

# 「組織形態と法に関する研究会」 報告書

## 1. はじめに

企業活動をはじめとする各種の共同事業のために、法によって、法人、組合その他のさまざまな組織形態が設けられている。近時、そうした組織形態に関する法制度については、新しい組織形態の創設、特定の事業に関し利用できる組織形態の範囲の拡大等、組織形態の多様化・流動化とでもいうべき動きが生じており、またそれを受けて組織にかかわる税制面においても新たな動きがみられる。こうした中において、企業活動その他の共同事業の円滑化を図る観点から、組織形態に関する法規整（私法ルールや課税ルール）はいかにあるべきか、組織形態に関する近時の立法の背後に理論的・政策的整合性を見出し得るか等といった点が問題となる。

このような問題意識に基づき、日本銀行金融研究所では、平成13年6月に「組織形態と法に関する研究会」を設置し、平成15年3月までの間、13回にわたり、活発な議論を積み重ねてきた。本報告書は、同研究会における議論の成果をもとに、事務局がその責任において取り纏めたものである。なお、本報告書において意見にわたる部分は、日本銀行または金融研究所の公式見解を示すものではない。

「組織形態と法に関する研究会」メンバー（五十音順、敬称略）

伊藤 秀史	（一橋大学大学院商学研究科教授）
岩村 充	（早稲田大学大学院アジア太平洋研究科教授）
宇賀 克也	（東京大学大学院法学政治学研究科教授）
神作 裕之	（学習院大学法学部教授）
神田 秀樹	（東京大学大学院法学政治学研究科教授）
北村 行伸	（一橋大学経済研究所教授）
能見 善久	（東京大学大学院法学政治学研究科教授）
藤田 友敬	（東京大学大学院法学政治学研究科助教授）
（座長）前田 庸	（学習院大学名誉教授）
増井 良啓	（東京大学大学院法学政治学研究科教授）

（事務局）

翁 邦雄	（金融研究所長）
鮎瀬 典夫	（金融研究所参事役）
浜野 隆	（金融研究所研究第2課調査役）
鈴木 淳人	（金融研究所研究第2課〈現業務局副調査役〉）
長谷川圭輔	（金融研究所研究第2課）
寺山 大右	（金融研究所研究第2課〈現業務局〉）
田村 慶子	（金融研究所研究第2課）

## 2．組織形態に関する法制度の現状と報告書の分析枠組み

### （1）組織形態に関する法制度の現状

#### イ．組織形態を巡る法制・税制の現状

今日の経済・社会活動の多くは共同事業形態により行われており、私的自治（団体形成の自由）の範囲内で、共同事業のためのさまざまな組織ないし団体（共同事業体）<sup>1</sup>が形成されている。私的利益の利害調整のための法規整である私法は、このような組織のフォーマットとして、種々の組織形態を用意している。例えば、私法の基本法である民法は組合や法人（公益法人）を、商法およびその特別法たる有限会社法は各種の会社（株式会社、有限会社等）や匿名組合を用意しており、

.....  
1「組織」や「団体」の語は、さまざまな意味で用いられるが、以下では、差し当たり、「共同事業という一つの目的のために形成され1つの組織体をなすもの」という意味で「組織」の語を用いて記述を進めることとする。

さらに、各種の特別法により、協同組合、相互会社といった各種の法人その他の組織形態が設けられている。

これらの組織形態の中には、種々の共同事業のために広く利用できる一般目的の組織形態（株式会社等）のほかに、特定の共同事業のために用意されているいわば特定目的の組織形態（信用金庫＜金融業＞、農事組合法人＜農業＞等）が多数存在する<sup>2</sup>。また、一般目的の組織形態の中には、民法上の組合のように、あらゆる種類の事業のために利用できるものもあるが、一般的には、各種の法人のように、「営利」や「公益」といった「目的」<sup>3</sup>による枠が設定され、その範囲内でのみ事業内容を選択できることとされているものが多い<sup>4</sup>。

共同事業を営むうえで、いずれの組織形態を選択するかは、基本的には自由であるが、特定の業種については、法律上、特定の組織形態以外の組織形態を選択することができず、あるいは、選択が一定の範囲に限定されている場合がある。例えば、医療行為を行うために医療法人、社会福祉活動を行うために社会福祉法人を設立する必要があるのは前者の例<sup>5</sup>であり、証券取引所の組織形態が証券会員制法人または株式会社に、保険会社の組織形態が相互会社または株式会社に、それぞれ限定されているのは後者の例<sup>6</sup>である。

また、組織が各種の経済・社会活動を行ううえで、課税ルールは重要な影響を与える。わが国の税法は、私人の経済・社会活動について、所得税（個人）と法人税（法人）の二分法（「個人・法人の二分法」）のもとで、課税ルールを発展させてきたが、わが国の組織に対する課税ルールにおいては、基本的に私法上の法人格の有無に着目して、法人税の課税主体が決定されるほか、公益・非営利事業に対する課税優遇措置も、公益法人、NPO法人等といった私法上の組織形態に対応して適用され、私法上の法人格・組織形態に依拠したものとなっている。このように、私法上の組織形態（法人か、法人でないか等）に応じて課税ルールが異なり得るため、何らかの共同事業を行うために組織形態を選択するに当たっては、各組織形態に適用される課税ルールが重要な意味を有することとなる。

2 例えば、平成10年3月末現在で、法律上「〇〇法人」等と名付けられた法人類型は約250個存在し、これから、特殊法人のように全国で1個しか設立されない法人類型を除外しても、約130個の法人類型が存在していたとされる（法人制度研究会〔1999〕29頁）。

3 法人制度においては、「目的」の語は多義的に用いられているが、ここでいう「目的」は、法人の行う事業の終局の目的（法人制度研究会〔1999〕26頁）の意味である。詳細は、3章2節口・参照。

4 特定目的の組織形態にも、弁護士法人のように、比較的狭い範囲の事業に対応するものもあれば、中小企業等投資事業有限責任組合や特定非営利活動法人（NPO法人）のように、比較的広い事業内容（「中小企業等投資事業」、「特定非営利活動」）に対応し、その範囲内で特定の事業を選択できるものもある。

5 また、「株券等の保管及び振替に関する法律」に基づき、保管振替業を営む保管振替機関は、当初は、民法上の法人（公益法人）の形態のみが認められていたが、平成13年の同法改正により、株式会社形態のみが認められることとなった。このため、平成14年1月に、新たに株式会社証券保管振替機構が設立され、同年6月に従前の財団法人証券保管振替機構から保管振替事業の全部を譲り受けている。補論2（1）イ・（ハ）参照。

6 銀行業も、株式会社（銀行）または協同組織金融機関（信用金庫、労働金庫等）の形態による必要があるという意味では、これに該当するといえる。

## ロ．組織形態の多様化・流動化

近時、上記のような組織形態に関する法制度を巡って、いくつかの重要な変化がみられている。

第1に、次々と新しい組織形態が創設され、法の用意している組織形態のカタログが顕著に多様化してきている点が挙げられる。例えば、一般法たる商法・有限会社法上の営利法人に加えて、特別法上の営利法人として、特定目的会社（平成10年）および投資法人（同年）が創設されたほか、弁護士法人（平成13年）等、民法・商法等の一般法人法で対応しにくい分野において、新たな法人制度が創設された。さらに、非営利セクターにおいても、一般法上の法人制度としての中間法人（平成13年）特別法上の法人制度としてのNPO法人（平成10年）が創設されている。さらに、最近、米国のLLC（limited liability company）に倣った新たな有限責任の組織形態として、いわゆる「日本版LLC」の導入が論議されているほか、公益法人制度改革の一環として、新しい「非営利法人」制度の構築が検討されている。

第2に、組織形態を巡る法制度の流動化ともいうべき動きが生じている点が挙げられる。例えば、各種の取引所（証券取引所等）の組織形態については、従来、その業務の公共的性格にかんがみ、会員組織のみが認められていたが、その一部については、近時の法改正により、株式会社形態と会員制法人形態のいずれかを選択することが認められ、実際に、既存の会員組織から株式会社への組織変更の動きがみられている<sup>7</sup>。また、従来、医療、福祉、教育等のいわゆる社会的規制分野<sup>8</sup>においては、事業の主体として、医療法人、社会福祉法人、学校法人といった特別の組織形態のみが認められていたが、規制緩和の流れの中で、これを株式会社形態で行うことの是非が論議されており、その一部は、構造改革特別区域における特例というかたちで実現している<sup>9</sup>。

また、従来、組合や信託といった非法人の組織形態は、共同事業のフォーマットとしては必ずしも活発に利用されていなかったが、近時、その活用事例（ジョイント・ベンチャー、プロジェクト・ファイナンスにおける民法上の組合・商法上の匿名組合の利用、資産流動化における信託の利用等）が増えているほか、ベンチャー・キャピタル等のニーズに応えるために、中小企業等投資事業有限責任組

7 証券取引所および金融先物取引所については、平成12年の法改正により、従来の会員組織（会員制法人）形態に加えて、株式会社形態の選択が認められている（証券取引法85条、金融先物取引法6条）。これを受けて、証券取引所については、大阪証券取引所が平成13年4月に、東京証券取引所が平成13年11月に、名古屋証券取引所が平成14年4月に、それぞれ株式会社に組織変更している。証券取引所の組織変更の詳細については、補論2（1）イ（ロ）参照。

8 これらの分野においては、サービス提供者と顧客との間の情報の非対称性があることや、顧客に対して平等にサービスを提供する必要があること等から、国民の健康・安全等を確保するため、参入規制、価格規制等の「社会的規制」がなされてきているとされる（植草〔1997〕8～9頁）。

9 例えば、構造改革特別区域法は、老人福祉法の特例として、株式会社が特別養護老人ホームを設置することを認めている（同法18条）。詳細は、補論2（1）ロ参照。

合（平成10年）のような新たな組織形態も創設されている。さらに、資産流動化や集団投資スキームにおいては、法律上、法人形態のほかに、組合形態や信託形態も利用可能であり、これを任意に選択できるため、いわば、組織形態間の競争とも呼ぶべき状況が生じている。

#### ハ．税制面における新しい動き

このような組織形態の多様化・流動化の動きに呼応するかたちで、税制面でも新しい動きがみられる。例えば、組織形態の多様化を受けて、一方では、法人格を有する特定目的会社や投資法人についていわゆる導管課税が導入され、他方では、法人格を有しない特定信託（特定目的信託等）を法人とみなして法人税が課税される等、課税ルールにも多様化の動きがみられる。また、「日本版LLC」や新しい「非営利法人」といった新たな組織形態の課税ルールは、従来の「個人・法人の二分法」や公益法人税制では対応し切れない面があるほか、組合・信託といった非法人の組織形態の利用が活発化していることを受けて、これまで十分整備されてこなかった組合・信託の課税ルールのあり方が重要な問題となってきている。このように、組織形態の多様化・流動化に即した課税ルールが求められる中、従来の組織に対する課税ルール（私法上の法人格ないし組織形態に依拠した法人課税、公益法人課税等）は、再考を迫られつつあるといえよう<sup>10</sup>。

### （2）報告書の分析枠組み

#### イ．検討の視点と対象

本章1節で述べた現状認識を踏まえると、企業活動その他の共同事業の円滑化を図る観点から、組織形態に関する法規整（私法ルールや課税ルール）は、いかにあるべきかが改めて問題となるものと考えられる。また、法人その他の組織形態に関する近時の立法は、さまざまな事業ニーズ等に応じてアドホックに行われている面があるため、その背後に理論的・政策的整合性を見出し得るかどうかを検討していくことも求められよう。これらの問題を検討するに当たっては、そもそも法は組織形態に関していかなる役割を果たしているのか、という基本的な問いに立ち返ったうえで、法人格を有する組織形態を相互に比較するとともに、組合、信託、「権利能力なき社団」といった法人格を有しない組織形態も含めた横断的な比較検討を行うことが有益であると考えられる。

10 近時、このような観点からの問題提起を行うものとして、増井〔2002〕、佐藤〔2002〕、森信〔2003〕等がある（詳細は4章2節イ（イ）参照）。

本報告書では、法は組織形態に関していかなる役割を果たしているのか、という問いかけ<sup>11</sup>に対して、以下のような視点を軸に検討を行っている。

第1に、組織法の存在意義は何かという点である。これは、他の私法上のルールと比べた組織法の特質やそれを支える根拠が何に求められるか、契約で実現できない組織法の役割は何か、あるいは、組織法において、法の介入が正当化される理由は何か、という問題である。

第2に、法が多くの組織形態を用意しているのはなぜか、各種の組織形態の設計の根本にある法原理およびそれを支える根拠は何かという点である。これは、法を用意する各種の組織形態から、何らかの共通の法原理を抽出することはできるか、という問題でもある。これに関連して、組織形態の選択が自由である場合に、なぜ特定の組織形態が選択されるのか、特定の分野において特定の組織形態が支配的なのはなぜか、組織形態の選択の自由が制限されている場合、その根拠は何かも問題となる。

第3に、税制の観点からは、組織形態に関して税制はどのような考え方に基づき課税ルールを設定してきたのか、組織形態の多様化・流動化により、それが、いかなる影響を受けるのか、という問題である。

また、本報告書の検討対象とそれにかかわる用語は、次のとおりである。

従来、共同事業を目的とする各種の組織形態を総称するものとしては、「組織」、「団体」、「企業」といったさまざまな用語が用いられ、その結果として、これらの組織形態に適用される私法上のルールについても、「組織法」、「団体法」、「企業法」といったさまざまな用語が用いられてきている。さらに、これらの用語は多義的であり、例えば、「企業」の語は、広い意味では、「資本主義経済体制のもとで取引活動を行う経営単位」を指す<sup>12</sup>が、企業法の対象となるべき企業は、「独立の資本的経済単位として、経済的意図で計画的に営利行為を実行するもの」と捉えられるとされる<sup>13</sup>。

本報告書では、営利目的の企業に限らず、非営利や公益目的の法人も検討対象とする。また、法人形態のほか、組合形態や信託形態も検討対象とする<sup>14</sup>。そして、これらの組織形態を包含するものとして、「共同事業という目的のために法律上の根拠に基づき形成され、1つの組織体をなすもの」という程度の意味で「組織」の

11 法律学の観点からは、各種の企業組織の形態に関する法の役割・機能は、「企業形態論」として従来から論じられてきた（例えば、竹内・金子 [1966]、平出 [1983]、青竹 [1985]）。また、藤田 [1998b] は、本報告書と同様、非営利企業や非法人形態を含めた広い観点から、各種の組織形態の横断的な比較を行っている。

12 竹内・金子 [1966] 17頁。

13 鴻 [1999] 7頁。なお、企業法は、企業の組織と活動を巡る私的利益の調整のための法と捉えられ、商法はそのような意味での企業法であるとするのが通説的見解とされる（神田 [1993] 172頁）。

14 なお、フランチャイズ契約や会員制組織（会員制ゴルフ・クラブ等）も、共同事業を目的とした組織体という意味では一種の「組織」といえるが、法が定型的なフォーマットを用意していないため、ここでは検討対象としない。

語を用いることとし、そのような意味での「組織」に適用される私法上の規整の意味で「組織法」の語を用いることとする<sup>15</sup>。

#### ロ．報告書の構成

本報告書の論述は次の順序で進められる。

まず、3章では、既存の理論枠組みを踏まえながら、現行法上の組織形態に対する法規整(1節)およびその組織法の中核をなす法人制度の法的枠組み(2節)を概観したうえで、「組織法」の意義と機能を、組織の外部との法律関係(3節)および組織の内部の法律関係(4節)という2つの局面に分けて分析する。

4章においては、組織に関する税制の現状を整理したうえで、組織形態と税制の関係を巡る議論の現状を概観する。

5章では、むすびとして、組織法の存在意義を確認したうえで、組織形態の法設計のあり方、組織形態との関係からみた税制のあり方等について若干の検討を行う。

さらに、補論では、「組織に関する経済学の分析枠組み」(補論1.)を概観するほか、本報告書の問題意識にかかわる事例研究として、「非営利法人から株式会社への組織形態変更の動き」(補論2.)、「新たな組織形態(「日本版LLC」)の創設の動き」(補論3.)を取り上げることとする。

なお、組織形態を巡る法改正の動きは活発であり、最近においても、いくつかの重要な法改正がなされている<sup>16</sup>が、本報告書においては、原則として、平成15年3月末時点における法制度を前提にしている。

---

15 米国においても、広く「各種の法主体 (legal entities) の設立の根拠となり、これに適用される法」という意味で、“organizational law”の語が用いられる例がみられる(例えば、Hansmann and Kraakman [2000a] 808頁)。なお、神田秀樹教授は、私法を、その機能に即して、「個別取引法」、「市場法」、「組織法」の3つの類型に整理した場合の「組織法」は、組織的取引をサポートするための法規整であり、組織法の中心的課題は、エイジェンシー問題の軽減により、組織的取引が成立しやすいようにすることであるとされる(神田 [1993] 175~181頁)が、広く、私法上のルールとしての組織法を観念されている点では、本報告書の検討対象である組織法と重なる部分が多いように思われる。また、我妻栄博士は、団体に関する法制は、広く、「団体法」として取り扱うのが適当であるとされている(我妻 [1965] 116頁)が、本報告書の検討対象である「組織法」は、この意味での団体法に相当するものといつてよいと思われる。

16 例えば、産業活力再生特別措置法(産業再生法)の一部改正(平成15年4月9日公布・施行)により、同法に基づき認定を受けた事業者が認定計画に従って設立する株式会社の株式等については、中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律(有限責任組合法)の特例として、中小企業等投資事業有限責任組合(有限責任組合)が投資対象とすることができることとされた(産業再生法16条の2)。

### 3. 組織形態に対する私法上の規整

#### (1) 組織形態に対する規整の概要

イ．組織法としての組合、法人および信託

##### (イ) 組織法の射程

私法の基本法たる民法は、法律上の団体として法人と組合を想定し、団体的性の強弱に応じて両者を区別しているが、通常の契約関係でも、当事者間に何らかの共同関係（共同所有関係、共同債権関係等）があれば、ある程度の団体的な拘束が及ぶ。例えば、民法上の共有（同法249条以下）においては、共有物の処分についてはいつでも単独所有に解体できる（同法256条1項本文）ことを前提に共有者全員の一致を要するとされる（同法251条）ものの、管理については多数決（過半数）で行うことができる（同法252条）ため、団体的性質をもつといえる<sup>17</sup>。また、民法典は、共同所有関係として共有のみを想定していたが、通説は、共同所有関係を共同所有者間の団体的結合関係の強弱に応じて共有（団体的結合関係が弱い）、総有（団体的結合関係が強い）、合有（両者の中間）の3つの理念型に分けたうえで、組合財産を合有とすることで、組合財産の分割を制限する解釈を導くほか、「権利能力なき社団」（3章2節イ（ロ）参照）の財産を総有とすることで、共有に関する規定や組合に関する規定の適用の排除を導いている<sup>18</sup>。さらに、建物の区分所有等に関する法律（区分所有法）は、団体結成のための特段の意思表示がなくても、区分所有関係が発生すれば当然に管理組合が成立するものとし（同法3条）、共有者相互間の権利義務関係に団体的規制を及ぼしている<sup>19</sup>。

このように、共同所有関係（共有、合有、総有および区分所有）は、団体と密接な関連を有している<sup>20</sup>が、多くの場合は、共同所有関係等に基づく団体的拘束は一時的なものにとどまるか、継続するとしても団体的拘束はさほど強くないと考えられる（例えば、単純な共有関係においては、共有物の処分について全員一致がとれないときは、共有物を分割し、単独所有に移行することが予定されており、団体的拘束は弱い<sup>21</sup>）。したがって、本報告書が検討の対象としている「組織」のメルクマールとしては、ある程度の団体的拘束の強さと継続性を求めることが適当と思わ

17 松本（恒）[2002]126頁。

18 山田[1990]295、316、324頁。なお、総有、合有論は、法人とはなっていない団体について、複数の所有者間の団体的結合と、団体の継続性を図ることで「ミニ法人論機能」を果たしてきたと指摘されている（加藤（雅信）[1996]155頁以下）。

19 松本（恒）[1997]60頁。

20 その意味では、「組合を経由した共有と団体の法理との関係はリニアにつながっており、共有法理と団体法理は交錯している」と指摘されている（松本（恒）[2002]126頁）。

21 松本（恒）[1997]59～60頁。



れる。そして、組織ないし団体が構成員個人を離れ、独立の主体として財産を所有し、その意思に基づいて独自の活動を行い、取引主体として登場する場合に、これに法的に対処するための法技術が要請される<sup>22</sup>。以下では、このような性質をもつ組織に関する法制度（「組織法」）としての組合、法人、信託の各制度について、従来の法律学における理論枠組みを概観することとする。

#### （ロ）組織法としての組合制度

##### （組合の契約性と団体性）

組合は、数人の者が、互いに協力して共同の目的を遂行するために成立する、広い意味の団体の一種であり<sup>23</sup>、組合の目的である共同事業には制限がない<sup>24</sup>。民法上、組合制度は、契約に関する規定の中に置かれている（同法667条以下）が、組合においては、組合員は、契約の当事者であると同時に団体の構成員でもあることから、組合には、契約と団体の両面の性格がある。このため、契約の側面を捉えれば、契約当事者である組合員の集合体としての性格が現れ、組合が経済活動を行うに当たっては、事業活動の主体としての団体としての姿が現れる<sup>25</sup>といえよう。例えば、組合財産については、組合が存続する限り、その持分の譲渡や分割請求はできない（同法676条）ほか、組合の債務者はその債務と組合員に対する債権を相殺することはできない（同法677条）等、組合財産の充実・維持が図られ、この結果、組合財産は、相対的に組合員から独立した存在となっている。また、組合の業務執行についても、原則として組合員の多数決による（同法670条）等、団体的拘束がある。

他方で、組合は、構成員の個性が強く、法律関係の単純化の面でも、独自財産の確保の面でも、団体としての独立性はさほど強くないとされる。例えば、組合員全員の合意があれば組合存続中であっても分割できると解されている（通説・判例）<sup>26</sup>こと、および、脱退した組合員が持分の払戻しを請求できることから、組合財産の独立性は完全ではないほか、組合の債務については、損失分担割合に応じた個人の無限責任が併存する（同法675条）。また、組合の団体性に注目するとしても、組合の成立要件は、「共同の事業を営む」ことを約すれば足り、共同事業の目的に制約がないため、少数当事者間の債権的拘束関係にとどまるものから、集团的意思決定の機構を有し、代表者によって行為をする等、高度の組織体として活動するものま

22 森泉 [1983] 32頁。

23 我妻 [1962] 745頁。

24 公益であると私益であるとを問わず、また、継続的なものであると一時的なものであるとを問わない（我妻 [1962] 771頁）。

25 杉本（泰）[1997] 59頁。

26 組合員は清算前（組合存続中）に組合財産の分割を請求することは許されない（民法676条2項）が、組合財産は組合員全員から独立した財産ではなく、あくまで組合員全員に帰属するものであるため、判例・通説とも全員の合意による分割（組合員への分配等）を有効とする（鈴木（禄）[1993] 150～151頁〔品川孝次〕）。

で多様なものを含む<sup>27</sup>ほか、組合契約は種々の目的に基づき締結されており、その目的に応じて、組合の団体性（ないしは期待されている団体性）にも相当の幅があるとされる<sup>28</sup>。このため、共同事業の性質と共同事業を営むこととした当事者の目的から導かれる組合の団体性の程度に応じて、団体的拘束性を論ずるべきであり<sup>29</sup>、民法の規定の適用についても、組合の団体的拘束性を一律に判断せずに、組合の実体に応じて、バリエーションを考えることが提案されている<sup>30</sup>。

#### （「組合と社団の峻別論」）

わが国の伝統的な通説は、ある団体が法人であるかどうかは、団体の外部に対する関係での区別であり、社団であるか組合であるかは、団体の内部組織による区別であるため、団体を社団法人と組合とに二分することは理論として正当でない<sup>31</sup>としたうえで、団体性の強弱を基準として、団体性の強まったものを社団とし、そうでないものを組合とする<sup>32</sup>。また、松田二郎博士は、組合が当事者間の契約により成立することに着目し、多人数間の組合契約は成立し難いことから、組合と社団との間には質的な違いがあるとされる。すなわち、組合契約においては、すべての契約当事者の間で同一内容の契約が相互に締結されるため、組合員たる契約当事者の人数を $n$ とすると、締結すべき契約の数は、 $n(n-1)/2$ となり、 $n$ が大きくなるにつれて、多数の同じ契約が同時に成立することは困難となる。このような数量の増加は、単に量的増加を意味するにとどまらず、質的变化を伴うため、構成員の少ない団体は契約関係により結合することが可能であるが、構成員の多い団体は、契約関係により結合できず、社団形態をとる<sup>33</sup>。そして、社団においては、構成員はある中心点を通じて多数決により結合する必要が生じ、これが社団の内部関係における機関の誕生であるとされる<sup>34</sup>。

このように、団体を社団と組合に峻別する考え方は、主としてドイツおよび日本に独特の観念形態であり<sup>35</sup>、社団と組合は団体の形態の本質が異なるものであり、組合に関する規定は社団には適用されず、社団に関する規定は組合には適用されない、社団は法人格を付与されるのにふさわしいが、組合はふさわしくない、構成員の責任については、法人格の付与がふさわしい社団には有限責任が、法人格の

27 鈴木（禄）[1993] 6頁〔福地俊雄〕。

28 中舎 [2000] 122頁。

29 中舎 [2000] 123頁。

30 中舎 [2000] 124頁。

31 我妻 [1965] 132～133頁。

32 社団は、社会関係において、団体が全一体として現れ、その構成分子たる個人が全く重要性を失っているものであるのに対し、組合は、社会関係における全一体としての色彩が比較的淡く、その構成員個人の色彩が強く現れるものであるとされる（我妻 [1965] 128頁）。

33 松田 [1942] 122～123頁。

34 松田 [1942] 124頁。

35 鈴木（禄）[1993] 5頁〔福地俊雄〕。

付与がふさわしくない組合には無限責任が妥当する等という命題を導くものであったとされる<sup>36</sup>。

(「組合と社団の峻別論」への批判)

しかしながら、このような伝統的通説に対しては、そもそも社会学的な実体として、団体を社団と組合に区別するのは困難である<sup>37</sup>ことに加えて、民法は社団と組合を異質な団体として区別していない<sup>38</sup>ため、団体の類型として社団と組合を峻別したうえで、演繹的に、「組合に関する規定は社団には適用されず、社団に関する規定は組合には適用されない」といった解釈論を導くのは適当でないとして、反対説<sup>39</sup>が有力に主張されており、「峻別論」をそのまま維持することは困難であると指摘されている<sup>40</sup>。

(「権利能力なき社団」)

上記のとおり、民法は、団体の法律関係を規律するため、法人格を有する法人と法人格を有しない組合に関する規定を用意しているが、その後、法人格を有しない団体についても、社団としての実体を有するものについては組合に関する規定を適用するのは適当でなく、法人に関する規定を適用すべきであるとして、判例・学説により「権利能力なき社団」の理論が展開されることとなった<sup>41</sup>。もっとも、近時は、上記のとおり、「権利能力なき社団」の理論の前提となる「社団と組合の峻別論」自体に疑問が投げかけられ、団体の性格や具体的問題ごとに性質に応じた規定を類推適用することが提唱されるに至っている<sup>42</sup>ほか、中間法人法の制定等の法人法制の整備により、「権利能力なき社団」論の適用領域自体が狭まってきていることから、同理論を今日においてもなお維持すべきかについては、検討を要すると考えられる(詳細は、3章2節イ(口)参照)。

36 福田 [2001] 2頁。

37 例えば、社団は「単一体」とされるが、「単一体」の意味が説明されていないほか、構成員の数も1つの区別の基準ではあっても、人数の多い組合も存在するため、それだけで、社団と組合を区別することはできないとされる(内田 [2000] 216頁)。

38 例えば、民法の規定に即して考えると、組合は、構成員の変更によって、団体の同一性は失われず(同法678～681条)、内部的には多数決原理が支配し(同法670条)、組合財産は相当程度の独立性を有する(同法676～677条)等の点で社団と異なることなく、社団法人と特に異なるのは、団体財産が構成員の共有とされ(同法668条)、構成員の個人財産が団体財産と同順位で直接無限の責任を負い(同法675条)、各構成員が団体の解散請求権を有する(同法683条)程度であるとされる(福地 [1998] 309頁)。また、民法は、組合は組合契約によって成立するとしているだけであり、組合がどのような団体でなければならぬかという規定はないとされる(内田 [2000] 217頁)。

39 星野 [1970a] 247～264頁、内田 [2000] 215～219頁等。この立場からは、現実の団体の性質に応じて、社団に関する規定と組合に関する規定の便宜的適用を認めるべきであるとされ、また、法人格の前提として社団性が要求されているわけではないことや法人格付与が構成員の有限責任を当然に導くものではないことが指摘されている。

40 内田 [2000] 218頁。

41 新美 [1999] 119～120頁。

42 新美 [1999] 120頁。

## (八) 組織法としての法人制度

### (法人制度の意義)

資本主義経済においては、団体が取引主体として登場するため、取引主体となるのに適した団体の内容を法律上明らかにし、取引の安全を図る必要がある。その意味で、法律上、取引主体としてふさわしいと認められた団体が法人であるとされる<sup>43</sup>。法人制度のもとで団体が法人格を取得する意味は、団体が積極的活動を行ううえで、法人の名で行為する（契約し、権利を取得し、訴訟を起こす）ことができるという意味と、取引の結果生じる権利義務の帰属および責任<sup>44</sup>に関して、団体自身の財産ができ、団体の負担した債務は団体に帰属し、構成員には帰属しないという意味に分けて考えることができるとされる<sup>45</sup>。

まず、団体を自然人と同様に法律上の単位（法人格）として取り扱うことは、団体から生ずる法律関係を処理するために便宜であるとされる<sup>46</sup>。また、団体が社会の一単位として活動している限り、その活動の過程で生じる紛争の解決においても一単位として遇されることが望ましく<sup>47</sup>、団体に法人格が与えられれば、外部紛争の規律は極めて簡明となるとされる<sup>48</sup>。さらに、団体の財産の帰属を明確にする意味では、構成員とは別に権利義務の帰属点が必要となり、団体に法人格を与えることで、構成員個人の財産から切り離された独立の団体財産の帰属点を作り出し、これにより、法人自体の債権者に対する排他的責任財産を作り出すとされる<sup>49</sup>。

### (法人と有限責任の関係)

なお、一般に、法人は構成員の有限責任を作り出すといわれるが、例えば、合名会社においては、法人の債務について法人の財産だけでは十分な弁済が得られない場合には、二次的・補充的債務にとどまるとはいえ、各社員が連帯してその弁済の責任を負う（商法80条）等、例外も少なくない。このため、法人格付与の意味は、団体財産の構成員個人の財産からの分離・独立にあり、それを超えて、構成員の有限責任を当然に導くものではないと指摘されている<sup>50</sup>。もっとも、法人財産の分離独立と構成員の有限責任の間には、「**が**」があり、団体債権者の保護が十分に図

43 石田 [1992] 145頁。

44 「責任」とは、債務の支払のために自己の財産から支出しなければならないことを意味するとされる（四宮・能見 [2002] 88頁）。

45 四宮・能見 [2002] 87～88頁。

46 森泉 [1983] 38頁。なお、財団法人については、法人制度は、一定の目的に奉仕すべき財産のための法律上の権利義務の主体をつくるものとされる（森泉 [1983] 39頁）。

47 高橋（宏）[1983] 288頁。内部紛争を巡る訴訟における法人の地位については、見解の対立があるが、法人という法技術は外部紛争の処理で最もよく効用を発揮するものであるが、内部紛争でも処理の簡便化をもたらすと考えれば、法人を被告とすべきことになる（高橋（宏）[1983] 289～290頁）。

48 高橋（宏）[1983] 289頁。

49 星野 [1970a] 270～271頁。

50 星野 [1971] 121頁注1。

られている場合には、団体債権者は構成員の個人財産をあてにする必要はないため、  
「が認められる」という論理的関係があり、構成員の有限責任が認められるためには、  
団体財産の独立性を確実にしなければならないとされている<sup>51</sup>。

## (二) 組織法としての信託制度

### (信託制度の位置付け)

信託は、ある者(委託者)が他の者(受託者)に財産権の移転等の処分を行い、  
一定の目的に従い管理・処分させることにより成立する(信託法1条)。信託は、そ  
の目的に応じて、公益を目的とする公益信託と公益を目的としない信託(私益信託)  
に区別される<sup>52</sup>。

信託が設定されると、信託財産は委託者の責任財産から離脱し、委託者の倒産リ  
スクから遮断されるだけでなく、財産の移転先である受託者の倒産リスクからも遮  
断される点で、目的を限定した法人を設立するのと極めて類似する<sup>53</sup>。このため、  
英米においては、信託が法人制度の代用として広く利用されて発展し、法人格のない  
団体に多く利用されることで法人制度を補充してきたとされる<sup>54, 55</sup>。また、英米  
においては、信託は、法人格付与の代用の機能に加えて、法人格なき団体の財産関  
係を説明するための手段としての役割も果たしてきたとされる<sup>56</sup>。このため、わが  
国においても、法人格なき団体の法律関係について、各構成員を委託者、団体財産  
を信託財産、代表者を受託者とする信託関係として構成することは、法技術的な見  
地からも、法律関係の処理の見地からも効果的であるとする見解もある<sup>57</sup>。

### (事業形態としての信託)

わが国では、信託は主に財産管理の仕組みとして利用されることが想定されてい  
るが、信託は、複数の者が委託者兼受益者となって財産権を受託者に移転すれば、  
共同企業の形態として利用できる<sup>58</sup>。例えば、資産流動化のための「器」として用  
いられる組織形態は、流動化対象資産のオリジネーターからの移転、倒産隔離  
の実現、流動化対象資産に対する投資家の権利の内容に関する比較的自由なアレ

51 四宮・能見 [2002] 89頁。例えば、合名会社は、配当についての規制がなく、会社財産が減少(流出)  
する可能性があり、無限責任中間法人は、団体財産(基金)の確保が義務付けられておらず、団体財産  
の額が十分でないため、有限責任が認められない、と説明される(四宮・能見 [2002] 89頁)。

52 公益信託には、信託法66条以下の規定が適用される。なお、信託については、法人の場合と異なり、営  
利を目的とするか否かという区別は存在せず、営利と非営利の両方を目的とすることも認められる(能  
見 [1999~2002] 199号11頁)。

53 能見 [1999~2002] 200号88頁。

54 森泉 [1955] 110、121頁。

55 その意味では、近代の英国法では、団体や目的財産の法律関係を規律する手段として、法人と信託の両  
制度が、相互に補完しつつ、その機能を合理的に果たしているとされる(富山 [1953] 147頁)。

56 森泉 [1971] 23頁。

57 森泉 [1971] 24頁。

58 神田 [2003b] 3頁。

ンジメントといった要件を満たすことが必要であるが、信託は、これらの要件を満たす<sup>59</sup>ため、特定債権等に係る事業の規制に関する法律（特債法）に基づく特定債権（リース・クレジット債権）の信託や、資産の流動化に関する法律（資産流動化法）に基づく特定目的信託のような資産流動化の「器」として利用されている。また、信託は、貸付信託法に基づく貸付信託や投資信託及び投資法人に関する法律（投信法）に基づく信託型投資信託のような集団的投資スキームの「器」としても広く利用されており、米国においては、いわゆるビジネス・トラスト（business trust）が事業のための法的手段として1世紀以上前から現在に至るまで利用されている<sup>60</sup>（3章1節八（ロ）a（d）参照）。

もっとも、信託は、受益者の権利の保護には優れていても、債権者の保護（公示性等）の点において弱点を含むため、多数の取引関係にたち、債権者保護を基本的な要請とする株式会社等にあっては、信託による代用を認めることはできないという指摘もなされている<sup>61</sup>。また、デラウェア州のビジネス・トラスト法<sup>62</sup>は、受益者および受託者の有限責任性を法定する等により、ビジネス・トラスト形態のデメリットとされていた法的不安定性を除去した<sup>63</sup>ものの、同州法上のビジネス・トラストは、専らSPCや投資会社等の資金・不動産の管理サービスのために利用されており、商業・製造業等の企業にはほとんど利用されていないとされる<sup>64</sup>。

59 神作 [ 2001 ] 61 ~ 62頁。

60 神作 [ 1994a ] 29頁。

61 富山 [ 1953 ] 159頁。

62 Delaware State Code, title 12.

63 米国においては、受託者が受益者に対して負担する債務については、信託財産の限度で履行の責に任ずるが、外部第三者に対しては、受託者の義務違反は原則として信託財産には効果が帰属せず、受託者個人が無限責任を負うのが原則とされていた（角 [ 1993 ] 145 ~ 146頁）。米国における初期のビジネス・トラストが会社組織に代わる企業体として出現しながら伸び悩んだのは、このような受託者の無限責任のためであり、判例により、受託者の責任制限の特約という慣行が確立されるに伴って、ビジネス・トラストが隆盛に転じたとされる（海原 [ 1998 ] 156頁）。また、受託者の責任制限が認められる場合には、ビジネス・トラストの債務が信託財産を超過した場合に、受託者の受益者に対する補償請求権が認められるか、あるいはこれが否定されて受益者が有限責任を享受できるのかについては、判例上、受益者がビジネス・トラストの事業の経営に支配権（control）を有するか否かを基準として受益者の有限責任享受の可否が判断されているとされる（神作 [ 1994a ] 32 ~ 35頁）。

64 Frankel [ 2001 ] 327頁。フランケル（Tamar Frankel）教授は、デラウェア州のビジネス・トラストが専らトラスト・サービス（trust services < 金銭や不動産の管理・処分 >）に利用されている理由として、信託においては、受益者と受託者の信認関係が信託の実質（substance）であるため、信託形態では、組織の形態（form）と信認義務は分離できず、信認義務と信託形態により行う事業に対する規制が背反する場合は、受託者は信認義務を優先しなければならないこと、この点は、信託形態により行う事業として信認義務そのものが求められるトラスト・サービスを行ううえでは問題ないが、商業・製造業等の企業には不向きであり、会社、パートナーシップ等の企業形態が用意されている中では、あえてビジネス・トラスト形態を選択するだけのベネフィットは見出せないことを指摘している（Frankel [ 2001 ] 332 ~ 339頁）。

## ロ．現行の組織形態

### (イ) 分類の視点

現行法は、共同事業を遂行するための組織のフォーマットとして、3章1節イ．で概観した組合、法人および信託の各形態によるさまざまな組織形態を用意しており、これらの組織形態は、法人格の有無、組織の「目的」および組織の債務に対する構成員の責任の態様という視点から分類することができる。

現行の組織形態を法人格の有無により分類した場合、法人格を有する法人形態と、法人格を有しない組合形態（任意組合、中小企業等投資事業有限責任組合、匿名組合）および信託形態がある<sup>65</sup>。このうち、法人形態は、さらに、組織（法人）の目的<sup>66</sup>に応じて、営利法人（株式会社等）、公益法人（社団法人、財団法人等）および講学上の中間法人<sup>67</sup>（中間法人、各種の協同組合等）に分類される。構成員の責任の態様に着目すると、組織の債務に対する責任の限度の観点からは、組織の債務について無制限に責任を負う無限責任の形態と、一定の限度額（例えば、出資額）の範囲内でのみ責任を負う有限責任の形態に分類され、責任の直接性の有無の観点からは、直接に組織の債権者に対して責任を負う直接責任と、組織に対して義務（出資義務）を負うにとどまる間接責任に分けられる。現行法のもとでは、構成員の責任の態様として、直接無限責任、直接有限責任、間接有限責任のみが存在し、間接無限責任は存在しない<sup>68</sup>。すべての構成員が直接無限責任を負うものとしては任意組合や合名会社、一部の構成員が直接無限責任を負い、他の構成員が直接有限責任を負うものとしては中小企業等投資事業有限責任組合や合資会社、すべての構成員が間接有限責任を負うものとしては株式会社や有限会社がある。

以下では、現行の組織形態について、上記の3つの視点（法人格の有無、組織（法人）の目的、構成員の責任の態様）による分類に沿いながら、おのこの私法上の規整の概要<sup>69</sup>を整理したうえで、それらの既存の組織形態を巡る近時の特徴的な動きについて触れることとする。

65 このほか、法人格のない団体が、「権利能力なき社団」または「権利能力なき財団」として、法人に準ずる法的地位を認められる場合がある。詳細は、3章2節イ（ロ）参照。

66 法人の目的としての営利性および公益性の意義については3章2節ロ（イ）参照。

67 中間法人の語は、かねてから、営利、公益のいずれをも目的としない中間目的の法人を総称する語として使用されているが、中間法人法の制定（平成13年）により、新たな組織形態として同法に基づく中間法人（有限責任中間法人および無限責任中間法人）が創設されたため、本報告書では、中間目的の法人一般を、中間法人法上の中間法人と区別する意味で、「講学上の中間法人」と指称することとする。

68 前田（庸）[2003]3頁。

69 各組織形態の税制上の取扱いについては4章1節イ参照。

## (口) 法人形態

### a. 営利法人

#### (a) 人的会社

合名会社および合資会社においては、社員相互の関係でも、会社債権者に対する関係でも、社員の人的個性が重視されるため、人的会社と呼ばれる。社員相互の関係をみると、合名会社の社員および合資会社の無限責任社員の持分の譲渡には他の社員全員の承諾を要する（商法73条、147条）ほか、合資会社の有限責任社員の持分の譲渡についても無限責任社員全員の承諾を要する（同法154条）。また、合名会社のすべての社員および合資会社の無限責任社員は、無限責任を負うことに対応して、原則として業務執行権を有している（同法70条、151条）<sup>70</sup>ほか、財産出資のほかに労務出資や信用出資も認められる（同法68条<組合に関する民法の規定の準用>）<sup>71</sup>。

人的会社は、相互に信頼関係のある少人数の者が共同事業を行うことを想定した組織形態であり<sup>72</sup>、民法上の組合と同様、内部関係については社員の合意により自由に定めることができる（同法68条参照）等、社員間の利害調整のためのルールを柔軟に設計できる点に特色がある<sup>73</sup>。

#### (b) 物的会社

株式会社および有限会社は、その構成員（株主・社員）が出資額を限度とする有限責任を負うにとどまることから、会社債権者に対する関係では、構成員の個性は重視されず、会社財産がどの程度保有されているかが重視されるため、物的会社<sup>74</sup>とよばれる。物的会社では、会社債権者の保護のための責任財産を確保することを目的として、資本制度が設けられている（商法168条ノ4等、有限会社法9条等）ほか、退社に伴う持分の払戻しは認められていない。

構成員の個性は重視されない結果、最高意思決定機関である株主総会・社員総会により選任された取締役<sup>75</sup>が業務を執行する（商法254条、260条1項、有限会社法32条、26条）こととされ、株式会社においては、多数の分散した株主は、自ら経営に参加する能力やインセンティブをもたないのが通常であることから、所有と経営の分離の観点から、株主の資格と取締役の資格は法律上明確に分離されている（商法254条2項）。

70 弥永 [2003] 418頁。

71 例えば、合名会社の社員について会社債権者の強制執行の目的となることができない労務出資や信用出資が認められるのは、社員が無責任を負うため、会社債権者の保護に問題がないためであるとされる（田中・誠）・山村 [1994] 60頁）。

72 上柳・鴻・竹内 [1985] 187頁〔谷川久〕。

73 藤田 [1998b] 44、46頁。

74 前田（庸）[2003] 6～7頁。もっとも、有限会社は、中小規模かつ閉鎖的な企業が予定されているため、会社の内部関係については、ある程度構成員の個性が重視されている（弥永 [2003] 429～431頁）。

75 株式会社においては、3名以上の取締役を要し、取締役会が必置の機関とされている（商法255条、260条1項）が、有限会社においては、取締役は1名で足り（有限会社法25条）取締役会は置かれない。



株式会社は、株式の自由譲渡性（商法204条1項）<sup>76</sup>と有価証券化（同法205条）により公衆から大量の資金を調達できる点で、大企業の形成を可能にする組織形態であり<sup>77</sup>、大規模な公開企業が予定されていることから、取締役会や監査役が必置とされる等、機関が分化しており、機関の間の権限分配や責任について強行的に規整されている点が特徴とされる<sup>78</sup>。これに対し、有限会社は、株式会社の場合よりも社員の地位の譲渡が制約され<sup>79</sup>、中小規模の閉鎖企業が予定されていることから、株式会社と比較して機関は大幅に簡素化され、機関の間の権限分配や責任等についても強行法規が少ない<sup>80</sup>。

### (c) 特定目的会社および投資法人

特定目的会社および投資法人は、それぞれ、資産流動化法および投信法に基づいて設立される営利法人であり、その目的は、資産流動化および会社型投資信託のための「器」としての機能を果たすことに限定されている。すなわち、特定目的会社は、「資産の流動化<sup>81</sup>に係る業務」およびその附帯業務以外の業務を営んではならず（資産流動化法142条）資産の管理および処分にかかる業務は信託会社に委託しなければならない（同法144条）。また、投資法人は、資産の運用以外の行為を営業として行ってはならず（投信法63条1項）資産の運用にかかる業務は、投資信託委託業者に委託しなければならない（同法198条1項）。

## b. 非営利法人

### (a) 公益法人

公益法人とは、民法34条に基づく社団法人および財団法人をいい、その設立には、公益に関するものであること（公益性）、営利を目的としないこと（非営利性）<sup>82</sup>および主務官庁の許可を得ること（許可主義）を要する<sup>83</sup>。社団法人の業務執行は、最高意思決定機関である社員総会の決定に基づいて理事が行い（民法52条、63条）、財団法人の業務執行は、寄附行為に基づいて理事が行う（同法39条、52条）が、監事の設置は任意である（同法58条）ほか、財団法人には社員が存在せず、社

76 ただし、株式の自由譲渡性が前提とされる株式会社においても、例外的に、定款をもって株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨を定めることができることとされている（商法204条1項但書）。

77 藤田 [1998b] 49頁。

78 藤田 [1998b] 48頁。

79 有限会社の場合には、その持分の全部または一部を他の社員に譲渡することは自由であるが、社員でない者に譲渡する場合には、社員総会の承認を要するものとされる（有限会社法19条）。

80 藤田 [1998b] 48～49頁。

81 一連の行為として、資産対応証券の発行等により得られる金銭をもって資産を取得し、これらの資産の管理および処分により得られる金銭をもって資産対応証券等の債務の履行を行うことをいう（資産流動化法2条2項）。

82 役職員、会員、寄付者等の関係者に利益を分配したり、財産を還元したりすることを目的とする事業を行わないことであると解されている（総務省 [2002] 1頁）。

83 設立を許可するか否かを主務官庁の自由裁量に委ねる立法主義（四宮・能見 [2002] 102頁注）。

団法人の社員には理事に対する代表訴訟を提起する権利や帳簿の閲覧請求権が認められていない。これは、公益法人の業務は主務官庁の監督に属し（同法67条1項）、主務官庁は公益法人に対して監督上必要な命令等をなすことができる（同法67条2項、3項）等、公益法人の適正な運営は、主務官庁の監督等によって確保することが前提であるためとされる<sup>84</sup>。

なお、公益法人制度については、許可主義がとられているため法人設立が容易でない、設立許可の要件である公益性の判断基準が明確でない、現存する公益法人の中には公益性の稀薄なものが少なくない、ガバナンス・メカニズムやディスクロージャー制度が整備されていない等という問題が指摘されており<sup>85</sup>、平成14年3月には、NPO法人、中間法人、公益信託、税制等の関連する制度を含めた抜本のかつ体系的な見直しを行い、平成14年度中を目途に「公益法人制度等改革大綱（仮称）」を策定のうえ、平成17年度末を目途に法整備を行う旨の閣議決定<sup>86</sup>がなされた。これを受けて、内閣官房行政改革推進事務局が平成14年8月に「公益法人制度の抜本的改革に向けて（論点整理）」を公表したほか、同年11月には、「公益法人制度の抜本的改革に関する懇談会」が設置され、見直しに向けた議論が進められてきた。この結果、平成15年6月には、法人格と税制上の優遇措置を分離し、公益性の有無にかかわらず準則主義により設立される新たな非営利法人制度の創設等を骨子とする「公益法人制度の抜本的改革に関する基本方針」が閣議決定され、平成16年末までを目途に基本的枠組みを具体化したうえで、平成17年度末までに法制上の措置を講ずることを目指すこととされた<sup>87</sup>。

## (b) 特定非営利活動法人（NPO法人）

特定非営利活動法人（NPO法人）は、特定非営利活動促進法（NPO法＜平成10年3月公布、同年12月施行＞）に基づいて設立される、「特定非営利活動」<sup>88</sup>を行うこ

84 もっとも、行政実務上は、「公益法人の設立許可及び指導監督基準」（平成8年9月閣議決定）に基づき、社団法人および財団法人には監事を置くこととされているほか、財団法人には、理事および監事の選任機関・重要事項の諮問機関として、評議員会を置くこととされている。

85 下記「公益法人制度の抜本的改革に向けて（論点整理）」。

86 「公益法人制度の抜本的改革に向けた取組みについて」。

87 同「基本方針」は、非営利法人制度について、公益性の有無にかかわらず準則主義による設立を認め、ガバナンスについては、同様に準則主義をとる中間法人や営利法人を参考にしつつ検討する、公益性を有する非営利法人に対する優遇措置のあり方については、特別法に基づく法人制度を含めた全体の整合性に留意しつつ、(i) 客観的・明確な公益性の判断基準の法定化、公益性判断主体のあり方、(ii) ガバナンス、残余財産のあり方、情報開示、プライバシーの保護等を含めて検討するとしている。また、非営利法人に対する税制上の措置については、非営利法人制度の更なる具体化にあわせて引き続き検討することとされている。なお、非営利法人制度の設計に当たっては、現行の中間法人制度およびNPO法人制度との法制上の関係を整理することとされている。

88 NPO法別表に掲げる活動（「保健、医療又は福祉の増進を図る活動」「社会教育の推進を図る活動」等、17種類の活動が列挙されている）であって、不特定かつ多数のものの利益の増進に寄与することを目的とするものをいう（同法2条1項）。

とを主たる目的とし、営利を目的としない法人である（同法2条1項、2項）。NPO法人制度は、ボランティア活動等の社会貢献活動を行う団体に簡易・迅速に広く法人格を与える観点から、公益非営利の団体に対して認証主義（同法10条）のもとで法人格を与えるものであるが、公益法人に関する民法の厳しい許可制度に対して、特定の活動分野を選び出し、簡易に法人格を取得できる制度を創設するという理由から、その活動が「特定非営利活動」に限定されている<sup>89</sup>。

NPO法人の業務執行は、最高意思決定機関である社員総会の決定に基づいて理事が行う（同法16条、30条）。NPO法人においては、公益法人に比べ、所轄庁の監督権限は限定されている<sup>90</sup>が、これは、公益法人については、業務の適正な運営の確保が主務官庁の監督に委ねられているのに対し、NPO法人については利害関係人や市民による監視に委ねるべきであるという考え方によるものとされる<sup>91</sup>。

### （c）中間法人

中間法人は、中間法人法（平成13年6月公布、平成14年4月施行）に基づいて設立される、社員に共通する利益を図ることを目的とし、剰余金を社員に分配することを目的としない法人である（同法2条1項）。

同法の制定以前は、公益および営利のいずれをも目的としない団体のための一般的な法人制度が存在しなかったことから、同窓会等の中間目的の団体が法人格を取得できず、いわゆる「権利能力なき社団」にとどまらざるを得ない<sup>92</sup>一方で、公益性の希薄な中間目的の団体が公益法人として設立されてきたという問題点が指摘されていた<sup>93</sup>。このため、中間法人制度は、中間目的の団体に準則主義<sup>94</sup>による法人格取得の途を開くために導入されたものである。中間法人については、「社員に共通する利益を図ることを目的とする」ことが設立要件とされているが、「社員に共通する利益」には、経済的な利益のみならず、精神的な満足を得る等の非経済的な利益も含まれる<sup>95</sup>ことから、非営利団体の大部分をカバーし得る組織形態であるといえる。

89 有馬 [1998] 45頁。

90 例えば、公益法人については、主務官庁はいつでも職権をもって公益法人の業務および財産の状況を検査し（民法67条3項）、監督上必要な命令等をなすことができる（同法67条2項）が、NPO法人については、所轄庁はNPO法人が法令等に違反する疑いがあると認められる相当の理由がある場合に限り、立入検査を行うことができ（NPO法41条1項）、NPO法人が法令等に違反すると認める場合に限り、期限を定めて改善を命じることができる（同法42条）にとどまる。

91 能見 [1998] 23頁。

92 「権利能力なき社団」を巡る問題については3章2節イ（口）参照。

93 相澤ほか [2001] 716号6～7頁。

94 法律の定める組織を備え、一定の手続によって登記したときに法人の成立が認められる設立方式。要件を満たしているか否かは登記に際して形式的審査を受けるが、特定の所管庁による関与がない点で自由度が大きい（四宮・能見 [2002] 103頁）。

95 相澤ほか [2001] 717号32頁。

#### (d) 協同組合

協同組合は、組合員の相互扶助（組合員の事業または生活の助成）を目的とするため、非営利法人ないし講学上の中間法人に分類される。現行法制上、協同組合に関する一般法は存在せず、各種の協同組合が個別の協同組合法に基づき設立されている<sup>96</sup>。このため、協同組合の一般的な定義に関する法律上の規定は存在しないが、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独占禁止法）22条が同法の適用を除外することになっている「組合」（法律の規定に基づいて設立された組合であって、小規模の事業者または消費者の相互扶助を目的とすること、任意に設立され、かつ、組合員が任意に加入しまたは脱退できること、各組合員が平等の議決権を有すること、組合員に対し利益分配を行う場合には、その限度が法令または定款に定められていることの4要件を満たすもの）<sup>97</sup>は協同組合の理念型であり、各協同組合法は、これに合致するか、相当程度接近している団体を協同組合と呼んでいるとされる<sup>98</sup>。協同組合の多く（農業協同組合、漁業協同組合等）は、事業の内容が特定されており（農業協同組合法10条、水産業協同組合法11条等）、共同事業のための一般的な組織形態ではないが、中小企業等協同組合法（中企法）<sup>99</sup>に基づく企業組合については、その事業の内容に制限はないことから（中企法9条の10）、起業者が少額の資本を元に事業を興すための簡易な法人形態の企業体として利用されている<sup>100</sup>。

協同組合の組合員は間接有限責任を負うにとどまる（中企法10条5項等）が、脱退した組合員は持分の全部または一部の払戻しを請求できる（同法20条等）。組合員の持分は、組合の承諾を得なければ譲渡することができない（同法17条1項等）。

96 例えば、中小企業者の組織する各種の組合組織については、中小企業団体の組織に関する法律が基本的性格を有しており（中小企業庁経営支援部組織課 [2001] 23頁）、同法に規定されている組合組織のなかで協同組合組織については、中小企業等協同組合法（中企法）の定めるところによることとされている（中小企業団体の組織に関する法律4条）が、中企法は、すべての協同組合を規律する一般法の地位にあるわけではない。すなわち、農業協同組合、漁業協同組合、水産加工業協同組合、消費生活協同組合等は、それぞれ、農業協同組合法、水産業協同組合法、消費生活協同組合法等の個別の協同組合法により規律されている。

97 独占禁止法22条は、経済的弱者である小規模の事業者または消費者は、相互扶助を目的とする協同組合を組織することによって、初めて同法の理想とする公正かつ自由な競争の競争単位となり得ることを考慮して、これらの要件を備える協同組合の行為については同法の適用を除外することとしたものとされる（上柳 [1960] 2頁、同頁注1）。

98 上柳 [1960] 2頁。

99 同法は、中小規模の商業、工業、鉱業、運送業、サービス業その他の事業を行う者、勤労者その他の者が協同して事業を行うために組織する各種の「中小企業等協同組合」（事業協同組合、事業協同小組合、火災共済協同組合、信用協同組合、協同組合連合会および企業組合）について規定している（同法1条、3条）。

100 最近では、福祉介護、託児所開設、地元特産品の開発、ソフトウェア開発、インターネットを活用したビジネス等さまざまな分野での創業に活用されているとされる（中小企業庁経営支援部組織課 [2001] 8頁）。

業務執行は、最高意思決定機関である総会（または総代会<sup>101</sup>）が選任する理事によって構成される理事会によって行われる（同法35条3項、36条の2等）。

#### (e) 相互会社

相互会社とは、保険業を行うことを目的として、保険業法に基づき設立される保険契約者を社員とする社団をいう（同法2条5項）。相互会社は、保険事業により生じた剰余金を社員に対して分配する（実費原則）ことで、社員に安価な保険を提供することを目的とし、保険業から生じた利益を社員に分配することを目的とするものではないため、非営利法人とされている<sup>102</sup>。

相互会社の社員は、保険料を限度とする間接有限責任を負うにとどまる（同法31条）が、保険関係の消滅等により退社することができ（同法34条1項）、その場合、定款または保険約款の定めるところにより、持分の払戻しを請求することができる（同法35条）。なお、相互会社には、株式会社のような資本制度は存在しないが、事業資金の確保および損失に対する担保を目的とする基金制度が設けられている（同法23条）<sup>103</sup>。もっとも、保険業法の全面改正（平成7年5月公布、平成8年4月施行）により、相互会社に対する法規整と株式会社に対する法規整は接近してきており、これに伴い、上記の相互会社の基本的性格は変容してきている<sup>104</sup>。

#### (f) 士業法人（弁護士法人等）

弁護士、公認会計士、税理士、弁理士といったいわゆる「士業」については、それぞれの業務の根拠法により、当該業務を営むための専門の組織形態として弁護士法人、監査法人、税理士法人、特許業務法人が用意されている。いずれの法人についても、社員資格は当該専門資格を有する者に限定されており、社員は直接無限責任を負い（弁護士法30条の15第1項等）、原則として各社員が法人の業務執行に当たる（同法30条の12等）等、合名会社に準じた法規整がなされている。ただし、弁護

101 総代会は、組合員の総数が多い大規模な協同組合において、総会に代わって設けられる最高意思決定機関であり、組合員のうちから選挙された総代により構成される。例えば、中小企業等協同組合については、組合員の総数が200人を超える組合は、定款の定めるところにより総代会を設けることができる（中企法55条）。

102 平澤 [1996] 22頁。

103 基金は、相互会社の清算手続において、他の債務の弁済の後でなければ払戻しができない（保険業法181条2項）こと等から、株式会社等における資本金と類似の機能を有する（江頭・小林・山下 [1997] 57頁）が、基金の拋出者に議決権等の共益権を付与することはできないと解されており（野津 [1965] 360頁）、この点において資本金と異なる。

104 山下 [1996] 37～38頁。例えば、旧保険業法のもとでは、保険契約者を社員とし、実費原則に基づいて運営されることにかんがみ、社員は会社の事業損失を負担すべきという考え方から、保険金額の削減（旧保険業法46条）や清算時における社員の権利の一般債権者に対する劣後（同法75条）が法定されていたが、これらの条項は上記改正により削除された。また、損失補てん準備金（保険業法54条）等の内部留保制度の整備により実費原則も修正されており、定款により、保険契約者を社員としない旨を定めることも認められている（同法63条1項）。

士法人については、社員の責任の態様につき例外が定められている。すなわち、弁護士法人は、特定の事件（指定事件）について業務を担当する弁護士（指定社員）を指定することができ（同法30条の14第1項）指定がなされた事件については、指定を受けた社員（指定社員）のみが業務を執行する（同法30条の14第2項）反面、指定事件に関し依頼者に対して負担する債務については指定社員のみが直接無限責任を負うこととされている（同法30条の15第4項〈指定制度〉）<sup>105</sup>。

## （八）組合形態

### a. 任意組合

民法上の組合（任意組合）は、各当事者が出資して共同の事業を営むことを約することによって成立する（同法667条1項）。組合財産は総組合員の共有に属し（同法668条）組合員は組合の存続中にその分割を請求できず（同法676条2項）持分を処分しても組合に対抗できない（同法676条1項）等、団体的拘束が課されている<sup>106</sup>が、組合員は、一定の場合には脱退することができ<sup>107</sup>、その場合、持分の払戻しがなされる（同法681条）。組合員は、組合の債務につき、損失分担の割合（組合債権者がそれを知らないときは平等の割合）に応じて、分割・直接無限責任を負い（同法675条）<sup>108</sup>、業務執行は、原則として組合員の過半数により決する（同法670条1項）<sup>109</sup>。

任意組合は、合名会社と同様、相互に信頼関係のある小人数の者が共同事業を行うことを想定した組織形態であり、労務出資や信用出資をすることが可能である（同法667条2項）等、構成員間の利害調整を柔軟に行うことができる点がその特色とされている<sup>110</sup>。

### b. 匿名組合

商法上の匿名組合は、当事者の一方（匿名組合員）が相手方（営業者）の営業のために出資し、営業によって生じる利益から分配を得ることを約することにより成

105 特定の事件の処理を特定の弁護士に任せたいとの依頼者の意向を尊重し、指定事件については指定社員のみが業務執行権限を有することを可能とするとともに、業務執行に関与する余地のなかった社員に責任を負わせるのは酷であることから、指定事件については指定社員のみが無限責任を負うこととするものとされる（黒川・坂田〔2002〕50頁）。

106 このため、組合契約における共有を「合有」と呼び、民法典上の共有と区別することがある（内田〔2000〕385～386頁）。

107 組合員は、組合契約で組合の存続期間を定めていない場合等には原則としていつでも脱退することができ、組合の存続期間を定めている場合であっても、やむを得ない事由があるときは脱退できる（任意脱退〈民法678条〉）。また、組合員は、死亡、破産等により当然に脱退する（非任意脱退〈同法679条〉）。

108 合名会社の社員が連帯して直接無限責任を負う（商法80条）のと異なる。

109 ただし、組合契約によって業務執行者を選任することもでき、その場合には業務執行は業務執行者の過半数により決するが（民法670条2項）組合の常務については、各組合員または各業務執行者が専行できる（同法670条3項）。

110 藤田〔1998b〕44頁。

立する（同法535条）が、匿名組合員が複数の場合、匿名組合契約は営業者と個々の匿名組合員との間に複数成立することになると解されている<sup>111</sup>ため、出資者（匿名組合員）間に契約関係はなく、組合財産も形成されない。業務執行は専ら営業者が行い、匿名組合員は業務執行に関する監視権を有するにとどまる（同法542条）。反面、匿名組合員は営業者の債権者とは直接契約関係にたたないため、有限責任を享受できる<sup>112</sup>。

匿名組合も、合資会社同様、信頼関係のある小人数の者が共同事業を行うことを想定した組織形態であるとされる<sup>113</sup>が、最近では、航空機リース等において、よく利用されているとされる<sup>114</sup>。

### c. 中小企業等投資事業有限責任組合

中小企業等投資事業有限責任組合（有限責任組合）は、中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律（有限責任組合法＜平成10年6月公布、同年11月施行＞）により、主としてベンチャー・キャピタル・ファンドのための組織形態として導入されたものであり、各当事者が出資し、共同で中小企業等に対する投資事業<sup>115</sup>を営むことを約することにより成立する（同法3条1項）。

有限責任組合は、任意組合を基礎としており、組合財産が総組合員の共有に属すること、組合員の組合財産分割請求や持分の処分が制限されていること（同法16条）等、任意組合と同じ性格を有する<sup>116</sup>ものの、最低限1名の無限責任組合員の存在を条件に、有限責任組合員を認める（同法2条2項、9条2項）とともに、債権者保護を図るため、有限責任組合は事業、名称、存続期間、無限責任組合員の氏名等を登記しなければならない（同法17条）ほか、組合財産は純資産額を超えて分配することができないこととされている（同法10条1項）。

## （二）信託形態

わが国では、信託は主に財産管理の仕組みとして利用されることが想定されているが、以下のとおり、事業を行う目的でも利用される場合があり、その意味では、組織形態の一類型であるといえる（例えば、信託は、不動産の流動化や特償法に基

111 服部・星川 [ 1997 ] 125頁 [ 和座一清 ]。

112 神田 [ 2003b ] 2頁。

113 藤田 [ 1998b ] 46頁。

114 神田 [ 2003b ] 2頁。

115 当初は、中小企業等の設立に際して発行する株式の所得および保有等とされていたが、中小企業等が行う新たな事業活動の促進のための中小企業等協同組合法等の一部を改正する法律（中小企業挑戦支援法）による有限責任組合法の一部改正（平成14年11月公布、平成15年2月施行）により、有限会社および企業組合の持分の取得および保有等が加えられた。

116 大井川 [ 1998 ] 53頁。

づくり・クレジット債権の流動化のための「器」として幅広く用いられてきている<sup>117)</sup>。

#### a. 特定目的信託

特定目的信託とは、資産流動化法に基づいて設定される信託で、資産の流動化を行うことを目的とし、かつ、信託契約の締結時において委託者（流動化対象資産の保有者）が有する信託受益権を分割することにより複数の者（投資家）に取得させることを目的とするものをいい（同法2条13項）、委託者から資産流動化計画に基づいて資産の信託を受けた信託会社が受益証券を発行し、当該資産（信託財産）の管理・処分により得られる金銭をもって受益証券にかかる債務を履行する（同法2条2項）<sup>118)</sup>。

#### b. (信託型) 投資信託

(信託型) 投資信託は、投信法に基づいて設定される信託であって、特定の資産に対する投資として運用することを目的とするものをいう（同法2条1～3項）。(信託型) 投資信託には、信託財産を委託者（投資信託委託会社）の指図に基づいて特定の資産に対する投資として運用することを目的とし、かつ、その受益権を分割して複数の者（投資家）に取得させることを目的とする「委託者指図型」（同法2条1項）と、1個の信託約款に基づいて、受託者が複数の委託者（投資家）との間に締結する信託契約により受け入れた金銭を、合同して、委託者の指図に基づかず特定の資産に対する投資として運用することを目的とする「委託者非指図型」（同法2条2項）の2種類がある。

#### c. 公益信託

公益信託は、信託法に基づいて設定される公益を目的とする信託であり（同法66条）その引受については受託者が主務官庁の許可を受けることを要し（同法68条）<sup>119)</sup>、引受後は主務官庁の監督に属する（同法67条）。公益信託制度は、類似の制度である財団法人制度が先行して定着していた等の理由により、永年にわたり実績は皆無であった<sup>120)</sup>が、昭和40年代に公益法人制度の問題点が指摘され、その見直しに向けた動きが進むにつれ、公益信託制度への関心が高まり、昭和52年に初めて設定された。その後、奨学金支給や学術研究に対する助成を目的とするものを中心に、公益信託の設定は順調な増加をみている。

117 山崎 [2001] 78～79頁。

118 特定目的信託制度は、資産流動化法の一部改正（平成12年5月公布、同年11月施行）により導入された。

119 「公益信託の引受け許可審査基準等」（平成6年9月13日公益法人等指導監督連絡会議決定）に基づいた審査が行われている。

120 田中（實）[1985] 55～58頁。



## 八．組織形態を巡る近時の動向

### (イ)「再構成」による新たな組織形態の登場

組織形態を巡る近時の特徴的な動きの1つとして、既存の組織形態の属性を分解したうえで、その一部のみを切り出し、あるいは、異なる属性を組み合わせるかたちで再構成した、新たな組織形態の登場を挙げることができる。例えば、特定目的会社や投資法人は、特別法上の営利法人と位置付けられているが、その実質的な機能は、資産流動化や集团的投資スキーム（投資信託）のための「器」であり、いわば「法人格の部分的な利用」<sup>121</sup>がなされているといえる。また、組合形態においては、構成員が無限責任を負うこととされている<sup>122</sup>が、有限責任組合制度の導入により、無限責任組合員の存在を要するとはいえ、組合形態（構成員の契約的結合）と構成員の有限責任という要素を両立させることが可能となっている。さらに、弁護士法人においては、構成員の無限連帯責任を原則としつつ、担当事件ごとに無限責任を負う社員が変動するという、流動的な有限責任制度が採用されている。

### (ロ) 組織形態間の競争

組織形態を巡る近時の特徴的な動きとして、さらに、特定の共同事業を行うに当たり、基本的に同一の経済的または社会的機能を果たす複数の組織形態からの選択が認められ、いわば「組織形態間の競争」が生じている例が増えていることを指摘することができる。例えば、同一の事業目的のために法人形態と信託形態との競争が生じている例として、資産流動化法上の特定目的会社と特定目的信託、投信法上の会社型投資信託（投資法人）と信託型投資信託、民法上の財団法人と信託法上の公益信託の間の競争が挙げられる。同様に、法人形態と組合形態との競争が生じている例としては、ジョイント・ベンチャーにおける会社方式と組合方式の間の競争が挙げられる。また、このような組織形態間の競争は、米国等においても顕著であり、その例としては、コーポレーションとビジネス・トラストの間の競争や、コーポレーションとLLP（limited liability partnership）、LLCの間の競争が挙げられる。

#### a．法人と信託の競争

##### (a) 特定目的会社と特定目的信託

資産流動化法は、資産流動化の「器」として、特定目的会社と特定目的信託という2つの組織形態を用意している。このうち、特定目的会社は法人形態であるため、組織性が強いのに対し、特定目的信託は、組織性が弱い反面、導管性が強いといっ

121 例えば、特定目的会社については、専ら、特定の資産を所有者の固有資産と切り離し、倒産隔離性を確保するために法人格が利用されているため、限定された目的への法人格の利用が行われているとされる（江頭 [2002] 8～9頁）。

122 ただし、匿名組合においては、匿名組合員の有限責任が認められている（神田 [2003b] 2頁）。

た指摘がなされている<sup>123</sup>が、資産流動化の「器」として、具体的に、どのような法的違いが生ずるのかは、必ずしも明らかでない。なお、実務上は、特定目的会社に比べて特定目的信託の利用実績は極めて少なく<sup>124</sup>、その理由として、税制上の問題<sup>125</sup>や、受託者の有限責任が明らかでないこと等が挙げられている<sup>126</sup>。

#### (b) 会社型投資信託と信託型投資信託

投信法は、集团的投資信託スキームのための「器」として、会社型投資信託（投資法人）と信託型投資信託の2つの組織形態を用意している。両者を比較した場合、ガバナンス・メカニズムを有すること、投資家が間接有限責任を負うことが明定されていること、投資法人債を発行できるため、デット・ファイナンスにバラエティがあること等が会社型投資信託のメリットとして指摘されている<sup>127</sup>が、投信法の一部改正（平成12年5月公布、同年11月施行）により、信託型投資信託についても、投資信託約款の重大な変更につき受益者の異議申述や反対受益者の受益権証券買取請求権が認められる等、一定のガバナンス・メカニズムが設けられた（同法30条4項、30条の2第1項）ほか、投資信託委託会社等にも受益者に対する忠実義務および善管注意義務が課された（同法14条、49条の8）こと等により、会社型投資信託と信託型投資信託に関する法規整は接近してきているといえる。ただし、現行法上は、ファンド運用者（投資信託委託業者）の責任や投資家の集团的意思決定の仕組みといった点については、会社型と信託型の間でなお異なる組織法的規整がなされている<sup>128</sup>。これは、異なる組織法的規整が適用される集团的投資スキームの「器」を併存させ、「器」同士の競争を通じて、より効率的な資産運用の仕組みを実現することを目指すものであるとみることもできよう<sup>129</sup>。しかしながら、ファンド運用者の責任や投資家の集团的意思決定の仕組みといった点について、異なる法規

123 北見 [2001] 46～47頁。

124 杉本（茂）[2001] 106頁。なお、平成15年3月末時点で関東財務局に届出を行っている特定目的会社は170法人。

125 特定目的信託、特定目的会社とも一定の要件（配当可能金額の90%超を配当すること等）を満たせば導管型課税が認められるため、両者の間に税制面で有意な差はないと考えられるが、信託に対する法人税の課税に対応するシステムが構築されていないことが、特定目的信託が利用されない理由の1つとされる（杉本（茂）[2001] 106頁）。

126 杉本（茂）[2001] 106頁。

127 神作 [1999] 45～46頁、諏訪 [2002] 105～106頁。

128 ファンド運用者の責任については、会社型においては、投資信託委託業者は投資法人に対して忠実義務・善管注意義務を負い、投資主は投信委託業者の選任監督義務を根拠に投資法人の役員の責任を追及する（投信法34条の2、99条、104条、109条）ことになるのに対し、信託型においては、投資信託委託業者は投資家（信託受益者）に対して直接忠実義務・善管注意義務を負う（同法14条）ものの、会社型と異なり代表訴訟制度は存在しない（藤田 [2002c] 37頁）。また、投資家の集团的意思決定の仕組みについては、会社型においては投資主総会の議決による投資方針の変更が可能（同法140～142条）であるのに対し、信託型にはこのような集团的意思決定の仕組みが用意されていない（藤田 [2002c] 37頁）。

129 藤田 [2002c] 36頁。

整を併存・競争させる合理性は乏しいと考えられる<sup>130</sup>ため、現行法上の集团的投資スキームの「器」に関する組織法的規整の多様性には再考の余地があると指摘されている<sup>131</sup>。

なお、実務上は、会社型投資信託の利用実績は比較的少なく、信託型投資信託が大半を占めている<sup>132</sup>。

### (c) 財団法人と公益信託

財団法人と公益信託<sup>133</sup>とは、法人と信託という法形式の違いはあるものの、公益を目的とすること、一定の財産が拠出されること、主務官庁の許可により設立（設定）されること等の点において共通し、基本的には、両者の機能は同一とされる<sup>134</sup>が、信託制度に対する社会的認知度が低かったこと、信託会社は公益信託を受託できないとする見解があったこと等から、公益事業を行う組織形態としては、専ら財団法人が用いられてきた<sup>135</sup>。もっとも、両者を比較した場合、公益信託制度には、簡便な設定が可能であること<sup>136</sup>、受託者の責任や財産出捐者および公益活動により利益を受ける者の権利が明確になっていること<sup>137</sup>等の優位性があるとき

130 ファンド運用者の責任については、会社型においては、投資家によるファンド運用者のコントロール権が縮減されるのに対し、信託型においては、投資家による代表訴訟制度が存在しないことから、エンフォースメントの弱さが問題となるため、わざわざ少しずつ欠陥のある「器」同士を競争させることになり得ると指摘されている（藤田 [ 2002c ] 37頁）。また、投資家の集团的意思決定の仕組みについては、もし、投資家の資本多数決による柔軟な投資方針の変更の可能性がメリットと考えられるのであれば、会社型、信託型のいずれにもこれを認めるべきであると指摘されている（藤田 [ 2002c ] 37頁）。

131 藤田 [ 2002c ] 38頁。

132 平成15年4月末時点で関東財務局に登録されている会社型投資信託数は19法人（主として不動産投資信託 < J-REIT > ）。これに対し、平成15年3月末時点での信託型投資信託（公募型）の設定数は2,642件（投資信託協会ホームページ）。

133 平成13年10月1日現在の財団法人数は13,294法人。これに対し、平成14年3月末現在の公益信託の設定数は571件。

134 雨宮 [ 1995 ] 197頁。

135 田中（實）[ 1985 ] 55～58頁。

136 具体的には、財団法人については法人を維持するための経費（事務所設置費や専従職員の人件費等）が必要であるのに対し、公益信託については不要である（雨宮 [ 1995 ] 209頁）。財団法人の設立許可申請は出捐者自身が行うのに対し、公益信託の設定許可申請は受託者が行うため、出捐者にとって簡便である（雨宮 [ 1995 ] 210頁）。財団法人の寄附行為は原則として変更できないのに対し、公益信託の信託契約は、信託行為の当時予見することができなかった特別の事情が生じたときは、信託の本旨に反しない限り、主務官庁がこれを変更することができる（中野 [ 1993 ] 43頁）といった点が挙げられる。

137 具体的には、財団法人の理事は、事務を適切に執行する義務を負うと解されるものの、明文上、忠実義務・善管注意義務は課されていないのに対し、公益信託の受託者には、明文により忠実義務・善管注意義務等や管理失当の場合の財産填補義務等が課されている（中野 [ 1993 ] 41～42頁）。財団法人の活動により利益を受ける者の保護については明文上の規定がないのに対し、公益信託の活動により利益を受ける者を保護するため、信託管理人の設置が認められている（中野 [ 1993 ] 42頁）。財団法人の財産出捐者は法人の活動に関与する権利を有しないのに対し、公益信託の委託者は信託管理人の選任申立て、信託財産に対する執行異議の申立て等を行うことができる（中野 [ 1993 ] 42頁）といった点が挙げられる。

れ、財団法人制度には、一定の場合に主務官庁が設立許可を取り消すことができること、財産給付型の活動だけでなく、事業執行型の活動をも行うことができること等の優位性があるとされる<sup>138</sup>。

#### (d) コーポレーションとビジネス・トラスト（米国）

米国においては、コーポレーションと代替的な組織形態としてビジネス・トラストが用いられるケースが少なくない。ビジネス・トラストとは、信託宣言または書面による証書により設定される信託であって、受託者が受益者のために信託財産を保有し、一定の事業目的のためにそれを管理・処分する権限を有し、受益者に対し譲渡可能な持分証券が発行され、受益者は当該事業の収益および残余財産に対して持分比率に応じた持分を有するものとされる<sup>139</sup>。

コーポレーションと比較した場合のビジネス・トラストの特色は、州会社法や州証券法の規制を免れつつコーポレーションに認められる利益を享受できることにありとされる<sup>140</sup>。しかしながら、ビジネス・トラストにおいては、受益者の有限責任は当然には認められておらず、法的安定性に欠ける<sup>141</sup>ほか、受益者の有限責任が認められる場合には、判例や州ビジネス・トラスト法により、州会社法の規定が適用または類推適用され、上記の特色が減殺されるため、専ら不動産投資信託や土地信託といった特定の事業領域において利用されているとされる<sup>142</sup>。もっとも、デラウェア州等において立法化された制定法上のビジネス・トラスト（statutory business trust）については、受託者および受益者の有限責任が明文で認められている<sup>143</sup>ことから、会社法の規制を免れつつ、コーポレーションに認められる利益を確実に享受できるといえる。

### b. 法人と組合の競争

#### (a) ジョイント・ベンチャー

ジョイント・ベンチャー（合併企業）とは、一般に、複数の企業が共通の事業目

138 中野 [1993] 43頁、雨宮 [1995] 209～211頁。

139 神作 [1994a] 29～30頁。

140 例えば、授權資本を定めることなく、信託宣言によって受益権を増減する権限を受託者に付与できること、合併等の場合に必要の受益者総会の決議要件を会社法より緩和できる等内部ルールを比較的自由に設計できること等が挙げられる（神作 [1994a] 30～31頁）。

141 かつての判例は、ビジネス・トラストの利益に対し受益者が請求権または持分を有する場合には、受益者は無限責任を負うとしており、その後、ビジネス・トラストを一律にパートナーシップとみなし、受益者は当然に無限責任を負うとの考え方を経て、今日では、受益者がビジネス・トラストの事業の経営に支配権を有する場合には、受益者は無限責任を負うとの判例が主流になっているとされる（神作 [1994a] 32～35頁）。

142 神作 [1994a] 37頁。これらの特定の事業領域においてビジネス・トラストが利用されるのは、理論的な必然性によるというより、むしろ、沿革的な理由によるものであると説明されている（神作 [1994a] 37頁）。

143 デラウェア州ビジネス・トラスト法（Delaware Business Trust Act）3803条等。

的の追求のために共同出資により設立する共同事業体をいい、その組織形態には、組合型（典型例は、大規模な建設プロジェクトにおいて頻繁に用いられる建設業共同企業体）と会社型（株式会社等）があるとされる<sup>144</sup>。ジョイント・ベンチャーにおいては、意思決定や利益分配の方法等について出資者間で取決めがなされるのが一般的である<sup>145</sup>ため、組合型には、組合契約に基づき、出資者間の関係を柔軟に定めることができるメリットがあるとされる<sup>146</sup>。これに対し、会社型は、出資企業間の利害対立が生じた場合に、これを調整するための制度や、紛争に発展した場合の処理方法が多く蓄積されているというメリットがあるとされる<sup>147</sup>。

#### (b) コーポレーションとLLP およびLLC（米国）

米国においては、わが国の組合に相当する組織形態としてパートナーシップ（partnership）<sup>148</sup>があり、パートナーシップにおいては、パートナーシップ規約（partnership agreement）によって意思決定や利益分配の方法等の内部ルールを柔軟に設計できるというメリットがある一方、構成員（パートナー）はパートナーシップの債務に対して無限責任を負う<sup>149</sup>。このため、各州の立法により、内部ルールの柔軟な設計というパートナーシップのメリットを維持しつつ、構成員の有限責任を認める組織形態であるLLPやLLCといった新たな組織形態が創設されており、これらの組織形態と株主有限責任を認めるコーポレーションとの間の競争が生じてきている。

まず、LLPは、州パートナーシップ法に基づいて設立されたパートナーシップの一類型であり、一定限度または全面的にパートナーの有限責任が認められている組織形態である。LLPは、1980年代に、パートナーシップ形態をとっていた法律事務所や会計事務所において、一部のパートナーの業務過誤（malpractice）について、直接関与していないパートナーが無限責任を負う結果となったことを受けて、パートナーの有限責任を認めるため、1991年、テキサス州においてはじめて立法化され<sup>150</sup>、現在は、すべての法域のパートナーシップ法においてLLPの設立が認められている。また、LLPに類似する組織形態であるLLCは、州LLC法に基づいて設立され、構成

144 奥島 [1991] 87～88頁。

145 森田（果）[2001～2003] 118巻3号401頁。

146 奥島 [1991] 90頁。

147 奥島 [1991] 90～91頁。

148 複数の者が金銭、労力等を出資して事業を行う契約関係であり、わが国の任意組合や合名会社に相当するとされる（田中（英）[1991] 624頁）。

149 改正統一パートナーシップ法（Revised Uniform Partnership Act）306条（a）項等。

150 同法により、パートナーは、自らの監督または支配下でない他のパートナーの過誤や不作為に基づく債務についてのみ有限責任が認められ（同法6132b-3.08条（2）項）、10万ドルの責任保険への加入が義務付けられている（同法6132b-3.08条（18）項（d）号）。しかし、その後制定された他州の立法においては、すべてのパートナーシップ債務についてパートナーに有限責任が認められ、他方、責任保険への加入義務は緩和または廃止の方向にある。

員の有限責任が認められる組織形態であり、パナマの有限責任会社（limitada）等を参考に、主に石油・ガス開発事業のための組織形態として、1977年、ワイオミング州における立法により初めて認められた。現在では、すべての法域においてLLC法が制定されており、中小規模の企業を中心に、幅広い事業のための組織形態として用いられている。

LLPおよびLLCについては、コーポレーションと同様、その構成員は組織の債務について有限責任を負うにとどまるが、LLPおよびLLCにおいては、機関の間の権限配分、意思決定の方法、出資の方法、利益配当や残余財産配分の基準、持分の譲渡性や解散の事由等につき、組織運営の方法を定める基本文書であるパートナーシップ規約や運営規約（operating agreement）により自由に設計できる<sup>151</sup>点、および、パス・スルー課税を受けられる点に特徴があるとされている<sup>152</sup>。

## （２）法人制度の法的枠組みと法人の目的

### イ．法人制度の法的枠組み

3章1節ロ．においてみたように、共同事業を遂行する組織のフォーマットとしては、さまざまな形態があるが、そのうち各種の会社や協同組合等は法人とされており、各種の法人は、経済活動において、重要な地位を占めている。法人とは、自然人以外のもので法人格（独立した権利能力）を有するものであり、法人制度は、法律関係の処理の容易化のために自然人以外のもを権利義務の帰属主体とする「法技術」とされる<sup>153</sup>。

法人制度の内容は、各国の法制ごとに区々であるが、わが国の法人制度は、法律の規定によってのみ法人の設立を認める法人法定主義を採用したうえで、「営利」、「公益」等といった「目的」別に区分して法人の組織形態を用意している点にその特色がある。

### （イ）法人法定主義の意義

#### （法人法定主義の意義）

民法は、法人は法律の規定によらなければ設立することができないとし、法人法

151 州パートナーシップ法には、これらの事項に関する定めを置かれることが多いが、改正統一パートナーシップ法は、これらの定めは、原則としてデフォルト・ルールであり、パートナーシップ規約によって当事者が自由に変更できる旨、明文により定められている（改正統一パートナーシップ法103条（a）項）。ただし、パートナーシップ規約によっても、パートナーの帳簿閲覧権を不当に制限したり、忠実義務や善管注意義務を不当に軽減することは許されない（同条（b）項）。

152 榎田 [1998] 26巻7号690～691頁、榎田 [1998] 26巻8号799～800頁、Moye [1999] 146頁。なお、一定の要件（株主が75名以下であること、株主が、原則として米国居住者たる自然人であること、および、複数種類の株式を発行していないこと）を満たすコーポレーション（Sコーポレーション）は、LLCと同様、パス・スルー課税を受けることができる（内国歳入法典＜Internal Revenue Code＞1361条b項）が、機関間の権限配分や意思決定の方法を自由に設計することはできない。

153 森泉 [1983] 38頁。

定主義をとることを明らかにしている（同法33条）<sup>154</sup>。法人法定主義は、法律に定めのない法人形態を創設してはならないこと、法定された法人形態に対する規整のうち、強行法規とされるものについては当事者の意思により変更することができないこと、および法定された法人形態の中からの選択は原則として自由であるが団体の目的によって選択の範囲は制限されることを意味するとされる<sup>155</sup>。

法人法定主義のもとで、いかなる要件を満たせば法人を設立することができるかについては、行政庁による関与の深さという観点から、「許可主義」<sup>156</sup>、「認可主義」<sup>157</sup>、「認証主義」<sup>158</sup>、「準則主義」<sup>159</sup>等の立法主義に区分される<sup>160</sup>。わが国においては、法人の種類により適用される立法主義が異なるが、私法上の法人のうち、営利法人については、概ね準則主義が、公益法人ないし非営利法人については、概ね許可主義ないし認証主義が採用されているということが出来る。なお、法人は自然人に比べて観念的な存在であることから、取引の安全のため、原則として、登記によりその存在を公示することが設立の要件とされている（商法57条等）<sup>161</sup>。

#### （法人格と法主体性）

法人法定主義のもとで、どのような団体に対して法人格を付与するかは、各国の法制ごとに大きく異なる。例えば、わが国では、すべての商事会社（合名会社、合資会社、株式会社および有限会社）に対して法人格が付与されているが、ドイツでは、人的会社（合名会社＜offene Handelsgesellschaft＞および合資会社＜Kommanditgesellschaft＞）には法人格はないと解されている。その背景には、社団と組合とを峻別し、法人格は社団たる物的会社（株式会社＜Aktiengesellschaft＞および有限会社＜Gesellschaft mit beschränkter Haftung＞）にのみ付与され、組合たる人的会社には法人格は認められないというドイツ法特有の考え方があるものと考え

154 これに対し、スイス民法のように、法人たる実体を備える団体には当然に法人格を認める立法主義を自由設立主義という（四宮・能見〔2002〕102頁）。なお、わが国においても、旧民法（財産取得編118条1項）は営利法人については自由設立主義を採用していたとされる（星野〔1970b〕115～116頁）。

155 後藤〔1998〕62頁。このため、法人法定主義は、憲法21条1項によって保障されている結社（団体の設立）の自由に対する一定の制約と捉えることができるとされる（後藤〔1998〕60頁）。

156 設立を許可するか否かを主務官庁の自由裁量に委ねる立法主義。民法に基づく公益法人がこれに当たる。

157 法律の定める要件を備えて設立認可の申請がなされれば、主務官庁は必ず認可しなければならないとする立法主義。広義の公益法人の多く（社会福祉法人、学校法人等）がこれに当たる。

158 法律の定める要件を満たしていることにかかる所轄庁の認証を要求する立法主義。広義の公益法人の一部（宗教法人等）およびNPO法人がこれに当たる。

159 法律の定める要件を満たしていることについて形式的な審査のみが行われる立法主義。営利法人たる会社がこれに当たる。

160 四宮・能見〔2002〕102頁注。

161 ただし、公益法人については、主務官庁の許可を得ることにより設立され（民法34条）、登記は対抗要件とされている（同法45条2項）。また、地方自治法に基づく地縁による団体については登記制度が存在せず、市町村長の認可を受け、市町村の地縁団体台帳に記載されることにより設立される（地方自治法施行規則21条2項）。

られる<sup>162</sup>。もっとも、ドイツの人的会社には、「法主体性」が明文により認められている<sup>163</sup>ため、わが国におけるのと異なり、法人格を有しないことが、組合に関する規定が適用される（権利義務の主体とならない）ことを意味するわけではない。このように、ドイツでは、法人格と法主体性は区別されており、前者が法人法定主義から導かれるものであるのに対し、後者は、必ずしも法人制度を前提としていないといえることができる。なお、わが国においても、「日本版LLC」を巡る議論に関連して、民法上の任意組合の延長線上にある組織形態として「登記組合」を創設し、これに「法主体性」を認めるべきであるとする見解<sup>164</sup>が現れている。

## （ロ）法人法定主義の帰結 「権利能力なき社団」論

### a. 「権利能力なき社団」論の概要

法人法定主義のもとでは、団体が法人となるための所定の手続を行わない場合（法人設立手続中の場合や法人となることを希望しない場合）には、必然的に法人格を有しない団体が生じる。また、わが国の現行の法人制度は、組織の「目的」別に組織形態を用意しているため、団体の目的に即した法人制度が用意されていない場合（例えば、中間法人法制定前において、中間目的の団体であって、特別法〈各種協同組合法等〉によっても法人格を取得できなかったもの）にも、法人格を有しない団体が生じることになる。このように、法人法定主義のもとでは、法人格を有しない団体が不可避免的に生じるが、このような団体を法的に規整するに当たり、直ちに組合に関する規定を適用することは適当でない場合があることから、下記のとおり、立法や判例により、法人格を有しない団体のうち一定の要件を満たすものに対して社団法人ないし財団法人と同様の規整を適用する方法による対応が図られてきている。

まず、立法上の対応をみると、代表者・管理人の定めのある「法人でない社団・財団」が訴訟上の当事者能力や特許手続をする能力を有することが明文で認められている（民事訴訟法29条、特許法6条）ほか、租税法上も、「人格のない社団」が課税対象とされる（法人税法3条等）等、多くの法令において、法人に準ずる法律上の地位を認められている<sup>165</sup>。また、判例・通説は、法人格を有しない団体のうち社

162 ただし、ドイツにおいても、1994年の組織変更法（Umwandlungsgesetz）の制定により、従来は認められていなかった人的会社と物的会社との間の組織変更が明文で認められたことを契機として、一方で、組合たる人的会社にも法人格を与えるべきであるという主張がなされ、他方では、物的会社への組織変更が可能ということは、そもそも人的会社は組合ではなく社団であったという主張がなされる等、社団と組合を峻別する考え方はやや流動的なものになってきている（高橋（英）[1999]参照）。

163 例えば、合名会社は、その商号のもとに権利を取得し義務を負い、訴えまたは訴えられることができ、会社財産に対する強制執行は、会社に対する債務名義によってのみ行うことができるとされている（ドイツ商法124条1～2項）。

164 大杉[2002～2003]1649号17頁。

165 このほか、著作権法のように、代表者・管理人の定めのある「法人格を有しない社団・財団」を「法人」とみなしている例（同法2条6項）もある。



団たる実体を備えるものを「権利能力なき社団」と位置付けて、可能な限り、社団法人に関する規定を類推適用すべきであるとしてきた<sup>166</sup>。例えば、判例<sup>167</sup>は、「権利能力なき社団」が成立するためには、団体としての組織を備え、多数決原理によって団体の意思決定が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定していることを要すると判示し、その後も同様の要件のもとで「権利能力なき社団」に該当するか否かを吟味しているとされる<sup>168</sup>。そして判例は、「権利能力なき社団」の権利義務ないし資産は全構成員（社員）に総有的に帰属<sup>169</sup>し、そのため社員は社団財産について当然に持分権または分割請求権を有するものではないとする<sup>170</sup>ほか、「権利能力なき社団」の負債についても全構成員に総有的に帰属し、社員は直接に責任を負わない（社団の総有財産だけが責任財産となる）<sup>171</sup>とし、社団法人と類似した法的効果を認めている。このような「権利能力なき社団」の理論のもとでは、「権利能力なき社団」に対しては、不動産登記上の取扱い<sup>172</sup>といったごく少数の例外はあるものの、法人に限りなく近い法的地位が認められているといえることができる。

#### b. 「権利能力なき社団」の理論に対する批判と今日における意義

もっとも、「権利能力なき社団」の理論に対しては、有力な反対論が主張されている。すなわち、通説は、団体を社団と組合とに峻別する考え方を前提とするが、民法上の社団は、財団と区別される「人の団体」を意味するに過ぎず、組合は、各当事者が出資して共同事業を営む契約により形成される団体を意味するに過ぎないと解するのが起草者意思に即していること<sup>173</sup>、社会学的な見地から団体を社団

166 我妻 [ 1965 ] 133 ~ 134頁。同様に、学説、判例（最判昭和44年11月4日民集23巻11号1951頁）は、一定の目的のために結合した財産であって、寄附者その他特定の個人の財産から分離され、管理機構を備えており、社会生活上独立した実体を有しているものを「権利能力なき財団」とし、財団法人と類似した法的効果を認めている。

167 最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁。

168 林 [ 1994 ] 182頁〔中村成人〕。

169 「総有」とは、団体的色彩の極めて強い共同所有形態であり、各共同所有者は総有財産について持分権を有しないものとされ、「権利能力なき社団」における社員の社団財産に関する権利のほか、入会権（民法294条）がこれに当たるとされる（我妻 [ 1965 ] 133 ~ 134頁、我妻 [ 1952 ] 210頁）。

170 最判昭和32年11月14日民集11巻12号1943頁。

171 最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁。

172 不動産登記に関しては、「権利能力なき社団」自体を名義人とする登記、代表者たる肩書を付した代表者個人名義による登記のいずれも認められていない（昭和23年6月21日民甲第1897号民事局長回答・先例集上834頁、昭和36年7月21日民三発第625号民事局第三課長回答・先例集追588頁）。もっとも、代表者名義であっても、その実質的效果は、法人名義で登記する場合と大きく違うわけではないとされる（江頭 [ 1985 ] 72頁）。なお、「権利能力なき社団」の代表者の債権者が代表者名義で登記されている不動産に仮差押執行を行った事案において、「権利能力なき社団」は登記実務上代表者個人名義で登記する途しか残されていないことを考慮し、代表者個人名義のまま第三者に対抗できると解するのが相当であるとした裁判例（東京地判昭和59年1月19日判時1125巻129頁）がある。

173 星野 [ 1970a ] 254 ~ 256頁。

と組合とに区別することは困難であること<sup>174</sup>から、社団たる要件を定め、これを満たす法人格のない団体に対し、全面的に「権利能力なき社団」としての法的効果を認めるべきではなく、権利義務の主体性、団体の責任財産の分離、構成員の有限責任といった効果ごとに、どのような要件のもとでこれらの効果を認めるかを検討するべきであると指摘されている<sup>175</sup>。また、法人格のない団体に対して社団法人に類似した法的効果を認めるか否かを判断するに当たっては、当該団体の目的（営利目的、中間目的または公益目的か）や、法人格を有していない事情（法人設立中の団体であるのか、団体の目的に即した法人形態が用意されていないため、法人格を得ることができない状況にあるものか等）についても、考慮に入れることが適当であろう。

なお、近時の法人制度の整備によって、「権利能力なき社団」の理論自体の存在意義が問われる可能性があると考えられる。すなわち、かねてより、営利目的団体については、準則主義による簡便な法人格の取得が認められていることから、「権利能力なき社団」の理論を適用する必要はないと指摘されている<sup>176</sup>が、中間法人法の制定等により、中間目的の団体にも準則主義による簡便な法人格の取得が認められたため、これまで同理論の主たる適用対象として念頭に置かれてきた中間目的団体に関する法人制度の不備という問題点はほぼ解消したと考えられる<sup>177</sup>。また、「権利能力なき社団」の理論においては、社団の債務については社団の財産だけが責任財産となり、社員は直接責任を負わないとされてきたが、有限責任中間法人については基金制度が設けられ、常時、300万円以上の基金または代替基金を保有することが要求されているため、「権利能力なき社団」の社員に有限責任が認められるためには、有限責任中間法人並みの責任財産を有することが必要とされる可能性があるといえよう<sup>178</sup>。このため、従来の「権利能力なき社団」の理論が今後ともそのまま維持されるか否かは不透明であると考えられる<sup>179</sup>。

174 星野 [1970a] 248～251頁。

175 星野 [1970a] 279～282頁。

176 後藤 [1998] 62頁。

177 このような観点からみた場合、中間法人法は、中間目的の財団法人を認めていない（中間法人法2条1号参照）ため、「権利能力なき財団」の理論は、なお存在意義を有するとみることでもできるが、現在の公益法人制度改革論議においては、非営利目的の財団法人制度を設けることも検討対象とされている。

178 ただし、中間法人法の制定後においても、預託会員制ゴルフクラブについて、団体の固有の財産がなくとも、団体として、内部的に運営し、対外的に活動するのに必要な収入を得る仕組みが確保され、かつ、その収支を管理する体制が備わっている等の事情から、民事訴訟法29条の「法人でない社団」に当たるとした最高裁判決（平成14年6月7日民集56巻5号899頁）がある。同判決に関する調査官解説は、「事例判決ではあるが、（中略）法人でない社団には、固有の財産は必要ではなく総合考慮の一要素にすぎないことを明らかにした点において、重要な意義を有する」としている（高部 [2002] 106頁）。

179 例えば、中間法人法の制定や今後の新たな非営利法人制度の整備（3章1節ロ（ロ）b（a）参照）によって、団体の「目的」いかんにより法人制度を利用できない場合があることを理由として「権利能力なき社団」の成立を認める必要性は小さくなると考えられる。もっとも、わが国の法人法定主義のもとでは、引続き団体の「目的」によって法人形態の選択の幅は制限される（3章2節イ（イ）参照）ことから、法人制度の利用によっては利用者にとって望ましい組織法上のルールが提供されない場合が生じる可能性は残ると考えられる。このような場合に、当該法人形態を選択しない自由を認める観点から、「権利能力なき社団」の成立をなお認めていく必要があるか否かが問題となろう。

また、「権利能力なき社団」の理論は、社団に対し、民法上の組合に関する規定の適用を避けることを企図していたといえるが、そもそも民法の組合に関する規定は大部分が任意規定であるため、法人格を有しない団体を組合の規定に服させても団体目的の達成に必ずしも支障が生じるわけではないと指摘されている<sup>180</sup>。このため、団体が法人成りを望まない場合には、むしろ、営利・非営利を問わず、組合とみなす（「権利能力なき社団」としての法的効果を生じない）ことが取引の安全・債権者保護の観点から望ましいとの指摘もなされている<sup>181</sup>。

#### （八）法人格の属性

法人であれば通常有する性質を法人格の「属性」とすれば、法人格の属性としては、団体の名において権利を取得し義務を負うことができる、団体の名において訴訟当事者となることができる、団体に対する債務名義によってのみ団体財産に対して強制執行ができる、団体の財産は団体債権者の責任財産となり、構成員の債権者の追及を免れる、構成員の有限責任が認められる等といった点が挙げられるのが通常である<sup>182</sup>（ただし、は、法人制度から当然に導かれるものではない。3章1節イ（八）参照）。法人でない団体と比較した法人制度の実際上の意義を検討するに当たっては、「法人にしか存在せず、法人でない団体には存在しない属性が存在するのか」を検討する必要がある<sup>183</sup>。このような観点からは、法人格に最低限共通する機能としては、その名において権利義務を取得する、訴訟当事者能力、およびその名義の債務についてしか強制執行を受けないという3つの点が挙げられている<sup>184</sup>が、上記のとおり、法人格を有しない「権利能力なき社団」について、訴訟の当事者となることができるという属性も、明文で認められている（民事訴訟法29条）ことに加えて、判例・通説により、団体の責任財産の分離や構成員の有限責任という属性が認められ、「権利能力なき社団」の法的地位が限りなく法人に近づいていることを踏まえると、法人にのみ存在し、「権利能力なき社団」のような法人格を有しない団体には認められない属性はほとんど存在しないといえよう<sup>185</sup>。このため、「権利能力なき社団」の理論を前提とした場合、法人格の存在は、社団であることを主張・立証する負担を省くだけであり、せいぜい権利義務の帰属点をつくる効果を、最も簡明に最も徹底した形で発生させる手段であると指摘されている<sup>186</sup>。

180 鈴木（禄）[1993] 6頁〔福地俊雄〕。

181 森泉 [1994] 209～210頁。

182 上柳 [1980] 1～2頁。

183 江頭 [1985] 57～59頁。

184 江頭 [1985] 72頁。

185 江頭 [1985] 72頁。

186 竹内・弥永 [2001] 40頁。

もっとも、「権利能力なき社団」となる要件は法定されているわけではなく、ある団体が「権利能力なき社団」に当たるか否かは個別の事例ごとに裁判所の判断に委ねられることから、法人でない団体が責任財産の分離や構成員の有限責任といった法人格の属性を認められるか否かについては不確実性が残る（例えば、「権利能力なき社団」の要件を満たさなければ、組合に関する規定が適用される）。「権利能力なき社団」は個別の取引や事案において法人格の属性を認められ得るとどまり、一般的・抽象的に権利義務や財産の帰属主体となるものではない。その意味では、法人格の属性を確実に取得し<sup>187</sup>、登記によりこれを対外的に公示できることが、法人格を取得することの実際上の意義と考えることができ、「権利能力なき社団」の理論が確立した今日においても、なお法人格の取得のニーズが強いことは、その証左であるといえることができる。

また、投資法人のような近時の新たな法人形態の組織は、権利義務や財産の帰属主体となるといった法人格の最も基本的な属性、あるいは、構成員の有限責任といった「法人であれば通常有している属性」を部分的に利用するために、そのための簡易な手段として、法人形態を利用することとしたものであると評価することもできよう。

## ロ．法人の目的

### (イ) 営利性と公益性

3章2節イ．においてみたように、わが国の法人法制においては、法人法定主義のもとで、「営利」、「公益」といった法人の「目的」別に区分して組織形態が設けられている。すなわち、公益を目的とし、かつ、営利を目的としない法人は公益法人（民法34条）、営利を目的とする法人は営利法人（同法35条1項）<sup>188</sup>、営利も公益も目的としない（社員に共通する利益を図り、かつ、営利を目的としない）法人は中間法人（中間法人法2条1号）となり、それぞれの根拠法に基づく法規整を受ける。このため、それぞれの「目的」の意味・内容と、それぞれの「目的」相互の関係が問題となる<sup>189</sup>。

187 竹内・弥永 [2001] 40頁、藤田 [1998b] 37頁。

188 本条は、民事会社（商行為を行うことを業としない会社）に関する規定であり、商事会社（商行為を行うことを業とする会社）については、商法52条以下に規定があるが、民事会社についても、商事会社に関する規定が準用される（民法35条2項）。

189 主要国では、法人の目的を「営利」、「非営利」により区分するのが一般的である。例えば、ドイツでは、社団は営利目的の経済社団（wirtschaftliche Vereine）と、非営利目的の非経済社団（ideale Vereine）とに分類され、フランスでは、民法上の営利組合（société）と対比される「非営利社団契約に関する法律（loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association）」に基づく非営利社団（association）が存在する。なお、ドイツにおいては、経済社団と非経済社団の区別は、社員への利益分配を目的とするか否かではなく、社団の目的が営業か否かによって判断される（法人制度研究会 [1999] 30～31頁）が、フランスにおいては、営利目的と非営利目的の区別は、利益の分配の可否にあるとされる（フランス判例研究会 [1981] 47頁）。

## ( 営利性の内容 )

まず、営利性の内容については、構成員に対して利益を分配することを指すとする説(利益分配基準説)<sup>190</sup>、利潤の獲得を目的として事業活動を行うことを指すとする説(事業目的基準説)<sup>191</sup>および両基準のいずれか一方により営利性が認められれば営利性があるとする説(両基準併用説)<sup>192</sup>が存在するが、今日では、のように、「構成員に対する利益の分配が行われること」を営利性の内容と解するのが一般的である<sup>193</sup>。もっとも、このように解するとしても、構成員に対して分配される利益は事業から稼得されるものであるから、構成員に対して利益の分配を行うことを目的とする法人においては、利潤を獲得できる事業を行うことが当然の前提となっていると考えられる。

営利性の内容をこのように解した場合は、営利法人が構成員に対して利益の分配を行わないことが営利性に反しないか、例えば、株式会社の定款において、「株主に対し利益配当を行わない」旨を定めることが可能かが問題となる<sup>194</sup>。この点については、伝統的には、営利法人たる株式会社においては利益配当が本質的な要請であり、仮にこれを行わない場合は会社解散時の残余財産の分配を待つことになるが、会社が永続する場合<sup>195</sup>は株主は利益の分配にあずかることができなくなることから、利益配当請求権は株主の固有権に属し、これを侵害するような定款の定めは無効であると解されている<sup>196</sup>。しかしながら、利益配当が行われない場合であっても、会社内部に利益が留保されるのであれば、当該利益が株式の価値に反映されるはずであり、株主は株式を譲渡することによりその価値を実現できることから、このような考え方には再考の余地もあると考えられる。ただし、利益配当を行わないうに、会社内部に利益を留保せず、外部に流出させるような定款の定め(例えば、「利益はすべて慈善団体に寄付する」旨の定め)を置くことは、利益を受ける構成員(株主)に対してコントロール権(議決権)を付与するという株式会社制度の枠組みそのものが成り立たなくなることから、認められないと考えられる<sup>197</sup>。

190 松本( 丞)[ 1925 ] 38頁、我妻 [ 1965 ] 137頁、星野 [ 1971 ] 124頁。

191 倉沢 [ 1971 ] 502頁。

192 能見 [ 1997 ] 53頁。

193 四宮・能見 [ 2002 ] 104頁。

194 例えば、米国の証券保管振替機関であるDTC ( Depository Trust Company ) は、株式会社形態であるが、取締役会の決定に基づいて、株主に対する配当は行わず、剰余金は参加者に還元することとしている( 日本証券業協会・証券受渡・決済制度改革懇談会 [ 2000 ] 8頁 )。

195 任意組合の組合員には、組合の解散請求権がある( 民法683条 ) ほか、任意に脱退し、持分の払戻しを受けることができる( 同法678条、681条 ) が、株式会社の株主には、いずれも認められていない。

196 竹内・弥永 [ 2001 ] 649頁。

197 龍田 [ 2003 ] 43頁。

## ( 公益性の内容 )

営利性が、構成員に対する利益の分配に着目するものであるのに対し、公益性は、法人の行う事業に着目し、これが「不特定多数の者の利益を図る」ことを意味すると解されている<sup>198</sup>。しかしながら、法律上は、「祭祀、宗教、慈善、学術、技芸其他公益ニ関スル」(民法34条)とされるのみであり、公益性の内容に踏み込んだ定義がなされていない<sup>199</sup>ため、その具体的な意味合いは曖昧であると指摘されている<sup>200</sup>。また、「不特定多数の者の利益を図る」という点を貫くと、社会的に望ましいと考えられる事業について、公益性がないと判断される可能性もあろう<sup>201</sup>。このため、公益性の内容をより明確化するとともに、具体的な公益性の判断基準の策定に当たっては、社会的に望ましいと考えられる事業を排除しないような、より柔軟な基準を立てることができないかが検討されるべきであると考えられる<sup>202</sup>。

## ( 口 ) 業法等における「公共性」の要請の意義

上記の「営利性」や「公益性」とは別に、法人の行う事業について「公共性」を有するとされる場合がある。例えば、一定の事業については、銀行法に基づく銀行業、電気通信事業法に基づく電気通信事業のように、当該事業を規制する法律(業法)上、明文で「公共性」を有するとされているほか、明文の定めがなくとも、有価証券市場の開設や保管振替業のように、解釈上、「公共性」を有するとされているものが存在する<sup>203</sup>。このため、法人の行う事業の「公共性」の概念は、どのような実質的内容を有するのか、「公共性」は、法人の「目的」といかなる関係に立つのか問題となる。

198 「指導監督基準」(上記脚注84)、我妻[1965]136頁、四宮・能見[2002]104頁。

199 英国では、判例 (Income Tax Special Purposes Commissioners v. Pemsel, A.C. 531, 583 (1891)) により、わが国の公益法人および公益信託に相当するチャリティ (charity) の目的として、「救貧 (relief of poverty)」、 「教育の振興 (advancement of education)」等が具体的に挙げられている。もっとも、これらは今日におけるチャリティの目的を完全にカバーするものではないことから、近年、新たな目的 (保健の増進 < advancement of health >、社会福祉の振興 < social and community advancement > 等) を追加することが検討されている。

200 例えば、公益法人の設立許可審査に際して主務官庁が示してきた公益性の判断をみると、同じく不特定多数の利益を図るための事業であっても、業界団体等は公益性が認定されてきたのに対して、学会等は公益性が否定されてきたとされる (四宮・能見[2002]104頁)。従来の行政実務上は、「不特定多数の利益」というだけではなく、何らかの価値判断が加えられていたとみることができよう。

201 例えば、人間国宝の活動を支援することは、直接不特定多数の者の利益を図るものではないため、公益性がないと判断される可能性があろう。

202 現在の公益法人制度改革 (3章1節口 . (口) b . (a) 参照) においても、新たな非営利法人制度のもとで、非営利法人が公益性を有する場合の優遇措置の在り方について、「公益性の客観的で明確な判断基準の法定化」を含めて検討すべきこととされている (「公益法人制度の抜本的改革に関する基本方針」(平成15年6月))。

203 証券取引法には格別の規定はないが、一般に、有価証券市場は、有価証券の高い流動性の提供等により市場における公正な価格形成を実現するという高度な公共性を有するとされている (金融審議会第一部会 [2000a])。また、株券等の保管及び振替に関する法律 (保管振替法) 上、保管振替業が公共性を有する旨の規定はないが、保管振替業は、国民経済のインフラとして運営されることが求められることから、公共性を有するとされている (日本証券業協会・証券受渡・決済制度改革懇談会 [2000])。

### （公共性の実質的な内容）

まず、公共性の実質的な内容についてみると、例えば、銀行業については、銀行の破綻が生じると連鎖反応により信用秩序の維持に重大な影響を及ぼし得ること、一般公衆である預金者の利益を保護する必要があること、および産業への資金供給機能が経済活動全体に大きな意義を有していることが、「公共性」の根拠とされている<sup>204</sup>。これに対して、有価証券市場の開設については、有価証券の高い流動性の提供により市場における公正な価格形成を実現するという点に加え、市場秩序の維持や詐欺的取引の排除といった投資家保護のための自主規制機能を有する点において公共性を有するとされている<sup>205</sup>が、これに加えて、証券取引所が、上場企業のガバナンスに関するルールを作成する機能を有することがあり<sup>206</sup>、このような機能を有する点においても公共性を有すると捉えることが可能であるように思われる。このように、公共性の実質的な内容は事業によって大きく異なり、その意義を一律に明らかにすることは困難であると考えられる。ただ、あえて、私企業の行う事業に対して公共性が要求される場合の最小限の共通点を考えてみると、それらの事業が何らかの意味で社会的に有用なインフラストラクチャーを提供する事業であって、当該インフラストラクチャーの利用が正当な理由なく制限ないし排除されることは適当でないということが含意されているように思われる。

### （法人の「目的」との関係）

次に、法人の「目的」との関係についてみると、特に、営利法人について、「公共性」が「営利性」と両立するか否かが問題とされることが多い。例えば、近年、資金調達方法の多様化、市場によるガバナンスの強化等を目的として、証券取引所や証券保管振替機関の株式会社が進行している<sup>207</sup>が、その過程において、公共性

204 小山 [ 1995 ] 60～61頁。

205 二上 [ 2001 ] 3～5頁。

206 例えば、米国の州会社法は、一般に、授權資本の範囲内において取締役の新株発行の権限を与えている（デラウェア州一般会社法＜Delaware General Corporation Law＞161条等）が、ニューヨーク証券取引所の上場企業規則（Listed Company Manual）312.03条は、既存株主の議決権の20%以上の新株発行については株主総会決議を要するとしている。また、ロンドン証券取引所は、上場企業に対し、イングランド・ウェールズ公認会計士協会（Institute of Chartered Accountants in England and Wales）による「企業のリスク・マネジメントと内部統制に関するターンブル・ガイダンス（Turnbull Guidance）」（1999年9月公表）の遵守を要求している。

207 従来、証券取引所の組織形態は会員組織とされていたが、証券取引法の一部改正（平成12年12月施行）により、証券会員制法人または株式会社への組織変更が可能となった（改正証券取引法85条）とともに、会員組織（証券会員制法人）から株式会社への組織変更が可能となった（同法101条等）。これを受けて、大阪証券取引所（平成13年4月）、東京証券取引所（平成13年11月）および名古屋証券取引所（平成14年4月）が株式会社に組織変更した。また、従来、保管振替機関は民法上の公益法人でなければならぬとされていたが、保管振替法の一部改正（平成14年4月施行）により、保管振替機関の組織形態は株式会社とされる（同法3条1項）とともに、公益法人形態の保管振替機関から保管振替機関となる株式会社への事業譲渡の特例が設けられた（改正附則4条）。これを受けて、財団法人証券保管振替機構から株式会社証券保管振替機構への事業の全部譲渡が行われた（平成14年6月）。

が要求される有価証券市場の開設や保管振替業を、営利を目的とする株式会社形態により行うことに問題がないかが論議された。また、現在の規制改革を巡る議論においても、株式会社等の営利法人が、医療施設や社会福祉施設といった公共性を有する施設の設置主体として適当か否かが論議の対象となっている<sup>208</sup>。

そもそも、「公共性」は、上記のとおり、法人が営む事業の性質にかかわる概念であり、法人の「目的」とは別の座標軸上に位置するものと考えられるため、「公共性」と「営利性」は、当然に相容れないものではないと考えられる。さらに、競争市場が存在する場合には、「公共性」を有する事業において、「公共性」を犠牲にした事業運営を行えば、顧客を失い、ひいては「営利性」にも反することから、「公共性」を維持することがむしろ営利性の維持につながる可能性もあるといえよう。また、特定の事業に関して公共性を確保する方法としては、設置主体の組織形態の面から特定の組織形態のみを認め、他の組織形態（営利法人等）を認めない方法もあるが、組織形態を制限せずに、業法上の規制（行政庁の監督等）により公共性を確保する方法もあることに留意すべきであろう。

### (3) 組織法の意義と機能(1) 組織の外部との法律関係

#### イ．組織の外部との法律関係と組織法

##### (法律学における理論枠組み)

複数の者が共同の事業のために各種の組織を形成し、当該組織が取引社会において、構成員と独立した取引主体として活動する場合には、組織の外部との法律関係、とりわけ、組織の財産（構成員が共同で所有する財産）を巡る法律関係が問題となる。

組織が、その構成員を離れた独立の主体として活動する場合、組織に権利義務関係を統一的に帰属させ、組織が、その名において財産を取得し、契約を締結し、訴えまたは訴えられることとすることで、全構成員が契約の当事者となったり、全構成員の共有名義で財産を取得・登記する必要性を省き、組織の外部との法律関係の処理を容易にすることができる。例えば、組合においては、業務執行組合員<sup>209</sup>が第三者と契約を締結した場合、当該契約は、組合員全員を本人とする代理の形式となり、その結果、契約の効果は組合員全員に帰属し、その引当てとなる組合の財産も組合員全員に合有的に帰属しなければならないとされる<sup>210</sup>。これに対して、法人格を付与された組織においては、組織がその名において契約当事者となり、財産を取

208 証券取引所、保管振替機関や医療施設、社会福祉施設の株式会社への組織形態の変更に関する議論については、補論2、参照。

209 民法上の組合においては、原則として、個々の組合員が第三者と契約を締結する権限を有するが、組合契約において一部の組合員を業務執行組合員とした場合には、業務執行組合員が第三者との契約締結権限を有する（民法670条）。

210 我妻 [1962] 769頁。



得・登記できる<sup>211</sup>。

また、組織の財産に関しては、まず、複数の者が共同で財産を所有する共同所有関係は、その団体的拘束の強さに応じて、「総有」、「含有」および「共有」に分類される<sup>212</sup>。「総有」<sup>213</sup>は、団体的拘束の最も強い共同所有形態であり、各共同所有者は総有財産について持分権を有しないのに対し、「共有」<sup>214</sup>は、団体的拘束の最も弱い共同所有形態であり、各共同所有者は共有財産について持分権を有し、これを自由に処分できるほか、共有財産の分割を請求できるとされる。そして、両者の中間に位置する「含有」<sup>215</sup>においては、各共同所有者は含有財産について持分権を有するが、持分の処分や含有財産の分割請求は認められない（民法676条）とされる<sup>216</sup>。このうち、「共有」においては、共同所有者の債権者は、共同所有者の持分を差し押さえたうえで、共有財産の分割請求権（民法256条1項）を行使することができ、「含有」においては、共同所有者の債権者は、共同所有者の持分を差し押さえ、共同所有関係から脱退させたうえで、払い戻された持分から弁済を受けることができる<sup>217</sup>ため、共同所有者の債権者は、共同所有財産を引当てにすることができる<sup>218</sup>。これに対し、法人制度のもとでは、法人の財産は直接法人に帰属するため、構成員に対する債権者は、組織の財産を引当てにすることができない。その意味では、法人制度には、組織に、構成員の財産と切り離された組織の財産を帰属させることにより、組織の債権者に対する優先的責任財産を形成する意義があるとされる<sup>219, 220</sup>。このため、英国およびフランスにおいては、法人化（incorporation、personification）とは、団体の財産が構成員の責任財産ではなくなることを意味する

211 もっとも、近時、組合を権利義務の帰属主体として認めるべきとする見解も主張されている。例えば、福田 [ 2001 ] 40頁は、組合においては、組合員が無限責任を負うため、取引の便宜および法律関係の簡便化のために組合に権利主体性を認めても、相手方の保護に欠くことはないため、原則的には、組合の権利主体性を承認すべきであるとする。

212 このほか、特別法に基づく共同所有関係としては、建物の区分所有等に基づく法律（区分所有法）に基づく区分所有がある。

213 「権利能力なき社団」における社員の社団財産に関する権利のほか、民法上の入会権（同法294条）がこれに当たるとされる。

214 民法上の共有（同法249～264条）がこれに当たるとされる。

215 民法上の組合における組合員の組合財産に関する権利がこれに当たるとされる。

216 我妻 [ 1952 ] 210～212頁。

217 内田 [ 2000 ] 229頁。

218 「総有」においては、各共同所有者が共同所有財産に対して持分を有しないため、共同所有関係から脱退しても共同所有財産の分割請求はできないとする見解もあるが、江頭 [ 1985 ] 64、71頁は、「権利能力なき社団」においては、社団の規約が分割請求を認めている場合も考えられること等から、共同所有財産の分割請求はできないという点がすべての「権利能力なき社団」に妥当するかは疑わしく、規約で明示されていない場合は、社団の目的から個別に判断すべきとする。

219 星野 [ 1970a ] 270～271頁、森泉 [ 1983 ] 39頁。ただし、合名会社については、社員の債権者は、社員の持分を差し押さえ、当該社員を退社させたうえで、払い戻された持分から弁済を受けることができる（商法91条）ため、責任財産の分離は完全でない。

220 なお、信託においても、信託財産は、委託者の責任財産から分離され、委託者の個人債権者は、信託財産に直接かかっていくことはできないうえ、受託者の倒産リスクからも遮断されるため、目的を限定した法人の設立と極めて類似すると指摘されている（能見 [ 1999～2002 ] 200号88頁）。

とされる<sup>221</sup>。ただし、構成員の財産が組織の債権者からの追及を免れる点（構成員の有限責任）は、法人制度から当然に導かれるものではなく<sup>222</sup>、個々の法人の性格等を総合的に判断して、個別に有限責任か無限責任かが決定される<sup>223</sup>。

#### （経済学の視点）

経済学の視点からは、企業の外部との法律関係の簡素化は、取引コストの削減に寄与すると説明されている。すなわち、パートナーシップのように、構成員が事業用財産を共同所有する非法人形態の企業においては、企業と第三者との契約関係において、すべての構成員が契約当事者となるため、構成員の変動が生じると、すべての契約を書き換えなければならなくなり、構成員の数が多く、外部との取引も広範かつ長期的なものである場合には、不可避的に膨大な取引コストが発生する。これに対し、企業に法人格ないし法主体性を与え、自然人と同様に、その名において契約の締結等を行う地位を認めることにより、企業と外部の者との間の取引コストを削減することができる<sup>224</sup>。

また、契約的企業観のもとでは、「契約の連鎖（nexus of contracts）」として把握される企業が、実効性をもって活動するためには、企業の名において行った契約の履行を保証する「拘束資産（bonding assets）」が必要であり<sup>225</sup>、法人企業が個人企業と異なる点は、法人においては、企業の資産が、企業の所有者（構成員）や経営者の資産から分離されている点にあるとされる<sup>226</sup>。この意味での「資産分離（asset partitioning）」には、企業がその名において構成員の資産とは分離した資産を所有する段階と、これにより分離された構成員の資産と企業の資産のそれぞれについて債権者に優先権（priorities）を割り当てる段階の2つの段階があり<sup>227</sup>、後者には、企業の債権者に対して、構成員の債権者よりも優先して企業の資産に対する権利を認めるという「積極的な資産分離（affirmative asset partitioning）」の機能と、構成員の債権者に対して、企業の債権者よりも優先して構成員の資産に対する権利を認めるという「防御的な資産分離（defensive asset partitioning）」の機能（その最も強力な形態が構成員の有限責任となる）があるとされる<sup>228</sup>。そして、「積極的な資産分離」の機能により、企業の債権者は構成員の債権者に常に優先するため、企業の債権者にとって、構成員の事業や資産の状況に関するモニタリ

221 星野 [1970a] 268～269頁、森泉 [1983] 39頁。

222 星野 [1970a] 271頁、四宮・能見 [2002] 88頁注。

223 関（英）[2001] 331頁。

224 Iwai [2002] 246～249頁。

225 Hansmann and Kraakman [2000b] 392頁。

226 なお、信託も、法人と同様に、信託財産は、委託者および受託者の債権者の追及を免れることができるという意味で資産分離の機能を有するとされる（森田（果）[2003] 12頁）。

227 Hansmann and Kraakman [2000b] 393頁。

228 Hansmann and Kraakman [2000b] 393～394頁。

ング・コストが節減される<sup>229</sup>ほか、「防衛的な資産分離」の機能により、構成員の債権者にとって、企業の資産に対するモニタリング・コストや構成員相互間のモニタリング・コストが節減できるとされる<sup>230</sup>。

#### ロ．有限責任制度の意義と機能

組織の外部との法律関係においては、組織の財産の独立性に関連して、構成員の責任の態様（無限責任か有限責任か）が問題となる。そして、私的な契約では実現できない組織形態に関する法的ルールの役割の1つとして、不法行為債権者を含むすべての債権者との関係で有限責任をつくりだす点が挙げられている<sup>231</sup>。また、構成員の有限責任が認められる組織に対する法規整においては、有限責任制度の代償として、各種の債権者保護ルールの必要性が説かれることが多い。このため、以下では、有限責任制度の意義と機能について整理したうえで、債権者保護ルールのあり方について検討することとする。

#### （イ）有限責任制度の歴史

##### （有限責任制度の確立の経緯）

出資者（株主）の有限責任は、株式会社の基本的特質の1つとされる<sup>232</sup>が、米国や英国において準則主義に基づく一般的な株式会社制度が発足した当初は、むしろ無限責任制度が原則であり、比例無限責任制度や多重責任制度の時代を経て、今日の有限責任制度が確立するに至っている。

すなわち、米国においては、独立直後の19世紀初頭には、会社は州の立法により与えられる特許状により設立されるものとされていた<sup>233</sup>が、1810年頃から、州務長官に基本定款を提出することのみにより会社の設立を認める準則主義を採用する州会社法が各州で制定されるようになった。これらの州会社法においては、株主は出資額の2倍または3倍といった範囲で会社の債務について責任を負う多重責任制度が一般的であったが<sup>234</sup>、1860年頃までには、ほとんどの州で有限責任制度が定着した<sup>235</sup>。また、英国においては、当初は、株式会社は、国王の勅許状が特別法によってのみ設立が認められていたが、1844年に準則主義による登記法（Registration Act）が制

229 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 398 ~ 403頁。

230 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 423 ~ 427頁。

231 藤田 [ 1998b ] 37頁。

232 神田 [ 2003b ] 13頁、同頁注1、Hansmann and Kraakman [ 2001 ] 440頁は、株式会社の基本的特質の1つとして出資者の有限責任を挙げる。

233 これらの会社については、株主の有限責任が明示的または黙示的に認められていた（大隅 [ 1987 ] 87 ~ 88頁）。

234 ニューヨーク州会社法（1811年制定）、ニュージャージー州会社法（1816年制定）等（関（俊）[ 1995 ] 29頁注11）。

235 関（俊）[ 1995 ] 25、29頁注11。もっとも、カリフォルニア州においては、株主が出資比率に比例して無限責任を負う比例無限責任制度が存続し、1931年に至って有限責任制度に移行した（Weinstein [ 2001 ] 19 ~ 26頁）。

定され、会社登記簿に登録することにより株式会社を設立できるようになった。しかし、同法においては、無限責任制度がとられていたため、投資家から多額の資金を集めることができないと批判されたことから、1855年の有限責任法（Limited Liability Act）の制定により、有限責任制度が確立した<sup>236</sup>。

なお、わが国においては、旧商法による株式会社制度の導入（1890年）当初より、株主の有限責任が認められ（旧商法154条）、現行商法に引き継がれている（商法200条1項）。

#### （近時における有限責任の拡大）

近年、米国および英国においては、新たな有限責任の組織形態が創設されてきており、「有限責任の拡大」<sup>237</sup>とも呼ぶべき傾向が生じている。まず、米国においては、1977年のワイオミング州の立法を契機として、現在は、すべての州において非会社形態（noncorporate）の有限責任の組織形態であるLLCの設立が認められている。また、1991年には、テキサス州のパートナーシップ法改正により、パートナーシップの有する柔軟性およびパス・スルー課税の適用という特徴と有限責任を兼ね備えた組織形態としてパートナーシップの一種であるLLPの設立が認められ、現在は、すべての州のパートナーシップ法によりLLPの設立が認められている。さらに、英国においても、2001年のLLP法の制定により、主として法律事務所や会計事務所により利用されることを念頭に、米国と同様、有限責任とパートナーシップの柔軟性とを兼ね備え、かつ、パス・スルー課税の適用を受ける組織形態として、LLPの設立が認められた。

わが国においても、ベンチャー・キャピタル・ファンド等を想定して、組合員の有限責任を認める有限責任組合制度が導入された（3章1節口（ハ）c.参照）ほか、弁護士事務所を法人化するための弁護士法人制度が導入されたのとあわせて、特定の事件ごとに指定された社員のみが無限責任を負い、他の社員は有限責任を享受できる指定制度が設けられる（3章1節口（ロ）b（f）参照）等、新たな有限責任の組織形態が創設されてきている。さらに、現在、主にベンチャー企業等のための組織形態として、米国のLLCと同様、内部ルールの柔軟性とパス・スルー課税の適用を特徴とする、新たな有限責任の組織形態（いわゆる「日本版LLC」）の創設が検討されている<sup>238</sup>。

236 Diamond [1982] 31～34頁。有限責任法は、最低資本金制度、最低株主数、有限責任の会社であることの表示といった要件を満たすことを条件としていた（Diamond [1982] 33～34頁）。

237 森田（果）[2003] 2頁注5。

238 現在、経済産業省において検討中であり、平成17年度にも見込まれている商法改正に合わせて導入を目指す方針であると報道されている（平成15年3月17日付日本経済新聞朝刊）。詳細は、補論3.参照。

## (ロ) 有限責任制度の理論的根拠

## (法律学における伝統的な説明)

法律学においては、株主有限責任制度の根拠を、「所有と経営の分離」に求める見解(有限責任は、企業組織の複雑化に伴って企業経営の分業が生じ、株主の業務上の活動がゼロにまでなっていることの結果として認められるとする)<sup>239</sup>、資本の集中に求める見解(有限責任は、社会に散在する零細な資金を集めるために適当であるとする)<sup>240</sup>、株主と会社債権者との間のリスク分担に求める見解(有限責任は、企業活動から生ずる損失・危険を会社債権者に転嫁し、社員・債権者間で分担することにより、「社会化」するための制度であるとする)<sup>241</sup>、企業の維持と社会的有用性に求める見解(有限責任の根拠は、企業が社会的に有益であることを考慮して、企業の維持のために企業の確実性を図ることにあるとする)<sup>242</sup>等が主張されている<sup>243</sup>が、これらの学説は対立しているというよりは、各説が相補って株主有限責任原則を一般原則たらしめているといえりと指摘されている<sup>244</sup>。

## (経済学の視点)

経済学の視点からは、有限責任制度においては、株主の負担するリスクが小さく、他の株主の資産保有状況にも依存しないため、経営者の行動や他の株主の資産保有状況をモニターする必要が小さくなる等、株主が、「所有と経営の分離」から生ずるエイジェンシー・コストを削減できることに加えて、会社財産のみが会社債務の引当てとなるため、会社債権者は、個々の株主ではなく、会社財産に特化してモニターすれば足り<sup>245</sup>、会社が倒産した場合にも、多数の株主から個別に債権を回収する必要がないこと<sup>246</sup>から、会社債権者にとってもコストを削減でき、無限責任制度と比較して効率性が高いと指摘される。また、有限責任制度のもとでは、株式の価値が個別の株主の資産保有状況に依存しないため、株式の同質性が保証され、株式市場の成立が可能になることにより、多額の資本を集積することができるというメリットも指摘されている<sup>247</sup>。

239 田中(耕)[1935]29~30頁、松田[1942]540~541頁。

240 河本[1999]36~37頁、森本[1995]29頁。

241 江頭[2002]28頁、同頁注3。

242 田中(誠)[1987]601頁。

243 吉田[1996]233頁、西脇[1990]245~252頁。

244 吉田[1996]239頁。

245 Weinstein[2001]7頁。

246 吉原[1996]15頁。

247 金本・藤田[1998]195頁。

### (閉鎖会社についての妥当性)

もっとも、上記のような有限責任制度の根拠は、閉鎖会社には必ずしも当てはまらないと考えられる。閉鎖会社においては、所有と経営が一致しているため、そもそも株主が経営者の行動をモニターする必要がないこと、株主が少数であるため、他の株主の資産をモニターする必要があるとしても、そのコストは大きくないこと、株主の有限責任を認めたとしても、会社債権者が株主や経営者の個人保証を要求すれば無限責任と何ら変わりがないこと等から、有限責任制度の根拠とされる点は、閉鎖会社には妥当しないと指摘されている<sup>248</sup>。また、資本の集積という観点からみても、閉鎖会社は、不特定多数の一般投資家から株式市場を通じて資金を集める必要性がないことから、株価形成の容易化を通じて多額資本の集積を可能にするという点は妥当しない。このため、有限責任制度と株式会社制度の結びつきは、閉鎖会社については、公開会社と比べ相対的に弱いといえよう。

### (八) 有限責任制度の是非を巡る議論

#### (有限責任制度の弊害)

有限責任制度については、株主と債権者との間の利害調整を歪める、不法行為コストを外部化するといった弊害が指摘されている。

すなわち、有限責任制度のもとでは、企業価値が負債額を上回っている場合は、株主は、負債返済後の残余額を受け取ることから、株主の利益の最大化と企業価値の最大化が一致する(株主には企業価値最大化のインセンティブがある)が、企業価値が負債額を下回る場合には、株主は、企業価値の上下にかかわらず、拠出した資本額以上の負担は求められないことから、むしろ債権者の取り分(債権の実質価値)が企業価値に比例する(株主には企業価値最大化のインセンティブがない)<sup>249</sup>。このため、会社が債務超過に陥っているものの株主が会社のコントロール権を失っていない場合<sup>250</sup>や債務超過に陥る可能性がある場合<sup>251</sup>においては、株主が、債権者の損失負担によって、自らの利益の最大化を図る可能性があると考えられる。例えば、

248 Freedman [2000] 331~332頁。このため、閉鎖会社を念頭に置いた場合には、リスクが高くとも社会的に望ましい企業活動を促進できること、会社債権者の方が株主より高いリスク負担能力を有する場合があることにも有限責任制度の根拠が求められるとされる(江頭[2002] 27~28頁)。

249 金本・藤田[1998] 195~196頁、藤田[2002b] 262号84頁。

250 会社が債務超過に陥った場合は、倒産手続に移行することにより、コントロール権が株主から債権者に移転するはずであるが、会社の財務内容に関する情報の偏在により、債権者による倒産申立てがなされないことがあるとされる(金本・藤田[1998] 197頁)。

251 会社の資産状態がプラスであっても、ある投資行動の結果いかんによっては債務超過に転落する可能性がある場合、当該投資の成功による利益は全面的に株主に帰属する一方、当該投資の失敗による損失は株主のほか債権者もこれを負担することになる(藤田[1997] 19~20頁)。この点は、会社の資産状態が債務超過近傍である場合は特に顕著であるが、そうでない会社であっても、投資行動の結果により債務超過に陥る可能性は常に存在することから、有限責任制度のもとでは一般的に生じ得る問題であると考えられる。

株主の財産は会社債務の引当てとならないことから、株主は、会社の実財産が負債の額に満たなくなるような財産の引き出しを行うことで利益を得ることができる（ただし、現実には法律上の配当規制の存在がこうした行動の可能性を緩和している）<sup>252</sup>ほか、リスクが高い事業が成功した場合の利益は株主が全面的に享受するが、失敗した場合の損失は株主と債権者が共同して負担することから、株主が企業価値の最大化の観点からは最適ではないが、成功した場合の自己の利得の大きい事業を選択する可能性がある<sup>253</sup>とされる。また、有限責任制度のもとでは、会社が引き起こした不法行為のコストは、本来当該コストを負担すべき株主から不法行為債権者に転嫁されるため、不法行為を回避するための投資を行うインセンティブが株主に働かず、むしろ、不法行為を引き起こすリスクの高い危険な事業への過剰な投資を促すことにつながると指摘されている<sup>254</sup>。

有限責任制度については、株主と債権者との間の利害調整を歪める、不法行為コストを外部化するといった弊害が指摘されている。

すなわち、有限責任制度のもとでは、会社が債務超過に陥ると、株主に、会社債権者の不利益となる行動をとるインセンティブが生じるとされる。例えば、株主の財産は会社債務の引当てとならないことから、多額の配当等により会社財産を目減りさせるインセンティブが生じ得るほか、リスクが高い事業が成功した場合には株主が全面的にその利益を享受するが、失敗した場合のリスクは株主と債権者が共同して負担するため、株主に過度のリスク・テイクを行うインセンティブが生じ得ると指摘されている<sup>255</sup>。また、有限責任制度のもとでは、会社が引き起こした不法行為のコストは、本来当該コストを負担すべき株主から不法行為債権者に転嫁されるため、不法行為を回避するための投資を行うインセンティブが株主に働かず、むしろ、不法行為を引き起こすリスクの高い危険な事業への過剰な投資を促すことにつながると指摘されている<sup>256</sup>。

#### （代替的な制度の可能性）

また、有限責任制度の根拠とされている点は、必ずしも有限責任制度によらなければ実現できない性質のものではなく、過去に存在していた比例無限責任制度

252 藤田 [ 1997 ] 21頁。この点は、会社が多額の借入れをした直後に、借入金を含めた全財産を株主に配当し解散したりする例を考えると明らかであると指摘されている（藤田 [ 2002b ] 262号85頁）。

253 藤田 [ 1997 ] 19～20頁、金本・藤田 [ 1998 ] 196～197頁。

254 Hansmann and Kraakman [ 1991 ] 1882～1883頁。

255 藤田 [ 2002b ] 262号85～86頁、藤田 [ 1997 ] 20～21頁。なお、会社が債務超過に陥った場合は、倒産手続に移行することにより、コントロール権が株主から債権者に移転するはずであるが、会社の財務内容に関する情報の偏在により、債権者による倒産申立てがなされないことがある（金本・藤田 [ 1998 ] 197頁）ほか、過度のリスク・テイクは、債務超過の場合に限らず、過少資本の場合にも生じ得ると指摘されている（藤田 [ 2002b ] 262号84頁）。

256 Hansmann and Kraakman [ 1991 ] 1882～1883頁。

(pro rata unlimited liability)<sup>257</sup>や多重責任制度(multiple liability)<sup>258</sup>といった、より程度の弱い責任制限によっても実現可能であると指摘されている<sup>259</sup>。

例えば、近年、米国の学界では、有限責任制度の有する不法行為コストの外部化への対応策として、不法行為債務に限定した比例無限責任制度の採用が提案されている<sup>260</sup>。同制度のもとでは、株主は会社の債務について出資比率に比例した無限責任を負うため、株主に対して、不法行為を回避するための投資を行うインセンティブが働く一方、株主の負うリスクは不法行為債務のうち自らの出資比率の割合に相当する部分だけであり、他の株主の資産保有状況には依存しないため、株主が他の株主の資産保有状況をモニターする必要性の削減、株価形成の容易化といった有限責任制度の根拠とされる点の多くを実現できるうえ、多くの資産を有する者がリスクの大きい会社への投資を回避し、資産の少ない者がそのような会社に積極的に投資するといった投資行動の歪みも生じさせないとされる<sup>261</sup>。しかしながら、当該提案は、米国の学界においても必ずしも説得的なものとして受け止められていないとされ<sup>262</sup>、これに代わって多重責任制度の採用が提案される<sup>263</sup>等、活発な議論が行われている<sup>264</sup>。

257 株主が、会社の債務について出資比率に比例した無限責任を負う制度。例えば、米国・カリフォルニア州では、1931年まで同制度がとられていた。同州の比例無限責任制度については、Weinstein [ 2001 ] を参照。

258 株主が、会社の債務について、例えば、出資額の2倍(二重責任)、3倍(三重責任)といった範囲で責任を負う制度。多重責任制度は、上記のように、19世紀初頭から半ばにかけて、米国のいくつかの州会社法によって採用されていた。また、連邦預金保険制度の導入(1934年)以前の米国では、国法銀行の株主は、国法銀行が破綻した場合、管財人から株式額面額の支払を請求されるという意味での二重責任制度がとられていた。

259 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 427頁。

260 Hansmann and Kraakman [ 1991 ] 1896頁。

261 Hansmann and Kraakman [ 1991 ] 1903 ~ 1909頁。

262 Miller [ 2000 ] 75頁。

263 例えば、ミラー教授は、株主に何らかの責任を負わせる制度としては、多重責任制度が最も有望(viable)であり、実際、かつて国法銀行についてとられていた二重責任制度は、債権額の約半分が株主から回収されたこと、責任を追及されるリスクを恐れた株主の意思に基づき、経営者は過度のリスク・テイクを行わず、多くの銀行が自主的に解散の途を選んだことから、全体に成功であったとする(Miller [ 2000 ] 75 ~ 76頁)。

264 例えば、ハンスマン教授らの提案に対しては、比例無限責任制度のもとでも、海外の株主や零細株主のように、責任追及に大きなコストがかかるため、事実上責任を追及されない株主が生じ、そのような株主と責任を追及され得る株主との間でデリバティブ取引による裁定が行われれば、危険な事業を行う会社の株価は下がらないと考えられること、負債の発行による資金調達のほか、仲介機関に自社の株式を保有する信託を設定させ、当該信託が証券を発行することにより資金調達を行うことも可能であることから、この点からも、危険な事業を行う会社の株価に影響はないと考えられることから、結局、経営者に危険な事業を行わないインセンティブは働かない、といった批判がなされている(Grundfest [ 1992 ] 392 ~ 410頁)。これに対してハンスマン教授らからは、<sup>265</sup>について、法改正により1つの訴訟で零細株主を含む全株主を訴えられるようにする等により、事実上責任を追及されない株主が生じないようにできる、<sup>266</sup>について、専ら責任を回避する目的で資金調達のための信託が設定された場合には真正な信託として扱わないことも考えられる、といった反論がなされている(Hansmann and Kraakman [ 1992 ] 429 ~ 434頁)。



こうした、不法行為コストの外部化に着目した有限責任制度の見直し提案の是非を検討するに当たっては、その前提となる「有限責任制度のもとでは、不法行為のコストが株主から不法行為債権者に転嫁される」という考え方そのものの妥当性についても検討する余地があるように思われる。すなわち、不法行為債務の額が会社の純資産額の範囲にとどまる場合には、不法行為コストは基本的に株主によって負担されるため、不法行為コストの転嫁が生じるのは、不法行為債務の額が会社の純資産額を上回る場合だけである。したがって、会社の純資産額を上回るような大規模な不法行為がどの程度発生し得るのかといった点についても、より立ち入った検討が求められるといえよう。また、不法行為コストの外部化の問題については、法人格否認の法理の一類型としての「過少資本の法理」（事業のリスクに見合った資本が拠出されていない場合に、株主有限責任を否定する法理）等を活用することにより、個別事案ごとに妥当な解決を図っていくことも考えられる<sup>265</sup>。

## （二）有限責任制度の適用の条件

上記のとおり、有限責任制度については、いくつかの弊害が指摘されており、有限責任制度のメリットの享受を認めるに当たっては、その弊害を防止するための制度的な手当てもあわせてなされることが多い。

わが国の現行法制をみると、有限責任を負う構成員のほかに無限責任を負う構成員が存在する組織形態（合資会社、有限責任組合等）においては、無限責任の構成員の存在を登記により公示することが求められていること、有限責任の構成員のみからなる組織形態（株式会社、企業組合等）においては、概ね、財務内容に関する情報の開示<sup>266</sup>が求められ、利益配当や構成員の脱退による持分の払戻しに一定の制限があることが特徴的であり、こうした無限責任の構成員の公示や、財務内容に関する情報開示と財産流出の制限が、有限責任を認めるための一応のメルクマールとなっているようにも見受けられる<sup>267</sup>。もっとも、各種協同組合や相互会社においては、構成員の任意の脱退時に持分の全部または一部の払戻しが認められて

265 米国の判例では、過少資本による株主の責任について、契約債権者と不法行為債権者が区別されており、契約債権者は自らの選択により会社と契約関係に入り、必要ならば株主（親会社）の保証を求めることができるため、契約債権者との関係では過少資本のみでは有限責任は否定されないが、不法行為債権者にはそのような選択権はないため、不法行為債権者との関係では過少資本の証明があれば有限責任が否定されるとされる（青木 [1993] 6~7頁）。

266 ただし、特に中小規模の株式会社については、貸借対照表の公告に関する規定（商法283条4項）が遵守されていないとされる（竹内・金子 [1966] 49~50頁、鈴木（竹）・竹内 [1994] 362頁注5）。

267 例えば、新事業創出促進法の一部改正（平成14年11月公布、平成15年2月施行）により、主務大臣の承認を受けた者が設立する株式会社および有限会社については、設立後5年間は最低資本金（株式会社に於いて1,000万円＜商法168条ノ4＞、有限会社に於いて300万円＜有限会社法9条＞）に関する規定は適用されないこととなったが、債権者保護の観点から、同制度の適用を受ける会社は、営業年度終了後3カ月以内に貸借対照表等の財務内容に関する資料を主務大臣に提出しなければならない（新事業創出促進法10条の11） 配当可能利益は、最低資本金額に相当する資本金を有するものとみなして算定しなければならないとしている（同法10条の12）。

おり<sup>268</sup>、持分払戻の制限は必ずしも有限責任を認めるための必須の条件とはされていない。さらに、この点については、事業の開始に当たりリスクに応じた合理的な出資がなされたうえで、それが維持されていれば足り、当初の出資額がリスクに比べて過大な場合には、その一部を払い戻しても有限責任制度を認める妨げにはならないという指摘がなされている<sup>269</sup>。

また、米国では、州会社法には財務内容の開示に関する規定はなく、証券取引所等に上場している会社（連邦証券取引法の規制が適用される）を除けば、財務内容の開示は義務付けられていない<sup>270</sup>。こうした点からみれば、法律上、財務内容に関する情報開示が義務付けられていることが、有限責任制度を認めるための必須の条件であるとは言いきれないであろう<sup>271</sup>（公示と債権者保護の関係については3章3節八（八）b.参照）。

## 八．債権者保護のためのルールのあり方

### （イ）債権者保護ルールの種類

法は、組織の債権者の保護のため、資本制度、最低資本金制度、過少資本規制、配当規制といったさまざまな債権者保護ルールを定めているが、これらのルールはいくつかの段階に分けて考えられる。会社を例にとると、設立段階では、会社の資本基礎を確実とするため、最低資本金制度が置かれ、かつ、確実な出資の払込みが図られている。また、会社が営業を続けている段階では、財産流出規制（利益配当規制や「隠れた利益処分」の規制）を通じて、資本の維持が図られる<sup>272</sup>。さらに、会社が倒産した段階で、事後的に取締役あるいは株主・社員に何らかの責任を課す制度が考えられる<sup>273</sup>。

このように、債権者保護ルールは、その規制の段階ないし態様の観点から、組織の債務不履行が発生する前の組織の行動に対する規制（事前規制）と、債務不履行が発生した後の処理や責任に関する規制（事後規制）に分けられる<sup>274</sup>。

#### a．事前規制

##### （財産流出規制）

有限責任制度のもとでは、利益の配当や持分の払戻し等により組織の財産を流出させる行為が制限されるのが一般的であり、わが国の株式会社については、資本を

268 例えば、協同組合については、組合員は脱退により持分の払戻しを請求できるとされており（中企法20条1項等）、相互会社については、退社員は権利に属する金額の払戻しを請求することができる（保険業法35条）。

269 江頭 [1985] 74～76頁。

270 並木（俊）・並木（和）[1989] 154～155頁。

271 もっとも、州会社法上の公示制度の不備は、市場経済の徹底している米国では、民間企業（信用調査会社）の活動によって補われていると指摘されている（浜田 [1984] 154頁）。

272 吉原 [1985] 102巻8号1475頁。

273 吉原 [1985] 102巻8号1525頁。

274 以下の分類は、金本・藤田 [1998] 208～210頁による。

基準とした配当規制がなされている<sup>275</sup>ほか、少数の例外<sup>276</sup>を除き、株式の払戻しは認められていない<sup>277</sup>。また、ドイツのように、過大な報酬の支払、無利息の貸付等の形により、社員以外の者には与えなかったであろう利益を社員に与える行為を「隠れた利益処分」と位置付け、利益配当や持分の払戻しと同様に規制する立法例もある（ドイツ株式法57条）。

わが国の会社法における配当規制のように、債務超過に至るかなり前の段階で規制する場合には、会社が過少資本状態に陥ることを防止することで、株主に、会社債権者の不利益となる行動を行うインセンティブが生じないようにするという意義があるとされる<sup>278</sup>。もっとも、財産流出規制に関するルールは、緩すぎると債権者保護ルールとしての役割を果たさない一方、厳しすぎると余剰資本の返還ができなくなり、非効率であるほか、ドイツにおけるような「隠れた利益処分」に対する規制のような包括的な財産流出規制は、規制内容が不明確になりやすいうえ、このような規制が強行法規とされると、あらゆる利益移転が制限されることになるといった問題点が指摘されている<sup>279</sup>。

#### （最低資本金制度）

わが国やEU諸国では、有限責任が認められる組織形態については、最低資本金制度が定められている例が多い<sup>280</sup>。最低資本金制度は、財産流出規制と同様、会社

275 株式会社の利益配当、中間配当および自己株式の取得は、純資産額から資本の額、法定準備金の額等を控除した額を限度として行うことができる（商法290条1項、293条ノ5第3項、210条3項）。

276 合併等における反対株主の買取請求権（商法408条ノ3）等。

277 ただし、協同組合の組合員は、有限責任が認められるにもかかわらず、脱退による持分の払戻しを請求できる（中企法20条等）。これは、協同組合の基本的性格として、脱退の自由が挙げられている（3章1節口（ロ）b（d）参照）ことによるものと考えられ、その意味では、協同組合については、協同組合原則との関係で、債権者保護の要請が後退していると評価することもできよう。なお、協同組合の剰余金の配当には、組合員の事業の利用分量に応じる場合（利用分量配当）と出資額に応じる場合（出資配当）がある（中企法59条2項等）。前者は手数料・使用料等の割戻的な性格を有するものであり、組合の所得の算定上損金算入が認められている（中小企業庁経営支援部組織課〔2001〕323頁）。

278 金本・藤田〔1998〕211～212頁。さらに、本来、配当等の利益移転行為は、それによって債権者に対する弁済ができなくなった場合、債権者取消権（民法424条）により取り消し得る詐害行為のはずであるが、多数の株主への利益移転行為について個別に債権者取消権を行使するには膨大なコストを要することから、利益移転が可能な条件を設定し、これに違反する行為を一律に無効とすることで債権者取消権のエンフォースメントのコストを節減する意義があると指摘されている（金本・藤田〔1998〕211頁）。

279 藤田〔2002b〕263号126頁。

280 例えば、わが国の株式会社の最低資本金は1,000万円（商法168条ノ4）とされている（なお、有限会社の最低資本金は300万円（有限会社法9条））。また、EU（欧州連合）では、加盟国間の会社法の調和を図るため、会社法に関する指令（directive）を累次発出しているが、1976年の第2指令（Council Directive 77/91）6条は、公開有限責任会社（public limited liability companies）につき、最低資本金を25,000ECUとしている（最低資本金額については5年ごとに見直しが行われることとされている）。しかしながら、米国においては、州会社法上、資本制度そのものが廃止されている例が少なくないほか、EU諸国においても、創業・ベンチャーの活性化の観点から最低資本金額を引き下げる議論がなされていることから、近時、わが国においても、「株式会社、有限会社について、最低資本金規制を大幅に引下げ又は廃止すべき」との提言がなされている（中小企業政策審議会企業制度部会「中小企業政策の視点からの新しい会社法制のあり方について」（平成15年5月））。

が過少資本状態となり、株主と債権者との間で利害対立が発生するのを防止する意義があるとされる<sup>281</sup>。また、「資本充実の原則」(資本の額に相当する財産が実際に拠出されなければならないとする原則)に基づく諸規制<sup>282</sup>は、最低資本金制度の潜脱を防止する機能を有する点において、有限責任制度の弊害を防止する制度としての意義を有する可能性がある<sup>283</sup>。

もっとも、最低資本金制度は、会社の設立の際にクリアしなくてはならない拠出財産の最低要件を定めるものではあっても、設立後の会社に一定額以上の実財産が保持されることを担保する機能はない<sup>284</sup>ほか、事業内容や会社の規模にかかわらず一律の規制となっていることから、債権者保護ルールというより、会社形態を選択できる企業規模の規制の意味合いが大きいと指摘されている<sup>285</sup>。

### (強制保険)

さらに、組織の債務について保険への加入を強制する強制保険制度を事前規制の例として挙げることができる。例えば、米国のLLPは、一部のパートナーの業務過誤から生じる債務について他のパートナーの有限責任を認めるため、州パートナーシップ法により導入されたが、その代償として、法律上、業務過誤により依頼者に対して負う債務にかかる保険への加入が義務づけられるのが一般的であった<sup>286</sup>。もっとも、近年、LLPに対する保険加入義務は緩和または廃止の方向にある<sup>287</sup>。

281 金本・藤田 [1998] 214頁。なお、中間法人においては、営利法人と異なり、社員は持分を有しないため、社員と債権者の利害が正面から対立するわけではないが、有限責任中間法人については、債権者保護の観点から基金制度が設けられ、最低基金総額は300万円とされている(中間法人法12条。基金が返還される場合には、返還額に相当する金額が代替基金として積み立てられなければならない。同法67条)。そして、最低基金制度を設けた趣旨は、実質的に営利を目的とする社団を有限責任中間法人として設立することにより、有限会社法の規制を潜脱するといった制度の濫用を防止することにあるとされている(相澤ほか [2001] 718号64頁)。また、特定目的会社については、特定資本の最低額は10万円とされている(資産流動化法19条2項)が、特定目的会社は資産流動化のための「器」に過ぎず、資産流動化以外の実質的な事業を行わないため、債権者を害するおそれがないことから、理論的には、最低資本金制度は不要であると考えられる。

282 例えば、株式発行価額的全額払込み(商法170条1項)、現物出資等に関する検査役調査(同法173条1項等)、発起人の引受担保責任等(同法192条等)、株式払込みについての相殺の禁止(同法200条2項)等。

283 金本・藤田 [1998] 215～216頁。

284 藤田 [2002b] 263号127頁。

285 江頭 [2002] 31頁注3。

286 例えば、カリフォルニア州においては、業務過誤により依頼者に対して負う債務に関し、10万ドルの責任保険への加入義務が定められている(同州パートナーシップ法16956条)。

287 例えば、デラウェア州では、2000年のLLP法改正により、それまで必要とされていた100万ドルの責任保険の付保は不要とされ、新たに定められた分配規制(負債の総額がパートナーシップの財産の公正価値を超えることとなるパートナーへの分配を禁止)によりこれを代替している(大杉 [2001] 188頁)。これは、債権者保護のルールとして、強制保険よりも財産流出規制の方が優れているとの考え方に立ったものとみることでもできよう。

## b. 事後規制

## (株主の責任追及)

事後規制の例としては、会社の法人格が濫用されているか、または形骸化している場合に、「法人格否認の法理」<sup>288</sup>の適用により法人格が否認され、その結果、株主の有限責任が否定される場合が挙げられる。また、米国においては、破産手続において、「衡平的劣後 (equitable subordination) の法理」により、株主たる債権者の会社に対する債権を他の債権や優先株式に劣後させることが認められている<sup>289</sup>。さらに、ドイツにおいては、過少資本の会社について、自己資本の拠出に代わる社員(株主)の貸付を責任資本と同視することにより、貸付金の返還請求権を制限する判例理論が定着しており<sup>290</sup>、有限会社については、有限会社法上こうした取扱いが明文化されている<sup>291、292</sup>。

## (取締役の責任追及)

このほか、取締役の第三者に対する責任に関する規定も、債権者保護のための事後規制として機能する場合がある。例えば、わが国では、取締役が職務を行うにつき悪意または重大な過失があった場合には第三者に対して損害賠償責任を負うこととされている(商法266条ノ3)<sup>293</sup>が、従来、中小規模の会社が倒産した場合、会社

288 わが国においては、最判昭和44年2月27日民集23巻2号511頁がリーディング・ケースとされる。なお、同法理 (piercing the veil of corporate entity) は、主に米国で発展したものであるが、ドイツ等の欧州諸国にも、類似の法理は存在するとされる(江頭[2002]33頁注1)。

289 同法理は、ディーブロック事件 (Taylor v. Standard Gas and Electric Co., 306 U.S. 307 (1939)) において、子会社を過少資本のまま不適切に管理した親会社の当該子会社に対する債権を、当該子会社の破産手続にあたり、優先株主に劣後させる取扱いがなされたことを受けて判例法として形成され、1978年の連邦倒産法 (Federal Bankruptcy Code) 改正により明文化された(510条(c)項)(Espein, Nickles and White [1993] 439 ~ 440頁)。

290 吉原 [1985] 102巻3号433頁。

291 1980年の有限会社法改正により「自己資本拠出に代わる社員貸付 (eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen)」に関する規定(同法32a条、32b条)が設けられている(その後、1999年の新倒産法の施行等を受けて一部改正)。例えば、現行有限会社法32a条は、社員が、会社に対して、通常の商人として自己資本を供与したであろう時点において、これに代えて金銭を貸付けた場合には、当該社員は倒産手続において劣後的倒産債権者としてのみ貸付金の返還を請求できるとする(同条1項)ほか、第三者が社員から担保の提供または保証を受けて貸付を行った場合には、当該第三者は、倒産手続において担保または保証の実行により回収できない部分についてのみ貸付金の返還を請求できるとする(同条2項)。

292 わが国においても、昭和61年の「商法・有限会社法改正試案」(法務省民事局参事官室)において、資本金が一定の金額に満たない株式会社および有限会社について、支配株主または社員が会社に対して有する債権を一般の債権者に劣後させるとの提案がなされたことがある(同試案三 15)。

293 商法266条ノ3に基づく取締役の責任については、取締役の会社に対する任務の懈怠を要件として、債権者に生じた間接損害に関する賠償責任を認めるのが確立した判例であるが、取締役が債権者に対して個人的に責任を負う理論的根拠については、会社の責任財産の維持に求める見解、倒産に関する責任と構成する見解、取締役の債権者に対する信認義務に根拠を求める見解等が主張されている(黒沼[2000]2901~2915頁)。この点、黒沼悦郎教授は、債権者に生じた間接損害に関する賠償責任を認める判例理論を前提にした場合、その根拠は、取締役の信認義務の相手方が、会社の債務超過の時点をもって、株主から債権者に変更される点に求められるとされる(黒沼[2000]2919頁)。

債権者は、同規定に基づき取締役の責任を追及することにより債権回収を図ってきたとされる<sup>294</sup>。

取締役の責任追及に関しては、取締役は責任追及を回避するため、会社の資本の状況や責任保険についてモニターするインセンティブをもち、リスクの高い事業への過剰投資に対する誘因が低下すると指摘されている反面、責任保険等の形で取締役個人のリスクを十分に移転できない場合は、取締役に個人的なリスクを負わせることになり、取締役報酬の高騰や、リスクを伴う事業を行うことを過度に回避する可能性がある<sup>295</sup>と指摘されている<sup>295</sup>。また、会社の経営悪化時において、取締役が債権者の利益を最大化するための行動をとらない可能性がある場合において、それが事前にきちんと認識されるのであれば、債権者に生じ得る損害は信用供与の時点でリスクとして認識され、当該リスクを織り込んだ高めの金利が設定される可能性があり<sup>296</sup>、この点を考慮すると、債権者に取締役の責任追及を認めることは、無用の「棚ぼた」を与えることになると指摘されている<sup>297</sup>。

#### (ロ) 債権者保護ルールの根拠

##### a. 債権者保護ルールの目的

法は、上記(イ)においてみたようなさまざまな債権者保護ルールを定めているが、法が債権者保護ルールを定める目的は、組織と契約関係に入ること等により自発的に債権を取得した債権者(任意債権者)の場合と、会社の不法行為等によりその意思によらずに債権を取得した債権者(非任意債権者)の場合とで分けて考えることができよう。

まず、任意債権者の場合は、会社との契約により、新規借入れ、配当、資産売却等に関する財務制限条項を定めたり、株主の個人保証や担保の提供を求めたりすることによって、いわば「自衛」をすることが期待できる<sup>298</sup>。このため、債権者保護ルールを定める目的は、基本的には、「自衛」のための契約が十分に機能しない事態に備えることにある。例えば、債権者と会社との間で個別に契約を締結するために必要なコスト(弁護士費用や契約内容に関する交渉のための時間等)が生じる、

個別の契約の法的有効性に関する不確実性(裁判所が有効性を認めないリスク)が存在する、個別の契約を強制するコスト(裁判費用や強制に要する時間等)が生じるといった点に対応することにあると考えることができる<sup>299</sup>。これに対し、非任意債権者の場合は、その者にとって、会社と契約しないことを選択する自由も、

294 神田 [2003b] 138頁。

295 Easterbrook and Fischel [1985] 115～116頁。

296 斉藤 [2001～2002] 150巻5号13頁。

297 藤田 [2002b] 263号133頁。

298 ただし、このような意味での債権者の「自衛」が実効性を有するためにはいくつかの前提条件が必要と考えられる。詳細は、3章3節八(ハ)c. 参照。

299 金本・藤田 [1998] 202～204頁。

財務制限条項等により「自衛」する可能性もないため、債権者保護ルールを定める目的は、端的に、前述の有限責任制度の弊害への対応であると考えられる。

現行の債権者保護ルールは、一部の例外を除き、任意債権者と非任意債権者を区別した取扱いを定めていないが、近年、巨額の不法行為債務が問題となるケースが出てきていることを受けて、3章3節ロ（ハ）においてみたように、比例無限責任制度等のように、専ら非任意債権者の保護を目的とした債権者保護ルールが提案されてきている<sup>300</sup>点は注目に値しよう。

#### b. 構成員、業務執行者の責任との関係

わが国では、無限責任を負う構成員が存在する組織形態（任意組合、合名会社、合資会社等）については、上記（イ）においてみたような債権者保護ルールが設けられていないが、すべての構成員に有限責任が認められる組織形態（株式会社、有限会社等）については、財産流出規制や最低資本金制度といった事前規制がなされるのが一般的である。これは、すべての構成員に有限責任が認められる組織形態では、組織の財産のみが債権者の引当てとなるほか、会社構成員と債権者との利害調整を歪めるといった有限責任制度の弊害が顕在化しやすいことによるものと考えられる。例えば、財産流出規制については、無限責任を負う構成員が存在する場合、当該構成員の財産も組織の債務の引当てとなるため、多額の配当等により会社財産を目減りさせるインセンティブが比較的生じにくいのに対し、すべての構成員が有限責任を負う場合、このようなインセンティブが強く生じると考えられる。

また、すべての構成員に有限責任が認められる組織形態については、業務執行者に対する責任追及が認められる場合がある（例えば、株式会社における取締役の第三者責任〈商法266条ノ3〉）。これは、無限責任を負う構成員が存在する組織形態については、業務執行は原則として無限責任を負う構成員が行うため、構成員に対して業務執行者としての責任を追及する必要が乏しいのに対し、すべての構成員に有限責任が認められる組織形態については、構成員の責任を追及できないことから、業務執行者に対する責任追及を認める意義があるためと考えられる。また、監査や計算の公開が十分でない会社については、その代償として、あるいは、監査・公開を行わせるための刺激策として、取締役の経営責任の強化を図ることは十分理由があると指摘されている<sup>301</sup>。ただし、米国において財務制限条項の中に取締役の責任の追及に関する事項が含まれることはほとんどないことからみると、取締役の第三者責任を認めるわが国商法266条ノ3の規定についても、それが取引当事者にとって合理的な債権者保護策であるのかどうか、なお検討する余地があるものと考えられる。

300 わが国においても、昭和61年の「商法・有限会社法改正試案」（法務省民事局参事官室）（上記脚注292）において、資本金が一定の金額に満たない株式会社および有限会社について、支配株主または社員は会社の不法行為債務等に対して直接責任を負うとする提案がなされたことがある（同試案三 14）。

301 吉原 [1985] 102巻8号1528～1529頁。

## (八) 債権者保護ルールのあり方

### a. 資本制度のゆくえ

株式会社や有限会社における資本制度<sup>302</sup>およびその裏付けとなる「資本充実の原則」は、伝統的に、有限責任制度のもとでは、会社財産が会社債権者に対する弁済の唯一の担保となることから、会社債権者を保護するため、会社が一定の金額に相当する財産を保有するための制度とされ<sup>303</sup>、有限責任制度の代償として不可欠な制度であると説明されてきている<sup>304</sup>。しかしながら、債権者保護ルールとしての資本制度については、資本の額が将来発生し得る損失額をカバーするのに適切な額である保証はない、利益配当等以外の形による財産流出行為を規制していない、経営不振による現実の会社財産の減少を阻止できない等という限界が指摘されている<sup>305</sup>。例えば、米国の州会社法においては、伝統的に、資本制度と資本制度に依拠した財産流出規制が定められてきた<sup>306</sup>が、資本制度に依拠した財産流出規制は形骸化し、実効性を失っていると評価されており<sup>307</sup>、資本制度自体を廃止し、資本制度に依拠しない財産流出規制を定める州法<sup>308</sup>も少なくとも<sup>309</sup>、アメリカ法曹協会 (American Bar Association) による模範事業会社法 (Modern Business Corporation Act)<sup>310</sup>

302 資本制度においては、法が一定の金額を資本と定め、その額を公示するとともに、これを会社に確保すべき財産額の基準とされる (吉原 [1985] 102巻3号424頁)。わが国の株式会社についてみると、資本の額は、原則として発行済株式の発行価額の総額とされ (商法284条ノ2第1項)。例外的に、発行価額の2分の1を超えない額は、払込剰余金として資本に組み入れないことができる (同法284条ノ2第2項) が、資本準備金として積み立てなければならない (同法288条ノ2第1項)。また、決算期ごとに利益処分として支出する金額の10分の1以上を、中間配当の際に配当額の10分の1以上を、資本準備金と合計して資本の4分の1に達するまで、利益準備金として積み立てなければならないとされている (同法288条)。

303 鈴木 (竹)・竹内 [1994] 25~26頁。

304 森本 [2003] 169頁。

305 吉原 [1985] 102巻3号425~426頁。

306 例えば、剰余金が存する場合に配当を認める州法 (剰余金テスト <surplus test> と呼ばれる。ニューヨーク州法等) や、剰余金が存する場合のほか、剰余金が存しなくても当期または前期の利益額の範囲内で配当を認める (ただし、資本が毀損される場合は認められない) 州法 (剰余金・当座利益テスト <surplus/nimble profit test> と呼ばれる。デラウェア州法等) 等がある (太田 [2001] 31頁)。

307 例えば、低額面株式や無額面株式が一般的であり、発行価額のほとんどの部分が資本の額に組み込まれないこと、現物出資に関する検査役調査制度のような新株発行時の資本充実を担保する仕組みが存在しないこと、資本減少に関する規制が緩やかであるため、減資剰余金による配当をなし得ること、判例上、未実現の評価益からの配当が許容される場合があったこと等によるものとされる (伊藤 (靖) [2001] 11~13頁、吉原 [1985] 102巻3号460~467頁)。

308 例えば、カリフォルニア州法では、1975年の会社法改正の際、法定資本制度を廃止し、配当規制として、留保利益基準 (留保利益の範囲内) と財務状態基準 (配当後の総資産額が総負債額の1.25倍以上、かつ、流動資産額が流動負債額以上) とを選択的な基準としたうえで、支払不能基準 (配当の支払により支払不能とならない) を適用している (同州会社法500~501条) (吉原 [1985] 102巻3号471~477頁)。

309 1993年12月時点において、資本制度が廃止されている州は26州に上るとされる (安藤 [1998] 5頁)。

310 模範会社法 (1950年に公表を開始) は、デラウェア州会社法に次いで各州の会社法に大きな影響を与えているとされる (ハミルトン [1999] 23頁)。



においても、1980年の改正により資本制度が廃止されている<sup>311</sup>。

わが国においては、資本制度およびこれに依拠した財産流出規制という枠組みは維持されているが、近時の商法改正により、債権者保護のための資本制度等にも揺らぎがみられると指摘されている<sup>312</sup>ほか、長期的な課題として、財務制限条項等による債権者の「自衛」や、倒産手続における債権者保護をより重視し、債権者保護ルールとしての資本制度については廃止も視野に入れた議論が行われるべきであるとする見解<sup>313</sup>もみられる。また、わが国と同様、伝統的な資本制度を維持してきたEUにおいても、米国のように法定資本の概念を廃止して、これに代わる債権者保護のスキーム（ソルベンシー・テスト）を導入する方向で資本制度の改革が検討されており<sup>314</sup>、わが国においても、資本制度について今後大きな見直しが行われる可能性がある<sup>315</sup>と指摘されている<sup>315</sup>。このように、資本制度については、より実効的な債権者保護ルールを構築する観点から、制度の要否、あり方等について検討すべき時期にきているといえよう。

#### b. 公示と債権者保護

有限責任制度のもとでは、全構成員が有限責任を負う組織形態の場合は、構成員の有限責任性および組織の財務内容を、無限責任を負う構成員が存在する組織形態の場合は無限責任を負う組合員の氏名等を、登記等により公示することが要求されている。例えば、に該当する株式会社については、会社債権者の財務諸表等の閲覧請求権が認められている（商法282条2項等）ほか、貸借対照表の公告（同法283条4項）が義務付けられ、に該当する有限責任組合については、組合の事業、名称、無限責任組合員の氏名または名称、組合員数等を登記しなければならず（有限責任組合法17条）、当該登記を行わない限り、有限責任組合であることを善意の

311 アメリカ法曹協会・会社法委員会は、従来の資本制度は、「今日では、劣後的株主に対する支払から、債権者及び優先的株主を保護する本来の目的に役立っており、しかも、それらが株主に対してある保護を与えると株主が考える限りにおいて、株主を誤解に導くおそれがある」とし、「このような事実にもとづいて、会社法委員会は、模範法の会計規定の根本的改正の一部として、規定資本と株金額の強行法規的概念（mandatory concepts）を削除することとした。」と説明している（並木（俊）[1980] 277～278頁）。

312 この点は、平成11年の商法改正により導入された株式交換制度が、現物出資の要素があり、資産の再評価を認めているにもかかわらず、検査役調査を要求していない等、会社設立や新株発行における現物出資、事後設立等の際の検査役による調査の忌避、およびそれを経ない会社資産の再評価の許容に、明確に現れているとされる（岩原[2000] 7頁）。なお、平成13年の商法改正（平成13年6月公布、同年10月施行）においても、自己株式取得・保有にかかる規制が緩和されている（商法210条以下）ほか、利益準備金の積立所要額の低減（同法288条）、法定準備金（資本準備金および利益準備金）の減少の容認（同法289条2項）、資本金または資本準備金の減少による差益の用途の拡大（「その他資本剰余金」として配当可能利益に含まれるほか、自己株式取得の財源とすることができる。商法210条4項、290条1項、293条ノ5第3項、商法施行規則89条）等、資本制度にかかる規制の一部が緩和されている。

313 伊藤（靖）[2001] 15頁。

314 その概要については、「EUにおける会社法“現代化”の動き」（商事法務1651号115頁）を参照。

315 神田[2003a] 54頁。黒沼[2002] 215頁は、わが国においても、資本概念の柔軟化と債権者保護の放棄が検討の対象になり得るとしている。

第三者に対抗できない（同法4条1項）<sup>316</sup>。

仮に、財産流出規制等の法律上の債権者保護ルールが存在しない場合には、債権者は、組織との契約上、自衛のための契約条項（配当制限条項等）を設けると考えられるが、組織の構成員の責任の態様等により契約条項の内容は変わり得るため、事前に責任の態様が公示されていることが重要であると考えられる。その意味では、有限責任制度のもとで公示が要求されるのは、第三者に財産状況等を知らせることにより、取引関係に入るか否か、入るとした場合、財務制限条項等により債権者としての「自衛」を図る必要があるか否かを判断できるようにするためであると考えられる<sup>317</sup>。また、公示制度は、利害関係人に情報入手の便宜をはかることにより、取引の安全を確保する機能を有するとされるが、組織と利害関係人の情報ギャップが大きくなれば、交渉における当事者間の対等性が確保されないこと等により、公正な取引が行われなくなるおそれがあるため、取引の安全にとどまらず、取引の公正をはかるための情報開示が求められると指摘されている<sup>318</sup>。このため、公示ないし情報開示に関する法規整は、債権者を含む組織の利害関係人の保護の観点から重要な位置を占めており、取引の安全や公正の確保の観点から、その充実を図るのが望ましい方向性であるといえよう。

### c. 債権者の「自衛」論とその評価

米国においては、公示を前提として、有限責任制度の弊害への対処は専ら債権者の「自衛」に委ね、法による債権者保護ルールの役割を限定すべきであるという考え方が強い。実際、米国の公開会社の場合、交渉力を有する契約債権者は、連邦証券法に基づき開示される財務情報に依拠して、契約上、財務制限条項を置くのが通常であり<sup>319</sup>、これにより交渉力のない他の債権者もその恩恵を受けるというメカニズムが成り立っていると考えられる。また、債権者保護ルールが大幅に緩和されている法制のもとでも、例えば、法人格の濫用がある場合には法人格の否認の法理を適用すること等により、個別の事案ごとに妥当な解決が図られている。

このような考え方を推し進めれば、組織の財産状況等の公示がなされていれば、債権者は「自衛」を図ることができるため、配当規制、最低資本金制度等の債権者保護ルールは必要ないといえるかが問題となる<sup>320</sup>。この点については、開示制度に

316 通商産業省中小企業庁振興課 [1998] 9～10頁。

317 また、会社と継続的な取引関係を有する者ないしはこれから取引関係に入ろうとする者にとって会社の経営状況につき情報を得ることは極めて重要であるため、計算の明確化と開示は、ある程度、有限責任制度の代償措置をなすとされる（吉原 [1985] 102巻8号1526頁）。

318 浜田 [1984] 139～140頁。

319 金融機関や社債権者、優先株主は、貸付契約や社債・優先株の証書に種々の財務制限条項（資産処分制限条項、追加債務負担制限条項、配当制限条項等）を置くことで、自己防衛を図っており、実務上、配当規制のほとんどは、制定法によるものというよりは契約によるものであるとされる（伊藤 [靖] [2001] 14頁）。

320 わが国においても、会社法上の債権者保護の規制を緩和し、契約等による「自衛」に委ねるべきであるという思想が強まっていると指摘されている（岩原 [2000] 7頁）。

よる債権者保護は、債権者が取引相手を自由に選択できることが保証されてはじめて十分に機能するが、多くの債権者は取引相手の選択の可能性をそれほどもたず、開示された財産状態を考慮し、危険に応じて、取引条件の交渉を行う力もないことから、開示制度にあまり大きな信頼を寄せるべきではなく<sup>321</sup>、計算書類の公示制度を整備したり、計算書類の虚偽記載について責任を法定するだけでは、債権者保護の観点からは十分でない<sup>322</sup>と指摘されている。また、配当規制等の債権者保護規定は、それがなければ契約当事者が交渉により挿入されるであろう財務制限条項をあらかじめ法律の中に組み込んでおくことを意味するとしても、交渉力のない債権者にとっては、法律による保護を与えることとなり、交渉力をもつ当事者にとっては、最低限の保護につき交渉および契約起草のコストを削減することとなるため、開示制度が整備されても、他の債権者保護制度の意味は失われまいとされる<sup>323</sup>。さらに、3章3節八(口)a.においてみたように、「自衛」のための契約が必ずしも有効に機能しない場合が考えられることや、不法行為債権者のように、「自衛」を期待できない債権者が存在し得ることを踏まえると、財産状況等の公示が債権者保護ルールに完全に代替し得ると考えることは適当でないと思われる。

なお、「債権者自衛論」の可否を検討するに当たっては、単に会社法についてのみ日米の債権者保護ルールを比較するのではなく、一般私法上の債権者保護ルール(債務者による財産の詐害的譲渡に関する規制等)や、倒産手続における債権者の優先劣後関係に関するルール(衡平的劣後の法理等)等、債権者保護ルールの全体像を踏まえる必要があると考えられる<sup>324</sup>。さらに、この問題を検討するに当たっては、契約による「自衛」が十分に機能する前提が整っているか、契約により「自衛」することが期待できない非任意債権者の保護をどの程度重視するか、これを重視する場合に、強制保険制度等によりこれに十分な対応することが可能か<sup>325</sup>といった点について立ち入った検討を行うことが必要であろう。

321 吉原 [1985] 102巻8号1526～1527頁。

322 吉原 [1985] 102巻3号444～445頁。

323 吉原 [1985] 102巻8号1527頁。

324 例えば、米国では、会社法の債権者保護の機能が弱く、債権者が自らを守るためには契約によらざるを得ない面があることは事実であるが、他方で、連邦の証券諸法や会計制度の充実によりディスクロージャーが完備し、債券市場が競争的なこともあって、債権者が自衛しやすいうえ、法人格否認の法理や詐害譲渡防止法など、会社法以外の一般法理が、特に不法行為債権者等自衛の困難な債権者の保護について機能していると指摘されている(岩原 [2000] 11頁)。

325 例えば、神田・小林 [1987] 173頁は、不法行為債権者の保護は保険制度に委ねるべきであるとする。

#### (4) 組織法の意義と機能(2) 組織の内部の法律関係

##### イ．組織の内部の法律関係と組織法 (法律学における理論枠組み)

商法学においては、かつて、田中耕太郎博士が、商法のルールを、「組織法」と「行為法」に二分したうえで、「組織法」は、商人・会社・商号登記・手形小切手等、一般商取引の基礎または手段たる法制（商の形式面）を意味し、原則として強行法的なものであるのに対し、「行為法」は商取引自体を規律する法規（商の実質・内容面）であり、大体において任意法規性を帯びていると説いた<sup>326</sup>。このような「行為法・組織法の二分論」に対しては、強行法規性は、単に抽象的に「組織法」に属していることから一元的に導かれるのではなく、相手方や第三者の利益保護のほか、一般の株主の利益保護といった弱者の保護の理念にも支えられており、その根拠は一樣ではないため、一元的な説明は不可能であるという批判<sup>327</sup>がなされたが、株式会社法の規定は、対外関係に関する規定も内部関係に関する規定も、ともに強行法規であるという考え方自体は、基本的に維持されてきた<sup>328</sup>。

もっとも、強行法規性の根拠については、外部関係に関する規定では、取引の安全や債権者の保護が挙げられるのが通常である<sup>329</sup>のに対して、内部関係に関する規定では、上記の会社の組織性や一般株主の保護に加えて、会社の法人格や株主有限責任といった特典の存在、会社に関係してくる第三者の予測可能性の確保など、多岐にわたる考え方があり得るとされる<sup>330</sup>。このように、株式会社の内部関係に関する規定については、これを一般的に強行法規とする根拠は見出し難く、むしろ、各規定について、強行法規であるか否か、強行法規であるとすればその根拠は何かを具体的に検討してゆくことが必要であろう。

近時は、会社の内部関係に関する規定の強行法規性の有無および根拠について、主として、閉鎖会社と公開会社とを分けるかたちで再検討がなされつつある。例えば、米国の閉鎖会社においては、実務上、取締役の選任や利益配当について、州会社法の規定とは異なる内容の株主間契約がなされており<sup>331</sup>、判例も、閉鎖会社では、株式を売却して会社から離脱することが困難であり、多数派株主と少数派株主とが対立すると少数派株主が非常に不利な状況に置かれることを理由に、少数派株主の保護に資するものとして、このような株主間契約の有効性を認めている<sup>332</sup>。わが国においても、閉鎖会社に関しては、会社の内部関係については、株主の自治に委ね

326 田中（耕）[1929] 240～245、254～269頁。

327 鈴木（竹）[1952] 98～101頁。

328 鈴木（竹）・竹内[1994] 34頁。

329 黒沼[1996] 10頁。

330 神作[1994b] 132～133頁。

331 前田（雅）[1994] 143～145頁。

332 前田（雅）[1994] 145～148頁。

る方が少数派株主を保護することになる可能性がある」と指摘されている<sup>333</sup>ほか、公開会社においては、株主と経営者の利害対立への対処が重要であるのに対し、閉鎖会社においては、株主間の利害対立への対処が重要であり、そのような利害対立の形は会社ごとに異なるため、一律に強行法規により規律することは望ましくなく、むしろ、内部関係に関する会社法の規定を任意法規化し、株主に、会社ごとの状況に応じた利害調整を行わせる方が適切であるとする見解もみられる<sup>334</sup>。また、閉鎖会社については、株主が必要な情報を入手し、適切に判断できる立場にあることも、株主の自治に委ねる根拠として指摘されている<sup>335</sup>。なお、現行法においても、有限会社については、定款自治の範囲が比較的広く認められている<sup>336</sup>ほか、株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定款の定め（商法204条1項但書）を有する株式会社（以下、「譲渡制限株式会社」という）についても、平成13年および14年の商法改正により、種類株主による取締役等の選解任制度が創設される（同法222条1項6号）等、定款自治の範囲が拡大されている。

他方、公開会社については、会社の内部関係に関するルールが定款等に記載され、証券市場で評価を受ける体制が整っている場合には、会社の内部関係に関する会社法の規定を任意法規化することにより、異なるルールを採用した会社間の競争を通じてより優れたルールが発見され、ひいては会社の競争力を高めることにつながるといった指摘がなされている<sup>337</sup>。

#### （経済学の視点）

経済学の視点からは、米国において、会社法の規定の強行法規性を巡り、契約的企業観に立脚し、会社の内部関係に関する会社法の規定は原則として任意法規であるべきとする見解が主張され、その当否を巡り議論が行われてきた（補論1（1）口・参照）<sup>338</sup>。契約的企業観によれば、会社は、株主、経営者、債権者、従業員等を当事者とする「契約の連鎖」と捉えることができるが、イースターブルック判事は、会社の管理や運営についてどのような「契約」が最適であるかは、会社の事業や外部環境によってそれぞれ異なるため、会社法が一定のルールを押し付ける

333 前田（雅）[1994] 162～163頁。

334 大杉[2001] 196頁。もっとも、そのためには、裁判所による柔軟な救済の存在が不可欠であるとされる（大杉[2001] 197～198頁）。

335 黒沼[1996] 12頁。

336 有限会社の内部ルールについては、有限会社法上、定款による別段の定めが認められるものが多く、明文で別段の定めが認められていないものについても、公序に反せず、社員の基本的な権利を奪うものでなければ、定款自治が認められるとされる（江頭[2002] 119頁）。

337 黒沼[2003] 368～370頁。また、公開会社の場合、閉鎖会社と異なり、株主は会社の経営に関する情報を十分に入手できるとはいえないが、会社の競争力が高まれば、長期的にみれば株主は害されることはない」と指摘されている（黒沼[1996] 12～13頁）。

338 この点については、1989年にColumbia Law Review誌上で組まれた会社法の強行法規性・任意法規性に関する特集（“Contractual Freedom in Corporate Law”）を参照。その紹介としては、神作[1991]、前田（雅）[1994]がある。

ことは効率性を損なうとし、会社の外部関係に関するルールのように第三者に影響を与える場合や、ルールが事後的に株主の不利益に変更される場合を除き、会社の内部関係に関する会社法の規定は任意法規（デフォルト・ルール）であるべきと主張した<sup>339</sup>。また、このように、内部関係に関する規定を任意法規だと解しても、公開会社の場合、株主の不利益になるようなルールは株価に反映され、そのようなルールを採用する会社は競争に敗れることになるため、結局、株主が害されることはないとした<sup>340</sup>。

もっとも、契約的企業観を承認しつつ、経済学的な見地から、強行法規に一定の存在意義を認める見解（3章3節口（口）a.参照）も少なくなく、契約的企業観にたてば、論理必然的に会社法のルールが任意法規であるべきという結論に至るわけではないといえる。このため、米国における議論は、強行法規と任意法規が併存することを認めたいうえで、両者の境界線をどこに引くべきかという点に絞られてきているとされる<sup>341</sup>。

## 口．組織に対する法の干渉の内容

### （イ）任意法規の意義および内容

会社の内部関係に関する法規は原則として任意法規（デフォルト・ルール）であるべきとする立場からは、会社法の規定は、関係当事者が個別に契約を締結すること等から生じる取引費用を軽減するための「標準書式」としての機能を有するものであり、関係当事者が合理的に交渉したなら契約したであろう（would have contracted）内容を有するべきであると主張されている<sup>342</sup>。

もっとも、効率的なデフォルト・ルールを定めるには、より精緻な費用対効果の分析が必要であるとの議論がある。すなわち、デフォルト・ルールには、個別当事者の事情を考慮せず、標準的な当事者が契約したであろうと考えられる内容を一律に定める「既製型（untailored）」と、当該当事者が契約したであろうと考えられる内容を、個別当事者の事情を考慮して裁判所が判断する「仕立て型（tailored）」があり<sup>343</sup>、前者については、当該ルールを好まない少数の当事者が、これを回避する

339 Easterbrook and Fischel [ 1989 ] 1427 ~ 1428, 1434 ~ 1444頁。

340 Easterbrook and Fischel [ 1989 ] 1430 ~ 1432頁。

341 神作 [ 1991 ] 110 ~ 111頁。

342 Easterbrook and Fischel [ 1989 ] 1444頁。経済学的な視点からは、組織法は契約の標準書式を提供することにより効率性を実現するが、そのような意味での標準書式自体が効率的か否かは、もし当事者がコストを負担することなく交渉できたならば（最終的に）合意するに至るであろう内容であるか否か、当事者が一般的な契約法や代理法に基づいて、その標準書式と同様の内容について交渉し、合意に至るための取引費用が高くなるか否かにあるとされる（Hansmann and Mattei [ 1998 ] 446頁、沖野 [ 2000 ] 23 ~ 24頁）。また、組織法の任意規定の主たる目的が当事者の契約コストの削減であるとする、少数派に任意規定と異なる合意をするためのコストを生じさせるとしても、その内容は、社会全体としての多数派を念頭においた「多くの当事者が望むであろう」内容が望ましいとされる（神田 [ 1993 ] 176 ~ 177頁）。

343 Ayres and Gertner [ 1989 ] 91頁。

ために特約を締結するコストが生じる<sup>344</sup>のに対し、後者については、裁判所が個別当事者の事情を調査するためのコストや、調査したにもかかわらず裁判所が誤った判断を行うことによるコストが生じる<sup>345</sup>。また、取引コスト（完備した契約を行うためのコスト）の高さにより契約が不完備（incomplete）となる場合には、関係当事者が合理的に交渉したなら契約したであろう内容のデフォルト・ルールを定めることにより契約にかかるコストを削減することが効率的である<sup>346</sup>が、契約当事者の一方が情報を戦略的に相手方に開示しないことにより利益を得ようとするために契約が不完備となる可能性がある<sup>347</sup>。こうした事態に対応するためには、契約当事者にデフォルト・ルールを回避するための特約を締結させ、それにより契約当事者に情報を開示することとなるよう、契約当事者にとって不利なルールをデフォルト・ルール（ペナルティ・デフォルト・ルール〈penalty default rule〉）として定めることが効率的であるとされる<sup>348</sup>。このため、デフォルト・ルールの内容を定めるに当たっては、契約が不完備となる要因を勘案したうえで、デフォルト・ルールを回避するために特約を締結するコストと特約を締結しないことによるコストの双方を考慮に入れる必要があると指摘されている<sup>349</sup>。

また、任意規定（契約の「標準書式」）としての組織法には、次の2つの面で当事者が契約により個別にアレンジするコストを削減する以上の役割があるとされる<sup>350</sup>。まず、特定の債権者が会社との間で最適な内容の契約をアレンジし、あるいは、特定の企業が最適な内容の定款規定をアレンジした場合、他の債権者や企業が、それによる便益にフリー・ライドできるとすれば、債権者や企業はインセンティブを喪失し、イノベーションが妨げられ、公共財の過少供給と同様の問題が生じるため、

343 Ayres and Gertner [ 1989 ] 91頁。

344 Ayres and Gertner [ 1989 ] 94頁。

345 Ayres and Gertner [ 1989 ] 117 ~ 118頁。

346 Ayres and Gertner [ 1989 ] 92 ~ 93頁。

347 Ayres and Gertner [ 1989 ] 94頁。

348 Ayres and Gertner [ 1989 ] 97 ~ 100頁。例えば、配達遅延により荷主に損害を与えた運送業者の責任の範囲を、全損害でなく予見可能な（foreseeable）損害に限定した著名な判例（Hadley v. Baxendale, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854)）は、ペナルティ・デフォルト・ルールとしての意義が認められるとされる。すなわち、配達遅延により通常の損害しか被らない荷主（低額荷主）と、通常以上の損害を被る荷主（高額荷主）がいる場合、運送業者が全損害について責任を負うというデフォルト・ルールのもとでは、高額荷主は、自らが高額荷主であることを戦略的に開示しない可能性がある（開示すると高額運送料を請求されるが、開示しないと、平均的な運送料が請求され、配達遅延した場合には全損害が賠償されるため）。その結果、運送業者に個々の荷主が低額荷主か高額荷主かを識別できないため、すべての荷主を対象に一律に遅延防止のための投資を行わざるを得なくなるが、これは、低額荷主にとっては過剰投資、高額荷主にとっては過少投資となり、非効率である。これに対し、同判例のように、運送業者は予見可能な損害についてのみ責任を負うというデフォルト・ルールのもとでは、高額荷主は、自らが高額荷主であることを運送業者に開示し、通常以上の損害についても損害が賠償される旨の特約を締結しようとするため、運送業者は、低額荷主、高額荷主それぞれを対象に最適な遅延防止のための投資を行うことができる（Ayres and Gertner [ 1989 ] 101 ~ 104頁）。

349 Ayres and Gertner [ 1989 ] 94 ~ 95頁。

350 神田・藤田 [ 1998 ] 459頁。

国によるルールの提供（組織法の制定）が必要とされる<sup>351</sup>。また、法により特定のルールを導入することでルールの統一が図られる結果、当該ルールについて裁判所の判例が蓄積されること等により、ネットワークの外部性が生じる可能性があると考えられる<sup>352</sup>。

#### （ロ）強行法規の意義および効力

##### a．強行法規の意義および内容

##### （強行法規の存在意義）

会社の内部ルールの一部は強行法規であるべきとする立場からは、強行法規の存在意義として、公共財としての画一性の維持、機会主義的なルール変更の防止、より望ましいルールの発見等が挙げられている。

まず、上記（イ）のように組織法の「標準書式」としての機能が、一定の範囲で公共財的な性格を有するという考え方を出発点として、その公共財的な性格を根拠に強行法規性を正当化する試みがなされている。すなわち、一定の内部関係に関するルールについて、多くの会社が法律の規定どおりのルールを望んでいる場合に、当該規定を任意法規とすると、会社と取引に入ろうとする者は、個々の会社ごとに当該規定と異なる定めがないかどうか調査する必要性が生じるが、当該規定を強行法規とする（画一化する）ことにより、このような調査の必要をなくすることができる旨指摘されている<sup>353</sup>。また、内部関係に関するルールを任意法規とすると、法律どおりの規定が採用される場合が少なくなる結果、実務や裁判において解釈が争われる頻度が低下し、当該規定の解釈に関する不明確性が増す可能性がある旨指摘されている<sup>354</sup>。その意味では、会社法の強行法規性は、公共財としての画一性の維持の観点から説明できる可能性があると考えられる<sup>355</sup>。

次に、強行規定には、経営者や支配株主による内部関係に関するルールの機会主義的な変更を防止する機能があるとされる。すなわち、経営者や支配株主が、内部関係に関するルールを一般株主にとって不利なものに変更することを提案した場合、一般株主が、当該提案が自らに不利なものかどうかを調査・判断するには費用がかかり、当該費用は、多くの場合、適切な判断を行うことから生じる便益を上回るため、調査が行われないという「合理的無関心（rational apathy）」が生じると考えられるほか、経営者や支配株主は、このような提案を、一般株主にとって有利な

351 神田・藤田 [ 1998 ] 458頁。

352 神田・藤田 [ 1998 ] 459頁。

353 神田・藤田 [ 1998 ] 465～466頁。ただし、このような考え方が成り立つには、ルールの画一性が守られることによって節約される費用が、法律どおりの規定を望まない会社にもこれが強制されることにより生じる費用を上回ってはいなくてはならない。このため、このような考え方によって正当化されるルールはさほど多くない可能性があると考えられる（神田・藤田 [ 1998 ] 465頁注26）。

354 Gordon [ 1989 ] 1568～1570頁。

355 神田・藤田 [ 1998 ] 465～466頁。



提案 (sweetener) と抱き合わせで行う等、さまざまな戦略的行動をとることができるため、これを阻止するのは難しいとされる<sup>356</sup>。このような観点からは、経営者や支配株主は、将来、一般株主にとって不利なルール変更を行わないと「保証」することで、一般株主から有利な条件で出資を募ることができ<sup>357</sup>、強行法規は、このような不利益なルール変更を行わないという「保証」としての意義を有するとされる<sup>358</sup>。

さらに、一般株主にとって望ましい内部関係に関するルールが発見された場合に、各会社が個別にこのようなルールを採用しようとしても、一般株主に真に望ましいルールであると理解してもらうのは容易でないが、これを強行法規とすれば、慎重な立法プロセスに基づいて真に望ましいルールが採用されたというシグナルを発することができ、これによってより望ましいルールの発見が促進されると指摘されている<sup>359</sup>。

#### (強行法規性の程度)

会社法の中に強行法規と任意法規が併存することを認めた場合には、個々の規定の強行法規性の有無をいかにして判断するかという問題が生じる。この点については、外部関係と内部関係を区別する、公開会社と閉鎖会社を区別する、規定内容を類型化して、類型ごとに判断するといった解釈基準があり得る<sup>360</sup>。

アイゼンバーグ教授は、この点について、閉鎖会社と公開会社を区別したうえで、規定内容の類型ごとに強行法規性の判断基準の定立を試みている。すなわち、閉鎖会社においては、内部関係に関するルールは、通常、株主間の交渉に基づく契約により決定されるため<sup>361</sup>、強行法規性を判断する基準は、株主が十分な情報のもとに、その意味 (implications) を理解したうえで契約を締結することが期待できるか否かに置かれるべきであり、当該基準に基づき、意思決定の権限分配等に関する組織ルールや、利益配当等に関する分配ルールは原則として任意法規でよいが、経営者の株主に対する忠実義務等に関する信認義務ルールは、原則として強行法規でなければならないとする<sup>362</sup>。他方、公開会社においては、内部関係に関するルールは、株主間の交渉ではなく、経営者主導の自治規範 (private ordering) により決定され

356 Gordon [ 1989 ] 1574 ~ 1581頁。

357 Gordon [ 1989 ] 1581頁。

358 Gordon [ 1989 ] 1586頁。一般株主にとって不利な定款変更を行わない「保証」としては、定款に、ルールの変更を一切禁止する「凍結 (freeze)」条項や、ルールの変更には絶対多数 (supermajority) を要求する条項を置くことも考えられるが、これらの条項のもとでは、真に一般株主に有利となるルール変更も不可能ないし極めて困難となるといったコストを生じるため、強行法規とすることと比べて望ましいとはいえないとされる (Gordon [ 1989 ] 1582 ~ 1586頁)。

359 Gordon [ 1989 ] 1570 ~ 1574頁。ただし、強行法規がこのようなシグナル効果を有するためには、立法プロセスにおいては一般株主の利益が重視されていると一般株主に信じられている必要があるとされている (Gordon [ 1989 ] 1572 ~ 1574頁)。

360 黒沼 [ 1996 ] 12 ~ 13頁。

361 Eisenberg [ 1989 ] 1463頁。

362 Eisenberg [ 1989 ] 1469 ~ 1470頁。

るため<sup>363</sup>、強行法規性を判断する基準は、経営者と株主の利益相反の程度と、これをコントロールする市場の有効性に置かれるべきであり、当該基準に基づき、組織ルールおよび信認義務ルールは、原則として強行法規でなければならないとする<sup>364</sup>。

## b. 強行法規の効力

### (問題の所在)

強行法規とは、ある規定に反する法律行為によって達成しようとする効果の実現について国家が助力を拒むものを指し、私的自治を排除する機能を有する<sup>365</sup>。強行法規に反する合意が特定の当事者間でなされた場合には、まず、当該合意が有効と認められるかが問題となるが、さらに、当該合意自体が有効であるとしても、当事者間における当該合意の効力について、(i)合意に反する当事者の行為が無効となるか、(ii)違反行為を事前に差し止められるか、(iii)違反行為を行った者(取締役等)に対して損害賠償を請求できるか、といったいくつかの段階に分けて考える必要があるとされる<sup>366</sup>。そして、会社の内部ルールに関する強行法規については、定款でこれと異なる定めを置いた場合と、株主間契約によりこれと異なる定めを置いた場合の効力がそれぞれ問題となる。

### (定款の有効性)

一般に、定款とは、社団法人における組織や活動についての根本規則を指す。通説的見解によれば、定款は、一種の自治法であり、会社(社団法人)に加入するものは、その意思にかかわらずこれに拘束されるという契約とは異なる効力が認められている<sup>367</sup>。また、多数決による定款変更やその拘束力も、その自治法的性格から導き出されると説明されることが多い<sup>368</sup>。

定款により、会社の内部ルールに関する強行法規と異なる定めを置いた場合には、これを無効と解すべきであり、その実質的な理由は、定款規定の効力が、全株主および将来株主になる者にも一律に及ぶという「第三者効」を有する点に求められるべきであるとされる<sup>369</sup>。すなわち、およそ定款で何を定めてもよいとすると、将来の株主にとどまらず、会社と取引関係に入る者等も含めて第三者に混乱を与える可能性が高いことから、第三者の混乱を防止するため、後見的に強行法的な枠をはめ

363 Eisenberg [1989] 1471頁。

364 Eisenberg [1989] 1480~1481頁。

365 神作 [1994b] 130頁。もっとも、商法265条(取締役の利益相反取引の規制)は強行法規とされるが、これに違反する行為は常に無効となるわけではなく、判例・通説は、取引の安全の観点から、取引の相手方が善意・無重過失であれば、会社は無効を主張できない(相対的無効)としている。このように、強行法規であっても、取引の安全の要請から、強行法規性が後退させられる場合があるとされる(神作 [1994b] 131頁)。

366 神田 [1995] 4~5頁。

367 鴻 [1999] 64頁等。

368 河上 [1995] 35~36頁。

369 神田 [1995] 7~8頁。

ることに相応の合理性が認められると指摘されている<sup>370、371</sup>。

(株主間契約の効力)

これに対し、会社の内部関係に関する株主間契約は、議決権行使の制限・統一や株式譲渡の制限等のために行われているが、例えば、議決権の行使方法に関する株主間契約の効力についてみると、米国では、議決権行使方法に関する株主間契約(議決権拘束契約)について、州会社法によってその有効性が認められており(デラウェア州一般会社法218条(c)項等)同契約に違反して議決権が行使された場合、これに基づく議決は取り消し得ると解されている<sup>372</sup>。また、ドイツにおいても、判例により、議決権拘束契約は原則として有効とされ<sup>373</sup>、同契約違反については、意思表示の擬制(ドイツ民事訴訟法894条)による強制執行が認められている<sup>374</sup>。

しかしながら、わが国では、議決権の制限に関する株主間契約は原則として有効であるが、これに違反して議決権が行使された場合でも、これに基づく議決は有効であり、同契約の債務者が契約違反に基づく債務不履行責任を負うに過ぎないと解されている<sup>375</sup>。その背後には、株主間契約は債権的契約であって、当事者間における相対的な効力を有するに過ぎず、第三者たる他の株主や会社に対して効力を及ぼすことはできないという古典的な契約法理がある<sup>376</sup>ほか、契約当事者外の第三者を保護する考え方があると考えられるが、例えば、全株主を当事者とする議決権拘束契約に違反して議決権が行使された場合、これに基づく議決に瑕疵を認めたとしても、これにより不測の損害を被る第三者(株主)は存在せず、会社の利害は全株主の利害と実質的に一致することから、このような場合にまで第三者の保護を考える必要はないとの指摘がなされている<sup>377</sup>。

また、定款と株主間契約は、いずれも会社の内部関係に関する株主間の合意であるが、定款は、現在および将来のすべての株主を拘束するのに対し、株主間契約は、契約を締結した現在の株主のみを拘束する点において異なる<sup>378</sup>。このため、定款によって商法の規定と異なる定めを置くことは、将来の株主を含む第三者に影響を及ぼすという意味の「第三者効」に照らし、その有効性を比較的狭く解するとしても、このような意味における「第三者効」を有しない株主間契約については、比較的緩

370 ただし、第三者を含めた場合には、会社と関係をもつかどうかは任意であるため、その意味での第三者効は、事実上の効果であるとされる(神田[1995]8頁)。

371 このような考え方を推し進めると、強行法規と異なる内容を契約で定める場合には、公序良俗違反等がなく、当事者が内容を承知したうえで合意しているときには、効力を制限すべき理由は、取引の安全保障等の必要があるような場合を除き見出せないとされる(神田[1995]8頁)。

372 Clark v. Dodge, 269 N.Y. 410, 199 N.E. 641 (1936)。

373 森田(果)[2001~2003]119巻6号1092~1093、1096頁。

374 森田(果)[2001~2003]119巻6号1110~1111頁。

375 鈴木(竹)・竹内[1994]239頁注4、龍田[2003]147頁注b。

376 森田(果)[2001~2003]118巻3号416頁。

377 森田(果)[2001~2003]未定稿(120巻11・12号掲載予定)141頁。

378 穴戸[1995]36頁注5。

やかに効力が認められてよいとの指摘もなされてきている<sup>379</sup>。

なお、フランスにおいては、株式会社（société anonyme）の定款自治の範囲が狭く、株主間契約の有効性も比較的狭く解されていた<sup>380</sup>ため、1994年に、専らジョイント・ベンチャーのための閉鎖会社の組織形態として、株式会社では強行法規とされている事項について大幅な定款自治を認める簡易株式制会社（SAS：société par actions simplifiée）制度が導入された<sup>381</sup>。同制度においては、従前の株主間契約で定められた事項を、定款に組み込むことが要求されている<sup>382</sup>が、これは、株主間契約の公示による透明化という発想によるものとされている<sup>383</sup>。

## 八．組織法の任意法規化とその限界

### （組織法の任意法規化の流れ）

上記イ．においてみたように、契約法と比較した組織法の特質としては、組織の内部ルールの強行法規性が挙げられることが多く、この点は、主として、「会社法の強行法規性」という文脈で議論されてきている。

しかしながら、英米の会社法は任意規定が多く、米国で登場しているLLC、LLP、制定法上の事業信託等といった新たな一般目的の組織形態は、組織の対内関係および対外関係の両面において組織の柔軟性を高めるものであり、かつ、その柔軟性の程度は組織の内部関係においてより顕著であると指摘されている<sup>384</sup>。例えば、LLCやLLP（3章1節8（ロ）b（b）参照）は、パス・スルー課税を受けられるという税制上のメリットを別としても、コーポレーションと同等の資産分離機能（3章3節イ．参照）を提供しつつ、組織の内部関係（損益の分配等）についてより広く当事者自治を許容する点にその特色があるとされる<sup>385</sup>。また、整備されたかたちではデラウェア州ではじめて導入された制定法上の事業信託においては、資産分離機能を法文上明示的に認めただうえで、他の基本的事項（経営機構、損益の分配、受託者の信認義務等）を当事者自治に委ねるに至っている<sup>386</sup>。その意味では、制定法上の事

379 神田 [1995] 7～8頁、森田（果）[2001～2003] 未定稿（120巻11・12号掲載予定）181～182頁。

380 森田（果）[2001～2003] 119巻10号1944～1945頁。

381 SASは、当初、社員が150万フラン以上の払込済資本を有する会社等に限定されていたことから、会社法制の中では例外的な存在であったが、1999年の法改正によりすべての自然人・法人が社員となれるようになり、ジョイント・ベンチャーのほか、中小企業の事業共同化や個人のベンチャー企業にも利用可能な一般的な組織形態となった。また、当初、SASの社員は2名以上とされていたが、同改正により、一人簡易株式制会社（société par actions simplifiée unipersonnelle）を設立することも可能となった。

382 森田（果）[2001～2003] 119巻10号1952～1956頁。

383 森田（果）[2001～2003] 119巻10号1957頁。

384 Hansmann, Kraakman and Squire [2002] 65～66頁。

385 Hansmann, Kraakman and Squire [2002] 66頁。

386 例えば、1988年に制定されたデラウェア州ビジネス・トラスト法については、1990年の改正により、事業信託の管理（受益権の種類等）について契約上いかなる取決めも可能であることが明記されたうえ、1992年の改正により、事業信託が銀行業、保険業を営むことを禁止する条項が撤廃されるとともに、事業信託がかならずしも営利活動を行う必要がないことが明確にされている（大塚・樋口 [2002] [大塚正民] 28～30頁参照）。

業信託は、組織形態の発展過程における最終形態ともいうべきものであり、組織法と契約法との断絶に終止符を打つものであると指摘されている<sup>387</sup>。

また、わが国においても、諸外国での商法改正の動向にかんがみ、「競争力を高める会社法、IT革命に対応した会社法、資本市場の拡大に対応した会社法」を目指して、会社の個々の活動を事前に規制するアプローチからの解放が求められると指摘されており<sup>388</sup>、実際に、近時のわが国の会社法改正<sup>389</sup>については、事前の後見的な規制を極力排して、会社が自ら定め、または行動できる範囲を拡大し、規制は事後的な利害の調整に徹するという意味での規制緩和・任意法規化の傾向が看取されるといった指摘がなされている<sup>390</sup>。

#### (任意法規化の限界)

最近のわが国における会社法の規制緩和・任意法規化の目的は、公開会社については、企業取引や資金調達の分野で国際競争が激化する中で競争力のある公開会社法を構築する点および閉鎖会社については、利害関係人が交渉力のある専門家であることを前提に、会社組織の規制を任意法規化して、組織法の側面からベンチャー企業等の育成を図る点にあると指摘されている<sup>391</sup>。英米においては、会社法が任意法規を多く含んでおり、会社関係者が会社法のルールを工夫することにより当該会社の競争力が高まる面があるため、国際競争にさらされているわが国の企業は、このような工夫が許されないとすれば国際競争上不利な地位に置かれることとなる<sup>392</sup>。また、国際競争にさらされない企業も含めて、会社法ルールに関してよりよいルールを採用した企業が競争に勝つことで、よいルールが発見される<sup>393</sup>。その意味では、企業の競争力を高めるようなよいルールを発見することに会社法を任意法規化する正当化根拠が求められ<sup>394</sup>、会社法ルールの競争の条件が整っているといえるかどうか、任意法規化の限界を画すると考えられる<sup>395</sup>。こうした考え方に立てば、例えば、会社法ルールの競争を成立させるのに必要または有益なルール（定款の内容を株主・投資家に伝達する開示規制、企業の経営成績を証券市場に伝達するための開示規制、証券発行の際の開示規制等）やその違反に対する事後的な救済ルール（取締役の責任等）については、なお強行法規性を維持すべきこととなる<sup>396</sup>。

387 Hansmann, Kraakman and Squire [ 2002 ] 65頁。

388 神田 [ 2000 ] 15頁。

389 ごく最近だけでも、平成13年（3回）、14年、15年に改正が行われている。

390 黒沼 [ 2002 ] 213頁。

391 黒沼 [ 2002 ] 213頁。

392 黒沼 [ 2003 ] 367～368頁。

393 黒沼 [ 2002 ] 214頁。

394 黒沼 [ 2003 ] 368頁。

395 黒沼 [ 2002 ] 214頁。

396 黒沼 [ 2003 ] 372～374頁。

## 4 . 組織形態と税制

組織に対する課税ルールは、組織の段階で課税の対象とするか否かにより、組織を1つの実体（entity）と捉えて組織の段階で課税する（組織の段階で構成員とは別に課税する一方、構成員には利益の分配時まで課税しない）というエンティティ課税モデルおよび組織を導管（conduit）として捉えて、構成員の段階でのみ課税する（組織の段階で生じた損益をそのまま構成員に帰属させ、構成員の損益として課税する）というコンデュイト課税ないしパス・スルー課税モデルの2つの理念型に類型化でき、前者の典型例は法人に対する法人税、後者の典型例は民法上の任意組合に対する組合課税であるとされる<sup>397</sup>。

### （1）現行の組織課税ルール

#### イ．組織課税ルールの沿革および現状

##### （イ）法人課税

##### （法人課税の沿革）

わが国では、明治32年の所得税法の制定によって法人の所得に対する課税（エンティティ課税）が開始された。当初は、法人の構成員（株主・社員等）への配当は非課税とされていた<sup>398</sup>が、大正9年の同法改正により、配当に対する課税が開始されたことにより、法人の所得に対する課税と構成員への配当に対する課税があわせて行われることとなった。その後、昭和15年に、所得税法から独立する形で法人税法が制定されたことにより、法人の所得に対しては法人税を課し、配当を含めた個人の所得に対しては所得税を課するという二分法が法制上定着し、基本的に、今日まで維持されているといえることができる。

法人税の課税根拠については、大別して、株主への配当に対する課税の前取りとする考え方と、法人の担税力に着目した独自の租税とする考え方があるが、わが国の租税制度の基礎をなしているシャープ勧告は、「法人は、与えられた事業を遂行するために作られた個人の集合である」という法人観<sup>399</sup>から出発して、の考え方をとるとされる<sup>400</sup>。の考え方によれば、法人の所得に対する課税と株主への配当に対する課税を独立に行う方式（「正統方式（classical method）」）は、二重課

397 増井 [2002] 10～11頁。

398 個人の株主に対する配当は非課税であったが、法人株主に対する配当は課税されていた（武田 [2002] 432頁）。

399 法人課税の根拠は、法人の本質をどうみるかという問題と密接に関連しており、法人実在説を採用した場合には、これを正当化することは比較的容易であるのに対し、法人実在説を否定する立場に立った場合には多少困難な問題となるが、その場合も、有限責任のような法人制度の恩恵に対する対価とする考え方や、法人の留保利益について株主に対して課税するのは困難であるため、法人課税により補完するといった考え方が法人課税の根拠となり得るとされる（中里 [1991] 11～12頁）。

400 金子 [2003] 251頁。

税 (double taxation) となる<sup>401</sup>ことから、先進国において、正統方式を採用しているのは米国等の若干の国にとどまり、わが国を含む多くの国では、二重課税を排除するため、何らかの方法<sup>402</sup>により法人の所得に対する課税と株主への配当に対する課税の「統合 (integration)」を図っている<sup>403</sup>。

なお、米国においても過去に「統合」に向けた提案はなされてきた<sup>404</sup>ものの、実現には至っていない<sup>405</sup>。その背景には、法人の所得は必ず当期に課税されるのに対し、構成員 (株主等) への配当は、現実に配当がなされた期に課税されるため、所得税の税率が法人税の税率より高い場合には、配当を繰り延べて高い所得税率による配当課税を回避することにより、構成員に対する一段階の課税 (パス・スルー課税) の場合と比べて、納税負担が小さくなる場合があり<sup>406</sup>、当然に二重課税の弊害が生じるわけではないといった事情があるものと考えられる。

401 金子 [2003] 251頁。

402 わが国では、昭和25年の法人税法改正により、個人株主の受取配当の一定割合を所得税額から控除する「配当所得税額控除方式 (dividend-received credit method)」が採用され、今日に至っている。また、昭和36年の同法改正により、法人所得のうち、配当に充てた部分に対して税率を軽減する「二重税率方式 (two-rates method)」が採用されたが、制度が複雑すぎるとの批判があったため、昭和63年の同法改正により廃止された。このほかの「統合」の方法としては、法人を組合とみなして、法人の所得を株主・社員の所得として課税する「組合方式 (partnership method)」、受取配当およびこれに対応する法人税額の全部または一部を個人株主の所得に加算し、算出された所得税額から当該加算額を控除する「法人税株主帰属方式 (imputation method)」、法人所得のうち配当へ充てた部分を損金に算入する「支払配当損金算入方式 (dividend-paid deduction method)」等がある (金子 [2003] 253~259頁)。

403 大局的にみると、世界の税制は、米国型の所得税と法人税を統合しない制度と、欧州型の法人税株主帰属方式によって、両者を統合する制度に分極化しつつあるとされる (金子 [2003] 256頁)。もっとも、長く法人税株主帰属方式を採用していた英国 (1972年以来) やドイツ (1977年以来) は、1990年代入り後、同方式から転換している。すなわち、英国では、支払配当に対して前取り法人税を課し、株主段階で、前取り法人税相当額の一部を税額控除する方式であったが、1998年の財政法により前取り法人税を廃止すると同時に、受取配当の10%を株主段階で税額控除することになった (増井 [2000b] 90~91頁)。また、ドイツでは、「二重税率方式」(内部留保に充てる部分と配当支払に充てる部分に対して法人段階で異なる税率を適用し課税したうえで、株主段階で全額を税額控除する仕組み) を採用していたが、2000年の税制改正によって廃止され、代わって、「二分の一所得免除方式」(配当利益の半額のみを所得税の課税標準とする仕組み) が導入された (増井 [2000b] 91頁、手塚 [2002] 398頁)。これは、経済活動のグローバル化を受けて、法人税株主帰属方式の国際課税上の問題点 (例えば、内国法人が外国投資家に配当を支払う場合に外国投資家は自動的に税額控除を利用することはできず、租税条約等により個別に対応することを要する) が顕現化し、同方式に対する評価が下がったことによるものとされる (増井 [2000b] 91~92頁)。

404 例えば、1992年には、財務省が法人の所得に対する課税に一本化する「包括的事業所得税 (CBIT: comprehensive business income tax)」方式を提案したほか、1993年には、アメリカ法律協会 (ALI: American Law Institute) が、「法人税株主帰属方式」による「統合」を提案している。その概要については、マクナルティ [1994] を参照。

405 また、2003年5月に成立した減税法 (Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act of 2003) においても、政府案では、正統方式から転換して構成員段階における受取配当非課税方式を採用することが検討されていたが、最終的には、2008年末までの臨時措置として、株式配当に対する所得税率が軽減される (最高税率38.6% 同15%) にとどまった。

406 Kanda and Levmore [1991] 214頁。

## (法人課税の現状)

現行法人税法は、非課税法人である「公共法人」(国、地方公共団体等)を除く内国法人を、「公益法人等」(社団法人、財団法人等)、「協同組合等」(企業組合、農業協同組合等)、「人格のない社団等」(法人でない社団または財団で代表者または管理人の定めがあるもの<sup>407</sup>)および「普通法人」(株式会社、中間法人等)に区分<sup>408</sup>のうえ、「公益法人等」および「協同組合等」に対しては、その公益性ないし非営利性にかんがみ<sup>409</sup>、優遇措置を講じている。すなわち、「普通法人」については、すべての事業から生じる所得<sup>410</sup>に対して通常税率<sup>411</sup>で課税される(同法5条)のに対し、「公益法人等」については、本来の事業(非収益事業)から生じる所得は非課税であり(同法7条)課税対象となる収益事業から生じる所得についても軽減税率<sup>412</sup>が適用される<sup>413</sup>。また、「協同組合等」については、すべての事業所得に対して課税されるものの、軽減税率<sup>414</sup>が適用される<sup>415</sup>。なお、「人格のない社団等」については、「公益法人等」と同様、収益事業から生じる所得のみ課税されるが、通常税率が適用される(同法7条)。

このように、わが国では、「公共法人」を除けば、法人格を有する組織(私法上の法人)に対しては原則としてエンティティ課税が行われ、法人格を有しない団体(「人格のない社団等」)にもこれが拡大されている。しかし、近年、資産流動化等の「器」となる法人については、一定の要件のもとで、従来のエンティティ課税とは異なる、いわゆる「導管型課税」(支払配当損金算入方式)<sup>416</sup>が認められるようになってきている。すなわち、特定目的会社および投資法人については、一定の要件(各事業年度の利益配当の額が配当可能金額の90%を超える等)を満たし、出資者

407 「人格のない社団等」の概念は、私法上の「権利能力なき社団」の概念を借用したものであり、法的安定性の点からも、両者は一義的に解釈されるのが相当であるとした裁判例(福岡高判平成2年7月18日税務訴訟資料180号97頁)がある。

408 各法人類型の定義については、法人税法2条6～9号を参照。

409 金子[2003]260～261頁。

410 法人税の課税対象となる所得には、事業所得のほか、清算所得があるが、ここでは捨象する。

411 資本金等の額に応じ、30%(1億円超)または22%(1億円以下)とされている(法人税法66条1～2項、経済社会の変化等に対応して早急に講ずべき所得税及び法人税の負担軽減措置に関する法律<所得税等負担軽減措置法>16条1項1号)。

412 22%(法人税法66条3項、所得税等負担軽減措置法16条1項2号)。

413 ただし、NPO法人は、「公益法人等」とみなされる(NPO法46条1項前段)ものの、特例として通常税率が適用される(同項後段)ため、収益事業課税の扱いは、「人格のない社団等」と同一となる。

414 22%(法人税法66条3項、所得税等負担軽減措置法16条1項3号)。

415 このほか、「協同組合等」については、組合員に対する事業分量配当等(組合員が協同組合等の事業を利用した分量に応じてなす配当等)を損金に算入することができる(法人税法61条1項)。

416 支払配当損金算入方式は、組織の段階で課税される点ではエンティティ課税の一類型であるが、支払配当が結果的に課税の対象から除かれている点に着目して「導管型」と呼ばれているものであり、パス・スルー課税とは異なる(増井[2002]13頁注23)。



への配当に対する所得税の課税が確保されている場合には、当該配当の額を損金に算入することが認められ（租税特別措置法67条の14、67条の15）、実質的に、法人課税は免除されている。他方、資産流動化等の「器」となる信託（「特定信託」<sup>417</sup>）については、信託財産に生じた損益について受託者に法人税を課すこととした（法人税法12条3項）うえで、特定目的会社および投資法人とほぼ同様の要件のもとで、出資者（受益者）への配当額の損金算入が認められている（租税特別措置法68条の3の3、68条の3の4）<sup>418</sup>。これは、資産流動化等の「器」として、法人形態と信託形態の選択（特定目的会社と特定目的信託、投資法人と投資信託）が認められることから、両者の租税負担の均衡を図るものである<sup>419</sup>が、このように、法人に対して「導管型課税」がなされる一方、法人格を有しない信託に対して法人課税がなされるようになったことを1つの背景として、エンティティ課税が適用される組織形態の範囲をめぐる議論が活発になっている（4章2節イ（イ）参照）。

#### （ロ）公益法人課税

##### （公益法人課税の沿革）

「公益法人等」については、昭和15年の法人税法の制定当初、事業所得は非課税とされていたが、シャープ勧告<sup>420</sup>に基づく昭和25年の同法改正により、収益事業から生じる所得が課税対象となるとともに、「みなし寄附金」制度<sup>421</sup>が導入された。当初は、収益事業は通常税率により課税されていたが、昭和27年の同法改正により、軽減税率が適用されることとなり、現在に至っている。また、「公益法人等」のうち公益性の高い事業を行うものについては、寄附金課税においても優遇措置（「公

417 特定目的信託および証券投資信託・国内一般公募投資信託を除く投資信託をいう（法人税法2条29号の3）。

418 現実に支払われた部分のみが損金算入されるためペイ・スルー方式と呼ばれ、特定信託の段階で課税対象とされる点でパス・スルー課税と区別される（増井 [2002] 13頁注22）。

419 佐藤 [2001] 109頁。

420 同勧告は、「公益法人等」の収益事業の多くが営利法人や個人事業者と競争関係にあり、収益事業から生じる所得に対して課税しない場合、「公益法人等」を営利法人や個人事業者と比べて非常に有利な立場に立たせることになることから、両者の競争条件を公平なものにするため、「公益法人等」の収益事業に対する課税を行うべきであるとした（泉 [1986] 22頁）。

421 法人税法上、一般に、内国法人が支出した寄附金は、一定額（「公益法人等」の場合、収益事業から生じる所得の20%）を限度に損金に算入することができる（法人税法37条2項、同法施行令73条1項3号）が、「公益法人等」については、収益事業に属する資産を非収益事業のために支出した場合、当該金額を非収益事業に対する寄附金の額とみなし、上記一定額を限度に損金に算入できるとされている（同法37条4項）。なお、租税特別措置法の一部改正（平成15年3月公布、同年4月施行）により、「認定NPO法人」（一定の要件を満たすものとして国税庁長官の認定を受けたもの）についても、「みなし寄附金」制度が導入されている（租税特別措置法66条の11の2）。

益法人等」に対して寄付をした個人、法人の控除、損金算入の特例)<sup>422</sup>が適用される。

#### (優遇措置の根拠)

このように、「公益法人等」は、本来の事業(非収益事業)から生じる所得に対する非課税、収益事業から生じる所得に対する軽減税率および「みなし寄附金」制度の適用ならびに寄附金控除の3点において、優遇措置が適用されているが、その根拠については、次のような説明がなされている。

まず、非収益事業から生じる所得に対する非課税措置の根拠としては、「公益法人等」は、本来、政府が行うべき公益活動を代行していることから、非課税措置はその対価であるという考え方(対価説)、「公益法人等」は、委託者(財産の出捐者)と受益者(公益活動の利益を受ける者)の間に介在する「導管」に過ぎず、公益信託の受託者に類似するものであるという考え方(公益信託類推説) 法人税を株主への配当に対する所得税の前取りと捉えた場合には、「公益法人等」は、配当を受ける株主が存在しないことから、そもそも課税ベースから除外されているという考え方(課税ベース除外説)等があるが、これらを全体としてみれば、非課税措置の根拠として説得力を有すると指摘されている<sup>423</sup>。また、より広く、非営利組織には、構成員に対して利益を分配してはならないという非分配制約(nondistribution constraint)が課されているため、資金調達は、借入れ、寄付金または内部留保(retained earnings)のいずれかに頼ることになるが、借入れや寄付金には限界があることから、税制上の優遇措置は、内部留保を容易に蓄積するための補助金(subsidy)とみることができると指摘されている<sup>424</sup>。

422 個人からの寄付金のうち、「指定寄付金」(公益法人等に対する寄付金のうち、公益の推進に寄与する事業で緊急性の高いものに充てるため、広く一般に募集されるもの)、「特定公益増進法人」(公益法人等のうち、公益の増進に著しく寄与するものとして政令で定めるもの)の主たる目的である業務に関連する寄付金については、その年の「特定寄付金」(左記のほか、国・地方公共団体に対する寄付金、認定NPO法人<NPO法人のうち、運営組織・事業活動が適正であること、公益の増進に資することにつき国税庁長官の認定を受けたもの>の特定非営利活動に関連する寄付金)の合計額(所得の25%を上限とする)から1万円を引いた額の控除を受けることができる(所得税法78条1~2項、同法施行令217条、租税特別措置法41条の19)。また、法人からの寄附金のうち、「指定寄附金」については、国、地方公共団体に対する寄附金と同様、全額を損金算入することができるほか、「特定公益増進法人」の主たる目的たる業務に関連するものについては、認定NPO法人の特定非営利活動に関連する寄付金とあわせ、通常の損金算入限度額(普通法人等の場合、資本等の0.25%とその年の所得の2.5%との合計の2分の1)と別枠で同額の損金算入限度額の範囲内で損金算入が認められる(法人税法37条2~3項、同法施行令73条1項、77条1項、租税特別措置法66条の11の2第2~3項、同法施行令39条の22の2)。

423 石村 [1997] 160~162頁。

424 Hansmann [1981] 72~74頁。このため、税制上の優遇措置は、契約の失敗(contract failure)により、非営利組織が営利企業に対して特に優位性を有しており、非営利組織が利用する資本の収益率が、他の産業における資本の収益率を下回るに至っていないという2つの要件を満たす産業においてのみ正当化し得るが、課税庁がこれらの判断を行うことは極めて困難であるため、実現可能な最善の方法としては、特定の産業において、契約の失敗により非営利組織が営利企業よりも効率的であることにつき説得力ある証拠を要求することが考えられるとされる(Hansmann [1981] 75、86~87頁)。

さらに、収益事業から生じる所得に対する課税については、「公益法人等」の収益事業が、公益活動のための資金の獲得という本来の目的を逸脱して過度に行われることを抑制するために行われるとする考え方（抑制的補完課税説）と、同一の事業を行っている普通法人との公正な競争を確保するために行われるとする考え方（市場競争政策的補完課税説）があり、の考え方によれば、収益事業課税は、過度な収益事業を抑制するのに必要最小限度で行われるべきであるため、軽減税率を適用することが適当であるが、の考え方によれば、通常税率を適用することが適当とされる<sup>425</sup>ため、わが国の現行の公益法人課税は、基本的に、の考え方に依拠しているといえよう<sup>426、427</sup>。

#### （八）組合課税および信託課税 （組合課税の現状）

民法上の任意組合、商法上の匿名組合および中小企業等投資事業有限責任組合に対する課税ルールについては、法人税法にも所得税法にも規定がない<sup>428</sup>が、税務通達により、いずれに対しても法人税が課されないこととされており（法人税基本通達1-1-1<sup>429</sup>）、組合の事業から生じる損益は、当該損益の分配を組合員が受けているか否かにかかわらず、組合契約に基づく組合員の損益分配の割合に応じて、組合員の損益に算入する<sup>430</sup>（所得税基本通達36、37共-19、同-21<sup>431</sup>）という、典型的なパス・スルー課税が適用されることが明らかにされている。

425 石村 [1992] 208～210頁。

426 これに対して、シャープ勧告はの考え方に基づくものと考えられる（石村 [1992] 209頁）。

427 米国においては、1950年の内国歳入法典の改正以来、非営利組織の本来の事業と関連性を有しない事業に対する課税（UBIT：unrelated business income tax）がなされている（内国歳入法典511条）。UBITについては、営利企業との競争条件の均等の観点から厳格な適用を主張する立場がある一方で、その必要性について否定的な見解もあるが、UBITを廃止し、収益事業を非課税とした場合には、非営利組織の100%子会社は非課税となるのに対し、非営利組織が少数株主となっている会社は課税されるため、非営利組織に対して、複数の会社への分散投資ではなく、特定の会社に100%投資するインセンティブを与えるほか、非営利組織を営利企業に比べて優遇することにより、非営利組織の事業に対する市場の選択が働かなくなるため、非効率な経営が行われるといった弊害があるため、望ましくない補助金となると指摘されている（Hansmann [1989] 605～606、614～617、621頁）。

428 もっとも、国税通則法は、共同事業に属する財産に関する国税は、その納税者が連帯して納付する義務を負うとしており（同法9条）、この場合の「共同事業」には組合契約による共同事業が含まれると解されている（確井 [1982] 9頁）。

429 中小企業等投資事業有限責任組合については、国税庁長官通達・課審4-20および課審3-41（平成10年10月21日）参照。

430 組合員の損益への算入に関する具体的な方法としては、通達により、組合の最終的損益を損益分配の割合に応じて組合員の総収入金額に算入する方法、組合の収入金額およびこれに対応する原価、費用等を損益分配の割合に応じて組合員の総収入金額等に算入する方法、および組合の収入金額や支出、資産、負債等を損益分配の割合に応じて組合員の総収入金額等と取り扱う方法の3種類が認められている（所得税基本通達36、37-共20）。

431 中小企業等投資事業有限責任組合については、国税庁長官通達（上記脚注429）参照。

## ( 信託課税の現状 )

信託については、原則として、受益者が特定している場合には当該受益者が、受益者が特定していない場合には委託者が信託財産を有するものとみなされる( 所得税法13条1項本文、法人税法12条1項本文 ) ため、信託財産に生じる損益は、受益者または委託者の損益に算入される( いわゆる「本文信託」)。ただし、合同運用信託等、金融商品としての性格を有する信託については、受益者または委託者が信託財産を有するものとはみなされず( 所得税法13条1項但書、法人税法12条1項但書 )、しかも、信託財産に生じた損益は、受託者の損益でないものとみなされる( 法人税法12条2項 ) ことから、受託者には課税されず、利益配当が行われた時点で、受益者に対して課税される( いわゆる「但書信託」)<sup>432</sup>。また、特定信託制度の導入( 4章1節イ(イ)参照 ) により、「但書信託」のうち、資産流動化等の「器」となる「特定信託」<sup>433</sup>については、法人課税のうえ支払配当損金算入方式が適用されることとなった。これにより、私益信託に関するわが国の信託税制は、「本文信託」( 純粋なパス・スルー課税 ) 「但書信託」( パス・スルー課税としつつ課税の繰延を許容 ) および「特定信託」( エンティティ課税のうえで二重課税を排除 ) の三重構造になっているといえる<sup>434</sup>。

なお、公益信託の信託財産から生じる所得は非課税とされる<sup>435</sup>。

## ロ．米国における組織課税ルール

### ( 組織課税ルールの変遷と現状 )

米国においては、エンティティ課税と構成員への配当に対する課税をあわせて行う純粋な「正統方式」が維持されてきた( 4章1節イ(イ)参照 ) が、エンティティ課税が適用される組織形態とパス・スルー課税が適用される組織形態の「線引き」を柔軟に変更すること等により、組織形態の多様化への対応が図られてきている。

内国歳入法典上、州会社法に基づくコーポレーションに対しては原則としてエンティティ課税がなされるが、一定の要件<sup>436</sup>を満たすコーポレーション( S corporation )

432 但書信託の特徴は、完全な導管構造を否定し、課税の繰延を許容していることであるとされる( 占部 [ 2002 ] 67頁 )。

433 特定目的信託および証券投資信託・国内一般公募投資信託を除く投資信託をいう( 法人税法2条29号の3 )。

434 占部 [ 2002 ] 68頁。

435 公益信託については、委託者が信託財産を有するものとみなして所得税法および法人税法が適用される( 所得税法13条1項2号、法人税法12条1項2号 ) が、委託者が個人の場合、すべての公益信託につき非課税となることが明文で定められている( 所得税法11条3項 )。これに対し、委託者が法人の場合、特定公益信託については、信託財産から生じる所得については非課税とされている( 法人税法12条1項但書 ) が、その他の公益信託については、委託者の収益として課税されることになる。しかしながら、この点は立法の不備によるものであることが指摘されており、委託者が個人か法人かにより、税制上の取扱いを異にする理論的根拠は存在しないことから、実務上は、課税されていないとされる( 雨宮 [ 1990 ] 130～131頁 )。

436 株主が75名以下であること、株主は原則として米国居住者たる自然人であること、および複数種類の株式を発行していないこと( 内国歳入法典1361条( b ) 項 )。

に対してはパス・スルー課税がなされる（同法典1363条）。また、同法典では、コーポレーション以外の「団体（association）」に対してもエンティティ課税がなされる（同法典7701条(a)項(3)号）が、パートナーシップや信託がここでいう「団体」に該当するか否かについては明文の規定が存在せず、判例やこれを受けた財務省規則によって「団体」か否かの「線引き」のルールが形成されてきた。すなわち、1935年のいわゆるモリッセイ（Morrissey）事件判決<sup>437</sup>により、パートナーシップおよび信託がコーポレーションの属性（corporate attributes）を有する場合には、「団体」としてエンティティ課税がなされることとされた<sup>438</sup>。また、1960年には、「キントナー（Kintner）規則」と呼ばれる財務省規則<sup>439</sup>が定められ、パートナーシップおよび信託が、複数の構成員（パートナーまたは受益者）を有する、事業目的を有する、構成員の死亡等にかかわらず継続する、経営が集中している、構成員が有限責任を負う、および持分に自由譲渡性があるというコーポレーションの6つの属性のうち、4つ以上を有する場合には、「団体」としてエンティティ課税がなされることが明らかにされた。しかしながら、1997年には、コーポレーション等、当然にエンティティ課税がなされるものを除き、エンティティ課税およびパス・スルー課税のいずれの適用を受けるかにつき、組織・団体による選択を可能とする「チェック・ザ・ボックス規則」<sup>440</sup>が導入され、今日に至っている。

今日の「チェック・ザ・ボックス規則」のもとでは、Sコーポレーション以外のコーポレーション（Cコーポレーション）には当然にエンティティ課税がなされるが、パートナーシップのほか、リミテッド・パートナーシップ（limited partnership）、LLPおよびLLCについては、エンティティ課税およびパス・スルー課税のいずれの適用を受けるかを選択することができる（ただし、持分が証券取引所等において取引されている（publicly traded）パートナーシップ等については、当然にエンティティ課税がなされる<sup>441</sup>）。また、信託については、事業を目的とする「ビジネス・トラスト」と、事業を目的としない「通常信託（ordinary trust）」が区別され、前者では、エンティティ課税およびパス・スルー課税のいずれの適用を受けるかを選択することができる（ただし、持分が証券取引所等において取引されているビジネス・トラストについては、当然にエンティティ課税が適用される<sup>442</sup>）が、後者では、原則として受益者とは独立に課税されるが、受益者への利益配当に関しては受益者

437 Morrissey v. Commissioner, 296 U. S. 344 (1935)。

438 もっとも、1936年には、内国歳入法典により規制投資会社（regulated investment company）制度が導入され、一定の要件を満たす投資信託については配当の損金算入を認める導管型課税が導入された。その後も、1960年には不動産投資信託（real estate investment trusts）制度が、1986年には不動産モーゲージ投資導管（real estate mortgage investment conduit）制度が導入される等、導管型課税が適用される信託は増加している（占部 [2002] 80～81頁）。

439 旧財務省規則301-7701-2条。

440 財務省規則301-7701-3条。

441 内国歳入法典7704条(a)項。

442 内国歳入法典7704条(a)項。

に対して課税され（内国歳入法典652条、662条）、当該配当額が、信託の課税所得から控除される（同法典651条、661条）<sup>443</sup>。

#### （組織形態と税制の関係）

上記のエンティティ課税とパス・スルー課税の「線引き」に関するルールの変遷は、LLCやビジネス・トラストのような、いずれの課税方式がとられるかが明確でなかった組織形態の動向に大きな影響を及ぼしてきた。例えば、LLCについては、ワイオミング州における立法（1977年）を嚆矢とする制度導入の当初、エンティティ課税およびパス・スルー課税のいずれが適用されるのかが明らかでなかったことから、他州における広範な立法にはつながらなかったが、1988年に内国歳入庁（Internal Revenue Service）が、LLCへの課税について「キントナー規則」を適用し、同規則のもとで、ワイオミング州のLLCに対してパス・スルー課税が適用されることを明らかにした<sup>444</sup>ことを受けて、各州でLLC立法が相次いでおり、今日までに、すべての法域においてLLC法が制定されている。また、キントナー規則のもとでは、エンティティ課税を避けるために、「コーポレーションの属性」を有しないように州LLC法の規定やLLCの運営規約の規定が工夫されたが、1997年の「チェック・ザ・ボックス規則」の導入により、その必要はなくなったため、州LLC法や運営規約の規定が合理的なものになったと評価されている<sup>445</sup>。また、ビジネス・トラストについては、当初、通常信託と同様の課税方式がとられたため、エンティティ課税がなされるコーポレーションに比べて有利とされていたが、モリッセイ事件判決により、コーポレーションに類似するビジネス・トラストについてはエンティティ課税が適用されることになり、課税上の特典を喪失したため、その利用が不動産投資、証券投資等といった特殊な分野に限られるようになったとされる<sup>446</sup>。しかしながら、「チェック・ザ・ボックス規則」の導入により、非会社形態の組織（ビジネス・トラスト等の信託、パートナーシップ、LLC等）については、原則としてパス・スルー課税を選択することが可能となったことから、組織形態の選択に当たり、課税上の取扱いは、さほど重要なものではなくなったと指摘されている<sup>447</sup>。

443 ただし、委託者が受益者の受益内容を変更する権限を有する信託（同法典674条）、委託者による撤回が可能な信託（同法典676条）等はグラントー・トラスト（grantor trust）と呼ばれ、当然にパス・スルー課税がなされる（同法典671条）。

444 かつて、内国歳入庁は、LLCに対してエンティティ課税、パス・スルー課税のいずれが適用されるかを判断するに当たり、構成員の有限責任を重視する姿勢を示していたが、1988年に、キントナー規則に基づき、構成員の死亡等にかかわらず組織が継続すること、経営が集中していること、構成員が有限責任を負うこと、および、持分が自由譲渡性を有することの各点のうち、3つ以上を満たす場合にはエンティティ課税が適用され、2つ以下しか満たさない場合にはパス・スルー課税が適用されることを明らかにし、これに基づき、ワイオミング州のLLCにパス・スルー課税を適用した（Rev. Rul. 88-76, 1988-2 C.B. 360, 1988-38 I.R.B. 1.）。

445 大杉 [2001] 185～186頁。

446 神作 [1994a] 37頁。

447 Schwarcz [2003] 565頁。

## (2) 組織課税のあり方を巡る議論の状況

### イ．エンティティ課税とパス・スルー課税

#### (イ) エンティティ課税とパス・スルー課税の「線引き」

4章1節イ(イ)のとおり、わが国においては、基本的に、私法上の法人格に着目して法人課税の適用範囲が定められてきたが、近時の組織形態の多様化を受けて、法人に対して「導管型課税」がなされる一方、法人格を有しない信託に対して法人課税がなされるようになったことや、米国において、エンティティ課税、パス・スルー課税の選択を認める「チェック・ザ・ボックス規則」が制定されたこと等を背景に、エンティティ課税が適用される組織形態と、パス・スルー課税が適用される組織形態の間の「線引き」のあり方をめぐる議論が活発になっている。

すなわち、現行のように、私法上の法人格の有無に依拠してエンティティ課税とパス・スルー課税の「線引き」を行う方法については、団体に法人格を付与するか否かは、法律関係の単純化や、団体債権者のための排他的責任財産の創出といった法人格の機能を与えるべきか否かに基づいて判断され、エンティティ課税の適用を受けさせるべきか否かに基づいて判断されるわけではないこと、団体に法人格を付与するか否かは、私法上の立法によって変更が可能であることから、特に外国の事業体について、法人格の有無を決定的な要素として課税関係を決定すると、極めて容易に租税回避が可能になるおそれがあることから、望ましくない等といった指摘がなされている<sup>448</sup>。また、私法上の法人格の有無に依拠しない「線引き」の方法としては、例えば、エンティティ課税がなされる典型的な組織である大規模公開株式会社について、これが有するいかなる特徴がエンティティ課税に結びついているかを明らかにしたうえで、そのような特徴を有する組織形態をエンティティ課税の対象とすることが提案されている<sup>449</sup>(いわゆる「日本版LLC」へのパス・スルー課税の適用を巡る問題については補論3.参照)。

#### (ロ) パス・スルー課税のルールのあるあり方

4章1節イ(ハ)のとおり、民法上の任意組合等についてはパス・スルー課税が適用されるが、法令上、パス・スルー課税に関する原則的な定めはないうえ、税務通達により定められている現行の組合課税のルールについても、組合契約に基づく損益分配を用いて課税ルールを定めようとしており、組合員の持分の増減に関する租税法上のルールが構築されていない等、さまざまな問題点が指摘されている<sup>450</sup>。

448 佐藤 [2001] 111～112頁。

449 佐藤 [2001] 113頁。

450 増井 [1999] 58頁。

例えば、組合の事業により生じた損益の組合員への「配賦」<sup>451</sup>は、組合契約に基づく損益の「分配」の割合に応じて行うこととされている（所得税基本通達36、37共-19）が、このルールのもとでは、利益の「分配」の割合と損失の「分配」の割合が異なる場合に、いずれの割合により組合員に「配賦」すればよいかは明確でない、組合契約において、「分配」の割合とは別に「配賦」の割合を定めている場合に、このような定めに基づいて「配賦」を行うべきか否かが明確でない、組合契約により「分配」の割合、すなわち「配賦」の割合を決められると、租税回避のために利用されるおそれがある等といった問題点があるとされる<sup>452</sup>。他方、これらの問題を回避するためには、組合契約に基づく「分配」の割合にかかわらず、出資割合に応じて「配賦」を行うルールも考えられるが、その根拠が必ずしも明確でないうえ、組合員が、組合契約に基づく「分配」の割合に基づいて「配賦」を行って申告し、これによって合計税額が増加する場合、課税庁は、これを更正するインセンティブをもたないといった問題点があるとされる<sup>453</sup>。このため、「配賦」に関するルールを法令上整備する必要があり、その場合には、組合契約に基づく「分配」を尊重しつつ、租税回避スキームを防止し得るような審査基準を設けるような形での立法が望ましいとされている<sup>454</sup>。

#### ロ．非営利法人の課税ルール

また、公益法人課税のルールについても、現在検討が進められている公益法人制度改革に関連して、NPO法人や中間法人等の非営利法人に関する課税ルールとあわせて見直しに向けた議論が行われている。すなわち、現行法のもとでは、公益を目的とする私法上の組織形態（公益法人、社会福祉法人等）に対して公益法人課税がなされるため、私法上の法人法制と税制上の優遇措置が連動しているが、現在の公益法人制度改革に向けた議論の中では、法人法制のあり方自体について見直しが検討されており、あわせて、税制上の優遇措置のあり方についても見直しが必要になっている。例えば、現行の公益法人、NPO法人および中間法人を、「非営利法人」という1つの法人類型とした場合には、いかなる主体（課税庁、第三者機関等）がいかなる基準で税制上の優遇措置の適用を決定するか等が問題となり、公益性の有無に着目して、法人法制上、「非営利・公益法人」と「非営利・中間法人」という2つの法人類型を設けた場合には、法人法制上の公益性判断と税制上の優遇措置を連動させるべきかどうか等が問題になる<sup>455</sup>。

451 組合契約に基づく組合員への現実の損益分配は「分配（distribution）」、現実の損益分配の有無を問わない租税法上の組合員の持分調整は「配賦（allocation）」と呼ばれ、両者は区別される（増井〔1999〕58～59頁）。

452 増井〔1999〕66～69頁。

453 増井〔1999〕69～76頁。

454 増井〔1999〕78頁。

455 行政改革推進事務局「公益法人制度の抜本的改革に向けて（論点整理）」（平成14年8月）参照。



また、あり得べき「新しい非営利法人」に適用される課税ルールは、「公益法人等」に対する現行の課税ルールが基礎となると考えられるが、現行の公益法人課税のルールについても、いくつかの問題点が指摘されている。例えば、軽減税率が適用される収益事業の範囲については、収益事業の種類を限定列挙する方式（限定列挙主義）と、公益活動と実質的関連性を有する事業とする方式（実質的関連性主義）の2つがあり、わが国においては、限定列挙主義のもと、特定の収益事業<sup>456</sup>から生じる所得について軽減税率により課税されているが、この場合には、公益活動との関連性が強い事業であるにもかかわらず、形式的に法定の収益事業に該当するため、課税対象となる場合がある一方で、公益活動との関連性が弱く、普通法人の営業と著しく競合しているような事業であるにもかかわらず、軽減税率が適用され、公平な競争を阻害していると指摘されている。このため、主要国（米国、英国、フランス、ドイツ等）に倣い、実質的関連性主義をとったうえで、収益事業に対しては、公平な競争条件の確保の観点から、通常税率を適用すべきと主張されている<sup>457</sup>。

## 5．組織形態に関する法規整のあり方

本章では、前章までの検討を踏まえて、組織法の存在意義を確認（1節）したうえで、本報告書の結びとして、組織法の法設計のあり方（2節）および組織法との関係からみた税制のあり方（3節）について、若干の検討を行うこととしたい。

### （1）組織法の存在意義

#### イ．組織法の「本質的」な機能

3章2節においてみたように、組織に関する私法的規整としての組織法の機能としては、組織への法人格ないし法主体性の付与（3章3節イ．参照）や組織の責任財産の分離ないし構成員の責任の限定（有限責任制）（3章3節ロ．参照）が挙げられることが多いが、これらの点は、組織法によらなければ実現できないものであろうか。

#### （法人格、法主体性の付与）

自然人においても、法主体性は法によって与えられるものである（民法1条ノ3）。このことからみれば、組織への法人格ないし法主体性の付与は、少なくとも形式的には、当事者間の契約ではなし得ない組織法の機能であるということができよう。もっとも、実質的にみた場合は、法人格ないし法主体性の属性は、非法人の組織形

456 物品販売業、金銭貸付業等の33種類の事業（法人税法2条13号、同法施行令5条1項）。

457 橋本・古田・本間 [1986] 77頁 [林宏昭]。

態（組合形態、信託形態）でもある程度実現可能であるといえる。例えば、組合においては、権利義務の帰属主体は組織としての組合でなく個々の組合員とされるが、組合員は個々に権利を行使することはできず、義務についても實際上組合財産が主たる責任財産となるため、法人と組合の差は、権利義務の形式的な帰属主体や団体の設立の仕方といった形式的・手続的な点にあり、その実質はさほど変わらないと指摘されている<sup>458</sup>。

また、法人格に最低限共通する機能としては、その名において権利義務を取得する、訴訟当事者能力、およびその名義の債務についてしか強制執行を受けないという3つの点が挙げられている（3章2節イ（八）参照）が、信託も、信託財産名義で財産を取得できないとしても、責任財産は信託財産に限定されていること、形式的な信託財産の所有者である信託受託者が訴訟当事者になり得ること、信託関係者に対する債務名義では信託財産に対する強制執行はできないことから、実質的には法人格の属性を満たしていると指摘されている<sup>459</sup>。さらに、「権利能力なき社団」の理論を前提とした場合、法人格の存在は、法人格の属性を確実に取得し、登記によりこれを対外的に公示できることにその実際上の意義があるといえよう（3章2節イ（八）参照）。

#### （資産分離機能）

これに対して、組織の責任財産と構成員の責任財産を分離する機能（資産分離機能）は、組織法なしでは実現が不可能ないし著しく困難であるという意味で組織法の「本質的」な機能（essential role）であるとされる<sup>460</sup>。すなわち、組織法には、

企業の債権者に対して、企業の所有者の債権者よりも優先して企業の資産に対する権利を認めるという「積極的な資産分離」の機能と、構成員の債権者に対して、企業の債権者よりも優先して構成員の資産に対する権利を認めるという「防御的な資産分離」の機能がある（3章3節イ .参照）が、このうち、積極的資産分離の機能は、契約法（contract law）、所有権法（property law）、代理法（agency law）等の一般の私法上のルールでは容易には実現できないとされる。例えば、契約法のデフォルト・ルールによれば、個人企業の債権者は、所有者たる企業主の全財産を引当財産とできるため、積極的資産分離機能を実現するには、当該企業主が、現在および将来のすべての債権者から、「事業のために分離される財産については、当該事業に対する債権者の債権に劣後する」旨の劣後特約（subordination agreement）を取り

458 石田（穰）[1992] 146頁。

459 森田（果）[2003] 13頁、同頁注73。

460 Hansmann and Kraakman [2000b] 406頁。ハンスマン教授らの分析は米国法を念頭においたものであるが、この点は、わが国においても基本的に妥当するとされる（森田（果）[2003] 10頁）。なお、この場合の「本質的」とは、「その法ルールなくして実現不可能ないし著しく困難な」という意味であり、「本質的」かどうかは、代替的な実現のために必要なコストの大小という相対的な違いによるものといえる（森田（果）[2003] 10頁）。

付ける必要があるが、個別の劣後特約の取り付けには極めて高い取引費用が生じるうえ、債権者は、劣後特約の取り付けをモニターできないため、所有者が劣後特約を懈怠するインセンティブを有するというモラル・ハザードの問題が発生する<sup>461</sup>。また、共同企業では、このようなコストは、共同所有者数の増加以上に増加するうえ、個々の共同所有者は、自らの債権者からの劣後特約の取り付けを懈怠するインセンティブを有し、共同所有者の増加に伴い、相互の監視も困難になるため、他の共同所有者の劣後特約の取り付けに依存しようとするフリー・ライダーの問題が生じるとされる<sup>462</sup>。このように、組織法を利用せずに、積極的資産分離機能を実現することは不可能ないし多大なコストを生じるため、ハンスマン教授らは、組織形態の発展における法の最も重要な貢献は、法主体（単独で契約主体となり得る企業）<sup>463</sup>の創設であるとしたうえで、その中心的な機能は、組織の債権者に対して優先的な担保となり得る組織の財産を提供するという資産分離機能であると指摘している<sup>464</sup>。

なお、企業の債務に対する所有者の責任については、契約法のデフォルト・ルールは無限連帯責任であるため、防御的資産分離機能を実現するためには、すべての債権者との間で、所有者の個人財産を引当財産から除外する旨の特約を行う必要があるが、この場合には、所有者とすべての個人債権者との間の契約には影響しないうえ、所有者が自らの利益のための特約を結ぶこととなり、モラル・ハザードの問題は発生しないため、契約法により代替するためのコストは、極めて高いコストが生じる積極的資産分離の場合と比べて格段に小さい<sup>465</sup>。このため、防御的資産分離機能の実現のために組織法の果たす役割は積極的資産分離機能の場合と比べれば小さいとされる<sup>466</sup>。

461 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 407 ~ 408頁。

462 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 411頁。

463 ここでの「法主体」の語は、法律学において伝統的に用いられている法人（juridical person）の語とは区別して用いられている。すなわち、ハンスマン教授らは、19世紀以来盛んに論議されたかつての法人理論（法人擬制説、法人否認説、法人実在説等の法人の実体をめぐる論争）は、構成員の財産とは独立した固有の財産を有すること（separate patrimony）を法人の重要な特質としつつ、論及の対象は他の点（国家と私的団体の対立や団体の本質論）にあったと指摘し、そのような法人理論において用いられてきた法人という用語とは区別し、より単純、明確かつ機能的に法人を定義する意味で、法主体の語を用いたと説明している（Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 438 ~ 439頁）。

464 Hansmann, Kraakman and Squire [ 2002 ] 66頁。もっとも、積極的資産分離機能は、組織の資産の分離の程度に応じて、“weak form”（構成員の債権者は組織の責任財産をも引当てとすることができ、組織の債権者は組織の責任財産について優先権を有するにとどまる）、“strong form”（構成員の債権者は、組織の責任財産を引当てとすることはできない）、“super strong form”（構成員の債権者は組織の責任財産に対する構成員の持分すら引当てとすることができず、組織の責任財産は専ら組織の債権者の引当てとなるという意味で、組織の債権者に排他的な権利が割り当てられている）の3つのクラスに区分することができ、についてはパートナーシップ等、については、株式会社等、については公益信託等が該当する（Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 394 ~ 395頁、森田（果）[ 2003 ] 5頁）。例えば、わが国の合名会社については、社員の債権者は、社員の持分を差し押えたうえで、当該社員を退社させて払い戻された持分により自己の債権の満足を受けることができる（商法90 ~ 91条）ことから、に該当すると考えられる。

465 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 429頁。

466 Hansmann and Kraakman [ 2000b ] 430頁。

## ロ．組織法の存在意義

上記イ．のとおり、組織法の「本質的」な機能が組織の債権者に対して優先的な担保となり得る組織の財産を提供するという資産分離機能にあるとしても、組織の社会・経済活動を促進するうえで、その他の機能も重要な役割を担っているといえる。

すなわち、組織法には、契約の「標準書式」を提供することで、定款の起草を容易にする、組織形態の詳細部分の設定に当たって、ミス回避することを助ける、標準的でない規定について全当事者に情報を与える、所有者相互間、所有者・債権者間に信頼できるコミットメントを作り出す手段を提供するといった利害調整のためのコストを削減する機能があり、これにより、企業活動の効率性を促進しているとされる<sup>467, 468</sup>。また、標準書式としての組織法は、最適な法的ルールの提供という公共財的な側面を有しており、その意味で、取引コストの削減以上の役割があると指摘されている（3章4節ロ．参照）。

組織法によらなければ実現できないという意味での「本質的」な機能ではないとしても、例えば、構成員の有限責任（防衛的資産分離機能）を不法行為債権者を含むすべての債権者との間で作り出す機能は組織法の提供する法的ルールとして重要であり<sup>469</sup>、近時の内外における「有限責任の拡大」ともいべき現象（新たな有限責任の組織形態の創設）は、このような文脈から理解することができる（3章3節ロ．（イ）参照）。また、わが国における近時の新たな法人形態の創設は、法人格の基本的属性を得るというより、「法人であれば通常有している属性」をいわばパッケージとして簡易に取得することを企図するものであるといえる（3章2節イ（ハ）参照）。このような観点からは、組織法には、契約によるアレンジのコストを削減しつつ、適切な法的ルールの組み合わせ（例えば、有限責任制と債権者保護ルール）を提供する役割をも求めることができよう。

467 森田（果）[2003] 9～10頁。また、この点について、森田（章）[2002] 41頁は、投資者が共同事業に投資する場合に、投下資本の管理・運用・利益分配および損失処理等について明確な合意がなされる必要があるが、会社法は、投資契約の標準を定め、株主や債権者の権利義務を明確化し、それにより、投資家間で、投資契約の合意を形成させるべき時間と費用を軽減すると説明している。

468 Booth [2003] 12頁は、組織法には、個別の合意を行わない（あるいは望まない）当事者に対し、望ましいデフォルト・ルールの組み合わせを提供することに加えて、多数当事者間の複雑な利害調整の場面で、合意を形成するための触媒（catalyst）の役割を果たすと指摘している。例えば、何らかの事業を行うに当たって、通常、事業の参加者、投資家、第三者（債権者、顧客）の3当事者が存在し、各当事者はさらにサブ・グループに分かれ得る。このような状況のもとでは、事業による利益の分配等につき相互に交渉を行うことは極めて困難であり、合意を形成することは困難である。その意味では、パッケージ化されたデフォルト・ルールの集合である組織法は、多数当事者の複雑な交渉問題を解決するのに資するとされる（Booth [2003] 12～13頁）。

469 例えば、無限責任制度のもとでは、不特定多数の投資家の出資は期待し難いため、少なくとも公開企業においては、構成員の有限責任が重要な前提となっているといえよう。

以上を踏まえて、組織法の存在意義をまとめれば、組織の社会・経済活動の円滑という観点から、当事者間の契約では実現が不可能ないし著しく困難であり、法的ルールによらなければ得られないという意味での「本質的」な機能（資産分離機能）を確保したうえで、契約によるアレンジのコストを削減し、組織の事業ニーズに応じた適切な法的ルールの組み合わせを提供する点にあるということができよう。

## （２）組織形態の法設計のあり方

### イ．多様な組織形態の存在意義

#### （組織形態の多様性の意味）

5章1節イ .においてみたように、組織法の「本質的」な機能が積極的資産分離機能であり、「本質的」な機能がどの組織形態にも共通の機能であるとすれば、さまざまな組織法（組織形態）を併存させる意義は、法人格ないし法主体性の付与や防衛的資産分離機能（構成員の有限責任）といった「本質的」でない機能を、どのように、どの程度付加するかについて多様性を確保することにあるといえる<sup>470</sup>。そして、本質的でない機能の付加のあり方は、各組織法が利用されようとしている組織の性質に依存しており<sup>471</sup>、その意味では、現存する多様な組織形態は、それぞれ、何らかの事業ニーズに対応して、適切な付加的な機能を提供しようとするものであるといえよう。

また、組織法は、組織をとりまく関係者間の利害調整のための法的ルールであり、そのような利害調整を、当事者間の契約ではなく、法的ルールにより行うことが望ましいといえるためには、法的ルールと任意の契約の組み合わせによって、任意の契約のみと比べ望ましい結果が得られることが前提となる<sup>472</sup>。このような観点からは、ある組織形態（組織フォーマット）を他の組織形態に加えて用意するのが合理的であるのは、組織形態の追加によって、他の組織形態を採用したうえで追加的な機能を契約によりアレンジする場合に比べコストを節約できるようになり、かつ、そうした組織形態を追加することによる便益が組織形態の追加に伴うコストを上回る場合であるということができよう。

#### （組織形態の多様性の程度）

組織法の「本質的」な機能以外の機能について、当事者間の契約に委ねた場合のコストと組織形態を多様化した場合のコストを比較し、後者がより大きいという立場に立った場合には、経済活動のために最小限必要な組織形態は、「本質的」な機能である資産分離機能を確保したうえで、せいぜい、構成員が有限責任を享受でき

470 森田（果）[2003] 11頁。

471 森田（果）[2003] 11頁。

472 藤田 [1997] 23頁。

るかどうかに応じて2つあれば足りるという考え方もあり得る<sup>473</sup>。米国では、LLC、LLPといった新たな組織形態の登場等により、組織形態が顕著に増加している中で、組織法の統一化・共通化による「合理化 (rationalization)」を提唱する論者も現れてきている<sup>474</sup>。

こうした「合理化」を主張する論者は、従来の多様な組織形態の存在の根拠を主として税制面のメリットに求めるため、チェック・ザ・ボックス規則の導入後は組織形態の維持の必要性を見出さない傾向にあるとされる<sup>475</sup>。組織法の統一化・共通化により得られるメリットとしては、法文の起草・印刷のコストを低減させる、

組織法の分量を減らし、個々の組織法ごとに同一内容の規定を改正する必要がなくなる、組織形態を減らすことで、個々の組織形態ごとの先例・判例や注釈書が増えるといったネットワークの外部性が期待できる、組織形態を減らすことで、税法や規制・監督ルールを組織形態の増加に対応させるコストを低減させるといった点が指摘されている<sup>476</sup>。しかしながら、「合理化」を提唱する論者は、組織形態が分化・多様化していることによる税制面以外のメリット（各種の事業体の個別のニーズへの的確な対応を可能にすること<sup>477</sup>、種々のルールの詰め合わせによっては得られない全体として一貫性のある法的ルールのセットを提供すること<sup>478</sup>等）を過少に評価する傾向にあり<sup>479</sup>、さらに、多様な組織形態の存在が組織法の発展を促すという面を見落としている<sup>480</sup>と指摘されている。

もっとも、過度に多くの組織形態を有することによるコストと、組織形態の種類を減らすことにより生じる契約によるカスタマイズのコストはトレード・オフの関係にあり、組織形態の最適な種類数は明らかではないため<sup>481</sup>、現行の組織形態の多様性をいかに評価するか（現行の組織形態のカatalogに過不足があるか）について明確な回答を与えることは困難であろう。

## □．新たな組織形態の必要性

### （基本的な考え方）

組織形態のフォーマットとしての組織法は、組織の社会・経済活動を促進し、その効率性を確保するためのインフラ整備の観点から設計されるべきであり<sup>482</sup>、上記

473 Hansmann and Kraakman [ 2000a ] 816頁。

474 Ribstein [ 2003 ] 1023 ~ 1024頁。

475 Ribstein [ 2003 ] 1030頁。

476 Ribstein [ 2003 ] 1027 ~ 1030頁。

477 Ribstein [ 2003 ] 1030 ~ 1031頁。

478 Ribstein [ 2003 ] 1031頁。

479 Ribstein [ 2003 ] 1024頁。

480 Ribstein [ 2003 ] 1024頁。

481 Ribstein [ 2003 ] 1031頁。

482 例えば、会社法の役割は、伝統的には、関係者間の権利義務関係を規定する基本的な私法の1つとされていたが、現在は、国の経済政策の1つの重要な制度的なインフラとして捉えられているとされる（神田 [ 2000 ] 11頁）。

イ.においてみたように、組織の事業ニーズに応じて、組織の関係者（構成員、投資家、債権者、顧客等）の利害調整のための適切な法的ルールの組み合わせを提供するものである必要があるといえよう。

例えば、最も基本的な組織形態である会社とパートナーシップを比較した場合、共同事業の目的が、水平的な権限の分散にある（例えば、法律事務所）とすれば、個々の構成員が独立に行動し、その成果が個人に還元できる形態であるパートナーシップ形態が望ましいが、共同事業の目的が、多数の生産要素を投入して、個々の構成員の成果に還元できない財・サービスを生産するもの（例えば、製造業）であるとすれば、多数当事者の利害の対立を調整して、経営判断を行う必要があるため、そのようなガバナンス・メカニズムの完備した会社形態が望ましいとされる<sup>483</sup>。

上記のようなインフラ整備の観点から新たな組織形態を導入するか否かを判断するに当たっては、既存の組織形態を採用したうえで事業ニーズに応じた適切なルールを契約によりアレンジするコストと新たな組織形態を導入することに伴うコストを比較検討すべきこととなる。

#### （新しい企業ニーズへの対応）

それまで存在しなかった新しい企業ニーズが発生した場合に、既存の組織フォーマットを採用したうえで当事者間の契約により追加的なパッケージをアレンジしようとする、高いコストがかかることがある（例えば、既存の組織フォーマットについてのあるルールを排除するためのアレンジにコストがかかったり、強行的なルールであり、契約により追加的なアレンジを行うことができないような場合）<sup>484</sup>。このような場合には、新たな組織形態を導入することが効率的となり得るといえよう<sup>485</sup>。

近時、わが国においても、ベンチャー企業や合併企業に適した新たな組織形態の必要性が指摘されることが少なくなく、最近の企業組合制度や有限責任組合制度の改善の動き<sup>486</sup>は、このような試みの1つであるといえよう。また、小規模の営利団体のための組織フォーマットという視点からみた場合、ドイツの合名会社やアメリカのパートナーシップのような、継続的・能動的な事業に即した組織フォーマット

483 Booth [ 2003 ] 8頁。

484 森田（果）[ 2003 ] 14頁。

485 例えば、信託は、専ら資産分離機能のみからなり、ガバナンス・メカニズムに関するルールをほとんど提供していないため、組織法の本質的な機能に特化し、付属物を削ぎ落とした組織フォーマットと位置付けられる（森田（果）[ 2003 ] 12～13頁）。このため、実務において、あるスキームに関し信託が用いられている場合、既存の組織形態では当該スキームを低コストでアレンジできないことの徴憑である可能性があり、このような場合は、当該スキームを効率的に実現し得る組織法を新たに立法化して提供することが社会的なコストの節減に資する可能性がある旨と指摘されている（森田（果）[ 2003 ] 15頁）。

486 例えば、企業組合制度については、平成14年の中企法の改正（平成15年2月施行）により、組合員資格を個人のみから法人や有限責任組合にまで拡大するほか、従事比率（組合事業に従事しなければならない組合員の比率）組合員比率（従事者に占める組合員の比率）の要件を緩和し、外部からの資金調達や人材登用を容易にすること等により、使い勝手の改善が図られている。

が存在しないと指摘されており<sup>487</sup>、このような観点から「日本版LLC」の導入が提案されている（「日本版LLC」については補論3.参照）。

例えば、既存の営利目的の有限責任の組織形態は、財産出資が原則とされ、現物出資や労務・信用出資は制限ないし禁止されている（例えば、株式会社では現物出資には検査役調査を要し、労務・信用出資は認められないと解されている）が、ノウハウや表現上の創造活動のように、既存の知的財産権でカバーされないような「資産」を出資対象とした組織形態がなく、資金調達等に困難を生じる可能性があると考えられる。このような観点からは、ノウハウや表現上の創造物について物権的権利を広く認めたり、最低資本金の規制がなく、会社に比べ少額の資本で法人格および有限責任を取得できる簡易な法人組織である企業組合制度（中企法所定）や協業組合制度（中小企業団体の組織に関する法律所定）の活用も提唱されているが、より直截に、集団的な創造活動の企業化や資金調達ニーズへ対応していく観点から、「日本版LLC」等の新たな組織形態の創設を検討することも考えられよう<sup>488</sup>。

（「目的」による組織形態の区分の当否）

3章2節イ．においてみたように、わが国の法人法制は、法人の「目的」別に法人類型を用意しており、ある目的を有する組織・団体は、当該目的のために用意された法人形態以外の組織形態を選択することはできない。これに対して、ドイツにおいては、有限会社（GmbH）は、営利、共益、公益の区別にかかわらず、法律上許されるいかなる目的も会社の目的とすることができる<sup>489</sup>など、「目的」に重点を置かない法人法制になっているといえることができる。また、わが国においても、民法上の組合は、「目的」が限定されておらず、あらゆる種類の共同事業のために利用可能である（3章1節イ（ロ）参照）<sup>490</sup>。

このように、組織形態と組織の「目的」の関係は、各国の法制ごとに区々であり、組織の「目的」に応じて組織形態を設けるとする法制の当否についても、さまざまな考え方があり得ると思われる。例えば、ある組織形態について、これと取引関係に立つ債権者その他関係者の利益を適切に保護する法規整がなされるのであれば、当該組織形態を利用する組織・団体にどのような目的を担わせても問題はないとい

487 大杉 [2002～2003] 1648号5頁。

488 例えば、コンテンツ・ビジネスの促進に照らして、著作者の経済的な期待の保護・著作活動の促進という観点から、資金調達のための仕組み金融における投資ファンドないしSPCとしての「日本版LLC」の需要が大きいと指摘されている（大杉 [2002～2003] 1649号15頁）。

489 ドイツの有限会社については、社員が達成しようとする目標である「会社の目的（Gesellschaftszweck）」とそれを実現するための手段である「事業の目的（Gegenstand des Unternehmens）」とは区別され、「会社の目的」については、経済的目的（営利）、非経済的目的（非営利）を問わず、法律上許されるいかなる目的のためにも設立できることとされている（有限会社法1条）（荒木 [1996] 18～19頁）。

490 これに対して、米国のパートナーシップは、営利目的（for profit）に限られる（改正統一パートナーシップ法101条6号）。また、フランスにおいても、民法上の組合（société）は、営利目的に限られる（フランス民法1832条）。



う考え方もあり得よう<sup>491</sup>。他方、近時の新たな法人形態の創設により法人形態の多様化が進んでいるわが国の現状を踏まえると、「目的」別に法制を整備することにより、法人形態を用いて実現しようとする目的・ニーズの多様化に的確に対応していくことも可能であり、むしろ、このような法制の方が、当該目的・ニーズに適合した法規整を確保する点で望ましい、という考え方もあり得よう。

このような「目的」に即した組織形態の区分の当否を巡る議論は、近時、英国においても、チャリティ制度改革<sup>492</sup>の検討に関連して行われている。すなわち、英国では、公益活動を行うチャリティの組織形態には制約はなく、組織形態いかにかわらず、チャリティ法等による規制に服するかたちとなっており、会社が専らチャリティ活動を目的とすることも認められている<sup>493</sup>。これに対して、近時のチャリティ制度改革の検討においては、公益活動に適したガバナンスの仕組み等を確保する観点から、専らチャリティが利用し得る新たな組織形態の創設が提言されている<sup>494</sup>。

以上のように、組織の「目的」に応じて組織形態を設けるという法制の当否は必ずしも自明ではないため、わが国において組織形態の法設計のあり方を考えるに当たっては、組織形態と組織の「目的」との関係について、さらに議論を深めることが必要であろう。

### (3) 組織法との関係からみた税制のあり方

#### イ．組織に対する課税のあり方

##### (イ) 課税ルールの「線引き」

##### (組織に対する課税の中立性)

税制には、一般的な効率性・公平性という要請に加えて、経済・社会活動の円滑

491 例えば、ドイツの有限会社は、あらゆる目的を達成することのできる会社形態として創設されており、各有限会社が相互に異なる目的を遂行し、異なる活動をし、異なる経営形態を必要とするため、統一的な強行規定により一律に規制するのではなく、定款自治を広く認めたものであるとされる(増田[2002]179~180頁)が、会社の設立および資本維持・充実に係る規定等は、債権者の利益保護のために定款自治に委ねることはできないとされる(増田[2002]186~187頁)。

492 英国においては、内閣府(Cabinet Office)の政策企画機関であるストラテジー・ユニットが、チャリティの定義の拡大、チャリティの公益性に関する継続的チェックの実施、登録チャリティ本体による収益事業の自由化、チャリティを目的とする団体のための新しい組織形態の創設等を骨子とするチャリティ制度改革にかかる報告書(“Private Action, Public Benefit: A Review of Charities and the Wider Not-For-Profit Sector”)を公表している(2002年9月)。

493 英国会社法上、附属定款の模範書式(Company Act 1985, Table A)には、利益配当に関する規定が置かれているが、これと異なる付属定款の定めも有効であり、チャリティ目的の会社においては、基本定款または付属定款に、「社員に利益分配を行わない」旨の規定が置かれているのが通常とされる(Mayson, French and Ryan[2000]307頁)。

494 上記報告書(脚注492)は、現在、チャリティの多くが保証責任会社等の営利法人の形態をとっているが、営利法人のガバナンス・メカニズムはチャリティに適していない、チャリティは通常利益を生じるものではないといったさまざまな問題が生じているとして、専らチャリティが利用し得る組織形態として、構成員の有限責任、内部ルールの柔軟性等の特徴を有するCIO(charitable incorporated organization)を導入すべきであるとしている。

を確保する観点から、組織・団体の目的・事業内容に適応した組織形態の選択を歪めないという意味での中立性が求められる。税制の中立性を組織・団体課税に当てはめた場合、同一の経済効果を有するものについては、同様の課税を行うことが求められることになる<sup>495</sup>。このような観点からは、経済的に同一の価値判断を与えられる法形態間の選択の判断は、税負担が異なることにより歪曲されるべきではなく、このような「法形態の中立則」は、客観的給付能力に従った課税の原則（同一の経済的成果に対しては同一の税負担が課されるべき）と一致するとされる<sup>496</sup>。例えば、特定目的会社にエンティティ課税モデルが適用されるのであれば、「特定信託」にもエンティティ課税モデルが適用されるというのは、そのような考え方に基づくものであるといえよう。

もっとも、共有から会社に至るすべての法的形式（所有形態ないし組織形態）に対して全く同じ課税上の取扱いをすることは技術的に不可能であるか、現実的にみて不可能なコストを強いるものと考えられるため、すべての法的形式に対して同じ課税上の取扱いを与えることが必ず必要なわけではなく、政策判断に当たって、中立性の議論は究極の目標ではないと指摘されている<sup>497</sup>。

#### （「線引き」の方法を巡る議論）

4章2節イ.においてみたように、組織の稼得した所得に対する課税という枠組みの中では、課税ルールを選択肢としては、組織を1つの実体と捉えて組織の段階で課税するエンティティ課税モデル、組織を導管として捉えて、構成員の段階でのみ課税するパス・スルー課税モデル、の2つの理念型しかないため、個々の組織形態について、各モデルをいかに適用するか、さまざまな新しい組織形態が登場する度に、いずれのモデルを適用すべきかという「線引き」の問題が生じる。そして、エンティティ課税モデルとパス・スルー課税モデルの線引きを行うに当たっては、組織法との関係で、現行のように私法上の法人格の有無に着目するのか、米国の「キントナー規制」のように、法人格の有無にかかわらず、一定の実質的要件への適合性を判断するのかが問題となる。

4章1節イ（イ）においてみたように、現行のわが国の税制においては、原則として、法人格があればエンティティ課税が適用され、それが、人格のない社団や特定信託等に拡張されてきたという傾向があるといえる。しかしながら、近時は、組織形態の多様化を受けて、組織・団体の法人格の有無に着目した形式的判断から、そ

495 例えば、ドイツでは、同一の経済的給付能力を有する人的企業（人的会社・個人企業）と物的会社の間における税負担の平等の観点から、企業税制改革が企図されたとされる（手塚 [2002] 392頁）。

496 手塚 [2002] 393～412頁。

497 増井 [2000a] 155～156頁。

の機能に着目した実質的判断への移行の必要性が指摘されてきている<sup>498</sup>。

このように、エンティティ課税、パス・スルー課税の「線引き」を、私法上の法人格の有無とは切り離そうという議論の方向は、基本的には妥当なものであると考えられる。また、現行の法人課税のルールは、株主平等原則の存在が妥当し、金銭の分配は、株式数に応じたプロラタ配当に限られるという株式会社の定型的な性質を念頭に組み立てられているにもかかわらず、ひろく法人一般に適用されるため、課税ルールの適用に問題が生ずる場合がある。例えば、定款により社員の権利を柔軟に設計できる有限会社には、現行課税ルールでは必ずしも十分に対応できない点があるほか、社員の権利につきより広く定款自治が認められる人的会社（合名会社・合資会社）についてはなおさら問題が大きいといえる。このため、有限会社や人的会社を含めた法人課税のルールの抜本的な見直しを行い、エンティティ課税とパス・スルー課税のあり方を検討すべきであると考えられる。

もっとも、組織に対する構成員の権利が複雑である場合には、損益を構成員に対してパス・スルーさせることが難しく、執行上の困難が生じるため、エンティティ課税の根拠は、そのような執行上の困難を軽減する点にもあると指摘されている<sup>499</sup>。このため、実際の「線引き」に当たっては、課税ルールの執行可能性の問題を中心に、組織と構成員の間の経済的関係、他の類似の機能を有する組織とのバランス等、さまざまな要素を踏まえて判断するべきであり<sup>500</sup>、こういった視点から、「線引き」のあり方を検討することが必要であろう。

#### （今日におけるパス・スルー課税の意義）

上記のとおり、私法上の法人格を有する組織・団体であっても、その実態が構成員の段階でパス・スルー課税を行うことがふさわしいものであれば、パス・スルー課税を行う方向に進むべきことになり<sup>501</sup>、このような方向性は、パス・スルー課税の今日的意義を検証したうえで、さまざまな事業体について、その適用の是非を検討していく作業を行うことを意味すると指摘されている<sup>502</sup>。4章2節イ（ロ）においてみたように、現行のわが国の税法においては、パス・スルー課税については民法上の任意組合や商法上の匿名組合に関するわずかな税務通達が存在するのみでその基本ルールが明確ではなく、極めて不確実な状態にあるため、パス・スルー課税のあり方を検討するに当たっては、具体的な「線引き」もさることながら、パス・ス

498 例えば、パス・スルー課税が適用される組織形態とエンティティ課税が適用される組織形態との間の線引きについては、法人が有する特性（characteristic）を抽出し、これを有する組織形態についてはエンティティ課税を、そうでない組織形態についてはパス・スルー課税を適用する考え方や、活発な事業（active business）を行っている組織形態についてはエンティティ課税を適用する考え方といったさまざまな考え方が主張されている。

499 増井 [2002] 12頁。

500 増井 [2002] 12頁。

501 森信 [2003] 212号9頁。

502 森信 [2003] 212号8頁。

ルー課税の基本的なルールを確立することがより重要であろう<sup>503</sup>。

また、パス・スルー課税ルールの適用範囲を検討するに当たっては、「構成員に分解して課税することが執行上可能かどうか」を念頭において考えるべきであり、具体的には、構成員の数、公開性の有無および持分の内容の3点が重要なポイントと考えられる。については構成員数が多い、については構成員が変動する、については数種の持分を発行している等持分のタイプが複雑なものは、執行可能性等の観点からパス・スルー課税にはなじみにくいと考えられる。

なお、パス・スルー課税の基本ルールを検討するうえでは、米国のSコーポレーション制度も参考となる<sup>504</sup>。

#### (ロ) 課税ルールの選択制を巡る議論

##### (選択制の是非)

4章1節ロ.においてみたように、米国では、チェック・ザ・ボックス規則により、一定の範囲で当事者による課税ルールの選択が認められている。わが国におけるチェック・ザ・ボックス規則のような「選択制」の導入については、法的性格は異なるが、実態的にはあまり異なる組織については、選択制は合理的であるが、非常に広い範囲で納税者が自らに適用されるルールを選択できる制度は、それぞれの形態の事業体に関する課税のルールが合理的に決定されていることを前提とするならば、納税者に法的ないし経済的実体にもかかわらず最も租税負担が軽くなる課税関係を選択することを許すのと同義であり、実体と効果の乖離を制度上容認することになるため、合理的な課税ルールの決定という前提に背き、認められないと考えるべきであると指摘されている<sup>505</sup>。

「選択制」の導入を組織形態に関する税制の中立性と位置付けるのであれば、法人税法上、一定の選択を可能にすることも一応の理由があり、「人格なき社団等」といった難しい概念の内容をその都度解釈によって確定していくよりは、予測可能

503 具体的には、構成員に配分する前の計算ルールの整備、構成員への利益・損失の配賦のルール、租税回避の防止のルール等が必要となるが、米国では、このルールが極めて複雑で税務執行コストを増加させているため、わが国では、簡素で使いやすく、かつ、租税回避の少ない制度を考えていく必要があると指摘されている（森信 [2003] 212号10頁）。この点、導管型課税ルールの未発達なわが国でパス・スルー課税の課税ルールを具体化する場合には、立法によって単一持分クラスのみを認めたり損失配賦の上限を出資額に限定したりするなど、取決めの柔軟性を若干犠牲にしても、納税協力コストの小さいルールを構想すべきとの指摘がなされている（増井 [2002] 22～23頁）。

504 Sコーポレーション制度を導入すると団体課税のルールは3分法になり複雑化する面もあるが、同制度は、株主が75名以下であり、1種類の株式しか発行できない等の制限が課されているため、使い勝手に劣る面もあるものの、濫用が難しいため落ち着いたよい制度とも評価し得る。また、米国州法上のパートナーシップやわが国民法上の任意組合では、構成員の数や持分の内容が当事者間の契約に委ねられているため、定型性に欠け、パス・スルー課税ルールの的確な適用には多くの困難を伴うと予想されるのに対して、Sコーポレーション制度では、構成員の権利につき最低限の枠組みが定まっており、そのような問題を回避できる。

505 佐藤 [2001] 114～115頁。

性が高まるとも考えられる<sup>506</sup>が、パス・スルー課税の選択を認める前提として、まず、簡易なパス・スルー課税のルールを立法化することが先決事項であるといえよう<sup>507</sup>。

なお、米国においては、チェック・ザ・ボックス規則の導入により、各州の組織法と連邦租税法とは相互に独立することとなったため、チェック・ザ・ボックス規則は、パートナーシップ課税とコーポレーション課税との線引きを当事者の選択に委ねることにより、取引に対する税制からの不当な介入をなくすものとしてこれを評価する論者<sup>508</sup>もみられる。しかしながら、実務上は、チェック・ザ・ボックス規則の導入により国際的な裁定取引が可能となる<sup>509</sup>といった国際課税上の混乱が生じることが問題視される等、米国においても、チェック・ザ・ボックス規則をどのように評価するかについては、必ずしも議論は統一していないように思われる。

(選択制のもとにおける多様な組織形態の存在意義)

米国では、チェック・ザ・ボックス規則の導入により、閉鎖企業については、キントナー規則のような組織形態の選択に関する制約が除去されたため、タックス・ロイヤーの視点からは、法が多様な組織形態を用意する理由は失われたと評価される可能性があるとされている<sup>510</sup>。しかしながら、組織形態を統一化した場合、ネットワークの形成を容易にし、従前の個々の組織形態が有していたデフォルト・ルールの中から望ましいものを選択できるようになるというメリットがあるとしても、特定のタイプの企業に対して、一貫性のある望ましいデフォルト・ルールの組み合わせを提供できないことによりコストが生じるほか、第三者にとって、個別の企業に対して適用されるルールを予測することが困難になるという問題が生じると指摘されている<sup>511</sup>。また、法律上の組織形態は、企業家に対して、自らの選択する組織法により、彼らの望むデフォルト・ルールを適用しつつ、望まないルールが適用されないことを保証するほか、法律上の組織形態の多様性は、より効率的なルールが発展していく素地を提供するとされる<sup>512</sup>。

これらの点を踏まえれば、課税ルールの選択制が採用された場合において、望ましい課税ルールの適用を確保する観点からは、複数の組織形態を用意し、あるいは、新たな組織形態を創設する必要はなくなったと評価されたとしても、個々の企業ニーズ等に応じた望ましい法的ルールの組み合わせを提供する観点からは、引き続

506 増井 [ 2000b ] 91号94頁。

507 増井 [ 2002 ] 23頁。

508 例えば、Weisbach [ 1999 ]

509 例えば、日本の法人税法との関係では納税義務者であるが、米国の内国歳入法典との関係ではパートナーシップとして取り扱われる組織を日本に設立し、両者のくいちがいを利用するといった裁定取引が考えられるとされる(増井 [ 2000b ] 91号97～98頁注63)。

510 Ribstein [ 1997 ] 330～331頁。

511 Ribstein [ 1997 ] 335頁。

512 Ribstein [ 1997 ] 335頁。

き組織形態のカatalogを維持・発展させる必要があるといえよう（本章2節参照）。

#### ロ．非営利セクターに対する課税ルール

非営利法人に対する税制上の優遇措置は、本来の事業に対する非課税、収益事業に対する軽減税率の適用および寄付金控除の3つの局面で問題となるが、現行の税制では、公益法人、NPO法人、中間法人を比較すると、公益性の程度に応じて、優遇措置が認められる範囲が異なる。それぞれの優遇措置を認めるためにはどの程度の公益性が必要かという点については、定説はないと考えられるが、非営利セクターに対する支援の方法として、課税ベースをどうするか（本来の事業を課税ベースとするのか、また収益事業を課税ベースとするのか）、課税ベースに対して軽減税率を適用するのか、および寄付金控除の範囲やみなし寄付金制度の採否をどのようにするのかは、それぞれ相互に関連づけて考えるべき問題である。この問題は、非営利セクターに対する支援という目的を達成する方法として税制を活用すべきであるとした場合に、どのような優遇措置が目的達成のために最も効果的かという問題と位置付けることができよう。

なお、非営利部門（charitable sector）に対する税制上の優遇措置の理論的根拠について、公益活動を促進するための補助金と捉える考え方と、公益活動は課税ベースから除外されるという考え方が対立しているが、両見解の底流には、非営利部門を国家から独立した「独立主体（sovereign）」と捉える視点が共通して存在し<sup>513</sup>、そのような視点なしでは、税制上の優遇措置の根拠を十分説明できないと指摘されている<sup>514</sup>。このように非営利部門を国家から独立した「独立主体」と捉える考え方については、個人と国家は直接対峙するべきであり、両者の間に中間団体が介在するべきではないという近代市民社会の基本的な理念との関係が問題となり得る<sup>515</sup>が、いずれにせよ、非営利部門に対する優遇措置のあり方を検討するに当たっては、国家と非営利部門との関係をいかに捉えるかという問題にまで遡って検討する必要があることを示唆しているといえよう。

513 Brody [1998] 585～586頁。

514 Brody [1998] 591頁。例えば、の見解では、一律に課税免除としなくても、政府が公益活動に直接補助金を交付すれば足りるが、上記の視点では、（独立主体である）チャリティ部門への干渉を避けるためと説明できるとする。また、の見解では、医療のような営利企業と同様の活動を課税免除とする理由はないが、同視点では、政府がチャリティ部門を独立主体とみなしたためと説明できるとされている（Brody [1998] 591～592頁）。

515 フランス革命後のフランスにおいては、1791年に制定されたル＝シャプリエ法（loi Le Chapelier du 14-17 juin 1791）および1810年に制定された旧刑法典291条により、非営利目的の団体（中間団体）の設立は原則として禁止され、政府の許可を受けたもののみが存立することを許されていた（大村 [2002] 178～181頁）。

しかしながら、1901年の非営利社団契約に関する法律（loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association）により、非営利社団（association）は、届出により自由に設立できることとなり、今日では、「結社の自由」は基本的人権に属するものと考えられている（大村 [2002] 186～187頁）。また、近時のフランスでは、参加を重視し、多元的な価値を承認し、しかも国家と併存する組織の存在を考慮に入れた市民のあり方が模索されており、そのような要請に対しては、国家に代替するものではなく、国家を補完する存在としての非営利社団が1つの解答たり得ると指摘されている（大村 [2002] 172～173頁）。

## 補論1．組織に関する経済学の理論枠組み

### (1) 「組織の経済学」と契約的企業観

#### イ．経済学における企業の意味

##### (組織の経済学の系譜)

経済学においては、企業の位置付けを巡って、主として、1970年代以降、「企業の理論 (theory of the firm)」あるいは「組織の経済学 (organizational economics)」とよばれる分野における研究実績の発展がみられる。

1937年に発表されたコース名誉教授 (Ronald Coase) の論文<sup>516</sup>以来、経済学において、「企業の本質 (nature of the firm)」や「企業の境界 (boundary of the firm)」の問題が、重要なテーマの1つであり続けてきた<sup>517</sup>。伝統的なミクロ経済学においては、企業は、さまざまなインプットを、財やサービスに技術的に変換して産出し、市場で販売する存在である。このような単純化された企業のモデルは、完全競争市場における資源配分メカニズムを分析するうえで有効であったが、この理論では、完全競争市場を多数の企業から構成される経済モデルと解釈することも、市場全体を1つの企業とする経済モデルと解釈することもできるため、「企業の境界」については何らの答えも得られない<sup>518</sup>。これに対し、コース名誉教授は、企業が市場の代替的なメカニズムであるという発想を導入したうえで、市場メカニズムを利用することにより生じるコスト (市場取引のコスト) が企業を形成することにより生じるコスト (組織化のコスト) を上回る限りで、企業の存在意義があると説いた<sup>519</sup>。コース名誉教授の貢献は、企業の存在意義を市場取引のもたらすコストと組織化のコストのトレード・オフの問題として定式化した点であるが、コース名誉教授自身は、市場取引のもたらすコストと組織化のコストのそれぞれにつき必ずしも詳細な説明を行っていない。このため、1970年代以降、一連の研究の発展を通じて、組織の経済学が進展してゆくこととなった<sup>520</sup>。

516 Coase [ 1937 ]

517 伊藤 ( 秀 ) ・ 林田 [ 1996 ] 154頁。

518 伊藤 ( 秀 ) ・ 林田 [ 1996 ] 155頁。

519 藤田 [ 2002a ] 1881頁。

520 1970年代以降の組織の経済学には、Williamson [ 1971 ] や Klein, Crawford and Alchian [ 1978 ] 等による「取引費用の経済学 (transaction cost economics)」、Alchian and Demsetz [ 1972 ] や Jensen and Meckling [ 1976 ] 等によるエイジェンシー理論、Grossman and Hart [ 1986 ] や Hart and Moore [ 1990 ] 等による不完備契約理論といったいくつかの流れ (各理論の概要については、例えば、藤田 [ 1998a ] を参照) があり、これらはいくつかの観点から分類されている。例えば、新古典派経済学が暗黙の前提とする完全情報のもとでは、情報の非対称性 (asymmetric information) によるエイジェンシー問題は生じないほか、将来のあらゆる事象に対応した完備契約をコストをかけることなく結ぶことができるため、不完備契約は存在しないが、の仮定を緩めることで、エイジェンシー理論が、の仮定を緩めることで、「取引費用の経済学」や不完備契約理論が発展してきたと整理することが可能とされている (Foss, Lando and Thomsen [ 1999 ] 634頁)。

### (エイジェンシー理論と契約的企業観)

こうした中、1970年代の中頃からエイジェンシー理論とよばれる理論<sup>521</sup>が発達し始め、米国の経済学者・法学者の間で1980年代以降最も有力な企業理論となっているとされる<sup>522</sup>。コース名誉教授は市場取引の代替物としての組織の本質をヒエラルキーと捉えていたが、エイジェンシー理論は、企業の内部関係も、自発的交換という意味での一種の契約関係であり、企業の外部における契約関係と本質的な違いはないため、企業には、関係人との自発的な契約以上の実体はなく、このような契約関係を結ぶ中心点(「契約の連鎖」)としての存在意義があるに過ぎない<sup>523</sup>としたうえで、企業組織をプリンシパル・エイジェント間のエイジェンシー関係<sup>524</sup>のネットワークと捉えて、情報の非対称性や検証の不完全性を前提に、企業内部において最適なインセンティブを与えるためのアレンジを検討しようとするものである<sup>525</sup>。

### ロ．契約的企業観とその影響

#### (契約的企業観とそのインプリケーション)

上記のように、エイジェンシー理論によって立つ論者は、企業を単なる契約の連鎖とみるが、このような意味での契約的企業観は、1930年代のコースの論文にその起原を有し<sup>526</sup>、エイジェンシー理論の発達により、組織の経済学の分析手法として確立したものである。それによれば、会社等の組織と市場取引は相互に「代替的な契約形態」と考えられ、情報の不確実性や偏在、限定合理性を背景として、反復継続される取引において取引コストを抑制しつつ利潤の最大化を図るための工夫として捉えられる。そして、企業は、個別の生産要素間の契約関係処理に役立つ「連鎖(nexus)」であり、法的なフィクションとして観念される<sup>527</sup>(ただし、このように、企業を「契約の連鎖」と捉える場合の「契約」は、相互の期待と行動により支えられた2人以上の関係者間の取決めの意味であり、権利・義務に基づく契約という法的概念より広いことに注意する必要がある<sup>528</sup>)。

以上のような組織の経済学の発展は、米国の法律学にも影響を与え、経済学の分析道具を用いて法的ルールの分析が行われるようになったことから、会社法の領域でも、経済学の契約的企業観を持ち込む見解が有力に主張されるようになっている。

521 Alchian and Demsetz [ 1972 ]、Jensen and Meckling [ 1976 ] 等。

522 飯屋 [ 1997 ] 124頁。

523 例えば、ジェンセン教授らは、「コーポレーションあるいは企業は、単に、契約関係のための連鎖(nexus)として役立つ1つの法的擬制である」(Jensen and Meckling [ 1976 ] 311頁)とする。

524 エイジェンシー関係は、一方の当事者(プリンシパル)が他方の当事者(エイジェント)に、意思決定権限を委譲し、自分の代わりに一定の職務の遂行を依頼する契約と定義される(伊藤(秀))[ 1995 ] 15頁)。

525 エイジェンシー理論の概要については、例えば、藤田 [ 2002a ] 1877 ~ 1873頁を参照。

526 Bratton [ 1989 ] 1477頁。

527 河上 [ 1995 ] 44 ~ 45頁。

528 Gordon [ 1989 ] 1550頁。



契約的企業観に依拠した場合、会社法の定める法的ルールを一種の契約条項、すなわち「当事者が合意したであろう契約内容」( would be contracted )としてみたうえで、会社法は、そのような意味での標準書式を用意することで、当事者の契約締結コストを削減する役割を果たすという主張につながることになる<sup>529</sup>。また、この理論のもとでは、会社は本質的に契約のネットワークであるため、定款が契約的合意の産物であるとするれば、会社法における契約自由と密接な関連を有することとなる<sup>530</sup>。このため、この立場を代表する論者であるイースターブルック判事ら<sup>531</sup>は、会社はさまざまな主体間の明示・黙示の契約の連鎖であるという理解から出発し、すべての会社にとって最善の契約条件は存在しないため、契約条件を自由に選択できることが会社・株主の利益になるとして、会社法における契約の自由を強調する。

このように、契約的企業観のもとで契約の自由を強調した場合、契約自由を制限するかたちで法が介入するにはその正当化根拠が求められるため、会社法のルールのうち当事者による特約を排除する強行規定 ( mandatory rule ) の存在をいかにして説明するかという問題が生じる。この点については、一方で、契約自由を強調することで、会社法の強行法規性を否定するという規範的な主張がなされているが、他方で、契約的企業観を承認しつつ、経済学的な見地から、強行法規に一定の存在意義を認める見解もある<sup>532</sup>ことから、契約的企業観にたてば、論理必然的に会社法のルールが任意法規であるべきという結論に至るわけではないといえる。このため、米国における議論は、およそ会社法の内部ルールに関する規定は強行法規性を有するかという問題から、強行法規と任意法規が併存することを認めたいうえで、両者をいかに区別するかという問題に移行しており<sup>533</sup>、議論の焦点は、その境界をどこに引くべきかという点に絞られているとされる<sup>534</sup>。

また、会社法のルールが強行法規であるか否かは、米国の会社法システムのもとでは、州際競争の妥当性の議論と関連しているとされる<sup>535</sup>。すなわち、米国では、会社法の制定は各州の権限であるため、州 ( ないし法域 ) ごとに会社法が存在する

529 藤田 [ 1998a ] 135頁。

530 契約的企業観の論者は、企業を「契約の連鎖」と捉えることで、コースの定理 ( 交渉が自由に行える環境が存在すれば、私的交渉によってもたらされる結果は効率的であり、その交渉結果は、初期的な法的ルールの設定に依存しない ) をコース名誉教授の想定した個別的に交渉された相互的契約から市場間取引にまで拡張したうえで、会社の内部関係にも応用する。そして、そこから、取引が円滑に行われる市場が存在するならば、私的自治が最も効率的な結果をもたらすものであり、法による政府の介入の必要性は小さく、企業の内部関係も市場によって規律されるべきである、という規範的主張が導かれているとされる ( 飯屋 [ 1997 ] 129頁 )。

531 Easterbrook and Fischel [ 1991 ]。

532 例えば、会社法を契約的視点で捉えたとしても、内部者 ( 経営者ないし支配株主 ) による機会主義的な定款変更を抑止する保護手段として、コストがかかるとしても強行法規は必要であると指摘されている ( Gordon [ 1989 ] 1574 ~ 1576頁 )。

533 黒沼 [ 1996 ] 12頁。

534 神作 [ 1991 ] 110 ~ 111頁。

535 西尾 [ 1993 ] 1395 ~ 1396頁。

ことから、会社法のルールをめぐる州際競争（interstate competition）が生じている。この場合、企業が、ある州の会社法のルールが好ましくないと考えれば、他州の会社法のもとで、設立または再設立することによりその適用を回避できる。したがって、会社法のルールが強行法規であれば、州ごとに会社法のルールが異なることは好ましくないが、他方、会社法のルールが任意法規であるとすれば、州ごとに会社法のルールが異なることは、多くの標準書式を用意することで企業の選択の余地を広げるため好ましいという結論を導きやすいとされる。

#### （契約的企業観の評価）

このように、米国において契約的企業観が隆盛をみたことには、私法と公法の厳格な二分論のもとで、会社法を純粋な私法として捉える歴史的背景があり、これが自由主義や規制緩和の主張の背景をなしているとされる<sup>536</sup>。ただし、米国においても、会社を契約のセットとする捉え方や、市場の効率性を絶対視する考え方にはかなり無理があり、会社法の中心的部分は強行法規であるとする立場になお説得力があると指摘する論者<sup>537</sup>もみられる。また、企業の経済学の問題関心は、企業の存在理由や企業の境界の解明にあり、法的ルールを変えることで、効率的な組織アレンジを達成できるかという問題意識は希薄であるため、経済学における契約的企業観を受け入れることは、組織をめぐる法的ルールのあり方に直ちに何らかの結論をもたらすものではないとの指摘もなされている<sup>538</sup>。

もっとも、契約的企業観に基づき、会社法の任意法規性を強調する見解が登場したことは、会社法の強行法規性に関する一般論の進展と、強行法規性の存在根拠についての問題意識を呼び起こした点で大きく貢献したと評価されている<sup>539</sup>。また、わが国においても、会社法の個々のルールごとに強行法規性の有無とその根拠を検討し直す必要性が指摘されており<sup>540</sup>、近時、この観点からの議論の発展がみられる（3章4節口（口）参照）。

#### （2）「組織の経済学」における組織形態論

上記のように、組織の経済学は、主として、「企業の境界」の問題を探求してきたが、組織の経済学の理論的な枠組みの中で、多様な組織形態の存在理由や特定の事業分野において特定の組織形態が優勢である理由を説明する試みもなされている。

536 西尾 [1993] 1395頁。

537 前田（雅）[1994] 161～162頁。

538 藤田 [1998a] 136～137頁。

539 前田（雅）[1994] 162頁。

540 前田（雅）[1994] 162～163頁。

## イ．エイジェンシー理論による組織形態論

ファーマ教授ら<sup>541</sup>は、エイジェンシー理論を応用して、エイジェンシー問題の解決（エイジェンシー・コスト<sup>542</sup>の削減）の観点から、多様な組織形態の存在理由の説明を試みる。

すなわち、多くの財・サービスは、異なる組織形態により、同様に生産できるため、各組織形態は相互に競争し、最も効率的に財・サービスを生産できる組織形態が競争を有利に進めることとなるが、ファーマ教授らは、企業の残余請求権（residual claim）<sup>543</sup>の特質（feature）が、ある組織形態を他の組織形態と区別し、事業の内容に応じて、エイジェンシー問題の解決にあたり相対的に優位な構造を有する組織形態が、特定の事業につき支配的地位を占めるとする<sup>544</sup>。

例えば、普通株式により表章される公開会社の残余請求権は、譲渡が自由であり、残余請求権者（株主）は企業の経営に関与する必要はない、といった特質があり、その意味で、残余請求権者（残余リスクの負担者）になり得る者の範囲に限定はない（unrestricted）<sup>545</sup>。これにより、残余請求権者（株主）は、自らの負担し得るリスクに見合ったリスクを負担し、複数の事業に分散投資することが可能となるため、効率的なリスク・シェアリングが可能である<sup>546</sup>。他方、「所有と経営の分離」（残余請求権者＜株主＞と経営者の分離）は、エイジェンシー・コストを発生させるため、同コストを削減するための仕組み（執行機関と監督機関の分離と相互監視）をつくる必要がある<sup>547</sup>。このため、他の条件を一定とすれば、公開会社の形態は、リスク・シェアリングや専門的な経営者のメリットが大きく、それが「所有と経営の分離」によるコスト（執行機関と監督機関の分離と相互監視の仕組みをつくるコスト）を上回る事業活動、例えば、「規模の経済」が働くために、事業リスクが大きく、専門的な能力をもった経営者の必要性が大きい等の特徴のある事業に適しているといえる<sup>548</sup>。

これに対して、閉鎖会社やパートナーシップにおいては、所有と経営が分離しておらず、残余請求権者は、リスク負担能力と経営能力の双方を兼ね備える必要があり、残余請求権者になり得る者（リスクを負担する者）の範囲は限定されている（restricted）<sup>549</sup>。このため、他の条件を一定とすれば、閉鎖会社やパートナーシップの形態は、「所有と経営の分離」によるコスト（執行機関と監督機関の分離と相互

541 Fama and Jensen [ 1983 ]

542 モニタリング・コスト、エイジェントにより拠出される保証のコスト、およびエイジェンシー関係の存在による成果の減少による残余コストの合計と定義される。

543 企業の残余利益を受け取る権利を有するものであり、残余利益の受取りに伴うリスク（residual risk）を伴う。

544 Fama and Jensen [ 1983 ] 345頁。

545 Fama and Jensen [ 1983 ] 328頁。

546 Fama and Jensen [ 1983 ] 329頁。

547 Fama and Jensen [ 1983 ] 331～332頁。

548 Fama and Jensen [ 1983 ] 333頁。

549 Fama and Jensen [ 1983 ] 332頁。

監視の仕組みをつくるコスト)が大きく、リスク・シェアリングや専門的な経営者のメリットが小さい事業活動、例えば、「規模の経済」が働かないため、事業リスクが大きくなく、専門的な能力をもった経営者を必要としない等の特徴のある事業に適している<sup>550</sup>と説明される。

#### ロ．所有構造による組織形態論

ファーマ教授らが、エイジェンシー・コストの観点から、各種の組織形態の存在理由の説明を試みたのに対し、ハンスマン(Henry Hansmann)教授は、組織の所有構造(ownership structure)の観点から、多様な組織形態の存在理由について説明を行っている<sup>551</sup>。ハンスマン教授の所有構造の形態に着目した組織形態論は、契約的企業観を前提とした組織の経済学の先行業績<sup>552</sup>に依拠して定式化されたものであり、コースにはじまる組織の経済学のいわば集大成となっている<sup>553</sup>。その分析枠組みは以下のとおりである。

「組織」<sup>554</sup>の「所有者(owners)」は、組織をコントロールする権利(「コントロール権」と、組織の残余利益を取得する権利(「残余請求権」<企業価値からあらゆる債務を支払った残余の価値に対する権利>)という2つの形式的権利(formal right)を同時に有する者と定義される<sup>555</sup>。ここでのコントロール権とは、契約が不完備となる場合、すなわち、取引コスト<sup>556</sup>の高さや将来の予測の不完全性により事前(ex ante)に契約で特定することができない場合に組織の決定事項を決定する権利である<sup>557</sup>。また、組織には、資金提供者、取引先(生産者、消費者)、従業員等のさ

550 Fama and Jensen [1983] 333頁。

551 Hansmann [1996]、同書の紹介としては、神田[1999]、藤田[1998b] 40~43頁、森田(果)[2003] 2~3頁等がある。

552 Alchian and Demsetz [1972]、Jensen and Meckling [1976]、Klein, Crawford and Alchian [1978]、Fama and Jensen [1983]、Grossman and Hart [1986]等。

553 森田(果)[2003] 2頁。

554 Hansmann [1988]では、「firm」、Hansmann [1996]では“enterprise”の語が用いられており、いずれも会社、パートナーシップ、協同組織や非営利組織を含む広い意味で用いられているが、信託は対象とされていない。

555 Hansmann [1996] 11頁。「コントロール権」と「残余請求権」を同一の者に割り当てるのは、コントロール権を有する者に、企業の残余利益を最大化するためにコントロール権を行使するインセンティブを与えるためであるとされる(Hansmann [1996] 12頁)。

556 この場合の取引コストは、起こり得る事象の探索費用(取引の過程で起こり得るすべての事象の可能性を考慮するための費用)と事象や義務を契約に記述する費用(明確であまいさのない契約条項を記述する費用)に大別される(伊藤(秀)[2003] 362頁)。

557 Hansmann [1996] 12頁。仮に、完備した契約が可能であれば、組織をコントロールする者と残余請求権を有する者との間で、組織のコントロールについて事前に契約により規整することが可能となるため、「コントロール権」と「残余請求権」を同一の者に割り当て、コントロール権を有する者に、企業の残余利益を最大化するためにコントロール権を行使するインセンティブを与える必要はない(Hansmann [1996] 12頁)。なお、全体の利益を大きくするという観点からは、コントロール権と残余請求権を同一の者に割り当てるのが適当であるが、一定の利益を所有者間でいかに配分するかという観点からは、利益分配請求権を有する者にコントロール権を付与すると、自己への配分を大きくする誘因が生じるため、恣意的な利益分配が行われる可能性がある。こうした可能性を踏まえると、コントロール権と残余請求権を同一の者に割り当てるのが必ずしも適当でない場合もありえよう。

まざまな「関係者 (patrons)」が存在し<sup>558</sup>、「所有者」は企業の「所有関係 (ownership)」を通じて、「関係者」は企業との「契約関係 (market contracting)」を通じて、企業の行動に影響を与えることができる。

契約関係、所有関係にはそれぞれコストが生じるため、最も効率的な組織形態は、「契約関係のコスト」と「所有関係のコスト」の総和を最小にするものとなる。このうち、「契約関係のコスト」の多くは、経済学における「市場の失敗」に起因するコストであり、市場支配力による過少取引<sup>559</sup>、ロック・インによる過少取引<sup>560</sup>、情報の非対称性による過少取引<sup>561</sup>等がある<sup>562</sup>。次に「所有関係のコスト」には、「コントロール権」から派生するガバナンス・コスト(エイジェンシー・コスト<sup>563</sup>、集団的意思決定に伴うコスト<sup>564</sup>)と「残余請求権」から派生するコスト(残余利益の受取りに伴うリスク負担のコスト)等がある<sup>565</sup>。

ハンスマン教授の基本的な問題設定は、効率性の観点から、多様な「関係者」のうち誰を「所有者」とすべきかという点にあり、その意味では、各種の組織形態は、「所有関係」を類型化したフォーマットと位置付けられる<sup>566</sup>。多くの組織では、「関係者」のいずれかが「所有者」となっている(例えば、生産者協同組織では生産者、消費者協同組織では消費者、株式会社では株主<資金提供者>。ただし、非営利組織においては、コントロール権を有している者は、残余利益を享受することが禁じられているため、ここでいう「所有者」は存在しない。)が、上記の分析枠組みによれば、なぜ、「関係者」が「所有者」となるのか、なぜ、ある特定の「関係者」が企業の「所有者」となるのかという点につき、次のような回答が与えられる。

まず、「関係者」以外の者を「所有者」としても、「契約関係のコスト」を削減できないため、「契約関係のコスト」を最小化するためには、「関係者」のうちのいずれかを「所有者」とすべきであり、「関係者」のなかで、「契約関係のコスト」が最

558 Hansmann [ 1996 ] 12頁。

559 組織が市場支配力を有する場合、当該組織の製品価格が高くなる結果、顧客(消費者)が当該製品の購入を控えるというコストが生じる。

560 関係者が当該取引に固有の投資をしなければならない場合や、取引が複雑で長期間にわたるため重要事項をあらかじめ契約で定められない場合、ロック・インに伴うコストが生じる。

561 企業と関係者との間に情報の非対称性が存在する場合には、企業と関係者の双方が互いに情報を隠したり、他方が保有しない情報に付け込もうとするインセンティブといった情報の非対称性に起因するコストが生じる。

562 Hansmann [ 1996 ] 24 ~ 29頁。

563 所有者が経営者に実質的な権限を委譲した場合にエイジェンシー・コストが生じる。エイジェンシー・コストには、経営者を監視するモニタリング・コストと経営者を完全にモニターすることができないために生じる経営者の機会主義的行動(managerial opportunism)のコストがある。経営者の機会主義的行動の例としては、経営者が当該企業と自己取引を行うことが挙げられる。

564 個々の所有者の利害関係が多様である場合には、非効率的な意思決定が下されるコストと集団的意思決定の過程で生じるコストが生じる。また、所有者の数が増えると、所有者間に情報の非対称性が生じるほか、所有者間の利害関係が極めて多様となるため、「集団的意思決定に伴うコスト」が著増する。

565 Hansmann [ 1996 ] 35 ~ 45頁。

566 藤田 [ 1998b ] 41頁。

も大きい者を「所有者」とすることにより、当該コストを最小化し得ることになる<sup>567</sup>。また、「関係者」を「所有者」とする場合には、「所有関係のコスト」がかかるため、「契約関係のコスト」が最も高く、「所有関係のコスト」が最も低い「関係者」がいる場合、当該「関係者」を「所有者」とすることが最も効率的となる<sup>568</sup>。

例えば、組織が市場支配力を有する場合、当該組織の製品価格が高くなる結果、顧客（消費者）が当該製品の購入を控えるというコストが生じるため、顧客（消費者）を「所有者」とする（消費者協同組織）とすることで「契約関係のコスト」を削減するのが適当であり<sup>569</sup>、関係者の「契約関係のコスト」と「所有関係のコスト」がともに極端に高い場合には、「所有者」が存在しない組織形態（非営利組織）とすることが考えられる<sup>570</sup>ため、これにより各種の協同組合や非営利組織の存在理由が説明される。

また、ハンスマン教授は、長期的には、起業家や関係者はより低コストの組織形態を利用するインセンティブがあること、高コストの組織形態を利用している企業は低コストの組織形態を利用している企業によって市場から駆逐されること、から、最も効率的な組織形態を採用した企業が生き残る（適者生存＜サバイバーシップ＞）とし、このため、基本的には、ある産業における支配的な組織形態は最も効率的であるという推定が働くとする<sup>571</sup>。

このようなハンスマン教授の分析枠組みは、アメリカの各種の事業形態だけでなく、わが国の組織形態の分析にも十分応用可能なものであると指摘されている<sup>572</sup>（わが国における証券取引所の株式会社への組織変更への応用例については、補論2.（1）イ（ロ）参照）。

567 Hansmann [ 1996 ] 21頁。

568 Hansmann [ 1996 ] 22頁。

569 Hansmann [ 1996 ] 24～25頁。

570 Hansmann [ 1996 ] 48頁。

571 Hansmann [ 1996 ] 22頁。ただし、公的規制や補助金等が存在する場合はこの限りではないとされる（Hansmann [ 1996 ] 22～23頁）。

572 神田 [ 1999 ] 633頁。

## 補論2．非営利法人から株式会社への組織形態変更の動き

### (1) 問題状況

近年、組織形態としての株式会社のメリット等を踏まえ、従来は非営利法人形態で行うこととされていた事業を株式会社形態で行うことを認める動きや、非営利法人から株式会社への組織変更<sup>573</sup>を認める動きがみられる。

例えば、従来、会員組織形態のみが認められていた証券取引所については、株式会社形態による設立と、会員組織形態から株式会社形態への組織変更が認められ、従来、株式会社形態から相互会社形態への組織変更しか認められていなかった保険会社について、相互会社形態から株式会社形態への組織変更が認められた。また、医療、社会福祉、教育のようないわゆる社会的規制分野<sup>574</sup>においては、各事業のための特別の組織形態が用意される一方、株式会社等の営利法人が当該事業を行うことが認められていなかったが、近時、規制改革の一環として株式会社の「参入」を認めることが提言されており、その一部については、構造改革特別区域（特区）における特例として、一定の条件のもとで株式会社が当該事業を行うことが認められている。

#### イ．相互会社、証券取引所および証券決済機関の株式会社への組織形態の変更 (イ) 相互会社

保険会社の組織形態については、旧保険業法の制定（明治33年）以来、株式会社形態、相互会社形態<sup>575</sup>のいずれかを選択できることとされているが、実際には、生命保険会社を中心に、相互会社形態を選択している保険会社が少なくない<sup>576</sup>。また、従来は、株式会社形態（保険株式会社）から相互会社形態への組織変更は認められ

573 法人格の同一性を維持したまま、他の組織形態の法人となることをいい、法人が、新たに設立された他の組織形態の法人に営業・事業の全部を譲渡したうえで解散する方法等による「事実上の組織変更」とは区別される（服部〔2001〕83頁）。

574 これらの分野においては、サービス提供者と顧客との間の情報の非対称性があることや、顧客に対して平等にサービスを提供する必要があること等から、国民の健康・安全等を確保するため、参入規制、価格規制等の「社会的規制」がなされてきているとされる（植草〔1997〕8～9頁）。これに対し、公益事業、電気通信業、運輸業等、国民全体や産業全体が消費するような財・サービス分野において、自然独占等により資源配分の効率性が歪められる蓋然性が高い場合に、これを防止するためになされる参入規制、価格規制等は「経済的規制」と呼ばれる（植草〔1997〕8頁）。

575 相互会社は、実費原則のもとで保険事業により生じた剰余金を分配することで、社員に安価な保険を提供することを目的としているため、非営利法人とされている（3章1節ロ（ロ）b（e）参照）。

576 会社数では株式会社形態の生命保険会社が多数を占める（平成15年6月現在、生命保険会社42社＜うち外国生命保険業者4社＞中、相互会社は8社）が、大手生命保険会社の多くが相互会社形態であるため、市場プレゼンスの面では、相互会社形態の生命保険会社が圧倒的地位を占めている（例えば、平成12年度の保険料収入は、相互会社形態の生命保険会社が85.1%を占める。米田〔2002〕21頁）。

ていた<sup>577</sup>のに対し、相互会社形態から株式会社形態への組織変更は認められていなかった<sup>578</sup>。しかしながら、近年、保険業、銀行業等の業態の垣根を越えた競争の激化や、金融機関のグループ化の進行、システム投資の必要性の高まり等により、資本市場から資金を調達でき、株式の発行により他の企業とのグループ形成を容易に行うことができるといった株式会社形態のメリットが意識されるようになった<sup>579</sup>。また、保険業法の全面改正（平成7年）に向けた議論においても、経営に対するチェックの実効性、株価を通じた含み益の株主への還元可能性等の観点からは、今後の保険事業の担い手としては、相互会社形態よりも株式会社形態の方が望ましいという意見が出され<sup>580</sup>、保険会社について競争促進とともに業務の多様化、弾力化が図られていく状況のもとでは、諸外国にみられるように、資金調達能力の向上やこれを背景とした事業展開等を目的として、相互会社から株式会社への転換を図る可能性が生じるため、相互会社から株式会社への転換規定を整備する必要があるとされた<sup>581</sup>。

これを受けて、平成7年の保険業法の全面改正により、相互会社形態から株式会社形態への組織変更が認められ（同法85条）、最近では、相互会社形態から株式会社形態への組織変更を行う生命保険会社がみられる<sup>582</sup>。

---

577 保険株式会社から相互会社への組織変更は昭和14年の保険業法改正により認められた。同改正の理由は、当時、保険株式会社から相互会社への組織変更に対する具体的なニーズがあったことに加えて、特に生命保険会社においては、事業開始時には事業資金および担保資金としての株式資本が必要であるが、事業が一定程度発展すると、事業資金は保険料により、担保資金は責任準備金等により確保され、株式資本の調達の必要性が薄くなる場合があり、その場合には、相互会社に組織変更することにより会社がさらに発展できること等にあってとされる（住友生命保険企画調査部 [1997] 639頁）。

578 相互会社から保険株式会社への組織変更が認められていなかった理由は、保険株式会社への組織変更の必要が生じるのは、経営の悪化した相互会社を資本の調達により救済する場合であり、そのような場合は、他の保険会社への保険契約の包括移転等を行うべきであるとされたこと、相互会社が合併により株式会社になることは可能であったこと等にあってとされる（住友生命保険企画調査部 [1997] 639頁）。

579 田中（周）[2002] 13～17頁。

580 保険審議会答申「新しい保険事業の在り方」（平成4年6月）79頁。

581 脚注580審議会答申80～81頁。

582 改正保険業法の施行（平成8年4月）後、相互会社形態の生命保険会社4社が保険株式会社に組織変更している（うち2社は、金融機関等の更生手続の特例等に関する法律に基づく更生手続の適用を受け、更生計画により組織変更を行っている）。



## (ロ) 証券取引所

わが国における証券取引所の組織形態は、明治7年の株式取引条例の制定時に株式会社形態とされて以降、さまざまな変遷を辿り<sup>583</sup>、昭和22年の証券取引法の制定（一部の規定を除き同23年に全面的に改正のうえ施行）以降は、取引参加者を会員とする会員組織形態とされていた（同法旧80条）。しかしながら、株式売買委託手数料の自由化等により証券会社の経営スタイルの多様化が見込まれることから、証券取引所についても、環境変化や多様なニーズに対応できる組織形態とすることが必要であると指摘された<sup>584</sup>。また、近年、主要国においては、証券取引所の会員の同質性が薄まってきたこと等を背景に、証券取引所を株式会社形態とする動きが広がっており<sup>585</sup>、株式会社形態には、関係者の多様なニーズに対応して、透明性を確保しつつ迅速な意思決定を行うのに適すること、証券取引所の運営においてシステム投資が極めて重要となっている状況の中で、資金調達手段を多様化できること、証券取引所の関係者が自社の株価の上昇という目標を共有することで、有価証券市場の利便性向上や国際競争力の強化に向けた意識改革が期待できること、低コストで魅力的なサービスを提供することができ、わが国証券市場全体の利便性向上や国際競争力の強化が可能となること等のメリットがあると指摘された<sup>586</sup>。

これを受けて、平成12年の証券取引法の改正により、証券取引所の組織形態として、会員組織（証券会員制法人）形態に加え、株式会社形態が認められる（同法85条）とともに、会員組織形態から株式会社形態への組織変更に関する規定（同法101～101条の15）が整備され、平成13年4月に大阪証券取引所が、同年11月に東京証券取引所が、平成14年4月に名古屋証券取引所が、それぞれ、同法に基づき株式会社への組織変更を行っている。

なお、わが国における証券取引所の株式会社への組織変更の流れは、補論1（2）ロ．においてみたハンスマン教授の分析枠組みによった場合には、次のように説明することができよう。従来は、証券取引所の会員たる証券会社の間には利害の同質性があったため、会員が所有者となることに伴う「支配のコスト」が低かったことから、証券取引所の組織形態として、会員を所有者とする会員組織を採用する合理性があった。しかしながら、証券業の自由化が進展し、個々の証券会社の経営スタイルが変化してくるにつれて、一部の証券取引所においては、会員の利害の同質性

583 明治11年制定の株式取引所条例においても、取引所の組織形態は株式会社とされた（同条例2条）が、明治20年の取引所条例の制定により、取引参加者を会員とする会員組織とされ（同条例3条）さらに、明治26年の取引所法の制定により、会員組織に加えて株式会社が認められた（同法5条）。その後、昭和18年の日本証券取引所法の制定により、同法に基づく法人（いわゆる「営団」）として日本証券取引所が設立され、既存の取引所はこれに統合された。なお、日本証券取引所は昭和22年に解散している。

584 金融審議会第一部会 [ 2000a ]

585 例えば、かつて会員組織形態をとっていたロンドン証券取引所（London Stock Exchange）は、1986年に私会社形態（private limited company）となり、さらに、2000年には公開会社形態（public limited company）となった。

586 金融審議会第一部会 [ 2000a ]

が失われてきている。こうした、会員間の利害の同質性が失われている証券取引所においては、会員が所有者となることに伴う「支配のコスト」が増大する<sup>587</sup>ため、むしろ金銭出資者を所有者とする株式会社形態を採用する、すなわち、金銭を媒介にして利害関係が錯綜している関係者の利害を同質化したうえでこれを所有者とすることが適当な場合があり得ると考えられる<sup>588</sup>。また、伝統的な取引所における取引においては、会員の評判や個人的な信頼が重視されたといわれており、こうした評判や信頼の獲得に向けた人的投資を促進する観点からは、取引所の参加者である会員を所有者とすることが望ましいといえる<sup>589</sup>が、技術の進展や取引所以外の市場（店頭市場や私設取引システム、PTS：proprietary trading system）の発達によって、証券取引所の提供する金融仲介サービスのあり方が多様化するにつれて、このような意味での人的投資の価値が相対的に低くなると、証券取引所の参加者を所有者とするメリットの一部が失われることとなると指摘されている<sup>590</sup>。以上のような、会員の利害の同質性や取引所のあり方の変化の度合いは、各証券取引所ごとに異なり得ることから、証券取引所の組織形態については、会員組織形態、株式会社形態のいずれが望ましいかは断定できないため、証券取引所の実態に応じ、会員組織と株式会社の選択を認めることが適当であるといえよう<sup>591</sup>。

587 藤田 [2002c] 41頁。

588 通常、株式会社においては利害が同質である関係者は存在しないが、あえていえば、株主は残余請求権者 (residual claimant) である点で最も同質性が強く、そのために、残余請求権者を所有者にすることが合理的となる。したがって、出資者を所有者とすることの意味は、残余請求権者たる地位を与えることで、所有者である株主の利害関係の同質化を図ることにあるといえよう。ただし、金銭出資者を所有者としない協同組織形態が極めて多く存在することを踏まえると、金銭を拠出することによる利害の同質化の程度は、さほど強くないとも考えられる。このため、消費や生産といった他の要素について同質性が強い関係者が存在する場合には、当該関係者を所有者とすること（例えば、特定の商品を生産して販売する事業のみを行う組織であれば、当該商品を購入する消費者の利害には同質性があるため、消費者を所有者とする消費生活協同組合形態を採用すること）が適当であるが、当該組織が他に多様な事業を展開する場合には、消費者だけが利害の同質性を有する関係者ではなくなるため、特に利害関係に同質性のあるグループは見出しにくくなり、金銭出資者を所有者とする余地が生じると考えられる。

589 藤田 [2002c] 40頁。Pirrong [2000] 442頁は、伝統的な立会取引においては、会員の個人的な評判という人的投資が重要であるほか、立会取引特有の物的投資（立会場所および通信施設）が必要であるため、このような人的・物的投資の過少投資を避けるためには、両者を同一人に所有させる（会員を取引所の所有者とする）ことが適当であるとする。

590 藤田 [2002c] 40頁。Pirrong [2000] 460頁は、近年、欧州において開設された営利目的の証券取引所は、共通して、立会取引でなく、コンピュータ取引を行っている指摘し、コンピュータ取引におけるスキルは他の取引所においても活用できるため、会員証券会社は、個々の証券取引所に特有の人的・物的投資を行う必要がなく、取引所を会員組織とする（会員を取引所の所有者とする）必要性が失われているとしている。

591 藤田 [2002c] 41頁。

## (八) 証券決済機関

昭和59年の株券等の保管及び振替に関する法律（保管振替法）の制定により創設された株券等<sup>592</sup>の保管振替制度（いわゆるブック・エントリー・システム）<sup>593</sup>において、主務大臣の指定を受けて株券等の保管・振替等（保管振替業）を行う保管振替機関の組織形態は、保管振替業について公共性・公益性が求められるという理由から、民法に基づく公益法人形態に限定されていた<sup>594</sup>。このため、昭和60年に保管振替機関として指定された証券保管振替機構は、財団法人形態をとっていた。しかしながら、近年、証券決済の安全性・効率性の向上のため、有価証券の種類を問わない統一的な証券決済法制を整備のうえ、証券決済機関が株券以外の多様な有価証券を取り扱うことが望ましいとされるとともに、ガバナンス・メカニズムの充実や競争可能性の確保等の観点から、保管振替機関の組織・運営のあり方について見直しを行う必要性が指摘された<sup>595</sup>。このような観点からは、保管振替機関が株券のみの保管・振替を対象とする限りでは、公益法人（財団法人）形態でも適正・確実な業務運営に支障はないが、株券以外の多様な有価証券の決済や新たな機能を提供するに当たっては、業務内容が寄附行為に定められた目的により制限され、株式保有も原則として禁止される<sup>596</sup>ほか、ガバナンス・メカニズムが不十分であり、資金調達手段も限定されるといった財団法人組織による制約が、証券決済機関が利用者の意見を十分に反映し、迅速かつ効率的に事業展開を図っていくうえで障害となるとされた<sup>597</sup>。他方、株式会社形態には、利用者を株主とすれば、株主総会での議決権行使等を通じて意思決定に参画させることにより、利用者本位の経営が実現できる、株主に対する責任を意識した経営により、業務運営の効率化等が期待できる、

592 株券、新株予約権証券、新株予約権付社債券、投信法に基づく投資証券、協同組織金融機関の優先出資に関する法律に基づく優先出資証券、資産流動化法に基づく優先出資証券等（保管振替法2条1項）。

593 ブック・エントリー・システムとは、一般に、有価証券の決済を、現物の受渡しによらず、証券決済機関（CSD：central securities depository）の有する帳簿上の振替により行う仕組みをいう（中島・宿輪 [2002] 1頁）。保管振替機関は、保管振替制度の参加者である証券会社等から株券等の預託を受けて混蔵保管する（保管振替法23条）とともに、参加者口座簿を作成し、各参加者が預託した株券等の発行会社、株式数等を記載する（同法17条）。参加者は、預託している株式等を売買や担保差入れ等のために他人に受け渡すときには、保管振替機関に対して他人の口座への振替請求を行い、保管振替機関は当該請求にかかる振替の記載を行う（同法26条）。米国では、DTC（Depository Trust Company）、英国では、Crest-Coが、より広い範囲の証券について同種の業務を行っている（中島・宿輪 [2002] 101～102、189～190頁）。

594 日本証券業協会・証券受渡・決済制度改革懇談会 [2000] 2頁。

595 金融審議会第一部会 [2000b]。

596 「公益法人の設立許可及び指導監督基準」（平成8年9月閣議決定）は、公益法人は、原則として株式を保有してはならないとしている（例外的に、元本回収の可能性が高く、高い運用益が得られる方法での株式の保有や、財団法人の基本財産として寄附された株式の保有は認められる）。

597 日本証券業協会・証券受渡・決済制度懇談会 [2000] 2～3頁。

新規業務の機動的な実施が可能となる、 営利を目的として新規参入する者が現れ、競争が生じる可能性（contestability）が高まり、サービスの向上等へのインセンティブを働かせることができる、 資金調達手段が多様化することにより、システム投資のための資金調達が容易になる等といったメリットがあるという指摘がなされた<sup>598</sup>。

これを受けて、平成13年の保管振替法改正により、保管振替機関の組織形態は株式会社形態とされる（同法3条1項）とともに、公益法人形態の保管振替機関から株式会社形態の保管振替機関への事業譲渡の特例に関する規定が設けられ（同改正附則4条）、平成14年6月に株式会社証券保管振替機構（同年1月設立）が財団法人証券保管振替機構から保管振替業の全部を譲り受けた。

なお、コマーシャル・ペーパー（CP）をペーパーレス化するため、平成13年に、短期社債等の振替に関する法律（短期社債等振替法）により、「短期社債」<sup>599</sup>の振替決済制度が創設された<sup>600</sup>が、同法に基づき主務大臣の指定を受けて振替業を行う振替機関は、株式会社形態とされた（同法3条1項）<sup>601</sup>。このため、株式会社証券保管振替機構は、当該指定を受けて、平成15年3月から短期社債の振替業を開始している。

---

598 日本証券業協会・証券受渡・決済制度懇談会 [2000] 3~5頁。

599 短期社債等振替法の制定以前は、CPは専ら約束手形の形式により発行されていたが、同法のもとでペーパーレス化されたCPは、「短期社債」（契約により社債の総額が引き受けられるものであること、各社債の金額が1億円を下回らないこと、償還期間が1年未満であること等の要件を満たす社債〈同法2条1項〉）と位置づけられた。なお、従来の約束手形形式でのCPの発行も引き続き可能とされている（高橋（康）[2002] 22頁）。

600 平成14年の証券決済制度等の改革による証券市場の整備のための関係法律の整備等に関する法律（証券決済制度改革法）により、短期社債等振替法は社債等の振替に関する法律と改称され、同法に基づく振替決済制度の対象は、短期社債のほか、社債、国債や投資信託受益権等にも拡大されている。なお、国債については、例外的に、日本銀行も、主務大臣の指定を受けて振替業を行うことが認められており（同法47条）、日本銀行は、平成15年1月以降、同法に基づいて国債振替決済制度を運営している。

601 株式会社形態とされたのは、短期社債の振替制度を担う者として、振替業を安定的・継続的に遂行できる必要があるためとされる（高橋（康）[2002] 20頁）。

## ロ．医療、社会福祉および教育分野への株式会社の参入<sup>602</sup>

従来、病院の開設<sup>603</sup>、特別養護老人ホーム等の設置<sup>604</sup>、学校の設置<sup>605</sup>は、国・地方公共団体を除いては、それぞれ、医療法人<sup>606</sup>、社会福祉法人<sup>607</sup>、学校法人<sup>608</sup>のみが行うことができるとされ、株式会社等の営利法人がこれを行うことは認められていなかった。

これらの規制については、規制改革の一環として、行政改革推進本部・規制改革委員会（平成10年1月～13年3月）およびこれを引き継いだ内閣府・総合規制改革会議（平成13年4月～）においてその是非に関する議論が行われてきたが、平成14年7月に公表された内閣府・総合規制改革会議の「中間とりまとめ 経済活性化のために重点的に推進すべき規制改革」においては、株式会社は、利益の増大を目指す経済主体として、顧客満足の向上や効率的経営に資すること、優れたガバナンス・メカニズムを有するとともに、株主等によるチェックにより経営の透明化を図ることができること、多様な報酬制度等のインセンティブにより、顧客に対する財・サービスの提供の適正化を図ることができること、株式・社債等による多様な資金調達が可能であること等のメリットを有することから、各分野において、株式会社の「参入」を容認するか、「参入」のための要件を緩和すべきであるとし、医療法、老人福祉法および学校教育法の改正等により、株式会社による病院の開設、特別養護老人ホームの設置および学校の設置を認めることが提言された。

現時点（平成15年6月）では、当該提言に基づく法改正は行われていないが、社会福祉分野については、構造改革特別区域法（特区法）の制定（平成14年12月公布、15年4月施行）により、特区における特例として、一定の条件のもとで株式会社を

602 このほか、農業分野においては、昭和37年の農地法改正以降、農地の所有権、賃借権等を取得できる法人は一定の要件（主たる事業が農業であること、構成員が農業に常時従事する者（常時従事者）等であること、常時従事者たる構成員が役員数の過半を占めること等）を満たす「農業生産法人」のみとされている（同法2条7項、3条2項2号の2）。「農業生産法人」の組織形態は、当初、農事組合法人、合名会社、合資会社、有限会社に限定され、株式会社は、株式の自由譲渡性により、株主が変動しやすい性質があるため、農業者以外の者の農地の支配力が強まるおそれがあるとして、認められていなかった（和田・橋〔1970〕43頁）が、平成12年の農地法改正により、定款により株式の譲渡制限がなされた株式会社は農業生産法人の組織形態として認められるに至った。さらに、近時、規制改革の一環として農業生産法人の要件の緩和ないし撤廃が提言されているほか、構造改革特区における特例として、公開株式会社を含む農業生産法人以外の法人が賃借方式により農地を取得することができることとされた（構造改革特別区域法16条）。

603 都道府県知事は、営利を目的として病院、診療所等を開設しようとする者に対しては開設許可を与えないことができ（医療法7条5項）厚生労働省（旧厚生省）は、都道府県知事宛通達によって、会社による病院の開設は認めないこととしている（昭和25年8月厚生事務次官通達）。

604 特別養護老人ホームおよび養護老人ホームの設置主体は、都道府県、市町村または社会福祉法人に限られる（老人福祉法15条1、3～4項）。

605 学校の設置主体は、国、地方公共団体または学校法人に限られる（学校教育法2条1項）。

606 病院、診療所等を開設しようとする社団または財団であって、医療法の規定に基づき法人となったものをいう（医療法39条）。

607 社会福祉事業を行うことを目的として社会福祉法に基づき設立される法人をいう（社会福祉法22条）。

608 私立学校の設置を目的として私立学校法に基づき設立される法人をいう（私立学校法3条）。

含む社会福祉法人以外の法人が特別養護老人ホームの事業主体となることが認められている<sup>609</sup>ほか、教育分野についても、同法の改正（平成15年6月公布、同年10月施行予定）により、株式会社が特区内において学校を設置することを認めることとされている<sup>610</sup>。また、医療分野についても、特区における特例として、株式会社が、自由診療（公的医療保険の適用を受けず、医療費の全額を患者が負担する医療）の分野において、高度な医療<sup>611</sup>を提供する病院または診療所を開設することが可能となるよう関連法令の改正を行うこととされている（「経済財政運営と構造改革に関する基本方針2003」（平成15年6月27日閣議決定））。

## （2）非営利法人の「株式会社化」の是非

### イ．非営利法人の存在意義

上記1節のとおり、従来、有価証券市場の開設や病院、老人福祉施設、学校の設置については、専ら特別法上の非営利法人の形態によることが予定されていたほか、保管振替機関は民法上の公益法人とされ、保険会社については、相互会社という保険業のための特別の非営利法人制度が設けられてきたが、各非営利法人制度の制度趣旨は、それぞれ異なる。

### （イ）会員組織の存在意義

組織形態としての会員組織については、参加者に対して実費をベースとした安価なサービスを提供することができることに加えて、構成員の利害の同質性が高い場合には、意思決定が容易であり、効率的な業務運営が可能になること、営利を追求しないことにより、業務の公共性の確保に資する<sup>612</sup>ことが挙げられている。例えば、証券取引所については、会員組織形態では、営利を目的としない実費主義の理念に基づく運営がなされるため、取引参加者（会員）が支払う手数料の低減に資する<sup>613</sup>ことのほか、有価証券市場の運営は、証券取引に精通する会員の自治に委

609 特別養護老人ホーム不足区域において、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（PFI法）による認定事業者である法人は、都道府県知事の認可を受けて特別養護老人ホームを設置することができる（特区法18条）ほか、地方公共団体は、一定の基準に適合する法人に対して特別養護老人ホームの管理を委託できることとされた（同法19条）。

610 同法に基づき学校を設置する株式会社は、その学校において、地域の特性を生かした教育の実施の必要性、地域産業を担う人材の育成の必要性その他の特別の事情に対応するための教育・研究を行うほか、一定の要件に適合するものでなければならない（改正特区法12条2項）。

611 高度な医療の内容は、厚生労働省が示すガイドライン（再生医療、遺伝子治療等）に従って地方公共団体が判断し、厚生労働大臣が同意する扱いとなるとされる（構造改革特区推進室「特区における株式会社の医療の参入に係る取扱いについて（成案）」（平成15年6月27日））。

612 例えば、証券取引所については、国民経済にとって重要な意義を有する有価証券市場を管理するものとして高度の公共性が要求され、営利法人はそのような公共性のある事業を遂行できないと考えられたことから、会員組織形態がとられたものと説明されている（鈴木（竹）・河本 [1984] 381～382頁）。

613 金融審議会第一部会 [2000a]。

ねた方が効果的であることや、会員の業務が同質的で、その利害が共通する限り、簡便かつ速やかな意思決定が可能であること等が会員組織の存在意義として指摘されている<sup>614</sup>。

#### (口) 医療法人、社会福祉法人および学校法人制度の存在意義

医療、社会福祉、教育等の各分野においては、病院の開設、老人福祉施設等の設置、学校の設置といった事業を行うための組織形態として、医療法人制度<sup>615</sup>、社会福祉法人制度<sup>616</sup>、学校法人制度<sup>617</sup>の各制度が設けられているが、いずれも、非営利性の維持を通じて、これらの事業の適正な運営を確保するための制度であるとされている<sup>618</sup>。

すなわち、社会福祉法人および学校法人には構成員が存在しないため、利益の配当は行われぬほか、解散時の残余財産の帰属につき定款で定める場合には、他の社会福祉法人、学校法人等を帰属人としなければならず（社会福祉法31条3項、私立学校法30条3項）、これにより処分されない財産は国庫に帰属するとされる（社会福祉法47条2項、私立学校法51条2項）。また、医療法人（社団法人形態）には構成員が存在するものの、剰余金を配当してはならないとされる（医療法54条）<sup>619</sup>。なお、医療法人、社会福祉法人、学校法人は、本来の事業の経営に充てるためののみ

614 金融審議会第一部会 [ 2000a ]

615 医療法人制度は、病院等の開設主体が医療の非営利性を損なうことなく、法人格を取得する途を開き、資金の集積を容易にするとともに、医療機関の経営の継続性を付与することで、経営を安定化させることを狙いとして、昭和25年の医療法改正により創設された（新田 [ 1998 ] 18頁、高橋（淑）[ 2001 ] 14頁）。

616 かつては、社会福祉事業を行うことができるのは民法上の公益法人に限定されていたが、民間社会福祉事業の自主性を尊重して、特色を活かすとともに、公共性を高めることによって社会的信頼に応えることを目的として、昭和26年の社会福祉事業法（平成12年の同法改正により「社会福祉法」と改称）制定により社会福祉法人制度が創設されたとされる（桑原 [ 2002 ] 43頁）。

617 かつては、私立学校を設置できるのは民法上の財団法人に限定されていたが、管理運営における教育的観点の軽視等の問題があったことから、昭和24年の私立学校法の制定により学校法人制度が創設されたとされる（有倉 [ 1977 ] 229頁〔浦田賢治〕）。

618 例えば、医療法が医療法人につきさまざまな規整を行っているのは、非営利性の確保（営利企業化の防止）等により、医療法人の社会的信用を確保するためであるとされる（磯崎・高島 [ 1979 ] 246頁注2）。また、医療施設の開設等について非営利性の維持が求められる理由としては、提供されるサービスの内容が複雑であるため、顧客である患者や入居者がその質を判断し、必要な場合に不満を申し立てるのが困難であること、代金の支払は、多くの場合、家族や医療保険といった第三者が行うが、当該第三者は、不適切なサービス提供がなされた場合でもこれについて情報を得にくいこと等から、サービスの供給者が顧客から過剰な利益を得ようとする「契約の失敗（contract failure）」が生じるリスクがあるが、非営利性を有するサービスの供給者の場合、そのようなリスクは小さいことが挙げられている（Hansmann [ 1980 ] 844～845、862～868頁）。

619 もっとも、社団医療法人においては、定款の定めにより、解散した医療法人の残余財産を社員に分配することが可能である（医療法56条1項）ほか、社員の退社時にその持分を払い戻すことも可能とされるため、非営利性が徹底していないと指摘されている（高橋（淑）[ 2001 ] 15頁）。なお、財団医療法人および社員の持分の定めのない社団医療法人のうち、定款または寄附行為により、解散時の残余財産を国、地方公共団体等に帰属させる旨を定めることにより非営利性を確保している等の要件を満たす法人（特定医療法人）は、税制上の優遇措置（法人税率の軽減）を受けることができる（租税特別措置法67条の2）。

収益事業を行うことが認められている<sup>620</sup>。

#### (八) 公益法人としての保管振替機関の存在意義

平成13年改正前の旧保管振替法のもとで、保管振替機関は、その事業の特性上、国民経済的インフラとして維持運営されることが求められ、公共性・公益性を担保する観点から、公益法人が適当とされたとされる<sup>621</sup>。

#### (二) 相互会社の存在意義

保険会社の組織形態としての相互会社については、保険株式会社と異なり、株主に対する利益配当を行う必要がなく、社員（保険契約者）に対する剰余金の分配を通じて保険料を事後的に精算することにより、実費による保険を提供できるため、保険株式会社と比べて安価な保険サービスの提供が可能となる点にその存在意義があると指摘されている<sup>622</sup>。

#### ロ．非営利法人の「株式会社化」を巡る論点

##### (イ) 問題の所在

株式会社は、出資者による所有、法人格の具備、出資者の有限責任、出資者と業務執行者の分離、出資持分の譲渡性とその基本的な特質とされるが<sup>623</sup>、わが国においては、およびはすべての会社が有するため<sup>624</sup>、株式会社の独自の特質は、有限責任性（ ）、出資者・業務執行者の分離（ ）、持分の譲渡性（ ）にあると考えられる。このような特質により、株式会社は、零細かつ短期間の投資能力をも広く集中することが可能となることから、資本市場から広く資金を調達することにより、大企業を経営するための組織形態であるとされる<sup>625</sup>。また、従来、非営利法人形態で行われてきた事業を株式会社形態で行うことを認める動きに関しては、資金調達の容易化・多様化といった点のほかに、営利を目的とした競争を通

620 一定の要件（ 役員の総数の2分の1を超えて同一の親族が含まれることがないこと等、公的な運営に関する要件に適合するものであること、 定款または寄附行為により、解散時の残余財産を国、地方公共団体等に帰属させる旨を定めていること等）を満たす医療法人（特別医療法人）は、病院等の業務に支障がない限り収益事業を行うことができるが、当該事業からの収益は、病院等の経営に充てなければならない（医療法42条2項）。また、社会福祉法人および学校法人は、本来の事業に支障のない限り収益事業を行うことができるが、当該事業からの収益は、本来の事業等の経営に充てなければならない（社会福祉法26条1項、私立学校法26条1項）。

621 日本証券業協会・証券受渡・決済制度改革懇談会〔2000〕2、5頁。ただし、当初は、株式会社形態の利点も活かしやすい特別な法人形態である認可法人が適当とされた経緯があったほか、当時から公益法人でなければならないとする理論的な理由はないとする考え方があったとされる（同2頁）。

622 山下〔1992〕350頁。

623 神田〔2003b〕13頁、Hansmann and Kraakman〔2001〕439～440頁。

624 神田〔2003b〕13頁。

625 竹内・金子〔1966〕22頁。もっとも、わが国の株式会社の大多数は中小企業であり、資本市場からの資金調達による大資本の形成という株式会社の本来の機能を発揮する目的で設立されたのではなく、主として、社会的信用と税制上のメリットの獲得を目的として設立されたものであると指摘されている（竹内・金子〔1966〕38～39頁）。なお、平成13年度において、資本金が2,000万円以下の株式会社は806千社に上り、全株式会社（1,076千社）の74.9%を占める（国税庁ホームページ）。



じて顧客サービスの向上を図れる点や、株主による経営者のコントロールが期待できる点等が株式会社形態のメリットとして挙げられている（上記1節参照）。

他方、証券取引所、病院、社会福祉施設、学校等の事業主体のように専ら非営利法人形態が予定されてきた事業については、非営利性の維持等を通じて、事業の公共性や適正な運営を確保するために、非営利法人形態に限定したものと説明されてきたため（上記2節イ・参照）、これらの事業を株式会社形態で行うことの是非を巡る議論においては、営利性を有する株式会社が事業主体となることで、事業の公共性の確保等に支障が生じないかが主として問題とされてきた。例えば、証券取引所については、株式会社形態をとると、証券取引所と取引参加者（証券会社等）との関係が契約上の関係となるほか、専門家でない者が経営に関与したり、特定少数者に経営が委ねられたりする可能性があるが、これにより、市場の公正性・信頼性を確保する機能が低下しないよう、適切な対応を図る必要があると指摘されている<sup>626</sup>。また、病院については、株式会社のように営利を目的とする場合、利潤獲得のため、患者の多い都市部を中心に展開すると考えられ、医療サービスの提供体制に歪みを生じさせる可能性があること、診療費を支払う能力のない低所得者の診療を行わず、これらの者が医療サービスから排除される可能性があること、不必要な検査や投薬等により不当に利潤を上げようとする可能性があること等が問題点として指摘されている<sup>627</sup>。

#### （ロ）営利性と公共性等の関係

##### （営利性と公共性等）

このように、株式会社形態については、主として、営利目的を有することが、事業の公共性や適正な運営を確保するうえで適切でないという考え方が示されているが、他方では、株式会社が営利性を有することにより、顧客サービスの向上を図れることや、経営者に対して有効なコントロールを及ぼすことができるという考え方も示されている（上記1節参照）。

そもそも、公共性は、法人が営む事業の性質にかかわる概念であり、営利（性）・非営利（性）といった法人の目的とは別の座標軸上に位置するものと考えられるため、公共性と営利性は、当然に相容れないものではないといえよう（3章2節ロ（ロ）参照）。また、組織の営む事業について、組織の所有者への利益の分配（営利性）を否定することは、組織の所有者が公共性を害して利益を上げる誘因をなくすという意味では一定の意義を有するものの、その場合においても、所有者が公共性を犠牲して利益を享受する方法は利益の分配以外にも色々あり得るため、営利性を認めるか否かは、事業の公共性と直結するわけではない<sup>628</sup>。さらに、いか

626 金融審議会第一部会 [ 2000a ]

627 新田 [ 1998 ] 46 ~ 51頁。

628 例えば、証券取引所の利潤の分配を禁止したとしても、取引所の会員が公共性を犠牲にして利益を享受する危険（例えば、会員間の競争を弱め、利用者から過大な利益を得られる取引所ルールを策定する等）は残るとされる（藤田 [ 2002c ] 41頁）。

なる組織形態をとっても公共性との対立は問題となり得ると考えられる<sup>629</sup>。

なお、株式会社の営利性が事業の公共性や適正な運営を確保するうえで障害となり得るか否かは、ある程度、当該事業における競争条件にも依存すると考えられる<sup>630</sup>。すなわち、有効な競争市場が存在しない場合には、株式会社が営利性を追求することにより、公共性が犠牲にされる可能性があるが、競争市場が存在する場合には、株式会社が公共性を犠牲にして営利性を追求すると、顧客を失い、ひいては営利性にも反することから、長期的にみれば、営利性の追求は公共性の確保の障害にはならないといえよう<sup>631</sup>。

### （業法的規制の役割）

さらに、事業の公共性や適正な運営を確保するための手段としては、組織形態を限定する（株式会社を認めない）という方法に限られるのではなく、主務官庁の監督等、業法上の規制による方法も考えられる。例えば、銀行業は、法律上、明文で公共性を有するとされている（銀行法1条1項）が、銀行の組織形態は株式会社とされ（同法5条1項）主務官庁に報告・資料の提出要求、立入検査、業務停止命令、免許の取消し（同法24～28条）等、広範な監督権限が付与されており、これにより公共性の維持が図られていると説明されている<sup>632</sup>。また、証券取引所の組織形態として株式会社を認めるに当たっては、公共性の確保のため、株式会社形態を認める以前の主務官庁による監督の仕組みは基本的に維持された<sup>633</sup>。したがって、社会的規制分野における株式会社の「参入」の是非を議論していくに当たっても、業法的規制による公共性の確保の可能性を勘案することが考えられよう。

なお、各事業の組織形態として、非営利法人形態に一定の優位性が認められるとしても、選択肢の1つとして株式会社を認めることを否定する論拠とはならないように思われるが、他方で、株式会社の「参入」を認めるに当たっては、業法的規制による株式会社形態のメリットの減殺の可能性を踏まえてもなお株式会社形態に相応のメリットが認められることが前提となろう。

629 このような観点から、改正証券取引法は、取引所の組織形態いかに問わず、有価証券市場の開設を免許制としているほか、自主規制に関する事項を証券取引所定款の必要的記載事項としている（藤田 [2002c] 41～42頁）。

630 八代 [2003] 72頁。

631 例えば、保管振替機関については、保管振替事業を適正に行うためには、公共性・公益性が担保される必要があるとしつつ、株式会社形態によるメリットを最大限に活用することが適当であるとされるとともに、公共性・公益性の確保の規制を過度に厳格化することにより、新たな参入の障害とならないよう配慮すべきものとされている（日本証券業協会・証券受渡・決済制度改革懇談会 [2000] 5～6頁）。

632 小山 [1995] 485頁。

633 例えば、証券取引所の定款、業務規程、受託契約準則の変更には主務官庁の認可が必要であり（改正前証券取引法85条の2、改正後同法152条）主務官庁は、投資家保護等のために必要かつ適当と認めるときは、定款、業務規程、受託契約準則その他の規則や取引慣行の変更等、監督上必要な措置を講じることができる（改正前同法156条、改正後同法155条の2）。

### 補論3．新たな組織形態（「日本版LLC」）の創設の動き

#### （1）問題状況

米国においては、構成員の有限責任、法人格ないし法主体性、組織の内部ルールの柔軟な設計の可能性、パス・スルー課税の適用という性質をあわせもつ、新しい有限責任の組織形態（米国の州LLC法に基づくLLC、州パートナーシップ法に基づくLLP）が広範に利用されているほか、英国においても、近時、LLPが創設され、「有限責任制度の拡大」とも呼ぶべき傾向が生じている<sup>634</sup>（3章3節ロ（イ）参照）。このうち、米国のLLCは、構成員の有限責任が認められる点ではコーポレーション（株式会社）と共通するが、コーポレーションに対しては原則としてエンティティ課税が適用される<sup>635</sup>のに対し、LLCは、原則として、エンティティ課税、パス・スルー課税のいずれの適用を受けるかを選択できる（「チェック・ザ・ボックス規則」4章1節ロ参照）。利益配当の方法や意思決定方法等の組織の内部ルールについて、コーポレーションでは定款自治の範囲に一定の限界があるのに対し、LLCでは、運営規約により基本的に自由に定めることができる<sup>636</sup>、といった特徴を有している。また、米国のLLPについては、カリフォルニア州、ニューヨーク州等の有力州を含む多くの州で、利用主体が法律事務所や会計事務所等の専門的職業者の団体に限定されているのに対し、LLCについては、一部の州で銀行業、保険業等を営むことが禁止されている<sup>637</sup>ことを除けば、事業目的にも制限がないため、さまざまな事業の

634 米国においてこのような二重課税回避のためのさまざまな組織形態が創設された背景には、内国歳入庁の立場が、パス・スルー課税の適用を受ける資格は無責任の事業体の所有者に与えられるという考え方から徐々に離れ、「キントナー規則」（4章1節ロ参照）のような、より柔軟な立場に変化したことによると指摘されている（ハミルトン [1999] 43頁）。

635 通常のコーポレーション（Cコーポレーション）に対しては当然にエンティティ課税が適用されるが、一定の要件を満たすコーポレーション（Sコーポレーション）に対してはパス・スルー課税がなされる。このため、Sコーポレーションも構成員の有限責任とパス・スルー課税の適用という性質をあわせもつといえる。しかしながら、内国歳入法典上、Sコーポレーションとしての扱いを受けるには、株主が75名以下であること、株主は原則として米国居住者たる自然人のみであること、複数種類の株式を発行していないことという要件を満たす必要がある（内国歳入法典1361条b項）ほか、州会社法の規定が適用されるため、LLCと異なり、組織の内部ルールを自由に定めることはできないという制約がある。

636 ただし、統一LLC法は、運営規約によっても、業務執行者（manager）の忠実義務を免除すること、注意義務を不当に制限すること等は認められないとする（統一LLC法103条b項）。LLCの内部ルールの当事者自治についてこのような歯止めがなされているのは、業務執行者の忠実義務等は、これをゼロとすることを認めると、LLCという組織形態そのものを否定することになるという考え方によるものと考えられることでもできよう。

637 例えば、デラウェア州法では、LLCは保険業や銀行業を営んではならないとされ（デラウェア州LLC法106条a項）、カリフォルニア州法では、保険業、銀行業に加えて信託業を営んではならないとされている（カリフォルニア州会社法典17002条）。

ための組織形態として、幅広く用いられている<sup>638</sup>。

わが国においても、近年、ベンチャー・ビジネスの創業や複数企業の共同出資による新規事業への進出の促進のほか、事業の再構築の円滑化等の観点から、米国のLLCと同様に、構成員の有限責任、法人格ないし法主体性、内部ルールの柔軟な設計の可能性とパス・スルー課税の適用という性質をあわせもつ、新たな組織形態（いわゆる「日本版LLC」）の創設が提言されるに至っている<sup>639</sup>。

## (2)「日本版LLC」の制度設計

### イ．制度設計のアプローチ

米国のLLCは、会社形態（コーポレーション）の法人格ないし法主体性を有し、構成員が有限責任を負うという特質と、組合形態（パートナーシップ）の組織の内部ルール設計の柔軟性とパス・スルー課税の適用という特質をあわせもった組織形態である。このため、あり得べき「日本版LLC」の制度設計としては、基本的には、

組合形態（内部ルールに柔軟性があり、パス・スルー課税の適用を受ける）を出発点として、構成員の有限責任と法人格ないし法主体性を実現しようとするアプローチと、物的会社形態（構成員が有限責任を負い、法人格を有する）を出発点として、パス・スルー課税の適用と内部ルールの柔軟性を実現しようとするアプローチが考えられ、以下のとおり、それぞれのアプローチに基づく制度設計の提案がなされている。

### ロ．組合形態を出発点とする制度設計

#### (イ)「創造会社」

組合形態を出発点に、構成員の有限責任や法主体性を実現しようとするアプローチの例としては、まず、ベンチャー・キャピタルの投資対象としてのベンチャー企

638 1997年時点で、LLCは、約350千社存在し、不動産業（144千社<41.1%>）、サービス業（78千社<22.5%>）、流通業（40千社<11.5%>）、建設業（16千社<4.5%>）といった産業の組織形態として利用されている（経済産業省ホームページ）。

639 例えば、(旧)経済団体連合会「意見書『商法改正への提言』」(平成12年10月)は、複数の企業が共同して新規事業に進出するためや、事業の再構築を進めるために有効な組織形態として、構成員の有限責任とパス・スルー課税の適用という性質をあわせもつ「有限責任事業組合(LLC・LLP<仮称>)」制度の導入を提案している。また、中小企業庁・中小企業政策審議会企業制度部会報告書「中小企業政策の視点からの商法改正について」(平成13年1月)は、事業特性に応じて選ぶことのできる組織形態の選択肢を広げ、多様な創業や経営革新を可能とする観点から、わが国において米国のLLCに類似した法制を導入することの可否も検討に値すると指摘している。さらに、内閣府・総合規制改革会議の「規制改革の推進に関する第2次答申 経済活性化のために重点的に推進すべき規制改革」(平成14年12月12日)に基づいて決定された「規制改革推進3か年計画」(平成15年3月28日閣議決定)においても、現在用意されている私法上の組合や法人の諸形態について、一層利用しやすい制度に再構築するという観点から、私法上の問題点の整理・検討、税法上の取扱いの検討を行うこととされている。なお、経済産業省においても、米国のLLCに倣った「有限責任会社」制度を、商法の抜本的改正に合わせて平成18年度から導入することを目指して検討が行われていると報じられている(平成15年3月17日付日本経済新聞朝刊)。

業の組織形態として提案された「創造会社法私案」<sup>640</sup>を挙げることができる。

「創造会社」は、組合型課税のメリットを享受すること等をねらって、基本的な性格は組合とされ、会社の損益を構成員の出資持分に「配賦（allocation）」する組合的な損益の分配ルールが設けられている<sup>641</sup>。また、ベンチャー企業では、起業家（ベンチャー企業のオーナー）の提供する労務が企業価値の主要な源泉であるが、株式会社については労務出資は認められないと解されていることから、同「私案」では、明文により労務出資が認められている<sup>642</sup>。さらに、わが国では、起業家が、少数派株主となることで経営権を喪失することを恐れてベンチャー・キャピタルからの出資の受入れを躊躇する場合が多いとされる<sup>643</sup>。このため、同「私案」では、定款の定めによる柔軟なガバナンスの設計（持分比率にとられない取締役の分配等）<sup>644</sup>を認めることにより、経営権を確保しつつ資金調達を図るという起業家の要求と、起業家のインセンティブを損なわずに暴走を防ぐ手段を留保したいというベンチャー・キャピタルの要求の調和が図られている<sup>645</sup>。そして、ガバナンスの設計等に関する自由は、徹底した情報開示のもとでのみ認められるという考え方<sup>646</sup>のもと、定款に一定の事項<sup>647</sup>を記載し、設立の登記に添付を要求する<sup>648</sup>等、株式会社と比較して厳格な情報開示義務を課している。

これと同時に、「創造会社」は、基本的性格が組合であるにもかかわらず、明文で法人格が付与されている<sup>649</sup>。また、すべての構成員について有限責任が認められている<sup>650</sup>一方、株式会社等のような厳格な財産流出規制はなされていない<sup>651</sup>。これは、「創造会社」の債権者保護は、財産流出規制よりも徹底した情報開示によって図られるべきであるとの考え方<sup>652</sup>に基づくものであり、「創造会社」は、登記所に対して計算書類を提出し、債権者等の閲覧に供しなければならないとされる<sup>653</sup>等、株式会社と比較して厳格な情報開示義務が課されている。

640 穴戸 [1997] 4～15頁（同「私案」の条文は、同11～15頁）。

641 穴戸 [1997] 6頁、同「私案」30条。パス・スルー課税の前提となる「配賦」に関するルール（4章2節イ（口）参照）を明らかにすることにより、税制上、「創造会社」にパス・スルー課税が適用されることが期待されるとする（穴戸 [1997] 15頁注19）。

642 穴戸 [1997] 5頁、同「私案」8条。

643 穴戸 [1997] 4頁。

644 定款の定めにより、種類構成員総会（権利内容が異なる持分を有する構成員ごとの構成員総会）において取締役を選解任することが認められる（同「私案」19条2項、21条）ほか、構成員総会における構成員の議決権数、議決事項、議決要件等について自由に定めることができるとされる（同「私案」16条）。

645 穴戸 [1997] 6頁。

646 穴戸 [1997] 7頁。

647 商号、会社の目的等のほか、各構成員の氏名・住所、各構成員の出資の目的・内容等を記載することが要求されている（同「私案」7条）。

648 同「私案」14条2項。

649 同「私案」2条。

650 同「私案」11条1項。

651 配当は、配当により債務超過になる場合のみ禁止される（同「私案」32条）。また、脱退した構成員は持分の払戻しを受けることができる（同「私案」36条2項）。

652 穴戸 [1997] 7頁。

653 同「私案」28条。

(ロ)「登記組合」、「有限責任組合」

同様に、組合形態を出発点とするアプローチとしては、ベンチャー企業、ジョイント・ベンチャー（合併企業）や閉鎖企業のための組織形態として、民法上の任意組合の延長に位置し、組合契約の登記により法主体性が認められる「登記組合（仮称）」と、その特殊型として、すべての構成員について有限責任が認められる「有限責任組合（仮称）」を導入することが提案されている<sup>654</sup>。

「登記組合」は、小規模の営利企業のための継続的・能動的な事業に適した組織形態が存在せず<sup>655</sup>、また、株式会社については、公開性の有無にかかわらず、資産の大小を基準とした法規整がなされているため、閉鎖的な大会社については、過剰な規制がなされている<sup>656</sup>というわが国の組織法制の欠陥を修復しようとするものであり<sup>657</sup>、さらに、ベンチャー企業や合併事業に適した有限責任の組織形態として「有限責任組合」のニーズが見込まれるとされる<sup>658</sup>。

「登記組合」は、パス・スルー課税の適用を確保するほか、内部ルールに関する法規整を原則として任意規定とするため、組合と法律構成される<sup>659</sup>。その一方で、組合契約の登記によって組合の継続性・明確性を高めることにより、法律上明文で私法上の法主体性を付与し、これにより、「登記組合」は、自らの名において権利・義務の主体となり、組合財産に対する強制執行には組合に対する債務名義を必要とすることとされている<sup>660</sup>。さらに、「有限責任組合」については、組合契約の登記において構成員の有限責任を明示することにより構成員の有限責任を認める一方で、一定の債権者保護ルールを定めている<sup>661</sup>。「有限責任組合」の債権者保護ルールは、必ずしも現行の株式会社・有限会社のルールによることなく、会計、監査、開示を徹底したうえで、債権者の自衛を促しつつ、事前規制を緩和し、事後的救済に力点を置いたルールを構築する<sup>662</sup>ものであり、上記2節イ.の「創造会社法私案」

654 大杉 [ 2002 ~ 2003 ]

655 例えば、合名会社はエンティティ課税が適用されること等から、任意組合は組合名義による不動産登記を行うことができないことから、いずれも合併企業のための組織形態としては利用しにくいとされる。また、匿名組合は、事業財産が営業者に帰属し、匿名組員は内部的にも対外的にも業務執行を行うことが禁じられるため、共同事業のための組織形態には不向きとされる（大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1648号5 ~ 6頁）

656 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1648号6頁。

657 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1649号14頁。

658 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1649号14 ~ 15頁。

659 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1649号17頁。

660 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1649号17頁。

661 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1652号32 ~ 37頁。

662 大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1652号32頁。具体的には、最低資本金制度および利益準備金制度を廃止する一方、利益配当と脱退組員に対する持分の払戻しをあわせて「分配等」とし、総資産・総負債の比率を一定水準以上に維持することを求める「分配等」規制の採用、計算書類のホームページによる開示の義務付け、合併等の際の個別債権者に対する異議申述催告の廃止とホームページにおける公告の義務付け、現物出資にかかる検査役調査の任意化、等の修正を加えることとしている（大杉 [ 2002 ~ 2003 ] 1652号32 ~ 37頁）。

と比べて厳格なルールを定めるものの、開示の徹底という方向性については、同「私案」と共通しているとされる<sup>663</sup>。

#### ハ．物的会社形態を出発点とする制度設計

##### (有限会社のSコーポレーション化)

物的会社を出発点に、パス・スルー課税の適用や内部ルールの柔軟性を実現しようとするアプローチとしては、わが国の有限会社に対し、米国のSコーポレーションと同様、パス・スルー課税の選択を認めるという提案がなされている<sup>664</sup>。これは、

有限会社とSコーポレーションとは、社員（株主）の数が制限され<sup>665</sup>、所有と経営が分離しておらず、組織と社員（株主）の人格をほぼ同一視することができる点で共通すること、有限会社に関する法規整は譲渡制限株式会社に関する法規整と近接しており、極めて類似した法人形態を2つ設ける意義は小さいことから、有限会社がパス・スルー課税を選択できるようにすることにより、株式会社との差別化を図るべきと考えられること、既存の法人形態である有限会社を活用することで、パス・スルー課税を選択できる新たな法人形態を導入する必要がなくなり、立法に伴う社会的コストを抑えることができること、に着目したものとされる<sup>666</sup>。

有限会社については、内部ルールについて定款による別段の定めをなすことが認められる規定が多いうえ、法文上、定款による別段の定めが認められていない規定についても、公序に反せず、社員の基本的な権利を奪うものでなければ、別段の定めをなすことができると解されている<sup>667</sup>。このため、基本的には、有限会社にパス・スルー課税を適用することにより、LLCの4つの特質（法人格ないし法主体性、構成員の有限責任、内部ルールの柔軟な設計、パス・スルー課税の適用）を実現できると考えられる。

### (3)「日本版LLC」の理論的許容性

#### イ．組合形態を出発点とする場合の問題

##### (イ) 組合形態と構成員の有限責任

組合形態を出発点とする制度設計については、まず、組合形態と構成員の有限責任との両立が問題となるが、ある組織形態について構成員の有限責任を認めるか否かは、有限責任制度について指摘されている弊害（3章3節口（八）参照）を防止す

663 大杉 [2002～2003] 1650号19頁。

664 平田 [2002] 。

665 有限会社の社員は原則として50人以下（有限会社法8条1項）、Sコーポレーションの株主は75人以下（内国歳入法典1361条b項1号）とされている。

666 平田 [2002] 30巻9号1226～1227頁。

667 川島（い）[1994] 116～117頁、江頭 [2002] 47、119頁。

るために十分な制度的手当てがなされているか否かが重要であり、組合が法人かといった、組織の法律構成とは別個の問題と考えられる。このため、組合形態の組織形態についても、一定の債権者保護ルールを設けたうえで、構成員の有限責任を認める考え方には、十分合理性があるものといえよう。

例えば、中小企業等投資事業有限責任組合（有限責任組合＜3章1節ロ．（ハ）c．参照＞）は民法上の任意組合を基礎としているが、無限責任組合員の氏名等の登記、財産の流出規制（組合財産の分配制限）といった債権者保護ルールを設けることにより、一部の組合員が有限責任を享受することが認められている。もっとも、有限責任組合は、事業目的が、中小企業等に対する投資事業に限定されているほか、最低限、1名の無限責任組合員の存在が要求されていることから、「日本版LLC」の制度設計においては、事業目的の制限のない、一般的な組織形態とできないか、すべての組合員に有限責任を認めることはできないかが、検討課題となると考えられる。

このうち、については、事業内容の制約を撤廃することにより損害を受ける者は存在せず、米国および英国における類似の組織形態であるリミテッド・パートナーシップ（LP：limited partnership）<sup>668</sup>のように事業内容が限定されていない方が使い勝手がよいと指摘されている<sup>669</sup>。また、については、構成員の有限責任の登記による公示、財産流出規制等の一定の債権者保護ルールが設けられていることに加えて、株式会社等の有限責任の組織も無限責任組合員となることが認められることを踏まえれば、無限責任組合員の存在を要求する必然性は乏しいと思われる。

#### （ロ）組合形態と法主体性

また、組合形態を出発点とした場合には、組合形態と法人格ないし法主体性を両立させることができるかが問題となる。まず、法人格と法主体性とは、ドイツ法上、区別された概念であり、例えば、組合としての性格を有する合名会社は、法人格を有しないとされるが、その商号のもとに権利を有し義務を負い、土地について所有権等を取得することができるうえ、訴えまたは訴えられることができる旨法律上明文で定められ（ドイツ商法124条）法主体性を有すると解されている<sup>670</sup>。このため、組合形態と法人格の両立の問題と、組合形態と法主体性の両立の問題とは、区別して考える必要がある。

この点、組合が社団かという団体・組織の実体に関する問題と、法人格の有無という団体・組織内外の法律関係を処理する形式の問題は別個の問題であるとされる<sup>671</sup>ほか、いかなる団体に法人格を付与するかは国により異なり得る（例えば、フラン

668 LPは、無限責任を負い業務執行を行うジェネラル・パートナー（general partner）と、有限責任を負い業務執行には関与しないリミテッド・パートナー（limited partner）からなり（米国統一LP法102条11号）あらゆる事業目的のために用いることができる（同104条b項）。

669 大杉〔2002～2003〕1648号12～13頁。

670 上柳〔1980〕18頁。

671 鈴木（竹）〔1971〕5～6頁。



スにおいては、物的会社、人的会社のみならず、組合に対しても法人格が付与されているのに対し、ドイツにおいては、物的会社に対しては法人格が付与されているが、人的会社、組合に対しては法人格が付与されていない。わが国においては、組合の性質を有する合名会社についても、会社財産を社員の財産から分別するため、会社を権利義務の帰属主体とする必要があること等から法人格が付与されている<sup>672</sup>ため、「日本版LLC」の基本的性質を組合と構成した場合であっても、これに対して、法人格を付与することは可能であると思われる。

このため、「日本版LLC」に対して、一定の条件のもとで、法人格を付与し、または、法主体性を認めることは不可能ではないと考えられる。

#### ロ．会社形態を出発点とする場合の問題

##### (イ) 会社形態とパス・スルー課税

物的会社形態を出発点として「日本版LLC」を設計する場合には、まず、構成員の有限責任と法人格を有する物的会社にパス・スルー課税を適用することができるか否かが問題となる。

構成員の有限責任とパス・スルー課税の関係については、現行法上、すべての構成員（社員）が無限責任を負う合名会社についてはエンティティ課税がなされる一方で、一部の構成員（有限責任組員）が有限責任を負う中小企業等投資事業有限責任組合についてはパス・スルー課税がなされている（4章1節イ（ハ）参照）ことから、構成員の責任の態様（有限責任か無限責任か）と課税方式（エンティティ課税かパス・スルー課税か）は、一義に対応する関係にはないものと考えられる<sup>673</sup>。

他方、法人格とパス・スルー課税の関係については、わが国の税法上は、これまで、法人格を有する組織に対しては原則としてエンティティ課税がなされており（4章1節イ（イ）参照）組合の性格を有するとされる人的会社（合名会社、合資会社）についてもエンティティ課税がなされている<sup>674</sup>こととの関係が問題となる<sup>675</sup>。

672 川島（武）[1952]194～196頁。

673 なお、米国の内国歳入庁は、ワイオミング州におけるLLC制度の導入（1977年）当初、LLCに対する課税方式を判断するに当たり構成員の有限責任を重視する姿勢を示していた。しかしながら、1988年には、構成員の有限責任を重視するのではなく、組織の継続性、経営の集中、構成員の有限責任、持分の自由譲渡性、の各点を同ウエイトで評価し、これらのうち3つ以上を満たす場合にはエンティティ課税が適用され、2つ以下しか満たさない場合にはパス・スルー課税が適用されること（いわゆるキントナー規則の適用）を明らかにした（Rev. Rul. 88-76、1988-2 C.B. 360、1988-38 I.R.B. 1.）。

674 これに対し、フランスやドイツでは、人的会社（フランスの合名会社＜société en nom collectif＞、ドイツの合名会社＜offene Handelsgesellschaft＞等）に対しては、パス・スルー課税がなされている（増井[2002]7頁）。

675 なお、米国のLLCがわが国の税務上「外国法人」として取り扱われるか否かが争われた国税不服審判所の裁決事例（平成13年2月26日名裁（所）平12-49）や、これを受けた国税庁の税務通達（平成13年6月25日付「米国LLCに係る税務上の取扱い」）は、外国の事業体を「外国法人」として取り扱うか否かは、当該事業体が、わが国の私法上、外国法人に該当するか否かで判断するという基本的な考え方のもと、米国のLLCが構成員とは別個の法主体（legal entity）であること等を根拠に、原則として「外国法人」（わが国の国内に源泉のある所得に対してエンティティ課税がなされる）として取り扱うこととしている。

この点に関して、最近では、エンティティ課税、パス・スルー課税の「線引き」を私法上の法人格の有無に依拠して行うことに対して疑問も呈されてきており、例えば、エンティティ課税がなされる典型的な組織である大規模公開株式会社のどのような特徴がエンティティ課税に結びついているかを明らかにしたうえで、そのような特徴を有する組織形態をエンティティ課税の対象とすることが提案されている<sup>676</sup>。このような考え方に基づけば、「日本版LLC」が法人格を有する場合であっても、所有と経営が一致し、現実の利益の分配について構成員が事実上の決定権を有する、持分に自由譲渡性がない、といった性質を有する場合には、パス・スルー課税を適用する余地も考えられよう。

ただし、組織に対する構成員の経済的権利が複雑である場合には、組織の損益を構成員に正確にパス・スルーさせることが難しく、持分の譲渡があった場合等への対処が困難となることから、パス・スルー課税には適さないと考えられてきている<sup>677</sup>。

このような観点からは、構成員の数が少ないこと、持分に譲渡性がないこと、内容の異なる数種の持分を発行していないこと等がパス・スルー課税を適用する要件となると考えられる。「日本版LLC」へのパス・スルー課税の適用を検討するに当たっては、こうした「パス・スルー課税の執行可能性」についても十分留意することが必要であろう。

#### (ロ) 物的会社形態と内部ルールの柔軟性

また、物的会社形態を出発点とする場合には、内部ルールの柔軟性を実現できるか否かが問題となる。この点、上記2節ハ.の「有限会社のSコーポレーション化」のように、有限会社形態による場合には、定款自治の範囲が広く認められるため、大きな支障はないと思われるが、株式会社形態を基本に「日本版LLC」を設計する場合には、伝統的に、株式会社法の内部関係に関する規定は強行法規と解されている(3章4節イ.参照)こととの関係が問題となる。

この点、近時、閉鎖会社については、会社の内部関係を株主の自治に委ねる方が少数派株主の保護につながる可能性があることや、株主間の利害対立の形は会社ごとに異なるため、株主に、会社ごとの状況に応じた利害調整を行わせる方が適切な可能性があることが指摘されており(3章4節イ.参照)最近の商法改正においても、譲渡制限株式会社について定款自治の範囲が拡大されてきている(3章4節イ.参照)。このため、株式会社形態を出発点とする場合でも、「日本版LLC」を閉鎖企業の組織形態として導入する場合には、定款自治を広く認めることにより、内部ルールの柔軟性を確保する余地があると考えられる。

676 佐藤 [2001] 111~113頁。具体的には、構成員が組織の利益に対して観念的な持分は有するものの、現実利益の分配を受けることについては、事実上、決定権をもたないことや、組織に対する投資の回収が、原則として持分の譲渡によりなされること、といった点が、エンティティ課税に結び付き得る要素の候補として挙げられている(佐藤 [2001] 113頁)。

677 増井 [2002] 12頁。

#### 八．制度設計に当たっての留意点

上記1節においてみたように、これまでに行われている「日本版LLC」の創設を求める提言は、その利用主体として、主に、ベンチャー企業やジョイント・ベンチャー等の閉鎖企業を想定しており、大規模公開企業は想定していないものと思われる<sup>678</sup>。米国においても、多数の構成員からなる企業は、パス・スルー課税が適用されると、構成員が多様化するため、すべての構成員にとって税務上有利となるような損益の配賦を行うことが困難となり、経営者が選択に窮すること、現実の利益配当の有無にかかわらず構成員に対して課税がなされるため、構成員から、配当を行うよう強いプレッシャーを受けることになること等から、LLCを選択しないと指摘されている<sup>679</sup>。

このため、「日本版LLC」を閉鎖企業のための新たな有限責任の組織形態として想定した場合、その制度設計については、上記口においてみたように、組合形態を出発点として、構成員の有限責任と法人格ないし法主体性を実現しようとするアプローチ、物的会社形態を出発点としてパス・スルー課税と内部ルールの柔軟性を実現しようとするアプローチのいずれも、理論的に許容され得るものと考えられる。今後、「日本版LLC」の導入に向けた検討を行うに当たっては、2つのアプローチのそれぞれの得失についてより詳細な検討を行うことが適当であろう。例えば、「日本版LLC」の内部ルールの柔軟性が認められるかどうかという問題は、組合形態を出発点とするアプローチによるか、物的会社形態を出発点とするアプローチによるかで、結論に差を生じ得ると考えられる<sup>680</sup>。

また、「日本型LLC」へのパス・スルー課税の適用に関連して、信託や組合を含めてパス・スルー課税について整合的かつ包括的なルールを設けることが必要であるという指摘がなされている<sup>681</sup>ため、執行可能性等の点に留意しつつ、課税ルールを整備していくことが求められよう。なお、パス・スルー課税については、組織に損失が発生した場合、構成員がこれを補填しなくても、構成員に生じた損失として他の所得と相殺できる点において有利とされるが、反面、利益分配の有無にかかわらず構成員に課税がなされる点にも十分留意する必要がある。

678 例えば、米国では、企業再生のためのパイアウト・ファンドの組織形態としてはLLCやLLPが圧倒的に多いが、わが国においては、「日本版LLC」がどのような事業目的のための利用に適しているかは必ずしも明確に議論されていない面があるように思われる。

679 Hamill [ 1996 ] 426頁。

680 その意味では、現行の有限会社について認められる定款自治では足りない領域はあるか、それは何かといった観点からの検討が必要となろう。

681 佐藤 [ 2002 ] 105頁。

## 参考文献

- 相澤 哲・杉浦正典・谷口園恵・内野宗揮・山口英幸、「中間法人法の概要(1)~(8・完)」、『NBL』716~723号、商事法務研究会、2001年、716号6~9頁、717号32~35頁、718号62~67頁、719号59~64頁、720号54~59頁、721号65~69頁、722号68~72頁、723号65~69頁
- 青木英夫、「過少資本と社員の有限責任 アメリカ法およびドイツ法を中心として」、堀口亘先生退官記念論文編集刊行委員会(編)『堀口亘先生退官記念 現代会社法・証券取引法の展開』、経済法令研究会、1993年
- 青竹正一、「企業の形態と規模」、竹内昭夫・龍田 節(編)『現代企業法講座第2巻 企業組織』、東京大学出版会、1985年
- 兩宮孝子、「公益信託税制の変遷と現状」、慶應法学会(編)『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集』、慶應義塾大学法学部、1990年
- 、「高齢社会におけるフィランソロピーと信託」、新井 誠(編)『高齢社会と信託』、有斐閣、1995年
- 荒木和夫、『ドイツ有限会社法解説』、商事法務研究会、1996年
- 有倉遼吉(編)『基本法コンメンタール 新版教育法(別冊法学セミナー33号)』、日本評論社、1977年
- 有馬嘉宏、「特定非営利活動促進法について」、『ジュリスト』1138号、有斐閣、1998年、44~47頁
- 安藤英義、「アメリカで揺らぐ資本概念(資本と利益の区別)」、『会計』153巻1号、森山書店、1998年、1~13頁
- 石田 穰、『民法総則』、悠々社、1992年
- 石村耕治、『日米の公益法人課税法の構造』、成文堂、1992年
- 、「公益法人の金融収益非課税の法理 税法理論上の分析を中心に」、『公益法人論文選』、公益法人協会、1997年(初出『公益法人』1986年10月号、1986年)
- 泉 美之松、「公益法人の税制」、『ジュリスト』870号、有斐閣、1986年、21~25頁
- 磯崎辰五郎・高島學司、『医事・衛生法〔新版〕』、有斐閣、1979年
- 伊藤秀史、「エージェンシー・コスト・アプローチについての一考察 所有と経営の分離、および親子会社関係への応用を中心に」、『商事法務』1401号、商事法務研究会、1995年、15~19頁
- 、「契約の経済理論」、有斐閣、2003年
- ・林田 修、「企業の境界 分社化と権限委譲」、伊藤秀史(編)『日本の企業システム』、東京大学出版会、1996年
- 伊藤靖史、「アメリカにおける資本制度と債権者保護」、『商事法務』1601号、商事法務研究会、2001年、11~18頁
- 岩原紳作、「会社法改正の回顧と展望」、『商事法務』1569号、商事法務研究会、2000年、4~16頁
- 植草 益、「社会的規制研究の必要性」、植草 益(編)『社会的規制の経済学』、NTT出版、1997年

- 上柳克郎、『協同組合法』、有斐閣、1960年  
、「法人論研究序説」、『会社法・手形法論集』、有斐閣、1980年（初出 上柳克郎（編集代表）『商法・保険法の諸問題：大森先生還暦記念』（1972年）  
・鴻 常夫・竹内昭夫（編）『新版 注釈会社法（1）会社総則、合名会社、合資会社』、有斐閣、1985年
- 碓井光明、「共同事業と所得税の課税 任意組合課税方式の検討」、『税理』25巻6号、ぎょうせい、1982年、9～15頁
- 内田 貴、『民法I 第2版補訂版 総則・物権総論』、東京大学出版会、2000年
- 海原文雄、『英米信託法概論』、有信堂高文社、1998年
- 占部裕典、「信託課税法の課題と改革の展望 信託関連法、金融関連法等の視点から」、『信託法研究』27号、信託法学会、2002年、63～95頁
- 江頭憲治郎、「企業の法人格」、竹内昭夫・龍田 節（編）『現代企業法講座第2巻 企業組織』、東京大学出版会、1985年  
、「株式会社・有限会社法〔第2版〕」、『有斐閣』、2002年  
・小林 登・山下友信、『保険業法』（東京海上火災保険株式会社（編）『損害保険実務講座 補巻』）、有斐閣、1997年
- 大井川和彦、「中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律について」、『ジュリスト』1138号、有斐閣、1998年、52～55頁
- 大杉謙一、「米国におけるリミテッド・ライアビリティー・カンパニー（LLC）およびリミテッド・ライアビリティー・パートナーシップ（LLP）について 閉鎖会社立法への一提言」、『金融研究』20巻1号、日本銀行金融研究所、2001年、163～202頁  
、「新しい事業組織形態（日本版LLC）の構想 国際競争力を持つ企業法制の模索として（ ）～（ ・完）」、『商事法務』1648～1650、1652号、商事法務研究会、2002～2003年、1648号4～15頁、1649号14～19頁、1650号19～22頁、1652号26～41頁
- 大隅健一郎、『新版 株式会社法変遷論』、有斐閣、1987年
- 太田 洋、『『金庫株』の解禁問題に関する論点整理（ ）～（ ・完） 米国の関係規制からの示唆』、『商事法務』1586～1590号、商事法務研究会、2001年、1586号13～18頁、1587号28～35頁、1588号14～25頁、1589号12～17頁、1590号23～28頁
- 大塚正民・樋口範雄（編）『現代アメリカ信託法』、有信堂高文社、2002年
- 鴻 常夫、『商法総則（新訂第5版）』、弘文堂、1999年
- 大村敦志、『フランスの社交と法 <つきあい>と<いきがい>』、有斐閣、2002年
- 沖野眞巳、「私益信託の場面における信託法の機能」、『グローバルな視点での信託と信認関係 報告書』、トラスト60、2000年
- 奥島孝康、「合併企業と法」、実方謙二・奥島孝康・江口公典・本間重紀、『現代経済法講座3 企業結合と法』、三省堂、1991年
- 加藤雅信、「総有論、合有論のミニ法人論的構造」、中川良延・平井宜雄・野村豊弘・加藤雅信・瀬川信久・廣瀬久和・内田 貴（編）『日本民法学の形成と課題（上）』、有斐閣、1996年

- 角 紀代恵、「受託者および信託財産の第三者に対する責任」、『企業法学』Vol. 2、商事法務研究会、1993年、144～155頁
- 金子 宏、『租税法〔第9版〕』、弘文堂、2003年
- 金本良嗣・藤田友敬、「株主の有限責任と債権者保護」、三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之（編）『会社法の経済学』、東京大学出版会、1998年
- 飯屋広郷、「アメリカ会社法学に見る経済学的思考」、『一橋大学研究年報法学研究』30巻、一橋大学研究年報編集委員会、1997年、121～168頁
- 河上正二、「定款・規約・約款 契約法から見た組織」、『特別講義 商法』、有斐閣、1995年
- 川島いづみ、「有限会社の定款」、志村治美先生還暦記念論文集編集委員会（編）『現代有限会社法の判例と理論』、晃洋書房、1994年
- 川島武宜、「企業の法人格」、我妻 榮・鈴木竹雄（編）『田中先生還暦記念 商法の基本問題』、有斐閣、1952年
- 河本一郎、『現代会社法<新訂第8版>』、商事法務研究会、1999年
- 神作裕之、「論文紹介 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, Comment by Lewis A. Kornhauser, 89 Colum. L. Rev. 1416-60 (1989); Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of Corporate Law*, Comments by Ralph K. Winter & Fred S. McChesney, 89 Colum. L. Rev. 1461-548 (1989)」、『アメリカ法』1991-1号、東京大学出版会、1991年、106～111頁
- 、「信託を用いて行う事業 その可能性と限界」、『信託法研究』18号、信託法学会、1994年a、27～51頁
- 、「コーポレート・ガバナンスと会社法の強行法規性」、『ジュリスト』1050号、有斐閣、1994年b、130～135頁
- 、「会社型投資信託の導入 証券投資法人制度」、『月刊 資本市場』165号、資本市場研究会、1999年、41～49頁
- 、「資産流動化における信託法 特定目的信託制度を中心に」、『債権管理』93号、金融財政事情研究会、2001年、61～67頁
- 神田秀樹、「市場と企業法」、松井茂記・奥脇直也・カール・ハインツ・ラデーア・内田 貴・神田秀樹・高橋宏志・木庭 顕・村上淳一、『社会変動の中の法（岩波講座 社会科学の方法 第Ⅵ巻）』、岩波書店、1993年
- 、「株式会社法の強行法規性」、竹内昭夫（編）『特別講義商法』、有斐閣、1995年
- 、「学会展望 Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise* (Harvard University Press, 1996, 372p.)」、『国家学会雑誌』112巻5・6号（合併号）、有斐閣、1999年、631～634頁
- 、「会社法改正の国際的背景」、『商事法務』1574号、商事法務研究会、2000年、11～16頁
- 、「商法上の資本および法定準備金と関連問題」、『税研』107号、日本税務研究センター、2003年a、47～54頁
- 、「会社法〔第4版〕』、弘文堂、2003年b
- ・小林秀之、「株式会社の法と経済学 株主有限責任の原則」、『法と経済学入門』、有斐閣、1986年

- ・藤田友敬、「株式会社法の特質、多様性、変化」、三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之（編）、『会社法の経済学』、東京大学出版会、1998年
- 北見良嗣、「金融システムの改編と証券化の法制度（シンポジウム 資産流動化・証券化の実態と法理）」、『金融法研究 資料編』17巻、金融法学会、2001年、36～86頁
- 金融審議会第一部会、「証券取引所の組織形態の在り方等に関するワーキング・グループ報告・証券取引所等の組織形態の在り方について」（平成12年2月）  
（<http://www.mof.go.jp/singikai/kinyusin/tosin/kin011a.htm>に掲載）2000年a  
、「証券決済システムの改革に関するワーキング・グループ報告・21世紀に向けた証券決済システム改革について」（平成12年6月6日）  
（[http://www.fsa.go.jp/p\\_mof/singikai/kinyusin/tosin/kin20000705-2.pdf](http://www.fsa.go.jp/p_mof/singikai/kinyusin/tosin/kin20000705-2.pdf)に掲載）2000年b
- 倉沢康一郎、「営利社団法人の意義」、『法学研究』44巻3号、慶應義塾大学法学研究会、1971年、499～521頁
- 黒川弘務・坂田吉郎、『わかりやすい弁護士法人制度』、有斐閣、2002年
- 黒沼悦郎、「会社法の強行法規性」、『法学教室』194号、有斐閣、1996年、10～13頁  
、「取締役の債権者に対する責任」、『法曹時報』52巻10号、法曹会、2000年、2901～2931頁  
、「21世紀会社法の展望と課題」、神戸大学六甲台五部局百周年記念事業検討委員会、『神戸発 社会科学のフロンティア』、中央経済社、2002年  
、「会社法ルールの任意法規化と競争」、森本 滋（編）、『比較会社法研究 21世紀の会社法制を模索して』、商事法務、2003年
- 桑原洋子、『社会福祉法要説〔第4版〕』、有斐閣、2002年
- 後藤元伸、「団体設立の自由とその制約」、『ジュリスト』1126号、有斐閣、1998年、60～65頁
- 小山嘉昭、『全訂 銀行法』、大蔵財務協会、1995年
- 斉藤真紀、「子会社の管理と親会社の責任（1）～（5・完）」、『法学論叢』149巻1号、同3号、同5号、150巻3号、同5号、京都大学法学会、2001～2002年、149巻1号1～34頁、同3号1～31頁、同5号1～24頁、150巻3号1～33頁、同5号1～33頁
- 佐藤英明、「法人課税をめぐる問題状況 研究ノート」、『国際税制研究』6号、納税協会連合会、2001年、108～118頁  
、「新しい組織体と税制」、『フィナンシャル・レビュー』65号、財務省財務総合政策研究所、2002年、93～107頁
- 穴戸善一、「株式会社法の強行法規性と株主による会社組織設計の可能性 二人会社の場合」、『商事法務』1402号、商事法務研究会、1995年、30～37頁  
、「ベンチャー・ビジネスのための組織法作りを試みて 『創造会社法私案』の解説」、『ジュリスト』1125号、有斐閣、1997年、4～15頁
- 四宮和夫・能見善久、『民法総則〔第6版〕』、弘文堂、2002年
- 杉本 茂、「不動産・債権の流動化をめぐる税規制の諸問題と対策」、『債権管理』93号、金融財政事情研究会、2001年、105～117頁

- 杉本泰治、『法律の翻訳 アメリカ法と日本語の危険な関係』、勁草書房、1997年
- 鈴木竹雄、「商法における組織と行為」、我妻 榮・鈴木竹雄（編）『商法の基本問題 田中先生還暦記念』、有斐閣、1952年
- ・「会社の社団法人性」、『商法研究 会社法（1）』、有斐閣、1971年
  - ・河本一郎、『証券取引法〔新版〕』、有斐閣、1984年
  - ・竹内昭夫、『会社法〔第三版〕』、有斐閣、1994年
- 鈴木祿弥（編）『新版 注釈民法（17）債権（8）』、有斐閣、1993年
- 住友生命保険相互会社企画調査部（大塚英明監修）『コンメンタール 新相互会社法』、青林書院、1997年
- 諏訪 昇、「不動産投資信託 = JREITのスキームと展望」、『債権管理』97号、金融財政事情研究会、2002年、100～109頁
- 関 俊彦、「株主有限責任制度の未来像」、『商事法務』1402号、商事法務研究会、1995年、22～29頁
- 関 英昭、「法人構成員の責任について」、泉田栄一・関 英昭・勝田勝利（編）『現代企業法の新展開 小島康裕教授退官記念』、信山社、2001年
- 総務省、『公益法人白書 平成14年版』、財務省印刷局、2002年
- 高橋英治、「ドイツ法における民法上の組合の法人格」、奥島孝康教授還暦記念論文集編集委員会（編）『比較会社法研究 奥島孝康教授還暦記念 第一巻』、成文堂、1999年
- 高橋宏志、「紛争解決過程における団体」、村上淳一・森泉 章・有地 亨・前田光夫・山口浩一郎・阿部照哉・室井 力・栗城壽夫・筒井若水・西田典之・高橋宏志・篠原 一、『岩波講座 基本法学2 団体』、岩波書店、1983年
- 高橋康文、『逐条解説 短期社債等振替法』、金融財政事情研究会、2002年
- 高橋淑郎、「病院経営と非営利性 医療法人制度を手がかりとして」、『商学集志』70巻4号、日本大学商学研究会、2001年、1～24頁
- 高部眞規子、「時の判例 預託金会員制のゴルフクラブが民訴法29条にいう『法人でない社団』に当たるとされた事例（最高裁平成14年6月7日第二小法廷判決）」、『ジュリスト』1236号、有斐閣、2002年、104～106頁
- 竹内昭夫（弥永真生補訂）『株式会社法講義』、有斐閣、2001年
- ・金子 宏、「企業形態と法」、金子 宏・川本一郎・北沢正啓・清水 誠・竹内昭夫・竜田 節・谷川 久・豊崎光衛・矢沢 惇、『岩波講座 現代法9』、岩波書店、1966年
- 武田昌輔、「法人税の基本問題雑考」、『会計』162巻3号、森山書店、2002年、427～439頁
- 龍田 節、『会社法〔第九版〕』、有斐閣、2003年
- 田中耕太郎、「組織法としての商法と行為法としての商法」、『商法研究 第1巻』、岩波書店、1929年（初出『法学協会雑誌』43巻7号、1925年）
- ・「商法に於ける分業と責任」、『民商法雑誌』1巻1号、有斐閣、1935年、12～20頁
- 田中周二（編）『生保の株式会社化』、東洋経済新報社、2002年
- 田中誠二、「企業の社会的役割と企業についての有限責任の根拠」、『民商法雑誌』96巻5号、有斐閣、1987年、595～616頁
- ・山村忠平、『コンメンタール会社法5全訂』、勁草書房、1994年



- 田中英夫（編）『英米法辞典』、東京大学出版会、1991年
- 田中 實、『公益信託の現代的展開』、勁草書房、1985年
- 中小企業庁経営支援部組織課（監）『逐条解説 中小企業団体の組織に関する法律・中小企業等協同組合法』、ぎょうせい、2001年
- 通商産業省中小企業庁振興課（編）『投資事業有限責任組合法 「中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律」の解説』、通商産業調査会出版部、1998年
- 手塚貴大、「企業課税と法形態の中立性 2000年ドイツ企業税制改革を素材として」、『法学政治学論究』53号、慶應義塾大学出版会、2002年、391～423頁
- 富山康吉、「法人と信託についての一考察」、『立命館法学』4・5合併号、立命館大学法学会、1953年、144～159頁
- 中里 実、「法人課税の再検討に関する覚書 課税の中立性の観点から」、『租税法研究 租税特別措置と法人税制』19号、有斐閣、1991年、1～39頁
- 中島真志・宿輪純一、『証券決済システムのすべて』、東洋経済新報社、2002年
- 中野正俊、「財団と信託」、森泉 章（編集代表）『現代民法学の基本問題：内山尚三・黒木三郎・石川利夫先生還暦記念』、第一法規出版、1993年
- 中舎寛樹、「組合契約における任意脱退を許さない旨の約定の効力」、『民商法雑誌』122巻1号、有斐閣、2000年、109～127頁
- 並木俊守、『アメリカ会社法研究』、中央経済社、1980年
- ・並木和夫、『現代アメリカ会社法〔改訂版〕』、中央経済社、1989年
- 新美育文、「団体の取引」、伊藤 進・國井和郎・堀 龍兒・新美育文（編）『現代取引法の基礎的課題』、有斐閣、1999年
- 二上季代司、「証券取引所の株式会社化の意義」、『証券レポート』1597号、日本証券経済研究所、2001年、1～10頁
- 西尾幸夫、「契約の連鎖としての会社 『法と経済学』における一つの会社観」、『立命館法学』231・232号（合併号）立命館大学法学会、1993年、1394～1420頁
- 西脇敏男、「有限責任制度の論拠 『商法・有限会社法改正試案』を契機として」、『法学新報』96巻3・4号（合併号）中央大学法学会、1990年、243～269頁
- 新田秀樹、「医療の非営利性の要請の根拠」、『名古屋大学法政論集』175号、名古屋大学大学院法学研究科、1998年、15～68頁
- 日本証券業協会・証券受渡・決済制度懇談会、「証券保管振替機関の組織・運営のあり方について（平成12年9月26日）」（[http://www.kessaicenter.com/kisha\\_hofuria.pdf](http://www.kessaicenter.com/kisha_hofuria.pdf) に掲載）2000年
- 能見善久、「公益的団体における公益性及非営利性」、『ジュリスト』1105号、有斐閣、1997年、50～55頁
- ・「特定非営利活動促進法と法人制度」、『ESP』1998年9月号、経済企画協会、1998年、20～23頁
- ・「現代信託法講義（1）～（8・了）」、『信託』199～200、202～203、205～206、208、211号、社団法人信託協会、1999～2002年、199号4～19頁、200号87～102頁、202号7～20頁、203号4～21頁、205号4～12頁、206号13～23頁、208号45～59頁、211号26～38頁

- 野津 務、『相互保険の研究 特に其の法的性質を中心として』、野津務保険法論集刊行会、1965年
- 橋本 徹・古田精司・本間正明（編）、『公益法人の活動と税制 民法とアメリカの財団・社団』、清文社、1986年
- 服部榮三（編）、『基本法コンメンタール 会社法1〔第七版〕（別冊法学セミナー170号）』、日本評論社、2001年
- ・星川長七（編）、『基本法コンメンタール 第4版 / 商法総則・商行為法（別冊法学セミナー147号）』、日本評論社、1997年
- 浜田道代、「企業と公示制度」、竹内昭夫・龍田 節（編）、『現代企業法講座 第1巻 企業法総論』、東京大学出版会、1984年
- ハミルトン、ロバート W.（山本光太郎訳）、『アメリカ会社法』、木鐸社、1999年
- 林 良平（編）、『注解 判例民法 民法総則』、青林書院、1994年
- 平出慶道、「企業形態論」、竹内昭夫・平出慶道・江頭憲治郎・前田重行・神崎克郎・前田庸・松下満雄・根岸 哲・河本一郎・磯部 力・大江泰一郎・龍田 節、『岩波講座 基本法学 7 企業』、岩波書店、1983年
- 平澤宗夫、「相互会社」、倉澤康一郎（編）、『生命保険の法律問題（金融・商事判例 増刊号 986号）』、経済法令研究会、1996年
- 平田正源、「有限会社のSコーポレーション化（上）（下） 非課税法人導入への新たな選択肢」、『国際商事法務』30巻8号、同9号、国際商事法研究所、2002年、30巻8号1035～1039頁、同9号1222～1228頁
- 福田清明、「日独における社団と組合の峻別論の発展 民法上の組合の権利主体性を中心に」、『明治学院論叢・法学研究』72号、明治学院大学法学会、2001年、1～48頁
- 福地俊雄、「法人に非ざる社団について」、『法人法の理論』、信山社、1998年（初出『神戸法学雑誌』16巻1・2号（1966年））
- 藤田友敬、「会社法と債権者保護」、商法会計制度研究懇談会（編）、『商法会計に係る諸問題』、企業財務制度研究会、1997年
- 、「契約と組織 契約的企業観と会社法」、『ジュリスト』1126号、有斐閣、1998年a、133～140頁
- 、「企業形態と法」、落合誠一・藤田友敬・前田雅弘・川浜 昇・弥永真生・道垣内正人・山手正史・神田秀樹・小林 登・洲崎博史・山田誠一・黒沼悦郎・石黒一憲、『現代の法7 企業と法』、岩波書店、1998年b
- 、「契約・組織の経済学と法律学」、『北大法学論集』52巻5号、北海道大学大学院法学研究科、2002年a、1831～1884頁
- 、「株主の有限責任と債権者保護（1）（2）」、『法学教室』262～263号、有斐閣、2002年b、262号81～90頁、263号122～136頁
- 、「組織法からみた金融システム改革諸法」、『商事法務』1637号、商事法務研究会、2002年c、36～47頁
- フランス判例研究会、「フランス私法人基本法の成立 民法典第3編第9章の大改正について」、『判例タイムズ』427号、判例タイムズ社、1981年、46～51頁

- 法人制度研究会、「法人制度研究会報告書」、『NBL』673号、商事法務研究会、1999年、25～46頁
- 星野英一、「いわゆる『権利能力なき社団』について」、『民法論集 第1巻』、有斐閣、1970年a（初出『法学協会雑誌』84巻9号、1967年）
- 、「日本民法典に与えたフランス民法の影響 総論、総則（人・物）」、『民法論集 第1巻』、有斐閣、1970年b（初出『日仏法学』3巻、1965年）
- 、「『改訂 民法概論I（序論・総則）』」、良書普及会、1971年
- 前田庸、『会社法入門〔第9版〕』、有斐閣、2003年
- 前田雅弘、「会社の管理運営と株主の自治 会社法の強行法規性に関する一考察」、『龍田節・森本滋（編）『商法・経済法の諸問題』、商事法務研究会、1994年
- マクナルティー、ジョン（増井良啓訳）、「合衆国における法人税所得税統合の提案（上）（下）」、『ジュリスト』1038～1039号、有斐閣、1994年、1038号147～153頁、1039号120～126頁
- 増井良啓、「組合損益の出資者への帰属」、『税務事例研究』49号、日本税務研究センター、1999年、47～94頁、
- 、「組合形式の投資媒体と所得課税（特集 パートナーシップの課税問題）」、『日税研論集』44号、日本税務研究センター、2000年a、129～158頁
- 、「連結納税制度をめぐる若干の論点（1）～（4・完） 法人税制の変容を中心として」、『税研』15巻6号、16巻1号、同2号、同3号、日本税務研究センター、2000年b、15巻6号88～98頁、16巻1号95～106頁、同2号124～137頁、同3号96～109頁
- 、「組織形態の多様化と所得課税」、『租税法研究』30号、租税法学会、2002年、1～27頁
- 榎田淳二、「アメリカの新しい事業形態 LLC、LLPおよびLLLPの展開（上）（下）」、『国際商事法務』26巻7号、同8号、国際商事法研究所、1998年、26巻7号685～691頁、同8号796～804頁
- 増田政章、「有限会社における定款自治 ドイツ法を中心にして」、『近畿大学法学』49巻2・3号（合併号）、近畿大学法学会、2002年、175～207頁
- 松田二郎、『株式会社の基礎理論』、岩波書店、1942年
- 松本蒸治、「営利法人ノ觀念」、『私法論文集』、巖松堂書店、1925年
- 松本恒雄、「団体法理・共有法理・契約法理」、『法学教室』196号、有斐閣、1997年、59～67頁
- 、「不動産の流動化・証券化を通してみる物権と債権 共有法理・団体法理・契約法理の交錯」、『ジュリスト』1229号、有斐閣、2002年、116～127頁
- 森泉章、「法人と信託についての歴史的考察 英米法を中心として」、『法経論集』3号、静岡法経短期大学法経学会、1955年、109～122頁
- 、「法人制度の問題点と課題」、『団体法の諸問題』、一粒社、1971年（初出『ジュリスト』413号、1969年、26～39頁）

- 、「団体に関する法技術」、村上淳一・森泉章・有地亨・前田光夫・山口浩一郎・阿部照哉・室井力・栗城壽夫・筒井若水・西田典之・高橋宏志・篠原一『岩波講座基本法学2 団体』、岩波書店、1983年
- 、「公益法人法制の問題点と課題」、森泉章(編)、『公益法人の法務Q&A』、有斐閣、1994年
- 森田章、『現代企業法入門〔第3版〕』、有斐閣、2002年
- 森田果、「株主間契約(1)~(6・完)」、『法学協会雑誌』118巻3号、119巻6号、同9号、同10号、120巻11号掲載予定、同12号掲載予定、有斐閣、2001~2003年、118巻第3号396~465頁、119巻6号1090~1157頁、同9号1681~1749頁、同10号1926~2004頁、120巻11号掲載予定、同12号掲載予定((5)6・完)については、HP(<http://www.law.tohoku.ac.jp/~hatsuru/library.html>)に掲載された未定稿の頁数を引用)
- 、「組織法の中の信託 Henry Hansmann & Reiner Kraakman, The Essential Role of Organizational Lawをめぐって」、『未定稿(<http://www.law.tohoku.ac.jp/~hatsuru/library.html>)に掲載』、2003年
- 森信茂樹、「多様な事業体と税制を考える(上)(下)」、『月刊資本市場』210、212号、資本市場研究会、2003年、210号26~31頁、212号6~12頁
- 森本滋、『会社法〔第2版〕(現代法学)』、有信堂高文社、1995年
- 、「序説 わが国の現状と問題点(主要国における資本制度の現状と改正の動向)」、『森本滋(編)『比較会社法研究 21世紀の会社法制を模索して』、商事法務、2003年
- 八代尚宏、『規制改革「法と経済学」からの提言』、有斐閣、2003年
- 弥永真生、『リーガルマインド会社法〔第7版〕』、有斐閣、2003年
- 山崎和哉、『資産流動化法 改正SPC法・投信法の解説と活用法』、金融財政事情研究会、2001年
- 山下友信、「相互会社」、竹内昭夫(編)、『保険業法の在り方(上)』、有斐閣、1992年
- 、「相互会社の法的構造」、『商事法務』1436号、商事法務研究会、1996年、37~45頁
- 山田誠一、「団体、共同所有、および、共同債権関係」、星野英一(編集代表)、『民法講座別巻1』、有斐閣、1990年
- 吉田直、「株主有限責任原則の根拠に関する学説の系譜」、『青山法学論集』37巻3・4合併号、青山学院大学法学会、1996年、229~243頁
- 吉原和志、「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(1)~(3・完) より実効的な規制への展望」、『法学協会雑誌』102巻3号、同5号、同8号、有斐閣、1985年、102巻3号423~491頁、同5号881~977頁、同8号1431~1531頁
- 、「株主有限責任の原則」、『法学教室』194号、有斐閣、1996年、14~18頁
- 米田健二、「相互会社」、倉沢康一郎(編)、『新版 生命保険の法律問題(金融・商事判例増刊号1135号)』、経済法令研究会、2002年
- 我妻榮、『物権法(民法講義)』、岩波書店、1952年
- 、「債権各論 中巻二(民法講義V3)』、岩波書店、1962年
- 、「新訂民法総則(民法講義)』、有斐閣、1965年

和田正明・橋 武夫、『最新 農地法詳解』、学陽書房、1970年

- Alchian, Armen A., and Harold Demsetz, "Production, Information Costs and Economic Organizations," *The American Economic Review*, 62 (5), 1972, pp. 777-795.
- Ayres, Ian, and Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules," *The Yale Law Journal*, 99, 1989, pp. 87-130.
- Booth, Richard A., "Form and Function in Business Organizations," University of Maryland School of Law Working Paper Series No. 2003-01, 2003, pp. 1-16.
- Bratton, William W. Jr., "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History," *Stanford Law Review*, 41, 1989, pp. 1471-1527.
- Brody, Evelyn, "Of Sovereignty and Subsidy: Conceptualizing the Charity Tax Exemption," *The Journal of Corporation Law*, 1998, pp. 585-629.
- Coase, Ronald H., "The Nature of the Firm," *Economica*, 4, 1937, pp. 386-405.
- Diamond, Aubrey L., "Corporate Personality and Limited Liability," in *Limited Liability and The Corporation*, (Tony Orhnlial, Croom Helm Ltd., 1982).
- Easterbrook, Frank H., and Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation," *University of Chicago Law Review*, 52, 1985, pp. 89-117.
- , and                      , "Contractual Freedom in Corporate Law: Article & Comments; The Structure of Corporation Law," *Columbia Law Review*, 89, 1989, pp. 1416-1448.
- , and                      , *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.
- Eisenberg, Melvin Aron, "Contractual Freedom in Corporate Law: Article & Comments; The Structure of Corporation Law," *Columbia Law Review*, 89, 1989, pp. 1461-1526.
- Esptein, David G., Steve H. Nickles, and James J. White, *Bankruptcy*, West Publishing Co., 1993.
- Fama, Eugene F., and Michael C. Jensen, "Agency Problem and Residual Claims," *The Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 327-350.
- Foss, Nicolai J., Henrik Lando, and Steen Thomsen, "The Theory of the Firm," *Encyclopedia of Law and Economics*, 5610, 1999, pp. 631-658.
- Frankel, Tamar, "The Delaware Business Trust Act Failure As The New Corporate Law," *Cardozo Law Review*, 23 (1), 2001, pp. 325-346.
- Freedman, Judith, "Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms," *The Modern Law Review*, 63 (3), 2000, pp. 317-354.
- Gordon, Jeffrey N., "Contractual Freedom in corporate Law: Article & Comments; The Mandatory Structure of Corporate Law," *Columbia Law Review*, 89, 1989, pp. 1549-1599.
- Grossman, Sanford J., and Oliver D. Hart, "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration," *Journal of Political Economy*, 94 (4), 1986, pp. 691-719.
- Grundfest, Joseph A., "The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets Perspective," *The Yale Law Journal*, 102, 1992, pp. 387-425.
- Hamill, Susan Pace, "The Limited Liability Company: A Catalyst Exposing The Corporate Integration Question," *Michigan Law Reviv*, 95, 1996, pp. 393-446.

- Hansmann, Henry, "The Role of Nonprofit Enterprise," *The Yale Law Journal*, 89 (5), 1980, pp. 835-901.
- , "The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from Corporate Income Taxation," *The Yale Law Journal*, 91 (1), 1981, pp. 54-100.
- , "Ownership of the Firm," *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 4 (2), 1988, pp. 267-304.
- , "Unfair Competition and the Unrelated Business Income Tax," *Virginia Law Review*, 75, 1989, pp. 605-635.
- , *The Ownership of Enterprise*, Harvard University Press, 1996.
- , and Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts," *The Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 1879-1934.
- , and , "Do the Capital Markets Compel Limited Liability ? A Response to Professor Grundfest," *The Yale Law Journal*, 102, 1992, pp. 427-436.
- , and , "Organizational law as asset partitioning," *European Economic Review*, 44, 2000a, pp. 807-817.
- , and , "The Essential Role of Organizational Law," *The Yale Law Journal*, 110, 2000b, pp. 387-440.
- , and , "The End of History for Corporate Law," *Georgetown Law Journal*, 89, 2001, pp. 439-468.
- , and , and Richard Squire, "Legal Entities, Asset Partitioning, and The Evolution of Organizations," NBER conference paper, 2002, pp. 1-66.
- , and , and Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis," *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 434-479.
- Hart, Oliver D., and John Moore, "Property Rights and the Nature of the Firm," *Journal of Political Economy*, 98, 1990, pp. 1119-1158.
- Iwai, Katsuhiko, "The Nature of Business Corporation," *The Japanese Economic Review*, 53 (3), 2002, pp. 243-273.
- Jensen, Michael C., and William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics*, 3 (4), 1976, pp. 305-360.
- Kanda, Hideki, and Saul Levmore, "Taxes, Agency Costs, and the Price of Incorporation," *Virginia Law Review*, 77 (2), 1991, pp. 211-256.
- Klein, Benjamin, Robert Crawford, and Armen A. Alchian, "Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process," *Journal of Law and Economics* 21 (2), 1978, pp. 297-326.
- Mayson, Stephen W., Derek French, and Christopher L. Ryan, *Company Law* (17th ed.), Blackstone Press, 2000.
- Miller, Geoffrey P., "Das Kapital: Solvency Regulation of the American Business Enterprise," *Chicago Lectures in Law and Economics*, New York Foundation Press, 2000.
- Moye, John E., *The Law of Business Organizations* (5th ed.), West legal studies, 1999.

- Pirrong, Craig, "A Theory of Financial Exchange Organization," *The Journal of Law and Economics*, 43, 2000, pp. 437-469.
- Ribstein, Larry E., "The New Choice of Entity for Entrepreneurs," *Capital University Law Review*, 26, 1997, pp. 325-346.
- , "Making sense of Entity Rationalization," *The Business Lawyer*, 58, 2003, pp. 1023-42.
- Schwarcz, Steaven L., "Commercial Trust as Business Organizations: Unraveling the Mystery," *The Business Lawyer*, 58, 2003, pp. 559-585.
- Weinstein, Mark I., "Limited Liability in California 1928-1931," USC Department of Finance and Business Economics Working Paper Series, No. 01-13, 2001.
- Weisbach, David A., "Line Drawing, Doctrine, and Efficiency in the Tax Law," *Cornell Law Review*, 84, 1999, pp. 1627-1681.
- Williamson, Oliver E., "The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations," *The American Economic Review*, 61 (2), 1971, pp. 112-123.

