

平成 15 年 10 月 24 日

博士学位論文概要書

著書 会社法改革(2002 年岩波書店)

申請者 上村達男

1 本書の狙い

本書の株式会社制度に対する基本認識は次のようなものである。

株式会社の歴史は 1602 年のオランダ東インド会社あるいはそれ以前にまで遡るが、この間に株式会社は貴族や地主といった資本家のための制度から、証券市場を経由して一般公衆をも出資者とする制度へと大きな転換を遂げてきた。そこでは出資の形態をはじめとして仮に最高度の証券市場が存在したとしても適応可能な会社制度が徐々に形成されてきた。

証券市場をどの程度活用するか、信用するかは国によって距離感に差はあるが、株式会社は最大規模の証券市場にも耐えうる制度として構想されているため、本来両者の関係は分かちがたいものであり、それを現実に運営することは容易なことではない。そこでは、公正な価格形成が確保される証券市場と、証券市場が要求する情報開示・会計・監査の実行部隊としての株式会社制度が確立していなければならない。自社の発行する株式の価格がその会社の真実の姿を反映するものである時、経営者の経営判断も適正なもの足りうる。またこうした本物の株式会社制度は、個人中心の資本市場を経由して個人中心の株式会社を、そしてそのことにこだわることで市民社会の質にこだわることをも意味しているから、ことは市民社会のあり方にも係わってくる。

このように株式会社制度の神髄は、証券市場から恩恵を受けるために、証券市場の要求に応えるという両者の緊張関係、相互依存関係にある。この両者をトータルに機能させるためには司法制度、民事法、刑事法、紛争処理法等の領域も、市場や企業の激しい動きに耐えうるものに変わっている必要があり、要は日本の法的総合力が全体として対市場・企業対応型になっているかが問われることになる。

しかし戦後日本の企業社会は、銀行・官僚・組合・経営者といった幹部達の間関係を中心に廻ってきており、株式会社は経営者にとっては、ただの経営の道具にすぎなかった。こうした時代に株式会社法理論は個人商人の理論と変わりはなく、会社を株主の契約的結合とし、株主を会社の所有者とし、経営者を株主の代理人とする、いわば所有・契約・代理という民法理論会社法で済ませることができた。しかし問題は、そうしたプリミティブな発想に性格づけられた株式会社がこれもようやく芽を出してきたばかりの証券市場を、まさに絞りきるように使い切ったことにあり、その姿がバブルの形成であり、現在の困難である。

こうした認識を前提に、本書は、それでは本物の株式会社が本格的に証券市場と対面しなければならない状況にふさわしい株式会社法理論とは何かを追求したものである。そこ

では証券市場の存在を踏まえた証券市場と一体の公開株式会社法理論を構想し、証券市場とは所詮はモノとモノがやりとりする場であることを強調する。市場で買えたことの權威を過剰に肯定して、そこにヒトとヒトの関係が存在するかに捉える伝統理論は、買えることとイコール多数決という金権主義を意味することで、結局は人間疎外を肯定する理論と墮している。本書は、モノは所詮モノであると捉えることで人間中心の株式会社法を構想しようとしている。こうした観点から、従来の株式会社法理論における通念を一つ一つ吟味し、それに代わる公開株式会社法の全体像を構想している。

2 本書の概要

以下、各章ごとに概略のみを記載することにする。

序章 「日本人は株式会社を使いこなせるか」では上記のような問題意識を示し、日本人の株式会社観、日本の法的総合力から見て、証券市場と一体の株式会社制度を使いこなすことには大きな壁があることを強調する。

第I部 「似て非なる株式会社の展開－伝統理論の限界－」は、証券市場を使わない株式会社が日本独特の企業社会・企業文化を生み出したこと、それを支えてきた伝統理論の限界、そして急迫するマーケットの圧力はそうした状況を許さなくなっていること、が論じられる。

第I部の第一章「証券市場を使わない株式会社の展開」では、戦前の日本の株式会社は公開株式会社であることを当然視して問題に対応していたこと、しかし戦後は官僚主導によるルール不在の株式会社が巨大な経済成長をもたらし、これを日本の大成功と考えてきたが、株式会社制度のあり方という点から見ると一貫してルールなき株式会社であり続けたこと、そして株式会社を単に経営の手段と見ながら徹底的に利用しつくす過程で、日本独特の法人観・会社観が形成されたことを強調する。それは一言で言えば、法人・会社を自然人並のヒトとして徹底的に扱うことを意味する。経営者ならぬ会社が社会的責任を負うこと、法人が謝罪すること、運動をし(法人会員等)、ものを食い(交際費)、政党を選び(政治献金)、法人に敬語を使い、個人は呼び捨てにする日本の企業社会の特殊な性格が強調される。ここには、啓蒙思想の背景なき法人、団体、結社に対する無警戒が、安易な法人中心社会を作ったとの認識がある。

第I部の第二章「伝統理論とその限界」は、株主を会社の実質的所有者とするいわゆる社員権論が、株式会社を証券市場を通じて社会に開かれたものとする見方を不可能とし、主として閉鎖的な株式会社に適合的ないわば所有と契約と代理による民法理論会社法ともいえる理論のみをもって公開性の大規模株式会社をも説明してきたことを論ずる。

第II部の第三章「急迫するマーケットの圧力と多様な価値」では、近時の日本の資本市場の急拡大とそのグローバル化は、こうした伝統理論の維持を許さなくなっていること、そしてなによりも、会社法自体も実は、証券取引法会計を会計理論の名の下に、また証券取引法監査を商法特例法上の会計監査人監査の名の下に、すでに会社法に導入済みである

こと、その事実を伝統理論が認識できないできたこと、平成11年以降に導入された連結主体の証券取引法情報開示制度は子会社概念を実質化したために、会社法の子会社との間にずれが生じ、もはや会社法概念にこだわる商法学者は、より望ましくない事態の実現を望む者として見られかねない状況にあること、商法施行規則は証券取引法概念を商法概念として承認してしまっていること、等を指摘する。証券市場を有する公開株式会社にとっては、証券取引法開示・会計・監査が商法のそれに優先することを正面から認めざるを得ない状況にあることは、事実として否定し得ない事柄であることを強調する。

第Ⅱ部「公開株式会社法の構想」は、以上のような問題意識に立って、証券市場の活用を前提とする公開株式会社法の具体的構想を示している。

第Ⅱ部の第一章「公開株式会社法とは何か」は公開株式会社の基本概念を論ずる。ここでは、公開株式会社にあつては、証券市場に適合しうる仕組みが株式会社制度の中に存在する点を捉えて内なるマーケットとして認識し、現実証券市場で公開した状況を外なるマーケットとして認識する。このことは、証券市場で活躍するためにはそのための仕組みが備わっていなければならないという当然の事柄であるが、旧来の学説にはこうした視点が欠けていた。株式会社制度が証券市場に適合的な仕組みを内包する制度であることと、現実そうした仕組みが活用されるかは別問題であり、証券市場の発展段階に応じて株式会社制度の意義が異なること、発展段階に応じて証券市場向けの仕組みが無用の長物のように思われることがあること、現実証券市場を使い始めた初期の段階がバブルを容易に発生させる危険な段階であること、日本はこの段階を警戒的に過ごすことができなかつたこと等が論じられる。

そして公開株式会社法にあつては、「株主」以前に「株式」がまずは多数存在しており、株式の買い手を募集するという観念がまず先行するため、株主以前に投資家概念が優先することが主張される。合名会社の場合にはヒトが存在してはじめて出資持分が想定できるため、出資者概念が持分概念より優先する。いわゆる社員権論はこれと全く同様の発想を公開株式会社にも無批判に当てはめるといふ誤りを犯している。この問題は本書を貫く問題意識となっている。本章では他に、公開株式会社は自社が発行する株式の価格形成を左右する情報提供を中心に対市場責任を負っていること、株式会社のガバナンスは証券取引法の要求を充足させるために機能しなければならず、さらに銀行法等の公的規制目的もガバナンスの水準が左右すること、等が論じられている。

第Ⅱ部の第二章「公開株式会社法における基本概念」では、証券市場に公開したことに伴う株式会社法の強行法規性の認識、証券市場の要請に適うべき株式会社法理論における定款自治の限界、証券市場とりわけ高度な流通市場の反映である株主構成を安易に社団とみることの問題性、市場取引適格金融商品としての株式・社債の意義、株主以前に株式が存在することに伴って株主平等原則を株式平等原則として見るべきこと、ヒトに付着する有限責任とは異なり責任限定金融商品としての株式を所有することに伴って享受する有限

責任、すなわち「株式」有限責任の強調、株式・社債といった金融商品生み出しの仕組みとしての株式会社制度、すなわち集団投資スキームとしての株式会社制度の性格、市場の流動性確保を根拠とする「株式」有限責任原則の認識が、株式の固定的・永続的所有による責任なき支配の正当性を否定すること、等々の、公開株式会社法における基本概念について、新たな視点を示している。

第Ⅲ部「公開株式会社法の具体的展開」では、このような公開株式会社法理に基づいて、具体的な現行制度の理解、および新しい視点に基づく立法提案を行っている。

第Ⅲ部の第一章「証券取引法概念の公開株式会社法制への受容」では、公開株式会社において証券取引法上の概念を優先的に受容する場合の立法形式が論じられ、さらに具体的に、計算書類概念に代わって財務諸表を、会計監査人に代わって公認会計士を、営業報告書に代えて有価証券報告書を可能な限り正面から商法概念として認めるべきこと、さらに証券取引法上の親子会社概念、監査基準の導入等が主張されている。ここでは連結会計と配当規制の関係、内部統制構築責任、公開株式会社における諸帳簿類を商業帳簿と見て裁判所による提出命令の対象とすべきこと等も主張されている。

第Ⅲ部の第二章「管理運営機構のあり方」では、「最大級の証券市場にも耐えうる」株式会社ガバナンスの特色として、株主総会を過大視すべきではないこと(もとより投資家としての株主にとって、情報提供をはじめ、直接経営者の資質等を判断する場としての意義は重視される)、代わって管理運営機構自体の権威の確立こそが公開株式会社においては生命線であることが強調される。現実に証券市場を有する公開株式会社は、その経営方針・成果等を証券市場に対して訴えていくものであり、投資家ないし株主概念は後から来るのであるから、まずはガバナンスありきであり、当該会社の株式を購入した投資家である株主による一定の集会としての株主総会は後から来ることになる。この点は旧来の通説が、個人商人・合名会社と同じく、まずは株主ありきから管理運営機構を説明するのと際だった対象をなしている。機能しない株主総会に最大の権威を認めることは単に経営者に専横の道を開くだけであることが、繰り返し主張されている(法人株主中心社会の日本で株主総会の権威ばかりを強調することはさらに問題)。

こうした観点に立って、取締役会を純粹に監督機関として構成すべきこと、取締役会の決議は業務執行の決定権限の行使ではなく、経営監督権限の行使として重要事項の決定に関与するものとして把握すべきこと、そのうえで委員会等設置会社にあつては執行役と取締役の兼任を経過的に肯定し、将来、兼任比率を低めることで自ずと社外取締役の比率を高めて行くという方向性を展望することが望ましい、としている。委員会等設置会社以外の監査役設置会社についても、たとえば代表取締役を取締役の代表ではなく、代表執行役と取締役との兼任の姿として理解していくべきとも主張されている。さらに表見代表取締役制度の廃止、株主総会の決議事項の縮小に伴って取締役ないし執行役の株主に対する一般的な説明義務を肯定し、ホームページ等での説明を認めていくべきこと、等の具体的な

立法論が主張されている。

第Ⅲ部の第三章「取締役・執行役の個人責任」では、公開株式会社が様々なガバナンスシステムによって複合的に維持・管理される存在であることに鑑みて、また公開株式会社が株主有限責任を前提に、大規模なマーケットを駆使することによって、巨大な経済規模を表現することになることに照らして、法人間取引において出現する高額取引額を、そのまま取締役・執行役の個人責任額として無条件に肯定する旧来の通念を批判する。この点で、戦後商法学における取締役責任論は多くの場合、中小企業の破綻処理を取締役の第三者責任の名において、裁判所が関与する形で実施してきたものであり、その責任は民法の不法行為責任以上に厳しいものとされてきた。この発想を無批判に大規模で公開性の株式会社に適用することは理論上も実際上も不当であるとする。大和銀行事件における一個人の損害賠償額 829 億円という判決は、こうした不当性を示しているため、逆に経済からの批判が強く、適度な責任を肯定する可能性すら奪っているかに見える、と主張する。

そこで本書においては、戦前に株式会社法理論は公開株式会社理論であったこと、そこでの取締役責任論は公開株式会社の問題として取締役の責任を論じていたことを述べ、いまこそ従来の取締役責任論を転換し、公開株式会社にふさわしい責任論の確立を図るべきとする。そのうえで、民事責任における「企業責任」とは何かを追求し、企業の設立からの年数、企業規模、法人罰金・法人和解金等の賠償額からの控除(現経営者による経営判断としての和解金の支払い等は、取締役の行為に対応する損害額とはいえない)、当該企業における内部統制の不備等の企業責任の度合い、当該取締役の具体的行為の寄与度等を、総合的に勘案して取締役の個人責任額を算定するための「私案」を提示している。

こうした観点からさらに、取締役の責任を無限責任としつつ、株主総会の多数決や少数株主の異議というような生々しい権力関係、それも機能しがたい株主総会の権威に頼る多数決で、取締役の責任という法的問題を決定する、取締役の責任軽減のための議員立法を、法治主義の否定として厳しく批判する。取締役の責任額がいくらかを裁判所に決めてもらうことは国民の基本的人権であり、これを株主総会の多数決に委ねる立法は、巨額の賠償金はどうせ払えないのは同じという観念から出た、きわめて安易な発想であると主張する。

第Ⅲ部の第四章「株式会社法と発行市場」では、新株発行や会社設立における募集概念と証券取引法上の募集概念との調整、株式会社法上の株価概念と証券市場との相互互換的な関係、新株発行の公示につき、第三者割り当て増資や私募の場合には個別の通知を、公募の場合には公告をとという具合に、証券取引法上の概念に応じた株式会社法制度の理解、さらには新株発行無効の訴えについても、私募的な発行を原則無効としつつ、公募については原則有効とし、そのうえで一定期間内に買入消却することで、本来市場に参入すべきでない株式の消却による市場機能の回復を求める、といったアイデアが提案されている。

補章「会社法平成改正の意義」では、平成13年14年と続いた会社法改正の意義につき、全体として株式会社が証券市場と正面から対応するための改正の一步と位置づけ、

個々の改正について一定の評価を行っている。ここでは証券市場の活用手段の多様化(金庫株の解禁、新株予約権等)、証券市場での取引単位の是正に関する改正(単元株、株式分割の容易化)、証券取引法会計の商法概念化(財務諸表等の法務省令経由での商法概念化)、萌芽市場の活用に関するベンチャー向け法制(種類株式の多様化等)、証券市場が要求する情報開示・会計・監査等の実行部隊である企業統治の強化(委員会等設置会社の選択制等)、といった様々な改正項目が総体として資本市場と株式会社法との新たな関係の確立を目指しているものとして把握されている。もっとも本書は、こうした改正が十分な資本市場改革を伴っていない状況での改正であること、さらに資本市場を成り立たせている民事法・刑事法・紛争処理法、ひいては司法制度等の、いわゆる日本の法的総合力の充実・強化と一体のものとして推進されていないことに大きな懸念が表明されている。

以上

本書に対する書評

民商法雑誌 127 巻 4・5 号—江頭憲治郎東京大学教授

法学教室 273 号—川濱昇京都大学教授

日本経済新聞 2002 年 10 月 13 日付—末村篤編集委員

朝日新聞 2002 年 10 月 20 日付—池尾和人慶應義塾大学教授

読売新聞 2002 年 10 月 13 日付—依川幹論説委員

証券アナリストジャーナル 2003 年 5 月号—天野俊彦日本証券アナリスト協会常務理事

ビジネス法務 2002 年 12 月号—石山卓磨日本大学教授

日本経済研究センター会報 2003 年 1 月 15 日号—吉川満大和総研理事・制度調査室長

JICPA ジャーナル 15 巻 3 号—弥永真生筑波大学教授

エコノミスト 2002 年 10 月 1 日号—奥村宏中央大学教授

日経ビジネス 2002 年 9 月 23 日号—無記名

自由と正義 54 巻 3 号—安保智勇弁護士

その他

受賞

平成 15 年度大隅健一郎賞