

会社法の論点解明(一)

早稲田大学大学院法務研究科教授・弁護士

稲葉 威雄

はじめに

一年ほど前、本誌の二三二号（二〇〇六年一月号）に「法律の分かりやすさ―これを支えるものと阻害するもの―会社法に例をとって」という論考を寄稿した。これは、主に二〇〇五年六月に成立した会社法の分りにくさについて論じたものであった。そこでは、法律の規定の構造・体裁の問題と立法趣旨の不明確さという問題を指摘している。その時点では、分かりにくい法律だという認識はあったものの、また会社法をできるだけ前向きに理解し、擁護しようという意識があった。それ

は、必ずしも会社法の制定過程と内容を徹底的にまた批判的に分析・解明してみようとするものではなかった。

二〇〇六年二月には、会社法の委任に基づく法務省令が制定され、五月には新しい会社法・関連法務省令が施行された。この間、法科大学院で授業をする必要上ということもあって、会社法について、私は私なりに条文と向き合い、理解を深める努力をしてきた。会社法と省令に関する法務省の立案担当者の著述が公開され（注1）、その他にも会社法に関する多くの著作が刊行されている。しかしながら、それらは、いず

れも会社法および法務省令の成立過程と内容にあまり基本的な疑問（問題意識）をもっていないようにみえる（ハウツーものが多いことも、その一因ではあろう）。これに強い違和感をもつ。

（注1） 会社法の立法作業に関与した者の数は極めて多い。その間での意思統一が十分行われたかどうかには、疑問がある。担当者による解説（個人的見解のはずである）も、共著、編著が多いため、その内容について、だれが責任者かはつきりしないこと、同じ事柄についても、解釈、説明が違っていることも、問題である。立法根拠が明確に説明されていないことも多い。たとえば、施行直前に上梓され、

好評を博した神田秀樹東大教授の『会社法入門』（岩波新書）についていえば、株式会社的重要性やその特質に関する記述には、（後記のような留保はつけるとしても）おおむね異論をばさむところはない。しかし、この会社法が二二世紀にふさわしい立法法であるという評価（同書四一・二一―三頁等参照）については、総論的記述とその結論とが整合しておらず、到底賛成することはできない（その詳細については、後で述べることにする）。

つまり、会社法と関連の法務省令とは、外観上壮大な構築物であることは確かだが、それに幻惑されて

(その作成の労は多とするとしても)、その致命的な欠陥を見過ごしてはならない。会社法は欠陥が多い立法であり(正当な原理・原則に基づいた整理が十分されておらず、ご都合主義が過ぎる)、それを補完すべき関連法務省令の内容には、それに輪をかけた問題があるという基本認識をもつべきである(おかしい点ばかりではないことは、いうまでもないから、どこが問題かを整理することが大切である)。

その問題点の認識の上にならば、新しい会社法制に関しての検討をし、その解釈論を展開して、適切な運用を工夫するとともに、同じ誤りを繰り返さないようにする必要がある(早急に再構築のための作業をすることが望ましいが、そのエネルギーがあるかどうかは疑問である)。これが、私の実感である(この立法をよしとする風潮が定着すれば、日本の法文化に取り返しのかない禍根を残すおそれがあり、それを何とか防ぎたいという思いがある。少し大げさではあるが、これは使命感ともいえる)(注2)。

(注2) 二〇〇六年九月中央経済社から刊行された拙著「会社法の基本を問う」がある。これは、同社刊行の企業

会計二〇〇五年九月号から二〇〇六年五月号にかけて連載した論考を単行本化したものである。それでも、会社法のあり方についての疑問を提起し、その批判をしてはいるが、そもそもの、その執筆当初の意図は、やはりできるだけ前向きに新しい会社法を受け止める、その適切な運用のあり方を探ろうとするものであった。前記の本誌掲載の論考は、その連載途中の段階のものであった。しかし、本文記載のような事情によって、その執筆構想を改めざるを得なかったことから、この連載を終了した(同書はしがき参照)。本稿は、同書(あるいは同連載)を踏まえ、新しい構想の下に会社法と関連法務省令との問題点を説明しようとするものである。

ほかに、公刊されている会社法および省令に関する私の批判的発言としては、次のものがある。①稲葉威雄・上村達男両教授に聞く「会社法の問題点を斬る」早稲田ビジネススクール・レビュー(日経BPMック)四号八二頁 ②稲葉威雄Ⅱ郡谷大輔「対談・会社法の主要論点をめぐって」企業会計(中央経済社)二〇〇六年六月号一四五頁 ③「法務省令の問題点」組織再編に関連して」ジュリスト(有斐閣)一三二五号(二〇〇六年七月一日号)一五頁 ④「会社法のどこが問題なのか」世界(岩波書店)二〇〇六年一月号一二八頁 ⑤インタビュー(聞き手・中村信男早大教授)「昭和・平成の改正を経て 到達点としての会社法

の評価」ビジネス法務(中央経済社)二〇〇七年一月号五〇頁。

ここで、「原理・原則を忘れたご都合主義」という意味については、差し当たり、次のような点を指摘することができる。後でも言及する制度の統合(たとえば、新株発行と自己株式の処分を統合した「募集株式の発行等」は、条文数の減少と準用の避止という末梢的な都合によるものと推察される)や公開会社というおかしな定義や株式の自由譲渡性の原則と機関構成の原則との齟齬がある整理の仕方なども、その適例であるが、ここでは差し当たりいくつかの具体的な制度を取り上げる。

まず、規制緩和とか、グローバルゼーションとかは、それ自体原理でも理念でもないという認識をもつことが肝要である(注3)。それは、単に手段ないし現象の表現に過ぎない。ちなみに、アメリカナイズをグローバル化と即断すべきでないことは、いうまでもない。

具体的な制度改正の是非は、日本社会にふさわしい会社制度を構築するという究極の目的に照らして判断すべきものである。変革が望ましい場合もあるし、適切でない場合もある。グローバル化を国際的な標準化

と考えるならば、その達成に向けて努力すべきだということにもなるけれども、法の基礎たる文化・現実が、均一でない以上は、無理がある。当初から、それを自己目標化とすべきものではないことは、明らかである。

(注3) それは、規制改革と言い換えても、同じことである(神田『会社法入門』一九三頁)。問題は、その中身である。制度疲労がみられる制度を改革する必要はあるが(逆に問題を起こしていない制度は変えるべきではない)、変えさえすればよい、というものではない。同書では、同時に問題は改革後のルールやエンフォースメント(実現)体制が不足ということではないかという指摘がされているが、会社法は、まさに今後の会社制度のルール設定のためのものではないか。そのルールに不足・欠陥があったり、ルール違反に対応するための法実現体制を十分整備していないことは、致命的な欠陥というべきではないだろうか。

①明確な類型化を伴わない株式会社という会社区分設定(譲渡制限株式発行の有無と取締役会設置の結びつきの意味も判然としない)、②種類株式の多様化(全部取得条項付種類株式の創設、議決権制限株式の実質無制限の許容、種類株式の内容変更に関する規定の不備等)、③株主

の締出し（スクイーズ・アウト）の安易な許容、④資本充実に支える諸制度の廃止、⑤無差別な定款自由の範囲拡大、⑥定款変更等のための特別決議要件の緩和、⑦簡易組織再編の要件の大幅な緩和（一部事業譲渡につき、質的に重要とされるものであっても、量的基準により反対株主はあらゆる保護手段から排除される。簡易組織再編の基準について、会社・株主に対する質的影響を問わなくてよいかという問題でもある）、⑧株式単位や会社分割単位に関する無規律化、⑨持分会社という会社区分設定とその組織再編法制における株式会社と同列の扱い、⑩組織再編の対価・手続の柔軟化（正確にはルーズ化）等の制度化は、いずれも、専ら経営者（経済界）サイドの便宜という配慮（その要請）に基づいたものと推察されるものである。

これらは、それぞれ①株主有限責任の根拠・条件（株主と債権者との利益調整のあり方）と社員無限責任の会社との差異、②規制緩和のための条件、③株主平等原則、資本多数決（株主平等原則）と会社民主主義（会社をめぐる集団的権利関係の処理のあり方、ひいては、多くの法律

関係の連結点としての会社は、だれのものか、まただれのものであるべきかという根源的な問いかけ）、④包括承継を認めるための条件、⑤少数反対株主の保護のあり方、⑥所有と経営の分離の現実と理念との調整といった原理・原則・理念という観点からの根源的な検討を抜きにしたものというべきである。議員立法で導入された金庫株制度の問題点についての見直しも、されていない。また、組織再編法制の充実の後始末ともいべき企業結合法制の本格的検討は、先送りされている。

私は、一九七二年から一九八八年まで法務省民事局に勤務し、法務行政と民事立法とに従事した経験がある。特に会社法の立法（一九七四年から始まった根本改正作業）については、一九七五年の民事局第四課長就任時から官房審議官（民事局担当）を最後にして民事局を離れるまで、ずっと関与し続けた。会社法は、その根本改正作業の一応の到達点ともいべきものである。しかし、私の経験とその間民事局で受けた訓練からすると、徐々に明らかにされてきた会社法と関連法務省令の内容（基本的なコンセプトとその処理の仕方）とそれを形成した手続

（プロセス）とには、その到達点としてはどうにも納得しかねるところがある。今回の立案担当者の言動にも、疑問を禁ずることができない。

およそ立法には、それなりの方法論の確立・認識が前提として必要である。さらにいえば、立法美学も存在する。機能的なものも美しいという意味で、立法は美しくあるべきである。そのためには、規定の明晰性つまり一読してその立法趣旨が明確に把握できるものにするのが求められる。もちろん、その趣旨（制度の目的とそのためにとられた手段）は説得的なものでなければならぬ。その達成は至難のことではあるが、できるだけそれに近づけるための努力をすることが大切である。今回の会社法立法は、私が考える、あ

るべき立法の方法論（注4）と美学に抵触するというほかない。

（注4）その方法論の詳細については、折につけ触れることにするが、その一例として、バランスの問題を挙げることができる。まず、制定過程については、迅速と適正のバランスの考慮が不可欠である。現実と理念・理想とのバランスも問題である。たとえば、実務上のニーズは尊重すべきだが、それに節度が要求される。会社法は、局所的なニーズに対応するための措置を極

端に一般化する傾向が見受けられる。また、創意を生かすためには自由度を高めることが望ましいともいえるけれども、それを濫用する人間がいるのも事実である。自由は相当の規律によって支えられるものであることは、これまでの歴史（特に近代史）の中で人類が学んできたことではなかったか。角を矯めて牛を殺す愚を冒してはならないが、手をこまねいて暴れ牛を放置すべきでもない。さらには、株式会社の制度を株式会社らしい株式会社に純化する理念（ドイツの法制の実現）の貫徹も、現実の状況からいっておよそ無理であるが、法の形骸化を放置することも適当ではない。

理念間の相克（トレードオフの関係にある理念）のバランス・止揚はどうあるべきかの問題は、殊に重要である。たとえば、会社経営の効率性と健全性・公正性との調和、自由と規律との調和、企業の資金調達の便宜と資金提供者保護の調和など。ちなみに、会社状況の変化により、会社法におけるパラダイムシフト（枠組みの変更）の要請があれば、これに応えるべきことは当然である。しかし、法律が社会生活のルールであるということを前提とする限り、公正性を少なくとも指導理念の一つ（秤）としない立法などは、許されるはずはない。会社をめぐる利害関係は、複雑多岐であり、そのバランスは、極めて重要である。公正性の観点を抜きにした企業価値の向上などあり得ない。立法は、妥協の産物とい

う要素があるが、その妥協はよきバランスを見つけ出す作業である。許容範囲を逸脱した妥協は、許されない。

会社法は、そのバランス感覚に問題があり、特に便宜性（それが究極的に効率的かどうかには疑問があるため、効率性とはいいたくない）のために公益性を犠牲にしている嫌いがある。

権力をもつ者の力は強い。いかにおかしな法律、省令でも、実定法となれば、それだけの力をもつ。少なくとも、法律に反する省令は、無効のはずだが、それでも裁判で、そのことが宣言されるまでは、実務も、学生（試験官）も、それを尊重せざるを得ない（それが、実務書のみならず、教科書でも、その基本的な問題提起が避けられる原因になる。その意味では、論文に期待するほかにない）（注5）。さらに既成事実がまかり通るおそれも、否定できない（裁判所も、既成事実の重みのため、たとえば省令を信頼した実務に与える損害に配慮して理屈を曲げることもないとはいえない）。

会社法がもたらした、このような事態は、二度と繰り返すことがあってはならない、というのが私の切実な思いである。そのためには、会社法の立法過程とその内容に関する問題点をきちんと検証・説明する必要

がある。本稿は、そのための作業の一端である。

（注5）最近刊行された森淳二朗||上村達男編『会社法における主要論点の評価』（中央経済社）は、論者によって濃淡はあるが、会社法に対する批判的視点がみられる論文集である。

I 一般私法の一環としての会社法

法務省民事局がその立法を所管している法律は、私人間の法律関係を規律している私法（民事法）といわれるものである。公権力が、私人に向き合う公法と対比される。民法、商法といった分野に属する民事実体法（その特則としての借地借家法や不動産登記法・商業登記法等を含む）が、民法等の特則の私法規定を含むものであっても、消費者契約法や割賦販売法等内閣府や経済産業省等の法務省以外の行政庁が所管するものがある。民事訴訟法を代表とする裁判所の行う手続に関する民事手続法といわれる分野に属するもの（破産法等の倒産法もこれに含まれるが、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律に定めるもの等いわゆるADRに属する手続もある）とが中心である。

そもそも、法律は、人間の社会生活を規律するもの（ルール）であり、その社会の道具としての効用が重要である。あらゆる法律は、人間（国家から個人まで）の社会生活における利害の錯綜を整理するものだが、特に私法は、その要素が強い。

その場合の調整の根底には、常に公正という理念がなければならぬ。会社法は、資本主義社会（市場経済社会）における経済活動の主要な担い手である企業の組織に関する基本的な法制を定める実体法である。企業法制の基本は、会社法制であり、その中でも、株式会社法制が重要である。企業法制は、経済社会の法的な基盤（インフラストラクチャー）である。企業の特長は、その効率性にあるが、その前提として健全性（法令遵守はその一部）が要求される。公正という概念は、その健全性を支える要である。

なお、一つの法律の中に実体法規と手続法規とが共存することも、稀ではない（現に会社法の中にも、特別清算や会社非訟事件手続に関する規定がある）。そのほか、法の適用に関する通則法等の国際私法の分野に属する法律も、民事局が所管する。法務省が所管するといっても、私

法という法律の適用の局面において、法務省が、国民と接点をもつのは、実体法が適切に機能するための公示手段としての登記、戸籍、供託といった制度の担い手としてのみである。会社の登記による実体の公示は、自然人とは異なり、形の見えない法主体である法人たる会社の組織の実体を歪めることなく表示することにある（それは、会社のためであるとともに、取引社会のためでもある）。

そこで公示すべき実体は、実体法が定めているのであって、公示制度が実体を規制するものではあり得ない。会社法に関する行政庁としての法務省は、その実体をよく公示するためには、会社登記のシステムはいかにあるべきかという見地から検討をする立場にあるだけである。そのための調整は、十分に行われなければならないが、その点についても疑問がある（注6）。

（注6）まず、登記による会社の実体の開示は、いかにあるべきかという問題が検討されるべきことは当然である。また、準則設立主義のもとでの会社といたことに関する審査は、会社の申請に基づいて登記をする段階ですることに。そのため、登記手続は、実態と

して会社法の手続がきちんと行われたことを担保するように配慮されなければならない（不実の登記が横行するところがあつてはならない）。

これら両面からの検討が必要とされる。たとえば、非公開会社における監査役の権限が会計に限定されたものである場合にも、そのことは登記において明らかにされない。これでは、その公示機能に欠陥があるというほかない（これは、会社外の第三者の利害に直接関係する監査の体制および監査役の責任についての重要事項である）。

また、登記は公正証書であり、不実記載がされた場合には公正証書原本不実記載罪（刑法一五七条）が成立することによつて、その真実性が確保される。登記の記載の真実性を担保するため、登記申請には一定の添付書面が要求されるが、その点（たとえば議事録や決議省略の場合の扱い）についての配慮は十分されているとは思われない。私文書偽造・変造（刑法一五九条）も、有印の場合とそれ以外とは、刑罰の重さが違うことに注意すべきである。なお、電磁的記録不正作出等については、六一条の一。

つまり、法務省は、私法関係の実体について、法律を通じて以外に行政作用（たとえば業者規制）によつて直接に影響を与えることはできない。そのような意味での規制官庁ではない（もちろん登記制度の運用については、行政庁としての権限と責

任とをもつ）。その点が、他の行政庁（行政立法を行う）の立場とは異なる。会社法を含む民商法の世界では、専ら裁判所が、直接に法律関係を規律する。

これに対し、他の経済官庁においては、行政指導とか業者規制とかの手段で、行政作用としてその法律関係に介入することが許されている。もちろん、内閣府や経産省のような行政庁の処分であつても、最終的にそれが法律に適合するかどうか（さらに法律が合憲かどうかを含め）は、裁判所が判断することにはなる。さらに、法律に基づく政令や省令に対する委任があつても、その基本の法律の定めにも適合するものでなければならぬという制約は存在する（そこで白紙委任が許されるか、どこまでが法律で定めるべき事項かという問題もある）。

これら基本的な諸点に関する明確な認識と配慮が必要であつて、少なくとも民事法立法に当たっては、法務省当局が専断独行するようなことはあつてはならない。今回の会社法の立法殊に関連法務省令の制定については、その点に重大な認識の欠陥（問題）があつたのではないかと思われる。

II 立法過程に関する問題

一 立法の基本

今回の会社法およびこれと一体をなす法務省令の制定過程における問題は、上述の行政作用が法律の適用において重要な役割をもたないことに関連する。会社法の立法に当たつては、行政庁としての法務省において、独自の政策的決定をすることは、考えられない。

私法秩序のあるべき姿を探究し、立法に誤りがないことを期するといふ努力は、立法作業において不可欠だが、その際には、法務省は、全関係者による検討を取りまとめる、いわば事務局の役割をすべきであり、法務省の内部的な検討のみによつて結論を出すべきものではない（特に省令について問題。現行のパブリック・コメントは、実効性に欠ける）。もちろん、広範な検討が行われるように手助けすること、関係意見をくみ上げるための努力を尽くすこと（問題と考えられる事項の積極的な提示は、特に重要である）、技術の面からの規定の誤り、脱漏、矛盾等に関する検討をすることなどは、その責務に属する。よりよい法律を求めて問題点を詰め、よき原案

を作成しなければならぬ。

法律については、国民の代表者によつて構成される国会が最終的な決定権をもつが、成立までのすべての過程において、建設的な検討がされるように配慮することは、当然である（原案に自信があれば、その擁護をすべきことは、もちろんだが、それは、あくまでその根拠を明確にしての説得によるべきである）。

二 そのためのシステム―法制審議会と意見照会

その立法のためのシステムとして、明治三二年の商法制定に関する法典調査会の流れをくむ法制審議会（法務大臣の諮問機関）の制度がある。法制審議会は、司法省時代の昭和四年以来の伝統があり、会社法に関しては、戦前の昭和一三年改正、第二次大戦後においても、昭和二五年改正から連綿とその改正作業の中心を担ってきた。

法制審議会は、法務省所管の法律全般を所管するが、その下には部会が置かれる。民事法関連の部会の事務局は、法務省民事局が務める。会社法関連の部会を構成する委員は、法律学に造詣の深い学者を中心に、会社法法の運用の関係者たる経済界関係者、法曹、公認会計士等の

関連専門家等をもって構成され、学理、実務の両面からあるべき法制を探究してきた（かつては、委員構成が、国立大学の学者に偏るとか、実務界の委員が少ないとかの問題点があったが、その点は改善されてきており、相当程度関係各界の意見を反映できるようになっている）（注7）。特に会社法のように利害が具体的に錯綜する法制については、実務界の意見を踏まえた上での、公平、中立の立場からの学者（その専門的な研究の蓄積は、役人のそれよりは格段に大きいはずである）の意見は、極めて重要である。なお、委員はある程度のキャリアをもつ者が当てられるが、新進の学者、現場の実務家等から実働部隊としての幹事も選任され、検討に加わる。

（注7） 学者以外は、経済団体、専門家集団組織その他一定の組織からの代表者が委員・幹事となるのが普通である。その場合、現場の意見がどのように吸い上げられ、集約されるか、という問題はある。学者については、委員・幹事以外の者であっても、パブリックコメントの段階で意見を述べる事が期待されるが、組織に属さない実務界の意見の吸い上げには、困難がある。

法制審議会の部会は、かつては常

設されていた。たとえば商法部会についていえば、「商法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい」というような包括的な諮問について、調査・審議を行ってきた。しかし、最近では、より具体的な諮問につき、随時、設置期間（答申までの審議期間）を限定した部会が構成されることになっている。今回の会社法（現代化）部会での審議を経て、平成一七年二月に法制審議会において採択された「会社法の現代化に関する要綱」に基づくものである（同時に採択された「特別清算等の見直しに関する要綱」の内容も含まれている）。

法制審議会およびその部会は、当該法域に関係する有識者と利害関係者の代表を構成員とするが、会議体という制約からそれほど広範な範囲から多数の者を選ぶことはできない。そこで、部会等に所属しない関係各界の意見を広く聞くため、問題点の拾い上げが終わった段階での審議すべき問題点とその審議の方向についての意見照会が行われ、さらにこれに対する各界意見を参酌して、試案の作成作業が行われる。そして、この試案についても、意見照会

（最近では、パブリック・コメントの手続だが、照会の手続について希薄化という問題がある）を行うのを、恒例としてきた。つまり、密室の審議で法の実質を定めることは、極力避けてきた。

なお、この各界意見の尊重は、数や力関係によるのではなく、その実質（妥当性）によるべきことは、いうまでもない（注8）。

（注8） 意見を述べた者の重み（権威）がどうかという問題は当然ある。また、多数決は、必ず正しいとはいえないことは、多くの実例が示すとおりである。理性的な説得力による判断であるべきだが、その適否をだれが決められるかという問題があつて、説得が奏効しない場合の最終的な決着は多数決によらざるを得ないということがある。なお、会社法のような基盤（インフラ）については、短期的な視点・観点によるのではなく、長期的な見通しをもつことが重要である。

なお、稲葉威雄「郡谷大輔『対談・会社法の主要論点をめぐって』企業会計二〇〇六年六月号一四五頁は、会社法立案担当メンバーの一員であつた郡谷大輔前民事局付との対談記録であるが、「経済界の抵抗を押し切つてまで何かをするというのは非常に難しいご時世ですので、そこは要望がある限りは、可能な範囲で対応するというスタンスで、基本的には各「経済」団体と

お付き合いしています。従つて、要綱案が出たときに、思惑の違いはあれど各団体さんそれなりに満足していたという状態だとおもいます。」という同氏の発言がある。

これは、「可能な範囲で」という留保をそのとおり受け取れば、特に問題はない（いかなる意見も頭から拒否するのではなく、それを採用することが可能かどうか、また相当かどうかは、検討されなければならない）。しかし、前後の発言とでき上がった会社法の内容（これに対する経済界の出身の立法制審議会部会委員は、全面的肯定の評価をしている）からみると、立法スタンスの問題性が窺われる。経済界の意見は、本質的に専ら経営の自由を求め（実際のニーズを離れる場合もある。かつての無議決権優先株式の発行限度の拡大要求がその典型である）、規律を避けようとする面（公正より効率を求める）があるので、よく注意をする必要がある。筋が通らないことは、断固として反論するという姿勢が、立案担当者には求められる（もつとも、立案担当者のもとでの立場自体が、そのようなものであつた可能性も高い。（後掲注14）参照）。学（社会の基盤としての法文化）を無視した政財官癒着の立法という構図とも考えられるが、それにしても一枚板ではなく、その論理も十分体系化されていない。

会社法に限らず、すべての立法作業において、法制面の整理・誤りの

発見のためには、民事局内部での担当者以外のメンバーを加えた局議での多面的な検討は、極めて有用であった。しかし、最近では、これが行われなくなってきたという。忙しくなったというのが、弁解であるが、習慣と意欲とさらには（よりよい法律をつくらなければならぬという）使命感（責任感）の問題と考えられる。

三 歴史の重み

今回の会社法には、前記現代化要綱に含まれていない事項について、唐突に従来の法制の変更が行われているという特色がある。これまでの法改正についての暗黙の了解事項（不文律）として、改正の検討がされなかった事項（問題があるとして検討されなかった事項）については、従前の制度を基本的には変更しないということがあったが、それは無視されている。しかも、なぜそのような変更をすべきであったかが理解できない事項が、極めて多い（注9）。この点は、会社法関係法務省令では、もつと顕著である（会社法自体にも問題が多いけれども、それさえも逸脱した定めをしている）。

（注9） なお、立案担当者のチーフであった相澤 哲法務大臣官房参事官

（現商事課長）は、その編著『論点整理新・会社法千問の道標』（商事法務）のはしがきにおいて、「その歴史の経緯等に縛られることなく」と記している。もちろん過去の歴史に縛られるというようなことはあつてはならないが、それは歴史をやみくもに無視し、破壊すればよいものではない（変革自体を自己目的化すべきでないことは、前に述べた（注2と該当本文）。既存の規定を改めるべきかどうかの検討は、真剣に行く必要がある。これは、あらゆる権威について共通である。たとえば、法律家にとって、最高裁判例は、大きな権威であるが、盲従すべきものではない。尊重しながら真剣に検討して、それに従うかどうかを決すべきものである。他方で、問題がないのに権威に反抗するためだけに反抗し、異を唱えるというようなことは、おかしい。その態度は、立法においても、欠かすことはできない。

しかも、その変更点の多くについて、法制審議会（部会）で正式に討議されたことはもとより、部長をはじめとする主要学者メンバーへの説明・相談・了承といった手続も、とられなかったようである（江頭憲治郎「新会社法制定の意義」ジュリスト一二九五号三頁、座談会『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方』商事法務一七三九号六頁等）。

これは、部会が常設のものでなくなったということも影響しているのかもしれない（その方針がどの時点で決

定されたのかと関係するところである）。仮にそのような方針が浮上したのが、部会決定前であるならば、明らかに手続違反である。仮に部会解散後であるとしても（公式には相談先が存在しないことになる）、その制度の欠陥（特に省令の制定のための適当なシステムの欠如）は運用で埋めるべきものである。私の経験からいえば、部会メンバーがそのような相談に応じないというようなことは、考えられない。

立法に誤りなきを期するという観点からいって、当然そのような実質的な法制変更をする経過・根拠等について説明をして、了解を得るべきものである。その手続がおかしいというほかに（民事局の組織としての鼎の軽重が問われる点でもある）。仮にその変更の実質的な問題がなかったとしても（実際には問題のある事項が多い）、立案担当者としてのマナー違反というべきである。この問題は、法務省令については、さらに拡大して禍根を残している。

会社法は、形式的には改正法ではなく、新規立法であるが、実質は、日本においても明治二三年の旧商法（明治二六年施行）、明治二三年の商法制定から続く会社法制の歴史の流れの一過程に過ぎない。

さらに世界的に見れば、一七世紀初頭に設立されたイギリスとオランダの両東インド会社が近代株式会社

の起源とされ、一九世紀にいたって近代会社法制が確立された。日本の会社法制は、もともとは一八八四年改正のドイツ会社法を継受したものであつた。それに戦後アメリカ法の影響が強く現れた。これまでのそのような法の沿革、歴史、さらにはその運用の姿を簡単に無視してよいものではないことは、ことさら言うまでもない（注10）。

（注10） 大隈健一郎『新版株式会社法変遷論』（有斐閣 一九八七年）等の文献を参照すべきである。

まして、これまで、特段の不都合も感じられず、企業社会の常識とされてきたところを安易に覆すようなことは、許されない。変革には、それなりの検討の過程（妥当な結果を得るためであるとともに、公正らしさと納得を得るためのプロセス）が不可欠である。しかるに、今回の会社法立法は、その立法の常道が無視されている。もし、会社法のような変革を伴う立法を企図するのであれば、きちんと問題提起をした上で、もつと時間をかけて検討すべきであつた。

たとえば、経過措置の定め方も、先例に反しており、問題がある。少なくとも不親切きわまりない立法と

いう評価は、免れない(注11)。検討時間の不足という問題があったのではないか(後記)。

(注11) 会社法は、遡及適用が原則である。これは、一般的な経過措置の扱いである。しかし、既に効力が生じた事項については、できるだけ継続性を維持し、国民に不測の損害・負担を与えないように配慮するのが、当然である。しかし、これが無視された例がある。(たとえば、借地借家法施行の際の経過措置)

その一つは、公開小会社の監査役についての扱いである。これにつき、平成一八年三月三十一日付け法務省民事局長通達『会社法の施行に伴う商業登記事務の取扱いについて』八部第一(3)イは、次のようにいう。整備法五三条は、小会社の定款には、監査役の監査の権限を会計に関するものに限定する定めがあるものとみなしている。しかし、公開会社については、監査役の権限定が許されないため、この定めがあるものとすることができず、施行日に任期満了で退任するとした上、会社法三三六条四項三号を引用する。しかし、同号は、定款の定めを廃止を任期満了事由とするものであって、法律の施行によって、その権限が変更する場合の規定ではない。

この事案は、商法特例法が一九七四年(昭和四九年)に制定され、それまで会計監査に権限が限定されていた監査役が、資本金一億円以上の会社につ

いては、業務監査権限が付与された場合とまったく同じである。その際の経過措置(改正商法附則七条)は、まず、施行後最初に到来する定時総会の終結の時までは、現任の監査役に関してはなお従前の例によるとしていた(二項)。

定款の設定・廃止は、総会の特別決議によるから、後任者の選任の機会確保について、特段の配慮の必要はないが、総会とは関係がない法施行によって、当然に従来の機関の権限が変わり、その構成員が退任するというのは、不当である。しかも、そのことは、規定上不明確である(前記整備法五三条においては、小会社を非公開会社に限定していない。整備法九五条には、旧株式会社の監査役等の任期については、なお従前の例によるという規定もある)。商法特例法にも、小会社が小会社に該当しなくなった場合の退任の規定(二六条三項)はあったが、それとは別に法施行後最初の定時総会の終結の時に退任する旨の経過措置が明文で定められている(前掲附則七条二項)。これは、関係人に対する立法上の配慮としては、当然のことである。なお、前掲通達は、この退任による変更登記申請の期間を法施行後六月にしているが、法律上の根拠はない(立法ミスを救済するための超法的措置ともいうべきであるが、そもそもこのような法の規定による明確化の欠落がある場合につき、会社代表者に登記懈怠の責任を問うことができるかが、

問題である)。

なお、商法特例法制定の際の立案担当者、監査役が附則の退任規定によって退任した場合に後任者が選任されない場合には、前任の監査役は、なお旧法による監査役の権利義務を有すると解している(田邊 明ほか『商法改正三法の逐条解説』(別冊商事法務24)四六頁)。しかし、会社法において、どう解すべきかについては、疑問がある。

また、会社法四四〇条四項により、有価証券報告書提出会社につき、貸借対照表等の公告義務が免除され、その後は、従前改正前商法二八三条七項(会社法四四〇条三項)によってしていた五年間のインターネット開示措置を取りやめることができるとの解釈がされている。その結果、それまでしていた改正前商法一八八条二項一〇号による登記の根拠がなくなる、と解し、その登記抹消の申請義務があるとの扱いがされている。しかし、そのことが法律上明確とはいえない(実質的には、その解釈でよいとしても、自明ではない。もし、これが定款で定めるべき事項とされていれば、その定款の変更義務が生ずるという解釈は無理である。有価証券報告書提出会社でなくなることもあり得る)。このインターネット開示は、取締役会決議でされる。整備法九六条は、旧法下で取締役会がした決議は、会社法の相当法規によってしたもののみとしている(相当規定としての会社法四四〇条三項と四

項の解釈)。そもそも、会社が、当初の定めのとおり五年間はなおインターネット開示をすることが禁じられるとすべきかどうかは疑問である。そこで、この場合が、会社法九一五条にいう登記事項の変更該当するかどうかは、疑わしい(関係人が、その認識をもつことは困難である)。もし、登記申請義務を課するのであれば、その旨の明文の規定をおくべきであった。

昭和五六年改正における上場会社についての単位株制度の創設に伴う登記は、同様のケースであった。法施行の際に上場されている会社については、その日から本店所在地においては二週間内にその申請をしなければならぬ旨の定め(改正商法附則一七条一項)が置かれていた。

四 拙速の立法

会社法については、実質的な理念を伴わない観念論が支配している面があり、結果として、十分な検討のない従前の法制の変更等思いつきのご都合主義がまかり通っているように思われる。ご都合主義とするところについては、前にも述べたところである。規制緩和(選択範囲の拡大)はよいことだという観念論が支配しており、具体的な、特定局面でのニーズに対応する手当てを見境なく一般化すること(たとえば種類株式・新株予約権の肥大化)に対する

偏執がある。現実を見据えた上での
 原点に立ち戻った思考・検討をして
 いない。

つまりは拙速の立法というほかに
 い。たとえば、前記の経過措置に関
 する問題も、検討時間の短さが災い
 したとも考えられる。また、法案提
 出の過程で、組織再編対価の柔軟化
 についての施行期日が一年先送りに
 されたが、その延期された施行期日
 が近づいている。それにもなお、経
 済界で論議があるようである（日本
 経団連二〇〇六年一月二二日付意
 見書「M&A法制の一層の整備を求
 める」参照）（注12）。

（注12） この経済界の対応には、マッチ
 ポンプの感がぬぐえないところがあ
 る。もともと、この組織再編対価の柔
 軟化は、経済界の要請によるものでは
 なかったか。この問題の禍根は、まず
 二〇〇二年改正において、事項の軽重
 を問わず、特別決議の要件の軽減を一
 律に認めたことにある（定足数充足に
 困難があることは理解できるが、それ
 も事柄による）。さらに、単に外資に
 よる敵対的企業買収に対する懸念とい
 うような実質的な問題に止まらず、む
 しろスクイーズアウト（株主の縮出
 し）をいかなる場合にいかなる要件
 （全員一致は非現実的であるが、単な
 る特別決議でよいかどうかには疑問が
 ある。さらにその場合の対価の算定は

どのようにしてするのが適当か等）で
 認めるべきかという、既存の株主（そ
 の事業をこれまで支えてきた者）の地
 位・保護のあり方に関する根幹の問題
 として、もっと慎重に検討すべきもの
 であった。株式交換・株式移転におけ
 る株主の親会社株主への祭り上げ（株
 主権の縮減）の問題（企業結合法制の
 不備）とも、関連するところである。

この検討不足は、法務省令の制定
 過程において、更に顕著である。も
 ともと、まずは会社法という法律の
 省令委任のあり方に関する詰めた検
 討が必要であったが、それをしない
 まま、安易に多くの省令委任の定め
 を設けたところに、この問題の禍根
 がある。その制定の手続がいかにあ
 るべきかについても、きちんと問題
 提起がされ、検討された形跡はない。
 その結果として、法のいかなる委
 任に基づくのかはつきりせず、むし
 ろ法の論理にも、会社法自体にも反
 する内容を含む定め（たとえば、資
 本金に関するもの）がまかり通る事
 態になつていっている。法務省令とい
 う性格からいって、その責任の多くは、
 法務省担当者の認識・能力に帰すべ
 きことになるのかもしれないが、そ
 のような結果を防ぐシステムの無
 かつたことが問題である。その問題
 点と関係者の責任とを探究し、今後

その轍を踏むことがないようにする
 作業は欠かせない（日本人がこのよ
 うな作業に不得手であることは、つ
 とに指摘されているところである）。

法務省令制定の過程で、十分な検
 討・審議が行われていないことは明
 らかである。その法務省令案につい
 てのパブリック・コメントの期間
 は、二〇〇五年（平成一七年）一一
 月二九日から同年一月二八日まで
 の年末の忙しい時期のわずか一月で
 あった。その案に関する論点は、多
 岐にわたるものであったが、事前に
 は明確に提示されていなかった。こ
 の段階では、法務省令は九本に分け
 ることが提案されていた。

この案は、そもそも会社法制にお
 いて法務省令が果たすべき役割をわ
 きまえない、問題だらけのもので
 あった（注13）。これに対する関係各
 界の意見では、そのための検討期間
 の短さにもかかわらず、多くの問題
 点が指摘された。そこで、省令の立
 案を担当する法務省民事局（参事官
 室）は、急遽再検討を行ない、関連
 省令を原案の九本から三本にし、内
 容についても相当大幅な変更を加え
 た。

（注13） 約三〇〇の省令委任事項につ
 き、①会社法施行規則（一三五条）の

ほか、②株主総会等に関するもの（四
 九条）、③株式会社業務の適正を確
 保するための体制に関するもの（一〇
 条）、④株式会社の監査に関するもの
 （二二条）、⑤株式会社の計算に関する
 もの（一一八条）、⑥株式会社の特別
 清算に関するもの（九条）、⑦持分会
 社に関するもの（二三五条）、⑧組織再
 編行為に関するもの（八四條）、⑨電
 子公告に関するもの（二二条）、の合
 計九本からなる法務省令案が示され
 た。その中には、たとえば、取締役の
 責務と題する条文（上記③三条）が設
 けられ、そこでは取締役の留意事項と
 して、「株主の利益の最大化の実現に
 寄与するものであること」と定めてい
 た。このようなことを現行会社法に基
 づく省令が定めるべきでないことは、
 およそ法律家としての常識であると思
 われる。

その制定過程の一端につき、上村達
 男「新会社法と法務省令」ジュリスト
 一三一五号三頁参照。今回の会社法及
 び関連法務省令の制定においては、法
 制審議会会社法現代化部会との意思疎
 通が無視され、部会長にすら十分な情
 報提供が行なわれなかった形跡がある
 ことについては、（前掲注9）参照。
 このようなことで、説得力のある立法
 ができるはずはない。私が担当した一
 九八一年商法改正における法務省令制
 定の際の基本的な考え方は、およ
 そ想像もできないやり方である（後掲
 注19参照）。

その三本の法務省令は、なお会社法施行規則が二三八条、会社計算規則が一九四條、電子公告規則が一二三条合計四四五條という多数の条文によつて構成されている。そのほか、

商法施行規則（会社法施行規則附則による）や商業登記規則の改正等も同時に行われたため（附則には経過措置に関する規定もあつた）、そのための民事局の作業量は膨大なものであつた、と考えられる。

これらの省令は、二〇〇六年（平成一八年）二月七日に公布された。官報に掲載するための所要期間と年末年始の休暇等とを考慮にいれると、パブリック・コメントを踏まえた局内での実質的な再検討期間は、一月に満たない。これでは、民事局内での検討もおおざりになり、同局内においてすら衆知を集めたというものになつていないことは、明らかである。

五月施行を至上命令とすれば、そのような厳しい日程になることはやむを得ない。政治的にそのような圧力があつたことは十分推測され、担当者に対する同情も禁じ得ないし、その時間的制約のなかで精一杯の努力をしたであろうことは認められる。しかし、それは今回のような内

容での施行を強行することの弁解として認めることはできないものである。誤つた立法が社会に流す害毒は計り知れないからである。

そもそも、法律の施行期日の定めは、公布（平成一七年七月）から一年六月を超えない範囲内において政令を定める日からというものであつた（附則一項）。それなら、平成一八年七月ないし一〇月施行でも、さらには平成一九年一月施行でもよかつたはずである。

すなわち、経過措置の定めにより、六月総会は、必ずしも、新会社法、新法務省令の規定の適用を受けるものとは、されなかつた（施行について火急の必要はなかつたと考えられる）。法務省令には不備があり、施行前に改正がされたほか、施行後にも内容を修正する何度かの改正がされている（三月二九日、四月一五日、一二月一五日、一二月二二日）。

立法の基本構想自体に後述のとおりの問題点があるので、会社法成立後の慎重な検討による改善には限度はあつたと思われるが、それでも当初のもの（事後の改正にはメンツがかり、簡単には改めにくい）よりはよい法務省令にはできたと考えら

れる（もつとも、担当者には、どうも確信的思込みが認められるので、どこまでこれが期待できたかは何ともいえないところがある）（注14）。スケジュール設定に問題があつた。

（注14）（前掲注8）文獻の郡谷発言から判断すると、会社法および法務省令の立案は、必ずしも経済界や政界の意向に即して行われたものではなく、法務省の担当者が一致していたか、主導した者が存在したかはともかく、本文で述べたとおりの、ある思込み（観念論）が存在して、それが支配したように思われる。その象徴的な表れが、二〇〇五年（平成一七年）一月二九日公表の前記法務省令案であつた。

五 手続（多角的検討）の重要性

会社法制の改正について多角的な検討が必要だという理由は、一般私法として私人間の法律関係に複雑で大きな影響を及ぼすというだけでなく、制度が多岐にわたり、その体系的な整理が不可欠であるという点も大きい。この点では、一九九七年のストック・オプションに関するものを嚆矢とする議員立法（特に二〇〇一年六月改正）と経済産業省の会社関連立法（新事業創出促進法・産業活力再生特別措置法等）も問題であつた（注15）。経産立法について

は、むしろその体系的な意味・効果について十分な検証をすることなく、安易に追隨したという法務省の主体性の欠如が問題ともいえる。

（注15）議員立法は、国会が国権の最高機関かつ立法機関であるという特質からいって、それ自体には何も問題はない。米国では、専ら議員立法が行われる（たとえば、タフト・ハートレー法、サーベンズIIオックスレイ法（二〇〇二年の企業改革法）等議員の名で呼ばれる法律は多い）。しかし、わが国では、議員立法のための十分な体制（システム）が整備されていない。パブリック・コメントに付されることもなく、密室性が強い。圧力団体の影響をうける恐れも大きい。また、体系的な整合性が十分検討されない。二〇〇一年六月改正における金庫株の解禁は、その適例であるが、この問題点は会社法においても、十分検討されないまま、既成事実として踏襲された。

会社法という法律の性格にもよるが、そもそも一般に法律をはじめとするルールを設定するに当たつての問題は、ゆるがせにできないものである。関係者の多くの意見を集約し、多面的・重層的な検討を重ねることは、まず適切な結論を得るために重要であるが、もちろん全ての人のその結論をよしとして納得することは期待できない。

しかし、その問題点を網羅した十分な検討の過程が明らかにされることによつて、必ずしも結論そのものには賛同しないとしても、結果としてはやむを得ないとして納得する人が多くなることは期待できる（公正らしさ・信頼の担保）。その意味で、立法手続（過程）は重要であるが、この点において、今回の会社法には大いに問題がある。

物事の進行には常に適正と迅速という要請があり、そのバランスがいつも問題になる（この問題については、前掲注4参照）。これを両立させることが望ましいことがいまでもなく、慎重な検討が常によい結果・結論に結び付くわけでもないが、急ぎ過ぎて間違いを犯す例も極めて多い。つまり、適正と迅速には、両立させることの難しさがある。このことを認識して、そのバランスをはかる必要がある。会社法は、結果として拙速の立法であつたことを露呈している（注16）。

態度は、高く評価していた（本誌二一
号二頁）。しかし、それは適正が同
時に達成されることを期待してのもの
であつた。

バランスといえは、理念と現実とのすり合わせも、極めて重要である。現実のニーズ（本音）と理念（建前）とをどう調和させるか、ということである。安易にニーズに迎合すれば、ご都合主義に陥る。そして、理念にのみこだわりの、現実を忘れた立法は、形骸化を招く。理念をおろそかにした立法は、不公正な秩序なき（力が支配し、狡猾な者が得をする）社会をもたらす。ルールの設定のみで事が足りるものではなく、そのルールを貫徹する仕組みも重要である。さらには、理念相互にも矛盾する要素があり、その調和が必要である。

立法に当たっては、その法律ができたかどうか運用されるだろうか、というシミュレーションが欠かせない。その予測される結果に対する洞察力が求められる（注17）。時代が変わつたという一言で片付く問題ではない（どう変わったのか。また、制度と現実とは相互に影響し合うが、その意味ではその変える方向をどうするか、について、十分検討が必要

である）。リアリズム・現場主義を忘れた立法というゆえんである。立法におけるバランスは、多角的ないろいろの立場からの検討によつてのみ、達成される。

（注17）この点において、（前掲注8）
文献一六八頁の「特定のニーズを思い
浮かべて制度をつくるということを、
会社法はしていない」という郡谷発言
には、啞然とせざるを得ない。会社制
度の目的は、健全性Ⅱ公正性を保持し
つつ、できるだけ効率的な経営を実現
できるようなシステムを構築すること
にある。それに適合した抽象的・絶対
的なモデルなどは存在しない。現実の
日本社会の実態を踏まえて、そのため
のシステムを構築する作業をするほか
ない。あるニーズをどう処理するか
は、それを満たすためのシステムの効
率性とともに、そこから生まれる濫
用・副作用その他の弊害とを併せ検討
して、相対的に比較する作業が欠かせ
ない。その場合のニーズと弊害との比
較検討のためには、現実のニーズの重
さ（立法運用の姿）を検討すべきこと
は、常識以前の問題といふべきであ
る。

規制緩和は、今回の会社法立法の
旗印であるが、現実に即した公正な
利害調整という立法の目的にふさわ
しいものにするという見地からの検
討が十分であつたとは、到底みえな
い。そこに観念論（規制緩和の意味

（前掲注3）参照）を理解せず、
個々の制度の抽象的な機能にのみ着
目して、現実の姿に十分な関心を
払わないの支配がみえる。日本社
会の基盤としての足腰の強い、国際
的に誇れる不公正をもたらさない会
社制度を作るべきだ、という戦略的
思考が見受けられない（外圧に対抗
できるのは、現実に根ざした論理的
な説得性である）。

もつとも、会社法の実際の立法過
程（その検討作業の過程）がいかな
るものであつたかは、未だ明確に説
明されていない。法制審議会の「要
綱」に含まれていない、あるいはこ
れを変更した実質的法変更（あえて
改正とはいわない）が、いかなる検
討と根拠に基づいて（だれの意見に
基づきだれの責任において）、行わ
れることになつたのか、さらにその
要綱についてはそこにいたるまでの
審議の過程、法案作成の過程、法務
省令作成の過程（原案作成の過程と
それが修正されて成案になるまで）
は、はつきり説明してもらふ必要が
ある（本稿において提示する疑問点
それぞれについて、逐一明解な説明
がされることを期待したい）（注18）
（注19）。

（注18）たとえば、内閣提出法案の作成

（注16） かつて二〇〇四年（平成一六
年）四月号から七号にわたり、「新し
い会社法制を求めて―会社法現代化要
綱草案に関連して―」という論稿を本
誌に連載した。その冒頭では、現実の
ニーズに対する迅速な対応という立法

の過程においては、内閣法制局が重要な役割をもつことは、周知のことである。同局は、立法政策自体については容喙できないが、その政策の体系的整合性について介入することはできる。伝え聞くところでは（一〇〇％減資の方法等）、その判断に問題がなかったか疑われる節がある。（前掲注4）文献の立法経緯に関する座談会でも、法案作成の各過程における検討内容は明らかになつていない。なお、会社立法の背景と経緯に関する研究者（法制審議会部会委員であつた）による分析として、岩原紳作「日本私法学会シンポジウム資料『新会社法の意義と問題点I総論』」商事法務一七七五号四頁参照。

（注19）一九八一年商法改正の解説書である拙著『改正会社法』においては、試案や要綱からの変化とその理由についても、極力触れる努力をしていた。同書五〇九、二六、一九五・一九六、二二四・二二五、二二四・二二五、四〇・二四一、二五〇・二五三、二八三・二八六頁等参照。

立法担当者は、立法政策の問題、たという言い方で批判をかわそうとする傾向が見受けられる（注20）。しかし、政策論にも善し悪しがあることは明らかである。特定の政策を採用する趣旨・目的が日本社会にとつて望ましいものか（それは、短期的な視点に立つのではなく、長期的・戦

略的な思考に基づくことが不可欠である）、またそれが法体系として整合的なものかどうかは、十分検討されなければならぬことは明らかである（立法論は、立法政策論とは同一ではなく、法律論でもある）。その一言が決め手になるものではない。仮に何らかの政治的な圧力があつたとしても、これを安易に受け入れることは許されない。法務省という役所の力の源泉は、政治力ではなく、理屈・スジである。法務省の使命もまた、そこにあることを忘れてはならない。

（注20）（前掲注4）文献一四八頁・一五四頁・一五六頁「郡谷発言」参照。立法論の問題、たとえば、議論を封じることができると考えているように思われる。立法論というのは、政策論の意味かもしれないが、政策にも優劣があり、それぞれの立場の根拠をめぐり議論はできる。文字どおりの立法論ということであるなら、広く立法の適否について、法制面と政策面と両面からの議論を尽くした上で、互いに相手を説得できず、議論が尽きて、立場の相違が埋められなくなつたときにはじめて、いずれかの立場の選択（見解の相違）という問題になる。

なお、会社法については、比較法的な検討は十分されていないように思われる。わが国の独自性を貫いた

というと、格好はよいが、その一方で、実質的にアメリカナイズされた法制になつてゐることは、否定できない。ただ、米国法制の実際の運用の事態とこれを支える条件についての詳細な分析の裏づけはない。また、もともとの日本法の母法である欧州大陸法（英米法と総称されるが、実質においては、米国法と大きな隔たりのある英国法を含む）つまりEJ法の動向を参酌しての検討は、決定的に不足している。米国の圧力は圧倒的に強いが、その対抗軸としての欧州で検討・対応も大いに参考になるはずである。

日本の立法の内容を国際的に発信したとき、その正当性をあまねく十分説得できるものであることが望まれるが、どうもそうはなつていない。

六 法務省令の制定過程—会社計算規則の意味

法務省令の制定過程は、大いに問題である。今回の会社法においては、省令委任の定めが、約三〇〇ある。その事項は、多岐にわたり、あえて省令で定める必要はなかつたのではないかという事項もあるし、極めて重要な事項もある。法律に反する定めもあるが、それが、法務省限

りで、十分に各界意見を集約するシステムなしで制定されたことは、大問題である。繰り返し述べれば、行政立法とは異なり、民事立法については、行政庁としての法務省の担当者、それほど大きい権限は持ち得ない。理論と実務とを踏まえた広範な検討によつて決すべきもので、担当者は、その調整作業の担当者というに過ぎない。

その点を認識したシステムの構築が要請される（法制審議会改革がそれをも意図したものであるとすれば、政治の勇み足である）。最高裁規則の制定にすら、諮問委員会の制度がある。これに相当する制度は、当然必要である。

その中でも、会社の計算に関する会社法および会社計算規則の扱いは、全く腑に落ちない。会社の計算は、特に基本的に会社財産のみをその債務の引当てとする社員（株主）の有限責任の会社にとつて極めて重要である。その意味で制度会計のもつ役割は、大きい。そのため、会社法は、四三一条から四六五条にわたつて主に決算手続と剰余金規制に関連する規定を置いている（省令委任事項も多い）。二〇〇二年改正前は、資産評価等に関する規定が商法に置

かれていたが、省令に委任された。

会社法でも、会計処理の方法に関する具体的な規定はなく、「一般に公正妥当と認められる企業会計の原則に従うものとする」という会計の原則規定があるのみである。しかし、会社計算規則は、会計処理に關し、ある面では極めて詳細な定めをしてい（その内容は、必ずしも商法施行規則の計算規定を踏襲したものではない）。これは、その会計処理に法的根拠を与えるものである。会計処理に關する省令委任の根拠は、会社法四三二条一項・六一五条一項の「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ない」との定めと解される。この規定は、改正前商法三三一条一項に則してはいるが、同二八五条の規定振りとは異なっている。省令委任の射程距離に疑問を生み、より適切な定めが工夫されるべきであった。

会計処理の内容について、法務省令に定める場合には、それは公正妥当と認められる企業会計の原則に即したものでなければならぬ。会計の原則規定だけであるのなら、具体的な処理が、公正妥当な会計処理に従ったものかどうかは、裁判所が直

接に判断することができ（それが、改正前商法三三二条二項のいわゆる斟酌規定の意味であった。規範性を認めるためには、公正な会計慣行の成立が要求されていた）。計算規則三条の趣旨・意味もはつきりしない。

しかるに、会社計算規則は、その内容の公正妥当性ひいてはその規範性について十分な吟味をしないまま、それに法的根拠を与えている。

ここでは、裁判所の判断が、規則の規定によつて拘束されることになる恐れが強い（会計処理の適否を一義的に決定することには困難がある）。

計算に關する省令委任は、確かに技術的な事項につき、できるだけ明確に実務の指針を与える趣旨をもつが、その前提条件として、その公正妥当性つまりそれを規範として採用することの相当性は十分吟味され、担保されなければならない。会計原則を定める出発点の事項（会社法として会計処理に要求すべき事項）が、まず定められるべきである。

その点において、会社計算規則は、決定的に疑問がある。その制定につき、手続的な制度保障がないことは決定的な問題点である。その結果として、たとえば、株主持分の核

としての資本の意味について、法律違反の定めをしている。

会社計算規則のおかしさの典型として、会社法四四五条五項の省令委任規定との対比において、資本額の算定に關する同条一項の定めに省令が介入できないことは疑いの余地はないが、それが無視されていることを、挙げる事ができる（注21）。

（注21）（前掲注2）文献『会社法の基本を問う』一七五頁参照。会計処理に關する検討は、会社法の立場からは殆どされていなかったようである（前掲注4）文献一四七頁「郡谷発言」。座談会「新会計基準と会社計算規則の關係と実務対応」商事法務一七六号六頁（国際的にみても、組織再編關係のれん・負のれん等に関する規定が突出して多いことが指摘されている）や立案担当者による法務省令の解説（商事法務誌上に連載されたものをまとめたものとして、立案担当者による新会社法関連法務省令の解説「別冊商事法務三〇〇号」等）によつても、どのような検討がされたのかは明確でない。財務諸表規則等の証券取引法（金融商品取引法）九二条に基づく規制に依拠するのであれば、あえて規定する必要はない。もちろん、裁判所は、会社計算規則が公正妥当な企業会計の原則に従っていないと判断する場合には、違法とすることができるはずでは

ある。しかし、既成事実の重みが大きいことが足かせになる可能性は、否定できない。

さらに、会社法の制度会計について、いわばパラダイムシフト（枠組みの変更）をしているといわざるを得ない。たとえば、いわゆる「企業会計処理基準等」を前提として受け入れ、組織再編に關し調整勘定となる部分についての規律が中心とされ、その規定の適用に当たっては、前提の企業会計基準等を併せ考えなければ、適切な処理（解釈）ができない、というのが立案担当者の言である（注22）。しかし、巷間企業会計の基準とされているものが、極めて流動的な状況にあることは、周知のとおりである。これが、そもそも会社の計算処理として相当かどうかとともに、会社法制として受容することが正当であるかどうかについて、それぞれの観点からの吟味を経るかどうかを決するべきであった。このような枠組みの変更については、安易に法務省の事務当局限りですることは、許されるべきものではない。

（注22）郡谷大輔ほか『会社法の計算詳解』（中央経済社）三六三頁参照。