

新しい会社法制を求めて(VI)

— 会社法現代化要綱試案に関連して —

早稲田大学大学院法務研究科教授・弁護士

稲葉 威雄

目次	
はじめに	
一 利害関係の調整・調和	
二 会社の商号等(商法総則関連)	
三 会社形態の統合・規律の統一等 (以上二二一号)	
四 資本の位置づけ	
五 発起設立への一本化・現物出資等	
六 譲渡制限株式・持分の移転等	
七 自己株式の買受け等	
八 種類株式特に議決権制限株式・株式の単位等	
九 株主総会 (以上二二二号)	
一〇 取締役	
一一 委員会等設置会社	
一二 執行役員等	
一三 取締役会の決議方法と新しい委員会制度	
一四 取締役の責任 (以上二二三号)	
一五 代表訴訟	
一六 監査役制度の整理	
一七 監査役と内部統制システム等	
一八 補欠監査役(以上二二四号)	
一九 使用人兼務取締役	
二〇 会計監査人による監査	
二一 会計監査人の責任	
二二 計算の適正化	
二三 計算の開示(以上二二五号)	
二四 剰余金分配規制	
二五 資本と剰余金 (以上本号)	
二六 剰余金分配の自由化等 (以上本号)	

二四 剰余金分配規制

横断的規制

会社財産の払戻し、すなわち配当、中間配当、自己株式の取得等は基本的に同じ性格のものであり、これらについて横断的に同一の財源規制(いわゆる配当可能利益の範囲にとどめる)を課すること(第五

1)は相当と考えられる。ただ、その財源としての剰余金の意味を整理し、少なくとも株主に対する開示の上では、次の二五で述べる資本取引と損益取引とのそれぞれから得られたものの間の混同を避ける趣旨から言って、その払戻財源となる剰余金

について資本取引から生じた剰余金と留保利益とを区別して意識させるような工夫をする必要がある(要綱試案第五4(2)①イにおける「剰余金変動計算書」の記載内容等。しかし、これが作成される会社は限定される。第五4(1)(2)。
なお、資本や法定準備金の額に関する制限が名目的なものとされて、その拘束力の実質的な意味が問われている。その状況の下での剰余金分配規制のあり方についても、本来は根本的な検討をすべきではある(単に三〇〇万円だけを留保資産額とするだけで足りるものではない)。

株式買取請求に基づく自己株式取

得

自己株式の取得について、いかなる場合に財源規制を課さないものとするかについて問題があることは、前に指摘したとおりである（前記七）。企業再編の場合における反対株主の買取請求が特に問題になる。要綱試案は、法律上認められた株式買取請求については、一律に財源規制の対象外としている。それでよいかどうかについては、疑問がある。

確かに買取請求に基づく自己株式取得のうちでも、単元未満株式の買取りについては、法律が恒常的な請求権として認めたものであり、少量であることが普通で、特にこれについては右から左に市場で処分する余地も認めることにすれば、ことさら財源規制の対象にする必要はないと考えられる。

これに対して、企業再編は、会社の意思（多数株主の意思、簡易企業再編の場合には経営者の意思）によって、行なわれるものである。会社の任意の行為から生ずる株式の買取請求によって剰余金規制が守られない事態が生ずることはおかしい。その意味で、もともとが会社の意思で発行される種類株式（義務償還株式等）についても、このような事態

を惹き起こすものは許されないと、解される。

そして、議決権制限株式についても、その企業再編によって利益が害される（と考える）株主に買取請求を認めるのは当然であることからすれば（現行法は、この場合の手続が不明確であり、実際上これについて株式買取請求権の行使はできない。これも、立法の後始末が不十分なケースの一例である）、買取請求が

される株式は、総会決議の反対株主の持株には限定されず、少なくとも理論上は買取株式が極めて大量になる危険がある（安易に議決権制限株式を認めることの問題点である）。その場合には、財源規制の対象にしないと不都合な事態が生ずることも十分考えられる。

ただ、買取価格は企業再編がなかったら有したはずの公正な価格であり、直ちには確定しないから、株式の買取価額の総額がいくらになるかがはつきりせず、財源規制もかけ難いことは、確かである。

このような企業再編が安易に行われることがないように歯止めを検討すべきであろう（例えば早期の資本欠損の填補義務を認める等）。反対株主の買取請求は、経営者ないし議

決権上の多数株主の意思ないし利益と反対株主のそれとが反することから生ずる。

その意味では、株式買取請求をすする株主が多いため、その買取りによって資本欠損が起こるような企業再編はすべきではないというのが基本的な建前のはずであるが、その点についての制度的配慮が欠けている。

現物配当等

現物配当を許容すること（第五一（二）については、相当の価額で換価できるもの（市場性があるもの）に限定する等の配慮が要請される。さらに、剰余金分配の自由化（第五四）を認めるのであれば、そのことから生ずる問題点（決算におけるよな会社の財政事情の確認なしで行われる、いわば腰のための剰余金計算について正確性の担保ができるかどうか、営業年度途中で払戻しを行う二ーズがどの程度あるか等）を洗い直して検討する必要があるように思われる。

剰余金分配規制とこれに違反した場合の責任

剰余金分配規制の違反の典型状況は、違法配当によって会社の財産を危うくすることである（現行商法四八九条三号）。故意によるときはも

ちろん、過失によるときも、その責任は重大である（刑事責任は故意責任であるが、民事責任では故意がない場合のほうが問題である）。これまで、違法配当の責任は、無過失責任とされてきたが、既に委員会等設置会社においては、過失責任とされており、現代化法制では、これが一般化されることは確実と思われる。

過失責任化によって、剰余金分配規制等資本充実関連の責任に関する法制が、経営者にとって苛酷に過ぎるとの批判はなくなる。むしろ取締役・執行役はその責任を自覚させる制度とすることが必要である。剰余金分配は、必ず取締役会の決議に基づいてするものとし、その決議に異議をとどめなかった取締役は、過失がないことの立証責任を負い、その証明ができない場合には違法な払戻額について連帯責任を負うものとするべきである（第四七（二）②b案）。また、具体的な分配に当たっても、違法な決議に従ってはならないことは、明らかであるから、分配をした取締役等についても、同様の責任を認めるべきである。

この点では、現行の委員会等設置会社にあつては、責任の緩和が行過ぎていいる。剰余金分配に関する最終

的な決定権は、取締役会にあり、その決定に關与する取締役の責任は自覚して貰わなければならない。委員会等設置会社では、剰余金分配の取締役会決議に賛成した取締役のほか、取締役会に提出する配当議案作成及び分配に關与した総ての執行役について、同様の取扱いをすべきである（商特二一条の一八）。

この場合の無過失の立証がどのように行なわれるかについては、取締役等の当該職務執行における注意義務の具体的内容を検討・確定することを通じて明確にされるべきである。その責任の存否は、計算書類をはじめとする経理担当者・会計監査担当者から提供される情報の内容の正確性の吟味・判断に依存するから、その情報を信頼することが法律的に許容されるための条件（その吟味のスキル）を実務の現実を踏まえて具体的に検討する必要がある。

中間配当（中間期だけでなく、分配機会を拡大することが検討されている。第五四参照）や自己株式取得に伴う期末の填補責任については、剰余金規制違反の責任の一環であるが、確定した決算に基づかないでされるため、その責任は決算をまつて確定する。要綱試案では、この責任

の緩和が検討事項とされている（第四七(3)①）。

しかし、財産維持の目標額をあえて引き下げる必要はない。準備金は、債権者保護手続なしに減少できるから、勘定に入れなくてもよいという発想（要綱試案の補足説明）は短絡的に過ぎる。特に問題があるのは、自己株式の取得である。これは、株主への払戻しとはいっても、配当とは違って株主全員に等しく利益をもたらすものではない（市場での取得であっても、その機会の提供の告知があるかどうか、種類株式のある場合にはどうか等の問題がある）。その意味では、自由化された自己株式取得については、定款の定めが前提でかつ事実上は証券取引法適用会社に限定されるとはいいながら、定款の定めのみに基づいて取締役会限りでできることとした二一条ノ二第一項の平成一五年改正は、一般の利益処分との均衡上も明らかに突出したものである。

また、中間配当等で剰余金が現実に平等に株主に還元されたとしても、結果的に会社が資本欠損の状況に陥らせるような状況にすることは、本来の株主の期待とは反するものであり、取締役等の判断に帰責事

由がある場合において（無過失責任ではないことが前提となる）、株主の意思を問うことなく、その責任を不問に付してもよいという発想はおかしい。

そもそも資本勘定からの払戻しは、企業活動から得られる利益の率が一般の市中の利子率より少ないようなどきに行われるべきものであるが、それは基本的には株主と債権者の理解を得て行われるべきである（もちろん、その状況の開示と説明は、経営者の責務ではある）。

損失処理として法定準備金や資本の減少が期中・期末の総会決議でされた場合には、あえて填補責任を追究することはないということになるかもしれない。しかし、そのようなかたちでの責任免除をするかどうかは、株主の意思に委ねるべきもので、法律の建前として責任の限度額をこのように定めることは、不適切というべきである。

二五 資本と剰余金

資本取引と損益取引

資本、資本剰余金、利益等の概念の整理をした上で、剰余金分配規制を考へるべきである。減資差益、減準備金差益、自己株式処分差益等

は、資本取引から生じた剰余金として、その他資本剰余金（商規八八条）になるが、これは任意積立金と同様、取り崩して配当原資にできない。この場合の利益配当という文言（商二八一条一項四号、一九〇条等）は、誤解を招く。

資本取引から得られた剰余金は、会社の目的たる営利事業から得られた利益の配分として株主に還元されるものではない。株主が払い込んだものの払戻しに過ぎないことも多い。必ずしも経営者の功績による剰余金ではない。

同じ法定準備金であっても、資本準備金と利益準備金とは性質が違ふ。その意味で、資本準備金と利益準備金との区別を廃止するとの要綱試案の提案（第五二(2)）は適切ではない（少なくとも、現行では税金の取扱いは異なるはずである）。ただ、一旦資本化された場合には、利益の資本組入れも含め、会社法上はこれを資本取引勘定とせざるを得ないであろうが、少なくとも資本組入れの段階では、区別するのが本来のスジである。

準備金の減少が容易にできるようになったことにより、その剰余金を用いた払戻しが安易に行われる可能

性がでてきた。損益取引から生じた剰余金と資本取引から生じた剰余金とを区別し、その払戻しの原資を明確に表示する手当てをすべきであろう（これは、課税上の取扱いを合理化するためにも必要である）。

その意味では、自己株式の処分差益を直接にその他資本剰余金とはせず、資本準備金とする方向は相当である（第五六(6)注一）。もつとも、単元未満株式の買取りに基づく自己株式の処分については、前にも述べたとおり、処分方法を新株発行規制に服させることの廃止（市場売却を認めること）を含めて、損益取引的に扱うことの適否を検討すべきである。

なお、現行の会計処理として新株予約権の発行価額に相当する金額は、新株予約権の存続中は負債として計上する扱いのようである。しかし、これは、資本取引による将来資本の一部になる可能性のあるものであり、株主持分の一部を形成するものである。むしろ、株式申込証拠金に類するものとして資本の部に計上すべきもののように考えられる。

資本の形成—払込剰余金の意味
要綱試案では、資本の意味を減少させる方向の改正が目立つ。しか

し、資本は、会社財産の形成更には株主の出資持分における中核的存在である（株式と資本との結びつきが切断されたとしても、その本質に変わりはない）。その充実・維持ひいては会社財産の充実・維持は、物的会社において重要な意味があることは否定できない。要綱試案の補足説明は、現行法が積極的には資本額に相当する会社財産を維持すべき義務を課していないことを前提にその債権者保護機能を限定的なものとし、資本を剰余金分配の面でのみ機能する株主と債権者の利益調整のためのものと解しているようである。

しかしながら、株式会社は、基本的に株主の有限責任に価値を認めて成立した制度である。本質的に債権者が割りを食う建前になっている。そのことの弊害を防止するシステムを内在させる必要がある。株主の剰余金分配を受ける利益を債権者保護と等価値にみるべきものではない。株式会社形態をとる企業を倒産から守ることに配慮すべきであり、それは社会的な要請であるとともに、株主の利益でもあるはずである。この観点からの配慮をすべきである。

資本に組み入れる必要のない株式

の払込剰余金を発行価額（これを払込価額基準に改める第五二(1)には問題はない）の半額まで認めることにしたのは、昭和五六年改正であった。同改正前には、額面株式については額面超過額、無額面株式については発行価額の四分の一までの払込剰余金を資本に組み入れないことができた。改正作業の中で、額面株式と無額面株式とを統一し、資本組入額の下限をその無額面株式並みの発行価額の四分の三とする案が検討された（当時の一部の経営者には、払込剰余金とされることによって生ずる資本準備金は、その対価としての配当負担を考慮しなくてもよい「ただの金額」と考える風潮がみられた）。これに対し、いわゆる無償交付や増配の要求が高まることを懸念した経済界が反対した。

しかし、株主の持分は、資本の部に記載された金額全体であるから、資本の金額だけを問題にすべきではない（総株主資本利益率が問題である）。このような根拠による反対は理由がないが、政策的妥協として現行法が成立した。ただ、発行価額の金額が資本に組み入れられるべきものとする原則は、維持されている（商二八四条ノ二第一項）。

資本準備金について、近時の改正で、その性格が変更された。改正前は、直接に準備金を減少させることはできず、総会の決議で資本欠損の填補に充てるほかは、資本への組入れだけが認められていた。改正法は、総会の普通決議での準備金減少を認めた。資本の減少より準備金の減少のほうが容易にできることの方が、論理的だという理由づけがされている。しかし、それは、資本と資本準備金の振分けが適切にされていることが前提でなければならない。

株式払込金は直接の株主の出資金であり、これの減少については特別の取扱いをするのが相当である。資本準備金の中でも、払込剰余金は特別の性格をもつ。準備金減少の手續を設けるのであれば、むしろ株式払込金は、原則として全額を表示資本として資本に組み入れる（少なくとも原則に近い取扱いをする）改正を考慮すべきものであろう。この点は、本来は現代化の作業の中で見直すべきものである。

資本・法定準備金の減少

欠損填補のための資本減少を総会の普通決議で決することにする方向が示唆されているが、資本の減少を株主にとっては基本的に配当を容易

にできるようにする意味で不利益はないということと割り切つてよいものかどうか、資本として形成されたものの減少については、経営者の説明責任（資本に食い込むような損失を生じさせたことの責任の明確化）の面からいっても、会社の組織の根幹を構成する財産基盤の縮小という面からも、丁重な手続で株主の意思を確かめる必要があるように思われる。

要綱試案（第五二(五)）は、法定準備金の減少額の上限規制を廃止することを提案している。これは、最低資本金を廃止ないし有名無実化した場合の剰余金規制・表示規制の問題（第二一(2)(3)）と関連する。最低資本制度を無くしたとしても、相当の剰余金規制はすべきであり、それに見合う表示規制はすべきで、制約なしに減少を認めるべきではない。このことは、既に述べた（前記四）すなわち、少なくとも剰余金規制の絶対額に見合う金額を下回る資本減少は認めるべきではない。会社の財産充実の目標値として残しておくべきである。登記上の資本の表示が会社財産の実在を意味しないというのは、現行の資本制度の問題点ではあるが、それは会社の財産状況の開

示・公示の充実で解決されるべきものである。

なお現行法は、もともと利益準備金の積立限度であった資本の四分の一を法定準備金維持の限度額として法定準備金減少を制限している（商二八九条二項）。利益準備金の積立限度に関するこのような改正が望ましいものであつたかどうかは、疑問があるところだが、要綱試案は、これを前提として、その撤廃を検討事項としている（第五二(五)）。確かに、資本と法定準備金との区分が適切に行われていれば、資本額に制約されず、むしろ資本減少に先立つて法定準備金の減少を認めることが論理的である。ただ、この制限は、過少資本の状況を若干なりとも改善するという現実的な機能をもつことも否定できない。

このところの一連の法改正は、資本の意味を希薄化するとともに、安易に資本勘定を剰余金勘定に振り替えることを認める方向のみが目立ち、株式会社の財務基盤の確立による企業の持続的な継続（企業維持）という観点に欠落しているように思われる。資本勘定は、本来的に株主の持分であり、その縮小には嚴重な手続を要求しておくほうが政策判断

としては望ましいと考えられる（法定準備金について欠損填補の目的以外に取崩しが認められていなかったのも、その表れである）。

その観点も加味した総合的な見直しが要請される（株式の払込金を原則として資本化すべきことについては、既に述べた）。なお、欠損填補のための法定準備金の減少については債権者保護手続を不要としている現行法の扱いも、直接の法定準備金減少を認めず、特に資本準備金は全額が積み上げられている制度を前提としたものと考えらるべきで、緩和の方向への一方通行であつてよいかどうかよく考える必要がある。

ちなみに、有限責任を認める条件としての最低資本金額に比重をかけた方向での総合的な見直しをするのであれば、法定（特に利益）準備金の積立限度も資本金基準ではなく、負債基準を導入する等、新しい法制の下における債権者保護等の要請の充足について適切に機能する制度を検討すべきである。

二六 剰余金分配の自由化等

剰余金分配の機会の特例等

要綱試案は、会計監査人が設置されている会社について、分配機会、

決定機会の特例を認める提案をしている（第五四(1)）。これは、計算書類の確定や利益処分を株主総会決議事項とせず、取締役会限りでできることにすることの延長であるが、この会社の範囲について単純に会計監査人設置と結び付けることに問題があることは、前に会計監査人と機関設計の項で述べた（二〇）。

委員会等設置会社と同様に取締役の任期を一年とした監査役（会）設置会社についても、計算書類確定だけでなく、利益処分も株主総会決議事項から外して取締役会決議による余地を認めることは、政策判断の問題である。委員会等設置会社とことさら差を設ける合理的な理由はなく、取締役会限りでの自己株式取得が許される現行二二一条ノ二第一項の存在からいえば、むしろ当然というところかもしれない。

現行では中間配当に限られている剰余金の分配機会の自由化も、前に述べたとおりその二一ノズが現実存在し、期中での剰余金の計算の正確性が担保され、これに伴う責任が明確にされるならば、前記の自己株式取得に関する現行の扱いを前提にする限り、そこまで行き着くのは自然ということになるであろう。期中で

の剰余金計算の正確性の確保が鍵となる。つまり、これを認めるのであれば、半期報告、四半期報告といった期中の情報開示の充実についても、制度として手当てをすべきである。これを通じて期中での剰余金計算のシステムの整備を図ることができよう。

これを認める会社の範囲については、自己株式取得とのバランスを考慮する必要がある。対象会社を限定しない現行商法二二一条ノ二の規定（事実上は証取法適用会社に限定されるとしても）が、規定のかたちとして適当なのかどうかを改めて問い直さなければならぬ。

利益処分等を取締役会権限にした場合の株主の関与

利益処分の中の資本組入れ、損失処理のうち資本金や法定準備金の減少などは、株主総会の権限に当然留保されるべきものと考えられるが、それ以外の処分例えば配当額については、現在の委員会等設置会社とのバランスで取締役会権限とすることができるとする会社の範囲等については、既に述べた。その場合に株主の関与のあり方（株主提案に基づく総会決議による変更）が問題にされている（第五四③）。

配当（株主への還元）と内部留保の比率については、経営判断であるとともに政策的な面があり、取締役会の判断に不服な株主が総会決議によつて自ら決定する余地を認めてもおかしいことではない。しかし、経営判断の要素を重視すれば、それは任期一年とされた取締役の不再任の問題（会社がする取締役選任議案への株主による反対提案）として処理することも考えられる。いずれにしても、委員会等設置会社の扱いと基本的な違いがあることは不適當である。

役員賞与

役員賞与について、利益処分を取締役会で決定する会社においては、利益処分としてではなく、別に総会決議によることの提案がされている（第五四④）。これについては、これまで利益処分で与えられてきた「役員賞与」と業績連動の報酬や「ボーナス」等のそれぞれの性格、差異、報酬とは別に利益の配分に与えることを認めることの可否・要否（全てを報酬として整理できないか）等を整理して検討する必要がある（委員会等設置会社における取締役や執行役については、既に生じている問題ではある）。（以下次号）

■日本司法書士会連合会

●「全国一斉司法書士法律相談」を開催

日本司法書士会連合会では、全国にくまなく存在する司法書士の特質を生かして、市民のみならず、相談ができるよう、全国の司法書士及び司法書士会の協力を得て、全国一斉司法書士法律相談事業をはじめとする各種相談事業を実施しています。

『法の日』である一〇月一日を皮切りとする全国五〇の司法書士会の主催による「全国一斉司法書士法律相談」の実施は、平成一六年度で三一年目を迎えました。平成一五年四月以降は、司法書士法に定められた「特別研修」を修了し、法務大臣より認定を受けた司法書士に対しては簡易裁判所での民事訴訟代理権等が付与されています。

この「全国一斉司法書士法律相談」は、身近な法律家である司法書士の職務全般にわたって、各司

法書士会が無料で相談を受けることを主要な目的として、次の要領で開催されます。

【実施期間】

一〇月一日（法の日）～一〇月七日

* 各司法書士会の事情により相談施設の設置状況は異なりますが、司法書士会、司法書士事務所、公共施設、デパート等を利用することにより、できるだけ上記期間に連続して相談事業を実施できるように努めています。

詳しい日時、会場については各都道府県の司法書士会へお問い合わせください。

【相談内容】

簡易裁判所での訴訟代理関係業務／裁判外での和解／登記／相続／不動産／会社設立・変更／少額訴訟／破産・個人再生／成年後見／法律相談