

公認会計士試験

企業法

逐条解説

Explanations Article by Article

Ⅰ

目 次

逐条解説 企業法①

会社法

第一編 総則	1
第一章 通則（第1条－第5条）	1
第二章 会社の商号（第6条－第9条）	9
第三章 会社の使用人等	11
第一節 会社の使用人（第10条－第15条）	11
第二節 会社の代理商（第16条－第20条）	13
第四章 事業の譲渡をした場合の競争の禁止等（第21条－第24条）	16
第二編 株式会社	19
第一章 設立	19
第一節 総則（第25条）	19
第二節 定款の作成（第26条－第31条）	19
第三節 出資（第32条－第37条）	27
第四節 設立時役員等の選任及び解任（第38条－第45条）	33
第五節 設立時取締役等による調査（第46条）	39
第六節 設立時代表取締役等の選定等（第47条・第48条）	40
第七節 株式会社の成立（第49条－第51条）	41
第八節 発起人等の責任等（第52条－第56条）	43
第九節 募集による設立	47
第一款 設立時発行株式を引き受ける者の募集（第57条－第64条）	47
第二款 創立総会等（第65条－第86条）	52
第三款 設立に関する事項の報告（第87条）	63
第四款 設立時取締役等の選任及び解任（第88条－第92条）	64
第五款 設立時取締役等による調査（第93条・第94条）	66
第六款 定款の変更（第95条－第101条）	68
第七款 設立手続等の特則等（第102条－第103条）	71
第二章 株式	75
第一節 総則（第104条－第120条）	75
第二節 株主名簿（第121条－第126条）	98
第三節 株式の譲渡等	104
第一款 株式の譲渡（第127条－第135条）	104
第二款 株式の譲渡に係る承認手続（第136条－第145条）	112
第三款 株式の質入れ（第146条－第154条）	119
第四款 信託財産に属する株式についての対抗要件等（第154条の2）	125

第四節 株式会社による自己の株式の取得	125
第一款 総則（第155条）	125
第二款 株主との合意による取得	128
第一目 総則（第156条—第159条）	128
第二目 特定の株主からの取得（第160条—第164条）	130
第三目 市場取引等による株式の取得（第165条）	134
第三款 取得請求権付株式及び取得条項付株式の取得	134
第一目 取得請求権付株式の取得の請求（第166条・第167条）	134
第二目 取得条項付株式の取得（第168条—第170条）	137
第四款 全部取得条項付種類株式の取得（第171条—第173条の2）	141
第五款 相続人等に対する売渡しの請求（第174条—第177条）	146
第六款 株式の消却（第178条）	148
第四節の二 特別支配株主の株式等売渡請求（第179条—第179条の10）	149
第五節 株式の併合等	158
第一款 株式の併合（第180条—第182条の6）	158
第二款 株式の分割（第183条・第184条）	163
第三款 株式無償割当て（第185条—第187条）	165
第六節 単元株式数	167
第一款 総則（第188条—第191条）	167
第二款 単元未満株主の買取請求（第192条・第193条）	170
第三款 単元未満株主の売渡請求（第194条）	171
第四款 単元株式数の変更等（第195条）	172
第七節 株主に対する通知の省略等（第196条—第198条）	172
第八節 募集株式の発行等	175
第一款 募集事項の決定等（第199条—第202条）	175
第二款 募集株式の割当て（第203条—第206条の2）	182
第三款 金銭以外の財産の出資（第207条）	188
第四款 出資の履行等（第208条・第209条）	190
第五款 募集株式の発行等をやめることの請求（第210条）	192
第六款 募集に係る責任等（第211条—第213条の3）	193
第九節 株券	197
第一款 総則（第214条—第218条）	197
第二款 株券の提出等（第219条・第220条）	201
第三款 株券喪失登録（第221条—第233条）	203
第十節 雑則（第234条・第235条）	210
第三章 新株予約権	212
第一節 総則（第236条・第237条）	212
第二節 新株予約権の発行	216
第一款 募集事項の決定等（第238条—第241条）	216

第二款	募集新株予約権の割当て（第242条－第245条）	222
第三款	募集新株予約権に係る払込み（第246条）	227
第四款	募集新株予約権の発行をやめることの請求（第247条）	228
第五款	雑則（第248条）	228
第三節	新株予約権原簿（第249条－第253条）	228
第四節	新株予約権の譲渡等	232
第一款	新株予約権の譲渡（第254条－第261条）	232
第二款	新株予約権の譲渡の制限（第262条－第266条）	236
第三款	新株予約権の質入れ（第267条－第272条）	238
第四款	信託財産に属する新株予約権についての対抗要件等（第272条の2）	241
第五節	株式会社による自己の新株予約権の取得	242
第一款	募集事項の定めに基づく新株予約権の取得（第273条－第275条）	242
第二款	新株予約権の消却（第276条）	244
第六節	新株予約権無償割当て（第277条－第279条）	245
第七節	新株予約権の行使	246
第一款	総則（第280条－第283条）	246
第二款	金銭以外の財産の出資（第284条）	250
第三款	責任（第285条－第286条の3）	251
第四款	雑則（第287条）	255
第八節	新株予約権に係る証券	255
第一款	新株予約権証券（第288条－第291条）	255
第二款	新株予約権付社債券（第292条）	257
第三款	新株予約権証券等の提出（第293条・第294条）	257
第四章	機関	260
第一節	株主総会及び種類株主総会	260
第一款	株主総会（第295条－第320条）	260
第二款	種類株主総会（第321条－第325条）	284
第二節	株主総会以外の機関の設置（第326条－第328条）	288
第三節	役員及び会計監査人の選任及び解任	292
第一款	選任（第329条－第338条）	292
第二款	解任（第339条・第340条）	302
第三款	選任及び解任の手續に関する特則（第341条－第347条）	304
第四節	取締役（第348条－第361条）	312
第五節	取締役会	325
第一款	権限等（第362条－第365条）	325
第二款	運営（第366条－第373条）	329
第六節	会計参与（第374条－第380条）	336
第七節	監査役（第381条－第389条）	341
第八節	監査役会	349
第一款	権限等（第390条）	349

目次 iv

第二款	運営（第391条－第395条）	350
第九節	会計監査人（第396条－第399条）	352
第九節の二	監査等委員会（第399条の2－第399条の14）	355
第一款	権限等（第399条の2－第399条の7）	355
第二款	運営（第399条の8－第399条の12）	360
第三款	監査等委員会設置会社の取締役会の権限等（第399条の13・第399条の14）	363
第十節	指名委員会等及び執行役	365
第一款	委員の選定、執行役の選任等（第400条－第403条）	365
第二款	指名委員会等の権限等（第404条－第409条）	369
第三款	指名委員会等の運営（第410条－第414条）	375
第四款	指名委員会等設置会社の取締役の権限等（第415条－第417条）	377
第五款	執行役の権限等（第418条－第422条）	381
第十一節	役員等の損害賠償責任（第423条－第430条）	384
第五章	計算等	398
第一節	会計の原則（第431条）	398
第二節	会計帳簿等	398
第一款	会計帳簿（第432条－第434条）	398
第二款	計算書類等（第435条－第443条）	400
第三款	連結計算書類（第444条）	407
第三節	資本金の額等	408
第一款	総則（第445条・第446条）	408
第二款	資本金の額の減少等	412
第一目	資本金の額の減少等（第447条－第449条）	412
第二目	資本金の額の増加等（第450条・第451条）	416
第三目	剰余金についてのその他の処分（第452条）	417
第四節	剰余金の配当（第453条－第458条）	417
第五節	剰余金の配当等を決定する機関の特則（第459条・第460条）	422
第六節	剰余金の配当等に関する責任（第461条－第465条）	424
第六章	定款の変更（第466条）	433
第七章	事業の譲渡等（第467条－第470条）	434
第八章	解散（第471条－第474条）	440
第九章	清算	442
第一節	総則	442
第一款	清算の開始（第475条・第476条）	442
第二款	清算株式会社の機関	443
第一目	株主総会以外の機関の設置（第477条）	443
第二目	清算人の就任及び解任並びに監査役の退任（第478条－第480条）	444

第三目	清算人の職務等（第481条－第488条）	447
第四目	清算人会（第489条・第490条）	450
第五目	取締役等に関する規定の適用（第491条）	453
第三款	財産目録等（第492条－第498条）	453
第四款	債務の弁済等（第499条－第503条）	456
第五款	残余財産の分配（第504条－第506条）	458
第六款	清算事務の終了等（第507条）	460
第七款	帳簿資料の保存（第508条）	460
第八款	適用除外等（第509条）	461
第二節	特別清算	461
第一款	特別清算の開始（第510条－第518条）	461
第二款	裁判所による監督及び調査（第519条－第522条）	466
第三款	清算人（第523条－第526条）	468
第四款	監督委員（第527条－第532条）	469
第五款	調査委員（第533条・第534条）	471
第六款	清算株式会社の行為の制限等（第535条－第539条）	471
第七款	清算の監督上必要な処分等（第540条－第545条）	474
第八款	債権者集会（第546条－第562条）	476
第九款	協定（第563条－第572条）	483
第十款	特別清算の終了（第573条・第574条）	486
第三編	持分会社	488
第一章	設立（第575条－第579条）	488
第二章	社員	493
第一節	社員の責任等（第580条－第584条）	493
第二節	持分の譲渡等（第585条－第587条）	495
第三節	誤認行為の責任（第588条・第589条）	497
第三章	管理	498
第一節	総則（第590条－第592条）	498
第二節	業務を執行する社員（第593条－第602条）	500
第三節	業務を執行する社員の職務を代行する者（第603条）	504
第四章	社員の加入及び退社	505
第一節	社員の加入（第604条・第605条）	505
第二節	社員の退社（第606条－第613条）	506
第五章	計算等	510
第一節	会計の原則（第614条）	510
第二節	会計帳簿（第615条・第616条）	510
第三節	計算書類（第617条－第619条）	511
第四節	資本金の額の減少（第620条）	512
第五節	利益の配当（第621条－第623条）	513
第六節	出資の払戻し（第624条）	514

第七節 合同会社の計算等に関する特則	515
第一款 計算書類の閲覧に関する特則（第625条）	515
第二款 資本金の額の減少に関する特則（第626条・第627条）	515
第三款 利益の配当に関する特則（第628条－第631条）	517
第四款 出資の払戻しに関する特則（第632条－第634条）	519
第五款 退社に伴う持分の払戻しに関する特則（第635条・第636条）	520
第六章 定款の変更（第637条－第640条）	522
第七章 解散（第641条－第643条）	524
第八章 清算	526
第一節 清算の開始（第644条・第645条）	526
第二節 清算人（第646条－第657条）	526
第三節 財産目録等（第658条・第659条）	531
第四節 債務の弁済等（第660条－第665条）	531
第五節 残余財産の分配（第666条）	534
第六節 清算事務の終了等（第667条）	534
第七節 任意清算（第668条－第671条）	534
第八節 帳簿資料の保存（第672条）	536
第九節 社員の責任の消滅時効（第673条）	537
第十節 適用除外等（第674条・第675条）	537

第一編 総則

第一章 通則

趣旨

ランク
A

第1条 会社の設立、組織、運営及び管理については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。

解説

1 概要

会社法の条文構造等については、以下のような特色が見られる。

- ① 体系（編・章立て等）を大幅に組み替えた。その際、株式会社の規定を持分会社の規定よりも先に配置し、また、簡素なものから複雑なものへという順序で条文を組み立てた。
- ② 多くの用語が定義され（2条など）、また、条文の準用を極力少なくなるように条文を配置して記述した。
- ③ 多くの用語が変更された（例えば「資本」が「資本金」に、「営業」が「事業」に変更された等）。
- ④ 多くの事項が政令・省令に委ねられた。

定義

ランク
A

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 会社 株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社をいう。
- 二 外国会社 外国の法令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、会社と同種のもの又は会社に類似するものをいう。
- 三 子会社 会社がその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社
がその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう。
- 三の二 子会社等 次のいずれかに該当する者をいう。
 - イ 子会社
 - ロ 会社以外の者がその経営を支配している法人として法務省令で定めるもの
- 四 親会社 株式会社を子会社とする会社その他の当該株式会社の経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう。
- 四の二 親会社等 次のいずれかに該当する者をいう。
 - イ 親会社
 - ロ 株式会社の経営を支配している者（法人であるものを除く。）として法務省令で定めるもの
- 五 公開会社 その発行する全部又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いう。

- 六 大会社 次に掲げる要件のいずれかに該当する株式会社をいう。
- イ 最終事業年度に係る貸借対照表（第439条前段に規定する場合にあっては、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、第435条第1項の貸借対照表をいう。口において同じ。）に資本金として計上した額が五億円以上であること。
- ロ 最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が二百億円以上であること。
- 七 取締役会設置会社 取締役会を置く株式会社又はこの法律の規定により取締役会を置かなければならない株式会社をいう。
- 八 会計参与設置会社 会計参与を置く株式会社をいう。
- 九 監査役設置会社 監査役を置く株式会社（その監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがあるものを除く。）又はこの法律の規定により監査役を置かなければならない株式会社をいう。
- 十 監査役会設置会社 監査役会を置く株式会社又はこの法律の規定により監査役会を置かなければならない株式会社をいう。
- 十一 会計監査人設置会社 会計監査人を置く株式会社又はこの法律の規定により会計監査人を置かなければならない株式会社をいう。
- 十一之二 監査等委員会設置会社 監査等委員会を置く株式会社をいう。
- 十二 指名委員会等設置会社 指名委員会、監査委員会及び報酬委員会（以下「指名委員会等」という。）を置く株式会社をいう。
- 十三 種類株式発行会社 剰余金の配当その他の第108条第1項各号に掲げる事項について内容の異なる二以上の種類の株式を発行する株式会社をいう。
- 十四 種類株主総会 種類株主（種類株式発行会社におけるある種類の株式の株主をいう。以下同じ。）の総会をいう。
- 十五 社外取締役 株式会社の取締役であって、次に掲げる要件のいずれにも該当するものをいう。
- イ 当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役（株式会社の第363条第1項各号に掲げる取締役及び当該株式会社の業務を執行したその他の取締役をいう。以下同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人（以下「業務執行取締役等」という。）でなく、かつ、その就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。
- ロ その就任の前十年内のいずれかの時において当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員）又は監査役であったことがある者（業務執行取締役等であったことがあるものを除く。）にあっては、当該取締役、会計参与又は監査役への就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。
- ハ 当該株式会社の親会社等（自然人であるものに限る。）又は親会社等の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないこと。
- ニ 当該株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社及びその子会社を除く。）の業務執行取締役等でないこと。
- ホ 当該株式会社の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の重要な使用人又は親会社等（自然人であるものに限る。）の配偶者又は二親等内の親族でないこと。

十六 社外監査役 社外監査役 株式会社の監査役であって、次に掲げる要件のいずれにも該当するものをいう。

イ その就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員。ロにおいて同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人であったことがないこと。

ロ その就任の前十年内のいずれかの時において当該株式会社又はその子会社の監査役であったことがある者にあつては、当該監査役への就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与若しくは執行役又は支配人その他の使用人であったことがないこと。

ハ 当該株式会社の親会社等（自然人であるものに限る。）又は親会社等の取締役、監査役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないこと。

ニ 当該株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社及びその子会社を除く。）の業務執行取締役等でないこと。

ホ 当該株式会社の取締役若しくは支配人その他の重要な使用人又は親会社等（自然人であるものに限る。）の配偶者又は二親等内の親族でないこと。

十七 譲渡制限株式 株式会社がその発行する全部又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当該株式会社の承認を要する旨の定めを設けている場合における当該株式をいう。

十八 取得請求権付株式 株式会社がその発行する全部又は一部の株式の内容として株主が当該株式会社に対して当該株式の取得を請求することができる旨の定めを設けている場合における当該株式をいう。

十九 取得条項付株式 株式会社がその発行する全部又は一部の株式の内容として当該株式会社が一定の事由が生じたことを条件として当該株式を取得することができる旨の定めを設けている場合における当該株式をいう。

二十 単元株式数 株式会社がその発行する株式について、一定の数の株式をもって株主が株主総会又は種類株主総会において一個の議決権を行使することができる一単元の株式とする旨の定款の定めを設けている場合における当該一定の数をいう。

二十一 新株予約権 株式会社に対して行使することにより当該株式会社の株式の交付を受けることができる権利をいう。

二十二 新株予約権付社債 新株予約権を付した社債をいう。

二十三 社債 この法律の規定により会社が行う割当てにより発生する当該会社を債務者とする金銭債権であつて、第676条各号に掲げる事項についての定めに従い償還されるものをいう。

二十四 最終事業年度 各事業年度に係る第435条第2項に規定する計算書類につき第438条第2項の承認（第439条前段に規定する場合にあつては、第436条第3項の承認）を受けた場合における当該各事業年度のうち最も遅いものをいう。

二十五 配当財産 株式会社が剰余金の配当をする場合における配当する財産をいう。

二十六 組織変更 次のイ又はロに掲げる会社がその組織を変更することにより当該イ又はロに定める会社となることをいう。

イ 株式会社 合名会社、合資会社又は合同会社

ロ 合名会社、合資会社又は合同会社 株式会社

- 二十七 吸収合併 会社が他の会社とする合併であつて、合併により消滅する会社の権利義務の全部を合併後存続する会社に承継させるものをいう。
- 二十八 新設合併 二以上の会社がする合併であつて、合併により消滅する会社の権利義務の全部を合併により設立する会社に承継させるものをいう。
- 二十九 吸収分割 株式会社又は合同会社はその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割後他の会社に承継させることをいう。
- 三十 新設分割 一又は二以上の株式会社又は合同会社はその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割により設立する会社に承継させることをいう。
- 三十一 株式交換 株式会社がその発行済株式（株式会社が発行している株式をいう。以下同じ。）の全部を他の株式会社又は合同会社に取得させることをいう。
- 三十二 株式移転 一又は二以上の株式会社がその発行済株式の全部を新たに設立する株式会社に取得させることをいう。
- 三十三 公告方法 会社（外国会社を含む。）が公告（この法律又は他の法律の規定により官報に掲載する方法によりしなければならないものとされているものを除く。）をする方法をいう。
- 三十四 電子公告 公告方法のうち、電磁的方法（電子情報処理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法であつて法務省令で定めるものをいう。以下同じ。）により不特定多数の者が公告すべき内容である情報の提供を受けることができる状態に置く措置であつて法務省令で定めるものをとる方法をいう。

解説

1 概要

会社法では、本条で多くの用語が定義されている。

2 子会社等及び親会社等の定義の創設【平成26年改正】

「会社以外の者がその経営を支配している法人として法務省令で定めるもの」（2条3号の2ロ）とは、当該株式会社のオーナー株主が経営を支配している他の会社のことである。

「株式会社の経営を支配している者（法人であるものを除く。）として法務省令で定めるもの」（2条4号の2ロ）とは、当該株式会社の自然人であるオーナー株主のことである。

3 監査等委員会設置会社の創設（2条11号の2）【平成26年改正】

平成26年改正で創設された株式会社における新しい機関設計である。この創設に伴い、従来の委員会設置会社は、「指名委員会等設置会社」（2条12号）として区別されることとなった。内容の詳細は、399条の2以下等を参照のこと。

4 社外取締役【平成26年改正】

平成26年改正により、社外取締役の要件が2条15号イ～ホのいずれにも該当するものと規定された（2条15号）。

- (1) 当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役（株式会社の363条1項各号に掲げる取締役及び当該株式会社の業務を執行したその他の取締役をいう。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人（以下「業務執行取締役等」という。）でなく、かつ、その就任の前10年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であつたことがないこと。

平成26年改正前は、過去に一度でも業務執行取締役等に選任された者は社外取締役になることができなかったが、後述のように社外取締役等の要件が厳格化されたため、社外取締役等の人材確保の要請にも配慮する必要があるとされ、株式会社の業務に精通した人材を再登用する途が開かれるべきであるというところから、このように規定された。

- (2) その就任の前10年内のいずれかの時において当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員）又は監査役であったことがある者（業務執行取締役等であったことがあるものを除く。）にあっては、当該取締役、会計参与又は監査役への就任の前10年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。

株式会社の業務執行取締役である者が、これを退任した後に当該株式会社の業務執行取締役でない取締役、監査役又は会計参与に就任し、10年経過後に社外取締役に就任するということを認めては、社外取締役の株式会社からの独立性は確保できない。これを防止するのが上記の要件である。

- (3) 当該株式会社の親会社等（自然人であるものに限る。）又は親会社等の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないこと。

自然人であるものに限る親会社等として、当該会社の議決権の過半数以上の株式を有する株主が挙げられる。これらの者には、子会社の取締役が子会社の利益を犠牲にして親会社の利益を図らないように監督することを期待できないからである。

ここで社外取締役となることができない者として、親会社等の監査役が挙げられていないのは、親会社の監査役は、子会社の取締役を兼任することができない（335条2項）ためである。

- (4) 当該株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社及びその子会社を除く。）の業務執行取締役等でないこと。

これは兄弟会社（当該会社と同一の親会社等をもつ子会社等）の業務執行取締役等でないことを社外取締役の要件としたものである。子会社等とは、子会社及び会社以外の者がその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう（2条3号の2）。

この趣旨は、兄弟会社の業務執行取締役は、いずれも親会社等から選任・解任される地位にあり、その強い影響を受ける立場にあるため、社外取締役としないことにより、社外取締役の独立性を確保する点にある。

- (5) 当該株式会社の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の重要な使用人又は親会社等（自然人であるものに限る。）の配偶者又は二親等内の親族でないこと。

社外取締役が株式会社の関係者の配偶者・兄弟姉妹等の親族に該当する場合は、株式会社の関係者との間で強い人的・経済的な利害関係を有するため、十分に監督することを期待できないことから、この要件が定められた。

重要な使用人とは、取締役・執行役等の業務執行者にきわめて近い地位にある者、業務執行者に準じるような者をいい、「重要な使用人」（362条4項3号）より限定された者をいう。たとえば、株式会社の執行役員は、これに該当するが、支店の支店長等は当然にはこれに該当するわけではないと考えられる。

【企業法】

5 社外監査役【平成26年改正】

平成26年改正前の2条16号は、社外監査役について、過去に一度も株式会社又は子会社における一定の地位（業務執行取締役、執行役等）に就いたことがないことを要件としていた。これに対し、平成26年改正では、この要件を緩和する改正として、社外性要件の対象期間を限定し、その就任の前10年間に一定の地位にいなかった場合には、社外性要件を充たすものとしている（2条16号イ）。

他方、要件を厳格にする改正として、親会社関係者でないこと（2条16号ハ）、兄弟会社関係者でないこと（2条16号ニ）を社外性要件として追加している。これは、社外監査役には利益相反の監査機能が期待されるところ、親会社関係者は会社と親会社との利益相反について実効的な監査が期待できず、また、兄弟会社関係者は親会社からの独立性が疑われ、親会社関係者と同様に取り扱われる必要があることを理由とする（2条16号ハでは、2条15号ハと異なり、社外監査役となることができない者として、親会社等の監査役が挙げられているが、これは、会社の経営者側が当該会社の利益を犠牲にして親会社の利益を図ろうとした場合に、親会社等の監査役は、解任・再任されないことをおそれて当該会社の経営者側の行為につき適切な監査をしない可能性があるといえるためである）。

また、会社関係者の近親者についても社外性要件を否定されることとなった（2条16号ホ）。これは、経営者の近親者については、株式会社と経営者との利益相反について実効的な監査を期待できないことを理由とする。「会社関係者」とは、取締役・執行役・支配人その他重要な使用人であり、「近親者」とは、配偶者又は2親等内の親族である。その他、各要件の内容は、社外取締役の項を参照。

法人格



第3条 会社は、法人とする。

解説

1 営利性

改正前商法52条の会社の意義に関する規定は削除されたが、会社は、営利法人である。会社概念における営利性とは、①対外的活動によって利益を獲得し、②これを構成員に分配することをいう。

2 社団性

(1) 意義

社団とは、団体すなわち共同の目的を有する複数人の結合体のことをいう。改正前商法52条の会社の意義に関する規定は削除されたが、会社は社団法人である。

(2) 社団と組合との区別

社団とは、民法上の組合に対する概念である。組合とは、出資者である団体の構成員が相互の契約関係により直接結合している団体である。これに対して、社団とは、構成員が団体との間の社員関係により、団体を通じて間接に結合している団体である。つまり、社団とは、団体すなわち共同の目的を有する複数人の間接的結合体のことをいう。

(3) 一人会社

一人会社とは、社員が一人である会社のことをいう。一人会社にも潜在的社団性があると見え、一人会社は会社法上の会社として認められる。

3 法人性

(1) 法人の意義

法人とは、自然人以外で法律上権利義務の主体となることを認められたもののことをいい、会社はすべて法人とされている（3条）。法人格が認められることにより、団体自身の名において権利を有し義務を負うことが認められ、権利義務関係の処理が簡明になる。

(2) 権利能力の制限

性質・法令による制限、定款の目的による制限がある。

(3) 法人格否認の法理

法人格否認の法理とは、法人たる会社の形式的独立性を貫くと正義・衡平に反する結果となる場合に、特定の事案の解決のために会社の独立性を否定し、会社とその背後者（支配社員や親会社など）を同一視する法理をいう。判例はこれを肯定している（最判昭44.2.27、最判昭48.10.26等）。

論 点 一定款の目的による制限

会社は、定款所定の目的の範囲内において権利能力を有するが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限定されるのではなく、その目的を遂行する上に直接又は間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含され、必要か否かは、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならない（最判昭45.6.24）。そして、判例は、会社の政治献金について、政治資金の寄付も、会社に対して期待ないし要請される限りのものは、会社にその能力がないとはいえないとした。

住所	ランク B
第4条 会社の住所は、その本店の所在地にあるものとする。	

解 説

1 概要

会社の住所は、その本店の所在地にあるとされる（4条）。

商行為	ランク A
第5条 会社（外国会社を含む。次条第1項、第8条及び第9条において同じ。）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。	

解 説

1 商行為規定の会社に対する適用

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（5条）。本条は、会社に対して商行為に関する商法典の規定（商法第2編）の適用を図るためのものである。

【企業法】

2 商法総則規定の会社に対する適用

商法総則規定については、会社に適用されるべきものを会社法典の中に規定し、商法第1編第4章から第7章までの規定は、会社に適用されない旨が商法上規定されている（商11条1項括弧書）。会社法は、商法総則中に置かれていても、会社法中に組み込むことがふさわしいものについては、会社法総則として規定することにした。

3 会社の商人資格の取得時期

会社成立時、すなわち法人格取得時（設立登記時）に商人資格を取得する点に争いはない。

会社は商行為をなすを業とするか否かにかかわらず商人とされるため商人資格を離れては存在し得ないからである（会社5条、商4条）。

4 会社の商人資格の喪失時期

会社は商人資格を離れては存在し得ないため、法人格を失う時すなわち清算終了の時に商人資格を喪失する。

第二章 会社の商号

商号	ランク A
<p>第6条 会社は、その名称を商号とする。</p> <p>2 会社は、株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社の種類に従い、それぞれその商号中に株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社という文字を用いなければならない。</p> <p>3 会社は、その商号中に、他の種類の会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない。</p>	

解説

1 概要

商号とは、会社はその営業上自己を表す名称である。商号選定自由の原則については、商法11条を参照。

2 商号単一の原則（会社の場合）

会社は、その名称を商号とする（6条1項）。会社の商号は常に一つである。 会社の場合には、一つの会社が数種の営業を営む場合でも、その各営業ごとに各別の商号を使用することは認められない。会社の商号は、その会社の人格を全面的に表す名称であるから、会社の人格が一個である以上、その商号は一つに限られるのが当然だからである。

3 6条2項

会社は、株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社の種類に従い、それぞれその商号中に株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社という文字を用いなければならない。第三者保護の観点から、とりわけ社員の責任との関係において会社の種類を明らかにする必要があるためである。

4 6条3項

会社は、その商号中に、他の種類の会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない。 会社の種類によって、社員の責任、機関構造などが異なるため、債権者保護のために、どの種類の会社かを明らかにする必要があるからである。

会社と誤認させる名称等の使用の禁止	ランク A
<p>第7条 会社でない者は、その名称又は商号中に、会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない。</p>	

解説

1 個人企業の商号に関する制限

会社でない者は、その名称又は商号中に、会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない。 個人企業が、会社のような外観をとることを防止するためである。

ランク
A

第8条 何人も、不正の目的をもって、他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない。

2 前項の規定に違反する名称又は商号の使用によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある会社は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

解説

1 概要

何人も、不正の目的をもって、他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない（8条1項）。

これに違反する名称又は商号の使用によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある会社は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる（8条2項）。

改正前商法の類似商号規制は、会社設立手続のコスト増になるという批判を受けて廃止された（改正前商19条、20条）。したがって、会社法のもとでは、登記した商号の保護は、会社法8条によるほか、不正競争防止法（同法3条～5条）によることになる。

ランク
A

自己の商号の使用を他人に許諾した会社の責任

第9条 自己の商号を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した会社は、当該会社が当該事業を行うものと誤認して当該他人と取引をした者に対し、当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う。

解説

1 概要

本条における会社の責任を名板貸人の責任というが、これについての詳細は、商法14条の解説参照。

なお、取引の相手方保護の見地からは、この規定は、商号の使用を許諾した場合だけでなく、商標等の使用を許諾した場合にも類推適用されると解すべきである。

論点－9条の類推適用

スーパーマーケットYとペットショップZの間にYの営業方針に従わせる契約があり、Yの店舗の屋上において、Zが単に「ペットショップ」とだけ表示しYの商標のみを大きく掲げて営業していた事案において、判例は、一般客が営業主体をYと誤認してもやむをえない外観があり、かつ、その外観をYが上記契約により自らが作出したとして、類推適用を認めている（最判平7. 11. 30）。

第三章 会社の使用人等

第一節 会社の使用人

支配人

ランク
A

第10条 会社（外国会社を含む。以下この編において同じ。）は、支配人を選任し、その本店又は支店において、その事業を行わせることができる。

解説

1 概要

会社（外国会社を含む。）は、支配人を選任し、その本店又は支店において、その事業を行わせることができる（10条）。会社が、その事業活動の拡大・補充を図れるように、包括的代理権を有する支配人の選任を認めた。企業の支店長（支社長・営業所長）がこれにあたる。支配人とは、その事業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する会社の使用人をいう（実質説）。

2 選任・終任

会社が選任する（10条）。株式会社では、取締役又は取締役会が決定することとされ（348条3項1号、362条4項3号）、持分会社では、社員の過半数により決定される（業務執行社員の過半数では足りない）。ただし、持分会社では、定款で別段の定めをすることができる（591条2項）。支配人は、代理権の消滅（民111条、651条等）、雇用契約の終了（民626条～628条、631条）などにより終任する。

3 登記

会社が、支配人を選任し、又はその代理権が消滅したときは、その本店の所在地において、その登記をしなければならない（918条）。

支配人の代理権

ランク
A

第11条 支配人は、会社に代わってその事業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。

- 2 支配人は、他の使用人を選任し、又は解任することができる。
- 3 支配人の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。

解説

1 概要

本条は、支配人が包括的代理権を有することを規定している（11条1項）。事業所によって個別化されているが、事業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為を行う代理権である。

支配人の権限は不可制限的である。会社が、支配人の権限に制限を加えても善意の第三者に対抗することができない（同3項）。

<div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;"> ランク A </div>	支配人の競業の禁止
<p>第12条 支配人は、会社の許可を受けなければ、次に掲げる行為をしてはならない。</p> <ol style="list-style-type: none"> 一 自ら営業を行うこと。 二 自己又は第三者のために会社の事業の部類に属する取引をすること。 三 他の会社又は商人（会社を除く。第24条において同じ。）の使用人となること。 四 他の会社の取締役、執行役又は業務を執行する社員となること。 <p>2 支配人が前項の規定に違反して同項第2号に掲げる行為をしたときは、当該行為によって支配人又は第三者が得た利益の額は、会社に生じた損害の額と推定する。</p>	

解 説

1 趣旨

本条の趣旨は、支配人に精力分散防止義務（営業の禁止）・競業避止義務を課すことで、支配人がその地位を利用して自己又は第三者の利益を図ることを防止し、もって会社の損害を防止することにある。他に比べて精力分散防止義務まで含まれている点で広範なものとなっている。専心会社に尽くすべきであるところから来ている。

<div style="border: 1px solid black; padding: 2px; display: inline-block;"> ランク A </div>	表見支配人
<p>第13条 会社の本店又は支店の事業の主任者であることを示す名称を付した使用人は、当該本店又は支店の事業に関し、一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなす。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない。</p>	

解 説

1 本店又は支店

当該本店又は支店は、本店又は支店としての実質を備えていることを要する（判例・通説）。もともと支配人をおくべき場所に、ことさら支配人の名称をさけて支店長などの名称を付した使用人を置き、全面的・包括的な支配権の定型化作用を免れようとする営業主を、取引の安全のために拘束しようとするのが表見支配人制度の趣旨だからである。

2 事業の主任者たる名称の存在（外観の存在）

表見支配人に該当する名称として、支配人、営業部長、事業部長、支店長などがある。

3 事業の主任者たるべき名称の付与（会社の帰責事由）

会社が名称使用を許諾しているか、又は名称使用を知りながら黙認していることも含む。

4 相手方の信頼

相手方が悪意の場合は保護されない。悪意の内容は、当該使用人が包括的代理権を与えられていないことを知っていることである。また、相手方に重過失がある場合は、悪意と同視すべきである（通説）。なお、表見支配人の取引の相手方たる「第三者」は直接の相手方に限られる（最判昭59.3.29）。

5 効果

表見支配人の要件をみたした場合、裁判外の行為につき支配人と同一の権限を有するものとみなされる（13条）。当該事業所における事業に関する行為以外については、正当な支配人であっても権限を有しないので、相手方は保護されない。

ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人

ランク
C

第14条 事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人は、当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する。

2 前項に規定する使用人の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。

解説

1 概要

本条の趣旨は、会社から、事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人の代理権（裁判上の権限を除く）を包括的・不可制限的とすることにより、取引の安全を図るところにある。販売・仕入れ等を委託された部長・課長等がこれに当たる。

物品の販売等を目的とする店舗の使用人

ランク
C

第15条 物品の販売等（販売、賃貸その他これらに類する行為をいう。以下この条において同じ。）を目的とする店舗の使用人は、その店舗に在る物品の販売等をする権限を有するものとみなす。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない。

解説

1 概要

物品の販売等を目的とする店舗の使用人には、その店舗にある物品についての販売等の権限があるものと顧客が考えるのが通常であることから、本条は、会社が販売等の権限を与えているか否かにかかわらず、販売等の権限があるものとすることで、取引の安全を図っている。

第二節 会社の代理商

通知義務

ランク
B

第16条 代理商（会社のためにその平常の事業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者で、その会社の使用人でないものをいう。以下この節において同じ。）は、取引の代理又は媒介をしたときは、遅滞なく、会社に対して、その旨の通知を発しなければならない。

【企業法】

解説

1 意義

会社の代理商とは、会社のためにその平常の事業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者で、その会社の使用人でないものをいう（16条括弧書）。代理商に、民法上の受任者より厳格な通知義務を課すことで商取引の迅速性を図っている。

代理商の競業の禁止

ランク
B

第17条 代理商は、会社の許可を受けなければ、次に掲げる行為をしてはならない。

- 一 自己又は第三者のために会社の事業の部類に属する取引をすること。
- 二 会社の事業と同種の事業を行う他の会社の取締役、執行役又は業務を執行する社員となること。

2 代理商が前項の規定に違反して同項第1号に掲げる行為をしたときは、当該行為によって代理商又は第三者が得た利益の額は、会社に生じた損害の額と推定する。

解説

1 概要

本条の趣旨は、代理商が会社の事業に関して知り得た知識を利用し、会社の犠牲において、自己又は第三者の利益を図ることを防止することにある。

通知を受ける権限

ランク
C

第18条 物品の販売又はその媒介の委託を受けた代理商は、商法（明治32年法律第48号）第526条第2項の通知その他の売買に関する通知を受ける権限を有する。

解説

1 概要

物品の販売又はその媒介の委託を受けた代理商は、商法526条2項の売買目的物の瑕疵又は数量の不足に関する通知その他の売買に関する通知を受ける権限を有する。

契約の解除

ランク
C

第19条 会社及び代理商は、契約の期間を定めなかったときは、二箇月前までに予告し、その契約を解除することができる。

2 前項の規定にかかわらず、やむを得ない事由があるときは、会社及び代理商は、いつでもその契約を解除することができる。

解説

1 概要

本条の趣旨は、代理商契約の継続的性格に鑑み、民法651条1項と異なり、契約の解除に一定の制限を設けることにある。

代理商の留置権

ランク
B

第20条 代理商は、取引の代理又は媒介をしたことによって生じた債権の弁済期が到来しているときは、その弁済を受けるまでは、会社のために当該代理商が占有する物又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者が別段の意思表示をしたときは、この限りでない。

解説

1 概要

本条の趣旨は、企業における信用取引の円滑安全を図ること、及び代理商の代理・媒介行為が頻繁に行われ、本人との委託関係も密接かつ継続的であることから、代理商の保護を図ることにある。

留置物の占有取得の原因が本人との間の商行為による必要がないこと、そして、留置物が本人の所有物でなくてもよい点で、商人間の留置権（商521条）より広く認められる。

第四章 事業の譲渡をした場合の競業の禁止等

譲渡会社の競業の禁止



第21条 事業を譲渡した会社（以下この章において「譲渡会社」という。）は、当事者の別段の意思表示がない限り、同一の市町村（東京都の特別区の存する区域及び地方自治法（昭和22年法律第67号）第252条の19第1項の指定都市にあっては、区。以下この項において同じ。）の区域内及びこれに隣接する市町村の区域内においては、その事業を譲渡した日から二十年間は、同一の事業を行ってはならない。

- 2 譲渡会社が同一の事業を行わない旨の特約をした場合には、その特約は、その事業を譲渡した日から三十年の期間内に限り、その効力を有する。
- 3 前二項の規定にかかわらず、譲渡会社は、不正の競争の目的をもって同一の事業を行ってはならない。

解説

1 概要

本条の趣旨は、譲受会社はその事業から収益をあげること譲渡会社が妨げるべきではないことから、譲渡会社に競業避止義務を負わせつつ、その範囲を制限することで、事業譲渡の実効性と譲渡会社の事業の自由との調整を図ることにある。事業譲渡の意義については467条参照。

譲渡会社の商号を使用した譲受会社の責任等



第22条 事業を譲り受けた会社（以下この章において「譲受会社」という。）が譲渡会社の商号を引き続き使用する場合には、その譲受会社も、譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う。

- 2 前項の規定は、事業を譲り受けた後、遅滞なく、譲受会社がその本店の所在地において譲渡会社の債務を弁済する責任を負わない旨を登記した場合には、適用しない。事業を譲り受けた後、遅滞なく、譲受会社及び譲渡会社から第三者に対しその旨の通知をした場合において、その通知を受けた第三者についても、同様とする。
- 3 譲受会社が第1項の規定により譲渡会社の債務を弁済する責任を負う場合には、譲渡会社の責任は、事業を譲渡した日後二年以内に請求又は請求の予告をしない債権者に対しては、その期間を経過した時に消滅する。
- 4 第1項に規定する場合において、譲渡会社の事業によって生じた債権について、譲受会社にした弁済は、弁済者が善意でかつ重大な過失がないときは、その効力を有する。

解説

1 概要

本条の趣旨は、商号を引き続き使用することにより、主体の誤認・混同を生じさせるおそれがあることから、譲渡会社の事業によって生じた債務につき譲受会社に弁済責任を負わせ、また、譲渡会社の事業によって生じた債権につき善意でなした譲受会社に対する弁済を有効とすることで、善意の債権者、債務者の保護を図ることにある。

論 点—「商号を引き続き使用する」場合

譲受会社が、譲渡会社の商号に「新」を付加して使用する場合、「商号を引き続き使用する」場合とはいえない（最判昭38.3.1）。

論 点—22条の類推適用

事業の現物出資の目的となった場合も本条が類推適用される（最判昭47.3.2）。
ゴルフ場の名称を引き続き使用した場合には、商号を引き続き使用していなくても、特段の事情がない限り、本条が類推適用される（最判平16.2.20）。

譲受会社による債務の引受け

ランク
B

第23条 譲受会社が譲渡会社の商号を引き続き使用しない場合においても、譲渡会社の事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしたときは、譲渡会社の債権者は、その譲受会社に対して弁済の請求をすることができる。
2 譲受会社が前項の規定により譲渡会社の債務を弁済する責任を負う場合には、譲渡会社の責任は、同項の広告があった日後二年以内に請求又は請求の予告をしない債権者に対しては、その期間を経過した時に消滅する。

解 説

1 概要

本条の趣旨は、商号を引き続き使用しない場合でも、譲渡会社の事業上の債務を引き受ける旨を譲受会社が広告したときに、譲受会社にその債務の弁済責任を負わせることで、譲渡会社の債権者の保護を図ることにある。

論 点—債務を引き受ける者の公告

「鉄道軌道業並びに沿線バス事業を…譲り受ける」という広告は…これにあたる（最判昭29.10.7）。

単なる挨拶状は、これに当たらない（最判昭36.10.13）。

詐害事業譲渡に係る譲受会社に対する債務の履行の請求

ランク
B

第23条の2 譲渡会社が譲受会社に承継されない債務の債権者（以下この条において「残存債権者」という。）を害することを知って事業を譲渡した場合には、残存債権者は、その譲受会社に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができる。ただし、その譲受会社が事業の譲渡の効力が生じた時ににおいて残存債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。
2 譲受会社が前項の規定により同項の債務を履行する責任を負う場合には、当該責任は、譲渡会社が残存債権者を害することを知って事業を譲渡したことを知った時から二年以内に請求又は請求の予告をしない残存債権者に対しては、その期間を経過した時に消滅する。事業の譲渡の効力が生じた日から二十年を経過したときも、同様とする。
3 譲渡会社について破産手続開始の決定、再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定があったときは、残存債権者は、譲受会社に対して第1項の規定による請求をする権利を行使することができない。

解説

1 概要【平成26年改正】

吸収分割や新設分割の場合と同様に、詐害的事業譲渡においても、債権者保護の規定が新設された（759条4項、764条4項参照）。内容については、759条参照。

商人との間での事業の譲渡又は譲受け

ランク
B

第24条 会社が商人に対してその事業を譲渡した場合には、当該会社を商法第16条第1項〔営業譲渡人の競業の禁止〕に規定する譲渡人とみなして、同法第17条〔譲渡人の商号を使用した譲受人の責任等〕から第18条の2〔詐害的営業譲渡に係る譲受人に対する債務の履行の請求〕までの規定を適用する。この場合において、同条第3項中「又は再生手続開始の決定」とあるのは、「再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定」とする。

2 会社が商人の営業を譲り受けた場合には、当該商人を譲渡会社とみなして、前三条の規定を適用する。この場合において、前条第3項中「再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定」とあるのは、「又は再生手続開始の決定」とする。

解説

1 各項の読替え【平成26年改正】

(1) 1項の読み替え

会社が商人に対してその事業を譲渡した場合には、当該会社を商法第16条第1項に規定する譲渡人とみなして、同法第17条から第18条の2までの規定を適用する。この場合において、譲受人について破産手続開始の決定、再生手続開始の決定又は更生手続開始の決定があったときは、残存債権者は、譲受人に対して商法第18条の2第1項の規定による請求をする権利を行使することができない。

(2) 2項の読み替え

会社が商人の営業を譲り受けた場合には、当該商人を譲渡会社とみなして、前三条を適用する。この場合において、譲受会社について破産手続開始の決定又は再生手続開始の決定があったときは、残存債権者は、譲受会社に対して第23条の2第1項の規定による請求をする権利を行使することができない。

2 概要

21条から23条の2までは、会社間の事業譲渡の場合を想定した規定である。また、商法16条から18条の2までは個人商人間の営業譲渡の場合を想定した規定である。しかし、ここには会社と個人商人の間の事業・営業譲渡についての規定は存在しない。そこで、会社と個人商人間の事業・営業譲渡について、本条は規定している。

第二編 株式会社

第一章 設立

第一節 総則

ランク
A

第25条 株式会社は、次に掲げるいずれかの方法により設立することができる。

- 一 次節から第8節までに規定するところにより、発起人が設立時発行株式（株式会社の設立に際して発行する株式をいう。以下同じ。）の全部を引き受ける方法
 - 二 次節、第3節、第39条及び第6節から第9節までに規定するところにより、発起人が設立時発行株式を引き受けるほか、設立時発行株式を引き受ける者の募集をする方法
- 2 各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を一株以上引き受けなければならない。

解説

1 概要

発起設立とは、発起人が設立時発行株式（株式会社の設立に際して発行する株式）の全部を引き受ける方法による設立である。この方法は、発起人だけで、いわば内輪で会社を作ることができる点が、小規模な会社設立に適している。26条から56条までが発起設立に関する規定である。実務上は発起設立が活用される例が多く、会社法では払込保管証明制度が発起設立について廃止されたため、今後も発起設立が主流となると考えられる。

募集設立とは、発起人が設立時発行株式を引き受けるほか、設立時発行株式を引き受ける者を募集する方法による設立である。募集設立は、人的関係のない多数の者の参加が予定されているため、手続は発起設立よりも複雑になっている。26条～37条、39条、47条～103条が募集設立に関する規定である。

会社法では、募集設立を廃止する予定であったが、外国法人等にとっては必要であるとの要望もあり、存置することとなった。

2 25条2項

各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を1株以上引き受けなければならない。これは、会社設立の意思表示をした発起人は自ら株主として出資すべきであるからである。

第二節 定款の作成

ランク
B

定款の作成

第26条 株式会社を設立するには、発起人が定款を作成し、その全員がこれに署名し、又は記名押印しなければならない。

2 前項の定款は、電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものとして法務省令で定めるものをいう。以下同じ。）をもって作成することができる。この場合において、当該電磁的記録に記録された情報については、法務省令で定める署名又は記名押印に代わる措置をとらなければならない。

解説

1 概要

定款とは、会社の組織、活動又は社員の地位に関する根本規則を指す場合（実質的意義）と、このような規則が記載又は記録された書面又は電磁的記録を指す場合（形式的意義）とがある。設立に際して作成が要求される定款とは、この両者の意味を含む。根本規則としての定款は、いわば会社の憲法といえる重要な定めである。

発起人とは、定款に署名若しくは記名押印をし、又は電子署名をした者（26条、会社則225条）をいう（形式説：判例・通説）。株式会社についてのみ制度化されているが、これは次のような理由による。すなわち、株式会社の設立は複雑な手続を経るため、その過程で不測の事態が生ずる場合が考えられる。この不測の事態に対する責任を誰が負うのか、その範囲を明確にしておく必要があるからである。

2 発起人の資格

発起人の資格に別段の制限はなく、制限能力者や法人、外国人も発起人になりうる。未成年者の場合は、未成年者が法定代理人の同意を得て発起人となるか、又は法定代理人が未成年者である発起人を代理して、設立行為を行う。法人は、公法人・私法人・公益法人・営利法人のいずれでも発起人になりうる。

3 発起人の員数

発起人は平成2年改正前には、7人以上必要であるとされていたが、これは責任を負う者が多ければ利害関係人の保護に資すると考えられていたことなどによる。

しかし、改正前商法は発起人の財産その他の資格について何ら制限を設けていなかったため、名義上の発起人を設けることによって、容易に「7人」という要件を充たすことができ、本来の趣旨が十分に達成できない状況が現出した。そこで、平成2年の改正法は、この合理性のない員数規定を削除し（改正前商165条）、結果的に発起人の員数は一人で足りることとなった。

定款の記載又は記録事項



第27条 株式会社の定款には、次に掲げる事項を記載し、又は記録しなければならない。

- 一 目的
- 二 商号
- 三 本店の所在地
- 四 設立に際して出資される財産の価額又はその最低額
- 五 発起人の氏名又は名称及び住所

解説

1 概要

最初の定款で30条の認証を受けたものを「原始定款」という。

2 絶対的記載事項

定款が効力を有するためには必ず記載しなければならない事項であり、この記載がなかったり、記載が違法であるときには、定款が全体として無効になる。 下に掲げる27条の列挙事項がこれにあたる。

(1) 目的

会社の営もうとする事業を具体的に記載又は記録しなければならない。事業の種類は一種類に限られるものではないから、法律上の制限がない限り、数種の事業を兼営して多角経営を行うこともできる。

(2) 商号

会社は、その名称を商号とする（6条1項）。株式会社は、その商号中に株式会社という文字を用いなければならない（同2項）。

(3) 本店の所在地

株式会社は、その本店の所在地において設立の登記をすることによって成立する（49条）から、この観点からも本店の所在地は必須の事項である。なお、ここにいる「地」は、独立の最小独立行政区画（市町村。東京都及び指定都市では区）をいう。したがって、場所（番地）まで記載する必要はない。

(4) 設立に際して出資される財産の価額又はその最低額

i) 総説

出資財産総額の下限の定めはなく、資本金が1円の会社も認められる。

改正前商法では、「株式会社の設立に際して発行する株式の総数」が記載事項とされていた。しかし、資本と株式の関連性がなくなったため、設立に際して、一定の出資額が確保されるのであれば、発行する株式数を定款であらかじめ定め、その全部が引き受けられなければならないという規制を設ける合理性は乏しい。また、定款で定めるべき事項も、出資額と直接関係のない株式の数ではなく、会社の設立に際して出資される財産の価額とすることが適当であると考えられる。

資本金ではなく、出資総額を記載する。出資金は500万円で、資本金にするのは300万円だとすると、500万円を記載する。資本金の額は、発起人全員の同意により株式発行事項の一項目として決定され（32条1項3号）、設立の登記事項とされる（911条3項5号）。

そして、「会社が発行する株式の総数」及び「会社の設立の際に発行する株式の総数」は、ともに原始定款の絶対的記載事項からはずされた（ただし、前者は定款の絶対的記載事項、後者のみ任意的記載事項である）。出資される財産の総額に関わらず、設立時発行株式総数を決め、それを基準に発行可能株式数をあらかじめ決めてしまう改正前商法の規定は、設立手続を硬直化させるという問題があった。

これらを定款に記載しない場合、定款作成時や認証時には、発起人が何株引き受け、いくら出資するかも決めないでおくことができる。引受けの状況を見たり、設立直前に事情が変わったような場合には変更できる。ただし、発行可能株式総数を定款で定めていない場合には、株式会社の成立の時までに、発起人全員の同

【企業法】

意によって、定款を変更して発行可能株式総数の定めを設けなければならない(37条1項なお、募集設立の場合には、98条を参照)。

ii) 授権資本

「会社が発行する株式の総数」は、一般に授権資本と呼ばれているが、会社が設立の際及び将来にわたって通算してどれだけ株式を発行することができるかという、発行可能株式総数である。その数をいくらに定めるかは自由であるが、会社の設立時発行株式の総数は、発行可能株式総数の4分の1を下ることができない(37条3項)から、あまり大きい数を設定することはできない。ただし、設立しようとする株式会社が公開会社でない場合、このような制限はない(同条項但書)。この点は、平成13年商法改正により、株式譲渡制限会社について4倍規制が撤廃されたという取扱いを承継している。

発行可能株式総数に関する定款の定めは、後日、追加できる(37条、98条)。そして、枠が一杯になり変更の必要が生じた場合には定款変更手続により(309条2項11号、466条)、これをさらに拡大することができる(113条)。

iii) 会社の設立の際に発行する株式総数

「会社の設立の際に発行する株式総数」は、発行する株式の種類や割当てに関する事項とともに、定款で定めることもできるが、発起人全員の同意で、設立の過程で適宜定めることもできる(32条)。

(5) 発起人の氏名又は名称及び住所

法人が発起人となることが予想されるので、「名称」が加わった。発起人がどれであるかを、氏名・名称と住所によって明らかにする趣旨である。本号は、定款の記載事項であるが、登記事項ではない。



第28条 株式会社を設立する場合には、次に掲げる事項は、第26条第1項の定款に記載し、又は記録しなければ、その効力を生じない。

- 一 金銭以外の財産を出資する者の氏名又は名称、当該財産及びその価額並びにその者に対して割り当てる設立時発行株式の数(設立しようとする株式会社が種類株式発行会社である場合にあっては、設立時発行株式の種類及び種類ごとの数。第32条第1項第1号において同じ。)
- 二 株式会社の成立後に譲り受けることを約した財産及びその価額並びにその譲渡人の氏名又は名称
- 三 株式会社の成立により発起人が受ける報酬その他の特別の利益及びその発起人の氏名又は名称
- 四 株式会社の負担する設立に関する費用(定款の認証の手数料その他株式会社に損害を与えるおそれがないものとして法務省令で定めるものを除く。)

解説

1 相対的記載事項

定款に記載しなくても定款自体の効力に影響はないが、定款に記載することによってはじめて記載された事項の効力が生ずることになるものである。会社法の随所に規定されており、条文上「定款で定めている場合には」などと規定されているものがこ

れにあたる。このうち特に設立に重大な関係があるものとして、変態設立事項がある。

2 変態設立事項

28条に定款の相対的記載事項として定められているものを変態設立事項という。変態設立事項は、発起人が自己又は第三者の利益を図って成立後の会社に重い負担を負わせるような危険性のある事項であるから、「危険な約束」と言われている。

これらはいずれも、会社の財産的基礎が害される危険性が大きく、他の引受人との公平を欠くおそれがあるので、特別の手續が付加される。すなわち、この変態設立事項については、発起設立・募集設立を問わず、原則として、定款の定めとともに、裁判所の選任した検査役の調査が要求されている。定款の記載によって、会社債権者又は他の株式引受人が変態設立事項の内容を知り、適切な意思決定をすることが可能となる。また、調査の結果が不当である場合には、発起設立・募集設立ともにそれぞれの是正措置が講じられることになる（33条7項、96条）。

3 現物出資

現物出資とは、金銭以外の財産（事業を含む）をもってする出資のことをいう（28条1号）。その性質は、設立行為そのものであり、社員関係の問題となる。社会に散在する資本を集中して事業を営もうとする株式会社においては、金銭出資が原則であるが、会社が特定の財産を必要とする場合などもあることから、現物出資が認められているのである。

このような現物出資では目的物が過大評価されることにより、会社の財産的基礎が害されるおそれがある。また、現物出資は財産の評価を避けて通れないため、他の出資者と現物出資者との間に不公平が生じるおそれもある。そこで、法はこれを変態設立事項として定款に記載・記録させるとともに（28条1号）、原則として検査役の調査を要求している（33条）。

なお、株式会社においては、株主は有限責任を負うにすぎないので、会社債権者の担保となる目的財産は、貸借対照表の資産として掲げうる金銭、又は金銭以外の財産に限られることになる。そこで、株式会社における出資の種類は、金銭又は金銭以外の財産に限られ、合名会社や合資会社の無限責任社員のような労務や信用による出資は認められない。これらは金銭的評価が困難であり、また、これを認めると、株主間の公平を欠くおそれがあるからである。

また、現物出資は濫用のおそれが大きいため、会社設立の際に現物出資をすることができるのは発起人に限られる（明文の規定はないが、発起人の場合だけは「金銭以外の財産の・給付」が出てくる（34条1項））。

4 財産引受け

財産引受けとは、会社の成立を条件として、成立後の会社のために一定の事業用の財産（事業を含む）を譲り受ける契約（売買・交換・請負など）をいう（28条2号）。その性質は、現物出資と異なり取引行為である。会社としては事業用の財産を確保する必要があるため、工場用地の購入を財産引受けでなすことがある。成立後の会社の事業開始のために準備する行為、すなわち、開業準備行為の一種である。会社の成立後、すぐに営業を開始したい場合、たとえば店舗等の買入れについて予め購入の約束をしておくと便利である。

しかし、目的物が過大評価されることにより、会社の財産的基礎が害されるおそれがある点は、現物出資と同様である。また、財産引受けと金銭出資を組み合わせることにより現物出資と同様の経済的効果を実現できるため、財産引受けは現物出資の潜

【企業法】

脱としてなされる可能性がある。

そこで、法は財産引受けにつき現物出資と類似の規制を加えている（28条2号、33条）。

なお、事後設立については、467条1項5号に規定されている。

論 点一 開業準備行為

「(改正前商法) 168条1項6号(会社28条2号)の立法趣旨からすれば、会社設立自体に必要な行為のほかは、発起人において開業準備行為といえどもこれをなしえず、ただ原始定款に記載されその他嚴重な法定要件を充たした財産引受けのみが例外的に許されるものと解される」(最判昭38.12.24)

論 点一 定款に記載のない財産引受けの追認の可否

判例(最判昭28.12.3)は、「財産引受けが定款上無効なる場合と雖^{いまだ}も、会社成立後に新たに(改正前商法) 246条(会社467条1項5号・309条2項11号)の特別決議の手續をふんで財産取得の契約を有効に結ぶことは可能であるが、原判決はかかる新たな売買契約の成立を認めていない。単に会社側だけで無効な財産引受け契約を承認する特別決議をしても、所論のごとくこれによって瑕疵が治癒され無効な財産引受け契約が有効となるものと認めることができない」としており、**否定説**に立つ。その後も、判例(最判昭42.9.26・最判昭61.9.11)は、追認を否定する立場を踏襲している。

5 発起人が受ける報酬、発起人が受ける特別の利益

発起人の報酬とは、発起人が会社設立のためにした労務に対する報酬をいう(28条3号)。成立後の会社から一時に現金で支払われるものであるが、発起人のお手盛りを防ぐため、定款に発起人の受けるべき報酬の総額を記載させたのである。

発起人の受けるべき特別の利益は、会社設立企画者としての功勞に報いるために、発起人に与えられる特別の財産上の利益であって、発起人の報酬と異なり、利益配当・残余財産の分配・募集株式の引受に関する優先権、会社の施設利用権などがこれにあたる。

6 設立費用

(1) 意義

設立費用とは、発起人が設立中の会社のためにした、会社の設立のために必要な行為から生じた費用をいい、開業準備行為から生じた費用は含まない。会社の設立には、定款作成のための印刷費・印紙代、株式申込証の用紙の作成・印刷費、設立事務所の賃借料・設立事務員の給料、株主募集の広告費用など様々な費用がかかる。

(2) 趣旨

設立中の会社は、会社設立を目的とするものであり、発起人はその設立中の会社の機関として活動するものである。そのため、発起人は会社設立のために法律行為を行い、その効果は形式的には発起人に帰属するが、会社が成立したときにはその効果も成立した会社に帰属するので、発起人は自分が支出した費用や負担した債務について、会社に肩代わりしてもらうことができるはずである。しかし、これを無制限に認めると、発起人が無駄使いをした場合、会社が全部その後始末をさせられることになりかねない。このように、発起人が会社に設立費用を求償することにより、会社の財産的基礎が害されるおそれがあるため、変態設立事項として厳格な規

制のもとに置いたのである。

この結果、発起人は、会社成立前に設立費用を支払済の場合は定款に記載された金額の限度内で、しかも検査役の調査を通った金額についてのみ、会社に求償できる。

(3) 設立費用の範囲

健全な会社設立のため、会社法は厳格な規制をしているわけであるが、従来から濫用のおそれのない費用については、設立費用の規制から除外すべきではないかということが議論されていた。そこで、平成2年改正法により、定款の認証手数料、払込取扱機関に支払うべき報酬の二つについては、定款への記載などがなくても会社が負担すべきものとして、設立費用の規制対象から除外された（改正前商168条1項8号但書）。

会社法では、「定款の認証の手数料その他株式会社に損害を与えるおそれがないものとして法務省令で定めるもの」は、設立費用の規制対象から除外されている（28条4号括弧書）。

論 点一 設立費用

設立費用の帰属について判例（大判昭2.7.4）は、設立費用債務は、法定要件を満たした金額の限度で対外的に会社に帰属するが、それを超える部分については発起人が対外的に責任を負うとしている。

ランク B
<p>第29条 第27条各号〔定款の絶対的記載事項〕及び前条各号〔変態設立事項〕に掲げる事項のほか、株式会社の定款には、この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項及びその他の事項でこの法律の規定に違反しないものを記載し、又は記録することができる。</p>

解 説

1 任意的記載事項

任意的記載事項は、定款に記載しなくても定款の効力に影響はなく、定款とは別個に定めても効力が認められる。しかし、定款に記載することにより、これを変更するためには定款変更という手続を要することになり、記載の結果、強い効力が認められるという利点がある。多くの会社では、定款に、総会の議長、取締役の員数、社長の権限などが記載・記録されているが、これらは任意的記載事項である。また、公告の方法（電子公告も含む）も任意的記載事項である（939条）。

ランク A
<p>第30条 第26条第1項の定款は、公証人の認証を受けなければ、その効力を生じない。</p> <p>2 前項の公証人の認証を受けた定款は、株式会社の成立前は、第33条第7項若しくは第9項〔変態設立事項が不当な場合の変更等〕又は第37条第1項若しくは第2項〔発行可能株式総数の定め等〕の規定による場合を除き、これを変更することができない。</p>