

拡大研究会 ①

会社法の現代化

——最新の審議状況について——

江頭憲治郎*
司会・上村達男**

日 時：2004年8月4日(水)
15：00～18：00

場 所：早稲田大学西早稲田キャンパス
9号館5階第一会議室

質問者：①稲葉威雄早稲田大学大学院法務研究科教授，②内藤良祐弁護士，③酒巻俊雄早稲田大学名誉教授・山梨学院大学ロースクール教授，④矢内裕幸日本取締役協会専務理事，⑤大野正道筑波大学教授，⑥渡辺宏之早稲田大学21世紀COE《企業法制と法創造》総合研究所助教授，⑦石田宣孝国土館大学教授

1. はじめに

○上村：そろそろ、定刻の3時となりましたので、始めさせていただきます。私は、司会の早稲田大学の上村達男と申します。COEの責任者をやっております。COEにつきましては、お手元にCOEのパンフレットがございますので、そちらをご覧くださいと思います。

本日は、江頭先生をお招きしまして、会社法制の現代化に関する最新の審議状況についてお話いただくことになっております。ご紹介するまでもありませんが、江頭先生は、商法学会の第一人者であられまして、法制審の

会社法の現代化部会、株券不発行部会の部会長をされておられます。

今日のこの会合は、完全にオープンにしますと何百人来るかわかりません。そのくらい価値のあるご講演だと思っております。しかし本日はあくまでも研究会であるということに徹底させていただきたいと思っております。研究会ということで、自由に議論する環境が保たれることが大事だと思います。うっかり、先生が微妙な問題について本音を話される、あるいは、非常に思い切った評価を下されるといったこともできれば期待したいと思っております。従いまして、本日は録音を避けていただきたいと思っております。後日記録を残したいと思っておりますので、それを利用して頂けましたら幸いです。

会社法の改正作業に関する最新情報を、経済界は逐一把握しております。大きな弁護士事務所もすべて逐一把握しております。しかしそうした情報が学会には情報には充分に行き渡っていないという問題意識を江頭先生はかねてよりお持ちでして、今回もそういうお気持ちからお引き受け頂けたと思っております。その点につきまして心より御礼申し上げます。

なお、お手元に質問票がございますが、質問を書けば必ず答えていただけるということを保証することはできません。本日の進行上の手がかりとさせて頂き、そのうえでできるだけ対応させて頂ければと思っておりますので、のちほどご質問をお寄せ下さい。

* 東京大学大学院法学政治学研究科教授

** 早稲田大学21世紀COE《企業法制と法創造》総合研究所所長，早稲田大学大学院法務研究科・法学部教授

江頭先生には、大体1時間半か2時間くらいを目処にお話し頂ければと考えております。本当はいくらでもお話ししていただきたいのですが、とりあえずその位でと思います。それでは、早速でございますが、江頭先生からお話を頂きたいと思っております。よろしく願い致します。

2. 講演録

○江頭：今、ご紹介に預かりました江頭でございます。早稲田大学のCOEプロジェクトにおいてお話をさせていただき、大変光栄に思っております。まず資料ですけれども、お手元に一番上に“2004年8月4日 於早稲田大学”と書いた2枚のレジュメがあると思っております。今日は、これに沿ってお話したいと思っております。それから、資料として、カラーコピーの、“株式会社の機関設計について”という1枚紙が参っているかと思っております。それから、何枚か綴じた一番上に、“第2部株式会社関係”と書いたものが参っているかと思っております。以上が本日の資料であります。各資料につきましては後で説明させていただきます。

本日のお話の内容は、会社法制の現代化の作業の現状であります。ご承知のとおり、会社法の現代化という作業が昨年からは始まっております。昨年の10月に要綱試案が公表され、それに対するパブリックコメントを求めたことはご承知のとおりであります。その作業の現状であります。パブリックコメントが昨年の10月に行われ、年明けからそのパブリックコメントに対する回答等を考慮しながら審議を進めており、去る7月28日に実質改正といわれている部分がほぼまとまりました。年が明けてからは、大変なハードスケジュールでありまして、大体法制審議会の商法関係の部会は、従来は1時半に集まって4時半に終わるのが恒例だったのですけれども、それでは作業が終わらないということで1時

から5時までにはしましたが、とても5時には終わらない。大体1時から6時までやっている。一番遅いときには7時半までやりました。夕食の時間をはさんで8時9時までやろうかという話もその日はありましたが、なんとか7時半に終わりました。

ご承知のとおり、現代化という作業は、現代語化、つまりカタカナ文語文をひらがな口語文にすることが1つ。それから、規律の不均衡是正というところでありますが、現在の合名会社、合資会社、有限会社、株式会社の規定を一本の法律にします。そうすると、特に株式会社の中小的なものとは有限会社とが、実態が殆ど変わらないにもかかわらず違った規定になっているところを調整しないと格好が悪いということがあり、その調整が規律の不均衡の是正の最大の点です。それから、社会経済の変化への対応ということがもう1つであります。民法は、今度の臨時国会にひらがな口語文にする法案が出るようであります。しかしこれは、単に今の条文をひらがなにするだけなのです。なぜ民法はそうで、会社法は実質改正をやるのだと担当官に聞きましたら、「それはもう、法典の持っている重要度が民法とは全く違う」という返事でありまして、とにかくそういう羽目になっているわけあります。

皆さんは、要綱試案の内容はご承知のところですが、7月28日にまとまった案のどこが要綱試案から大きく変わったかというと、私は、3点あると思っております。

まず、1つは、先ほど申した中小の株式会社と有限会社との規律の不均衡の是正の点であります。要綱試案では、規律の不均衡を是正して一本化を図ると言いつても、実は一本化された中小会社に2類型あることが想定されておりました。つまり取締役会を作るか作らないかを基準に2類型に分ける。作る方は現在の株式会社の小会社のスタイルでありますし、作らない方は有限会社スタイルであります。

ご承知のとおり、現行法では、株式会社の小会社形態を採るか有限会社形態を採るかで、色んな点が違ってくる。株式会社である限りは取締役会を置かなければなりませんし、それから、取締役の任期が2年と定められています。有限会社形態にすると任期は定めなくてもいいわけです。それから、株式会社形態だと監査役を置かなければならない。有限会社形態だと監査役を置かなくともよいですし、それから有限会社ですと社員の権利の内容としていわゆる属人的定め等ができる。例えば、議決権でいいますと、出資口数が10口を超える分につき議決権をなしにするとかも自由です。それから、少数株主権の要件も違っておれば、特別決議の要件も株式会社と有限会社では違う。株主割当増資をするときの権限も、株式会社であれば株主割当増資をする限りは取締役会で決定できるわけですが、有限会社ですと、増資は全部社員総会にかけなくてはならない。そうした違う点をどう調整するかにつき、要綱試案では、取締役会を置けば一応は株主から離れた、経営者が経営している会社になる、つまり総会が万能の機関ではなくなり、取締役会に権限が集中する会社になることから、取締役の任期を法定する。それから、取締役会を置けば監査役会を置かなければならない、取締役会を置かなければ、その性格が現在の有限会社と同じになる。要するに2類型ある、という考えを採っていたわけですが、この7月28日の案では、それをやめました。

これは、後々話をしますように、個々の問題を一つ一つ決めていきますと、中小会社について2類型置く必要はないという結論になったのです。もちろん取締役会を置きませんと、取締役会を置いた場合と必然的に違ってるところが皆無ではないのですけれども、殆ど、取締役会を置くか置かないかで制度の差がなくなりました。それが第一であります。どうしてそういうふうに変わっていったかといいますと、要綱試案のように2類型に分け

る案については、1つは中小企業の方から、2類型あると、何が原因なのか私にはわかりませんが、やはり取締役会を置く方を選択せざるを得ない。そこで、取締役会を置くと規定ががらっと変わってくるのは困る、だから取締役会を置くか置かないかでそんなに規定を変えてくれるな、と中小企業団体あるいは中小企業庁等が主張した。それから、一方では、学者とか弁護士は、株式譲渡制限をしている会社でも相当大規模な会社はある。株主が何百人もいるようないわゆる公開間近の中堅企業といわれるものとか、地方有力企業といわれるもののような、相当大規模な、株主もたくさんいる会社が、取締役会を置かない形をとることで定款自治が何でも認められるような会社になってしまうのではないかと、本当にそれでいいのかという懸念を持っていたわけです。そして、現在の有限会社ですと社員数が50名という限度があるわけですが、一本化すると50名という限度もすっとんでしまうらしい。本当にそういうことでいいのか、かなり大規模な会社が、定款自治の下でとんでもないことをやりだすのではないかと、という危機感があったわけです。そこで、一つ一つ、この問題については、取締役会を置く会社、置かない会社それぞれをどうしましょうか、という形で詰めていきますと、いくつかの重要問題を除いては、同じ規律でよいという形に意見が集約されていったわけです。例えば、“第2部 株式会社関係”の5ページの第4というところがありますが、第4の3、新株発行等の(1)発行手続きですが、これについては、先ほども申しましたとおり、株主(社員)割当増資をする場合について、現在、株式会社と有限会社とで違っているわけですね。この案では、③であります。取締役会を置くか置かないかに関わらず、株式譲渡制限会社における株主割当についてはこういうことで一本化しよう。つまり、原則は総会決議事項である。有限会社型ですね。但し、定款で別段の定めをすれば、株主割当増資の

権限を取締役に移せる。こういうことで、取締役会があるかないかを基準とする区別をやめることに意見がまとまりました。それから、たとえば、6ページの下の「5 株主」のところ、有限会社における別段の定め、すなわち属人的定めについてであります。要綱試案では、有限会社型、つまり取締役会を置かない会社についてのみこれが認められることになっていたのですが、これについては、取締役会さえ置かなければどんな大規模な会社でも、株主数がどんなに多くとも属人的な定めができるのかと、学者、弁護士委員が批判したわけです。これもすったもんだしましたが、(1)にありますように、現在の有限会社における特別決議要件、これには頭数要件も入っております。そうした有限会社並みの定款変更をもって決議をすれば、取締役会を置いていても譲渡制限会社一般に認めてよいということ、折り返いがつきました。そういう風に一つ一つ問題を詰めていきますと、取締役会を置くか置かないかで差異が出てくる事項は、非常に少なくなった。依然として差異が残っているものがどういうものかと申しますと、例えば、利益相反取引の承認は、現行法では、株式会社は取締役会、有限会社では社員総会ですが、この案でも、取締役会が置かれれば取締役会が処理する、取締役会がなければ株主総会の特別決議でやるということで、取締役会を置くか置かないかによる差異が残っております。それから、定款で株式譲渡制限を定めているわけですが、譲渡制限株式の譲渡の承認機関については、取締役会を置いた場合は、取締役会を承認機関とするか、株主総会を承認機関とするかは会社の自治である。取締役会がないときには当然、承認機関は株主総会ということになります。まあ、それ位でありまして、殆ど、取締役会を置くか置かないかによる差異がなくなってしまったわけです。

最後までもめた事項が何であったかといいますと、後でお話しますが、1つは取締役の

任期であります。もう1つは、監査役の権限であります。つまり、要綱試案では、取締役会を置けば監査役を置かなければならない、監査役を置いたら、監査役には業務監査権限がある。つまり現在の小会社のような会計監査権限のみの監査役は認めないということであったのですが、この点も最後までもめました。その決着がどうついたかは後に申しますが、ともかく、若干のものを除いては、取締役会を置くか置かないかで殆ど規定が変わらなくなった。この点が要綱試案と大きく変わった1つの点であります。

それから、要綱試案から大きく変わった2つ目の点は、株主代表訴訟制度の見直しであります。この点は、要綱試案では、株主代表訴訟の見直しの要否はなお検討するというようになっておりまして、注において、訴訟委員会を導入するかどうかという程度のことしか書いてなかった。これについては、後にお話しますように、ある1つの案ができました。

それから、もう1つが、これも新聞に出ておりましたが、会計参与という新制度が盛り込まれた。これが要綱試案と大きく変わったところでもあります。

今後のスケジュールであります。実質改正の部分の審議はほぼ終わったのですが、まだ終わっていない部分としまして、倒産法部会でやっております特別清算の部分について、商法部会でも審議するということがあります。それから、罰則について、9月以降に若干残る。そこで、実質改正についての全部の要綱案がまとまるのが10月末と考えられております。そして、法制審議会の本体にかかりまして、要綱として世に出るのが来年になってから、そして来年の通常国会に提出されるというのが、現在予定されているスケジュールです。

そこで、7月28日の案の内容に入らせていただきますが、この何枚か綴じた資料は、別に秘密ではありません。これは、資料公開の請求があれば、役所ですから、公開に応じ

なければならないわけで、そういうものですから別に秘密ではない。ただ、こう決まったというのではなくて、これに基づいて当日の審議が行われたという性格のものであります。ですから、例えば論文で引用していただくときに、こういう案が提起されたといえは正しいのですが、こう決まったと書くと間違いになります。特に内閣法制局と法務省とがこれに基づき要綱案を固める作業をしたら、当然、文言が違ってくるということもあるでしょう。ですから、必ずしもこう決まったわけではない。しかしこれに基づいて審議が行われたことは事実ですから、こういう案が提起されているという引用の仕方であれば、引用して頂いても結構という性格のものであります。

そこで内容に入りますが、まず、第1は会社の機関設計であります。その第1に、有限会社法という法律は廃止され、有限会社という形態はなくなるわけであります。これは「第1 総論」に書いてあるところであります。現行の株式会社、有限会社の両会社類型について1つの会社類型、つまり株式会社として規律するものとする。したがって、現在の有限会社もすべて株式会社になる、ということになります。ただ、3の部分ですが、現行の有限会社法に基づき設立された会社については、会社法の施行後は、第2部に掲げるもののほか、現行の株式会社の制度を適用する方向で規定の整理を行うとともに（つまり、現在の有限会社法に基づいて設立された有限会社についても株式会社の規定を適用するが）、有限会社の文字の使用を認めることその他現行の有限会社に認められ、かつ、会社法（新しい法律）において認められない制度について維持するための所要の経過措置を設けるものとするとしてされています。つまり、現在有限会社であるものは有限会社の規律のまま留まってもよいということになります。後にお話しますように、例えば、取締役の任期については、全ての会社について任期が導

入されます。今までの有限会社のように、任期の定めがないということは許されなくなります。しかし、現在有限会社である会社については、依然として任期の定めなしという形態を、続けようと思えば続けられるということです。但し、それを続けていくためには、有限会社という商号を使い続けなければいけない。つまり、現在有限会社である会社が、何々有限会社という商号を何々株式会社へ変える定款変更をして、登記所へ行きますと、もう取締役任期のない定款はだめです、全部新しい会社法の株式会社法制に従った定款に書き替えてきて下さい、とこういう話になるわけであります。どういうことをすると有限会社の規律が認められなくなるかについては、法務省当局で整理をしておりますけれども、そんなに複雑にはならないのではないかと法務省は言っておりました。それが有限会社法の廃止の話であります。

次が、株式会社の機関設計であります。新しい会社法の下ではどういう機関設計が認められるかですが、1ページ目から2ページ目までの第3機関関係「1 株式会社の機関設計」というところに書いてあるのですけれども、これを読んでも誰もわからない。(1)から(9)までを読んでイメージを思い浮かべることが、まず不可能です。そこで、お手元にあるもう1枚の紙、“株式会社の機関設計について”というカラーコピーをご覧頂きたいと思えます。これは、会社法現代化関係部会で参考資料として配られたものであります。この表は、まず、大きく分けて、株式譲渡制限をした中小会社と書いてあるもの、これはいうまでもなく商法特例法でいう小会社と中会社であります。大会社の基準は変わっておりません。すべて5億円、200億円という例の基準です。

まず、一番上が、株式譲渡制限をした中小会社、その次が株式譲渡制限をした大会社、その次が公開中小会社と書かれていますが、

公開とは株式譲渡制限をしていないというだけの意味です。それから、株式譲渡制限をしていない大会社、この4類型に分けて、それぞれどのような機関設計を採ることができるかを示したものです。そして、色分けがしてありますが、青が、当該会社類型を現行法も認めているものであります。例えば、株式譲渡制限中小会社であります、取締役だけがあるもの、これは現在の有限会社型です。その次が「取締役プラス監査役」という現在の有限会社で認められているものです。そのように、青は、現在でも認められている形態であります。

次に、緑色は、現在は他の会社類型について認められているが、当該会社類型には認められていないものであります、ここには4つ出ております。

失礼しました。青につき言い忘れたことですが、一番下の公開大会社、つまり譲渡制限をしていない大会社、これは青だけあります。皆さんが頭に描かれておられる株式譲渡制限のない大会社の機関設計は現在と全く変わらないということでもあります。

緑色は4つありますけれども、1つは、会計監査人制度が、現在は、いわゆるみなし大会社という形で中会社には認められています。それを中会社だけでなく、小会社にも認めるということでもあります。資本金が1億円に達しなくても、そういうことをしたいという会社があれば、認めないわけではないということです。それから、委員会等設置会社になることも小会社にも認めるということです。これが、結局、緑色であります。

それから、黄色であります、これは、現在こういう形態はないけれども会社法で新しく認めるという形態であります。そして黄色は、要綱試案でこういうものを認めてもよいのではないかと、とすでに言われていたものです。一番上から、株式譲渡制限中小会社で「取締役プラス監査役プラス会計監査人」という形態です。会計監査人がおりながら取締

役会もない、監査役会もないという形態で、要綱試案に出ておりました。それからその下の⑦ですが、監査役会なしで監査役がいるという、言ってみれば昔の形態なのですが、こういうもの。それから、株式譲渡制限大会社であります、「取締役プラス監査役プラス会計監査人」、それから、その下の「取締役会プラス監査役プラス会計監査人」。それから、公開中小会社ですと、「取締役会プラス監査役プラス会計監査人」であります。

それから、要綱試案には出ておらず、この7月28日の案で認められたものが白であります。白は3つあるのですが、1つが、株式譲渡制限中小会社の⑥、それから、公開中小会社の②でありまして、会計監査人がいないのに監査役会が置かれるという形態です。監査役会でありますから常勤監査役もいる、社外監査役もいるという形態ですが、しかも会計監査人を置かないという形態です。果たして、こういうものを採用する会社がどの程度あるのかはわかりませんが、中小会社でもしっかりと会社だと認められたいところは、採用するところがあるかもしれないということでもあります。

もう1つは、株式譲渡制限中小会社の④ですが、これは、「取締役会プラス会計参与」と書いてありますけれども、後に申し上げます会計参与だけがあって監査役もない会社です。要綱試案では、取締役会を置けば必ず監査役を置きなさい。取締役会がある限りは、一応は、経営者支配の下にあるから、監視機関としての監査役を置けということであったのですが、後ほど申しますように、中小企業団体等の強い主張により、監査役にすべて業務監査権限を与えるという案がボツになり、会計監査権限のみの監査役を認めることになりました。それを認めるのであれば、後に述べます会計参与だけでいいのではないかと。取締役会プラス会計の専門知識のない監査役という形が認められるのであれば、取締役会プラス専門知識のある会計参与という形態は立

派なものではないかということで、それも認めることになりました。

それから、申し忘れましたが、会計監査人を置いた場合に、監査役会が必ずしも置かれないで、監査役でもいいということのほか、取締役会を置かず取締役でもよくなるわけで、その場合の計算書類の確定権限はどうなるかという問題があります。この点は、要綱試案にも注に書いてありましたとおり、計算書類は取締役会が確定するのである。つまり、会計監査人および監査役または監査役会が、すべてがこれでいいと言え、取締役会が計算書類を確定するのであって、取締役かぎりでは計算書類を確定することはあり得ないという点は、この7月28日の案でも変わりません。したがって、株式譲渡制限中小会社の③は取締役会がありませんので、計算書類の確定は、株主総会の権限となります。株式譲渡制限大会社の①も取締役会がありませんので、計算書類の確定は、会計監査人がいても総会権限ということになります。他は、会計監査人がいれば、総会決議なしに計算書類の確定ができることになります。

そうすると、機関設計はバラエティーに富んでいて、これで認められていない会社はあるのか、ということになります。若干あります。1つは、委員会等設置会社になるためには、会計監査人を置かなければならない。会計監査人がいない委員会等設置会社はあり得ないことになっております。一時は、そういう形態も認めてよいのではないか、取締役会プラス三委員会があって会計監査人がいない形態があってもよいのではないかという話があったのですが、やはり、委員会等設置会社というのは、内部統制組織と会計監査人があることを前提に経営者の監督ができるということで、会計監査人がいない委員会等設置会社というのは認められないことになっております。

それから、会計監査人についても、例えば監査役、監査役会または三委員会なしの会計

監査人設置も認めるか、といいますと、これも認めておりません。会計監査人の活動は、やはり監査役等とペアの活動が当然の前提となっているという考え方です。

そういうことで、制度はややこしくなったようですが、一応、順序だてて考えていけば、そう複雑になったわけでもないと思います。

それから、先ほど言いましたように、株式譲渡制限をした株式会社の機関形態として、取締役会を置くか置かないかで規制が変わってくるかということ、これによって規制が変わってくることは殆どない。もちろん、取締役会を置きませんと、現在の有限会社と同じで総会が万能の機関であります。そして株主提案権等も特に規定はなく、現在の有限会社のように、株主が総会場で何でも議題の提案ができるというような点は、要綱試案にありましたように、勿論違っています。しかし、そうした論理必然的な差異以外の差異は、殆ど消滅しました。

取締役会を置くか置かないに関わらず制度を一本化することについて最後までもめた点が2点あり、先ほど述べましたように取締役、監査役の任期の点と、監査役の権限、つまり、業務監査をすべての監査役に要求するかどうかであります。

まず、取締役の任期の点ですが、ご承知のとおり、現在は、株式会社であれば2年、有限会社であれば任期は何年でもいいし、任期を置いても置かなくてもいい。実際は置いていないところが多数かと思えますけれども。そういう基本的に違った点をどうするかにつき、要綱試案は、ご承知かと思えますが、取締役会を置かない会社の場合、現在の有限会社と同じで、任期の定めを置かなくてもいい。そして、取締役会をもつ会社については、2年は短すぎると中小企業団体が主張していることとの関係で、株式譲渡制限をした会社には2年を定款で延長する自治を認める内容になっております。これにつき、中小企業団体が、非常に強く、2年に若干のプラスアル

ファを認めるだけはいやだ、できれば譲渡制限会社全部について、現在の有限会社と同じようにしてくれと主張したわけであります。そこで、すったもんだの挙句、結論は、第3の3の(3)取締役の任期と書いてあるところでありまして、まず、①の但し書きで、原則は、現行法のおとり取締役2年、監査役4年ですが、株式譲渡制限会社については、定款でこれらの任期を最長で10年まで伸長することができるものとする、としました。10年なんて大盤振る舞いしたな、と思われるかもしれませんが、これについては、現代化部会の全員が、これに非常に満足している。というのは、株式譲渡制限会社でも株主が相当数いる大きな会社になりますと、従業員から順次取締役等に引き上げて行かざるを得ないわけで、そういう会社の場合、10年まで定款で定められますよ、と言ったって、そんなに長い任期を定めるわけがない。そんなことをすると人事が停滞してしまう。そうでない会社についてはどうかといいますと、私は、株式譲渡制限会社というのは、株主数が多かろうと少なかろうと、大多数の株式は経営者が持っていると思います。ですから、任期切れで取締役の改選となりますと、公開会社の場合は、経営に参与していない株主からの信任を受ける手続きなのですが、株式譲渡制限会社では、改選とは、経営者相互間でお互いを信任し合う手続なのです。ですから、任期が10年だといったら、10年間はお互い喧嘩はやめましょう、ということなのです。任期を定款で定めると、正当事由のない解任をした場合に任期切れまでの報酬を払わなければならない。ですから、任期が10年といいますと、10年間は不戦条約を株主間契約で定めたと同じ機能を持ち込む。ですから、10年と言わず30年でもいい、30年の平和条約を結ばせて何が悪いのだと私は思ったのですが、まあ、10年ということになりました。そういう趣旨の規定であります。ですから、先ほど申しましたように、現在の有限会社の

ように任期なしというものが認められないこととなります。

次が、監査役の特権であります。これにつきましては、要綱試案では、監査役は、取締役会を置かない限り、置くか否かは自由である。ただ、取締役会を置けば監査役を置かなければいけないし、その権限は、業務監査権限を有するものとするということにしております。ですから、非常に変わるの、現在の株式会社のうち小会社といわれているものでありまして、現在の小会社が有限会社のように取締役会をやめれば、監査役を置かなくてもよいのですが、取締役会を置き監査役を置く限り、その監査役は会計監査のみならず業務監査をしなければならないという変化が生じます。

この点につき、中小企業団体および中小企業庁は、現行法の小会社で認められているような、会計監査のみの監査役という制度を維持せよ、と非常に強く主張しました。会計の専門知識がないのに、権限が会計監査のみの監査役というのは、一体何なのだと思うのですけれども、とにかくそれを置きたいのです。恐らく、奥さんを監査役にして報酬を払いたいのだらうと思います。業務監査の権限がありますと、倒産したときに、必ず任務懈怠の責任を追及されます。しかし、現在の小会社の会計監査のみの監査役の責任が追及されることは、まずない。そういうことがあるのかわかりませんが、とにかく、非常に強く主張されました。そこで、3ページの4 監査役の(1)監査役の権限のなかで、「②大会社以外の株式譲渡制限会社においては、定款で当該株式会社における監査役の権限を会計監査権限に限定することができるものとする」ということになりました。そこで、先ほどの1枚紙の中にも、一番下に注1として、「定款により監査役の権限を会計に関する事項に限定することも可能」という注が、株式譲渡制限中小会社の②と⑤についてありますが、ここが、会計監査のみの権限の監査役にできると

いう点であります。

ただ、それを巡って、単に会計監査だけの監査役に認めるだけでいいのかにつき、色々議論があり、その結果入ったのが3ページ一番下の③であります。これはどういうことかといいますと、「業務監査権限を有する監査役が設置されていない株式会社における株主の権限について、次のような取扱いをするものとする」とありますが、一言で申しますと、業務監査権限を有する監査役が設置されていない株式会社においては、個々の株主に、現在業務監査を行う監査役が持っている権限と見合うような権限を付与するという事なのです。ですから、そういう会社の株主は、裁判所の許可を得ることなく取締役会の議事録を閲覧できますし、それから、現在業務監査を行う監査役が持っております取締役会招集権限、そして、「ホ」ですが「取締役は会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見した場合には、株主にこれを報告しなければならない」ということになってあります。ですから、会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実、この規定は適用されたことが殆どないので、何がこれかはあまりはっきりはしないのですが、本来なら相当のことがこれにあたるはずで、そういう場合に、取締役が株主に通知しておりませんと、後で会社が倒産したときに責任追及されることもできるだろう。だから、株主が相当分散しておりますと、業務監査権限のある監査役を置かなくては危なくて、とても取締役がやられてないことになるのではないかと思います。

ですから、恐らく、業務監査権限のある監査役を置かない会社は、③の結果、やはりごく家族的な会社でしかやれないことになったのではないかと思います。これで、先ほど言った、相当株主が分散した非公開会社が定款自治の結果、変なことになるのではないかという学者や弁護士の懸念もほぼ払拭された。学者や弁護士も、これで濫用の歯止めがかかったと考えているわけです。そして、中小

企業団体も満足なのです。ですから、なんといいですか、色んな思惑が交錯した結果、とにかく皆が満足する1つの案ができてしまったということに、会社の機関設計は、なったのではないかと思います。今申しましたような業務監査権限を持つ監査役がない会社がどういう会社かといいますと、この1枚紙で申しますと、株式譲渡制限中小会社の①、②、④、⑤がそうでありまして、この会社については、株主が非常に大きな権限、業務監査権限を持つ監査役が持っているものにほぼ匹敵する権限を各株主が持っていることとなります。以上が機関設計であります。

次が、皆さんの関心が深い最低資本金と決算公告であります。これにつきましては、結局、第2部の第2の1、1ページ目の真ん中にあるように、最低資本金の下限は設けないことになりました。下限を設けないのですから、資本金も資本準備金も下限はないのでありまして、ですから、ここにありますように、株式会社の設立に際して出資すべき額については、下限額の制限を設けない、ということ。他方、それとペアになる決算公告の義務であります。これにつきましては、第6の7です。8ページ目の7の(2)にありますように、現在の株式会社と同じように、どのような機関設計であるかに関わらず、決算公告の義務を課すことになっております。ですから、この点では、現在の有限会社にとっては、規制強化になりますが、現在、有限会社法に拠って設立されている会社については、先ほど申したような、商号を変更する等の措置を採らない限りは、決算公告義務がないということになります。

しかし、決算公告義務の履行を厳しく要求するののかということ、そのような措置も採られておりませんので、やらないところは、事実上やらないであろう。インターネットによる決算公告等ができることになったので、それが普及していくことを待ちましようということです。

ヨーロッパでは登記所で計算書類を公開しているといいますが、話を聞くと、やはりヨーロッパでも登記所にそれをもって行かない会社はいくらでもあるようで、それと似たような状況かな、ということでもあります。

それから、最低資本金がなくなりましたが、資料では抜かしましたが、純資産額が300万円未満の会社につきましては、いくら剰余金があっても剰余金分配はできないという、現在の新事業創出促進法と同じような規定が置かれます。

次に、株主代表訴訟制度の見直しですが、これは2ページ目の一番下の(10)です。株主代表訴訟については、特に経団連等の経済団体から、アメリカの訴訟委員会制度のようなものを日本でも導入すべきだとしきりに主張され、そこで、要綱試案の注にもそうした問題提起が入っていたことは、ご承知のとおりであります。しかし、アメリカの訴訟委員会は、日本にはなじまない制度だということで、7月28日の案には入っておりません。ご承知のとおり、アメリカにおける株主代表訴訟は、本来、取締役の責任に限らずとにかく会社の有する請求権を行使するのは取締役会の義務である。しかし、取締役会がその権限を濫用して訴権を行使しない場合には、株主に訴権・当事者適格を認めるというのがアメリカの株主代表訴訟の根本でありまして、したがって、アメリカの株主代表訴訟では、結局、取締役会がその権限を濫用しているかどうかだけが争われるのです。そこでご承知のとおり、まず、株主が株主代表訴訟の提起前に、取締役会に対してちゃんと権限を行使しろと請求すべきことになっている。しかし、その請求をしますと、当該株主が、一応、取締役会が経営者から独立していると認めていると推定されてしまいますので、代表訴訟を起こそうとする株主にとって満足な結果にならない。それで、いきなり、株主代表訴訟を起こす。だから、アメリカでは、まず、取締役会に請求しなかったことが適法かどうか争わ

れるわけです。そして、その点で会社に勝ち目がない、現在の取締役会には経営者からの独立が認められないと思うと、訴訟委員会を作って、独立した第三者からなる訴訟委員会が権限濫用がないと言っているのだから却下してくれと申立てをするということでありまして、終始、取締役会または訴訟委員会の経営者からの独立性を巡って争われる、これがアメリカの株主代表訴訟で、独立性が認められればそれで終わり、という制度であります。

日本の制度はそうではなくて、日本の株主代表訴訟制度は、株主が代表訴訟を起こすのは株主の権限であって、裁判所は、その実体を審理するのだという制度でありますから、それを前提にしますと、訴訟委員会を作ったところで、まず、訴訟委員会の独立性を争い、そして、その結果がどうなろうと、やはり裁判所は実体審理に入ることになると思います。そうすると、今回、経済界が望んでいるのは、簡単に濫用的な株主代表訴訟を却下してくれる制度なのでしょうけれども、その思惑に反して、結局審理が長引いてしまう。訴訟委員会の独立性を巡って争うだけ審理が長引くであろう。したがって、目的と手段とが訴訟委員会については一致しないということで、それは採用しないという結論になりました。そして、経済界が望んでいることとは、要するに、濫用的な株主代表訴訟を、簡単に初期の段階で却下なり棄却なりできるようにすることでありましょうから、その具体策についてならば、検討してもよいということになりました。その結果、お手元の①のような案になったわけであります。要するに、却下なのか棄却なのかは分かりませんが、実体的な株主代表訴訟をストップできる要件を掲げることでもあります。従来、担保提供手続で争われていたようなことと似ておりますけれども、一応、担保提供手続とは別でありまして、これで訴訟は終わりにするという制度です。まずイであります。当該訴えの提起につき、当該株主が自己若しくは他人の不正な

利益を図り、又は会社に損害を加える目的を有する場合ということです。これは、昔、長崎地裁にあった件ですが、総会屋が起こす訴訟のようなものを却下なり、棄却なりできるということでもあります。

問題は、口でありまして、これはまだ、必ずしも文言までは固まっておられません。要するに、訴え提起者に非常に問題があるというわけではない。訴え提起者が、主観的には善良な意図で提起しているかもしれないけれども、しかし、それが株主全体のためにならないというケースがあり得るということ、これを要件化しようということでもあります。そこにありますように、当該訴訟の追行により、会社の正当な利益が著しく害されること、会社に過大な費用の負担が生ずることその他これに準ずる事情が生ずることが、相当の確実さをもって予測される場合、となっておりま。会社の正当な利益が著しく害されるというのは、訴訟の中で営業秘密に属することが出てきてしまうことが典型的なものとして考えられるケースであります。正当な利益でありますので、違法な利益はいけないわけで、例えば、訴訟を続けると会社が罰金を受ける可能性があること、こういうことは正当な利益ではないことになります。それから、会社に過大な費用が生じるというのは、極端な例をいうと、取締役に1万円の損害賠償を求める訴訟をすとか、誰が見ても訴訟費用をかけるだけの問題ではないというケースであります。その他これに準ずる事情にどこまでのものが入るかが問題でありますけれども、例えば、取締役が破産して1銭も取れないことは分かっている、だが抑止効果とか、会社に内部統制システムを作らせるために株主が色々やる必要があると信じる株主が訴訟を提起した場合に、この要件との関係で株主代表訴訟を続けさせるかどうか、そのへんになると委員の中にも、やらせるべきだという人と、いやそんなことは認めるべきではないという人と色々ありまして、そこで、玉虫色の文章

になっておりますけれども、これは内閣法制局マターであります。規定の書き方としては、株主全体にとって利益にならないことが生じる場合と書けばいいではないかという意見もあったのですが、それではあまりに抽象的で、早い段階で株主代表訴訟を棄却、却下するという目的にそぐわない制度になってしまう虞があるということで、会社の正当な利益が著しく害される、あるいは、会社に過大な費用の負担が生ずるという具体的な要件を前に出す形にすることで、一応の合意ができております。

それから、②は、これも従来から色々株主代表訴訟について議論があったところでありますが、株主から監査役等が訴訟提起の請求を受けて2ヶ月の間に訴えを提起しなかったときには、株主または取締役の請求により、訴えを提起しなかった理由を記載した不提訴理由書をもって通知しなければならないという制度であります。これによって、監査役等が、請求があればまじめに調査をして結果を株主へ知らせる。他方、取締役の方も、調査の結果、自分の行為がどう判断されたのかについて知りたいという利害を持っているかもしれません。そこで取締役もそういう不提訴通知書を請求できるというのが②であります。

③も現在、下級審で色々事件が起きているものでありまして、イが例の、係属中の株主代表訴訟の原告が株式交換・株式移転によって完全子会社の株主たる地位を喪失した場合に、下級審の裁判例によりますと、原告適格が消滅してしまい、株主代表訴訟がそこで終わるという件につき、その原告が完全親会社の株主となるときは原告適格を喪失しないものとしております。逆に申しますと、今度認められます株式交換等の企業組織再編の対価の自由化によりキャッシュ・アウトされた場合については、原告適格は消滅することになります。キャッシュ・アウトされた場合の処理については、議論が分かれたのですが、やはり、会社と何らつながりがなくなってし

まった株主に原告適格の継続を認めることにはやはり問題があるのではないかという意見が学者の間にも強く、こうした結論になっております。

ロは、合併で消滅会社側の株主だったというケースでありまして、現在は、その株主の地位も包括承継で存続会社に移ると考えている人が多いですから、株主代表訴訟は続くと考えられると思いますが、キャッシュ・アウトの制度が導入された場合は、合併により株主も包括承継されるとはいえなくなるという問題があることについても議論をして、存続会社の株主になるときは、適格を喪失しないということになっております。以上が株主代表訴訟であります。

次が、会計参与制度という問題ですが、4ページ目の5であります。新聞等でご覧になったと思いますが、どういふものかと申しますと、(2)の①にありますように、公認会計士または税理士、監査法人、税理士法人が、監査機関ではなくて、取締役と共に計算書類を作成する機関になる、これが会計参与という制度であります。つまり、監査者ではなくて、作成者なのです。

この問題は、ご承知のとおり、平成2年改正のおり、酒巻先生らのご苦勞され、会計調査人による調査といった制度が構想されたわけです。けれども、結局だめで、ものになっておりません。要するに、税理士は、何らかの形で会社法上の制度として会計に關与したい。しかし、調査のような監査機関として入ることは、公認会計士協会等との関係で政治的に難しい。しかしこの現代化の機会を逃すと、税理士は永久にチャンスを失うだろうと懸念したようで、非常に政界等に精力的に働きかけたようです。したがって、法制審議会で長く議論したというわけではなく法務省がポンと出してきたというのが本当のところあります。要するに、そういう形で公認会計士、税理士が計算書類の作成に關与し、そして責任を負うという制度であります。また、

会計参与のもとに決算書類があり、株主、債権者等がそこに行けば計算書類を見せてもらえる、そういう制度で、まあ趣旨としてはよい制度であろうと私は考えております。そういう風に中小企業の会計を整備する制度であります。制度上は、会計参与を置ける会社は中小企業には限られておりません。会計監査人のいる会社でも会計参与を置けるわけです。公開大会社でも置きたければ置いてよい。1枚紙の一番下の(注2)に書いてあるとおりであります。おそらく、公開大会社で会計参与を置くところはないと思いますが、法務省のいうところによると、これは会計監査人と同列の制度ではない、作成者側なのだとすることを強調しないと、制度としてこれを作ることが非常に難しい。そうなると、公開大会社で認めないという制度にはできない。会計監査人と両立するのだといわざるを得ない、こういう制度になっております。

次に、進ませてくださいまして、合同会社であります。第3部、8ページ以下です。要するに米国型LLCであります。これにつきましては、一箇所訂正をお願いします。11ページの5の(2)で、下線が引いてある③の下の2行であります。「議を経て払戻しを行うことを定めなければ、払戻しをすることができないものとする」と書いてありますが、それを、「議を経て払戻しを行わなければならないものとする」と直していただきたいと思ひます。

LLCにつきましては、要綱試案でも、一応、制度の骨格が提示されていましたが、要するに、内部的には合名会社や匿名組合と同様に民法上の組合であって、かつ、全社員が有限責任である、アメリカでLLCと言われているものを認めるということであります。主たる狙いは、会社法上の制度というよりも、税制上パス・スルーが認められる制度が欲しい、そういうことが実質的にはあるのだということです。

要綱試案に出ていなかったもので、この7

月28日の案で書いてある点をかいつまんで申しますと、10ページの(2)、(3)です。まず、(2)ですが、業務執行社員が法人である場合には、自然人を職務執行者として選任しなければならない。職務執行者については業務執行社員と同一の取扱いとするということであり、この関係で、合資会社で業務執行社員を有限責任の会社にし、LLCと殆ど同じ実態になりますので、人的会社にも法人社員を認める、これは要綱試案にありましたが、まずその点が1つです。

その下の(3)、業務執行社員の責任ですが、会社に対する責任として、民法の委任の規定に基づく善管注意義務及び忠実義務を負う、そして、②の業務執行社員が合同会社に対して負う責任の減免については、特別の規定を設けないものとする。これは、要するに、どう規定すればよいかよくわからないので、何も決めないということに等しい。業務執行社員は、強行規定として善管注意義務および忠実義務を負うという規定でもないので、民法の委任の規定に基づく、ですから、それが強行規定なのか任意規定なのかよくわからないのです。アメリカでも、ご承知のとおり、LLCにおける業務執行社員の会社に対する責任について定款自治が認められるかどうか、どんな場合に認められるのかが、州によって議論がありはっきりしない。たとえば、利益相反取引についても定款自治で免責ができるのかといった点です。おそらく、通常の善管注意義務については定款自治を認めることにつきあまり問題がないのですけれども、いわゆる忠実義務系統の話になってきますと、定款自治による排除が認められるのか認められないのかあまりはっきりしないわけです。

それから、(4)ですが、これは株主代表訴訟にあたるものです。これを強行規定として設けるということであり、これは、アメリカでも実質そうになっている。LLCの法典の中に代表訴訟について、明文の強行規定を設けている州と設けていない州とがありま

すが、設けていない州でも判例法上、代表訴訟が強行規定として認められることは、アメリカでは間違いのないのであり、日本でもそうするということがあります。

それから、11ページの先ほどの下線が引いてある退社による持分の払戻しであります。LLCでは、持分の譲渡は、原則として社員全員一致の承認ですが、承認されない可能性があるため、やむを得ない事情がある場合には、定款の定めに関わらず退社できるものとするというのが(1)です。その場合の持分の払戻しについてどうするかということにつきましては、持分を計算すると、資本欠損とか帳簿上の債務超過という可能性が出てきますが、この場合も退社を認めざるを得ないであろう。そこで、業務執行社員に債権者保護手続等を行わせる必要があるので、しかし、もし業務執行社員がその手続を採らない場合にはどうなるのだということを巡り、要綱試案にはA案とB案とが書いてあったと思います。結局、③にありますように、とにかくやむをえない事由で退社した社員は適正な払戻しを受ける権利を持つ、そして、資本欠損とか帳簿上の債務超過になるのでありますから、それについては、③にありますように、業務執行社員がそれなりの手続を採れ、採らなくても、退社員は、最後は強制執行もできる。ただ④にありますように、業務執行社員が責任を負わされる。そういう形で問題を解決したわけです。

以上が大きな点でありまして、大体予定の90分になったので、後は、一言ずつ説明をします。1つは、2ページ目の3の(5)ですが、内部統制システムの構築に関する決定・開示、これにつきましてはそこにありますとおり、取締役会が設置された会社においては、内部統制システムの基本方針については取締役会の専決事項とする。つまり、経営者が勝手に決めてはならないということになり、そして、その決議の概要を営業報告書の記載事項とするものとする。まあ、当社はそういうものは存在しませんというのであれば、

それはそれでいいのです。これは取締役会を設置した会社全体を対象としておりますので、大会社については、②です。ここでは内部統制システムの構築を義務づけることにしております。これは、実は、法制審議会の中から出てきたわけではなく、自民党の商法に関する小委員会が、3項目を法制審議会で審議し、出来れば入れてくれという意向を示した事項の、これが1つ目であります。こういう事項は、法制審議会で学者がいてもだめなのです。経団連が反対することは絶対に入らない。今回は自民党筋が言ったので、これが入ったということであります。ちなみに、あと自民党が言った2項目が何かと申しますと、アメリカのサーベンス・オックスレー法におそらくヒントを得たのでありましようが、監査役または監査委員会に、会計の専門知識があるものを入れることを義務づけることと、それから、社外監査役、社外取締役の社外者の要件を厳格化する。取引先とか、そういうものについては認めない形に制限をするということであります。この2つにつきましても、今後の課題ということで、今回は認めておりません。

次が、自己株式関係であります。これが第4の3の(2)と(7)であります。確か要綱試案に、入っていなかったと思われませんが、1つは、自己株式の市場売却を認めるというのが(2)であります。これは、一定量に限って、①にイ、ロとありますが、このような場合に限って、公開会社だけに認める。あとは、細かい計算の仕方であります。

それから、(7)は、自己株式の処分にして、現物を対価とする自己株式の処分が認められるかという問題の処理です。現在は何も規定しておりませんで、およそ現物が対価の処分は認められないのだという説と、規定が欠けているだけで自由なのだという説とがありますけれども、これは、現物出資規制が及ぶという整理になっております。

それから、取締役会決議による剰余金の分

配ですが、現在ご承知のとおり委員会設置会社にのみ取締役会決議による剰余金の分配が認められ、この点につき、いわゆる監査役会設置会社から規律が不均衡であると言われていたところであります。これは、要綱試案にもありましたように、取締役の任期が1年である会社であれば、認めることにしております。

これをめぐり、要綱試案に、特にいくつかの案が列挙されておりました。委員会等設置会社であれそうでない場合であれ、取締役会の決議で剰余金の分配ができることとされたときに、総会で株主が株主提案の形で剰余金処分の提案をできるのかどうかということですが、要綱試案ではいくつかの案が提起されておりました。その点がどうなったかということですが、8ページの「第6 計算関係」の4の(3)と(4)であります。(3)は、要するにそういうものを認めるということですが、その際に、株主あるいは株主総会の権限はどうなるのかというのが(4)でありまして、そういう会社においては、定款で、株主総会決議によってはこの点を決定することができない旨を定めることができる、つまり、株主提案ができないことを定款で定めることができるということになります。逆にいえば、定款に定めがなければ、常に株主提案権が行使できるということになります。何も定款に規定がなければ、定款に特に株主総会事項とするという規定がなくても、当然に株主提案権の要件が満たされれば提案ができることとなります。

最後に、擬似外国会社、これも要綱試案では、案がいくつか書かれていたものでありまして、最後のページ12ページであります。現在の擬似外国会社は、規定の趣旨がよくわからない。日本で主として取引する目的で外国で設立された会社については、日本の会社法を適用するというのですけれども、その結果がどういうことになるのか。つまり、設立についても日本法を適用する、逆にいうと、

日本で設立手続を定めないかぎり、法人格を認められないのか。そうだというのが判例でありまして、要綱試案では、その判例の趣旨を明定するか、それとも、もう擬似外国会社という規定は廃止する。つまり、外国で適法に設立されておれば、日本で取引することを主たる目的として設立されたものについても完全に法人格を認める。そして、日本法上の取引の安全等から問題があるとしたら、それは、外国会社一般について規制をかけて処理するという2つの案が示されておりました。そこでずっともんだ議論したのですが、結局のところ、どちらについても反対が強く、結論としてはここにありますように、日本において取引をすることを主たる目的として設立された外国会社は、日本において取引を継続して行うことができないものとし、違反してものについては、代表者が連帯責任を負うという形で間接的に規制をすることで意見がまとまりました。

一応、私が重要と考えております点を羅列いたしました。ご意見、ご質問があると思いますが、休憩をはさんでお受けします。

○上村：江頭先生、本当にありがとうございました。ここで10分程度ブレイクタイムを取らせて頂きます。隣の第三会議室にコピーが用意してあります。55分に再開いたします。質問票は、入口の受付に箱がありますので、そこにお入れください。よろしくお願いたします。

3. 質疑応答

(※敬称略)

○上村：それでは、再開させていただきます。ただ今の江頭先生のお話に対しまして、いくつか質問が出ておりますが、そんなにたくさんではありませんので、のちほど、自由に手を挙げてご参加ください。

まず、稲葉威雄先生、昭和56年、平成2年の商法改正作業を担当されたことで著名な先生でいらっしゃいます。現在は早稲田大学

ロースクールの教授であられます。稲葉先生からは、たくさん質問を頂いているのですが、全部読み上げますか。

○稲葉威雄：いや、結構でございます。本日は有難うございました。

会社法の根本改正作業を私が担当していた頃には、中小会社についての有限責任の対価は何か大きなテーマでした。その要件として、財産基盤としての最低資本金、それから、計算の厳格化あるいは開示といった事柄が問題になっていました。今回は、最低資本金は廃止して、その一方では、計算の公開は一応は確保するけれども、サンクションをかけないという形で、例えば、電子公告の制度についても、届出や認証を、合併などの普通の公告では、採用することになっています。それと同じことを計算公告についてもやれば、これはなんとかできるわけですが、それをやらないということで、果たして辻褃は合っているのか。日本の企業の体質改善の観点からいえば、やはり、倒産しないような、できるだけ倒産しないような企業体質を作らなければならない。簡単に倒産して、安易に再生で、もういっぺんやりなおせばいいというものではないのではないか。それはモラルハザードを引き起こすおそれがあるので、決して公正な社会を実現することにつながらないのではないか。有限会社にとって計算公開が有名無実化していたという、全然計算の公開がされる制度になっていなかったということは前から問題になっていたことですが、それは昭和13年のときに1万円という最低資本金制度を作ったことが前提になっているのですね。ですから、それを抜きにしておいて、どちらも骨抜きにしてしまうということで、果たして本当の意味での現代化になるのか、という疑問があるわけですが、いかがでしょうか。

○江頭：有限責任の対価が、最低資本金と計算の公開であることは、おっしゃるとおりですが、平成2年改正法の下では300万円が有

限責任の対価です。株式会社と有限会社との境の1,000万円というのは、株式会社の複雑な機構を運用できるかどうかという観点からするハードルでありまして、結局300万円を有限責任の対価にするというのが現行の制度だと思えます。1,000万円というのは、来年の改正では株式会社と有限会社が一体化されますから、当然に消滅する。問題は300万円をどうするかということであったわけですが、300万円が、有限責任の対価としてどう評価すべきかにつきましては、色々意見が在ると思えます。所詮、こんな額は大した意味はない、というお考えもあるでしょうし、いや、それはそれなりの意味を持っているという考えもあるでしょうけれども、7月28日の案は、全部、注等が取っ払われておりますが、7月28日より前の審議の際に出てきた案には、注がついておりまして、債権者保護の問題は、法人格否認と266条ノ3に委ねるしかない、という注がついておりました。ですから、これは裁判所にお任せするということがあります。

それから、計算書類の公開の方も、きちんとどこかでチェックする体制を作らないとだめだ、ということも、おっしゃるとおりなのですが、最近聞いた話では、どうもヨーロッパでも、例えば、取締役の選任登記の際に、登記所にきちんと計算書類を公開しているかどうかをチェックすることはしないらしいのです。ですから、結局、ドイツなんかでも8割くらいは登記所に持っていったいないとか、そういう実態があるのだそうでして、ヨーロッパ各国も計算書類の公開は義務付けているとはいいながら、どこの国も、結局、きちんと行われていないというのが実態のようです。ちゃんとこれをやるべきだということは、建前としては言えるのですが、実行するととなかなか難しいというのが世界各国の実態のようです。

現行以上に規定を厳しくすることは、稲葉先生がおっしゃっておられるように、非常に

難しいわけでありまして、私も部会長をやって改めて悟ったのですが、民事法規の立法というのは、結局大したことができない。と言いますのは、結局やっていることは、パレート非効率的部分を、パレート効率的に近づけていく作業にすぎない。言い換えますと、関係当事者を、今より悪い地位に置くことは、非常に難しいのです。誰も今より悪くしない状況で、誰かの効用を伸ばそうというという作業なわけですから、非常に難しい作業だということのを改めて、私は感じました。今より関係当事者が悪くならないようにといても、これは譲ってこっちを取った方が得だということ各関係者がやってくれれば、柔軟な対処が可能なのですけれども、今持っているものは1つも手放さないという態度でこられると、その中で関係当事者の効用を少しでも伸ばそうというのは、やれることが限られてくる。よほど司法の方が、力があるのじゃないか。司法の方は、ゼロサムゲームで、相手を持っているものを取るわけですから、そっちの方がよっぽど大きなことができるのではないかと、という風に、この頃感じている次第であります。よろしいでしょうか。

○稲葉：既得権へ切り込むことがいかに難しいかは、よくわかっておりますが、ただ、理屈の問題としては、やはりどうしても気になるので、その問題意識を提示しておく必要がないか、少なくとも、建前としては責任を明確にする筋道をつけておくべきではないかというだけのことです。

○江頭：それから、新事業創出促進法では、計算書類を経済産業省に持ってこいということになっておりますね。しかし、あれも、全然実行されていないという話でありまして、私は、現代化関係部会の場で、経済産業省の人に、あれはどうなっているのですか、どれくらいの会社が本当に計算書類を経済産業省に持ってきているのか、資料を出して下さいと言ったのですが、結局最後まで出てきませんでした。

○稲葉：そういう場合には、266条ノ3をフルに活用するというところで行かざるを得ないのかもしれませんが、それは、制度としてはあまり好ましいものではない。266条ノ3の射程距離というのは、本来、少なくとも公開会社については、あまり使うべきでない制度ですから、そういう意味では、典型的な株式会社を考えると、非常に変則的な制度です……。

○江頭：ついでに申しますと、結局、問題は中小企業の債権者保護ですね。しかし、中小企業の債権者って誰かという、やはり中小企業なのです。銀行とかの大企業は、中小企業に対して、計算書類を持って来いといえ、持って来るわけです。特に法律の規定がなくても、自力で取る力があるわけです。また、一般消費者が中小企業に対する債権者であるケースはあまりないのです。ですから、結局、債権者も債務者も中小企業という、中小企業同士の話でありまして、計算書類の公開につき、中小企業団体が本当にどう思っているのか、やった方がいいと中小企業団体自身か、思っているのか、ない方がいいかと思っているのかという話だと思います。計算書類の公開については、中小企業団体も反対はしていないようです。できれば、やるべきだ、やるのが望ましいと、経済産業省、中小企業庁、中小企業団体も言います。しかし、法律で強制するのはよくない、という言い方なのです。濱田教授等らがやられた実態調査でも、中小企業は、あった方がいいですかと聞くと、あった方がいいですという答えが多数のようです。ですから、どうも中小企業自身が、賛成だけれども強制はよくないというスタンスのようです。

○稲葉：そこは多分、自分はやりたくないけど、人がやってくれることは大いに結構だということだと思いますが、それでいいのかどうかということですね。取引上でない債権者たとえば不法行為による債権者の問題もありますね。それから、剰余金分配規制を300万

で固定するというのは、それはある意味では辻褄は合うのかもしれないけれど、平成2年の改正自体が妥協の産物だったので、それを出発点にしてよいか。例えば、今の新事業創出促進法だと、5年経ったら最低資本金を充足しないと解散することになっていますね。まあ、それまで倒産しないでやってきたのだからいい、という考え方もあり得ると思いますけれども、少なくとも資金を充足させる目標として掲げる、という考え方もあるように思いますが、割り切りですから結構でございます。ありがとうございました。

○上村：結局、裁判所が公開会社の問題についてちゃんとした判決を出さなくてはだめだということだと思います。ここは研究会ですのでざくばらんにお聞きしたいのですが、先生のお話の最初の概括的な評価の問題ですが、法制審では、最終的には難問についてもこれもバンザイという感じで調整がつき、結局なかなかいい線でもとまったとお考えになっておられるのでしょうか。

○江頭：そうですね。最後までもめたのが、先ほど申しました取締役の任期と監査役の特権でして、この点は、私に言わせれば、こんなにうまく行っていいのだろうかという感じですね。みんなが満足する解決が見出せて。

○上村：そうすると、要綱試案よりはよくなったということでしょうか。

○江頭：そうですね。要綱試案のように譲渡制限株式会社の中が2つに分かれているよりも、1つに一体化されて、現在の小会社でもなく有限会社でもないものに融合されて1つになったのですが、今の制度より大分よくなったのではないかと。先ほどの取締役の任期についても、現在の有限会社ですと、任期の定めはありませんし、それよりもずっとよくなったのではないかと気が私にはしています。

○上村：会社の区分に関する問題について、弁護士の内藤良祐さんから会社類型の公示の問題について質問が出ております。内藤さん、

どうぞお願いします。

○内藤良祐：当初、取締役会設置会社と非設置会社という要綱の段階から弁護士会としては申し上げていることなのですが、対外的な公示の問題ですね。特に登記で、中小企業団体からは、差別はするなというようなことで、なかなか難しいというような問題も聞いているのですけれども、ただ、これだけ類型が多く分かれて、しかも、個々の取引によって承認機関等が異なってくるということになると、果たしてどのような形で対外的に公示がなされるのだろうかという疑問があるのですが、この点はまだ決まっていないのでしょうか。いかがでしょうか。

○江頭：この点は、はっきりは決まっておられません。しかし、何らかの形で公示がされるのは確かです。例えば、取締役会を置きませんと、これは、原則として、全員が代表執行権限を持っているということになりますから。そういう会社でも業務執行権限のない取締役、社外取締役的なものを置けるということにはなっているのですけれども、とにかく、代表権限があるかというのは重要な登記事項であることに間違いはありません。ただ、一見して、ぱっとわかるようになるか、監査役も同じですけれども、これは権限の点でどちらの監査役なのか、よくよく登記簿を見ないとわからないという形になるか、はっきりは決まっておられません。しかし、よくよく見ないとわからないという形になるのではないかという気がします。

○上村：私は、この点につきましては、いずれにしても悪くないのだから両方認めようとするのか、どちらでも良いならきちんと型を示すべきなのか。この型はこういう設計、こっちの型はこういう設計というように示した方が、使う人は特に庶民はわかりやすいですね。しかし、株式譲渡制限中小会社にも取締役、監査役会、会計監査人、三委員会、会計監査人、それから譲渡制限大会社も同じ、公開中小会社も同じですから、とにかく利用

する側にとっても外からも非常にわかりにくいですね。それから、譲渡制限中小会社の場合にも、取締役だけを置く場合、あるいは、取締役、監査役を置く場合は、いわゆる昔の有限会社です、なんて呼ぶことになるのか。そのへんが、法制審の中の議論としてはそうだとしましても、利用する側として、自分がどういうタイプの会社と取引をしようとしているのか事前にとこまでわかるようになるのかわかりにくいですね。私はどちらかといいますと、いくつかの型に絞りこんで、セットメニューとして提案する方がいいという考える方なのですが、その辺は、今回は難しい事情がおりだったのでしょうか。

○江頭：実は、一見してわかるというのは中小企業団体が一番嫌うところなのです。

○稲葉：ちょっとよろしいですか。今の関係は、考えられるのは、多くは、機関があるかないかで大体わかると思うのですが、1つは、取締役会を置くかどうかという問題ですね。これは取締役が複数いるかどうかだけでは区別できないし、自己取引とかそういう問題にかかってきますから、これは一見してわからないと困る。もう1つは、監査役の問題でして、会計権限だけある監査役かどうかという問題は、責任の内容もコーポレート・ガバナンスの姿ともからむので、それはやはりネーミングで変えるべきで、例えば会計監査役という名前にする。一般の業務執行をする監査役はそのまま、というような仕切りをつくるべきだと思います。そうしないと、制度として、説明ができないというように思います。これまでは、小会社や有限会社の監査役は一律に会計監査権限だけを有していたから、特に区別なしでもお目こぼしができただけで、それも本来はおかしかったのでしょうか。ですから、そういう意味では、その辺は、法制局に頑張ってもらわないといけないし、学者の先生方にもぜひ頑張ってほしいと思います。

○上村：いや、もちろんです。

早稲田大学名誉教授で山梨学院大学ロース

クール教授、弁護士でもあられます酒巻俊雄先生、どうぞ。先生は26年間法制審で会社法改正作業に携わってこられました。

○酒巻俊雄：こういった株式会社の機関設計、色々ありますけれども、どういう組み合わせを誰が指導するのかという問題があると思います。実際に、こういう設計ができますよ、ということになりますと、どの中小企業に対してはこういう類型がもっとも相応しい、といった形で指導していく役割を誰が演じるのか。恐らく、それは、期待できないのではないかと懸念しているところです。今回の改正は、定款自治の拡大で非常に多様性が出てきていますね。その多様性については、大会社には法務部もあるし、経営者そのものに知識があるでしょうが、中小会社の場合には、そういった法務部もないし、顧問弁護士もいるわけではない。となると、じゃあ、誰が指導するのかというと税理士が多いのですが、税理士は税務の知識は持っているのですが、このような指導が適切にできるかということこれは疑わしい。こういう事情を考えると、この組み合わせがどういった形で選択されていくのか、選択されないのかという疑問があるのです。1つのモデルとして、この会社類型を分けていくことについて、イギリス法はやはり基本形を作っていて、それに組み合わせで色んな類型が出来上がるという方式をとっています。ところが、大会社の場合でも、定款自治で、定款で工夫をこらすといっても難しいものですから、会社法の附則として詳細なモデル定款（Table A）を示していて、会社がそれと違う規定を置くときは、違うところについては届け出る必要がある。このようにしておりますね。ところが、プライベート・カンパニー（private company）という、ここでいう譲渡制限株式会社にあたるものでしょうか、これについては1985年の改正でモデル定款を廃止してしまったという経緯があります。現在、非常に強くその復活が要望されています。言い換えると、結局、

モデルがないと多様性を十分処理できないという話です。そういう点、どうぞお考えでしょうか。

○江頭：誰が指導するか、私はよくわかりませんが、結局、現在の株式会社の小会社があり、有限会社があり、ということですから、スタート地点はそこにあるのです。現在の小会社は、一番上の⑤ですか、株式譲渡制限会社の青で書いてある、取締役会プラス監査役なのです。この定款を積極的に変えようかどうかということだと思いますし、有限会社の場合は、①か②でありまして、これを変えようとするかどうかということです。そもそも、有限会社は有限会社という商号を変えて、取締役の任期をつけてでも株式会社という名前を付けたいと思うかどうか、まず非常に大きなポイントだと思います。私は、今の有限会社は、あれほど有限会社であることがいやだいやだと言っているのだから、大して規定が違わないなら、なだれを打って株式会社に行くか、と思っているのですが、中小企業団体は、どうもそうは思っていないらしい。今の有限会社は、皆有限会社のままで留まると思っているようで、本当にそうかなと私は思うのですけれども。果たして、今の定款をそれぞれが変えようと思うかどうか、思うときには、酒巻先生がおっしゃるような話になると思います。

○酒巻：商号の点から行きますと、これは、有限会社から株式会社へと移行するかもしれないですね。そういう意味では、商号の変化という点では、そういう方法を求めるだろうと思いますが、それとどういう機関構成を採るかという問題は違うように思うのです。それほどうまく類型化されてバラエティーが出てこないという気がするのですが。

○江頭：この中で、本当に使われる形はいくつあるか。それこそ、株式譲渡制限中小会社で会計監査人を置くものは、いくつ出てきますか、ということだと思いますし、社外監査役、常勤監査役、監査役会を置く会社も

ちょっとできるとは思いますが、だから、かなりの形態が、ベンチャー企業というか、非常に志の高い例外的な中小会社を相手にしているようで、普通の会社が選ぶ形態は、本当に限られてくるでしょう。

○酒巻：私が懸念しておりますのは、思いのほか、単純化されてしまうのではないだろうかということです。それから、さきほど稲葉先生のお話にもありましたが、平成2年に向けての改正ということを考えてみますと、今までは、先ほどおっしゃっておられたように、中小企業同士の競争が激しい。その結果、倒産するものも多いということで、有限責任とのバランスを取る。被害をなるべく小さくするという意味では、おそらく法律制度としては事前予防といった形で考えていかないといけないものだろうと思いますが、今回は、事前予防が一切なくなってしまっていますね。個人の努力で責任追及をしなければならないという問題になっていますね。ですから、裁判所が頑張るのは、大変結構なのですが、266条ノ3で責任を追及する。それはあくまでも個人が自分のコストでやらなくてはならない、ということで、これが本当に健全な社会といえるのか疑問があります。そもそも、現代化というのは現代に合わせるということで、進化しているとは限らないですね。事前予防から事後責任追及へ、という変化が本当に正しいのでしょうか。もう10年位たてば、またがらっと状況が変わってくるのではないかと懸念を持っております。まさに、平成2年の改正時から見ますと、そういう周期的な変化ですね。現にイギリスは20年毎に改正をするという慣行がありますがそれと同じようなことをして、また元に戻っていくという周期性があるのではないかと気がします。

○江頭：おっしゃるとおりかも知れません。平成2年改正は、事前予防ができていたと思うのですが、今の、社会は、おっしゃるように事前予防から事後規制という時代になりま

して、その結果がこうである。また将来変わるというのは、そのとおりなのかも知れません。アメリカがどうも揺り戻しになっていまして、1970年代位までは、アメリカの会社法はとんでもない悪い会社法で、レース・トゥ・ボトムだと言っていたのですけれども、その後、アメリカの会社法、とくにデラウェア会社法が悪ければデラウェアの会社の株価が安いはずだが、全然そういう統計はない、州間の競争があるのはいいことである、と90年代位までいっていた。しかしサーベンス・オックスレー法で、連邦法により会社の機関に規制をかけるという、アメリカの会社法の常識からすると腰を抜かすような大変化が起こっておりまして、そこからすると、おっしゃるように事前予防的な枠を周期的に再び置くようになるかも知れません。日本は、大体アメリカより10年位遅れて動いていますから、今はまだそういう風に動いている。今回の会社法の現代化は、そういうことなのではないかと思えます。

○上村：誤解を招くことを恐れますが、アメリカとかイギリスとかドイツに比べますとこの複雑な組み合わせの中で、監査役が存在が複雑さの大きな要因になっていますね。監査報告書が監査役と監査委員会と会計監査人と証券取引法上の公認会計士と、いろいろありすぎることで自体を何とかしないと、とにかくすっきりしませんね。会計監査人という概念自体も証券取引法との一本化により不要ではないかと個人的には思っております。また、先生が言われました組み合わせの中には、理論上ありうるというだけで、殆ど使われないものもあるように思われます。特に外がなければ禁止するまでもないということで残したものが、実務で意外な使われ方をすることもありますので、やはり、今酒巻先生が言われましたように、もう一度、新しい型を構築するということが、恐らくはこの改正の後にさらに課題とされていくのではないかと感じがいたします。区分にからむ問題は

まず置きまして、稲葉先生、健全性確保と規模という点は、もうよろしいですか。

○稲葉：若干お願いします。健全性確保の仕組みについては、この改正法のシステムの場合、どういうポリシーで制度が構築されているのか、疑問があります。およそ有限会社の会社の場合には常に何らかの形で健全性確保の手段を講じておくべきだ、という感じはするのですが、それがどういう形になるのか、特に中小企業の場合には、どういう形を想定しているのか、ということが必ずしも読み切れないのです。まあ、今でもそこは、あまりしっかりっていないから、それを言い出すと既得権を奪うことになって、とても無理なんだと言われてしまえば、それまでのことなのですが、世界的な風潮としてコーポレート・ガバナンスの問題がいわれていて、それは公開会社だけの問題としてしまっているのかどうか。特に閉鎖的であっても規模の大きい会社については、やはりこれは相当きちんとした規制をかけなくてはいけないのではないかと。特に、外国法人の一人子会社ですね。日本IBMとか、ああいう会社についての規制というのは、あまりルーズにしてしまうと、今でも計算の公開を殆どやっていないとか、批判があるのですけれども、その点をきちんとやるという必要はないか。そして現在の大会社の基準は、そのまま鵜呑みにしてしまっているのか、という問題もありますね。56年改正における大会社の区分は、全く政治的なもので、将来はなんとかもうちょっと大会社の範囲を広げようということ考えていたわけです。少なくとも、資本金と負債の比率は非常にアンバランスですし、そもそも資本金というメルクマール自体が全く人為的なものですから、5億円という仕切りがいいのかという問題があります。もちろん証券取引法との関連もあります。むしろ、もうちょっと大会社の範囲を広げるとか、あるいは、健全性を確保するための仕組みを導入するための中間的な規模というものを考えると、何か

方法が考えられなければならないという感じがしているのですが……。

○上村：それともう1つの、選択が適切に行われるための条件というのも一緒をお願いいたします。

○稲葉：この制度はさまざまなパラエティーを許しているわけですが、その場合に、条件設定が大切で、酒巻先生からのご指摘もあった選択が適切に行われるような仕組みを作る必要があると思います。先生が先ほどこいわれたように、株主の権限の拡大、業務監査権限を持たない監査役がない場合には、株主の権限を強化するというのは、これはそういう手段の1つだろうと思います。例えば、計算書類の確定の問題にしろ、剰余金の問題にしろ、それから、自己株式の取得の問題、期中の剰余金の払戻しの問題。そういう問題についても、少し意識して整理する必要があるのではないかという感じがしていて、その条件をどういう風にするか、ある選択をした場合には、それに応じてメリットなりデメリットがあるということで、上手く実態に合わせた選択が行われるような整理をする必要があるという感じがしています。その辺が、十分整理し切れているのかという点に若干疑問を持っております。

○江頭：整理がし切れているのかどうかはわからないのですが、この辺は、稲葉先生、あるいは上村先生と私が相当違った考えを持っているのかも知れませんが、機関の問題につき、法律で適切に選択がされるような仕組みを作るのは、私は非常に難しいと思っております。それは、法律ではなくて、マーケットからのプレッシャーがないと、つまり適切な選択が行われるような法律外のプレッシャーがないと、適切な選択は所詮行われないうらうと思います。どんな立派な資格要件を設けても、やるのは中小企業で、高い資格を設けますとクリアできるはずがないということがありますし、ある程度低くしますと、ボトム的な人、たとえば奥さんとかをする。外から、

マーケットからのプレッシャーがないと、所詮はだめなのだろう。適切に人が選ばれる仕組みを、法律の中で手当するのは所詮難しいと私は思っております。先ほどの、株主の権利を強化した部分、これは確かに1つのよい傾向かも知れませんが、これも、株主が本当に権限を行使するかどうかは別問題であります。

○稲葉：そこは、ダイレクトに取締役の資格を規制するとかではなく、例えば会計権限しか持たない監査役について専門性を要求するとか、社外取締役に独立性を要求するとかは、本来は当然あるべきことでありますが、そういうものを除いて、直接に社外取締役を何人か要求するのではなくて、むしろ法的効果の面からこれだと総会決議の省略のような処理はできないとかいうことにする、あるいは、もう一つは責任の問題ですね。こういう仕組みにしておいた場合には、株主も責任を負うとか、つまりそれぞれの機関にどういう責任をかけるかという点で、工夫する余地があるのではないかと思っております。

先ほど、中小企業の場合は、債権者が中小企業同士だというお話もありましたが、不法行為債権者とか、あるいは従業員とか、そういう問題もないわけではないので、そういう点についての配慮も、特に公害の問題ですとか、中小企業の場合でも、この間の養鶏場の問題が適例ですが、ともかく食品関係の場合などにはかなりの問題がある。中小企業だって色んな問題が起こるので、その辺を何とか手当てすべきではないか、という感じは非常に強いのです。

○上村：それでは、ガバナンスの中身の話に入りまして、委員会等設置会社の独立取締役の問題について、日本取締役協会専務理事の矢内裕幸さんからです。

○矢内裕幸：委員会等設置会社の機関設計に関しましては「監査役と三委員会とは、両立しない」となっておりますが、逆に、両立してもいいのではないかと、というのが経済界、

経団連サイドの意見だったように思います。どういう事情かわかりませんが、委員会等設置会社について経済界では積極的に意見を述べる風潮にはないような感じですので、当協会では委員会等設置会社に移行した企業や会員企業の声を集めて、パブリック・コメントや意見書などで前向きに発言しております。そうした声の中で、一番大きな問題だと皆様が言われることは、三委員会が決定権を握っていて、取締役会がその決定を覆すことができないことです。覆すためには三委員会の委員を更迭するしかない、しかしそうしたらまた別の問題が生じてきます。三委員会が決定権を持つという意味は、取締役会をいきなり社外取締役過半数にすることは難しいので、委員会レベルなら社外取締役を過半数にすることは比較的容易だろう、という現実的かつ安直な判断から導入されたものと推測します。この点について、先ほどお話のあった自民党の塩崎議員が法制審議会に提案されたという、社外取締役の独立性要件の厳格化を取り入れたうえで、過半数の独立取締役で構成される取締役会においては、三委員会の決定権を取締役会への勧告権に変更することを可能にするような法改正を望んでいます。このような仕組みの変更について江頭先生はどのようにお考えでしょうか。

○江頭：委員会等設置会社について、色んな立法提案があることは事実で、経団連だって言いたいことは色々あるようです。部会で経団連を代表している方は、ご承知のとおり、新日鐵の西川さんでありまして、経団連の主流の新日鐵とかトヨタは、昔からアラカルト方式を主張しているわけです。つまり矢内さんの立場とはちょっと違うようで、要するに、監査委員会に代えて監査役でもいいようにしろ、しかし、報酬委員会や指名委員会はきつくしてもいい、といういわゆるアラカルト方式を主張しているのですが、そういうことは、今回の改正ではしません、とっている。三委員会、委員会等設置会社は去年から始まっ

た制度で、まだ帰趨を見なければいけないものである。矢内さんがおっしゃったことは、学者からそういったアンケートの結果があるとの紹介が部会でもありました。取締役会メンバーの過半数が社外取締役である会社については、三委員会にあのような強い権限を持たせない形に仕組みを変える希望が、現に委員会等設置会社になっているところからは強いという情報の紹介がありました。これも、将来はともかく、今回は手をつけないことになっております。ですから、今回の改正は、公開企業にとっては、あまり大きな改正ではないな、と思われても致し方ないと思います。公開会社につきましては、ずっと何十年も改正をやってきたわけでありまして、現代化を機会に何かをやろうという話ではない。今回は、中小企業が中心の作業であると思います。ですから、これが終わりましたら、またそういう問題が出てくると思うのです。ただ、経団連がアラカルト方式と申しますと、さっきの自民党の社外の要件を強化しろとかいう主張が必ず出てきますので、本当にどこまで本気で、そうしたすったもんだが起こることを覚悟した上でアラカルト方式の採用を主張されるのかどうかはよく分かりませんが、それは今後の問題であろうと思っております。

○上村：過半数が社外といわれるのは、独立取締役が前提です。取締役協会のものは、それから、ガバナンスの関係で、もう1つ内藤さんから質問があります。

○内藤：取締役会の書面決議なのですが、これも弁護士会としては、一貫して反対してきたところなのですけれども、平成13年、14年改正で見送られたところが今回復活してきて、江頭先生も圧力団体が色んなことを言ってなかなかこれを裁かれるのは大変だなあと想像にあまりあるのですが、左は然りながら、取締役会の決議方法についても、会社によって色々なやり方がある、と。そして、その多様性を容認すべきであるということから入ったのだと思うのですが、その多様性の中

身ですね。ここをやはりもう少し検証する必要がありますが、特には、委員会等設置会社で社外取締役のガバナンスに期待するというのであれば、取締役会で社外取締役が情報を得て色々議論をする前提だったのであると思います。ところが、それが書面決議でいいとされる。社外取締役が情報にアクセスする機会というものが、かなり削減されてしまうだろう。それ以外の会社についても、元々そうなのですが、今回、取締役会の決議事項をかなり減らして、しかも、その中小会社については、取締役会の設置自体も免除するという方向になってますので、取締役会自体の会議体としての機能、これはやはり維持していただきたいかと思うのです。ベンチャー企業などが、事前にメールで、何と言うんでしょうか、日本人の得意なことをやって意思形成がなされているというようなことを聞くのですけれども、ところが、欧系のIT会社、特にアメリカのIT会社では、メールというものが、何日間保存されているのかということをお考えすると、せいぜい1週間、長い所で1ヶ月で削除されてしまうのです。そうすると、メールでの議論が公式の議論なのか、この辺も曖昧になってくるのだろうと思います。ですから、これはひいては、各取締役の責任を論ずるにあたっての証拠という意味でも、かなり不十分であるという風に思っております。それから、そもそも論として、内閣だって持ち回り決議がなされているのであるから、取締役会だって書面決議でいいだろうという議論がありますが、内閣というのは内閣総理大臣が各閣僚の任命権を持っているわけで、全然その会議体としての性格が違うと思うのです。各閣僚の総理大臣の監視義務というものはないわけで、これもちょっと議論としてちょっと的外れかなと思っております。ですから、人生色々会社も色々という総理大臣の国ですから、しょうがないかもしれませんが、ちょっとこの辺は、委員会等設置会社、少なくともですね、委員

会等設置会社にこういうものを認めるということでもいいのかな、という疑問があるのですが、いかがでしょうか。

○江頭：取締役会について、書面決議は確かに導入するのですけれども、3ヶ月に1回ですか、経営者、代表取締役が取締役に報告しなければならない取締役会については、書面決議をもちろん認めておりません。現在でも、取締役会というものは、3ヶ月に1回、法律上は開けばいいとしか書かれていないわけで、それについては、今度の会社法の下でも書面決議でない取締役会を開かなくてはならないわけでありまして。ちゃんとした会社では事実上、月に1回はやっておられるのかも知れませんが、確かにおっしゃるように、それについては書面決議になってしまう可能性があるのです。私は、正直言って、書面決議は、特に大企業については、いらぬ。というのは、稲葉さんがおられた頃ですけれども、大隅健一郎先生がまだ法制審議会に出ておられた頃から、70年代、80年代あたりから、経団連は書面決議の導入を言っていたのですが、大隅先生が烈火の如く怒られて、「僕はトヨタの監査役をやっているが、そんなことを認めたら、トヨタだって取締役会を開かなくなってしまうよ。」と怒られたのです。とにかく、今回のものは、3ヶ月に1回は開くということは確保しておきますので、全くトヨタが取締役会を開かなくなるような、そういうことにはなっていない。私もそういう気はしているのですけれども。まあ、法律上は現在よりもそんなに悪くなっていない。

○稲葉：私は、その点については、取締役会での書面投票にむしろ賛成でして、問題は運営特に人の問題だと思います。いかに制度で会議を要求していても、形骸化する場合は形骸化するので、問題はやはり責任を果たさない取締役の責任追及がしっかりできるかどうかではないでしょうか。立証責任の問題として、取締役がきちんとした情報に接して賛否を明らかにしなければ、責任を追及されると

いう仕組みを作ることによって、書面決議ができることにする、それから、やはり、1人でも反対したら、会議は開かなければならない、という仕組みにしておけば、それはそれでもいいのではないかと。監査役が反対すれば取締役会を開かなくてはならぬ、出てこない者については、その過半数、今の定足数の定めというのを止めてしまう。むしろ、決議要件を現在員の過半数という仕組みにする方がよい、半分出てこなくなつてそのまた半分で決議が成立するという仕組みの方がおかしい、という感じがするのです。これが、先ほど申し上げた法的効果の方から実体や手続を規制するという手法の一例だと思います。ですから、そういう意味では、もっと会議体を組織体として、取締役会なり監査役会なりを認めた方がいいのではないかと。書面による議決権行使については、例えばアメリカなど在外の取締役については、そういう形でも責任をもった取締役としての活動ができるシステムを作った方がいい。そういう意味では、それでいいし、それから今の委員会等設置会社の取締役会がどれ位の頻度で開かれているのかよくわかりませんが、アメリカではかなり頻度が低いと聞いております。そういう意味では、今、江頭先生が言われるように、3ヶ月に1回というのは、年に4回ですね、それでもそれなりに、その時にしっかりやればいい。ただ、しかし、会議というのはやはり、出て来れない者をどうするかということがどうしても出てくるのです。日程が合わないとか、それから一般に、時間的に、さっき法制審の話では特別に長時間かけて続けてやろうか、という話がありましたけれども、なかなかそういう仕組みにできないという点はあります。どうしてもある時間が来ると妥協してしまうという面があるので、会議もあまり信頼できない面があるので、その欠点を補う手当が必要だろうと考えております。

○上村：時間をちょっと延長できればと思っています。稲葉先生、代表訴訟については

いかがでしょうか。

○稲葉：代表訴訟はですね、会社がどういう形で代表訴訟の中に入っていくのかということが必ずしもはっきりしていないのですが、つまり、ご説明のあったような事情があるということは、どういう形で問題にされるのかということですね。原告から言うはずはないでしょうし、そうすると被告から主張するのかもしれない、被告ではなく会社がむしろ言う問題なのではないかという感じがして、会社がどういう形で代表訴訟の中に関わるかということと、それから、回答は請求によってするのではなくて、当然に抵当設定した株主に知らせてやるということにして、当然だという感じがします。

○江頭：特に①の口のあたりですが、会社がどういう形で参与するのか。その点については、何か定めているわけではないので、どういことになるのでしょうか。やはり、特に会社が補助参加等をしなければ、やはり取締役がこれを主張することになるのではないかと思います。恐らくは、会社が補助参加をして主張をするのかな、と思いますが、特にその点について何か新しい制度を作ろうとしているわけではありません。それから、②については、これは、そのとおりのかもしれませんが、現在の制度は特に理由を当然に言わなくてはいかんというわけではないので、一応新しいものです。

○稲葉：①のように、特別の客観基準なり代表訴訟の棄却事由を書くとするれば、そういう事情があるのだよということを株主に言ってやって、提訴するかどうかを株主の方でもう一度判断するという仕組みにする方がいいので、あえて、代表訴訟の提起を待つということにする必要はないのではないかと、ということです。

○上村：それでは、会計参与についてですが、これは、監査ないし調査ではなく会計帳簿の作成への参与の問題とされており。その前提として日税連は、そもそも税理士という

のは、監査業務にはなじまないと認めたとも聞きましたが、そういうことなのでしょう。

○江頭：どこの機関がどう言ったのかを、私は、つまびらかに聞いておりません。

○酒巻：先ほど、会計参与について、何もないよりはむしろというとおっしゃっていただきましたが、私もそのとおりでと思います。ただ、会計調査制度というものを作ろうとしたときに、これは簡易監査ですから、責任関係から言いますと二次責任になるのです。それが業務執行者ではなくて、その行為についてチェックをするという意味では二次責任として具体的にどういう損害が発生するかが殆ど予想しにくい、と考えられるわけです。ところが、今度、計算書類を作成するということになると、一次責任になってしまうのです。つまり業務執行行為に基づく一次責任ですから、取締役と共同で連帯責任を負うわけです。しかも、実際、経営者といっても、中小会社は経営者が個人保証しているのか、個人財産を担保に供しているのが通常ですから、会社が倒産しても会社に何も残っていないような場合には、税理士がまさに格好の餌食になるのではないかと気がするのです。先ほどの266条ノ3の責任をもちに被るのではないかと気がします。税理士会はバンザイといっておりますけれども、その辺がどうも理解できないという気がするのですが。

○上村：取締役会への出席権とか、そういうものはないので、会計参与には。

○酒巻：まあ、計算書類を作るということですから、承認するときはどうなのでしょう。

○江頭：そうですね。少なくとも、その計算書類を作成する取締役会においては、そうです。ちょっとその点は書いていない。出られるとは思いますが、規定がないですね。

○上村：取締役会には出ないのに、責任だけ負わされるというのはどうか。

○江頭：それはそうですね。

○酒巻：責任はあるけど、会計参与の第三者

に対する責任については、社外取締役と同一の規律を適用する、と書いてありますが、会社に対する責任はそうなりませんが、第三者に対する責任は社外取締役と同一にはならないのではありませんか。

○江頭：計算書類は、取締役、執行役と共同して、会計参与が計算書類を作成するものとするところから、とにかく、会計参与がこれでいいと言わないと、計算書類はできない。会計参与が参与して作った計算書類を、取締役会で書き変えるということは、できないことになります。

○酒巻：会計調査制度を新設しようとしたときに、若干の実態調査をしましたが、対象は殆ど中小企業ですから、税理士が記帳の代行までやっているのが通常で、しかも20年、30年という付き合いですと、企業との癒着があるわけですね。そう意味では、そういう癒着と言うべきか信頼関係と言うべきものがありますと、まさに企業に有利になってしまいうだろう。例えば、会社が放漫経営で倒産したような場合には、倒産間際になりますと、手形も濫発する。そうすると、そういう事態を黙認してしまうとむしろ会計参与の方に責任が被ってくる。こういう問題が起こってくるのではないかと思います。勿論、税理士会は喜んでくれるわけですから、それでいいのでしょうかけれども。

○江頭：責任以外は、いいということで、今日稲葉先生からお話がありましたように、正に結構な話ですね。

○稲葉：私は、そういう計算書類を作らせないことが会計参与の役割だから、それが結構なことといわれる理由で、引き受ける以上はそうしてもらわなければ困るという風に思います。それは自業自得といえますか、それは別に気の毒でも何でもありません。そういう自信があるから、税理士会はそれに賛成するのだろうと私は思っております。

責任に関しては、社外取締役と同様の責任になるという理屈がよくわからないのです。

つまり、取締役と共同して計算書類を作成するのだから、取締役と同じ執行責任であるはずですが。社外取締役の責任について特別の制限ができるのは、あれは業務執行をやらないからで、ところが、これは業務執行そのものなのです。それにも関わらず、なぜ、社外取締役並みになるのだろうかということが、どうしてもよくわからない。社外取締役というのは、監査役と同じ立場ですから、そういう意味では、酒巻先生が言われたように、二次的責任ならばよくわかるのですが、執行責任にしておいてこんなことができるかどうかと、どうも辻褄が合わないという感じがします。

○上村：稲葉先生は、代表取締役との話が。

○稲葉：政策としてはともかく、制度論から言えば整合的でないと云わざるを得ないのではないのでしょうか。266条ノ3第2項の準用はされるのでしょうか。

○江頭：まあ、大体、第三者責任でしょうから。会社に対する責任は、まあ、どうであろうと大したことはない。

○上村：今のところのお話ですが、本当はもう少しお話を聞きたいところですが。

次は、合同会社ですね。これは、筑波大学教授の大野正道先生とそれから、早稲田大学助教授の渡辺宏之さん、それから、国士舘大学教授の石田宣孝先生からご質問が出ております。共通の点が多いですので、江頭先生からまとめてお答えいただければと思います。

○大野正道：筑波大学の大学です。合同会社についてお聞きします。今回江頭先生がご苦労されて、良い法案ができそうだということです。私は、33年間、中小企業法を研究をしてきまして、ようやく我々の時代が来た。7月28日に部会があった後、7月30日の、全国中小企業団体の立場がこういう風に書いてあります。わが国株式会社法制の最大のユーザーである中小企業の実態を踏まえてドラスティックに規制緩和を行い、資本金額制限の大幅緩和、定款自治の拡大、機関設計の

自由の拡大等と少なくとも有限会社並みの規制とすべきである等、概ねこの主張が実現する方向で取りまとめられていると書いてあります。これは、私自身の感想ですが、はっきり言えば政権交代だ。長く、鈴木・竹内・前田と商法学会を牛耳ってきたのですが、そういう意味では、江頭先生にすごく期待をしているのです。今回、株式法と有限会社法というドイツ型と公開会社と私会社というイギリス型があります。要するに株式の譲渡制限があるかないかで、公開株式会社と非公開株式会社を分ける。その場合に非公開会社についてはできる限り有限会社法の規定を埋め込んでいく。株式の譲渡制限、株式の相続制限、それから社員の退社、社員の相続関係の4つの関係が重要である。我々は、できるだけ定款自治というものを認めていく。酒巻先生がお話をされましたけれども、私たちはありがたい。33年間研究やってきたわけで、これから、模範定款について解説を書いたことをどんどん出版していきたいと考えています。私が今置かれている地位は、筑波大学教授ですけれども、近く弁護士登録をします。私たちの事務所としては、定款でどのようなものができるかということで経営活動をしていきたい。今まで大会社中心でしたが、今回は私たち中小会社が出る過渡期です。合同会社もできたわけですが、本来ならば、要するに譲渡制限をした株式会社は、さきほど申しましたように定款で定めればよい。譲渡制限、相続制限という形で、合同会社のあり方を非公開の株式会社に応用できる。いささか挑戦的な発言になりましたが、以上です。

○上村：それでは江頭先生何かありますか。

○江頭：中小企業団体が非常に満足しておられるということを伺い、大変、うれしく存じております。大変ありがたいことだと思っております。

それと、自民党の旧派閥で理解すると今の政治は分かりやすいという話がありますが、東大の商法ではそんなことはありません。そ

う思っているのは、大野さんだけでありまして、実際はそんなことは全くありませんので、その部分は全く気にしないでください。

それから、思い出しましたが、会社区分ですね、稲葉先生からそもそも大会社の範囲を広げるべきであるという指摘がありまして、その点も勿論問題となりました。5億円、200億円が不均衡である。それも常識であります。公認会計士協会からは、さきほど稲葉先生のお話にもありましたように、3億円から1億円に引き下げるべきだという話がありまして、経団連からは逆に20年前の金額をもっと引き上げるべきだという話があり、それから、資本金などどうでもなるので、そもそもそれを基準にしているのがけしからんという話も出ました。しかし5億円をやめろというのは、規制がゆるくなるということです。色んな案が出たのですが、その点は、今回はあきらめてくれということで、現状維持になっております。

○上村：どうもありがとうございました。どうも竹内時代がどうかかという話については、江頭先生からお墨付きを頂きました。大野さんはいつもそんな話をされるから、大変な事かなと思っていたのですが、江頭先生のお墨付きをいただき、大変安心しました。

時間が押してしまっており、あと数分ですと思っておりますが、渡辺さん、どうですか。続いて石田先生にもご質問を頂きたいと思っております。

○渡辺宏之：渡辺でございます。本日は、非常に貴重なお話をどうもありがとうございます。僭越ではありますが、1点だけ質問させていただきます。今日の合同会社に関する江頭先生のお話ですけれども、合同会社創設の実質的な目的は、パス・スルー課税の実現だと伺いました。これは、会社法の側から考えますと、一種の政策的な理由により新たな会社類型が創設されるという見方もあるかと存じます。これを政策的だといいますと、会社に関する法的責任の有限責任性と、内部

関係の厳格さあるいは強行法規性というものが対応関係にあるという前提が維持されているのか、というふうに考えます。あるいは、そうではなくて、会社法制現代化におきましては、有限責任と内部関係に関する厳格さというものが、対応関係には必然的にはないという考えが出てきているかということについて、お伺いできればと思います。

○上村：では、石田先生、そのまま続けてお願いします。

○石田宣孝：合同会社の問題について、先生がお話になりました民法上の注意義務あるいは忠実義務とかの話にちょっと関係しますが、属人的会社についてのアイゼンバーク教授の最近の著書の中に、いわゆる属人的会社とそうでない会社との中で、忠実義務について、いわゆる組合的会社の中には、忠実義務についてはいわゆる株主同士の忠実義務というふうによく表現されておりますけれども、株式会社の方では、いわゆる従来の伝統的な忠実義務という意味で使っているんだという表現がございますが、この中で使っている忠実義務という言葉は、どちらにすればいいかということをお伺いできればと思います。

○江頭：ご質問ありがとうございます。

最初の渡辺さんのご質問についてですが、内部関係の規律と有限責任がどう結びついていくかという点については、私もその点はよくわかりません。深く詰めて考えたことがありません。ただ、重要なことは、合同会社については、剰余金分配の制度は、全部株式会社に倣っておりますが、会計監査人の制度は入っていないのです。ですから、極めて規模の大きい、負債額200億円を超える合同会社ができ、そして、会計監査人がいない、という制度はありうる形になっております。その点につきまして、公認会計士協会等は、これは、おかしいのではないかとっております。大会社の子会社、非公開会社の子会社がこれになった場合に、会計監査人は入らなく

ていいのかということをお伺いしております。その点は、実は7月28日の時点で決着がついていない点であります。これは、アメリカで非常に流行りまして、だから、日本に導入しようという非常に強い主張が出てきて、しかも、動機は税である。大体、会社法の立法の中には、本来の目的は税であるものが少なくない。税については、有限会社と株式会社でも、一定の要件の下にパス・スルーを認めろという主張があり、そういう主張を正面からすることが本来のあり方だと思うのですが、経済団体はそういう風にはしません。直接、国税庁あるいは財務省主税局には言いたくないんですね。それで、弱そうな法務省を叩いて、新しい制度を作らせて、そして、これは全く新しい制度でございますから、税務にもお考え頂きたいと財務省に持って行く。こういうことになっております。動機は明らかです。こういう経緯でできておりますので、世界とあまりかけ離れた制度も作れないので、会計監査人については、外国の制度も研究してみなくてはと、そういう話になっております。

それから、石田先生のご質問ですが、私も正直申しまして、合名会社、合資会社等の人的会社、つまり内部関係が組合の会社については、あまり深く研究しておりませんので、株主か社員相互間の忠実義務等をどう解すべきかということについてあまりよく考えたことがありません。ですから、お答えがしにくいのですが、10ページの(3)において、忠実義務を会社に対してとはっきり言っております。ただ、一般的に組合の規定が被ってきますので、そこのところはどうなるかですね。この規定ではなくて、民法の組合の規定が被ってくるときにどういう関係になるのか、というそういう話であります。

○上村：大体、質問はよろしいでしょうか。

先生、1つだけ伺いたいのですが、商業使用人はどうなりますか。

○江頭：商業使用人の規定は、要綱試案にも

ありましたように、どうも法務省は、会社の商業使用人については、会社法に規定を置く。しかし、会社以外の商業使用人がおりますから、それは総則に残る。同じ規定が総則にもあり、会社法にもあるという形になるのですが、その時にどうなるのかということは、どこが問題ですか。

商業使用人のどの規定ですか。

○上村：あれは、全体が会社法本編に行くのかと思っていたのですが、今先生がおっしゃったことによれば、分かれるというお話でしょうか。

○江頭：文言が違うかも知れませんが、同じ趣旨の規定が二つ並びます。それから、商法のどの範囲がいわゆる現代語化されるのかについてですが、会社法は現代語化されるのです。総則等が今のまま残るのかといいますと、法務省の話ではどうやらそうではないようで、総則も民法と同じように現代語化はされるようです。それから、商行為の規定は、途中まで現代語化されると法務省の担当官がちらりといっておりました。どこまでされるのかというと、匿名組合までですか。匿名組合までは、総則的なので、総則ではありませんが総則的なので、ここまではやる。商事売買は総則的ではないのではないかと言ったのですけれども、いや売買は総則的なのだ、固有の商であるから総則的だとの考えのようです。したがっていわゆる現代語化は匿名組合までなされるようです。

○上村：そうすると問屋とかは。

○江頭：そこはならない。章単位には、ひらがなが一部混じってもいいようです。現に、今度の電子公告でそうになってしまいました。ああいう形になります。

○上村：そうですね。商事売買などは、民商統一にしたらいのではないかと思いますけれども。まあ、余計なことかもしれませんが。

今日は、予定を大幅に超過しまして、江頭先生から丁寧にお話をいただきまして、本当

にありがとうございました。よく見えなかった状況が見えてきましたことは、江頭先生のお陰であります。心より感謝申し上げます。

それでは、江頭先生、本日は本当にありがとうございました（拍手）。