

会社法の論点解明(一・完)

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
- I 一般私法の一環としての会社法
- II 立法過程に関する問題
- 一 立法の基本
- 二 そのためのシステム―法制審議会と意見照会
- 三 歴史の重み
- 四 拙速の立法
- 五 手続(多角的検討)の重要性
- 六 法務省令の制定過程―会社計算規則の意味 (以上二四五号)
- III 会社法の理念と体系
- 一 社会生活を規律する道具としての会社法
- 二 理念の整理と体系化
- 三 規制緩和の意味
- 四 会社類型の整理(その一)―株式会社への統合
- 五 株式会社の特徴
- 六 会社類型の整理(その二)―持分会社という区分 (以上二四六号)
- 七 会社に関する制度・規定の整理のあり方 (以上二四七号)
- 八 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ―内容
- 九 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ―表現・文言 (以上二四八号)
- 一〇 会社法と法務省令 (以上二四九号)
- IV 会社の区分
- 一 問題の所在―歴史的経過
- 二 会社の種類と区分の意味
- 三 株式会社の特徴と実態
- 四 株式会社の種類問題点 (以上二五〇号)
- 五 会社法における株式会社の種類―定義の定めがあるもの
- 六 株式会社の機関構成に関する類型の設定 (以上二五一号)
- V 社員(株主)有限責任を支えるもの
- 一 問題の所在
- 二 資本の意味
- 三 会社法における資本に関する処理の論点 (以上二五二号)
- 四 余剰金払戻規制
- 五 計算の適正とその開示
- 六 合同会社 (以上二五三号)
- VI 会社法における株主平等原則
- 一 会社法制定前の基本的な考え方
- 二 会社法一〇九条がもつ意味―平等原則の意味をどう把握するか
- 三 種類株式と株式の単位
- 四 新株予約権と株主平等―企業買収防衛策との関係
- 五 株主平等と関連するいくつかの問題
- 六 株主平等原則の意味づけ (以上二五五号)
- VII 残された論点
- 一 株主総会の意味と定款自治
- (1) 株式会社の株主と株主総会の役割
- (2) 株主総会の役割と定款自治の拡大
- (3) 定款自治の意味
- 二 会社法における計算と開示
- (1) 計算と開示の意味
- (2) 会社法の計算規定
- (3) 会社法による計算・開示に関する省令委任の問題点
- (4) 法務省令における開示と計算
- 三 金融商品取引法との調整
- 四 その他の論点
- (1) 取締役の責任等
- (2) 組織変更・組織再編
- (3) 企業結合 (以上本号)
- 終わりに

Ⅶ 残された論点

会社法（それを補充する法務省令が一体をなす）は、日本の経済社会の基本的な基盤（インフラストラクチュア）としての会社制度を規整する基本法である。これまで述べてきたとおり、この法律および省令は、制定過程にも問題があり、それらが抱える内容面での問題点も、極めて多い。

本連載での試みは、会社法が定めている法制度の成り立ちとその内容について基本から考え直すことによつて、その立法としての問題点（論点）を浮き彫りにして、今後の解釈論の展開と立法活動への展望に繋げたいというものであった。しかし、膨大で複雑な新しい会社法制度の問題点のすべてに触れることは、至難というべきである。

本稿ではできる限り多角的な検討を心がけたが、その場合観点を變えて考えれば、同じ問題を違つた項目で扱うことにもなつて（法や省令全体に共通する問題いわば総論と個々の制度を考えるについての問題いわば各論とは交錯する）、その整理の内容は複雑多岐にわたることになつた（次々と新しい問題点が意識され

る）。また、各論となる個々の制度の問題について、論じ残した事項はまだ多い。

しかし、本稿の執筆開始からすでに一年が、会社法が施行されてから二年近くが、経過した。ここらで一区切りをつけるべき時期だと考えるようになった。そこで、本連載は、本号で終えるが、その終わりに当たり、本連載で検討し残したと考えられる問題点のいくつかについて、概観することにした。

一 株主総会の意味と定款自治

(1) 株式会社株主と株主総会の役割

会社法は、会社という法人の組織と運営のあり方を規制する法律である。会社は、ヒトの結合である社団法人とされ、株式会社は、株主をその構成員とする。株主が、株式会社の収益機能と支配権能をもつ根源的存在である。会社は、事業を遂行するためのツールであるが、その基礎的な支配権能は、主に株主総会という株主による会議体が担うものとされる。

株式会社の特色は、事業遂行能力をもたない投資者がもつ資金（資本）の結集を図ることができるという

点にある（それによつて、大規模事業を行うことができ、また資産を持たない事業担当者の能力を生かすことができる）。そのため、投資者たる株主とは別の存在として、その業務遂行に関し会社および第三者に対する責任を負う経営者（取締役等）の制度が認められる（株式会社以外の種類の会社では、社員以外の機関は認められない）。

そして、株主は、原則としてその支配権能の行使について、責任を負わない（有限責任）。ここでは、株主が必ずしも経営に真剣に向き合わないという現象が生ずる。それは、その制度の仕組みから、当然に想定されることである。もちろん、株主も十分な投資の成果が得られないのは困るから、その意味での関心をもつことは当然であるが、それは直接の経営判断をするのに必要な情報や能力の取得まで求められるということではない。

それは、専門家としての経営者（その職務遂行の対価として報酬を得る）に任せるといのが、株式会社制度の本質である。

したがつて、株主総会の無機能化（支配権能の無力化・経営者支配）は、株式会社法制に関する古典的な

問題点である。典型的な株式会社（注1）とされるいわゆる上場会社（資本（証券）市場において、その株式の取得・処分が自由に行われることによつて、資金調達をする会社）については、株主の分散が進み、株主は、総会での議決権の行使に意味を認めない傾向が強まる。

（注1）株式会社は、汎用的な機能をもつ。経営と所有とが分離した大規模会社があるが、現にわが国に存在する株式会社は、数的にはそのような会社はむしろ極めて少数である（もちろん、その経済社会に占めるウェイトは極めて大きい）。特に有限会社を廃止して株式会社と統合したことも手伝い、数としては圧倒的に小規模・閉鎖的な株式会社が多くなつた。そのような会社についても、株式会社法制が適合しないというわけではない。株式会社の特色は、経営を行う機関が社員たる地位と制度的に分離していることであるが、これを同じ者が兼ねるといふことは禁止されない。もつとも、事実上兼ねる場合（事実上の経営支配）については、問題が生ずる。

そして、公開会社（会社法二条五号の定義によるものではなく、株式が市場で流通する会社を意味する）は、それなりの規模（集める資金の量が大きい）の会社ということになる。これに対し、株式に流動性がない閉鎖会社

(これも、会社法の非公開会社ではない)については、小規模会社であることが多いが、企業結合の進展に伴い、閉鎖的大規模会社(典型的には、完全持株会社の従属会社)も多く出現する。このような従属会社の株主(支配会社)は、機能株主の極ともいうべき存在であるが、支配会社が公開会社であれば、支配会社の経営者による支配の道具となる。適切な企業結合法制が求められる大きな理由である。

上場会社の多くの株主は、総会で議決権行使に無力感をもつ一方で、経営に不信感をもてば、総会での議決権行使によって経営改善を図るといふより、株式を売却して株主の地位から離脱するという選択をする傾向をもつ(無力感・無関心という意味では、国政選挙などについても同じ問題があるが、こちらは国民・地域住民という地位から簡単に離脱することはできないから、政治参加によって改善を図るほかはない)。そこでは、株主総会がもつ支配権能は、形骸化する(行使されない・株主の判断に基づかず経営者の言いなりになる・判断の内容がおかしい等)。株主の多くは、会社の経営に関与する能力がなく、その意思も、もたない。

(2) 株主総会の役割と定款自治の拡大

そのような株式会社の株主総会の権限は、法制面ではこれを縮小する方向が採用されることになる(これは、昭和二五年法改正以降一貫した法改正の流れである)。これは、法の形骸化(機能マヒ)を避けるためには必然のすう勢である。もちろん、株主による監視機能の確保・充実に努めることは、これと矛盾するものではなく、むしろその補償の意味をもつし、そのほか経営者支配の弊害を防止するための代償措置の確保が要求される。

会社法においても、たとえば、これまで委員会等設置会社のみ認められていた利益処分・損失処理につき、その対象会社の範囲を拡大して、会計監査人設置会社について、剰余金の配当等に関する権限として取締役会への移転が一般化されている(四五九条・四六〇条)。

しかし、これは株式会社一般の法制度とはされず、これを採用するには、特段の定款の定めが要求される。委員会等設置会社になることにつき、定款の定めが要求されており、これとセットとされていた。会社法においても、委員会等設置会社

でなければ、取締役会・監査役会設置、一年毎の取締役信任の機会の確保が要件である。

つまり、会社あるいは株主としての地位の根幹にかかわる事項については、株主の判断を仰ぐ必要がある(経営者支配に対するコントロール手段として適当な代替策がないという面がある)(注2)。その株主の判断に委ねられるべき事項(逆にいえば、必ずしもその判断によらなくてもよい事項)の選択とその選択の正当性を確保するための手段について、十分な検討・配慮が必要である。

(注2) たとえば経営者の選択について、株主総会の権限とする以外の適切な方法は、考案されていない。もちろん、有能(全知全能に近い)かつ無私な経営者の発見・確保ができれば、その独裁の継続は、最も効率的であろう。しかし、そのような人材の確保は、通常期待できない。また、それが継続するという保証もない。これも、会社はだれのものか、という議論とつながるが、株主以外の関係者にその選択権を認めることは困難である。

労働者の経営参加は、ドイツをはじめとするEU諸国で広く行われているが(これも株主に代替するものではない)、わが国では、これを推進しようとする動きはないと思われる。企業内労働組合がその参加母体になるとする

と、癒着が起こる危険は高い。まして、公権力の経営者ないし経営への直接の介入は、そもそも株式会社制度そのものを形骸化しかねない。

結局は、株主の無力感とその身に余る負担をできるだけ軽減する措置(本当に関心をもつべき事項に権限を限定して、その判断に必要な情報を適切に提供する等)を講じながら、株主による適切なコントロールを期待するほかない。その場合、株主総会において、経営者としての適性に関する情報、個人的利益を追求していないかどうかをテストするための情報の開示を強制すること(情報が開示されることによつて経営者に自浄作用が働くことが期待される)が、有効である。

ある事項を総会権限から外す場合には、それによつて経営者支配の可能性が拡大することを意識した検討を尽くす必要がある。総会での承認が必要とされることは、一つの障害(バリア)であるから(承認を得るための事前の説明責任の履行が求められる)、経営者が当該事項に関して安易な選択をすることを抑止する意味をもつ。定款の定めを置きさえすれば(仮に定款変更の手続を経たとしても、そこをパスしてしまえば)、後は経営者のやり放題という事態にしてはならない。

事後(そのタイミングとその履行

確保とが問題である)の説明責任の履行によって(これによって責任追及の可能性が増える)、その適正を図ることについても、十分検討配慮すべきである。たとえば、四五九条一項各号に定められている事項にしても、配当については、定時総会で当然に主題として取り上げられるであろうが、その余の事項に関する説明がどのようにされるかが、問題で、その説明を事業報告の内容とする等の配慮をすべきものである(およそ説明なしで、問題点を発見することがいかに困難かは、会社法の検討に際して十分認識させられたところである)。

その点では、種類株式の拡大や汎用化された新株予約権の発行(すなわち、会社の支配権の変動つまりガバナンスに直接影響するもの・場合が多く含まれる)の権限が、公開会社(一部譲渡制限をしない株式を発行する)というだけで、原則取締役会に委ねられたことには、大きな疑問がある。

会社法は、有限会社をも統合した株式会社全般について定款自治の拡大の方向を採用している(注3)。機関設計や種類株式の定めがその典型であるが(三二六条二項)、機関設

計の前提条件としての会社の類型を定めている株式譲渡制限も、定款自治に委ねられている(注4)。

(注3) これを会社法の特徴を示すキーワードの一つとするのは、宍戸善一『定款自治の拡大と明確化』商事法務一七七五号一七頁(二〇〇六年私法学会シンポジウム資料参照)。いわゆる持分会社にあつては、構造として所有と経営との分離はないことが前提である(社員は、業務執行を担当するのが原則である)。そこでの定款自治の拡大は、本文に述べたような問題は生じない。定款自治によるフレキシブルな設計が許容される。

もつとも社員に有限責任を認める場合には、それによる制約が起ることには避けられない(債権者を害するような定款の定めは、認めるべきではない)。ここでは、専ら株式会社について論じるが、外部関係に影響を及ぼす定款の許否の問題は、合同会社などについても同じである。

定款は、会社の根本規則であつて、会社の基本性格を明らかにするものであるが、その具体的な条項は、実質的な株主の利益に大きく関係する重要事項とそれほどでもない事項とがある(商号、目的、本店所在地等は、絶対的記載事項であるが、それほどの影響を株主に与えない場合も多い)。定款変更の手続は、特別決議であるが、その軽重に応じて要件を定めるのが相当である。

(注4) 株式会社と有限会社とは、その実態を反映して異なった企業形態(会社の種類)とされていたが、これが株式会社という同じ種類にまとめられ、その実態に即した組織・運営のあり方は、定款の定めによって定めるものとされている。このこと(特に機関設計)の問題点については、すでに会社の区分の問題として論じた。つまり、会社の実態を問わず、単なる全株式譲渡制限の定款の定めの有無を会社区分の出発点とし、セットで(類型ごと

に)規整するという考え方をやめて、基本的に定款の定めでの多様な組織の形成・運営を認めている。その適切な選択のための条件付けが十分されていない(たとえば、機関設計に関し、取締役会と監査役や株主総会の権限、会計監査人と監査役などが結び付けられているが、それらは会社の実質との必然的な結び付きがなく、恣意的な選択が可能である反面、必然性がない束縛がある。その条件付けの意味の説明ができない)。これは、株式会社に関する各制度の組合せによって構成される具体的な組織がどのような会社に適合するかについての示唆・助言という、立法が担うべき機能を放棄するものである。

そのような定款自治の拡大は、その会社の出資者・支配者としての株主が少数で親密な関係(顔が見える距離)にあり、経営者との距離も小さい会社つまりかつての有限会社

のような会社や、株主が機能株主である場合つまり会社の状況を把握しそれに即して自己や会社のために適切な判断ができるベンチャーキャピタルのような場合には、それでもよいが(それでも、それなりの問題があることはもちろんだが、相対的にメリットが大きい)、無機能株主が多い大規模会社の場合には、大いに問題がある。

その問題点は、定款の定めによる健全性の確保に関する疑問・経営者支配の助長・少数株主の圧迫に関するものである。まず、基本的に定款設定は、株主の意思によるが(定款自治は株主自治を意味する)、株主が会社の健全性確保にどの程度意を用いることを期待できるかについては、疑問がある。つまり、会社が利益を得ること(効率性の確保)が、株主の利益に繋がるから、そのために健全性の確保が犠牲にされる(株主の利益に資する限りでは配慮されるところとしても)おそれがある。

すなわち、会社(株主)の利益(特に短期的なそれ)の達成は、健全性の確保と背馳する要素がある。もちろん、長期的な会社の持続的発展のためには、健全性の確保は極めて重要であると考えられるが、株式

について短期の利得を得ようとする株主は、健全性を犠牲にしても短期の利益を求めることが考えられる（これが、ショートレンジで利益を得ようとする株主が支配権をもつことの問題点である）。

経営者による不適切な定款の設定（総会への提案）をチエツクする能力が総会に欠如していると、その定めによって経営者支配が助長される（たとえば、経営者に対するチエツク体制は、定款による機関設計による面がある）、健全性の確保の上で問題がある。そのほか、株主特に少数株主の利益が害されるおそれもある（委員会設置会社のようにセツトで大きな体制変化が示されると、その可否についての株主の判断は形成しやすいが、個別の事項に細分化されると、その是非の判断が困難になるということもある）。

特に定款による種類株式や単元株式の内容によつては、少数株主の抑圧（少数支配）が起こるおそれがあることについても、すでに論じたとおりである。具体的なニーズを考慮しない制度（たとえば多様化された種類株式）の利用についても、定款自治に委ねられている（注5）。

（注5） 定款自治は、形式的には株主総会による自治であるが、それは多数株主の意思に依存し（少数株主の意思は無視できる）、経営者によるコントロール（提案）に基づく。株主は、経営者を信頼するのが通例であり、その提案に反対するだけの情報（将来予測）を得ることは困難である。つまり、経営者支配や少数株主の抑圧は必ず起こるというのではなく、悪用されれば、そうなる可能性があるというものである（信頼できる経営者が将来とも確保されるという保証はない点の問題である）。提案をする経営者を信頼する限り、その危険があるから反対すべきだという判断を株主に期待できるか、また期待すべきものかどうかは、疑問である。

（3） 定款自治の意味

株式会社制度を考える際には、これにかかわる多様な利害関係者間の利益状況の調整が必要であるが、その場合の定款自治がもつ意味を考える必要がある。特に無機能株主が多い会社（これは同時に大規模会社でもある）（注6）には、その判断に重きをおくこと（その典型が、定款の設定。つまり定款自治は同時に株主自治である）には、関係者間の適切な利益調整と社会的な利益つまり健全性の保持のいずれの観点からも、問題があるように思われる。

（注6） 既述のとおり、無機能株主（経営つまり事業の遂行能力が欠け、ひいては経営に対する関心が薄い株主）が多数存在する会社は、経営と所有の分離を前提とし、株式の流動性（容易に換価できること）を利用して、資本市場から資金を調達する会社（本来的な意味での公開会社）である（上場会社が典型である）。手持資金を利用して直接事業を行う意思・能力が欠けている者もつ資金を結集すること（大規模資金の調達）が、株式会社の本来の特質である。それによって、莫大な資金を要する大規模事業を効率的に行うことができる。

もつとも、大規模会社は、直ちに公開会社つまり株式に流動性がある会社を意味するものではない。その典型が、たとえば、持株会社を頂点とする企業集団の中での子会社（なかならず完全子会社）である。会社法における「公開会社」と「非公開会社」という二分法を基本とすることがもつ根本的な問題点である（さらに会社法上の公開会社と非公開会社という区分は、必ずしもその実質的な閉鎖性を表わすものではないことは、既に指摘したところである）。このような閉鎖的な大規模会社にあつては、株主間の対立という問題を除いては、複雑多様な利害関係が錯綜し、その適切な調整が要請されるし（倒産しては困る）、社会的な影響も大きく、したがって経営に健全性が求められる。株主が多い公開会社を頂点とする企業集団の中の閉鎖的な

株式会社の場合には、その支配株主たる公開会社の株主によるコントロールは希薄化し（経営者支配が貫徹する危険がもたらされる）、その経営の健全性・効率性をどのように確保するかという問題が起こる。なお、金融商品取引法二四条により有価証券報告書を提出しなければならぬ会社でも、株式以外、たとえば社債で大量資金調達をするものもある。

定款自治が妥当するのは、本来は会社の内部関係についてである。その典型は、株主間の利害調整である（たとえば、閉鎖的な会社における株主間契約の効力を強化する趣旨がある）。そして、株式会社の機関設計つまり株主・株主総会その他の会社機関等の関係の規律の仕組みの設定も、形式的には内部関係かもしれないが、実質的には外部の利害関係者に多大の影響を与えることがある（業務執行事項に関連するもの）。

その法律上の問題の基本は、株主（株主総会）が享受する「権限あれども責任なし」（その出資額を超え責任を負わない）という原則（株主の有限責任）である。特に外部に影響を及ぼす事項につき、その決定に責任を負わない株主の意思をどこまで重視すべきものかという根本問題がある。株主の保護のためその意

思を尊重すべき要請（経営者支配のチエックを含む）との兼ね合いが問題になる。

この有限責任の原則が妥当し、貫徹すべきなのは、無機能株主についてであり、経営に口を出す株主については、その例外を認める余地がある。この観点からは、無機能株主が多い会社の株主総会については、経営者の意向が反映し、これを支える一部の機能株主がこれを牛耳ることになりやすい（無機能株主は、無批判に付和雷同する）。このような会社について、定款の定めによつていらずに総会権限を拡大することは、疑問である（注7）。

もちろん、経営者支配を助長する方向（特に株主の会社支配権限の帰趨を左右するもの）での定款設定等の自由化は、さらに問題ではある（注8）。その意味では、まず、法定の権限を適切に設定することが望まれるが（それであれば、定款による微調整で間に合う）、それにはまず実態に即した会社の類型を明確にして、それに対応した定めとすることが必要である（上場会社と同族会社その他の旧有有限会社に相当する会社などは、およそ一律には扱えない）。会社法では、この方向での努

力は放棄されている（会社法二条五号から一三号まで株式会社の種類は、六号の大会社以外は、実態ではなく、定款の定めによる区分である）。

（注7） 少なくとも経営判断の対象になる事項についての適法な総会決議は、その執行は妨げられず（取締役がその執行を拒否すべき場合、拒否できる場合があるかどうか）、これによつて損害が生じても、経営者は、その経営責任を追及されることはないことになろう。違法な決議には従うべきではないが、取締役としては、してはならない善管注意義務違反になる判断を総会がした場合に、その執行を拒否できるか、また拒否すべきかについては、争いがある（四二九条の責任との関係はどうか）。その責任の隠れ蓑として利用されるおそれがある（これは、一切の事項を株主総会の権限とする二九五条一項の定め、もともとは有限会社の取扱いの問題点でもある。支配株主と経営者が同一人である会社で、総会で業務執行を決する場合の扱いがその適例である）。

（注8） 定款によつて定めることができるとされている事項が、いかなる趣旨に基づくものであるかを検討する必要がある。定款で規定することができることされる事項も、株主総会の無機能化を促進するもの（たとえば、剰余金の払戻権限の剥奪）と逆にその権限を強化するもの（たとえば、定款による法定外事項の権限化）とがある。

その場合、どのレベルを標準（原点）とすべきかが、まず問われなければならない。しかし、これは、既に述べたとおり、当該株式会社をめぐるその株主の性格をはじめとする利害関係の質・量と大きく関係する。有限会社にふさわしい小規模の会社と資本市場から資金を集める大規模株式会社とは、およそ異なる。株主の意思の尊重の必要性、定款自治が妥当する範囲など、基本的な差異があるといふべきである。たとえば、特別決議要件は、その点の配慮なく、三〇九条二項において定められているが、その原点を別にすべきであった。そして、定款で定めることができる事項も、整理して差を設けるべきである（決議要件の緩和は株主の総会参加意識の欠如つまり、無機能化への対応策である）。たとえば、非公開会社について特に定数要件の軽減を認める必要はないし、頭数要件を原則としないことも適当ではない。

機関設計とか、種類株式の定めは、会社法上、定款の定めによることにならるが、原始定款で定められる場合には、一般の株主に批判能力があるかどうか、疑問がある。株主自治といつても、本当の意味での株主の総意の集約でないことも、多からう。

そして、本来的な株式会社については、その抱える利害関係の多様複雑性と株主総会の無機能化から、特別の定款の定めの特許については、慎重であるべきで、これを許す場合も、その場合の効果を考えて、そのための条件設

定に意を用いる必要がある（たとえば、委員会設置会社の場合・剰余金分配決定を取締役権限とする場合等）。

株式会社における定款自治は、株主による自治である。その背景には、私的自治（レッセフェールの思想）があるはずである。しかし、専ら当事者の合意に基づく契約法の世界でも、その合意に至る立場の強弱・合意の前提となる情報の非対称性等から、消費者契約・借地借家契約・附合契約（約款）等について、その自由（契約自由）は制限され、規制されている。そこでは、法律がその不均衡に着目した後見的機能を果たすことが期待される。

まして、定款の形成は、原則として、株主全員の合意（同意）ではなく、多数決原理による（少数者の意思は無視される）。経営者と株主との間には情報の非対称性がある。反対株主に株式買取請求権による保護が認められる場合（一一六条）もあるが、限定的である（しかも、その実質を担保するシステムつまり適正な補償すなわち適正な買取価格を定めるための手続等は、不十分である）。新しく株主となろうとする者は、既存の定款を承認するほかに（契約締結における約款と同じ）。こ

ういう現実を考慮する必要がある(注9)。

(注9) 会社を「契約の束」と捉え、「契約自由が関係者の富の最大化をもたらし」という法と経済学の思想があるが、その合意関係者間の力関係の不均衡・合理的な判断のために与えらるべき情報の不完全性・さらにヒトが常に合理的な判断をするものではないという現実を無視した絵空事というほかない(市場原理主義がその支えであるが、市場が常に理性的なものであるとは到底いえない。現に暴力的な資金の力が支配する面が大きい)。このような幻想の上につけて、会社制度を考へることは許されない(これは、強者の論理であり、力の支配の容認である)。法人は、法律によって法人格が付与される。それが、社会の道具として、有効に機能する条件を十分検討する必要がある。安易にその成立の条件が成立の姿を自由化してよいものではない。もちろん、情報・判断力・交渉力等の力関係が対等の関係者間(しかも、第三者の利益を害しない)という限定的な局面では、定款自治を大幅に許容する余地があることは、すでに指摘したとおりである。

この問題に関する私見については、拙稿『定款自治とその限界』法学セミナー(二〇〇七年)九月号二二頁をも参照のこと。

二 会社法における計算と開示

(1) 計算と開示の意味

この問題については、既にV五において、有限責任を支える条件としての角度から論じたが、ここではさらに敷衍して述べる(計算は、資金調達、企業統治、組織再編いずれにとつても、その基盤の制度として、極めて重要な意味をもつ)。

ここでの「計算」と「開示」とは、最も広い内包と外延をもつ概念として扱う(注10)。昭和五〇年の「会社法改正に関する問題点」では、「株式会社法の計算公開」と一括りにした項目が提示されていた。当時、会社法での事業報告に相当する営業報告書は、計算書類に含まれていた。公開は、計算の一般公衆へ向けた情報開示(決算公告と登記所での開示)を想定していたものである。

(注10) 開示は、会社のすべての制度の構成要素となるものである。開示という語は、たとえば会社法では、過料の制裁を受ける事項として、九七六条三号で「この法律の規定による開示をすることを怠ったとき」として使われている。しかし、この開示は、極めて限定的な意味である。この定めは、平成一三年法律一四九号による改正で加えられたもので、会社法でいえば、四二五条二項や四二七条四項における開示という語に対応する限定的なものである。

る。情報開示一般を指すものではない。そのほかの情報開示の懈怠については、別の定めによって、過料の制裁の対象とされている。

a 計算

ここで、計算は、会社の経営成績(損益)と財産状況とを明確にする財務情報の集約過程とその成果を意味する(注11)。この情報は、株主をはじめとする利害関係人(これから利害関係をもとうとする者を含む)に開示されてはじめて意味をもつ。

つまり、会社法上のそのような情報の集約は、その開示のためになされるものである(開示の問題と不可分である。開示を前提としない家計簿や小遣帳とは違う)。その利害関係者の範囲は、会社の性格によって異なる。社員(株式会社では株主)は、株式会社、持分会社とも共通であるが、社員有限責任の会社(株式会社と合同会社)では、債権者が重要である。

(注11) 計算という語は、会社法の伝統的な用語であるが、会計という、より一般的な語も使用されている(三八九条の「会計に関するもの」、四三一条の「株式会社の会計」、会計参与、会計監査人等)。また、金融商品取引法では、計算書類とはいわず、財務諸表

という。これらの用語について、法令の上で、厳密な使い分けはされていないと考えられる。

さらにいえば、その開示の相手としては、これから利害関係をもとうとする者(その株式を取得し、信用を与えようとする者)も、重要である。これらの者は、会社自身をはじめ、その取引の相手から必要な情報を得ることが期待されているが、社会的な影響をもつ企業については、潜在的な利害関係者に対する情報開示が重要である。たとえば、直接に現実の債権を取得しない顧客であっても、その商品の欠陥・瑕疵について責任を追及しなければならぬ、という事態は起こり得る(潜在的債権者)。

計算に関しては、トライアングル法制の存在が従来から指摘されてきた。会社法、企業会計法(金融商品取引法)、税法の三つである。

金融商品取引法による企業会計は、専ら投資判断の資料としての開示規制を目的とする。また、これは資本市場で取引される金融商品(有価証券というものがその表現であったが、必ずしも有価証券の形をとらないものも現れてきた)の発行会社が専ら対象とされ、発達してきた。税

法は、専ら税の徴収（税負担の公平）という見地からの法規制として、独自性をもつ（注12）。

（注12） 法人の所得（益金・損金）計算についても、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算されるという法人税法二二条四項の規定があるが、税法固有の政策目的による多くの特段の定めがある。

会社法は、会社の経営成績と財産状況を明らかにする点では金融商品取引法会計と同様の目的をもつほか、有限責任の会社（特に株式会社）の場合には、会社財産の払戻規制（会社財産の確保）ひいては倒産防止という目的が、独自のものとして存在する。これは、貸借対照表を基準として行われるのが、現在の建前であるが、その計上は、保守主義的なもののほうが望ましい面がある。しかし、恣意的な利益操作が行われるのは困る。

期間損益計算上、費用・損失の期間配分の適正という見地から計上される繰延資産は、その将来の収益への寄与の確実性が問題である。同じ目的で計上される引当金は、有限責任の見地からは、むしろ計上不足が問題になるが、逆粉飾の問題もある。時価会計も、保守主義の見地か

ら、評価損は配当計算において考慮すべきだが、評価益（未実現利益）は、やはり不確実性が大きな問題である（配当等の財産の払戻しは、現実の資産の流失であるから、現実化していない収益を原資とすることは、適当ではない）。継続企業であり続ける保証があるかという問題とも絡むが、会社法は、会社が破綻することを防止する機能をもたねばならない（そこに会社法の制度会計としての意味がある）。

また、会社法の対象には、無限責任社員のみで構成される合名会社も含まれる（その責任財産は会社資産に限定されず、個人資産全部に及ぶ）。これと合同会社との会計を一律に持分会社会計として扱うことは、およそ無理であるが、会社法はあえてそういう原則を採用している（注13）。

配当規制さらには経営責任の明確化に関し、会社法会計の使命が認められるという前提の下では、その中核は、株式会社会計である（注14）。

（注13） 持分会社の計算は、持分会社という類型において独自性をもつものではない。社員有限責任か無限責任かの区別が重要であり、合同会社に関する公正妥当な会計慣行は、株式会社のそれに類似するはずである。持分会社一

般の計算に関する原則があつて、合同会社については特則を定めるといふものではない。経営と所有の分離がないことを前提にすれば、経営責任（経営者としての受託責任）の明確化という問題は希薄になる（しかし、常に社員全員が、同じ立場で経営に参画しているわけではないから、会社の状況による）。個人商人に比し、法人格を享受していることからの責任と複数の社員の存在が原則という観点から（会社には集金機構の性格もある）、その計算についてどのような設計をすべきかについて、検討する必要がある（会社法制定前においては、合名会社・合資会社の計算については、商人一般に関する規制によって賄われていた）。なお、後記(2)参照。

（注14） かつての株式会社法における会計規定は、旧式のものであった（昭和二五年改正でも、十分近代化されなかった）。これと証券取引法（財務諸表規則）の制定・企業会計原則の設定等に伴い確立されてきた近代的な企業会計との調整の問題が起り、昭和三七年改正以来しばしば法改正の対象とされてきた。

上場会社をはじめとする資本市場において資金を調達する会社は、有価証券報告書を作成提出しなければならぬ。もちろん、会社である以上は、会社法上の計算書類を作成・開示しなければならぬ。その両者の関係が調整されず、会計の内容が異なっている

という煩雑な事態が起こる。このため、財務諸表会計と会社法計算会計を一致させる動きが強まり、平成一四年改正では、会社法上の計算関係規定については、その委任に基づく法務省令で定めるものとされた。そして、旧商法施行規則一七九条に連結計算書類の作成に関し、同一九七条には貸借対照表・損益計算書・連結計算書類の用語および様式に関し、それぞれ調整の定めが置かれた。これは、会社法会計の証券取引法（金融商品取引法）会計への追隨にほかならない。

そのこと自体は必然の流れといえなくもないが、これによって生ずる問題点とこれを解決するための手当てについての検討が決定的に不足している。会社法の適用対象は、金融商品取引法の対象会社より格段に広く、後者に対する会計基準を当然に全株式会社及びすべきものか、その調整が適切にされているのかも、問題である。

つまり、経営者と出資者との間に分離がある場合（特に制度としてそうなっている株式会社）にあつては、その受託責任の明確化という要請がある（この点についての配慮が十分されているかという危惧がある）。この点については、これまで強調されることが必ずしも多くはなかったように思われる。

しかし、計算書類に表示された数値が、経営責任の履行の状況を明ら

かにするものかどうか、そこに企業会計がどの程度意を用いているか、それが十分でなければ、会社法の立場からは、それを適切に示すものにする必要がある。いわゆる金融商品取引（デリバティブ・オプション等の多様化）をはじめとする経済取引の多様化・複雑化に伴い、計算書類上現れない含み損益（特に含み損が問題）が大きくクローズアップされるようになったところ、その実情・原因・責任者等を炙り出す仕組みも重要である。

b 開示

会社の情報開示は、計算に関するそれが中核的なものであるが、それに限られるものではない。最近の社会の風潮は、透明性の重視である。透明性は、つまりは情報開示の風通しのよさということになる。おかしな行動をした場合、それが外部者に知られるようになっていく（つまり開示されるようになっていく）と、そのような行動を慎むことになるという効果（外に対して説明のできない行為を抑制する効果）がある。

また、内部者としての株主を含む会社の利害関係人が、その利害関係に基づく意思決定をする場合におい

て、その判断に必要な情報が開示されるべきである。会社の状況に関する情報を開示することなく、ただ会社（経営者）を信頼せよということでは、できない。

会社法は、殊に実体を直接規制するという要素（たとえば、最低資本金制度の廃止等の事前規制）を緩和したから、それだけ情報開示が重視されるべきことになる（事後規制・事後救済が機能するためには、改めるべき状況・救済されるべき状況が明らかにされていなければならない）。

開示の方法には、株主等の利害関係者に自動的に直接送付されるもの（直接開示）と会社その他の場所での請求を待つて開示されるもの（間接開示）、さらに中間的なものとして公告があり（注15）、後者は、会社等特定の場所に赴く必要があることが、通例である。これに関しては、インターネットの発展により、ウェブ開示をどう位置づけるかという問題点が、大きくクローズアップされる。

（注15） 会社に関する最も基本的な情報開示は、その登記（成立登記が会社の成立要件）である（商業登記法）。これは、広く公衆に開かれた開示であり、法人としての存在とその組織の概

略を公示する。その信用は、登記官の審査、登記義務とその不履行に対する制裁、公正証書原本不実記載罪等によって担保される。開示事項と開示方法については、会社法九一条ないし九三六条、商業登記法〇条ないし一一条の二、二条の二第八項ないし一〇項、商業登記規則〇一条、項二号・〇七条等に定められている。登記所に赴いて情報を得るほか、電子情報処理組織による情報入手の方法が認められている。

直接開示は、情報を直接株主その他の関係者に送付することである。株主総会における招集通知とその際に提供される書類が重要である（そのほか通知事項とされるものは、多いが、公告で代置することができる場合も多い）。その書類としては、参考書類（二〇一条・二〇二条）、計算書類・事業報告・監査報告・会計監査報告（四二七条）、連結計算書類（四四四条六項）が主要なものである。知れた債権者への直接開示として資本減少・組織再編絡みの異議催告の手続がある。この違反は、過料の制裁（九七六条）、損害賠償の責任の対象になる。計算書類関連のものについては、間接開示と併用されるが、連結計算書類・参考書類については、直接開示のみである。もっとも、株主に対する関係では、ウェブ開示の方法が認められている（施行規則九四四条、計算規則一六一条四〜六項・一六二条四〜六項）。ウェブ開示は、間接開示的な要素をもつ

（株主からの働きかけを要し、開示がされなくなると後で確認することはできない。そこで、その開示は、総会日の後三月継続される）。会社法には、ウェブ開示の根拠は明示されていない。ウェブ開示では、それがされた事実とその情報を入力できる方法は、直接通知されるが、デジタルデバイスとの問題がある（受け手にIT環境とそ

の利用のスキルがあるかという問題である）。

ウェブ開示は、一覽性に欠けるといふ問題点があり、重要事項は必ず直接開示すべきものとし、ウェブ開示されている事項がいかなるものかを示す情報を直接通知する必要がある（この点は、法務省令の制定・内容に関する問題点として、既に述べたところでもあるが、後で改めて検討する）。直接開示は、情報を関係者に届けるという趣旨には最も合致するが、コストの制約があり、情報量が制限される（費用対効果）のが、問題点である。ウェブ開示は、条件さえ整えば、この問題点を解決するものと考えられるが、その条件がいかなるものかについてきちんと検討する必要がある。

間接開示は、主に会社での備置開示である。債権者への情報開示は、主にこれによる。定款（三二条）、株主名簿（一二五条）、新株予約権原簿（二五二条）、株主総会議事録（二一八条・三一九条）、取締役会議事録（三七一条）、会計参与による計算書類・附属明細書・臨時計算書類・会計参与

報告(三七八条)、計算書類・事業報告・附属明細書・臨時計算書類・監査報告・会計監査報告(四四一条)等。
 なお、附属明細書・臨時計算書類は、間接開示の対象にのみされ、直接開示されることはない(ウェブ開示の対象とする余地がある)。逆に連結計算書類は、間接開示の対象とされない(会社法上、有価証券報告書提出会社以外の債権者は、その内容を知るべきでない。株主も過去のものは知ることができない)。

組織変更(七七五条)、吸収合併・吸収分割・株式交換に関する事前開示・事後開示(七八二条・七九一条・七九四条・八〇一条)、新設合併・新設分割・株式移転に関する事前開示・事後開示(八〇三条・八一条・八一条五五条)等も、間接開示である。もつとも、事前開示事項の一部は、総会参考書類の記載事項とされることによつて、直接開示がされる(施行規則八六条ないし九一条)。

ちなみに、会計参与報告は、会計参与が定める場所で備置・開示(間接開示)されるが(三七八条、施行規則一〇三条)、会社においては、開示されない(同条三項参照)。この意味は理解できない(会計参与による開示に限定する必要はない)。その内容(同規則一〇二条)からすれば、監査報告と同じく、取締役にも通知し、会社でも開示してよいものだと考えられる。

公告は、一定の方法で公示することによつて、情報を開示するものであ

る。情報へのアクセスが間接開示の場合より容易であるし(その媒体によつて差はある)、直接開示はもろろん、間接開示も株主・債権者という既に会社と利害関係をもつた者のみを開示の対象としているのに対し、この開示は、広く利害関係者・潜在的(会社に知れていない)利害関係者を含む一般公衆を相手にする(その面では、登記と同じであるが、直接開示が原則とされているにもかかわらず、個別の通知によるコストと手間の負担軽減の趣旨で採用される場合もある)。

会社が定款で定めることができる公告方法は、官報掲載、時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙への掲載、電子公告(二条三四号、施行規則二二二条・二二三条)である(特に定めなければ、官報掲載ということになる)。債権者への異議催告の場合の公告方法は、官報掲載が原則とされる。また、金融商品取引法上の情報開示について、届出書類が公衆縦覧に供されるほか(金商法二二五条)、E D I N E T(開示用電子情報処理組織)のシステムが行われている(金商法二七条の三〇の二ないし同条の一)。計算書類の公告は、これで代替される(四四〇条四項)。

(2) 会社法の計算規定

会社法の計算関係規定は、平成一四年改正によつて多くが法務省令に委任された(同改正後の商法二八一条五項・二八三条六項・二八五条・

二九〇条四号・二九三条ノ五第三項四号、商特一九条の二第一項、有限会社法四三条五項等)。なお、この二八一条五項の定めの新設に伴い、それまで計算書類規則の根拠規定であった昭和一三年商法中改正法律施行法四九条が削除された。

これは、会計基準について国際的な収斂の動きが顕著になり、有価証券報告書提出会社について適用される企業会計の基準が極めて浮動的な状況になったことに対応して、そのような会社の会計処理につき、会社法会計を迅速にこれに合致させるためのものであった。この流れは、会社法の下でさらに広がった。会社法の委任に基づくとされる会社計算規則の制定である。この点については、既に随時述べてきた(一六、三一〇(2)、V三(2)、四(5)、五等)。

会社法の計算関係の定めの特徴は、次のようなものである。商法総則とは切り離された(商法一九条には、商業帳簿という概念が残るが、会社法にはない)。旧法では、会社の計算についても、商人一般法としての商法総則の適用があり、商業帳簿、会計帳簿、会計の帳簿それぞれの概念を使い分けていたようであるが、会社法では、会計帳簿という語

のみが残る。

a 原則規定

会計の原則規定(株式会社について四三一条)(規定としての重複の問題点については、既に述べた)が置かれている。この原則規定については、「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」という意味が問題である。旧商法三二条二項の定めを表現を参酌したものと考えられるが、この規定自体が、昭和四九年の段階の妥協の産物であり、現状に即したものであるかどうかは疑問である。

なお、この旧法の規定により近い斟酌規定が、計算規則三条に置かれている。ここでは、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準を参酌しなればならない」と定めている。法律で従うものとされる「公正妥当と認められる会計慣行」と規則で斟酌すべきものとされる「公正妥当と認められる企業会計の基準」との関係、さらにその「会計慣行」と法務省令の定めとの関係は、よく分からない。そもそも、これまでも、会社法(商法)や法務省令に定められていた会計処理についての規定は、ごく

限られたものであった。その定めがない場合には、公正妥当な会計処理を条理や慣行から探究して決するほかなかった。その基準がすべて公正妥当な会計慣行という言葉で表わされるべきものかどうかは、疑問である(注16)。そして、四三一条の定めにもかかわらず、膨大な計算規則の定めがされていることの意味も、上述の会社法会計の趣旨・目的に照らして理解できないところがある。

(注16) この言葉に至るまで紆余曲折があったことは、よく分かっているが、それでも疑問がある。まして、法律からは、具体的な会計処理に当たっては、解釈すべき定めが失われた状況では、なお疑問がある。それを補うための法律の定めとして、いかなるものが考えられるかについては、既にⅢ-10(2)bにおいて言及したところである。

たとえば、企業会計審議会や企業会計基準委員会(ASBJ)が定めた会計基準について公正妥当の推定があるのか、その基準の設定だけでは、いまだ公正妥当な慣行としての成立はないのか等の問題がある。また、基準もないし、公正妥当な慣行も成立していない場合の扱いは、問題である。なお、従来の解釈では、これに直ちに法規としての拘束力は認められないとされてきた

(裁判所は、会計基準いかにかわらず、その公正妥当性を審査できるということである)。

もちろん、当該会計基準が公正妥当とはいえず、それによる処理が相当であるとされたとしても、それが直ちに関係者の責任に結び付くものではない。また、裁判所は、事実として、成立した会計基準を批判するだけの専門性を有しないから、これは建前の問題であって、実際上このような事態が生ずることは、考えられない。

しかし、法務省令の定めとされたときは、それは法律の委任に基づくものであるから、法規としての拘束力をもつことになる。つまり、現実の法務省令(会社計算規則)の内容が、それにふさわしいものであるかどうか、その担保(その正統性)はどこにあるかが、問題である。開示に関する計算の扱いをすべて企業会計の基準に委ねるとすれば、あえてこれと重複するような法務省令は制定しないという選択もあった(もつとも、個人的には、その趣旨を整理して法務省令に相当の規定を設けることは必要だと考えている)。

しかし、現行制度はそのような選択をしていない。そして、計算規則

の内容は、企業会計の基準をなぞっただけのものなのである(しかしかも、極めて分かり難い)(注17)。このように会計処理の基準を省令で定める制度を採用するとすれば、その公正妥当性を会社法会計の立場から検証し直す体制を確保すべきである。また、払戻(配当)規制のあり方についても、検討すべきであった(前記V四)。

(注17) 単につくられた会計基準に従うという立場をとることは、問題がある。会社法制の立場からの問題提起をし(その問題点を集約する場・システムが必要である。個人に任せるべきものではない)、それについて議論をしておくべきである(その立場が企業会計の見地からとれないというのであれば、その説明を求め、対応を考えるべきものである)。そういうシステム(現状では何らかの制度的手当てを必要とあろう)を整備する必要がある。これは、国際会計基準への収斂という問題についても、同じである。積極的にその作成に関与して、日本の立場からの問題提起・議論・説明責任の履行をする必要がある。なお、このような法規化は、金融商品取引法会計でも行われている(財務諸表規則等)。

しかし、その場合の主管官庁たる金融庁と法務省とは立場が異なる(金融庁は、会計基準の作成に深くコミットし

ている)。

企業会計の基準は、国際的な大企業中心で考えられているから、日本の株式会社全体を対象とする有価証券報告書提出会社以外については、別の定めをするのが適当だという判断があるとすれば、それにも一理があるが、そのような配慮に基づいて作成されたものでもないことは明らかである。

b 会計帳簿

会計帳簿の作成・保存・閲覧等の請求・提出命令について、四三二条から四三四条が定める。これらは、おおむね会社法施行前の商法の規定にならったものであるが、会計帳簿に関して省令委任を定める四三二条一項は、問題である。これは、旧三二条一項に近い言い回しであるが、不明瞭である。そこでの「正確な」という限定の立脚点や四三二条の原則規定との関係は、必ずしも明らかでない(会社法制定前商法二八五条の規定の趣旨を含むとされているが、どうも漠然としている)。その委任によるとされる計算規則の内容に問題があることは、しばしば指摘した。改めて後でも触れる。

c 計算書類等

計算関係書類については、事業報告とその附属明細書を含まないもの

と整理されているが（利益処分・損失処理案は、除かれている）、計算関係書類と事業報告（附属明細書を含む）を一括して、その作成・監査・開示・定時総会での取扱い、臨時計算書類、提出命令について、四三五条から四四三条が定め、連結計算書類について、四四四条が定める。その具体的な内容・手続は、省令の定めによる。

法定の計算書類は、貸借対照表と損益計算書のみである。法務省令によつて、株主資本等変動計算書がこれに加えられている。会社法上は、計算書類の種類について、柔軟な取扱いをする余地が認められている。少なくとも有価証券報告書提出会社でないし大会社について、財務情報として極めて有用と考えられるキャッシュフロー計算書および中期報告書を計算書類に加えなかつた理由は、理解できない。たとえば、黒字倒産という事態の防止等のほか、企業価値算定の基準としてフリーキャッシュフローの概念は極めて重要である。また、四半期報告の必要まではないとしても、実際にも中間期中間配当と合わせて相当の情報の直接開示をする上場会社が圧倒的に多い。これは、省令の問題点として扱う

こともできるが、その前に全体的な基本構想がどうであつたかが、問題である。

臨時計算書類の制度は、その確定について株主総会の承認を要しない会計監査人設置会社のみのものであつた（臨時総会を開催してよかつた（臨時総会を開催してよかつた）二ーズはない、と考えられる）。また、総会における以外の連結計算書類等の開示確保（特に過去のもの）の仕組みを構築しておくべきであつた。

事業報告を計算書類とは別の範ちゅうのものとして整理したことに異存はないが、これを会計監査人の監査の対象としなかつたことは全くおかしい。事業報告の記載内容は、施行規則で定められているが、これは取締役としての受託責任を明瞭にする内容のものであり、会計情報を含まざるを得ない。それが正確であること（また、計算書類の内容と整合していること）を確保するためには、会計監査人の監査は不可欠である。会社法制定前の仕組みを変更すべき理由はない。会計に関する事項というのが不明確というのであれば、会計監査人がその監査の範囲、さらにそのチェックの程度を明らかにすることにすればよい。

特に事業報告に関する省令の内容が問題なので、後に再論する。この点は、金融商品取引法と調和がとれているか、という問題でもある。

d 資本金・準備金・剰余金

資本金・準備金・剰余金の額に関する定めが、四四五条・四四六条である。資本金・準備金・剰余金それぞれの構成内容の変更について、四四七条から四五二条が定める。資本等と剰余金払戻規制については、有限責任の条件の見地から、既に検討したところである（前記V三・四）。

平成一三年改正において、準備金の制度が大幅に変更された（その使用は、資本組入れと欠損填補に限られていたのを改め、直接払戻しができるとした）。利益準備金の積立基準は資本金の四分の一までであるが、資本準備金と合算することにされている。

その一方で、株主の出資の資本組入れに関する制度（旧商二八四条ノ二・四四五条一〜三項）は、そのまま温存されている。資本金と準備金とはいかなる意味をもつべきものか、についての本格的検討がなされないで、会社が安易な資本政策をとりやすくするという方向での整理が

されている。基本的には、株主の出資は、資本（金）にすべきものだ、という本来の株式会社制度の原点が見失われている。その趣旨からいえば、資本金のみが登記事項として公示され、会社の信用の基盤となる（虚偽の登記申請は、公正証書原本不実記載罪の適用を受ける）。

株主の出資の半額まで資本金に組み入れなくてはよいというのは、実務上の強い要請への妥協であつた。その妥協は、準備金の強い拘束性（使用目的の限定）に支えられるものであつた。それをなくした場合には、株主の出資金を準備金とする意味が失われる（準備金とする要請の理由は、もともと資本金が増えると、増配要求が強くなるという正当な根拠のないものであつた）。減資という手間をかけないで、資本欠損填補ができるという点にその利点を見出すことができた。その際の債権者保護手続の省略は、副次的な効果であつたが、会社法の下ではこれが資本金と準備金との最大の差異とされている。このような性格の準備金をこれまでと同じ基準で温存しておくべきではなかつた（利益準備金の積立限度との関連においても、出資の全額を資本金とすべきであつた）。

利益準備金の制度についても、見直しがされていない。その性格については、議論があるが、もともとは損益勘定における余剰金の一定額（社外流出する額を基準とする）につき、その払戻しを許さないこととして留保し、会社の財政基盤を強化するためのものである。その目的からいえば、過少資本の会社についてこのような基準が妥当なものであつたかどうかについては、もともと疑問があつたし、まして最低資本金という縛りをなくし、資本金制度を矮小化する傾向が顕著にみえる会社法の下では、十分検討すべきであつた（資本金準備金・利益準備金それぞれの性格と両者の調整のあり方も、会社法がその原点に立ち戻つて考えたかどうかは、疑問である）。

これに関連するが、四四七条一項が、株主の出資が存在することの表象といふべき資本金額について、資本減少の手続によつてゼロにすること（株式は発行されているのに資本金は存在しない状況）を認めたことは、暴挙というほかない（理論的に許されるべきではないと考えられる上、実益もない）。

普通決議で資本金の減少をする余地を認めたことも問題である（三〇

九条二項九号カッコ書）。株主の出資および会社の規模の象徴としての資本金額の減少は、たとえ欠損填補のためとしても、会社に留保すべき財産額を減少させ、会社の規模の縮小を認めるものである（その意味で、部分的清算の意味をもつから、特別決議によるのが相当である）。まして、新株発行とともにする場合、資本金額が従前の資本金額を下回らないときは、取締役（会）限りで資本減少ができるという四四七条三項は、資本の性格に対する理解を全く欠くものである。

株主の出資は、資本金（一定の拘束がある）にすることによつて、会社の財産基盤を強化するというのが、四四五条一項二項の規定の趣旨であるが、これが全く無視されている（株主の出資が、取締役の判断で直ちに払戻財源になる。なお、この場合は、債権者の異議手続も不要になると解されるであろう）。これらは、準備金についても、同じである（資本金についても、このような扱いをするのだから、準備金については当然ということになるのである）。損失填補のための準備金減少につき、債権者異議手続を要しない点については、既述のとおり）。

なお、四五九条一項二号は、取締役会決議による余地を拡大している（要するに専ら経営者の都合を考えた立法というほかない）。

剰余金の資本組入れ（四五〇条）に関しては、やはり法務省令の定めが問題である。剰余金の準備金組入れ（四五一条）については、資本組入れ以外にこれを認める必要性について疑問がある（四四五条四項との関連も問題になろう）。

これまで、利益処分議案・損失処理議案の内容とされてきた事項のうち、資本組入れや配当等以外の剰余金を構成する科目の係数の変更について定めるのが、四五二条である。利益処分（剰余金からの配分）としての役員賞与の支給は認められない（三六一条等参照）。

e 剰余金の配当等

剰余金の配当、その決定、現物配当、持参債務性、純資産額三〇〇万円未満の場合の適用除外について定めるのが、四五三条から四五八条である。さらに、剰余金の配当およびその決定その他の株主総会決議であるのが原則とされている事項について、取締役会決議することおよびこれを株主総会の権限から排除する

定款の定めについて、四五九条・四六〇条が定める。剰余金の分配可能額について四六一條が、これに違反した場合・欠損が生じた場合の責任等について、四六二条から四六五条が定める。

この関係については、V四において剰余金払戻規制として、論じたところである。

剰余金の分配という制度にすることにより、損益取引による収益の分配と資本取引勘定からの払戻しとを区別しないことは、株式会社法の基本的な観点からは、大きな禍根を残すものである（平成一三年改正からの問題点）。

会社は株主の出資を運用して事業を行い、その収益を出資に対するリターンとして株主に分配するための存在である。取締役の職務の基本は、そのリターンを極大化することにある（もちろん、株主以外の利害関係者の利益を無視してよいという趣旨ではない）。株主の出資の払戻しは、出資のリターンではないし、取締役の職務遂行の成果でもない。両者は、きちんと区別される必要がある（それは、取締役の経営受託責任の明確化という観点からも、重要である）。もちろん、株主からの

出資が不要になった場合において、これを払い戻すことを禁止することはない。しかし、それは出資運用の成果としての収益の分配とは明確に区別されるべきで、制度として一本化するとは、この本質を見誤らせるものである。

逆に、株主の意思による収益の資本化は、当然認められるべきものである。株主が、その出資の収益の配分を受けることなく、これを恒久的な事業拡大の基礎とする趣旨で、資本金の形で、会社に留保することを禁止する理由はない。それにもかかわらず、法務省令（計算規則四八条一項二号）は逆にこれを禁止している（これは、法の定めを明らかに逸脱するものでもある）。

剰余金の配当の回数、制限がない（現実のニーズには、疑問がある）。現物配当に関する規定が肥大化している（関係会社のそれを含む株式以外のものは考えにくい）。純資産基準による配当規制の問題点（その分かりにくさ）についても、前に論じた。

利益処分・損失処理につき、株主総会でなく取締役会で決定すること（四五九条）に関しては、会社法制定前には、委員会等設置会社とそれ

以外の大会社（監査役会設置会社）との間で不均衡があった。その調整は理解できるが、委員会等設置会社に関する定め（利益処分・損失処理議案の内容全部を対象とすること）が正当であったかどうか、という問題がある（整備法五七条）。

四五九条一項一号は、会社法制定前の商法二二一条ノ三第一項二号の定めに対応するものである。ちなみに、会社法の通弊であるが、四五九条等の定めは極めて分かりにくい（たとえば、四五九条一項三号であるが、四五二条後段の事項と断っているが、その趣旨は四五二条の決定は、総会決議でなく、取締役会決議でするといふもののはずである。こことさら後段というから疑問が生ずる）。

f 持分会社の計算規定

会社法の持分会社に関する計算規定も、極めて疑問が多い。物的有限责任の合同会社と人的無限責任を基礎とする合名会社・合資会社とをひとまとめに持分会社として規定することの無理が、ここに典型的に現れる。資本金概念が突如として六二〇条にでてくるが、その内容は全く理解できない（注18）。

（注18） 計算規則五三条以下が持分会社

の社員資本について定めているが、その根拠は会計帳簿についての委任規定ということになる。しかし、株式会社の資本は、払戻規制のための法律上の概念であって（登記事項とされているのは、その意味においてである）、会計上の概念ではない（もちろん負債に対応する株主持分・社員持分という概念は、会計上も観念できる）。合名会社・合資会社には、払戻規制はなく、損失てん補のための資本金という観念もない。退社を伴わない出資の払戻しに関する六二四条も、出資が金銭等の財産権には限られず、出資の事前履行が義務付けられていない合名会社・合資会社において、いかなる意味をもつのか疑問である（合同会社に関しては、六三二条一項の制限）。既履行の出資を債務負担のみの状況にできるといふことなのか、それをわざわざ法律で規定することの意味は何か、という疑問に対する解答は見出せない。

これに対し、合同会社について

は、もちろん計算に関して債権者保護のための手当てが必要である。合同会社の資本金は、登記事項である（九一四条五号）。その減少については、債権者の異議手続が保障される（六二七条）。六三二条には、六二四条による出資の払戻しの制限が定められている。社員の出資と資本金額との関係については、法律の定めはない点で、株式会社とは根本的に異なる（計算規則五三条では、出資の範囲内で、会社が適宜に資本金額を定めることとなる）。

持分会社につき、一律の資本金概念をもつものと観念することはできない（登記手続上も、合同会社についてのみ、出資の払込み・給付があつたことを証する書面の提出が求められている。一一七条・一一九条）。それにもかかわらず、持分会社の株式会社への組織変更・組織再編等について、資本充実等のための特段の手当てはされていない（株式会社の設立や新株発行と対比してみよ）。明らかな手抜きか無智の産物である。

(3) 会社法による計算・開示に関する省令委任の問題点

会社法の計算規定の中で、省令委任の定めがあるものは、施行規則一六条に列挙されており（一号から一五号まで。もつとも、四四九条一項二号は、これら各号には含まれておらず、計算規則一七九条で直接定められている）、これに基づき具体的な定めは、会社計算規則にある。このこと自体は、やむを得ない（外国でも、同じ状況がある）。会社計算規則は、法務省令の定め

るところにより、適時に、正確な会計帳簿を作成しなければならぬという定めは、依拠するところが大きい。このようないまいな規定から、計算規則二編の四から八八条にわたる膨大な定め（この中には、六一五条の規定に基づく持分会社に關する若干の定めも含まれる）が置かれることは、基本的に疑問がある。上記のとおり、公正妥当な会計慣行に従うものとされているにもかかわらず、詳細な省令の定めを置くことによつて何を期待するのかわからぬ。理解しやすくするというものにしては、難解にすぎると、小規模会社向けの調整という面も読み取れない。会社法独自の立場からの調整という観点もない。

つまり、この省令が、会社法上は委任されていない事項につき、しかも法の趣旨に反する（少なくとも逸脱する）定めをするという違法を冒していることは、既にしばしば指摘したところである。たとえば、計算規則一八六条四号（連結配当規制）の適用を受けることによる親会社株式取得禁止の緩和（一三五条二項五号に基づく施行規則二二二条一二号）・一四一条二項に基づく一株当たり純資産額算定について、「株式

係数」概念を導入している施行規則二二五条五項等・三〇一条一項（ウエブ開示）・四四五条・四五〇条（注19）等である（また、四四六条の剰余金に關する定めが、実質上法務省令の定めるところによるという定めをしたのと同じになるおかしさについても、前に述べた）。

（注19） 四四五条や四五〇条は、会社法二編五章三節「資本金の額等」における定めである。この節での省令委任は、剰余金額に關する四四六条、債権者の異議手続に關する四四九条、剰余金の項目変動に關する四五二条の定めがあるほか、組織再編の資本金額算定に關する四四五条一項の例外を定めるための同条五項があるだけである。しかも、会社法上は、この規定は、登記事項としての資本金の額（九一一条三項五号）と直接結び付いてはいるはずである。会計帳簿の記載を理由させる根拠はない。

会計帳簿の記載が法律の定めによるものでない限り、その逆ではあり得ない。これらの法律の定め（文言に反する内容）を同章二節一款四三二条の会計帳簿に關する省令委任で処理している（計算規則第二編会計帳簿中の三七条・四八条・七四条等）。特段の委任規定である四四五条五項に基づく定めも、同じ扱いである。このような処理は、およそ省令委任の意味の解釈に關する法律の常識

を逸脱するものである。

ちなみに、連結配当規制やウェブ開示は、そのこと自体は別におかしいことではないが、法律上その委任がされていることが読み取れない。そういう形式・手続だけの問題ではなく、実質的にいって、連結配当規制は、親会社株式の取得制限緩和と結び付けることが許されるべきでないし、ウェブ開示については、これに伴つて当然なされるべき開示事項の選択をどうするかについての検討が欠けている（形式的適法性を無視してこれを採用するのであれば、これを採用する会社では、間接開示事項をこれに移す等の措置が検討されるべきである）。

つまりは、計算や開示の具体的な規制は、会社（特に株式会社）制度としては、極めて重要な部分である。しかし、時機を失しない手当てという見地から、相当程度法務省令に委ねることは、やむを得ない。ただ、会社法も、行政機関と私人とが向き合う行政法ではなく、直接に私人の法律関係を規制する一般私法に属するものであることに配慮しなければならぬ。

会社法は、古い伝統をもつ歴史的所産でもある（会社は、法人の代表

的存在であり、会社法は、団体法規の極致である）。やむを得ずその法律に直接規定できなかった事項の具体化につき、当該法律の委任に基づき、省令その他の規則を主管官庁が制定するについては、行政法の場合同様、違つた配慮が必要である。

つまり、ここでは行政目的の達成という観点はなく、行政庁として行政を行うことから情報を吸い上げるということもない。当該法律を道具として使用するのではなく、法務省（民事局）ではなく、一般私人である（注20）。しかも、ここで省令に委ねられた事項は、実質的には極めて重要な事項である。現実の実務を把握し、そこでの新旧の二一ズを汲み上げ、その問題点を確認する必要がある。それを踏まえて、学理（理念）の面からの検討を加え、法律の規定の趣旨に即した具体化をするという手順、仕組みが必要である。

この点については、既述のⅡ四〇六、Ⅲ一〇等参照。

（注20） 法務省は、会社登記を主管するが、その主要なツールとしての法律は、登記手続法である。登記は、実体の反映であるから、その限りで会社法の運用に關与する。しかし、登記事項は限定されているし、その手続は定め

られた書面・記録だけを審査することになってから、その際登記所が接する情報は限られた、皮相的なものである。法務省が会社法の運用について十分な情報を入手できるということはない。

しかし、今回の会社法関連の法務省令制定の過程は、到底そのような要請を充たすものであったとは思われない。少なくとも、その制定作業を事務局としての法務省担当者に全面的に委ねるのではなく、法制審議会担当部会では、省令委任事項毎に、その委任の適否や省令で定めるべき事項の骨子についての検討をして、法律の定めとの整合性を確保すべきであった（実際問題として時間的な余裕が無かったであろうことは推測されるが、それが拙速というものである）。また、その省令の重要性にかんがみ、その内容の妥当・適正を期するため衆知を集める相当の仕組み（審議会等）を設ける必要がある。つまりは、その制定の過程が透明化され、説明責任が尽くされることが求められる。

由を開示事項として定め、裏から債務履行の見込みがないような会社分割は許されないことを定めていた。しかし、会社法では、開示事項の定めが省令に委任され、施行規則（一八三条六号・一九二条七号）では、債務の履行の見込みに関する事項と規定された。そして、債務の見込みはない、という会社分割も許されるという解釈が生ずることになった（しかも、会社法上、会社分割について対象について有機的・一体性の要請がないとされている）。これは、実質的には、省令による法律の改変である（会社法制定の際には、そのような改正の趣旨を含むという了解はなかつたと考えられる）。

(4) 法務省令における開示と計算
これについては、ややアトランダムな検討になる（体系的な検討をしていない）ことをお許しいただきたい。

会社法施行に伴い、開示が後退しているものがある。これについて、立案担当者は、情報価値が必ずしも重要でないもの、情報の提供に実務上著しい困難が伴うという見地から検討し、選択したというようである（注21）。例として、ストック・オプ

ションの個別開示、使用人兼務取締役等の使用人部分の報酬開示（四二五条の責任免除・施行規則一三三条と関連する）、自己株式に関する開示、監査役重点監査事項等が掲げられている。最後のものは、監査報告書の記載事項であるが、それ以外は、営業報告書の記載事項であった。抽象論としての選別の基準は、もつともであり、異論はない。しかし、問題は、具体的な事項についての判断である。これらがおよそ重要でないということではなく、間接開示もしないという理由はない（事業報告にも、附属明細書はある）。

(注21) 相澤 哲二 郡谷大輔『会社法施行規則の総論等』商事法務一七五九号七頁。なお、ここでは、開示の重要性が説かれ、その充実を図つたとの記述がある。しかし、その具体的な内容については、疑問がある。問題は、その総論の具体化（それが省令の使用）であるが、開示の重要性を説く総論と具体化された各論とが一致していないように思われる。一般に会社法において開示が進展したと記述されることが多いのは、この立案担当者の言に幻惑されたもののように思われる。社外役員に関する記載（施行規則一三四条）などは、拡充されているが、それがどれほど意味をもつかは、疑わしい。

a 開示の体系と事業報告

会社に関する情報開示は、全体的・総合的・体系的に組み立てられる必要がある。その際には、会社の業務執行に関する説明責任という見地から、直接開示と間接開示との組合せ、随時の開示と（定時総会時等の）定期的な報告開示との調整等を考慮しつつ、開示事項と開示手段を選択し、さらに開示事項にすることによって生ずる不当行為の抑制効果をも考慮する必要がある。もちろん、開示事項が多ければ多いほどよい、というものではない。費用（負担）対効果や重要情報の埋没という危険にも配慮しなければならない。

しかし、前示の例として挙げられたものが、重要でないとか、その開示価値に比して実務負担が多すぎるといえるかどうかは、極めて疑問である（直接開示とするには、やや詳細にすぎる面があるとすれば、内容を選別して間接開示事項に移すことも考えられる）。直接開示と間接開示との中間的な開示方法であるウェブ開示を導入するのであれば、その間の開示情報の選別・調整で問題の解決を図ることも、考えられる。

特に監査報告書の個別記載は、事業報告自体には具体的記載を要求しない事項についても、監査役の重点

監査事項とすることを通じて（監査役の責任をもって）、その事項について取締役の職務執行の適正を担保としようとする仕掛けであつて（後記参照）、安易に止めてよいものではない（廃止を相当とするいづれの理由にも当たらない）。事業報告での開示を止めるのであれば、なおさらである。

事業報告は、従前営業報告書と呼ばれてきたものである。これに類するものは、諸外国でも例外なく作成される（取締役（会）報告書・年次報告書IIアニュアルレポート等とも称される）。株主から委託を受けて会社を経営する取締役が、（計算書類、だけでは理解しにくい）その経営の受託責任の遂行の状況を明らかにするためのものと考えられる。

法律上、その趣旨・目的を明らかにしている立法例もあるが、会社法にはそのような定めはなく、その内容は法務省令に委ねられている。ちなみに、計算書類については、四三五条二項で、「会社の財産および損益の状況を示すため必要かつ適当なもの」という性格付けがされている。

株主が主たる対象であるが、会社の事業内容や規模によつては、社会

の公器という面が強調されるべき局面も多くなる（官から民への流れの下では、公共的な役割を株式会社が担うことも多い）。そのような場合には、より広い範囲のステークホルダーに対する開示としての機能も期待される。

いづれにせよ、ここでは、その経営（業務執行）の経過（進行状況）およびその成果としての会社の状況（その動態と静態）が示されるべきである。この場合の受託責任を明らかにすべき対象は、当該事業年度に経営に限定されるべきものではない。機関としての会社役員は、過去の経営の遺産（それが正のものであれ負のものであれ）についての認識は、時の経過によつて変化するはずである（その適例は、バブルの清算）。それをも明らかにし、それを踏まえて説明すべきものである。

会社の財産や損益の状況は、計数としては、貸借対照表や損益計算書といった計算書類で示されるが、それだけでは明らかにされない事項や理解できない事項（たとえば、その計数変化の原因や計数自体には変化がなくても、原因事実に変化があれば、その内容等）についての説明が

求められる。

ところが、会社法では、この点の認識に問題がある。事業報告には、会計マターは含まれないと考えたものようである。その結果、会計監査人の監査対象としなかったであろう（会計監査権限のみの監査役については、法律上は事業報告が監査対象にされているが、施行規則一二九条二項でその権限がない旨の監査報告を作成するという奇妙な扱いになる。これは、施行規則一〇八条の定めと呼応するものであるが、いづれにしてもおかしい）。

そして、施行規則一一八条一項一号では、事業報告の内容から、「計算書類・附属明細書・連結計算書類の内容となる事項」を除いている。

これは、現実の事業報告を見れば分かるとおり、著しくミスリーディングである。計算書類の内容たる計数に触れずに、会社の状況に関する説明をすることができずはない。

事業報告の記載内容については、施行規則一一八条一号で「会社の状況」、二号で内部統制体制に関する決議・決定の概要を一般的な記載事項としているが、一一九条は、公開会社の特則として、この二つの事項のほか、会社の現況等四つの事項を

具体的記載事項として定めている。そもそも、公開・非公開（全株式譲渡制限）を基準にして開示事項を区分することにも大きな問題がある（開示の内容は、基本的には共通で、専らそれぞれの会社の状況に応じた重要性の判断によつて差を設けるべきである）、この「会社の状況」には含まれない対立概念として、これらの事項（その具体的内容は、一二〇条一項・一二一条ないし一二四条に列挙されている）を規定するのは、国語の問題としても、実質の問題としてもおかしい。事業報告の内容は、内部統制体制に関するものを含め、すべて会社の状況に関するものである。

そもそも、会社の状況という文言は、会社法制定前においては、営業報告書の記載事項全体を表す包括概念として用いられていた（会社法制定前商法二八一条ノ三第二項六号、旧商法施行規則一〇三条一項）。これを改めるべき理由はないし、実質的にも、非公開会社が作成する事業報告の内容として一一九条に列挙された事項（これこそが、会社の状況の中核である）が全く含まれないということは、考えられない（そのよ

そのように解される条文は許されない。)

また、会社の現況に関する事項に、会社役員・株式・新株予約権等に関する事項が当然に含まれないと解すべきものでもないから、表現上同様のおかしさが生じている。なお、監査役の監査報告に関する施行規則一二九条一項二号は、会社の状況を伝統的な意味で用いているから、これとのそこが見られる。

さらに、一一九条から一二四条までが公開会社に関する特則で、一二五条が会計参与設置会社、一二六条が会計監査人設置会社それぞれの特則とされ、公開・非公開の区別とは無関係なものと整理されている。この平仄は、問題である(たとえば一二一条の適用による開示強制を受けないとされる非公開会社についても、一二五条や一二六条の開示は強制されるが、それでバランスはよいか)。施行規則一二〇条二項は、連結計算書類作成会社の事業報告における会社の現況については、当該会社およびその子会社から成る企業集団の現況に関する事項とすることができると定める。しかし、完全持株会社のような会社にあつては、それ以外の選択肢はない。企業集団を子会

社から成ると限定することにも疑問がある(これは、連結の範囲とは一致しない。施行規則三条によれば、親会社によって財務および事業の方針の決定を支配されている会社が、子会社である。しかし、完全に支配はしていなくても、強い影響力を行使することによって企業集団に組み込み、グループ経営を行っている場合もある。関連会社概念がある。子会社を中核として、会社が企業集団と考えている範囲を企業集団とすることではいはずである)。

企業集団の統率方針の開示(そのコントロールのあり方)や従属会社の役員に関する事項も重要である。企業結合の状況に応じた開示という観点からの検討が欠けている。

社外役員(施行規則二条三項五号に定義がある)について、施行規則一二四条に特に開示事項の定めがある。利害関係に関する開示は意味があるが、四号の活動の状況などは、一般的な記載としては、あまり意味がない。社外役員から記載を求められれば、それを記載すべきものとす(八号参照)ほかは、取締役会自体の活動状況を記載事項とするほうが、意味がある(社外役員に関する状況も、その一環とする)。

一二七条の会社の支配に関する基本方針の開示も、分かりにくい定めである。「会社の状況」との関係も整理されていない。敵対的企業買収への対応策に関するものと解されているが、その基本的な対応のあり方についての理念が整理されていないから(前掲VI四参照)、この情報を発する会社にもこれを受ける株主に、戸惑いがある。

「会社の財務および事業の方針の決定を支配する者のあり方に関する基本方針」という文言の「支配する者」が、株主を意味するとすれば、これは極めて問題である。株主のあり方を取締役が定められるはずはないからである。

ここでは、むしろ会社(企業)について、経営者をもつ経営理念(企業としての使命とその達成手段についての基本認識)を明らかにすることにするべきである。この理念に賛同する者が株主になることを望むというマニフェストであれば、取締役が事業報告で開示するのにふさわしい。その理念の適否および実際の経営がそれに適合しているかどうかは、まさに株主総会での論議にふさわしいものである。

なお、EU一三指令(注22)は、

基本的にイギリス法に依拠して策定されたものといわれるが、その一条一項は、買収対応に関する詳細な情報(注23)を附属明細書で開示し、総会に報告書を提出することが要求されている。

(注22) EC一三指令に関しては、北村雅史「EUにおける公開買付規制」商事法律一七三二号四頁、末岡晶子「EU企業買収指令における敵対的買収防衛策の位置づけとTOB規制」商事法律一七三三三四頁参照。

(注23) 資本の構成、種類株式の内容・内容・資本割合(二項a)、株式の譲渡制限(b)、直接間接の重要な資本参加(c)、特別な支配権付株式の内容とその保有者(d)、労働者によって直接行使されない議決権管理の方法(e)、あらゆる種類の議決権に関する制限(f)、会社に知れている株式・議決権譲渡制限の合意(g)、取締役の任免および定款の変更に関する定め(h)、取締役の権限、特に株式の発行および買戻しに関する権限(i)、会社の支配の変更に伴い発行・変更・終了する重要な契約(j)、会社と取締役・使用人との間の、辞職、正当な理由のない解雇、公開買付けにより雇用が終了する場合に支払われる報酬に関するすべての契約(k)。

b 新株予約権のオプション価値算定の根拠の開示

随時開示事項として明らかに検討から脱落しているのは、新株予約権の価値の公正な算定の根拠の開示である。そもそも、平成一三年改正まで、それまでの会社法が新株予約権（株式オプシオン）の解禁に極めて慎重であったのは、新株予約権は有利発行の状況にならなければ行使されない（その時点では、必ず他の株主の利益を害する）という特質があるからである。会社法では、公開会社（全株式譲渡制限以外の会社）は、これを取締役会限りで発行することができる。

その相当価値の算定方法としては、二項モデル、ブラック・シヨールズモデル、モンテカルロ・シミュレーション等があるが、いずれも用いられる数値（特にボラティリティ）株価の変動見込率）の正当性が問題である（差止めが認められた具体例において、明らかにその評価に疑問があるものが見受けられる）（注24）。

（注24） 取得条項付新株予約権につき、東京地決平18・6・30金判一二四七号六頁（サンテレホン事件）、募集新株予約権につき、札幌地決平18・12・13金判一二五九号一四頁（オーブンルーフ事件）等。評価者の能力・資質・倫理性等に疑問がある。裁判所も、この方法自体の正否を評価する能力をもた

ず、ブラックボックス化しているように思われる。

しかも、社債とともにする場合でなければ（新株予約権付社債も転換価格を発行後早い時期に簡単に時価より下に修正する条項をもつものなど、オプシオンとしての新株予約権は有利発行性を本質的にもつ点に問題があるという観点からすれば、そのおかしさは明らかである）、資金調達手段としては、有効ではない反面、会社支配権の帰すうに重大な影響を与える（その意味では、取締役会に発行権限を一般的に授権するのは不適當な要素を含む。この点で、資金調達手段としての意味が大きい新株発行とは、決定的な違いがある）。これらの諸点について、十分な検討なくして導入された（後記の旧商法二八〇条ノ二三の定めも、それほど実効をもたなかったように思われる）。そのため、基本的な問題点の認識がない実務がまかり通るという状況になり、いろいろな問題を起こしている。発行差止請求が認められた事例も散見されるが、差止めを求めれば認められるべき場合であつても、請求がされないため、その発行がまかり通っていることも多かろう。会社法制定前の商法二八〇条ノ二

三では、株主割当以外の新株予約権発行事項の公示として、その発行価額および行使に際しての払込価額の算定の理由を明らかにすべきものとしていたが、会社法では、この公示は廃止されている（二四〇条二項・二三八条一項）。

これは、公開会社において取締役会で決定する場合の話であるが、その際には、株主に対し、その発行の目的（株主の不利益を補う会社の利益の存在）と価格算定の根拠（一応の鑑定評価があるとしても、その正当性の説明が必要である）を開示させ、株主に差止めの機会を与えるのが、当然あるべき姿である（二八〇条ノ二三は、一定の抑制効果はあつたとしても、形式に流れる嫌いはあつた。より実効をもたせる措置が要請されるにもかかわらず、経営者の便宜に迎合した取扱いをしたとしか言いようがない）。なお、これは、金融商品取引法による開示の射程の問題ではない。専ら会社法の問題である（その意味で、二四〇条四項で、金融商品取引法の開示で代替する扱いは不当である）。

また、株主総会決議によって新株予約権発行を決定する場合であつても、その算定の根拠は、その判断材

料として株主に示すべきものである。総会決議でこれを決する場合の参考書類記載事項としても、掲げられてはいない。

c 開示事項の後退・不明確化
bで述べたところも、冒頭で立案

担当者自らが認めるものとして紹介したのも、開示の後退の例である。さらに、会社法施行前には、具体的な参考事項が掲げられている議案（施行規則では七四条から九二条まで）以外の会社提案の一般的な参考事項として、「提案の理由」が掲げられていたが（旧商法施行規則一三条一項一三号）、施行規則では、これに相当する定めはない。この提案の理由（その必要性・正当性の根拠の説明）の記載を求める定めは、当然の内容である（会社の提案の理由（目的・趣旨）が分からずにこれに関する賛否の判断をできるはずはない）。あえて削った理由は、理解できない。

これと同じような問題は、組織再編の場合の合併・分割・交換比率についても存在する。この場合の開示事項として、会社法施行前は、株式（新株）の割当てに関する事項の理由つまりは根拠が開示されるべきも

のとされていた(旧三五四条一項二
号・三六六条一項二号・三七四
条ノ二第一項二号・三七四
条ノ一八第一項二号・四〇八
条ノ二第一項二号)。しかし、
施行規則では、その相当性
に関する事項という漠然とし
た開示事項にされている(一
八二条一号・一八三条一号・
一八四条一号・一九一条一
号・一九二条一号・一九三
条一号)。

事業報告について従前の営業報
告との比較でいえば、過去三
事業年度の財産と損益の状
況の表示は求められている
が、これについての説明と
いう項目は、削られている。
企業結合(企業集団経営)が
進展しているにも関わらず、
その開示につき、「重要な親
会社の状況」と定めるのみ
で、従来定められていた「重
要な企業結合の状況」は、削
除されている。ちなみに、こ
の施行規則一二〇条一項七
号は、親会社および子会社に
関する重要な事項という意味
であろうが、読みにくい。な
お、事業報告における企業
結合関連の情報開示に關し
ては、前記aでも触れたところ
である。

のであつて、当該事業年度の
末日までに退任したものを
含む」という限定を付してい
る。この趣旨は、当該事業
年度に在任していたが、その
期中の予定時総会終結の日
以前に退任した者を含まな
い趣旨のように解される。
しかし、この者を役員として
の開示(施行規則一二一条)か
ら除外すべき理由は、理解
できない。当該事業年度の
業務執行には関与していた
し、その報酬も当該年度の
費用とされるべきものである
(もつとも、「当該事業年度に
係る報酬」という意味は、不
明確であり、たとえば前定
時総会の終結時に退任した
役員退職慰労金について、
どう考えているのかは、全
く明らかでない)。い
たずらに混乱を招く定め
であると言わなければならない。
また、使用人兼務の場合
の報酬開示について、その
意味をどう考えているのか
は、はっきりしない。旧商
法施行規則一〇三条一〇
号のこれに関する規定は削
除しながら、施行規則一
一三条には、その兼務に
関する定めがある。実態は
そのままにして開示のみし
なくてもよいとしたのであ
れば、明らかな後退である。
施行規則一二二条におけ
る大株主

情報についても、後退が著
しい。株主名簿の開示とも
関連するが、会社の株主
構成(特に経営に影響を
もつ株主)は、株主名簿
の閲覧等によるまでもなく
、一般の株主が認識でき
ることが望ましい。従前は
上位七名以上の株主の持
株数とその株主への出資
の状況の記載が求められ
ていたが、これが発行済
株式総数の10%以上の
株主というように限定さ
れている。このような株
主がいなくても大株主が
だれであるかは、それな
り意匠のある情報である。
従前の扱いを改めて変更
すべき理由は考えられな
い(最近では、株式持合
いの状況も復活している
ようである)。

さらにいえば、表示だけ
では株主の属性が明確で
ない場合には、その説明
が求められるべきである。
直接開示では限界がある
から、附属明細書によつ
て開示する株主の範囲を
拡大することも検討すべ
きであった。社外役員に
関する施行規則一二四
条による開示については、
aで論じたが、その記載
全部が強制すべきもので
あるかどうか疑問である。

d 事業報告における内部統
制に関する開示

取締役が定めるべき、取
締役の職務の執行が法令
および定款に適合すること
を確保するための体制
その他株式会社の業務の
適正を確保するために必
要な体制(一般に内部統
制と称されるが、もつと
広範な内容を含むもので
ある。しかし適当な略語
がないので、ここでは便
宜「内部統制体制」とい
う語を用いる)については、
法務省令で定めることに
されている(三四八条三
項四号)。取締役会が定
める事項については三六
二条四項六号。その省令
の定めは、施行規則九
八条が三四八条三項四
号に対応し、同規則一〇
〇条が三六二条四項六
号に対応する。

委員会設置会社につ
いては、「取締役」が「執
行役」に置き換えられ
た取締役会が定めるべき
事項についての同旨の規
定がある(四一六条一項
一号ホ)。さらに、監査
委員会の職務の執行の
ため必要な事項も、法
務省令で定めるものと
される(同号口)。これ
を定めるのが、施行規
則一一二条である。

会社の業務の適正(法
令遵守を中核とする健全
性と効率性双方を含む)
を確保するための体制は、
極めて広範な意味をもつ。
金融商品取引

法の関係では、特に財務情報の信頼性確保が内部統制の目的とされることが多い。しかし、それは、会社業務の適正確保の一内容にすぎない。

内部統制の確立が取締役の職務の根幹とされるについては、次の点が重要である。

会社において、不適正な業務執行が行われるリスクの原因は多い。これを早期に発見して、対応しなければならぬ。そして、会社の業務の具体的な担当者は、ヒトであるが、個としてのヒトができることには限界がある。取締役が、会社のすべての業務を自分でチェックできればよいが、実際には、それは不可能である（そこで、責任追及の可否が問題になる）。

会社に限らず、ある程度の規模の組織になれば、他のヒトの仕事が適正に行われているとの信頼の上にて、職務を遂行せざるを得ない（信頼の権利）。しかし、ヒト（会社の役員・従業員・取引先等の関係者）が常に信頼に値する存在であるとは限らない。その人の仕事の内容を信頼することができるといふ「信頼の権利」を確保するための仕組みが「内部統制体制」である。取締役は、自分の目が届く範囲だけを監視

していればよいものではなく、遠く離れた現場での不正・不当も、監視する体制を確保しなければならない。

もちろん、これがあるから、不適正な業務執行が起こらないというものではない。効率性の確保と健全性の確保とは、矛盾する面がある。間違いを起こさないようにするには、ダブルチェックが望ましいが、コスト面の制約がある。また、それをしても防止できるとは限らない。

しかし、不正・非効率な職務執行は、チェックされるという体制（たとえば、モニタリング（監視）の仕組み）があることが緊張感を生み、そのような行為を予防することにもなる。これは、組織的な業務遂行の根幹である。これについては、費用対効果を考へて有効な適切な体制を構築・運用する必要がある。その意味で、これを取締役の職務の重要な局面とすることは、相当である。

ここでの問題は、これに関する開示である。その取締役の決定・取締役会決議の内容が、事業報告の内容とされている（施行規則一一八条二号）。しかし、本来開示されるべきものが、この決定ないし決議であるとするのは、極めて疑問である。内部統制体制の実効性は、その決議

（ないし決定）というような抽象的な作文によるものではない。実際に作動しているシステムがいかなるものか、その運用の実態がどのようなものが問題である。

この施行規則による開示内容では、これを事新しく開示するだけの意味はない。株主に対して報告すべき事項は、単に決議・決定をした内容では無意味であり（作文ならどうにでもできる）、その運用の実態である。そして、その実態の有効性は、取締役によつて検証される必要がある。その検証を義務付け、その結果を開示させるべきである。

つまり、この開示の趣旨は、その開示を通じてその体制確保の責務の履行を確保しようとする点にある（株主による吟味の対象にもなる）。その当初定められた体制の有効性の検証の結果をも開示させることによつてはじめて、内部統制体制の充実が図られる（金融商品取引法二四条の四の四で、財務計算に関する書類の適正性を確保するための体制についての内部統制報告書は、その体制を会社が評価した結果の報告である）。

さらに、たとえば、定時総会開示書類と附属明細書、さらに監査報告

書それぞれの記載を関連付け、有機的な情報開示の仕組みを構築することによつて、会社の適正な業務執行を確保しようとするのは、一九八一年の会社法改正に基づく、一九八二年の関連法務省令の改正以来の伝統であった。

すなわち、事業報告に記載することによつて、その記載事項が具体的な監査の対象となり、その適正が担保される。内部統制に関しては、この配慮が欠けている。他方、内部統制体制運用の状況は、取締役の職務遂行の要であるから、監査役は、その監査（たとえば、決議の実行状況）についての監査をしないことは許されない。

施行規則一二九条一項七号は、この内容つまり決定ないし決議の内容が相当でないときは、監査報告にその旨および理由を記載すべきものとしていっている。そうであれば、監査役は、当然その運用の状況を調査し、監査しなければならない。しかし、そのための事務量は莫大である（これに対し、監査役スタッフは少ない）。本来その体制が有効に運用され、機能しているかどうかの検証・判断は、一次的に取締役が行うべきものである（監査役は、取締役がその義

務を果たしていないことを指摘すれば足りるはずであるが、監査報告事項としては、そうなっていない。

そのことが、規則の上で明確にされておらず、取締役が無理解の場合には、監査役に過大な負荷をかけ、実務に摩擦ないし制度の形骸化を生むおそれがある。

取締役による情報開示と監査役等による監査開示双方の充実・連携による処理の体系という観点で、今回の法務省令においては、見失われているというべきである。

さらに、会計に関するものを含め内部統制体制に関する記載をすべて事業報告記載事項にしたという問題がある。これは、もともと事業報告を会計監査人の監査対象から除外したという法律の欠陥に起因するものであるが、会計に関する内部統制体制の適否につき、会計監査人のチェックを受けることについては、法務省令でカバーすることができたはずである。

すなわち、上記のとおり、金融商品取引法二四条の四の四は、会社および会社が属する企業集団の財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するために必要な体制について評価した報告書（内部統制報告

書）について定めている（平成二〇年四月一日以後開始する事業年度から適用）。内部統制報告書は、会社つまりは取締役が作成するが、これについては監査法人または公認会計士の監査証明が必要である（同法一九三条の二第二項）。

通常、この監査証明をする監査法人または公認会計士は、会計監査人と同一であるのが常である。この財務情報の適正を確保するために必要な体制は、会社法二四八条三項四号・三六二条四項六号・四一六条一項一号ホでいう株式会社業務の適正を確保するための体制の一環であることは疑いがない。つまり、金融商品取引法上、会社の会計情報の適正確保のための体制の適否については、監査法人または公認会計士の監査を経るものとされている。

会社法における会計監査人監査の制度・体制との平仄からいえば、この内部統制報告書の記載事項は、定時総会で開示される書類（計算書類等）に記載して開示し、それについて会計監査人と監査役（監査委員会）の監査を受けるものとするものが相当である（ここでの監査の意味については、さらに検討が必要であろう。会社法の下では、会計に関す

る内部統制体制について、たとえば計算書類の注記表（計算規則九一条一項・九三条四号）の記載事項とする手当てをすれば、これは達成可能であった。しかし、そのような措置は講じられなかった。

e 監査報告における開示

計算書類や事業報告等において、具体的な記載をして情報開示をすることが、実務上の負担になるのであれば、それを具体的な監査対象とすることにより、特段の問題がないという監査報告を通じてその適正を図ることが次善の策とされる（つまり、監査役は、そのような法令の定めを根拠として、取締役に対し、その監査に必要な情報の提供を求め、さらには適正な職務執行への圧力をかけることができた）。ここでは、

具体的な記載事項がされていなくても、株主は、適正処理が行われていることを期待することができた（取締役と監査役双方に責任を担保とするものである）。たとえば、旧商法施行規則一三三条の競争取引等・無償供与・株主等との非通例的取引・自己株式取得などに関する個別記載である。しかるに、今回の省令は、この扱いを十分な検討なしに廃止し

ている（短期間のパブリック・コメントに付しただけで衆知を集めたことにならないことは、明らかである）。

なお、監査役の監査報告の記載内容が、事業報告に関する施行規則二九〇―三〇一条と計算関係書類に関する計算規則一五〇条・一五一条・一五五―一五七条に分断されているのは、極めて分かりにくい。そもそも監査役の監査報告は、三八一条一項後段に基づき、取締役の職務執行全般の監査について報告すべきものである。事業報告や計算関係書類についての監査報告は、その一部に過ぎない。三八一条一項（三八九条二項）・四三六条一項二項間の調整がとれておらず、そのことが明確にされていない（施行規則一〇五条・一〇七条は、監査報告の内容としては無意味である）。

また、計算規則においては、追記情報（計算規則一五〇条二項）という項目があるが、施行規則にないのも、バランスがおかしい。

三 金融商品取引法との調整

金融商品取引法との調整については、既に述べたところもあるが、ここでまとめておく。同法は、会社法制との比較でいえば、基本的に開示

規制（開示義務等を通じて行為を規制する）法である（直接的な行為規制は例外的。なお、業者規制は、会社法的側面ではない）。公開会社法という構想もあるが、組織規制と開示規制とをどう接合するか、その類型がもつ意味については、なお十分な検討を要する。

まず、会社法サイドで検討すべき事項がある。第一に、内部統制体制に関する開示と監査のシステムが、会社法と金融商品取引法とで、明らかに異なっているが、これは金融商品取引法における内部統制報告書とこれに関する監査との調整を図るべきであった（経営者によるシステムの評価がまず行われた上で、会計に關係する限り、これについて職業的専門家の公認会計士または監査法人つまり会社法上は会計監査人の監査を経る）。会社法の制度では、これを基礎にしてさらに監査役または監査委員会の監査が行われるべきものである。

つまり、金融商品取引法の内部統制は、財務情報（報告）の信頼性を確保するためのものと解されるが、これは、会社法による内部統制の一部を構成するものというべきである。その間の調整がとられていないため、

監査役監査がこの金融商品取引法による内部統制の仕組みにどのような及ぶのかは、明らかでない（注25）。

（注25） 会社法上の制度とかかわりのないものである場合には、それは取締役の職務執行の一部として監査役監査の対象になると考えればよい。たとえば、有価証券報告書や四半期報告書の作成がそれであるが、この金融商品取引法による内部統制については、明らかに会社法・施行規則に定める「会社の業務の適正を確保するための体制」の一部である。金融商品取引法の要請に応じた内部統制体制が、会社法の定めるそれと別物、たという解釈は、許されるものではない。

第二は、金融商品取引法会計の会社法会計における位置・意味を整理することである。金融商品取引法会計については、公正妥当な会計基準ないし会計慣行がないと機能しない（その法規化が財務諸表規則等の内閣府令である）。そして、金融商品取引法は市場法であるが、発行者の財務情報の開示は、その本質的要素である。国際的な会計基準の収斂の動きもあり、会計基準形成への金融商品取引法サイドでの活動は、会社法サイドでの動きいかにかわらなく、今後とも持続して行われるであろう。事実として、会社法の立場か

らも、計算書類の作成・開示に関する限り、これに依拠するほかにないという事態は、これを認めなければならぬ（そうしないと、実務上大きな混乱が起こる）。

しかし、会社法独自の保護法益から、これをどう受け止め（主体的な働きかけの要否も含め）、会社法サイドとしていかなる対応をするかについては、詰めた検討が必要であるし、その検討（情報の把握・処理・対策）のための態勢を整備する必要がある。

会社法が対象とするすべての会社（中小株式会社・持分会社）について、金融商品取引法会計が妥当するかといえ、そうではないであろう。金融商品取引法会計が妥当する範囲を見定める必要もある。これについて、どのように規律すべきものかについては、さらに本格的な検討が必要である。

本当の意味で調整を図る必要があるのは、会社買収（Acquisition）についてである。M&Aの重要性は、今後ますます高まることが予想される。会社法上は、これにつき、友好的買収を含めて、会社の持主としての株主と代理人としての経営者との利害相反関係の調整の問題があるが

（MBOの場合が典型）、特に金融商品取引法との調整が問題なのは、敵対的買収の場合である。

この問題が起こるのは、基本的に株式取得を市場で行うことができる上場会社についてだからである。これにつき、金融商品取引法は、大量保有報告・公開買付けの開示・強制によって対応している。しかし、会社法との調整は行われていない。しかし、敵対的企業防衛は、すぐれて会社法上の問題でもある。

つまり、この関連の金融商品取引法上の制度と会社法上の制度とをどのように連絡調整するかは、大きな課題である（前記ドイツ公開買付け法、EU一三指令等参照）。両者には、補完関係がみられるが（たとえば、公開買付けに全株買収義務を認めること等）、いずれにしてもその政策目的は、同じである。すなわち、望ましい企業買収（買収によって企業価値が向上するもの）を助長し、濫用的なそれ（企業価値を収奪し、既存株主等の他の投資家の利益を害するもの）を抑制することである。日本の実情からみて、最も望ましい方策を探究する必要がある。社債も、問題である。会社法は、社債について、会社が社債として発

行するものが社債であるという実質的に無意味な定義を定めている（二条二三号）。社債が他の会社債務とは異なった扱いを受け、会社法によって規整されるべき理由は、その集団的な性格にある。

つまり、多数の投資家が直接に事業を行う会社に債権の形で投資するためのツールである。たとえば、個人の余剰資金は、預金として、金融機関に対して預け入れられる。これは、金融機関を介在して事業会社に資金を供給することになる（間接金融）。これに対し、社債は、直接金融である。そして、株式がハイリスク・ハイリターンへの投資であるのに対し、社債は、それほどリターンが大きくなることは期待しないが、他方で相応の安全性が求められる。

ここでは、預金者保護の要請に近い、社債権者保護の要請がある。かつての会社法制では、社債の発行は、株式会社のみがすることができるとされ、社債の発行限度が規制される等の保護に仕組みがあった（会社法で定める意味があった）。しかし、会社法では、発行主体は限定されていない（発行主体の償還能力を担保する方策はおよそ定められていない）。社債の流通・社債権者の

確定に関し社債原簿という制度の定めはあるが、無記名社債であれば、その適用外であるし、会社法で定めなければならないものでもない（たとえば社債、株式等の振替に関する法律）。合名会社や合同会社が社債を発行できることをことさらに会社法で認める必要はない。

会社法が特に定める制度は、主に社債管理者と社債権者集会であるが、これはいずれも、不特定多数の社債権者の存在を予定するものである（株式と社債との接近がみられるが、これについては新株予約権付社債についてのみ株式会社法に定めがある）。その存在は、資本市場における資金調達の手段としてのみ意味をもつ。これについて、会社法の一

般的制度として定める必要があったかどうかは、極めて疑問である（ひと握りの会社しか、社債特に社債管理者を必要とする社債を発行することはない）。外国で発行する社債はどうかという問題がある。他方で、日本の会社以外の者が発行するものであっても、日本国内で流通する限り、社債権者の権利行使のために、これらの法制度を適用すべき要請がないかどうか、問題である。会社法四編に定める社債に関する

法規制は、金融商品取引法制に近い市場法の一環として、会社法から切り離して単行法とするほうが、その本質が明確になったように思われる（新株予約権付社債については、株式会社法において、より明確に規定すべきである）。

四 その他の論点

残された論点も、多い。ここでも、思いつくままに問題を取り上げることをお許しいただきたい。

(1) 取締役の責任等

株式会社の機関構成の問題については、前に触れた。たとえば、株式会社という法制度を基礎にして、それを支えるシステム（業務執行体制たとえば、内部統制体制）が、生まれる。その制度・システムを運用するのはヒトである。株式会社の結果は、取締役をはじめとするその各機関の構成員たるヒトの行為の結果によってもたらされる。そのヒトの行為をよりよいものにするための仕組みが、報酬と責任ということができるといふことになる。過不足がない報酬の確保という問題もあるが、法

制度としては、責任がより重要である。

制度・システム・ヒトの間には、相互作用が働く。よい制度は、よりよいシステムに繋がりが、ヒトも働きやすく、より良好な成果をもたらすことになる。責任は、法人たる会社の行為を現実に行うヒトが緊張感をもって仕事をするための制度である。それとともに、その行為によって損害を受けた者の救済という機能がある。

会社法は、取締役の責任を原則として過失責任としている。これは、職務追行について責任を果たそうと努力しても、しなくても、同じ責任が問われるという不合理を排除しようとするものである。方向としては正当と考えられる。被害者保護の見地から会社自体が責任を負うべき場合があること、場合によって、果たすべき注意義務の内容に軽重があり、また立証責任が転換されることは、別論である。

一二〇条の株主権の行使に関する利益供与が、その例外とされている。これは、政府提出の原案を国会が修正したものである（会社法の制定前平成一四年改正による委員会等設置会社における取締役・執行役の責任も、無過失責任とされていた）。

もともと、この利益供与の成立には、会社のだれかが株主権の行使に影響を与える意思をもち、そのために利益を供与することが必要である（故意の行為）。この意思が取締役以外の者にあつた場合も、取締役の過失を問わず、利益相当額の支払責任を負うというのが、無過失責任の意味のはずである。

一二〇条四項は、当該利益供与に關与する取締役（執行役を含む）として法務省令（施行規則二二条）で定める者が責任を負うが、当該利益供与をした者を除いては、過失責任（無過失の立証責任を負う）と定める。施行規則二二条の定めのうち、取締役会決議または株主総会決議に基づく場合は、実質上問題はない（およそ会社は、この利益供与をしてはならない義務を負うのであるから、そのような決議を成立させたことと自体が取締役・執行役の責任発生原因となることでもよい）。

問題は、利益供与に關する職務を行つた取締役（同条一号）である。この職務を行つた取締役という限定の意味がどうなるか、である。たとえば、社長や総会事務を所管する総務担当の取締役が了承してこの利益供与が行われたときは、明らかにこ

れに該当する。しかし、それ以外の取締役が監視義務を十分果たさなかつた場合の責任をこれでカバーしているといえるかどうかは、問題である（およそ取締役である限り、利益供与がされないように努力する義務を負い、その義務を果たしたことを立証しない限り、責任を負うと考へるのが相当であるから、四二三条の職務懈怠責任は負う余地はあるう）。

無過失責任を負うとされる法一二〇条四項カッコ書の「当該利益供与をした取締役」との異同も判然としない（「した」が実行行為を意味するとしても、いかなる態様のものが該当することになるのかは、問題である）。専ら使用人（たとえば総務部長）が、独断でこの利益供与をしたときは、代表取締役が、この利益供与をした取締役ということになるのかどうか、また、關与した取締役になるのか、である（注26）。

（注26） その場合でも、たとえば、趣旨を秘した総会屋接待の場合、取締役が対象になることは、容易に思いつく（しかし、このような場合は無過失の立証が成功することは考えられないから、無過失責任にあまり意味はない。そのような場合に局限すべきではない

であろうが、逆におよそ代表取締役であれば、無過失の主張ができなくなるというの、おかし（代表取締役が複数の場合についてどう考えるべきか）。關与したという限定の意味が問われる。通常、総会決議や取締役会決議によつて、この利益供与がされることは、考えにくい（なお、総会議決権行使に關するクオカードの提供を利益供与に該当するとした東京地判平19・12・6 商事法務一八二〇号三二頁（モリテックス事件）のような場合は、取締役会決議があるかもしれない）。そういう一般の業務執行の中で行われた利益供与について、一二〇条の責任を負う取締役と四二三条の責任を負う取締役との区別は、施行規則二二条によつては明らかでない（省令委任の意味がない）。

四二三条の会社に対する責任と四二九条の第三者に対する責任との關係も、本来は整理が必要である（たとえば、新株の不正な価額での発行の場合の整理、四二三条の責任と四二九条の責任とが競合して認められる場合、会社倒産の場合における両者の調整等）。

また、ヒトは過ちをおかす存在であるが、その過ちに比して巨大な損害が生ずるといのが、企業活動の特色である。それを全て取締役等の責任にしてよいかも、基本的な問題

である。株式会社、あるいは取締役といつても、その態様にはバラエティがある（株式会社には有限責任も統合した会社法は、株主有限責任のための条件を充たした会社かどうかという観点からの整理はおよそ行つていない）。その実態に即し、取締役等の責任について、關係者の多くが納得できるような整理（万人を満足させるというようなことは、およそ無理である）について、検討してみることがあつたと考えられるけれども、およそそのような試みがされた形跡はみえない（注27）。

（注27） 現在の責任免除の仕組みは、四二七条の責任限定契約によるものを除いては、無理がある。責任保険という制度の意味を含め（自動車損害賠償保障とは基本的に異なる）、根本的に考える必要がある。会社の組織自体に問題がある場合においても、そのツケを取締役等に回すことでもよいのかは、問題だし、会社をめぐる主要な利害關係者たる取締役、株主、債権者三者の利益考量も、会社の態様によつて違いがあり得る。責任を負う者が数人いる場合の連帯責任の原則も、損害額が大きくなると、その損害への寄与度にも、大きな差がある事態がしばしば起こる四二三条の責任の場合には、問題である（公害の場合と類似する）。なお、この問題に關する立法のあ

り方について論じたものとして、会社法制定前のものであるが、拙稿「取締役の責任の新しいかたち」商事法務一六九〇号一三一―一九頁がある。

ちなみに、最近、巷間広く行われている執行役員の退職慰労金請求を棄却した最判平19・11・16商事法務一八一六号五一頁に接した。これに関連して、改めて取締役や執行役の使用人兼務という法律関係の不明瞭さが浮き彫りにされた感がある。施行規則一―三三条は、役員等（取締役・監査役・会計参与・執行役・会計監査人）の報酬に関し、これが取締役・執行役・支配人その他の使用人を兼ねる場合と定めるが、どのような形でこれが成立するのか、極めて疑問である。

会社法の見地からは、それぞれの地位は、原則として上位の地位・報酬に吸収されるものと整理するのが相当である（もつとも、取締役と執行役の兼務は、これを明確にさせて、施行規則一二四号四号の報酬開示に反映させるのが相当である）。取締役と執行役員の兼務は、取締役会設置会社でのみ問題になると考えられるが、業務執行取締役（三六三条一項二号）として扱うべきものと

考えられる。執行役員についても、高級使用人と考えるのが通例であるが、前記最判にみられるように取締役と同格の委任決定に基づく地位とすることが多いのであれば、その制度をきちんと認知し、株主に対する開示事項にすることが望ましい（その責任のあり方に大差があることをどう整理するか）。

社外取締役・社外監査役の定義が定められている（二条一五号・一六号）。そして、会社法立案担当者は、既述の事業報告（施行規則一二四号）にみられるように社外役員に特別の思い入れがあるようである。それなら、社外役員の要件について、もう少し細密な検討をして欲しかった。

これに求められる役割とそのために必要な資格要件とである。具体的には、社外性のほか、独立性が求められるのではないか、という問題である。資格要件として定められている子会社のほか、企業結合関係の会社（特に親会社）をどう考えるか、その他の利害関係（大口取引先）の存在はどうか、が問題で、開示（施行規則七四号四項六号・七六号四項六号・一二四号一号ないし三号参照）の問題として処理されるべきもの

のほか、むしろ子会社と同列に扱うべきもの（たとえば親会社・姉妹会社）とがあるように考えられる（なお、施行規則二条三項一八号には、開示対象としての特定関係事業者という定義が定められている）。

つまり、固有の取締役・監査役の役割とその適任の判断と社外役員に期待されるそれとの間にずれがあることが問題で、そのずれをどう処理すべきものか（取締役としては適任だが、組織や過去のしがらみを受けない独立性という観点からは疑問という場合、開示を受けた株主がどういう選択をすることが期待できるか）、事後救済で処理できるか、という疑問がある。

また、組織再編の進展に伴い、過去の組織再編の相手会社の業務執行に従事したものをどう考えるかも、問題である。特に会社法は、過去の経歴についてその従事期間・それからの経過期間を問わず、社外役員としての欠格者としている。反面、その規定からは、合併相手の消滅会社の取締役等であったことは、問題でないように読める。

しかし、メダカがクジラを呑む合併のような場合には、明らかに疑問であるし、それに類する事態は容易

に想定することができ。会社法が、こと細かな定めをすることによって、解釈の余地を少なくするという立法態度を標榜し、しかもそれに成功していないことの一例というべきであろう（注28）。

（注28） 効力規定について、できるだけ要件を明確にして、法律関係が不安定なものにならない配慮が必要なことはいうまでもない。しかし、事前の定めで現実の事象すべてを過不足なく明確に判断できるようにすることは、不可能である（事前の法令の定めは、相当程度抽象的なものにならざるを得ない）。そのことをはっきり認識する必要がある。できるだけ解釈に迷わないように制度趣旨を明確にすることにより（プリンスプルの確立）、的確な法解釈を通じて妥当な問題解決のできる立法が求められる。

(2) 組織変更・組織再編

a 組織変更

組織変更は、株式会社と持分会社との間のものとされ（二条二六号）、持分会社間の会社の種類の変更については、定款変更の手続によるものとして、会社の種類における社員有限責任と無限責任との区別を無視して、合名会社、合資会社、合同会社をひと括りにして扱うことの問題については、既に指摘した。合同

会社についても、有限責任享受の条件の整備は、全くといってよいほどされていない。

それにもかかわらず、その要件・手続についての整備をすることなく、すべての持分会社から株式会社への組織変更を認めている。かつての有限会社法六七条における扱いと比しても甚だしい差がある。法制としての会社の種類とその種類間の変更をどう考えるべきかという基本的視点が欠けている。

b 組織再編

ここでは、組織再編は、合併、会社分割、株式交換、株式移転を包括する概念として用いる。まず、既存の株主の地位に及ぼす影響が問題になる。

その最たるものが、組織再編対価の柔軟化（相手企業の株式その他の持分でなくてもよい。七四九条一項二号等）に伴う株主の締出し（従来事業からの切離し。これは事業譲渡についても起こる）の問題である。その二一を肯定すべき局面があることは、理解できるが、それに伴う弊害の可及的除去（特に締め出される株主の保護）の視点が無い。一般的な実体的要件を定めることが

難しいとすれば、手続でカバーする必要はあるが（たとえば、その必要性と対価の相当性に関する開示の充実、決議要件の加重等）、その配慮が十分とは到底考えられない。

総会決議を不要とする簡易組織再編の範囲を拡大し（七八四三条・八九六条三項・八〇五条。五％ルールから二〇％ルールへ許容範囲を四倍に拡大した）、分割会社については、株式買取請求も差止めも、認められない（七八四三条三項・七八五一条二項・八〇六条一項二項）。この総会決議不要の扱いは、事業譲渡に関しても同じであるが（四六七条一項二号）、「重要な一部」を規模だけで決することの不当については、前述した。ここまで、会社の都合を優先させるべき理由はない。

また、会社分割の要件として、事業としての一体性を不要にしたようにみえる（二条二九号・三〇号）。立案担当者は、そういつている（相澤 哲二 細川 充 『組織再編行為論』五頁）。これでは、理屈として会社分割という包括承継行為を認めるための前提要件が欠けるといふべきであろう。権利義務の間に一体性（連関性）があるから、包括承継として個々の通知・承認なしにそれ

らが包括的に移転することが認められるのである（後で無効にされることとが困るというのであれば、命令規定としてでも、その趣旨を定めるべきであった。差止めによって阻止されなければ有効とすることが考えられる）。会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律の趣旨・前提とも食い違うように思われる。

また、これも既に言及したところであるが、組織再編の手続については、手順が無視されており、吸収型組織再編においては、効力発生日（その登記ができ、手続が完成する）の前日までに決議をすればよいことにされている（七八三条一項・七九五条一項）（注29）。この場合の反対株主の株式買取請求の期限は、決議をする最終期限と同じ効力発生日の前日である（七八五五項・七九七条五項）。このことは、総会の決議がされる前に買取請求をすべきものとする趣旨を認める趣旨であることは、明らかである。しかも、この請求の撤回は、会社の同意を必要とする（七八五五項・七九七条六項・八〇六条六項）。

つまり、その場合には、総会での会社の説明を聞いて賛否ひいては買取請求をするかどうかを判断すると

いう余地はないということである。これは、およそ二〇日間という請求（考慮）期間を認める趣旨、さらに総会による承認決議の意味を無視するものである。

（注29） もちろん、債権者保護手続（七八九条・七九九条）、株券発行会社では株券失効提出手続（二一九条）は、これらがなければ効力は生じないが、これも決議に先行して行うことができ。その場合には、決議が成立しなければ無効になる手続を先に行うことになる（関係者に余計な負担を強いることになりかねない）。

その組織再編承認決議に瑕疵（特に手続上のそれ）があっても、効力発生日にその手続にストップをかける（差止請求をする）余地は、実際上ないことになる。しかも、組織再編無効訴訟の実効性は、極めて疑問である。合併などの組織再編行為が大企業について行われた後に、これを無効にして、元の状況に復元することは不可能といってよい。遡及効はないとしても、たとえば合併後に株主となった者の合併無効による当事会社への振分けは、特に振替株式の制度の下では、やりようがない。たとえば、コクド・西武グループの再編について無効の問題が起こっている。その手続におかしな点はある

が、無効にしても処理できる見込みはない（制度としての訴訟に徒労感がある）。

事後救済を強調する前に、損害の実効性を検証すべきであるが、それがされていない。つまり、ここまで手続保障を無視して、迅速（便宜）を求めることは、立法として異常としか言いようがない。

もつとも、新設型組織再編の場合には、新設会社の設立の登記をすることが効力発生であるから、効力発生日の定めはない。反対株主の株式買取請求は、決議の日から二週間以内にされる新設合併等をする旨の通知・公告から二〇日以内にすべきものとされる（八〇六条三項五項。なお、その請求の撤回に会社の同意を必要とすることについては同条六項）。しかし、債権者保護手続等が決議とリンクしていないことは、同じである。

また、組織再編については、特に友好的なものに関し（その典型はMBO）、株主の利益を犠牲にして経営者（取締役）が利益を凶る利益相反の問題が起りやすい。このことにも、配慮する必要がある。

組織再編対価柔軟化のために設けられた八〇〇条（親会社株式の取得

制限）も、どの時点で、どのような方法で取得することが認められるのか（組織再編手続の進行状況といかなる関連をもつか、当該組織再編の成否の見込みがはっきりしない場合にも認められるべきか、結局当該組織再編が不成功になった場合の扱い等）の問題がある。合併手続開始後に限ると解釈するにしても、一三五条規制の脱法に繋がりがかねない。

組織再編に関連しては、拙稿『法務省令の問題点―組織再編に関連して』ジュリスト一三一五号一五二四頁がある。

(3) 企業結合

会社法制の現代化を標榜した会社法の最大の積残し事項が、企業結合の問題であることは、疑いがない。現実のグループ経営の進展は著しい。特に持株会社が平成九年に解禁され、これを頂点とする企業集団が

多数生まれまれている（完全親子会社創設のツールとして、株式交換・株式移転・新設分割等の制度も整備された）。この持株会社の仕事（事業）は、子会社（従属会社）の管理だけである。そのための権限行使のあり方は明確にされていない。

持株会社の株主は、その実質的な

投資先である従属会社（事業会社）の支配から切り離され、實際上持株会社の経営者による支配が行われる。持株会社の情報開示についても、その実態に配慮した手当てはされていないから、これを掣肘するものがない。完全親子会社関係一般にこの問題（株主権の希薄化）が起る。

そこでは、人事権を背景にした力の支配が行われる。実際上は支配会社の意思に従うほかないという立場であつても、従属会社の経営者が法的な責任を負い、支配会社の責任は、問われないことになりかねない（事実上の取締役理論の問題）。つまり、支配会社の株主の権限が希薄化し、支配会社とその経営者の権限と責任とが不明確になる。従属会社に少数株主がいる場合には、その保護も、重要な問題である。

この問題については、拙稿『企業結合法制のあり方』商事法務一七四四号七九一八六頁、『企業結合法制をめぐる諸問題―持株会社・企業再編・グループ経営の進展に伴う企業統治を中心とした検討（上中下）』月刊監査役四九九号三六一四三頁・五〇〇号三五―四九頁・五〇一―五〇二頁・五〇三―五〇四頁・五〇五―五〇六頁・五〇七―五〇八頁・五〇九―五一〇頁・五一―五二頁・五三―五四頁・五五―五六頁・五七―五八頁・五九―六〇頁・六一―六二頁・六三―六四頁・六五―六六頁・六七―六八頁・六九―七〇頁・七一―七二頁・七三―七四頁・七五―七六頁・七七―七八頁・七九―八〇頁・八一―八二頁・八三―八四頁・八五―八六頁・八七―八八頁・八九―九〇頁・九一―九二頁・九三―九四頁・九五―九六頁・九七―九八頁・九九―一〇〇頁がある。

終わりに

会社は、法人であつて、法律が人間社会のツールとして作り出すものである。基本的には、法律がその存在と働きを制御する。もちろん、制度を現実にかさねるものは、ヒトであるから、その担い手いかにという面はある（「弘法は筆を扱はず」という諺もある）。しかし、道具である以上、道具としての善し悪しは、当然ある。また、道具を使いこなすには、その特性（機能・危険性等）を十分認識する必要がある。

社会的に有用な事業を遂行するための道具という会社の性格からいって、会社法がもつべき機能は、事業を効率的かつ健全（公正）な形で行うための仕組みを作ることである。それは、現実社会のニーズに対応するものでなければならず、現実を離れて抽象的なモデルとして成立し得るものではない。そして、効率性と健全性との間には、トレードオフの関係もあるが、基本的にはバランスの問題である。どちらか一方を無視してよいというものではない。効率性の追及は、そもそも営利企業たる会社の本質である。たとえば、近代企業を支える法制度たる株

式会社では、無能な経営者を淘汰し、そのモラルハザードを防止する仕組みを確立するとともに、いたずらに経営者の手を縛らないという要請があると考えられる。しかし、健全性（公正性・公平性・公共性）を無視した効率性のみを追求は、許されるべきではない。自己の利益のために他人の利益を害することは許されるべきではないという一般論の延長である。

もつとも、ヒトが全く他者に迷惑をかけないで、行動することはできない（極論すれば、ヒトが生きているだけでも、環境汚染物質を出している）。そこに受忍限度、バランスの問題が生まれる。事前規制（予防）と事後救済のいずれを選択するかも、その一環である。経営者の手を縛らないため、会社の行動の自由度を高める選択をする場合には、そのことによる弊害とのバランスについて考慮する必要がある。

そのことによる効率性の向上が、それによる弊害（公正性等の侵害）を上回る見込みまたは事後救済が十分機能する見込みがなければ、その選択はすべきではない。たとえば、その制度がどのように利用されるか（それによってもたらされる利益）、

それによってどのような影響をどのような関係者が受けることになるのか、不利益を受ける者がいる場合には、どのような救済手段が認められているのか等の問題がある。

これらが逐一検討されるべきものである（現実社会へのシミュレーションが必要である）。会社法担当者が主張するやみくもな規制緩和（規制緩和原理主義）がおかしいというゆえんである。会社法の最大の問題点は、会社法が行ったパラダイムシフト（枠組みの変更）について、全く根源的な検討をしていないということである。

会社の使命は何か、会社制度における保護法益が何か（理念の衝突をどう処理するか）、会社法上の新旧の制度の射程距離がどう変化するか、誤用・濫用に対応できるか等、会社法を検討していると、疑問は果てしない（これらは、絶対的な答えが得られないことは、当然であるが、その思索の跡が見えない）。そして、法律的遺産を尊重していかないというのは、その原因であり、結果でもある。

本稿は、その社会的な道具としての会社の枠組みを定めている会社法体系の特性を分析しようとしたもの

であった。およそ、あるまとまった体系の分析には、森（全体像）を見て、木（細部）を見た上で、仮説を立てながら、総論としての理論の道筋をまとめ（統合し）、個々の制度に照らして検証し、さらに具体的な制度ごとに問題点を説明する作業が必要である。総論と各論とが、交錯する。立法に当たって具体的なニーズは検討していないというのが、立案担当者の言（「対談・会社法的主要論点をめぐって」企業会計二〇〇六年六月号一六八頁）であるから、始末に困る（その検証作業をこちらが引き受けなければならぬ）。

本稿において、同じ問題が複数の箇所で見られるのは、そのような意味である。また、その分析は、必ずしも満足ができる域に達してはいない。しかし、法律は、いかに問題があろうと、施行された以上、その適用を受ける（悪法もまた法であり、法としての拘束力をもつ）。

およそ法制度の適切な運用のためには、その特性を知ることが不可欠である。会社法とその関連省令（特に施行規則と計算規則）は、極めて分かりにくい。かつて会社法改正作業に一〇年以上関与し、改正法案や法務省令の立案を経験した筆者に

とつても、そうだから、法律専門家でない素人にはなおさらという思いがする。できる限り会社法に関する知識（問題点を含むその内容の理解）の共有化に向けた努力をする必要がある（注30）。

（注30） つまり、問題、たとえば企業不祥事が起こった場合の処理のプロセスは、加害・被害の防止、原因究明・再発防止、責任の明確化である。しかし、法律の問題点というような複雑な事象については、その認識を普遍化するのに困難がある。まず、そのための作業が必要となる。

欠陥がある法律による損害防止も極めて困難である。欠陥がある程度明らかになったとしても、欠陥商品のように回収とか出荷停止ということとはできない。朝令暮改による弊害もあるし、代わるべきものを用意するのも容易ではない。さし当たりは、問題点を意識しながら使っていくほかはない。

ただし、法務省令化は、適時の改正のためのものであり、この特質を早急に働かせることが大切である。そのためには、そのための適正迅速な制定手続を構築（検討）することが、急務であるといわなければならない。

ここから、さらなる議論（根拠を示した主張・反論・再反論というプロセス）の輪が広がり、問題認識の共有化が図られることを期待するものである。