

利益供与の禁止規定の新設

——立法サイドの論議を中心として——

服 部 榮 三

- 一 はしがき
- 二 「会社法改正に関する意見照会」(昭和五〇年) まで
- 三 「機関制度の改正に関する幹事試案」(昭和五三年一〇月) まで
- 四 「株式会社の機関に関する改正試案(参事官室試案)」(昭和五三年一二月)と各界意見
- 五 第二次商法改正法律案要綱案(昭和五五年一二月) まで
- 六 利益供与の禁止の成立(昭和五六年六月)

一 はしがき

昭和五六年の商法改正においては、利益供与の禁止に関する商法二九四条ノ二を新設したが、この規定が総会屋ないし特殊株主の排除を目的とするものであることは、衆知のところである。この規定の実効性については、疑問視する向きもかなりあったようであるが、それなりに効果をもたらしている模様であり、その立法的意義を高く評価しなければならぬ。そこで、その新設の経緯を立法サイドにおける論議を中心に考察したいと考える。

(1) 利益供与禁止違反に関する最近の刑事事件については、「最近の総会屋に対する利益供与事件判決一覽」商事法務一一一三号四二頁以下、西村泰彦「最近の総会屋の動向と取締状況」商事法務一一一九号五九頁以下(六一頁～六三頁)には、「最近における総会屋の主要な検挙事例」が別表として掲げられている)、深山健男「利益供与罪取締りの実情と今後の課題」ジュリスト八八号二五頁以下、を参照。総会屋および会社役員等に対し実刑判決が下されている例も増えてきているが、それはその反面として、利益供与禁止規定がそれなりに実効性を有していることを示すものといえよう。

二 「会社法改正に関する意見照会」(昭和五〇年)まで

(一) 昭和四九年商法改正と衆参両院における次期改正論議

監査役ないし決算監査を中心とする昭和四九年の商法改正に際し、衆議院法務委員会は昭和四八年七月三日に、「会社の社会的責任、大小会社の区別、株主総会のあり方、取締役会の構成及び一株の額面金額等について所要の改正を行うこと」以下一〇項目の次期商法改正を政府に要望する付帯決議を行っている。また、参議院法務委員会も昭和四九年二月二日に、「現下の株式会社の実態にかんがみ、小規模の株式会社については、別個の制度を新設してその業務運営の簡素合理化をはかり、大規模の株式会社については、その業務運営を厳正公正ならしめ、株主、従業員及び債権者の一そうの

保護をはかり、あわせて企業の社会的責任を全うすることができるよう、株主総会及び取締役会制度等の改革を行うため、政府は、すみやかに所要の法律案を準備して国会に提出すること」以下三項目の次期商法改正を政府に要望する付帯決議を行っている。

右の付帯決議の諸項目の中には、利益供与の禁止に直接関連するものは見あたらないが、次期商法改正に関する衆参法務委員会における論議の中には、総会屋ないし特殊株主と会社との結びつきを断ちきる方法を検討すべきであるとの意見が有力に主張されていた模様である。したがって、「株主総会のあり方について所要の改正を行うこと」という付帯決議の中には、利益供与の禁止等によって、総会屋ないし特殊株主を排除することも当然含まれていると解されるのである。

(二) 「株式会社法改正に関する主要問題点」(昭和四九年)

右の衆参両院の法務委員会における付帯決議を承けて、法務省および法制審議会商法部会では、次期商法改正作業に取りかかった。すなわち、昭和四九年九月の商法部会に、「株式会社法改正に関する主要問題点」が法務省によって提出され、次期会社法改正の要綱が審議された。この審議は、同年一〇月、一二月と三回に及んだが、右の「主要問題点」の中には、利益供与の禁止に直接関係する問題点の指摘はない。僅かに、「株主総会が形がい化しているという実態およびその原因についてどのように考えるか。」「株主総会の招集手続・会議の運営方法等について改正すべき点があるか。」「株主の意思を会社運営に適切に反映させるため、より有効な制度が考えられるか。」といった一般的指摘があるにとどまる。

しかし、商法部会の審議の過程においては、つぎのような意見が出されている。すなわち、株主総会が株主によって構成される会議体であるとするれば、株主の自由な意思が表明されることが保障されなければならないが、この保障の一つの方法として、プロフェッショナルな株主の排除ということが考えられる。この株主は総会屋にほかならないが、総会屋は

議事の進行のみならず、他の株主の発言をも阻害することが多い。このような総会屋を排除するためには、罰則の強化、とくに不正な請託を受けて収賄した者についての罰則を強めて、その要件たる『不正ノ請託』を除去することが必要である、という見解が述べられている。

(三) 「会社法改正に関する問題点」(昭和五〇年)

そこで、「会社法改正に関する意見照会」(昭和五〇年六月二日、法務省民事局参事官室)の別紙の「会社法改正に関する問題点」においては、その「第二 株主総会制度の改善策」の一つとして、「株主総会の運営に関する罰則について、例えば、現行第四九四条は、議決権の行使等に関し、『不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益』の收受等をした者を罰することとしているが、昭和一三年改正の際における当初の政府原案のように、『不正ノ請託』がなくても不正の利益(賄賂)の收受等をすれば、これを罰するものとすべきであるとする意見があるが、どうか。」と質ねている。

右にいわゆる「不正の請託」は、違法なまたは著しく不当な依頼を意味するが(服部||星川編・基本法コンメンタール会社法3〔第三版〕九九・一〇〇頁〔河井信太郎担当〕)、特殊贈収賄罪を定めた商法四九四条にこの要件が入れられたのは、昭和一三年の商法改正における貴族院の修正によるものである。すなわち、政府原案においては、『左ニ掲ゲル事項ニ関シ賄賂ヲ收受シ、要求シ又ハ約束シタル者』となっていたが、これが貴族院において『左ニ掲ゲル事項ニ関シ不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益ヲ收受シ、要求シ又ハ約束シタル者』と修正されたのである。⁽¹⁾この修正を元に戻して、政府原案のようにし、商法四九四条の適用範囲を広めて、総会屋ないし特殊株主の排除を徹底せしめようとするのが前記の改正意見である。

ところで、「会社法改正に関する問題点」の原案が昭和五〇年四月の商法部会で審議された際には、現行法から『不正ノ請託』を削除するという改正意見が非常に技術的なものであるから、右の削除をした結果がどうなるかが解りにくく、

したがってこれについて若干のコメントをする必要があるのではないか、との見解が述べられたが、それ以外にはとくに意見の開陳はなかった。

(1) このような修正は、政府原案では行きすぎであるという点にその理由があった。すなわち、『不正ノ請託』を入れるか入れないかは、商法四九四条のみならず、四九三条にも関係するが、もし四九三条において『不正ノ請託』を入れないでおくと、営利法人の役員に公務員と同様の職務の廉潔性を要求することになり(刑法一九七条参照)、行きすぎであるというのである。したがって、この修正は総会屋よりは、むしろ役員のことを考慮したものにはかならない。そこで、その当時においても、右の修正によって総会屋ないし会社荒しの取締りが困難または不可能になるのではないかとの心配があった。この心配に対しては、「会社荒しが一株とか二株とかの株主権行使に名を藉り会社重役に対し総会に於て会社に不利な発言をする等のいやがらせを云ひ、其の口止料として金を貰ふ、斯様な場合、発言をしないやう請託する会社重役側には不正はないから不正の請託とは云へない。従て会社荒しは不正の請託を受けて利益を収受したものと謂へないと云ふやうな見方である。併し本条の立法趣旨から見ると斯る見方は妥当でないと思ふ。請託をする側に不正のある場合は勿論、請託を受ける側に不正のある場合も齊しく『不正ノ請託』と解すべきであって、会社荒しの場合は請託を受ける側に不正のある場合として本条の適用を受くべきものと思ふ。」と説明されている(奥野健一・横田正俊等・株式会社法積義「昭和一四年」五四八頁)。

(四) 罰則の強化に対する各界の反応

「会社法改正に関する問題点」における罰則の強化と、それによる特殊株主の排除に対しては、各界から多数の賛成意見が寄せられた(詳しくは、稲葉威雄「会社法改正に関する各界意見の分析」別冊商事法務五一号二八頁参照)。しかし、罰則の強化だけでは、特殊株主対策として不十分であるとする意見、罰則を強化しても実効があらないと認められるので、現行法どおりでよいとする意見、等も見られた。例えば、日本弁護士連合会は、「商法四九四条中『不正ノ請託』は削除すべきでない。理由、①現在の判例法の態度からすれば、『不正ノ請託』の立証は、必ずしも困難ではない。②『不正ノ請託』を取り去れば、むしろ起訴の濫用が行われる危険もある。」としている。

三 機関制度の改正に関する幹事試案（昭和五三年一〇月）まで

(一) 「会社法改正に関する問題点」に対する各界意見を承けて、法制審議会商法部会では会社法の根本的改正について順次検討を加えることとなった。そのうち、特殊株主対策としては、昭和五二年七月の商法部会に提出された「株主総会制度改善に関する問題点」と題する審議資料によると、

「四 罰則 議決権行使等についての贈収賄罪を強化する必要はないか。

(注) 例えば、商法四九四条の『不正ノ』又は『不正ノ請託ヲ受ケ』を削除することはどうか。」

とあって、大きな変化は認められない。『不正ノ請託ヲ受ケ』を削除すると、刑法一九七条一項前段の単純収賄罪に、単に『不正ノ』だけを削除すると、同条同項後段の受託収賄罪に類似のものとなる。

右については、『不正ノ』あるいは『不正ノ請託ヲ受ケ』を削除しても、処罰されるのは、主として与党的な総会屋ないし特殊株主または会社関係者であって、総会屋全体に対して右の削除がどのような意味ないし効果をもちうるかは、総会屋の実態をもう少し調査しないと解らないのではないかと、との指摘があった。

(二) その後、商法部会の小委員会等において特殊株主対策が鍊られ、利益供与の禁止が登場することになる。その頃、これについて、右小委員会の委員である竹内昭夫教授は、つぎのように説いている（「株主総会制度改正の諸問題」下）「商事法務七八七号〔昭和五二年一月〕一七頁）。すなわち、

「現在、株主総会を形骸化している最大の理由は、一つは株式の相互保有であり、他の一つは総会屋の横行である。総会屋を絶滅させない限り、質問権、提案権等を法定しても、ますます総会の形骸化を促進するだけであろう。（中略）総会屋の横行を招いた責任は経営者にある。総会屋に金品を与えている経営者は、総会屋の被害者ではなく、総会屋とともに

会社に対する加害者に外ならない。総会屋を根絶するには、何よりも、経営者が自己の加害者性を自覚することが必要であろう。しかしこのような説教を繰り返しても無益なところまで事態が悪化している以上、罰則の強化によって対処しなければなるまい。その際最も重要なことは、罰則の実効性ということであり、端的にいえば、警察、検察にとって活用しやすい規定はどのような規定か、また会社にとっても金品提供を拒絶する理由にしやすいのはどのような規定か、という点であろう。右のような観点に立って考えると、第一は、商法四九四条の中から『不正ノ請託』という文言または『不正ノ』という文言を削除することが考えられる。(中略)第二に、いわば形式犯として、会社は、株主の公益権の行使に関し、いかなる名義をもってするかを問わず、株主または株主の指定する者に対し寄附をしてはならないこととし、これに違反して寄附をした者および寄附を要求または勧誘した者を刑罰に処することとするとも考えられる。(中略)第三に、商法四九四条違反または会社から公益権行使に関し寄附を受けた罪で有罪の確定判決を受けた株主は、一定期間、すべての会社について株主の公益権を行使することはできないこととするとも考えられる。いわば公権剝奪的な考え方である。このような考え方をとった場合には同時に贈賄・寄附の罪で有罪の確定判決を受けた取締役については、取締役の欠格事由とすることも必要であろう。」

右の見解は、小委員会においても当然開陳されたことと思われる(あるいは、小委員会における多数意見を説明したものと考えられる)が、そこで、昭和五三年二月の商法部会に提出された審議資料「株主総会制度の問題点及びこれに対する意見」においては、つぎのような問題点の指摘が見られる。すなわち、

「二 株主総会の運営

8 特定の寄附の禁止 a 会社は、一部の株主又は一部の株主の指定する第三者に対し、いかなる名義をもってするを問わず株主の公益権の行使に関し寄附^{*1}(反対給付に比し著しく過大な給付を含む。)をしてはならない。^{*2}

b 会社は株主又は株主の指定する第三者に対し寄附をしたときは、その相手方及び金額を営業報告書に記載しなければならぬ。^{*3}

(注) 1 a に違反する寄附を受けた株主に返還義務を負わせることはどうか。

2 定型取引以外の会社と株主との取引をすべて附属明細書において開示させることはどうか。^{*4}

三 罰則^{*5}

(注) 1 例えば罰則を次のようすることはどうか。

(イ) 株主総会等における発言又は議決権その他株主の共益権の行使に関し、請託を受け財産上の利益を收受し、要求し又は約束した者は、一年以下の懲役又は相当額の罰金に処する。

(ロ) (イ)の利益を供し又はその申込み若しくは約束をした者も(イ)と同じとする。

(ハ) 二、八に違反して寄附をした取締役、その職務代行者又は会社の使用人は、相当期間(六月又は三月)の懲役又は相当額の罰金に処する。その違反がされることを知り、その防止に必要な措置を講じなかつた取締役若しくは監査役又はその職務代行者も同様とする。^{*6}

(ニ) 二、八に違反して寄附を勧誘し若しくは要求した者も(ハ)と同様とする。

2 会社荒し等に関する収賄罪又は会社から金品の供与を受けた罪につき有罪の確定判決を受けた者は株主の共益権を一切行使できないものとしてよいか。」

(三) 右についての補足説明

右のとおりであるが、*印の部分につき補足説明をつぎにしておきたい。

*1 「共益権の行使に関し」という要件は、立証が難しいという問題があるが、この要件を除くと、たとえば学術研究に対する寄附も、寄附を受ける者が株主または株主の指定する者であれば許されないことになり、禁止が広すぎるおそれが生ずるので、右の要件が必要なのである。

* 2 寄附の禁止については、公職選挙法一九九条の二以下は、公職の候補者あるいはこの候補者が関係する会社等の団体がその選挙区内の者に対し寄附をすることを禁止しているが、これを参考にして立案されたわけである。なお、禁止される寄附の相手方が、株主または株主の指定する第三者に限られているのは、組織法としての会社法は主として会社と株主との関係を律するもので、一般の第三者はその範囲外であるとの考え方に基づいている。したがって、株主とならないこと、俗にいう株づけをしないことを目的として総会屋に寄附するのは禁止から除外されるわけである。

* 3 寄附を営業報告書に記載するというのは、禁止に違反する寄附よりは、むしろ禁止に違反しない適法な寄附を営業報告書に記載させることを考えているのであって、これによって違法な寄附が間接的に阻止されることを狙ったものである。もっとも、違法な寄附も営業報告書に記載すべきことは、いうまでもないところである。

* 4 定型取引以外の会社と株主との取引というのは、会社の本来の業務と関係のない取引を意味しているものと解される。

* 5 罰則の部分が、本文がなくて(注)のみとなっているのは、法務省内で民事局と刑事局との協議ないし合意が十分にできていなかったためであり、またその結果として小委員会でも成案が得られなかったためであるとされている。しかし、商法四九四条において、『不正ノ請託』を削除するとすると、四九三条についても同様の削除を行わなければならない、会社の役員員にとって重大な不利益となることが、むしろ成案を得るについての障害ではなかったかと想像される。

* 6 この後段は、総会屋に寄附をする者が実際には総務課長など会社の使用人であっても、会社の役員が同時に処罰されることを定めたものである。しかし、寄附にかかわる犯罪はいわゆる形式犯と認められるので、このような罰則は疑問ではなからうかという問題がある。というのは、形式犯について、犯罪実行者の上司を処罰する罰則は他にその例が乏

しいからである。

(四) 「株主総会制度の問題点及びこれに対する意見」の審議

昭和五三年二月の商法部会においては、「株主総会制度の問題点及びこれに対する意見」が、審議資料として提出されたけれども、同部会は審議資料の説明だけで終り、その実質的審議は同年三月の商法部会に持ちこされた。しかし、ここでも、「特定の寄附の禁止」および「罰則」の部分については特別の意見の開陳のないままに終った。このことは、「特定の寄附の禁止」については、その実効性にかんがりの危惧があるけれども、このような禁止規定を設けることにはそれなりの意義を認めうるであろう、という趣旨と思われる。また、「罰則」については、成案が得られていないということであるから、しばらく成案ができるまで待とう、という趣旨と理解される。

(五) その後、しばらく商法部会(その小委員会を含む)では取締役および取締役会の改正問題が審議されたが、これと株主総会の改正問題をまとめたものが、「株式会社の機関制度に関する改正試案」(幹事試案と呼ぶことにする)として昭和五三年一〇月の商法部会に提出された。そこでは、特殊株主対策としてつぎのような改正試案が示されている。すなわち、

「二 株主総会の運営

8 特定の寄附の禁止 a 会社は、一部の株主又は一部の株主の指定する第三者に対し、いかなる名義をもってするを問わず株主の共益権の行使に関し寄附(反対給付に比し著しく過大な給付を含む。)をしてはならない。

b 会社は、株主又は株主の指定する第三者に対し寄附をしたときは、その相手方及び金額を営業報告書に記載しなければならぬ。

c 定型取引以外の会社と株主との取引は、附属明細書に記載しなければならぬ。^{*1}

d 株主又は第三者は、aに違反して寄附を受けたときは、会社に対し、その寄附を返還しなければならない。^{*2}

e 株主又は第三者に対するdの返還請求又は取締役に対する損害賠償請求に関しては、一部の株主又は一部の株主の指定する第三者が受けた寄附は、株主の権利の行使に関して行われたものと推定する。^{*3}

三 罰則^{*4}

(注)1 例えは罰則を次のようにすることはどうか。(以下は、上記の「株主総会制度の問題点及びこれに対する意見」におけると全く同様であるから、省略する。)

(六) 幹事試案の補足説明

右につき、*印の部分について補足説明をする。

*1 これは、「問題点及びこれに対する意見」では(注)として問題提起をしていたのを、本文化したものである。すなわち、小委員会において、附属明細書に定型取引以外の取引を記載すべきことが固まったので、これを本文化したわけである。

*2 これも、「問題点及びこれに対する意見」では(注)として問題提起にとどまっていたのを、本文化したものである。株主または第三者が違法に受けた寄附を返還しなければならないのは、不当利得返還義務にほかならないと説明されている。

*3 これは、「問題点及びこれに対する意見」ではなかったところである。aまたはdにおける「株主の権利の行使に関し」というのが立証の困難を伴いがちであるので、このような推定を設けることによって株主等に対する寄附の返還請求を容易ならしめんとするものである。

*4 罰則は、この段階においても(注)の形式になっているが、これは罰則の強化が簡単な問題でないことを示している利益供与の禁止規定の新設(服部)

る。

(七) 商法部会における審議(その一)

右の幹事試案については、昭和五三年一〇月の商法部会においてつぎのような審議が行われた。

① 「特定の寄附の禁止」のdにおける株主等の返還義務は、一般の不当利得返還義務の場合と同様に、義務者が違法であることを知っているか、知っていないかによって返還義務の範囲が異なるのか(民七〇三・七〇四条参照)、それとも一律に全額を返還しなければならないのか。後者と解すべきものにように思われるが、その点どうか。

② 右については、不当利得返還義務と解するならば、やはり株主等が善意か悪意かでは、返還義務の範囲が異なると解すべきものと考えられる。例えば、総会屋が仲介して、学術団体やマナスル登山隊に寄附がなされた。寄附を受けた学術団体などの第三者は、それが禁止規定に違反することを全然知らなかったという場合、第三者が全額返還しなければならないとするのは酷ではなからうか。

③ 禁止違反による返還義務を定めるのはよいとして、その実効性が問題である。会社が株主等に返還請求をするなどということは、とても期待できないのではないか。そうだとすると、実効性を担保するために代表訴訟のような制度を設ける必要があると思われる。

④ 禁止義務違反による返還義務が不当利得返還の問題だとすれば、この返還義務につき規定を設けなくともよいのではないか。すなわち、特別の規定がなくても、不当利得の返還に関する民法の一般規定でまかなうことができ、そしてその場合には、代表訴訟ではなくて、代位訴権(債権者代位権)が当然適用されよう。

⑤ 会社が株主等に対し返還請求権を行使しないときは、取締役の忠実義務ないし善管注意義務違反の問題が出てくることになるので、会社としては当然返還請求をしなければならないのではないかと考えられる。

⑥ 禁止違反による返還義務は、不当利得の返還の問題ではないと考えられる。すなわち、aにおける「してはならない」の裏としてdにおける返還義務が定められているので、これは法律違反の返還義務であって、普通の不当利得の返還義務ではないと解すべきである。そうだとすると、善意・悪意を区別すべきではないことになる。

⑦ 「定型取引以外の会社と株主との取引」については、例えば製造会社でいえば、原材料の買付け、製品の売渡などが定型取引に当たると思われるが、それ以外の非定型的取引はかなり沢山あるわけであるから、これらを全部附属明細書に書かなければならないとすると、大変なことになるのではないかと考えられる。

⑧ 右の点については、定型取引という言葉は確かに問題があり、いずれは改める必要があると考えられるが、目下のところ適当な言葉が見当たらないので、一応このような言葉を暫定的に使っているわけである。

(八) 商法部会における審議(その二)

右の幹事試案については、昭和五三年一月の商法部会において引続き審議が行われ、つぎのような意見が開陳されている。

① 特定の寄附の禁止に違反した取締役等が刑罰に処せられることになり(三罰則(注)1(ロ)参照)、他方で商法四九四条から『不正ノ』という文言を削除することになると(同(注)1(イ)参照)、両罰則の関係が微妙となる、つまり両罰則の構成要件がどう違ってくるのか、特定の寄附の禁止違反も商法四九四条に関係するのではないか、という問題が生じてくるので、特定の寄附の禁止違反は純然たる形式犯として考えるべきであろう。

② 特定の寄附の禁止における寄附は、株主に対する寄附、換言すれば株主たる資格に注目した寄附であるが、これは出資の払戻禁止という大命題に違反することになる。ところで、特定の寄附の禁止については、「株主の権利の行使に關し」という要件が付せられているが、そのために、株主の権利の行使に關していなければ、株主たる資格に注目した寄附

も許されることになる。しかし、これも出資の払戻禁止に触れると思われるので、結局のところ「株主の権利の行使に関し」という要件を削除したほうがよいと考えられる。

③ しかし、右の削除を行うことになると、株主の資格に注目してなされた寄附だけが禁止の対象となるという解釈が難しくなるのではないか。寄附を受けた者がたまたま株主であったというだけで禁止に触れるわけではないとすると、やはり「株主の権利の行使に関し」という文言が必要と考えられる。

四 「株式会社」の機関に関する改正試案（参事官室試案）（昭和五三年一二月）と各界意見

(一) 右のような経過の後、昭和五三年一二月に、法務省民事局参事官室名をもって、「株式会社の機関に関する改正試案」（以下参事官室試案と呼ぶことにする）が発表された。その特殊株主対策の部分は、つぎのとおりである。

「二 株主総会の運営

8 利益の供与の禁止^{*1}

a 会社は、一部の株主^{*2}に対し、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与してはならない。

b aに違反して会社から財産上の利益の供与を受けた株主は、これを会社に返還しなければならない。

c 株主は、会社に対し、bによる返還の訴えの提起を請求することができ、会社が一定期間内に訴えを提起しないときは、自ら会社のために訴えを提起することができる^{*3}。

(注) 商法二六七条及び二六八条の準用については、更に検討する。

d bによる返還の請求又は取締役に対する損害賠償の請求に関しては、株主に対して無償でされた金銭、物品その他財産上の利益（反対給付に比し著しく過大な給付を含む。）の供与^{*4}は、株主の権利の行使に関してされたものと推定する。

(注) 1 会社が無償で株主その他の者に対して金銭、物品その他財産上の利益(株主以外の者に対するものについては、重要なものに限る。)を供与したときは、その相手方および供与したものを営業報告書又は附属明細書に記載すべきものとするかどうかは、会社の計算の問題とともに検討する。^{*5}

2 会社と株主間の取引で通例的な取引に属さないものの明細を附属明細書に記載すべきものとするかどうかは、会社の計算の問題とともに検討する。^{*6}

三 罰則^{*7}

a 商法四九四条一項各号に掲げる事項に関し、請託を受け、財産上の利益を收受し、要求し、又は約束した者は、一年以下の懲役又は相当の罰金に処する。

(注) 適用の対象を一定規模以上の会社とするかどうかは、大小会社の区分と関連して検討する。^{*8}

b aの利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者も、aと同様とする。

c 二八aに違反する行為をした取締役、その職務代行者又は会社の使用人は、これを処罰する。^{*9}

d 二八aに違反する行為を勧誘し、又は要求した者も、cと同様とする。^{*10}

以上であるが、幹事試案との相違を中心に、*印の部につき補足説明をつぎにしておきたい。

(二) 参事官室試案の補足説明

*1 幹事試案では「特定の寄附の禁止」となっていたのが、参事官室試案では「利益の供与の禁止」に改められている。これは、寄附は無償の供与を意味するが、ここで禁止される行為は無償の供与に限定されないので、対価の低い有償の供与も含まれるからである。また、寄附という言葉は適法な無償の供与を連想させるので、禁止された違法な無償の供与を含ましめるのは適切でないともいえるのである。そこで、aにおいては、「寄附をしてはならない」が、「財産上の利益を供与してはならない」に改められ、またb dにおいても、「寄附」の代りに「財産上の利益の供与」という表現が用い

られることとなった。

* 2 幹事試案では、「一部の株主又は一部の株主の指定する第三者に対し、いかなる名義をもってするを問わず」となっていたが、参事官室試案では「又は」以下が削られている。「一部の株主の指定する第三者」が削られたのは、このような第三者に対する利益供与は、これによって株主自身が実質的利益を受けるときは、これを株主自らに対する供与と同視でき、解釈上当然に禁止に触れることになるかと解されるので（稲葉威雄「株式会社機関に関する改正試案の解説⑤」商事法務八二八号一六頁）、あえてこのような文言を入れておく必要はないからである。「いかなる名義をもってするを問わず」が削られたのも、同じ趣旨であり、このような文言を入れておかなくても、解釈上同一の結論となるからである。なお、前者については、「株主の指定する第三者」という文言を入れておくと、禁止違反の利益供与の返還問題がやや面倒となる（第三者が善意の場合など）という考慮も働いたものと想像される。

* 3 株主が供与を受けた利益の返還に関し、他の株主に代表訴訟提起権を認めるのは、幹事試案にはなかったところである。右の返還を担保するためには、右の権利を認めることが当然要請されるわけで、ただその要件につき、取締役の会社に対する損害賠償責任の追及に関する代表訴訟提起権（商二六七条以下、とくに同条および二六八条）と全く同一にすべきかどうか、多少の問題があるので、（注）において、右両条の準用の検討が留保されることとなった。

* 4 この部分は、幹事試案においては、「一部の株主又は一部の株主の指定する第三者が受けた寄附」となっていたが、これが全面的に修正された。前述のように（* 1参照）、「寄附」が「財産上の利益の供与」に改められたのに応じて、全面的修正となったわけである。この修正において注目されるのは、①「株主の権利の行使に関してされた」との推定は無償の利益供与についてのみ働くこと、②この無償の利益供与は、反対給付に比して著しく過大な給付を含む旨を明らかにしたこと、の二点である。①については、無償でない有償の利益供与も利益供与の禁止に含まれるが、そのうちの無償

の利益供与のみが、株主の権利の行使に関してなされたものであるとの推定を受けるわけである。これに反して、有償の利益供与はこの推定が働かないために、「株主の権利の行使に関してされた」との立証が困難となり、利益供与の禁止に触れることが事実上きわめて少なくなる。②については、形は有償でも、無償に近いものを無償とみなすこととなり、右の推定と相まって、利益供与の禁止が広範に適用されるといふ効果をもたらすのである。

* 5 この(注)1は、幹事試案においては8bとして定められ、かつその文言も「その相手方及び金額を営業報告書に記載しなければならない。」となっていた。この問題は、営業報告書または附属明細書の記載事項に関するものであるから、会社の計算の検討の際に併せて検討するのが適当であるということ、(注)に移されたわけである。

* 6 この(注)2は、幹事試案においては8cとして定められ、かつその文言も「定型取引以外の会社と株主との取引は、附属明細書に記載しなければならない。」となっていた。定型取引という言葉については、商法部会の審議においても論議のあったところであり、そこでこれを通例的取引という言葉に改めたわけであるが、いずれにしても、(注)2の問題は右の(注)1の場合と同様、附属明細書の記載事項に関するものであるから、(注)1におけると同様の処置がなされたのである。

* 7 罰則は、幹事試案ではすべて(注)になっていたが、参事官室試案においてようやく本文化された。いよいよ特殊株主対策としての罰則が法務省内において固まってきたわけである。もっとも、その内容はなお不明確な部分が多い。

* 8 aの本文は、商法四九四条の構成要件から『不正ノ』という文言を削除することを意味するから、幹事試案と異なるところはないが、(注)の部分は参事官室試案で新たに加えられたものである。右のように『不正ノ』を削除することによって罰則を強化し、特殊株主の排除を徹底させることは、特殊株主とあまり縁のない小規模会社ではそれほど必要なことではない。そこで、強化された罰則を小規模会社に適用しないことも考えられるが、この問題を大小会社の区分の間

題の一環として検討しようとするのが、この(注)の意味するところである。

* 9 幹事試案では、特定の寄附の禁止に違反する行為をした取締役等を相当期間(六月または三月)の懲役または相当額の罰金に処するとしていたが、参事官室試案では、単に「処罰する」とだけ定めて、処罰の内容を明らかにしていない。これは、利益供与の禁止違反に対する処罰につき、どの程度の処罰が妥当か、なお疑問が多かったためである。

* 10 幹事試案では、商法四九四条の罪または特定の寄附の禁止に違反する罪につき、有罪の確定判決を受けた者は、以後株主権のうちの共益権を一切行使できないものとしてよいか、という問題を提起していたが、参事官室試案では、この問題は取下げられている。ただし、このような制裁措置はやや過酷であるからである。

(三) 参事官室試案に対する各界の反応

株式会社の機関に関する参事官室試案に対しては、各界から多数の意見が寄せられたが、本稿に関係する部分を摘記すれば、つぎのとおりである(詳しくは、元木伸||稲葉威雄||浜崎恭生「株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析」別冊商事法務五一号一一一頁以下参照)。

(1) 利益供与の禁止

(a) 利益供与を禁止する規定を新設することに対しては、各界ないし各団体の意見はほとんどすべてこれを支持している。しかし、①基本的には試案に賛成しながらも、株主のみに対する利益供与の禁止では有効な特殊株主対策とはならないのではないか、との意見(近畿弁護士連合会等六団体)、②利益供与の禁止は特殊株主に逆用されるおそれがある、右の禁止の要件が不明確で運用上混乱が生ずるおそれがある、実効性に疑問がある、などの理由で試案に消極的に反対する意見(経済同友会等四団体、主に経済団体)、③利益供与の禁止は立法政策上著しく妥当性を欠く、とし試案に積極的に反対する意見(一団体)、などもあった。

(b) 無償でなされた利益供与は株主の権利の行使に関するものと推定する旨の規定をおく、との試案の立場に対しては、法曹諸団体はすべて賛成であったのに反し、経済諸団体はすべて反対であった。

(四) 罰則の強化

(a) 商法四九四条から『不正ノ』を削除することについては、これに賛成する意見が圧倒的に多かったが、経済界の一部団体からは反対の意見が示された(日本自動車工業会等三団体)。

(b) 利益供与の禁止違反を処罰することについては、法曹諸団体はおおむね賛成であったが、経済諸団体は反対するところが多かった。反対理由は、供与を強要される会社の取締役等を処罰するのは行きすぎである、などである。

五 第二次商法改正法律案要綱案(昭和五五年一二月)まで

(一) 株主総会制度改正要綱案概要(昭和五五年四月)

「株式会社の機関に関する改正試案」(参事官室試案)に対して、各界の意見が寄せられている間に、法制審商法部会では、計算・公開に関する改正問題(第一読会)、続いて株式制度に関する改正問題(第二読会)が審議された(昭和五四年三月から五五年二月まで)。機関改正に関する参事官室試案に対する各界の意見を参考にして、機関改正問題が法制審商法部会において再び審議されたのは、昭和五五年三月以降であったが、この三月の商法部会では、「株主総会制度改正に関する問題点」が審議資料として提出された。この「問題点」は株主総会の権限・運営および決議の瑕疵について若干の問題点を指摘しているが、本稿の論題に関するものは含まれていない。

続いて、翌四月に開催された商法部会においては、「株主総会制度改正要綱案概要」が審議資料として提出された。その中から本稿の論題に係る部分を摘記すると、つぎのとおりである。

「二 総会の運営

8 利益の供与の禁止

試案第一、二8 a から d までのとおりとする。

三 罰則

試案第一、三のとおりとする。」

以上であるが、要するに、各界意見を参考にしたけれども、機関改正に関する参事官室試案をなんら変更する必要がないということである。利益供与の禁止については、経済界から批判的意見がかなり寄せられたのであるが、あえて右試案を
変更・修正するまでのことはないとされたわけである。他方、利益供与の禁止違反に対する処罰の内容が、右試案では明確にされていないが、これもそのままにされている。法務省内で刑事局と相談して右の内容を詰めるということであったが、なおその相談がまとまらなかったということのようである。

(二) 「株主総会制度改正要綱案概要」の審議

昭和五五年四月の商法部会においては、つぎのような意見が述べられた。

① 利益供与の禁止には、最低限の定めがないので、いくらまでなら許容されるということではない。したがって、理由のない金は一文でも出してはいけないという思想であると考えられる。

② 例えば、大株主会を開催して出席株主に茶菓を提供する、あるいはその帰りに会社の製品等をお土産として渡すといったことは、「株主の権利の行使に関して」という要件に該当しないので、利益供与の禁止に触れないのではないか。「株主の権利の行使に関して」とは、株主の権利の行使に影響をおよぼす目的を有する場合を意味するが、右のようなサービスはこれに該当しないと思われる。もっとも、このようなことは、ささいなことなので、社会常識的に見ても禁止さ

れる利益供与から当然除かれるとも考えられる。

③ 悪賢い総会屋や特殊株主は、自分は総会で発言しないで、別の者に金を回して発言させて、議事進行という目的のために直接金を受領していない形をとっている。したがって、利益供与の禁止規定を設けても、総会屋はなにか抜け道を考えるわけで、そうなるこの規定も実効があがりにくいことになるおそれがある。また、他方、総会屋は議事を円滑に進行させる進行系の役目をやっていて、会社としても脅かされて金を出しているわけではない。正常な経営を行っている会社では、総会屋に莫大な金を出すわけではないのであって、その出す金は会社にとってそれほど負担ではないのが普通であるから、あえて利益供与の禁止規定を設けなくてもよいのではないかと考えられる。

④ しかし、議事の円滑な進行といっても、その円滑さそのものが問題ではないか。この点の認識は是非もたなければならぬと思われる。

⑤ 経済界からの批判もいろいろあり、そこで妥協とか譲歩とかが必要となるかもしれないが、利益供与の禁止あるいは利益供与に関連した開示はどうしても譲れないのではないか。他の点で少々緩和しても、この点は是非実現しなければならぬのであって、これを譲るとなると、今回の会社法改正はやらなかったのと同じことになってしまうのではないかと思われる。

⑥ 罰則について、その内容を刑事局と相談して詰めるということであるが、その詰めの結果はいつ商法部会に報告・提出されることになるのか。改正に関する審議がすべて終って、法案作成の段階になって詰めの結果が発表されるということにでもなれば、商法部会としては事前にこれを知る機会を失うおそれがあるのではないか。

⑦ 利益供与の禁止に違反する場合、供与を受ける者が罰せられるほか、供与をする会社側も罰せられるとすると、両方がバレたら大変だということ、臭いものに蓋をしてしまう結果となるのではないか。そこで、会社側に対しては、

『不正ノ』請託をしない限り罰しないという程度にしておく（現行法どおりにしておく）方が、むしろ摘発するには都合がよいと思われる。

⑧ 罰則において、利益供与の禁止に「違反する行為をした取締役、その職務代行者又は会社の使用人は、これを処罰する。」となっているが、これは厳しすぎるので、情状によって処罰を減免する余地を設けるべきではないかと思われる。

⑨ しかし、例えば、贈収賄罪では収賄側が厳しく罰せられることになっているのと同様に、利益供与をする側の者は当然情状による減免が認められるので、とくに規定を設ける必要はないと考えられる。

(三) 第一次商法改正法律案要綱案

(1) 法制審商法部会では、その後半年ほどの間、取締役会制度等の改正および会社の計算・公開の改正に関する第二読会が行われた。そして、株式制度の改正等の商法改正に関する第二読会のすべての結果をまとめた「商法の一部を改正する法律案要綱案」（第一次商法改正法律案要綱案）が昭和五五年一月の商法部会に提出された。そのうち、本稿の論題に関する部分を摘記すれば、つぎのとおりである。

「第六 株主の権利の行使に関する利益供与の禁止^{*1}

1 会社は、何人に対しても、^{*2} 株主の権利の行使に関し財産上の利益を供与することができない。

2 会社が1に違反して財産上の利益を供与したときは、その供与を受けた者は、その利益を会社に返還しなければならぬ。

3 株主は、会社に対し、2の利益の返還を求める訴えの提起を請求することができる。

4 会社が3の請求があった日から三十日以内^{*3}に訴えを提起しないときは、その請求をした株主は、会社のために訴えを提起することができる。

5 会社が株主に対し無償で財産上の利益の供与をしたときは、その利益の供与は、株主の権利の行使に関しされたものと推定する。

6 会社が株主に対し有償で財産上の利益を供与した場合においても、会社の受ける利益が供与した利益に比し著しく少ないときは、5と同様とする。^{*4}

第九 罰則

第六1に違反する行為につき罰則を設けるほか、罰則について所要の整備をする。^{*5}

以上である。

(ロ) 右の第一次商法改正法律案要綱案の*印の部分について、若干のコメントをつぎにしておきたい。

*1 機関改正に関する参事官室試案および株主総会制度改正要綱案概要（両者において、利益供与の禁止に関する部分は全く同様である）では、利益供与の禁止は株主総会の運営の一項目として定められていたが、法律案要綱案ではそれから独立せしめられた。これは、利益供与の禁止は、総会屋対策ではあるけれども、株主総会の運営にのみ関するわけではないからである。

*2 参事官室試案では「一部の株主に対し」となっていたのを、「何人に対しても」と改めたものである。これは、株主の代理人その他の者が会社から利益の供与を受けるのを禁止しなければ、利益供与の禁止の趣旨を貫くことができないためである。

*3 利益供与の禁止に違反して供与を受けた利益の会社への返還につき、株主が代表訴訟を提起できることは、参事官室試案におけると同様であるが、同試案では「一定期間内に」訴えを提起しないときは、となっていたのを、「三十日以内に」と改めている。これは、取締役の会社に対する責任の追及に関する代表訴訟の場合（商二六七条二項参照）と同様

にただけのことである。

* 4 参事官室試案では「無償でされた金銭、物品その他財産上の利益（反対給付に比し著しく過大な給付を含む）の供与は、株主の権利の行使に関してされたものと推定する。」となっていたが、右のカッコ内の部分を独立化させ、かつその内容を明確にしたものである。しかし、その趣旨とするところは右試案におけると異っていない。

* 5 罰則の部分は、参事官室試案に比べて、著しく曖昧なものとなっている。右試案からの相当の後退であるが、罰則の強化に反対して相当の圧力がかかったためと想像されるが、詳しい事情は明らかでない。

(ハ) 右の第一次商法改正法律案要綱案につき、昭和五五年一月に開催された商法部会において審議がなされたわけであるが、利益供与の禁止等に関しては別段の意見表明もなされないままに終わった。

(四) 第二次商法改正法律案要綱案

続いて、同年一月中旬に開催された商法部会では、第一次商法改正法律案要綱案を修正した第二次法律案要綱案が提出されたが、本稿の論題に関する部分は全く変わっていない。そして、それについて意見の表明も全くなかった。

六 利益供与の禁止の成立（昭和五六年六月）

(一) 商法等改正法律案要綱（昭和五六年一月）

引続いて、昭和五五年一二月下旬に法制審商法部会が開催され、「商法等の一部を改正する法律案要綱案」が提出された。「商法等」となっているのは、監査特例法の改正をも含んでいるからである。ところで、本稿の論題に係る部分は、商法改正法律案要綱案（第一次および第二次）におけると全く同様である。右の商法等改正法律案要綱案はそのまま商法部会で承認され、商法部会案として確定した。このことは、昭和五六年の商法改正についての商法部会での審議が全部

終ったこと、換言すれば右改正が商法部会の手から離れたことを意味する。

ところで、懸案となっていた「罰則」の内容であるが、それは利益供与の禁止に「違反する行為につき罰則を設けるほか、罰則について所要の整備をする。」という曖昧なままに留めおかれて、その具体的内容は商法部会において明らかにされないままに終った。

ついで、右の商法部会案は、法制審議会総会においてそのまま承認され、昭和五六年一月二六日右総会決定として、「商法等の一部を改正する法律案要綱」が発表されることとなった。

(二) 商法等の一部を改正する法律案

(イ) 「商法等の一部を改正する法律案要綱」に基づいて、法務省ではその条文化を急ぎ、「商法等の一部を改正する法律案」を作成した。利益供与の禁止の部分は、右の法律案要綱におけると同様で、ただこれを条文化したにとどまるが、罰則の部分については、右の改正法律案による改正の結果はつぎのようになる。

『第四百九十四条 左ニ掲グル事項ニ関シ不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益ヲ收受シ、要求シ又ハ約束シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ五十万円以下ノ罰金ニ処ス』(以下略)^{*2}

『第四百九十七条^{*3} 取締役、監査役又ハ株式会社ノ第二百五十八条第二項、第二百七十条第一項若ハ第二百八十条ノ職務代行者若ハ支配人其ノ他ノ使用人株主ノ権利ノ行使ニ関シ会社ノ計算ニ於テ財産上ノ利益ヲ人ニ供与シタルトキハ六月以下ノ懲役又ハ三十万円以下ノ罰金ニ処ス

情ヲ知リテ前項ノ利益ノ供与ヲ受ケ又ハ第三者ニ之ヲ供与セシメタル者亦前項ニ同ジ』
以上である。

(ロ) 右の法律案の*印の部分について、若干のコメントをつぎにしておきたい。

* 1 商法部会では、『不正ノ』という文言を削除することが問題となり、機関改正の参事官室試案ではその線で改正試案が作成されていたのであるが、結局現状維持にとどまって、『不正ノ』を削除しないこととなった。その理由については、昭和五六年四月二日の衆議院法務委員会において中島一郎政府委員（当時法務省民事局長）が下記のよう説明している。

「その場合問題になりますのは、四百九十四条というものがどういう保護法益を考えておるのかということであり、す。そうなりますと、議決権行使の清潔性と申しますか廉潔性と申しますか、そこに金が絡んではならないということになるかと思うわけですが、これが公務員でありますれば、職務に関して金品が動けばそこに賄賂という問題が起こってくるわけであり、この場合は、しょせんは株式の世界の問題ではないかということになるわけであり、す。株式の世界でありますから、お金さえ出せば株主になることができる。でありますから、その株主権を行使すればよいということになるわけであり、たとえば、自分がある会社の取締役にしてもらいたいというような場合には、金を出して株を集めて、議決権を行使すればそれがかなえられるわけであり、す。それでは、こういう場合にはどうなるのか。自分で株式を取得しないで、すでに株式を取得しておる者に対してお金を払って自分に有利なように議決権を行使してもらおうということ、そういうことまでも四百九十四条で罰則を設けることができるだろうかというところが問題になったわけであり、す。そうすると、若干問題ではないか。事は刑罰の問題でありますから、慎重に考えるということになれば問題ではないか。で、そういう問題を避けて、そして現在の総会屋に対して何か対応する適切な方策はないのか。それは不正の請託の有無にかかわらず、会社の金を使うということがいけないのだ、（中略）それならばということで、それにふさわしい四百九十七条という規定が設けられたわけであり、す。」

以上である。この説明は若干要領を得ないところがあるが、整理するとつぎのようなことになるのではないかと考えら

れる。①商法四九四条において『不正ノ』を削除すれば、それとの均衡上、四九三条についても『不正ノ』を削除せざるをえなくなる。②そうすると、会社の役員は不正の請託の有無を問わず賄賂罪によって処罰されることになり、厳しすぎる。③公務員については、不正の請託の有無を問わず賄賂罪につき処罰する旨の規定があるが（刑法一九七条）、公務員と私企業の役員とを同列に考えることはできない。④不正の請託の有無を問わず処罰する四九七条が新しく設けられたので、あえて四九四条から『不正ノ』を削除すべき必要は乏しくなった。以上の理由によるものと思われる。

* 2 五万円を五〇万円に上げたものである。五万円は昭和二五年の商法改正において定められた金額であるが、その後の貨幣価値の下落を考慮して五〇万円に上げたのである。

* 3 当時の現行法四九七条は、改正法律案では四九六条に繰上がるので、その空いたところに設けられる改正法律案四九七条は新設規定となるわけである。

(三) 利益供与の禁止の成立

右の商法等改正法律案は、閣議による承認（昭和五六年三月二〇日）、国会への提出（同年同月二四日）、国会による可決（衆議院同年五月一五日、参議院同年六月三日）を経て、同年六月九日法律第七四号として公布され、翌五七年一〇月一日から施行された。したがって、利益供与の禁止およびこの禁止違反に対する罰則も右によって成立および施行されたわけである。