年度末における資本剩余金額および利益剩余金額の合計額を減じて得た額から、当該事業年度に係る当期純損失額および当該事業年度に持分の払戻があった場合における当該持分の払戻額から払戻日における利益剩余金の額と資本剩余金の額の合計額を減じて得た額の合計額を減じて得た合計額である（会社計算165<sup>(10)</sup>）。

#### ④ 出資の払戻に関する特則

合同会社以外の持分会社では、社員はすでに出資として払込みまたは給付をした金銭等の払戻、いわゆる出資の払戻を請求することができる（会624・1項前段）。しかしこれに対して合同会社の社員は、会社に対して出資の払戻請求権を有するが（会624・1項前段）、定款を変更してその出資の価額を減少する場合を除いて、出資の払戻を請求することができない（会632・1項）。これは社員の有限責任を確保するために、定款記載の出資額と履行済の出資額を一致させるためである。<sup>(11)</sup>

合同会社の出資の払戻により社員の交付する金銭等の帳簿価額（出資払戻額）が、払戻請求日における剩余金額（資本金の額の減少をした場合には減少後の金額）または上記出資価額の減少額のいずれか少ない額を超える場合には、当該出資の払戻をすることはできない（同・2項）。もし合同会社が違法な払戻を行った場合には、業務執行社員および払戻を受けた社員は、違法な利益配当の場合と同様の責任を負う（会633、634）。ただし、当該業務執行社員が、その職務を行うにつき注意を怠らなかったことを証明した場合は、この限りではない（会633・2項）。なお、この場合の責任免除限度額の指標となる「剩余金額」は、出資の払戻をした日における利益剩余金と資本剩余金との合計額となる（会社計算164・3号二）。

#### ⑤ 退社に伴う持分の払戻に関する特則

合同会社以外の持分会社では、退社した社員はその出資の種類を問わず、その持分の払戻を受けることができる（会611・1項）。この点については、合同会社の場合も同様である。しかしながら、合同会社の場合には会社債権者は異議を述べることができるという特則が設けられている（会635・1項）。すなわち、合同会社が持分の払戻により社員に対して交付する金銭等の帳簿価額が、払戻日における剩余金額を超える場合には、会社債権者は会社に対して、当該持分の払戻に対して異議を述べることができる（会635・1項）。債権者異議手続きは、資本金の額の減少の場合とほぼ同様である。また会社は、当該剩余金額を超える持分の払戻の内容と債権者が一定の期間内に異議を述べができる旨を官報に公告し、かつ知れている債権者には、各別にこれを催告しなければならない。この一定期間は1カ月を下ることができない（会635・2項）。この公告が、官報のほかに定款の定めに従い、時事に関する事項を掲載する日刊

新聞紙または電子公告による場合には、各別の催告は不要とされている。しかし持分の払戻額が会社の純資産額として法務省令所定の方法（会社計算196）により算出される額を超える場合は、この限りではない（会635・3項）。

債権者がこの期間内に異議を述べなかった場合には、当該債権者は、当該持分の払戻について承認したものとみなされる（同・4項）。債権者がこの期間内に異議を述べた場合には、会社は当該債権者に対して弁済し、もしくは相当の担保を提供したまは当該債権者への弁済を目的とした信託会社等に対して相当の財産を信託しなければならない。ただし、持分の払戻額が当該合同会社の純資産額として法務省令で定める方法（会社計算166）により算定される額を超えない場合において、当該持分の払戻をしても当該債権者を害するおそれがない場合は、この限りではない（会635・5項但書）。

つぎに、業務執行社員の責任についても特則を設けている。すなわち、会社が違法な持分の払戻をした場合には、これに関する業務を執行した社員は、当該合同会社に対して当該持分の払戻を受けた社員と連帶して、当該持分の払戻額に相当する金銭を支払う義務を負う。ただし、この業務を執行した社員がその職務を行うにつき注意を怠らなかったことを証明したときには、この限りではない（会636・1項）。本条は、債権者保護手続きを取ることなしに、持分の払戻をした場合の業務執行社員の責任について規定したものである。

当該持分の払戻を受けた社員については、退社自体は有効であるが、持分の払戻は無効であり、したがって当該社員は払戻された財産について不当利得返還義務（民703）を負うことになる。<sup>(12)</sup>この場合の義務は免除することができない。ただし、持分の払戻をした時における剩余金額を限度として当該義務を免除することについて総社員の同意がある場合には、この限りではない（同・2項）。

#### （4）定款変更に関する特則

持分会社は、定款に別段の定めがない場合を除いて総社員の同意によって定款を変更することができる（会637）。合同会社の定款変更に関しては、第1に、合名会社・合資会社が合同会社になる場合は、社員に未履行の出資の払込および給付が完了しなければ、定款変更の効力は生じないとされ（会640・1項）、第2に、合資会社の無限責任社員が退社して有限責任社員のみとなった場合は、合同会社となる定款変更をしたものとみなされるが、この場合、払込および給付の全部または一部について未履行の社員は、定款を変更したものとみなされた日から1ヵ月以内に払込および給付を完了しなければならない（会639・2項、640・2項）。このほかについては、他の持分会社と同様である。

#### （5）解散と清算に関する特則

##### （ア）解散

まず、持分会社の解散事由は、①定款で定めた存続期間の満了、②定款で定めた解散事由の発生、③総社員の同意、④社員が欠けたこと、⑤当該持分会社が消滅する場合の合併、⑥破産

手続開始決定、⑦解散命令・解散判決の7つであり、この点は合同会社も同様である。ただ、⑥に関して、破産手続開始原因は支払不能であるが、合同会社においてはそのほかに債務者がその債務につき、その財産をもって完済することができない状態である債務超過も破産手続開始原因となる（破15・1項）。

つぎに、上記解散事由の⑤と⑥以外で解散した場合には、原則として清算手続きが開始される（会644）。その他、解散の効果に関しては、合同会社の特則はない。

#### （イ）清算

持分会社の清算には、株式会社における通常清算に相当する法定清算と任意清算とがあるが、前者が原則である。さらに合同会社には後者の任意清算は認められていない。

まず、法定清算については、清算人・清算事務・清算の結了に関する合同会社についての特則はない。しかし、清算持分会社が債権者に対して2ヵ月を下らない一定期間内にその債権を申し出るべき旨を官報に公告し、かつ知れている債権者には各別に催告しなければならないとされているが（会660・1項）、この場合の清算持分会社は合同会社に限られている（会660・1項括弧書）。

つぎに、任意清算は合名会社と合資会社のみ認められ、合同会社には認められていない。任意清算とは、定款または総社員の同意により定めた方法で会社財産の処分方法を定めて行う清算であるが、合同会社は合名会社と合資会社と異なり、有限責任社員のみで成り立っているために人的信頼関係がないからである。

#### （注）

- (1) 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、平成18年）564頁。  
但し、社員の労務や信用に係るものであっても、報酬債権や営業権は出資の目的とするることは可能である。なぜならば、これらは出資の内容確定時に評価額を定めることができるからである。  
江頭憲治郎 = 門口正人『会社法体系(1)』（青林書院、平成21年）[松嶋英機 = 濱田芳貴] 411頁注9。
- (2) 相澤 = 葉玉 = 郡谷編著・前掲書 564頁。
- (3) 相澤編著『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務295号、平成18年）156頁。
- (4) 相澤 = 郡谷「新会社法の解説（12）持分会社」商事法務1748号13頁。
- (5) 奥島孝康 = 落合誠一 = 浜田道代編『新基本法コメントナール会社法(3)』（日本評論社、平成22年）57頁。
- (6) 同上書48頁。
- (7) 郡谷大輔 = 細川充「持分会社の計算（上）」商事法務1771号17頁。
- (8) 江頭憲治郎 = 中村直人『論点体系会社法(4)』495頁。
- (9) 同上書499頁。
- (10) 相澤 = 葉玉 = 郡谷編著・前掲論点解説599頁。
- (11) 同上書600頁。
- (12) 同上書604頁。

## 4. 合同会社制度の課題

### (1) 基本的課題

合同会社制度は、平成17年会社法制定と同時に導入された制度ではあるが、その当時より種々の問題点が指摘されてきた。その基本的な問題点として合同会社を合名会社や合資会社と同様の分類に入れた「持分会社」としたことである。改正前商法時の会社の分類は合名会社・合資会社・株式会社・有限会社の4種類に分類され、前2者を人的会社、後2者を物的会社と講学上区分してきた。両者の区別は社員の個性の会社企業に反映する度合い、すなわち社員の責任の対応の違いをもって区別し、人的会社では社員が無限責任を負い、物的会社では社員の責任は有限責任を負うという点で区別をしていた。ところが、新会社法では有限責任社員のみから成る合同会社を合名会社や合資会社とともに同一の範疇に入れて規定したために、原則として持分会社に関する規定を置き、その上で合同会社に関しては特則を設けるという規定の仕方を採用する結果となった。そのために各合同会社の特則の規定内容に問題が生じる結果となった。この点について稲葉威雄教授は「社員有限責任の合同会社と社員無限責任の会社類型である合名会社・合資会社とをひと括りにした整理については、十分な検討なしにされた、無原則で不当なものである」と批判<sup>(1)</sup>されている。しかしすでに合同会社制度がスタートして7年が経過しており、その意味では合同会社制度そのものを廃止しろという主張には現実的にはかなり無理であろう。しかしながら、筆者自身も合同会社制度そのものを認めることには賛成であるが、合同会社を合名会社や合資会社と包括した持分会社制度を認め、原則として三者共通の規定を設けるという条文配列には今もって問題が大きいと考えている。<sup>(2)</sup>

### (2) 設立に関する課題

合同会社の場合、債権者保護の観点より財産出資のみ認められ、信用出資や労務出資は認められていない。しかしながら現行会社法上においても、信用出資や労務出資が有限責任社員に認められない理由が、価額の評価が可能な財産を出資にしなければならないということからするならば、これらと同等の効果が得られる報酬債権や営業権などの評価が可能な権利を出資の目的とすることを定款で定めれば実質的には同じ結果となることは可能となる。またアメリカ・デラウェア州など諸外国においても労務出資は認められている<sup>(3)</sup>。さらに合同会社では出資と配当がそもそもリンクしないことを認めており、これらより合同会社の場合も財産出資の他、信用出資や労務出資を認めてよいのではないかと考える。

また、合同会社は簡単に設立できるようにされているが、合同会社も株式会社と同様に資本会社とする以上は、内部関係はともかく外部関係については一定の規制をする必要があろう。なぜならば、経済社会の中で一翼を担い、かつ設立を促す政策をとる以上、もしも多くの企業が合同会社制度を利用し、しかもこの制度の濫用を画策するものがいれば、当然に社会に対して弊害を与える結果となるからである。<sup>(4)</sup>

### (3) 有限責任に関する課題

合同会社の業務執行社員がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該有限責任社員はこれによって第三者に生じた損害に対して連帶して損害賠償の責任を負うとされている（会597）。本条は株式会社の役員等が第三者に対して負う責任（会429・1項）と同様の趣旨に基づいて規定されたものである。しかしこの点については、会社だけではなく、第三者に対しても業務執行社員が直接責任を負うというのは、実質的に無限責任と同じではないかという批判があった。<sup>(6)</sup> この批判に対しては、大杉謙一教授は「悪意または重過失というのはかなり狭い概念で、その者の行為や不作為が明らかに非合理的な場合に限られる」とされ、実際にはそれほど問題とはならないとの見解を示されている。株式会社を見ると取締役が職務を行うについて悪意又は重大な過失によって第三者に損害を与えた場合に、有限責任しか負わない合同会社の業務執行社員も株式会社の取締役と同様に第三者に対して責任を負うというのはやむ得ないところである。

#### (4) 計算に関する課題

##### ① 計算書類の閲覧に関する特則の課題

計算書類の閲覧に関する特則の課題としては、会社法第625条は5年以内の計算書類について、債権者はいつでも閲覧謄写できることを規定しているが、何故5年間に限定するのか、その理由が明らかではない。前述したように株式会社の各事業年度に係る計算書類等の本店における備置期間が5年とされているからであろうということは述べたが、そもそも合同会社には計算書類等の備置期間に関する規定がない。そうであるならば、期間を限定することには問題がある。<sup>(8)</sup>

##### ② 出資の払戻しを行う場合の資本金の額の減少に関する特則の課題

有限責任社員のみから成る合同会社では債権者にとって最後の砦となるものは、資本金である。この点は同じ持分会社である合名会社・合資会社と大きく異なる点である。しかし会社法は出資の払戻しに関する特則を定めているが、本来これで足りるものではない。すなわち、会社に生じる損失をカバーし、会社債務の弁済を確保する役割を担うのが、資本である。その資本金について、たとえば資本充実の原則や資本維持の原則に関してどの程度株式会社に準じる規制をするかといった点が不明確であり、また不十分といわざるをえない。

##### ③ 利益配当に関する特則の課題

利益配当に関して、株式会社の場合は、剰余金の配当という形で会社が機関決定するということになるのに対して、合同会社の場合は、利益配当請求という形で社員の方から請求するのであって、機関で決定するという形はとっていない。ただし、分配可能規制が合同会社の場合もあり、この点からすれば、利益配当に関する特則に関して、剰余金に基づく配当規制がなされている点（会628）や違法な配当を行った場合の規制（会629）など、株式会社と同様の規制があるものの、欠損が生じた場合の責任については株式会社と異なる取り扱いをする規定（会631）も置かれている。しかし、合同会社は本質的に株式会社と異なることを前提に考えるならば、合同会社にあっても資本的会社と位置づけていく以上、株式会社に準ずる規

制をするべきところ、この点の議論をされずに施行された背景があるために、資本と計算の明確化という点や開示という制度に関してみる限り、株式会社と比較した場合に、かなり不備があるといえる。

#### ④ 出資の払戻しに関する特則の課題

前述した出資の払戻しに関する特則は、社員の有限責任制度を確保するために、定款で定めた出資の価額と実際に履行された出資額を一致させるためである。しかしこの場合も、会社債権者保護とのバランスという点も考慮に入れてなされるべきであり、その点で本規制のみで十分であるかは疑問である。

#### ⑤ 退社に伴う持分の払い戻しに関する特則の課題

本規定は、社員の有限責任という観点からするならば当然といえる。しかし他の持分会社と異なり、合同会社の場合、債権者保護のために資本充実に関する規制や資本維持に関する規制についても何らかの規定を設けなければならないが、それが会社財産の払戻に関する規制のみで達成することはできず、他の方法をもって、これらの要請を達成させる規定を設けるべきである。

#### ⑥ 定款変更に関する特則の課題

合同会社が他の持分会社に組織変更するには定款の変更でできるとされている（会638・3項）。この場合の定款の変更は、総社員の同意があれば足りる（会637）。たしかに改正前商法においても合名会社・合資会社間の組織変更は総社員の同意で可能であった（旧商113）。しかし合同会社を包含する持分会社に関しては、全く同様のことがいえるだろうか。すなわち、会社の種類の変更は単に社員のみの意思によって決定されるべきではなく、何らかの形で会社債権者の意思を反映する必要があるのではないか。たしかに合同会社から合名会社や合資会社への組織変更となれば、無限責任社員が加わり、あるいは社員全員が無限責任社員となるのであるから、会社債権者にとって有利になることはあっても不利益になることはないと考えられるが、反面、合名会社では資本金が登記事項とはされておらず、また定款も公証人の認証が必要とされていない（この点、合同会社も同様であるが、問題となろう）。その意味では定款の記載内容が真実とは限らないということもある。この点からするならば、会社債権者の保護の規定を設けるべきである。

また、合同会社と株式会社間の組織変更も、その規制内容も前述したように同一ではなく、異なる点も多く存在する。したがって、一定の実質あるいは濫用を防止するための措置を講じた上で、組織変更を認めるべきところ、そのような措置は取られていない。

#### ⑦ 解散と清算に関する特則の課題

##### ① 解散に関する特則の課題

解散に関しては、合同会社の解散事由を定めた会社法第641条と株式会社の解散事由を定めた会社法第471条を比較すると、会社法第641条第4号の「社員が欠けたこと」が合同会社の場合には解散事由となっているが、株式会社では解散事由とはなっていない。「社員が欠けた

こと」が解散事由となっていなければ旧商法第94条第4号に対応するものであるが、旧商法では人的会社の場合、一人会社は認められていなかったために、旧商法では「社員ガ一人ト為リタル」と規定されていた。しかし会社法では持分会社についても一人会社が認められたために「社員が欠けたこと」という内容に改められた。この点からするならば、合同会社の場合は、社員が欠けた場合に解散事由になるのに対して、株式会社の場合は株主が欠けた場合にも解散事由とはならない。これは前者の場合、社員間の人的信頼関係が強いのに対して、後者の場合は、株主間の人的信頼関係はそれほど強くはないためである。しかしあくまで合同会社を資本的会社と位置付けるならば、株式会社と同様の措置を講じてもよいのではないかと考える。

## ② 清算に関する特則の課題

清算に関しては、合同会社の場合、他の持分会社に認められている任意清算は認められていない。また株式会社に認められている特別清算も認められていない。通常清算に関してはほぼ株式会社と同様である。ただし、残余財産の分配の割合に関しては、合同会社の場合、会社の自治が尊重され、定款で別段の定めをするとするとされている点が株式会社と異なる点である。これは合同会社に対して株式会社と同様の取り扱いするのは、社員の有限責任からくるものであり、また会社債権者の保護の観点からであるとされている。これに対して、残余財産の分配に関しては社員間の問題であり、会社債権者の保護を考える必要がないからである。したがって、清算に関しては現状のままでよいのではないかと考える。

### (注)

- (1) 稲葉威雄『会社法の解説』(中央経済社、平成23年) 64頁。
- (2) 同上書 153頁。
- (3) 大杉謙一発言「合同会社等の実態と課題〔上〕」商事法務1944号 11頁。
- (4) 黒田裕発言・同上。
- (5) 稲葉・前掲書 162頁。
- (6) 黒田発言・前掲 13頁。
- (7) 大杉・前掲 13頁。
- (8) 稲葉・前掲書 161頁。

## 5. おわりに

平成17年の会社法成立以来、本年で約9年、漸く改正会社法が成立した。しかし本稿で取り上げた合同会社の問題は今回の改正には盛り込まれなかった。理由としては、合同会社の設立件数が着実に増加し、社会に広く受け入れられつつあるからであるとともに、個々の細かい問題はあるものの、制度そのものにかかわる大きな問題点がないからである。しかしながら、その規定の中身を見ると多くの問題点が指摘できることも事実である。

さて、我が国の会社法史（商法史）を見ると、明治32年に成立した我が国商法はドイツ商

法を継承し、したがって商法に関する理論もドイツ商法の解釈論が一般的に展開されてきた。このことは会社法に関しても例外ではない。例えば、会社の種類をはじめ、機関の構造や資金調達など様々な部分でドイツ商法からの影響を受けてきた。

ところが、会社法の制定に関しては、多くの部分でアメリカ法の影響を受けている。その一つに本稿で取り上げた合同会社制度がある。この制度はこれまでの会社法の基本的理論を大きく変えるものであった。すなわち、これまでの我が国の会社法学では、会社の種類は合名会社、合資会社、株式会社、有限会社の4つに区分され、さらにこれを社員の人的信頼関係が会社企業に反映する度合いによって、人的会社と物的会社に区分し、前者の典型を合名会社とし、後者の典型を株式会社としてきた。合資会社と有限会社はその中間に位置しつつも、合資会社は人的会社に、有限会社は物的会社に属すると解してきた。しかし、合同会社については有限責任社員のみから成る会社形態としては物的会社に属すると考えられるが、定款自治が認められているという点では人的会社に属するといえなくもないからである。<sup>(1)</sup>さらに、会社法で初めて合名会社・合資会社・合同会社を併せて持分会社という概念を認め、原則として持分会社については共通の規定を設け、ただ有限責任社員から成る合同会社については特則を設けるという規定方法をとった。そのために、さらに合同会社と株式会社とをどのように調整するかという問題もあり、かなり複雑、かつ不明確な部分が生じてしまったともいえる。

したがって、合同会社をどう位置付け、持分会社としての合同会社と株式会社との調整をどのように図るのかという点については今後の課題として残るところである。この点に関して速やかな検討とともに一定の改正のための議論をするべきである。

(注)

- (1) 合同会社の法的性質に関しては、櫻井隆「合同会社の法的性質」文京学院大学経営学部経営論集第18巻第1号109頁以下参照。