

会社法施行規則案等法務省令案に対する早稲田大学教授等意見

法務省民事局名をもって平成17年11月29日に公表され、パブリック・コメントに付された「会社法施行規則案」等法務省令案につき、早稲田大学等において商法等を担当する下記の者は、急遽研究会を開催し、時間的制約の中で網羅的とはいえないものの、一定の検討を行った結果、当面指摘すべき問題として、以下の諸点についてはほぼ共通の見解に達しましたので、早稲田大学教授等意見として意見書を提出致します。

2005年12月28日

早稲田大学大学院法務研究科教授	奥島孝康
早稲田大学大学院法務研究科教授	稲葉威雄
早稲田大学大学院法務研究科教授	正井章彦
早稲田大学大学院ファイナンス研究科教授	岸田雅雄
早稲田大学大学院法務研究科・法学大学院教授	上村達男
早稲田大学大学院法務研究科・法学大学院教授	尾崎安央
早稲田大学社会科学総合大学院・大学院 ファイナンス研究科教授	川島いづみ
早稲田大学大学院法務研究科教授	鳥山恭一
早稲田大学大学院法務研究科教授	黒沼悦郎
早稲田大学大学院法務研究科教授	大塚英明
早稲田大学商学大学院教授	中村信男
早稲田大学法学大学院教授	箱井崇史
早稲田大学大学院ファイナンス研究科教授	柴崎暁
早稲田大学法学大学院(21世紀COE)助教授	渡辺宏之
早稲田大学商学大学院助教授	久保田安彦
関東学院大学経済学部助教授	河村賢治
國學院大學法学部専任講師	若林泰伸

一 法務省令のあり方に対する意見

【意見 1】

複数の省令によることについては、基本的に賛成する。ただし、実務上の利便性などを考慮すれば、なお整理・統合すべきものが少なくない。

【理由】

会社法が法務省令に委任した事項を定める会社法施行規則のほかに、総会省令などのいわば枝省令によった形式について、将来の追加・変更が予想される計算関係の条文などのことを考慮すれば、たとえば会社法施行規則に枝番号が多くなる事態を回避することができるなどのメリットがあると思われ、基本的に賛成する。ただし、事業報告・監査報告の記載事項や計算関係の条文がいくつかの省令に分散しているため、慣れの問題もあるにしても、一覧性・利便性を欠いている。一つの条文にまとめることが可能なものについては、まとめる方が望ましいし、少なくとも、参照すべきことを指示すべきである。たとえば、業務の適正確保省令案 7 条の事業報告における開示事項について、会社法施行規則案の「事業報告」の開示項目にこの部分への言及がないようである。こうした例にあっては、事業報告における開示項目として、会社法施行規則に整理・統合すべきものであろう。

【意見 2】

省令の規定内容について、会社法が委任している事項と各省令の規定内容との関係を厳密に精査し、会社法の省令委任規定に照合しない提案を削除して学説の動向に委ねる等の禁欲的な姿勢を保持すべきである。

また一見委任規定に照合するかに見えて、従来の一般的な理解と異なる見解を前提にして法務省令が作成されるようなことがあってはならない。この点も十分に精査されるべきである。

学説上対立のある問題について、法務省令が安易に決着を付けるという姿勢を有するべきではない。法務省令案は、従来学説の対立を深いレベルで理解し咀嚼した上で提案されていないのではないかと思われる点も存在する。この点も法務省令案の確定に際して特に心すべき問題点である。

会社法に目的規定はないのであるから、法務省令に目的規定を設ける必要はない。法務省令は会社法の特定の規定に存在する委任規定ごとに淡々と規定すれば足りるものである。とりわけ業務の適正確保省令案 1 条・3 条は、会社法の目的とは何かという深遠な問題に、法務省令レベルで決着をつけようという僭越な規定であり、法務省令案の策定姿勢自体に疑念を生ぜしめるものといえる。

【理由】

会社法は約 300 もの法務省令委任事項を含む点で特徴的であるが、その法務省令の具体的内容は、会社法が委任した事項にのみ限定的に規定されるべきことは憲法上の要請で

ある。現に、会社法施行規則案1条も、「会社法の委任に基づく事項その他会社法の施行に必要な事項を定めることを目的とする」ことを明らかにしている。ここで「その他会社法の施行に必要な事項」とは、もとより会社法の規定の範囲内の事項を意味するため、会社法の委任に基づく事項と同義の趣旨を有しているはずである。それにもかかわらず、後述するように、今回公表された法務省令案には、従来の商法・商法特例法等の規律内容から実質的に逸脱した修正・変更等が加えられている部分が多量にみられる。また、とくに枝省令においては、会社法のどの条文の委任によるものであるのか明確でないものもある。法務省令による「実質的な立法」が行われてならないことは言うまでもないが、このたびの法務省令案にはそうした疑問を感じざるを得ない点が多量に存在するように思われる。また、とくに枝省令について、それぞれの規定が会社法のどの条項の、どのような委任に応えるものであるか不明確なものも多く、その関係等を改めて精査し、その対応関係を明快に示すための工夫が強く望まれる。

については以下の各箇所において言及する。

【意見3】

中小会社会計については、公正な会計慣行等が成熟し、規範としての明確性・透明性が十分に確保されるまでの当分の間、法務省令で適切な規定を設ける等の手当てをしておくことが望ましい。

【理由】

最近、わが国でも中小会社会計のあり方が議論されるようになってきた。こうしたことは望ましいことであるが、現時点において、中規模あるいは小規模会社向けの会計基準ないし会計慣行が十分に確立したとまで言いうる状況にはないように思われる。実務的には税務会計にのみ頼ることになりはしないか、不安が払拭されたといえる状況にはない。会社法は「株式会社の会計は、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」とし(会社法431条)、計算省令案は「この省令の用語の解釈及び規定の適用に関しては、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準その他の会計慣行を斟酌しなければならない」(計算省令案3条)とする。ここで「従うものとする」と「斟酌しなければならない」の関係がどうなのか明らかでないが、中小会社の会計については、このような一般規定だけで処理をするのではなく、中小会社会計に関する公正な会計慣行等が成熟するまでの間は、法務省令が「制度会計」をリードし、証券取引法会計的色彩の強い企業会計原則等の会計原則とは異なる中小会社向けの会計原則として守るべき最低限の規定を用意することも必要と思われる。

持分会社会計についても同様のことが妥当する(会社法614条など)。持分会社という括りで、将来資本市場への展開を期待する合同会社会計と、合名会社会計・合資会社会計を同列に論ずることは困難である。これらの会計に合同会社向けの有限責任会社の会計規

制が及んでいるかに見えるが、この分野で会計規範の不明確性・曖昧性は看過し得ないほどのものとなっているように思われる。この問題についても、やはり法務省令で適切に対応することが望まれる。

他方で、現行の商法施行規則 200 条に相当する規定が法務省令案には見あらず、公開株式会社が会社法会計規定に拠らずに、財務諸表規則に拠れば足りるとの観念が否定されているように見える点も問題である。この規定を採択した企業は計算書類という用語すら不要であり、財務諸表の語によって会計問題を論ずることができたのであるが、こうした対応は依然として認められるべきである。計算省令案が仮に財務諸表規則の一切を反映しているとしても、財務諸表規則の改正に法務省令の改正が自動的に連動する保証はないのであるから、やはり商法施行規則 200 条に相当する規定を設けておくことが必要である。このように考えると、法務省令には、企業規模・企業の閉鎖性の有無などにしたがった規制区分があってもよい。たとえば、監査省令案 10 条は中小会社にも大会社並みの監査を要求しているようにも読める規定になってしまっている。中小会社にも配慮した規定振りにしておく必要があったといえるであろう。

二 会社法施行規則案に対する意見

【意見 1】

会社法施行規則 14 条 4 号は、削除すべきである。

【理由】

会社法施行規則 14 条 4 号は、株式会社の負担する設立費用のうち、定款に記載しなくてもよい事項として、創立総会の決議で定められた費用を規定している。しかし、定款に記載しなくても創立総会で決めてしまえば、どのような額であっても会社による負担が許されることは、債権者保護の観点から問題である。仮にこれを許すとしても、それはあくまで会社法で規定すべきものと考えられ、本号は法務省令委任事項を逸脱した規定である。したがって、同号の削除を強く求める。

【意見 2】

監査役会の議事録（会社法施行規則案 69 条）には、監査役会決議事項についての監査役の特別利害関係の有無も記載させるべきである。

【理由】

会社法施行規則案 71 条 3 項 3 号は、監査委員会の議事録について、「決議を要する事項について特別の利害関係を有する委員があるときは、その氏名」を記載するよう求めている。これに対し、会社法施行規則案 69 条は、監査役会の議事録について、そのような規定を置いていない。この問題について監査委員会と監査役会とに区別を設ける合理的な理由は見あたらない。監査役会の議事録にも同様の記載を要求すべきである。

【意見 3】

会社法施行規則案 7 3 条 1 項 1 号については、いわゆるストック・オプションの行使益および譲渡益も含まれることが明らかになるよう、規定を改めるべきである。

【理由】

会社法施行規則案 7 3 条 1 項 1 号は、役員等の責任一部免除の前提となる責任限度額のいわば基本となる額を定めるものであるが、現行商法 2 6 6 条 7 項 3 号とは異なり、そこにはストック・オプションの行使益および譲渡益が含まれていない。それらは当然に「報酬、賞与、その他の職務執行の対価」に含まれるという理解に基づくものかもしれないが、それは、役員へのストック・オプション付与にあたり新株予約権の有利発行規制が適用されるかどうかという問題にもかかわるものであり、学説上争いのあるところである。法務省令がこうした学説上の争いに決着を付けようとするべきではなく、法務省令の役割を超えている。会社法施行規則案 7 3 条 1 項 1 号については、いわゆるストック・オプションの行使益および譲渡益も含まれることを明らかにするよう、規定を改めるべきである。

【意見 4】

会社法施行規則 7 7 条 1 項 4 号、同条 3 項 4 号および 7 8 条 6 号所定の事項については、個々の役員ごとの開示を認める方向で、規定を改めるべきである。

【理由】

会社法施行規則 7 7 条 1 項 4 号および 7 8 条 6 号は、役員の報酬等について、その総額を記載すれば足りるという規定になっている。しかし、現行法と同様、少なくとも取締役会による責任軽減制度・責任限定契約制度を採用している公開会社にあっては、役員ごとの個別開示を義務づけるべきである。また、既述のように、会社法施行規則案 7 3 条 1 項 1 号でいわゆるストック・オプションの行使益および譲渡益も含めて規定すべきこととの関係もあり、役員に新株予約権がストック・オプションとして付与されている場合には、会社法施行規則 7 7 条 3 項 4 号にいう「株式会社の新株予約権等に関する事項」についても、個々の役員ごとの開示を要求すべきである。こうした事項こそ、法務省令で規定するにふさわしいものと考えらる。

なお、現行商法施行規則 1 0 4 条 2 号が委員会等設置会社の営業報告書に報酬内容の決定に関する方針を記載することを求めているのに対し、会社法施行規則案にはそれに相当する規定が置かれていないが、問題の重要性に鑑みて、公開会社の事業報告には報酬内容の決定に関する方針の記載を義務づけるべきである。

【意見 5】

会社法施行規則案 7 7 条 3 項 7 号については、法律その他会社経営に関する相当程度の専門的知見を有している場合も付加すべきである。

【理由】

国内外の会計不正の教訓として監査役・監査委員に会計・財務の専門性が求められることに鑑みて、会社法施行規則案77条3項7号は、監査役または監査委員が「財務及び会計に関する相当程度の知見を有しているものであるときは、その事実」を事業報告に記載するよう求める。しかし、わが国の法制では、監査役・監査委員の機能は「財務及び会計」に関するものに限られていない。その意味で、監査役または監査委員の専門性を示す事実の開示事項は「財務及び会計」に限定されるべきでなく、法律その他会社経営に関する相当程度の専門的知見を有している場合もこれに付加することが合理的である。

【意見6】

会社法施行規則案78条4号八および二所定の事項については、社外役員の求めがあった場合にのみ事業報告に記載させるよう改めるべきである。

【理由】

会社法施行規則78条は、事業報告で社外役員の属性等を開示させようとするものであるが、そのことは社外役員の実質的な独立性の確保につながるものである限りにおいて評価される。しかし、同条4号八および二において、業務執行者に、業務執行行為等に対する社外役員としての対応のいかんを報告するよう求めているのは問題である。これでは、社外役員により監視されるべき業務執行者が、社外役員の独立性の実質をいわば勤務評定することを認めることになりかねず、かえって社外役員の監視機能の弱体化につながりかねないからである。こうした事項の事業報告への記載は、あくまで社外役員の求めがあった場合に限られるべきであり、会社法施行規則案78条4号八および二はそのようなものとして修正されるべきである。なお、こうした観点からは、同号口も、当該社外役員の了解を得た上で記載されるべきである。

【意見7】

会社法施行規則案79条1項3号については、会計監査人に就職してからの年数が5年以上であるときは、その事実を事業報告の内容とするよう、規定を改めるべきである。

【理由】

昨今の国内外の会計不正や企業不祥事は、監査人と被監査企業との関係の長期継続により監査人の独立性が低下するおそれがあることを示唆している。この点、会社法施行規則案79条1項3号は、社外役員について5年以上の任用関係の存在を問題としながら(会社法78条9号)、会計監査人については会計監査人に就職してからの年数のみの記載を求めるにすぎず、両者の間にバランスを欠いているように思われる。しかし、会計監査人監査の公益性の高さに鑑みて、社外役員とまったく同等の扱いにする必要もなく、そこで会計監査人については、会計監査人に就職してからの年数が3年以上であるときは、その旨を

事業報告の内容とするよう、会社法施行規則案79条1項3号の規定を改めることが望ましい。

【意見8】

会社法施行規則案80条2号および3号は削除したうえで、基本方針を定めているときのその内容について、事業報告への記載を求める規定を設けるべきである。

【理由】

法務省民事局参事官室による趣旨説明によると、会社法施行規則案80条については、敵対的買収防衛策にかかる情報開示としての位置づけが与えられているが、同条はむしろ文言上は結合企業法制整備の一環と捉えることができる。われわれは、本条をあくまで結合企業関係における会社支配に関する開示を扱うものと位置づける立場から、同条新設の方向性には賛成する。

もっとも、そうすると、株式会社が当該株式会社の財務及び事業の方針の決定を支配する者の在り方に関する基本方針を定めている場合について、法務省令で事業報告の内容とすべき細目まで規定する必要はない。たんに当該株式会社が基本方針を定めている場合には、その内容を事業報告の内容としなければならないと定めれば足りるから、そのような規定を設けるとともに、会社法施行規則案80条2号および3号は削除すべきである。

株式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、という本条の規定振りは、そうした「支配の状態という静態面」と「支配権の取得という動態面」との区別がついておらず、この規定によっていわゆる企業買収防衛策に関する情報開示を読み取ることは困難である。また、企業買収防衛策としていわゆる平時導入型ライツプランによる防衛策が上策であるかについては、なお今後とも十分に論議を尽くす必要があり、本条のような規定によって軽々に扱われるべき問題ではないように思われる。

【意見9】

社債管理者と「特別の関係」を有する者の認定基準（会社法施行規則案114条）については、いわゆる実質基準を採用すべきである。

【理由】

会社法施行規則案114条は、社債管理者と「特別の関係」を有する者の認定基準として、基本的に議決権の50%超という形式基準を採用している。しかし、社債管理者の責任の実質性を確保する観点からは、親子会社関係におけるような実質基準を採用すべきであり、そのような実質基準を採用しないことの合理的な理由は見あたらない。

【意見10】

会社法施行規則案125条2項2号については、請求対象者の責任の有無にかかる監査

役等の判断およびその理由をも開示する方向で規定を改めるべきである。

【理由】

会社法施行規則案 125 条は、同条 2 項 3 号で、「請求対象者に損害を賠償する責任があると判断した場合」に不提訴の理由を開示するよう求めている。しかし、監査役等の判断の理由を開示させるべきなのは、何もそのような場合に限られず、監査役等が請求対象者に対して責任追及等の訴えを提起しないと判断した場合一般にひとしく当てはまることである。この点、監査役等が「請求対象者に損害を賠償する責任がないと判断した場合」については、同条 2 項 2 号にいう「責任の有無についての判断」として、判断の理由を開示させることが予定されているのかもしれないが、規定の文言上は必ずしもそのような趣旨には読めない。したがって、同項 2 号については、請求対象者の責任の有無についての判断の「結果」だけでなく、その理由も開示する必要がある旨が明らかになるように規定を改めるべきである。

三 株主総会等に関する法務省令案に対する意見

【意見 1】

総会省令案 3 条 3 号口にいう「特定の時」の設定要件については、「株主総会の日時の前時間（例えば、イギリス法のように 4 8 時間）以内の時」という限定を追加すべきである。

【理由】

総会省令案 3 条 3 号、7 条および 8 条に定める書面投票制度および電磁的方法による議決権行使の制度については、会社が「総会の日直前の営業時間の終了時」以外の期限を定める場合、総会招集通知の発出時期が早ければ早いほど、総会の開催日時よりも期限を前倒しできる裁量の余地が広がるという問題を含んでいる。そこで、株主の熟慮期間を実質的に保障するとともに、書面投票・電子投票の機会を最大限確保するためには、総会省令案 3 条 3 号口にいう「特定の時」の設定要件を、「法 299 条 1 項の規定により通知を発した時から 2 週間を経過した時以後の時であって、且つ、株主総会の日時の前時間（例えば、イギリス法のように 4 8 時間）以内の時に限る」と改めるべきである。

なお、「営業時間の終了時」の意義を明確にすべきとの意見もあった。

【意見 2】

総会省令案 3 条 5 号は、削除すべきである。

【理由】

総会省令案 3 条 5 号については、定款の定めによらずとも総会招集に際して取締役または取締役会が議決権行使の代理人資格の制限を定めることを認める内容となっている。しかし、株主の議決権行使の代理人の資格制限については少なくとも定款の定めを要すると

する現在の判例法理を超えており、会社法310条の司法解釈を変更するものである。また、そもそも定款で議決権行使の代理人資格を制限できるかどうかについては、学説上の激しい対立があり、法務省令でそうした問題に決着を付けようとする姿勢自体が、法務省令策定者としての分を超えている。

しかしそもそも、議決権の代理行使に関する会社法310条はまったく省令委任をしていない。会社法298条1項5号は、取締役が株主総会の招集にあたり決定すべき事項について法務省令に委ねているが、議決権の代理行使の範囲を如何に考えるべきかという株主権の内容に関する理解が、この招集決定事項に含まれると解することは不可能である。こうしたことが許されるならば、およそ株主総会を巡る法解釈の一切が法務省令に「白紙委任」されることになってしまう。本号は会社法による省令委任の範囲をまったく逸脱するものという以上に、省令委任なしに規定されたものであり、憲法違反の恐れすらありうる規定として、直ちに削除されるべきである。

【意見3】

総会省令案9条1号口にいう「著しく容易である場合」は、単に「容易である場合」と改め、同条2号は削除すべきである。

【理由】

総会省令案9条1号口の「著しく容易」は、日本語としておかしく、規定の趣旨からも単に容易である場合とすれば足りる。

総会省令案9条2号にいう「株主が説明を求めた事項について説明をすることにより株式会社...の権利を侵害することとなる場合」については、会社法314条に定める「株主共同の利益を著しく害する場合」以外にも「株式会社それ自体の権利」保護のために取締役等の説明義務を免除しうる正当理由があることを認めるかのような内容となっている。しかし、そもそも「株式会社それ自体の権利」ということの意味が理解できないし、そのような不明確な規定は、説明拒絶事由の拡大解釈をもたらしかねない。会社法319条または総会省令案9条4号の規定があれば、それで必要十分というべきであるから、総会省令案9条2号は削除すべきである。

【意見4】

取締役による役員選任議案の株主総会への提出にあたり、社外取締役候補者および社外監査役候補者について株主総会参考書類で開示すべき情報を拡充させること（総会省令12条4項および14条4項）自体には、賛成することができるが、第一に、社外取締役候補者または社外監査役候補者以外の候補者についても、それらの者を候補者とした理由を記載させるべきである(その他の問題点は次項)。

【理由】

総会省令案 12 条 4 項および 14 条 4 項は、コーポレート・ガバナンスの充実の観点から、その一翼を担う社外取締役・社外監査役としての独立性・適格性を株主が実質的に判断できるよう、議案関連情報の拡充を図ろうとするものであると理解される。そのこと自体は、高く評価されてよい。しかし、こうした趣旨の有効性は何も社外取締役または社外監査役の選任に限られるわけではない。社外取締役候補者以外の取締役候補者、社外監査役候補者以外の監査役候補者、会計監査人の候補者、会計参与の候補者についても、それらの者を候補者とした理由があるはずであるから、株主総会参考書類にその理由を記載させるべきである。

【意見 5】

社外取締役候補者以外の取締役候補者、および社外監査役候補者以外の監査役候補者についても、株主総会参考書類に総会省令案 12 条 4 項 3 号・4 号および 14 条 4 項 3 号・4 号所定の事項と同様の事項を記載させるべきである。

【理由】

総会省令案 12 条 4 項 3 号・4 号および 14 条 4 項 3 号・4 号については、あたかも不正防止機能を社外取締役・社外監査役だけに限るかのような規定振りとなっている。しかし、本来、そうした機能は取締役・監査役一般にこそ第一義的に期待されるべきものであるから、すべての取締役・監査役について、株主総会参考書類に同様の情報を記載させるべきである。

【意見 6】

総会省令案 12 条 4 項 5 号および 14 条 4 項 5 号は、削除すべきである。

【理由】

総会省令案 12 条 4 項 5 号および 14 条 4 項 5 号は、社外取締役等が会社の経営に関与していないものである場合には、特に社外取締役等としての職務を適切に遂行できるか疑わしいとの観念が認められるが、こうした社外取締役観は社外取締役等の基本的な性格に対する認識・理解の重大な誤りを示すものである。同号所定の事項は、いずれも総会省令案 12 条 4 項 2 号および 14 条 4 項 2 号にいう「候補者とした理由」として開示させれば足りる。

【意見 7】

現行商法施行規則 13 条 4 項では、退職慰労金の支給基準の記載要件の例外につき「当該基準を記載した書面を本店に備え置いて株主の閲覧に供している場合」等の具体例が示されていることに鑑み、総会省令案 20 条 2 項但書および 22 条 2 項但書の「適切な措置」の内容を現行法の線に沿って明確にすべきである。そもそも退職慰労金については総会で

額を決議すべきであるとの学説も有力であり、現状を追認する20条2項は削除すべきであるという意見、個々の取締役への具体的配分の決定方法も株主総会参考書類に記載すべきであるという意見もあった。

【意見8】

組織再編行為に関する議案にかかる株主総会参考書類(総会省令24条~29条)には、すべての事前開示事項の内容を記載させるべきである。

【理由】

現行商法施行規則は、取締役が合併等の組織再編行為にかかる議案を株主総会に提出するにあたり、事前開示事項の内容を参考書類に記載するよう求めている(現行商法施行規則13条1項7号~11号)。これに対し、総会省令案は、当事会社の計算書類など、事前開示事項の内容の多くについて株主総会参考書類に記載するよう求めていないから、株主に対する情報提供という観点からは後退している。証券取引法適用会社については、証券取引法の情報開示ないし適時開示によることも可能であるが、それ以外の会社にとっては、依然として重要な情報開示制度である。なお、事前開示事項にかかる組織再編省令の規定にも問題があるが、これについては後述する。

四 株式会社の業務の適正を確保する体制に関する法務省令案に対する意見

【意見1】

業務の適正確保省令案3条は、削除すべきである。1条も無用の規定である。

【理由】

業務の適性確保省令案3条は、取締役の責務についてのいわば訓示規定ないしは精神規定となっているが、会社法に目的規定が存在しないにもかかわらず、法務省令であたかも会社法の目的とは何かについて規定しようとする自体が省令策定者の姿勢として、きわめて不当である。法務省令は、会社法の委任を受けた事項のみを実務的な観点から淡々と定めるべきものであり、そうした姿勢が厳然と守られなければならない。とりわけ同条1号は、従来から「会社は誰のものか」「会社法の目的は何か」といった深遠な学問論争が繰り広げられてきた重要問題であり、まさに会社法の基礎理論にかかわる本質的問題である。こうした問題を一片の法務省令で決着を付けてやるという姿勢は強く批判されるべきである。また、2号以下も、法務省令が取締役の基本的責務として定めるにふさわしいものではない。業務の適正確保省令案3条はすべて削除されるべきである。

なお、業務の適性確保省令1条も、無用の規定であり、冒頭の前書きのみをもって足りるため、削除されるべきである。

【意見 2】

業務の適正確保省令案 4 条 1 項 4 号および 5 条 1 項 3 号は、削除すべきである。

【理由】

業務の適正確保のための体制(内部統制)にかかる取締役・取締役会の決定内容のなかに、そうした体制の一要素として、「取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制」(業務の適正確保省令案 4 条 1 項 4 号・5 条 1 項 3 号・6 条 2 項 3 号)が含まれている。しかし、会社法 3 4 8 条 3 項 4 号、3 6 2 条 4 項 6 号、および、4 1 6 条 1 項 1 号ホの規定振りに照らしても、会社法の求める「株式会社の業務の適正を確保するための体制」の内容として、職務の執行の「効率性」含まれるべきであるかは、「適正」と「効率」とは相反する概念との見解もあり、両者の関係について共通の理解があるとは思えない状況にあっては、省令委任事項を超えた内容との疑念を拭いがたい。したがって、業務の適正確保省令案 4 条 1 項 4 号および 5 条 1 項 3 号はこれを削除すべきである。

【意見 3】

業務の適正確保省令案 5 条 3 項 1 号所定の「監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する体制」については、「監査役を補助すべき使用人に関する体制」に文言を改めるべきである。

【理由】

業務の適正確保省令案 5 条 3 項 1 号・2 号は、監査役を設置される取締役会設置会社に対して、監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合にかぎり、当該使用人に関する体制と、その使用人の取締役からの独立性に関する事項とを、いわゆる内部統制の体制の一部として定めることを要求しているにすぎない。しかし、委員会設置会社における監査委員補助者の設置が当然視されていること(業務の適正確保省令案 6 条 1 項 1 号・2 号)との比較からも、また大規模会社における監査体制の充実の必要からも、少なくとも監査役会の設置される株式会社、すなわち大会社でもある公開会社(委員会設置会社を除く)については、監査役・監査役会の職務を補助すべき使用人に関する体制とその取締役からの独立性確保のための措置とを、監査役・監査役会からの設置要請がなくとも当然に決定すべき事項として規定すべきである。監査スタッフについては、外部委託がなされる場合も想定されるが、その場合でも監査役・監査役会の職務の補助体制に関する事項の一環として定められ、あるいはこれに関する情報提供がなされるべきである。

【意見 4】

業務の適正確保省令案 8 条 1 号ないし 3 号は、取締役・取締役会の決定の内容相当とされる場合であっても、その改善の必要等につき、監査役は常に意見を有しているべきであるから、そうした問題をも包含しうる規定に改めるべきである。

【理由】

業務の適正確保省令案 8 条は、業務の適正確保に関する体制についてなされた取締役の決定が相当でない旨とその理由を監査報告に記載すべき旨を要求しているが、かかる決定の内容が相当と認められる場合でも、監査役はそうした体制の一層の改善等について一定の意見を有すべきであるから、そうした意見をも監査報告に反映しうるような規定振りに改めるべきである。

五 株式会社の監査に関する法務省令案に対する意見

【意見 1】

監査役・監査役会・監査委員会の監査報告の内容(監査省令案 1 1 条・1 2 条・1 6 条・1 7 条・1 8 条・2 3 条・2 4 条・2 5 条)について、最低限、現行の規律内容を維持すべきである(会計監査人については意見 3 を参照)。

【理由】

会計監査人設置会社における監査役・監査役会・監査委員会の監査報告の内容として、会計監査人の職務の遂行が適正に実施されることを確保するための体制に関する事項が掲げられていることは評価できる。しかし、以下のような重大な問題が含まれている。

第一に、すべての会社に共通する重点監査項目については、監査の実効性を確保するため、現行法におけると同様、法務省令で特記事項として明記すべきである。たとえば、現行法上は、会計帳簿等における不実記載や子会社調査の結果等に関する項目などが監査報告の内容とされていたのに対し(現行商法 2 8 1 条ノ 3 第 2 項、現行商法特例法 1 4 条 2 項・2 1 条の 2 9 第 2 項)、監査省令案はそれらの項目を監査報告の内容としていない。また、競争取引等についての監査に関する記載を定めている、商法施行規則 1 3 3 条や 1 3 8 条に相当する規定も置かれていない。従来 of 規律に戻すべきである。

第二に、監査委員会監査報告の内容については、監査役会監査報告と異なり(監査省令案 1 2 条 2 項・2 4 条 2 項) 監査委員による付記が規定されていない。現行商法特例法においては、適法性監査を意識して独任制的要素を加味した制度として、監査委員による付記が認められてきたが、法務省令案にはこれに関する記載がない。監査役会監査報告には明文の規定がある以上、意図的にこれを外したものと見られるが、会計監査人設置会社において、監査委員による独任制の柱を否定することについて、法制審議会で論議がなされた形跡はない。法務省令委任とは実質法改正委任をも意味することになれば、将来にわたって法務省令委任規定を設けること自体に対する不信任を醸成することになる。監査省令に、監査委員による意見の付記を認める規定を早急に設けるべきである。

なお、「会社法施行規則 8 0 条に規定する事項が事業報告の内容となっているときは、当該事項についての意見」という報告事項(監査省令 2 3 条 1 項 5 号・2 5 条 1 項 5 号)については、会社法施行規則案 8 0 条に対する前記二【意見 8】の見解を踏まえ、その趣旨

に合致するものに修正すべきである。

【意見 2】

監査省令案 13 条 3 項、19 条 3 項、21 条 3 項および 26 条 3 項は、削除すべきである。

【理由】

いずれも、監査報告を通知期限までに通知しないときは監査を受けたものとみなすとしているが、このような擬制は監査報告を総会招集通知に添付して事前に株主に送付するという、従来の商法・商法特例法の規律とは異なるものであり、これに関する新会社法の法務省令委任(会社法 299 条 4 項・298 条 1 項 5 号)が、こうした大きな変更を予定することについて、法制審議会での審議を経ていたのか疑問がある。このような取扱いは、監査報告軽視の風潮を生みかねず、会社経営者らにより誤った運用がなされるおそれもある。監査役の監査なしに株主総会が開催された場合には、決議取消の訴えの対象になるが、監査軽視によるこうした危険が増大する恐れもありうる。合意期限制度もあり、それでも期限までに通知がない場合は、総会を延期するほかはない。連結計算書類の監査報告は従来からも総会での報告に間に合えばよかったのであるが、個別計算書類の監査報告の規律は会社法一般の規制として、事前交付に重要な意義を有していることに変わりはない。

【意見 3】

会計監査人の監査報告の内容(監査省令案 15 条)について、最低限、現行の規律内容を維持すべきである。

【理由】

会社法では利益処分案(または損失処理案)が廃止され、また、事業報告およびその附属明細書が会計監査人監査の対象から外されたが、そのことは会計事象に関する会計監査人報告の意義を変更させることの理由にはならない。

現行法は、会計帳簿等における不実記載や子会社調査の結果等に関する項目などが監査報告の内容とされているのに対し(現行商法特例法 13 条 2 項、現行商法 281 条ノ 3 第 2 項) 監査省令案 15 条はそれらの項目を監査報告の内容としていないが、そのように改めることに合理的な理由は見あたらない。そもそも会計監査人制度は、証券市場において「共通」の投資尺度を提供するという趣旨を有する証券取引法監査を、「当該」会社の監査のために利用・活用するための制度であるから、証券取引法の監査報告のあり方のみをもって会社法の要求が満足されるわけではない。現在実施しているこうした趣旨の制度を、法務省令によって変更することはきわめて不当である。証券取引法監査を会社法が如何に受け止めるべきかという重要問題は、時間をかけて十分に論議がなされなければならない。また、証券取引法上の権威を有する監査基準も近時の改正により、会社不正についても監

査すべきとされており、こうした要請は証券市場での投資対象たる有価証券の真実価値を把握しようとする証券取引法監査にとっても不可欠な要請であるから、これを会社法が正面から受け止めて、こうした問題に関する意見を監査報告書に記載させることにも十分に意義がある。さらに、法務省令の会計監査人監査報告の意見表明が「適法」ではなく「適正」意見とされていることも、適正が適法を包含する法以上に権威ある概念であることの保証のないままに、安易に適正意見で足りるとすることは誤りである。少なくとも証券取引法と会社法の関係に関する基礎理論のそのまた根幹に関する問題であるから、これを将来の検討に委ね、当面は現行法通りの監査報告書記載事項と同様の記載を求めることとすべきである。

【意見４】

委員会設置会社については、計算書類等の承認の特則に関する要件（監査省令案２７条）および剰余金の分配を決定する機関の特則に関する要件（同２８条）として、監査委員の付記がないことも追加すべきである。

【理由】

五【意見１】で述べたように、監査委員会監査報告の内容については、監査委員による意見の付記を規定すべきであるが、そうした付記がなされている場合には、計算書類等の承認の特則および剰余金の分配を決定する機関の特則の適用を認めるべきでないことは当然である。

六 株式会社の計算に関する法務省令案に対する意見

【意見１】

計算省令案１０条、１２条および１４条は、削除すべきである。

【理由】

資本金をどのような金額にすべきかは、企業会計を参照しつつ会社法により定めるべき法律事項である。現に、会社法４４５条１項は「設立又は株式の発行に際して株主となる者が当該株式会社に対して払込み又は給付をした財産の額とする」と定め、その例外としては、「法律に別段の定めがある場合」（同条１項）として、いわゆる払込剰余金の設定（同条２項）、合併等に際して資本金として計上すべき額（同条５項）のみを許容しているにすぎない。しかも、同条のうち法務省委任をしているのは、５項だけである。

それにもかかわらず計算省令案１０条１項は、設立時の資本金額について、１号から２号を控除する方式を採用した結果、設立時「零」円の資本金となる場合も許容することとなっているが、そうした資本金額を許容する実体法上の根拠が問題となる。たしかに、会社法４３５条１項が会社設立時の貸借対照表の作成について法務省令に委ねているとはいえ、これは貸借対照表の作成方法等に関して、会計基準等との整合性を図りつつ規定する

ことを念頭においたものと解すべきである。この条項をもって、会社法445条の規律を超越できる「法律に別段の定めがある場合」と解してしまうと、一切が会社法435条にいわば「白紙委任」されたことになるが、そこまでの理解には無理がある。なお、発起設立にあっては成立前に会社資金の引き出しが許容されており、むしろ成立時の実体にふさわしい場合もありうるという意見も考えられないではない。しかし、最低資本金廃止という趣旨が、株式会社設立時に資本金「零」円（実質は、マイナスの場合もありうる）会社を許容する趣旨まで含むものであったとの合意が存在したとは考えられない。

同様に、募集株式を引き受ける者を募集する場合（計算省令案12条）や新株予約権の行使があった場合（同14条）の資本金額についても、発行費用等の資本金額からの直接控除を認める方式が採用された結果、資本増加額が「零」円となる場合が許容されている。この場合についても、そうした規律を法務省令で新たに行うことを許容する根拠が問題とならざるをえない。

そもそも設立時の利益剰余金を規定すること自体が妥当でないのである。すなわち、設立時の利益剰余金の額が、原則「零」となることが正しいのであれば（計算省令案10条2項、なお持分会社省令案7条1項）、こうした規定自体が不要のはずであり、資本金額がマイナスになった場合の処理を想定した「かっこ書き」を規定すること自体が本末転倒である。設立時の資本金額に費用項目をチャージすること自体に問題があることの証左と見ることができる。また計算省令10条1項2号トの会計処理がおかしいとの指摘については、二【意見1】を参照されたい。

そもそも企業会計の方で、法務省令案のような資本金会計を正当とする基準等が存在するのであろうか。仮にあるとしても、会社法上の資本金額は計算上の数額であり、従前の規律内容や会社法自体が「設立又は株式の発行に際して株主となる者が当該株式会社に対して払込み又は給付をした財産の額とする」との原則を明記し、例外を払込剰余金と「法律に別段の定めがある場合」と組織再編時の資本金に限っていることの意味を考えると、計算省令10条等の規定内容は法律事項として法改正により実現すべきものであり、法務省令で定めることができる事項であったのか大いに問題がある。

したがって、計算省令案10条、12条および14条は削除されるべきである。仮にこれらの条項を置く必要があるとしても、それはあくまで法律改正によるべきものである。

【意見2】

計算省令23条から27条までは、削除したうえで、関連する規定を改めるべきである。

【理由】

計算省令案23条1項1号は、準備金への資本金組入れ財源を資本準備金に限定している。同様に同条項2号は、剰余金の資本金組入れ財源についてもその他資本剰余金にかかる額に限定している。このような「剰余金区分」原則は、法定準備金とその他剰余金の振

替にも徹底されており(計算省令案24条等)、会計理論的には説得力があるとの理解も可能であろう。しかし、従前の規律にあっては、利益準備金や利益剰余金の資本金組入れが許容されていたのであり、仮にこれを改めるのであれば、あくまで法律改正による必要がある。

この点、会社法448条1項2号は単に「準備金」、会社法450条1項1号は単に「剰余金」とするのみであり、これを「資本準備金」「その他資本剰余金」に限定する旨の規定を置いていない。また、それらの場合の資本金の増減について、とくに法務省令委任はなされてはいない(会社法447条・448条・450条・451条)。たしかに、会社法452条は、損失の処理・任意積立金の積立でその他の剰余金の処分について株主総会決議で定めるべき事項を法務省令に委任しているが、この条項をもって資本金・準備金・剰余金の間の新たな規律の創設を許容する根拠とすることには、無理があると言わざるをえない。ちなみに、その他の規定は、既に会社法に定められていることを整理し、いわば確認のためのものと解される。

したがって、計算省令23条から27条までをすべて削除したうえで、それらの条項による規律を前提にしている法務省令内の関連規定を全面的に書き改めるべきである。

【意見3】

損益計算書の注記における販売費および一般管理費の明細の記載方法(計算省令案第73条)について、現行の規律内容を維持すべきである。

【理由】

商法施行規則は、小株式会社以外の株式会社の附属明細書の記載事項として、108条1項第6号で「営業費用のうち販売費及び一般管理費の明細」を定めるとともに、同条3項でその明細は「133条第1項第2号に掲げる事項に関し監査役又は監査委員が監査をするについて参考となるように記載しなければならない」と定めている。これに対し、計算省令案は、58条1項3号で販売費および一般管理費を損益計算書に記載するように定めるとともに、73条で、損益計算書に関する注記として販売費および一般管理費について主要な費目に細分しなかった場合には、その主要な費目およびその金額を注記することとされているが、こうした記載について現行商法施行規則108条1項に相当する規定は見当たらない。しかしながら、同項は監査役または監査委員が不正を発見するための重要な手がかりを与えるものであり、まずは経営者がこうした情報を提供すべきであるとの観念を示す重要な意義を有しているため、同項を削除すべき合理的な理由は存在しない。現行法の規定を維持する方向で法務省令を書き改めるべきである。

七 持分会社に関する法務省令案に対する意見

【意見1】

合名会社および合資会社の資本金の額と資本剰余金の額の取扱い（持分会社省令5条・6条）については、資本金の額に統一すべきである。

【理由】

合名会社・合資会社には無限責任社員が存在するため、資本金の額には会社債権者保護上の意味はなく、分配（出資の払戻しや利益の配当）制限の基準とも関係しない。そのため、資本欠損に対するバッファ機能を担う準備金も必要ではなく、社員が履行した出資を資本金と資本準備金（資本剰余金）とに分けることには、何ら積極的な意味を見いだせない。資本市場への展開を想定した合同会社と合名会社・合資会社を無意味に持分会社という上位概念に包摂したことの弊害は、立法段階の問題であるが、法務省令の策定に当たっては、そうした弊害を最小限に抑制し、無限責任を前提とした法制と有限責任を前提とした法制における計算規定の相違をむしろ強調する方向で規定を整備すべきである。

【意見2】

持分会社省令5条2項2号は、削除すべきである。

【理由】

合名会社・合資会社では、会社成立後も社員の出資義務には未履行の部分が存在しうが、これらの会社には無限責任社員がいるため、会社の資本金の額には、会社債権者保護上の意味はなく、分配制限（出資の払戻しや利益の配当）の基準とも関係しない。したがって、社員に対する出資履行請求権を資本金の額に加えようと加えまいと、無限責任社員の責任には何らの消長もなく、対外的に積極的な意味を持たない。

しかしながら、組織再編行為との関係では、それがとりわけ重大な問題を生ずると考えられる。会社法は、持分会社から株式会社への組織変更を認めており（会社法2条26号口）他方で、組織再編省令案51条1項は、組織変更を理由とする帳簿価額の変更を認めず、さらに同条3項は、持分会社からの組織変更後株式会社の資本金の額を、組織変更直前の持分会社の資本金の額とする旨を定めている。これによれば、出資の履行について何らの外部的チェックを受けない持分会社の資本金の額が組織変更後株式会社の資本金の額としてそのまま引き継がれるばかりでなく（このこと自体も問題であるが、省令レベルの問題に留まらないので取り上げない。）合名会社・合資会社については、資本金の額に出資履行請求権を加えた部分まで、組織変更後株式会社の資本金の額として引き継ぐことができることになり、検査役の検査その他の何らの制約もなしに資本金の額を膨らませることが可能となる。同様の問題は、合名会社・合資会社が株式会社に吸収される吸収合併等の組織再編行為であって、時価評価の対象とならない場合にも発生する（たとえば、組織再編省令案14条1項）。持分会社制度を維持するために合名会社・合資会社をも道連れにして不健全な会社制度を招来する事態はあくまでも避ける必要がある。

そもそも持分会社の計算について、資本金の額や計算書類のもつ意味が全く異なる合名会社・合資会社と合同会社とを別個に規定せず、統一的な省令を設けることが適切であるのか、はなはだ疑問であり、持分会社省令5条2項2号の削除を強く求める。仮にこの制度を維持しなければ合同会社制度が維持できないのであれば、この部分の施行を一時延期して合同会社制度自体の根本的な見直しを図るべきであろう。

【意見3】

合名会社・合資会社について持分会社省令5条2項3号を適用しないことにしたうえで、合同会社については、「資本剰余金の全部又は一部」という文言を「資本剰余金および利益剰余金の全部又は一部」に改めるべきである。

【理由】

六【意見2】で述べたように、従来は、株式会社について、利益準備金の資本組み入れを許容してきたのであって、これを改めるのであれば慎重な審議を経る必要がある。そのことは合同会社の計算についても変わらない。

八 組織再編行為に関する法務省令案に対する意見

【意見1】

組織再編行為時の事前開示事項としての「債務の履行の見込みの有無に関する事項」(組織再編省令案53条2項・55条7項・56条6項・57条7項・64条5項・65条6項・66条5項・75条5項・76条6項・77条5項)は、「債務の履行の見込みあること及びその理由」という文言に改めるべきである。

【理由】

現行商法では、会社分割について各当事会社の負担すべき「債務の履行の見込みあること及びその理由」が事前開示の対象とされており(現行商法374条ノ2第1項3号・374条ノ18第1項3号)債務の履行の見込みがあることを前提に会社分割をおこなうことが認められるとされていた。また、合併についても、実質的な債務超過会社との合併が許されるかどうかについては、学説上の争いがあったところである。これに対し、組織再編省令案では、組織再編行為をおこなうにあたり、「債務の履行の見込みの有無」について事前開示を要求している規定がみられる(組織再編省令案53条2項・55条7項・56条6項・57条7項・64条5項・65条6項・66条5項・75条5項・76条6項・77条5項)。これらの規定は、債権者保護手続きとの関係で、債権者が異議を述べるかどうかの判断材料を提供しようとするものであるが、他方で、債務の履行の見込みがない場合であっても、合併や会社分割をおこなうことを許す趣旨であるかのようにも読める。仮にそうであれば、解釈に委ねられるべき問題を法務省令によって決着しようとするものであって問題であるし、そうでなかったとしても無用な誤解を招くことになる。したがっ

て、これについては現行商法と同様の文言に改めるべきであり、そのように改めたとしても問題はない。

【意見 2】

組織再編行為時の事前開示事項としての計算書類等（組織再編省令 55 条 5 項 6 項・56 条 4 項 5 項・57 条 5 項 6 項・64 条 3 項 4 項・65 条 4 項 5 項・66 条 3 項 4 項・75 条 3 項 4 項・76 条 4 項 5 項・77 条 3 項 4 項）について、各当事会社の最終の貸借対照表・損益計算書が株主総会の会日の前 6 ヶ月以内に作成されたものでないときは、新たに貸借対照表・損益計算書を作成して、最終の貸借対照表・損益計算書とともに開示させるように改めるべきである。

【理由】

現行商法の事前開示にあっては、最終の貸借対照表・損益計算書が株主総会の会日の前 6 ヶ月以内に作成されたものでないときは、貸借対照表・損益計算書を作成し、最終の貸借対照表・損益計算書とともに開示しなければならないとされている（現行商法 354 条 1 項 3 号～6 号・366 条 1 項 3 号～6 号・374 条ノ 2 第 1 項 4 号～7 号・374 条ノ 18 第 1 項 4 号～7 号・408 条ノ 2 第 1 項 3 号～6 号）。これに対し、組織再編省令案では、最終事業年度に係る計算書類等、臨時計算書類等および最終事業年度末日後に生じた重要事項が開示対象となっているにすぎない（組織再編省令 55 条 5 項 6 項・56 条 4 項 5 項・57 条 5 項 6 項・64 条 3 項 4 項・65 条 4 項 5 項・66 条 3 項 4 項・75 条 3 項 4 項・76 条 4 項 5 項・77 条 3 項 4 項）。しかし、それでは利害関係者の判断を誤らせる恐れがあるため、現行の規律に戻すべきである。

以上