

有限責任会社という企業形態の選択

野 口 明 宏

はじめに

企業を始めようとする者が、その価値を創出する最も有効な方法は、自己の希望する事業にふさわしい組織構造を選択することであろう。二人、またはそれ以上の者が企業関係に加わる場合、そこに適用されるルールには、各自の権利と義務、さらに権限と責任を定めなければならない。企業関係に加わる者は基本的に、その契約上の行為に同意しているといえよう。企業法の分野で生ずる問題を検討する際に、その企業形態を規制する定款・規約は、約款と解するのが有益である。企業の定款・規約は、一種の標準書式契約として定められる。標準書式契約は、既存の形態を選択することが可能で、一連の不履行ルールを定め、取引費用を引き下げる効果をもたらす。企業に関する法律上のルールは、ほぼ不履行ルールといえるので、企業を立ち上げる者は、自分の希望する企業の必要に応じて、標準書式契約を修正することができる。

米国の有限責任会社という企業形態は、この2、30年の間に普及した。大抵の州は最近まで、株式会社と通常組合の標準書式契約を定めていた。1990年代、ほとんどの州はその選択候補に、第三の標準書式契約として、有限責任会社（LLC）を追加した。しかし、1988年以前は、わずかな州が有限責任会社法を採択していたにすぎない。1988年、事態はめざましく変化する。それは、内国歳入庁（IRS）が、有限責任会社を連邦税上、組合に分類することを決定したからである¹⁾。このような展開によって、有限責任会社は普及していく。多くの州が有限責任会社法を採択し、有限責任

会社は数多く設立されている。有限責任会社が米国で支持された理由をあげるのは、それほど困難ではない。有限責任会社は、組合と株式会社の有用な特性を取り込んだ、標準書式契約を備えている。そこには、株式会社と組合の基本的特質として、一般に周知されたものを取り入れている。とくに、株式会社の有限責任と、組合の構成員課税²⁾を結合させていることが重要である。

これまで、アメリカの有限責任会社に相当する会社形態を定めてこなかったわが国は、平成17年の会社法で、有限責任会社の日本版と叫ぶ、合同会社の制度（575条以下）を設けた。合同会社は、定款自治が優先され（会社法577条）、社員の同意によって、出資者に対する自由な配分による利益配当を定めることができる（会社法621条2項）。株式会社のように定款の認証を必要とせず、事務経費の節減が可能で、少人数による事業に適した企業形態が、合同会社といえる。ただし、わが国の合同会社に構成員課税は認められていない。本稿においては、わが国の合同会社の法源である、米国の有限責任会社を概観し、大規模企業にみられる所有と支配の分離と、取締役の説明責任のとらえ方に言及して、企業形態を選択する際に考慮すべきいくつかの要因を検討することにしよう。

1. 有限責任会社の特性

有限責任会社（LLC）はその社員に、構成員課税、有限責任、そして、企業経営への積極的参加をもたらす、法人格のない企業組織である。有限責任会社は、別の企業形態の組織と重要な点が異なる、固有の存在といえる。他方で、責任限定組合（LLP）は、従来の有限責任組合と異なり、基本的に有限責任をとともなう通常組合である。ただし、大抵の州の責任限定組合に認められる有限責任は、不法行為を理由とする請求のみに限られる。責任限定組合法を採択した州は、増え続けている。責任限定組合法を採択

し、弁護士や会計士が有限責任企業として開業することを認める、専門職ルールを有する州において、責任限定組合は、専門職の事務所に選ばれうる組織構造といえる。

有限責任会社は、有限責任をともなう組合といえるか否かについて、解釈上の議論がある。有限責任会社と通常組合は、多くの類似点を有するものの、有限責任会社を有限責任を付加した通常組合とみなすのは、必ずしも正確とはいえない。有限責任会社はどちらかといえば、独自の存在とみなすべきであろう。このように、有限責任会社を有限責任の認められた組合と解することに対して、批判的見解が有力である³。他の企業と組織の重要な点が異なる有限責任会社は、固有の存在と捉えるべきであろう。

初期の一部の有限責任会社法は、通常組合と同じく、有限責任会社に二人、もしくはそれ以上の構成員の存在を要求していた。しかし、最近の法律の多くは、一人有限責任会社の設立を容認する⁴。それでも、有限責任会社は、州務長官に規約を提出して設立しうるので、組合と異なる。規約は、会社の定款に相当し、改正や提出の場合に、法律がそのようにみなしている。その上、有限責任会社は、経営に関する合意を成立させることができる。これは、組合規約、もしくは業務規則と同じ役割を果たすものである⁵。また、有限責任会社は、本店を設置し、一定の記録を保存するよう義務づけられる。このように、有限責任会社は、企業が従うべき営業上の形式的行為について、株式会社、もしくは有限責任組合に類似する。しかし、有限責任会社は、その他については、有限責任組合、もしくは株式会社より、通常組合に類似する。有限責任会社と既存企業との類似を重視するのであれば、有限責任会社は、すべての組合員の負担する責任に限度がある、有限責任組合と解しうるであろう。

2. 所有と支配の分離

ここで考察している有限責任会社は、出資者が自ら会社の経営を行う、いわば所有と支配の一致する企業形態である。これに対して、公開会社は一般に、所有と支配の分離という特性を備えている。公開会社に関する法律は、一般に所有と支配の分離という著名な現象を前提とした定めを置く⁶⁾。公開会社の一般的特徴である所有と支配の分離は、企業の名目上の所有者である株主が、毎日の事業、長期の経営方針とも実質的に支配していないことをいう。その代わり、会社の支配権は、取締役会に帰属し、その会議が権限を委任する専門職の経営者は、通常その企業の株式のごく一部しか所有していない。

米国の公開会社は、19世紀後半の大規模な資本を集中させた事業会社の発展の結果生じ、その株式所有は分散していたとされる。それらの会社は、単独の企業家がなしうるより、はるかに大規模な投資を必要とした。その代わり、必要な資本は、多くの投資家からの資金のみによって調達できたのである。投資家は、株式所有分散化の必要性を認識しており、裕福な者でも、特定の企業に危険を覚悟して投入する金額を制限し、そのことが株式所有を一層分散させた。

株主は、経営の権限を委任する取締役を選任して、支配と所有を結合させ、残余の支配権を留保した。初期の米国諸州は株式会社の設立に寛大で、他方その規制には厳格であった。所有者が経営し、法律の規制を受けた最初の会社は、州の付与する公共の利益を促進すべき特権を行使した。当時の諸州は、株式会社に対する規制を縮小したものの、結局この規制緩和は終息する。株式会社は、巨大な財産を集中させて拡大した。会社の事業は、社会に著しい影響を及ぼした。しかし、会社の経営は、自ら責任を負うにすぎない経営者が行い、そのため、経営者の株主や社会に対する義務は看

過されたのであろう⁷。

株式会社の経済的特質である所有と支配の分離は、どれほど存在価値を有するのか。それは、命令の権限を与えられた、中心となる意思決定機関を生み出す。命令の権限は企業自体にあり、それが重要である。株式会社は、結合体であり、その結合は、消費者が日用品小売商に対して有する権利とは異なり、命令の権限を行使する。実際に企業と市場を区別する主たる特徴が、命令である。そもそも企業が出現するのは、市場の価格機構に代わり、それに命令させた方が効率的な場合とされる⁸。企業は、中心となる意思を決定する者の選任、つまり、命令の権限のある関係を確立し、事前の契約の代わりに、事後の統治を行うものである。

多くの組合、または、他の小企業の民主的な意思決定手続が示すように、承認があれば、命令なしに調整が行われる。このような企業と公開会社の違いと同じく、統治の定めは、(a) 合意、もしくは (b) 権限の範囲内で生ずる。前者は、合意にもとづく意思決定であり、(a) 合意方式と称しうる。後者の権限にもとづく意思決定という構成は、企業全体を拘束する意思を決定する権限の付与された、本店の存在によって特徴づけられ、その団体の構成員が異なる利害関係にあり、企業情報の閲覧を請求した場合に、生ずる傾向がある。この権限にもとづく意思決定は、(b) 権限方式と称することができる⁹。

このように、会社の命令を発することができる権限中枢の必要性は、会社の多数の構成員間の情報と、利害関係の不均衡から生ずる問題である。株主は、会社の残余財産請求権の価額に気を配る。得意先は、会社の生産する商品の品質と数量を気にするものである。従業員は、給与と雇用条件を心配する傾向がある。このような状況で、効果的な意思決定を行うには、(b) 権限方式にもとづく統治組織が必要である。

このことは、会社法が、会社統治に関与する権利を株主のみに与えたとしても、正しいであろう。もちろん、一人が何千もの株主と関係している

場合に生じた、集団的行為の問題を解決することは、たとえ不可能でなくても、困難で、かつ費用がかかるであろう。さらに、たとえ一人で、それをなしうるとしても、株主には、経営上の問題、もしくは政策上の問題について、適切な決定を行うのに必要な、情報・動機の双方が欠如している。これらの条件のもとで、情報の断片すべてを中枢に伝えて、本店に総合的に判断させ、さらに、その決定が根拠とする情報すべてを再伝達するより、それを直接伝える方が、経費を節減でき、かつ効果的である¹⁰⁾。そのため、株主は最終的に、意思決定権限を一部の小集団、つまり、取締役会に委任する方を選ぶに至った。

さらに、所有と支配の分離は、本人と代理人の問題を発生させる。支配からの所有の分離は、所有者の利益と最終的経営者の利益が分かれ、多くの場合、違うものとなりうる¹¹⁾。株主の会社の資産と利益に対する残余財産請求権の取得にともない、取締役会と経営者の義務は、株主の富を最大限に増加させることになる¹²⁾。取締役会、もしくは、その構成員である取締役が、会社の支配権を、株主の富、および会社自体の富を増加させるために行使しないことがないとはいえない。会社法が定める制度の多くは、代理人の経費を抑制する仕組みと理解されている。会社法の学説は、代理人の経費に拘泥しすぎる傾向がある。

第一に、会社の経営者は、残余財産請求権者の監視に代わる、説明責任という広い網の中で経営を行う。資本市場と製品市場、国内外の雇用市場、そして、会社を規制する市場はすべて、企業代理人による回避を強制している。第二に、代理人の経費は、最終的な意思決定権限を、残余財産請求権者以外の者に委ねることにもなう、避けられない結果である。決定権を排除すれば、代理人の経費をかなり削減しうるのである。それが実際に行われていないのは、決定権にかなり価値があることを示唆する。

それゆえ、企業法の理論はいずれも、決定権の価値を、決定権が責任をもって行使されることを要求する必要性と、比較考量するよう要求する。

決定の権限と、それが責任をもって行使されることを保障する必要性は、無視することができない。どちらも、企業の存続にとって不可欠な価値を助長するからである¹³⁾。しかし、これらは相容れない関係にある。得意先を保持する権限は、決定する権限と程度が異なるだけで、性質は違うため、他方を損なわずに、一方のみを増やすことはできない。

3. 説明責任のとらえ方

説明責任の仕組みは、誤りを補正しうるものでなければならず、取締役の決定権限の価値を毀損するものであってはならない。説明責任を負担する取締役は、容易に決定の権限を拒絶できる。Aのすべての決定をBが再審査することにした場合、実際に権限がAからBへ移転しただけで、これでは問題の解決にならない¹⁴⁾。それゆえ、取締役が、自由裁量の許される決定権を損なわれることなく、説明責任を維持することはできない。

公開会社の主たる経済的価値は、大資本の集積を可能ならしめることにはない。公開会社の価値は、多数の従業員、経営者、株主、債権者、そして投入資本をともなった、大規模企業の経営にふさわしい、階層的な意思決定組織をもたらすことにある。大規模企業であっても、経営に携わる人間がいなければ、活動することはできない。情報が広範囲に分散する状態で、迅速な決定の必要性和、戦術レベルの命令的支配が、企業の成功に不可欠である¹⁵⁾。積極的に行動する株主の役割を重視する一部の見解は、少なくとも形式上は、権限を経営者から投資家に完全に移転させることとは異なると主張するが¹⁶⁾、これは実際に、形式上の違いにすぎない。

株主に積極的行動を求める見解は、必然的に株主が経営者の決定を再審査し、経営者の行為が挫折した時に介入することを認める。これは、会社の政策変更、もしくは取締役の変更を、株主の議決権によって支配することを意図している。上述の理由から、この再審査権を投資家に付与するこ

とは、経営者の決定権を投資家に与えることにほかならない。投資家が、証券を保有する会社を詳細に管理しなくても、投資家に取締役会決議を再審査する権限を与えれば、当然、取締役会の権限の一部を彼らに移転させたことになる。

前述の (b) 権限方式による意思決定組織という形態では、實際上すべての決定は、経営の中枢である、取締役会が行うであろう。会社法の唯一の価値が権限にあるとすれば、株主は實際上、会社の意思決定に対する発言権を認められないであろう。しかし、前述のように、会社法の唯一の価値は、権限ではない。主要な意思決定規範として、取締役に株主の富を最大化することを要求する、株主の権利について、取締役の説明責任を保障する仕組みが必要である。

多くの企業内契約のように、株主の富を最大化する規範は、とくに問題のある場合を除き、裁判による強行に適していない¹⁷。その代わり、この規範は、複雑かつ多様な説明責任の仕組みによって間接的に強行される。株主の議決権行使も、まさに説明責任の仕組みの一つといえよう。しかし、重要なことは、説明責任の仕組みと同じく、株主の議決権は、経営者による決定権限の価値を保持するために、強行されねばならないであろう。説明責任は、決定権限の価値を保持するため、周期的に果たさねばならない。この場合、権限とその決定は、履行が予想より不十分であった場合にのみ、再審査の対象となる¹⁸。

そのため、株主の議決権行使は、会社の意思決定組織の不可決な側面としてでなく、控えめに行使されるべき、最後の手段としての説明責任の仕組みと解される。株主の議決権を、会社の取締役または役員に、説明責任を遵守させるために行使する妥当な方法は、各人が議決権行使を決定することによるのではなく、企業買収の場面で全体的に行うべきである¹⁹。それゆえ、株主の議決権は、経営者の行為が、企業買収によって会社の価値を維持しようとする期待より、不十分であった場合にのみ、説明責任の役割

を果たすことになる²⁰。

このように、経営者・取締役の意思決定権限に重要な価値があれば、株主は説明責任を理由に、その決定権限に干渉すべきではない。この考え方は、実際に強調されるべきである。反対に、経営者が決定権限を留保した場合は、つねに説明責任の不履行を推定すべきである²¹。米国会社法の要求する所有と支配の分離は、大抵の取締役会の決定を株主がチェックし、株主の判断を取締役会の決定に委任することによって行われ、その分離が、高い効率性という効果をもたらしているのである。

4. 企業選択要因としての課税

事業を始めようとする者が、自己に適した企業形態を選択する場合、伝統的に四つの要因が考慮される。それらは、(1) 課税、(2) 有限責任、(3) 持分権の譲渡性、そして(4) 組織構造の柔軟性である。ただし、これら以外にも考慮に値する要因がある。すなわち、資本構成の柔軟性、存続期間、そして企業の解散である。最終的に、州・連邦法の目的から、有限責任会社の持分権が、証券といえるか否かという、未解決の問題も存在する。ここでは、これら四つの要因によって企業を選択した場合の、不履行ルールを検討してみよう。

企業の形態を選択する要因としての(1) 課税は、實際上かなり重要といえる。企業を会社として設立すると、場合によって、所有者は二重課税の危険にさらされる。会社が獲得した利益について、その所有者が利益配当の支払を求めた場合、租税の支払は、会社・株主双方によって行われるであろう。会社の立場からいえば、その利益配当は、控除できない。その配当金は、税引き後の利益から支払われていると考えられるからである。株主の立場からいえば、利益配当は、通常の所得と考えられ、そのように課税される。

これに対して、組合と有限責任会社は通常、課税しうる存在とみなされない。当初、内国歳入庁（IRS）は、いわゆるキントナー規則によって有限責任会社の課税を判断していた。同規則は、法人格のない団体について、会社のように課税すべきか否かを決定するに際し、六つの要因を定めていた。それは、①団体の構成員、②事業目的、③存在の継続性、④経営の集中化、⑤有限責任、そして、⑥持分権の自由譲渡性である。すべての組合と、一人会社を除く大抵の有限責任会社は、最初の二つの要件を満たすので、①・②の要件は、無視された。

キントナー規則のもとでは、業務の企画者は、課税目的によって組合と会社を区別する、他の三つの特性のうち、少なくとも二つを回避するように、その企業を構築することが重要であった²²¹。すなわち、⑥持分権の自由譲渡性、③存在の継続性、そして、④経営の集中化である。一般に、有限責任会社における⑥持分権の譲渡性に必要な制限を課すことは、それほど困難でなかった。③存在の継続性が求められた場合、そのためには、その企業に構成員課税の資格があることを保障するために、分散した経営を十分に備えねばならなかった。しかし通常、経営が十分に分散していれば、それによって、③存在の継続性の影響を最小限に抑えることは、実際に容易であった。チェック・ザ・ボックス規則のもとでは、これらの懸念は、もはや顕著ではない。

問題となった団体が、残りの基準③から⑥の二つ以上を満たす場合に、それは課税対象企業とみなされるであろう。1996年に、内国歳入庁は、有限責任会社の構成員が、会社と組合いずれかの課税処理の選択を認める、いわゆるチェック・ザ・ボックス規則を採用した。チェック・ザ・ボックス規則は、組織の柔軟性をかなり認めるので、最近の有限責任会社法は、関係者が適切と考えるように自由に変更しうる、不履行ルールに向かう傾向がある。

有限責任会社の構成員による選択が、組合としての課税である場合、そ

の有限責任会社は、確定申告書、つまり損益の報告書を提出するだけになる。企業が利益を獲得した場合、その利益は、通常の収益として、企業を通過（パススルー）して、その所有者に帰属する。それゆえ、一見したところ、これらパススルー企業にとって、魅力的選択のようである。構成員課税は、企業による企業収益の二重課税の排除を認めるからである。

しかし、少なくとも、所得税を懸念する限り、企業組織を選択するに際し、課税処理の重要性を強調することは容易であろう。しかし、所得税は、唯一重要な問題ではない。この問題は、小規模会社（いわゆるSコーポレーション）²³⁾の手数料と免許税の納付についても考えるべきであろう。中小企業の多くは、容易に小規模会社と扱われる傾向がある。小規模会社とみなされた場合に、構成員課税が行われる。確かに、小規模会社の地位は、構成員課税を不適當ならしめる、多くの制限を受ける。しかし、会社が、それらの制限を受けず、そのため、小規模会社とみなされない場合は、閉鎖会社が、二重課税の影響を緩和する、確立した方法が存在する。

5. 有限責任と持分権の譲渡性

大抵の中小企業にとって、(2) 有限責任という要因は、大きな長所である。通常組合の場合、その構成員は、その企業の財産が、債権者の請求金額を履行するのに十分でなければ、その債権者に個人的に支払義務を負わねばならない。対照的に、会社の株主は、その企業の債権者に対して個人的責任を負わない。そのため、組合員は自己の全財産に危険が及ぶのに対して、会社の株主は、株式を取得する際に出資した資金のみが、危険にさらされることになる。

このことは、一見したところ、会社を組合より魅力ある選択にしているようである。より詳細に検討すると、その違いは一層明白になる。一方で、有限責任の会社は、しばしば無益と思われる場合がある。たとえば、契約

上の債権者の多くは、閉鎖会社の株主が、その企業の借入金および他の債務を保証すると主張するであろう。その上、コモン・ロー上の法人格否認の法理によって、裁判所は一定の場合、株主に個人責任を負わせることを認める。他方で、十分な保険によって、形式的には無限責任であるはずの経営者に、相当の保護を与えることが可能だからである。

有限責任会社という選択は有益という、従来の見解を覆すことはできない。有限責任会社法によって、有限責任会社の構成員は、株式会社の株主と同じく、その企業の債務に対して個人的に責任を負わない²⁴。その上、一部の有限責任会社法は、裁判所が、法人格否認の法理を有限責任会社にも拡張することを要求している。同様に、契約上の債権者はしばしば、有限責任会社の構成員に個人保証を要求する傾向があることがその理由である。

つぎに、とくに公開会社を投資の手段としうる重要な要因として、(3) 株式（持分権）の譲渡性をあげることができる。これに対して、組合の持分権は、基本的に譲渡しえない。この点で、有限責任会社も組合に類似する。組合・有限責任会社とも、不履行ルールは、新たな構成員の加入について、全員一致の同意を要求する。いずれの場合も、持分権の譲受人は、譲渡人の利益分配の資格を取得するにすぎない。

しかし、持分権を自由に譲渡しうる程度が、発行形態の選択を決定することはまずない。閉鎖会社の株式は、理論的には自由に譲渡できるのに、その株式が容易に利用できる第二取引市場の欠如によって、実際にその株式は、簡単には譲渡しえない。しかも、閉鎖会社の出資者は大抵、持分権の譲渡を制限する方を望むであろう。中小企業の成功または失敗は、他の対人関係と同じく、所有者間の微妙な均衡を維持することに依存する。持分権に自由譲渡性を認めれば、所有者間の均衡の維持を脅かすであろう。閉鎖会社の標準書式約款は、組合もしくは有限責任会社と類似し、状況の変化に対応して、しばしば変更される傾向がある。

6. 組織の柔軟性

有限責任会社はその意思を決定する過程で、(4) 組織構造の柔軟性を認められる。企業が意思決定を行う過程において、前述のように、(a) 合意方式、もしくは(b) 権限方式という両極端な違いが生ずる²⁵⁾。小企業の場合は、その企業を所有する人々が、企業の意思決定者である。小企業の意思決定過程は、(a) 合意方式にもとづく傾向がある。つまり、小企業は、形式的手続、もしくは序列階層という方式で意思決定をすることが少ない。換言すれば、意思決定は、非形式的か、もしくは協議によることを意味する。このような特徴が見られるのは、企業の経営に積極的であるだけでなく、同じ基本的目標を共有し、その企業について多かれ少なかれ同程度の情報を有する、限られた数の所有者かつ経営者が存在するからである。

情報の均等性は、構成員がそれぞれ、自己の利益を最も発展させる経営方針を、適切に決定しうることを保障する。利益の共通性は、その構成員が追求すべき経営方針について、合意に達することが可能である。ところが、企業規模が拡大するにつれて、全員の一致は、次第に難しくなる。公開会社に到達する頃には、全員の合意は基本的に不可能となる。最も基本レベルで、何千もの意思決定者の間で、合意に達する圧倒的仕組みは、積極的に行動する株主の役割を妨げる。その上、たとえ制度上の障害が克服されても、積極的な株主の会社の意思決定への関与は、株主の互いに異なる利害関係、もしくは、明らかに異なる情報の程度によって、妨げられるであろう。そのため、大企業の意思決定過程は、(b) 権限方式にもとづくことになる。そこで行われる形式的手続と、序列階層は、時代の要請ともいえよう。

企業のこのような現実には、さまざまな法律が定める不履行ルールに反映されている。州法は、ほぼ純粋な(a) 合意方式から、ほぼ純粋な(b) 権限

方式に及ぶ、既存の統治システムの選択を認めている。ある極端な場合において、組合法の定める不履行意思決定の構成は、(a) 合意方式である。構成員は、その資格ごとに一票を行使して、企業の経営に参加する平等の権利を有する。このようなルールは、大抵の中小企業にとって有意義である。すべての構成員は、基本的に彼らに同等の利益、つまり、より高度な利益をもたらす、利益または損失に等しく参加する権利を有し、それゆえ基本的に、情報を同等に入手する資格がある。

別の極端な場合においては、公開会社の意思決定の構成は、もっぱら(b) 権限方式である。大抵の公開会社は、前述のように、実際に所有と支配の分離という特徴を備えている。企業を自分のものとする株主でも、日々の事業、および長期的な経営方針を実際に支配する権限を有しない。これに対して、通常その持株数の少ない経営者は、実際に事業・経営方針の双方を支配している。

会社法は、この所有と支配の分離を不履行ルールとして取り入れている。すべての会社法のもとで、形式的な意思決定組織において重要な地位にある者は、取締役会の構成員である。このように、法律の定める方式は、会社の意思決定の大部分が、取締役会、もしくはその従属者の行為のみによって行われるものである。株主は基本的に、会社の行為を執行する権限を有しない。そのため、株主は、機関の行為のごく少数を承認、もしくは不承認とする権限を与えられる。州会社法のもとで、会社がこの種の形式的行為に従わない場合に、その不履行は、債権者が会社の法人格というベールを剥ぎ取るよう請求する際に、考慮すべき要因の一つとされる²⁶。

会社法だけでなく、組合法も、法律の定める不履行ルールを変更しうる、かなりの柔軟性を認めている。統一組合法の定める、構成員一人に一票という方式は、その構成員の間で反対の合意を生じやすい。このように、通常組合は、その構成員が合意に到達しうる、いかなる意思決定もなしうる。このような柔軟性は、とくに中規模の企業に有益である。中規模企業にお

いて、形式上会社と類似する意思決定は、不適當であるものの、ある程度集中化した意思決定が望ましい。同じく、多くの会社法は、株主の合意について、その範囲内で、会社を組合とみなす。

同様の柔軟性は、有限責任会社法も定めている。不履行ルールは、有限責任会社の構成員に経営を帰属させる、通常組合と同じである。ただし、各構成員の総数が投票する事項は、構成員の持株の帳簿価額に比例した株式で決定される²⁷。一般に、これらのルールはいずれも、組織と経営について反対の合意すれば、その反対条項に従う。それゆえ、有限責任会社法は、企業の意思決定過程について、かなりの柔軟性を認めている。

必要に応じて、たとえば、事実上のいわゆる独裁体制の樹立も可能である。そのことを団体の規約が定めている場合に、その構成員は、経営上の合意、もしくは団体の規約が委任する、権限と責任を有する経営者を選任しうる²⁸。合意、もしくは規約中にとくにその定めがなければ、その構成員は、経営者に委任した範囲の支配権を失う。あるいは、複数の経営者を選任できるので、委員会によって経営すること、もしくは、会社のように、経営者の会議を設置することも可能となる。しかし、有限責任会社法の定める柔軟性は、同会社の特性を犠牲にして達成される。有限責任会社の意思決定の構成が、約款から逸脱する場合は、後の紛争発生を回避するため、詳細な契約条項を備えることが不可欠である。

むすび

有限責任会社法は、上述のように、(1)課税、(2)有限責任、(3)持分権の譲渡性、(4)組織構造の柔軟性という四つの基準を満たす、一連の不履行ルールを定めて、多くの中小企業に、既存の法律上のルールを採用することを認める。取締役の説明責任については、いわゆる企業の所有と支配の分離のもとで、株主の議決権行使の一環として捉えることができる。説

明責任のあり方をめぐる議論は、さらに深化・洗練させる必要がある。企業の本質をめぐる議論においては、企業をそれに関わるさまざまな利害関係者（ステークホルダー）の契約の束と解する、いわゆる契約説が有力である。契約説の利点は、法律の定める標準書式契約、つまり約款に経営者の要求を巧みに取り入れ、その内容を迅速に実現しうることにある。これについて有限責任会社法は、既存の会社法、または組合法により実現しうる範囲の定めを置くにすぎない。

有限責任会社が経営者に提供しうるのは、構成員課税、他の企業より非形式的な意思決定、閉鎖的な構成員資格、そして有限責任である。ただし、これら有益な効果を実現するには、会社事業に適用される不履行ルールを実質的に変更する必要があるだろう。経営者の立場からいえば、法律上の不履行ルールを大幅に変更することは、いずれにしても不確実である。変更の承認を得るには、企業構成員との交渉が不可欠である。交渉を行う過程で、経費がかさみ、争いに至ることもありうる。合意にもとづく不履行ルールの変更は、将来の紛争の危険を減らすためにも、詳細な説明を求められる。関係者の意思をめぐる争いは、説明がなされても、まったく起こらないとはいえない。米国の有限責任会社は、有限責任と構成員課税を結合させ、業務の立案者が主要な目的を達成できるよう配慮されている。このような構成は、従来の法律の解釈によっても可能であったものの、成文の有限責任会社法が施行されていれば、業務の企画において有益な役割を果たしうるといえよう。

注

- 1) Rev. Rul. 88-76, 1988-2 Cum. Bull. 360. See Klein & Zolt, *Business Form, Limited Liability, and Tax Regimes: Lurching Toward a Coherent Outcome?*, 66 COLO. L. REV. 1001 (1995).
- 2) 構成員課税は、出資者に直接課税し、これによって法人税の支払を免れる課税方式である。この制度は、企業が利益を獲得しても、その利益には課税

- せず、利益の分配を受けた出資者に課税する。獲得した利益が企業を通過（パススルー）し、その出資者・所有者に帰属すると考えることから、パススルー課税とも称される。企業がその利益を出資者に分配した場合、法人税を徴収され、さらに配当にも課税される、二重課税が普通である。しかし、構成員課税が適用されれば、個人が所得税を支払うだけで、法人税は免れることになる。わが国の有限責任事業組合（LLP）は、構成員課税の適用を受ける。わが国における有限責任事業組合の現況については、石井芳明・LLP（有限責任事業組合）の活用状況、商事法務1770号（平成18）29頁以下参照。
- 3) See S. BAINBRIDGE, *CORPORATION LAW AND ECONOMICS* 832 (2002).
 - 4) See Uniform Limited Liability Company Act § 202 (a) (1996). 統一有限責任会社法は、一人、またはそれ以上の者が、一人、もしくはそれ以上の構成員からなる有限責任会社を設立しうると定め、構成員が一人だけの一人有限責任会社の設立を認めている。本稿では、統一有限責任会社法を ULLCA という略称で引用する。
 - 5) See ULLCA § 103 (1996).
 - 6) たとえば、わが国の会社法は、公開会社について、定款に取締役が株主であることを取締役選任の要件とする定めを置くことを認めない（331条2項）。これは、会社法が所有と支配の分離を当然の前提とし、公開会社の取締役は、所有者である株主以外の広い範囲から、有能な人材を求めるべきことを要求した規定と解されている。これに対して、所有と支配の一致する非公開会社は、取締役選任の要件として、取締役を株主とする定款の定めを置くことが許される（会社法331条2項但書）。
 - 7) See Werner, *Corporation Law in Search of its Future*, 81 COLUM. L. REV. 1611, 1612 (1981).
 - 8) See Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* (N.S.) 386 (1937).
 - 9) See K. ARROW, *THE LIMITS OF ORGANIZATION* 68-70 (1974). 本稿においては、会社が合意により意思を決定する方法を、(a) 合意方式とよび、他方の、取締役の権限によって会社の意思を決定する方法を、(b) 権限方式と称することにする。
 - 10) K. ARROW, *supra* note 9, at 68-69.
 - 11) A. バーリー＝G. ミーンズ、北島忠男訳・近代株式会社と私有財産（昭和33）7頁参照。
 - 12) See S. BAINBRIDGE, *supra* note 3, at 418-29. ベインブリッジによれば、取締役の信任義務は、株主の富を最大化すべき義務であり、その法的根拠は、会社における株主の地位に起因するのではなく、株主と会社の契約関係に求めうとする。この見解は、1970年代末から主張されている、契約説と称される考え方にもとづいている。最近の米国会社法理論においては、契約説が有力といわれる。

- 13) See Dooley, *Two Models of Corporate Governance*, 47 BUS. LAW. 461, 471 (1992).
- 14) See K. ARROW, *supra* note 9, at 78.
- 15) See *Id.* at 69.
- 16) See M. ROE, *STRONG MANAGERS, WEAK OWNERS: THE POLITICAL ROOTS OF AMERICAN CORPORATE FINANCE* 184 (1994).
- 17) See Bainbridge, *Shareholder Activism and Institutional Investors*, UCLA SCH. OF L., LAW & ECON. RESEARCH PAPER No.05-20, 9 (2005).
- 18) See K. ARROW, *supra* note 9, at 78.
- 19) See R. CLARK, *CORPORATION LAW* 95 (1986).
- 20) See S. BAINBRIDGE, *supra* note 3, at 806-16.
- 21) Bainbridge, *supra* note 17, at 10.
- 22) See S. BAINBRIDGE, *supra* note 3, at 833.
- 23) 小規模会社は連邦税法上の概念で、S コーポレーションとも称される。これは、株主数が35人以下で、個人以外の株主がなく、合衆国に居住しない外国人株主がなく、株式が一種類に限定される内国会社で、所定の不適格会社でないものをいう。小規模会社は、株主と区別された団体としてその利益に課税されず、利益が株主に帰属する段階で課税される方を選択すれば、二重課税を回避することができる。
- 24) ULLCA § 303 (1996).
- 25) 前掲注9) 参照。
- 26) See Bainbridge, *Abolishing LLC Veil Piercing*, UCLA SCH. OF L., LAW & ECON. RESEARCH PAPER No.04-11, 9-11 (2004).
- 27) See ULLCA § 404 (1996).
- 28) See ULLCA § 404 (1996).