

## はしがき

本書は、中小株式会社を中心に、理論と実務の取扱いの観点から解説したものである。併せて、合同会社について、株式会社と比較検討した。わが国の会社企業の約99%が非上場であるが、その大半は中小株式会社であるから（特例有限会社を含む）、会社法の対象となる会社の多くは中小会社、特に中小株式会社となる。株式会社といえば、上場会社・大会社（公開型の会社）に関心が向くが、絶対的多数は非公開会社である中小株式会社である。中小株式会社が多いのは、会社法は、株式会社と有限会社を一体化して株式会社としたことから、株式会社に特例有限会社が含まれるという事情がある。

会社法は、資本金額でいえば、資本金の額が5億円以上の株式会社を「大会社」と定義しているから、この基準によれば、資本金の額がこれ以下の株式会社が小会社となる。小会社には、規模の大きな中会社から小規模会社までであるので、これらが「中小会社」とよばれるが、その範囲は広い。「中小企業」といわれることがあるが、これは会社法上の概念でない。中小企業基本法と経営承継円滑化法は、中小企業を詳細に分類して規定している。中小会社と中小企業は定義が同じではないが、概ね、一致するということができる。

株式会社には、公開会社型の大会社と非公開型の中小会社（旧有限会社型の会社）があるが、会社法は、機関設計にみるように、後者をベースとして規定している。大会社と中小会社で取扱いが異なる場合が多いが、その基準を公開会社であるか、非公開会社（発行する全部の株式を譲渡制限株式とする会社）であるかに置き、併せ、取締役会設置会社と取締役会非設置会社で異なった取扱いをしている。中小会社の多くは非公開会社であるから、非公開会社の規律によることになるが、会社法は中小会社向きの規定を多く用意している。

会社法は、機関設計として、株主総会と取締役1名は置かなければならないとし、それ以外の機関は、定款に定めることにより置くことができるとして、定款自治によっている。さらに、種類株式などを定款に定めることより認めるなど、定款自治を広く認めるのが会社法の特徴である。

会社法の施行に伴い有限会社法は廃止されたが、会社法は、持分会社でありながら、社員の責任が間接・有限責任である合同会社の制度を創設した。そして、その設立件数は増加傾向にある。

中小会社においても、会社法を遵守した会社運営が必要であり、これにより、経営の安定性が確保され、無用の経営支配権争いを防止することになる。そこで、このような観点から、中小株式会社の特徴を踏まえて、組織と運営等を体系的に検討したうえで、中小株式会社における経営紛争と訴訟・仮処分について解説する。次いで、中小株式会社について重要事項である株主間契約、非上場会社の従業員持株制度、会社法と事業承継問題を検討することにした。会社法には、複雑・難解な条文と用語が多くあるので、拙著『用語から読み取る会社法・手続法』（民事法研究会）を併せて一読願えれば幸いである。

本書の出版について、民事法研究会代表の田口信義氏、編集部の田中敦司氏・梶友輔氏に大変お世話になったので、厚くお礼を申し上げる。

2023年10月

新谷 勝

# 第1編

## 中小会社と会社法

# 第1章 会社法と中小会社

## 1 会社の種類と会社法の組立て

### (1) 会社の種類

旧商法上の会社には、株式会社、合名会社、合資会社があり、それに旧有限会社法による有限会社があった。会社法は、このうちの株式会社と有限会社を一体化して株式会社とし、会社整備法により有限会社法を廃止したが、既存の有限会社については、特例有限会社として存続することを認め、多くの特則規定を設けている。しかし、新たに有限会社を設立することは認められない。

会社法は、このように株式会社と有限会社を一体化したが、有限会社の組織を取り入れた。そこで、株式会社には、中小会社向けの旧有限会社的な非公開会社と公開会社型の大会社が存在するが、非公開会社を基本として設計されている。非公開会社の基準は、閉鎖会社である全株譲渡制限株式に求めている。

他方、持分会社の1つとして合同会社を創設した。そこで、会社法上の会社は、株式会社（特例有限会社を含む）、合名会社、合資会社、合同会社となる（会2条1号）。持分会社の多くは、中小会社である。

会社法の施行前、有限責任社員のみから成る会社として、株式会社と有限会社があった。株式会社は、一律に、取締役、取締役会、監査役（委員会設置会社〔現指名委員会等設置会社〕を除く）を設置する形態の会社であり、有限会社は社員総会と1名以上の取締役を設置すればよい形態であった。そこで、株式会社は大規模公開会社向けの会社であり、有限会社は小規模会社閉鎖会社向けの会社と位置づけられていた。しかし、現実には、株式会社の大部分は小規模閉鎖会社（定款により株式の譲渡制限を定めていた）であった。

旧商法当時、株式会社は大規模公開会社向き（現実には、圧倒的多数は閉鎖的な中小会社であった）、有限会社は小会社向けの会社との観念があり、株式会社に関する規定は、大規模公開会社と中小会社を含めた共通規定であった

が、大規模で株主数も多数で、所有と経営が分離した公開会社の株式会社を想定していた。しかし、現実には、所有と経営の未分離な閉鎖的な小規模会社が多数であった。小規模閉鎖会社(有限会社と大差のない会社も少なくなかった)と大規模公開会社を、一律に株式会社として規律するのであるから、かなり無理があり現実とのギャップが生じていた。

小企業向きの会社として有限会社が多数存在したが、その実体は小規模株式会社と変わらなかった。このような実情のもとで、会社法は株式会社と有限会社を一体化したが、旧有限会社を株式会社として存続することを認めたことから(特例有限会社)、膨大な数の株式会社が生じた(株式会社の大半は、特例有限会社である)。

株主は、株主総会により取締役を選任し、取締役に経営を委ねるのであるが(所有と経営の分離)、法形式的には同じでも、実質的には、大規模公開会社と閉鎖的な中小会社ではかなり異なっていた。

そのような実情の中、会社法は、大規模公開会社と小規模閉鎖会社を分けてはいるが、合わせて株式会社として規定しているから、かなり複雑な規定となっている。有限会社を株式会社に統合したことで、旧有限会社法の規定を多く取り入れ(取締役会非設置型)、それに株式譲渡制限型株式会社を組み合わせ、小規模閉鎖会社的な会社を認めた。会社法は、大規模公開会社と小規模閉鎖会社のうち、小規模閉鎖会社をベースとして構成されている。

## (2) 大会社と中小会社

旧商法はすべての株式会社を一律に規律していたが、旧商法特例法は、大会社とは、①資本金の額が5億円以上、または②最終の貸借対照表の負債の部に計上した金額の合計額が200億円以上の株式会社(旧商特1条の2第1項)、小会社とは、資本金の額が1億円以下の株式会社(上記②を除く)(同条2項)としていた。そこで、資本金の額でいえば、5億円と1億円の中間にあるのが中会社であった。

これに対し、会社法は、旧商法特例法の大会社基準を承継し、大会社は、最終事業年度に係る貸借対照表に計上した資本金の額が5億円以上または負債の部に計上した金額の合計額が200億円以上の株式会社であるとした(会社法2条6号)。そこで、資本金額が5億円以下でも、負債額が200億円以上であ

れば大会社となる。

会社法は資本金額で5億円以上を大会社と規定したのみであることから、5億円未満の会社が一律に小会社になる。そうすれば、小会社の幅は極めて広くなり、かなり規模の大きな会社から零細会社までが含まれることになるが、ほとんどが資本金額1億円以下の小会社であり、その多数が特例有限会社である。

このように、株式会社には大規模な巨大会社から小規模零細会社までであるが、圧倒的多数は小規模閉鎖会社であることから、これを踏まえて会社法は規定している。これに対し、持分会社は、概ね中小会社であるが、会社規模に応じた取扱いをしていない。

### (3) 中小会社と中小企業

会社法は、株式会社を大会社と小会社（中小会社）に区分していて、大企業と中小企業は会社法上の概念ではないが、大企業は大会社に、中小企業は中小会社に相当する。そこで、一般的に、中小企業＝中小会社≒非公開会社となる。そして、中小会社（中小企業）は大株主≒経営者というのが特色であり、中小会社には同族会社とよばれるものが少なくない。中小企業には会社と個人が含まれるが（中企基2条）、中小会社と解するのが一般的である。

会社法上、大会社でない会社は小会社となるため、小会社の範囲は極めて広い。そこで、大会社でない会社を中小会社とし、旧商法上の基準により、中会社と小会社に分けることが多いが、ほとんどの会社は同基準による小会社（資本金額1億円以下）であるから、小会社の範囲も広い。

中小会社は、単独の会社が大部分であるが、上場会社の子会社・孫会社である中小会社もあり、その実態はかなり異なる。

会社企業の全体の99.2%、従業員数の約70%を占めるのが中小会社であるから、会社法の対象となる会社のほとんどは中小会社であり、その多くは株式会社である（特例有限会社を含む）。その多くは小会社であるが、個人企業が法人成りした小規模会社が少なくない。

以上のように、会社法は、資本金額5億円以下の会社を小会社としているが、それは、中小会社の意味に解される。非上場会社の大半は、非公開会社であり、中小会社である。非公開会社株式は上場できないから、上場を考

るなら公開会社にする必要がある（全株譲渡制限株式とする定款条項の廃止）。

#### (4) 中小企業の基準

中小企業は会社法の規定によるものでないが、中小会社は一般に中小企業とよばれていることから、中小企業とよぶことに近親性がある。

中小企業基本法（中基法）と経営承継円滑化法は、業種別に分け、資本金の額または出資の総額が3億円以下の会社および個人であるなどとして、中小企業の基準を詳細に規定している（中企基2条1項、経承継2条）。また、法人税法では、資本金もしくは出資金の額が、1億円以下の会社が中小企業に当たるとしている（法人税66条2項・6項2号イ）。大企業についての規定はないから、中小企業でない会社が大企業となるが、その範囲は広く、中堅企業から巨大企業までが含まれることになる。

#### (5) 会社の種類の整備統合

会社法の施行後も、株式会社、合名会社、合資会社は、会社法上の株式会社、合名会社、合資会社として存続した（会整備66条）。株式会社と有限会社を一体化し、株式会社に関する規定中に旧有限会社に相当する閉鎖的会社（非公開会社）に関する規定を設けた。有限会社を廃止し、旧有限会社を特例有限会社という株式会社として存続することを認めた（会整備1条3号、2条1項）。他方、新たに合同会社を創設し、合名会社、合資会社と併せ持分会社として一括した（会575条1項）。そこで、会社法上の会社は、大別すると、株式会社（特例有限会社を含む）と持分会社（合名会社・合資会社・合同会社）となる（会2条1号）。

有限会社法は廃止され（会整備66条）、有限会社は株式会社に一体化された。これにより、会社法が施行された平成18年5月1日、有限会社は一斉に株式会社に移行してすべて株式会社となった（会社法の施行後は、有限会社の設立は認められない）。ところが、会社整備法により廃止される前の有限会社法による有限会社であり、会社整備法の施行の際に存在する有限会社（旧有限会社）は、株式会社として存続するのであるが（会整備2条1項）、株式会社となりながら、商号中に有限会社という文字を用いることにより（会整備3条1項）、「特例有限会社」となる（同条2項）。

これは、暫定的な経過措置としての会社法の特則である。具体的にいえば、

従前どおりに有限会社という文字を用いていれば、何もしなくても、特例有限会社として会社法の特例扱いを受けることになる（逆にいえば、株式会社という文字を用いれば、特例有限会社でなくなる）。

会社法施行時に存在した有限会社は株式会社＝特例有限会社となるのであるが、特例有限会社は、会社数では一般の株式会社より多い。

なお、会社整備法の施行日に、旧商法の規定により存在する株式会社は、会社法の規定による株式会社として存続し（会社整備66条1項）、同合名会社・合資会社は合名会社・合資会社として存続する（同条3項）。

### （6）組織別会社数

令和3年6月に公表された令和元年度分の税務統計（会社標本調査）によれば（〈表1〉）、株式会社が組織別法人数の92.8%を占めているが、ほとんどが、資本金1000万円以下である。他の組織の会社等を含めても、資本金1000万円以下が86.4%、1000万円超え1億円以下が12.8%であり、全体の99.2%を占めている。このように、会社企業（法人）の大半は、小規模株式会社である（特例有限会社が含まれている）。また、近年、合同会社が増加傾向にある。半面、合名会社と合資会社は極めて少ない。

中小企業の基準は、会社法の資本金額5億円以下を中小会社とする会社法基準と同じではないが、ほとんどの会社の資本金額は1000万円以下であること

〈表1〉 組織別・資本金階級別法人数

区 分	1000万円以下	1000万円超 1億円以下	1億円超10 億円以下	10億円超	合 計	構成比
株式会社	2,203,324	336,529	14,422	5,286	2,559,561	92.8
合名会社	3,196	144	2	1	3,343	0.1
合資会社	13,059	473	7	1	13,540	0.5
合同会社	112,327	757	97	15	113,196	4.1
その他	51,426	16,122	657	575	68,780	2.5
合計	2,383,332	354,025	15,185	5,878	2,758,420	100%
構成比	(86.4)	(12.8)	(0.6)	(0.2)	(100.0)	

出典：国税庁企画課「会社標本調査」（令和3年6月）14頁第4表



## 第3編

# 中小株式会社をめぐる 重要問題

# 第1章 株主間契約

## 1 株主間契約の概要

### (1) 株主間契約の目的と機能

会社法は、定款に定めることにより、取締役の業務執行（会348条1項・2項）と会社代表（会349条1項～3項）につき特別の定めを設けることを認め、種類株式と属人的な定めにより議決権と剰余金の配当等に関し特別の定めを認め（会108条1項1号～4号）、非公開会社については取締役の任期の伸長を認める（会332条2項）など、定款自治を広く認め弾力的に対応することを可能としている。さらに、それを補充し、会社経営の円滑化を図るために、会社の組織と運営に関して株主間契約がなされることが多い。

株主間契約は、経営紛争の発生防止、発生した場合の解決として重要な機能を果たすものである。従来から、議決権拘束契約、非上場会社の従業員持株会規約など株主間契約が存在するが、現在では、それに限らず、株主間の一定の関係を規律するためにその重要性が認識されている。少数派株主の結束、一定の目的を達成するために用いられるほか、合弁契約、事業承継など多方面で用いられ、関心が高まっているが、会社規模を問わないから、中小会社においても可能であり、中小会社において需要が高いといえる。会社の運営や株式について一定の合意をすることにより、少数派株主の意思が尊重され、株主間で経営方針などをめぐる対立を回避することができる。

株主間契約は、会社法上の制度、定款に定めた事項の補充として意味があり、契約による譲渡制限・売渡強制、持株比率の変更防止、議決権拘束契約などが主要な内容であるが、株主間契約の限界と効力が問題になる。これによれば、定款の任意的記載事項として定める場合よりも迅速に処理でき、しかも、柔軟な内容にすることができ、その変更も株主の合意により行うから、定款変更手続を要することもない。もとより、会社法の規定事項、定款に記載することにより効力が生ずる事項を契約により行うことはできないから、

契約に定めても効力はなく、定款に定めた事項を補充するにとどまる。

## (2) 株主間契約の締結

会社の共同設立の前に、あるいは既存の会社を共同で取得するに際し、出資者間でなされる場合のほか、既存の株主間でなされることもある。特定の目的のための一時的契約か、契約期間の定めのない長期契約か、一部株主間の契約か、株主全員でなされる契約なのかという点から、多くの形態があるが、当事者間で、出資比率、役員、事業の運営方針等に関してなされるのが一般である。

契約の方式は問わないが、合意内容の明確化・確実化のために書面にすることが必要である。契約の時期は、会社の成立時、出資時（資本参加時）が多いが、特に制限はないから、必要に応じて随時締結することができる。

資本提携・共同出資などに際してなされることが多いが、契約の内容を大別すると、株式に関する合意、会社の支配・運営に関する合意である。合併や株式交換等により完全子会社になる会社の経営者の取扱いは、合併契約、株式交換等契約に定めるほか、株主間契約としてなされる場合が考えられる。契約の終了事由として、契約の有効期間、信頼関係の喪失による解除、失効事由等も定めるべきであり、また、事情変更による解除または失効を認める必要もある。

株主間契約において定める事項は、株主間契約をする趣旨、当該会社の目的、出資などにより異なる。約定が合理的であり、許容性の範囲内であれば、契約事項に制限はないが、あまり多くの事項を約定すると、複雑となり、株主の行動を制約し効率的な会社運営を妨げることになりかねない。

## (3) 株主間契約の効力と履行の確保

### (A) 株主間契約の効力

株主間契約は、契約内容が会社法や定款に違反せず、公序良俗に反しないものであれば、契約自由の原則により有効なものと認められる。定款の任意的記載事項であっても、定款に記載しそれに違反すれば、定款違反となり無効となることがある。これに対し、株主間契約は、契約当事者間の債権契約であるから、会社法や定款による規律と異なり、法的拘束力はなく効力は契約当事者間の債権的効力にとどまる。法的拘束力を有する会社法や定款違反

とは異なり、履行を強制することは難しく、履行の確保は、契約違反の責任の追及と契約解除をするという抑止力に期待するしかない場合がある。また、株主間の契約であり、その効力は会社に及ばないから、その違反は会社とは無関係である。そこで、たとえば、議決権行使に関する契約に違反する議決権行使がなされても、総会決議の効力には影響を及ぼさない。

その効力は会社法や定款の定めによる場合に比べて限定的である。契約違反行為は、債務不履行となるが無効であるとはいえない。また、契約事項によっては強制履行（判決による強制執行）を求めることが無理なものがある。履行を強制することが可能な場合でも、その方法は間接強制ということになる（民414条1項、民執172条）。しかし、契約であることから実効性に欠けるとしても、それが有効なものである限り、株主間のルールとして、当事者が遵守しなければならないことは当然であり、それにより当事者間の信頼関係と円満な株主関係が維持される。

#### (B) 違約金による契約の実効性確保

株主間契約の違反がある場合、契約の解除か損害賠償請求によらざるを得ないが、すべての条項違反が損害賠償請求の対象となるわけではない。しかも、損害賠償請求をするためには、契約違反に帰責事由があること、損害の発生と因果関係、損害額を証明しなければならない。この場合、契約条項の有効性が争われることになり、当事者間の関係悪化が決定的になる。

そこで、違約金を支払うとの約定により、契約条項の履行を間接的に強制することが考えられる。違約金は賠償額の予定と推定されるが（民420条3項）、賠償額の予定とは、当事者が、債務の不履行について損害賠償の額を予定し、それを予め定めることである（同条1項）。それは、契約違反による損害賠償請求において、損害の発生、損害額の立証が困難であることを理由とする。債権者は、債務不履行があれば約定した賠償額を請求でき、債務者は、実際の損害額が約定した賠償額より少ないことを立証して、減額を求めることができない。判例は、違約金を賠償額の予定として、損害の有無・多少を問わず、予定の賠償額を請求することができるとしている（大判大正10・9・24民録27輯1548頁、大判大正11・7・26民集1巻431頁）。違約金の約定は、建築請負契約や売買の履行請求など通常取引行為を想定したものであり、不履

行による損害額も予定されることから、それに則した違約金の定めには合理性がある（通常発生が予測される損害額を超えた巨額の違約金の支払約束は、公序良俗違反と考えられる）。

しかし、民法の違約金に関する解釈が、全く性質の違う株主間契約においてそのまま通用するとは考えにくい。契約内容の合理性、違約金額の相当性に加え、違約金の約定が当事者にとって不当な拘束にならないことが必要である。そこで、約定の違約金の支払いが認められるか、違約金額がそのまま認められるか否かは、約定の目的と動機、約定期間と解除権の定め、違反した事情などを考慮して判断すべきである。

契約を遵守させるために、違約金を定めることは必要であるが、多額の違約金により拘束することは必ずしも適切でない。株主間契約は、元来、相互信頼に基づく紳士協定的な性質のものであるから、違約金に過度の期待をすべきではない。一定期間内に工事を完成するなど、債務の履行を強制する場合に適した約定を、当事者間の信頼関係に基づく継続的契約関係の履行確保にそのまま適用するわけにはいかないから、違約金の定めが機能する多くの場合は、不合理な（正当性のない）契約違反の場合となろう。

#### 〔記載例40〕 株主間契約

A、B、Cは、共同出資に係るX株式会社の設立に際し、会社の組織・運営・株式に関し、次のとおり約定する。

- ① X会社は普通株式1千株発行し、いずれも譲渡制限株式とする。持株割合は、Aが600株、B・Cは各200株とし、A・B・Cが取締役に就任する。
- ②（株式譲渡等の制限）A・B・C（以下「当事者」という。）は、その保有株式を譲渡・質入等一切の処分をするためには、2週間前までに他の当事者に通知し、書面による同意を得なければならない。通知を受けた当事者は、その持株比率に応じた株式を、1週間以内に自己に売り渡すことを請求することができる。請求を受けた当事者は請求者に対し、当該株式を売り渡し、会社に対し、譲渡承認手続、名義書換請求等の会社法所定の手続をしなければならない。売渡価格は、取得価格と請求時の株価（株式の実質価値）の平均値とするが、必要に応じ当事者間で協

議することができる。売渡代金の支払いにより、売渡しの効力が発生するものとする。

- ③（募集株式の発行等の制限）当事者は、他の当事者の書面による同意を得なければ、会社をして、募集株式・新株予約権等の発行手続を行わせてはならない。
- ④（取締役選任決議における議決権拘束）各当事者は、X会社の株主総会の取締役選任決議において、各1名を候補者とする選任議案を提出することができる。この場合、各当事者は、他の当事者の提出した選任議案に賛成する議決権行使をしなければならない。
- ⑤（退任取締役の株式売渡義務）各当事者は、取締役を退任する場合、その有する株式を他の当事者に売り渡さなければならない。売渡価格、代金の支払い、会社に対する法定手続等については、②の場合と同様である。
- ⑥（契約の解除等）本契約は、当事者全員の合意により解除することができる。当事者にやむを得ない事情が生じた場合は、×か月前までに他の当事者に通知することにより、解除することができる。当事者に契約関係を維持できない程度の義務違反があった場合は、他の当事者は契約の解除と損害賠償請求権を有するが、違約金は×××万円とする。

## 2 株主間契約の類型

### (1) 株式に関する合意

#### (A) 株式の譲渡制限契約

株主間契約による譲渡制限は、公序良俗に反せず、合理的な内容であればその効力が認められるが、譲渡そのものを制限したのでは、株主の投下資本の回収を困難にする。他方、合弁契約のように、株式の自由譲渡を認めたのでは、契約の目的を達しないことになるから（株主の一方が抜けたら事業に支障を来す）、制限を認めざるを得ない場合がある。そこで、その効力は、譲渡制限を必要とする合理的理由の有無により判断すべきである。

譲渡制限株式は、譲渡による株式の取得について、会社の承認を要するものである（会2条17号）、株式の譲渡そのものを制限するのではない。会社と株主間の契約によっても、株式の譲渡そのものを禁止・制限する契約



## 【著者紹介】

新谷 勝（しんたにまさる）

### 【略歴】

大阪市立大学大学院修士課程修了、法学博士  
司法修習修了後、裁判官、弁護士、帝京大学教授、東京高等検察庁検事、  
日本大学法科大学院教授を歴任

### 【主要著書】

『従業員持株制度』、『会社仮処分』、『株主代表訴訟と取締役の責任』、『株  
主代表訴訟—改正への課題—』、『敵対的買収防衛策と訴訟リスク』（以上、  
中央経済社）、『敵対的企業買収』、『新しい従業員持株制度』、『新しい事  
業承継と企業再生の法務』、『日本版 ESOP の法務』、『詳解 改正会社法  
—平成26年改正の要点整理—』（以上、税務経理協会）、『会社・役員 of 民事・  
刑事責任とコンプライアンス法務』、『内部統制システムと株主代表訴訟  
—役員責任の所在と判断—』『会社訴訟・仮処分の理論と実務〔増補第  
3版〕』『用語から読み取る会社法・手続法』（以上、民事法研究会）



# 会社法の重要問題と実務対応

---

2023年11月20日 第1刷発行

定価 本体 4,800円＋税

著者 新谷 勝

発行 株式会社 民事法研究会

印刷 株式会社 太平印刷社

---

発行所 株式会社 民事法研究会

〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿3-7-16

〔営業〕 ☎03-5798-7257 FAX03-5798-7258

〔編集〕 ☎03-5798-7277 FAX03-5798-7278

<http://www.minjiho.com/> info@minjiho.com

---

落丁・乱丁はおとりかえます。 ISBN978-4-86556-593-5 C2032 ¥4800E  
組版／民事法研究会（Windows 11 Pro+InDesignCC 2023+Fontworks etc.）