

合同会社の意義と問題点

目次

- 一 はじめに
- 二 合同会社の課題
 - 1 合同会社の特質
 - 2 合同会社における諸問題
- 三 合同会社と各種企業形態との比較
 - 1 有限責任事業組合との比較
 - 2 合名会社・合資会社との比較
 - 3 特例有限会社との比較
 - 4 株式会社との比較
- 四 合同会社をめぐる税制
 - 1 構成員課税（パススルー課税）
 - 2 法人課税
 - 3 ペイスルー課税

五 4 チエツク・ザ・ボックス規則
結び

一 はじめに

平成一八年五月一日に施行された会社法は、中小規模の閉鎖会社を想定した有限会社制度を廃止して株式会社に統合した。有限会社と統合した株式会社は、機関設計が柔軟化され選択肢の多いものとなった。なお、既存の有限会社は、その実体を維持したまま会社法を適用することとし、「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」により、会社法の規定による株式会社（特例有限会社）として存続するか、商号を有限会社から株式会社に変更するかを選択を、その会社の自由に委ねられている。さらに、最低資本制度が廃止される一方、会計参与制度が創設され、組織再編の整備などが図られた。なかでも、新たな会社類型として合同会社が創設され、会社法制は大きく変わるこ
ととなった。

合同会社は、アメリカのLLC (Limited Liability Company) をモデルとして日本に導入されたものなので、日本版LLCとも呼ばれている。LLCは一九七七年にワイオミング州で創設されたが、当初は税制上の取扱いが不明確であったため、あまり利用されることはなかった。しかし、一九八八年に内国歳入庁が、LLCをパートナーシップ (Partnership) として構成員課税 (パススルー課税) を認めたことにより利用が拡大し、一九九五年までにすべての州でLLC法が制定された。一九九七年にはチェック・ザ・ボックス規則 (納税者が構成員課税か法人課税かを選択できる税制) が発効し、LLCは急速に普及した。

また、合同会社は、対外的には社員の有限責任が確保され、会社の内部関係においては、組合的規律が適用されるという特徴を有する法人である。つまり、会社の内部的には民法上の組合であり、対外的には有限責任という会社類型である。合同会社は、株式会社のように内部規律に強行規定が適用されることはなく、内部規律の面から組合型で

ある。会社の所有と経営が一致し、社員の個性が重視され、社員が所有すると同時に自ら業務執行を行い、人的結合を重視した、全社員の総意により会社運営を行っていくという人的つながりの強い会社形態をとっている。さらに、株式制度を採用しないという共通の特質を有することから、合同会社は合名会社や合資会社とともに持分会社として規定された。

なお、会社形態ではないが民法上の組合の特例として、平成一七年八月一日に施行された「有限責任事業組合契約に関する法律」に基づく有限責任事業組合は、イギリスのLLP (Limited Liability Partnership) を範としたもので、合同会社同様、組合員の有限責任が認められ、内部自治原則をとるが、法人格はなく共同事業性が要求され、構成員課税(パススルー課税)の適用を受けることができるという特徴を有する。

そこで、合同会社という新しい選択肢の課題となる論点について考察し、各種企業形態(有限責任事業組合、合名会社、合資会社、特例有限会社、株式会社)との比較を行い、合同会社の存在意義とあり方および税制について検討することが本稿の目的である。

二 合同会社の課題

1 合同会社の特質

合同会社の特質としては、社員全員が有限責任しか負わない会社であり(会社法五七五条一項・五七六条四項・五八〇条二項)、社員自らが会社の業務執行に当たり(会社法五九〇条一項)会社を代表する(会社法五九九条一項)。さらに、社員全員の総意により定款を変更し(会社法六二七条)、広く定款自治が認められ、制度設計が自由である

ことから、社員総会、取締役、監査役等の機関の設置に関する強制的な規制はない。また、社員一人での設立および存続が認められ（会社法六四一条四号）、設立に際しては、組合的規律が適用される会社であることから、募集設立の必要性は乏しいので、発起設立のみが認められ、その社員になろうとする者が、絶対的記載事項その他必要事項が記載された原始定款を作成すれば（電磁的記録も可）（会社法五七五条）、公証人の認証は必要とされない。このように設立が容易で、機関設計が自由であることから運営コストも低く抑えることができ、定款において業務執行に関する取り決めが自由に設定されていることから、意思決定を迅速に行うことができる。

合同会社の社員にあつては、金銭その他の財産の出資に限定し、信用および労務の出資は認められない（会社法五七六条一項六号）。さらに、社員になろうとする者は、定款作成後、設立登記をするときまでに、その出資に係る金銭の全額を払い込み、またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならないとする全額払込主義をとっている（会社法五七八条）。なお、現物出資時の検査役の調査の規制は存在しない。また、社債を発行することができ、資金調達が多様性が確保されている。

合同会社は、計算書類（貸借対照表・損益計算書・社員資本等変動計算書・個別注記表）を作成しなければならない（会社法六一七条）、社員および債権者は、合同会社の営業時間内は、いつでも、計算書類（書面または電磁的記録）の閲覧または謄写を請求することができる（会社法六一八条・六二五条）。しかし、合同会社に対しては、株式会社のように、計算書類の決算公告を義務づけてはいない。さらに、会計参与を設置することができるという点に、会計監査人監査の義務づけもない。

また、合同会社の資本金は、登記事項とされている（会社法九一四号五号）。しかし、損失の填補の場合のほか、出資の払戻しのために、その資本金の額を減少することができる（会社法六一六条）。ただし、債権者保護手続が要求

され、債権者は異議を述べることができる（会社法六二七条）。さらに、合同会社は、利益の配当により社員に対して交付する金銭等の帳簿価額が、利益の配当をする日における利益額を超える場合には、その利益の配当をすることができないとする配当規制がある（会社法六二八条）。この利益額を超えて配当した場合には、利益の配当に係した業務執行社員は、合同会社に対して、その配当を受けた社員と連帯して、配当額に相当する金銭を支払う過失責任を負う（会社法六二九条一項）。また、利益の配当をした場合に、その利益の配当をした日の属する事業年度の末日に欠損金が生じた場合には、同様に過失責任を連帯して負う（会社法六三一条一項）。ただし、合同会社は、利益の配当に関する事項について、自由に定款で定めることができる（会社法六二二条一項）。つまり、出資比率に比例した利益の分配ではなく、高い技術力を持っている社員の事業に対する人的貢献度に応じた分配を行うことができる。

さらに、合同会社の社員は、債権者保護の観点から、定款を変更してその出資の価額を減少する場合を除き、出資の払戻しの請求をすることができない（会社法六三二条一項）。ただし、定款を変更して出資の価額を減少する場合には、合同会社が、出資の払戻しにより社員に対して交付する金銭等の帳簿価額が、出資の払戻しを請求した日における剰余金額または定款を変更して出資の価額を減少した額のいずれか少ない額を超える場合は、その出資の払戻しをすることはできない（会社法六三二条二項）。しかし、この制限に違反して払戻しを行った場合には、その業務執行社員は、合同会社に対して、その出資の払戻しを受けた社員と連帯して、その出資の払戻し額に相当する金銭を支払う過失責任を負う（会社法六三三条一項）。このように合同会社においては、出資の払戻しについては払込資本で、配当の対象については利益に限定されているので、資本と利益を混同させずに財源規制を設けている。

また、合同会社の社員は、人的信頼関係が強く、会社の運営において社員による意思決定が重要になるため、他の社員全員の承諾がなければ、その持分の全部または一部を他人に譲渡することはできない（会社法五八五条一項）。た

だし、業務を執行しない有限責任社員は、業務執行社員全員の承諾があるときは、その持分の全部または一部を他人に譲渡することができる（会社法五八五条二項）。なお、合同会社は、自己の持分の取得は認められないが（会社法五八七条一項）、その持分を取得した場合には、その持分は消滅する（会社法五八七条二項）。これは、株式会社における株式とは異なり、持分を会社とは独立した価値を有するものとして認識することが困難だからである。⁽¹⁾

このように社員による持分の譲渡が制限されているので、社員が投下資本を回収する手段として、社員の退社による持分の払戻しが認められている（会社法六一一条一項）。社員の退社については、定款による一定の制限があるが、やむをえない事由があるときは、いつでも退社することができる（会社法六〇六条）。さらに、社員は、任意退社のほかに、定款で定めた事由の発生、総社員の同意、死亡、合併、破産手続開始の決定、解散、後見開始の審判を受けたこと、除名により法定退社することができる（会社法六〇七条一項）。

なお、合同会社が、持分の払戻しにより社員に対して交付する金銭等の帳簿価額が剰余金額を超える場合には、債権者保護手続を経て払戻しを行う（会社法六三五条）。しかし、合同会社が、この手続を行わないで違反して持分を払い戻した場合には、その業務を執行した社員は、会社に対して、その持分の払戻しを受けた社員と連帯して、その持分払戻額に相当する金銭を支払う過失責任を負う（会社法六三六条一項）。

また、合同会社は、総社員の同意を得て株式会社組織変更することができる（会社法七八一条一項）。この場合、債権者保護手続を経なければならぬ（会社法七八一条二項）。なお、株式会社から合同会社への組織変更の際も同様の手続が要求される（会社法七七六条・七七九条）。さらに、持分会社間の種類の変更は、組織変更ではなく、社員の変動または社員の全部または一部の責任の変更を内容とする定款の変更として、他の種類の持分会社に変更できる（会社法六三八条・六三九条）。また、他の会社との組織再編（合併、会社分割、株式交換）も可能である（会社

法七八二条以下)。

なお、業務執行社員の本社に対する責任免除規定は設けられておらず、定款自治の観点から個別の事項について判断されることになる。さらに、社員が、合同会社に対して社員の責任を追及する訴えの提起を請求する手段として、株式会社の株主代表訴訟制度と同様の制度が導入されている(会社法六〇二条)。また、合同会社は、清算人が法定手続により行う法定清算しか認められておらず(会社法六四四条)、任意清算は認められていない。任意清算は、定款または総社員の同意により財産を社員に分配し、債務は社員が弁済義務を負うことになるので、無限責任社員のいる合名会社と合資会社が対象となる(会社法六六八条一項)。

2 合同会社における諸問題

合同会社をめぐる問題点はさまざまであるが、まず、持分会社という観念的な規定が問題となる。合同会社は、社員全員が有限責任しか負わないので、無限責任社員のいる合名会社および合資会社とは異なるが、同一の組合的規律を適用することから持分会社として総称されることとなった。しかし、社員の責任がまったく異なる会社を同じ持分会社とする意味はどこにあるのであろうか。会社債権者保護の観点から、「合同会社の計算等に関する特則」を規定せざるをえなかったものであり、持分会社については、合名会社、合資会社、合同会社を包括的に規定することには無理がある。⁽²⁾持分会社として規定する必要はなかったのではないか、それぞれ別々の会社として分けて規定すればそれでよかったのではないかと思われる。

また、合同会社は、社員が出資者であり業務執行者であるから、迅速な業務執行を行うために定款自治がとられている。したがって、合同会社を自由に運営できる柔軟な機関設計が可能になるということであり、社員の意思決定が

会社の意思決定となるので、社員総会や取締役等の機関を設置する必要はない。さらに、各社員は、合同会社の業務執行権を有しないときであつても、その業務および財産の状況を調査することができる監視権を有するが（会社法五九二条）、監査機関の設置は必要とされていない。

定款自治は自由である反面、制度設計は自己責任となるため、会社の実体に適合した機関設計を選択する必要がある。機関設計は内部の問題であるから定款で自由に設計できるといふことなのであろうが、会社の外部関係者である会社債権者にとつても利益が害されるおそれがあり無関係な事柄ではない。つまり、合同会社においても最低資本金⁽³⁾制度は設けられなかつたので、会社債権者保護規制としては、業務執行者の第三者に対する損害賠償責任といった事後規制に多くを依存するしかない（会社法五九七条）。しかし、事後規制による会社債権者保護に依存しても、会社債権者が確実に保護されるという保証はない。会社債権者の不利益や損害をできるだけ低く抑えるために、予防的な監査機関を設置しなくてもよいとする有限责任の会社の存在が許されること自体問題である。

他方、合同会社においても、会社債権者保護の規定が設けられている。具体的には、前述のように、出資においては、信用出資や労務出資は認められず、全額払込主義を採っている。また、合名会社や合資会社から合同会社となる定款変更がなされた場合において、無限責任社員が有限責任社員となつた場合であつても、その旨の登記をする前に生じた持分会社の債務については、無限責任社員としてその債務を弁済する責任を負うが（会社法五八三条三項）、その登記後二年以内に請求または請求の予告をしない債権者に対しては、二年を経過したときに、その責任は消滅する（会社法五八三条四項）。さらに、資本金の額の減少や持分の払戻しおよび株式会社への組織変更または株式会社からの組織変更、ならびに組織再編行為（合併、会社分割、株式交換）⁽⁴⁾については債権者保護手続を要し、利益の配当や出資の払戻しについては財源規制を設けている。しかし、合同会社も、最低資本金制度を採用しておらず、株式

会社のように、利益があっても純資産額が三〇〇万円を下回る場合には、利益を配当できないとする純資産額規制すら設けられていないことは、会社債権者保護の観点から疑問である。

さらに、合同会社においては、出資比率に応じない柔軟な利益の配当が可能となるが、この場合、多額の損失を抱える社員に対して分配を多くし、次期には別の社員に分配を多くするといった租税回避行為に利用されると、社員間の贈与税課税や同族会社の行為計算の否認規定が適用されることになるので、経済的合理性に基づいた分配に注意する必要がある。したがって、業務執行社員は、人的貢献度については報酬により受け取り（組合の場合には給与という形で受け取ることはできないので、配当として受け取るしかない）、利益の配当については、出資のような物的貢献度に応じてなされる方が、租税回避行為に利用されることもなく、合理性があるのではないかと考える。

また、合同会社は会社債権者保護のため、計算書類を作成・保存する義務があり、社員および会社債権者は、計算書類の閲覧・謄写請求権が認められている。しかし、合同会社については、会社と利害関係がない不特定多数の者にまで財産状況を開示させて取引を円滑化させる必要はないという会社類型であるものとして整理し、計算書類の公告を義務づけないこととしている。⁽⁵⁾確かに、合同会社は、不特定多数者を相手に取引することは少ないかもしれないが、有限责任の会社において会社債権者保護が軽視される理由はない。さらに、会社債権者は計算書類の閲覧・謄写請求権が認められているとはいえ、会社債権者が実際に閲覧・謄写請求権を行使できるかどうかは当事者間の力関係にかかっているのであり、日本においては、請求しにくい土壤があるのではないかと思われる。したがって、株式会社のように（会社法四四〇条）、合同会社に対しても、現在の会社債権者ばかりでなく将来の会社債権者保護の観点からも、計算書類の決算公告を義務づける必要性があるのではないかと考える。

また、合同会社が計算書類の公告をしても、官報や日刊新聞紙に掲載する場合には経費がかかり、公告しても見る

者が少ないという問題がある。株式会社においては、インターネットで開示する電磁的方法による計算書類の公告が認められ、この場合には、官報や日刊新聞紙に掲載する公告は不要であり（会社法四四〇条三項）、会社はコストをあまりかけることなく計算書類を開示することができる。したがって、合同会社にも、インターネットによる電磁的方法により計算書類を開示する方法が認められれば、何ら負担増にはならないであろう。しかし、何らかの改ざん防止のための措置は必要となる⁽⁶⁾。なお、株式会社においては、計算書類の公告を懈怠した場合には、一〇〇万円以下の過料の制裁が規定されている（会社法九七六条二号）。

さらに、合同会社においては、会計監査人設置について特段の規定が設けられていない。会社債権者保護の観点から、計算書類の信頼性を高めることは重要な課題であり、計算書類の信頼性を証明する手段は会計監査人監査が原則である。事務負担や経費増は避けられないが、有限責任の恩恵を享受する限り、会社債権者保護の観点から保証は必要であり、その負担増もやむをえないことである。したがって、会計監査人による外部監査を導入しない場合には、業務執行者自らが計算書類の内容の真实性を担保し、不実表示に対しては、業務執行者に対して強い制裁を科すことで業務執行者の担保に実効性を持たせるしかない⁽⁷⁾。さもなくば、有限責任の恩恵を享受するための責任を果たしていないのであるから、定款を変更して合同会社から合名会社または合資会社になるという選択肢もある。

このように、合同会社は、有限責任制度をとり定款自治が認められた画期的な会社であるといえるのだが、会社債権者保護の観点からは問題である。合同会社の創設は、実務界の要請と欧米諸国が制定しているとする比較法の観点を根拠とするものである⁽⁸⁾が、既存の原理原則と法制度との整合性について、十分な検討とさらなる理論的な説明が必要である。

三 合同会社と各種企業形態との比較

1 有限責任事業組合との比較

「有限責任事業組合契約に関する法律」(以下、LLP法という)に基づく有限責任事業組合は、合同会社と同様、構成員全員が有限責任であり(LLP法一五条)、内部関係についても組合的規律が適用され、柔軟な業務執行の決定(LLP法一二条)や出資比率に関係なく損益分配を自由に行うことができ(LLP法三三条)、内部自治が徹底している。また、信用および労務の出資は認められない(LLP法一一條)等の点で共通している。しかし、以下の点で相違する。

第一に、有限責任事業組合は、民法上の組合の特例であり法人格を有しない。したがって、取引先との契約の締結は、組合員の肩書付き名義でなければ行うことはできない。不動産、動産、知的財産権等についても、組合員全員の合有財産として所有することになる。また、許認可を受ける場合にも、各組合員が取得し、必要に応じて共同で手続を行うことになる。さらに、組合事業から生ずる損益は組合員に帰属し、利益を分配しないで内部留保することができる。これに対し、合同会社は、会社の類型であり法人格を有し、権利義務の帰属主体となり、利益を内部留保し再投資することができる。

第二に、有限責任事業組合は、複数の組合員が必要であり、組合員が一人になった場合は解散する(LLP法二七条二号)。さらに、組合員のうち一人以上は居住者または内国法人でなければならない(LLP法三三条二項)。また、租税回避行為により不当に債務を免れる目的で濫用されることを防止する観点から(LLP法三三条二項)、共同事業性の確保が要求され、組合の業務執行を決定するには、総組合員の同意によらなければならないが、一定の事項の決

定については、組合契約書において総組合員の同意を要しない旨の定めをすることができる（LLP法一二条一項・二項）。つまり、組合員全員が業務執行に携わらなければならないので（LLP法一三条一項・二項）、出資のみの組合員は認められない。これに対して、合同会社においては、一人会社も認められ（会社法六四一条四号）、共同事業性は要求されない。また、定款により業務執行を決定する方法を自由に定めることができ、業務執行をせず出資のみをする社員も認められている。

第三に、有限責任事業組合は、合同会社同様（会社法五九七条）、組合員が自己の職務を行うについて悪意または重大な過失があつたときは、第三者に生じた損害賠償責任を負う（LLP法一八条一項）。ただし、合同会社の社員は、他の業務執行社員の業務および財産の状況を調査することができる監視権を有するが（会社法五九一条）、有限責任事業組合においては、他の組合員の業務執行の監督義務を負うものではない。⁽⁹⁾

第四に、有限責任事業組合は、法人格を有しないため合同会社や株式会社への組織変更やこれらの会社との間での組織再編行為は認められない。これに対し、合同会社は、総社員の同意を得て、債権者保護手続を経ることにより株式会社組織変更でき、将来の株式上場も可能である。なお、定款を変更して、他の種類の持分会社に変更することもできる。また、他の会社との間での組織再編行為（合併、会社分割、株式交換）が可能である。

第五に、合同会社は、その本店の所在地において設立の登記をすることにより成立する（会社法五七九条）。これに対し、有限責任事業組合は、組合契約の効力の発生の登記を行うのであり（LLP法五七条）、合同会社のように事業組織体を登記するのではなく、契約を登記するという違いがある。また、有限責任事業組合の組合契約書の絶対的記載事項として組合の存続期間を記載しなければならず、存続の期限を定めておく必要があることから（LLP法四条三項六号）、将来、解散することを前提としたものであるが、合同会社においては、定款に存続期間を記載する

必要はないので継続して存続することが可能である。

第六に、有限責任事業組合は、組合財産を分配日における分配可能額（分配日における純資産額から三〇〇万円または組合員の出資総額が三〇〇万円に満たない場合には出資総額を控除した額）を超えて分配することはできない（LLP法三四条一項、LLP法施行規則三七条）。これに対して、合同会社には、このような債権者保護のための分配規制はない。

第七に、有限責任事業組合は、組合事業から生じた所得については法人として課税されず、その組合員の損益となつて課税され（構成員課税）、組合の事業に損失が生じた場合には、租税回避防止の観点から出資額を上限として、組合員の他の所得と損益通算することができるというメリットがある（所得税法六九条）。これに対し、合同会社は法人として課税され、損益通算の利点もなく、会社に対する法人課税と社員に対する配当課税という二重課税の問題がある。このように、有限責任事業組合においては、構成員課税の適用と三〇〇万円の分配規制が規定されていることは評価できるが、合同会社に比べ柔軟性に欠け、不都合な点があることは否めない。

2 合名会社・合資会社との比較

合名会社、合資会社、合同会社においては、広く定款自治が認められ、同一の組合的規律が適用されることから持分会社として規定された。しかし、合名会社・合資会社と合同会社との違いは、無限責任社員がいるかないかである。合同会社では、すべての社員が有限責任社員であり無限責任社員がないため、無限責任社員がいる合名会社・合資会社と同じ持分会社であると規定されているのだが、前述のように「合同会社の計算等に関する特則」が設けられ、会社債権者は計算書類の閲覧または謄写の請求をすることができ、資本金の額の減少や持分の払戻しおよび組織

変更ならびに組織再編行為（合併、会社分割、株式交換）については債権者保護手続を要し、利益の配当や出資の払戻しには財源規制を設け、会社債権者保護が図られている。

また、合名会社と合資会社は、その本店所在地において設立の登記をすることにより成立する（会社法五七九条）。これに対して、合同会社においては、社員全員が有限責任社員であることに伴う会社債権者保護の観点から、設立登記をするときまでに、その出資に係る金銭の全額を払い込み、またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付することが要求されている（全額払込主義）。ただし、合名会社や合資会社の無限責任社員については、信用および業務の出資をすることが認められているが、合資会社と合同会社の有限責任社員については、金銭その他の財産の出資に限定されている。

また、合名会社と合資会社は、吸収分割または新設分割において、吸収分割会社または新設分割会社になることはできず、株式交換における完全親会社となることもできない。しかし、合同会社は、いずれにもなることができる（会社法七五七条・七六二条・七六七条）。なお、合同会社は、法定清算しか認められておらず、任意清算は認められていない。任意清算は、無限責任社員のいる合名会社と合資会社のみ適用される。このように、合名会社や合資会社は、無限責任社員が必要とされるため、今後あまり活用されることはないように思われる。有限責任社員のみから構成され、定款自治が認められた合同会社へ定款変更する合名会社や合資会社が増加するであろう。

3 特例有限会社との比較

会社法では、有限会社制度が廃止され株式会社制度に一本化されたことに伴い、旧有限会社は会社法による株式会社として存続するが、「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（以下、整備法という）により「特例有

限会社」として引き続き既存の商号（有限会社）を使用することもできる（整備法二一条一項・三一条一項・二項）。なお、特例有限会社は、その商号を変更することにより、通常の株式会社に移行することができ（整備法四五条）、持分会社への組織変更を行うことも可能である（会社法七四三条）。しかし、一旦、特例有限会社でなくなると、二度と特例有限会社に戻ることはできない。

特例有限会社は、合同会社同様、有限責任社員のみで構成され、会社の規模による機関設計に関する規制はない。しかし、特例有限会社の場合、株主総会と取締役は法定設置機関であるが、任意設置機関は監査役であり、取締役会、会計参与、監査役会、会計監査人または委員会を置くことはできない（整備法一七条一項）。また、規模が大きくなっても会計監査人を置く必要はない（整備法一七条二項）。なお、監査役の特権については、会計に関するものに限定され、定款にその旨の定めがあるものとみなされる（整備法二四條）。これに対して、合同会社においては、定款自治がとられ制度設計が自由であることから、機関設置に関する強制的な規制はなく、業務執行や監視はすべて社員が行う。

さらに、特例有限会社の株主の管理は、株主名簿により行われるが（整備法八条、会社法二二一条）、合同会社には、株主名簿に相当するものがなく、社員の氏名・住所・出資の価額・持分の内容等は、定款により管理される（会社法五七六条）。また、特例有限会社においては、金銭以外の財産の出資（現物出資）が行われた場合には、裁判所による検査役の調査を受けなければならないが（会社法二八四條）、合同会社では要求されない。なお、特例有限会社においては、合同会社同様、社債を発行することができるが、計算書類の決算公告義務は課されていない（整備法二八条）。

また、特例有限会社は、株式会社同様、株主総会の決議により分配可能額の範囲内で年に何回でも剰余金の分配を

行うことができ（会社法四五三条・四五四条一項）、最低資本金制度を採用しておらず、会社債権者保護の観点から純資産額が三〇〇万円を下回る場合には分配することができない（会社法四五八条）。これに対し、合同会社の社員は、合同会社に対し、いつでも利益の配当を請求することができる（会社法六二一条一項）、合同会社は、利益の配当に関する事項について、自由に定款で定めることができる（会社法六二一条二項）。しかし、純資産額が三〇〇万円を下回る場合の純資産額規制は設けられていない。なお、合同会社における利益の配当と出資の払戻しはそれぞれ別々の財源規制が課されている。

さらに、特例有限会社は、吸収合併存続会社または吸収分割承継会社となることはできず（整備法三七条）、株式交換および株式移転も行うことはできない（整備法三八条）。これに対して、合同会社は、他の会社との組織再編が可能であるが、株式交換に際して、完全子会社となることはできない。なお、特例有限会社においては、合同会社同様、取締役の任期規定がないので（整備法一八条）、休眠会社のみなし解散の制度は適用されない（整備法三二条）。また、特例有限会社は会社法上の株式会社であることから会社更生法が適用される（整備法一五七条）のに対し、合同会社は適用されない。

このように、特例有限会社より合同会社の方が、定款自治による柔軟性があり自由度が高いといえるが、取り立てて合同会社の利用可能性が高く優れているようには思われない。なお、特例有限会社は、有限責任の恩恵を享受しながら、会計参与や会計監査人を設置することができず、監査役の設置も任意であり、計算書類の公告の義務づけがないことは、合同会社同様、会社債権者保護の観点から問題のある会社であるといわざるをえない。

4 株式会社との比較

株式会社と合同会社は、法人格を有し（会社法三条）、有限責任社員のみで構成され（会社法一〇四条・五八〇条）、労務・信用出資は認められず（会社法五七六条一項六号）、一人会社が認められる。また、計算書類の作成義務（会社法四三五条・六一七条）および会社債権者による閲覧・謄写請求権（会社法四四二条・六二五条）、配当規制（会社法四六一條・六二八条）と債権者保護手続（会社法四四九条・六二七条・六三五条）もほぼ同様である。さらに、最低資本金制度もなく、非公開会社（株式譲渡制限会社）においては、合同会社同様、出資価額にかかわらず自由に損益分配の割合を定めることができる（会社法一〇九条・六二一条）。しかし、以下の点で相違する。

第一に、株式会社は、公証人による定款の認証が必要であるが（会社法三〇条一項）、合同会社は原始定款を作成すればよく、公証人の認証は不要であり、設立が容易で設立費用も株式会社より少なくて済む。また、株式会社は、現物出資や財産引受けに該当し定款に定めた場合には、公証人の定款の認証後遅滞なく、裁判所に対し検査役の選任を申立て、検査役の調査を受けなければならない（会社法三三条）。さらに、株式会社成立時における取締役の財産価格填補責任が規定されている（会社法五二条一項）。これに対し、合同会社においては、これらについての規定はない。

第二に、株式会社においては、株主総会と取締役は絶対的必要設置機関であり（会社法三二六条一項）、大会社になると会計監査人の設置が義務づけられる（会社法三二八条）。これに対し、合同会社では、機関設計は定款により自由に定めることができ、社員間の合意による意思決定をし、自ら業務を執行することも（会社法五九〇条）、定款で定めた業務執行社員に委任することもできる（会社法五九一条）。さらに、法人を業務執行社員とすることも可能である（会社法五九八条）。また、株式会社の役員等の損害賠償責任の減免については、厳格に規定されているのに

対し（会社法四二四条、四二七条）、合同会社においては、広く定款自治に委ねられているが、業務執行社員の本社に対する責任の減免の可否については、具体的な事情をもとに個別に判断していく必要がある⁽¹⁰⁾。

第三に、合同会社においては、株式会社と異なり、配当の対象は剰余金ではなく利益であり、剰余金があっても、株式会社の純資産額が三〇〇万円を下回る場合には、剰余金を配当できないとする純資産額規制（会社法四五八条）は設けられていない。さらに、株式会社は、計算書類の決算公告を義務づけられているのに対し（会社法四四〇条一項）、合同会社には義務づけられていない。

第四に、株式会社においては、株主の個性は重要視されないもので、原則として株式の譲渡は自由であるが（会社法一二七条）、発行する株式の全部または一部が譲渡制限株式である会社においては、定款により、譲渡制限株式の譲渡につき、株主総会または取締役会の承認を必要とする旨を定めることができる（会社法一〇八条一項四号・一三九条）。なお、譲渡制限株式の譲渡が承認されなかった場合には、譲渡制限株式の譲渡者または取得者は、株式会社または指定買取人に対する株式買取請求権が認められている（会社法一三八条一号ハ・二号ハ・一四〇条）。これに対し、合同会社においては、社員間の関係は、人的結合が強く重大な利害関係を有するので、持分の譲渡は、定款の定めがなければ、他の社員全員の承認が必要である（会社法五八五条）。

第五に、合同会社の社員は、定款により一定の制限はあるが、やむをえない事情があるときは、いつでも退社することができる（会社法六〇六条）。この場合、剰余金額を超える持分の払戻額であっても、債権者保護手続を行っていれば持分を払い戻すことができる（会社法六三五条）。これに対し、株式会社においては、このような制度の規定はない。

このように、合同会社は、株式会社に比べて広く定款自治が認められ、設立手続が容易で費用も少なくて済み、機

開設設計も自由に定めることができる。したがって、迅速な意思決定が可能であり、会社を柔軟に運営することができる。コストも低くて済む。しかし、合同会社は、株式会社と比較しても、前述のように会社債権者保護の観点から問題があり再検討を要する会社である。

四 合同会社をめぐる税制

現在、合同会社は、法人格を有しているという観点から法人税の課税対象となっている。しかし、合同会社の経済的実態に着目した場合、構成員課税の方が妥当であるとする考え方があられる。アメリカの LLC は法人格を有しているにもかかわらず構成員課税を選択することができ、イギリスの LLP も法人格を有しているが構成員課税が適用されている。合同会社の課税方法については、構成員課税（パススルー課税）、法人課税、ペイスルー課税、チェック・ボックス規則が考えられる。これらについて比較検討し、合同会社の課税方法として相応しい税制はどのようなものとすべきなのかを考察する。

1 構成員課税（パススルー課税）

構成員課税とは、会社の所得に対しては法人税が課税されず、各構成員に対し所得税が課税される。このように会社を通り抜ける課税方式であることからパススルー課税（Pass through taxation）と呼ばれている。構成員課税は、構成員が損益通算できるため、会社の事業に損失が出た場合であっても、各構成員の他の所得から差し引いて課税所得を計算でき（所得税法六九条）、節税効果享受することができるというメリットがある。しかし、他に所得のあ

る構成員が損失のある会社に出資だけ行い、会社の損失を自己の損失として通算し、租税回避行為により不当に所得を縮減する目的で濫用する可能性がある。

また、わが国においては、法人格の有無により構成員課税の導入が決定されるという課題がある。税法の基本的な考え方は、「それぞれの組織形態について、どの段階で所得を認識し、誰を納税義務者とすることが税制上の原則である公平・中立・簡素という観点から相応しいかというものである。したがって、事業者の組織規定の要素である、法人格を持つかどうか、有限責任かどうか、組織の柔軟性はあるかどうか、という点とは本来直接連動するものではない。株式での資金調達を行わず、個人が事業の債務に責任を有している場合には、収益や損失を構成員に按分して帰属させる課税をすることが実態に即しており、公平・中立・簡素である⁽¹¹⁾」という考え方にたっている。

現行の税法上も、法人格を有しない権利能力のない社団に対して法人税が課されている。つまり、法人格の有無は法人課税の基準となっているわけではなく、合同会社の構成員課税の導入については、経済的実態と公平・中立・簡素の観点から判断をする必要がある。したがって、合同会社は、人的結合が強く、組合的規律が適用され、会社の運営については、組合と同様に社員が直接業務執行に当たり、定款変更についても社員が全員で決定することから、構成員課税を採用してもよいのではないかと思われる。ただし、損益通算による租税回避を防止するための何らかの方策を検討する必要がある。なお、合名会社・合資会社は、現在、法人税が課されているが、考え方としては、合同会社より組合税制に馴染みやすいものであり、合同会社だけの問題ではなくなることとなる⁽¹²⁾。

2 法人課税

現在、合同会社や株式会社などの会社形態を中心とした法人に対して適用されている税制が法人課税である。法人

課税とは、会社の所得には法人税を課税し、各構成員への分配に対しては、個人であれば配当所得として所得税が、法人であれば法人税が課税される。したがって、法人税と所得税（法人税）の二重課税が問題となるが、各構成員が個人の場合には受取配当金の配当控除制度（所得税法九二条）、法人の場合には受取配当等の益金不算入制度（法人税法二三条）により二重課税が調整されることになる。ただし、会社が配当せず内部留保した場合には、各構成員は課税されない。なお、法人課税は、構成員課税とは異なり、構成員の損益通算は認められない。

また、会社が赤字の場合に、所轄税務署長から青色申告の承認を受けているときには青色申告の特典として、その欠損金（所得の金額の計算上、その事業年度の益金の額を損金の額が超える場合、その超える部分の金額をいう）を、企業維持の観点から税金の負担能力を考慮して、次期以降（七年間）の所得の金額の計算上、繰越欠損金として損金を認める欠損金の繰越控除の制度が設けられている（法人税法五七条一項）。なお、筆者としては、現在の合同会社に対する法人課税による税制は、合同会社の経済的実態が考慮されておらず、二重課税排除のための調整が必要であり、税制の簡索性の観点からも問題であると考ええる。

3 ペイスルー課税

債権流動化のための特定目的会社や投資法人および特定信託については法人課税とするが、一定の要件を満たし、利益の九〇%超を配当として構成員に支払っている場合には、所得の金額を限度として、構成員に対する支払配当の額を法人税の課税所得の金額の計算上損金に算入し、実質的に法人税を非課税とする。つまり、法人格を有しているということから法人税を課税するが、経済的実態の観点から法人税の課税所得の金額の計算上、支払配当の額を減算することにより、その部分が課税対象から通り抜ける課税方式であることからペイスルー課税（pay through taxation）

といわれている。この課税方式による場合には、通常の法人課税とは異なり、二重課税の問題は生じないので、構成員が個人の場合には、受取配当金の配当控除の対象から除外され（租税特別措置法九条一項五号・六号・七号・八号）、法人の場合には、受取配当等の益金不算入規定を適用する必要はない（租税特別措置法六八条の一〇六・六八条の一〇七）。さらに、構成員の損益通算は認められない。

なお、合同会社の税制については、ペイスルー方式によって対応することを検討すべきであるとする見解がある⁽¹³⁾。筆者としては、法人格を有する会社には、法人税を課税し、さらに、合同会社の経済的実態を考慮して支払配当額を損金算入することにより、損益通算による不当な租税回避を防止することができ、二重課税排除のための受取配当金の配当控除や受取配当等の益金不算入による調整も不要であり、青色申告の繰越欠損金の制度が活用できるペイスルー課税の制度は、公平・中立・簡素の観点からも妥当であり、合同会社の税制として採用すべきものであると考える。なお、合名会社、合資会社・特例有限会社、株式会社についてもペイスルー課税の導入を検討してもよいのではないかと思う。

4 チェック・ザ・ボックス規則

チェック・ザ・ボックス規則（check the box rule）とは、納税義務者が法人課税と構成員課税のいずれかを選択することができる税制である。しかし、このような選択制は、国際課税の分野でさまざまな租税回避を生じさせている。また、それを防ぐために税制が複雑になるという問題があり、チェック・ザ・ボックス規則は、わが国では避けるべき選択肢である⁽¹⁴⁾。他方、「合同会社が、人的資産を活用したベンチャービジネスの受け皿として想定されているのであれば、当初は構成員課税により相対的に軽い課税として起業を促進することが、新規産業の育成という政策目的に

も適う。ベンチャー企業も成功すれば、いずれは株式会社へ変更するであろうから、その時点で法人課税を行えばよい⁽¹⁵⁾とする政策的な見解もある。筆者としては、まったく異なる税制について、都合のよい方を選択することができるとする税制の選択制は、濫用される可能性が高いばかりでなく、合理的・適合的な税制の基本理念が欠如している制度ではないかと考える。したがって、チェック・ザ・ボックス規則は採用すべきではないと思う。

五 結び

本稿において、合同会社について概観し検討してきた。合同会社は、広く定款自治が認められ、迅速な意思決定が可能であり、会社を柔軟に運営することができる会社形態である。さらに、個人の専門的知識やノウハウなどの人的資産を有効に活用した企業や、法人によるジョイント・ベンチャーとしても利用することができる有限責任の法人制度である。

特に、自由な会社運営を行うことができることから、親会社である持株会社が経営上の重要な意思決定や法的手続を行い、合同会社は子会社として、本来の事業運営に特化することができる。一方、数社が共同で、合同会社を設立し、利益目標や目的等の条件を満たす限り、出資会社の影響を排除し、自由に事業活動を行うことも可能である。合同会社の活用方法はさまざまであるが、他の企業形態より柔軟性があり、自由に利用することが可能な会社であると思われる。

しかし、合同会社は、他の有限責任の企業形態についてもいえることであるが、会社債権者保護の観点からは問題であるといわざるをえない。特に、株式会社と比較して十分であるということとはできない。この点に関して法務省の

立法担当者は、「合同会社については、株式会社のように、会社をめぐる利害関係者の利益を保護するための法規制を積極的に講じないこととし、当事者間で最適な利害状況を自由に設定することを可能とすることにより、その事業の実施の円滑化を図るといふ会社類型として整理している。したがって、合同会社においては、法規制が緩やかであるため、法的知識や交渉能力が低い者が安易に社員や債権者となればその利益を害されるおそれもあり、会社に関与しようとする者がそのような危険性を避けようとする、会社は十分な出資を集めたり、取引先の信用を得たりすることができないという事態が生ずる可能性もあるが、そのような事態は、民事の一般原則に従い、会社、社員、債権者その他の者の自己責任により賄われるべき問題であるということになる⁽¹⁶⁾」と説明している。

合同会社は柔軟な事業活動を行うことができ、社員は、有限責任制による会社債権者とのリスク配分という有限責任の恩恵を享受しているから、会社債権者保護の強化は必要である。事前規制である最低資本金制度を廃止し、会計参与の設置はできず、監査役の設置も任意であり、会計監査人の監査や計算書類の公告の義務づけもなく、民事の一般原則である自己責任によっても、会社債権者が保護されるという保証はない。事前の債権者保護規制が存在し、事後規制である業務執行者の第三者に対する損害賠償責任によりカバーすることによつて、会社債権者保護を図ることができるのであり、⁽¹⁷⁾このような規制緩和が、無軌道な会社を生むというリスクを考えると、再検討する必要があると思われる。

すべての株式会社は、計算書類の公告を義務づけられ（会社法四四〇条一項）、決算公告を懈怠した場合には、一〇〇万円以下の過料の制裁が規定されている（会社法九七六条二号）。これは、有限責任の会社である株式会社における会社債権者保護を重視した義務化である。合同会社の計算書類の決算公告は、官報や日刊新聞紙に掲載する場合には、経費がかかり、公告しても見る者が少ないかもしれない。しかし、株式会社においては、インターネットで計

算書類を開示する場合には、官報や日刊新聞紙に掲載する公告は不要であり（会社法四四〇条三項）、会社はコストをあまりかけることなく計算書類を開示することができる。合同会社においても、株式会社同様、会社債権者保護の観点から、少なくとも、計算書類の決算公告の義務化を図る必要がある。会社債権者保護は、社員が有限責任の恩恵を享受している限り果たすべき責任であり、合同会社は、不特定多数を相手に取引することは少ないかもしれないが、現在の債権者ばかりでなく、将来の取引先となる潜在的債権者保護の観点からも、計算書類の決算公告だけでも義務づける必要性があるのではないかと考える。なお、合同会社の税制については、一定の要件を満たす場合のペイスル課税の導入を検討すべきである。

(1) 長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス新会社法（第二版）』（商事法務・二〇〇六）六〇四頁。

(2) 稲葉威雄「会社法の基本を問う」（中央経済社・二〇〇六）三〇頁。

(3) この点については、拙稿「資本（資本金）制度の再検討―株主有限責任と会社債権者保護―」（神奈川法学三九巻一号（二〇〇六）を参照。

(4) 大会社である株式会社（完全子会社等）が合同会社に組織変更した場合、会計監査人の強制設置がなくなると、会社債権者の利益に影響が出かねないので、債権者保護手続が要求されることになった（江頭憲治郎「『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説（Ⅷ・完）」（商事法務一七二九号（二〇〇五）一一頁）。

(5) 郡谷大輔・岩崎友彦「会社法における債権者保護（上）」（商事法務一七四六号（二〇〇五）四六頁。

(6) 拙稿「会計参与制度の論点と展望」（神奈川法学三八巻二・三号（二〇〇六）一四頁。

(7) 片木晴彦「新しい企業会計法の考え方」（中央経済社・二〇〇三）一八一頁。

(8) 松嶋隆弘「合同会社の創設に関する一考察」（判例タイムズ一一六〇号（二〇〇四）六四頁。

(9) 篠原倫太郎「有限責任事業組合契約に関する法律の概要」（商事法務一七三五号（二〇〇五）一一頁。

(10) 増島雅和「持分会社関係」（税経通信六〇巻五号（二〇〇五）一七三頁。

- (11) 森信茂樹「日本版LLCの法整備と組合税制の検討」INTERNATIONAL TAXATION Vol.24 No.1 (1004) 111頁。
- (12) 森信茂樹「合同会社と組合税制」租税研究六六八号(2005) 101頁。
- (13) 上松公雄「持分会社を巡る税制」税研二二卷五号(2006) 37頁。
- (14) 森信茂樹、前掲注(12) 九八頁、九九頁。
- (15) 藤田哲雄「日本版LLC導入の課題」Japan Research Review Vol.15 No.3 (1005) 六頁、七頁。
- (16) 相澤 哲||郡谷大輔「持分会社」商事法務一七四八号(2005) 13頁。
- (17) 拙稿、前掲注(3)、一二三頁。